

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

- قسنطينة -

قسم الشريعة والقانون

- دراسات عليا -

كلية الشريعة والإقتصاد

رقم التسجيل /

الرقم التسلسلي

نقض الأحكام القضائية

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي

والقانون الوضعي

بحث مقدم لنيل دكتوراه علوم في الشريعة والقانون

إشراف

إعداد الطالب:

الأستاذة الدكتورة:

أحمد رباح

سعاد سطحي

الرقم	أعضاء لجنة المناقشة	الصفة	الجامعة الأصلية
1	الأستاذ الدكتور مسعود شيهوب	رئيسا	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة
2	الأستاذة الدكتورة سعاد سطحي	مشرفا ومقررا	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة
3	الدكتور عبد الحق ميجي	عضوا	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة
4	الدكتور سامي بن حملة	عضوا	جامعة قسنطينة 1
5	الدكتور نذير عميرش	عضوا	جامعة قسنطينة 1
6	الدكتور الطاهر زواقري	عضوا	جامعة خنشلة

السنة الجامعية: 1435-1436هـ/2014-2015م
نوقشت يوم الأربعاء 15 رجب عام 1438هـ الموافق ل: 12 أبريل سنة
2017م

بسم الله الرحمن الرحيم
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

— قسنطينة —

قسم الشريعة والقانون
— دراسات عليا —

كلية الشريعة والإقتصاد
رقم التسجيل...../.....
الرقم التسلسلي.....

نقض الأحكام القضائية

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

بحث مقدم لنيل دكتوراه علوم في الشريعة والقانون

إشراف الأستاذة الدكتورة:
سعاد سطحي

إعداد الطالب:
أحمد رباح

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قَالَ تَعَالَى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ [النحل: 90].

قَالَ تَعَالَى: ﴿لَا يَسْأَلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْأَلُونَ﴾ [الأنبياء: 23].

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾ (٧٨) فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُدَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ﴾ [الأنبياء: 78-79].

قال المزملي: «قرأت كتاب الرسالة على الشافعي ثمانين مرة، فما من مرة إلا وكان يقف على خطأ»، فقال الشافعي: «هيه أباي الله أن يكون كتاب صحيحا غير كتابه». «فالمأمول ممن وقف عليه بعد أن جانب التعصب والتعسف، ونبذ وراء ظهره التكلف والتكلف، أن يسعى في إصلاحه بقدر

الوسع والإمكان، أداءً لحق الأخوة في الإيمان، وإحرازاً لحسن الأحداث بين الأنام، وادخاراً للجزيل المثوبة في دار السلام، والله الموفق والمثيب عليه أتوكل وإليه أنيب».

نقلا عن كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ج1، ص9-10.

أَهْدَاءُ

إلى أمي العزيزة حبيبة حفظها الله حفظا كريما
إلى أبي بوفنيك - عليه الرحمة والرضوان -
إلى كل قضاة العدل الذين يصدرون أحكام العدل...

أهدي هذا العمل...

أحمد

C

للمشرفة الأستاذة الدكتورة سعاد سطحي

أستاذة التعليم العالي

أتقدم بأسمى آيات الشكر والتبجيل والعرفان والإحترام إلى:

الأستاذة الدكتورة سعاد سطحي

على تفضلها بالإشراف على هذه الرسالة، وما بذلته من توجيهات
ونصائح التي لولاها لما كان هذا البحث،
والتي اغترفت من خلقها الدّمث كما اغترفت من علمها الواسع.

C

لأعضاء لجنة المناقشة الموقرة

كما أشكر أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم وتجنسهم عنا قراءة الرسالة، وعلى التكرم بمناقشتها وإسداء الملاحظات والتوجيهات.

و أشكر أيضا في هذا المقام:

□ الأستاذ الدكتور، نصر سلمان.

على تشجيعاته ونصائحه القيّمة، فجزاهم الله عنا خير الجزاء.

فالشكر للجميع.

مُقَدِّمَةٌ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي لا مُعَقَّبَ لحكمه، ولا رادَّ لقضائه، ولا طاعن في أمره ونهيه، القائل في مُحْكَمِ كتابه ﷺ: ﴿لَا يُسْتَأْذَنُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْتَأْذَنُونَ﴾ [سورة الأنبياء: 23]، أمرنا بالحكم بما أنزل في قوله جلَّ َّ شأنه مخاطباً رسوله ﷺ وأُمَّته: ﴿وَأَن أٰحْكَمَ بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾ [سورة المائدة: 49]، والصلاة والسلام على سيدنا ﷺ خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه ومن تبعه وسار على هديه إلى يوم الدين.

أما بعد:

فَمِمَّا لا شك فيه أَنَّ الحكم القضائي هو أهم عمل قضائي يصدر في أي خصومة مدنية أو جزائية، وآية ذلك أَنَّ أي نزاع يُعرض على القاضي لا يهدف إلا إلى استصدار حكم قطعي وبات في الموضوع ينطق بالحقيقة، وينهي الخصومة، ويؤدي إلى استقرار الأوضاع والمراكز القانونية والحقوقية. بيد أَنَّ استصدار حكم قضائي قطعي وبات يؤدي إلى استقرار المراكز القانونية و الحقوقية هدفٌ ليس من السهل تحقيقه، ذلك أَنَّ الأحكام القضائية تصدر عن قضاة، والقضاة بشرٌ، والبشر من صفاتهم الخطأ والسهو والنسيان والجهل وحتى سوء النية، ومن ثم عادةً ما تشوب أحكامهم شائبة خطأ ما، فقد يخطئوا في فهم النص، أو في تكييف الواقعة مع النموذج الشرعي أو القانوني، أو قد يصدروا الحكم في غياب المتهم الظنين، أو قد يخطئوا في شكلٍ من شكليات الحكم، أو قد ينحرفوا عن العدل و الحياد و النزاهة ... وهكذا، فإنَّ الحكم القضائي في هذه الحالات وغيرها يكون مشوباً بشائبة الخطأ. ويضاف إلى هذا أَنَّ نفوس الخصوم عادةً ما تكون غير راضية بأي حكم يصدر ضدها، فيستولي عليها

الشعور بالظلم والشك و الريبة تجاه أي حكم يقضي بالخسارة عليها، وتجاه القضاة وجهاز القضاء ككل، هذا كله دون أن ننسى أن نفوس بعضهم مليئة بالأحقاد والضغائن.

وهذه كلها - الخطأ البشري ونفوس الخصوم - أمور طبيعية وواقعية مفطور عليها الإنسان، ولا ينكرها إلا جاحد أو مكابر. ومن ثم تتقرر حقيقة لا مناص منها وهي عوزة وجود حكم قضائي صحيح من كل العيوب والأخطاء، فالخطأ في الحكم واقع لا محالة، لكن لا على سبيل الحتمية والجبرية، وإنما لأسباب وعوامل متداخلة تجعل منه واقعا، وهذه العوامل هي الخطأ البشري ونفوس الخصوم. وهنا تكمن الإشكالية، وتُدق المسألة، وهي التوفيق بين أمرين متناقضين:

- الأمر الأول: هو ضرورة وضع حد للنزاعات والخصومات، والعمل على استقرار الأوضاع الحقوقية، وذلك بإصدار حكم فاصل في النزاع، قطعي، بات، غير قابل للمراجعة والطعن مهما كان الأمر.

- الأمر الثاني: عوزة وجود حكم قضائي صحيح حال من كل العيوب والأخطاء.

إذن، كيف يمكن التوفيق بين الأمرين المتناقضين، والجمع بينهما، بحيث يكون الحكم القضائي عامل استقرار للمراكز القانونية؛ وخاليا من أي شائبة خطأ في آن واحد، أي حكم قضائي ينهي النزاع، ويرضي الخصوم، ويكون هو عين الحقيقة و العدل العدالة؟
لا شك أنه لا مفر من الإقرار بضرورة السماح للأطراف في النزاع بالطعن في الأحكام القضائية، وبفتح باب نقضها.

ونقض الأحكام القضائية أو الطعن فيها موضوع ذو بال، لأنه يخدم الهدف الأساس، والمقصد الرئيس للقضاء ألا وهو تحقيق العدالة وإقامة العدل، هذا الذي لا يتأتى إلا بالوصول إلى حكم صحيح من حيث القانون، و من حيث الواقع.

كما تكمن أهمية الموضوع في أنه وثيق الصلة بحقوق الناس، حيث إنه يمسه بصفة مباشرة ومحقة، إذ أن عدم معرفة آليات الطعن من المعارضة والاستئناف والتقض وطلب إعادة النظر، أو عدم معرفة الكيفية الإجرائية للطعن في الحكم القضائي يؤدي مباشرة إلى ضياع الحق المتنازع عليه.

أولا/- عنوان البحث:

ومن هذه الأهمية الكبرى، والخطوة القصوى التي تحتلها نظرية الطعن في العملية القضائية خصوصاً، وفي نظام القضاء عموماً، رأينا أن نبحت في موضوع الطعن في الأحكام القضائية تحت العنوان الآتي:

نقض الأحكام القضائية

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

و قد آثرنا استعمال مصطلح «النقض» بدلا من مصطلح «الطعن» لسببين اثنين:

- **الأول:** أنَّ مصطلح: «الطعن»؛ كمصطلح قانوني؛ لا وجود له في الفقه الإسلامي، وإمَّا المستعمل؛ بصورة غالبية؛ هو مصطلح: «النقض»، فرأينا استعمال هذا الأخير رغبةً في إشاعة مصطلحات الفقه الإسلامي، و نشرها، والتعريف بها.

- **الثاني:** أنَّ الدِّراسةَ تتناول - في جانبها المتعلق بالقانون الوضعي - الطعن بالنقض كطريق من طرق الطعن في الأحكام القضائية.

ومن هنا فمصطلح «النقض» مصطلح مشترك بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، وإن كان لكل منهما مدلوله الخاص به.

ومن خلال صيغة هذا العنوان، وهذا البيان حوله، فإنَّ هذا البحث يدرس ويتناول التأصيل الشرعي والقانوني لفكرة الطعن في الأحكام القضائية، و ذلك بالبحث في الجوانب النظرية من الأسس الفلسفية والفقهية، الشرعية والقانونية، وكذلك البحث في الجوانب العملية الحركية الإجرائية للطعن من الشروط، والإجراءات.

ونؤكد أنَّ مجال الدِّراسة في جانبها القانوني هو الطعن في المواد الجزائية لا المدنية، كما أنَّها تتناول بصفة أساسية الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في الجزائر، وبالأخص أوجه الطعن، مع الإشارة بشكل مختصر إلى طرق الطعن الأخرى، من المعارضة؛ و الاستئناف؛ و طلب إعادة النظر. كل ذلك مع المقارنة بالتشريعات الإجرائية الجزائية لكل من تونس، والمغرب، و مصر، وسوريا، ولبنان. طبعا أغلى جانب الجزائر التي هي محور الدراسة.

ثانيا/ إشكالية البحث:

في ضوء كل ما سبق، فإنَّ إشكالية البحث التي يسعى إلى الإجابة عنها هي:
إذا كان لا بدَّ من الطعن في الأحكام القضائية بغية الوصول إلى الحقيقة الواضحة، والتدقيق في الكلمة الأخيرة للقضاء، وإذا كانت هذه حقيقةً مسلَّمةً بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، فما هو منهجها في تقريرهما للطعن في الأحكام القضائية؟ وما هي آليات تفعيله؟ هل هي آليات واحدة؟ أم

أنَّ لكل من النظامين الإسلامي والوطني آليات تختلف عن بعضها البعض؟ وهل يستجيب كل ذلك إلى معايير العدل و الإنصاف والمساواة؟ وما هي أوجه أو أسباب الطعن بالنقض في الأحكام؟

ثالثاً/- أسباب ودوافع الاختيار:

إنَّ اختياري للموضوع كان لأسباب أهمها:

1/- قلة وجود الدراسات المقارنة - وأقول مؤكداً: الدراسات المقارنة - بين الفقه الإسلامي والقانون الوطني التي درست الموضوع، حيث إنه لم تتم لَمْ شتات مادته العلمية - بحسب علمي - في دراسة علمية واحدة إلا بعض الدراسات القليلة التي سنذكرها لاحقاً رغم أهميته، وضرورته المعرفية والعملية.

2/- ومن الأسباب كذلك: ما رأيته من اختلاف الباحثين حول آليات نقض الأحكام في الفقه الإسلامي، فهناك اضطراب كبير بخصوص هذه المسألة، فمنهم من رأى بأنها أربع آليات وهي: المعارضة، والاستئناف، والتمييز، وإعادة المحاكمة. وهناك من يرى بأنها طريق واحد وهو التمييز فقط. وحتى الذين يقولون بأنها أربع آليات - السابق ذكرها - فإنهم يختلفون في الاصطلاح عليها، زيادة عن الاختلاف في مصطلح الطعن. وكل هذا سيأتي بيانه بالتفصيل.

3/- كل هذا دون أن أنسى الرغبة الكبيرة في البحث في الجانب القضائي في الفقه الإسلامي مع المقارنة بالقانون الوطني. هذه الرغبة التي تعود إلى مرحلة الليسانس، حيث قمتُ ببحث في السنة الرابعة من هذه المرحلة، وكان عنوانه: « طرق الطعن في الأحكام القضائية الجزائية»، فقدرتُ حينها - بتوجيه من الأساتذة الأفاضل - أنَّ هناك من القضايا ما يزال يحتاج إلى البحث، وقد بقيت الفكرة تنمو وتبلور حتى في مرحلة الماجستير، حيث ظهر لي حينها أن أتناول موضوع: « المعارضة في الأحكام الغيابية بين الفقه الإسلامي والقانون الوطني»، وذلك لما يثيره من إشكالات فقهية وإجرائية بين مختلف الأنظمة التشريعية.

ولما جاءت مرحلة الدكتوراه رأيتُ أن أستكمل الطريق، و أتوجُّ كل هذه المراحل بتناول فكرة الطعن في الأحكام القضائية بصورة عامة، دراسة تأصيلية بين الفقه الإسلامي و القانون الوطني، مع تطبيق ذلك على الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا الجزائرية.

رابعاً/- أهداف البحث:

يسعى هذا البحث إلى استكناز واستكناه مجموعة من الأهداف كالاتي:

1/- محاولة بناء نظرية عامة لنقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي، تكون مأصولة على الشرع الإجمالي [القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة] نصوصا ومقاصدا، وتجمع بين المثالية والواقعية. كل ذلك مع مقارنتها بالقانون الوضعي، لكشف الموافقات و الفروق بينهما، مع محاولة إتمام ما يجب إتمامه.

2/- محاولة كشف مدى استجابة النظامين القضائيين الإسلامي و الوضعي (مع التركيز على الجزائر) لمعايير العدل والإنصاف والمساواة، إذ من المعلوم - كما سنرى ذلك في ثنايا البحث - أنَّ الطعن في الأحكام ما هو إلا محاكمة للحكم القضائي، ومن ثم فإننا نحاول محاكمة كلا من النظامين محاكمة علمية من خلال محاكمة الحكم عن طريق الطعن فيه، على أساس من هذه المعايير المشار إليها أعلاه.

خامسا/- الدراسات السابقة:

نظرية نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - دراسة مقارنة - موضوع رغم أهميته العملية إلا أنه لم تتم دراسته دراسة علمية أكاديمية - حسب علمي - في مؤلف مستقل، ربما نعم في القانون الوضعي، أما في الفقه الإسلامي فقليلة هي الدراسات في هذا المجال، ما عدا بعض الدراسات وهي:

1/- رسالة الباحث أحمد بن محمد بن صالح الخضير الموسومة ب: «نقض الأحكام القضائية». وهي رسالة دكتوراه منشورة من طرف عمادة البحث العلمي بجامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية، وزارة التعليم العالي، المملكة العربية السعودية، سلسلة الرسائل الجامعية (70)، ط1، 1427هـ - 2007م. في ثلاثة أجزاء، عدد صفحاتها 1200 صفحة. تتألف من تمهيد وخمسة أبواب كالاتي:

التمهيد: في بيان مفردات عنوان الرسالة.

الباب الأول: في حقيقة النّقض.

الباب الثاني: النّقض في محل الاجتهاد والضرورة.

الباب الثالث: أسباب النّقض.

الباب الرابع: إجراءات النّقض وآثاره.

الباب الخامس: نقض الأحكام في نظام محكمة التمييز ومجلس القضاء الأعلى بالمملكة العربية السعودية.

و الدّراسة هي في الفقه الإسلامي فقط دون القانون الوضعي، مع دراسة ما عليه العمل في القضاء السعودي، الذي هو مستمد من الفقه الإسلامي أصلا.

وقد كانت استفادتنا من هذه الدراسة المميزة كبيرة ومهمة، حيث وضعتنا في الصورة في أغلب المسائل والقضايا، سواء من حيث المفاهيم، أم من حيث بيان مواقف المذاهب الفقهية، أم من حيث الترجيحات، أم من حيث المصادر و المراجع الفقهية و الأصولية و القضائية وغيرها.

2/- رسالة الباحثة إلهام شهرزاد روابح المعنونة ب: «**الطعن في الأحكام القضائية: الاستئناف** مثالا - دراسة تحليلية مقارنة - » رسالة ماجستير في الشريعة والقانون غير منشورة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 2000م- 2001م.

وهي رسالة ماجستير تناولت فيها الباحثة الطعن في الأحكام القضائية بصفة عامة في الفصل الأول، ثم ركزت دراستها على الطعن بالاستئناف في الفصل الثاني مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

ومن ثم فهي لم تتناول نظرية النقض بجميع آلياتها، كما أنها لم تتناول الكثير من القضايا الأساسية لنظرية النقض مثل: فكرة الآجال، وفكرة ولاية النقض، وأسبابه وغيرها. وهو ما تسعى هذه الدراسة إلى تداركه وإكماله.

3/- كتاب الباحث عبد الكريم بن محمد اللاحم الموسوم ب: «**نقض الأحكام القضائية في الفقه**». و هو كتاب صغير الحجم، إلا أنه جُمَّ الفوائد، تناول فيه صاحبه نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي دون المقارنة بالقانون الوضعي.

- أما في القانون الوضعي فهناك عدة رسائل جامعية وكتب تناولت هذا الموضوع بالدراسة، وهي كالآتي:

1/- رسالة الدكتور: محمد زكي أبو عامر، المعنونة ب: «**شائبة الخطأ في الحكم الجنائي: محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة**»، وهي رسالة دكتوراه نوقشت بجامعة القاهرة سنة 1974م، و طبعت من طرف دار المطبوعات الجامعية، بالإسكندرية، د ط، سنة 1985م.

وهي دراسة فلسفية قانونية نقدية لنظرية الطعن في الأحكام القضائية وآلياتها، وهي لاشك أنها دراسة جيدة في بابها، مفيدة في موضوعها. وقد استفدنا منها في بعض المواضيع التأصيلية لمختلف طرق الطعن.

2/- رسالة الباحثة: سهام بشير ، المعنونة ب: «**الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا**»، وهي بحث قدّم لنيل شهادة الماجستير في فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، د.ت. عدد صفحاتها 180 صفحة.

وهذه الرسالة للباحثة سهام بشير على الرغم من التشابه الكبير في أغلب الموضوعات مع هذه الدراسة، إلا أنّ مجال الدراستين مختلف تماماً، وهو أنّ رسالة الباحثة في المواد المدنية، ودراستنا هي في المواد الجزائية كما سبق القول، ولذلك كانت الاستفادة من هذه الرسالة ليست بالكثيفة والكبيرة، وإنما كانت استفادة في بعض المواضع القليلة.

وعلى الرغم من ذلك؛ فإنّ ما أكدته مذكرة الباحثة لنا هو التوسع في التطبيقات القضائية، من خلال قرارات المحكمة العليا واجتهاداتها، حيث أضافت لنا عزيمة وقوة وشحنة معنوية هائلة في اختيار هذا الطريق أو المسلك و التمسك به.

والذي يتبين لنا من خلال هذه الدراسات أنّها إما بحثت نظرية نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي فقط، أو في القانون الوضعي فقط، وحتى التي قارنت بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي اقتصر على طريق طعن واحد هو الاستئناف دون النظرية ككل.

و بناء عليه فإنّ الذي نسعى إليه في هذا البحث هو أولاً استخلاص نظرية عامة في نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي، وثانياً مقارنتها بالقانون الوضعي، حتى ندرك ما يدعو إلى إتمامه، أو تصحيح ما يجب تصحيحه، أو تطوير ما يتطلب التطوير وفق مقاصد الشريعة الإسلامية، وبالأخص مبدأ العدل.

سادساً- المناهج المتوسل بها لدراسة الموضوع:

طريقة الكتابة تكون بتعريف المصطلح لغة - إن كان لأبداً من ذلك - ثم تعريفه اصطلاحاً، وبيان موقف الفقهاء المسلمين في مختلف المذاهب من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، وحتى الظاهرية، والزيدية، وغيرها من المذاهب الفقهية من المسألة، ثم أستخلص تعريفاً أو موقفاً من كلّ ذلك متى أمكن.

بعدها أتناول المصطلح أو المسألة في القانون الوضعي، و أذكر التعاريف أو الأقوال أو الآراء والمذاهب مع تحليلها ونقدها إن أمكن ذلك، ثم أرجح ما يبدو راجحاً لي مع بيان أدلة الترجيح. ثم في الأخير أقارن بين ما مؤّره الفقه الإسلامي، وبين ما وصل إليه القانون الوضعي، فأستخلص الموافقات والفروق والنتيجة النهائية.

وقد تم التوسل في كل هذا بالمناهج العلمية المعروفة، وهي أساساً: المنهج التحليلي التركيبي، والاستقرائي، والمقارن، والتاريخي. فهذا الأخير تم التوسل به لرصد الأصول والمصادر والتطورات التاريخية لفكرة الطعن في الأحكام وكذا المصطلحات والظواهر والأنظمة القضائية.

أما المنهج المقارن فيكون بالموازنة والمقارنة بين مختلف المذاهب الفقهية الإسلامية فيما بينها، وبينها وبين القانون الوضعي و كذا بين مختلف التشريعات الإجرائية المعتمدة في الدّراسة، وهي: الجزائر وتونس و المغرب ومصر و سوريا ولبنان. واستخلاص الموافقات و الفروق والنتائج من كل ذلك.

كما تم التوسل بالمنهج الاستقرائي، وبالأخص في الفقه الإسلامي، من أجل كشف الخطة التشريعية من نقض الأحكام القضائية، سواء من حيث الحكم، أو من حيث الشروط، أو من حيث الأطراف، أو من حيث الأسباب، أو من حيث الآليات. وكذا في بيان أنواع الأحكام القضائية وبياناتها. كما تم الاستعانة به من أجل معرفة موقف المحكمة العليا من خلال قراراتها القضائية من مختلف المسائل القانونية و الفقهية.

أما المنهج التحليلي فتوسل به لبيان أنواع الأحكام القضائية، وبياناتها، وكذا الطعن و ماهيته، وشروطه الشكلية و الموضوعية، وآثاره.

أما المنهج التركيبي فهو بيان كيفية عمل آليات الطعن عند توافر جميع شروطها الشكلية و الموضوعية، وكذا مختلف الاحتمالات التركيبية التي يمكن أن تقع.

وقد تم تقسيم البحث إلى أبواب، والأبواب إلا فصول، و الفصول إلى مباحث، و المباحث إلى مطالب، و المطالب إلى فروع، والفروع لى بنود، و البنود إلى أولا وثانيا...، و أولا وثانيا إلى (1 و 2)، و 1 و 2 إلى (أ و ب)...

ولكن هذا التقسيم قد نخالفه في بعض المواضع لاعتبارات فنية موضوعية تتعلق بحجم المبحث أو المطلب أو الفرع أو البند.

سابعاً/-الصعوبات:

لا يخلو بحثٌ من صعوباتٍ، ويمكن حصر هذه الصعوبات التي اعترضتني - أو بالأحرى التحديات التي واجهتني - أثناء البحث في الآتي:

1/- اختلاف طريقة الكتابة الفقهية في الفقه الإسلامي، بين مذهب وآخر، في تناول موضوع القضاء عموماً، ونقض الأحكام القضائية خصوصاً. بل حتى داخل المذهب الفقهي الواحد قد نجد عدة طرق للكتابة، وهذا صعبٌ علينا كثيراً تتبع أحكام وتفصيل الدّراسة، مما أخذ منا وقتنا وجهداً. هذا فضلاً عن صعوبة العبارة الفقهية و غموضها في بعض الأحيان. وفي الحقيقة لولا التجربة المتواضعة في مرحلة الماجستير لما كانت هذه الدارسة أساساً. وهذا بخلاف طريقة الكتابة في القانون الوضعي حيث تبدو واضحة ومنسقة، وتوفر للباحث سهولة معرفة قضية ما بوقت وجهد يسير.

2/- صعوبة الحصول على المجلة القضائية للمحكمة العليا، و على نشرة القضاة لوزارة العدل، سواء كانت نسخا ورقية أو الكترونية، التي تتضمن قرارات و اجتهادات المحكمة العليا في مختلف المواد بما فيها المادة الجزائية، كما أنّ ما يطبع ليس للبيع، وإمّا هو للتوزيع على القضاة فقط دون الباحثين و المحامين وغيرهم، فضلا عن أنّ ما ينشر من قرارات المحكمة العليا قليل للغاية بالمقارنة ما يصدر منها في كل سنة قضائية. وهذا يعود إلى السياسة العقيمة التي تتبعها المحكمة العليا في نشر ما يصدر منها، على الرغم من أنّ عدم نشر القرارات والاجتهادات القضائية مما يمس بوجودها وبوظيفتها أصلا.

ثامنا/- الخطة العامة للرسالة:

تم تقسيم التّواصة إلى مقدمة و فصل تمهيدي وثلاثة أبواب، وذلك كالآتي:
المقدمة: وفيها تم التعريف بموضوع الرسالة عنوانا وإشكالية وأهدافا ومناهجا وخطة وغيرها.

الفصل التمهيدي: تعريف الحكم القضائي، وأنواعه

المبحث الأول: تعريف الحكم القضائي.

المبحث الثاني: أنواع الأحكام القضائية.

الباب الأول: التأصيل الشرعي والقانوني لنقض الأحكام القضائية

الفصل الأول: تعريف نقض الأحكام القضائية.

المبحث الأول: تعريف نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: تعريف الطعن في الأحكام القضائية في القانون الوضعي.

المبحث الثالث: أنواع النقض (الطعن) في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

الفصل الثاني: حكم نقض الأحكام القضائية.

المبحث الأول: حكم نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: حكم الطعن في الأحكام القضائية في القانون الوضعي.

الفصل الثالث: أدلة النَّقْض في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول: القرآن الكريم.

المبحث الثاني: السنة النبوية الشريفة.

المبحث الثالث: آثار الصحابة.

المبحث الرابع: الإجماع.

المبحث الخامس: القياس والمعقول.

الباب الثاني: آليات تفعيل نقض الأحكام القضائية:

الفصل الأول: النظرية العامة لآليات نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول: السياسة الشرعية القضائية في مجال نقض الأحكام القضائية.

المبحث الثاني: تصورنا للنظام القضائي الإسلامي.

الفصل الثاني: أسباب نقض الحكم القضائي المتعلقة بالقاضي في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول: نقض الأحكام القضائية بسبب انتفاء شروط تولى القضاء.

المبحث الثاني: نقض الأحكام القضائية بسبب انعدام الولاية و الاختصاص القضائيين.

المبحث الثالث: نقض الحكم القضائي بسبب وجود المانع.

الفصل الثالث: أسباب نقض الحكم القضائي المتعلقة بالحكم:

المبحث الأول: نقض الحكم القضائي لمخالفته نص الكتاب الكريم.

المبحث الثاني: نقض الحكم القضائي لمخالفته نص السُّنة النبوية الشريفة.

المبحث الثالث: نقض الحكم القضائي لمخالفته الإجماع.

المبحث الرابع: نقض الحكم القضائي لمخالفته القياس.

المبحث الخامس: نقض الحكم القضائي لمخالفته القواعد الكلية.

الفصل الرابع: نقض الأحكام القضائية بسبب مخالفة أصول القضاء:

المبحث الأول: قاعدة هيئة الإصدار.

المبحث الثاني: قاعدة المشاورة.

المبحث الثالث: قاعدة الإعذار.

الباب الثالث: تطور القضاء الجزائي الجزائري، وطرق الطعن في القانون الوضعي:

النقض نموذجا

الفصل الأول: تطور القضاء الجزائي الجزائري، وطرق الطعن، و الطعن بالنقض، وأوجهه.

المبحث الأول: التطور التاريخي للقضاء الجزائي في الجزائر.

المبحث الثاني: تعريف طرق الطعن، وتقسيماتها.

المبحث الثالث: الطعن بالنقض: تعريفها، وخصائصها، وأنواعها، وتمييزها.

المبحث الرابع: حصر أوجه الطعن بالنقض.

الفصل الثاني: تفصيل أوجه الطعن بالنقض الأربعة الأولى من المادة 500 ق.إ.ج.

المبحث الأول: عدم الاختصاص.

المبحث الثاني: تجاوز السلطة.

المبحث الثالث: مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات.

المبحث الرابع: انعدام أو قصور الأسباب.

الفصل الثالث: تفصيل أوجه الطعن بالنقض الأربعة الأخيرة من المادة 500 ق.إ.ج.

المبحث الأول: إغفال الفصل في وجه الطلب أو في طلبات النيابة العامة.

المبحث الثاني: التناقض بين القرارات أو فيما قضى به القرار نفسه.

المبحث الثالث: مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه.

المبحث الرابع: انعدام الأساس القانوني.

خاتمة: النتائج والاقتراحات.

مع تزويد البحث بفهارس فنية.

- في الأخير نحدد شكرنا مرات ومرات للأستاذة المشرفة على الرسالة، الأستاذة الدكتورة سعاد سطحي على قبولها الإشراف على الرسالة، وعلى التوجيهات و النصائح المقدمة لنا، وعلى صبرها وتجشمها عناء قراءة الرسالة في نسختها المسودة.

كما نحدد شكرنا لأعضاء لجنة المناقشة عضوا عضوا لما عانوه عند قراءة الرسالة، وعلى قبولهم مناقشتها وإثراءها. وإنَّ الباحث لينحني تحيةً وتقديراً لهم على هذا الصنيع الجميل و الرائع، كما يُعربُ أنَّه مستعدٌّ كلُّ الاستعداد لتلقي الملاحظات والانتقادات و التوجيهات بكل صدر رحب، بل إنَّه يشرفُّه أن يتلقى كل ذلك منهم، والله على ما أقول شهيد.

كما أتقدمُ بشكري الخالص لكل موظفي الجامعة الإسلامية ومكاتبها العامرة، وبالأخص كلية الشريعة والقانون والاقتصاد، وكذا عمال المكتبة الوطنية الجزائرية (بالحامة وتيليملي)، وكلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر 1، و وزارة العدل، و المحكمة العليا، والمجلس الإسلامي الأعلى، فلهم مني كل الشكر والتقدير والعرفان، نظير ما قدّموه وخدمة و مساعدة وحتى التشجيع.

وأشكر كذلك كلَّ الأهل و الأقارب و الأصدقاء و الزملاء الذين شجعوني على البحث، فلكل هؤلاء أقول لهم شكرا جزيلاً، وبارك الله فيكم و في أمثالكم، وجعل مثواكم الجنة، آمين يا رب العالمين.

قائمة الاختصاصات

الاختصاص	تفسيره
ق.أ.ق	القانون الأساسي للقضاء
ق.ت.ق	قانون التنظيم القضائي
ق.م.ع القلم	القانون المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها لسنة 1989م
ق.م.ع الجديد	القانون العضوي يحدد تنظيم المحكمة العليا و عملها واختصاصاتها لسنة 2011م
ق.م.د	القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله
ق.م.ت	القانون المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها
م 2/368 ق.إ.م.إ	الفقرة 2 من المادة 368 قانون الإجراءات المدنية والإدارية
م 3/413 ق.إ.ج	الفقرة 3 من المادة 413 قانون الإجراءات الجزائية
ق.ع	قانون العقوبات
ق.ق.ع	قانون القضاء العسكري
ق.م	القانون المدني
ن.د.م.ع	المرسوم الرئاسي المتضمن إصدار النظام الداخلي للمحكمة العليا 2005م
م.م.د.ت التونسية	مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية
ق.ج	قانون الجمارك
ق.أ	قانون الأسرة
م.إ.ج التونسية	مجلة الإجراءات الجزائية التونسية
م.م.ت التونسية	مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية
ق.م.ج المغربي	قانون المسطرة الجنائية المغربي
ق.م.م المغربي	قانون المسطرة المدنية المغربي
مرافعات مصري	قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري
ق.إ.ج المصري	قانون الإجراءات الجنائية المصري
ق.ح.إ.ط.ن	قانون حالات وإجراءات الطعن بالنقض المصري

ق.أ.ع المصري	قانون الأحكام العسكرية المصري
ق.أ.ع المصري	قانون الأحكام العسكرية المصري
ق.أ.م.م اللبناني	قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني
ق.أ.م.ج اللبناني	قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني
ق.أ.م.ج السوري	قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري
(عن غ.ج.1/ق1/ف2)	عن الغرفة الجنائية الأولى، القسم الأول، الفوج الثاني
(عن غ.ج.2/ق3)	عن الغرفة الجنائية الثانية، القسم الثالث
(عن غ.ج.)	عن الغرفة الجنائية
(عن غ.ج.م/ق4)	عن غرفة الجناح والمخالفات، القسم الرابع
(م.ق)	المجلة القضائية
(ع.م.م)	مجلة المحكمة العليا
(ن.ق)	نشرة القضاة
(ا.ق)	الاجتهاد القضائي
(ع.خ)	عدد خاص
س	السنة
ع	العدد

ملحوظة: كل قانون لم تذكر جنسيته فهو قانون جزائري.

الفصل التمهيدي: تعريف الحكم القضائي، وأنواعه

المبحث الأول: تعريف الحكم القضائي.

المبحث الثاني: أنواع الأحكام القضائية.

الفصل التمهيدي: تعريف الحكم القضائي، وأنواعه

- تمهيد وتقسيم:

موضوع الطعن - باصطلاح القانون الوضعي - أو النقض - باصطلاح الفقه الإسلامي - لا يمكن أن يتم إلا في الأحكام القضائية، ومن ثم لا يجوز الطعن في غيرها، فلا يجوز الطعن في التحقيق أو في أي إجراء من الإجراءات السابقة لصدور الحكم القضائي، لأنه لا يعبر بحق عن كلمة المحكمة النهائية، بخلاف الحكم القضائي فهو المعبر عن كلمة القضاء، وعن رأيه في موضوع النزاع والدعوى، كما أن الطعن لا يتأتى في كل الأحكام، وإنما في بعضها فقط.

ولما كان الطعن لا يجوز إلا في الأحكام القضائية بل لا يجوز إلا في بعضها، فإنه يجب منهجياً تعريف الحكم القضائي، وبيان أنواعه، ومن ثم فالإشكالية التي يقوم عليها هذا الفصل هي: ماهية الحكم القضائي الذي يتوجه إليه الطعن: تعريفاً، وأنواعاً؟

وبناء عليه، فإن هذا الفصل التمهيدي ينقسم إلى المبحثين الآتين:

المبحث الأول: تعريف الحكم القضائي.

المبحث الثاني: أنواع الحكم القضائي.

وإليك بيان هذه المباحث بالترتيب.

المبحث الأول: تعريف الحكم القضائي:

يتناول هذا المبحث تعريف الحكم القضائي، أي تعريف الحكم الصادر من القضاء، و حتى يتم الوقوف أكثر على حقيقة الحكم، فإنه لابد منهجياً ومعرفياً، الوقوف على تعريف القضاء، خاصة إذا علمنا أن الحكم هو جزء من أعمال القضاء كما ذكر ذلك فقهاء الإسلام⁽¹⁾ و كما هو معروف أيضاً في القانون الوضعي⁽²⁾.

و بناء على ما سبق، فإنَّ هذا المبحث ينقسم إلى مطلبين على الشكل الآتي:

- المطلب الأول: تعريف القضاء.

- المطلب الثاني: تعريف الحكم.

و إليك الآن بيان هذه المطالب.

المطلب الأول: تعريف القضاء

رَدَّج علماء الفقه الإسلامي في شتى المجالات المعرفية (الفقه، أصول الفقه، علوم الحديث، علوم القرآن، علم الكلام...) عند تناولهم لأي مصطلح، أن يتناولوه من زاويتين أو ناحيتين: الأولى لغوية شكلية، والثانية اصطلاحية.

و هذا البحث أو الدراسة لن تخرج ولن تتجاوز هذه المنهجية، بل إنه يقرها ويعتمدها ويسلم بها، ولذلك فإننا سنعرف القضاء لغة، ثم نخرج بعد ذلك على تعريف القضاء اصطلاحاً، سواء في اصطلاح الفقه الإسلامي، أو القانون الوضعي، مع المقارنة بين النظامين التشريعيين.

وعليه، وتأسيساً على ما سبق، فإن هذا المطلب ينقسم إلى فرعين كالآتي:

الفرع الأول: تعريف القضاء لغة.

الفرع الثاني: تعريف القضاء اصطلاحاً.

(1) - حيث إن الفقهاء المسلمين يذكرون أن القضاء قسمان:

- تصرفات قضائية، وهي الأحكام القضائية؛

- وتصرفات غير قضائية، لكنها من اختصاص القضاء، ومثل ذلك: تزويج النساء إذا عدمن الأولياء، الحجر على السفهاء، تعيين الوصي،... وستناول هذه المسألة عند تعريفنا للقضاء في الفقه الإسلامي، فلتنظر هناك. أنظر ص22 وما بعدها.

(2) - والقانون الوضعي قسمان: أعمال قضائية، وهي الأحكام؛ وأعمال ولائمة وذلك مثل تعيين الوصي والقيم، والحجر،... وستأتي هذه المسألة عند تعريف القضاء في القانون الوضعي، ولذلك لا حاجة للشرح هنا أكثر. أنظر ص39-41.

وإليك بيان هذه الفروع بالتفصيل.

الفرع الأول: تعريف القضاء لغة:

إذا كان من السهل - في نظرنا على الأقل - بيان حقيقة القضاء لغة، فإنه من الإشكال المعرفي أن يثور السؤال حول الجدوى من ذكر التعريف اللغوي، أي ما هي الفائدة من بيان التعريف اللغوي للمصطلح؟ هل هو مجرد تسويد لصفحات؟ أم أن المسألة أكبر من ذلك بكثير، وأنها تعبر عن «منهج أصيل في تفسير النصوص»؟

و لذلك، قبل بيان تعريف القضاء لغة، فإنه من الضروري منهجياً إثبات الجدوى أو عدم الجدوى من تناول التعريف اللغوي لأي مصطلح، وليس فقط مصطلح القضاء، أي بمعنى آخر: إثبات الجدوى من عدمها حول «منهجية علماء الشريعة الإسلامية في بيان المعنى اللغوي قبل التعريف الاصطلاحي للمصطلح».

و بناء على هذا التمهيد، فإن هذا الفرع ينقسم إلى بندين كالآتي:

البند الأول: الجدوى من التعريف اللغوي، ومن منهجية علماء الشريعة الإسلامية.

البند الثاني: معنى القضاء لغة.

و الآن إليك بيان هذه البنود بالتفصيل.

البند الأول: الجدوى من التعريف اللغوي، ومن منهجية علماء الشريعة الإسلامية:

قد يتساءل الدارس قائلًا: ما الجدوى من بيان المعنى اللغوي لأي مصطلح لدى علماء الشريعة، وما الغاية من هذه المنهجية لدى العلماء المسلمين، هل ينم ذلك عن «منهج علمي»؟ أم أن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد تسويد لصفحات، وأنه مجرد ترف فكري؟، وحتى لو فرضنا أنه له فائدة، فإن هذه الفائدة لا تعدو أن تكون شكلية، تدور حول القشور، ولا تصل إلى العمق، تمس بالشكل الخارجي، ولا تنفذ إلى الجوهر واللب، وبالتالي يمكن أن تكون كنوع من السداحة الفكرية، والعلم يرفض هذا، لأنه يتطلب الجدوية، ومن ثم وجب حذف وإلغاء التعريف اللغوي، أي التخلي عن هذه المنهجية - نسميها منهجية تسامحا، وإلا فهي ليست كذلك. والاختصار على التعريف الاصطلاحي.

و كَرِد على هذا الرأي الذي نسمعه أحيانا، فإننا نقول: إنَّ المعنى اللغوي من الضرورة المنهجية تناوله في بيان معنى أية كلمة أو لفظ أو مصطلح، وذلك لأن المعنى اللغوي لا يتعلق بالشكل فقط، كما قد يتبادر إلى الذهن، وإنما يدرس الحقيقة اللغوية في أصلها وجذورها ونشأتها، ليس في ذكر المعنى فقط، وإنما في التأصيل للمعنى، وأساسه، ثم الاستعمالات المختلفة للفظ والمصطلح، ومن ثم إدراك مدى حيوية اللغة مع المجتمع، ومع البيئة، ومع مختلف التطورات والتجليات: السياسية، والاقتصادية

والاجتماعية والثقافية، وغيرها. أي أن المعنى اللغوي ليس مجرد ألفاظ وحروف وشكل فقط، وإنما هو وصف لظاهرة لغوية اجتماعية معينة وتصويرها لنا. سواء كانت هذه الظاهرة إيجابية أم سلبية، عامة أو خاصة، مرفوضة أو مقبولة، بسيطة أو معقدة.

هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإنَّ الهدف والغاية والمقصد من بيان المعنى اللغوي هو الوقوف على الصلة والرابطة بين المعنى اللغوي الأصيل وبين المعنى الاصطلاحي الجديد الذي تم الانتقال إليه بفعل عامل أو عوامل متعددة.

وكمثال على ذلك نأخذ لفظ «الصلاة»، فهي في اللغة العربية لها معنى الدعاء⁽¹⁾. ولكن في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية غير ذلك، فهي: أقوال وأفعال تبدأ بالتكبير وتختتم بالتسليم، بنية التقرب إلى الله ﷻ⁽²⁾. فالصلة الموجودة بين المعنى اللغوي والشرعي للصلاة هو الدعاء، فالصلاة وإن كانت أقوال وأفعال مخصوصة تؤدي على وجه مخصوص، فإنها في المحصلة، دعاء للتقرب من الله ﷻ، وهذا هو المعنى الأصيل اللغوي للفظ الصلاة.

هذا مثال واحد فقط، وإلا فإن هناك أمثلة أخرى تشابه هذا المثال في ألفاظ أخرى وهي: الزكاة، الصوم، الحج، الجهاد... الخ.

بيد أنَّ الأهم من ذلك كله هو الوقوف على منهج التفكير والاجتهاد عند علماء الشريعة الإسلامية، فالذي يلاحظ أن منهج الاجتهاد والتفكير في الشريعة الإسلامية يرتبط بالنص من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة. والنص هو ألفاظ؛ وعبارات؛ وجمل؛ تحتاج إلى شرح وبيان، وهذا يعني الرجوع إلى اللغة العربية، وإلى أقوال العرب وأشعارهم من أجل الوقوف على حقيقة النص ولو جزئياً، أي أن منهج المسلم في تفهم النص الشرعي (القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة) هو اللجوء إلى اللغة العربية، باعتبار القرآن الكريم والسنة النبوية نصاً لغوياً عربياً، ومن ثم فيجب فهمه على أساس من قواعد النحو، وأساليب البيان، والبديع والبلاغة.

(1) - ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم المقاييس في اللغة، تحقيق: شهاب الدين عمرو، دار الفكر، بيروت، ط1، ص572، مادة: صلى. الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، عناية: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت، ط1، 1425هـ-2004م، ص180، مادة: صلى. الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، ضبط وتخريج وتعليق: مصطفى ديب البغا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط4، 1990م، ص239، مادة: صلى.

(2) - أنظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط2، دت، ج1، ص256. ابن مفلح، أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد، المبدع شرح المقنع، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م، ج1، ص263.

و نحن بهذا الكلام نريد أن نؤكد الحقيقة الآتية: بما أن التشريع الإسلامي نصوص، والذي جاء به كتاب معجز على أسمى طراز من البلاغة، كان بديهيا أن تنطلق فلسفة المجتهدين والعلماء في فهم النص من منطق اللغة لا من منطق العقل المجرد⁽¹⁾.

فالقاعدة الأولى في الاجتهاد والتفكير الإسلامي هي الاعتماد على اللغة العربية، وعلى منطق النقل والسمع والرواية والمأثور، لا العقل المجرد، الذي ينطلق من ذاته كأنه إله، أو أنه إله فعلا!!
أما القاعدة الثانية في منهج التفكير والاجتهاد الإسلامي هي الأخذ بالعقل، فيجب أن نتنبه إلى أن العقل في التفكير الإسلامي ليس مهما لا كليا، بل العقل في منهج الاجتهاد الإسلامي له أهمية كبرى وقصوى في الاعتبار والاعتداد به، فهو يشكل الحلقة الثانية بعد اللغة، وقد قلنا سابقا بأن «منهج المسلم في تفهم النص الشرعي هو اللجوء أولا إلى اللغة العربية»، وهذا يعني أن العقل له مكانة مميزة عظيمة في منهج الشرع الإسلامي، حيث إنه بعد فهم النص لغويا تأتي بعد ذلك إلى تفهم أو محاولة تفهم إرادة الشارع - وهو الله لأ - ومقاصده وغاياته ومراميه التي قصدتها من التشريع.
فالشرع الإسلامي ليس فقط نصوص لغوية، ولكنه أيضا مقاصد حركية، ذلك لأن «مجرد الوقوف عند حرفية النص لا يتفق مع طبيعة التشريع ذاته»⁽²⁾.

و لذلك كان التشريع الإسلامي مقاصد وغايات، وحكم ومصالح، ولا يمكن الوصول إليها إلا باستخدام العقل، إذ اللغة قاصرة في إدراك حقيقة النص إدراكا كلياً وشاملاً، ولكنها ضرورية منهجياً للتعرف على حقيقة النص، ولكنها تحتاج إلى العقل، وتفتقد إليه لفتح النص نحو الأفق ومختلف المستجدات والتطورات، وليس إلى غلقه، كما تفعل اللغة، على الرغم من إغلاق اللغة للنص هو إغلاق جزئي لا كلي.

و النتيجة أن الشرع الإسلامي منهجه قائم على قاعدتين: قاعدة اللغة والنقل والمأثور، وقاعدة العقل والمنطق. أي الاعتداد بالنقل والعقل معا. وهذا يعني أن الاعتداد بالمنهج اللغوي المحض، أو المنهج العقلي المحض، هو أمر لا يستقيم، ولا يتفق مع طبيعة التشريع ذاته، بما هو نصوص ودلالات، وإرادة وروح، ومقاصد وغايات.

و يلاحظ أن العقل في الشرع الإسلامي يقع في المرتبة الثانية، بعد النقل، وهناك عبارات لعلماء الإسلام تبين ذلك، منها ما قاله الغزالي، والشاطبي.

⁽¹⁾ - الدريني، فتحي، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، ط3، 1429هـ - 2008م، ص31.

⁽²⁾ - الدريني، فتحي، المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص31.

فالغزالي يقول: «العقل يدل على صدق النبي، ثم يعزل نفسه ويعترف بأنه يتلقى من النبي بالقبول ما يقوله في الله واليوم الآخر مما لا يستقل العقل بدركه، ولا يقضي أيضا باستحالته»⁽¹⁾.

و معنى هذا الكلام: أن العقل يثبت وجود الله ﷻ، ويثبت صدق نبوة محمد ﷺ، ثم بعد ذلك يعزل نفسه ليتلقى العلم من الوحي ومن الله تعالى، أي يتلقى العقل العلم من النقل والنص، ثم يعقل العقل النقل ويستخلص مقاصده وغاياته وأهدافه.

و يقول أبو حامد الغزالي أيضا في بيان أن العقل والنقل - أو السمع كما يسميه - لهما الأهمية نفسها في الشرع الإسلامي: «و أشرف العلوم ما ازدوج فيه العقل والسمع، واصطحب فيه الرأي والشرع، وعلم الفقه وأصوله من هذا القبيل، فإنه يأخذ من صفو الشرع والعقل سواء السبيل، فلا هو تصرف بمحض العقول، بحيث لا يتلقاه الشرع بالقبول، ولا هو مبني على محض التقليد الذي لا يشهد له العقل بالتأييد والتسديد»⁽²⁾.

و نص الشاطبي في العلاقة بين النقل والعقل أوضح في تقدم النقل على العقل، ولكن دون إهمال لهذا الأخير، فيقول الإمام أبو إسحاق الشاطبي: «إذا تعاضد النقل والعقل على المسائل الشرعية، فعلى شرط أن يتقدم النقل فيكون متبوعا، ويتأخر العقل فيكون تابعا فلا يسرح العقل في مجال النظر إلا بقدر ما يسرحه النقل»⁽³⁾.

ثم يورد لنا الشاطبي القياس كمثال على أنه ليس تصرفا عقليا محضا، ولكنه تصرف تحت نظر النقل⁽⁴⁾، بحسب ما أعطاه من إطلاق وتقييد، فالعقل يعقل ولكنه غير مستقل لوحده بالتشريع، فهو في الإسلام ليس «بكافر»، وإنما العقل في الإسلام «مؤمن بالله تعالى وبشرعه وأنه يعزل نفسه لتلقي العلم من الوحي ومن النبوة».

و إذا، فالتشريع الإسلامي يقوم منهج النقل والعقل معا، دون الاقتصار على أحدهما دون الآخر. فالمنهج النقلي هو الانطلاق من النص في شكله الخارجي وفي ألفاظه وعباراته وجمله، أي هو الفتح الأول.

أما المنهج العقلي وبعد أن يفهم من المنهج اللغوي يأخذ في فتح النص وفي تفهمه، أي هو الفتح الأخير، ولكنه ليس الفتح النهائي، لأن النص الشرعي مهما اجتهد الإنسان في فهمه فلا يستطيع

(1) - الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفي من علم الأصول، بعناية: ناجي السويد، المكتبة العصرية، بيروت، ط1، 1429هـ-2008م، ج1، ص14.

(2) - الغزالي، المستصفي، مصدر سابق، ج1، ص10.

(3) - الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي، الموافقات في أصول الشريعة، شرحو كشف مراميه، وخرج أحاديثه: عبد الله دراز، اعتناء: إبراهيم العجوز، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1415هـ-1994م، ج1، ص87.

(4) - الشاطبي، المصدر والصفحة نفسهما.

تفهمه تفهما تاما كلياً، إذ فهم البشر فهم قاصر، ولا يمكن أن يحيط بحقيقة النص الشرعي، وإنما يكون تفهمه تقريبي فقط.

و إذا، فالنتيجة التي نصل إليها هي أن المعنى اللغوي للمصطلح له أكثر من جدوى وأن له ضرورة منهجية و حتمية علمية يجب تناولها.

و لكن، وعلى الرغم من الوصول إلى هذه النتيجة الهامة للغاية، فإن ثمة إشكالا يرد هنا، فقد اعترض الفيلسوف الألماني هيغل جورج فلهلم فردريك على إيراد المعنى اللغوي في تناول أي مصطلح، حيث إن هيغل يرى أنه حتى ولو سلمنا بضرورة إيراد المعنى اللغوي فإن ذلك ينطوي على مشكلة كبيرة، وعلى خطأ جسيم، وهو أن المعنى اللغوي يحكمه التاريخ والزمن والمجتمع أو النظام المعرفي والسياسي والاقتصادي والاجتماعي الذي نشأ فيه المصطلح أو الكلمة أو العبارة.

فهيجل ينطلق من العبارة التي تقول: «التعريف في القانون المدني دائماً محفوف بالمخاطر»⁽¹⁾، ثم يقرر بناء على هذه العبارة أنه: «كلما زاد التفكك والتناقض الداخليين في التدابير التي تحدد السمة الأساسية لمضمون الحق، تضاعف إمكان وجود أي تعريف في هذا المجال، ذلك لأن التعريفات لا بد أن تصاغ في ألفاظ كلية، في حين أنك لو استخدمت هذه الألفاظ الكلية لنكشف لك في الحال، وبكل وضوح، مبلغ ما فيها من تناقض، وهو هنا: الخطأ»⁽²⁾.

ثم يورد هيغل مثالا على ذلك قائلا: «و هكذا نجد في القانون الروماني مثلاً أنه لا يمكن أن نصل إلى تعريف للإنسان، مادام أنه من غير الممكن أن يندرج العبد تحت هذا التعريف، والواقع أن وضع العبد نفسه كان إهانة موجهة لمفهوم الإنسان، ولقد كان من المخاطرة كذلك محاولة تعريف الملكية الخاصة والمالك في كثير من الحالات. لكن ربما يقال: إن استنباط التعريفات كان يستمد من الاشتقاقات اللغوية لاسيما عن طريق التجريد من حالات جزئية خاصة، وبالتالي فهو يقوم على العواطف والأفكار البشرية ومن ثم كانت صحة التعريف تعني مطابقتها للأفكار السائدة»⁽³⁾.

ثم يقرر هيغل خطورة هذا المنهج قائلا: «و هذا المنهج يهمل كل ما هو جوهري للعلم، أعني أنه يهمل، فيما يتعلق بالمضمون، الضرورة المطلقة للموضوع وهي الحق في هذه الحالة، وهو يهمل فيما يتعلق بالشكل طبيعة الفكرة الشاملة»⁽⁴⁾.

(1) - هيغل، جورج فلهلم فردريك، أصول فلسفة الحق، ترجمة وتقديم وتعليق: إمام عبد الفتاح إمام، دار التنوير، بيروت، ط3، 2007م، ج1، ص95.

(2) - هيغل، المرجع و الصفحة نفسها.

(3) - هيغل، المرجع و الصفحة نفسها.

(4) - هيغل، المرجع و الصفحة نفسها.

إن ما يريد هيجل أن يقوله هنا أن التعاريف، ومنها اللغوي، ليست متحررة من البيئة التي نشأت فيها، ومن ثم فهي قاصرة الدلالة، بل الأكثر من ذلك أنها غير بريئة وأنها منحازة إلى نظام معين، وأنها متهممة بالتحيز والظلم لأنها ذاتية غير موضوعية، فهي تحمل عواطف وأهواء مؤقتة محكومة بظرف زمني معين، وبنظام اجتماعي سياسي عقائدي ثقافي معين، وعن فترة تاريخية معينة أكثر ما تعبر عن حقيقة علمية موضوعية يعتد بها ويؤخذ بها كحقيقة علمية. وإذا كان الأمر كذلك فيجب تجاوز التعريف اللغوي وعدم إيرادها.

و نحن نعتقد أنه - لتجاوز هذا الإشكال - أن نذكر الأصل اللغوي للكلمة، ثم مختلف الاستعمالات اللغوية، الأخرى للكلمة أو المصطلح، وهذا من أجل التخلص من فكرة التحيز في التعريف اللغوي، أي أننا ننظر إلى اللفظ من جميع الزوايا والاتجاهات حتى لا نقع في مشكلة الذاتية، ومن ثم الابتعاد عن الموضوعية.

كما نرى كذلك أن هذه هي الطريقة ربما الوحيدة الكفيلة بتجاوز الإشكال الذي أورده هيجل. و الخلاصة التي تنتهي إليها في هذا العنصر هي ضرورة إيراد المعنى اللغوي، كما أنه يجب ذكر كل أو أغلب المعاني المختلفة للمصطلح مع بيان المعنى الرئيس والأساس والمركز والأصل للمصطلح.

البند الثاني: معنى القضاء لغة:

بالرجوع إلى معاجم اللغة العربية الأصيلة، فإننا نجد أن اللغويين العرب يذكرون ثلاثة معاني أصيلة مختلفة للفظ القضاء، وهذا كالاتي:

أولاً: المعنى الأصيل الأول للقضاء: إِحْكَامُ الْأَمْرِ، وَإِتْقَانُهُ، وَإِنْفَاذُهُ لِحُجَّتِهِ:

و هذا المعنى أورده ابن فارس، حيث يقول: «القضاء لغة من الفعل قضى، والقاف والضاد والحرف المعتل أصل صحيح يدل على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه لجهته، قال تعالى: ﴿فَقَضَيْنَهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾ [سورة فصلت: 12]. أي: أحكم خلقهن.

قال أبو ذؤيب الهذلي:

و عليها مسرودتان قضاهما داوود أو صنع السوابغ تبع

- والقضاء: الحكم، قال تعالى: ﴿فَأَقِصْ مَا أَنْتَ قَاضٍ﴾ [سورة طه: 72]. أي: اصنع واحكم، ولذلك سمي القاضي قاضياً: لأنه يحكم الأحكام وينفذها.

- و سميت المنية قضاء لأنه: أمر في ابن آدم وغيره من الخلق.

قال الحارث بن حلزة:

و ثمانون من تميم بأيديهم رماح صدورهن القضاء

أي: المنية»⁽¹⁾.

ثم قال ابن فارس بعد أن أورد المعنى اللغوي السابق: «و كل كلمة في الباب فإنها تجري على القياس الذي ذكرناه»⁽²⁾. غير أن بعض اللغويين يذكر أن هذا المعنى هو فرعي لا أصلي⁽³⁾.

ثانيا: المعنى الأصيل الثاني للقضاء الفصل والقطع:

و قد أورد هذا المعنى كل ممن الراغب الأصفهاني وابن منظور.

فالراغب الأصفهاني يذكر أن: «الْقَضَاءُ فَصْلُ الْأَمْرِ قَوْلًا كَانَ ذَلِكَ، أَوْ فَعَلًا وَ كَلَّ وَاحِدًا مِنْهُمَا عَلَى وَجْهَيْنِ: إلهي؛ و بشري.

- فمن القول الإلهي قوله: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾ [سورة الإسراء: 23]. أي: أمر بذلك، وقال تعالى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾ [سورة الإسراء: 04] فهذا قضاء بالإعلام والفصل في الحكم، أي: أعلمناهم وأوحينا إليهم وحيا جزما، وعلى هذا قال تعالى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ أَنَّ دَابِرَ هَتُولَاءِ مَقْطُوعٌ مُّصْبِحِينَ﴾ [سورة الحجر: 66].

- ومن الفعل الإلهي قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ﴾ [سورة غافر: 20]. وقوله: ﴿فَقَضَيْنَهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾ [سورة فصلت: 12]، إشارة إلى إيجاد الإبداعي والفراغ منه، نحو: ﴿بَدِيعَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾ [سورة البقرة: 117]، وقوله: ﴿إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى لِّقَضَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ [سورة الشورى: 14]، أي: لفصل.
- ومن القول البشري نحو: قضى الحاكم بكذا، فإن حكم الحاكم يكون بالقول.

- ومن الفعل البشري: قال تعالى: ﴿فَإِذَا قَضَيْتُمْ مَنَاسِكَكُمْ﴾ [سورة البقرة: 200]. وقوله: ﴿ثُمَّ لِيَقْضُوا تَفَثَهُمْ وَلِيُؤْتُوا نُذُورَهُمْ﴾ [سورة الحج: 29]، وقال: ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا﴾ [سورة الأحزاب: 37]، وقال: ﴿ثُمَّ أَقْضُوا إِلَيَّ وَلَا تُنظِرُونَ﴾ [سورة يونس: 71]، أي: افرغوا من أمركم، وقوله: ﴿فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاصٍ﴾ [سورة طه: 72]، وقوله: ﴿إِنَّمَا نَقْضَىٰ هَذِهِ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا﴾ [سورة طه: 72]، ويعبر عن الموت بالقضاء، فيقال: فلان قضى نجه، كأنه فصل أمره، المختص به من دنياه...

و قضى الدين: فصل الأمر فيه برده... وقوله: ﴿لَقَضَىٰ إِلَيْهِمْ أَجَلَهُمْ﴾ [سورة يونس: 11]، أي: فرغ من أجلهم، ومدتهم المضروبة للحياة.

(1) - ابن فارس، معجم المقاييس في اللغة، مصدر سابق، ص 893، مادة: قضى.

(2) - ابن فارس، معجم المقاييس في اللغة، مصدر سابق، ص 893.

(3) - ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب المحيط، تقدم: عبد الله العلايلي، إعادة بناء على الحرف الأول: يوسف خياط، دار الجليل، بيروت، بالاشتراك مع دار لسان العرب، بيروت، دط، 1408هـ-1988م، ج 5، ص 112، مادة: قضى.

و القضاء من الله تعالى أخص من القدر، لأنه الفصل بين التقديم، فالقدر: هو التقدير، والقضاء هو: الفصل والقطع... وشهد لذلك قوله: ﴿وَكَانَ أَمْرًا مَقْضِيًّا﴾ [سورة مريم: 21]، وقوله: ﴿وَقُضِيَ الْأَمْرُ﴾ [سورة البقرة: 210]، أي: فصل تنبيها أنه صار بحيث لا يمكن تلافيه، وقوله: ﴿وَإِذَا قُضِيَ أَمْرًا﴾ [سورة البقرة: 117]»⁽¹⁾.

و قال ابن منظور: «القضاء أصله: القطع والفصل، يقال: قضى يقضي قضاء، فهو قاض: إذا حكم وفصل»⁽²⁾.

ثالثا: المعنى الأصلي الثالث للقضاء انقطاع الشيء وتمامه:

يرى بعض اللغويين بأن القضاء «في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه»، ومنه قول تعالى: ﴿ثُمَّ قَضَىٰ أَجَلًا﴾ [سورة الأنعام: 02]، معناه: ثم ختم بذلك وأتمه⁽³⁾.

و حتى المعاني الأخرى الثانوية تنفرع عن هذا المعنى الأصلي.

فمن المعاني الثانوية: الإعلام، ومنه قال تعالى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾ [سورة الإسراء: 04]، أي: أعلمناهم إعلاما قاطعا.

- ومنه القضاء: للفصل في الحكم، وهو قوله: ﴿إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى لِّقَضَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ [سورة الشورى: 14]، أي: لفصل الحكم بينهم، ومثل ذلك قولهم: قد قضى القاضي بين الخصوم، أي: قد قطع بينهم في الحكم.

- ومن ذلك: قد قضى فلان دينه، تأويله: أنه قد قطع ما لغيره عليه وأداه إليه، وقطع ما بينه وبينه.

- ورجل قضى: سريع القضاء، يكون من قضاء الحكومة، ومن قضاء الدين.

- وقضى وطؤه: أتمه وبلغه، والانتضاء: ذهاب الشيء وفناؤه وكذلك التقضي، وانقضى الشيء وتقضى، بمعنى، وانقضاء الشيء، وتقضي: فناؤه وانصرامه⁽⁴⁾.

- والذي يمكن ملاحظته ما يأتي:

- إنَّ المعنى الأصلي الثالث يكاد أن يكون هو المعنى الأصلي الثاني، أو هو نفسه، ذلك أن

انقطاع الشيء وتمامه هو انفصال وفصل في الأمر وقطع له.

(1) - الراغب الأصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، تحقيق وضبط: محمد خليل عيثاني، دار المعرفة، بيروت، 1418هـ-1998م، ص406-407، مادة: قضى.

(2) - ابن منظور، لسان العرب المحيط، مصدر سابق، ج5، ص112، مادة: قضى.

(3) - ابن منظور، المصدر والصفحة نفسها.

(4) - ابن منظور، المصدر والصفحة نفسها.

- إنَّ اختلاف اللغويين في تحديد المعنى الأصلي والأساسي لكلمة القضاء هو اختلاف في الظاهر فقط، فعباراتهم تظهر بأن هناك اختلافاً، ولكن بالتدقيق في أقوالهم نجد أن هناك تطابقاً في تحديد المعنى الأصلي لكلمة القضاء، ونحن نقصد المعنيين الأصليين الأول والثاني.

و تفسير ذلك أن إحكام الشيء وإنفاذه هو فصل وقطع له. فالإحكام والإنفاذ يقتضى الفصل والقطع، وإلا لا معنى للإحكام حينئذ.

و النتيجة التي نتوصل إليها هي كالاتي: المعنى الأصلي والأساسي والجوهري لكلمة القضاء هي إْحْكَامُ الشَّيْءِ وَإِنْفَاذُهُ وَالْفَصْلُ وَالْقَطْعُ وَالْتِمَامُ، وبهذا نكون قد جمعنا الآراء الثلاثة ووفقنا بينها.

و القضاء له معاني لغوية كثيرة ومتعددة تنفرع كلها عن المعنى الأصيل والجوهري، وهذه المعاني اللغوية الثانوية هي كالاتي⁽¹⁾:

1- /الفرغ والانتهاء: ومنه قول تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ﴾ [سورة الجمعة: 10]، أي: فإذا أنهيت صلاة الجمعة وفرغتم منها.

2- /الأمر: ومنه قول تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾ [سورة الإسراء: 23].

3- /الإحكام والإبداع: ومنه قال تعالى: ﴿فَقَضَّاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾ [سورة فصلت: 12]، أي: أحكم صنعهن وخلقهن.

4- /الأداء: يقال: قد قضى دينه، أي أداه إلى صاحبه، ومنه قال تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتْهُم مِّنْ سَكِّكُم﴾ [سورة البقرة: 200]. وقوله: ﴿فَإِذَا قُضِيَتْهُمُ الصَّلَاةُ﴾ [سورة النساء: 103].

5- /البيان: قال تعالى: ﴿وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَىٰ إِلَيْكَ وَحْيُهُ﴾ [سورة طه: 114].

6- /الحكم والإلزام: ومنه قال تعالى: ﴿ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ﴾ [سورة النساء: 65].

7- /بلوغ الشيء ونيله: تقول: قضيت وطري: أي بلغت ونلت، وقضيت الحاجة كذلك، ومنه قال تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا﴾ [سورة الأحزاب: 37].

8- /التقدير والإرادة: ومنه قال تعالى: ﴿إِذَا قَضَىٰ أَمْرًا فَإِنَّمَا يَقُولُ لَهُ، كُنْ فَيَكُونُ﴾ [سورة آل عمران: 47].

(1) - ابن فارس، معجم المقاييس في اللغة، مصدر سابق، ص893، مادة: قضى. ابن منظور، لسان العرب المحيط، مصدر سابق، ج5، ص111-112، مادة: قضى. الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص343-344، مادة: قضى. الفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، ص262، مادة: قضى. الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ضبط وتوثيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، دط، 1415هـ-1995م، ص1192، مادة: قضى، حرف: الباء.

9/- الإعلام والإبلاغ والإنهاء: ومنه قوله تعالى: ﴿ وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ ﴾ [سورة الإسراء:

04]. أي أعلمناهم إعلاما قاطعا، وقوله: ﴿ وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ أَنَّ دَابِرَ هَتُؤَلَاءِ مَقْطُوعٌ مُّصْحِحِينَ ﴾ [سورة الحجر: 66].

10/- المضي: ومنه قال تعالى: ﴿ ثُمَّ أَقْضُوا إِلَيَّ وَلَا تُنظِرُونِ ﴾ [سورة يونس: 71].

11/- الموت والقتل: تقول: قضى عليه: أي قتله، ومنه قال تعالى: ﴿ وَنَادَا يَمْلِكُ لِيُقِضَ عَلَيْنَا رُبُّكَ ﴾ [سورة الزحرف: 77]. وقوله: ﴿ فَوَكَرَهُ مُوسَى فَقَضَى عَلَيْهِ ﴾ [سورة القصص: 15]، وقوله: ﴿ فَمِنْهُمْ مَنْ قَضَى نَجْبَةً ﴾ [سورة الأحزاب: 23].

12/- الوصية: تقول: قضى عليه عهدا: أوصاه، وأنفذه، وبه يفسر قوله =: ﴿ وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ ﴾ [سورة الإسراء: 04]. أي: عهدنا.

هذه تقريبا كل معاني القضاء الفرعية: وهي إجمالا: الفراغ والانتهاء، الإبلاغ والإعلام والإنهاء، والأمر، والإحكام والإبداع، والأداء، والبيان والحكم والإلزام، وبلوغ الشيء ونيله، والتقدير والإرادة، والمضي، والموت والقتل، وأخيرا الوصية والعهد.

أما المعنى الأصلي لكلمة القضاء في العربية فهو: الإحكام؛ والفصل؛ والقطع؛ والفراغ؛ والتمام. والذي يلاحظ أن هناك صلة وثيقة بين المعنى الأصلي والمعاني الثانوية لكلمة القضاء، فكل معنى ثانوي إلا وله بالمعنى الأصلي صلة وعلاقة، فالموت مثلا له صلة بالمعنى الأصلي وهو الفصل، أي الفصل بين الحياة والموت، وكذلك في باقي المعاني الأخرى. وهذا يدل على مدى دقة اللغة العربية في وصف الحقائق والظواهر والعلاقات المختلفة، وأن للعربية وصفا تسميه لكل حالة وظهر مهما كان هذا المظهر وهذه الحالة.

و قد أثار أحد كتاب القانون المعاصرين⁽¹⁾ شبهة حول كلمة القضاء في اللغة العربية، ومفادها أن لفظة القضاء في اللغة اللاتينية أدق وأبلغ وأشمل من لفظة القضاء في اللغة العربية، فيقول صاحب هذه الشبهة: «إن اللفظ اللاتيني المعبر عن القضاء أبلغ واشمل من اللفظ العربي لاحتوائه دون هذا الأخير على معنى توحي العدالة، مستدلا أن القضاء في اللاتينية: *inrisdicto* ومعناها: قول الحق، أي النطق به، وهذا معنى لا يعبر عنه لفظ القضاء في اللغة العربية من ذاته»⁽²⁾.

(1) - بهنام، رمسيس، علم النفس القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، 1979م، ص25، هامش: 01. نقلا عن: أحمد، فؤاد عبد المنعم، غنيم، الحسين علي، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي مع التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، دط، دت، ص08.

(2) - بهنام، رمسيس، علم النفس القضائي، مرجع سابق، ص25، هامش: 01. نقلا عن: أحمد، فؤاد عبد المنعم، غنيم، الحسين علي، الوسيط في التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص08.

و يكفي للرد على هذه الشبهة أن نشير إلى أن القضاء في العربية معناه الحكم، والحكم معناه: القضاء بالعدل⁽¹⁾. وإذا فالقضاء هو الحكم بالعدل⁽²⁾، أي أن هناك تناسبا طرديا بين القضاء والعدل والحكم. وبهذا تسقط الشبهة.

الفرع الثاني: تعريف القضاء اصطلاحا:

بعد أن وقفنا على تعريف القضاء لغة، نأتي الآن إلى تعريفه اصطلاحا، وذلك في بندين كالآتي:

البند الأول: تعريف القضاء اصطلاحا في الفقه الإسلامي.

البند الثاني: تعريف القضاء اصطلاحا في الفقه القانوني.

ثم بعد ذلك نأتي إلى المقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني في خصوص تعريف القضاء وبيان الموافقات والفروق بينهما.

البند الأول: تعريف القضاء اصطلاحا في الفقه الإسلامي:

يزخر الفقه الإسلامي بتعريفات كثيرة ومتعددة ومتنوعة للقضاء وفي مختلف المذاهب الفقهية من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، كما حاول بعض المعاصرين وضع تعريف للقضاء بناء على استخلصه من هذه المذاهب وبناء على ما وجه من نقد إلى هذه التعاريف أو إلى بعضها.

و للوقوف على هذا التعاريف أكثر فإننا نذكرها وفق الخطة الآتية:

أولا: تعريف القضاء عند الحنفية.

ثانيا: تعريف القضاء عند المالكية.

ثالثا: تعريف القضاء عند الشافعية.

رابعا: تعريف القضاء عند الحنابلة.

خامسا: تعريف القضاء عند الزيدية.

سادسا: تعريف القضاء عند المعاصرين.

سابعا: تعريفنا للقضاء.

و إليك بيان هذه العناصر بالترتيب.

أولا: تعريف القضاء عند الحنفية:

عرف فقهاء الحنفية القضاء بعدة تعاريف، حاولنا قدر المستطاع استقصاءها، دون التعليق عليها، من أجل الاختصار، فكانت هذه التعاريف.

(1) - ابن منظور، لسان العرب المحيط، مصدر سابق، ج 1، ص 688، مادة: حكم.

(2) - أحمد، فؤاد عبد المنعم، غنيم، الحسين علي، المرجع و الصفحة نفسها.

1- تعريف الكاساني:

عرف علاء الدين الكاساني الحنفي القضاء بقوله: «القضاء هو الحكم بين الناس بالحق، والحكم بما أنزل الله ﷻ»⁽¹⁾.

2- تعريف الحصكفي:

قال علاء الدين محمد بن علي الحصكفي معرفا القضاء: «القضاء هو فصل الخصومات وقطع المنازعات»⁽²⁾.

وله تعريف آخر حيث قال فيه: «و شرعا قطع الخصومة»⁽³⁾.

3- تعريف الزيلعي:

كما عرف فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي القضاء بقوله: «و هو في الشرع فصل الخصومات»⁽⁴⁾.

4- تعريف الصدر الشهيد:

عرف حسام الدين عمر بن عبد العزيز مازة المعروف بالصدر الشهيد القضاء، حيث قال بأنه: «فصل الخصومات، وفصل المنازعات»⁽⁵⁾.

5- تعريف ابن عابدين:

وقد عرف ابن عابدين القضاء بقوله: «فصل الخصومات، وقطع المنازعات، على وجه خاص»⁽¹⁾.

⁽¹⁾ - الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود ملك العلماء، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1394هـ-1974م، ج7، ص02. وانظر في نقده: الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، رسالة دكتوراه منشورة، عمادة البحث العلمي بجامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية، وزارة التعليم العالي، المملكة العربية السعودية، سلسلة الرسائل الجامعية 70، ط1، 1427هـ-2007م، ج1، ص35-36.

⁽²⁾ - الحصكفي، علاء الدين محمد بن علي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه أبي حنيفة النعمان، مطبوع مع حاشية رد المختار لابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ط2، 1399هـ-1979م، ج5، ص352. وانظره أيضا في: ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، بيروت، ط2، 1399هـ-1979م، ج5، ص352. ابن الشحنة، أبو الوليد إبراهيم بن أبي اليمن محمد بن أبي الفضل، لسان الحكام في معرفة الأحكام، مطبوع مع معين الحكام للطرابلسي، دار الفكر، بيروت، دط، 1402هـ-1982م، ص218. السروجي، أبو العباس شمس الدين أحمد بن إبراهيم بن عبد الغني، أدب القضاء، تحقيق ودراسة: صديقي بن محمد ياسين، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م، ص97. القونوي، قاسم بن عبد الله الروحي الحنفي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تعليق: يحيى مراد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ-2004م، ص84.

⁽³⁾ - الحصفكي، علاء الدين محمد بن علي، الدر المنتقى في شرح الملتقى، مطبوع بمجامع الأهر لداماد أفندي، بعناية: خليل عمران منصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ-1998م، ج3، ص210.

⁽⁴⁾ - الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط1، 1313هـ، ج4، ص175.

⁽⁵⁾ - الحسام الشهيد، أبو محمد عمر بن عبد العزيز، شرح أدب القاضي للخصاف، تحقيق: الشيخ أبو الوفا الأفغاني - والشيخ أبو بكر محمد الهاشمي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ-1994م، ص04.

وهو ذات التعريف السابق للصدر الشهيد إلا أنه زاد فيه عبارة: «على وجه خاص» لإخراج الصلح بين الخصمين⁽²⁾.

6- تعريف بدر الدين العيني:

عَوَّف بدر الدين العيني محمود بن أحمد الحنفي القضاء بقوله: «الإلزام وفصل الخصومات وقطع المنازعات»⁽³⁾.

7- تعريف الكمال بن الهمام:

وقد عرف الكمال بن الهمام محمد بن عبد الواحد القضاء، قائلاً: «القضاء هو الإلزام»⁽⁴⁾.

8- تعريف بن مودود الموصلية:

قال عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية في تعريف القضاء: «و في الشرع قول ملزم يصدر عن ولاية عامة»⁽⁵⁾.

وقريب منه جدا تعريف داماد أفندي حيث جاء فيه: «قول ملزم صدر عن ولاية عامة»⁽⁶⁾. وقد تبنى محمود بن عرنوس هذا التعريف وأخذ به عند تعريفه للقضاء⁽⁷⁾.

9- تعريف قاسم بن قطلوبغا:

عرف قاسم بن قطلوبغا الحنفي القضاء - وقد صرح بأنه تعريف للحكم - بأنه: «إنشاء إلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا»⁽⁸⁾.

(1) - ابن عابدين، حاشية رد المختار، مصدر سابق، ج 5، ص 352. وقد اعتبر محمد الزحيلي تعريف ابن عابدين أحسن التعاريف. أنظر: الزحيلي، محمد، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار الفكر المعاصر، بيروت، بالاشتراك مع دار الفكر، دمشق، ط 2، 1423هـ-2002م، ص 61.

(2) - ابن عابدين، المرجع و الصفحة نفسها.

(3) - العيني، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ط 2، 1411هـ-1990م، ج 8، ص 3.

(4) - ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد، شرح فتح القدير في شرح الهداية للمرعيناني، وبهامشه العناية شرح الهداية للبابرتي، وبذيله حاشية سعد الله الجلي على العناية ج 7، ص 252. وانظر: ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط 2، ج 6، ص 277. العيني، البناية في شرح الهداية، مصدر سابق، ج 8، ص 3.

(5) - بن مودود الموصلية، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، تعليق: الشيخ محمود أبو دقيقة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، ج 2، ص 82. وأنظر: الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، وبهامشه فتاوى قاضيخان و الفتاوى البيزانية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 4، 1406هـ-1986م، ج 3، ص 306. وذكره أيضاً: الأبياني بك، محمد زيد، مختصر كتاب المرافعات الشرعية، د م ن، ص 125.

(6) - داماد أفندي، عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، بعناية: خليل عمران منصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1419هـ-1998م، ج 3، ص 210.

(7) - بن عرنوس، محمود بن محمد، تاريخ القضاء في الإسلام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط 1، ص 9.

(8) - بن قطلوبغا، قاسم، موجبات الأحكام وواقعات الأيام، تحقيق: محمد سعود المعيني، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1983م، ص 190. ابن نجيم، البحر الرائق، ج 6، ص 277، ابن عابدين، حاشية رد المختار، مصدر سابق، ج 5، ص 352. ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم بن

10/- تعريف منلا خسرو:

وعرّف محمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو الحنفي القضاء بقوله: «إلزام على الغير؛ بيينة؛ أو إقرار؛ أو نكول»⁽¹⁾.

11/- تعريف القونوي:

عرف قاسم بن عبد الله القونوي الروحي الحنفي القضاء بقوله: «إلزام على الغير بيينة أو إقرار»⁽²⁾.

ثانيا: تعاريف القضاء عند المالكية:

اجتهد المالكية في تعريف القضاء، فكانت هذه المحاولات.

1/- تعريف ابن راشد:

عرّف ابن راشد⁽³⁾ القضاء بقوله: «إخبار على حكم شرعي على طريق الإلزام»⁽⁴⁾.
كما ورد بصيغة: «الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام»⁽⁵⁾.
وورد عند بعضهم⁽⁶⁾ بصيغة: «الإخبار بالحكم على وجه الإلزام».

محمد، الرسائل الزينية في مذهب الحنفية، المسماة: رسائل ابن نجيم الاقتصادية، دراسة وتحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية: محمد أحمد سراج، علي جمعة محمد، دار السلام، القاهرة، ط2، 1427هـ-2006م، ص398. وقد ورد بصيغة: «...المتعارف مما...» والباقي كله صحيح.

⁽¹⁾ - منلا خسرو، محمد بن فراموز، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام، مطبوع بهامشه: غنية ذوي الأحكام للشرنبلالي، مير محمد كتب خانة، كراحي، دط، دت، ج2، ص404.

⁽²⁾ - القونوي، أنيس الفقهاء، مصدر سابق، ص84.

⁽³⁾ - هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن راشد القفصي الإمام العلامة العمدة الفقيه الأصولي، ولد بقفصة بتونس، وتعلم بتونس والإسكندرية والقاهرة. تولى قضاء قفصة، ثم صرف عنه، توفي سنة 736 هـ. من كتبه: الشهاب الثاقب في شرح مختصر ابن الحاجب الفرعي - المذهب في ضبط قواعد المذهب، وهو في ستة أسفار ليس للمالكية مثله - الفائق في الأحكام والوثائق. وغيرها من التأليف الحسنة.

- أنظر ترجمته في: مخلوف، محمد بن محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الفكر، بيروت، دط، دت، ص207-208، رقم الترجمة: 722. الزركلي، خير الدين، الأعلام - قاموس تراجم الرجال والنساء العرب والمستعربين والمستشرقين، دار العلم للملايين، بيروت، ط15، 2002م، ج6، ص234.

⁽⁴⁾ - ابن راشد، أبو عبد الله محمد بن عبد الله البكري القفصي المالكي، كتاب لباب اللباب في بيان ما تضمنته أبواب الكتاب من الأركان والشروط والموانع والأسباب، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، دط، دت، ص311. وانظر أيضا: ابن فرحون، بهان الدين أبو الوفاء العمري، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: بعناية: جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ-1995م، ج1، ص09. الخطاب، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: أحمد جاد، شركة القدس للتجارة، القاهرة، ط1، 1429هـ-2008م، ج6، ص93. ويلاحظ أن الخطاب ذكره ونسبه لابن رشد (الجد) والصحيح أنه لابن راشد القفصي. التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة شرح التحفة، دار الفكر، بيروت، دط، دت، ص1416هـ-1996م، ج1، ص93. عليش، محمد، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار صادر، بيروت، دط، دت، ج4، ص136. ميارة، محمد بن أحمد، الإلتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، دار الفكر، بيروت، دط، دت، ج1، ص10. الونشريسي، أحمد بن يحيى، الولايات، تحقيق: يحيى حمزة عبد القادر الوزنة، عالم المعرفة، الجزائر، دط، 2011م، ص143.

⁽⁵⁾ - ابن فرحون، تبصر الحكام، مصدر سابق، ج1، ص09. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص93. التسولي، البهجة، مصدر سابق، ج1، ص93. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص136. ميارة، الإلتقان والإحكام، مصدر سابق، ج1، ص10. الونشريسي، الولايات، مصدر سابق، ص143.

⁽⁶⁾ - الجعلي، عثمان بن حسنين بري المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، قصر الكتاب، البلدة، دط، دت، ج2، ص195.

2/- تعريف ابن طلحة الأندلسي:

عرف ابن طلحة الأندلسي⁽¹⁾ القضاء، فقال: « الْقَضَاءُ مَعْنَاهُ الدُّخُولُ بَيْنَ الْخَالِقِ وَالْخَلْقِ، لِيُؤَدِّيَ فِيهِمْ أَوْامِرَهُ وَأَحْكَامَهُ، بِوَاسِطَةِ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ »⁽²⁾.

3/- تعريف ابن عرفة:

و لابن عرفة تعريفان هما:

أ/- **التعريف الأول:** اجتهد ابن عرفة المالكي في تعريفه الأول للقضاء تعريفا منطقيا فقال في تعريفه: «القضاء صفة حكمية، توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي، ولو بتعديل أو تجريح، لا في عموم مصالح المسلمين»⁽³⁾.

ب/- **التعريف الثاني:** و عرف ابن عرفة أيضا القضاء - فيما نقله عنه تلميذه أبو القاسم بن أحمد بن محمد البلوي القيرواني، المعروف بالبرزلي - بقوله: « إنه ولاية تنفيذ حكم شرعي مستند لولاية سلطانية »⁽⁴⁾.

وقال أيضا: « وعند قراءتنا التهذيب عليه قال مرة هو: حكم شرعي مستند لولاية سلطانية، أو صفة توجب قبول حكم موصوفها قبولاً كلياً بولاية إمام أو جماعة لفقده »⁽⁵⁾.

4/- تعريف ابن سلمون:

(1) - هو أبو بكر عبد الله بن غالب بن طلحة بن أحمد بن عبد الله بن غالب الحاربي الغرناطي. كان محدثاً صدوقاً ثقة. أخذ العلم عن ابن عطية وعباس بن علي بن العربي وغيرهم. مولده سنة 511 هـ، وتوفي سنة 598 هـ. مخلوف، محمد بن محمد، شجرة النور الزكية، مصدر سابق، ص 161، رقم الترجمة: 497.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 09. ميارة، شرح تحفة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 10. ابن الأزرق، أبو عبد الله محمد بن علي بن محمد الأصبحي الغرناطي، بدائع السلك في طبائع الملك، تحقيق: علي سامي النشار، الدار العربية للموسوعات، بيروت، ط 1، 1427 هـ - 2006 م، ج 1، ص 249. الونشريسي، الولايات، مصدر سابق، ص 143-144.

(3) - الرصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة الموسوم ب: الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق ابن عرفة الوافية، القدس للنشر والتوزيع، القاهرة، ط 1، 1430 هـ - 2009 م، ص 568. ميارة، شرح تحفة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 09. الزرقاني، عيد الباقي بن يونس، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، دط، دت، ج 7، ص 123. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 6، ص 93. الونشريسي، الولايات، مصدر سابق، ص 144. زروق، أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي، حاشية على متن الرسالة، ومطبوع بمامشه شرح ابن ناجي، المطبعة الجمالية، مصر، 1333 هـ - 1914 م، ج 2، ص 273. ابن ناجي، قاسم بن عيسى التنوخي القروي، شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ومطبوع بمامشه شرح زروق، المطبعة الجمالية، مصر، 1333 هـ - 1914 م، ج 2، ص 273. وانظر شرحه في: الرصاع، المصدر نفسه، ص 568-571. ميارة، المصدر والصفحة نفسها. النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، ضبط وتحرير: عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1418 هـ - 1997 م، ج 2، ص 357. النباهي، أبو الحسن علي بن عبد الله بن الحسن المالغي الأندلسي، المرقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا، المشهور ب: تاريخ قضاة الأندلس، تقدم وضبط وشرح: صلاح الدين الهواري، المكتبة العصرية، صيدا-بيروت، ط 1، 1426 هـ - 2006 م، ص 19-20.

(4) - ابن الأزرق، بدائع السلك، مصدر سابق، ج 1، ص 251-252.

(5) - ابن الأزرق، بدائع السلك، مصدر سابق، ج 1، ص 251-252.

عَوَّف أبو محمد عبد الله بن عبد الله بن علي الكناني المشهور بابن سلمون القضاء بقوله: «القضاء هو النيابة عن الإمام في تنفيذ الأحكام الشرعية»⁽¹⁾.

5- تعريف ابن خلدون:

حاول واجتهد عبد الرحمان بن خلدون في وضع تعريف للقضاء، وانتهت به محاولته واجتهاده بقوله: «و أما القضاء فهو من الوظائف الداخلة تحت الخلافة، لأنه منصب الفصل بين الناس في الخصومات، حسماً للتداعي، وقطعاً للتنازع، إلا أنه بالأحكام الشرعية المتلقاة بالكتاب والسنة»⁽²⁾.

6- تعريف الدردير:

عَوَّف سيدي أحمد بن محمد الدردير القضاء بقوله: «حكم حاكم أو مُحْكَم بأمر ثبت عنده، كدين، وحبس، وقتل، وجرح، وضرب، وسب، وترك صلاة ونحوها، وقذف وشرب وزنا، وسرقة وغصب وعدالة، وضدها، وذكورة وأنوثة، وموت وحياة، وجنون وعقل، وسفه ورشد، وصغور كبير، ونكاح وطلاق، ونحو ذلك، ليرتب على ما ثبت عنده مقتضاه أو حكمه بذلك المقتضى»⁽³⁾.

7- تعريف ميارة:

عرف محمد بن أحمد الشهير بميارة القضاء بقوله: «القضاء: الحكم والفصل بين المتخاصمين»⁽⁴⁾.

8- تعريف للمالكية غير منسوب:

ذكر بعض المالكية تعريفاً للقضاء لم ينسبوه إلى أحد، وهذا التعريف هو أن القضاء: «الفصل بين الخصومات»⁽⁵⁾.

ثالثاً: تعاريف القضاء عند الشافعية:

ذكر الشافعية خمسة تعاريف للقضاء هي كالآتي:

1- تعريف أبي المعالي الجويني:

وله تعريفان كالآتي:

أ- **التعريف الأول:** عرف إمام الحرمين أبو المعالي الجويني القضاء فقال بأنه: «إظهار حكم الشرع في الواقعة من مطاع»⁽¹⁾.

(1) - ابن سلمون، أبو محمد عبد الله بن عبد الله بن علي الكناني، العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، مطبوع بمامش تبصرة الحكام لابن فرحون، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت، ج2، ص192.

(2) - ابن خلدون، عبد الرحمان، المقدمة، تحقيق: علي عبد الواحد وافي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، دط، 2006م، ج2، ص604.

(3) - الدردير، سيدي أحمد، الشرح الصغير، مطبوع مع بلغة السالك للساوي، ضبط وتصحيح: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ-1995م، ج4، ص69.

(4) - ميارة، شرح تحفة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص15.

(5) - الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، ص568. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص93. ابن ناجي، شرح الرسالة، مصدر سابق، ج2، ص273-274.

ب/- **التعريف الثاني:** وقال الجويني أيضا: « والحكم على مذهبنا ليس افتتاح أمر، وإنشاء شأن، وإنما هو إظهار ما تعذر ممن هو مطاع متبع»⁽²⁾.

2/- تعريف الخطيب الشربيني:

قال الخطيب الشربيني شمس الدين محمد بن أحمد موفى القضاء بأنه: «فصل الخصومة بين خصمين فأكثر؛ بحكم الله تعالى»⁽³⁾.

3/- تعريف العز بن عبد السلام:

عرف العز بن عبد السلام القضاء بقوله: «الحكم الذي يستفيد القاضي بالولاية هو إظهار حكم الشرع في الواقعة، ممن يجب عليه إمضاؤه فيه، بخلاف المفتي، فإنه لا يجب عليه إمضاؤه»⁽⁴⁾.

4/- تعريف القلقشندي:

ويعرف أحمد بن عبد الله القلقشندي الشافعي القضاء بقوله: «القيام بالأحكام الشرعية، وتنفيذها على أوامر الشرع، وقطع المنازعات»⁽⁵⁾.

5/- تعريف أبي زكريا الأنصاري:

حدد أبو زكريا الأنصاري أبو يحيى زكريا بن محمد القضاء قائلا: «القضاء هو إلزام ممن له الإلزام، بحكم الشرع»⁽¹⁾.

(1) - الغزّي، أبو الروح عيسى بن عثمان، معين الحكام على معرفة الأحكام، تحقيق: رغدان مجيد محمد الهيتي، سلسلة إحياء التراث الإسلامي (92)، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، ديوان الوقف السني، جمهورية العراق، ط1، 1430هـ-2009م، ص229. وانظر أيضا: الرملي، أبو العباس أحمد، حاشية على أسنى المطالب، تحقيق: محمد مطرحي، دار الفكر، بيروت، ط1، 1428هـ-1429هـ-2008م، ج6، ص264.

(2) - ابن أبي الدم، شهاب الدين إبراهيم عبد الله، الدرر المنظومات في الأفضية والحكومات، المشهور بأدب القضاء، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1407هـ-1987م، ص209.

(3) - الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دراسة وتحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد عوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، تقديم: محمد بكر إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ-1994م، ج6، ص257. الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دراسة وتحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد عوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود. تقديم: محمد بكر إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، ص2، ج2، ص602. وأنظر أيضا: الشرفاوي، عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الشافعي الزهري، حاشية الشرفاوي على تحفة الطلاب لأبي زكريا الأنصاري، دار الفكر، دط، 1426هـ-1427هـ-2006م، ج2، ص472.

(4) - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص257. الغزّي، معين الحكام، مصدر سابق، 229. الكوهجي، عبد الله بن الشيخ حسن الحسن، زاد المحتاج بشرح المنهاج، تحقيق: عبد الله إبراهيم الأنصاري، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، دط، 1409هـ-1988م، ج4، ص510. الرملي، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - القلقشندي، أحمد بن عبد الله، مآثر الإنافة في معالم الخلافة، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج، عالم الكتب، بيروت، 1427هـ-2006م، ص42.

وجاء عن البجيرمي: «الولاية الآتية والحكم المترتب عليها، أو إلزام من له الإلزام، بحكم الشرع»⁽²⁾.

6- تعريف الرُّملي:

قال للرُّملي شمس الدين محمد بن أحمد الشافعي معرفاً للقضاء بأنه: «هو الإلزام ممن له، في الوقائع الخاصة، بحكم الشرع، لمعين أو غيره»⁽³⁾.

أو هو: «الولاية الآتية والحكم المترتب عليها، أو إلزام من له الإلزام بحكم الشرع»⁽⁴⁾.

رابعا: تعريف القضاء عند الحنابلة:

من خلال الاطلاع على كتب الحنابلة التي وقعت بين أيدينا استطعنا أن نستخرج خمسة تعاريف

في المذهب، هي كالآتي:

1- تعريف ابن النُّجَّار:

عرف ابن النُّجَّار محمد تقي الدين بن أحمد الحنبلي القضاء بقوله: «تبيين الحكم الشرعي، والإلزام به، وفصل الخصومات»⁽⁵⁾.

و تجنبنا للتكرار، فإن ما قيل حول الإظهار والإلزام وفصل الخصومات يقال هنا أيضا.

2- تعريف ابن مُفْلِح:

قال ابن مفلح الحنبلي معرفاً للقضاء بأنه: «النظر بين المترافعين له للإلزام، وفصل الخصومات»⁽⁶⁾.

3- تعريف الحَجَّوِي:

عرف موسى بن أحمد الحَجَّوِي الحنبلي القضاء بقوله: «الإلزام وفصل الخصومات»⁽⁷⁾.

(1) - زكريا الأنصاري، أبو يحيى زكريا بن محمد، عماد الرضا ببيان آداب القضاء، ج 1، ص 58. نقلا: الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج 1، ص 44. البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر، تحفة الحبيب على شرح الخطيب - المشهور بن: حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1417هـ-1996م، ج 5، ص 305.

(2) - زكريا الأنصاري، أبو يحيى زكريا بن محمد، عماد الرضا ببيان آداب القضاء، ج 1، ص 58. نقلا: الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج 1، ص 44. البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب، مصدر سابق، ج 5، ص 305.

(3) - الرملي، حاشية على أسنى المطالب، مصدر سابق، ج 6، ص 264.

(4) - الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بالاشتراك مع مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ط 2، 1413هـ-1993م، ج 8، ص 235.

(5) - ابن النُّجَّار، تقي الدين الفتوح الحنبلي المصري، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التقيح وزيادات، تحقيق: عبد الغني عبد الخالق، عالم الكتب، بيروت، ط 2، 1416هـ-1994م، ج 2، ص 390. البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات المسمى: دقائق أولى الهي لشرح المنتهى، دار الفكر، بيروت، ط 1، 1416هـ-1994م، ج 3، ص 459. البهوتي، منصور بن يونس، الروض المربع بشرح زاد المستتفع، خرج أحاديثه: فارس بن فتحي بن إبراهيم، دار ابن الهيثم، القاهرة، ط 1، 1427هـ-2006م، ص 608.

(6) - ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 8، ص 139.

(7) - الحجاوي، موسى بن أحمد، الإقناع، مطبوع مع كشاف القناع للبهوتي، تحقيق: أبو عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1418هـ-1997م، ج 6، ص 362.

4- تعريف البهوتي:

و عرف منصور بن يونس البهوتي الحنبلي القضاء قائلاً: «القضاء: الإلزام بالحكم الشرعي، وفصل الخصومات»⁽¹⁾.

5- تعريف المرادوي:

و عرف علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الحنبلي القضاء بأنه: «الإلزام»⁽²⁾.
خامساً: تعاريف القضاء عند الزيدية:

بالبحث والتنقيب استطعنا أن نستخرج مجموعة تعاريف للقضاء عن الزيدية، وهي كالاتي:

1- تعريف الصنعاني محمد بن إسماعيل:

عرف محمد بن إسماعيل الصنعاني القضاء بقوله: «الإلزام ذي الولاية بعد الترافع»⁽³⁾.

2- تعريف ذكره محمد بن إسماعيل الصنعاني ولم ينسبه:

بعد أن ذكر محمد بن إسماعيل الصنعاني التعريف السابق، ذكر بعد ذلك تعريفاً آخر ولكنه لم ينسبه إلى أحد، فقال: «و قيل: هو الإكراه بحكم الشرع، في الوقائع الخاصة، لمعين أو جهة»⁽⁴⁾.

3- تعريف أحمد بن قاسم الصنعاني:

عرف أحمد بن قاسم الصنعاني القضاء بقوله: «الحكم بين الناس»⁽⁵⁾.

سادساً: تعاريف القضاء عند المعاصرين:

حاول بعض الباحثين المعاصرين كل بطريقته الخاصة صياغة تعريف اصطلاحى للقضاء مؤسساً على التعاريف السابقة، فكانت هذه المحاولات.

1- تعريف الدكتور عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز الحميضي:

يعرف الباحث عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز الحميضي القضاء بقوله: «القضاء هو النظر في القضايا وإثباتها أو نفيها، لإظهار أحكامها على مقتضياتها»⁽¹⁾.

(1) - البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، مطبوع بهامش الإقناع للحجوي، تحقيق: أبو عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418 هـ-1997م، ج6، ص362.

(2) - المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان السعدي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: أبو عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418 هـ-1997م، ج11، ص147.

(3) - الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير البمني، سبل السلام بشرح بلوغ المرام في أدلة الأحكام، تعليق ومراجعة: الشيخ محيي الدين محمد بعيون، المكتبة الحديثة، بيروت، بالاشتراك مع دار ابن زيدون، بيروت، دط، ج4، ص499.

(4) - الصنعاني، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - الصنعاني، أحمد بن قاسم العنسي اليماني، التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، دط، 1414 هـ-1993م، ج4، ص184.

2- تعريف الدكتور محمد الزحيلي:

عرف محمد الزحيلي القضاء بأنه: «سلطة الفصل بين المتخاصمين، وحماية الحقوق عامة، بالأحكام الشرعية»⁽²⁾.

3- تعريف الدكتور محمد نعيم ياسين:

وقد عرف القضاء بقوله: «فصل الخصومات بإظهار حكم الشارع فيها على سبيل الإلزام»⁽³⁾.

4- تعريف الدكتور عبد الكريم زيدان:

عرف الدكتور عبد الكريم زيدان القضاء قائلاً: «هو الحكم بين الخصوم بالقانون الإسلامي، بكيفية مخصوصة»⁽⁴⁾.

5- تعريف الدكتور أحمد بن محمد بن صالح الخضير:

بعد أن أورد الدكتور أحمد بن محمد بن صالح الخضير لمختلف تعاريف مذاهب الفقهاء للقضاء ومناقشتها خلص إلى تعريف القضاء بأنه: «تبيين الحكم الشرعي في الخصومات على وجه خاص، ممن له الولاية، والإلزام به»⁽⁵⁾.

سابعاً/ - تعريفنا للقضاء في الفقه الإسلامي:

من المسلم به أن أي تعريف لا يكون سليماً ومقبولاً إلا إذا تضمن عناصره الأساسية والجوهرية التي تميزه عن غيره، والعناصر الجوهرية والأساسية للقضاء هي أركانه التي لا تقوم ماهيته إلا بها. ولذا فإنه من أجل تعريف القضاء في الفقه الإسلامي فإننا نعرف الركن أولاً، ثم نتبعه ببيان أركان القضاء بشيء من التفصيل، ثم في الأخير نستخلص تعريف القضاء.

أ/ - تعريف الركن اصطلاحاً: للركن تعريفان هما:

الأول: ما لا وجود لذلك الشيء إلا به⁽⁶⁾، أي نفس ماهية الشيء بجميع أجزائه⁽⁷⁾.

(1) - الحمضي، عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، رسالة دكتوراه، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، ط1، 1409هـ-1989م، ص40.

(2) - الزحيلي، محمد، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية والأنظمة والقوانين في سورية والعربية السعودية والإمارات العربية، دار الفكر، دمشق، ط2، 1423هـ-2002م، ص63.

(3) - ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، رسالة دكتوراه، دار النفائس، عمان، ط1، 1419هـ-1999م، ص28.

(4) - زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1421هـ-2000م، ص13.

(5) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص50.

(6) - الكفوي، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني، الكليات: معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش - ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1413هـ-1993م، ص481. الجرجاني، الشريف علي بن محمد، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1408هـ-1988م، ص112.

(7) - التهانوي، محمد علي بن علي بن محمد، كشف اصطلاحات الفنون، وضع حواشيه: أحمد حسن بسج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1998م، ج2، ص265.

الثاني: ما يدخل في حقيقة الشيء، أي بعض الأجزاء لا كلها.⁽¹⁾ مثل القيام ركن في الصلاة، فهو جزء منها، ولكن الصلاة ركن من أركان الإسلام.

ب/- تعريف رَأْكَانِ الْقَضَاءِ اصطلاحاً:

يقصد بأركان القضاء اصطلاحاً: «أجزاء ماهيته التي لا يتم القضاء . الذي هو الحكم . مع احتلال واحد منها».⁽²⁾

ج/- أما أركان القضاء فهي ستة:⁽³⁾ مُصَدِرِ الْقَضَاءِ، الْمُقْضِي بِهِ، الْمُقْضِي لَهُ، الْمُقْضِي فِيهِ، الْمُقْضِي عَلَيْهِ، وَكَيْفِيَّةِ الْقَضَاءِ .

- الركن الأول: مُصَدِرِ الْقَضَاءِ:

- القاضي: وهذا أصل متفق عليه بين الفقهاء، حيث يفصل في جميع الحقوق والجرائم.⁽⁴⁾

- المحكم: وهو الذي يتم تعيينه من طرف الخصوم ليفصل بينهم في النزاع.⁽⁵⁾

وقد اختلف العلماء في اختصاصه: فذهب الحنفية⁽⁶⁾؛ والمالكية⁽⁷⁾؛ والشافعية⁽⁸⁾ في قول؛ والحنابلة والحنابلة في رواية⁽⁹⁾؛ إلى أنه يفصل في الأموال فقط، أي حق العبد. أما ما فيه حق الله كالجرائم وأحكام الأسرة فقالوا: لا يجوز له الفصل فيها.

ورأى البعض - وهو مذهب الشافعية في قول آخر؛ والحنابلة في رواية أخرى أيضاً - أن له الفصل في جميع الأموال والجرائم وأحكام الأسرة⁽¹⁾. وليس هذا موضع التفصيل في هذه المسألة.

(1) - الكفوي، المصدر و الصفحة نفسها. الجرجاني، التعريفات، المصدر و الصفحة نفسها. التهانوي، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - ميارة، شرح تحفة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص15.

(3) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص21. ابن راشد، لباب اللباب، مصدر سابق، ص311-312. ميارة، المصدر نفسه، ج1، ص15-16. التسولي، البهجة في شرح التحفة، مصدر سابق، ج1، ص110. حيدر، علي، درر الحكام، مرج سابق، ج4، ص571. الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج5، ص352-354. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص352-354. الطرابلسي، علاء الدين علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، ومطبوع بمأمله لسان الحكام لابن الشحنة الحنفي، دار الفكر، بيروت، د ط، 1402هـ-1982م، ص13-36. الونشريسي، الولايات، مصدر سابق، ص163-165. الأبياني بك، محمد زيد، مختصر كتاب المرافعات الشرعية، مرجع سابق، ص127-128.

(4) - ابن فرحون، المصدر والصفحة نفسها.

(5) - ابن فرحون، المصدر والصفحة نفسها. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص24. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص193. نظام الملك وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص397.

(6) - ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص25-26. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص193. نظام الملك وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص397. بن مودود الموصل، الاختيار لتعليل المختار، مصدر سابق، ج2، ص93-94.

(7) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص17-50.

(8) - ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص121. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص519-520. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص267-268.

(9) - ابن تيمية (الجدد)، مجد الدين أبو البركات عبد السلام، المحرر في الفقه، تحقيق: عبد العزيز بن صالح الطويل - أحمد بن عبد العزيز الجماز، دار بن حزم، بيروت، بالاشتراك مع دار أطلس الحضراء، الرياض، ط1، 1429هـ-2008م، ص638.

- الخليفة أو الإمام الأعظم: حيث أجاز له بعض الفقهاء الحكم والقضاء.⁽²⁾
- ويلاحظ أن بعض المعاصرين⁽³⁾ يذكر القاضي فقط في هذا الركن، وهذا مخالف لما قرره الفقهاء.
- الركن الثاني: المقضي به: ويقصد به مصادر التشريع الإسلامي: من القرآن الكريم، والسنة، والإجماع، والقياس، والاستحسان، والمصالح المرسلة، وغيرها من المصادر بحسب كل مذهب، وهذا ما أشارت إليه المادة 1787 من مجلة الأحكام العدلية.
- الركن الثالث: المقضي له: وهو المدعي بحق له. ونصت عليه المادة 1789 مجلة الأحكام العدلية.
- الركن الرابع: المقضي فيه: وهو جميع الحقوق المالية وأحكام الأسرة، ومختلف الجرائم.
- وقد حدد الفقهاء ما ينظر فيه القضاء وأنه عشرة أنواع، وهي:⁽⁴⁾
- الأول: الفصل في المنازعات، وقطع التشاجر والخصومات، إما صلحا عن تراض، ويراعى فيه الجواز، أو إجبار بحكم بات يعتبر فيه الوجوب.
- الثاني: استيفاء الحقوق ممن مطل بها، وإيصالها إلى مستحقيها بعد ثبوت استحقاقها من أحد وجهين: إقرار، أو بينة.
- الثالث: ثبوت الولاية على من كان ممنوع التصرف بجنون أو صغر، والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس، حفظاً للأموال على مستحقيها، وتصحيحاً لأحكام العقود فيها.
- الرابع: النظر في الأوقاف، بحفظ أصولها، وتنمية فروعها، والقبض عليها، وصرفها في سبيلها.
- الخامس: تنفيذ الوصايا على شرط الموصي فيما أباحه الشرع ولم يحظره.
- السادس: تزويج الأيامي بالأكفاء إذا عد من الأولياء ودعين إلى النكاح.

(1) - ابن أبي الدم، المصدر والصفحة نفسها. الخطيب الشربيني، المصدر والصفحة نفسها. الكوهجي، المصدر والصفحة نفسها. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، مصدر سابق، ج 8، ص 159-160. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج 6، ص 440. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج 6، ص 390-392. ابن تيمية (الجد)، المصدر والصفحة نفسها.

(2) - القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي، والإمام، تحقيق: أبو بكر عبد الرزاق، المكتب الثقافي، القاهرة، ط 1، 1989م، ص 83.

(3) - الحميضي، عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز، القضاء ونظامه، مرجع سابق، ص 44. الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج 1، ص 50.

(4) - الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد حبيب البصري، الأحكام السلطانية و الولايات الدينية، خرج أحاديثه و علق عليه: خالد عبد اللطيف السبع العلمي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 3، 1420 هـ-1999م، ص 138-139. أبو يعلى الفراء، محمد بن الحسين، الأحكام السلطانية، تصحيح: محمود حسن، دار الفكر، بيروت، دط، 1414 هـ-1994م، ص 76-77. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، مصدر سابق، ج 8، ص 146-147. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج 6، ص 420. البهوتي، المصدر نفسه، ج 6، ص 367-368. ابن تيمية (الجد)، المصدر والصفحة نفسها. النباهي، المرقبة العليا، مصدر سابق، ص 5-6. النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود- الشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، ط خاصة، 1423 هـ-2003م، ج 8، ص 107-108. الونشريسي، الولايات، مصدر سابق، ص 116-168.

- السابع: إقامة الحدود على مستحقيها، فإن كان من حقوق الله تعالى تفرد باستيفائه من غير طالب إذا ثبت بإقرار أو بينة، وإن كان من حقوق الأدميين كان موقوفاً على طلب مستحقه.

- الثامن: النظر في مصالح عمله من الكف عن التعدي في الطرقات والأفنية، وإخراج ما لا يستحق من الأجنحة والأبنية.

- التاسع: تصفح الشهود والأمناء، واختيار النائبين عنه من خلفائه في إقرارهم، والتعويل عليهم مع ظهور السلامة، وصرفهم والاستبدال لهم مع ظهور الجرح والخيانة.

- العاشر: التسوية في الحكم بين القوي والضعيف، والعدل بين المشروف والشريف. هذه هي المسائل التي ينظر فيها القضاء.

والذي يلاحظ على هذه الأعمال القضائية أنها نوعان⁽¹⁾:

- إما تصرفات قضائية، وهي الأحكام القضائية؛

- وإما تصرفات غير قضائية.

فالتصرفات القضائية يمكن تعريفها بأنها تلك التصرفات الصادرة من المحكمة في خصومة ومنازعة،

الحكم فيها يتميز بالإلزام واللزوم. وهذه التصرفات القضائية من خلال العناصر العشرة السابقة هي:

- الفصل في المنازعات وقطع التشاجر والخصومات .

- استيفاء الحقوق ممن مطل بها وإيصالها إلى مستحقيها .

- إقامة الحدود أي الفصل في الجرائم .

وتتميز هذه التصرفات بأنها ملزمة، ولها الحجية القضائية سواء للمحكمة أو للخصوم.

أما التصرفات غير القضائية، وتسمى في القانون الوضعي بالأعمال الولائية، فيمكن تعريفها بأنها

تلك التصرفات الصادرة من المحكمة في غير خصومة، القرار فيها يتميز بالإلزام فقط دون اللزوم. بحيث

يمكن تعديله كلياً أو جزئياً، أو إلغاؤه.

وهذه التصرفات غير القضائية هي:

- ثبوت الولاية على كل ممنوع من التصرف.

- النظر في الأوقاف.

- تنفيذ الوصايا.

- تزويج الأيامي بالأكفاء.

- النظر في مصالح عمله من الكف عن التعدي في الطرقات والأفنية.

(1) - القرافي، الإحكام، مصدر سابق، ص90-96. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص80-89.

- تصفح الشهود والأمناء.

- التسوية والحكم بالعدل بين الخصوم.

فكل هذه التصرفات يلاحظ أنها تصدر من المحكمة في غير خصومة ولا منازعة، مما يجعلها تصرفات غير قضائية، ومن ثم فإنها تتميز بأنها ملزمة ولكن لا حجية لها، فيجوز لقاض آخر أن يغيرها، أو يعدلها، أو يلغيها، وهذا بخلاف التصرفات القضائية.

ومن ثم يتبين لنا أن التصرفات القضائية تتفق مع التصرفات غير القضائية في عنصر الإلزام، وتختلف عنها في عنصر الحجية أو كما يسميه الفقهاء بـ«اللزوم». فالتصرفات القضائية لها اللزوم والحجية للمحكمة والخصوم، وكذلك لكافة الناس، أما التصرفات غير القضائية فهي تفتقر إلى اللزوم والحجية، فيجوز للمحكمة التي صدر منها التصرف أن تعدله أو تلغيه جزئياً أو كلياً، فهي حرة ومطلقة في اتخاذ القرار الذي تراه.

وقد لاحظ ابن خلدون أن التصرفات غير القضائية لم تكن من اختصاص القضاء في عصر الخلفاء، ولكن بسبب التطورات المختلفة أضيفت هذه التصرفات إلى اختصاص القضاء. يقول ابن خلدون: «إلا أن القاضي إنما كان له في عصر الخلفاء الفصل بين الخصوم فقط، ثم دفع لهم بعد ذلك أمور أخرى على التدرج، بحسب اشتغال الخلفاء والملوك بالسياسة الكبرى، واستقر منصب القضاء آخر الأمر على أنه يجمع مع الفصل بين الخصوم استيفاء بعض الحقوق العامة للمسلمين؛ بالنظر في أمور المحجور عليهم من المجانين واليتامى والمفلسين وأهل السفه، وفي وصايا المسلمين وأوقافهم، وتزويج الأيامي عند فقد الأولياء، على رأي من رآه، والنظر في مصالح الطرقات والأبنية، وتصفح الشهود والأمناء والنواب، واستيفاء العلم والخبرة فيهم بالعدالة والجرح ليحصل له الوثوق بهم، وصارت هذه كلها من تعلقات وظيفته، وتوابع ولايته»⁽¹⁾.

والهدف من ذكر هذه الأعمال القضائية بهذا التفصيل، وكذلك أنواع هذه الأعمال، هو بيان ما يصدر عن القضاء من أعمال وأن المقصود من القضاء ليس فقط إصدار الأحكام، أي أننا نريد أن ننبه أن الأعمال القضائية منها ما هو ملزم وله الحجية، ومنها ما هو ملزم ولكن لا حجية له. وذلك لأنه قد يتبادر في أذهان البعض أن ما يصدر عن القضاء هو الأحكام فقط، التي تتميز بالإلزام واللزوم معاً، وهذا غير صحيح بناء على ما ذكرناه من أن اختصاصات القضاء هي عشرة.

(1) - ابن خلدون، المقدمة، مصدر سابق، ج2، ص607.

- **الركن الخامس: المحكوم عليه:** «وهو كل من توجه عليه حق إما بإقراره إن كان ممن يلزمه إقراره، وغما بالشهادة بعد الإعذار والعجز عن المدفع، وبعد يمين الاستبراء إن كان الحق على ميت أو على غائب»⁽¹⁾.

أو هو المدعى عليه أو مرتكب الجريمة، وهو الذي نصت عليه المادة 1788 مجلة الأحكام العدلية.

- **الركن السادس: كيفية القضاء:** وهي بيان الطريقة أو الطرق الواجب اتباعها من طرف القاضي والخصوم للفصل في النزاع. وهذا الركن نصت عليه المادة 1740 مجلة الأحكام العدلية .

هذه هي أركان القضاء، وهذه هي أعمال القضاء، وأنها على نوعين: قضائية، وتتميز بخاصية الإلزام واللزوم. وغير قضائية، وتتميز بخاصية واحدة هي الإلزام فقط، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى يجب أن نتنبه إلى مسألة جوهرية أشار إليها الفقهاء في كتبهم، وهي أن القضاء ولاية من الولايات الشرعية العامة⁽²⁾، مثل غيره من الولايات: كولاية الخلافة أو الإمامة الكبرى، وولاية المظالم، وولاية الحسبة، وولاية الحج، وولاية الصدقات. وهذه حقيقة لا يجوز تجاوزها أو إغفالها. تميزا له عن الولايات الشرعية الخاصة مثل: الولاية على النفس.

كما أن الفقهاء كثيرا ما تكلموا عن الغاية من القضاء والمقصد منه⁽³⁾، فهو إلى جانب قطع التشاجر؛ وفصل الخصومات، وهذا إزالة مفسدة، فإن من أغراضه أيضا تحقيق العدل والمساواة، والانتصاف للمظلوم من الظالم، وهذا جلب مصلحة. وبالإجمال - وكما قال ابن راشد أبو عبد الله محمد بن عبد الله البكري المالكي - فإن المقصد من القضاء هو: «حفظ النظام، ودفع الضرر العام»⁽⁴⁾.

ويقول ابن تيمية: «المَقْصُودُ مِنَ الْقَضَاءِ وَصُولُ الْحُقُوقِ إِلَى أَهْلِهَا وَقَطْعُ الْمَخَاصِمِ. فَوْصُولُ الْحُقُوقِ هُوَ الْمَصْلَحَةُ، وَقَطْعُ الْمَخَاصِمِ إِزَالَةُ الْمَفْسَدَةِ. فَالْمَقْصُودُ هُوَ جَلْبُ تِلْكَ الْمَصْلَحَةِ وَإِزَالَةُ هَذِهِ الْمَفْسَدَةِ. وَوَصُولُ الْحُقُوقِ هُوَ مِنَ الْعَدْلِ الَّذِي تَقُومُ بِهِ السَّمَاءُ وَالْأَرْضُ. وَقَطْعُ الْخُصُومَةِ هُوَ مِنْ "بَابِ دَفْعِ الظُّلْمِ وَالضَّرْرِ" كِلَاهُمَا يَنْقَسِمُ إِلَى إِنْقَاءِ مَوْجُودٍ؛ وَدَفْعِ مَفْقُودٍ.

(1) - ابن راشد، لباب اللباب، مصدر سابق، ص312.

(2) - الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص129-148-194-202. أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص74-84-103-122-129. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص147. الونشريسي، الولايات، مصدر سابق، ص127-143.

(3) - القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى، مصدر سابق، ص34. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص10. الونشريسي، المصدر نفسه، ص145. العيني، البناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج8، ص4. الأبياني بك، محمد زيد، مختصر كتاب المرافعات الشرعية، مرجع سابق، ص125.

(4) - ابن راشد، لباب اللباب، مصدر سابق، ص311. وانظر أيضا: ابن الأزرق، بدائع السلك، مصدر سابق، ج1، ص250.

ففي وصول الحقوق إلى مستحقها يحفظ موجودها ويحصل مقصودها، وفي الخصومة يقطع موجودها ويدفع مفقودها . فإذا حصل الصلح زالت الخصومة التي هي أحد المقصودين . وأما "الحقوق" فإما أن تكون وصلت معه أو رضي صاحب الحق بتركه وهو جائز، وإذا انفصلت الحقوق بحكم وشهادة ونحو ذلك فقد يكون في فصلها جرح الحكام والشهود ونحو ذلك وهو من المفاسد التي لا يصر إليها إلا لضرورة كالمخاصمة؛ فإنه قد يكون في الفصل الأمر صعباً بين المتخاصمين وغيرهما . فالأقسام أربعة:

- إما فصل بصلح . فهذا هو الغاية لأنه حصل المقاصد الثلاث على التمام .
- وإما فصل بحكم مر . فقد حصل معه وصول الحق وقطع الخصومة ولم يحصل معه صلاح ذات البين .

- وإما صلح على ترك بعض ما يدعي أنه حق . فهذا أيضاً قد حصل مقصود الصلح وقطع النزاع ؛ ولم يحصل مقصود وصول الحقوق ؛ لكن ما يقوم مقامه من الترك .
ومن هنا يتبين أن الحكم بالصلح أحسن من الحكم بالفصل المر لأنهما اشتركا في دفع الخصومة، وامتاز ذلك بصلاح ذات البين مع ترك أحدهما لحقه ؛ وامتاز الآخر بأخذ المستحق حقه مع ضغائن . فتلك المصلحة أكمل لا سيما إن كان الحق إما هو في الظاهر وقد يكون الباطن بخلافه .

- وأما لا فصل ولا صلح فهذا لا يصلح يحصل به مفسدة ترك القضاء . وإن كان الحق في يد صاحبه كالوقف وغيره يخاف إن لم يحفظ بالبينات أن ينسيه شرط ويجحد ولا يأتيه ونحو ذلك ؛ فهنا في سماع الدعوى والشهادة من غير خصم حفظ الحق المجحود عن خصم مقدر، وهذا أحد مقصودي القضاء فلذلك يسمع ذلك . ومن قال من الفقهاء : لا يسمع ذلك كما يقوله طوائف من الحنفية والشافعية والحنبلية فعنده ليس للقضاء فائدة إلا فصل الخصومة ولا خصومة ولا قضاء؛ فلذلك لا تسمع البينة إلا في وجه مدعى عليه لتظهر الخصومة . ومن قال بالخصم المسخر فإنه ينصب للشر ثم يقطعه . ومن قال : تسمع، فإنه يحفظ الحق الموجود ويذر الشر المفقود . والله أعلم⁽¹⁾ .

وبناء على هذه المحددات: من أن أركان القضاء ستة، وأن القضاء ولاية شرعية عامة، وأن غرضه تحقيق العدل، فإنه يمكن تعريف القضاء كالآتي:

القضاء ولاية شرعية عامة، تناط بمن له الأهلية المطلوبة، تصدر عنها تصرفات بكيفية مخصوصة كلها على سبيل الإلزام

(1) - ابن تيمية (الحفيد)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمان بن محمد بن قاسم بمساعدة ابنه محمد، أشرف على الطباعة والإخراج المكتب التعليمي السعودي بالمغرب، مكتبة المعارف، الرباط، دط، دت، ج35، ص355-356.

ولها اللزوم في بعضها دون الآخر، بقصد حسم النزاع، وقطع التشاجر، وتحقيق العدل بين الخصوم، في إطار نصوص الوحي الإسلامي ومبادئه.

البند الثاني: تعريف القضاء اصطلاحا في الفقه القانوني:

تمهيد وتقسيم:

اختلف الفقه القانوني في تعريف القضاء اختلافا شديدا، ومرد هذا الاختلاف أو الخلاف هو التشابه الكبير مع القرار الإداري، أي تشابه أعمال كل من السلطتين القضائية والتنفيذية. فمن المعلوم بدهاءة، وهو الموجود علميا في الواقع، أن الدولة لها ثلاث وظائف، وهي الوظيفة التشريعية، والوظيفة التنفيذية، والوظيفة القضائية.

و بالكاد ألا يثور أي إشكال في التمييز بين الوظيفتين التشريعية والقضائية، بحيث إن التمييز بينهما واضح يكاد يكون مطلقا، ولا يثير أية مشاكل أو اختلاف بين فقهاء القانون⁽¹⁾. فالوظيفة التشريعية تقوم بوضع قواعد سلوك اجتماعية عامة مجردة، تتوجه إلى جميع الأفراد بصفاتهم لا بأسمائهم وذواتهم.

أما الوظيفة القضائية فهي تقوم بتطبيق هذه القاعدة العامة الصادرة من السلطة القائمة بالوظيفة التشريعية على وقائع خاصة فردية، بالأسماء والألقاب لا بالصفات والنوع، ومن ثم فصفة العمومية والتجريد مفقودة أو غائبة في القرار الذي يتخذه القاضي، لأنه مختص بالخصومة التي صدر فيها، ومن ثم فلا يتعداها إلى غيرها⁽²⁾.

و من جهة أخرى، فإن ما يصدر عن الوظيفة التشريعية من نصوص قانونية هو ملزم للجميع بحسب صفاتهم، ويحتج بها عليهم، أما ما يصدر عن الوظيفة القضائية، فهو لا يلزم إلا المخاطب بها فقط ولا يتعداه إلى غيره⁽³⁾.

و من جهة ثالثة، فإن ما يصدر عن السلطة التشريعية يمكن لهذه السلطة أن تعد له أو تلغيه صراحة أو ضمنا، حتى من نفس الأعضاء الذين أصدره، أما القاضي في الوظيفة التشريعية فلا يستطيع إلغاء حكمه الذي أصدره، أو تعديله كلياً أو جزئياً⁽⁴⁾. فهو لا يملك أية سلطة بإعادة النظر في حكمه

(1) - سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، دت، ج1، ص57-58. بدرخان، عبد الحكيم إبراهيم، معايير تعريف العمل القضائي من وجهة نظر القانون العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 1994م، ص03.

(2) - سعد، إبراهيم نجيب، المرجع نفسه، ج1، ص58. بدرخان، عبد الحكيم إبراهيم، المرجع نفسه، ص03-04.

(3) - بدرخان، عبد الحكيم إبراهيم، معايير تعريف العمل، المرجع سابق، ص03-04.

(4) - بدرخان، عبد الحكيم إبراهيم، المرجع والصفحة نفسها.

من جديد إلا في الحالات التي ينص فيها القانون الصادر من السلطة التشريعية على ذلك كالمعارضة مثلاً م 297 ق.إ.م.إ.وم 409-415 ق.إ.ج.

أما المسألة التي تثير الصعوبة، فهي مسألة التمييز بين الوظيفة القضائية والوظيفة التنفيذية الإدارية، إذ أن كليهما يطبق القانون الصادر من المشرع، فما الذي يفرق بينهما؟ هل تتم التفرقة والتمييز بينهما على أساس الشكل من حيث الإجراءات، وعدم وجود السلطة الرئاسية في الوظيفة القضائية بخلاف الوظيفة الإدارية؟ أم أن المعيار هو موضوع الوظيفة؟ أم أنه لا بد من الجمع بين هذين المعيارين معاً، وأنه من الصعوبة، إن لم يكن من المستحيل، الأخذ بمعيار واحد؟

لقد انقسم فقهاء القانون الوضعي حيال هذه المشكلة اختلافاً شديداً وكانت نتيجة الخلاف ظهور ثلاثة معايير في تعريف العمل القضائي، ونحن نتناول هذه المعايير بشيء من التفصيل الموجز وفق العناصر الآتية:

أولاً: المعايير الشكلية

ثانياً: المعايير الموضوعية.

ثالثاً: المعايير المختلفة، الجامعة بين الشكلية والموضوعية معاً.

و إليك هذه المعايير بهذا الترتيب.

أولاً: المعايير الشكلية:

- تعريف وتقسيم:

نقصد بالمعايير الشكلية في تحديد العمل القضائي بأنها تلك المعايير التي تركز على العنصر الخارجي الظاهري للعمل القضائي، مثل: الاستقلالية، وعدم تبعية القضاة إلى سلطة رئاسية، الإجراءات والأشكال المتبعة في إصدار العمل القضائي، أو الأثر الذي يتيح هذا العمل، وصفة العضو القائم بالعمل.

هذه هي النقطة المركزية والنواة الرئيسية للمعايير الشكلية فهي تتفق من حيث المبدأ ولكنها تختلف في اعتبار العنصر الأهم، ومن ثم تعددت الرؤى والتصورات فكانت هناك أربعة معايير هي كالاتي:

1/- المعيار العضوي أو معيار الجهة القائمة بالعمل.

2/- المعيار الإجرائي أو معيار الأشكال والإجراءات المتبعة في إصدار العمل.

3/- معيار الأثر القانوني.

4/- معيار تدرج القواعد القانونية.

هذه أشهر المعايير الشكلية، مع الإشارة إلى أن هناك معايير شكلية أخرى، ولكنها غير مشهورة ولا تلقى القبول عند الباحثين⁽¹⁾.

و نأتي الآن إلى بيان هذه المعايير تعريفاً وتقديراً، بحسب الترتيب السابق.

1/- المعيار العضوي:

يرى جانب من الفقه القانوني أن العمل القضائي هو العمل الصادر من هيئات قضائية منظمة بطريقة معينة.

و لذلك يوصف هذا المعيار بأنه عضوي، ويقصد به: تحديد العضو الذي يصدر منه، فإذا كان العضو قاضياً كان العمل قضائياً، وإذا كان العضو إدارياً كان العمل إدارياً. و النتيجة أن العمل القضائي هو ما يصدر عن الذي يحمل صفة «القاضي»، زيادة على ذلك، فإن الهيئة القضائية تتميز عن الهيئة الإدارية بالاستقلال وعدم التبعية لسلطة رئاسية، فالقاضي لا يخضع للقاضي، وإنما يخضع للقانون، أما الإداري فيخضع إلى مسؤولية الأعلى منه⁽²⁾.

2/- المعيار الإجرائي:

يقصد بهذا المعيار: الأشكال والأوضاع والمظاهر الخارجية التي عادة ما يتم إتباعها أمام الهيئة المنظمة خصيصاً لأداء وظيفة القضاء، والتي من شأنها أن تكفل ترتيب قوة الحقيقة القانونية⁽³⁾. و من ثم و بناء على هذا المعيار، فإن الوظيفة القضائية هي تلك الوظيفة التي تتم باتباع إجراءات وأشكال معينة لا توجد في الوظائف الأخرى. و من أمثلة هذه الإجراءات: علانية الجلسات - المواجهة بين الخصوم - تسيب الأحكام - التقاضي على درجتين - إجراءات التحقيق و الطعن و الحكم و إصدارها و غيرها.

3/- معيار الأثر القانوني:

يقوم هذا المعيار - بناء على رأي أصحابه - على أساس آثار العمل وعلى وجود الحجية من عدمها. و من ثم، فالعمل القضائي هو الذي يربط أثراً هاماً، هو حجية الشيء المحكوم به، و أن هذه الحجية لا توجد إلا في العمل القضائي، أما العمل الإداري فلا حجية لما يصدر عنه، فيمكن إلغاؤه و تعديله من نفس الموظف أو الهيئة التي أصدرته.

(1) - بدرخان، عبد الحكيم إبراهيم، معايير تعريف العمل، مرجع سابق، ص 73-75.

(2) - فهيمي، وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه منشورة، منشأة المعارف الإسكندرية، دط، 1974م، ص 59-60. بدرخان، عبد الحكيم إبراهيم، المرجع نفسه، ص 13-31.

(3) - سعد، نجيب إبراهيم، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ج 1، ص 61-62. بدرخان، عبد الحكيم إبراهيم، المرجع نفسه، ص 44.

و لذلك، وبناء على هذا المعيار، فإن العمل القضائي هو: تقرير أمر يلحق به المشرع قوة الحقيقة القانونية، أي لتحديد طبيعة العمل القضائي لابد من الوقوف على إرادة المشرع⁽¹⁾.

4/- معيار تدرج القواعد القانونية على شكل هرمي:

يقوم هذا المعيار⁽²⁾ على أساس ما يتصور أصحابه من أن القانون وقواعده ليست على درجة واحدة، وإنما هي متدرجة في القوة من الأعلى إلى الأسفل، وإنما هناك تدرج في القواعد القانونية، وتفسير ذلك: أن البناء القانوني في الدولة يتكون من مجموعة من القواعد القانونية العامة والمجردة، ولكن هذه القواعد ليست على درجة واحدة، وإنما على مستويات مختلفة، متدرجة من الأعلى إلى الأسفل، على شكل هرم متدرج، فيقع في الأعلى القواعد القانونية الأساسية، الأزلية، البالغة في التجريد والعمومية، وهي قواعد فوق الدستور، ومن ثم تسمو على الدستور، ثم تأتي بعدها القواعد الدستورية، وهي أقل عمومية وتجريداً، وأكثر تجسيدا من القواعد المثالية الأولى.

ثم في المرتبة الثانية، يأتي المشرع العادي، الذي يكون الأقل تجريداً وعمومية من القانون المثالي والدستور، والأكثر تجسيدا، وهكذا نستمر في التدرج التنازلي حتى نصل إلى القاعدة الفردية الصادرة من سلطة إدارية دنيا، وهي قاعدة خاصة لا تجريد فيها.

و من ثم ينتج لدينا هرم قانوني: قمته القانون المثالي، ثم بعد ذلك في الأسفل يأتي الدستور، ثم في أسفله القانون العادي، ثم اللوائح، وأخيرا القرارات الفردية.

أما عن الأثر المترتب على هذا التدرج هو خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى، فالدستور يخضع للقانون المثالي، والقانون العادي يخضع للدستور، واللوائح تخضع للقانون العادي. والقرار الفردي يخضع للوائح... وهكذا، ولاشك أن الخضوع سيكون على شكل إجراءات بينها القاعدة الأعلى، وإلا كانت القاعدة الأدنى باطلة.

وبناء على هذا التوصيف للهرم القانوني وللقواعد القانونية، فإن وظائف الدولة هي وظائف تكون القانون ذاته، فالسلطة التي تضع الدستور هي سلطة تأسيسية، والسلطة التي تضع القانون هي سلطة تشريعية، والسلطة التي تنفذ هي سلطة تنفيذية، وهكذا. ومن ثم كل سلطة تطبق قانونا أعلى منها، فواضع الدستور يخضع ويطبق القاعدة الأساسية، وهي قاعدة مفترضة مثالية، والمشرع يخضع ويطبق الدستور، كما يعد منشأ في الوقت ذاته لقاعدة أدنى درجة تكون أكثر تحديداً وتخصيصاً.

(1) - فهمي، وجددي راغب، النظرية العامة للعمل، مرجع سابق، ص 24-30. سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ج 1، ص 63-64. بدرخان، عبد الحكيم إبراهيم، معايير تعريف العمل، مرجع سابق، ص 135.

(2) - أنظر في عرض نظرية تدرج القواعد القانونية: تناغو، سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الإسكندرية، دط، 1986م، ص 17-24. بدرخان، عبد الحكيم إبراهيم، المرجع نفسه، ص 58-59.

و بناء على كل هذا، فإن ما يميز الوظيفة القضائية عن الوظيفة التشريعية ليس لأنها مطبقة للقانون، ولكن لأنها تنشئ قواعد فردية، في حين تنشئ الوظيفة التشريعية قواعد عامة. أما ما يميز الوظيفة القضائية عن الوظيفة الإدارية فهو الطريقة التي يتم بها إنشاء هذه القواعد الفردية، إذ أن الوظيفة القضائية طريقتها في ذلك الاستقلال العضوي، أما الوظيفة الإدارية فطريقتها في ذلك التبعية الرئاسية، ومن ثم ينتج لدينا أن معيار التمييز بين الوظيفة القضائية والوظيفة الإدارية هو معيار عضوي، فتقوم المحاكم بالوظيفة الأولى والهيئات الإدارية بالوظيفة الثانية⁽¹⁾.

ثانيا: المعايير الموضوعية:

- تعريف وتقسيم:

يقصد بالمعايير الموضوعية تلك المعايير التي تقوم على الحقائق الجوهرية، والطبيعة الأساسية التي يقوم عليها العمل القضائي، لا الأشكال والإجراءات ومثال هذه الحقائق الجوهرية: الغرض والفائدة من العمل - وجود نزاع وخصومة. وغيرها من الحقائق.

هذا ما تتفق حوله هذه المعايير، وهذه هي النقطة المركزية، والنواة الرئيسة لها، بيد أنها تختلف بعد ذلك في تحديد المعيار السليم لطبيعة العمل القضائي، فكانت هذه المعايير الثلاثة:

1/- معيار البناء الداخلي للعمل أو خصائصه.

2/- معيار الغرض والغاية من العمل.

3/- معيار حسم النزاع والخصومة.

و إليك هذه المعايير بهذا الترتيب.

1/- معيار البناء الداخلي للعمل أو خصائصه:

يقوم هذا المعيار⁽²⁾ على أساس تحليل وتفكيك العمل القضائي من داخله، ومعرفة أجزائه التي يتركب منها وكيفية التركيب، ومن ثم فالعمل القضائي عمل مركب، يتضمن حل مسألة أو قضية قانونية تعرض على القاضي. وبمعنى آخر، إن وظيفة القضاء هي: تقرير مخالفة أو عدم مخالفة القانون الذي يدعيه الفرد أمامه، ومن ثم فالعمل القضائي عمل ذهني أساسه المنطق.

و بناء على هذا، فإن العمل القضائي يتركب من ثلاثة عناصر، هي: الادعاء، والتقدير، والقرار،

وذلك كالآتي:

(1) - فهمي، وجدي راغب، النظرية العامة للعمل، مرجع سابق، ص 20-21. بدرخان، عبد الحكيم إبراهيم، معايير تعريف العمل، مرجع سابق، ص 60-68.

(2) - سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ص 67-68. بدرخان، عبد الحكيم إبراهيم، معايير تعريف العمل، مرجع سابق، ص 83-100. فهمي، وجدي راغب، النظرية العامة للعمل، مرجع سابق، ص 31-35. تناسو، سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 49.

⑥- / الادعاء بمخالفة القانون: وهو مسألة أو قضية قانونية مطروحة أمام القاضي، أو السلطة العامة للقضاء.

⑦- / التقدير: وهنا يتحقق القاضي من الادعاء المعروض عليه، هل خالف القانون أم لا؟ ومن ثم يقوم القاضي بحل المسألة أو القضية القانونية، ولكن هذا التقرير لا يكفي، بل لابد من أن يتبعه قرار.

⑧- / القرار: وهو النتيجة الضرورية، والجواب المعطى للمسألة أو القضية القانونية، وهذا القرار لا يمكن أن يصدر إلا طبقا لمنطق التقرير، بمعنى آخر أن هناك ارتباطا منطقيا بين التقرير والقرار، ومن ثم لا يمكن التجزئة بينهما.

2- / معيار الغرض والغاية من العمل:

- تمهيد وتقسيم:

حاول جانب من الفقه القانوني في إطار تحديد ماهية العمل القضائي، أن يضعوا معيارا يحدده، فرأوا أن المعيار في ذلك هو الغرض والهدف والغاية الذي يقوم العمل من أجل تحقيقها، خاصة أن لكل وظيفة ولكل عمل غاية وهدفا ينشده ويسعى إليه، هذه الغاية والهدف تختلف من عمل إلى آخر، ومن وظيفة إلى أخرى.

ولكن ما هذه الغاية؟ وما هو هذا الهدف الذي تسعى الوظيفة القضائية إلى تحقيقه حتى يتميز عن الوظيفة الإدارية؟

لقد اختلقت النظريات القانونية في تحديد هذا الغرض، بعد أن اتفقت على المعيار مبدئيا، فكانت هناك أربع نظريات هي كالاتي:

أ- / نظرية حماية الحقوق.

ب- / نظرية حماية النظام القانوني.

ج- / نظرية الرقابة الشرعية.

د- / نظرية الحلول.

و إليك هذه النظريات عرضا وتقديرا.

أ- / نظرية حماية الحقوق:

يرى أنصار هذه النظرية أن الوظيفة القضائية هي تلك التي تسعى وتهدف إلى تقرير الحقوق وحمايتها عند الاعتداء، أو المنازعة فيها.

و عليه، فإن التمييز بين العمل القضائي والعمل الإداري سهل ويسير، فالطلب الذي يتضمن طلب حق و حمايته هو عمل قضائي، أما الذي يتضمن طلب مصلحة، فهو عمل إداري لا قضائي⁽¹⁾.

ب/- نظرية حماية النظام القانوني:

ترى هذه النظرية أن الغاية من القضاء هو حماية وصيانة النظام القانوني للدولة من الاعتداء عليه. و لذلك، يعرف أصحاب النظرية العمل القضائي بأنه: «وظيفة تمارس بها الدولة نشاطها لتحقيق هدفا قانونيا، والمحافظة على هذا النظام».

إن القاضي - بناء على هذه النظرية - وظيفته هي السهر على إرغام وإجبار كل من يخالف القانون و كذلك يسهر على تنفيذ أحكامه، ويعد هذا الهدف هو الوحيد للقاضي. أما عمل الإداري فهو لا يسعى إلى حماية النظام القانوني، وإنما يسعى إلى تحقيق غايات الجمهور وإشباعها، و ضمان سير المرافق العامة بانتظام و اضطراد⁽²⁾.

ج/- نظرية الرقابة الشرعية:

يرى جانب من الفقه القانوني أن غاية وهدف القضاء هو مطابقة النشاط الاجتماعي للقاعدة، أي رقابة الشرعية من عدمها في النشاط الاجتماعي⁽³⁾.

و أساس هذا الرأي هو أنه لا فائدة من القانون إذا لم ينفذ في الواقع، و من ثم، فلا بد من تنفيذ القانون حتى يصبح حقيقة واقعية، و هذا التنفيذ يجب أن يكون مطابقا للقانون، وإلا فلا تنفيذ. إن وظيفة القضاء هي مراقبة شرعية تنفيذ القانون⁽⁴⁾.

د/- نظرية الحلول:

تقرر هذه النظرية أن وظيفة القضاء هي تحقيق القانون و تطبيقه عن طريق حلول نشاط هيئات عامة محل نشاط الأفراد أو هيئات عامة أخرى، و ذلك من أجل تأكيد وجود إرادة القانون، أو في تنفيذه.

كما تقرر أيضا. أن معيار تطبيق القانون ليس المعيار المحدد لطبيعة العمل القضائي، لأن الإدارة أيضا تسعى لتطبيق القانون، وإنما الذي يفرق بينهما هو أن الإدارة تطبق قاعدة قانونية موجهة إليها،

(1) - بدرخان، عبد الحكيم، معايير تعريف العمل القضائي، مرجع سابق، ص 162. فهمي، وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، مصدر سابق، ص 57-58.

(2) - بدرخان، عبد الحكيم، المرجع نفسه، صص 164-166.

(3) - سعد، نجيب إبراهيم، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ج 1، ص 72. بدرخان، عبد الحكيم، المرجع نفسه، ص 168-169. فهمي، وجدي راغب، المرجع نفسه، ص 65-66.

(4) - سعد، نجيب إبراهيم، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ج 1، ص 72. فهمي، وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، مصدر سابق، ص 65-66.

بينها القضاء يطبق قاعدة قانونية موجهة إلى الخصوم لم تحترم منهم، ووقع عليها الاعتداء. بعبارة أدق: إن القضاء يحل بصفة نهائية وملزمة محل نشاط آخر لم يقيم به الخصم، ومن ثم فإن النشاط الإداري نشاط أصلي، أما النشاط القضائي فهو نشاط ثانوي⁽¹⁾.

3/- معيار حسم النزاع والخصومة:

يقوم هذا المعيار على أساس وجود النزاع والخصومة، وأن عمل القضاء هو الذي ينصب أساسا في حسم المنازعات والخصومات، وفي حالة عدم وجود النزاع، فلا توجد وظيفة قضائية، ففض المنازعات وحسمها هو عنصر جوهري في العمل القضائي، ولولا وجود فكرة النزاع لا يعد العمل قضائيا⁽²⁾.

و يتم تفسير هذا المعيار أكثر بالقول: إن القاعدة القانونية عادة ما يجري تطبيقها بين الأفراد بطريقة سلسة، ودون تنازع وتدخل من القضاء، فتجد المخاطبين بها يلتزمون بهذه القاعدة تلقائيا، إلا أنه في كثير من الأحيان قد يثير تطبيق القاعدة منازعة حول وجود تطابق المراكز الواقعية مع القاعدة القانونية أو عدمه، وهذا يؤدي إلى زعزعة السلام والأمن الاجتماعيين، ومن ثم يقع على عاتق الدولة واجب التدخل عن طريق القضاء لإزالة ما يزعزع السلام والأمن والعمل على مطابقة الواقع للقانون.

مع التنبيه إلى أن تطبيق القانون بمعرفة القضاء ليس غاية من ذاته، بل هو مجرد وسيلة ضمن وسائل أخرى لإعادة النظام داخل المجتمع. وبما أن واجب القاضي هو إزالة سبب زعزعة الأمن والاستقرار الاجتماعيين بالمنازعات والخصومات، فإن العدل يقتضي على القاضي إيجاد حل حاسم للمنازعة حتى ولو لم يجد في التشريع نصا ينظم ذلك.

و يضيف أيضا هذا المعيار إلى أن القاضي قد يتدخل أحيانا ولو لم يكن هناك أي نزاع مثل: اعتراف المتهم في المنازعات الجزائية، أو في حالة النزاع المصطنع، وذلك مثل: دعوى التطليق التي يرفعها الزوجان باتفاق مشترك⁽³⁾.

ثالثا: المعيار المختلط:

لقد اتضح لنا من خلال العرض السابق، الموجز والمختصر، أن المعايير الشكلية والموضوعية لم تصب كلياً، وإنما أصابت في جزء، وأخطأت في جزء آخر، وذلك لأن كل معيار ركز على جانب دون جانب، فنتج عن ذلك رؤية تجزئية تقزمية للعمل، فكانت مثل ذلك الذي أصيب بالحوار، فلا هو يرى الأشياء جيدا، ولا هو أصيب بالعمى التام، وإنما يرى رؤية ضبابية غامضة.

(1) - سعد، نجيب إبراهيم، المرجع نفسه، ج 1، ص 74. فهمي، وجدي راغب، المرجع نفسه، ص 70-71.

(2) - سعد، نجيب إبراهيم، المرجع نفسه، ج 1، ص 77. بدرخان، عبد الحكيم إبراهيم، معايير تعريف العمل، مرجع سابق، ص 118-120.

(3) - سعد، نجيب إبراهيم، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ج 1، ص 78. بدرخان، عبد الحكيم إبراهيم، معايير تعريف العمل، مرجع سابق، ص 120.

و في هذا المعنى يقول أفلاطون: «إنَّ الحقَّ لم يصبه الناس في كل وجوهه، ولا أخطأؤه في كل وجوهه، بل أصاب كل إنسان جهة، ومثال ذلك: عميان انطلقوا إلى فيل، وأخذ كل منهم جارحة منه، فجسها بيده، ومثلها في نفسه، فأخبر الذي مس الرجل أن حلقة الفيل طويلة مستديرة شبيهة بأصل الشجرة، وأخبر الذي مس الظهر أن حلقتة تشبه الهضبة العالية، والرابية المرتفعة، وأخبر الذي مس أذنه أنه منبسط دقيق يطويه وينشره. فكل واحد منهم قد أدى بعض ما أدركه كل يكذب صاحبه، ويدعي عليه الخطأ والجهل فيما يصفه من خلق الفيل، فانظر إلى الصدق كيف جمعهم، وانظر إلى الكذب والخطأ كيف دخل عليهم حتى فرقهم»⁽¹⁾.

و لكن السؤال الذي يطرح نفسه بالحاح: لماذا هذا الخلاف الشائك والمعقد حول مفهوم العمل القضائي؟ هل هو مجرد خلاف في المنهج والتصوير؟ أم أنه أعمق من ذلك بكثير؟ يرى بعض الباحثين المعاصرين أن سبب الخلاف يعود إلى «خلل في المنهج القانوني»⁽²⁾، أي اختلاف فقهاء القانون هو فقط في منهج وطريقة تطبيق لمعرفة الحقيقة، وأن المسألة لا تعدو أن تكون مجرد خلاف في المنهجية. ولذلك يرى الباحث نفسه أن عرض هذه المعايير والنظريات كشف عن «فساد هذا المنهج»⁽³⁾، وعن «عبث»⁽⁴⁾ في التفكير والاجتهاد والمنهج والطريقة في دراسة الموضوع.

إلا أننا بالتأمل جيدا في الموضوع نرى رأيا غير هذا الرأي، ورأينا أن هذه النظريات والمعايير تكشف عن منطق الصراع الذي يحكم نظريات العمل القضائي خصوصا، والقانون ككل، وهذا الصراع هو بين الدين والدولة في زمن ما من تاريخ أوروبا، وهذه النظريات ما هي إلا أدوات فكرية، ومظهر من مظاهر الصراع، خاصة إذا علمنا⁽⁵⁾ أن «المعايير الشكلية» تقابلها في فلسفة القانون «النظريات الواقعية» التي ترى أن القانون مصدره الدولة. أما «النظريات الموضوعية» فتقابلها «النظريات المثالية» التي تفسر القانون على أساس وجود قانون أزلي ثابت لا يتغير هو مصدر القواعد القانونية، ويقوم العقل باستخلاص هذه القواعد الأزلية، ثم تطورت هذه الفكرة في عهد القانون الكنسي إلى أن القانون الطبيعي مصدره إلهي. وهذا كله لتبرير محاولات الكنيسة جعل سلطة الملوك والأباطرة والقيصرية تحت سلطة البابا. إنه منطق الصراع من أجل السلطة الزمنية والدينية.

(1) - أبو زهرة، محمد، تاريخ المذاهب الإسلامية في السياسة والعقائد وتاريخ المذاهب الفقهية، دار العربي، القاهرة، دط، ص 07-08.

(2) - فهمي، وجدي راغب، النظرية العامة للعمل، مرجع سابق، ص 138.

(3) - فهمي، وجدي راغب، المرجع والصفحة نفسها.

(4) - فهمي، وجدي راغب، النظرية العامة للعمل، مرجع سابق، ص 138.

(5) - كبره، حسن، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط5، ص 97-98-99-102-180.

أما المعيار المختلط فتقابله المدرسة الحديثة في تفسير القانون، والتي أرسى قواعدها الفقيه القانوني الفرنسي فرانسوا جنى في كتابه: «العلم والصياغة في القانون الوضعي الخاص»، وهو يقصد بـ: «العلم» النظريات الموضوعية، أما «الصياغة» فيقصد بها النظريات الشكلية⁽¹⁾. هذا كله من أجل بيان فساد المعايير الشكلية والمعايير الموضوعية في تحديد طبيعة العمل القضائي، وبيان سبب الخلاف. ولتصحيح الرؤية والنظرة والتصور في تحديد طبيعة العمل القضائي فإنه لا مناص من الجمع بين مختلف الرؤى والنظرات والتصورات، وصهرها في بوتقة واحدة، تعبر في مجموعها عن تصور واحد، ونظرة واحدة متحدة في تحديد العمل القضائي.

و هذا التصور الواحد؛ والنظرة الواحدة؛ والرؤية الواحدة الكلية الشاملة؛ هي الجمع بين المعايير الشكلية والمعايير الموضوعية في معيار واحد هو: المعيار المختلط. وإذا، فالمعيار المختلط هو الذي يجمع بين العناصر الشكلية الإجرائية العضوية الخارجية، وبين العناصر الموضوعية الداخلية الغائية معا في تحديد طبيعة العمل القضائي. و بناء عليه فإن المعيار المختلط يتكون من عنصرين: شكلي وموضوعي كالآتي:

1- العنصر الشكلي للعمل القضائي: ويتمثل فيما يلي:

أ- هيئة عامة تتولى الحسم في النزاع، تتوافر على الاستقلال وعدم الخضوع إلى أية رئاسة إدارية منعا من تدخل الغير في عملها ضمانا للحياد، وألا تكون لديها مصلحة في النزاع.
ب- إجراءات وأشكال تحيط بالعمل القضائي، والتي تكفل حقوق الدفاع، وعدم تحكم الهيئة العامة التي تتولى حسم النزاع وتفصل فيه.
ج- حجية الشيء المقضي فيه، وذلك حتى يتميز عمل القضاء عن عمل الإدارة.

2- العنصر الموضوعي للعمل القضائي: ويتمثل في عنصر واحد فقط هو: الحسم في النزاع

وفصل الخصومة أو ادعاء بمخالفة القانون.

و بناء على هذه العناصر الشكلية والموضوعية عرّف أحد فقهاء القانون العمل القضائي أنّه: «العمل الذي يحسمه كذا خلافا ناتجا عن تطبيق القانون في الحياة العملية، وتقوم به هيئة تعتبر من الغير، في نطاق إجراءات خاصة، تكفل للأفراد ضمانات معينة»⁽²⁾.

(1) - تناغو، سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 09.

(2) - سعد، نجيب إبراهيم، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ج 1، ص 82.

و عرفه فقيه قانوني آخر بأنه: «كل فصل على أساس قاعدة قانونية لنزاع أو ادعاء بمخالفة القانون، على أن يتم الفصل بقرار يصدر من سلطة عامة محايدة ومستقلة، وفي نطاق أشكال وإجراءات محددة، ويتمتع هذا القرار بحجية الشيء به»⁽¹⁾.

و عرفه فقيه قانوني ثالث بقوله: «هي وظيفة الدولة في إزالة تجهيل القانون وتنفيذه، جبرا عند مخالفته، وتأمينه ضد خطر التأخير، ورقابة مراكزه الولائية»⁽²⁾.

أما تعريفنا للعمل القضائي، فهو كالآتي:

العمل القضائي هو كل ما يصدر عن هيئة عامة مستقلة، سواء وجد النزاع فيكون متمتعاً بالحجية وصادراً وفق إجراءات معينة، أو لم يوجد فيكون بهدف تحقيق فاعلية تطبيق القانون.

و هذه التعاريف كلها توضح أن العمل القضائي نوعان:

- أعمال قضائية؛

- وأعمال ولائية.

- فما المقصود بكل واحد منهما؟ وما الفرق بينهما؟

- **الأعمال القضائية**⁽³⁾: هي تلك الأعمال التي تصدر من هيئة قضائية مستقلة، بخصوص نزاع

معين أو ادعاء بمخالفة القانون، وفق أشكال وإجراءات معينة.

و من هذا التعريف يمكن استخلاص مميزات العمل القضائي بأنها ثلاثة⁽⁴⁾، وهي:

- وجود خصومة أو ادعاء بمخالفة القانون.

- أن يصدر العمل من هيئة قضائية مستقلة.

- أن يصدر هذا العمل وفق إجراءات وأشكال وأوضاع معينة.

هذا هو العمل القضائي، وهذه هي مميزاته، وأن ما يصدر منه يسمى بـ «الحكم». كما أن

القضاء وظيفته الأساسية والرئيسية هي العمل القضائي.

- أما **الأعمال الولائية**: فهي تلك الأعمال التي تتطلب «وجوب تدخل القضاء رغم عدم وجود

النزاع، لحل أزمة عدم الفاعلية لإرادة الأفراد»⁽⁵⁾.

(1) - بدرخان، عبد الحكيم إبراهيم، معايير تعريف العمل، مرجع سابق، ص 197.

(2) - فهمي، وجدي راغب، النظرية العامة للعمل، مرجع سابق، ص 98.

(3) - أنظر: أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، دار النفائس، عمان، ط 1،

1420هـ - 2000م، ص 76-79.

(4) - أبو البصل، عبد الناصر موسى، المرجع نفسه، ص 77-78.

(5) - سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ج 1، ص 89.

فالعمل الولائي هو عمل يصدر من القضاء مثله مثل العمل القضائي، غير أنه لا يصدر في نزاع و خصومة، كما أنه لا يصدر وفق إجراءات معينة، ففيه نوع حرية في كيفية الإصدار.

و الأصل أن العمل الولائي لا يدخل في اختصاص القضاء، لأن القضاء يفصل في المنازعات، والعمل الولائي ليس فيه أي نزاع أو خصومة، ومن ثم لا يدخل في اختصاص القضاء، إلا أنه تم إدخاله وإدراجه، أو اعتبر من اختصاص القضاء لأن الإرادة الفردية - بناء على مبدأ سلطان الإرادة الذي يعترف به القانون - تكون أحياناً عاجزة وقاصرة في تحقيق القانون والمصالح التي نظمت من أجلها هذه المراكز القانونية للأفراد، والذي جعلها عاجزة وقاصرة هو القانون، وذلك لأن الحقوق التي قد يقرها القانون تكون مراقبة، فيحتاج إلى إنشائها أو ممارستها إلى تدخل القضاء لا بسبب عدم فاعلية عملية للمركز القانوني كما في قضاء المنازعات، وإنما من أجل عقبة أو عدم فاعلية قانونية⁽¹⁾. و من ثم ففي الحالتين لا بد من تدخل القضاء لإزالة العوائق والعوارض التي تعوق تطبيق وتحقيق القانون.

و بناء عليه، فإن الأعمال الولائية - وعلى الرغم من اختلافها عن الأعمال القضائية من حيث الموضوع، تدخل وتندرج ضمن وظيفة القضاء الذي يقوم بتطبيق القانون وتحقيقه، سواء وجد النزاع أو لم يوجد، فالعبرة هي تطبيق القانون.

و قد اختلف فقهاء القانون الوضعي حول طبيعة العمل الولائي⁽²⁾ هل هو عمل إداري محض، أم عمل قضائي بحت، أم هو ذو طبيعة مزدوجة بين الإداري والقضائي معاً؟! والرأي الراجح⁽³⁾ هو أن العمل الولائي هو ذو طبيعة مختلطة يجمع بين الإداري والقضائي، فهو ليس عملاً إدارياً بحتاً، ولا عملاً قضائياً بحتاً بدليل إنطاقته بالقضاء ولكنه لا يصدر في نزاع، كما أن العمل الإداري يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، أما العمل الولائي، فلا يهدف إلى ذلك وإنما يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة فردية.

و للعمل الولائي تقسيمات عدة، من بينها تقسيمه من حيث موضوع العمل إلى أربعة أقسام⁽⁴⁾:

- أعمال التوثيق: مثل: الحكم بإيقاع البيع، وقرار التبني.
- أعمال حماية عديمي الأهلية و ناقصيها والغائبين.
- أعمال اتخاذ تدابير وإجراءات رقابة للمصالح العام، مثل قرارات تصحيح الوثائق الحالة المدنية.

(1) - فهمي، وحدي راغب، النظرية العامة للعمل، مرجع سابق، ص 92. سعد، إبراهيم نجيب، المرجع نفسه، ج 1، ص 90.

(2) - سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ج 1، ص 91-93. أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 79-80.

(3) - سعد، نجيب إبراهيم، المرجع نفسه، ج 1، ص 93. أبو البصل، عبد الناصر موسى، المرجع نفسه، ص 80.

(4) - سعد، نجيب إبراهيم، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ج 1، ص 87-88-89. أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، دت، ص 48.

- أعمال اتخاذ إجراءات وقتية وتحفظية يأذن بها القاضي وتخرج عن نطاق المنازعة مثل: تعيين حارس قضائي.

و يشار فقط أن الأعمال الولائية تسمى في فرنسا Juridiction gracieuse، كما تسمى أحيانا Juridiction volontaire، كما أنها سميت بالولائية اشتقاقا من كلمة «الولاية» أي أن القاضي يباشر هذه الأعمال بما له من سلطة الولاية على حقوق الأفراد⁽¹⁾.

أما عن الفرق بين العمل القضائي والعمل الولائي، فهناك عدة فروق منها⁽²⁾:

- العمل القضائي هو اختصاص أصيل للقضاء، أما العمل الولائي فهو اختصاص استثنائي لا يكون إلا بنص.

- الحكم، وهو ما يصدر عن العمل القضائي، يجوز حجية الأمر المقضي به، بخلاف العمل الولائي.

- العمل القضائي لا يطعن فيه إلا بطرق الطعن المعروفة، أما العمل الولائي فيمكن إلغاؤه بسهولة.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني في تعريف القضاء:

بعد أن تناولنا تعريف القضاء لغة واصطلاحا في الفقه الإسلامي ثم في الفقه القانوني، بقي لنا أن نقارن بينهما لنقف على الموافقات والفروق، ثم نستخلص النتيجة النهائية إجابة عن السؤال الآتي: هل هناك تقارب تام، أم هناك تخالف شديد، أم بين بين؟
و عليه نتناول الآن الموافقات ثم الفروق ثم النتيجة، أي نتيجة المقارنة⁽³⁾.

(1) - سعد، نجيب إبراهيم، المرجع نفسه، ج1، ص86.

(2) - أبو الوفا، أحمد، المرجع نفسه، ص48-49-50. أبو البصل، عبد الناصر موسى، المرجع نفسه، ص86-87.

(3) - يعرف أستاذنا بشير بن صالح المقارنة بأنها: «التحليل المنظم الذي يهدف إلى إبراز أوجه الاتفاق والاختلاف لموضوعين أو أكثر قيد الدراسة»، أنظر كتابه: المنطق ومناهج البحث العلمي، مكتبة اقرأ، قسنطينة، دط، ص217.
و يعرفها أندريه لالاند بقوله: «عملية قوامها جمع شيتين أو عدة أشياء في عمل فكري واحد، لا يستخلص تماثلها، أو تباينها». أنظر: لالاند، أندريه، موسوعة لالاند الفلسفية، تعريف: خليل أحمد خليل، تعهد وإشراف: احمد عويدات، منشورات عويدات، بيروت، باريس، ط1، 1996م، ج1، ص187، مادة: مقارنة.

و يقول معن خليل عمر: «إقامة تناظر متقابل أو متخالف، لإبراز أوجه الشبه والاختلاف بين حالتين أو ظاهرتين (أكثر) تحدثان في المجتمع». أنظر: عمر، معن خليل، مناهج البحث العلمي في علم الاجتماع، دار الشروق، عمان، ط1، الإصدار الثاني، 2004م، ص145. وما بين القوسين لصاحب التعريف.

ومن فإن يمكن لنا نعرف المقارنة؟ بأنها: المقابلة والموازنة بين مواضيع أو ظواهر، واستخلاص الموافقات والفروق بينها، ثم بيان النتيجة، تقارب أم تباعد واختلاف.

و يرى بشير بن صالح أن المقارنة تقوم على أربع عناصر هي:

- الملاحظة: وهي تحديد الموضوع أو الظاهرة التي ينبغي دراستها.

- الوصف والتحليل: وذلك بذكر عناصره وخصائص كل ظاهرة على حدا.

- الموازنة: ذكر الموافقات والفروق بين المواضيع أو الظواهر.

- الترجيح: وفي هذه المرحلة يتم اختيار رأي أو موقف أو تفضيل وجهة نظر معينة، وذلك بناء على أدلة قوية، وحجج داحضة.

أ/- **الموافقات:** يقصد بالموافقات⁽¹⁾ هنا في البحث مجموعة النقاط والأفكار والرؤى والتصورات المتفق حولها بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني.

- أما عن الموافقات بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني في تعريف القضاء فهي كالاتي:
- يتفق كل من الفقه الإسلامي والفقه القانوني على اعتبار القضاء ولاية أو سلطة من السلطات الأساسية في الدولة. وأنه يحظى بمكانة هامة داخل سلطات ومؤسسات الدولة وكذلك داخل المجتمع لما له من أثر في تدعيم سلطة الدولة في تحقيق العدل.

- يتفق النظامان الإسلامي والوضعي حول القضاء وأن أعماله على نوعين من حيث ما يصدر عنه، وهي: الأعمال القضائية، وهي «الأحكام»؛ والأعمال الولائية.

- يتفق كل من الفقه الإسلامي والفقه القانوني حول بعض الأفكار القضائية أو القانونية في تعريف القضاء وهي: فكرة الإلزام - فكرة الحجية - فكرة التراع والخصومة. فكرة المحكوم له والمحكوم عليه، فكرة الإثبات وطرقه وقواعده.

- الغرض والهدف والمقصد من القضاء هو الانتصاف من الظالم للمظلوم، ورد الحقوق، وعقاب المجرم، وإصلاح الضرر، وتحقيق العدل، وهذا كله متفق عليه بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني، ولكنهما يختلفان في حقيقة العدل من حيث التصور الفلسفي، وسنرى هذا في الباب الأول، عند الكلام على أدلة النقض.

ب/- **الفروق:** يقصد بالفروق⁽²⁾ أوجه الاختلاف والنقاط والمسائل التي لا تلتقي فيها الآراء والتعاريف.

و يمكن ذكر الفروق بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني وحصرها في النقاط الآتية:
- القضاء في القانون الوضعي وقع فيه اختلاف شديد بين فقهاء القانون، فكانت هناك عدة معايير: المعايير الشكلية، والمعايير الموضوعية، والمعايير المختلط الذي يسود حالياً في القانون الوضعي.
أما الفقه الإسلامي فلا توجد فيه هذه المعايير ولا هذه الاتجاهات والنظريات وإن وجد بعض التشابه فهو مصادفة فقط.

أنظر: بن صالح، بشير، المنطق ومناهج البحث، المرجع نفسه، ص219.
(1) - مصطلح «الموافقات» في الواقع والحقيقة هو من إبداع أبي إسحاق الشاطبي (ت 790 هـ)، حيث إنه عندما ألف كتابه هذا وضع له في البداية عنوان: «التعريف بأسرار التكليف»، لكنه عدل عنه بسبب أنه رأى في منامه أنه لقي أحد الشيوخ الذين يجلهم صاحب الكتاب، فأخبره هذا الشيخ أنه رأى في النوم يحمل كتاباً، فسأل الشيخ صاحب الكتاب عنه، فأخبره أنه كتاب «الموافقات»، فسأله عن معناها؟ فقال الشاطبي: «وافقت به بين مذهبي ابن القاسم وأبي حنيفة». فاشتهر الكتاب بعنوان: «الموافقات في أصول الشريعة». الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج1، ص25.

(2) - أخذنا هذا المصطلح من عند الإمام القراني المالكي (ت 684 هـ)، والذي له كتاب: «أنوار البروق في أنواع الفروق». والمشهور ب: «الفروق».

- تعكس المعايير المختلفة في القانون الوضعي في تعريف القضاء منطق الصراع حول سلطة القضاء ذاتها، فاختلاف هذه المعايير، ليس مجرد اختلاف في المنهج القانوني فقط، كما يحاول البعض⁽¹⁾ أن يصوره، وإنما هو يعكس الصراع بين السلطتين: الدينية التي تزعمتها الكنيسة الكاثوليكية المسيحية، والزمنية، وهي سلطة الملوك والأباطرة والقيصرية في أوروبا. ومن ثم فهي نظريات لتبرير وشرعنة الاستيلاء على القضاء. أما في لفقه الإسلامي فلا يوجد هذا الخلاف، ولا لهذا الصراع، ولذلك لا نجد اتجاهات أو معايير أو نظريات في تعريف القضاء لدى الفقهاء المسلمين.

- القضاء في الإسلام يستند إلى حقائق الإسلام كدين، والدين هو نصوص ومبادئ، أي النقل والعقل معاً، أما القانون الوضعي فهو العقل فقط في الأساس مع بعض مبادئ القانون الطبيعي التي يستخلصها العقل، ولكن أي عقل عقل الطبيعة أم عقل الله؟ وهذه قضية خلافية سنثيرها في الباب الأول عندما نتكلم عن العدل.

- يصطلح الفقه الإسلامي على التصرفات التي تصدر من القضاء في غير منازعة، بالتصرفات غير القضائية، أما القانون الوضعي فيصطلح عليها بمصطلح: الأعمال الولائية، ولكنهما يتفقان في الفكرة والمضمون عموماً. حيث إنهما تصرفات تصدر من القضاء في غير منازعة ولا خصومة.

- مصطلح «اللزوم» في الفقه الإسلامي يقابله مصطلح «حجية الشيء المقضي به». و سنرى المسألة أكثر حين الكلام عن آثار الأحكام.

أما النتيجة التي نتوصل إليها فهي أن هناك الكثير من النقاط الجوهرية التي يتفق عليها الفقه الإسلامي والقانون الوضعي التي ذكرت، وبناء عليها يمكن وضع التعريف الآتي:

القضاء هو: ما يصدر عن هيئة تتوافر فيها شروط التولية في منازعة وخصومة بحيث يكون ملزماً، وتكون هناك حجية ولزوم في بعضها دون البعض، بهدف الانتصاف من الظالم للمظلوم، وتحقيق العدل.

المطلب الثاني: تعريف الحكم القضائي:

قررنا من قبل أن نتناول أي مصطلح من زاويتين أو من ناحيتين: الأولى لغوية، والثانية اصطلاحية.

و عليه فإن هذا المطلب ينقسم إلى فرعين كالآتي:

الفرع الأول: الحكم لغة.

الفرع الثاني: الحكم اصطلاحاً.

(1) - فهمي، وحدي راغب، النظرية العامة للعمل، مرجع سابق، ص 138.

و إليك هذه الفروع بالترتيب والتفصيل.

الفرع الأول: الحكم لغة:

تدور لفظة حكم في اللغة العربية على معنى أصلي واحد، هو: المنع والرد والإصلاح، قال ابن فارس: «الحاء والكاف والميم أصل واحد، وهو المنع، وأول ذلك الحكم، وهو المنع من الظلم، وسميت حَكْمَةُ الدَّابَّةِ لأنها تمنعها، يقال: حَكَمَتِ الدَّابَّةُ، وَأَحْكَمَهَا، ويقال: حَكَمَتِ السَّفِيهَ، وَأَحْكَمْتُهُ، إذا أخذت على يديه. قال جرير [الكامل]:

أَبْنِي حَنِيفَةً أَحْكُمُوا سُفَاءَكُمْ إِنِّي أَخَافُ عَلَيْكُمْ أَنْ أَغْضِبَا

و الحكمة هذا قياسها، لأنها تمنع من الجهل، وتقول: حكمت فلانا تحكيما: منعه مما يريد»⁽¹⁾.
و قال الأصمعي عبد الملك بن قريب: «أصل الحكومة رد الرجل عن الظلم، قال: ومنه سميت حَكْمَةُ اللَّجَامِ، لأنها تردُّ الدَّابَّةَ. ومنه قول لبيد بن ربيعة:

أَحْكَمَ الْجَنْثِيُّ مِنْ عَوْرَاتِهَا كُلَّ حَرْبَاءٍ إِذَا أُكْرِهَ صَلَّ

و الجنثي: السيف، والمعنى: رد السيف عورات الدرع، وهي خرجها كل حرباء»⁽²⁾.
و العرب تقول: حكمت، وأحكمت، وحكمت بمعنى: منعت ورددت، ومن هذا قيل للحاكم بين الناس: حاكم، لأنه يمنع الظلم من الظالم⁽³⁾.

هذا هو المعنى الأصلي للفظ «الحكم» في اللغة العربية، وتتفرع عن هذا المعنى الأصلي معان عدة، ولكن كلها ترجع إلى المعنى الأصلي، وهو المنع والرد.

و إذا كان المعنى الأصلي لكلمة الحكم هو المنع والرد، وهو كذلك، فإنه لا يجوز لنا أن نفهم منها فقط الدلالة السلبية، وإنما أيضا يجب أن نفهمها فهما إيجابيا، فالمنع والرد هو إصلاح⁽⁴⁾ وبناء، حيث إن المقصود من المنع: منع الفساد والإفساد، والظلم، والنزاعات، والسفه، وسوء التصرف، وغيرها من السلوكات والتصرفات السلبية في ميزان العقول السليمة، وهذا كله إصلاح وتربية وحضارة وأخلاق.

و الخلاصة أن الحكم هو المنع والرد إيجابا وسلبا.

- أما المعاني التي تتفرع عن المعنى الأصلي للفظ حكم، فهي كالاتي:

(1) - ابن فارس، معجم المقاييس في اللغة، مصدر سابق، ص 277، مادة: حكم. وأنظر أيضا: الفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، ص 78، مادة حكم. الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص 102، مادة: حكم. ابن دريد، أبو بكر محمد بن الحسن، جمهرة اللغة، تحقيق: رمزي منير البعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، ط 1، 1987م، ج 1، ص 564، مادة: حكم. الكفوي، الكليات، مصدر سابق، ص 380.

(2) - ابن منظور، لسان العرب المحيط، مصدر سابق، ج 1، ص 688، مادة: حكم. ابن دريد، المصدر والصفحة نفسها، مادة: حكم.

(3) - ابن منظور، المصدر والصفحة نفسها، مادة: حكم.

(4) - الراغب الإصفهاني، المفردات في غريب القرآن، مصدر سابق، ص 133. الكفوي، المصدر نفسه، ص 388.

- **القضاء:** أولى معاني الحكم الفرعية: القضاء، نقول: حكم يحكم بين الناس: أي قضي. قال ابن سيده: «الحكم: القضاء، وجمعه: أحكام، لا يكسر على غير ذلك. وقد حكم عليه بالأمر يحكم حكماً، و حكومة، و حكم بينهما كذلك.

و الحكم مصدر قولك: حكم بينهم يحكم: أي قضي، و حكم له حكم عليه⁽¹⁾.
و قال الأزهري: «الحكم: القضاء بالعدل»⁽²⁾.
قال النابغة الذبياني:

و اَحْكُم كَحُكْمِ فَتَاةِ الْحَيِّ، إِذْ نَظَرْتُ إِلَى حَمَامٍ سِرَاعٍ وَارِدِ الثَّمِدِ
... ومعنى البيت: كن حَكَمًا كفتاة الحي، أي: إذا قلت فأصب، كما أصابت هذه المرأة، إذ نظرت إلى الحمام، فأحصته لم تخطئ عددها⁽³⁾.

و مما يدل أيضا على أن معنى الحكم هو: القضاء بالعدل قول الشاعر [الطويل]:
أَقَادَتْ بَنُو مِرْوَانَ قَيْسًا دِمَاءَنَا وَفِي اللَّهِ إِنْ لَمْ يَعْدِلُوا حَكْمَ عَدْلٍ⁽⁴⁾
ومنه أيضا: أسماء الله تعالى: الحَكْم والحَكِيم، وهما بمعنى: الحَاكِم، وهو القَاضِي، فهو فَعِيلٌ بمعنى: فَاعِلٌ، أو هو: الذي يُحْكِمُ الأشياءَ ويتقنها، فهو فَعِيلٌ بمعنى: مُفَعِّلٌ⁽⁵⁾.

- **الحِكْمَةُ:** ثاني معاني الحكم الفرعية: الحِكْمَةُ، وهي عبارة عن معرفة أفضل الأشياء بأفضل العلوم، والحكيم من يحسن دقائق الصناعات ويتقنها، والحكيم يجوز أن يكون بمعنى الحاكم، مثل: قدير، وعليم، بمعنى: عالم... والحكم: الحكمة من العلم. والحكيم: العالم وصاحب الحكمة.

و من هذا الجانب فُسرَ بيت النابغة الذبياني المذكور سابقا:

و اَحْكُم كَحُكْمِ فَتَاةِ الْحَيِّ، إِذْ نَظَرْتُ إِلَى حَمَامٍ سِرَاعٍ وَارِدِ الثَّمِدِ⁽⁶⁾
و قال الراغب الأصفهاني: «الحكمة هي إصابة الحق بالعقل والعلم»⁽⁷⁾.

و قد حَكُمَ: أي صار حَكَمًا. قال النمر بن تولب:

و أَبْغَضَ بَغِيضَكَ بَغْضًا رُوَيْدًا إِذَا أَنْتَ حَاوَلْتَ أَنْ تَحْكُمَا
أي: إذا حاولت أن تكون حَكَمًا⁽⁸⁾.

(1) - ابن منظور، المصدر والصفحة نفسها، مادة: حكم.

(2) - ابن منظور، لسان العرب المحيط، مصدر سابق، ج 1، ص 688، مادة: حكم.

(3) - ابن منظور، المصدر والصفحة نفسها، مادة: حكم.

(4) - ابن دريد، جمهرة اللغة، مصدر سابق، ج 1، ص 564، مادة: حكم.

(5) - ابن منظور، المصدر والصفحة نفسها، مادة: حكم.

(6) - ابن منظور، المصدر والصفحة نفسها، مادة: حكم.

(7) - الراغب الأصفهاني، المفردات، مصدر سابق، ص 134، مادة: حكم.

(8) - ابن منظور، المصدر والصفحة نفسها، مادة: حكم.

و الحكمة من الله ﷻ هي معرفة الأشياء، وإيجادها على غاية الإحكام. أما الحكمة من الإنسان فهي معرفة الموجودات، وفعل الخيرات، وهذا الذي وُصف به لقمان في قوله ﷻ: ﴿وَلَقَدْ آتَيْنَا لُقْمَانَ الْحِكْمَةَ﴾ [سورة لقمان: 12]. فإذا قيل في الله ﷻ هو: حكيم، فمعناه بخلاف معناه إذا وصف به غيره. ومن هذه الزاوية والجانب قال الله تعالى: ﴿أَلَيْسَ اللَّهُ بِأَحْكَمِ الْحَاكِمِينَ﴾ [سورة التين: 08].

و إذا وصف القرآن الكريم بالحكمة فلتضمنه إياها، كقوله تعالى: ﴿الرَّ تِلْكَ آيَاتُ الْكِتَابِ الْحَكِيمِ﴾ [سورة يونس: 01]. وقيل معنى الحكيم: المحكم، نحو: ﴿أَحْكَمْتَ آيَاتَهُ﴾ [سورة هود: 01] وكلا المعنيين صحيح، فإنه محكم، ومفيد للحكم ففيه المعنيان معا⁽¹⁾. والله أعلى وأعلم.

و يلاحظ في العلاقة بين الحكم والحكمة، أن الحكم أعم من الحكمة، فكل حكمة حكم؛ وليس كل حكم حكمة، إذ الحكم قد يصيب، وقد يخطئ، أما الحكمة فهي إصابة الحق بالعقل والعلم⁽²⁾، كما مر بيانه.

- العلم والفقه: والحكم من معانيه أيضا: العلم قال الله تعالى: ﴿وَأَتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيحًا﴾ [سورة مريم: 12]. أي: علما وفقهاو كذلك قول العرب: الصمّتُ حُكْمٌ وقليلٌ فاعله⁽³⁾.

- الرجوع: من معاني الحكم أيضا: الرجوع.

و هذا المعنى للحكم انفرد به ابن الأعرابي فقال: «حكم فلان عن الأمر والشيء: أي رجع. وأحكمته أنا: أي رجعتُهُ. وأحكمه هو عنه: رجعه. قال جرير:

أَبِي حَنِيفَةَ أَحْكَمُوا سُفَاءَكُمْ
إِنِّي أَخَافُ عَلَيْكُمْ أَنْ أَغْضَبَا

أي: ردهم كفوهم من التعرض لي»⁽⁴⁾.

و في تقدير رأي ابن الأعرابي قال الأزهري: «جعل ابن الأعرابي حكم: لازما، كما ترى، كما يقال: رجعتُهُ، فرجع، ونقضته، فنقض، قال وما سمعت حكم بمعنى رجع لغير ابن الأعرابي. قال: وهو الثقة المأمون»⁽⁵⁾.

- بلوغ النهاية في المعنى: ومن معاني الحكم كذلك: بلوغ النهاية في المعنى. قال الأزهري:

«حَكَمَ الرَّجُلُ يَحْكُمُ حُكْمًا: إِذَا بَلَغَ النَّهْيَةَ فِي مَعْنَاهُ مَدْحًا لِأَزْمَا. قَالَ الْمَرْقَشُ:

يَأْتِي الشَّبَابَ الْأَقْوَرِينَ، وَلَا
تَغْبِطُ أَخَاكَ أَنْ يُقَالَ حَكَمَ

(1) - الراغب الأصفهاني، المفردات، مصدر سابق، ص134، مادة: حكم.

(2) - الراغب الأصفهاني، المصدر والصفحة نفسها، مادة: حكم. الكفوي، الكلبيات، مصدر سابق، ص380.

(3) - ابن منظور، لسان العرب المحيط، مصدر سابق، ج1، ص688، مادة: حكم.

(4) - ابن منظور، المصدر نفسه، ج1، ص689، مادة: حكم.

(5) - ابن منظور، المصدر والصفحة نفسها، مادة: حكم.

أي: بلغ النهاية في معناه»⁽¹⁾.

- الامتناع عن الأمر: وذلك كقولنا: استحکم الرجل: إذا تنهى عما يضره في دينه أو دنياه.

قال الشاعر ذو لؤمة [الطويل]:

لَمُسْتَحْكَمٍ جَزَلِ المَرْوَةِ مؤمِنٌ من القوم، لا يَهْوَى الكلام اللُّواغِيَا⁽²⁾

- الإبرام: الإحكام: الإبرام، يقال: أبرم الأمر وبرمه: أحكمه، والأصل فيه: إبرام الفتل، إذا كان ذا طاقين⁽³⁾.

و استخلاصا مما سبق بيانه فإن معنى الحكم لغة: المنع والرد إيجابيا وسلبا وهذا هو المعنى الأصل والرئيس، وتتفرع عنه المعاني الثانوية الآتية: القضاء، والحكمة، والعلم والفقهاء، والرجوع، وبلوغ النهاية في المعنى، والامتناع عن الأمر، والإبرام.

و إذا أئحينا مسألة معنى الحكم لغة، فما هو الحكم اصطلاحا؟

هذا ما سنراه في العنصر الآتي.

الفرع الثاني: الحكم اصطلاحا:

إذا كان تعريف الحكم لغة، مسألة لغوية بحتة، يمكن اعتبارها بسيطة وسهلة، فإن تعريف الحكم اصطلاحا هو غير ذلك، إذ تتنازع، أو بالأحرى، تتشارك عدة علوم في مصطلح «الحكم»، ومن ثم تختلف التعاريف، فهناك علم النفس، وعلم المنطق، وعلم الكلام، وعلم أصول الفقه، وعلم الفقه، وأخيرا علم القضاء. وربما هناك علوم أخرى تأخذ بهذا المصطلح أيضا. لكن هذا وقفنا عليه في بحثنا.

و للوقوف على تعريف الحكم اصطلاحا في هذه المجالات المعرفية، وبالأخص تعريف الحكم في

علم القضاء، فإننا نقسم هذا الفرع إلى البنود الآتية:

البند الأول: تعريف الحكم عند علماء أصول الفقه:

البند الثاني: تعريف الحكم في علم القضاء الإسلامي.

البند الثالث: تعريف الحكم القضائي في الفقه القانوني.

و إليك بيان هذه البنود بالترتيب.

البند الأول: تعريف الحكم عند علماء أصول الفقه:

⁽¹⁾ - ابن منظور، المصدر والصفحة نفسها، مادة: حكم.

⁽²⁾ - ابن منظور، لسان العرب المحيط، مصدر سابق، ج 1، ص 689، مادة: حكم.

⁽³⁾ - ابن منظور، المصدر نفسه، ج 1، ص 203، مادة: حكم.

إنَّ الدَّارسَ لكتب أصول الفقه الإسلامي يجد أنَّ الأصوليين عَوَّفوا الحكم الشرعي بعدة تعاريف. هذه التعاريف تكشف التطور الأصولي للحكم، حيث تطور من الإجمال إلى التفصيل، فالتعاريف الأولى مجملة مبهمة، ثم تطورت بفعل النقد المعرفي إلى تعاريف مفصلة مبينة. و للوقوف على تعريف الحكم الشرعي لدى الأصوليين وعلى هذا التطور، فإننا نذكر هذه التعاريف كالآتي:

أولاً: تعريف أبي حامد الغزالي:

عَوَّف أبو حامد الغزالي الحكم الشرعي: «خطاب الشرع إذا تعلق بأفعال المكلفين»⁽¹⁾. أو كما نقل سيف الدين الأمدي: «إنه عبارة عن خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين. و قيل: إنه عبارة عن خطاب الشارع المتعلق بأفعال العباد»⁽²⁾.

ثانياً: تعريف الأمدي:

عرف سيف الدين الأمدي الحكم الشرعي بقوله: «الأقرب أن يقال في حد الحكم الشرعي أنه خطاب الشارع المفيد فائدة شرعية»⁽³⁾.

ثالثاً: تعريف عبد الوهاب ابن السبكي:

عرف عبد الوهاب بن علي تاج الدين ابن السبكي الحكم الشرعي بقوله: «الحكم: خطاب الله المتعلق بفعل المكلف، من حيث إنه مكلف»⁽⁴⁾.

رابعاً: تعريف الأشعري والرازي والبيضاوي وغيرهم:

عرف أبو الحسن الأشعري⁽⁵⁾، وفخر الدين الرازي⁽⁶⁾، وناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوي⁽⁷⁾، الحكم الشرعي بأنه: «خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير».

(1) - الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج 1، ص 81.

(2) - الأمدي، سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي محمد، الإحكام في أصول الأحكام، دار الفكر، بيروت، دط، 1424هـ-2003م، ج 1، ص 70-71. وانظر أيضاً: صدر الشريعة، عبد الله بن مسعود المحبوبي، التوضيح شرح التنقيح، مطبوع مع التلويح للفتاوي، بعناية: محمد عدنان درويش، دار الأرقم، بيروت، دط، ج 1، ص 37. الفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله، التلويح إلى كشف حقائق التنقيح، مطوع بهامس التوضيح شرح التنقيح، لصدر الشريعة، ضبط و تخريج: محمد عدنان درويش، دار الأرقم، بيروت، دط، ج 1، ص 37.

(3) - الأمدي، المصدر والصفحة نفسها.

(4) - ابن السبكي، عبد الوهاب تاج الدين، متن جمع الجوامع مع شرح الجلال شمس الدين المحلي، دار الفكر، بيروت، 1420هـ-2000م، ج 1، ص 48-49-50. الكوراني، أحمد بن إسماعيل بن عثمان، الدرر اللوامع في شرح جمع الجوامع، تحقيق: إلياس قبيلان التركي، دار صادر، بيروت، مكتبة الإرشاد، استانبول، ط 1، 1428هـ-2007م، ص 42.

(5) - صدر الشريعة، التوضيح، مصدر سابق، ج 1، ص 37.

(6) - الرازي، فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين، المحصول في علم أصول الفقه، دراسة وتحقيق: طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1412هـ-1992م، ج 1، ص 89.

(7) - السبكي، علي بن عبد الكافي، وابنه، تاج الدين عبد الوهاب، الإبهاج شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، ج 1، ص 43.

خامسا: تعريف الجمهور:

يُعرّف الجمهور من الأصوليين الحكم الشرعي بأنه: «خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاختصاص، أو التخيير، أو الوضع»⁽¹⁾.

و لا شك أن هذا التعريف يحتاج إلى شرح وبيان، ولذلك نشرحه في الآتي:

- **الخطاب:** الخطاب في اللغة هو: توجيه الكلام نحو الغير للإفهام، ثم نقل في الاصطلاح إلى ما يقع به التخاطب، أي الكلام المخاطب به، وهو هنا الكلام النفسي الأزلي، ومن ذهب إلى أن الكلام لا يسمى في الأزل خطابا فسر الخطاب بالكلام الموجه للإفهام، أو الكلام المقصود منه إفهام من هو متهيئ لفهمه⁽²⁾.

- ولفظة «الخطاب» لفظة عامة مطلقة، تشمل كل الخطابات الصادرة من الإنس والجن والملائكة وكذلك خطاب الله =.

- **خطاب الله تعالى:** قيد يخرج به كل الخطابات الأخرى المذكورة سابقا.

و المقصود بخطاب الله هو كلامه النفسي الأزلي⁽³⁾، وليس المقصود بذلك، القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة فقط، وإنما كل الأدلة الشرعية المعتبرة، فيلى جانب القرآن والسنة هناك الإجماع والقياس والمصلحة المرسلّة، والاستحسان والاستصحاب والعرف⁽⁴⁾، وهذه الأدلة أو المصادر الشرعية هي ليست ليست مثبتة للكلام النفسي، وإنما معارف له.

- **المتعلق بأفعال المكلفين:** أي المرتبط بأفعال المكلفين⁽⁵⁾، سواء كانت أفعال الجوارح من اليد واللسان وغيرها أو أفعال القلوب كالنية والإخلاص وغيرها. والمكلف هو العاقل البالغ⁽⁶⁾.

(1) - ابن الحاجب، أبو عمرو عثمان، مختصر المنتهى الأصولي، مطبوع مع شرح عضد الملّة والدين وحاشيتنا الفتاواني والجرحاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1403هـ-1983م، ج1، ص222. الإسنوي، جمال الدين أبو محمد بن الحسن، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق: محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1407هـ-1987م، ص48. الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ-1999م، ج1، ص35. صدر الشريعة، التوضيح شرح التنقيح، مصدر سابق، ج1، ص38. الفتاواني، التلويح، مصدر سابق، ج1، ص39. شلبي، محمد مصطفى، أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، دط، دت، ص65. بدران، بدران أبو العينين، أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، دط، دت، ص251. الزحيلي، وهبة، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1406هـ-1986م، ج1، ص37-38. خلاف، عبد الوهاب، علم أصول الفقه، الزهراء، الجزائر، ط2، 1993م، ص100.

(2) - الفتاواني، التلويح، مصدر سابق، ج1، ص37. الكوراني، الدرر اللوامع، مصدر سابق، ص42. البناني، حاشية على شرح المحلي لجمع الجوامع، دار الفكر، بيروت، 1420هـ-2000م، ج1، ص48. الشرييني، عبد الرحمان، تقرير على شرح جمع جوامع للمحلي، دار الفكر، بيروت، دط، 1420هـ-2000م، ج1، ص48.

(3) - الفتاواني، المصدر والصفحة نفسها. الكوراني، المصدر والصفحة نفسها.

(4) - خلاف، عبد الوهاب، علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص101. بدران، بدران أبو العينين، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص251.

(5) - الفتاواني، المصدر والصفحة نفسها.

(6) - المحلي، شرح جمع الجوامع، مصدر سابق، ج1، ص49.

و عبارة: «أفعال المكلفين» قيد خرج به الخطاب المتعلق بذاته تعالى، كقوله: ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ﴾ [سورة آل عمران: 18]، والمتعلق بالمجمادات، كقوله: ﴿وَيَوْمَ نُسِرُّ الْجِبَالَ وَتَرَى الْأَرْضَ بَارِزَةً﴾ [سورة الكهف: 47]. وقوله: ﴿وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ﴾ [سورة الصافات: 96]. فمثل هذا الخطاب لا يعتبر حكماً⁽¹⁾.

- **الاقتضاء:** هو طلب الفعل أو طلب الترك و كل واحد منهما إما جازم أو غير جازم. فما تعلق بالطلب الجازم للفعل فهو الوجوب. وما تعلق بغير الجازم منه فهو الندب، وما تعلق بالطلب الجازم للترك فهو الحرمة، وما تعلق بغير الجازم منه فهو الكراهة⁽²⁾.
و من ثم ينتج لدينا أربعة أنواع أو أقسام للاقتضاء، وهي: الوجوب، والندب، والحرمة، والكراهة.
- **التخيير:** وهو إباحة الفعل و الترك⁽³⁾، من دون ترجيح أحدهما على الآخر، وهو نوع واحد، هو: الإباحة.

- **الوضع:** أي جعل الشارع الشيء سبباً، أو مانعاً، أو شرطاً، أو فاسداً، أو عزيمة أو رخصة⁽⁴⁾.
رخصة⁽⁴⁾. و سميت بالأحكام الوضعية لأن الشارع وضعها علامات لأحكام تكليفية⁽⁵⁾.
و يجب التنبيه إلى أن الحكم الشرعي ينقسم إلى قسمين: تكليفي، ووضعي⁽⁶⁾.
- **فالحكم التكليفي** يشمل الاقتضاء والتخيير إجمالاً، والواجب والمندوب والمباح والحرام والمكروه تفصيلاً. وتسمية الخمسة تكليفية تغليب فقط، إذ لا تغليب في المباح ولا في المندوب⁽⁷⁾.
- **أما الحكم الوضعي** فيشمل تفصيلاً: السبب، والشرط، والمانع، والصحة، والفساد، والرخصة، والعزيمة.

البند الثاني: تعريف الحكم في فقه القضاء الإسلامي:

إذا كان الفقه هو تطبيق للقواعد الأصولية، فإن علم القضاء يختص بتطبيق أحكام الفقه على الناس في خصوصياتهم. فعلم القضاء هو أحد فروع علم الفقه، ويتميز عن علم الفقه بمميزات خاصة.

(1) - المحلي، المصدر نفسه، ج 1، ص 51-52.

(2) - الأمدي، الأحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 71. الفتازاني، التلويح، مصدر سابق، ج 1، ص 38. الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج 1، ص 93.

(3) - الفتازاني، التلويح، مصدر سابق، ج 1، ص 48.

(4) - الأمدي، المصدر والصفحة نفسها.

(5) - الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج 1، ص 44.

(6) - الأمدي، المصدر والصفحة نفسها. صدر الشريعة، التوضيح شرح التقيح، مصدر سابق، ج 1، ص 37. الشوكاني، المصدر نفسه، ج 1، ص 49.

(7) - الشوكاني، المصدر نفسه، ج 1، ص 43.

يقول القاضي أبو عبد الله محمد بن عبد السلام المنستيري المالكي: «و علم القضاء وإن كان أحد أنواع علم الفقه، ولكنه متميز لأمر لا يحسنها كل الفقهاء، وربما كان بعض الناس عارفاً بفصل القضاء، وإن لم يكن له باع في غير ذلك من أبواب الفقه، كما أن علم الفرائض كذلك و كما أن علم التصريف من علم العربية، وأكثر أهل زماننا لا يحسنونه، وقد يحسنه من هو دونهم في بقية العربية، ولا غرابة في امتياز علم القضاء عن غيره من أنواع الفقه، وإنما الغرابة في استعمال كليات علم الفقه وانطباقها على جزئيات الوقائع بين الناس»⁽¹⁾.

و إذا كنا قد عرفنا معنى الحكم في الفقه، بقي أن نعرف الحكم في اصطلاح علم القضاء ويكون وفق الخطة الآتية:

- أولاً: تعاريف الحكم القضائي عند الحنفية.
 - ثانياً: تعاريف الحكم القضائي عند المالكية.
 - ثالثاً: تعاريف الحكم القضائي عند الشافعية.
 - رابعاً: تعاريف الحكم القضائي عند الحنابلة.
 - خامساً: تعاريف الحكم القضائي عند المعاصرين.
 - سادساً: تعريفنا للحكم القضائي.
- و إليك بيان هذه التعاريف ذكرنا وتعليقاً.
- أولاً: تعاريف الحكم القضائي عند الحنفية:

من خلال كتب الحنفية في الفقه عموماً، وأدب القضاء خصوصاً، استطعنا أن نعثر على هذه التعاريف.

1- تعريف ابن الغرس:

عرف محمد بن محمد ابن الغرس الحنفي الحكم القضائي بقوله: «الإلزام في الظاهر على صيغة مختصة بأمر ظنّ لزومه في الواقع شرعاً»⁽²⁾.

2- تعريف مجلة الأحكام العدلية:

⁽¹⁾ - أبو نشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف: محمد حجى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، دط، دت، ج10، ص79. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص94.

⁽²⁾ - ابن نجيم، الرسائل الزينية، مصدر سابق، ص507. التمرتاشي، أبو صالح محمد بن عبد الله، مسعفة الأحكام على الأحكام، تحقيق: سامر مازن القبيج، دار الفتح، عمان، ط1، 1428هـ-2007م، ص188. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص352.

عرفت مجلة الأحكام العدلية⁽¹⁾ الحكم القضائي، في م 1786 بقولها: «الحكم هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها»⁽²⁾ وأوردها سليم رستم باز اللبناني بترجمة أخرى للمادة هي: «الحكم هو قطع الحاكم وفصله الخاصة»⁽³⁾.

3/- تعريف علي حيدر:

عرف علي حيدر الحكم القضائي بقوله: «الحكم في اصطلاح الفقهاء هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها على الوجه المخصوص»⁽⁴⁾.

ثانيا: تعريف الحكم القضائي عند المالكية:

اجتهد فقهاء المالكية كثيرا في وضع تعريف للحكم القضائي، فكانت هناك عدة تعريف، هي كالآتي:

1/- تعريف القرافي: يذكر بعض المعاصرين⁽⁵⁾ أن القرافي له تعريف واحد للحكم القضائي، بيد أن البحث والاستقصاء لآراء القرافي في كتبه، يجد أن له تعريفان للحكم، وذلك كالآتي:

أ/- تعريف القرافي الأول للحكم القضائي: يعرف القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس الحكم بقوله: «و الحكم إخبار عن إلهام الله تعالى، وإلزام الحاكم فيما يمكن أن يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا»⁽⁶⁾.

ب/- التعريف الثاني للحكم القضائي عند القرافي:

- و عرف القرافي أيضا الحكم القضائي بأنه: «إنشاء إطلاق أو إلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا»⁽¹⁾.

(1) - مجلة الاحكام العدلية هي بمثابة قانون مدني مستمد من الشريعة الإسلامية. وقد وضعت المجلة على أيدي لجنة من فحول الفقهاء في عهد الدولة العثمانية في سنة 1286هـ- 1869م، منتقاة من قسم المعاملات من فقه المذهب الحنفي، ورُتبت مباحثها على الكتب والأبواب والفصول الفقهية، فكانت 16 كتابا، ومقدمتين، الأولى في تعريف الفقه، والثانية في ذكر 99 قاعدة فقهية. وقد فصلت أحكام المجلة بمواد ذات أرقام متسلسلة، كالتقنين الحديثة، فجاء عدد موادها 1851 مادة. وفي شعبان 1293هـ- 1876م، صدر الأمر بلزوم العمل بها في جميع أنحاء الدولة العثمانية. وبقيت مطبقة في سوريا إلى غاية سنة 1949م، فألغيت و عوضت بقانون مدني غربي، تم ذلك أيضا في العراق والكويت ولبنان، حتى بقيت مجرد نص عتيق قديم تاريخي.

- أنظر: الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1418هـ- 1998م، ج1، ص226-227. وقد شرح الزرقا في كتابه هذا القواعد الفقهية 99 كذلك العقود والملكية. غير أن أشهر شروحيها: شرح علي حيدر، والمعروف ب: درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ترجمة: فهمي الحسيني، في أربعة أجزاء. و شرحها أيضا سليم رستم باز اللبناني في: «شرح المجلة» في مجلدين. وانظر أيضا: القحج، سامر مازن، مجلة الأحكام العدلية: مصادرها وأثرها في قوانين الشرق الإسلامي، رسالة دكتوراه، دار الفتح، عمان، ط1، 1428هـ- 2008م، ص45 وما بعدها.

(2) - حيدر، علي، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، تقريب: فهمي الحسيني، دار الجبل، بيروت، ط1، 1411هـ- 1991م، ج4، ص583.

(3) - رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، دت، ج2، ص1161.

(4) - حيدر، علي، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، ج4، ص574.

(5) - أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص39. الصادق، محمود الأمير يوسف، تنفيذ الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بقانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، دط، 2008م، ص33.

(6) - القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد بوجيزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م، ج10، ص121.

- وعرفه أيضا بالفاظ متقاربة فقال: «حكم الحاكم إنما يؤثر إذا أنشأ في مسألة اجتهادية تتقارب فيها المدارك لأجل مصلحة دنيوية»⁽²⁾.

2/- تعريف ابن عرفة:

يعرف ابن عرفة محمد بن محمد الوردغمي التونسي الحكم القضائي بأنه: «جزم القاضي بحكم شرعي على وجه الأمر به»⁽³⁾.

3/- تعريف الرصاع:

قال الرصاع أبو عبد الله محمد التونسي في تعريف الحكم القضائي بأنه: «إلزام القاضي أمرا شرعيا لخصم»⁽⁴⁾.

4/- تعريف ميارة:

يعرف ميارة محمد بن أحمد الفاسي الحكم القضائي بتعريفين، كالآتي:

أ/- التعريف الأول:

يقول ميارة في تعريفه الأول للحكم القضائي بأنه: «الإلزام بالحكم الشرعي»⁽⁵⁾.

ب/- التعريف الثاني:

و قال ميارة في تعريف آخر له للحكم القضائي بأنه: «ما يلزم به القاضي المتخاصمين أو أحدهما موافقا للشرع»⁽⁶⁾.

5/- تعريف الدردير:

يعرف أحمد بن محمد بن أحمد الدردير الحكم القضائي بأنه: «الإعلام على وجه الإلزام، يصدر من حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده، يرتب على ما ثبت عنده مقتضاه أو حكمه لذلك المقتضى»⁽⁷⁾.

(1) - القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي، مصدر سابق، ص 21.

(2) - القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الفروق أو: أنوار البروق في أنواء الفروق، ضبط وتصحيح: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1418هـ-1998م، ج 4، ص 114.

(3) - البنانى، محمد بن الحسن، حاشية البنانى على شرح الزرقانى على مختصر خليل، ج 7، ص 149. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، ص 569. جعيط، محمد العزيز، الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية، مكتبة الاستقامة، مطبعة الإرادة، تونس، دط، ص 245.

(4) - الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، ص 569.

(5) - ميارة، شرح تحفة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 07.

(6) - ميارة، المصدر والصفحة نفسها. وأورد هذا التعريف أيضا: التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة: تحفة الحكام لابن عاصم، وبجاشيته حلي المعاصم للتاودي، دار الفكر، بيروت، دط، 1416هـ-1996م، ج 1، ص 99-100. التاودي، أبو عبد الله محمد، حلي العاصم لفكر بن عاصم، مطبوع بهامش البهجة للتسولي، دار الفكر، بيروت، دط، 1416هـ-1996م، ج 1، ص 99. الكافي، محمد بن يوسف، إحكام والأحكام على تحفة الحكام، شرح وتعليق: مأمون بن يحيى الدين الخنان، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، ص 13. وقد أورد أصحاب هؤلاء الكتب الثلاثة الأخيرة تعريف الحكم، بصيغة: «ما يلزم القاضي به أحد الخصمين».

(7) - الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج 4، ص 69.

ثالثاً: تعريف الحكم القضائي عند الشافعية: استطعنا، وبتوفيق من الله سبحانه وتعالى، الوقوف على ثلاثة تعريف للحكم القضائي لدى الشافعية، وهي تعريف كل من: ابن عبد السلام، وزكريا الأنصاري، وابن حجر الهيتمي. وإليك هذه التعاريف.

1- تعريف عز الدين بن عبد السلام:

يعرف عز الدين بن عبد السلام الشافعي الحكم القضائي بقوله: «الحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية هو: إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه بخلاف المفتي، فإنه لا يجب عليه إمضاؤه»⁽¹⁾.

2- تعريف زكريا الأنصاري:

قال زكريا الأنصاري معرفاً للحكم القضائي: «أما الحكم، ويعبر عنه بالقضاء، والمراد به الحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية، أو هو إلزام من له الإلزام بحكم الشرع»⁽²⁾.

3- تعريف ابن حجر الهيتمي:

عرف أحمد بن محمد بن محمد المعروف والمشهور بابن حجر الهيتمي الحكم القضائي بقوله: «وَأَصْطَلَا حُنَانًا: مَا يَصْدُرُ مِنْ مُتَوَلٍّ، عُمُومًا وَخُصُوصًا، رَاجِعًا إِلَى عَامٍّ مِنَ الْإِلْزَامَاتِ السَّابِقَةِ لَهُ فِي الْقَضَاءِ، عَلَى وَجْهِ مَخْصُوصٍ»⁽³⁾.

رابعاً: تعريف الحكم القضائي عند الحنابلة:

ذكر الحنابلة، من خلال كتبهم التي اطلعنا عليها، تعريفين للحكم القضائي هما كالآتي:

1- تعريف ابن قندوس:

يعرف أبو بكر بن إبراهيم البعلبي المعروف بابن قندوس الحنبلي الحكم القضائي بقوله: «الحكم إنشاء لذلك الإلزام، إن كان فيه إلزام، أو للإباحة والإطلاق إن كان الحكم في الإباحة»⁽⁴⁾.

2- تعريف البهوتي:

قال منصور بن يونس بن إدريس البهوتي معرفاً للحكم القضائي بأنه «فصل الخصومات أو الإلزام بحكم شرعي»⁽¹⁾، ثم ذكر مثالا: «كعقد رفع إليه فحكم به بلا خصومة»⁽²⁾.

(1) - الخطيب الشربيني، مغني محتاج، مصدر سابق، ج6، ص257. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص510، ويلاحظ أنه لم ينسبه لابن عبد السلام. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص236.

(2) - الرملي، المصدر نفسه، ج8، ص235. ابن حجر الهيتمي، نحة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص101. البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب، مصدر سابق، ج5، ص305. الأنصاري، زكريا بن محمد، عماد الرضا ببيان أدب القضاء، مخطوط من مكتبة الأوقاف ببغداد، ورقة 14أ. نقلا عن: أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص45.

(3) - ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد بن محمد، الفتاوى الكبرى الفقهية، دار الفكر، بيروت، دط، 1403هـ-1983م، ج2، ص198.

(4) - البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص362.

خامسا: تعاريف الحكم القضائي عند المعاصرين:

حاول بعض الباحثين المعاصرين وضع تعريف للحكم القضائي بناء على جهود السابقين من فقهاء المذاهب، وبناء على التطورات الفكرية القانونية والشرعية الحديثة. ونحن نحاول ذكر بعض هذه التعاريف والتعليق عليها، وذلك كالآتي:

1- تعريف محمد زيد الأبياني بك:

عرف محمد زيد الأبياني بك الحكم القضائي بقوله: «الحكم هو الإلزام»⁽³⁾.

2- تعريف علي محمود قراعة:

كما حاول علي محمود قراعة تعريف الحكم القضائي، فقال بأنه: «ما يصدر من القاضي لإفادته لزوم الحق وثبوته»⁽⁴⁾.

3- تعريف عبد الرحمان القاسم:

عرف عبد الرحمان القاسم الحكم القضائي بتعريفين، هما:

أ- التعريف الأول:

حيث عرف الحكم القضائي بأنه: «ما يصدر من القاضي، قولاً أو فعلاً، أو ضمناً، يلزم بإعطاء شيء، أو الامتناع عن شيء، أو بتقرير واقعة معينة»⁽⁵⁾.

ب- التعريف الثاني:

وهنا قال عبد الرحمان القاسم في تعريف الحكم القضائي بأنه: «كل قرار تتخذه هيئة قضائية تدخلت في منازعة بين خصمين فأكثر رفعت إليها بموجب نظام الدولة القضائي»⁽⁶⁾.

4- تعريف وهبة الزحيلي:

من خلال مراجعة مؤلفات وهبة الزحيلي فإننا وقعنا على تعريفين له للحكم القضائي، وذلك

كالآتي:

(1) - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص481. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص362. وقد صرح في الكتاب الأخير بأنه تعريف للقضاء.

(2) - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المصدر والصفحة نفسها.

(3) - الأبياني بك، محمد زيد، مختصر كتاب مباحث المرافعات الشرعية، مرجع سابق، ص128.

(4) - قراعة، علي محمود، مخلص الأصول القضائية، مكتبة مصر، دط، 1977م، ص234. نقلاً عن: أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية

الحكم القضائي، مرجع سابق، ص49.

(5) - القاسم، عبد الرحمان، النظام القضائي الإسلامي، مطبعة المدني، القاهرة، ط1، 1393هـ-1973م، ص64.

(6) - القاسم، عبد الرحمان عبد العزيز، المرجع نفسه، ص343.

أ/- التعريف الأول:

قال وهبة الزحيلي معرّفاً للحكم القضائي بأنه: «ما يصدر عن القاضي من قرار لحسم النزاع، وإنهاء الخصومة، وله صفة الإلزام»⁽¹⁾.

ب/- التعريف الثاني:

و قال وهبة الزحيلي في موضع آخر في تعريف الحكم القضائي بأنه: «فصل الخصومة، وحسم النزاع، بقول أو فعل يصدر عن القاضي بطريق الإلزام»⁽²⁾.

5/- تعريف محمد الزحيلي:

عرف محمد الزحيلي الحكم القضائي بقوله: «هو فصل الخصومة بقول أو فعل، يصدر عن القاضي ومن في حكمه، بطريق الإلزام»⁽³⁾.

6/- تعريف أحمد بن عبد العزيز آل مبارك:

و قال أحمد بن عبد العزيز آل مبارك في تعريف الحكم القضائي، بأنه: «الإعلام على وجه الإلزام»⁽⁴⁾.

7/- تعريف عبد الرحمان إبراهيم عبد العزيز الحميضي:

و قد عرفه عبد الرحمان إبراهيم عبد العزيز الحميضي قائلاً: «أمر نفساني يعبر عنه تارة بالقول، وتارة بالفعل، وتارة بالإشارة»⁽⁵⁾.

8/- تعريف محمد نعيم ياسين:

عرف محمد نعيم ياسين الحكم القضائي فقال: «فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام»⁽⁶⁾.

9/- تعريف أحمد بن محمد بن صالح الخضير:

قال أحمد بن محمد بن صالح الخضير في تعريف الحكم القضائي بأنه: «إلزام القاضي الخصم أمراً شرعياً على وجه مخصوص»⁽⁷⁾.

(1) - الزحيلي، وهبة مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط4، الإعادة 10، 1428هـ-2007م، ج8، ص5923.

(2) - الزحيلي، وهبة مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج8، ص6289.

(3) - الزحيلي، محمد مصطفى، أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، مطبعة دار الكتاب، دمشق، ط4، 1412هـ-1992م، ص245. وانظر أيضاً: الزحيلي، محمد مصطفى، التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص461. حيث جاء فيه: «هو القول أو الفعل الذي يصدر عن القاضي، ومن في حكمه بطريق الإلزام لفصل الخصومة، وعرفه الفقهاء بأنه: فصل» والباقي كما هو.

(4) - آل مبارك، أحمد بن عبد العزيز، نظام القضاء في الإسلام، دار ظفير، أبو ظبي، ط2، 1402هـ-1982م، ص06.

(5) - الحميضي، عبد الرحمان إبراهيم عبد العزيز، القضاء ونظامه، مرجع سابق، ص635.

(6) - ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، مرجع سابق، ص643. وانظر أيضاً كتابه: حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الفرقان، عمان، ط1، 1404هـ-1984م، ص8.

(7) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص118.

10/- تعريف محمود الأمير يوسف الصادق:

عرف محمود الأمير يوسف الصادق الحكم القضائي قائلاً: «إنشاء إطلاق أو إلزام من القاضي ومن في حكمه، بصيغة مختصة في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا»⁽¹⁾.

11/- تعريف عبد الناصر موسى أبو البصل:

كما حاول عبد الناصر موسى أبو البصل تعريف الحكم القضائي فقال: «الحكم هو ما يصدر عن القاضي ومن في حكمه، فاصلاً في الخصومة، متضمناً إلزام المحكوم عليه بفعل، أو بالامتناع عن فعل، أو إيقاع عقوبة على مستحقها، أو تقرير معنى في محل قابل له»⁽²⁾.

سادساً: تعريفنا للحكم القضائي:

و الآن، وبعد ذكر مختلف التعاريف للحكم القضائي في شتى المذاهب الفقهية من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وحتى الباحثين المعاصرين، نأتي الآن استخلاص تعريف يحدد حقيقة هذا الحكم وماهيته وعناصره الجوهرية، ولن يكون هذا التحديد إلا بعد بيان الموافقات والفروق المستخلصة من المقارنة بين مختلف التعاريف المذكورة سلفاً.
فالتعريف الذي سنذكره يكون هو الخلاصة النهائية لهذا.

1/- الموافقات:

بمقارنة مختلف التعاريف فيما بينها يمكن استخلاص النتائج الآتية:

أ/- تتفق كل التعاريف، إن صراحة أو ضمناً، على أن الإلزام عنصر جوهري وأساسي في الحكم القضائي.

ب/- تتفق جميع التعاريف على أن الحكم القضائي يصدر من القاضي الذي يستوفي شروط تولية القضاء من الذكورة الفطنة والاجتهاد والإسلام، والتي نص الفقهاء عليها.

ج/- تتفق جميع التعاريف صراحة أو ضمناً على أن الحكم لا يصدر في نزاع وخصومة. فحتى الذين لا يصرحون بذلك، يقولون في مواضع أخرى أن الحكم الغرض منه هو فصل المنازعات وقطع الخصومات، وهذا يعني أن الحكم لا يصدر إلا في خصومة، ولأن وجود الخصومة هو عنصر جوهري في الحكم.

د/- تتفق كل التعاريف صراحة وضمناً على أن الحكم القضائي يجب أن يصدر وفقاً لنصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها.

(1) - الصادق، محمود الأمير يوسف، تنفيذ الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص36.

(2) - أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص52-53.

هـ- كل التعاريف تتفق صراحة أو ضمنا على أن مجال الأحكام وهو مصالح الدنيا لا مصالح الآخرة، وأن هذه المصالح الدنيوية هي: الأموال والعقود المالية، أحكام الأسرة من زواج وطلاق ونسب و حضانة وغيرها، وأحكام الدماء ومختلف الجرائم.

و- تتفق جميع المذاهب على جواز التحكيم، وإن اختلفوا في مجاله كما رأينا عند تعريف القضاء، ومن ثم فالمحكم له إصدار الحكم على الأقل في الأموال فقط. أما أحكام الأسرة والدماء فالبعض يجيز، والبعض لا يجيز، كما ذكرنا ذلك عند تعريف القضاء.

ز- تتفق كل المذاهب الفقهية وحتى المعاصرين على أن الأحكام القضائية لا تصدر إلا بناء قواعد إصدار معينة، وأن هذا عنصر جوهري في الحكم القضائي، ولكنها تختلف فيما بينها حول هذه القواعد.

2- الفروق: وهي كالآتي:

أ/- أغلب التعاريف ركزت في تعريف الحكم القضائي على المسائل الموضوعية وإهمال الإجرائية الشكلية، وقليل من التعاريف من جمع بينهما معا وهذا يعني طغيان النظرة الموضوعية على تصور الفقهاء للحكم القضائي. أما الشكلية فهي ليست بارزة بوضوح وبصورة كافية، إن لم تكن منعدمة.

ب/- أكثر المذاهب الفقهية ذكرا لتعاريف الحكم القضائي هم المالكية بثمانية تعاريف، ثم يلونهم كل من الحنفية والشافعية بثلاثة تعاريف، وأخيرا الحنابلة بتعريفين، وهذا بناء على ما تم الاطلاع عليه من مؤلفات كتب المذاهب، ومن ثم يمكن أن تختلف هذه الإحصاءات إذا توافرت كتب أخرى، وعرفت الحكم القضائي، فهو إحصاء بناء على ما وقع بين أيدينا من كتب ومؤلفات فقهية ومذهبية.

هذا ما استطعنا استخلاصه من الموافقات والفروق، وبناء على هذه المقارنة فإنه يمكن لنا أن

نوف الحكم القضائي كالآتي:

الحكم القضائي هو: قرار مكتوب، يصدر من هيئة قضائية صحيحة التشكيل، في خصومة ذات شأن دنيوي، متضمنا الإلزام بإعطاء شيء، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، أو إيقاع عقوبة على مستحقها، في إطار نصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها.

البند الثالث: تعريف الحكم القضائي في الفقه القانوني:

يعرف الفقه القانوني الحكم القضائي بمعنيين: الأول عام؛ والآخر خاص، وذلك كالآتي:

أولا: تعريف الحكم القضائي بمعناه العام في الفقه القانوني:

يقصد بالمعنى العام للحكم القضائي: الإطلاق الشامل الجامع لكل الأحكام القضائية، بغض النظر عن الدرجة التي يصدر منها، سواء صدر من الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية، وسواء صدر من القضاء العادي أو من القضاء الإداري. فالمعنى العام هو الذي يشمل كل الأحكام القضائية الصادرة من مختلف الجهات القضائية مهما كانت درجتها، ومهما كان اختصاصها.

و في هذا الصدد هناك عدة تعريف تتشابه في الفكرة، وتختلف فقط في الصياغة وهو اختلاف ليس جوهريا، ولذا سنوردها ثم نشرحها شرحا واحدا لاتفاقها وإجماعها على الفكرة الجوهرية للحكم القضائي، وهذه التعريف هي:

1/ - الأحكام هي: «القرارات الصادرة من جهات قضائية للفصل في المنازعات، وفقا لإجراءات و ضمانات معينة»⁽¹⁾.

2/ - الحكم هو: «القرار الصادر من شخص مزود بولاية القضاء وبماله من سلطة قضائية، في نزاع مطروح عليه، بهدف حسم هذا النزاع، سواء في الموضوع، أو في الإجراءات وفي الشكل المكتوب»⁽²⁾.

3/ - الحكم القضائي: «الحل الذي يعلنه القاضي، في نطاق خصومة قضائية، متبعا في ذلك شكلية معينة، وذلك بقصد حسم مركز خلافي ناتج عن تطبيق القانون في الحياة العملية»⁽³⁾.

4/ - «الحكم بالمعنى العام هو كل قرار يصدر في إطار القوانين الإجرائية، من طرف هيئة قضائية منتسبة لصفة شرعية، من شأنه، عادة، أن ينهي الخصومة وأن يضع حدا للنزاع»⁽⁴⁾.

5/ - الحكم: «كل قرار يصدر من المحكمة في خصومة قضائية، وفقا لقواعد إصدار الأحكام»⁽⁵⁾.

6/ - الحكم هو: «القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا، ومختصة (أو صارت مختصة بعدم الاعتراض على اختصاصها في الوقت المناسب) في خصومة رفعت إليها، وفق قواعد قانون المرافعات، سواء أكان صادرا في موضوع الخصومة، أو في شق منه، أو في مسألة متفرعة عنه»⁽⁶⁾.

(1) - جمعي، عبد الباسط، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، القاهرة، دط، 1973م-1974م، ص388.
(2) - عمر، نبيل إسماعيل، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دط، 1999م، ص685. وانظر أيضا كتابه: الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دط، 2000م، ص15.
(3) - سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ص189.
(4) - بكوش، يحيى، الأحكام القضائية وصياغتها الفنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دط، 1984م، ص09.
(5) - فهمي، وحدي راغب، مبادئ القضاء المدني - قانون المرافعات، دار النهضة العربية، بيروت، ط3، 2001م، ص684-685. نقلا عن: الصادق، محمود يوسف الأمير، تنفيذ الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص38.
(6) - أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص34. وما بين الأقواس لصاحب التعريف.

7- الحكم القضائي هو: «القرار الصادر من محكمة في منازعة معينة، قامت بين شخصين فأكثر، وفقا للقواعد والإجراءات التي يحددها القانون لإصدار الأحكام»⁽¹⁾.

8- الحكم القضائي هو: «القرار الصادر من هيئة قضائية، الفاصل في النزاع أو المقرر لواقعة معينة وفق إجراءات معينة»⁽²⁾.

9- الحكم القضائي هو: «كل إعلان لفكر القاضي في استعماله لسلطته القضائية، وذلك أيا كانت المحكمة التي أصدرته، أيا كان مضمونه»⁽³⁾.

10- الحكم القضائي هو: «القرار الصادر من محكمة في حدود ولايتها القضائية في خصومة بالشكل الذي يحدده القانون للأحكام، سواء كان صادرا في نهاية الخصومة أو في أثناء سيرها، وسواء كان صادرا في موضوع الخصومة، أو في مسألة إجرائية»⁽⁴⁾.

وهذه التعاريف تشمل الأحكام الصادرة في جميع المواد المدنية والإدارية والجزائية.

11- الحكم القضائي الجزائي هو: «كلمة القضاء في الدعوى الجنائية المعروضة على قضاء الحكم، وتتضمن هذه الكلمة الحكم على الوقائع المشككة للدعوى الجنائية وجودا أو عدما، ونسبتها أو عدم نسبتها إلى المتهم من جهة، وتطبيق القانون على الوقائع كما ثبتت أمام المحكمة»⁽⁵⁾.

و هذا التعريف للحكم هو تعريف يتعلق بالمواد الجزائية فقط، وما يلاحظ عليه هو الوقوع في الدور، والتكرار في عبارة «كلمة»، خاصة حين يقول: «بالحكم هو... وتتضمن هذه الكلمة الحكم على...»، وهذا غير سليم.

هذه بعض تعاريف الحكم القضائي في القانون الوضعي، وهي كلها، ماعدا التعريف التاسع، تبين بوضوح أن الحكم القضائي يتكون ويتركب من عنصرين جوهريين هما العنصر الشكلي، والعنصر الموضوعي و كل عنصر يتحلل إلى أجزاء وعناصر تكونه.

و إليك شرح و بيان هذه العناصر الجوهرية⁽⁶⁾:

(1) - الصادق، محمود يوسف الأمير، تنفيذ الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص40.

(2) - أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص60.

(3) - والي، فتحي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، طبع دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 1987م، ص612. نقلا عن: الصادق، محمود يوسف الأمير، المرجع نفسه، ص38.

(4) - عبد الرحمان، محمد سعيد، الحكم القضائي: أركانه وقواعد إصداره، دراسة تأصيلية تحليلية تطبيقية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2008م، ص21-22.

(5) - أبو عامر، محمد زكي، الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف الإسكندرية، دط، 1994م، ص721.

(6) - جميعي، عبد الباسط، مبادئ المرافعات، مرجع سابق، ص388-392. أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص34-35. بكوش، يحيى، الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص9-11.

أ/- العنصر الموضوعي: الحكم قرار صادر في خصومة ومنازعة:

يتمثل العنصر الأول للحكم القضائي في العنصر الموضوعي، والذي يعني أن الحكم قرار يصدر في منازعة وخصومة بين اثنين فأكثر. وإلا فليس حكما قضائيا، فهو في الأول قرار يصدر في منازعة بين أطراف. أي في تعارض بين مصالح الأطراف عند تطبيق القانون. وهذا التعارض يستوجب تدخل القضاء عن طريق إصدار حكم في النزاع.

و بناء على هذا العنصر يمكن التمييز والتفرقة بين الحكم القضائي، وكل من العمل التشريعي، والعمل الإداري، والعمل الولائي.

فبهذا العنصر يمكن التمييز بين الحكم القضائي والعمل التشريعي، الذي لا يعدو أن يكون في جوهره قرارا، إلا أن له صفة العمومية والشمول، ولا يقصد به حالات خاصة معينة، أو معروضة فعلا في الحياة الواقعية العملية. أي أن الحكم يصدر واقعة خاصة محددة الزمان والمكان والأشخاص، أما العمل التشريعي، فهو عام ومجرد. كما سبق البيان عند تعريف القضاء في القانون الوضعي.

و بهذا العنصر أيضا يمكن التمييز بين الحكم القضائي والقرار الإداري، لأن الحكم يفترض وجود منازعة وخصومة، هذه الأخيرة هي المبرر الجوهرية لتدخل القضاء. أما عمل الإدارة فغير ذلك، إذ الإدارة تتصدى تلقائيا من نفسها لتسيير المرافق العامة، بينما القاضي لا يتدخل للفصل في المنازعة إلا بناء على طلب الخصوم.

كما أنه بهذا العنصر أيضا يتم التمييز بين العمل القضائي والعمل الولائي، على الرغم من صدورهما من القضاء معا، وأن أفضل معيار للتمييز بينهما هو المعيار الموضوعي لا المعيار الشكلي الذي يتأسس على فكرة ممن يصدر العمل، وهو القاضي كالأعمالين يصدران من القاضي.

أما المعيار الموضوعي فيقوم على أمرين اثنين:

- الأمر الأول: وهو تقرير الحق.

- وثانيهما: الإلزام. أي إلزام وإجبار من عليه الحق باحترامه أو أدائه إلى صاحبه، فمتى اجتمع هذان العنصران والأمران لعمل من أعمال القضاء فإن ذلك العمل هو حكم قضائي، وإلا لم يصدق عليه هذا الوصف.

و هذا يعني أن الحكم القضائي يستند إلى قاعدة حجية الأمر المقضي به، أي أنه يصبح حقيقة في مواجهة الكافة، ولا يجوز لأحد مهما كانت صفته إلغاؤه، بل حتى القاضي الذي أصدره أو غيره لا يمكن إلغاؤه إلا بالطرق المشروعة قانونا.

في حين أن العمل الولائي لا يتمتع بهذه الحجية، حيث يجوز للقاضي الذي أصدره أن يتراجع عنه إلغاء أو تعديلا، متى دعت الظروف التي أدت إلى إصدار ذلك القرار وتغيرت

ب/- العنصر الشكلي: الحكم قرار يصدر من جهة قضائية، وفقا لأشكال وإجراءات معينة:

و يتمثل هذا العنصر الشكلي في المظاهر الخارجية للحكم من وجوب صدوره من محكمة قضائية ومن وجوب توافر أشكال وإجراءات وقواعد إصدار معينة.

و بهذا التحديد، فإن العنصر الشكلي يتكون من شقين هما:

- وجوب صدور الحكم من جهة قضائية،

- وجوب صدور الحكم وفقا لأشكال وإجراءات معينة.

و إليك حقيقة هذين الشقين:

⑥/- وجوب صدور الحكم من جهة قضائية:

فأول ما ينبغي توافره في هذا الموضوع للحكم القضائي هو وجوب صدور الحكم من جهة قضائية، فإذا صدر من جهة ليست قضائية، فإنه لا يكون حكما قضائيا. ومن ثم فإن الجهة التي تصدر الحكم هي جهة قضاء.

و جهة القضاء قسمان، هما: قضاء المحاكم بمختلف درجاتها، وقضاء التحكيم أو المحكمين، فقد أجازت التشريعات الإجرائية المدنية دون الجزائية للأفراد أن يعرضوا منازعاتهم على محكمين في القضايا المدنية والتجارية والعمل، ومن ثم تكون للمحكمين ولاية قضائية تماما مثل ولاية القضاة بالنسبة للنزاع المطروح، وحينئذ يعتبر حكم المحكمين كأنه حكم صادر من جهة قضائية.

⑦/- وجوب صدور الحكم القضائي وفقا لأشكال وإجراءات معينة:

و النقطة الثانية التي يجب توافرها بالنسبة للحكم القضائي هي صدوره وفقا لأشكال وأوضاع وإجراءات معينة، وهذه الإجراءات اللازمة لإصدار الحكم هي المبينة في القوانين الإجرائية سواء المدنية أو الجزائية.

فالمحكمة يجوز لها عقب انتهاء المرافعة أن تنطق بالحكم في الجلسة، أو أن تؤجل إصداره إلى جلسة أخرى قريبة تحددتها، وهو ما يسمى عمليا بـ: «حجز القضية للحكم». ويعبر عنه أيضا بـ: «إقفال باب المرافعة». وفي الجلسة المحددة لنطق الحكم، قد تنطق بالحكم، وقد تؤجل إصداره، وقد تفتح باب المرافعة من جديد، إذا تبينت وجود أسباب جدية تدعو لذلك.

و من هذه الإجراءات أيضا المداولة، وهي تبادل الآراء وجهات النظر بين القضاة إذا تعددوا، وإذا كان القاضي فردا، فإن المداولة تتمخض في إدارة النظر وتقليب وجوه الرأي المختلفة في ذهنه، وهنا لا يجوز الاستماع إلى أحد الخصوم أو قبول المذكرات والأوراق إلا باطلاع الطرف الآخر، وإلا كان الحكم باطلا.

و يشترط أن يكون القضاة المشتركين في المداولة هم الذين سمعوا المرافعات، وإلا كان الحكم باطلا، غير أنه يجوز تلاوة الحكم من هيئة أخرى بشرط أن يوقع من القضاة الذين سمعوا المرافعات واشتركوا في المداولة، وأصدروا الحكم على مسودته، والحكم يصدر بالأغلبية، ثم تجري تلاوة الحكم علنا، والعلانية في تلاوة الحكم ضمانه جوهرية من ضمانات التقاضي، حتى ولو نظرت القضية في جلسة سرية.

و يشترط أيضا أن يكون الحكم مكتوبا وموقعا من قبل القضاة الذين أصدروه، وأن يكون مشتملا على بيانات معينة، منها: أسماء القضاة الذين سمعوا المرافعات، واشتركوا في الحكم، والذين حضروا تلاوته وأسماء الخصوم وصفاتهم والمحامين.

و الحكم القضائي مهما كان نوعه ينقسم من حيث مشتملاته إلى أربعة أقسام هي:

- **الديباجة:** وتشتمل على بيان اسم المحكمة وأسماء القضاة والخصوم وعضو النيابة والمحامين والخبراء إن وجدوا.

- **الوقائع:** وهي التي توضح وقائع وأحداث النزاع وتطوراته، ويلخص دفاع الأطراف وحججهم وأسانيدهم، ورأي النيابة العامة إن كان.

- **الحجيات:** أي الأسباب التي تبني عليها المحكمة رأيها وحكمها، سواء كانت أسبابا قانونية أو واقعية.

- **المنطوق:** وهو النتيجة التي خلصت إليها المحكمة من تلك الأسباب؛ أو بناء على تلك الأسباب، والمنطوق هو الخلاصة الموجزة التي تلي عبارة: «وبناء عليه» الواردة في ختام كل حكم.

و بهذا يمكن القول بأن الحكم القضائي يتكون من ثلاثة أركان هي⁽¹⁾:

1- أن يصدر من محكمة تتبع جهة قضائية.

2- أن يصدر في خصومة.

3- أن يصدر مكتوبا وفقا لما نص عليه القانون.

(1) - أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 34-35.

و في ضوء هذه الشرح المختصر فإن أفضل التعاريف التي أوردناها هي التعريف الأول والخامس، وقريب منها في الدرجة التعاريف الأخرى، فقط يلاحظ بعض العيوب في بعض التعاريف، مثل التكرار في التعريفين الثاني والعاشر، والوقوع في الدور في التعريفين الخامس والسابع.

و من جانب آخر، فإن تعريف الحكم القضائي بعنصره الشكلي والموضوعي، يبرز تأثير التعريف بالمعيار المختلط الجامع بين المعايير الشكلية والموضوعية المذكورة سابقا في تعريف القضاء.

ثانيا: تعريف الحكم القضائي بمعناه الخاص في القانون الموضوعي:

يقصد بالمعنى الخاص للحكم القضائي المعنى المتعلق بالدرجة التي يصدر منها الحكم، أو نوع الحكم، أو صفة منه.

- فيطلق اصطلاح **الحكم**، ويقابله بالفرنسية: **le Jugement**، على كل ما يصدر من محكمة الدرجة الأولى.

- ويطلق اصطلاح **القرار**، ويقابله بالفرنسية: **arrête**، على كل ما يصدر من محكمة الدرجة الثانية، وهي في الجزائر المجلس القضائي، ويطلق كذلك على ما يصدر من المحكمة العليا.

- ويطلق اصطلاح **الأمر**، ويقابله بالفرنسية: **l'ordonnance**، على كل ما يصدر في المادة الاستعجالية، والأعمال الولائية، لأنها تصدر من رئيس المحكمة عادة.

- ويطلق اصطلاح **الحكم**، الذي يقابله بالفرنسية: **Sentences**، على أحكام المحكمين⁽¹⁾. وهذه الإطلاقات كلها تركز على الجانب الشكلي العضوي⁽²⁾، دون النظر إلى الموضوع، بحيث يتم النظر إلى الدرجة التي يصدر منها الحكم، وإلى العضو القائم بالإصدار، وإلى صفة القائم به كذلك. وهكذا نكتشف تعدد المعاني للحكم القضائي.

وقد رأى بعض الفقهاء القانونيين أن هذا الأمر يعبر عن «عدم انضباط اصطلاح الحكم»⁽³⁾. بيد أننا نرى العكس، حيث نرى أن المسألة مجرد اصطلاح تقني الغرض منه هو تحقيق سهولة التمييز بين المصطلحات حين الاستخدام والاستعمال، فهو مجرد تسهيل وليست قضية اصطلاح علمي دقيق. ومن ثم فإننا نرى الاصطلاح منضبطا.

و إذا قارنا بين المعنى العام والخاص للحكم القضائي فإننا نلاحظ وجود نظرتين أساسيتين

مختلفتين:

(1) - إبراهيمي، محمد، الوجيز في الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 2001م، ج2، ص117. بن ملح، الغوثي، القانون القضائي الخاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط2، 2000م، ص351. فهمي، وجدي راغب، النظرية العامة للعمل، مصدر سابق، ص666-667. أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص58.

(2) - فهمي، وجدي راغب، النظرية العامة للعمل، مصدر سابق، ص666-667.

(3) - فهمي، وجدي راغب، لوجع نفسه، ص665.

- الأولى نظرة شكلية أو إجرائية عضوية، و يتبناها التشريع،
- والثانية نظرة موضوعية يتبناها الفقه القانوني، وتقصر الحكم على ما يعد عملاً قضائياً.
- خاتمة تتضمن المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في تعريف الحكم القضائي:

بعد كل هذا التطواف والبحث في تعريف الحكم القضائي، نأتي الآن إلى المقارنة والموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في خصوص هذه النقطة، وذلك ببيان الموافقات، والفروق، ثم استخلاص النتيجة النهائية.

أ/- الموافقات: وهي أوجه الاتفاق، ونقاط الالتقاء بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

و قد تمكنا من استخلاص الموافقات الآتية:

- يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على أن عناصر الحكم القضائي هي:
- الإلزام: فالحكم بغير إلزام وإجبار للمحكوم عليه، لا فائدة منه.
- مصدر الحكم وهو القاضي والمحكم.
- وجود خصومة ونزاع، وإلا فهو ليس بحكم، وإنما هو عمل ولائي، بحسب اصطلاح القانون الوضعي، أو هو تصرف غير قضائي بحسب اصطلاح الفقه الإسلامي.
- صدور الحكم وفق قواعد إصدار معينة، والقواعد لم يذكره لم يشر إليها أغلب الفقهاء المسلمين عند تعريفهم للحكم القضائي، إلا أنهم ذكروها في مواضع أخرى ونحن سنتناول في المبحث الثالث هذه القواعد المتعلقة بإصدار الحكم، كما سنتكلم عن بياناته.
- كثرة التعاريف المتعلقة بالحكم القضائي في النظامين الإسلامي والوضعي، تدل على حرصهما على تحديد طبيعة الحكم وماهيته وعناصره، حتى يتميز عن غيره.
- يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على أن الأحكام القضائية هي أهم الأعمال القضائية، وذلك لأنها تفصل في المنازعات، ومن ثم حسم مادة الفساد في المجتمع، وهذا يؤدي إلى تحقيق وتدعيم الاستقرار داخل المجتمع ومن ثم تحقيق العدل بين الناس.
- يتفق القانون الوضعي والفقه الإسلامي على أن الحكم القضائي يجب أن يصدر وفقاً للقانون والشريعة بالترتيب.

ب/- الفروق: وهي أوجه الاختلاف، ونقاط الافتراق.

و يمكن حصر هذه الفروق في النقاط الآتية:

- تتميز تعاريف الحكم القضائي في القانون الوضعي بحسن الصياغة ودقتها وشمولها ووضوحها، بخلاف تعاريف الفقه الإسلامي، فإن أغلبها يتميز بعدم الشمولية وقصورها، وذلك بسبب تركيز أغلب الفقهاء المسلمين على عنصر أو عنصرين أو ثلاثة على أكثر تقدير وإهمال باقي العناصر.

- تعاريف الحكم القضائي في القانون الوضعي متأثرة وتعكس الاختلاف الفقهي في تعريف العمل القضائي، فلقد رأينا ثلاثة معايير وهي: المعايير الشكلية؛ والموضوعية؛ والمختلط. والحكم القضائي أخذ أو أنه يعكس الأخذ بالمعيار الأخير - وهو المعيار المختلط - هذا المعيار الذي جمع وفق بين المعيارين الشكلي والموضوعي، وهذا طبيعي فإذا كان فقهاء القانون مختلفون في تعريف القضاء وكان الحكم هو أحد أنواع الأعمال القضاء، فلاشك أن الاختلاف سينتقل بطريقة سلسلة وطبيعة ومنطقية إلى الحكم القضائي، أما الفقه الإسلامي فلا توجد فيه هذه المعايير وإن تشابهت في بعض الجوانب.

- لم يتكلم فقهاء الشريعة الإسلامية عن كتابة الحكم القضائي ولم يشترطوها، بخلاف القانون الوضعي، والسبب في ذلك أن فقهاء الشريعة نظروا إلى الحكم على أساس أنه نفساني لا لساني. وقد انتقدنا هذا المسلك من قبل.

- هذا ما توصلنا إليه من ذكر للموافقات والفروق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي أما النتيجة فهي أنه يمكن القول بأن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يتفقان حول تعريف الحكم القضائي عموماً، وذلك في العناصر المذكورة في الموافقات، مع التأكيد على الفروق.

- وهكذا ننهي المبحث الأول من الفصل التمهيدي، ويليه المبحث الثاني، وعنوانه: أنواع الأحكام القضائية، والحمد لله أولاً وآخراً. أمين رب العالمين.

المبحث الثاني: أنواع الحكم القضائي:

بعد أن تناولنا تعريف الحكم القضائي في الفقه الإسلامي و الفقه القانوني و المقارنة بينهما من حيث الموافقات و الفروق، نأتي الآن إلى مسألة لا تقل أهمية عنها وهي مسألة أنواع الحكم القضائي. و تعد مسألة دراسة أنواع الأحكام القضائية دراسة نظرية و علمية في وقت واحد، فهي دراسة نظرية، لأنها تضبط الأنواع المختلفة و المتعددة للحكم القضائي، و هي دراسة عملية أيضا لأن كل نوع من الأنواع المختلفة للأحكام القضائية يترتب عليه آثار و نتائج تختلف عن غيره من الأنواع⁽¹⁾. و من ثم فموضوع أنواع الحكم القضائي موضوع يجب الفصل فيه فصلا ضروريا، و ذلك لأن الطعن لا يكون إلا في الأحكام، مما يستدعي و يستوجب ضرورة الوقوف على أنواع الحكم القضائي التي يتم الطعن فيها بمختلف طرق الطعن، خاصة إذا علمنا أن كل طريق من طرق الطعن يجوز في أنواع معينة و محددة قانونا من الأحكام، و ليس كل الأحكام، و لذا فهذا المبحث لا يكتسي أهمية قصوى في هذا الفصل التمهيدي فقط، و إنما في الرسالة ككل، ذلك أنه يدخل في أغلب مفاصل و أجزاء البحث.

و للوقوف على أنواع الحكم القضائي فإننا ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين كالآتي:

المطلب الأول: أنواع الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أنواع الأحكام القضائية في القانون الوضعي.

و نختتم هذا المبحث بخلاصة تتضمن المقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي في موضوع أنواع الأحكام القضائية، و ذلك على شكل أوجه الاتفاق، و أوجه الاختلاف، ثم استخلاص النتيجة النهائية من هذه المقارنة.

المطلب الأول: أنواع الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي:

إنَّ الدَّارس للفقه الإسلامي يجد أن الفقهاء ذكروا أنواعا عديدة لأنواع الأحكام القضائية و باعتبارات متعددة، و ذلك إما تصريحاً و اصطلاحاً بمصطلحات معينة، و إما استخلاصاً و استنتاجاً من نصوصهم و أقوالهم.

و بناء عليه، فإن أنواع الحكم القضائي في الفقه الإسلامي تنقسم إلى الاعتبار الآتية، كل اعتبار في فرع وفق الخطة الآتية:

الفرع الأول: أقسام الحكم باعتبار أداة التعبير.

الفرع الثاني: أقسام الحكم باعتبار إثبات المدعى دعواه من عدمه.

الفرع الثالث: أقسام الحكم باعتبار صحة التصرف في المحكوم به و موجبه:

(1) - عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية و التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 1986م، ص1060.

الفرع الرابع: أقسام الحكم باعتبار المقصود الأصلي الأول للحكم من عدمه.
الفرع الخامس: أقسام الحكم باعتبار جواز نقضه من عدمه.
الفرع السادس: أقسام الحكم باعتبار صحته و بطلانه.
الفرع السابع: أقسام الحكم باعتبار الوصف الشرعي.
هذه تقريبا كلها أو أغلبها أنواع الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي التي تم التوصل إليها باستخدام المنهج الاستقرائي.

و إليك هذه الفروع بالبيان و الشرح و التفصيل و التقدير.

الفرع الأول: أقسام الحكم باعتبار أداة التعبير:

يتمثل هذا الاعتبار في الأداة و الوسيلة التي يستعملها القاضي أو المحكم في إصداره الحكم، فإن استخدم اللسان كان الحكم قوليا، و إن استعمل التصرف و السلوك و الفعل كان الحكم فعليا، و إن أقر و وافق على ما صدر من أحد المتداعين كان الحكم تقريرا.
و بناء عليه، فإن أقسام الحكم باعتبار أداة و وسيلة التعبير هي ثلاثة أنواع: الحكم القولي؛ و الحكم الفعلي؛ الحكم التقريري.

و إليك الآن هذه الأقسام وفق الخطة الآتية:

البند الأول: تعريف الحكم القولي و صيغته.

البند الثاني: تعريف الحكم الفعلي، و ما يعد من أفعال القاضي حكما، و ما لا يعد.

البند الثالث: الحكم التقريري تعريفه و موقف الفقهاء منه.

بقي أن نشير إلى أن محمد زيد الأيباني بك يذكر أن أقسام الحكم القضائي ثلاثة، وهي: الحكم القولي، و الحكم الفعلي، و الحكم الضمني⁽¹⁾.

و الصحيح أن النوع الثالث - وهو الحكم الضمني - يقابله الحكم الصريح الذي ستأتي لاحقا دراسته. أما النوع الثالث الذي يكون في موضع الحكم الضمني فهو الحكم التقريري، وهو الذي ذكره الفقهاء كما سنرى.

البند الأول: تعريف الحكم القولي و صيغته.

نتناول في هذا البند نقطتان أساسيتان هما:

أولا: تعريف الحكم القولي.

ثانيا: صيغ الحكم القولي عند الفقهاء المسلمين.

(1) - الأيباني بك، محمد زيد، مختصر كتاب مباحث المرافعات الشرعية، مرجع سابق، ص 128-129.

أولاً: تعريف الحكم القولي:

يمكن تعريف الحكم القولي⁽¹⁾ بأنه الحكم الذي يصدر وفق صيغة لغوية لفظية محددة تدل على الفصل بالزام في النزاع لأحد الطرفين بأمر معين.

ثانياً: صيغ الحكم القولي في المذاهب الفقهية:

من القواعد المتفق عليها في صيغة الحكم التي ينطق بها القاضي أن تكون الألفاظ جازمة قطعية، تدل على الجزم والتأكيد والإلزام، وليس الشك والتردد، كأن يقول القاضي: أرى أن الحق أو لا أرى، أو أظن، أو أعتقد، وغيرها من الألفاظ التي لا تدل على الإلزام والجزم واليقين والقطع بالحكم⁽²⁾.

كما ذهب الحنفية⁽³⁾ في الراجح عندهم، والمالكية⁽⁴⁾، والشافعية⁽⁵⁾، والحنابلة⁽⁶⁾ إلى الأخذ بقاعدة أخرى، وهي أن الحكم يحصل بكل لفظ يدل على اللزوم، وأنه حكم قضائي، وأن العبرة بمضمونه ومعانيه لا بألفاظه. قال الدردير المالكي: «إنَّ الحكم لا يتوقف على لفظ: حَكَمْتُ بل يكون بكل ما دلَّ على اللُّزوم»⁽⁷⁾.

هذه هي القواعد المتفق عليها في صيغة الحكم، فالقاعدة الأولى: أن تكون الألفاظ جازمة، والقاعدة الثانية: عدم اشتراط ألفاظ معينة، وأن العبرة بالمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني. أما ألفاظ الحكم في كل مذهب فقهي، فهي كالآتي:

(1) - ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص277. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص352-424. الحموي، أحمد بن محمد الحنفي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ-1985م، ج2، ص392-393-394. حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص574. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص101.

(2) - الشيخ نظام ملك وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص332. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص95. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص109. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص290-291.

(3) - ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص277. عالمكيرو جماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص332. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص532.

(4) - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص46-47. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص95. ابن فرحون، المصدر والصفحة نفسها. الجعلي، سراج السالك، مصدر سابق، ج2، ص201. الخرشبي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، شرح على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، دط، دت، ج7، ص167.

(5) - ابن أبي الدم، المصدر والصفحة نفسها. الخطيب الشربيني، المصدر نفسها، ج6، ص290. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص257. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص124-168. ابن حجر الهيتمي، أبو العباس أحمد بن حجر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، مطبوع على هامش حواشي الشرواني وابن القاسم العبادي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، دت، ج10، ص140.

(6) - ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص455. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص207. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص408. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص473-474.

(7) - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص46.

1- أَلْفَاظُ الْحُكْمِ عِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ⁽¹⁾: وَ هِيَ: حَكَمْتُ بِكَذَا - أَوْ حَكَمْتُ عَلَى فُلَانٍ بِكَذَا - أَوْ حَكَمْتُ لِفُلَانٍ بِكَذَا - قَضَيْتُ - أَلْزَمْتُ - أَنْفَذْتُ عَلَيْكَ الْقَضَاءَ - ظَهَرَ عِنْدِي - صَحَّ عِنْدِي - فَرَضْتُ عَلَيْكَ - عَلِمْتُ - أَطْلَبُ الذَّهَبَ مِنْهُ - الْأَمْرُ.

2- أَلْفَاظُ الْحُكْمِ عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ⁽²⁾: وَ هِيَ: حَكَمْتُ - أَلْزَمْتُ - ثَبَتَ عِنْدِي - قَرَّرْتُ - فَسَخْتُ - نَقَلْتُ - أَبْطَلْتُ - مَلَّكْتُ لَهُ السَّلْعَةَ - السَّكُوتُ بِلَا إِثْبَاتٍ وَ لَا نَفْيِ الْفِعْلِ - رَدَدْتُ - خُذُوهُ - اقْتُلُوهُ - عَزَّرَهُ. وَ كُلُّ لَفْظٍ يَدُلُّ عَلَى الْحُكْمِ وَ الْإِلْزَامِ.

3- أَلْفَاظُ الْحُكْمِ عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ⁽³⁾: وَ هِيَ: حَكَمْتُ - نَفَذْتُ - أَلْزَمْتُ - أُخْرِجُ مِنْ حَقِّهِ - كَلَّفْتُكَ - أَمْضَيْتُهُ - أَجْزَيْتُهُ - قَضَيْتُ.

وَهَذَا بِخِلَافِ الْأَلْفَاظِ الْآتِيَةِ: ثَبَّتَ عِنْدِي، أَوْ صَحَّ، أَوْ وَضَحَ لَدِي، أَوْ سَمِعْتُ الْبَيْنَةَ، أَوْ قَبِلْتُهَا.

4- أَلْفَاظُ الْحُكْمِ عِنْدَ الْحَنَابِلَةِ⁽⁴⁾: وَ هِيَ: حَكَمْتُ - أَلْزَمْتُ - قَضَيْتُ لَهُ بِهِ عَلَيْكَ - أُخْرِجُ إِلَيْهِ مِنْهُ - فَسَخَ - إِذْنُ الْقَاضِي - إِطْلَاقُ الْمَجْبُوسِ - أَمْرُهُ - أَعْطَاهُ - لَا تَكَلِّمُهُ.

البند الثاني: تعريف الحكم الفعلي و موقف الفقهاء من أفعال القاضي:

يشير هذا الفرع مسألتان، تتناولها كالاتي:

أولاً: تعريف الحكم الفعلي.

ثانياً: أنواع أفعال القاضي؛ و موقف الفقهاء منها.

و إليك بيان هذه العناصر بالترتيب.

أولاً: تعريف الحكم الفعلي:

لم يعرف الفقهاء المسلمون الحكم الفعلي و لكن - و بناء على استقرار أقوالهم - يمكن تعريفه كالاتي:

- الحكم الفعلي هو تصرفٌ عملي، و سلوكٌ حركي، يصدر من القاضي فيعرف أنه حكم.

(1) - ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص277-280. ابن نجيم، الأشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ-1993م، ص235. الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج2، ص392-393. عالمكيروجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص332. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص352. حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص574.

(2) - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص46-47. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص95. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص101. الجعلي، سراج السالك، مصدر سابق، ج2، ص201.

(3) - ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص109. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص290. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص257. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص124-168. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص140.

(4) - ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص455. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص207. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص408. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص473-474.

- أو أنه الحكم الذي يعرف من عمل قام به القاضي لا يتعلق بمصالحه، وإنما بمصالح خاصة للأفراد.

و هذا يعني أن الحكم الفعلي لا يتعلق بالألفاظ و العبارات و الأقوال، و إنما يتعلق بسلوك وتصرف و عمل قام به القاضي، كالترويج، و القبض، و التسليم، و الهدم، و الإغلاق و الفتح، السكن، و قسمة الميراث، و عقد البيع و الشراء، ففي كل هذه الأمثلة ما يصدر من القاضي هو أفعال لا أقوال، و أعمال لا ألفاظ.

و إذا قارنا بين الحكم الفعلي و الحكم القولي نجد أن الحكم القولي لا يحتاج إلى بيان، لأنه هو نفسه بيان، بخلاف الحكم الفعلي فهو مبهم يحتاج إلى بيان بالقول. كما أن «الحكم القولي يحتاج إلى الدعوى، و الفعلي لا»⁽¹⁾. أي أن الحكم القولي لا يكون إلا في المنازعات، أما الحكم الفعلي فيصدر في غير خصومة و منازعة.

ثانيا: أنواع أفعال القاضي؛ و موقف الفقهاء منها:

رأينا من قبل تعريف الحكم الفعلي، و أنه يصدر من القاضي، و لكن أفعال القاضي متعددة، لا تنحصر و لا تنتهي، فمنها أفعاله التي تخصه؛ و منها أفعاله في القضاء، فما هو الضابط في التمييز بينها؟ و هل يمكن التمييز بينها أصلا؟ و ما موقف الفقهاء من أفعال القاضي هل يمكن اعتبارها أحكاما؟ أي هل يمكن اعتبار ما يصدر عن القاضي من أفعال أحكاما بالمعنى الدقيق للأحكام؟ و بعبارة أخرى: هل يوجد حكم فعلي؟ أو هل هناك وجود للحكم الفعلي؟

للإجابة عن هذه الإشكالية فإن الفقهاء المسلمين، قسموا أفعال القاضي إلى قسمين أو إلى نوعين، و ذلك كالآتي⁽²⁾:

1/- النوع الأول: الأفعال الخارجة عن نطاق الولاية العامة للقضاء:

و يتمثل هذا النوع في تلك الأفعال و التصرفات التي تصدر من القاضي، و لكنها ليست داخلية في نطاق ولاية القضاء، أي خارجة عنه، و ذلك مثل: أن يزوج القاضي امرأة مكلفة بالغة عاقلة، أذنت له بتزويجها، أو أن يتصرف القاضي في مال موكله. ففعل القاضي بتزويج المرأة البالغة العاقلة ليس حكما قضائيا، و إنما فعله يدل على أنه وكيل عنها فقط.

(1) - ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ص279. ابن نجيم، الأشباه و النظائر، مصدر سابق، ص236. الحموي، غمز عيون البصائر، ج2، ص394. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص352-424. حيدر، علي، درر الأحكام، مرجع سابق، ج4، ص666.

(2) - ابن نجيم، المصدر و الصفحة نفسها. ابن عابدين، المصدر و الصفحة نفسها. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص37. الحصكفي، رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص423-424. ابن قطلوبغا، موجبات الأحكام، مصدر سابق، ص192. الأبياني بك، محمد زيد، مختصر كتاب مباحث المرافعات الشرعية، مرجع سابق، ص129.

ففي هذا النوع من الأفعال و التصرفات اتفق الفقهاء⁽¹⁾ على أن هذا النوع من التصرفات من القاضي لا يعد حكماً، و لا قضاء لازماً، و أن تصرفه في المثالين المذكورين هو تصرف بالوكالة لا الولاية العامة.

2/- النوع الثاني: الأفعال التي تصدر بناء على الولاية العامة للقضاء:

و هي تلك التصرفات و الأفعال التي تصدر عن القاضي بحكم أنه قاض له الولاية العامة في التصرف القضائي، و ذلك كقيام القاضي بترويح صغيرة لا ولي لها، و بيعه مال اليتيم، و قسمته العقار، و شراؤه و غيرها من الأمثلة.

و هذا النوع من الأفعال مختلف فيه بين الفقهاء على ثلاثة أقوال: قول يرى بأنها حكم؛ وقول ثان لا يرى ذلك، و أنها مثل النوع الأول؛ وقول ثالث يرى التفصيل: أن الفعل الذي يفصل في خصومة حكم وإلا فليس بحكم.

و إليك هذه الأقوال و أصحابها.

أ/- القول الأول: أفعال القاضي المستفادة من ولايته العامة هي حكم قضائي:

يرى الحنفية ماعدا ابن الغرس⁽²⁾، و المالكية⁽³⁾، و الشافعية في وجه لهم⁽⁴⁾، و الحنابلة في الأصح عندهم⁽⁵⁾ إلى أن فعل القاضي يعتبر حكماً، و ذلك في المسائل التي تدخل في نطاق ولايته القضائية. أما حجة هذا الرأي⁽⁶⁾ فهي قياس فعل القاضي على فعل الإمام الأعظم، أي خليفة المسلمين الذي لا يجوز نقضه، بحجة أن كليهما يصدر من ولاية عامة غايتها تحقيق مصالح الناس و دفع المضار عنهم. زيادة على أن الفعل صدر من القاضي فيفيد الحكم تبعاً.

(1) - ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ص279. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص79. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص146-147. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص221. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص474. الأبياني بك، محمد زيد، مختصر كتاب مباحث المرافعات الشرعية، مرجع سابق، ص129.

(2) - ابن نجيم، المصدر و الصفحة نفسها. ابن نجيم، الأشباه و النظائر، مصدر سابق، ص235. الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج2، ص393. ابن عابدين، حاشية الدر المختار، مصدر سابق، ج5، ص353-424. التمرتاشي، مسعفة الحكام، مصدر سابق، ص192-194. الأبياني بك، محمد زيد، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص69-70. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص79.

(4) - الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، أدب القاضي، تحقيق: يحيى هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1391هـ-1971م، ج1، ص250. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص72-73.

(5) - ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص455. ابن النجار، منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج2، ص400. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص474. البعلبي، علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، 1421هـ-2000م، ص277.

(6) - ابن مفلح، المصدر و الصفحة نفسها. ابن النجار، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، المصدر و الصفحة نفسها. البعلبي، الاختيارات الفقهية، مصدر سابق، ص277.

ب/- القول الثاني: أفعال القاضي المستفادة من ولايته العامة ليست أحكاماً، وإنما

تصرفات غير قضائية:

و ذهب المالكية⁽¹⁾، باستثناء القرافي⁽²⁾، و من المالكية المعاصرين محمد العزيز جعيط⁽³⁾، و ابن الغرس و كمال الدين بن الهمام من الحنفية⁽⁴⁾، و الشافعية⁽⁵⁾، و رأي مرجوح عند الحنابلة⁽⁶⁾، إلى أن أفعال القاضي المستفادة من ولايته العامة ليست أحكاماً قضائية، وإنما هي تصرفات غير قضائية يجوز لغيره تعديلها أو إلغاؤها.

فقد قال الخطاب مبرزاً رأي المالكية في مسألة فعل القاضي هل هو حكم أم لا: «إذا باع الحاكم على مفلس أو يتيم، أو فعل عقداً من العقود، فهل ذلك حكم منه بذلك الفعل أم لا؟ الظاهر لأنه ليس بحكم. و قد نقل في التوضيح في بيع البراءة عن المازري ما يقتضي ذلك. و الله أعلم»⁽⁷⁾. و هذا يعني أن الفعل المجرد الذي لا يتوقف على إبطال شيء أو فسخه ليس بحكم، و من ثم يجوز لأي قاضٍ إبطاله و تغييره متى استوجب الأمر ذلك.

أما الشافعية فقد ذهبوا إلى أن فعل القاضي ليس بحكم، فلو أن القاضي باع مال اليتيم أو اشتراه، فهذه التصرفات ليست أحكاماً، و من ثم لا ترفع الخلاف، و يجوز لقاضٍ آخر أن يفسخه متى استوجب ذلك، و من ثم يمكن القول بأن فعل القاضي هو عمل ولائي بحسب اصطلاح القانون الوضعي - و ليس حكماً قضائياً.

و العلة في ذلك أن الشافعية يطبّقون الحرفية و اللفظية في تمييز الحكم عن غيره. و هنا يقول ابن أبي الدم: «إن فعل الحاكم أو أمره بالفعل ليس بحكم، إنما الحكم قوله لفظاً: حكمتُ بكذا، أو بلفظ آخر يقوم مقامه.

(1) - الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص157. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ-1996م، ج6، ص48. حيث إن الثبوت مختلف فيه على قولين.

(2) - القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص69-70.

(3) - جعيط، محمد العزيز، الطريقة المرضية، مرجع سابق، ص242.

(4) - ابن عابدين، حاشية الدر المختار، مصدر سابق، ج5، ص353. الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج2، ص393. التمرتاشي، مسعفة الحكام، ص192.

(5) - ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص72-73. ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد، الفتاوى الفقهية الكبرى، مصدر سابق، سابق، ج2، ص199. السيوطي، جلال الدين، الأشباه و النظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1426هـ-2005م، ص622-623. السبكي تقي الدين، أبو الحسن علي بن عبد الكافي: «رسالة القول الموعب في القضاء بالموجب»، تحقيق: علي بن إبراهيم القصير، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، مجلة علمية محكمة فصلية متخصصة في الفقه الإسلامي، السنة 16، العدد 64، رجب-شعبان -رمضان 1425هـ/ سبتمبر (أيلول) - أكتوبر (تشرين الأول) - نوفمبر (تشرين الثاني) 2004م، ص249.

(6) - ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص454. البعلي، الاختيارات الفقهية، مصدر سابق، ص277.

(7) - الخطاب، المصدر و الصفحة نفسها. و قول المازري المذكور في التوضيح لخليل. أنظر: خليل، بن إسحاق الجندي المالكي، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، صبطه و صححه: الدكتور: أحمد بن عبد الكريم نجيب، منشورات مركز نجيبويه للنخطوط و خدمة التراث، دط، 1429هـ-2008م، ج5، ص451.

و يلزم عليه أنه لو ثبت عنده قصاص على قاتل عمدا و عدوانا أجنبيا بالبينة العادلة في موضع يجب فيه القصاص. و لم يقل: حكمت به، ثم أمر بقتله، إن أمره لا يكون حكما، و هكذا أمره صاحب الدين بعد ثبوته بأخذ دينه من مال المدين في موضع يجوز ذلك أنه لا يكون حكما، بل لا بد من اللفظ بالحكم»⁽¹⁾.

ج/- القول الثالث: التفصيل: الفعل الذي يفصل في خصومة حكم، وإلا فليس بحكم:

يرى فريق من العلماء⁽²⁾ أنه يجب التفريق بين فعل القاضي الذي يفصل في الخصومة المرفوعة إليه، وما ليس خصومة و لا منازعة، أي التي تقع من طرف واحد.

- فالأول يكون فيه فعل القاضي حكما. ومثاله: بيع القاضي مال المدين، وقسمته العقار قسمة إجبار، و تزويج القاضي امرأة تزوجت زواجا يستحق الفسخ، فإن نفس العقد عليها يستلزم الحكم بفسخ نكاحها المتقدم قبل الدخول بها. و نقل الأملاك، وفسخ العقود كلها أفعال لها صفة الحكم القضائي.

- أما الثاني - أي الفعل الذي لا يفصل في خصومة ليس بحكم - فمثاله: تزويج اليتيمة التي لا ولي لها، و تصرف القاضي في مال اليتيم، و كسماح الدعوى و الجواب، و سماع الشهود، فإن ذلك لا يدل على الحكم البتة، بل لغيره من الأحكام أن ينظر فيه، فإن كان محتلا في بعض شروطه عند القاضي الثانيين فله فسخه لأنه ليس بحكم.

فالقرافي المالكي - وهو من أصحاب هذا القول - يرى أن الفعل يفيد الحكم بطريق الالتزام لا بطريق المطابقة⁽³⁾، أي متى كان الفعل يتوقف على إبطال شيء و فسخه، فيفيد الحكم بالبطلان، وهذا وهذا كإقدام القاضي على تزويج امرأة، زوجت زواجا يستحق الفسخ، و لم يقع دخول في هذا، فإن

(1) - ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص 72-73.

(2) - السمناني، أبو القاسم علي بن محمد، روضة القضاة وطريق النجاة، تحقيق: صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، بالاشتراك مع دار الفرقان، عمان، ط 2، 1404هـ-1984م، ج 1، ص 182. القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص 69-70. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 77. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 6، ص 157. السبكي تقي الدين: «رسالة القول الموعب في القضاء بالموجب»، مصدر سابق، ص 278. جعيط، محمد العزيز، الطريقة المرضية، مرجع سابق، ص 242.

(3) - دلالة المطابقة و دلالة الالتزام هي من أنواع الدلالات الوضعية. و دلالة المطابقة هي دلالة اللفظ على تمام معناه الحقيقي أو المجازي. مثل: مثل: الإنسان لفظ يطابق الحيوان الناطق فقط. و سميت «مطابقة» للتطابق الحاصل بين معنى اللفظ و بين الفهم الذي استفيد منه.

- أما دلالة الالتزام فهي دلالة اللفظ على معنى آخر خارج عن معناه لازم له عقلا أو عرفا، كالقول بأن ثمانية عدد زوجي، فإن العقل يدرك مباشرة أنه يقبل القسمة على اثنين. و سميت «دلالة التزام» لأن المعنى المستفاد لم يدل عليه اللفظ مباشرة؛ و لكن معناه يلزم منه بالعقل أو بالعرف.

- أنظر: الميداني، عبد الرحمان حسن حبنكة، ضوابط المعرفة و أصول الاستدلال و المناظرة، دار القلم، دمشق، ط 9، 1429هـ-2008م، ص 27-29.

نفس العقد عليها يستلزم الحكم بفسخ نكاحها المتقدم، و كذلك بيع الحاكم ملك المديان، فإنه حكم بنقل الملك عنه، و خروجه من يده، إذ لاشك في أن نقل الأملاك و فسخ العقود حكم⁽¹⁾.

وقد وضع أصحاب هذا القول ضابطا دقيقا في الفعل الذي يعد حكما و ما ليس بحكم، فقال السبكي: «ويكون الضابط في ذلك أن مايفتقر إلى الحاكم يكون فعل الحاكم مستلزما للحكم، وما لا فلا»⁽²⁾.

وحجة أصحاب هذا القول هو أن فعل القاضي في القضايا التي يقع فيها النزاع والخصومة يتحقق فيه الفصل و الحسم للنزاع فيعد حكما، بخلاف فعله في القضايا التي لا خصومة فيها، فإنه لا يعد حكما، لكون هذه القضايا ليست محلا للحكم.

والخلاصة أن أصحاب هذا القول يكونون قد وضعوا «معيارا موضوعيا» في ضبط فعل القاضي الذي يعد حكما وما ليس كذلك.

د- موازنة و ترجيح:

و بعد عرض هذه الآراء و الأقوال و النصوص نرى أن الرأي الراجح هو القول الثالث - وهو ما رجحه غيرنا⁽³⁾ أيضا- الذي وضع معيارا موضوعيا مضمونه أن فعل القاضي إذا كان يفصل في خصومة فهو حكم، وإلا فليس بحكم، و إنما هو تصرف غير قضائي، أو أعمال ولائية بحسب تعبير القانون الوضعي.

و ذلك لأن ما يصدر من القاضي يجب أن يفصل في المنازعات والخصومات، إذا هذا هو الأصل، فإن كان كذلك كان فعله حكما، وإن كان لا يفصل في الخصومات كان ذلك تصرفا غير قضائي يجوز لغيره من القضاة النظر فيه مرة أخرى.

البند الثالث: الحكم التقريري تعريفه، و موقف الفقهاء منه.

يتناول هذا البند نقطتان وفق الخطة الآتية:

أولا: تعريف الحكم التقريري.

ثانيا: موقف الفقهاء من الحكم التقريري.

و إليك الآن بيان هذه العناصر.

(1) - القرافي، الإحكام، مصدر سابق، ص 69-70. جعيط، محمد العزيز، الطريقة المرضية، مرجع سابق، ص 242.

(2) - السبكي تقي الدين: «رسالة القول الموعب في القضاء بالموجب»، مصدر سابق، ص 278.

(3) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج 1، ص 140.

أولاً: تعريف الحكم التقريري:

يمكن تعريف الحكم التقريري بناء على استقراء أقوال الفقهاء من خلال الأمثلة التي أوردوها⁽¹⁾ بأنه: سكوت القاضي و عدم إنكاره في قضية رفعت إليه للفصل فيها.

أو هو سكوت القاضي عن الحكم حين رفع له، و عدم حكمه بإثبات و لا نفي. و كل هذا استنتاجاً من قول عليش المالكي: «و أراد المصنف بتقريره ما يشمل سكوت الحنفي عنه حين رفع له و عدم حكمه بإثبات و لا نفي»⁽²⁾.

و قال محمد العزيز جعيط: «و ما صورنا به التقرير من أنه السكوت و ترك الحكم و عدم التعرض»⁽³⁾.

و مثال الحكم التقريري: ما إذا زوجت امرأة نفسها بغير ولي، ثم رفع أمرها إلى القاضي المالكي فسكت؛ فلم يجزه، و لم يبطله، و كان مذهب القاضي جواز الزواج بغير ولي، أما لو كان مذهب القاضي عدم صحة الزواج بغير ولي، و سكت، فسكوت لا يدل على الحكم.

و مثال التقرير أيضاً: المخيرة، تختار طليقة واحدة، ثم تتزوج بمفارقها قبل زوج، فيرفع أمرها إلى حاكم يرى التخيير بطلقة، فيقر ذلك النكاح.

هذا هو الحكم التقريري، و هذه أمثلة عنه. و الذي يلاحظ أن فقهاء القضاء متأثرون بعلم أصول الفقه، و خاصة بالنظر إلى المصطلحات: القول - و الفعل - و التقرير، و هي كلها مصطلحات أصولية بالأساس، مذكورة عند علماء أصول الفقه في تعريفهم للسنة -المصدر الثاني للتشريع- حين قالوا بأنها ما صدر عن النبي ح من أقوال و أفعال و تقارير⁽⁴⁾.

كما يلاحظ أيضاً أن أغلب المعاصرين⁽⁵⁾ لا يذكر الحكم التقريري، على الرغم من كلامهم في الحكم القولي، و الفعلي، و لسنا ندري سبب هذا الإغفال أو الإهمال.

(1) - ابن شاس، جلال الدين عبد الله بن نجيم، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: محمد أبو الأحفان، عبد الحفيظ منصور، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1415هـ-1995م، ج3، ص115-116. ابن فرحون، تبصرة الأحكام، مصدر سابق، ج1، ص87-88. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص196. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص157. الطرابلسي، معين الأحكام، مصدر سابق، ص36-37. ابن النجار، منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج2، ص400. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص474. القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص77-78. السؤال 31. جعيط، محمد العزيز، الطريقة المرضية، مرجع سابق، ص242-243-244.

(2) - عليش، المصدر و الصفحة نفسها. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص47. الخرشبي، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص167.

(3) - جعيط، محمد العزيز، المرجع نفسه، ص244.

(4) - السبكي و ولده، الإبهاج في شرح المنهاج، مصدر سابق، ج2، ص263. الآمدي، الأحكام، مصدر سابق، ج1، ص119.

(5) - ياسين، محمد، نظرية الدعوى، مصدر سابق، ص667. أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص457-467. الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص144.

ثانيا: موقف الفقهاء من الحكم التقريري:

اختلف الفقهاء المسلمون حول الحكم التقريري هل هو حكم قضائي أم أنه ليس حكما؟ فكان هناك قولان: قول يرى بأنه حكم و من ثم لا يجوز فسخه، و قول يرى بأنه فتوى و ليس حكما، و من ثم يمكن تغييره بأي طريقة.

1- القول الأول: التقرير من القاضي حكم:

ذهب جمهور الحنفية⁽¹⁾، و جمهور المالكية⁽²⁾، إلى أن إقرار القاضي على فعل مختلف فيه بعد حدوثه هو حكم قضائي، و أنه لا يجوز نقضه من طرف قاضي آخر. و رأي ابن القاسم هو ظاهر المدونة⁽³⁾ و هو اختيار أبو القاسم ابن محرز، و هو كذلك ما درج عليه خليل بن إسحاق في مختصره، حيث قال: «و نقلُ ملك، و فسخُ عقد، و تَقَرُّرُ نكاحِ بلا و لي حُكْمٌ»⁽⁴⁾. وقال أيضا: «لو زوجت امرأة نفسها بغير ولي، ورفع إلى قاض فأقره و لم يفسخه. فقال ابن القاسم: إقراره له حكم ولا ينقض. واختاره ابن محرز، و قال: لأنه لا فرق بين أن يحكم بإمضائه أو فسخه»⁽⁵⁾.

و حجة هذا الفريق أن التقرير هو موافقة لما صدر من الخصم على أن تصرفه صحيح، و لما كان هذا التصرف و التقرير صدر من القاضي، فهو حكم، و يترتب على هذا القول أن ما أقره القاضي هو حكم قضائي، و بالتالي لا يجوز لغيره نقضه، لأنه حكم.

2- القول الثاني: التقرير من القاضي فتوى لا حكم:

ذهب عبد الملك بن الماجشون من المالكية⁽⁶⁾، و الحنابلة⁽⁷⁾ إلى أن التقرير الصادر من القاضي هو فتوى، و لا يمكن أن يكون حكما.

(1) - الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص36-37.

(2) - ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج3، ص115-116. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص424. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص87-88. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص196. القرافي، الإحكام، مصدر سابق، ص77-87. جعيط، محمد العزيز، الطريقة المرضية، مرجع سابق، ص242-243-244.

(3) - ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص87. جعيط، محمد العزيز، المرجع نفسه، ص243.

(4) - خليل، ابن إسحاق الجندي، المختصر في فقه مالك بن أنس، صححه وعلق عليه: الشيخ الطاهر أحمد الزواوي، دار المدار الإسلامي، بيروت، ط2، 2004م، ص229.

(5) - خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص424.

(6) - ابن شاس، المصدر و الصفحة نفسها. ابن فرحون، المصدر و الصفحة نفسها. القرافي، المصدر نفسه، ص78. خليل، التوضيح، المصدر و الصفحة نفسها. جعيط، محمد العزيز، المرجع نفسه، ص242-243.

(7) - ابن النجار، منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج2، ص400. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص474.

و إذا كنا قد نقلنا ما قاله ابن الماجشون من قبل، فإن الحنابلة، قد صرحوا على لسان ابن النجار تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحى ما نصه: «و إقراره غيره على فعل مختلف فيه، و ثبوت شيء عنه ليس حكماً به»⁽¹⁾.

أما حجة هذا الرأي فهو أن التقرير أضعف في الدلالة على الحكم من القول و الفعل، لأنه مجرد سكوت و ترك، و ذلك قد يكون مع الإنكار. زيادة على أن تقرير القاضي أضعف من تقرير الشارع والله سبحانه و تعالى، حيث إن تقرير القاضي لا يتعرض لإنشاء حكم في المسألة، لأن كلا القولين يجوز الأخذ به، و هو طريق إلى الله تعالى، فلا ضرر في الإقرار عليها، بخلاف إقرار الرسول **ح** على الواقعة، فهو ينشئ حكماً، لا يكون إلا مع إباحة الفعل، أو يكون تقدم منه الإنكار، ما يكفي في الإرشاد لحكم الله تعالى في تلك الواقعة⁽²⁾.

قال القرافي موجهها الآراء و مفسرا النزاع: «و بالجملة، يكون التقرير في مسائل الخلاف من الحاكم مشتمل على نوعين من الضعف كما تقدم، فاقضى الخلاف بين العلماء، فمن لاحظ أصل دلالة قال: ظاهر حال الحكم يقتضي أنه حكم.

و من لاحظ ضعفه، أسقط اعتباره، و لم يعتقد أن الحاكم حكم فيجوز له النقض»⁽³⁾.

3/- موازنة وترجيح:

و نرى نحن من خلال عرض هذه الأقوال و الحجج، أن الرأي الثاني هو الراجح، لأنه لا يمكن اعتبار سكوت القاضي على الواقعة حكماً، ثم إن هذا قياس مع الفارق بين الحكم القضائي والحكم الذي جاء عن طريق الشارع، حيث إن الحكم القضائي في مسائل الخلاف لا ينشئ حكماً، أما في السنة النبوية فإنه ينشئ حكماً.

الفرع الثاني: أقسام الحكم باعتبار إثبات المدعي دعواه من عدمه:

التقسيم الثاني للحكم القضائي في الفقه الإسلامي هو باعتبار إثبات المدعي دعواه و قبولها من طرف المحكمة أو القاضي، فإذا أثبت المدعي حقه أمام المحكمة و أقرته على ذلك، كان الحكم حكم استحقاق، و في حالة رفض القاضي دعوى المدعي بأن عجز هذا الأخير في إثبات حقه، كان الحكم الصادر في النزاع حكم ترك، أي أن الاعتبار هنا يقوم على مدى خسارة أو ربح المدعي لدعواه. فزاوية النظر هي من جهة المدعي فقط، فإن ربح كان الحكم حكم استحقاق، و إن خسر كان الحكم حكم ترك.

(1) - ابن النجار، منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج2، ص400.

(2) - القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص77-78. جعيط، محمد العزيز، الطريقة المرضية، مرجع سابق، ص242-243.

(3) - القرافي، المصدر نفسه، ص78.

يقول علي حيدر: «ووجه الانحصار هو أن المدعي إما أن يظهر محققاً في دعواه أو مبطلاً، فإذا ظهر محققاً يقضى له بقضاء الاستحقاق، وإن ظهر مبطلاً يقضى له بقضاء الترتك»⁽¹⁾.

و للوقوف على أقسام الحكم بهذا الاعتبار، و على تقدير قيمته، فإننا نتناوله وفق الخطة الآتية:
البند الأول: الحكم بالاستحقاق تعريفاً، و تمثيلاً.

البند الثاني: الحكم بالترك تعريفاً، و تمثيلاً.

البند الثالث: التفرقة بين حكم بالاستحقاق و حكم بالترك.

وقبل الذهاب إلى تفصيل هذه الفروع تحب أن نشير إلى أن تقسيم الحكم إلى حكم باستحقاق و حكم بالترك هي من أقسام الحكم القولي⁽²⁾ الذي سبق بيانه في الفرع الأول. و من ثم يمكن أن نقرر أن هذه الأقسام متداخلة فيما بينها.
و إليك هذه العناصر بالترتيب.

البند الأول: الحكم بالاستحقاق تعريفاً، و تمثيلاً:

عرّفت مجلة الأحكام العدلية في المادة 1786 الحكم بالاستحقاق أو باللائم بأنه: «إلزام القاضي المحكوم به على المحكوم عليه، كقوله: حكمت، أو أعط الشيء الذي ادعى به عليك»⁽³⁾.
و عرّفه شارح المجلة علي حيدر قريباً من هذا⁽⁴⁾، و هو مستفيد و مستخلص ذلك من الحموي الحنفي⁽⁵⁾.

و عرّف أحد الباحثين المعاصرين حكم الاستحقاق بأنه: «الحكم الذي يلزم الحاكم فيه المحكوم عليه بالحق المحكوم فيه، إذا كان شيئاً معيناً كالدين و العين»⁽⁶⁾.
و نعرّفه نحن بأنه: الحكم الذي تلزم فيه المحكمة المدعى عليه بأداء شيء؛ أو القيام بعمل؛ والامتناع عنه، أو توقيع العقوبة عليه.

البند الثاني: الحكم بالترك تعريفاً و تمثيلاً:

و قد عرفت المادة 1786 من مجلة الأحكام العدلية الحكم بالترك بأنه: «منع القاضي المدعي عن المنازعة بكلام كقوله: ليس لك حق، أو أنت ممنوع من المنازعة»⁽⁷⁾.

(1) - حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص574.

(2) - الأبياني بك، محمد زيد، مختصر كتاب المرافعات الشرعية، مرجع سابق، ص128-129.

(3) - حيدر، علي، المصدر و الصفحة نفسها. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص1161.

(4) - حيدر، علي، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج2، ص330.

(6) - أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص470-471.

(7) - حيدر، علي، المصدر نفسه، ج4، ص473. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، المصدر و الصفحة نفسها.

و هذا التعريف يعني أن المدعي رفع دعوى قضائية أمام المحكمة في نزاع ما إلا أنه لم يستطع إثبات حقه و دعواه، و من ثم، فإن الحكم الذي يصدر يلزم المدعي بالترك و أنه غير محق، و من ثم يكون الحكم لصالح المدعى عليه.

البند الثالث: التفرقة بين الحكم بالاستحقاق و الحكم بالترك:

تظهر التفرقة بين الحكم بالاستحقاق و الحكم بالترك من جهتين أو من زاويتين اثنتين، هما: من حيث الحجية، و من حيث ادعاء الطرف الثالث ملكية المحكوم به، و ذلك كالآتي:
أولاً/ - من حيث الحجية:

إذ أن الحكم بالاستحقاق يكتسب الحجية المطلقة، بحيث على القاضي الامتناع عن النظر في القضية ذاتها مع نفس الأطراف، أي في حالة اتحاد الخصوم و السبب و المحل.
أما في الحكم بالترك، فيجوز النظر في القضية من جديد، لأنه لا حجية له و من ثم يجوز طرح النزاع و الخصومة على المحكمة مرة أخرى، إذا حصل ما يثبت الحق و الدعوى، و هذا يعني أن الحكم بالترك يمكن أن يتحول إلى حكم بالاستحقاق، كما يعني أيضا أن هذا الأخير هو أقوى دلالة في الثبوت و الحجية من الحكم بالترك.

و هذا الجانب الأول من التفرقة بين الحكم بالاستحقاق و الحكم بالترك إستفدناه من عبارة الحموي أحمد بن محمد الحنفي حيث قال: «إذ الفرق بين قضاء الترك و بين قضاء الإلزام، أن في قضاء الإلزام من صار مقضيا عليه في حادثة لا يصير مقضيا له بعد ذلك في تلك الحادثة أبدا، و في قضاء الترك يجوز، و لهذا لو أقام صاحب النهر بينة بعد هذا على أن المسناة ملكه تقبل بينته، و لو كان قضاء ملك، أي إلزام، لما قبلت بينته»⁽¹⁾.

و مثاله كذلك: ما إذا ادعى أحد المال الذي في يد آخر، و عجز عن إثبات الدعوى حكم القاضي على المدعي بحكم الترك، فإذا أقام بعد ذلك البينة على دعواه، يحكم القاضي له⁽²⁾. و حينئذ يكون الحكم حكم استحقاق، و يجوز الحجية المطلقة في مواجهة الخصم الآخر.

ثانيا/ - من حيث ادعاء الطرف الثالث ملكية المحكوم به:

فتسمع دعوى هذا الطرف الثالث في قضاء الترك، و لا تسمع في قضاء الاستحقاق، ما لم يدع تلقي الملكية من جهة المقضي له، فحينئذ تسمع.

(1) - الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج2، ص330. و أنظر أيضا: حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص575.
رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص1161.
(2) - حيدر، علي، المصدر نفسه، ج4، ص576.

و يقول الحموي بخصوص هذه النقطة: «و لأن في قضاء الإلزام لو ادعى ثالث لا تقبل بينته إلا بالتلقي من جهة صاحب اليد، و في قضاء الترك تقبل»⁽¹⁾.

و مثال هذا الوجه الثاني: ما إذا ادعى شخص مالا في يد شخص آخر، و أثبت المدعي دعواه و حكم القاضي له حكم استحقاق، ثم ادعى طرف ثالث على الأول. أي المحكوم له بالاستحقاق أن المال ماله فلا تسمع الدعوى ما لم يقل: اشترت ذلك المال من الأول بعد الحكم.

الفرع الثالث: أقسام الحكم باعتبار صحة التصرف في المحكوم به و موجه:

يقوم هذا التقسيم الرابع للحكم القضائي في الفقه الإسلامي على معيار صحة التصرف في المحكوم به الصادر من الأطراف، في حالة البحث في وجود شرائط التصرف من عدمها، أو الإلزام بها و بموجبها، في حالة وجودها بإقرار الأطراف دون التحقيق و البحث في ذلك، فإذا وجد القاضي أو رفع إليه نزاع للفصل في صحته من توافر شرائط التصرف أم انعدامها، فإن الحكم الصادر يكون حكماً بالصحة، إن وجدت طبعاً، و إلا فهو حكم بالفساد. و إن اكتفى القاضي بإقرار الخصوم بأن الشرائط متوفرة، فإن الحكم الصادر يكون حكماً بالموجب، إلا بموجب توافر شرائط التصرف.

و بناء على هذا التحليل فإن الحكم القضائي بناء على هذا المعيار ينقسم إلى قسمين⁽²⁾: الحكم بالصحة؛ و الحكم بالموجب.

البند الأول: الحكم بالصحة تعريفه، و شروطه.

البند الثاني: الحكم بالموجب تعريفه، و شروطه.

و إليك هذه العناصر بالترتيب.

البند الأول: الحكم بالصحة تعريفه، و شروطه:

نتناول تعريف الحكم بالصحة ثم نتبعه بالشروط.

أولاً/- تعريف الحكم بالصحة:

في تعريف الحكم بالصحة عدة تعاريف، نذكر بعضها، ثم نشرحها.

1/- تعريف تقي الدين السبكي الشافعي:

(1) - الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج2، ص330.

(2) - الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص44-47. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص397-398. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص91-96. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص291. ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، مصدر سابق، ج2، ص198-199. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص409-410. ابن النجار، منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج2، ص401. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3، ص474-477.

قال تقي الدين السبكي في تعريفه: «و معنى صحته كونه بحيث تترتب آثاره عليه، و معنى حكم القاضي بذلك إلزامه لكل أحد»⁽¹⁾.

2/- تعريف سراج الدين عمر البلقيني الشافعي: عرف سراج الدين عمر البلقيني الشافعي الحكم بالصحة قائلاً: «الحكم بالصحة عبارة عن قضاء من له ذلك، في أمر قابل لقضائه، ثبت عنده وجوده بشرائطه الممكن ثبوتها، أن ذلك الأمر صدر من أهله في محله على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعاً»⁽²⁾.

3/- تعريف ولي الدين العراقي الشافعي:

وقال ولي الدين العراقي: «فقد عهدنا الحكام على طريقة في الحكم بالصحة والحكم بالموجب، وهي أنهم إن قامت عندهم البيئة العادلة باستيفاء العاقد شروط ذلك العقد الذي يراد به الحكم، حكم بصحته»⁽³⁾.

4/- تعريف ابن حجر الهيتمي الشافعي:

كما عرف ابن حجر الهيتمي الحكم بالصحة بأنه: «عبارة عن إظهار المتولي قضاءه، بنحو: حكمت، في أمر ثبت عنده وجوده بشرائطه الممكن ثبوتها، أن ذلك صدر من أهله في محله على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعاً»⁽⁴⁾.

5/- تعريف محمد العزيز جعيط:

و عرف محمد العزيز جعيط المالكي الحكم بالصحة بقوله: «الحكم بالصحة عبارة عن قضاء القاضي بصدور ذلك العقد من أهله في محله، على الوجه المعتبر عنده شرعاً»⁽⁵⁾.
ثم بين معنى صحة العقد بأنه: ما تترتب عليه آثاره، و أن معنى حكم القاضي بذلك: إلزامه لكل أحد»⁽⁶⁾.

6/- تعريف محمد نعيم ياسين:

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص90.
(2) - ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص89. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص43.
(3) - ولي الدين العراقي، أبو زرعة أحمد بن عبد الرحيم بن الحسين الكردي: «رسالة الحكم بالصحة و الحكم بالموجب»، تحقيق: محمد سعود المعيني، مجلة كلية التربية، جامعة البصرة، ع:7، س:4، 1982م، ص131.
(4) - ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، مصدر سابق، ج2، ص198.
(5) - جعيط، محمد العزيز، الطريقة المرضية، مصدر سابق، ص271.
(6) - جعيط، محمد العزيز، المرجع و الصفحة نفسها.

كما عرفه محمد نعيم ياسين قائلًا بأنه: «الحكم بصحة التصرف المتنازع عليه». ثم قال مبينا معنى الصحة: «و معنى الصحة كون التصرف بحيث تترتب آثاره عليه»⁽¹⁾.

7/- تعريفنا للحكم بالصحة: بناء على كل ما سبق إيراد من ذكر تعاريف الفقهاء، و بعض الملاحظات التي رأيناها نرى أن الحكم بالصحة هو: الحكم الصادر بأن التصرف الصادر من الأطراف صحيح شرعا و تترتب عليه آثاره.

ثانيا/- **شروط الحكم بالصحة:** يشترط الفقهاء⁽²⁾ في الحكم بالصحة ثلاثة شروط، و هي:

1/- أهلية التصرف للمتعاقدين: أي العقل و البلوغ، و الإجازة من الولي للصبي المميز.

2/- صحة الصيغة المعتبرة شرعا في التصرف.

3/- أن يكون التصرف في محله، أي اشتراط إثبات الملك و الحيازة في المعقود عليه للعاقده.

البند الثاني: الحكم بالموجب تعريفه، و شروطه:

و تتبع المنهجية و الخطة ذاتها التي اتبعناها في الحكم بالصحة، فنتناول في البداية تعريف الحكم بالموجب، ثم نتبعه بشروطه.

أولا/- تعريف الحكم بالموجب:

في تعريف الحكم بالموجب توجد عدة تعاريف، هي كالاتي:

1/- تعريف البلقيني الشافعي:

عرّف سراج الدين عمر البلقيني الشافعي الحكم بالموجب، فقال: «الحكم بالموجب هو قضاء المتولي بأمر ثبت عنده بالإلزام، بما يترتب على ذلك الأمر، خاصا أو عاما، على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعا»⁽³⁾.

2/- تعريف ولي الدين العراقي الشافعي:

وقال ولي الدين العراقي: «فقد عهدنا الحكام على طريقة في الحكم بالصحة والحكم بالموجب، وهي أنهم إن قامت عندهم البيئة العادلة باستيفاء العاقد شروط ذلك العقد الذي يراد به الحكم، حكم بصحته، وإن لم تقم البيئة باستيفاء شروطه، حكم بموجبه»⁽⁴⁾.

(1) - ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، مرجع سابق، ص 660.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 90. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص 44. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 6، ص 292. ابن النجار، منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج 2، ص 401. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج 3، ص 475. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج 6، ص 410. جعيط، محمد العزيز، الطريقة المرضية، مرجع سابق، ص 271.

(3) - ابن فرحون، المصدر نفسه، ج 1، ص 91. الطرابلسي، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - ولي الدين العراقي: «رسالة الحكم بالصحة و الحكم بالموجب»، مصدر سابق، ص 132.

3- تعريف نصر الله البغدادي الحنبلي:

و عرف أحمد نصر الله بن أحمد البغدادي الحنبلي الحكم بالموجب بقوله: «و أما الحكم بالموجب بفتح الجيم: معناه الحكم بموجب الدعوى الثابتة بالبينة أو غيرها»⁽¹⁾.

4- تعريف ابن حجر الهيتمي الشافعي: و عرف ابن حجر الهيتمي الحكم بالموجب بأنه: «

إظهار المتولي قضاءه بأمر ثبت عنده أو بالإلزام، بما يترتب على ذلك الأمر منه، على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعا»⁽²⁾.

5- تعريف محمد نعيم ياسين:

قال محمد نعيم ياسين أن الحكم بالموجب هو: «أن يصرح القاضي بالإلزام بالآثار المترتبة على التصرف»⁽³⁾.

6- تعريفنا للحكم بالموجب:

بناء على ما سبق، يمكننا أن نعرف الحكم بالموجب، فنقول بأنه: القرار الصادر من المحكمة بإلزام الخصوم أو أحدهما بتنفيذ الآثار المترتبة على التصرف الشرعي.

ثانياً/- نشأة مصطلح «الحكم بالموجب»؛ وأسبابه:

الحقيقة التاريخية المقطوع بها أن مصطلح «الحكم بالموجب» لم يكن يعرف عند المتقدمين من الفقهاء المسلمين، و إنما عرف عند المتأخرين، فقد ظهر هذا المصطلح إبان القرن السابع الهجري إلى غاية القرن العاشر الهجري⁽⁴⁾، و في القرنين السابع و الثامن الهجريين، وحتى التاسع، تمت الكتابة في هذا الموضوع⁽⁵⁾.

(1) - ابن قطلوبغا، موجبات الأحكام، مصدر سابق، ص71. ابن نجيم، الرسائل الزينية، مصدر سابق، ص342.

(2) - ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، مصدر سابق، ج2، ص199.

(3) - ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، مرجع سابق، ص661.

(4) - البريشي، إسماعيل محمد حسن، نظرية موجبات الأحكام و ورود الحكم القضائي بها، رسالة دكتوراه، دار النفائس، عمان، ط1، 1426هـ-2006م، ص39-44. كما يمكن النظر الأقوال التي نقلناها و المصادر التي أحلنا إليها.

(5) - ممن ألفت في موضوع الحكم بالموجب من الفقهاء المسلمين:

1/- تقي الدين السبكي الشافعي (ت 756 هـ) و له رسالة بعنوان: «القول الموعب في الحكم بالصحة و الموجب».

2/- سراج الدين عمر البلقيني (ت 805 هـ) و له رسالة: «الفتح الموهب في الحكم بالصحة و الموجب».

3/- ولي الدين العراقي (ت 826 هـ) و له رسالة: «الحكم بالصحة و الحكم بالموجب».

4/- قاسم بن قطلوبغا الحنفي (ت 879 هـ): «موجبات الأحكام و واقعات الأيام».

5/- ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، مصدر سابق، ج2، ص198-211. وذلك في الفصل الأول من الباب السابع. وهو رغم كونه فضلاً من كتاب، وليس كتاباً و لا حتى رسالة، إلا أننا رأينا أن نشير إليه، لأنه لخص تقريباً كل ما قيل في الحكم بالصحة والحكم بالموجب.

و لعل أول من ذكره من المذاهب هم الشافعية، و لعل هذا ما يفسر أن أغلب التعاريف للحكم بالصحة و الحكم بالموجب هي للشافعية، ثم تبعهم الحنفية⁽¹⁾. أما أول من نقله من المالكية فهو ابن فرحون برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم ابن شمس المالكي في تبصرة الحكام⁽²⁾. و لكنه نقل فقط عن فقهاء الشافعية كالبلقيني، و السبكي، كما اهتم الحنابلة⁽³⁾ بالحكم بالموجب أيضا في مؤلفاتهم. قال تقي الدين السبكي الشافعي: «و لم نجد هذه اللفظة و هي الحكم بالموجب في شيء من كتب المذاهب إلا في كتب أصحابنا»⁽⁴⁾. و قال ابن فرحون المالكي: «و الحكم بموجبه، و هي من الألفاظ المتعارفة التي غلبت في هذا الزمان»⁽⁵⁾.

و قال ابن الغرس الحنفي: «و ذكر الموجب في القضاء لا يعرف للسلف، و إنما كانت الأقضية صرائح، فيقال مثلا: قضى له بالدار بالفرس بأن يسلمه العين المبيعة... ثم تعورف القضاء بالموجب توسعة و تسترا و هربا»⁽⁶⁾ من التصريح بعين المحكوم عليه، إذ ربما لا تنطبق عليه القواعد الشرعية، أي كأنه حيلة من أجل الحصول على أموال الناس و أشياءهم عن طريق القضاء، و لو كانت شرعا لا يجوز الحصول عليها، فالحكم بالموجب هو غطاء قضائي على عدم صحة التصرفات، و من ثم شرعية هذه التصرفات المخالفة للشرع الإسلامي، أي إعطاءها الشرعية التي تخلو منها.

و لكن ما سبب هذا المسلك القضائي غير القضائي؟ يمكن القول بأن هذا الوضع نشأ بسبب⁽⁷⁾ بسبب⁽⁷⁾ إقرار نظام تعدد القضاة في المصر الواحد أو المنطقة الواحدة، فكان هناك في المنطقة الواحدة قاض لكل مذهب فقهي، فكان هناك القاضي الحنفي و القاضي المالكي، و القاضي الشافعي و القاضي الحنبلي، فكان هذا التعدد سببا لتعدد و تضارب الأحكام و تعارضها و تناقضها، فوجدت فكرة الحكم بالموجب كحيلة قضائية من أجل تجاوز إصدار الأحكام المتعارضة من القضاة المتعددين، فالقاضي لا ينظر في توافر شرائط التصرف، وذلك نظرا لاختلاف المذاهب الفقهية، و من ثم يضطر إلى اعتبارها موجودة و صحيحة، و من ثم يحكم بالإلزام و ترتب الآثار على التصرف. خاصة إذا علمنا أن

(1) - ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص397-400. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص44. ابن قطلوبغا، موجبات الأحكام، مصدر سابق، ص69-71.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص91-96.

(3) - ابن النجار، منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج2، ص401. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص474-477. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص409-410.

(4) - ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص91. الطرابلسي، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - ابن فرحون، المصدر و الصفحة نفسها. الطرابلسي، المصدر و الصفحة نفسها.

(6) - ابن الغرس، الفواكه البدرية، مصدر سابق، ص25. نقلا عن: أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص486.

(7) - البريشي، إسماعيل محمد حسن، نظرية موجبات الأحكام، مرجع سابق، ص33. أبو البصل، عبد الناصر موسى، المرجع نفسه، ص486-487. المعيني، محمد سعود، القسم الدراسي في تحقيق كتاب موجبات الأحكام و واقعات الأيام لابن قطلوبغا، مطبعة الإرشاد، بغداد، دط، 1983م، ص13.

الحكم بالصحة لا يكون إلا بإثبات استيفاء العاقد لشروط العقد بالبينة القوية، فإن تعسر الإثبات صدر الحكم بالموجب. قال ابن فرحون بخصوص هذه النقطة: «وإنما جاز الحكم بالموجب مع عدم ثبوت الملك، لأنه قد يعسر إثبات الملك»⁽¹⁾.

ويمكن ربط تاريخ بداية ظهور الاصطلاح بتاريخ إحداث وإقرار ما يسمى بـ«نظام قضاة المذاهب الأربعة، كل قاض يمثل مذهباً معيناً»؛ من الحنفية والمالكية و الشافعية والحنابلة. ومن المعلوم تاريخياً أنه عندما استولى صلاح الدين الأيوبي (ت 589 هـ) على الوزارة سنة 564 هـ في مصر؛ التي كانت يومئذ تحت حكم الفاطميين أو العبديين الشيعة، حيث إنَّه من بين ما قام به صلاح الدين هو صرف جميع القضاة الشيعيين للدولة الفاطمية في مصر، وعين بدلهم قضاة من الشافعية السُّنَّيين الذي كان يتبع مذهبهم، وذلك سنة 566 هـ، وهنا وُلِّي صلاح الدين قضاء القضاة بما لصدر الدين عبد الملك بن درباس الماراني الشافعي، كما استناب في سائر الأعمال الشافعية⁽²⁾.

واستمر الأمر على هذا الحال في مصر إلى غاية سنة 663 هـ في عهد السلطان بيبرس (ت 676 هـ)، حيث تقرر في هذه السنة وضع «نظام قضاة المذاهب الأربعة، كل قاض يمثل مذهباً معيناً». ولكن كيف تم ذلك؟ وما هو السبب المباشر الذي أدى إلى إحداث هذا النظام؟

والجواب: إنَّ السبب المباشر هو عدم رضی السلطة السياسية في تلك الفترة عن القضاة عموماً؛ وعن قاضي القضاة الشافعية في مصر كلها في ذلك الوقت؛ وهو تاج الدين أبو محمد عبد الوهاب ابن بنت الأعز (ت 665 هـ) خصوصاً، والذي تميز بالصرامة في القضاء والشدة فيها، وعدم ممانعة السلطة السياسية في كل شيء مخالف للحق والعدل، ومن ثم و بهدف تقليص نفوذ وسلطة قاضي القضاة ابن بنت الأعز، قرر السلطان الظاهر بيبرس وضع «نظام قضاة المذاهب الأربعة، كل قاض يمثل مذهباً معيناً»، حتى يتشتت القرار القضائي على المذاهب الأربعة، وبذلك يفقد قاضي القضاة، ابن بنت الأعز، سلطته القضائية، ومن ثم تتدعم سلطة السلطان بيبرس. وفي هذا يقول القلقشندي: «وكان السبب في ذلك أن قضاء القضاة بالديار المصرية كان يومئذ بيد القاضي تاج الدين عبد الوهاب ابن بنت الأعز بمفرده، وكان الأمير جمال الدين أيدُغدي، أحد أمراء السلطان الملك الظاهر، المتقدم ذكره، يعانده في أموره، ويغض منه عند السلطان، لثبته في الأمور وتوقفه في الأحكام»⁽³⁾.

- و الحادثة الآتية هي التي تفسر لنا كيف تم ذلك:

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 91.

(2) - ابن كثير، عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن عمر، البداية و النهاية في التاريخ، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 1، 1351 هـ-1933 م، ج 7، ص 113.

(3) - القلقشندي، صبح الأعشى، مصدر سابق، ج 4، ص 36.

يذكر لنا المؤرخون⁽¹⁾ أنَّ الأميرَ جمالَ الدينَ أيدُغدي (ت 664 هـ) كان يحقِّدُ على قاضي القضاة ابن بنت الأعرز، ويحطُّ من قدره عند السلطان الظاهر بيبرس، ويرميه بالتشدد في قضائه، فحدث أن جلس السلطان الظاهر بيبرس بدار العدل في 12 ذي الحجة سنة 663 هـ [الموافق ل: 1265/09/24م]، فشكا إليه بنات الملك النَّاصر الأيوبي، صاحب الكرك ودمشق، أن ورثة هذا الملك اشتروا دار قاضي القضاة بدر الدين السنجاري في حياته، فلما مات هذا القاضي ذكر ورثته أنها موقوفة، وعند ذلك أخذ الأمير جمال الدين أيدُغدي ينتقصُ من قدر الفقهاء، فقال السلطانُ للقاضي تاج الدين: «يا قاض! هكذا تكون القضاة؟!»، فقال تاج الدين: «يا مولانا!! كُلهُ شاةٍ معلقةٌ بعرقوبها!»، قال: «كيف الحال في هذا؟!»، قال: «إذا ثبت الوقف يعاد الثمن من الورثة»، فقال السلطان: «فإذا لم يكن مع الورثة شيء؟!»، قال القاضي: «يرجع الوقف إلى أصله ولا يستعاد الثمن»، فغضب السلطان من هذا الجواب.

ولم تتم المناقشة في هذا الموضوع حتى تقدَّم رسول أمير المدينة، وقال: «يا مولانا السلطان!! سألتُ هذا القاضي أن يسلم إليَّ مبلغ ربيع الوقف الذي تحت يده لينفقه صاحب المدينة في فقراء أهلها، فلم يفعل!»، فسأل السلطانُ القاضي عما قاله الرسول، فقال تاج الدين: «نعم»، قال السلطان: «أنا أمرته بذلك، فكيف رَدَدْتَ أمري؟!»، قال: «يا مولانا! هذا المال أنا متسلمه، وهذا الرجل لا أعرفه، ولا يمكنني أن أسلمه لمن لا أعرفه. لا يستلمه إلا من أعرف أنه موثوق بدينه وأمانته، فإن كان السلطان يتسلمه مني أحضرته إليه»، فقال السلطان: «تنزعه من عنقك وتجعله في عنقي؟!»، قال: «نعم!»، قال السلطان: «لا تدفعه إلا لمن تختاره!!».

ثم تقدَّم بعض الأمراء وقال: «شهدتُ عند القاضي فلم تسمع شهادتي في ثبوت الملك وصحته؟!»، فسأل السلطانُ القاضي عن ذلك، فقال: «ما شهد أحد عندي حتى أثبتته!»، فقال الأمير: «فإذا لم تسمع قولي فمن تريد؟!»، قال السلطان: «لم لا سمعتُ قوله؟!»، فقال: «لا حاجة في ذكر ذلك!»، فقال الأمير أيدُغدي: «يا قاض! مذهب الشافعي لك، ونوِّي من كل مذهب قاضياً».

وهنا أُعجب السلطان بيبرس برأي الأمير أيدُغدي، ولم يمض أسبوع حتى كان الرأي قد استقر على أن يكون منصب قاضي القضاة لكل من المذاهب الأربعة. وهكذا، ففي 19 من ذي الحجة من سنة 663 هـ [الموافق ل: 1265/10/01م] أمر السلطان الظاهر بيبرس أن يكون تاج الدين ابن بنت الأعرز على قضاء الشافعية، وعهد إليه أيضا بالنظر في أموال اليتامى و الأوقاف و القضايا الخاصة ببيت

(1) - المقرئ، تقي الدين أبو العباس أحمد بن علي بن عبد القادر العبيدي، السلوك لمعرفة دول الملوك، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م، ج2، ص27-28. وانظر الحادثة إجمالا في: القلقشندي، صبح الأعشى، مصدر سابق، ج4، ص35-36. ابن كثير، البداية و النهاية، مصدر سابق، ج7، ص463.

المال، وأن يكون الشيخ شهاب الدين أبا حفص عمر بن عبد الله بن صالح السبكي (ت 669 هـ) على قضاء المالكية، والقاضي بدر الدين بن سليمان (ت 673 هـ) على قضاء الحنفية، والقاضي شمس الدين محمد بن عماد الدين إبراهيم المقدسي (ت 676 هـ) على قضاء الخنابلة. وجعل السلطان لكل من هؤلاء الرؤساء حق تعيين نواب عنهم في سائر أقاليم الديار المصرية، وكتب لكل منهم تقليدا، وخلع عليهم، فصار بديار مصر قضاة القضاة من حينئذ أربعة، يحكم كل منهم بمذهبه، ويلبس كل منهم الطرحات [لباس القضاة في ذلك الزمن] في أيام الخدمة السلطانية⁽¹⁾.

وقد بقي نظام قضاة المذاهب الأربعة في مصر مستمرا ومعمولا به إلى غاية العاشر (10) من شهر رجب سنة 928 هـ⁽²⁾ [الموافق ل: 15/06/1521م]، حيث قدم قاضي العسكر التركي، سيدي جلبي⁽³⁾، ويده مرسوم من السلطان سليمان القانوني، يصفه فيه بأنه أعظم قضاة السلطان، ويذكر فيه أن السلطان أبطل نظام القضاة الأربعة بمصر، وأن القاضي سيدي جلبي يتصرف في الأحكام الشرعية على المذاهب الأربعة⁽⁴⁾. حدث كل هذا التغيير التاريخي بعد أن انتصر العثمانيون على المماليك في معركة مرج دابق - قرب حلب بالشام - في يوم الأحد 26 رجب 922 هـ [1516/08/25م]⁽⁵⁾، و هنا عين العثمانيون قاضيا من المذهب الحنفي على مصر، كما عينوا قاضيا شافعيًا في البلاد الشامية سنة 923 هـ، وكان هذا إعلانا بنهاية نظام القضاة الأربعة الذي استمر من أواخر سنة 663 هـ إلى سنة 927 هـ، أي قرابة ثلاثة قرون (حوالي 264 سنة هجرية).

(1) - المقرئ، السلوك، مصدر سابق، ج2، ص28.

(2) - ابن إياس، أبو البركات محمد بن أحمد الحنفي المصري، بدائع الزهور في وقائع الدهور، مطابع الشعب، دم ن، ج3، 1261. ابن عرنوس، محمود بن محمد، تاريخ القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص107-108. ويلاحظ أن ابن عرنوس ذكر سنة 927 هـ، والصحيح ما ذكرناه.

(3) - هكذا أورد اسمه ابن إياس في: بدائع الزهور، مصدر سابق، ج3، 1260، 1263.

- في حين أن ابن عرنوس ذكره بـ: «سيدي شلي». أنظر: ابن عرنوس، محمود بن محمد، تاريخ القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص108.

- ويذكر المؤرخ البكري أن أول القضاة العثمانيين بمصر هو مصطفى أفندي الرومي، كما يذكر أن ذلك حصل في أوائل رمضان 928 هـ.

- أنظر: البكري، محمد بن أبي السرور الصديقي، التحفة البهية في تملك آل عثمان الديار المصرية، تحقيق ودراسة: عبد الرحيم عبد الرحمان عبد الرحيم، مطبعة دار الكتب و الوثائق القومية، القاهرة، دط، 1426هـ-2005م، ص163.

- وفي الروضة المأنوسة، كتاب آخر للبكري، يذكر فيه أن تولية مصطفى أفندي الرومي حصلت في شهر المحرم سنة 929 هـ.

- أنظر: البكري، محمد بن أبي السرور الصديقي، الروضة المأنوسة في أخبار مصر المحروسة، تحقيق ودراسة: عبد الرزاق عيسى، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط1، 1417هـ-1997م، ص161.

- والرواية الأقرب إلى الصحة هي رواية ابن إياس، لأنه معاصر للحدث، حيث توفي في سنة 930هـ/1524م، بخلاف البكري الذي ولد سنة 998هـ/1589م، و توفي سنة 1087هـ/1676م. هذا فضلا عن تناقض البكري في تحديد التاريخ، فمرة في أوائل رمضان 928 هـ، ومرة في شهر المحرم سنة 929 هـ.

(4) - ابن عرنوس، محمود بن محمد، تاريخ القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص108.

(5) - العيدروس، عبد القادر بن شيخ بن عبد الله الحسيني الحضرمي اليمني، النور السافر عن أخبار القرن العاشر؛ تحقيق وضبط وتعليق: أحمد حالو - محمود الأرنؤوط - أكرم البوشي، دار صادر، بيروت، ط2، 1427هـ-2006م، ص157-169. ابن الحمصي، أحمد بن محمد بن عمر الأنصاري، حوادث الزمان و وفيات الشيوخ والأقربان، تحقيق: عبد العزيز فياض حروفوش، دار النفائس، بيروت، ط1، 1421هـ-2000م، ج2، ص521-522. مع التنبيه أن القاهرة لم تسقط بيد العثمانيين إلا سنة 923 هـ.

و الحق أن هذه الحادثة التاريخية و الظاهرة القضائية تنبها إلى قضية هامة و هي ضرورة تقنين الشريعة الإسلامية، بالأخذ من جميع المذاهب الفقهية السائدة حاليا و البائدة، و أخذ أحسن وأفضل الأقوال بناء على ميزان شرعي صحيح، ثم تعيين قضاة شرعيين لتطبيق هذا التقنين بدلا من هذه الفوضى المنظمة «قاضي لكل مذهب». و ذلك حتى لا يؤدي تناقض الأحكام إلى الطعن في الشريعة من طرف ضعاف الإيمان، و أعدائه معا، عن جهل، أو عن قصد.

ثالثا/- شروط الحكم بالموجب:

إجمالا اشترط الفقهاء أربعة شروط، شرطان تم الاتفاق عليهما⁽¹⁾، و شرط ثالث أضافه الحنفية، و آخر رابع أضافه الشافعية، و هذه الشروط هي:

- 1/- ثبوت أهلية المتعاقدين للتعاقد.
- 2/- وجود الصيغة الشرعية للتصرف.
- 3/- رفع الدعوى كشرط في المنازعات المتعلقة بحقوق العباد، ثم إثباتها بالحجة اللازمة لها. وهذا الشرط أضافه بعض الحنفية⁽²⁾.

4/- ثبوت الملك و الحيازة فيما يتعلق في الحكم بموجب البيع مثلا. قال الخطيب الشربيني: «و يتوقف الحكم بموجب البيع مثلا، كما أوضحته، على ثبوت ملك المالك و حيازته، و أهليته، و صحة صيغة في مذهب الحاكم»⁽³⁾. أي مذهب القاضي، لا مذهب الخصم أو الخصوم. على أساس أن القاضي يحكم بما يراه هو، لا بما يراه الخصوم.

الفرع الرابع: أقسام الحكم باعتبار المقصود الأصلي الأول للحكم من عدمه:

و يتأسس هذا التقسيم للحكم القضائي بالنظر إلى المقصود الأصلي الأول للحكم، فإن اتجه القصد إلى أمر معين و صدر الحكم بناء على هذا القصد كان الحكم قصديا و إن لم يكن مقصودا، كان الحكم ضمنيا.

و عليه فإن أقسام الحكم القضائي باعتبار المقصود الأصلي الأول هي قسمان⁽⁴⁾:

(1) - الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص44. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص90. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص292. ابن النجار، منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج2، ص401. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص474. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص410. جعيط، محمد العزيز، الطريقة المرضية، مرجع سابق، ص272.

(2) - ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص397.

(3) - الخطيب الشربيني، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص279. الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج2، ص384-386. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص291. رستم باز، سليم اللباني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص1162.

- الحكم القصدي، أو الحكم الصريح كما سماه بعضهم⁽¹⁾؛
- و الحكم الضمني، أو الإشاري كما سماه أحدهم⁽²⁾.

و للوقوف على حقيقة أقسام الحكم بهذا الاعتبار تعريفا و تمثيلا و تمييزا و موقفا، فإن ذلك يكون وفق الخطة الآتية:

البند الأول: الحكم القصدي، و الحكم الضمني تعريفا، و تمثيلا و تمييزا و موقفا.

البند الثاني: تقدير قيمة تقسيم الحكم إلى قصدي و ضمني.
و إليك بيان هذه العناصر بالترتيب.

البند الأول: الحكم القصدي، و الحكم الضمني: تعريفا، و تمثيلا، و تمييزا، و موقفا:
و نتناول هذا البند وفق الخطة الآتية:

أولا: الحكم القصدي أو الصريح تعريفا و تمثيلا.

ثانيا: الحكم الضمني أو الإشاري تعريفا و تمثيلا.

ثالثا: التفرقة بين الحكم القصدي و الضمني و آثارها.

رابعا: موقف الفقه الإسلامي من الحكمين القصدي و الضمني.
و إليك هذه العناصر بالترتيب.

أولا: الحكم القصدي أو الصريح تعريفا و تمثيلا:

قال أحد الباحثين معرفا الحكم القصدي بأنه: «الحكم الذي يكون منصبا على الحق المدعى به، المطلوب الحكم به»⁽³⁾.

و قال آخر بأنه: «الحكم الصادر بالحق المدعى به»⁽⁴⁾.

و يمكن لنا أن نعرفه، فنقول: الحكم القصدي هو الحكم الفاصل في النزاع الذي رفعت من أجله الدعوى.

و معنى التعريف أن الدعوى ما رفعت إلا لتفصل في موضوع ما، فإذا صدر الحكم فاصلا في هذا النزاع كان الحكم قصديا.

و مثال ذلك: ما لو ادعى رجل على آخر مبلغا من المال في ذمته، و أقام بينة على ذلك فحكم القاضي له بذلك، فإن الحكم هنا قصدي، لأنه انصب على الحق المدعى به نفسه.

(1) - حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص 666.

(2) - أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 478.

(3) - ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، مرجع سابق، ص 665.

(4) - أبو البصل، عبد الناصر موسى، المرجع نفسه، ص 475.

ثانيا: الحكم الضمني أو الإشاري، تعريفا و تمثيلا:

و قد عرفه محمد العزيز جعيط بأنه: «عبارة عما دخل القضاء فيه ضمنا لا قصدا»⁽¹⁾.
و هو تعريف معيب لأنه وقع في الدور، حيث إنه يقول بأن الحكم الضمني هو: «... ضمنا»، وهذا غير مقبول.

و الكلام ذاته يتوجه إلى تعريف لأحد المعاصرين للحكم الضمني، حين قال: «الحكم الذي يكون المحكوم فيه غير مقصود، بل هو داخل ضمن المدعى المحكوم به قصدا»⁽²⁾.
و قال أحد الباحثين في تعريفه: «هو حكم يستفاد من الحكم القصدي الصريح بطريق اللزوم، فهو ليس مراد من إصدار الحكم بالقصد الأول، وإنما هو حكم مستنبط من الحكم الصريح بطريق التبع و اللزوم»⁽³⁾.

و هذا التعريف معيب أيضا، لأنه تعريف يتوقف على معرفة معنى الحكم القصدي، فهو تعريف غير مباشر، و كان من الضروري تعريفه تعريفا مباشرا دون ربطه بموضوع أو فكرة أخرى.
أما تعريفنا للحكم الضمني فهو أنه: ذلك الحكم المشار إليه عقلا لا لفظا، بحيث يدل عليه العقل و المنطق لا اللفظ و العبارة.

و قد رأى أحد الباحثين أن يؤثر تسمية الحكم الضمني بالحكم الإشاري، على أساس أن تسمية الحكم بالضمني توقعنا في الوهم بأن دلالة الحكم القصدي على الضمني هي دلالة تضمن، في حين أنها دلالة إشارة، حيث إن دلالة التضمن هي دلالة اللفظ على جزء معناه الذي وضع له، أما الحكم الضمني فهو حكم آخر يستفاد كله بطريق اللزوم من نص الحكم القصدي⁽⁴⁾.

و نحن نؤيد هذا التوصيف و التحليل، و سنرى أساسه أكثر حين الكلام عن التفرقة بين الحكم القصدي و الحكم الضمني أو الإشاري كما اصطلاح عليه في الرأي الجديد.

و الآن، و بعد أن عرفنا الحكم القصدي و الضمني، لنذكر هنا بعض الأمثلة⁽⁵⁾ التي تجمع النوعين معا:

- **و المثال الأول** الذي نذكره هو: إذا شهد شهود على خصم غائب في حق، و ذكروا اسم المشهود عليه. و اسم أبيه، و حكم القاضي بذلك، و هذا هو الحكم القصدي.

(1) - جعيط، محمد العزيز، الطريقة المرضية، مرجع سابق، ص 278.

(2) - ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، مرجع سابق، ص 665.

(3) - أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 475.

(4) - أبو البصل، عبد الناصر موسى، المرجع نفسه، ص 478.

(5) - ابن نجيم، الأشباه و النظائر، مصدر سابق، ص 233. الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج 2، ص 384-386. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج 5، ص 424-425. حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج 4، ص 66.

أما الحكم الضمني فهو الحكم بنسب المحكوم عليه ضمنا، و ذلك حين أشار إلى اسم أبيه.
- أما المثال الثاني فهو أنه إذا شهد شهود أن امرأة زوجة فلان قد وكلت زوجها في الأمر
الفلايني في الدعوى المقامة على الخصم المنكر، و حكم بالتوكيل حكما قصديا، فيكون قد حكم
بالزوجية بينهما حكما ضمنيا إشاريا.

ثالثا: التفرقة بين الحكمين القصدي و الضمني (الإشاري) و آثارها:

بعد أن عرفنا كلا من الحكمين القصدي، و الضمني و ذكرنا الأمثلة التوضيحية، نأتي الآن إلى
التفرقة بينهما، و أثار هذه التفرقة.

و نتناول هذا العنصر وفق الخطة الآتية:

- 1/- الحكم القصدي يقوم على دلالة عبارة النص.
 - 2/- الحكم الضمني (الإشاري) يقوم على دلالة إشارة النص.
 - 3/- أثار التفرقة بين الحكمين القصدي و الضمني (الإشاري).
- و إليك هذه العناصر بالبيان و الشرح.

1/- الحكم القصدي يقوم على دلالة عبارة النص:

فالحكم القصدي أو الصريح يعتبر و يعتد به إذا استفيد من نصه و عباراته بناء على دلالة
العبارة، هذه الأخيرة التي يوفها الأصوليون بأنها: «ما كان السياق لأجله و يعلم قبل التأمل أن ظاهر
النص متناول له»⁽¹⁾.

و بناء عليه، فإن الحكم القصدي هو الحكم الذي دلت عبارته على المعنى المراد من سوقه أصالة
أو تبعا، بمعنى آخر، أن الحكم القصدي يقوم على منهج النقل و الشكل و العبارة و اللفظ و الحرفية
والنص. فالمعيار هو معيار موضوعي مادي.

2/- الحكم الضمني (الإشاري) يقوم على دلالة إشارة النص:

أما الحكم الضمني (الإشاري) فيعتبر متى أستفيدت المعاني و الأحكام من عبارات الحكم بناء
على دلالة الإشارة، و التي تعرف بأنها: «ما لم يكن السياق لأجله، لكنه يعلم بالتأمل في معنى اللفظ
من غير زيادة فيه و لا نقصان»⁽²⁾، أو هي: «دلالة اللفظ على معنى أو حكم غير مقصود، لا أصالة و
لا تبعا، ولكنه لازم ذاتي متأخر للمعنى الذي سيق من أجله»⁽³⁾.

(1) - السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، أصول السرخسي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، دار الفكر، بيروت، ط1، 1425هـ-
1426هـ-2005م، ص 184.

(2) - السرخسي، أصول السرخسي، مصدر سابق، ص 184.

(3) - الدريني، فتحي، المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص 225.

و هذا يعني أن الحكم الضمني الإشاري ليس مطابقا لحرفية النص و ألفاظه و لا تضمينا «و إنما هو معنى خارج عن معنى النص لغة، و لكن يستلزمه عقلا أو عرفا»⁽¹⁾.

و الذي يهمننا هنا هو العبارات الأخيرة و هي الزوم العقلي أو العرفي، هو الذي يقوم عليه الحكم الضمني، و هذا يعني أنه يقوم على منهج العقل و المنطق.

و من ثم يمكن القول أن الحكمين معا القصدي و الضمني كلاهما يعبر عن منهج الفقه الإسلامي و هو أنه منهج النقل و العقل معا. فهو يمزج بينهما دون تطرف أو سيل إلى طرف دون آخر، و إنما يسعى في ذلك إلى تحقيق العدل.

و نظرا لصلة الحكم الضمني بدلالة الإشارة رأى بعض المعاصرين⁽²⁾ أن يسمى هذا الحكم، بالحكم الإشاري، و هو الصحيح الذي نراه أيضا.

3- آثار التفرقة بين الحكمين: القصدي و الضمني (الإشاري):

ينتج عن التفرقة بين الحكمين القصدي و الضمني (الإشاري) أثران، هما⁽³⁾:

أ/- الحكم القصدي أو الصريح يشترط فيه سبق الدعوى و الخصومة، بخلاف الحكم الضمني (الإشاري) فلا يشترط فيه سبق رفع الدعوى. قال ابن نجيم الحنفي: «القضاء الضمني لا يحتاج إلى الدعوى له، و إنما يحتاج القصدي فيدخل الضمني تبعا»⁽⁴⁾.

و الحكمة أو العلة في ذلك هو أن الحكم القصدي سبقت الدعوى من أجله، فلذلك يشترط فيه رفع الدعوى، و إلا لا يصدر الحكم. بخلاف الحكم الضمني (الإشاري) فإن الدعوى لم تساق من أجله، و إنما الحكم تم بطريق الزوم العقلي فقط.

ب/- الحكم القصدي أو الصريح لا يتساهل فيه مثل الحكم الضمني (الإشاري) الذي تساهل فيه الفقهاء بعدم اشتراط الدعوى الصحيحة و وجود الخصومة.

رابعا: موقف الفقه الإسلامي من الحكمين القصدي و الضمني (الإشاري):

بعد أن وقفنا على حقيقة الحكمين القصدي و الضمني (الإشاري) تعريفا، و تمثيلا، و تفريقا، و آثارا، بقي لنا أن نعرف موقف الفقه الإسلامي من الحكمين.

(1) - الدريني، فتحي، المرجع والصفحة نفسها.

(2) - أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 478.

(3) - ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص 279. ابن نجيم، الأشباه و النظائر، مصدر سابق، ص 233. الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج2، ص 384-386. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص 424. حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص 666. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص 1162.

(4) - ابن نجيم، المصدر والصفحة نفسها.

و الإشكال لا يثور في الفقه الإسلامي حول الموقف من الحكم القصدي، فكل الأحكام قصدية من حيث الأصل، إذ أن كل الدعاوى ترفع من أجل قصد معين، و تستهدف تحقيق حماية شرعية معينة، و من ثم فلا إشكال في الحكم القصدي.

و إنما يثور الإشكال في الحكم الضمني (الإشاري)، فإرادة الناس من رفع الدعوى لم تكن مقصودة إليها، و إنما نتجت إليها بسبب عقلي أو اللزوم العقلي. كما أن الحكم الضمني (الإشاري) لم تتجه إليه الإرادة عند صدوره و عند رفع الدعوى إلى الفصل في النزاع و قطع الخصومة، و إنما توجهت إليه الإرادة بعد صدوره، لا قبل الصدور. لذلك فقط اختلف الفقهاء المسلمون حول دلالة الحكم الضمني (الإشاري) هل هي حجة قاطعة و ملزمة لمن صدر ضده، أم أنها ضعيفة؟ أي هل اللزوم العقلي الذي استخلص من الحكم القضائي له نفس الحجية و الدلالة التي للألفاظ و العبارات التي تضمنها الحكم القصدي؟ أم أنها ضعيفة و غير مقبولة و لا تقبل أن تكون حجة في المنازعات و الخصومات التي تجدد بعد صدور الحكم؟

و قد انقسمت آراء الفقهاء حول هذه المسألة إلى رأيين: رأي يرى بأن الحكم الضمني (الإشاري) حجة قاطعة فيما دل عليه عن طريق اللزوم العقلي؛ و آخر يرى أنه لا حجة للزوم العقلي في الحكم الضمني.

و إليك هذه الآراء.

1/- الرأي الأول: مذهب الحنفية و الشافعية: الحكم الضمني (الإشاري) حجة قاطعة:

ذهب الحنفية⁽¹⁾، و الشافعية⁽²⁾ إلى أن الحكم الضمني (الإشاري) هو حجة قاطعة و ملزمة، وذلك لأن الإرادة و القصد من الدعوى حين رفعها و إن لم تتجه إلى المطالبة بالحق و الفصل في النزاع، إلا أن العقل و المنطق القضائي العدلي يستلزم تلك النتيجة، فإذا طالبت المرأة المرأة بحقها في الميراث أمام المحكمة، و صدر الحكم لصالحها، كان ذلك الحكم يستلزم عقلا و منطقاً أنها زوجة الميت مثلاً،

(1) - ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص 279. ابن نجيم، الأشباه و النظائر، مصدر سابق، ص 233. الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج2، ص 384-386. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص 424. حيدر، علي، درر الأحكام، مرجع سابق، ج4، ص 666. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص 1162.

(2) - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص 291.

فالقاضي و المحكمة لا تورث شخصا إلا إذا تأكدت من وجود سبب من أسباب الميراث، و من ثم فإن اللزوم العقلي هو حجة قاطعة، و أن الحكم الضمني (الإشاري) هو حكم قضائي منتج لآثاره، تماما مثل الحكم القصدي.

2- الرأي الثاني: مذهب المالكية: الحكم الضمني (الإشاري) ليس بحجة قاطعة:

و ذهب المالكية⁽¹⁾ إلى القول بأن الحكم الضمني (الإشاري) ليس بحجة قاطعة كأصل و قاعدة عامة، و استثنوا من ذلك ما إذا كان اللزوم العقلي يتوقف على إبطال شيء و فسخه، فيفيد الحكم آثاره، و هذا كإقدام الحاكم على تزويج امرأة، زوجت زواجا يستحق الفسخ و لم يقع دخول في هذا التزويج، فإن نفس العقد عليها يستلزم الحكم عقلا بفسخ نكاحها المتقدم.

كما ناقش محمد العزيز جعيط المالكي القول الأول و بالأخص الأمثلة التي ذكرناها عند الكلام على الحكم الضمني (الإشاري)، فقال ما نصه: «و من الجلي، أن هذا الحكم الضمني، ليس حكما عند المالكية، و كيف يكون حكما، و النسب و الزوجية، عندنا... غير مشهود بهما... و حينئذ، فالحكم الضمني من قبيل الحكم المختلف فيه فللقاضي المالكي، أن يحكم بعدم النسب في الفرع الأول، و بعدم ثبوت الزوجية في الفرع الثاني، إذا تروفع إليه فيهما»⁽²⁾.

و الذي يلاحظ أن ما ذكره جعيط هو مناقشة للأمثلة التي أوردها الرأي الأول و ليس اعتراضا موجها بالأساس إلى الحكم الضمني (الإشاري) فهو يرى أن الأمثلة لا تصلح للتمثيل للحكم الضمني و ذلك لأن المالكية من شروط ثبوت النسب و الزوجية وجود الشهود، و لا يمكن أن يكون الحكم بالنسب و بالزوجية ضمنا و إشارة، و إنما لا بد من توفر الشهود ليصح الحكم، و من ثم يكون الحكم حينها قصديا لا إشاريا.

3- موازنة و ترجيح:

يرى أحد الباحثين المعاصرين⁽³⁾ أنّ الحكم الضمني (الإشاري) هو حكم على سبيل المجاز فقط و ليس حكما بالمعنى الفني الدقيق. و لكن مع ذلك، فإن هذا الباحث يرتب أثرا هاما على هذا التوصيف، و هو أن هذا الوصف المجازي له حجية قاطعة في الإثبات، و أنه دليل قوي على ما تضمنه. و الحقيقة، أن هذا القول متناقض و غير منسجم في ذاته، فهو يقول: إنه حكم على سبيل المجاز، ثم يرى أنه دليل قوي، فكيف يستقيم القول حينئذ؟ لاشك أن الحكم الذي يرتب آثاره هو

(1) - القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص 69-70. جعيط، محمد العزيز، الطريقة المرضية، مرجع سابق، ص 278-279.

(2) - جعيط، محمد العزيز، المرجع والصفحة نفسها.

(3) - أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 478-479.

الحكم بالمعنى الفني الاصطلاحي، لا بالمعنى المجازي، خاصة و أنه لا يوجد أصلا ما يسمى بالحكم المجازي، أو الحكم مجازا.

أما ما نراه نحن، فإن الحكم الضمني (الإشاري) هو حكم قضائي منتج لآثاره مثل الحكم القصدي، و لكنه مجرد قرينة بسيطة و ليست قاطعة، تقبل إثبات العكس، أي تقبل النفي متى كانت هناك بيئة أخرى أقوى منها، بحيث تكون هذه البيئة صحيحة و صريحة، مما يجعلها مرجحة على الحكم الضمني (الإشاري)، هذا من جهة، ثم من جهة أخرى، فإن إعطاء القوة و الحجية للحكم الضمني مثل التي للحكم القصدي، يجعل من التفرقة بينهما عديمة الجدوى.

البند الثاني: تقدير قيمة تقسيم الحكم إلى قصدي و ضمني (إشاري):

و الآن، و قد عرفنا حقيقة تقسيم الحكم إلى قصدي و ضمني، تعريفا و تمثيلا و تفرقة و موقفا، نأتي إلى الفائدة من هذا التقسيم، خاصة الفائدة العملية التي لها علاقة بحقوق الخصوم؟ فهل هناك فائدة عملية له؟

من الناحية العملية توجد فائدة من تقسيم الحكم إلى قصدي و ضمني (إشاري) و المتمثلة في أن الحكم القصدي لا يصدر إلا إذا رفع المدعي الدعوى أمام المحكمة للنظر في النزاع. أما الحكم الضمني (الإشاري) فلا يشترط فيه هذا الشرط؛ رفع الدعوى.

كما أن الفائدة الثانية لهذا التقسيم أن النقص في الحكم القصدي أسهل و أيسر منه في الحكم الضمني (الإشاري) و ذلك لأن الخطأ في الحكم القصدي واضح، لأنه يقوم و يتأسس على الألفاظ والعبارات، بخلاف الحكم الضمني (الإشاري) فإن النقص صعب للغاية لأنه يتوجه إلى مسألة تستخلص بالزوم العقلي، و هو ما لا يمكن إدراكه بسهولة، بل قد لا يدركه الأغلبية إن لم يكن الكل. و على الرغم من كل هذه الفوائد و الغايات المقبولة من هذا التقسيم للحكم إلى قصدي و ضمني، فإنها ليست لها علاقة قوية بموضوعنا، و أنها لا تفيد كثيرا في النقص، و ليست ذات قيمة كبيرة و معتبرة.

الفرع الخامس: أقسام الحكم باعتبار جواز نقضه من عدمه:

يتأسس هذا التقسيم للحكم القضائي على أساس إمكانية نقض و مراجعة الحكم مرة أخرى، أمام جهة قضائية جديدة من عدمها، فإن كان لا يجوز النظر فيه مرة أخرى فهو حكم قطعي أو نهائي، أما إن كان يجوز النظر فيه من جديد من طرف جهة قضائية أخرى فهو حكم غير قطعي. و من ثم، فأقسام الحكم القضائي باعتبار جواز نقضه من عدمه هي اثنان: الحكم القطعي أو النهائي، و الحكم غير القطعي.

و قد تم استخلاص هذا التقسيم من خلال تأكيد الفقهاء تأكيدا جازما، من أو الحكم القضائي إذا خالف النص، من قرآن و سنة، و الإجماع و القياس الجلي، و قواعد و أصول القضاء فإن هذا الحكم لا يستقر و لا يثبت أي أنه غير قطعي، أما الحكم الموافق لما سبق بيانه، فهو حكم قطعي نهائي⁽¹⁾.

و قبل الأخذ في تفصيل الخطة و العناصر، فإننا نشير إلى أنه لا أحد من المعاصرين ذكر هذا التقسيم، باستثناء باحث واحد و هو أحمد بن محمد بن صالح الخضير، حيث ذكر هذا التقسيم⁽²⁾ إلا أنه عند الإحالة أحال إلى كتابين معاصرين⁽³⁾، و عند العودة إليهما وجدنا أنها تتكلم عن تقسيم الحكم في القانون الوضعي.

و لنا على هذا المسلك ملاحظتان:

- **الأولى:** هي الإحالة على كتب معاصرة، و هذا أمر لا يصح، إذا كان من المنهج الرجوع إلى كتب المصادر في الفقه الإسلامي، و ليس الرجوع إلى كتب حديثة.

- **الثانية:** أن هذه المراجع المحال إليها، تتكلم عن تقسيم الحكم في القانون الوضعي، و نحن نتكلم عن التقسيم في الفقه الإسلامي، و هذه مخالفة منهجية أخرى.

و الذي نراه أن المنهج الذي اعتمده المعاصرون، سواء الذين ذكروا هذا التقسيم أو لم يذكروه، هو المنهج اللفظي الشكلي، و هذا غير سليم. صحيح أن الفقهاء ذكروا بعض أنواع الحكم صراحة، و لكن الكثير من هذه الأحكام لم تذكر صراحة، و لكن نصوص الفقهاء تقتضيها و تدل عليها ضمنا لا قصدا، و لا سبيل للوصول إلى معرفة هذه الأحكام إلا بتطبيق المنهج الاستقرائي، أي تتبع أقوال و نصوص الفقهاء و استخلاص و استنباط هذه الأنواع و التقسيمات.

و تطبيق المنهج الاستقرائي يحقق عدة أهداف من بينها تحقيق الموضوعية تحقيا يكاد كلياً على الأقل، إن لم نستطع تحقيقها كلياً مطلقاً. و من ثم نتخلص من تقويل و تحميل الفقه الإسلامي ما لم يقل و ما لا يتحمل، كما نتخلص من الخلط بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي حين المقارنة بينهما، زيادة على هذا، فإن التجديد و التحديث و التنوير، جريا على مصطلحات بعض المفكرين

(1) - القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص 46-47. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج 5، ص 400. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج 7، ص 14. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج 8، ص 258. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج 8، ص 132. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 11، ص 223. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج 3، ص 278-279.

(2) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج 1، ص 148.

(3) - ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، مرجع سابق، ص 670. أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 495-496.

المعاصرين، في الفقه الإسلامي يجب أو يحسن أن يكون من الداخل، أي داخل المنظومة الفقهية الإسلامية، لا من خارجها، بحيث يفرض فرضاً بطريقة هزلية مرفوضة علمياً و منهجياً.

نتناول في هذا البند في عنصرين كالآتي:

البند الأول: الحكم القطعي (النهائي) تعريفاً و تمثيلاً.

البند الثاني: الحكم غير القطعي تعريفاً و تمثيلاً.

و إليك هذه العناصر بالترتيب.

البند الأول: الحكم القطعي (النهائي) تعريفاً و تمثيلاً:

عرّف أحد الباحثين المعاصرين الحكم القطعي (النهائي) بتعريفين⁽¹⁾ كالآتي:

- **الأول:** «هو الحكم الذي استكمل الإجراءات اللازمة للتدقيق و المراجعة و صدق عليه

بالموافقة».

- **و الثاني:** «أو هو الحكم الذي لا يخضع للتدقيق و المراجعة أصلاً» .

و هذه التعاريف نظرت إلى العنصر الشكلي و إلى الظاهر، و إلى مدى استنفاد الحكم لإجراءات

التدقيق و المراجعة، أو أنه لا يخضع للتدقيق أصلاً.

و هذه التعاريف بناء على العنصر الشكلي بجانب للصواب، مما يستوجب إضافة عنصر آخر هو

العنصر الموضوعي، و لذلك نقول في تعريف الحكم القطعي (النهائي) بأنه القرار الصادر المحكمة،

والذي لا يجوز نظره و نقضه من طرف جهة قضائية أخرى، حيث صدر موافقاً للشرع و أصول الترافع

والمحاكمة.

و بهذا التعريف يكون الحكم القطعي (النهائي) قد تضمن العنصران معاً: الشكلي و يتمثل في

أصول الترافع و المحاكمة، و الموضوعي موافقته للشرع من القرآن و السنة و الإجماع و القياس الجلي.

البند الثاني: الحكم غير القطعي تعريفاً و تمثيلاً:

و قد عرفه أحد الباحثين المعاصرين بقوله: «و هو الحكم الذي يقبل الاعتراض عليه لدى جهة

قضائية غير من أصدر الحكم»⁽²⁾.

و يمكن لنا نعرفه بالشكل الآتي:

الحكم غير القطعي هو الحكم الذي يجوز تقديم طلب نقضه إلى جهة قضائية أخرى متى رأى

المتضرر منه مخالفته للشرع أو أصول الترافع و المحاكمة.

(1) - الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج 1 ص 148.

(2) - الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، المرجع و الصفحة نفسها.

فالحكم غير القطعي يكون متى خالف نصا شرعيا من قرآن أو سنة، أو خالف الإجماع أو القياس الجلي، أو أنه خالف أصلا من أصول القضاء، كأن يصدر الحكم من قاض واحد و الإمام الأعظم اشترط التعدد، أو أنه خالف قاعدة من قواعد إصدار الحكم كالإعذار، و غيرها من القواعد، التي سنتطرق إليها في المبحث الثالث من هذا الفصل و الذي عنوانه قواعد إصدار الأحكام و بياناته. و بالخلاصة أن الأمثلة كثيرة و متعددة و لا حاجة إلى الإشارة إليها.

الفرع السادس: أقسام الحكم باعتبار موافقته للشرع و أصول القضاء:

التقسيم السادس للحكم القضائي في الفقه الإسلامي يقوم على مدى موافقته للشرع، و أصول القضاء، و طلب الخصم بنقضه من عدمه، فإن صدر الحكم وفق الشرع و أصول القضاء كان الحكم صحيحا، و إلا فهو باطل، و إن كان يتوقف على طلب الخصم المتضرر بنقضه، كان قابلا للإبطال. و بناء على هذا التحليل، فإن أقسام الحكم القضائي باعتبار موافقته للشرع و أصول القضاء و طلب الخصم بنقضه من عدمه إلى ثلاثة أقسام⁽¹⁾، هي: الحكم الصحيح، و الحكم الباطل، و الحكم القابل للإبطال.

و للوقوف على حقيقة هذه الأنواع فإننا نتناول هذا الفرع في ثلاثة بنود، كالاتي:

البند الأول: الحكم الصحيح، تعريفا و تمثيلا.

البند الثاني: الحكم الباطل، تعريفا و تمثيلا.

البند الثالث: الحكم القابل للإبطال، تعريفا و تمثيلا، و موقف الفقه الإسلامي من طلب الخصم إبطال الحكم.

و قبل التطرق في تفاصيل هذه الخطة نشير إلى أن الحكمين الصحيح و الباطل يرتبطان ببعضهما البعض وجودا و عدما، فإما أن يكون الحكم صحيحا، و إما أن يكون باطلا، و لا يجوز ولا يمكن أن يجتمع الضدان، و لذلك فإن ما يصحح الحكم هو ضمينا في حالة انعدام موافقة الشرع و أصول القضاء يجعله باطلا. فالكلام عن أحد الأنواع هو ضمينا كلام عن النوع الآخر.

البند الأول: الحكم الصحيح، تعريفا و تمثيلا:

يمكن تعريف الحكم الصحيح بأنه الحكم الذي صدر موافقا للشرع و لأصول القضاء من كل

وجه.

(1) - ذكر ابن فرحون الحكم الصحيح و الحكم الفاسد فقط، و الفاسد و الباطل مصطلح واحد عندنا، قال ابن فرحون و هو يتكلم عن الحكم الإنشائي الذي ذكرناه من قبل: «و هذا النوع من الأحكام يوصف بالصحة و الفساد». - أنظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص101.

و موافقة الحكم للشرع تكون بموافقة لنصوص القرآن، و السنة المتواترة و المشهورة، و كذلك موافقة للإجماع الصريح، و القياس الجلي، و عمل أهل المدينة عند المالكية، و موافقة لحديث الآحاد عند الحنابلة.

أما موافقة الحكم لأصول القضاء، فمثل موافقة الحكم لقاعدة الإعذار عند المالكية⁽¹⁾، أو قاعدة من قواعد الإثبات. أو الاختصاص، أو تسبب الحكم.

و من أمثلة الحكم الصحيح: الحكم الصادر بتوريث امرأة الربع لأنها زوجة الميت الذي لم يترك ابنا و لا بنتا من هذه المرأة أو من غيرها. بعد أن ثبت لدى القاضي موت الزوج، و أن المرأة زوجته شرعا و لم يطلقها، و عدم وجود الأولاد للزوج سواء من هذه المرأة أو غيرها، و ذلك موافقة لنص القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَكَلٌّ﴾ [سورة النساء: 12]. و كذلك موافقة الحكم لأصول القضاء في الإثبات و قواعد الإصدار التي ستتكم عليها لاحقا إن شاء الله ﷻ.

البند الثاني: الحكم الباطل (الفاسد) تعريفا و تمثيلا:

الحكم الباطل (الفاسد) هو الحكم الصادر من المحكمة المخالف للشرع الإسلامي و الأصول القضائية المرعية إذا كانت تمس بحق الله ﷻ.

و يتفق الفقهاء المسلمون على أن الحكم الباطل هو الحكم المخالف لنص القرآن الكريم القطعي الدلالة، أو السنة المتواترة و المشهورة أو الإجماع الصريح⁽²⁾.

و أضاف المالكية⁽³⁾ و الشافعية⁽⁴⁾ مخالفة القياس الجلي، كما أضاف الحنفية⁽⁵⁾ عدم استناد الحكم إلى دليل، و زاد المالكية⁽⁶⁾ مخالفة الحكم لعمل أهل المدينة، و أضاف الحنابلة⁽⁷⁾ في المشهور من أقوالهم مخالفة حديث الآحاد. و زاد القرافي المالكي مخالفة القواعد الكلية الشرعية⁽¹⁾.

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص142-146. ميارة، تحفة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص39-41. التسولي، البهجة شرح التحفة، مصدر سابق، ج1، ص166. الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، فصول الأحكام و بيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام، تحقيق: محمد أبو الأحضان، مكتبة التوبة، الرياض، بالاشتراك مع دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1422هـ-2002م، ص119-160.

(2) - ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد سعيد، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، ومعه: نقد مراتب الإجماع لابن تيمية، بعناية: حسن أحمد اسبي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1419هـ-1998م، ص87. الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج7، ص14. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص134. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص258. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص223. الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج4، ص203.

(3) - القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص97-98. و انظر كتابه: الأحكام في تمييز الفتاوى، مصدر سابق، ص47.

(4) - الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص258. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص132.

(5) - ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص300. الزيبي، تبين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص188-189.

(6) - عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص187. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص138.

(7) - المرادوي، المصدر نفسه، ج11، ص223-224. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص478.

أما فيما يتعلق ببطلان الحكم القضائي لمخالفته الأصول القضائية، و ذلك مثل انعدام شرط من شروط تولى القضاء من الإسلام، أو البلوغ، أو العقل، أو الحرية، أو الذكورية و غيرها⁽²⁾، أو مخالفة قاعدة الإعذار، و الاختصاص⁽³⁾، و التسبب و غيرها.

و يجب التنبيه إلى أننا قلنا في التعريف: «إذا كانت تمس بحق الله ﷻ»، و نحن نقصد بذلك القواعد الجوهرية الأساسية التي تعتبر من النظام العام، بحيث يؤدي عدم احترامها إلى تهديد كيان المجتمع و الأمة في وجودها و بقاءها و استمرارها، و من ثم يجب حمايتها تمام الحماية التي تكون للأمة و الجماعة الإسلامية، و لذلك فهي لا تتوقف على طلب الخصم، و إنما يمكن إبطالها متى تم الوقوف على المخالفة و الخطأ. و هذا بعكس الحكم القابل للإبطال الذي سيأتي بيانه في العنصر التالي.

و من أمثلة الحكم الباطل أو الفاسد: الحكم الصادر المخالف لقاعدة الاختصاص، و ذلك بأن يصدر القاضي حكمه في النزاع في غير محله الجغرافي، أو في غير اختصاصه النوعي كأن يحكم القاضي في الدماء، و هو مكلف بالمواريث مثلاً.

البند الثالث: الحكم القابل للإبطال تعريفاً و تمثيلاً:

و هو الحكم الذي يتوقف النظر في بطلانه من عدمه على طلب يتقدم به المتضرر من الحكم. هذا يعني أن هناك بعض الأحكام تصدر مخالفة لبعض القواعد و لكنها ليست جوهرية و أساسية، فيمكن إبطالها، و لكن هذا الإبطال من المحكمة مشروط بتقدم المضرور من الحكم نقضاً بذلك. فإذا تقدم بطلب نقض الحكم وفق أصوله المشروعة و كان الطلب صحيحاً، فإن الحكم يبطل، و إذا لم يتقدم فإن الحكم يصبح صحيحاً بعد ذلك، و يسقط الحق في طلب الإبطال.

و مثال هذا النوع من الأحكام: الحكم الغيابي، فهو حكم صحيح و لكن بشرط إذا لم يتقدم المحكوم عليه غيابياً بطلب نقضه، فإذا تقدم بنقضه وفق القواعد القضائية المشروعة و المطبقة نقض الحكم ليعاد سماع الأطراف من جديد، و من ثم صدور حكم حضوري يقوم على أساس الاستماع إلى كل أطراف النزاع بخلاف الحكم الغيابي الذي تم فيه الاستماع إلى طرف دون آخر.

و الدليل على ذلك قول الفقهاء في الحكم الغيابي أن الغائب على حجته إذا رجع و أراد نقض الحكم⁽¹⁾. بل إن من الفقهاء من حدد أجل النقض في الحكم الغيابي بثلاثة (03) أيام⁽²⁾.

(1) - القرافي، المصدر نفسه، ج10، ص139. و انظر كتابيه أيضاً: الفروق، مصدر سابق، ج4، ص98. الأحكام في تمييز الفتاوى، مصدر سابق، ص73-47-74.

(2) - ابن فرحون، تصرة الحكم، مصدر سابق، ج1، ص21. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص129-134. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ص464-467.

(3) - الماوردي، المصدر نفسه، ص141-143. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص16.

و سنرى هذا عند الكلام عن المعارضة في الأحكام الغيابية في الباب الثاني من البحث إن شاء الله تعالى.

و ربما من المفيد الإشارة إلى أن الفقهاء المسلمين قد اختلفوا في اشتراط تقديم طلب من الخصم المتضرر من الحكم، أم أنه لا يشترط، و أنه متى وجد الخطأ و المخالفة، فيجب إبطاله؟ فكان الاختلاف على رأيين: رأي يشترط تقدم طلب النقص، و رأي لا يشترط ذلك، و أنه متى وجد الخطأ في الحكم و جب نقضه و إبطاله، و إصدار حكم جديد يكون خاليا من الخطأ. فقد ذهب المالكية⁽³⁾، و الشافعية⁽⁴⁾، إلى اشتراط تقديم طلب النقص من طرف المتضرر من الحكم إلى المحكمة للنظر في وجود الخطأ في الحكم من عدمه.

و هذا الرأي هو الذي أخذت به مجلة الأحكام العدلية في م 1838 حيث نصت: «إذا ادعى المحكوم عليه بأن الحكم الذي صدر في حق الدعوى ليس موافقا لأصوله المشروعة، و بين جهة عدم موافقته، و طلب استئناف الدعوى، فيحقق الحكم المذكور، فإن كان موافقا لأصوله المشروعة يصدق، و إلا يستأنف»⁽⁵⁾.

في حين ذهب أبو حامد الاسفراييني إلى أنه يجوز للقاضي تعقب الأحكام من دون تقديم طلب من طرف الخصم المتضرر من الحكم⁽⁶⁾.

الفرع السابع: أقسام الحكم باعتبار الوصف الشرعي:

يقوم هذا التقسيم للحكم القضائي في الفقه الإسلامي على الوصف الشرعي المنبثق من الحكم الشرعي الذي عرفناه من قبل في المبحث الأول. فإذا كان المحكوم فيه وصفه الشرعي هو الوجوب كان الحكم هو الحكم بالوجوب، و إن كان الوصف الإباحة كان الحكم بالإباحة، و إن كان بالتحريم كان الحكم بالتحريم. و إن جعل شيء سببا، أو شرطا أو مانعا أو مفسدا لشيء آخر كان الحكم بالسبب، أو الحكم بالشرط، أو الحكم بالمانع، أو الحكم بالفساد، بهذا الترتيب.

(1) - ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص 366. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 94-95. الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز آبادي، المهذب في فقه الإمام الشافعي رضي الله عنه، وبذيله: النظم المستعذب في شرح غريب المهذب لمحمد بن أحمد بن بطال الركني اليمني، ضبط و تصحيح ووضع الحواشي: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1416هـ-1995م، ج 3، ص 401. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 76. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 56. النووي، المجموع شرح المهذب، ج 20، ص 163. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج 8، ص 270. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 11، ص 301. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 3، ص 498.

(2) - الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 20، ص 390.

(3) - ابن فرحون، المصدر نفسه، ج 1، ص 71-72. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 6، ص 156.

(4) - ابن أبي الدم، المصدر نفسه، ص 77.

(5) - حيدر، علي، درر الحكام، مصدر سابق، ج 4، ص 686. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج 2، ص 1190.

(6) - ابن أبي الدم، المصدر و الصفحة نفسها.

و بناء على هذا التحليل المنطقي فإن أقسام الحكم القضائي باعتبار الوصف الشرعي هي سبعة أقسام، و هي: الحكم بالوجوب، و الحكم بالإباحة، و الحكم بالتحريم، و الحكم بالسبب، و الحكم بالشرط، و الحكم بالمانع، و الحكم بالفساد.

و يلاحظ أن النذب و الكراهة ليست من أقسام الحكم القضائي بناء على الوصف الشرعي، و ذلك لأنه لا إلزام فيهما، و الحكم إلزام. و هنا يقول القرافي كلاماً يحسن بنا أن ننقله، و عبارته هي: «و أما النذب و الكراهة، فإنما يقع من الحاكم على سبيل الفتوى لا على سبيل الحكم، نحو: أمره بالمتعة للمطلقة عند الحاكم المالكي و نحوها، فإذا قال الحاكم: الأحسن لك أن تفعل، أو يكره لك أن تفعل كذا، فإنما هو فتوى من الحاكم لا حكم. و سببه أن النذب و الكراهة لا يفصلان خصاماً و الحكم إنما شرعه الله للحكام لدرء الخصام، و لن يندفع الخصام إلا بالإلزام و الإطلاق كما تقدم، فيبطل محل النزاع من الزوجات و النفقات و الأراضي و غيرها، لأنه جزم من الحاكم، و إذا جزم الحاكم بحكم و حكم به لا ينقض، و النذب و الكراهة حقيقتها: التردد بين جواز الفعل و جواز الترك، و هذا هو حقيقتها، لأننا نقول: نعني بالإباحة الإطلاق المستلزم لحسم مادة النزاع من تقدم ملكه، فلا تبقى له كلمة بعد ذلك، و لا حجة يمنع بها غيره من الأحياء، بل يصير هو و غيره سواء في ذلك المكان، و كذلك الصيد و نحوه»⁽¹⁾.

هذا بخصوص ما يتوجه إلى النذب و الكراهة، و أنه لا يمكن إصدار الأحكام بها، و لكن لماذا يصدر الحكم بالوجوب و التحريم و الإباحة؟ ما هو المقصود الشرعي من ذلك؟ ما هي الغايات والأهداف و المقاصد من هذا المسك؟

إن المقصد الشرعي من ذلك هو أن هذه الأحكام الشرعية الثلاثة تتوفر على عنصر الإلزام، و عنصر الإلزام يتحقق به المقصد من القضاء و هو فصل الخصومات، و قطع المنازعات، و إيصال الحقوق إلى مستحقيها، بخلاف النذب و الكراهة فلا إلزام منها.

و هنا يقول القرافي: «إن حكم الحاكم، و إن كان حكماً لله تبارك و تعالی، فإنه لا يتصور فيه الأحكام الخمسة، فإن مقصوده هو سد باب الخصومات، و درء الظلمات، بل يتصور فيه ما يكون سبباً، و هو الوجوب، كالحكم بوجوب النفقة للمطلقة البائن عند من يراه، و التحريم كالقضاء بفسخ النكاح، فإن معناه إبطال ما وقع ما يتوهم أنه سبب للإباحة، و رد إلى ما كنت عليه من التحريم،

(1) - القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص 34-35. وانظر أيضاً: السبكي تقي الدين: «رسالة القول الموعب»، مصدر سابق، ص 161. جعيط، محمد العزيز، الطريقة المرضية، مرجع سابق، ص 236.

والإباحة نحو القضاء برد الأرض مطلقة مواتا مباحة بعد زوال الإحياء عند مالك... و أما الندب والكرهه، فإنما يقع من الحاكم على سبيل الفتوى، لا على سبيل الحكم...»⁽¹⁾.

أما بخصوص الحكم بالصحة، فسيأتي في الفرع الخامس بإذن الله تعالى، هذا دون أن ننسى أن الحكم بالفساد يتضمن بالحكم بالصحة، لأن القاضي إذا لم يحكم بالفساد فإن يحكم حكما بالصحة. و للوقوف على حقيقة هذه الأنواع السبعة للحكم القضائي باعتبار الوصف الشرعي فإليك هذه الأقسام، تعريفا و تمثيلا.

1- الحكم بالوجوب: و يمكن تعريفه بأنه: الأمر أو القرار الجازم الذي يصدره القاضي بناء على أصل شرعي قاطع يثاب فاعله و يعاقب تاركه عند الله تعالى. و من أمثلة الحكم بالوجوب: الحكم بوجوب إخراج الزكاة جبرا، و الحكم بوجوب النفقة على الزوج لأولاده الصغار.

2- الحكم بالإباحة: و هو القرار الصادر من المحكمة بناء على أصل شرعي، يتضمن إطلاق التصرف في أمر معين المستلزم لحسم مادة النزاع⁽²⁾. و من أمثلة الحكم بالإباحة: الحكم الذي تصدره المحكمة بإطلاق حرية المرأة أو الرجل في سياقة السيارة من عدمها في حالة وقوع نزاع حول المسألة.

3- الحكم بالتحريم: و هو القرار الصادر من المحكمة بناء على أصل شرعي جازم بالمنع والترك؛ يعاقب فاعله؛ و يثاب تاركه. و قال القرافي: «معناه إبطال ما وقع ما يتوهم أنه سبب للإباحة»⁽³⁾.

و مثال الحكم بالتحريم: الحكم بمنع حفلات الاختلاط بين الرجال و النساء، و القضاء بفسخ النكاح و رد المرأة إلى ما كانت عليه من التحريم.

4- الحكم بالسبب: و هو القرار الصادر من المحكمة يجعل وجود الشيء وجودا لشيء آخر، و من عدمه العدم.

و مثال الحكم بالسبب: الحكم بثبوت الزوجية لامرأة توفي زوجها، فيكون ذلك سببا للتوارث.

5- الحكم بالشرط: و هو القرار الصادر من المحكمة يجعل عدم الشيء عدما لشيء آخر، ولا يلزم من وجوده وجود الحكم و لا عدمه.

(1) - القرافي، الإحكام، مصدر سابق، ص 34.

(2) - استفدنا في صياغة التعريف من القرافي. أنظر: القرافي، الإحكام، مصدر سابق، ص 21، ص 35.

(3) - القرافي، الإحكام، مصدر سابق، ص 34.

و مثاله: الحكم بثبوت الإحصان كشرط من شروط توقيع عقوبة الزاني المحصن و لكن قد يوجد الإحصان و ليس بالضرورة تكون هناك عقوبة.

6/- الحكم بالمانع: و هو الأمر الصادر من المحكمة يجعل وجود الشيء عدما لشيء آخر، ولكن لا يلزم من عدمه وجود غيره أو عدمه.

و مثاله: الحكم بثبوت جريمة القتل الخطأ في الأصول أو الفروع، فيكون ذلك الحكم -إثبات الجريمة و نسبة وقوعها إلى المجرم- مانعا للميراث لمن وقعت منه الجريمة.

7/- الحكم بالفساد: و هو الأمر أو القرار الصادر من المحكمة المتضمن أن تصرفا معينا هو تصرف باطل لا ينتج آثاره، لانعدام الأركان و الشرائط.

و مثال هذا النوع من الأحكام: الحكم الصادر من المحكمة بفساد عقد الهبة لأنه صدر من غير مميز.

و يلاحظ أن هذا النوع الأخير من الأحكام يكون فقط في الأحكام المدنية أما الجنائية، فلا يمكن وصف العمل الإجرامي بأنه صحيح أو فاسد، و إنما يمكن وصفه بالبراءة أو الإدانة.

- خلاصة تقديرية لأنواع الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي:

بعد هذا التطواف و الاستقراء و الاستقصاء الذي حاولنا فيه استخلاص معظم أنواع الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي، و نؤكد على أننا حاولنا استخلاصها كلها، و لكننا نعتزف و نقر أنه ربما توجد بعض الأنواع و لكن لم نتعرف عليها، و مع ذلك فذكر أحد عشر نوعا ربما فيه كفاية، ولعل أحدا يأتي بعدنا يضيف شيئا.

على أننا من جهة أخرى لاحظنا أن الكثير أو قل أغلب الأنواع الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي ليست لها علاقة بموضوعنا، و يغلب عليها الطابع اللغوي الشكلية. مما يجعلها عديمة الجدوى والفائدة العملية، صحيح أنها مفيدة نظريا و في بعض الإشارات، و لكن من الناحية العملية ليست لها فائدة، و نقصد بالناحية العملية تعترف بها و تقر بها الشريعة الإسلامية.

و هذه الأحكام بحسب اعتباراتها و التي لا فائدة عملية منها هي:

1/- أقسام الحكم باعتبار أداة التعبير إلى حكم قولي، و فعلي، و تقريرية.

2/- أقسام بالحكم باعتبار إثبات المدعي دعواه من عدمه إلى حكم بالاستحقاق و حكم بالترك.

3/- أقسام باعتبار المحكوم به صحة التصرف و موجهه إلى حكم بالصحة و حكم بالموجب.

فهذه الاعتبارات الثلاثة هي اعتبارات شكلية لغوية نظرية لا تتسم بالعمق و الشمول، و إنما تتميز بالسطحية و الظاهرية.

- أما أقسام الحكم القضائي التي نرى بأنها عملية و تمس بموضوعنا فهي ثلاثة أقسام هي:
1/- باعتبار حضور الخصوم و غيابهم إلى حكم حضوري حقيقي، و حكم حضوري حكمي، و حكم غيبي.

2/- باعتبار جواز نقضه من عدمه إلى حكم قطعي (نهائي) و حكم قطعي.

3/- باعتبار صحته و فساده إلى حكم صحيح و حكم باطل، و حكم قابل للإبطال.

فكل هذه الاعتبارات الأربعة للحكم القضائي في الفقه الإسلامي هي اعتبارات عملية تمس و تتناول حقوق الدفاع، و لذلك فهي تدخل في صميم موضوعنا، لأنها اعتبارات تتسم بالعمق لا السطحية، و بالواقعية العملية، لا اللغوية الشكلية.

و النتيجة النهائية في نظرنا التي نتوصل إليها أن المعيار الشكلي -المتسم بالسطحية و السذاجة- هو الغالب في تحديد أنواع الحكم القضائي في الفقه الإسلامي بخلاف المعيار الموضوعي، الذي هو أدق مجالاً منه.

المطلب الثاني: أنواع الأحكام القضائية في القانون الوضعي:

تتعدد و تتنوع الأحكام القضائية في القانون الوضعي إلى عدة أنواع و باعتبارات مختلفة، و يمكن رُدُّ هذه الأنواع المختلفة إلى اعتبارات عدّة.

و لكن قبل ذكر هذه الأنواع و الاعتبارات، و ذكر خطة هذا الفرع، يجب التنبيه إلى مسألة في غاية الأهمية، و هي مسألة «تكييف الأحكام». و ذلك في إشارة خاطفة و سريعة.

و تكييف الأحكام القضائية معناه إعطاء وصف قانوني معين للحكم بناء على نصوص القانون، و ذلك كأن يقول القاضي: حكمت المحكمة حضوراً ابتدائياً، أو غيبياً، أو نهائياً و غير ذلك من الأوصاف.

و الهدف من التكييف هو بيان صلاحية حكم ما بناء على وصف معين بالطعن فيه إما بالمعارضة أو الاستئناف أو النقض. و في هذا يقول أحد فقهاء القانون محمداً ماهية التكييف: «تحديد وصف الحكم، و ما إذا كان حضورياً أو غيبياً، ابتدائياً أو إنتهائياً، فرعياً، أو موضوعياً قطعياً، أو غير قطعي، حتى تتحدد -على التوالي- قابليته للطعن فيه بالمعارضة، أو الاستئناف، أو قابليته للطعن

المباشر، أو عدم قابليته له، أو لمعرفة ما إذا كان يجوز حجية الشيء المحكوم به، أو لا يجوز هذه الحجية»⁽¹⁾.

و لكن ما هو معيار تكييف الأحكام القضائية؟ هل هو ما يطلبه الخصوم و يدعونه؟ أو ما ينطق به القاضي عند إصداره الحكم؟ أم أن المعيار هو القانون فقط؟

إن المعيار في تكييف الأحكام القضائية في القانون الوضعي هو نصوص القانون لا بما يرد في الحكم أو بما يراه الخصوم، فنصوص القانون وحدها فقط هي التي تحدد نوع الحكم و وصفه، و من ثم فالتكييف الذي يرد في حكم المحكمة، أو بما يراه الخصوم لا يعتد به على الإطلاق، فالوصف الصحيح للحكم ما يقرره القانون لا ما يحكم به القاضي أو يتصوره الخصوم.

و تأسيساً على هذه القاعدة، فإن المحكمة إذا وصفت مثلاً بأن الحكم غيابي، و هو حضوري، أو حضوري اعتباري في الأصل و الحقيقة، فإن هذا الوصف -غيابي- هو وصف خاطئ، و لا يعتد به، و من ثم، فإذا رفع أحد الخصوم معارضة في ذلك الحكم على أساس أنه غيابي و هو غير ذلك فإن معارضته لا تقبل على الإطلاق، لأن العبرة في التكييف هي نص القانون، لا بما تقرره المحكمة أو يتصوره الخصوم.

و فائدة هذه القاعدة هي حماية حق الطعن من التعسف من طرف القضاء أو الخصوم من منحه أو منعه بغير ضابط، و من ثم، ضمان استقرار الحقوق و المراكز الإجرائية و عدم تعريضها للفوضى والأهواء البشرية و الغرائز و الأنانية التي تؤدي إلى استخدام العدالة و القضاء، و من ثم المساس بهيبة القضاء، و بمبدأ العدل. فالمعيار هنا هو معيار جامد لا يتأثر بخطأ القاضي أو أهوائه و ميوله التي قد تنحرف عن العدالة، أو أهواء و تحايل الخصوم، و من ثم فهو معيار قانوني منصوص عليه واضح، وجلي لكل الناس، يؤدي إلى استقرار الحقوق، و يحمي القضاء، و يرسخ العدل بين الناس.

و النتيجة النهائية في خصوص هذه النقطة أن تكييف الحكم القضائي يخضع لنص القانون فقط. و للوقوف على الأنواع المختلفة للأحكام القضائية في القانون الوضعي، فإننا نتناولها وفق الخطة الآتية:

الفرع الأول: أقسام الحكم باعتبار وجود أركان الحكم من عدمه.

الفرع الثاني: أقسام الحكم باعتبار قابليتها للطعن فيها.

الفرع الثالث: أقسام الحكم باعتبار القصد منها إلى أحكام صريحة، و ضمنية.

الفرع الرابع: أقسام الحكم باعتبار ظهور اتجاه رأي المحكمة في النزاع من عدمه.

(1) - أبو الوفا، أحد، نظرية الأحكام، مصدر سابق، ص338.

الفرع الخامس: أقسام الحكم باعتبار قابليته للطعن المباشر من عدمه.
الفرع السادس: أقسام الحكم باعتبار صدورها في مسألة موضوعية أو فرعية.
و إليك بيان هذه الفروع بالترتيب.

الفرع الأول: أقسام الحكم باعتبار وجود أركان الحكم مع إجراءاته الجوهرية من عدمه:
يتمثل هذا المعيار الأول في تقسيم الأحكام القضائية في القانون الوضعي في مدى وجود جميع أركان الحكم القضائي و إجراءاته الجوهرية من عدمها، فإذا صدر الحكم بجميع أركانه و جميع إجراءاته الجوهرية كان الحكم صحيحا، و إذا صدر بجميع أركانه إلا أنه اختل إجراء جوهري منه، كان الحكم باطلا، و إذا صدر دون أركانه، فهو حكم منعدم.

و قد سبق أن رأينا أن الحكم القضائي له ثلاثة أركان، و هي:
- صدوره من جهة قضائية مشككة تشكيلا صحيحا.
- أن يصدر في خصومة.
- أن يصدر وفق الإجراءات و الأشكال المنصوص عليها قانونا.
- و بناء على هذا التحليل فإن أقسام الحكم باعتبار وجود أركانه و إجراءاته الجوهرية هي ثلاثة: الحكم الصحيح، و الحكم الباطل، و الحكم المنعدم.

و سنتناول هذه الأقسام وفق الخطة الآتية:
البند الأول: الحكم الصحيح و الباطل، و المنعدم: تعريف و تمثيلا.
البند الثاني: أهمية التفرقة بين الحكم الباطل و المنعدم.
و إليك هذه الخطة بالبيان و التفصيل.

البند الأول: الحكم الصحيح و الباطل، و المنعدم: تعريف و تمثيلا.
يتضمن هذا البند ثلاثة أنواع للحكم القضائي، نتناولها في العناصر الآتية:
أولا: الحكم الصحيح، تعريف و تمثيلا.
ثانيا: الحكم الباطل، تعريف و تمثيلا.
ثالثا: الحكم المنعدم، تعريف و تمثيلا.

أولا: الحكم الصحيح، تعريف و تمثيلا:

يمكن تعريف الحكم الصحيح بأنه الحكم الصادر من هيئة قضائية مشككة تشكيلا صحيحا والذي يفصل في خصومة وفقا للإجراءات و الأوضاع المنصوص عليها من جميع الأوجه.
و من أمثلة الحكم الصحيح: الحكم بالبراءة و لم تطعن فيه النيابة العامة.

و يجب أن نتنبه إلى مسألة في غاية الأهمية و هي أن الحكم الصحيح ليس شرطا عدم الطعن فيه، وإنما أن يكون صحيحا من جميع الأوجه و حتى لو طعن فيه فهو صحيح بشرط أن يتم رفض الطعن شكلا فقط أو شكلا و موضوعا. فالطعن في الحكم الصحيح و رفض هذا الطعن لا يؤثر في الحكم. إنما يؤثر فيه المحكمة للطعن جزئيا أو كليا، و من ثم يصبح الحكم باطلا أو منعما.

ثانيا: الحكم الباطل، تعريفا و تمثيلا:

الحكم الباطل هو الحكم الصادر من هيئة قضائية مشكلة تشكيلا صحيحا و الذي يفصل في خصومة معينة وفقا للإجراءات و الأشكال المنصوص عليها قانونا إلا أنه خالف إجراء جوهريا⁽¹⁾. و من أمثلة الحكم الباطل: الحكم الصادر من محكمة تجاوزت سلطتها أو صدر الحكم من محكمة غير مختصة، أو أن الحكم لا يتضمن تسببا، أو تضمن تسببا و لكنه غير كاف، أو تضمن أسبابا متناقضة.

فكل هذه الأمثلة تعبر أن الحكم القضائي صدر بجميع أركانه المذكورة سابقا إلا أنه معيب بشائية الخطأ، و مع ذلك فهو حكم قضائي مثل الحكم الصحيح، فالعيب لا يزيل صفة الحكم و لكن يجعله مهددا بالإلغاء و بالإبطال أو البطلان.

ثالثا: الحكم المنعدم، تعريفا و تمثيلا: و يمكن تعريفه بأنه الحكم الذي اختل فيه ركن من أركان الحكم الثلاثة، بأن صدر من هيئة غير قضائية، أو أنه صدر في غير خصومة، أو أنه لم تتبع في إصدار جميع الإجراءات و الأشكال الإجرائية، و بالأخص الكتابة. أو هو ما صدر من هيئة غير قضائية، أو صدر من هيئة قضائية غير مشكلة تشكيلا صحيحا، و الصادر في غير خصومة، و لم يكن مكتوبا⁽²⁾.

فإذا أصدرت هيئة ليست قضائية، مثل اللجنة التأديبية، عزل موظف، فإن ما صدر عنها ليس حكما، و إنما هو قرار إداري. و إذا أصدر القاضي أمرا بتعيين مقدم أو وصي، فإن ما صدر ليس حكما، و إنما هو أمر ولائي، لأنه صدر في غير خصومة، و الحكم يصدر في خصومة و منازعة. وإذا صدر حكم قضائي من قاضيين من المجلس القضائي، كان الحكم منعما و غير موجود أصلا، لأن القانون ينص على أن ما يصدر من المجالس القضائية يجب أن يكون عدد القضاة ثلاثة على الأقل، وإلا كان منعما، م1/429ق.إ.ج.

(1) - أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص320. عمر، نبيل إسماعيل، الوسيط في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص720-721.

(2) - أبو الوفا، أحمد، المرجع و الصفحة نفسها. عمر، نبيل إسماعيل، المرجع و الصفحة نفسها، ص716.

و كذلك إذا لم يكن الحكم مكتوبا، فإنه يعد منعدما تماما و لا وجود له، و يكون كذلك إذا صدر من شخص ليس قاضيا، أو وقع عزله قبل صدور الحكم ثم صدر الحكم، و مع ذلك فهو واقعة مادية⁽¹⁾، و لم يشر قانون الإجراءات الجزائية إلى الانعدام، كما أنه لم يشر إلى إجراءات خاصة للبحث فيه، و إنما يمكن لكل سلطة أن تعين إجراء أو سند ما و تقدر انعدامه. و من ثم فإن أسباب الانعدام لا يشترط أن ينص عليها القانون صراحة⁽²⁾. و أن الحكم المنعدم هو و العدم سواء، لا يرتب أي أثر قانوني للغير⁽³⁾.

البند الثاني: أهمية التفرقة بين الحكم الباطل و المنعدم:

تظهر أهمية التفرقة بين الحكم الباطل و الحكم المنعدم، في أن الحكم الباطل يعتبر و يعد حكما قضائيا، و إن كان معيبا، و من ثم يرتب آثاره القانونية التي يتضمنها إلى أن يحكم ببطلانه عن طريق الطعن فيه بطرق الطعن من المعارضة، أو الاستئناف، أو النقض، أو التماس إعادة النظر⁽⁴⁾. و من ثم لا يجوز رفع دعوى مبتدئة ببطلان الحكم الباطل، و تقرير انعدامه بغير طرق الطعن المذكورة أعلاه، لأن المنازعة فيه بغير طرق الطعن المقررة ممنوعة كقاعدة قانونية من خلال إقرار طرق طعن معينة، و هذا احتراماً لحجيتها، كما أنها -أي الأحكام الباطلة- خلاف العقود، هذه الأخيرة التي يجوز رفع دعوى الأبطال أو البطلان ضدها، أما الأحكام الباطلة فمن أجل استقرار الحقوق لدى أصحابها يقتضي احترام الأحكام، فلا يطعن فيها إلا بطرق خاصة، و إجراءات خاصة، و في مواعيد معينة، بحيث إذا انقضت هذه المواعيد دون الطعن في الحكم أصبح غير قابل للطعن فيه، و عد في نظر المشرع عنوانا للحقيقة و الصحة و أغلق كل سبيل لإعادة النظر فيه⁽⁵⁾.

(1) - عمر، نبيل إسماعيل، المرجع و الصفحة نفسها.

(2) - الشافعي، أحمد، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، ط4، 2007م، ص26.

(3) - أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص320-321. عمر، نبيل إسماعيل، الوسيط في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص716.

(4) - أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص320-321. عمر، نبيل إسماعيل، الوسيط في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص720-721.

(5) - أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية و التجارية، منشأة المعارف الإسكندرية، ص14، 1986م، ص797-800. هندي، أحمد، قانون المرافعات المدنية و التجارية- الخصومة و الحكم و الطعن، دار الجامعة الجديدة، د م ن، 1995م، ج2، ص584.

أما الحكم المعدوم فهو و العدم سواء، فهو بالأساس ليس حكماً، و إنما سميناه حكماً من أجل البيان و الشرح فقط، و من ثم لا يرتب أي أثر قانوني، و لا يلزم الطعن فيه للتمسك بانعدامه، و إنما يمكن إنكاره عند التمسك بما اشتمل عليه من قضاء، و يجوز رفع دعوى أو بالقيام بعمل أو إجراء باعتباره كذلك⁽¹⁾. أما بطلان الحكم فإنه يزول بالرد عليه باعتباره صحيحاً⁽²⁾.

زيادة على ذلك، فإن الانعدام لا يشترط فيه أن ينص عليه القانون، بخلاف البطلان فإنه طبقاً للقاعدة: لا بطلان بغير نص⁽³⁾.

و الحكمة من هذه القاعدة هي حماية حقوق الخصوم في الدفاع، إذ لا يمكن أن نترك المسألة بطلان الأحكام غامضة و مبهمة دون توضيح إذ يؤدي هذا إلى إهدار حقوق الناس في الدفاع من حق الطعن في الحكم الباطل المعيب، و ذلك بسبب عدم معرفة البطلان، و عدم النص عليه، و من ثم فلا بطلان بغير نص.

كما أن الحكم المنعدم لا يكتسب حجية الشيء المقضي به بالتقادم، بخلاف الحكم الباطل فإنه يكتسب الحجية بمرور الزمن⁽⁴⁾ إذا لم يطعن فيه في الوقت و في الآجال المحددة قانوناً، و سنرى هذه الآجال أو المواعيد عند الكلام عن طرق الطعن.

و ينبغي على هذا الفرق أن الحكم المنعدم لا يصحح بالتقادم و مرور الزمن، فهو يبقى منعدماً إلى الأبد، بخلاف الحاكم الباطل فإنه يصحح بمرور الزمن⁽⁵⁾ و ذلك عن طريق اكتسابه لحجية الشيء المقضي.

و أمر آخر، هو أن الآثار⁽⁶⁾ التي تلحق الحكم المنعدم هي آثار قاصرة تخص فقط الإجراء المشوب بالانعدام، أما الحكم الباطل فآثاره تلحق بالإجراء المعيب نفسه، و قد تلحق و تمتد إلى الإجراءات التالية و اللاحقة له.

و الخلاصة أن الحكم المنعدم لا وجود له، و لا يحتاج إلى نص قانوني لبيانه، و لا يحتاج إلى حكم قضائي يقره، و لا إلى طرق الطعن. أما الحكم الباطل فهو حكم موجود إلا أنه معيب، و هو يحتاج إلى نص قانوني يوضحه إذ لا بطلان بغير نص، و من ثم فهو يحتاج إلى حكم قضائي يقره عن طريق اللجوء إلى طرق الطعن. و كما يقول أحد فقهاء القانون إن الانعدام «أعنف من حالات

(1) - أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام، مصدر سابق، ص320-321. عمر، نبيل إسماعيل، المرجع نفسه، ص715-716.

(2) - أبو الوفا، أحمد، المرجع نفسه، ص320.

(3) - الشافعي، أحمد، المرجع و الصفحة نفسها.

(4) - الشافعي، أحمد، البطلان، مصدر سابق، ص26.

(5) - الشافعي، أحمد، المرجع و الصفحة نفسها.

(6) - الشافعي، أحمد، المرجع و الصفحة نفسها.

البطلان، و أمعن في الخروج عن القانون»⁽¹⁾، أي أن الطعن في الأحكام يتوجه إلى الحكم الباطل فقط دون الحكم المنعدم.

الفرع الثاني: أقسام الحكم باعتبار قابليتها للطعن فيها:

يقوم هذا التقسيم الثالث للأحكام القضائية في القانون الوضعي على نوع الطعن الذي يقبله الحكم، فإن كان قابلاً للاستئناف كان الحكم ابتدائياً، وإن كان لا يقبل الاستئناف كان انتهائياً، وإن كان لا يقبل الطعن بالطرق العادية من المعارضة والاستئناف، كان الحكم حائزاً لقوة الشيء المقضي به، وإن كان لا يقبل الطعن مهما كان نوعه عادياً أو غير عادي، فإن الحكم حينئذ يكون باتاً. وبناء على هذا التحليل، فإن أقسام الحكم القضائي باعتبار قابليته للطعن فيه هي أربعة: الحكم الابتدائي؛ والحكم الانتهائي أو النهائي؛ والحكم الحائز لقوة الشيء المحكوم به؛ والحكم البات. وللوقوف على حقيقة هذه الأقسام فإننا نتناولها وفق الخطة الآتية:

البند الأول: الحكم الابتدائي والنهائي، والحائز لقوة الشيء المحكوم به، والبات، تعريفاً وتمثيلاً.

البند الثاني: أهمية تقسيم الحكم إلى ابتدائي ونهائي، وحائز بقوة الشيء المحكوم به، وبات. وإليك هذه العناصر بالشرح والتفصيل.

البند الأول: الحكم الابتدائي؛ والنهائي؛ والحائز لقوة الشيء المحكوم به؛ والبات تعريفاً وتمثيلاً:

نتناول هذا البند وفق الخطة الآتية، وذلك تبعاً للعناصر والقضايا التي يتضمنها؛ وهي أربعة:

أولاً: الحكم الابتدائي، تعريفاً وتمثيلاً.

ثانياً: الحكم الانتهائي، تعريفاً وتمثيلاً.

ثالثاً: الحكم الحائز لقوة الشيء المحكوم به، تعريفاً وتمثيلاً.

رابعاً: الحكم البات، تعريفاً وتمثيلاً.

وإليك بالترتيب هذه العناصر.

أولاً: الحكم الابتدائي، تعريفاً وتمثيلاً:

يعرف الحكم الابتدائي بأنه الحكم الذي يصدر من محكمة أول درجة والذي يجوز الطعن فيه بالاستئناف⁽²⁾.

(1) - أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 320.

(2) - أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 370. هندي، أحمد، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ج 2، ص 436.

و بما أن المحكمة هي التي تمثل قاعدة الهرم القضائي في الجزائر، فإن ما يصدر عنها من أحكام هي أحكام ابتدائية، فكل الأحكام الصادرة من المحكمة في الجرح و المخالفات هي ابتدائية يجوز استئنافها أمام المجلس القضائي الذي هو أعلى درجة من المحكمة. فالمحكمة هي الدرجة الأولى، والمجلس القضائي الدرجة الثانية. وهذا طبقاً للمادة 416 ق.إ.ج.

ثانياً: الحكم الانتهائي، تعريفاً و تمثيلاً:

يعرف الحكم الانتهائي⁽¹⁾ - أو النهائي⁽²⁾ - بأنه الحكم الذي لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف مهما كانت الدرجة التي صدر منها الأولى أم الثانية، و حتى و لو كان قابلاً للمعارضة⁽³⁾. و مثال ذلك الحكم الصادر من المجلس القضائي، فهو حكم انتهائي لا يجوز استئنافه، لانتهاء الدرجة، حيث إن النظام القضائي في الجزائر يقوم على درجتين: الدرجة الأولى هي المحكمة، والدرجة الثانية هي المجلس القضائي، أما المحكمة العليا، فهي محكمة قانون كأصل و ليس محكمة وقائع، و سيأتي بيان هذا في المبحث الثالث، في قواعد الإصدار.

كذلك يعد الحكم انتهائياً و لو صدر من الدرجة الأولى، و هي المحكمة، و كان يمكن و يجوز استئنافه، إلا أنه لم يستأنف و انقضى الميعاد دون الطعن فيه، فإن الحكم يعد انتهائياً أيضاً.

ثالثاً: الحكم الحائز لقوة الشيء المحكوم به، تعريفاً و تمثيلاً:

يعرف الفقه القانوني الحكم الحائز لقوة الشيء المحكوم به بأنه الحكم الذي لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية من المعارضة و الاستئناف، حتى و لو كان قابلاً للطعن فيه بالطرق غير العادية من النقض أو التماس إعادة النظر، أو طعن فيه فعلاً⁽⁴⁾.

فمثلاً الحكم الحضوري الصادر من المحكمة بالبراءة و الذي لم يستأنف و انقضى أجل الاستئناف، و كذلك الحكم الحضوري الصادر من المجلس القضائي هي أحكام حائزة لقوة الشيء المقضي به، فهي لا تقبل الطعن بالطرق العادية من المعارضة و الاستئناف. و لكنها تقبل الطعن بالطرق غير العادية و هي النقض و التماس إعادة النظر.

و لذلك يمكن القول بأن الحكم الحائز لقوة الشيء المحكوم به هو الحكم الذي يجوز الطعن فيه بالطرق غير العادية فقط دون العادية.

(1) - و هو اصطلاح أحمد أبو الوفا، و يلاحظ أنه لم يذكر مبرر الاصطلاح بالانتهائي. أنظر: أبو الوفا، أحمد، المرجع و الصفحة نفسها. و كذلك نبيل إسماعيل عمر: عمر، نبيل إسماعيل، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة، دط، 2000م، ص90.

(2) - هندي، أحمد، المرجع نفسه، ج2، ص436-437.

(3) - أبو الوفا، أحمد، المرجع و الصفحة نفسها. هندي، أحمد، المرجع نفسه، ج2، ص437.

(4) - أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص370-371.

و مقارنة بين الحكم الانتهائي أو النهائي، و بين الحكم الحائز لقوة الشيء المحكوم به فإننا نلاحظ أنه لا يوجد فرق كبير بين الحكمين إذا الفرق الوحيد هو جواز المعارضة في الحكم النهائي، و عدم جوازها في الحكم الحائز لقوة الشيء المحكوم به، و أنهما يتفقان في عدم جواز الطعن بالاستئناف في كليهما.

و لذلك يرى جانب من الفقه القانوني⁽¹⁾، و نحن نؤيدهم في ذلك، إدماج الحكم الحائز لقوة الشيء المحكوم به في الحكم الانتهائي، يجعلها حكما واحدا، و ذلك لأن عبارة: «قوة الشيء المحكوم به» ما هي إلا صفة للحكم، و خاصية له فقط و ليست أساسا يقوم عليه.

و هنا يجب التنبيه إلى أن هناك فرقا بين قولنا: حجية الشيء المحكوم به، و بين قولنا: قوة الشيء المحكوم به، إذ أن حجية الشيء المحكوم به هي قرينة قانونية - طبعا في رأي البعض من الفقهاء - لا تقبل إثبات العكس، و مقتضاها أن الحكم الصادر هو عين الحقيقة، و عنوان الكلمة الأخيرة النهائية في النزاع شكلا و موضوعا. في حين أن قوة الشيء المحكوم به هو مجرد وصف للحكم الذي لا يقبل الطعن فيه بالطرق العادية، و لو كان قابلا أو طعن فيه فعلا بالطرق غير العادية⁽²⁾.

و لعل هذا التمييز بين الحجية و القوة، يزيد تأكيدا على صحة إدماج الحكم الحائز لقوة الشيء المحكوم به في الحكم الانتهائي.

رابعا: الحكم البات، تعريفا و تمثيلا:

الحكم البات هو الحكم الذي لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من الطرق العادية و غير العادية⁽³⁾. و بناء عليه، فإن الحكم الصادر من المحكمة العليا هو حكم بات لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية (المعارضة و الاستئناف) و غير العادية (النقض و التماس إعادة النظر)، و من ثم هو أقوى أنواع الأحكام⁽⁴⁾.

كما يعد حكما باتا كل حكم صدر ابتدائيا أو انتهائيا و لم يطعن فيه و انقضت الآجال دون تقديم طعن، رغم جواز ذلك.

البند الثاني: أهمية تقسيم الحكم إلى ابتدائي؛ و انتهائي؛ و حائز لقوة الشيء المحكوم

به؛ و بات:

(1) - هندي، أحمد، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ج2، ص436-437.

(2) - أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص374. هندي، أحمد، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ج2، ص517-518.

(3) - أبو الوفا، أحمد، المرجع نفسه، ص376. هندي، أحمد، المرجع نفسه، ج2، ص437.

(4) - هندي، أحمد، المرجع والصفحة نفسها.

تبرز أهمية تقسيم⁽¹⁾ الحكم القضائي إلى حكم ابتدائي، و انتهائي، و حائز لقوة الشيء المحكوم به، و بات إلى تحديد نوع الطعن في الحكم، و كذلك درجة الجهة القضائية، حيث إن الحكم الابتدائي يجوز الطعن فيه بالاستئناف، و الحكم الانتهائي لا يجوز الطعن فيه بذلك، و الحكم الحائز لقوة الشيء المحكوم به لا يجوز الطعن فيه بالطرق العادية (المعارضة و الاستئناف)، و يجوز الطعن فيه بالطرق غير العادية (النقض و التماس إعادة النظر)، أما الحكم البات فلا يجوز الطعن فيه بالطرق العادية و غير العادية.

و من ثم، نخلص إلى القول بأن هذا التقسيم للحكم القضائي باعتبار قابليته للطعن فيه هو تقسيم عملي إجرائي يتسم بالوضوح و السلاسة و سهولة الممارسة و التطبيق.

الفرع الثالث: أقسام الحكم باعتبار القصد منها إلى حكم صريح؛ و ضمني:

يستند هذا التقسيم الثاني للأحكام القضائية في القانون الوضعي إلى القصد و دلالة المنطوق في الحكم، فإذا تم ذكر الواقعة و المنازعة و فصل فيها، فإن الحكم حينئذ يكون صريحاً، و إن لم يصرح بالواقعة و المنازعة، و لكنها ترتبط بها ارتباطاً وثيقاً بدليل المنطق و العقل، كان الحكم ضمناً.

و بناء على التحليل فإن أقسام الحكم القضائي بناء على القصد و دلالة المنطوق هي قسمان: الحكم التصريحي؛ و الحكم الضمني.

و للوقوف على حقيقة هذين النوعين للأحكام، فإننا نتناولهما وفق الخطة الآتية:

البند الأول: الحكم الصريح و الضمني تعريفاً و تمثيلاً و موقفاً.

البند الثاني: أهمية تقسيم الحكم إلى صريح و ضمني.

و إليك هذه العناصر.

البند الأول: الحكم الصريح و الضمني تعريفاً و تمثيلاً و موقفاً:

و نتناول هذا البند في عنصرين كالآتي:

أولاً: الحكم الصريح تعريفاً، و تمثيلاً، و موقفاً.

ثانياً: الحكم الضمني، تعريفاً، و تمثيلاً، و موقفاً.

و إليك بيان و تفصيل هذه العناصر.

أولاً: الحكم الصريح تعريفاً، و تمثيلاً، و موقفاً:

الحكم التصريحي أو الصريح هو الحكم الذي يفصل في واقعة محددة و معينة⁽²⁾.

(1) - هندي، أحمد، المرجع نفسه، ج2، ص438.

(2) - أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 364.

أو هو الحكم الصادر بالفصل في نزاع محدد قصدا بدلالة المنطوق و الألفاظ.
و هذا يعني أن الحكم التصريحي تدل عليه ألفاظ و عبارات الحكم، و من ثم فهو واضح و جلي خاصة أنه يفصل في نزاع معين و الذي على أساسه رفعت الدعوى.
و مثال الحكم الصريح: الحكم بإدانة أو براءة شخص معين، فمثل هذا الحكم ألفاظه و عباراته فصلت في نزاع و هو كون شخص معين سارقا أم غير سارق، فهو قد توجه إلى مسألة محددة و فصل فيها.

و يلاحظ بالاستقراء أن كل الأحكام القضائية هي أحكام صريحة، لأنها كلها تفصل في نزاع محدد و معين، و لأنها تتوجه إلى ما يطلبه الخصوم أو النيابة العامة.

ثانيا: الحكم الضمني، تعريفا، و تمثيلا، و موقفا:

1/- تعريفه و تمثيله:

يمكن تعريف الحكم الضمني بأنه الحكم الذي يفصل في واقعة دون أن يعينها، و إنما تفهم من الحكم بطريق اللزوم العقلي. أو أنه: «المقدمة المنطقية للحكم الصريح أو النتيجة الضرورية له»⁽¹⁾.
و من هذه التعاريف نستخلص أن الحكم الضمني لا تدل عليه الألفاظ و العبارات التي في الحكم، و لكن العقل و المنطق يدل عليه، بحيث لا يمكن عقلا نفيه، زيادة على أنه لا تفصل في نزاع معين محدد، و إنما يفصل في نزاع دون تعيينه و لكن يدل عليه العقل.

و مثال الحكم الضمني: ما إذا قضى المجلس القضائي كجهة استئناف بعدم الاختصاص و طعن في هذا الحكم أمام المحكمة العليا، و حكمت المحكمة بإحالة النزاع إلى ذات المجلس، فإنها حكمت ضمنا ببطالان حكم المجلس بعدم البطلان.

و للحكم الضمني حجية متى كان فاصلا في دعوى، و هذا شرط، فإذا كانت هناك دعوى أمام المحكمة فإن فصلها في هذه الدعوى يحوز الحجية، و لو كان قرارا ضمنيا، و لا يشترط رفع الدعوى بشكل صريح معين و محدد، فقد يرفع المدعي الدعوى أمام محكمة فيعرض على المحكمة صراحة حقه الذي يدعيه، و يعرض ضمنا الرابطة و المركز القانوني المركب مصدر الحق، فيكون هذا المركز بصورة ضمنية محلا للدعوى، و بالتالي يحوز الحكم الضمني الصادر بشأنها حجية الأمر المقضي، و تعتبر المطالبة بحق مطالبة ضمنية بتأكيد الرابطة و المركز مصدر هذا الحق متى كان هذا الحق هو الحق الرئيسي أو الأساس الذي يولده المركز أو الرابطة، و مثال ذلك الحكم في دعوى موضوعية بتسليم العين المؤجرة

(1) - صاوي، أحمد السيد، الشروط الموضوعية للدفع بالحجية، ص55، و ما بعدها. نقلا عن: هندي، أحمد، قانون المرافعات المدنية و التجارية- الخصومة و الحكم و الطعن، دار الجامعة الجديدة، د م ن، 1995م، ج2، ص530.

إلى المستأجر يجوز الحجية بشأن صحة العقد، و الحكم في دعوى الإلزام بدين معين يجوز الحجية بشأن تقرير صحة الرابطة مصدر هذا الدين. أما في حالة كون الحكم الضمني لا يفصل في دعوى، فإن هذا الحكم لا يجوز الحجية، شأنه في ذلك شأن الحكم الصريح، فما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعا لحكم حائز للحجية⁽¹⁾.

2/- موقف الفقه القانوني من الحكم الصمني:

و قد اختلف فقهاء القانون الوضعي حول الموقف من الحكم الضمني، أي هل هناك وجود للحكم الضمني؟ هل القانون يقر به تماما مثل الحكم الصريح؟ أم أنه لا وجود له؟

أ/- الرأي الأول: عدم قبول فكرة الحكم الضمني في القانون:

يرى بعض الفقهاء القانونيين⁽²⁾ أن فكرة الحكم الضمني فكرة غير سليمة و غير صحيحة في القانون، و ذلك لأنها تضحى بحق الدفاع، و تبسط حجية الحكم لتشمل مسائل لم يسبق أن أثرت بين الخصوم، و لم يبحثها القاضي، و لم يقطع فيها برأي معين.

كما أن فكرة الحكم الضمني نفسها غير محددة، فلم تفلح المحاولات في تحديد معنى المقدمة المنطقية للحكم أو النتيجة الضرورية له، كما أن هذه الفكرة تؤدي إلى التناقض لتصبح من الصعب تقدير حدة الموضوع بين الدعويين.

ب/- الرأي الثاني: قبول فكرة الحكم الضمني في القانون:

في حين يرى جانب آخر من الفقه القانوني⁽³⁾ أن القانون لا ينكر و لا يمنع الأحكام الضمنية، وإنما يشترط فقط أن تفهم من ظروف المحكمة أنها قد أرادت ذلك، و ذلك بأن تكون المسألة محلا لاعتبار المحكمة.

ج/- موقفنا من المسألة:

و تعقيا على هذه الآراء، نؤكد أن الحكم الضمني فعلا هو حكم غامض بعض الشيء لأنه يستنتج بالعقل، و الناس تختلف في الإدراك بالعقل، و لذلك فهو غامض بعض الشيء.

(1) - هندي، أحمد، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ج2، ص531.

(2) - صاوي، أحمد سيد، الشروط الموضوعية للدفع، مرجع سابق، ص 60. نقلا عن: هندي، أحمد، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ج2، ص 531.

(3) - أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 364.

و لكن على الرغم من ذلك، فإننا نرى ضرورة الإبقاء على الحكم الضمني كنوع من الأحكام مع اشتراط الفصل في الدعوى كما سبق أن قلنا و ذكرنا. و هذا الشرط -الفصل في الدعوى- هو الذي نعتقد بأنه يزيل تلك المناقشات حول وجوده أصلا. زيادة على أن العقل يستلزمه، فلماذا فقط يجب أن نتقيد بالألفاظ و العبارات الواردة في الحكم القضائي؟ ولذلك يمكن أن نقرر بكل هدوء: أن الحكم القضائي هو نصوص لغوية قانوني، واستنتاجات منطقية عقلية.

د- موقف المحكمة العليا من الحكم الضمني:

و قد أجازت المحكمة العليا للجهات القضائية أن ترد على الطلبات ضمينا وليس شرطا أن يكون الرد صريحا، ولذلك جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما نصه: «غير أنه ليس بلازم على قضاة الموضوع أن يردوا بصفة صريحة على كل طلب يقدم إليهم، بل يكفي أن تقع الأجابة عليه بصفة ضمنية»⁽¹⁾.
ومن أمثلة الحكم الضمني الرد على طلب الدفاع ضمينا إذا لم تطرح سؤالا مستقلا حول حالة الدفاع الشرعي بعد إجابتها بالإيجاب على السؤال الرئيسي المتضمن لكلمة «مذنب»، لأن اقتناع المحكمة بأن المتهم مذنب بالأفعال المنسوبة إليه يدل ضمينا على عدم توافر سبب من أسباب الإباحة لديه⁽²⁾.

وكذلك يكون الحكم ضمينا إذا لم يتداول أعضاء المحكمة في السؤال الاحتياطي الذي اقترحه محامي المتهم عليهم، لأنهم أجابوا بالإيجاب و بأغلبية الأصوات على السؤال الرئيسي الذي طرح عليهم حسب ما ورد في قرار الإحالة⁽³⁾.

البند الثاني: أهمية تقسيم الحكم إلى صريح؛ و ضمني:

يتفق الحكمان الصريح و الضمني في أن كليهما حكم قضائي دلالاته قوية، إلا أنهما يفترقان في اكتشاف الدلالة، ففي الحكم الصريح الدلالة أسهل إثباتا لأنها صريحة و واضحة، إذ يحكمها و يدل عليها النص و الألفاظ و العبارات. أما الحكم الضمني فدلالته يصعب إثباتها، لأنها تستخلص بالعقل، و الناس يختلفون في درجاته، بين ذكي و متوسط و متواضع، و من ثم فالحكم الصريح يقوم على النقل، و الحكم الضمني يقوم على العقل.

و لكن ما هي الفائدة العملية من هذا التقسيم للحكم، إلى صريح و ضمني؟

(1) - قرار صادر يوم: 24 أكتوبر 1989م، من القسم الثاني للغرفة الجنائية الثانية، في الطعن رقم: 55811، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، سنة 1991م، ص 180. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 2، ص 101.

(2) - قرار صادر يوم: 29 ماي 1984م، من القسم الأول للغرفة الجنائية الثانية، في الطعن رقم: 27369، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 04، سنة 1989م، ص 335. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 2، ص 101.

(3) - قرار صادر يوم: 02 أفريل 1985م، من الغرفة الجنائية الأولى، في الطعن رقم: 36442. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 2، ص 101.

الواقع أنه ليس هناك أية فائدة عملية، فالحكم سواء كان ضمنياً أو صريحاً فإنه يقبل الطعن، وهذا طبعاً إذا أخذنا بالرأي القائل بأن الحكم الضمني هو حكم قضائي مثله مثل الصريح، أما بناء على الرأي الآخر، فإنه يتم الطعن فقط في الحكم الصريح دون الحكم الضمني، ولعل هذا أثر للخلاف وليس فائدة للتقسيم.

الفرع الرابع: أقسام الحكم باعتبار ظهور اتجاه رأي المحكمة في النزاع من عدمه:

يقوم التقسيم السابع للحكم القضائي في القانون الوضعي على أساس مدى ظهور و انكشاف اتجاه رأي المحكمة في النزاع و الدعوى، فإن بدأ يظهر رأي المحكمة و اتجاهها في النزاع كان الحكم تمهيدياً، و إن كان لم يظهر ذلك، كان الحكم تحضيريًا.

و تأسيساً على هذا التحليل، فإن أقسام الحكم القضائي باعتبار ظهور اتجاه رأي المحكمة من عدمه اثنان هما: الحكم التمهيدي، و الحكم التحضيري.

و لمعرفة هذه الأقسام تعريفاً و تمثيلاً و مقارنة، و أهمية، فإننا نتناولها وفق الخطة الآتية:

البند الأول: الحكم التمهيدي و التحضيري، تعريفاً، و تمثيلاً، و تمييزاً، و مقارنة.

البند الثاني: أهمية تقسيم الحكم إلى تمهيدي و تحضيري.

و إليك هذه العناصر بالترتيب.

البند الأول: الحكم التمهيدي و التحضيري، تعريفاً، و تمثيلاً، و تمييزاً، و مقارنة.

نتناول هذا البند في العناصر الآتية:

أولاً: الحكم التمهيدي، تعريفاً، و تمثيلاً.

ثانياً: الحكم التحضيري، تعريفاً، و تمثيلاً.

ثالثاً: ضابط التمييز بين الحكمين التمهيدي و التحضيري.

رابعاً: مقارنة بين الحكمين التمهيدي و التحضيري.

و إليك هذه العناصر بالتفصيل أو بشيء منه.

أولاً: الحكم التمهيدي، تعريفاً، و تمثيلاً:

يعرف الفقه القانوني الحكم التمهيدي بأنه الحكم: «الذي يحسم النزاع في شق من موضوع

الدعوى، أو في مسألة متفرعة عنه، سواء تعلققت هذه المسألة بالقانون أو بالوقائع»⁽¹⁾.

كما يعرف قضائياً بأنه: «الحكم الذي تأمر فيه المحكمة بإجراء يتعين اتخاذه و تكون قد أبدت

رأيها في الموضوع قبل الفصل فيه»⁽¹⁾.

(1) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 1145.

و معنى هذه التعاريف، أن الحكم التمهيدي يكون قبل الفصل في الموضوع، أي قبل صدور الحكم الموضوعي الفاصل في النزاع، فهو حكم باتخاذ إجراء معين من خلاله و على أساسه يمكن القول بأن المحكمة ستفصل في النزاع لطرف معين ضد الطرف الآخر.

و مثال ذلك: الحكم بصحة التفتيش أو القبض أو الدليل، أو الحكم ببطلانها، ففي كل هذه الأمثلة يتضح أن المحكمة ستتجه إلى إدانة أو تبرئة المتهم.

و بناء على هذه التعاريف و الأمثلة يمكن تعريف الحكم التمهيدي بأنه الحكم الصادر قبل الفصل في الدعوى و النزاع، و الذي يفصح عن رأي المحكمة في جانب معين.

ثانيا: الحكم التحضيري، تعريفا، و تمثيلا:

يعرف الفقه القانوني الحكم التحضيري بأنه الحكم: «الذي يكون باتخاذ أحد إجراءات التحقيق النهائي، كالفصل في طلب سماع الشهود، أو في إجراء المعاينة»⁽²⁾.

كما يعرف القضاء الحكم التحضيري بأنه الحكم: «الذي يأمر بإجراء من إجراءات التحقيق دون أن يبدي القاضي رأيه في الموضوع»⁽³⁾.

فالحكم التحضيري، بناء على هذه التعاريف، هو مجرد تحضير و تهيئة للفصل في القضية عن طريق اتخاذ إجراء معين أو مجموعة إجراءات لا يستشف منها رأي المحكمة.

و من أمثلة الحكم التحضيري: الحكم بتعيين خبير قصد إجراء خبرة طبية على الضحية لتحديد العجز أو سماع الشهود، أو الانتقال للمعاينة، أو الاستجواب و التفتيش.

ثالثا: ضابط التمييز بين الحكمين التمهيدي و التحضيري:

يسبق أن بينا حقيقة كل من الحكمين التمهيدي و التحضيري، و رأينا أن الحكم الأول هو إجراء معين يستشف منه رأي المحكمة، بخلاف الحكم التحضيري، مع ضرورة الانتباه إلى أن كلا الحكمين يصدران قبل صدور الحكم الموضوعي، و هنا ثار إشكال فقهي مفاده أن القاضي أو المحكمة قبل الفصل في الموضوع بحكم تقوم بأكثر من إجراء، و هذه الإجراءات غير واضحة هل هي تحضيرية أم تمهيدية؟ بل حتى الإجراء الواحد مختلف فيه بين الحكمين، خاصة إذا أدركنا أن التمييز الدقيق و الفصل

(1) - قرار صادر يوم: 1968/11/20م، (عن غ.ق.خ)، (ن.ق)، ع: 2، س: 1969م، ص: 51. نقلا عن: إبراهيمي، محمد، الوجيز في الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ج: 2، ص: 121.

(2) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص: 1145.

(3) - قرار صادر يوم: 1988/02/07م، (عن غ.م)، في الطعن رقم: 47395، (م.ق)، ع: 2، س: 1990م، ص: 17.

المضبوط صعب، إذاً ما هو المعيار لتحديد ما هو تحضيري، و ما هو تمهيدي؟ هل هو صدوره تلقائيا أم بناء على طلب الخصوم؟

و نظرا لدقة المسألة اختلف الفقه القانوني حول هذا المعيار و الضابط، فكانت هناك ثلاث محاولات، و هي: محاولة غارسوني و سيزار برو Garsonnet et Cezar-Bru و محاولة غلاسون Glasson، و أخيرا محاولة جاييو Japiot.

و إليك هذه المحاولات بشيء من الشرح:

1/- محاولة غارسوني و سيزار برو (Garsonnet et Cezar-Bru)؛ معيار التلقائية:

و يرى أصحاب هذه المحاولة و المعيار أن الحكم التمهيدي هو الحكم الذي يصدر من المحكمة بناء على طلب أحد الأطراف، و معارضة الطرف الآخر.

أما إذا صدر الحكم تلقائيا من المحكمة، أو بناء على اتفاق الأطراف، أو بناء على طلب أحدهم دون معارضة الطرف الآخر، كان الحكم تحضيريا⁽¹⁾.

و قد انتقد الفقه القانوني⁽²⁾ هذا المعيار على أساس أن سكوت أو معارضة الأطراف لا يمكن أن يعد معيارا للتمييز بين الحكمين التمهيدي و التحضيري، فالحكم بسماع شاهد معين يعد تمهيدا، حتى ولو قبله الخصم الصادر ضده. ثم إن تطبيق هذا المعيار يجعل من الحكم الغيابي حكما تحضيريا على أساس أنه لم تتم فيه المعارضة من طرف الخصم الغائب، و هذا غير صحيح لأن الحكم الغيابي يعبر عن اتجاه رأي المحكمة في النزاع.

و نحن و إن كنا نوافق على هذا النقد فيما يخص الجزء الأول، إلا أننا لا نوافق على المثال الذي أوده بخصوص الحكم الغيابي، و لأننا ذكرنا من قبل أن كلا الحكمين التحضيري و التمهيدي يصدران قبل الفصل في الموضوع، و الحكم الغيابي هو حكم موضوعي، و ليس قبل الفصل في الموضوع، و من ثم نرى أن الحكم الغيابي خارج عن النزاع و عن المثال أصلا، فهو يختلف عن الحكمين السابقين، وبالتالي فإن النقد الذي ذكر غير سليم و غير مقبول لوجود هذا الفارق.

2/- محاولة غلاسون (Glasson)؛ معيار الغرض من الإجراء:

و يرى صاحب هذا المعيار أن أساس التفرقة هو الغرض و الهدف من الإجراء، و من ثم فإن الحكم التمهيدي هو الحكم الذي يكون الغرض منه استبعاد حجة معينة.

(1) - Garsonnet et Cezar-Bru, Trait de procédure, 2ed, 1912.T3, P624.

نقلا عن: أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص543-544.

(2) - Japiot, R, Traite élémentaire de procédure civile et commercial, 3ed, 1935-1939, P369.

نقلا عن: أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص544-546.

أما الحكم التحضيري فهو الحكم الذي يهدف إلى إنارة الطريق للمحكمة، أمام أقوال الخصوم المتعارضة⁽¹⁾.

فمثلاً: الحكم بسماع شاهد معين هو حكم تمهيدي لأنه يشف عن رأي المحكمة في النزاع، أما تعيين الخبير فهو حكم تحضيرى، لأن الغرض منه فقط إنارة الحقيقة للمحكمة.

3- محاولة جاييو (Japiot) ؛ معيار تعادل مراكز الأطراف أم إفادة أحدهم دون الآخر:

و يرى الفقيه جاييو (Japiot) أنَّ الضابط و المعيار في التمييز بين الحكمين التمهيدي والتحضيري هو كون الإجراء يحقق التعادل و المساواة بين أطراف الخصومة، أم أنه يفيد طرفاً دون آخر. و بناء على هذا المعيار، فإنَّ الحكم التمهيدي هو الحكم الذي يفيد طرفاً دون آخر، بحيث يفيد بريح القضية، فيحسن مركزه. أما الحكم التحضيري فهو لا يفيد أي طرف من أطراف الدعوى، فيجعلها متعادلة و متوازنة⁽²⁾.

أي أن هذا المعيار يقوم على الربح أو الخسارة من عدمها، و النفع أو الضرر من عدمه، فإن كان يحقق ربحاً أو خسارة فهو حكم تمهيدي، و إن كان لا يحقق شيئاً من ذلك و بالتالي يتحقق التعادل في المراكز الإجرائية، فهو حكم تحضيرى.

و نظراً لصحة هذا المعيار، فإنَّ الفقه القانوني⁽³⁾ قد رجحه في التمييز بين الحكمين التمهيدي والتحضيري.

رابعا: مقارنة بين الحكمين التمهيدي و التحضيري:

بالمقارنة بين الحكمين التمهيدي و التحضيري، فإنه يمكن استخلاص الموافقات و الفروق الآتية:

1- الموافقات⁽⁴⁾:

أ- يتفق الحكمان التمهيدي و التحضيري في أنهما يصدران قبل الفصل في الموضوع، و من ثم فهما حكمان غير قطعيين، أي أنهما من أقسام الحكم غير القطعي، الذي تناولناه سابقاً.

ب- يتفق الحكمان كذلك في موضوع إثبات الدعوى، أو بعبارة أخرى بسير الخصومة، في مختلف الإجراءات: فتح تحقيق، المعاينة، الاستجواب، التفتيش، الاستماع إلى الشهود... الخ.

(1) - Glasson, traie de procédure, 3ed, 1625-1937, P12.

نقلا عن: أبو الوفا، أحمد، المرجع نفسه، ص548-549.

(2) - Japiot, Traite élémentaire de procédure..., op.cit, P536.

نقلا عن: أبو الوفا، أحمد، المرجع نفسه، ص546-547.

(3) - أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص548. إبراهيمي، محمد، الوجيز في الإجراءات، مرجع سابق، ج2، ص123.

(4) - أبو الوفا، أحمد، المرجع نفسه، ص450.

ج/- يتفق الحكمان التمهيدي و التحضيري في أن كليهما لا يجوز الطعن فيهما إلا بصدور الحكم القطعي. فإن كانا معيين أو أحدهما فلا يجوز الطعن فيما قبل صدور الحكم القطعي، و عند صدوره يتم الطعن فيها كلها القطعي و التمهيدي و التحضيري مرة واحدة.

و هذا ما نصت عليه م427 ق.إ.ج بقولها: «لا يقبل استئناف الأحكام التحضيرية أو التمهيدية أو التي فصلت في مسائل عارضة أو دفوع إلا بعد الحكم الصادر في الموضوع، و في الوقت نفسه مع استئناف ذلك الحكم»⁽¹⁾. و تطابقها م368 ق.إ.ج ليس و م405 ق.إ.ج مصري.

و بناء على هذا النص القانوني الصريح و الواضح، فإنه لا يجوز الطعن في الحكم التمهيدي أو التحضيري أو فيهما معاً، قبل صدور الحكم الفاصل في الموضوع، فالطعن فيهما أو في أحدهما لا يجوز إلا بصدور الحكم الفاصل في الموضوع، و بشرط كذلك الطعن في هذا الحكم الفاصل في الموضوع، و لذلك قال المشرع: «و في الوقت نفسه مع استئناف ذلك الحكم».

2/- الفروق:

أ/- إن الحكم التمهيدي يشف و يظهر منه اتجاه رأي المحكمة في النزاع، أي أنه يؤخذ منه ما يدل على ما تحكم به المحكمة في الخصومة.

أما الحكم التحضيري فلا يشف منه ذلك.

ب/- إن الحكم التحضيري لا مصلحة عند الطعن فيه للطاعن، لأن الحكم التحضيري أصلاً هو تعادل المراكز الإجرائية، أما الحكم التمهيدي فتوجد المصلحة عند الطعن فيه، حيث إنه يتضمن خسارة لمن صدر ضده أو في غير صالحه.

البند الثاني: أهمية تقسيم الحكم إلى تمهيدي؛ و تحضيري:

بناء على ما سبق بيانه من تعاريف و أمثلة و تمييز و مقارنة، فإن الذي نستخلصه من أهمية تقسيم الحكم إلى حكم تمهيدي و حكم تحضيري، أن هناك فائدة نظرية أكثر منها عملية، خاصة أن الحكمين لا يجوز الطعن فيهما إلا في نفس الوقت مع الحكم الفاصل في الموضوع. و ثم من لا قيمة لهذا

(1) - و هو الحكم نفسه الذي تنص عليه م344 ق.إ.م.إ. و المشرع بهذا النص في المواد المدنية و الإدارية يكون قد عدل و تراجع عما كان سارياً في القانون القديم م106 ق.إ.م، حيث كان يفرق بين الحكمين من حيث جواز الاستئناف قبل صدور الحكم الفاصل في الموضوع من عدمه، فأجاز الطعن في الحكم التمهيدي و منحه في الحكم التحضيري إلا بعد صدور الحكم الموضوعي، و من ثم الطعن فيهما معاً أي الحكم الموضوعي و التحضيري.

- أما المحكمة من التعديل فهي التقليل من إطالة أمد الخصومات و النزاعات، و ذلك أن جواز الطعن في الحكم التمهيدي قبل صدور الحكم في الموضوع، يؤدي إلى تعطيل إصدار الحكم الفاصل في الموضوع إلى أن يتم النظر في الطعن في الحكم التمهيدي، و من ثم يطول أمد و زمن هذا النزاع، زيادة على أن الحكم الفاصل في الموضوع يجوز الطعن فيه مباشرة بعد صدوره، و من ثم إمكانية الطعن في الحكم التمهيدي و التحضيري معاً مرة واحدة. و قد أحسن صنيعاً ما فعله المشرع الجزائري.

التقسيم حالياً. اللهم في مسألة واحدة أن الحكم التمهيدي توجد مصلحة عند الطعن فيه بخلاف الحكم التحضيري، وهذا ربما الفرق العملي الوحيد.

الفرع الخامس: أقسام الحكم باعتبار قابليته للطعن المباشر من عدمه:

يقوم هذا التقسيم التاسع للحكم القضائي في القانون الوضعي على معيار قابلية الحكم الطعن فيه مباشرة فور صدوره من عدمه، فإذا كان الحكم يجوز الطعن فيه مباشرة فور صدوره كان الحكم قابلاً للطعن المباشر، وإن كان لا يقبل الطعن فيه إلا إذا صدر الحكم الفاصل في الموضوع كان الحكم غير قابل للطعن إلا بالطعن في الحكم في الموضوع⁽¹⁾.

و بناء على هذا التحليل و التفسير، فإن أقسام الحكم باعتبار قابليته للطعن المباشر من عدمه هي إثنان: الحكم القابل للطعن المباشر، و الحكم غير القابل للطعن المباشر.

و لمعرفة ماهية هذه الأقسام، و على أهمية هذا التقسيم، فإننا نتناولها وفق الخطة الآتية:

البند الأول: الحكم القابل للطعن المباشر، و غير القابل، تعريفًا و تمثيلاً.

البند الثاني: أهمية تقسيم الحكم إلى قابل للطعن المباشر، و غير قابل.

و إليك هذه العناصر بالشرح و التفصيل.

البند الأول: الحكم القابل للطعن المباشر، و غير القابل، تعريفًا و تمثيلاً.

نتناول هذا البند وفق الخطة الآتية:

أولاً: الحكم القابل للطعن المباشر، تعريفًا و تمثيلاً.

ثانياً: الحكم غير قابل للطعن المباشر، تعريفًا و تمثيلاً.

و إليك بيان هذه العناصر.

أولاً: الحكم القابل للطعن المباشر تعريفًا و تمثيلاً:

يمكن تعريف الأحكام القابلة للطعن المباشر بأنها الأحكام التي يجوز الطعن فيها مباشرة فور صدورها متى فصلت في الموضوع.

و من خلال هذا التعريف فإن الحكم القابل للطعن المباشر هو الحكم القطعي الذي فصل في النزاع فصلاً منهيًا للخصومة. أما إذا لم تنه الخصومة و لم تفصل في الموضوع فلا يجوز الطعن فيها طعناً مباشراً.

(1) - و يقسمها بعضهم من حيث قابليتها للطعن المباشر إلى أحكام منهيّة للدعوى، و أحكام غير منهيّة لها. أنظر: هندي، أحمد، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ج2، ص433-434. و الحق أن الإصطلاح - منهيّة و غير منهيّة - نراه لم يكن موفقاً، لأن معناه الأحكام القطعية و غير القطعية التي تناولناها سابقاً.

و من الطبيعي و المنطقي الطعن في الحكم القطعي مباشرة فور صدوره، لأن المحكمة أعطت رأيها و قرارها النهائي في النزاع، و من ثم خرج عن ولايتها، كما أنه فصل في النزاع و الخصومة، فإن كان فيه عيب ما، من حيث الوقائع أو من حيث القانون، فيجوز الطعن فيه مباشرة فور صدوره.

و من أمثلة الحكم القابل للطعن المباشر: الحكم الصادر بإدانة المتهم، أو بالبراءة، أو بعدم الاختصاص، فهذه أحكام قطعية، عبرت فيها المحكمة عن قرارها و رأيها بصفة حاسمة، و من ثم إن كان معيبا فيمكن الطعن فيه مباشرة، دون انتظار مرحلة أو تحقق أمر ما.

ثانيا: الأحكام غير القابلة للطعن المباشر تعريفا و تمثيلا:

الحكم غير القابل للطعن المباشر هو الحكم الذي لا يجوز الطعن فيه مباشرة بعد صدوره إلا مع الطعن في الحكم الفاصل في الموضوع.

و معنى هذا التعريف أن الحكم غير قابل للطعن المباشر هو الحكم التمهيدي و التحضيري والمسائل العارضة و الدفع، فهذه كلها طبقا م427ق.إ.ج و تطابقها م368 ليبي، و م405ق.إ.ج مصري، لا يجوز الطعن فيها إلا بالطعن في الحكم الفاصل في الموضوع، أي أنه يجب أن يتأجل الطعن فيها، و إذا طعن فيها مع الحكم الفاصل في الموضوع، كان الطعن غير مباشر، لأنه تم بالطعن في الحكم الموضوعي.

و قد رأينا قبل قليل ماهية الحكم التمهيدي و الحكم التحضيري، و رأينا أنهما يصدران قبل الحكم في الموضوع، كما رأينا أمثلة لكل نوع، فلا حاجة للإعادة.

أما عن الحكمة من منع الطعن المباشر في هذه الأحكام -التمهيدي و التحضيري و المسائل العارضة و الدفع- فهو تبسيط إجراءات التقاضي، و منع تقطيع أوصال القضية الواحدة و توزيعها بين مختلف المحاكم، حتى تباشر كل محكمة ولايتها القضائية كاملة مع سرعة الفصل في الخصومات، زيادة على أن الطعن في الحكم في الموضوع يغني عن الطعن في الأحكام الصادرة قبله، فتتعدم المصلحة في الطعن، كما أن المشرع أراد تقرير عدم التمييز بين الحكم التمهيدي و الحكم التحضيري. كما أن عدم إجازة الطعن المباشر في هذه الأحكام، و لا يسبب أي ضرر للمحكوم عليه المدان، إذ هو يملك دائما الطعن فيها مع الحكم في الموضوع، و من ثم لا ضرر و لا ضرار.

البند الثاني: أهمية تقسيم الحكم إلى حكم قابل للطعن المباشر؛ و غير قابل:

تكمن أهمية التقسيم في أن الحكم القابل للطعن المباشر، يطعن فيه فور صدوره مباشرة دون انتظار أمر ما، أما الحكم غير القابل للطعن المباشر فلا يجوز الطعن فيه إلا بالطعن في الحكم الفاصل في

الموضوع، أي أنه يتأجل الطعن فيه إلى غاية صدور حكم فاصل في الموضوع، و هذا الأثر عملي، حيث يؤثر في سلوك الخصوم للطعن من حيث المباشر و غير المباشر.

و الخلاصة في خصوص أنواع و أقسام الحكم القضائي في القانون الوضعي هو أن المعيار الغالب في القانون هو معيار عملي في أساسه و جوهره، و في آثاره. و هو بهذا قد ركز على الجانب الواقعي، و من ثم تجنب الأمور أو التفسيرات غير الواقعية. مثل تقسيم الحكم على الأساس اللساني و النفساني.

الفرع السادس: أقسام الحكم باعتبار صدورها في مسألة موضوعية أو فرعية:

يقوم هذا التقسيم للحكم القضائي في القانون الوضعي على تصور مستخلص من واقع عملي في المحاكم، و يتمثل هذا الواقع العملي بأنه في كثير من الأحوال ما يصدر الحكم في الدعوى و النزاع فاصلا في الموضوع، أي يفصل في النزاع فصلا موضوعيا في أساسه، لكن كثيرا ما يسبق الحكم الموضوع صدور أحكام متعددة فرعية بقصد السير فيها، أو إثباتها و في حالات أخرى تصدر أحكام بعد صدور الحكم في الموضوع.

و لذا، فإن هذا تقسيم يقوم على مدى فصل الحكم في مسألة موضوعية أو فرعية، أو بعد الفصل في الموضوع، فإن فصل في موضوع النزاع الأصلي، كان الحكم موضوعيا، و إن فصل في موضوع النزاع الفرعي الجزئي، كان الحكم فرعيا، و إن فصل في مسألة بعد صدور الحكم الفاصل في موضوع النزاع الأصلي كان الحكم بعد الفصل في الموضوع.

و بناء على هذا التحليل و التفسير، فإن أقسام الحكم باعتبار صدورها في مسألة موضوعية أو فرعية هي ثلاثة، و هي: الحكم الموضوعي (أو الفاصل في الموضوع)؛ الحكم الفرعي؛ و الحكم بعد الفصل في الموضوع.

و لمعرفة حقيقة هذه الأقسام و الأنواع، و على أهمية التقسيم، فإننا نتناولها وفق الخطة المرسومة الآتية:

البند الأول: الحكم الموضوعي؛ و الفرعي؛ و بعد الفصل في الموضوع، تعريفا و تمثيلا.

البند الثاني: أهمية تقسيم الحكم إلى حكم موضوعي و فرعي و بعد الفصل في الموضوع. و إليك هذه العناصر بالترتيب.

البند الأول: الحكم الموضوعي؛ و الفرعي؛ و بعد الفصل في الموضوع، تعريفا و تمثيلا.

نظرا لاشتمال هذا البند على ثلاثة أنواع للحكم القضائي، فإننا نتناول كل نوع في عنصر خاص به، و ذلك كالآتي:

أولا: الحكم الموضوعي (أو الفاصل في الموضوع)، تعريفا و تمثيلا.

ثانيا: الحكم الفرعي، تعريفا و تمثيلا.

ثالثا: الحكم بعد الفصل في الموضوع، تعريفا و تمثيلا.

و إليك هذه العناصر بالترتيب، و الشرح و التفصيل.

أولا: الحكم الموضوعي (أو الفاصل في الموضوع)، تعريفا و تمثيلا:

يعرف الفقه القانوني الحكم الموضوعي أو الحكم الفاصل في الموضوع بأنه: الحكم الصادر في مسألة أصلية و أساس النزاع و الدعوى⁽¹⁾.

و يعني هذا التعريف أن الحكم الموضوعي يفصل في النزاع الذي تم تحريك الدعوى لأجله، إذ الدعوى لم تحرك إلا للفصل في هذا النزاع و الخصومة، فهو نزاع أصلي.

و من أمثلة الحكم الموضوعي الحكم الصادر بالإدانة أو بالبراءة في حق شخص أو أشخاص معينين، إذ هو حكم يتوجه مباشرة إلى الفصل في النزاع الذي على أساسه و لأجله تم تحريك الدعوى. و من ثم فإن المحكمة قالت كلمتها النهائية في النزاع، و من ثم يخرج النزاع من ولايتها بمجرد إصدار و النطق به.

ثانيا: الحكم الفرعي، تعريفا و تمثيلا:

الحكم الفرعي هو الحكم الذي يصدر في مسألة جزئية أو وقتية تابعة للنزاع الأصلي و ترتبط به ارتباطا وثيقا⁽²⁾.

و مثال الحكم الفرعي: الحكم بإجراء مزيد من التحقيق، أو الحكم باستدعاء شهود آخرين، فكل هذه الأحكام لا تفصل في أصل النزاع، و إنما تتناول مسألة جزئية فرعية و وقتية في النزاع الأصلي، و من ثم يمكن القول بأن الحكم الفرعي لا يخرج النزاع من ولاية المحكمة، إذ هي لم تفصل في الموضوع بعد، و إنما فصلت في أمر يسبق الفصل في الموضوع، كما نستخلص أن الحكم الفرعي لا يجوز أية حجية لأنه لم يفصل في النزاع الأصلي.

ثالثا: الحكم بعد الفصل في الموضوع، تعريفا و تمثيلا:

و هو الحكم الصادر من المحكمة نفسها التي أصدرت الحكم الفاصل في الموضوع المنهي للخصومة⁽³⁾، إما بتفسير الحكم الموضوعي أو تصحيحه أو رد الأشياء، أو الحكم فيما أغفلت عنه من المصروفات.

(1) - أنظر في استخلاص التعريف: أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 418.

(2) - أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 418.

(3) - أبو الوفا، أحمد، المرجع نفسه، ص 409-410.

و من خلال هذا التعريف فإن الحكم بعد الفصل الموضوع، هو حكم يأتي و يصدر بعد الحكم الموضوعي و لكن يتناول مسائل تتعلق بهذا الحكم الموضوع من حيث التفسير، أي تغيير الحكم الموضوعي، و ذلك بغرض توضيح مدلوله، أو تحديد مضمونه، و يجب أن يقدم إلى نفس المحكمة (م 285 ق.إ.م.إ.) و كذلك تصحيح الحكم من الأخطاء المادية أو الإغفال الذي يشوبه (م 286 و م 287 ق.إ.م.إ.) و كذلك رد الأشياء (م 372 ق.إ.ج) و المصاريف و الرسوم (371 ق.إ.ج). فهذه الأحكام كلها تصدر من المحكمة التي أصدرت الحكم الموضوعي.

و المحكمة من صدور هذه الأحكام منها أنها الجهة القضائية الوحيدة التي اطلعت على حقيقة النزاع، و على الخصوم، و على الأشياء، و من ثم فهي الجهة الوحيدة التي تعرف مضمون الحكم و مدلول ألفاظه و عباراته، و هي التي تعرف من يتحمل المصاريف، و من صاحب الأشياء. و لما كانت هي الجهة القضائية الوحيدة الأعراف بحقيقة النزاع، و الأعراف بالحكم الذي أصدرته، فإنها الأحق بالفصل في تفسير الحكم و تصحيحه و رد الأشياء، و الحكم يتحمل المصاريف و الرسوم. هذا هو المنطق الحق، و هو نفسه المنطق الذي يقرر أنه من غير المقبول منطقيا و عقلا أن تصدر محكمة ما حكما، و تأتي أخرى لتفسره، لأن القاعدة تقول: من يملك الكل يملك الجزء، فمن يملك إصدار الحكم يملك التفسير، و من لا يملك إصداره لا يملك منطقيا تفسيره.

البند الثاني: أهمية تقسيم الحكم إلى حكم موضوعي؛ و فرعي؛ و بعد الفصل في

الموضوع:

بالمقارنة بين الحكم الموضوعي و الحكم الفرعي، فإننا نجد أن الحكم الموضوعي هو حكم يفصل في النزاع من أصله، في حين أن الحكم الفرعي لا يفصل إلا في مسألة جزئية من النزاع الأصلي. و بناء هذا الفرق فإن الحكم الموضوعي يجوز حجية الشيء المحكوم به، و من ثم يصبح قوينة قانونية لا تقبل النفي، عند من يقول بهذا الرأي، و من ثم لا يجوز رفع دعوى أخرى في ذات الموضوع و ذلك لسبق الفصل فيه.

أما الحكم الفرعي فلا يجوز الحجية إلا إذا كان مرتبطا بالحكم الموضوعي ارتباطا وثيقا، ولذلك فمن أجل الطعن في الحكم الفرعي، و يجب أن يكون الحكم الموضوعي قابلا لذات الطريق في الطعن⁽¹⁾. أي أن الحكم الفرعي هو حكم تابع للحكم الموضوعي الذي هو متبوع. و أنه هو الأصل، فإذا كان

(1) - أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 418-466.

الحكم الموضوعي يقبل المعارضة، وكذلك كل الأحكام الفرعية الصادرة في القضية تقبل المعارضة هي الأخرى، و الأمر ذاته فيما يتعلق بالاستئناف⁽¹⁾.

أما الحكم بعد الفصل في الموضوع فهو تابع للحكم الموضوعي، أي أنه الأصل. و لا يتم الطعن فيه إلا بالطعن في الحكم الموضوعي، كما أن الإجراءات المتعلقة به تكون أخف و أسهل و أيسر بالنسبة للخصوم و المحكمة من الحكم الموضوعي، و ذلك لأنه يتناول مسائل ثانوية بعد الفصل في النزاع.

خاتمة البحث: مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي في أنواع الأحكام القضائية:

بعد هذه الإحاطة بأنواع الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي نأتي الآن إلى عقد مقارنة بينهما من خلال بيان الموافقات، ثم الفروق، و أخيرا نتيجة المقارنة.

أولا: الموافقات:

1/- يتفق الفقه الإسلامي و القانون الوضعي في أنواع الأحكام القضائية حول الأقسام الآتية:

أ/- تقسيم الحكم باعتبار حضور أطراف النزاع من عدمه إلى ثلاثة أقسام: حكم حضوري، و غيابي، و حضوري اعتباري، لكن يجب التنبيه إلى الاختلاف في المضمون جزئيا.

ب/- تقسيم الحكم باعتبار صحته أو بطلانه إلى حكم صحيح و باطل، مع وجوب الانتباه إلى وجود قسم في الفقه الإسلامي، وهو «الحكم القابل للإبطال» لا وجود له في القانون الوضعي، وكذلك وجود مصطلح «الحكم المنعدم» في القانون الوضعي لا مقابل له في الفقه الإسلامي.

ج/- تقسيم الحكم إلى قطعي و غير قطعي مع اختلافهم في أساس التقسيم و مضامين المصطلحات.

هذه هي التقسيمات المتفق عليها و هي ثلاثة أقسام.

2/- يتفق الفقه الإسلامي و القانون الوضعي حول المصطلحات الآتية مع الانتباه إلى اختلافهم

في مضمونها و حقيقتها: وهذه المصطلحات هي: الحكم التقريري، الحكم الإنشائي أو المنشئ، الحكم القطعي، الحكم غير القطعي.

3/- يتفق النظامان الإسلامي و الوضعي حول الموقف من الحكم الغيابي، حيث أن كليهما

عرف الاختلاف في جوازه من عدمه. فالذين قالوا بجوازه في الفقه الإسلامي هي المالكية والشافعية

(1) - أبو الوفا، أحمد، المرجع نفسه، ص 467.

والحنابلة و المتأخرين من الحنفية، و يقابلهم في القانون الوضعي النظام اللاتيني، و هؤلاء أجازوا الطعن الغيابي إذا رجح المحكوم عليه غيابيا.

أما الذين لم يميزوه فهم المتقدمون من الحنفية في الفقه الإسلامي، و يقابلهم في القانون الوضعي النظامان الإنجلوسكسوني و الجرمني.

ثانيا: الفروق:

و هي على نوعين: من ناحية الشكل، و من ناحية الموضوع.

1- من ناحية الشكل:

أ- عدد أقسام الحكم في الفقه الإسلامي بالنظر إلى عدد الاعتبارات هو 11 قسما أو نوعا، أما من حيث التفصيل فعددها هو 31 حكما.

أما في القانون الوضعي فقد وصل عدد الاعتبارات إلى تسع اعتبارات، أما من حيث التفصيل فقد وصل العدد إلى 25 حكما.

ب- تفوق القانون الوضعي على الفقه الإسلامي في حسن الصياغة و التبويب و التقسيم والاصطلاح و التنظير و التعليل و التوجيه. و من ثم فإن الفقه الإسلامي تميز بالتشتمت و الغموض في أغلب الأحيان.

و لعل هذا الفرق نشأ بسبب أن الفقه الإسلامي فقه عملي بالأساس، أي أنه فقه يعمل على الإجابة على مختلف ما يحدث من تطورات و مستجدات، و من ثم عن ابتعد التنظير و التعميد، فهو كان يسعى إلى إيجاد الحلول للوقائع و المستجدات و لم يهتم بالتنظير.

و لعل هذا ما يجب على الباحثين المعاصرين القيام به اليوم من استخلاص النظريات الفقهية القضائية، من أجل تطبيقها، و تطبيق الفقه الإسلامي، و ليس استيراد القوانين الغربية لتطبيقها، تطبيقا يرفضه العلم و السياسة الشرعية.

2- من ناحية الموضوع:

لعل أهم فرق بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي في موضوع أنواع الأحكام القضائية هو نظرة و تصور كل منهما إلى الحكم في ذاته، حيث تبين لنا من خلال العرض السابق أن الفقهاء المسلمين تأثروا تأثرا كبيرا بمفهوم الحكم الشرعي في المجال أصول الفقه، و يتجلى هذا الأثر في أنهم قالوا بأن الحكم القضائي نفساني لا لساني معا.

فقد نقل ما تم تقريره عند تحديد حقيقة الخطاب الشرعي و أنه نفساني لا لساني، أي من دائرة أصول الفقه إلى دائرة القضاء، إلى دائرة كلام البشر إلى دائرة فصل الخصومات و قطع المنازعات. ونظرا

لهذا التصور و النظرة فإن أغلب أنواع الحكم القضائي في الفقه الإسلامي كانت على شاكلتها ومنوالها، حيث إن الفقهاء قالوا إن الحكم القضائي هو حكم نفساني لا لساني، كما قرره القرافي و تبعه غيره من الفقهاء.

و هذه التقسيمات التي تبرز تأثر الفقهاء المسلمين بما تم تقريره في دائرة أصول الفقه و في الخطاب الشرعي هي:

أ/- أقسام الحكم باعتبار أداة التعبير إلى حكم قولي، و فعلي، و تقريرى.

ب/- أقسام الحكم باعتبار إثبات المدعي دعواه من عدمه إلى حكم بالاستحقاق، و بالترك.

ج/- باعتبار المحكوم به صحة التصرف و موجهه إلى حكم بالصحة و بالموجب.

فهذه المعايير الثلاثة من بين الستة من أنواع الحكم القضائي في الفقه الإسلامي كلها تنبني على تصور و نظرة واحدة و هي أن الحكم نفساني لا لساني، و قد سبق أن انتقدنا و ناقشنا هذه الفكرة و بينا خطورتها، و مجانبتها للصواب، يكفي أنها نظرة يغلب عليها المثالية.

أما في القانون الوضعي فقد لاحظنا أن التقسيمات المختلفة للحكم القضائي لا تقوم أبدا على النظرة المثالية و أن الحكم نفساني، و إنما نظرة القانون الوضعي للحكم القضائي هي نظرة واقعية عملية في جوهرها و أساسها، و هذا ما يفسر كون كل الأنواع في القانون عملية واقعية تمس بحقوق الدفاع. و لكن يجب الانتباه إلى أن نظرة و تصور الفقه الإسلامي للحكم القضائي و لأنواعه ليست كلها نفسانية، و ليست كلها مثالية، و ليست كلها على نسق و منوال واحد، و إنما هي مزيج بين المثالية والواقعية، فهي مثالية، لأنها في أكثر الأقسام المختلفة للحكم اعتبرته نفسانيا، و في كثير من الأقسام نظرت إليه نظرة واقعية و عملية، حيث هناك تقسيم الحكم باعتبار حضور الخصوم و غيابهم إلى حكم حضوري و حكم حضوري اعتباري و حكم غيابي، و كذلك تقسيم الحكم باعتبار صحته و بطلانه إلى حكم صحيح و باطل، و قابل للإبطال. و تقسيم الحكم باعتبار جواز نقضه و عدم جوازه إلى حكم قطعي، و غير قطعي، فكل هذه الأقسام تبرز الواقعية في تصور الفقهاء المسلمين للحكم القضائي ولأنواعه المختلفة.

و الخلاصة أن تصور الفقه الإسلامي و نظرتيه بين تجمع المثالية و الواقعية معا، فهو مثالي واقعي، أو واقعي مثالي. فلا هو مثالي محض، و لا هو واقعي محض، و إنما هو مزيج و خليط من هذا و ذاك معا، ليشكلا معا الفقه الإسلامي، و هذا لا يشكل أي تناقض و تنافر أبدا، بل هو خاصية من خصائص الشريعة الإسلامية الغراء، و هذا إن دل على شيء، فهو يدل على الوسطية، و أنها شريعة لا

إفراط فيها، و لا تفريط، و صدق الله ﷻ إذ قال: ﴿ وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا ﴾ [البقرة: 143].

أما القانون الوضعي فتصوره للحكم القضائي و أنواعه هو تصور محض واقعي و لعل هذا هو الفرق الجوهرى بين النظامين.

ثالثا: نتيجة المقارنة:

بعد هاذ العرض للموافقات و الفروق بين الفقه الإسلامى و القانون الوضعى حول الأحكام القضائية، و بالمطابقة بينها، نتوصل إلى النتيجة الآتية و التى مفادها: أن هناك انطباقا جزئيا بين الفقه الإسلامى و القانون الوضعى، و أن الاختلاف بينهما أكبر و أوسع من الاتفاق، و لكن ليس بشكل كبير، و إنما يفوقه بقليل فقط.

الباب الأول:

التأصيل الشرعى و القانونى لنقض الأحكام القضائية

الفصل الأول: تعريف نقض الأحكام القضائية.

الفصل الثانى: حكم نقض الأحكام القضائية.

الفصل الثالث: أدلة النّقض فى الفقه الإسلامى.

الباب الأول: التأصيل الشرعي والقانوني لنقض الأحكام القضائية

بعد أن تناولنا في الباب التمهيدي الحكم القضائي تعريفاً وأنواعاً، وبيانات وآثاراً، نأتي الآن إلى الوقوف على قضية ذات أهمية كبرى، والمتمثلة في التأصيل الشرعي والقانوني لفكرة النقض في الأحكام القضائية.

ويقصد بالتأصيل هنا القضايا النظرية الفكرية والفلسفية والاصطلاحية لفكرة النقض، دون التطرق إلى المسائل والقضايا العملية الإجرائية، والآليات التي هي من موضوع الباب الثاني. وبناء عليه، فإنّ هذا الباب يكتسي أهمية خاصة ومتميزة، تتمثل في تحديد حقيقة النقض اصطلاحاً وحكماً، وأدلة، وأركاناً وشروطاً وأسباباً، أي محاولة ضبط وتحديد فكرة النقض من جوانبها الاصطلاحية والفلسفية والفكرية والتاريخية وشروط إعمالها، وبيان حكمها ودليلها الجزئي والفلسفي.

ولذلك، فإنّ هذا الباب ينقسم إلى أربعة فصول، هي كالآتي:

الفصل الأول: تعريف نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي والطعن في الأحكام في القانون الوضعي.

الفصل الثاني: حكم النقض في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي.

الفصل الثالث: أدلة جواز النقض.

الفصل الرابع: أركان النقض، وأنواعه، وأسبابه، وشروطه.

وإليك بيان هذه الفصول بالتسلسل.

الفصل الأول:

تعريف نقض الأحكام القضائية.

المبحث الأول: تعريف نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: تعريف الطعن في الأحكام القضائية في القانون
الوضعي.

المبحث الثالث: أنواع النقض في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

الفصل الأول: تعريف النقض في الفقه الإسلامي والظعن في القانون الوضعي

يتناول هذا الفصل ثلاث قضايا هي: تعريف وتأصيل النقض من الناحية اللغوية والاصطلاحية في الفقه الإسلامي، وكذلك الأمر بالنسبة للظعن في الأحكام في القانون الوضعي، ثم بيان أنواع النقض (الظعن).

ولذلك، فهذا الفصل ينقسم إلى ثلاثة مباحث كالآتي:

المبحث الأول: تعريف نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: تعريف الظعن في الأحكام القضائية في القانون الوضعي.

المبحث الثالث: أنواع النقض (الظعن) في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وإليك بيان هذه المباحث بالترتيب.

المبحث الأول: تعريف نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي

عادة ما يتناول علماء الشريعة أي مصطلح من ناحيتين: الناحية أو الزاوية اللغوية، والناحية الاصطلاحية. ونحن لن نشذ عن هذا المسلك بل إننا ننحو نحوه، ولذلك فإن هذا المبحث ينقسم بالضرورة إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: تعداد المصطلحات المستعملة في الفقه الإسلامي، وبيان أنواعها، وتقدير المصطلح

الأقرب إلى الاصطلاح.

المطلب الثاني: تعريف النقض لغة واصطلاحاً.

وإليك بيان هذه المطالب.

المطلب الأول: تعداد المصطلحات المستعملة في الفقه الإسلامي، وبيان أنواعها، وتقدير المصطلح

الأقرب إلى الاصطلاح.

المطلب الثاني: تعريف النقض لغة واصطلاحاً

وإليك بيان هذه المطالب.

المطلب الأول: تعداد المصطلحات المستعملة في الفقه الإسلامي، وبيان أنواعها وتقدير

المصطلح الأقرب إلى الاصطلاح:

نتناول هذا المطلب في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعداد المصطلحات، وبيان أنواعها.

الفرع الثاني: تعريف المصطلحات: المراجعة، الفسخ، الرد، النسخ الاستثناف.

الفرع الثالث: بيان عدم صلاحية المصطلحات السابقة، والإبقاء على مصطلح النقض.

وإليك بيان هذه الفروع بالترتيب:

الفرع الأول: تعداد المصطلحات، وبيان أنواعها:

يقتضي المنهج العلمي، والأمانة العلمية ذكر مختلف العبارات والألفاظ المستعملة من قبل فقهاء

الشرعية الإسلامية، ثم بيان ملاحظتنا عليها. وكل ذلك وفقاً للخطة الآتية:

البند الأول: تعداد المصطلحات والعبارات والألفاظ المستعملة من قبل الفقهاء للدلالة على إبطال

الحكم.

البند الثاني: ملاحظتنا على هذه الألفاظ والعبارات والاصطلاحات.

وإليك بيان هذه البنود بالتسلسل:

البند الأول: تعداد المصطلحات والألفاظ الفقهية المستعملة للدلالة على إبطال الحكم:

يستعمل فقهاء الشريعة الإسلامية عدة ألفاظ وعبارات ومصطلحات للدلالة على إبطال الحكم،

ويمكن حصرها في الآتي⁽¹⁾:

- البطلان، الإبطال، الباطل، أبطلته⁽²⁾.

- عدم الصحة، لم يصح، غير صحيح⁽³⁾.

(1) - أنظر في هذا أيضاً: أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص511-513.

(2) - السرخسي، أبو بكر محمد بن أبي سهل شمس الدين، كتاب المبسوط، تصنيف: خليل الميس، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1986م، ج16، ص84. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص104، 166. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص294. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص537. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص258. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص144، 150.

(3) - الطحطاوي، حاشية الدر المختار، مصدر سابق، ج3، ص173. النباهي، المرقبة العليا، مصدر سابق، ص18. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص14-15. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص14-15. النووي، روضة

- عدم النفاذ، لا ينفذ قضاؤه⁽¹⁾.

- عدم الاستقرار، لا يستقر حكمه⁽²⁾.

- التَّقْضُ، نقضته⁽³⁾.

- الرَّدُّ، مردود⁽⁴⁾.

- الفسخ، فسخته⁽⁵⁾.

- النَّسخ، نسخته⁽¹⁾.

الطالبين، مصدر سابق، ج 8، ص 85. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 8، ص 177. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج 6، ص 447. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج 6، ص 400. الخطيب الشربيني، المصدر و الصفحة نفسها.
(1) - السرخسي، المصدر نفسه، ج 16، ص 93. الطحطاوي، المصدر نفسه، ج 3، ص 177. النووي، المصدر نفسه، ج 8، ص 86، 136. ابن حجر، الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، مصدر سابق، ج 4، ص 298. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج 10، ص 120-121، 138. الرملي المصدر نفسه، ج 8، ص 240، 244. ابن مفلح، المصدر نفسه، ج 8، ص 168. البهوتي، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 62. القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص 46.

(3) - السرخسي، المصدر نفسه، ج 16، ص 62، 111. السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج 1، ص 76-77. الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 7، ص 14. داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج 3، ص 241-242. القرطبي، الجامع لحكام القرآن، مصدر سابق، ج 14، ص 240-241. القرافي، المصدر نفسه، ص 39-40، 46-47-48، 71، 73-74. القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج 4، ص 97-99، 110-111. القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج 10، ص 134. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج 1، ص 62-63-64. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج 7، ص 421، 425-426. الزقاني، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج 7، ص 144. الباهي، المرقبة العليا، مصدر سابق، ص 22-23. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج 4، ص 91-92. الجعلي، سراج السالك، مصدر سابق، ج 2، ص 201. ابن القاص، أبو العباس أحمد الطبري، أدب القاضي، تحقيق: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1428هـ-2007م، ص 126-127-128. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 16، ص 172-173-174. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج 3، ص 389-390. الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج 2، ص 342-343. الأمدى، الأحكام، مصدر سابق، ج 4، ص 335-336. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص 111-112-113. ابن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز، القواعد الكبرى المسمى: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار ابن حزم، بيروت، ط 1، 1424هـ-2003م، ص 338-339. النووي، المصدر نفسه، ج 8، ص 136-137. السبكي، أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي، فتاوى السبكي، تحقيق: حسام الدين القدسي، دار الجليل، بيروت، ط 1، 1412هـ-1992م، ج 2، ص 432-437. الزركشي، بدر الدين محمد بن بشار الشافعي، المنشور في القواعد، تحقيق: تسيير فائق أحمد محمود، مراجعة: عبد الستار أبو غدة، شركة دار الكويت للصحافة، الكويت، ط 2، 1405هـ-1998م، ج 1، ص 93-97. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج 10، ص 144. الرملي، المصدر نفسه، ج 8، ص 258. ابن مفلح، المصدر نفسه، ج 8، ص 176-177. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج 6، ص 456. ابن النجار، محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى الحنبلي، شرح الكوكب المنير، المسمى ب: مختصر التحرير، أو المختصر المبتكر شرح المختصر في أصول الفقه، تحقيق: محمد الزحيلي، نزيه حماد، مكتبة العبيكان، الرياض، دط، 1413هـ-1993م، ج 4، ص 503-507. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج 3، ص 474. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 11، ص 223. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج 6، ص 456-457.

(4) - مسلم، الجامع الصحيح، مصدر سابق، ج 12، ص 16. البخاري، الجامع الصحيح، مصدر سابق، ج 6، ص 2628. ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، ج 13، ص 204. النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف، صحيح مسلم بشرح النووي، تحقيق: عصام الصبايطي وآخرون، دار الحديث، القاهرة، ط 1، 1994م، ج 12، ص 16. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 16، ص 84. السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج 1، ص 76. خليل، المصدر نفسه، ج 7، ص 388. الباهي، المصدر نفسه، ص 18، 22-23. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 63-64-65. البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، ج 10، ص 119. السبكي، الفتاوى، مصدر سابق، ج 2، ص 435-436. الماوردي، المصدر نفسه، ج 16، ص 172-174. عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج 3، ص 356.

(5) - الباجي، فصول الأحكام، مصدر سابق، ص 156. ابن فرحون، المصدر و الصفحة نفسها. ابن عبد الرفيع، معين الحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 638-640. الباهي، المصدر نفسه، ص 22. خليل، المصدر نفسه، ج 7، ص 426-427. الماوردي، المصدر نفسه، ج 16، ص 172. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج 10، ص 144. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج 8، ص 258.

- النَّبذ⁽²⁾.
- الطَّرْح⁽³⁾.
- الإلغاء⁽⁴⁾.
- الانعدام⁽⁵⁾.
- عدم الاعتبار⁽⁶⁾.
- الرجوع عن الحكم، رجعتُ عن حكمي⁽⁷⁾.
- الخطأ⁽⁸⁾.
- عدم الإمضاء⁽⁹⁾.
- ليس بشيء، ليس حكمه بشيء⁽¹⁰⁾.
- الهدم (القضاء لا يهدم بالقضاء)، لا يعد حكماً⁽¹¹⁾.
- الاستئناف⁽¹²⁾.

هذه تقريبا كل أو معظم الألفاظ والعبارات التي تستعمل من قبل الفقهاء في الدلالة على معنى

- (1) - السغدّي، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد، الننف في الفتاوى، تحقيق: صلاح الدين الناهي، رئاسة ديوان الأوقاف، جمهورية العراق، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1976م، ج2، ص782.
- (2) - خليل، المختصر، مصدر سابق، ص229. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص39. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص39. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص90. الزرقاني، المصدر و الصفحة نفسها. الخوشي، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص162. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص184.
- (3) - الزرقاني، المصدر و الصفحة نفسها. الدسوقي، المصدر و الصفحة نفسها. عليش، المصدر و الصفحة نفسها.
- (4) - عليش، المصدر و الصفحة نفسها. الدسوقي، المصدر و الصفحة نفسها.
- (5) - المعداني، حاشية على شرح ميارة على التحفة، مصدر سابق، ج1، ص40.
- (6) - ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص304.
- (7) - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص84-85، 75. ابن البزاز، محمد بن شهاب الكردي، الجامع الوجيز، المسمى: الفتاوى البزازية، مطبوع بمامش الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4، 1406هـ-1986م، ج5، ص159. القرطبي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص133. النباهي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص63-64. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي القرآن، تحقيق: عبد الله عبد المحسن التركي وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1427هـ-2006م، ج14، ص240-241.
- (8) - السرخسي، المصدر نفسه، ج16، ص85.
- (9) - السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج1، ص323.
- (10) - الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، لجنة إحياء التراث الإسلامي، القاهرة، دط، 148هـ-1988م، ج4، ص304.
- (11) - القرطبي، الجامع لحكام القرآن، مصدر سابق، ج14، ص240. السغدّي، الننف في الفتاوى، مصدر سابق، ج2، ص859-862.
- (12) - الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج5، ص376. شرح رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص376. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص33، 56. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص33، 56. عليش، أبو عبد الله محمد أحمد، فتح العلي المالك في الفتوى مذهب الإمام مالك، بمامشه، تبصرة الحكام لابن فرحون، دار المعرفة، بيروت، دط، دت، ج2، ص295. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص104، 139. ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص126. القرطبي، المصدر و الصفحة نفسها. حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص631. المادة 1838. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص1190.

إبطال الأحكام القضائية.

البند الثاني: ملاحظتنا على هذه العبارات والألفاظ المستعملة من قبل الفقهاء:

بالتدقيق جيدا في العبارات والألفاظ السابقة التي استعملها الفقهاء للدلالة على إبطال الأحكام، فإننا نلاحظ أنها يمكن تصنيفها إلى ثلاثة أصناف أو أقسام أنواع:

- صنف ما هو مجرد تعبير ولفظ؛

- و صنف ما هو وصف للحكم؛

- و صنف ما هو مصطلح.

وإليك بيان هذا كالاتي:

أولا: ما يعتبر مجرد تعبير ولفظ، ولم يقصد به الاصطلاح:

ويتمثل هذا في الألفاظ والعبارات الآتية:

- عدم النفاذ، فهذا التعبير يدل على أن الحكم لا ينفذ فقط.

- عدم الاستقرار، أي أنه لا يثبت وإنما يجب تغييره بإصدار حكم صحيح.

- الطرح، والإلغاء، والانعدام، وعدم الاعتبار، والخطأ، وعدم الإمضاء، وليس بشيء، والهدم.

ثانيا: ما يعتبر مجرد وصف للحكم: وذلك كوصف الحكم بالبطلان، وعدم الصحة، وغير

صحيح، فهذه توصيفات للحكم، وهو نوع من أنواع الحكم القضائي، وقد سبق بيانه في الباب التمهيدي، فلا حاجة لإعادته.

ثالثا: ما يعد مصطلحا يدل على معنى إبطال الأحكام القضائية:

وهي المصطلحات الآتية: المراجعة، والفسخ، والرد، والنسخ، والاستئناف، والنقض.

الذي يلاحظ أيضا أن أكثر المصطلحات استعمالا واستخداما هو مصطلح النقض، ثم يليه

الفسخ، فالرجوع، فالرد، فالنسخ، وأخيرا الاستئناف.

- ومن ثم، وإعمالا للمنهجين الاستقرائي والإحصائي، فإنَّ المصطلح الذي يتوجب استعماله

في البحث هو مصطلح «النقض».

ومع هذا، فإنَّ هذه النتيجة لا تكفي، لأنها تركز على معيار شكلي إحصائي، لا تنفذ إلا

حقيقة المصطلح، ومعناه الدقيق حتى تتم المفاضلة بينها، والاصطفاء على أساسها، ومن ثم لا بد من

الأخذ بالمعيار الموضوعي الذي يركز على معنى المصطلح حتى تتم المايزة والتفرقة بينها.

ولعلَّ أصح وأدق المقاربات في ذلك هي المقاربة اللغوية، حيث عن طريقها يمكن معرفة المعنى

الدقيقي للمصطلح، ومن ثم إمكان إحداث عملية المفاضلة بين المصطلحات وأقربها إلى معنى إبطال الحكم، ولذلك سنعمد إلى تعريف المصطلحات: المراجعة، الفسخ، فالرد، فالنسخ، والاستئناف، وأخيرا النقض تعريفا لغويا حتى نقف على معناها اللغوي الدقيق، ومن ثم نميز بينها تمييزا دقيقا.

الفرع الثاني: تعريف المصطلحات، المراجعة، الفسخ، الرد، النسخ، الاستئناف لغة
سنتناول في هذا الفرع تعريف المصطلحات، المراجعة، والفسخ، والرد والنسخ والاستئناف لغة كل من بند كالاتي:

البند الأول: تعريف المراجعة لغة.

البند الثاني: تعريف الفسخ لغة.

البند الثالث: تعريف الرد لغة.

البند الرابع: تعريف النسخ لغة.

البند الخامس: تعريف الاستئناف لغة.

وإليك بيان هذه البنود بالترتيب.

البند الأول: تعريف المراجعة لغة:

المراجعة لغة من مادة رَجَع، والراء والجيم والعين أصل كبير، مطَّردٌ منقَّاسٌ يدل على رد وتكرار⁽¹⁾ تقول: رَجَع، يَرْجِعُ، رَجَعًا، ورجوعًا، ورجعى، ورجعانا، ومرجعًا، ومرجعةً: انصرف وعاد، وراجَعَ الرجل امرأته: أي أعادها، وهي الرَّجْعَةُ والرَّجْعَةُ، والرُّجْعِي: الرَّجُوعُ، والرَّاجِعَةُ: الناقعة تباع ويشترى بثمنها مثلها، والثانية هي الرَّاجِعَةُ، والاسم من ذلك: الرَّجْعَةُ، قال الشاعر:

جُرْدٌ جَلَادٌ مُعْطَفَاتٌ عَلَى الْـ أَوْرَقٌ لَا رَجْعَةَ وَلَا جَلْبُ

- وامرأة رَاجِعٌ: مات زوجها، فَرَجَعَتْ إلى أهلها. وأما المطلقة فهي المردودة.

- والتَّرْجِيعُ في الصوت: تمديده، ومنه تَرْجِيعُ الأذان، وهو أن يكرر المؤذن: أشهد أن لا إله إلا

الله وأشهد أن محمدا رسول الله، مرتين بصوت ضعيف قبل أن يرفع صوته بهما.

- والمرجوعُ ما يَرْجِعُ إليه من الشيء، والمرجوعُ: جواب الرسالة.

قال الشاعر:

ولو أنَّ رُبْعاً رَدَّ رَجْعاً لَسَائِلِ أشار إليَّ الرُّبْعُ أو لتَكَلِّمًا

- وأرجع الرجل يده في كنانته: أعادها ليأخذ سهمًا. قال الشاعر أبو ذؤيب الهذلي:

فَبَدَا لَهُ أَقْرَابٌ هَذَا رَائِغًا عَجَلًا فَعَيْثَ فِي الْكِنَانَةِ يُرْجِعُ

(1) - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مصدر سابق، ص443، مادة: رجع.

- ولَّا جَاعٌ: رُجُوعٌ وعودة الطير بعد قطاعها، والرَّجِيعُ: الجرة، لأنَّه يتردد مضعفا، قال الأعشى:
- وفلاة كأنَّها ظهرُ ترسٍ ليس إلاَّ الرَّجِيعُ فيها علاقٌ
- والرَّجِيعُ من الدواب: ما رجعتُ من سفر إلى سفر، وأرجعتُ الإبل: إذا كانت مهازبل، فسمنت وحسنت حالها، وذلك رُجُوعُها إلى حالها الأولى.
- والرَّجِيعُ: الغيثُ؛ وهو المطر. قال تعالى: ﴿وَأَلْسَمُوا ذَاتِ الرَّجْعِ﴾ [سورة الطارق: 11] وذلك أنها تغيث وتصب، ثم ترجع فتغيث.
- ولَّا جِيعٌ: الرُّوثُ وذو البطن.
- والمراجعةُ: المعاودة: يقال راجعه في الكلام أي عاوده، واسترجع عند المصيبة: أي قال: ﴿إِنَّا لِلَّهِ وَإِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ﴾ [سورة البقرة: 156] وقال تعالى: ﴿يَرْجِعُ بَعْضُهُمْ إِلَى بَعْضٍ الْقَوْلَ﴾ [سورة سبأ: 31]⁽¹⁾.
- وقال الراغب الأصفهاني: «الرُّجُوعُ العودُ إلى ما كان منه البدءُ أو تقديرُ البدءِ مكاناً كان أو فعلاً أو قولاً، وبذاته كان رُجُوعه، أو بجزءٍ من أجزائه، أو بفعلٍ من أفعاله. فالرُّجُوعُ العودُ والرَّجِيعُ الإعادة»⁽²⁾.

البند الثاني: تعريف الفسخ لغة:

الفسخ لغة من الفاء والسين والحاء كلمة تدلُّ على نقض شيء، يقال: تَفَسَّخَ الشيءُ: انتقض، ويقولون: أَفَسَخْتُ الشيءَ: نسيتُه، ويقولون: الفسيخُ: الرجل لا يظفر بجأته⁽³⁾.

فَالْفَسْخُ من فَسَخَ الشيءَ، يَفْسُخُه، فَسَخًا، فأنْفَسَخَ: نقضه، فانتقض، وتَفَسَّخَتِ الأقاويلُ: تناقضت.

والفَسْخُ: زوالُ المَفْصَلِ عن موضعه⁽⁴⁾.

وتَفَسَّخَ الشَّعْرُ عن الجلد: زال وتطير، ولا يقال إلا لشعر الميتة.

وفَسَخَ رأيه فَسَخًا فهو فَسِخٌ: فسد، وفَسَخَهُ فَسَخًا: أفسده.

ويقال: فَسَخْتُ البيعَ بين البيعين والنكاح، فأنْفَسَخَ البيعَ والنكاح: أي نقضه فانتقض.

وفيه فَسَخٌ وفَسَخَةٌ: إذا كان ضعيف العقل والبدن.

(1)- ابن فارس، معجم المقاييس في اللغة، مصدر سابق، ص443، مادة: رجع. ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، تحقيق: مجموعة من الأساتذة، دار المعارف، القاهرة، د ط، دت، ج5، ص148-153. مادة: رجع. الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص158، مادة: رجع. ابن دريد، جمهرة اللغة، مصدر سابق، ج1، ص460. مادة: رجع. الراغب الأصفهاني، المفردات، مصدر سابق، ص195-196. مادة: رجع. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ص648-649. مادة: رجع.

(2)- الراغب الأصفهاني، المصدر نفسه، ص195. مادة: رجع.

(3)- ابن فارس، المصدر نفسه، ص846، مادة: فسح. ابن منظور، المصدر نفسه، ج10، ص260-261. مادة: فسح. الفيروزآبادي، المصدر نفسه، ص234. مادة: فسح.

(4)- ابن منظور، المصدر نفسه، ج10، ص261. مادة: فسح. الفيروزآبادي، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: فسح.

وَفَسَّخْتُ عَنْ ثَوْبِي: إذا طرحتَه⁽¹⁾.

البند الثالث: تعريف المرد لغة:

الراء والبدال له أصل صحيح واحد مطرد منقاس، كما قال ابن فارس، أي له معنى واحد أصل تعود إليه كل المعاني الأخرى، وهذا المعنى الأصل المطرد المنقاس هو: رجع الشيء وصرفه⁽²⁾. ونقول: رَدُّه عن وجهه يردُّه، رَدًّا، ومردًّا، وترددًا: صرفه⁽³⁾. ونقول: رَدَدْتُ الشيء أَرُدُّه رَدًّا: صرفته ورجعته⁽⁴⁾. وقال سيبويه: «هذا باب ما يكثر فيه المصدر من فعلت فتلحق الزائد وتبنيه بناء آخر، كما أنك قلت في فَعَلْتُ: فَعَلْتُ، حين كثرت الفعل»⁽⁵⁾.

والمردُّ: كالرد، وارتده: كَرَدَهُ، قال الشاعر:

بِعَزْمِ كَوْفِعِ السَّيْفِ لَا يَسْتَقِلُّهُ
ضَعِيفٌ وَلَا يَرْتَدُّهُ الدَّهْرُ عَاذِلٌ

ورده عن الأمر: أي صرفه عنه برفق.

وأمر الله لا مرد له، وفي التنزيل العزيز: ﴿فَلَا مَرَدَ لَهُ﴾ [سورة الرعد: 11] وأيضا: ﴿يَوْمَ لَا مَرَدَ لَهُ﴾ [سورة الروم: 43]، أي يوم القيامة لأنه شيء لا يرد.

وجاء في الحديث: «مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ»⁽⁶⁾، أي: مردود عليه، يقال: أمرٌ رَدٌّ: إذا كان مخالفا لما عليه السنة، وهو مصدر وصف به.

- وشيء رَدِيدٌ: مَرْدُودٌ. قال الشاعر:

فَتَى لَمْ تَلِدْهُ بِنْتُ عَمِّ قَرِيْبَةٍ
فَيَضْوَى، وَقَدْ يَضْوَى رَدِيدُ الْغَرَائِبِ⁽⁷⁾

- وارتد عنه: تحوَّل⁽⁸⁾، وسمي المرتدُّ: لأنه رَدَّ نفسه إلى كفره⁽⁹⁾. وفي التنزيل العزيز: ﴿وَمَنْ

يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ﴾ [سورة البقرة: 217].

- والاسم: الرَّدَّةُ. ومنه الرَّدَّةُ عن الإسلام: أي الرجوع عنه، وارتدَّ فلانٌ عن دينه: إذا كفر بعد إسلامه.

(1) - ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: فسخ. الرازي، المصدر نفسه، ص321، مادة: فسخ. ابن دريد، المصدر نفسه، ج1، ص598. مادة: فسخ. الفيروزآبادي، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: فسخ.

(2) - ابن فارس، المصدر نفسه، ص400، مادة: رد.

(3) - ابن منظور، المصدر نفسه، ج5، ص184. مادة: ردد. الرازي، المصدر نفسه، ص160، مادة: رد.

(4) - ابن فارس، معجم المقاييس في اللغة، مصدر سابق، ص400، مادة: رد.

(5) - ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج5، ص184. مادة: ردد.

(6) - سيأتي تحريجه في ص.

(7) - ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: ردد. الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص161، مادة: رد.

(8) - ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: ردد.

(9) - ابن فارس، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: رد.

- وردَّ عليه الشيء: إذا لم يقبله، وكذلك إذا خطأه، وتقول: رَدُّهُ إلى منزله، وردَّ جواباً: أي رجع⁽¹⁾.

- واستردَّ الشيء وارتدَّه: طلب رَدَّهُ عليه. قال كثير عزة:

وما صُحْبَتِي عَبْدَ الْعَزِيزِ وَمُدْحَتِي
بِعَارِيَّةٍ يَرْتَدُّهَا مِنْ يُعِيرُهَا

- وردود الدراهم: ما رُدَّ، واحداً: رُدٌّ، وهو ما زيف فُرِّدَ على ناقده بعدما أخذ منه، وكل ما رد بغير أخذ، رَدُّ⁽²⁾.

- والرَّدُّ: عماد الشيء الذي يردُّه، أي يرجعه عن السقوط والضعف⁽³⁾.

- قال الشاعر:

يَا رَبِّ أَدْعُوكَ إِلَهَا فَرْدًا
فَكُنْ لَهُ مِنَ الْبَلَايَا رَدًّا

- أي: معقلاً يردُّ عنه البلاء⁽⁴⁾.

- والرَّدُّ: الكهف⁽⁵⁾.

- والمردودة: المرأة المطلقة، أي أنها مطلقة فتد إلى بيت أبيها⁽⁶⁾، وكذلك الرُدِّي⁽⁷⁾.

- والمردودة: الموسى، لأنها تُرَدُّ في نصابها⁽⁸⁾، وقد تحمَّظ ابن فارس على هذا المعنى، وقال: «وفيه

نظر»⁽⁹⁾.

والمردود: الرَّدُّ. قال الشاعر:

لا يَعدِمُ السَّائِلُونَ الْخَيْرَ أَفْعَلُهُ
إِمَّا نَوَالًا وَإِمَّا حُسْنَ مَرْدُودٍ

وقال عروة بن الورد:

وَزَوَّدَ خَيْرًا مَالِكًا ، إِنَّ مَالِكًا
لَهُ رَدَّةٌ فِينَا ، إِذَا الْقَوْمُ زُهَّدُ

فَالرَّدَّةُ: العطف عليهم والرغبة فيهم⁽¹⁰⁾.

- وَرَدَّه تَرْدِيدًا وَتَرْدَادًا، فتردد، ورجل مُرَدِّدٌ: حائر بائر⁽¹⁾.

(1) - ابن منظور، المصدر نفسه، ج5، ص184-185. مادة: ردد.

(2) - ابن منظور، المصدر نفسه، ج5، ص185. مادة: ردد.

(3) - ابن فارس، معجم المقاييس في اللغة، مصدر سابق، ص400، مادة: رد. ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج5، ص185. مادة: ردد.

(4) - ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: ردد.

(5) - ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: ردد.

(6) - ابن فارس، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: رد. ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: ردد.

(7) - ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: ردد.

(8) - ابن فارس، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: رد. ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: ردد.

(9) - ابن فارس، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: رد.

(10) - ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: ردد.

- ويقال: شاة مُردٌ، وناقة مُردَّة: وذلك إذا أضرعت، كأنها لم تكن ذات لبن فردٌ عليها، أو ردت على لبنها، قال الشاعر:

تَمْشِي مِنَ الرَّدَّةِ مَشْيَ الْحَقْلِ مَشْيَ الرَّوَايَا بِالْمَزَادِ الْمُثْقَلِ (2)

- ويقال: هذا أمر لا رادَّة له، أي: لا مرجع له ولا فائدة فيه (3).
- والردَّة: تقاعسٌ في الذقن، كأنه ردُّ إلى ما وراه (4).
- والرَّدَّة: قُبْحٌ في الوجه مع شيء من جمال، يقال: في وجهها رَدَّة: أي إن ثم ما يرُدُّ الطرف، أي يرجعه عنها (5).

- والمتردِّد: الإنسان المجتمع الخلق، كأن بعضه ردُّ إلى بعض (6).
- ورجل مُردٌ: إذا طالت عزيمته، فتراد الماء في ظهره. ويقال: بحر مُردٌ: أي كثير الماء. قال الشاعر:

رَكِبَ الْبَحْرَ إِلَى الْبَحْرِ إِلَى غَمَرَاتِ الْمَوْتِ ذِي الْمَوْجِ الْمُرِّدِ

وأردَّ البحر: كثرت أمواجه وهاج، وأردَّ الرجل: انتفخ غضبا (7).
قال الشاعر:

رَأَتْ غَلاماً قد صَرَى فِي فِرْقَتِهِ ماءَ الشَّبَابِ عُنُقُوانٍ شَرَّتِهِ

ويتردآن البيع: من الردِّ والفسخ (8).

والخلاصة أن الردَّ يعني رجوع الشيء وصرفه عن وجهه.

البند الرابع: تعريف النَّسخ لغة:

النَّسخُ لغة من نَسَخَ الشيءَ يَنْسَخُهُ، نَسَخًا، وَاَنْتَسَخَهُ، وَاِسْتَنْسَخَهُ، وَنَسَخَهُ: أزالَهُ وَغيرَهُ، وَأَبْطَلَهُ، وَأقامَ شيئاً مقامه، وَنَسَخَ الشَّيْءَ: مَسَخَهُ: وَنَسَخَ الْكِتابَ: كَتَبَهُ عَن مَعارِضَةٍ كَأَنْتَسَخَهُ وَاسْتَنْسَخَهُ، وَالْمَنْقُولُ مِنْهُ النِّسخَةُ بِالضَّمِّ وَنَسَخَ ما فِي الخَلِيَةِ: حَوَّلَهُ إِلى غَيْرِها (9).

وَالنَّسخُ: هُوَ اِكْتِتابُ كِتاباً عَن كِتابٍ حَرْفاً بِحَرْفٍ، وَالأَصْلُ نِسخَةٌ، وَالْمَكْتُوبُ عَنهُ نِسخُهُ، لِأَنَّهُ قامَ مِقامَهُ، وَالكاَتِبُ ناسِخٌ وَمُنْتَسِخٌ (10).

(1) - ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: ردد.

(2) - ابن فارس، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: رد. ابن منظور، المصدر نفسه، ج5، ص186. مادة: ردد.

(3) - ابن فارس، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: رد. ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: ردد.

(4) - ابن فارس، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: رد. ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: ردد.

(5) - ابن فارس، معجم المقاييس في اللغة، مصدر سابق، ص400، مادة: رد.

(6) - ابن فارس، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: رد. ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج5، ص186. مادة: ردد.

(7) - ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: ردد.

(8) - ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: ردد. الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص161، مادة: رد.

(9) - مادة: نسخ. ابن منظور، المصدر نفسه، ج14، ص121. مادة: نسخ.

(10) - ابن منظور، المصدر نفسه، ج5، ص186. مادة: نسخ.

والتَّنَاسُخُ والمُنَاسِخَةُ في الميراث والفرائض أن تموت ورثة بعد ورثة، وأصل الميراث قائم لم يقسم، وكذلك تَنَاسُخُ الأزمنة، والقرن بعد القرن، فهو: تداولها⁽¹⁾.

وقال ابن فارس: «النون والسين والخاء أصل واحد إلا أنه مختلف في قياسه، قال قوم: قياسه رفع شيء وإثبات غير مكانه. وقال آخرون: قياسه تحويل شيء إلى شيء. قالوا: نسخ: نسخ الكتاب، والنسخ: أمر كان يُعمل به من قبل ثم يُنسخُ بحادث غيره، كالأية ينزل فيها أمرٌ ثم تُنسخُ بأية أخرى، وكل شيء خُلف شيئاً فقد أُنتسخته، وانتسخت الشمس الظل والشباب وتناسخ الورثة... والنسخ: أن تحوّل ما فيه الخلية من العسل والنحل إلى أخرى قال: ومنه نسخ الكتاب»⁽²⁾.

- والاستنساخ: كُتِبَ كتاب من كتاب، وفي التنزيل: ﴿إِنَّا كُنَّا نَسْتَنسِخُ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ [سورة الجاثية: 29]. أي نستنسخ ما تكتب الحفظة فيثبت عند الله، أي نأمر بنسخه وإثباته.

- والنسخ: إبطال الشيء وإقامة آخر مقامه، وفي التنزيل: ﴿مَا نَسَخَ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَا أَوْ مِثْلَهَا﴾ [سورة البقرة: 106]، والآية الثانية ناسخة، والأولى مسنوخة:

- ونسخ الآية بالآية: إزالة مثل حكمها، أو أن تعمل بالآية ثم تنزل آية أخرى فتعمل بها وتترك الأولى.

- والنسخ: نقل الشيء من مكان إلى مكان وهو هو، قال العجاج:

إذا الأعادي حسبونا نخنخوا
أي: لا يحوّل.

ونسخت الريح آثار الديار: غيرتها⁽³⁾.

- والقائلون بالتناسخ: قوم ينكرون البعث على ما أثبتته الشريعة، ويزعمون أن الأرواح تنقل الأجسام على التأيد⁽⁴⁾.

قال لراغب الأصفهاني: «النسخ إزالة شيء بشيء يتعقبه، كنسخ الشمس الظل، والظل الشمس، والشيب الشباب، فتاره يفهم منه الإزالة، وتارة يفهم منه الإثبات، وتارة يفهم منه الأمران، ونسخ الكتاب: إزالة الحكم بحكم ليعقبه، قال تعالى: ﴿مَا نَسَخَ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَا﴾ [سورة

(1) - ابن منظور، المصدر نفسه، ج14، ص121. مادة: نسخ. الرازي، المصدر نفسه، ص415، مادة: نسخ. ابن دريد، جمهرة اللغة، مصدر سابق، ج1، ص600. مادة: نسخ. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ص238. مادة: نسخ. الراغب الأصفهاني، المفردات، مصدر سابق، ص492. مادة: نسخ.

(2) - ابن فارس، معجم المقاييس، مصدر سابق، ص1026، مادة: نسخ.

(3) - ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج14، ص121. مادة: نسخ. الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص415، مادة: نسخ. ابن دريد، جمهرة اللغة، مصدر سابق، ج1، ص600. مادة: نسخ.

(4) - الراغب الأصفهاني، المفردات، مصدر سابق، ص492-493. مادة: نسخ.

البقرة: 106]. قيل معناه: ما نزيل العمل بها أو نحذفها عن قلوب العباد، وقيل معناه: ما نوحده وننزله من قولهم: نَسَخْتُ الكتابَ، وما نَسَأَهُ: أي نؤخره، فلم ننزله»⁽¹⁾.

والخلاصة أن النَّسْخَ لغة يعني الإزالة والتغيير والتحويل والنقل والإثبات، فهو نقل وتحويل لكن لا يقتضي إزالة الصورة الأولى، بل يقتضي إثبات مثلها في مادة أخرى⁽²⁾.

البند الخامس: تعريف الاستئناف لغة:

الاستئناف في اللغة من مادة: أنف، والهمزة والنون والفاء لها في اللغة أصلان، ومنهما يتفرع مسائل الباب كلها، وهما: الأول أخذ الشيء من أوله وابتدأه، والآخر أنف كل ذي أنف⁽³⁾.

- فالأصل الأول هو: أخذ الشيء من أوله وابتدأه⁽⁴⁾. تقول العرب: استأنف الشيء وأتفنه: أخذ أوله وابتدأه. وقيل: استقبله، وأنا أتفنه أتنافاً: وهو أفعال من أنف الشيء، وفي أثر ابن عمر **ب: «إِنَّمَا الْأَمْرُ أَنْفٌ»⁽⁵⁾:** أي يستأنف استئنافاً من غير أن يسبق به سابق قضاء وتقدير، وإنما هو على اختيارك ودخولك فيه.

- استأنفت الشيء: إذا ابتدأته. وفعلت الشيء أنفاً: أي في أول وقت يقرب مني.

- واستأنفته بوعده: ابتدأه من غير أن يسأله إياه. قال الشاعر:

وَأَنْتَ الْمُنَى لَوْ كُنْتَ تَسْتَأْنِفِينَا
بِوَعْدٍ وَلَكِنْ مُعْتَفَاكِ جَدِيبٍ
أَي: لَوْ كُنْتَ تَعْدِينَا الْوَصْلَ.

قال الخليل بن إسحاق الفراهيدي: «استأنفت كذا، أي رجعت إلى أوله وائتنت ائتناً، ومؤتنت الأمر: ما ابتدأ فيه، ومن هذا الباب قولهم: فعل كذا أنفاً، كأنه ابتدأه. قال تعالى: ﴿مَاذَا قَالُوا إِذَا﴾ [سورة محمد: 16]». أي ماذا قال: الساعة في أول وقت يقرب منا، ومعنى أنفاً من قولك: استأنف الشيء إذا ابتدأه⁽⁶⁾.

- والاستئناف: الابتداء، وكذلك الائتفاف⁽⁷⁾.

- أما الأصل الثاني: وهو الأنف، فمعروف بأنه في وسط وجه الإنسان فوق الفم، والجمع

(1) - الراغب الأصفهاني، المصدر نفسه، ص492. مادة: نسخ.

(2) - الراغب الأصفهاني، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: نسخ.

(3) - ابن فارس، معجم المقاييس في اللغة، مصدر سابق، ص91، مادة: أنف.

(4) - ابن فارس، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: أنف. ابن منظور، لسان العرب المحيط، مصدر سابق، ج1، ص116، مادة: أنف. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ص714، مادة: أنف.

(5) - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان الإيمان والإسلام والإحسان ووجوب الإيمان بإثبات قدر الله سبحانه وتعالى وبيان الدليل على التبري ممن لا يؤمن بالقدر وإغلاظ القول في حقه، ج1، ص3، رقم الحديث: 1. رواه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الشهادات، باب ما ترد به شهادة أهل الأهواء، ج10، ص303.

(6) - ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: أنف. الفيروز آبادي، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: أنف.

(7) - ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: أنف. الفيروز آبادي، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: أنف.

أَنْفٌ وَأَنْوْفٌ وَأَنْفٌ⁽¹⁾.

- و بغير مَأْنُوفٌ: يُسَاقُ بَأَنْفِهِ، فَهُوَ أَنْفٌ، وَأَنْفَ الْبَعِيرِ: شَكَا أَنْفَهُ. قال الشاعر:

بِيضُ الْوُجُوهِ كَرِيمَةٌ أَحْسَابُهُمْ
فِي كُلِّ نَائِبَةٍ عِزَازُ الْأَنْفِ

وقال الأعشى:

وَإِذَا رَوَّحَ الرَّاعِي اللَّقَاحَ مُعْزِبًا
وَأَمَسَتْ عَلَيَّ آنَافُهَا غَبْرَاتُهَا

وقال حسان بن ثابت:

بِيضُ الْوُجُوهِ كَرِيمَةٌ أَحْسَابُهُمْ
شَمُّ الْأَنْوْفِ مِنَ الطَّرَازِ الْأَوَّلِ⁽²⁾

- وَأَنْفُهُ يَأْنِفُهُ أَنْفًا: أَصَابَ أَنْفَهُ.

- وَرَجُلٌ أَنْفِيٌّ: عَظِيمُ الْأَنْفِ، وَالْأَنْوْفُ: الْمَرَأَةُ الطَّيِّبَةُ الَّتِي يُعْجِبُكَ شَمُّكَ لَهَا، وَأَنْفُ الْبَرْدِ: أَشَدُّهُ،

وَرَجُلٌ مَعْتَفٌ: يَسِيرُ أَوَّلَ النَّهَارِ.

- وَالْأَنْفُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ: أَوَّلُهُ أَوْ أَشَدُّهُ، وَمِنْ الْأَرْضِ: مَنْ اسْتَقْبَلَ الشَّمْسَ مِنَ الْجِلْدِ وَالنَّوَاحِي،

وَمِنْ الرَّغِيفِ: كَسْرَةٌ مِنْهُ، وَمِنْ النَّابِ: طَرَفُهُ حِينَ يَطْلُعُ.

وَمِنْ اللَّحِيَةِ جَانِبِهَا، وَمِنْ الْمَطَرِ: أَوَّلُ مَا أَنْبَتَ، وَمِنْ خَفِ الْبَغِيرِ: طَرَفٌ مِنْ سَمِهِ، وَأَنْفٌ عَمَلٌ

فَلَانٌ: أَيُّ أَوَّلُ مَا أَخَذَ فِيهِ، وَأَنْفُ الْجَبَلِ: أَوَّلُهُ، وَمَا بَدَأَ لَكَ مِنْهُ.

- وَرَجُلٌ حَمِي الْأَنْفِ: أَيُّ أَنْفٌ يَأْنِفُ أَنْ يَضَامَ وَيَهَانَ.

- وَأَنْفَةُ الصَّلَاةِ: ابْتِدَاؤُهَا وَأَوَّلُهَا.

- وَجَعَلَ أَنْفَهُ فِي قَفَاهُ: أَيُّ أَعْرَضَ عَنِ الْحَقِّ وَأَقْبَلَ عَلَى الْبَاطِلِ.

- وَفَلَانٌ يَتَّبِعُ أَنْفَهُ: أَيُّ يَتَّشِمُ الرَّائِحَةَ فَيَتَّبِعُهَا.

- وَأَنْفَتُ الرَّجُلِ: ضَرَبْتُ أَنْفَهُ، وَقَوْلُهُمْ: وَرِمَ أَنْفُهُ: تَقَالُ لِلْمَتَكَبِّرِ. ذَكَرَ الْأَنْفُ دُونَ سَائِرِ الْجَسَدِ

لأنه يقال: شَمَخَ بَأَنْفِهِ، يَرِيدُ رَفْعَ رَأْسِهِ كِبْرًا، وَهَذَا يَكُونُ مِنَ الْغَضَبِ⁽³⁾.

- وَذُو الْأَنْفِ: النِّعْمَانُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ، قَائِدُ حَيْلِ خَثْعَمِ يَوْمِ الطَّائِفِ⁽⁴⁾.

- وَأَنْفُ النَّاقَةِ: لَقَبُ لَبْنِي جَعْفَرِ بْنِ قُرَيْعِ بْنِ عَوْفِ بْنِ كَعْبِ بْنِ سَعْدِ بْنِ زَيْدِ مَنَاةَ، يُقَالُ: إِهْمُ

نَحَرُوا جُرُورًا كَانُوا غَنَمُوهَا فِي بَعْضِ غَزَوَاتِهِمْ، وَقَدْ تَخَلَّفَ جَعْفَرُ بْنُ قُرَيْعِ، فَجَاءَ وَلَمْ يَبْقَ مِنَ النَّاقَةِ إِلَّا

(1) - ابن فارس، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: أنف. ابن منظور، المصدر نفسه، ج1، ص115، مادة: أنف. الفيروز آبادي، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: أنف.

(2) - ابن منظور، لسان العرب المحيط، مصدر سابق، ج1، ص115، مادة: أنف.

(3) - ابن فارس، معجم المقاييس في اللغة، مصدر سابق، ص92، مادة: أنف. ابن منظور، المصدر نفسه، ج1، ص115-116، مادة: أنف. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ص714، مادة: أنف. الفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، ص19، مادة: أنف.

(4) - الفيروز آبادي، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: أنف.

الأنف، فذهب به، فسَمَّوه به⁽¹⁾.

وقيل: سُمُّوا بذلك لأنَّ قُرَيْعَ بن عوف نحر جزوراً وكان له أربع نسوة، فبعث إليهن بلحم، خلا أم جعفر، فقالت أم جعفر لابنها جعفراً: اذهب واطلب من أبيك لحماً، فجاء ولم يبق إلا الأنف، فأخذه، فلزمه، وهُجِّي به، وكانوا يغضبون منه، ولم يزالوا يسبِّونَ بذلك إلى أن قال الحطيئة فيهم:

قَوْمٌ هُمُ الْأَنْفُ وَالْأَذْنَابُ غَيْرُهُمْ
وَمَنْ يُسَوِّي بَأَنْفِ النَّاقَةِ الدَّنْبَا

فصار بذلك مدحاً لهم⁽²⁾. فسبحان الله الذي يقرب الأحوال كيف يشاء.

- والخلاصة أن الاستئناس في اللغة العربية له أصلان:

- الأول: أخذ الشيء من أوله وابتدائه، فهو الابتداء؛

- والثاني: الأنف، وهو المنخر المعروف في الإنسان وغيره، حساً ومعنى.

الفرع الثالث: بيان عدم صلاحية المصطلحات السابقة، والإبقاء على مصطلح «النقض»:

من خلال التعاريف اللغوية السابقة للمصطلحات: المراجعة، الفسخ، الرد، والنسخ، والاستئناس،

فإنه يمكن القول بعدم صلاحيتها في الاصطلاح في موضوعنا وبحسنا، وذلك كالاتي:

- فبالنسبة لمصطلح: «المراجعة» فإنه لا يدل على إبطال الحكم بدقة، وذلك على أساس أن

دلالة مصطلح «المراجعة» من الناحية اللغوية لا تدل إلا على الرجوع والعودة إلى الأمر من جديد،

وإعادة النظر فيها، دون إبطالها، ومن ثم فإن مصطلح «المراجعة» مصطلح قاصر لا يفي بالمعنى التام

لإبطال الأحكام القضائية، وإن استعمله بعض المعاصرين⁽³⁾ استناداً إلى ما ورد في رسالة عمر بن

الخطاب إلى أبي موسى الأشعري - ب - حيث ورد فيها ما نصه: « وَلَا يَمْنَعَنَّكَ قَضَاءُ قَضَيْتَ فِيهِ

الْيَوْمَ، فَارْجَعْتَ فِيهِ رَأْيَكَ ، فَهَدَيْتَ فِيهِ لِرُشْدِكَ أَنْ تَرُاجِعَ فِيهِ الْحَقَّ، فَإِنَّ الْحَقَّ قَدِيمٌ لَا يَبْطُلُهُ شَيْءٌ،

(1) - ابن فارس، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: أنف. ابن منظور، المصدر نفسه، ج1، ص116، مادة: أنف. الفيروز آبادي، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: أنف.

(2) - ابن فارس، معجم المقاييس في اللغة، مصدر سابق، ص92، مادة: أنف. ابن منظور، لسان العرب المحيط، مصدر سابق، ج1، ص116، مادة: أنف. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ص714، مادة: أنف.

(3) - بوضياف، عمار، السلطة القضائية بين الشريعة والقانون، دار ربحانة، الجزائر، دط، ص140. وانظر: مقاله أيضاً: من روائع القضاء الإسلامي، سلطة القاضي في مراجعة حكمه. مقال منشور، بمجلة أصداء جامعية، المركز الجامعي العربي التبسي، تبسة، ص5، صفر 1425هـ- أبريل 2004م، ص15. عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء في المملكة العربية السعودية، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، 1993م، ص465. بلعروس، محمد، القضاء على الغائب، ص116. القاسمي، ظافر، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي-الكتاب الثاني: السلطة القضائية، دار النفائس، بيروت، ط1، 1978م، ص536، 542. عميور، راضية، مبدأ مراجعة الأحكام القضائية بين الشريعة الإسلامية و النظم الوضعية، رسالة ماجستير غير منشورة في الشريعة والقانون، بإشراف الدكتور: محمد لخضر مالكي، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية: 1425هـ-1426هـ-2004م، و الرسالة كلها تستعمل مصطلح «المراجعة». وما يلاحظ عليها أنها لا تذكر لنا أي دليل في التأسيس للمصطلح.

وَمُرَاجَعَةُ الْحَقِّ خَيْرٌ مِنَ التَّمَادِي فِي الْبَاطِلِ»⁽¹⁾.

- وكذلك مصطلح «الفسخ» لا يدل على الإبطال مباشرة، صحيح أنه يدل على الإبطال ولكن بطريق غير مباشر، حيث إن الفسخ هو النقض، والنقض هو الإبطال، في حين أن «النقض» يدل على الإبطال مباشرة، ومن ثم فإنَّ المصطلح الأدق هو «النقض» لا «الفسخ»، لأنَّ الأول يدل على الإبطال مباشرة، والثاني يدل عليه ولكن بطريق غير مباشر، ولا شك أن ما هو مباشر في أداء المعنى أولى وأدق مما هو غير مباشر.

هذا، و قد عدد بحق أحد الباحثين المعاصرين⁽²⁾ فروقا ثلاثة بين النقض والفسخ، وهي:

- أن النقض يكون إظهارا للبطلان، بينما الفسخ يدخل على الفاسد والصحيح، كفسخ العقود.
- أن الفسخ قد يقصد به رفع حكم العقد دون إبطاله، كفسخ النكاح للعيب.
- النقض يقبل النقض عند غالب الفقهاء، على خلاف الفسخ فإنه لا يقبل.
- أما «الرَّدُّ» فهو لا يدل على الإبطال، لأنَّه يدل على الرجوع وصرف الشيء إلى غيره، صحيح أنه يدل على إعادة النظر ضمنا لكن لا يدل على الإبطال بدقة وبوضوح صريح، وإذا كان الرد من معانيه الفسخ، فإنَّ الفسخ لا يدل على الإبطال بطريق مباشر، وإنما بطريق غير مباشر، بمعنى آخر، في الموازنة بين «الرَّدُّ» و«الْفَسْخُ»، فإنَّ الْفَسْخَ أقرب إلى الدَّلالة على الإبطال من الرَّدِّ.
- أما «النَّسْخُ» فيلاحظ أنَّ من معانيه الإبطال، ومن ثم يمكن استعماله في الاصطلاح على إبطال الأحكام القضائية، إلا أنه نظرا لاستعماله في النصوص الشرعية، و بالأخص في نسخ القرآن بالقرآن أو بالسنة، خاصة وأنَّ القرآن ورد به بهذا المعنى في قوله تعالى: ﴿مَا نَسَخَ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَا أَوْ مِثْلَهَا﴾ [سورة البقرة: 106]، فإنه لا يمكن استعماله في العمل البشري، وخاصة الأحكام القضائية، وذلك لأنَّ النَّسْخَ من أنواعه نسخ الحكم دون نسخ التلاوة⁽³⁾، فيبقى النص يتلى ويتعبد به، ولكن الحكم لا يعمل به، بخلاف الحكم القضائي فإنه لا يتلى ولا يتعبد به إن قلنا: نسخ الحكم، وأنَّ الأفضل استبعاد مصطلح «النسخ» من الاصطلاح في الدلالة على الإبطال لأحكام القضائية.
- وبخصوص «الاستئناف» فإن معناه تجديد النزاع فقط دون القطع بالإبطال أو عدمه، ذلك أن

(1) - البيهقي، السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب لا يجبل حكم القاضي المقضي له والمقضي عليه، ولا يجعل الحلال على واحد منهما ولا الحرام على واحد منهما حالاً، ج10، ص150. وكيع، محمد بن خلف، أخبار القضاة، عالم الكتب، بيروت، د ط، ج1، ص71-72. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص30-31.

(2) - أنظر: عبد المقصود، عبد الخالق غريب، نقض الأحكام القضائية في التشريع الإسلامي، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، 1405هـ- 1985م، ص16-17. نقلا عن: كامل، مراد، حجية الحكم القضائي - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2007م-2008م، ص54، الهامش 02.

(3) - أنظر على سبيل المثال: الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج1، ص174-175. الأمدي، الإحكام، مصدر سابق، ج3، ص96-97.

الحكم عندما يستأنف عند قاضٍ آخر إما أن يكون صحيحاً فلا ينقض، وإما أن يكون باطلاً فينقض، و من ثم، فالاستئناف لا يعني بالضرورة إبطال الحكم القضائي، وإنما يقتصر على تجديد النزاع و النظر فيه من جديد فقط دون قطع بالإبطال.

المطلب الثاني: تعريف النقض لغة واصطلاحاً:

نتناول هذا المطلب في ثلاثة فروع نخصص الأول للتعريف اللغوي للنقض، والثاني نخصصه للتعريف الاصطلاحي، والثالث في العلاقة بين التعريفين اللغوي والاصطلاحي.

الفرع الأول: تعريف النقض لغة:

النَّقْضُ لغة من نَقَضَ، يَنْقُضُ، نَقَّضًا، وَانْتَقَضَ، وَتَنَقَّضَ، له أصل صحيح واحد: هو الإبطال، والنكث، وإفساد الشيء بعد إحكامه وإبرامه. فهو ضد الإحكام والإبرام حساً ومعنى، فيكون في البناء؛ ويكون في العقود والأحكام والعهود⁽¹⁾.

قال ابن فارس: «التُّنُونُ والقاف والضاد أصلٌ صحيحٌ يدلُّ على نَكَثَ شَيْءٌ»⁽²⁾.

وقال ابن منظور: «النَّقْضُ إفسادُ ما أبرمتَ من عقدٍ أو بناءٍ»⁽³⁾.

وعلى هذا المعنى يأتي قولهم: نَقَضْتُ البناءَ: إذا هدمته، وَنَقَّضْتُ الحبلَ، إذا حللت برمه، وَنَقَّضْتُ الغزلَ: إذا نكثته، وحللتته، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِي نَقَّضَتْ غَزَلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَا﴾ [سورة النحل: 92].

فَنَقَّضَ الحبلَ أو الوَلِ: حَلُّ طاقاته وعُقده. ومعنى الآية: ولا تكونوا كمثلك المرأة الحمقاء التي تفتل غزلها ثم تنقضه وتحله، وتتركه مرة أخرى قطعاً منكوثاً ومحلولة⁽⁴⁾. ومن ثم فعلها عبث ولعب. ويقال: وانتقضت القرحة: كأنها تلاءمت ثم انتقضت⁽⁵⁾، وانتقض الأمر بعد التمامه، وانتقض أمر الشجر بعد سده⁽⁶⁾.

(1) - ابن فارس، معجم المقاييس، ص 1045، مادة: نقض. ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج 14، ص 262. مادة: نقض. ابن دريد، جمهرة اللغة، مصدر سابق، ج 2، ص 910. مادة: نقض. الراغب الأصفهاني، المفردات، مصدر سابق، ص 505. مادة: نقض.

(2) - ابن فارس، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: نقض.

(3) - ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: نقض.

(4) - قال ابن عطية مفسراً هذا الآية وذاكر أقول العلماء فيها: «شبهت هذه الآية الذي يحلف أو يعاهد أو يبرم عقدة بالمرأة التي تغزل غزلها وتفتله محكماً، وشبه الذي ينقض عهده بعد الإحكام بتلك الغازلة إذا نقضت قوى ذلك الغزل، فحلته بعد إبرامه. ويروى أن امرأة حمقاء كانت بمكة، تسمى: ربيعة بنت سعد، كانت تفعل ذلك، فيها وقع التشبيه، قاله عبد الله بن كثير والسدي، ولم يسميا المرأة. وقيل: كانت امرأة موسوسة تسمى: خطية تغزل عند الحجر وتفعل ذلك. وقال مجاهد وقتادة: ذلك ضرب مثل لا على امرأة معينة». انظر: ابن عطية، أبو محمد عبد الحق بن غالب، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1413هـ-1993م، ج 3، ص 417-418. قطب، سيد، في ظلال القرآن، دار الشروق، بيروت، ط 11، 1405هـ-1985م، ج 14، ص 2191.

(5) - ابن فارس، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: نقض.

(6) - ابن منظور، المصدر نفسها، ج 14، ص 263. مادة: نقض.

والتَّقْضُ، بكسر النون، اسم البناء المنقوض إذا هدم، والجمع أَنْقَاضٌ⁽¹⁾. والتَّقْيِضُ اسم الشيء أو الأمر المنقوض⁽²⁾. ولذلك يقال للبعير المهزول: نقض، كأن الأسفار نَقَضَتْهُ. وجمعه أَنْقَاضٌ، فأصبح مهزولاً من كثرة السفر والترحال، فكأن السفر نَقَضَ بنيته، والأثني: نَقَضَةٌ، والجمع: أَنْقَاضٌ⁽³⁾.
والإنتقَاضُ: الانتكاث، والتَّقْضُ: ما نكث من الأحيية والأكسية فغزل ثانية، وانتقَاضةٌ: ما نُقِضَ من ذلك، والتَّقْضُ: المنقوض، مثل النكث.

والتَّقْضُ: مُنتَقِضُ الأَرْضِ من الكمأة، وهو الموضع الذي يَنْتَقِضُ عن الكمأة إذا أرادت أن تخرج نَقَضَتْ وجه الأرض نَقْضًا، فانتقَضتِ الأرض وتفتطرت.
- قال جرير:

كَأَنَّ الْفُلَانِيَّاتِ أَنْقَاضُ كِمَاءَةٍ لَأَوَّلِ جَانٍ بِالْعَصَا يَسْتَشِيرُهَا⁽⁴⁾

والتَّقْضُ يكون في الماديات والأشياء المحسوسة، كالبناء والحبل، ويكون في المعنويات، كالعهد والعقد والحكم والإيمان، ومنه نَقَضَ العَهدَ: أي نكثه وإبطاله، وإفساده بعد إبرامه، قال تعالى: ﴿الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ﴾ [سورة البقرة: 27].

وكذلك نَقَضَ الإيمان، قال تعالى: ﴿وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾ [سورة النحل: 91]، وقال: ﴿ثُمَّ يَنْقُضُونَ عَهْدَهُمْ فِي كُلِّ مَرْوَةٍ﴾ [سورة الأنفال: 56]، وقال: ﴿الَّذِينَ يُوْفُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَلَا يَنْقُضُونَ الْمِيثَاقَ﴾ [سورة الرعد: 20]، وقال: ﴿فِيمَا نَقَضْتَهُمْ مِيثَاقَهُمْ وَكُفِّرَهُمْ بِآيَاتِ اللَّهِ﴾ [سورة النساء: 155]، وقال تعالى: ﴿فِيمَا نَقَضْتَهُمْ مِيثَاقَهُمْ لَعْنَتُهُمْ وَجَعَلْنَا قُلُوبَهُمْ قَلَسِيَةً﴾ [سورة المائدة: 13].
ويقول العرب: نَقَضَ ما أبرمه، أي أبطله، وانتقَضَ الشيء: أي فسد بعد إحكامه، وانتقَضتِ الطهارة: أي بطلت⁽⁵⁾.

والمناقضة: هي مفاعلة من نقض البناء وهدمه، أي ينقضُ قولي وأنقضُ قوله: والمعنى: المراجعة والمرادة.

وَنَاقِضُهُ فِي الشَّيْءِ، مُنَاقِضَةٌ، وَنِقَاضًا: خالفه وعارضه، ونَقِيضُكَ: الذي يخالفك.

قال الشاعر:

(1) - ابن منظور، المصدر نفسه، ج14، ص262-263. مادة: نقض.

(2) - ابن فارس، معجم المقاييس، ص1045، مادة: نقض.

(3) - ابن فارس، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: نقض. ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج14، ص263. مادة: نقض. ابن دريد،

جمهرة اللغة، مصدر سابق، ج2، ص910. مادة: نقض.

(4) - ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: نقض. الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص427، مادة: نقض.

(5) - الفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، ص230، مادة: نقض.

وكان أبو العيوف أخواً وجاراً
وذا رحمٍ، فقلتُ له نقاضاً

أي: ناقضته في قوله وهجوة إياي.

- والمناقضة في القول: أن يتكلم بما يتناقض معناه ويتخالف.

- والنقض في الشعر: ما ينقض به. قال الشاعر:

إني أرى الدهرَ ذا نقضٍ وإمرارٍ

أي: ما أمر عاد عليه فنقضه، وكذلك المناقضة في الشعر: ينقض الشاعر الآخر ما قاله الأول،
والنقيضة: الاسم، يُجمع على النقايض، ولذلك قالوا: نقائص جرير والفرزق⁽¹⁾.

والنقض: العسل يسوس فيؤخذ، فيدق، فيلطح به موضع النحل مع الأس، فتأنيه النحل، فتعسل
فيه⁽²⁾.

- والنقيض أيضاً: جنس من الأصوات لمفاصل الإنسان والفراريج والعقرب والضفدع والعقاب
والنعام والسُماني والبازي والوبر والوزغ، وقد أنقض: أي صدر فيه صوت، قال الشاعر:

فلما تجاذبنا تفرقع ظهره
كما ينقض الوزغان، زقاً عيونها

- وأنقضت العقاب: أي صوتت، وانشد الأصمعي:

تنقض إنقاض الدجاج المخض

والإنقاض والكثيت: أصوات صغار الإبل، والقرقرة والهدير: أصوات مسان الإبل، قال شظاظ،
وهو لص من بني ضبة:

رب عجوز من نمير شهيرة
علمتها الإنقاض بعد القرقره

أي: أسمعتها صوت الإنقاض، والمعنى: سرقت بغيرها التي كانت تقرقر به، وتركت لها بكرًا تنقض
به.

وسبب ذلك أن هذا الشاعر، شظاظ، اجتاز على امرأة من نمير تعقل بغيراً لها وتتعوذ من
شظاظ، وكان شظاظ على بكر، فنزل وسرق بغيرها وترك هناك بكره⁽³⁾.

وتنقضت عظامه: أي صوتت، قال ابن فارس: «أما الصوت فيقال لصوت المفاصل: نقيضها،

(1) - ابن فارس، معجم المقاييس، مصدر سابق، ص1045، مادة: نقض. ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج14، ص262-
263. مادة: نقض. الراغب الأصفهاني، المفردات، مصدر سابق، ص506. مادة: نقض. ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن
محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث و الأثر، اعتناء: رائد بن صبري بن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية، عمان، ط3، 2003م،
ص925. مادة: نقض.

(2) - ابن منظور، المصدر نفسه، ج14، ص263. مادة: نقض.

(3) - ابن فارس، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: نقض. ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: نقض. الراغب الأصفهاني، المصدر و
الصفحة نفسها. مادة: نقض.

ومعنى شهيرة: العجوز الكبيرة. ابن منظور، المصدر نفسه، ج7، ص222. مادة: شهيرة.

وهو قريب من الأول، لأنها تَنْقِضُ فيسمع لها صوت عند ذلك»⁽¹⁾.

وتقول العرب: وَأَنْقَضَ الحَمْلَ ظَهْرَهُ: أثقله وجعل ينقض من ثقله، أي يَصَوْتُ، وفي التنزيل العزيز: ﴿وَوَضَعْنَا عَنكَ وَزْرَكَ ﴿٢﴾ الَّذِي أَنْقَضَ ظَهْرَكَ ﴿٣﴾﴾ [سورة الشرح] أي جعله يسمع له نقيض من ثقله، والأصل فيه أن الظهر إذا أثقله الحمل سمع له نقيض: أي صوت خفي، كما ينقض الرجل لحمارة إذا ساقه.

وقال الطبري في معنى الآية: «﴿وَوَضَعْنَا عَنكَ وَزْرَكَ ﴿٢﴾﴾ وَضَعْنَا عَنكَ وَزْرَكَ، وَذَبَبَكَ الَّذِي أَثْقَلَ ظَهْرَكَ، وَوَضَعْنَا عَنكَ، وَحَفَظْنَا عَنكَ مَا أَثْقَلَ ظَهْرَكَ»⁽²⁾.

وقال ابن كثير: «ومعنى قوله: ﴿الَّذِي أَنْقَضَ ظَهْرَكَ ﴿٣﴾﴾: أي أثقلت حملة»⁽³⁾.

وكل صوت لمفصل إصبع فهو نقيض: وقد أنقض ظهر فلان، إذا سمع له نقيض، قال الشاعر:

وَحُزْنٌ تَنْقِضُ الأَضْلَاعُ مِنْهُ مَثْقَمٌ فِي الجَوَانِحِ لَنْ يَزُولَا

ونقيض المحجمة: صوتها إذا أشدها الحجام بمصه، يقال: أنقضت المحجمة، قال الأعشى:

زَوَى بَيْنَ عَيْنَيْهِ نَقِيضُ المَحَاجِمِ

وأنقض لرجل: إذا أط. قال الشاعر ذو الرمة، وقد شبه أطيبت الرجال بأصوات الفراريج:

كَأَنَّ أَصْوَاتَ مِنْ إِيغَالِهِنَّ بِنَا أَوَاخِرِ المَيْسِ إِنْقَاضِ الفَرَارِيجِ⁽⁴⁾

وقال الشاعر:

شَيْبَ أَصْدَاغِي فَهِنَّ بِيضُ مَحَامِلٌ لَقِدْهَا نَقِيضُ⁽⁵⁾

- ونقيض السقف: تحريك خشبه، وأنقض الغرفة: تشققت، وجاء صوتها، فأنقض الحمار، أي

نقر بلسانه في فيه، وأنقض بيديه، صفق بإحدى يديه على الأخرى، حتى سمع لها نقيض أي صوت.

- وإنقاض العلك: تصويته، وأنقض أصابعه: صوت بها، وأنقض بالدابة: ألصق لسانه بالغار

الأعلى ثم صوت في حافيته من غير أن يرفع طرفه عن موضعه، وأنقضت العنز إنقاضاً: إذا دعوتها.

- ونقض الفرس ورفض: إذا أدلى ولم يستحكم إنغاطه. وأنقضت الأرض: بدا نباتها⁽¹⁾.

(1) - ابن فارس، معجم المقاييس، مصدر سابق، ص 1045، مادة: نقض.

(2) - الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، جامع البيان في تفسير القرآن، دار المعرفة، بيروت، د.ت، ج 30، ص 150.

(3) - ابن كثير، عماد الدين أبو الفداء إسماعيل القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار نوبليس، بيروت، ط 1، 2006م، ج 24، ص 62.

(4) - البيت في: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج 14، ص 264. وانظر أيضا: ابن حاتم الباهلي، أبو نصر أحمد صاحب الأصمعي،

ديوان ذي الرمة عيلان بن عقبة العدوي (ت 117هـ)، تحقيق: عبد القدوس أبو صالح، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 3، 1414هـ-1993م،

ج 2، ص 996. والمعنى: «كأن أصوات الميس أنقاض. أي صوت الفراريج، والإيغال: المضي والإبعاد. والميس: الرجل. والميس: شجر تعمل منه

الرجال». ابن حاتم الباهلي، المصدر نفسه، ص 996-997.

(5) - البيت في: ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: نقض. وابن دريد: جمهرة اللغة، مصدر سابق، ج 2، ص 910.

- وأنقَضَتِ الدَّجَاجَةُ تَنْقُضُ إِنْقَاضًا: هو صوتُها في وقت البيض.
- وحقيقة الإنقاض ليس الصوتُ، إنما هو انتقاضُها في نفسها لكي يكون منها الصوتُ في ذلك الوقت، فعبّر عن الصوت به⁽²⁾.

وبخصوص العلاقة بين هذا المعنى للنقض (الصوت) والمعنى الأول، الإبطال والإفساد والحل بعد الإبرام، أنه تعبير مجازي، أما المعنى الأصلي فهو إبطال إفساد الشيء و حله بعد إبرامه وإحكامه⁽³⁾.
والخلاصة أن النَّقْضَ لغة هو الإبطال والنكث وإفساد الشيء بعد إبرامه، ويكون في المحسوس والمعنوي، وكذلك الصوت.

الفرع الثاني: تعريف النقض اصطلاحاً:

تتشارك عدة علوم في استعمال مصطلح «النقض»، لكن في كل علم دلالة معينة تختلف عن معناه في علم آخر.
والعلوم التي تتشارك في مصطلح «النقض» ثلاثة هي: علم العروض، وعلم أصول الفقه، وعلم الفقه.

وإليك بيان هذه التعريفات للنقض في هذه العلوم الثلاثة، وفق الخطة الآتية:

البند الأول: تعريف النقض اصطلاحاً في علم العروض.

البند الثاني: تعريف النقض اصطلاحاً في علم أصول الفقه.

البند الثالث: تعريف النقض اصطلاحاً في علم الفقه القضائي.

وإليك هذه البنود بالتسلسل والترتيب.

البند الأول: تعريف النقض اصطلاحاً في علم العروض:

النقض في علم العروض هو: «حذف الحرف السابع الساكن من «مفاعلتن» وتسكين الخامس. كحذف نونه وإسكان لامه ليبقى «مفاعلت»، فينقل إلى «مفاعيل»، ويسمى منقوضاً»⁽⁴⁾.

البند الثاني: تعريف النقض اصطلاحاً في علمي أصول الفقه و الجدل:

يعرّف الأصوليون والجدليون النقض بأنه: «تخلف الحكم مع وجود العلة، ولو في صورة

(1) - ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج14، ص264. مادة: نقض. وابن الأثير: النهاية في غريب الحديث، مصدر سابق، ص95..

(2) - الراغب الأصفهاني، المفردات، مصدر سابق، ص506. مادة: نقض.

(3) - أنظر: الحصري، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص175.

(4) - الجرجاني، علي بن محمد السيد الشريف، التعريفات، تحقيق: عبد المنعم الحنفي، دار الرشاد، القاهرة، دط، ص273.

واحدة»⁽¹⁾.

قال الباجي: «النقض: وجود العلة مع عدم الحكم»⁽²⁾.

و قال الأمدي: «وهو عبارة عن تخلف الحكم مع وجود ما ادعى كونه علة له»⁽³⁾.

ومعنى هذه التعاريف وغيرها⁽⁴⁾ أنّ الأصل و القاعدة أنّه متى وجدت العلة وجد الحكم معها، فإذا وجدت علة الربا في معاملة ما كانت تلك المعاملة باطلة ومحرمة، ولكن قد توجد في بعض الحالات العلة، ومع ذلك قد يتخلف الحكم عنها.

- و لنمثل⁽⁵⁾ لذلك بحكم النباش⁽⁶⁾، فإذا سرق النباش نصاباً كاملاً من حرز مثله، فإنّ الأصل الأصل أنّ حكمه القطع مثل السارق، إلاّ أنّه ينتقض بالولد يسرق مال والده، وصاحب الدّين يسرق مال مديونه، فإنّ العلة والوصف موجود فيهما ولا يقطعان، فكذلك النباش لا يقطع يده، ففي هذا المثال أبدت العلة والوصف، لكن الحكم، وهو القطع، لم يترتب، وهذا هو النقض فهو تخلف الحكم مع الرغم من وجود العلة.

- ومثال⁽⁷⁾ النقض كذلك أن يقول الشافعي فيمن ترك النية في الصوم ليلاً: تعرى أول صومه عن النية فلا يصح، لأنّ الصوم عبارة عن إمساك النهار جميعه مع النية، فيجعل العراء عن النية في أول الصوم علة بطلانه، فيقول الخصم له: هذه العلة منقوضة بصوم التطوع، فإنّه يصح من غير تثبيت النية، وبهذا تكون العلة، وهي عراء أول الصوم عن النية قد وجدت في صوم التطوع، وتخلف الحكم وهو عدم الصوم عنه، لأنّ الصوم في هذه الحالة صحيح.

ونشير فقط أنّ علماء الأصول بحثوا النقض ضمن دليل القياس، وبالضبط في باب الاعتراضات

(1) - الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج2، ص195. وانظر أيضاً: الباجي، أبو الوليد، سليمان بن خلف، المنهاج في ترتيب الحجاج، تحقيق: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1987، ص185. البروي، محمد بن محمد الشافعي (ت567هـ)، المقترح في المصطلح، تحقيق: شريفة بنت علي بن سليمان الحوشاني، دار الوراق، دار النيبس، بيروت، الرياض، ط1، 1424هـ-2004م، ص331. الغزالي، أبو حامد، المنتخل في الجدل، تحقيق: علي بن عبد العزيز بن علي العميري، دار الوراق، دار النيبس، بيروت، الرياض، ط1، 1424هـ-2004م، ص445.

(2) - الباجي، المصدر و الصفحة نفسها. وكذلك كتابه: إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1407هـ-1986م، ص658.

(3) - الأمدي، الإحكام، مصدر سابق، ج4، ص262.

(4) - الغزالي، المستصفي، مصدر سابق، ج2، ص271. ابن بدران الدمشقي، عبد القادر بن أحمد، نزهة الخاطر العاطر شرح كتاب روضة الناظر وجنة المناظر، د.م.ت، ج2، ص363-364.

(5) - السبكي، الإبهاج، مصدر سابق، ج3، ص84. الرازي، المحصول، مصدر سابق، ج5، ص237.

(6) - النباش لغة من النيش، وهو كشف المكنون و استخراجه. والنباش على صيغة مبالغة المراد هنا: من ينش القبور و يستخرج ما فيها من أكفان ونحوها بقصد الانتفاع بها. أنظر: الفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، ص304، مادة: نيش.

(7) - السبكي وولده، المصدر نفسه، ج3، ص84-85.

الواردة على القياس⁽¹⁾، وهي: «ما يعترض به المُعْتَرِضُ على كلام المُسْتَدَلِ»⁽²⁾. وهذا الاعتراضات كثيرة ومتعددة، وقد أطنب الجدليون في بيانها، ووسعوا دائرة الأبحاث فيها، حتى ذكر بعضهم⁽³⁾ منها ثلاثين اعتراضاً، وبعضهم خمسة وعشرين، وبعضهم⁽⁴⁾ جعلها عشرة، وجعل الباقي راجعة إليها. وبعضهم⁽⁵⁾ جعلها ستة. وبعضهم⁽⁶⁾ جعلها خمسة عشر اعتراضاً. وهناك⁽⁷⁾ من جعلها خمسة. ونشير كذلك أنّ النقض بهذا التعريف الأصولي هو أيضاً من موضوعات علم الجدل⁽⁸⁾، لأنّها اعتراضات ترد على القياس.

البند الثالث: تعريف النقض اصطلاحاً في علم الفقه:

للوقوف على تعريف النقض اصطلاحاً في علم الفقه، فإننا نتبع الخطة الآتية:

أولاً: تعريف البنائي المالكي للنقض اصطلاحاً.

ثانياً: تعريف بعض الشافعية للنقض اصطلاحاً.

ثالثاً: تعريف تقي الدين السبكي (الأب) الشافعي للنقض اصطلاحاً.

رابعاً: تعاريف بعض المعاصرين للنقض اصطلاحاً.

خامساً: تعريفنا.

وإليك هذه العناصر بالترتيب.

أولاً: تعريف البنائي المالكي للنقض اصطلاحاً:

يعرّف البنائي المالكي النقض قائلاً: «النقض هو فسخ [الحكم] ما عُلِمَ بظاهر الخطأ فيه»⁽⁹⁾.

ثانياً: تعريف النقض اصطلاحاً عند بعض الشافعية:

يُؤف بعض الشافعية النقض بأنه: إظهار بطلان الحكم القضائي، وأنه لم يصح من أصله.

ومن نصوصهم في هذا قول الكوهجي: «(نقضه هو وغيره) ليتيقن الخطأ فيه. والمراد: إظهار

(1) - الآمدي، الإحكام، مصدر سابق، ج4، ص250-280. الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج2، ص194. الباجي، المنهاج، مصدر سابق، ص148. السبكي وولده، المصدر نفسه، ج3، ص84.

(2) - الشوكاني، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - الآمدي، المصدر و الصفحة نفسها. الشوكاني، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - وهي: فساد الوضع، عدم التأثير، القول بالموجب، النقض، القلب، المنع، التقسيم، المعارضة، المطالبة. أنظر: الشوكاني، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - وهي: النقض، وعدم التأثير، والكسر، والقلب، والقول بالموجب، والفرق. أنظر: السبكي وولده، المصدر و الصفحة نفسها.

(6) - الباجي، المصدر نفسه، ص148-149.

(7) - الباجي، المصدر و الصفحة نفسها.

(8) - وهي: النقض، وعدم التأثير، والقلب، والقول بالموجب، والفرق. أنظر: الباجي، المصدر نفسه، ص185. البروي، المقترح في المصطلح، مصدر سابق، ص331. الغزالي، المنتخل في الجدل، مصدر سابق، ص445.

(9) - البنائي، حاشية على شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج7، ص145.

البطلان»⁽¹⁾.

وقال ابن حجر الهيتمي الشافعي: «ومعنى النقض هنا: إظهار بطلانه وأنه لم يصادف محلاً»⁽²⁾.
وقال أيضاً: «(نقضه) أي: أظهر بطلانه»⁽³⁾.

وقال الرملي: «(نقضه) وجوباً أي: أظهر بطلانه»⁽⁴⁾. وقال أيضاً: «فقولهم: «نقضه» أي: أظهر
نقضه»⁽⁵⁾.

وقال السيوطي: «... ينقض الحكم بمعنى: أنا تَبَيَّنَّا بطلانه»⁽⁶⁾.

ولا شك أن هذا التعريف يحتاج إلى بعض البيان، وإليك وجهه:

- قولهم: «إظهار»: هو قيد قصد به الشافعية الاحتراز من إنشاء الإبطال، أي أن القاضي
عندما يبطل الحكم بالنقض فهو يخبر بالإبطال ولا ينشؤه ابتداءً، فهو يقوم بإظهار الإبطال فقط، ومن
ثم فهو مخبر وكاشف عنه لا غير، لأنَّ الحكم إذا صدر من القاضي، وهو يتضمن سبباً ووجهاً من أوجه
النقض كمخالفة نص أو إجماع أو قياس جلي، فإنَّه يصدر باطلاً من أصله وابتداءً، وعمل القاضي
الذي يمارس وظيفة النقض، وهو كشف وإظهار هذا البطلان فقط، لا أن الحكم كان صحيحاً حتى قام
القاضي بنقضه. فالحكم أصلاً وابتداءً غير صحيح، وإنما دور القاضي هو كشف انتقاض الحكم لا
إنشاؤه.

والذي دلَّ على هذا المعنى نصوص للشافعية منها ما قاله النووي: «قال الإمام: ومعنى نقضه: أنا
نتبين الأمر على خلاف ما ظنه وحكم به، فإن كان المشهود به طلاقاً، أو عتقاً، أو عقداً، فقد بان أنه
لا طلاق، ولا عتق، ولا عقد»⁽⁷⁾.

وقال الخطيب الشربيني: «وفي تعبيرهم: بنقض وانتقض، مسامحة، إذ المراد: أن الحكم لم يصح من
أصله. ثَبَّه عليه ابن عبد السلام»⁽⁸⁾ عزالدين الشافعي (ت 666 هـ).

(1) - الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج 4، ص 589. وانظر كذلك: الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 6،
ص 361-362.

(2) - ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج 10، ص 239.

(3) - ابن حجر الهيتمي، المصدر نفسه، ج 10، ص 144.

(4) - الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج 8، ص 285.

(5) - الرملي، حاشية على أسنى المطالب، مصدر سابق، ج 6، ص 312.

(6) - السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في فروع وقواعد فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1411 هـ-
1991 م، ص 130.

(7) - النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج 8، ص 278.

(8) - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 6، ص 294. الرملي، نهاية المحتاج، المصدر نفسه، ج 8، ص 258-307.
زكريا الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، أسنى المطالب شرح روض الطالب، تحقيق: محمد مطرجي، دار الفكر، بيروت، ط 1، 1428 هـ-
1429 هـ-2008 م، ج 6، ص 312. وانظر أيضاً: الشرواني، حاشية على تحفة المحتاج، مطبوع على هامش التحفة لابن حجر، دار إحياء
التراث العربي، دط، دت، ج 10، ص 144.

ومن خلال هذه النصوص، فإنَّ النقض هو تعبير مجازي ومساحة يدل على الإبطال، وذلك لأنَّ الأصل في مادة: «نقض»، أن تكون لإبطال أمر قد أبرم وأحكم والحال بخلاف ذلك، لأنَّ الحكم صدر باطلاً من أصله، ولم يبرم ويحكم في الباطن.

ولكن السؤال المطروح هنا: ما هي الفائدة من هذا القيد والتعبير «الإظهار» لا «الإنشاء»؟ الواقع أن هذا القيد لا فائدة منه من الناحية الإجرائية العملية، بحيث يبدو الأمر مجرد تصوير وتنميق لفظي لا غير.

ثالثاً: تعريف تقي الدين السبكي الشافعي للنقض اصطلاحاً:

لتقي الدين السُّبكي (الأب) تعريف حسن جدا للنقض، ويتبين لنا ذلك من خلال بيانه حالات نقض الحكم، وهي أربع حالات، وكان في كل حالة يعطي جزءاً من التعريف، وبالجمع بين هذه الأجزاء والتركيب والتأليف بينها يمكن تعريف النقض بأنه: «إبطال الحكم الذي ظهر به الخلل، سواء كان هذا الخلل في المستند، أو في المقضي به، أو الطريق، أو في القاضي».

وعبارة السُّبكي تقي الدين الدالة على هذا التعريف هي: «ولا شك أن الحكم إنما ينقض لتبين خطئه، ولا شك أن الحاكم منصوب لأن يحكم بحكم الشرع، وأحكام الشرع منوطة بأسباب تتعلق بوجودها، ووجودها يثبت عند الحاكم بطريق شرعي، فالخطأ لا يعدو هذه المواطن الثلاثة⁽¹⁾»:

- أحدها: أن يكون في الحكم الشرعي: بأن يكون حكم بخلاف النص أو الإجماع أو القياس الجلي، فينقض إذا تبين ذلك لتحقق الخلل في الحكم، وليس معنى النقض الحل بعد العقد، بل الحكم يبطل ببطلان الحكم المتقدم، وبيان أنه لم يقع صحيحاً لأنه ليس بحكم الشرع، والحاكم نائب الشرع فلا يصح منه الحكم بغير حكمه.

ولفظه: نقض الحكم؛ ممكنة لأن المقصود إبطال ذات الحكم الذي وقع، ويقرب منه إذا حكم بغير علم فإنه ينقض وإن صادف الحق، والخلل هنا في الحاكم لا في الحكم لكنه قريب منه ولفظة النقض هنا أيضاً ممكنة لأن المقصود إبطال فعل الحاكم ويبقى الأمر على ما كان عليه حتى يصدر ذلك الحكم من أهله.

(1) - ونشير أن تقي الدين السبكي ذكر في فتاويه ثلاثة أنواع من الخطأ فقط. أنظر: السبكي، أبو الحسن تقي الدين علي ابن عبد الكافي، فتاوى السبكي، تحقيق: حسام الدين القدسي، دار الجيل، بيروت، ط1، 1412هـ-1992م، ج2، ص435-436.

- وكذلك الأمر عند ابن الملقن حيث ذكر الأقسام الثلاثة الأولى التي ذكرها السبكي، ولم يذكر القسم الرابع الذي ذكره تاج الدين السبكي. أنظر: ابن الملقن، سراج الدين أبو حفص همر بن علي الأنصاري، قواعد ابن الملقن أو الأشباه والنظائر في قواعد الفقه، تحقيق ودراسة: مصطفى محمود الأزهرى، دار ابن القيم، الرياض بالاشتراك مع دار ابن عفا، القاهرة، ط1، 1431هـ-2010م، ج2، ص436-437.

إلا أننا استطعنا ذكر النوع الرابع من الخطأ من خلال كتاب ولده تاج الدين عبد الوهاب السبكي، حيث نقل عبارته من كتب أخرى لأبيه. - أنظر: ابن السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي، الأشباه والنظائر، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ علي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ-1991م، ج1، ص406-407.

- الثاني: أن يحصل الحكم على سبب غير موجود: ويظن القاضي وجوده بينة زور ونحوها، فإذا انكشف ذلك ينقض... والخلاف هذا في السبب ووضع الحكم في غير محله. والنقض هنا معناه: إبطال تعلق الحكم بذلك المحل. ولفظة: النقض فيه غير ممكنة لأننا لم نقض الحكم في ذاته لخطئه، وإنما نقضناه عن ذلك المحل وأخرجنا المحل عنه، فالخطأ في السبب لا في الحكم، والمخطئ هو الشاهد لا الحاكم، نعم الحاكم بفرع من الخطأ وهو ظنه وجود السبب الحاصل بالبينه.

- الثالث: أن يكون الخلل في الطريق: كما إذا حكم بشهادة كافرين، فإذا تبين ذلك ينقض... لأن المعبر من الحكم ما كان بطريقه الشرعي، فإذا كان بغير طريقه الشرعي فقد حصل الخطأ في الطريق، فنقضه لوقوعه على غير الوجه الشرعي... ولفظة النقض هنا كهي في الذي قبله. وإن كان الفقهاء أطلقوا النقض على الجميع. وهو الصحيح⁽¹⁾.

- الرابع: وقال عن الخلل الرابع - وهو في الحاكم - : «فمن حكم بغير علم نقض حكمه وإن صادف الحق، وهو أحد القاضيين اللذين في النار بشهادة الحديث⁽²⁾... لفظه النقض هنا متمكنة أيضاً، كما هي فيما إذا ظهر الخلل في نفس الحكم؛ لأن المقصود إبطال فعل الحاكم وتبقيته الأمر في الحكم على ما كان عليه حتى يصدر ذلك الحكم من أهله، كما يبطل تصرف من ليس بوكيل. قلت⁽³⁾: بل أبلغ، فإن تصرف من ليس بوكيل ربما جاء فيه قولي الفضيولي؛ فهذا لا يطرقه خلاف الفضيولي؛ فإنه إنما حكم على أنه ثابت الشرع ولسانه لسان الشرع، فإذا لم يكن كذلك لم يكن من الشرع في شيء فلا نفاذ له، وقد قال في التنبيه⁽⁴⁾: وإن كان القاضي قبله لا يصلح للقضاء تنقض أحكامه كلها أصاب فيها أو أخطأ⁽⁵⁾».

و تعريف تقي الدين السبكي الشافعي تعريف حسن و جيد، حيث إنه بيّن لنا أسباب نقض الأحكام القضائية، وأنها أربعة وهي:

- الخلل في المستند، أي مخالفة قاطع من القرآن أو السنة أو الإجماع أو القياس الجلي وغيرها.

(1) - السبكي، فتاوى السبكي، مصدر سابق، ج2، ص435-436. وانظر أيضاً: ابن السبكي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ج1، ص406-407. السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص105.

(2) - المقصود هنا حديث بريدة بن الحصيب عن النبي ﷺ قال: «الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ: وَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ؛ وَآخَرَانِ فِي النَّارِ؛ فَأَمَّا الَّذِي فِي الْجَنَّةِ فَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ، وَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَجَارَ فِي الْحُكْمِ فَهُوَ فِي النَّارِ، وَرَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ فَهُوَ فِي النَّارِ». رواه أبو داود في سننه، كتاب الأفضية، باب في القاضي يخطئ، ج3، ص297، رقم الحديث: 3573. وقال عنه: «وَهَذَا أَصَحُّ شَيْءٍ فِيهِ» يعني حديث ابن بريدة الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ. والترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب ما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ج3، ص613، رقم الحديث: 1322. وابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق، ج3، ص412، رقم الحديث: 2315.

(3) - الذي قال هنا هو ولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ت771هـ.

(4) - الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز آبادي، التنبيه في فقه الإمام الشافعي رضي الله عنه، إعداد: عماد الدين أحمد حيدر، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1403هـ-1983م، ص253.

(5) - السبكي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ج1، ص407.

- الخلل في طريق الحكم، أي بدليل من أدلة الإثبات غير المعتمدة (كقضاء القاضي بعلمه).
- الخلل في القاضي أو مصدر الحكم، وذلك باختلال شرط من شروط التولية، والاختصاص،
والولاية القضائية.

- الخلل في المقضي به، كشهادة الشهود الزور.
ولذلك فهذا التعريف يعتبر عمدة الباحثين في أسباب نقض الأحكام القضائية في الفقه
الإسلامي، كما سنراه لاحقاً.

- أما ما يتوجه إلى تعريف الإمام السبكي من نقد ومناقشة، وهو رغم إفادته لنا كثيراً، فإنه لا
يشتمل على قضية ذات أهمية كبرى وهي أن للقاضي الذي أصدر الحكم القضائي سلطة نقض حكمه
وإبطاله إذا رأى أن عيباً يشوبه. والفقهاء المسلمون متفقون على جواز نقض القاضي لحكمه الذي
أصدره إذا رأى وتبين له الخطأ⁽¹⁾.

والحق أن تمكين القاضي المصدر للحكم من نقض حكمه هو « نظرية خاصة »⁽²⁾ انفرد بها
القضاء الإسلامي عن غيره من التشريعات الوضعية، ومقتضى هذه النظرية الخاصة فإنه « للقاضي بإرادته
المنفردة ودون حاجة لطلب الخصوم أن يبادر لنقض حكمه، إذا تبين له الحق بعد أن قضى. ولا شك
أن هذه النظرية تتماشى وروح الشريعة الإسلامية ومقاصدها، كما أن في تطبيقها رعاية للحقوق،
ودعامة أساسية لانتشار العدل بين الناس، فضلاً على أنها تحمي القاضي فتفتح أمامه سبيل تصحيح
خطأه دون انتظار طلب الخصوم»⁽³⁾.

رابعاً: تعريف بعض المعاصرين للنقض اصطلاحاً:

من خلال تتبعنا لأبحاث ومؤلفات الباحثين المعاصرين استطعنا الوقوف على أربع محاولات في
تعريف النقض اصطلاحاً، الأول لمحمود جبر الفضيلات، والثاني لعبد الكريم بن محمد اللاحم، والثالث
لأحمد بن محمد بن صالح الخضير، والرابع والأخير لمحمد رواس قلعجي.
وإليك بيان هذه المحاولات، مع بيان ملاحظاتها عليها.

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج1، ص63-64. عليش، شرح منح الجليل، مرجع سابق، ج4، ص193. الدردير،
الشرح الكبير، مرجع سابق، ج6، ص45. ابن عبد الرفيع، معين الحكام، مرجع سابق، ج2، ص638. السرخسي، المبسوط، مرجع
سابق، ج16، ص62. السمناني، روضة القضاة، مرجع سابق، ج1، ص319. القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج10، ص134. ابن
قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج14، ص34. الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج2، ص2411. الرملي، نهاية المحتاج، وجع
سابق، ج8، ص258. النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج8، ص136. الصنعاني، شرف الدين الحسين بن أحمد الحيمي، الروض
النضير شرح مجموع الفقه الكبير، دار الجليل، بيروت، دط، دت، ج3، ص444.

(2) - بوضياف، عمار، السلطة القضائية، مرجع سابق، ص140-143.

(3) - بوضياف، عمار، المرجع و الصفحة نفسها.

1/- تعريف الدكتور محمود جبر الفضيلات:

قال محمود جبر الفضيلات معرفاً للنقض: «هو إبطال الحكم و عدم نفاذه إذا لم ينفذ، وإعادة المال لصاحبه إذا كان المقضي به حق للعبد، وفي حق الله كالقطع و الرجم أقوال»⁽¹⁾. وهذا التعريف فيه إيجابيات و سلبيات، فمن إيجابياته الإشارة إلى أنّ النقض هو إبطال الحكم. ومن سلبياته أنه ربط بين إبطال الحكم و التنفيذ، حيث يذكر الباحث في تعريفه أن الحكم لا يبطل إذا نفذ، وذلك حين قال: «... و عدم نفاذه إذا لم ينفذ،...»، وهذا في الحقيقة مخالف لمبدأ العدل الذي يقضي بإبطال الحكم حتى و لو تم تنفيذه، لأن الحقيقة و العدل و الإنصاف هي من أسمى مقاصد القضاء دائماً وفي كل الأحوال، وأسمى من كل تنفيذ و تطبيق. ومن سلبيات التعريف كذلك عدم الإشارة إلى أن النقض لا يتم إلا بأسباب محددة و معينة، وأنه ليس بالعمل العبثي.

2/- تعريف الدكتور عبد الكريم بن محمد الأحم:

ويعرفه بقوله: «النقض إبطال القاضي لحكمه أو حكم غيره عند وجود أسباب النقض»⁽²⁾. وهو تعريف سليم إذ جمع تقريباً كل القضايا الأساسية التي تكلم عنها الفقهاء، من صلاحية القاضي لنقض حكمه، أو حكم غيره، وكذلك حالات النقض ولو إجمالاً. أما ما يعاب على التعريف فهو تكرار كلمة النقض، والأولى أن يقول: عند وجود الأسباب الموجبة له.

3/- تعريف الدكتور أحمد بن محمد بن صالح الخضير:

وقد عرّف أحمد بن محمد بن صالح الخضير نقض الحكم القضائي بأنه: «إبطاله من قبل القاضي الذي صدر منه الحكم، أو غيره، ممن له ولاية ذلك، عند وجود سببه»⁽³⁾. ثم ذكر الخضير محترزات التعريف كالآتي:
- التعبير ب: «إبطال»: تعبير مجازي، فلا يقصد به حقيقته، وإنما يقصد به إظهار بطلان الحكم، أي عدم صحته و نفوذه، فلا تترتب عليه آثاره.
وهو بهذا يقول برأي بعض الشافعية الذين قالوا أن النقض هو إظهار إبطال الحكم لا إنشاؤه.
- «أو غيره ممن له ولاية ذلك»: أي أن النقض قد يكون من غير القاضي الذي أصدر

(1) - الفضيلات، جبر محمود، القضاء في الإسلام وآداب القاضي، دار عمار، عمان، ط1، 1412هـ-1991م، ص177.
(2) - الأحم، عبد الكريم بن محمد، نقض الأحكام القضائية في الفقه، دار إشبيلى، الرياض، ط1، 1419هـ-1999م، ص7.
(3) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص182. و أنظر أيضاً الصفحة الالكترونية الآتية: يوم التحميل: 2005/06/19م www.Islamtoday.net/question/show-articles-content.cfm.

الحكم، ويسمى بنقض القاضي لحكم غيره، وهذا بشرط أن تكون له ولاية النقض، وإلا فلا يجوز.

- « عند وجود سببه»: والمقصود أسباب النقض، وهي متعددة، منها مخالفة الكتاب والسنة و الإجماع... إلخ، ويترتب على هذا عدم جواز نقض الحكم عند عدم وجود سببه.

و هذا التعريف هو تعريف سليم وجيد، ويلم بكافة القضايا الأساسية للنقض في الفقه الإسلامي. غير أنه ينسحب عليه ما قيل في مناقشة تعريف الشافعية السابق.

4/- محمد رواس قلعجي:

يقول محمد رواس قلعجي في تعريف النقض بأنه: «نقض الحكم هو: إبطاله»⁽¹⁾.

وهذا التعريف يتميز بالاختصار الشديد، وتنقصه أغلب المحددات المتعلقة به.

خامسا: تعريفنا:

- بعد إيراد كل التعاريف والمحاولات السابقة للفقهاء المتقدمين والباحثين المعاصرين في تعريف النقض اصطلاحا، نأتي الآن إلى استثمار كل تلك التعاريف، والمحاولات لصياغة تعريف للنقض يكون من صنعنا وتأليفنا.

وبما أننا في تعريفنا للقضاء ذكرنا أركانه بصورة مجملة ومختصرة، فإننا هنا في تعريف النقض سنتبع المنهجية ذاتها، أي ذكر أركان النقض، ثم على ضوء هذه الأركان تتم صياغة تعريف للنقض.

- كما سبق الأمر أيضا أن عرفنا الركن اصطلاحا، ورأينا أن له تعريفان أو إطلاقان:

- **الأول:** الركن هو ما تقوم به حقيقة الشيء، وكان جزءا من الماهية.

- **الثاني:** الركن ما تقوم به حقيقة الشيء، ولو لم يكن جزءا من الماهية.

وتعريفنا للنقض سيكون على المعنى الثاني، لا الأول.

وعليه، وبناء على تعريف الركن، فإن أركان النقض ستة⁽²⁾، وهي:

- **الناقض:** وهو من يصدر منه النقض للحكم، وهو هنا القاضي في الأصل، وقد يكون

السلطان استثناء، وهذا ما سنراه لاحقا.

- **المنقوض:** وهو الحكم القضائي بشرائطه، بأن يصدر من مختص لذلك في منازعة، ويكون

مكتوبا.

(1) - رواس قلعجي، محمد و قنبيي، حامد صادق، معجم لغة الفقهاء - عربي - انجليزي، مع كشف انكليزي - عربي بالمصطلحات الواردة في المعجم، دار النفائس بيروت، ط2، 1408هـ-1988م، ص486، مادة: النقض.

(2) - يلاحظ أن الباحث أحمد بن محمد بن صالح الخضير أسقط ركن مستند النقض وسببه، حيث ذكر خمسة الأركان الأخرى، دون هذا، ولا شك أن هذا بجانب للضوابط، كما سنرى لاحقا. أنظر: الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص205-206.

- الصيغة: وهي كيفية النقض.

- المنقوض له: وهو من صدر حكم النقض لمصلحته، وملبياً لطلباته.

- المنقوض ضده: وهو من خسر خصومة النقض، وصدر الحكم ضده.

- مستند النقض وسببه: وهي الأدلة والحجج التي على أساسها صدر نقض الحكم، كمنخالفه القرآن، أو السنة، أو الإجماع، أو القياس الجلي، أو مخالفة أصول القضاء كالمشاورة، والإعذار، والآجال، وانعدام الصفة، أو المصلحة، أو الأهلية.

وبهذا، فإنّ أركان القضاء⁽¹⁾ هي ذاتها أركان النقض سواء بسواء.

- وبناء على هذه الأركان الستة للنقض، فإنّ تعريفنا للنقض هو كالاتي:

النقض هو: إبطال الحكم القضائي المعيب، جزئياً أو كلياً، بوسائل معينة، و شروط محددة، من طرف القاضي الذي أصدره، أو غيره من القضاة ممن له ولاية النقض، من تلقاء نفسه في حقوق الله تعالى، أو بطلب ممن له مصلحة شرعية في حقوق الأدميين، عند وجود الأسباب الموجبة له، بهدف تصحيحه مما شابه من أخطاء، صيانة للشرع؛ والقضاء؛ والقضاة؛ وتحقيقاً للعدل و الإحسان.

الفرع الثالث: العلاقة بين التعريفين اللغوي والاصطلاحي:

سبق القول بأنّ النقض لغة هو الإبطال والنكث وإفساد الشيء بعد إبرامه في الحسيات والمعنويات معاً، وكذلك الصوت، كما سبق القول أن النقض اصطلاحاً هو إبطال الأحكام متى وجد سببه، ومن ثمّ فإنّ العلاقة بين المعنيين أو التعريفين اللغوي والاصطلاحي الفقهي هي الإبطال بعد الإبرام، حيث إن كلا التعريفين يتفقان في هذا المعنى، فالإبطال بعد الإبرام هو الأمر الجامع للتعريفين اللغوي والاصطلاحي للنقض.

وقد رأينا من قبل أن بعض الشافعية يرون أن الإبطال في التعريف الاصطلاحي الفقهي له معنى مجازي لا حقيقي، وذلك أن الحكم عندما صدر، فإنّه صدر وأبرم من حيث الظاهر فقط، لا من حيث الباطن، وأن النقض يأتي فقط لبيان وكشف والإخبار أن الحكم باطل في الظاهر فقط، لأنّ الحكم صدر في الأصل باطلاً، ولذلك قال الشافعية: «وفي تعبيرهم: بنقض وانتقض مسامحة إذ المراد أن الحكم لم يصح من أصله»⁽²⁾.

كما رأينا أن باقي المذاهب والآراء لم تأخذ بهذا القول، وأنه لا فائدة القول بالإظهار في النقض،

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص21.

(2) - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص294. الشرواني، حاشية على تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10،

لأنّ المسألة إجرائية عملية أكثر منها نظرية لغوية لفظية.

المبحث الثاني: تعريف الطعن في الأحكام القضائية في القانون الوضعي:

نتناول في هذا المبحث الطعن لغة واصطلاحاً، ثم العلاقة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي، كل عنصر في مطلب.

المطلب الأول: تعريف الطعن لغة:

- الطَّعْنُ من طَعَنَ يَطْعَنُهُ وَيَطْعَنُهُ طَعْنًا، فهو مَطْعُونٌ، وطَعِينٌ.
- والأصل في الطَّعْنِ: هو النفوذ في الشيء والدخول فيه، يقول ابن فارس: «الطاء والعين والنون أصل صحيح مطرد، وهو: النخس في الشيء بما ينفذه، ثم يحمل عليه ويستعار»⁽¹⁾.

- وهكذا تكون كل المعاني الأخرى راجعة إلى هذا المعنى الأصل، وهو الدخول والنفوذ في الشيء، من ذلك الطَّعْنُ بالرمح: بحربة ونحوها، والطَّعْنَةُ: أثر الطَّعْنِ وقول الهذلي:

فإنَّ ابنَ عَيسٍ قد عَلِمْتُمْ مكانه
أذاعَ به ضَرْبٌ وطَعْنٌ جَوَائِفُ
الطَّعْنُ ههنا: جمع طَعْنَةٍ.

- ورجل مَطْعَنٌ ومَطْعَانٌ: كثير الطَّعْنِ للعدو، وهم مَطَاعِينٌ، قال الشاعر:
مطاعينُ في الهيجا مكاشيفٌ للدُّجَى
إذا اغبرَّ آفاقُ السماء من القرصِ
وطاعته مَطَاعِنَةٌ وطعانًا، قال:

كَأَنَّهُ وَجْهٌ تُرْكِييْنِ قد غَضِبَا
مُسْتَهْدِفٌ لَطْعَانٍ فيه تَدْيِيبُ
- وتَطَاعَنَ القومُ في الحروبِ تطاعنًا وطعنانًا، والأخيرة نادرة الاستعمال.

- واطَّعَنُوا على وزن افتعلوا، أبدلت تاء اِطَّعَنَ طاءً، ثم أدغمتها.
- ورجل طَعِينٌ: حاذق بالطعان في الحرب، وطعنه بلسانه، وطعَنَ عليه يَطْعَنُ ويَطْعَنُ طَعْنًا وطعنانًا، ثلَّبه، وقيل الطَّعْنُ: بالرمح، والطَّعْنَانُ: بالقول. قال أبو زيد:

وأبى المظْهَرُ العداوةَ إلَّا
طعنانًا وقولَ مالا يقالُ
- وبعض اللغويين يقول: يَطْعَنُ بالرمح، ويَطْعَنُ بالقول.

- وفي الحديث: «لا يكون المؤمن طعنانًا»⁽²⁾، أي: وقاعًا في أعراض الناس بالذم والغيبة

(1) - ابن فارس، معجم المقاييس، مصدر سابق، ص 619، مادة: طعن.

(2) - الصحيح أن الحديث ورد بهذه الصيغة: عَنْ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَيْسَ الْمُؤْمِنُ بِالطَّعَّانِ وَلَا اللَّعَّانِ وَلَا الْفَاحِشِ وَلَا الْبَدِيِّ». - أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البرِّ والصَّلةِ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، بَابُ مَا جَاءَ فِي اللَّعْنَةِ، ج 4، ص 350، رقم الحديث: 1977. وقال عنه: «هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ. وَقَدْ رَوَى عَنْ عَبْدِ اللَّهِ مِنْ غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ». وأخرجه أيضا البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله الجعفي، الأدب المفرد، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقى، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط 3، 1409هـ - 1989م، ص 116، رقم الحديث: 312. والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب الشهادات، باب بيان مكارم الأخلاق ومعاليتها التي من كان متخلقا بها كان من أهل المروءة التي هي شرط في قبول الشهادة على طريق الاختصار، ج 10، ص 193. و باب الشاعر يشبب بامرأة بعينها ليست مما يحل له وطؤها فيكثر فيها ويبتهرها، ج 10، ص 243.

ونحوهما.

وطَعَنَ فيه: أي قدح.

وطَعَّانٌ: هو على وزن فَعَّالٍ من طَعَنَ فيه وعليه بالقول يطَعَنُ بالفتح، ويطَعَنُ الضم.

- وطَعَنَ في المفازة، ونحوها يطَعَنُ: مضى فيها وأمعن، وقيل: ويطَعَنُ أيضا: ذهب ومضى.

- ويقال: طَعَنَ في جنازته: إذا أشرف على الموت. قال الشاعر:

وَيْلُ أُمَّ قَوْمٍ طَعَنْتُمْ فِي جَنَازَتِهِمْ بَنِي كِلَابٍ، غَدَاةَ الرَّوْعِ وَالرَّهَقِ

ومن ابتداءً بشيء أو دخله: فقد طَعَنَ فيه، وطَعَنَ الليل: سار فيه.

- وطَعَنَ غُصْنٌ من أغصان هذه الشجرة في دار فلان: إذا مال فيها شاخصا.

- قال الشاعر مُدْرِكُ بن محض يعاتب قومه:

وَكُنْتُمْ كَأُمَّ لَبَّةٍ طَعَنَ ابْنُهَا إِلَيْهَا، فَمَا دَرَّتْ عَلَيْهِ بَسَاعِدُ

- قال: طَعَنَ ابنها إليها، أي نهض إليها وشخص برأسه إلى ثديها، كما يطَعَنُ الحائط في دار

فلان إذا شخص فيها.

- ويقال: طَعَنَتِ المرأةُ في الحيضة الثالثة، إذا دخلت.

- وقال بعضهم: الطَّعْنُ: الدخول في الشيء، وطَعَنَتْ فيه: أي دخلته.

- وطَعَنَ فلان في السنِّ يطَعَنُ بالضم طَعْنَا إذا شخص فيها.

- والفرس يطَعَنُ في العنان إذا مده وتبسط في السير، قال لبيد بن ربيعة:

تَرْقِي وَتَطْعُنُ فِي الْعِنَانِ وَتَنْتَحِي وَرَدَّ الْحَمَامَةَ إِذْ أَجَدَّ حَمَامُهَا⁽¹⁾

أي كأنها تطَعَنُ بعنقها في عنانها⁽²⁾.

والطَّاعُونُ: داءٌ معروف، والجمع الطَّوَاعِينُ، وطَعِنَ الرجل، فهو مَطْعُونٌ وطَعِينٌ: أصابه الطَّاعُونُ،

وهو المرض العام والوباء الذي يفسد له الهواء، فتفسد به الأوجحة والأبدان⁽³⁾.

قال الأصمعي: «الطَّعْنُ بالرمح، والطَّعْنَانُ باللسان، هكذا كلام العرب»⁽⁴⁾.

وقال بعضهم: طَعَنَ بالرمح يطَعَنُ بالضم، وطَعَنَ بالقول يطَعَنُ فتحا⁽⁵⁾، والفراء يجيز فتح العين

(1) - بن ربيعة، لبيد، المعلقة، مطبوع مع شرح المعلقات السبع للزوزني، مكتبة المعارف، بيروت، ط1، 1425هـ-2004م، ص177.

(2) - الزوزني، أبو عبد الله الحسين بن أحمد، شرح المعلقات السبع، مكتبة المعارف، بيروت، ط1، 1425هـ-2004م، ص178.

(3) - أنظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج8، ص167-169. مادة: طعن، الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص256، مادة: طعن. ابن فارس، معجم المقاييس، مصدر سابق، ص619، مادة: طعن، ابن دريد، جمهرة اللغة، مصدر سابق، ج2، ص917.

مادة: طعن. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ص1093. مادة: طعن.

(4) - ابن دريد، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: طعن.

(5) - ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج8، ص168. مادة: طعن، ابن فارس، معجم المقاييس، مصدر سابق، ص619، مادة:

طعن. الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص256، مادة: طعن.

من يطعن في الكل⁽¹⁾.

والخلاصة أن الطعن أصل معناه هو الدخول والنفوذ في الشيء مطلقاً، وكل المعاني الأخرى من القدح، والميل، والإمعان، والذهاب، والوخز كلها راجعة إلى هذا المعنى الأصلي. وبالمقارنة بين النقض والطعن لغة، فإن العبارة الأدق والأولى بالاستعمال هو النقض، لأنه يدل على الإبطال كما رأينا، أما الطعن فلا يدل على ذلك إلا على القدح في الحكم وذكر عيوبه فقط، ومن ثم فإن لفظة الطعن عبارة قاصرة في الدلالة على الإبطال.

المطلب الثاني: تعريف الطعن في الأحكام القضائية اصطلاحاً في القانون الوضعي

هناك عدة تعاريف للطعن في الفقه القانوني منها:

أ/- الطعن في الحكم هو النعي عليه بعيب يشوبه ابتغاء إغائه، أو تعديل ما قضى⁽²⁾.

ب/- الطعن في الحكم هو الرخصة المقررة لأطراف الدعوى، لاستظهار عيوب الحكم الصادر فيها، والمطالبة لدى القضاء المختص بإغائه أو تعديله على الوجه الذي يزيل عيوبه⁽³⁾.

ج/- الطعن هو مكنة مراجعة الحكم القضائي الصادر، والتظلم منه بإحدى طرق الطعن التي قررها القانون، ويترتب على استعمال هذه المكنة إما إعادة النظر في الدعوى الصادر فيها الحكم كلية، وإما الاقتصار على تصحيح ما شاب هذا الحكم من عيوب⁽⁴⁾.

هذه بعض تعاريف الطعن⁽⁵⁾، وهي تعاريف كلها متقاربة في الفكرة وتختلف فقط في التوسيع وفي بعض الألفاظ، ونحن نزيد بعض التوضيحات التي نراها ضرورية.

يتبين لنا من خلال هذه التعاريف أن الطعن يتوجه إلى الحكم القضائي معيماً له، وقادحاً فيه، بهدف تصحيحه مما شابه من عيوب، ولا يتوجه إلى القاضي، فهناك فرق بين الطعن في الحكم القضائي، والطعن على ذمة القاضي، فالطعن ينصب على الحكم القضائي بهدف إصلاح الأخطاء الموجودة فيه؛ سواء كانت أخطاء قانونية أو واقعية، وسواء كانت أخطاء موضوعية أو إجرائية.

أما الطعن على ذمة القاضي فهو الطعن في شخص القاضي متى أخل بواجباته إخلالاً جسيماً

(1) - الرازي، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: طعن.

(2) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 2011م، ج2، ص1184. وانظره أيضاً في: الطراونة، محمد، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية - دراسة مقارنة-، دار وائل للنشر، عمان، ط1، 2003م، ص206.

(3) - رمضان، مدحت، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية الاتحادية، مرجع سابق، ص335.

(4) - عبد المنعم، سليمان، أصول الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص626. ثروت، جلال وعبد المنعم سليمان، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص574.

(5) - أنظر تعاريف أخرى في: عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص1205، وكتايبه: أصول المرافعات الشرعية، مرجع سابق، ص43-467. الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ط7، 2000م، ص7.

يصل إلى حد الغش أو التدليس أو سوء النية أو الامتناع عن الحكم أو الإهمال.
والطعن على ذمة القاضي يسمى في قانون الإجراءات المدنية القديم «مخاصمة القضاة»⁽¹⁾، وهو
منصوص عليه في المواد من م 214 إلى م 219 ق.إ.م، ومن ثم فقد نصت م 214 ق.إ.م على أنه:
«تجوز مخاصمة القضاة من غير أعضاء المجلس الأعلى في الأصول الآتية:
- اذا وقع من أحدهم تدليس أو غش أو غدر أثناء سير الدعوى، أو عند صدور الحكم.
- اذا امتنع القاضي عن الحكم».

وهكذا، ففي هذه الحالات وغيرها يجوز مخاصمة القضاة، ذلك أنه من غير المقبول أن يترك
المشرع القاضي غير مسؤول قانوناً في حالة إخلاله بواجباته إخلالاً جسيماً.
ورغم كل هذا، فإنَّ المشرع أحاط القاضي بضمانات حتى لا تتخذ مقاضاته وسيلة للتشهير به،
والهدف من كل هذا هو تهيئة جو صالح للقاضي يكفل له العمل في اطمئنان، حتى لا يتهيب التصرف
والحكم، وحتى يؤدي رسالته المقدسة على أحسن وجه. ولذلك، فإنه من المبادئ الحديثة في العصر
الحاضر التفرقة بين الطعن في الحكم والطعن في ذمة القاضي، وأن هذا غير ذاك⁽²⁾.

المطلب الثالث: العلاقة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي للطعن:

من خلال التعاريف السابقة للطعن لغة واصطلاحاً، فإن العلاقة بين المعنيين اللغوي
والاصطلاحي للطعن هو القدر في الحكم أي ذكر عيوبه، ولكن المعنى الاصطلاحي للطعن لا يزيد عن
المعنى اللغوي بإلغاء الحكم المعيب وتعويضه بحكم صحيح. بمعنى آخر أن المعنى الاصطلاحي هو معنى
إيجابي، حيث أن الحكم الباطل يلغى ويصدر حكم آخر صحيح، أما المعنى اللغوي فهو معنى سلبي لأنه
يتضمن فقط القدر وذكر عيوب الحكم أو الشيء، ولكن من المؤكد أن المعنى المتفق عليه بين المعنيين
اللغوي والاصطلاحي هو القدر في الحكم بما فيه من عيوب وأخطاء.

المبحث الثالث: أنواع النقض (الطعن) في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

يتناول هذا المبحث أنواع وأصناف النقض في الفقه الإسلامي، والطعن في القانون الوضعي، على
أن هذه الأنواع ليس معناها مظاهر مختلفة عن النقض، وإنما هي تجليات ومظهرات مختلفة لفكرة واحدة
هي النقض، فهي الطعن ذاته.

ولبيان هذه الأنواع، فإننا نتناولها وفق الخطة الآتية:

المطلب الأول: أنواع النقض في الفقه الإسلامي.

(1) - أما المشرع التونسي فيصطلح عليه بـ «مؤاخذة الحكام». وقد تناول هذه المسألة في الفصلين 199 و 200 م.د.ت التونسية.

(2) - أبو الوفا، أحمد، تاريخ النظم القانونية وتطورها، الدار الجامعية، بيروت، دط، 1984م، ص 375.

المطلب الثاني: أنواع الطعن في القانون الوضعي.

ونحنم هذا المبحث بمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على شكل موافقات وفروق. فإليك هذه المطالب بالترتيب بكثير من التفصيل والتدقيق.

المطلب الأول: أنواع نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي:

نتطرق هنا إلى أنواع النقض، هذه الأنواع في الحقيقة مستخلصة ومستنتجة من أنواع الحكم القضائي، وذلك لأنّ النقض هو نوع من الأحكام، حيث إنه حكم قضائي، ينقض حكما قضائيا باطلا.

ومن ثم، فإنّ أنواع النقض تكاد تكون مشابهة مطابقة لأنواع الحكم القضائي، التي سبق الفصل فيها من قبل، ونظرا لهذا المطابقة والمشابهة، فإننا نعرض لأنواع النقض باختصار، وبما يفيد موضوعنا، مكتفين بما ورد في أنواع الحكم القضائي.

أما أنواع النقض المستخلصة والمستنتجة من أنواع الحكم، فهي على أربع اعتبارات⁽¹⁾: باعتبار الصيغة، وباعتبار قصد النقض وعدمه، وباعتبار شموله لجميع الحكم وعدمه، وباعتبار زمن حصول النقض.

وإليك هذه الاعتبارات وفقا للخطة الآتية:

الفرع الأول: أنواع النقض باعتبار صيغته إلى نقض قولي، ونقض فعلي.

الفرع الثاني: أنواع النقض باعتبار قصد النقض من عدمه، إلى نقض قصدي، ونقض ضمني (إشاري).

الفرع الثالث: أنواع النقض باعتبار شموله لجميع الحكم من عدمه، إلى نقض كلي عام، ونقض جزئي.

الفرع الرابع: أنواع النقض باعتبار زمن حصوله قبل تنفيذ الحكم أم بعده، إلى نقض الحكم قبل التنفيذ، ونقض الحكم بعد التنفيذ (نقض قبلي، ونقض بعدي).

وإليك بيان هذه الأنواع مع بيان فائدة التقسيم.

الفرع الأول: أنواع النقض باعتبار صيغته إلى نقض قولي، ونقض فعلي:

يقوم هذا التقسيم للنقض على أساس صيغة النقض، فإذا تم النقض بألفاظ وعبارات كان النقض قوليا؛ وإذا تم بتصرف وسلوك قام به القاضي، كان النقض فعليا.

ولذلك، فإنّ أنواع النقض باعتبار صيغته هي نوعان: نقض قولي؛ ونقض فعلي.

⁽¹⁾ - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص213-217.

وبناء على هذا، فإنه لا وجود لنقض تقريرى، وذلك لأنّ التقرير هو سكون القاضي على نقض الخصوم فيما بينهم على النقض، وهذا ما لا يمكن أن يحصل في القضاء، وبالأخص في النقض، ذلك لأنّ السكوت تصرف سلبي ولا يمكن التأسيس عليه، صحيح أن الفقهاء أجازوا التقرير، ولكن ذلك أجازوه في إصدار الأحكام لا في نقض الأحكام، وحتى في الأحكام فهو معترض عليه ومناقش. وليبان حقيقة النوعين، القولي، والفعلى، فإنّ ذلك يكون في بندين، بالترتيب على أن يكون البند الثالث لبيان أهمية التقسيم.

البند الأول: النقض القولي:

يعرف أحد الباحثين المعاصرين النقض القولي بأنّه الذي «يكون بكل لفظ يفيد معنى نقض الحكم، مثل: لفظ: نقضت الحكم، أو أبطلته، أو فسخته، أو رجعت عنه، أو رددته»⁽¹⁾. وهو تعريف صحيح ودقيق بلا شك. كما يمكن تعريفه بأنّه: إبطال الحكم بكل عبارة ولفظ دلّ على إلغاء الحكم وإصدار آخر مكانه.

وهذه الألفاظ مثل: نقضت، أبطلت، فسخت، ألغيت، نبذت، طرحت، رجعت، لا يمضي، لا يعتبر، نسخت.

وقد سبق في أنواع الحكم القضائي، أن بينا أن من شروط الصيغة أن تكون جازمة وقاطعة بالحكم، وكذلك الحال في النقض، فلا يجوز للقاضي مثلاً أن يقوم: أرى أن الحكم غير صحيح، أو أنه صحيح، أو أظنه باطلاً، أو أشك، أو لا يعجبني، أو غيرها من العبارات التي لا تدل على القطع والجزم والتأكيد بالنقض.

البند الثاني: النقض الفعلى:

ويعرفه باحث معاصر بأنّه: «أن يفعل الناقض عملاً يدل على النقض دون أن يصرح بلفظه»⁽²⁾. - أو هو تصرف وسلوك يصدر من القاضي يقتضي ضمناً إبطال الحكم القضائي المرفوع إليه. ومثاله أن يطلق القاضي المرفوع إليه الحكم سراح المحكوم عليه من حبسه دون أن يتلفظ بأي لفظ أو عبارة.

وهذا النوع من النقض له صورتان⁽³⁾، يتم تناولهما كالآتي:

أولاً: الصورة الأولى: إصدار حكم في قضية مخالف لحكم سابق مع علم الناقض بذلك:

(1) - الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص213.

(2) - الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، المرجع و الصفحة نفسها.

(3) - الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص207، 213-214.

وتتمثل هذه الصورة في قيام الناقض، أي جهة النقض، بعمل يخالف ويعكس ما ورد في الحكم الأول في الواقعة المخصوصة، مع علم هذا الناقض أن عمله يناقض ويرد ما نص عليه الحكم الأول. وفي هذه الصورة حتى يكون فعل الناقض نقضا، لا بد من توافر شرطين:

1- أن يكون القاضي بالحكم المخالف عالما بالحكم السابق في النزاع، فإذا لم يكن كذلك، فلا يعد نقضا، ولهذا قال ابن مفلح الحنبلي: «والمخالفة في قضية واحدة نقض مع العلم»⁽¹⁾.

2- أن لا تتغير صفة الواقعة عما كانت عليه سابقا بعد صدور الحكم الأول، وفي حالة ما إذا تغيرت الواقعة، فلا يكون الحكم الثاني ناقضا للأول، وذلك لأنَّ المحل مختلف بين الحكمين، فكل حكم يتناول واقعة تختلف عن واقعة الحكم الثاني، وفي هذا يقول ابن مفلح الحنبلي أيضا ما نصه: «وإذا تغيرت صفة الواقعة، فتغير القضاء بها لم يكن نقضا للقضاء الأول»⁽²⁾.

ثانيا: الصورة الثانية: أن يتوقف الناقض عن تنفيذ الحكم ويمتنع من ذلك:

وتتمثل هذه الصورة في أن يرفع الحكم إلى قاض لينفذه، إلا أنه يتوقف عن تنفيذه مع عدم نقضه من طرفه.

وهذه الصورة محل خلاف بين الفقهاء، فقد ذهب بعضهم إلى أن التوقف عن التنفيذ -من غير نقض بالطبع- هو نقض للحكم وإبطال ورد له، ومن هؤلاء المازري المالكي حيث يقول فيما نقل عنه ابن فرحون المالكي: «إذا ورد على حاكم حكم بأحد المذاهب المشهورة، والقاضي الوارد عليه الحكم باعتقاده مذهب آخر، فهل يلزمه تنفيذ هذا الحكم، وإلزام المحكوم عليه بدفع المال الذي حكم به عليه القاضي، وإلزام الزوجة المحكوم عليها بصحة النكاح وتمكين الزوج منها، مع أن مقتضى مذهبه هو خلاف ما نفذ به ذلك الحكم؟

- في ذلك قولان:

- أحدهما: أنه يقف عن تنفيذه وإبطاله، لأنه إن نفذه وألزم المحكوم عليه ما فيه ألزمه ما لا يرى أنه الحق عنده.

- والثاني: أنه ينفذه ويلزم المحكوم عليه ما تضمنه الحكم، لأنَّ توقفه عن إنفاذه كإبطاله، وقد قلنا: إنه ممنوع من نقض الأحكام المجتهد فيها»⁽³⁾.

وهذه العبارة ذاتها أوردها الطرابلسي الحنفي، وعلق على القول الثاني -وهو الذي مفاده الإلزام

(1) - ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص458. وانظر: البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص409.

(2) - ابن مفلح، المصدر و الصفحة نفسها. وانظر في المعنى: البهوتي، المصدر و الصفحة نفسها. والبهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر نفسه، ج3، ص475.

(3) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص100. وانظر أيضا: الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص52-53.

بتنفيذ الحكم حتى ولو كان مخالفا له في الرأي - قائلا: «وهو الظاهر من المذهب، والقول الآخر لم أجده لأهل المذهب، والله أعلم»⁽¹⁾.

وقال ابن قيم الجوزية الحنبلي مستصوبا القول الثاني: «ولاية الحق نفوذه، فإذا لم ينفذ كان ذلك عزلا له عن ولايته»⁽²⁾.

والصحيح من كل هذا هو القول الثاني بلا شك، حيث إنه لا يمكن اعتبار التوقف عن تنفيذ الحكم من قبيل النقض، على أساس أن التوقف سلوك سلبي أصم وأبكم - إن صح التعبير - لا يعبر عن أي موقف من الناحية القضائية، كما أن التوقف قد يكون بقصد التأكد من صحة الحكم⁽³⁾.

وقال السمناني الحنفي: «فأما ما حكم به غيره، ويرفع إليه، ضمن ذلك ما يجب عليه إمضاؤه وتنفيذه، ومنها ما يجب عليه إبطاله ونقضه، ومنها ما يدعه لا يحكم به ولا يردّه»⁽⁴⁾.

وقال النووي الشافعي: «إذ أرفع إليه حكم قاض قبله فلم ير فيه ما يقتضي النقض لكن أدى اجتهاده إلى غيره، فوجهان:

- أحدهما: يعرض عنه.

- وأصحهما: ينفذه، وعلى هذا العمل، كما لو حكم بنفسه ثم تغير اجتهاده تغيرا لا يقتضي النقض وترافعا للحادثة إليه فيها، فإنه يمضي حكمه الأول، وإن أدى اجتهاده إلى أن غيره أصوب منه»⁽⁵⁾.

وقد سئل ابن حجر الهيتمي الشافعي عما: «إذا حكم حاكم في كتاب وجيء بالكتاب إلى حاكم آخر على خلاف معتقده فهل ينفذ أم لا؟ بينوا لنا ذلك!»، فأجاب - رحمه الله تعالى - بذكر قولين في المسألة: الأول منهما أنه ينفذه، وإن خالف معتقده، والثاني منهما قال: «أنه يعرض عنه، فلا ينفذه، ولا ينقضه، لأن ذلك إعانة على ما يعتقده خطأ»، وقال بعد ذلك: «هذا كله إن كان ذلك الحكم مما لا ينقض فيه قضاء القاضي، وإلا أعرض عنه جزما، ونقضه بطريقه»⁽⁶⁾.

فكل هذه النصوص تبين أن التوقف عن تنفيذ الحكم لا يعد نقضا. وتجدر الإشارة أن هذه المسألة ستأتي لاحقا في نقض الاجتهاد بالاجتهاد، ولذا لا نكرر الكلام

(1) - الطرابلسي، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، أعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: عصام فارس الجوستاني، تخرىج الأحاديث: حسان عبد المنان، دار الجيل، بيروت، ط1، 1419هـ-1998م، ج1، ص128.

(3) - الحضيري، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص210.

(4) - السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج1، ص320.

(5) - النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص137-164.

(6) - ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، مصدر سابق، ج4، ص293.

هنا، ولينظر هنا، خاصة أن مسألتنا في هذا المبحث هي أنواع النقض لا حكم النقض.

البند الثالث: أهمية تقسيم النقض باعتبار صيغته إلى قولي وفعلي:

بعد هذا البيان والتوضيح، يتبين لنا أن أقسام وأنواع النقض باعتبار صيغته إلى نقض قولي، ونقض فعلي، يقوم على أساس الألفاظ والسلوك، بمعنى آخر أنه معيار غير قضائي، وإنما هو معيار لغوي سلوكي، مما يجعله معياراً واعتباراً قليل الفائدة والجدوى، خاصة أنه لا يفيدنا في موضوعنا فائدة علمية. ثم إن القول بوجود نقض فعلي فهذا لا يقبله عقل ومنطق، إذا الفعل عادة يكون غامضاً وغير معبر بذاته وبطريق مباشر، وإنه يستشف من خلال الملابس والظروف، أي يتم استخلاصه بطريق غير مباشر، ثم من جهة أخرى للقاضي عدة أفعال وسلوكات، بعضها شخصي، وهنا يأتي السؤال: كيف نميز بين الفعل القضائي والفعل الشخصي؟ لا شك أنه لا وجود لنقض فعلي. والنتيجة النهائية أن هذا التقسيم لا فائدة منه ويجب تجاوزه.

الفرع الثاني: أنواع النقض باعتبار قصد النقض من عدمه إلى نقض قصدي؛ ونقض ضمني

(إشاري):

أساس هذا التقسيم هو قصد الناقض نقض الحكم في مسألة معينة ومحددة بشكل صريح من عدمه، فإذا قصد نقض الحكم في تلك المسألة وصرح بها، كان النقض قصدياً، وإن لم يصرح ووقع الأمر وقوع التلازم العقلي والاستنتاج المنطقي، كان الحكم ضمنياً (إشارياً).

وبناء على هذا التحليل، فإنّ النقض باعتبار قصد النقض من عدمه هو نقض قصدي، ونقض ضمني (إشاري).

وإليك بيان هذه المسائل وفق الخطة الآتية:

البند الأول: النقض القصدي تعريفاً وتمثيلاً.

البند الثاني: النقض الضمني (الإشاري) تعريفاً وتمثيلاً.

البند الثالث: أهمية تقسيم النقض باعتبار قصد النقض من عدمه إلى نقض قصدي ونقض ضمني (إشاري).

وإليك هذه البنود بالتسلسل.

البند الأول: النقض القصدي تعريفاً وتمثيلاً:

قال أحد الباحثين معرّف النقض القصدي: «النقض الذي اتجه إليه الناقض متعمداً ومريداً له»⁽¹⁾. كما يمكن تعريفه بأنه النقض الذي يتوجه إليه الناقض صراحة بأن يكون هدفه بيان مدى صحة

(1) - الحصري، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص214.

الحكم في تلك الواقعة من عدمه مع التصريح بذلك.

ومن أمثلة هذا النوع من النقض: النقض الذي يتوجه إلى حكم قضائي مخالف للنص في عقوبة القذف مثلاً، فإرادة الناقض في هذا المثال تتوجه صراحة وقصداً إلى هذه المخالفة والخطأ والعيب، وليس إلى قضية جانبية ضمنية.

بمعنى آخر أن النقض القصدي يقوم على التصريح دون التلميح، وعلى معيار مادي لا معيار الاستنتاج العقلي والمنطقي.

البند الثاني: النقض الضمني تعريفاً وتمثيلاً:

يؤف بعض الباحثين النقض الضمني (الإشاري) بقوله: «هو النقض الذي لم يتوجه إليه الناقض عامداً قاصداً له، بل وقع بدون عمد ولا قصد بأن جاء مترتباً على نقض حكم آخر»⁽¹⁾.

والحق أن هذا التعريف مجانب للصواب، وذلك لأنه قال: «بأن جاء مترتباً على نقض حكم آخر»، وهذا ليس بصحيح، وإنما الصحيح أن الضمني (الإشاري) يترتب على اللزوم العقلي، والاستنتاج المنطقي، فهو يستنتج بالعقل والمنطق واللزوم العقلي، وليس الألفاظ كالذي في النقض القصدي.

وبناء على هذا، فيمكننا تعريف النقض الضمني (الإشاري) بأنه النقض الذي لم يتوجه إليه الناقض قصداً، وإنما حصل بطريق اللزوم العقلي والاستنتاج المنطقي، بأن يستخلص ويستنتج من مضمون فقرات الحكم.

والفرق بين النقض الضمني (الإشاري)، والنقض القصدي، أن الأول أساسه العقل والمنطق ولا علاقة له بالألفاظ والتعابير، والثاني أساسه التصريح بالألفاظ، ومن جهة أخرى فإن كل الأحكام تكون قصدية والنقض كذلك، أما النقض الضمني (الإشاري) فقد يكون وقد لا يكون.

وحتى يتبين الأمر جيداً نأخذ هذا المثال: لو أن النقض توجه إلى إبطال حكم قضى بجلد امرأة أنها زانية ثم حصل إبطاله ونقض صراحة لأنها متزوجة، فإنها نقض ضمنياً بوجود جريمة قذف في حق هذه المرأة متى رفعها بعض الناس.

البند الثالث: أهمية تقسيم النقض باعتبار قصد النقض من عدمه إلى نقض قصدي؛ ونقض

ضمني (إشاري):

لا شك في أهمية هذا التقسيم، خاصة ببيان وإبراز النقض الضمني (الإشاري)، حيث يعتبر ما يستنتج بالعقل والمنطق والمستخلص من حكم النقض هو حكم قائم بذاته، ومن ثم فهو أداة لحفظ حقوق الناس وصيانتها.

(1) - الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، المرجع نفسه، ج1، ص215.

والنقض الضمني (الإشاري) تماما هو الحكم الضمني الذي يعرفه القانون الوضعي كما سبق بيانه. ولذلك هذا التقسيم مقبول وصحيح وفيه جدوى كبيرة.

الفرع الثالث: أنواع النقض باعتبار شموله لجميع الحكم من عدمه إلى نقض كلي عام؛ ونقض جزئي:

عادة عندما يصدر النقض فإنه إما أن ينقض الحكم كله، وهنا يكون النقض كلياً وعماماً، وإما أن ينقضه جزئياً، والجزء الآخر لا ينقض لأنه وقع صحيحاً، فيكون النقض جزئياً. وإليك بيان هذه الأنواع وأهمية التقسيم في بندين كل عنصر في بند.

البند الأول: النقض الكلي أو العام أو الشامل:

يقصد بالنقض الكلي (أو العام أو الشامل) بأنه: «النقض الذي يشمل حكم القاضي كله دون تصحيح شيء منه، بل يتوجه النقض لأجزائه كافة»⁽¹⁾.

ومثاله: أن يصدر حكم يقضي بعقوبة السرقة على المتهم، ثم ينقض هذا الحكم بالبراءة بسبب الشبهة في المال، أو أن يحصل العكس.

البند الثاني: النقض الجزئي:

ويعرفه البعض بأنه: «النقض الذي يتوجه إلى أحد أجزاء الحكم دون غيره، فيبطل هذا الجزء، وتبقى أجزاء الحكم الأخرى صحيحة، فيكون النقض هنا مقتصرًا على بعض الحكم، وليس شاملاً لجميع أجزاء الحكم، ولهذا عدّ نقضاً خاصاً أو جزئياً»⁽²⁾.

ومثاله ما لو حكمت محكمة بالحبس وتغريم المحكوم عليه المرتكب جريمة الحرق بغرامة مالية، فينتقض الحكم بأن يغرم بالمال فقط، ومن ثم إطلاق سراحه من الحبس.

أما أهمية هذا التقسيم فإن له فائدة نظرية لا عملية، حيث إن كون النقض كلياً أو جزئياً ليس له أي مساس بحقوق الناس وحقوق المتهم. ومن ثم فإن هذا التقسيم قليل الجدوى والفائدة.

الفرع الرابع: أنواع النقض باعتبار زمن حصوله قبل تنفيذ الحكم قبله أم بعده، إلى نقض قبلي، ونقض بعدي:

وواضح هنا أساس التقسيم، وهو وقت صدور النقض، هل قبل تنفيذ الحكم أم بعده؟ ولذلك فهو على نوعين: نقض قبلي؛ ونقض بعدي.

وإليك بيان هذه الأنواع مع بيان الأهمية في ثلاثة بنود.

(1) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص216.

(2) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، لراجع و الصفحة نفسها.

البند الأول: النقض القبلي:

يمكن تعريف النقض القبلي - أو النقض قبل تنفيذ الحكم حسب اصطلاح أحد الباحثين⁽¹⁾ - بأنه: «أن ينقض الحكم قبل تطبيقه على محله، وذلك بأن ينقض قبل أن يحصل المحكوم له على حقه، أو قبل إيقاع العقوبة التي حكم بها القاضي»⁽²⁾.

ومثال هذا النوع ما لو حكم قاض بالجلد على الزاني غير المحسن، فجاء قاض آخر ونقض هذا الحكم قبل التنفيذ، على أساس أنه لم يتوافر الشهود الأربعة وشروطهم، فهنا يعد النقض نقضا للحكم قبل التنفيذ.

البند الثاني: النقض البعدي:

ويعرفه أحد الباحثين بقوله: «نقض الحكم بعد تطبيقه وإيقاعه على محله، كأن يتم نقض الحكم بعد انتقال الحق إلى المحكوم له، أو بعد إيقاع العقوبة المحكوم بها، ونقض الحكم في هذه الحال يفيد إرجاع الحقوق إلى أصحابها، وأما في مجال العقوبات، فإنه يفيد في تضمين المتسبب»⁽³⁾.

والحق الذي يجب أن يقال أن صدور النقض بعد تنفيذ الحكم يتضمن مخاطر جمة، بل إنه يتناقض في روحه مع الشريعة الإسلامية، إذ أن الشريعة الإسلامية حينما حددت العقوبات والحدود وضبطتها، كان الهدف من ذلك هو إيقاعها على مستحقها بعد التأكد التام، أو يكاد من حصول الجريمة من المتهم، أما أن يحكم، ثم ينفذ الحد عليه خاصة بالقتل والرجم، ثم يصدر نقض لهذا الحكم، فهذا لا شك أن الشريعة لا تقبله.

أما أهمية التقسيم فليست هناك فائدة عملية، إلا أن هناك خطورة تكشف حول جواز النقض بعد التنفيذ، و من ثم نرى عدم إباحة النقض البعدي.

المطلب الثاني: أنواع الطعن في القانون الوضعي:

يقصد بأنواع الطعن هنا التصنيفات المختلفة للطعن في ذاته، أي دون النظر إلى طرق الطعن من المعارضة والاستئناف والنقض والتماس إعادة النظر.

وهذه الأنواع ومتنوعة يمكن إرجاعها إلى ثلاث اعتبارات، وهي:

- باعتبار التصريح وعدمه إلى طعن صريح، وطعن ضمني.
- باعتبار الشمول للحكم المطعون ضده من عدمه إلى طعن كلي وطعن جزئي.
- باعتبار الإحالة إلى محكمة الموضوع عدمه إلى الطعن بإحالة، والطعن دون إحالة.

(1) - الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص217.

(2) - الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، المرجع و الصفحة نفسها.

(3) - الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، المرجع و الصفحة نفسها.

ويتم تناول هذه الأنواع في ثلاثة بنود، كل نوع في بند.

البند الأول: أنواع الطعن باعتبار التصريح وعدمه إلى طعن صريح؛ وطعن ضمني:

النوع الأول من أنواع الطعن هو باعتبار قبول وجه الطعن من عدمه، فإذا قبل بصراحة، فإن الطعن يكون صريحا، أما إذا لم يصرح بالقبول أو الرفض فهو الطعن الضمني. وإليك بيان هذين القسمين.

أولا: الطعن الصريح:

الطعن الصريح هو الطعن الذي يرد بشكل مباشر على أوجه الطعن التي قدمها الطاعن في الحكم، ومن أمثلة هذا الطعن، القرار الصادر من جهة الاستئناف أو النقض والذي يجيب مباشرة وبوضوح على أوجه الطعن في الأسئلة بأنها مشعبة أو متناقضة وغيرها من العيوب، فتقدر المحكمة العليا إما قبول الطعن كليا أو جزئيا ومن نقضه، وإما يرفض الطعن وتثبيت صحة الحكم. والأصل في الأحكام أن تكون صريحة على أساس أن الطعون تكون أيضا صريحة ومباشرة، إذ تتوجه إلى الحكم مباشرة ناعية عليه عيوباً معينة ومحددة، ومن ثم فإن القرار الصادر في خصوص هذا الطعن أو ذاك، يمكن كأصل أن يرد بطريقة صريحة ومباشرة على تلك الأوجه والأسباب.

ثانيا: الطعن الضمني:

إذا كان الأصل هو أن تكون القرارات الصادرة في الطعن صريحة ومباشرة، فإنه يمكن أن تكون ضمنية وغير صريحة وغير مباشرة.

ويقصد بالطعن الضمني القرار الصادر من جهة الاستئناف أو النقض بالرد على الطعن بشكل غير مباشر وغير صريح، أي عن طريق الاستنتاج العقلي.

ومن أمثلة الطعن الضمني القرار الذي يصدر بأخذ والاكتفاء بوجه واحد أو اثنين من الأوجه العديدة التي قدمها الطاعن، كأن يتقدم الطاعن بالطعن في الحكم الصادر في مواد الجنايات من عدة أوجه مرة واحدة، مثل تشكيلة هيئة المحكمة؛ ومخالفة قواعد الاختصاص؛ والتشعب في الأسئلة وتناقضها، ومخالفة قواعد البيانات الجوهرية في الحكم وغيرها، فتقرر المحكمة العليا الاكتفاء بوجه واحد مثلا، وهو مخالفة قواعد الاختصاص، أو مخالفة قواعد تشكيل هيئة محكمة الجنايات، فهنا تتمسك المحكمة العليا بوجه واحد فقط، لأنه هو وحده كاف في إبطال الحكم ونقضه كليا دون التطرق إلى الأوجه الأخرى، حيث إن الأوجه الأخرى لا فائدة من التطرق إليها طالما أنها بنيت على إجراء باطل أو منعدم.

ومن الأمثلة العملية القضائية القرار الصادر من المحكمة العليا في قضية جريمة خيانة أمانة، حيث

إن قرار الغرفة الجزائية بالبويرة أدان المتهم في جريمة خيانة الأمانة المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 376 ق.ع، دون بيان أركان الجريمة⁽¹⁾، وأودع الطاعن طعنا لدى المحكمة العليا في القرار الجزائي يتضمن ثلاثة أوجه للنقض، فأخذت المحكمة العليا بوجه واحد فقط للنقض، وهو مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، حيث لم يتضمن قرار الغرفة الجزائية لأركان جريمة خيانة الأمانة⁽²⁾. ففي هذا المثال دلّ أخذ المحكمة العليا بوجه واحد فقط، على أن الأوجه الأخرى مرفوضة ولا تؤدي إلى نقض القرار الجزائي.

ومن الأمثلة كذلك، قرار المحكمة العليا الذي أخذ بأوجه الطعن المقدمة من المتهم ومن النائب العام ببسكرة، دون أخذه بأوجه الأطراف المدنية الثلاثة المقدمة، حيث اكتفى بأوجه النائب العام والمتهم فقط، لأنها كافية في نقض الحكم، وهي مخالفة القانون في المادتين 261 و271 ق.إ.ج، حيث إن القانون نص على أن سن الخلفين في تشكيلة هيئة محكمة الجنايات لا يجوز أن يقل عن ثلاثين (30) سنة. وحيث إنّ الخلف الأول من مواليد 1954/04/14م، وأن الحكم المطعون ضده صدر في 1983/04/16م، وعليه فإن هذا الخلف الأول عند صدور القرار كان يبلغ من العمر 29 سنة، ونظرا لأنّ تشكيلة المحكمة من النظام العام، فإن القرار منعدم من أساسه.

كما قبلت المحكمة العليا وجها مقدّما من المتهم عن طريق محاميه المقبول يتعلق بمخالفة القرار للمادة 167 من الدستور، حيث صدر القرار دون اشتماله على صيغة: «باسم الشعب الجزائري». وهو ما يخالف أيضا المادة 38 ق.إ.م القديم، أما أوجه الأطراف المدنية فلم تتطرق لها بتاتا، لا بالقبول ولا بالرفض⁽³⁾، فهذا الطعن ضمني.

ثالثا: أهمية تقسيم الطعن إلى طعن صريح وطعن ضمني:

لا شك في أهمية وجود الطعن الصريح، بل هذا هو عمل جهات الاستئناف والنقض، حيث يجب بحسب المنطق القضائي والقانوني أن تصرّح بالرفض أو القبول في كل ما يثار من أوجه للطعن في القرارات.

أما أهمية الطعن الضمني فله أهمية ولكنها ضعيفة، حيث يدل على أن الأطراف لم يتنازلوا عن

⁽¹⁾ - أركان جريمة خيانة الأمانة المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 376 ق.ع، ثلاثة هي:

1/ - تسليم المال للجاني بعقد من عقود الأمانة المحددة حصرا بالقانون (الإجارة، الوديعة، الوكالة، الرهن، العارية)،

2/ - اختلاس هذا المال وتبديده،

3/ - وقوع هذا الفعل على منقول مملوك للغير.

- أنظر: القرار الصادر يوم: 29 أكتوبر 1985م، (عن غ.ج. 2/1)، في الطعن رقم: 36623. (م.ق)، ع: 2، س: 1990م، ص: 266-268.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 29 أكتوبر 1985م، (عن غ.ج. 2/1)، في الطعن رقم: 36623. (م.ق)، ع: 2، س: 1990م، ص: 266-268.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 09 أبريل 1985م، (عن غ.ج. 1)، في الطعن رقم: 36935، (م.ق)، ع: 02، س: 1990م، ص: 238-240.

حقوقهم افرجائية وطعنوا في القرار، كما يدل على التسليم بما ضمنا أو الرفض ضمنا بحسب السياق والاستنتاج المستخلص من مجموع القرار ككل.

البند الثاني: أنواع الطعن باعتبار شموله للحكم المطعون ضده إلى طعن كلي وطعن جزئي:

يقوم هذا التقسيم الثاني للطعن على أساس مدى شمولية الطعن لإبطال القرار المطعون ضده كلياً كان أم جزئياً، فإن كان القرار الصادر من جهة الاستئناف أو النقض يقضي بإبطال الحكم كلياً وفي جميع المسائل، كان الطعن كلياً، وإن كان يقضي بإبطال جزء وصحة الجزء الباقي، كان الطعن جزئياً. وإليك بيان هذه الأنواع، مع بيان قيمة وأهمية هذا التقسيم.

أولاً: الطعن الكلي:

الطعن الكلي هو الطعن الذي ينصبُّ على جميع المسائل التي تناولها الحكم أو القرار المطعون فيه، سواء ما تعلق منها بالدعوى العمومية أم بالدعوى المدنية⁽¹⁾.

وعادة ما يكون النقض كلياً حين يتعلق بإجراء جوهري أو لي كتشكيكة هيئة المحكمة، إذا كانت أقل من العدد المنصوص عليه قانوناً، أو اختلال شرط من شروط تكوينها كهيئة المحلفين في محكمة الجنايات أو قضاء الأحداث، ومخالفة قواعد الاختصاص، فهنا يكون الحكم باطلاً كلياً.

ثانياً: الطعن الجزئي:

الطعن الجزئي هو الطعن الذي لا ينصب إلا على جزء من القرار أو الحكم المطعون فيه، بأن يشمل الدعوى المدنية فقط، دون الدعوى العمومية⁽²⁾.

ثالثاً: أهمية تقسيم الطعن إلى كلي وجزئي:

تبدو أهمية تقسيم الطعن إلى طعن كلي و جزئي في أن القرار المنقوض كلياً لا ينتج أي آثار، بخلاف الطعن الجزئي، فإن له آثار تتعلق بما بقي صحيحاً، حيث ينتج آثاره هنا.

كما أنه في حالة إحالة القضية إلى الجهة ذاتها التي صدر فيها القرار المنقوض، ومن نفس الدرجة من طرف المحكمة العليا، فإنه يجب على الجهة المحال عليها القضية أن تفصل فيه في حدود ما حصل نقضه، ولا يجوز لها أن تتجاوز هذه الحدود⁽³⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 24 جويلية 1990م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 70420، وقرار صادر يوم: 17 مارس 1997م، (عن غ.ج.م.ق.3)، في الطعن رقم: 143813، (ن.ق)، ع: 56، ص: 51. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص360.

(2) - قرار صادر يوم: 30 جوان 1981م من الغرفتين المجتمعين في الطعن رقم: 23505، مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص147. وقرارات صادران (عن غ.ج.1)، الأول يوم: 23 نوفمبر 1982م في الطعن رقم: 29041، والثاني يوم: 19 ماي 1987م في الطعن رقم: 55208. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص360.

(3) - قرار صادر يوم: 25 جوان 1981م، (عن غ.ج.2/2)، من الطعن رقم: 24869، مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص141. وقرار صادر يوم: 12 مارس 1985م، (عن غ.ج.1)، من الطعن رقم: 40330. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص360.

البند الثالث: أنواع الطعن باعتبار الإحالة إلى الجهة ذاتها التي صدر من القرار المنقوض من عدمها إلى الطعن بالإحالة والطعن بدون إحالة:

ويتمثل هذا التقسيم في تقسيم الطعن باعتبار الإحالة من المحكمة العليا إلى الجهة ذاتها التي صدر فيها القرار المنقوض وفي نفس الدرجة من عدمه، فإذا قررت المحكمة العليا إحالة القضية إلى الجهة ذاتها التي صدر فيها القرار المنقوض، كان الطعن بإحالة، أما إذا لم تحل كان الطعن بدون إحالة. وإليك بيان هذه الأنواع مع أهمية التقسيم وقيّمته.

ونشير هنا أن هذا النوع من الطعون أشارت إليه المادتان 523 و524 ق.إ.ج.

أولاً: الطعن بالإحالة:

الطعن بالإحالة هو الطعن الذي تصدره المحكمة العليا في نزاع يقضي ببطالان قرار معين، وتحويل النزاع إلى الجهة التي أصدرت القرار المنقوض مشكلة بتشكيل جديد، أو إلى جهة قضائية أخرى من درجة الجهة التي أصدرت الحكم المنقوض.

فالإحالة معناها تحويل وإرجاع القضية إلى الجهة القضائية نفسها أو إلى جهة أخرى من نفس الدرجة مشكلة تشكلاً آخر. والجهة الأخرى التي تحال إليها القضية غير الجهة السابقة تكون مثلاً عندما تكون هذه الأخيرة لا تتضمن عدداً كافياً من القضاة⁽¹⁾.

والأصل أن تتم الإحالة إلى الجهة القضائية نفسها التي أصدرت القرار المنقوض بتشكيله وتركيبه جديدة مختلفة كلياً عن الأولى.

ولكن أحياناً يجوز إحالة القضية إلى جهة قضائية أخرى غير التي أصدرت القرار المنقوض، وذلك كأن تكون الجهة القضائية الأولى غير مختصة مثلاً، أو نظراً للداعي الأمن العمومي، أو الشبهة المشروعة. وكل هذا منصوص عليه بالمادة 548 ق.إ.ج.

وهذا النوع من الإحالة هو الذي أشارت إليه المادة 523 ق.إ.ج، حيث نصت على أنه: «إذا قُبِلَ الطعن قضت المحكمة العليا ببطالان الحكم المطعون فيه كلياً أو جزئياً، وأحالت الدعوى إما إلى الجهة القضائية نفسها مشكلة تشكلاً آخر، أو إلى جهة قضائية أخرى من درجة الجهة التي أصدرت الحكم المنقوض.

و يتعين في حالة نقض الحكم لعدم اختصاص الجهة التي أصدرته أن تحال القضية إلى الجهة القضائية المختصة في العادة بنظرها».

(1) - قرار صادر يوم: 30 جوان 1981م، (عن غ.ج.2/ق2)، في الطعن رقم: 22969، مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص130. وقرار صادر يوم: 10 ماي 1988، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 51764. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص360.

و نشير أنه يتعين على الجهة القضائية التي تحال إليها القضية بعد النقض أمران:

- الأول: أن تكون مشكلة تشكيلا جديدا، وهذا إعمالا للمادة 1/523 ق.إ.ج، وكذلك لقرارات المحكمة العليا⁽¹⁾.

- الثاني: أن تخضع هذه الجهة لحكم الإحالة فيما يتعلق بالنقطة القانونية التي قطعت فيها المحكمة العليا، إعمالا للمادة 1/524 ق.إ.ج، وكذلك لقرارات المحكمة العليا⁽²⁾.

ثانيا: الطعن بدون إحالة:

الطعن بدون إحالة هو الطعن الذي تصدره المحكمة العليا في إبطال قرار معين أو اعتباره صحيحا، بحيث يتبين أنه لم يبق في النزاع شيء يحتاج إلى الفصل فيه مرة أخرى.

وهذا النوع من الطعن نصت عليه المادة 2/524 ق.إ.ج بقولها: «وإن لم يدع حكم المحكمة من النزاع شيئا يفصل فيه، نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة».

ومن أمثلة هذا النوع أن تقضي الجهة القضائية المطعون في قرارها بالبراءة، أو الإدانة ويطعن في قرارها، وترفض المحكمة العليا هذا الطعن شكلا وموضوعا كليا.

ومن الأمثلة أيضا أن تقرر المحكمة العليا انقضاء الدعوى العمومية لسبب من الأسباب⁽³⁾، المحددة في المادة 06 ق.إ.ج⁽⁴⁾.

وقد يقع النقض بدون إحالة، وعلى وجه الاقتطاع، والتجزئة فقط، بإبطال الجزء المعيب من الحكم أو القرار المطعون فيه إذ كان الباقي صحيحا، كالحكم القاضي بالإكراه البدني على المتهم، خلافا لمقتضيات م 600 ق.إ.ج⁽⁵⁾⁽⁶⁾.

(1) - قرار يوم: 25 ديسمبر 1984م، (عن غ.ج.2)، في الطعن رقم: 29562، (م.ق)، ع2، السنة 1990، ص272. وقرار صادر يوم: 25 جوان 1981، (عن غ.ج.2/2)، في الطعن رقم: 24869، مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص141. وقرار صادر يوم: 12 مارس 1985، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 40330. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص360.

(2) - قرار صادر يوم: 12 مارس 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 40330. (م.ق)، ع:2، س: 1990، ص255. والقرار الصادر يوم: 24 جويلية 1990م، (عن غ.ج.2/2)، في الطعن رقم: 80536. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع نفسه، ج2، ص360-361-362.

(3) - قرار صادر يوم: 14 ماي 1981م، (عن غ.ج.2/2)، في الطعن رقم: 22516. مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص99. وقرار صادر يوم: 23 أبريل 1991، (عن غ.ج.م/ق2)، في الطعن رقم: 71913. (م.ق)، ع:2، س: 1993، ص202. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع نفسه، ج2، ص361.

(4) - وهو وفاة المتهم، وبالتردد وبالغفوة الشامل، وبإلغاء قانون العقوبات، وبصدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي، و بسحب الشكوى متى كانت شرطا لازما للمتابعة - مثل جريمة الزنا إعمالا للمادة 4/339 ق.ع، وجريمة القذف والسب إعمالا للمادتين 298 و299 ق.ع، والمصالحة إذا كان القانون يبيحها صراحة.

(5) - قرار صادر يوم: 14 مارس 1989م، عن الغرفة الجنائية الأولى في الطعن رقم: 63122. المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع3، لسنة 1992، ص187. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع نفسه، ج2، ص361. وكذا القرار الصادر يوم: 15 جانفي 1993م، في الطعن رقم: 108131. المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع1، لسنة 1994، ص251.

(6) - تنص م 600 ق.إ.ج على أنه لا يجوز الحكم بالإكراه البدني أو تطبيقه في الأحوال الآتية:
- قضايا الجرائم السياسية.

وكذلك كأن يخطأ قضاة محكمة الجنايات في النطق بأن ينطقوا بعقوبة السجن، والصحيح الحبس بعد إفادة المتهم بظروف التخفيف عندما نزلت بالعقوبة إلى أربع سنوات حبسا، فهنا قضت المحكمة العليا بنقض وإبطال الحكم المطعون فيه جزئيا بحذف كلمة «سجن»، وتعويضها بكلمة «حبس» وبدون إحالة⁽¹⁾.

ثالثا: أهمية تقسيم الطعن إلى الطعن بالإحالة، والطعن بدون إحالة:

تبرز أهمية التقسيم في أن الطعن بدون إحالة يكون قد أنهى النزاع بشكل نهائي ومطلق، ما لم يطعن فيه لصالح القانون (م 530 ق.إ.ج)، أو بالتماس إعادة النظر (م531ق.إ.ج). أما الطعن بالإحالة فمعناه أن النزاع لم ينته بعد، وأنه لا بد من أن تفصل فيه الجهة القضائية المحال إليها طبقا للحدود المرسومة قانونا، والنقطة التي قطعت فيها المحكمة العليا، إعمالا للمادة 1/524 ق.إ.ج، وهذا القرار الذي يصدر من هذه الجهة القضائية بعد الإحالة، يمكن أن يطعن فيه بالنقض، ويمكن أن تفصل فيه المحكمة العليا بالطعن بالإحالة، وإما بدون إحالة، أي أن النزاع لم ينته، حتى يفصل فيه بشكل مطلق ووفقا للقانون.

وتلخيصا لهذا الفصل، نعتقد مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على شكل الموافقات والفروق حول تعريف النقض في الفقه الإسلامي والطعن في القانون الوضعي.

أ/- الموافقات:

- لعل أهم اتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي هو الاتفاق حول فكرة مراجعة الحكم متى كان معيبا ومشوبا بخطأ معين، وينبني على هذا التوافق جواز النقض والطعن في الأحكام عموما متى وجد سببه، كما ينبني عليه أيضا ضرورة وجود آليات معنية تمكن الخصوم من مراجعة الأحكام القضائية. ويعد هذا الاتفاق أهم وأكبر الموافقات بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في موضوعنا.

ب/- الفروق:

من خلال كل ما سبق فإنه يمكن استخلاص مجموعة من الفروق، هي كالآتي:

- تعدد المصطلحات في الفقه الإسلامي في الدلالة على إبطال الأحكام القضائية، في حين أن

- في حالة الحكم بعقوبة الإعدام أو السجن المؤبد.
- إذا كان عمر الفاعل يوم ارتكاب الجريمة يقل عن الثامنة عشرة (18).
- إذا ما بلغ المحكوم عليه الخامسة والستين (65) من عمره.
- ضد المدين لصالح زوجته، أو أصوله، أو فروع، أو إخوته، أو أخواته، أو عمه، أو عمته، أو خالته، أو أخيه، أو ابن أحدهما، أو أصداه من الدرجة نفسها.
⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 27 ماي 1997م، عن الغرفة الجنائية في الطعن رقم: 171048. المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع2، لسنة 1997م، ص183-190.

القانون الوضعي يستعمل مصطلحا واحدا هو «الطعن». وتعدد المصطلحات في الفقه الإسلامي يمكن أن يفسر بـ «فوضى الاصطلاح». كما يعكس عدم وجود تصور واحد للمصطلح الأقرب إلى الصحة.

- يستعمل الفقه الإسلامي في أغلب وكثير من استعمالات الفقهاء مصطلح «النقض» في حين يستعمل القانون الوضعي مصطلح «الطعن» وباستعمال المقاربة اللغوية، فإنّ العبارة الأدق والأولى بالاستعمال هو مصطلح «النقض» الذي يستعمله الفقه الإسلامي، لأنّه يدل على الإبطال كما رأينا، أما الطعن، وهو المصطلح القانوني الوضعي، فهو لا يدل على الإبطال، وإنما يدل على القدح فقط، ومن ثمّ فإنّ مصطلح «الطعن» مصطلح قاصر في الدلالة على الإبطال.

- بالمقارنة بين تعريفي النقض والطعن فإنّ الفقه الإسلامي يميز للقاضي وللمحكمة التي أصدرت الحكم نقضه، أما القانون الوضعي فلا يميز ذلك.

الفصل الثاني:

حكم نقض الأحكام القضائية.

المبحث الأول: حكم نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: حكم الطعن في الأحكام القضائية في القانون
الوضعي.

الفصل الثاني: حكم النقض في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

يقصد بحكم النقض بيان الوصف الشرعي للنقض من حيث كونه واجبا أو مباحا أم محرما.
ومسألة حكم النقض ليست مسألة بسيطة، وإنما هي مسألة دقيقة في غاية الدقة والصعوبة،

وذلك كالاتي:

- إنّ مما هو مقطوع به أن الحكم القضائي هو أهم عمل قضائي يصدر في دعوى مدنية أو جزائية، وآية ذلك أن أي نزاع يعرض على القضاء لا يهدف إلا إلى استصدار حكم نهائي ينطق بالحقيقة، وينهى النزاع والخصومة، ويؤدي إلى استقرار الأوضاع والمراكز القانونية الشرعية والحقوقية. بيد أن استصدار حكم قضائي نهائي و بات يعبر عن الحقيقة الواقعية والشرعية، ويؤدي إلى إحقاق الحق وإنكار الظلم، وإنصاف المظلوم، ومعاقبة الظالم، كما يؤدي إلى استقرار المراكز والأوضاع الحقوقية، قلنا: يبدو أن استصدار حكم قضائي بهذه المواصفات أنه هدف بعيد المنال، وصعب التحقيق، إن لم يكن مستحيلا، وذلك لأنّ الحكم القضائي يصدر عن قضاة، والقضاة بشر، والبشر من صفاتهم الخطأ والنسيان والجهل والغفلة، وسوء الطوية أحيانا.

ويضاف إلى هذا أن نفوس الخصوم عادة ما تكون غير راضية بأي حكم يصدر ضدها، فتحس بالظلم من قبل جهاز القضاء والعدل، ومن ثم تشعر بعدم الثقة تجاه أي حكم يقضي عليها بالإدانة والخسارة، هذا كله دون نسيان أن نفوس بعض الخصوم تكون أحيانا مليئة بالأحقاد والضغائن والظلم. وهذه كلها، من الخطأ البشري ونفوس الخصوم، أمور طبيعية فطرية وواقعية مفطور عليها الإنسان، ولا ينكرها إلا جاحد أو متكبر، ومن ثم تتقرر حقيقة لا مناص ولا مفر من الاعتراف بها، وهذه الحقيقة تتمثل في عزة وجود حكم قضائي صحيح وسليم وقائعا وشرعا، خاليا من الأخطاء والعيوب.

و عليه، فالخطأ في الحكم- بالنظر إلى الغالب منها والنادر يلحق بالغالب- واقع لا محالة، ولا مناص منه.

ويجب التنبيه إلى أن هذا الخطأ ليس حتمية لدرجة أن يفقد الإنسان القاضي معها كل ذكاء وعقل في تجنب الخطأ، وإنما لأسباب وعوامل متداخلة تجعل منه واقعا لا يمكن إنكاره، وهذه العوامل هي الخطأ البشري، ونفوس الخصوم.

وهكذا نكون أمام مركز الإشكالية، وتدق المسألة، وهي التوفيق والجمع بين أمرين متناقضين لا يمكن الجمع بينهما، وهما:

- الأمر الأول: ضرورة وضع حد للمنازعات والخصومات، والعمل على ضبط واستقرار المراكز والأوضاع الحقوقية الشرعية، وذلك بإصدار حكم قضائي نهائي قطعي، غير قابل لأي مراجعة وإعادة نظر من جديد.

- الأمر الثاني: عزة وجود حكم قضائي صحيح وسليم شرعا وواقعا دون خلل أو خطأ.

وإذن، وبناء على كل ما سبق، فإنَّ الإشكال المطروح هو: كيف يمكن الجمع والتوفيق بين الأمرين المتناقضين: وجوب الفصل في الخصومات بحكم قضائي نهائي قطعي سليم من كل الأخطاء والعيوب. وعزة وجود حكم قضائي سليم من الأخطاء، بحيث يكون الحكم القضائي عامل وأداة استقرار المراكز الحقوقية الشرعي، وخاليا من أية شائبة خطأ في آن واحد، أي حكم قضائي نهائي قطعي صحيح شرعا ووقائعا؟

بمعنى آخر: ما هو المنهج الذي أقره الفقهاء المسلمون - وكذا القانون الوضعي - في إقرار مبدأ النقض أو الطعن ومراجعة الأحكام القضائية، حتى تعبر عن الحقيقة الشرعية والواقعية وتحقق استقرار الأوضاع الحقوقية داخل المجتمع؟

أو ما هي الخطة التشريعية التي وضعها الفقهاء والقانون لإقرار مبدأ النقض ومراجعة الأحكام القضائية؟

ويجب التأكيد على أن كلا الأمرين السابقين يمثل قاعدة جوهرية في القضاء والمجتمع معا، حيث إن قاعدة صدور حكم نهائي قطعي في النزاع ضروري، لضرورة وجود القضاء، وإن فتح باب النقض على مصراعيه في الأحكام القضائية يؤدي إلى ألا يستقر حكم، ومن ثم تتأبد المنازعات والخصومات، وهي هذه الفوضى الخلاقة بعينها.

كما أن قاعدة الاستقرار قاعدة ضرورية لأنَّ خرقها يؤدي إلى الفوضى والتناحر داخل المجتمع.

وإذا، فمن الصعوبة بمكان خرق القاعدتين معا، ومن ثم تدق المسألة وتصبح جدا.

وللإجابة على هذه الإشكالية، فإننا نتناولها وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: حكم نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: حكم الطعن في الأحكام القضائية في القانون الوضعي.

وإليك بيان هذه المباحث بالتفصيل.

المبحث الأول: حكم نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي

وضعت الشريعة الإسلامية خطة تشريعية دقيقة في حكم نقض الأحكام القضائية، بحيث لم تترك

الأمر للفوضى والغموض والضبابية، وإنما أسستها وقعدتها وفق منهجية واضحة ودقيقة، حيث حددت مضمون هذه الخطة، ومعالمها، وكذلك آلياتها.

ولبيان هذه الخطة التشريعية، فإننا نتناولها وفق الخطة الآتية:

المطلب الأول: بيان الخطة التشريعية ومعالمها في حكم النقض في الفقه الإسلامي.
المطلب الثاني: الأحكام التفصيلية لحكم نقض الأحكام القضائية.

وإليك بيان هذه المطالب.

المطلب الأول: بيان الخطة التشريعية ومعالمها في حكم النقض في الفقه الإسلامي
يتضمن هذا المطلب عنصرين:

- الأول: بيان الخطة التشريعية.

- والثاني: معالمها.

ويتم تناول هاذين العنصرين في فرعين، كل عنصر في فرع على حدا.

الفرع الأول: بيان الخطة التشريعية التي رسمتها الشريعة الإسلامية في حكم النقض
أسس علماء الشريعة الإسلامية فكرة النقض بناء على الجمع والتوفيق بين فكرتين متناقضتين
متعارضتين:

- الفكرة الأولى: وهي ضرورة وضع حد للمنازعات والخصومات، والعمل على استقرار الأوضاع
الحقوقية، وذلك بإصدار أحكام قضائية قطعية نهائية فصلا في المنازعات والخصومات.

- والفكرة الثانية: هي عزة وجود حكم قضائي صحيح من كل العيوب والأخطاء.

- أما عن كيفية التوفيق بين الفكرتين المتناقضتين والمتعارضتين فهو التضحية بهما جزئيا، بحيث
يتم التضحية وإدخال استثناء على الفكرة الأولى بجعل قاعدة الاستقرار قاعدة مهددة عند صدور الحكم
وفي آجال وشروط وأسباب، وآليات معنية، بمعنى أنه ليس من اللازم وبالضرورة عند صدور الحكم أن
تستقر الأوضاع الحقوقية التي فصل فيها الحكم، وإنما لا يستقر مؤقتا وفق شروط وأسباب معنية حتى إذا
مرت أو انعدمت تلك الأسباب والآجال والشروط والأطراف أصبح من غير المقبول خرق وإهدار قاعدة
الاستقرار، وأنه حينئذ يجب احترام قاعدة الاستقرار لأنها أصبحت من النظام والمصلحة العامة للأمة.

- أما الفكرة الثانية فتتم التضحية بها جزئيا أيضا، وذلك بأن يفتح باب النقض جزئيا، وفي
آجال معينة ومحددة، ووفق شروط وأسباب وآليات معينة للنقض. ثم بعد ذلك يغلق باب النقض حتى
ولو كان الحكم القضائي مشوبا بعيب من العيوب، اللهم إلا إذا كان الخطأ يمس بالمصلحة العامة
الأساسية للأمة الإسلامية، كأن يخالف الحكم نصا قطعيا من القرآن، أو السنة، أو الإجماع، فهنا ينقض
الحكم حتى ولو انتهت وانقضت الآجال المتعلقة بالنقض، وذلك لأنه يمس بمصلحة ضرورية للمجتمع
وهي الدين. هذا دون أن ننسى النفس والعقل والنسل والمال. وباختصار العدل بمفهومه الواسع.

وهكذا نلاحظ أن كلتا الفكرتين السابقتين تم التضحية بهما جزئيا، ولكن بصورة التخالف،
ففكرة ضرورة وضع حد للمنازعات بحكم قضائي قطعي تم التضحية بها في الأول، بأن لا يستقر الحكم

في البداية بعد صدوره، أما الفكرة الثانية- وهي فكرة عزة وجود حكم صحيح خال من الأخطاء والعيوب- فتم التضحية بها في النهاية، أي أنه لا يجوز نقض الأحكام القضائية الخاطئة متى انتهت الآجال واختلت الشروط.

ويستثنى من هذا الحكم القضائي الذي يتضمن خطأ يمس بالمصلحة العامة، فهذا كما قلنا ينقض حتى ولو انتهت الآجال وانتفت الشروط والآليات، وذلك لمساسه بمصلحة ضرورية هي العدل بمفهومه الواسع.

وبهذه الكيفية و الرؤية المنهجية من التوفيق، فإنّ الشريعة الإسلامية وقفت موقف الوسط لا إفراط ولا تفريط، فهي لم تغلق باب النقض مطلقاً، كما أنها لم تفتحه مطلقاً، وإنما فتحتة جزئياً وفق شروط وأسباب وأطراف وآليات محددة ومعينة، وكل هذا يقوم على مبدأ العدل، فالتوفيق في هذه المسألة يقوم على مبدأ العدل، الذي هو مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية، كما سنرى لاحقاً.

الفرع الثاني: معالم الخطة التشريعية الإسلامية:

رأينا قبل قليل أن فكرة النقض في الفقه الإسلامي تقوم على خطة تشريعية قوامها التوفيق بين فكرتين متناقضتين متعارضتين متضادتين:

- الأولى: ضرورة استقرار الأوضاع الحقوقية بحكم قضائي قطعي.
 - والثانية: عزة وجود حكم قضائي صحيح من كل الوجوه.
- ويستخلص من كل هذا ومن استقراء تصرفات الشريعة أن الخطة التشريعية لها ثلاثة معالم:
- المعلم الأول: الأصل في الأحكام القضائية أنها لا تنقض.
 - المعلم الثاني: جواز نقض الأحكام القضائية التي تشوبها أخطاء، استثناء.
 - المعلم الثالث: آليات التوفيق بين الأصل والاستثناء.
- وإليك بيان هذين المعلمين.

المعلم الأول: الأصل في الأحكام القضائية أنها لا تنقض:

ينقسم هذا العنصر إلى نقطتين الأولى لبيان الأصل، والآخر لبيان مظاهره من خلال نصوص الفقهاء.

أولاً: بيان الأصل و القاعدة العامة:

قررت الشريعة الإسلامية - من خلال استقراء نصوص الفقهاء - أن القاعدة العامة والأصل في الأحكام القضائية أنها لا تنقض، وأن الأصل المفترض فيها هو صحتها وصدورها وفق الشرع وأصول القضاء، ومن ثم لا تبطل ولا تنقض إلا إذا وجد سبب ودليل قاطع على الخطأ في الحكم فحينئذ يبطل وينقض، بل إنه يكون حينئذ واجباً.

و أساس هذه القاعدة هو استقرار نصوص وعبارات الفقهاء، حيث وردت نصوص فقهية كثيرة وصلت إلى حد القطع واليقين بأن الأصل في الأحكام القضائية هو صحتها، وعدم جواز نقضها وإبطالها من غير سبب مشروع.

ومن هذه النصوص قول القُدوري الحنفي: «وإذا رُفِعَ إلى القاضي حكم حاكم أمضاه، إلا أن يخالف الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، أو يكون قولاً لا دليل عليه»⁽¹⁾.

وقال ابن نجيم الحنفي: «القضاء محمول على الصحة ما أمكن ولا ينقض بالشك»⁽²⁾. وقال أيضاً: «لا يصح رجوع القاضي عن قضاؤه، فلو قال: رجعتُ عن قضائي، أو وقعتُ في تلبيس الشهود، أو أبطلتُ حكمي، لم يصح والقضاء ماضٍ... بما إذا كان مع شرائط الصحة... بما إذا كان بعد دعوى صحيحة، وشهادة مستقيمة، إلا في مسائل:

- الأولى: إذا كان القضاء بعلمه، فله الرجوع عنه.

- الثانية: إذا ظهر خطؤه وجب عليه نقضه، بخلاف ما إذا تبدل رأي المجتهد.

- الثالثة: إذا قضى في مجتهد فيه مخالفاً لمذهبه، فله نقضه دون غيره»⁽³⁾.

وقال أيضاً في موضع آخر: «القضاء بعد صدوره صحيحاً لا يبطل بإبطال أحد، إلا إذا أقر المقضي له بطلانه، إلا في المقضي بحريته، وفيما إذا ظهر الشهود عبداً أو محدودين في قذف بالبينة، فإنه يبطل لكونه غير صحيح»⁽⁴⁾.

وقال الحموي الحنفي: «القضاء حق الشرع يجب صيانته، ومن صيانته أن يلزم ولا يُعترض عليه»⁽⁵⁾. وهذه العبارة صيغت على شكل قاعدة فقهية، أو نص قانوني.

ويقول المرغيناني الحنفي: «وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه، إلا أن يخالف الكتاب، والسنة والإجماع...»⁽⁶⁾.

وقال ابن مودود الموصل الحنفي: «وإذا رفع إليه قضاء قاض أمضاه إلا أن يخالف الكتاب، أو السنة المشهورة، أو الإجماع»⁽⁷⁾.

كما نقل ابن حزم الظاهري الإجماع حول هذه المسألة فقال: «واتفقوا على وجوب الحكم

(1) - القُدوري، أبو الحسين أحمد بن محمد البغدادي الحنفي، الكتاب، مطبوع مع اللباب للميداني، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ-1993م، ج4، ص87-88.

(2) - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص222. وانظر أيضاً: الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص248.

(3) - ابن نجيم، المصدر نفسه، ص235.

(4) - ابن نجيم، المصدر نفسه، ص243.

(5) - الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج2، ص336.

(6) - المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، مصدر سابق، ج3، ص119.

(7) - ابن مودود الموصل، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص87.

بالقرآن، والسنة، والإجماع، واتفقوا أنّ من حكم بغير هذه الثلاثة، أو القياس، أو الاستحسان، أو قول صاحب لا مخالف له منهم، أو قول تابع لا مخالف له من التابعين ولا الصحابة، أو قول الأكثر من الفقهاء، فقد حكم بباطل لا يحل»⁽¹⁾.

وقال ابن فرحون المالكي: «ويحمل القضاء على الصحة ما لم يثبت الجور، وفي التعرض لذلك ضرر بالناس، ووهن بالقضاة»⁽²⁾.

وقال تقي الدين السبكي الشافعي: «القاعدة المقررة: أن حكم الحاكم لا ينقض إلا إذا خالف النص؛ أو الإجماع؛ أو القياس الجلي؛ أو القواعد الكلية»⁽³⁾. وقال أيضا: «كل شيء حكم فيه حاكم حكما صحيحا لا ينقض حكمه فيه»⁽⁴⁾.

وقال الرملي الشافعي: «والظاهر من أحكام القضاة وقوعها على وفق الصحة، فلا يعدل عن الظاهر إلا بينة، صيانة لولاة المسلمين عن البذلة»⁽⁵⁾.

فكل هذه النصوص وغيرها⁽⁶⁾ تدل دلالة قاطعة على أن الأصل المفترض في الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي هو صحتها، ومن ثم لا يجوز نقضها، وإذا كان يجوز نقضها فذلك استثناء من قاعدة، وبناء على أسباب محددة وواضحة.

والذي يلاحظ أن هذه القاعدة العامة والأصل ما هي إلا قرينة بسيطة يمكن دحضها بأي إثبات أن الحكم معيب بعيب من العيوب المحددة والمشروعة.

ثانياً: المقصد من القاعدة العامة: صيانة القضاء من التعرض له، و التشكيك فيه:

غير أن الأهم في كل النصوص السابقة - و فيما سيأتي أيضا - هو الإشارة إلى المقصد والغاية من هذا الأصل والقاعدة العامة وهي صيانة القضاء من التعرض له بالتشكيك في أحكامه أو الطعن في كفاءة قضاة، حيث إن صيانة مؤسسات القضاء و حماية القضاة هو من حماية وصيانة العدل في ذاته. ولذا يمكن القول بأن هذا الأصل و القاعدة العامة هو عزيمة الذي هو في مقابل الرخصة، وهو كذلك العدل الذي هو في مقبل الإحسان.

إن مقصد صيانة القضاء و القضاة من التشكيك مقصد أصيل في الفقه الإسلامي غايته حماية

(1) - ابن حزم، مراتب الإجماع، مصدر سابق، ص 58.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 84.

(3) - السبكي: «رسالة القول الموعب في القضاء بالموجب»، مصدر سابق، ص 247.

(4) - السبكي: «رسالة القول الموعب في القضاء بالموجب»، مصدر سابق، ص 250.

(5) - الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج 8، ص 258. وانظر هذه العبارة أيضا في: الأقفهسي، ابن العماد شهاب الدين أحمد بن عماد

بن محمد المصري الشافعي، توقيف الحكام على غوامض الأحكام، تحقيق: نصير خضر سليمان الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1،

1426هـ - 2005م، ص 386-387.

(6) - زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج 6، ص 291.

العدل في ذاته، يتبين لنا ذلك في مناقضة هذا المقصد، فلو أجزنا للناس أن يشككوا في عدالة أحكام القضاء بلا مبرر و بلا سبب حقيقي يقوم على العدل، وأن يشككوا في نزاهة القضاة و حيادهم واتهامهم بالمحاباة و الميل إلى أحد الأطراف بلا حجة ولا برهان، هو ليس اعتداء على القضاة والقضاء فقط، وإنما هو اعتداء على العدل، و على الحق، وعلى معيار الحق. إنه الظلم الحقيقي المتوحش في أخص صورته. بمعنى آخر إنَّ صيانة القضاء و القضاة هو وسيلة لغاية أسمى ومقصد أعلى هو حماية العدل.

ثالثاً: مظاهر القاعدة العامة و الأصل في أن الأحكام القضائية صحتها و عدم جواز نقضها: وعلى الرغم من أن النصوص السابقة في بيان القاعدة العامة و الأصل كافية في البيان والتوضيح، إلا أننا إرتائنا إضافة ما تم استخلاصه من مظاهر تدل على هذه القاعدة. ومن خلال تتبع نصوص الفقهاء أيضاً فإننا نعثر ونظفر بعدة مظاهر لهذه القاعدة والأصل، وهي إجمالاً:

- تحديد وضبط شروط تولي القضاء.
- عدم جواز مخاصمة القضاة فيما قضوا به إلا ببينة.
- القاضي له كامل السلطة في رفض طلب إعادة النظر في حكمه إذا صدر من السلطان أو نائبه.

- حث القضاة على التأني وتدقيق النظر في النزاع والإثباتات. وإليك الآن بيان هذه المظاهر.

- المظهر الأول: تحديد وضبط شروط تولي القضاء:

اجتهد كثيراً فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد وضبط شروط تولي القضاء، فذكروا بأنها⁽¹⁾: الإسلام، والتكليف (العقل والبلوغ)، والذكورة، والاجتهاد، والعدالة، والتولية من السلطان وغيرها. وكل هذا بهدف أن تصدر الأحكام ممن هو أهل لها، وممن هو صالح لمنصب القضاء ويستحق

(1) - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص3. ابن رشد (الجد)، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والنحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1408هـ-1988م، ج2، ص258-260. خليل، المختصر، مصدر سابق، ص226. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص21-23. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص262-263. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص515-516. الخطيب الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، ج2، ص603-609. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص12-17. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص373-378. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص421-425. ابن حزم، أبو محمد علي أحمد بن سعيد الأندلسي، المحلى، دار الفكر، بيروت د ط، ج9، ص363. الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج4، ص185-186. الثميني، حياء الدين عبد العزيز بن الحاج ابراهيم، الورد البسام في رياض الاحكام، تحقيق: محمد بن صالح الثميني، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، مطبعة عيسى البابي الحلبي و شركاه، القاهرة، دط، ص12-14.

أن يتولاه، ومن ثم الحرص على صدورها صحيحة سليمة من كل عيب وخطأ. وحتى لا تنقض بعد ذلك.

وإذن، فمن مظاهر أصل عدم جواز نقض الأحكام هو الاجتهاد والحرص على بيان شروط تولي القضاء، وبيان الحكم الصحيح من الحكم الفاسد، فالأول لا يجوز نقضه، والثاني يجوز نقضه. وفي خصوص هذا المظهر يقول ابن قدامة المقدسي الحنبلي: «وليس على الحاكم تتبع قضايا من كان قبله، لأن الظاهر صحتها وصوابها، وأنه لا يؤول القضاء إلا من هو أهل الولاية»⁽¹⁾. وتطبيقا لهذا المظهر - وهو في الوقت ذاته ضابط للأحكام الصحيحة من الأحكام الباطلة - فإنه إذا صدر حكم قضائي من غير مسلم، أو من امرأة، أو من فاسق بكبيرة أو باعتقاد، أو بلا تولية من إمام، كان الحكم باطلاً بالمطلق، ومن ثم ينقض ويصدر حكم جديد ممن هو أهل للقضاء بشروطه التي نص عليها الفقهاء.

- المظهر الثاني: عدم جواز مخاصمة القضاة فيما قضوا به إلا ببينة: نص الفقهاء المسلمون⁽²⁾ كذلك، أنه إذا ادعى أحد الخصوم على القاضي أنه جار في حكمه، فلا تسمع دعواه إلا إذا أقام بينة عادلة. ولهذا نص الفقهاء على أنه لا يجوز إحضار القاضي إلى مجلس القضاء لمجرد الدعوى عليه، بل لا بد من وجود بينة عادلة، حتى تكون هناك جدية في الدعوى، وحتى يسان القضاة من الدعاوى الكيدية التي ترفع لهدف الإساءة إليهم والكيد بهم وإلحاق الإهانة والإزدراء بهم وبمكائنتهم، وبمكانة القضاء تبعاً.

فالهدف إذن وضع وشرعة لنوع من الحماية والصيانة والحرمة للقضاة والقضاء. وأساس هذه القاعدة هو القاعدة السابقة، وهي أن أحكام القضاة تجري على الصحة، فلا يعدل عن الأصل إلا ببينة.

ومن نصوص الفقهاء في هذا ما قاله مطرف المالكي: «وإذا اشتكى على القاضي في قضية حكم بها ورفِع ذلك إلى الأمير، فإن كان القاضي مأموناً في أحكامه، عدلاً في أحواله، بصيراً بقضائه، فأرى أن لا يعرض له الأمير في ذلك، ولا يقبل شكوى من شكاه، ولا يجلس الفقهاء للنظر في قضائه فإن

(1) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص37. وأنظر أيضاً: شمس الدين بن قدامة المقدسي، أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد، الشرح الكبير على المقنع لموفق ابن قدامة المقدسي، مطبوع بجامع المغني لابن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، ج11، ص412.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص68، 71. ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج2، ص195. زكريا الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 418هـ-1998م، ج2، ص365-366. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص691-692. الشرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص390. ابن قدامة المقدسي، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد، الكافي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية و الإسلامية بدار هجر، دار هجر، الرياض، ط1، 1418هـ-1997م، ج4، ص452.

ذلك من الخطأ إن فعله، ومن الفقهاء إن تابعوه على ذلك، وإن كان عنده متهما في أحكامه، أو غير عدل في حال أو جاهلا بقضائه فليعزله ويولي غيره...»⁽¹⁾.

وقال ابن فرحون المالكي: «ولا ينبغي أن يمكن الناس من خصومة قضاتهم لأن ذلك لا يخلو من وجهين: إما أن يكون عدلا، فيستهان بذلك ويؤذى. وإما أن يكون فاسقا فاجرا وهو ألحن بحجته ممن شكاه، فيبطل حقه، ويتسلط ذلك القاضي على الناس. وقال ابن القاسم في القاضي يعزل فيدعى الناس أنه جار عليهم: أنه لا خصومة بينهم وبينه، ولا ينظر فيما قالوا عنه إلا أن يرى الذي بعده جورا بينا فيرده ولا شيء على القاضي»⁽²⁾.

وقال مطرف المالكي: «لو كان القاضي المُشْتَكَى في غير بلد الأمير الذي هو به، وحيث يكون قاضي الجماعة، فهذا كما تقدم، ينظر، فإن كان القاضي معروفا مشهورا بالعدل في أحكامه والصلاح في أحواله أقره ولم يقبل عليه شكوى، ولم يكتب بأن يجلس معه غيره، ولا يفعل هذا بأحد من قضاته إلا أن يُشْتَكَى منه استبداداً برأي، أو ترك رأي من ينبغي له أن يشاوره، فينبغي له أن يكتب إليه أن يشاوره في أموره، وأحكامه من غير أن يسمي له أحدا، أو يجلس معه أحدا. وإن كان ذلك القاضي غير مشهور بالعدل والرضا وتظاهرت الشكوى عليه، كتب إلى رجال صالحين من أهل بلد ذلك القاضي، فأقدمهم للمسألة عنه، والكشف عن حاله، فإن كان على ما يجب، أمضاه، وإن كان على غير ذلك عزله»⁽³⁾.

وقال الماوردي الشافعي: «وإن كان التظلم منه في حكم حكم به عليه، لم يسمع الحاكم الدعوى منه مجملة حتى يصفها، بما تصح الدعوى بمثله، فإذا وصفها نظر الحاكم فيها»⁽⁴⁾.

وقال الشيرازي الشافعي: «وإن تظلم منه [أي من القاضي]⁽⁵⁾ متظلم، فإن سأل إحضاره لم يحضره حتى يسأل عما بينهما، لأنه ربما قصد أن يبتذله ليحلف من غير حق... وإن قال: حكم عليّ بشهادة عبيدين أو فاسقين، ففيه وجهان: أحدهما أنه يحضره كما يحضره إذا ادعى عليه مالا، والثاني: أنه لا يحضره حتى يقيم بينة بما يدعيه، لأنه لا تتعذر إقامة البينة على الحكم... وإن قال: جار علي في الحكم، نظرت...»⁽⁶⁾. أي نظرت الدعوى.

وقال زكريا الأنصاري الشافعي: «(ولو ادعى على متول جورا في حكم لم يسمع) ذلك (إلا

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص70.

(2) - ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص69. وانظر أيضا: ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج2، ص195.

(3) - ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص70.

(4) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص691-692.

(5) - ما بين المعقوفين إضافة منا لبيان المقصود.

(6) - الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص390.

بينة) فلا يحلف، لأنه نائب الشرع، والدعوى على النائب دعوى على المنيب، ولأنه لو فتح باب التحليف لتعطل القضاء. قال الزركشي: هذا إن كان موثوقا له، وإلا حلف (أو ادعى عليه (ما) أي شيء (لا يتعلق بحكمه، أو على معزول بشيء) كأخذ مال برشوة، أو بشهادة من لا تقبل شهادته (فكغيرهما) فتفصل الخصومة بإقرار، أو حلف، أو إقامة بينة، وقيد السبكي الأولى في هاتين، فقال: هذا إن ادعى عليه بما لا يقدح فيه، ولا يخل بمنصبه، وإلا فالقطع بأن الدعوى لا تسمع، ولا يحلف ولا طريق للمدعي حينئذ إلا البينة. ثم قال: بل ينبغي أن يكون الحكم كذلك وإن ادعى عليه بما لا يقدح فيه، ولم يظهر للحاكم صحة الدعوى صيانة عن ابتدائه بالدعوى والتحليف»⁽¹⁾.

وقال أيضا: «(فإن تظلم) شخص (عنده بمعزول أو نائبه سأله) عما يريد منه، ولا يسارع إلى إحضاره، فقد يقصد ابتذاله»⁽²⁾.

ولعل في هذا ترجيحا لأحد القولين الذين ذكرهما ابن أبي الدم في عبارته المنقولة من قبل. وقال ابن قدامة المقدسي الحنبلي: «وإن تظلم متظلم من القاضي قبله، وسأله إحضاره، لم يحضره حتى يسأله عما بينهما، لأنه ربما قصد تبذيله»⁽³⁾.

ويلاحظ أن الشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾ اختلفوا في اشتراط البينة، فبعضهم اشتراطها، وبعضهم الآخر الآخر لم يشترطها.

والحقيقة أن هذا الخلاف لا يقلل من شأن القاعدة، خاصة وأن القضاء لا يفصل ولا يحكم في الدعوى إلا ببينة، زيادة ذلك، فإننا قد نقلنا بعض الأقوال لدى الشافعية والحنابلة التي تؤكد على اشتراط البينة.

- المظهر الثالث: القاضي له كل السلطة في رفض طلب إعادة النظر في حكمه إذا صدر من السلطان:

قد يطلب السلطان أو الخليفة في بعض الأحيان من القاضي مراجعة وإعادة النظر في حكم أصدره في نزاع معين، فإن الفقهاء أقروا لهذا القاضي حق رفض طلب إعادة النظر في حكمه، وأنه له كل السلطة في ذلك، ولذلك قال علاء الدين الحصكفي الحنفي: «قضى بحق، ثم أمره السلطان بالاستئناف بمحضر من العلماء، لم يلزمه»⁽⁶⁾.

وقال عالمكبر وجماعة من علماء الهند: «القاضي إذا قضى في حادثة في حق، ثم أمر السلطان أن

(1) - زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، مصدر سابق، ج 2، ص 365-366.

(2) - زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج 6، ص 291.

(3) - ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج 4، ص 452.

(4) - الشيرازي، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 11، ص 216-217.

(6) - الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج 5، ص 376.

يسمع هذه الحادثة ثانياً بمشهد من العلماء، لا يفترض على القاضي ذلك»⁽¹⁾.

وهذا الذي أقره الفقهاء هو لمنع تدخل رجال السياسة (السلطان التنفيذية و الشورية) في القضاء، وكذلك لشرعنة رفض القضاء لطلبات السلاطين والخلفاء الجائرين. هؤلاء السلاطين الجائرين قد يجهلوا أو يتجاهلوا وهو الغالب في بعض الأحيان ويتحايلوا لتغيير بعض الأحكام القضائية، كأن يجمعوا جماعة من الفقهاء، ويكرهونهم بطريقة من الطرق على النظر في حكم معين، ومن ثم إبطاله ونقضه وإصدار حكم آخر يرضي هذا السلطان أو ذاك الأمير، وقد قال مطرف المالكي حول حكم هذه المسألة ما نصه: «ولو جهل الأمير فأجلس فقهاء بلده، وأمرهم بالنظر في تلك الحكومة و جهلوا أيضاً، أو أكرهوا على النظر، فنظروا فأروا فسخ ذلك الحكم، ففسخه الأمير، أو رد قضيته إلى ما رأى الفقهاء، فأرى لمن نظر في هذا بعد ذلك أن ينظر في الحكم الأول، فإن كان صواباً لا اختلاف فيه، أو كان مما اختلف فيه أهل العلم، أو مما اختلف فيه الأئمة الماضون فأخذ ببعض ذلك، فحكمه ماض، والفسخ الذي تكلفه الأمير والفقهاء باطل. وإن كان الحكم الأول خطأً بينا، أمضى فسخه، وأجاز ما فعله الأمير والفقهاء. ولو كان الحكم الأول خطأً بينا، أو لعله قد عرف من القضاء بعض ما لا ينبغي من القضاة، ولكن لم يعزله، وأراد النظر في تصحيح ذلك الحكم بعينه، فحينئذ يجوز للفقهاء النظر فيه، فإذا تبين لهم أن حكمه خطأً بين فليرده»⁽²⁾.

وبهذا النص الواضح والبيّن أجاز الفقهاء نظر الأحكام القضائية التي تدخلت السلطة السياسية في توجيهها، وأنه يمكن نقضها متى كانت خاطئة. والحق أيضاً يقال أن هذا النص يمثل أداة وآلية ومظهراً من مظاهر مقاومة القضاة والعلماء المسلمين للسلاطين الظلمة، ومنعهم من التدخل في القضاء، وأنهم اجتهدوا في الدفاع عن استقلالية القضاء عن باقي السلطات.

- المظهر الرابع: ندب القضاة إلى التأنى والتثبت والتدقيق عند النظر في النزاع والبيانات:

في كثير من الأحيان تطرح على القضاء قضايا معقدة ومتداخلة، إما بسبب تداخل الوقائع والأحداث، وإما لصعوبة الإثبات وتعارض الأدلة، وإما لأن تلك القضية المطروحة من النوازل والمستجدات والقضايا الحادثة الجديدة، أو لغيرها من الأسباب، وهنا متى أشكل الأمر على القاضي فإنه مطالب بالتأني والتثبت والتدقيق وعدم التسرع في إصدار الحكم القضائي، بحيث عليه أن يجتهد رأيه، ويعمل اجتهاده، حتى ينكشف له وجه الحق، ومن لم لا يجوز له أن يحكم بين الخصوم، وهو لم يتحقق الدعوى، ولم يفهم مراد الخصوم، ولم يدقق في البيانات المطروحة أمامه ويتأكد من صحتها، كأن يتحقق من عدالة الشهود، واستيفائهم لشروط الشهادة المعتبرة، فإذا اشتبه القاضي في الشهود، فعليه أن

(1) - عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص315.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص70.

يؤخر الحكم حتى يتفحص أحوالهم ويسأل عنهم⁽¹⁾.

وهو ما نصت عليه المادة 1813 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: «يجب على القاضي أن يجري التدقيق في المرافعات مع عدم طرح الدعاوى في زوايا الإهمال»⁽²⁾.
والأكثر من هذا فقد دلت آيات كثيرة وأحاديث عديدة وآثار للصحابة على الندب في التأيي، وذلك كالآتي:

أ/ - من القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنِيءٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِمِجْهَلَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَيَّ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾ [سورة الحجرات: 06].

وقال عز وجل: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَتَبَيَّنُوا وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَى إِلَيْكُمُ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا تَبْتَغُونَ عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا فَعِنْدَ اللَّهِ مَغَانِمٌ كَثِيرَةٌ كَذَلِكَ كُنْتُمْ مِّن قَبْلُ فَمُرَّكُمُ اللَّهُ عَلَيْكُمْ فَتَبَيَّنُوا إِنَّكَ اللَّهُ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ [سورة النساء: 94].

قال الشافعي مبينا وجه الاستشهاد بهذه الآيات: «أمر الله جل ثناؤه من يمضي أمره على أحد من عباده أن يكون مثبتا قبل أن يمضيه»⁽³⁾. وإلا سيكون من النادمين يوم القيامة وفي الدنيا.

ب/ - من السنة النبوية: وردت عدة أحاديث تحت على التأيي والتثبت في كل الأمور، منها ما يأتي:

- عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «التَّائِي مِنَ اللَّهِ وَالْعَجَلَةُ مِنَ الشَّيْطَانِ»⁽⁴⁾.
- وعن ابن عباس - ب - قال: قال النبي ﷺ: «إِذَا تَأَيَّيْتَ». وفي رواية: «إِذَا تَبَيَّنْتَ أَصَبْتَ أَوْ كَدْتَ تُصِيبُ. وَإِذَا اسْتَعْجَلْتَ أَخْطَأْتَ أَوْ كَدْتَ تُخْطِئُ»⁽⁵⁾.

- عن أبي سعيد الخدري - أ - أن وفد عبد القيس، لما قدموا على رسول الله ﷺ فذكر الحديث قال فيه: ثم قال نبي الله ﷺ لأشج عبد القيس: «إِنَّ فِيكَ خَصَلَتَيْنِ يُحِبُّهُمَا اللَّهُ الْحِلْمُ وَالْأَنَاءَةُ»⁽⁶⁾.

(1) - ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج 7، ص 378. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 2، ص 69. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج 4، ص 466. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 44. التسولي، البهجة، مصدر سابق، ج 1، ص 107. حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج 4، ص 621-620. الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج 2، ص 2621.
(2) - حيدر، علي، المصدر نفسه، ج 4، ص 620. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج 2، ص 1176.
(3) - الشافعي، محمد بن إدريس، أحكام القرآن، كتب هوامشه: عبد الغني عبد الخالق، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط 2، 1414هـ-1994م، ج 2، ص 118-119. وأنظر أيضا: الأم، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - رواه البيهقي، في السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب التثبت في الحكم، ج 10، ص 104. و ورد في سنن الترمذي بلفظ: «الأناءة من الله وَالْعَجَلَةُ مِنَ الشَّيْطَانِ». وقال عنه: «هَذَا حَدِيثٌ غَرِيبٌ. وَقَدْ تَكَلَّمَ بَعْضُ أَهْلِ الْحَدِيثِ فِي عَبْدِ الْمُهِمِّنِ بْنِ عَبَّاسِ بْنِ سَهْلٍ وَضَعَفَهُ مِنْ قَبْلِ حِفْظِهِ...». أنظر: الترمذي في سننه، كتاب البر والصلة، باب ما جاء في التأيي وَالْعَجَلَةُ، ج 3، ص 367، رقم الحديث: 2012.

(5) - رواه البيهقي، في السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب التثبت في الحكم، ج 10، ص 104.
(6) - رواه البيهقي، في السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب التثبت في الحكم، ج 10، ص 104. ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان،

ج / - من آثار الصحابة:

ومن آثار الصحابة - وهي كثيرة⁽¹⁾ - قول عمر بن الخطاب في الرسالة التي بعثها إلى أبي موسى الأشعري - ب-: «فَأَفْهَمُ إِذَا أُدْلِيَ إِلَيْكَ...». وقال أيضا فيها: «الفهم الفهم مما يتلجلج في صدرك (وربما قال في نفسك) ويشكل عليك مما لم ينزل»⁽²⁾.

قال السرخسي الحنفي وهو يشرح هذه العبارة: «وفي تكراره [أي للفظ الفهم] مرة بعد مرة بيان أنه ينبغي للقاضي أن يصرف العناية إلى ذلك خصوصا إذا تمكن الاستيفاء في قلبه، فإنه عند ذلك مأمور بالتثبت، ممنوع عن المجازفة، خصوصا فيما لا نص فيه من الحوادث»⁽³⁾.

د / - أما من أقوال الفقهاء:

فكقول البابري الحنفي: «وقال أبو يوسف ومحمد: لا بد من أن يسأل عنهم [أي عن الشهود] في السر والعلانية في جميع الحقوق، لأن مبنى القضاء على الحجة، وهي شهادة العدول، فلا بد من التعرف على العدالة، وفي السؤال صون القضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيدا»⁽⁴⁾.

وقال ابن فرحون المالكي: «وإن تزايدت عنده بسبب الفحص عن ذلك شبهة فيلقف ويوالي الكشف ويردده الأيام ونحوها، ولا يعجل في الحكم مع قوة الشبهة، وليجتهد في ذلك بحسب قدرته، حتى يتبين له حقيقة الأمر في تلك الدعوى، أو تنتفي عنه الشبهة»⁽⁵⁾.

وقال الماوردي الشافعي: «ولا يعجل بفصله مع الاشتباه، فإن بان له باجتهاده وجه الحق فيه عجل حينئذ فصله، ولم يؤخره»⁽⁶⁾.

وقال ابن أبي الدم الشافعي: «وعليه - إن لم يتضح له الحق - تأخير الحكم إلى أن يتضح»⁽⁷⁾. وقال أيضا: «للكام التوقف في الحكم إذا رابه أمر»⁽⁸⁾.

وقال ابن قدامة المقدسي: «و لا يحكم حتى يزول اللبس ويتضح وجوب الصواب، لأن الحكم

بَابُ الْأَمْرِ بِالْإِيمَانِ بِاللَّهِ تَعَالَى وَرَسُولِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَشَرَائِعِ الدِّينِ وَالِدُّعَاءِ إِلَيْهِ وَالسُّؤَالِ عَنْهُ وَحِفْظِهِ وَتَبْلِيغِهِ مَنْ لَمْ يَبْلُغْهُ، ج 1، ص 48-49، رقم الحديث: 25-26.

(1) - رواه البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، ج 10، ص 104. ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية - أو الفراسة المرضية في السياسة الشرعية، تحقيق: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1415هـ-1995م، ص 37-38-41.

(2) - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 16، ص 60-62. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 25. وكيع، أخبار القضاة، مصدر سابق، ج 1، ص 71. البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، ج 10، ص 150.

(3) - السرخسي، المصدر نفسه، ج 16، ص 62.

(4) - البابري، أكمل الدين محمد بن محمود، شرح العناية على الهداية، مطبوع بهامش شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، د ط، دت، ج 7، ص 378.

(5) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 43.

(6) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 2، ص 69.

(7) - ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص 64.

(8) - ابن أبي الدم، المصدر نفسه، ص 110.

بالجهل حرام»⁽¹⁾.

وقال ابن حزم الظاهري: «ولا يحل التأني في إنفاذ الحكم إذا ظهر»⁽²⁾.

وقال علي حيدر الحنفي أن القاضي: «يجب عليه أن يستمع الدعوى بكل دقة وانتباه، وأن يجري التدقيقات التي يقتضيها نوع الدعوى، إلا أنه يجب عليه أيضا الإسراع في فصل الدعوى، وإجراء التدقيق في الدعوى، كما هو مبين في المادة 1816، استجواب المدعي، وسؤال القاضي عن القيود والشروط التي تقتضيها تلك الدعوى وتفهمها، وتحقيق صحتها، ثم استجواب المدعى عليه بعد التحقيق من صحتها...»⁽³⁾.

وإذا كان الشرع قد ندب إلى التأخير والتثبت في الدعاوى المشككة والحادثة، فإنه من جهة أخرى، حثَّ بل أوجب على القاضي الحكم متى بان له الحق، وانكشف له العدل، وهذا ما نصت عليه المادة 1828 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: «لا يجوز للقاضي تأخير الحكم إذا حضرت أسباب الحكم وشروطه بتمامها»⁽⁴⁾.

ومعنى هذه المادة أنه «لا يكون واجبا على القاضي في هذا الحال أن يحكم فوراً بمقتضى تلك الدعوى، فإذا أخر ذلك يكون آثماً بترك الواجب، ويستحق العزل، فلذلك إذا أخر القاضي الحكم، خوفاً من المدعى عليه، أو أمر المدعي بالصلح، فاضطر المدعي لمصالحه المدعى عليه، بناء على أمر وإلحاح القاضي يأثم القاضي»⁽⁵⁾.

لذلك قرر الفقهاء أن «تعجيل الحكم واجب على الفور عند وجود الحجة، لأنَّ أحد الخصمين على منكر غالباً، وإزالة المنكر واجب على الفور، والواجب لا يؤخَّر إلا لواجب»⁽⁶⁾، «فلو أخر أثم لتركه الواجب، وهو قضاؤه بها، ويعزل ويؤر»⁽⁷⁾، أي أن القاضي في هذه الحالة يكون قد ارتكب جريمة جريمة و من ثمَّ وجب تعزيره وعقوبته إما بالحبس أو الغرامة أو بهما معاً.

بل قال بعض الحنفية عمن أخر الحكم بلا عذر عمداً: «إنَّه يُكفَّر»⁽⁸⁾، وحملوا الإكفَّار هنا «على ما إذا لم يره واجباً... وأنه لا يتم ما ذكره من الإكفار إلا إذا أريد بالواجب الفرض، إذا منكر

(1) - ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج 4، ص 466.

(2) - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج 9، ص 422.

(3) - حيدر، علي، درر الحكام، مصدر سابق، ج 4، ص 620-621.

(4) - حيدر، علي، المصدر نفسه، ج 4، ص 663. رستم باز، سليم اللباني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج 2، ص 1182.

(5) - حيدر، علي، درر الحكام، مصدر سابق، ج 4، ص 663. وانظر أيضاً: الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج 5، ص 423.

(6) - القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج 4، ص 190. الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج 2، ص 353-354.

(7) - الحموي، المصدر و الصفحة نفسها. وانظر أيضاً: الحصكفي، المصدر و الصفحة نفسها.

(8) - الحموي، المصدر نفسه، ج 2، ص 354.

الواجب لا يكفر»⁽¹⁾. جريا على مذهبهم في التفرقة بين الواجب والفرض كما هو معلوم.

المعلم الثاني: جواز نقض الأحكام القضائية التي تسورها أخطاء، استثناء:

أما المعلم الثاني من معالم الخطة التشريعية في الفقه الإسلامي في نقض الأحكام القضائية فيتمثل في وضع ضوابط وموانع وحواجز من أجل منع نقض الأحكام القضائية مطلقا، ذلك أن فتح باب نقض الأحكام مطلقا يؤدي إلى إهدار وخرق قاعدة الاستقرار الأوضاع والمراكز الحقوقية الشرعية، ويؤدي إلى الفوضى داخل المجتمع.

وبناء عليه، فإنه احتراماً وتأكيداً وصيانة لقاعدة استقرار الأوضاع الحقوقية الشرعية يجب وضع ضوابط تحد من النقض، بحيث تؤدي هذه الضوابط دور الكوابح في مطلق النقض.

و قد رأينا من قبل أن الأصل والقاعدة العامة في الفقه الإسلام أن الأحكام القضائية مفترض صحتها وأنه لا يجوز نقضها وإبطالها، وذلك من أجل صيانة القضاء والقضاة من الابتذال والإهانة والتحقير، وكذلك صيانة للمجتمع من تجدد النزاعات والخصومات، ومن تقوية واستفحال التشاجر والعدوان داخل المنتظم الاجتماعي. وقد حصلت هذه القاعدة العامة والأصل بالاتفاق بين جميع المذاهب الفقهية، وقدر أينا ذلك، مما يدل على أنها أصل مقطوع به في الشرع.

وإذا كان علماء الفقه الإسلامي قد اتفقوا على أن الأصل والقاعدة العامة في الأحكام القضائية هو الصحة والسداد، وأنها لا تنقض ويحرم ذلك قطعا، فإنهم أجمعوا أيضا على أن الحكم القضائي متى ظهر به خطأ معين وعيب محدد - وقد فصلوا كل ذلك - فإنه يبطل، وينقض، ويصدر حكم قضائي جديد في النزاع، يكون خاليا من تلك العيوب والأخطاء، ويكون هو عين الحقيقة الظاهرية الواقعية، لا الباطنية بناء على أن الأصل هو نفوذ الأحكام ظاهرا لا باطنا.

وإذا كان الفقهاء المسلمون قد اتفقوا وأجمعوا على نقض الأحكام القضائية الباطلة بناء على أسباب محددة، فإن ذلك على سبيل الاستثناء من القاعدة السابقة، ولكن هذا الاستثناء قد يصل إلى مرتبة الأصل.

والقاعدة المقطوع بها أنه كلما خالف الحكم القضائي نصا قطعيا من قرآن؛ أو سنة؛ أو إجماع فإنه يجب نقضه.

والدليل على هذه القاعدة المتفق عليها هو الاستقراء، وكذلك قول ابن حزم الظاهري: «واتفقوا على وجوب الحكم بالقرآن، والسنة والإجماع. واتفقوا أن من حكم بغير هذه الثلاثة، أو القياس، أو الاستحسان، أو قول صاحب لا مخالف له منهم، أو قول تابع لا مخالف له من التابعين والصحابه، أو

(1) - الحموي، المصدر و الصفحة نفسها.

قول الأكثر من الفقهاء، فقد حكم بباطل لا يحل»⁽¹⁾.

فهذا النص الحزمي - إن صح التعبير - يتضمن أمرين:

- **الأول:** القاعدة العامة أن الأصل في الأحكام الصحة متى صدرت وفقاً للقرآن والسنة، والإجماع، وشرائط تولي القضاء، وصدور الأحكام.

- **الثاني:** الاستثناء من القاعدة السابقة، وأنه يجوز نقض الأحكام متى تحقق عيب من عيوب الحكم المذكورة والمحددة لدى الفقهاء.

والأمر المؤكد هو حصول الإجماع على القاعدة العامة وعلى الاستثناء، مما يدل على أنها مسائل مقطوع بها.

- ولكن كيف تم استخلاص موقف الفقه الإسلامي من النقض في الأحكام والقول بأنه استثناء من أصل؟

- والجواب عن هذا الإشكال: أن هذا الاستخلاص تم من خلال استقرار المنهجية الفقهية الإسلامية، أي من خلال كيفية وطريقة معالجة وتناول إصدار الأحكام وشروط تولي القضاء، و من خلال تصور الفقهاء للقضاء والأحكام القضائية ككل، وهذا ما رأيناه من خلال استعراضنا للقاعدة العامة والأصل السابق، وكذا مظاهره، حيث رأينا أن تلك المظاهر ما هي إلا تعبير عن أصل، وأن هذا الأصل يخضع للاستثناء.

وزيادة على ذلك، فإن حتى طريقة صياغة النصوص الفقهية تدل وتشعر بوجود استثناء من أصل، فمن ذلك مثلاً قول المرغيناني الحنفي: «وإذا رُفِعَ إلى القاضي حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب، والسنة، والإجماع...»⁽²⁾.

وقول النسفي الحنفي: «وإذا رفع إليه حكم قاض أمضاه، إن لم يخالف الكتاب، والسنة المشهورة، والإجماع»⁽³⁾.

وقال ابن مودود الحنفي: «وإذا رفع إليه قضاء قاض أمضاه، إلا أن يخالف الكتاب، أو السنة المشهورة، أو الإجماع»⁽⁴⁾.

وقال الغنيمي الحنفي: «(وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم) مولى ولو بعد عزله أو موته إذا كان

(1) - ابن حزم، مراتب الإجماع، مصدر سابق، ص 58.

(2) - المرغيناني، برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1410هـ - 1990م، ج 3، ص 119.

(3) - النسفي، نجم الدين أبي حفص عمر بن محمد، كنز الدقائق، مطبوع مع البحر الرائق لابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط 2، دت، ج 7، ص 8. وكذلك مطبوع مع تبين الحقائق للزيلعي، مصدر سابق، ج 4، ص 188.

(4) - ابن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج 2، ص 87.

بعدد دعوى صحيحة (أمضاه) أي: ألزم الحكم والعمل بمقتضاه سواء وافق رأيه أو خالفه إذا كان مجتهدا فيه... (إلا أن يخالف) حكم الأول (الكتاب) فيما لم يختلف في تأويله السلف، كمتروك التسمية عمدا، (أو السنة) المشهورة، كالتحليل بلا وطء، مخالفته حديث العسيلة⁽¹⁾ المشهور، (أو الإجماع) كحل المتعة، لإجماع الصحابة على فساده، (أو يكون قولاً لا دليل عليه) كسقوط الدين بمضي السنين من غير مطالبة⁽²⁾.

وقال خليل بن إسحاق المالكي: «وَبِنْدُ حُكْمِ جَائِرٍ، وَجَاهِلٍ لَمْ يَشَاوِرْ، وَإِلَّا تَعَقَّبَ، وَمَضَى غَيْرَ الْجَوْرِ، وَلَا يَتَعَقَّبُ حُكْمَ الْعَدْلِ الْعَالِمِ، وَنَقُضَ وَبَيْنَ السَّبَبِ مُطْلَقًا، مَا خَالَفَ قَاطِعًا، أَوْ جَلِي قِيَاسٍ»⁽³⁾.

وقال النووي الشافعي: «وإذا حكم باجتهاده ثم بان خلاف نص الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، أو قياس جلي نقضه هو وغيره، لا خفي»⁽⁴⁾.

وقال البهوتي الحنبلي: «ثم ينظر في حال القاضي قبله، إن شاء، ولا يجب) عليه ذلك لأن الظاهر صحة قضايا من قبله، (فإن كان) من قبله (ممن يصلح للقضاء) لم يجوز أن ينقض من أحكامه شيئا، لأنه يؤدي إلى نقض الحكم بمثله، ويؤدي إلى أنه لا يثبت حكم أصلا، (إلا ما يخالف نص كتاب) الله تعالى (أو) نص (سنة متواترة أو آحاد، كقتل مسلم بكافر، ولو ملتزما، فيلزم نقضه نصا و) كذا (جعل من وجد عين ماله عند من حُجِر عليه) لفلس (أسوة الغرماء، فينقض نصا) لأنه قضاء لم يصادف شرطه، فوجب نقضه، كما لو خالف الإجماع، لأن شرط الاجتهاد عدم مخالفة النص والإجماع بدليل خبر معاذ بن جبل، ولأنه إذا ترك الكتاب والسنة، فقد فرط، فوجب نقض حكمه، كما لو خالف الإجماع»⁽⁵⁾.

وقال ابن فرحون المالكي: «ويحمل القضاء على الصحة ما لم يثبت الجور»⁽⁶⁾.

(1) - الحديث بكامله هو: عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا : جَاءَتْ أَمْرًا رِفَاعَةَ الْقُرْظِيِّ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ: كُنْتُ عِنْدَ رِفَاعَةَ فَطَلَّقَنِي فَأَبَتْ طَلَّاقِي فَتَزَوَّجْتُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ الزُّبَيْرِ إِنَّمَا مَعَهُ مِثْلُ هَدْبَةِ الثُّوبِ. فَقَالَ: «أَتُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَيَّ إِلَى رِفَاعَةَ؟» لَا حَتَّى تَذُوقِي عَسِيَانَهُ وَيَذُوقَ عَسِيَانِكَ». والحديث رواه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، باب شهادة المختبي، ج2، ص933. رقم الحديث: 2496. وكتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، ج5، ص2014. رقم الحديث: 4960-4961. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب بَابِ لَا تَحِلُّ الْمُطَلَّقةُ ثَلَاثًا لِمُطَلَّقِهَا حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ وَيَطَّأَهَا ثُمَّ يُفَارِقَهَا وَتَنْقِضِي عِدَّتَهَا، ج2، ص1055-1056. رقم الحديث: 1433.

(2) - الغنيمي، عبد الغني دمشقي، اللباب في شرح الكتاب، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، 1413هـ-1993م، ج4، ص87-88.

(3) - خليل، المختصر، مصدر سابق، ص229. وأنظر أيضا: الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص39-40-41. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص184 وما بعدها. الخرشبي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص162-164. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص144-145. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص154.

(4) - النووي، المنهاج، مطبوع مع مغني المحتاج للخطيب الشربيني، مصدر سابق، ج6، ص293-294. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص533-534. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص258.

(5) - البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص412.

(6) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص84.

وقال الشافعي: «وليس على القاضي أن يتعقب حكم من كان قبله. فإن تظلم محكوم عليه قبله نظر فيما تظلم فيه، فإن وجده قضى عليه بما وصفت في المسألة الأولى من خلاف كتاب، أو سنة أو إجماع، أو قياس فهذا خطأ يردده عليه، لا يسعه غيره»⁽¹⁾.

فيلاحظ على كل هذه النصوص أنها تذكر أنّ القاعدة العامة والأصل في الأحكام القضائية هو الإمضاء والنفاد، وأنه لا يجوز نقضها، ثم تستثني بعد ذلك حالات يكون فيها الحكم باطلاً، فينقض. وإذن، فصيغة النصوص الفقهية في موضوع نقض الأحكام، تمت بطريقة منهجية دقيقة أسست للأصل، وشُرعت للاستثناء.

والتعليل الذي يمكن أن يقال بخصوص قبول الفقه الإسلامي وتقريره للنقض في الأحكام، وإن كان استثناءً، يدل على إدراكه استحالة وعزّة وجود حكم قضائي دون خلل وعيب وخطأ، ومن ثم فهو يقرر أن الحكم القضائي لما كان يصدر من بشر، والبشر من صفاتهم الخطأ والنسيان، فإنه من الممكن أحيانا صدور أحكام قضائية خاطئة ومعيبة ومخالفة للحقيقة الشرعية والواقعية.

كما يمكن القول بأن إقرار الفقه الإسلامي للنقض في الأحكام يدل على أن الحقيقة القضائية التي ينطق بها القاضي في الحكم القضائي ليست حقيقة مطلقة مرسلّة لا تقبل النقض والنقاش والسؤال، والظعن، وإنما هي حقيقة نسبية تقبل النقض والظعن بأسباب محددة معينة، خاصة إذا أدركنا أن النقض يهدف - من بين ما يهدف إليه - إلى الوصول إلى عين الحقيقة واليقين الظاهري بالأساس لا الباطني الذي لا يعلمه إلا الله عز وجل، وهو ذات الهدف والغاية التي يصدر بشأنها الحكم القضائي.

بمعنى آخر، أن الحكم القضائي والنقض كلاهما يسعيان إلى نقطة رئيسة واحدة، ونواة مركزية وحيدة، هي الوصول إلى معرفة الحقيقة الظاهرية، وإلى عين اليقين الدنيوي، وإلى تحقيق مبدأ ومقصد العدل.

وبناء على هذا يمكن أن نقرر أن الاستثناء - وهو جواز نقض الأحكام القضائية - لا يخالف القاعدة والأصل - وهو عدم جواز نقضها -، حيث إنه إذا كان الأصل يهدف إلى الوصول إلى الحقيقة، وكشفها وتقريرها، وفصل المنازعات، وقطع التشاجر، فإن النقض يهدف إلى الأهداف والأغراض نفسها، من الوصول إلى الحقيقة، وكشفها، وتقريرها، وفصل الخصومات، وقطع التشاجر بين الناس، فالاعتبارات الفلسفية والفكرية والمقاصدية هي اعتبارات واحدة، وهي تحقيق مبدأ العدل.

كل ما في الأمر والسر هو أن طريقة المعالجة تختلف بينهما، حيث إن منهجية وطريقة الأصل والقاعدة العامة هي مواجهة الوقائع وإنزال الحكم الشرعي عليها، بينما النقض طريقته ومنهجيته هي

(1) - الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج 2، ص 2411.

مواجهة هذا الحكم القضائي النازل على الوقائع، ومناقشته، وتفتيشه، و استجوابه، واستنطاقه، ومحاكمته، ومن ثم الحكم عليه.

فتعارض المنهجيات بين الأصل والقاعدة هو السر، أي أن الإشكالية هي إشكالية في المنهج في الوصول إلى الحقيقة.

- المعلم الثالث: آليات التوفيق بين الأصل والاستثناء:

غير أن السؤال المطروح: إذا كان الفقه الإسلامي يقرر بأن الأصل هو صحة الأحكام القضائية وعدم جواز نقضها، كما يقرر استثناء جواز نقضها وإبطالها بناء على أسباب محددة، فما هو منهج التوفيق بين الأصل والاستثناء؟ ما هي الآليات والضوابط التي عن طريقها يتم من جهة الأعمال بالأصل، ومن جهة الاشتغال بالاستثناء؟

هذا ما سنتناوله في الآتي: ويمكن حصر هذه الضوابط في أربعة وهي: الأسباب، والآجال، والشروط والأطراف.

وهذه الضوابط سنفصلها بشكل أكبر في الفصل الرابع والباب الثاني، وإنما هنا سنذكر باختصار شديد من باب بيان الخطة الشرعية الإسلامية في نقض الأحكام القضائية.

أولاً: الأسباب:

لم يجعل الفقه الإسلامي النقض يتم من دون أسباب ومبررات، وإلا كان كل ذلك عبثاً، والقضاء هو الجد والصرامة، وإلا لا بد من تأسيس النقض على سبب أو أسباب معينة، بل إن بعض المذاهب أشار صراحة إلى وجوب ذكر السبب عند النقض، وهو مذهب المالكية، حيث قال خليل بن إسحاق المالكي: «وبين السبب مطلقاً»⁽¹⁾.

قال عليش وهو يشرح هذه العبارة: «(ونقض) العدل العالم وجوباً (وبين بفتحان مثقلاً أي أظهر العدل العالم وجوباً) (السبب) الموجب بنقضه حكم العدل العالم (مطلقاً) أي سواء كان الحكم المنقوض حكم الناقض أو حكم غيره اتفاقاً في الثاني، وعلى المشهور في الأول، مطرف: إذا حكم القاضي بفسخ قضية نفسه، ولم يفسر فسخه فليس ذلك بفسخ...»⁽²⁾.

وقال الدردير: «(ونقض) إن عشر على خطأ العدل العالم من غير تفحص (وبين الناقض

(1) - خليل، المختصر، مصدر سابق، ص 229.

(2) - عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 186. وانظر أيضاً: الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 40-41. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 40-41. الخرخشي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج 7، ص 163. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج 7، ص 144. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج 4، ص 95. الصاوي، أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، مطبوع بمامش الشرح الصغير للدردير، ضبط و تصحيح: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1415هـ-1995م، ج 4، ص 95. الدردير، أبو البركات سيدي أحمد محمد العدوي، أقرب المسالك لمذهب مالك، مكتبة رحاب الجزائر، دط، دت، ص 173.

(السبب) الذي نقض من أجله، لئلا ينسب للجنون والهوى (مطلقا) أي نقضه هو أو غيره»⁽¹⁾. والسبب هو وجه النقض وأساسه ومبرره، فهذا السبب قد يكون مخالفة الحكم لنص قطعي من القرآن الكريم، أو سنة متواترة أو مشهورة أو آحاد بغض النظر عن اختلافات الفقهاء في ذلك، أو مخالفة الحكم للإجماع، أو القياس الجلي، أو القواعد الكلية وغيرها من أسباب النقض. فهذه الأسباب هي وحدها تجعل عملية النقض عملية قائمة على العدل والوضوح، وهي التي تدعو إلى الطمأنينة والثقة في القضاء والعدالة والقضاة، بل والثقة بالشرع والطمأنينة إليه.

ثانياً: الآجال:

يقصد بالآجال المواعيد الزمنية المحددة التي يجب تقديم طلب النقض خلالها إلى الجهة القضائية المختصة وإلا لا يقبل الطلب عند انقضاءها، ومن ثم يسقط حق الخصم في النقض. والهدف والغاية من الآجال هي دفع أطراف الخصومة إلى الجدية بعد صدور الحكم، وأنه لا بد من اتخاذ موقف معين: إما بطلب نقض الحكم قبل فوات الآجال؛ وإما عدم تقديمه، ومن ثم عدم جواز قبول الطلب بمرور الآجال.

وهدف آخر هو حماية قاعدة الاستقرار، ذلك أن فتح باب النقض مطلقاً دون تحديد آجال معينة، يؤدي ألا يستقر حكم، يقول ابن العربي: «لأن ذلك يتداعى إلى ما لا آخر له، وفيه مضرة عظيمة من جهة نقض الأحكام، وتبديل الحلال بالحرام، وعدم ضبط قوانين الإسلام»⁽²⁾. ويقول القرافي المالكي: «إنه لولا ذلك لما استقرت للحكام قاعدة، ولبقيت الخصومات على حالها بعد الحكم، وذلك يوجب دوام التشاجر والتنازع، وانتشار الفساد، ودوام العناد، وهو مناف للحكمة التي لأجلها نصّب الحكام»⁽³⁾.

وإذا لا بد من ضابط الآجال حتى تستقر الحقوق، والمراكز الشرعية.

ثالثاً: الشروط:

وهذه الشروط يمكن حصرها في الآتي:

1/- أن يهاجم النقض حكماً قضائياً لا تصرفاً غير قضائي أو عملاً سياسياً يدخل في صلاحيات الخليفة و الإمام الأعظم.

2/- أن يكون الحكم القضائي الذي يطالب الخصم بنقضه ماساً بحق من حقوقه ويعود عليه

(1) - الدردير، الشرح الكبير، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، دت، ج3، ص266.

(3) - القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج2، ص180. الفرق: 77.

بالإضرار والخسارة، فإذا كان الحكم لا يلحق به خسارة فلا يجوز له نقضه وتقديم طلب بشأنه نقضه، ومن ثم فمن صدر الحكم القضائي لصالحه وقضى بحقوقه، فلا يجوز له طلب نقض الحكم حينئذ، لأنه لا مصلحة له في ذلك، ولكن إذا قدم طلب للنقض وأثبت وجود المصلحة في النقض فهنا يقبل الطلب وينقض الحكم. ولهذا لا بد من مراعاة شرط المصلحة عند النقض.

والحكمة من شرط المصلحة هو ضمان الجدية في خصومة النقض، إذ القضاء لا يعمل عملاً عبثياً وتافهاً، وبلا جدوى ولا منفعة، وإنما يهدف إلى إحقاق الحق وإبطال الظلم، وإنصاف المظلوم، وعقاب الظالم، وليس شيئاً غير هذا.

3- أن تتوافر في مقدم طلب نقض الحكم شرط الأهلية، أي أن يكون بالغاً سن الرشد وهو 15 أو 17 سنة على اختلاف بين الفقهاء، أما إن كان صبياً لم يبلغ سن الرشد فلا يقبل منه طلب النقض، ويمكن تقديمه من طرف وليه، أو وصيه، أو كفيله.

4- أن تتوافر في مقدم طلب النقض شرط الصفة بأن يكون خصماً في خصومة الحكم حتى يكون خصماً في خصومة النقض، بمعنى آخر أن أطراف خصومة النقض هي ذاتها أطراف خصومة الحكم القضائي، ومن ثم لا يجوز للغير أن يطلب نقض الحكم لأنّ فلانا يتضرر منه. وسيأتي تفصيل هذه الشوط وبيانها بتوسع أكثر في الفصل الرابع من هذا الباب.

ومن ثم لا حاجة إلى شرحها أكثر، لأننا هنا بصدد بيان الخطة التشريعية لنقض الأحكام القضائية فقط، أي رسم خطوطها العريضة فقط.

5- أن يتم تقديم طلب نقض الحكم القضائي من أحد أو كل أطراف خصومة الحكم، وإن كانت هذه المسألة خلافية بين المذاهب كما سنرى، إلا أن الراجح كما سنرى، هو القول والرأي الذي قال به بعض الشافعية⁽¹⁾، واختاره ابن قدامة المقدسي⁽²⁾، والذي مفاده أن النقض في غير حق الله تعالى متوقف على الترافع من متظلم، أما في حقوق الله عز وجل فلا يتوقف على الترافع، وإنما ينقض حتى ولو لم يتم الترافع، وذلك لأنه يمس بالنظام والمصلحة العامة.

وفي هذا يقول ابن قدامة المقدسي: «وليس على الحاكم تتبع قضايا من كان قبله، لأنّ الظاهر صحتها وصوابها، وأنه لا يولى القضاء إلا من هو أهل الولاية، فإنّ تتبعها نظر في الحاكم قبله، فإن كان ممن يصلح للقضاء، فما وافق من أحكامه الصواب، أو لم يخالف كتاباً، أو ولا سنة، ولا إجماعاً، لم يسغ نقضه. وإن كان مخالفاً لأحد هذه الثلاثة وكان في حق الله تعالى، كالعناق والطلاق، نقضه، لأنّ

(1) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج2، ص129. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص136.

(2) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص37.

له النظر في حقوق الله سبحانه وتعالى. وإن كان يتعلق بحق آدمي لم ينقضه إلا بمطالبة صاحبه، لأن الحكم لا يستوفي حقا لمن لاوية عليه بغير مطالبته فإن طلب صاحبه ذلك نقضه»⁽¹⁾.

رابعاً: الأطراف:

أطراف خصومة النقض هي ذاتها ونفسها أطراف خصومة الحكم القضائي، ومن ثم لا يمكن أن يكون الغير هو طرف في خصومة النقض لأنه لم يسبق له أن يكون خصماً في خصومة الحكم القضائي.

المطلب الثاني: الأحكام التفصيلية للنقض:

تتوسل الخطة التشريعية لنقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي بحكمين هما: الوجوب، والتحریم.

وإليك بيانهما.

الفرع الأول: وجوب النقض:

بناء على استقرار نصوص الفقهاء، فإننا نتناول هذا الفرع في نقطتين: الأولى: هي إجماع العلماء على وجوب نقض الحكم في حالات محددة. والثانية: نقض دعوى مخالفة مالك وأبي حنيفة للإجماع. وإليك هاتين الفكرتين، كل فكرة في بند مستقل.

البند الأول: الإجماع على وجوب النقض عند مخالفة الحكم للنص القاطع والإجماع والقياس الجلي:

قرر فقهاء الشريعة الإسلامية بالإجماع⁽²⁾ وجوب نقض الحكم القضائي متى خالف نصاً قطعياً: من قرآن؛ أو سنة؛ أو إجماع، أو قياس جلي، واختلفوا في أسباب أخرى كمخالفة الحكم للقياس الجلي،

(1) - ابن قدامة المقدسي، المصدر والصفحة نفسها.

(2) - ابن حزم، مراتب الإجماع، مصدر سابق، ص 85، 87. السرخسي، المسوط، مصدر سابق، ج 16، ص 62. الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص 298. ابن البزاز، الفتاوى البزازية، مصدر سابق، ج 5، ص 173. ابن قاضي سمانونة، محمود بن إسرائيل، جامع الفصولين، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر المحمية، ط 1، 1300هـ، ج 1، ص 24. ابن مودود الموصلي، الاختيار التعليل المختار، مصدر سابق، ج 2، ص 87. وانظر أيضاً: الغنيمي، عبد الغني الدمشقي، اللباب في شرح الكتاب، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، 1413هـ-1993م، ج 4، ص 87-88. ابن عبد الرفيع، معين الحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 638-639. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 64-65. ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 202. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج 2، ص 389. السبكي وولده، الإبهاج، مصدر سابق، ج 3، ص 266. حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج 4، ص 686-687. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج 8، ص 258. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 6، ص 293. وانظر أيضاً: الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر، ج 4، ص 536. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج 6، ص 312. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 34. ابن النجار، منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج 2، ص 402. ابن النجار، شرح الكوكب المنير، مصدر سابق، ج 4، ص 505. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج 6، ص 456. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 8، ص 176. الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج 4، ص 204. الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج 4، ص 303.

أو الاستحسان، أو القواعد الكلية وغيرها. وسيأتي بيان هذه الأسباب بتوسع في الباب الثاني من هذه الرسالة.

وقد دلت نصوص فقهية كثيرة على وجوب نقض الحكم متى خالف نص القرآن، أو السنة، أو الإجماع إلى حد التواتر الذي يفيد اليقين والقطع، وباستقراءها يمكن أن نقرر أن النقض في الحالات السابقة قد وصل إلى حد القطع، وأنها قاعدة ثابتة يقينية مجمع عليها. ويحسن بنا الآن ذكر بعض هذه النصوص من أجل تأكيد وجود تواتر النصوص حول هذه النقطة.

فمن ذلك ما قاله ابن حزم الظاهري: «واتفقوا على وجوب الحكم بالقرآن والسنة والإجماع، واتفقوا أن من حكم بغير هذه الثلاثة أو القياس، أو الاستحسان، أو قول صاحب لا مخالف له منهم، أو قول تابع لا مخالف له من التابعين ولا الصحابة أو قول الأكثر من الفقهاء فقد حكم بباطل لا يحل»⁽¹⁾.

وقال أيضاً: «اتفقوا أن من ولاه الإمام القرشي الواجبة طاعته الأحكام، فإن أحكامه إذا وافقت الحق، على أنه إن حكم بما يخالف الإجماع، فإن حكمه مردود»⁽²⁾.

فهذا النص يدل على أن الحكم المخالف للنص والإجماع حكم باطل ومحرم، ومن ثم وجب نقضه وإبطاله وتصحيحه بحكم آخر يصدر في محله.

ومنها أيضاً ما قاله السرخسي الحنفي: «إذا تبين للقاضي الخطأ في قضائه بأن خالف قضاؤه النص أو الإجماع فعلياً أن ينقضه، ولا ينبغي أن يمنعه الاستحياء من الناس من ذلك، فإن مراقبة الله تعالى في ذلك خير له»⁽³⁾.

وقال الصدر الشهيد الحنفي: «متى خالف الكتاب أو السنة أو الإجماع كان حكمه باطلاً وضاللاً، والباطل لا يجوز الاعتماد عليه، فعلى القاضي الثاني أن ينقضها»⁽⁴⁾.

وقال ابن قاضي سماونه: «قضايا القضاة ثلاثة أقسام:

- حكمه بخلاف نص وإجماع، وهذا باطل، فلكل من القضاة نقضه إذا رفع إليه، وليس لأحد أن يجيزه.

- حكمه فيما اختلف فيه، فهو ينفذ وليس لأحد نقضه.

(1) - ابن حزم، المصدر نفسه، ص 87.

(2) - ابن حزم، المصدر نفسه، ص 85.

(3) - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 16، ص 62.

(4) - الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص 298.

- حكمه بشيء يتعين فيه الخلاف بعد الحكم، أي يكون الخلاف في نفس الحكم، فقيل: نفذ، وقيل: يوقف على إمضاء آخر، فلو أمضاه يصير كأن القاضي الثاني حكم في مختلف فيه فليس للثالث نقضه، فلو أبطله الثاني بطل، وليس لأحد أن يجيزه، فلو حكم لامرأته، فلو رفع على قاض آخر فله أن يمضيه أو يردده، إذا الخلاف في نفس الحكم، فيوقف، بخلاف حكمه لامرأة بشهادة زوجها، فإنه ينفذ، إذ الخلاف في المسألة لا في الحكم»⁽¹⁾.

وقال بن مودود الموصلي الحنفي: «وإذا رفع إليه قضاء قاض أمضاه إلا أن يخالف الكتاب، أو السنة المشهورة، أو الإجماع»⁽²⁾.

وقال علي حيدر: «... ما لم يكن حكم القاضي الأول مخالفاً للكتاب والسنة المشهور أو إجماع الأمة، وفي هذه الحالة يجب إبطال الحكم الأول»⁽³⁾، وقال أيضاً: «أن يكون الحكم مخالفاً للنص أي مخالفاً للكتاب أو السنة لمشهورة أو الإجماع، وفي هذا الحال يرد الحكم ويبطل على كل حال، لأنه حسب المادة 14 من المجلة: لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص»⁽⁴⁾.

وقال ابن فرحون: «وقد يذكر القاضي في حكمه الوجه الذي بنى عليه حكمه، فيوجد مخالفاً لنص أو إجماع فيوجب فسخه، وكذلك إذا قامت بينة على أنها عملت قصده إلى الحكم بغير ما وقع، وأن هذا الحكم وقع منه سهواً أو غلطا، فينقضه من بعده، كما ينقضه هو»⁽⁵⁾.

وقال الدسوقي المالكي: «القاضي العدل العالم إذا عثر على حكم خطأ مخالفاً للنص القاطع، أو القياس الجلي، وكان ذلك الحكم صادراً من قاض عدل عالم، سواء كان هو نفسه أو غيره، فإنه يجب عليه نقضه، وبيان السبب في نقضه»⁽⁶⁾.

وقال الرملي الشافعي: «(وإذا حكم باجتهاده) وهو من أهله، أو باجتهاد مقلده (ثم بان) كون ما حكم به (خلاف نص الكتاب أو السنة) المتواترة أو الآحاد (أو) بان خلاف (الإجماع) ... (أو) خلاف (قياس جلي) وهو ما يعم الأولى والمسأوي (نقضه) وجوباً ... (هو وغيره)»⁽⁷⁾.

وقال ابن قدامة القدسي الحنبلي: «إذا ترك الكتاب والسنة، فقد فرط، فوجب نقض

(1) - ابن قاضي سمانه، جامع الفصولين، مصدر سابق، ج1، ص24.

(2) - ابن مودود الموصلي، الاختيار التعليل المختار، مصدر سابق، ج2، ص87. وانظر أيضاً: الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، مصدر سابق، ج4، ص87-88.

(3) - حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص686-687.

(4) - حيدر، علي، المرجع نفسه، ج4، ص687.

(5) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص64-65.

(6) - الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص40.

(7) - الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص258.

حكمه»⁽¹⁾.

وقال ابن مفلح شمس الدين المقدسي: «ولا يجوز نقض حكم إلا إذا خالف نصا، كقتل مسلم الكافر، فيلزم نقضه، نص عليهما، وقيل: متواترا أو إجماعا»⁽²⁾.

وقال ابن مفلح: «(فإن كان ممن يصلح للقضاء لم ينقض من أحكامه إلا ما خالف نص كتاب وسنة) متواترة كانت أو آحادا.. فيلزم نقضه... (أو إجماعا) ومقتضاه: أنه ينقض إذا خالف ما ذكروا، لأنه حكم لم يصادف شرطه، فوجب نقضه، لأن شرط الاجتهاد عدم مخالفة ما ذكره، ولأنه إذا وجد ذلك فقط ووط، كما لو حكم بشهادة كافرين، ولا فرق بين حقوق الله تعالى وحقوق الآدمي»⁽³⁾.

وقال الصنعاني أحمد بن قاسم الزبيدي: «(لا ينقض الحاكم (حكم) نفسه ولا حكم (حاكم) غيره... (إلا بدليل علمي كمخالفة الإجماع) أو الكتاب أو السنة المتواترة الصريحة أو لانكشاف بينة ناقضة... فهذا يجب عليه نقضه، كما يجب على غيره إن لم ينقضه»⁽⁴⁾.

فهذه النصوص الفقهية كلها تدل مجموعها دلالة قاطعة جازمة يقينية أن النقض قد يكون واجبا وفرض عين يجب القيام به، وذلك في حالة مخالفة الحكم لنص قطعي الدلالة والثبوت من القرآن أو السنة، وكذلك الإجماع.

البند الثاني: نقض دعوى مخالفة أبي حنيفة و مالك للإجماع:

وعلى الرغم من كل ما سبق، فإنّ الماوردي و السبكي الشافعيين، وابن قدامة المقدسي الحنبلي نقلوا أو نسوا إلى أبي حنيفة ومالك القول بعدم وجوب النقض إلا إذا خالف الإجماع، قال الماوردي الشافعي: «وقال أبو حنيفة ومالك: إن خالف معنى نص الكتاب، أو السنة، أو قياس جلي، أو خفي، لم ينقض حكمه، وإن خالف إجماعا نقض حكمه»⁽⁵⁾.

وقال موفق الدين ابن قدامة المقدسي: «وعن مالك وأبي حنيفة أنهما قال: لا ينقض الحكم إلا إذا خالف الإجماع، ثم ناقضا ذلك، فقال مالك: إذا حكم بالشفعة للجار نقض حكمه. وقال أبو حنيفة: إذا حكم ببيع متروك التسمية، أو حكم بين العبيد بالقرعة، نقض حكمه. وقال محمد بن الحسن: إذا حكم بالشاهد واليمين نقض حكمه، وهذه مسائل خلاف موافقة للسنة. واحتجوا على أنه

(1) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 34.

(2) - ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج 6، ص 456.

(3) - ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 8، ص 176.

(4) - الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج 4، ص 204.

(5) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 1، ص 686. الماوردي، الحاوي الكبير، ج 16، ص 173. السبكي، الفتاوى، مصدر سابق، ج 1، ص 370.

لا ينقض ما لم يخالف الإجماع بأن يسوغ فيه الخلاف، فلم ينقض حكمه فيه، كما لا نص فيه»⁽¹⁾.
والحقيقة أن هذا النقل ونسبة هذا القول إلى أبي حنيفة ومالك ومحمد بن الحسن الشيباني محل
نظر، حيث إن كتب الحنفية والمالكية، وقد ذكرنا بعضها من قبل، لم تذكر ولم تشر على الإطلاق إلى
هذه الآراء، زيادة على مخالفة الإجماع الذي ذكره ونقله ابن حزم الظاهري⁽²⁾، وابن تيمية⁽³⁾، وابن عبد
البر⁽⁴⁾، وابن القاص⁽⁵⁾.

ثم إن الماوردي قال: «وهذا قول مستبعد، لكنه محكي عنهما»⁽⁶⁾، ثم قال: «الكتاب والسنة
أصل الإجماع، لأنه لا يجوز أن ينعقد على ما خالف نص الكتاب أو السنة، فلما نقض حكمه بمخالفة
الإجماع كان نقضه بمخالفة الكتاب و السنة أولى»⁽⁷⁾، وقال أيضا: «وهذا المذهب - مع استبعاده -
متناقض»⁽⁸⁾.

كما أن ما ذكره ابن قدامة المقدسي يمكن حمله على المخالفة في مسائل الاجتهاد⁽⁹⁾، بدليل ما
قاله ابن المقدسي: «واحتجوا على أنه لا ينقض ما لم يخالف الإجماع، بأنَّ هـ يسوغ فيه الخلاف: فلم
ينقض حكمه فيه، كما لا نص فيه»⁽¹⁰⁾.
وهكذا نأتي على نقض و إبطال دعوى مخالفة الإجماع السابق.

الفرع الثاني: حرمة النقض:

الواقع أن تحريم نقض الحكم القضائي يأخذ توسعا كبيرا مقارنة بوجوب النقض، حيث إن حرمة
النقض تستدعي بيان معنى الحرمة هنا، وبيان الحالات التي يجرم فيها النقض، والكلام الكثير كله يأتي في
هذه الحالات.

ولذلك فإن هذا الفرع نتناول فيه معنى الحرمة وحالاتها، وهي ثلاث: حالة الحكم الصحيح
الموافق لنصوص الشرع وأصول القضاء؛ وحالة حرمة النقض في محل الاجتهاد؛ وحالة النقض في محل
الضرورة.

(1) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص34. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11،
ص412-413. السبكي، المصدر و الصفحة نفسها.
(2) - ابن حزم، مراتب الإجماع، مصدر سابق، ص85، 87.
(3) - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج27، ص202-203.
(4) - ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، د
ن، الرباط، ط1401هـ - 1981م، ج9، ص91.
(5) - ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص126.
(6) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص686. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص173.
(7) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص689-690. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص174.
(8) - الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص174.
(9) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص249.
(10) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص34.

وهذه المسائل كلها نتناولها وفق الخطة الآتية:

البند الأول: معنى حرمة النقض وبيان حالاتها إجمالاً.

البند الثاني: الحالة الأولى: حرمة نقض الحكم القضائي الصحيح.

البند الثالث: الحالة الثانية: حرمة نقض الحكم في محل الاجتهاد.

وإليك هذه البنود البيان والتفصيل.

البند الأول: معنى حرمة النقض، وبيان حالاتها إجمالاً:

المقصود بجرمة النقض هنا هو عدم جواز إبطال الحكم القضائي، بحيث من أبطل حكماً بحكم ثانٍ، كان ذلك الحكم الثاني باطلاً، ويتم إبطاله بالقضاء و يعاد العمل بالحكم الأول.

وعليه وبناء على هذا التحديد فالمقصود بجرمة نقض الحكم القضائي ليس فقط المعنى الدياني الأخلاقي، فذلك مفهوم بالبداهة، وإنما المقصود هو المعنى الإجرائي القضائي، أي الانتقال من المفهوم الدياني، وهو هنا حصول الإثم على كل من أبطل حكماً صحيحاً، أو اجتهادياً أو ضرورياً متى كان متعمداً، إلى المفهوم الإجرائي القضائي أي الالتزام والإلزام عملياً بجرمة نقض الحكم متى كان صحيحاً، أو في محل الاجتهاد، أو في محل الضرورة.

ومن النصوص التي تدل على تحريم النقض ما جاء في الفتاوى الهندية ما نصه: «فإن كان المجتهد فيه هو المقضي به، فرفع قضاؤه إلى قاض آخر لم يردّه الثاني بل ينفذه، فإن رده القاضي الثاني، فرفع إلى قاض ثالث نفذ قضاء القاضي الأول، وأبطل قضاء الثاني...»⁽¹⁾، وجاء فيها أيضاً ما نصه: «قضاء القاضي الأول لا يخلو إما إن وقع في فصل نص مفسر من الكتاب والسنة المتواتر أو إجماع، وإما إن وقع في فصل مجتهد فيه من ظواهر النصوص والقياس، فإن وقع في فصل فيه مفسر من الكتاب والسنة والخبر المتواتر أو إجماع، فإن وافق قضاؤه ذلك نفذه الثاني ولا يحل له النقض، وإن خالف شيئاً من ذلك رده»⁽²⁾.

وقال ابن قاضي سماونة: «قضايا القضاة ثلاثة أقسام: ... [ثم ذكر القسم الثاني] حكمه فيما اختلف فيه فهو ينفذ وليس لأحد نقضه...»⁽³⁾.

وقال الشوكاني: «فإن كان هذا الحاكم المتأهل قد أصاب الحق في حكمه، فلا شك ولا ريب أنه لا يجوز لمسلم كائناً من كان أن يتعرض لنقض هذا الحكم، بل لا يجوز لمسلم أن يترك الامتثال له،

(1) - عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص356.

(2) - عالمكير وجماعة من علماء الهند، المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(3) - ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، مصدر سابق، ج1، ص24.

فضلا عن أن يحاول نقضه ومخالفته»⁽¹⁾.

وقال ابن هبيرة الوزير عون الدين أبي المظفر يحيى بن محمد: «واتفقوا على أنه إذا حكم باجتهاده، ثم بان له اجتهاد يخالفه، فإنه لا ينقض الأول، وكذلك إذا رفع إليه حكم غيره فلم يره فإنه لا ينقضه»⁽²⁾.

والحالات التي يحرم نقض الحكم القضائي فيها اثنان، وهي:

- الحكم الصحيح؛

- والحكم في محل الاجتهاد؛

وقد يلاحظ الدارس لهذه الرسالة أن الحالة الأولى، وهي حالة الحكم الصحيح، ليس فيها أي توسع، بخلاف الحالتين الأخيرتين، حيث تم التوسع فيهما بشكل كبير، وهذا في الحقيقة أمر طبيعي، وذلك لأنه الموضوع المخالف للأصل وتوسع الفقهاء يقتضي ذلك، زيادة على أن الأصل صدور الحكم صحيحا، وهذا لا يثير أي إشكال، لأنه الأصل والقاعدة العامة، وإنما الإشكال يثور في حالة الحكم في محل الاجتهاد بين العلماء والفقهاء، وكذلك في محل الضورة والاستثناء، فهنا تدق المسألة وتتشعب.

البند الثاني: الحالة الأولى: حرمة نقض الحكم القضائي الصحيح:

الحكم القضائي الصحيح هو الحكم الصادر في خصومة شرعية، الموافق لنصوص الشرع والإجماع والقياس الجلي، ولأصول القضاء من الإعذار والحضور وغيرها.

فمثل هذا الحكم لا يجوز نقضه وإبطاله بأي حال من الأحوال، وفي هذا يقول الشوكاني مبينا هذا الحكم ومبينا كذلك حقيقة الحكم الصحيح، فيقول: «فإن كان هذا الحاكم قد أصاب الحق في حكمه فلا شك ولا ريب أنه لا يجوز لمسلم كائنا من كان أن يتعرض لنقض هذا الحكم، بل لا يجوز لمسلم أن يترك الامتثال له، فضلا عن أن يحاول نقضه ومخالفته، ومعنى كونه قد أصاب في حكمه: أن يوقعه لما في كتاب الله، أو لما في سنة رسوله، فإن لم يجد فيهما ما يقتضي ذلك عول على القياس بجامع مقبول كالنص على العلة أو عدم الفارق... ولا يصلح لنقض حكم الحاكم المتأهل وجود دليل يعارض دليله، إذا كان من عمل به صالحا للاحتجاج به، لأن ذلك هو فرضه عند تعارض الأدلة»⁽³⁾.

وقال ابن مودود الموصلبي الحنفي: «وإذا رفع إليه قضاء قاض أمضاه»⁽⁴⁾.

أي أن الحكم الصحيح إذا رفع إلى قاض آخر فإنه لا يجوز له نقضه وإبطاله، وإنما يجب عليه

(1) - الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج 4، ص 302.

(2) - ابن هبيرة، عون الدين أبو المظفر يحيى بن محمد، الإفصاح عن معاني الصحاح، تحقيق: أبو عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، تقديم: كمال عبد العظيم العناني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1417هـ-1996م، ج 2، ص 289.

(3) - الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج 4، ص 302-303.

(4) - ابن مودود الموصلبي، الاختيار لتعليل المختار، مصدر سابق، ج 2، ص 87.

إمضاؤه وتنفيذه، ولذلك قال بعدها مباشرة: «إلا أن يخالف الكتاب؛ أو السنة المشهورة؛ أو الإجماع»⁽¹⁾، فهذه حالات استثنائية ينقض فيها الحكم.

هذه النصوص - ونصوص أخرى كثيرة - كلها تدل على أن الأصل في الأحكام هو حملها على الصحة، ومنها ما جاء في الفتاوى الخانية: «قضاء القاضي يحمل على الصحة ما أمكن. ولا ينقض بالشك»⁽²⁾.

وقال ابن نجيم الحنفي: «القضاء لا ينقض ما لم يظهر الخطأ بيقين»⁽³⁾.

وقال القرافي المالكي: «إن نقض الإنسان لحكم نفسه متصور بشرطين:

- أحدهما: أن يكون غير مجمع عليه.

- وثانيهما: أن يقطع بخطئه»⁽⁴⁾.

وقال ابن فرحون المالكي: «فإن ظهر له خطأ بَيِّنٌ لم يختلف فيه، وثبت ذلك عنده فيرده ويفسخه عن المحكوم به عليه»⁽⁵⁾.

وقال تقي الدين السبكي: «والذي يظهر ويترجح عندنا أنه لا ينقض لعدم تبين الخطأ، وكيف ينقض حكم محتمل للصواب، وحين صدر كان عن مستند»⁽⁶⁾. وقال أيضا: «لا نحكم مع الشك، وكذا لا نسلم بالشك، و لا ننقض بالشك»⁽⁷⁾. وقال أيضا: «كل شئ حكم فيه حاكم حكما صحيحا لا ينقض حكمه فيه»⁽⁸⁾.

وقال ابن قدامة الحنبلي: «لأنه حكم حاكم الأصل جريانه على العدل والإنصاف والصحة، فلا ينقض بالاحتمال»⁽⁹⁾.

فهذه النصوص كلها تدل على حرمة نقض الحكم القضائي الصحيح الموافق للشرع وأصول القضاء، حتى ولو تطرق إليه الشك والاحتمال، لأن الأصل في الأحكام صحتها ولا تنقض، ولا تبطل إلا بدليل علمي قطعي من نص الكتاب أو السنة، وكذا الإجماع وغيرها من الأسباب التي نص عليها الفقهاء.

(1) - ابن مودود الموصل، المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(2) - قاضيخان، الفتاوى الخانية، مصدر سابق، ج2، ص472.

(3) - ابن نجيم، الرسائل الزينية أو رسائل ابن نجيم، مصدر سابق، ص177.

(4) - القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص88.

(5) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص64.

(6) - السبكي، الفتاوى، مصدر سابق، ج2، ص437.

(7) - السبكي، المصدر نفسه، ج2، ص435.

(8) - السبكي، الفتاوى، مصدر سابق، ج1، ص370. وانظره أيضا في رسالته: «رسالة القول الموعب في القضاء بالموجب»، مصدر سابق، ص250.

(9) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص283-284.

البند الثاني: الحالة الثانية: حرمة نقض الحكم في محل الاجتهاد:

نتناول في هذا البند وتحت هذا العنوان: حرمة نقض الحكم في محل الاجتهاد ثلاث قضايا:

- الأولى في تعريف الاجتهاد لغة واصطلاحاً عند علماء أصول الفقه؛

- ثم نتكلم عن قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله»، فنذكر صيغها، ومجالها، ومعناها، وأدلتها، والاستثناءات التي ترد عليها، مع أمثلة تطبيقية، وكذا مخالفة الفقهاء للقاعدة، وأسباب ذلك، وضوابط الاجتهاد الذي لا يجوز نقضه؛

- وأخيراً نتكلم عن حكم نقض الحكم القضائي الاجتهادي، سواء من القاضي الذي صدر منه الحكم، أو من غيره من القضاة الذين يخالفونه في الاجتهاد.

وكل هذا وفق الخطة الآتية:

أولاً: تعريف الاجتهاد اصطلاحاً عند علماء أصول الفقه.

ثانياً: قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله» في مجال القضاء.

ثالثاً: حكم نقض الحكم القضائي الاجتهادي.

وإليك هذه العناصر بالترتيب.

أولاً: تعريف الاجتهاد اصطلاحاً عند علماء أصول الفقه

يعرف الأصوليون الاجتهاد اصطلاحاً بعدة تعاريف، لكن استعراضها يمكن من معرفة التطور في تحصيل تعريف دقيق للاجتهاد، ولذلك نستعرض تعاريف كل من الغزالي، فالرازي، فالآمدي، فابن الحاجب، فالبيضاوي، وأخيراً الشوكاني الذي يكشف تعريفه أنه خلاصة التعاريف السابقة له، وإليك هذه التعاريف .

1/ - تعريف الغزالي أبي حامد:

يعرف أبو حامد الغزالي الاجتهاد بقوله: «بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة، والاجتهاد التام أن يبذل الوسع في الطلب بحيث يحس من نفسه العجز عن مزيد طلب»⁽¹⁾. ويلاحظ على هذا التعريف أنه لا يكاد يختلف عن التعريف اللغوي إلا في أنه ذكر أحكام الشريعة، ثم إنه لم يذكر هل الاجتهاد يكون في الظنيات فقط، أم في القطعيات أيضاً؟ فكان تعريفه عاماً فضفاضاً غير دقيق.

2/ - تعريف أبي بكر الرازي:

قال أبو بكر الرازي معرفاً للاجتهاد بأنه: «استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم، مع

(1) - الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج2، ص293.

استفراغ الوسع فيه»⁽¹⁾.

وهذا التعريف لا يختلف عن تعريف الغزالي السابق، بل إن تعريف الغزالي أقل سوءاً من تعريف الرازي، لأنّ تعريف هذا الأخير كان مطابقاً تمام الانطباق للتعريف اللغوي، حيث أنه لم يذكر أحكام الشريعة الإسلامية التي ذكرها الغزالي.

3- تعريف الأمدي:

في حين يعرف سيف الدين الأمدي الاجتهاد بقوله: «وأما في اصطلاح الأصوليين: فمخصوص باستفراغ الوسع في طلب الظن، بشيء من الأحكام الشرعية، على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد فيه»⁽²⁾.

وقد شرح الأمدي تعريفه بالشكل الآتي⁽³⁾:

- قوله: «استفراغ الوسع» وهو المعنى المتفق بين علماء اللغة وأصول الفقه، وما وراءه خواص مميزة للاجتهاد بالمعنى الأصولي.

- وقوله: «في طلب الظن» احتراز عن الأحكام القطعية.

- وقوله: «بشيء من الأحكام الشرعية» قيد يخرج به الاجتهاد في المعقولات والمحسوسات.

- قوله: «بحيث يحس من النفس العجز عن المزيد فيه» قيد أراد به إخراج اجتهاد المقصر

في اجتهاده مع إمكان الزيادة عليه، فإنه لا يعد في اصطلاح الأصوليين اجتهاداً معتبراً.

وهذا التعريف أضاف قضية هامة وهي أن الاجتهاد لا يكون إلا في الظنيات والمسائل

المستجدة، أما القطعيات والتي لها نص ودليل قطعي، فلا اجتهاد فيه.

4- تعريف ابن الحاجب:

ذكر ابن الحاجب أن الاجتهاد اصطلاحاً هو: «استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم

شرعي»⁽⁴⁾.

وهو يكاد يكون تعريف الأمدي السابق إلا أنه كان أكثر دقة في التعبير وقلّة الألفاظ، وهو

تعريف جيد ومقبول.

5- تعريف البيضاوي:

(1) - الرازي، المحصول، مصدر سابق، ج6، ص6.

(2) - الأمدي، الإحكام، مصدر سابق، ج4، ص309.

(3) - الأمدي، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - ابن الحاجب، جمال الدين أبو عمرو عثمان بن عمرو بن أبي بكر، منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول و الجدول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ-1985م، ص209.

قال البيضاوي في تعريف الاجتهاد بأنه: «استفراغ الوسع في درك الأحكام الشرعية»⁽¹⁾. وهذا التعريف لا يكاد يختلف عن تعريف الغزالي السابق ذكره، وبالتالي ما يتوجه إلى تعريف الغزالي من ملاحظات يتوجه هنا أيضا إلى تعريف البيضاوي.

6/- تعريف الشوكاني:

يعرف الشوكاني الاجتهاد بقوله: «هو في الاصطلاح بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط»⁽²⁾.

- فقله: «بذل الوسع» يخرج ما يحصل على التقصير، فإن معنى «بذل الوسع»: أن يحس من نفسه العجز عن مزيد الطلب.

- ويخرج بقوله: «الشرعي» كل من الحكم اللغوي؛ والعقلي؛ والحسي، فلا يسمى من بذل وسعه في تحصيلها مجتهدا اصطلاحا، وكذلك بذل الوسع في تحصيل الحكم العلمي، فإنه لا يسمى اجتهادا عند الفقهاء، وإن كان يسمى اجتهادا عند المتكلمين.

- ويخرج بعبارة: «بطريق الاستنباط» نيل الأحكام من النصوص ظاهرا، أو حفظ المسائل، أو استعلامها من المفتي، أو بالكشف عنها في كتب العلم، فإن ذلك وإن كان يصدق عليه الاجتهاد اللغوي، فإنه لا يصدق عليه الاجتهاد الاصطلاحى⁽³⁾.

وقد زاد بعض الأصوليين في هذا لفظ «الفقيه»، فقال: «بذل الفقيه الوسع»، ولا بد من ذلك، كما يقول الشوكاني، فإن بذل غير الفقيه وسعه لا يسمى اجتهادا اصطلاحا⁽⁴⁾.

- ومنهم من قال: «هو استفراغ الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي»، فزاد قيد «الظن» لأنه لا اجتهاد في القطعيات⁽⁵⁾.

والخلاصة أن الاجتهاد في اصطلاح علماء أصول الفقه هو: بذل الفقيه الوسع بحيث يحس من نفسه العجز عن مزيد الطلب، في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط في الظنيات دون القطعيات.

ومن هنا يمكن أن نسمي هذا الاجتهاد بـ«الاجتهاد التحصيلي»، أي الاجتهاد من أجل الحصول على حكم شرعي عملي.

ثانيا: قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله» في مجال القضاء:

(1) - البيضاوي، عبد الله بن عمر، المنهاج، مطبوع مع الإبهاج للسبكي، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت، ج3، ص246.

(2) - الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج2، ص291.

(3) - الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج2، ص292.

(4) - الشوكاني، المصدر نفسه، ج2، ص291.

(5) - الشوكاني، المصدر والصفحة نفسها.

نظرا لأهمية هذه القاعدة ودورها في بيان حكم النقض، وكذلك لاهتمام الفقهاء بها اهتماما كثيرا وبالغا، واستدلناهم بها في مسائل نقض الاجتهاد بالاجتهاد، فإننا نتناولها وفق الخطة الآتية:

1/- ماهية القاعدة: صيغة، ومجالا، ومعنى، وزمنا، وطبيعة.

2/- أدلة قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله».

وإليك هذه العناصر بالترتيب.

1/- ماهية القاعدة: صيغة، ومجالا، ومعنى، وزمنا، وطبيعة.

يتناول هذا العنوان مجموعة من العناصر وهي: صيغة القاعدة، ثم حصر مجالها، فبيان معناها، وأخيرا الوقت الذي لا يجوز فيه نقض الاجتهاد بمثله، وطبيعتها.

وإليك هذه العناصر بالترتيب.

أ/- صيغة القاعدة:

يقصد بصيغة القاعدة شكل وكيفية رسم وكتابة القاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله».

- ولعل أول من ذكر قاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله»، هو أبو الحسن عبيد الله بن الحسين الكرخي الحنفي، حيث أوردها في أصوله بصيغة: «الأصل أنَّه إذا مضى بالاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله»⁽¹⁾.

ثم وردت بعد ذلك عند الأصوليين والفقهاء بثلاث صيغ:

- الصيغة الأولى: «الاجتهاد لا ينقض بمثله»⁽²⁾.

- الصيغة الثانية: «الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد»⁽³⁾.

- الصيغة الثالثة: « لا ينقض اجتهاد باجتهاد»⁽⁴⁾.

(1) - الكرخي، أبو الحسن عبيد الله بن الحسين الحنفي، رسالة في الأصول، مطبوعة مع تأسيس النظر لأبي زيد الدبوسي الحنفي، تحقيق وتصحيح: مصطفى محمد القباني الدمشقي، دار ابن زيدون، بيروت، بالاشتراك مع مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، دط، ص171.

(2) - السرخسي، المسبوط، مصدر سابق، ج16، ص84. الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص06. الحصري، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن (ت829هـ)، القواعد، تحقيق: جبريل بن محمد بن حسن البصلي، مكتبة الرشد، الرياض، شركة الرياض للنشر والتوزيع، ط1، 1418هـ-1997م، ج3، ص338. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص315. زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء، مرجع سابق، ص226. الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، مصدر سابق، ج2، ص1017.

(3) - الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص17، ج27. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص105. الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج1، ص325. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص93. السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص125. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص362. السبكي وولده، الإبهاج، مصدر سابق، ج3، ص265. ابن قدامة المقدسي، موفق الدين عبد الله بن أحمد، روضة الناظر و جنة المناظر عن أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد، تعليق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1428هـ-2007م، ص205. الزركشي، المنشور في القواعد، مصدر سابق، ج1، ص93. ابن الملتن، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ج2، ص448. ابن النجار، شرح الكوكب المنير، مصدر سابق، ج4، ص504.

(4) - القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص88.

وقد أوردت مجلة الأحكام العدلية العثمانية، هذه القاعدة بالصيغة الأولى، أي بصيغة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله»، وذلك في المادة 16 من المجلة⁽¹⁾.

ب/- مجال القاعدة:

مجال القاعدة هو ثلاثة أنواع من الاجتهاد، وهي: أحكام القضاة؛ وفتاوى المفتين؛ ومسائل التحري. وفي هذا يقول الكرخي الحنفي: «الأصل أنه إذا مضى بالاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله، ويقع ذلك في التحري؛ والقضاء؛ والدَّعْوَى»⁽²⁾.

ومن ثم، فليس المراد بالاجتهاد هنا ذلك الاجتهاد الاصطلاحي بالمعنى الأصولي، الذي مر تعريفه سابقا، وإنما يراد به معنى أعم وأشمل، وذلك ثلاثة أنواع كالاتي:

- النوع الأول: أحكام القضاة: إذا حكم القاضي في مسألة اجتهادية، فإنه لا يجوز نقض حكمه لا من قبله، ولا من غيره من القضاة.

وتطبيقات القاعدة في مجال القضاء هي الأوسع مجالا و الأكبر، حيث عدَّ الفقهاء هذه القاعدة هي الأصل⁽³⁾ و الأس الذي تنضبط به كل الأحكام القضائية الصادرة ممن له أهلية القضاء قي دعوى صحيحة بشرائطها الشرعية، وأن الحكم الاجتهادي لا ينقض قطعا لا ممن أصدره و لا من غيره. وستأتي هذه المسألة وفروعها مباشرة بعد الانتهاء من تناول هذه القاعدة.

- النوع الثاني: فتاوى المفتين: فإنَّ اجتهاد إذا حكم في المسائل الظنية التي لم يرد فيها نص قاطع، ولم يصادم في حكمه الكتاب ولا السنة ولا الإجماع، نفذ حكمه، ولا يجوز نقضه، لا من قبله إذا تغير اجتهاده، ولا من مجتهد آخر يرى خلافه، لأنه لو نقض به لنقض أيضا، ولكن إذا تبدل اجتهاد الحاكم في غير تلك المسائل أو الحادثة، فله أن يحكم فيها بحسب اجتهاده الثاني، ولا ينقض الأول، حتى لا يستلسل الأمر ولتستقر الأحكام⁽⁴⁾.

ومجال تطبيق هذه القاعدة في الفتوى أضيق من القضاء⁽⁵⁾.

- النوع الثالث: مسائل التحوّلي: التحري في الشريعة: «عبارة عن طلب الشيء بغالب الرأي، عند تعذر الوقوف على حقيقته»⁽⁶⁾.

(1) - حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج1، ص34. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج1، ص26.
(2) - الكرخي، رسالة في الأصول، مصدر سابق، ص171. البورنو، محيي صدقي بن أحمد بن محمد أبو الحارث الغزي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، دار الرسالة العالمية، دمشق، ط5، 1422هـ-2002م، ص385.
(3) - ينظر: خلفي، وسيلة، نظرية الاستقرار في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه غير منشورة في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 1430هـ-2010م، ص356.
(4) - الغزالي، المستصفي، مصدر سابق، ج2، ص342. وانظر أيضا: البورنو، محيي صدقي، الوجيز، مرجع سابق، ص385.
(5) - ينظر: خلفي، وسيلة، المرجع نفسه، ص358.
(6) - السرخسي، الميسوط، مصدر سابق، ج10، ص185.

و«التحرّي» و«التوحيّ» سواء، إلا أنّ لفظ «التوحيّ» يستعمل في المعاملات، و«التحرّي» في العبادات⁽¹⁾.

هذا، وقد نَجَّحَ الفقهاء على هذه القاعدة - «الاجتهاد لا ينقض بمثله» - فروعاً كثيرة في مسائل التحري، حتى إنّ المالكية صاغوا قاعدة فقهية استفهامية هي: «الظن هل ينقض بالظن أم لا؟»⁽²⁾.

- ومن أمثلة هذه القاعدة:

- التحري في تحديد القبلة والصلاة وغيرها من المسائل والأمثلة المشابهة لها، فلو تغير اجتهاد المفتي في القبلة عمل بالثاني ولا قضاء، حتى ولو صَلَّى أربع ركعات لأربع جهات بالاجتهاد، فلا قضاء⁽³⁾.

وقد اختلفت المالكية في هذه الأمثلة على قولين⁽⁴⁾، فابن القاسم وغيره قال: «يرجع إلى ما ظهر له صوابه، ويفسخ الأول». وقال ابن الماجشون وسحنون وغيرهما: «لا يجوز له فسخه، لأنه لو كان يجوز له فسخه لرأيه الثاني لكان له فسخ الثاني والثالث ولا يقف إلى حد، وذلك ضرر شديد»⁽⁵⁾.

- و منها لو اجتهد فظن طهارة أحد الإنائين، فاستعمله وترك الآخر، ثم تغير ظنه لا يعمل بالثاني، بل يتيمم⁽⁶⁾.

- و منها لو كان لرجل ثوبان أحدهما نجس فتحرّى بأحدهما وصلى، ثم وقع تحريه على طهارة الآخر لم يعتبر الثاني⁽⁷⁾.

و عموماً فإنه يقصد بالاجتهاد الوارد في قاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله» أحكام القضاة

(1) - السرخسي، المصدر والصفحة نفسها.

(2) - أنظر: الونشريسي، أحمد بن يحيى، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، دراسة وتحقيق: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1427هـ-2006م، ص60، القاعدة السابعة. المقرئ، محمد بن محمد بن أحمد أبو عبد الله، القواعد، تحقيق ودراسة: أحمد بن عبد الله بن حميد، مركز إحياء التراث الإسلامي، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، دط، دت، ج2، ص372، القاعدة:126. المنجور، أحمد بن علي، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، إشراف الدكتور: حماد بن حماد عبد العزيز الحماد، دار عبد الله الشنقيطي للتوزيع والنشر، د م ن، دط، دت، ج1، ص145.

(3) - السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص126. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص105-16. الحموي، عمر عيون البصائر، مصدر سابق، ج1، ص326-327. الحصني، القواعد، مصدر سابق، ج3، ص339. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص84. الزركشي، المنتور، مصدر سابق، ج1، ص94.

(4) - الونشريسي، إيضاح المسالك، مصدر سابق، ص61، 84-85. المقرئ، القواعد، مصدر سابق، ج2، ص372. المنجور، شرح المنهج المنتخب، مصدر سابق، ج1، ص145.

(5) - المنجور، المصدر و الصفحة نفسها.

(6) - السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص126. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص105-106. الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج1، ص326-327. الزركشي، المنتور، مصدر سابق، ج1، ص94.

(7) - ابن نجيم، المصدر نفسه، ص105. الحموي، المصدر نفسه، ج1، ص327. الحصني، المصدر نفسه، ج3، ص339.

الاجتهادية؛ وفتاوى المفتين؛ ومسائل التحري.

ج/ - معنى الاجتهاد في قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله»:

إذا كان الاجتهاد عند الأصوليين - كما رأينا من قبل - هو بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط، فإنّ هذا المعنى ليس مقصوداً في قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله»، وإنما المقصود⁽¹⁾ به الاجتهاد في تنزيل الحكم الشرعي المعلوم بالاجتهاد الأول - الذي سميناه نحن بـ «الاجتهاد التحصيلي» - على محله الذي تعلق به.

وهذا المعنى هو ما لاحظته عبدالله فرّاز حيث أضاف إلى تعريفات القدماء هذا المعنى، وهو تنزيل الأحكام على الوقائع وتطبيقها، ولذلك قال في تعريف الاجتهاد: «هو استفراغ الجهد، وبذل غاية الوسع، إما في درك الأحكام الشرعية؛ وإما في تطبيقها»⁽²⁾.

وعليه، فإنّ الاجتهاد المقصود في القاعدة هو بذل الوسع من القاضي في تنزيل الحكم الشرعي على الواقعة، أو هو «اجتهاد في تطبيق الحكم و تنزيهه»⁽³⁾.

وباختصار فالمقصود هو الاجتهاد التنزيلي لا الاجتهاد التحصيلي.

والدليل على أن هذا هو معنى الاجتهاد في القاعدة هو أن كل الفروع المخوّجة على هذه القاعدة هي فروع في القضاء و الفتوى ومسائل التحوّي، و الاجتهاد عند الأصوليين هو بذل الوسع في طلب الحكم، في حين أن الاجتهاد المقصود في الفتوى والقضاء ومسائل التحري هو اجتهاد في تنزيل الحكم المعلوم بالاجتهاد الأول على محله الذي تعلق به⁽⁴⁾.

د/ - معنى قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله» في مجال القضاء:

و الذي يعيننا من خلال العنصر السابق - وهو مجال القاعدة - هو النوع الأول وهو أحكام القضاة، فما معنى قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله» في مجال القضاء؟.

معنى القاعدة⁽⁵⁾ في مجال القضاء أن القاضي المجتهد إذا اجتهد في قضية من القضايا، لا يوجد فيها نص قاطع، من قرآن، أو سنة، ولا إجماع، وفصل في النزاع باجتهاده الذي توصل إليه، ثم بان له رأي آخر، فعُدل عن هذا الاجتهاد في قضية أخرى، فلا ينقض اجتهاده الثاني حكمه الناشئ عن اجتهاده الأول.

بمعنى آخر، أن الاجتهاد القضائي الأول لا يجوز نقضه بالاجتهاد القضائي الجديد، وإنما يمضى

(1) - نوه هنا أننا استفدنا هذا المعنى من رسالة: خلفي، وسيلة، نظرية الاستقرار في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص352.

(2) - دراز، عبد الله، تعليقات على كتاب الموافقات للشاطبي، دار المعرفة، بيروت، دط، 1415هـ-1994م، ج4، ص463، هامش 3.

(3) - خلفي، وسيلة، خلفي، وسيلة، نظرية الاستقرار، مرجع سابق، ص352.

(4) - ينظر: خلفي، وسيلة، المرجع و الصفحة نفسها.

(5) - البورنو، محمد صدقي بن أحمد، الوجيز إيضاح في قواعد الفقه، مرجع سابق، ص384-385.

وينفذ الأول، ولكن يغير الحكم في المستقبل إذا تغير الاجتهاد.

و قال أحد الباحثين المعاصرين: «معنى القاعدة: أن الاجتهاد بعد صدوره ممن تحقق بهذا المقام وكان أهلا له، ثم صادف ذلك الاجتهاد محله من المسائل، فإنه لا ينقض باجتهاد مثله في ذات المحل»⁽¹⁾.

وهذا التعريف يشمل كل المجالات السابق ذكرها وهي فتاوى المفتين، و أحكام القضاء، ومسائل التحري.

أما ما يعترض به على هذا التعريف فهو مجيؤه مطلقا غير مقيد بعبارة: « ما لم يخالف قاطعا»، فلو قال هذا الباحث: « ثم صادف ذلك الاجتهاد محله من المسائل ما لم يخالف قاطعا، فإنه لا ينقض باجتهاد مثله في ذات المحل» لكان أحسن و أدق.

وقال باحث معاصر آخر في بيان معنى القاعدة: «إن أحكام القضاة الاجتهادية لا يجوز نقضها باجتهاد آخر، سواء كان ذلك النقض من قبل القاضي الذي صدر منه الحكم أو من قبل غيره، وهذا يعني أن على القاضي إذا تبدل اجتهاده أن يستأنف الحكم بالاجتهاد الجديد فيما يجدر من المسائل، ولا يتعرض لما سبق أن حكم به»⁽²⁾.

وهو تعريف حسن ومقبول، خاصة وأن نصوصا فقهية كثيرة تدعمه وتعضده. ونحن ننقل بعضا منها زيادة في بيان معنى القاعدة، وكذلك للأمانة العلمية حتى لا نقول العلماء والفقهاء الإسلامي ما لم يقل به ويصرح.

فمن ذلك ما يقوله الزركشي الشافعي: «إعلم أن هذه العبارات اشتهرت في كلامهم وتحقيقها: أن النقض الممتنع إنما هو الأحكام الماضية، وإنما تغير الحكم في المستقبل، لانتفاء الترجيح الآن، وهذا كالمجتهد في القبلة وغيرها إذا غلب على ظنه دليل فأخذ به، ثم عارضه دليل آخر بعد ذلك، فإنه يعمل بالثاني في المستقبل ولا ينقض ما مضى»⁽³⁾.

ويقول السيوطي: «لو حكم الحاكم بشيء ثم تغير اجتهاده لم ينقض الأول، وإن كان الثاني أقوى. غير أنه في واقعة جديدة لا يحكم إلا بالثاني بخلاف ما لو تيقن الخطأ»⁽⁴⁾. وقال في موضع آخر: «ومعنى قولهم: الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، أي في الماضي ولكن يغير الحكم في المستقبل»⁽⁵⁾.

وقال ابن نجيم الحنفي: «و منها لو حكم الحاكم بشيء ثم تغير اجتهاده لا ينقض الأول ويحكم

(1) - خلفي، وسيلة، المرجع نفسه، ص353.

(2) - الخضيري، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص393.

(3) - الزركشي، المنثور في القواعد، مصدر سابق، ج1، ص94-95.

(4) - السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص126.

(5) - السيوطي، المصدر نفسه، ص128.

بالمستقبل بما رآه ثانيا. ومنها حكم القاضي في المسائل الاجتهادية لا ينقض، هو معنى قول أصحابنا في كتاب القضاء: إذا رفع إليه حكم حاكم أمضاه إن لم يخالف الكتاب والسنة والإجماع»⁽¹⁾.

وقال السرخسي الحنفي: «فإن كان خطأ مما يختلف فيه أمضاه على حاله، وقضى فيما يستقبل بالذي أدى إليه اجتهاده، ويرى أنه أفضل، لأنّ القضاء الأول حصل في موضع الاجتهاد، فنقد ولزم على وجه لا يجوز إبطاله... وبهذا يتبين أن الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله، ولكنه فيما يستقبل يقضي بما أدى إليه اجتهاده»⁽²⁾.

وقال أمير بادشاه: «(والأصل) في مسألة تغير اجتهاد المجتهد (أن تغيره كحدوث الناسخ يعمل به في المستقبل والماضي) من عمله المبني على الاجتهاد الأول ثابت مستمر (على الصحة)»⁽³⁾.

ويقول علي حيدر وهو يذكر معنى المادة 16 من المجلة والتي هو نص القاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله»، حيث يقول: «يعني لو اجتهد في مسألة ما من المسائل الشرعية وعمل باجتهاده، أي حكم بموجب ذلك الاجتهاد، ثم بدا له رأي فعدل عن الأول في مسألة أخرى فلا ينقض اجتهاده الثاني حكمه الناشئ عن اجتهاده الأول، كذا لو حكم مجتهد في مسألة بموجب اجتهاده، ثم حكم مجتهد ثان في تلك المسألة عينها، وكان رأي الثاني مخالفا لرأي واجتهادا لمجتهد الأول فلا ينقض الحكم المستند على اجتهاد الأول.

والحاصل أن المجتهد لا يمكنه أن ينقض حكما مبنيًا على اجتهاده السابق، كما أنه ليس للمجتهد الثاني أن ينقض حكما مبنيًا على اجتهاد للمجتهد السابق، والسبب في ذلك أنه لا يوجد ما يرجح اجتهادا على آخر، ولا يمكن القول أو الحكم بأنّ الاجتهاد الثاني هو أصوب من الاجتهاد الأول، لأنّ الاجتهاد هو حصول غلبة الظن على إصابة المرمى مع احتمال الخطأ، فكل اجتهاد كما يجوز أن يكون صوابا، يجوز أيضا أن يكون خطأ، فأمر المؤمنين أبو بكر كان يصدر بعض الأحكام بناء على اجتهاده، وكان عمر بن الخطاب يحضر جلسات الحكم، ومع أن رأيه غير رأي أبي بكر في بعضها فلم ينقض شيئا منها بعدما عهد إليه بمنصب الخلافة، فعليه - استنادا على هذه القاعدة - لا يجوز إلغاء الأحكام التي يصدرها حاكم من حاكم آخر، كما أنه ليس للحاكم الواحد أن يرجع عن الحكم الذي أصدره، إلاّ أنه يجوز للحاكم، كما يجوز للمجتهد أن يجتهد في المسألة الثانية اجتهادا، مخالفا لاجتهاده الأول في المسألة الأولى، وأن يعطي أحكاما و آراء مخالفة لرأي أو حكم له سابق»⁽⁴⁾.

(1) - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص 106. الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج 1، ص 327-328.

(2) - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 16، ص 84.

(3) - أمير بادشاه، محمد أمين، تيسير التحرير، دار الفكر، بيروت، د.ط.د.ت، ج 4، ص 236.

(4) - حيدر، علي، دررالحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 34-35.

وقال سليم رستم باز اللبناني: «إذا حكم الحاكم برأي أحد المجتهدين المفتى به لا يمكنه أن ينقض حكمه بعد وقوفه على رأي مجتهد آخر بحجة أنه أحسن وأوفق، ولكنه إذا عرضت له بعد ذلك دعوى أخرى من هذا القبيل، فله أن يحكم بما بموجب رأي المجتهد الثاني، وكما أنه لا يمكن لذلك الحاكم أن ينقض حكمه السابق، لا يقدر حاكم آخر على نقضه»⁽¹⁾.

وطبعا كل هذا متى صدر الحكم القضائي الاجتهادي وفق شرائطه الشرعية، بأن يصدر عن قاض متأهل لذلك، وفي دعوى مرفوعة إليه، وكان الحكم غير مخالف للنصوص والإجماع، أو القياس الجلي والأصول القضائية⁽²⁾.

وتجب الإشارة إلى أن هذا المعنى للقاعدة هو في القاضي المجتهد، أما القاضي المقلد الذي تقلد القضاء مقيدا بمذهب معين، فإنه يتقيد به، فلو حكم بخلافه ينقض، وإن وافق أصلا مجتهدا فيه⁽³⁾، ولذا لو أخطأ في تطبيق الحادثة على الحكم الشرعي، ثم ظهر أن النقل الشرعي على خلافه فإن حكمه ينقض، وهذا إعمالا للمادتين 1801 و 1838 من المجلة⁽⁴⁾.

وفي هذا يقول علي حيدر: «ويجب أن يعلم بأنه إذا نصب القاضي من طرف السلطان بأن يحكم على المذهب الحنفي فليس له أن يحكم بمذهب آخر كما مر ذكره، فإذا حكم فحكمه باطل، لأن القاضي معزول عن القضاء بالنسبة إلى هذا الحكم»⁽⁵⁾.

وغني عن البيان أن قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله» إنما تكون في حال الاجتهاد المقبول، أما إذا

(1) - رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج1، ص26-27.

(2) - رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج1، ص27.

(3) - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص05. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص306. الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج1، ص332-333. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص360-361، ج4، ص498، ج5، ص407-408. حيدر، علي، المصدر نفسه، ج4، ص606. رستم باز، سليم اللبناني، المصدر نفسه، ج2، ص1191. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص390-391. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص4-5. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص4-5. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص52-53. القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص49. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص143. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص116-117. خليل، المختصر، مصدر سابق، ص226. الخرشبي، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص140. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص137-138. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص144-145-145. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص267-294. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص242. الآمدي، الأحكام، مصدر سابق، ج4، ص336. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص519. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص134. وانظر أيضا كتابه: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص162. الحجواي، شرح الكوكب المنير، مصدر سابق، ج4، ص508-509. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص375. الحجواي، الإقناع، مصدر سابق، ج4، ص396. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص154-155. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص465. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص422-423. ابن النجار، منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج2، ص395. المرادوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، التجميع شرح التحرير في أصول الفقه، دراسة وتحقيق: أحمد بن محمد السراج، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1421هـ-2000م، ج8، ص3978-3979.

(4) - حيدر، علي، المصدر نفسه، ج4، ص597، 686. رستم باز، سليم اللبناني، المصدر نفسه، ج2، ص1187، 1190.

(5) - حيدر، علي، المصدر نفسه، ج4، ص606.

تغير الاجتهاد وخالف قاطعا من نصوص القرآن والسنة، والإجماع، والقياس الجلي، فحينئذ يجب نقضه، وفي هذا يقول ابني النجار الحنبلي: «(لا ينقض حكم) حاكم (في مسألة اجتهادية) عند الأئمة الأربعة، ومن وافقهم، للتساوي في الحكم بالظن، وإلا نقض حكم بمخالف قاطع في مذهب الأئمة الأربعة»⁽¹⁾. ويقول الزركشي: «حكم الحاكم في المسائل المختلف فيها يرفع الخلاف، وهذا مقيد بما لا ينقض فيه حكم الحاكم، أما ينقض فيه فلا»⁽²⁾، وقال في موضع آخر ما نصه: «ولو حكم القاضي باجتهاد ثم تغير باجتهاد آخر، لا ينقض الأول، وإن كان الثاني أقوى منه، غير أنه إذا تجدد له لا يعمل إلا بالثاني بخلاف ما لو بان له الخطأ باليقين، فإنه ينقض»⁽³⁾.

وقال عالمكير وجماعة من علماء الهند: «إذا قضى القاضي بقضية ثم بدا له أن يرجع عنها، فإن كان الذي قضى به خطأ لا يختلف فيه الفقهاء رده لا محالة، وإن كان مما لا يختلف فيه الفقهاء أمضاه لا محالة، وقضى في المستقبل بما يرى»⁽⁴⁾.

فهذه النصوص - وهناك غيرها⁽⁵⁾ - تدل على أن الاجتهاد شرطه ألا يخالف قاطعا من قرآن، أو سنة، أو إجماع، أو جلي قياس، فإذا خالفه نقض قطعا.

هـ- التأكيد على عدم وجود فرق بين الصيغ المختلفة لقاعدة: «الاجتهاد لا ينقض

بمثله»:

ويجب التأكيد على أن الصيغ الثلاث السابقة وهي: «الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد»؛ و«الاجتهاد لا ينقض بمثله»؛ «لا ينقض اجتهاد باجتهاد» ليس بينهما أي فرق محتمل بأن يكون أحد الاجتهادين أقوى من الآخر، وإنما العبرة بكونهما اجتهاد فقط.

وفي هذا يقول الزركشي الشافعي: «المراد: لا ينقض باجتهاد مثله، فإنه ليس بأولى من الآخر، وينقض باجتهاد أجلى وأوضح منه، ومن طريق أولى أن يتيقن الخطأ أولا كما في القبله»⁽⁶⁾.

ويقول السمناني الحنفي: «فأما ما يثبت من الحكم عن نفسه فليس له أن يتعرض لفسخه بعد ذلك ولا إبطاله، إلا أن يخالف النص المعلوم، أو المعمول به بإجماع الأمة ولا ينقضه باجتهاد أظهر عنده من الأول، بل يستأنف الحكم والقضاء ولا يرد الأول»⁽⁷⁾.

(1) - ابن النجار، المصدر نفسه، ج4، ص305.

(2) - الزركشي، المنتور في القواعد، مصدر سابق، ج2، ص69.

(3) - الزركشي، المصدر نفسه، ج1، ص93.

(4) - عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص341.

(5) - السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص126. السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج1، ص319. الباجي، فصول

الأحكام، مصدر سابق، ص156. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص136.

(6) - الزركشي، المنتور في القواعد، مصدر سابق، ج1، ص96.

(7) - السمناني، المصدر و الصفحة نفسها.

ويقول ابن السبكي أيضا: «الثاني: أن يحكم باجتهاده للدليل أو أمارة، ثم يظهر له دليل أو أمارة أرجح من الأول، ولا ينتهي ظهوره إلى ظهور النص، فلا اعتبار به أيضا، وإن كان لو قارن لوجب الحكم به، لأن الحكم بالراجح وإن كان واجبا لكن الرجحان حاصل الآن، ولا ندرى لو حصل ذلك الاحتمال عنده حالة الحكم، هل كان يكون عنده راجحا أو مرجحا؟، والاعتبار إنما هو بالرجحان حال الحكم، ولا يلزم من الرجحان في وقت الرجحان في غيره لتفاوت الظنون بحسب الأوقات»⁽¹⁾.

ويقول السيوطي: «لو حكم الحاكم بشيء ثم تغير اجتهاده لم ينقض الأول، وإن كان الثاني أقوى. غير أنه في واقعة جديدة لا يحكم إلا بالثاني بخلاف ما لو تيقن الخطأ»⁽²⁾.

فهذه النصوص - وهناك غيرها⁽³⁾ - كلها تدل على أن تغير الصيغة من «الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد» إلى «الاجتهاد لا ينقض بمثله»، أو «لا ينقض اجتهاد باجتهاد»، لا يؤثر في المعنى، وأن الغرض منه الاختصار، ودفع التكرار⁽⁴⁾.

و- الوقت الذي لا يجوز فيه نقض الاجتهاد بمثله:

محل عدم جواز نقض الحكم القضائي الاجتهادي بمثله هو متى اتصل به القضاء، أي أن الاجتهاد صدر في شكل حكم قضائي، فهنا لا يجوز نقض الاجتهاد بالاجتهاد، وهذا تصويره واضح. ولكن إذا اجتهد المجتهد الحاكم في الدعوى وتوصل إلى رأي معين، إلا أنه قبل أن يحكم ويصدر هذا الحكم ظهر له رأي آخر يخالف رأيه الأول، فهنا يجوز له أن يحكم بالاجتهاد الثاني الأخير، ولا يجوز له الحكم بالاجتهاد الأول، ولا يعد هذا نقضا للاجتهاد الممنوع، وذلك لأن الاجتهاد الأول لم يتصل به قضاء، وامتناع النقض وعدم جوازه، إنما يكون بعد اتصاله بالقضاء والحكم. وهذا شرط.

- والنصوص على هذا المعنى كثيرة وطافحة⁽⁵⁾، منها ما قلته السمرقندي الحنفي: «ولو أن فقيها مجتهدا قال لامرأته: أنت طالق البتة، و رأيه أنه ثلاث، وعزم على الحرمة وأمضى رأيه فيما بينه وبينها، وأجنب عنها، ثم تحول رأيه إلى أنه طلاق يملك الرجعة، يجب العمل بالرأي الأول في حق هذه المرأة، حتى لا يحل له وطؤها، إلا بنكاح جديد، أو بعد الزوج الثاني، وبالرأي الثاني في المستقبل في حقها وفي حق غيرها، لأن ما أمضى بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله، ولو لم يعزم على الحرمة، ولم يمض اجتهاده بينه وبينها، حتى تحول رأيه إلى الحل، وأنه طلاق رجعي له أن يطأها، ولا تقع الفرفة بأنه لم يوجد إمضاء

(1) - السبكي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ج1، ص403. وانظر: كتابه: الإبهاج، مصدر سابق، ج3، ص266.

(2) - السيوطي، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - الباجي، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص408.

(5) - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص6. ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مصدر سابق، ج2، ص87. ابن قدامة قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص36.

الاجتهاد الأول، فصار كالقاضي إذا كان رأيه التحريم فقبل أن يقضي تحول رأيه إلى الحل، يعمل بالرأي الثاني، ويقضي بالحل في حق هذه المرأة، فكذا هذا»⁽¹⁾.

وقال في موضع آخر: «فإن بدا له أن يرجع فيما اعتمد على قول بعضهم ورأى الصواب في قول الآخر، فله ذلك، لأن له أن يقضي في المجتهد فيه، بما لاح له من دليل الاجتهاد إن كان مجتهدا، فأما بعد الحكم، فليس له أن يبطل ذلك القضاء، لأنه صار بالقضاء كالمتفق عليه، ولكن يعمل في المستقبل بخلافه إذا رأى ذلك صوابا»⁽²⁾.

وقال البهوتي الحنبلي: «وإن تغير اجتهاده قبل الحكم عمل بالأخير لاعتقاده بطلان ما قبله»⁽³⁾. فكل هذه النصوص - وغيرها⁽⁴⁾ - تدل على أن اجتهاد القاضي متى تغير وتبدل قبل الحكم، فإنه يجب المصير إليه، ولا يجوز له الحكم بالاجتهاد الأسبق، لأنه لو حكم به سيكون قد حكم بما هو باطل عنده، وهذا لا يجوز.

- ويلاحظ هنا أن ابن نجيم الحنفي قد انتقد وناقش فكرة ترجح الاجتهاد الأول لسبق اتصاله بالقضاء، وذلك على أساس أن الاجتهاد الثاني مساو للأول، ومن ثم فلا مزية ولا فضل لأحد الاجتهادين على الآخر، يقول ابن نجيم الحنفي: «الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد... وعلته بأنه ليس الاجتهاد الثاني بأقوى من الأول، وأنه يؤدي إلى أن لا يستقر حكم، وفيه مشقة شديدة، وهذا أولى من قوله في الهداية⁽⁵⁾: «لأن الاجتهاد الثاني كالاجتهاد الأول، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به، فلا ينقض بما هو دونه»⁽⁶⁾، إ.هـ، لأنه يكفي بأن الثاني كالأول ولا حاجة إلى ترجيح الأول بغير السابق، مع ما أورده في العناية⁽⁷⁾ على قوله: إن الأول ترجح باتصال القضاء بأنه ترجيح للأصول بفرعه، لأن الأصل في القضاء رأي المجتهد فكيف يترجح بالقضاء، وإن أجاب عنه بأن الفرع يرجح أصله من حيث بقاؤه لا من حيث إنه منه، فالشيئان إذا تساويا في القوة، وكان لأحدهما فرع، فإنه يترجح على ما لا

(1) - السمرقندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1414هـ-1993م، ج3، ص339.

(2) - السمرقندي، المصدر نفسه، ج3، ص372.

(3) - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص478.

(4) - ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص8. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص188. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص105. الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج1، ص326. الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، مصدر سابق، ج4، ص84. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص304-305. البابرتي، العناية على الهداية، مصدر سابق، ج7، ص304-305.

(5) - الهداية هي كتاب في الفقه الحنفي بل هو من أشهر وأهم المختصرات لدى الحنفية، ألفه برهان الدين أبو الحسين علي بن أبي بكر بن عبد الحليل المرغيناني الحنفي (530هـ-593هـ).

(6) - المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج7، ص304.

(7) - العناية شرح الهداية، كتاب في الفقه الحنفي ألفه الفقيه أكمل الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن محمود الروحي البابرتي (714هـ-776هـ).

فرع له...»⁽¹⁾.

وهذا الكلام من ابن نجيم الحنفي لم يسلم به الحموي قائلا: «كيف يكون أولى ما في الهداية مع أن في الهداية ما علمت أنه يكفي وزيادة ترجيح، وهو اتصال القضاء به؟، إذا الإقدام عليه ربما يكون مع شيء كان في وقته وعيب على الفاعل بعده إن المجتهد الثاني هو الأول، وإما إن غيره فالأمر أظهر، على أن مجرد سبق لا يظهر كونه مرجحا، ألا ترى أن في الاجتهاد في القلة يعمل بالثاني، ولا يعمل إلى سبق القول، بل ولا إلى العمل به، وقيل: إن كلام صاحب الهداية راجح إليه بنوع عناية، كما لا يخفى على ذوي الدراية»⁽²⁾، وقال في موضع آخر: «قوله: ولا حاجة إلى ترجيح الأول... الخ، نعم، ولكن لا ضرر به»⁽³⁾.

وهو ما نستصوبه ونوافق عليه.

2/- أدلة قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله»:

تتأسس قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله» على عدة أدلة، إجمالا هي: السنة النبوية الشريفة؛ وآثار الصحابة؛ وإجماع العلماء؛ والقياس؛ والمعقول؛ والقاعدة الأصولية؛ إذا تعارض العام والخاص؛ يقدم الخاص على العام؛ والدليل المقاصدي وهو استقرار الحقوق والأوضاع الحقوقية الشرعية (نظرية الاستقرار).

وإليك الآن تفصيل هذه الأدلة بالترتيب الذي ذكرت عليه.

أ/- السنة النبوية الشريفة:

- عن عامر الشعبي قال: كان رسول الله ﷺ يقضي بالقضاء فينزل عليه القرآن بخلافه، فيمضي ما قضى به ويستأنف القضاء⁽⁴⁾.

قال السرخسي الحنفي مبينا وجه الاستشهاد بهذا الحديث: «وفي هذا دليل على أنه كان يقضي باجتهاده فيما لم يوح إليه فيه، وقد بينا أنه كان لا يعجل بذلك، ولكن كان ينتظر الوحي، فإذا انقطع طمعه عن الوحي فيه قضى باجتهاده، وصار ذلك شريعة، ثم ينزل القرآن بخلافه بعد ذلك، فيكون ناسخا له، ونسخ الكتاب بالسنة جائز عندنا، ونظيره أمر القبلة، فإنه ﷺ بعدما قدم المدينة كان يصلي إلى بيت المقدس ستة عشر شهرا، ثم انتسخ ذلك الأمر بالتوجه إلى الكعبة، وكان يستأنف القضاء

(1) - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص105.

(2) - الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج1، ص325.

(3) - الحموي، المصدر نفسه، ج1، ص326.

(4) - لم أجد تخرجه في كتب الحديث، ولكن نقلناه عن: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص85. الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص32-326. أمير بادشاه، تيسير التحرير، مصدر سابق، ج4، ص246. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص177.

بالناسخ، ولا يبطل ما قض به لأن النسخ ينهي مدة الحكم، ولا يبين أنه لم يكن حقا قبل نزول النسخ»⁽¹⁾.

وقال الصدر الشهيد الحنفي بعد أن ذكر الحديث: «فهذا دليل على أن القاضي إذا قضى بالاجتهاد في حادثة ليس فيها كتاب ولا سنة ثم تحوّل عن رأيه، فإنّه يقضي في المستقبل بما هو أحسن عنده، ولا ينقض ذلك القضاء الذي كان منه برأيه الأول»⁽²⁾.

- مناقشة و اعتراض:

ويمكن مناقشة هذا الدليل من وجهين:

- الأول: أن الحديث ليس في مظان كتب الحديث والسنة، ومن ثم فهو غير ثابت كما سبق تخريجه.

- الثاني: على فرض صحة الحديث، أن هذا الحديث استدل به على ما تقدم من المجتهادات، فإنّه لا ينقض ما كان قضى به إلا أنّهما يفتقران من حيث أن الرأي لا ينسخ الرأي⁽³⁾.

ب/- آثار الصحابة رضوان الله عليهم:

وردت آثار كثيرة عن الصحابة رضوان الله عليهم تصل إلى حد التواتر والإجماع على أن الحكم القضائي المبني على الاجتهاد لا يجوز نقضه، سواء من القاضي الذي أصدره، أو من غيره من القضاة، فهو حكم مستقر وثابت⁽⁴⁾.

والذي دلّ على إجماع الصحابة نصوص كثيرة منقولة عنهم، حتى قال ابن عبد البر المالكي: «فهذا كثير لا يحصى»⁽⁵⁾.

ونحن نذكر بعض الأمثلة فقط:

- إنَّ أبا بكر الصديق أ سوّى بين الناس في العطاء، وأعطى العبيد. فقد قالت عائشة -ل-: «كان أبي أ يقسم للحر والعبد»⁽⁶⁾، فكان ذلك نصف دينار لكل إنسان⁽¹⁾، أو أكثر من ذلك حتى

(1) - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص85.

(2) - الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص326.

(3) - السرخسي، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص105. الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج1، ص325. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص683. السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص125. ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، مصدر سابق، ج2، ص211. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص35-36.

(5) - ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، جامع بيان العلم وفضله و ما ينبغي في روايته وحمله، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1428هـ-2006م، ص308.

(6) - رواه أبو داود في سننه، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في قسم الفيء، ج3، ص136، رقم الحديث: 2952. والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب الفيء والغنيمة، باب من قال يقسم للحر والعبد، ج6، ص348. أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم، الخراج، مطبوع في كتاب: في التراث الاقتصادي الإسلامي، نقلت: الفضل شلق، دار الحدائث، بيروت، ط1، 1990م، ص147-148.

يكثر المال⁽²⁾. وقد كُلمَ في أن يُفَضَّلَ بين الناس في القسم فقال: «فضائلهم عند الله، فأما هذا المعاش فالتسوية فيه خير»⁽³⁾.

- وخالفه عمر بن الخطاب ا ففاضل بين الناس، حيث إنه ذكر يوما الفيء، فقال: «ما أنا بأحق لهذا لفيء منكم، وما أحد منه بأحق به من أحد إلا أنا على منازلنا من كتاب الله عز وجل، وقسم رسول الله خ، فالرجل وقدمه، والرجل وبلاؤه، والرجل وعياله، والرجل وحاجته»⁽⁴⁾.

- وأما علي بن أبي طالب ا فسوى بين الناس⁽⁵⁾.

وهكذا لم ينقض واحد منهم فعل من قبله⁽⁶⁾.

- وروي أن عمر بن الخطاب ا حكم في المرشكة بإسقاط الإخوة من الأبوين، ثم شرَّك بينهم بعد ذلك، وقال: «تلك على ما قضينا، وهذه على ما قضينا»⁽⁷⁾.

وقد قال ابن قيم الجوزية الحنبلي بعد أن أورد هذا الأثر: «فأخذ أمير المؤمنين في كلا الاجتهادين بما ظهر له أنه الحق، ولم يمنعه القضاء الأول من الرجوع إلى الثاني، ولم ينقض الأول بالثاني، فجرى أئمة الإسلام بعده على هذين الأصلين»⁽⁸⁾.

- وقضى عمر ا في الجد بقضايا مختلفة، في أزمنة مختلفة، ولم ينقض الأولى، وقال: «إني قد قضيت في الجد قضايا مختلفة، كلا لا آلو فيها عن الحق»⁽⁹⁾، وعن عبيدة قال: «إني لأحفظ عن عمر في الجد مائة قضية كلها ينقض بعضها بعضا»⁽¹⁰⁾.

قال الصدر الشهيد الحنفي مستدلا بهذا الأثر: «وفيه دليل أيضا أن كل حكم أمضي بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله»⁽¹¹⁾.

(1) - ابن سلام، أبو عبيد القاسم، الأموال، تحقيق: محمد خليل هراس، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، دط، ص 296.

(2) - أبو يوسف، الخراج، مصدر سابق، ص 147-148.

(3) - أبو يوسف، المصدر والصفحة نفسها. ابن سلام، المصدر والصفحة نفسها.

(4) - رواه أبو داود في سننه، كتاب الخراج والإمارة والفيء باب فيما يلزم الإمام من أمر الرعية والحجبة عنه، ج 3، ص 136، رقم الحديث: 2950. والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب التفضيل على السابقة والنسب، ج 6، ص 349-350. ابن سلام، الأموال، مصدر سابق، ص 254-258. أبو يوسف، المصدر نفسه، ص 153.

(5) - رواه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب التسوية بين الناس في القسمة، ج 6، ص 348-349.

(6) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 1، ص 683. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 35.

(7) - أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الفرائض، باب المشتركة، ج 6، ص 255. وكتاب آداب القاضي، باب من اجتهد من الحكام ثم تغير اجتهاده، ج 10، ص 120.

(8) - ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج 1، ص 158.

(9) - أخرجه عبد الرزاق في المصنف، كتاب الفرائض، باب فرض الجد، ج 10، ص 262. رقم: 19045. والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب الفرائض، باب التشديد في الكلام في مسألة الجد مع الإخوة للأب والأم من غير اجتهاد وكثرة الاختلاف فيها، ج 6، ص 245.

(10) - أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الفرائض، باب التشديد في الكلام في مسألة الجد مع الإخوة للأب والأم أو للأب من غير اجتهاد وكثرة الاختلاف فيها، ج 6، ص 245.

(11) - الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص 17.

- عن سالم بن أبي الجعد قال: لو كان علي طاعنا على عمر - ب - يوما من الدهر لظعن عليه يوم أتاه أهل نجران، وكان علي اكتب الكتاب بين أهل نجران وبين النبي **خ**، فكثروا في عهد عمر ا حتى تخافهم على الناس، فوقع بينهم الاختلاف، فأتوا عمر ا فسألوه البدل، فأبدلهم، قال: ثم ندموا ووضع عنهم بينهم فأبوه، فاستقالوه، فأبى أن يقيلهم، فلما ولي علي ا أتوه، فقالوا: يا أمير المؤمنين، شفاعتك بلسانك، وخطك بيمينك. فقال علي ا: «وَيُحْكَمُ إِنَّ عَمْرًا كَانَ رَشِيدَ الْأَمْرِ». وفي رواية: «والله لا أرد شيئا مما صنعه عمر ا، إِنَّ عَمْرًا كَانَ رَشِيدَ الْأَمْرِ»⁽¹⁾.

- وروي أن عمر بن الخطاب ا لقي رجلاً فقال: مَا صَنَعْتَ؟ قَالَ: قَضَيْتُ عَلِيًّا وَزَيْدًا بَكَذَا، قَالَ: لَوْ كُنْتُ أَنَا لَقَضَيْتُ بَكَذَا، قَالَ: فَمَا مَنَعَكَ وَالْأَمْرُ إِلَيْكَ؟ قَالَ: لَوْ كُنْتُ أَرُدُّكَ إِلَى كِتَابِ اللَّهِ، أَوْ إِلَى سُنَّةِ نَبِيِّهِ **خ** لَفَعَلْتُ، وَلَكِنِّي أَرُدُّكَ إِلَى رَأْيِي، وَالرَّأْيُ مُشْتَرِكٌ⁽²⁾. فَلَمْ يَنْقُضْ مَا قَالَ عَلِيٌّ وَزَيْدٌ لِنَفْوَذِهِ بِاجْتِهَادٍ سَائِغٍ⁽³⁾.

وغيرها من الآثار حتى قال ابن عبد البر المالكي: «هذا كثير لا يحصى»⁽⁴⁾.

ج/ - إجماع العلماء:

فقد أجمع العلماء⁽⁵⁾ على صحة الحكم القضائي الوارد في محل مختلف فيه، فإذا اختلف العلماء في مسألة معينة، ومال القاضي إلى قول معين، وحكم به بما أداه إليه اجتهاده، فلا يجوز نقضه بعد ذلك، منه أو من غيره.

قال الأمدى: «اتفقوا على أن حكم الحاكم لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية»⁽⁶⁾. وقال الكاساني الحنفي: «اتفقوا على أن للقاضي أن يقضي بأي الأقوال الذي مال إليه اجتهاده، فكان قضاء مجتمعا على صحته، فلو نقضه إنما ينقضه بقوله، وفي صحته اختلاف بين الناس، فلا يجوز

(1) - أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب من اجتهد من الحكماء ثم تغير اجتهاده، أو اجتهاد من الحكماء ثم تغير اجتهاده، أو اجتهاد من الحكماء ثم تغير اجتهاده، أو اجتهاد غيره فيما يسوغ فيه الاجتهاد لم يرد ما قضى به، ج 10، ص 120. وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الفضائل، باب ما ذكر من فضل عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ج 12، ص 32. رقم: 12053. وكتاب المغازي، باب ما ذكروا في أهل نجران، 550/14-551، رقم: 18863.

(2) - أورده ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، باب اجتهاد الرأي على الأصول عند عدم النصوص في حين نزول النازلة، ص 276. وابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج 1، ص 93-94. الباورتي، العناية على الهداية، مصدر سابق، ج 7، ص 304. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج 4، ص 188. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج 7، ص 304.

(3) - ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج 1، ص 94. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 16، ص 173. ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، مصدر سابق، ص 276.

(4) - ابن عبد البر، المصدر والصفحة نفسها.

(5) - القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص 39-24، 51، 52. الغزالي، المستصفي، مصدر سابق، ج 2، ص 342. السبكي، الإبهاج، مصدر سابق، ج 3، ص 265-266. ابن الملقن، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ج 2، ص 449. عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج 3، ص 356. الشعراني، عبد الوهاب، الميزان الكبرى، ج 2، ص 258. السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج 3، ص 338.

(6) - الأمدى، الأحكام، مصدر سابق، ج 4، ص 335.

نقض ما صح بالاتفاق بقول مختلف في صحته، ولأنه ليس مع الثاني دليل قطعي بل اجتهادي، وصحة قضاء الأول ثبتت بدليل قطعي، وهو إجماعهم على جواز القضاء بأي وجه اتضح له، فلا يجوز نقض ما مضى بدليل قاطع بما فيه شبهة»⁽¹⁾.

وقال تقي الدين السبكي الشافعي: «فإن قلت هنا: ما الدليل على أن حكم الحاكم في المجتهادات لا ينقض؟»

قلت: نقل العلماء في ذلك إجماع الصحابة... وقد حكى الإجماع جماعة في ذلك من أصحابنا وغيرهم من سائر المذاهب»⁽²⁾.

وقال ابن النجار الحنبلي: «(لا ينقض حكم) حاكم (في مسألة اجتهادية) عند الأئمة الأربعة ومن وافقهم، للتساوي في الحكم بالظن»⁽³⁾.

د- القياس:

وذلك بقياس ما يصدر عن القاضي في المختلف فيه على ما يصدر من الإمام والخليفة في أنه لا يجوز نقضه، يقول علي حيدر: «الحكم الذي يجب إمضاؤه وتنفيذه على كل حال، وهو الحكم الواقع في محل الاجتهاد الذي يكون الخلاف فيه في نفس المسألة وسبب القضاء، فيجب تنفيذ هذا الحكم، ولو كان القاضي لا يعلم أنه حكم في محل الاجتهاد، لأن القاضي الأول منصوب للقضاء من قبل السلطان، وللسلطان ولاية على كافة الناس، فكما أن حكم السلطان بالذات حجة في حق كافة الناس فحكم القاضي المنصوب من قبله هو حجة أيضا على كافة الناس، فليس لأحد نقض حكمه»⁽⁴⁾.

وقال الزيلعي الحنفي: «لأن المولى من جهة الإمام له ولاية على الناس كافة، لأن مقلده له ولاية على كافة الناس، فكان نائباً له فيكون قضاؤه حجة في حق الكل، فلا يتمكن أحد من نقض حكمه كحكم الإمام نفسه»⁽⁵⁾.

- ويمكن مناقشة هذا القياس: بأنه قياس مع الفارق، حيث إن الإمام والخليفة له عقد السياسة وتناولها، بخلاف القاضي فليس له ذلك.

ه- المعقول:

إن الاجتهاد الثاني يشترك مع الاجتهاد الأول في أن كلا منهما يحتل الخطأ ويفيد الظن، وحيث تردد الأمر بين ظنين، فإن الظني لا يرفع بالظني لتساويهما في المرتبة، خاصة أن الاجتهاد الأول قد

(1) - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص14.

(2) - تقي الدين السبكي: «رسالة القول الموعب في القضاء بالموجب»، مصدر سابق، ص247-248-249.

(3) - ابن النجار، شرح الكوكب المنير، مصدر سابق، ج4، ص503.

(4) - حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص688.

(5) - الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص194. الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص325.

ترجح باتصال القضاء به مما يكسبه قوة وترجيحا⁽¹⁾. يقول ابن نجيم الحنفي: «الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.. وعلته بأنه ليس الاجتهاد الثاني بأقوى من الأول»⁽²⁾.

وقال ابن مودود الموصللي الحنفي: «(وإذا رفع إليه قضاء قاض أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة المشهورة أو الإجماع)، وأصله أن القاضي إذا كان ممن يجوز قضاؤه فقضى بقضية يسوغ فيها الاجتهاد لم يجز لأحد من القضاة نقضه، لأن الاجتهاد الثاني مثله، والأول ترجيح بالسبق لاتصال القضاء به»⁽³⁾.

وقال الزيلعي الحنفي: «(وإذا رفع إليه حكم قاض أمضاه إن لم يخالف الكتاب والسنة المشهورة والإجماع)، لأنه لا مزية لأحد الاجتهادين على الآخر، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به، فلا ينتقض بما هو دونه»⁽⁴⁾.

وقال السيوطي الشافعي: «وعلته أنه ليس الاجتهاد الثاني بأقوى من الأول»⁽⁵⁾.

وقال سيف الدين الآمدي الشافعي: «ولو كان حكمه مخالفا لدليل ظني من نص أو غيره، فلا ينقض ما حكم به بالظن لتساويهما في الرتبة»⁽⁶⁾.

و/ - القاعدة الأصولية: إذا تعارض الخاص والعام، يقدم الخاص على العام:

وهذا الدليل يعد القراني المالكي أشهر من صحح به، كما أشار إليه أيضا خليل حين قال: «ورفع الخلاف»⁽⁷⁾.

وقال الدردير في شرح عبارة خليل: «(ورفع) حكمه (الخلاف) في تلك النازلة فلا يجوز لمخالف فيها نقضها، فإذا حكم بفسخ عقد أو صحته لكونه يرى ذلك لم يجز لقاض غيره ولا له نقضه، ولا يجوز لمفت علم بحكمه أن يفتي بخلافه، وهذا في الخلاف المعتبر بين العلماء...»⁽⁸⁾.

وقال عليش المالكي: «(ووقع) حكم الحاكم في نازلة فيها أقوال للأئمة بقول منها، فيرفع (الخلاف) أي العمل والفتوى في عين تلك النازلة التي حكم فيها بغير ما حكم به فيها»⁽⁹⁾، فإذا حكم حكم القاضي في جزئية بفسخ عقد، لكون مذهبه يراه، فالمرتفع بحكمه العمل بمقتضى الخلاف، أي

(1) - البابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق، ج7، ص307. حيدر، علي، المصدر والصفحة نفسها.

(2) - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص105.

(3) - ابن مودود الموصللي، المختار لتعليل المختار، مصدر سابق، ج2، ص87. وانظر أيضا في المعنى: الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، مصدر سابق، ج4، ص87.

(4) - الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص188.

(5) - السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص126.

(6) - الآمدي، الأحكام، مصدر سابق، ج4، ص335.

(7) - خليل، المختصر، مصدر سابق، ص229.

(8) - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص45.

(9) - عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص194.

بمقتضى مذهب المخالف، فلا يجوز للمخالف أن يحكم في هذه الجزئية بصحة العقد، وليس معناه أن هذه الجزئية يصير الحكم فيها عند المخالف مثل ما حكم به فيها، إذ الخلاف الواقع بين العلماء موجود على حاله لا يرتفع إذ رفع الواقع محال، أو أن المرتفع لحكم الحاكم نفس الخلاف وأن الجزئية المحكوم فيها تصير مجمعا عليها⁽¹⁾.

وربما لا يبدو هذا الكلام واضحا وجليا كما ينبغي، فالذي يلاحظ أن القراني هو أكثرهم دقة ووضوحا في التعبير عن هذا الدليل وبيانه، ولأجل ذلك ننقل كلامه كاملا. يقول القراني إجابة عن السؤال السادس عشر، والذي نصه: «ما الفرق بين حكم الحاكم في الجمع عليه، فإنه لا ينقض وبين حكمه في المختلف فيه، فإنه لا ينقض أيضا؟ والإجماع في المسألتين، فهل المانع واحد أو مختلف؟ فإن كان الإجماع فهو واحد، وإن كان ثم مانع آخر، فما هو؟»⁽²⁾.

و«الجواب: إن الإجماع مانع فيهما، واختص حكمه في مسائل الخلاف بمانع آخر، وتقريره: إن الله تعالى جعل للحكام أن يحكموا في مسائل الاجتهاد بأحد القولين: فإذا حكموا بأحدهما كان ذلك حكما من الله تعالى في تلك الواقعة، وإخبار الحاكم بأنه حكم فيها كنص من الله ورد خاص بتلك الواقعة معارض لدليل المخالف، لما حكم به الحاكم في تلك الواقعة، مثاله: ما قاله مالك.

والدليل عندي على أن القائل لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثا، فإذا تزوجها طلقت ثلاثا، ولا يصح له عليها عقد إلا بعد زوج، واتفق أن ذلك القائل تزوجها، وأقام معها على مذهب الشافعي وطلقها واحدة، وبانت هذه بانقضاء العدة، ثم عقد عليها، فرفع ذلك العقد لحاكم شافعي، فحكم بصحته، صار هذا من قبل صاحب الشرع في خصوص هذا الرجل الخالف دون غيره من الخالفين الذين لم يتصل بهم حكم حاكم، لأن الله تعالى قرره بالإجماع، وما قرره بالإجماع فقد دل دليل قطعي من قبل صاحب الشرع عليه، فتحقق التعارض بين الدليل الدال عند مالك على أن أنكحة المعلقين على هذه الصورة باطلة، وبين هذا الدليل الوارد في هذه الصورة، وهو أخص من الدليل العام الذي لمالك، لتناوله جميع الصور، وهذا يتناول هذه الصورة خاصة، ومتى تعارض الخاص والعام يقدم الخاص العام، فلو قلنا: ينقض هذا الحكم، لزم مخالفة هذه القاعدة أيضا، مع مخالفة الإجماع، وكذا يبطل القاضي الخاصة⁽³⁾ المعارض للدليل العام، وهو محذور غير معتبر للإجماع، فظهر حينئذ أن في مسائل الخلاف إذا حكم فيها الحاكم مانعين للنقض»⁽⁴⁾.

(1) - الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص45. عيش، المصدر والصفحة نفسها.

(2) - القراني، الأحكام، مصدر سابق، ص39.

(3) - هكذا ورد. أنظر: القراني، المصدر نفسه، ص39-40. و لعل الأصح: [الخاص] بحذف حرف التاء المربوطة.

(4) - القراني، المصدر والصفحة نفسها. القراني، الفروق، مصدر سابق، ج2، ص180-181.

ويقصد القراني بِالْمَانَعِينَ لِلنَّقْضِ: الإجماع؛ وقاعدة: إذا تعارض العام مع الخاص، يقدم الخاص على العام.

وهكذا نجد أن القراني يصرح بأن عدم جواز نقض الحكم الاجتهادي باجتهد آخر يقوم على الإجماع، وعلى القاعدة الأصولية التي تقرر أنه إذا تعارض العام مع الخاص، فإنه يجب أن يقدم الخاص على العام، والعام هنا هو أقوال الفقهاء وآراءهم المتعددة المتعارضة، أما الخاص هنا فهو الحاكم القضائي الاجتهادي، الذي أخذ برأي معين في تلك الواقعة والقضية، فيكون ذلك الحكم القضائي بمثابة الإجماع فيرتفع الخلاف في تلك الواقعة فقط، كما رأينا من في شرح عبارة خليل المالكي: «ورفع الخلاف»⁽¹⁾.

و قال القراني: «إن حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف، ويرجع المخالف عن مذهبه لمذهب الحاكم، وتتغير فتواه بعد الحكم عما كانت عليه على القول الصحيح من مذاهب العلماء فمن لا يرى وقف المشاريع إذا حكم حاكم بصحة وقفه، ثم رفعت الواقعة لمن كان يفتي بطلانه نفده وأمضاه، ولا يحل له بعد ذلك أن يفتي بطلانه»⁽²⁾.

والذي يلاحظ أن في مسائل الخلاف إذا حكم فيها الحاكم مانعين للنقض، وهما: الإجماع؛ والقاعدة الأصولية. وفي المجمع عليه مانع واحد، وهو الإجماع، «ومن العجب كيف صار المختلف فيه أقوى من المجمع عليه؟ وظهر أيضا أن عدم نقض حكم الحاكم في مسائل الخلاف راجعة إلى قاعدة أصولية، وهي تقديم الخاص على العام من الأدلة الشرعية، وهذا موضع حسن، فتنبه له»⁽³⁾.

والذي يجب التنبيه له أيضا أن القراني المالكي لا يؤسس كلامه على القاعدة الأصولية السابقة، وإنما يؤسسه على فكرة أخرى، وهي: أن القاضي نائب عن الله في أرضه، وحكمه نص خاص وراى من الله تعالى في خصوص تلك الواقعة. وللأمانة العلمية، يقول القراني المالكي: «إن الله تعالى استتاب الحاكم في إنشاء الأحكام في خصوصيات الصور في مسائل الخلاف، فإذا حكم الحاكم بإذن الله تعالى له، وصح حكمه عن الله تعالى، كان ذلك نصا واردا من الله تعالى على لسان نائبه الذي هو نائبه في أرضه، وخليفة نبيه في خصوص تلك الواقعة، فوجب حينئذ إخراجها من مذهب المخالف في نوع تلك المسألة، فإنّ الدليل الشرعي الذي وجدته المخالف في ذلك النوع عام، فيصير هذا النوع خاص ببعض أفراد ذلك النوع، فيتعارض في هذا الفرد من هذا النوع دليل خاص، وهو حكم الحاكم، ودليل عام، وهو ما اعتقده المخالف في جملة النوع، فيقدم الخاص على العام كما تقرر في أصول الفقه، وهذا هو

(1) - خليل، المختصر، مصدر سابق، ص229. عيش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص194.

(2) - القراني، الفروق، مصدر سابق، ج2، ص179.

(3) - القراني، الأحكام، مصدر سابق، ص40.

السر في أن الحكم لا ينقض»⁽¹⁾.

وإذا، فالقراقي في الظاهر يعتمد على القاعدة الأصولية أنه إذا تعارض الخاص والعام فإنه يقدم الخاص على العام، هذا هو الظاهر، ولكن في الحقيقة القراقي يؤسس رأيه على أن القاضي له إنشاء الأحكام في مسائل الخلاف، وقد ذكر هذا الكلام في الجواب عن السؤال الثاني الذي نصه: «كيف يمكن أن يقال: إن الله جعل لأحد أن ينشئ حكماً على العباد؟ وهل ينشئ الأحكام إلا الله تعالى؟ فهل لذلك نظير وقع في الشريعة؟ أو ما يؤنس هذا المكان ويوضحه؟»⁽²⁾.

وبعد أن مهّد للجواب قرر ما نصه: «وإذا تقرر أن الله لكل مكلف وإن كان عامياً جاهلاً الإنشاء في الشريعة لغير ضرورة، فالأولى أن يجعل الإنشاء للحكام مع علمهم وجلالتهم، لضرورة درء الفناء، ودفع الفساد، وإخماد الثائرة، وإبطال الخصومة، فهذان بابان مقرران بطريق الأولى، كما ظهر لك، وأما الدليل على ذلك فهو الإجماع من الأئمة قاطبة: أن حكم الله تعالى ما حكم به الحاكم في مسائل الاجتهاد كما تقدم، وإن ذلك الحكم يجب اتباعه على جميع الأئمة، ويجرم على كل أحد نقضه، وهذا شيء نشأ بعد الحكم لا قبله، لأن الواقعة كانت قبل هذا قابلة لجميع الأقوال والأنواع البعض والمخالفات...»⁽³⁾.

والذي دعانا إلى كل هذا النقل الحربي هو كشف حقيقة رأي القراقي، حيث إنه يستند في الظاهر على قاعدة أصولية، في حين أنه في الحقيقة يتأسس على أن الحاكم والقاضي له الحق في إنشاء الأحكام في مسائل الخلاف.

ولكن من أين استمد القراقي فكرة أن القاضي له إنشاء الأحكام في مسائل الخلاف والاجتهاد؟ الظاهر أنه استمدّها من قول الأصوليين في تعريف الحكم الشرعي بأنه خطاب الله تعالى، وقصدوا بذلك أنه: الكلام النفساني لا اللساني⁽⁴⁾، ولذلك نجد القراقي وإجابة عن السؤال الخامس، والذي نصه: «إذا كان حكم الحاكم إنشاءً، فهل هو نفساني أو لساني؟»، نجده يقول: «إنه نفساني، ويقتضي وجهان:

— أحدهما: أن حكم الله تعالى إنما هو كلامه القائم بذاته، وألفاظ الكتاب والسنة وغير ذلك،

(1) - القراقي، المصدر نفسه، ص 68. القراقي، الفروق، مصدر سابق، ج 2، ص 180-181.

(2) - القراقي، الأحكام، مصدر سابق، ص 23. القراقي، الفروق، مصدر سابق، ج 2، ص 180-181.

(3) - القراقي، الأحكام، مصدر سابق، ص 24.

(4) - النفتازاني، التلويح، مصدر سابق، ج 1، ص 37. الكوراني، اللور اللوامع، مصدر سابق، ص 42. البناني، حاشية على شرح المحلي لجمع الجوامع، مصدر سابق، ج 1، ص 48. الشريبي، تقرير على شرح جمع جوامع للمحلي، مصدر سابق، ج 1، ص 48. خلاف، عبد الوهاب، علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص 101. بدران، بدران أبو العينين، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 251. ويقول الرملي الشافعي: «الحكم الصحيح الذي هو الإلزام النفساني المستفاد من جهة الولاية». أنظر: الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج 8، ص 257.

إنما هي أداته لا هو، وهذا حكم الله أيضا، غير أنه فوضه للحاكم، فكان أيضا نفسانيا قائما بنفس الحاكم، وقائما بذات الله أيضا..

- وثانيهما: أن الذي يدل على أن حكم الحاكم نفساني، أنه إذا حكم فتارة يخبر عنه بلسانه فيقول: اشهدوا عليّ أيّ حكمتُ بكذا، وتارة يسأل... وتارة يكتب.. ويكون ذلك دليلا على حكمه غير لفظه وكتابته وإشارته، وما ذلك إلا الكلام النفساني، وما عداه دليل عليه كسائر ما قام بالنفس من الأحكام والأخبار وغيرهما، فظهر أن حكم الحاكم نفساني لا لساني»⁽¹⁾.

وهكذا نخلص إلى معرفة «السر» في كلام القراني وموقفه، وإلى تفسير رأيه، وأن لديه تفسيراً «كهنوتياً» لفكرة وقاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله». وقد سبق أن بينا خطورة هذا النوع من التفسير عند الكلام عن أساس اللزوم في الحكم القضائي في الفصل الثالث من الباب التمهيدي، وأنه الأولى والأجدر أن يستبعد من الفقه الإسلامي، وأن يتم اعتماد الواقعية في التفسير، فلا نكره.

ولم يسلم ابن الشاط المالكي لما قاله القراني، فقال ردا عليه: «وكذلك ما قاله: من أن حكم الحاكم نص من الله تعالى في القضية المعنية، فليس كما قال، بل منع الله تعالى من نقض أحكام المجتهدين لما في ذلك من المفسدة، والله تعالى أعلم»⁽²⁾.

ز- الدليل المقاصدي (نظرية الاستقرار):

يذهب كل فقهاء المذاهب⁽³⁾ - ما عدا القراني المالكي - إلى أن قاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله» تقوم على تحقيق مصلحة ومقصد شرعي معتبر، وهو تحقيق استقرار الأوضاع الحقوقية الشرعية، والمحافظة عليها، و صيانتها من دوام المنازعة حولها وعليها، وذلك بعدم جواز نقض الحكم القضائي في

(1) - القراني، الأحكام، مصدر سابق، ص30.

(2) - ابن الشاط، أبو القاسم قاسم بن عبد الله، إدار الشروق على أنواء الفروق، مطبوع لهامش الفروق للقراني، ضبط و تصحيح: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1998م، ج2، ص199.

(3) - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص105. الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج1، ص325. الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج1، ص14. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص188. ابن العربي، أحكام القرآن، مصدر سابق، ج3، ص266. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج14، ص241. ابن فحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص63، 65-66. القراني، الفروق، مصدر سابق، ج2، ص180. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص390. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، مصدر سابق، ص284. السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص126. الزركشي، المنشور في القواعد، مصدر سابق، ج1، ص93. الحصني، القواعد، مصدر سابق، ج3، ص338-339. الكنوي، فواتح الرحموت، مصدر سابق، ج2، ص428. أمير بادشاه، تيسير التحرير، مصدر سابق، ج4، ص234. الأمدي، الإحكام، مصدر سابق، ج4، ص335-336. الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج2، ص342. ابن الملتن، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ج2، ص448. ابن الحاجب، مختصر المنتهى الأصولي، مصدر سابق، ج2، ص300. الكوراني، الدرر اللوامع، مصدر سابق، ص604. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص36. شمس الدين المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص414. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص176. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص412. ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مصدر سابق، ص206. زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، مصدر سابق، ج2، ص370. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص312-313. حيدر، علي، درر الأحكام، مرجع سابق، ج4، ص688. الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج2، ص323. ابن النجار، شرح الكوكب المنير، مصدر سابق، ج4، ص503-504.

المسائل الاجتهادية، برهان ذلك أننا لو أجزنا نقض الحكم القضائي الاجتهادي لأدى ذلك إلى نقض الحكم الاجتهادي الثاني، بحكم اجتهادي ثالث، والثالث ينقض بالرابع.

وهذا يؤدي إلى التسلسل في النقض واستمراره بلا نهاية ولا توقف، وكل هذا يخالف الغرض والمقصد الذي لأجله نصب القضاة والحكام، وهو فصل الخصومات وقطع المنازعات، إذ تسلسل النقض يعني أنه لا فصل في الخصومة، ومن ثم استمرار الخصومات والمنازعات، وهذا يؤدي إلى الفوضى والحرب الاجتماعي وانتهيار الدولة في النهاية، وهذا ما لا يمكن قبوله، زيادة على أن جواز نقض الحكم الاجتهادي يؤدي إلى زعزعة الثقة في نفوس الناس والخصوم بأحكام القضاء والقضاة، ومن ثم يتسرب الشك والريبة لا إلى القضاة فقط، وإنما إلى العدل في ذاته، أي أن استمرار النقض مطلقاً يؤدي إلى هدم العدل والإحسان، الذي هو أساس الملك والسيادة.

وبالجملة فإن قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله» هي تعبير دقيق عن نظرية قائمة بذاتها في الفقه الإسلامي هي «نظرية الاستقرار»، فضلاً عن أنها إحدى أهم مظان النظرية⁽¹⁾، خاصة و أنها تستوعب فروعاً كثيرة جداً، حتى أن السيوطي اعتبرها من القواعد الكلية التي يتخَّج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية⁽²⁾.

وهنا يمكن ذكر بعض النصوص الفقهية التي تدل على هذا المعنى، فمن ذلك ما قاله الكاساني الحنفي: «لأنه لو جاز نقضه، يرفعه إلى قاض آخر يرى خلافه رأي الأول، فينقضه، ثم يرفعه المدعي إلى قاض آخر يرى خلاف رأي القاضي الثاني، فينقض نقضه، ويقضي كما قضى الأول، فيؤدي إلى أن لا تندفع الخصومة والمنازعة أبداً، والمنازعة سبب الفساد، وما أدى إلى الفساد فساد، فإن كان رده القاضي الثاني، فرفعه إلى قاض ثالث نفذ قضاء القاضي الأول، وأبطل قضاء الثاني، لأن قضاء الأول صحيح، وقضاء الثاني بالرد باطل»⁽³⁾.

وقال سيف الدين الأمدي الشافعي: «اتفقوا على أن حكم الحاكم لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية لمصلحة الحكم، فإنه لو جاز نقض حكمه، إما بتغيير النقض إلى غير النهاية، ويلزم من ذلك اضطراب الأحكام، وعدم الوثوق بحكم الحاكم، وهو خلاف المصلحة التي نصب الحاكم لها»⁽⁴⁾. وقال أيضاً: «المجتهد إذا أداه اجتهاده إلى حكم في حق نفسه كتجويز نكاح المرأة بلاولي، ثم تغير اجتهاده، فإما أن يتصل بذلك حكم حاكم آخر، أو لا يتصل، فإن كان الأول لم ينقض الاجتهاد

(1) - خلفي، وسيلة، نظرية الاستقرار، مرجع سابق، ص362.

(2) - السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص125.

(3) - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص14.

(4) - الأمدي، الأحكام، مصدر سابق، ج4، ص345.

السابق، نظرا إلى المحافظة على حكم الحاكم ومصالحته»⁽¹⁾.

وقال ابن العربي المالكي ما نصه: «... فأما أن ينظر قاض فيما حكم به قاض فلا يجوز له، لأن ذلك يتداعي إلى ما لا آخر له، وفيه مضرة عظيمة من جهة نقض الأحكام، وتبديل الحلال بالحرام، وعدم ضبط قوانين الإسلام، ولم يتعرض أحد من الخلفاء إلى نقض ما رآه الآخر، وإنما يحكم بما يظهر إليه»⁽²⁾.

وقال العز بن عبد السلام الشافعي: «... وإن كان في الأحكام، فلا يجوز نقض الحكم بمثل ذلك لما في ذلك الضرر العام لأنواع الاجتهاد، ولأن الأحكام لو نقضت بالاجتهاد لما استقر حكم، لأن القضاة لو نقضوا الحكم بالاجتهاد لأدى ذلك إلى أن ينقض كل حاكم من قبله، ويفضي ذلك إلى تضرر المحكوم له والمحكوم عليه، لأنه ينزع الحق من أحدهما ويعطي الآخر، ثم ينزع من الآخر، ويعطاه غيره، ويتسلسل ذلك إلى غير نهاية له، ولا يخفى ما فيه من الفساد»⁽³⁾.

وقال ابن قدامة المقدسي الحنبلي: «ولأنه يؤدي إلى نقض الحكم بمثله وهذا يؤدي إلى أن لا يثبت الحكم أصلا، لأن الحاكم الثاني يخالف الذي قبله، والثالث يخالف الثاني، فلا يثبت حكم»⁽⁴⁾.

هذه بعض النصوص الفقهية التي حاولت «تقصيد» قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله»، ويهمننا في هذا العبارات الدالة على مراعاة المصلحة والمقصد، مثل عبارة: «مصلحة الحكم»، وعبارة: «فتفوت مصلحة نصب الحاكم»، وعبارة: «المحافظة على حكم الحاكم ومصالحته»، وعبارة: «وفيه مشقة شديدة»، وعبارة: «وفيه مضرة عظيمة»، وعبارة: «الضرر العام»، وعبارة: «المنازعة سبب الفساد»، وعبارة: «ما أدى إلى الفساد فساد»، فكل هذه العبارات وغيرها، تدل على مراعاة وتأسيس قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله»، على مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء.

وباختصار، فإن أقوال الفقهاء تقرر أن قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله» تعضد معنى الاستقرار من ثلاث نواح هي:

- أن النقض في الأحكام الاجتهادية يؤدي إلى اضطراب الأحكام واختلالها بسبب تتابع النقض إلى ما لا نهاية، فلا يستقر أي حكم حينئذ.

- أن نقض الحكم الاجتهادي معارض بالمصلحة من نصب القضاة وترتيب وتنظيم جهاز القضاء و العدالة، فلو أتيح نقضها لضاعت الحقوق و لم تستقر للناس مصلحة.

(1) - الأمدى، المصدر نفسه، ج4، ص336.

(2) - ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج3، ص266. وانظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج14، ص241.

(3) - العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، مصدر سابق، ص284.

(4) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص36.

- إن اتصال الاجتهاد بالحكم القضائي واتصاله في الفتوى بالعمل بها يعزز و يؤكد معنى الاستقرار في ذلك الحكم مما يستوجب استدامته واستصحابه، فيكون العمل مرجحاً عند تعارض الاجتهادين.

ومما تجب الإشارة إليه أنّ مجموع هذه النصوص يشير و يدل على وجود نظرية الاستقرار في الفقه الإسلامي لها أسسها و قواعدها وفروعها، و أنّها تصوّرُ مُنبثٌ في مباحث أصول الفقه وأبواب مختلفة في الفقه الإسلامي، وأنّه معنى شامل قد تشوّف إليه الأصوليون و الفقهاء معاً⁽¹⁾.

وعلى الرغم من كل هذه النصوص الكثيرة التي نقلناها، وعلى الرغم من أن كل الفقهاء قالوا بتقصيد قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله»، على الرغم من كل ذلك، إلا أننا وجدنا القرآني المالكي، ينفي بل يرفض أن تتأسس وتستند القاعدة على الدليل المقاصدي، فهذا هو يقول إجابة عن السؤال العشرين، والذي نصه: «هل المانع من نقض حكم الحاكم ما يقوله بعض الفقهاء: أن نقضه يؤدي إلى بقاء الخصومات، أو أمر آخر؟»، حيث يقول: «إن المانع غير ما ذكره بعض الفقهاء، وهو قاعدة مقررة في أصول الفقه وقواعد الشرع وهي: أنه إذا تعارض الخاص والعام فقدم الخاص على العام، وقد تقدّم⁽²⁾ بسطه في الفرق بين حكمه بالمجمع عليه، وبين حكمه بالمختلف فيه، مع أن كلاهما لا ينقض إجماعاً، وتخرّج الأحكام على القواعد الأصولية الكلية أولى من إضافتها إلى المناسبات الجزئية، وهو دأب فحول العلماء، دون ضَعْفَةِ الفقهاء»⁽³⁾.

ويقول في موضع آخر: «...فيتعارض في هذا الفرد من هذا النوع دليل خاص - وهو حكم الحاكم - ودليل عام - وهو ما اعتقده المخالف في جملة النوع - فيقدم الخاص على العام، كما تقرر في أصول الفقه، وهذا هو السر في أنّ الحكم لا ينقض لأن يعتقد بعض الفقهاء من أن النقض إنما امتنع لئلا تنشر الخصومات، فإنّ ما تقدّم شهدت له قاعدة أصولية، وما ذكره لم يشهد له قاعدة أصولية، والمعزودة بالشهادة أولى، وإن سلمنا صحته فيتعارض هو والمشهود له، لأنّ المدارك قد تجتمع، إلاّ أنّه لا ينبغي أن يلغى ما شهدت له القواعد إلا للمعارض أرجح منه»⁽⁴⁾.

والحق أن ما قاله القرآني بخصوص الدليل المقاصدي ليس صحيحاً، وأن الدليل المقاصدي دليل صحيح وسليم ومقبول بل وقوي، قال به عدد كبير من فقهاء المذاهب الفقهيّة منهم المالكية، بل إن القرآني قال به، حيث قال: «إنّه لولا ذلك لما استقرت للحكام قاعدة، ولبقيت الخصومات على حالها

(1) - خلفي، وسيلة، نظرية الاستقرار، مرجع سابق، ص 63.

(2) - أنظر الجواب عن السؤال السادس عشر: القرآني، الأحكام، مصدر سابق، ص 39-40.

(3) - القرآني، المصدر نفسه، ص 48.

(4) - القرآني، الأحكام، مصدر سابق، ص 68.

بعد الحكم، وذلك يوجب دوام التشاجر والتنازع، وانتشار الفساد، ودوام العناد، وهو منافع للحكمة التي لأجلها نصب الحكام»⁽¹⁾.

ومن ثم يمكن القول بأن قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمنه» تتأسس على القاعدة الأصولية: إذا تعارض العام مع الخاص، يقدم الخاص على العام؛ وعلى الدليل المقاصدي و المتمثل في ضرورة المحافظة على مصلحة الحكم، وهذا ما تبناه بعض المعاصرين⁽²⁾.

ثالثاً: حكم نقض الحكم القضائي الاجتهادي:

يقصد بالحكم القضائي الاجتهادي: «الحكم الذي يصدره القاضي المجتهد في المسائل الظنية وهي التي لم يرد فيها دليل قاطع»⁽³⁾.

كما يمكن تعريفه بأنه الحكم الصادر في محكمة لها أهلية الاجتهاد في القضايا التي ليس فيها دليل قاطع من قرآن أو سنة أو إجماع.

وهذا يعني بمفهوم المخالفة أنه لا يجوز الاجتهاد في المسائل القطعية، وهذا إعمالاً للقاعدة الفقهية: «لا مساغ للاجتهاد في مورد النص»، وهي المادة 14 من مجلة الأحكام العدلية⁽⁴⁾.

ونقض الحكم القضائي الاجتهادي إما أن يتم من القاضي الذي أصدره، أو من غيره من القضاة، فما هو حكم هذا النوع من النقض؟

بيان هذه المسألة، فإننا تناولها وفق الخطة الآتية:

1/- حكم نقض القاضي لحكمه الاجتهادي باجتهاد آخر.

2/- حكم نقض الحكم القضائي من قبل الغير من القضاة ممن يخالفه في الاجتهاد. وإليك هذه العناصر بالترتيب.

1/- حكم نقض القاضي لحكمه القضائي الاجتهادي باجتهاد آخر.

أ/- موقف الجمهور (كل المذاهب باستثناء جمهور المالكية):

وهذه المسألة كان سيحصل فيها الإجماع والاتفاق بين المذاهب الفقهية لو لم يخالف في ذلك جمهور المالكية، حيث إن كل المذاهب الفقهية - باستثناء جمهور المالكية - أجمعوا واتفقوا⁽⁵⁾ على أن

(1) - القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج 2 ص 180. الفرق: 77.

(2) - البورنو، محمد صدقي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مرجع سابق، ص 384-385. الزرقا، أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، تعليق: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط 8، 1430هـ-2009م، ص 155.

(3) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج 1، ص 351.

(4) - حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 32. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج 1، ص 25.

(5) - الغزالي، المستصفي، مصدر سابق، ج 2، ص 342. الأمدي، الإحكام، مصدر سابق، ج 4، ص 336. الرازي، المحصول، مصدر

القاضي إذا حكم في قضية ما باجتهاده، ثم تغير وتبدل اجتهاده في تلك المسألة بعد الحكم وترجح له ما يخالف الاجتهاد الأول، فإنه يجب عليه أن يحكم باجتهاده الجديد، ولا يحكم بنقض حكمه القضائي المتقدم المبني على الاجتهاد السابق، بل يبقى على ما كان وتترتب عليه آثاره.

ومن نصوصهم في ذلك التي تدل على الإجماع قول ابن الحاجب: «لا ينقض الحكم في الاجتهاديات منه ولا من غيره باتفاق، للتسلسل، فتفوت مصلحة نصب الحاكم، وينقض إذا خالف قاطعا، ولو حكم على خلاف اجتهاده كان باطلا اتفقا»⁽¹⁾.

وقال السمرقندي الحنفي: «قضاء القاضي في فصل مجتهد فيه ينفذ بإجماع الأمة»⁽²⁾.

وقال عضد الدين والمللة: «لا يجوز للمجتهد نقض الحكم في المسائل الاجتهادية، لا حكم نفسه، إذا تغير اجتهاده، ولا حكم غيره إذا خالف اجتهاده بالاتفاق، لأنه يؤدي إلى نقض النقض من مجتهد آخر يخالفه، ويتسلسل، ويفوت مصلحة نصب الحاكم، وهو فصل لخصومات، هذا ما لم يكن مخالفا لقاطع، وإذا خالف قاطعا نقضه اتفقا»⁽³⁾.

وقال الآمدي: «اتفقوا على أن حكم الحاكم لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية لمصلحة الحكم، فإنه لو جاز نقض حكمه إما بتغيير اجتهاده، أو بحكم حاكم آخر لأمكن نقض الحكم بالنقض، ونقض نقض النقض إلى غير النهاية، ويلزم من ذلك اضطراب الأحكام، وعدم الوثوق بحكم الحاكم، وهو خلاف المصلحة التي نصب الحاكم لها، وإنما يمكن نقضه بأن يكون حكمه مخالفا للدليل قاطع، من نص أو إجماع، أو قياس جلي... ولو كان حكمه مخالفا للدليل ظني من نص أو غيره، فلا

سابق، ج6، ص 64-65. ابن الحاجب، مختصر المنتهى الأصول، مصدر سابق، ج2، ص300. عضد الدين، شرح مختصر ابن الحاجب، مصدر سابق، ج2، ص300. المحلي، شرح جمع الجوامع، مصدر سابق، ج2، ص322. ابن هبيرة، الإفصاح، مصدر سابق، ج2، ص289. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج1، ص158. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص84. الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص14. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص17. عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص353. السمناني، روضة القضاء، مصدر سابق، ج1، ص319. الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص299. ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1413هـ-1992م، ص501. الباجي، فصول الأحكام، مصدر سابق، ص156. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص425-426-427. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص63-64. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص156. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص192-193. الرزقاني، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص147-148. الخرشبي، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص166. الشيرازي، المهذب، ج3، ص390. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص93، 136. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص112. السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص126. ابن قدامة المقدسي، المعني، مصدر سابق، ج14، ص35. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص478. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص412-456-457. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص176. الشعرائي، عبد الوهاب، الميزان الكبرى، مصدر سابق، ج2، ص258. السبكي: «رسالة القول الموغب في القضاء بالموجب»، مصدر سابق، ص249.

(1) - ابن الحاجب، مختصر المنتهى، مصدر سابق، ج2، ص300.

(2) - السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص338.

(3) - عضد الدين، شرح مختصر المنتهى، مصدر سابق، ج2، ص300.

ينقض ما حكم به بالظن لتساويهما في الرتبة»⁽¹⁾.

وقال الشعراي: «اتفق الأئمة... وعلى أن حكم الحاكم إذا حكم باجتهاده ثم بان له اجتهاد يناقضه ويخالفه، فإنه لا ينقض الأول، وكذا إذا وقع حكم غيره فلم يردده، فلا ينقضه»⁽²⁾.

وقال ابن هبيرة: «واتفقوا على أنه إذا حكم الحاكم باجتهاده ثم بان له اجتهاد يخالفه، فإنه لا ينقض الأول، وكذلك إذا رفع إليه حكم غيره فلم يره فإنه لا ينقضه»⁽³⁾.

ومن خلال كل هذه النصوص الصريحة فإنه لا يجوز للقاضي نقض حكمه القضائي الاجتهادي باجتهاد آخر، وذلك إعمالاً لقاعدة الاستقرار التي سبق وتناولناها وتفصيلها عند الكلام عن أدلة قاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله»، فلا نكرره، يكفي في ذلك ما ذكرناه من كلام ابن الحاجب والآمدي، وعضد الدين.

ب/- تحقيق قول المالكية:

أما بخصوص المالكية فلهم في المسألة ثلاثة أقوال:

- الأول مع رأي الجمهور السابق بيانه؛

- والثاني يخالفه ويناقضه؛

- والثالث التفصيل: فيجيز النقض في الأموال، ويمنعه في الطلاق و النكاح وحقوق الله عامة.

وذلك كالآتي:

⑥/- القول الأول: موافقة الجمهور في عدم جواز نقض القاضي لحكمه القضائي باجتهاد

آخر:

يذهب بعض المالكية⁽⁴⁾ منهم سحنون وابن الماجشون، وابن عبد الحكم، وهو ما صوّبه ابن محرز، وعيَّاض، وغيرهما من المتأخرين، وهو ما استصوبه عليش أيضاً، إلى أن القاضي لا يجوز له نقض حكمه القضائي الاجتهادي باجتهاد آخر إذا رأى أن غيره أصوب، إعمالاً لقاعدة الاستقرار، وقاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله».

(1) - الآمدي، الإحكام، مصدر سابق، ج4، ص335.

(2) - الشعراي، الميزان الكبرى، مصدر سابق، ج2، ص258.

(3) - ابن هبيرة، الإفصاح، مصدر سابق، ج2، ص289.

(4) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص63. ابن عبد الرفيع، معين الحكام، مصدر سابق، ج2، ص638-639. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص426. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص192-193. البناني، حاشية البناني على الزرقاني، مصدر سابق، ج7، ص147. ابن عطية، المحرر الوجيز، مصدر سابق، ج4، ص92. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج14، ص240. ابن أبي زيد القيرواني، أبو محمد عبد الله عبد الرحمن النفري القيرواني، النوادر و الزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق: محمد الأمين بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1999م، ج8، ص98. و انظر أيضاً: السبكي: «رسالة القول الموعب في القضاء بالموجب»، مصدر سابق، ص249.

وهذا القول الأول يتوافق ويتطابق تطابقاً تاماً مع ما قاله الجمهور الذين ذكرنا رأيهم من قبل.
قال ابن عبد الرفيق المالكي: «قال أبو القاسم بن محرز في تعليقه: لا يخلو ما أخطأ فيه القاضي من أربعة أوجه... الثالث: أن يكون قد اجتهد لنفسه فحكم بما هو صواب عنده، ثم تبين له باجتهاد ثان أن الصواب خلافه فيجتهد بقضائه، ثم يتبين له أن الصواب في غير الذي حكم من طريق الاجتهاد فمذهب ابن القاسم وغيره أنه يرجع إلى ما ظهر له، ويفسخ الأول، ومذهب ابن الماجشون وسحنون وغيرهما أنه لا يجوز له فسخه»⁽¹⁾.

وقال ابن عبد الحكم المالكي: «لم أسمع أحداً من أصحابنا اختلف في ذلك، وأنا لا أرى ذلك، وقضاؤه وقضاء غيره عندي واحد لا يرجع عما اختلف فيه، ولا ما هو أحسن منه حتى يكون الأول خطأً بيناً صراحاً»⁽²⁾.

وقد استدلل هذا الفريق بوجهين أو دليلين هما⁽³⁾:

- بالقياس على حكم غيره.
- و بالمعقول: حيث إنه لو جاز نقض حكم نفسه في هذا لما كان لأحد وثوق بحكم لاحتمال نقضه.

⑦/- القول الثاني: يجوز للقاضي الذي حكم فقط دون غيره أن ينقض حكمه إذا رأى أن غيره أصوب:

القول الثاني للمالكية - وهو قول ابن القاسم وعبد الملك ومطرف⁽⁴⁾، وبعض فقهاء المالكية⁽⁵⁾، وهو اختيار القرطبي⁽⁶⁾ - أنه يجوز للقاضي إذا حكم بحكم ثم ظهر له أن غيره من الاجتهادات أصوب منه أن ينقضه ويحكم بالرأي الآخر. وهو خاص بالقاضي الذي حكم به فقط دون غيره من القضاة، فإنه لا يجوز لهم نقضه إلا أن يكون جوراً بيناً.

وقد زعم ابن عطية و القرطبي بأن هذا القول هو «ظاهر قول مالك في المدونة»⁽⁷⁾. على الرغم

(1) - ابن عبد الرفيق، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص63.

(3) - خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص426.

(4) - ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص63-64. ابن عطية، المحرر الوجيز، مصدر سابق، ج4، ص92. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج14، ص240. خليل، المصدر نفسه، ج7، ص426-427. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص192-193. ابن عبد الرفيق، معين الحكام، مصدر سابق، ج2، ص239-638. ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، مصدر سابق، ج8، ص97. وانظر أيضاً: السبكي: «رسالة القول الموعب في القضاء بالموجب»، مصدر سابق، ص249.

(5) - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص45. البناي، حاشية على الزرقاني، مصدر سابق، ج7، ص147. خليل، المختصر، مصدر سابق، ص229.

(6) - القرطبي، المصدر نفسه، ج14، ص241.

(7) - ابن عطية، المصدر و الصفحة نفسها. القرطبي، المصدر نفسه، ج14، ص240-241.

من أن عبارة المدونة - كما سيأتي - حمالة أوجه.

وهذا القول هو الذي جاء في مختصر خليل، حيث قال: «ونقضه هو فقط إن ظهر أن غيره أصوب، أو خرج عن رأيه، أو رأي مقلده»⁽¹⁾.

قال الخرشي المالكي وهو يشرح هذه العبارة: «لما تكلم عن المسائل التي لحاكمها ولغيره نقضها أخذ يتكلم الآن على ثلاث مسائل لا ينقضها إلا من حاكمها فقط، أي مع بيان السبب أيضا..

- الأول: إذا حكم بحكم ثم ظهر أن غيره أصوب منه، وسواء كان باقيا على ولايته أو عزل، ثم ولي مرة أخرى، خلافا لمطرف وابن الماجشون من أنه ليس له نقضه فيما إذا عزل وولي ثانيا، وهذا في المجتهد إذا حكم برأيه مستندا لدليل، ثم ظهر له أن غيره أصوب، وفي المقلد إذا كان من أهل الترجيح، كما إذا حكم بقول ابن القاسم مثلا، ثم ظهر أن قول سحنون مثلا أرجح منه، وبالعكس.

- الثانية: إذا حكم بحكم ثم ظهر له أنه خرج فيه عن رأيه، بأن كان مجتهدا ويحمل على السهو، فإنه ينقضه ويحكم بما رآه.

- الثالثة: إذا حكم المقلد بمذهب في قضية، وهو يرى أنها مذهب إمامه فحكم بغيره غلطا، فإنه ينقضه هو فقط دون غيره، لجريانه على مذهب بعض العلماء، وبعبارة: أو خرج عن رأيه، أو رأي مقلده، أي خطأ، والمراد: ادعى الخطأ ولم تشهد بينة بدعواه، وإلا فينقضه هو وغيره...»⁽²⁾.

وقال عليش: «(ونقضه) أي الحكم (هو) أي القاضي الذي حكم به (فقط) أي دون غيره، فليس له نقضه (إن ظهر أن غيره) أي الحكم الذي يحكم به (أصوب) منه، هذا قول ابن القاسم، ابن راشد: وهو المشهور، وقال سحنون: لا يجوز نقضه، وصوبه ابن محرز وعياض وغيرهما... ابن محرز وابن الماجشون وسحنون وغيرهما لا يجوز فسخه، وهو أحسن»⁽³⁾.

- ولم يذكر أصحاب القول الثاني من المالكية دليلهم، ولكن مع ذلك يمكن القول بأن أدلتهم كالاتي⁽⁴⁾:

- ما جاء في رسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري ب: «وَمَرَّاجَعَةُ الْحَقِّ خَيْرٌ مِنَ التَّمَادِي فِي الْبَاطِلِ»⁽⁵⁾.

ووجه الاستدلال بهذا الأثر أنه يجوز نقض جميع ما ظهر خطؤه، سواء كان الحكم المراد نقضه

(1) - خليل، المختصر، مصدر سابق، ص 229.

(2) - عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 192-193.

(3) - الخرشي، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج 7، ص 166.

(4) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج 14، ص 241.

(5) - سيأتي تخرجه.

مبنيًا على اجتهاد خاطئ، أو نص خاطئ⁽¹⁾. قال القرطبي: «وهي الحجة لظاهر قول مالك»⁽²⁾.

- ولأنه خطأ فوجب الرجوع عنه، كما لو خالف الإجماع⁽³⁾.

- ويمكن أن يناقش هذا الكلام: بأنه مخالف لقاعدة الاستقرار، وقاعدة: "الاجتهاد لا ينقض بمثله"، التي تم إقرارها وبحثها من قبل، ولا نكرر الكلام هنا.

زيادة على أن المقصود بقول عمر^أ في الرسالة هو في حالة ما إذا ظهر للقاضي اجتهاد يخالف اجتهاد الذي قضى به، فإنه يعمل به فيما يستقبل من الوقائع ولا يصر على الأول⁽⁴⁾، خاصة أنه عن ثبت أن عمر بن الخطاب^أ قضى في قضايا وحوادث برأي معين، ثم قضى في مثلها باجتهاد آخر، ولم ينقض ويبطل الأول⁽⁵⁾.

- وأما قصر جواز النقض على القاضي الذي أصدر الحكم دون غيره من القضاة، فيمكن⁽⁶⁾ أن يستدل له بأن القاضي الذي صدر منه الحكم أقدر وأعرف على تقدير اجتهاده السابق، وهو أعلم بنفسه من غيره من حيث سلامة اجتهاده واستكمال الشرائط المطلوبة.

- ويمكن مناقشة هذا الدليل: بأن هذا التعليل ضعيف وغير سليم، لأن الاجتهاد لا يخلو: إما أن يكون صحيحًا فلا وجه لنقضه، وإما أن يكون باطلاً، فلا إشكال في نقضه، ولهذا فإن الأقرب هو عكس ما علل به، وهو قياس عدم جواز نقض القاضي لحكمه الاجتهادي على عدم جواز نقض غيره له⁽⁷⁾، لانتفاء الفرق بينهما في ذلك.

وبهذا يتم إبطال هذا القول الثاني، وزيادة في ذلك فإننا كنا قد أشرنا عند الكلام عن قاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله» أن العلماء لم يفرقوا في عدم جواز نقض الحكم القضائي الاجتهادي بين القاضي الذي صدر منه الحكم أو غيره، فكلها لا يجوز نقضها، لأنها كلها اجتهاد، و«الاجتهاد لا ينقض بمثله».

وبهذا يظهر أن القول الثاني للمالكية باطل بل ومتناقض مع أصل المذهب، وهو أن «الاجتهاد لا ينقض بمثله».

⑧- القول الثالث: التفصيل: جواز النقض في الأموال، ومنعه في الطلاق و النكاح

(1) - ابن العربي، أحكام القرآن، مصدر سابق، ج3، ص266. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص34.

(2) - القرطبي، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج1، ص158.

(5) - انظر ما ذكرناه من أمثله عند الكلام عن آثار الصحابة كدليل من أدلة قاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله».

(6) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مصدر سابق، ج1، ص360.

(7) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص63.

وحقوق الله عامة:

وهو مذهب ابن المَوَّاز حيث قال: «إن كان رجوعه إلى الأصوب في مال فله نقض الأول، وإن كان في طلاق أو نكاح أو عتق فليس له نقضه»⁽¹⁾.

وبمعنى آخر - وبمقتضى هذا النص - يجوز للقاضي أن يعدل عن الحكم السابق إلى ما هو أصوب منه في الأموال وكل ما ليس من الصالح العام، أما ما يمس بحقوق الناس العامة كالطلاق والنكاح فلا يجوز للقاضي أن ينقضه.

ومن هنا فهذا الرأي الثالث يجمع ويوفِّق بين القولين السابقين، ويعمل بأدلة كل فريق في موضع يختلف عن الموضع الآخر.

ج/- أصل الخلاف لدى المالكية:

- ولكن قد يتساءل البعض ويقول: من أين وكيف جاء هذا الاختلاف لدى المالكية؟
- والجواب: إنَّ أصل الخلاف هو أن الأقوال الثلاثة تُؤلِّت المدونة عليهم فيها⁽²⁾، حيث جاء في المدونة ما نصه: «قلت: هل كان مالك يرى للقاضي إذا قضى بقضية، ثم تبين له أن غير ما قضى به أصوب مما قضى به، أله أن يرد قضيته، ويقضي بما رأى بعد ذلك، وإن كانت قضيته الأولى مما قد اختلف فيها العلماء؟

قال: إنما قال مالك: إذا تبين له أن الحق في غير ما قضى به رجع فيه، وإنما الذي لا يرجع فيما قضت به القضاة مما اختلف الناس فيه»⁽³⁾.

- فعلى رأي ابن القاسم - الذي يرى الجواز - أخذ بقوله: «إذا تبين له أن الحق في غير ما قضى به رجع فيه»، فأجاز للقاضي الذي صدر منه الحكم الاجتهادي أن ينقضه إذا ظهر له أن غيره أصوب منه.

- وعلى رأي ابن الماجشون وسحنون أنه لا يجوز، لأنَّ مالكا قال: «وإنما الذي لا يرجع فيما قضت به القضاة مما اختلف الناس فيه».

- وعلى رأي ابن المواز أنه جمع بين القولين ووفق أو لفق بينهما، وهو أولى من الترجيح.

(1) - ابن عطية، المحرر الوجيز، مصدر سابق، ج4، ص92. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج14، ص241. ابن أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات، مصدر سابق، ج8، ص98.

(2) - عيش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص193. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص426. البناني، حاشية البناني على الزرقاني، مصدر سابق، ج7، ص147.

(3) - مالك، بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن قاسم، ومعها مقدمات ابن رشد للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ-1994م، ج4، ص13. وانظر أيضا: عيش، المصدر نفسه، ج4، ص192-193.

فالعبارة حَمَّالة أوجه، غير أننا نرى أن الصواب هو أن «الاجتهاد لا ينقض بمثله» مطلقاً، و أن للاجح هو رأي الجمهور وسحنون وابن الماحشون ومن قال بقولهم من المالكية.

2/- حكم نقض الحكم القضائي الاجتهادي من قبل الغير من القضاة ممن يخالفون القاضي الأول في الاجتهاد:

رأينا من قبل أن الأصل أن الاجتهاد لا ينقض بمثله، فإذا حكم قاض في مسألة اجتهادية ثم رفع حكمه إلى قاض آخر، فإنه إعمالاً للأصل السابق لا يجوز له نقض ذلك الحكم الاجتهادي سواء وافقه في اجتهاده أو خالفه.

هذا هو الأصل والقاعدة العامة، غير أنه في التفصيل يجب التفريق والتمييز بين ثلاث حالات، وذلك بحسب نوع الاختلاف، هل هو في المحكوم به؟ أم في القضاء نفسه؟ أم في طريق الحكم؟ وبناء عليه، فإننا سنتناول مسألة حكم نقض الحكم القضائي من قبل الغير من القضاة ضمن يخالفون القاضي الأول في الاجتهاد وفق الخطة الآتية:

أ/- حكم نقض الحكم القضائي الاجتهادي في حال الاختلاف في المحكوم به.

ب/- حكم نقض الحكم القضائي الاجتهادي في حال الاختلاف في القضاء نفسه.

ج/- حكم نقض الحكم القضائي الاجتهادي في حال الاختلاف في طريق الحكم.

فإليك بيان هذه القضايا بالترتيب.

أ/- حكم نقض الحكم القضائي الاجتهادي في حال الاختلاف في المحكوم به:

يقصد بهذه الحالة ما إذا رفع الحكم القضائي إلى قاض آخر يكون هذا الحكم قد فصل في أمر مختلف فيه بين العلماء والفقهاء، كاعتبار الخلع فسحاً أو طلاقاً ونحو ذلك.

وطبقاً للقاعدة العامة السابقة والتي مفادها أن «الاجتهاد لا ينقض بمثله»، فإن حكم هذه المسألة هو عدم جواز النقض، ثبت هذا بالإجماع بين العلماء⁽¹⁾.

(1) - المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، مصدر سابق، ج7، ص303-304. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص303-304. الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص14. عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص356. الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج2، ص342. السيكي، الإبهاج، مصدر سابق، ج3، ص265-266. ابن الحاجب، مختصر المنتهى الأصولي، مصدر سابق، ج2، ص300. عضد الدين، شرح مختصر المنتهى، مصدر سابق، ج2، ص300. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص108. ابن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص87-88. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص8. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص188. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص393-395. ابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، ص501. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص122. القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص39. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص63. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص155-156. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص91-92. الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج4، ص91-92. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص390. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص93، 136. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص294. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص537. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج،

ولكن مع ذلك، فإن بعض المذاهب كما سنرى لاحقاً اشترط العلم بالخلاف وإلا بنقض الحكم.

أما النصوص الفقهية التي تدل على عدم جواز نقض الحكم القضائي الاجتهادي في حال الاختلاف في المحكوم فكثيرة ومتعددة نذكر بعضها كالاتي:

قال السرخسي الحنفي: «وإذا رفع قضاء القاضي بعد موته أو عزله إلى قاض يرى خلاف رأيه، فإن كان مما يختلف فيه الفقهاء أمضاه لإجماع الناس على نفوذ قضاء القاضي في المجتهدين، فلو أبطله القاضي الثاني كان هذا منه قضاء بخلاف الإجماع»⁽¹⁾.

وقال ابن مودود الموصلية: «(وإذا رفع إليه قضاء قاض أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة المشهورة أو الإجماع) وأصله أن القاضي إذا كان ممن يجوز قضاؤه فقضى بقضية يسوغ فيها الاجتهاد لم يجز لأحد من القضاة نقضه، لأن الاجتهاد الثاني مثله، والأول ترجيح بالسبق لاتصال القضاء به»⁽²⁾.

وقال عضد الدين: «لا يجوز للمجتهد نقض الحكم في المسائل الاجتهادية لا حكم نفسه، إذا تغير اجتهاده، ولا حكم غيره إذا خالف اجتهاده بالاتفاق، لأنه يؤدي إلى نقض النقض من مجتهد آخر يخالفه...»⁽³⁾.

وقال تاج الدين السبكي الشافعي: «إذا أذاه [أي المجتهد] اجتهاده إلى أن الخلع فسخ، فنكح امرأة كان قد خالفها ثلاثاً بمقتضى هذا الاعتقاد، ثم تغير اجتهاده، وأداه إلى أنه طلاق، فإما أن يتغير بعد قضاء القاضي بمقتضى الاجتهاد الأول المقتضى لصحة النكاح، فلا ينقض بالاجتهاد الثاني، بل يبقى على النكاح... القاضي إذا حكم في هذه الواقعة ثم تغير اجتهاده لم يكن له النقض لكون المسألة اجتهادية»⁽⁴⁾.

وقال ابن الحاجب المالكي: «لا ينقض الحكم في الاجتهاديات منه ولا من غيره باتفاق للتسلسل...»⁽⁵⁾.

وقال ابن قدامة المقدسي: «الحاكم إذا حكم في مسألة يسوغ فيها الاجتهاد لم يسغ نقضه

مصدر سابق، ج10، ص146-147. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص86-87. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص478. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص176. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص455-456. الغنيمي، اللباب شرح الكتاب، مصدر سابق، ج4، ص87. الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج1، ص325. الآمدي، الأحكام، مصدر سابق، ج4، ص335-336. ابن هبيرة، الإفصاح، مصدر سابق، ج2، ص289. جمع الجوامع مع شرح المحلي، مصدر سابق، ج2، ص392. حيدر، علي، درر الحكام، مصدر سابق، ج4، ص688.

(1) - السرخسي، الميسوط، مصدر سابق، ج16، ص108.

(2) - ابن مودود الموصلية، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص87.

(3) - عضد الدين، شرح مختصر المنتهى، مصدر سابق، ج2، ص300.

(4) - السبكي، الإبهاج، مصدر سابق، ج3، ص265-266.

(5) - ابن الحاجب، مختصر المنتهى الأصولي، مصدر سابق، ج2، ص300.

حكمه، ولزم غيره إمضاؤه والعمل به، فصار بمنزلة الحكم بالبينّة العادلة... الحاكم متى ما حكم بحكم يسوغ فيه الاجتهاد، وجب قبوله وصار بمنزلة ما أجمع عليه»⁽¹⁾. وقال أيضا: «وأما إذا تغير اجتهاده من غير أن يخالف نصا ولا إجماعا، أو خالف اجتهاده اجتهاد من قبله، لم ينقضه لمخالفته لأن الصحابة ﷺ أجمعوا على ذلك...»⁽²⁾.

وقال الكاساني الحنفي: «...فإن المجتهد فيه هو المقضي به، فرفع قضاؤه إلى قاض آخر، لم يردده الثاني، بل ينفذه لكونه قضاء مجمعا على صحته لما علم أن الناس على اختلافهم في المسألة اتفقوا على أن للقاضي أن يقضي بأي الأقوال الذي مال إليه اجتهاده، فكان قضاء مجمعا على صحته، فلو نقضه إنما بقوله، وفي صحته اختلاف بين الناس، فلا يجوز نقض ما صح بالاتفاق بقول مختلف بصحته، ولأنه ليس مع الثاني دليل قطعي بل اجتهادي، وصحة قضاء القاضي الأول ثبت بدليل قطعي، وهو إجماعهم على جواز القضاء بأي وجه اتضح له، فلا يجوز نقض ما مضى بدليل قاطع بما فيه شبهة، ولأن الضرورة توجب القول بلزوم القضاء المبني على الاجتهاد، وأن لا يجوز نقضه، لأنه لو جاز نقضه يرفعه إلى قاض آخر يرى خلاف رأي القاضي الثاني، فينقض نقضه، ويقضي كما قضى الأول فيؤدي إلى أن لا تندفع الخصومة والمنازعة أبدا، والمنازعة سبب الفساد، وما أدى إلى الفساد فساد، فإن كان رده القاضي الثاني، فرفعه إلى قاض ثالث نفذ قضاء القاضي الأول، وأبطل قضاء القاضي الثاني، لأن قضاء الأول صحيح، وقضاء الثاني بالرد باطل»⁽³⁾.

وجاء في الفتاوى الهندية ما نصه: «وإن وقع في فصل مجتهد فيه فلا يخلو إما إن كان مجمعا على كونه مجتهدا فيه، وإما إن كان مختلفا في كونه مجتهدا فيه، فإن كان مجمعا على كونه محل الاجتهاد، فإما إن كان المجتهد فيه هو المقضي به، وإما إن كان نفس القضاء، فإن كان المجتهد فيه هو المقضي به فرفع قضاؤه إلى قاضي آخر لم يردده الثاني بل ينفذه، فإن رده القاضي الثاني، فرفع إلى قاض ثالث نفذ قضاء القاضي الأول، وأبطل قضاء الثاني»⁽⁴⁾.

زيادة على هذه النصوص، فإنّ هناك من ذكر الإجماع حول هذه المسألة، منهم القرافي⁽⁵⁾، والحموي⁽⁶⁾، وابن هبيرة⁽⁷⁾، إذ أنّها كلها تجمع على أن القاضي إذا اجتهد في واقعة معينة، وكانت تلك

(1) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 87.

(2) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 35-36.

(3) - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج 7، ص 14.

(4) - عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج 3، ص 356.

(5) - القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص 39-40.

(6) - الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج 1، ص 325.

(7) - ابن هبيرة، الإفصاح، مصدر سابق، ج 2، ص 289.

تلك المسألة أو الواقعة مختلف فيها بين الفقهاء، فاختار القاضي أصوب الآراء وأصحها، ثم رفع حكمه إلى قاض آخر يخالفه في اجتهاده، فإنّ هذا القاضي الثاني ليس له نقض الحكم، بل يمضيه وينفذه ما دام قد وقع في محل يسوغ فيه الاجتهاد.

ويلاحظ أن أكثر الحنفية اشترطوا الشرطين حتى لا ينقض الحكم، وتبعهم المالكية في اشتراط أحدهما، وكذلك ابن تيمية الحنبلي.

- وهذان الشرطان هما:

- الشرط الأول: أن يكون القاضي الأول عالماً باختلاف الفقهاء في المقضي به:

اشترط أكثر الحنفية⁽¹⁾، وتبعهم في ذلك بعض المالكية⁽²⁾، وابن تيمية الحنبلي⁽³⁾، أنه حتى لا ينقض الحكم الصادر في الاجتهاديات، فإنّه ينبغي أن يكون القاضي الأول الذي حكم عالماً باختلاف الفقهاء في المقضي به، فلو أنه قضى في قضية اجتهادية، وهو لا يعلم بهذا الاختلاف بين الفقهاء، فإنّ قضاءه لا يجوز ولا يمضيه الثاني.

ومن نصوص الحنفية في ذلك قول ابن قاضي سمانونة: «ثم أن القضاء في المجتهدين نافذ بالإجماع عند جميع عند العلماء، لكن ينبغي أن يكون عالماً بمواضع الخلاف، ويترك قول المخالف ويقضي برأيه حتى يصح على قول جميع العلماء واتفاق الروايات، أما لو لم يعلم بمواضع الاجتهاد والاختلاف، ففي نفاذ حكمه روايتان عن أصحابنا، فعلى رواية: لا تنفذ، وعلى الروايات الأخرى: تنفذ، فلا يقع التحرز عن الفساد حينئذ»⁽⁴⁾.

وقال ابن نجيم: «القاضي إذا كان غير عالم بموضع الاجتهاد، فاتفق قضاؤه في موضع الاجتهاد، فعلى قول عامة المشايخ: لا يجب على الثاني تنفيذه... لو قضى في فصل مجتهد، وهو لا يعلم بذلك، قيل: ينفذ قضاؤه، وعامتهم: لا ينفذ، وإنما ينفذ إذا علم بكونه مجتهداً فيه، قال شمس الأئمة: هذا هو ظاهر المذهب»⁽⁵⁾.

وعلى الرغم من هذه النصوص الصريحة في بيان هذا الشرط، فإن بعض الحنفية لا يرون الأخذ به، وذلك لأنّ أغلب القضاة في كثير من الأزمان المتأخرة لا معرفة لهم بمذاهب الفقهاء واختلافاتهم، وفي

(1) - ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص8. داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج3، ص236. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص300. البابري، العناية على الهداية، مصدر سابق، ج7، ص300. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ج5، ص395. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص188-189. ابن قاضي سمانونة، جامع الفصولين، مصدر سابق، ج1، ص20-21. التمرناشي، مسعفة الحكام، مصدر سابق، ص162-165.

(2) - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص45.

(3) - المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص294-297.

(4) - ابن قاضي سمانونة، المصدر و الصفحة نفسها. التمرناشي، المصدر نفسه، ص163.

(5) - ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص8.

هذا يقول داماد أفندي: «ويشترط أن يكون القاضي عالماً باختلاف الفقهاء، حتى لو قضى بفصل مجتهد فيه، وهو لا يعمل بذلك، واتفق وقوع قضائه في موضع الاجتهاد، لا يجب على الثاني التنفيذ، وقال شمس الأئمة: هذا هو ظاهر المذهب، لكن في الخلاصة أن هذا الشرط يعني: كونه عالماً بالاختلاف، وإن كان هذا هو ظاهر المذهب، لكن يفتى بخلافه. انتهى. فينبغي أن يعمل بما في الخلاصة في زماننا، لأنّ قضاة زماننا غالباً لا معرفة لهم بمذاهبهم، فضلاً عن علمهم بمذاهب بقية المجتهدين»⁽¹⁾.

وقال التوتاشي الحنفي: «ولكن في القول بعدم الاشتراط تيسير ظاهر على من ابتلي بالقضاء، فينبغي أن بعول عليه سيما في زماننا»⁽²⁾.

وكذلك المالكية فإنهم اشترطوا العلم بالخلاف، وفي هذا يقول الدسوقي المالكي: «قوله: (أو خرج المقلّد عن رأي مقلّده) هذا في المقلّد، وهو مقيّد بما إذا صادف حكمه قول عالم، وقد كان قاصداً الحكم بقول غيره، وأما إن حكم بشيء غير قاصد لقول أحد من العلماء فصادف قول عالم، فإنّ ذلك ينقضه هو وغيره، كما يفيد المواقف، ومفيد أيضاً بما إذا كان مفضلاً له الحكم بأي قول قوي من أقوال علماء مذهبه. وأما إن ولي على الحكم بقول عالم معين فحكمه بقول غيره باطل، ولو حكم به من غير قصد، لأنّه معزول عن الحكم به. وأما إن قصد الحكم بقول عالم فحكم بما لم يقله عالم، فينقض حكمه هو وغيره»⁽³⁾.

أما ابن تيمية الحنبلي فقد نقل عنه أنه قال: «إذا صادف حكمه مختلفاً فيه لم يعلمه، ولم يحكم فيه، جاز نقضه»⁽⁴⁾.

ويلاحظ أن الحنابلة⁽⁵⁾ صرحوا بعدم الأخذ بهذا الشرط، واحتجوا بأن علم القاضي بالخلاف لا أثر له في صحة الحكم ولا بطلانه، حيث وافق مقتضى الشرع.

وهذا بلا شك حجة قوية تبطل الشرط من أساسه، فانعدام الأثر والفائدة من الشرط تجعل وجوده بلا قيمة ولا فائدة، ومن ثمّ فإبطاله واستبعاده أفضل من الإبقاء عليه. زيادة على أن ما قاله داماد أفندي يصب في هذا المنحى، حيث ذكر أن الفتوى في عصره بخلاف الشرط ونفيه، وهو ما أكده بقوله: «فينبغي أن يعمل بما في الخلاصة في زماننا، لأنّ قضاة زماننا غالباً لا معرفة لهم بمذاهبهم،

(1) - داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج3، ص236.

(2) - التوتاشي، مسعفة الحكام، مصدر سابق، ص165.

(3) - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص45.

(4) - المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص294-297.

(5) - البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص413-457. المرادوي، المصدر نفسه، ج11، ص298.

فضلا عن علمهم بمذاهب بقية المجتهدين»⁽¹⁾.

- الشرط الثاني: أن يكون الحكم المرفوع إلى القاضي الثاني موافقا لرأيه، وإلا ينقضه:

أما الشرط الثاني - الذي اشترطه الحنفية⁽²⁾ - فهو أن يكون الحكم الذي رفع إلى القاضي الثاني موافقا لرأيه، فإن كان مخالفا لرأيه لم يجزأ له إمضاؤه وتنفيذه، وإنما ينقضه.

وهذا الشرط في الحقيقة شرط وهمي أو أنه مُتَوَهَّمٌ، حيث إنه نشأ من احتمال العبارة للمعنى، وهي عبارة القدوري الحنفي، حين قال: «وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه»⁽³⁾، حيث إن القدوري لم يقيد عبارته بكون القاضي الثاني يرى خلاف ما حكم به الأول، ولم يتبع ما قام به محمد بن الحسن الشيباني حين قيد عبارته التي قال فيها: «وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي، ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه»⁽⁴⁾.

غير أن محقق الحنفية ردوا هذا التوهّم أو الوهم، ولذلك قال ابن نجيم: «فليس في كلامه ما يُوهّم أنه يمضيه إذا كان موافقا لرأيه»⁽⁵⁾.

وقال الغنيمي الحنفي: «(وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم) مولى ولو بعد عزله أو موته إذا كان بعد دعوى صحيحة (أمضاه) أي: ألزم الحكم والعمل بمقتضاه، سواء وافق رأيه أو خالفه إذا كان مجتهدا فيه»⁽⁶⁾.

زيادة على قول محمد بن الحسن الشيباني: «وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي، ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه»⁽⁷⁾.

وبهذه النقول والنصوص تسقط كل الشروط التي وضعها الحنفية والمالكية وابن تيمية، ومن ثم تتقرر مرة أخرى قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله».

ونحتم هذه الحالة بهذه الأمثلة التطبيقية الآتية⁽⁸⁾:

- لو حكم القاضي الشافعي في قضية بشهادة المحدودين في القذف بعد توبتهم، ثم رفع هذا الحكم إلى قاض حنفي، فيجب عليه إمضاؤه، وتنفيذه، على الرغم من أن هذا الحكم غير جائز عند

(1) - داماد أفندي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج 7، ص 8.

(2) - ابن نجيم، المصدر و الصفحة نفسها. الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، ج 4، ص 188-189. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج 7، ص 360. الغنيمي، اللباب شرح الكتاب، مصدر سابق، ج 4، ص 87.

(3) - القدوري، المختصر، مصدر سابق، ج 4، ص 87.

(4) - ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر السابق، ج 7، ص 8. الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، ج 4، ص 188.

(5) - ابن نجيم، المصدر و الصفحة نفسها.

(6) - الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، مصدر سابق، ج 4، ص 87.

(7) - ابن نجيم، المصدر و الصفحة نفسها. الزيلعي، المصدر و الصفحة نفسها.

(8) - حيدر، علي، درر الحكام، مصدر سابق، ج 4، ص 689.

الحنفية، لأنهم لا يجيزون شهادة المحدودين حتى بعد التوبة، وأنه ليس للقاضي الحنفي أن يفسخ ويبطل ذلك الحكم بداعي أنه مخالف لمذهبه.

- لو حكم قاض شافعي في دعوى امرأة بشهادة زوجها وشهادة أجنبي آخر بجواز الحكم بهاتين الشهادتين على مذهب الإمام الشافعي، ثم عرض هذا الحكم على القاضي الحنفي الذي يقول بعدم جواز ذلك حسب مذهبه، فيجب عليه إمضاء وتنفيذ ذلك الحكم، لأن القاضي الأول قد حكم في أمر مجتهد فيه، لأن المجتهد فيه سبب القضاء، لأن الخلاف في هل أن شهادة هؤلاء تكون سببا للحكم أم لا تكون، أي في سبب الحكم، وليس في نفس الحكم.

ب/- حكم نقض الحكم القضائي الاجتهادي في حال الاختلاف في القضاء نفسه:

و يقصد بهذه الحالة أن يكون نفس الحكم مجتهد فيه، وأن الخلاف في نفس الحكم⁽¹⁾ «أنه يجوز أم لا؟ كما لو قضى بالحجر على الحر، أو قضى على الغائب أنه يجوز»⁽²⁾، وقضاء المحدود في القذف، وشهادته بعد التوبة، وقضاء الفاسق وشهادته قبل التوبة⁽³⁾، وغيرها من الأمثلة⁽⁴⁾.

و حكم هذه الحالة وقع فيها الخلاف بين فقهاء المذاهب على رأيين: الأول يرى نفوذ الحكم القضائي؛ والآخر لا يرى نفوذه.

وإليك بيان هذه الآراء وأصحابها وأدلتها.

⑥/- القول الأول: الراجح عند الحنفية والظاهر لدى المالكية وقول للحنابلة: الحكم

القضائي الاجتهادي في حال الاختلاف في القضاء نفسه لا ينفذ و يتوقف على إمضاء قاض آخر:

ذهب الحنفية في القول الراجح لديهم⁽⁵⁾، والمالكية في ظاهر المذهب⁽⁶⁾، والحنابلة⁽⁷⁾ في قول لديهم، إلى أن الحكم القضائي الاجتهادي في حال الاختلاف في القضاء نفسه، كما في الأمثلة

(1) - حيدر، علي، درر الحكام، مصدر سابق، ج4، ص689.

(2) - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص14. عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص356.

(3) - الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص189. ابن البرز، الفتاوى البرزانية، مصدر سابق، ج5، ص173-174. ابن

عابدين، حاشية رد المختار، مصدر سابق، ج5، ص394-395. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص13-14، 17.

(4) - ابن نجيم، المصدر و الصفحة نفسها. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص493. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6،

ص456. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص215.

(5) - الزيلعي، المصدر و الصفحة نفسها. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص47. ابن البرز، المصدر و الصفحة نفسها. ابن

عابدين، المصدر نفسه، ج5، ص394. الكاساني، المصدر و الصفحة نفسها. ابن نجيم، المصدر نفسه، ج7، ص14. ابن الهمام، شرح

فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص303. ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، مصدر سابق، ج1، ص24. حيدر، علي، المصدر نفسه،

ج4، ص689-690.

(6) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص63-64. القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص99.

(7) - ابن تيمية، المحرر في الفقه، مصدر سابق، ص648. ابن مفلح، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، المصدر و الصفحة

نفسها. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص501. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص294.

السابقة لا ينفذ، وإنما يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر، فإن أمضاه فليس لأحد نقضه، وإن أبطله، فليس لأحد أن يجيزه.

قال الكاساني الحنفي: «وإن كان نفس القضاء مجتهداً فيه أنه يجوز أم لا، كما لو قضى بالحجر على الحر، أو قضى على الغائب أنه يجوز للقاضي الثاني أن ينقض قضاء الأول إذا مال اجتهاده إلى خلاف اجتهاد الأول، لأنّ قضاءه لم يجز بقول الكل، بل بقول البعض دون البعض، فلم يكن جوازه متفقاً عليه، فكان محتملاً للنقض بمثله، بخلاف الفصل الأول⁽¹⁾، لأنّ جواز القضاء هناك ثبت بقول الكل، فكان متفقاً عليه، فلا يحتمل النقض بقول البعض، ولأنّ المسألة إذا كانت مختلفاً فيها فالقاضي بالقضاء يقطع أحد الاختلافين، ويجعله متفقاً عليه في الحكم بالقضاء المتفق جوازه، وإذا كان نفس الخلاف مختلفاً فيه يرفع الخلاف بالخلاف»⁽²⁾.

وقال ابن نجيم الحنفي: «أما إذا كان في نفس القضاء ففيه روايتان: في رواية لا ينفذه، ذكره الخصاص، وهو الصحيح، لأنّ محل الخلاف لا يوجد قبل القضاء، فإذا قضى فحينئذٍ يوجد محل الاختلاف والاجتهاد، فلا بد من قضاء آخر يرجح أحدهما، وذلك مثل القضاء على الغائب وللغائب، وقضاء المحدود في القذف وشهادته بعد التوبة»⁽³⁾.

و جاء في الفتاوى الهندية: «إذا كان نفس القضاء مختلفاً فيه بأن قضى القاضي بحق على الغائب أو للغائب، هل ينفذ؟ فيه روايتان عن أصحابنا، في رواية لا ينفذ، وهكذا ذكر الخصاص، وهو الصحيح»⁽⁴⁾.

وقال البهوتي الحنبلي: «(ولو رفع إليه) أي الحاكم (حكم في مختلف فيه لا يلزمه نقضه) لعدم مخالفته كتاباً، أو سنة، أو إجماعاً، أو ما يعتقده (لينفذه لزمه تنفيذه وإن لم يره) المرفوع إليه صحيحاً، لأنّ حكم ساع الخلاف فيه، فإذا حكم به حاكم لم يجز نقضه، فوجب تنفيذه، (وكذا لو كان نفس الحكم مختلفاً فيه، كحكمه بعلمه و) حكمه (بنكوله) أي الخصم (و) حكمه (بشاهد ويمين وتزويجه بيتيمه) بالولاية العامة، وكالحكم على غائب، وفي المحرر: لم يلزمه تنفيذه، إلا أن يحكم به حاكم آخر قبله. قال شارحه: فإن نفس الحكم في شيء لا يكون حكماً بصحة الحكم»⁽⁵⁾.

واستدل أصحاب هذا القول بأن محل الاختلاف في هذه الصورة لا يوجد قبل القضاء بل يوجد

(1) - يقصد به الحالة التي درسناها من قبل وهي: «حكم نقض الحكم القضائي الاجتهادي في حال الاختلاف في الحكم به».

(2) - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص14.

(3) - ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص14.

(4) - عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج4، ص189.

(5) - البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص456.

بعده، فيحتاج حينئذ إلى قضاء قاض آخر يرجح أحدهما⁽¹⁾، فإذا أمضاه القاضي الثاني يصبح الحكم المختلف فيه محكوماً به، فيلزم تنفيذه على المخالف كغيره من أحكام القاضي الاجتهادية⁽²⁾.

- ونوقش بأنه مبني على أن التنفيذ في هذه الصورة حكم، وهذا ممنوع وغير مقبول، لأنه تحصيل حاصل، قال ابن نصر الله الحنبلي: «لأنّ التنفيذ يتضمن الحكم بصحة الحكم المنفذ، وإذا كان لا يرى صحته لم يلزمه الحكم بصحته»⁽³⁾.

- كما يمكن مناقشته⁽⁴⁾ بأن ما صدر عن القاضي هو اجتهاد، والقاعدة تنص على أن «الاجتهاد لا ينقض بمثله» سواء كان حكماً قضائياً، أم غيره.

⑦- القول الثاني: مذهب الشافعية، والمذهب عند الحنابلة، وقول مرجوع عند الحنفية:

الحكم القضائي الاجتهادي في حال الاختلاف في القضاء نفسه ينفذ ولا يجوز نقضه:

ذهبت الحنفية في قول مرجوح عندهم⁽⁵⁾، والشافعية⁽⁶⁾، والحنابلة في الراجح لديهم⁽⁷⁾ إلى أن الحكم القضائي الاجتهادي في حال الاختلاف في القضاء نفسه أنه ينفذ ويمضى، ولا يجوز نقضه، فإذا رفع إلى قاض حكم مختلف فيه بمثل الأمثلة السابقة، فإنه يلزمه تنفيذه، ولا يجوز له نقضه.

وعلل أصحاب هذا القول الثاني رأيهم بأن القاضي إذا حكم بشيء، فإن ذلك حكم بصحة الحكم به، فيكون نافذاً ولا يحتاج إلى إمضاء قاض آخر⁽⁸⁾.

- ويمكن مناقشة هذا التعليل بأنه يمتنع ولا يقبل، لأنّ الحكم بشيء لا يكون بالضرورة حكماً بصحة الحكم به⁽⁹⁾.

- كما يمكن⁽¹⁰⁾ الاحتجاج بقاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله» من حيث أنها قاعدة عامة مطردة في كل اجتهاد، وأنها تعم كل ما يصدر من القاضي من أحكام مختلف فيها، فإنها تكون نافذة، لأنها إما أن تكون في نظر القضاة الآخرين أحكاماً اجتهادية، أو اجتهادات ليست بأحكام، وعلى كلا التقديرين لا يجوز نقضها أعمالاً لقاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله».

(1) - الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص189.

(2) - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص501. ابن عابدين، حاشية رد المختار، مصدر سابق، ج5، ص394.

(3) - المرادوي، أبو الحسن، تصحيح الفروع، مطبوع بجامش الفروع لابن مفلح، مراجعة: عبد الستار أحمد فراج، عالم الكتب، بيروت، ط4، 1405هـ-1985م، ج6، ص453. وانظر أيضاً: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص501-502.

(4) - انظر في هذا المعنى: الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص369.

(5) - ابن عابدين، حاشية رد المختار، مصدر سابق، ج5، ص495/4. ابن قاضي سماوته، جامع الفصولين، مصدر سابق، ج1، ص24.

(6) - ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، مصدر سابق، ج3، ص351-353.

(7) - ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص493. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص456. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص251. البهوتي، المصدر نفسه، ج3، ص501. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص293-294.

(8) - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص501. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص293.

(9) - البهوتي، المصدر والصفحة نفسها.

(10) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص370.

⑧/- موازنة وترجيح:

لعل الراجح في هذه المسألة هو القول الثاني وهو أن الحكم القضائي الاجتهاد، أي في حال الاختلاف في القضاء نفسه، أي في الحكم ذاته، لا يجوز نقضه وإبطاله، وأنه يجب إمضاؤه وتنفيذه من كل قاض رفع إليه هذا النوع من الأحكام القضائية، وأساس هذا الترجيح هو قوة أدلة الفريق الثاني، وكذلك لعموم وإطراد قاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله».

- ثم من جهة أخرى فإن ما يتوجه إلى القول الأول من انتقاد، أن وقف الحكم القضائي الاجتهادي في حال الاختلاف في القضاء نفسه على إمضاء قاض آخر يعد تطويلاً لإجراءات التقاضي⁽¹⁾، وهادراً قضائياً غير مقبول، وتشتيتاً لجهود العدالة والقضاة وتمزيقاً لها، وهو ما لا يجب أن يحصل.

- ثم إن ذلك قد يكون وسيلة إلى ضياع الحقوق الشرعية بأن يتوقف كثير من القضاة عن إمضاء الأحكام المخالفة لاجتهادهم، ومن ثم ينقضونها، فتكون سبباً لتجدد النزاع لا مع الخصوم فيما بينهم، وإنما الخصومة مع جهاز القضاء والعدالة، هذا الجهاز الذي مهمته ووظيفته هو فصل المنازعات وقطع الخصومات، يصبح هو الطرف الآخر في النزاع بعد أن كان حكماً وقاضياً فيه، وهذا غير مقبول وغير مسلم به.

ومن ثم يتعين القول بترجيح الرأي الثاني، وهو ما رجحه أحد المعاصرين⁽²⁾.

و لعل أحسن من أشار إلى خطورة نقض الأحكام القضائية الاجتهادية هو عبد السلام الشافعي حيث يقول: «...وإن كان في الأحكام، فلا يجوز نقض الحكم بمثل ذلك، لما في ذلك من الضرر العام لأنواع الاجتهاد، ولأن الأحكام لو نقضت بالاجتهاد لما استقر حكم، لأن القضاة لو نقضوا الحكم بالاجتهاد لأدى ذلك إلى أن ينقض كل حاكم حكم من قبله، ويفضي ذلك إلى تضرر المحكوم له والمحكوم عليه، لأنه ينزع الحق من أحدهما ويعطى الآخر، ثم ينزع من الآخر، ويعطاه غريمه، ويتسلسل ذلك إلى غير نهاية له، ولا يخفى ما فيه من الفساد»⁽³⁾.

ج/- حكم نقض الحكم القضائي الاجتهادي في حال الاختلاف في طريق الحكم:

يقصد بهذه الحالة - وهي الحالة الثالثة من حالات نقض الحكم القضائي من قاض آخر غير الذي أصدره - أن يحكم القاضي بدليل من أدلة الإثبات مختلف فيه بين الفقهاء، وذلك كأن يحكم

(1) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص370.

(2) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، المرجع والصفحة نفسها.

(3) - ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، مصدر سابق، ص284.

القاضي بالنكول، أو بالشاهد الواحد ويمين المدّعي⁽¹⁾، أو يحكم بشهادة النساء في الحدود أو القصاص⁽²⁾ وغيرها من الأمثلة.

وهذه الحالة كالتالي قبلها، وقع فيها الخلاف بين الفقهاء على رأيين، الأول يرى نفوذ الحكم والآخر لا يراه.

وإليك هذه الأقوال بحججها وأدلتها، ثم بيان الراجح منها.

⑥- القول الأول: الراجح عند الحنفي والمالكية والشافعية والحنابلة، عدم جواز نقض

الحكم القضائي في حال الاختلاف في طريق الحكم:

ذهب الحنفية في الراجح من أقوالهم⁽³⁾، والمالكية⁽⁴⁾، والشافعية⁽⁵⁾، والحنابلة⁽⁶⁾ في الراجح لديهم، إلى أن الحكم القضائي الاجتهادي في حال الاختلاف في طريق الحكم ينفذ ويمضى وأنه لا يجوز نقضه متى رفع إلى قاض آخر يرى خلافه.

جاء في الفتاوى الهندية ما نصه: «والقاضي المطلق إذا قضى بشهادة رجل وامرأتين في الحدود والقصاص وهو يرى جوازه نفذ، لأنّ الاختلاف في حجة القضاء، ومن الناس من يجوز ذلك، وهو شريح... ولو قضى بشهادة النساء في حد أو قصاص نفذ قضاؤه، وليس لغيره أن يبطله إذا طوب منه ذلك، فإنه روي عن شريح وجماعة من التابعين رحمهم الله تعالى أنهم جوزوا ذلك»⁽⁷⁾.

وقال ابن الشحنة الحنفي: «ولو قضى بشاهد ويمين، ثم رفع إلى حاكم لا يراه جاز له إبطاله، فإن رفع قبل إبطاله إلى حاكم يرى جوازه، فنفته ليس لحاكم آخر لا يراه جائزا إبطاله، وعلى هذا الاعتبار جميع الأحكام المختلفة»⁽⁸⁾.

وقال البهوتي الحنبلي: «(ولو رفع إليه) أي الحاكم (حكم في مختلف فيه لا يلزمه نقضه) لعدم مخالفته كتابا، أو سنة، أو إجماعا، أو ما يعتقد (لينفذه، لزمه تنفيذه وإن لم يره) المرفوع إليه صحيحا، لأنّه حكم ساغ الخلاف فيه، فإذا حكم به حاكم لم يجوز نقضه، فوجب تنفيذه (وكذا لو كان نفس الحكم مختلفا فيه كحكمه بعلمه) وحكمه (بنكوله) أي الخصم (و) حكمه (بشاهد ويمين، وتزويجه

(1) - البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص457. ابن الشحنة، لسان الحكام، مصدر سابق، ص221.

(2) - عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص361.

(3) - عالمكير وجماعة من علماء الهند، المصدر والصفحة نفسها. ابن البزاز، الفتاوى البزازية، مصدر سابق، ج5، ص172. حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص689.

(4) - القرافي، الإحكام، مصدر سابق، ص42-43، 96. القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص110-111.

(5) - ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، مصدر سابق، ج3، ص351-353.

(6) - ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص493. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص456-457. البهوتي، شرح

منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص501. المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص293.

(7) - عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص361.

(8) - ابن الشحنة، لسان الحكام، مصدر سابق، ص221.

بيتيمة) بالولاية العامة، وكالحكم على غائب»⁽¹⁾.

هذه بعض نصوص القول الأول، وأصحابه قد احتجوا بما يأتي:

- أن القاضي الأول قضى في مجتهد فيه، وهو أن هذا الطريق هل يكون حجة للحكم أو لا، فالخلاف هو في سبب الحكم، وليس في الحكم نفسه، فينبغي أن يكون نافذا⁽²⁾، قال علي حيدر: «لأن القاضي الأول قد حكم في أمر مجتهد فيه، لأن المجتهد فيه سبب للقضاء، لأن الخلاف في: هل أن شهادة هؤلاء تكون سببا للحكم أو لا تكون؟ أي في سبب الحكم، وليس في نفس الحكم»⁽³⁾.

- إن الحكم بشيء هو حكم بصحة الحكم به، والقاضي متى حكم به الطريق المختلف فيه بين العلماء، فإنه يكون قد حكم بصحة الحكم به، وهو يتضمن نفوذه وإمضائه وعدم جواز نقضه⁽⁴⁾.

- وهذا التعليل الأخير مناقش بأنه ممتنع، لأن الحكم بشيء لا يكون بالضرورة حكما بصحة الحكم به⁽⁵⁾.

كما يمكن الاستدلال بقاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله»، لأنها عامة ومطردة في كل اجتهاد.

⑦- القول الثاني: الحنفية والجنابلة في قول مرجوح لهم: الحكم القضائي الاجتهادي

في حال الاختلاف في طريق الحكم، لا ينفذ، وإنما يتوقف على إمضاء قاض آخر:

ذهب كل من الحنفية⁽⁶⁾ والجنابلة⁽⁷⁾ في القول المرجوح من المذهبين معا، إلى أن الحكم القضائي الاجتهادي في حال الاختلاف في طريق الحكم لا ينفذ ولا يمضى، وإنما يتوقف على إمضاء قاض آخر. في حين أن شريح القاضي يرى إبطال ونقض الحكم القضائي في حال الاختلاف في طريق الحكم⁽⁸⁾، وهو ما نجد في قول إبيعي: «... وإما أن يكون مخالفا للدليل الشرعي، وهو النوع الرابع، فإنه لا ينفذ قضاؤه، ولا ينفذ بتنفيذ قاض آخر، ولو رفع إلى حاكم ونفذه، لأن قضاءه وقع باطلا لمخالفته الكتاب أو السنة أو الإجماع، فلا يعود صحيحا بالتنفيذ، وذلك مثل القضاء بشاهد ويمين، أو بالقصاص بتعيين الولي واحدا من أهل المحلة»⁽⁹⁾.

(1) - البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص456.

(2) - ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص394. حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص689.

(3) - حيدر، علي، المصدر والصفحة نفسها.

(4) - البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص456. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص501. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص215.

(5) - البهوتي، كشاف القناع، المصدر والصفحة نفسها. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المصدر والصفحة نفسها. ابن مفلح، المصدر والصفحة نفسها. المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص294.

(6) - ابن الشحنة، لسان الحكام، مصدر سابق، ص221. الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص189.

(7) - ابن تيمية (مجد الدين)، المحرر في الفقه، مصدر سابق، ص648. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص456-457. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المصدر والصفحة نفسها. ابن مفلح، المصدر والصفحة نفسها. المرداوي، المصدر والصفحة نفسها.

(8) - عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص361.

(9) - الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص189.

وقال مجد الدين ابن تيمية الحنبلي: «وإذا رفع إليه حكم حاكم قد اتصل بمختلف فيه لينفذه لزمه تنفيذه، فإن كان المختلف فيه نفس الحكم لم يلزمه تنفيذه، إلا أن يحكم به حاكم آخر قبله»⁽¹⁾. واحتج أصحاب هذا القول الثاني بأن الحكم القضائي المؤسس على طريق مختلف فيه يحتاج إلى إمضاء قاضٍ آخر له، كما لو كان الخلاف في الحكم نفسه، فإذا أمضاه القاضي الثاني، صار بمنزلة الحكم بصحته، وأصبح كالجمع عليه من حيث الإمضاء⁽²⁾. ويمكن مناقشة هذه الحجة من وجهين:

- الأول: أن هذا القياس غير صحيح وغير مسلم به، وذلك لأن الأصل المقيس عليه أن الحكم المختلف فيه نافذ ولا يجوز نقضه، سواء كان الاختلاف في طريق الحكم أو في الحكم نفسه، فكلها لا يجوز نقضها⁽³⁾.

- الثاني: ثم على فرض صحة حكم المقيس عليه، فإن القياس هنا غير صحيح، لأنه قياس مع الفارق، حيث إن الخلاف في هذه الحالة هو في طريق وسبب الحكم لا في القضاء نفسه⁽⁴⁾، أما في المقيس عليه، فإن الخلاف في الحكم نفسه فاختلفا وتباينا.

⑧- موازنة وترجيح:

بعد إدارة النظر في كل الأقوال وكل الحجج والأدلة، نرى أن الراجح في المسألة هو القول الأول الذي يقرر نفوذ الحكم القضائي الاجتهادي في حال الاختلاف في طريق الحكم وعدم جواز نقضه، وكل هذا على أساس قاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله» التي ذكرناها⁽⁵⁾ من قبل أن الإجماع قد حصل حولها، زيادة على أن أدلة الفريق الثاني كلها ضعيفة ومعتزض عليها، ثم من جهة أخرى، فإن القول الأول يسهل فض المنازعات والخصومات، ولا يصل بالأمور بالمنازعة مع القضاء نفسه. ونشير فقط أن ترجيحنا للقول الأول، هو أيضا عين ما توصل إليه أحد الباحثين المعاصرين⁽⁶⁾.

(1) - ابن تيمية (مجد الدين)، المحرر في الفقه، مصدر سابق، ص 648.

(2) - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج 3، ص 501-502. المرادوي، تصحيح الفروع، مصدر سابق، ج 6، ص 493.

(3) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مصدر سابق، ج 1، ص 373.

(4) - ابن عابدين، حاشية رد المختار، مصدر سابق، ج 5، ص 394. حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج 4، ص 689.

(5) - راجع: أدلة قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله» من هذا الفصل.

(6) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مصدر سابق، ج 1، ص 373.

المبحث الثاني: موقف القانون الوضعي من الطعن في الأحكام القضائية وأساسه:

نتناول في هذا المطلب نقطتان هامتان، كل نقطة في فرع، وهما: موقف القانون الوضعي من الطعن في الأحكام القضائية؛ ثم أهميته وأساسه الفلسفي.

المطلب الأول: موقف القانون الوضعي من الطعن في الأحكام القضائية:

القانون الوضعي قد يكون عبارة عن تشريعات داخلية للدول، وقد يكون موثيق دولية أو إقليمية اتفقت عليها الدول.

ولذا سنتناول موقف القانون الوضعي من الطعن في الأحكام القضائية وفق الخطة الآتية:

الفرع الأول: على مستوى التشريعات الداخلية للدول.

الفرع الثاني: على مستوى الموثيق الدولية والإقليمية «مبدأ حق الطعن أمام محكمة أعلى».

وإليك هذه العناصر بالترتيب.

الفرع الأول: على مستوى التشريعات الداخلية للدول:

تأخذ عامة الشرائع الإجرائية المدنية والجزائية في مختلف الدول بالطعن في الأحكام القضائية⁽¹⁾، فلا يخلو تشريع إجرائي لأي دولة من الدول من النص على الطعن وطرقه وشروطه وكيفية استعمالها. ومن الدول التي تأخذ تشريعاتها الإجرائية بالطعن في الأحكام كل من الجزائر، وتونس، والمغرب، ومصر، و سوريا، و لبنان، وغيرها من الدول.

- الجزائر: أخذت الجزائر بطرق الطعن في المواد الجزائية كالاتي:

- المعارضة: من المادة 409 إلى م 415 ق.إ.ج.

- الاستئناف: من المادة 416 إلى م 438 ق.إ.ج.

- النقض: من المادة 495 إلى م 530 ق.إ.ج.

- طلبات إعادة النظر: المادة 531 ق.إ.ج.

- تونس: أما في تونس فقد أخذت مجلة الإجراءات الجزائية بالطعن في الأحكام القضائية

كالآتي:

- الاعتراض: من الفصل 175 إلى الفصل 183 م.إ.ج.

- الاستئناف: من الفصل 207 إلى الفصل 220 م.إ.ج.

- التعقيب: من الفصل 258 إلى الفصل 276 م.إ.ج.

⁽¹⁾ - عوض، محمد، قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص 221. عمر، نبيل، إسماعيل، أصول المرافعات الشرعية، مرجع سابق، ص 467.

- مطالب إعادة النظر: من الفصل 277 إلى الفصل 283 م.إ.ج.
 - المغرب: و في المغرب نص قانون المسطرة الجنائية على الطعن في الأحكام القضائية كالاتي:
 - التعرض: من المادة 393 إلى المادة 395.
 - الاستئناف: من المادة 396 إلى المادة 415.
 - النقض: من المادة 518 إلى المادة 562.
 - إعادة النظر وتصحيح القرارات: من المادة 563 إلى المادة 564.
 - المراجعة: من المادة 565 إلى المادة 574.
 - مصر: كذلك تأخذ مصر بطرق الطعن في المواد الجزائية كالاتي:
 - المعارضة: من المادة 398 إلى م 401.
 - الاستئناف: من المادة 402 إلى م 419.
 - النقض: من المادة 495 إلى م 530.
 - إعادة النظر: المادة 441 إلى م 453 ق.إ.ج.
 - أما الطعن بالنقض فقد خصص له المشرع المصري قانونا خاصا هو القانون رقم : 57 لسنة 1959م بشأن حالات و إجراءات الطعن أمام محكمة النقض تضمن المواد من 30 إلى 47.
 - سوريا: و في سوريا نص قانون أصول المحاكمات الجزائية على الطعن في الأحكام القضائية كالاتي:
 - الاعتراض: من المادة 205 إلى المادة 210.
 - الاستئناف: من المادة 250 إلى المادة 262.
 - النقض: من المادة 336 إلى المادة 366.
 - إعادة المحاكمة: من المادة 367 إلى المادة 378.
 - لبنان: أما في لبنان فقد نص قانون أصول المحاكمات الجزائية على الطعن في الأحكام القضائية كالاتي:
 - الاعتراض: من المادة 171 إلى المادة 174.
 - الاستئناف: من المادة 208 إلى المادة 232.
 - المميز: من المادة 295 إلى المادة 327.
 - طلب إعادة المحاكمة: من المادة 328 إلى المادة 334.
- الفرع الثاني: على مستوى المواثيق الدولية والإقليمية «مبدأ حق الطعن أمام محكمة

أعلى»:

ونظرا لكون أغلب الدول - إن لم تكن كلها - تأخذ تشريعاتها الإجرائية بالطعن في الأحكام القضائية، ونظرا كذلك لكون الطعن هو ضمانات الجوهريّة التي تكفل حق الإنسان في محاكمة عادلة ومنصفة⁽¹⁾، فإنّ الطعن في الأحكام لم يبق مجرد تشريع داخلي للدول، وإنما تمت ترقيته إلى مستوى المواثيق الدولية والإقليمية.

وهذا في الحقيقة يعكس ما للطعن في الأحكام من أهمية كبرى في المحاكمة، ذلك أنّه هو المصفاة التي على أساسها تتم تصفية الحكم من الشوائب العالقة به، التي هي ليست منه في شيء، فيخرج الحكم في الأخير هو عنوان الحقيقة التي لا تقبل الجدل، والكلمة الأخيرة التي لا معقب لها. ولهذا كله، فقد نصّ العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في م 14/5 على أن «لكل شخص أُدين بجريمة حق اللجوء، وفقا للقانون، إلى محكمة أعلى كي ما تعيد النظر في قرار إدانته، وفي العقاب الذي حكم به عليه»⁽²⁾.

وطبعاً، فإن اللجوء إلى محكمة أعلى هي إما محكمة الاستئناف، أو محكمة النقض، وهذا كله لأجل إعادة النظر في النزاع، سواء من ناحية القانون، أو من ناحية الواقع، وإزالة ما به من العيوب والأخطاء التي حال وجودها فإنها تضر بلا شك المتهم، وتلحق به الظلم والجور، فيكون الطعن بأي طريق من طرق الطعن هو ضمانات ووسيلة لتحقيق العدالة.

هذا، ونصت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان⁽³⁾ في المادة 2/8-ح أنّه يبقى للمتهم: «حقه في استئناف الحكم أمام محكمة أعلى درجة».

و«مبدأ حق الطعن أمام محكمة أعلى» ليس فقط في الحالة العادية، وإنما هو مبدأ يسري حتى في

(1) - يقصد بمصطلح المحاكمة العادلة والمنصفة مجموعة من المعايير القانونية الدولية التي يجب أن تتوافر في كل محاكمة مدنية أو جزائية، من أجل توفير العناصر الأساسية لمحاكمة عادلة للمتهم تمكنه من الدفاع عن نفسه، ومن ثم خضوع الدولة لمثل أعلى يتمثل في مجموعة من الضوابط المهمة التي يستهدى بها المشرع ويستلهمها حين وضع القوانين والتشريعات المتعلقة بالإجراءات الجزائية والمدنية.

- أما قواعد هذه الضمانات في المادة الجزائية فهي: قرينة البراءة - الحق في الدفاع - عدم إكراه المتهم على الشهادة ضد نفسه أو الاعتراف بالجرم - الحق في المشاركة بإجراءات المحاكمة - الحق في الحصول على المساعدة القضائية - حق المتهم في مناقشة الشهود واستدعائهم - حق الطعن إلى محكمة أعلى - عدم جواز المحاكمة أو المعاقبة عن الفعل الواحد مرتين - مبدأ المساواة بين الادعاء والدفاع - نظر القضية من قبل محكمة مختصة ومستقلة وحيادية - علانية المحاكمة - إجراء المحاكمة في مدة معقولة - التنفيذ الفعلي والكامل للأحكام القضائية.

-أنظر: علوان، محمد يوسف، و الموسى، محمد خليل، القانون الدولي لحقوق الإنسان: الحقوق المحمية، دار الثقافة، عمان، ط1، 1428هـ-2007م، ج2، ص223-224، 229-253.

(2) - اعتمد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 2200، المؤرخ في: كانون الأول/ ديسمبر 1966م، أما تاريخ النفاذ فكان في: 23 آذار/مارس 1976م. طبقاً للمادة 49. يوم التحميل: www.amanjordan.org/un17.htm.2005/04/11

- وانظر أيضاً في: الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، المجلد الأول، الوثائق العالمية، إعداد: محمود شريف بسيوني، دار الشروق، القاهرة، ط2، 1426هـ-2005م، ص85. ويتكون العهد الدولي من 53 مادة.

(3) - وقعت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في سان خوسيه في: 22/11/1969م.

حالة الطوارئ والظروف الاستثنائية، وهذا ما نصت عليه المبادئ التوجيهية لوضع تشريعات بشأن حالات الطوارئ (وتجسيد بعض الحقوق السياسية والاجتماعية) المرفق بالتقرير الصادر عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي سنة 1991م، حيث جاء فيه ما نصه أن إعلان الطوارئ لا يجوز أن يمس: «الحق في الاستئناف عند الإدانة»⁽¹⁾.

ولا تنحصر هذه الضمانة - «مبدأ حق الطعن أمام محكمة أعلى» - بالجرائم الأكثر جسامة، إذ المصطلح المستخدم يشير إلى الجرائم بعمومها دون تحديد لنوع منها بالذات⁽²⁾.
ويجب التنبيه إلى أن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أشارت إلى أن عبارة: «... وفقا للقانون...» الواردة بالمادة 5/14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لا تسمح للدول الأطراف مطلقا بتفسيرها على أنها تمنحها صلاحية تحديد الجرائم والحالات التي تطبق بها الضمانة الواردة فيها، وإنما يقصد بها أن القانون الوطني للدول الأطراف هو الذي يحدد كيفية تطبيقها دون المساس بجوهر الضمانة ذاتها⁽³⁾.

وهذا النص القانوني يلقي على عاتق الدول التزاما إيجابيا بإلغاء كل المعوقات التي تحول دون التمتع بهذه الضمانة للمتهم، وإذا وجد معوق ما يحول دون تمكين المتهم من هذه الضمانة، فإن ذلك ينطوي على خرق للحق في المحاكمة العادلة والمنصفة.

والسؤال الذي يثور عادة عند تناول هذه الضمانة هو: هل الطعن في الأحكام القضائية يجب أن يكون على درجتين (الاستئناف و النقض)؟ أم يكفي منها فقط بتوفير طعن إلى محكمة أعلى من درجة واحدة؟

ذهبت هيئات الرقابة الاتفاقية إلى أن التزام الدولة في هذا الشأن يقتصر على توفير سبيل للطعن على درجة واحدة، غير أنه إذا كان القانون النافذ يوفر سبيلا للطعن على أكثر من درجة، فإنه يتعين على السلطات المختصة داخل الدولة المعنية ألا تحرمه من الانتفاع من كافة درجات الطعن المتاحة، وهذا بناء على تفسير المادة 5/14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والتي رودت فيها عبارة: «... وفقا للقانون...»⁽⁴⁾.

(1) انظر في: الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، المجلد الأول، الوثائق العالمية، إعداد: محمود شريف بسيوني، دار الشروق، القاهرة، ط2، 1426هـ-2005م، ص112.

(2) الفقرة 17 من التعليق العام للجنة المعنية بحقوق الإنسان رقم: 13 (21) بشأن المادة 14 من العهد. انظر: علوان، محمد يوسف، والموسى، محمد خليل، القانون الدولي لحقوق الإنسان: الحقوق المحمية، مرجع سابق، ج2، ص252.

(3) علوان، محمد يوسف، و الموسى، محمد خليل، لإجع والصفحة نفسها.

(4) أنجز النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في روما في: 17 تموز / يوليو 1998م، وتم تعديله عدة مرات، وتم النفاذ و التطبيق ابتداء من يوم: 01 تموز / يوليو 2002م. انظر النظام [تاريخ الدخول: 2014/18/25م] في:

<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/284265/RomeStatuteAra.pdf>

ومن كل ما سبق، فإنَّ القانون الوضعي يأخذ بالطعن في الأحكام القضائية، سواء على المستوى الداخلي للدول، أم على المستوى الدولي، وهذا يدل على أن الطعن في الأحكام القضائية هو مبدأ من المبادئ الأساسية في حق الإنسان في محاكمة عادلة ومنصفة، وأنه يمكن اعتبار الطعن في الأحكام هو نظرية قائمة بذاتها، نظرية لديها تاريخ وفلسفة وآليات تفعيل.

الفرع الثالث: طرق الطعن في الأحكام القضائية أمام المحكمة الجنائية الدولية بروما:

و ليس الأمر مقتصرًا على المواثيق الدولية، بل إنَّ الأمر تجاوز إلى التطبيق العملي، فقد تضمن الباب الثامن من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية⁽¹⁾ بروما طريقي الطعن بالاستئناف وإعادة النظر، حيث نصت المواد من 81 إلى 83 على الاستئناف، و المادة 84 على الطعن بإعادة النظر في الإدانة أو العقوبة.

ولهذا يظهر أن الطعن في الأحكام القضائية ليس مبدأ وطنيا داخليا فقط، وإنما هو مبدأ عالمي. كما أنه ليس مبدأ يجب تطبيقه في الحالة العادية فقط، وإنما يجب تطبيقه حتى في الحالة الاستثنائية أي حالة الطوارئ.

المطلب الثاني: أهمية الطعن في الأحكام القضائية وأساسه الفلسفي:

الفرع الأول: أهمية الطعن في الأحكام القضائية:

يرتبط الطعن في الأحكام القضائية بالعدل، بل والعدالة أيضا، إذ من العدالة منح المحكوم عليه فرصة ثانية لجرح الحكم وإثبات ما لحقه من ضرر، وذلك قبل وضع حد للخصومة الجزائية، والدَّعوى العمومية، واتباع قوة الشيء المقضي فيه على الحكم الجزائي ليصبح عنوان حقيقة لا يجوز المساس بها⁽²⁾، ومن ثم، فإنَّ فتح باب الطعن في الأحكام القضائية يشكل أهمية قصوى هي تحقيق العدل والعدالة، وذلك كالاتي⁽³⁾:

- إنَّ الطعن في الأحكام القضائية يشكل ضمانا قانونية تتمثل في تمكين الخصوم من إعادة نظر الدَّعوى وفحصها، أو فحص الحكم القضائي من قبل قضاة أعلى مستوى وأقدم من القاضي الذي نظرهما، وأرسخ قداما في القانون والخصومات، كلما وقع خطأ فيه أو في الإجراءات التي سبقتة، أو في الوقائع المنسوبة إلى المتهم.

(1) - علوان، محمد يوسف، و الموسى، محمد خليل، القانون الدولي لحقوق الإنسان: الحقوق المحمية، مرجع سابق، ج2، ص252-253.

(2) - الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص507-508.

(3) - الجوخدار، حسن، المرجع و الصفحة نفسها.

- إنَّ الطَّعن في الأحكام القضائية يؤدي إلى تعميق الثقة في عدل القضاة وفي صحة أحكامهم، وفي جهاز القضاء ككل، وفي الدولة، ومن ثم يوصل إلى الاستقرار السياسي والقانوني المنشود.

- إنَّ الطَّعن في الأحكام القضائية من شأنه تحسيس القاضي الذي ينظر النزاع بضرورة التحلي بالمسؤولية في الاجتهاد وتقصي الحقيقة، وبذل كل جهد في كشف اللثام عن الحقيقة، باعتبار أن سبل الطَّعن، في غالبيتها، تدفع بحكمه أمام محكمة أعلى لإعادة النَّظر فيه.

بمعنى آخر أنَّ الطَّعن في الأحكام يؤدي بالقاضي إلى أن يمارس النقد الذاتي، أو بالأحرى يمكن تسميته بـ: «الطَّعن الذاتي»، بمعنى أنَّ يراجع نفسه بنفسه قبل أن يُراجِعَ من جهة قضائية أعلى منه درجة.

- وبالنتيجة، فإنَّ الطَّعن في الأحكام القضائية يؤدي إلى توحيد الاجتهاد القضائي، ووتأكيد وحدة القانون، لوجود تسلسل هرمي في جهاز القضاء تقف على رأسه محكمة عليا واحدة هدفها مراقبة كيفية تأويل القانون وحسن تفسيره.

الفرع الثاني: مساوى الطَّعن:

رأينا من قبل أن الطَّعن في الأحكام قد يؤدي إلى تحقيق العدل والإنصاف، ولكن هل يمكن أن يؤدي إلى عكس ذلك؟

يرى بعض الفقه القانوني⁽¹⁾ أنَّ الطَّعن في الأحكام قد يؤدي في بعض الأحيان إلى نتائج عكسية، حيث يؤدي إلى إعاقة حق الدولة في العقاب، وذلك من ناحيتين⁽²⁾:

- **الأولى:** بتأخير البت في القضايا والوصول إلى حكم جزائي بات، إذ يسلكه الخصوم أحيانا كثيرة لمجرد المماطلة والتسويف، وإطالة أمد الخصومة الجزائية للتهرب من تنفيذ الأحكام، أو من أجل انتظار صدور قانون جديد يكون أصح لهم، ومن ثم تتزعزع الحكمة والغاية من القاعدة العقابية. هذا من جهة.

- **والثانية:** إنَّ الطَّعن يؤدي إلى أن يتكاسل بعض القضاة عن التعمق في دراسة القضايا اعتمادا منهم على قضاة المحكمة الأعلى في كشف ما قد يقع في قراراتهم من أخطاء وقصور، وأيضا قد يتواكل هؤلاء فلا يجهدون أنفسهم في مهمة إعادة بحث الأعمال والإجراءات التي قام بها قضاة المحكمة الأولى من تفتيش واستجواب وسماع للشهود.

الفرع الثالث: موازنة بين مزايا ومساوى الطَّعن في الأحكام القضائية:

(1) - الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 508.

(2) - الجوخدار، حسن، المرجع و الصفحة نفسها.

والآن وبعد هذا البيان لمزايا ومساوى الطعن في الأحكام القضائية، فإنه يمكن أن نقرر أنه مهما قيل وذكر ما للطعن من مساوى وعيوب، فإنّ مزايا الطعن هي المتفوقة والغالبة والظاهرة، إذ أنّ الطعن هو « صمّام الأمان للمتقاضين للوصول إلى حكم عادل، والعدالة لا يفيدها أن يفلت من سوط العقاب أكثر من مجرم، ويجرحها أن يؤخذ بريء بجريرة غيره»⁽¹⁾.

وبمعنى آخر، فإنّ الطعن في الأحكام القضائية لا ينتج مطلق العدل والإنصاف، وإنما ينتج نسبية العدل، فالطعن عدل نسبي لا مطلق، وهذا أمر منطقي، فإذا كان الحكم القضائي الكاشف عن الحقيقة نسبي، فإنّ الطعن كذلك، وحتى العدل قال عنه الرومان إنّه نسبي، ومن ثم لا يجوز إضفاء صفة الإطلاق على أي مبدأ في القانون، بما فيه مبدأ العدل الذي هو أسُّ كل مبادئ القانون⁽²⁾.

وإذا كان أساس الطعن في الأحكام القضائية هو اعتبارات العدالة وحقوق الإنسان، فإنّ هذه الاعتبارات هي في الحقيقة تسعى إلى التوفيق بين مصلحتين متعارضتين متناقضتين⁽³⁾:

- مصلحة عامة، وهي مصلحة المجتمع؛

- ومصلحة خاصة، وهي مصلحة أطراف الخصومة.

أولاً: المصلحة العامة:

فالمصلحة العامة تتمثل في ضرورة استقرار وثبات المراكز والأوضاع القانونية، وذلك يكون بالسرعة في الفصل في الخصومات منعا لتأبيدها وإطالتها إلى أمد غير محدد، وبضرورة كذلك احترام ما يصدر من القضاء من أحكام فاصلة في النزاع، هي عنوان الحقيقة والكلمة الأخيرة. ولا يتم هذا الاستقرار و« الطمأنينة القانونية » إلا بمنع تجديد النزاع فيما فصل فيه بأية وسيلة من الوسائل.

وإذن، فمصلحة المجتمع هي عدم السماح بتجديد النزاع مرة أخرى، وذلك بمنع الطعن في الأحكام، وإلا تزعزع الشعور القانوني والقضائي لدى المجتمع، وهذا مما يجب تلافيه، لأنّ من أهداف القانون هو ضبط التعاملات بين أفراد المجتمع، وجعلها قارة بائدة ثابتة.

ثانياً: المصلحة الخاصة:

أما المصلحة الخاصة، وهي مصلحة أطراف الخصومة الأفراد، فهي أن الأحكام القضائية مادامت تصدر عن الإنسان، والإنسان عرضة للخطأ والنسيان والغفلة، وربما سوء النية، فإنّه من العدل السماح لكل من صدر عليه حكم يراه معيباً، أو حتى من صدر الحكم لصالحه، ولم يقض بكل طلباته، أن

(1) - الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 509.

(2) - تناغو، سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 609.

(3) - التحوي، محمود السيد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 01. سيف، رمزي: « طرق الطعن في الأحكام »، مرجع سابق، ص 122. عمر، نبيل إسماعيل، الوسيط في الطعن بالاستئناف، مرجع سابق، ص 11-12. عوض، محمد، قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 221.

يتظلم من الحكم بطرحه للنظر من جديد أمام محكمة أعلى من المحكمة الأولى، فإذا لم يحدث ذلك، فإنه يتوكد وينشأ لديهم من جراء عدم السماح لهم بالتظلم من الأحكام «خيبة أمل»، و «قلق عام»⁽¹⁾، وشعور بعدم العدالة، والشك في القضاء وفي العدالة، التي إذا ذهبت ذهب سلطان الدولة وهيبته، وهذا ينذر بزوال الدولة، إن لم تزل.

وهكذا يتولد لدينا «عدلين متناقضين»:

- العدل الأول: هو ضرورة استقرار الأوضاع القانونية، وهو عدل بلا شك؛

- والعدل الثاني: هو ضرورة إصلاح الأحكام من الأخطاء التي علق بها.

ومن أجل التوفيق بين هذين «العدلين المتناقضين»، أو «المصلحتين المتعاكستين»، فإن الأمر يقتضي خرق العدلين العام والخاص جزئياً، فيتم خرق المصلحة العامة أو العدل العام بإباحة الطعن في الأحكام، ولكن ليس بإطلاق، وإنما جزئياً، ويكون ذلك بحصر حق الطعن في طرق ووسائل معينة لا يجوز إحداث غيرها، وفي أطراف وشروط وآثار محددة، وأجال قصيرة، ومن ثم يتم الاستجابة لصراخ أطراف الخصومة وتمكينها من التظلم من الأحكام، بالسماح لهم بالطعن، فيتحقق العدل الثاني، هذا الأخير الذي يتوجب خرقه و الخروج عليه بمنع الطعن متى انعدمت الطرق و الشروط الموضوعية لأباحة الطعن. وبهذا يتحقق العدل العادل و العدل المنصف، و العدل المتوازن المتزن.

وبهذا فإن لحظة توافق العدل العام و العدل الخاص، ولحظة توافق المجتمع و الفرد، يتحقق العدل المتوازن، الذي يعيد المصلحتين العامة والخاصة إلى المنطق المعقول، ويبعدهما عن التطرف والإسراف والمغالاة.

على أنه يجب التنبيه إلى أن التعارض و التناقض بين مصلحة المجتمع و مصلحة الفرد ما هو إلا تعارض ظاهري لا حقيقي، ذلك أن المجتمع و الفرد كلاهما يستهدفان صدور حكم صحيح و سليم، خال من الأخطاء و العيوب، ومن ثم فهما يستهدفان معا تحقيق العدل والإنصاف، وهنا ينصهر المجتمع و الفردي بوتقة واحدة فيصيران جسماً واحداً، وتنصهر مصلحتهما، فتصيران مصلحة واحدة وعدلا واحداً.

وهذا العدل الواحد يكشف أن العلاقة بين المجتمع و الفرد ليست علاقة صراع التي نعتبرها وهما، وإنما في تقديرنا هي علاقة تعاون وتكامل، إذ أن الظلم الذي يلحق بفرد من أفراد المجتمع هو في النهاية مساس مباشر بالمجتمع ومصلحته العامة و عدله العام وإنذار خطير وتهديد حقيقي لوجوده وفاعليته.

⁽¹⁾ - أبو عامر، محمد زكي، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص22.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفصل الثالث:

أدلة النّقض في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول: القرآن الكريم.

المبحث الثاني السنة النبوية الشريفة.

المبحث الثالث: آثار الصحابة.

المبحث الرابع: الإجماع.

المبحث الخامس: القياس والمعقول.

الفصل الثالث: أدلة مشروعية النّقض في الفقه الإسلامي:

تتنوع وتتعدد الأدلة الجزئية على جواز النّقض في الفقه الإسلامي إلى عدة أدلة وهي: القرآن

الكريم؛ والسنة النبوية؛ والآثار؛ والإجماع؛ والقياس؛ والمعقول.

المبحث الأول: القرآن الكريم:

أ/ - قال ﷻ: ﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ ۖ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ ۗ ﴾ [سورة المائدة: 48]. قَالَ تَعَالَى: ﴿ يَنْدَاؤُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ يَوْمَ الْحِسَابِ ﴿٦٦﴾ ﴾ [سورة ص: 26]. قَالَ تَعَالَى: ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَبَكَ اللَّهُ ﴾ [سورة النساء: 105]. قَالَ تَعَالَى: ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ۖ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ ۚ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴿٤٢﴾ ﴾ [سورة المائدة: 42]. قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَأِنْ أَحْكَم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ ۗ ﴾ [سورة المائدة: 49]. قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾ [سورة النساء: 58].

وجه الاستدلال بهذه الآيات الكريمات أن الله ﷻ أمر بالحكم بما أنزل في الكتاب، ووصفه بأنه الحق، واعتبر مخالفته اتباعاً للهوى، فكل من خالفه فهو باطل يجب نقضه ورده⁽¹⁾.

قال محمد بن إدريس الشافعي بعد أن ذكر الآيات السابقة كلها: «فأعلم الله نبيه أن فرضاً عليه، وعلى من قبله، و من الناس، إذا حكموا أن يحكموا بالعدل، والعدل إتباع حكمه المنزل، قال الله ﷻ لأبيه ﷺ حين أمره بالحكم بين أهل الكتاب: ﴿ وَأَنْ أَحْكَم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ [سورة المائدة: 49]، ووضع الله نبيه ﷺ من دينه وأهل دينه موضع الإبانة عن كتاب الله ﷻ لا معنى ما أراد الله وفرض طاعته، فقال: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ [سورة النساء: الآية: 65]، وقال: ﴿ فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم ﴾ [سورة النور؛ الآية: 63]، فعلم أن الحق كتاب الله، ثم سنة نبيه ﷺ، فليس ملفت ولا لحاكم أن يفتي ولا يحكم حتى يكون علماً بهما، ولا أن يخالفها ولا واحداً منهما بحال، فإن خالفهما فهو عاص لله ﷻ لا وحكمه مردود، فإذا لم يوجد منصوصين فالاجتهاد...»⁽²⁾.

ب/ - قال ﷻ: ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ۖ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا ۗ وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ ۚ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴿٤٢﴾ ﴾ وَكَيْفَ يُحَكِّمُونَكَ وَعِنْدَهُمُ التَّورَةُ فِيهَا حُكْمُ اللَّهِ ثُمَّ يَتَوَلَّوْنَ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَمَا أُولَئِكَ بِالْمُؤْمِنِينَ ﴿٤٣﴾ ﴾ إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّورَةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يُحْكَمُ بِهَا

(1) - اللاحم، عبد الكريم بن محمد، نقض الأحكام القضائية في الفقه، مرجع سابق، ص 17. الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض

الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج 1، ص 226-227.

(2) - الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج 2، ص 2619.

التَّيْتُونَ الَّذِينَ اسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّبَّيْنُونَ وَالْأَحْبَارُ بِمَا اسْتُحْفِظُوا مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَكَانُوا عَلَيْهِ شُهَدَاءَ فَلَا تَخْشَوُا الْكَاسَ وَأَخْشَوْنَ وَلَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴿٤٤﴾ وَكُنَّا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٤٥﴾ وَقَفِينَا عَلَىٰ آثَرِهِمْ بَعِثْنَا بَنِي إِسْرَائِيلَ بِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ التَّورَةِ وَهَدَيْنَاهُمُ الْكِتَابَ وَوَعظَمَةً لِلْمَتِّينِ ﴿٤٦﴾ وَلِيَحْكُمَ أَهْلَ الْإِنجِيلِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿٤٧﴾ [سورة المائدة؛ الآية: 42-47].

ففي هذه الآيات وصف الله ﷻ من حكم بغير ما أنزل الله ﷻ لا بالكفر، و بالظلم، و با لفسق، و من ثم يجب رد حكمه و نقضه⁽¹⁾، و إلا استحق وصفه بالكفر، و الظلم، و الفسق.

قال أبو جعفر الطبري مبينا معنى هذه الآيات الكريمة: «يقول تعالى ذكره: ومن كتم حكم الله الذي أنزله في كتابه وجعله حكماً بين عباده، فأخفاه وحكم بغيره، كحكم اليهود في الزانيين المحصنين بالتجبية والتحميم، وكتمانهم الرجم، وكقضائهم في بعض قتلهم بدية كاملة وفي بعض بنصف الدية، وفي الأشراف بالقصاص، وفي الأديان بالدية، وقد سوى الله بين جميعهم في الحكم عليهم في التوراة ﴿فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [سورة المائدة؛ الآية: 44]، يقول: هؤلاء الذين لم يحكموا بما أنزل الله في كتابه، ولكن بدلوا وغيروا حكمه، وكتموا الحق الذي أنزله في كتابه ﴿فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾، يقول: هم الذين سترُوا الحق الذي كان عليهم كشفه وتبييئه، وغطوه عن الناس، وأظهروا لهم غيره، وقضوا به، لسحت أخذوه منهم عليه»⁽²⁾.

و قد اختلف العلماء في دلالة هذه الآيات هل تشمل المسلمين؟ أم أنها تقتصر على اليهود والنصارى فقط؟ فكان الخلاف على سبعة أقوال. إليك بيانها مع بيان الراجح منها.

و نشير فقط أننا ذكرنا كل الآيات لأن بعض الآيات يستدل بها بعض العلماء على رأي يرونه، مما دعانا إلى ذكرها كلها.

1/- القول الأول: الآيات نزلت كلها في الكفار، و لا تتعلق بالمسلمين: ذهب ابن جرير

الطبري⁽³⁾، و القرطبي المالكي⁽⁴⁾، بأن الآيات الكريمة كلها نزلت في الكفار. قال القرطبي: «وعلى هذا

(1) - اللاحم، عبد الكريم بن محمد، نقض الأحكام القضائية في الفقه، مرجع سابق، ص17.

(2) - الطبري، تفسير جامع البيان، مصدر سابق، ج6، ص163.

(3) - الطبري، تفسير جامع البيان، مصدر سابق، ج6، ص166-176.

(4) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج6، ص190.

المعظم. فأما المسلم فلا يكفر و إن ارتكب كبيرة»⁽¹⁾.

و دليل هذا الفريق من المفسرين هو سياق الآيات الكريمة، حيث إن سياقها هو الكلام والحكم على الكفار فقط من اليهود و النصارى و غيرهم، دون المسلمين، وأن المسلم لا يكفر و إن ارتكب كبيرة.

وفي هذا يقول أبو جعفر الطبري موضحاً: «و أولى هذه الأقوال عندي بالصواب، قول من قال: نزلت هذه الآيات في كفار أهل الكتاب، لأن ما قبلها وما بعدها من الآيات ففيهم نزلت، وهم المعنيون بها. وهذه الآيات سياق الخبر عنهم، فكونها خبراً عنهم أولى»⁽²⁾.

ثم يورد الطبري اعتراضاً مفاده: «فإن قال قائل: فإن الله تعالى ذكره قد عمّ بالخبر بذلك عن جميع من لم يحكم بما أنزل الله، فكيف جعلته خاصاً؟»⁽³⁾.

فيجيب قائلاً: «قيل: إن الله تعالى عمّ بالخبر بذلك عن قوم كانوا بحكم الله الذي حكم به في كتابه جاحدين، فأخبر عنهم أنهم بتركهم الحكم، على سبيل ما تركوه، كافرون. وكذلك القول في كل من لم يحكم بما أنزل الله جاحداً به، هو بالله كافر، كما قال ابن عباس، لأنه بجحوده حكم الله بعد علمه أنه أنزله في كتابه، نظير جحوده نبوة نبيّه بعد علمه أنه نبيٌّ»⁽⁴⁾.

كما استدلوا بالحديث الشريف الذي رواه مسلم في صحيحه عن البراء بن عازب قال: مرّ على النبيّ ﷺ بيهوديّ محمّمًا مجلودًا، فدعاهم ﷺ، فقال: «هكذا تجدون حدّ الزاني في كتابكم؟». قالوا: نعم. فدعا رجلاً من علمائهم، فقال: «أشددك بالله الذي أنزل التوراة على موسى، أهكذا تجدون حدّ الزاني في كتابكم؟». قال: لا، ولولا أنك تشدنتني بهذا لم أحبرك، نجده الرجم، ولكنّه كثر في أشرافنا، فكنا إذا أخذنا الشريف تركناه، وإذا أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحدّ، قلنا: تعالوا فلنجتمع على شيء نقيم على الشريف والوضيع، فجعلنا التحميم والجلد مكان الرجم. فقال رسول الله ﷺ: «اللهم إني أول من أحيا أمرك إذ أمأته». فأمر به، فرجم، فأنزل الله عزّ وجلّ: ﴿يَأَيُّهَا الرَّسُولُ لَا يَحْرُوكَ الَّذِينَ يُسْرِعُونَ فِي الْكُفْرِ﴾، إلى قوله: ﴿إِنْ أوتيتهم هذا فخذوه﴾ [سورة المائدة: 41]، يقول: انثوا محمداً ﷺ فإن أمركم بالتحميم والجلد فخذوه، وإن أفناكم بالرجم فأحذروا، فأنزل الله تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [سورة المائدة: 44]. ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [سورة المائدة: 45]، ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [سورة المائدة: الآية: 47] في الكفار كلّها⁽⁵⁾.

(1) - القرطبي، المصدر و الصفحة نفسهما.

(2) - الطبري، المصدر نفسه، ج 6، ص 166.

(3) - الطبري، المصدر نفسه، ج 6، ص 166-176.

(4) - الطبري، المصدر و الصفحة نفسهما.

(5) - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنى، ج 3، ص 1327، رقم الحديث: 1700.

- و يمكن أن يعترض عليه بأن السياق قد يدل على الكفار، ولكن ليس بالضرورة ألا تدل على المسلمين، ثم إن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، كما قرر ذلك الأصوليون.

2/- القول الثاني: الآيات عامة في كل من لم يحكم بما أنزل الله من المسلمين واليهود والكفار معتقداً ذلك ومستحلاً له:

و هو مذهب عبد الله بن عباس، و مجاهد بن جبر، و عبد الله ابن مسعود، و الحسن البصري ن، و إبراهيم النخعي، و السُّدي، حيث إن الآيات عامة تشمل الجميع، إذ أن فيها إضماراً؛ تقديره: ومن لم يحكم بما أنزل الله رداً للقرآن، و جحداً لقول الرسول ﷺ فهو كافر؛ فالآية عامة على هذا⁽¹⁾. قال عبد الله بن مسعود و الحسن البصري: « هي عامة في كل من لم يحكم بما أنزل الله من المسلمين واليهود والكفار، أي معتقداً ذلك، و مستحلاً له؛ فإنَّ من فعل ذلك وهو معتقد أنه ركب محرم فهو من فساق المسلمين، وأمره إلى الله تعالى إن شاء عذبه، وإن شاء غفر له. وقال ابن عباس في رواية: ومن لم يحكم بما أنزل الله فقد فعل فعلاً يضاهي أفعال الكفار»⁽²⁾.

قال ابن عطية المالكي: «وقالت جماعة عظيمة من أهل العلم: الآية متناولة كل من لم يحكم بما أنزل الله، و لكنه في أمراء هذه الأمة كفر معصية لا يخرجهم عن الإيمان»⁽³⁾.

3/- القول الثالث: الآيات ومن لم يحكم بجميع ما أنزل الله فهو كافر:

وقيل⁽⁴⁾: أي ومن لم يحكم بجميع ما أنزل الله فهو كافر؛ فأما من حكم بالتوحيد ولم يحكم ببعض الشرائع فلا يدخل في هذه الآية.

4/- القول الرابع: الآيات هي في اليهود خاصة: و هو مذهب الشعبي، حيث قال: « هي

في اليهود خاصة». واختاره أبو جعفر النحاس⁽⁵⁾.

قال الشعبي: ويدل على ذلك ثلاثة أشياء⁽⁶⁾:

- أن اليهود قد ذكروا قبل هذا في قوله: ﴿لَّذِينَ هَادُوا﴾ [سورة المائدة: 44]؛ فعاد الضمير عليهم.

- أن سياق الكلام يدل على ذلك؛ ألا ترى أن بعده ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ﴾ [سورة المائدة ؛ الآية: 45]،

(1) - الطبري، تفسير جامع البيان، مصدر سابق، ج6، ص166. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج7، ص497.

(2) - القرطبي، المصدر نفسه، ج6، ص190.

(3) - ابن عطية، المحرر الوجيز، مصدر سابق، ج2، ص197.

(4) - القرطبي، المصدر نفسه، ج7، ص497.

(5) - الطبري، المصدر و الصفحة نفسها. ابن عطية، المصدر و الصفحة نفسها. ابن العربي، أحكام القرآن، مصدر سابق، ج2، ص127.

ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مصدر سابق، ج7، ص150-151.

(6) - الطبري، تفسير جامع البيان، مصدر سابق، ج6، ص163. ابن عطية، المحرر الوجيز، مصدر سابق، ج2، ص197. ابن العربي،

أحكام القرآن، مصدر سابق، ج2، ص127. ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مصدر سابق، ج7، ص150-151.

فهذا الضمير لليهود بإجماع.

- وأيضا فإن اليهود هم الذين أنكروا الرجم والقصاص.

- فإن قال قائل: ﴿وَمَنْ﴾ إذا كانت للمجازاة، فهي عامة إلا أن يقع دليل على تخصيصها؟.

- قيل له: ﴿وَمَنْ﴾ هنا بمعنى الذي مع ما ذكرناه من الأدلة؛ والتقدير: واليهود الذين لم يحكموا بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون.

قال القرطبي المالكي: «فهذا من أحسن ما قيل في هذا. و يروى أن حذيفة سئل عن هذه الآيات أهي في بني إسرائيل؟ قال: نعم هي فيهم، وتسلكن سبيلهم حذو النعل بالنعل»⁽¹⁾.

5- القول الخامس: الآيات: ﴿الْكَافِرُونَ﴾ للمسلمين، و﴿الظَّالِمُونَ﴾ لليهود، و

﴿الْفٰسِقُونَ﴾ للنصارى:

وقيل: ﴿الْكَافِرُونَ﴾ للمسلمين، و﴿الظَّالِمُونَ﴾ لليهود، و ﴿الْفٰسِقُونَ﴾ للنصارى؛ وهذا اختيار أبي بكر بن العربي، قال: «لأنه ظاهر الآيات. وهو اختيار ابن عباس، وجابر بن زيد، وابن أبي زائدة⁽²⁾، و عبد الله ابن شبرمة، والشعبي أيضا»⁽³⁾.

6- القول السادس: ليس بكفر ينقل عن الملة، ولكنه كفر دون كفر:

قال عبد الله بن عباس ا، و طاوس بن كيسان، و عطاء بن أبي رباح، و غيره: ليس بكفر ينقل عن الملة، ولكنه كفر دون كفر، وهذا يختلف إن حكم بما عنده على أنه من عند الله، فهو تبديل له يوجب الكفر؛ وإن حكم به هوى ومعصية فهو ذنب تدركه المغفرة على أصل أهل السنة في الغفران للمذنبين.⁽⁴⁾

قال ابن عباس ا: «ليس بكفر ينقل عن الملة، بل إذا فعله فهو به كُفر، وليس كَمَن كَفَر بالله واليوم الآخر». و قال عطاء: «هو كفرٌ دون كفر، وظلم دون ظلم، وفسق دون فسق».

و قال طاووس بن كيسان: «ليس بكفر ينقل عن الملة ليس بكفر ينقل عن الملة، ولكنه كفر دون كفر. وهذا يختلف إن حكم بما عنده على أنه من عند الله فهو تبديل له يوجب الكفر. وإن حكم به هوى ومعصية فهو ذنب تدركه المغفرة على أصل أهل السنة في الغفران للمذنبين».⁽⁵⁾

7- القول السابع: معنى الآيات: ﴿الْكَافِرُونَ﴾ للجاحد به فهو كافر، فأما ﴿الظَّالِمُونَ﴾،

(1) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج 7، ص 498.

(2) - هو زكريا بن أبي زائدة الحمداني الكوفي، قيل: مات سنة 148، وقيل: سنة 149، وقيل: سنة 147.

(3) - ابن العربي، المصدر و الصفحة نفسها. القرطبي، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - الطبري، المصدر نفسه، ج 6، ص 165-166. ابن العربي، المصدر و الصفحة نفسها. القرطبي، المصدر نفسه، ج 7، ص 498-499.

ابن كثير، المصدر نفسه، ج 7، ص 151.

(5) - الطبري، تفسير جامع البيان، مصدر سابق، ج 6، ص 165-166. ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مصدر سابق، ج 7، ص 151.

و ﴿الْفَاسِقُونَ﴾، فهو للمقرّ به دون الحكم و التطبيق:

وقال آخرون -منهم ابن عباس ا-: معنى ذلك: ومن لم يحكم بما أنزل الله جاحداً به فهو كافر، فأما «الظلم» و «الفسق»، فهو للمقرّ به. فعن ابن عباس ا قوله: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾، قال: « من جحد ما أنزل الله فقد كفر. ومن أقرّ به ولم يحكم، فهو ظالم فاسق»⁽¹⁾.

- و يمكن أن يعترض عليه بأنه لا موجب للترقية بين الإيمان و العمل، إذ الشرع أنزل للإيمان به و تطبيقه، وليس للإيمان به فقط دون تطبيق. بل إن تطبيقه جزء من الإيمان و الإقرار به.

8- موازنة و ترجيح:

لعل الراجح في هذه الأقوال كلها هو القول الثاني الذي يرى أن الآيات الكريمة عامة في كل من لم يحكم بما أنزل الله، من المسلمين، و اليهود، و الكفار، معتقداً ذلك و مستحلاً له، و ذلك على أساس أنها وردت عامة، تشمل اليهود؛ و النصارى؛ و المسلمين، و حتى وإن كان السبب خاصاً، وهو نزولها بسبب اليهود خاصة، إلا أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

قال ابن حجر العسقلاني الشافعي: « و يظهر أن يقال: إن الآيات و إن كان سببها أهل الكتاب، لكن عمومها يتناول غيرهم»⁽²⁾، وقال أيضاً: « ظاهر الآيات يدل على أن من فعل مثل ما فعلوا، و اخترع حكماً يخالف به حكم الله، وجعله ديناً يعمل به، فقد لزمه مثل ما لزمه من الوعيد المذكور حاكماً كان أو غيره. وقال ابن بطلال: مفهوم الآية أن من حكم بما أنزل الله استحق جزيل الأجر»⁽³⁾.

ولكن مع ذلك - حتى و إن كانت الآيات تشمل المسلمين - فإنه يجب القول بأن قوله تعالى:

﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [سورة المائدة:44]، آية «مُجْمَلَةٌ، لَأَنَّ تَرْكَ الْحُكْمِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ يَقَعُ عَلَى أَحْوَالٍ كَثِيرَةٍ؛ فَبَيَانُ إِجْمَالِهِ بِالْأَدَلَّةِ الْكَثِيرَةِ الْقَاضِيَةِ بِعَدَمِ التَّكْفِيرِ بِالذَّنُوبِ، وَمَسَاقِ الْآيَةِ يَبَيِّنُ إِجْمَالَهَا»⁽⁴⁾. و بمعنى آخر، ليس كل من لم يحكم بما أنزل الله تعالى من المسلمين كافراً، وإنما قد يكون كافراً إذا فعل فعل اليهود - كما هو سياق الآيات و سبب النول - وقد يكون عاصياً غير كافراً. و الله أعلم.

ج- قال **عَلَى**: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ

(1) - الطبري، المصدر نفسه، ج6، ص166.

(2) - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، مصدر سابق، ج13، ص135.

(3) - ابن حجر العسقلاني، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - ابن عاشور، محمد الطاهر، تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس بالاشتراك مع المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دط، 1984م، ج6، ص211.

شَهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ ۚ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ۚ وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُدَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ ۚ وَكُنَّا فَاعِلِينَ ﴿٧٩﴾ [سورة الأنبياء].

تعد هذه الآيات الكريمة من الآيات الأساسية والرئيسية في الشرع الإجمالي الإسلامي التي تشرعن لفكرة نقض الأحكام وإبطالها متى وجد موجب ذلك، كل هذا مع وجود رأي ضعيف يرى عكس ذلك. وقبل بيان هذه الآراء و أدلتها، ومعرفة الراجح منها، فإنه من الضروري الوقوف عند معناها أولاً.

أما معنى هذه الآيات كما فسرها عبد الله بن عباس، وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه: «دخل رجلان على داود عليه السلام أحدهما صاحب حرث -زرع أو كرم أنبتت عناقيده- والآخر صاحب غنم، فادعى صاحب الحرث إرسال الآخر غنمه في حوثه لئلا فلم يترك منه شيئاً، فقاضى عليه داود عليه السلام بالغنم كلها لصاحب الحرث، فمر صاحب الغنم بسليمان عليه السلام، فأخبره بقضاء أبيه، فدخل سليمان على داود، فقال: يا نبي الله، إن القضاء سوى ما قضيت، فقال: كيف؟ قال: ادفع الغنم إلى صاحب الحرث، فيكون له منافعها من درها وأولادها وأصوافها، والحرث إلى صاحب الغنم ليقوم عليه حتى يعود كما كان، ثم يتراذآن، فيأخذ صاحب الحرث حرثه، وصاحب الغنم غنمه، فقال داود عليه السلام: القضاء ما قضيت وأمضى الحكم بذلك»⁽¹⁾.

هذا هو تفسير الآيات، وأنها عبارة عن قضية ونزاع عرض على داود عليه السلام فحكم بها، ثم جاء ابنه سليمان فعرض عليه حكماً آخر، فأبطل الأول، وأقر حكم ابنه. ورغم هذا، فإن المفسرين قد اختلفوا في دلالة هذه الآيات: هل هي نص في جواز نقض الأحكام القضائية التي شابها خطأ، أم ليست نصاً في ذلك؟ فكان الخلاف على رأيين، رأي يقول بأن الآيات ليست نصاً في جواز النقض، ورأي ثان يرى خلافه، وأن الآيات هي نص على جواز النقض.

⑥- القول الأول: الماوردي وابن عاشور: الآيات ليس فيها أية دلالة على جواز النقض:

يرى الماوردي الشافعي، ومحمد الطاهر بن عاشور المالكي بأن الآيات الكريمة ليست نصاً ولا دليلاً على جواز نقض الأحكام.

فقد اعترض الماوردي على الاستدلال بهذه الآيات من وجهين:

- الأول: إن داود عليه السلام ذكر حكمه على الإطلاق، وكان ذلك منه على طريق الفتيا فذكره لهم

(1) - الطبري، جامع البيان، مصدر سابق، ج 17، ص 38. ابن العربي، أحكام القرآن، مصدر سابق، ج 3، ص 265. ابن عطية، المحرر الوجيز، مصدر سابق، ج 4، ص 90-91. الماوردي، أبو الحسن علي بن حبيب، النكت والعيون - والمسعى تفسير الماوردي، تحقيق: خضر محمد خضر، مراجعة: عبد الستار أبو غدة، مطابع المقهوي، الكويت، ط 1، 1402هـ-1982م، ج 3، ص 51. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج 14، ص 233-235.

ليزمنهم إياه، فلما ظهر له ما هو أقوى في الاجتهاد منه عاد إليه.

- الثاني: إن الله ﷻ أوحى بهذا الحكم إلى سليمان فلزمه ذلك، ولأجل النص الوارد بالوحي أن ينقض اجتهاده، لأن على الحاكم أن ينقض حكمه بالاجتهاد إذا خالف نصاً⁽¹⁾.

أما محمد الطاهر ابن عاشور فقد اعترض على الاستدلال بهذه الآيات الكريمة قائلاً: «وفي بقية القصة ما يصلح لأن يكون أصلاً في رجوع الحاكم عن حكمه، كما قال ابن عطية وابن العربي، إلا أن ذلك لم تتضمنه الآية، ولا جاءت به السنة الصحيحة، فلا ينبغي أن يكون تأصيلاً، وأن ما حاولاه من ذلك غفلة»⁽²⁾.

فواضح من هذا النص أن ابن عاشور ينكر كلية وجود دليل في الآيات على جواز النقض.

- مناقشة واعتراض:

وقد نوقش الماوردي فيما ذهب إليه، وردّ على كل وجه من الوجهين الذين أوردهما، وذلك كالآتي:

- الأول: فقد رد على الوجه الأول بأنه «ضعيف، لأنه كان النبي ﷺ وفتياه حكم»⁽³⁾ صدر في خصومة ونزاع بين طرفين، وسياق الحادثة دليل على ذلك.

- الثاني: أما الرد على الوجه الثاني، فقد نقل ابن عطية أن: «جمهور الأمة قال: إن حكمهما كان باجتهاد»⁽⁴⁾، وليس عن وحي، والتفسير الذي أورده نص على ذلك.

- أما ما قاله ابن عاشور فيحمل بذور ضعفه في طياته، فهو يذكر بأن القصة وما فيها تفسر الآيات بجواز نقض الأحكام، ثم يقول بأنه ليس هناك أي نص من القرآن ولا من السنة يدل على هذا الجواز، وهذا تناقض، ويتجلى هذا التناقض أكثر حين نعلم بأن الكل يتفق على تفسير هذه الآيات التفسير الذي أورده، منهم ابن عاشور نفسه⁽⁵⁾.

أي أنه إما أن يكون تفسير الآيات غير صحيح، وإما أن كلام ابن عاشور ساقط ولا اعتبار له:

- أما الأول فإن كل المفسرين الذين اعتمدنا عليهم يتفقون على تفسير الآيات التفسير الذي أورده، ومنهم ابن عاشور نفسه.

- فيبقى الثاني، وهو أن كلام ابن عاشور متناقض.

- وزيادة على هذا، فإن الإدعاء والزعم بأنه لا توجد أحاديث صحيحة تدل على جواز النقض

(1) - الماوردي، النكت والعيون، مصدر سابق، ج3، ص52. وانظر كتابه: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج20، ص54.

(2) - ابن عاشور، محمد الطاهر، تفسير التحرير والتنوير، مرجع سابق، ج17، ص118.

(3) - ابن العربي، أحكام القرآن، مصدر سابق، ج3، ص266. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج14، ص242.

(4) - ابن عطية، المحرر الوجيز، مصدر سابق، ج4، ص91.

(5) - ابن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، مرجع سابق، ج17، ص116.

إدعاء غير صحيح، فهناك أحاديث كثيرة تدل على جواز النقض، وسنوردها حين ذكر الأدلة من السنة على جواز ذلك.

⑦/- القول الثاني: ابن عطية؛ وابن العربي؛ والقرطبي: الآيات تدل على جواز نقض الأحكام:

يرى ابن عطية⁽¹⁾، وابن العربي⁽²⁾، والقرطبي⁽³⁾؛ وكلهم من المالكية؛ أن الآيات تدل دلالة قوية على جواز نقض الأحكام القضائية، بدليل ظاهر الآيات، وبالأخص قوله ﷺ: ﴿إِذْ يَحْكُمَانِ﴾ [سورة الأنبياء: 78]، فبين أن كل واحد منهما داوود وسليمان عليهما السلام قد حكم في نزاع عرض عليهما فحكم داوود أولاً، ثم ناقشه ابنة سليمان في الحكم فنقضه، وأصدر حكماً آخر. و بدليل أيضاً القصة التي تفسر الآيات، فهي واضحة في بيان حكم نقض الأحكام، والقصة تشرح نفسها بنفسها، ولا تحتاج إلى بيان وتفصيل، وهذه القصة متفق عليها بين المفسرين.

⑧/- موازنة وترجيح:

والذي يترجح لنا- كما ترجح لغيرنا⁽⁴⁾- أن الآيات دليل على جواز نقض الأحكام التي تشوبها أخطاء وعيوب، وأنها أصل من أصول الشرع الإجرائي، حتى قال بعضهم: «لولا هذه الآية لرأيت أن القضاة قد هلكوا، ولكنه تعالى أثني على سليمان بصوابه، وعذر داوود باجتهاده»⁽⁵⁾.
و الذي لا شك فيه أن النقض يتوجه إلى الحكم الذي به عيب من العيوب التي ذكرناها سابقاً، فالنقض ليس بإطلاق، وإنما بشروط وضوابط، ومن ثم فإنه لا يمكن توجيه النقد إلى ما قاله ابن عطية وابن العربي والقرطبي - كما ذهب إلى ذلك بعض الباحثين المعاصرين⁽⁶⁾ - من أنهم لم يقيدوا مسألة رجوع القاضي عن حكمه، وأنهم أطلقوا العبارة، وذلك على اعتبار أنهم تناولوا المسألة من ناحية الأصل والمبدأ، لا من ناحية التفريع والتفصيل، فهم في حالة تقرير المسألة من ناحية حكمها من حيث الجواز أو عدمه.

ج/- قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ [سورة النساء].
وجه الاستشهاد بهذه الآية الكريمة أنها نصت على أن الطاعة تكون أولاً لله تعالى من خلال

(1) - ابن عطية، المحرر الوجيز، مصدر سابق، ج4، ص92.

(2) - ابن العربي، أحكام القرآن، مصدر سابق، ج3، ص266.

(3) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج14، ص240-241.

(4) - روابح، إلهام شهرزاد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص54.

(5) - الماوردي، النكت والعيون، مصدر سابق، ج3، ص52. القرطبي، المصدر نفسه، ج14، ص237.

(6) - روابح، إلهام شهرزاد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص54.

القرآن، ثم للرسول من خلال سنته الشريفة، ثم للعلماء و الأمراء، وأنَّ القاضي من ثم يحكم بالقرآن الكريم و إلا فبالسنة النبوية الشريفة، وإلا فالاجتهاد.

المبحث الثاني السنة النبوية الشريفة:

أ- / عَنْ عَائِشَةَ ل قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ أَحَدَّثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ فِيهِ فَهُوَ رَدٌّ»، وفي رواية: «مَنْ عَمَلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ»⁽¹⁾.

و معنى قوله ﷺ: «فَهُوَ رَدٌّ» أي: «مردود، من إطلاق المصدر على اسم المفعول، مثل: خلق ومخلوق؛ ونسخ ومنسوخ؛ وكأنه قال: فهو باطل غير معتد به»⁽²⁾.

أما وجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف فهو أن من اخترع، أو أدخل، أو حكم في الدين ما لا يشهد له أصل من أصوله، أو قاعدة من قواعده، فلا يلتفت إليه، ولا يعتد به، وهو باطل و معدوم⁽³⁾، فيرد وينقض. كما «يستدل به على إبطال جميع العقود الممنوعة، وعدم وجود ثمراتها»⁽⁴⁾، «وأن النهي يقتضي الفساد، لأن المنهيات كلها ليست من أمر الدين فيجب ردها ... وفيه أن الصلح الفاسد منتقض»⁽⁵⁾.

و الحق أن هذا الحديث يعتبر نصا من النصوص العظيمة، والأصول المهمة، والقواعد الأساسية في رد كل البدع والمستحذات بصفة عامة، ونقض الأحكام و الأقضية الباطلة بصفة خاصة، ولذلك قال عنه الإمام النووي الشافعي: «وهذا الحديث قاعدة عظيمة من قواعد الإسلام، وهو من جوامع كلمه ﷺ، فإنه صريح في رد كل البدع والمخترعات. وفي الرواية الثانية زيادة، وهي أنه قد يعاند بعض الفاعلين في بدعة سبق إليها، فإذا احتج عليه بالرواية الأولى يقول: أنا ما أحدثت شيئا، فيحتج عليه بالثانية التي فيها التصريح برد كل المحدثات، سواء أحدثها الفاعل، أو سبق بإحداثها.

وفي هذا الحديث دليل لمن يقول من الأصوليين: أن النهي يقتضي الفساد. ومن قال لا يقتضي الفساد يقول: هذا خبر واحد، ولا يكفي في إثبات هذه القاعدة المهمة. وهذا جواب فاسد. وهذا

(1) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، ج2، ص959، رقم الحديث: 2549. وأخرجه كذلك في: كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب إذا اجتهد العامل أو الحاكم فأخطأ بخلاف الرسول من غير علم فحكمه مردود، ج6، ص2675. وأخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، ج3، ص1343 رقم الحديث: 1718. و اللفظ لمسلم.

(2) - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، مصدر سابق، ج5، ص367.

(3) - ابن حجر العسقلاني، المصدر و الصفحة نفسها. النووي، مسلم بشرح النووي، مصدر سابق، ج6، ص257. الخطيب الشربيني،

مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص294. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص294.

(4) - ابن دقيق العيد، تقي الدين، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، تحقيق: أحمد محمد شاكر، عالم الكتب، بيروت، ط2، 1407هـ-1987م، ج2، ص269.

(5) - ابن حجر العسقلاني، المصدر و الصفحة نفسها.

الحديث مما ينبغي حفظه واستعماله في إبطال المنكرات و إشاعة الاستدلال به»⁽¹⁾.

و قال عنه ابن دقيق العيد الشافعي: «هذا الحديث أحد الأحاديث الأركان من الشريعة لكثرة ما يدخل تحته من الأركان»⁽²⁾.

وقال عنه أيضا الحافظ ابن حجر العسقلاني الشافعي: «وهذا الحديث معدود من أصول الإسلام، وقاعدة من قواعده، فإن معناه: من اخترع في الدين ما لا يشهد له أصل من أصوله، فلا يلتفت إليه»⁽³⁾.

في حين عدّه أحد العلماء « نصف أدلة الشرع، لأنّ الدليل يتركب من مقدمتين، والمطلوب بالدليل أما إثبات الحكم أو نفيه، وهذا الحديث مقدمة كبرى في إثبات كل حكم شرعي ونفيه، لأن منطوقه مقدمة كلية في كل دليل ناف لحكم، مثل أن يقال في الوضوء بماء نجس: هذا ليس من أمر الشرع، وكل ما كان كذلك فهو مردود، فهذا العمل مردود. فالمقدمة الثانية ثابتة بهذا الحديث. وإنما يقع النزاع في الأولى. ومفهومه: أن من عمل عملا عليه أمر الشرع فهو صحيح، مثل أن يقال في الوضوء بالنية: هذا عليه أمر الشرع، وكل ما كان عليه أمر الشرع فهو صحيح، فالمقدمة الثانية ثابتة بهذا الحديث، والأولى فيها النزاع. فلو اتفق أن يوجد حديث يكون مقدمة أولى في إثبات كل حكم شرعي ونفيه لاستقل الحديثان بجميع أدلة الشرع، لكن هذا الثاني لا يوجد، فإذا حديث الباب نصف أدلة الشرع. والله أعلم»⁽⁴⁾.

فيمكن على أساس هذا الحديث الشريف ردّ ونقض الأحكام الباطلة التي تشوبها أخطأ، سواء كانت هذه الأحكام مخالفة للشرع في منطوقه، أم في مفهومه، في لفظه أم في روحه. و لذلك استدل جمع من الفقهاء المتقدمين⁽⁵⁾، والباحثين المعاصرين⁽⁶⁾، بهذا الحديث في جواز نقض الأحكام القضائية المعيبة، حتى أن الإمام مسلم ترجم لهذا الحديث تحت عنوان: «باب نقض الأحكام الباطلة، ورد محدثات الأمور»⁽⁷⁾. كما ترجم له البيهقي بقوله: «باب من اجتهد ثم رأى أنّ اجتهاده خالف نصّا، أو إجماعا، أو ما في معناه، رده على نفسه وعلى غيره»⁽⁸⁾.

(1) - النووي، مسلم بشرح النووي، مصدر سابق، ج6، ص257.

(2) - ابن دقيق العيد، أحكام الأحكام، مصدر سابق، ج2، ص269.

(3) - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، مصدر سابق، ج5، ص367.

(4) - ابن حجر العسقلاني، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - الزركشي، شرح مختصر الخرق، مصدر سابق، ج4، ص448. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص457. الصنعاني، الروض

الروض النضير، مصدر سابق، ج3، ص433.

(6) - اللاحم، عبد الكريم بن محمد، نقض الأحكام القضائية في الفقه، مرجع سابق، ص18. روايح، إلهام شهرزاد، الطعن في الأحكام

القضائية، مرجع نفسه، ص58.

(7) - صحيح مسلم، مصدر سابق، ج3، ص1343.

(8) - البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، ج10، ص119.

ب/- عَنْ سَالِمٍ عَنْ أَبِيهِ قَالَ: بَعَثَ النَّبِيُّ ﷺ خَالِدَ بْنَ الْوَلِيدِ إِلَى بَنِي جَذِيمَةَ، فَلَمْ يُحْسِنُوا أَنْ يَفْعَلُوا: أَسْلَمْنَا، فَقَالُوا: صَبَأْنَا صَبَأَنَا؛ فَجَعَلَ خَالِدٌ يَقْتُلُ وَيَأْسِرُ؛ وَدَفَعَ إِلَى كُلِّ رَجُلٍ مِمَّا أُسِيرَهُ؛ فَأَمَرَ كُلَّ رَجُلٍ مِمَّا أَنْ يَقْتُلَ أُسِيرَهُ؛ فَقُلْتُ: وَاللَّهِ لَا أَقْتُلُ أُسِيرِي؛ وَلَا يَقْتُلُ رَجُلٌ مِنْ أَصْحَابِي أُسِيرَهُ. فَذَكَرْنَا ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: «اللَّهُمَّ إِنِّي أَبْرَأُ إِلَيْكَ مِمَّا صَنَعَ خَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ» مَرَّتَيْنِ (1).

وجه الاستدلال بهذا الحديث أن فعل خالد بن الوليد باطل، وإن كان مجتهدا فيه، وعلّة بطلانه عدم استفساره عن مقصودهم بقولهم: صباأنا صباأنا، ولذلك تبرأ الرسول ﷺ من فعل خالد، لكونه باطلا و غير صحيح، ولو كان صحيحا ما تبرأ منه، فدلّت البراءة على البطلان، فانقضى، خاصة وأن البخاري ترجم لهذا الحديث في باب تحت اسم: «إِذَا قَضَى الْحَاكِمُ بَجُورٍ أَوْ خِلَافِ أَهْلِ الْعِلْمِ فَهُوَ رَدٌّ» (2).

وقال ابن حجر العسقلاني الشافعي: «ومطابقة الحديث للترجمة من جهة أن الصحابي اجتهد فيما فعل، فردّه النبي ﷺ، ونهاه عما فعل، وعذره لاجتهاده» (3).

ج/- عَنْ أَنَسٍ مِنْ أَهْلِ حِمَاصٍ مِنْ أَصْحَابِ مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ -أ- أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ -هـ- لَمَّا أَرَادَ أَنْ يَبْعَثَ مُعَاذًا إِلَى الْيَمَنِ قَالَ: «كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ». قَالَ: أَقْضِي بِكِتَابِ اللَّهِ. قَالَ: «فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ». قَالَ: فَبَسْتَنَّةَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ -هـ- . قَالَ: «فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ -هـ- وَلَا فِي كِتَابِ اللَّهِ». قَالَ: أَجْتَهُدُ رَأْيِي وَلَا أَلُو. فَضْرَبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ -هـ- صَدْرَهُ، وَقَالَ: «الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لِمَا يَرْضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ» (4).

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه دل على أن شرط الحكم بالاجتهاد عدم مخالفة النص -القرآن و السنة و الإجماع- فمن حكم بخلاف هذا الشرط لم يصح حكمه. قال ابن قدامة المقدسي الحنبلي: «و لنا على نقضه، إذا خالف نصا أو إجماعا، أنه قضاء لم يصادف شرطه، فوجب نقضه، كما لو لم يخالف الإجماع، وبيان مخالفته للشرط أن شرط الحكم بالاجتهاد عدم النص بدليل خبر معاذ» (5).

(1) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب إذا قضى الحاكم بجور أو خلاف أهل العلم فهو رد، ج6، ص2628، رقم الحديث: 6766.

(2) - البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ج6، ص2628.

(3) - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، مصدر سابق، ج13، ص353.

(4) - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب القضاء، باب اجتهاد الرأي في القضاء، ج3، ص302، رقم الحديث: 3592. أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، كتاب السنن، دار المصرية اللبنانية، القاهرة، ط1، 1408هـ- 1988م، ج3، ص302، رقم الحديث: 3592. وأخرجه الترمذي: الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الصحيح، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار عمران، بيروت، ط1، كتاب الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، ج3، ص616، وقال عنه: «هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وليس إسناده عندي بمتصل». ج3، ص617. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، ج10، ص114. وصححه ابن قيم الجوزية: ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج1، ص276. وقال ابن حزم الظاهري عن هذا الحديث ما نصه: «هذا حديث ساقط، لم يروه أحد من غير هذا الطريق، وأول سقوطه أنه عن قوم مجهولين لم يسموا، فلا حجة فيمن لا يعرف من هو، وفيه الحارث بن عمر وهو مجهول لا يعرف من هو، ولم يأت هذا الحديث قط من غير طريقه» انظر: ابن حزم الظاهري، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، الإحكام في أصول الأحكام، دار الغد الجديد، القاهرة، ط1، 1430هـ-2009م، ج7، ص910.

(5) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص34. وانظر أيضا: البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، سابق، ج6، ص412. الزركشي، شرح مختصر الخرقى، مصدر سابق، ج4، ص447.

وقال ابن نجيم الحنفي: « وشرط أن لا يخالف [الحكم] (1) الكتاب؛ و السنة؛ والإجماع، فإن خالف واحدا منها لم يمضه، لكونه ليس في محل الاجتهاد الصحيح، و هو خلاف لا اختلاف» (2).

كما أن هذا الاستدلال تؤكد قاعده: « لا مساغ للاجتهاد في مورد النص»- وهي المادة 14 من مجلة الأحكام العدلية- حيث إن منطوق هذه القاعدة ينص على حرمة الاجتهاد مع وجود النص، ومفهومها يدل على مشروعية نقض الحكم المخالف للنص و الإجماع، لأنه ليس اجتهادا صحيحا (3).

د- عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ يُحَدِّثُ أَنَّ أَبَا سَعِيدِ الْخُدْرِيِّ وَأَبَا هُرَيْرَةَ ب حَدَّثَاهُ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بَعَثَ أَخَا بَنِي عَدِيٍّ الْأَنْصَارِيِّ، وَاسْتَعْمَلَهُ عَلَى خَيْبَرَ، فَقَدِمَ بِنَمْرٍ جَنْبِيبٍ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: « أَكُلْ تَمْرَ خَيْبَرَ هَكَذَا؟»، قَالَ: لَا وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّا لَنَشْتَرِي الصَّاعَ بِالصَّاعَيْنِ مِنَ الْجَمْعِ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: « لَا تَفْعَلُوا، وَلَكِنْ مِثْلًا بِمِثْلٍ، أَوْ بِيَعُوا هَذَا وَاشْتَرُوا بِتَمْنِهِ مِنْ هَذَا، وَكَذَلِكَ الْمِيزَانُ» (4).

وجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف أن النبي ﷺ أبطل تصرف الصحابي حين تبين له خطؤه، ومنعه من ذلك، وهو يشمل كل تصرف باطل كالأحكام الباطلة (5). ولهذا ترجم البخاري لهذا الحديث بقوله: «بَاب إِذَا اجْتَهَدَ الْعَامِلُ أَوْ الْحَاكِمُ، فَأَخْطَأَ خِلَافَ الرَّسُولِ مِنْ غَيْرِ عِلْمٍ، فَحُكْمُهُ مَرْدُودٌ» (6)، حيث إن « مراده: أن من حكم بغير السنة جهلا أو غلطا، يجب عليه الرجوع إلى حكم السنة، و ترك ما خالفها، امتثالاً لأمر الله تعالى بإيجاب طاعة الرسول، وهذا نفس الاعتصام بالسنة» (7).

هـ- عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ ﷺ قَالَ: « بَعَثَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى الْيَمَنِ، فَأَتَيْتَنِي إِلَى قَوْمٍ قَدْ بَنَوْا زُبَيْةَ (8) لِلْأَسَدِ، فَبَيْنَمَا هُمْ كَذَلِكَ يَبْدَأُفَعُونَ، إِذْ سَقَطَ رَجُلٌ، فَتَعَلَّقَ بِآخَرَ، بِآخَرَ، ثُمَّ تَعَلَّقَ رَجُلٌ بِآخَرَ، حَتَّى صَارُوا فِيهَا أَرْبَعَةً، فَجَرَحَهُمُ الْأَسَدُ، فَأَتَيْنَاهُ لَهُ رَجُلٌ بِحَرْبَةٍ، فَقَتَلَهُ، وَمَاتُوا مِنْ جِرَاحَتِهِمْ كُلُّهُمْ، فَقَامُوا أَوْلِيَاءَ الْأَوَّلِ إِلَى أَوْلِيَاءِ الْآخَرِ، فَأَخْرَجُوا السَّلَاحَ لِيَقْتُلُوا، فَأَتَاهُمْ عَلِيُّ ﷺ عَلَى نَفِيَّةٍ ذَلِكَ، فَقَالَ: تُرِيدُونَ أَنْ تَقَاتِلُوا وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَيٌّ؟! إِنِّي أَقْضِي بَيْنَكُمْ قَضَاءً، إِنْ رَضِيْتُمْ فَهُوَ الْقَضَاءُ، وَإِلَّا حَجَرَ بَعْضُكُمْ عَنْ بَعْضٍ حَتَّى تَأْتُوا النَّبِيَّ ﷺ، فَيَكُونَ هُوَ الَّذِي يَقْضِي بَيْنَكُمْ، فَمَنْ عَدَا بَعْدَ ذَلِكَ فَلَا حَقَّ لَهُ، أَجْمَعُوا مِنْ قَبَائِلِ الَّذِينَ حَفَرُوا الْبُئْرَ رُبْعَ الدِّيَةِ، وَتَلَّتْ

(1) - ما بين المعقوفين زيادة من عندنا حتى يتضح النص والمعنى.

(2) - ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص11.

(3) - حيدر، علي، درر الحكم، مرجع سابق، ج1، ص32، ج4، ص687. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج1، ص25-26.

(4) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب إِذَا اجْتَهَدَ الْعَامِلُ أَوْ الْحَاكِمُ فَأَخْطَأَ خِلَافَ الرَّسُولِ مِنْ غَيْرِ عِلْمٍ فَحُكْمُهُ مَرْدُودٌ، ج6، ص2675-2676، رقم الحديث: 6918. وأخرجه مسلم في صحيحه، في كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلا بمثل، ج3، ص1215، رقم الحديث: 1593. واللفظ للبخاري.

(5) - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، مصدر سابق، ج13، ص352.

(6) - البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، ج6، ص2675.

(7) - ابن حجر العسقلاني، المصدر نفسه، ج13، ص353.

(8) - الزُبَيْة: حفرة تحفر للأسد والصيد، ويغطي رأسها بما يسترها ليقع فيها. أنظر: ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث و الأثر، مصدر سابق، ص390، مادة: زبا. ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج6، ص18، مادة: زبي.

الدِّيةِ، وَنِصْفَ الدِّيةِ، وَالدِّيةَ كَامِلَةً، فَلِلأَوَّلِ الرَّبْعُ لِأَنَّهُ هَلَكَ مَنْ فَوْقَهُ، وَلِلثَّانِي ثُلُثُ الدِّيةِ، وَلِلثَّالِثِ نِصْفُ الدِّيةِ، فَأَبُوا أَنْ يَرْضَوْا، فَأَتُوا النَّبِيَّ ﷺ وَهُوَ عِنْدَ مَقَامِ إِبْرَاهِيمَ، فَقَصُّوا عَلَيْهِ الْقِصَّةَ، فَقَالَ: «أَنَا أَقْضِي بَيْنَكُمْ»، وَاحْتَبَى. فَقَالَ رَجُلٌ مِنَ الْقَوْمِ: إِنَّ عَلِيًّا قَضَى فِينَا. فَقَصُّوا عَلَيْهِ الْقِصَّةَ، فَأَجَّازَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ» (1).

ووجه الاستشهاد بهذا الحديث أن عليا بن أبي طالب ﷺ عرضت عليه قضية فحكم فيها، إلا أن بعض الأطراف لم ترض بالحكم، فرفعوا أمرهم إلى الرسول الله ﷺ رجاء نقض حكم علي وإصدار حكم آخر، فقاضى فيها بإقرار حكم علي، فدلّ رفع الحكم إلى الرسول ﷺ على جواز طلب نقض الأحكام القضائية. كما دلّ أيضا على أن نقض الأحكام القضائية قد وُجد في سنتنا المطهرة، فالنبي لم ينه القوم عن اللجوء إليه مرة ثانية لنقض الحكم القضائي الذي أصدره علي ﷺ، بل أقرهم على ذلك، والتقريب سنة، ومن ثم يجوز نقض الأحكام القضائية بدلالة هذا الحديث (2).

- وقد نوقش هذا الاستدلال بأن عليا كان حكماً، ولم يكن قاضيا، بدليل أنه عرض نفسه حكماً على أطراف النزاع (3).

- و أجيب بأن ذلك غير صحيح، إذ أن عليا حكم في هذه القضية بصفته قاضيا لا حكماً، وقد ثبت أن النبي ﷺ بعثه على اليمن قاضيا هو و معاذ بن جبل ب (4).

و- عن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «كَانَتْ امْرَأَتَانِ مَعَهُمَا ابْنَاهُمَا جَاءَ الذَّنْبُ فَذَهَبَ بِأَبْنِ إِحْدَاهُمَا، فَقَالَتْ صَاحِبَتُهَا: إِنَّمَا ذَهَبَ بِابْنِكَ، وَقَالَتْ الأُخْرَى: إِنَّمَا ذَهَبَ بِابْنِكَ، فَتَحَاكَمَتَا إِلَى دَاوُدَ، فَقَضَى بِهِ لِلْكُبْرَى، فَخَرَجَتَا عَلَى سُلَيْمَانَ بْنِ دَاوُدَ؛ فَأَخْبَرَتَاهُ؛ فَقَالَ: انْتُونِي بِالسَّكِينِ أَشَقَّهُ بَيْنَهُمَا، فَقَالَتِ الصُّغْرَى: لَا تَفْعَلْ يَرْحَمَكَ اللهُ! هُوَ ابْنُهَا. فَقَضَى بِهِ لِلصُّغْرَى» (5).

فهذا الحديث الشريف يُفصّل حادثة واقعية، تتمثل حيثياتها في أن ولدين لامرأتين كانا مع بعضهما البعض، فجاء ذنب فخطف أحدهما، وترك الآخر، فتنازعت المرأتان في الولد الذي بقي لمن هو، وحيث إن داود × قضى به للكبرى، فإنه بعد ذلك خرجتا من عنده، وعرضتا القضية على سليمان ×، وحيث إنه احتال حيلة،

(1) - ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد، المسند، شرحه وصنع فهارسه: أحمد محمد شاكر، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة، دط، دت، ج2، ص24، رقم الحديث: 1310-1063-574-573. وقال عنه أحمد محمد شاكر: «إسناده صحيح». وكيع، أخبار القضاة، مصدر سابق، ج1، ص95-96-97. و البيهقي، في سننه الكبرى، كتاب الديات، باب ما ورد في البنز جبار و المعدن جبار، ج8، ص111. واللفظ لأحمد.

(2) - رواج، إلهام شهرزاد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص58. أحمد، فؤاد عبد المنعم و غنيم، الحسين الحسين علي، الوسيط في التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص113. واصل، نصر فريد محمد، السلطة القضائية و نظام القضاء في الإسلام، المكتبة التوفيقية، القاهرة، دط، دت، ص52-53. الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي و أدلته، مرجع سابق، ج8، ص6248.

(3) - عثمان، محمد رأفت، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، القاهرة، ط2، 1415هـ، ص557. نقلا عن: الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص232.

(4) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب بعث أبي موسى و معاذ إلى اليمن قبل حجة الوداع، ج4، ص1578، رقم الحديث: 4086.

(5) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب إذا ادعت المرأة ابنا، ج6، ص2485، رقم الحديث: 6387.

وكذلك في كتاب الأنبياء، باب قوله تعالى: ﴿ وَوَهَبْنَا لِدَاوُدَ سُلَيْمَانَ نِعَمَ الْعَبْدِ إِنَّهُ أَوَّابٌ ﴾ [سورة ص: 30]، ج3، ص1260-1261، رقم الحديث: 3244. وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، باب بيان اختلاف المجتهدين، ج3، ص1344، رقم الحديث: 1720. واللفظ للبخاري.

وهي أن يقسم الصبي إلى قسمين بالسكين، وحيث إن الصغرى رفضت الحكم ورأت أن يعطى الولد إلى الكبرى، فإن داود قضى به للصغرى، فدلّت شفقتها على أن الولد هو ابنها، وأنها هي أمه⁽¹⁾.

ولقد تنازع العلماء في دلالة هذا الحديث، هل يدل على جواز نقض الأحكام أم لا؟ فكانوا على رأيين، رأي يرى عدم وجود ما يفيد جواز النقض، ورأي يرى خلافه.

⑥- القول الأول؛ القرطبي المالكي وبعض العلماء: الحديث لا يدل على جواز النقض:

يرى القرطبي المالكي⁽²⁾، وبعض العلماء⁽³⁾ أن الحديث لا دلالة فيه على جواز النقض، وأن من ادعى ذلك فادعائه غير صحيح.

وأساس هذا القول، كما قال القرطبي المالكي: «أن سليمان × لم يتعرض لحكم أبيه بالنقض، وإنما احتال حيلة لطيفة ظهر له بسببها صدق الصغرى، وهي أنه لما قال: هات السكين أشقه بينكما، قالت الصغرى: لا، فظهر له من قرينة الشفقة في

الصغرى، وعدم ذلك في الكبرى ما عساه انضاف إلى ذلك من القرائن ما حصل له العلم بصدقها، فحكم لها، ولعله كان ممن سوغ له أن يحكم بعلمه»⁽⁴⁾.

ثم يستأنس القرطبي بعد هذا بأن الإمام النسائي ترجم لهذا الحديث تحت عنوان: «نقض الحاكم لا يحكم به غيره ممن هو مثله أو أجل منه»⁽⁵⁾.

ثم يقول القرطبي مردفاً: «ولعل الكبرى اعترفت بأن الولد للصغرى عندما رأت من سليمان × الحزم والجد في ذلك، فقضى بالولد للصغرى، ويكون هذا كما إذا حكم الحاكم باليمين، فلما مضى ليحلف حضر من استخرج من المنكر ما أوجب إقراره، فإنه يحكم عليه بذلك الإقرار قبل اليمين وبعدها، ولا يكون ذلك من باب نقض الحكم الأول، لكن من باب تبدل الأحكام بحسب تبدل الأسباب، والله أعلم»⁽⁶⁾.

أعلم»⁽⁶⁾.
ومن ثم، فإنّ القرطبي - ومن خلال كلامه - يقر بأن ما صدر عن داود × هو حكم قضائي، بيد أنه ينازع في وجود النقض، فهو حسب رأيه لا يوجد، وإنما هو حيلة لطيفة احتالها سليمان × ليعرف الحقيقة.

- وهناك رأي آخر يرى بأن ما صدر عن داود وسليمان ليس حكماً، وإنما ورد «على سبيل الفتيا منهما لا الحكم، ولذلك ساغ لسليمان أن ينقضه»⁽⁷⁾.
وفي المحصلة، فإن القرطبي يتفق مع غيره بأن الحديث لا دلالة فيه على جواز

(1) - النووي، مسلم بشرح النووي، مرجع سابق، ج6، ص259-260.

(2) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج14، ص241-243.

(3) - هكذا ذكره ابن حجر العسقلاني ولم ينسبه لأحد. أنظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، مرجع سابق، ج6، ص518.

(4) - القرطبي، المصدر نفسه، ج14، ص243.

(5) - الصحيح أن النسائي ترجم لهذا الحديث تحت عنوان: «باب نقض الحاكم ما يحكم به غيره ممن هو مثله، أو أجله منه». أنظر: النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، السنن، دار القلم، بيروت، د ط، دت، ج8، ص236.

ومن ثم فإن القرطبي قد أخطأ، أو أن الخطأ من تصحيف النساخين.

(6) - القرطبي، المصدر و الصفحة نفسها.

(7) - هكذا ذكره ابن حجر العسقلاني ولم ينسبه لأحد. أنظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، مرجع سابق، ج6، ص518.

النقض، ويفترقان في طبيعة ما صدر عن داوود وسليمان إ، فالقرطبي يرى بأن ما صدر عنهما هو حكم قضائي، في حين أن غيره يرى بأن ما صدر هو فتوى.

⑦- القول الثاني: الحديث بنصه دليل على جواز نقض الأحكام:

يرى الإمام الصنعاني⁽¹⁾، و تبعه في ذلك أحد الباحثين المعاصرين⁽²⁾، أنّ الحديث دليل على جواز النقض. يتبين لنا ذلك مما يأتي:

I- / إن ما صدر عن داود وسليمان إ هو حكم قضائي، وليس بفتوى يدل على ذلك نص الحديث: « **فَتَحَاكَمْنَا إِلَى دَاوُدَ، فَقَضَى بِهِ**»، فدل هذا على أنه حكم لا فتوى.

يقول القرطبي المالكي: «فأما القول بأن ذلك من داود × فتيا، فهو ضعيف، لأنه كان النبي × وفتياه حكم»⁽³⁾.

II- / إن ما صدر عن داود × هو حكم جازم ملزم للطرفين بدليل قوله: « **فَقَضَى بِهِ لِلْكَبْرَى** »⁽⁴⁾.

III- / أما بخصوص ما قاله القرطبي المالكي بأنه لا يوجد نقض في الحادثة التي

روتها السنة الشريفة، وأنه حيلة احتالها سليمان ×، فغير مسلم به، لأن الحيلة صدرت من سليمان وليس من داود، فلو أنها صدرت من هذا الأخير، لكانت كذلك حيلة ولكن وقائع النزاع تشير أن امرأتين « **فَتَحَاكَمْنَا إِلَى دَاوُدَ، فَقَضَى بِهِ لِلْكَبْرَى، فُخِّرَجْنَا عَلَى سُلَيْمَانَ بْنِ دَاوُدَ**»، أي أنّ داود × حكم في النزاع بحكم ملزم جازم، ثم نقضه سليمان ×، فالوقائع ناطقة بهذا وأن ما تأوله القرطبي هو بعيد في رأينا.

⑧- موازنة وترجيح:

من خلال عرض الآراء السابقة و أدلتها، وبعد إدارة النظر جيدا فيها، فإن الذي يترجع لنا هو القول الثاني الذي مفاده أن هذا الحديث فيه دلالة على جواز نقض الأحكام، وذلك لأن نص الحديث يدل على ذلك حيث إن داود × حكم في النزاع، خاصة و أن المرأتين - كما ورد في نص الحديث- تحاكمتا إليه، وحكم بينهما فعلا بنص الحديث، ثم أبطله سليمان ×، فكان في إبطاله دليل على جواز مراجعة الأحكام القضائية ونقضها. وهذا المعنى أكده الصنعاني بقوله: «وقد أخذ من كلام عمر رضي الله عنه أنه ينقض القاضي حكمه إذا أخطأ، ويدل له ما أخرجه الشيخان من حديث أبي هريرة رضي الله عنه...». ثم ذكر الحديث⁽⁵⁾.

- ومع ذلك قد يرد اعتراض هنا على الاستدلال بهذا الحديث بالقول: إنّ هذه الواقعة هي شرع من قبلنا، ومن ثم لا يحتج بها في شرعنا.

- فيمكن دفع هذا الاعتراض بأن شرع من قبلنا هو حجة وشرع لنا ما لم يخالف شرعنا، ولا مخالفة في هذا، فيكون حجة وشرعا لنا⁽⁶⁾.

(1) - الصنعاني، سبل السلام، مرج سابق، ج2، ص505.
(2) - روابج، إلهام شهرزاد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص56.
(3) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج14، ص242.
(4) - روابج، إلهام شهرزاد، المرجع و الصفحة نفسها.
(5) - الصنعاني، سبل السلام، مصدر سابق، ج2، ص505.
(6) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص228.

ز/- عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» (1).
وجه الاستدلال بهذا الحديث أنَّ الحكم القضائي المشوب بعيب من العيوب الشرعية أو الواقعية هو ضرر، والضرر مرفوع ومنفي في الشريعة الإسلامية، ولا شك أنَّ الضرر الذي يسببه الحكم القضائي المعيب لا يُزال إلا بنقضه، وتقرير نقض الأحكام.
 وهذا الحديث نظراً لأهميته الكبيرة، استنبط العلماء منه قاعدة فقهية جليلة هي:
 «الضَّرَرُ يُزَالُ» (2).

المبحث الثالث: آثار الصحابة:

هناك آثار كثيرة، تبين بجلاء جواز نقض الأحكام القضائية، ولعل أهم هذه الآثار رسالة عمر في القضاء التي أرسلها إلى أبي موسى الأشعري ب، زيادة على ذلك فإن هناك أقضية يستفاد منها جواز النقض. ولذلك سنتناول رسالة عمر ﷺ، وبعض الأقضية التي تثبت المقصود.
 أ/- عن الشعبي قال: أتى عمر بن الخطاب ﷺ بامرأة تزوجت في عدتها، فأخذ مهرها، فجعله في بيت المال، وفرَّق بينهما، وقال: «لا يجتمعان»، و عاقبهما. قال: فقال علي ﷺ: «ليس هكذا، ولكن هذه الجهالة من الناس، ولكن يفرق بينهما، ثم تستكمل بقية العدة من الأول، ثم تستقبل عدة أخرى، وجعل لها علي ﷺ المهر بما استحل من فرجها». قال: فحمد الله عمر ﷺ وأثنى عليه، ثم قال: «يا أيها الناس رُدُّوا الجَهَالَات إلى السُّنَّة» (3).
وجه الاستدلال بهذا الأثر أنَّ القضاء بخلاف الحق من الجهالات، ومن ثم يتوجب رده إلى القرآن والسنة، ولا يتم ذلك إلا بنقضه وإبطاله (4).
 وهنا يقول السرخسي الحنفي: «وَإِذَا قُضِيَ بِقَضَاءٍ، ثُمَّ بَدَأَ لَهُ أَنْ يَرْجَعَ عَنْهُ، فَإِنْ كَانَ الَّذِي قُضِيَ بِهِ خَطَأً لَا يَحْتَلِفُ فِيهِ رَدُّهُ وَأَبْطَالُهُ. يَعْنِي إِذَا كَانَ مُحَالِفاً لِنَصِّ، أَوْ

(1) - هذا الحديث أخرجه الحاكم في المستدرک، كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمخاضرة والمناذبة، ج2، ص57-58. وقال عنه: «هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه». وسكت عنه الذهبي، التلخيص، مرجع سابق، ج2، ص58. و مالك في الموطأ، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، ج2، ص290، رقم الحديث: 2171. و البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، ج6، ص69-70. وكتاب إحياء الموات، باب من قضى فيما بين الناس بما فيهم من صلاحهم ودفع الضرر عنهم على الاجتهاد، ج6، ص157. وكتاب آداب القاضي، باب ما لا يحتل القسمة، ج10، ص133. وأخرجه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، ج3، ص77. وكتاب الأفضية والأحكام، ج4، ص227. وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ج3، ص430، رقم الحديث: 2340-2341. والحديث قال عنه الألباني: «صحيح». أنظر: الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح سنن ابن ماجه، مكتبة التريبية العربي لدول الخليج، الرياض، ط3، 1408هـ-1988م، ج2، ص39، رقم الحديث: 1895.
 (2) - السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص7-86. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص85.
 (3) - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب العدد، باب الاختلاف في مهرها وتحريم نكاحها على الثاني، ج7، ص442. ابن منصور، سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني (ت 227 هـ)، سنن سعيد بن منصور، تحقيق وتعليق: حبيب الرحمان الأعظمي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط، د ت، كتاب الطلاق، باب من راجع امرأته، وهو غائب وهي لا تعلم، ق1، مج3، ص314، رقم الأثر: 1326.
 (4) - السرخسي، الميسوط، مرجع سابق، ج16، ص84. ابن عبد البر، التمهيد، مصدر سابق، ج9، ص91. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص687. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج4، ص451. الزركشي، شرح مختصر الخرفي، مصدر سابق، ج4، ص448.

لِإِجْمَاعٍ فَالْقَضَاءُ بِخِلَافِ النَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ بَاطِلٌ، وَهُوَ جَهْلٌ مِنَ الْقَاضِي، وَفِي الْحَدِيثِ: «رُدُّوا الْجَهَالَاتِ إِلَى السُّنَّةِ...»⁽¹⁾.

ب- عَنْ الشَّعْبِيِّ عَنْ شُرَيْحٍ أَنَّهُ كَتَبَ إِلَى عُمَرَ يَسْأَلُهُ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ: «أَنْ أَقْضِ بِمَا فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؛ وَلَا فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ؛ فَأَقْضِ بِمَا قَضَى بِهِ الصَّالِحُونَ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، وَلَا فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَلَمْ يَقْضِ بِهِ الصَّالِحُونَ، فَإِنْ شِئْتَ فَتَقَدَّمْ، وَإِنْ شِئْتَ فَتَأَخَّرْ، وَلَا أَرَى التَّأَخَّرَ إِلَّا خَيْرًا لَكَ. وَالسَّلَامُ عَلَيْكُمْ»⁽²⁾.

وجه الاستدلال بهذا الأثر أن القضاء يكون إلا بالقرآن، فالسنة، فالإجماع، لأن الواجب أن لا يعدل القاضي عن هذه الثلاثة مع وجودها، وإلا وجب نقضه وإبطاله في حال المخالفة⁽³⁾.

ج- رسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري ب في القضاء:

تعد رسالة عمر بن الخطاب ﷺ في القضاء - والتي بعثها إلى واليه بالكوفة أبي موسى الأشعري ﷺ - رسالة عظيمة، ومن الوثائق التاريخية القضائية الجليلة، وذلك لاشتمالها وتضمنها على قضايا أساسية، ومبادئ رئيسة في القضاء، كمبدأ المساواة بين الخصوم، و فكرة الأجل، و فكرة نقض الأحكام، و شروط الشهود، و غيرها من القضايا المهمة. و لذلك أصاب الفقيه الحنفي محمد بن الحسن الشيباني حين سمى هذه الرسالة بـ «كتاب سياسة القضاء»، أو «كتاب السياسة»⁽⁴⁾، و سماها ابن فرحون بـ «رسالة القضاء»⁽⁵⁾، ومن ثم فإن هذه الرسالة هي- كما قال عنها ابن قيم الجوزية- «و هذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول، وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة، و الحاكم و المفتي أحوج شيء إليه و إلى تأمله و التفقه فيه»⁽⁶⁾.

و كما قال عنها ابن سهل المالكي: «...رسالة القضاء لعمر بن الخطاب ﷺ... هي أصل فيما تضمنته من فصول القضاء، و معاني الأحكام، و عليها احتذى قضاة الإسلام، و قد ذكرها كثير من العلماء و صدّروا بها كتبهم»⁽⁷⁾.

و قال عنها ابن تيمية الحنبلي: « ورسالة عمر المشهورة في القضاء إلى أبي موسى الأشعري تداولها الفقهاء، وبنوا عليها، و اعتمدوا على ما فيها من الفقه، و أصول الفقه...»⁽⁸⁾.

(1) - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج16، ص84.
(2) - أخرجه النسائي في سننه، كتاب آداب القضاة، الحكم باتفاق أهل العلم، ص547، رقم الحديث: 5399. و أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب موضع المشاورة، ج10، ص110. و الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمان السمرقندي، السنن- المشهورة بـ: سنن الدارمي، تحقيق: فواز أحمد زمرلي- خالد السبع العلمي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1407هـ-1987م، باب الفتيا و ما فيه من الشدة، ج1، ص71-72، رقم الأثر: 167. و أيضا: ابن حزم الظاهري، الإحكام، مصدر سابق، ج6، ص748. ج7، ص935.
(3) - الزركشي، شرح مختصر الخرقى، مصدر سابق، ج4، ص448-447.
(4) - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج16، ص60. الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج7، ص09.
(5) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص24.
(6) - ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مصدر سابق، ج1، ص124.
(7) - ابن سهل، أبو الأصبغ عيسى، ديوان الأحكام الكبرى، أو النوازل و الأعدام، تحقيق: رشيد النعيمي، شركة الصفحات الذهبية المحدودة، الرياض، ط1، 1417هـ-1997م، ج1، ص126. وانظر: ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص24-25.
(8) - ابن تيمية، منهاج السنة النبوية، تحقيق: محمد رشاد سالم، مؤسسة قرطبة، ط1، دت، ج6، ص37.

و نظرا للأهمية القصوى للرسالة العميرية في القضاء، فقد نقلها الكثير من العلماء في كتبهم⁽¹⁾، كما اعتنى بعضهم بشرحها⁽²⁾، ولذلك فإن كل العلماء قبلوا هذه الرسالة، بل اعتبروها من أصول القضاء وقواعده. ولم يخالف في هذا إلا ابن حزم الظاهري من المتقدمين، و محمود بن محمد بن عرنوس، و المستشرق البريطاني دافيد صمويل مرجليوث من المعاصرين، فقد أنكروا كلهم هذه الرسالة، وأنها لم تثبت تاريخيا.

وطبعا، من الناحية الموضوعية لا يمكن الاستشهاد بهذه الرسالة إلا بعد إثباتها والتحقق من وجودها التاريخي، ومن ثم فإنه لا بد من عرض رأي المنكرين للرسالة والرد عليهم، ثم بعد ذلك نستشهد بالرسالة فيما يتعلق بالنقض.

1- المنكرون لرسالة عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- في القضاء و حججهم:

أنكر كل من ابن حزم الظاهري⁽³⁾، و الشيخ محمود بن عرنوس⁽⁴⁾، و هو من المعاصرين، و دافيد صمويل مرجليوث من المستشرقين⁽⁵⁾، صحة هذه الرسالة،

(1) - ابن قتيبة، أبو محمد عبد الله بن مسلم الدينوري، عيون الأخبار، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، دط، 1996م، ج1، ص66. الميرد، أبو العباس محمد بن يزيد، الكامل، تحقيق: محمد أحمد الدالي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1413هـ-1993م، ج1، ص19-20. الجاحظ، أبو عثمان عمرو بن بحر، البيان و التبيين، وضع حواشيه: موفق شهاب الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ-1998م، ج2، ص33. ابن الجوزي، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد، مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، دار ابن خلدون، الإسكندرية، دط، 1996م، ص128-129. السرخسي، الميسوط، مصدر سابق، ج16، ص63. الحسام الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص28. الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج7، ص09. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص15. وكيع، أخبار القضاة، مرجع سابق، ج1، ص70-72. البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب لا يحيل حكم القاضي على المقضي له والمقضي عليه ولا يجعل الحلال على واحد منهما حراما و لا الحرام على واحد منهما حلالا، ج10، ص150. ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، مصدر سابق، ج10، ص1144-1145. ابن رشد (الجد)، المقدمات، مصدر سابق، ج2، ص268. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص71. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص25. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص434-435. التسولي، البهجة، مصدر سابق، ج1، ص122. ابن خلدون، المقدمة، مصدر سابق، ج2، ص606. ابن الأزرق، بدائع السلك، مصدر سابق، ج1، ص255-256. المكي، تهذيب الفروق، ضبط و تصحيح: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1998م، ج4، ص179. ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص46. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص139-140. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد حبيب البصري، نصيحة الملوك، تحقيق: خضر محمد خضر، دار الفلاح، الكويت، ط1، 1403هـ-1983م، ص204-205. ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مصدر سابق، ج1، ص123. المتقي الهندي، علاء الدين علي المتقي بن حسام الدين الهندي البرهان فوري (597هـ)، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، ضبطه وفسره غريبه: الشيخ بكرى حياني، صححه ووضع فهرسه: الشيخ صفوة السقا، مؤسسة الرسالة، بيروت، دط، 1413هـ-1993م، ج5، ص806.

(2) - الحسام الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص25. الميسوط، مصدر سابق، ج16، ص63. ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مصدر سابق، ج1، ص123-266. الميرد، الكامل، مصدر سابق، ج1، ص19-26. النسفي، نجم الدين أبي حفص عمر بن محمد، طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، ضبط و تعليق و تخريج: خالد عبد الرحمان العك، دار النفائس، بيروت، ط3، 1431هـ-2010م، ص270-271.

(3) - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج1، ص59. ج9، ص423. ج9، ص431. وانظر أيضا كتابه: الإحكام، مصدر سابق، ج7، ص934.

(4) - ابن عرنوس، محمود، تاريخ القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص14-15.

(5) - كتب المستشرق دافيد صمويل مرجليوث البريطاني (1858م-1940م) بحثا حول رسالة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، عنوانه: «وصية عمر للقاضي»، و نشر بمجلة الجمعية الملكية الآسيوية سنة 1910م.

- أنظر: العقيقي، نجيب، المستشرقون - موسوعة في تراث العرب مع تراجم المستشرقين ودراساتهم عنه منذ ألف عام حتى اليوم، دار المعارف، القاهرة، ط4، دت، ج2، ص78.

- و على الرغم من أننا لم نستطع الحصول على هذا البحث و الاطلاع عليه، إلا أننا وجدنا عبد العزيز مصطفى المراغي، في تحقيقه لأخبار القضاة لو كيع، يذكر مضمون هذا المقال، وهو أن مرجليوث عمد إلى المقارنة بين ثلاث روايات اختارها، وهي: رواية الجاحظ؛ ورواية ابن قتيبة؛ ورواية ابن خلدون. و قد حاول هذا المستشرق أن يجعل من اختلاف الروايات سببا للتشكيك في صحة نسبة الكتاب إلى عمر، و عجب أن يكون هذا الكتاب قد نقل شفاه من عمر لأبي موسى. وإذا فمرجليوث اعتمد منهج الشك.

- وقد ردّ عليه عبد العزيز مصطفى المراغي بأنه ليس لأحد الأمرين - فيما يرى - داعيا للتشكيك في الكتاب، أما الثاني؛ فلأن أغلب الروايات تدور على سعيد بن أبي بردة بن أبي موسى، وفيها يقول الراوي عنه: «فأخرج لنا كتابا فيها كتاب عمر إلى أبي موسى». و أما الأول؛ فلأن اختلاف الروايات في الحديث لا يكون سببا قادحا فيه، و موجبا

لدرجة أن ابن حزم وجريا على عادته في الاتهام، اتهم أصحاب المذاهب الأربعة بأن الرسالة هي: «الرسالة المكذوبة الموضوعة عن عمر رضي الله عنه» (1). ويمكن أن نجمل الاعتراضات على الرسالة إلى اعتراضات من ناحية السند، واعتراضات من ناحية المتن أو الموضوع. ومن ثم فهذا الاتجاه من الفقهاء يؤسس رأيه على المنهج التاريخي، الذي يقوم على قاعدتي: النقد الخارجي؛ والنقد الداخلي، وذلك كالآتي:

I / - النقد الخارجي للرسالة (من ناحية السند):

- إن رسالة عمر بن الخطاب رضي الله عنه في القضاء «لم يروها إلا عبد الملك بن الوليد بن معدان عن أبيه، وهو ساقط بلا خلاف، وأبوه أسقط منه، أو من هو مثله في السقوط» (2).

و «قال أبو محمد [وهي كنية ابن حزم نفسه]: وهذا لا يصح، لأن السند الأول فيه عبد الملك بن الوليد بن معدان، وهو كوفي متروك الحديث، ساقط بلا خلاف، وأبوه مجهول. وأما السند الثاني فمن بين الكرجي إلى سفيان مجهولون، وهو أيضا منقطع، فبطل القول به جملة» (3).

- إن القول بأن أبا موسى الأشعري رضي الله عنه ولي الكوفة في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه غير صحيح - وكما قال محمود بن عرنوس -: «فهو لم يل الكوفة في زمن عمر رضي الله عنه، وإنما وليها في زمن عثمان رضي الله عنه، وإنما كان قاضي الكوفة شريح» (4).

- إن الرسالة التي تصح عن عمر بن الخطاب غير هذه أصلا، وهي رسالة أخرى بعثها إلى شريح القاضي، فعن الشعبي عن شريح أنه كتب إلى عمر يسأله، فكتب إليه: «أن أفض بما في كتاب الله، فإن لم يكن في كتاب الله فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإن لم يكن في كتاب الله؛ ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ فأفض بما قضى به الصالحون، فإن لم يكن في كتاب الله، ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولم يقض به

لرده، خصوصا وأن هذا الكتاب عن عمر لا عن الرسول صلى الله عليه وسلم، وهو مكتوب في معنى خاص لا يغير من اختلاف الروايات فيه، ما دامت كلها تحمل هذا المعنى، والعلماء الخبيرون بالأخبار وطرق نقلها لم يشكوا في صحة الكتاب، ولم ينقل عن واحد منهم معنى من معاني رده... أنظر: المراعي، عبد العزيز مصطفى، تعليقات بهامش أخبار القضاة لوكيع، عالم الكتب، بيروت، دط، ج1، ص74. وطبعا يستثنى مما قاله المراعي ابن حزم و ابن عرنوس.

- و يشار فقط أنها ليست هذه هي المرة الوحيدة التي يشكك فيها المستشرق مرجليوت بما أنتجته الحضارة الإسلامية، وإنما هناك أيضا الشك في الشعر الجاهلي، حيث أنكر وجود أي شعر جاهلي قبل العصر الأموي، وإنما هو شعر منتحل و مزور ومختلج من طرف المسلمين. أنظر كتابه: أصول الشعر العربي، ترجمة و تعليق ودراسة: إبراهيم عوض، دار الفردوس، دم ن، د ط، 1426هـ-2006م، ص2-114.

- هذا و قد وصف البعض أبحاث مرجليوت بأنها «أبحاث مغرضة»، «تسري فيها روح غير علمية و متعصبة، مما جعلها تثير السخط عليه، ليس فقط عند المسلمين، بل و عند كثير من المستشرقين». أنظر: بدوي، عبد الرحمن، موسوعة المستشرقين، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، ط4، 2003م، ص546.

(1) - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج1، ص59. ج9، ص423. و ج9، ص431. وانظر أيضا كتابه: الأحكام، مصدر سابق، ج7، ص934.

(2) - ابن حزم، المحلى، المصدر و الصفحة نفسها. وانظر أيضا كتابه: الأحكام، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - ابن حزم الظاهري، الأحكام، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - ابن عرنوس، محمود، تاريخ القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص15.

الصَّالِحُونَ، فَإِنْ شِئْتَ فَتَقَدَّمْ، وَإِنْ شِئْتَ فَتَأَخَّرْ، وَلَا أَرَى التَّأَخَّرَ إِلَّا خَيْرًا لَكَ.
وَالسَّلَامُ عَلَيْكُمْ»⁽¹⁾.

II -/ النقد الداخلي للرسالة (من ناحية المتن و الموضوع):

- اشتمال الرسالة على ألفاظ و مصطلحات لم تكن موجودة في عصر الصحابة:
«فإن فيها: و اعرف الأشباه والأمثال، وقس الأمور»⁽²⁾، فمصطلح القياس لم يكن له وجود في عصر الصحابة.

- مخالفة الفقهاء لما ورد في الرسالة، فإن فيها: «أشياء خالفوا فيها عمر رضي الله عنه، منها قوله فيها: «والمسلمون عدول، بعضهم عن بعض، إلا مجلودا في حد، أو ظنينا في ولاء، أو نسب»، وهم لا يقولون بهذا»⁽³⁾.

وقال أيضا ابن حزم الظاهري: «ويكفي من هذا أنه لا حجة في قول أحد دون النبي صلى الله عليه وسلم، و كم قصة خالفوا فيها عمر. و أيضا: فلا يخلو من أن تكون صحيحة أو غير صحيحة، فإن كانت غير صحيحة، فهو قولنا ولا حجة علينا فيها، وإن كانت صحيحة تقوم بها الحجة، فقد خالف أبو حنيفة ومالك و الشافعي والحاضر من خصومنا المحتجين بها، ما فيها، فأجازوا شهادة المجلود في الخمر والزنى إذا تاب. وأجاز مالك و الشافعي شهادة المجلود في حد القذف إذا تاب، وهذا خلاف ما في رسالة عمر، و إذا ادعوا إجماعا كذبهم الأوزاعي، فلا يجيز شهادة مجلود في شيء من الحدود أصلا، كما في رسالة عمر التي صححوا.. وكل هذا خلاف ما في رسالة عمر، ومن الباطل المحال أن تكون حجة علينا في القياس، و لا تكون حجة عليهم فيما خالفوها فيه، ويكفي في هذا إقرارهم بأنها حق وحجة، ثم خلافهم ما فيها، فقد أقرروا بأنهم خالفوا الحق و الحجة، ونحن لا نقر بها. والله الحمد»⁽⁴⁾.

- إنَّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه - وهو صاحب الرسالة - لم يعمل بما تضمنته الرسالة، فقد رجع عما قاله⁽⁵⁾. فقد قال ابن سهل المالكي: «وقول عمر رضي الله عنه في هذه الرسالة: «المؤمنون عدول، بعضهم على بعض»، رجع عمر عن ذلك»⁽⁶⁾.

ومما يؤيد كلام ابن سهل ما يُروى عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أنه قال: «قَدِمَ على عمر بن الخطاب رجل من أهل العراق، فقال: لقد جئتكَ لأمر ما له رأس ولا ذنب! فقال عمر: ما هو؟، قال: شهادات الزور ظهرت بأرضنا، فقال عمر: أو قد كان ذلك؟. قال: نعم، فقال عمر: والله لا يُؤسر رجل في الإسلام بغير العدول»⁽⁷⁾.

(1) - سبق تخريجه في ص 288.

(2) - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج 1، ص 59. و انظر أيضا كتابه: الأحكام، مصدر سابق، ج 7، ص 935. - وقد استدل الزركشي بهذا الأثر على جواز النقص. انظر: الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرفي، مصدر سابق، ج 4، ص 447-448.

(3) - ابن حزم، المحلى، المصدر نفسه، ج 1، ص 60.

(4) - ابن حزم، الأحكام، المصدر نفسه، ج 7، ص 934-935.

(5) - ابن عرنوس، محمود، تاريخ القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص 15.

(6) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 31. ابن سهل، ديوان الأحكام الكبرى، مصدر سابق، ج 1، ص 128-129.

(7) - أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأفضية، باب ما جاء في الشهادات، ج 2 ص 261-262. رقم الأثر: 2106.

فهذا النص يدل على رجوع عمر عما ورد في هذه الرسالة⁽¹⁾.

2- الرد على منكري رسالة عمر بن الخطاب ؓ:

I - إثبات الرسالة من الناحية الخارجية (من ناحية السند والتاريخ):

- إن ما ادعاه ابن حزم الظاهري من أن الراوي، وهو عبد الملك بن الوليد بن معدان، ساقط هو وأبوه بلا خلاف، إدعاء غير صحيح، فإذا كان ابن حزم الظاهري لا يقبل روايتهم، فإن هناك من المحدثين من يقبل روايتهم، فعبد الملك بن الوليد «قال عنه يحيى بن معين: صالح، وقال البخاري: فيه نظر، وقال النسائي: ليس بالقوي»⁽²⁾.

وقال أحمد محمد شاكر عنه: «أما عبد الملك فقد اختلف في شأنه، كما ترى، وانفرد ابن حزم بتضعيفه إلى النهاية، وإنما هو متوسط»⁽³⁾.

فالقول بأنه ساقط بلا خلاف عبارة تعوزها الدقة والتحقيق.

- أما أبوه الوليد بن معدان الضبعي، فقد قال عنه ابن حبان: «يروى عن ابن عمر، روى عنه ابنه عبد الملك بن الوليد، يعتبر بحديثه ما لم يروه عنه ابنه»⁽⁴⁾.
فأين كل هذا مما قاله ابن حزم الظاهري؟

- ومن جهة أخرى، فإن الرسالة رويت من طرق أخرى⁽⁵⁾، غير طريق عبد الملك بن الوليد بن معدان، فإذا كان هذا غير صحيح، فإن الطرق الأخرى صحيحة.

و الطرق التي رويت بها الرسالة، غير الطريق الذي ذكره ابن حزم، هي:

- **الطريق الأول:** قال أبو عبيد: حدثنا كثير بن هشام، عن جعفر بن برقان، وقال أبو نعيم: عن جعفر بن برقان، عن معمر البصري، عن أبي العوام، وقال سفيان بن عيينة: حدثنا إدريس أبو عبد الله بن إدريس، قال: أتيت سعيد بن أبي بردة، فسألته عن رسائل عمر بن الخطاب التي كان يكتب بها إلى أبي موسى الأشعري ب، وكان أبو موسى قد أوصى إلى أبي بردة، فأخرج إليه كتابا، فرأيت في كتاب منها... و ذكر الرسالة بنصها. قال أبو عبيد: فقلت لكثير هل أسنده جعفر؟، قال: لا⁽⁶⁾.

و قد قال ابن تيمية الحنبلي عن هذا الطريق و السند: «ورسالة عمر المشهورة في القضاء إلى أبي موسى الأشعري ب... ومن طرقها ما رواه أبو عبيد وابن بطة وغيرهما بالإسناد الثابت، عن كثير بن هشام عن جعفر بن برقان قال: كتب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري ب: أما بعد، فإن القضاء فريضة محكمة...»

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص31. ابن سهل، ديوان الأحكام الكبرى، مصدر سابق، ج1، ص128-129.

(2) - المزني، جمال الدين أبو الحجاج يوسف، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1408هـ-1988م، ج1، ص432. الترجمة رقم: 3572.

(3) - شاكر، أحمد محمد، حاشية على المحلى لابن حزم، دار الجيل، بيروت، دار الآفاق الجديدة، بيروت، دط، ص1، ص59.

(4) - ابن حبان، محمد، كتاب الثقات، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الهند، ط1، 1399هـ.

(5) - ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مصدر سابق، ج1، ص493-494.

(6) - ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مصدر سابق، ج1، ص91. البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، ج10، ص150.

(6) - ابن قيم الجوزية، المصدر نفسه، ج1، ص122-124.

«(1)

وقال محمد ناصر الألباني عن هذا الطريق: «صحيح... و هذا إسناد رجاله ثقات رجال الشيخين، لكنه مرسل، لأن سعيد بن أبي بردة تابعي صغير روايته عن عبد الله بن عمر مرسل، فكيف عن عمر؟. لكن قوله: « هذا كتاب عمر » وجادة، و هي وجادة صحيحة من أصح الوجادات، و هي حجة»⁽²⁾.

- **الطريق الثاني:** حدثنا أبو جعفر محمد بن سليمان بن محمد النعماني، حدثنا عبد الله بن عبد الصمد بن أبي خدّاش، نا عيسى بن يونس، حدثنا عبيد الله بن أبي حميد، عن أبي المليح الهذلي قال: « كتب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري ب... »⁽³⁾.

و قال شارحه أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي: «في إسناده عبيد الله بن أبي حميد، وهو ضعيف»⁽⁴⁾.

وقال الزيلعي: « و عبد الله بن أبي حميد ضعيف! »⁽⁵⁾.

وقال محمد ناصر الألباني عن هذا الطريق: « و عبيد الله بن أبي حميد متروك الحديث »⁽⁶⁾.

- **الطريق الثالث:** وَأَخْبَرَنَا أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْحَافِظُ، حَدَّثَنَا أَبُو الْعَبَّاسِ مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ، حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ إِسْحَاقَ الصَّعَّانِيُّ، حَدَّثَنَا ابْنُ كُنَّاسَةَ، حَدَّثَنَا جَعْفَرُ بْنُ بُرْقَانَ، عَنْ مَعْمَرِ الْبَصْرِيِّ، عَنْ أَبِي الْعَوَّامِ الْبَصْرِيِّ، قَالَ: كَتَبَ عُمَرُ إِلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ ب⁽⁷⁾.

قال أحمد محمد شاكر عن الطريق الأول: « وخير هذه الأسانيد - فيما نرى - إسناد سفيان بن عيينة عن إدريس - و هو إدريس بن يزيد بن عبد الرحمان الأودي و هو ثقة- أن سعيد بن أبي بردة بن أبي موسى أراه الكتاب، و قرأه لديه. وهذه وجادة جيدة في قوة الإسناد الصحيح، إن لم تكن أقوى منه، فالقراءة من الكتاب أوثق من التلقي عن الحفظ»⁽⁸⁾.

- إن القول بأن أبا موسى الأشعري رضي الله عنه لم يل الكوفة في زمن عمر رضي الله عنه غير صحيح، بل الصحيح أنه ولي الكوفة في أواخر خلافة عمر رضي الله عنه وبالضبط في سنة 22 هـ. يقول ابن جرير الطبري: «ثم أقبل [أي عمر رضي الله عنه] على أهل الكوفة، فقال:

(1) - ابن تيمية، منهاج السنة النبوية، مصدر سابق، ج6، ص37.
(2) - الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج احاديث منار السبيل، إشراف: محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1399هـ-1979م، ج8، ص241، 258، الحديث رقم: 2619، 2634.
(3) - الدارقطني في سننه، كتاب في الأقضية و الأحكام و غير ذلك، ج4، ص206.
(4) - العظيم آبادي، أبو الطيب محمد شمس الحق، التعليق المغني على الدارقطني، مطبوع بهامش سنن الدارقطني، تصحيح وتنسيق و ترقيم: عبدالله هاشم يماني المدني، دار المحاسن للطباعة، القاهرة، دط، 1386هـ-1966م، ج4، ص206.
(5) - الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الحنفي، نصب الراية لأحاديث الهداية، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، مؤسسة الريان، بيروت، المكتبة المكية، ط1، 1418هـ-1997م، ج4، ص82، الحديث رقم: 6589.
(6) - الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل، مرجع سابق، ج8، ص241، الحديث رقم: 2619.
(7) - البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب لا يحيل حكم القاضي على المقضي له والمقضي عليه ولا يجعل الحلال على واحد منهما حراما و لا الحرام على واحد منهما حلالا، ج10، ص150.
(8) - شاكر، أحمد محمد، تعليقات على هامش المحلى لابن حزم الظاهري، ج1، ص60.

من تريدون يا أهل الكوفة؟ فقالوا: أبا موسى رضي الله عنه، فأمره عليهم بعد عمار رضي الله عنه (بن ياسر)، فأقام عليهم سنة»⁽¹⁾.

وهذا الذي قاله الطبري أكده عبد الرحمان ابن خلدون⁽²⁾، وواسماعيل ابن كثير⁽³⁾،⁽³⁾، وابن الأثير الجزري⁽⁴⁾، وابن حجر العسقلاني⁽⁵⁾، ومن ثم فإن الرسالة صحيحة سنداً، وأنها ثابتة تاريخياً، ولا حجة في نكرانها.

II - إثبات الرسالة من الناحية الداخلية (من ناحية المتن و الموضوع):

- إنَّ الزعم بأنَّ الرسالة تضمنت اصطلاحات لم تكن في عصر الصحابة غير صحيح، والصحيح أن مصطلح القياس كان معروفاً في عهد الرسول صلى الله عليه وآله وسلم، وعهد الصحابة.

فمن السنة حديث عوف بن مالك - رضي الله عنه - قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وآله وسلم: «سَتَفْتَرُقُ أُمَّتِي عَلَى بَضْعٍ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً أَكْثَرُهَا فِرْقَةٌ عَلَى أُمَّتِي قَوْمٌ يَقْسِمُونَ الْأُمُورَ بِرَأْيِهِمْ يُحَرِّمُونَ الْحَلَالَ، وَيُحِلُّونَ الْحَرَامَ»⁽⁶⁾.

و يقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: «لا يأتي عليكم عام، إلا وهو شر لكم من الذي قبله، أما إنني لا أقول لكم: أمير خير من أمير، ولا عام أخصب من عام، ولكن فقهاؤكم يذهبون، ثم لا يجدون منهم خلفاً ويجيء قوم يقسمون الأمور برأيهم»⁽⁷⁾. والمقصود بالقياس المذموم هنا القياس الذي على غير أصل، أو القياس الذي يُردُّ به الأصل⁽⁸⁾. أما القياس الذي على أصل شرعي، أو الذي لا يرد به الأصل فهو

(1) - الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، تاريخ الأمم والملوك، المشهور ب: تاريخ الطبري، اعتنى به: أبو صهيب الكرمي، بيت الأفكار الدولية، عمان، دط، دت، ص 693.

(2) - ابن خلدون، المقدمة، مصدر سابق، ج 2، ص 604.

(3) - ابن كثير، البداية والنهاية، مصدر سابق، ج 4، ص 193-194.

(4) - ابن الأثير الجزري، أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد، الكامل في التاريخ، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 5، ص 1405 هـ-1985 م، ج 3، ص 15-16.

(5) - ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، ج 1، ص 267.

(6) - أخرجه الحاكم النيسابوري، محمد بن عبدالله أبو عبدالله، المستدرک علی الصحیحین، تحقیق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1411 هـ- 1990 م، ج 3، ص 631، رقم الحديث: 6325. وقال عنه الحاكم النيسابوري: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه». وسكت عنه الذهبي. انظر: الذهبي، التلخيص، ج 3، ص 631. وأخرجه ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، باب نفي الالتباس في الفرق بين الأدليل والقياس وذكر من ذم القياس على غير أصل، ص 294. رقم: 873. و باب ما جاء في ذم القول في دين الله بالرأي والظن والقياس على غير أصل و عيب الإكثار من المسائل دون اعتبار، ص 364، رقم: 1029. وقال عنه ابن عبد البر: «هذا عند أهل العلم بالحديث: حديث غير صحيح، حملوا فيه على نعيم بن حماد»، وقال أحمد بن حنبل و يحيى بن معين: «حديث عوف بن مالك هذا لا أصل له». انظر: ابن عبد البر، جامع بيان العلم، المصدر نفسه، ص 294. واحتج به ابن حزم الظاهري في المحلى، وهو لا يحتج إلا بصحيح، كما اشترط ذلك في مقدمة المحلى، كما ذكره أيضاً في الأحكام ولم يذكر حكمه. والظاهر أنه صحيح، لأنه سكت عنه، خاصة وأن الحديث يتضمن كلمة القياس. انظر: ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج 1، ص 62. ابن حزم، الأحكام، مصدر سابق، ج 8، ص 994. وقال عنه أيضاً أحمد شاكر: «ضعيف جداً». انظر: شاكر أحمد محمد، تعليقات بهامش المحلى لابن حزم الظاهري، مصدر سابق، ج 1، ص 63.

(6) - أخرجه الدارمي في سننه، باب تغير الزمان وما يحدث فيه، ج 1، ص 76، رقم الأثر: 188. وأخرجه ابن عبد البر، جامع بيان العلم، باب ما جاء في ذم القول في دين الله بالرأي والظن والقياس على غير أصل و عيب الإكثار من المسائل دون اعتبار، ص 366. رقم: 1039. وانظر: ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 1، ص 59-60.

(7) - أخرجه الدارمي في سننه، باب تغير الزمان وما يحدث فيه، ج 1، ص 76، رقم الأثر: 188. وأخرجه ابن عبد البر، جامع بيان العلم، باب ما جاء في ذم القول في دين الله بالرأي والظن والقياس على غير أصل و عيب الإكثار من المسائل دون اعتبار، ص 366. رقم: 1039. وانظر: ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 1، ص 59-60.

(8) - ابن عبد البر، جامع بيان العلم، مصدر سابق، ص 294.

القياس الذي يأخذ به الفقهاء والذي جعلوه الأصل الرابع بعد الكتاب، و السنة، و الإجماع.

- أما القول بأن الفقهاء خالفوا ما ورد في الرسالة، فإن مجرد المخالفة لا يعني رفض الرسالة وإبطالها، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن قول عمر رضي الله عنه: «والمسلمون عدول بعضهم على بعض» ليس مطلقاً، فهو لم يسكت حينما قال هذه العبارة، بل استثنى في الرسالة ذاتها المعروف بشهادة الزور، ومن جلد في حد، ومن يتهم في شهادته بهدف جرّ مصلحة ومنفعة، فهو يقول: «إلا مجرباً عليه شهادة زور، أو مجلوداً في حد، أو ظنيماً في ولاء أو نسب». فعمرو رضي الله عنه - بناء على هذا - لم يغفل شروط العدالة، ولو أنه لم يذكرها كلها، لأنه لم يكن يقصد حصرها⁽¹⁾.

- أما رجوع عمر رضي الله عنه عما ورد في بعض الرسالة، فهذا لا ينفي الرسالة كلها وإبطالها، هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن الرجوع يدل على صحة الرسالة وليس بطلانها، ذلك أن الرسالة تذكر أن مذهب عمر رضي الله عنه الرجوع إلى الحق إذا ظهر له الخطأ، فهو يقول في الرسالة: «و لا يَمْنَعُكَ قِضَاءٌ قُضِيَ فِيهِ الْيَوْمَ، فَرَأَجَعْتَ فِيهِ رَأْيَكَ، فَهَدَيْتَ فِيهِ لِرُشْدِكَ أَنْ تُرَاجَعَ فِيهِ الْحَقُّ، فَإِنَّ الْحَقَّ قَدِيمٌ لَا يُبْطَلُهُ شَيْءٌ، وَمَرَأَجَعَةُ الْحَقُّ خَيْرٌ مِنَ التَّمَادِي فِي الْبَاطِلِ»، وهو قد رجع إلى الحق لما ظهر له الخطأ⁽²⁾.

وبهذا تكون الرسالة ثابتة سنداً ومنتاً، شكلاً وموضوعاً. هو ما رجحه كثير من الباحثين المعاصرين⁽³⁾.

3- محل الشاهد في رسالة عمر بن الخطاب ت على جواز نقض الأحكام:

أما محل الشاهد على جواز نقض الأحكام التي تشوبها عيوب و أخطاء، فهو قول عمر ت في الرسالة: «و لا يَمْنَعُكَ قِضَاءٌ قُضِيَ فِيهِ الْيَوْمَ، فَرَأَجَعْتَ فِيهِ رَأْيَكَ، فَهَدَيْتَ فِيهِ لِرُشْدِكَ أَنْ تُرَاجَعَ فِيهِ الْحَقُّ، فَإِنَّ الْحَقَّ قَدِيمٌ لَا يُبْطَلُهُ شَيْءٌ، وَمَرَأَجَعَةُ الْحَقُّ خَيْرٌ مِنَ التَّمَادِي فِي الْبَاطِلِ»⁽⁴⁾.

- ومعنى هذه العبارة - التي هي بمثابة قاعدة شرعية قضائية - أن القاضي إذا اجتهد في قضية عرضت عليه فحكم فيها بحكم معين، ثم بعد مدة عرضت عليه قضية مشابهة لها، فإنه يجوز له أن يحكم في القضية الثانية بخلاف ما حكم به في الأولى «فلا يكون الاجتهاد الأول مانعاً من العمل بالاجتهاد الثاني متى ظهر الحق، فالحق أولى بالإيثار، لأنه قديم سابق على الباطل»⁽⁵⁾. فالاجتهاد لا ينقض الاجتهاد.

(1) - القرشي، غالب بن عبد الكافي، أوليات الفاروق في الإدارة والقضاء، رسالة دكتوراه، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء بالأشترانك مع مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط1، 1410هـ - 1990م، ج2، ص629.

(2) - القرشي، غالب بن عبد الكافي، المرجع و الصفحة نفسها.

(3) - القرشي، غالب بن عبد الكافي، المرجع و الصفحة نفسها. بوضياف، عمار، السلطة القضائية بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص148. القاسمي، ظافر، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ، مرجع سابق، ص449.

(4) - انظر ص292 من هذا الفصل.

(5) - ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مصدر سابق، ج1، ص158.

الاجتهاد.

- كما تعني هذه العبارة أيضا أن القاضي إذا حكم في خصومة ثم تبين له أنه أخطأ في الحكم فيجوز له نقض حكمه، كما له نقض حكم غيره متى تبين له وجود خطأ في الحكم. يقول السرخسي الحنفي في هذا المعنى: « وفيه دليل أنه إذا تبين للقاضي الخطأ في قضائه، بأن خالف قضاؤه النص؛ أو الإجماع؛ فعليه أن ينقضه. ولا ينبغي أن يمنعه الاستحياء من الناس من ذلك، فإن مراقبة الله تعالى في ذلك خير له. وإلى ذلك أشار عمر ت حين ابتلي بالحديث في الصلاة الحديث. إلى أن قال: « كدت أن أمضي في صلاتي استحياء منكم، ثم قلت: لأن أراقب الله تعالى خير من أن أراقبكم». فمن ابتلي بشيء من ذلك فليراقب الله تعالى، وهذا ليس في القاضي خاصة، بل هو في كل من يبين لغيره شيئا من أمور الدين؛ الواعظ؛ والمفتي؛ والقاضي؛ في ذلك سواء إذا تبين له أنه زل، فليظهر رجوعه عن ذلك، فزلة العالم سبب لفتنة الناس، كما قيل: **إِنْ زَلَّ الْعَالِمُ زَلَّ بِزَلِّهِ الْعَالَمُ**، ولكن هذا في حق القاضي أوجب، لأن القضاء ملزم.

- وقوله: «**الحق قديم**»، يعني هو الأصل المطلوب، ولأنه لا تنتكّم زلة من زل، بل يظهر لا محالة، فإذا كان هو الذي يظهره على نفسه كان أحسن حالا عند العقلاء من أن تظهر ذلك عليه مع إصراره على الباطل»⁽¹⁾.

وقال ابن قيم الجوزية الحنبلي: « يريد إنك إذا اجتهدت في حكومة، ثم وقعت لك مرة أخرى، فلا يمنعك الاجتهاد الأول من إعادته، فإن الاجتهاد قد يتغير ولا يكون الاجتهاد الأول مانعا من العمل بالثاني، إذا ظهر أنه الحق، فإن الحق أولى بالإيثار، لأنه قديم سابق على الباطل، فإن كان الاجتهاد الأول قد سبق الثاني والثاني هو الحق، فهو أسبق من الاجتهاد الأول، لأنه قديم سابق على ما سواه، ولا يبطله وقوع الاجتهاد الأول على خلاف، بل الرجوع إليه أولى من التماسي على الاجتهاد الأول»⁽²⁾.

و قال الصنعاني: « و قد أخذ من كلام عمر- ت- أن ينقض القاضي حكمه إذا أخطأ»⁽³⁾.

وهذه العبارة بهذا المعنى الذي ذكرناه يستشهد بها الكثير من الفقهاء المتقدمين⁽⁴⁾، وكذلك من الباحثين المعاصرين⁽⁵⁾ لبيان جواز نقض الأحكام، سواء القاضي ينقض حكمه بنفسه أو حكم غيره، ولكن متى وجدت أسباب النقض.

ج- روي أنه «أتي شريح في امرأة تركت ابني عمها، أحدهما زوجها، والآخر أخوها لأمها. فأعطى الزوج النصف، وأعطى الأخ من الأم ما بقي، فبلغ ذلك علي

(1) - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص62. وانظر أيضا: الحسام الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص27.

(2) - ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج1، ص158.

(3) - الصنعاني، سبل السلام، مصدر سابق، ج4، ص212.

(4) - السرخسي، مصدر سابق، ج16، ص62. الحسام الشهيد، مصدر سابق، ص27. ابن قيم الجوزية، المصدر و الصفحة نفسها. الصنعاني، المصدر و الصفحة نفسها. الصنعاني، الروض النضير، مصدر سابق، ج3، ص433.

(5) - بوضياف، عمار، السلطة القضائية، مرجع سابق، ص50. القرشي، غالب بن عبد الكافي، أوليات الفاروق، مرجع سابق، ج2، ص631.

ﷺ، فأرسل إليه فقال: أدعوا إليّ العبد الأبطر، فدعي شريح. فقال: ما قضيت؟ قال: أعطيت الزوج النصف، والأخ من الأم ما بقي، فقال علي ﷺ: أبكتاب الله، أم بسنة من رسول الله ﷺ؟ فقال: بل بكتاب الله، فقال: أين؟ قال شريح: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [سورة الأنفال: 75]، فقال علي: «هل قال للزوج النصف، ولهذا ما بقي؟». ثم أعطى علي ﷺ، الزوج النصف والأخ من الأم السدس، ثم ما بقي قسمه بينهما» (1).

د- عَنِ الْحَكَمِ بْنِ مَسْعُودٍ التَّقِيِّ قَالَ: شَهِدْتُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ﷺ أَشْرَكَ الْإِخْوَةَ مِنَ الْأَبِّ وَالْأُمِّ مَعَ الْإِخْوَةَ مِنَ الْأُمِّ فِي التُّلْتِ، فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ: لَقَدْ قَضَيْتَ عَامَ أَوَّلِ بَعِيرٍ هَذَا. قَالَ: «فَكَيْفَ قَضَيْتُ؟»، قَالَ: جَعَلْتَهُ لِأَخْوَةَ مِنَ الْأَبِّ وَالْأُمِّ، وَلَمْ تَجْعَلْ لِلْإِخْوَةَ مِنَ الْأُمِّ شَيْئًا. قَالَ: «تِلْكَ عَلَى مَا قَضَيْتُنَا، وَهَذِهِ عَلَى مَا قَضَيْتُنَا» (2).

هـ- روي عن سعيد بن المسيب أن عمر -ت- كان يفاضل بين الأصابع في الدية لتفاوت منافعها، حتى روي له الخبر في التسوية، فنقض حكمه (3).
و- عن سعيد بن المسيب قال: كان عمر بن الخطاب -ت- يقول: الدية للعاقلة لا تترث المرأة من دية زوجها، حتى قال له الضحاك بن سفيان: كتب إلي رسول الله ﷺ: «أن أورت امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها»، فرجع عمر -ت- (4).
فهذه الأقضية وغيرها تدل على جواز النقض، ففيها يقضي القاضي بحكم معين، ثم يتعرض حكمه للنقض، إما لأن القاضي أخطأ في فهم النص، كما هو حاصل للقاضي شريح وتعرض حكمه للنقض من طرف علي بن أبي طالب ﷺ، أو لأن القاضي أخطأ في تقدير وقائع النزاع، مثلما هو حاصل لقضاء عمر ﷺ (5).

المبحث الرابع: الإجماع:

1/- إثبات حصول الإجماع حول جواز النقض متى حصل سببه:

أجمع الفقهاء المسلمون على جواز النقض متى وجد سببه، وقد نقل إلينا هذا الإجماع الكثير من العلماء، فمن ذلك قول ابن القاص الشافعي: «و اتفقوا على أنه إن رفع إليه قضاء قاض عدل فوجده قد خالف نص كتاب، أو سنة، أو إجماع، كان

(1) - أخرجه البيهقي، في السنن الكبرى، كتاب الفرائض، باب ميراث ابني عم أحدهما زوج والآخر لأم، ج6، ص239-240. وكتاب آداب القاضي، باب من اجتهد من الحكام ثم تغير اجتهاده، أو اجتهاد غيره، فيما يسوغ فيه الاجتهاد لم يرد ما قضى به، ج10، ص121. سنن سعيد بن منصور، كتاب ولاية العصابة، باب ما جاء في ابني عم أحدهما أخ لأم، ق6، مج3، ص64.

(2) - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الفرائض، باب المُشْرَكَّة، ج6، ص255. وكتاب آداب القاضي، باب مَنْ اجْتَهَدَ مِنَ الْحُكَّامِ ثُمَّ تَغَيَّرَ اجْتِهَادُهُ أَوْ اجْتِهَادُ غَيْرِهِ فِيمَا يَسُوعُ فِيهِ الاجْتِهَادُ لَمْ يَرُدَّ مَا قَضَى بِهِ اسْتِذْلالًا بِمَا مَضَى فِي حُطْبِ القِبْلَةِ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ، ج10، ص120.

(3) - أخرجه البيهقي، في السنن الكبرى، كتاب الديات، باب الأصابع كلها سواء، ج8، ص93.
(4) - أخرجه البيهقي، في السنن الكبرى، كتاب الجنائيات، باب ميراث الدم والعقل، ج8، ص57-58. و أبو داود، في السنن، كتاب الفرائض، باب في المرأة تترث من دية زوجها، ج3، ص129-130، رقم الحديث: 2927. و الترمذي، في السنن، كتاب الديات، باب ما جاء في المرأة هل تترث من دية زوجها؟، ج4، ص27، رقم الحديث: 1415. وقال عنه: «هذا حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم».

(5) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص687-688. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص293-294. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص563-537.

عليه نقضه، و إن عليه رده على نفسه، إن أخطأ في مثل ذلك»⁽¹⁾.
 و قال ابن حزم الظاهري: «واتفقوا على وجوب الحكم بالقرآن والسنة والإجماع،
 واتفقوا أن من حكم بغيره هذه الثلاثة أو القياس أو الاستحسان، أو قول صاحب لا
 مخالف له منهم أو قول تابع لا مخالف له من التابعين ولا الصحابة، أو قول الأكثر
 من الفقهاء، فقد حكم بباطل لا يحل»⁽²⁾. و قال أيضا: «اتفقوا أن من ولاه الإمام
 القرشي الواجب طاعته الأحكام، فإن أحكامه إذا وافق الحق نافذة، على أنه إن حكم
 بما يخالف الإجماع، فإن حكمه مردود»⁽³⁾.
 و قال ابن عبد البر المالكي: «وأجمع العلماء أن الجور البين، و الخطأ الواضح،
 المخالف للإجماع، و السنة الثابتة المشهورة التي لا معارض لها، مردود على كل
 من قضى به»⁽⁴⁾.
 وقال ابن تيمية الحنبلي: «الحاكم متى خالف نصا أو إجماعا نقض حكمه باتفاق
 الأئمة»⁽⁵⁾. وقال أيضا: «ومثل هذه الأحكام المؤدية للمسلمين، و ولاية أمرهم، وهي
 وهي مخالفة السنة والإجماع، فيجب ردها بالإجماع»⁽⁶⁾. وقال أيضا: «فإن الأئمة
 متفقون على أنه إنما ينقض حكم الحاكم إذا خالف كتابا، أو سنة، أو إجماعا»⁽⁷⁾.

2/- دعوى عدم حصول الإجماع؛ و نقضها:

أ/- نص الدعوى:

و هذا الإجماع لا نزاع في قيامه كما رأينا، و على الرغم من كل هذا، إلا أننا وجدنا
 أحد الباحثين المعاصرين يقول إن: «الفقهاء اختلفوا في جواز نقض الحكم»⁽⁸⁾.
 و يذكر لنا بعد ذلك أنهم انقسموا إلى ثلاثة أقوال، و نقل من كلامه فقط ما يفيدنا في
 هذه النقطة يقول هذا الباحث: «
 - القول الأول: هو جواز نقض الحكم مطلقا متى بان خطؤه... وهو قول أبي ثور، و
 داود الظاهري.
 - القول الثاني: عدم جواز نقض الحكم مطلقا، ذهب إلى ذلك عدد من الفقهاء،
 وقالوا: متى نطق القاضي بالحكم فحكمه نافذ ولا ينقضه بنفسه ولا ينقض بحكم
 قاض آخر مطلقا.
 - القول الثالث: وهو قول أئمة المذاهب الأربعة، و جماهير العلماء، و الفقهاء
 و المتأخرين، و ذهبوا إلى التفصيل...»⁽⁹⁾.

(1) - ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص 126.

(2) - ابن حزم، مراتب الإجماع، مصدر سابق، ص 87.

(3) - ابن حزم، المصدر نفسه، ص 85.

(4) - ابن عبد البر، التمهيد، مصدر سابق، ج 9، ص 91.

(5) - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج 27، ص 302.

(6) - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج 27، ص 302-303.

(7) - ابن تيمية، المصدر نفسه، ج 27، ص 303.

(8) - الزحيلي، محمد مصطفى، أصول المحاكمات الشرعية و المدنية، مرجع سابق، ص 260. و انظر أيضا كتابه:

التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 481.

(9) - الزحيلي، محمد مصطفى، أصول المحاكمات، المرجع نفسه، ص 261. و انظر أيضا كتابه: التنظيم القضائي في

الفقه الإسلامي، المرجع نفسه، ص 481-482.

ثم يفصل آراء العلماء في القول الثالث وملخصه جواز نقض الحكم القضائي متى توفرات أسباب النقض وإلا فلا يجوز النقض.

ب- نقض الدعوى:

وهذا الكلام - وهو دعوى اختلاف الفقهاء حول جواز نقض الأحكام- يناقش كالاتي:
⑥- إن دعوى اختلاف الفقهاء في نقض الحكم القضائي، دعوى لا أساس لها، فقد ذكرنا سابقاً أن ابن القاص الشافعي، و ابن حزم الظاهري، و ابن عبد البر المالكي، و ابن تيمية الحنبلي، قد نقلوا الإجماع حول هذه المسألة، وكذلك العلماء الذين تناولوا هذه القضية، إلى جانب استقراء نصوص وأقوال الفقهاء.

والحقيقة أن هذا الدليل- الإجماع على جواز النقض- وحده يكفي للرد على دعوى عدم حصول الإجماع، وأنه بالإمكان عدم الاسترسال في الرد على باقي الدعوى، ومع ذلك فإنه الأجدر هو تتبع هذه الدعوى إلى الآخر وبيان بطلانها.

⑦- إن القائلين بجواز نقض الأحكام مطلقاً متى بان خطؤها، وهما أبو ثور، و داود الظاهري، هو أن قولهما يلتقي مع الجمهور و لا يخالفه، فهما يقيدان النقض بشرط وجود الخطأ، ومن ثم فلا خلاف في المسألة.
يقول ابن قدامة المقدسي الحنبلي: «وحكي عن أبي ثور و داود أنه ينقض جميع ما بان له خطؤه»⁽¹⁾.

فهذا النص يوضح بجلاء أن ما قاله داود الظاهري وأبو ثور يلتقي مع ما قاله الجمهور، من أن الحكم القضائي ينقض متى بان خطؤه في جميع الحالات، فهما يتفقان مع الجمهور ولا يفترقان.

⑧- أما بالنسبة لمن منع نقض الأحكام القضائية مطلقاً، فلم يذكر أحد من العلماء من قال بهذا الرأي، ومن هم أصحابه، اللهم إلا رأي ضعيف ذكره الصنعاني وردّ عليه، فيقول: «وللعلماء قولان في المسألة (مسألة نقض الأحكام): قول أنه ينقضه إذا أخطأ؛ والآخر لا ينقضه، لحديث «... و إن أخطأ فله أجر»⁽²⁾.

- قلت [أي الصنعاني]: ولا يخفى أنه لا دليل فيه، لأن المراد: أخطأ ما عند الله، وما هو في نفس الأمر من الحق، وهذا الخطأ لا يعلم إلا يوم القيامة أو بوحى من الله تعالى، والكلام في الخطأ الذي يظهر له في الدنيا من عدم استكمال شرائط الحكم أو نحوه»⁽³⁾.

وهكذا يتحصل لدينا أن القول الأول يلتقي مع قول الجمهور، وأن القول الثاني هو قول ضعيف جداً ومردود عليه، بل هو خلاف لا اختلاف. ويتحصل لدينا كذلك أن الفقهاء المسلمين متفقون على جواز نقض الأحكام القضائية.

(1)- ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص34. شمس الدين ابن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص413. ابن بدران الدمشقي، عبد القادر، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تصحيح وتعليق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1401هـ-1982م، ص384.

(2)- نص الحديث بكامله: «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر». والحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، ج6، ص2676، رقم الحديث: 6919. وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، ج3، ص1342، رقم الحديث: 1716.

(3)- الصنعاني، سبل السلام، مصدر سابق، ج2، ص502.

المبحث الخامس: القياس والمعقول:

أولاً: القياس:

وذلك بقياس الحكم القضائي الذي به عيب وشائبة خطأ، على تصرف الوكيل فيما لم يوكل في البطلان مع المخالفة لمحل و موضوع الإذن، وذلك أن القاضي لم يؤذن له شرعاً بالحكم بما يخالف الشرع⁽¹⁾.

- وقد يعترض على هذا القياس بقياس أولى منه، وهو « أليس إذا صلى بالاجتهاد إلى جهة، ثم بان له الخطأ لم يعد؟ »⁽²⁾.

- فالجواب عنه أنه قياس مع الفارق، وذلك من ثلاثة أوجه، وهي: «

- أحدها: أن استقبال القبلة يسقط حال العذر في حال المسابقة والخوف من عدو، أو سبع، أو نحوه، مع العلم، ولا يجوز ترك الحق إلى غيره مع العلم بحال.

- الثاني: أن الصلاة من حقوق الله - تعالى - تدخلها المسامحة.

- الثالث: أن القبلة يتكرر فيها اشتباه القبلة، فيشق القضاء. وها هنا إذا بان له الخطأ لا يعود الاشتباه بعد ذلك»⁽³⁾.

ثانياً: المعقول:

إن الحكم القضائي المعيب هو ظلم وجور، ومن ثم يجب نقضه تحقيقاً للعدل، ورفعاً للظلم، والله

- يأمر بالعدل والقسط، وينهى عن الظلم والبغي وال جور، قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ

وإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ [سورة النحل].

فالنقض هو وسيلة لتحقيق العدل والقسط، وذلك بتلافي العيوب التي هي بالحكم القضائي، وحتى يكون خالياً من هذه العيوب، ويكون هو الكلمة الأخيرة وعنوان الحقيقة التي لا تقبل الشك والريب على الأقل في الظاهر. والمقصود الشرعي منه هو إقامة العدل بين الناس، وهي - أي طرق النقض - وإن لم تكن موجودة بصريح النص فإنها تهدف إلى العدل، « فإذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كان، فتم شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم، وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة، وأبين أماره. 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، فأبى طريق أسخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، وليست مخالفة له»⁽⁴⁾.

(1) - اللاحم، عبد الكريم بن محمد، نقض الأحكام القضائية في الفقه، مرجع سابق، ص 19.

(2) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 35.

(3) - ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، مصدر سابق، ص 11.

الباب الثاني: آليات تفعيل نقض الأحكام القضائية:

الفصل الأول: النظرية العامة لآليات نقض الأحكام القضائية
في الفقه الإسلامي.

الفصل الثاني: أسباب نقض الحكم القضائي المتعلقة
بالقاضي في الفقه الإسلامي.

الفصل الثالث: أسباب نقض الحكم القضائي المتعلقة بالحكم:

الفصل الرابع: نقض الأحكام القضائية بسبب مخالفة أصول

القضاء:

الباب الثاني: آليات تفعيل نقض الأحكام القضائية:

- تمهيد وتقسيم:

بعد أن تطرّقنا في الباب الأوّل لتأصيل النقض (أو الطعن) من النواحي النظرية، من حيث تأصيل المصطلح، وتعريفه لغة، واصطلاحاً، وبيان حكم النقض وأدلته، بعد بيان كل هذه المسائل نأتي الآن إلى التطرق إلى آليات تفعيل النقض.

ويقصد بآليات تفعيل النقض في هذه الدراسة الوسائل والأدوات والطرق والأساليب التي بواسطتها يصبح النقض آلة تشغل وتنتج آثارها.

وبمعنى آخر؛ الوسائل والأدوات والطرق والأساليب التي تنتقل بالنقض من القول إلى الفعل، ومن الفكر إلى الممارسة، ومن النظر إلى العمل، ومن المثالية إلى الواقعية، ومن المعنوي إلى الملموس، ومن عالم الأفكار إلى عالم الأشياء.

وطبقاً لهذا التحديد لعبارة «آليات تفعيل نقض الأحكام القضائية»، فإنّ هذا الباب يشكّل أهميةً قُصوى تتمثل في الانتقال من التصور إلى الممارسة إلى الانتقال إلى العدل الملموس بعد أن كان نظرياً أي جعل جهاز القضاء جهازاً عملياً يشتغل كآلة في تصحيح أخطائها بذاتها، وفق ميكانيزمات وآليات معينة، بحيث نكون في الأخير أمام جهاز قضائي يؤدي دوره وفقاً للعدل والإحسان، ووفقاً لما ينبغي أن يكون، لا وفقاً لما ينبغي أن يُراد له.

وهذا لا يعني أنّ القسم النظري الذي تناولناه في الباب الأول لا قيمة له ولا فائدة منه، بل العكس هو الصحيح، وأن القسم النظري لا غنى عنه، حيث لا يمكن الاكتفاء بالآليات فقط دون تأصيل وبيان أسس هذه الآليات.

كل ما في الأمر أن الجوانب النظرية الفكرية الفلسفية تبقى ناقصة، بل وعديمة الجدوى إن لم تقترن وترتبط بالآليات المفعلة لها، بمعنى آخر لا قيمة للفكر بلا عمل وممارسة، فالفكر يجد قيمته في الممارسة والعمل الصالح، والعمل الصالح كذلك لا قيمة له إن لم يرق على إيمان أصيل وعقيدة صحيحة. وهذا ما نجده كثيراً في القرآن الكريم، حيث يرد بربط العمل الصالح بالإيمان، وربط الإيمان بالعمل الصالح.

وقد أحصينا في هذا المجال ثمانية وأربعون (48) موضعاً فيه يقرن الله لا الإيمان بالعمل الصالح، مثل قوله تعالى: ﴿وَبَشِّرِ الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ أَنَّ لَهُمْ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ كُلَّمَا رُزِقُوا

مِنْهَا مِنْ شَمْرَةٍ رِزْقًا قَالُوا هَذَا الَّذِي رَزَقْنَا مِنْ قَبْلُ وَأُتُوا بِهِ مُتَشَبِهًا وَلَهُمْ فِيهَا أَزْوَاجٌ مُطَهَّرَةٌ وَهُمْ فِيهَا
 خَالِدُونَ ﴿سورة البقرة: 25﴾، وقوله: ﴿وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ أُولَٰئِكَ أَصْحَابُ الْجَنَّةِ هُمْ فِيهَا
 خَالِدُونَ ﴿سورة البقرة: 82﴾، وقوله: ﴿وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ سَنُدْخِلُهُمْ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ
 خَالِدِينَ فِيهَا أَبَدًا هُمْ فِيهَا أَزْوَاجٌ مُطَهَّرَةٌ وَنُدْخِلُهُمْ ظِلًّا ظَلِيلًا ﴿سورة النساء: 57﴾، وقوله: ﴿وَعَدَ اللَّهُ الَّذِينَ ءَامَنُوا
 وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَهُمْ مَغْفِرَةٌ وَأَجْرٌ عَظِيمٌ ﴿سورة المائدة: 9﴾، وقوله: ﴿وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَا
 نُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا أُولَٰئِكَ أَصْحَابُ الْجَنَّةِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴿سورة الأعراف: 42﴾.

وغيرها من الآيات الكريمة التي قرنت العمل الصالح بالإيمان، حيث دلّت هذه الآيات أنّ
 العلاقة بينهما هي علاقة تكامل، وكذلك في موضوعنا هذا، فإنّ العلاقة بين الجوانب النظرية والجوانب
 العملية هي التكامل والتعاقد والتضامن والتضامم فيما بينها.

والنتيجة أن الجوانب العملية كالجوانب النظرية كلاهما له أهمية قصوى في دراستنا.
 وإذا كانت هذه الأهمية القصوى ثابتة، فإنّ الإشكال القائم: ما هو تصوّر المنهجي لآليات
 تفعيل نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي؟ أي كيف تصوّر فقهاء الشريعة الإسلامية وسائل
 تفعيل النقض عمليا؟ وما هي هذه الآليات؟.

للإجابة عن هذا الإشكال، فإننا نتناول هذا الباب في الفصول الآتية:

الفصل الأول: النظرية العامة لآليات نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي.

الفصل الثاني: أسباب نقض الحكم القضائي المتعلقة بالقاضي في الفقه الإسلامي.

الفصل الثالث: أسباب نقض الحكم القضائي المتعلقة بالحكم.

الفصل الرابع: نقض الأحكام القضائية بسبب مخالفة أصول القضاء.

وإليك هذه الفصول بالترتيب المذكور.

الفصل الأول:

النظرية العامة لآليات نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول: السياسة الشرعية القضائية في مجال نقض الأحكام

القضائية.

المبحث الثاني: تصورنا للنظام القضائي الإسلامي.

الفصل الأول: النظرية العامة لآليات نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي:

- تمهيد وتقسيم:

يستهدف هذا الفصل الوقوف على التصور العام، والخطوط العريضة لآليات تفعيل النقض، أي على وسائل النقض بصفة عامة، دون تفصيلها تفصيلاً دقيقاً.

كما يستهدف هذا الفصل أيضاً معرفة موقع النقض بالتمييز ضمن خريطة - إن صح التعبير - آليات النقض في الفقه الإسلامي.

وبعبارة أخرى؛ فإننا نستهدف في هذا الفصل الوقوف على خريطة آليات وسائل النقض، والتمييز من بينها في الفقه الإسلامي.

وبناء عليه، فإن هذا الفصل ينقسم إلى المباحث الآتية:

المبحث الأول: السياسة الشرعية القضائية في مجال نقض الأحكام القضائية.

المبحث الثاني: تصورنا للنظام القضائي الإسلامي.

وإليك هذه المباحث بالبيان والتوضيح.

المبحث الأول: السياسة الشرعية القضائية في مجال نقض الأحكام القضائية:

سنطرق بالتفصيل في هذا المبحث إلى قضيتين أساسيتين هما:

- قضية تعدد درجات التقاضي؛

- ومسألة آليات أو طرق نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي.

وإليك هاتين المسألتين بالترتيب كل مسألة في مطلب على حدا.

المطلب الأول: مبدأ تعدد درجات التقاضي: تعريفه؛ وموقف الفقه الإسلامي منه:

ليبان حقيقة مبدأ تعدد درجات التقاضي، فإننا نتناوله في ثلاثة فروع، كالآتي:

الفرع الأول: تعريف مبدأ تعدد درجات التقاضي؛ وتقديره؛ وآثاره.

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من مبدأ تعدد درجات التقاضي.

الفرع الثالث: موقف مجلة الأحكام العدلية العثمانية من نظام التقاضي على درجتين.

وإليك هذه الفروع بالترتيب.

الفرع الأول: تعريف مبدأ تعدد درجات التقاضي؛ وتقديره؛ وآثاره:

يقضي عنوان هذا الفرع أن نتناوله في بندين؛ كالآتي: الأول في تعريفه وتقديره؛ والآخر في آثار

الأخذ به.

البند الأول: تعريف مبدأ تعدد درجات التقاضي؛ وتقديره:

1/- يعرف أحد الباحثين المعاصرين تعدد درجات التقاضي، وذلك تحت مسمى «درجات التقاضي» بقوله: «هو أن تكون المحاكم على درجات متفاوتة، بعضها أعلى درجة من بعض. - أو أن يكون القضاة على درجات، بعضهم أعلى مرتبة من بعض، وهذا يعني أن يكون للمتداعين الحق في رفع الدعوى في الطلب الواحد مرتين، مرة أمام محكمة الدرجة الأولى، وهي الأدنى، ومرة ثانية أمام محكمة أعلى من المحكمة الأولى، وهي محكمة الدرجة الثانية التي تنظر في القضية كاملة مع الحكم الذي أصدرته محكمة الدرجة الأولى، وتصدر الثانية حكما جديدا مستقلا، قد يتفق مع حكم الدرجة الأولى، وقد يختلف. وفي كلا الحالتين، فلا قيمة ولا أثر لحكم الدرجة الأولى، وإنما العبرة لحكم الدرجة الثانية»⁽¹⁾.

وهذا التعريف حسن ومقبول إلا أنه تضمن عيبا حين قال «...أو يكون القضاة على درجات بعضهم أعلى مرتبة من بعض»، فهذا الجزء من التعريف معيب على أساس أن مصطلح «درجات التقاضي» ينصرف إلى الجوانب الهيكلية المؤسساتية للقضاء، لا إلى الجانب البشري والقضاة، بمعنى آخر أن «درجات التقاضي» يعني المحاكم، ولا يعني القضاة.

2/- وقال في تعريف آخر: «درجات التقاضي تعني: أن تنظر الدعوى من قاضٍ آخر، أو محكمة ثانية من عدد من القضاة، بشكل مستقل، وكامل، ومنفصل، ليصدروا حكما ثانيا»⁽²⁾.

3/- ويعرفه أحمد أبو الوفا قائلا: «ومعناه أن ترفع الدعوى أولا إلى محكمة (تسمى محكمة الدرجة الأولى): ثم يكون للمحكوم عليه حق التظلم من حكمها باستئنافه إلى محكمة عليا (تسمى محكمة الدرجة الثانية أو المحكمة الاستئنافية)، حيث يطرح النزاع أمامها من جديد، لتفصل فيه بحكم انتهائي»⁽³⁾.

وهذا التعريف حسن وصحيح. وهذا المبدأ أو النظام يسود كافة التشريعات الأجنبية، بل إنَّ منها ما يجعل التقاضي على ثلاث درجات أو أكثر، وكان التقاضي في العهد السابق للثورة الفرنسية يصل

(1) - الزحيلي، محمد، التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص 144-145. وانظر أيضا: الغامدي، ناصر بن محمد بن مشري، الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي مع بيان التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية، رسالة دكتوراه منشورة، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، ط 2، 1418هـ-2007م، ص 151.

(2) - الزحيلي، محمد، المرجع نفسه، ص 145.

(3) - أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، 2007م، ص 53. والأفولاس من وضع صاحب التعريف. أبو الوفا، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، ط 4، 1989م، ص 67.

إلى خمس درجات في بعض الحالات، وبعد الثورة 1789م، تقرر مبدأ التقاضي على درجتين بقانون أول أيار سنة 1796م، ولا يزال ساريا في فرنسا إلى اليوم.⁽¹⁾

وقيل: إنَّ نظام تعدد درجات التقاضي هو مظهر لسيطرة الملك وتَحْكُمِهِ، إذ بمقتضاه تملك محكمة الملك إلغاء أي حكم تصدره محاكم المقاطعات تحقيقا لنفوذه، ورعاية لأخصائه وأتباعه ومؤيديه.⁽²⁾

وهذا في الحقيقة لا يصح، لأنه ينطبق أيضا على نظام التقاضي على درجة واحدة، حيث يمكن لمحكمة القانون (النقض أو التمييز أو العليا) أن تلغي أي حكم لا ترضى عنه السلطة الحاكمة.

4/- ويعرفه باحث آخر بقوله: «يقصد بمبدأ تعدد درجات التقاضي أنَّ الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى لا يكون انتهائيا إلا بعد مضي مدة معينة، يسمع في خلالها للخصم الذي خسر الدعوى بالطعن في الحكم أمام محكمة من الدرجة الثانية، حيث تطرح الدعوى أمامها من جديد لتفصل فيه بحكم انتهائي».⁽³⁾

أما هذا التعريف، فهو تعريف حسن ومقبول إلا أنه طويل بعض الشيء.

5/- ويعرفه باحث آخر بقوله: «مبدأ التقاضي على درجتين يعني: أن يصبح من حق المحكوم عليه في الخصومة الطعن في الحكم الصادر ضده من محكمة الدرجة الأولى إلى محكمة تلوها، هي محكمة الدرجة الثانية».⁽⁴⁾

وبخصوص محكمة الدرجة الثانية فإنَّ وظيفتها: «لا تقتصر على مراقبة الحكم المستأنف من حيث سلامة التطبيق القانوني فحسب، وإنما يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع في حدود طلبات المستأنف، إلى محكمة الدرجة الثانية، وإعادة طرحه بكل ما اشتمل عليه، من أدلة، ودفع، وأوجه دفاع، لتقول كلمتها بقضاء نهائي مسبب، يواجه عناصر النزاع الواقعية والقانونية على السواء».⁽⁵⁾

وبخصوص هذا التعريف، فإنَّ ما يلاحظ عليه هو التركيز على آثار المبدأ لا المبدأ في ذاته، ثم من جهة أخرى، جانب صاحب التعريف الحقيقة والصواب حين اعتبر أنَّ مبدأ التقاضي على درجتين يفيد المحكوم عليه في الطعن في الحكم الصادر ضده، وهذا غير صحيح، ذلك أن المحكوم له قد يطعن في الحكم الصادر لصالحه، طالما أنه لم يقض بكل طلباته، أي قضى بجزء منها فقط، ومن ثم فالطعن في الحكم كما يكون لمن صدر الحكم ضده، يكون أيضا لمن صدر الحكم لصالحه.

(1) - أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 54.

(2) - أبو الوفا، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص 67.

(3) - أبو طالب، حامد محمد، التنظيم القضائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 61.

(4) - أحمد، فؤاد عبد المنعم، غنيم، الحسين علي، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 151.

(5) - أحمد، فؤاد عبد المنعم، غنيم، الحسين علي، مرجع نفسه، ص 151-152.

6/- وهنا محاولة أخرى تعرّف نظام التقاضي درجتين بأنه: «يقصد بتعدد درجات التقاضي أن تكون المحاكم على درجات متفاوتة، بعضها أعلى درجة من بعض، بحيث يستطيع الخصم رفع الدعوى إلى جهة أعلى من التي أصدرته، وفق شروط معينة»⁽¹⁾.

وهذا التعريف هو جزء من تعريف محمد الزحيلي، حيث أخذه وعدّل فيه بأن حذف منه الجزء المغيّب الذي ذكرناه سابقاً، ولذلك جاء تعريفه خالياً من العيوب، كما أنه ورد موجزاً مختصراً مكتفياً بالمفيد والضروري.

7/- تعريفنا:

وبناء على كل ما سبق يمكن تعريف مبدأ تعدد درجات التقاضي على أنه: «جعل المحاكم على مرتبتين، بحيث يصدر الحكم من جهة الدرجة الأولى، ثم إمكانية نظره من محكمة الدرجة الثانية متى تم الطعن في حكم محكمة الدرجة الأولى، على أن تكون هناك محكمة عليا وحيدة تقع في قمة هرم النظام القضائي للدولة تعمل على توحيد تفسير النصوص الشرعية للجهات القضائية».

وبناء على هذا التعريف، فإن مبدأ تعدد درجات التقاضي يقتضي ما يأتي:

- أن تكون المحاكم على درجتين أو مرتبتين: محكمة الدرجة الأولى تنظر النزاع لأول مرة وتصدر حكماً بشأنه؛ أما محكمة الدرجة الثانية والأخيرة، فإنها تنظر في الحكم الذي أصدرته محكمة الدرجة الأولى بناء على طعن قدمه الخصوم في حكمها.

و من ثم فهذا المبدأ أو النظام يكفل للخصوم نظر الدعوى مرتين، المرة الثانية والأخيرة يتم إصلاح الحكم الأول من العيوب، من حيث سلامة تطبيق الشرع؛ ومن حيث الواقع.

- أن تكون فوق محاكم الدرجتين الأولى والثانية محكمة عليا وحيدة لا تكون درجة للتقاضي ونظر النزاع، وإنما محكمة هدفها الأساسي والجوهرية هو توحيد تفسير النصوص التشريعية وحسن تطبيق العدالة.

ومن ثم يتشكل لدينا في النهاية هرم للمحاكم داخل الدولة؛ تقع في قمته المحكمة العليا أو المجلس الأعلى الذي وظيفته مراقبة المحاكم الأدنى منه في تفسيرها للنصوص التشريعية، وفي المرتبة الثانية تقع محاكم الدرجة الثانية التي تنظر في أحكام محاكم الدرجة الأولى، هذه الأخيرة تقع في قاعدة الهرم القضائي للمحاكم، حيث تكون هي أول من يتصل بالخصومة والنزاع للفصل فيه بحكم ابتدائي.

وهذا المبدأ، مبدأ تعدد درجات التقاضي، الأدق فيه أن يتم التعبير عنه بـ: «مبدأ التقاضي على درجتين»، حيث يكون التعبير متطابقاً مع المضمون، مع أنه يمكن أن يكون التقاضي على ثلاث

(1) - بونس، أمين حسين، تطبيقات السياسة الشرعية في باب القضاء، رسالة دكتوراه، دار الثقافة، عمان، ط1، 1431هـ/2010م، ص92.

درجات، غير أن التطبيقات الجارية في معظم العالم هي التقاضي على درجتين فقط. وهذا المبدأ، بهذا الاصطلاح، وبهذا المفهوم، يختلف مع مبدأ التقاضي على درجة واحدة، حيث يكون الحكم والتقاضي على درجة واحدة، بأن يصدر من المحكمة نهائياً من حين صدوره⁽¹⁾، بحيث لا يمكن الطعن فيه أمام محكمة أخرى تنظر في الوقائع من جديد مثل المحكمة الأولى، وهذا لا يعني ألا تكون هناك محكمة أعلى ترأب المحاكم في تفسيرها للنصوص التشريعية، بل يمكن جداً، بل من الضروري وجودها لتوحيد تفسير التشريع، كل ما في الأمر ألا تكون هناك محاكم الدرجة الثانية التي تنظر في حكم محكمة الدرجة الأولى.

البند الثاني: تقدير مبدأ التقاضي على درجتين:

رأينا من قبل أنّ هناك مبدأ: مبدأ التقاضي على درجة واحدة؛ ومبدأ التقاضي على درجتين. وهذان المبدأان لكل منهما مزايا وعيوب، على أنّ مزايا كل نظام هي عيوب أو انتقادات توجه للنظام الآخر.

وإليك بيان هذه المزايا والعيوب لكلا النظامين.

أولاً: مزايا وعيوب نظام التقاضي على درجة واحدة:

نتكلم عن المزايا، ثم عن العيوب.

1- المزايا: (2)

أ/- إنّ التقاضي على درجة واحدة يؤدي إلى سرعة الفصل في المنازعات، وتقصير المدة في نظرها، ومن ثم قطع مادة الفساد بسرعة قبل استفحالها وانتشارها.

ب/- إنّ التقاضي على درجة واحدة يؤدي إلى توفير النفقات والاقتصاد في الجهد والمال الذي تحتاجه الأمة في ميادين أخرى.

ج/- أنّه يبعث الثقة والطمأنينة في نفوس الناس والخصوم في أحكام المحاكم، ذلك أنّ عرض النزاع على محكمة ثانية من شأنه أن يززع ثقة الناس في الحكم الأول، خاصة إذا اختلفت آراء القضاة، وتعارضت اتجاهاتهم، فيكون سبيلاً للشك لا في القضاة فقط، وإنما الشك في العدل في ذاته، وهذا أمر خطير جداً.

د/- أنّ التقاضي على درجة واحدة يجعل المتقاضين في وضع غير متكافئ بين من يقدر منهم على نفقات درجات المحاكم المتعددة، وبين من لا يقدر وذلك بعدم السماح بعرض النزاع مرة ثانية أمام

(1) - أبوطالب، حامد محمد، التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص 61.

(2) - أبوطالب، حامد محمد، المرجع و الصفحة نفسها.

محكمة أعلى، حيث لا يتمكن من ذلك إلا من يقدر على النفقات.

2- العيوب:

تتمثل عيوب نظام التقاضي على درجة واحدة في:

أ/- إنَّ سرعة الفصل في الخصومات الغالب فيها أن تكون الأحكام خاطئة، وهذا يناقض الغرض من نصب القضاء، حيث إنَّه يؤدي بنقل النزاع بين الخصوم إلى النزاع مع القضاء، حيث إنَّ القضاء أصدر حكماً خاطئاً فينازع الخصوم على خطئه، فالسرعة تمت على حساب العدل والإنصاف.

ب/- إنَّه لا يبعث على الثقة، حيث إنَّ الأخطاء في الأحكام القضائية تؤدي إلى زعزعة ثقة الناس بالقضاء وبكفاءة القضاة وقدراتهم العلمية، وهذا العيب يناقض المزية الثانية من مزايا نظام التقاضي على درجة واحدة.

ج/- إنَّ تحقيق العدل لا ينظر فيه إلى التكاليف، فالعدل يجب تحقيقه في المجتمع بكل وسيلة ومهما كانت تكلفته، ذلك أن العدل ضروري لبقاء المجتمع، وليس بالأمر الثانوي الذي يمكن تعويضه، بل لا يمكن تعويضه بالمثل، فإذا فقد العدل ضاع الملك، وحلت الفوضى، وهنا هل بقي كلام عن تكلفة العدل؟.

وفي المقابلة والموازنة بين عيوب ومزايا نظام التقاضي على درجة واحدة نرى غلبة العيوب على المزايا، حيث إنَّ العدل لا يمكن الضحية به على الإطلاق بحجة السرعة في الفصل في المنازعات أو قلة الكلفة.

ثانياً: مزايا وعيوب نظام التقاضي على درجتين:

نتحدث أولاً عن مزايا نظام التقاضي على درجتين؛ ثم تبعاً بالكلام عن العيوب؛ وأخيراً الموازنة والمقارنة بينهما.

1- مزايا نظام التقاضي على درجتين: يعد مبدأ التقاضي على درجتين من الضمانات

الجمهوريّة لحسن سير القضاء، وتحقيق العدالة، لما يكفله من مزايا عديدة للمتقاضين، هي كالآتي: (1)

أ/- إنَّه يدفع ويبعث ويحث القضاة على التعمق في دراسة القضية والنزاع من شتى الجوانب،

(1) - أبو طالب، حامد محمد، التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص 61-62. الزحيلي، محمد، التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص 145. أحمد، فؤاد عبد المنعم، غنيم، الحسين علي، الوسيط في التنظيم، ص 153. أبو الوفا، أحمد، المرافعات، مرجع سابق، ص 54. بن ظفير، سعد بن محمد بن علي، الإجراءات الجنائية في جرائم الحدود في المملكة العربية السعودية وأثرها في استتباب الأمن (دراسة فقهية للنظام الجنائي السعودي)، مطابع سمحة للأوفنتست، الرياض، دط، 1415هـ-1995م، ج 2، ص 34. أبو الوفا، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، مرجع نفسه، ص 68. النفاوي، إبراهيم أمين، انعكاسات القواعد الإجرائية على أداء العدالة، دراسة في قانون المرافعات لأثر التنظيم الإجرائي على قيام القضاء لوظيفته، مركز حورس جرافيك للطباعة، ط 1، 1420هـ-2000م، ص 49-51. الغامدي، ناصر بن محمد بن مشري، الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص 151. بركات، علي رمضان علي، الوسيط في شرح نظام القضاء السعودي الجديد رقم 78 لسنة 1428هـ، مكتبة القانون و الاقتصاد، الرياض، ط 1، 1433هـ-2012م، ص 68.

لأنهم يعلمون في قرارة أنفسهم أن حكمهم محل مراقبة من طرف الجهة القضائية الأعلى، ومن ثم فإنهم يجتهدون في أن تكون أحكامهم صحيحة وسليمة من حيث دراسة الوقائع، والتدقيق في الأسباب، والتأني في إصدار الأحكام. وهذا بخلاف نظام التقاضي على درجة واحدة، حيث إنَّ القضاة على علم بأنهم ليسوا محل مراقبة من جهة أعلى منهم يجعلهم لا يهتمون بدراسة الوقائع؛ والتدقيق في الأسباب؛ والتأني في الأحكام.

ب/- إنَّ نظام التقاضي على درجتين يعطي فرصة مهمة لتدارك ما قد تقع فيه محكمة الدرجة الأولى من أخطاء وعيوب، أو ما يشوب أحكامها من مثالب، حيث تتكون محكمة الدرجة الثانية من قضاة أكثر عدداً، وأوفر خبرة وتجربة وعلماً من قضاة الدرجة الأولى.

ج/- إنَّ نظام التقاضي على درجتين يعطي الخصم فرصة لتعديل مسار وطريقة دفاعه إذا تبين أن خصمه كان ألحن بحجته منه، ولتكمله ما فاته من نقص في الدفاع أمام محكمة الدرجة الأولى.

د/- أنه يمنح المزيد من الثقة والطمأنينة في أحكام القضاء، وفي القضاة، من خلال صدور أحكام صحيحة وسليمة، وخالية من العيوب والأخطاء، وتكون هي عنوان الحقيقة.

2/- عيوب نظام التقاضي على درجتين:

تلخص عيوب نظام التقاضي على درجتين في ستة عيوب، وهي ذاتها مزايا نظام التقاضي على درجة واحدة، وهي: (1)

أ/- أنه يؤدي إلى زيادة نفقات الدولة في إلزامها بتكاليف وأعباء محكمتين في آن واحد، في القضية الواحدة.

وقد لاحظنا أنَّ هذا العيب يفقد قيمته على أساس أنَّ العدل هدف ضروري لكل نظام، وأن التكلفة لا فائدة منها حين يتحقق العدل، وحين يتحقق السلم الاجتماعي وتزدهر الدولة في شتى المجالات.

ب/- إنه يؤخر الفصل والبت في الخصومات، حيث لا بد أن تنظر في النزاع محكمة الدرجة الأولى، وبعد إصدار حكمها، ومضي مدة معينة تنظر محكمة الدرجة الثانية في الدعوى من جديد، وفي هذا إطالة للمنازعات، وهو مخالف للغاية والهدف من القضاء الذي هو وضع حد للمنازعات

(1) - أبو طالب، حامد محمد، التنظيم القضائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 61-62. الزحيلي، محمد، التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص 145. أحمد، فؤاد عبد المنعم، الوسيط في التنظيم القضائي، ص 153. أبو الوفا، أحمد، المرافعات، مرجع سابق، ص 55. أبو الوفا، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، مرجع نفسه، ص 69. النفاوي، إبراهيم أمين، انعكاسات القواعد الإجرائية على أداء العدالة، مرجع سابق، ص 51-54. الغامدي، ناصر بن محمد بن محمد بن مشري، الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص 159-160. بركات، علي رمضان علي، الوسيط في شرح نظام القضاء السعودي الجديد، مرجع سابق، ص 68-69.

والخصومات، لأنها سبب مادة الفساد والشرور.

ج/- إنَّ نظام التقاضي على درجتين يوحى بالشك والريبة في قضاء وقضاة الدرجة الأولى على أنه مجرد عبث، مما يبعث على التفكير في قيمته وجدواه ومسوغات وجوده، أو الحاجة إلى إلغائه.

د/- إنَّ نظام التقاضي على درجتين - إذا صحت الاعتبارات والمبررات التي يقوم عليها هذا النظام- يوجب تعدد درجات التقاضي بصورة لا تنتهي لافتراض جهل القاضي، أو خطئه، أو إهماله في كل درجات التقاضي، وحتى يهتم القضاة بتوحي العدالة وبالناية بأعمالهم، ولتتاح للمتقاضين فرصة تصحيح الأحكام، وهذا يؤدي ألا تستقر الأوضاع والمراكز الحقوقية مطلقاً.

ه/- إنَّ نظام التقاضي على درجتين يخل بقاعدة المساواة بين الخصوم في الحق في التقاضي، حيث إنَّه يمنح للخصم الذي فشل في دعواه أمام محكمة الدرجة الأولى حق عرضها مرة ثانية أمام محكمة الدرجة الثانية، في حين لا يمنح خصمه نفس الحق إذا خسر دعواه أمام الدرجة الثانية، بعرض الخصومة على محكمة ثالثة، وهذه عدم تسوية، وهو لا يجوز.

و/- إذا كان الهدف والغرض من نظام التقاضي على درجتين هو تحقيق الاعتبارات المتقدمة الإشارة إليها، فلماذا لا يُتاح للخصوم عرض الدعاوى فوراً على محكمة تتوافر فيها ضمانات الدرجة الثانية بصفة انتهائية وحاسمة.

وهذا الاعتراض الأخير يمكن الرد عليه بالقول⁽¹⁾ أنَّ عرض القضية أولاً على محكمة الدرجة الأولى لازم وحتمي قبل عرضها على محكمة الدرجة الثانية لتستترشد هذه الأخيرة ببحث حكم المحكمة الأولى، فتكون أحكامها بقدر الإمكان بعيدة أو خالية من الأخطاء، ولتمكين المحكوم عليه أمام محكمة الدرجة الأولى من تصحيح دفاعه واستكمالها، ولعل هذا كان سبب فشله وخسارته أمام هذه المحكمة.

ثالثاً: موازنة ومقارنة وترجيح:

وبالمقارنة بين مزايا وعيوب نظام التقاضي على درجتين فإننا نرى أن المزايا أكبر وأكثر من العيوب، حيث إنَّ نظام التقاضي على درجتين يسعى إلى تحقيق ليس العدل فقط، وإنما «تحقيق نديق العدل»، ومن ثم فهو الأفضل من النظام الآخر، نظام التقاضي على درجة واحدة.

ومع ذلك يجب الاعتراف أنَّ هذه الأفضلية هي أفضلية نسبية، حيث لا وجود لأفضلية مطلقة لأحد النظامين على الآخر، فلكل نظام عيوباً ومزايا كما رأينا، إنما العبرة بقوة الفعالية في تحقيق ما يسمى «تحقيق نديق العدل».

ونقطة أخرى يمكن إثارتها بخصوص هذا الموضوع، هي سيطرة الجوانب النفسية على تقدير

(1) - أبو الوفا، أحمد، المرافعات، مرجع سابق، ص55. أبو الوفا، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص69.

النظام، حيث يلاحظ أنّ كلا النظامين يثير الشك والريبة لدى من يرفضه، والحقيقة أنّ هذا الحاجز النفسي يمكن استبعاده نهائياً بالنظر إلى وظيفة كل النظامين، حيث إنّ كليهما يؤدي إلى تحقيق العدل، ربما يختلفان في أن نظام التقاضي على درجتين يحقق عدلاً أكثر تدقيقاً، بخلاف نظام التقاضي على درجة واحدة، حيث يحقق عدلاً ولكنه ليس مدققاً. والنتيجة التي نصل إليها أن نظام التقاضي على درجتين أفضل نسبياً من نظام التقاضي على درجة واحدة.

البند الثالث: آثار ونتائج الأخذ بنظام التقاضي على درجتين:

- لعل من أهم آثار ونتائج نظام التقاضي على درجتين هو أنه يسمح بالطعن في حكم محكمة الدرجة الأولى، وهذا الطعن يسمى «الاستئناف» أي ابتداءً نظر النزاع من أوله، ولكن في حدود طلب الاستئناف حتى لا يجوم الخصم الآخر من التقاضي على درجتين. ومن ثم يبنى على هذا الأثر استفادة الخصوم من نظام التقاضي على درجتين، حيث يمكن هذا النظام من نظر الدعوى على مرتين:

- **المرة الأولى:** أمام محكمة الدرجة الأولى، وهي الأدنى؛

- **والمرة الثانية:** أمام محكمة الدرجة الثانية، وهي المحكمة الأعلى درجة، وهذا يمكن الخصوم أيضاً من اكتشاف نواقص دفاعهم أمام محكمة الدرجة الأولى، ومن ثم تجنب هذه النواقص والأخطاء أمام محكمة الدرجة الثانية.

- كما يترتب على هذا النظام أيضاً اختلاف محكمة الدرجة الأولى عن محكمة الدرجة الثانية في بعض العناصر، مثل التركيبة القضائية، فهئية محكمة الدرجة الأولى تصدر أحكامها من قاضٍ فرد، أما محكمة الدرجة الثانية فيمكن أن تتشكل من ثلاث قضاة، كما يمكن اشتراط الخبرة في قضاة الدرجة الثانية دون قضاة الدرجة الأولى.

- ومن جهة أخرى، فإن عدد محاكم الدرجة الأولى يكون أكثر من محاكم الدرجة الثانية، ذلك أن هذه الأخيرة تراقب مجموعة محددة من محاكم الدرجة الأولى، ومن ثم تكون أقل منها في العدد. والخلاصة أن أهم آثار نظام تعدد درجات التقاضي هو أنه يسمح بالطعن في الأحكام عموماً، والاستئناف خصوصاً.

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من نظام التقاضي على درجتين:

بعد أن رأينا حقيقة نظام التقاضي على درجتين، وكذا نظام التقاضي على درجة واحدة، وعرفنا عيوب ومزاياها معاً، وعرفنا أفضلهما، وآثارهما، نأتي الآن إلى معرفة موقف الفقه الإسلامي من المسألة،

هل يأخذ بنظام التقاضي على درجة واحدة أم على درجتين؟.

للإجابة عن هذه الإشكالية وبيان موقف الفقه الإسلامي من المسألة، فإننا نتناولها وفق الخطة الآتية:

البند الأول: نصوص الفقهاء المتقدمين لا تمنع التقاضي على درجتين.

البند الثاني: موقف الفقهاء المعاصرين من التقاضي على درجتين.

وإليك بيان هذه البنود بالترتيب.

البند الأول: نصوص الفقهاء المتقدمين لا تمنع نظام التقاضي على درجتين:

استقراء لنصوص الفقهاء وأدبياتهم، فإنَّ الباحث لا يجد ما يمنع نظام التقاضي على درجتين، بل يمكن القول: إنَّ هذه النصوص التراثية الفقهية تجيز هذا النظام طالما أنَّ الهدف هو إصلاح الخطأ الذي تضمنه الحكم القضائي، ومن ثمَّ إحقاق الحق، وإبطال الظلم، وتحقيق العدل.

والنصوص في هذا كثيرة ومتعددة، ومن مختلف المذاهب الفقهية وإليك عينة منها.

قال السمناني الحنفي: «وإذا ثبت ذلك، ثم رُفِعَ هذا الحكم إلى قاضٍ آخر، فكلُّ ما كان من قضاء سائع غير شنيع أمضاه، وإن كان جوراً، أو خلاف نص، أو إجماع لم يمضه، وإن كان الأول فاسقاً أو محدوداً، أو ممن يجوزُ شهادته لو شهد لم ينفذ، وينفذ ما فيه خلاف بين الفقهاء، وإن كان خلاف رأيه، إلا في مسائل نذكرها في فصل مفرد استثنائها أصحابنا، فإن نقضه الثاني، ثم ارتفع إلى ثالث، نفذ قضاء الأول، وأبطل قضاء الثاني، وهذا مثل أن يحكم حاكم بأنَّه إذا زنا بامرأة لم تحرم الزوجة ولا وطئ بنتها، وقضى بصحة نكاح المرأة، ثم رفع ذلك إلى من يرى تحريمها بذلك الفعل أمضي النكاح، ونفذ قضاء الأول، لأنه مختلف فيه»⁽¹⁾.

وقال الصدر الشهيد الحنفي: «في القاضي ترفع إليه قضية قاضٍ مما ينفذها. قال: وينبغي للقاضي أن ينفذ قضايا القضاة التي ترفع إليه ويحكم بها. واعلم أنَّ قضايا القضاة التي ترفع إلى القاضي لا تخلو من ثلاثة أوجه:

- إما أن تكون جوراً بخلاف الكتاب، أو السنة، أو إجماع العلماء،

- أو تكون في محل الاجتهاد إذا اجتهد فيه العلماء والفقهاء،

- أو بقول مهجور...

- ففي الوجه الأول: فالقاضي الذي رفعت إليه القضية ينقضها، ولا ينفذها، حتى ولو نفذها ثم

رفع إلى قاضٍ ثالث، فالثالث ينقضها، لأنه متى خالف الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، كان حكمه

(1) - السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج1، ص323.

باطلا وضلالا، والباطل لا يجوز الاعتماد عليه، فعلى القاضي الثاني أن ينقضها»⁽¹⁾.

وقال الكاساني، وهو حنفي أيضا: «لأنه لو جاز نقضه يرفعه إلى قاض آخر يرى خلاف رأي الأول، فينقضه، ثم يرفعه المدعي إلى قاض آخر يرى خلاف رأي القاضي الثاني، فينقض نقضه، ويقضي كما قضى الأول، فيؤدى إلى أن لا تندفع الخصومة والمنازعة أبدا، والمنازعة سبب الفساد، وما أدى إلى الفساد فساد، فإن كان رده القاضي الثاني، فرفعه إلى قاض ثالث نفذ قضاء القاضي الأول، وأبطل قضاء الثاني، لأن قضاء الأول صحيح، وقضاء الثاني بالرد باطل»⁽²⁾.

وقال ابن قاضي سمانونة الحنفي: «حكمه بشيء يتعين فيه الخلاف بعد الحكم - أي يكون الخلاف في نفس الحكم - فليل: نفذ؛ وقيل: يوقف على إمضاء آخر، فلو أمضاه يصير كأن القاضي الثاني حكم في مختلف فيه، فليس للثالث نقضه، فلو أبطله الثاني بطل، وليس لأحد أن يجيزه»⁽³⁾.
وقال قاضيخان الحنفي أيضا: «ولو كان القاضي هو المحدود في القذف، فرفع حكمه إلى قاض آخر لا يرى جوازه أبطله الثاني، لأن نفس القضاء مختلف فيه. ولو رفع حكم الأول إلى من يرى حكم الأول جائزا فأمضاه، ثم رفع إمضاء الثاني إلى ثالث لا يرى جوازه فأبطله، لا ينفذ إبطاله، لأن الثاني لما أنفذ الأول فقد قضى بدليل مجتهد فيه، فينفذ قضاؤه»⁽⁴⁾. وقد ذكر قاضيخان أمثلة كثيرة حول هذه القضية⁽⁵⁾.

وجاء في الفتاوى الهندية ما نصه: «فإن كان المجتهد فيه هو المقضي به، فرفع قضاؤه إلى قاض آخر لم يرده الثاني، بل ينفذه، فإن رده القاضي الثاني، فرفع إلى قاض ثالث نفذ قضاء القاضي الأول، وأبطل قضاء الثاني»⁽⁶⁾.

ومن نصوص المالكية قول ابن الموزان: «لو أن قاضيا نقض حكم قاض قبله قد كان حكم به، ثم ولي قاض ثالث وعزل الثاني، نظر: فإن كان حكم القاضي الأول مما يحكم به ومما يختلف فيه القضاء والفتيا، رأيت نقض الثاني له خطأ صريحا، فأرى للثالث أن ينقض حكم الثاني وينفذ حكم الأول، وإن كان خلافا لما يحكم به الثالث، وإن حكم الأول خطأ صراحا مما لا اختلاف فيه، لم أر للثالث أن يرد حكم الثاني ما حكم به الأول»⁽⁷⁾.

(1) - الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص 289.

(2) - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج 7، ص 14.

(3) - ابن قاضي سمانونة، جامع الفصولين، مصدر سابق، ج 1، ص 24.

(4) - قاضيخان، الفتاوى الخانية، مصدر سابق، ج 2، ص 458.

(5) - قاضيخان، المصدر نفسه، ج 2، ص 458-459.

(6) - عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج 3، ص 356-358.

(7) - النباهي، المرقبة العليا، مصدر سابق، ص 23.

وقال القرافي المالكي: «إِذَا قُضِيَ بِأَنْ يَنْقُضَ حُكْمَ الْأَوَّلِ، وَهُوَ مِمَّا لَا يَنْقُضُ نَقْضَ الثَّلَاثِ حُكْمَ الثَّانِي، لِأَنَّ نَقْضَهُ خَطَأً وَيَقْرَرُ الْأَوَّلَ، وَكَذَلِكَ لَوْ تَصَرَّفَ السَّفِيهَ الَّذِي تَحْتَ حَجْرِ الْقَاضِي بِالْبَيْعِ وَالنِّكَاحِ وَغَيْرِهِمَا فَرَدَّهُ فَجَاءَ قَاضٍ ثَانٍ فَأَنْفَذَهُ، نَقَضَ الثَّلَاثَ هَذَا التَّنْفِيزَ وَأَقْرَرَ الْأَوَّلَ، كَذَلِكَ لَوْ فَسَخَ الثَّانِي الْحُكْمَ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ رَدَّهُ الثَّلَاثَ، لِأَنَّ النَّقْضَ فِي مَوَاطِنِ الاجْتِهَادِ خَطَأً، وَنَقْضَ الْخَطَأِ مُتَعِينٌ»⁽¹⁾.

وقال ابن فرحون المالكي: «قال ابن الحاجب: ولو حكم قصدا فظهر أنَّ غيره أصوب، فقال ابن القاسم: يفسخ الأول. وقال ابن الماجشون وسحنون: لا يجوز فسخه. وصوبه الأئمة. يعني: وصوبه أئمة المتأخرين قياسا على حكم غيره، ولأنَّه لو كان له نقض هذا الرأي الثاني لكان له فسخ الثاني والثالث، ولا يقف على حدٍّ، ولا يثق أحد بما قضى له به، وذلك ضرر شديد»⁽²⁾.

وقال ابن القاص الشافعي: «ولو كان قضاؤه مما اختلف فيه الفقهاء والعلماء، فمال إلى قول بعضهم، وحكم بذلك... فينبغي أن ينفذه... فإن قضى بإبطالها قاض، ثم رفع إلى قاض ثالث أبطل نقضه، وأنفذ قضاء الأول»⁽³⁾.

أما من نصوص الحنابلة فمنها قول ابن قدامة المقدسي: «... وإن كان يتعلَّق بحق آدمي، لم ينقضه إلا بمطالبة صاحبه، لأنَّ الحاكم لا يستوفي حقا لمن لا ولاية عليه بغير مطالبته، فإن طلب صاحبه ذلك نقضه...»⁽⁴⁾.

هذه بعض النصوص الفقهية التي ليس فيها ما يمنع على الإطلاق التفاضل على درجتين، إذ يلاحظ عليها أنَّ القاضي إذا أصدر حكما رآه أحد أطراف النزاع خاطئا، فإنَّه يجوز له أن يرفع هذا الحكم إلى قاض آخر يطلب نقضه، وهذا وإن لم يكن صريحا وواضحا في إجازة نظام التفاضل على درجتين، فإنَّه كذلك يستنتج منه أيضا - من جهة أخرى - عدم منع هذا النظام وتجرمه، بل إننا نستخلص من هذه النصوص أن النزاع يمكن أن ينظر فيه على ثلاث مستويات، والنصوص في هذا صريحة كما سبق ذكرها، حيث يصدر القاضي الأول حكما، فينقضه الثاني لرأي رآه، وينقض الثالث حكم الثاني ويثبت حكم الأول، لأنَّ حكمه أصح.

كما نستخلص من هذه النصوص في مفهومها أن التفاضل - سواء كان على درجة واحدة، أو على درجتين - ليس هدفا بحد ذاته، وإنما هو وسيلة وأداة وآلية لتحقيق غاية سامية، وهدف نبيل، هو تحقيق العدل من خلال تصحيح الخطأ الذي تضمنه حكم القاضي الأول، أو الدرجة الأولى.

(1) - القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج 4، ص 99.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 63.

(3) - ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص 126-127.

(4) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 37، وانظر أيضا: شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 11، ص 412.

وإذا تقرر أن تحقيق العدل يتم من خلال تصحيح الأحكام القضائية مما شابها من أخطاء وعيوب، فإنَّ أفضل وأحسن الوسائل في ذلك هو نظام التقاضي على درجتين من نظام التقاضي على درجة واحدة، حيث إنَّ الأول يحقق فعالية تدقيق العدل بخلاف الثاني الذي يحقق مجرد العدل دون تدقيقه.

البند الثاني: موقف الباحثين المعاصرين من نظام التقاضي على درجتين:

اختلف تصور المعاصرين للتنظيم القضائي الإسلامي في خصوص درجات التقاضي، فهل هو درجة واحدة، أو على درجتين؟.

فكان الخلاف على رأيين: قول يرى أنه على درجة واحدة؛ وقول يرى أنه على درجتين.

ولكل قول أدلة وحجج، إليك بيانها وفق الخطة الآتية:

أولاً: القول الأول: الفقه الإسلامي يأخذ بنظام التقاضي على درجة واحدة.

ثانياً: القول الثاني: الفقه الإسلامي يأخذ بنظام التقاضي على درجتين.

ثالثاً: موازنة وترجيح.

وإليك تفصيل هذه الأقوال وتصوراتها حول التنظيم القضائي.

أولاً/- القول الأول: الفقه الإسلامي يأخذ بنظام التقاضي على درجة واحد:

يذهب بعض الباحثين المعاصرين⁽¹⁾ إلى أنَّ الفقه الإسلامي في تنظيمه للقضاء يأخذ بنظام التقاضي على درجة واحدة، حيث يتصور هؤلاء الباحثون أن تقصر عمل المحاكم التي يرفع إليها حكم القاضي الابتدائي على تمييز الأحكام وتدقيقها، لإقرارها أو نقضها، وتعيد الحكم المنقوض إلى المحكمة التي أصدرته للحكم فيه من جديد، ولا تستقل - من حيث الأصل - بإصدار حكم قضائي، وتسمى هذه المحاكم بـ: «محاكم التمييز»، وهي لا تعد درجة ثانية من درجات التقاضي، لأن عملها لا يعدو أن يكون إشرافاً وتدقيقاً للأحكام القضائية.

وهنا يصرِّح أحد الباحثين المعاصرين، وهو محمد الزحيلي، بأنه: «يؤخذ من رأي جمهور الفقهاء، وأقوال المذاهب الأربعة أنَّ المحاكم في الشريعة الإسلامية تتكون من درجة واحدة، وأنَّه لا يجوز إنشاء محاكم الدرجة الثانية، التي تسمى اليوم (محاكم الاستئناف)، التي تنظر في أساس القضية والدعوى من جديد، بعد صدور الحكم في الدعوى دراسةً، واستدلالاً، وإثباتاً، وأدلةً، ثم تقوم حكم محكمة «الدرجة» الأولى، وتصدر حكماً جديداً...»⁽²⁾.

(1) - الزحيلي، محمد، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 146-149. الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج 1، ص 332.

(2) - الزحيلي، محمد، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 146.

ثم يقول هذا الباحث مستدركا: «ولكن رأي جمهور الفقهاء في منع إنشاء محاكم الدرجة الثانية لا يعني رفض الإشراف على المحاكم الأصلية، أو منع مراقبتها، أو التفتيش عليها، أو تصفح الأحكام التي تصدرها، بل على العكس تماما، فقد صرح الفقهاء بوجوب تفقد القضاة وأعمالهم»⁽¹⁾.

ثم يذكر هذا الباحث عبارة ابن فرحون المالكي التي نصها: «وينبغي للإمام أن يتفقد أحوال القضاة، فإنهم قوام أمره ورأس سلطانه، وكذلك قاضي الجماعة ينبغي له أن يتفقد قضاة ونوابه، فيتصفح أقضيتهم، ويراعي أمورهم وسيرتهم في الناس... فما وافق الحق أمضاه، وما خالفه فسحّه»⁽²⁾.

ومن خلال هذا النص يستنتج الباحث محمد الزحيلي: «أن المحاكم في الفقه الإسلامي بحسب الدرجات على نوعين:

- النوع الأول: محاكم الموضوع: وهي التي تنظر في الدعاوى، وتفصل في النزاع، وتصدر الأحكام.

- النوع الثاني: المحكمة العليا، أو محكمة المراقبة، أو محكمة النقض، أو محكمة التمييز: وهي التي تقوم بمراقبة أعمال القضاة، و تنظر في أحكامهم وتقرؤها كما هي عليه إذا وافقت الشرع بالنص أو بالإجتهد، وتنقضها وتردها إلى القاضي الذي أصدرها، أو إلى غيره إذا خالفت النص أو الإجماع، ونادرا ما تدرسها وتبت فيها»⁽³⁾.

ويؤكد الباحث محمد الزحيلي⁽⁴⁾ أن هذا النوع الثاني من المحاكم لا يعدُّ درجةً من درجات القضاء، وإنما هو محكمة عليا وظيفتها الإشراف على صحة تطبيق الأحكام الشرعية، أمام جميع المحاكم، وتراقب أعمال القضاة، وحسن سير العدالة، ولذا أطلق عليها اسم: «المحكمة العليا، أو محكمة المراقبة، أو محكمة النقض، أو محكمة التمييز»⁽⁵⁾، دون أن يرجح اصطلاحا وتسمية معينة.

وأن هذا النوع من المحاكم عرفه القضاء الإسلامي عمليا، وليس تحت هذه الأسماء. واستدل هذا الفريق باستقراء التاريخ الإسلامي، وبعرض الآثار، وكذا المعقول، وكل هذا كالاتي⁽⁶⁾:

- إن القضاء في عهد النبي ح، و عهد الخلفاء الراشدين، والدولة الأموية، كان على درجة

(1) - الزحيلي، محمد، المرجع و الصفحة نفسها.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص68-69.

(3) - الزحيلي، محمد، المرجع نفسه، ص147.

(4) - الزحيلي، محمد، المرجع و الصفحة نفسها.

(5) - الزحيلي، محمد، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، مرجع نفسه، ص147.

(6) - الزحيلي، محمد، المرجع نفسه، ص147-148. الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص332-333.

واحدة إلى أن جاء عهد المهدي العباسي، فاستحدث منصب «قاضي القضاة»، وأسندته إلى أبي يوسف يعقوب بن ابراهيم سنة 166هـ⁽¹⁾، وأصبح من اختصاص هذا المنصب تولية القضاة وعزلهم، وتفقد أحوالهم، وتعقب الصحيح من أحكامهم، وشاع هذا المنصب في العالم الإسلامي، وانتشر في بلاد المغرب والأندلس بلقب «قاضي الجماعة»⁽²⁾.

- عن أحمد بن موسى قال: قضى عبيد الله بن الحسن العنبري على عبد المجيد مولى بني قشير بقضية، وكان جلدا غضب اللسان، فتظلم إلى أمير المؤمنين [المهدي]، فكتب [أي المهدي] إلى عامل البصرة أن يجمع له الفقهاء، فنظر في قضيته، فإن كان صوابا أمضاها، فنظروا فأروها صوابا، فأمضاها⁽³⁾.
- إنَّه لا مصلحة في اتباع أسلوب محاكم الاستئناف الذي يقضي بإعادة طرح الخصومة مرة أخرى، لأنه يؤدي إلى زيادة الأعباء والنفقات، والبطء في الإجراءات، وإطالة أمد التقاضي مما يلحق الضرر بالمحكوم له⁽⁴⁾.

- إنَّه لو جاز استماع الدعوى ثانيا لجاز استماعها ثالثا ورابعا، مما يوجب عدم استقرار الحكم، كما أن استماع الدعوى ثانيا والحكم بها كالأول ليس فيه من فائدة، بل يكون اشتغالا بالعبث، والعبث ممنوع شرعا⁽⁵⁾.

- كما ناقشوا الاعتراض القائل: إنَّ إعادة نظر الخصومة يتيح الفرصة للخصم أن يكمل بيناته أو دفعه، كما أنَّ معرفة قضاة محكمة الدرجة الأولى بأن القضية ستنظرها محكمة أعلى منها مرة أخرى سيحملهم على زيادة العناية بفحص الدعوى والحكم فيها.

فقد ردوا على هذه الدعوى بالقول: «بأنه يمكن أن يتاح للخصم إكمال بياناته أو دفعه في المحكمة الأولى بإمهاله وقتا كافيا لإحضار ما يقوِّي حجته، كما يمكن أن يتاح له ذلك في المحاكم التي ترفع إليها الأحكام الابتدائية، ولا يلزم من ذلك إعادة الخصومة، بل يُكْتَفَى بتدقيق الحكم. وهذه المحاكم يتحقق منها غرض الإشراف والمراقبة الذي يجمل على زيادة العناية، دون حاجة إلى إعادة الخصومة مرة أخرى، على أن القاضي المسلم يَحْمِلُهُ ورَعُهُ وتَقَوَاهُ على بذل وسعه في الوصول إلى الحق، دون حاجة إلى هذا النوع من المراقبة»⁽⁶⁾.

(1) - الطبري، تاريخ الأمم والملوك، مصدر سابق، ص1629. ابن كثير، البداية والنهاية، مصدر سابق، ج6، ص115. حوادث سنة 166هـ.

(2) - ابن سهل، ديوان الأحكام الكبرى، مصدر سابق، ج1، ص90. النباهي، المرقبة العليا، مصدر سابق، ص36.

(3) - وكيع، أخبار القضاة، مصدر سابق، ج2، ص96.

(4) - الخضير، أحمد محمد بن صالح، المرجع نفسه، ج1، ص332.

(5) - حيدر، علي، درر الحكام، مصدر سابق، ج1، ص684.

(6) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص333.

- مناقشة واعتراض:

- ويمكن مناقشة هذا القول بأن الاستدلال على أن القضاء في عهد النبي ح والخلفاء الراشدين والدولة العباسية كان على درجة واحدة لا يقوم على، أي أساس نص من قرآن، أو سنة، أو أثر من آثار الصحابة، وإنما هو استنتاج واستخلاص فقط للحوادث والقضايا، على أن هذا الاستخلاص والاستنتاج ذاته لا يدل على الإطلاق بعدم جواز التقاضي على درجتين، فهو قد يصلح كقرينة على جواز التقاضي على درجة واحدة، ولكنه لا يصلح بالمطلق على عدم جواز التقاضي على درجتين.

- زيادة على أن بعض الاعتراضات المذكورة تتعلق بعيوب نظام التقاضي على درجتين، وهذه قد تم دحضها ومناقشتها.

- كما أن القول: «بأنه لا يمكن أن يتاح للخصم إكمال بيناته، أو دفعه في المحكمة الأولى لإمهاله وقتا كافيا لإحضار ما يقوى حجته»⁽¹⁾، هو خروج عن محل النزاع، حيث إن النزاع هو في الخطأ الذي تضمنه الحكم بعد هذا التحري، وليس قبل إصدار الحكم، فيسقط إذن الاستدلال والاحتجاج بهذه الحجة.

- ولعل الخطأ الأكبر من ذلك هو اعتماد أصحاب هذا الرأي على فكرة غير واقعية في التأسيس لرأيهم، وتتمثل هذه الفكرة في تصورهم وظيفية المحكمة الأعلى التي تراقب المحاكم الدنيا بأنها تدقيق الحكم فقط، وفي هذا يقول أحد الباحثين: «ولا يلزم من ذلك إعادة الخصومة، بل يكفي بتدقيق الحكم، وهذه المحاكم يتحقق منها غرض الإشراف والمراقبة الذي يحمل على زيادة العناية»⁽²⁾.

- والسؤال المطروح: ما هو تدقيق الحكم وكيف يتم إعماله؟ لم يحدد لنا أصحاب هذا الرأي هذه المسألة ولم يجيبوا عنها، ونحن نسأل: كيف يتم التدقيق في الحكم من دون إعادة نظر النزاع من حيث الشرع والوقائع معا؟.

لاشك أن المحكمة الأولى قد لا تحيط بكل حيثيات النزاع من ناحية الشرع، ومن ناحية الموضوع (الوقائع)، ومن ثم لا بد لمحكمة أخرى من أن تعيد النظر فيه أيضا من حيث الشرع والوقائع معا، وأن التدقيق لا يكفي إطلاقا للوقوف على أخطاء المحكمة الأولى إلا بإعادة الخصومة مرة ثانية، وهو ما يستدعي بالضرورة القول بنظام التقاضي على درجتين.

وبناء على كل هذا، فإنه لا يصح القول: «إن المحاكم في الشريعة الإسلامية تتكون من درجة واحدة، وأنه لا يجوز إنشاء محاكم الدرجة الثانية، التي تسمى اليوم: (محاكم الاستئناف)»⁽³⁾، كما لا

(1) - الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، المرجع و الصفحة نفسها.

(2) - الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، المرجع و الصفحة نفسها.

(3) - الزجيلي، محمد، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص146.

يصح القول بأن: «الأصل في الشريعة أن التقاضي يكون على درجة واحدة»⁽¹⁾، ذلك أن هذه الأحكام والآراء ماهي إلا استنتاج وقرينة بسيطة يمكن نفيها بأي دليل، أي أنها ليست من القطعيات، خاصة إذا تذكرنا واستحضرننا نصوص الفقهاء السابق بيانها وذكرها من قبل، حيث تبين لنا من خلالها أنه لا مانع من الأخذ بنظام التقاضي على درجتين، خاصة أنها كانت صريحة في نظر النزاع مرتين، وحتى ثلاث مرات، ولم تتحدث على الإطلاق - ونؤكد على هذا حسب فهمنا - على مسألة تدقيق الحكم كما تصوّره بعض المعاصرين، ومن ثم يمكن القول بأن هؤلاء المعاصرين تناقضوا مع ما قرّره فقهاء الشريعة الإسلامية.

ثانياً/ - القول الثاني: الفقه الإسلامي يأخذ بنظام التقاضي على درجتين:

ذهب كثير من الباحثين⁽²⁾ في الدراسات الفقهية القضائية المعاصرة إلى أن الفقه الإسلامي في تنظيمه للقضاء يأخذ بنظام التقاضي على درجتين.

وفي هذا الخصوص صرح الباحثان: فؤاد عبد المنعم أحمد؛ والحسين علي غنيم بالقول: «إنّ الشريعة الإسلامية صاحبة فضل في إقراره»⁽³⁾.

وصرح باحث آخر، وهو أمين حسين يونس، قائلاً: «وقد اتفق الفقهاء على جواز ذلك إذا تظلم المحكوم عليه من حكم القاضي»⁽⁴⁾، ثم ذكر بعض النصوص الفقهية التي يرى الباحث أنها تدل على ذلك⁽⁵⁾.

ويقرر وهبة الزحيلي أنّ الأصل في القضاء أن يكون على درجة واحدة، حسماً للخصومة في أسرع وقت ممكن، غير أنّه وضماناً لسير العدالة، وإحقاق الحق، وبسبب قلّة الورع، ونقص العلم، جرى

(1) - الرابعة، أسامة علي مصطفى الفقير، أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية، دار النفائس، عمان، ط1، 1425هـ/2005م، ص378.
(2) - بن ظفير، سعد بن محمد بن علي، النظام الأجرائي الجنائي في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، د د ن، الرياض، 1421هـ-2000م، ص205. بن ظفير، سعد بن محمد بن علي، الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص31-34. آل دريب، سعود بن سعد، التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية، مرجع نفسه، ص532-533. روايح، إلهام شهزاد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص145-146-197. فتحى، عثمان، الفكر القانوني الإسلامي بين أصول الشريعة وتراث الفقه، مكتبة وهبة، القاهرة، دت، ص310-311. آل مبارك، أحمد بن عبد العزيز، نظام القضاء في الإسلام، دار ظفير للطباعة، أبو ظبي، ط2، 1981م، ص51. أحمد، فؤاد عبد المنعم، وغنيم، الحسين علي، الوسيط في التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص112، 152. أبو طالب، حامد محمد، التنظيم القضائي الإسلامي، مرجع سابق، ص67. يونس، أمين حسين، تطبيقات السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص93-98. زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء، مرجع سابق، ص236-239. أبو النور، محمود محبوب، نظرية الدفع للدعوى القضائية في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة-، الدار السودانية للكتب الخرطوم دط، 1420هـ-1999م، ص334-335. الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج8، ص6248-6250. الغامدي، ناصر بن محمد بن مشري، الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص151-156. بركات، علي رمضان علي، الوسيط في شرح نظام القضاء السعودي، مرجع سابق، ص70-72.
(3) - أحمد، فؤاد عبد المنعم، وغنيم، الحسين علي، الوسيط في التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص152.
(4) - يونس، أمين حسين، تطبيقات السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص93.
(5) - يونس، أمين حسين، المرجع نفسه، ص93-94.

العمل حديثا على تعدد المحاكم، ودرجات التقاضي. ولا مانع في الفقه الإسلامي من مبدأ التعدد⁽¹⁾، ثم خُص في الأخير إلى القول بأن فقهاءنا عرفوا مبدأ الطعن في الأحكام، ولا يعد تنظيم المحاكم حديثا مخالفا لمبادئ الإسلام، وإنما يتماشى معها عملا بما قرره الفقهاء فيما يجوز نقضه من الأحكام أو الطعن في الحكم بسبب التهمة الموجهة للقاضي.⁽²⁾

وإلى هذا الرأي أيضا يذهب أسامة علي مصطفى الفقير الربابعة، حيث يقرر أن الأصل في التقاضي أن يكون على درجة واحدة، ولكنه من الجائز العمل بمبدأ التقاضي على درجتين.⁽³⁾ وقال باحث آخر، وهو حامد محمد أبو طالب في عبارة لا تقطع بما قطع به السابقون، حيث قال: «وبناء على ذلك أرى أن تعدد درجات المحاكم لا يتنافى مع قواعد القضاء الإسلامي في الإسلام، ولا يصطدم معها، بل هو يسايرها ويحقق أغراضها».⁽⁴⁾

ويلاحظ أن هؤلاء الباحثين الذين ذكرنا أسماءهم الآن لم يضعوا دقيقا لدرجات التقاضي، صحيح أنهم يقولون بنظام التقاضي على درجتين، الذي يعني محكمة درجة أولى؛ ومحكمة درجة ثانية، ولكنهم لا يذكرون وجود محكمة أخرى أعلى هاتين المحكمتين، حيث كل ما اقتصروا⁽⁵⁾ عليه هو القول بنظام التقاضي على درجتين.

- تصور عبد الكريم زيدان للقضاء الإسلامي:

ويستثني من هذا الباحث عبد الكريم زيدان، حيث قدّم تصورا دقيقا وشاملا حول تنظيم القضاء الإسلامي⁽⁶⁾، وإليك بيان هذا التصور.

- ينطلق الباحث عبد الكريم زيدان⁽⁷⁾ من نقطة أساسية وهي ضرورة تنظيم نقض الأحكام وإبرامها، وذلك تعليقا على إجازة الفقهاء للقاضي الذي أصدر الحكم حق نقض وإبطال حكمه الذي أصدره متى كان مخالفا للكتاب أو السنة، وأن غيره من القضاة لهم أيضا حق نقض أحكام غيرهم، إما من تلقاء أنفسهم، أو بناء على طلب من أصحاب الشأن، حيث يرى الباحث زيدان أن توزيع اختصاصات نقض الأحكام وإبرامها إلى جهات متعددة، وإلى القاضي الذي أصدر الحكم، وعدم وجود جهة مختصة لها وحدها حق نقض الأحكام وإبرامها، وأن حالة كهذه تؤدي إلى شيء من المتاعب

(1) - الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج8، ص6248.

(2) - الزحيلي، وهبة، المرجع و الصفحة نفسها.

(3) - الربابعة، أسامة علي مصطفى الفقير، أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية، مرجع سابق، ص378-379.

(4) - أبو طالب، حامد محمد، التنظيم القضائي الإسلامي، مرجع سابق، ص67.

(5) - أحمد، فؤاد عبد المنعم، وغنيم، الحسين علي، المرجع نفسه، ص152-153. أبو طالب، حامد محمد، المرجع نفسه، ص61-67.

يونس، أمين حسين، المرجع نفسه، ص93-98.

(6) - زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء، مرجع سابق، ص236-239.

(7) - زيدان، عبد الكريم، المرجع نفسه، ص236.

والمفاسد لأصحاب الحقوق، كما تؤدي إلى عدم استقرار الأحكام، وإلى الإضطراب في تنفيذها، زيادة على هذا فإنّ هذا الوضع يمكن استغلاله من أصحاب الأهواء والنُّفوس المريضة من القضاة، ومن أصحاب النفوذ، فينقضون الحكم الصحيح بحجة مخالفته للشرع الحنيف.

ويقرر الباحث عبد الكريم زيدان هنا أنّه لا شك أنّ الشريعة الإسلامية ترفض التلاعب في أحكامها، وترفض السماح لأصحاب الأهواء والنفوذ استغلال مثل هذا الوضع، وبناء على هذا التعليل يطرح الباحث سؤالاً مفاده: هل بالإمكان - بناء على أقوال الفقهاء والتخريج عليها في نقض الأحكام وإبرامها - وضع نظام خاص لنقض الأحكام وليؤمها بما يحقق المصلحة العامة، ولا يخالف الشرع؟⁽¹⁾

- وهنا يجيب الباحث بالإيجاب، وي طرح ويقترح التصور الآتي⁽²⁾:

1/- يجوز لولي الأمر أن يعين قاضياً أو أكثر يكون له - أو لهم وحدهم دون غيرهم - حق النظر في الأحكام التي يصدرها القضاة، فتتقضى متى كانت تستحق النقض، وتبرم متى كانت تستحق الإبرام. وفي حالة نقض الحكم يجب على الجهة الناقضة أن تصدر الحكم الصحيح في الدعوى، ولا يجوز النظر فيه مرة ثانية إلا وفق إجراءات وشروط معينة، ومن قبل جهة أخرى معينة أو من قبل نفس الجهة التي أصدرته⁽³⁾.

ويلاحظ تعليقا على هذا الاقتراح الأول، أنّ الباحث عبد الكريم زيدان يميز الأخذ بكلا النظامين التقاضي على درجة واحدة، أو على درجتين حيث إنّ هذا الاقتراح يميز لولي الأمر أن يأخذ بنظام التقاضي على درجة واحدة، كما يسمح له ويميز الأخذ بنظام التقاضي على درجتين، وهو ما يأتي في الاقتراح الآتي.

2/- يجوز لولي الأمر أن يختار تنظيمًا آخر فيعين قاضياً أو أكثر للنظر في الدعاوى بدرجة أولى، ويعين قضاة آخرين ينظرون في أحكام الدرجة الأولى، فيفسخ ما يستحق الفسخ، ويمضي ما يستحق الإمضاء، وفي حالة الفسخ يصدرن أحكاماً جديدة محلها، ثم هذه الأحكام الأخيرة الصادرة من الدرجة الثانية، والتي أبرموها فقط دون التي تم فسخها، ترفع إلى الجهة المختصة بنقض وإبرام الأحكام، فتتقضى المخالف للنص المستحق للنقض، وتبرم الصحيح.⁽⁴⁾

ويفصّل الباحث عبد الكريم زيدان هذا الاقتراح الثاني بأنه من الممكن لولي الأمر أن يعين ثلاثة أنواع من القضاة ويجعل اختصاصهم على النحو الآتي⁽⁵⁾:

(1) - زيدان، عبد الكريم، المرجع و الصفحة نفسها.

(2) - زيدان، عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 236-239.

(3) - زيدان، عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 236.

(4) - زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء، مرجع سابق، ص 237.

(5) - زيدان، عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 237-238.

- النوع الأول: قضاة الدرجة الأولى: وهم قضاة يصدرون الأحكام في الدعاوى التي ينظرونها، ولا يحق لهم إعادة النظر فيها لأي سبب كان.

- النوع الثاني: قضاة الدرجة الثانية، أو قضاة الاستئناف: وهم قضاة ينظرون في أحكام قضاة الدرجة الأولى، كلها أو بعضها، ويكون من صلاحيتهم إبرام وتأييد هذه الأحكام إن رأوها صحيحة، وفسخها وإصدار بدلها أحكاما جديدة إن رأوها تستحق الفسخ.

- النوع الثالث: قضاة الدرجة الثالثة أو قضاة النقض والإبرام: وهم قضاة ينظرون في بعض أحكام قضاة الدرجة الأولى، وفي جميع أو معظم أحكام قضاة الدرجة الثانية، فما رأوه موافقا للشرع أبرموه، وما كان مخالفا للشرع نقضوه، وفي حالة النقض يصدر الأحكام المناسبة بدل المنقوضة، إلا إذا رأوا إعادة القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لتنظر فيها على الوجه الذي يأمر به قضاة هذا النوع.

- أما كيفية النظر في الأحكام الصادرة: فيقرر الباحث عبد الكريم زيدان أن هذا أيضا يمكن تنظيمه بوضع ضوابط معينة من قبل ولي الأمر على النحو الآتي: (1)

- الأحكام الصادرة من قضاة الدرجة الأولى: وهذه تجعل على نوعين أو صنفين:

- النوع الأول: المتعلقة بحقوق الله تعالى: وهذه يجب رفعها إلى قضاة النقض والإبرام.

- النوع الثاني: في حقوق الآدميين: وهذه ترفع إلى قضاة الدرجة الثانية بطلب من المحكوم عليهم، ولهم إذا أرادوا أن يرفعوها رأسا إلى قضاة النقض والإبرام.

- الأحكام الصادرة من قضاة الدرجة الثانية: وأحكامهم إما تأييد وإبرام أحكام قضاة الدرجة الأولى، وإما أحكام جديدة أصدرها بدلا عن الأحكام التي فسخوها وأبطلوها. وهذه الأحكام يرفع منها وجوبا إلى قضاة النقض والإبرام متى كانت متعلقة بحقوق الله تعالى. فإن كانت تتعلق بحقوق الآدميين فلا ترفع إلى قضاة النقض والإبرام إلا بطلب من أصحابها.

- أحكام قضاة النقض والإبرام: وهي التي تصدر في الأحكام المرفوعة إليهم من قضاة الدرجة الأولى والدرجة الثانية وتكون على نوعين:

- الأول: إبرام الأحكام الصحيحة؛

- الثاني: نقض الأحكام لمخالفتها للشرع، وفي هذه الحالة إما أن يصدر هؤلاء القضاة أحكاما جديدة وصحيحة بدلا من المنقوضة، وإما أن يعيدها إلى محكمتها التي أصدرتها لتعيد النظر فيها، في ضوء ما يرسمه حكم النقض، ثم تصدر حكمها فيها، ويتبع بشأن هذا ما ذكرنا في الفقرات السابقة، فإذا كان يتعلق بحق الله تعالى، فيرفع وجوبا إلى محكمة النقض والإبرام لإبرامه إن كان صحيحا، ونقضه

(1) - زيدان، عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 238-239.

إن كان باطلا.

على أنه - حسب الباحث عبد الكريم زيدان دائما - لا يجوز إعادة النظر في أحكام قضاة النقض والإبرام إلا في أحوال محددة، وعلى سبيل الحصر يحددها ولي الأمر، ويكون طلب إعادة النظر فيها من قبل أصحاب الشأن، وضمن مدة محددة، ويرفع إلى نفس قضاة النقض والإبرام، أو إلى هيئة خاصة من غيرهم، مهمتها إعادة النظر في هذه الأحكام.⁽¹⁾

- ملاحظات على تصور عبد الكريم زيدان للقضاء الإسلامي:

- وبناء على هذا السرد لاقتراح عبد الكريم زيدان يمكن استخلاص النتائج الآتية:
- إنَّ الباحث لا يتبنى نظاما معيناً، وإنما يترك الخيار لولي الأمر، وأهل الشورى ربما، في أن يختار النظام الذي يراه الأفضل، فله أن يختار نظام التقاضي على درجة واحدة، كما له أن يختار نظام التقاضي على ثلاث درجات .

- إنَّ ولي الأمر إذا اختار نظام التقاضي على ثلاث درجات، فإنَّ المحاكم ثلاثة أنواع هي:

- محكمة الدرجة الأولى، وهذه لم يحدد اسمها؛

- محكمة الدرجة الثانية، ويستخلص أنه يطلق عليها مصطلح: «محكمة الاستئناف»⁽²⁾؛

- ومحكمة النقض والإبرام، وهذا استخلاصاً من قوله: «قضاة النقض والإبرام».⁽³⁾

وبهذا، فإنَّ هذا الباحث يرى أنَّه يمكن الأخذ بنظام التقاضي على ثلاث درجات، ولكن يلاحظ أيضاً أن هناك تناقضا في هذا التصور، حيث إنَّ الباحث يميز رفع أحكام قضاة الدرجة الأولى المتعلقة بحقوق الله تعالى مباشرة إلى محكمة النقض والإبرام دون المرور بمحكمة الاستئناف، التي تمثل الدرجة الثانية، والسؤال المطروح: ما الفائدة إذا من وجود الدرجة الثانية إذا كانت لا تنظر في أحكام الدرجة الأولى المتعلقة بحقوق الله تعالى؟.

لاشك أنَّه لا فائدة حينئذ من الدرجة الثانية، على أساس أنَّ من بين الأهداف الأساسية للدرجة الثانية هو أن تكون الواسطة والقناة الوحيدة بين الدرجة الأولى والمحكمة الأعلى. هذا من جهة.

- ومن جهة أخرى، الهدف هو تخفيف العبء والثقل والضغط وكثرة القضايا على المحكمة الأعلى درجة، وهذا الهدف تم تجاهله بوضوح هنا، مما يجعل الدرجة الثانية لا فائدة منها، والأكثر من ذلك، فإنَّ نظام التقاضي على ثلاث درجات لا فعالية له ولا قيمة له بسبب هذه الثغرة الكبيرة.

وبهذا نخلص إلى أنَّ تصور واقتراح الباحث عبد الكريم زيدان يشوبه قصور واضح، وعدم فعالية

(1) - زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء، مرجع سابق، ص 239.

(2) - زيدان، عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 237.

(3) - زيدان، عبد الكريم، المرجع و الصفحة نفسه، ص 238.

كبيرة، وتناقض داخلي في البناء. كل هذا دون أن ننسى أنه جعل محكمة النقض والإبرام درجة ثلاثة⁽¹⁾، في حين أنها ليست كذلك، وإنما هي محكمة الهدف منها المراقبة والإشراف على مدى موافقة الأحكام القضائية للشرع الإسلامي من حيث النصوص والمقاصد فقط دون الوقائع والأحداث، أي توحيد الاجتهاد القضائي للمحاكم.

- أدلة القائلين بجواز الأخذ بنظام التقاضي على درجتين:

أما أدلة هؤلاء الباحثين على أن الفقه الإسلامي يأخذ بنظام التقاضي على درجتين فهي كالآتي:

- من القرآن الكريم:

- قال تعالى: ﴿أُولَئِكَ يَرَوْنَ أَنَّا نَأْتِي الْأَرْضَ نَنْقُصُهَا مِنْ أَطْرَافِهَا وَاللَّهُ يَحْكُمُ لَا مُعَقِّبَ لِحُكْمِهِ وَهُوَ سَرِيعُ الْحِسَابِ﴾ [الرعد: 41].

وجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة الله تعالى بيّن أنّ حكمه سبحانه وتعالى لا معقّب له، فدلّ بمفهوم المخالفة أنّ حكم غيره يجوز تعقبه وتصفحه للتأكد من صحته⁽²⁾.

- قال تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفِثَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾ [ص: 78].

وقد سبق ذكر هذه الآيات وتفسيرها وأنها دليل على جواز نقض الأحكام القضائية، ويرى بعضهم «أنّ نص الآية 78 من سورة الأنبياء قاطعة في مشروعية التقاضي على درجتين»⁽³⁾. ولعلّ أصحاب هذا الرأي استندوا إلى تفسير الآيات وهي أن داوود عليه السلام حكم، ثم سمع سليمان عليه السلام بالقصة فحكم بحكم آخر، فأخذ هذا الباحث منه أنه يجوز العمل بنظام التقاضي على درجتين.

- ويمكن مناقشة هذا الاستدلال بأنه:

- أولاً: لا يمكن القطع بتفسير القرآن الكريم، وأنّ معناه كذا بالتحديد، فالله عزّ وجل أعلم بمراده ومقصوده.

- وثانياً: لا يمكن القول بأن هذه الآيات دليل على نظام التقاضي على درجتين، لأنّه ليس بالضرورة كذلك، فقد يكون على درجة واحدة فقط، وإذا تطرق الاحتمال إلى الدليل سقط الاستدلال

(1) - زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء، مرجع سابق، ص 238.

(2) - الغامدي، ناصر بن محمد بن مشري، الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص 151.

(3) - أحمد، فؤاد عبد المنعم، وغنيم، الحسين علي، الوسيط في التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص 152. الغامدي، ناصر بن محمد بن مشري، الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص 152-153.

- من السنة النبوية الشريفة:

- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «كَانَتْ امْرَأَتَانِ مَعَهُمَا ابْنَاهُمَا جَاءَ الدُّبُّ فَذَهَبَ بَابِنِ إِحْدَاهُمَا، فَقَالَتْ صَاحِبَتُهَا: إِنَّمَا ذَهَبَ بَابِنِكَ، وَقَالَتْ الْأُخْرَى: إِنَّمَا ذَهَبَ بَابِنِكَ، فَتَحَاكَمَتَا إِلَى دَاوُدَ، فَقَضَى بِهِ لِلْكُبْرَى، فَخَرَجَتَا عَلَى سَلِيمَانَ بْنِ دَاوُدَ؛ فَأَخْبَرَتْاهُ؛ فَقَالَ: أَتُونِي بِالسُّكِّينِ أَشُقُّهُ بَيْنَهُمَا، فَقَالَتِ الصُّغْرَى: لَا تَفْعَلْ يَرْحَمُكَ اللَّهُ! هُوَ ابْنُهَا. فَقَضَى بِهِ لِلصُّغْرَى»⁽¹⁾.

وجه الدلالة أن داود عليه السلام حكم في القضية المعروضة عليه، فنقض ابنه سليمان عليه السلام حكمه، فدل على مشروعية الأخذ بنظام التقاضي على درجتين.⁽²⁾

- ويمكن الاعتراض على هذا الاستدلال بما قيل سابقا في الاستدلال بالآيات القرآنية، فلا نكره تجنبنا للإطالة.

- حديث الزبية الذي رواه علي بن أبي طالب - أ-، حيث جاء فيه ما نصه: «تُرِيدُونَ أَنْ تَقَاتِلُوا وَرَسُولَ اللَّهِ ﷺ حَيٌّ؟! إِنِّي أَقْضِي بَيْنَكُمْ قَضَاءً، إِنْ رَضِيتُمْ فَهُوَ الْقَضَاءُ، وَإِلَّا حَجَزَ بَعْضُكُمْ عَنْ بَعْضٍ حَتَّى تَأْتُوا النَّبِيَّ ﷺ، فَيَكُونَ هُوَ الَّذِي يَقْضِي بَيْنَكُمْ»، فلما حكم بينهم بالدية لم يرضوا، فأتوا النبي ﷺ، وأعلموه بقضاء علي، فأجازه رسول الله ﷺ.⁽³⁾

وجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف أنه يؤخذ منه جواز التقاضي على درجتين إذا أن عليا - أ - قضى بين أطراف الدعوى، ثم طلبوا استئناف الحكم إلى النبي ﷺ ونقضه، إلا أنه أمضاه. فهنا جهتان قضائيتان: إحداهما: تصدر الحكم؛ والأخرى تعيد النظر فيه، فتقره أو تنقضه.⁽⁴⁾

كما يدل هذا الحديث على أن النبي ﷺ كان يمثل أعلى جهة قضائية في الدولة الإسلامية آنذاك

(1) - سبق تحريجه.

(2) - أنظر: أحمد، فؤاد عبد المنعم، وغنيم، حسين علي، المرجع والصفحة نفسها. الغامدي، ناصر بن محمد بن مشري، المرجع نفسه، ص153-154. بركات، علي رمضان علي، الوسيط في شرح نظام القضاء السعودي الجديد، مرجع سابق، ص70-71.

(3) - سبق تحريجه.

(4) - واصل، محمد نصر فريد، السلطة القضائية، ص52-53-262. الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج8، ص6248. الخضيري، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص323-324. الربابعة، أسامة علي مصطفى الفقير، أصول المحاكمات الشرعية الحزائية، مرجع سابق، ص533-535. بلعروس، محمد، القضاء على الغائب، ص147. يونس، أمين حسين، تطبيقات السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص95. أحمد، فؤاد عبد المنعم، وغنيم، حسين علي، الوسيط في التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص112-113-152. أبو طالب، حامد محمد، التنظيم القضائي الإسلامي، مرجع سابق، ص64-65. بن ظفير، سعد محمد علي، الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص32-33. روابح، إلهام شهريزاد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص144. الغامدي، ناصر بن محمد بن مشري، الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص153-154. بن ظفير، سعد بن محمد بن علي، النظام الأجرائي الجنائي، مرجع سابق، ص205. بركات، علي رمضان علي، الوسيط في شرح نظام القضاء السعودي الجديد، مرجع سابق، ص71.

وكونه كذلك، فهذا دليل على جواز الاستئناف. (1)

- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ - 1 - قَالَ: اخْتَصَمَ رَجُلَانِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ح، وَأَحَدُهُمَا عَالِمٌ بِالْخُصُومَةِ؛ وَالْآخَرُ جَاهِلٌ بِهَا، فَلَمْ يَلْبَسْهُ الْعَالِمُ أَنْ قَضَى لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ح، فَقَامَ الْمَقْضِيُّ لَهُ وَقَعَدَ الْمَقْضِيُّ عَلَيْهِ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ عَلَيْكَ السَّلَامُ وَاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ غَيْرُهُ إِنَّ حَقِّي لِحَقٌّ. فَقَالَ ح: «عَلَيَّ بِالرَّجُلِ»، فَأَتَى بِهِ، فَأَخْبَرَهُ بِالَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ شِئْتَ عَاوَدْتُهُ الْخُصُومَةَ. فَقَالَ ح: «عَاوَدُهُ»، فَعَاوَدَهُ، فَلَمْ يَلْبَسْهُ أَنْ قَضَى لَهُ، فَقَامَ الْمَقْضِيُّ لَهُ وَقَعَدَ الْمَقْضِيُّ عَلَيْهِ، فَقَالَ: وَاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ، الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ إِنَّ حَقِّي لِحَقٌّ يَعْلَمُ ذَلِكَ نَفْسَهُ فَقَالَ ح: «عَلَيَّ بِالرَّجُلِ»، فَأَتَى بِهِ، فَأَخْبَرَهُ، فَقَالَ: إِنَّ شِئْتَ عَاوَدْتُهُ، فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ «لَا، وَلَكِنْ اعْلَمْ أَنَّ مَنْ اقْتَطَعَ بِخُصُومَتِهِ وَجَدَلَهُ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ؛ فَإِنَّمَا يَقْتَطِعُ قِطْعَةً مِنْ نَارٍ»، فَقَالَ الرَّجُلُ: الْحَقُّ حَقُّهُ، فَكَانَ النَّبِيُّ ح مُتَكِنًا فَجَلَسَ وَقَالَ: «مَنْ اقْتَطَعَ بِخُصُومَتِهِ وَجَدَلَهُ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ فَلْيَتَّبِعُوا مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ». قَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: فَكَانَتْ هَذِهِ أَشَدَّ مِنَ الْأُولَى. (2)

وجه الدلالة أن النبي ح أمر المقضي له بمعاودة الخصومة حين تظلم المقضي عليه من الحكم، ولما كان على القاضي الاحتياط في قضاؤه، فإن النبي ح فعله. قال السرخسي: «وفيه دليل على أن القاضي إذا ارتاب في شيء من قضاؤه ينبغي له أن يتثبت في ذلك ويحتاط». (3)

ولا شك أن من الاحتياط نظر الدعوى ثانياً أمام قاضٍ آخر، ولما كان النبي ح أعلى هيئة قضائية في الدولة الإسلامية آنذاك - إن صح التعبير - فقد قبل عرض النزاع مرة ثانية، وهذا دليل على جواز الاستئناف. (4)

- من آثار الصحابة:

- روي أن عمر بن الخطاب - 1 - كتب إلى الأمصار: «ألا تقتل نفس دوني» (5)، وفي رواية: «أما الدم فيقضي فيه عمر». (6)

وجه الاستدلال من أثر عمر - 1 - أنه يدل دلالة صريحة على جواز تخصيص بعض الأحكام لكي ينظر فيها غير القاضي الذي أصدرها، من أجل نقضها أو إمضاؤها. (7)

(1) - يونس، أمين حسين، المرجع نفسه، ص 96.

(2) - لم نجد له تحريجه، مع العلم أنه ذكره السرخسي. أنظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 16، ص 86.

(3) - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 16، ص 86.

(4) - يونس، أمين حسين، تطبيقات السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 96.

(5) - سبق تحريجه.

(6) - سبق تحريجه.

(7) - الخضير، أحمد محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج 1، ص 326.

- وى وكيع أنه أتى عبد الله بن مسعود - أ - برجل من قريش، وُجد مع امرأة في ملحفتها، ولم تقم البينة على غير ذلك، فضربه عبد الله أربعين، وأقامه للناس، فانطلق قوم إلى عمر بن الخطاب - أ -، فقالوا: فضح منا رجلاً، فقال عمر لعبد الله: «بلغني أنك ضربت رجلاً من قريش». فقال: «أجل، أتيت به قد وجد مع امرأة في ملحفتها، ولم تقم البينة على غير ذلك، فضربته أربعين، وعرفته للناس». فقال: «أرأيت ذلك؟»، قال: «نعم». قال: «نعم ما رأيت». قالوا: جئنا نستعديه عليه فاستفتاه. (1)

وجه الاستدلال (2) بهذا الأثر، هو أنّ عبد الله بن مسعود - أ - حكم في الواقعة فلم يرض الخصم المحكوم عليه بذلك، فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب - أ - وناقشه في الحكم، ثم أقره على ذلك، فدل ذلك على جواز الرفع إلى قاض أعلى، وإلى جهة معينة.

- وجاء في رسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري - ب -: «وَلَا يَمْنَعُكَ قَضَاءُ قَضَيْتَ بِالْأَمْسِ، رَاجَعْتَ فِيهِ نَفْسَكَ، وَهَدَيْتَ لِرُشْدِكَ، أَنْ تَرَا جِعَ الْحَقِّ، فَإِنَّ الْحَقَّ قَدِيمٌ، وَمُرَاجَعَةُ الْحَقِّ خَيْرٌ مِنَ التَّمَادِي فِي الْبَاطِلِ». (3)

ووجه الاستدلال (4) بهذا الأثر أنّ عمر بن الخطاب أجاز للقاضي أبي موسى الأشعري - ب - ولغيره من القضاة إعادة نظر الخصومة مرة ثانية، فدل ذلك على جواز تعدد درجات التقاضي.

- روي أنه «أُتي شريح في امرأة تركت ابني عمها، أحدهما زوجها، والآخر أخوها لأمها، فأعطى الزوج النصف، وأعطى الأخ من الأم ما بقي، فبلغ ذلك علي رضي الله عنه، فأرسل إليه فقال: أَدْعُوا إِلَيَّ الْعَبْدَ الْأَبْطَرُ، فَدُعِيَ شَرِيحٌ. فَقَالَ: مَا قَضَيْتَ؟ قَالَ: أَعْطَيْتَ الزَّوْجَ النِّصْفَ، وَالْأَخَ مِنَ الْأُمِّ مَا بَقِيَ، فَقَالَ عَلِيٌّ رضي الله عنه: أَبَكْتَابَ اللَّهِ، أَمْ بَسَنَةَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم؟ فَقَالَ: بَلْ بَكْتَابَ اللَّهِ، فَقَالَ: أَيْنَ؟ قَالَ شَرِيحٌ: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [سورة الأنفال: 75]، فقال علي: «هل قال للزوج النصف، ولهذا ما بقي؟». ثم أعطى علي رضي الله عنه، الزوج النصف والأخ من الأم السدس، ثم ما بقي قسمه بينهما»

(1) - وكيع، أخبار القضاة، مصدر سابق، ج 2، ص 188. ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد الكوفي العبسي، المصنف في الأحاديث والآثار، تقدم وضبط: كمال بوسف الحوت، دار التاج، بيروت، ط 1، 1409هـ/1989م، كتاب الحدود، باب في الرجل يوجد مع امرأة في ثوب، ج 5، ص 496، رقم: 28331.

(2) - واصل، نصر فريد، السلطة القضائية، مرجع سابق، ص 236. الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، المرجع و الصفحة نفسها. يونس، أمين حسين، المرجع و الصفحة نفسها. بن ظفير، سعد بن محمد بن علي، الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 33-34. بن ظفير، سعد بن محمد بن علي، النظام الإجرائي الجنائي، مرجع سابق، ص 206. بركات، علي رمضان علي، الوسيط في شرح نظام القضاء السعودي الجديد، مرجع سابق، ص 71-72.

(3) - وكيع، أخبار القضاة، مصدر سابق، ج 2، ص 71-72. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 16، ص 62.

(4) - الرجيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 8، ص 6248.

(1).

فهذا الأثر يدل على جواز رفع القضية للمحكمة الأعلى إذا لم يقبل الخصوم حكم المحكمة الأدنى، حيث نقض علي كرم، وجهه حكم شريح، وحكم بحكم آخر، وهذا هو التعدد بعينه في درجات التقاضي.⁽²⁾

- عن أحمد بن موسى قال: قضى عبيد الله بن الحسن العنبري⁽³⁾ على عبد المجيد مولى بني قشير بقضية، وكان جلدا غضب اللسان، فتظلم إلى أمير المؤمنين [المهدي]، فكتب [أي المهدي] إلى عامل البصرة أن يجمع له الفقهاء، فنظر في قضيته، فإن كان صوابا أمضاها، فنظروا، فأوها صوابا، فأمضاها⁽⁴⁾.

وهذا بمثابة إقرار الحكم والتصديق عليه من قبل محكمة أعلى⁽⁵⁾.

- القياس:

وذلك بقياس جواز تخصيص بعض المحاكم كدرجة ثانية للتقاضي، على جواز الاختصاص القضائي من حيث الزمان، والمكان، والموضوع، والأشخاص، باعتبار أن الدرجة الثانية للتقاضي هي فرع من القضاء، ولما كان القضاء يجوز تخصيصه، فإن جعل بعض الأحكام كدرجة ثانية للتقاضي يجوز تخصيصه. فيتم جعل بعض المحاكم درجة أولى، والبعض الآخر درجة ثانية للتقاضي.

- المعقول:

- إن نظام التقاضي على درجتين ليس فقط جائزا، وإنما يكون واجبا خاصة في زماننا هذا، حيث إنّه بسبب قلة الورع، وضعف التدين، ونقص العلم⁽⁶⁾، وقلة من يجتهد من القضاة، أو حتى انعدامه، بل الانعدام هو الواقع اليوم، ومن ثم فالأفضل والأولى المصير إلى نظام التقاضي على درجتين جبرا لكل هذه الصعوبات والعيوب والمشاكل، حيث يكون حكم الدرجة الثانية مستدركا لحكم الدرجة الأولى، في تحقيق العدل، وفي تجنب الأخطاء والعيوب، التي غالبا ما تكون في حكم الدرجة الأولى.

- إن نظام التقاضي على درجتين يحقق العدل، بل إنه يدقق في تحقيق العدل، أو يحقق تدقيق

(1) - سبق تخرجه.

(2) - بلعنروس، محمد، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص 147.

(3) - وعبيد الله بن الحسن العنبري تولى القضاء سنة 156هـ، وتوفي 168هـ. أنظر: وكيع، أخبار القضاة، مصدر سابق، ج 2، ص 91-123.

(4) - وكيع، أخبار القضاة، مصدر سابق، ج 2، ص 96.

(5) - بن ظفير، سعد بن محمد بن علي، الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 34. بن ظفير، سعد بن محمد بن علي، النظام الإجرائي

الجنائي، مرجع سابق، ص 206. روايح، إلهام شهرزاد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 144.

(6) - الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 8، ص 6248.

العدل، وكل طريق يوصل إلى ذلك فهو من الشرع ولا يخالفه، وقد سبق ذكر عبارة ابن قيم الجوزية⁽¹⁾، فلا نكرها، خاصة وأنَّ العدل قد يكون غير ما حكمت به الدرجة الأولى، ومعرفة ذلك تحصل لرؤية الدعوى من قاضٍ آخر إذا تظلم المحكوم عليه.⁽²⁾

- إنَّ الله تعالى أباح لمن ظلمَ الدفاعَ عن حقوقه، وأن يطلب استرداده بالطرق المشروعة من القضاء، فقال تعالى: ﴿وَلَمَنْ أَنْصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَاعَلَيْهِمْ مِّن سَبِيلٍ﴾ [سورة الشورى: 41]، وقال: ﴿لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا عَلِيمًا﴾ [سورة النساء: 148]، وإذا كانت محكمة الدرجة الأولى أخطأت، فليس من سبيل لاستدراك هذا الخطأ إلا بإجازة نظام التقاضي على درجتين، حيث يكون الاستئناف وسيلة لرفع الظلم الواجب الإزالة والرفع، فتكون الوسيلة - نظام التقاضي على درجتين والاستئناف - واجبة لوجوب مقصدها وغاياتها النبيلة⁽³⁾.

- إنَّ القضاة بشر، وإنَّ البشر من صفاتهم الخطأ والنسيان والسهو، فقد يخطئون في فهم النصوص الشرعية، أو فهم وتصور الحادثة الواقعة النازلة، فيكون الحكم القضائي الصادر بشأنها خاطئاً بالضرورة، ولا وسيلة لمجابهة هذه الأخطاء إلا بنظام التقاضي على درجتين، حيث تنظر في الشرع؛ وفي الواقع. والمحكمة الأعلى درجة في حالة الأخذ بنظام التقاضي على درجة واحدة لا تكفي في تحصيل المقصود، لأنَّها تنظر في المنازعات من ناحية الشرع فقط دون الواقع، فيقع الخلل والظلم، ولا سبيل لتجنب ذلك إلا عن طريق نظام التقاضي على درجتين، حيث عن طريقه يتم تجنب هذه الأخطاء، ومن ثم دعم الثقة في القضاء والقضاة، والأهم تحقيق العدل.

الفرع الثالث: موقف مجلة الأحكام العدلية العثمانية من نظام التقاضي على درجتين:

لم تأخذ مجلة الأحكام العدلية العثمانية بنظام التقاضي على درجتين، وإنما أخذت بنقيضه، وهو نظام التقاضي على درجة واحدة، وفي هذا يقول علي حيدر: «وقد وضع في زماننا أصول لكيفية استئناف الأحكام الشرعية...»

وبعد نقض الحكم من دائرة الفتوى العلية، أو مجلس التدقيقات الشرعية، لا يحكم في القضية من دائرة الفتوى المذكورة أو من المجلس المذكور، حيث لم يكونا حائزين صلاحية القضاء في ذلك، بل ترسل القضية إلى المحكمة الأولى، أو تحال إلى محكمة أخرى لتحكم فيها ثانياً، على أن تراعي المحكمة

(1) - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، مصدر سابق، ص 11-12. ابن قيم الجوزية، بدائع الفوائد، تحقيق: صالح اللحام - خلدون خالد، دار ابن حزم، بيروت، دط، 1432هـ-2011م، ص 832-833. ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مصدر سابق، ج 4، ص 498-499.

(2) - يونس، أمين حسين، تطبيقات السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 97. الغامدي، ناصر بن محمد بن مشري، الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص 155-156.

(3) - يونس، أمين حسين، المرجع و الصفحة نفسها.

الأسباب التي أوجبت نقض الحكم»⁽¹⁾.

وقال في موضع آخر: «إنَّ رؤية الدعوى بعد الحكم فيها تكون على ثلاث صور:

- الصورة الأولى: أن يكون الحكم الواقع غياباً، فيعترض عليه بطريق دفع الدعوى. وقد مر بيان ذلك في المادة 1836.

- الصورة الثانية: أن ينقض ذلك الحكم من دائرة الفتوى العلية، أو من مجلس التدقيقات الشرعية، فترى الدعوى استئنافاً، وهذا سنذكره في مادتي 1838م-1839م. مثلاً إذا دقت دائرة الفتوى العلية أو مجلس التدقيقات الشرعية في إعلام صادر على شخص، ونقض لمخالفته للشرع، فترى الدعوى استئنافاً مرة ثانية.

- الصورة الثالثة: ترى الدعوى مرة ثانية بطريق إعادة المحاكمة على الوجه المبني في المادة 1840⁽²⁾.

وعليه، وبناء على هذه النصوص من المجلة المواد 1836 و1838 و1839 و1840، فإنَّ النظام القضائي الذي كان سائداً في العهود الأخيرة للدولة العثمانية كان يقوم على نظام التقاضي على درجة واحدة لا على درجتين، حيث إنَّ الحكم الصادر من محكمة البداية يجوز نقضه أمام:⁽³⁾

- أولاً: في دائرة الفتوى العلية: فإذا كان الحكم موافقاً للشرع الشريف يجرى على طرف الحكم عبارة: «موافق لأصوله»⁽⁴⁾، ويختتم بالختم الرسمي العائد لمميز الإعلانات الشرعية، ويعاد إلى صاحبه. وإذا كان غير موافق للشرع، فينقض ويحمر على الإعلام حيناً عبارة: «صكه وسبكه»⁽⁵⁾، أي أن الحكم الشرعي الصادر غير موافق لمسألته الشرعية، أو يجرى أنَّ «الحكم غير خال من الخلل»⁽⁶⁾، أي بدون تفصيل، وبيان أسباب الخلل، ويبين أحياناً أسباب الخلل والنقض، ويختتم هذا الشرح بالختم المذكور، ويعاد للمحكمة التي أصدرت الحكم، لرؤية الدعوى مرة ثانية.

ثانياً: مجلس التدقيقات الشرعية: أما مجلس التدقيقات الشرعية فاختصاصه ووظيفته هي النظر في تطبيق الحكم الشرعي على الواقعة⁽⁷⁾، أي هل أصابت المحكمة الابتدائية في غطاء الواقعة و

(1) - حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص690.

(2) - حيدر، علي، المرجع نفسه، ج4، ص684. وانظر أيضاً: رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مصدر سابق، ج2، ص1190-1191-1192-1193.

(3) - حيدر، علي، درر الحكام، مرجع نفسه، ج4، ص864-690-691. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع نفسه، ج2، ص1191.

(4) - حيدر، علي، المرجع نفسه، ج4، ص691. رستم باز، سليم اللبناني، المرجع و الصفحة نفسها.

(5) - حيدر، علي، المرجع و الصفحة نفسها. رستم باز، سليم اللبناني، المرجع و الصفحة نفسها.

(6) - حيدر، علي، درر الحكام، مرجع مرجع نفسه، ج4، ص691.

(7) - حيدر، علي، المرجع نفسه، ج4، ص691-692. رستم باز، سليم اللبناني، المرجع و الصفحة نفسها.

الخصومة حكمها الشرعي الصحيح أم لا؟

وهنا المجلس إن رفع الاعتراض إليه في الحكم وحده موافقا للشرع أيده وإلا نقضه وأعادته إلى المحكمة التي أصدرته إذا كانت الدعوى بخمسة آلاف (5000) قرش فما دون لتراها ثانية، وإن كانت الدعوى بأكثر من ذلك، أو كانت مما يستدعي الاهتمام، كدعوى النكاح و الطلاق إذا نظرت بداية في محكمة القضاء، فترى استئنفا في محكمة اللواء الشرعية، ومن محكمة الولاية إلى محكمة الولاية الشرعية، وإذا حكم بداية فيها من محكمة الولاية الشرعية فترى استئنفا في أقرب محكمة ولاية شرعية، وإذا نظرت بداية في محكمة ولاية شرعية مجاورة للاستئانة ترى لدى قاضي العسكر، غير أنه إذا كان المدعى به خمسة آلاف (5000) قرش ورضي الطرفان برؤية الدعوى استئنفا في المحكمة الأولى جاز ذلك، وكان مسموحا به⁽¹⁾.

و الفرق بين دائرة الفتوى العلية⁽²⁾ - أو « الفتوى خانة»⁽³⁾ - وبين مجلس التدقيقات الشرعية⁽⁴⁾، أو دائرة تمييز الإعلامات الشرعية، هو أنّ دائرة الفتوى العلية تنظر في مدى مطابقة الحكم لنصوص الشريعة الإسلامية، أي مدى موافقة الحكم للشرع⁽⁵⁾، ومن ثم تعمل هذه الجهة على توحيد الاجتهاد القضائي في تفسير النصوص الشرعية من القرآن و السنة و غيرهما من الأدلة الشرعية.

- و الذي يلاحظ هنا أمران، هما:

- **الأمر الأول:** أنّ هاتين الهيئتين - دائرة الفتوى العلية و مجلس التدقيقات الشرعية - لا تحوزان، أو « غير حائزين صفة القضاء»⁽⁶⁾. بمعنى آخر، أنّهما ليستا من الهيئات القضائية، وإنما هما هيئتان لا قضائيتان، وهنا يثور الإشكال: كيف لهيئات غير قضائية أن تراقب أعمال وأحكام هيئات قضائية؟ لا شك أن ذلك لا يجوز وغير مقبول، لأنه يخل بمبدأ استقلال القضاء عن باقي الهيئات، كما يخل بمبدأ الاختصاص القضائي، وكما يقول القرافي المالكي: «إنّ النقض لا يكون إلا لمن له الإبرام فيما يكون فيه النقض، وإنشاء الحكم في مواقع الخلاف إنما هو للحكام، فكذلك النقض و الفسخ، إنما هو لهم، والمفتي ليس له إنشاء الحكم، فليس له نقضه... وهذه قاعدة كثيرة الفروع: من لا يملك العقد لا يملك الحل... و أما المفتي من حيث هو مفت، فليس له أن ينشئ حكما على الوجه الذي فوّض

(1) - حيدر، علي، المرجع نفسه، ج4، ص692. رستم باز، سليم اللبناني، المرجع و الصفحة نفسها.

(2) - حيدر، علي، المرجع نفسه، ج4، ص684، 690-691.

(3) - رستم باز، سليم اللبناني، المرجع و الصفحة نفسها.

(4) - حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص684، 690-691. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص1191.

(5) - حيدر، علي، المرجع نفسه، ج4، ص691-692. رستم باز، سليم اللبناني، المرجع و الصفحة نفسها.

(6) - حيدر، علي، المرجع نفسه، ج4، ص690. رستم باز، سليم اللبناني، المرجع و الصفحة نفسها.

للحكام»⁽¹⁾.

وإذا، فإنَّ الصحيح هو أنه لا يجوز لهذه الهيئات النظر في نقض الأحكام، حتى ولو كانت لها من الخبرة و العلم ما لها، وذلك لأنَّ من لا يملك إبرام الأحكام القضائية، فهو أيضا لا يملك الحل والنقض أيضا.

- الأمر الثاني: ما يلاحظ في الجهات التي تنظر في طلبات النقض أنها متعددة وليس جهة واحدة، حيث إنهما هيئتان وهما: دائرة الفتوى العلية؛ ومجلس التدقيقات الشرعية، وقد سبق بيان اختصاص كل جهة من هذه الجهات، وأنَّ لهما حق النظر في الأحكام ونقضها مع الإحالة. والحق أنَّ تعدد جهات النقض ينطوي على مخاطر كبيرة⁽²⁾، إذ أنَّه يؤدي إلى كثير من المتاعب والمفاسد لأصحاب الحقوق، وإلى عدم استقرار الأحكام، وإلى الاضطراب في تنفيذها، ثم إنَّ هذا الوضع القانوني يمكن استغلاله من أصحاب النفوذ والجاه والأهواء، والنفوس المريضة من القضاة، فينقضون الحكم الصحيح بحجة مخالفته للشرع الشريف، وهذا مما لا شك أنَّ الشريعة الإسلامية الغراء ترفض رفضا قاطعا هذا الوضع القانوني المأزوم، إذ أنها ترفض التلاعب بأحكام القضاء تحت أي ذريعة إلا إذا كان وجهها صحيحا لغرض شرعي صحيح لا وهمي، كما ترفض السماح لأصحاب النفوذ والجاه والقلوب المريضة والأهداف الخفية المجهولة استغلال هذا الوضع للاستفادة منه في إقرار وضع شرعي معين.

يدل على هذا كل الآيات والأحاديث التي تأمر بالعدل، وتنهى عن الظلم، من ذلك فقط قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ [سورة النحل: 90]، وغيرها من الأدلة التي سبق بيانها في الباب الأول عند الكلام عن أدلة النقض الكلية.

كل هذا دون أن ننسى عدم منطقية ومعقولية أساس تقسيم جهات النقض إلى دائرة الفتوى العلية التي تنظر في مسائل الشرع؛ ومجلس التدقيقات الشرعية الذي ينظر في مسائل الواقع، حيث لا مبرر ولا أساس لهذا التقسيم، وحتى لو وجد فلا فائدة عملية منه، والأولى والأصح أن يتم عقد الاختصاص لجهة واحدة تنظر في مسائل الشرع، ومن جهة أخرى الأخذ بنظام التقاضي على درجتين، حيث تكون محكمة الدرجة الثانية تنظر في حكم الدرجة الأولى من حيث الشرع، ومن حيث الواقع معا، وهذا هو الأفضل، ولاشك أن هذا هو العدل، أو هو من العدل إن لم يكن العدل ذاته.

(1) - القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص71.

(2) - زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء، مرجع سابق، ص236.

ويجب أن نُبددَ وَهْمًا قد يتبادر إلى الذهن حين الاطلاع على المادة 1838 من مجلة الأحكام العدلية، حيث قد يُفهم منها أنَّ النظام القضائي العثماني يأخذ بالاستئناف الذي هو أثر عملي لنظام التقاضي على درجتين، حيث إنَّ المادة تنص على أنه: «إذا ادَّعى المحكوم عليه بأنَّ الحكم الذي صدر في حق الدعوى ليس موافقا لأصوله المشروعة، وبينَّ جهة عدم موافقته، وطلب استئناف الدعوى، يحقق الحكم المذكور، فإن كان موافقا لأصوله المشروعة يصدَّق، وإلا يستأنف»⁽¹⁾.

فقد يتوهم القارئ والمطلع على هذه المادة أنَّ النظام القضائي العثماني يأخذ بنظام التقاضي على درجتين، وبالاستئناف، وهذا الفهم هو مجرد وَهْمٍ فقط وغلطٌ قد ينقذح في ذهن المطلِّع على النص، إلا أنه سرعان ما يدرك أنَّ هذا مجرد تعبير لغوي يقصد به الاستمرار في رؤية الدعوى ثانية من المحكمة الابتدائية وليس معناه الاصطلاحي، أي رؤية الدعوى في محكمة أعلى من المحكمة الابتدائية⁽²⁾. بدليل أن ما تم عرضه من قبل من أن النظام العثماني يأخذ بنظام التقاضي على درجة واحدة فقط لا بدرجتين. وإذا فالمقصود بـ«الاستئناف» الوارد في المادة 1838 من المجلة هو المعنى اللغوي لا الاصطلاحي.

المبحث الثاني: تصورنا للنظام القضائي الإسلامي:

المطلب الأول: ترجيح نظام التقاضي على درجتين في كل المواد، وثلاث درجات في

المواد الجزائية استثناء:

– بعد بيان حقيقة نظام التقاضي على درجتين، وكذا التقاضي على درجة واحدة، وبعد بيان مزاياها وعيوبها معا، وبعد التطرق إلى أقوال ونصوص الفقهاء التي يستخلص منها أن الفقه الإسلامي لا يمنع نظام التقاضي على درجتين، ثم التطرق إلى اختلاف المعاصرين حول جواز الأخذ بهذا النظام أو ذلك، ثم التطرق إلى بيان موقف كل من القضاء العثماني والمنظم السعودي من هذين النظامين.

بعد كل هذا التفصيل والبيان، نأتي الآن إلى بيان موقفنا وتصورنا من المسألة ككل: أيُّ الأنظمة أفضل؟، نظام التقاضي على درجة واحدة أم التقاضي على درجتين؟ وما هو النظام القضائي الذي يمكن تصوره بناء على هذا النظام أو ذاك؟

ولكن قبل بيان هذا الموقف وهذا التصور، يستحسن لنا أن ننبه إلى قضية أو ملاحظة هامة وهي أنه لا يوجد نص قطعي من قرآن، أو سنة، أو إجماع على أنَّ الفقه الإسلامي يقرر نظاما معينا، ويمنع آخر ويجرمه، حيث يلاحظ عدم وجود نص قطعي الدلالة والثبوت في هذه المسألة، وهذا يعني أن

(1) - حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص686. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص1190.

(2) - الحسيني، فهمي، تعليق على درر الحكام لعلي حيدر، دار الجيل، بيروت، ط1، 1411هـ/1991م، ج4، ص629.

المسألة متروكة للنظر العقلي، والتأمل الفكري، والموازنة بين المصالح والمفاسد.

وبناء عليه، فإنَّ أدلة القول الثاني للفقهاء المعاصرين القائلين بأنَّ الفقه الإسلامي يأخذ بنظام التقاضي على درجتين، كلها أدلة تحمل هذا الرأي والتأويل ولكنها لا تقطع به، وبالأخص أدلة القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، إذ لا يوجد نص قطعي في دلالة هذه المسألة.

- وهذا ما يؤكد أنَّ النظام الأفضل للقضاء هو مسألة محل تفكير وتأمل وموازنة بين المصالح والمفاسد، وتقديم الأفضل والأقوى من المصالح والأقل من المفاسد على الآخر.

- ونقطة أخرى، هي أن لا أحد من الأنظمة (التقاضي على درجتين أو التقاضي على درجة واحدة) يحوي مصلحة محضة، أو مفسدة محضة، وإنما كلاهما يتضمن ويحوي مزيجا من المصالح والمفاسد، وخليطا منها معا، فقد رأينا من قبل أن كلَّ نظام له مزايا وعيوبا، والغريب والعجيب أن مصالِح ومزايا كل نظام هي مفاسد وعيوب النظام الآخر، والعكس صحيح أيضا، ولذلك فإن اختيار أي نظام ومهما كان نوعه، نظام على التقاضي على درجتين أو نظام ومهما كان نوعه، نظام على التقاضي على درجتين أو نظام التقاضي على درجة، يؤدي حتما وقطعا إلى وجود بعض المفاسد والعيوب التي ترتب على الأخذ به.

وهنا تدقُّ المسألة، فإذا كانت المفاضلة بين هذين النظامين لا يتم إلا عبر الموازنة بين المصالح والمفاسد، والمزايا والعيوب، وإذا كان هذان النظامان لكل منهما مزايا وعيوبا، مصالِحا ومفاسدا، فهل بقي بعد ذلك معنى للمفاضلة بين هذين النظامين عبر الموازنة بين المصالح والمفاسد وهي غير محضة في كليهما؟ إنما مصالح تختلط معها بعض المفاسد؟

- على الرغم من كل هذا، فإنَّ مبدأ العدل والإحسان يصلح في هذه المسألة في الموازنة والمفاضلة بين نظام التقاضي على درجتين، ونظام التقاضي على درجة واحدة يتبين لنا ذلك أنه من خلال نظام التقاضي على درجتين بواسطته وعن طريقه يتم إزالة كل الأخطاء التي تشوب الحكم القضائي الصادر من الدرجة الأولى، وحتى لو وقع قضاة الدرجة الثانية في الخطأ، فإن قضاة النقض أو التمييز سيصححونه، ومن ثم يصدرون حكما صحيحا وسليما من العيوب والأخطاء.

وهذا بخلاف نظام التقاضي على درجة واحدة، حيث لا يؤدي العمل به إلى تحقيق العدل والإحسان، كما بيناه سابقا.

وعليه، فإنَّ أحسن نظام للقضاء هو نظام التقاضي على درجتين، لأنَّه يحقق الحكم الأسلم من العيوب والأخطاء، ومن ثم فهو يحقق العدل والإحسان.

- ولذا فإننا نميل إلى القول الثاني الذي قال به بعض المعاصرين من جواز الأخذ بنظام التقاضي

على درجتين، خاصة وأن نصوص الفقهاء المسلمين⁽¹⁾ تدل على ذلك، لا تمنعه و لا تحرمه.

- وإذا تقرر لدينا الأخذ بنظام التقاضي على درجتين واستبعاد النظام الآخر، نظام التقاضي على درجة واحدة، فإننا نرى أن يكون ذلك في كل المواد ما عدا المواد الجزائية، حيث يكون التقاضي على ثلاث درجات، وذلك لخطورة الحكم في المواد الجزائية، حيث إن الخطأ في الحكم يستحيل استدراكه إن تم الحكم بالرجم أو القتل أو القصاص إذا ما تم جعله على درجتين، ولذلك تلافياً لكل خطأ، فإننا نرى ونؤكد على الأخذ بنظام التقاضي على ثلاث درجات في المواد الجزائية استثناءً.

- ونحن بهذا الاختيار والترجيح لنظام التقاضي على درجتين في كل المواد، وثلاث درجات في المواد الجزائية استثناءً، نتقاطع في القول بهذا الاختيار مع النظام القضائي السعودي، حيث رأينا من قبل أنه يأخذ بنظام التقاضي على درجتين في كل المواد (الحقوقية المالية، الأحوال الشخصية، العمالية، التجارية)، ويستثني من ذلك المواد الجزائية (الحكم بالقتل، أو الرجم، أو القطع، أو القصاص في النفس، وفيما دونها)، حيث يجعل التقاضي فيها على ثلاث درجات، (م1/11 و 2 من نظام القضاء).

- وتقاطعنا مع المنظم السعودي في التصور للهيكلة ولتنظيم القضائي ليس إلا إقراراً وتأكيداً على صحة التنظيم القضائي السعودي، وعلى دقته، وعلى انسجامه التام مع مبادئ العدل والإنصاف، وتأکید ثقة الناس بالقضاء والأحكام.

ومن جهة أخرى، فإن كل التصورات التي طرحت - وبالأخص التصور أو التنظيم القضائي العثماني - نرى بجانبه للضوابط، وعدم انسجامه مع مبدأ العدل والإنصاف، ومن ثم نرى استبعاده استبعاداً كلياً.

المطلب الثاني: آليات وطرق نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي:

بعد التطرق إلى نظام التقاضي على درجتين، نأتي الآن إلى قضية أخرى لا تقل أهمية عن الأولى، بل قد تفوقها، وهي آليات وطرق ووسائل نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي.

- ونذكر أيضاً أننا في تعريفنا للنقض اصطلاحاً أشرنا إلى أنه عبارة عن إبطال الحكم القضائي المعيب جزئياً أو كلياً، بوسائل معينة، و شروط محددة، من طرف القاضي الذي أصدره، أو غيره من القضاة ممن له ولاية النقض، من تلقاء نفسه في حقوق الله تعالى، أو بطلب ممن له مصلحة شرعية في

(1) - السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج1، ص 323. الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص298-299. الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص 14. قاضبخان، الفتاوى الخانية، مصدر سابق، ج2، ص 458-459. عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص 356-358. القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص 99. البناهي، المرقبة العليا، مصدر سابق، ص 23. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص63. ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص126-127. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص 37. وانظر أيضاً: شمس الدين قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص 412. ابن قاضي سمانونة، جامع الفصولين، مصدر سابق، ج1، ص 24.

حقوق الآدميين، عند وجود الأسباب الموجبة له، بهدف تصحيحه مما شابه من أخطاء، صيانة للشرع؛ والقضاء؛ والقضاة؛ وتحقيقاً للعدل و الإحسان.

وبهذا التعريف فإنَّ المقصود بآليات وطرق نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي: الوسائل والآليات والطرق التي تهدف بإعمالها إلى إصلاح الحكم القضائي وتصحيحه، مما شابه من أخطاء، وفق إجراءات وشروط معينة.

- والسؤال المطروح هنا: ما هي هذه الآليات والوسائل والطرق التي بإعمالها يتم تصحيح الحكم القضائي مما شابه من عيوب، وما لصق به من أخطاء، بحيث يؤدي إلى أن يكون الحكم القضائي في النهاية هو عين الحقيقة وكلمة الحق؟

وبمعنى آخر، إذا كنَّا قد توصلنا إلى إقرارا جواز النقض في الفقه الإسلامي، وكذلك إلى إقرار إمكانية وقوع القاضي في الخطأ في حكمه في النزاع - وقد توصلنا إلى كل ذلك - فما هي آليات تفصيل النقض ليكون عملياً ومنتجاً لآثاره؟

وإجابة على هذا الإشكال، فإنَّنا ننبِّه أولاً إلى أنَّ نصوص الفقهاء لا تذكر هذه الطرق مطلقاً، حيث لا نجد أي نص فقهي قدم ينص ويصرح صاحبه بأن طرق النقض واحد أو اثنان، أو ثلاثة، أو أكثر، أو أقل، غاية ما نجده النص على جواز النقض، وأسباب ذلك. هذا غاية ما نجده.

الفرع الأول: اتجاهات المعاصرين في تعداد طرق نقض الأحكام في الفقه الإسلامي:

أما المعاصرون من الفقهاء والباحثين، فقد كانوا مختلفين إلى حد التناقض، وذلك كالآتي:

البند الأول: الاتجاه الأول: تبني أفكار القانون الوضعي:

فمن الباحثين المعاصرين⁽¹⁾ من يقرر أن طرق الطعن في الأحكام أربعة، وهي: المعارضة؛ والاستئناف؛ والنقض؛ والتماس إعادة النظر.

ويؤكِّد أحد الباحثين⁽²⁾ أنَّ طرق الطعن السابقة - والتي تقررها القوانين الوضعية - تجد أساسها في الفقه الإسلامي، وأنها معروفة لديه بأحكامها وأهدافها، وليس بمسمياتها، وأنه قد وقع كثير منها في العصور المختلفة، على صور وأشكال متعددة، وما جدَّ الآن من تنظيم هذه الطرق، وتحديد وضبط آجال الطعن مما تتسع له السياسة الشرعية التي تبني أحكامها على المصلحة التي لا تخالف نوا ولا إجماعاً.

(1) - بلعترس، محمد، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص 143 وما بعدها. واصل، نصر فريد، السلطة القضائية، مرجع سابق، ص 259-260 وما بعدها.

(2) - المرصفاوي، جمال صادق، «نظام القضاء في الإسلام» بحث قدم في مؤتمر الفقه الإسلامي الذي عقدته جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، بالرياض سنة 1396هـ، طبع ونشر إدارة الثقافة والنشر بالجامعة، 1404هـ/1984م.

وانتهى هذا الباحث إلى أنّ طرق الطعن في الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي هي: المعارضة؛ والاستئناف؛ والنقض؛ التماس إعادة النظر.

- وهذا الرأي أو الاتجاه يلاحظ عليه الاستسلام كلية للقانون الوضعي، نظاماً، ومصطلحات، حيث يلاحظ أنّه يقرر الطرق ذاتها التي يقرها المشرع الإجمالي الجزائري ولم يكتف بذلك، بل اتبعه حتى في الاصطلاح، وهذا ليس إبداعاً، بل لا يمكن أن يكون إلا تقليداً، وأقصى ما فعله أنه غير عبارة: «في القانون الوضعي»، إلى عبارة: «في الفقه الإسلامي». هذا أقصى ما فعله هذا الاتجاه.

ولا شك أنه اتجاه معيب وخاطيء، وذلك لأنّه انطلق من خارج الفقه الإسلامي ليصل إلى الفقه الإسلامي. إنّ الغاية مشروعة، غير أنّ الوسيلة والطريقة والمنهج غير مشروع، لأنّ الفقه الإسلامي غير القانون الوضعي، والعكس صحيح، وحتى في حالة وجود تشابه بين النظامين الإسلامي و الوضعي فليس مبرراً فرض أحدهما على الآخر، لا فرض الفقه الإسلامي في مفاهيمه ونظمه على القانون الوضعي، ولا هذا الأخير في اصطلاحاته ومؤسسته على الفقه الإسلامي.

- إنّ الإبداع الحقيقي والصحيح يأتي من داخل الفقه الإسلامي ذاته، لا من خارجه، بحيث يكون المنطلق هو الفقه الإسلامي، وكذلك الغاية، بل حتى المنهج، فيجب أن تكون نقطة البداية من الفقه الإسلامي، والوسيلة، والمنهج مستخلصة من الفقه الإسلامي، وبما لا يتعارض مع طبيعته، ويجب أن تكون الغاية والهدف هو خدمة الفقه الإسلامي، أما غير ذلك فليس مقبولاً، لأنّه يؤدي إلى تحميل الفقه الإسلامي ما لا يحتمل، وتقويل فقهاءه ما لم يقولوا وينطقوا به، ثم إنّّه يتناقض مع مبدأ الموضوعية والأمانة العلمية التي هي من مبادئ البحث العلمي.

البند الثاني: الاتجاه الثاني: محاولة ابتداء مصطلحات جديدة:

وهذا الاتجاه يبدو أنه استحدث تسميات ومصطلحات جديدة تختلف عن اصطلاحات القانون الوضعي، حيث استحدث مصطلح: «الاعتراض»، في مقابل مصطلح: «المعارضة»، الذي هو طريق للطعن في الأحكام الغيابية دون غيرها. واستحدث مصطلح: «التمييز»، في مقابل مصطلح: «النقض»، واستحدث مصطلح: «إعادة المحاكمة»، في مقابل مصطلح «التماس إعادة النظر».

وتجعلها مجلة الأحكام العدلية العثمانية⁽¹⁾ ثلاثة: وهي: الاعتراض؛ والتمييز؛ وإعادة المحاكمة، وهي بهذا لا تأخذ بالاستئناف، وهذا يؤكد ما قرناه من قبل من أن المادة 1838 من المجلة والتي فيها لفظ وعبارة: «استئناف» ليس المقصود به الطريق المعروف من طرق الطعن، وإنما المقصود هو

(1) - حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص 681-691-693. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، وجع سابق، ج2، ص 1189-1191-1192.

إعادة النظر في الحكم مرة أخرى، أن المقصود هو المعنى اللغوي لا الاصطلاحي.

- ونحن نوافق تمام الموافقة على هذه المصطلحات الثلاث، حيث إنهما مصطلحات مستحدثة استحدثتا علميا، ونرى استعمالها في بحثنا.

- غير أن ما يعيب هذا الاتجاه هو أنه لم يبين لنا أساس هذا التقسيم لطرق النقض في الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي، ولكن مع ذلك يمكن استخلاص هذا الأساس في وظيفة طرق النقض، وهي كالآتي:

- **الاعتراض:** وظيفته هو تمكين الخصم الغائب المحكوم عليه من طلب نقض الحكم الغيابي، ومن ثم فهو ضمان أساسية وجوهرية في الحكم الغيابي.

- **التمييز:** وظيفته تصحيح الحكم القضائي متى خالف الشرع لا الواقع، أي خالف قاطعا من الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، أو القياس الجلي، وغيرها من أسباب النقض.

- **إعادة المحاكمة:** وظيفه هذا الطريق هي تصحيح الحكم بعد صدوره نظرا لظهور أدلة جديدة، لم يتيسر الحصول عليها قبل الحكم، كأن يظهر أن شهادة الشهود مزورة وكاذبة، والعدل يقتضي تصحيح الحكم وإبطاله وإعادة الأمور إلى نصابها، فإذا تمت إدانة شخص معين ثم ظهرت أدلة أخرى تثبت أن شهادة الشهود مزورة، فهنا لا يجوز التمسك بالحكم وعدم نقضه، بل لا بد من نقضه وإبطاله، وإحقاق الحق والعدل.

وبهذا التأسيس لهذه الطرق لنقض الأحكام القضائية يكون التقسيم صحيحا.

- يبقى أن نضيف طريقا رابعا وهو طريق النقض بالاستئناف، وذلك متى أجزنا نظام التقاضي على درجتين، فحينها تكون طرق النقض أربعة، وهي: الاعتراض؛ الاستئناف؛ التمييز؛ وإعادة المحاكمة. أما إذا قلنا بنظام التقاضي على درجة واحدة، فتكون طرق النقض ثلاثة، وهي الطرق السابقة ما عدا الاستئناف.

البند الثالث: الاتجاه الثالث: لا وجود لطرق النقض إلا طريق التمييز أو النقض:

- ويذهب فريق ثالث من الباحثين⁽¹⁾ إلى أنه لا وجود لطرق النقض في الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي إلا طريقا واحدا هو النقض بـ: «التمييز»، أو النقض الذي تقوم به المحكمة العليا أو محكمة المراقبة، أو محكمة النقض أو محكمة التمييز، وهي التي تقوم بمراقبة أعمال القضاة، وتنظر في أحكامهم وتقربها إذا كانت صحيحة، وتنقضها وتردها إذا كانت غير ذلك.

وهذا الرأي، سبق أن عرضناه عند بيان موقف الفقه الإسلامي من نظام التقاضي على درجتين،

(1) - الزحيلي، محمد، التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص 146-147-148.

ورأينا أنه لا يقر بهذا النظام وينكره، ومن ثم يقر ويأخذ بنظام التقاضي على درجة واحدة. وأنَّ المحاكم على نوعين: نوع يصدر الأحكام في المنازعات والخصومات؛ ونوع يراقب ويشرف على هذه المحاكم على سبيل المراقبة والإشراف، لا على سبيل أنها درجة ثانية التقاضي.

وقد كان النظام السعودي منذ نشأته سنة 1927/1346م، إلى غاية سنة 1428هـ/2007م، يأخذ بهذا الاتجاه، ولكنه بصدور نظام القضاء الحالي في: 19/09/1428هـ، الموافق لـ: 2007/10/01م، أصبح لا يأخذ به، بل يأخذ بالاتجاه السابق، أي أن طرق النقض اثنان، وهما: الاستئناف؛ والتمييز فقط.

ويلاحظ أنَّ هذا الاتجاه لا يحدد بالضبط التسمية الدقيقة للمحكمة التي تقوم بوظيفة المراقبة والإشراف، حيث وضع أماننا عدة اصطلاحات دون ترجيح أحدها على الأخرى، كما لم يحدد لنا طريق النقض واسمه بالضبط. وكل هذا الغموض وعدم الدقة يجعل هذا الرأي معيباً، بل إنه لم يحدد حتى طرق النقض بشكل صريح، وإنما استخلصناها استخلاصاً.

البند الرابع: الاتجاه الرابع: طرق النقض هي الاستئناف والنقض:

ويذهب فريق آخر من الباحثين⁽¹⁾ إلى القول إلى أنَّ طرق النقض ثلاثة، هي: الاستئناف؛ والنقض والإبرام؛ والثالث هو إبطال الحكم الغيبي في حال قدم المحكوم عليه غيباً بعد الحكم عليه وطالب بنقض الحكم، وقدّم أدلة صحيحة، فإنَّ الحكم ينقض.

- وهذا الرأي يأخذ بنظام التقاضي على درجتين، ولذلك أجاز الأخذ بالاستئناف كطريق نقض الأحكام.

ويلاحظ أنَّ هذا الطريق لم يصطلح عليه هذا الباحث بمصطلح واسم معين، وهذا يعد عيباً في التصور وفي التأسيس.

كما يلاحظ على هذا الرأي أنه يصطلح على الطريق الثالث بـ: «النقض والإبرام» وهو في هذا يتبع ما كانت عليه تسمية محكمة النقض المصرية سابقاً وعند نشأتها سنة 1931م، حيث كانت تسمى: «محكمة النقض والإبرام»⁽²⁾.

البند الخامس: أزمة المنهج في الدراسات المعاصرة في الفقه الإسلامي:

رأينا من قبل اختلاف الدراسات الفقهية المعاصرة في تحديد طرق نقض الأحكام القضائية، حيث رأينا بعضهم يجعلها طريقتان للنقض، وهما: التمييز؛ والتماس إعادة النظر.

(1) - زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 237-238.

(2) - الزحيلي، محمد، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 146. الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص 332.

- وبعضهم يجعلها ثلاثة، وهي: المعارضة؛ والاستئناف؛ والنقض.
- وقول ثالث يجعلها أربعة، وهي الطرق السابقة مع إضافة التماس إعادة النظر، كل هذا مع الاحتفاظ باصطلاحات القانون الوضعي.
- واتجاه رابع يجعلها ثلاثة، ولكن بتسميات واصطلاحات جديدة، حيث يذكر بأنها: الاعتراض؛ والتمييز؛ وإعادة المحاكمة.

والذي يلاحظ في كل هذا ليس اختلاف الآراء، لأنه ثانوي، وإنما سبب الاختلاف والتباين، حيث إنَّ سبب الخلاف في رأينا هو اختلافهم في المنهج المستعمل والمستخدم أو المتوسل به لبيان حقيقة وضبط طرق نقض الأحكام، فالبعض⁽¹⁾ تراه يستخدم المنهج الظاهري، أي تتبع ألفاظ وحروف النصوص الفقهية من أجل الوصول إلى القول بأن الفقه الإسلامي لا يجيز نظام التقاضي على درجتين، وأنه لا وجود لنظام الاستئناف في النظام القضائي الإسلامي.

وهذا الاتجاه في اعتماده المنهج الظاهري الحرفي النصي يكون قد جانب الصواب، لأنه كان عليه أن يبحث عن الأصول التي بني عليها الفقه من الكتاب والسنة والإجماع والقياس والمصالح المرسلة، فبدلاً من القيام بهذا، راح هذا الفريق من الباحثين يفتش عن الألفاظ والعبارات.

ولكي لا نتجنى على الحقيقة، وعلى الباحث، نقل ما يقوله بالحرف ثم نعقب عليه. يقول الباحث محمد الزحيلي: «يؤخذ من رأي جمهور الفقهاء وأقوال المذاهب الأربعة أنَّ المحاكم في الشريعة الإسلامية تتكون من درجة واحدة، وأنه لا يجوز إنشاء محاكم الدرجة الثانية، التي تسمى اليوم (محاكم الاستئناف)...»⁽²⁾.

فالملاحظ على هذه الفقرة أنه يقول بأن جمهور الفقهاء وأقوال المذاهب الأربعة رأوا أنه لا يجوز الأخذ بنظام التقاضي على درجتين، وأنه لا يجوز الأخذ بنظام الاستئناف ومحاكم الاستئناف، ولسنا ندري من أين أخذ هذا خاصة وأنه لم يذكر أي نص يدل على هذا الاستنتاج، والأكثر من هذا أنه أسس هذا القول على تتبع أقوال وعبارات وألفاظ الفقهاء في شتى المذاهب الفقهية، في حين كان الأصل المقطوع به هو تتبع أصول الشرع ومقاصده، ومن أصول الشرع ومقاصده مبدأ العدل، ونظام التقاضي على درجتين وكذا الاستئناف وطرق النقض كلها تقوم على هذا الأصل والمبدأ أو المقصد.

ولذلك كانت النتيجة التي توصل إليها الباحث في رأينا نتيجة موهومة، أما النتائج التي تقوم على أصول الشرع ومقاصده فهي نتائج حقيقية وأصيلية.

(1) - الزحيلي، محمد، المرجع و الصفحة نفسها. الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، المرجع و الصفحة نفسها.

(2) - الزحيلي، محمد، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 146.

- ولكن مع ذلك، فإنَّ هذا الاتجاه لم يخطئ كثيرا، لأنَّه انطلق من داخل البناء الفقهي الإسلامي لا من خارجه، غير أنه أخطأ في طريقة ومنهجية القراءة والتأويل والتفسير.

- وإذا كان هذا الاتجاه لم يخطئ كثيرا، فإنَّ اتجاهها آخر⁽¹⁾، جانب الصواب كثيرا، وذلك أنَّه بدل أن ينطلق من الفقه الإسلامي في بيان طرق النقض، أي من داخله - منطلقا، وغاية، ومنهجيا - فإنه انطلق من خارج الفقه الإسلامي، أي من القانون الوضعي، ثم حاول أن يلتزم لها أساسا في الفقه الإسلامي، حيث يقول أصحاب هذا الاتجاه: «الواقع أنَّ طرق الطعن التي تقرها القوانين الوضعية تجد أساسها في الفقه الإسلامي، وأنها معروفة لديه بأحكامها، وأهدافها، وإن اختلفت التسميات، وقد وقع كثير منها في العصور المختلفة، على صور وأشكال متعددة»⁽²⁾. ثم أخذ في بيان أسس هذه الطرق.

فواضح من هذه الفقرة أنَّ أصحاب هذا الاتجاه تأملوا في طرق الطعن في الأحكام في القانون الوضعي، فوجدوا أنها تقوم على العدل، ثم بحثوا عن بعض الأمثلة، وبعض الفقرات والألفاظ المشابهة لهذه الطرق، فقررروا أن الفقه الإسلامي يجوي هذه الطرق أيضا، ولكن بمسميات أخرى، والغريب أنهم احتفظوا بنفس تسميات واصطلاحات القانون الوضعي، ولم يذكروا ما يقابلها في الفقه الإسلامي، وهذه الطرق هي: المعارضة؛ والاستئناف؛ والنقض؛ والتماس إعادة النظر.

- وكل هذه الاتجاهات، من خلال هذا التحليل، تبين لنا أنها وقعت أسيرة منهج خاطئ، أو أنها توسَّلت بمنهج غير سليم وغير صحيح، وأن الصحيح هو المنهج الاستقرائي الذاتي، أي استقراء أصول الشريعة ومحاولة بناء طرق النقض على هذه الأصول (الكتاب والسنة والمقاصد) على أن يكون ذلك من داخل الشريعة والفقه الإسلامي، لا من خارجها، وهذا هو رأينا الذي نرجو أن يكون صائبا وصحيحا. فالقاعدة والأصل في تعاملنا مع التراث الإسلامي أنه لا ينبغي، بل لا يجوز لنا أن نقف عند مسائل السلف، بل من الواجب علينا أن نأخذ بمنهجهم، فمسائل السلف مرتبطة بأزمانهم ومشكلات الواقع الذي عاشوه، في حين أنَّ مناهجهم اهتمت بكيفية تطبيق الوحي الإلهي على الوجود، بمعنى آخر: اهتمت بتطبيق المطلق على النسبي، والكلّي على الجزئي، ونحن إذا أردنا أن نلتزم بمنهجهم، وأن نتم بإعمالها في واقع حياتنا المعاصرة، فلا بد علينا أن نتفهمها، وألا نقف بها عند المسائل التي عاشوها وعالجوها⁽³⁾.

وإذا، فاتباع السلف يكون في مناهج الاستنباط التي اعتمدها، لا المسائل التي أفتوا فيها وقرروا

(1) - المرصفاوي، جمال صادق: «نظام القضاء في الإسلام»، بحث سابق، ص 150. بلعتروس، محمد، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص 143-151. واصل، نصر فريد، السلطة القضائية، مرجع سابق، ص 259-260.

(2) - بلعتروس، محمد، المرجع نفسه، ص 143-144. واصل، نصر فريد، المرجع و الصفحة نفسها.

(3) - محمد، علي جمعة، رؤية فقهية حضارية لترتيب المقاصد الشرعية، دار تحفة مصر، الجيزة، ط1، 2010م، ص 31.

لها حلولاً ومعالجات معينة، مرتبطة بالزمان والمكان والأحوال والظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتاريخية والنفسية، هذه الأحكام التي من شأنها التغيير لا الثبات، بعكس المناهج.

الفرع الثاني: طرق نقض الأحكام القضائية في النظام القضائي السعودي:

- من خلال استعراض التطور التاريخي للقضاء السعودي، فإننا يمكن أن نميز بين ثلاث مراحل مختلفة في سلوك المنظم السعودي تجاه طرق نقض الأحكام:

- الأولى: الأخذ بالتمييز فقط، دون بقية الطرق الأخرى من المعارضة، والاستئناف، والتماس إعادة النظر.

- والثانية: الأخذ بالتمييز والتماس إعادة النظر،

- والثالثة: الأخذ بالطرق السابقة مع إضافة الاستئناف.

وإليك بيان هذه المراحل.

- المرحلة الأولى: طرق النقض التمييز فقط (1346-1422هـ/1927-2002م):

وفي هذه المرحلة الطويلة - والتي استغرقت 75 سنة بالميلادي و76 سنة بالهجري - ساد فيها طريق واحد من طرق النقض، وهو: «التمييز».

حيث تبدأ هذه المرحلة بصدور نظام تشكيلات المحاكم الشرعية في 1346/02/04هـ، الموافق ل: 1927/08/02م، والذي تضمن فكرة التمييز تحت اصطلاح «هيئة المراقبة»، فقد جاء في المادة 05 من النظام ما نصه: «تؤلف هيئة للمراقبة القضائية تكون وظيفتها الإشراف على سائر المحاكم الشرعية والتفتيش من آن إلى آخر على سير القضايا، وتدقيق الإعلانات الصادرة، ونقضها، وإعادة القضايا التي نُقضَ حكمها إلى المحكمة التي صدر منها الإعلام لعمل ما يجب نحوه من إعادة المحاكمة أو غيرها. ومن الضروري أن يبين وجه مخالفته بالدليل».

واستمر العمل بهذا الطريق (التمييز) تحت تسمية المراقبة القضائية إلى سنة 1374هـ/1955م، حيث ألغي هذا الأمر، وقد سبق أن بينا ذلك حين الكلام عن تطور القضاء السعودي، ثم أعيد العمل بهذا الطريق سنة 1380هـ/1961م، وعلى كل فقد استمر هذا الوضع إلى سنة 1422هـ/2002م تاريخ صدور نظام الإجراءات الجزائية.

على أنه يجب التنبيه أن القضاء السعودي أخذ في هذه المرحلة بالنقض عن طريق المعارضة في الأحكام الغيابية، وذلك في نظام المرافعات الشرعية الصادر في 1355/02/02هـ، الموافق

ل: 1936/04/24م، وقد احتوى على 142 مادة، تضم اثني عشر (12) موضوعاً⁽¹⁾، حيث عالج هذا النظام إجراءات الأحكام الغيابية المعتبرة حضورية والاعتراض على الأحكام ومدته، وذلك في من المادة 52 إلى المادة 66 من هذا النظام.

فأجازت المادة 52 إقامة الدعوى على الغائب خارج المملكة بعد إعلانه بواسطة المراجع المختصة. كما أجازت المادة 53 الحكم على الغائب بعد ثبوت الدعوى أو بعضها. كما نص النظام على أن مدة المعارضة في الأحكام الغيابية هي 30 يوماً تبدأ من تاريخ استلام الحكم الغيابي عدا مسافة الذهاب والإياب.

- كما أخذ نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي - الصادر في: 1357/01/04هـ، الموافق ل: 1938/03/07م، بالمرسوم الملكي رقم: 3/1/32، والذي جاء في 282 مادة موزعة على ثمانية أبواب⁽²⁾ - أخذ بمبدأ إعادة النظر بعد صدور قرار التدقيق وهذا بنص المادة 37 من النظام، حيث جاء فيها ما نصه: «إذا قضت الضرورة بإعادة النظر في صك سبق أن اتخذ فيه قراراً، فعلى من انعقدت الجلسة بحضوره من الهيئة حين عرضه ثانياً النظر في ذلك باعتباره معاملة جديدة عرضت، وتقرير ما يلزم بحقها، سواء كان من انعقدت لهم الجلسة ممن وقع على القرار السابق أو لا، فإذا حصل الاتفاق أو الأكثرية، فيعتبر القرار صحيحاً ساري المفعول سواء رجع من كان موقعاً عن القرار السابق أو لم يرجع، وأما في حالة إصرار الهيئة على تأييد القرار السابق وعدم اتضاح ما يوجب الرجوع عن القرار السابق، تصدر الهيئة قراراً خارجياً لا يظهر به الصك بتأييد القرار السابق، موضحة في قرارها ما يؤيد ذلك من حجج أو مستندات، ويبلغ قرارها إلى المحكمة الصادر منها الحكم بواسطة رئيس القضاة، وأما في حالة اختلاف الهيئة وعدم حصول الأغلبية، فيجب رفع الحكم إلى المراجع العالية بقرارها من عموم الهيئة يوضح فيه جميع ما قد جد في هذا الحكم، مع بيان رأي المخالف والموافق. وما يصدر به أمر المراجع العالية ينفذ».

- المرحلة الثانية: طرق النقض التمييز وإعادة النظر (1422هـ - 1428هـ / 2001م - 2007م):

وهذه المرحلة لم تدم كثيراً، حيث دامت 6 سنوات هجرية، و7 سنوات ميلادية، وبالتالي فهي فترة قصيرة جداً.

(1) - وهي: 1/ - قيد الدعوى وإعلانها. 2/ - الملفات. 3/ - سماع الدعوى واستجواب الخصوم. 4/ - غياب الحضور أو أحدهم. 5/ - الأحكام الغيابية والمعتبرة حضورية. 6/ - معاملة التبليغ والاعتراف. 7/ - الحكم وتمييز. 8/ - إيقاف الدعوى. 9/ - التنفيذ المؤقت. 10/ - الوكالات. 11/ - توزيع الاختصاص. 12/ - أحكام عمومية.

(2) - وزعت الأبواب كالآتي: 1/ - رئاسة القضاة. 2/ - تشكيل المحاكم الشرعية. 3/ - قضاة المحاكم الشرعية. 4/ - كتاب المحاكم الشرعية. 5/ - الحضور. 6/ - كتاب العدل. 7/ - دوائر بيت المال. 8/ - مواد عمومية.

وفي هذه الفترة القصيرة جدا أخذ المنظم السعودي بنظامين أو بطريقتين للنقض هما: التمييز؛ وإعادة النظر. فقد جاء في نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م/39) المؤرخ في: 1422/7/28هـ، الموافق لـ: 2001/10/16م، والذي نشر بجريدة أم القرى في عددها رقم: 3867، المؤرخة في: 1422/08/17هـ، فقد جاء في الباب السابع - والذي عنوانه: «طرق الاعتراض على الأحكام: التمييز وإعادة النظر» من م193 إلى م212 من النظام- وقد جاء هذا الباب في فصلين، الأول خصص للنقض بالتمييز وتضمن 13 مادة من م193 إلى 205.

- أما الفصل الثاني فقد خصص للنقض عن طريق «إعادة النظر» في المادة 206، حيث جاء فيها ما نصه: «يجوز لأي من الخصوم أن يطلب إعادة النظر في الأحكام النهائية الصادرة بالعقوبة في الأحوال الآتية:

1- إذا حكم على المتهم في جريمة قتل ثم وجد المدعي قتله حيا.

2- إذا صدر حكم على شخص من أجل واقعة، ثم حكم على شخص آخر من أجل الواقعة ذاتها، وكان بين الحكمين تناقض يفهم منه عدم إدانة أحد المحكوم عليهما.

3- إذا كان الحكم قد بُني على أوراق ظهر بعد الحكم تزويرها، أو بُني على شهادة ظهر بعد الحكم أنها شهادة زور.

4- إذا كان الحكم بُني على حكم صادر من إحدى المحاكم ثم ألغى هذا الحكم.

5- إذا ظهر بعد الحكم بينات أو وقائع لم تكن معلومة وقت المحاكمة، وكان من شأن هذه البينات أو الوقائع عدم إدانة المحكوم عليه، أو تخفيف العقوبة».

ثم بينت المواد من 207 إلى 212 الجهة المختصة بنظر الطلب إعادة النظر، وإجراءات الفصل فيه وآثاره. فالمادة 207 من النظام بينت أن الجهة القضائية التي يرفع إليها طلب إعادة النظر هي الجهة التي أصدرت الحكم كما نصت هذه المادة على أنّ صحيفة الطلب يجب أن تشتمل على بيان الحكم المطلوب إعادة النظر فيه وأسباب الطلب.

في حين نصت المادة 208 من النظام على أنّ المحكمة التي تنظر في طلب إعادة النظر تفصل أولا في قبول الطلب من حيث الشكل، فإذا قبلته حددت جلسة للنظر في الموضوع، وعليها إبلاغ أطراف الدعوى.

وطبقا للمادة 209 من النظام، فإنّ في حالة قبول الطلب شكلا لا يترتب على ذلك وقف تنفيذ الحكم إلا إذا كان صادرا بعقوبة جسدية من قصاص أو حد أو تعزير، وفي غير ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ في قرارها بقبول طلب إعادة النظر.

وفي حالة قبول الطلب بإعادة النظر شكلا وموضوعا، فإنَّ كل حكم صادر بعد الإدانة - بناء على طلب إعادة النظر - يجب أن يتضمن تعويضا معنويا وماديا للمحكوم عليه لما أصابه من ضرر إذا طلب ذلك، وهذا إعمالا للمادة 210 من النظام، أما إذا رفض طلب إعادة النظر فلا يجوز تجديده بناء على الوقائع نفسها التي بُني عليها.

والحكم الصادر في موضوع الدعوى بناء على طلب إعادة النظر، يجوز الاعتراض عليه بطلب تمييزه، ما لم يكن الحكم صادرا من محكمة التمييز، وهذا إعمالا للمادة 212 من نظام الإجراءات الجزائية.

أما أحكام التمييز فهو موضوع هذا الباب، وهو ما سنتناوله قريبا.

ويجب أن نشير إلى أن النقض بالمعارضة في الأحكام الغيابية لا يأخذ به هذا النظام، وهذا بنص م 141 و 142 فقد جاء في م 141 ما نصه: «إذا لم يحضر المتهم المكلف بالحضور - حسب النظام - في اليوم المعين في ورقة التكليف بالحضور، ولم يرسل وكيلًا عنه في الأحوال التي يسوغ فيها التوكيل، فيسمع القاضي دعوى المدعي وبياناته ويرصدها في ضبط القضية، ولا يحكم إلا بحضور المتهم، وللقاضي أن يصدر أمرا بإيقافه إذا لم يكن تخلفه لعذر مقبول».

وهو ما أكدته م 142 من النظام، حيث جاء في آخرها ما نصه: «ولا يحكم على الغائبين إلا بعد حضورهم».

وهذا معناه عدم جواز إصدار الأحكام الغيابية، وهو مذهب متقدمي الحنفية ومن سار على رأيهم من العلماء.

- المرحلة الثالثة: طرق النقض هي: الاستئناف، والتمييز، وإعادة النظر (1428هـ/2007م إلى اليوم):

سبق أن ذكرنا أنَّ النظام القضائي السعودي انتهى في تطوره إلى الأخذ بنظام التقاضي على درجتين، والأخذ بالاستئناف طريق من طرق نقض الأحكام القضائية، وهذا بناء على نظام القضاء رقم: (م/78) المؤرخ في: 1428/9/19هـ، الموافق ل: 2007/10/01م، والذي نص في المادة 9 منه على أن المحاكم تتكون من: 1- المحكمة العليا. 2- محاكم الاستئناف. 3/محاكم الدرجة الأولى. (أ- المحاكم العامة. ب- المحاكم الجزائية. ج- محاكم الأحوال الشخصية. د- المحاكم التجارية. هـ- المحاكم العمالية).

ثم جاء في المواد 15 و 16 و 17 من النظام حقيقة هذه المحاكم، خاصة م 17 من النظام التي جاء فيها ما نصه: «تتولى محاكم الاستئناف النظر في الأحكام القابلة للاستئناف الصادرة من محاكم

الدرجة الأولى، ويحكم بعد سماع أقوال الخصوم، وفق الإجراءات المقررة في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية».

وبناء على هذه النصوص من نظام القضاء نلاحظ ما يأتي:

- إقرار نظام القضاء السعودي النقض بالاستئناف كطريق من طريق النقض في الأحكام القضائية، وتحت تسمية: «الاستئناف»، وتنظر فيها محاكم الاستئناف.
- إقرار نظام القضاء السعودي لنظام التقاضي على درجتين.
- أنّ إجراءات الاستئناف والفصل فيه هي الإجراءات المقررة في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية.

- أما بخصوص التمييز وإعادة النظر، فالنصوص التي تحكمها هي ذات النصوص السابقة، أي نظام الإجراءات الجزائية والمواد المذكورة سابقا.

وبهذا نخلص إلى أنّ النظام القضائي السعودي يأخذ بثلاثة طرق لنقض الأحكام القضائية، وهي: الاستئناف؛ التمييز؛ إعادة النظر، في حين أنه لا يأخذ بالمعارضة، لأنّه لا يجيز الأحكام الغيابية أصلا كما رأينا قبل قليل.

الفرع الثالث: اقتراح تصوّر جديد لطرق نقض الأحكام القضائية مأسولا على الفقه

الإسلامي:

- بناء على ما سبق بيانه من تصوّر المعاصرين من الباحثين، وكذا النظام القضائي السعودي حول طرق نقض الأحكام القضائية، نأتي الآن ببيان تصوّرنا حول هذه المسألة. وليبيان هذه التصور، فإننا نبينه وفق الخطة الآتية:

البند الأول: أسس الاقتراح بتصوير لطرق نقض الأحكام القضائية.

البند الثاني: عرض الاقتراح.

وإليك بيان هذه العناصر بالترتيب.

البند الأول: أسس الاقتراح بتصوير لطرق نقض الأحكام القضائية:

- يقصد بالأسس هنا المبادئ التي يقوم عليها تصورنا لطرق نقض الأحكام القضائية.
- ولعل هذه الأسس تتمثل في مبادئ جوهرين هما:
- عدم مناقضة النصوص الشرعية من الكتاب والسنة،
- وأن تقوم على مبدأ العدل.

- فالأساس الأول - وهو عدم مخالفة طرق النقض المقترحة للنصوص الشرعية من القرآن والسنة

- فإذا ما وقعت المخالفة كان الطريق غير جائز، ولكن الملاحظ أنّ القرآن الكريم والسنة والنبوية الشريفة كلاهما لم يتضمن أي طريق من طرق النقص، هنا لا يتبقى لنا إلا أساس واحد وهو مبدأ العدل.

- ومبدأ العدل - وهو الأساس الثاني للاقتراح بتصور لطرق نقض الأحكام - معناه أن تقوم طرق النقص على تحقيق المساواة بين الخصوم مع الاستعانة بها للوصول إلى الحقيقة. أو بمعنى أدق أن تعمل وتهدف طرق النقص ليس فقط إلى تحقيق العدل، بل إلى تحقيق الإحسان الذي هو معنى زائد عن العدل كما سبق أن رأينا من قبل عند الكلام عن العدل والإحسان والعدالة.

وبالتالي لا يجوز النظر إلى طرق النقص في الأحكام القضائية من زاوية أنّ الفقهاء لم يتكلموا عنها، ولم يصرحوا بها، بل إنّ الاعتماد على هذا المنهج أو الطريقة يؤدي إلى الخطأ حتماً، ذلك أنّ نصوص الفقهاء ليست هي الأساس والمعيار في إقرار أي مسألة شرعية، سواء بالجواز أو بالحرمة ومن ثم لا يمكن الاعتماد عليها لإقرار واستخلاص طرق نقض الأحكام.

وإنما المعتمد والأساس في ذلك هو أدلة ومصادر الفقه الإسلامي، أي أصوله ومبادئه، فهي وحدها الكفيلة دون غيرها ببيان حكم أي مسألة ونازلة، ومنها قضيتنا: طرق نقض الأحكام القضائية. - ولعل هذا هو الخطأ التي وقعت فيه بعض الدراسات المعاصرة حين ذهبت إلى القول بأن الفقهاء لا يميزون نظام التقاضي على درجتين، على الرغم من أنّ هؤلاء الفقهاء أنفسهم لم يصرحوا إطلاقاً بهذا، بل رأينا من قبل أنّ الكثير منهم من يرى جواز نظر القضية ليس على مرتين، وإنما حتى على ثلاث مرات، وكل هذا يدل على أنهم نظروا إلى المسألة من زاوية مقصد العدل والإحسان، لا من زاوية النصوص وحرفيتها وظاهرها.

- إنّ القراءة الصحيحة للنصوص الفقهية هي تلك القراءة التي لا تتوقف عند الألفاظ والعبارات والجمل، وإنما تستقرئ النصوص والجمل والعبارات والألفاظ، إنّها تلك التي لا تتوقف عند السطور، وإنما تلك التي تقرأ تحت السطور، وبين السطور، وفوق السطور. وبمعنى آخر إنّ القراءة الصحيحة لتراث الفقهاء المسلمين هي التي تجعل النص هو المنطلق والبداية لا النهاية.

وأنّ النهاية هي الوقوف على الأسس والأدلة والمصادر لتلك النصوص مع تصحيح النص المجانب للضوابط ونقده إن احتاج إلى نقد وتقييم، وكل ذلك في إطار العدل والإحسان.

- أما في حالة اتجاهنا إلى الأخذ بالأدلة التي يقوم على هذا الفقه، وعلى أصوله ومقاصده، فهناك فقط نكون قد أصبنا كبد الحقيقة ولم نخطئها، ذلك أنّ المنهج المسلوك للوصول إلى حكم المسألة هو منهج صحيح قاعدته الأساسية والجوهرية هي اتباع أصول الفقه الإسلامي ومقاصده، لا اتباع ألفاظ

وعبارات الفقهاء مع احترامنا لها احتراماً شديداً متى توافقت مع أصول الشريعة ومقاصدها وغاياتها. أما إذا خالفتها فيجب علينا أن نكون لها بالمرصاد تقويماً وتصحيحاً ورداً إلى جادة أصول الشريعة ومقاصدها.

- وبمعنى آخر، إنَّ حكم أي مسألة ونازلة يجب أن يكون في ضوء أصول الشريعة ومقاصدها لا نصوص الفقهاء وأقوالهم وعباراتهم، وأن هذه الأخيرة ما هي إلا وسيلة وأداة لفهم أصول الشريعة ومقاصدها، فهي مجرد منطلق ونقطة بداية، أما أصول الشريعة فهي الغاية وإليها المنتهى.

والدليل على أنَّ أصول الشريعة ومقاصدها هي الأساس في حكم كل مسألة ونازلة نصوص قطعية من القرآن والسنة تدل على ذلك، منها قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ [سورة النساء: 59]، وقال: ﴿وَمَا أَخْلَفْتُمْ فِيهِ مِن شَيْءٍ فَحَكْمُهُ إِلَى اللَّهِ ذَلِكَمُ اللَّهُ رَبِّي عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ﴾ [سورة الشورى: 10] .

وجه الاستدلال بهذه الآيات الكريمة أنَّ مصدر التشريع الإسلامي الأساسي هما الكتاب والسنة، ثم بعد ذلك الاحتكام إلى أولي الأمر، وهم العلماء والأمرء على ما قال المفسرين⁽¹⁾. فإن وقع الاختلاف بينهم وجب الرجوع إلى الكتاب والسنة. ومن ثم فإنَّ مصادر التشريع الإسلامي (القرآن والسنة) ومقاصده هي الأساس والمصدر في حكم كل مسألة وقضية ونازلة، وأنَّ من لم يرجع في محل النزاع إلى الكتاب والسنة، ولا يرجع إليهما في ذلك، فليس مؤمناً بالله ولا باليوم الآخر، وأنَّ التحاكم إليهما خير من النزاع، وأنه أحسن عاقبةً ومالاً وجزاءً⁽²⁾.

- ومن السنة النبوية الشريفة قوله ح: « تَرَكْتُ فِيكُمْ أَمْرَيْنِ لَنْ تَضِلُّوا مَا تَمَسَّكْتُم بِهِمَا: كِتَابَ اللَّهِ؛ وَسُنَّةَ رَسُولِهِ»⁽³⁾.

- أما موافقة مقاصد الشريعة فالمقصود أن تلائم طرق النقض تصرفات الشرع، وأن يوجد لذلك المعنى جنس اعتبره الشرع بغير دليل معين، وهو الاستدلال المرسل أو المصالح المرسلة، وهذا الدليل قال عنه القرافي: « وأما المصلحة المرسلة، فغيرنا يصرح بإنكارها، ولكنهم عند التفريع نجدهم يعللون بمطلق المصلحة، ولا يطلبون أنفسهم عند الفروق والجوامع بإبداء الشاهد لها بالاعتبار، بل يعتمدون على مجرد

(1) - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مصدر سابق، ج6، ص 102.

(2) - ابن كثير، المصدر نفسه، ج6، ص 102-103.

(3) - رواه مالك في الموطأ كتاب الجامع، باب النَّهْيِ عَنِ الْقَوْلِ بِالْقَدْرِ، ج2، ص480، رقم الحديث: 2618. قال ابن عبد البر المالكي: «وهذا أيضاً محفوظ معروف مشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم عند أهل العلم شهرة يكاد يستغني بها عن الإسناد وروى في ذلك من أخبار الأحاد أحاديث من أحاديث أبي هريرة وعمرو بن عوف». أنظر: ابن عبد البر، التمهيد، مصدر سابق، ج24، ص331. والحاكم في المستدرک علی الصحیحین، کتاب العلم، ج1، ص161، رقم الحديث: 319.

المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسله»⁽¹⁾.

وقال أيضا: «هي عند التحقيق في جميع المذاهب، لأنهم يقومون ويقعدون بالمناسبة، ولا يطلبون شاهدا بالاعتبار، ولا نعني بالمصلحة المرسله إلا ذلك»⁽²⁾.

وقال ابن دقيق العيد: «الذي لا شك فيه أن المالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع، ويليه أحمد بن حنبل، ولا يكاد يخلو غيرها من اعتباره في الجملة، ولكن لذين ترجيح في الاستعمال لها على غيرهما»⁽³⁾.

وطرق النقض إذا كان لا أصل لها من النصوص الشرعية من القرآن والسنة، فإن لها أصلاً في المقاصد الشرعية، وهو العدل والإحسان، وقد سبق أن بينا هذا المقصد.

ومما يحسن التنبيه له هنا أن حكم العمل بالأنظمة القضائية الوضعية عموماً في المسائل الاجتهادية، وبطرق الطعن في الأحكام في التصور الوضعي - وهي المعارضة، والاستئناف والنقض والتماس إعادة النظر - هي جائزة شرعاً ولا حرج ولا مانع من العمل بها طالما أنها تقوم وتهدف إلى تحقيق العدل والمصلحة. وهذا بناء على الفتوى الصادرة من بعض العلماء والتي مفادها أن القوانين الاجتهادية التي لا حكم للشرع فيها، ولا تناقض الشريعة في نصوصها ومقاصدها، يجوز العمل بها وتطبيقها في البلاد الإسلامية، أما إذا خالفت نصوص الشريعة الإسلامية ومقاصدها مخالفة صريحة، وناقضتها مناقضة واضحة، فلا شك في عدم جواز العمل بهذه القوانين، كالقوانين التي تبيح الخمر، ولا تعاقب الزاني، فمثل هذه القوانين لا يجوز العمل بها مطلقاً، بل يجب تغييرها بكل الوسائل المتاحة والممكنة⁽⁴⁾.

كل هذا على أساس أن العدل في القوانين الإجرائية الوضعية هو جوهرها وقاعدتها، وهو ما يتفق مع الشريعة الإسلامية.

- **والخلاصة** أن أساس طرق النقض التي نتصورها قائمة على مقصد العدل والإحسان فهي لا تهدف إلا إلى تحقيق هذا المقصد والغاية.

البند الثاني: عرض الاقتراح:

(1) - القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، تنقيح الفصول في علم الأصول، عني به: توفيق عقون، دار البلاغ، الجزائر، ط 1، 1424هـ-2003م، ص 114.

(2) - القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج 10، ص 152، وانظر أيضاً: الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج 2، ص 271.

(3) - الشوكاني، المصدر نفسه، ج 2، ص 270-271.

(4) - شلوت، محمود، الفتاوى - دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة، دار الشروق، القاهرة، ط 18، 1224هـ-2004م، ص 38-40. الأزهر الشريف، هذا بيان للناس من الأزهر الشريف، منشورات المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، دط، ص 245.

يتضمن الاقتراح الخاص بطرق نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي تصورا عاما يشمل كل طرق النقض، وتصورا تفصيليا لكل طريق من طرق النقض. وإليك هذه التصورات المقترحة.

أولا: التصور العام لكل طرق النقض:

يتمثل التصور في عرض طرق النقض بصفة عامة، والذي نتصوره أن تكون طرق النقض في الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي أربعة، وهي:

1- الاعتراض: ويكون في الأحكام الغيابية فقط.

2- الاستئناف: ويكون في كل الأحكام كقاعدة عامة، ويتم أمام محكمة أعلى من محكمة الدرجة الأولى، وتنظر في الشرع والوقائع.

3- التمييز: ويكون أمام محكمة التمييز التي تنظر في الأحكام الصادرة من الدرجة الثانية إذا تم استئنافها، أو أحكام الدرجة الأولى إذا لم يقع استئنافها.

والأصل والقاعدة أن تنظر محكمة التمييز في كل الأحكام مهما كان نوعها وموضوعها من حيث الشرع فقط، ما عدا الأحكام الصادرة في القتل والقطع والرجم والقصاص في النفس وما دونها، حيث تنظر فيها في الشرع والوقائع معا، وذلك لخطورة هذه الأحكام وصعوبة أو استحالة تدارك تصحيح الخطأ في حالة تنفيذه.

4- إعادة المحاكمة: وهو طريق لنقض الأحكام الباتة النهائية التي صدرت بعد تمييزها من قبل هيئة محكمة التمييز، ثم ظهرت أدلة جديدة على ما سنيبه في التصور التفصيلي.

إذن طرق النقض في الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي بحسب ما نتصور أربعة، وهي: الاعتراض؛ والاستئناف؛ والتمييز؛ وإعادة المحاكمة.

وقد يقول البعض: إنَّ هذه الطرق الأربعة هي نفسها طرق الطعن في الأحكام وفق التصور القانوني الوضعي ولا تختلف إلا في الاصطلاح، حيث إنَّ «الاعتراض» يقابله في القانون الوضعي «المعارضة»، و «التمييز» يقابله النقض، و«إعادة المحاكمة» يقابله «التماس إعادة النظر»، ومن ثم لا إبداع ولا تجديد، إلا في الاصطلاحات وهي أمر شكلي محض؟

- فالجواب: لا شك في وجود هذا التطابق، وهو ليس بعيبٍ طالما أنَّ أساس التقسيم هو العدل والإحسان، إذ أنَّ كل طريق من هذه الطرق (الاعتراض، الاستئناف، التمييز، إعادة المحاكمة) كلها تقوم على العدل في جانب من الجوانب، وأنها تسعى إلى تصحيح خلل واقع في جهة معينة من الحكم القضائي.

ثم إنَّ النبي ح قال في الحديث الذي رواه عنه أبو هريرة رضي الله عنه: «الكَلِمَةُ الْحِكْمَةُ ضَالَّةُ الْمُؤْمِنِ، فَحَيْثُ وَجَدَهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا»⁽¹⁾.

ومعنى هذا الحديث أنَّ أي كلمة أو سلوك أو تنظيم مهما كانت نوعيته وطبيعته فهي مطلوبة للمؤمن بأشد ما يتصور في الطلب، تماما كما ينشد الإنسان شيئا ضاع منه، ومن ثم فعلى المؤمن أن يسعى في طلب الكلمة الحكيمة من أي شخص، لأنه ينبغي أن يكون نظر المرء إلى القول وإلى الحقائق، لا إلى القائل لهذه القول والكلمة، أو الموجد لهذا النظام⁽²⁾.

- كل هذا دون أن ننسى حديث أنس بن مالك -1- قال: لما أراد النبي ﷺ أن يكتب إلى الروم، قالوا: إنهم لا يقرؤون كتابا إلا محتوما، فاتخذ النبي ﷺ خاتما من فضة، كأني أنظر إلى وبيصه (بصيصه)، و نَقَشَهُ: «مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ»⁽³⁾.

- كما لا ننسى أيضا أنَّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه، هو أول من نظم الديوان، وهو نظام فارسي⁽⁴⁾.
- وقال معاذ بن جبل رضي الله عنه: «...وقد يقول المنافق كلمة الحق، فاقبلوا الحق، فإنَّ على الحق نورا»⁽⁵⁾.

وإذا، فالعبرة ليست في أنَّ هذه الطرق (المعارضة، الاستئناف، النقض، التماس إعادة النظر) من وضع البشر، ولكن العبرة والأساس في كل ذلك هو قيامها على العدل والإحسان.

- ومن هنا نقرر أنَّ هذا التطابق في طرق النقض في الفقه الإسلامي بينها وبين طرق الطعن في القانون الوضعي ليس إلا تأكيدا أن كلاهما يسعى إلى تحقيق العدل والإحسان. ومن ثم فالعبرة ليست في التطابق، وإنما العبرة في أساس التوافق وهو تحقيق العدل والإنصاف، إذ متى ثبتت صلاحية وسلامة رأي ما قُبِلَ وإن جاء به الكافر أو الفاجر.

(1) - أخرجه الترمذي في سننه، كتاب العلم، باب ما جاء في فضل الفقه على العبادة، ج5، ص51، رقم الحديث: 2678، وقال عنه الترمذي: « هَذَا حَدِيثٌ غَرِيبٌ لَا نَعْرِفُهُ إِلَّا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ، وَإِبْرَاهِيمُ بْنُ الْفَضْلِ الْمَدِينِيُّ الْمَخْزُومِيُّ يُضَعِّفُ فِي الْحَدِيثِ مِنْ قَبْلِ حِفْظِهِ ». وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الزهد، باب الحكمة، ج5، ص269، رقم الحديث: 4169.

(2) - السندي، أبو الحسن الحنفي، شرح سنن ابن ماجه القزويني، دار الجيل، بيروت، دت، دط، ج2، ص542.

(3) - أخرجه البخاري في الصحيح، كتاب الأحكام، باب الشهادة على الخط المختوم، و ما يجوز ذلك، و ما يضيق عليه، و كتاب الحاكم إلى عامله، و القاضي إلى القاضي، ج6، ص2619، رقم الحديث: 6743. و كتاب العلم، باب ما يذكر في المناولة، و كتاب أهل العلم بالعلم إلى البلدان، ج1، ص36، رقم الحديث: 65. كتاب الجهاد، باب دعوة اليهود و النصارى، و على ما يقاتلون عليه، و ما كتب النبي صلى الله عليه و سلم إلى كسرى و قيصر، و الدعوة قبل القتال، ج3، ص1074، رقم الحديث: 2780. و كتاب اللباس، باب نقش الخاتم، ج5، ص2204، رقم الحديث: 5534. و كذلك باب اتخاذ الخاتم ليختم به الشيء، أو ليكتب به إلى أهل الكتاب و غيرهم، ج5، ص2205، رقم الحديث: 5537. و مسلم في صحيحه، كتاب اللباس و الزينة، باب في اتخاذ النبي صلى الله عليه و سلم خاتما لمن أراد أن يكتب إلى العجم، ج3، ص1657.

(4) - الطبري، تاريخ الأمم والملوك، مصدر سابق، ص709. ضمن حوادث السنة 23هـ. ابن كثير، البداية والنهاية، مصدر سابق، ج4، ص202. ضمن حوادث السنة 23هـ.

(5) - أبو نعيم الأصفهاني، أحمد بن عبد الله، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت، ج1، ص232.

- ثم لا يجوز من الناحية المنهجية توسيع شقة الخلاف بين النظامين الإسلامي والوضعي. بمعنى آخر، ليس الهدف من هذا الدراسة - وكل الدراسات المقارنة - البحث عن أوجه الاختلاف والتمايز فقط وتوسيعها وتقويتها، دون البحث عن نقاط الاتفاق والجوامع ودعمها فقط، وإنما هدف الدراسة المقارنة هو وصف أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف وصفا دقيقا وحقيقيا، والبحث في إزالة نقاط الاتفاق أو الاختلاف الموهومة المصطنعة التي تنشأ غالبا من سوء فهم الباحث أو الدّارس.

وهنا في خصوص موضوعنا، إذا كان الفقه الإسلامي - والإسلام ككل - من مقاصده الضرورية تحقيق العدل والإحسان، وقد ثبت هذا من قبل، وكانت طرق الطعن في القانون الوضعي تقوم وتحقق هذا المقصد على الجملة، فلا شك أنّ الفقه الإسلامي يقرر الأخذ بهذه الطرق مع استحداث مصطلحات جديدة، دون أن يمس بنظامها العام إجمالا، أما تفصيلا فيمكن تغيير بعض الجزئيات لمخالفتها لمقصد العدل والمساواة، كتضييق آجال النقض أو توسيعها أو بإضافة شروط معينة أو الإنقاص منها مثلا.

- أما كيف طُرِحَ هذه التصور الرباعي لطرق النقض في الأحكام القضائية؟ فهي كالآتي:

- فبالنسبة للاعتراض، فقد سبق أن رأينا في الباب التمهيدي، وبالضبط في الفصل الثاني حول أنواع الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي أنّ الحكم يقسّم بحسب حضور الخصوم وغيابهم إلى ثلاثة أنواع، وهي: الحكم الحضورى (أو الوجاهي)؛ والحكم الحضورى الاعتباري؛ والحكم الغيابي. ورأينا أيضا مدى جواز الحكم الغيابي، حيث وقفنا على الخلاف بين الجمهور (من الملكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية) القائل بجواز الحكم الغيابي مع ضمانات أساسية وجوهرية، وهي إرجاء الحجة للغائب إذا قَدِمَ، وبين بعض متقدمي الحنفية الذين يمنعون الحكم الغيابي مطلقا، باستثناء ما يتعلق بالميت والصبي والمجنون.

كما رأينا أنّ الراجح هو رأي الجمهور، لأنّه تأسّسَ على أدلة كثيرة أقواها تحقيق العدل، وحماية حقوق الناس من الضياع بسبب الغياب، خاصة أنّ الجمهور لم يجز الحكم الغيابي بإطلاق، فقد رأينا أنهم اشتراطوا البيئة واليمين وكذلك، وهو الأهم، اشتراط أن تكون للغائب حجة إذا قَدِمَ وأراد نقض الحكم، ولا شك في أنّ هذا الشرط الأخير يعد ضمانات أساسية وجوهرية في الحكم الغيابي تعويضا للمحكوم عليه غيابيا في مقابل حضور خصمه أثناء المحاكمة، ومن ثم يحدث التوازن بينهما، وهذا غاية العدل والإحسان معا.

- وإذا، فالأحكام إما أن تصدر حضورية، أو حضورية اعتبارية، فبها ونعمت، وبها يتحقق مبدأ الحضور الذي هو مبدأ جوهرى في المحاكمة. وإما أن تصدر أحكاما غيابية، فتكون هذه الأحكام

ضعيفة لإخلالها بمبدأ الحضور، وإلرجاع الأمور إلى العدل والإحسان، فإنَّ ذلك لا يتم إلا بإرجاء الحجة للغائب إذا قدم، وهو ما نسميه بالنقض عن طريق الاعتراض.

- أما الاستئناف، فيكفي أن نقول بأنَّ الأخذ بنظام التقاضي على درجتين يقتضي وجود النقض عن طريق الاستئناف، ولن نكرر ما قلناه هناك عند بيان هذا النظام وأقوال المعاصرين واختلافهم حوله. بقي فقط أن نقترح أن تكون هيئة قضاء الدرجة الأولى مكونة من قاضٍ واحد، أي الأخذ بنظام القاضي الفرد، أما الدرجة الآخيرة فنقترح أن تكون مكوَّنةً من عدد من القضاة، أي الأخذ بنظام القضاء الجماعي، على أن يكون هذا العدد وترّاً، أي ثلاثة قضاة، أو خمسة، أو سبعة، على أن يكون هؤلاء القضاة أكثر خبرة وعلماً من قضاة الدرجة الأولى.

ونؤكد على أنَّ الاستئناف الهدف منه تدقيق العدل والإحسان، حيث إنَّه عندما صدر الحكم من قضاء الدرجة الأولى صدر من قاضٍ واحد، وهو كذلك قليل الخبرة، كما قلنا قبل قليل، خاصة في زماننا هذا، حيث إنَّه بسبب قلة الورع، وضعف التدين، ونقص العلم، وضعف المهمة في طلبه، وقلة من يجتهد من القضاة، ومن ثم فإنَّ الاستئناف ليس بالجائز فقط، وإنما قد يكون واجبا في هذا العصر⁽¹⁾.

- أما التمييز، فيكون أمام المحكمة الأعلى التي تقع في قمة الهرم القضائي وهي محكمة وحيدة هدفها توحيد التفسير والاجتهاد القضائي، وهي محكمة أساسها ووظيفتها محكمة شرع لا وقائع. وهذا كأصل وقاعدة عامة في المواد المدنية والتجارية والعمالية والأحوال الشخصية.

- أما في جرائم القتل والقطع والرجم والقصاص في النفس وما دون النفس فهي محكمة وقائع وشرع معاً، وذلك لخطورة فوات إصلاح الحكم بعد تنفيذه، فقد يكون إصلاح الحكم مستحيلاً وبلا فائدة.

- أما إعادة المحاكمة، فهو طريق نقض يكون بعد إصدار الأحكام النهائية الباتة والصحيحة، ولكن طراً ما يجعلها غير صحيحة، كظهور شهادة الشهود أنها مزورة، أو ثبت أن المقتول حي، أو غير ذلك من الأسباب التي تجعل الحكم غير صحيح، ويجب نقضه إحقاقاً للحق، وتطبيقاً للعدل والإحسان.

هذه هي طرق نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي حسب تصورنا، وأنها أربعة، وهي: الاعتراض؛ الاستئناف؛ التمييز؛ إعادة المحاكمة.

وإذا كنا قد بينا التصور العام لطرق نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي، فإنه بقي علينا تفصيل هذه الطرق، وهو ما سنتناوله في العنصر الآتي.

(1) - الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج8، ص 6248.

ثانيا: التصور التفصيلي لطرق نقض الأحكام القضائية:

خلصنا من قبل إلى أن طرق نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي، بحسب تصورنا، أربعة وهي: الاعتراض؛ الاستئناف؛ التمييز؛ إعادة المحاكمة.

بقي علينا أن نفصل كل طريق من الطرق السابقة من حيث تعريفها، وإثباتها، وتأصيلها. وإليك هذه المسائل بالترتيب السابق.

1-/ الاعتراض: يمكن تعريف الاعتراض بالقول أنه طريق نقض الأحكام الغيابية بواسطة يتقدم

المحكوم عليه غيابيا إلى الجهة القضائية ذاتها التي أصدرت الحكم الغيابي طالبا منها بإبطال الحكم. وبهذا فالاعتراض لا يكون في الأحكام الحضورية (الوجاهية)، ولا الأحكام الحضورية الاعتبارية، إذ ما دام حضر الخصوم كلهم، أو أعطيت لهم فرصة حقيقية للحضور وغابوا بلا عذر مقبول من المحكمة، فلا يجوز حينئذ طلب نقض الحكم الغيابي عن طريق الاعتراض، لأنهم حصلوا على ضمانات الحضور، فحضرُوا أو غابوا إهمالا، أو تهربا من الحق.

أما إذا غاب الخصم، ولم يعلم بوقت المحاكمة، أو غاب لعذر قبلته المحكمة، فحينئذ يحق له طلب نقض الحكم الغيابي بطريق الاعتراض، لأنَّ الحكم الغيابي الصادر بحقه قد صدر من غير سماع أقواله ودفاعه ودفعه، ومن غير العدل، بل من الظلم الفظيع صدور حكم بناء على الاستماع إلى طرف واحد، ومن ثمَّ فإنَّ العدل يقتضي منحه فرصة أخرى للاستماع إلى أقواله ودفاعه، ولا يتم هذا بعد صدور الحكم الغيابي عن طريق الاعتراض.

والواقع والحقيقة أنه لا وجود لمصطلح «الاعتراض» في الفقه الإسلامي، وإنما هذا المصطلح أخذناه من على حيدر شارح مجلة الأحكام العدلية، حيث قال: «حكم الحكم الغيابي أن ينفذ الحكم المذكور إن لم يعترض المدعى عليه، أو إذا اعترض وكان اعتراضه غير صالح للقبول»⁽¹⁾.

أما مجلة الأحكام العدلية فلم تذكر هذا الاصطلاح، غير أنَّها أجازت دفع الحكم الغيابي، وذلك في المادة 1836 التي جاء فيها ما نصه: «إِذَا حَضَرَ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ غِيَابًا إِلَى الْمَحْكَمَةِ، وَتَشَبَّثَ بِدَعْوَى صَالِحَةٍ لِدَفْعِ دَعْوَى الْمُدَّعِي، تُسْمَعُ دَعْوَاهُ وَتُفْصَلُ عَلَى الْوَجْهِ الْمَوْجِبِ، وَإِذَا لَمْ يَتَشَبَّثْ بِدَفْعِ الدَّعْوَى، أَوْ تَشَبَّثَ وَلَمْ يَكُنْ تَشَبُّهُهُ صَالِحًا لِلدَّفْعِ يَنْفَذُ وَيَجْرِي الْحُكْمُ الْوَاقِعُ»⁽²⁾.

- أما الفقه الإسلامي، فالذي وجدناه - من خلال نصوص الفقهاء - أنه يستعمل عبارة: «إرجاء الحجمة للغائب»، أو «ترجي له الحجمة».

(1) - حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص 682-684.

(2) - حيدر، علي، المرجع نفسه، ج4، ص 681. رستم باز، سليم البناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص 1189.

ومن نصوصهم في هذا ما قاله ابن فرحون المالكي: «وينبغي للحاكم أن يصرح بأسماء الشهود الذي ثبت بهم الحكم على الغائب، لأنَّه حكم على غائب، فيحتاج إلى تسميتهم، لإرجاء الحجة له فيهم. فإن لم يصرح بأسمائهم، وكان الحاكم ليس مشهورا بالعدل والفضل، فإنَّ ذلك مما يتيح لمن بعده أن يتعقب ذلك الحكم، لأن هذا مما لا يمضى إلا من الحاكم العدل، فإن قَدِمَ هذا الغائب، فأراد ردَّ القضاء عليه، وأن يتدبَّر الخسومة، كان ذلك من حقه»⁽¹⁾.

وقال أبو اسحاق الشيرازي الشافعي: «وإن حكم على الغائب، ثم قدم، أو على الصبي ثم بلغ، كان على حجته في القدرح في البينة والمعارضة بيينة يقيمها على القضاء والإبراء»⁽²⁾.

وقال ابن أبي الدم الشافعي: «ولو حكم على غائب بحق، ثم أثبت الغائب فسق الشاهدين حالة الحكم، فلا خلاف في نقض الحكم. وسببه أنَّا لو لم نُقَلِّ بهذا الحكم لجرَّ حيفا على الغائب، بخلاف الحاضر، فإنَّه المقصر إذا لم يبحث، وهذا من لطيف الفقه، فليعلم»⁽³⁾.

وقال ابن قدامة المقدسي الحنبلي: «وإن قدم بعد الحكم، فجرح الشهود بأمر كان قبل الشهادة بطلَّ الحكم»⁽⁴⁾.

وقال شمس الدين الأسيوطي الشافعي: «ويبقى القاضي الحجة في الحكم على الغائب والصبي والمجنون، فإذا حضر الغائب، وبلغ الصبي، وأفاق المجنون، وأقام البينة على جرح الشهود عند الشهادة، أو الإبراء، أو القضاء، نُقِضَ الحكم»⁽⁵⁾.

- فهذه النصوص الفقهية - و هناك غيرها⁽⁶⁾ - كلها تتفق على أنَّ: «إرجاء الحجة للغائب فيما يُحكَّم به أصل معمول به عند الحكام والقضاة، ولا ينبغي العدول عنه، ولا الحكم بغيره، إذ هو كالإجماع

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص 97.

(2) - الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص401.

(3) - ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص363.

(4) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص 95.

(5) - الأسيوطي، جواهر العقود، مصدر سابق، ج2، ص 288.

(6) - ابن رشد (الجد)، فتاوى ابن رشد، مصدر سابق، ج3، ص 1326-1327. وانظر كتابه: البيان والتحصيل، مصدر سابق، ج9، ص181. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص 115-136. ابن جزى، قوانين الأحكام الشرعية، مصدر سابق، ص 309. عيش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص206. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص 56. ابن عبد الرفيق، معين الحكام، مصدر سابق، ج2، ص 618-631. الونشريسي، الولايات، مصدر سابق، ص186-187. الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج2، ص2450. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج2، ص317. النووي، المجموع شرح المهذب، مصدر سابق، ج20، ص 163. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص310. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص270. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص 301. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص 498. وانظر كتابه: كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص449. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص485. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص208. الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، مصدر سابق، ج7، ص 288. ابن المرتضى، البحر الزخار، مصدر سابق، ج6، ص 129. الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج4، ص 15-194. الصنعاني، سبل السلام، مصدر سابق، ج2، ص 507. الكوهجي، زاد المحتاج، ج4، ص 560.

في المذهب»⁽¹⁾.

وعليه، فإن الفقه الإسلامي يميز نقض الحكم الغيابي عن طريق الاعتراض، وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في م 1836 التي سبق ذكرها قبل قليل، وكذا مجلة الأحكام الشرعية لعلي القاري، حيث نصت المادة 2048 على أنه: «إذا حضر الغائب، أو ظهر المستتر، أو بلغ الصغير رشيداً، أو عقل المجنون قبل الحكم، توقف الحكم على حضورهم مجلس الحكم، ولا تجب إعادة البيعة التي سمعت له قبل، أما كان ذلك بعد الحكم فهم على حجتهم».

وإذا ثبت هذا، وقد ثبت كما رأينا، فليس صحيحاً ما يراه البعض من أنه لا وجود لنظام الاعتراض أو المعارضة في الفقه الإسلامي، حيث يقول هذا الرأي: «أما الاستدلال بالفقه الحنبلي، على حق الغائب في المعارضة، كما جاء بالقوانين الوضعية أمام القاضي ذاته لإعادة الفصل في الدعوى من جديد، فاستدلال غير صحيح، وخلط بين الفقه الشرعي والقانون الوضعي، ولو كان هناك أدنى تشابه، وأن هذا التشابه لا يميز لنا سحب فكرة شرعية لها اعتبارات أخرى، فهذا استدلال فاسد ومردود عليه بأن ابن قدامة لم يذكر في المغني لا لفظ المعارضة، ولا معنى المعارضة كما زعم هذا الجانب الفقهي»⁽²⁾.

والحق أن هذا الكلام وهذه العبارات تدل مرة أخرى عن أزمة في المنهج في الدراسات الفقهية المعاصرة، حيث إنهما تقف عند حرفية النصوص والألفاظ، في حين أن المنهج الصحيح هو النظر في مقاصد ومرامي النصوص، خاصة إذا علمنا أن أقوال الفقهاء في مجال القضاء فيما لا نص قطعي الدلالة والثبوت فيه هي: «مسألة إجراءات متطورة، لا مسألة نصوص ثابتة»⁽³⁾.

ونحن نرى أن فهم الفقه الإسلامي وأقوال الفقهاء بهذه الصيغة، وبهذا المسلك أو المنهج، يؤدي بنا إلى الجمود والانكفاء على الذات والانغلاق والتخلف الذي نحن نعاني منه حالياً أشد المعاناة، في حين أنه لا بد علينا من الانطلاق لا الجمود، والثورة لا الاستسلام، كل ذلك في إطار نصوص الشريعة ومقاصدها.

ولن نسترسل في الرد على هذا القول، ونكتفي بما ذكرنا من نصوص فقهية سابقة، فهي وحدها تكفي في إثبات وجود النقض عن طريق الاعتراض.

بقي أن نشير فقط إلى أن النظام القضائي السعودي أخذ بنظام الاعتراض (أو المعارضة) لأول مرة في نظام المرافعات الشرعية لسنة 1355هـ/1936م، وذلك في المواد من 52 إلى 66 من هذا

(1) - ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص 99.

(2) - إبراهيم، محمد محمود، نظام الطعن بالتمييز في المملكة العربية السعودية - دراسة تحليلية، معهد الإدارة العامة، الرياض، د ط، 1419هـ-1998م، ص 31-32.

(3) - عثمان، فتحي، الفكر القانوني الإسلامي، مرجع سابق، ص 309.

النظام. فقد سمحت م 52 بإقامة الدعوى على الغائب خارج المملكة بعد إعلانه بواسطة المراجع المختصة. كما أجازت المادة 53 الحكم على الغائب بعد ثبوت الدعوى أو بعضها.

أما مدة المعارضة على الحكم الغيابي فهي ثلاثون (30) يوماً، تبدأ من تاريخ استلام الغيابي عدا مسافة الذهاب والإياب.

ثم نصَّ عليها نظام المرافعات الشرعية الصادر سنة 1410هـ/1990م الذي أُلغِيَ بعد سنة من صدوره، وبالضبط في: 1411/09/10هـ، الموافق ل: 1991/03/27م، فقد تضمنت المادة 75 من هذا النظام الملغى ما نصه: «يكون للمحكوم عليه غيابياً خلال المدة المقررة في هذا النظام المعارضة في الحكم لدى المحكمة التي أصدرته...».

وعندما جاء نظام المرافعات الشرعية الحالي الصادر في 20 جمادى الأولى 1421هـ، الموافق ل: 2000/08/20م لم يتضمن طريق المعارضة في الأحكام الغيابية، إذ ألغاهما نهائياً، وكل هذا يعكس في الحقيقة تذبذب المنظم السعودي في خصوص هذا الطريق، وطرق النقض عموماً.

2- الاستئناف: وهو طريق نقض الأحكام القضائية أمام محاكم الدرجة الثانية والأخيرة.

وهذا الطريق نشأ بالنظر إلى الأخذ بنظام التقاضي على درجتين، وقد فصلنا القول فيه من قبل، ومن ثم فإدلة التقاضي على درجتين يمكن ذكرها هنا أيضاً.

بقي أن نشير فقط أنّ الكثير من المعاصرين من يقول بوجود نظام الاستئناف في الفقه الإسلامي⁽¹⁾، وقليل من ينكر ذلك⁽²⁾، كما نؤكد مرة أخرى أن مصطلح: «الاستئناف» الوارد في المادة 1838 من مجلة الأحكام العدلية، ليس المقصود به المعنى الاصطلاحي الذي أوردناه، وإنما المقصود به المعنى اللغوي، أي ابتداء الأمر من أوله⁽³⁾.

3- التمييز: وهو طريق نقض و إبطال الأحكام القضائية الصادرة من محاكم الاستئناف إذا وقع استئنافها، أو أحكام الدرجة الأولى إذا لم تستأنف متى خالفت النصوص الشرعية القطعية وأصول القضاء.

ولن نفصل هذا الطريق لأن مكانه ليس هنا، وإنما هو موضوع الفصول اللاحقة من هذا الباب،

(1) - ابن عرنوس، محمد بن محمد، تاريخ القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص 215. آل مبارك، أحمد بن عبد العزيز، نظام القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص 50-51. زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 237. بلعترس، محمد، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص 143-148. روابح، إلهام شهر زاد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 143. عثمان، فتحي، الفكر القانوني الإسلامي، مرجع سابق، ص 309. الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 8، ص 6248-6250. واصل، محمد فريد نصر، السلطة القضائية، مرجع سابق، ص 259-260.

(2) - الزحيلي، محمد، التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص 146 وما بعدها. إبراهيم، محمد محمود، نظام الطعن بالتمييز، مرجع سابق، ص 26-29.

(3) - الحسيني، فهمي، تعليق على درر الحكام لعلي حيدر، مرجع سابق، ج 4، ص 692.

إذ هو نموذج تطبيقي لنقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي.

4/- إعادة المحاكمة: وهو طريق إصدار الأحكام القضائية النهائية متى صدرت مخالفة للواقع.

- ومصطلح: «إعادة المحاكمة» أخذناه من مجلة الأحكام العدلية، فقد جاء في المادة 1840 ما نصه: « كَمَا يَصِحُّ دَفْعُ الدَّعْوَى قَبْلَ الحُكْمِ، يَصِحُّ بَعْدَ الحُكْمِ. بِنَاءً عَلَيْهِ إِذَا بَيَّنَّ وَقَدَّمَ المَحْكُومَ عَلَيْهِ فِي دَعْوَى سَبَبًا صَالِحًا لِدَفْعِ الدَّعْوَى، وَادَّعَى دَفْعَ الدَّعْوَى، وَطَلَبَ إِعَادَةَ المَحَاكِمَةِ، يُسْمَعُ ادِّعَاؤُهُ هَذَا فِي مُوَاجَهَةِ المَحْكُومِ لَهُ، وَتَجْرِي مُحَاكِمَتُهُمَا فِي حَقِّ هَذَا الخُصُوصِ. مَثَلًا إِذَا ادَّعَى أَحَدُ الدَّارِ الَّتِي هِيَ فِي تَصَرُّفِ الآخِرِ بِأَنَّهَا مَوْرُوثَةٌ لَهُ مِنْ أَبِيهِ وَأُثْبِتَ ذَلِكَ، ثُمَّ ظَهَرَ بَعْدَ الحُكْمِ سَنَدٌ مَعْمُولٌ بِهِ بَيَّنَّ أَنَّ أَبَا المُدَّعِي كَانَ قَدْ بَاعَ الدَّارَ المَذْكُورَةَ إِلَى وَالِدِ ذِي اليَدِ، تُسْمَعُ دَعْوَى ذِي اليَدِ، وَإِذَا أُثْبِتَ ذَلِكَ انْتَقَضَ الحُكْمُ الأَوَّلُ، وَانْدَفَعَتْ دَعْوَى المُدَّعِي»⁽¹⁾.

وهو كذلك ما نصت عليه م 2081 من مجلة الأحكام الشرعية.

ومن أمثلة هذا الطريق أيضا ظهور كذب الشهود في الجرائم بعد الحكم البات من محكمة التمييز أو العليا.

ويلاحظ أن المنظم السعودي اصطلح على هذا الطريق بـ: «إعادة النظر»، وهذا ضمن الباب السابع والذي عنوانه: «طرق الاعتراض على الأحكام: التمييز؛ وإعادة النظر» من نظام الإجراءات الجزائية رقم: (م/39) المؤرخ في: 1400/07/28هـ، الموافق لـ: 2001/10/16م، كما نص على أحكامه في المواد من 206 إلى المادة 212 من هذا النظام، وقد سبق بيا هذه الأحكام من قبل عند الكلام عن طرق نقض الأحكام القضائية في النظام القضائي السعودي، فلا نكره.

- في الأخير نخلص إلى أن القاعدة أو المبدأ الأساس والجوهري الذي يقوم عليه النظام القضائي وهياكله هي مبدأ العدل والإحسان، وأن جهاز القضاء ليس الهدف منه هو فصل الخصومات، وقطع المنازعات كيفما كان الوضع والأمر، وإنما يتم الأمر وفق العدل والإحسان، ومن ثم فإن كل تصور قضائي يجب أن يستهدف تحقيق هذا المبدأ، وأن يجتهد كل الاجتهاد في الوصول إلى هذه الغاية، ولذلك - وبناء على هذا المبدأ والغاية - رأينا الأخذ بنظام التقاضي على درجتين في المواد كلها ما عدا المواد الجزائية (جرائم القتل والقطع والرجم والقصاص في النفس وما دونها) يكون على ثلاث درجات، ومن ثم يتم تنظيم المحاكم كالاتي:

- محاكم الدرجة الأولى، وتنظر الخصومات بقاض فرد.

- محاكم الاستئناف، وتنظر في القضايا بثلاث قضاة من أهل الخبرة والتجربة.

(1) - حيدر ، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص 693. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص 1192.

- محكمة التمييز (أو المحكمة العليا)، وهي وظيفتها الإشراف والمراقبة على المحاكم الأخرى (الدرجة الأولى والاستئناف) وتوحيد الاجتهاد القضائي، كما تنظر في الأحكام الصادرة في المواد الجزائية شرعا وواقعا استثناء.

- أما طرق نقض الأحكام القضائية التي نتصورها فهي أربعة وذلك كالآتي:
- الاعتراض: ويكون في الأحكام الغيابية فقط، كما يكون أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي.

- الاستئناف: وذلك بتمكين المتضرر من الحكم الصادر من محاكم الدرجة الأولى طلب نقض الحكم أمام محاكم أعلى درجة أو أكثر خبرة وأكثر عددا من محاكم الدرجة الأولى.

- والتمييز: وذلك أنه بواسطة هذا الطريق يتم تمكين محكمة التمييز (أو المحكمة العليا) بمراقبة ما تصدره المحاكم الأقل درجة منها، ومن تم توحيد الاجتهاد القضائي.

- إعادة المحاكمة: وذلك أنه بواسطة يتم تصحيح الحكم من الخطأ الواقعي الذي شابهه بعد صدوره، وعدم وجود طريق آخر لتصحيحه بعد استنفاد كل الطرق الأخرى من الاستئناف والتمييز.

- في الأخير، فإن كل هذه المسائل تقتضيها السياسة الشرعية التي هي وسط بين الإفراط والتفريط، والتي هي عدل كلها ورحمة كلها.

الفصل الثاني:

أسباب نقض الحكم القضائي المتعلقة بالقاضي في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول: نقض الأحكام القضائية بسبب انتفاء شروط تولي القضاء.

المبحث الثاني: نقض الأحكام القضائية بسبب انعدام الولاية و

الاختصاص القضائيين.

المبحث الثالث: نقض الحكم القضائي بسبب وجود المانع.

الفصل الثاني: أسباب نقض الحكم القضائي المتعلقة بالقاضي في الفقه الإسلامي:

تمهيد وتقسيم:

أولاً: المقصود بأسباب النقض:

يقصد بأسباب نقض الأحكام القضائية موجبات بطلان الحكم القضائي بعد إبرامه.

أو بمعنى آخر: ما يجعل الحكم القضائي باطلا نظرا لشوبهه بعيب من العيوب المحددة شرعا، مما

يقتضي من الجهة القضائية المختصة إلغائه وإصدار حكم آخر يكون صحيحا وخاليا من الأخطاء. وإذا كان موضوعنا هو: «نقض الأحكام القضائية»، فإنه من الواجب علينا ومن المنطقي معرفة الأسباب التي تؤدي إلى نقض الأحكام القضائية، خاصة وأن النقض يرتبط بأسباب وجودا وعدما، فكلما وجد سبب من أسباب النقض كان النقض موجودا، ولزم إبطال الحكم القضائي حينئذ، وكلما انتفى السبب فلا نقض ولا إبطال للحكم، وحتى إذا حدث النقض بالخطأ، فإنه يجب أن ينتقض هذا النقض، ويصار إلى الحكم الأول.

ثانيا: أهمية البحث في أسباب نقض الأحكام القضائية:

من خلال كل هذا البيان يظهر لنا أن البحث في أسباب نقض الأحكام القضائية يعد من أهم جوانب دراسة موضوع النقض، وذلك لأنَّ الجهة التي تتولَّى نقض الأحكام القضائية لا يمكن لها على الإطلاق القيام بمهمة النقض إلا بمعرفة الأسباب التي لأجلها ينقض الحكم، فإذا عرفت هذه الأسباب معرفة دقيقة وصحيحة، وكانت متضمنة بالحكم، وتحققت من وجودها فيه قررت نقض الحكم، وإصدار حكم آخر في النزاع⁽¹⁾.

ثالثا: تنوع وتعدد أسباب النقض، وجهود الفقهاء في ضبطها:

وأسباب النقض كثيرة ومتعددة ومتنوعة باعتبارات شتى، غير أنه يمكن إرجاعها إلى سبب واحد هو وقوع الخطأ في الحكم، ولهذا رأينا السبكي الشافعي يقول: «إن الحكم إنما ينقض لتبين خطئه»⁽²⁾، وقال أيضا: «واعلم أن مدار نقض الحكم على تبين الخطأ»⁽³⁾.
إنَّما الذي يعيننا هنا هو تفصيل هذه الأسباب، والتدقيق فيها. وقد حاول بعض الفقهاء بيان هذه الأسباب، منهم القرافي المالكي، والسبكي الشافعي. وإليك بيانها.

أ- جهود القرافي المالكي في ضبط أسباب نقض الأحكام:

فالقرافي المالكي في «الفروق الثالث والعشرين والمائتين: بين قاعدة ما ينفذ من تصرفات الولاية والقضاة؛ وبين قاعدة ما لا ينفذ من ذلك»، أرجع أسباب النقض إلى خمسة أمور أو أقسام، هي: ⁽⁴⁾

1- القسم الأول: ما لم تتناوله الولاية، وذلك لأنَّ صحة التصرف إنما يستفاد من عقد

الولاية، وعقد الولاية إنما يتناول منصبا معيناً، وبلداً معيناً، فكان معزولاً عمَّا عداه، لا ينفذ فيه حكمه.

(1) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج2، ص535.

(2) - السبكي، الفتاوى، مصدر سابق، ج2، ص435.

(3) - السبكي، مصدر نفسه، ج2، ص530.

(4) - القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص95-111. رقم الفرق: 223.

(1)

وهو هنا يشير إلى الولاية و الاختصاص القضائيين.

2/- القسم الثاني: ما تناوله الولاية لكن حكم فيه بمستند باطل، وهو الحكم الذي خالف أحد أربعة أمور: إذا حكم على خلاف الإجماع ينقض قضاؤه، أو خلاف النص السالم عن المعارض، أو القياس الجلي السالم عن المعارض، أو قاعدة من القواعد السالمة عن المعارض، ولا بد في الجميع من اشتراط السلامة عن المعارض. (2)

3/- القسم الثالث: ما حكم به خلاف السبب، فإذا قضى القاضي بالقتل على من لم يقتل، أو للبيع على من لم يبيع، أو الطلاق على من لم يطلق، أو الدين على من لم يستدن، فهذا قضاء على خلاف الأسباب، فإذا اطلع على ذلك وجب نقضه عند الكل. (3)

4/- القسم الرابع: وجود التهمة، كقضاء القاضي لنفسه، فإنه يفسخ، لأن القاعدة: «أن التهمة تقدر في التصرفات إجماعاً من حيث الجملة». وعلى الجملة: كل من لا تجوز شهادته للقاضي لا يجوز حكمه له، لأن حكم الحاكم لازم للمقضي عليه، فهو أولى بالرد من الشهادة، لأن فوق الشاهد من ينظر عليه، فيضعف الإقدام على الباطل، فتضعف التهمة.

وبناء عليه، لا يجوز للقاضي أن يحكم لأصوله، أو فروعه، ولا أعمامه، وأحواله، وأزواجه، وأخوته، وأخواته، كما أنه لا يجوز أن يحكم على عدوه، كل هذا بسبب التهمة. (4)

وسياي تفصيل كل هذا.

5/- القسم الخامس: الحكم بالحجة المختلّف حولها، وذلك مثل: قضاء القاضي بعلمه الشخصي حول الواقعة، والقضاء بالشاهد الواحد واليمين، والقضاء بشهادة امرأتين، فإن الشافعي لا يميز الحكم إلا بأربعة نسوة، والحكم الواقع بشهادة الصبيان. (5)

- وبعد أن ذكر القرافي هذه الأقسام الخمسة قال: «فهذه الأقسام الخمسة هي ضابط ما ينقض من قضاء القاضي، وما خرج عن هذه الخمسة لا ينقض، وهو: ما اجتمع فيه تناول الولاية له؛ والدليل؛ والسبب؛ والحجة؛ وانتفت فيه التهمة؛ ووقع على الأوضاع الشرعية؛ كان مجعاً عليه أو مختلفاً فيه» (6).

ب/- جهود تقي الدين السبكي الشافعي في ضبط أسباب نقض الأحكام:

(1) - القرافي، مصدر نفسه، ج4، ص95-97.
(2) - القرافي، مصدر نفسه، ج4، ص97-99.
(3) - القرافي، مصدر نفسه، ج4، ص99.
(4) - القرافي، مصدر نفسه، ج4، ص02-104.
(5) - القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص104-111.
(6) - القرافي، مصدر نفسه، ج4، ص111.

أما السبكي الشافعي فجعلها أربعة أسباب - لا ثلاثة كما يذكر أحد الباحثين المعاصرين-(1).
- وهذه الأسباب هي كما قال حرفياً:»

1/- أحدها: أن يكون في الحكم الشرعي، بأن يكون حكم بخلاف النص، أو الإجماع، أو القياس الجلي، فينقض، لتحقيق الخلل في الحكم. وليس معنى النقض: الحل بعد العقد، بل الحكم ببطالان الحكم المتقدم، وبيان أنه لم يقع صحيحاً، لأنه ليس بحكم الشرع، والحكم ثابت الشرع، فلا يصح منه الحكم بغير حكمه.

ولفظه: «نقض الحكم» هنا متممّة، لأنّ المقصود إبطال ذات الحكم الذي وقع.

2/- الثاني: أن يحصل الحكم على سبب غير موجود ويظن القاضي وجوده بيّنة زور ونحوها، فإذا انكشف ذلك ينقض في بعض المواضع بالإجماع، وفي بعضها بخلاف فيه، والخطأ هنا في السبب ووضع الحكم في غير موضعه.

والنقض هنا معناه: تعلق الحكم بذلك المحل. ولفظة «النقض» فيه غير متممّة، فإنّ لم ينقض الحكم في حد ذاته خطأ به، وإمّا نقضناه عن ذلك المحل، وأخرجنا المحل عنه، فالخطأ في السبب، لا في الحكم، والمخطئ هنا هو الشاهد لا الحاكم، وللحاكم نوع من الخطأ، وهو ظنه وجود السبب الحاصل بالبيّنة.

3/- الثالث: أن يكون الخلل في الطريق، كما إذا حكم بشهادة كافرين، فإذا تبين ذلك ينقض سواء كان المشهود به صحيحاً أم لا، لأنّ المعتبر من الحكم ما كان بطريقه الشرعي، فإذا كان بغير طريقه، فقد حصل الخطأ في الطريق، فينقضه. والخطأ هنا من القاضي في اعتقاد عدالة الشهود، وقد يكون ذلك مرتباً على بيّنة التزكية، وقد يكون على ظنه إذا عدّ لهم بعلمه. ولفظة «النقض» هنا كهي قبله، وإن كان الفقهاء أطلقوا «النقض» على الجميع وهو الصحيح»(2).

4/- الرابع: «الخطأ في الحاكم»: «كل هذا إذا قضى بمسند ثم ظهر له الخلل إما في المستند، أو في المقضي به، أو الطريق، أما إذا قضى على جهل فالخلل هنا في الحاكم لا في الحكم. قال الشيخ الإمام: فمن حكم بغير علم نقض حكمه، وإن صادف الحق، وهو أحد القاضيين اللذين في النار بشهادة الحديث... لفظه «النقض» هنا متممّة أيضاً كما هي فيما إذا ظهر الخلل في نفس الحكم، لأنّ المقصود إبطال فعل الحاكم وتبقيّة الأمر في الحكم على ما كان عليه حتى يصدر ذلك الحكم من أهله،

(1) - الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج3، ص537-538. ولعل السبب في ذلك هو الاعتماد على فتاوى السبكي فقط، ولو أنه أضاف إلى ذلك الأشباه والنظائر لابنه تاج الدين السبكي، ج1، ص407. لاستدرك النوع الرابع.
(2) - السبكي، الفتاوى، مصدر سابق، ج43-436. السبكي تاج الدين، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ج1، ص406.

كما يبطل تصرف من ليس بوكيل»⁽¹⁾.

وبناء على هذا النص، فإنَّ أسباب النقض عند تقي الدين السبكي أربعة، وهي:

- **الخطأ في الحكم الشرعي**، بأن يكون الحكم القضائي مخالفاً للنص القاطع من القرآن، أو السنة، أو الإجماع، أو القياس الجلي، فينقض متى تبين ذلك لتحقيق الخلل في الحكم.
- **الخطأ في السبب**، بأن يكون حكم بخلاف السبب، أي الحكم على سبب غير موجود ويظن القاضي وجوده بينة زور.

- **الخطأ في الطريق**، كما إذا حكم بشهادة كافرين، أو عبيدين، أو فاسقين.

- **الخطأ في القاضي**، كأن يصدر الحكم من قاض كافر، أو امرأة، أو صبي، أو فاسق، أو جاهل، أو جائر، ونحوها. من شروط تولي القضاء.

ج/- مقارنة بين جهود كل من القرافي و السبكي في ضبط أسباب نقض الأحكام:

وبالمقارنة بين التصورين السابقين لكل من القرافي وتقي الدين السبكي، فإنَّ الموافقات بينهما

هي:

1/- الموافقات (أوجه الاتفاق):

- الاتفاق حول النقض بسبب الخطأ في الحكم، وهو القسم الثالث عند القرافي، والقسم الأول عند تقي الدين السبكي.

- الاتفاق حول نقض الحكم عند مخالفة السبب، وهو القسم الثالث عند القرافي، والثاني عند السبكي.

- إنَّ القسم الرابع لدى القرافي يتطابق مع القسم الثالث لدى السبكي، حيث إنَّه يتمثل في الخطأ في الطريق.

- الاتفاق على أنَّ نقض الأحكام القضائية يكون بأحد، أو بعض، أو كل الأسباب الآتية:

- عدم وجود الولاية القضائية.

- مخالفة قواعد الاختصاص القضائي.

- مخالفة الحكم القضائي لدليل قاطع من الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، أو القياس

الجلي.

- صدور الحكم القضائي عن قاض في محل التهمة.

- صدور الحكم القضائي بناء على مستند غير مقبول.

⁽¹⁾ - السبكي تاج الدين، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ج 1، ص 407.

2- الفروق (أوجه الاختلاف):

- أما أوجه الاختلاف والفروق فهي:

- إنَّ عدد أسباب النقض عند القرآني خمسة، في حين أنَّها عند السبكي أربعة.
- إنَّ القرآني لم يقسِّم الطريق الثالث، أما السبكي فجعله على أمرين هما، القسم الرابع؛ والخامس.

د- خلاصة في أسباب النقض مع الخطة:

هذه هي جهود القرآني والسبكي في بيان أسباب نقض الأحكام القضائية، ونحن من خلال كل هذه الجهود العلمية الكبيرة يمكن أن نحدد أسباب نقض الأحكام القضائية بأنها أربعة على الشكل الآتي:

- 1- أسباب ترجع إلى القاضي.
 - 2- أسباب ترجع إلى الحكم.
 - 3- أسباب ترجع إلى طريق الحكم.
 - 4- أسباب ترجع إلى عدم صحة الواقعة والحكم على خلاف السبب.
- وهذه الأسباب يتم تناولها وفق الفصول الآتية:
- الفصل الثاني: أسباب النقض المتعلقة بالقاضي.
 - الفصل الثالث: أسباب النقض المتعلقة بالحكم.
 - الفصل الرابع: نقض الأحكام القضائية بسبب مخالفة أصول القضاء.
- وإليك بيان هذه الفصول بالترتيب.

الفصل الأول: أسباب نقض الأحكام القضائية المتعلقة بالقاضي:

هذا النوع من الأسباب لا يتعلق بالحكم في ذاته، و لا بالأدلة التي يستند إليها الحكم، وإنما تتعلق بالشخص المُصدر للحكم، وهو القاضي، هل كان عند نظره النزاع وإصدار الحكم تتوافر فيه شروط تولى القضاء؟، وهل إذا توافرت فيه هذه الشروط هل كانت له الولاية القضائية؟، وكذا الاختصاص القضائي؟، وحتى إذا توافرت الشروط و الولاية و الاختصاص القضائي، فهل يجوز له أن يقضي في حالة الغضب وكل ما يشوش الفكر والذهن؟، وهل يجوز له أن يقضي مع وجود التهمة؟ كأن يقضي بعلمه الشخصي، أو يقضي لأصوله، أو فروعه، أو شريكه في التجارة، أو عدوه، أو بقبض

ومن خلال هذا الإشكال، فإن أسباب نقض الأحكام القضائية المتعلقة بالقاضي هي ثلاثة نتناولها وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: نقض الأحكام القضائية بسبب انتفاء شروط تولي القضاء.

المبحث الثاني: نقض الأحكام القضائية بسبب انعدام الولاية و الاختصاص القضائيين.

المبحث الثالث: نقض الحكم القضائي بسبب وجود المانع.

وإليك بيان هذه المباحث بالتسلسل.

المبحث الأول: نقض الأحكام القضائية بسبب انتفاء شروط تولي القضاء:

إن أسباب نقض الأحكام القضائية الراجعة إلى أهلية القاضي على الجملة هي: الإسلام؛ والتكليف (العقل؛ والبلوغ)؛ الحرية؛ وسلامة الحواس (السمع؛ البصر؛ النطق)؛ العدالة؛ الذكورة؛ والاجتهاد؛ عمل القاضي بأصول الشرع الأربعة (الكتاب؛ والسنة؛ والإجماع؛ و القياس) والكتابة؛ وأن يكون معروف النسب؛ الورع؛ و الزهد.

وإليك بيان هذه الأسباب وفق الخطة الآتية:

المطلب الأول: نقض الحكم القضائي بسبب انتفاء شرط الإسلام في القاضي.

المطلب الثاني: نقض الحكم القضائي بسبب انتفاء شرط التكليف (العقل؛ والبلوغ) في القاضي.

المطلب الثالث: نقض الحكم القضائي بسبب انتفاء شرط الحرية في القاضي.

المطلب الرابع: نقض الحكم القضائي بسبب انتفاء شرط سلامة الحواس (السمع؛ البصر، النطق)

في القاضي.

المطلب الخامس: نقض الحكم القضائي بسبب انتفاء شرط العدالة في القاضي.

المطلب السادس: نقض الحكم القضائي بسبب انتفاء شرط الذكورة في القاضي.

المطلب السابع: نقض الحكم القضائي بسبب انتفاء شرط الاجتهاد في القاضي.

وإليك الآن بيان هذه الشروط والمطالب بالترتيب.

المطلب الأول: نقض الحكم القضائي بسبب انتفاء شرط الإسلام في القاضي:

الفرع الأول: إجماع العلماء على اشتراط الإسلام في القاضي للفصل بين المسلمين:

- يتفق علماء الإسلام قاطبة على اشتراط شرط الإسلام⁽¹⁾ في القاضي، وأنه يجب أن يكون

(1) - السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج1، ص52. الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص03. الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص253. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص283. العيني، البناية، مصدر سابق، ج8، ص04. داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج3، ص211. منلاخسرو، الدرر الحكام، مصدر سابق، ج2، ص409. التمرتاشي، مسعفة

القاضي مسلماً، وأنه متى قضى قاضٍ غير مسلم كان حكمه باطلاً مطلقاً، بل منعدماً، ولا وجود له أصلاً، ومن ثم فهو منتقض.

والتعليل الذي يذكره الفقهاء في ذلك هي لأنه لا ولاية لكافر على مسلم، والقضاء ولاية من الولايات العامة، ومن ثم فلا ولاية لكافر على مسلم في أدنى الولايات، فكيف بولاية القضاء التي هي أعلى الولايات، حيث إنها تطبيق لشرع الله عزوجل وتنفيذ أحكامه، لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [سورة النساء: 141]، «ولا سبيل أعظم من القضاء، ولا على كفار، لأنَّ القصد به فصل الأحكام، والكافر جاهل بها». (1) «و أي سبيل أعظم أن يلزمه ويحكم عليه بغير اختياره» (2).

- وقال تعالى: ﴿يَتَأْتِيَ الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا بَطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا وَدُوا مَا عَنْتُمْ قَدْ بَدَتِ

الحكام، مصدر سابق، ص 87-88. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج 5، ص 354. ابن رشد (الجد)، البيان و التحصيل، مصدر سابق، ج 17، ص 590. ابن رشد (الجد)، المقدمات، مصدر سابق، ج 2، ص 258. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج 2، ص 377-378. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 21-22. ابن جزئي، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص 305. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج 7، ص 387-388. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 8، ص 65. المواق، التاج والإكليل، مصدر سابق، ج 6، ص 63. الخرشبي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج 7، ص 138-139. عُلَيْش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 138. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج 7، ص 123. الأبي، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج 2، ص 221. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 3. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج 4، ص 69. الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج 7، ص 130-132. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج 3، ص 97. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج 10، ص 16. ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 192. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، ص 577. ميارة، فتح العلم الخلاق، مصدر سابق، ص 221. ميارة، الإتقان و الأحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 11. التسولي، البهجة، مصدر سابق، ج 1، ص 103. التاودي، حلي المعاصم، مصدر سابق، ج 1، ص 103. الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج 2، ص 2549. ابن القاص، أدب القاضي، مصدر، ص 23. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 131. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 1، ص 631-633. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 16، ص 157-158. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج 3، ص 337. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج 8، ص 84-85. الحصني، كفاية الأخيار، مصدر سابق، ج 2، ص 286-287. الخطيب الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، ج 2، ص 603. المحلي، كنز الراغبين، مصدر سابق، ج 5، ص 3791. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 6، ص 262. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج 8، ص 238. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج 4، ص 515. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج 10، ص 106. زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، مصدر سابق، ج 2، ص 362-363. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج 6، ص 267-269. البجيرمي، حاشية على الإقناع للخطيب الشربيني، مصدر سابق، ج 5، ص 307. أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 71-72. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 12. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج 6، ص 86. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 11، ص 386. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 8، ص 154. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج 6، ص 421. الزركشي، شرح مختصر الخرقفي، مصدر سابق، ج 4، ص 436-437. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 11، ص 168. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج 6، ص 374. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج 3، ص 464. البهوتي، الروض المربع، مصدر سابق، ص 609. ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، ج 2، ص 314. ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج 9، ص 363.

(1) - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 6، ص 262. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج 4، ص 515. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج 6، ص 267. ميارة، الإتقان و الأحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 11. التسولي، البهجة، مصدر سابق، ج 1، ص 103. التاودي، حلي المعاصم، مصدر سابق، ج 1، ص 103. الزركشي، شرح مختصر الخرقفي، مصدر سابق، ج 4، ص 437. السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج 1، ص 52.

(2) - الزركشي، شرح مختصر الخرقفي، مصدر سابق، ج 4، ص 437.

أَبْغَضَاءَ مِنْ أَقْوَاهِهِمْ وَمَا تُخْفِي صُدُورُهُمْ أَكْبَرُ قَدْ بَيَّنَّا لَكُمْ الْآيَاتِ إِنْ كُنْتُمْ تَعْقِلُونَ ﴿١١٨﴾ [سورة آل عمران].
 - وعن عائشة عن النبي - ح - قال: «لَنْ أَسْتَعِينَ بِمُشْرِكٍ»⁽¹⁾.
 قال البيهقي: «وَاللَّفْظُ عَامٌّ»⁽²⁾.

- وقد انتهر عمر بن الخطاب أبا موسى الأشعري - ب - حين استعمل كاتباً نصرانياً، فعن عياض الأشعري عن أبي موسى - ت - : أَنَّ عُمَرَ - ت - أَمَرَهُ أَنْ يَرْفَعَ إِلَيْهِ مَا أَخَذَ وَمَا أُعْطِيَ فِي أَدِيمٍ وَاحِدٍ، وَكَانَ لِأَبِي مُوسَى كَاتِبٌ نَصْرَانِيٌّ يَرْفَعُ إِلَيْهِ ذَلِكَ، فَعَجَبَ عُمَرُ - ت - وَقَالَ: إِنَّ هَذَا لِحَافِظٌ!! . وَقَالَ: إِنَّ لَنَا كِتَابًا فِي الْمَسْجِدِ، وَكَانَ جَاءَ مِنَ الشَّامِ، فَادْعُهُ، فَليقرأ. قَالَ أَبُو مُوسَى: إِنَّهُ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَدْخُلَ الْمَسْجِدَ!! . فَقَالَ عُمَرُ - ت - : أَجْنَبٌ هُوَ؟ قَالَ: لَا بَلْ نَصْرَانِيٌّ!! قَالَ: فَانْتَهَرَنِي وَضَرَبَ فِخْذِي، وَقَالَ: أَخْرِجْهُ، وَقَرَأَ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنكُمْ فَإِنَّهُ مِنَهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴿٥١﴾﴾ [سورة المائدة]، قَالَ أَبُو مُوسَى: وَاللَّهِ مَا تَوَلَّيْتُهُ، إِنَّمَا كَانَ يَكْتُبُ!! قَالَ: أَمَا وَجَدْتِ فِي أَهْلِ الْإِسْلَامِ مَنْ يَكْتُبُ لَكَ؟! لَا تُدْعُهُمْ إِذْ أَقْصَاهُمُ اللَّهُ، وَلَا تَأْمَنُهُمْ إِذْ أَخَانَهُمُ اللَّهُ، وَلَا تُعْزِهِمْ بَعْدَ إِذْ أَدَّاهُمُ اللَّهُ، فَأَخْرِجْهُ⁽³⁾.

ومن نصوص الفقهاء في هذا قول السمناني الحنفي: «ومنها أن يكون مسلماً، لأنَّ الإسلام يعُلُو ولا يُعَلَى عليه، ولأنَّ الكافر لا يلي على المسلم»⁽⁴⁾.

وقال منلاخسرو الحنفي: «(وأما قضاء عبدٍ وصبيٍّ مطلقاً)، أي: سواء كان على مسلم أو كافر، (و) قضاء (كافر على مسلم فلا ينفذ أبداً)، لانتهاء أهلية الشهادة فيهم عليه»⁽⁵⁾.

وقال الباجي المالكي: «وأما اعتبار إسلامه [أي القاضي] فلا خلاف بين المسلمين في ذلك»⁽⁶⁾.
 وقال القرافي المالكي: «مسلماً، لأنَّ الكفر أعظم من الرِّق»⁽⁷⁾.

وقال الزركشي الحنبلي: «وأما اشتراط الإسلام فلا أنَّ ذلك شرط في الشهادة، ففي القضاء أولى، ودليل الأصل: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدِينَ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [سورة البقرة: 282]، ولأنَّ الكفر يقتضي إذلال صاحبه، والقضاء يقتضي احترامه، وبينهما منافاة، وقد قال سبحانه: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ

(1) - أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب لا يَنْبَغِي لِلْقَاضِيِ وَلَا لِلْوَالِيِ أَنْ يَتَّخِذَ كَاتِبًا ذِمِّيًّا وَلَا يَضَعَ الدِّمِّيَّ فِي مَوْضِعٍ يَتَفَضَّلُ فِيهِ مُسْلِمًا، ج 10، ص 126.

(2) - البيهقي، سننه الكبرى، مصدر سابق، ج 10، ص 126.

(3) - أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب لا يَنْبَغِي لِلْقَاضِيِ وَلَا لِلْوَالِيِ أَنْ يَتَّخِذَ كَاتِبًا ذِمِّيًّا وَلَا يَضَعَ الدِّمِّيَّ فِي مَوْضِعٍ يَتَفَضَّلُ فِيهِ مُسْلِمًا، ج 10، ص 127.

(4) - السمناني، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - منلاخسرو، الدرر الحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 409.

(6) - الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج 7، ص 132.

(7) - القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج 10، ص 16.

سَبِيلًا ﴿[سورة النساء: 141]، وأي سبيل أعظم أن يلزمه ويحكم عليه بغير اختياره﴾⁽¹⁾.

الفرع الثاني: اختلاف العلماء في تولية القاضي الذمي للفصل بين أهل دينه:

وهنا اختلف العلماء على قولين: قول يجيز؛ وآخر يمنع.

أولاً/- القول الأول: لا يجوز للكافر أن يحكم بين أهل دينه:

والذي يلاحظ هنا أنّ الفقهاء لا يمنعون تولي الكافر القضاء بين المسلمين فقط، بل إنّ جمهور العلماء - باستثناء أبي حنيفة كما سنرى قريباً - يمنعون حتى الكافر من القضاء بين أهل دينه، فالذمي لا يجوز له أن يتولّى القضاء بين أهل دينه، وإلّا الذي يفصل بينهم هو القاضي المسلم.

قال الماوردي الشافعي: «فلا يجوز أن يقّلد الكافر القضاء على المسلمين، ولا على الكفار»⁽²⁾.

وقال الخطيب الشربيني الشافعي: «فلا يولى كافر على مسلمين... ولا سبيل أعظم من القضاء ولا

على الكفر، لأنّ القصد به فصل الأحكام، والكافر جاهل بها»⁽³⁾.

والعلة في ذلك هي أن القضاء ولاية شرعية عامة، ثم إنّ الذمي جاهل بالشرع الإسلامي ولا يجوز

أن يقضي بأحكام دينه الذي ينتسب إليه، لأنّه باطل ومحرّف من منظور الشريعة الإسلامية، وإذا قضى بمقتضى شريعته كان قضاء بالباطل شرعاً.

- واستدل الجمهور بالأدلة الآتية:

1/- من الكتاب: قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [سورة التوبة: 29].

وجه الاستشهاد أنّ الآية دلّت على أنّ القصد من فرض الجزية على الذميين هي تحقيق الصغار،

ومن ثم لا يجوز تمكينهم من كل ما ينافيه و يلغيه، بما فيه منحهم ولاية القضاء، لأنّ نفوذ الأحكام ينفي الصغار⁽⁴⁾.

2/- من السنة: عَنْ عَائِدِ بْنِ عَمْرِو الْمَزِينِيِّ عَنِ النَّبِيِّ - ح - أَنَّهُ قَالَ: «الإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا

يَعْلَى»⁽⁵⁾.

(1) - الزركشي، شرح مختصر الخرقى، مصدر سابق، ج 4، ص 436-437. وانظر أيضاً: ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 8، ص 154. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج 6، ص 374.

(2) - الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 131. أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 71. الحصني، تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني الدمشقي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقيق وتعليق: الشيخ كامل محمد محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، 1422هـ-2001م، ج 2، ص 287.

(3) - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 6، ص 262. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج 4، ص 515.

(4) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 1، ص 632. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 16، ص 157.

(5) - أخرجه الدارقطني في سننه، باب المهر، ج 3، ص 252. والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب اللقطة، باب ذكّر بعض من صار مسلماً بإسلام أبويه أو أحدهما من أولاد الصحابة رضي الله عنهم، ج 6، ص 205. وأخرجه البخاري في صحيحه معلقاً، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات هل يصلى عليه؟ وهل يعرض على الصبي الإسلام؟، ج 1، ص 454.

فهذا الحديث منع من أن يكون في الإسلام ولاية لغير مسلم⁽¹⁾.

3/- القياس: وذلك على الفاسق، حيث إنَّ الفاسق من المسلمين أحسن حالا من الكافر، لجريان أحكام الإسلام عليه، فلما منع الفسق من ولاية القضاء كان أولى أن يمنع منه الكفر⁽²⁾.

4/- ولأنَّ كل من لم تصح ولايته في العموم، لم تصح ولايته في الخصوص، كالصبي و المجنون طردا، وكالمسلم العدل عكسا⁽³⁾.

ثانيا/- القول الثاني: يجوز للكافر أن يحكم بين أهل دينه:

- وخالف في ذلك أبو حنيفة⁽⁴⁾ فأجاز للكافر أن يحكم بين أهل دينه، وقَبِلَ قوله في الحكم بينهم، كما جَوَّز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض، فإذا كان يهوديا يقضي بين اليهود في الخصومات التي بينهم، وإذا كان مسيحيا يقضي بين أهل دينه المسيحية كذلك.

قال ابن نجيم الحنفي: «ولو ولى السلطان قاضيا مشركا على الكفار، فظاهر تعليل الخلاصة الصحة، وهو ظاهر لأنَّه أهل للشهادة عليهم»⁽⁵⁾.

ويبدو أن هذا القول لأبي حنيفة قد تبناه أحد الباحثين المعاصرين، وهو محمد سلام مذكور، حيث ذكر: «أنَّ الذميين في الوقت الحاضر يتولون الوظائف القضائية في وطننا الإسلامي، وولايتهم في دائرة اختصاصهم عامة على جميع المواطنين، ويمكن - من ناحية السياسة الشرعية التمحل لتصحيح الوضع - القول بأنَّ شهادة غير المسلم على المسلم على ما بينا تجوز في المسائل المدنية دون مسائل الأنكحة وما يتعلق بها، وما دام القضاء أساسه الشهادة على ما يقول الأحناف، فإنَّه يمكن بشيء من التأويل القول بجواز قضاء غير المسلم ولو على المسلم فيما تجوز شهادة عليه فيه»⁽⁶⁾. وقال أيضا: «لا يصح قضاء غير المسلم على المسلم في مسائل الأحوال الشخصية، وإن أمكن التحمل والقول بجوازه في

(1) - الماوردي، أدب القاضي، المصدر و الصفحة نفسها. الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - الماوردي، أدب القاضي، المصدر نفسه، ج1، ص632-633. الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر نفسه، ج16، ص158. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص464.

(3) - الماوردي، أدب القاضي، المصدر و الصفحة نفسها. الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص283. الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج5، ص355. الحصكفي، الدر المنتقى، مصدر سابق، ج3، ص211. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص354-355. عاكبر وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص397. وانظر أيضا: الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص131. الماوردي، أدب القاضي، المصدر نفسه، ج1، ص631-632. الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر نفسه، ج16، ص157. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص388.

(5) - ابن نجيم، المصدر و الصفحة نفسها.

(6) - مذكور، محمد سلام، القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، ص38-41. نقلا عن: مرسي، فاروق عبد العليم، القضاء في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة -، عالم المعرفة، جدة، ط1، 1405هـ-1985م، ص131. واصل، نصر محمد فريد، السلطة القضائية، مرجع سابق، ص126-129. مليجي، أحمد محمد، النظام القضائي الإسلامي، مرجع سابق، ص103-104. الهامش رقم: 45.

المسائل المدنية»⁽¹⁾.

وهو في هذا التبني لهذا الرأي يستند إلى مجلة الأحكام العدلية العثمانية في مادتها 1794⁽²⁾ و 1705⁽³⁾ التي لم تشترط شرط الإسلام في القاضي و الشاهد على التوالي.

- وقد استدلت أبوحنيفة - أو استدلت له - بالأدلة الآتية:

1/- من الكتاب: قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَرَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنكُمْ فَإِنَّهُ مِنَهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴿٥١﴾ [سورة المائدة].

- وجه الاستشهاد أن الآية دللت على أن الكفار أولياء، بعضهم أولياء بعض، والولاية منها⁽⁴⁾.

- وأجيب بأن الآية محمولة على الموالاتة دون الولاية⁽⁵⁾.

2/- القياس: وذلك بقياس ولاية القضاء في الجواز على المناكح، إذ لما جازت ولايتهم فيها،

جازت في الأحكام⁽⁶⁾.

- وأجيب عن هذا القياس بأن ولاية الذميين على مناكحهم جائزة لأنهم مالكون لها، فلم

يعترض عليهم، بخلاف القضاء، فإنهم لا يملكونه⁽⁷⁾.

3/- إنَّ العرف قد جرى في تقليدهم وتعيينهم قضاة للفصل بين أهل دينهم⁽⁸⁾.

- ونوقش بأن العرف الجاري من الولاية في تقليدهم هو تقليد زعامة ورياسة، وليس بتقليد حكم

وقضاء، وإنما يلزم حكمه أهل دينه لالتزامهم له لا للزومه له، ثم إنَّ الإمام الأعظم لا يقبل قوله فيما

حكم به بينهم، وإذا امتنعوا من تحاكمهم إليه لم يجبروا عليه، وكان حكم الإسلام عليهم أنفذ⁽⁹⁾.

ثالثاً/- موازنة وترجيح:

وربما ما قاله أبو حنيفة في هذه المسألة هو بمقتضى السياسة الشرعية، أي ما يسمى اليوم بحقوق

(1) - مدكور، محمد سلام، القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص 38-41. نقلا عن: مرسى، فاروق عبد العليم، القضاء في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 131. واصل، نصر محمد فريد، السلطة القضائية، مرجع سابق، ص 126-129.

- مدكور، محمد سلام، المدخل للفقهاء الإسلاميين: تاريخه ومصادره ونظرياته العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2، 1963م، ص 357. الهامش رقم: 1. نقلا عن: ملبجي، أحمد محمد، النظام القضائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 103-104. الهامش رقم: 45.

(2) - المادّة 1794: «يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي مَقْتَدِرًا عَلَى التَّمْيِيزِ التَّامِّ بِنَاءٍ عَلَيْهِ لَا يَجُوزُ قَضَاءُ الصَّغِيرِ وَالْمَعْتُودِ، وَالْأَعْمَى وَالْأَصَمَّ الَّذِي لَا يَسْمَعُ صَوْتَ الطَّرْفَيْنِ الْقَوِيَّ».

(3) - المادّة 1705: «يَشْتَرُطُ أَنْ يَكُونَ الشَّاهِدُ عَادِلًا، وَالْعَادِلُ مَنْ تَكُونُ حَسَنَاتُهُ غَالِبَةً عَلَى سَيِّئَاتِهِ. بِنَاءٍ عَلَيْهِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَةٌ مِنْ عِتَادِ أَعْمَالًا تَحُلُّ بِالنَّمُوسِ وَالْمَرْوَةِ كَالرَّقَاصِ وَالْمَسْحُورَةِ وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمَعْرُوفِينَ بِالْكَذِبِ».

(4) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 1، ص 631-632. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 16، ص 157.

(5) - الماوردي، أدب القاضي، المصدر نفسه، ج 1، ص 633. الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر نفسه، ج 16، ص 158.

(6) - الماوردي، أدب القاضي، المصدر نفسه، ج 1، ص 632. الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر نفسه، ج 16، ص 157.

(7) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 1، ص 633. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 16، ص 158.

(8) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 1، ص 631. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 16، ص 157.

(9) - الماوردي، أدب القاضي، المصدر نفسه، ج 1، ص 633. الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر نفسه، ج 16، ص 158.

الأقليات. ولهذا قال الماوردي الشافعي: «وهذا وإن كان عرف الولاية بتقليده جاريا، فهو تقليد زعامة ورياسة، وليس بتقليد حكم وقضاء، وإنما يلزمهم حكمه لالتزامهم له لا لزومه لهم، ولا يقبل الإمام قوله فيما حكم به بينهم. وإذا امتنعوا من تحاكمهم إليه لم يجبروا عليه، وكان حكم الإسلام عليهم أنفذ»⁽¹⁾.

وقال الخطيب الشربيني الشافعي: «وَأَمَّا جَرِيَانُ الْعَادَةِ بِنَصْبِ حَاكِمٍ مِنْ أَهْلِ الدِّمَّةِ عَلَيْهِمْ، فَقَالَ الْمَاوَرْدِيُّ وَالرُّوْيَانِيُّ: إِنَّمَا هِيَ رِيَاسَةٌ وَزَعَامَةٌ لَا تَقْلِيدُ حُكْمٍ وَقَضَاءٍ، وَلَا يَلْزِمُهُمْ حُكْمُهُ بِإِلْزَامِهِ، بَلْ بِالْإِلتِزَامِ، وَلَا يَلْزَمُونَ بِالتَّحَاكُمِ عِنْدَهُ»⁽²⁾، «إِلَّا إِنْ رَضُوا بِهِ»⁽³⁾.

وإذا فالكافر لا تعتقد أحكامه مطلقا إلا على أهل دينه سياسة شرعية، لا شرعا، فذلك غير جائز قطعاً في رأينا. قال ابن أبي الدّم الشافعي: «احتزنا بالإسلام... عن الكافر... فهؤلاء ليسوا من أهل القضاء، وإن وُلّوا لم تعتقد ولا يتهم، ولا أحكامهم»⁽⁴⁾.

- أما العلة في اشتراط هذا الشرط - الإسلام - فهي لأمرين:

- الأول: علمي؛ فإنّ الكافر يجهل أحكام الشريعة الإسلامية، «ولا يؤمن بها»⁽⁵⁾،

- والثاني: سياسي؛ فهي أنّ الكافر لا ولاية له على المسلمين، ولا سبيل أعظم من ولاية القضاء، لأنّه منصب لتنفيذ الأحكام و الإلزام به قهرا وجبرا من غير اختيار.

- والخلاصة أنّ انتفاء شرط الإسلام في القاضي هو سبب لنقض الحكم القضائي بإجماع العلماء قاطبة، ولم يخالف في ذلك إلا أبا حنيفة حيث أجاز تولية الكافر القضاء بين أهل دينه.

المطلب الثاني: نقض الحكم القضائي بسبب انتفاء شرط التكليف في القاضي:

اختلف الفقهاء في هذا المسألة على رأيين أو قولين: قول يرى أنّها باطلة مطلقا، حتى ولو كانت صائبة، وقول يرى أنه لا يبطل من الأحكام إلا الباطلة، أما التي ظهر صوابها فصحيحة لا يجوز نقضها. وإليك بيان هذا الأقوال.

⁽¹⁾ - الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 131. الماوردي، أدب القاضي، المصدر و الصفحة نفسها. الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر و الصفحة نفسها. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج 8، ص 84-85. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج 6، ص 269. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج 10، ص 106. البجيرمي، حاشية على الإقناع للخطيب الشربيني، مصدر سابق، ج 5، ص 307-308.

⁽²⁾ - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 6، ص 262. الخطيب الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، ج 2، ص 603. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج 8، ص 238. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج 4، ص 515. القليوبي، حاشية على كنز الراغبين، مصدر سابق، ج 5، ص 3792.

⁽³⁾ - الرملي، نهاية المحتاج، المصدر و الصفحة نفسها.

⁽⁴⁾ - ابن أبي الدّم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص 33. وانظر أيضا في المعنى: زكريا الأنصاري، الغرر البهية، مصدر سابق، ج 10، ص 160. البغوي، التهذيب، مصدر سابق، ج 8، ص 182.

⁽⁵⁾ - الكوهجي، المصدر و الصفحة نفسها.

أولاً/- الأحكام القضائية الصادرة من قاض لا تتوافر فيه شرط التكليف باطلة بطلانا

مطلقاً:

ذهب الحنفية⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، و الحنابلة⁽⁴⁾ في القول الأشهر عندهم، إلى أن القاضي متى كان غير متوافر فيه شرط التكليف (العقل، والبلوغ)، بأن كان صبياً ولو مميزاً، أو مجنوناً، ولو جنوناً متقطعاً، وصدر منه حكم قضائي، فحكمه باطل بطلانا مطلقاً، حتى ولو كان صائباً.

قال منلاخسرو الحنفي: «(وأما قضاء عبد وصبي مطلقاً)، أي: سواء على مسلم أو كافر، (و) قضاء (كافر على مسلم، فلا ينفذ أبداً)»⁽⁵⁾.

وقال الدسوقي: «فغير العدل [و العدل تستلزم: الإسلام، والبلوغ، والعقل، والحرية، وعدم الفسق]»⁽⁶⁾ لا يصح قضاؤه، ولا ينفذ حكمه»⁽⁷⁾.

وقال الماوردي الشافعي: «فإن قلَّد القضاء صبي، أو مختل العقل كانت ولايته باطلة، وأحكامه مردودة»⁽⁸⁾.

وقال ابن أبي الدَّم الشافعي: «احترزنا بالإسلام، والحرية، والذكورة، والتكليف، عن: الكافر؛ والعبد؛ والمرأة؛ والصبي؛ فهؤلاء ليسوا من أهل القضاء، وإن وُتو لم تنفذ ولايتهم ولا أحكامهم، والمكاتب في معنى العبد ... والمجنون في معنى الصبي»⁽⁹⁾.

وقال الحُصَينِي الشافعي: «قال العلماء: كل من ليس بأهل للحكم فلا يحل له الحكم، فإن حكم فهو آثم، ولا ينفذ حكمه، وسواء وافق الحق أم لا، لأنَّ إصابة الحق اتفاقية ليست صادرة عن أصل شرعي، فهو عاص في جميع أحكامه، سواء وافق الصواب أم لا، وأحكامه مردودة كلها، ولا يعذر في

(1) - منلاخسرو، الدرر الحكام، مصدر سابق، ج2، ص409.

(2) - ابن رشد (الجد)، البيان و التحصيل، مصدر سابق، ج17، ص590. ابن رشد (الجد)، المقدمات، مصدر سابق، ج2، ص258-295. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص03. الصاوي، أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، مطبوع بمامش الشرح الصغير للددير، ضبط وتصحيح: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ-1995م، ج4، ص69.

(3) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص619. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص33. الحصني، كفاية الأختيار، مصدر سابق، ج2، ص286. الخطيب الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، ج2، ص602. البغوي، التهذيب، مصدر سابق، ج8، ص182. المحلي، كنز الراغبين، مصدر سابق، ج5، ص3798.

(4) - البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص414. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص177. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص212. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص457. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص415. الزركشي، شرح مختصر الخواري، مصدر سابق، ج4، ص449.

(5) - منلاخسرو، المصدر و الصفحة نفسها.

(6) - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص03. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص69. الخرشبي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص138. الآبي، صالح عبد السميع الأزهرى، جواهر الإكليل على مختصر الإمام خليل، المكتبة الثقافية، بيروت، دط، ط ت، ج2، ص221.

(7) - الدسوقي، المصدر و الصفحة نفسها. الصاوي، المصدر و الصفحة نفسها.

(8) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص619.

(9) - ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص33.

شيء من ذلك»⁽¹⁾.

وقال ابن مفلح الحنبلي: «(وإن كان ممن لا يصلح نقض أحكامه وإن وافقت الصواب) الأشهر في المذهب، لأن حكمه غير صحيح، وقضاؤه بمنزلة العدم، لفقد شرط القضاء فيه...»⁽²⁾.
وبيان ذلك أن الصبي والمجنون يستحقان الحجر عليهما لقصور إدراكهما، والقاضي يستحق بحكم ولايته أن يحجر على الآخرين، فيكون بين الحالتين منافاة ظاهرة⁽³⁾.
ولأن كلا منهما مولى عليه فلم يجز أن يكون والياً على غيره، ولا يلزمه حكم قوله، فلم يكن لغيره لازماً⁽⁴⁾.

والقاضي متى انتفى عنه هذا الشرط بطل قضاؤه مطلقاً، سواء ما أصاب فيه، أو ما أخطأ فيه⁽⁵⁾،
فيه⁽⁵⁾، لأن شرط التكليف شرط صحة يلزم من عدمه عدم صحة ولاية القاضي، وحكمه، وحتى
أحكامه التي أصاب فيها باطلاً، لأن إصابته اتفاقية لم تصدر عن معرفة، فوجب أن يشملها النقض،
«إذ القضاء صناعة دقيقة لا يهتدي إليها كل الناس»⁽⁶⁾.

ثانياً/- مذهب بعض الحنابلة: كل أحكام القاضي غير المكلف باطلاً إلا الصائبة فلا

تنقض:

ولم يخالف في هذا إلا القرافي⁽⁷⁾ من المالكية، و الحنابلة⁽⁸⁾ في قول لهم، وهو اختيار موفق الدين

(1) - الحصري، كفاية الأخيار، مصدر سابق، ج2، ص286. وانظر أيضاً: الخطيب الشيريني، الإقناع، مصدر سابق، ج2، ص602.

(2) - ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص177.

(3) - ابن مفلح، المصدر نفسه، ج8، ص153. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص464. الزركشي، شرح مختصر الخرفي، مصدر سابق، ج4، ص436.

(4) - الماوردي، المصدر نفسه، ج1، ص619-620. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص154. ابن ضويان، ابراهيم بن محمد بن سالم، منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام المجلد أحمد بن حنبل، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق - بيروت، ط5، 1402هـ-1982م، ج2، ص314.

(5) - القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص19. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص40. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص03. الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج4، ص69. الماوردي، أدب القاضي، المصدر و الصفحة نفسها. الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر و الصفحة نفسها. ابن أبي الدم، المصدر و الصفحة نفسها. الخطيب الشيريني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص262-270. الخطيب الشيريني، الإقناع، المصدر نفسه، ج2، ص603. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج14، ص37. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص269-313. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص415.

(6) - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص40. الخرخشي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص163.

(7) - القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص19.

(8) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص37. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص414. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص177. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص212. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص109. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص457. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص415. الزركشي، شرح مختصر الخرفي، مصدر سابق، ج4، ص449.

ابن قدامة المقدسي⁽¹⁾، وابن تيمية⁽²⁾.

قال القرابي: «ومتى ولي من فقد الإسلام، أو العقل، أو الذكورة، أو الحرية، أو البلوغ، بجهل أو غرض، فإنه لا يصح حكمه، ويرد وينفذ من فقدت منه، ما عدا إذا وافق الحق»⁽³⁾.

قال ابن قدامة المقدسي: «وإن كان القاضي قبله لا يصلح للقضاء نقضت قضاياه المخالفة للصواب كلها، سواء كانت مما يسوغ فيه الاجتهاد أو لا يسوغ، لأنَّ حكمه غير صحيح، وقضاؤه كلاً قضاءً، لعدم شرط القضاء فيه، وليس في نقض قضاياه نقض الاجتهاد بالاجتهاد، لأنَّ الأول ليس باجتهاد. ولا ينقض ما وافق الصواب، لعدم الفائدة في نقضه، فإنَّ الحق وصل إلى مستحقه، وقال أبو الخطاب: ينقض قضاياه كلها ما أخطأ فيه، وما أصاب، وهو مذهب الشافعي، لأنَّ وجود قضاياه كعدمه. ولا أعلم فيه فائدة، فإن الحق لو وصل إلى مستحقه بطريق القهر من غير حكم، لم يغير ذلك، وكذلك إذا كان بقضاء وجوده كعدمه. والله أعلم»⁽⁴⁾.

وقال ابن مفلح: «(وإن كان ممن لا يصلح نقض أحكامه وإن وافقت الصواب) في الأشهر في المذهب، لأنَّ حكمه غير صحيح، وقضاؤه بمنزلة العدم، لفقد شرط القضاء فيه، (ويحتمل أن لا ينتقض الصواب منها) قدّمه في الكافي، والمستوعب، وصححه ابن المنجا، وجزم به في الوجيز، لأنَّ الحق وصل إلى مستحقه، فلم يجوز نقضه، لعدم الفائدة فيه»⁽⁵⁾.

وقال ابن مفلح الحنبلي: «ومن لم يصلح نقض حكمه. نقل عبد الله إن لم يكن عدلاً لم يجوز حكمه، وقيل: غير الصواب، قدّمه في الترغيب، واختاره شيخنا وفاقاً لأبي حنيفة ومالك»⁽⁶⁾.

وقال البهوتي الحنبلي: «(وإن كان) القاضي (ممن لا يصلح) للقضاء (لفسق أو غيره) نقض أحكامه كلها، ولو وافقت الصواب، لأنَّ حكمه غير صحيح، وقضاؤه بمنزلة العدم، لفقد شرط القضاء فيه، (واختار الموفق والشيخ وجمع: لا ينقض الصواب منها)، قدّمه في الكافي، والمستوعب، وصححه ابن المنجا⁽⁷⁾، وجزم في الوجيز، لأنَّ الحق وصل إلى مستحقه، فلا يجوز نقضه لعدم الفائدة فيه، (وعليه عمل

⁽¹⁾ - ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص109. وانظر أيضاً: البهوتي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن مفلح، المبدع، المصدر و الصفحة نفسها. المرادوي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن مفلح، الفروع، المصدر و الصفحة نفسها. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها. الزركشي، المصدر و الصفحة نفسها.

⁽²⁾ - البعلي، الاختيارات الفقهية، مصدر سابق، ص279.

⁽³⁾ - القرابي، المصدر و الصفحة نفسها.

⁽⁴⁾ - ابن قدامة المقدسي، المغني، المصدر و الصفحة نفسها. وانظر أيضاً: شمس الدين ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن مفلح، المبدع، المصدر و الصفحة نفسها. الزركشي، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، المصدر و الصفحة نفسها.

⁽⁵⁾ - ابن مفلح، المبدع، المصدر و الصفحة نفسها.

⁽⁶⁾ - ابن مفلح، الفروع، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص457.

⁽⁷⁾ - ابن المنجا هو أسعد، ويسمى: محمد بن المنجا بن بركات بن المؤمل التنوخي، المقرئ، ثم الدمشقي، القاضي و جيه الدين أبو المعالي: ويقال في أبيه: أبو المنجا. و في جده: أبو البركات، ولد سنة 519 هـ. سمع بدمشق وتفقه ببغداد على مذهب الإمام أحمد مدة. وحصل طرفاً من معرفة المذهب. وطلب الفقيه حامد بن أبي الحجر شيخ حران قاضياً بجران من نور الدين - ونور الدين يومئذ صاحب دمشق - فأشار به، فسير إلى

عمل الناس من مدة). ذكره في الإنصاف»⁽¹⁾.

قال المرادوي الحنبلي: «قلت: وهو الصواب، وعليه عمل الناس من مدة، ولا يسع الناس غيره»⁽²⁾.

ومن خلال هذه النصوص، فإن حجة هذا الفريق من العلماء هو عدم وجود مصلحة وفائدة في نقض الصواب من أحكامه، خاصة وأن الحق وصل إلى صاحبه ومستحقه، فصار الحكم حينئذ تماماً كحكم الصالح للقضاء، من حيث المال والمصير، ولذلك لا حاجة نقضه وإبطاله⁽³⁾.

ثالثاً/- موازنة وترجيح:

- وفي الموازنة بين قول الجمهور والحنابلة في قولهم الثاني، يرحح بعض الباحثين المعاصرين⁽⁴⁾ قول الحنابلة الثاني، وذلك لقوة تعليقه، حيث إنَّ نقض الحكم ليس مقصوداً لذاته، بل هو وسيلة إلى رد الحقوق إلى أصحابها، وإذا كان الحكم صواباً في نفسه، فقد تحقق المقصود من القضاء ومن الحكم، ولم تبق أي فائدة للنقض حينئذ، بل المصلحة تقتضي إقرار هذه الأحكام، وعدم جواز نقضها، وإذا حصل نقضها كان ذلك بلا فائدة، بل فيه مفسدة وهي إطالة أمد النزاعات والتأخر في الفصل في الخصومات، والاشتغال بذلك عن الخصومات القائمة.

كما أنَّ في إمضاء هذه الأحكام ليس تصحيحاً لولاية من أصدرها، بل جرى إمضاءها فقط لموافقتها الصواب والحق، وكونها حقا في ذاتها⁽⁵⁾.

قال الشوكاني: «...أما إذا كان القاضي المتولي للحكم غير متأهل للقضاء فحكمه باطل من أصله، لأنَّه صادر من غير حاكم، لكنه إذا وافق الحق فقبوله واجب من حيث كونه حقا، لا من حيث كونه صادراً عن غير من يصلح للقضاء، لأنَّ الحق حق في نفسه لا يخرج بحكم من ليس بمتأهل للقضاء عن كونه حقا، وإن كان القاضي الذي ليس بمتأهل آثماً لأنَّه قضى باحث وهو لا يعلم به، فهو أحد

حران قاضياً، فأقام مدة. ثم رجع إلى دمشق، فأقام مدة. ثم رجع إلى حران قاضياً. وكان له اتصال بالدولة وخدمة السلاطين وأسَّ وكبر، وكُفَّ بصره في آخر عمره. وله تصانيف، منها: كتاب «الخلاصة في الفقه» مجلد، وكتاب «العمدة» في الفقه، أصغر منه، كتاب «النهاية في شرح الهداية» في بضعة عشر مجلداً. وفيها فروع ومسائل كثيرة غير معروفة في المذهب. توفي في 22 ربيع الأول سنة 606 هـ. ودفن بسفح قاسيون رحمه الله. أنظر ترجمته في: ابن رجب، أبو الفرج زين الدين عبد الرحمان بن شهاب الدين البغدادي الحنبلي، الذيل على طبقات الحنابلة، دار المعرفة، بيروت، دط، ج 4، ص 49-51. رقم الترجمة: 227.

⁽¹⁾ - البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج 6، ص 414.

⁽²⁾ - المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 11، ص 212.

⁽³⁾ - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 37. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج 6، ص 109. ابن مفلح،

المبدع، مصدر سابق، ج 8، ص 177. البهوتي، المصدر و الصفحة نفسها.

⁽⁴⁾ - اللاحم، عبد الكريم، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 39-40. الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج 3، ص 458.

⁽⁵⁾ - اللاحم، عبد الكريم، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 40.

قاضي النار كما تقدم في الحديث⁽¹⁾، لأنه لا يعرف كون الحكم الذي حكم به حقا أو باطلا، إذ هو لا يتعقل الحجة، فضلا عن أن يحكم بما بين الناس.

وإذا تقرر ذلك، عرفت أن مرجع لزوم حكم الحاكم ووجوب امتثاله، وتحريم نقضه، يرجع إلى كونه مطابقا للحق، وعدم لزومه وجواز نقضه يرجع إلى كونه مخالفا للحق⁽²⁾.

والحق أن هذا الخلاف يبرز ويكشف عن وجود اتجاهين قضائيين في الفقه الإسلامي، فالاتجاه الأول الذي يقرر نقض كل حكم صدر عن غير متأهل للقضاء هو «اتجاه شكلي»، يغلب عنصر الشروط والمواصفات على عنصر الوصول إلى الحق وإصابته.

أما الاتجاه الآخر - والذي يقرر صحة الحكم الصادر من غير متأهل للقضاء متى أصاب الحق - فهو «اتجاه موضوعي» يغلب عنصر الموضوع، وإصابة الحق على عنصر الشكل والإجراءات.

لكن يجب التأكيد على أن السائد في الفقه الإسلامي هو الاتجاه الشكلي، لا الاتجاه الموضوعي، وبهذا يمكن القول بأن النظام القضائي الإسلامي ينتمي إلى مجموعة الشرائع الشكلية⁽³⁾.

المطلب الثالث: نقض الحكم القضائي بسبب انتفاء شرط الحرية في القاضي:

- من شروط تولي القضاء التي نص عليها الفقهاء واختلفوا حولها: شرط الحرية⁽⁴⁾.

(1) - المقصود به هنا حديث عبد الله بن بريدة بن الحصيب عن أبيه عن النبي ﷺ قال: «القضاء ثلاثة، واحد في الجنة، واثان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق ففضى به، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار». وقد سبق تحريجه.

(2) - الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج4، ص303. وانظر أيضا: القنوجي، محمد صديق خان، ظفر اللاضي، مرجع سابق، ص240-241.

(3) - عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات الشرعية، مرجع سابق، ص489.

(4) - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص110. السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج1، ص52. الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص03. ابن مودود الوصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص83. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص283. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص175. ابن عابدين، حاشية منحة الخالق، مصدر سابق، ج7، ص283. الشلبلي، حاشية على تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص175. داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج3، ص212. ابن عابدين، حاشية منحة الخالق، مصدر سابق، ج7، ص175. الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص315-316. منلا خسرو، الدرر الحكام، مصدر سابق ج2، ص409. التمرتاشي، مسعفة الحكام، مصدر سابق، ص87-88. الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج7، ص132. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص21. ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج2، ص192. ابن راشد، لباب اللباب، مصدر سابق، ص311. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص38-388. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص65. المواق، التاج والإكليل، مصدر سابق، ج8، ص63. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص03. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص69. ميارة، فتح العلم الخلاق، مصدر سابق، ص121. الخرشبي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص139. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص123. الآبي، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج2، ص221. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص138. ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص25. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص130. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص629. الماوردي، الحلوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص157. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص377. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص33. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص82. الخطيب الشيريني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص262. الخطيب الشيريني، الإقناع، مصدر سابق، ج2، ص603. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص238. ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص106. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص515. الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج7، ص289. الغزالي، الوجيز، مصدر سابق، ص416. زكريا الأنصاري، الغرر البهية، مصدر سابق، ج10، ص159. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6،

- والمقصود بالحرية هنا الحرية الكاملة⁽¹⁾، بمعنى ألا يكون القاضي عبدا ولو جزءا منه، لأنَّ الحرية لا تتبعض و لا تتجزأ.

ولكن ما الحكم في حال انتفى شرط الحرية في القاضي بأن كان عبدا - والأسير في حكمه - هل يجوز نقض الحكم أم لا يجوز؟

- اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة أقوال هي إجمالا:

- قول يرى نقضها مطلقا؛

- وقول ينقض ما كان خاطئا فقط، أما ما كان صوابا فلا يجوز نقضه؛

- وقول ثالث لا يجوز نقض أحكام العبد إلا كما تنقض أحكام الحر؛

- وقول رابع وأخير، يرى عدم جواز نقض أحكام العبد إذا كان مأذونا من سيده.

وإليك بيان هذه الأقوال بالترتيب.

- القول الأول: العبد لا تصح أحكامه، ويتعين نقضها مطلقا:

ذهب الجمهور من الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، والشافعية⁽¹⁾، والحنابلة⁽²⁾ في المشهور والمذهب

ص 267. الحصني، كفاية الأخيار، مصدر سابق، ج 2، ص 286-287. أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 71. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 12. شمس الدين ابن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 11، ص 387. الزركشي، شرح مختصر الخرقى، مصدر سابق، ج 4، ص 437. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 8، ص 153-154. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج 6، ص 421. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج 8، ص 374. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج 3، ص 463. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 11، ص 168. ابن تيمية (مجد الدين)، المحرر في الفقه، مصدر سابق، ص 638. ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، ج 2، ص 314.

⁽¹⁾ - الماوردي، أدب القاضي، المصدر و الصفحة نفسها. الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر و الصفحة نفسها. الماوردي، الأحكام السلطانية، المصدر نفسه، ص 130-131. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المصدر نفسه، ج 3، ص 464. الخطيب الشربيني، الإقناع، المصدر نفسه، ج 2، ص 603. القليوبي، حاشية على كنز الراغبين، مصدر سابق، ج 5، ص 3792.

⁽²⁾ - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 1، ص 11. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج 7، ص 283. السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج 1، ص 236-52. الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص 315-316. ابن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج 2، ص 83. منلا خسرو، الدرر الحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 409. الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج 5، ص 354. الشلبي، حاشية على تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج 4، ص 175. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج 5، ص 354. التمرتاشي، مسعفة الحكام، مصدر سابق، ص 87-88. حيدر، علي، درر الحكام، مصدر سابق، ج 4، ص 584.

⁽³⁾ - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 21. ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 192. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 03. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 03. ابن رشد (الجد)، المقدمات، مصدر سابق، ج 2، ص 258. أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب الرباني، مصدر سابق، ج 2، ص 310. ابن مهنا النفراوي، الفواكه الدواني، مصدر سابق، ج 2، ص 358. الجعلي، سراج السالك، مصدر سابق، ج 2، ص 195-196. غليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 138. الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج 7، ص 132. ابن رشد (الجد)، البيان و التحصيل، مصدر سابق، ج 17، ص 590-591. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج 10، ص 16. ابن راشد، لباب اللباب، مصدر سابق، ص 311. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج 7، ص 388-38. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 8، ص 65. المواق، التاج و الإكليل، مصدر سابق، ج 8، ص 63. ميارة، الإتقان و الأحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 11. ميارة، فتح العلم الخلاق، مصدر سابق، ص 121. الخرشبي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج 7، ص 139. التسولي، بهجة، مصدر سابق، ج 1، ص 103. الناودي، حلي المعاصم، مصدر سابق، ج 1، ص 103-104. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج 3، ص 97. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، ص 577.

عندهم، إلى أن القاضي متى كان عبدا فأحكامه كلها باطلة، بل هي معدومة أصلا ، فهي كلا قضاء ولا حكم أصلا.

- وأساس هذا القول - بحسب ما يراه أصحابه⁽³⁾ - هو أن شرط الحرية في القاضي شرط صحة، ومن ثم فيلزم من عدمه عدم صحة ولايته، ومن ثم عدم صحة أحكامه بالضرورة.
- واستدل اصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

1- من الكتاب: قوله تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ وَمَن رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا هَلْ يَسْتَوُونَ الْحَمْدُ لِلَّهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [سورة النحل: 75].
ووجه الاستشهاد بهذه الآية الكريمة أنّ الله عزوجل بيّن وميّز بين العبد المملوك، حيث إنّه لا يملك أي شيء بما فيه إرادته الحرة، لأنّه في ملك سيده؛ وبين الأنسان الحر الذي يملك كل شيء وبالأخص إرادته الحرة عن الغير، مما يدل على «نقصان رتبة العبد عن الحر في الملك، وأنّه لا يملك شيئا وإن ملك»⁽⁴⁾.

2- من القياس: وذلك بالقياس على الإمامة العظمى، حيث إنّه لا يجوز تولية العبد هذا المنصب، فكذلك القضاء، لاشتراكهما في أن كلاهما ولاية شرعية عامة⁽⁵⁾.

3- المعقول:

⁽¹⁾ - ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص 25. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 1، ص 629. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 130. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 16، ص 157. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 6، ص 262. الخطيب الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، ج 2، ص 603. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص 33. الرملي نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج 8، ص 238-244. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج 4، ص 515. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج 10، ص 106-120. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج 8، ص 82. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج 3، ص 377. الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج 7، ص 289. الثعالبي، الوجيز، مصدر سابق، ص 416. زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، مصدر سابق، ج 2، ص 362-363. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج 6، ص 267-313. الحصني، كفاية الأخيار، مصدر سابق، ج 2، ص 286. البغوي، التهذيب، مصدر سابق، ج 8، ص 182. المحلي، كنز الراغبين، مصدر سابق، ج 5، ص 3791. القليوبي، حاشية على كنز الراغبين، مصدر سابق، ج 5، ص 3792.

⁽²⁾ - ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج 6، ص 421. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 8، ص 153-177. المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 11، ص 168. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج 6، ص 374-414. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج 3، ص 464-479. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 12. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج 6، ص 86-87. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 11، ص 387. أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 71-72. الزركشي، شرح مختصر الخرق، مصدر سابق، ج 4، ص 37. البهوتي، الروض المربع، مصدر سابق، ص 609.

⁽³⁾ - ابن عابدين، المصدر و الصفحة نفسها. فرحون، المصدر و الصفحة نفسها. الدردير، المصدر و الصفحة نفسها. الدسوقي، المصدر و الصفحة نفسها. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج 4، ص 69. ابن أبي الدم، المصدر و الصفحة نفسها.

⁽⁴⁾ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج 12، ص 383.

⁽⁵⁾ - الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج 7، ص 132. غليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 138. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 8، ص 65. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 11، ص 387. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج 6، ص 374.

- إنَّ العبد مَوْلىً عليه، ناقص الولاية على نفسه، فلا يلي أمر نفسه، فكيف يلي أمر غيره، حيث إنه مسلوب الإرادة، وأمره بيد سيده؟! (1).

- كما أنَّ لِرَّقٍ يمنع من قبول الشهادة عموماً، فالأولى أن يمنع من ولاية القضاء ونفوذ الحكم (2).

- إنَّ الرَّقَّ أضرُّ من آثار الكفر (3).

- إنَّ العبد في أعين الناس ممتهن، و القاضي موضوع للفصل بين الناس في الخصومات، وبين الحالتين منافاة (4).

- إنَّ العبد لا يملك التصرف في نفسه، فكيف يتصرف في غيره (5).

- إنَّ التُّفوس تأبى الإنقياد والخضوع لمن عليه رِقٌّ، وإرادته مسلوبة للغير، وكل هذا يوهن القضاء ويضعفه، ويذهب بهيبته ومكانته (6).

- إنَّ منافع العبد مستحقة لسيده، أو مشغول بحقوق سيده، فلا يجوز أن يصرفها للنظر بين المسلمين (7).

- إنَّ العبد ناقص الحرية نقصاً يؤثر في الإمامة، كالمرأة (8).

ويمكن اعتبار الأسير عند العدو أو جماعة البغي، في حكم العبد، حيث إن كليهما لا حرية له.

- أما الحكمة من اشتراط الحرية فهي صيانة القضاء من كل الضغوط الظاهرة التي تؤثر في قرار القاضي، ومن ثم يكون حكمه هو العدل والإحسان، ذلك أن كون القاضي أسيراً أو عبداً يدل بحكم العادة والواقع أنه لا حرية له في قراره، فالظن المؤكّد يقضي بأنه تعرض لضغوط وإكراهات تؤثر في رأيه

(1) - السمناني، روضة القضاء، مصدر سابق، ج1، ص52. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص388. ميارة، الإتقان والإحكام، مصدر سابق، ج1، ص11. التسولي، البهجة، مصدر سابق، ج1، ص103. الناودي، حلي المعاصم، مصدر سابق، ج1، ص103-104. عُليش، المصدر و الصفحة نفسها. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص629. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص157. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص130. الحصني، كفاية الأخيار، مصدر سابق، ج2، ص287. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص86. ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، ج2، ص314.

(2) - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص110. خليل، المصدر نفسه، ج7، ص387-388. ميارة، المصدر و الصفحة نفسها. عُليش، المصدر و الصفحة نفسها. الخطاب، المصدر و الصفحة نفسها. الماوردي، الأحكام السلطانية، المصدر و الصفحة نفسها. الماوردي، أدب القاضي، المصدر و الصفحة نفسها. الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر و الصفحة نفسها. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص377-378. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص262. الحصني، المصدر و الصفحة نفسها. أبو يعلى الفراء، المصدر نفسه، ص71. ابن قدامة المقدسي، المصدر نفسه، ج6، ص86-87. البغوي، التهذيب، مصدر سابق، ج8، ص167.

(3) - التسولي، المصدر و الصفحة نفسها. الناودي، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - الزركشي، شرح مختصر الخرق، مصدر سابق، ج4، ص437.

(5) - السمناني، المصدر و الصفحة نفسها.

(6) - ميارة، المصدر و الصفحة نفسها. الناودي، المصدر نفسه، ج1، ص103.

(7) - الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج7، ص132. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص387. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص374. زكريا الأنصاري، الغرر البهية، مصدر سابق، ج10، ص159. البهوتي، الروض المربع، مصدر سابق، ص609. ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، ج2، ص314.

(8) - الباجي، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، المصدر و الصفحة نفسها. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها.

واجتهاده القضائي تؤدي إلى إصدار حكم غير عدل، أو على الأقل مشكوك في عدله.

- القول الثاني: تنعقب أحكام غير الصالح للقضاء، ومنه العبد، فينقض ما كان خطأ،

ويمضى الصواب:

ذهب القرابي⁽¹⁾ من المالكية، و الحنابلة⁽²⁾ في قول لهم، وهو اختيار ابن قدامة المقدسي⁽³⁾ إلى أن أحكام القاضي غير المتأهل للقضاء بانتفاء شرط الحرية، وتولية العبد القضاء لا تنقض ولا تبطل، وإنما يجوز تعقبها وتتبعها، فينقض ما كان خطأ، ويمضى ما كان صواباً.

- وأسّس أصحاب هذا القول رأيهم بعدم وجود الفائدة من نقض أحكام العبد الصائبة والصحيحة، خاصة وأنّ الحق يكون قد وصل إلى مستحقة بطريقة مشروعة⁽⁴⁾.

- القول الثالث: لا يشترط في القاضي الحرية، ومن ثم تصح تولية العبد القضاء وتحمل

أحكامه على الصحة:

ذهب الحنابلة في قول ثالث لهم⁽⁵⁾، والظاهرية⁽⁶⁾، والظاهرية⁽⁶⁾، والزيدية⁽⁷⁾، وبعض الباحثين المعاصرين⁽⁸⁾، إلى عدم اشتراط الحرية في تولية القضاء، وأن تولية العبد القضاء حلّة شرعاً، ومن ثم فأحكامه صحيحة إذا وافقت الصواب، يستوي في هذا حصول الإذن من سيده، من عدمه، فلا يشترط الإذن من سيده.

كما أن الزيدية⁽⁹⁾ لم يذكروا شرط الحرية ضمن شروط القضاء، حيث إنّها عندهم ستة، وهي: الذكورة؛ والتكليف؛ والسلامة من العمى؛ والخرس؛ والاجتهاد؛ والعدالة المحققة؛ وولاية من إمام حق أو محتسب.

(1) - القرابي، الذخيرة، مصدر سابق، ج 10، ص 19.

(2) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 37. البهوتي، المصدر نفسه، ج 6، ص 414. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 8، ص 177. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 11، ص 212. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج 6، ص 109. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج 6، ص 457. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، المصدر نفسه، ج 11، ص 415. الزركشي، شرح مختصر الخراقي، مصدر سابق، ج 4، ص 449.

(3) - ابن قدامة المقدسي، المغني، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن مفلح، المبدع، المصدر و الصفحة نفسها. المرادوي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن قدامة المقدسي، الكافي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن مفلح، الفروع، المصدر و الصفحة نفسها. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها. الزركشي، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - ابن قدامة المقدسي، المغني، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن مفلح، المبدع، المصدر و الصفحة نفسها. المرادوي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن قدامة المقدسي، الكافي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن مفلح، الفروع، المصدر و الصفحة نفسها. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها. الزركشي، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - ابن مفلح، الفروع، المصدر نفسه، ج 6، ص 421. ابن مفلح، المبدع، المصدر نفسه، ج 8، ص 154. البجلي، الاختيارات، مصدر سابق، ص 279.

(6) - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج 9، ص 430.

(7) - الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج 4، ص 185.

(8) - مرسى، فاروق عبد العليم، القضاء في الشريعة، مرجع سابق، ص 163-168.

(9) - الصنعاني، المصدر و الصفحة نفسها. الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج 4، ص 267-277.

وهذا يعني أن شرط الحرية غير معتبر لديهم بالمطلق.

وقال ابن حزم الظاهري: «وجائز أن يلي العبد القضاء، لأنه مخاطب بالمعروف والنهي عن المنكر، ويقول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [سورة النساء: 58]، وهذا متوجه بعمومه إلى الرجل والمرأة، والحر والعبد، فيستثنى حينئذ من عموم إجمال الدين. وقال مالك وأبو حنيفة: لا يجوز تولية العبد القضاء.

وما نعلم لأهل هذا القول حجة أصلاً. وقد صح عن رسول الله ﷺ من طريق شعبة: حدثنا أبو عمران الجوني، عن عبد الله بن الصامت، عن أبي ذر أنه انتهى إلى الريدة، وقد أقيمت الصلاة، فإذا عبد يؤمهم، فقيل له: هذا أبو ذر، فذهب يتأخر، فقال أبو ذر: أوصاني خليلي - يعني رسول الله ﷺ - أن أسمع وأطيع وإن عبداً مجدع الأطراف⁽¹⁾.

فهذا نص جلي على ولاية العبد، وهو فعل عثمان بحضرة الصحابة، لا ينكر ذلك منهم أحد، - ومن طريق سفيان الثوري عن إبراهيم بن العلاء بن سويد، عن عفة قال: قال لي عمر بن الخطاب: «أطع الإمام وإن كان عبداً مجدعاً»، فهذا عمر لا يعرف له من الصحابة مخالف⁽²⁾.

- ونوقش بأن هذا محمول على من كان عبداً مجازاً، أو على غير ولاية الحكم⁽³⁾.
- واستدلوا كذلك⁽⁴⁾ بقول عمر بن الخطاب - ت -: «لَوْ أَدْرَكْنِي أَحَدٌ رَجُلَيْنِ ثُمَّ جَعَلْتُ هَذَا هَذَا الْأَمْرَ إِلَيْهِ لَوَثِقْتُ بِهِ: سَأَلِمُ مَوْلَى أَبِي حُدَيْفَةَ؛ وَأَبُو عُبَيْدَةَ بْنُ الْجَرَّاحِ»⁽⁵⁾.
وجه الاستشهاد أن سالماً مولى حذيفة كان عبداً، ومع ذلك فقد فكر عمر في توليته الخلافة، وهي أعظم منصب من القضاء⁽⁶⁾.

- ونوقش بأن هذا فاسدٌ لأمرين⁽⁷⁾:
- أحدهما: ما قدمناه من أنه لما كان مولى عليه لم يجز أن يكون والياً.

(1) - أخرجه أحمد في مسنده، ج 5، ص 192، رقم الحديث: 21484. مسند الأنصار، حديث أبي ذر الغفاري - رضي الله عنه -.

(2) - ابن حزم، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - الزركشي، شرح مختصر الخوفاي، مصدر سابق، ج 4، ص 437.

(4) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 1، ص 629-630. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 16، ص 157.

(5) - جزء من حديث طويل هو: عن أبي رافع أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان مستنذاً إلى ابن عباس وعنده ابن عمر وسعيد بن زيد رضي الله عنهما فقال: «اعلموا أيُّ لم أقل في الكلاله شيئا، ولم أستخلف من بعدي أحداً، وأنه من أدرك وفاتي من سبي العرب فهو حر من مال الله عز وجل»، فقال سعيد بن زيد: «أما إنك لو أثرت برجل من المسلمين لأتمكت الناس وقد فعل ذلك أبو بكر رضي الله عنه وأتمته الناس؟»، فقال عمر رضي الله عنه: «قد رأيت من أصحابي حرصاً سيئاً، وإني جاعل هذا الأمر إلى هؤلاء النفر الستة الذين مات رسول الله ﷺ وهو عنهم راض»، ثم قال عمر رضي الله عنه: «لو أدركني أحد رجلين ثم جعلت هذا الأمر إليه لوثقت به: سالم مولى أبي حذيفة؛ وأبو عبيدة بن الجراح».

- أخرجه أحمد في مسنده، ج 1، ص 26-27، رقم الحديث: 130. مسند عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - المتقي الهندي، كنز العمال، ج 5، ص 434-435، رقم الحديث: 2466.

(6) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 1، ص 629-630. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 16، ص 157.

(7) - الماوردي، أدب القاضي، المصدر نفسه، ج 1، ص 630. الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر و الصفحة نفسها.

- وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَمَّا كَانَ مَمْلُوكًا لَمْ يُجْزَ أَنْ يَكُونَ مَالِكًا، وَإِنْ جَازَ أَنْ يَكُونَ مُجْتَهِدًا وَرَآيَا.
- فَأَمَّا أَمْرُ سَالِمٍ فَعَنَّهُ جَوَابَانِ (1):

- أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ كَانَ مَوْلَى عَتَاقَةٍ، وَلَمْ يَكُنْ بَاقِيًا فِي الرَّقِّ، وَتَقْلِيدُ الْمُعْتَقِ لِلْقَضَاءِ جَائِزٌ.
- وَالثَّانِي: أَنَّ عُمَرَ قَالَ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ الْمُبَالَغَةِ فِي مَدْحِ سَالِمٍ. وَقَدْ عَيَّنَ الْإِمَامَةُ فِي أَهْلِ الشُّورَى. وَبِالْإِجْمَاعِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ إِمَامًا عَلَى الْأُمَّةِ، فَلَمْ يُجْزَ أَنْ يُشِيرَ بِهَا إِلَيْهِ.
- الْقِيَاسُ: إِنَّهُ يَجُوزُ قَضَاءُ الْعَبْدِ قِيَاسًا عَلَى جَوَازِ فِتْيَاهُ وَرَوَايَتِهِ (2).

- وَ يُمْكِنُ أَنْ يَنْقَاشَ بِأَنَّهُ قِيَاسٌ مَعَ الْفَارِقِ، حَيْثُ إِنَّ الْقَضَاءَ وَالِأَيَّةَ شَرْعِيَّةَ عَامَةً وَهُوَ مَلْزَمٌ لِلْأَخْصَامِ، وَ الْفِتْيَا لَيْسَتْ كَذَلِكَ.

- وَيَلْحَظُ أَنَّ كَلَامَ مِنَ الْقَاضِي عَبْدِ الْوَهَّابِ (3)، وَالسَّمْنَانِي (4)، وَابْنِ رِشْدٍ (الْحَفِيدِ) (5) صَوَّحُوا بِأَنَّهُ بِأَنَّهُ لَا خِلَافَ فِي اشْتِرَاطِ الْحَرِيَّةِ، وَالثَّابِتِ وَجُودِ الْخِلَافِ. وَ مِنَ الطَّبِيعِيِّ أَلَا يَطَّلِعُ الْقَاضِي عَبْدِ الْوَهَّابِ عَلَى مَوْقِفِ ابْنِ حَزْمِ الظَّاهِرِيِّ، لِأَنَّهُ تَوَفِّيَ قَبْلَهُ، حَيْثُ تَوَفِّيَ سَنَةَ 422 هـ، وَابْنُ حَزْمٍ تَوَفِّيَ سَنَةَ 456 هـ، وَ مِنْ ثَمَّ لَا يُمْكِنُ الْإِطْلَاعُ عَلَى قَوْلِ ابْنِ حَزْمٍ، خَاصَّةً وَأَنَّهُ بَغْدَادِي، وَ الْآخِرُ أُنْدَلِسِي.
كَمَا أَنَّ السَّمْنَانِي لَمْ يَطَّلِعْ عَلَى قَوْلِ ابْنِ حَزْمٍ، لِأَنَّهُ رُبَّمَا لَمْ تَبْلُغْهُ كِتَابَتُهُ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ، خَاصَّةً أَنَّهُ تَوَفِّيَ سَنَةَ 499 هـ.

أَمَّا ابْنُ رِشْدٍ (الْحَفِيدِ) فَتَوَفِّيَ سَنَةَ 595 هـ، وَهُوَ أُنْدَلِسِي، وَعَلَى الرَّغْمِ مِنْ ذَلِكَ، فَهُوَ لَمْ يَطَّلِعْ عَلَى قَوْلِ ابْنِ حَزْمٍ، أَوْ أَنَّهُ أَطَّلَعَ عَلَيْهِ وَرَأَى أَلَا يَذْكُرُهُ، أَوْ أَنَّ هُنَاكَ سَبَبًا لَا نَعْرِفُهُ. وَ الْمَلْحَظُ كَذَلِكَ أَنَّهُ تَبَنَّى مَوْقِفَ الْقَاضِي عَبْدِ الْوَهَّابِ، حَيْثُ ذَكَرَهُ، فَقَالَ: «قَالَ عَبْدُ الْوَهَّابِ: وَلَا أَعْلَمُ بَيْنَهُمْ اخْتِلَافًا فِي اشْتِرَاطِ الْحَرِيَّةِ» (6). ثُمَّ قَالَ: «وَأَمَّا اشْتِرَاطُ الْحَرِيَّةِ فَلَا خِلَافَ فِيهِ» (7).

وَكَذَلِكَ قَالَ الْبَاجِي الْمَالِكِي: «وَأَمَّا اعْتِبَارُ حَرِيَّتِهِ فَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: لَا خِلَافَ فِيهِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ» (8). عَلَى الرَّغْمِ مِنْ مَعَاصِرْتِهِ لِابْنِ حَزْمٍ، بَلْ وَحُصُولِ الْمُنَافَسَةِ وَ الْمُنَازَعَةِ بَيْنَهُمَا.
وَيَسْتَخْلَصُ مِنْ كَلَامِ أَصْحَابِ هَذَا الْقَوْلِ - مِنْ خِلَالِ نِصُوصِهِمُ السَّابِقَةَ - أَنَّهُ لَا تَنَافِيَّ بَيْنَ عَدَمِ الْحَرِيَّةِ وَتَوَلِّيِ الْقَضَاءِ، وَأَنَّهُ لَا تَأْثِيرَ لِلْإِسْتِرْقَاقِ وَالِاسْتِبْعَادِ عَلَى أَحْكَامِ الْقَضَاءِ.

(1) - الماوردي، أدب القاضي، المصدر و الصفحة نفسها. الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر و الصفحة نفسها.
(2) - الماوردي، أدب القاضي، المصدر نفسه، ج1، ص629. الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر و الصفحة نفسها.
(3) - القاضي عبد الوهاب، المعونة، مصدر سابق، ج2، ص414.
(4) - السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج1، ص52.
(5) - ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2، ص377.
(6) - ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2، ص377.
(7) - ابن رشد (الحفيد)، المصدر و الصفحة نفسها.
(8) - الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج7، ص132.

- ولا شك في ضعف هذا القول، فقد بينا من قبل أن عدم حرية القاضي يشكل منفذا حقيقيا لإصدار أحكام غير عادلة ومنحازة لأحد الأطراف، ومن ثم بعيدة عن الحق.

رابعاً: القول الرابع: تحمل أحكام العبد على الصحة متى أذن له سيده:

- ذهب بعض الحنابلة⁽¹⁾ في قول رابع في المذهب إلى صحة أحكام العبد متى أذن له سيده بتولي القضاء، متى كانت طبعاً موافقة للصواب.

ولم نجد لأصحاب هذا القول أي حجة لهم، غير أنه يمكن أن يستخلص من خلال نصوصهم أن العبد متى أذن له سيده بتولي القضاء، فهو حر في إصدار الأحكام، إذ الإذن معناه: إعطاء الحرية في التصرف.

- ويمكن الاعتراض على هذا بأن الحرية لا تتبع ولا تتجزأ، فلا يمكن القول بنصف الحرية، ونصف العبد، فالحرية كل متكامل، لا تقبل التجزئة والتبعض، هذا من جهة. ثم من جهة أخرى، فإن الإذن السيد ليس معناه عدم وجود تأثير السيد على عبده، إذ يبقى التأثير وارداً حتى على سبيل الافتراض.

قال ابن مفلح الحنبلي: «(حر) لأنَّ العبد منقوص برقه، مشغول بحقوق سيده، كالإمامة العظمى، لكن تصح ولاية عبد إمارة سرية، وقسم صدقة، وفيء، وإمامة صلاة، وفيه وجه: يجوز مطلقاً، قاله ابن عقيل وأبو الخطاب، وقال فيه: بإذن سيد»⁽²⁾.

خامساً: موازنة وترجيح:

بعد إدارة النَّظَر في جميع الأقوال السابقة، وإِجَالَةَ النَّظَر في أدلتها، فإنَّ الذي نرجحه هو القول الأول، أي قول الجمهور، الذي يشترط الحرية في القاضي، وأنها شرط صحة، وذلك لأنَّ الاسترقاق مظنة حصول التأثير من سيده، وهي مؤثرة هنا، فتؤدي إلى صدور أحكام قضائية تثير الشكوك والريبة والظنون، والقضاء يجب إبعاده عن الظنون.

ويلاحظ أن أحد الباحثين المعاصرين⁽³⁾ يرجح القول الثاني، والذي مفاده: تتعقب أحكام العبد فما كان صحيحاً يمضى، وما كان خطأ ينقض، وذلك بحجة عدم وجود الفائدة في نقض أحكام صحيحة وصائبة صادرة من العبد.

- ونحن نرى أن هناك احتمالاً وافتراساً قوياً بتأثر العبد بسيده ما يدفعه إلى إصدار حكم غير

(1) - ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص421. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص154.

(2) - ابن مفلح، المبدع، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج2، ص553.

عادل أو على الأقل أنه يشير الشكوك والريبة، والقضاء يجب ينزه عنها.

المطلب الرابع: نقض الحكم القضائي بسبب انتفاء شرط سلامة الحواس (السمع؛ البصر؛

النطق) في القاضي:

رأينا من قبل حقيقة شرط سلامة الحواس، ومشروعيتها، وأساسه، يبقى أن نعرف حكم انتفاء هذا الشرط عن القاضي، بمعنى آخر إذا انتفت في القاضي إحدى الحواس (السمع، أو البصر، أو النطق)، بأن كان أصم، أو أعمى، أو أخرس، فهل ينتفض حكمه أم لا؟.

- اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة أقوال:

- قول يرى بعدم صحة الولاية، ومن ثم تنقض أحكامه؛

- وقول يرى صحة أحكام الأعمى ومن ثم لا يجوز نقضها؛

- وقول ثالث يرى أن من فقد اثنين من الحواس فأكثر انتقض حكمه؛

- وقول رابع وأخير، تتعقب أحكام غير الصالح، فينتقض ما كان خطأ ويمضى الصالح.

وإليك بيان هذه الأقوال وأدلتها بالترتيب.

أولاً/- القول الأول: لا تصح ولاية القضاء لصاحب العاهات (الصم؛ العمى؛ الخرس)؛

وتنتقض أحكامه مطلقاً:

ذهب الحنفية⁽¹⁾، و المالكية في قول في المذهب⁽²⁾، وهو اختيار الباجي⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾،

والحنابلة⁽⁵⁾ في المذهب عند هذين الأخيرين إلى أن صاحب العاهات من الصمم والعمى والخرس لا

(1) - الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص315-136. السمناني، روضة القضاء، مصدر سابق، ج1، ص150. ابن مودود الموصل، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص83. عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، المصدر السابق، ج3، ص307. ابن عابدين، حاشية رد المختار، مصدر سابق، ج5، ص354. التمرتاشي، مسعفة الحكام، مصدر سابق، ص87-88. حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص584-585. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص282-283. ابن عابدين، منحة الخالق، مصدر سابق، ج6، ص283. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص1164.

(2) - خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص387-393.

(3) - الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج7، ص131.

(4) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص621-625. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص155-156. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص263-270. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص84-85. الخطيب الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، ج2، ص607. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص131. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص238-244. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص515-516. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص106-120. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص33-36. ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص24-25. الأسيوطي، جواهر العقود، مصدر سابق، ج2، ص356. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص268-269-286. البغوي، التهذيب، مصدر سابق، ج8، ص168-182. المحلي، كنز الراغبين، مصدر سابق، ج5، ص3798.

(5) - أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص71-72. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص421-457. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص374-414. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص464-465-479. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص154-177. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص13. شمس الدين ابن قدامة

تصح ولايته، وأن أحكامه باطلة منتقضة.

واستدل هؤلاء العلماء بأن شرط سلامة الحواس (من السمع والبصر والنطق) هو من شروط الصحة التي يجب توافرها في من يتولى القضاء، فيلزم من عدم هذا الشرط عدم صحة ولايته وحكمه أصلاً. (1)

ثانياً/ - القول الثاني: أحكام الأعمى تحمل على الصحة ولا يجوز نقضها:

وهو قول عند الحنفية (2)، وكذا قول مرجوح عند كل من الشافعية (3)، والحنابلة (4)، حيث يرون أن أحكام القاضي الأعمى صحيحة وصائبة متى كانت صائبة، وأن البصر ليس شرطاً واجباً في القضاء. ويلاحظ أن الماوردي (5)، وابن قدامة المقدسي (6)، حكيا أن مالكا يجوز قضاء الأعمى، وهذا غير صحيح ولم يثبت عنه، فقد قال ابن فرحون: «فإن القاضي عياض حكى فيه الإجماع من العلماء، مالك وغيره، وهو المعروف إلا ما حكاه الماوردي عن مالك أنه يجوز قضاء الأعمى، وذلك غير معروف، ولا يصح عند مالك» (7).

ويلاحظ أن بعض المالكية (8) يميز ولاية فاقد السمع والبصر، منهم ابن شاس وابن راشد. فابن شاس يقول في شروط القضاء: «القسم الثاني: ما يقتضي عدمه الفسخ، وإن لم يشترط في الصحة، وذلك كاشتراط كونه سميعاً؛ بصيراً؛ متكلماً؛ فعدم بعض هذه يقتضي أن يفسخ العقد، سواء تقدمت أضرارها عليه، أو طرأت بعده، وينفذ ما مضى من أحكامه إلى حين العزل وإن كانت موجودة حين الحكم» (9).

أما ابن راشد فقال: «وأما كونه سميعاً؛ بصيراً؛ متكلماً؛ فغير شرط، وولاية من ليس كذلك

المقدسي، الشرح الكبير، المصدر السابق، ج 11، ص 387. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج 6، ص 87. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 11، ص 169-212. الزركشي، شرح مختصر الخرقى، مصدر سابق، ج 4، ص 449.

(1) - النووي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن حجر الهيتمي، المصدر نفسه، ج 10، ص 106. الحصني، كفاية الأختيار، مصدر سابق، ج 2، ص 288. ابن مفلح، الفروع، المصدر نفسه، ج 6، ص 421. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - منلاخسرو، الدرر الحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 409.

(3) - النووي، المصدر نفسه، ج 8، ص 84. الخطيب الشربيني، المصدر نفسه، ج 6، ص 270. ابن حجر الهيتمي، المصدر نفسه، ج 10، ص 106. الحصني، كفاية الأختيار، مصدر سابق، ج 2، ص 288.

(4) - ابن مفلح، الفروع، المصدر و الصفحة نفسها. المرادوي، المصدر نفسه، ج 11، ص 212.

(5) - الماوردي، الأحكام السلطانية، المصدر و الصفحة نفسها. الماوردي، أدب القاضي، المصدر نفسه، ج 1، ص 622. الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر نفسه، ج 16، ص 155.

(6) - ابن قدامة المقدسي، المغني، المصدر و الصفحة نفسها.

(7) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 22.

(8) - ابن فرحون، مصدر نفسه، ج 1، ص 23. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج 3، ص 98. ابن راشد، لباب اللباب، مصدر سابق، ص 311.

(9) - ابن شاس، المصدر و الصفحة نفسها. ابن فرحون، المصدر و الصفحة نفسها.

منعقدة، لكن يجب عزله»⁽¹⁾.

وقال منلاخسرو الحنفي: «تنفذ أحكام الأعمى الصحيحة، لأنها مجتهد فيها، والاحتياط لا ينقض بمثله»⁽²⁾.

وقد رأينا أدلتهم من قبل، فلا نكررها.

ثالثا/- القول الثالث: لا ينتقض الحكم القضائي إلا من فقد حاستين فأكثر:

يذهب بعض المالكية⁽³⁾ إلى قول يختلف عن الآراء السابقة، ومفاده أن من يفقد اثنتين من هذه الحواس، كأن يصير أصم وأبكم، أو أصم أعمى، أو أعمى أبكم، فإنَّ حكمه ينقض، ومن فقد واحدة من هذه الحواس لا ينقض حكمه، بل يعتبر صحيحا متى وافق الصواب، غير أن القاضي إذا تولى القضاء ثم أصيب بإحدى هاتين العاهتين يجب عزله.

- وأساس هذا القول هو أن شرط سلامة الحواس شرط واجب غير شرط، أي أنه واجب لكن ليست شرطا يترتب على فقدانها بطلان عقد التولية والحكم. وعليه تصح ولاية الأعمى، أو الأصم، أو الأبكم، لكن يجب عزله، وإذا كان فاقدا لاثنتين من هذه الحواس فحكمه باطل من باب لؤلى، ولا ينفذ حكمه، إذ لا تنعقد ولايته بفقد اثنتين⁽⁴⁾.

رابعا/- القول الرابع: أحكام غير الصالح للقضاء، ومنه فاقد إحدى الحواس، تتعقب

أحكامه، فينقض ما كان خطأ، ويمضي ما كان صوابا:

- ذهب ابن رشد(الجد)⁽⁵⁾ من المالكية، و الحنابلة⁽⁶⁾ في قول لهم، وهو اختيار ابن قدامة

(1) - ابن راشد، المصدر و الصفحة نفسها. ابن فرحون، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - منلاخسرو، الدرر الحكام، مصدر سابق، ج2، ص409.

(3) - الشرح الكبير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص05. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص05. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص82. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص123-124. الخرخشي، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص140. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص71-72. الصاوي بلغة السالك، مصدر سابق، ج4، ص72. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص22-23. النفراوي، الفواكه الدواني، مصدر سابق، ج2، ص258. خليل، المختصر، مصدر سابق، ص226. ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج2، ص192. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، ص579. التسولي، البهجة، مصدر سابق، ج1، ص104. التاودي، حلي المعاصم، مصدر سابق، ج1، ص104. الآبي، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج2، ص221.

(4) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص21-23. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص387-393. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص05. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج4، ص05. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص71-72. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص123-124. الخرخشي، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص140. العدوي، حاشية على شرح الخرخشي، مصدر سابق، ج7، ص140.

(5) - ابن رشد(الجد)، المقدمات، مصدر سابق، ج2، ص259.

(6) - ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص457. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص212. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص177. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص414. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص37. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص109. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11،

المقدسي⁽¹⁾، وابن تيمية⁽²⁾ إلى أن أحكام غير الصالح للقضاء، ومنه فاقد إحدى الحواس فأكثر، لا تنقض أصلاً، وإمّا تتعقب وتتبع، فما كان صواباً يمضى، وما كان خطأً ينقض.

- وحجة هذا الفريق من العلماء هو عدم جود فائدة من نقض الأحكام الصائبة لمن فقد إحدى حواسه، خاصة وأن الحق وصل إلى مستحقه⁽³⁾.

خامساً/- موازنة وترجيح:

بعد إيراد الأقوال المختلفة حول أثر انتفاء شرط سلامة الحواس في نقض الحكم القضائي من عدمه، وبيان حججها، وبعد إجمالة النظر فيها، فإنّ الذي توجَّح لنا - كما توجَّح لغيرنا⁽⁴⁾ - هو القول الرابع، والذي يقرر أن الحكم القضائي الصادر ممن فقد إحدى حواسه حكم صحيح متى قضى بالصواب بعد تعقبه.

وعلة ذلك أنّ الحق قد وصل إلى مستحقه، فلا فائدة من نقضه حينئذ، خاصة وأنّ هذا القول لا يرى صحة أحكام فاقد إحدى الحواس بإطلاق، وإمّا يقيد ذلك بالتعقب والتتبع، إن وجد الحكم صائباً فلا ينقض بل يمضى وينفذ، وإن كان خطأً يبطل وينقض.

المطلب الخامس: نقض الحكم القضائي بسبب انتفاء شرط العدالة:

الفرع الأول: موقف الفقهاء من اشتراط العدالة في تولي القضاء:

اختلف الفقهاء في اشتراط العدالة في تولي القضاء على قولين:

- الأول يرى أن العدالة شرط صحة؛

- والآخر يرى أنها شرط كمال، ومن ثم يجوز للفاسق أن يتولى القضاء مع الإثم.

وإليك هذه الأقوال بالترتيب مع أدلتها ومناقشتها، والترجيح بينها.

أولاً: القول الأول: العدالة شرط صحة في تولي منصب القضاء:

ص415. الزركشي، شرح مختصر الخرقى، مصدر سابق، ج4، ص449. البعلي، الاختيارات الفقهية، مصدر سابق، ص280. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص479.

⁽¹⁾ - ابن قدامة المقدسي، المغني، المصدر و الصفحة نفسها. وانظر أيضاً كتابه: الكافي، المصدر و الصفحة نفسها. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها. الزركشي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن مفلح، المبدع، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، المصدر و الصفحة نفسها.

⁽²⁾ - البعلي، المصدر و الصفحة نفسها.

⁽³⁾ - ابن قدامة المقدسي، المغني، المصدر و الصفحة نفسها. ابن مفلح، المبدع، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، كشاف القناع، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المصدر و الصفحة نفسها. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها.

⁽⁴⁾ - الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج2، ص558.

ذهب الحنفية⁽¹⁾ في قول لهم، وهو قول الخَصَّاف والطَّحَاوي، وهي رواية النوادر⁽²⁾، وجمهور المالكية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾ في المذهب عندهم، والزيدية⁽⁶⁾، والإباضية⁽⁷⁾ إلى اشتراط العدالة في تولي منصب القضاء، وأنها شرط صحة، ومن ثم لا يجوز تولية فاسق القضاء.

ثانياً: القول الثاني: العدالة شرط كمال للتولية في منصب القضاء:

(1) - السمناني، روضة القضاء، مصدر سابق، ج1، ص53. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص253. الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص176. ابن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص83. الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص299-300-315-316. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص14. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص284. العيني، العناية، مصدر سابق، ج8، ص08. داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج3، ص212. حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص585.

(2) - الصدر الشهيد، المصدر نفسه، ص315-316. داماد أفندي، المصدر و الصفحة نفسها. الطرابلسي، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - ابن رشد (الجد)، المقدمات، مصدر سابق، ج2، ص259. ابن رشد (الجد)، البيان و التحصيل، مصدر سابق، ج17، ص590-591. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2، ص377. خليل، المختصر، مصدر سابق، ص226. خليل، التوضيح، المصدر السابق، ج7، ص387-389. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص65. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص03. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج4، ص69. الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج4، ص69. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص123. الخرشبي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص138-139. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص138. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص21. الباجي، المتتقى، مصدر سابق، ج7، ص133. ابن جزى، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص305. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص16. الباجي، فصول الأحكام، مصدر سابق، ص112. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج3، ص97. ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج2، ص192. التسولي، البهجة، مصدر سابق، ج1، ص103. الناودي، حلي المعاصم، مصدر سابق، ج1، ص103. المواق، التاج و الإكليل، مصدر سابق، ج8، ص63. ميارة، الإنفان و الإحكام، مصدر سابق، ج1، ص11. ميارة، فتح العليم الخلاق، مصدر سابق، ص121. ابن راشد، لباب اللباب، مصدر سابق، ص311. الآبي، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج2، ص221. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، ص577-579.

(4) - الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص377. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص84. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص262. الخطيب الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، ج2، ص603. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص515. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص238. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص106. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص33. ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص25. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص131. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص633-636. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص158-159. زكريا الأنصاري، الغرر البهية، مصدر سابق، ج10، ص159-160. زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، مصدر سابق، ج2، ص362-363. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص268-286. الرملي، حاشية على أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص268-286. الحصني، كفاية الأخيار، مصدر سابق، ج2، ص286-287. الغزالي، الوجيز، مصدر سابق، ص416. السمعاني، قواطع الأدلة، مصدر سابق، ج2، ص354-355. البغوي، التهذيب، مصدر سابق، ج8، ص167. المحلي، كنز الراغبين، مصدر سابق، ج5، ص379.

(5) - أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص71-72. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص13. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص86. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص387. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص421. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص154. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص374. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص464. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص168. ابن تيمية (مجد الدين)، المحرر، مصدر سابق، ص638. الزركشي، شرح مختصر الخرقفي، مصدر سابق، ج4، ص437. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، الروض المربع بشرح زاد المستنقع، خرج أحاديثه: فارس بن فتحي بن إبراهيم، دار ابن الهيثم، القاهرة، ط1، 1427 هـ- 2006 م، ص609. ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، ج2، ص314.

(6) - الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج4، ص185. الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج4، ص275-276.

(7) - الثميني، الورد البسام، مصدر سابق، ص12-13.

يرى الحنفية⁽¹⁾ في المذهب عندهم، وأصغ وابن رشد (الجد) من المالكية⁽²⁾، وحاتم الأصم⁽³⁾،⁽⁴⁾، إلى أن العدالة ليست شرطاً لصحة تولي القضاء، إلا أنها شرط الكمال، ومن ثم يجوز تولية الفاسق القضاء، غير أنه لا يقلّ د.

وهذا القول محكي عن الأصم أنه: «يجوز أن يكون القاضي فاسقاً»⁽⁵⁾.

لكن يجب التنبيه أن الحنفية⁽⁶⁾ وإن كانوا يرون صحة تولية الفاسق، إلا أنهم يرون أن الأولى ألا يقلد، وإن قلّد كان المقلد - وهو هنا الخليفة أو من فوّض إليه - آثماً. قال داماد أفندي: «(وَالْفَاسِقُ أَهْلٌ لَهُ) أَي: لِلْقَضَاءِ، (وَيَصِحُّ تَقْلِيدُهُ) أَي: تَقْلِيدُ الْفَاسِقِ، أَي: الْمُسْلِمِ الَّذِي أَقْدَمَ عَلَى كَبِيرَةٍ أَوْ أَصْرَ عَلَى صَغِيرَةٍ، وَفِيهِ إِشْعَارٌ بِأَنَّ قَضَاءَ الْمُسْتَوْرٍ صَحِيحٌ بِلَا قُبْحٍ كَمَا فِي الْقَهْصَتَيْنِ، وَبِأَنَّ الْعَدَالََةَ شَرْطُ الْأَوْلَوِيَّةِ. وَهَذَا ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ. وَفِي النَّوَادِرِ عَنِ أَصْحَابِنَا: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ قَضَاؤُهُ، كَمَا فِي الْإِخْتِيَارِ، وَهُوَ قَوْلُ الْأَثَمَةِ الثَّلَاثِ، (وَيَجِبُ أَنْ لَا يُقْلَدَ) الْفَاسِقُ الْقَضَاءَ، إِذْ لَا يُؤْتَمَنُ عَلَيْهِ، لِقَلَّةِ مَبَالَاتِهِ بِوَأَسْطَةِ فَسْقِهِ، حَتَّى لَوْ قُلِّدَ كَانَ الْمُقْلَدُ آثَمًا، (كَمَا يَصِحُّ قَبُولُ شَهَادَتِهِ) أَي: شَهَادَةِ الْفَاسِقِ حَتَّى لَوْ قَبِلَ الْقَاضِي وَحَكَمَ بِهَا كَانَ آثَمًا، وَلَكِنَّهُ يَنْفَذُ»⁽⁷⁾.

الفرع الثاني: حكم تولية القاضي المحدود في قذف بعد توبته:

(1) - الكاساني، البائع، مصدر سابق، ج7، ص03. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص253. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص175. الشلبي، حاشية على شرح الزيلعي، مصدر سابق، ج4، ص175-176. ابن مودود الموصل، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص83. الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص50-299-300-315-316. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص14. ابن الشحنة، لسان الحكام، مصدر سابق، ص220. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص284. العيني، العناية، مصدر سابق، ج8، ص06-08. عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص307. داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج3، ص212. التمرتاشي، مسعفة الحكام، مصدر سابق، ص91. الحصكفي، الدر المنتقى، مصدر سابق، ج3، ص212. الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج5، ص355-356. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص355-356. منلا خسرو، الدرر الحكام، مصدر سابق، ج2، ص404. حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص585. رستم باز، سليم اللباني، شرح المجلة، مصدر سابق، ج2، ص1164.

(2) - ابن رشد (الجد)، المقدمات، مصدر سابق، ج2، ص259. ابن رشد (الجد)، البيان والتحصيل، مصدر سابق، ج17، ص591. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج3، ص97. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص16. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص21. ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج2، ص192. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص65. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص138. التسولي، البهجة، مصدر سابق، ج1، ص103.

(3) - حاتم الأصم (ت 237 هـ / 851م) حاتم بن عنوان، أبو عبد الرحمن، المعروف بالأصم: زاهد، اشتهر بالورع والتقشف. له كلام مدون في الزهد والحكم. من أهل بلخ. زار بغداد واجتمع بأحمد بن حنبل. وشهد بعض معارك الفتوح. مات بواشجر. وكان يقال: حاتم الأصم لقمان هذه الأمة. أنظر: الخطيب البغدادي، أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت، تأريخ مدينة السلام، حققه وضبط نصه وعلق عليه: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1422هـ-2001م، ج9، ص149-153. الترجمة رقم: 4298. الزركلي، خير الدين، الأعلام، مرجع سابق، ج2، ص152.

(4) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص635. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص158.

(5) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص13-14. شمس الدين ابن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص387.

(6) - داماد أفندي، المصدر و الصفحة نفسها.

(7) - داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج3، ص212.

هناك مسألة اختلف حولها الفقهاء مرتبطة بشرط العدالة في القاضي، و تتعلق بتولية قاضي سبق الحكم عليه بحد القذف، أو الزنا، أو بالقطع في السرقة، من طرف القضاء، ثم تاب من فعلته، هل تصح توليته القضاء أم لا؟.

وقد وقع الخلاف بين العلماء والمذاهب على قولين:

- قول يرى بعدم صحة توليته، وإذا ولي فأحكامه باطلة وتنقض؛

- وقول يرى صحة التولية والأحكام الصادرة منه.

وإليك هذه الأقوال بالترتيب مع بيان الراجح منها.

أولاً: القول الأول: أحكام القاضي المحدود في القذف وتوبته لا تصح وتنقض:

يرى الحنفية⁽¹⁾، والحنابلة⁽²⁾ في قول عندهم، و الإباضية⁽³⁾ أن القاضي المحدود في قذف وتوبته بعد الحد لا تصح توليته، ولا قضاؤه، وأنها باطلة أحكامه، وتنقض ولو بعد توبته، غير أنه إذا تاب قبل إقامة الحد جازت توليته، وصحت أحكامه.

- وممن قال بهذا القول أيضاً: شريح، والحسن البصري، وإبراهيم النخعي، وسعيد بن جبير، وسفيان الثوري.⁽⁴⁾

ثانياً: القول الثاني: أحكام القاضي المحدود في القذف بعد توبته صحيحة ولا تنقض:

في المقابل، ذهب المالكية⁽⁵⁾، والشافعية⁽¹⁾، والحنابلة⁽²⁾ في المذهب عندهم، إلى صحة وجواز

(1) - الخصاص، أدب القاضي، مطبوع مع شرحه للصدر الشهيد، مصدر سابق، ص 299-300-315-316. الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص 03. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 16، ص 109-110. السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج 1، ص 326. قاضيخان، الفتاوى الخانية، مصدر سابق، ج 2، ص 362. الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج 7، ص 03. عالمكير وجماعة علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج 3، ص 307. منلاخسرو، الدرر الحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 409. التمرتاشي، مسعفة الحكام، مصدر سابق، ص 88. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج 5، ص 354. حيدر، علي، درر الحكام، مصدر سابق، ج 4، ص 582. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مصدر سابق، ج 2، ص 1164.

(2) - ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 8، ص 154. المردوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 11، ص 168.

(3) - الثميني، الورد البسام، مصدر سابق، ص 13.

(4) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 189.

(5) - الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج 7، ص 134. ابن رشد (الجد)، البيان و التحصيل، مصدر سابق، ج 17، ص 590. ابن رشد (الجد)، المقدمات، مصدر سابق، ج 2، ص 259. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج 3، ص 98. ابن جزئ، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص 306. ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 192. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج 10، ص 17. ابن راشد، لباب اللباب، مصدر سابق، ص 311. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج 7، ص 394-395. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 07. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 07. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج 4، ص 73. الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج 4، ص 73. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 8، ص 87. المواق، التاج والإكليل، مصدر سابق، ج 6، ص 87. الخرشبي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج 7، ص 142. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج 7، ص 126-127. غليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 146. ميارة، الإتقان و الأحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 13.

تولية المحدود في قذف بعد توبته القضاء، ومن ثم فإنَّ أحكامه تحمل على الصحة.

وعند أصبغ من المالكية أنه يحكم في كل شيء حتى فيما حدَّ فيه، ولا يشهد فيه. وعند سحنون أنه لا يحكم فيما حدَّ فيه من القذف أو الزنا، أو شرب الخمر، كولد الزنا، فإنه يحكم في كل شيء إلا الزنا، قياساً على الشهادة.⁽³⁾

- وممن قال بقول الجمهور من الصحابة و التابعين و الأعلام: عمر بن الخطاب، وأبو الدرداء، وابن عباس، وعطاء، وطلوس، وأبو الزناد، وعثمان البتي، وإسحاق، وأبو عبيد، وابن المنذر⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: موقف الفقهاء من الأحكام القضائية الصادرة من القاضي الفاسق:

رأينا من قبل حقيقة شرط العدالة وموقف الفقهاء منه، والإشكال الأُنَّ هو ما إذا كان القاضي فاسقاً وأصدر أحكاماً قضائية حال فسقه، فما هو موقف الفقهاء في هذه المسألة؟ هل تنقض أم لا تنقض؟.

- اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

- قول يرى بالنقض ولو كانت صائبة في الظاهر؛

- وقول ثان يرى حملها على الصحة، ولا ينقض منها إلا الخاطيء؛

- وقول ثالث يرى التتبع والتعقب فينقض ما كان خاطئاً، ويمضي ما كان صائباً.

وإليك بيان هذه الأقوال وأدلتها مع بيان الراجح فيها.

أولاً: القول الأول: أحكام القاضي الفاسق تنقض مطلقاً:

ذهب الحنفية⁽⁵⁾ في قول في المذهب، وهو المذهب و المشهور عند المالكية⁽⁶⁾، والشافعية⁽¹⁾ في

(1) - ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص25. الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج7، ص361. الغزالي، الوجيز، مصدر سابق، ص416. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص84.

(2) - ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص421. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص168. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص177. الحجاوي، الإقناع، مصدر سابق، ج4، ص396. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص374. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص464. البهوتي، الروض المربع، مصدر سابق، ص609.

(3) - الباجي، المنتقى، المصدر و الصفحة نفسها. القرافي، المصدر نفسه، ج10، ص20. خليل، المصدر نفسه، ج7، ص395. الحطاب، المصدر و الصفحة نفسها. الخرشبي، المصدر و الصفحة نفسها. الصاوي، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص189.

(5) - السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج1، ص326. الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص5-6-299-300-315-316. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص14. حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص585.

(6) - الخشنبي، محمد بن حارث، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، تحقيق: محمد المجذوب وآخرون، الدار العربية للكتاب، بيروت، بالاشتراك مع المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دم ن، دط، ص324. الباجي، فصول الأحكام، مصدر سابق، ص158. الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج7، ص133. ابن رشد (الجد)، البيان و التحصيل، مصدر سابق، ج9، ص254-257. ابن رشد (الجد)، المقدمات، مصدر سابق، ج2، ص259. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2، ص377. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج3، ص97-115. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص16-19. ابن راشد، لباب اللباب، مصدر سابق، ص311-317. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص387-389-392-423. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص21-56. ابن عبد الرفيغ، معين الحكام، مصدر سابق، ج2، ص610. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6،

المذهب عندهم، والحنابلة⁽²⁾، والزيدية⁽³⁾، والإباضية⁽⁴⁾، إلى أن أحكام القاضي صادرة حال فسقه باطلاً مطلقاً، وأنه يلزم نقضها ورُدُّها، حتى ولو كان ما حكم به صحيحاً في ظاهره.

- واستدل هذا الفريق من العلماء بالأدلة الآتية:

- السنة النبوية الشريفة: عَنْ ابْنِ بَرِيْدَةَ عَنْ أَبِيهِ - رضي الله عنه - عَنِ النَّبِيِّ ح قَالَ: « الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ: وَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ؛ وَاثْنَانِ فِي النَّارِ؛ فَأَمَّا الَّذِي فِي الْجَنَّةِ فَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ؛ وَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَجَارَ فِي الْحُكْمِ؛ فَهُوَ فِي النَّارِ؛ وَرَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ؛ فَهُوَ فِي النَّارِ »⁽⁵⁾.

وجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف أن القاضي الذي ينفذ حكمه هو الأول، أي العدل العالم، وأما الذي لا ينفذ حكمه فهو الثاني، وهو العدل الجاهل، وكذا الثالث، وهو الجائر غير العدل الفاسق، وأن عقوبة هذا الأخير مثل الثاني هي النار، والعياذ بالله عزوجل، مما يدل على عدم صحة جميع أحكامه، وبطلانها⁽⁶⁾، ومن ثم يلزم نقضها.

- ويمكن الاعتراض على هذا الاستدلال بالقول بأن الحديث لا يفهم منه إبطال قضاء الفاسق متى كان صواباً، وأقصى ما يدل عليه هو تأثيم من يمارس القضاء على هذا الوصف، وبيان عقوبته في الآخرة⁽⁷⁾.

ص39-40-03. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص03. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص69-90-91. الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج4، ص69-90-91. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، ص577-579. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص65. المواق، التاج و الإكليل، مصدر سابق، ج8، ص63. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص123-144. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص138. التسولي، البهجة، مصدر سابق، ج1، ص103. جعيط، محمد العزيز، الطريقة المرضية، مرجع سابق، ص285.

(1) - الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص131. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص618-633. الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج7، ص290. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص262-270. الخطيب الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، ج2، ص603. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص84-85-108. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص238-244. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص521-522. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص106-120-121. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص33-34. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص268-269-286. البغوي، التهذيب، مصدر سابق، ج8، ص168-182. المحلي، كنز الراغبين، مصدر سابق، ج5، ص3798.

(2) - أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص71-72. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص13. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص109. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص421-457. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص154-177. الزركشي، شرح مختصر الخرق، مصدر سابق، ج4، ص449. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص212. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص374-414. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص479.

(3) - الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج4، ص185. الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج4، ص275-276.

(4) - الثميني، الورد البسام، مصدر سابق، ج12-13.

(5) - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب في القاضي يخطئ، ج3، ص297. رقم الحديث: 3573. وقال عنه: «وهذا أصح شيء فيه» أي في الباب. والترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب ما جاء عن الرسول ﷺ في القاضي، ج3، ص613. رقم الحديث: 1322. وأخرجه ابن ماجه، في سننه، كتاب الأحكام، باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق، ج3، ص412. رقم الحديث: 2315.

(6) - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص258. الخطيب الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، ج2، ص602.

(7) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج2، ص561.

- المعقول:

- إنَّ قضاء القاضي الفاسق هو بمنزلة حكم العدم، لانتفاء شرط العدالة فيه، وهو شرط صحة، فتكون الأحكام الصادرة منه حال فسقه غير صحيحة، لأنَّ ما بني على باطل فهو باطل مطلقاً⁽¹⁾.
- إنَّ من لا عدالة له حتى ولو كان قاضياً لا يوثق بحكمه من طرف الناس عادة⁽²⁾.
- إنَّ من لا عدالة له يبطل الغرض من نصبه قاضياً بين الناس، ذلك أن القاضي الفاسق هو مظنة للحكم بخلاف الحق زاعماً أنه الحق لغرض من الأغراض الدنيوية، إذ أنَّ فاقد العدالة لا يتَّوَّع من شيء⁽³⁾.

- ويمكن الاعتراض على هذه الأدلة من المعقول بالقول بأنها تصدق حقيقة على الأحكام غير الصائبة والمخالفة للصحيح من الشرع وأدلتها، ولكنها لا تصدق على الأحكام الصحيحة الصائبة ظاهراً وباطناً الصادرة من القاضي الفاسق، خاصة إذا علمنا أنَّ الحق وصل إلى مستحقه، وأنه لا فائدة من نقض وإبطال أحكامه حينئذ⁽⁴⁾، وحتى في حال احتمال التحيل لإظهار صحة الأحكام، فإنَّه عن طريق آلية التتبع والتعقب يتم الكشف عنها، والتأكد من صحتها، ومن وقوعه في الخطأ أو عدم وقوعه⁽⁵⁾.

ثانياً: القول الثاني: أحكام القاضي الفاسق محمولة على الصحة ولا تنقض إلا بموجب

النقض غير الفسق:

ذهب الحنفية⁽⁶⁾ في المذهب المعتمد عندهم، وابن الماجشون⁽⁷⁾ من المالكية، والشافعية⁽⁸⁾ في قول

(1) - النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج 8، ص 85-108. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 8، ص 177. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج 6، ص 414. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 37. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 11، ص 415. الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص 316.

(2) - الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج 4، ص 276. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 65. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 39-40. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 39-40.

(3) - الشوكاني، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، المصدر نفسه، ج 6، ص 414. ابن مفلح، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، المرجع نفسه، ج 2، ص 562.

(6) - الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص 299-300-316. الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج 7، ص 03. ابن مودود الموصل، الاختيار، مصدر سابق، ج 2، ص 83. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج 7، ص 353-354. البارتري، العناية، مصدر سابق، ج 7، ص 254. ابن الشحنة، لسان الحكام، مصدر سابق، ص 220. داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج 3، ص 212. الحصكفي، الدر المنتقى، مصدر سابق، ج 3، ص 212. الحصكفي، رد المحتار، مصدر سابق، ج 5، ص 306. عالمكير وجماعة علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج 3، ص 307. حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج 4، ص 585.

(7) - ابن راشد، لباب اللباب، مصدر سابق، ص 311-317.

(8) - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 6، ص 270. الخطيب الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، ج 2، ص 603. الرملي، ص 603. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج 8، ص 244. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج 10، ص 121.

قول لهم في المذهب إلى أنّ أحكام القاضي الفاسق محمولة على الصحة، وأنها لا تنقض إلا إذا ظهر ما يوجب النقض من غير الفسق، فحينئذ تنقض.

- واستدل هذا الفريق من العلماء بأن العدالة هي شرط كمال في القضاء، لا شرط صحة، وأن الفاسق أهل للقضاء، ومع هذا فاللائق عدم تولية الفاسق القضاء⁽¹⁾.

- كما قاسوا القضاء على الإمامة العظمى، حيث إنّ الإمام الأعظم لا يعزل، ولا تبطل تصرفاته بالفسق، وكذلك القضاء، بجامع أن كليهما من الولايات العامة. قال الخطيب الشربيني الشافعي: «(وكذا لو فسق) لم ينفذ حكمه، وينعزل (في الأصح)، لوجود المنافي للولاية، والثاني: ينفذ كالإمام الأعظم»⁽²⁾.

ثالثا: القول الثالث: أحكام القاضي الفاسق تتبع، فينقض ما بان خطؤه، ويمضى الصواب:

وهو قول لبعض المالكية، منهم أصبغ وسحنون⁽³⁾، والقراي⁽⁴⁾، وهو قول أيضا عند الحنابلة⁽⁵⁾، وهو اختيار ابن قدامة المقدسي⁽⁶⁾، وابن تيمية⁽⁷⁾.

وحجة هؤلاء العلماء أنه لا فائدة ترجى من نقض أحكام القاضي الفاسق التي أصاب فيها

الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص522. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص33-34. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص108. المحلي، كنز الراغبين، مصدر سابق، ج5، ص3798.

(1) - المصدر الشهيد، المصدر و الصفحة نفسها. الكاساني، المصدر و الصفحة نفسها. ابن مودود الموصلي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن الهمام، المصدر و الصفحة نفسها. البابرتي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن الشحنة، المصدر و الصفحة نفسها. داماد أفندي، المصدر و الصفحة نفسها. الدر المنتقى، المصدر و الصفحة نفسها. الحصكفي، رد المحتار، المصدر و الصفحة نفسها. عالمكير وجماعة علماء الهند، المصدر و الصفحة نفسها. حيدر، علي، المصدر و الصفحة نفسها. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر و الصفحة نفسها. الخطيب الشربيني، الإقناع، المصدر و الصفحة نفسها. الروملي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن حجر الهيتمي، المصدر و الصفحة نفسها. الكوهجي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن أبي الدم، المصدر و الصفحة نفسها. النووي، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر و الصفحة نفسها. المحلي، كنز الراغبين، مصدر سابق، ج5، ص3798.

(3) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص21-65. ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج2، ص192-195. جعيط، محمد العزيز، الطريقة المرضية، مرجع سابق، ص285. ابن رشد (الجد)، المقدمات، مصدر سابق، ج2، ص259. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2، ص377. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج19، ص370. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص16-19. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص392-393-423. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، ص577-579. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص65. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج3، ص97. ابن راشد، المصدر نفسه، ص318. عُلَيْش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص138.

(4) - القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص19.

(5) - ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص457. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص177. المرذوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص212. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص414. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص464-479. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص37. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص109. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج1، ص415. الزركشي، شرح مختصر الخرق، مصدر سابق، ج4، ص449.

(6) - ابن قدامة المقدسي، المغني، المصدر و الصفحة نفسها. ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها. وانظر أيضا: شمس الدين ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن مفلح، الفروع، المصدر و الصفحة نفسها. الزركشي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن مفلح، المبدع، المصدر و الصفحة نفسها.

(7) - البعلي، الاختيارات الفقهية، مصدر سابق، ص280.

خاصة وأن الحق وصل إلى مستحقه، فصار كحكم الصالح والمتأهل للقضاء، ومن ثم فلا حاجة إلى نقضه وإبطاله⁽¹⁾.

رابعاً: موازنة وترجيح:

رأينا من قبل عند بيان موقف الفقهاء من شرط العدالة أن القول الراجح هو اشتراط العدالة في القضاء، ولكن إذا انتفى هذا الشرط بعد التولية فإننا نرى أن تتعقب أحكام القاضي الفاسق حال فسقه، فينقض ما كان خطؤه بيناً، ويمضى ما كان صائباً، وهذا هو القول الثالث، وهو ما نرجحه ونستصوبه، وذلك لأنه لا فائدة من نقض حكم صحيح وصائب، وهذا الذي رجحناه هو ما أخذ به أحد الباحثين المعاصرين⁽²⁾.

المطلب السادس: نقض الحكم القضائي بسبب انتفاء شرط الذكورة في القاضي:

الفرع الأول: موقف الفقهاء من تولية المرأة القضاء:

شرط الذكورة في القاضي من الشروط التي اشتهر فيها الخلاف بين العلماء، فقد وقع الخلاف حول هذا الشرط: هل هو شرط صحة، ومن ثم لا يجوز للمرأة أن تتولى القضاء مطلقاً، وإذا توگت تنقض أحكامها مطلقاً ولو كانت صائبة؟؟، أم أنه ليس بشرط مطلقاً، فيجوز للمرأة أن تتولى القضاء مطلقاً في كل المنازعات والخصومات بما فيها الدماء ومختلف الجرائم، أم أنه يجوز لها تولي القضاء فيما تجوز فيه شهادتها من الأموال فقط دون الدماء والقصاص؟.

وقد وقع الخلاف في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

- قول لا يميز تولية المرأة القضاء مطلقاً؛

- وقول يميز لها تولي القضاء في غير الحدود والقصاص؛

- قول ثالث، يميز لها القضاء مطلقاً.

ولكل قول من هذه الأقوال حجج وأدلة إليك بيانها بالترتيب، مع بيان الراجح منها.

أولاً: القول الأول: الذكورة شرط صحة في تولي القضاء، ومن ثم لا يجوز أن تكون المرأة

قاضياً مطلقاً:

ذهب زفر بن الهذيل من الحنفية⁽³⁾، و المالكية⁽¹⁾ في الراجح من المذهب عندهم، والشافعية⁽²⁾،

(1) - ابن قدامة المقدسي، المغني، المصدر و الصفحة نفسها. ابن قدامة المقدسي، الكافي، المصدر و الصفحة نفسها. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن مفلح، المبدع، المصدر و الصفحة نفسها. الزركشي، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي،

كشاف القناع، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، شرح منتهي الإرادات، المصدر نفسه، ج3، ص479.

(2) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج2، ص564.

(3) - ابن مودود الوصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص84.

والشافعية⁽²⁾، والحنابلة⁽³⁾ في المذهب عندهم، والزيدية⁽⁴⁾، والإباضية⁽⁵⁾ إلى أن الذكورة شرط صحة في قولي القضاء، ومن ثم لا يجوز تولية المرأة القضاء مطلقاً، وإذا وُكِّت كان المويِّ لها آثماً، وولايتها باطلة، وقضاؤها غير نافذ، حتى ولو كانت حنثي، فإنه لا يجوز. أما الحنثي الواضح الذكورية فتصح ولايته⁽⁶⁾.

ويرى الماوردي الشافعي أنه إن رُدَّ إلى المرأة تقليد قاضٍ لم يصحَّ، لأنه لما لم يصحَّ أن تكونَ واليةً، لم يجز أن تكونَ مويِّةً. وإن رُدَّ إليها اختيار قاضٍ جاز، لأنَّ الاختيار اجتهادٌ لا تمنع منه الأنوثة، كالفتيا⁽⁷⁾.

(1) - القاضي عبد الوهاب، الإشراف، مصدر سابق، ج2، ص956. القاضي عبد الوهاب، المعونة، مصدر سابق، ج2، ص414. الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج7، ص130-131. ابن رشد (الجد)، المقدمات، مصدر سابق، ج2، ص258-259. ابن رشد (الجد)، البيان و التحصيل، مصدر سابق، ج17، ص590. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2، ص377. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج3، ص97. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص21. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص16. ابن راشد، لباب اللباب، مصدر سابق، ص311. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص387-388. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص65-66. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص03. الدسوقي حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص03. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص69. الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج4، ص69. الخرشبي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص139. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص123-124. ابن جزئ، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص305. الونشريسي، أحمد أبو العباس أحمد بن يحيى، عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق، دراسة وتحقيق: حمزة أبو فارس، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1410هـ، 1990م، ص408. التسولي، الهجة، مصدر سابق، ج1، ص103. النفاوي، الفواكه الدواني، مصدر سابق، ج2، ص258. ميارة، الإتقان والإحكام، مصدر سابق، ج1، ص11. ميارة، فتح العليم الخلاق، مصدر سابق، ص121. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص138. ابن العربي، أحكام القرآن، ج3، ص482-483. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، ص577. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج16، ص138-139. الناودي، حلي المعاصم، مصدر سابق، ج1، ص103. المواق، التاج والإكليل، مصدر سابق، ج8، ص63. الآبي، جواهر لإكليل، مصدر سابق، ج2، ص221.

(2) - ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص25. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص130. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص618-625. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص156. الغرالي، الوسيط، مصدر سابق، ج7، ص289. الغرالي، الوجيز، مصدر سابق، ص416. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص33. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص378. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص82-83. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص262. الخطيب الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، ج2، ص603. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص238. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص515. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص106. زكرياء الأنصاري، فتح الوهاب، مصدر سابق، ج2، ص262. زكرياء الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص267. الحصني، كفاية الأختيار، مصدر سابق، ج2، ص286-287. الأسويطي، جواهر العقود، مصدر سابق، ج2، ص363. البغوي، التهذيب، مصدر سابق، ج8، ص167. المحلي، كنز الراغبين، مصدر سابق، ج5، ص3791.

(3) - أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص71-72. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص12-13. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص86. ابن تيمية (مجد الدين)، المحرر، مصدر سابق، ص638. شمس الدين بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص386. الزركشي، شرح مختصر الخرقني، مصدر سابق، ج4، ص439-440. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص421-457. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص153. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص464-479. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص374. البهوتي، الروض المربع، مصدر سابق، ص609. ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، ج2، ص314.

(4) - الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج4، ص185. الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج4، ص273. القنوجي، ظفر اللاطي، مصدر سابق، ص52-100.

(5) - الثميني، الورد البسام، مصدر سابق، ص13.

(6) - الخطيب الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، ج2، ص603. زكرياء الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص267. الرملي، حاشية على أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص267. القليوبي، حاشية على كنز الراغبين، مصدر سابق، ج5، ص3792.

(7) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص628. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص156.

ثانيا: القول الثاني: الذكورة ليست شرطا في تولي القضاء، ومن ثم يجوز للمرأة أن تتولى

القضاء في غير الحدود والقصاص، غير أن مؤيها يأثم:

ذهب الحنفية في المذهب المعتمد لديهم⁽¹⁾، وابن القاسم من المالكية فيما نقله عنه ابن أبي مريم⁽²⁾، بحسب تأويل ابن زرقون⁽³⁾، وهو التأويل الأظهر عند الخطاب⁽⁴⁾ إلى أن الذكورة ليست شرطا شرطا في تولي منصب القضاء، ومن ثم يجوز أن تلي القضاء، ولكن في غير الحدود والقصاص، أي: يجوز أن تكون المرأة قاضيا في الأموال؛ وأحكام الزواج؛ والطلاق؛ وكل ما يتعلق بالأسرة، والمنازعات العقارية، والاجتماعية؛ وحقوق العمال الفردية والجماعية مع أرباب العمل. وباختصار أن ما تقبل فيه شهادة المرأة يجوز لها أن تكون قاضيا، وما لا تقبل فيه شهادتها، كالحدود والقصاص، فلا يجوز أن تكون قاضيا.

أما قضاء الخنثى فيصح بالأولى، وينبغي ألا يصح في الحدود والقصاص، لشبهة الأنوثة⁽⁵⁾. ولكن مع ذلك، فإنَّ الحنفية قالوا⁽⁶⁾: يأثم الموي لها - وهو الخليفة أو من فوض إليه-، وذلك للحديث السابق: « لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَوْ أَمَرَهُمْ امْرَأَةٌ »⁽⁷⁾، كما قالوا⁽⁸⁾: إنَّه يكره تولية المرأة القضاء لما فيه من محادثة الرجال، ومبني أمرهن على الستر.

وهذا في الحقيقة تسليم وإقرار ضمني من الحنفية بقوة أدلة الجمهور في منع المرأة من القضاء، كما يمكن أن يعكس ضعف رأي الحنفية في المسألة، إذ ما معنى القول بجواز تولية المرأة القضاء، ثم القول بتأثير الموي لها؟؟ ألا يعد هذا إقرارا ضمنيا بصحة مذهب الجمهور في المنع، وتسليم بقولهم؟.

ثالثا: القول الثالث: يجوز للمرأة أن تلي القضاء مطلقا، في الأموال والحدود والقصاص:

(1) - السمناني، روضة القضاء، مصدر سابق، ج1، ص53. الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص317. الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص03. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص05. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص187. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص253، 297-298. داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج3، ص234. ابن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص84. العيني، البناية، مصدر سابق، ج8، ص52. الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج5، ص440. الحصكفي، الدر المنتقى، مصدر سابق، ج3، ص234. منلاخسرو، الدرر الحكام، مصدر سابق، ج2، ص408. رستم باز، سليم البناني، شرح المجلة، مصدر سابق، ج2، ص1164.

(2) - خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص388. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص65. الونشريسي، عدة البروق، مصدر سابق، ص482. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، ص577.

(3) - خليل، المصدر و الصفحة نفسها. الخطاب، المصدر نفسه، ج8، ص65-66. الرصاع، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - الخطاب، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج3، ص234.

(6) - ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص297. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص05. داماد أفندي، المصدر و الصفحة نفسها. الحصكفي، الدر المنتقى، مصدر سابق، ج3، ص234.

(7) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب كتاب النبي ﷺ إلى كسرى وقيصر، ج4، ص1610، رقم الحديث: 4163. وكتاب الفتن، باب الفتنة التي تموج كموج البحر، ج6، ص2600، رقم الحديث: 6686.

(8) - ابن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص82، 84.

1- التعريف بهذا الاتجاه، وبأصحابه، ونصوصهم:

ذهب ابن جرير الطبري فيما نسب إليه⁽¹⁾، و ابن حزم الظاهري⁽²⁾، ومحمد بن الحسن الشيباني فيما نقل عنه بعض المالكية⁽³⁾، والحسن البصري⁽⁴⁾، والخوارج⁽⁵⁾ إلى جواز أن تكون المرأة قاضيا مطلقا، مطلقا، في الأموال والحدود والقصاص، دون استثناء.

وهو أيضا احتمال عند المالكية⁽⁶⁾ مما قاله ابن القاسم. قال خليل: «روى ابن أبي مريم عن ابن القاسم إحجازة توليتها القضاء. ابن زرقون: وأظنه يريد فيما تجوز فيه شهادتها، كقول أبي حنيفة. ا.هـ. ويحتمل أن يريد الإطلاق، كقول محمد بن الحسن، والطبري، و المازري»⁽⁷⁾.

وقال الحطاب المالكي: «روى ابن أبي مريم عن ابن القاسم جواز ولاية المرأة للقضاء. قال ابن عرفة: قال ابن زرقون: أظنه فيما تجوز فيه شهادتها. قال ابن عبد السلام: لا حاجة لهذا التأويل، لاحتمال أن يكون ابن القاسم قال كقول الحسن والطبري بإجازة ولايتها مطلقا. قلت: الأظهر قول ابن زرقون، لأن ابن عبد السلام قال في الرد على من شد من المتكلمين، وقال: الفسق لا ينافي القضاء، ما نصه: وهذا ضعيف جدا، لأن العدالة شرط في قبول الشهادة، والقضاء أعظم حرمة منها، فجعل ما هو مناف للشهادة مناف للقضاء، فكما أن النكاح، والطلاق، والعتق، والحدود، لا تقبل فيها شهادتها، فكذلك لا يصح فيها قضاؤها»⁽⁸⁾.

وقال ابن حزم الظاهري: «وجائز أن تلي المرأة الحكم»⁽⁹⁾.

(1) - القاضي عبد الوهاب، المعونة، مصدر سابق، ج2، ص414. الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج7، ص130. ابن رشد(الجد)، المقدمات، مصدر سابق، ج2، ص258. ابن العربي، أحكام القرآن، مصدر سابق، ج3، ص482. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2، ص377. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج16، ص138-139. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص21. ابن جزى، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص305. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص388. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص65. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص130. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص626. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص156. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص262. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص12. شمس الدين ابن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص386. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص153. الصنعاني، سبل السلام، مصدر سابق، ج2، ص510. الشوكاني، نيل الأوطار، مصدر سابق، ص1780. القنوجي، ظفر اللاطي، مصدر سابق، ص100.

(2) - ابن حزم الظاهري، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص429-430.

(3) - نقل هذا القول عنه بعض المالكية. أما الحنفية فلم نجد أي إشارة له في كتبهم ومؤلفاتهم التي اعتمدنا عليها. أنظر: الباجي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن رشد(الجد)، المصدر و الصفحة نفسها. خليل، المصدر و الصفحة نفسها. الونشريسي، عدة البروق، مصدر سابق، ص481.

(4) - الحطاب، المصدر و الصفحة نفسها. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، ص577.

(5) - السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج1، ص53.

(6) - خليل، المصدر و الصفحة نفسها. الحطاب، المصدر و الصفحة نفسها. الرصاع، المصدر و الصفحة نفسها.

(7) - خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص388.

(8) - الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص65-66. وانظر أيضا: خليل، المصدر و الصفحة نفسها. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، ص577.

(9) - ابن حزم الظاهري، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص429.

2/- التحقيق أنّ ابن جرير الطّبري لا يجيز قضاء المرأة مطلقاً، أو أنّه يقول بقول الحنفية:

أما ابن جرير الطّبري فقد نقل عنه القول بجواز قضاء المرأة مطلقاً كل من: القاضي عبد الوهاب⁽¹⁾، و الماوردي⁽²⁾، وابن العربي⁽³⁾، وابن رشد (الحنفي)⁽⁴⁾، والقرطبي⁽⁵⁾، وغيرهم.

- والذي نراه - كما يراه كثير من المعاصرين⁽⁶⁾ - عدم صحة ما نسب إلى ابن جرير الطّبري

للأسباب الآتية:

- إنّ الطّبري لم يصرّح بقوله وبرأيه فيما وصل إلينا من كتبه، وبالأخص: تفسيره؛ وتأريخه.

- ففي تفسيره لا نجد له هذا القول، خاصّةً وأنّ آيات ناسبت الموضوع، كقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ

قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ [سورة النساء: 34]⁽⁷⁾، أو قوله تعالى: ﴿إِنِّي وَجَدْتُ

أَمْرًا تَمْلِكُهُمْ﴾ [سورة النمل: 23]⁽⁸⁾.

- وكذلك في تأريخه - تاريخ الأمم والملوك - عند الكلام على قصة سليمان عليه السلام مع ملكة

سبأ بلقيس⁽⁹⁾، وكذلك عند ذكره وفاة كسرى أبرويز بن هرمز، وتوليته على فارس ابنته بوران⁽¹⁰⁾،

خاصّةً وأنّه ذكر حديث أبي بكر عن النبي ح أنّه قال: «لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَوْ أَمْرَهُمْ أَمْرًا»⁽¹¹⁾.

فعلى الرّغم من كل هذه المناسبات إلا أنّ ابن جرير الطّبري لم يذكر أي موقف له بما يشير إلى

جواز قضاء المرأة مطلقاً.

ومن ثم لا تصح نسبة هذا القول إلى ابن جرير الطّبري، لأنّه لم يذكره في كتبه التي وصلت إلينا،

والقاعدة تقول: «لا ينسب لساكت قول»⁽¹²⁾.

- تصريح كل من ابن العربي⁽¹³⁾ والقرطبي⁽¹⁾ المالكيين بعدم صحة نسبة هذا القول إلى ابن جرير

(1) - القاضي عبد الوهاب، المعونة، مصدر سابق، ج2، ص414.

(2) - الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص130. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص626. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص156.

(3) - ابن العربي، أحكام القرآن، مصدر سابق، ج3، ص482.

(4) - ابن رشد (الحنفي)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2، ص377.

(5) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج16، ص139.

(6) - الغامدي، ناصر بن محمد بن مشري، الاختصاص القضائي، مصدر سابق، ص264-266. الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج1، ص81، ج2، ص569.

(7) - الطبري، جامع البيان، [طبعة شاكر]، مصدر سابق، ج5، ص37-39. ج8، ص290-293.

(8) - الطبري، المصدر نفسه، ج19، ص92-93.

(9) - الطبري، تاريخ الأمم والملوك، مصدر سابق، ص163-165.

(10) - الطبري، تاريخ الأمم والملوك، مصدر سابق، ص287.

(11) - سبق تحريجه.

(12) - الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج1، ص269. السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص176-177.

(13) - ابن العربي، أحكام القرآن، مصدر سابق، ج3، ص482. وانظره في: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج16، ص138.

جرير الطَّبْرِي، وهما من أشهر المفسرين، ومن المستبعد أن يخفى عليهم قوله، فقد قال ابن العربي المالكي ما نصه: «وَنَقَلَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ جَرِيرِ الطَّبْرِيِّ - إِمَامِ الدِّينِ - أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ قَاضِيَةً، وَلَمْ يَصِحْ ذَلِكَ عَنْهُ، وَلَعَلَّهُ كَمَا نَقَلَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا إِذَا تَقَضَتْ فِيهَا تَشْهَدُ فِيهِ، وَلَيْسَ بِأَنَّ تَكُونَ قَاضِيَةً عَلَى الإِطْلَاقِ»⁽²⁾.

وحتى ابن قدامة المقدسي شككَ ضمناً في صحة ما نسبَ إلى الطَّبْرِيِّ، حيث قال ما يدل على هذا التشكيك والتضعيف ما نصه: «وَحَكِي عَنْ ابْنِ جَرِيرٍ أَنَّهُ لَا تَشْتَرُطُ الذَّكُورِيَّةُ»⁽³⁾. بل إنَّ الماوردي وبعد أن ذكر مذهب الطَّبْرِيِّ في المسألة، وصف مذهبه بالشذوذ والفساد وأنَّ الإجماع يردُّه⁽⁴⁾.

- وحتى في حال احتمال أن يكون الطَّبْرِيُّ له هذا القول في كتبه التي لم تصلنا، فإنَّه استدلال يتطرق إليه الاحتمال، مما يبطل به الاستدلال، لأنَّه لا يصح أبداً نسبة قول إلى عالم بمجرد الاحتمال الناشئ بلا دليل⁽⁵⁾.

ومن هنا، فإنَّه لا يصح نسبة القول بجواز تولي المرأة القضاء مطلقاً إلى ابن جرير الطَّبْرِيِّ، غير أنَّه يمكن القول ربما أنه يقول بمذهب أبي حنيفة بجواز تولي المرأة القضاء في غير الحدود والقصاص⁽⁶⁾.

- و حتى ما نسب إلى محمد بن الحسن الشيباني الحنفي⁽⁷⁾ لا يصح، لأننا لم نجد له ذكراً في كتب الحنفية التي اعتمدها في البحث.

الفرع الثاني: انتقاض الحكم بانتفاء شرط الذكورة من عدمه:

تبعاً للخلاف السابق حول شرط الذكورة، فإن الفقهاء اختلفوا في انتقاض الحكم القضائي بانتفاء هذا الشرط، كالآتي:

- فمن قال باشتراط الذكورة في القاضي قال ببطلان الحكم مطلقاً إذا صدر من امرأة أو

(1) - القرطبي، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - ابن العربي، المصدر و الصفحة نفسها. القرطبي، المصدر نفسه، ج16، ص138-139.

(3) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص12. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص386.

(4) - الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص130. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص627. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص156.

(5) - الغامدي، ناصر بن محمد بن مشري، الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص265.

(6) - ابن العربي، أحكام القرآن، مصدر سابق، ج3، ص482. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج16، ص139-140.

(7) - نقل هذا القول عنه بعض المالكية. أما الحنفية فلم نجد أي إشارة له في كتبهم ومؤلفاتهم التي اعتمدها عليها. أنظر: الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج7، ص130. ابن رشد (الجد)، المقدمات، مصدر سابق، ج2، ص258. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص388. الونشريسي، عدة البروق، مصدر سابق، ص481.

خنثى⁽¹⁾.

- ومن قال بجواز قضاء المرأة في غير الحدود والقصاص، وهم الحنفية، قال بصحة حكمها في الأموال والعقارات وأحكام الأسرة والعمل، ومن ثم لا يبطل إلا ما وجب الإبطال لسبب آخر غير المذكورة، وإن صدر حكم في الحدود والقصاص من المرأة كان باطلاً وينتقض.
ومع ذلك، فإنَّ الحنفية قالوا: «لو قضت في حد وقود، فرفع إلى قاض آخر أمضاه، ليس لغيره أن يبطله»⁽²⁾.

وهكذا، فإنَّ الحنفية لا يبطلون الحكم القضائي في الحدود والقصاص الصادر من امرأة تولت القضاء، وإنما هو حكم موقوف على إمضاء قاضٍ آخر، فإن أمضاه فلا يجوز لأحد نقضه بعد ذلك، بناءً على قاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله»، وكذلك لأنَّه صدر في المرة الأخيرة من قاض رجل، وإن أبطله ونقضه فله ذلك، لأنَّ الحكم صدر من غير متأهل للقضاء، لانتفاء شرط الذكورة في القاضي.

- ومن قال بجواز قضاء المرأة مطلقاً، كابن حزم الظاهري وغيره، فإنَّ قوله يقتضي حمل جميع الأحكام الصادرة من المرأة إذا وليت القضاء على الصحة، ومن ثم لا يجوز نقضها إلا عند وجود ما يوجب النقض.

- ودائماً هناك قول رابع، وهو قول عند الحنابلة⁽³⁾، واختاره ابن قدامة المقدسي⁽⁴⁾، وشيخ الإسلام ابن تيمية⁽⁵⁾، أنَّ أحكام غير الصالح للقضاء - ومنه المرأة - تتبع وتتعبق، فيمضى منها ما كان صواباً، وينقض ما كان خطأً. وحجتهم في ذلك - كما رأينا من قبل - هي عدم وجود فائدة تحصل من نقض وإبطال الأحكام الموافقة للصواب، خاصة وأنَّ الحق وصل إلى مستحقه.⁽⁶⁾
- والذي يترجَّح لنا - وهو ما ترجَّح لغيرنا أيضاً⁽⁷⁾ - في هذه المسألة هو القول الرابع، لقوة

(1) - الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص03. الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج4، ص69. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص132. البغوي، التهذيب، مصدر سابق، ج8، ص182. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص108، 85، 136. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص33. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص267-269. أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص71-72. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص37. شمس الدين ابن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص415. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص153-177.

(2) - داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج3، ص234. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص05-06.
(3) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص37. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص109. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص457. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص212. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص177. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص414. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص479.

(4) - ابن قدامة المقدسي، المغني، المصدر و الصفحة نفسها. ابن قدامة المقدسي، الكافي، المصدر و الصفحة نفسها. شمس الدين ابن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص415.

(5) - البعلي، الاختيلات الفقهية، مصدر سابق، ص280.

(6) - ابن قدامة المقدسي، المغني، المصدر و الصفحة نفسها. ابن قدامة المقدسي، الكافي، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، كشف القناع، المصدر و الصفحة نفسها. ابن مفلح، المبدع، المصدر و الصفحة نفسها. شمس الدين ابن قدامة، المصدر و الصفحة نفسها.

(7) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج2، ص570.

تعليله ودليله، خاصة وأن الشرط مختلف حوله بين الفقهاء، فكان هذا القول ينظر إلى الغاية والوظيفة من الفصل في المنازعات، وهو إيصال الحق إلى مستحقه، ولا ينظر في شخص القاضي إلى حد إهدار العدالة والحق.

المطلب السابع: نقض الحكم القضائي بسبب انتفاء شرط الاجتهاد في القاضي:

الفرع الأول: موقف الفقهاء من شرط الاجتهاد في القاضي:

سبق أن تطرقنا إلى تعريف الاجتهاد من قبل في الباب الأول، وبيان مراتب المجتهدين، وهنا نتناول موقف الفقهاء من شرط الاجتهاد في تولي منصب القضاء.

وقد اختلف الفقهاء حول هذا الشرط على قولين:

- قول يرى اشتراط الاجتهاد؛

- وقول لا يشترطه.

وإليك بيان هذه الأقوال مع أدلتها، ثم بيان الراجح منها.

أولاً: القول الأول: الاجتهاد شرط صحة لتولي منصب القضاء:

يرى الحنفية⁽¹⁾ في قول عندهم في المذهب، و المالكية⁽²⁾ في المذهب عندهم، والشافعية⁽³⁾،

(1) - ابن مودود الموصلية، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص83. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص176. المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج7، ص255. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص253. البارتلي، العناية، مصدر سابق، ج7، ص255. العيني، البناية، مصدر سابق، ج8، ص04. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص288. داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج3، ص215. الحصكفي، الدر المنقى، مصدر سابق، ج3، ص215. وانظر أيضاً: ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص15-16.

(2) - القاضي عبد الوهاب، الإشراف، مصدر سابق، ج2، ص955. القاضي عبد الوهاب، المعونة، مصدر سابق، ج2، ص408-409. ابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، ص497. الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج7، ص132. الباجي، فصول الأحكام، مصدر سابق، ص113. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2، ص377. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج3، ص97. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص16، 21. ابن راشد، لباب اللباب، مصدر سابق، ص311. ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج2، ص192. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص21-22. خليل، المختصر، مصدر سابق، ص226. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص387-389-393. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص66-70. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص03-04. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص03. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص70. الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج4، ص70. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص124. الخرخشي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص139. العدوي، حاشية على شرح الخرخشي، مصدر سابق، ج7، ص139. التسولي، البهجة، مصدر سابق، ج1، ص104. التاودي، حلي المعاصم، مصدر سابق، ج1، ص104. ميارة، الإتقان والإحكام، مصدر سابق، ج1، ص12. ميارة، فتح العليم الخلاق، مصدر سابق، ص121. المعداني، الحسن بن رحال، حاشية على الإتقان والإحكام لميارة، مصدر سابق، ج1، ص12. المواق، التاج والإكليل، مصدر سابق، ج8، ص66-67. الآبي، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج2، ص221. عايش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص138-140.

(3) - ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص23-24. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص636. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص131-132. الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص159-160. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص378. الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج7، ص289-290. الغزالي، الوجيز، مصدر سابق، ص416. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص33-36. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص83-84. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص263. الخطيب الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، ج2، ص603-606. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص238. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص107. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص516.

والحنابلة⁽¹⁾ في المذهب عندهم، والظاهرية⁽²⁾ والزيدية⁽³⁾ في الأصح عندهم، والإباضية⁽⁴⁾، أن الاجتهاد شرط صحة في تولي القضاء، ومن ثم لا يجوز أن يوَلَّى منصب القضاء من ليس من أهل الاجتهاد، وهو المقلد والجاهل بالأحكام الشرعية.

والمجتهد هو من له القدرة على استنباط الأحكام الشرعية، ويحصل ذلك ب: معرفة كتاب الله عزوجل؛ وسنة النبي ح؛ وما أجمع عليه العلماء؛ والقياس؛ ولسان العرب؛ فيما يتعلق بما ذكر ليتعرف به استنباط الأحكام من أصناف علوم الكتاب والسنة⁽⁵⁾.

- ولكن هل يجب على المجتهد معرفة كل أصناف هذه العلوم المختلفة والتبحر فيها؟.

- والجواب⁽⁶⁾: ليس من شرط القاضي أن يكون محيطاً بهذه العلوم إحاطة تجمع أقصاها إلى أقصاها، وإنما يحتاج أن يعرف من ذلك ما يتعلق بالأحكام: من الكتاب؛ والسنة؛ ولسان العرب؛ وليس عليه أن يحيط بجميع الأخبار الواردة في هذا، فقد كان أبو بكر الصديق و عمر بن الخطاب، خليفتا رسول الله ح ووزيراه، وخير الناس بعده، في حال إمامتهما يسألان عن الحكم، فلا يعرفان ما فيه من السنة، فيسألان الناس، فيخبران، فقد سُئل أبو بكر عن ميراث الجدَّة، فقال: «مَا لَكَ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى شَيْءٌ، وَمَا عَلِمْتُ لَكَ فِي سُنَّةِ نَبِيِّ اللَّهِ - ح - شَيْئًا، فَارْجِعْ حَتَّى أَسْأَلَ النَّاسَ»، فَسَأَلَ النَّاسَ؛ فَقَالَ الْمُغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ: «حَضَرْتُ رَسُولَ اللَّهِ - ح - أَعْطَاهَا السُّدُسَ»: فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: «هَلْ مَعَكَ

الحصني، كفاية الخيار، مصدر سابق، ج2، ص287-288. زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، مصدر سابق، ج2، ص363. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص267-268. الرملي، حاشية على أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص267-268. السمعاني، قواطع الأدلة، مصدر سابق، ج2، ص354-355. البغوي، التهذيب، مصدر سابق، ج8، ص167-168. القليوبي، حاشية على كنز الراغبين، مصدر سابق، ج5، ص3791.

(1) - أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص71-72. ابن قدامة المقدسي، المصدر نفسه، ج14، ص14-15. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص87. شمس الدين ابن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص388. ابن تيمية (مجد الدين)، المحرر، مصدر، ص638. الزركشي، شرح مختصر الخرقى، مصدر سابق، ج4، ص437-439. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص421. ابن مفلح، المبدع، المصدر السابق، ج8، ص154. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص169. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص374. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص465-466. البهوتي، الروض المربع، مصدر سابق، ص609. ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، ج2، ص314-317.

(2) - ابن حزم الظاهري، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص363.

(3) - الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج4، ص185. الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج4، ص274-275. القنوجي، ظفر اللاطي، مصدر سابق، ص52-53.

(4) - الثميني، الورد البسام، مصدر سابق، ص12.

(5) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص15. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص263-265. الخطيب الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، ج2، ص606. الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج4، ص185. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص36-37.

(6) - العيني، البناية، مصدر سابق، ج8، ص05. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص288. الحصني، كفاية الخيار، مصدر سابق، ج2، ص288. ابن قدامة المقدسي، المصدر نفسه، ج14، ص15-16.

غَيْرِكَ؟»، فَقَامَ مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ، فَقَالَ مِثْلَ مَا قَالَ الْمُغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ، فَأَنْفَذَهُ لَهَا أَبُو بَكْرٍ⁽¹⁾. وسأل عمر عن إِمْلَاصِ⁽²⁾ المرأة، فأخبره المغيرة بن شعبة أَنَّ النبي حَ قَضَى فِيهِ بُوَّةً.⁽³⁾

ومن خلال هذه النصوص - الأمثلة الحداثية عن الصحابة، فإنه لا يشترط معرفة المسائل التي وُجِّهَ إليها المجتهدون في كتبهم ومؤلفاتهم، فإنَّ هذه فروع وُجِّهَ إليها الفقهاء بعد حيازة منصب الاجتهاد، فلا تكون شرطاً له، وهو سابق عليها، وليس من شرط الاجتهاد في مسألة أن يكون مجتهداً في كل المسائل، بل من عرف أدلَّةً مسألة وما يتعلَّق بها، فهو مجتهد فيها، وإن جهل غيرها، كمن يعرف الفرائض وأصولها، ليس من شرط اجتهاده فيها معرفته بالبيع، ولذلك ما من إمام إلا وقد توقف في مسائل، وقيل: من يجب في كل مسألة فهو مجنون، وإذا ترك العالم: لا أدري، أصيبت مقاتله. وحكي أنَّ مالكا سئل عن أربعين مسألة، فقال في ست وثلاثين مسألة منها: لا أدري، ولم يخرج ذلك عن كونه مجتهداً، وإيما المعتبر أصول هذه الأمور، وهو مجموع ملوَّن في فروع الفقه وأصوله، فمن عرف ذلك، ورزق فهمه، كان مجتهداً، له الفتيا، وولاية الحكم إذا وليه.⁽⁴⁾

وبهذا البيان الواضح والشافي، فإنَّ مفهوم الاجتهاد هو مفهوم مرن يقبل التجزئة، وليس مفهوماً جامداً كل متكامل لا يقبل التقسيم والتجزئة.

ثانياً: القول الثاني: الاجتهاد ليس شرطاً لتولي القضاء، ومن ثم يجوز تقليد العامي والمقلد:
ذهب الحنفية⁽⁵⁾ في المذهب عندهم، والمالكية⁽⁶⁾، والحنابلة⁽⁴⁾ في القول المرجوح في المذهبين معاً،

(1) - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الفرائض، باب في الجدة، ج3، ص121، رقم الحديث: 2894. والترمذي في سننه، في كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الجدة، ج4، ص419-420، رقم الحديث: 2100-2101. وقال عنه: «وفي الباب عن بريدة، وهذا أحسن، وهو أصح من حديث ابن عينية». ومالك في الموطأ، كتاب الفرائض، باب ميراث الجدة، ج2، ص14، رقم الحديث: 1461.

(2) - الإِمْلَاص: هو أن تزلق المرأة الجنين قبل وقت الولادة، وكل ما زلق من اليد فقد ملص، وأملص، وأملصته أنا. ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث، مصدر سابق، ص876. مادة: ملص. والمعنى: إلقاء الولد ميتاً.

(3) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الديات، باب جنين المرأة، ج6، ص2531-2532، رقم الحديث: 6509-6510. ومسلم في صحيحه، كتاب القسامة والحارين والقتال، باب دية الجنين ووجوب الدية في قتل الخطأ وشبهه العمد على عاقلة الجناني، ج3، ص1311، رقم الحديث: 1689.

(4) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص16.

(5) - المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج7، ص256-257. ابن الهمام شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص256-257. البائري، العناية على الهداية، مصدر سابق، ج7، ص256-257. الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص3. العيني، البناء، مصدر سابق، ج8، ص04-09. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص176. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص288. عالمكير وجماعة علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص307. داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج3، ص215-216. الحصكفي، الدر المنتقى، مصدر سابق، ج3، ص215. ابن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص83. التمرتاشي، مسعفة الحكام، مصدر سابق، ص89-90. منلا خسرو، الدرر الحكام، مصدر سابق، ج2، ص405. الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج5، ص654. ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص365. حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص584-581. رستم باز، سليم البناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص1163-1164.

(6) - ابن رشد (الجد)، المقدمات، مصدر سابق، ج2، ص259. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2، ص377. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج3، ص98. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص16. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص393. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص22. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص67.

معا، إلى أن الاجتهاد ليس شرطا في تولية القضاء، فيجوز تولية غير المجتهد من المقلد والعامي القضاء، وحينها يحكم بفتوى غيره، إلا أن الأولوية في التولية هي للمجتهد على غيره.

الفرع الثاني: انتقاض الحكم القضائي بانتفاء شرط الاجتهاد في القاضي:

إذا لم يتوافر في القاضي شرط الاجتهاد بأن كان مقلدا أو جاهلا بالأحكام الشرعية، فقد اختلف الفقهاء في نقض أحكامه على أربعة أقوال:

- القول الأول: تنقض أحكام غير المجتهد مطلقا: وهو مذهب المازري من المالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾، وقد سبق بيان هذا القول فلا نكره.

قال خليل: «وَحَكَمِي الْمَازِرِيُّ رَوَايَةً شَادَّةً أَنَّ الْجَاهِلَ تَنْقُضُ أَحْكَامَهُ وَإِنْ كَانَ ظَاهِرًا الصَّوَابَ، لِأَنَّهَا وَقَعَتْ مِنْهُ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ»⁽⁵⁾.

- القول الثاني: أحكام القاضي المقلد صحيحة ما لم تخالف قاطعا: حيث إن الاجتهاد ليس شرطا لتولي القضاء، وهو مذهب الحنفية، وقد ذكرناه من قبل فلا نكره.

- القول الثالث: تنقض كل أحكام القاضي الجاهل الذي لا يشاور العلماء:

وهو القول الراجح لدى المالكية⁽⁶⁾، وهذا يعني أن الاجتهاد ليس شرطا في تولي القضاء، ومن ثم

الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص3-40. الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج4، ص70-91. التسولي، البهجة، مصدر سابق، ج1، ص105. ميارة، الاتقان والإحكام، مصدر سابق، ج1، ص12-13. التاودي، حلي المعاصم، مصدر سابق، ج1، ص105. عُلَيْش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص139.

⁽¹⁾ - ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص421. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص169-170. ابن هبيرة، الإفصاح، مصدر سابق، ج2، ص279. ابن مفلح، المبدع، المصدر السابق، ج8، ص154. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص374. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص465.

⁽²⁾ - ابن شاس، المصدر نفسه، ج3، ص97. القرافي، المصدر نفسه، ج10، ص19. الحطاب، المصدر و الصفحة نفسها. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص91. الصاوي، المصدر نفسه، ج4، ص91. عُلَيْش، المصدر و الصفحة نفسها. البناي، حاشية على شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج7، ص144.

⁽³⁾ - ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص25. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص85-108-136. الخطيب الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، ج2، ص602. الحصني، كفاية الأخيار، مصدر سابق، ج2، ص286. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص267-269. المحلي، كنز الراغبين، مصدر سابق، ج5، ص3798.

⁽⁴⁾ - ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، ج2، ص317.

⁽⁵⁾ - خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص393-423. عُلَيْش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص139-184.

⁽⁶⁾ - ابن رشد (الجد)، البيان والتحصيل، مصدر سابق، ج9، ص255-256. ابن رشد (الجد)، المقدمات، مصدر سابق، ج2، ص259. ابن راشد، لباب اللباب، مصدر سابق، ص317. ابن عبد الرفيع، معين الحكام، مصدر سابق، ج2، ص610. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص65. خليل، المختصر، مصدر سابق، ص229. خليل، التوضيح، المصدر و الصفحة نفسها. الحطاب، مصدر سابق، ج6، ص67-138-139. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص3-4-40. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص144. الخرشبي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص162-163. التسولي، البهجة، مصدر سابق، ج1، ص105. ميارة، فتح العلم الخلاق، مصدر سابق، ص424-425. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص69-91. ابن رحال المعداني، حاشية على شرح ميارة، مصدر سابق، ج1، ص12-13. العدوي، حاشية على شرح الخرشبي، مصدر سابق، ج7، ص139، 163. الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج4، ص70-91. المواقي، التاج والإكليل، مصدر سابق، ج8، ص137. الآبي، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج2، ص228. البناي، حاشية على شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج7، ص144. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص3-4-40. عُلَيْش، المصدر و الصفحة نفسها.

يجوز للجاهل ومن لا علم له وللمقلّد أن يتوّىّ القضاء، لكن يجب عليه واجب شرط أن يشاور العلماء، فإذا شاورهم لا يجوز نقض أحكامه متى كانت صحيحة، أما إذا لم يشاور العلماء فتنقض أحكامه مطلقاً.

- وحجة هؤلاء العلماء هي أنّ أحكام الجاهل الذي لا يشاور العلماء هو قضاء تم بالظنون والحدس والتخمين، وليس عن علم وإدراك، والقضاء بغير هذا هو قضاء باطل.⁽¹⁾

- وهذا القول في الحقيقة هو قول شاذ في المذهب، كما رأينا من قبل، ذلك أنّ المذهب عند المالكية هو أنّ أحكام الجاهل باطلة مطلقاً.

- القول الرابع: أحكام القاضي الجاهل مطلقاً تنصف أحكامه، فما كان صحيحاً أنفذ، وما كان باطلاً ينقض:

وهو قول للمالكية⁽²⁾، وهو الصحيح عند القرافي⁽³⁾، وبعض الحنابلة⁽⁴⁾، واختاره الموفق ابن قدامة المقدسي⁽⁵⁾، وابن تيمية⁽⁶⁾.

قال ابن رشد (الجد) المالكي: «القضاة أربعة:... الثاني: عدل جاهل: يحكم برأيه، ولا يشاور العلماء، فتتصفح أحكامه، ولا يؤدُّ منها إلا الخطأ الذي لا اختلاف فيه».⁽⁷⁾

ويلاحظ أن ما ذكره خليل في خصوص القول الثالث المذكور أعلاه، غير صحيح حسب عليّش المالكي، فقد قال بعد أن ذكر قول ابن رشد (الجد): «فَهَذَا صَرِيحٌ فِي خِلَافٍ مَا عِنْدَ الْمُصَنِّفِ».⁽⁸⁾ ثم ذكر نصوصاً لابن يونس، ولأبي الحسن، والمتيطي، وابن عرفة، ثم قال: «فهذه النقول كلها تدل على خلاف ما جرى عليه المصنّف في الجاهل تبعاً لابن عبد السلام. والله أعلم».⁽⁹⁾

- وحجة هؤلاء أنّ القاضي الجاهل إذا لم يشاور وتنقضت أحكامه مطلقاً أنّه لا فائدة من نقض أحكامه كلها، وإمّا ينتقض الحكم الذي ثبت مخالفته للدليل القطعي، أما الحكم الصحيح، وإن صدر

(1) - عليّش، المصدر نفسه، ج4، ص184. التسولي، المصدر نفسه، ج1، ص105-106.

(2) - الخشني، أصول الفتيا، مصدر سابق، ص324. الباجي، فصول الأحكام، مصدر سابق، ص158. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج3، ص114. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص16-19. ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج2، ص195. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص65. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص40-03. عليّش، المصدر و الصفحة نفسها. الجعلي، سراج السالك، مصدر سابق، ج2، ص200.

(3) - القرافي، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص457. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص212. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص177. شمس الدين ابن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص415.

(5) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص37. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص177.

(6) - الجعلي، الاختيارات الفقهية، مصدر سابق، ص280.

(7) - عليّش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص185-186.

(8) - عليّش، المصدر نفسه، ج4، ص185.

(9) - عليّش، المصدر نفسه، ج4، ص186.

بلا مشاورة العلماء، فلا يجوز نقضه، لأنه حكم صحيح، والحق قد وصل إلى مستحقه⁽¹⁾.

خامسا: موازنة وترجيح:

من خلال كل ما سبق يتضح لنا أن القول الراجح هو القول الأخير، وذلك لأنَّ الحكم متى كان صحيحا ظاهرا وباطنا، فلا فائدة من نقضه وإبطاله، خاصة وأنَّ الحق وصل إلى مستحقه.

المبحث الثاني: نقض الأحكام القضائية بسبب انعدام الولاية و الاختصاص القضائيين:

رأينا من قبل الشروط التي يجب توافرها حتى يكون القاضي قاضيا، وهذه الشروط ترتبط بالقاضي في شخصه، وإلى جانب هذه الشروط هناك شروط أخرى تتعلّق بالحالة التي كان فيها القاضي حين أصدر الحكم، هل كان يتمتع بالولاية القضائية التي تمكّنه من إصدار الأحكام القضائية والفصل بين الناس في مختلف المنازعات؟ أم لم تكن له أية ولاية؟ بمعنى آخر: من ولّاه القضاء حتى يحكم بين الناس؟ ثم إذا صحت ولايته وحدد له اختصاص معين في حدود معينة، فهل يجوز له الخروج عن هذه الحدود؟ وما حكم الأحكام الصادرة منه حال خروجه عن اختصاصه القضائي؟.

وبناء على هذا التحليل، فإننا نتناول هذا المبحث في فرعين كالآتي:

المطلب الأول: نقض الحكم بسبب انعدام الولاية القضائية.

المطلب الثاني: نقض الحكم القضائي بسبب مخالفة قواعد الاختصاص القضائي.
وإليك بيان هذه المطالب بالتسلسل.

المطلب الأول: نقض الحكم القضائي بسبب انعدام الولاية القضائية:

- تمهيد وتقسيم: تعريف الولاية القضائية؛ وأركانها؛ وشروطها:

أولا: تعريف الولاية القضائية:

- سبق أن عوّفنا الولاية لغة من قبل، كما عوّفنا ولاية نقض الأحكام، وذلك ضمن الباب الأول.

كما سبق لنا أيضا تعريف القضاء. بقي علينا أن نقف على حقيقة الولاية القضائية.

وفي هذ الصدد يّعّف أحد الباحثين ولاية القضاء بأنّها: «بمجرد سلطة تثبت للخليفة أو الدولة، تحوّلها رعاية مصالح رعاياها وغيرهم، عن طريق ما تنشئه لذلك من هيئات، وفقا للضوابط المحددة شرعا أو نظاما»⁽²⁾.

وقال باحث آخر في تعريفها ومبيناً أنواعها بأنّها: «مجموع ما يسند للقضاء من أعمال ومهام،

(1) - ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها. شمس ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص415. ابن مفلح، المبدع، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص414.

(2) - هاشم، محمود محمد، القضاء و نظام الإثبات في الفقه الإسلامي و الأنظمة الوضعية، النشر العلمي و المطابع، جامعة الملك سعود، الرياض، ط2، 1420هـ-1999م، ص87.

وما له من سلطات... قد تكون عامة مطلقة، وبمقتضى هذه الولاية يكون للقاضي ولاية القضاء كاملة غير منقوصة، ويسمى بـ: القاضي ذي الولاية العامة. وقد تكون ولاية القضاء خاصة مقيدة، وبمقتضى هذه الولاية لا يكون للقاضي ولاية القضاء كاملة، بل يكون له جزء من الولاية الكاملة العامة، حيث يكون هذا القاضي مخصصاً بالزمان أو المكان أو الحادثة، إذ يؤدي التخصيص إلى الانتقاص من الولاية الكاملة، ويطلق على القاضي في هذه الحالة أنه ذو ولاية خاصة»⁽¹⁾.

ويؤفها باحث ثالث بأنها: «سلطة مَحْوَلَةٌ لشخصٍ لتبيين الحكم الشرعي في الخصومات، على وجه خاص، والإلزام به»⁽²⁾.

ثم يذكر صاحب هذا التعريف أن بالإمكان أن تتم هذه السلطة عن طريق ما ينشئه الإمام من هيئات شرعية وفق ضوابط محددة.⁽³⁾

والذي نراه أن هذا التعريف - كما هو واضح - هو تعريف لولاية القضاء، التي هي إحدى الولايات الشرعية، إلى جانب الخلافة والإمارة والمظالم وغيرها.

وإنما المقصود هنا أمر آخر، وهو ليس السلطة، وإنما المقصود بالولاية القضائية أن يتم تعيين وتقليد من يستحق القضاء في منصب القضاء.

بمعنى آخر من لم يتم تعيينه وتقليده القضاء، حتى ولو توافرت فيه شروط القضاء، فلا يجوز له الحكم والفصل بين الناس. فالتعيين والتقليد في منصب القضاء هو من يضيف على الشخص صفة «القاضي»، وبالعزل تذهب عنه هذه الصفة أيضاً.

ثانياً: أركان الولاية القضائية:

يذكر الفقهاء المسلمون أنَّ الولاية القضائية لها خمسة أركان⁽⁴⁾، وهي: المولى (بكسر اللام)؛ والمولى (بفتح اللام)؛ والصيغة أو العقد؛ والعمل أو محل الولاية؛ والتَّظَرُّرُ أو المولى فيه.

ويلاحظ أنَّ بعض الفقهاء⁽⁵⁾ يسمي هذه الأركان «شروطاً»، والسبب في هذا الخلاف هو اختلاف الفقهاء في تحديد حقيقة الركن وماهيته، وقد سبق بيان هذه المسألة، في الفصل الأول من الباب التمهيدي، فلا نكررها.

والآن إليك بيان هذه الأركان:

(1) - مليجي، أحمد محمد، النظام القضائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 17-18.

(2) - الخضيري، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج 1، ص 60.

(3) - الخضيري، أحمد بن محمد بن صالح، مرجع والصفحة نفسها.

(4) - القليوبي، حاشية على شرح كنز الراغبين، مصدر سابق، ج 5، ص 3789. البجيرمي، حاشية على شرح الإفتاح للخطيب الشربيني، مصدر سابق، ج 5، ص 305.

(5) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 1، ص 136. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 16، ص 07.

1/- الركن الأول: المؤلّي (بكسر اللام):

يقصد بالمؤلّي هنا من له صلاحية التعيين و التقليد في منصب القضاء لمن هو أهل له ممن تتوافر فيه شروط التولية⁽¹⁾.

وفي حق التقليد بمنصب القضاء قاعدة عامة، واستثناء يرد عليها. إليك بيانهما.

أ/- القاعدة العامة: صاحب الحق في التعيين في القضاء هو الدولة ممثلة في الإمام الأعظم:

والأصل والقاعدة العامة أنّ صاحب حق التقليد و التعيين في منصب القضاء هو الدولة ممثلة في الإمام الأعظم، أو نائبه، أو من يفوض إليه ذلك⁽²⁾، وهذا يعني أنّه لا يجوز لأي شخص مهما كان علمه وتقواه ومنزلته أن يضفي ويسبغ على نفسه صفة «القاضي» مطلقاً، ولا يكون ذلك إلا بعد التقليد والتعيين في منصب القضاء من صاحب الحق، الذي هو الدولة.

وفي هذا يقول ابن حزم الظاهري حاكياً للإجماع في هذه المسألة: «واتفقوا على أن من لم يؤلّه سلطان نافذ الأمر، بحق، أو بتغلب، ولا حكمه الخصمان، ولا هو قادر على إنفاذ الحكم، أنّ حكمه غير نافذ، وأنّ تحليفه ليس تحليفاً»⁽³⁾.

وقال القرافي المالكي: «من التصرفات ما تتوقف صحته على الولاية، كالقضاء، والوكالة، والخلافة»⁽⁴⁾.

و قال الشيرازي الشافعي: «ولا تجوز ولاية القضاء إلا بتولية الإمام، أو تولية من فوض إليه الإمام، لأنّه من المصالح العظام، فلا يجوز إلا من جهة الإمام، فإنّ تحاكم رجلان إلى من يصلح أن يكون حاكماً ليحكم بينهما جاز... واختلف قوله في الذي يلزم به حكمه. فقال في أحد القولين: لا يلزم الحكم إلا بتراضيهما بعد الحكم... لأنّ لو أزمناهما حكمه كان ذلك عزلاً للقضاة، وافتياتاً على الإمام»⁽⁵⁾.

(1) - أنظر أيضاً: الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، المرجع نفسه، ج1، ص62.

(2) - ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص259. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص295. العيني، البناءة، مصدر سابق، ج7، ص9-10. ابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، ص499. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص19. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص120. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص378. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص79-86. الأسيوطي، جواهر العقود، مصدر سابق، ج2، ص356. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص102. القليوبي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص121. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص419. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص143-144. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص459-460. ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، ج2، ص312.

(3) - ابن حزم، مراتب الإجماع، مصدر سابق، ص85.

(4) - القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص131.

(5) - الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص378.

والعبارات الأخيرة وإن كان القصد منها بيان حكم التحكيم إلا أنها تشير إلى العلاقة بين القضاء و التحكيم والفرق بينهما، وهو أن التحكيم يجب ألا يؤدي عمليا إلى إلغاء سلطة الدولة القضائية، وإلى عزل القضاة، والافتيات على سلطة الإمام الأعظم و الدولة.

- وأما صحة التقليد من نائبه فلأنه ينزل منزلته، وكذلك من فوّض إليه الإمام هو بمثابة الوكيل⁽¹⁾.

ومن ثم لا يجوز مطلقا أن ينصب أحد من أفراد الأمة نفسه قاضيا، أو أنّ جماعة من الأمة تعيّن قاضيا مع وجود الإمام الأعظم، وإذا وقع ذلك، كان ذلك التقليد والتعيين باطلا، ويكون ما صدر عن القضاة المعينون بهذه الطريقة أيضا باطلا.

ولعل الغاية والمقصد من هذا الركن هو إقرار الاعتراف بسلطة الإمام الأعظم، وتحريم الخروج عنه، ذلك أنّ القول بجواز التقليد من غير الإمام الأعظم هو شرّعة للخروج عنه عمليا، من حيث إمكانية نصب القضاة دون الرجوع في ذلك إلى سلطة الإمام الأعظم، وهو لاشك تصرف له دلالة سياسية خطيرة.

وعليه، فواجب على الإمام الأعظم خليفة المسلمين أن يعيّن القضاة في كل الأمصار من المدن الكبيرة و الصغيرة و القرى الكبيرة، القريبة منها و البعيدة، لما في ذلك من إقامة الحق، ورفع الظلم والمظالم⁽²⁾.

هذا وقد كان النبي ح يتولّى تقليد وتعيين القضاة بنفسه، كما يبعث القضاة إلى بعض الأمصار والمدن الإسلامية البعيدة، فبعث علي بن أبي طالب ومعاذ بن جبل - ب - إلى اليمن قضاة⁽³⁾. ولكن إذا كثرت أعمال الخليفة والإمام الأعظم وعظمت مهامه واتسعت فإنّ له أن يفوّض أمر تقليد وتولية القضاة إلى من يراه أهلا لذلك، كرئيس القضاة، أو وزير العدل، أو لجنة، أو هيئة تتوافر في أعضائها الأهلية و الكفاءة اللازمة، وهذا بالضبط ما أحدثه العباسيون حينما أحدثوا منصب «قاضي

(1) - ابن مودود الموصل، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص87. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص91.

(2) - الأسيوطي، جواهر العقود، مصدر سابق، ج2، ص356. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص140. ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، ج2، ص312.

(3) - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب القضاء، باب اجتهاد الرأي في القضاء، ج3، ص302، رقم الحديث: 3592. و أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، ج3، ص616، و قال عنه: «هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، و ليس إسناده عندي بمتمصل». ج3، ص617. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب أداب القاضي، ج10، ص114. وصححه ابن قيم الجوزية. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج1، ص276. وقال ابن حزم الظاهري عن هذا الحديث ما نصه: «هذا حديث ساقط، لم يروه أحد من غير هذا الطريق، و أول سقوطه أنه عن قوم مجهولين لم يسموا، فلا حجة فيمن لا يعرف من هو، وفيه الحارث بن عمر وهو مجهول لا يعرف من هو، ولم يأت هذا الحديث قط من غير طريقه» أنظر: ابن حزم الظاهري، الإحكام، مصدر سابق، ج7، ص910. وأخرجه البخاري في الصحيح، كتاب المغازي، باب بعث أبي موسى و معاذ إلى اليمن قبل حجة الوداع، ج4، ص1578، الحديث رقم: 4086. وأخرجه وكيع في أخبار القضاة، مصدر سابق، ج1، ص100-101. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، مصدر سابق، ج7، ص665. الذهبي، شمس الدين محمد بن أحمد، سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط10، 1414هـ-1994م، ج2، ص381.

القضاة»⁽¹⁾، أو الأندلسيون والمغاربية «قاضي الجماعة»⁽²⁾.

ويتوجّب على خليفة المسلمين، أو من فوضه، أن يصطفي للقضاء أفضل من يجد في الدّين والعلم والورع، ولا يجوز أن يفرض في ذلك⁽³⁾، لما رواه ابن عبّاس - ت - أنّ رسول الله ح قال: «مَنْ اسْتَعْمَلَ رَجُلًا مِنْ عَصَابَةِ وَفِي تِلْكَ الْعِصَابَةِ مَنْ هُوَ أَرْضَى لِلَّهِ مِنْهُ، فَقَدْ خَانَ اللَّهَ، وَخَانَ رَسُولَهُ، وَخَانَ جَمِيعَ الْمُؤْمِنِينَ»⁽⁴⁾. ولأنّ الإمام ينظر للمسلمين فوجب عليه تحري الأصل لهم⁽⁵⁾.

وقد اعتبر الشافعية أن المسافة بين القاضيين هي قدر مسافة القصر. وذكر إمام الحرمين الجويني أنه لا يجوز إخلاء مسافة العدو عن القاضي، ونقله شريح و الروياني عن أبي سعيد الاصطخري⁽⁶⁾. هذه هي القاعدة العامة.

ب/- الاستثناء: لأهل الحل والعقد تقليد قاض من بينهم إذا فقد الاتصال بسلطة الإمام الأعظم:

- أما الاستثناء فهو ما نصّ عليه الفقهاء⁽⁷⁾ على جواز تعيين أهل الحل والعقد لقاض من بينهم، أو من يروه أهلاً للقضاء، أن يتولّى منصب القضاء، وذلك لأنّ الضرورة اقتضت ذلك. وهذا باعتبار أنّ الأصل والقاعدة العامة السابقة لا يمكن العمل به دائماً و على الإطلاق، لأنّ قد يحدث في بعض الأحيان، وفي بعض الأماكن أحوال غير عادية، وظروف غير طبيعية، كانقطاع سبل

(1) - الطبري، تاريخ الرسل والملوك، مصدر سابق، ص 1629. الخطيب البغدادي، تاريخ مدينة السلام، مصدر سابق، ج 16، ص 382. ابن الجوزي، المنتظم، مصدر سابق، ج 8، ص 284. ابن كثير، البداية والنهاية، مصدر سابق، ج 6، ص 115. ابن خلكان، وفيات الأعيان، مصدر سابق، ج 6، ص 388، رقم الترجمة: 824.

(2) - الخشني، أبو عبد الله محمد بن الحارث القروي، قضاة قرطبة، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتب الإسلامية، دار الكتاب المصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ط 2، 1410هـ-1989م، ص 47. ابن سهل، ديوان الأحكام الكبرى، مصدر سابق، ج 1، ص 90. النباهي، المرقبة العليا، مصدر سابق، ص 18-19-36-37. الونشريسي، المعيار المعرب، مصدر سابق، ج 10، ص 77.

(3) - العيني، البناية، مصدر سابق، ج 8، ص 9-10. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج 8، ص 79-86. الأسيوطي، جواهر العقود، مصدر سابق، ج 2، ص 356. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 8، ص 140-141. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج 3، ص 459. ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، ج 2، ص 312.

(4) - أخرجه الحاكم في المستدرک، كتاب الأحكام، ج 4، ص 191، رقم الحديث: 7102. وقال عنه: «حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه». والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب لا يولى الوالي امرأة و لا فاسقا و لا جاهلاً أمر القضاء، ج 10، ص 118. ووكيع في أخبار القضاة، مصدر سابق، ج 1، ص 68. وقد استشهد به: البهوتي، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج 3، ص 459.

(6) - القليوبي، حاشية على شرح كنز الراغبين، مصدر سابق، ج 5، ص 3789. عميرة، حاشية على شرح كنز الراغبين، مصدر سابق، ج 5، ص 3790.

(7) - ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج 7، ص 264. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج 6، ص 298. الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج 5، ص 368-369. ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج 5، ص 368-369. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج 10، ص 33. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 19. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 8، ص 110. الفراوي، الفواكه الدواني، مصدر سابق، ج 2، ص 359. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 147. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 1، ص 139-140. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج 10، ص 105-106. أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 84. ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، مصدر سابق، ص 88. القليوبي، المصدر نفسه، ج 5، ص 3793.

الاتصال بالسلطة والخليفة، بسبب حدوث فتنة داخلية، أو حدوث اعتداء من الكفار على المسلمين، وغيرها من الأسباب، فكل ذلك يؤدي إلى عدم إمكانية التواصل مع السلطان والخليفة والسلطة المركزية في الدولة لتعيين قاض في حال وفاته قبل أو أثناء هذه الحوادث الطارئة والاستثنائية، خاصة وأنه قد تطول المدة، والناس بحاجة إلى قاض ليفصل في المنازعات، ولا يمكن البقاء بلا قاض يحكم فيها، فنظرا لهذه الاعتبارات فإنه يجوز لجماعة من المسلمين من أهل الصلاح و الدين تعيين قاض للفصل بين الناس.

هذا وقد ذكر المازري المالكي القاعدة و الاستثناء معا فقال: « الْقَضَاءُ يَنْعَقِدُ بِأَحَدٍ وَجِهَيْنِ:

– أَحَدُهُمَا: عَقْدُ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ أَوْ أَحَدِ أُمَّرَائِهِ الَّذِينَ جَعَلَ لَهُمُ الْعَقْدَ فِي مِثْلِ هَذَا؛

– وَالثَّانِي: عَقْدُ ذَوِي الرَّأْيِ وَأَهْلِ الْعِلْمِ وَالْمَعْرِفَةِ وَالْعَدَالَةِ لِرَجُلٍ مِنْهُمْ كَمَلَتْ فِيهِ شُرُوطُ الْقَضَاءِ، وَهَذَا حَيْثُ لَا يُمْكِنُهُمْ مُطَالَعَةُ الْإِمَامِ فِي ذَلِكَ، وَلَا أَنْ يَسْتَدْعُوا مِنْهُ وَلَايَتَهُ، وَيَكُونُ عَقْدُهُمْ لَهُ نِيَابَةً عَنِ عَقْدِ الْإِمَامِ الْأَعْظَمِ، أَوْ نِيَابَةً عَمَّنْ جَعَلَ الْإِمَامُ لَهُ ذَلِكَ، لِلضَّرُورَةِ الدَّاعِيَةِ إِلَى ذَلِكَ»⁽¹⁾.

2-/ الركن الثاني: الموكل (بفتح اللام):

وهو القاضي الذي تم تعيينه من قبل إمام المسلمين للفصل في المنازعات الواقعة بين الناس. وقد ذكر الفقهاء شروط تولي القضاء – وقد سبق بيانها – واعتنوا بها كثيرا، حرصا منهم على حماية منصب القضاء من التطفل والاستيلاء عليه بالمال و السياسة، وحماية كذلك للعدل والإنصاف، لأنَّ القاضي جزء أساسي في العملية القضائية ككل، فهو لسان العدل ينطق حقا وحقيقة.

3-/ الركن الثالث: الصيغة:

وقد نصَّ الفقهاء على أن ولاية القضاء تنعقد بكيفيتين، وهما⁽²⁾:

– اللفظ والمشافهة في الحضور؛ ومن ثم لا يجوز الاقتصار على المكاتبة في الحضور.

– و بالمراسلة و المكاتبة مع الغيبة، كما في الوكالة.

كما تكلم الفقهاء عن ألفاظ الصيغة التي ترد في عقد التولية للقضاء، وهذا ما سنراه في شروط الولاية القضائية قريبا، وهذا اهتماما منهم بتحديد المسؤوليات، كما يدل على اهتمامهم بالجوانب الشكلية والظاهرية للعقد.

(1) – ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص19. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص120.

(2) – ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص295. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص177. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص22. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص50. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص285. القليوبي، حاشية على كنز الراغبين، مصدر سابق، ج5، ص3789. أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص74. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص419. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص366. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص461-462. ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، ج2، ص314.

4/- الركن الرابع: العمل (أو محل الولاية أو الاختصاص الإقليمي):

وهذا الركن يسميه بعض الفقهاء بـ: «المحل»⁽¹⁾.

ويقصد به المكان أو الإقليم الجغرافي الذي عيّن فيه القاضي للقيام بعمله من الفصل في الخصومات و قطع المنازعات⁽²⁾.

وقد نصّ الفقهاء⁽³⁾ على أنّ الإمام الأعظم من مسؤولياته وواجباته عند تعيين القاضي أن يحدد له في عقد التولية الاختصاص الإقليمي والنوعي وغيرهما الذي تنفذ فيه التصرفات والأعمال القضائية لهذا القاضي المعين، وهذا شرط جوهري في عقد التولية، وإلا لا تصح التولية أصلا من أساسها. وهكذا يتبين لنا أن الاختصاص المكاني أو المحلي ليس جائزا فقط ومشروعا، وإمّا هو شرط من شروط ولاية القضاء، بحيث إذا احتل هذا الشرط، لم تصح ولاية القضاء أصلا.

والحقيقة أنّ الأمر لا يتعلق بالاختصاص الإقليمي (أو المحلي أو المكاني) فقط، بل بكل أنواع الاختصاص، وهذا ما سيأتي بيانه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

5/- الركن الخامس: النَّظَر:

وهو ما يتصرف فيه القاضي⁽⁴⁾ من أنواع الأحكام.

- وهو إما أن يكون عاما؛ وإما خاصا.

أ/- النَّظَر العام:

فأما النَّظَر العام: فهو أن يوّي الإمام الأعظم القاضي للفصل في جميع الخصومات، مهما كان نوعها، ومقدارها، وأشخاصها، أو في مدة زمنية غير محددة⁽⁵⁾.

فيجوز له أن ينظر في منازعات الأموال والزواج والطلاق والميراث والحدود والقصاص والتعزير. وسواء كانت قيمة النزاع عظيمة أم صغيرة، وسواء بين الرجال فقط، أو بين النساء فقط، أو بين الرجال والنساء معا، أو الذميين فقط، أو بين المسلمين والذميين معا.

(1) - القليوبي، المصدر و الصفحة نفسها. البجيرمي، حاشية على شرح الإقناع للخطيب الشريفي، مصدر سابق، ج5، ص305.

(2) - القليوبي، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص19-20. التسولي، البهجة، مصدر سابق، ج1، ص102. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص137. الماوردي، أدب القاضي، المصدر نفسه، ج1، ص153-154. الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر نفسه، ج16، ص12-13. ابن أبي الدم، المصدر و الصفحة نفسها. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص106. القليوبي، المصدر و الصفحة نفسها. أبو يعلى الفراء، المصدر نفسه، ص75. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص419. البهوتي، كشف القناع، المصدر نفسه، ج6، ص366-370. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المصدر نفسه، ج3، ص460.

(4) - القليوبي، حاشية على كنز الراغبين، مصدر سابق، ج5، ص379.

(5) - الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص141-142. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص166-172. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص18-20. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص50-51. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص107-108. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص146-148. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص369.

ب/- النّظر الخاص:

أما النّظر الخاص فهو أن يوّي الإمام الأعظم القاضي للفصل في نوع معين من الخصومات؛ أو حدود قيمة معينة للنزاع؛ أو لأشخاص بصفات معينة؛ أو لفترة زمنية محددة⁽¹⁾.

والقاضي هنا يمكن أن يعيّن للفصل في منازعات الأموال فقط، أو الزواج و الطلاق فقط، أو الحدود و التعازير فقط، أو ليفصل بين الرجال فقط دون النساء، أو العكس، أو يفصل في مدة زمنية معينة لا يتجاوزها، كعامين مثلاً.

وعن هذين النوعين معا يقول الماوردي الشافعي: «و يجوز أن يكون التقليد⁽²⁾: عامّاً؛ ومخصوصاً:

- **فالتقليد العام:** أن يقّلد قضاء جميع البلد، و القضاء بين جميع أهله، و القضاء في جميع الأيام. فتشتمل الولاية على الأحوال الثلاث: في جميع البلد؛ و على جميع أهله؛ و في جميع الأيام؛ و يقلده في جميع ذلك النّظر في جميع الأحكام.

- **فأما النّظر الخاص:** فهو أن يقّلد النّظر في المدائيات دون المناكح، أو الحكم بالإقرار من غير سماع بينة، أو في نصاب مقدّر من المال لا يتجاوزها، فهذا جائز، و يكون مقصور النّظر على ما قلده⁽³⁾.

ثالثاً: شروط صحة الولاية القضائية:

يشترط الفقهاء مجموعة من الشروط حتى تكون التولية في منصب القضاء صحيحة ومقبولة ومنتجة لآثارها، وهذه الشروط هي:

1/- أن تتم التولية من الإمام الأعظم؛ أو نائبه؛ أو من فوّض إليه: لأنّ ولاية القضاء من المصالح العامة العظام، فلم تجز إلا من جهة الإمام الأعظم، كعقد الذمة، ولأنّ الإمام صاحب الأمر والنهي، وهو واجب الطاعة، مسموع الكلمة، مالك لجميع الولايات شرعاً وحسباً، فلا يفتات عليه في

(1) - الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص 11-13. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 15-16. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 11-12. الماوردي، الأحكام السلطانية، المصدر نفسه، ص 141. الماوردي، أدب القاضي، المصدر نفسه، ج 1، ص 155-166-172-173. الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر نفسه، ج 16، ص 13-21. ابن أبي الدم، المصدر نفسه، ص 57. النووي المصدر نفسه، ج 8، ص 107. أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 78-80. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج 6، ص 420. ابن مفلح، المبدع، المصدر نفسه، ج 8، ص 149-150. البهوتي، المصدر نفسه، ج 6، ص 369-370. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج 3، ص 462-463.

(2) - أي قرار التعيين بالمصطلح المعاصر.

(3) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 1، ص 155-166-172-173. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 16، ص 13-20.

ذلك، أما نائب الإمام فالأئمة مؤل منزله⁽¹⁾.

- ولأئمة كذلك لم يتصدّر أحد في زمن النبوة للقضاء إلا بأمره **ح**، ولا تصدّر أحد في أيام الخلفاء الراشدين للقضاء إلا بأمر من الخليفة، وهذا أمر ظاهر وواضح لا ينبغي أن ينكر. وهكذا استمر الأمر بعد انقضاء عصر الخلفاء الراشدين، فلم يسمع بقاض إلا بولاية من سلطان زمانه إلى هذه الغاية⁽²⁾. وهذا الشرط هو ما نصّت عليه المادتين 1785⁽³⁾ و 1800⁽⁴⁾ من مجلة الأحكام العدلية.

2/- معرفة المولى كونه المولى على صفة تصلح للقضاء: وذلك لأنّ مقصود القضاء لا يحصل ولا يصلح إلا بذلك، ولأنّ الأصل العدم، فلا تجوز توليته مع عدم العلم بأهليته، كما لا تجوز توليته مع عدم العلم بصلاحيته. وحاصل هذا الشرط: إن كان الإمام يعرف صلاحه وولاه القضاء، وإلا سأل أهل المعرفة عنه، فإن عرفها بعد التقليد والتعيين استثنفها ولم يعول على ما تقدّمها⁽⁵⁾.

3/- تحديد الاختصاص القضائي: مكانا؛ وزمانا؛ ونوعا؛ ومذهبا؛ وأشخاصا، وقيمة؛ أي

(1) - ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، ج 7، ص 259. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج 6، ص 295. ابن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج 2، ص 87. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج 5، ص 368. حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج 4، ص 573-597. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مصدر سابق، ج 2، ص 1167. ابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، ص 499. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج 2، ص 378. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 19. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 8، ص 81. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج 3، ص 378. الشيرازي، التبيين، مصدر سابق، ص 251. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 1، ص 137-141. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 16، ص 7-8. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص 45-49. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج 8، ص 85-106. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج 10، ص 102. ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، مصدر سابق، ج 4، ص 289. القليوبي، حاشية على كنز الراغبين، مصدر سابق، ج 5، ص 3789. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 91-121. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج 6، ص 88. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 11، ص 377. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج 6، ص 365. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج 6، ص 419. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 8، ص 143-144. ابن تيمية (مجد الدين)، المحرر، مصدر سابق، ص 637. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج 3، ص 460. ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، ج 2، ص 312. الشوكاني، السبيل الجرار، مصدر سابق، ج 4، ص 276.

(2) - الشوكاني، السبيل الجرار، مصدر سابق، ج 4، ص 276.

(3) - نص المادة 1785: «الْقَاضِي هُوَ الَّذِي نُصِّبَ وَعِيِّنَ مِنْ قِبَلِ السُّلْطَانِ لِأَجْلِ فَضْلِ وَحَسْمِ الدَّعْوَى وَالْمُخَاصَمَةِ الْوَاقِعَةِ بَيْنَ النَّاسِ تَوْفِيقًا لِأَحْكَامِهَا الْمَشْرُوعَةِ». أنظر: حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج 4، ص 572. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مصدر سابق، ج 2، ص 1161.

(4) - نص المادة 1800: «الْقَاضِي وَكَيْلٌ مِنْ قِبَلِ السُّلْطَانِ بِإِجْرَاءِ الْمُحَاكَمَةِ وَالْحُكْمِ». أنظر: حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج 4، ص 597. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مصدر سابق، ج 2، ص 1167.

(5) - القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج 10، ص 32. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 19-20. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 8، ص 78. التسولي، البهجة، مصدر سابق، ج 1، ص 102. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 144. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 137. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 16، ص 21. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 1، ص 175. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص 51. الخطيب الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، ج 2، ص 608. القليوبي، حاشية على كنز الراغبين، مصدر سابق، ج 5، ص 3793. أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 75. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج 6، ص 88. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 11، ص 377. ابن تيمية (مجد الدين)، المحرر، مصدر سابق، ص 637. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج 6، ص 419. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 8، ص 144. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 11، ص 150. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج 6، ص 366. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج 3، ص 460.

تعيين ما يوليه الحكم فيه من الأعمال، كمصر والكوفة ونواحيهما، والبلدان، كالحلة ونحوها، وغيرها من أنواع الاختصاص، ليعلم محل ولايته فيحكم فيه، ولا يحكم في غيره، ولأنه عقد ولاية يشترط فيه الإيجاب والقبول، فلا بد من معرفة المعقود عليه، كالوكالة، وإلا فسدت التولية⁽¹⁾.

وعند الحنفية⁽²⁾ في ظاهر الرواية عندهم أن ذكر اسم البلد للقضاء شرط لنفاذ القضاء، وفي رواية النوادر: ليس بشرط، وكثير من المشايخ المتأخرين أخذوا برواية النوادر، باعتبار الحاجة.

4/- حصول المشافهة بالولاية من الإمام إلى القاضي إن كان حاضراً؛ أو مكاتبته إن كان غائبا: لأن التولية تحصل بذلك، كالتوكيل، وحينئذ يكتب له عهداً بما ولاه⁽³⁾، ولأن النبي ح كتب لعمر و بن حزم حين بعثه إلى اليمن⁽⁴⁾، ولأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه كتب لأنس لما بعثه إلى البحرين، وختم بخاتم رسول الله ح⁽⁵⁾، وكتب عمر رضي الله عنه إلى أهل الكوفة: «أما بعد: فإنني بعثت إليكم عمّاراً أميراً، أميراً، وعبد الله قاضياً»⁽⁶⁾.

ويرى الشافعية⁽⁷⁾ أن كتابة كتاب التقليد والتعيين ليست بواجبة، وإنما هي مندوبة، مستدلين

⁽¹⁾ - القرافي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج 1، ص 20. الخطاب، المصدر و الصفحة نفسها. التسولي، المصدر و الصفحة نفسها. عليش، المصدر و الصفحة نفسها. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج 8، ص 106. الماوردي، الأحكام السلطانية، المصدر و الصفحة نفسها. الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر نفسه، ج 16، ص 12-13. الماوردي، أدب القاضي، المصدر نفسه، ج 1، ص 154. ابن أبي الدم، المصدر نفسه، ص 50. القليوبي، المصدر نفسه، ج 5، ص 3789. أبو يعلى الفراء، المصدر و الصفحة نفسها. ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، المصدر نفسه، ج 11، ص 378. ابن تيمية (مجد الدين)، المصدر و الصفحة نفسها. المرادوي، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، كشاف القناع، المصدر و الصفحة نفسها. ابن مفلح، الفروع، المصدر و الصفحة نفسها. ابن مفلح، المبدع، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المصدر و الصفحة نفسها. ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، ج 2، ص 312.

⁽²⁾ - الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج 5، ص 362. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج 5، ص 362. منلاخسرو، الدرر الحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 404. الشرنبلالي، غنية ذوي الإحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 404. عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج 3، ص 315، 339، 392.

⁽³⁾ - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 19. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 144-145. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 136. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص 51. النووي، مصدر سابق، ج 8، ص 106-107. القليوبي، حاشية على كنز الراغبين، مصدر سابق، ج 5، ص 3789. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 11، ص 378. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 11، ص 150. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 8، ص 144. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج 6، ص 366. ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، ج 2، ص 312.

⁽⁴⁾ - أخرجه النسائي في سننه، كتاب القسامة، باب ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول واختلاف الناقلين له، ص 548، رقم الحديث: 4853. ومالك في الموطأ، كتاب العقول، باب ذكر العقول، ج 2، ص 417. رقم الحديث: 2458. والدارمي في سننه، كتاب الديات، باب الدية في قتل العمد، ج 2، ص 247، رقم الحديث: 2325.

⁽⁵⁾ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، باب العرض في الزكاة، ج 2، ص 525، رقم الحديث: 1380. و باب لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع، ج 2، ص 526، رقم الحديث: 1382. باب ما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية، ج 2، ص 526، رقم الحديث: 1383.

⁽⁶⁾ - البهوتي، كشاف القناع، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج 3، ص 460. ابن مفلح، المبدع، المصدر و الصفحة نفسها. ابن ضويان، المصدر و الصفحة نفسها. وانظر أيضاً: ابن عساكر، تاريخ دمشق، مصدر سابق، ج 43، ص 437. الألباني، إرواء الغليل، مصدر سابق، ج 8، ص 342.

⁽⁷⁾ - الخطيب الشريفي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 6، ص 278.

بتقليد النبي ح لمعاذ بن جبل قضاء اليمن⁽¹⁾، ولم يكتب له.

والذي نراه وجوب الكتابة لتغير الزمن، والحكم يتغير بتغيره.

5/- إسهاد عدلين على التولية، فيقرأ الإمام، أو نائبه، عليهما العهد، عهد تولية القاضي، أو يقرأه غيره بحضرته ليمضيا معه إلى بلد توليته، فيقيما له الشهادة، ويقول الإمام أو نائبه لهما: «أشهد على أئني قد وليته قضاء البلد الفلاني، وتقدمت عليه بما يشمل هذا العهد عليه»، أي إذا كان البلد الذي ولاه فيه بعيدا لا يستفيض إليه الخبر بما يكون في بلد الإمام، فلا بد فيه من الإسهاد.

— إما إذا كان البلد الذي ولاه قريبا من بلد الإمام ليستفيض إليه خبر التولية مما يجري في بلد الإمام، نحو أن يكون بينهما خمسة أيام فما دونها، فيجوز الاكتفاء بالاستفاضة دون الشهادة.⁽²⁾

6/- أن يكون المولي للقاضي عدلا لا فاجرا ظالما:

وهذا الشرط وقع فيه الخلاف على قولين:

أ/- القول الأول: يرى اشتراط عدالة المولي:

أي، أن يكون الإمام الأعظم معروفا بالعدالة، لا ظالما فاجرا. وهذا القول قاله بعض المالكية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾ في رواية عندهم، و الزيدية⁽⁵⁾، وهذا قياسا على اشتراطها في المتولي، وهو القاضي.

ب/- القول الثاني: لا يشترط في المولي العدالة:

وهو مذهب الحنفية⁽⁶⁾، والمالكية⁽¹⁾ في المشهور عندهم، والشافعية⁽²⁾، والحنابلة⁽³⁾ في الرواية

(1) - سبق تحريجه.

(2) - الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص79. عُليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص144. ابن تيمية (مجد الدين)، المحرر، مصدر سابق، ص637-638. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص379-380. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص378. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص150. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص144. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص366.

(3) - المالكي، أبو بكر عبد الله بن محمد، رياض النفوس في طبقات علماء القيروان وإفريقية، تحقيق: بشير البكوش، مراجعة: محمد العروسي المطوي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1414هـ-1994م، ج1، ص178-179. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص19. الحطاب، المصدر نفسه، ج8، ص80. العدوي، حاشية على شرح الخرشي، مصدر سابق، ج7، ص138. التسولي، البهجة، مصدر سابق، ج1، ص102.

(4) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص121. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، المصدر نفسه، ج11، ص379. المرادوي، المصدر نفسه، ج11، ص151-152. ابن تيمية، المصدر نفسه، ص637. ابن مفلح، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص419.

(5) - الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج4، ص276.

(6) - الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص05. المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج7، ص263. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص263. ابن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص84. العيني، البناية، مصدر سابق، ج8، ص15-16. الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص144. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص298. منلاخسرو، الدرر الحكام، مصدر سابق، ج2، ص405. الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج5، ص368. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص368.

لِأَجْحَةِ عِنْدَهُمْ.

ويجب التنبيه إلى أنَّ الحنفية⁽⁴⁾ اشتروا أن يمكّن السلطان الجائر الظالم القاضي العادل الحكم بالحق، فإن لم يمكّنه فلا يجوز ذلك.

- واستدلوا بفعل السلف وكبار الصحابة، حيث تقلّدوا القضاء من الحجاج بن يوسف الثقفي على الرغم من جوره، وكذا تقلد الصحابة القضاء من معاوية، وكان الحق مع علي ب⁽⁵⁾.

- كما استدل الشافعية⁽⁶⁾ بما أثار عن عائشة -ل- حين سئلت عن القاضي العادل إذا استقضاه الأمير الباغي، هل يقبل منه تولى القضاء؟ فقالت: «إِنْ لَمْ يَقْضِ لَكُمْ خِيَارُكُمْ، قَضَى لَكُمْ شَرَارُكُمْ»⁽⁷⁾.

- ومن المعقول: استدلو بأن ولاية الإمام الكبرى تصح من كل بر وفاجر، فصحت ولايته، كالعدل، ولأنّها لو اعتبرت في المويّ أفضى إلى تعذرها بالكلية فيما إذا كان الإمام الأعظم غير عدل.⁽⁸⁾

(1) - ابن فرحون، المصدر و الصفحة نفسها. الونشريسي، المعيار المعرب، مصدر سابق، ج2، ص134. المالكي، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص86. الخطيب الشريبي، الإقناع، مصدر سابق، ج2، ص608. الخطيب، الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص266.

(3) - ابن قدامة المقدسي، المغني، المصدر نفسه، ج14، ص121. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المصدر و الصفحة نفسها. المرادوي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن تيمية (مجد الدين)، المصدر و الصفحة نفسها. ابن مفلح، المبدع، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، كشاف القناع، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص461.

(4) - الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص05. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص263-264. البائري، العناية، مصدر سابق، ج7، ص263-264. ابن مودود الموصل، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص84. العيني، البناء، مصدر سابق، ج8، ص16. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص144. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص298.

(5) - الصدر الشهيد، المصدر و الصفحة نفسها. ابن مودود الموصل، المصدر و الصفحة نفسها. الزيلعي، المصدر نفسه، ج4، ص177. ابن نجيم، المصدر و الصفحة نفسها. العيني، المصدر نفسه، ج8، ص15-16. ابن الهمام، المصدر نفسه، ج7، ص263. البائري، المصدر نفسه، ج7، ص263.

(6) - النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص86. الخطيب الشريبي، الإقناع، مصدر سابق، ج2، ص608. الخطيب، الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص266.

(7) - وانظر تخريج الأثر في: ابن الملقن، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: 804هـ)، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، تحقيق: مصطفى أبو الغيط - عبدالله بن سليمان - ياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1425هـ-2004م، ج9، ص559. وقال عنه: «وَهَذَا الْأَثَرُ لَا يَحْضُرُنِي مِنْ خَرَجِهِ بَعْدَ الْبَحْثِ عَنْهُ». ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ-1989م، ج4، ص453-454. ووصله فقال: قَالَ عُمَرُ بْنُ شَيْبَةَ فِي كِتَابِ «السُّلْطَانِ» لَهُ: نَا مُحَمَّدُ بْنُ حَاتِمٍ، نَا إِبْرَاهِيمُ بْنُ الْمُنْدَرِ، نَا إِبْرَاهِيمُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ، عَنِ أَبِيهِ، عَنِ ابْنِ شَهَابٍ، عَنِ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، قَالَ: «اجْتَمَعَتْ أَنَا وَنَفَرٌ مِنْ أَبْنَاءِ الْمُهَاجِرِينَ، فَقُلْنَا: لَوْ رَحَلْنَا إِلَى مُعَاوِيَةَ، ثُمَّ قُلْنَا: لَوْ اسْتَشَرْنَا أُمَّنَا عَائِشَةَ، فَدَخَلْنَا عَلَيْهَا، فَذَكَرْنَا لَهَا الْعِيَالِ وَالذِّينَ، فَقَالَتْ: سُبْحَانَ اللَّهِ، مَا لِلنَّاسِ بَدٌّ مِنْ سُلْطَانِهِمْ، قُلْنَا: إِنَّا نَخَافُ أَنْ يَسْتَعْمَلَنَا، قَالَتْ: سُبْحَانَ اللَّهِ، فَإِذَا لَمْ يَسْتَعْمَلْ خِيَارُكُمْ، يَسْتَعْمَلْ شَرَارُكُمْ».

(8) - شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص379. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص144-145. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص366. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص461.

- ولأنَّ في تقلُّد القضاء من الجائر الظالم إقامة للحق، ودفع للظلم⁽¹⁾.

ج/- موازنة وترجيح:

ولاشك أنَّ الراجح هو القول الأخير الذي لا يشترط عدالة الموالي، ولكن هذا ليس بإطلاق، بل متى مكَّنه من القضاء بالحق، وبما نصت عليه الشريعة، وإلا لم يجز، كما قال بذلك الحنفية⁽²⁾.

7/- أن تكون صيغة التقليد صريحة، ولا تجوز الكناية إلا بقريضة تدل على تولية القضاء⁽³⁾:

القضاء⁽³⁾:

وهي إما صريحة؛ وإما كناية؛ وإما مختلف فيها:

- فالفاظ التولية الصريحة سبعة: وُلِّيتُكَ الحَكمَ؛ وَقَلَّدتُكَ؛ وَأَسْتَنْبَتُكَ؛ وَأَسْتَحْلَفْتُكَ؛ وَدَدْتُ إِلَيْكَ الحَكمَ؛ وَهُؤُضْتُ إِلَيْكَ؛ وَجَعَلْتُ إِلَيْكَ الحَكمَ، لأنَّ هذه الصيغ تدل على ولاية القضاء دلالة لا تفتقر معها إلى شيء آخر، وذلك هو الصريح، وزاد في الرعاية - من كتب الحنابلة - على هذه: أَسْتَكْفِيْتُكَ.

وقيل: رَدَدْتُه؛ وَهُؤُضْتَه؛ وَجَعَلْتَه إِلَيْكَ: كناية.

فهذه الصيغ تنعقد بها الولاية القضائية متى تم قبولها لمن وجَّه إليه الإيجاب، وهي لا تحتل إلا ذلك، فمتى أتى بواحد منها ووجد القبول صحت، كالبيع والنكاح.

- أما أَلْفَاظُ الكِنَايَةِ، فنحو: اعتمدتُ عليك؛ وَعَوَّلْتُ عَلَيْكَ؛ وَوَكَّلْتُ إِلَيْكَ؛ وَأَسَدَدْتُ إِلَيْكَ الحَكمَ.

فهذه الألفاظ و الصيغ لا تنعقد بها الولاية القضائية، لأنَّها تحتل التولية وغيرها من كونه يأخذ برأيه أو غير ذلك، فلا ينصرف إلى التولية حتى يقترن بها قرينة، نحو: فاحكم، أو فتول ما عوَّلت عليك فيه، أو فانظر، أو فاقض، وما أشبهه، ذلك لأنَّ هذه القرينة تنفي الاحتمال.

(1) - ابن مودود الموصلي، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - الصدر الشهيد، المصدر و الصفحة نفسها. المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج7، ص263-264. ابن الهمام، المصدر نفسه، ج7، ص263-264. الزيلعي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن نجيم، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص13. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص19. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص79. التسولي، بهجة، مصدر سابق، ج1، ص102. عُلَيْش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص144. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص106-107. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص136. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص177-178. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص50. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص236. أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص74-75. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص121. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص88-89. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص379-380. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص152-155. ابن تيمية (مجد الدين)، المحرر، مصدر سابق، ص637. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص419. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص145. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص366-367. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص461. ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، ج2، ص312.

- وإما الألفاظ المختلف فيها: كقوله: فَوَضْتُ إِلَيْكَ الْقَضَاءَ، أو رددتُ إِلَيْكَ الْقَضَاءَ، أو جعلتُ إِلَيْكَ، أو أسندتُ إِلَيْكَ، فهذه الصيغ وقع فيها الخلاف على رأيين عند الشافعية⁽¹⁾:
- أحدهما: أنها صريحة في التقليد.
- والثاني: أنها كناية، وهو ما صحَّحه بعض العلماء، وإلى هذا ذهب المالكية⁽²⁾.

8/- إعلان القبول من قبل القاضي:

- ويكون صريحا بالإتقان، فإن كان حاضرا كان قبوله بالقول على الفور، فيقول: قبلتُ، أو تقلدتُ، وإن كان غائبا جاز قبوله على التراخي⁽³⁾.
- ولصحة القبول شرطان⁽⁴⁾:
- أحدهما: علم المتولّي باستحقاقه تولية القضاء، فإن لم يعلم استحقاقه لها لم يصح قبوله.
- والثاني: علمه من نفسه استكمال الشرائط المعتبرة في القضاء، فإن علمَ عدم استكمالها لم يصح قبوله، وكان بالقبول مجروحا.

- واختلفوا في الشروع في العمل: هل هو قبول أم ليس بقبول؟
- فهناك من صحَّح القبول، وهو مذهب المالكية⁽⁵⁾، وبعض الشافعية⁽⁶⁾، و الراجح عند الحنابلة⁽⁷⁾، وعللوا بأنَّ الشروع في العمل يدل ضمنا على القبول، كالوكالة.
- قال القرافي: «قالوا [يقصد الشافعية]: وفي القبول بالشروع في النَّظَر خلافٌ. وقواعدنا [يقصد المالكية] تقتضي الجواز، لأنَّ المقصود هو الدلالة على ما في النَّفس»⁽⁸⁾.
- وقال ابن فرحون: «إِذَا كَانَ الْقَاضِي الْمُوَلَّى غَائِبًا وَقَتَ الْوَلَايَةِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَبُولُهُ عَلَى

(1) - ابن أبي الدم، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص19. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص79. عُلَيْش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص144.

(3) - الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص136. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص51. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص154. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص145. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص366-367. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص461.

(4) - ابن أبي الدم، المصدر نفسه، ص50-51.

(5) - القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص33. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص19.

(6) - الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص136. ابن أبي الدم، المصدر نفسه، ص51. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص136. التسولي، البهجة، مصدر سابق، ج1، ص102.

(7) - أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص75. ابن مفلح، المصدر و الصفحة نفسها. المرادوي، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، كشاف القناع، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المصدر و الصفحة نفسها.

(8) - القرافي، المصدر و الصفحة نفسها. وانظر أيضا: الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص79. عُلَيْش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص144-145.

التَّراخي عِنْدَ بُلُوغِ التَّقْلِيدِ إِلَيْهِ، وَعَلَامَةُ الْقَبُولِ: شُرُوعُهُ فِي الْعَمَلِ، وَهَذَا جَرَى عَمَلُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ - وَمَنْ بَعَدَهُمْ إِلَى وَقْتِنَا هَذَا»⁽¹⁾.

- وهناك من أبطله واشترط التصريح، وهو ما ذهب إليه بعض الشافعية⁽²⁾، والحنابلة⁽³⁾ في قول قول مرجوح في المذهب، وعللوا بأنَّ الشروع في النَّظَرِ فرع لعقد الولاية، فلم ينعقد به قبولها⁽⁴⁾.
- والحق أنَّ القول الأول أرجح وأصوب من القول الثاني.

9- أن تشيع ولاية القاضي في عمله بين الناس:

فلا يجب على المولى النَّظَرِ في المنازعات حتى ينتشر في الناس من محل عمله أنه قاضٍ، وهو شرط في وجوب الطاعة، وقواعد الشريعة تقتضيه، لأنَّ العلم و التمكن شرطان في التكليف، فالشيعاء يوجب له المكنة و العلم لهم⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: نقض الحكم القضائي لمخالفة قواعد الاختصاص القضائي:

يصطلح الفقهاء المسلمون على الاختصاص بمصطلح: «التخصيص». و قد تناول الفقهاء هذا المصطلح دون تعريفه، و لكنهم مع ذلك ذكروا أنواع الاختصاص؛ و أدلته؛ و معاييرها المختلفة، و نحن سنحاول تتبع هذه المسائل وفق الخطة الآتية:

الفرع الأول: تعريف التخصيص، لغة و اصطلاحاً.

الفرع الثاني: حكمه، و أدلة مشروعيته.

الفرع الثالث: أنواعه.

و إليك هذه العناصر بالترتيب.

الفرع الأول: تعريف التخصيص، لغة و اصطلاحاً.

نتناول تعريف الاختصاص أو التخصيص لغة ثم نتبعه اصطلاحاً.

أولاً/- التخصيص لغة:

(1) - ابن فرحون، المصدر و الصفحة نفسها. وانظر أيضاً: الخطاب، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - الماوردي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن أبي الدم، المصدر و الصفحة نفسها. ابن حجر الهيتمي، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - أبو يعلى الفراء، المصدر و الصفحة نفسها. ابن مفلح، المصدر و الصفحة نفسها. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص154. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص366-367. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - الماوردي، المصدر و الصفحة نفسها. أبو يعلى الفراء، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص33. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص79. عُلَيْش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص144-145.

التخصيص، و الاختصاص، و الخصوصية، و التخصص، كلها على أصل مطرد منقاس لغة، و هي كذلك كلها من لفظ: [خ ص]، و هو يدل على الفرجة؛ و الثلمة⁽¹⁾؛ و الإنفراد؛ و التفرد بالأمر دون مشاركة الغير⁽²⁾.

فالخصاص: الفرج بين الأثافي، و يقال للقمر: بدا من خصاص السحاب: أي من فرجته⁽³⁾. ويقال: خصه بالشيء يخصه خصاً؛ و خصوصاً؛ و خصوصية؛ و خصوصة: بالفتح⁽⁴⁾ والضم، و الفتح أفصح⁽⁵⁾، و خصيص، و خصمه، و اختصه: أفرده دون غيره⁽⁶⁾. و تفرد بعض الشيء بما لا يشاركه فيه الجملة، و ذلك خلاف العموم و التعمم و التعميم⁽⁷⁾.

و يقال: اختص فلان بالأمر، و تخصص له: إذ انفرد⁽⁸⁾.

و الخاصة: خلاف العامة و العموم و التعمم و التعميم⁽⁹⁾. قال تعالى: ﴿وَأَتَقُوا فِتْنَةَ لَا تُصِيبَنَّ

الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْكُمْ خَاصَّةً﴾ [سورة الأنفال: 25].

و الخصاص: شبه كوة في قبة أو نحوها، إذا كان واسعاً قدر الوجه، أو الفرج التي بين فذد السهم. و الخصاصة، و الخصاصاء، و الخصاص: الفقر؛ و الثلمة في الحال؛ و سوء الحال، و الخلة،

و الحاجة⁽¹⁰⁾. و في التنزيل العزيز: ﴿وَيُؤْتِرُونَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾ [سورة الحشر: 09].

و أصل ذلك في الفرجة أو الخلة: لأن الشيء إذا انفرج وهى و اختل، و الخصاصة: الخلل والثقب الصغير⁽¹¹⁾.

و الخص: بيت من شجر أقصب، سمي بذلك لأنه يرى ما فيه من خصاصة: أي فرجة⁽¹²⁾.

(1) - ابن فارس، معجم المقاييس في اللغة، مصدر سابق، ص 303. مادة: خص.

(2) - الراغب الأصفهاني، المفردات، مصدر سابق، ص 155. مادة: خص. ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج 4، ص 109.

مادة: خص.

(3) - ابن فارس، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: خص.

(4) - ابن فارس، مصدر و الصفحة نفسها. مادة: خص.

(5) - ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج 4، ص 109. مادة: خص.

(6) - ابن فارس، معجم المقاييس في اللغة، مصدر سابق، ص 303. مادة: خص. ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: خص.

(7) - الراغب الأصفهاني، المفردات، مصدر سابق، ص 155. مادة: خص.

(8) - ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: خص.

(9) - الراغب الأصفهاني، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: خص. ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: خص. ابن فارس، المصدر و

الصفحة نفسها. مادة: خص.

(10) - ابن فارس، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: خص. الراغب الأصفهاني، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: خص. ابن منظور، المصدر و

الصفحة نفسها. مادة: خص.

(11) - ابن منظور، المصدر نفسه، ج 4، ص 110. مادة: خص. الراغب الأصفهاني، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: خص.

(12) - الراغب الأصفهاني، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: خص. ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: خص.

و يجب أن ننتبه إلى مسألة مهمة و هي أن الاختصاص يختلف عن الحصر، حيث إن هذا الأخير هو نفي غير المذكور و إثبات المذكور، أما الاختصاص فهو إعطاء الحكم للشيء و السكوت عما عداه⁽¹⁾. و هذا يعني أن الحصر يزيد عن الاختصاص بذكر ما عداه. فهو اختصاص و زيادة. و لكن كل هذه المعاني تعود و ترجع إلى أصل واحد، لأنه إذا افرد واحد، فقد أوقع فرجة بينه وبين غيره و العموم بخلاف ذلك⁽²⁾.

ثانيا/ - تعريف التخصيص اصطلاحا:

لم يذكر فقهاء الشريعة الإسلامية تعريفاً فقهياً⁽³⁾ للتخصيص، و كل ما اهتموا به هو أنواعه. و قد حاول بعض المعاصرين تعريف التخصيص فكانت هذه المحاولات.

1/ - تعريف شوكت محمد عليان: عرف شوكت محمد عليان الاختصاص قائلاً: «إسناد عمل

من أعمال الدولة مما يترتب عليه فض المنازعات، و دفع الخصومات، إلى شخص من الأشخاص الذين لهم خبرة بالأحكام الشرعية، و جعل هذا العمل قاصراً على هذا الشخص يتصرف فيه، سواء أكان حق التصرف مقيداً كما في الحدود أو غير مقيد كما في التعزيرات»⁽⁴⁾.

و هذا التعريف تضمن بعض الإيجابيات يكفي أنه حاول وضع تعريف للاختصاص. غير أن ما يعيبه هو شخصنة الاختصاص، حيث يقول إنه إسناد عمل من أعمال الدولة إلى شخص. و هذا نراه مجانباً للصواب، و الذي نراه هو ذكر «المحكمة» لا «الشخص»، ثم من جهة أخرى، القول بأن الاختصاص هو إسناد عمل من أعمال الدولة، هذا غير صحيح لأنَّ الاختصاص ليس هو الإسناد، وإنما هو غير ذلك، إنه حدود ولاية المحكمة في نظر النزاع.

2/ - تعريف سعود بن سعد آل دريب:

قال الباحث سعود بن سعد آل دريب معرفاً الاختصاص بأنه: «تحويل ولي الأمر؛ أو نائبه، لجهة قضائية سلطة قضاء الحكم في قضايا عامة، أو خاصة، و معينة، و في حدود زمان و مكان معينين.

(1) - الكفوي، الكليات، مصدر سابق، ص 59.

(2) - ابن فارس، المصدر و الصفحة نفسها. مادة: خص.

(3) - التخصيص مصطلح يتشارك فيه علمان هما: علم أصول الفقه؛ و علم الفقه. أما علم الفقه فهو ما يتم تناوله في المتن، أما التخصيص في علم أصول الفقه، فهو اصطلاحاً: «قصر العام على بعض مسمياته». أنظر: ابن الحاجب، مختصر المنتهى الأصولي، مصدر سابق، ج2، ص 129. هذا عند المتكلمين، أما عند الحنفية فهو: «قصر العام على بعض ما يتناوله بدليل مستقل لفظي مقارن». فاحترز: «بمستقل» عن الصفة و الاستثناء و الشرط و الغاية. و بـ «لفظي» عن المقتضى، كقوله: ﴿حَلِّقْ كُلَّ شَيْءٍ﴾ [الأنعام: 102]. فالله تعالى مخصوص منه. الكفوي، الكليات، مصدر سابق، ص 284.

(4) - عليان، محمد شوكت، السلطة القضائية في الإسلام، دراسة موضوعية مقارنة، رسالة دكتوراه، مقدمة لجامعة الأزهر، سنة 1972م، ص 232. نقلاً عن: مليجي، أحمد محمد، النظام القضائي الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1، 1405هـ-1984م، ص 141.

أو هو قدر ما لجهة قضائية أو محكمة من ولاية في فصل نزاع من المنازعات»⁽¹⁾.

و هذه العبارة تتضمن تعريفين اثنين كالآتي:

أ/- التعريف الأول: الاختصاص هو: «تحويل ولي الأمر، أو نائبه؛ لجهة قضائية الحكم في قضايا عامة أو خاصة و معينة و في حدود زمان و مكان معينين»⁽²⁾.

و هذا التعريف يقترب من تعريف شوكت محمد عليان، حيث إنه إسناد عمل من أعمال الدولة، أي في الإسناد و التحويل. و إذا كان التعريف الأول لم يحدد ممن يصدر الإسناد، فإن تعريف آل دريب أشار صراحة إلى ولي الأمر، و هو خليفة المسلمين رئيس الدولة، و كذلك إلى نائبه.

كما يتميز هذا التعريف بأنه ذكر عبارة: «لجهة قضائية» حيث تجنب شخصية القضاء، و إنما أشار إلى جهة عامة، أي عبر المؤسسة و الهيئة لا الأشخاص، كما أشار التعريف إلى بعض أنواع الاختصاص.

ب/- التعريف الثاني: الاختصاص هو: «قدر ما لجهة قضائية أو محكمة من ولاية في فصل في نزاع من المنازعات»⁽³⁾.

و هذا التعريف لعله أفضل من التعريف السابق، و خاصة لو حذف إحدى العبارتين: «لجهة قضائية» أو «محكمة». لأن كل واحدة تغني عن الأخرى.

3/- تعريف حامد عبد الرحمان:

عرف حامد عبد الرحمان الاختصاص بقوله: «تحديد سلطة القاضي بنوع الدعوى أو مكانها، أو زمانها»⁽⁴⁾.

و هذا التعريف مقبول إلا أن ما يعيبه هو عدم ذكر جميع أنواع الاختصاص، بما أنه أشار إليها بالذكر، ذلك أنه يوهم الدارس و القارئ بأنها ثلاثة فقط و هي: الاختصاص النوعي، والمكاني، والزمني.

4/- تعريف أحمد محمد مليجي:

(1) - آل دريب، سعود بن سعد، التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية و نظام السلطة القضائية، مطابع دار الهلال للأومنت، الرياض، ط2، 1405هـ-1984م، ص 426. وانظره أيضا في: الغامدي، ناصر بن محمد بن مشري، الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص 41.

(2) - آل دريب، سعود بن سعد، الوجع و الصفحة نفسها. وانظره أيضا في: الغامدي، ناصر بن محمد بن مشري، الوجع و الصفحة نفسها.

(3) - آل دريب، سعود بن سعد، التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص 426. وانظره أيضا في: الغامدي، ناصر بن محمد بن مشري، الاختصاص القضائي، مصدر سابق، ص 41.

(4) - عبد الرحمان، حامد، نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم بين الشريعة و القانون، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة الأزهر، سنة 1976م، ص 51. نقلا عن: مليجي، أحمد محمد، النظام القضائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 141.

قال أحمد محمد مليجي في تعريف الاختصاص: «هو قصر ولاية القاضي على بعض الولاية العامة للقضاء بحيث تكون ولايته ولاية خاصة»⁽¹⁾.

و الذي يلاحظ على هذا التعريف أمران:

- الأول: تأثره بتعريف علماء أصول الفقه للتخصيص حين قالوا: «التخصيص قصر العام على بعض مسمياته»⁽²⁾.

- الثاني: أن صاحب التعريف يخلط بين الولاية و الاختصاص، ذلك لأنَّ الولاية أعم من الاختصاص، حيث الولاية الشرعية متعددة، فهناك ولاية الخلافة، ولاية القضاء، ولاية المظالم، و ولاية الحسبة، ولاية الصدقات و الزكاة، و ولاية الحج.

أما الاختصاص فهو حدود نظر المحكمة في النزاع سواء من حيث المكان، أو الزمان أو النوع، أو القيمة... الخ. زيادة على تكرار لفظة «ولاية» أربع مرات.

5/- تعريف ناصر بن محمد بن مشري الغامدي:

كما عرّف ناصر بن محمد بن مشري الغامدي الاختصاص بقوله: «السلطة القضائية التي يتمتع بها قاض، أو جهة قضائية، و تخول لها حق النَّظَر و الفصل في القضايا المرفوعة إليها»⁽³⁾.

و الذي نلاحظه على هذا التعريف أنه عرف الاختصاص بأنه السلطة القضائية، و هذا معيب في نظرنا، لأنَّ الاختصاص ليس سلطة، و إمَّا هو صلاحية المحكمة لنظر النزاع من عدمه. زيادة على أنه من الأولى و الأصح حذف إحدى العبارتين الآتيتين: «قاض» و «جهة قضائية» و الاحتفاظ بواحدة فقط، و الأصح الاحتفاظ بـ: «جهة قضائية» لأنَّها تعبر عن المؤسسة و الهيئة، في حين أن الآخر - «قاض» - مشخص في إنسان.

6/- تعريف فؤاد عبد المنعم أحمد و الحسين علي غنيم:

و قد عرف كل من فؤاد عبد المنعم أحمد و الحسين علي غنيم الاختصاص القضائي بتعريفين كالآتي:

أ/- التعريف الأول: الاختصاص هو: «مقدار ما لجهة قضائية أو محكمة من سلطة النَّظَر في الخصومات بين الناس»⁽⁴⁾.

(1) - مليجي، أحمد محمد، المرجع و الصفحة نفسها. أحمد، فؤاد عبد المنعم و غنيم، الحسين علي، الوسيط في التنظيم القضائي، ص 105.

(2) - ابن الحاجب، مختصر المنتهى الأصولي، مصدر سابق، ج2، ص 129.

(3) - الغامدي، ناصر بن محمد بن مشري، الاختصاص القضائي، مصدر سابق، ص 42.

(4) - أحمد، فؤاد عبد المنعم، و غنيم، الحسين علي، الوسيط في التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص 105.

و هذا التعريف حسن و جيد، فقط لو حذف إحدى العبارتين: «جهة قضائية» و «المحكمة» لكان أفضل و أحسن.

ب/- التعريف الثاني: أما التعريف الثاني للاختصاص القضائي فهو: «الحدود التي تباشر فيها الجهة القضائية أو المحكمة ولايتها القضائية»⁽¹⁾.

و ما قيل حول التعريف السابق، يقال هنا أيضا، و لا حاجة لتكراره.

7/- تعريف محمد الرضا عبد الرحمان الأغبش: يعرف محمد الرضا عبد الرحمان الأغبش الاختصاص القضائي بقوله: «المراد باختصاصات القضاة: الأعمال أو القضايا التي يكلفون بالفصل فيها، و الدوائر المحددة التي لا يجوز لهم الخروج عليها، سواء كانت هذه القضايا و غيرها من الأعمال عامة في جميع البلاد أم خاصة بإقليم أو منطقة معينة، أو لزمان محدد»⁽²⁾.

و هذا التعريف لا بأس لو أنه كان خاليا من التكرار و الإطالة.

و لعل أفضل تعريف هو التعريف الخامس لكل من فؤاد عبد المنعم أحمد، و الحسين علي غنيم.

8/- تعريفنا للاختصاص القضائي: بناء على التعريفات التي أوردناها و عقبنا عليها تصويبا، و مناقشة، فإننا يمكن أن نعرف الاختصاص القضائي بأنه: صلاحية المحكمة للنظر في النزاع، و حدوده، و مقداره، و وقته، و نوعه.

الفرع الثاني: حكم الاختصاص القضائي؛ و أدلة مشروعيته.

أولا/- حكم الاختصاص القضائي:

الأصل أن المحكمة تحكم في جميع المنازعات و الخصومات دون تحديد من حيث النوع، أو المكان، أو الزمان، أو القيمة، فهي تتناول جميع المسائل في الزمان و المكان، و مهما كانت قيمة الخصومة و الدعوى، فهي تختص بالجميع. و هذا الأصل متفق عليه الفقهاء باستقراء نصوصهم، التي سندكر بعضها لاحقا.

و لكن نظرا لاتساع رقعة الدولة الإسلامية، و تعدد القضايا و المنازعات و تشابكها و تنوعها، فهذه خصومات في الأموال و بابها واسع و كبير، و هذه تتعلق بالزواج و الطلاق و الميراث و الحضانة و الحجر، و بابها أيضا من الوسع ما لا يحده حد، و هذه خصومات في الدماء و هي قضايا صعبة لتعلقها بالدماء و الحياة و الموت. و نظرا كذلك لتقدم بعض الأحداث مما يؤدي إلى زوال الفائدة من الترافع فيها، كل هذه الأسباب و الدواعي جعلت الفقهاء يخلقون أو يتدعون حيلة قضائية هي

(1) - أحمد، فؤاد عبد المنعم، و غنيم، الحسين علي، المرجع والصفحة نفسها.

(2) - الأغبش، محمد الرضا عبد الرحمن، السياسة القضائية في عهد عمر بن الخطاب وصلتها بواقعنا المعاصر، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، وزارة التعليم العالي، المملكة العربية السعودية، دط، 1417هـ-1996م، ص 145.

«الاختصاص»، و ذلك بأن يختص القاضي أو المحكمة بنوع معين من المنازعات، مثل: الأثكحة، أو الأموال، أو الدماء، إلى غير ذلك، أو يختص بحدود جغرافية معينة لا يتجاوزها، أو بزمان معين فإذا انقضى لا يجوز له الفصل فيها، أو في قيمة محددة، فإن كان النزاع أقل من ذلك، فلا يجوز له الفصل فيها أيضا. و هكذا، فإن الاختصاص جائز في الفقه الإسلامي بلا خلاف⁽¹⁾.

أما الأدلة على جواز هذه القاعدة، قاعدة الاختصاص، فهو النقل و المعقول.

ثانيا/ - أدلة جواز الاختصاص القضائي:

توجد أدلة نقلية و عقلية، نتاولها بالترتيب.

1/ - الأدلة النقلية على جواز الاختصاص القضائي:

أ/ - عَنْ الْحَارِثِ بْنِ عَمْرٍو ابْنِ أَخِي الْمُغْبِرَةِ بْنِ شُعْبَةَ عَنْ أَنَسٍ مِنْ أَهْلِ حِمصَ مِنْ أَصْحَابِ مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ -1- أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمَّا أَرَادَ أَنْ يَبْعَثَ مُعَاذًا إِلَى الْيَمَنِ قَالَ: «كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قِضَاءٌ؟» قَالَ: أَقْضِي بِكِتَابِ اللَّهِ. قَالَ: «فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟». قَالَ: فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ. قَالَ: «فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَلَا فِي كِتَابِ اللَّهِ؟» قَالَ: أَجْتَهِدُ رَأْيِي وَلَا أَلُو. فَضَرَبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ صَدْرَهُ، وَقَالَ: «الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يُرْضِي رَسُولَ اللَّهِ»⁽²⁾.

و وجه الاستشهاد بهذا الحديث أن الرسول ﷺ بعث معاذا بن جبل قاضيا إلى اليمن، و هذا دليل جواز التخصيص المكاني خاصة، و جواز التخصيص عامة.

(1) - السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج1، ص 72-73. التمرناشي، مسعفة الحكام، مصدر سابق، ص 97-98. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص 107. الشيرازي، التنبيه، مصدر سابق، ص 252. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص 269. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص 155-166-172-173. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص 89-90. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص 368. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص 420.

(2) - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب القضاء، باب اجتهاد الرأي في القضاء، ج3، ص 302، رقم الحديث: 3592. و أخرجه الترمذي، الجامع الصحيح، كتاب الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، ج3، ص 616، و قال عنه: «هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، و ليس إسناده عندي بمتصل». ج3، ص 617. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب أدب القاضي، ج10، ص 114. و صححه ابن قيم الجوزية. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج1، ص 276. وقال ابن حزم الظاهري عن هذا الحديث ما نصه: «هذا حديث ساقط، لم يروه أحد من غير هذا الطريق، و أول سقوطه أنه عن قوم مجهولين لم يسموا، فلا حجة فيمن لا يعرف من هو، وفيه الحارث بن عمر وهو مجهول لا يعرف من هو، ولم يأت هذا الحديث قط من غير طريقه» أنظر: ابن حزم الظاهري، الإحكام في أصول الأحكام، مصدر سابق، ج7، ص 910.

ب/- روى البخاري بسنده أن رسول الله ﷺ بعث أبا موسى الأشعري و معاذ بن جبل - م - إلى اليمن، كل واحد منهما على مخالاف⁽¹⁾، و اليمن مخالافان، ثم قال ﷺ: «يسرا، ولا تعسرا، وبشرا، ولا تنفرا»، فانطلق كل واحد منهما إلى عمله⁽²⁾.

ج/- عن أبي موسى الأشعري - 1 - أن النبي ﷺ بعثه إلى نصف اليمن؛ و معاذ بن جبل - 1 - إلى النصف الآخر⁽³⁾.

و قد كانت جهة معاذ بن جبل - 1 - اليمن العليا إلى جنوب عدن، أما جهة أبي موسى الأشعري - 1 - فهي اليمن السفلى⁽⁴⁾، مثل زيد، و عدن و أعمالهما. و قد وجهه إليها النبي ﷺ قاضيا بين أهلها، و أميرا، و واليا⁽⁵⁾. و هكذا كان كل واحد منهما قاضيا على نصف اليمن.

فهذا الحديث دليل على جواز الاختصاص المكاني، حيث إن النبي ﷺ و بحكم أنه إمام المسلمين ولى قاضيين، كل واحد منهما في جهة معينة و محددة لا يتجاوزها. و هذا دليل على مشروعية الاختصاص ككل، و الاختصاص المكاني خاصة. فقد دل هذا الحديث على جواز تخصيص قاض بكل منطقة أو جهة.

د/- عن السائب بن يزيد - 1 - أن رسول الله ﷺ، و أبا بكر، و عمر، لم يتخذوا قاضيا، وأول من استقضى عمر، قال: «رُدُّ عَنِّي النَّاسُ فِي الدَّرْهِمِ وَ الدَّرْهِمِينَ»⁽⁶⁾.

ه/- و عن ابن شهاب الزهري قال: «ما اتخذ رسول الله ﷺ قاضيا، و لا أبو بكر، و لا عمر، حتى قال عمر ليزيد بن أخت النمر⁽⁷⁾: «اكفني بعض الأمور»، يعني صغارها⁽¹⁾، فكان يقضي في الدرهم ونحوه»⁽²⁾.

(1) - المخلاف، بكسر الميم و سكون المعجمة، و آخره فاء، هو بلغة أهل اليمن، و هو الكورة (المدينة و الصقع) و الإقليم، و الرستاق (السواد و هو القرى). أنظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، مصدر سابق، ج7، ص665. الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص369. مادة: كور، ص162، مادة: رستق. الفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق ص280. مادة: كور، ص119. مادة: رستق.

(2) - أخرجه البخاري في الصحيح، كتاب المغازي، باب بعث أبي موسى و معاذ إلى اليمن قبل حجة الوداع، ج4، ص1578، الحديث رقم: 4086.

(3) - أخرجه وكيع في أخبار القضاة، مصدر سابق، ج1، ص100-101. أبو داود، سليمان بن الشعث السجستاني، المراسيل، تحقيق: عبد العزيز عزالدين السيروان، دار القلم بيروت، ط1، 1406هـ-1986م، كتاب الأفضية، باب ماء في القضاء، ص201.

(4) - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، مصدر سابق، ج7، ص665.

(5) - الذهبي، شمس الدين محمد بن أحمد، سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الارنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط10، 1414هـ-1994م، ج2، ص381.

(6) - الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد، المعجم الأوسط، تحقيق: أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد - أبو الفضل عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، دط، 1416هـ-1995م، ج7، ص29، رقم الأثر: 6756. المتقي الهندي، كنز العمال، كتاب الخلافة مع الإمارة، بدء القضاء، ج5، ص814، رقم الآثار: 14462-14463-14464. وكيع، أخبار القضاة، مصدر سابق، ج1، ص105. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، الحاوي للفتاوى، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، 1408هـ-1988م، ج1، ص160.

(7) - هو الصحابي الجليل يزيد بن سعيد بن ثمامة بن الأسود الكندي، أبو السائب. أنظر: ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، بعناية: عادل مرشد، دار الإعلام، عمان، ط1، 1423هـ-2002م، ص760، رقم الترجمة: 2743. ابن حجر العسقلاني، شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي، تهذيب التهذيب، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي،

و-/ عن النَّزَالِ بْنِ سَبْرَةَ، قَالَ: بَيْنَمَا نَحْنُ مَعِ عُمَرَ، إِذَا امْرَأَةٌ ضَخْمَةٌ عَلَى حِمَارَةٍ تَبْكِي، قَدْ كَادَ النَّاسُ أَنْ يَقْتُلُوهَا مِنَ الرَّحَامِ، يَقُولُونَ: زَيْنَتُ، فَلَمَّا أَنْتَهَتْ إِلَى عُمَرَ، قَالَ: مَا يُبْكِيكِ؟ إِنَّ الْمَرْأَةَ رُبَّمَا اسْتَكْرَهَتْ، فَقَالَتْ: كُنْتُ امْرَأَةً ثَقِيلَةَ الرَّأْسِ، وَكَانَ اللَّهُ يَرْزُقُنِي مِنْ صَلَاةِ اللَّيْلِ، فَصَلَّيْتُ لَيْلَةً ثُمَّ نَمْتُ، فَوَاللَّهِ مَا أَيْقَظَنِي إِلَّا الرَّجُلُ قَدْ رَكَبَنِي، فَنَظَرْتُ إِلَيْهِ مُقْفِيًا مَا أَدْرِي مَنْ هُوَ مِنْ خَلْقِ اللَّهِ، فَقَالَ عُمَرُ: لَوْ قَتَلْتُ هَذِهِ حَشِيتَ عَلَى الْأَخَشْبِيِّنَ النَّارَ، ثُمَّ كَتَبَ إِلَى الْأَمْصَارِ: أَنْ لَا تُقْتَلَ نَفْسٌ دُونَهُ (3).

ز-/ و عن أبي عبد الله أحمد بن سليمان الزُّبَيْرِيِّ الشافعي (ت 317 هـ) أنه قال: «لَمْ تَزَلْ الْأُمَرَاءُ عِنْدَنَا بِالْبَصْرَةِ بُرْهَةً مِنَ الدَّهْرِ يَسْتَقْضُونَ قَاضِيًا عَلَى الْمَسْجِدِ الْجَامِعِ يُسَمُّونَهُ: «قَاضِي الْمَسْجِدِ»، يَحْكُمُ فِي مَائَتِي دِرْهَمٍ وَعِشْرِينَ دِينَارًا فَمَا دُونَهَا، وَيَفْرِضُ النَّفَقَاتِ، وَلَا يَتَعَدَّى مَوْضِعَهُ، وَلَا مَا قَدَّرَ لَهُ» (4).

فكل هذه النصوص الحديثية والآثار تدل دلالة قاطعة على جواز التخصيص بصفة عامة، و على جوازه من حيث المكان، و من حيث القيمة.

2- المعقول:

تقوم فكرة الاختصاص على دليل المصلحة، و هي دليل يقول به جميع فقهاء المذاهب الفقهية، كما حقق ذلك القرافي و ابن دقيق العيد. فالقرافي قال: «هي عند التحقيق في جميع المذاهب، لأهم يقومون و يقعدون بالمناسبة، و لا يطلبون شاهدا بالاعتبار، و لا نغني بالمصلحة المرسلة إلا ذلك» (5). وقال أيضا: «و أما المصلحة المرسلة فغيرنا يصرح بإنكارها، و لكنهم عند التفريع نجدهم يعللون بمطلق المصلحة، و لا يطالبون أنفسهم عند الفروق و الجوامع بإبداء الشاهد لها بالاعتبار، بل يعتمدون على مجرد المناسبة، و هذا هو المصلحة المرسلة» (6).

بيروت، ط2، 1413هـ-1993م، ج6، ص209، رقم الترجمة: 8898. وكتابه: الإصابة في تمييز الصحابة، مطبوع بعامشه الاستيعاب لابن عبد البر، دار صادر، بيروت، ط1، 1428هـ، ج3، ص656، رقم الترجمة: 9264.

(1) - وكيع، أخبار القضاة، مصدر سابق، ج1، ص105.

(2) - وكيع، المصدر نفسه، ج1، ص106. المتقي الهندي، كنز العمال، كتاب الخلافة مع الإمامة، بدء القضاء، ج5، ص814، رقم الآثار: 14462-14463-14464.

(3) - ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب الحدود، في دَرِّهِ الْخُدُودِ بِالشُّبُهَاتِ، ج9، ص568-569، الأثر: 29093. أبو يوسف، الخراج، مصدر سابق، ص153. البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الحدود، باب من زنى بامرأة مستكرهة، ج8، ص235-236.

(4) - الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص142. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص173. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص20.

(5) - القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج1، ص152. القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، تنقيح الفصول في علم الأصول، بعناية: توفيق عقون، دار البلاغ، الجزائر، ط1، 1424هـ-2003م، ص114. الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج2، ص271.

(6) - القرافي، تنقيح الفصول، المصدر و الصفحة نفسها.

و قال ابن دقيق العيد: «الذي لاشك فيه أن لملك ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع، و يليه أحمد بن حنبل، و لا يكاد يخلو غيرهما من اعتباره في الجملة، و لكن لهذين ترجيح، في الاستعمال لها على غيرهما»⁽¹⁾.

و يتمثل جواز الاختصاص القضائي على أساس دليل المصلحة، أنه من الصعوبة - إن لم يكن من المستحيل - جعل القضاء يفصل في جميع المنازعات دون ضوابط و حدود و قواعد، بحيث يؤدي ذلك إلى الفوضى و عدم الاستقرار، و كل هذا يخل بالعدل، و يقلل من شأن القضاء. و لتجاوز هذه السلبات، فإنه من الأفضل و من العدل تخصيص القضاء بزمان معين، و مكان معين، و قيمة معينة، حتى تنضبط العدالة، و ينسبط الناس بها، و حتى يشغل القضاء بما هو ضروري، لا بما هو تافه و حقير.

الفرع الثالث: أنواع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي.

ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية عدة أقسام للاختصاص قضائي هي كالآتي:

- الاختصاص المكاني أو المحلي.

- الاختصاص الزماني.

- الاختصاص القيمي، أو الكمي، أو بنصاب معين.

- الاختصاص النوعي أو الموضوعي.

هذه تقريبا كل أنواع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي، و نحن نحاول أن نتناولها كلها بهذا الترتيب.

هذا، و قد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة 1801 على بعض هذه الأنواع⁽²⁾.

أولاً/- الاختصاص المكاني أو المحلي:

نتناول في هذا العنصر القضايا الآتية:

1/- تعريف الاختصاص المكاني أو المحلي.

(1) - الشوكاني، المصدر نفسه، ج2، ص 270-271.

(2) - حيث جاء في المادة 1801 ما نصه: «القضاء يتقيد و يتخصص بالزمان، أو المكان، و استثناء بعض الخصومات، مثلاً القاضي المأمور بالحكم بمدة سنة يحكم في تلك السنة فقط، و ليس له أن يحكم قبل حلول تلك السنة، أو بعد مرورها، و كذلك القاضي المنصوب في قضاء يحكم في جميع محلات ذلك القضاء، و ليس له أن يحكم في قضاء آخر، و القاضي المنصوب على أن يحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط، و ليس له أن يحكم في محل آخر، و كذلك لو صدر أمر سلطاني بأن لا تسمع الدعوى المتعلقة بالخصوص الفلاني لملاحظة عدالة تتعلق بالمصلحة العامة ليس للقاضي أن يستمع تلك الدعوى و يحكم بها، أو كان القاضي بمحكمة مأذونا باستماع بعض الخصومات المعنية، و لم يكن مأذونا باستماع ماعدا ذلك فله أن يسمع الخصومات التي أذن بها فقط، و أن يحكم فيها و ليس له استماع ما عداها و الحكم بها، و كذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص ما أن رأيه بالناس أرفق، و لمصلحة العصر أوفق، فليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد و إذا عمل لا ينفذ حكمه».

- أنظر: حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص 597-598. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص 1167-1168-1169.

2/- حدود الاختصاص المكاني أو المحلي.

3/- تنازع الاختصاص المكاني أو المحلي.

1/- تعريف الاختصاص المكاني أو المحلي:

يقصد بالاختصاص المكاني أو المحلي صلاحية المحكمة للنظر في المنازعات في الحدود الجغرافية المحددة لها، بحيث إذا فصلت في نزاع في غير حدودها كان باطلاً.

كما عرفه بعضهم بأنه: «تقييد القاضي بالقضاء في بلدة معينة أو ناحية منها، و لا تكون له الولاية على البلد الآخر، أو الناحية الأخرى»⁽¹⁾.

وعرفه وهبة الزحيلي بقوله: «التخصص المكاني وهو تقييد القاضي بالقضاء في بلدة معينة، أو أكثر، أو ناحية من بلد معين»⁽²⁾.

و لتحقيق الاختصاص المكاني أو المحلي، وجب تقسيم البلد أو الدولة الإسلامية إلى مقاطعات أو أجزاء، و تعيين كل محكمة بمنطقة محددة لا تتجاوزها، فيكون نظرها مقتصرًا على تلك المنطقة الجغرافية فقط، دون غيرها⁽³⁾.

و يلاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية اعتبروا أن القاضي بمجرد خروجه من الحدود الجغرافية للمحكمة، فإنه يعد في حكم المعنول، و أن ما يصدر فيه لا وجود له و هو باطل، مطلقًا، بل إنه يعتبر كعمامة الناس، قال الصاوي المالكي: «لو كانت امرأة بإسكندرية لا ولي لها إلا القاضي فلا يزوجهها قاضي رشيد، و إنما يزوجهها قاضي إسكندرية، و إن كان قاضي رشيد نازلاً بإسكندرية، بل هو - أي قاضي رشيد - كعمامة الناس و كل هذا ما لم ترتحل المرأة لمحل ولايته، و تريد التزويج بها، و إلا فالحق به و قس على هذا»⁽⁴⁾.

(1) - الأغرش، محمد الرضا عبد الرحمان، السياسة القضائية في عهد عمر، مرجع سابق، ص 172.

(2) - الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 8، ص 6247.

(3) - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص 237. الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج 2، ص 402. التسولي، البهجة في شرح التحفة، مصدر سابق، ج 1، ص 186. الكافي، أحكام الأحكام، مرجع سابق، ص 28. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 46-47. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص 57. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 142. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج 3، ص 380. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 6، ص 275. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج 8، ص 247. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج 10، ص 126. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 1، ص 159. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج 6، ص 420. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج 3، ص 463. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج 6، ص 370. الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج 4، ص 186. نظام الملك و جماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج 3، ص 315. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج 6، ص 258. عُلَيْش، شرح منح الجليل، ج 4، ص 151. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج 3، ص 379. أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 79.

(4) - الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج 4، ص 100-101.

كما أن أثر الاختصاص المكاني أو المحلي يقتصر على سكان المنطقة الجغرافية المحددة سواء كانوا مقيمين فيها بشكل دائم أم طارئین علیها مسافرين، كل ذلك حسب ما يراه الخليفة أو الإمام الأعظم حين تقليد القاضي ولاية القضاء⁽¹⁾.

و قد نص الإمام أحمد بن حنبل على صحة الاختصاص المكاني، فقال في رواية من الروايات بأنه لو عين القاضي في قرية، مثل: الريزة و التغلبية و أشباهها من القرى يكون فيها القاضي قال: «يجوز فيها قضاؤه»⁽²⁾.

و يلاحظ أيضا أن بعض الفقهاء لا يميز فقط الاختصاص المكاني أو المحلي، و إنما جعل تحديد النطاق الجغرافي لولاية القاضي أحد شروط صحة التولية، فقد قال ابن الأمين أبو اسحاق إبراهيم بن يحيى القرطبي: «و لا تتم الولاية إلا بثلاثة شروط... الثالث: ذكر البلد الذي عقدت عليه الولاية لتمييز عن غيره»⁽³⁾.

وقال النووي: «ويشترط في التولية تعيين محل ولايته من قرية، أو بلدة، أو ناحية»⁽⁴⁾. و قال القاضي أبو يعلى الفراء الحنبلي: «الرابع [أي الشرط الرابع لتولي القضاء] ذكر البلاد التي انعقدت الولاية عليها، فإن عقدت مع الجهل لم يصح»⁽⁵⁾.

و قال البهوتي الحنبلي: «و من شرط صحتها تعيين ما يوليه الحكم فيه من الأعمال كمصر و نواحيها، و البلدان كالحلّة و نحوها، ليعلم محل ولايته فيحكم فيه و لا يحكم في غيره، و لأنه عقد ولاية يشترط فيه الإيجاب و القبول، فلا بد من معرفة المعقود عليه كالوكالة»⁽⁶⁾.

و هكذا يتبين لنا من هذه النصوص أن الاختصاص المكاني أو المحلي ليس جائزا فقط ومشروعاً، و إنما هو شرط من شروط ولاية القضاء، بحيث إذا اختل هذا الشرط، لم تصح ولاية القضاء أصلاً. هذا هو الاختصاص المكاني، و هذه آثاره عند الفقهاء المسلمين، و أنه مسألة جوهرية أساسية يجب مراعاتها عند التولية، و عند الفصل في النزاعات أي في البداية، و في النهاية معاً، و ليس في مرحلة واحدة.

2/- حدود الاختصاص المكاني أو المحلي:

(1) - الماوردي، المصدر نفسه، ص 141-142. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 89. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج 6، ص 369-370. و انظر أيضاً: ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج 6، ص 420. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج 3، ص 462-463.

(2) - أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 79.

(3) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 19-20.

(4) - النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج 8، ص 106.

(5) - أبو يعلى الفراء، المصدر نفسه، ص 75. وانظر أيضاً: الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 137.

(6) - البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج 6، ص 370. وانظر أيضاً: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج 3، ص 460.

و لكن مع ذلك فقد تنازع الفقهاء في مسألتين اثنتين هما:

- **المسألة الأولى:** وهي حالة ما إذا عين الخليفة قاضيا على بلدة و لم يذكر نواحيها، فهل

تدخل البلدات الصغيرة و القرى في اختصاصه أم لا؟

- **و المسألة الثانية:** في حالة تعدد القضاة في النزاع الواحد، وكان اجتماع القضاة في نظر نزاع

واحد لا يجوز، فما هو المعيار الذي يجب إعماله في تحديد القاضي المختص؟

و نحن سنتناول المسألة الأولى فقط، و نرجئ الفصل في المسألة الثانية إلى الفرع الثاني، و الذي

عنوانه: قاعدة هيئة الإصدار، حيث سنتناول فيه مدى جواز تعدد القضاة للفصل في النزاع الواحد من

عدمه، حيث يرى البعض جواز التعدد و لكن بشرط الاستقلال، و حينها سنتعرض لمعايير تحديد

القاضي المختص.

أما المسألة الأولى فقد اختلف فيها الفقهاء على أربعة أقوال كالاتي:

- قول يرى أن المعيار و الضابط في ذلك هو العرف: و هو مذهب الشافعية.

- و قول آخر يرى العبرة بمنشور السلطان، و هو قول في مذهب الحنفية.

- و قول ثالث: الدخول مطلقا في اختصاص القاضي، نص منشور السلطان على ذلك أم لا،

وهو القول الثاني الحنفية.

- و القول الرابع، وهو لأحد المعاصرين يفرق فيه بين وجود قاض مختص بين عدم وجوده. فإن

وجد فهو المختص، و إن كان غير موجود، فإن قاضي البلدة هو المختص.

و إليك هذه الأقوال بالترتيب.

أ/- **القول الأول:** مذهب الشافعية، النواحي التي لم تذكر في تقليد السلطان تدخل في

اختصاص قاضي البلدة عرفا:

ذهب الشافعية⁽¹⁾ إلى أن السلطان إذا عين قاضيا على بلدة، و لم يذكر دخول نواحي تلك

البلدة في اختصاصه، فإن المعيار و الضابط في ذلك هو العرف، فإن كان العرف الجاري يقضي بدخول

النواحي في اختصاص و عمل قاضي البلدة، كان قاضي البلدة هو المختص. و إن لم يجز العرف على

ذلك، لم يجز لقاضي البلدة الفصل في منازعات النواحي. و من ثم وجب على السلطان و الخليفة تعيين

قاض للنواحي من القرى و البلدات الصغيرة.

(1) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص 154. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص13. الخطيب الشريفي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص 270. القليوبي، حاشية على كنز الراغبين، مصدر سابق، ج5، ص3794.

قال الخطيب الشربيني: «قال الماوردي: و لو قلَّده - أي الإمام - بلدا و سكت عن نواحيها، فإن جرى العرف بإفرادها عنها لم تدخل في ولايته، و إن جرت بإضافتها دخلت، و إن اختلف العرف روعي أكثرها عرفا، فإن استويا روعي أقربهما عهدا»⁽¹⁾.
و إلى هذا الرأي مال أحد الباحثين المعاصرين⁽²⁾.

ب/- القول الثاني: قول الحنفية، العبرة بدخول النواحي في اختصاص قاضي البلدة بمنشور السلطان:

و ذهب الحنفية⁽³⁾ في قول لهم إلى أن المعيار و الضابط في دخول النواحي في اختصاص قاضي البلدة من عدمه هو منشور السلطان و قراره، فإن نص على دخولها في اختصاص قاضي البلدة، فهو المختص، و وجب عليه الفصل في المنازعات الناشئة بها. و إن لم ينص المنشور على ذلك فلا يجوز له الفصل فيها.

قال قاضيخان فخر الدين حسن بن منصور الحنفي: «و إذا قلد السلطان رجلا قضاء بلدة كذا لا يدخل فيه السواد و القرى، ما لم يكتب في منشوره البلدة و السواد»⁽⁴⁾.
و هذا الرأي هو الذي رجحه أحد الباحثين المعاصرين⁽⁵⁾.

ج/- القول الثالث: قول ثان للحنفية، النواحي تدخل في اختصاص قاضي البلدة مطلقا:
و ذهب الحنفية⁽⁶⁾ في قول آخر لهم إلى أن قاضي البلدة يكون مختصا بكل نواحي البلدة، سواء نص على ذلك المنشور السلطاني أو لم ينص، و ذلك جريا على الأصل و هو أن القاضي يحكم مطلقا، مكانا، و زمانا، و قيمة، و أشخاصا، و مذاهبا.

د/- القول الرابع: لأحد المعاصرين: التفصيل:
و يرى صاحب هذا القول أنه يجب التفرقة بين أمرين⁽⁷⁾:

- الأول: وجود قاض مختص بالنظر في منازعات القرى و البلدات الصغيرة، و في هذه الحالة لا يختص قاضي البلدة بمنازعات القرى و البلدات الصغيرة، و إذا نظر فيها فحكمه باطل.

(1) - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص 270.

(2) - الغامدي، ناصر بن محمد بن مشري، الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص 300-301.

(3) - قاضيخان، فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندي، الفتاوى، مطبوع بهامش الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4، دت، ج2، ص 363. نظام الملك و جماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص 315. ابن قاضي سمانونة، جامع الفصولين، مصدر سابق، ج1، ص 15. الشرنبلالي، غنية ذوي الأحكام، مصدر سابق، ج2، ص 404.

(4) - قاضيخان، الفتاوى، مصدر سابق، ج2، ص 363.

(5) - مليجي، أحمد محمد، النظام القضائي في الإسلام، مرجع سابق، ص 152.

(6) - عالمكير و جماعة من علماء الهند، المصدر و الصفحة نفسها.

(7) - القاسم، عبد الرحمان عبد العزيز، النظام القضائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 526. وانظره أيضا في: الغامدي، ناصر محمد بن مشري، المرجع نفسه، ص 300. مليجي، أحمد محمد، المرجع نفسه، ص 151.

- الثاني: ألا يكون هناك قاض لتلك القرى و البلدات الصغيرة، و هنا وجب على قاضي البلدة الفصل في منازعات تلك القرى، لأنَّ عدم الفصل فيها يعني بقاءها بلا قاض يرجع أهلها إليه عند النزاع و الخصومة، و هذا فيه من المفاسد و الشرور الكثير، و هو غير مقبول شرعا و عقلا. و الحقيقة أن هذا الرأي لا يبعد عن قول الحنفية الثالث، خاصة في الحالة الثانية. زيادة على أن هذه التفرقة غير سديدة، حيث إن الحالة الثانية وفقا لهذا الرأي، هي حالة غير واقعية، إذ من المعلوم أن القضاء في الإسلام فرض كفاية إذا أجمع أهل البلد على تركه أتموا جميعا، كما أن من واجب الإمام أن ينصب قاضيا في كل إقليم و بلدة، فافتراض وجود قرية في دولة الإسلام بدون قاض أمر لا أساس له في الواقع، إذ أنه بصورة تلقائية إذا خصص الإمام قاضيا للبلدة دون القرى أو السواد التابعة لهذه البلدة، فإن هذه القرى و السواد ستدخل تلقائيا في اختصاص قاضي ذي ولاية عامة، لا يتخصص بمكان محدد فتتبعه هذه القرى و السواد⁽¹⁾، و دليل ذلك ما قاله الصاوي المالكي: «و اعلم أن محل ولاية قاضي القاهرة جميع البلاد التي لم يكن لها قاضي مستقل من السلطان، فجميع البلاد التي تأخذ قضاتها النيابة منه يقال لها محل ولايته»⁽²⁾.

و كذلك ما قاله ابن الشحنة الحنفي: «قضاة أمير المؤمنين إذا خرجوا مع أمير المؤمنين لهم أن يحكموا في أي بلدة نزل فيها الخليفة، لأنهم ليسوا قضاة أرض إنما هم قضاة خليفة»⁽³⁾.

هـ- الرأي الراجح في هذه المسألة:

أما بخصوص الرأي الراجح في هذه المسألة، فإننا نرى أنه القول الثاني الذي يتأسس على معيار منشور السلطان، فهو وحده الفاصل في تحديد الاختصاص المكاني و ليس العرف و غيره، فإذا نص منشور و قرار السلطان و الخليفة على اختصاص محكمة معينة و غفل عن ذكر منطقة أخرى، فوجب أن يستدرك الأمر بنص خاص، إما بتعيين قاض لهذه المنطقة، و إما بتمديد اختصاص المحكمة الأقرب إليها لتشملها أيضا. و ذلك لأنَّ السلطان أو الخليفة أو الإمام الأعظم مسؤول أمام الله -، و أمام الناس بتعيين قضاة لهم.

زيادة على أن العرف لا يصلح كمعيار لتحديد المحكمة المختصة، لأنَّ العرف قد يكون فيه إختلاف بين الناس، فيؤدي إلى التنازع و إلى المفاسد و الشرور.

3- تنازع الاختصاص المكاني أو المحلي:

(1) - مليجي، أحمد محمد، النظام القضائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 151-152.

(2) - الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج4، ص 101.

(3) - ابن الشحنة، لسان الحكام، مصدر سابق، ص 222.

يحدث في كثير من الأحيان أن يكون المدعي مقيماً في إقليم محكمة معينة، و المدعى عليه مقيماً في إقليم محكمة أخرى، و هنا يثور السؤال الآتي: ما هو الحكم إذا اختلف موطن الأطراف، بأن كان المدعي موجوداً في منطقة يختص بها قاضي معين، و المدعى عليه موجوداً و مقيماً في منطقة أخرى عليها قاضٍ آخر؟ فمن هو القاضي المختص؟. هذا إذا كان النزاع في غير العقار، و ماذا لو كان النزاع في العقار، هل محكمة موقع العقار هي المختصة؟ أم محكمة المدعي؟ أم محكمة موطن المدعى عليه؟ فهذه مسألتان: العقار؛ و غير العقار.

أ- تنازع الاختصاص المكاني في غير العقار:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

- قول يرى أن المحكمة المختصة هي محكمة موطن و مسكن المدعى.

- و قول آخر يرى بأن محكمة موطن المدعى عليه هي المختصة بنظر النزاع.

و إليك هذه الأقوال و الحجج.

① - الاختصاص المكاني لمحكمة موطن المدعى عليه:

ذهب محمد بن الحسن الشيباني الحنفي⁽¹⁾، و هو ما عليه الفتوى⁽²⁾، و ابن القاسم المالكي⁽³⁾، وهو المشهور في المذهب، إلى أن المحكمة المختصة بنظر النزاع في حال التنازع بين المدعى و المدعى عليه هي محكمة موطن المدعى عليه، على أساس أن الأصل براءة الذمة، و من ثم فالمدعى عليه ذمته بريئة، و العدالة تأبي تكليفه بمشقة الانتقال إلى محكمة موطن المدعي قبل ثبوت شغل ذمته أو عدوانه. قال قاضيخان: «و لو كان في البلدة قاضيان كل واحد منهما محلة على حده جاز، فإن وقعت الخصومة بين رجلين، أحدهما من محلة، و الآخر من محلة أخرى، و المدعي يريد أن يخاصمه إلى قاضي محلته، و الآخر يأبي، اختلف فيها أبو يوسف و محمد -رحمهما الله تعالى- و الصحيح: أن العبرة بمكان المدعى عليه»⁽⁴⁾.

(1) - ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص 193. ابن عابدين، منحة الخالق، مصدر سابق، ج7، ص 193. ابن الشحنة، لسان الحكام، مصدر سابق، ص 222. ابن البراز، الفتاوى البرازية، مصدر سابق، ج1، ص 428. قاضيخان، فتاوى قاضيخان، مصدر سابق، ج2، ص 363. ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، مصدر سابق، ج1، ص 16. التمرتاشي، مسعفة الحكام، مصدر سابق، ص 98.

(2) - ابن الشحنة، المصدر و الصفحة نفسها. ابن قاضي سماونة، المصدر و الصفحة نفسها. التمرتاشي، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج2، ص 198. ابن المواق، التاج و الإكليل، مصدر سابق، ج8، ص 146. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص 74. الباجي، فصول الأحكام، مصدر سابق، ص 156. ابن أبي زمنين، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عيسى الأندلسي، منتخب الأحكام، تحقيق: محمد حماد، منشورات مركز الدراسات و الأبحاث وإحياء التراث، سلسلة نواذر التراث (5)، الرابطة المحمدية للعلماء، المملكة المغربية، دار الأمان، الرباط، ط1، 1430هـ-2009م، ج1، ص 270. التسولي، البهجة، مصدر سابق، ج1، ص 122-123. التاودي، حلي المعاصم، مصدر سابق، ج1، ص 122-123.

(4) - قاضيخان، المصدر و الصفحة نفسها.

و هذا الرأي هو الذي أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة 1803.

② -/ الاختصاص المكاني لمحكمة موطن المدعي: ذهب أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الحنفي⁽¹⁾، و المالكية⁽²⁾ قول مرجوح في المذهب، إلى أنه إذا تنازع خصوم، كل خصم في إقليم محكمة غير التي فيهما الخصم الآخر، أن الاختصاص هو لمحكمة موطن المدعي. و ذلك بحجة أن المدعي إذا ترك في الخصومة و رفع الدعوى، كما أنه صاحب الحق في الدعوى.

قال ابن الشحنة الحنفي: «إذا كان في المصر قاضيان كل واحد منهما في محلة على حدة، ف وقعت خصومة بين رجلين، أحدهما في محلة، و الآخر في محلة أخرى، و المدعي يريد أن يخاصمه إلى قاضي محلته، و الآخر يأباه. قال أبو يوسف رحمه الله: العبرة للمدعي. و قال محمد: لا، العبرة للمدعى عليه، و عليه الفتوى»⁽³⁾.

③ -/ الرأي الراجح في هذه المسألة:

و الراجح من هذه الأقوال هو القول الأول، و أن المحكمة المختصة هي محكمة موطن المدعي عليه و ليس المدعي، لأن الأصل براءة الذمة، و لا يجوز شغل الذمة، فقط لأن المدعي هو صاحب الحق و الدعوى، إذ هذا التعليل لا يكفي في إقرار الرأي الثاني، و من ثم فالراجح في نظرنا، كما رجحه غيرنا⁽⁴⁾، هو الرأي الأول.

ب/- تنازع الاختصاص المكاني في منازعات العقار:

إذا تنازع الناس حول عقار من أرض و بناء، فقد اختلف العلماء على قولين هي كالاتي⁽⁵⁾:

① -/ المحكمة المختصة هي محكمة موقع العقار:

ذهب مالك و ابن الماجشون، و سحنون، و ابن كنانة من المالكية⁽¹⁾، و بعض الشافعية⁽²⁾، إلى أن المحكمة المختصة هي محكمة موقع العقار، أي موقع العقار في إقليم المحكمة هو الذي يجعلها مختصة بنظر النزاع⁽³⁾.

(1) - ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص 193. ابن الشحنة، لسان الحكام، مصدر سابق، ص 222. ابن قاضي سماننة،

جامع الفصولين، مصدر سابق، ج1، ص 16. التمرتاشي، مسعفة الحكام، مصدر سابق، ص98.

(2) - ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج2، ص 198. ابن المواق، التاج و الإكليل، مصدر سابق، ج8، ص 146.

ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص 74. الباجي، فصول الأحكام، مصدر سابق، ص 156. ابن أبي زمنين، منتخب

الأحكام، مصدر سابق، ج1، ص 270. التسولي، البهجة، مصدر سابق، ج1، ص 122-123. الناودي، حلي المعاصم، مصدر سابق،

ج1، ص 122-123.

(3) - ابن الشحنة، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - مليجي، أحمد محمد، النظام القضائي في الإسلام، مرجع سابق، ص 157.

(5) - و ليس ثلاثة كما قال أحد الباحثين المعاصرين. أنظر: مليجي، أحمد محمد، النظام القضائي الإسلامي، مصدر سابق، ص 162.

قال ابن فرحون: «و في مختصر الواضحة: في الرجل من أهل المدينة يكون له دار بمكة، فيدعيها رجل من أهل مكة. قال ابن حبيب: قال ابن الماجشون: إنما تكون خصومتها حيث الدار، و الشيء المدعى فيه، فثم يسمع من بينة المدعي و حجته، و يضرب لصاحب الدار أجلا حتى يأتي فيدفع عن نفسه، أو يوكل له وكيلا يقوم عنه في الخصومة في ذلك، قال فضل بن سلمة: و هذا أيضا مذهب سحنون و ابن كنانة. قال ابن كنانة: إلا أن يكون أحد القاضيين جائرا، فالخصومة عند الأعدل»⁽⁴⁾.
قال السبكي الشافعي: «و الذي يترجح أن يكون النَّظَر لقاضي البلد الموقوفة، لأنَّه أعرف بمصالحها، فالظاهر أن الواقف قصده، و به تحصل المصلحة»⁽⁵⁾.

2/- المحكمة المختصة هي محكمة موطن المدعى عليه:

و ذهب ابن القاسم؛ و ابن حبيب؛ و مطرف؛ و أصبغ من المالكية⁽⁶⁾، و هو الذي جرى عليه العمل والحكم بالمدينة والأندلس⁽⁷⁾، و بعض الشافعية⁽⁸⁾، إلى أن المحكمة المختصة ليست هي محكمة موقع العقار، و إنما محكمة موطن المدعى عليه.

قال ابن حبيب المالكي: «و خالف مطرف و أصبغ قول ابن الماجشون في ذلك، و قال: إنما تكون حيث المدعى عليه، و لا يلتفت إلى موضع المدعي، و لا موضع المدعى فيه، غير أن من حق المدعي إن شاء بدأ بقاضيه، يعني بقاضي مكة، فُرِعَ إليه أمره و أثبت عنده بينته، ثم كتب قاضي مكة بذلك إلى قاضي المدينة و خرج بنفسه، و إن شاء أن يوكل، أثبت وكالة وكيله عند قاضي مكة ثم خرج الوكيل بالكتاب، فإذا قدم المدعي أو وكيله، استدعى على المدعى عليه عند قاضي المدينة، و أخرج كتاب قاضي مكة... قال ابن حبيب: و بهذا أقول. قال الفضل: فهذا مذهب ابن القاسم»⁽⁹⁾.

(1) - ابن فرحون، المصدر و الصفحة نفسها. ابن أبي زمنين، المصدر نفسه، ج1، ص 270-271. خليل، المختصر، مصدر سابق، ص 230. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص 154-155. المواق، المصدر نفسه، ج8، ص 154-155. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص 211.

(2) - السيوطي، الأشباه و النظائر، مصدر سابق، ص 121-122.

(3) - ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج2، ص 198. المواق، التاج و الإكليل، مصدر سابق، ج6، ص 146. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص 74.

(4) - ابن فرحون، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - السيوطي، الأشباه و النظائر، مصدر سابق، ص 121-122.

(6) - ابن فرحون، المصدر و الصفحة نفسها. ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، مصدر سابق، ج1، ص 270. خليل، المختصر، مصدر سابق، ص 230. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص 154. المواق، المصدر نفسه، ج8، ص 154. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص 211.

(7) - خليل، المصدر و الصفحة نفسها. الخطاب، المصدر و الصفحة نفسها. المواق، المصدر و الصفحة نفسها. عليش، المصدر و الصفحة نفسها.

(8) - السيوطي، المصدر نفسه، ص 121.

(9) - ابن فرحون، المصدر و الصفحة نفسها.

وقال خليل: « وهل يدعي حيث المدعى عليه؟ وبه عمل، أو المدعى وأقيم منها»⁽¹⁾.

③- / الرأي الراجح في هذه المسألة: و الراجح من هذه الأقوال هو القول الأول- و هو ما رجحه أحد الباحثين المعاصرين⁽²⁾- و أن المحكمة المختصة هي محكمة موقع العقار، لا محكمة موطن المدعى عليه، لأنها أعرف بمصالح وحقيقة العقار وموقعه.

ثانياً/- الاختصاص الزماني:

يقصد بالاختصاص الزماني القضائي تحديد مدة معينة من الزمان لولاية القاضي، أو مدة معينة لنظر المنازعات، فإذا انقضت هذه المدة لم يجوز للقاضي الفصل في المنازعات، و لم يجوز رفع الخصومات إلى القضاء.

و هذا التعريف يتضمن معنيين للاختصاص الزماني هما:

1/- المعنى الأول: الاختصاص الزماني بمدى ولاية القاضي الزمنية: و لذلك قال بعض

المعاصرين: « يقصد بالاختصاص الزماني للقضاء: تقييد ولاية القاضي بمدة محددة من الزمن، ساعة؛ أو يوماً؛ أو شهراً؛ أو سنة؛ أو أكثر حسب ما ينص عليه في عقد التولية»⁽³⁾.

و قال باحث آخر معرفاً الاختصاص الزماني بأنه: « أن تحدد مدة معينة من الزمان لولاية القاضي فتكون له ولاية القضاء خلالها»⁽⁴⁾.

و عرفه آخر فقال: «تقييد ولاية القاضي بالقضاء في أيام معينة دون غيرها، كما لو عين في جانب الكرخ ليقضي بين أهله في أيام السبت و الاثنين و الخميس فقط من كل أسبوع»⁽⁵⁾.

و قال أحد الباحثين: « و معنى تخصيص القضاء بالزمان أن تحدد مدة معينة من الزمان لولاية القاضي، فتكون له ولاية القضاء خلالها، أما قبل هذه المدة أو بعدها فلا تكون له ولاية القضاء، و يكون غير مختص بالقضاء نتيجة لانعدام ولايته»⁽⁶⁾.

و قال وهبة الزحيلي في تعريفه: « التخصص الزماني وهو أن يتخصص القاضي بالنظر في وقت معين، كأيام محدودة في الأسبوع»⁽⁷⁾.

و هذا المعنى للاختصاص الزماني ذكره الفقهاء كثيراً، إلا أنهم لم يشيروا إلى المدة الزمنية من حيث مقدارها، هل هي الشهر؟ أم السنة؟ أم غير ذلك؟ و النصوص في هذا طافحة و كثيرة، فمنها ما قاله

(1) - خليل، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - مليجي، أحمد محمد، النظام القضائي الإسلامي، و جع سابق، ص 162-163.

(3) - الغامدي، ناصر بن محمد بن محمد بن مشري، الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص 339.

(4) - أحمد، فؤاد عبد المنعم، و غنيم، الحسين علي، الوسيط في التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص 110.

(5) - زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء، مرجع سابق، ص 40.

(6) - مليجي، أحمد محمد، المرجع نفسه، ص 164.

(7) - الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي و أدلته، و جع سابق، ج 8، ص 6247.

الطرابلسي الحنفي: «و يجوز تأقيت القضاء بزمان ، بأن قال: أنت قاضي هذه البلدة هذا الشهر، أو هذا اليوم، و يعين قاضيا بقدره»⁽¹⁾.

و قال قاضيخان الحنفي: «إذا قلد الإمام رجلا يوما أو مجلسا جاز، و يتوقف بالمكان والزمان»⁽²⁾. و كذلك قال نظام الملك و جماعة من علماء الهند: «إذا قلد السلطان رجلا قضاء يوم يجوز، و يتأقت»⁽³⁾.

و قد حدد أبو حنيفة مدة تولي القضاء سنة واحدة، ثم يرجع القاضي إلى العلم ليتعلم أكثر، لأنَّ القاضي إذا بقي مدة طويلة قاضيا، فسيؤدي ذلك إلى الأتقطاع عن العلم و الكتب والاجتهاد، فيكون القضاء متأثرا بذلك. و من ثمَّ وجب أن تكون المدة قصيرة، سنة مثلا. و هنا يقول أبو حنيفة: «لا يترك القاضي على القضاء إلا سنة واحدة، لأنَّه متى انشغل بذلك نسي العلم، فيقع الخلل في الحكم، فيجوز للسلطان أن يعزل القاضي بريية أو بغير ريبة، و يقول السلطان للقاضي: ما عزلتك لفساد فيك، و لكن أخشى عليك أن تنسى العلم، فادرس العلم ثم عد إلينا نقلدك ثانيا»⁽⁴⁾.

و لعل أبا حنيفة يقصد هنا دخول القاضي في فترة تكوين من أجل تجديد المعارف وتعميقها في مجال من المجالات حتى يتسنى له الفصل في المنازعات بأدق علم و فكر و معرفة. وهو رأي وجيه لاشك.

أما في المغرب و الأندلس الإسلاميين فإنَّ عادة الموحديين أهم لا يؤلون القضاء أكثر من عامين، عملا بما أوصى به عمر بن الخطاب حين كتب عهده أنه: «لا يولى عاملا أكثر من عامين»، وأيضا فإنهم يرون أن القاضي إذا طالت مدة قضائه اتخذ الأصحاب و الإخوان، وإذا كان بمظنة العزل لا يغتر، و أيضا فإن الحال إذا كان هكذا ظهرت مخائل المعرفة بين الأقران، وكثر فيهم القضاة بتدريجهم على الوقائع فيبقى محفوظا، بخلاف ما إذا استبد الواحد بعمل، فإنه لا يقع فيهم تناصف، و لا يحصل لمن يلي بعده النفوذ بوظيفة ما قدم إليه إلا بعد حين، وتنطمس قلوب الطلبة ليأسهم من الولاية إلا بعد مشقة⁽⁵⁾.

و قال الماوردي الشافعي: «فإذا قُلده النَّظَر في يوم السبت لم يخل من ثلاثة أحوال:

- أحدها: أن يجعله ناظرا في كل سبت، فيكون على ولايته بعد انقضاء السبت، و إن لم يكن

له أن ينظر في غيره، لبقاء نظره على أمثاله.

(1) - الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص 13.

(2) - قاضيخان، الفتاوى، مصدر سابق، ج2، ص 363.

(3) - عالمكير و جماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص 315.

(4) - ابن الشحنة، لسان الحكام، مصدر سابق، ص 219. ابن مودود الموصلية، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص 84.

(5) - الزركشي، تاريخ الدولتين الموحدية و الحفصية، مصدر سابق، ص 55.

- و الحال الثانية: أن يجعله ناظرا في سبت واحد، فينعزل بعد غروب شمس، و لا يجوز أن ينظر في أمثاله، و ليس له أن يجمع في نظر السبت بين الليل و النهار، لاختصاص اليوم بالنهار دون الليل.

- و الحال الثالثة: أن يطلق تقليده في يوم السبت، فيحمل على الخصوص دون العموم، و ليس له النَّظَرُ إلا في سبت واحد، و هو أول سبت يكون بعد التقليد، فإذا نظر فيه انعزل بغروب شمس، و لو لم ينظر فيه لم يجز أن ينظر في غيره.

و الفرق بين أن يقلده النَّظَرُ بين اثنين، فيحمل إطلاقه على العموم في كل تنازع؛ و بين أن يقلده النَّظَرُ في يوم السبت فيحمل على الخصوص في سبت واحد، هو بقاء الخصمين، فيحمل النَّظَرُ بينهما على العموم، و انقضاء السبت فحمل النَّظَرُ فيه على الخصوص. فلو قلد قاضيا أن ينظر في يوم السبت، و قلد آخر أن ينظر في يوم الأحد كان كل واحد منهما مقصور النَّظَرُ على يومه»⁽¹⁾.

و تعليقا على ما قاله الماوردي الشافعي، يرى أحد الباحثين⁽²⁾ أن هذا النص لا يدل على فكرة التخصيص أو الاختصاص القضائي، و إنما مجرد تنظيم لعمل القضاء فقط، حيث إن ولاية القاضي لا تزول و لا تنتهي بانتهاء هذا اليوم الذي سماه له الإمام الأعظم، بل تبقى بحيث يكون للقاضي القضاء في مثل هذا اليوم الذي سماه له الإمام من كل أسبوع.

و نحن نرى أنه لا فرق بين الاختصاص و التنظيم القضائي طالما أن الأثر و النتيجة واحدة، و أن على القاضي الالتزام بما نص عليه الإمام، و نحن لا يهمنا انتهاء ولاية القاضي بالعزل أم لا، و إنما الذي يهمنا هنا هو صدور الحكم من قاض مختص أم لا. هذا هو الأصل فمسألة العزل مسألة أخرى. زيادة على أن هذا الباحث الذي فرق بين الاختصاص و التنظيم القضائيين هو نفسه يعترف بأن الأثر و النتيجة واحدة⁽³⁾. و من ثم يتوجه التأكيد إلى ما قلناه.

و قد حدد بعض الفقهاء أن القاضي لا يجوز له الحكم في أيام الأعياد و العطل إلا إذا اقتضت الضرورة. قال ابن عبد البر المالكي: «و يقضي القاضي في كل الأيام إلا أنه يستحب له أن لا يقضي في يوم الفطر، و الأضحى، و أيام منى، لأتھا أيام أكل و شرب إلا أن يشرع أحد في سفر يؤذي بذلك صاحب دينه، فيمنع من ذلك»⁽⁴⁾.

(1) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص 164-165. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص 17-18.

(2) - مليجي، أحمد محمد، النظام القضائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 166.

(3) - مليجي، أحمد محمد، لراجع و الصفحة نفسها.

(4) - ابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، ص 498. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص 32-33.

و قال ابن عبد الحكم المالكي: «و لا ينبغي أن يجلس في العيدين و ما قارب ذلك كيوم عرفة و يوم التروية و يوم سفر الحاج و يوم قدومه و شهود المهرجان و حدوث ما يعم من سرور أو حزن، وكذلك إذا كثرت الوحل و المطر.

و قال بعض المتأخرين: و كذلك يوم الجمعة، و استثنى من هذه الأيام و الأوقات و الأمور التي يخاف عليها الفوات و ما لا يسعه إلا تعجيل النَّظَر فيه»⁽¹⁾.

و من خلال هذه النصوص فإن الأيام التي لا يقضي فيها القاضي إلا لضرورة، أي حالة الاستعجال هي:

- أيام الأعياد: عيد الفطر، و عيد الأضحى.
 - أيام التروية و الوقوف بعرفة.
 - يوم الجمعة.
 - أيام الأعياد الوطنية، بدليل أن ابن فرحون قال: «و حدوث ما يعم من سرور»⁽²⁾، لأنه يوم فرح و سرور و مصافاة⁽³⁾.
 - أيام حدود الكوارث الطبيعية من زلزال، أو بركان، أي الأيام التي تليها مباشرة، و المطر الشديد و الثلوج و البرد و غيرها.
 - أيام الاحتفالات بمناسبة معينة.
 - أيام سفر الحاج أو قدومه.
 - و كل هذا ما لم يكن ضرورة ممن ينزل به أمر⁽⁴⁾. قصد به حالة الاستعجال.
- قال اللخمي: «يلتزم [القاضي] وقتا من النهار ليعلمه أهل الخصومات، لأنه إن اختلف أضر بالناس»⁽⁵⁾.

قال خليل: «و جلس به بغير عيد و قدوم حاج و خروجه و مطر و نحوه»⁽⁶⁾.

قال الدردير شارحا العبارة: «و جلوسه ولو بغير مسجد يكون (بغير عيد و قدوم حاج و خروجه و) غير وقت نزول (مطر و نحوه)، كيوم تروية، و عرفة، و ليل، فيكره جلوسه في هذه الاوقات إلا لضرورة

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 32. ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 193.

(2) - ابن فرحون، المصدر و الصفحة نفسها. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 8، ص 104.

(3) - عيش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 156.

(4) - المواق، التاج و الإكليل، مصدر سابق، ج 8، ص 104.

(5) - المواق، المصدر و الصفحة نفسها.

(6) - خليل، المختصر، مصدر سابق، ص 230.

اقتضت جلوسه فيها، كما في مصر يوم خروج الحاج وقدمه، فإنَّ الجمالين يأخذون أموال الناس، وإذا غفل عنهم هربوا أو أنكروا»⁽¹⁾.

- كما أشار الفقهاء إلى ضرورة تخصيص يوم لأهل الذمة، أي غير المسلمين في المجتمع المسلم، حيث يقول ابن فرحون: «و يجعل لأهل الذمة يوماً أو وقتاً بقدر كثرتهم و قلتهم. و يجلس لهم في غير المسجد»⁽²⁾.

2/- المعنى الثاني: عدم سماع قضايا معينة بمرور زمان معين:

المعنى الثاني للاحتصاص القضائي هو منع القضاء من نظر الدعاوى بعد مرور زمان محدد. ومن هذه الدعاوى دعوى الحيازة في الملكية، فقد قدرها المالكية بعشر (10) سنوات. حيث ذهب عبد الرحمان بن القاسم، و ابن وهب، و ابن عبد الحكم، و أصبغ بن عبد العزيز القيسي إلى توقيت الحيازة على الملك بعشر (10) سنين، و ما قاربها من ثمان أو تسع في العقار و الرباع (البساتين) والأرضين⁽³⁾.

وقد استدلووا بحديث روي عن النبي ﷺ: «مَنْ حَازَ أَرْضًا وَ عَمَّرَهَا عَشْرَ سِنِينَ، وَ الْخَصْمُ حَاضِرٌ، لَا يُغَيِّرُ وَ لَا يُنْكِرُ، فَهِيَ لِلَّذِي حَازَهَا وَ عَمَّرَهَا، وَ لَا حُجَّةَ لِلْخَصْمِ فِيهَا»⁽⁴⁾. و استدلووا كذلك بالعرف و العادة⁽⁵⁾.

- أما الثياب فالمدة هي السنة أو السنين، و الحيوانات السنين و الثلاثة⁽¹⁾.

(1) - الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج6، ص 16. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص 16. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص410. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص104. المواق، التاج و الإكليل، مصدر سابق، ج8، ص104. الخرشي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص147-148. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص131. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص156.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص33.

(3) - ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص91. الدردير، المصدر نفسه، ج6، ص168-173. الدسوقي، المصدر نفسه، ج6، ص168-173. الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج4، ص155-159. ابن رشد (الجد)، البيان و التحصيل، مصدر سابق، ج11، ص145. الدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق، ج4، ص155.

(4) - أخرجه مرسلًا سحنون في المدونة الكبرى، كتاب الشهادات، في الشهادة على الحيازة، ج4، ص50. وأبو داود في المراسيل، كتاب الأفضية، باب ما جاء في القضاء، ص282، عن زيد بن أسلم: «من أحاز عشر سنين فهو له». ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، إشراف: بكر بن عبد الله أبو زيد، آثار ابن قيم الجوزية و ما لحقها من أعمال رقم (9)، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، ط1، 1428هـ، ج1، ص308. وقال عنه: «وهذا لا يثبت». وضعفه الألباني. أنظر: الألباني، محمد ناصر الدين بن الحاج نوح، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، مكتبة المعارف، الرياض، ط1، 1412هـ-12992م، ج10، ص431، رقم الحديث: 4853. وقال عنه: «إنه حديث ضعيف عندي؛ لأنه مرسل من الوجهين، وكل من المرسلين مدني؛ فلا يقوى أحدهما الآخر؛ لاحتمال أن يكون شيخهما تابعياً واحداً. على أن مدار الإسناد إليهما على عبد الجبار بن عمر الأيلي؛ وهو ضعيف؛ كما جزم به الحافظ، تبعاً لجمع من الأئمة؛ بل إن بعضهم ضعفه جداً، فقال محمد بن يحيى الذهلي: «ضعيف جداً». وقال النسائي: «ليس بثقة». وقال الدارقطني: «متروك...». وأخرجه ابن حبيب، الربيع الفراهيدي، الجامع الصحيح، ترتيب: أبو يعقوب الوريثاني، تحقيق: إبراهيم محمد طلاي، دار البعث، قسنطينة، ط1، ج3، ص211. رقم الحديث: 601.

(5) - ابن فرحون، المصدر والصفحة نفسها.

- أما الحنفية فإنهم يرون أنَّ مرور الزمن الذي يمنع من سماع الدعاوى هو على نوعين⁽²⁾:
- الأول: مرور الزمن الاجتهادي: ومدته 36 سنة، وذلك في الوقف، وحق طريق الخاص، والمسبل، والشرب، وهو ما نصت عليه م 1661 بقولها: «تسمع دعوى المتولي والمرتزة في حق أصل الوقف إلى ست و ثلاثين سنة، و لا تسمع بعد مرور ست و ثلاثين سنة. مثلاً إذا تصرف أحد في عقار على وجه الملكية ستا و ثلاثين سنة، ثم ادعى متولي وقف قائلاً: إن ذلك العقار من مستغلات وقفي، فلا تسمع دعواه»⁽³⁾.

- الثاني: مرور الزمن المعين من قبل السلطان، ومدته تختلف من حالة إلى أخرى.
- خمسة عشر (15) سنة في دعاوى الدين و الوديعة و العارية و العقار الميراث و القصاص، والطريق الخاص، وحق الشرب.
- عشر (10) سنوات و ذلك في دعاوى التصرف في الأراضي الأميرية و الطريق الخاص والمسبل وحق الشرب.

- سنتان (02) في الأراضي الخالية و المحلولة التي فوضت من طرف الدولة للمهاجرين و زرعت من قبلهم و أنشئ عليها أبنية فلا تسمع الدعوى فيها بعد مرور سنتين.
و لكن هناك أعذار مانعة لجريان مرور الزمن، و هي: القاصرة (كالصغر، و الجنون، و العته)، و الغيبة (كالإقامة في محل سفر بعيد)؛ و التغلب؛ ممانعة الزوج زوجته من المباحثة بحقها.
- وأجاز الحنابلة تقييد القاضي بعدم نظر القضايا التي مر عليها عشر سنوات مثلاً. قال البهوتي: «... وَمِثْلُهُ: لَا تَقْضِي فِيمَا مَضَى لَهُ عَشْرُ سِنِينَ وَحَوْهَ»، لِحُصُوصِ وَلَايَتِهِ»⁽⁴⁾.
- أما في الجرائم من الحدود و القصاص و التعازير فالأمر كالاتي⁽⁵⁾:
و اتفقوا كذلك في امتناع التقادم في العقوبات المقررة لجرائم القصاص و الدية و في جريمة القذف دون غيرها من جرائم الحدود.

و اختلفوا في بعض الحدود، و هي: السرقة؛ و الزنا؛ و شرب الخمر؛ على قولين:
- القول الأول: لا تقادم في جرائم الحدود (السرقة؛ و الزنا؛ و شرب الخمر):

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج2، ص 92. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص 173-174. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص 173-175. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص 157. الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج4، ص 157-158.
(2) - حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص 295-322.
(3) - حيدر، علي، المصدر نفسه، ج4، ص 301. رستم بار، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص 986-987.
(4) - البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص 375.
(5) - عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنا بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط13، 1415هـ-1994م، ج1، ص 778-779.

ذهب الجمهور: من المالكية⁽¹⁾، و الشافعية⁽²⁾، و الحنابلة⁽³⁾، و زفر من الحنفية، وابن أبي ليلى⁽⁴⁾، إلى أنّ هذه الجرائم لا تسقط مهما مضى عليها من الزمن دون محاكمة. و حجتهم في ذلك هي أنّه لا يوجد ما يدل على سقوط هذه الجرائم بمرور الزمن، زيادة على ذلك، فإنّه ليس لولي الأمر العفو وإسقاط هذه الجرائم عن مرتكبيها.

قال الغزالي: «لا تمنع الشهادة بتقادم العهد في الزنا»⁽⁵⁾.

– القول الثاني: جرائم الحدود (السرقه؛ و الزنا؛ و شرب الخمر) تسقط بالتقادم:

و ذهب أبو حنيفة و أصحابه⁽⁶⁾ إلى أنّ جرائم الحدود الثلاثة؛ وهي: السرقه؛ و الزنا؛ و شرب الخمر تسقط بمرور الزمن، إلا أنّهم وُقوا بين حالين: بين ما إذا كان دليل الجريمة شهادة الشهود أو الإقرار، فإن كان الدليل شهادة الشهود سقطت العقوبة بمرور الزمن؛ و إن كان الدليل الإقرار لم تسقط العقوبة بمرور الزمن. وقد استثنى الحنفية في السرقه أنه يضمن و لا يتقادم⁽⁷⁾.

أما الإقرار فلا يبطل بالتقادم، لأنّ الإنسان لا يعادي نفسه، فتتعدم التهمة، فحد الزنا وشرب الخمر و السرقه خالصة حق الله تعالى، حتى إنّّه يصح الرجوع عنها بعد الإقرار، فيكون التقادم فيه مانعاً⁽⁸⁾.

وكذلك حد القذف لا يبطل بالتقادم، لأنّه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه، ولهذا لا يصح الرجوع بعد الإقرار، والتقادم غير مانع في حقوق العباد، لأنّ الدعوى في حق العبد شرط فيحتمل تأخير الشهود الشهادة على انعدام الدعوى، فلا يوجب تفسيقهم⁽⁹⁾.

قال الكاساني مبينا فكرة التقادم في جرائم الحدود وأساسها: «وَأَمَّا الَّذِي يُخَصُّ الْبَعْضَ دُونَ الْبَعْضِ فَمِنْهَا عَدَمُ التَّقَادُمِ، وَأَنَّهُ شَرْطٌ فِي حَدِّ الزَّانِ وَالسَّرَّاقِ وَشُرْبِ الْخَمْرِ، وَلَيْسَ بِشَرْطٍ فِي حَدِّ الْقَذْفِ، وَالْفَرْقُ أَنَّ الشَّاهِدَ إِذَا عَايَنَ الْجَرِيمَةَ فَهُوَ خَيْرٌ بَيْنَ إِدَاءِ الشَّهَادَةِ حَسْبَ اللَّهِ تَعَالَى، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَقِيمُوا

(1) – مالك، المدونة، مصدر سابق، ج 4، ص 552.

(2) – الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج 2، ص 2664. الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج 7، ص 365.

(3) – البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج 6، ص 103. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 8، ص 207. التاكد.

(4) – الشافعي، المصدر والصفحة نفسها.

(5) – الغزالي، المصدر والصفحة نفسها.

(6) – الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج 7، ص 46. بن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج 4، ص 161-162. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج 3، ص 218. ابن مود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج 4، ص 86. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 9، ص 69. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج 3، ص 187-188. العيني، البناية، مصدر سابق، ج 6، ص 276-278. داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج 3، ص 284-283-354-361-362. الحصكفي، الدر المنتقى، مصدر سابق، ج 3، ص 284-353-354-361-362. وانظر أيضا: الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج 2، ص 2664.

(7) – العيني، البناية، مصدر سابق، ج 6، ص 278.

(8) – العيني، المصدر والصفحة نفسها.

(9) – العيني، المصدر والصفحة نفسها.

الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴿ [سورة الطلاق: 02]، وَيَبِينَ التَّسْتُرَ عَلَى أَخِيهِ الْمُسْلِمِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ سَتَرَ عَلَى أَخِيهِ الْمُسْلِمِ سَتَرَ اللَّهُ عَلَيْهِ فِي الْآخِرَةِ»⁽¹⁾. فلما لم يشهد على فور المعاينة حتى تقادم العهد العهد دَلَّ ذلك على اختيار جهة السُّتْرِ، فإذا شهد بعد ذلك دَلَّ على أَنَّ الضَّغِينَةَ حَمَلَتْهُ عَلَى ذَلِكَ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ»⁽²⁾، أو لعداوة حركته فيتهم فيها فلم يقبل⁽³⁾.

وإن كان التأخير فيهما لا للسُّتْرِ يصير الشاهد فاسقا آثما فيتيقن بالمانع.⁽⁴⁾

وقال ابن نجيم: «شاهد الحسبة»⁽⁵⁾ إذا أحرَّ شهادته لغير عذر لا يقبل لفسقه»⁽⁶⁾.

و يؤيد الحنفية رأيهم هذا بما روي عن عمر ا قوله: « أَيَّمَا قَوْمٍ شَهِدُوا عَلَى حَدِّ لَمْ يَشْهَدُوا عِنْدَ حَضْرَتِهِ [أي عند ارتكابه الجرم] فَإِنَّمَا شَهِدُوا عَنْ ضَعْفٍ، وَلَا شَهَادَةَ لَهُمْ »⁽⁷⁾.

فقال الحنفية: «وَلَمْ يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ عَلَيْهِ مُنْكَرٌ، فَيَكُونُ إِجْمَاعًا. فَدَلَّ قَوْلُ سَيِّدِنَا عَمْرٍَا أَنَّ مِثْلَ هَذِهِ الشَّهَادَةِ شَهَادَةُ ضَّغِينَةٍ، وَأَنَّهَا غَيْرُ مَقْبُولَةٍ؛ وَلِأَنَّ التَّأْخِيرَ وَالْحَالَةَ هَذِهِ يُورِثُ تَهْمَةً، وَلَا شَهَادَةَ لِمُتَّهَمٍ عَلَى لِسَانِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِخِلَافِ حَدِّ الْقَذْفِ؛ لِأَنَّ التَّأْخِيرَ تَمَّةٌ لَا يَدُلُّ عَلَى الضَّغِينَةِ وَالتُّهْمَةِ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى هُنَاكَ شَرْطٌ فَاحْتَمَلَّ أَنَّ التَّأْخِيرَ كَانَ لِتَأْخِيرِ الدَّعْوَى مِنَ الْمُدَّعِي، وَالِدَّعْوَى لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِي الْحُدُودِ الثَّلَاثَةِ فَكَانَ التَّأْخِيرُ»⁽⁸⁾.

(1) - جزء من حديث ورد بالفاظ متقاربة هو كاملا: عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ نَفَسَ عَنْ مُؤْمِنٍ كُرْبَةً مِنْ كُرْبِ الدُّنْيَا نَفَسَ نَفْسَ اللَّهِ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرْبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ. وَمَنْ يَسِرَّ عَلَى مَعْسِرٍ يَسِرَّ اللَّهُ عَلَيْهِ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ. وَمَنْ سَتَرَ مُسْلِمًا سَتَرَهُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ. وَاللَّهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا كَانَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ. وَمَنْ سَلَكَ طَرِيقًا يَلْتَمِسُ فِيهِ عِلْمًا سَهَّلَ اللَّهُ لَهُ بِهِ طَرِيقًا إِلَى الْجَنَّةِ. وَمَا اجْتَمَعَ قَوْمٌ فِي بَيْتٍ مِنْ بُيُوتِ اللَّهِ يَتْلُونَ كِتَابَ اللَّهِ وَيَتَادَرَسُونَهُ بَيْنَهُمْ إِلَّا نَزَلَتْ عَلَيْهِمُ السَّكِينَةُ وَغَشِيَتْهُمُ الرَّحْمَةُ وَحَفَّتْهُمُ الْمَلَائِكَةُ وَذَكَرَهُمُ اللَّهُ فِيمَنْ عِنْدَهُ وَمَنْ بَطَأَ بِهِ عَمَلُهُ لَمْ يَسْرِعْ بِهِ نَسِيْبُهُ». أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الذِّكْرِ وَالِدُّعَاءِ وَالتَّوْبَةِ وَالِاسْتِغْفَارِ، بَابُ فَضْلِ الْاجْتِمَاعِ عَلَى تِلَاوَةِ الْقُرْآنِ وَعَلَى الذِّكْرِ، ج 4، ص 2074. رقم الحديث: 2699. وأحمد في مسنده، ج 2، ص 658-676-685-337-338-396، رقم الحديث: 10507-10678-10771-7961-7445. مسند أبي هريرة. وج 2، ص 124، رقم الحديث: 5648. مسند عبدالله بن عمر بن الخطاب. وج 4، ص 77-78، رقم الحديث: 16601. مسند المدنيين. وج 4، ص 189، رقم الحديث: 17401. مسند الشاميين حديث عقبة بن عامر. وج 5، ص 439، رقم الحديث: 23247.

(2) - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج 7، ص 46. العيني، البناية، مصدر سابق، ج 6، ص 277.

(3) - العيني، المصدر نفسه، ج 6، ص 278.

(4) - العيني، المصدر والصفحة نفسها.

(5) - شهادة الحسبة عبارة عن أداء الشاهد شهادة تحملها ابتداء لا بطلب طالب، ولا بتقدم دعوى مدعي، وإنما احتسابا لله تعالى. وتقبل شهادة شهادة الحسبة في حقوق الله تعالى. أنظر: ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص 319.

وأصلها من السنة: عَنْ زَيْدِ بْنِ خَالِدِ الْجُهَنِيِّ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَدَاءِ: الَّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَ». أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، باب بيان خير الشُّهَدَاءِ، ج 3، ص 1344، رقم الحديث: 1719. وأبو داود في سننه، كتاب الأفضية، باب في الشهادات، ج 3، ص 303، رقم الحديث: 3596. والترمذي في سننه، كتاب الشهادات، باب ما جاء في الشُّهَدَاءِ أَيُّهُمْ خَيْرٌ، ج 4، ص 544-545، رقم الحديث: 2295-2296-2297. وقال عنه في الرواية الأخيرة: «هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ».

(6) - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص 221. الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج 2، ص 324.

(7) - الكاساني، المصدر والصفحة نفسها. النسفي، طلبة الطلبة، مصدر سابق، ص 182. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 9، ص 117-244. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج 3، ص 187-188. الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج 2، ص 2664، رقم الأثر: 3135.

(8) - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج 7، ص 46.

و من المستفاد من قول عمر ¹ هو أن الشهادة المتأخرة تورث التهمة، و لا شهادة لمتهم على لسان الرسول ^ﷺ حيث يقول: «لا تجوز شهادة خصم و لا ظنين، واليمين على المدعى عليه»⁽¹⁾.

أما القذف و القصاص و اللعان فلا تقادم فيها. قال ابن نجيم: «الحق لا يسقط بتقادم الزمان: قذفا؛ أو قصاصا؛ أو لعانا؛ أو حقا للعبد»⁽²⁾.

ثم إنَّ الحنفية⁽³⁾ قرروا أن التقادم إنما يمنع قبول الشهادة في الحدود الثلاثة إذا كان التقادم في التأخير من غير عذر ظاهر، فأما إذا كان لعذر ظاهر، بأن كان المشهود عليه في موضع ليس فيه حاكم، فحمل إلى بلد فيه حاكم، فشهدوا عليه جازت شهادتهم، وإن تأخرت لأن هذا موضع العذر، فلا يكون التقادم فيه مانعا.

و قد اختلف الحنفية في المدة التي تسقط بها هذه الجرائم هل خمسة أيام أم ستة أشهر؟⁽⁴⁾
- فأبو حنيفة⁽⁵⁾ رحمه الله لم يقدر للتقادم تقديرا، وفوض ذلك إلى اجتهاد كل حاكم في زمانه، فإنه روي عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: كان أبو حنيفة رحمه الله لا يوقت في التقادم شيئا، وجهدنا به أن يوقت فأبى⁽⁶⁾، لأن اختلاف الأعذار يجعل التوقيت متعذرا.

- وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قدراه بشهر، فإن كان شهرا أو أكثر فهو متقادم، وإن كان دون شهر فليس بمتقادم، لأن الشهر أدنى الأجل، فكان ما دونه في حكم العاجل⁽⁷⁾.

- وعن الطحاوي ستة (06) أشهر. و قدره محمد بن الحسن الشيباني بستة (06) أشهر⁽⁸⁾.
و في رواية قدره بشهر واحد، و هو رواية عن أبي حنيفة و أبي يوسف، و هذا يعني أنه بانقضاء المدة لا يسمع القاضي الدعوى في الجريمة⁽⁹⁾. وعللوا ذلك بأن ما دون الشهر عاجل، بدليل أن من

(1) - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة و لا ذي غم على أخيه ولا ظنين ولا خصم، ج10، ص201.

(2) - ابن نجيم، الأشباه و النظائر، مصدر سابق، ص222.

(3) - الكاساني، المصدر نفسه، ج7، ص47.

(4) - الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج2، ص324. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص161-162. ابن عابدين، ج3، ص218. العيني، البناء، مصدر سابق، ج6، ص280-281.

(5) - الكاساني، المصدر والصفحة نفسها. ابن مود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج4، ص86. العيني، المصدر نفسه، ج6، ص280.

(6) - الكاساني، المصدر والصفحة نفسها. ابن مود الموصلي، المصدر والصفحة نفسها. داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج3، ص284.

(7) - الكاساني، المصدر والصفحة نفسها. ابن مود الموصلي، المصدر والصفحة نفسها.

(8) - ابن مود الموصلي، المصدر والصفحة نفسها. العيني، المصدر نفسه، ج6، ص276-280.

(9) - العيني، البناء، مصدر سابق، ج6، ص280-281.

حلف ليقضي حق فلان عاجلا، يقع عليه ذلك ما دون الشهر⁽¹⁾. وهذا إذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة، أما إذا كان بينهم وبين القاضي مسافة شهر فتقبل الشهادة، لأن المانع بعدهم عن الإمام، فلا تتحقق التهمة لأنهم معذورون⁽²⁾.

ومدة التقادم في حد الخمر شهر عند محمد. أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فيقدر بزوال الرائحة⁽³⁾. وهي مدة قصيرة جدا لاشك.

والأكثر من ذلك يرى الحنفية أن التقادم ليس فقط قبل القضاء، وإنما يكون حتى بعد القضاء و صدور الحكم، فعندهم لو هرب الزاني بعدما ضرب بعض الحد، ثم أخذ بعدما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد، لأن الإمضاء والاستيفاء من القضاء في باب الحدود، أي تنمة للقضاء، ولهذا كان تفويضا إلى الإمام، وهذا لأن القضاء إما أن يكون الإعلام من له الحق بحقه أو لتمكينه من الاستيفاء، وذلك لا يتصور في حقوق الله تعالى، فيكون المعتبر في حقوق الله تعالى النيابة بحقيقة الاستيفاء، فكان التقادم قبل الاستيفاء بعد القضاء كالتقادم قبل القضاء⁽⁴⁾.

ولم يخالف في ذلك إلا زفر، فكان لا يرى التقادم بعد صدور الحكم⁽⁵⁾.

ثالثا/ - الاختصاص القيمي أو الكمي أو بنصاب معين:

يعرف أحد الباحثين المعاصرين الاختصاص القيمي بأنه: «نظر الخصومات التي لا تتجاوز قيمتها مبلغا معينا، و يخصص قاضيا آخر في الخصومات التي تزيد قيمتها عن هذا المبلغ، و بذلك تكون قيمة النزاع عليه هي الفيصل في تحديد اختصاص القاضي، و الغالب أن يكون ذلك في النوع الواحد من الخصومات»⁽⁶⁾.

و يعرفه باحث معاصر آخر بأنه: «قصر ولاية القاضي على المنازعات التي لا تزيد قيمتها على مبلغ معين من المال»⁽⁷⁾.

و الذي يلاحظ أن هذين التعريفين يتعارضان فيما بينهما، حيث إن التحديد الأول للاختصاص القيمي أساسه تقسيم المنازعات بحسب القيمة على القضاة، بينما التعريف الثاني يحدد قيمة النزاع الذي يجب القاضي على الالتزام به دون خروج عنها.

(1) - العيني، المصدر والصفحة نفسها.

(2) - العيني، المصدر والصفحة نفسها.

(3) - العيني، المصدر نفسه، ج6، ص281.

(4) - العيني، المصدر نفسه، ج6، ص279-280.

(5) - العيني، المصدر نفسه، ج6، ص280.

(6) - مليجي، أحمد محمد، النظام القضائي الإسلامي، مرجع سابق، ص164.

(7) - الغامدي، ناصر بن محمد بن محمد بن مشري، الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص223.

و لعل التعريف الأول يستند إلى ما قاله عمر لأحد قضاة: «رد الناس عني في الدرهم و الدرهمين»⁽¹⁾.

و كذلك ما قاله أبو عبد الله أحمد بن سليمان الزبيري الشافعي حين قال: «لم تزل الأمراء بالبصرة برهة من الدهر يستقضون قاضيا على المسجد الجامع، يسمونه قاضي المسجد، يحكم في مائتي درهم و عشرين دينارا فما دونها، و يفرض النفقات، و لا يتعدى موضعه، و لا ما قدر له»⁽²⁾. هذه بعض النصوص وهناك غيرها⁽³⁾.

كما أن القرابي لما عرف الدعوى اصطلاحا بقوله: «طلب معين، أو ما في ذمة معين، أو ما يرتب عليه أحدهما، معتبرة شرعا، لا تكذبها العادة»⁽⁴⁾، ثم شرح عبارة: «معتبرة شرعا» فقال: «احتراز من دعوى عشر سمسة، فإن الحاكم لا يسمع مثل هذه الدعوى، لأنه لا يترتب عليه نفع شرعي»⁽⁵⁾. و هذا يعني شرط المصلحة، الذي سبق بيانه في الباب الأول من الرسالة، إن شاء الله. و الذي نراه أن التعريف الثاني أصح و أدق، لأنه يحقق الغرض المباشر من الاختصاص و هو تنظيم القضاء، كما أنه يدفع الناس و الخصوم إلى طرح قضايا جدية لا تافهة على القضاء حتى يتحقق العدل، و ينفي الظلم، و حتى لا يضيع الجهد الوقت و المال في نزاعات تافهة لا قيمة لها.

رابعا- الاختصاص النوعي أو الموضوعي:

يعرف أحد الباحثين المعاصرين الاختصاص النوعي أو الموضوعي بقوله: «أن يخص ولي الأمر بعض القضاة بنوع من القضايا مثل قضايا الأموال و قضايا الجنايات... إلى غير ذلك مما يتفرغ منها»⁽⁶⁾.

و عرفه باحث آخر بقوله: «اختصاص بنوع معين من القضايا كالمعاملات المدنية و الجنائية وأحكام الأسرة...»⁽⁷⁾.

و قال في تعريف آخر: «و بمعنى أوضح، فإن معناه: أن يخص ولي الأمر من ولاية القضاء ليحكم في بعض الحوادث دون بعض، كأن يفوض له الحكم فيما عدا حوادث الجنايات، و الجنح،

(1) - وكيع، أخبار القضاة، مصدر سابق، ج1، ص 105-106.

(2) - الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 142. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص 173. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص 20.

(3) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص 89-90. أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 78. الماوردي، أدب القاضي، المصدر نفسه، ج1، ص 174. الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر نفسه، ج16، ص 20-21.

(4) - القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص 153.

(5) - القرافي، المصدر والصفحة نفسها.

(6) - الأغش، محمد الرضا عبد الرحمان، السياسة القضائية في عهد عمر، مرجع سابق، ص 170.

(7) - الغامدي، ناصر بن محمد بن محمد بن مشري، الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص 179.

والمخالفات، أو أن يفوض لبعض قضاته أن يحكم في قضايا الزواج و الطلاق... على طريقة مخصوصة، و يفوض للبعض الآخر منهم أن يحكم في الحوادث الأخرى»⁽¹⁾.

وقال باحث آخر معرفاً إياه: «تعيين اختصاص كل فئة أو طبقة من طبقات المحاكم التابعة لجهة قضائية واحدة من المنازعات التي منحها النظام حق الفصل فيها»⁽²⁾.

و هذه التعاريف كلها مختلفة جزئياً، لأنها خالفت شرطاً من شروط وضع التعاريف، و هو شرط عدم الوقوع في الدور، حيث تكرر أو ورد مشتق من مشتقات المعرف، و هو الاختصاص في التعريف.

و يعرف أحد الباحثين الاختصاص النوعي أو الموضوعي - و إن كان تحت اصطلاح: تخصيص القضاء بالخصومات - بأنه: «للإمام أن تخصص القاضي بالنظر في نوع معين من الخصومات، كالخصومات المدنية، أو التجارية، أو خصومات الأحوال الشخصية و غيرها»⁽³⁾.

أما تعريفنا للاختصاص النوعي أو الموضوعي فهو: تقييد نظر المحكمة في الدعاوى بنوع وموضوع معين محدد، لا يجوز تجاوزه، و إلا كان الحكم باطلاً.

و ذلك أن تختص المحكمة في أحكام الزواج و الطلاق و الأسرة، أو تختص بأحكام الأموال، أو تختص بمنازعات العمال و العمل، أو بمنازعات الجرائم المختلفة أو بمنازعات المظالم و غيرها.

و قد أشرنا من قبل إلى أن الفقهاء يقولون بجواز الاختصاص النوعي أو الموضوعي⁽⁴⁾.

- و خلاصة هذا الفرع أن الاختصاص هو قاعدة جوهرية في القضاء الإسلامي، يترتب على عدم مراعاتها بطلان الحكم القضائي، و بالتالي يجب نقضه.

كما يلاحظ أيضاً أن الفقهاء المسلمين استطاعوا أن يبتكروا قاعدة إجرائية قضائية ابتكاراً دقيقاً تعريفاً، وأقساماً، و مشروعية، و غاية، و مقاصداً، و من ثم يمكن القول بأن الفقه الإسلامي فقه حيوي و عملي يستجيب لمختلف التطورات و المستجدات.

المبحث الثالث: نقض الحكم القضائي بسبب وجود المانع:

أحياناً وفي بعض الحالات يكون القاضي أهلاً للقضاء، وله الولاية القضائية، كما أن له الاختصاص القضائي، إلا أنه لا يستطيع الفصل في النزاع إما بسبب وجوده في حالة تشويش الفكر

(1) - الغامدي، ناصر بن محمد بن مشري، المرجع والصفحة نفسها.

(2) - آل دريب، سعود بن سعد، التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص 427.

(3) - مليجي، أحمد محمد، النظام القضائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 167.

(4) - السمناني، روضة القضاء، مصدر سابق، ج1، ص 73. ابن نجيم، الأشباه و النظائر، مصدر سابق، ص 230. الحموي، غمز عيون عيون البصائر، مصدر سابق، ج2، ص 371-401. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص 155-156. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص 89-90. النووي، المنهاج، مصدر سابق، ج6، ص 269. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص 269. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 141. أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 78.

والذهن بسبب الغضب، أو العطش الشديد، أو الحر الشديد، وغيرها من المشوّشات التي تمنع القاضي من التركيز في الحكم؛ وإما لوجود علاقة بين القاضي وأحد الخصوم، كعلاقة قرابة، أو مصاهرة، أو علاقة عداوة بين القاضي وأحد الخصوم، أو حصول القاضي على رشوة ليحكم لأحد الأطراف على حساب الطرف الآخر.

ففي كل هذه الحالات يوجد مانع يمنع من الحكم، وهذه الموانع يمكن حصرها من خلال التحليل السابق في نوعين:

- نقض الحكم القضائي بسبب تشوّش فكر وذهن القاضي.
 - نقض الحكم القضائي بسبب وجود التهمة.
- وإليك بيان هذه العناصر بالترتيب والتفصيل.

المطلب الأول: نقض الحكم القضائي بسبب تشوش فكر وذهن القاضي:

للقوف على هذه المسألة فإننا سنتناولها وفق الخطة الآتية:

الفرع الأول: معنى القاعدة، و بيان الحالات المؤثرة على حالة القاضي الفكرية و النفسية.

الفرع الثاني: أدلة هذه القاعدة.

الفرع الثالث: موقف المذاهب الفقهية من أثر القاعدة.

إليك هذه العناصر بالترتيب.

الفرع الأول: معنى القاعدة، و بيان الحالات المؤثرة على حالة القاضي الفكرية و النفسية:

يتضمن هذا العنصر نقطتين، نتناولها وفق الخطة الآتية:

أولا/- معنى قاعدة حالة القاضي الفكرية و النفسية عند إصدار الحكم:

يقصد بحالة القاضي الفكرية و النفسية عند إصدار الحكم: أن يكون القاضي في حالة عادية عقلا و نفسيا، بحيث يكون ذهنه صافيا غير مشوّش بسبب من أسباب التشويش، مركزا غير مشتت، حاضر الفكر و القلب متقدا، و نفسه تكون غير مكدّرة و منزعجة.

فالقاضي يحسن عند إصداره الحكم أن يكون صافي الذهن، حاضر الفكر و القلب، و نفس

مريحة، غير مشوّش أو مشتت أو منزعج بسبب من الأسباب.

ثانيا/- الظروف المؤثرة على حالة القاضي الفكرية و النفسية عند إصدار الحكم:

وقد نصَّ الفقهاء على الظروف و الأحوال التي قد تؤثر على القاضي فكريا و نفسيا عند إصداره الحكم، و رأوا أنه يجب أو يستحب عليه أن يمتنع عن إصداره في مثل هذه الظروف، وهي⁽¹⁾: الغضب الشديد⁽²⁾؛ الجوع و العطش المفرطين؛ الشبع المفرط (الكظظ)؛ المرض المؤلم؛ مدافعة الأخبثين أو أحدهما وكذا الريح؛ الحزن؛ السرور والفرح المفرطين؛ غلبة النعاس؛ الهم والغم؛ الضجر؛ الحر الشديد المزعج؛ البرد الشديد؛ الشهوة الشديدة القوية (توقان جماع)؛ الحقب؛ الحقن؛ القلق؛ المل؛ الكسل؛ اللقس (ضيق النفس)؛ كثرة ازدحام الناس على القاضي؛ الخوف المزعج؛ و غيرها.

و يلاحظ أن الظاهرية⁽³⁾ يقتصرون على الغضب فقط، و ذلك جريا على مذهبهم بعدم جواز القياس.

و قد وضع العلماء ضابطا يشمل كل الحالات التي تؤثر على القاضي نفسيا و فكريا، فقد قال النووي: «و يلتحق بالغضب: كل حال يخرج الحاكم فيها عن سداد النَّظَر، و استقامة الحال، كالشبع المفرط، و الجوع المقلق، و الهم، و الفرح البالغ، و مدافعة الحدث، و تعلق القلب بأمر، و نحو ذلك»⁽⁴⁾.

(1) - السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص372-373. الكمال ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص271. ابن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص86-87. الحسام الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص86-87-80. السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج1، ص96-97. ابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، ص497. ابن رشد (الجد)، المقدمات، مصدر سابق، ج2، ص267. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2، ص288. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج3، ص110. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص32. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص21. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص81. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص21-22. ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج2، ص193. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص116. الزرقاني، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص133. الخرخشي، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص151. المواق، التاج والإكليل، مصدر سابق، ج6، ص116. الآبي، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج2، ص225. الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج2، ص2404-2621. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص212-218. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص32-34. الغزالي، الوجيز، مصدر سابق، ص418. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص66. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص123. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص286. الخطيب الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، ج2، ص615-615. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص532. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص254. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص300-301. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص443. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص25. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص96. البيهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص400. البيهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص471. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، مصدر سابق، ج8، ص162. ابن تيمية (مجد الدين)، المحرر في الفقه، مصدر سابق، ص640. المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص197-198. الزركشي، شرح مختصر الخرقفي، مصدر سابق، ج4، ص442. ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، ج2، ص317. النووي، شرح صحيح مسلم، مصدر سابق، ج12، ص15. ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص365.

(2) - وَقَدْ فَسَّرَ ابْنُ كَمَالٍ الْوَزِيرُ الْغَضَبَ فَقَالَ: «هُوَ تَعَسِيرٌ يَحْضُلُ عِنْدَ غَلِيَانِ دَمِ الْقَلْبِ لِإِرَادَةِ الْإِنْتِقَامِ، وَأَوَّلُ الْغَضَبِ غَلِيَانُ الدَّمِ، وَغَايَتُهُ إِصْطَالُ الضَّرْرِ إِلَى الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِ». حيدر، علي، درر الحكام، مصدر سابق، ج4، ص620.

(3) - ابن حزم، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - النووي، شرح صحيح مسلم، مصدر سابق، ج12، ص15.

و قال ابن قدامة المقدسي: «و في معنى الغضب: كل ما شغل فكره من الجوع المفرط، و العطش الشديد، و الوجع المزعج، و مدافعة أحد الأحدثين، و شدة النعاس، و الهم، و الغم، و الحزن، و الفرح، فهذه كلها تمنع الحاكم، لأنها تمنع حضور القلب، و استيفاء الفكر، الذي يتوصل به إلى إصابة الحق في الغالب، فهي في معنى الغضب المنصوص عليه، فتجري مجراه»⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أدلة قاعدة مراعاة حالة القاضي نفسيا و فكريا عند إصدار الحكم:

تعد قاعدة مراعاة حالة القاضي فكريا و نفسيا عند إصدار الحكم قاعدة منصوص عليها في ظاهر نصوص القرآن الكريم؛ و صريح السنة؛ و آثار الصحابة؛ و الإجماع؛ و القياس؛ و المعقول. و ذلك كالآتي:

أولا/ - من الكتاب الكريم: قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِن جَاءَكَ فَاسِقٌ بِنِيءٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ [سورة الحجرات: 06]، وقال -: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَتَبَيَّنُوا﴾ [سورة النساء: 94].

وجه الاستشهاد بهذه الآيات أن الله - أمر بالتثبت و التبين في كل أمر⁽²⁾، و الحكم منها، ووجود ما يشوش الفكر، و يعطل العقل و التثبت، مما يجعل صدور الحكم في مثل هذه الحالة ممنوعا⁽³⁾. قال الشافعي بعد أن أورد هذه الآيات: «فأمر الله من يمضي أمره على أحد من عباده أن يكون مستبينا قبل أن يمضيه»⁽⁴⁾.

ثانيا/ - السنة النبوية الشريفة:

- عن أبي بكر - 1- أنه سمع النبي ﷺ يقول: «لَا يَقْضِينَ حَكْمَ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَ هُوَ غَضْبَانٌ»⁽⁵⁾.

فقد دلّ الحديث على النهي عن القضاء حال الغضب⁽⁶⁾.

- عن أبي سعيد الخدري - 1- أن النبي ﷺ قال: «لَا يَقْضِي الْقَاضِي إِلَّا وَ هُوَ شَبَعَانٌ رِيَّانٌ»⁽¹⁾.

(1) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 25.

(2) - الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج 2، ص 2621.

(3) - أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 393.

(4) - الشافعي، المصدر والصفحة نفسها.

(5) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب هل يقضي القاضي أو يفتي و هو غضبان، ج 6، ص 2616، رقم الحديث: 6739، و اللفظ له. و أخرجه مسلم في الصحيح، كتاب الأفضية، باب كراهة القاضي و هو غضبان، ج 3، ص 1342، رقم الحديث: 1717.

(6) - النووي، شرح صحيح مسلم، مصدر سابق، ج 12، ص 15. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج 7، ص 411. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 1، ص 212. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 16، ص 32-33. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج 6، ص 301. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج 6، ص 96-97. الزركشي، شرح مختصر الخرق، مصدر سابق، ج 4، ص 442. ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، ج 2، ص 317.

- و عن عروة بن محمد، عن أبيه، عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «إِذَا اسْتَشَاطَ السُّلْطَانُ تَسَاطَ الشَّيْطَانُ»⁽²⁾.

و قال ابن دقيق العيد: «النَّصُّ الوارد في المنع من القضاء حالة الغضب، و ذلك لما يحصل للنفس بسببه من التشويش الموجب لاختلال النَّظَر، و عدم استيفائه على الوجه، و عدَّاه الفقهاء بهذا المعنى إلى كل ما يحصل منه ما يشوش الفكر، كالجوع؛ و العطش؛ و هو قياس مَظَنَّة على مَظَنَّة، فإن كل واحد من الجوع و العطش مشوِّش للفكر، و لو قضى مع الغضب و الجوع لنفذ إذا صادف الحق، و قد ورد في بعض الأحاديث ما يدل على ذلك، و كأنَّ الغضب إمَّا حصَّ لشدة استيلائه على النفس، و صعوبة مقاومته»⁽³⁾.

و قد ترجم الإمام مسلم لهذا الحديث تحت عنوان: «باب كراهية قضاء القاضي و هو غضبان»⁽⁴⁾.

و قال الصنعاني: «النهي ظاهر في التحريم. و حملة الجمهور على الكراهة... و إمَّا حملوه على الكراهة نظرا إلى العلة المستنبطة المناسبة لذلك، و هي أنه لما رُتّب النهي على الغضب، والغضب بنفسه لا مناسبة فيه لمنع الحكم، و إمَّا ذلك لما هو مظنة لحصوله، و هو تشويش الفكر، و مشغلة القلب عن استيفاء ما يجب من النَّظَر، و حصول هذا قد يفضي إلى الخطأ عن الصواب، و لكنَّه غير مطَّرد مع كل غضب، و مع كل إنسان، فإن أفضى الغضب إلى عدم تمييز الحق من الباطل فلا كلام في تحريمه، و إن لم يفض إلى هذا الحد، فأقل أحواله الكراهة. و ظاهر الحديث أنه لا فرق بين مراتب الغضب، و لا بين أسبابه، و خصَّه البغوي و إمام الحرمين بما إذا كان الغضب لغير الله، و علَّل بأنَّ الغضب لله يؤمن معه من التعدي بخلاف الغضب للنفس. و اسبعده جماعة لمخالفته ظاهر الحديث والمعنى الذي لأجله نهي عن الحكم معه، ثم لا يخفى أن الظاهر في النهي التحريم، و أن جعل العلة المستنبطة صارفة إلى الكراهة بعيد»⁽⁵⁾.

(1) - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب لا يقضي القاضي إلا و هو شبعان ريان، ج10، ص105. و قال عنه: «

تفرد به القاسم العمري، وهو ضعيف». والدارقطني في سننه في كتاب الأفضية و الأحكام و غير ذلك، ج4، ص206.

(2) - ابن حنبل، المسند، ج4، ص277، رقم الحديث: 18007، مسند: الشاميين، حديث: عطية السعدي رضي الله عنه.

(3) - ابن دقيق العيد، تقي الدين، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، تحقيق: أحمد محمد شاكر، عالم الكتب، بيروت، ط2، 1407هـ-1987م، ج2، ص272.

(4) - مسلم، الجامع الصحيح، مصدر سابق، ج3، ص1342.

(5) - الصنعاني، سبل السلام، مصدر سابق، ج2، ص505-506.

و ذهب إمام الحرمين الجويني و البغوي إلى استثناء الغضب لله تعالى، لأنَّ المقصود تشويش الفكر، و هو لا يختلف بذلك، إلا أنَّ الجمهور على خلافهما⁽¹⁾.

ثالثاً/- آثار الصحابة: كتب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري - ب-: «وَأَيَّاكَ وَالْغَضَبَ وَالْقَلْقَ وَالضَّجَرَ وَالتَّأَذَى بِالنَّاسِ عِنْدَ الْخُصُومَةِ»⁽²⁾.

رابعاً/- الإجماع: أجمع العلماء في شتى المذاهب الفقهية: من الحنفية⁽³⁾، والمالكية⁽⁴⁾، والشافعية⁽⁵⁾، و الحنابلة⁽⁶⁾، والظاهرية⁽⁷⁾، والزيدية⁽⁸⁾، على منع القاضي من الحكم حين الغضب و كل و كل ما يشغل باله. وإن اختلفوا في قوة المنع هل هو على التحريم أم على الكراهة؟

واقصر الظاهرية على منع القاضي من القضاء و إصدار الأحكام حين الغضب فقط. قال ابن حزم الظاهري: «و لا يقضي القاضي و هو غضبان»⁽⁹⁾. ثم ذكر حديث أبي بكر رضي الله تعالى عنه

(1) - الخطيب الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص286. الخطيب الشريبي، الإقناع، مصدر سابق، ج2، ص615-616. الصنعاني، المصدر نفسه، ج2، ص505. الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج4، ص288. و قال الشوكاني: «وأجيب عنه بأنه تأويل مخالف لظاهر الحديث، بدون دليل يدل على التقييد». زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، مصدر سابق، ج2، ص368.

(2) - أخرج البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب لا يحيل حكم القاضي على المقضي له و المقضي عليه، ولا يجعل الحلال على واحد منهما حراماً ولا الحرام على واحد منهما حلالاً، ج10، ص150. الدار قطني، السنن، كتاب الأفضية و الأحكام، ج4، ص207. وقد سبق بيان قول الألباني في رسالة عمر، حيث قال: «صحيح». إرواء الغليل، مصدر سابق، ج8، ص241-258، رقم الحديث: 2619-2634. وانظر الاستدلال به في: الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص383.

(3) - السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص372-373. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص271. ابن مودود الموصل، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص86-87. الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص86-79-80. السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج1، ص96-97.

(4) - ابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، ص497. ابن رشد (الجد)، المقدمات، مصدر سابق، ج2، ص267. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2، ص288. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص32. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص411. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص21. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص81. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص21-22. ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج2، ص193. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص116. الزرقاني، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص133. الخرشبي، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص151. الآبي، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج2، ص225.

(5) - الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج2، ص2404-2621. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص382-383. الغزالي، الوجيز، مصدر سابق، ص418. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص66. النووي، شرح صحيح مسلم، مصدر سابق، ج12، ص15. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص123. الخطيب الشريبي، مغني المحتاج، المصدر و الصفحة نفسها. الخطيب الشريبي، الإقناع، المصدر و الصفحة نفسها. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص300-301. زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، المصدر و الصفحة نفسها. الكوهنجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص532. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص242.

(6) - ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص443. الزركشي، شرح مختصر الخرق، مصدر سابق، ج4، ص442. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص400. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص471. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص162. ابن تيمية (مجد الدين)، المحرر في الفقه، مصدر سابق، ص640. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص197-198. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص25. البهوتي، الروض الرائع، مصدر سابق، ص611. المقدسي، العدة، مصدر سابق، ص525. ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، ج2، ص317.

(7) - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص365.

(8) - الشوكاني، المصدر و الصفحة نفسها. الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج4، ص192.

(9) - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص365.

السابق، و اقتصاره على الغضب فقط، مما يشعر و يدل على أنه لا ينحى منحى الجمهور في القياس عليه.

خامسا/ - القياس:

منع القاضي من إصدار الأحكام حين الغضب منصوص عليه بنص نبوي شريف صحيح، ثم قاس عليه العلماء الجوع، و العطش، و الحزن، و المرض الشديد، و الشبع الشديد، و غيرها، بجامع الاشتراك في العلة، وهي تشويش العقل و الفكر⁽¹⁾.

سادسا/ - المعقول:

يتمثل دليل المعقول في أنه لما كان يجب على القاضي ألا يحكم إلا بالعدل و الإنصاف، فإنه من الواجب عليه أن يحكم في اعتدال حاله نفسيا و فكريا، إذ أن العدل لا يتأتى إلا من حال العدل، فإذا كان الحال مشوشا و مضطربا بحالة من الحالات السابقة من الغضب و الجوع و توقان جماع و غيره، فإن الحكم يكون في الغالب مضطربا مشوشا خاطئا، و من ثم يجب إصدار الحكم في حال اعتدال النفس و العقل. و هذا في الغالب، و الشاذ يلحق به.

فالغضب و كل ما يشوش العقل و الفكر ممنوع، «لأنَّ ذلك يفوت الاعتدال... و القاضي يجب أن يكون على أعدل أحواله»⁽²⁾، و لهذا قال الحنفية: لا يجوز للقاضي أن يصوم تطوعا يوم جلوسه للقضاء، لأنه ربما يلحقه جوع يمنعه من بعض ما يجب عليه فعله⁽³⁾. فالقاضي إذا غضب قد يكون هذا هذا الغضب منفذا للجرور و الظلم، و لذلك فهو ممنوع، و من ثم يمكن القول إن هذه القاعدة تتأسس على العدل و الإنصاف.

قال الشافعي: «أمر رسول الله ح في الحكم خاصة ألا يحكم الحاكم وهو غضبان، لأنَّ الغضبان مخوف على أمرين:

- أحدهما: قلة التثبت.

- والآخر: أن الغضب قد يتغير معه العقل، و يتقدّم به صاحبه على ما لم يكن يتقدم عليه لو لم يكن غضب»⁽⁴⁾، وقال أيضا: «ومعقول في قول النبي ح هذا أنه أراد أن يكون القاضي حين يحكم في في حال لا تغير خلقه و لاعقله، و الحاكم أعلم بنفسه، فأى حال أتت عليه تغير خلقه أو عقله انبغى

(1) - النووي، شرح مسلم، مصدر سابق، ج12، ص15. ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام، مصدر سابق، ج2، ص272. الصنعاني، سبل السلام، مصدر سابق، ج2، ص505-506. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص162-168. ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، ج2، ص317.

(2) - الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص79.

(3) - الصدر الشهيد، المصدر والصفحة نفسها. ابن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص87.

(4) - الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج2، ص2621.

له ألا يقضي حتى تذهب، وأي حال حيرت إليه سكون الطبيعة واجتماع العقل انبغى له أن يتعاهدها، فيكون حاكما عندها...»⁽¹⁾. وقال في موضع آخر: «حديث رسول الله ﷺ يدل على ألا يقضي الرجل وهو غضبان، وكان معقولا في الغضب تغير العقل و الفهم، فأى حال جاءت عليه يعلم هو من نفسه تغير عقله أو فهمه امتنع من القضاء فيها، فإذا اشتكى الأوجاع، أو اهتم، أو حزن، أو بطر فرحا، تغير لذلك فهمه، أو خلقه، لم أحب له أن يقضي، وإن كان ذلك لا يغير عقله، و لا فهمه، و لا خلقه، قضى»⁽²⁾.

الفرع الثالث: موقف الفقهاء من الحكم القضائي الصادر من القاضي المشوش الفكر:

رأينا من قبل معنى القاعدة، و أدلتها، و الحالات التي تجعل عقل القاضي مشوشا، و رأينا أن القاعدة مجمع عليها. و لكن مع ذلك فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حال صدور الحكم في الغضب و كل ما يشوش العقل، فهل هو حكم قضائي صحيح؟ أم أنه حكم باطل يجب نقضه؟ بمعنى آخر: هل قاعدة مراعاة حال فكر و نفس القاضي حين صدور الحكم هي قاعدة آداب وإرشاد؟ أم أنها قاعدة إلزام و إجبار؟ و من ثم إذا صدر الحكم، فإنه يبطل و ينقض؟ اختلف الفقهاء المسلمون حول هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

- قول يرى بأن الحكم مكروه إذا صدر في حال الغضب، و من ثم فالقاعدة هي قاعدة آداب و مندوبات؛

- و قول يرى بأنه يحرم الحكم حين الغضب و كل ما يشوش العقل و الفكر، و من ثم فهي قاعدة إلزام؛

- و قول ثالث يفصل.

و لبيان حقيقة الأقوال و أصحابها، و الراجح في المسألة، فإننا نتناولها وفق الخطة الآتية:

أولا/- القول الأول: كراهة إصدار الحكم في حال كون فكر القاضي مشوشا.

ثانيا/- القول الثاني: حرمة إصدار الحكم في حال كون فكر القاضي مشوشا.

ثالثا/- القول الثالث: حرمة إصدار الحكم إذا عرض مشوش الفكر قبل الإصدار، و جوازه بعد

اتضح الحكم.

رابعا/- موازنة و ترجيح.

و إليك هذه الخطة بالترتيب و التفصيل.

(1) - الشافعي، المصدر والصفحة نفسها.

(2) - الشافعي، المصدر نفسه، ج2، ص2404.

أولاً/- القول الأول: كراهة إصدار الحكم في حال كون فكر القاضي مشوشاً:

ذهب جمهور الفقهاء من: الحنفية⁽¹⁾، و المالكية⁽²⁾ في قول في المذهب، و الشافعية⁽³⁾، و الحنابلة⁽⁴⁾ في الراجح و المشهور عندهم، إلى القول بأن صدور الحكم القضائي في حال وجود القاضي مشوش الفكر، مضطرب النفس، مكروه غير محرم. ومن ثم فإنَّ الحكم ينفذ و لا ينقض. وبهذا أيضاً قال شريح، و عمر بن عبد العزيز، و كذلك القاضي أبو يعلى الفراء محمد بن الحسين الحنبلي في قول له⁽⁵⁾.

وهذا القول هو مذهب مجلة الأحكام العدلية في المادة 1812⁽⁶⁾.

و استدلل هذا الفريق بأدلة من السنة، و المعقول. و ذلك كالاتي:

1/- من السنة: - عن عبد الله بن الزبير - **ب** - أنَّ رجلاً من الأنصار، خاصم الزبير عند النبي ﷺ في شِراجِ الحَرَّةِ⁽⁷⁾، التي يسقون بها النخل، فقال الأنصاري: سَرَّحِ الماءَ يَمْرُ، فأبى عليه، فاختصما عند النبي ﷺ، فقال رسول الله ﷺ للزبير: «اسْقِ يَا زَبِيرُ، ثُمَّ أَرْسِلِ الْمَاءَ إِلَى جَارِكَ»، فغضب الأنصاري، فقال: إن كان ابن عمِّك؟ فَتَلَوْنَ وَجْهَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، ثم قال: «اسْقِ يَا زَبِيرُ،

(1) - السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج 1، ص 97-98. السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج 3، ص 372-373. الحسام الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص 68. ابن مودود الموصل، الاختيار، مصدر سابق، ج 2، ص 86-87. حيدر، علي، درر الحكام، مصدر سابق، ج 4، ص 620. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج 2، ص 1176.

(2) - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 21. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 21-22. الآبي، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج 2، ص 225. خليل، المختصر، مصدر سابق، ص 227. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج 7، ص 411. الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج 4، ص 81. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 8، ص 116. المواق، التاج والإكليل، مصدر سابق، ج 6، ص 116. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 164. الخرخشي، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج 7، ص 151. الزرقاني، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج 7، ص 133.

(3) - الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج 2، ص 2404. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 1، ص 217-218. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 16، ص 34. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج 3، ص 382-383. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج 8، ص 123. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 6، ص 286. الخطيب الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، ج 2، ص 615-616. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج 8، ص 254. ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 272. زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، مصدر سابق، ج 2، ص 368. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج 6، ص 300-301.

(4) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 25. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج 6، ص 97. ابن تيمية (مجد الدين)، المحرر في الفقه، مصدر سابق، ص 641. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 11، ص 197-198. الزركشي، شرح مختصر الخرخشي، مصدر سابق، ج 4، ص 442-443. ابن قيم الجوزية، إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان، تحقيق: عبد الرحمن بن حسن بن قائد، إشراف: بكر بن عبد الله أبو زيد، آثار الإمام ابن قيم الجوزية وما لحقها من أعمال (6)، دار عالم الفوائد، د.م.ن، ص 55-56. البهوتي، الروض المربع، مصدر سابق، ص 611. ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، ج 2، ص 317.

(5) - ابن قدامة المقدسي، المغني، المصدر والصفحة نفسها. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج 6، ص 447. الزركشي، المصدر نفسه، ج 4، ص 442. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج 6، ص 400. ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مصدر سابق، ج 4، ص 275.

(6) - المادة 1812: «يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ لَا يَتَّصِدَّ لِلْحُكْمِ إِذَا تَشَوَّشَ ذَهْنُهُ بِعَارِضَةٍ مَانِعَةٍ لِصِحَّةِ التَّفَكُّرِ، كَالْغَمِّ وَالْغَضَبِ وَالرُّجُوعِ وَغَلَبَةِ النَّوْمِ». حيدر، علي، درر الحكام، مصدر سابق، ج 4، ص 620. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج 2، ص 1176.

(7) - شراج الحرة: الحرة هي الأرض ذات الحجارة السود. والشراج: جمع شرجة وهي مسيل الماء من الحزن إلى السهل. ابن الأثير، مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري، جامع الأصول في أحاديث الرسول، حقق نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: عبد القادر الأرناؤوط، مكتبة الحلواني، مطبعة الملاح، مكتبة دار البيان، دمشق، دط، 1392-1972م، ج 10، ص 201.

ثم أحبس الماء حتى يرجع إلى الجدر⁽¹⁾». فقال الزبير: و الله إني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك:
﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ [سورة النساء: 65]⁽²⁾.

و وجه الاستدلال بهذا الحديث أن النبي ﷺ على الرغم من تلؤن وجهه - كما هو في الحديث - و هذا يدل على الغضب، فإنه حكم و قضى، و هذا يدل على الكراهة لا التحريم، ولو كان الحكم حين الغضب حراما، لما حكم النبي ﷺ⁽³⁾.

- مناقشة وجه الاستدلال: و قد ناقش أصحاب الرأي الثاني هذا الاستدلال بأن ذلك في النبي ح خاصة، لأنه معصوم، أما غيره فلا يجوز و يحرم.

قال الصنعاني الزيدي: «و أما حكمه ﷺ مع غضبه في قصة الزبير فلما علم من أن عصمته مانعة عن إخراج الغضب له عن الحق»⁽⁴⁾.

و قال الشوكاني: «و لا يعارض هذا حديث عبد الله بن الزبير عن أبيه... لأن النبي ﷺ معصوم في غضبه و رضاه، بخلاف غيره، فإن الغضب يحول بينه و بين الحق»⁽⁵⁾.

وقال ابن قيم الجوزية: «و لا يصح القياس على النبي ح ، فإنه معصوم في غضبه و رضاه، فكان إذا غضب لم يقل إلا حقا كما كان في رضاه كذلك»⁽⁶⁾.

2-/- المعقول:

(1) - الجدر: والجدار: الحائط، وقيل: الجدر، أصل الجدار، قال الخطابي: هكذا الرواية: الجدر، قال: والمتقنون من أهل الرواية يقولون: حتى يبلغ

الجدر - يعني بالذال المعجمة - وهو مبلغ تمام الشرب، ومنه: جذر الحساب. ابن الأثير، جامع الأصول، مصدر سابق، ج 10، ص 202.

(2) - أخرجه البخاري في الصحيح، في: كتاب المساقاة، باب سكر الأنهار، باب شرب الأعلى قبل الأسفل، و باب شرب الأعلى على الكعبين، ج 2، ص 832-833، أرقام الحديث: 2331-2332-2333، و في باب إذا أشار الإمام بالصلح فأبى، حكم عليه بالحكم البين، من كتاب الصلح، ج 2، ص 964، رقم الحديث: 2561. و كذلك في باب ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [سورة النساء: 65]. من كتاب التفسير، ج 4، ص 1674-1675، رقم الحديث: 4309. و أخرجه مسلم في الجامع الصحيح، كتاب الفضائل، باب وجوب إتباعه صلى الله عليه و سلم، ج 4، ص 1829، رقم الحديث: 2357.

(3) - السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج 1، ص 98. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 1، ص 217-218. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 16، ص 34. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج 3، ص 382-383. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 6، ص 286. الخطيب الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، ج 2، ص 616. ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 272. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 25-26. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج 6، ص 97. ابن قيم الجوزية، إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان، مصدر سابق، ص 56. الزركشي، شرح مختصر الخرقى، مصدر سابق، ج 4، ص 443. ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، ج 2، ص 317.

(4) - الصنعاني، سبل السلام، مصدر سابق، ج 2، ص 506.

(5) - الشوكاني، محمد بن علي، الدراري المضية شرح الدرر البهية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1407هـ-1987م، ج 2، ص 374. ص 374. وانظر أيضا كتابه: السيل الجرار، مصدر سابق، ج 4، ص 288.

(6) - ابن قيم الجوزية، إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان، مصدر سابق، ص 56.

يرى هذا الفريق أن النهي عن القضاء و الفصل في الخصومات حال كون القاضي مشوّش الفكر لا يمكن أن يحمل على التحريم، و إنّما يحمل على الكراهة فقط، و ذلك أنه في حالة الغضب «فإنّما خصّ لشدة استيلائه على النفس، و صعوبة مقاومته»⁽¹⁾ فقط.

زيادة على أن النبي ﷺ حكم و هو غاضب، أما تعديته «إلى كل ما يحصل منه ما يشوش الفكر، كالجوع و العطش، و هو قياس مظنة، على مظنة، فإن كل واحد من الجوع و العطش مشوّش للفكر»⁽²⁾.

فالمعقول يقوم على أن القياس مظنون فيه، أي أنه دليل ظني، و ما كان ظنيا لا يصار فيه إلى الحرام، و إنّما إلى الكراهة.

و قال الصنعاني: «النهي ظاهر في التحريم، و حمله الجمهور على الكراهة... و إنّما حملوه على الكراهة نظرا إلى العلة المستنبطة المناسبة لذلك، و هي أنه لما ربّب النهي عن الغضب، و الغضب بنفسه لا مناسبة فيه لمنع الحكم، و إنّما ذلك لما هو مظنة لحصوله، و هو تشويش الفكر، و مشغلة القلب، عن استيفاء ما يجب من النّظر، و حصول هذا قد يفضي إلى الخطأ عن الصواب، و لكنه غير مطرد مع كل غضب، و مع كل إنسان، فإن أفضى الغضب إلى عدم تمييز الحق من الباطل، فلا كلام في تحريمه، و إن لم يفض إلى هذا الحد، فأقل أحواله الكراهة»⁽³⁾.

- مناقشة دليل الجمهور:

و قد ناقش أصحاب القول الثاني دليل الجمهور من المعقول، و قالوا: إنّ دليلهم عن صرف الحكم من التحريم إلى الكراهة بعيد، قال الصنعاني: «إن جعل العلة المستنبطة صارفة إلى الكراهة بعيد»⁽⁴⁾.

- و الحق أنّ دليل الجمهور من المعقول هو دليل قوي و مؤسس، و من ثم يسقط اعتراض الصنعاني.

ثانيا/ - القول الثاني: حرمة إصدار الحكم في حال كون فكر القاضي مشوشا:

ذهب المالكية⁽⁵⁾ في قول مرجوح في المذهب، و الحنابلة⁽¹⁾ في قول مرجوح، وهو ظاهر قول الخرقى، و القاضي أبي يعلى الفراء في أحد قوليه، و عامة الأصحاب⁽²⁾، و الزيدية⁽³⁾، و الظاهرية⁽⁴⁾، إلى

(1) - ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام، مصدر سابق، ج2، ص272.

(2) - ابن دقيق العيد، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - الصنعاني، سبل السلام، مصدر سابق، ج2، ص505.

(4) - الصنعاني، المصدر نفسه، ج2، ص506.

(5) - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص21. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص21-22. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص32. ابن رشد (الجد)، المقدمات، مصدر سابق، ج2، ص267. ابن رشد (الحفيد)،

تحريم إصدار القاضي الحكم في حال كان مشوّش الفكر، مضطرب النفس، وهم بهذا يجعلون من النهي على الحكم في حال تشوش فيه العقل و القلب قاعدة إلزامية إجبارية، و ليس مجرد إرشاد و ندب، و يترتب على القول بالتحريم بطلان الحكم القضائي إذا صدر و القاضي مشوش العقل مضطرب الفكر. و قد استدل هذا الفريق بأدلة من السنة النبوية، و المعقول.

1- من السنة:

أ/- و هو الحديث السابق الذي رواه أبو بكر -1- أنه سمع النبي ﷺ يقول: «لَا يَقْضِينَ حَكْمَ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَ هُوَ غَضِبَانُ»⁽⁵⁾.

فقالوا تبياناً لوجه الاستشهاد: إنَّ النبي ﷺ نهي عن الحكم بين الناس حال الغضب الذي يعتري القاضي، «و ظاهر النهي التحريم»⁽⁶⁾، و ذلك على أساس أنّ النهي يقتضي فساد المنهي عنه، و من ثم، فإن الحكم في حال الغضب يقتضي الفساد. قال الصنعاني الزيدي: «ثم الظاهر أيضاً عدم نفوذ الحكم مع الغضب، إذ النهي يقتضي الفساد، و التفرقة بين النهي للذات، و النهي للوصف، كما يقول الجمهور، غير واضح»⁽⁷⁾.

ب/- عن عائشة أنّ رسول الله ﷺ قال: «مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ»⁽⁸⁾.

وجه الاستشهاد بالحديث الشريف أنّ القضاء حين الغضب وكل ما يشوش فكر القاضي لا يجوز للحديث السابق، و من ثم فهو داخل في حكم هذا الحديث، فيرد⁽⁹⁾.

2- المعقول:

بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2، ص288. المواق، التاج و الإكليل، مصدر سابق، ج8، ص116. الآبي، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج2، ص225. الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج4، ص81.

(1) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص25-26. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص97. ابن تيمية (مجد الدين)، المحرر، مصدر سابق، ص641. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص400. الحجواي، الإقناع، مصدر سابق، ج4، ص415. شمس الدين ابن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص396. ابن قيم الجوزية، إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان، مصدر سابق، ص55-56. ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مصدر سابق، ج4، ص275. الزركشي، شرح مختصر الخرقى، مصدر سابق، ج4، ص442. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص198.

(2) - ابن قدامة المقدسي، المغني، المصدر نفسه، ج14، ص25-26. الزركشي، المصدر نفسه، ج4، ص442-443.

(3) - الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج4، ص192. الشوكاني، الدراري المضية، مصدر سابق، ج2، ص374. الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج4، ص287-288. القنوجي، ظفر اللاطي، مصدر سابق، ص82.

(4) - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص365.

(5) - سبق تخريجه.

(6) - الشوكاني، الدراري المضية، المصدر نفسه، ج2، ص374. الشوكاني، السيل الجرار، المصدر نفسه، ج4، ص288. الصنعاني، سيل السلام، مصدر سابق، ج2، ص505-506. القنوجي، المصدر والصفحة نفسها.

(7) - الصنعاني، المصدر نفسه، ج2، ص506. و انظر أيضاً: ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص25. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص168. البهوتي، المصدر والصفحة نفسها.

(8) - سبق تخريجه.

(9) - الزركشي، شرح مختصر الخرقى، مصدر سابق، ج4، ص443.

- إنَّ القول بالكراهة يوقعا في التناقض و التعارض، و هو منفي في الشرع الإسلامي، حيث إن القول بالكراهة يؤدي إلى إقرار القاضي على ما صدر منه خطأ، و الحديث ينهى عن ذلك، و ينهى عن الحكم بالجور و الظلم، و الغضب يؤدي إليه. قال البهوتي: «لأنَّه لا يجوز عليه غلط يقر عليه، لا قولاً، و لا فعلاً في حكم»⁽¹⁾.

- ثم إنَّ الغضب يمنع القاضي كمال المقصود و حسن القصد، فيمنعه العلم و العدل، و لا يصح القياس على النبي ح، فإنَّه معصوم في غضبه و رضاه، فكان إذا غضب لم يقل إلا حقاً كما كان في رضاه كذلك⁽²⁾.

و يقول الشوكاني: «إنَّ هذا التأذي بما أصيب به يقتضي أن يقصر في البحث عن مسالك الحق، و طرائق الحكم، أو عن استيفاء ما يورده الخصوم من الحجج التي لهم و عليهم، فهو ممنوع من هذه الحيثية، لأنَّه مأمور بالحكم بالعدل و الحق، و قد حدث له ما لا يتمكن معه منهما تمكناً كاملاً، فيؤخر الحكم إلى وقت آخر، و ليس عليه أن يحكم قبل أن يتمكن من المقتضي للحكم، أو بعد أن وجد المانع منه، و هكذا إذا انتهى ما عرض له من التأذي يقع في الغضب فيحكم و هو غضبان، فإن ذلك لا يحل له... لاشك و لا ريب أن الذهول مانع من البحث عن مستندات الحكم، لأنَّه في تلك الحالة قد استغرق عقله بما طرأ عليه من الأمور التي اقتضت ذهوله، و ليس له أن يعرض نفسه للحكم في دماء العباد و أموالهم و أعراضهم، و لا يجوز له ذلك بوجه من الوجوه، لأنَّه لم يؤمر بالحكم كيفما اتفق، و على أي صفة وقع، بل أمر بأن يحكم بالحق و العدل، و أنى له الوقوف على ذلك، و هو ذاهل العقل، مستغرق الفكر، مشوش الفهم، مبليبال⁽³⁾».

- إنَّ الحكم لا يكون إلا بعقل و قلب صافين، و إذا صدر الحكم بعقل و قلب مشوشين و مضطربين، فإنَّه من الظلم و الإجحاف ذلك الحكم، خاصة إذا صدر في الدماء و الأعراض، فهذا عظيم لأنَّه حكم في غير اعتدال و إنصاف، و إمَّا حكم باضطراب و قلة فكر و عقل.

ثالثاً/- القول الثالث: لا ينفذ الحكم إذا عرض مشوش الفكر قبل أو أثناء الحكم، و ينفذ

الحكم إذا عرض المشوش بعد اتضاح الحكم.

و ذهب ابن حبيب المالكي⁽⁴⁾، و بعض الحنابلة⁽¹⁾ إلى التفصيل الآتي:

(1) - البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص400.

(2) - ابن قيم الجوزية، إغائة اللفهان في حكم طلاق الغضبان، مصدر سابق، ص56.

(3) - الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج4، ص287-288.

(4) - خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص411. المواق، التاج والإكليل، مصدر سابق، ج6، ص116. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص164.

- فبالنسبة لابن حبيب فإنه يفرق بين الغضب القليل، و الغضب الكثير.

- أما الحنابلة فقالوا: إنما يمنع الغضب الحاكم، إذا كان قبل أن يتضح له الحكم في المسألة، فإما إن اتضح الحكم ثم عرض الغضب، لم يمنعه، لأن الحق قد استبان قبل الغضب، فلا يؤثر الغضب فيه. قال فريق من الحنابلة: «إنما يمنع الغضب الحكم إذا كان قبل أن يتضح حكم المسألة، لأنه يشغله عن استيفاء النظر فيها، فأما ما حدث بعد اتضاح الحكم فلا يمنعه، لأن الحق قد استبان قبله، كغضب النبي ﷺ في قصة الزبير»⁽²⁾.

و استدل هؤلاء الفريق من الفقهاء بأدلة من السنة، و المعقول، و ذلك كالاتي:

1- السنة النبوية الشريفة:

استدلوا بحديث عبد الله بن الزبير - ب - أن النبي ﷺ حكم و هو غاضب⁽³⁾. فقالوا: إن النبي ﷺ حكم و هو غاضب، و لكن حكمه اتضح له و بان وجه الحق له، قبل غضبه، فدل على أن الغضب بعد وضوح الحكم لا حرج فيه، و أن الحكم ينفذ⁽⁴⁾.

2- المعقول: قالوا: إن الحكم بالحق قد استبان قبل الغضب، و هو المطلوب، فلا يؤثر الغضب فيه⁽⁵⁾، ثم إن العلة من منع الحكم حال الغضب إنما هو «لما فيه من إشغال الفهم، و ذلك مفقود فيما إذا عرض بعد فهم الحكم موجود فيما إذا عرض قبله»⁽⁶⁾.

رابعا/ - موازنة و ترجيح:

بعد هذا العرض الذي حاولنا أن يكون وافيًا، للأقوال و أصحابها، و أدلة كل قول و حججه، و سبب الخلاف، فإنه من المفيد لنا أن نعرف أي الأقوال أرحح.

(1) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص26. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص97-98. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص168. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص402. ابن تيمية (مجد الدين)، المحرر في الفقه، مصدر سابق، ص641. ابن قيم الجوزية، إغاثة اللفهان في حكم طلاق الغضبان، مصدر سابق، ص56. ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مصدر سابق، ج4، ص275. الزركشي، شرح مختصر الخرقى، مصدر سابق، ج4، ص443-444. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص447. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص198.

(2) - شمس الدين ابن قدامة المقدسي، المصدر والصفحة نفسها.

(3) - سبق تخريجه.

(4) - ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص168. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، المصدر والصفحة نفسها. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص97-98. ابن قيم الجوزية، إغاثة اللفهان، المصدر والصفحة نفسها. الزركشي، المصدر نفسه، ج4، ص444.

(5) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص26. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص402. ابن قيم الجوزية، إغاثة اللفهان في حكم طلاق الغضبان، مصدر سابق، ص56.

(6) - ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص168. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص97. ابن قيم الجوزية، المصدر والصفحة نفسها.

و لعل الراجح من الأقوال هو القول الأول الذي يرى كراهة إصدار الحكم في حال الغضب، و هذا - إلى جانب الأدلة المذكورة - لأنَّ الغضب أمر معنوي لا يمكن إثباته، و لا يمكن للمحكمة التي ينقض الحكم أمامها أن تراقب و تعاین وجود الغضب، و كل ما يشوش فكر القاضي، فهو صعب إن لم يكن مستحيلاً لأنَّه أمر معنوي غير مادي ليس بالإمكان إثباته. و من ثمَّ فإنَّ النهي عن الحكم حال ما يشوش فكر القاضي هي قاعدة إرشادية توجيهية لا إلزامية. أي أنها من الآداب المرعية، لا من الأصول القضائية الجوهرية.

و لكن مع ذلك، إذا أمكن إثبات أن القاضي أصدر حكمه و هو مشوش الفكر، فإننا نرى في هذه الحالة نقض الحكم متى كان التشويش مؤثراً، بحيث يكون سبباً للجور و الظلم. و إلى هذا الترجيح انتهى أحد الباحثين المعاصرين⁽¹⁾، حيث يرى نفوذ حكم القاضي في حال الغضب الكثير و ما يلحق به إذا كان صواباً، و ذلك يقتضي التأكد من أحكامه و تعقبها، فيمضى ما كان صواباً و ينقض ما كان خطأً، و ذلك لأنَّ الغضب و ما شاكله ليس موجباً للنقض بذاته على الصحيح، و إنما هو مظنة لوقوع القاضي في الحكم بسبب تشوش فكره و اختلال نظره.

المطلب الثاني: نقض الحكم القضائي بسبب وجود التهمة:

تمهيد و تقسيم: تعريف التهمة لغة و اصطلاحاً، و حالات نقض الحكم بسبب التهمة: يحسُن قبل التطرق إلى نقض الحكم بسبب وجود التهمة أن نقف على تعريف التهمة لغة، فاصطلاحاً، و على القاعدة العامة فيها، و على حالات نقض الحكم بسببها. و إليك بيان هذه العناصر.

أولاً: تعريف التهمة لغة:

التهمة من مادة (وهم)، و الواو، و الهاء، و الميم كلمات لا تنقاس، بل أفراد، منها: - الوهُم: وهو البعير العظيم⁽²⁾، وهو أيضا الطريق. و الوهُم: وَهْم القلب، يقال: وَهْمْتُ إذا ذهب وَهْمِي إليه، و منه قياس التهمة، و أوهمت في الحسابات: إذا تركت منه شيئاً⁽³⁾، وَهْمْتُ: غَلِطْتُ⁽⁴⁾. - و الوهُم: خطرات القلب، و الجمع و هَامٌ، و تَوَهَّم الشيء: تَخَيَّلَهُ و تَمَثَّلَهُ، كان في الوجود أو لم

(1) - الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج2، ص732.

(2) - ابن فارس، معجم المقاييس، مصدر سابق، ص1107، مادة: وهم، ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج15، ص417، مادة:

وهم. (3) - ابن فارس، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: وهم. ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: وهم.

(4) - ابن فارس، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: وهم.

يكن. (1)

- والتُّهْمَةُ: أصلها لَوْهْمَةٌ من لَوْهَمٍ، ويقال: اتَّهَمْتَهُ افتعال منه، يقال: اتَّهَمْتُ فلانا، أي: أدخلت عليه التُّهْمَةَ، وقال ابن سيده: التُّهْمَةُ: الظن. وهي كذلك الريبية⁽²⁾.

والخلاصة أن التُّهْمَةَ من جهة النطق بها فيها لغتان:

- الأولى: تسكين الهاء في تَهْمَةٌ على وزن: غُرْفَةٌ، وشُرْفَةٌ.

- الثانية: بفتح الهاء على وزن: هُمَزَةٌ، ورُطْبَةٌ.

وأما التُّهْمَةُ في اللغة فلها معانٍ مختلفة، لا تقوم على قياس واحد، وإنما كل كلمة هي باب وحدها، ومن هذه المعاني: الطريق، النحيل، خطرات القلب، الظن، الريبية، الشك.

وهذه المعاني الثلاثة الأخيرة هي التي تعيننا.

والذي يلاحظ هنا أن التُّهْمَةَ هي نسبة قول أو فعل إلى شخص ما دون التحقق من صدوره منه

على وجه اليقين.

ثانيا: تعريف التُّهْمَةَ اصطلاحاً:

1-/- التعريف العام:

من نصوص الفقهاء في تعريف التُّهْمَةَ قول ابن حجر العسقلاني: «التُّهْمَةُ بضم المشناة، وفتح الهاء: من يتهم بذلك من غير أن يتحقق فيه ولو عادة»⁽³⁾.

وقال العيني: «يقال: اتَّهَمْتَهُ إذا ظننت فيه ما نسب إليه»⁽⁴⁾.

وقال الدسوقي: «ثم إنه على توجه يمين التُّهْمَةَ، تتوجه ولو كان المدعى عليه ليس من أهل الاتهام،

لأنَّ المراد بالتُّهْمَةَ: ما قابل التحقيق»⁽⁵⁾.

وقال عُليش: «إذ كل ما خالف التحقيق فهو تَهْمَةٌ»، ثم قال: «... أن يمين التُّهْمَةَ، أعني: المقابلة

للمحقة، تتوجه على القول بها، وإن كان المدعى عليه ليس من أهل التَّهْمِ»⁽⁶⁾.

ويؤفُّ أحد الباحثين المعاصرين التُّهْمَةَ اصطلاحاً بقوله: «التُّهْمَةُ ضد المحقق، فهي: ما يحصل في

(1) - ابن منظور، المصدر نفسه، ج15، ص416، مادة: وهم.

(2) - ابن منظور، المصدر نفسه، ج15، ص417، مادة: وهم.

(3) - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، مصدر سابق، ج12، ص202.

(4) - العيني، بدر الدين أبو عمرو محمد بن محمود بن أحمد، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ضبط وتصحيح: عبد الله عمر محمد محمود،

دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421هـ-2001م، ج24، ص39.

(5) - الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص167.

(6) - عُليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص335.

النفس من ظن بما نسب إلى إنسان عند وجود القرائن»⁽¹⁾.

ثم قام بشرح التعريف كالآتي:

- «ما يحصل في النفس»: أي يوجد في نفس المتهم ويقع في خلدته.

- «من ظن»: أي أمر غير محقق، فإن كانت القرائن قوية، فهو ظن غالب، وإن كانت ضعيفة، فهو شك وسوء ظن.

- «عند وجود القرائن»: أي عند وجود الدلالات غير المتيقنة، وإنما هي علامات وأمارات، قد تكون قوية، وقد تكون ضعيفة.⁽²⁾

وهذا التعريف تضمن إيجابيات وسلبيات، فمن إيجابياته أنه أشار إلى أن التهمة أمر غير متحقق ولا ثابت، ولكن وجود إشارات تدفع إلى نسبة تصرف معين إلى شخص معين.

أما سلبياته فهي حينما فسّر عبارة: «ما يحصل في النفس»، فقد فسّرهما الباحث بقوله: «أي يوجد في نفس المتهم، ويقع في خلدته»⁽³⁾، وهذا إشكال، إذ كيف يتهم الشخص نفسه؟ والذي نراه أن المجرى الطبيعي والعادي للأمر هو الذي يدفع إلى حصول ووقوع التهمة حول شخص معين، فمثلاً، صدور حكم من قاض في خصومة أحد طرفيها ابنه مثلاً، فإن مجرى الأمور العادية والطبيعية أن القاضي سيتأثر في غالب الظن بعلاقته بإبنه، حتى وإن لم يتحقق فعلاً هذا التأثير والتأثير، وإنما إحساس الأبوة بالنبوة يقضي بوجود التأثير، إذ يندر جداً أن يحكم القاضي بالحق في خصومة أحد أطرافها ابنه أو زوجته، أو شريكه في التجارة.

وعلى الرغم من كل ذلك، فالتعريف في عمومته مقبول وحسن.

- وبناء على هذه المناقشة والتحليل يمكن أن نعرف التهمة كالآتي:

التهمة هي نسبة تصرف معين من قول أو فعل إلى شخص محدد نسبة مظنونة دون أن تحقق، يقضي بها المجرى العادي والطبيعي للأمر عادة.

2- تعريف التهمة في خصوص نقض الأحكام القضائية:

بناء على كل ما سبق، فإنه يمكن تعريف التهمة في خصوص نقض الحكم بسببها أنها:

وجود الشك والظن يخص جهة الحكم، وهي القاضي، تتولد بسبب صلة قرابة، أو مصاهرة، أو عداوة، أو مصلحة مع أحد الخصوم تدل على أن القاضي لا ولن يحكم

(1) - العقل، صالح بن علي بن صالح، التهمة وأثرها في الأحكام الفقهية، رسالة دكتوراه، دار التدمرية، الرياض، ط1، 1431هـ-2010م، ص28.

(2) - العقل، صالح بن علي بن صالح، التهمة، مرجع سابق، ص28.

(3) - العقل، صالح بن علي بن صالح، المرجع والصفحة نفسها.

بالحق والعدل في الغالب، وإنما بالانحياز إلى أحد الأطراف على حساب العدل والحقيقة.

ثالثاً/ - حكم التهمة في القضاء:

نظراً لأنَّ العدل والحقيقة مقدسان في الشرع الإسلامي، فإنَّ الإسلام قرر قاعدة جوهرية في القضاء وهي: أن القضاء يجب أن يصدر بعيداً عن كل تهمة معتبرة قوية.

يدل على وجود هذه القاعدة استقراء تصرفات الشريعة الإسلامية، فقد نص العلماء على إجماعهم⁽¹⁾ على هذه القاعدة، من ذلك قول ابن القاص الشافعي: «قد اتفق الجميع على أنه لا يجوز لقاض أن يقضي لنفسه، ولا لمملوكه، ومدبره، وأم ولده، ومكاتبه، ولا لشريكه فيما للقاضي فيه شركة»⁽²⁾.

وقال ابن رشد (الحفيد): «وأما التهمة التي سببها المحبة فإنَّ العلماء أجمعوا على أنها مؤثرة في إسقاط الشهادة»⁽³⁾. وقال أيضاً: «التهمة وقد أجمع الجمهور على تأثيرها في الأحكام الشرعية»⁽⁴⁾. وقال أيضاً: «وقد أجمعوا أن للتهمة تأثيراً في الشرع»⁽⁵⁾.

وقال القرافي المالكي: «القسم الرابع⁽⁶⁾: ما تناوله الولاية، وصادف فيه الحجة والدليل والسبب غير أنه متهم فيه، كقضائه لنفسه، فإنه يفسخ، لأنَّ القاعدة أن التهمة تقدر في التصرفات إجماعاً من حيث الجملة، وهي مختلفة المراتب: فأعلى رتب التهمة معتبر إجماعاً كقضائه نفسه، وأدنى رتب التهم مردود إجماعاً كقضائه لجيرانه، وأهل صقعه، وقبيلته، والمتوسط من التهم مختلف فيه هل يلحق بالأول أو

(1) - ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج 2، ص 380-385. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج 10، ص 109. القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج 4، ص 101-102. المكي المالكي، تهذيب الفروق، مصدر سابق، ج 4، ص 102. ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص 33. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، مصدر سابق، ص 299-300. ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، مصدر سابق، ج 1، ص 531. أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 83.

(2) - ابن القاص، المصدر والصفحة نفسها.

(3) - ابن رشد (الحفيد)، المصدر نفسه، ج 2، ص 380.

(4) - ابن رشد (الحفيد)، المصدر والصفحة نفسها.

(5) - ابن رشد (الحفيد)، المصدر نفسه، ج 2، ص 385.

(6) - سبق ذكر هذه الأقسام - وهي خمسة - في بداية هذا الفصل، وأن هذه الأقسام وردت ضمن الفرق الثالث والعشرون والمائتان بين قاعدة ما ينفذ من تصرفات الولاية والقضاة، وبين قاعدة ما لا ينفذ من ذلك، وهو خمسة أقسام:

1/ - ما لم تناوله الولاية بالأصالة.

2/ - ما تناوله الولاية لكن حكم فيه بمسند باطل.

3/ - ما حكم فيه على خلاف السبب.

4/ - ما كان فيه القاضي في محل التهمة.

5/ - ما اختلف فيه من جهة الحجة.

بالثاني، وأصلها قول رسول الله ح: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»⁽¹⁾، أي متهم»⁽²⁾. وقال أيضا: «إعلم أنّ الأمة مجمعة على رد الشهادة بالتهمة من حيث الجملة»⁽³⁾.

وقال العز بن عبد السلام بعد أن قسّم التهم من حيث القوة والضعف إلى ثلاثة أقسام، وذكر منها القسم الأول، فقال: «أحدها: تهمة قوية كتهمة حكم الحاكم لنفسه، وشهادة الشاهد لنفسه، فهذه تهمة موجبة لرد الحكم والشهادة، لأنّ قوة الدّاعي الطبيعي قادحة في الظن المستفاد من الوازع الشرعي قدحا ظاهرا لا يبقى معه إلا ظن ضعيف لا يصلح للاعتماد، ولا لاستناد الحكم إليه»⁽⁴⁾.

وقال القرطبي المالكي وهو يفسر قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَجْتِنُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْرٌ وَلَا يَجَسَّسُوا﴾ [سورة الحجرات: 12] وفي معنى الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ح قال: «إياكم وَالظَّنَّ، فَإِنَّ الظَّنَّ أَكْذَبُ الْحَدِيثِ...»⁽⁵⁾، يقول: «قال علماؤنا: فالظن هنا وفي الآية هو التهمة، ومحل التحذير والنهي إمّا هو تهمة لا سبب لها يوجبها، كمن يتهم بالفاحشة، أو بشرب الخمر مثلا، ولم يظهر عليه ما يقتضي ذلك. ودليل كون الظن هنا بمعنى التهمة قوله بعد هذا: ﴿وَلَا يَجَسَّسُوا﴾، وذلك أنه قد يقع له خاطر التهمة ابتداء فيريد أن يتجسس خبر ذلك، ويبحث عنه، ويتبصّر ويتسمع ليتحقّق ما وقع له من تلك التهمة، فنهى النبي ح عن ذلك»⁽⁶⁾.

رابعا-/ أدلة اعتبار التهمة في الأحكام القضائية:

وأصل اعتبار التهمة - بالإضافة إلى الإجماع - السنة، وآثار الصحابة.

- عن أبي هريرة رضي الله عنه أنّ النبي ح قال: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»⁽⁷⁾.

والظنين: هو المتهم⁽⁸⁾، فاعيل بمعنى مفعول من الظنة، وهي التهمة⁽⁹⁾.

(1) - سيأتي تحريجه قريبا.

(2) - القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص101-102. المكي المالكي، تهذيب الفروق، مصدر سابق، ج4، ص102.

(3) - القرافي، المصدر نفسه، ج4، ص150. الفرق: 230. المكي المالكي، المصدر نفسه، ج4، ص150.

(4) - العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، مصدر سابق، ص299-300.

(5) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، باب ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَجْتِنُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ﴾ [الحجرات: 12]، ج5، ص2254، رقم الحديث 5719. ومسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظن والتجسس والتنافس والتناجش ونحوها، ج4، ص1985، رقم الحديث: 2563.

(6) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج19، ص396-397.

(7) - أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الشهادات، باب لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر على أخيه ولا ظنين ولا خصم، ج10، ص201. والحاكم في المستدرک، كتاب الأحكام، ج4، ص99، وقال عنه: «حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه». وعبد الرزاق في مصنفه، كتاب الشهادات، باب لا يقبل منهم ولا جار إلى نفسه ولا ظنين، ج8، ص320. رقم الحديث: 15365. وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية، باب فيمن لا تجوز له الشهادة، ج7، ص203، رقم الحديث: 2897.

(8) - ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث، مصدر سابق، ص596، مادة: ظنين. ابن الأثير، جامع الأصول، مصدر سابق، ج10، ص191. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص109. القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص103. المكي المالكي، تهذيب الفروق، مصدر سابق، ج4، ص102. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص552.

(9) - ابن الأثير، المصدر والصفحة نفسها، مادة: ظنين.

- عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ح: «لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ، وَلَا مَجْلُودٍ حَدًّا وَلَا مَجْلُودَةٍ، وَلَا ذِي غَمْرٍ لِأَخِيهِ، وَلَا مُجْرَبٍ شَهَادَةٍ، وَلَا الْقَانِعِ أَهْلَ الْبَيْتِ لَهُمْ، وَلَا ظَنِينٍ فِي وِلَاءٍ وَلَا قَرَابَةٍ»⁽¹⁾.

- عَنْ عَمْرٍو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ح رَدَّ شَهَادَةَ الْخَائِنِ وَالْخَائِنَةِ، وَذِي الْغَمْرِ عَلَى أَخِيهِ، وَرَدَّ شَهَادَةَ الْقَانِعِ لِأَهْلِ الْبَيْتِ، وَأَجَازَهَا لِغَيْرِهِمْ⁽²⁾.

- وَالْغَمْرُ: الْخِنَّةُ وَالشَّحْنَاءُ. وَالْقَانِعُ: الْأَجِيرُ التَّابِعُ مِثْلُ الْأَجِيرِ الْخَاصِّ⁽³⁾.

- خَائِنٌ: أَرَادَ بِالْخِيَانَةِ: الْخِيَانَةَ فِي الدِّينِ وَالْمَالِ وَالْأَمَانَاتِ، فَإِنَّ مِنْ ضَيِّعٍ شَيْئًا مِنْ أَوْامِرِ اللَّهِ، أَوْ رَكِبَ شَيْئًا مِمَّا نَهَاهُ اللَّهُ عَنْهُ، فَلَا يَكُونُ عَدْلًا⁽⁴⁾.

- ذُو غَمْرٍ: الْغَمْرُ - بِكَسْرِ الْغَيْنِ - الْحَقْدُ⁽⁵⁾.

- الْقَانِعُ: السَّائِلُ الْمُسْتَطْعِمَ، وَقِيلَ: هُوَ الْمُنْقَطِعُ إِلَى الْقَوْمِ يَخْدُمُهُمْ، وَذَلِكَ مِثْلُ الْأَجِيرِ وَالْوَكِيلِ، تَرَدُّ شَهَادَتُهُ لِلتَّهْمَةِ، فَيَجْرُ النَّفْعُ إِلَى نَفْسِهِ، لِأَنَّ التَّابِعَ لِأَهْلِ الْبَيْتِ يَنْتَفِعُ بِمَا يَصِيرُ إِلَيْهِمْ⁽⁶⁾.

- وَقَالَ عَمْرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي رِسَالَتِهِ الَّتِي بَعَثَهَا إِلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ: «وَالْمُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ، إِلَّا مَجْلُودًا فِي حَدٍّ، أَوْ مُجْرَبًا فِي شَهَادَةِ زُورٍ، أَوْ ظَنِينًا فِي وِلَاءٍ أَوْ قَرَابَةٍ»⁽⁷⁾.

(1) - أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ فِي سُنَنِهِ، كِتَابُ الشَّهَادَاتِ، بَابُ مَا جَاءَ فِيهِمْ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ، ج 4، ص 545-546، رَقْمُ الْحَدِيثِ: 2298. وَقَالَ عَنْهُ: «هَذَا حَدِيثٌ غَرِيبٌ لَا نَعْرِفُهُ إِلَّا مِنْ حَدِيثِ يَزِيدَ بْنِ زِيَادِ الدَّمَشْقِيِّ وَيَزِيدَ يَضَعُفٌ فِي الْحَدِيثِ وَلَا يَعْرِفُ هَذَا الْحَدِيثَ مِنْ حَدِيثِ الزُّهْرِيِّ إِلَّا مِنْ حَدِيثِهِ وَفِي الْبَابِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو قَالَ وَلَا نَعْرِفُ مَعْنَى هَذَا الْحَدِيثِ وَلَا يَصِحُّ عِنْدِي مِنْ قَبْلِ إِسْنَادِهِ». وَالْبَيْهَقِيُّ فِي السَّنَنِ الْكُبْرَى، كِتَابُ الشَّهَادَاتِ، بَابُ لَا تَقْبَلُ شَهَادَةَ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ وَلَا ذِي غَمْرٍ عَلَى أَخِيهِ وَلَا ظَنِينٍ وَلَا خَصْمٍ، ج 10، ص 155. وَقَالَ عَنْهُ: «يَزِيدُ هَذَا ضَعِيفٌ». وَالِدَارِقُطْنِيُّ فِي سُنَنِهِ، كِتَابُ فِي الْأَفْضِيَةِ وَالْأَحْكَامِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، ج 4، ص 244، رَقْمُ الْحَدِيثِ: 145. وَقَالَ عَنْهُ: «يَزِيدُ هَذَا ضَعِيفٌ لَا يَحْتَجُّ بِهِ». وَضَعَفَهُ الْأَلْبَانِيُّ كَذَلِكَ. أَنْظَرُ: الْأَلْبَانِيُّ، إِرْوَاءُ الْغَلِيلِ، ج 8، ص 292، رَقْمُ الْحَدِيثِ: 2675.

(2) - أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ فِي سُنَنِهِ، كِتَابُ الْأَفْضِيَةِ، بَابُ مِنْ تَرَدُّ شَهَادَتِهِ، ج 3، ص 304-305، رَقْمُ الْحَدِيثِ: 3600. وَابْنُ مَاجَةَ فِي سُنَنِهِ، كِتَابُ الْأَحْكَامِ، بَابُ مِنْ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ، ج 3، ص 452، رَقْمُ الْحَدِيثِ: 2366. وَالِدَارِقُطْنِيُّ فِي سُنَنِهِ، كِتَابُ فِي الْأَفْضِيَةِ وَالْأَحْكَامِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، ج 4، ص 243، رَقْمُ الْحَدِيثِ: 143. وَالْبَيْهَقِيُّ فِي السَّنَنِ الْكُبْرَى، كِتَابُ الشَّهَادَاتِ، بَابُ لَا تَقْبَلُ شَهَادَةَ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ وَلَا ذِي غَمْرٍ عَلَى أَخِيهِ وَلَا ظَنِينٍ وَلَا خَصْمٍ، ج 10، ص 200. وَأَحْمَدُ فِي مُسْنَدِهِ، ج 2، ص 244-273-274-279. رَقْمُ الْحَدِيثِ: 6707-6913-6955. مُسْنَدُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاظِرِيِّ اللَّهُ عَنْهُ. وَأَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ فِي سُنَنِهِ، كِتَابُ الشَّهَادَاتِ، بَابُ مَا جَاءَ فِيهِمْ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ، ج 4، ص 545-546، رَقْمُ الْحَدِيثِ: 2298. وَقَالَ عَنْهُ: «هَذَا حَدِيثٌ غَرِيبٌ لَا نَعْرِفُهُ إِلَّا مِنْ حَدِيثِ يَزِيدَ بْنِ زِيَادِ الدَّمَشْقِيِّ، وَيَزِيدُ يَضَعُفٌ فِي الْحَدِيثِ، وَلَا يَعْرِفُ هَذَا الْحَدِيثَ مِنْ حَدِيثِ الزُّهْرِيِّ إِلَّا مِنْ حَدِيثِهِ». وَقَالَ ابْنُ حَجْرٍ الْعَسْقَلَانِيُّ عَنْهُ: «وَسِنْدُهُ قَوِيٌّ». أَنْظَرُ: ابْنُ حَجْرٍ الْعَسْقَلَانِيُّ، التَّلْخِيسُ الْحَبِيرِيُّ، مُصَدَّرٌ سَابِقٌ، ج 4، ص 198.

(3) - أَبُو دَاوُدَ، السَّنَنِ، ج 3، ص 305.

(4) - ابْنُ الْأَثِيرِ، جَامِعُ الْأَصُولِ، الْمَصْدَرُ وَالصَّفْحَةُ نَفْسُهَا.

(5) - ابْنُ الْأَثِيرِ، جَامِعُ الْأَصُولِ، مُصَدَّرٌ سَابِقٌ، ج 10، ص 191. ابْنُ الْأَثِيرِ، النِّهَايَةُ فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ وَالْأَثَرِ، مُصَدَّرٌ سَابِقٌ، ص 666. مَادَّةُ: غَمْرٌ.

(6) - ابْنُ الْأَثِيرِ، جَامِعُ الْأَصُولِ، الْمَصْدَرُ وَالصَّفْحَةُ نَفْسُهَا.

(7) - أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ فِي السَّنَنِ الْكُبْرَى، كِتَابُ الشَّهَادَاتِ، بَابُ مِنْ لَا تَقْبَلُ شَهَادَتُهُ، ج 10، ص 155-156. وَبَابُ لَا يُجْبَلُ حُكْمُ الْقَاضِي عَلَى الْمُقْضَى لَهُ وَالْمُقْضَى عَلَيْهِ وَلَا يُجْعَلُ الْحَلَالُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَرَامًا وَلَا الْحَرَامُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَلَالًا، ج 10، ص 150. وَالِدَارِقُطْنِيُّ فِي سُنَنِهِ، كِتَابُ فِي الْأَفْضِيَةِ وَالْأَحْكَامِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، ج 4، ص 207، رَقْمُ الْحَدِيثِ: 15-16.

والعلة في منع الحكم مع وجود التهمة هي أن القاضي ملزم بالحكم بالعدل، والحكم بالعدل يقتضي أن يحكم القاضي دون أن تكون له أية علاقة بالخصوم معا، حتى ولو كان طرفا واحدا، كأن ينتصب القاضي حكما بين خصمين، أحدهما ابنه، أو زوجته، أو عدوه، أو شريكه في التجارة، فإن الظن الغالب هو عدم الحياد في الفصل بين الخصوم، وعلى الرغم من أنه ليس قطعيا، بأن القاضي حكم لما سبق ذكره، وإنما هو ظني فقط، إلا أنه لما كان غالبا، فإن هذا وحده كاف للإخلال بمبدأ العدل. بمعنى آخر إنَّ الحكم مع وجود التهمة في هذه الحالات وغيرها من الحالات المشابهة لها، يخل بمبدأ حياد القاضي، هذا المبدأ الذي يقتضي ألا يكون القاضي متميلا لأي طرف من الأطراف ضد الطرف الآخر، وإذا انحاز فإنه لا ينحاز ولا يميل إلا إلى الحق والعدل، بل يجب قطعيا الانحياز إلى الحق و العدل.

خامسا/- أقسام أو مراتب التهمة من حيث قوتها وضعفها:

يقسم علماء الإسلام التهمة إلى ثلاثة أقسام⁽¹⁾: وهي تهمة قوية؛ وضعيفة ساقطة؛ ومتوسطة.

وإليك بيانها:

1/- التهمة القوية:

وهي أعلى مراتب التهمة المعتررة إجماعا، كقضاء القاضي لنفسه، وشهادة الشاهد لنفسه، فهذه تهمة موجبة لرد الحكم والشهادة، لأنَّ قوة الداعي الطبيعي الغريزي الفطري قاذحة في الظن المستفاد من الوازع الشرعي قدحا ظاهرا، لا يبقى معه إلا ظن ضعيف، ولا يصلح الاعتماد عليه، ولا لاستناد الحكم إليه.

وإتمارَدَّ قضاء القاضي في التهمة « لأنَّ داعي الطبع أقوى من داعي الشرع، ويدل على ذلك ردُّ شهادة أعدل الناس لنفسه، وردُّ حكم أقسط الناس لنفسه»⁽²⁾.

2/- التهمة الضعيفة الساقطة:

وهي أدنى مراتب التهمة. وهي مردودة إجماعا، كحكم القاضي لجيرانه، وأهل صقعه وقبيلته، وكشهادة الأخ لأخيه، والصديق لصديقه، والرفيق لرفيقه حسب أمثلة للعز بن عبد السلام والقرافي، وهذا النوع من التهمة لا يعمل به بالإجماع، بحسب ابن عبد السلام والقرافي وابن رشد دائما.

3/- التهمة المتوسطة المختلف حولها:

(1) - ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2، ص380. القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص102-103-150. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص109. المكي المالكي، تهذيب الفروق، مصدر سابق، ج4، ص150-152. ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، مصدر سابق، ص299-301.

(2) - ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، مصدر سابق، ص301.

وهذا النوع مختلف حوله بين النوع الأول هل هو تهمة قوية، فيعمل بها، أم من النوع الثاني تهمة ضعيفة ساقطه، فلا يعمل بها.

وبهذا يظهر أن التهمة أنواع، وأنه ليس كل تهمة معتبرة ومؤثرة في الأحكام، بل إن كانت التهمة قوية بأن أحاطت بها القرائن وشواهد الحال والدلالات، فهنا تكون التهمة معتبرة ومؤثرة ومنتجة للأحكام ويعمل بها، وأما إن ضعفت القرائن وشواهد الحال، كأن يكون المظنون به ممن شوهد منه الستر والصلاح فهذه تهمة ضعيفة لا أثر لها ولا اعتبار. فظن الفساد به والخيانة محرم، بخلاف من اشتهر أمره بين الناس بتعاطي الرب والمجاهرة بالخبائث. (1)

- ومن خلال هذا التقسيم للتهمة، وكذا النصوص السابقة، فإن التهمة المقصودة هنا هي التهمة المؤثرة القوية التي يغلب على الظن مجرد أن القاضي منحاز لطرف ضد آخر على حساب العدل والحق.

والتهمة المؤثرة القوية التي تمتع من حكم القاضي يمكن حصرها في أربعة هي:

- حكم القاضي نفسه.

- حكم القاضي لأحد أطراف الخصومة له علاقة به.

ولبيان هذه المسائل والصور، فإننا نتناولها بالترتيب، كل حالة في بند خاص بها.

الفرع الأول: نقض الحكم القضائي بسبب حكم القاضي لنفسه:

أولاً: القاعدة العامة:

نص الفقهاء بالإجماع (2) على أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم لنفسه، وإذا حكم فحكمه باطل

(1) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج19، ص397. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج35، ص296-400. ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، مصدر سابق، ج1، ص273 وما بعدها. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص166. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج2، ص128-132. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2، ص380. ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مصدر سابق، ج3، ص12-13.

(2) - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص73، 107. السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص37. الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص08. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص35. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص227. عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص366. الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج5، ص394. ابن عابدين، حاشية رد المختار، مصدر سابق، ج5، ص394. حيدر، علي، درر الحكام، وجع سابق، ج4، ص614. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص109. القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص102-103. المكي المالكي، تهذيب الفروق، مصدر سابق، ج4، ص102. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص172. الخرشبي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص162. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص143. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص135. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص184. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج2، ص413. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص338. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص129. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص380. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص309. الخطيب الشيريني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص289. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص183. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص256.

وينتقض، وذلك لوجود التهمة.

وقد ذكر بعض الفقهاء أنه يلحق بعدم صحة حكم القاضي لنفسه مايلي:

- إذا كان المحكوم له مدينا للقاضي، وهو مفلس، فلا يجوز للقاضي أن يحكم له بمال، لأنَّ في ذلك منفعة له، فكأنَّه حكم لنفسه. (1)
- لا يجوز للقاضي أن يحكم في أصل وقف أو غلته، إذا كان القاضي بذاته وبشخصه، لا بصفته القضائية، له استحقاق في هذا الوقف، لأنَّ له مصلحة في الحكم. (2)
- إذا كان القاضي موصى له، أو أنه وارث للمحكوم له، وذلك كأن يموت شخص ويوصي بثلاث ماله للقاضي، فلا يجوز للقاضي أن يحكم للميت بشيء، ومثله لو كان القاضي أحد ورثة الميت. (3)

واستثنى الحنفية من هذا ما إذا كان القاضي غريبا للميت الموصي (4).

- إذا كان القاضي وكيل الوصي في ميراث الميت، فليس له حينئذ أن يحكم بشيء، لأنَّه من حيث الظاهر حكم للقاضي نفسه. (5)
- والدليل على منع وتحريم حكم القاضي لنفسه ما يأتي:

1/- أنه لم يثبت عن أحد من الصحابة الذين كانت لهم ولاية القضاء أنهم حكموا لأنفسهم، بل المعروف أنهم كانوا يتحاكمون إلى غيرهم (6). فعمر بن الخطاب تحاكم مع أبي بن كعب إلى زيد بن ثابت (7)، وتحاكم عثمان مع طلحة إلى جبير بن مطعم، وتحاكم علي مع يهودي في درع إلى شريح (1).

الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص533. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص91. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص93. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص407. ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، مصدر سابق، ج1، ص531. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص451. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص405. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص172. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص203. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص473. الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج4، ص288-289.

(1) - عالمكير وجماعة من علماء الهند، المصدر نفسه، ج3، ص367. ابن البزاز، الفتاوى البزازية، مصدر سابق، ج5، ص167. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص1174.

(2) - الحصكفي، المصدر نفسه، ج5، ص442. ابن عابدين، المصدر نفسه، ج5، ص442. حيدر، علي، المصدر نفسه، ج4، ص615.

(3) - السرخسي، المصدر نفسه، ج19، ص28. عالمكير وجماعة من علماء الهند، المصدر والصفحة نفسها. ابن البزاز، المصدر والصفحة نفسها. حيدر، علي، المصدر نفسه، ج4، ص614. رستم باز، سليم اللبناني، المصدر نفسه، ج2، ص1173.

(4) - ابن نجيم، المصدر والصفحة نفسها.

(5) - عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص367. حيدر، علي، درر الحكام، وجع سابق، ج4، ص615.

(6) - السرخسي، المبسوط، وجع سابق، ج16، ص73. وكيع، أخبار القضاة، مصدر سابق، ج1، ص108-109. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص380. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص91. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص93. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص172. البهوتي، شرح منتهى، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص473.

(7) - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب القاضي لا يحكم لنفسه، ج10، ص144-145.

2/- أن القضاء عبادة، والعبادة إخلاص العمل بكليته لله عزوجل، وحكم القاضي لنفسه يخل بهذا الوصف، لأنه يجب عمل القاضي لله سبحانه وتعالى خالصا لوجهه الكريم.⁽²⁾

3/- لأنه لا يجوز أن يكون شاهدا لنفسه، فلا يجوز أن يكون حاكما لنفسه، لأن ولاية القضاء فوق ولاية الشهادة⁽³⁾، حيث إن القضاء إلزام بالحكم.

4/- أن القاضي الذي يحكم لنفسه متهم بأنه يجلب النفع، أو يدفع الضرر عنها.⁽⁴⁾

ثانيا: استثناءات من الأصل العام: عدم جواز حكم القاضي لنفسه:

وقد استثنى العلماء مجموعة من الحالات يجوز فيها للقاضي أن يحكم لنفسه مخالفة للأصل العام السابق، وذلك إما لخصوصية المنازعة، أو لأنها من المصلحة العامة، وهذه الحالات هي:

1/- جواز حكم القاضي لنفسه لتعزير وتأديب من أساء الأدب عليه في مجلس القضاء، بأن نسب إليه الظلم والجور في أحكامه، كأن يقول: حكمت عليّ بالجور، ونحو ذلك، لا لأن يقول: اتق الله، وذلك لعله صيانة القضاء من الإهانة والاستخفاف، وحسما لمادة الفساد، وهو من حقوق الله عز وجل.⁽⁵⁾

قال القاضي أبو الوليد الباجي: «إِنَّ الْقَاضِيَ الْفَاضِلَ الْعَدْلَ لَهُ أَنْ يَحْكُمَ بِالْعُقُوبَةِ عَلَى مَنْ تَنَاولَهُ

- وانظر أيضا من استدلل به: الشيرازي، المصدر والصفحة نفسها. ابن قدامة المقدسي، المغني، المصدر والصفحة نفسها. ابن قدامة المقدسي، المصدر والصفحة نفسها. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص407. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص405. ابن مفلح، المصدر والصفحة نفسها.

⁽¹⁾- الشيرازي، المصدر والصفحة نفسها. ابن قدامة المقدسي، المغني، المصدر والصفحة نفسها. ابن قدامة المقدسي، الكافي، المصدر والصفحة نفسها. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، المصدر والصفحة نفسها. البهوتي، كشف القناع، المصدر والصفحة نفسها. ابن مفلح، المصدر والصفحة نفسها.

⁽²⁾- الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص08.

⁽³⁾- السرخسي، المصدر والصفحة نفسها. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص35. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج2، ص413. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص338. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص380. ابن قدامة المقدسي، المغني، المصدر والصفحة نفسها. ابن قدامة المقدسي، الكافي، المصدر والصفحة نفسها. ابن مفلح، المصدر والصفحة نفسها. البهوتي، كشف القناع، المصدر والصفحة نفسها.

⁽⁴⁾- القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص103. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص309. الشيرازي، المصدر والصفحة نفسها. الطرابلسي، المصدر والصفحة نفسها.

⁽⁵⁾- التمرتاشي، مسعفة الحكام، مصدر سابق، ص159. حيدر، علي، درر الحكام، وجع سابق، ج4، ص594. ابن رشد (الجد)، البيان و التحصيل، مصدر سابق، ج9، ص166-167-199. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج3، ص113. خليل، المختصر، مصدر سابق، ص226. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص418. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص41، ج2، ص50. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص8-9. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص88-89. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص148. الخروشي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص143. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص127. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص74. العدوي، حاشية على شرح الخروشي، مصدر سابق، ج7، ص143-152. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص8-9. الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج4، ص74. المواق، التاج و الإكليل، مصدر سابق، ج8، ص88. الأبى، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج2، ص222. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص256. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص129. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص289. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص138. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص533. البهوتي، المصدر نفسه، ج6، ص393.

بِالْقَوْلِ، وَأَذَاهُ بَأَنْ نَسَبَ إِلَيْهِ الظُّلْمَ وَالْجُورَ وَمُوَاجَهَةً بِحَضْرَةِ أَهْلِ مَجْلِسِهِ، بِخِلَافِ مَا شَهِدَ بِهِ عَلَيْهِ أَنَّهُ آذَاهُ وَهُوَ غَائِبٌ عَنْهُ، لِأَنَّ مَا وَاجَهَهُ بِهِ مِنْ ذَلِكَ هُوَ مِنْ قَبِيلِ الْإِقْرَارِ، وَلَهُ أَنْ يَحْكُمَ بِالْإِقْرَارِ عَلَى مَنْ أَنْتَهَكَ مَالَهُ فَيُعَاقِبَهُ بِهِ، وَيَتَمَوَّلُ الْمَالَ بِإِقْرَارِهِ... لِمَا يَتَعَلَّقُ فِي ذَلِكَ مِنْ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى، لِأَنَّ الْاجْتِرَاءَ عَلَى الْقُضَاةِ وَالْحُكَّامِ وَتَرْكَ الْمُعَاقَبَةِ فِي مِثْلِ هَذَا، تَوْهِينٌ لِأَمْرِهِمْ، وَدَاعِيَةٌ إِلَى الضَّعْفِ مِنْ اسْتِيفَاءِ الْحُقُوقِ وَالْأَحْكَامِ، وَالْمُعَاقَبَةِ فِي مِثْلِ هَذَا أَوْلَى مِنَ التَّجَافِي وَالْعَفْوِ عَنْهُ»⁽¹⁾.

قال الخرشي: «(وتأديب من أساء عليه إلا في مثل: اتق الله في أمري، فليرفق به) يعني: أن من أساء على القاضي في مجلسه، فإنه يستحب له أن يؤدبه، مستندا في ذلك لعلمه، لحرمة الشرع لا لنفسه، بخلاف ما شهد عليه أنه آذاه، وهو غائب، فليس له تأديبه، ويرفعه لغيره، أما لو قال أحد الأخصام للقاضي: اتق الله في أمري، أو قال له: أذكر وقوفك للحساب بين يدي الله، فإنه يرفق به ويشفق عليه، ويقول: رزقني الله وإياك تقواه، وما أشبه ذلك»⁽²⁾.

وحكم التأديب أنه مندوب عند ابن رشد (الجد)، واجب عند ابن عبد السلام⁽³⁾.

2/- أن يحكم القاضي لوقف هو أحد المستحقين لريعه، بشرط أن يكون استحقاقه له بالوصف، أي باعتباره قاضيا، لا بشخصه وذاته وخصوصه، كأن يكون الوقف لطلبة العلم والفقهاء والقضاة ونحوه، فينطبق عليه الوصف، ويحكم لنفسه ويكون ذلك جائزا⁽⁴⁾.

3/- حكم القاضي بإثبات وقف صار إليه بطريق العموم، كأن وجد وصف الناظر فيه، أو لزوال وانعدام الناظر الخاص له، وإن كان حكمه يتضمن استيلاءه عليه، وتصرفه فيه، وإن تضمن حكمه وضع يده عليه⁽⁵⁾.

4/- الحكم بإثبات مال لبيت المال، وإن كان يرزق منه⁽⁶⁾، فإذا مات من لا وارث له، أو من

(1) - ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص50. ابن رشد (الجد)، المصدر نفسه، ج9، ص166-167. الحطاب، المصدر نفسه، ج8، ص135-136.

(2) - الخرشي، المصدر والصفحة نفسها.

(3) - الدسوقي، المصدر نفسه، ج6، ص8. الصاوي، المصدر والصفحة نفسها.

(4) - الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج5، ص442. ابن عابدين، حاشية رد المختار، مصدر سابق، ج5، ص442. باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص1174. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص256. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان، منتقى البينوع فيما زاد على الروضة من الفروع، مطبوع بهامش روضة الطالبين للنووي، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 1423هـ/2003م، ج8، ص130. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص289.

(5) - السيوطي، المصدر والصفحة نفسها. الرملي، المصدر والصفحة نفسها. الرملي، حاشية على أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص310. الخطيب الشربيني، المصدر والصفحة نفسها. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص138. باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، المصدر والصفحة نفسها.

(6) - السيوطي، المصدر والصفحة نفسها. الرملي، نهاية المحتاج، المصدر والصفحة نفسها. الرملي، حاشية على أسنى المطالب، المصدر والصفحة نفسها. الخطيب الشربيني، المصدر والصفحة نفسها. ابن حجر الهيتمي، المصدر والصفحة نفسها.

الورثة من لا يستغرق ماله، وارتفعت إلى الإمام قضية تتعلق بأموال بيت المال، فإنه يحكم في ذلك كله، وإن كان استيلاءه عليه لكن بجهة الإمامة اغتفر ذلك، والقاضي غير الإمام يحكم في ذلك، وأن يصرف إليه منه في أجرته، ونحو ذلك، ولكن التهمة هنا أبعد منه في الذي قبله⁽¹⁾.

5- / وله الحكم لمحجوره وإن كان وصيا عليه قبل القضاء، وإن تضمن حكمه استيلاءه على المال المحكوم به وتصرفه فيه⁽²⁾.

6- / وصي اليتيم يتولى القضاء في البلد التي فيها اليتيم، وهذه وقع فيها الخلاف لدى الشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾، هل له أن يسمع البينة ويحكم لليتيم؟ فيها وجهان:

- أحدهما: نعم، يصح ويجوز ذلك، وبه قال القفال، وهو الأصح عند النووي⁽⁵⁾، وصححه الغزالي⁽⁶⁾، وهو المعتمد لدى الحنابلة⁽⁷⁾، لأنَّ القاضي يلي أمر الأيتام كلهم، فإن لم يكن وصيا من قبل قبل فلا تهمة⁽⁸⁾.

- والثاني: المنع، وهو قول مرجوح لدى الحنابلة⁽⁹⁾، وبه قال ابن الحداد، وصوّبه أبو الطيب الطبري، لأنَّ القاضي إذا حكم فقد أثبت الولاية لنفسه على ذلك المال والتصرف فيه⁽¹⁰⁾.

7- / وهنا حالة لدى المالكية، حيث قال ابن رشد (الجد) بأنَّ القاضي له الحكم بالإقرار على من استهلك ماله، فيعاقبه ويتمول المال بإقراره، ولا يحكم بشيء من ذلك بالبينة⁽¹¹⁾.
واستدلوا بقطع أبي بكر رضي الله عنه يد الأقطع الذي سرق عقد زوجته أسماء، لما اعترف بسرقة⁽¹²⁾.

(1) - السيوطي، المصدر والصفحة نفسها.

(2) - السيوطي، منتقى ينبوع، مصدر سابق، ج8، ص130. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص256. الرملي، حاشية على أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص310.

(3) - الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج7، ص303-304. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص132. السيوطي، المصدر والصفحة نفسها. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص310. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص289. الرملي، حاشية على أسنى المطالب، المصدر والصفحة نفسها.

(4) - المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص204.

(5) - النووي، المصدر والصفحة نفسها. الخطيب الشربيني، المصدر والصفحة نفسها.

(6) - الغزالي، المصدر نفسه، ج7، ص303.

(7) - المرداوي، المصدر والصفحة نفسها.

(8) - الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج7، ص304. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص132. السيوطي، منتقى ينبوع، مصدر سابق، ج8، ص130. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص310.

(9) - المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص204.

(10) - الغزالي، المصدر نفسه، ج7، ص303-304. النووي، المصدر والصفحة نفسها. السيوطي، المصدر والصفحة نفسها. زكريا الأنصاري، المصدر والصفحة نفسها. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص289.

(11) - ابن رشد (الجد)، البيان والتحصيل، مصدر سابق، ج9، ص166-167. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج2، ص50. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص135. الخرشبي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص162. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص143-144. المواق، التاج والإكليل، مصدر سابق، ج8، ص137. الآبي، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج2، ص228. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص184.

(12) - أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب السرقة، باب السارق يعود فيسرق ثانيا وثالثا ورابعا، ج8، ص273.

- ونوقش بأن هذا الاستدلال إنما يتم إذا كان العقد ملكا لأبي بكر وأن مالها كماله⁽¹⁾.

ثالثا: موقف الفقهاء من حكم القاضي على نفسه:

رأينا من قبل أن الأصل هو عدم جواز حكم القاضي لنفسه، ولكن ماذا لو حكم القاضي في مسألة هو أحد أطرافها، ولكن لم يحكم لنفسه، وإنما حكم على نفسه، أي أن القاضي هو المحكوم عليه؟.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

1- القول الأول: يجوز للقاضي أن يحكم على نفسه:

فذهب الجمهور؛ من الحنفية⁽²⁾ في الراجح لديهم، والمالكية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾ في قول، والحنابلة⁽⁵⁾، والحنابلة⁽⁵⁾، أن القاضي إذا حكم على نفسه، جاز ونفذ، فيكون كالإقرار منه بما ادعى خصمه عليه، وذلك لانتفاء التهمة في الحكم على نفسه.

2- القول الثاني: لا يجوز للقاضي أن يحكم على نفسه:

في حين ذهب الحنفية⁽⁶⁾ في قول لهم، وكذلك الشافعية⁽⁷⁾ - وهو المعتمد في المذهب - إلى عدم الجواز، وأنه إذا حكم لا ينفذ على نفسه، بحجة لثلا يؤدي حكم القاضي على نفسه إلى اتحاد الحاكم والمحكوم عليه، والحاكم لا يمكن أن يكون غير المحكوم عليه، ولأنَّ الحاكم يستوفي الحق من المحكوم عليه، والإنسان لا يستوفي من نفسه لغيره.⁽⁸⁾

3- موازنة و ترجيح:

والحق أنه لا مانع من اتحاد الحاكم والمحكوم عليه طالما أن الحكم كان صحيحا وسليما، وبهذا يترجح القول الذي يرى نفوذ حكم القاضي على نفسه لقوة أدلته وتعليله، وهو ما رجحه غيرنا أيضا

(1) - العدوي، حاشية على شرح الخرشي، مصدر سابق، ج7، ص162.

(2) - السرخسي، الميسوط، مصدر سابق، ج19، ص29. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص35. التمرناشي، مسعفة الحكام، مصدر سابق، ص159.

(3) - ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص72-73، ج2، ص48.

(4) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج2، ص413. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص338. زكريا الأنصاري، الأنصاري، المصدر نفسه، ج6، ص309-310. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص257. السيوطي، المصدر والصفحة نفسها. الرملي، حاشية على أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص309. الخطيب الشربيني، المصدر والصفحة نفسها. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص139.

(5) - البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص405. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص473. وهذا تخريجنا على على قولهم بجواز حكم القاضي على من لا تقبل شهادته له.

(6) - الفواكه البدرية، مصدر سابق، ص137. نقلا عن: الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج2، ص676.

(7) - السيوطي، منتقى ينبوع، مصدر سابق، ج8، ص131. الرملي، حاشية على أسنى المطالب، حاشية على أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص309.

(8) - السيوطي، المصدر والصفحة نفسها. الرملي، حاشية على أسنى المطالب، المصدر والصفحة نفسها.

من الباحثين المعاصرين⁽¹⁾.

الفرع الثاني: نقض الحكم القضائي بسبب وجود علاقة بين القاضي وأحد أطراف الخصومة:

القاضي بشر، ومن شأن البشر أن له أصول؛ كالأب والأم وإن علا، وفروع كالإبن والبنت وإن سفل، كما قد تكون له عداوة مع شخص الأشخاص في زمن الأزمان قبل الحكم وتولي القضاء، فما الحكم في هذا المسائل؟

في هذا الفرع نتناول المسائل الآتية:

أولاً: نقض الحكم القضائي بسبب وجود علاقة مع القاضي بأصوله وفروعه.

ثانياً: نقض الحكم القضائي، بسبب وجود عداوة دنيوية بين القاضي وأحد الخصوم. وإليك هذه العناصر بالترتيب.

أولاً: نقض الحكم القضائي بسبب علاقة قرابة أو مصاهرة مع القاضي:

في بعض الأحيان - إن لم يكن في كثيره - قد يكون أحد الخصوم على علاقة بالقاضي، كعلاقة القرابة من أصوله (الأب، والأم، والجد، والجددة، وإن علوا)، أو من فروعه (أولاده، أولاد أولاده، وإن سلفوا) أو العلاقة الزوجية (زوجته)، وهنا هل يجوز للقاضي أن يحكم لهؤلاء ولمصلحتهم؟ أم أنه لا يجوز ذلك؟.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة أقوال:

- الأول: لا يجوز مطلقاً؛

- والثاني: يجوز مطلقاً؛

- والثالث: لا يجوز أن يحكم لولده الصغير فقط، أما أصوله والإبن الكبير، فيجوز؛

- والرابع: مثل الثالث إلا أنه يشترط حضور الشهود.

وإليك بيان هذه الأقوال مع بيان الراجح منها.

1/- القول الأول: لا يجوز مطلقاً الحكم للأصول أو المطالب:

ذهب الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽¹⁾ في المشهور والمختار من مذهبهم، وهو قول محمد ومطرف، واختاره

(1) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج2، ص677.

(2) - السرخسي، الميسوط، مصدر سابق، ج16، ص107. المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج7، ص320. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص320. البابر، العناية، مصدر سابق، ج7، ص320. الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص194. الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص08. ابن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص88. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص35. داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج3، ص242. الحصكفي، الدر المنتقى، مصدر سابق، ج3، ص242. ابن نجيم، الأشباه و النظائر، مصدر سابق، ص227. عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3،

واختاره اللخمي⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾ في الأصح عندهم، والحنابلة⁽⁴⁾ في الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب، إلى أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم لأصوله وإن علوا، أو فروعوه وإن سفلوا.

وبهذا القول أخذت مجلة الأحكام العدلية في المادة 1808 التي جاء فيها ما نصه: «يُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَكُونَ الْمَحْكُومُ لَهُ أَحَدًا مِنْ أُصُولِ الْقَاضِي وَفُرُوعِهِ، وَأَنْ لَا يَكُونَ زَوْجَتَهُ وَشَرِيكَهُ فِي الْمَالِ الَّذِي سَيَحْكُمُ بِهِ، وَأَجِيرَهُ الْخَاصَّ، وَمَنْ يَتَعَيَّشُ بِنَفَقَتِهِ. بِنَاءً عَلَيْهِ لَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَسْمَعَ دَعْوَى أَحَدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ وَيَحْكُمَ لَهُ»⁽⁵⁾.

واحتج أصحاب هذا القول بما يأتي:

- وجود التهمة القوية في حقهم من الأصول والمطالب، خاصة وأن المصالح والمنافع قد تكون مشتركة، وهذا هو الغالب، والتهمة تقدر في التصرفات.⁽⁶⁾

ص367. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص356-357. حيدر، علي، درر الحكام، مصدر سابق، ج4، ص614.

⁽¹⁾- ابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، ص501. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج3، ص114. ابن جزئ، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص307. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2، ص380. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص72-73. خليل، المختصر، مصدر سابق، ص229. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص420. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص135. المواق، التاج والإكليل، مصدر سابق، ج6، ص135-137. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص184. الخرشي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص162. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص39. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص90. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص39. الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج4، ص90. الآبي، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج2، ص228.

⁽²⁾- ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص72. خليل، التوضيح، المصدر والصفحة نفسها.

⁽³⁾- الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج2، ص2555-2556. ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص33. الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج7، ص303. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص131. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص380. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص309. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص146-147. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج2، ص70-414. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص202-339. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص107. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص289. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص257. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص533. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص139.

⁽⁴⁾- ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص91. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص93. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص407. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص451. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص203-204. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص172. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص405. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص473. أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص83.

⁽⁵⁾- حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص614. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص1173.

⁽⁶⁾- المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج7، ص320. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص320. البابر، العناية، مصدر سابق، ج7، ص320. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص35. داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج3، ص242. حيدر، علي، درر الحكام، المصدر والصفحة نفسها. خليل، المصدر والصفحة نفسها. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص39. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص90. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص39. الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج4، ص90. القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص102-104-150. المواق، التاج والإكليل، مصدر سابق، ج6، ص137. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص143. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص184. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص146-147. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق،

- ولأن ولاية القضاء فوق ولاية الشهادة، وإذا لم تجز شهادته لهؤلاء فلأن لا يجوز قضاؤهم أولى.⁽¹⁾

- القياس على ما لو حكم القاضي لنفسه، فإنه لا يجوز ولا يصح، فلذلك إذا قضى لمن لا تقبل شهادته، بجماع وجود علة مشتركة؛ وهي التهمة⁽²⁾، أو كما قال بعضهم: «البعضية»⁽³⁾.

2/- القول الثاني: يجوز للقاضي الحكم مطلقاً لأصوله أو فروعه:

ذهب الحنفية⁽⁴⁾ في قول لهم، والمالكية في قول لهم⁽⁵⁾ كذلك، وهو اختيار أصبغ، «وهذا إن كان من أهل القيام بالحق»⁽⁶⁾، و «إن لم يكن من أهل التهمة»⁽⁷⁾، والشافعية⁽⁸⁾ في قول لهم كذلك، منهم المزني⁽⁹⁾، والحنابلة⁽¹⁰⁾، في رواية لهم في المذهب، وهو اختيار أبو بكر الخلال⁽¹⁾، وهو مذهب أبي

107. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص380. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص533. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص309. الرملي، حاشية على أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص309. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص93. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص172. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص405.

⁽¹⁾ - السرخسي، الميسوط، مصدر سابق، ج16، ص107. ابن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص88. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص197. الطرابلسي، المصدر والصفحة نفسها. حيدر، علي، المصدر والصفحة نفسها. رستم باز، سليم اللباني، المصدر والصفحة نفسها. القرافي، المصدر نفسه، ج4، ص103. المكّي، تهذيب الفروق، مصدر سابق، ج4، ص102. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج2، ص70-414. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص202-339. الشيرازي، المصدر والصفحة نفسها. الرملي، المصدر والصفحة نفسها. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص91. ابن مفلح، المصدر والصفحة نفسها. البهوتي، المصدر والصفحة نفسها.

⁽²⁾ - الشيرازي، المصدر والصفحة نفسها. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص289. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص257. الكوهجي، المصدر والصفحة نفسها. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص139. ابن قدامة المقدسي، المغني، المصدر والصفحة نفسها. ابن قدامة المقدسي، الكافي، المصدر والصفحة نفسها. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص407. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص451.

⁽³⁾ - ابن أبي الدم، المصدر والصفحة نفسها. الخطيب الشربيني، المصدر والصفحة نفسها. الكوهجي، المصدر والصفحة نفسها.

⁽⁴⁾ - الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج5، ص357. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص357.

⁽⁵⁾ - ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، مصدر سابق، ج10، ص1121. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج3، ص114. القرافي، المصدر نفسه، ج4، ص103. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص110. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص72-73. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص420. الدردير، الشرح الكبير، المصدر والصفحة نفسها. الدسوقي، المصدر والصفحة نفسها. الصاوي، المصدر والصفحة نفسها. العدوي، حاشية على شرح الخرشني، مصدر سابق، ج7، ص162. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص143.

⁽⁶⁾ - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص72.

⁽⁷⁾ - القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص110. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص420. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص39. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص143.

⁽⁸⁾ - ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص33. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج2، ص70. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص202. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص107. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص533. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص289. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص244. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص139.

⁽⁹⁾ - ابن أبي الدم، المصدر والصفحة نفسها.

⁽¹⁰⁾ - أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص83. ابن قدامة المقدسي، المغني، المغني، مصدر سابق، ج14، ص91. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص93. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص408. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص451. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص204. ابن مفلح، المبدع،

ثور⁽²⁾، وابن المنذر⁽³⁾، إلى أنه يجوز للقاضي الحكم مطلقاً لأصوله أو فروعه.
واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

- القضاء يكون بطرق وأسباب معلومة لا تجهل، من الإقرار، والشهادة، والنكول، والقرائن وغيرها، وكل هذا من الأدلة والطرق الظاهرة لا الخفية، وهذه تكفي لمنع القاضي من الميل في الخصومة التي ينظرها. بمعنى آخر أن القاضي أسير البيئة فلا تهمه منه⁽⁴⁾.

- ويمكن مناقشة⁽⁵⁾ هذا الدليل بأن القضاء وإن كانت له طرق وأسباب معلومة ظاهرة إلا أن إثبات هذه الطرق والأسباب والنظر فيها تدخله التهمة، فيؤثر على حكمه، فهو قد يتساهل في قبول الشهادة مثلاً.

- القياس على جواز حكم القاضي للخليفة الذي ولّاه، على الرغم من أن التهمة أقوى من التهمة فيمن لا يشهد له⁽⁶⁾.

- ويمكن مناقشة هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق، لأنَّ حكم القاضي للخليفة الذي ولّاه القضاء دعت إليه الضرورة، إذ لو منع ذلك لما وجد من يقضي له، بخلاف القضاء والحكم لأصوله وفروعه، إذ يمكن أن تحال القضية إلى غيره ممن لا يتهم عليه⁽⁷⁾، وهذا فضلاً عن أنَّ التهمة لأصوله وفروعه أقوى من الحكم للخليفة، وذلك لوجود الوازع النفعي والطبعي في الأول، وهو وزاع دائم، في حين أن تهمته في للحكم للخليفة وزاع نفعي مؤقت⁽⁸⁾.

- القياس على ما لو حكم القاضي للأجانب - أي لغير الأصول والمطالب - ممن تجوز شهادتهم للقاضي، فإنه جائز بحكم أنهم من رعيته، فكذلك الأصول والمطالب من رعيته، فيجوز

مصدر سابق، ج8، ص172-173.

⁽¹⁾ - ابن قدامة المقدسي، المغني، المصدر والصفحة نفسها. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، المصدر نفسه، ج11، ص407. ابن مفلح، المبدع، المصدر نفسه، ج8، ص172-173.

⁽²⁾ - ابن أبي الدم، المصدر والصفحة نفسها. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص380. ابن قدامة المقدسي، المغني، المصدر والصفحة نفسها. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، المصدر نفسه، ج11، ص408. ابن مفلح، المبدع، المصدر نفسه، ج8، ص173.

⁽³⁾ - ابن قدامة المقدسي، المغني، المصدر والصفحة نفسها. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، المصدر والصفحة نفسها. ابن مفلح، المبدع، المصدر والصفحة نفسها.

⁽⁴⁾ - ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2، ص380-381. القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص103. المكي، تهذيب الفروق، مصدر سابق، ج4، ص102. الماوردي، أدب القاضي، المصدر والصفحة نفسها. الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر والصفحة نفسها. أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص83.

⁽⁵⁾ - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج2، ص682. العقل، صالح بن علي بن صالح، التهمة وأثرها في الأحكام الفقهية، مرجع سابق، ص338.

⁽⁶⁾ - القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص104. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص110. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص72. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص420. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص39. المكي، تهذيب الفروق، مصدر سابق، ج4، ص102. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص143.

⁽⁷⁾ - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج2، ص682.

⁽⁸⁾ - العقل، صالح بن علي بن صالح، التهمة وأثرها في الأحكام الفقهية، مرجع سابق، ص337.

القضاء والحكم لهم⁽¹⁾.

- ويمكن الاعتراض⁽²⁾ على هذا القياس بأنه قياس مع الفارق، ذلك لأنه يتهم في قرابته هؤلاء، هؤلاء، ولا يتهم في الأجانب، فيسقط القياس.

3- القول الثالث: حكم القاضي لأصوله وفروعه ينفذ بالإقرار ولا ينفذ بالبينة:

ذهب المالكية⁽³⁾ في قول لهم في المذهب، والشافعية⁽⁴⁾ في وجه لهم إلى أن حكم القاضي لأصوله لأصوله وفروعه ينفذ في الإقرار، أما بالبينة فلا ينفذ ولا يصح.

واستثنى المالكية ممن قال بهذا القول، وهو ابن الماحشون، ثلاثة، وهم: الزوجة؛ و الولد الصغير؛ واليتيم الذي يلي ماله، فلا يجوز للقاضي أن يحكم لهم، إذ كأنه حكم لنفسه، وأما غيرهم فلا يتهم فيهم⁽⁵⁾.

واستدلوا لقولهم هذا بأن البينة قد يتهم فيها بالتساهل، كأن يعدل القاضي من ليس بعدل، في حين أنه لا يتهم في الإقرار متى كان صادرا عن اختيار وإرادة حرة⁽⁶⁾.

- ويمكن الاعتراض عليه بأنه لا يصلح كضابط للتفريق بين الحكم الصحيح الحالي من التهمة، وبين الحكم المتهم فيه، لأننا لا نعلم بأن القاضي هل سيحكم بالإقرار أم بالبينة إلا عند صدور الحكم، وحتى إذا صدر قد لا تكون فقرة ونص الحكم واضحة بما فيه الكفاية، ومن ثم فلا يسلم القاضي من التهمة وسوء الظن به⁽⁷⁾.

4- القول الرابع: حكم القاضي لأصوله وفروعه ينفذ بالبينة ولا ينفذ بعلمه:

ذهب أصبغ من المالكية في قول ثان له، وهو اختيار ابن حبيب⁽⁸⁾، و الشافعية⁽⁹⁾ في وجه لهم،

(1) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص91. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص93. شمس الدين

ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص408. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص173.

(2) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، المجمع والصفحة نفسها. العقل، صالح بن علي بن صالح، المجمع والصفحة نفسها.

(3) - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص39. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص90. ابن شاس، عقد الجواهر

الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج3، ص114. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص72. خليل، المصدر والصفحة نفسها.

الزرقاني، المصدر والصفحة نفسها.

(4) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج2، ص70. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص202.

(5) - ابن فرحون، المصدر والصفحة نفسها. خليل، المصدر والصفحة نفسها.

(6) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج2، ص70. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص202. الدردير، الشرح

الكبير، مصدر سابق، ج6، ص39. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص90.

(7) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، وجع سابق، ج2، ص685.

(8) - ابن أبي زمين، منتخب الأحكام، مصدر سابق، ج10، ص1121. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج3، ص114.

القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص110. القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص103-104. المكي، تهذيب الفروق، مصدر

سابق، ج4، ص102. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص72. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص420.

(9) - الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج7، ص303. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص131. الخطيب الشرييني، مغني

المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص289.

والحنفية⁽¹⁾ في قول لهم إلى أن حكم القاضي لأصوله وفروعه ينفذ فقط في البينة، ولا ينفذ بعلمه. واستثنى المالكية ممن قال بهذا القول ثلاثة، وهم: الزوجة؛ و الولد الصغير؛ واليتيم، فلا يجوز للقاضي أن يحكم لهم⁽²⁾.

قال ابن أبي زمنين: «قال عبد الملك: وسألت عن ذلك أصبغ، فقال: إن حكمه لا يجوز لمن لا تجوز له شهادته إذا قال: ثبت له عندي، ولا يدري أثبت أم لم يثبت، ولم يحضر الشهود، فأما إذا حضر الشهود، وكانت الشهادة ظاهرة بحق بين، فإنَّ حكمه له جائز ما عدا زوجته وولده الصغير ویتيمه الذي يلي هو ماله، لأنَّ هؤلاء كنفسه.

قال عبد الملك: وهو أحبُّ ما فيه إليَّ. قال: وسمعتُ مطرفا وابن الماجشون وأصبغ لا يرون بأسا أن يقضي القاضي بين الخصمين، له على أحدهما دين إذا كان به موسرا، فإن كان به معسرا لم يجز له النَّظر بينهما، وسبيل الحكم بينهما، كسبيل الشهادة منه لأحدهما إذا كان له عليه دين وهو به معسر»⁽³⁾.

- وعَلَّلوا قولهم هذا بأنَّ حكم القاضي لأصوله وفروعه بالبينة التهمة فيه بعيدة، لأنَّ القاضي يكون هنا أسير البينة بالشهود، فلا تهمه منه، بخلاف ما لو قضى عليهم بعلمه، فإنَّ التهمة قوية هنا⁽⁴⁾.

- ونوقش هذا الاستدلال بأن الحكم بالبينة يقتضي الاستقصاء في تعديل الشهود وتوجيههم، وأنه يمكن أن يتساهل ويتسامح في قبول الشهادة لقرابتهم⁽⁵⁾.

5- موازنة وترجيح:

- بعد إدارة النَّظر في كل الأقوال والأدلة السابق بيانها، فإنَّ الذي يترجح لنا، كما ترجح لبعض الباحثين المعاصرين⁽⁶⁾، هو القول الأول، والذي لا يميز مطلقا للقاضي الحكم للأصول أو المطالب، وذلك لقوة الأدلة، وخاصة التهمة في حكم القاضي لأقاربه، حيث إنَّه يشيع في الناس الشك والريب والظنون السيئة حول القاضي، و حول القضاء والقضاة عموما، هذا فضلا عن أنَّ نزاهة القضاة

(1) - ابن الشحنة، لسان الحكام، مصدر سابق، ص244. الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج5، ص357. ابن عابدين، حاشية

رد المختار، مصدر سابق، ج5، ص357.

(2) - ابن فرحون، المصدر والصفحة نفسها.

(3) - ابن أبي زمنين، المصدر والصفحة نفسها.

(4) - الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج7، ص303. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص289. القرافي، الذخيرة،

الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص110.

(5) - الغزالي، المصدر والصفحة نفسها.

(6) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج2، ص685. العقل، صالح بن علي بن صالح، التهمة

وأثرها في الأحكام الفقهية، مرجع سابق، ص339.

والقضاء أمر ضروري وجوهري لتحقيق العدل.

ثانيا: نقض الحكم القضائي بسبب وجود عداوة دنيوية بين القاضي وأحد الخصوم:

قد تكون بين القاضي وأحد الخصوم عداوة، فهل تؤثر العداوة في نقض الحكم القضائي؟

- والجواب أن الفقهاء فرقوا بين نوعين من العداوة: عداوة دينية؛ و عداوة دنيوية. فما المقصود بكل منهما؟

- أما العداوة في الدين فهي اختلاف الدين بين القاضي المسلم والخصم الكافر (اليهودية أو النصرانية)، أو تجاوز الحد بارتكاب المناهي و المنكرات المحرمة شرعا⁽¹⁾. و قد مثل لها بعض الفقهاء⁽²⁾ بالمسلم يشهد على الكافر، أو المحق من أهل السنة يشهد على المبتدع.

وحكم هذا النوع من العداوة غير مراعى في الشرع، ولا في القضاء، وذلك لأنَّ العدالة تثبت بالدين، والدين يمنعه من ارتكاب محظور دينه.

قال الدسوقي: «وأما حكمه على عدوه في الدين فلا ينقض»⁽³⁾.

ويستثنى من هذا ما إذا كانت العداوة الدينية قد سببت إفراط الأذى على الفاسق ومرتكب المعاصي، لأنَّ ذلك ربما أورث الشحنة، ففي هذه الحالة تمنع العداوة الدينية قبول الشهادة و إنفاذ الحكم⁽⁴⁾.

- وأما العداوة الدنيوية فهي تلك المتعلقة بمصالح دنيوية، من مال، أو جاه، أو منصب، أو خصام، أو ما في معنى ذلك⁽⁵⁾، بحيث يؤدي ذلك إلى أن يفرح لحزنه، ويحزن لفرحه⁽⁶⁾.

وقد مثل لها بعض الفقهاء⁽⁷⁾ بأن يشهد المقذوف على القاذف، والمقطوع عليه الطريق على القاطع، والمقتول وليه على القاتل، والمجروح على الجراح، والزوج يشهد على امرأته بالزنى.

- وهذا النوع من العداوة هي التي رعاها الفقهاء واعتبروها في التأثير في الحكم، وفي النقض، و

(1) - حيدر، علي، درر الحكام، مصدر سابق، ج4، ص403.

(2) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص175. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص546. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص554. حيدر، علي، المصدر والصفحة نفسها. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص1035.

(3) - الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص42. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص146.

(4) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص192. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص73. حيدر، علي، درر الحكام، مصدر سابق، ج4، ص403.

(5) - ابن فرحون، المصدر والصفحة نفسها. الطرابلسي، المصدر والصفحة نفسها.

(6) - رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص1035.

(7) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص174، 175. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص545، 546. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص328، 329. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص554. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص85. حيدر، علي، المصدر نفسه، ج4، ص402-403. ابن فرحون، المصدر والصفحة نفسها.

هي التي تنتج غالباً من الظلم والاعتداء على الأنفس، أو الأعراس، أو الأموال، وهي توغر الصدور، وتملأ القلوب حقداً وضغينة، مما يدفع في كثير من الأحيان - إن لم تكن كلها - بعض الناس إلى تمني الضرر والخسارة لعدوه، وأن يحل عليه الفقر والأمراض والمصائب ولا تزول، سواء كانت العداوة موروثية أو مكتسبة.

قال ابن فرحون وهو يتكلم عن موانع قبول الشهادة، فيقاس عليها القضاء: «السَّبَبُ الرَّابِعُ: الْعَدَاوَةُ: وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْعَدُوِّ عَلَى عَدُوِّهِ، وَتُقْبَلُ لَهُ، وَشَرْطُهَا أَنْ تَكُونَ الْعَدَاوَةُ فِي أَمْرٍ دُنْيَوِيٍّ، مِنْ مَالٍ، أَوْ جَاهٍ، أَوْ مَنْصِبٍ، أَوْ خِصَامٍ، أَوْ مَا فِي مَعْنَى ذَلِكَ. بِخِلَافِ الدِّينِيَّةِ إِلَّا أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَى إِفْرَاطِ الْأَذَى مِنَ الْفَاسِقِ الْمُعَادِي لِفِسْقِهِ لِمَنْ غَضِبَ عَلَيْهِ وَهَجَّرَهُ لِلَّهِ تَعَالَى؛ لِأَنَّ ذَلِكَ رُبَّمَا أَوْرَثَ الشُّحْنَاءَ»⁽¹⁾.

- وهذا النوع من العداوة وقع فيها الخلاف بين العلماء: هل يجوز للقاضي أن يحكم على عدوه أو له؟

فكان الخلاف في المسألة على قولين: قول يمنع؛ وقول يجيز. وإليك بيان هذه الأقوال.

1/- القول الأول: لا يجوز للقاضي الحكم على عدوه وينتقض إن وقع:

ذهب الجمهور: بعض الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾ في الراجح و الصحيح من أقوالهم،

(1) - ابن فرحون، المصدر والصفحة نفسها. الطرابلسي، المصدر والصفحة نفسها.

(2) - الحصكفي، الدرر المحتار، مصدر سابق، ج5، ص356-357. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص357-358. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص73. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص283. و ج7، ص86. حيدر، علي، درر الحكام، مصدر سابق، ج4، ص584-615. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص1174.

(3) - ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج3، ص114. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص110. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص75. ابن جزئ، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص307. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص420. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص135. ابن المواق، التاج والإكليل، مصدر سابق، ج6، ص137-138. الخرشبي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص163-164. العدوي، حاشية على شرح الخرشبي، مصدر سابق، ج7، ص164. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص146. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص189. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص39-42. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص42، ص39. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص90. الآبي، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج2، ص229.

(4) - الغزالي، الوجيز، مصدر سابق، ص418-419. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، مصدر سابق، ص300. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص132. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص290. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص534. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص257. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص139. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص108. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص310. الرملي، حاشية على أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص310.

والحنابلة⁽¹⁾ إلى أن القاضي لا يجوز له أن يحكم على عدوه.

وهذا القول هو مذهب مجلة الأحكام العدلية في المادة 1702⁽²⁾، فيجب أن يكون المعتمد عدم صحة قضاء القاضي على عدوه وإن كان عدلا⁽³⁾.

وإلى هذا الرأي أيضا ذهب ابن نجيم الحنفي قائلا: «الخامس: إذا قلنا: لا تجوز شهادة العدو على عدوه إذا كانت دنيوية، هل الحكم في القاضي كذلك حتى لا يجوز قضاء القاضي على من بينه وبينه عداوة دنيوية؟ لم أقف عليه في كتب أصحابنا، وينبغي أن يكون الجواب فيه على التفصيل: إن كان قضاؤه عليه بعلمه ينبغي أن لا ينفذ؛ وإن كان بشهادة العدو، وبمحض من الناس، في مجلس الحكم، بطلب خصم شرعي، ينبغي أن ينفذ»⁽⁴⁾. وقال أيضا: «لا يصح قضاء العدو على عدوه عداوة دنيوية، كالشهادة، وإن قلنا بصحته إذا قضى بالبينة أو الإقرار لا بعلمه، فهي مستثناة»⁽⁵⁾.

- وحجة هؤلاء أن التهمة متوافرة هنا، لأنه لا تجوز شهادته عليه، فلا يجوز أن يقضى عليه، و منع الحكم أولى لوجود الإلزام⁽⁶⁾.

والدليل على عدم جواز شهادة العدو على عدوه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال النبي - ح - : «لا تجوز شهادة خائن، ولا خائنة، ولا محدود في الإسلام، ولا محدود، ولا ذي غمير على أخيه»⁽⁷⁾.

والغمير: الحقد و الضعن⁽⁸⁾. ولأن العداوة تورث التهمة، فتمنع الشهادة، كالقربة القريبة، وشهادة وشهادة العدو على عدوه يقصد بها نفع نفسه بالتشفي من عدوه⁽⁹⁾.

2/- القول الثاني: يجوز قضاء القاضي على عدوه:

(1) - ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص452. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص405. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص173. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص204. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص472-473. ابن قيم الجوزية، الطرق الحكيمة، مصدر سابق، ج2، ص531.

(2) - المادة 1702: «يشترط أن لا يكون بين الشاهد والمشهود عليه عداوة دنيوية، وتعرف العداوة الدنيوية بالعرف». حيدر، علي، المصدر نفسه، ج4، ص402. رستم باز، سليم اللبناني، المصدر نفسه، ج2، ص1034-1035.

(3) - حيدر، علي، المصدر نفسه، ج4، ص615-616. رستم باز، سليم اللبناني، المصدر نفسه، ج2، ص1174.

(4) - ابن نجيم، المصدر نفسه، ج7، ص86.

(5) - ابن نجيم، المصدر نفسه، ج6، ص283.

(6) - الحطاب، المصدر والصفحة نفسها. الآبي، المصدر والصفحة نفسها. البهوتي، المصدر نفسه، ج3، ص473.

(7) - سبق تخريجه.

(8) - ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث و الأثر، مصدر سابق، ص666. مادة: غمير.

(9) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص175. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص545، 546. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص327. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص554. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص86.

ذهب بعض الحنفية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾ في قول ضعيف في المذهب، واختاره الماوردي⁽³⁾، وهو قول قول لبعض الحنابلة⁽⁴⁾ إلى أنه يجوز للقاضي أن يحكم على عدوه، كما يجوز أن يحكم له. وهو رأي ابن نجيم⁽⁵⁾ الحنفي ولكن متى حكم بشهادة العدول، وبمحض من الناس، في مجلس الحكم، وبطلب خصم شرعي.

وهو رأي علي حيدر الحنفي، شارح المجلة، حيث قال: «أما اللائق: فهو أنه إذا حكم القاضي على عدوه بعلمه لا ينفذ حكمه. أما إذا حكم على عدوه في محاكمة علنية، وفي مجلس الحكم بحضور الناس، بطلب الخصم الشرعي، وبشهادة الشهود العدول، وبعد تحقق أسباب الحكم الموجبة، فحكم القاضي جائز»⁽⁶⁾.

يقول الماوردي: «ويشهد لعدوه، ولا يشهد عليه، ويحكم لعدوه، ولا يحكم عليه، لأن أسباب الحكم ظاهرة، وأسباب الشهادة خافية، فانفتت التهمة عنه في الحكم، وتوجهت إليه في الشهادة»⁽⁷⁾. وقال أيضا: «ويجوز أن يحكم لعدوه وعلى عدوه وحدها واحدا. وإن لم يجز أن يشهد عليه بخلاف الوالدين والمولودين لوقوع الفوق بينهما من وجهين:

- أحدهما: أن أسباب العداوة طارئة تنزل بعد وجودها، وتحدث بعد عدمها، وأسباب الأنساب لازمة لا تحول ولا تنزل، فغلظت هذه، وحقق ذلك.

- والثاني: أن الأنساب محصورة متعينة، والعداوة متشعبة مشتبهة يفضي ترك الحكم معها إلى امتناع كل مطلوب بما يدعيه من العداوة»⁽⁸⁾.

والذي نراه نحن أن موقف الماوردي ربما نشأ من تصحيف النساخين، حيث إنه ورد: «في [النسخ] ب ص خ ي: لعدوه على عدوه، وما أثبتناه عن أط ل»⁽⁹⁾.

- وعللوا رأيهم بأن أسباب الحكم ظاهرة، وأسباب الشهادة خافية، فانفتت التهمة عنه في

(1) - ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج 5، ص 358. حيدر، علي، درر الحكام، مصدر سابق، ج 4، ص 584-615.

رستم باز، سليم اللباني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج 2، ص 1174.

(2) - النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج 8، ص 132. الخطيب الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 6، ص 290. الكوهجي، الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج 4، ص 534.

(3) - الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 147. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 2، ص 70-71. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 16، ص 202-203. النووي المصدر والصفحة نفسها. الخطيب الشريبي، المصدر والصفحة نفسها.

الكوهجي، المصدر والصفحة نفسها. الرملي، حاشية على أسنى المطالب، مصدر سابق، ج 6، ص 310.

(4) - أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 83.

(5) - ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج 7، ص 86. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص 73.

(6) - حيدر، علي، المصدر نفسه، ج 4، ص 616.

(7) - الماوردي، الأحكام السلطانية، المصدر والصفحة نفسها. أبو يعلى الفراء، المصدر والصفحة نفسها.

(8) - الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 147. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 2، ص 70-71.

(9) - السرحان، محيي هلال، علي هامش كتاب أدب القاضي للماوردي، مصدر سابق، ج 2، ص 70.

الحكم، وتوجهت إليه في الشهادة⁽¹⁾.

- ونوقش بأنه لا تصح التسوية بين القضاء والشهادة، وأنَّ القاضي لا يحكم على عدوه، كالشهادة⁽²⁾.

3/- موازنة وترجيح: من خلال إيراد الأقوال، وبعد إدارة النَّظَر في أدلة كل فريق، فإنَّ الذي يترجَّح لنا هو القول الأول - وهو الذي رجحه بعض الباحثين المعاصرين⁽³⁾ - الذي يمنع حكم القاضي على عدوه، وذلك لقوة أدلتهم ووجهتها، بخلاف القول الثاني، ثم إنَّه يجب صيانة منصب القضاء من استعماله لتحقيق الانتقام والثأر، فالقضاء جهاز وضع من أجل تحقيق العدل والإحسان، والقيام بغير ذلك انحراف عن المقصود منه ومناقضة له. وهذا لا يجوز.

ويلاحظ أنَّ المالكية في مانع المحبة لديهم أربعة أقوال في المذهب، وقد رأينا هذا من قبل، وفي مانع العداوة وقع الإجماع في المذهب على اعتباره، وهذا « يدل على أنَّ مانع العداوة أقوى من مانع المحبة »⁽⁴⁾ لديهم.

أما حكم القاضي لعدوه فالذي نراه هو الجواز، وذلك لانتفاء التهمة، وهذا الذي يراه كثير من العلماء⁽⁵⁾.

الفصل الثالث:

أسباب نقض الحكم القضائي المتعلقة بالحكم:

المبحث الأول: نقض الحكم القضائي لمخالفته نص الكتاب الكريم.

(1) - الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 147. أبويعلی الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص 83. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج 8، ص 132. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 8، ص 173.
(2) - ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج 6، ص 452. ابن مفلح، المبدع، المصدر والصفحة نفسها.
(3) - العقل، صالح بن علي بن صالح، التهمة وأثرها في الأحكام الفقهية، مرجع سابق، ص 345.
(4) - خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج 7، ص 420. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 8، ص 135.
(5) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 192. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص 73. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 2، ص 70. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 16، ص 202. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 6، ص 290. وانظر أيضا: الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج 4، ص 534. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص 73.

المبحث الثاني: نقض الحكم القضائي لمخالفته نص السُّنة النبوية الشريفة.

المبحث الثالث: نقض الحكم القضائي لمخالفته الإجماع.

المبحث الرابع: نقض الحكم القضائي لمخالفته القياس.

المبحث الخامس: نقض الحكم القضائي لمخالفته القواعد الكلية.

الفصل الثالث: أسباب نقض الحكم القضائي المتعلقة بالحكم:

تمهيد وتقسيم:

نصَّ الفقهاء المسلمون على أنَّ الحكم القضائي ينقض إجمالاً إذا كان مخالفاً لنص قاطع من القرآن؛ أو من السُّنة؛ أو من الإجماع؛ أو من القياس؛ أو القواعد الكلية⁽¹⁾.
والعلة في الاقتصار على الكتاب و السُّنة و الإجماع و القياس و القواعد الكلية فقط هو أنَّ هذه الأصول هي التي يقضي بها القاضي، وقد يقتصر على الكتاب و السُّنة، ويقال الإجماع يصدر

(1) - القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص97. القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص46-47. القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، نفائس الأصول في شرح المحصول، تحقيق: الشيخ نزار المصطفى الباز، مكة المكرمة، دط، ج9، ص3911. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص62. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص29.

عن أحدهما، و القياس يرد إلى أحدهما⁽¹⁾.

قال القرافي: «والحكم الذي ينقض في نفسه ولا يمنع النقض هو ما خالف أحد أمور أربعة: الإجماع؛ أو القواعد؛ أو النص [من القرآن والسنة]؛ أو القياس الجلي»⁽²⁾.

وقد بدأ القرافي بالإجماع وأخر النص، لأن الإجماع قطعي يقيني الدلالة، أما النص فهو على الرغم من أنه قطعي الثبوت إلا أنه ظني الدلالة في بعض المواضع. والذي نراه أنه لو بدأ بالنص لكان أفضل، لأنه أشرف من الإجماع، ثم إن النص أسبق من الإجماع، وهذا الأخير مستنده النص.

ويذكر الحنفية⁽³⁾ أن الحكم ينقض أيضا إذا كان لا دليل عليه، أي كان غير مؤسس، وهذا يتعلق في الحقيقة بالتسبيب، وليس موضعه هنا.

كما يذكر المالكية⁽⁴⁾ أن الحكم ينقض أيضا إذا صدر بناء على الظن و التخمين من غير معرفة ولا اجتهاد، فينقضه القاضي الذي أصدره ومن يلي بعده، وعللوا ذلك بأن الحكم بالظن و التخمين فسق وجور⁽⁵⁾، و أن القضاء صناعة دقيقة لا يعرفها كل أحد بل ولا أجل العلماء⁽⁶⁾.

ويتوسع الحنفية⁽⁷⁾، و الشافعية⁽⁸⁾ في تحديد النص ليشمل نص شرط الواقف، ويقررون أن الحكم القضائي ينقض إذا خالف شرط الواقف.

ويجيز الحنابلة⁽⁹⁾ نقض الحكم القضائي المخالف لقول الصحابي إن قيل بحجته، كالنص. قال ابن ابن مفلح: «وفي الإرشاد: هل ينقض بمخالفة صحابي؟ يتوجه نقضه إن قيل بحجته كالنص»⁽¹⁰⁾.

(1) - النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص132. البغوي، التهذيب، مصدر سابق، ج8، ص177. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص322. الشرواني، حاشية على تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص144.

(2) - القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، دار الفكر، بيروت، دط، 1424هـ-2004م، ص347. القرافي، نفائس الأصول، المصدر و الصفحة نفسها. القرافي، الفروق، المصدر نفسه، ج4، ص97-98. القرافي، الأحكام، المصدر و الصفحة نفسها. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص139.

(3) - المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج7، ص300. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص300. وانظر أيضا: الغزي، أدب القضاء، مصدر سابق، ص239. الغزي، معين الأحكام، مصدر نفسه، ص243. وانظر أيضا: الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص258. السيوطي، الأشباه و النظائر، مصدر سابق، ص130.

(4) - ابن جزئ، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص305. ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج2، ص193. ابن الحاجب، جامع الأمهات، مصدر سابق، ص465. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص41. الخرشبي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص163. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص186.

(5) - ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج2، ص193. ابن الحاجب، جامع الأمهات، مصدر سابق، ص465.

(6) - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص41. الخرشبي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص163. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص186.

(7) - ابن نجيم، الأشباه و النظائر، مصدر سابق، ص108. ابن نجيم سراج الدين، النهر الفائق، مصدر سابق، ج3، ص627.

(8) - الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص258. الغزي، أدب القضاء، مصدر سابق، ص239. الغزي، معين الأحكام، مصدر سابق، ص243. السيوطي، الأشباه و النظائر، مصدر سابق، ص130.

(9) - ابن مفلح الفروع، مصدر سابق، ج6، ص457. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص211. ابن مفلح المبدع، مصدر نفسه، ج8، ص177.

(10) - ابن مفلح، المبدع، المصدر و الصفحة نفسها.

أما على التفصيل فإليك بيان هذه الأسباب وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: نقض الحكم القضائي لمخالفته نص الكتاب الكريم.

المبحث الثاني: نقض الحكم القضائي لمخالفته نص السُّنة النبوية الشريفة.

المبحث الثالث: نقض الحكم القضائي لمخالفته الإجماع:

المبحث الرابع: نقض الحكم القضائي لمخالفته القياس.

المبحث الخامس: نقض الحكم القضائي لمخالفته القواعد الكلية.

وإليك بيان هذه المباحث بالترتيب.

المبحث الأول: نقض الحكم القضائي لمخالفته الكتاب الكريم:

نتناول هذا المبحث وفق العناصر الآتية:

أولاً: تعريف القرآن الكريم، وبيان إجماع العلماء على نقض الحكم القضائي المخالف له إجمالاً.

ثانياً: مناهج الأصوليين في الواضح الدلالة.

1- منهج الحنفية في الواضح الدلالة.

2- منهج المتكلمين (المالكية و الشافعية و الحنابلة) في الواضح الدلالة.

ثالثاً/- ما ينتقض به الحكم القضائي من أقسام الواضح.

1/- ما ينتقض به الحكم القضائي بحسب تقسيم الحنفية.

2/- ما ينتقض به الحكم القضائي بحسب تقسيم المتكلمين.

وإليك بيان هذه العناصر بالترتيب.

أولاً: تعريف القرآن الكريم، وبيان إجماع العلماء على نقض الحكم المخالف له إجمالاً:

يمكن تعريف الكتاب - أو القرآن الكريم - بأنه⁽¹⁾: ما أنزله الله لا على نبيه محمد ح، المكتوب

(1) - الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج1، ص141. الأمدى، الأحكام، مصدر سابق، ج1، ص113. ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مصدر سابق، ص37. الطوفي، شرح مختصر الروضة، مصدر سابق، ج2، ص08. الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي، البحر المحيط في أصول الفقه، قام بتحريه: عمر سليمان الأشقر، مراجعة: عبد الستار أبو غدة، محمد سفيان الأشقر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط2، دار الصفوة، الفردقة، الكويت، ط2، 1413هـ-1993م، ج1، ص441-442. السرخسي، أصول الفقه، مصدر سابق، ص217. السبكي، جمع الجوامع مع تشنيف المسامع للزركشي، مصدر سابق، ج1، ص262. الزركشي، تشنيف المسامع بجمع الجوامع، لتاج الدين السبكي، دراسة وتحقيق: سيد عبد العزيز - عبد الله ربيع، مكتبة قرطبة، القاهرة، ط2، 2006م، ج1، ص263-264. الفتنازاني، التلويح على التوضيح، مصدر سابق، ج1، ص65. ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، مصدر سابق، ج2، ص283. الأنصاري، فواتح الرحموت، مصدر سابق، ج2، ص10-11. الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج1، ص152-153. ابن عبد الشكور، مسلم الثبوت، مصدر سابق، ج2، ص10-11. الإسوي، نهاية السؤل، مصدر سابق، ج1، ص177. ابن الهمام، التحرير، مصدر سابق، ج3، ص03. أمير بادشاه، تيسير التحرير، مصدر سابق، ج3، ص03. النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد حافظ الدين، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار، مطبوع من شرح نور الأنوار للميهوي، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، ج1، ص17. الميهوي، حافظ شيخ أحمد المعروف بملاحيون بن أبي سعيد عبد الله، نور الأنوار على المنار، مطبوع مع كشف الأسرار للنسفي، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، ج1، ص17-18. البزدوي، فخر الإسلام، أصول الفقه، مطبوع مع كشف الأسرار

بين دفتي المصحف، باللغة العربية، والأحرف السبعة، المنقول إلينا بالتواتر، المعجز، والمتعبد بتلاوته، المبدوء بسورة الفاتحة، المختوم بسورة الناس.

وقد أجمع العلماء قاطبةً في شتى المذاهب الفقهية: الحنفية⁽¹⁾، و المالكية⁽²⁾، و الشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾ على أنّ الحكم القضائي إذا صدر مخالفاً لقاطع من القرآن الكريم فإنّه ينقض، بل يجب نقضه وإبطاله.

للبخاري، وضع حواشيه: عبد الله محمود عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م، ج1، ص36-37.
(1) - السرخسي، المسبوط، مصدر سابق، ج16، ص62-84، الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص4-14. المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج7، ص300. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص300-301. البارتني، العناية، مصدر سابق، ج7، ص300-305. العيني، البناية، مصدر سابق، ج7، ص55. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص188-189. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص8-11. الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص298-303. التمرتاسي، مسفحة الحكام، مصدر سابق، ص171. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص29. عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص356. ابن البراز، الفتاوى، مصدر سابق، ج5، ص173. الحصكفي، الدر المنتقى، مصدر سابق، ج3، ص236. الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج5، ص400. ابن نجيم سراج الدين، النهر الفائق، مصدر سابق، ج3، ص627. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص400-401-403. داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج3، ص236. ابن مودود الموصل، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص87-88. ابن أمير الحاج، المصدر نفسه، ج3، ص446. الأنصاري، المصدر نفسه، ج2، ص439.

(2) - ابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، ص501-502. ابن شناس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج3، ص114-117. ابن جزئ، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص305. ابن عبد الرقيق، معين الحكام، مصدر سابق، ج2، ص610. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص139. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص41. الخرشبي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص163. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص144. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص94. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص186. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص421. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص62. القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص97. القرافي، نفائس الأصول، مصدر سابق، ج9، ص3911-3913. القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص46-47. حسن المالكي، تهذيب الفروق، مصدر سابق، ج4، ص97. المقرئ، الكليات، مصدر سابق، ص181. المواق، التاج والإكليل، مصدر سابق، ج8، ص137-138. الآبي، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج2، ص229. ميارة، فتح العليم الخلاق، مصدر سابق، ص426-428. الجعلي، سراج السالك، مصدر سابق، ج2، ص201.

(3) - الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج2، ص2411. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص389. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص136. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص682-690. الماوردي، الحاوري الكبير، مصدر سابق، ج16، ص172-174. الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج7، ص304. الروياني، بحر المذهب، مصدر سابق، ج11، ص267. البغوي، شرح السنة، مصدر سابق، ج10، ص115. البغوي، التهذيب، مصدر سابق، ج8، ص181. المحلي، كنز الراغبين، مصدر سابق، ج5، ص3813. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص293. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص258. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص536. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص144. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص112. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، مصدر سابق، ص284. السبكي، الفتاوى، مصدر سابق، ج2، ص436. الغزي، أدب القضاء، مصدر سابق، ص238. الغزي، معين الحكام، مصدر سابق، ص242. ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص126. زكريا الأنصاري، تحفة الطلاب، مصدر سابق، ج2، ص476. الشرقاوي، حاشية على تحفة الطلاب، مصدر سابق، ج2، ص476. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص312. الرملي، حاشية على أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص312. الحصني، القواعد، مصدر سابق، ج3، ص339. السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص130.

(4) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص34-37. ابن قدامة، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص108-109. شمس الدين، ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص412. ابن مفلح الفروع، مصدر سابق، ج6، ص456. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص210. البهوني، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص412. البهوني، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص478. شرح الكوكب المنير، مصدر سابق، ج4، ص505. ابن مفلح المبدع، مصدر سابق، ج8، ص176. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج27، ص302-303. الإيجي، شرح مختصر ابن الحاجب الأصولي، مصدر سابق، ج2، ص300. الزركشي، شرح مختصر الخرق، مصدر سابق، ج4، ص447-448. ابن بدران، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد، مصدر سابق، ص384.

ومن هنا فإنَّ الحكم القضائي المخالف لنص القرآن الكريم هو أصلاً حكم محموم وباطل ومنتقض من أساسه ابتداءً. يقول ابن حزم الظاهري: «لا يجل الحكم إلا بما أنزل الله تعالى على لسان رسوله ﷺ وهو الحق، وكل ما عدا ذلك فهو جور وظلم، لا يجل الحكم له، ويفسخ أبداً إذا حكم به حاكم»⁽¹⁾.

وقال ابن قيم الجوزية: «يحرّم على المفتي أن يفتي بضد لفظ النص، وإن وافق مذهبه»⁽²⁾. وقد وضع العلماء في خصوص الحكم المخالف للنص من قرآن، أو سنة، أو إجماع، قاعدة هي: «لا مساغ للاجتهاد في مورد النص»، وهي المادة 14 من مجلة الأحكام العدلية⁽³⁾. قال أحمد الزرقا: «(لا مساغ للاجتهاد في مورد النص)، لأنَّ الحكم الشرعي حاصل بالنص، فلا حاجة لبذل الوسع في تحصيله. ولأنَّ الاجتهاد ظني، والحكم الحاصل به حاصل بظني، بخلاف الحاصل بالنص، فإنه يقيني، ولا يترك اليقيني للظني»⁽⁴⁾.

ولكن ما هو المقصود بـ «النص» هنا؟

ثانياً: المناهج الأصولية في الواضح الدلالة:

هنا يجب الرجوع إلى علم أصول الفقه للنظر في بيان حقيقة هذا المصطلح، وعند الرجوع إلى المؤلفات والمصنّفات في هذا العلم نجد أنّ هناك منهجان أصوليان في تفسير النصوص: الأول للحنفية؛ والثاني للجمهور.

وبالعودة إلى المؤلفات و المصنّفات الأصولية نجد أنّ الألفاظ الواردة في الكتاب - وكذا السُنّة أيضا - من آيات وأحاديث الأحكام، قسّمها الأصوليون باعتبار وضوحها في الدلالة على الأحكام التي أرادها الشارع الحكيم فيها إلى قسمين⁽⁵⁾:

- **القسم الأول:** واضح الدلالة على معناه لا يحتاج فهم المعنى المراد منه، أو تطبيقه على الوقائع، إلى أمر خارج عنه.

- **القسم الثاني:** مبهم الدلالة على معناه، يحتاج في فهم معناه المراد منه، أو تطبيقه على

(1) - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص362-363.

(2) - ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مصدر سابق، ج4، ص290.

(3) - حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج1، ص32. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج1، ص14. الزرقا، أحمد، شرح القواعد الفقهية، مصدر سابق، ص147. الزرقا، أحمد مصطفى، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص1015-1017.

(4) - الزرقا، أحمد، شرح القواعد الفقهية، مصدر نفسه، ص147.

(5) - الفتازاني، التلويح على التوضيح، مصدر سابق، ج1، ص274-279. صدر الشريعة، التنقيح، مصدر سابق، ج1، ص274-279. الصالح، محمد أديب، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، المكتب الإسلامي، بيروت، ط5، 1429هـ-2008م، ج1، ص119. الدريني، فتحي، المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص37-39-64.

الوقائع، إلى أمر خارج عنه.

وبداية نستبعد القسم الثاني، لأنّه مبهم لا يعرف المقصود منه مما من شأنه احتمال التأويل والنسخ والتخصيص، وكل هذا يؤدي إلى الاختلاف في تحديد المقصود من النصّ الشرعي، والحكم إذا صدر في مسألة اجتهادية لا يجوز نقضه، طبقاً لقاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله»، التي تناولتها سابقاً. إنّما الذي يهمنا هنا هو القسم الأول، وهو اللفظ الواضح الدلالة، ذلك أنّنا نبحث في ماهية النصّ الذي بمخالفته يتم نقض الحكم القضائي، إذ ليس كل مخالفة للنصّ الشرعي تستوجب نقض الحكم القضائي، لأنّ النصوصّ الشرعية واتب مختلفة في الوضوح والإبهام. وإذا كان موضوعنا هنا هو الواضح الدلالة، وهو القسم الأول، فإنّ هذا القسم ليس مرتبة واحدة، فهو عند الحنفية أربعة أقسام، وعند المتكلمين من الجمهور قسمان.

- فعند الحنفية⁽¹⁾ أقسام الواضح الدلالة أربعة، وهي: الظاهر؛ النصّ؛ المفسّر؛ المحكم. وأعلها رتبة في الوضوح: المحكم؛ يليه في ذلك المفسّر؛ ثم النصّ؛ ثم الظاهر، لأنّه إن ظهر معناه فإما أن يحتل التأويل أو لا، فإن احتمله، فإن كان ظهور معناه بمجرد الصيغة فهو «الظاهر»، وإلا فهو «النصّ»؛ وإن لم يحتمله: فإن قبل النسخ فهو «المفسّر»، وإلا فهو «المحكم»، فهذه الأقسام كلها بعضها أولى من بعض، فوجد الأدنى في الأعلى، ولا تباين بينها، وإنما التباين بحسب الاعتبار⁽²⁾.

قال السرخسي: «وإنما يظهر التفاوت في موجب هذه الأسماء عند التعارض، وفائدته ترك الأدنى بالأعلى، وترجيح الأقوى على الأضعف»⁽³⁾.

- أما جمهور المتكلمين⁽⁴⁾ فقد قسموا اللفظ باعتبار وضوح الدلالة على المعنى المقصود إلى

(1) - السرخسي، أصول الفقه، مصدر سابق، ص129. البيهقي، أصول الفقه، مصدر سابق، ج1، ص72-73-77-80. البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج1، ص72-80. النسفي، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج1، ص23-205-209. الميهوي، نور الأنوار، مصدر سابق، ج1، ص23-205-209. السمرقندي، علاء الدين شمس النظر أبي بكر محمد بن أحمد، ميزان الأصول في نتائج العقول في أصول الفقه، تحقيق: عبد الملك عبد الرحمن أسعد السعدي، إشراف الأستاذ الدكتور: أحمد فهمي أبو سنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1404هـ=1984م، ج1، ص500-506. ابن عبد الشكور، مسلم الثبوت، مصدر سابق، ج2، ص24-25. الأنصاري، فواتح الرحموت، مصدر سابق، ج2، ص24-25. ابن الهمام، التحرير، مصدر سابق، ج1، ص136. التفتازاني، التلويح على التوضيح، مصدر سابق، ج1، ص274. صدر الشريعة، التنقيح، مصدر سابق، ج1، ص274-276.

(2) - النسفي، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج1، ص23. الميهوي، نور الأنوار، مصدر سابق، ج1، ص23. التفتازاني، المصدر نفسه، ج1، ص274-275. صدر الشريعة، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - السرخسي، أصول الفقه، مصدر سابق، ص130. النسفي، المصدر نفسه، ج1، ص211. الميهوي، المصدر نفسه، ج1، ص211.

(4) - الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج2، ص17-18-38-39. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، المنحول في تعليقات الأصول، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، ط2، 1400هـ-1980م، ص164-167. الأمدي، الإحكام، مصدر سابق، ج3، ص36-37. الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج1، ص462. ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مصدر سابق، ص92. الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج2، ص45-46-54. القرافي، شرح تنقيح الفصول، مصدر سابق، ص36-37. القرافي،

قسامين: الظاهر؛ النص.

وهذا التصنيف والتقسيم للنصوص من حيث وضوح الدلالة إلى مراتب ودرجات ليس مقصودا لذاته، ولا ترفا فكريا، ولا إغراقا في اللفظية، بل هو عمل منهجي واعٍ، يقوم على قواعد تضبط الاجتهاد بالرأي في حالة ما إذا كان هناك تعارض ظاهري بين النصوص في حكم مسألة معينة، فإن حكم ما هو أقوى وضوحا يقدّم على ما هو دون ذلك.

هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى، فإنّ هذا التصنيف يحدد منهج الاجتهاد بالرأي في التأويل⁽¹⁾. ومن جهة ثالثة، فإنّ موقف الأصولي تجاه النصوص الشرعية هو وضع قواعد يرسم بها منهجا لاستنباط الأحكام من تلك النصوص يسير على مقتضاه المجتهد، فالأصولي لا يعنى بالمعنى اللغوي الواضح الذي يستفاد من النصّ فحسب، كما يفعل اللغوي والنحوي، لأنّ هذا هو المعنى الأول، وهذا المعنى الأول الواضح قد لا يكون مرادا للمشرع، لأنّ الشريعة ليست مجرد ألفاظ لغوية أو جملا وعبارات منسّقة، وإنما الشريعة دلالات ومفاهيم تمثل إرادة الشارع في كل نص، كما أنّها تمثل مقصده من تشريعه، وهو ما يسمى بـ «حكمة التشريع»، ولهذا فالبحث في مراتب الواضح الدلالة هو من أجل معرفة مقصد الشارع ومراده من النصّ الشرعي، هذا الوضوح قد يتفاوت من نص إلى آخر، بسبب احتمال التأويل⁽²⁾.

ولا شك في أنّ أهمية هذا التفوت في الوضوح بين الأقسام السابقة - سواء عند الحنفية أو عند غيرهم من المتكلمين - تظهر عند التعارض بين النصوص الواضحة، حيث يقدّم أقواها وضوحا في العمل والتقديم⁽³⁾، فيقدّم المحكّم على الجميع، ويقدم المفسّر على النصّ والظاهر، ويقدم النصّ على الظاهر.

والآن نأتي إلى بيان مناهج الأصوليين في الواضح، فنبداً أولاً بمنهج الحنفية، ثم منهج المتكلمين، ثم الموازنة والمقارنة بينها، ثم ما هو الواضح الذي ينتقض به الحكم القضائي، هل كل الواضح بجميع مراتبه؟ أم بعض الواضح ينتقض به الحكم، والبعض الآخر لا ينتقض به؟

1/- منهج الحنفية في الواضح الدلالة:

نفائس الأصول، مصدر سابق، ج2، ص621-615. السبكي، جمع الجوامع، مصدر سابق، ج1، ص286. الزركشي، تصنيف المسامع، مصدر سابق، ج1، ص268. الإسنوي، نهاية السؤل، مصدر سابق، ج1، ص209. السبكي، الإبهاج، مصدر سابق، ج1، ص216. ابن الحاجب، مختصر المنتهى، مصدر سابق، ج2، ص168. عضد الدين، شرح مختصر ابن الحاجب، مصدر سابق، ج2، ص168. ابن عبد الشكور، مسلم الثبوت، مصدر سابق، ج2، ص28. الأنصاري، فواتح الرحموت، مصدر سابق، ج2، ص28.

(1) - الدرديني، فتحي، المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص39.

(2) - الدرديني، فتحي، المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص41-42.

(3) - السرخسي، أصول الفقه، مصدر سابق، ص130. النسفي، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج1، ص211. الميهوي، نور الأنوار، مصدر سابق، ج1، ص211.

قلنا من قبل أن الحنفية يقسمون الواضح الدلالة إلى أربعة أقسام، وهي: الظاهر؛ والنص؛ والمفسر؛ والمحكم.

وقلنا بأن أقواها وضوحا هو المحكم؛ ثم يليه المفسر؛ ثم النص؛ ثم الظاهر.

ونرى أن نبدأ بالتقسيم تصاعديا، أي من الأقل وضوحا إلى الأقوى، وهي الظاهر؛ فالنص؛ فالمفسر؛ وأخيرا المحكم.

وإليك بيانها مع التمثيل.

أ- /الظاهر:

يُعرف السرخسي الظاهر بقوله: «الظاهر فهو: ما يُعرفُ المراد منه بنفس السماع من غير تأمل، وهو الذي يسبق إلى العقول والأوهام بظهوره موضوعا فيما هو مراد»⁽¹⁾.

وعرفه فخر الإسلام البزودي بقوله: «الظاهر اسم لكل كلام ظهر المراد به للسامع بصيغته»⁽²⁾.

وعرفه السمرقندي بقوله: «اللفظ الذي انكشف معناه اللغوي، واتضح للسامع من أهل اللسان بمجرد السماع من غير تأمل»⁽³⁾.

ويؤفه أحد الباحثين المعاصرين بقوله: «هو اللفظ الذي يدل على معناه بصيغته من غير توقف على قرينة خارجية، مع احتمال التخصيص، والتأويل، وقبول النسخ في عهد الرسالة»⁽⁴⁾.

وقال باحث معاصر آخر بأن الظاهر: «هو اللفظ الذي يتبادر معناه اللغوي إلى العقل بمجرد قراءة الصيغة أو سماعها، دون اعتماد على دليل خارجي في فهمه، فكل عارف باللغة بوسعه أن يفهم معناه... وهو يحتمل التأويل.. والنسخ في عهد الرسالة»⁽⁵⁾.

هذه بعض التعريف، وهناك غيرها⁽⁶⁾ ولكنها قريبة جدا لهذه التي أوردناها.

ب- /النص:

يعرف البزودي النص بأنه: «ما ازداد وضوحا على الظاهر، بمعنى من المتكلم، لا في نفس الصيغة»⁽⁷⁾.

(1) - السرخسي، المصدر نفسه، ص 129. البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج 1، ص 72.

(2) - البزودي، أصول الفقه، مصدر سابق، ج 1، ص 72. النسفي، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج 1، ص 205. الميهوي، نور الأنوار، مصدر سابق، ج 1، ص 205.

(3) - السمرقندي، ميزان الأصول، مصدر سابق، ج 1، ص 500.

(4) - الصالح، محمد أديب، تفسير النصوص، مرجع سابق، ج 1، ص 123.

(5) - الدرديني، فتحي، المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص 45.

(6) - ابن عبد الشكور، مسلم الثبوت، مصدر سابق، ج 2، ص 24-25. الأنصاري، فواتح الرحموت، مصدر سابق، ج 2، ص 24-25.

ابن الهمام، التحرير، مصدر سابق، ج 1، ص 136-137.

(7) - البزودي، أصول الفقه، مصدر سابق، ج 1، ص 73. النسفي، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج 1، ص 206. الميهوي، نور الأنوار، مصدر سابق، ج 1، ص 206.

وقال السرخسي مؤّفاً بإياه بتعريف أكثر وضوحاً من البزدوي: «أما النَّصُّ: فما يزداد وضوحاً بقرينة تقترن باللفظ المتكلم، ليس في اللفظ ما يوجب ذلك ظاهراً بدون تلك القرينة»⁽¹⁾.

والمقصود بالزيادة هنا أي الزيادة في الوضوح والظهور للدلالة من الظاهر⁽²⁾.

وقال السمرقندي: «وأما النَّصُّ: فهو الظاهر الذي سيق الكلام له الذي أريد بالإسماع»⁽³⁾.

وقال الكمال بن الهمام: «وباعتبار ظهور ما سيق له، مع احتمال التخصيص والتأويل: النص»⁽⁴⁾.

وقال أحد الباحثين المعاصرين: «اللفظ الذي يدل على الحكم الذي سيق لأجله الكلام دلالة واضحة، تحتمل التخصيص والتأويل احتمالاً أضعف من احتمال الظاهر، مع قبول النَّسخ في عهد الرسالة»⁽⁵⁾.

وعرّفه باحث آخر بقوله: «هو اللفظ الذي يدل على معناه المقصود أصالةً من سوقه، مع احتمال التأويل»⁽⁶⁾.

لكن يجب التوضيح هنا، أنّ زيادة الوضوح هذه لم تأت من ذات الصيغة، لأنّ صيغة كل من الظاهر والنص على درجة واحدة من حيث الوضوح والظهور، وإمّا جاءت من حيث إنّ المعنى في النص مقصود قصداً أولياً، أو مقصود أصالةً، بينما المعنى في الظاهر مقصود تبعاً، كما رأينا من قبل⁽⁷⁾.

ج/- المفسّر:

يقول البزدوي: «وأما المفسّر: فما ازداد وضوحاً على النص، سواء كان بمعنى في النص أو غيره، بأن كان جملاً فلحقه بيان قاطع، فانسدّ به باب التأويل، أو كان عاماً، فلحقه ما انسدّ به باب التخصيص»⁽⁸⁾.

ويعرّف السرخسي الحنفي المفسّر بأنه: «اسم للمكشوف الذي يعرف المراد به مكشوفاً على وجه لا يبقى معه احتمال التأويل»⁽⁹⁾، فيكون فوق الظاهر والنص من حيث الوضوح.

(1) - السرخسي، أصول الفقه، مصدر سابق، ص 129. البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج 1، ص 73.

(2) - التفزازاني، التلويح على التوضيح، مصدر سابق، ج 1، ص 275. الصالح، محمد أديب، المرجع نفسه، ج 1، ص 127. الدرديني، فتحى، المرجع نفسه، ص 51.

(3) - السمرقندي، ميزان الأصول، مصدر سابق، ج 1، ص 501.

(4) - ابن الهمام، المصدر نفسه، ج 1، ص 137.

(5) - الصالح، محمد أديب، تفسير النصوص، مرجع سابق، ج 1، ص 127.

(6) - الدرديني، فتحى، المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص 51.

(7) - الدرديني، المرجع و الصفحة نفسها.

(8) - البزدوي، أصول الفقه، مصدر سابق، ج 1، ص 77. وانظر شرحه في: البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج 1، ص 77.

(9) - السرخسي، أصول الفقه، مصدر سابق، ص 130.

وقال النَّسْفِي: «وأما المُفَسِّر: فما ازداد وضوحا على النَّص على وجه لا يبقى معه احتمال التأويل والتخصيص»⁽¹⁾.

وقال السمرقندي - و قد سَمَّاه «مَبِينًا ومفصَّلًا»⁽²⁾ - : «فما ظهر به مراد المتكلم للسامع من غير شبهة، لانقطاع احتمال غيره بوجود القطعي على المراد»⁽³⁾.

ثم قال: «وقد سمي الخطاب والكلام مفسَّرًا أو مَبِينًا، بأن كان مكشوف المراد من الأصل، بأن لم يحتمل إلا وجهًا واحدًا»⁽⁴⁾.

ويؤفِّه أحد الباحثين المعاصرين بأنه: «اللفظ الذي يدل على الحكم دلالة واضحة، لا يبقى معها احتمال للتأويل، أو التخصيص، ولكنَّه مما يقبل النَّسخ في عهد الرسالة»⁽⁵⁾.

وقال باحث آخر في تعريفه: «هو اللفظ الدَّال على معناه الذي سيق لأجله، والمقصود أصالة، وازداد وضوحا بحيث لا يحتمل التأويل، ولكنَّه كان يحتمل النَّسخ في عهد الرسالة»⁽⁶⁾.

وبهذه التعاريف فإنَّ المُفَسِّر هو الأكثر وضوحا من الظاهر والنَّص، لأنَّ احتمال التأويل والتخصيص قائم فيهما، أما المُفَسِّر فلا يحتمل شيئًا من ذلك، إلا النَّسخ في عهد الرسالة، وهو أمر ظرفي، فلما لم يُنسخ فإنَّه يتحول إلى المحكم.

د- المَحْكَمُ:

قال السرخسي: «المَحْكَمُ: ممتنع من احتمال التأويل، ومن أن يرد عليه النَّسخ والتبديل»⁽⁷⁾.
وقال البزدوي: «فإذا ازداد [أي المُفَسِّر] ⁽⁸⁾ قوة، وأُحْكِمَ المراد به عن احتمال النَّسخ والتبديل سمي: مُحْكَمًا»⁽⁹⁾.

وذكر البخاري تعاريف أخرى للمحكم، ولكنَّه أشار إلى أنَّ ما ذكره البزدوي هو الأصح⁽¹⁰⁾.

وقال السمرقندي: «وأما حدُّه في عرف أهل الأصول فما أُحْكِمَ المراد به قطعًا»⁽¹¹⁾.

ثم أشار أنَّه على نوعين⁽¹⁾:

(1) - النسفي، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج1، ص208. الميهوي، نور الأنوار، مصدر سابق، ج1، ص208.
(2) - السمرقندي، ميزان الأصول، مصدر سابق، ج1، ص503.
(3) - السمرقندي، المصدر نفسه، ج1، ص502.
(4) - السمرقندي، المصدر نفسه، ج1، ص503.
(5) - الصالح، محمد أديب، تفسير النصوص، مرجع سابق، ج1، ص140.
(6) - الدرديني، فتحي، المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص55.
(7) - السرخسي، أصول الفقه، مصدر سابق، ص130.
(8) - البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج1، ص80.
(9) - البزدوي، أصول الفقه، مصدر سابق، ج1، ص80. وانظر أيضًا: النسفي، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج1، ص209. الميهوي، نور الأنوار، مصدر سابق، ج1، ص209.
(10) - البخاري، المصدر و الصفحة نفسها.
(11) - السمرقندي، ميزان الأصول، مصدر سابق، ج1، ص505.

- أحدهما: ما لا يحتمل التبدُّل والانتساح أصلاً، وهو الدلائل العقلية القائمة، ومثَّل له
ب: حدوث العالم، وقدم الصانع، وتوحيده.

- والثاني: الدلائل السمعية القطعية بعد وفاة الرسول ﷺ، لأنَّها تحتمل الانتساح في زمنه مع
كونها محكمة.

والحقيقة أن تعريف المحكم عند السمرقندي يتعارض مع تعاريف غيره من الحنفية، حيث إنَّ
المُحكَّم عندهم لا يحتمل النَّسخ مطلقاً، ثم إنَّ تعريف المُحكَّم عند السمرقندي ينطبق على تعريف
المُفسِّر.

ويؤف أحد الباحثين المعاصرين المُحكَّم بأنَّه: «اللفظ الذي دلَّ على معناه دلالة واضحة قطعية
لا تحتمل تأويلاً، ولا تخصيصاً، ولا نسخاً، حتى في حياة النبي ﷺ، ولا بعد وفاته بالأولى»⁽²⁾.
وقال باحث آخر: «وهو اللفظ الدال على معناه المقصود من سَوْقه أصالةً دلالةً واضحةً، بحيث
لا يحتمل مع التأويل ولا النَّسخ في عهد الرسالة»⁽³⁾.

- وقد مثَّل بعض الحنفية⁽⁴⁾ لهذه الأقسام الأربعة بمثال واحد هو: قوله تعالى: ﴿فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ
كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ ﴿٣٠﴾﴾ [الحجر: 30]، فالأقسام الأربعة متحققة في هذه الآية، فإنَّ الملائكة جمع ظاهر في
العموم، وبقوله: ﴿كُلُّهُمْ﴾ إزداد وضوحاً فصار نصاً، وبقوله: ﴿أَجْمَعُونَ﴾، انقطع احتمال التخصيص
فصار مفسراً، وقوله: ﴿فَسَجَدَ﴾ إخبار لا يحتمل النَّسخ، فيكون مُحْكَمًا.

2- منهج المتكلمين (المالكية و الشافعية و الحنابلة) في الواضح الدلالة:

سبق أن ذكرنا أنَّ جمهور المتكلمين (المالكية و الشافعية و الحنابلة) يقسم الواضح الدلالة على
معناه إلى قسمين: الظاهر؛ والنَّص.

ولكن ما حقيقة هذين المصطلحين؟ هذا ما يجب بيانه في الآتي:

أ- الظاهر:

وردت في تعريف الظاهر عدة تعاريف نذكر بعضها:

- قال أبو إسحاق المرزوي الشافعي⁽⁵⁾: «الظاهر: لفظ معقول يتدر إلى فهم البصير لجهة يفهم

(1) - السمرقندي، المصدر نفسه، ج1، ص505-206.

(2) - الصالح، محمد أديب، تفسير النَّصوص، مرجع سابق، ج1، ص144.

(3) - الدرديني، فتحي، المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص61.

(4) - الفتازاني، التلويح على التوضيح، مصدر سابق، ج1، ص278.

(5) - المرزوي (ت 340 هـ = 951م) هو إبراهيم بن أحمد المرزوي، أبو إسحاق: فقيه انتهت إليه رئاسة الشافعية بالعراق بعد ابن سريج. مولده
بمرو الشاهجان (قصة خراسان)، وأقام ببغداد أكثر أيامه. وتوفي بمصر. له تصانيف منها (شرح مختصر الزنى).

الفاهم منه معنى، وله عنده وجه في التأويل مسوغ لا يتأوه الفهم⁽¹⁾، فهو بالنسبة للمعنى الراجح: ظاهر، وبالنسبة للمعنى المرجوح: مؤول⁽²⁾.

- وقال أبو الحسين البصري المعتزلي: «وأما الظاهر: فهو ما لا يفتقر في إفادة ما هو ظاهر فيه إلى غيره»⁽²⁾.

- وقال قوم: «إنَّ الظاهر هو: ما ظهر المراد به، وظهر فيه غير المراد، إلا أن المراد أظهر»⁽³⁾.
والأول أصح، لأنَّ الكلام متى وضح المراد به فقد ظهر، سواء كان محتملا لغيره، أو لم يكن محتملا لغيره⁽⁴⁾.

- وعوّفه الغزالي بقوله: «اللفظ الذي يغلب على الظن فهم معنى منه من غير قطع»⁽⁵⁾.
وقد اعترض الآمدي⁽⁶⁾، وابن الحاجب⁽⁷⁾، وعضد الدين⁽⁸⁾، على هذا التعريف بأنَّه غير جامع، مع اشتماله على زيادة مستغنى عنها.

- فهو غير جامع: لأنه يخرج ما فيه أصل الظن دون غلبة، مع كونه ظاهرا.
- أما الزيادة المستغنى عنها: فهي قوله: «من غير قطع»، فإنَّ من ضرورة كونه مفيدا للظن أن لا يكون قطعيا.

- وبناء على هذه المناقشة عرّف الآمدي الظاهر بقوله: «اللفظ الظاهر ما دلّ على معنى بالوضع الأصلي أو العرفي، ويحتمل غيره احتمالا مرجوحا»⁽⁹⁾.

- وقال ابن قدامة المقدسي الحنبلي: «الظاهر: وهو ما يسبق إلى الفهم منه عند الإطلاق معنى مع تجويز غيره. وإن شئت قلت: ما احتمل معنيين هو في أحدهما أظهر. فحكمه أن يصار إلى معناه الظاهر ولا يجوز تركه إلا بتأويل»⁽¹⁰⁾.

- أنظر ترجمته في: ابن خلكان، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، دط، ج1، ص26-27. رقم الترجمة: 3. الزركلي، خير الدين، الأعلام، مرجع سابق، ج1، ص28.

(1) - الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج1، ص465.

(2) - أبو الحسين البصري، محمد بن علي بن الصعيب، المعتمد في أصول الفقه، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1403هـ، ج1، ص295.

(3) - أبو الحسين البصري، المعتمد، مصدر سابق، ج1، ص295.

(4) - أبو الحسين البصري، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج2، ص38. الغزالي، المنحول، مصدر سابق، ص167. وانظره أيضا في: الآمدي، الإحكام،

مصدر سابق، ج3، ص36. الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج3، ص436.

(6) - الآمدي، المصدر و الصفحة نفسها.

(7) - ابن الحاجب، مختصر المنتهى، مصدر سابق، ج2، ص168.

(8) - عضد الدين، شرح مختصر ابن الحاجب، مصدر سابق، ج2، ص169.

(9) - الآمدي، الإحكام، المصدر و الصفحة نفسها.

(10) - ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مصدر سابق، ص93. وانظر: الطوفي، شرح مختصر الروضة، مصدر سابق، ج1، ص558.

- ويؤفّه أحد الباحثين المعاصرين بقوله: « هو اللفظ الذي يدل على معناه دلالةً ظنيّةً، أي راجحةً، ويحتمل غيره احتمالاً مرجوحاً»⁽¹⁾.

- ومثال ذلك⁽²⁾ أنّ الظاهر من مطلق صيغة الأمر هو الوجوب، ولا تكون مؤولة في الندب والإباحة إلا بدليل قوي.

- ومن الظواهر كذلك أنّ مطلق صيغة النهي يفيد التحريم، ولا تكون مؤولة إلى الكراهية إلا بدليل قوي.

- وكذلك مطلق صيغ العموم في اللغة ظاهره حملة على العموم، ولا يجوز حملة على الخصوص إلا بدليل قوي ومعتبر.

- والخلاصة أنّ الظاهر عند الجمهور هو ما دلّ على المعنى دلالةً ظنيّةً⁽³⁾، أي غير قطعية لكنها راجحة مع احتمال معنى آخر مرجوح.

ب/- النص:

وقع خلاف كبير بين الأصوليين المتكلمين في تعريف النصّ، فكانت هناك ثلاثة تعريفات؛ هي:

⑥/- التعريف الأول: تطابق النص مع الظاهر:

وهو تعريف منسوب للشافعي. قال أبو الحسين البصري: « و أما النصّ فقد حدّه الشافعي: بأنّه خطاب يعلم ما أريد به من الحكم، سواء كان مستقلاً بنفسه، أو علم المراد به بغيره. وكان يُسمي المجل: نصاً»⁽⁴⁾.

وقال إلكيا الطبري (أو إلكيا الهراسي)⁽⁵⁾ الشافعي: «نصّ الشافعي على أنّ النصّ: كل خطاب

(1) - الصالح، محمد أديب، تفسير النصوص، مرجع سابق، ج1، ص180.

(2) - الصالح، محمد أديب، المرجع نفسه، ج1، ص181-183.

(3) - ابن الحاجب، مختصر المنتهى، مصدر سابق، ج2، ص168. الزركشي، تشنيف المسامع، مصدر سابق، ج2، ص254. الرازي، المحصول، مصدر سابق، ج1، ص230-231. الجويني، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله، البرهان في أصول الفقه، تحقيق: عبد العظيم محمود اللبيب، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1412هـ-1992م، ج1، ص513. الغزالي، المنحول، مصدر سابق، ص167. الغزالي، المستصفي، مصدر سابق، ج2، ص38. ابن الهمام، التحرير، مصدر سابق، ج1، ص141. أمير بادشاه، تيسير التحرير، مصدر سابق، ج1، ص141. ابن الحاجب، مختصر المنتهى، مصدر سابق، ج2، ص168. عضد الدين، شرح مختصر ابن الحاجب، مصدر سابق، ج2، ص168. ابن عبد الشكور، مسلم الثبوت، مصدر سابق، ج2، ص28. الأنصاري، فواتح الرحموت، مصدر سابق، ج2، ص28.

(4) - أبو الحسين البصري، المعتمد، مصدر سابق، ج1، ص294-295. آل تيمية، المسودة، مصدر سابق، ج2، ص1002. الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج1، ص402، ج3، ص436. البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج1، ص75. القرافي، نفائس الأصول، مصدر سابق، ج2، ص611. الزركشي، تشنيف المسامع، مصدر سابق، ج1، ص287. الطوفي، شرح مختصر الروضة، مصدر سابق، ج1، ص554-555. الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج2، ص45.

(5) - إلكيا الهراسي (450-504 هـ = 1058-1110م) هو علي بن محمد بن علي، أبو الحسن الطبري، الملقب بعماد الدين - المعروف ب: إلكيا الهراسي - فقيه شافعي، مفسر. ولد في طبرستان، وسكن بغداد، فدرس بالنظامية، ووعظ، واتهم بمذهب الباطنية فرجم، وأراد السلطان قتله فحماه المستظهر، وشهد له. من كتبه: أحكام القرآن.

- أنظر ترجمته في: ابن خلكان، وفيات الأعيان، مصدر سابق، ج3، ص286-290. رقم الترجمة: 430. الزركلي، خير الدين، الأعلام، مرجع سابق، ج4، ص329.

علم ما أريد به من الحكم»⁽¹⁾. وقال أيضا: «وهذا يلائم الاشتقاق، لأنه إذا كان كذلك قد أظهر المراد به وكشف عنه، ثم على هذا ينقسم النَّصُّ إلى: ما يحتمل؛ وإلى ما لا يحتمل»⁽²⁾.

وهكذا نجد أنَّ الشافعي يطابق بين النص و الظاهر مطابقة تامة، ولكن لماذا؟

لعل السبب في مطابقة الشافعي بين النَّصِّ والظاهر مطابقة تامة هو مراعاة المعنى اللغوي، إذ النَّصُّ معناه لغة: الظهور⁽³⁾.

قال إمام الحرمين الجويني: «فأما الشافعي فإنه يسمي الظواهر: نصوصا في مجاري كلامه، وكذلك القاضي أبو بكر، وهو صحيح في أصل وضع اللغة، فإنَّ النَّصَّ معناه: الظهور، يقال: نصت الظبية: إذا عنت وظهرت، ومنه المنصة: لكرسي العروس التي تظهر عليه وهي تجلى. ونصَّ لأجل في السير: إذا أسرع فيه»⁽⁴⁾.

وقال المازري المالكي: «أشار الشافعي والقاضي أبو بكر إلى أنَّ النَّصَّ يسمى: ظاهرا، وليس بعيدا، لأنَّ النَّصَّ في أصل اللغة: الظهور»⁽⁵⁾.

وقال ابن برهان: «لعل الشافعي إنما سَمَّى الظاهر: نصًّا، لأنه لمح فيه المعنى اللغوي»⁽⁶⁾. وهذا التعريف رغم قبوله من كثير من العلماء⁽⁷⁾ وقالوا عنه: إنَّه لا مانع منه، لأنَّ النَّصَّ في اللغة بمعنى الظهور⁽⁸⁾، إلا أنَّهم روا أنَّ الأقرب هو الأخذ بالمعاني الثانية والثالثة دفعا للترادف والاشتراك⁽⁹⁾. وهذا التعريف للنص، وهو: «ما دلَّ على معنى كيف ما كان»، قال عنه العلماء: بأنَّه غالب استعمال الفقهاء، فتجدهم يقولون: نصَّ مالك على كذا، أو يقولون: لنا في المسألة النَّصُّ والمعنى، أو يقولون: نصوص الشريعة متظافرة بذلك⁽¹⁰⁾. وهم يريدون بالنَّصِّ: الكتاب والسُّنَّة مطلقا⁽¹¹⁾.

(1) - الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج1، ص462.

(2) - الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج1، ص462. الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج2، ص38. الغزالي، المنحول، مصدر سابق، ص165-166.

(3) - الجويني، البرهان، مصدر سابق، ج1، ص416. الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج1، ص462. ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مصدر سابق، ص92. أبو الحسين البصري، المعتمد، مصدر سابق، ج1، ص295. الطوفي، شرح مختصر الروضة، مصدر سابق، ج1، ص555. القرافي، نفائس الأصول، مصدر سابق، ج2، ص614.

(4) - الجويني، البرهان، مصدر سابق، ج1، ص416.

(5) - الزركشي، المصدر نفسه، ج1، ص462.

(6) - الزركشي، المصدر و الصفحة نفسها.

(7) - ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مصدر سابق، ص92. الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج2، ص38. الغزالي، المنحول، مصدر سابق، ص166. الزركشي، المصدر و الصفحة نفسها. الطوفي، شرح مختصر الروضة، مصدر سابق، ج1، ص555.

(8) - ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها. أبو الحسين البصري، المصدر و الصفحة نفسها. الطوفي، المصدر و الصفحة نفسها.

(9) - ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها.

(10) - القرافي، شرح تنقيح الفصول، مصدر سابق، ص36-37. القرافي، نفائس الأصول، مصدر سابق، ج2، ص612. الزركشي، تشييف المسامع، مصدر سابق، ج1، ص287. الطوفي، المصدر و الصفحة نفسها.

(11) - الزركشي، تشييف المسامع، المصدر نفسه، ج1، ص287. الزركشي، البحر المحيط، المصدر نفسه، ج1، ص461. الطوفي، المصدر نفسه، ج3، ص59.

⑦-/- التعريف الثاني: النص هو ما لا يتطرق إليه احتمال:

يُورد الغزالي ثلاثة إطلاقات للنص، الإطلاق الثالث عنده، والثاني عندنا هو أنَّ النَّصُّ هو: «ما لا يتطرق إليه احتمال مقبول يعضّده دليل. أما الاحتمال الذي لا يعضّده دليل، فلا يُجْزَجُ اللفظ عن كونه نصاً»⁽¹⁾.

والعبرة هنا ليست في وجود الاحتمال في ذاته، وإنما لا بد من احتمال ناشئ عن دليل قوي ومعتبر.

⑧-/- التعريف الثالث: ما يدل على المعنى دلالة قطعية:

عَوَّفَ الغزالي النَّصَّ بآئِه: «ما لا يتطرق إليه احتمال أصلاً، لا على قُرب، ولا على بُعد، كالخمسة مثلاً، فإنَّه نص في معناه لا يحتمل الستة، ولا الأربعة، وسائر الأعداد»⁽²⁾.

وقد قال الغزالي عن هذا الإطلاق بآئِه: «أوجه وأشهر، وعن الاشتباه بالظاهر أبعد»⁽³⁾. وهذا التعريف هو الأشهر⁽⁴⁾، وهو الذي اختاره الغزالي⁽⁵⁾.

وقال ابن قدامة المقدسي: «وهو ما يفيد بنفسه من غير احتمال»⁽⁶⁾.

ثم أورد تعريفاً آخر غير منسوب، فقال: «وقيل: هو الصريح بمعناه»⁽⁷⁾.

وقد مثَّل له بقوله تعالى: ﴿تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ﴾ [البقرة: 196].

هذا، وقد اشترط بعض الأصوليين في النَّصِّ ثلاثة شروط⁽⁸⁾:

- الأول: أن يكون كلاماً، لأنَّ أدلة المعقول و الأفعال لا تسمى: نصوصاً.

- الثاني: أن لا يتناول إلا ما هو نص فيه، وإن كان نصاً في عين واحدة وجب ألا يتناول

سواها، وإن كان نصاً في أشياء كثيرة، وجب ألا يتناول سواها كذلك، ذلك لأنَّ المفهوم من قولنا: «إنَّ

العبرة نص في هذا الحكم» إنما تفيده على جهة الظهور، ولأنَّ النَّصَّ في اللغة مأخوذ من الظهور، ومن

(1) - الغزالي، المستصفي، مصدر سابق، ج2، ص39. الغزالي، المنحول، مصدر سابق، ص166. القرافي، شرح تنقيح الفصول، مصدر

سابق، ص36. القرافي، نفائس الأصول، مصدر سابق، ج2، ص611-612. الطوفي، شرح مختصر الروضة، مصدر سابق، ج1،

ص554. البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج1، ص76. الزركشي، تشنيف المسامع، مصدر سابق، ج1، ص286-287.

(2) - الغزالي، المستصفي، المصدر نفسه، ج2، ص38. الغزالي، المنحول، المصدر نفسه، ص165. البخاري، المصدر نفسه، ج1،

ص75-76. القرافي، شرح تنقيح الفصول، المصدر و الصفحة نفسها. القرافي، نفائس الأصول، المصدر نفسه، ج2، ص611-615.

(3) - الغزالي، المستصفي، المصدر نفسه، ج2، ص39.

(4) - الباجي، إحكام الفصول، مصدر سابق، ص189. القرافي، شرح تنقيح الفصول، المصدر و الصفحة نفسها. الطوفي، المصدر و

الصفحة نفسها. الغزالي، المستصفي، المصدر نفسه، ج2، ص38-39.

(5) - الغزالي، المستصفي، المصدر و الصفحة نفسها. الغزالي، المنحول، المصدر و الصفحة نفسها. الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق،

سابق، ج1، ص464. الزركشي، تشنيف المسامع، المصدر نفسه، ج1، ص287.

(6) - ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مصدر سابق، ص92.

(7) - ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها.

(8) - أبو الحسين البصري، المعتمد، مصدر سابق، ج1، ص295.

ذلك منصة العروس.

- الثالث: أن تكون إفادته لما يفيد ظاهره غير مجمل، فإذا قال شخص لغيره: اضرب عبيدي، لم يقل أحد إنه قد نص على ضرب زيد من عبيده لما أفاده وأفاد غيره، ويقال إن كلامه نص في جملة ضرب عبيده لما يفد سواهم.

وبناء على هذه الشروط الثلاثة، عرّف أبو الحسين البصري المعتزلي النص بقوله: «فإذا ثبت أنّ هذا هو المعقول من النص، وحب بأن يحدّ بآئته: كلام تظهر إفادته لمعناه، لا يتناول أكثر مما قيل إنّه نص فيه»⁽¹⁾.

وباختصار فإنّ النص - بحسب هذه التعاريف - هو ما دلّ على المعنى دلالة قطعية دون احتمال⁽²⁾.

ج- الفرق بين الظاهر والنص عند المتكلمين:

في الفرق بين الظاهر والنص وجهان⁽³⁾:

- أحدهما: أنّ النص ما كان لفظه دليلاً، والظاهر ما سبق مراده إلى فهم سامعه.

- والثاني: النص ما لم يتوجه إليه احتمال، والظاهر ما توجه إليه احتمال.

ثالثاً- ما ينتقض به الحكم القضائي من أقسام الواضح:

بعد أن بينا أقسام الواضح الدلالة من الألفاظ عند كل من المتكلمين والحنفية، يبقى علينا أن نعرف أو نقف على حقيقة ما ينتقض به الحكم القضائي عند المخالفة.

وهنا لا بد أيضاً من التمييز بين الحنفية والمتكلمين، تبعاً لاختلافهم في تقسيم الواضح الدلالة.

1- ما ينتقض به الحكم القضائي بحسب تقسيم الحنفية: رأينا من قبل أن الواضح الدلالة

عند الحنفية ينقسم إلى أربعة أقسام، هي: الظاهر؛ والنص؛ والمفسر؛ والمُحكّم.

والإشكال المطروح الآن: هل ينتقض بها الحكم القضائي جميعاً عند المخالفة أم لا؟

وقع الخلاف عند الحنفية حول ما ينتقض به من أقسام الواضح على قولين كالآتي:

أ- القول الأول: ينقض الحكم المخالف لدلالة المُحكّم والمفسر والنص والظاهر:

ذهب جمهور الحنفية⁽¹⁾ إلى أنّ دلالة اللفظ تكون قطعية متى كان النص محكماً؛ أو مفسراً؛ أو

(1) - أبو الحسين البصري، المعتمد، مصدر سابق، ج1، ص295.

(2) - الزركشي، تشنيف المسامع، مصدر سابق، ج2، ص254. آل تيمية، المسودة، مصدر سابق، ج2، ص1002. ابن عبد الشكور، مسلم الثبوت، مصدر سابق، ج2، ص28. الأنصاري، فواتح الرحموت، مصدر سابق، ج2، ص28. الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج2، ص54.

(3) - الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج16، ص153. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص616. الروباني، بحر المذهب، مصدر سابق، ج11، ص251. الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج1، ص464-465.

نصاً؛ أو ظاهراً؛ وأنَّ الحكمُ ينقضُ متى خالف واحداً من هذه جميعاً.
ومن نصوصهم في هذا قول السرخسي: «النَّصُّ المطلق يوجب الحكم قطعاً»⁽²⁾، وقال أيضاً:
«إنَّ وجوب العمل بالظاهر ثابت قطعاً»⁽³⁾.
وقال النَّسْفِي: «...فالنَّصُّ يترجَّح على الظاهر، والمُفسَّر عليها، والمُحكَّم على الكل، أما الكل
فيوجب ثبوت ما انتظمه يقيناً»⁽⁴⁾.

وقال صدر الشريعة: «اعلم أنَّ العلماء يستعملون العلم القطعي في معنيين:

- أحدهما: ما يقطع الاحتمال أصلاً، كالمُحكَّم والمتواتر.

- والثاني: ما يقطع الاحتمال الناشئ عن الدليل، كالظاهر، والنَّص، والخبر المشهور مثلاً،
فالأول يسمونه: علم اليقين؛ والثاني: علم الطمأنينة»⁽⁵⁾.

ويمكن أن نشير هنا إلى أنَّ بعض الحنفية⁽⁶⁾ لا يرون الظاهر والنَّص من قبيل القطعي، وذلك
لاحتمال التأويل فيهما معاً، إلا أنَّهم يرون نقض الحكم بمخالفتهما. قال الكاساني: «وكذا لو قضى
بالاجتهاد فيما فيه نص يخالفه من الكتاب الكريم، والسُّنَّة: لم يجز قضاؤه، لأنَّ القياس في مقابلة النَّص
باطل، سواء كان النَّص قطعياً، أو ظاهراً»⁽⁷⁾.

وقال البخاري: «قوله: (وحكم الأول): وهو الظاهر ثبوت ما انتظمه يقيناً عاماً كان أو خاصاً،
وكذا الثاني، وهو النَّص، عاماً كان أو خاصاً، وهو مذهب مشايخ العراق من أصحابنا، منهم الشيخ
أبو الحسن الكرخي، وأبو بكر الجصاص. وقال عامة مشايخ ديارنا، منهم الشيخ أبو منصور رحمه الله:
حكم الظاهر وجوب العمل بما وضع له اللفظ ظاهراً لا قطعاً، ووجوب اعتقاد حقيقة ما أراد الله تعالى
من ذلك، وكذا حكم النَّص، وبه قال أصحاب الحديث، وبعض المعتزلة.

وهو بناء على أنَّ العام الخالي من قرينة الخصوص يوجب العلم والعمل قطعاً عندنا، وعندهم
بخلافه، لاحتمال الخصوص في الجملة، وكذا كل حقيقة محتمل للمجاز مع الاحتمال لا يثبت القطع،
كذا في «الميزان». وحاصلة أنَّ ما دخل تحت الاحتمال، وإن كان بعيداً لا يوجب العلم، بل بوجوب

(1) - السرخسي، أصول الفقه، مصدر سابق، ص 109-128. النسفي، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج 1، ص 211. صدر الشريعة،
التوضيح، مصدر سابق، ج 1، ص 286. الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج 7، ص 04. الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج 5،
ص 400. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج 5، ص 401.

(2) - السرخسي، المصدر نفسه، ص 109.

(3) - السرخسي، المصدر نفسه، ص 128.

(4) - النسفي، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - صدر الشريعة، المصدر و الصفحة نفسها.

(6) - السمرقندي، ميزان الأصول، مصدر سابق، ج 1، ص 590. البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج 1، ص 75. الكاساني، المصدر
و الصفحة نفسها.

(7) - الكاساني، المصدر و الصفحة نفسها.

العمل عندهم كخبر الواحد والقياس، وعندنا لا عبرة للاحتمال البعيد، والذي لا تدل عليه قوينة، لأنَّ الناشئ عن إرادة المتكلم، وهي أمر باطن لا يوقف عليه، والأحكام تعلق بالمعاني الباطنة، كرخص المسافر لا تتعلق بحقيقة المشقة، والنسب بالإعلاق، والتكليف باعتدال العقل، لكونها أموراً باطنة، بل بالسفر الذي هو سبب المشقة، والفراش الذي هو دليل الإعلاق، والاحتلام الذي هو دليل اعتدال العقل»⁽¹⁾.

- ولم يذكر أصحاب هذا القول دليلاً لقولهم، لكن يمكن أن يستدل لهم بأنَّ هذه الأقسام الأربعة (من الظاهر؛ والنص؛ والمفسر؛ والمحكم) لما كانت من الواضح، فإنَّها تفيد القطع، ومن ثم إذا صدر حكم قضائي مخالفاً لها كان مخالفاً لقاطع من نص شرعي (قرآني أو سنة)، ومن ثم يجب نقضه.

- ويمكن أن يناقش بأنَّه لا يمكن أن نسلم بالقطع في كل الأقسام الأربعة، بل إنَّ القطع يصدق فقط على المفسر والمحكم، لأنَّهما لا يمتلآن التخصيص والتأويل، ويقبل المفسر النسخ في عهد الرسالة، والمحكم لا يقبله.

أما الظاهر والنص فكلاهما يقبل التأويل والتخصيص والنسخ في عهد الرسالة، ومن ثم فلا قطعية فيهما.

ب/- القول الثاني: ينقض الحكم القضائي المخالف لدلالة المحكم، والمفسر دون ما عداهما:

وذهب فريق آخر من الحنفية⁽²⁾ إلى أنَّ الحكم القضائي الذي ينقض لمخالفة الكتاب هو نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله، وهذا ينطبق على المحكم والمفسر فقط، دون النص والظاهر، وذلك لعدم الاحتمال في التأويل في الأولين، واحتماله في الآخرين.

قال الكمال بن الهمام: «ثم يراد بالكتاب: المجمع على مراده، أو ما يكون مدلول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تأويله بدليل مجمع عليه»⁽³⁾.

و جاء في الفتاوى الهندية ما نصه: «فإن وقع في فصل فيه نص مفسر، من الكتاب، والخبر المتواتر، أو إجماع، فإن وافق قضاؤه ذلك نفعه الثاني، ولا يحل له النقص، وإن خالف شيئاً من ذلك

(1) - البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج1، ص75.

(2) - الجصاص، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص192. العيني، البناية، مصدر سابق، ج7، ص58. البيرتي، العناية على الهداية، مصدر سابق، ج7، ص305. الشلبي، حاشية على تبين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص188. الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج5، ص400. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص301. الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص4-14. عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص356.

(3) - ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص301.

رُدُّهُ»⁽¹⁾.

قال أحمد الزرقا: «المراد بالنص الذي لا مساغ للاجتهاد معه: هو المُفسِّرُ المُحكِّمُ، وإلا فغيرهما من الظاهر، والنص لا يخلو من احتمال التأويل»⁽²⁾.

واختلف الحنفية حول المراد بالسلف على القولين:

⑥/- القول الأول: أنَّ السلف هم الصحابة والتابعون، دون من جاء بعدهم، وعلى هذا فلا

يعتبر اختلاف من بعدهم، كاختلاف مالك والشافعي وغيرهما من المجتهدين⁽³⁾.

⑦/- القول الثاني: وهو الأصح عندهم - أنَّ المراد بالسلف هم الصحابة والتابعون، ومن جاء

بعدهم من الفقهاء المجتهدين⁽⁴⁾.

ج/- موازنة وترجيح:

من خلال عرض الآراء السابقة، و بعد بيان حقيقة الواضح الدلالة عند الحنفية بأقسامه الأربعة

(الظاهر، والنص، والمفسر، والمُحكِّم)، يتضح لنا ما يأتي:

- إنَّ الإجماع حاصل بين الحنفية على قطعية كل من المُحكِّم والمُفسِّر، وأنَّ الحكم القضائي

ينقض بمخالفتها قطعا، لإفادتهما القطع في الدلالة.

- أنَّ الخلاف بين الحنفية منحصر حول الظاهر والنص في نقض الحكم القضائي عند المخالفة،

والذي نراه هو الآتي:

- أنَّ النص دلالته قطعية، ومن ثم ينقض الحكم القضائي إذا خالفه؛

- أما الظاهر فنرى عدم جواز نقض الحكم القضائي إذا خالفه، وذلك لأنَّه يمتثل تأويلا ناشئا

عن دليل، فضلا عن أنَّ المعنى المقصود ليس أصالة، وإنما ورد تبعا، بخلاف النص، ثم إنَّ الظواهر يكثر

اختلاف المجتهدين فيها، فالأولى ردها إلى قاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله»، لأجل استقرار المراكز

الحقوقية باستقرار الأحكام القضائية وعدم اضطرابها.

2/- ما ينتقض به الحكم القضائي بحسب تقسيم المتكلمين:

رأينا من قبل أنَّ الواضح الدلالة عند المتكلمين ينقسم إلى قسمين: النص؛ والظاهر. ورأينا حقيقة

كلا منهما، ورأينا كذلك أنَّ النص قد وردت فيه ثلاث تعاريف، والإشكال المطروح: هو ما الذي

(1) - عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص356.

(2) - الزرقا، أحمد، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص147.

(3) - ابن الهمام، المصدر نفسه، ج7، ص302. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص400-403. عالمكير وجماعة

من علماء الهند، المصدر نفسه، ج3، ص357.

(4) - ابن الهمام، المصدر و الصفحة نفسها. ابن عابدين، المصدر و الصفحة نفسها. عالمكير وجماعة من علماء الهند، المصدر و الصفحة نفسها.

ينتقض به الحكم القضائي عند المخالفة؟

- ولمعرفة الجواب فلنبداً من الأخير، أي من التعريف الثالث للنص؛ فالأول الذي يطابق بين النص و الظاهر.

أ/- بحسب التعريف الثالث للنص:

الذي لا شك فيه بدهاءة أنّ الاتفاق⁽¹⁾ حاصل على انتقاض الحكم القضائي إذا خالف «النص» من القرآن الكريم والسنة، وذلك لأنّ النصّ عندهم هو ما دلّ دلالة قطعية على المعنى، ومن ثم يجب أن ينقض الحكم القضائي المخالف لقاطع من القرآن الكريم، وهذا لانعدام الاحتمال بالكلية.

ب/- بحسب التعريف الثاني للنص:

أما بناء على التعريف الثاني، فإنّ النصّ يفيد القطع أيضاً، وذلك لأنّه يشمل ما يرد عليه احتمال قطعاً، وهو في هذا يوافق التعريف الثالث، وقلنا بأنه قطعي، ويشمل كذلك ما يرد عليه احتمال مخصوص، وهو الاحتمال غير الناشئ عن دليل، وهذا لا يؤثر على القطع حتى ينشأ عن دليل، لأنّه مجرد احتمال، ولأنّه لو لم يوصف بالقطع لتعدّد وجود القطعيات، لأنّ أكثر الأمور لا بد أن يتطرق إليها الاحتمال، ولو بوجه ما⁽²⁾.

وفي هذا يقول القرافي: «الدليل القطعي قد تعرض فيه الشبهات، ولذلك اختلف العقلاء في حدوث العالم، وكثير من المسائل العقلية القطعية، لكن عروض الموانع لا عبرة بها»⁽³⁾.

وقال الغزالي: «ولو شرط في النصّ انخسام الاحتمالات البعيدة، كما قال بعض أصحابنا، فلا يتصور لفظ صريح، وما عدوه من الآيات والأخبار تتطرق إليها احتمالات»⁽⁴⁾.

وقال ابن قدامة المقدسي: «وهذا التحقيق لأنه لو فُتِح باب الاحتمال لبطلت الحجج، إذ ما من حكم إلا يتصور تقدير نسخه ولم ينقل، وإجماع الصحابة يحتمل أن يكون واحد منهم أظمر المخالفة، وأظهر الموافقة لسبب، أو رجع بعد أن وافق، والخبر يحتمل أن يكون كذبا، فلا يلفت إلى هذا»⁽⁵⁾.

ج/- بحسب التعريف الأول للنص:

أما على التعريف الأول، فإنّ النصّ هنا يتطابق مع الظاهر، وهنا لا بد من معرفة حكم الظاهر، فهل ينتقض الحكم القضائي بمخالفة «الظاهر» من القرآن الكريم؟

(1) - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج19، ص288. القرافي، نفائس الأصول، مصدر سابق، ج2، ص629.

(2) - الغزالي، المنحول، مصدر سابق، ص166. ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مصدر سابق، ص76. القرافي، شرح تنقيح الفصول، مصدر سابق، ص267.

(3) - القرافي، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - الغزالي، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مصدر سابق، ص76.

وقع الخلاف بين المتكلمين في هذه المسألة على قولين هما كالاتي:

⑥- القول الأول: لا ينقض الحكم القضائي المخالف لـ«لظاهر» من الكتاب والسنة:

يرى الجمهور من المتكلمين⁽¹⁾ أنه لا ينقض الحكم القضائي بمخالفة «الظاهر» من القرآن والسنة، على أساس أن الظاهر - كما سبق بيانه - هو ما دل على المعنى دلالة ظنية، وبالتالي لا يفيد القطع.

⑦- القول الثاني: ينقض الحكم القضائي المخالف لـ«لظاهر» من الكتاب والسنة:

في المقابل، يرى المالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾ في المذهب عندهم، وبعض الحنابلة⁽⁴⁾ أن الحكم القضائي لا ينتقض بمخالفة «النص» من القرآن والسنة فقط، وإنما ينتقض أيضا بمخالفة «الظاهر» من الكتاب والسنة، وذلك وإن كان الظاهر دلالتة دلالة ظنية، إلا أنه ظن جلي واضح يكفي في قيام مخالفة الحكم القضائي للقرآن والسنة، فينتقض به.

قال الدسوقي المالكي: «قوله: (ما خالف قاطعا) نحوه في الجواهر، وهو يقتضي أنه لا ينقض ما خالف الظن الجلي، وليس كذلك، فقد قالوا: إذا خالف نص السنة غير المتولدة فإنه ينقض، وهو لا يفيد القطع»⁽⁵⁾، ثم نقل عن المازري قوله: «والنقض ليس قاصرا على مخالفة القاطع، وجلي القياس»⁽⁶⁾.

وقال الشافعي: «وإذا حكم القاضي بحكم، ثم رأى الحق في غيره، فإن رأى الحق في الحادث بأنه كان خالف في الأول كتابا؛ أو سنة؛ أو إجماعا، أو أصح المعنيين فيما احتمل الكتاب أو السنة،

(1) - القرافي، شرح تنقيح الفصول، مصدر سابق، ص 36-347. ابن الحاجب، المختصر، مصدر سابق، ج 2، ص 146-300. الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج 2، ص 17-38. الغزالي، المنحول، المصدر نفسه، ص 167. الروياني، بحر المذهب، مصدر سابق، ج 11، ص 267. الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج 1، ص 464-465، ج 3، ص 436. الفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله، حاشية على شرح عضد الملة و الدين على مختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2، 1403هـ-1983م، ج 2، ص 300.

(2) - خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج 7، ص 421. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 41. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 187. البناني، حاشية على شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج 7، ص 145. المكي، تهذيب الفروق، مصدر سابق، ج 2، ص 182-183.

(3) - الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج 2، ص 2411. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج 10، ص 144. السبكي، جمع الجوامع، مصدر سابق، ج 2، ص 391. الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج 6، ص 268. الزركشي، تشنيف المسامع، مصدر سابق، ج 4، ص 30-31. الروياني، بحر المذهب، مصدر سابق، ج 11، ص 267. ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص 126. السبكي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ج 1، ص 405. زكريا الأنصاري، تحفة الطلاب، مصدر سابق، ج 2، ص 476. الشرفاوي، حاشية على تحفة الطلاب، مصدر سابق، ج 2، ص 476. عميرة، حاشية على كنز الراغبين، مصدر سابق، ج 5، ص 3814.

(4) - الزركشي، شرح مختصر الخرق، مصدر سابق، ج 4، ص 448.

(5) - الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 41. وانظر: عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 187. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج 7، ص 427.

(6) - الدسوقي، المصدر نفسه، ج 6، ص 41-42.

نقض قضاءه الأول على نفسه، وكل ما نقض على نفسه نقضه على من قضى به إذا رفع إليه»⁽¹⁾.
وقال النووي: «وإذا حكم باجتهاده ثم بان خلاف نص الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، أو قياس جلي، نقضه هو وغيره»⁽²⁾.

قال ابن حجر الهيتمي شارحا هذه العبارة: «والمراد بالنص هنا: الظاهر، على ما في المبحث عن النص، لا معناه الحقيقي، وهو ما لا يحتمل غيره، ويؤيده قول السبكي: فمتى بان الخطأ قطعاً، أو ظناً نقض الحكم»⁽³⁾.

وقال الزركشي: «حيث كانت حجة الحكم قطعية فالمنتار أن حكم الحاكم إذا وقع بخلافه ينتقض، بخلاف الظنية... قال ابن الرفعة: وكلام الشافعي في الأم مصرح بأن مراده بالنص الذي ينتقض به قضاء القاضي إذا خالفه هو الظاهر»⁽⁴⁾.

وقال الزركشي: «وقول الخرقى: «خالف كتاباً؛ أو سنة»: مقيد بنصيتهما، بخلاف ما إذا كانت المخالفة لظاهريهما، فإنه لا ينقض، إذ الظواهر تختلف آراء المجتهدين فيها، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، لأن أبا بكر رضي الله عنه سوى بين الناس في العطاء، وأعطى العبيد⁽⁵⁾، وخالفه عمر رضي رضي الله عنه، ففاضل بين الناس⁽⁶⁾، وخالفهما علي، فسوى بين الناس، وحرّم العبيد⁽⁷⁾، ولم ينقض واحد ما فعله من قبله، وهذا إجماع أو كالإجماع من الصحابة، على أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، والحكم في حكم نفسه كذلك، فإذا تبين له خطأ نفسه فإن كان لمخالفة نص كتاب؛ أو سنة؛ أو إجماع؛ نقض حكمه، وإلا لم ينقضه. و عموم كلام الخرقى وغيره يقتضي النقض لمخالفة نص السنة، وإن كانت آحاداً»⁽⁸⁾.

وقال أيضاً: «الظاهر دليل شرعي، يجب اتباعه والعمل به، بدليل إجماع الصحابة على العمل بظواهر الألفاظ، وهو ضروري في الشرع، كالعمل بأخبار الآحاد وإلا لتعطلت غالب الأحكام، فإنّ النصوص معوزة جداً، كما أنّ الأخبار المتولدة قليلة جداً»⁽⁹⁾.

وقال الآمدي: «وإنما ينقض حيث يخالف قاطعاً من نص؛ أو إجماع...». وقال أيضاً: «ولو

(1) - الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج2، ص2411. وانظر أيضاً: ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص126.

(2) - النووي، المنهاج، مصدر سابق، مطبوع مع تحفة المنهاج، ج10، ص144. ومغني المحتاج للخطيب الشربيني، ج6، ص293. وزاد المحتاج للكوهجي، ج4، ص533-534. ونهاية المحتاج للرمل، ج8، ص258.

(3) - ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص144.

(4) - الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج6، ص268. وانظر: الشافعي، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - سبق تخريجه.

(6) - سبق تخريجه.

(7) - سبق تخريجه.

(8) - الزركشي، شرح مختصر الخرقى، مصدر سابق، ج4، ص448.

(9) - الزركشي، المصدر نفسه، ج3، ص436.

كان حكمه مخالفاً لدليل ظني، من نص أو غيره، فلا ينقض ما حكم به بالظن لتساويهما في الرتبة»⁽¹⁾.

وقال ابن الحاجب: «لا ينقض الحكم في الاجتهاديات... وينقض إذا خالف قاطعاً»⁽²⁾.

وقال التفتازاني مفسراً لفظ «قاطعاً»: «يعني: نصاً قطعياً، أو إجماعاً، أو قياساً جلياً»⁽³⁾.

وقال السبكي: «لا ينقض الحكم في الاجتهاديات وفاقاً، فإن خالف نصاً، أو ظاهراً جلياً، ولو

قياساً، أو حكم بخلاف اجتهاده، أو حكم بخلاف نص إمامه غير مقلد غيره حيث يجوز، نقضه»⁽⁴⁾.

وقال البيضاوي: «ولا ينقض حكم نفسه ولا غيره إلا إذا خالف مقطوعاً، أو مظنوناً جلياً»⁽⁵⁾.

⑧- موازنة و ترجيح:

والذي نراه، كما يراه أيضاً أحد الباحثين المعاصرين⁽⁶⁾، أنّ الحكم القضائي إذا صدر مخالفاً لدلالة لدلالة الظاهر من قرآن أو سنة، فإنّه لا ينقض، لأنّه لا يخلو من احتمال التأويل الناشئ عن دليل⁽⁷⁾، والظواهر يكثر اختلاف آراء المجتهدين فيها، فالأولى ردها إلى قاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله»، لأجل استقرار الأحكام وعدم اضطرابها⁽⁸⁾.

وفي هذا يقول مصطفى الزرقا: «إنّ الاجتهاد الممنوع في مورد النصّ هو ما كان مصادماً لنص ثابت وواضح في المعنى الذي ورد فيه وضوحاً لا يحتمل التأويل، وهو ما يسمى في علم أصول الفقه: قطعي الثبوت و الدلالة»⁽⁹⁾.

- **والخلاصة أنّ الحكم الذي ينقض لمخالفته الكتاب والسنة وهو المحكم؛ والمفسر؛ والنص؛ بحسب تقسيم الحنفية. والنص بحسب تقسيم الجمهور من المتكلمين.**

- **أما الذي لا ينقض به الحكم القضائي فهو الظاهر، سواء بحسب تعريف الحنفية، أم بتعريف المتكلمين.**

المبحث الثاني: نقض الحكم القضائي لمخالفته نص السنة النبوية:

نتناول في هذا المبحث العناصر الآتية:

(1) - الأمدى، الإحكام، مصدر سابق، ج4، ص335. القرافي، نفائس الأصول، مصدر سابق، ج9، ص3912.
(2) - ابن الحاجب، المختصر، مصدر سابق، ج2، ص300. عضد الدين، شرح مختصر ابن الحاجب، مصدر سابق، ج2، ص300. التفتازاني، حاشية على المختصر، مصدر سابق، ج2، ص300.
(3) - التفتازاني، المصدر و الصفحة نفسها.
(4) - السبكي، جمع الجوامع، مصدر سابق، ج2، ص391.
(5) - البيضاوي، الغاية القصوى، مصدر سابق، ج2، ص463.
(6) - الخضيري، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج2، ص745.
(7) - الزرقا، أحمد، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص147.
(8) - الزركشي، شرح مختصر الخرقى، مصدر سابق، ج4، ص448.
(9) - الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، مصدر سابق، ج2، ص1016.

أولاً: تعريف السُّنَّة اصطلاحاً.

ثانياً: التباين والمفارقة بين الكتاب و السُّنَّة فيما يتعلق بنقض الأحكام القضائية.

ثالثاً: أقسام السُّنَّة عند الحنفية و المتكلمين.

1/- السُّنَّة المتواترة.

2/- السُّنَّة المشهورة.

2/- سُنَّة الآحاد.

رابعاً/- نقض الحكم القضائي لمخالفة السنة بحسب أنواعها.

1/- إجماع العلماء قاطبة على نقض الحكم القضائي المخالف للسنة المتواترة.

2/- موقف الفقهاء من الحكم القضائي المخالف للسنة المشهورة.

3/- موقف الفقهاء من الحكم القضائي المخالف للسنة الآحادية.

وإليك بيان هذه العناصر بالتسلسل.

أولاً: تعريف السُّنَّة اصطلاحاً:

تَوَفَّ السُّنَّة في اصطلاح الأصوليين بأنَّها: ما صدر عن النبي **ح** من قولٍ؛ أو فعلٍ؛ أو تقريرٍ⁽¹⁾. أما الحديث ف: «يطلق على قول الرسول خاصة»⁽²⁾.

قال الآمدي: «السُّنَّة... ما صدر عن الرسول من الأدلة الشرعية مما ليس بمتلو، ولا هو معجز، ولا داخل في المعجز، وهذا النوع هو المقصود بالبيان ها هنا، ويدخل في ذلك أقوال النبي عليه السلام، وأفعاله، وتقاريره»⁽³⁾.

وقال الزركشي: «ما صدر من الرسول **ح** من الأقوال، والأفعال، والتقارير، وأهَمَّ»⁽⁴⁾. وقال عن

(1) - النفاذاني، التلويح، مصدر سابق، ج2، ص05. الطوفي، مختصر الروضة وشرحه، مصدر سابق، ج2، ص60. الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج1، ص159. الآمدي، الإحكام، مصدر سابق، ج1، ص119. النسفي، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج2، ص03. الميهوي، نور الأنوار، مصدر سابق، ج2، ص03. السبكي، جمع الجوامع، مصدر سابق، ج2، ص333.

(2) - الميهوي، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - الآمدي، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج3، ص164. الزركشي، تشنيف المسامع، مصدر سابق، ج2، ص333.

الأخير: «وهذا الأخير لم يذكره الأصوليين، ولكن استعمله الشافعي في الاستدلال»⁽¹⁾.

و ثم شرح هذا التعريف قائلاً: « المراد بـ«أقواله»: التي ليست على وجه الإعجاز، ويدخل في «الأفعال»: «التقرير»، لأنه كفَّ عن الإنكار، والكفُّ فعلٌ على المختار، فكان ينبغي أن يزيد «وهمه». وقد احتج الشافعي رضي الله عنه في الجديد على استحباب تنكيس الرداء في خطبة الاستسقاء بجعله أعلاه أسفله»⁽²⁾، لحديث عبد الله بن زيد قال: استسقى رسولُ الله - ح - وعليه خميصة سوداء، فأراد أن يأخذ بأسفلها فيجعله أعلاها، فلما ثقلت عليه قلبها على عاتقه⁽³⁾، «فجعلوا ما هم به ولم يفعله سنة»⁽⁴⁾.

ثانياً: التثاقل والمفارقة بين الكتاب و السنة فيما يتعلق بنقض الأحكام القضائية:

ومن المتفق عليه بين العلماء جميعاً: الحنفية⁽⁵⁾؛ و المالكية⁽⁶⁾؛ و الشافعية⁽⁷⁾؛ و الحنابلة⁽¹⁾؛ أن

(1) - الزركشي، البحر المحيط، المصدر و الصفحة نفسها. الزركشي، تشنيف المسامع، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - الزركشي، تشنيف المسامع، المصدر نفسه، ج2، ص333.

(3) - أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب صلاة الاستسقاء، باب كيفية تحويل الرداء، ج3، ص351. والحاكم في المستدرک، كتاب الاستسقاء، ج1، ص475. رقم الحديث: 1221.

(4) - الزركشي، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - السرخسي، المسبوط، مصدر سابق، ج16، ص62-84. الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص4-14. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص182-189. المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج7، ص300. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص300. ابن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص87-88. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص8-11. الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج5، ص400-401. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص400-401-403. البابرتي، العناية، مصدر سابق، ج7، ص300-305. العيني، البناية، مصدر سابق، ج7، ص55. الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص298-303. التورتاسي، مسفةة الأحكام، مصدر سابق، ص171. الطرابلسي، معين الأحكام، مصدر سابق، ص29. عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص356. ابن البزاز، الفتاوى، مصدر سابق، ج5، ص173. الحصكفي، الدر المنتقى، مصدر سابق، ج3، ص236. ابن نجيم سراج الدين، النهر الفائق، مصدر سابق، ج3، ص627. داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج3، ص236. ابن أمير الحاج، التقرير والتحرير، مصدر سابق، ج3، ص446. الأنصاري، فواتح الرحموت، مصدر سابق، ج2، ص439. ابن أمير الحاج، تيسير التحرير، مصدر سابق، ج4، ص234.

(6) - ابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، ص501-502. ابن جزى، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص305. القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص97. القرافي، نفائس الأصول، مصدر سابق، ج9، ص3911-3912-3913. المقرئ، الكليات، مصدر سابق، ص181. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص41. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص41-42. الدرير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص94. ابن فرحون، تبصرة الأحكام، مصدر سابق، ج1، ص62. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص186-187. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج3، ص114-117. ابن عبد الرفيح، معين الأحكام، مصدر سابق، ج2، ص610. الخرشبي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص163. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص144. البناني، حاشية على شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج7، ص145. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص421. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص133-138-139. القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص46-47. حسن المالكي، تهذيب الفروق، مصدر سابق، ج4، ص97. المواق، التاج و الإكليل، مصدر سابق، ج8، ص138. الآبي، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج2، ص229. ميارة، فتح العليم الخلاق، مصدر سابق، ص426-428. الجعلي، سراج السالك، مصدر سابق، ج2، ص201.

(7) - الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج2، ص2411. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص389. الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج7، ص304-305. الأمدي، الأحكام، مصدر سابق، ج4، ص335. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص136. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص293. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص258. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص144. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص536. الغزي، أدب القضاء، مصدر سابق، ص238. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص312. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص682-690.

الحكم القضائي ينقض متى خالف نصاً قاطعاً من السنة النبوية الشريفة، قطعي الدلالة، قطعي الثبوت. وهي بهذا تتسوى مع القرآن في ما ينقض به الحكم القضائي، وكذا في الحجية، حيث إن كليهما نص، و «لا مساغ للاجتهاد في مورد النص». ومن هنا، فإن السنة تشاكل الكتاب من حيث تحديد نوع دلالة النص التي ينقض الحكم القضائي المخالف لها⁽²⁾، ولما كان الأمر كذلك، فإننا لن نُكرّر ما ذكرناه هناك، إذ يرد هنا أيضاً. وتذكيراً، فقد توصلنا إلى أنّ الدلالة التي ينقض الحكم القضائي المخالف لها هي الدلالة القطعية، وهي:

- النص؛ والمفسر؛ والمحكم؛ بحسب اصطلاح الحنفية.

- والنص، بحسب اصطلاح المتكلمين.

ومع هذا، فإن السنة تفارق الكتاب بوجوه الاتصال والثبوت، لأن القرآن يتصل بوجه واحد، وهو التواتر، ومن ثم فهو قطعي الثبوت، وأما السنة فتتصل بالآحاد وهو كثير، وبالشهوة، وهي ظنية الثبوت، وكذلك بالتواتر، وهو قليل بالنسبة لسنة للآحاد⁽³⁾.

ثالثاً: أقسام السنة عند الحنفية و المتكلمين:

- ولذا فإن السنة تنقسم من حيث عدد رواها عند المتكلمين⁽⁴⁾ (المالكية و الشافعية و الحنابلة)

الموردي، الحاوري الكبير، مصدر سابق، ج16، ص172-174. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص112. الروباني، بحر المذهب، مصدر سابق، ج11، ص267. البغوي، شرح السنة، مصدر سابق، ج10، ص115. البغوي، التهذيب، مصدر سابق، ج8، ص181. المحلي، كنز الراغبين، مصدر سابق، ج5، ص3813. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، مصدر سابق، ص284. السبكي، الفتاوى، مصدر سابق، ج2، ص436. الغزي، أدب القضاء، مصدر سابق، ص238. الغزي، معين الحكام، مصدر سابق، ص242. ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص126. زكريا الأنصاري، تحفة الطلاب، مصدر سابق، ج2، ص476. الشرقاوي، حاشية على تحفة الطلاب، مصدر سابق، ج2، ص476. الرملي، حاشية على أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص312. الحصني، القواعد، مصدر سابق، ج3، ص339. السيوطي، الأشباه و النظائر، مصدر سابق، ص130. عميرة، حاشية على كنز الراغبين، مصدر سابق، ج5، ص3814. السبكي، الإبهاج، مصدر سابق، ج3، ص266.

⁽¹⁾ - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص34-37. ابن قدامة، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص108-109. شمس الدين، ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص412. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص456. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص176. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص412. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص478. الزركشي، شرح مختصر الخرق، مصدر سابق، ج4، ص447-448. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص210-211. شرح الكوكب المنير، مصدر سابق، ج4، ص505. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج27، ص302-303. الإيجي، شرح مختصر ابن الحاجب الأصولي، مصدر سابق، ج2، ص300. ابن بدران، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد، مصدر سابق، ص384.

⁽²⁾ - النسفي، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج2، ص03. الغزالي، المنحول، مصدر سابق، ص164.

⁽³⁾ - النسفي، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج2، ص03.

⁽⁴⁾ - الباجي، إحكام الفصول، مصدر سابق، ص319-329. الغزالي، المنحول، مصدر سابق، ص164. الغزالي، المستصفي، مصدر سابق، ج2، ص186-187-204. الأمدي، الإحكام، مصدر سابق، ج4، ص205. ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مصدر سابق، ص51. القرافي، شرح تنقيح الفصول، مصدر سابق، ص273-278. السبكي، الإبهاج، مصدر سابق، ج2، ص282-299. الإسنوي، نهاية السؤل، مصدر سابق، ج2، ص663-683. الطوفي، شرح مختصر الروضة، مصدر سابق، ج2، ص71-72. ابن الحاجب، مختصر المنتهى، مصدر سابق، ج2، ص51. عضد الدين، شرح مختصر ابن الحاجب، مصدر سابق، ج2، ص52.

إلى نوعين، هما: السُّنَّة المتولِّدة؛ وسنة الآحاد.

- ويقسمها الحنفية⁽¹⁾ إلى ثلاثة أنواع بإضافة السُّنَّة المشهورة إلى القسمين السابقين، وفق الترتيب الآتي: السُّنَّة المتولِّدة؛ و السُّنَّة المشهورة؛ وسنة الآحاد.

هذا، ويطلق البعض على السنة المشهورة اسم: «المستفيض»⁽²⁾.

وإليك بيان هذه الأقسام الترتيب.

1- السُّنَّة المتواترة:

و السُّنَّة المتولِّدة هي: التي رواها أقوام لا يحصى عددهم، ولا يتوهم تواطؤهم على الكذب، لكثرتهم، وتباين أمكنتهم عن أقوام هكذا إلى أن تتصل برسول الله ح، فيكون آخره كأوله، وأوله كآخره، وأوسطه كطرفيه، عن أمر محسوس يستحيل تواطؤهم على الكذب عادة⁽³⁾.

ومثالها: نقل القرآن الكريم، والصلوات الخمس، وأعداد الركعات، ومقادير الزكوات ونحو ذلك⁽⁴⁾، وكل ذلك يوجب علم اليقين كالعيان علما ضروريا، أي علم اليقين بمنزلة العيان⁽⁵⁾.

السمعاني، قواطع الأدلة، مصدر سابق، ج1، ص324. الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج1، ص194.

(1) - الفتازاني، التلويح، مصدر سابق، ج2، ص6-8. النسفي، المصدر نفسه، ج2، ص5-11-13. البزدوي، أصول الفقه، مصدر سابق، ج2، ص512-514-534-538. البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج2، ص521-534-538. الميهوي، نور الأنوار، مصدر سابق، ج2، ص5-11-13. ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، مصدر سابق، ج2، ص313. السرخسي، أصول الفقه، مصدر سابق، ص220-226-227-249. السمرقندي، ميزان الأصول، مصدر سابق، ج2، ص614. ابن الهمام، التحرير، مصدر سابق، ج3، ص37. أمير بادشاه، تيسير التحرير، مصدر سابق، ج3، ص37. الأنصاري، فواتح الرحموت، مصدر سابق، ج2، ص138-139. صدر الشريعة، التنقيح، مصدر سابق، ج2، ص6-7.

(2) - البخاري، المصدر نفسه، ج2، ص534. الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج4، ص249-251. الآمدي، المصدر نفسه، ج2، ص218. الغزالي، المنحول، المصدر نفسه، ص244. ابن الحاجب، المصدر نفسه، ج2، ص55. عضد الدين، شرح مختصر ابن الحاجب، المصدر نفسه، ج2، ص55. السمعاني، قواطع الأدلة، مصدر سابق، ج1، ص325. الروياني، بحر المذهب، مصدر سابق، ج11، ص197. وقد ذكر مصطلح «الاستفاضة».

(3) - البزدوي، أصول الفقه، مصدر سابق، ج2، ص522-523. البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج2، ص522. النسفي، المنار، مصدر سابق، ج2، ص4. النسفي، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج2، ص4-6. الميهوي، نور الأنوار، مصدر سابق، ج2، ص4-5. القرافي، شرح تنقيح الفصول، مصدر سابق، ص273. الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج3، ص231. الإسنوي، نهاية السؤل، مصدر سابق، ج2، ص666. السرخسي، أصول الفقه، مصدر سابق، ص220. الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج1، ص194-195. السبكي، الإبهاج، مصدر سابق، ج2، ص282-285. الآمدي، الإحكام، مصدر سابق، ج4، ص205. السمرقندي، ميزان الأصول، مصدر سابق، ج2، ص615. الفتازاني، التلويح، مصدر سابق، ج2، ص5-6. صدر الشريعة، التنقيح، مصدر سابق، ج1، ص5-6. الأنصاري، فواتح الرحموت، مصدر سابق، ج2، ص138-139. السبكي، الإبهاج، مصدر سابق، ج1، ص282-285.

(4) - البزدوي، المصدر و الصفحة نفسها. النسفي، المنار، المصدر نفسه، ج2، ص6. السرخسي، أصول الفقه، مصدر سابق، ص220. منلاخسرو، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - البزدوي، المصدر نفسه، ج2، ص524. البخاري، المصدر نفسه، ج2، ص524. النسفي، المنار، المصدر نفسه، ج2، ص6. النسفي، كشف الأسرار، المصدر نفسه، ج2، ص6-7. الميهوي، المصدر نفسه، ج2، ص6-7. الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج2، ص187-189. الآمدي، المصدر نفسه، ج2، ص206-208. السبكي، المصدر نفسه، ج2، ص285. الإسنوي، المصدر نفسه، ج2، ص668. الزركشي، المصدر نفسه، ج4، ص238. السمرقندي، المصدر نفسه، ج2، ص616-617. منلاخسرو، المصدر نفسه، ج2، ص200.

و حكم المتواتر أنه يفيد القطع واليقين المطلق، «وهذا لأنَّ الاتصال لا يتحقق إلا بعد انقطاع شبهة الانفصال، وإذا انقطعت شبهة الانفصال ضاهى ذلك المسموع من رسول الله ح، لأنَّ الناس على هم شتى، وذلك يبعثهم على التباين في الأهواء والمرادات، فلا يرُدُّهم عن ذلك إلى شيء واحد إلا جامع أو مانع، وليس ذلك إلا اتفاق صنعوه، أو سماع اتبعوه، فإذا انقطعت تهمة الاختراع، لكثرة عددهم، وتباين أمكنتهم، تعيَّن جهة السماع، ولهذا كان موجبا علم اليقين عند جمهور الفقهاء»⁽¹⁾.

- والخلاصة أنَّ التواتر يفيد القطع واليقين، فإذا خالف الحكم القضائي السنَّة المتولدة، وكانت دلالتها قطعية - حسب ما حددناه سابقا في القرآن الكريم - فإنَّ الحكم القضائي يجب نقضه.

2- السنَّة المشهورة:

أ- تعريفها؛ وتمييزها عن السنة المتواترة:

هي ما كان من الأخبار أحاديا في الأصل، أي في الابتداء في عهد الصحابة، ثم انتشر في عهد التابعين وتبع التابعين حتى ينقله قوم لا يتوهم تواطؤهم على الكذب⁽²⁾.

وبمعنى آخر، أنَّ طبقات وَاة الحديث إلى عصر التدوين ثلاث: طبقة الصحابة؛ و طبقة التابعين؛ وطبقة تابعي التابعين. فالحديث المشهور هو أن يرويه صحابي أو صحابييين لا يبلغ حد التواتر، ثم يرويه في الطبقتين الآخرين (التابعين وتابعي التابعين) عدد يصل إلى حد التواتر بأن ينتشر فصار ينقله قوم لا يتوهم تواطؤهم على الكذب.

والعبرة في الاشتهار هي في القرنين الثاني والثالث، ولا عبرة للاشتهار في القرون التي بعد القرون الثلاثة، فإنَّ عامة أخبار الآحاد اشتهرت في هذه القرون، ولا تسمى «مشهورة»، فلا يجوز بها الزيادة على الكتاب⁽³⁾.

ومن خلال بيان السنَّة المتولدة والمشهورة يتضح الفرق بينهما، وهو أنَّ المتولدة نُقلت إلينا من مبدأ التلقي من النبي ح بطريق جمع التواتر في حلقات السند في العصور الثلاثة كلها.

أما المشهورة فإنَّ الطبقة الأولى فيها مفقودة منها جمع التواتر، بعكس الطبقتين التاليتين، ولهذا قال الحنفية: إنَّ المشهور «من أقسام الاتصال، وهو الذي فيه ضرب شبهة صورة لا معنى»⁽⁴⁾، بخلاف

(1) - السرخسي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مصدر سابق، ص51. الفتازاني، المصدر نفسه، ج2، ص7.

(2) - البزدوي، أصول الفقه، مصدر سابق، ج2، ص534-535. البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج2، ص534. النسفي، المنار، مصدر سابق، ج2، ص11. النسفي، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج2، ص12. الفتازاني، التلويح، مصدر سابق، ج2، ص392-393. ابن أمير الحاج، التقرير والتحجير، مصدر سابق، ج2، ص313. السرخسي، أصول الفقه، مصدر سابق، ص227. السمرقندي، ميزان الأصول، مصدر سابق، ج2، ص623.

(3) - البخاري، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - البخاري، المصدر و الصفحة نفسها. وانظر: البزدوي، المصدر نفسه، ج2، ص521. النسفي، كشف الأسرار، المصدر نفسه، ج2،

المتواتر فهو «اتصال كامل بلا شبهة»⁽¹⁾.

ب/ - حكم السنّة المشهورة: اختلف الحنفية في قطعية السنة المشهورة: هل في مرتبة السنة المتواترة أم هي دونها لكن فوق الآحاد؟؟

فكان هناك اتجاهان لدى الحنفية⁽²⁾:

- الأول: السنّة المشهورة كالمتواترة؛ أي قسم منها.

- الثاني: أنّها في مرتبة دون المتواترة وفوق الآحاد، أي قسيم للمتواتر.

ولكن كلا هذين الاتجاهين يلحقون السنّة المشهورة بالسنّة المتواترة في الحكم هنا من حيث إن كلا منهما ينقض به الاجتهاد والحكم القضائي المخالف، لأنهما مفيدتان للعلم عند هؤلاء جميعا.

- الاتجاه الأول: السنّة المشهورة كالمتواترة، فيثبت بها علم اليقين، بالطريق الاستدلالي

لا بطريق الضرورة:

وهذا مذهب أبي بكر الحصاص وبعض الحنفية⁽³⁾، حيث يعتبرون المشهور قسم من المتواتر.

ويترتب على هذا القول أنّ جاحد السنة المشهورة يكفّر عندهم.

قال البزدوي: «المشهورة... بمنزلة المتواترة، حجة من حجج الله تعالى، حتى قال الحصاص: إنّه أحد قسمي التواتر. وقال عيسى بن أبان: إنّ المشهور من الأخبار يضل صاحبها، ولا يكفّر، مثل: حديث المسح على الخفين، وحديث الرجم، وهو الصحيح عندنا، لأنّ المشهور بشهادة السلف صار حجة للعمل به كالمتواتر، فصحت الزيادة به على كتاب الله تعالى، وهو نسخ عندنا، وذلك مثل زيادة الرجم والمسح على الخفين، والتتابع في الصيام في صيام كفارة اليمين، لكنّه لما كان في الأصل من الآحاد ثبت به شبهة فسقط به علم اليقين، ولم يستقم اعتباره في العمل فاعتبرناه في العلم، لأنّنا لا نجد وسعا في رد المتواتر. وإنّما يشك فيه صاحب الوسواس ونخرج في رد المشهور، لأنّه لا يمتاز عن المتواترة إلا بما يشق دركه، لكن العلم بالمتواتر كان لصدق في نفسه، فصار يقينان والعلم بالمشهور لغفلة عن ابتدائه وسكون إلى حاله، فسمي: علم طمأنينة، والأول علم اليقين»⁽⁴⁾.

وهكذا، فإنّ التواتر والمشهور كلاهما يفيد علم اليقين، إلا أنّ العلم بالأول ضروري، وبالثاني:

ص12-13. الميهوي، نور الأنوار، مصدر سابق، ج2، ص13. التفتازاني، المصدر نفسه، ج2، ص7.

⁽¹⁾ - البزدوي، المصدر و الصفحة نفسها. التفتازاني، المصدر و الصفحة نفسها.

⁽²⁾ - السمرقندي، المصدر نفسه، ج2، ص624-625. السرخسي، المصدر نفسه، ص226-227. البزدوي، المصدر نفسه، ج2،

ص525-536. البخاري، المصدر نفسه، ج2، ص535-536. أمير بادشاه، تيسير التحرير، مصدر سابق، ج4، ص37. ابن أمير

الحاج، المصدر و الصفحة نفسها.

⁽³⁾ - أمير بادشاه، تيسير التحرير، مصدر سابق، ج4، ص37. ابن أمير الحاج، التقرير والتحجير، مصدر سابق، ج2، ص313.

⁽⁴⁾ - البزدوي، أصول الفقه، مصدر سابق، ج2، ص535-536.

استدلالي. وقال صاحب الميزان فيه: «إنَّه يوجب علما قطعيا عند عامة مشايخنا، لأنَّه لما أجمع أهل العصر الثاني على قبوله صار حكمه حكم الإجماع، والإجماع موجب للعلم قطعاً، فكذا هذا إلا أنَّا عرفنا هذا بالاستدلال، فلهذا سمينا العلم الثابت به: استداليا»⁽¹⁾.

- وحجة هذا القول أو الاتجاه أنَّه تواتر نقل هذا الخبر إلينا من قوم لا يتوهم اجتماعهم على الكذب، فقد أوجب لنا ذلك علم اليقين، وانقطع به توهم الاتفاق في الصدر الأول، لأنَّ الذين تلقوه بالقبول والعمل لا يتوهم اتفاقهم على القبول إلا بجامع جمعهم على ذلك، وليس ذلك إلا تعيُّن جانب الصدق في الذين كانوا أهلاً من رواته، ولكن إمامنا عرفنا هذا بالاستدلال، فلهذا سمينا العلم الثابت به مكتسباً وإن كان مقطوعاً به، بمنزلة العلم بمعرفة الصانع⁽²⁾.

- ثم إنَّ النَّسخ يثبت بمثل هذه الأخبار، فإنَّه يثبت بها الزيادة على كتاب الله تعالى، والزيادة على النَّصِّ نسخ، ولا يثبت نسخ ما يوجب علم اليقين إلا بمثل ما يوجب علم اليقين، ومن ثمَّ فالسُّنَّة المشهورة تفيد علم اليقين⁽³⁾.

- ويمكن أن يناقش بأنَّ نسخ القرآن، وهو متواتر، بالخبر المشهور فيه خلاف بين العلماء⁽⁴⁾. ثم إنَّ جواز نَسْخ القرآن به لا يدل على اليقين.

- الاتجاه الثاني: أنها في مرتبة دون المتواترة وفوق الآحاد، توجب علم الطمأنينة، لا علم اليقين:

وهذا مذهب عيسى بن أبان وكثير من الحنفية كما رأينا، وهو أيضا اختيار القاضي أبي زيد الدبوسي⁽⁵⁾. ويترتب على هذا القول أنَّ جاحد السنة المشهورة لا يكفَّر عندهم.

- وحجة هذا القول الثاني الأدلة الآتية:

- إنَّ ما يكون موجبا لعلم اليقين، فإنَّه يكفَّر جاحده، كما في المتواتر، الذي يوجب العلم ضرورة، وبالاتفاق لا يكفَّر جاحد المشهور من الأخبار، فعرفنا أنَّ الثابت به علم طمأنينة القلب، لا علم اليقين⁽⁶⁾.

- إنَّ الخبر المشهور يفيد علم اليقين، لأنَّه وإن تواتر نقله من الفريق الثاني، والثالث، فقد بقي فيه

(1) - النسفي، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج2، ص12.

(2) - السرخسي، أصول الفقه، مصدر سابق، ص227. السمرقندي، ميزان الأصول مصدر سابق، ج2، ص625.

(3) - السرخسي، المصدر و الصفحة نفسها. السمرقندي، المصدر نفسه، ج2، ص624.

(4) - الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج2، ص176-178. السرخسي، المصدر نفسه، ص341-348.

(5) - السمرقندي، المصدر و الصفحة نفسها. أمير بادشاه، تيسير التحرير، مصدر سابق، ج4، ص37. ابن أمير الحاج، التقرير والتحرير، مصدر سابق، ج3، ص313.

(6) - السرخسي، المصدر و الصفحة نفسها. أمير بادشاه، المصدر و الصفحة نفسها. ابن أمير الحاج، المصدر نفسه، ج3، ص313-314.

شبهة توهم الكذب عادة باعتبار الأصل، فإنَّ رواته عدد يسير، وعلم اليقين إنما يثبت إذا اتصل بمن هو معصوم عن الكذب على وجه لا يبقى فيه شبهة الانفصال، وقد بقي هنا شبهة الانفصال باعتبار الأصل، فيمنع ثبوت اليقين به، و من ثمَّ فإنَّ الخبر المشهور يفيد علم الطمأنينة⁽¹⁾.

- إنَّ التفاوت بين الخبر المتواتر الذي يفيد علم اليقين، والخبر المشهور الذي يفيد علم الطمأنينة تقتضيه المقابلة والغاية من تقسيم الأخبار إلى: متواترة؛ ومشهورة؛ وآحاد، فإذا لم يكن وراء القسم الأول حد آخر عرفنا أنَّ الثابت به علم ضرورة، ولما كان وراء القسم الثاني حدَّ آخر؛ عرفنا أنَّ الثابت به علم طمأنينة⁽²⁾.

- موازنة وترجيح:

ولعل الراجح من هذه الاتجاهات هو الاتجاه الأخير الذي يقرر أن السنة المشهورة هي التي تفيد علم الطمأنينة لا علم اليقين، وذلك لكون أدلته قوية وصحيحة وسليمة عن المعارض، بخلاف القول الأول. خاصة وأنَّ تقسيم السنة تقسيماً ثلاثياً يقتضي منطقياً التدرج من القطعية إلى الطمأنينة إلى الظنية.

3- سنة الآحاد:

أ- تعريفها:

وردت عدة تعاريف لسنة الآحاد يمكن ذكر بعضها كالاتي:

- عوّفه الغزالي بأنّه: « ما لا ينتهي من الأخبار إلى حد التواتر المفيد للعلم، فما نقله جماعة من خمسة أو ستة مثلاً، فهو خبر الواحد »⁽³⁾.

- و عوّفه بعض الشافعية بأنّه: « ما أفاد الظن »⁽⁴⁾.

- وقد انتقد الأمدي - وهو من الشافعية - هذا التعريف، لأنّه غير مطّرد؛ ولا منعكس، وذلك

كالآتي:

- أما أنّه غير مطّرد، فلأنَّ القياس مفيد للظن، وهو ليس خبر واحد، فقد وجد الحد، ولا محدود.

- وأما أنّه غير منعكس، فهو أنّ الواحد إذا أخبر بخبر، ولم يفد الظن، فإنّه خبر واحد وإن لم يفد

الظن، فقد وجد المحدود ولا حد، كيف وإنَّ التعريف بما أفاد الظن تعريف بلفظ متردد بين العلم، وبين

ترجح أحد الاحتمالين على الآخر في النفس من غير قطع، والمحدود مما يجب صيانتها عن الألفاظ

(1) - السرخسي، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - السرخسي، أصول الفقه، مصدر سابق، ص 227.

(3) - الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج 1، ص 204.

(4) - الأمدي، الأحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 218. وانظر: الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج 1، ص 201.

المشتركة لإخلالها بالتفاهم، وافتقارها إلى القرينة⁽¹⁾.

- ثم عَوَّفَ الآمدي خبر الآحاد بأنه: « ما كان من الأخبار غير منتهٍ إلى حد التواتر »⁽²⁾.

- وقال السمرقندي مؤلفاً إياه: « وفي عرف الفقهاء صار عبارة عن: خبر لم يدخل في حد الاشتهار، ولم يقع الإجماع على قبوله، وإن كان الراوي اثنين أو ثلاثة أو عشرة »⁽³⁾.

- وقال القرافي: « وهو خبر العدل الواحد، أو العدل، المفيد للظن »⁽⁴⁾.

- وقال الزركشي: « وليس المراد به ما يرويه الواحد فقط، وإن كان موضوع خبر الواحد في اللغة يقتضي وحدة المخبر الذي ينافيه التثنية والجمع، لكن وقع الاصطلاح به على: كل ما لا يفيد القطع، وإن كان المخبر به جمعا إذا نقصوا عن حد التواتر »⁽⁵⁾.

- وقال البزودي الحنفي في تعريفه: « هو كل خبر يرويه الواحد أو الإثنين فصاعدا، لا عبرة للعدد فيه بعد أن يكون دون المشهور والمتواتر »⁽⁶⁾.

- وبمثل هذا عرفه النَّسَفي⁽⁷⁾.

والمقصود أنه لم يبلغ في الطبقات الثلاث (الصحابة، والتابعين، وتابعي التابعين) حد المشهور والمتواتر، فلا عبرة بعد ذلك بأي قدر كان لأنها كلها سواء في أن لا يخرجها عن الأحادية⁽⁸⁾.

- ومن خلال كل هذه التعاريف يمكن القول أنَّ السُّنَّةَ الأحادية هي ما رواها عن النبي ﷺ عدد لا ينتهي إلى حد التواتر والمشهور في جميع الطبقات الثلاثة من الصحابة؛ والتابعين؛ وتابعيهم، بأن يرويهما واحد أو إثنان أو ثلاثة في كل طبقة من هذه الطبقات إلى عصر التدوين.

ب/- حكمها:

- و سنة الآحاد تفيد وجوب العمل، كما تفيد الظن، لا اليقين، و لا الطمأنينة، في مذهب أكثر العلماء⁽⁹⁾.

(1) - الآمدي، المصدر و الصفحة نفسها. وانظر: الشوكاني، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - الآمدي، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - السمرقندي، ميزان الأصول، مصدر سابق، ج2، ص627.

(4) - القرافي، شرح تنقيح الفصول، مصدر سابق، ص278.

(5) - الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج4، ص255-256. الزركشي، تشنيف المسامع، مصدر سابق، ج2، ص393.

(6) - البزودي، أصول الفقه، مصدر سابق، ج2، ص538. البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج2، ص538.

(7) - النسفي، المنار، مصدر سابق، ج2، ص13. النسفي، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج2، ص13. الميهوي، نور الأنوار، مصدر سابق، ج2، ص14.

(8) - الميهوي، المصدر و الصفحة نفسها.

(9) - البزودي، المصدر و الصفحة نفسها. البخاري، المصدر و الصفحة نفسها. النسفي، المنار وكشف الأسرار، المصدر نفسه، ج2، ص14. الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج1، ص204-207. الآمدي، الأحكام، مصدر سابق، ج2، ص218. القرافي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مصدر سابق، ص54-55. الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج1، ص200-201. الروياني، بحر المذهب، مصدر سابق، ج11، ص198. التفتازاني، التلويح، مصدر سابق، ج2، ص8. صدر الشريعة، التنقيح،

- واختار الآمدي أنه يفيد العلم اليقيني إذا احتفت به القرائن⁽¹⁾.

- وذهب أكثر أصحاب الحديث، منهم أحمد بن حنبل، وداود الظاهري، إلى أنَّ الأخبار التي حكم أهل الصنعة بصحتها توجب علم اليقين⁽²⁾، وهذا خارج عن دراستنا.

رابعاً/- نقض الحكم القضائي لمخالفة السنة بحسب أنواعها:

رأينا من قبل تقسيم السنة النبوية من حيث ثبوتها بين الحنفية و الجمهور، وأنها ثلاثة أقسام: متواترة؛ ومشهورة؛ وآحاد.

ولكن ما هو الوضع الشرعي عند مخالفة الحكم القضائي لكل نوع من هذه الأنواع الثلاثة من أنواع السنة هل ينقض أم لا ينقض؟

- جواباً عن هذا السؤال، فإنه لا مفر من اتباع التقسيم الثلاثي السابق للسنة إلى المتواترة؛ والمشهورة؛ والآحاد.

1/- إجماع العلماء قاطبة على نقض الحكم القضائي المخالف للسنة المتواترة:

أجمع العلماء قاطبة من: الحنفية⁽³⁾، والمالكية⁽⁴⁾، والشافعية⁽⁵⁾، والحنابلة⁽⁶⁾، على نقض الحكم

مصدر سابق، ج2، ص8.

(1)- الآمدي، المصدر و الصفحة نفسها.

(2)- الزدوي، أصول الفقه، مصدر سابق، ج2، ص539. البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج2، ص539. السرخسي، أصول الفقه، مصدر سابق، ص249. الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج1، ص204-205. الآمدي، المصدر و الصفحة نفسها. الحصكفي، الدر المنتقى، مصدر سابق، ج3، ص236.

(3)- الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص0-14. الزيلمي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص189. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص8-11. الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج5، ص400-401. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص401-403. عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص356. ابن البرزاق، الفتاوى، مصدر سابق، ج5، ص163-173. الحصكفي، الدر المنتقى، مصدر سابق، ج3، ص236. ابن نجيم سراج الدين، النهر الفائق، مصدر سابق، ج3، ص627. داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج3، ص236. ابن أمير الحاج، التقرير والتحجير، مصدر سابق، ج3، ص446. الأنصاري، فواتح الرحموت، مصدر سابق، ج2، ص439. أمير بادشاه، تيسير التحرير، مصدر سابق، ج4، ص234.

(4)- ابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، ص501. ابن عبد البر، التمهيد، مصدر سابق، ج9، ص91. ابن جزئ، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص305. الجعلي، سراج السالك، مصدر سابق، ج2، ص201. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص41. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص41-42. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص186-187. القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص97-98. الخرخشي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص163.

(5)- الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج2، ص2411. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص389. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص136. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص312. الخطيب الشيريني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص293. الزركشي، تشنيف المسامع، مصدر سابق، ج4، ص31. الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج7، ص304. الآمدي، المصدر نفسه، ج4، ص335. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص258. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص144. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص536. الروياني، بحر المذهب، مصدر سابق، ج11، ص267.

(6)- ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص34. ابن مفلح الفروع، مصدر سابق، ج6، ص456. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص412. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص478. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص176. المرادوي، أصول الفقه، مصدر سابق، ج8، ص3937. الزركشي، شرح مختصر الخرقفي، مصدر سابق، ج4، ص447-448.

القضائي المخالف للسنة المتولدة، لأنها دليل قطعي، والحكم القضائي الصادر بخلاف الدليل القطعي يجب نقضه.

جاء في فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت: « (لا ينقض الحكم في الاجتهاديات إذا لم يخالف قاطعاً)، وهو: الكتاب؛ والسنة المتولدة؛...»⁽¹⁾.

وقال الرملي الشافعي: « (وَإِذَا حَكَمَ بِاجْتِهَادِهِ) وَهُوَ مِنْ أَهْلِهِ أَوْ بِاجْتِهَادِ مُقَلِّدِهِ (ثُمَّ بَانَ) كَوْنُ مَا حَكَمَ بِهِ (خِلَافَ نَصِّ الْكِتَابِ ، أَوْ السُّنَّةِ) الْمُتَوَاتِرَةِ ، ... (نَقَضَهُ) وَجُوبًا ، أَي : أَظْهَرَ بَطْلَانَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَرْفَعْ إِلَيْهِ (هُوَ وَغَيْرُهُ) »⁽²⁾.

وقال البهوتي الحنبلي: « (فَإِنْ كَانَ) مِنْ قَبْلِهِ (مَنْ يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ) لَمْ يَجْزِ أَنْ يَنْقُضَ مِنْ أَحْكَامِهِ شَيْئًا ، لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى نَقْضِ الْحُكْمِ بِمِثْلِهِ وَيُؤَدِّي إِلَى أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ حُكْمٌ أَصْلًا (إِلَّا مَا يُخَالِفُ نَصَّ كِتَابِ) اللَّهِ تَعَالَى (أَوْ) نَصِّ (سُنَّةٍ مُتَوَاتِرَةٍ ... ، فَيَلْزَمُ نَقْضُهُ نَصًّا) »⁽³⁾.

2/- موقف الفقهاء من الحكم القضائي المخالف للسنة المشهورة:

- يرى الحنفية أنَّ السنة المشهورة من جملة الأدلة القطعية⁽⁴⁾، وأنها تلحق بالسنة المتولدة من حيث نقض الحكم المخالف لها⁽⁵⁾.

- و يرى جمهور العلماء غير الحنفية، من المالكية؛ والشافعية؛ والحنابلة؛ أنَّ السنة المشهورة تدخل في خبر الآحاد⁽⁶⁾، وعلى هذا فتأخذ حكمه في موضوع النقض. وهذا ما سنراه في العنصر الموالي مباشرة.

(1) - الأنصاري، فواتح الرحموت، مصدر سابق، ج2، ص439.

(2) - الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص258.

(3) - البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص412.

(4) - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص4-14. البزدوي، أصول الفقه، مصدر سابق، ج2، ص535-536. البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج2، ص534-537. النسفي، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج2، ص12-13. الميهوي، نور الأنوار، مصدر سابق، ج2، ص11-14. ابن أمير الحاج، التقرير والتحجير، مصدر سابق، ج2، ص235. السمرقندي، ميزان الأصول، مصدر سابق، ج2، ص222-223.

(5) - ابن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص87-88. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص188-189.

العيني، البناءة، مصدر سابق، ج7، ص55-58. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص300-301-303. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص8-11. داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج3، ص236. الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج5، ص400. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص400-401-403. الأنصاري، فواتح الرحموت، مصدر سابق، ج2، ص439. المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج7، ص300-305. الحصكفي، الدر المنتقى، مصدر سابق، ج3، ص236. ابن نجيم سراج الدين، النهر الفائق، مصدر سابق، ج3، ص627. البابر، العناية، مصدر سابق، ج7، ص300-305. أمير بادشاه، تيسير التحرير، مصدر سابق، ج4، ص222-223. ابن أمير الحاج، المصدر نفسه، ج3، ص431. الفتازاني، التلويح، مصدر سابق، ج2، ص392-393. صدر الشريعة، التوضيح، مصدر سابق، ج1، ص392-393.

(6) - الأمدى، الأحكام، مصدر سابق، ج2، ص218. البناني، حاشية على جمع الجوامع، مصدر سابق، ج2، ص129. ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مصدر سابق، ص51. ابن النجار، شرح الكوكب المنير، مصدر سابق، ج2، ص345. الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج1، ص203. البخاري، المصدر نفسه، ج2، ص534. السبكي، جمع الجوامع، مصدر سابق، ج2، ص129.

3- موقف الفقهاء من الحكم القضائي المخالف للسنة الأحادية:

اختلف الفقهاء حول نقض الحكم القضائي إذا خالف سنة أحادية على رأيين: رأي يرى النقض؛ وآخر يرى عدمه.

وإليك أصحاب هذه الأقوال مع أدلتها وبيان الراجح منها.

أ- القول الأول: لا ينقض الحكم القضائي المخالف للسنة الأحادية:

يرى الحنفية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾ في قول في المذهب، وكذا الحنابلة⁽³⁾ في قول في المذهب أيضا، إلى أنَّ الحكم القضائي إذا صدر مخالفاً لسنة أحادية، فإنه لا ينقض بل يمضى وينفذ، وأنه صحيح من كل الوجوه.

جاء في التقرير والتحجير: «(لا ينقض حكم اجتهادي)... (صحيح)... (إذا لم يخالف ما ذكر) أي: الكتاب؛ والسنة؛ والإجماع؛ والقياس، لأنه لا يكون صحيحاً مع مخالفته لقطعي منها، وينقض إذا خالف قطعياً منها اتفاقاً، ولا ينقض لمخالفته لظني منها، لتساويهما في الرتبة»⁽⁴⁾.

وقال المرغيناني: «والمراد بالسنة: المشهور منها»⁽⁵⁾.

وشرحه العيني بقوله: «أي المراد من السنة: ليس مطلق السنة، بل السنة المشهورة»⁽⁶⁾.

وقال النسفي: «وإذا رُفِعَ إليه حكم قاضٍ أمضاه إن لم يخالف الكتاب؛ والسنة المشهورة؛ والإجماع»⁽⁷⁾.

(1) - ابن مودود الموصل، الاختيار، مصدر سابق، ج2، ص87-88. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص189. المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج7، ص305. العيني، النباية، مصدر سابق، ج7، ص55-58. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج7، ص300. البابرتي، العناية، مصدر سابق، ج7، ص305. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص8. ابن نجيم سراج الدين، النهر الفائق، مصدر سابق، ج3، ص627. داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج3، ص236. الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج7، ص4-14. الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج5، ص400-401. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص400-401. الأنصاري، فواتح الرحموت، مصدر سابق، ج2، ص439. ابن أمير الحاج، التقرير والتحجير، مصدر سابق، ج3، ص446. أمير بادشاه، تيسير التحرير، مصدر سابق، ج4، ص234.

(2) - الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج1، ص343-344. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص112. ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، مصدر سابق، ج4، ص314.

(3) - ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص456. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص176. ابن مفلح، أبو عبد الله شمس الدين محمد المقدسي الحنبلي، أصول الفقه، حققه وعلّق عليه وقدم له: فهد بن محمد السدحان، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 1420هـ-1999م، ج4، ص1490-1491. المرادوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، التحجير شرح التحرير في أصول الفقه، دراسة وتحقيق: أحمد بن محمد السراج، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1421هـ-2000م، ج8، ص3973. ابن بدران، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد، مرجع سابق، ص384.

(4) - ابن أمير الحاج، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - المرغيناني، المصدر و الصفحة نفسها.

(6) - العيني، المصدر نفسه، ج8، ص58. وانظر: ابن الهمام، المصدر نفسه، ج7، ص300-301-303. البابرتي، المصدر نفسه، ج7، ص300-305.

(7) - النسفي، كنز الدقائق، مطبوع تبين الحقائق للزيلعي، مصدر سابق، ج4، ص188. وكذا مع البحر الرائق لابن نجيم، ج7، ص8.

وقال الزيلعي شارحا هذه العبارة: «وقيد بالسُّنة المشهورة احترازا عن الغريب»⁽¹⁾.
وجاء في فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت: «(لا ينقض الحكم في الاجتهاديات إذا لم يخالف قاطعا)، وهو: الكتاب؛ والسُّنة المتولدة؛ والمشهورة؛ والإجماع»⁽²⁾.
و تقييد الحنفية نقض الحكم بالسُّنة المتواترة أو المشهورة، يعني أنّ الحكم القضائي لا ينقض إذا خالف السُّنة الأحادية.

وقال الزركشي: «لا يجوز نقض حكم حاكم في المسائل الاجتهادية... وهذا إذا كان حكمه لم يتبين أنه خالف قطعيا، فإن خالف قاطعا من كتاب؛ أو السُّنة متواترة؛ أو إجماع؛ أو ظاهر جلي؛ أعم من أن يكون مفهوم الموافقة أولوي، أو القياس الجلي، نقض، لأنّ ذلك مقطوع، مقدّم على المظنون»⁽³⁾.

وقال ابن مفلح: «(فإن كان ممن يصلح للقضاء لم ينقض من أحكامه إلا ما خالف نص كتاب؛ وسنة) متواترة كانت، أو آحادا، كقتل مسلم بكافر، فيلزم نقضه. نصّ عليهما. وقيل: متواترة»⁽⁴⁾ فقط دون الآحاد.

وقال المرداوي عبارة قريبة جدا من هذا⁽⁵⁾.
- وعلل أصحاب هذا القول رأيهم بأنّ خبر الواحد يفيد الظن، لا اليقين ولا الطمأنينة، ولا ينقض الحكم القضائي بمخالفته الظني⁽⁶⁾.

يقول الغزالي: «فإن قيل: فمن حكم على خلاف خبر الواحد، أو بمجرد صيغة الأمر، أو الحكم في الفساد بمجرد النهي، فهل ينقض حكمه، وقد قطعتم بصحة خبر الواحد، وأنّ صيغة الأمر لا تدل على الوجوب، والنهي لا يدل بمجرد على الفساد؟

- قلنا: مهما كانت المسألة ظنية فلا ينقض الحكم، لأنّنا لا ندري أنّه حكم لرّدّه خبر الواحد، أو أنّه حكم بمجرد صيغة الأمر، بل لعله كان حكم لدليل آخر ظهر له، فإن علمنا أنّه حكم لذلك لا لغيره، وكانت المسألة مع ذلك ظنية اجتهادية فلا ينبغي أن ينقض، لأنّه ليس لله في المسألة الظنية حكم معين، فقد حكم بما هو حكم الله تعالى على بعض المجتهدين، فإنّ أخطأ في الطريق فليس مخطئا في

(1) - الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، ج4، ص189. وانظر أيضا: ابن نجيم سراج الدين، المصدر و الصفحة نفسها. ابن عابدين، المصدر نفسه، ج5، ص400.

(2) - الأنصاري، فواتح الرحموت، مصدر سابق، ج2، ص439.

(3) - الزركشي، تشنيف المسامع، مصدر سابق، ج4، ص30-31.

(4) - ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص176.

(5) - المرداوي، التحبير، مصدر سابق، ج8، ص3973.

(6) - الغزالي، المستصفي، مصدر سابق، ج1، ص343-344. السبكي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ج1، ص407. ابن مفلح، أصول الفقه، مصدر سابق، ج4، ص1490-1491.

نفس الحكم، بل حكم في محل الاجتهاد. وعلى الجملة: الحكم في المسألة فيها خبر واحد على خلاف الخبر ليس حكماً برد الخبر مطلقاً، وإنما المقطوع به كون الخبر حجةً على الجملة، أما آحاد المسائل فلا يقطع فيها بحكم»⁽¹⁾.

وقال السبكي الشافعي: «و لو بان دليل ظني معارض لدليل حكمه؛ فلا التفات إليه قطعاً؛ لأنه اجتهاد غير مستقر، بل يجوز أن يصير الراجح مرجوحاً، والمرجوح راجحاً، ...، وقد تلخص: أنه متى بان الخطأ قطعاً نقض قطعاً أو ظناً؛ ففي بينة الداخل مع الخارج ينقض في الأصح، وفي الدليلين لا ينقض، والفرق أن الظن في اليد مقطوع به، فهو اعتقاد رجحان، وفي الدليلين رجحان اعتقاد، وليس مقطوعاً به ولو لم يتبين الخطأ»⁽²⁾.

ب/- القول الثاني: ينقض الحكم القضائي المخالف للسنة الأحادية:

ذهب المالكية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾ في المذهب والقول الراجح لديهما معا إلى أن الحكم القضائي متى خالف سنة أحادية يجب نقضه.

وقال النووي الشافعي: «متى حكم القاضي بالاجتهاد، ثم بان له الخطأ في حكمه، فله حالان: أحدهما: إن تبين أنه خالف قطعياً، كنص كتاب؛ أو سنة متواترة؛ أو إجماع؛ أو ظناً محكماً بخبر الواحد؛ أو بالقياس الجلي، فيلزمه نقض حكمه»⁽⁶⁾.

وقال الرملي الشافعي: «(وَإِذَا حَكَمَ بِاجْتِهَادِهِ) وَهُوَ مِنْ أَهْلِهِ أَوْ بِاجْتِهَادِ مُقَلِّدِهِ (ثُمَّ بَانَ) كَوْنُ مَا حَكَمَ بِهِ (خِلَافَ نَصِّ الْكِتَابِ، أَوْ السُّنَّةِ) الْمُتَوَاتِرَةِ، أَوْ الْآحَادِ، ... (نَقَضَهُ) وَجُوبًا، أَيْ أَظْهَرَ بَطْلَانَهُ وَإِنْ لَمْ يَرْفَعْ إِلَيْهِ (هُوَ وَغَيْرُهُ)»⁽⁷⁾.

(1) - الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج1، ص343-344.

(2) - السبكي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ج1، ص407.

(3) - ابن عبد البر، التمهيد، مصدر سابق، ج9، ص91. ابن عبد الرفيع، معين الحكام، مصدر سابق، ج2، ص610. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص421. البنانى، حاشية على شرح الزرقاني على مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص145. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص41. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص41-42. عليش، شرح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص187. المواق، التاج والأكليل، مصدر سابق، ج8، ص138.

(4) - الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج7، ص304-305. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص136. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص312. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص112. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص293. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص258. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص144. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص536. عميرة، حاشية على كنز الطالبين، مصدر سابق، ج5، ص3814.

(5) - الزركشي، شرح المختصر الخرقى، مصدر سابق، ج4، ص448. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص456. البهوتي، كشاف كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص412. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص478. المرادوي، التحبير، مصدر سابق، ج8، ص3973. ابن النجار، شرح الكوكب المنير، مصدر سابق، ج4، ص503-505. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص223. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص176. ابن بدران، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد، مرجع سابق، ص384.

(6) - النووي، المصدر و الصفحة نفسها.

(7) - الرملي، المصدر و الصفحة نفسها.

وقال الزركشي: « وعموم كلام الخرقى وغيره يقتضى النقض لمخالفة نص السنة وإن كانت آحاداً، ونصّ عليه الإمام»⁽¹⁾.

وقال البهوتي الحنبلي: « (فَإِنْ كَانَ) مَنْ قَبْلَهُ (مِمَّنْ يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ) لَمْ يُجْزَ أَنْ يَنْقُضَ مِنْ أَحْكَامِهِ شَيْئاً، لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى نَقْضِ الْحُكْمِ بِمِثْلِهِ وَيُؤَدِّي إِلَى أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ حُكْمٌ أَصْلاً (إِلَّا مَا يُخَالِفُ نَصَّ كِتَابِ) اللَّهِ تَعَالَى (أَوْ) نَصِّ (سُنَّةٍ مُتَوَاتِرَةٍ أَوْ آحَادٍ كَقَتْلِ مُسْلِمٍ بِكَافِرٍ، وَلَوْ مُلْتَزِمًا، فَيَلْزَمُ نَقْضُهُ نَصًّا)»⁽²⁾.

و لم يذكر أصحاب هذه المذاهب دليلاً لقولهم، على أنه يمكن أن يستشهد لهم بالأدلة الآتية⁽³⁾:

⑥- / إنَّ خبر الآحاد دليل شرعي يجب اتباعه والعمل به، وهو ضروري في الشرع، لأنَّ النَّصَّوص معوزة جدا، كما أنَّ الأخبار المتواترة قليلة جدا، وإلا لتعطلت الأحكام، وضاعت الحقوق، وفشت الفوضى⁽⁴⁾.

- ويمكن مناقشة هذا الاستدلال بأنَّ الحكم القضائي لا يصدر إلا على أساس نص قطعي، أما نص ظني، واعتباره قطعياً غير مسلم به.

⑦- / إنَّ خبر الآحاد يفيد القطع ولا يفيد الظن، وهذا ما قال به الباجي المالكي⁽⁵⁾، ورواية عند عند الحنابلة⁽⁶⁾، وبعض المحدثين⁽⁷⁾، ومن ثم فالحكم القضائي المخالف لسنة آحادية يكون قد خالف دليلاً قاطعاً، ومن ثم يجب نقضه وإبطاله.

- ويمكن مناقشة هذا الاستدلال بوجهين:

- إنَّ جمهور العلماء - كما بينا ذلك من قبل - يرون أنَّ خبر الآحاد يفيد الظن لا القطع، خاصة وأنَّ المشهور عند الحنفية لا يوجب علم اليقين، بل يوجب علم الظمأنينة، فخير الواحد لولي، وهذا لأنَّ خبر الواحد محتمل في نفسه، وكيف يثبت علم اليقين مع وجود الاحتمال؟، ومن ثم فالقول بأنَّ خبر الآحاد يفيد القطع غير مسلم به من أغلب العلماء.

(1) - الزركشي، شرح المختصر الخرقى، مصدر سابق، ج4، ص448.

(2) - البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص412.

(3) - الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج2، ص769-771.

(4) - الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج4، ص436.

(5) - الباجي، إحكام الفصول، مصدر سابق، ص323-324.

(6) - البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج2، ص539. الطوفي، شرح مختصر الروضة، مصدر سابق، ج2، ص103. الأمدي،

الإحكام، مصدر سابق، ج2، ص218.

(7) - الزدوي، أصول الفقه، مصدر سابق، ج2، ص539. البخاري، المصدر و الصفحة نفسها. السرخسي، أصول الفقه، مصدر سابق،

ص249. الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج1، ص204-205. الأمدي، المصدر و الصفحة نفسها. الزركشي، البحر المحيط،

المصدر نفسه، ج4، ص262-263. الطوفي، المصدر و الصفحة نفسها.

والأكثر من ذلك أنَّ الجبائي وجماعة من المتكلمين ذهبوا إلى أنَّ العمل بخبر الواحد لا يجوز أصلاً في العقليات. وذهب أبو داود والقاشاني والشيعة إلى منع العمل به سمعا واحتج هؤلاء الأخيرين بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: 36]. أي: لا تتبع ما لا علم لك به، وخبر الواحد لا يوجب العلم، فلا يجوز اتباعه والعمل به بظاهر هذا النص. وحتى على القول بأنه يفيد الظن، كما قال الجمهور، فإنَّ الظن محرم الاتباع لقوله تعالى: ﴿وَمَا لَهُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يَغْنَى مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾ [النجم] (1).

ومن ثم لا يسلم لهم بالقطع في خبر الآحاد المجرد.

- إنَّ خبر الواحد دون أن تحتف به القرائن، تعرض له الاحتمالات القوية فيضعف عن إفادة العلم، ولا يكون قطعياً.

⑤/- إنَّ خبر الواحد هو من الظاهر الجلي، والحكم القضائي إذا خالف ظاهراً جلياً وجب نقضه، وهو مذهب المالكية (2)، والراجح والمشهور عند الشافعية (3)، ومن ثم، فإنَّ الحكم القضائي إذا خالف خبر الواحد وجب نقضه.

قال عليش: «تبع المصنّف في قوله: «ما خالف قاطعاً» ابن الحاجب التّابع لابن شاس. وتعبه ابن عبد السلام بأنّه قد يكون النص غير متواتر يفيد القطع، ومع ذلك فإنّهم قالوا: ينقض حكم القاضي إذا خالفه، ونقله في توضيحه وأقره. ابن عرفة: تعليق ابن الحاجب النّقض على ما خالف القاطع لا عرفه، ثم نقل كلاماً عن المازري، وقال عقبه: فلم يقصر المررّ النّقض على القطع، فقصر ابن الحاجب النّقض عليه غير مستند لنصّ رواية تابعا» (4).

- ويمكن مناقشة هذا الاستدلال بأنّ تجوير نقض الأحكام القضائية لمخالفة الدليل الظني يؤدي إلى ألا تستقر الأحكام، ومن ثم اضطرابها وهذا مفسدة ممنوعة شرعاً.

ج/- موازنة الترجيح:

من خلال العرض السابق للأقوال وأدلتها، فإنَّ الذي اختاره كثير من المحققين العلماء: كالآمدي (5)، والسبكي (1)، والزركشي (2)، والرّازي (3)، والتّظام (4)، وإمام الحرمين الجويني (5)، والغزالي (6)،

(1) - البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج 2، ص 539. الآمدي، الإحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 218-220.
(2) - الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 41-42. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 186-187. البناني، حاشية على الشرح الزرقاني، مصدر سابق، ج 7، ص 145. المكي، تهذيب الفروق، مصدر سابق، ج 2، ص 182-183.
(3) - ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج 10، ص 144. السبكي، جمع الجوامع، مصدر سابق، ج 2، ص 391. البيضاوي، الغاية القصوى، مصدر سابق، ج 2، ص 463.
(4) - عليش، المصدر و الصفحة نفسها.
(5) - الآمدي، الإحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 218. وانظر أيضاً: الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج 4، ص 247. الزركشي،

والغزالي⁽⁶⁾، والقرافي⁽⁷⁾، وابن الحاجب⁽⁸⁾، والبيضاوي، وغيرهم⁽⁹⁾، أنّ خبر الواحد إذا احتفت به القرائن، من توافر شروط الصحة والقبول وعدم وجود ما يعارضه، فإنّه يعد من جملة الأدلة القطعية.

قال الآمدي: «والمختار حصول العلم بخبره إذا احتفت به القرائن، ويمتنع ذلك عادة دون القرائن، وإن كان لا يمتنع خرق العادة بأن يخلق الله تعالى لنا العلم بخبره من غير قرينة»⁽¹⁰⁾.

وقال الرازي: «والمختار أنّ القرينة قد تفيد العلم... وبالجملة: فكل من استقرأ العرف عرف أنّ مستند اليقين في الأخبار ليس إلا القرائن»⁽¹¹⁾.

وقال ابن قدامة المقدسي: «وهذا إنّما يصح إذا تجوّد الخبر عن القرائن، فإن اقترنت به قرائن جاز أن تختلف به الوقائع والأشخاص، لأنّ القرائن قد توّث العلم، وإن لم يكن فيه أخبار فلا يبعد أن تنضم القرائن إلى الأخبار، فيقوم بعض القرائن مقام بعض العدد من المخبرين، ولا ينكشف هذا إلا بمعرفة القرائن وكيفية دلالتها»⁽¹²⁾. ثم ذكر بعض القرائن وقال: «ونحو ذلك من القرائن، فلا يبعد أن يحصل التصديق بقول عدد ناقص مع قرائن تنضم إليه ولو تجوّد عن القرائن لم يفد العلم، والتجربة تدل على هذا»⁽¹³⁾.

وقال ابن تيمية: «الصحيح أنّ خبر الواحد قد يفيد العلم إذا احتفت به قرائن تفيد العلم»⁽¹⁴⁾. وقال الزركشي: «خبر الواحد المحفوف بالقرائن: ذهب النّظام، وإمام الحرمين، والغزالي، إلى أنّه يفيد العلم القطعي، واختاره الرازي، والآمدي، وابن الحاجب، والهندي، وغيرهم، وهو

تشنيف المسامع، مصدر سابق، ج2، ص396. السبكي، الإبهاج، مصدر سابق، ج2، ص283. الإسنوي، نهاية السؤل، مصدر سابق، ج2، ص666.

(1) - السبكي، جمع الجوامع، مصدر سابق، ج2، ص130. السبكي، الإبهاج، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - الزركشي، البحر المحيط، المصدر و الصفحة نفسها. الزركشي، تشنيف المسامع، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - الرازي، المحصول، مصدر سابق، ج4، ص284. الزركشي، البحر المحيط، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - الآمدي، المصدر و الصفحة نفسها. الزركشي، البحر المحيط، المصدر و الصفحة نفسها. الرازي، المصدر نفسه، ج4، ص282-284. السبكي، الإبهاج، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - الجويني، البرهان، مصدر سابق، ج1، ص388. الزركشي، البحر المحيط، المصدر و الصفحة نفسها. الزركشي، تشنيف المسامع، المصدر و الصفحة نفسها. الرازي، المصدر نفسه، ج4، ص282. السبكي، الإبهاج، المصدر و الصفحة نفسها.

(6) - الغزالي، المستصفي، مصدر سابق، ج1، ص190-193. الزركشي، البحر المحيط، المصدر و الصفحة نفسها. السبكي، الإبهاج، المصدر و الصفحة نفسها. الرازي، المحصول، المصدر و الصفحة نفسها.

(7) - القرافي، نفاث الأصول، مصدر سابق، ج7، ص3062-3063.

(8) - ابن الحاجب، مختصر المنتهى الأصولي، مصدر سابق، ج2، ص55.

(9) - الزركشي، البحر المحيط، المصدر و الصفحة نفسها. الزركشي، تشنيف المسامع، المصدر و الصفحة نفسها. السبكي، الإبهاج، المصدر و الصفحة نفسها. الإسنوي، المصدر و الصفحة نفسها.

(10) - الآمدي، المصدر و الصفحة نفسها.

(11) - الرازي، المصدر نفسه، ج4، ص284.

(12) - ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مصدر سابق، ص52.

(13) - ابن قدامة المقدسي، المصدر نفسه، ص53.

(14) - ابن تيمية، مجموعة الفتاوى، مصدر سابق، ج18، ص40.

المختار، ويكون العمل ناشئاً عن المجموع من القرينة والخبر...»⁽¹⁾.

وقال الشوكاني: «واختلفوا في خبر الواحد المخفوف بالقرائن، فقيل يفيد العلم، وقيل: لا يفيد، وهذا خلاف لفظي، لأنَّ القرائن إن كانت قوية بحيث يحصل لكل عاقل عندها العلم كان من المعلوم صدقه، وإلا فلا وجه لما قاله الأكثرون من أنه لا يحصل العلم به لا بالقرائن ولا بغيرها. ومن المعلوم صدقه أيضاً إذا أخبر بخبر بحضرتة ح بخبر يتعلق بالأمر الدينية، وسمعه ح، ولم ينكر عليه، لا إذا كان الخبر يتعلق بغير الأمور الدينية»⁽²⁾.

فهذه النصوص - وهناك غيرها⁽³⁾ - كلها تدل على أنَّ خبر الواحد المخفوف بالقرائن يصل إلى مرتبة القطعي، وعليه، فإنَّ الحكم القضائي إذا خالف خبر الواحد المخفوف بالقرائن يجب نقضه وإبطاله، وأما إذا كان مجرداً عن القرائن فإنه لا ينقض به الحكم القضائي. وإلى هذا ذهب بعض الباحثين المعاصرين⁽⁴⁾.

- الخلاصة أنَّ الحكم القضائي ينقض في حال مخالفة السنَّة المتولدة؛ أو السنَّة المشهورة؛ أو سنة الآحاد المخفوفة بالقرائن؛ على أن تكون دلالتها قطعية من محكم؛ أو مفسر؛ أو نص، بحسب اصطلاح الحنفية، أو نص، بحسب اصطلاح المتكلمين.

المبحث الثالث: نقض الحكم القضائي لمخالفته الإجماع:

أولاً: تعريف الإجماع اصطلاحاً:

يمكن تعريف الإجماع⁽⁵⁾ بأنه: اتفاق جميع المجتهدين من أمة محمد ح بعد وفاته في عصر من الأعصار على حكم شرعي. أما شرح هذه التعاريف فهو كالآتي⁽⁶⁾:

(1) - الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج4، ص247.

(2) - الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج1، ص204.

(3) - القرافي، نفايس الأصول، مصدر سابق، ج7، ص3062-3063. القرافي، شرح التنقيح الفصول، مصدر سابق، ص273-278.

(4) - الطوفي، شرح مختصر الروضة، مصدر سابق، ج2، ص85. الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج4، ص265-266.

(5) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج2، ص771-774. العنقري، أحمد بن محمد، نقض الاجتهاد - دراسة أصولية -، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1422هـ-2001م، ص53.

(6) - النسفي، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج2، ص180. الميهوي، نور الأنوار، مصدر سابق، ج2، ص179-180. البخاري، كشف

كشف الأسرار، مصدر سابق، ج3، ص337. القرافي، شرح تنقيح الفصول، المصدر نفسه، ص253. الغزالي، المستصفى، مصدر سابق،

ج1، ص244. الأمدي، الإحكام، مصدر سابق، ج1، ص137-138. الغزالي، المنخول، مصدر سابق، ص303. السبكي، جمع

الجوامع، مصدر سابق، ج3، ص09. الزركشي، تشنيف المسامع، مصدر سابق، ج3، ص11. ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مصدر

سابق، ص68. الشوكاني، المصدر نفسه، ج1، ص254. ابن بدران، عبد القادر، نزهة الخاصر العاطر شرح كتاب روضة الناظر وجنة

المنائر لابن قدامة المقدسي، ضبط وترجيح: عبد محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1، ص225. الزحيلي، وهبة، أصول

الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج1، ص490.

(6) - الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج4، ص436-437. الأمدي، الإحكام، مصدر سابق، ج2، ص138. الرازي،

المحصل، مصدر سابق، ج4، ص20. البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج3، ص337-338. القرافي، شرح التنقيح الفصول،

- فقولنا: «اتفاق»: يعم الأقوال والأفعال والاعتقاد والتقدير والسكوت - لمن يراه - فخرج اتفاق العوام، فلا عبرة بوقافهم، ولا خلافهم، ويخرج أيضا اتفاق بعض المجتهدين.
- وبالإضافة إلى أمة محمد ح: خرج اتفاق الأمم السابقة، وإن قيل: بأنه حجة على رأي، لكن الكلام في الإجماع الذي هو حجة.
- وقولنا: «بعد وفاته»: قيد لا بد منه، فإنَّ الإجماع لا ينعقد في زمانه عليه السلام.
- وخرج ب: «الحادثة»: انعقاد الإجماع على الحكم الثابت بالنص والعمل به.
- وقولنا: «في عصر من الأعصار»: ليرفع وهم من يتوهم أنَّ المراد بالمجتهدين من يوجد إلى يوم القيامة، وهذا التوهم باطل، فإنه يؤدي إلى عدم تصور الإجماع أصلا.
- وقولنا: «على أمر من الأمور»: يتناول الشرعيات والعقليات والوفيات واللغويات، والإثبات والنفي.

ثانيا: إجماع العلماء على نقض الحكم القضائي المخالف للإجماع على الجملة:
وقد أجمع العلماء قاطبة، من: الحنفية⁽¹⁾، و المالكية⁽²⁾، و الشافعية⁽³⁾، و الحنابلة⁽⁴⁾ على أنَّ

- مصدر سابق، ص 253. الزركشي، تشنيف المسامع، مصدر سابق، ج 3، 10-14. الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج 1، ص 254-255. ابن بدران، نزهة خاطر العاطر، مصدر سابق، ج 1، ص 224-225.
- (1) - السرخسي، المسبوط، مصدر سابق، ج 16، ص 62-84. الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج 7، ص 4-14. ابن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج 2، ص 87. المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج 7، ص 300. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج 7، ص 300. العيني، البنية، مصدر سابق، ج 7، ص 55-58. السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج 1، ص 323-324. داماد أفندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج 3، ص 236. الأنصاري، فواتح الرحموت، مصدر سابق، ج 2، ص 439. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص 29. الثورتاسي، مسفحة الحكام، مصدر سابق، ص 171. الحصكفي، الدر المنتقى، مصدر سابق، ج 3، ص 236. الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج 5، ص 401. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج 5، ص 401-403. عالمكير وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج 3، ص 356. ابن البزاز، الفتاوى، مصدر سابق، ج 5، ص 173. أمير بادشاه، تيسير التحرير، مصدر سابق، ج 4، ص 234.
- (2) - ابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، ص 501-502. ابن عبد البر، التمهيد، مصدر سابق، ج 9، ص 91. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج 3، ص 114-117. ابن عبد الرفيع، معين الحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 610. ابن جزى، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص 305. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج 7، ص 421. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 62. الجعلي، سراج السالك، مصدر سابق، ج 2، ص 201. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 41. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج 4، ص 93-94. القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج 4، ص 97. القرافي، الإحكام، مصدر سابق، ص 46. القرافي، المصدر نفسه، ص 347. القرافي، نفائس الأصول، مصدر سابق، ج 9، ص 391. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج 10، ص 133-134-139. المقري، الكليات، مصدر سابق، ص 181. حسن المالكي، تهذيب الفروق، مصدر سابق، ج 4، ص 97. وج 2، ص 182-183. الخرخشي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج 7، ص 163. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج 7، ص 144. البنانى، حاشية على شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج 7، ص 145. الأبي، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج 2، ص 229. ميارة، فتح العليم الخلاق، مصدر سابق، ص 426-428.
- (3) - الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج 2، ص 241. ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص 126. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج 3، ص 389. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 1، ص 682-689. الماوردي، الحاوري الكبير، مصدر سابق، ج 16، ص 172-174. البغوي، شرح السنة، مصدر سابق، ج 10، ص 115. البغوي، التهذيب، مصدر سابق، ج 8، ص 181. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج 8، ص 136. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، مصدر سابق، ص 284. السبكي، الفتاوى، مصدر سابق، ج 2، ص 436. السبكي، الأشباه و النظائر، مصدر سابق، ج 1، ص 405-406. السبكي، الإبهاج، مصدر سابق، ج 3، ص 266.

الحكم القضائي المخالف للإجماع على الجملة ينقض، وذلك لأنَّ الإجماع حجة كالنَّصِّ المتواتر، فيكون خلافه باطلا قطعاً وبقيناً⁽²⁾، وهذا يدخل وتنطبق عليه قاعدة: «لا مساعٍ للاجتهاد في مورد النَّصِّ»⁽³⁾، ومعنى النَّصِّ في القاعدة - بالإضافة إلى الكتب والسُّنَّة - الإجماع، لأنَّه يستند إليهما معاً، أو إلى أحدهما⁽⁴⁾.

قال ابن حزم: «إنَّ حكم بما يخالف الإجماع، فإنَّ حكمه مردود»⁽⁵⁾.

وقال الصدر الشهيد أنَّ الحكم القضائي: «متى خالف الكتاب؛ أو السُّنَّة؛ أو الإجماع كان حكمه باطلا وضلالاً، والباطل لا يجوز الاعتماد عليه، فعلى القاضي الثاني أن ينقضها»⁽⁶⁾.

ثالثاً: أنواع الإجماع:

وإذا قلنا: إنَّ الحكم المخالف للإجماع على الجملة ينقض، فهذا معناه أنَّ للإجماع أنواع، منها ما هو متفق عليه على نقض الحكم إن خالفه، و منها ما هو مختلف فيه حول نقض الحكم عند المخالفة من عدمه.

فما هي أنواع الإجماع التي ينقض بها الحكم عند المخالفة بالاتفاق، وما هي أنواعه المختلف حولها؟

يقسم علماء الأصول⁽⁷⁾ الإجماع إلى نوعين: إجماع قطعي؛ وإجماع ظني.

الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص293. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص258. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص112. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص312. زكريا الأنصاري، تحفة الطلاب، مصدر سابق، ج2، ص476. الحصني، القواعد، مصدر سابق، ج3، ص339. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص536. السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص130. الغزي، أدب القضاء، مصدر سابق، ص238. الغزي، معين الحكام، مصدر سابق، ص243. المحلي، كنز الراغبين، مصدر سابق، ج5، ص3813. عميرة، حاشية على كنز الراغبين، مصدر سابق، ج5، ص3814.

(1) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص34. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص412-413. ابن مفلح الفروع، مصدر سابق، ج6، ص456. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص176. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص412. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص478.

(2) - الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص298-299. القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص. القرافي، شرح تنقيح الفصول، مصدر سابق، ص267-347. الغزالي، المنحول، مصدر سابق، ص303. الطوفي، شرح مختصر الروضة، مصدر سابق، ج3، ص14.

(3) - حيدر، على، درر الحكام، مرجع سابق، ج1، ص32. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مصدر سابق، ج1، ص25. الزرقاء، أحمد، شرح القواعد الفقهية، مصدر سابق، ص147. الزرقاء، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص1015-1017.

(4) - الزرقاء، أحمد، المرجع و الصفحة نفسها. الزرقاء، مصطفى أحمد، المرجع نفسه، ج2، ص1015.

(5) - ابن حزم، مراتب الإجماع، مصدر سابق، ص85.

(6) - الصدر الشهيد، المصدر نفسه، ص298.

(7) - أمر بادشاه، تيسير التحرير، مصدر سابق، ج3، ص233-260. عضد الملة والدين، شرح مختصر ابن الحاجب، مصدر سابق، ج2، ص34. ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مصدر سابق، ص79. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج19، ص267-268. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص210. السبكي، جمع الجوامع، مطبوع مع تشنيف المسامع، مصدر سابق، ج3، ص53. الزركشي، تشنيف المسامع، مصدر سابق، ج3، ص55-56. الطوفي، شرح مختصر الروضة، مصدر سابق، ج3، ص126-136. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص412. الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج1، ص278.

1- تعريف الإجماع القطعي، وبيان نقض الحكم القضائي المخالف له بالإجماع:

- يعرف الإجماع القطعي بأنه: ما قُطِعَ فيه بانتفاء المخالف⁽¹⁾، أو هو ما اتفق عليه المعتبرون⁽²⁾.

قال ابن قدامة المقدسي: «الإجماع ينقسم إلى مقطوع؛ ومظنون. فالمقطوع: ما وجد فيه الاتفاق مع الشروط التي لا تختلف فيه مع وجودها، ونقله أهل التواتر»⁽³⁾.

- ومن أمثلة الإجماع القطعي الإجماع الصريح (أو النطقي) المنقول بالتواتر.

ويعرّف الإجماع الصريح (أو النطقي): بأنه التكلّم بما يوجب الاتفاق من المجتهدين، أو شروعاتهم في الفعل فيما يكون من باب الفعل على وجه يكون ذلك موجودا من الخاص العام، فيما يستوي الكل في الحاجة إلى معرفته بعموم البلوى العام فيه، كتحرّم الزنا، والربا، وتحرّم الأمهات، وأشبه ذلك، ويشترك فيه جميع علماء العصر فيما لا يحتاج العوام إلى معرفته لعدم البلوى العام لهم فيه، كحرمة نكاح المرأة على عمتها وخالتها، وفرائض الصدقات ما يجب في لزوع والثمار، وما أشبه ذلك⁽⁴⁾.

أو هو التكلّم من الكل بما يوجب الاتفاق منهم، أو شروعاتهم في الفعل فيما كان من بابه⁽⁵⁾. والإجماع الصريح هو «عزيمة» عند الحنفية⁽⁶⁾، وهي ما كان أصلا في باب الإجماع، إذ العزيمة هي الأمر الأصلي⁽⁷⁾.

وقسم السمرقندي الحنفي طرق وجود الإجماع إلى ثلاثة: القولي؛ والفعلي؛ والسكوتي⁽⁸⁾.

والقسمان الأولان (القولي؛ والفعلي) هو الصريح.

ثم عرّف الإجماع القولي بقوله: «الاجتماع على قول واحد، بجهة واحدة، بأن يقول جميع أهل الاجتهاد جواب المسألة على وجه واحد من الجواز، أو الفساد، أو الحل، أو الحرمة»⁽⁹⁾.

أما الإجماع الفعلي فعوّفه بقوله: «الاجتماع على فعل واحد، نحو أن يفعلوا بإجماعهم فعلا

(1) - ابن تيمية، المصدر نفسه، ج19، ص268.

(2) - الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج4، ص443. السبكي، جمع الجوامع، المصدر و الصفحة نفسها. الزركشي، المصدر نفسه، ج3، ص56. الشوكاني، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن بدران، نزهة الخاطر العاطر، مصدر سابق، ج1، ص234-261.

(4) - البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج3، ص339. السرخسي، أصول الفقه، مصدر سابق، ص235.

(5) - البزدوي، أصول الفقه، مصدر سابق، ج3، ص337-338. النسفي، كشف الأسرار والمنار، مصدر سابق، ج2، ص180.

الميهوي، نور الأنوار، مصدر سابق، ج2، ص180.

(6) - البخاري، المصدر نفسه، ج3، ص338-339. النسفي، المصدر و الصفحة نفسها. الميهوي، المصدر و الصفحة نفسها. البزدوي،

المصدر نفسه، ج3، ص337. السرخسي، المصدر و الصفحة نفسها. صدر الشريعة، التنقيح، مصدر سابق، ج2، ص96.

(7) - البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج3، ص338.

(8) - السمرقندي، ميزان الأصول، مصدر سابق، ج2، ص760.

(9) - السمرقندي، ميزان الأصول، مصدر سابق، ج2، ص760.

واحداً»⁽¹⁾.

وقال القرافي: «إنَّ الإجماع القوي قد صحَّح كل واحد بما في نفسه، فلا معنى للانتظار»⁽²⁾.

وقال الزحيلي: «الإجماع الصريح هو أن تتفق آراء المجتهدين بأقوالهم وأفعالهم على حكم في مسألة معينة، كأن يجتمع العلماء في مجلس وييدي كل منهم رأيه صراحةً في المسألة، وتتفق الآراء على حكم واحد، أو أن يفتي كل عالم في المسألة برأي، وتتحد الفتاوى على شيء واحد»⁽³⁾.

والإجماع الصريح وقع الإجماع على حجتيه وقطعيته⁽⁴⁾.

- وقد أجمع الفقهاء: الحنفية⁽⁵⁾، والمالكية⁽⁶⁾، والشافعية⁽⁷⁾، والحنابلة⁽⁸⁾، على نقض الحكم القضائي المخالف للإجماع القطعي.

قال المرادوي: «فإن خالف حكمه إجماعاً قطعياً، نقض حكمه قطعاً»⁽⁹⁾.

وسبب النقض هنا أنَّ الإجماع القطعي معصوم لا يقول إلا حقاً، ولا يحكم إلا بحق، فخلافه يكون باطلاً قطعاً، والباطل لا يقرر في الشرع، ففسخ ما خالفه الإجماع⁽¹⁰⁾.

2/- الإجماع الظني: تعريفه؛ و موقف الفقهاء من نقض الحكم القضائي المخالف له:

أ/- تعريفه:

الإجماع الظني هو: ما لا يقطع فيه بانتفاء المخالف⁽¹¹⁾، أو هو ما اختلف فيه المعترفون هل هو

(1) - السمرقندي، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - القرافي، شرح تنقيح الفصول، مصدر سابق، ص 260.

(3) - الزحيلي، وهبة، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 1، ص 552.

(4) - السمرقندي، المصدر نفسه، ج 2، ص 761.

(5) - ابن البزاز، الفتاوى البزازية، مصدر سابق، ج 5، ص 163-173. ابن نجيم سراج الدين، النهر الفائق، مصدر سابق، ج 3، ص 627. ابن عابدين، منحة الخالق، مصدر سابق، ج 7، ص 11. الأنصاري، فواتح الرحموت، مصدر سابق، ج 2، ص 439. ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، مصدر سابق، ج 3، ص 432-446.

(6) - ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، مصدر سابق، ج 3، ص 114-117. القرافي، نفائس الأصول، مصدر سابق، ص 3911-3912. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج 7، ص 421. ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 202. الدرر، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 41. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 41. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 186-187. الخرشي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج 7، ص 163.

(7) - الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج 3، ص 389. الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج 7، ص 304. الروياني، بحر المذهب، مصدر سابق، ج 11، ص 267. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج 8، ص 136. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج 6، ص 312. الرملي، حاشية على أسنى المطالب، مصدر سابق، ج 6، ص 312. الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج 2، ص 342. الأمدي، الإحكام، مصدر سابق، ج 4، ص 335. الزركشي، المنتور في القواعد، مصدر سابق، ج 2، ص 69.

(8) - ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج 6، ص 456. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 8، ص 176. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 11، ص 210. المرادوي، التحبير، مصدر سابق، ج 8، ص 3973-3974. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج 6، ص 412. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج 3، ص 478. ابن بدران، المدخل، مصدر سابق، ص 384.

(9) - المرادوي، الإنصاف، المصدر و الصفحة نفسها. وانظر كتابه الآخر: كشاف القناع، المصدر و الصفحة نفسها.

(10) - القرافي، الإحكام، مصدر سابق، ص 73.

(11) - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج 19، ص 268.

إجماع أو لا، وما ندر مخالفة⁽¹⁾.

قال ابن قدامة المقدسي: «الإجماع ينقسم إلى مقطوع؛ ومظنون. فالمقطوع:...

والمظنون: ما اختلف فيه أحد القيدين، بأن يوجد مع الاختلاف فيه. كالاتفاق في بعض العصر، وإجماع التابعين على أحد قولي الصحابة، أو يوجد القول من البعض، والسكوت من الباقين، أو توجد شروطه لكنه ينقله آحاد»⁽²⁾.

و من أحكام الإجماع الظني أنه لا يكفر منكر حكمه، فإذا ثبت بمثل هذا الإجماع حكم فأنكر منكر فإنه لا يكفر، لأنه مظنون، كالمعوم و خبر الواحد و القياس⁽³⁾.

- ومن أمثلة الإجماع الظني: الإجماع المروي بأخبار الآحاد المظنونة، ولو كان صريحاً، فكل الإجماعات على أساس خبر الآحاد تفيد الظن، ولا تفيد العلم⁽⁴⁾. وكذلك الإجماع السكوتي⁽⁵⁾.

ب/- موقف الفقهاء من الحكم القضائي المخالف للإجماع الظني:

وإذا كان العلماء قد اتفقوا على نقض الحكم القضائي المخالف للإجماع القطعي، كما رأينا من قبل، فإنهم اختلفوا في الإجماع الظني: هل ينقض به الحكم القضائي في حال المخالفة أم لا؟ فكان الخلاف على قولين: قول يرى النقص؛ وآخر لا يراه. وإليك بيان هذه الأقوال بالترتيب.

⑥/- القول الأول: الحكم القضائي المخالف للإجماع الظني لا ينقض:

ذهب الحنفية⁽⁶⁾، والشافعية⁽⁷⁾ في قولهم لهم، والحنابلة⁽⁸⁾ في المذهب والمشهور عندهم إلى أن الحكم القضائي المخالف للإجماع الظني لا ينقض ولا يبطل.

(1) - الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج4، ص443. الزركشي، تشنيف المسامع، مصدر سابق، ج3، ص56. الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج1، ص278.

(2) - ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مصدر سابق، ص79. ابن بدران، نزهة الخاطر العاطر، مصدر سابق، ج1، ص234-261.

(3) - الطوفي، شرح مختصر الروضة، مصدر سابق، ج3، ص136.

(4) - القرافي، شرح تنقيح الفصول، مصدر سابق، ص260. ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها. الطوفي، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها. الطوفي، المصدر و الصفحة نفسها.

(6) - ابن أمير الحاج، التقرير والتحجير، مصدر سابق، ج3، ص93-432-446. أمير بادشاه، تيسير التحرير، مصدر سابق، ج3، ص233. ابن البزاز، الفتاوى البزازية، مصدر سابق، ج5، ص163-173. الأنصاري، فوائح الرحموت، مصدر سابق، ج2، ص439.

(7) - الأمدي، الأحكام، مصدر سابق، ج4، ص335. ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، مصدر سابق، ج4، ص314. السبكي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ج1، ص401. الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج4، ص267-268.

(8) - المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص210. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص456. ابن النجار، شرح الكوكب المنير، مصدر سابق، ج4، ص505. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص412. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص478. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص176. ابن بدران، المدخل، مصدر سابق، ص384.

قال ابن أمير الحاج: «فإن قيل بإجماع ظني لم ينفذ حتى يمضيه قاض آخر، وإن قيل بإجماع قطعي، وهو الأظهر وكيف لا، وقد صار من ضروريات الدين فهو باطل قطعاً»⁽¹⁾.

وقال الآمدي: «ولو كان حكمه مخالفاً لدليل ظني، من نص أو غيره، فلا ينقض ما حكم به بالظن، لتساويهما في الرتبة»⁽²⁾.

وقال السبكي: «فيما ينقض فيه قضاء القاضي وما لا ينقض،... كل مسألة يتعلق القول فيها بالقطع؛ فمن حاد عن مدرك الصواب نقض عليه حكمه، وكل مسألة لا مستند لها من قاطع؛ فإذا جرى حكم الحاكم فيها بمذهب وهو في محل التحري ومساق الظن؛ فلا نقض»⁽³⁾.

وقال المرداوي: «وإن لم يكن قطعياً لم ينقض على الصحيح من المذهب»⁽⁴⁾.

- وعللوا قولهم بأن الإجماع الظني مختلف في كونه إجماعاً، فيكون فيه شبهة، فلا ينقض الحكم القضائي المخالف له⁽⁵⁾، و«لأنه يؤدي إلى نقض الحكم بمثله، ويؤدي إلى أنه لا يثبت حكم أصلاً، وقيل: ولو ظنيا»⁽⁶⁾.

⑦- القول الثاني: ينقض الحكم القضائي المخالف للإجماع الظني:

ذهب المالكية⁽⁷⁾، والشافعية⁽⁸⁾ في المذهب عندهم، والحنابلة⁽⁹⁾ في قول لهم في المذهب، إلى أن الحكم القضائي المخالف للإجماع الظني ينقض ويبطال، وذلك لأنهم يرون جواز نقض الحكم لمخالفة الظن الجلي⁽¹⁰⁾.

قال النووي: «متى حكم القاضي بالاجتهاد ثم بان له الخطأ في حكمه... إن تبين أنه خالف قطعياً، كنص كتاب؛ أو سنة متواترة؛ أو إجماع؛ أو ظناً محكماً بخبر الواحد؛ أو بالقياس الجلي؛ فيلزمه

(1) - ابن أمير الحاج، المصدر نفسه، ج 3، ص 432.

(2) - الآمدي، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - السبكي، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - المرداوي، المصدر و الصفحة نفسها. وانظر كتابه الآخر: كشف القناع، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج 5، ص 401. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المصدر و الصفحة نفسها. السيوطي

الرحياني، مطالب أولى النهي، مصدر سابق، ج 6، ص 493.

(6) - ابن مفلح، المبدع، المصدر و الصفحة نفسها.

(7) - الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 41. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 186-187.

187. البناني، حاشية على شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج 7، ص 145. المكي، تهذيب الفروق، مصدر سابق، ج 2، ص 182-183.

(8) - النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج 8، ص 136. البيضاوي، الغاية القصوى، مصدر سابق، ج 2، ص 463. زكريا الأنصاري،

أسنى المطالب، مصدر سابق، ج 6، ص 312. الزركشي، تشنيف المسامع، مصدر سابق، ج 4، ص 31. الشرفاوي، حاشية على التحرير،

مصدر سابق، ج 2، ص 495-496.

(9) - ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 8، ص 176. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج 6، ص 456. المرداوي، الإنصاف، مصدر

سابق، ج 11، ص 210-211. المرداوي، التحبير، مصدر سابق، ج 8، ص 3973-3974. ابن النجار، شرح الكوكب المنير، مصدر

سابق، ج 4، ص 505. ابن بدران، المدخل، مصدر سابق، ص 384.

(10) - وقد رأينا من قبل أنهم نقضوا الحكم المخالف للسنة الأحادية، ولدلالة الظاهر.

نقض حكمه»⁽¹⁾.

قال البيضاوي: «ولا ينقض حكم نفسه ولا غيره إلا إذا خالف مقطوعا، أو مظنونا جليا»⁽²⁾.
وقال الزركشي: «لا يجوز نقض حكم الحاكم في المسائل الاجتهادية... وهذا إذا كان حكمه لم يتبين أنه خالف قطعيا، فإن خالف قاطعا من كتاب؛ أو سنة متواترة؛ أو إجماع؛ أو ظاهر جلي أعم من أن يكون مفهوم الموافقة الأولوي، أو القياس الجلي، نقض، لأن ذلك مقطوع مقدّم على المظنون»⁽³⁾.

وقال ابن مفلح: «ولا يجوز نقض حكم إلا إذا خالف نصا... أو إجماعا...، وقيل: ولو ظنيا»⁽⁴⁾.

- ويمكن الاحتجاج لهم بالقول بأن الإجماع الظني حتى وإن لم يصل إلى درجة القطع إلا أنه مع ذلك يفيد ظنا غالبا، والظن الغالب ينقض الحكم الوارد بخلافه⁽⁵⁾.

- ويمكن مناقشته بأن نقض الأحكام القضائية بمجرد الظنون يؤدي إلى ألا تستقر الأحكام القضائية، ومن ثم تلوم الخصومات والمنازعات ولا تنتهي، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى عدم الوثوق بالحكم ومؤسسة القضاء، وهو معنى قول الفقهاء في الفروع: «لا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد»⁽⁶⁾.

⑧- موازنة وترجيح:

سبق أن قررنا من قبل عند الكلام عن قاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله»، أنّ الحكم الذي ينقض يجب أن يكون عند مخالفة دليل قاطع، فإذا وجد وجب نقض الحكم القضائي، وإلا فلا يجوز، وبما أنّ الإجماع الظني، ليس قطعيا، بل هو ظني يدل على ذلك اصطلاحه، فإنه لا يجوز في رأينا - وإلى هذا ذهب أحد الباحثين المعاصرين⁽⁷⁾ - نقض الحكم القضائي المخالف للإجماع الظني، وهو ما جرى عليه القول الأول للحنفية والحنابلة في المذهب لديهم، وقول لدى الشافعية، وذلك لقوة تعليلهم، فضلا عما سبق تقريره من أنّ الأدلة الظنية داخلية في مجال الاجتهاد، فلا يجوز نقض الأحكام على أساسها، عملا بقاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله».

(1) - النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص136.

(2) - البيضاوي، الغاية القصوى، مصدر سابق، ج2، ص463.

(3) - الزركشي، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - ابن مفلح، الفروع، المصدر و الصفحة نفسها. وانظر أيضا: ابن مفلح، المبدع، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - البناي، حاشية على شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج7، ص145. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص41. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص186-187.

(6) - الأنصاري، فواتح الرحموت، مصدر سابق، ج2، ص439-440. السبكي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ج1، ص407. الزركشي، المصدر نفسه، ج4، ص30-31. المرادوي، التحجير، مصدر سابق، ج8، ص3971. الطوفي، شرح مختصر الروضة، مصدر سابق، ج3، ص648-649.

(7) - الخضيري، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج2، ص800.

المبحث الرابع: نقض الحكم القضائي بسبب مخالفته القياس:

أولاً: تعريف القياس اصطلاحاً:

اختلف الأصوليون في إمكان حدّ القياس⁽¹⁾ إلى اتجاهين:

- فذهب البعض، منهم إمام الحرمين الجويني، إلى أنه لا يحدُّ، حيث قال: «إننا إذا أنصفنا لم نر ما قاله القاضي⁽²⁾ حدّاً، فإنّ الوفاء بشرائط الحدود شديد، وكيف الطمع في حدّ ما يتركب من النفي والإثبات والحكم والجامع؟ فليست هذه الأشياء مجموعة تحت خاصية نوع، ولا تحت حقيقة جنس، وإنما المبحث الأقصى رسم يؤنس الناظر بمعنى المطلوب، وإلا فالتقسيم التي ضمنها القاضي كلامه تجانب صناعة الحد، فهذا مما لا بد من التنبه له. وحق المسئول عن ذلك أن يبين بالواضحة أنّ الحد غير ممكن، وأنّ الممكن ما ذكرناه، ثم يقول: أقرب عبارة في البيان عندي كذا وكذا، والفاضل من يذكر في كل مسلك الممكن الأقصى»⁽³⁾.

- وذهب غالبية جمهور الأصوليين إلى تعريفه وإمكانية حدّه. ومن هذه التعاريف:

- قيل بأنّ القياس هو: «ردُّ الشيء إلى الشيء بجامع»⁽⁴⁾.

- وقيل: «إنّه اعتبار فرع بأصل بجامع»⁽⁵⁾.

- وقيل: القياس: «حمل معلوم على معلوم، في إثبات حكم لهما، أو نفيه عنهما، بأمر جامع

بينهما، من إثبات حكم، أو صفة لهما، أو نفيهما عنهما»⁽⁶⁾.

(1) - القياس لغة يأتي بمعنيين: والمساواة؛ والتقدير.

- فالمعنى الأول: وهو المساواة، يقال: قاس الشيء بالشيء: إذا ساواه به.

والقياس في الشريعة مساواة الفرع للأصل في ذلك الحكم، فسمي: قياساً، فهو من باب تخصيص اللفظ ببعض مسمياته، فالقياس على هذا حقيقة عرفية، مجاز راجح لغوي. أنظر: القرافي، شرح تنقيح الفصول، مصدر سابق، ص 299.

- أما المعنى الثاني: وهو التقدير، فيقال: قاس الكتاب بالكتاب، أي قدره به، ويقال: قاس الجراحة بالميل، إذا قدر عمقها، ولهذا سمي الميل: مقياساً.

- أنظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مصدر سابق، ص 867-868، مادة: قوس: الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص 352، مادة: قوس. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ص 512. مادة: قاسه. ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج 11، ص 370، مادة: قيس. الأمدى، الإحكام، مصدر سابق، ج 3، ص 124.

(2) - المقصود هو القاضي أبو بكر الباقلاني. قارن بين: ابن جزم، الإحكام، مصدر سابق، ج 7، ص 865. والجويني، البرهان، مصدر سابق، ج 2، ص 748.

(3) - الجويني، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - الغزالي، المنخول، مصدر سابق، ص 323.

(5) - الغزالي، المصدر نفسه، ص 324.

(6) - الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج 2، ص 185. الغزالي، المنخول، المصدر و الصفحة نفسها. الجويني، البرهان، مصدر سابق، ج 2، ص 754. ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مصدر سابق، ص 148. الرازي، المحصول، مصدر سابق، ج 5، ص 05. الأمدى، الإحكام، مصدر سابق، ج 3، ص 126. الزركشي، تشنيف المسامع، مصدر سابق، ج 3، ص 68. النسفي، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج 2، ص 197.

- وقيل: «هو تحصيل حكم الأصل في الفرع لاشتراكهما في علة الحكم عند المجتهد»⁽¹⁾.
- وقد قال الرازي عن هذين التعريفين الأخيرين بأنهما: «أسدٌ ما قيل في هذا الباب»⁽²⁾. ثم
- أورد قال: «وأظهر منه أن يقال: إثبات مثل حكم معلوم، لمعلوم آخر، لأجل اشتباههما في علة الحكم عند المثبت»⁽³⁾.
- وعوّفه الآمدي بأنه: «عبارة عن الاستواء بين الفرع والأصل في العلة المستنبطة من حكم الأصل»⁽⁴⁾.
- وقيل: «تقدير الفرع بالأصل في الحكم والعلة»⁽⁵⁾.
- وقيل: «هو تعدية الحكم المتحد من الأصل إلى الفرع بعلّة متحدة فيهما»⁽⁶⁾.
- وعوّف بعض الحنفية القياس، منهم السمرقندي⁽⁷⁾؛ والنسفي⁽⁸⁾؛ والميهوي⁽⁹⁾، بأنه: «إبانة مثل مثل حكم أحد المذكورين بمثل علته في الآخر».
- واختار هؤلاء العلماء لفظ: «الإبانة» دون لفظ: «الإثبات والتحصيل»، لأنّ الإثبات من الله تعالى، لا من القائل، فالله تعالى هو المثبت للأحكام. وكذا لفظ: «مثل الحكم»، و«مثل العلة»، لأنّ عين الحكم من الحل، والحرمة، والوجوب، والجواز، وصف الأصل، فلا يتصور في غيره. ولفظ: «المذكورين» يتناول الموجود والمعدوم⁽¹⁰⁾.
- وقال السمرقندي: «وإن شئت قلت: تبين حكم المتفق عليه في المختلف فيه بمثل علته»⁽¹¹⁾.
- وقيل: «القياس: ردُّ حكم المسكوت عنه إلى المنطوق به»⁽¹²⁾.
- وقيل: هو «تعدية حكم الأصل بعلّة إلى فرع هو نظيره»⁽¹³⁾.
- وقيل: «وهو في الشرع حمل فرع على أصل في حكم بجامع بينهما»⁽¹⁴⁾.

(1) - النسفي، المصدر نفسه، ج2، ص196. وانظر: الرازي، المصدر نفسه، ج5، ص11.

(2) - الرازي، المصدر نفسه، ج5، ص11-05.

(3) - الرازي، المصدر نفسه، ج5، ص11.

(4) - الآمدي، المصدر نفسه، ج3، ص130.

(5) - النسفي، المصدر و الصفحة نفسها. الميهوي، نور الأنوار، مصدر سابق، ج2، ص196.

(6) - النسفي، المصدر نفسه، ج2، ص197. الميهوي، المصدر نفسه، ج2، ص197.

(7) - السمرقندي، ميزان الأصول، مصدر سابق، ج2، ص821.

(8) - النسفي، المصدر نفسه، ج2، ص198.

(9) - الميهوي، المصدر و الصفحة نفسها.

(10) - السمرقندي، ميزان الأصول، مصدر سابق، ج2، ص821-822. النسفي، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج2، ص198.

(11) - الميهوي، نور الأنوار، مصدر سابق، ج2، ص197.

(12) - السمرقندي، المصدر نفسه، ج2، ص822.

(13) - السمرقندي، المصدر نفسه، ج2، ص819.

(14) - السمرقندي، المصدر و الصفحة نفسها.

(14) - ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مصدر سابق، ص148.

- وقيل: «حكمتك على الفرع بمثل ما حكمت به في الأصل، لاشتراكهما في العلة التي اقتضت ذلك في الأصل»⁽¹⁾.

- وعوّفه القرافي بقوله: «إثبات مثل حكم لمعلوم آخر لأجل اشتباههما في علة الحكم عند المثبت»⁽²⁾.

والسبب في ذكر كل هذه التعاريف، هي أنّها كلها معترض عليها في لفظ أو عبارة معينة، ومن ثم لم نشأ أن نرجح تعريفاً على آخر، وهي في الحقيقة كلها متقاربة⁽³⁾، وكما يقول الغزالي: «وكذا كل عبارة عبارة تنطبق على هذا المعنى، وهذه ترجمة للتمييز، وليس حدّاً يقوم المحدود كما يرتضيه أهل التحقيق في الأجناس والأنواع»⁽⁴⁾.

ثانياً: إجماع العلماء على حجية العمل بالقياس:

وقد ذهب جماهير العلماء⁽⁵⁾ إلى اعتبار القياس من الأدلة الشرعية التي يعتمد عليها في استنباط الأحكام الشرعية العملية، ولم يخالف في ذلك إلا الظاهرية⁽⁶⁾، فإنهم أبطلوا العمل به في الشرع. و قد ذكر بعض العلماء⁽⁷⁾ أنّ داود الظاهري لا ينكر القياس الجلي، وإنّما ينكر القياس الخفي، غير أنّ الزركشي، قال: «لكن داود وإن قال بالجلي، وهو ما كان الملحق أولى بالحكم من الملحق به، لا يسميه: قياساً، فاستدراك المصنّف ليس على وجهه، وابن حزم أعلم بمذهبه»⁽⁸⁾.

وقد أومأ الإمام أحمد إلى هذا المذهب فقال: «يجتنب المتكلم في الفقه هذين الأصلين: الجمل؛

(1) - ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - القرافي، شرح تنقيح الفصول، مصدر سابق، ص298.

(3) - ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - الغزالي، المنحول، مصدر سابق، ص324.

(5) - السمرقندي، المصدر نفسه، ج2، ص826. النسفي، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج2، ص198. الميهوي، المصدر نفسه، ج2، ص198. السرخسي، أصول الفقه، مصدر سابق، ص379-396. الباجي، أحكام الفصول، مصدر سابق، ص531. القرافي، المصدر نفسه، ص299. الجويني، البرهان، مصدر سابق، ج2، ص753. الغزالي، المصدر و الصفحة نفسها. الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج2، ص190. الرازي، المحصول، مصدر سابق، ج5، ص26. الأمدي، الأحكام، مصدر سابق، ج4، ص209-221. ابن قدامة المقدسي، المصدر نفسه، ص150. أبو الخطاب، محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني الخنبلي، التمهيد في أصول الفقه، تحقيق: مفيد محمد أبو عمشة و محمد بن علي بن إبراهيم، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ط1، 1406هـ-1985م، ج3، ص379. ابن النجار، شرح الكوكب المنير، مصدر سابق، ج4، ص215. السمعاني، قواطع الأدلة، مصدر سابق، ج2، ص72.

(6) - ابن حزم، الأحكام، مصدر سابق، ج7، ص864 وما بعدها. ج8، ص977 وما بعدها. ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج1، ص56-60، ج9، ص363. وانظر: السمرقندي، ميزان الأصول، مصدر سابق، ج2، ص826-827. الباجي، أحكام الفصول، مصدر سابق، ص531. القرافي، شرح تنقيح الفصول، مصدر سابق، ص299. الأمدي، الأحكام، مصدر سابق، ج4، ص221. ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مصدر سابق، ص150. الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج2، ص190. الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج5، ص16. الزركشي، تشنيف المسامع، مصدر سابق، ج3، ص73-74. السمعاني، قواطع الأدلة، مصدر سابق، ج2، ص72. الرازي، المحصول، مصدر سابق، ج5، ص24.

(7) - الزركشي، تشنيف المسامع، المصدر نفسه، ج3، ص74.

(8) - الزركشي، تشنيف المسامع، المصدر و الصفحة نفسها.

والقياس»⁽¹⁾.

وقد تَوَلَّى القاضِي أبو يعلى الفراء الحنبلي على قياسٍ يخالف به نصاً، فضلاً عن أنه نقل عن أحمد أنه: «لا يستغني أحدٌ عن القياس»⁽²⁾.

ولبيان حكم أو موقف الفقهاء من نقض قضاء القاضي المخالف للقياس يقتضي الأمر بيان أقسام القياس باعتبار ظهوره وقوته، أو خفائه وضعفه، لأن حكم النقض هذا يبنى على معرفة ذلك.

ثالثاً: أقسام القياس باعتبار قوته وضعفه:

- يقسّم أغلب الأصوليين⁽³⁾ القياس باعتبار قوته وضعفه إلى نوعين: قياس جلي؛ وقياس خفي.
- ويضيف بعضهم⁽⁴⁾ إلى القسمين أو النوعين السابقين نوعاً ثالثاً هو: الواضح، وقد عرفه الباجي بقوله مبيناً الأقسام أو الأنواع الثلاثة و أساسه: «قياس العلة على ثلاثة أقسام: جلي، وواضح، وخفي، وإنما قسمناها على هذه القسمة لاختلافها وتفاوتها في بيان عللها.
- فالجلي منها...

- الواضح: ما ثبت بضرب من الظاهر أو العموم...»⁽⁵⁾.

- بل إنَّ بعضهم أنكروا وجود أنواع للقياس. قال القاضي أبو بكر الباقلاني: «القياس كله جلي، قياس علة كان أو قياس دلالة»⁽⁶⁾، «وأنكر اختلاف هذه الألقاب والعبارة، والذي ذكرناه هو الصحيح، وإن كانت هذه الألفاظ واقعة عليها بضرب من المواضع والاتفاق بين أهل الصناعة»⁽⁷⁾.
وإليك بيان هذين النوعين من القياس: الجلي؛ و الخفي.

1/- القياس الجلي؛ وموقف الفقهاء من نقض الحكم القضائي لمخالفته:

أ/- تعريف القياس الجلي:

(1) - ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مصدر سابق، ص150.

(2) - ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - السمرقندي، المصدر نفسه، ج2، ص852. الباجي، المصدر نفسه، ص627. عضد الدين، شرح مختصر ابن الحاجب، مصدر سابق، ج2، ص247. غليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص187. الآمدي، المصدر نفسه، ج4، ص207-208. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص134-135. الحصني، القواعد، مصدر سابق، ج3، ص227. ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، مصدر سابق، ج2، ص211. الطوفي، شرح مختصر الروضة، مصدر سابق، ج3، ص223. ابن النجار، شرح الكوكب المنير، مصدر سابق، ج4، ص207-208. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص293-294. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص536-537. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص258. الروياني، بحر المذهب، مصدر سابق، ج11، ص170. البغوي، التهذيب، مصدر سابق، ج8، ص179-180. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص311-312. السمعي، قواطع الأدلة، مصدر سابق، ج2، ص126. ابن عبد الشكور، مسلم الثبوت، مصدر سابق، ج2، ص383. الأنصاري، فوائح الرحموت، مصدر سابق، ج2، ص383. ابن أمير الحاج، تيسير التحرير، مصدر سابق، ج4، ص76.

(4) - الباجي، المصدر و الصفحة نفسها. الروياني، المصدر نفسه، ج11، ص260. النووي، المصدر نفسه، ج8، ص135.

(5) - الباجي، أحكام الفصول، مصدر سابق، ص627.

(6) - الباجي، المصدر و الصفحة نفسها.

(7) - الباجي، المصدر و الصفحة نفسها.

القياس الجلي هو ما كان منصوباً على علته، أو مجمعاً عليها، أو كان قد قطع فيه بنفي تأثير الفارق بين الأصل والفرع⁽¹⁾.

يقول السمرقندي: «والجلي أنواع: قياس بالعلة المنصوبة، وقياس بالعلة المجمع عليها وقياس بالعلة المعلومة ببديهة العقل، ولا خلاف في هذه الجملة بين العلماء»⁽²⁾.

وقال الباجي: «قياس العلة على ثلاثة أقسام: جلي، وواضح، وخفي، وإنما قسمناها على هذه القسمة لاختلافها وتفاوتها في بيان عللها.

- فالجلي منها: ما علمت علته قطعاً، إما بنص، أو فحوى خطاب، أو إجماع، أو غير ذلك.

- الواضح: ما ثبت بضرب من الظاهر أو العموم...»⁽³⁾.

وقال ابن الحاجب: «والقياس: جلي؛ وخفي. فالجلي ما قطع بنفي الفارق فيه كالأمة والعبد في العتق، وينقسم إلى قياس علة، وقياس دلالة، وقياس في معنى الأصل، فالأول ما صرح فيه بالعلة، والثاني ما يجمع فيه بما يلزمها كما لو جمع بأحد موجبي العلة في الأصل لملازمة الآخر له، كقياس قطع الجماعة بالواحد على قتلها بالواحد بواسطة الاشتراك في وجوب الدية عليهم. والثالث: الجمع ينفي الفارق»⁽⁴⁾.

وقال عضد الدين: «القياس تلحقه القسمة باعتبارين: باعتبار القوة؛ وباعتبار العلة. والأول باعتبار القوة، وهو إما جلي؛ أو خفي. فالجلي ما علم فيه نفي الفارق بين الأصل والفرع قطعاً، مثاله: قياس الأمة على العبد في أحكام العتق، كالتقويم على معتق الشقص، فإما نعلم قطعاً أن الذكورة والأنوثة فيها مما لم يعتبر الشارع، وأن لا فارق إلا ذاك»⁽⁵⁾.

(1) - السمرقندي، ميزان الأصول، مصدر سابق، ج2، ص852. ابن عبد الشكور، مسلم الثبوت، مصدر سابق، ج2، ص383. الأنصاري، فواتح الرحموت، مصدر سابق، ج2، ص383. أمير بادشاه، تيسير التحرير، مصدر سابق، ج4، ص76. الباجي، المصدر و الصفحة نفسها. القرافي، نفائس الأصول، مصدر سابق، ج9، ص3912. عضد الدين، شرح مختصر ابن الحاجب، مصدر سابق، ج2، ص247. الآبي، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج2، ص229. العدوي، حاشية على شرح الخرشي، مصدر سابق، ج7، ص163. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص145. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص186-187. الشيرازي، شرح اللمع، مصدر سابق، ج2، ص801. الروياني، بحر المذهب، مصدر سابق، ج11، ص243. الأمدي، الأحكام، مصدر سابق، ج4، ص207. الحصني، القواعد، مصدر سابق، ج3، ص227. ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، مصدر سابق، ج2، ص211. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص311. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص293. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص536. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص258. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص144. السمعاني، قواطع الأدلة، مصدر سابق، ج2، ص126. البغوي، التهذيب، مصدر سابق، ج8، ص180. الشرفاوي، حاشية على تحفة الطلاب، مصدر سابق، ج2، ص476. الطوفي، شرح مختصر الروضة، مصدر سابق، ج3، ص223. ابن النجار، شرح الكوكب المنير، مصدر سابق، ج4، ص207-208.

(2) - السمرقندي، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - الباجي، أحكام الفصول، مصدر سابق، ص627.

(4) - ابن الحاجب، مختصر المنتهى، مصدر سابق، ج2، ص247. وانظر أيضاً: عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص187.

(5) - عضد الدين، شرح مختصر ابن الحاجب، مصدر سابق، ج2، ص247.

وقال الآمدي: «القياس ينقسم إلى جلي؛ وخفي:

- فالجلي: ما كانت العلة فيه منصوصة، أو غير منصوصة، غير أنَّ الفارق بين الأصل والفرع مقطوع بنفي تأثيره.

- فالأول: كإلحاق تحريم ضرب الوالدين بتحريم التأفيف لهما، بعلّة كف الأذى عنهما.

- والثاني: كإلحاق الأمة بالعبد في تقويم النَّصيب، حيث عرفنا أنَّه لا فارق بينهما سوى الذكورة

في الأصل والأنوثة في الفرع، وعلمنا عدم التفات الشرع إلى ذلك في أحكام العتق خاصة⁽¹⁾.

وقال الحصني الشافعي: «القياس جلي؛ وخفي. فالجلي: ما قطع فيه بنفي الفارق. كقياس الأمة

على العبد في عتق البعض. وقال بعضهم: هو ما عَلِمَ عِلْيَةُ الأَصْل فيه، وخلا من عوارض الشبه والاحتمالات المؤثرة وزال الطمع فيه أن يكون الأصل معللاً بغير تلك العلة⁽²⁾.

وعوّفه الخطيب الشريبي بقوله: «هو ما قُطِعَ فيه بنفي تأثير الفارق بين الأصل والفرع، أو يبعد

تأثيره، كقياس الضرب على التأفيف للوالدين في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَقِي﴾ [الإسراء: 23].

- وما فوق الذرة بها، في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ﴾ [الزلزلة].

- وكذا ما قُطِعَ فيه بالمساواة، وإن لم يكن أولى. كقياس الأمة على العبد في السراية، وغير

السمن من المائعات عليه في حكم وقوع الفأرة. قال الرافعي: وربما حَصَّ بعضهم اسم الجلي بما كان الفرع فيه أولى بحكم الأصل، وسَمَّى ما كان مساوياً: واضحاً⁽³⁾.

ب/- أمثلة عن القياس الجلي:

⑥/- أمثلة ما نص على علته⁽⁴⁾:

- قوله تعالى: ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ﴾ [الحشر: 07].

- وقوله: ﴿فَرَدَدْنَاهُ إِلَىٰ آتِيهِ كَيْ تَفَرَّقَ عَيْنُهَا وَلَا تَحْزَنَ وَلِتَعْلَمَ أَنَّ وَعْدَ اللَّهِ حَقٌّ﴾ [الفصص: 13].

(1) - الآمدي، الإحكام، مصدر سابق، ج4، ص207.

(2) - الحصني، القواعد، مصدر سابق، ج3، ص227.

(3) - الخطيب الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ص293. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص536.

(4) - الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج2، ص227-236. الأنصاري، فواتح الرحموت، مصدر سابق، ج2، ص383-384.

النسفي، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج2، ص221. أمير بادشاه، تيسير التحرير، مصدر سابق، ج4، ص39-40. الباجي، إحكام

الفصول، مصدر سابق، ص627-628. العدوي، حاشية على شرح الخرشبي، مصدر سابق، ج7، ص163. الشيرازي، شرح للمع،

مصدر سابق، ج2، ص801-802. الروياني، بحر المذهب، مصدر سابق، ج11، ص243-246. الآمدي، المصدر نفسه، ج4،

ص207-226-227. ج3، ص171-177. عضد الدين الإيجي، المصدر و الصفحة نفسها. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق،

ج8، ص134-135. الخطيب الشريبي، المصدر و الصفحة نفسها. الكوهجي، المصدر و الصفحة نفسها. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر

سابق، ج8، ص239-240. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص311-312. البغوي، التهذيب، مصدر سابق،

ج8، ص180. الشرقاوي، حاشية على تحفة الطلاب، مصدر سابق، ج2، ص476. السمعاني، قواطع الأدلة، مصدر سابق، ج2،

ص126. أبو الخطاب، التمهيد في أصول الفقه، مصدر سابق، ج1، ص25. ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مصدر سابق،

ص149-157-161.

- وقوله: ﴿ أَقِرَّ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ وَقُرْآنَ الْفَجْرِ إِنَّ قُرْآنَ الْفَجْرِ كَانَ مَشْهُودًا ﴾ [الإسراء: 78].

- وقوله: ﴿ وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ﴾ [الذاريات: 56].

- وقوله: ﴿ ذَلِكَ يَأْتِيهِمْ شَاقُواً اللَّهُ وَرَسُولُهُ، وَمَنْ يُشَاقِقِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَإِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴾ [الأنفال: 13].

- وقوله ح: « إِنَّمَا جُعِلَ الاستِئْذَانُ مِنْ أَجْلِ البَصْرِ »⁽¹⁾.

- وقوله: « إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّافَةِ »⁽²⁾ الَّتِي دَفَّتْ، فَكُلُّوا وَادْخُرُوا وَتَصَدَّقُوا »⁽³⁾.

- وقوله: « إِنَّهَا لَبَسَتْ بِنَجَسٍ إِنَّهَا مِنَ الطَّوَّافِينَ عَلَيْكُمْ وَالطَّوَّافَاتِ »⁽⁴⁾.

- وقوله ح عَنِ الْفَأْرَةِ تَقَعُ فِي السَّمَنِ: « إِنْ كَانَ جَامِداً فَأَلْقُوهُ وَمَا حَوْلَهُ، وَإِنْ كَانَ مَائِعاً فَلَا تَقْرِبُوهُ »⁽⁵⁾.

- وقوله تعالى: ﴿ فَلَا تَقُلْ لَهُمَا آفٍ ﴾ [الإسراء: 23]، فيقاس عليه كل أذى يلحق الوالدين، فيحرم، فيقاس الضرب على التأفيف للوالدين⁽⁶⁾.

- وقوله تعالى: ﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ. ﴾ [الزلزلة: 07]، فيقاس على الذرة كل

(1) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاستئذان، باب الاستئذان من أجل البصر، ج5، ص2304، رقم الحديث: 5887. وكتاب اللباس، باب الامتشاط، ج5، ص2215. رقم الحديث 5580، وكتاب الديات، باب من اطلع في بيت قوم ففقؤوا عينيه، فلا دية له، ج6، ص2530، رقم الحديث: 6505. ومسلم في صحيحه، كتاب الآداب، باب تحريم النظر في بيت غيره، ج3، ص1698، رقم الحديث: 2156.

(2) - الدافّة: القوم يسرون جماعة سيرا ليس بالشديد. يقال: هم يدفون دفيفاً. والدافّة: قوم من الأعراب يدؤون المصر، يريد أنهم قوم قدموا المدينة عند الأضحى، فنهاهم عن ادّخار لحوم الأضاحي ليقرّوها ويتصدّقوا بها، فينتفع أولئك القادمون بها. ابن الأثير، النهاية، مصدر سابق، ص309، مادة: دفف. الرملي، حاشية على أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص311.

(3) - أخرجه أحمد في مسنده، ج6، ص58، رقم الحديث: 24303. مسند عائشة رضي الله عنها.

(4) - أخرجه أحمد في مسنده، ج5، ص348-356. رقم الحديث: 22589-22641-22703-22704. مسند الأنصار، حديث أبي قتادة الأنصاري رضي الله عنه.

(5) - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأطعمة، باب في الفأرة تقع في السم، ج3، ص363-364، رقم الحديث: 3842. وأحمد في مسنده، ج2، ص356. رقم الحديث: 7618. مسند أبي هريرة رضي الله عنه.

- وانظر أصل الحديث أيضا في: البخاري في صحيحه، كتاب الذبائح والصيد، باب إذا وقعت الفأرة في السم الحامد أو الذائب، ج5، ص2105، رقم الحديث: 5218-5220، والترمذي في سننه، كتاب الأطعمة، باب ما جاء في الفأرة تموت من السم، ج4، ص256. رقم الحديث: 1798. والنسائي، في سننه، كتاب الفرع والعنزة، باب الفأرة تقع في السم، ص487، رقم الحديث: 4260.

(6) - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص264-293. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص536. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص239. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص134. الروياني، بحر المذهب، مصدر سابق، ج11، ص243. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص518-536. زكريا الأنصاري، المصدر نفسه، ج6، ص311. الرازي، المحصول، مصدر سابق، ج5، ص121-124. الشرفاوي، حاشية على تحفة الطلاب، مصدر سابق، ج2، ص476. السمعاتي، قواطع الأدلة، مصدر سابق، ج2، ص126. المحلي، كنز الراغبين، مصدر سابق، ج5، ص3813. الأنصاري، فوائح الرحموت، مصدر سابق، ج2، ص383. أمير بادشاه، تيسير التحرير، مصدر سابق، ج4، ص90.

ما فوقها، فإنَّ المرء محاسب عليه⁽¹⁾.

- وقوله تعالى: ﴿فَأُولَٰئِكَ يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ وَلَا يُظْلَمُونَ نَبِيًّا﴾ [النساء: 124]، فيقاس على النقيير كل ما هو فوق النقيير⁽²⁾.

- وقوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء: 21]، فقد صرَّح فيه بالعلة⁽³⁾.

- وقوله ح: «لَا يَقْضِيَنَّ حَكْمَ بَيْنِ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضَبَانُ»⁽⁴⁾. «فهو تنبيه أنَّ الغضب علة في منع القضاء، لكن قد يتبين بالنظر أنه ليس علة لذاته، بل لما يتضمنه من الدهشة المانعة من استيفاء الفكر حتى يلحق به الجائع والهاقن والمتألم، فيكون الغضب مناطا لا لعينه، بل لمعنى يتضمنه»⁽⁵⁾.

- والحق الغائط بالبول في قوله ح: «لَا يَبُولَنَّ أَحَدُكُمْ فِي الْمَاءِ الدَّائِمِ الَّذِي لَا يَجْرِي، ثُمَّ يَغْتَسِلُ فِيهِ»⁽⁶⁾⁽⁷⁾، ويقاس عليه ما إذا بال في الكوز ثم صبَّه في الماء الراكد، ولا تفاوت بين الحكم في الأصل والفرع⁽⁸⁾.

- قياس إحراق مال اليتيم على أكله في التحريم فيهما لقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء: 10]⁽⁹⁾.

٧/- أمثلة عما ثبتت علته بالإجماع:

- قياس الاعتداء على الوالدين بالضرب أو الكلام البذيء على تحريم التأفيف الوارد في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لِمُأْمَرٍ﴾ [الإسراء: 23]. والعلة هي كف الأذى عنهما⁽¹⁰⁾، واقتضاء الحكم هنا في الفرع

(1) - الخطيب الشرييني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 6، ص 264-293. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج 4، ص 536. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج 8، ص 239. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج 8، ص 134. الروياني، بحر المذهب، مصدر سابق، ج 11، ص 243. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج 6، ص 311.

(2) - النووي، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - النووي، المصدر نفسه، ج 8، ص 135.

(4) - سبق تخريجه.

(5) - الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج 2، ص 234. الآمدي، الإحكام، مصدر سابق، ج 3، ص 176-177. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 187. السمعاني، قواطع الأدلة، مصدر سابق، ج 2، ص 127. أمير بادشاه، تيسير التحرير، مصدر سابق، ج 1، ص 41.

(6) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوضوء، باب البول في الماء الدائم، ج 1، ص 94، رقم الحديث: 236. ومسلم في صحيحه، كتاب الطهارة، باب النهي عن البول في الماء الراكد، ج 1، ص 235، رقم الحديث: 282.

(7) - النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج 8، ص 135.

(8) - الرازي، المحصول، مصدر سابق، ج 5، ص 124.

(9) - الخطيب الشرييني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 6، ص 264. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج 4، ص 518.

(10) - أمير بادشاه، المصدر نفسه، ج 1، ص 90. الأنصاري، فواتح الرحموت، مصدر سابق، ج 1، ص 455. الشيرازي، شرح اللع، مصدر سابق، ج 2، ص 802. الآمدي، المصدر نفسه، ج 4، ص 207. النووي، المصدر نفسه، ج 8، ص 134. الخطيب الشرييني، المصدر نفسه، ج 6، ص 293. الكوهجي، المصدر نفسه، ج 4، ص 536. الرملي، المصدر و الصفحة نفسها. زكريا الأنصاري، المصدر و الصفحة نفسها. الرازي، المصدر نفسه، ج 5، ص 121-124. الشرفاوي، حاشية على تحفة الطلاب، مصدر سابق، ج 2، ص 476. أبو الخطاب،

هو وُلِيَ منه في الأصل⁽¹⁾، لأنه إذا كان التأفيف ممنوعاً ومحرمًا فوُلِيَ منه الضرب وكلام السوء.

- قياس ولاية النكاح على الصغير على ولاية المال، لإجماعهم على كون الصغر علة لثبوت الولاية على الصغير⁽²⁾.

- قياس تقديم الأخ من الأب والأم على الأخ للأب في ولاية النكاح على تقديم الأخ من الأب والأم على الأخ للأب في الميراث، لاتفاق العلماء على أنّ العلة في الميراث التقديم بسبب امتزاج الأخوة، وهو مؤثر بالاتفاق⁽³⁾.

- قياس الجهل بالمهر في النكاح على الجهل بالثمن في البيع، إذ الجهل مؤثر في الإفساد في البيع بالاتفاق⁽⁴⁾.

- قياس وجوب الضمان على السارق، وإن قُطِعَ، على وجوب الضمان في الغصب، والعلة هي تلف مال تحت اليد العادية، وهذا الوصف هو المؤثر في الغصب اتفاقاً⁽⁵⁾.

⑧- أمثلة عن ما قطع فيه بنفي تأثير الفارق بين الأصل والفرع:

- إلحاق الأمة بالعبد في تقويم التَّصْيِبِ، حيث إنَّه لا فارق بينهما سوى الذكورة في الأصل، والأنوثة في الفرع، ومن المعلوم عدم التفات الشارع إلى ذلك في أحكام العتق، فتثبت السراية⁽⁶⁾.

- قياس غير السمن من المائعات على السمن في حكم وقوع الفأرة⁽⁷⁾.

ج- موقف الفقهاء من نقض الحكم القضائي المخالف للقياس الجلي:

ومن خلال كل ما سبق من تعريف القياس الجلي وبيان أمثلة له، يتضح لنا أنّ القياس الجلي هو دليل قطعي، حيث إنّ العلة تحصل بالقطع، أي أنّها لا تحتل إلا معنى واحداً.

وإذا ثبت هذا، فما موقف الفقهاء من الحكم القضائي المخالف للقياس الجلي: هل ينقض ويطل؟ أم لا يجوز نقضه؟

التمهيد في أصول الفقه، مصدر سابق، ج1، ص25-26.

(1) - الأمدي، الأحكام، مصدر سابق، ج4، ص207. الشرقاوي، حاشية على تحفة الطلاب، مصدر سابق، ج2، ص476.

(2) - الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج2، ص235.

(3) - الغزالي، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج2، ص235.

(5) - الغزالي، المصدر و الصفحة نفسها.

(6) - أمير بادشاه، تيسير التحرير، مصدر سابق، ج1، ص76. الجويني، البرهان، مصدر سابق، ج2، ص784. الغزالي، المصدر نفسه، ج2، ص228. الأمدي، المصدر و الصفحة نفسها. عضد الدين، شرح مختصر ابن الحاجب، مصدر سابق، ج2، ص247. ابن الحاجب، مختصر ابن الحاجب، مصدر سابق، ج2، ص247. الحصني، القواعد، مصدر سابق، ج3، ص227. الطوفي، شرح مختصر الروضة، مصدر سابق، ج3، ص223. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص135. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص187. العدوي، حاشية على شرح الخرشني، مصدر سابق، ج7، ص163.

(7) - النووي، المصدر و الصفحة نفسها. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص293.

اختلف فقهاء الشريعة في هذه المسألة على قولين: قول يرى النقص والإبطال؛ لا يجوز نقضه. وإليك بيان هذه الأقوال ما بيان الراجح منها.

⑥- القول الأول: الحكم القضائي المخالف للقياس الجلي يجب نقضه وإبطاله:

ذهب الحنفية⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾ في قول لهم، وهو قول ابن حمدان⁽⁵⁾ الحنبلي، إلى أن الحكم القضائي الصادر على خلاف القياس الجلي ينقض ويبطل، والعلة في ذلك بأن القياس الجلي يفيد القطع، حيث إنّه لا يحتمل إلا معنى واحداً، فإذا حكم القاضي بخلافه، فقد حكم بخلاف قاطع، ومن ثم تبين خطأه، فيتعين نقضه⁽⁶⁾.

قال السبكي: « الأمر السادس: أن يظهر نص، أو إجماع، أو قياس بخلافه، فينقض الحكم،

(1) - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج 7، ص 4. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص 29. ابن أمير الحاج، التقرير والتحجير، مصدر سابق، ج 3، ص 335.

(2) - القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص 47-73-74. القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج 4، ص 97-98. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج 10، ص 139. القرافي، نفائس الأصول، ج 9، مصدر سابق، ص 3912-3913. حسن المالكي، تهذيب الفروق، مصدر سابق، ج 2، ص 182-183. و ج 4، ص 97. خليل، المختصر، مصدر سابق، ص 229. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج 7، ص 421. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 8، ص 139. المقري، الكليات، مصدر سابق، ص 181. الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، دراسة وتحقيق: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط 1، 1427هـ-2006م، ص 61. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 62. الجعلي، سراج السالك، مصدر سابق، ج 2، ص 201. الزرقاني، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج 7، ص 145. البناني، حاشية على شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج 7، ص 145. الخرشى، شرح المختصر، مصدر سابق، ج 7، ص 163. العلوي، حاشية على شرح الخرشى، مصدر سابق، ج 7، ص 163. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 186-187. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 41. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج 4، ص 94. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 41. المواق، التاج والإكليل، مصدر سابق، ج 8، ص 138. الآبي، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج 2، ص 229. ميارة، فتح العليم الخلاق، مصدر سابق، ص 426-427.

(3) - الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج 2، ص 2411. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 1، ص 682-692. الماوردي، الحواري الكبير، مصدر سابق، ج 16، ص 172-175. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج 3، ص 389. الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج 7، ص 305-306. الغزالي، المستصفي، مصدر سابق، ج 2، ص 343. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص 112. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج 8، ص 136. النووي، المنهاج، مصدر سابق، ج 6، ص 293. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج 4، ص 536. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 6، ص 293. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج 8، ص 258. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج 10، ص 144. الرملي، حاشية أسنى المطالب، مصدر سابق، ج 6، ص 312. الغزي، معين الحكام، مصدر سابق، ص 243. الغزي، أدب القضاء، مصدر سابق، ص 238. الأملدي، الأحكام، مصدر سابق، ج 4، ص 335. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، مصدر سابق، ص 284. الحصني، القواعد، مصدر سابق، ج 3، ص 339. الزركشي، المنشور، مصدر سابق، ج 2، ص 69. السبكي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ج 1، ص 405-406. السبكي، الإبهاج، مصدر سابق، ج 3، ص 266. السبكي، الفتاوى، مصدر سابق، ج 2، ص 436. زكريا الأنصاري، فتح الطلاب، مصدر سابق، ج 2، ص 476. الشرفاوي، حاشية على تحفة الطلاب، مصدر سابق، ج 2، ص 476. السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص 130. المحلي، كنز الراغبين، مصدر سابق، ج 5، ص 3813. حاشية على كنز الراغبين، مصدر سابق، ج 5، ص 3813.

(4) - الزركشي، شرح مختصر الخرقى، مصدر سابق، ج 4، ص 448. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 8، ص 176. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج 6، ص 456. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 11، ص 211. المرادوي، التحجير، مصدر سابق، ج 8، ص 3974. ابن النجار، شرح الكوكب المنير، مصدر سابق، ج 4، ص 506.

(5) - الزركشي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن بدران، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد، مصدر سابق، ص 384.

(6) - القرافي، نفائس الأصول، مصدر سابق، ج 9، ص 4096. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج 3، ص 389. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج 6، ص 312. السبكي، الإبهاج، مصدر سابق، ج 3، ص 266. السبكي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ج 1، ص 405-406. آل تيمية، المسودة، مصدر سابق، ج 2، ص 674.

لأنَّ ذلك مقطوع به فلم ينقضه بظن، وإنما نقضه بالدليل القاطع على تقديم النص، والإجماع، والقياس الجلي على الاجتهاد، فهو أمر لو قارن العلم به لوجب تقديمه قطعاً، فلذلك نقض به. وما ذكرناه من النقض عند مخالفة القياس الجلي ذكره الفقهاء، وعزاه الغزالي في المستصفي إليهم، ثم قال: «فإن أرادوا به ما هو في معنى الأصل مما يقطع به فهو صحيح، وإن أرادوا به قياساً مظنوناً مع كونه جلياً، فلا وجه له إذ لا فرق بين ظن وظن...»⁽¹⁾.

وقال خليل: «وَنَبَذَ حَكْمَ جَائِرٍ، وَجَاهِلٍ لَمْ يَشَاوِرْ، وَإِلَّا تَعَقَّبَ، وَمَضَى غَيْرَ الْجَوْرِ، وَلَا يَتَعَقَّبُ حَكْمَ الْعَدْلِ الْعَالِمِ، وَنَقُضَ، وَبَيْنَ السَّبَبِ مُطْلَقاً، مَا خَالَفَ قَاطِعاً، أَوْ جَلِيَّ قِيَاسٍ»⁽²⁾.

⑦- القول الثاني: الحكم القضائي المخالف للقياس الجلي لا ينقض:

ذهب الحنابلة⁽³⁾ في المذهب عندهم إلى أنَّ الحكم القضائي المخالف للقياس الجلي لا ينقض ولا يبطل، بل هو صحيح وموافق للشرع غير مخالف له.

- وَعَلَّلُوا لِقَوْلِهِمْ بِأَنَّ هُنَاكَ أَحْكَاماً شَرْعِيَّةً وَرَدَّتْ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ، فَإِذَا كَانَ فِي الشَّرِيعَةِ مَا ثَبَتَ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ، فَإِنَّ حَكْمَ الْقَاضِيِ الْمَخَالَفِ لِلْقِيَاسِ الْجَلِيِّ يَدْخُلُ فِي هَذَا الْمَعْنَى، وَمَنْ ثَمَّ لَا يَنْقُضُ⁽⁴⁾.

قال البهوتي: «(ولا) ينقض حكمه أيضاً (لمخالفة القياس ولو) كان القياس (جلياً)، لأنَّ من الأحكام الشرعية ما ورد على خلاف القياس»⁽⁵⁾.

- ويمكن أن يناقش من وجهين:

- الأول: إنَّ القول بثبوت أحكام في الشريعة الإسلامية على خلاف القياس قول لا يسلم مطلقاً، إذ هو محل نظر، بل ورد، فقد بينَّ شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية أنَّه ليس في الشريعة حكم ومسألة على خلاف القياس، بل كلها على وفق القياس، فالسُّلم والقراض والمساقاة

(1) - السبكي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ج1، ص405. الغزالي، المستصفي، مصدر سابق، ج2، ص343. السبكي، الإبهاج، مصدر سابق، ج3، ص266.

(2) - خليل، المختصر، مصدر سابق، ص229.

(3) - ابن قدامة، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص108-109. الزركشي، شرح مختصر الخرقى، مصدر سابق، ج4، ص447-449. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص456. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص211. المرادوي، التحبير، مصدر سابق، ج8، ص3974. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص413. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص478-479. ابن النجار، شرح الكوكب المنير، مصدر سابق، ج4، ص505-506. ابن بدران، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد، مصدر سابق، ص384. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص34-37. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص176. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص412.

(4) - البهوتي، كشف القناع، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المصدر نفسه، ج3، ص479. السيوطي الرحباني، مطالب أولي النهى، مصدر سابق، ج6، ص494.

(5) - البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص413.

والمزارعة والإجارة وغيرها كلها على وفق القياس، كما أنّ الدليل الشرعي قام على اختصاصها بحكم يفارق نظائرها، لأنّها تعلّقت بوصف يقتضي ذلك. وإذا كانت هذه الصورة مخالفة للقياس، فإنّ الأمر لا يخلو من حالين: إما أن يكون القياس فاسداً؛ أو يكون ذلك الحكم لم يثبت بالنص كونه من الشرع⁽¹⁾.

- الثاني⁽²⁾: على فرض صحة التسليم وأنّه توجد أحكام شرعية مخالفة للقياس - كما يراه الكثير من الفقهاء - فإنّ هذه الأحكام شرّعت استثناء مراعاة لحاجة الناس، ورفعاً للحرَج عنهم، وتيسيراً عليهم، ومن ثمّ يجب الاقتصار على موضع الاستثناء الذي جاء به النص، وما عداه مما يخالف القياس - بما فيه الحكم القضائي المخالف للقياس الجلي - باطل ومنقوض، وهذا بناء على قاعدة: «ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه»⁽³⁾.

- وتعلل لهم أحد الباحثين المعاصرين⁽⁴⁾ بأنّ الأفهام قد تختلف في إدراك الفارق بين الأصل والفرع، ومن ثمّ يقع الخلاف في إثباته ونفيه، وينتج عن ذلك الاختلاف في حكم الفرع، فتبقى المسألة في محل الاجتهاد، والحكم المؤسس على اجتهاد لا يجوز نقضه باجتهاد مثله.

- ونوقش بأنّ مجرد الاحتمال على إدراك الفارق المؤثر بين الأصل والفرع في القياس الجلي لا ينفي قطعته، لأنّ الدليل القطعي لا تزول قطعته بمجرد نشوء الاحتمالات ما لم تكن هذه الاحتمالات ناشئة عن دليل، وحتى لو فرض وجود اختلاف في عدّ بعض الأمثلة من القياس الجلي، فهذا لا ينفي القطعية عن هذه الأمثلة عند البعض من العلماء، كما لا يؤثر في قطعية القياس كما لو حصل اختلاف في إثبات صفة التواتر لبعض النصوص، أو ثبات الإجماع لبعض المسائل، فكل هذا لا يؤثر على قطعية السنة المتولّدة، والإجماع، ومن ثمّ فلا يؤثر على قطعية القياس الجلي⁽⁵⁾.

⑧- موازنة وترجيح:

بعد عرض الأقوال والمذاهب، والأدلة والمناقشات التي جرت حولها في نقض الأحكام القضائية المخالفة للقياس الجلي، وبعد إدارة النظر فيها جميعاً، نرى أنّ الراجح هو قول الجمهور القاضي بنقض الحكم القضائي المخالف للقياس الجلي، وذلك لقوة أدلته وتعليقه، هذا فضلاً عن أنّ القياس دليل وأصل من أصول الشرع، فينقض به الحكم القضائي المخالف له كما ينقض لمخالفته النص والإجماع.

(1) - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج20، ص504 وما بعدها. ابن قيم الجوزية أعلام الموقعين، مصدر سابق، ج2، ص5 وما بعدها.

(2) - أنظر: الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج2، ص848.

(3) - الحصني، القواعد، مصدر سابق، ج3، ص229. وهي المادة 15 من مجلة الأحكام العدلية. حيدر، علي، درر الحكام، مصدر سابق، ج1، ص33. رستم باز، سليم اللباني، شرح المجلة، مصدر سابق، ج1، ص26. الزرقا، أحمد، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص151. الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص1017-1018.

(4) - الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، المرجع نفسه، ج2، ص848-849.

(5) - الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، المرجع نفسه، ج2، ص849.

ولعل أقوى أدلة الجمهور هو أنَّ القياس الجلي يستند إلى النَّص، والإجماع، وإلى ما قُطِعَ فيه
ينفي التأثير بين الأصل والفرع.

قال الشيرازي: «فهذا الضرب من القياس حكمه حكم النَّص والإجماع، لأنَّه لا يحتمل إلا معنى
واحدا ينقض به حكم الحاكم، كما ينقض بالإجماع والنَّص، فيجب المصير إليه، والعمل به»⁽¹⁾.
وإلى هذا الترجيح ذهب أحد الباحثين المعاصرين⁽²⁾.

2/- القياس الخفي؛ وموقف الفقهاء من الحكم القضائي المخالف له من حيث النقص:

أ/- تعريف القياس الخفي:

قال الباجي معرفة القياس الخفي بأنه: « ما ثبتت علته بالاستنباط»⁽³⁾.
وقال عضد الدين: «والخفي: ... هو ما يكون نفي الفارق فيه مظنوناً»⁽⁴⁾.
وقال الآمدي: «وأما الخفي: فما كانت العلة فيه مستنبطة من حكم الأصل، كقياس القتل
بالمثقل على المحدد ونحوه»⁽⁵⁾.

وقال النووي: «وأما غير الجلي: فما لا يزيل احتمال المفارقة ولا يبعده كل البعد، فمنه ما العلة
فيه مستنبطة، ... ، ومنه قياس الشبه وهو أن يشبه الحادثة أصليين: إما في الأوصاف بأن يشارك كل
واحد من الأصليين في بعض المعاني والأوصاف الموجودة فيه؛ وإما في الأحكام كالعبد يشارك الحر في
بعض الأحكام والمال في بعضها فيلحق بما المشاركة فيه أكثر»⁽⁶⁾.
هذه بعض التعاريف وهناك غيرها⁽⁷⁾.

ويمكن القول، بناء على هذه التعاريف، بأنَّ القياس الخفي: هو ما كانت علته غير منصوص
عليها، ولا يجمع حولها، وإنما مستنبطة من حكم الأصل دون أن يقطع فيه بنفي تأثير الفارق بين

(1) - الشيرازي، شرح اللمع، مصدر سابق، ج2، ص804.

(2) - الخضيري، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج2، ص853.

(3) - الباجي، إحكام الفصول، مصدر سابق، ص627.

(4) - عضد الدين، شرح مختصر ابن الحاجب، مصدر سابق، ج2، ص247. وانظر: غليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4،
ص187.

(5) - الآمدي، الإحكام، مصدر سابق، ج4، ص208.

(6) - النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص135. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص294.

(7) - السمرقندي، ميزان الأصول، مصدر سابق، ج2، ص853. أمير بادشاه، تيسير التحرير، مصدر سابق، ج4، ص76. غليش، شرح
منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص187. الشيرازي، شرح اللمع، مصدر سابق، ج2، ص804. البغوي، التهذيب، مصدر سابق، ج8،
ص180. الروياني، بحر المذهب، مصدر سابق، ج11، ص246. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص294.
الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص258. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص145. السمعاني،
قواطع الأدلة، مصدر سابق، ج2، ص126-130. أبو الخطاب، التمهيد في أصول الفقه، مصدر سابق، ج1، ص27. الطوفي، شرح
مختصر الروضة، مصدر سابق، ج3، ص223. ابن النجار، شرح الكوكب المنير، مصدر سابق، ج4، ص208.

الأصل والفرع⁽¹⁾.

ب/- بعض الأمثلة للقياس الخفي:

ومن أمثلة القياس الخفي⁽²⁾:

- قياس القتل بالمثل على المحدد⁽³⁾، بجامع أهما يؤديان إلى إزهاق روح، ومن ثم وجوب القصاص.

- قياس الأرز والذرة والتفاح على البر في باب الربا بعلة الطعم⁽⁴⁾.

- قياس النبيذ على الخمر في الحرمة⁽⁵⁾.

والقياس في هذه الأمثلة خفي مظنون، لأنه لا يمتنع أن تكون خصوصية المحدد والبر والخمر معتبره، لذلك اختلف فيه⁽⁶⁾.

- ومن خلال هذه التعاريف والأمثلة للقياس الخفي يتضح لنا أنه قياس ظني، لأن العلة فيه أخذت بالاستنباط والاجتهاد⁽⁷⁾. ولكن ما موقف الفقهاء من الحكم القضائي المخالف له هل ينقض أم لا؟

- الجواب هو ما نراه في العنصر الموالي.

(1) - قارن مع: الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج2، ص844.

(2) - أمير بادشاه، المصدر نفسه، ج4، ص76-77. عليش، المصدر و الصفحة نفسها. عضد الدين، شرح مختصر ابن الحاجب، مصدر سابق، ج2، ص247. الشيرازي، المصدر نفسه، ج2، ص804-805. الروياني، المصدر نفسه، ج11، ص246-247. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص135. الخطيب الشربيني، المصدر و الصفحة نفسها. الأمدي، الأحكام، مصدر سابق، ج4، ص208. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص311. الشرقاوي، حاشية على التحرير، مصدر سابق، ج2، ص495. الرملي، المصدر و الصفحة نفسها 258. ابن النجار، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - الأمدي، الأحكام، مصدر سابق، ج4، ص208.

(4) - الخطيب الشربيني، المصدر نفسه، ج6، ص264-294. الرملي، المصدر و الصفحة نفسها. ابن حجر الهيتمي، ت المصدر و الصفحة نفسها. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص518. الشرقاوي، حاشية على تحفة الطلاب، مصدر سابق، ج2، ص476. المحلي، كنز الراغبين، مصدر سابق، ج5، ص3813. زكريا الأنصاري، المصدر و الصفحة نفسها. عليش، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - عضد الدين، شرح مختصر ابن الحاجب، مصدر سابق، ج2، ص247.

(6) - ابن أمير الحاج، التقرير والتحير، مصدر سابق، ج3، ص221. عضد الدين، شرح مختصر ابن الحاجب، مصدر سابق، ج2، ص247. الجويني، البرهان، مصدر سابق، ج2، ص785.

(7) - النسفي، كشف الأسرار، مصدر سابق، ج1، ص383-384. التفازاني، التلويح على التوضيح، مصدر سابق، ج1، ص300-301. القرافي، نفائس الأصول، ج9، مصدر سابق، ص3912-3913. عضد الدين، شرح مختصر ابن الحاجب، مصدر سابق، ج2، ص247. الشيرازي، شرح اللع، مصدر سابق، ج2، ص804-801. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص389. الجويني، البرهان، مصدر سابق، ج2، ص787. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص135. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص294. السبكي، الإبهاج، مصدر سابق، ج3، ص24-25. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص311-312. الطوفي، شرح مختصر الروضة، مصدر سابق، ج2، ص132. ابن النجار، شرح الكوكب المنير، مصدر سابق، ج3، ص486.

ج/- إجماع العلماء على عدم جواز نقض الحكم القضائي لمخالفته القياس الخفي:

أجمع العلماء في شتى المذاهب الفقهية من: الحنفية⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾، على أنه لا يجوز نقض الحكم القضائي المخالف للقياس الخفي.

- وعللوا لقولهم هذا بأن القياس الخفي يفيد الظن، والظنون المتعادلة والمتقاربة لو نقض بعضها ببعض لما استمر حكم، ولشق الأمر على الناس⁽⁵⁾.

قال الغزالي: «فإن قيل: فلو خالف الحاكم قياساً جلياً هل ينقض حكمه؟ قلنا: قال الفقهاء: ينقض، فإن أرادوا به ما هو في معنى الأصل مما يقطع به فهو صحيح، وإن أرادوا به قياساً مظنوناً مع كونه جلياً فلا وجه له، إذ لا فرق بين ظن وظن، فإذا انتفى القاطع فالظن يختلف بالإضافة، وما يختلف بالإضافة فلا سبيل إلى تتبعه... قلنا: مهما كانت المسألة ظنية فلا ينقض الحكم»⁽⁶⁾.

وقال النووي: «إن تبين له بقياس خفي رآه أرجح مما حكم به، وأنه الصواب، فليحكم فيما

(1) - الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج7، ص4. ابن أمير الحاج، التقرير والتحجير، مصدر سابق، ج3، ص446. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص29.

(2) - القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص97-89. القرافي، نفائس الأصول، ج9، مصدر سابق، ص3912-3913. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص139. القرافي، شرح تنقيح الأصول، مصدر سابق، ص347. القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص47-73-74. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص62. خليل، التوضيح، مصدر سابق، ج7، ص421. خليل، المختصر، مصدر سابق، ص229. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص41. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص94. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص41. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج8، ص139. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص186-187. الخرشبي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص163. العلوي، حاشية على شرح الخرشبي، مصدر سابق، ج7، ص163. المواق، التاج والإكليل، مصدر سابق، ج8، ص138. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص145. البناني، حاشية على شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج7، ص145. الآبي، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج2، ص229. ميارة، فتح العليم الخلاق، مصدر سابق، ص426. حسن المالكي، تهذيب الفروق، مصدر سابق، ج2، ص182-183. و ج4، ص97. المقرئ، الكليات، مصدر سابق، ص181.

(3) - الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج2، ص2411. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص682-692. الماوردي، الحواري الكبير، مصدر سابق، ج16، ص172-175. الشيرازي، المهذب، المصدر نفسه، ج3، ص398. الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج7، ص305-306. البغوي، التهذيب، مصدر سابق، ج8، ص181-182. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص112. النووي، المصدر نفسه، ج8، ص136. السبكي، الفتاوى، مصدر سابق، ج2، ص436. زكريا الأنصاري، فتح الطلاب، مصدر سابق، ج2، ص476. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، المصدر نفسه، ج6، ص312-313. الرملي، حاشية على أسنى المطالب، مصدر سابق، ج6، ص312. الخطيب الشربيني، المصدر و الصفحة نفسها. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص537. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص258. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج10، ص145. الشرفاوي، حاشية على تحفة الطلاب، مصدر سابق، ج2، ص476. الغزي، أدب القضاء، مصدر سابق، ص238. الغزي، معين الحكام، مصدر سابق، ص243. المحلي، كنز الراغبين، مصدر سابق، ج5، ص3813. الأمدي، الأحكام، مصدر سابق، ج4، ص335. السبكي، الإبهاج، مصدر سابق، ج3، ص266.

(4) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص34-37. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص456. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص210-211. ابن النجار، المصدر نفسه، ج4، ص506. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص478. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص413. ابن مفلح، المدع، مصدر سابق، ج8، ص176. ابن بدران، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد، مصدر سابق، ص384.

(5) - القرافي، نفائس الأصول، المصدر نفسه، ج9، ص3912. الغزالي، المستصفي، مصدر سابق، ج2، ص343-344. الخطيب الشربيني، المصدر و الصفحة نفسها. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، المصدر و الصفحة نفسها.

(6) - الغزالي، المستصفي، مصدر سابق، ج2، ص343-344. القرافي، نفائس الأصول، مصدر سابق، ج9، ص3912.

يحدث بعد ذلك من أخوات الحادثة بما رآه ثانيا، ولا ينقض ما حكم به أولا، بل يمضيه»⁽¹⁾.

المبحث الخامس: نقض الحكم القضائي بسبب مخالفته القواعد الكلية:

نتناول هذا المبحث وفق العناصر الآتية:

أولا: تعريف القواعد الكلية.

ثانيا: موقف الفقهاء من الحكم القضائي المخالف للقواعد الكلية.

ثالثا: أمثلة على نقض الحكم القضائي لمخالفته القواعد الكلية.

وإليك هذه القضايا بالترتيب.

أولا: تعريف القواعد الكلية:

يقصد بالقواعد الكلية: المبادئ والأصول العامة للشريعة الإسلامية السّالمة من المعارض الراجح عليها⁽²⁾.

ولعل أوضح من أشار إلى هذا السبب القرآني المالكي حيث قال: «إنَّ المدرك المختلف فيه قسمان: تارة يكون في غاية الضعف، فهذا ينقض قضاء القاضي إذا حكم به، لأنّه لا يصلح أن يكون معارضا للقواعد الشرعية، فيكون هذا الحكم على خلاف القواعد، وما كان على خلاف القواعد الشرعية من غير معارض فتقدّم ينقض إجماعا»⁽³⁾.

وقال أيضا: «وقد نصّ العلماء على أنّ حكم الحاكم لا يستقر في أربعة مواضع، وينقض: إذا وقع على خلاف الإجماع؛ أو القواعد؛ أو النصّ؛ أو القياس الجلي. وهذه الثلاثة الأخيرة هي من مسائل الخلاف، وإلا لم يمكن إلا قسم واحد، وهو المجمع عليه»⁽⁴⁾.

وقال أيضا: «واعلم أنّ معنى قول العلماء: إنّ حكم الحاكم ينقض إذا خالف القواعد؛ والنصوص؛ والقياس الجلي؛ إذا لم يعارض القواعد، والقياس، أو النصّ ما تقدّم عليه، وإلا فإذا حكم بعقد السلم، أو الإجازات أو المساقاة، فقد حكم بما هو على خلاف القواعد لكن لمعارض راجح، فلا

(1) - النووي، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - القرافي، الأحكام، مصدر سابق، ص42-46-47-74-407. القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص98. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص139. المقرئ، محمد بن محمد بن أحمد أبو عبد الله، الكليات الفقهية، تحقيق ودراسة: محمد بن الهادي أبو الأحنان، الدار العربية للكتاب، طرابلس - تونس، دط، 1997م، ص184. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص62. حسن المالكي، تهذيب الفروق، مصدر سابق، ج4، ص97. الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج2، ص858.

(3) - القرافي، الأحكام، المصدر نفسه، ص42.

(4) - القرافي، الأحكام، المصدر نفسه، ص46-47. القرافي، الفروق، المصدر نفسه، ج4، ص97. القرافي، نفائس الأصول، المصدر نفسه، ج9، ص3911-3912.

جرم لا ينقض، إنما النقض عند عدم المعارض الراجح، فاعلم ذلك»⁽¹⁾.

وقال أيضا: «غير أنه يستثنى من هذا أربع صور خاصة، وهي الصور التي ينقض قضاء القاضي فيها ما كان على خلاف الإجماع؛ أو القواعد؛ أو النصوص؛ أو القياس الجلي؛ إذا سلم كل من هذه الثلاثة عن معارض راجح له»⁽²⁾.

ثانيا: موقف الفقهاء من الحكم القضائي المخالف للقواعد الكلية:

وقد اختلف الفقهاء في نقض الحكم القضائي لمخالفته القواعد الكلية على رأيين: الأول بوجوب النقض؛ والآخر بعدم الجواز. وإليك بيان هذه الأقوال والراجح منها.

1/- القول الأول: ينقض الحكم القضائي المخالف للقواعد الكلية:

ذهب الحنفية⁽³⁾، والمالكية⁽⁴⁾، والشافعية⁽⁵⁾، وابن تيمية⁽⁶⁾، و ابن قيم الجوزية⁽⁷⁾ الحنبليين، إلى أنّ الحكم القضائي المخالف للقواعد الكلية السّالمة عن المعارض الراجح يجب نقضه وإبطاله. أما إذا كان هناك معارض شرعي راجح على القواعد الكلية، فإن الحكم لا ينقض لمخالفته، بسبب وجود هذا المعارض، وذلك مثل الحكم بصحة عقد القراض، والسلم، والإجارة، والحوالة، والمساقاة، والمزاعة، وغيرها، فإنها على خلاف القواعد، لكن معارض راجح، فلا جرم أنه لا ينقض، نظرا لورود أدلة خاصة على الجواز مقدّمة على تلك القواعد⁽⁸⁾.

- وعّلّلوا بنقض الحكم القضائي المخالف للقواعد الكلية بأنّ القواعد الكلية السّالمة عن المعارض الراجح عليها متفق عليها بالإجماع، ومن ثمة فهي قطعية، ومن ثم يكون الحكم المخالف لها مخالفا

(1) - القرافي، الإحكام، المصدر نفسه، ص 47. القرافي، نفائس الأصول، ج 9، مصدر سابق، ص 3911-3912.

(2) - القرافي، الإحكام، مصدر سابق، ص 107.

(3) - الطرابلسي، معين الأحكام، مصدر سابق، ص 29-34. الحصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج 5، ص 402. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج 5، ص 402.

(4) - القرافي، المصدر نفسه، ص 46-47-74-407. القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج 4، ص 97-98. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج 10، ص 139. القرافي، نفائس الأصول، مصدر سابق، ج 9، ص 3911-3912. المقري، الكليات الفقهية، مصدر سابق، ص 184. الونشريسي، إيضاح المسالك، مصدر سابق، ص 61. ابن فرحون، تبصرة الأحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 62. ميارة، فتح العليم الخلاق، مصدر سابق، ص 426-427. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 41. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 186-187. العدوي، حاشية على شرح الخرشي، مصدر سابق، ج 7، ص 163.

(5) - العز ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، مصدر سابق، ص 284. الحصني، القواعد، مصدر سابق، ج 3، ص 339-340. ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، مصدر سابق، ج 2، ص 211. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج 8، ص 258. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج 10، ص 144. السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص 130. الغزي، معين الأحكام، مصدر سابق، ص 243. الغزي، أدب القضاء، مصدر سابق، ص 238.

(6) - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج 35، ص 293-294. ج 33، ص 240-245.

(7) - ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مصدر سابق، ج 3، ص 306-338.

(8) - الطرابلسي، المصدر نفسه، ص 29. القرافي، الإحكام، المصدر نفسه، ص 47-73. القرافي، نفائس الأصول، المصدر نفسه، ج 9، ص 4096. ابن فرحون، المصدر و الصفحة نفسها. عليش، المصدر و الصفحة نفسها.

للإجماع، فيتوجب، نقضه وإبطاله⁽¹⁾.

2/- القول الثاني: لا ينقض الحكم القضائي المخالف للقواعد الكلية:

في المقابل، يرى الحنابلة⁽²⁾ أنَّ الحكم القضائي المخالف للقواعد الكلية لا ينقض ولا يبطل. وعلى الرغم من أنَّ الحنابلة لم يَصِّحوا بهذا الموقف إلا أنَّ هذا ما يستخلص من أقوالهم. كقول الزركشي: «(ولا ينقض من حكم غيره إذا رفع إليه إلا ما خالف كتابا، أو سنة، أو إجماعا)، وظاهر كلامه وكلام غيره أنَّ حكم الحاكم وحكم غيره لا ينقض لمخالفة ما عدا هذه الثلاثة، وهو كذلك واختار ابن حمدان النقض لمخالفة قياس جلي قطع فيه بنفي الفارق»⁽³⁾.

كما ذكر المرداوي أنَّ المالكية يرون نقض الحكم القضائي المخالف للقواعد الكلية دون أن يعلق عليه، فقال: «ولا ينقض إذا خالف قياسا ولو جليا، على الصحيح من المذهب، وعليه الأكثر، وقطعوا به. وقيل: ينقض إذا خالف قياسا جليا، وفاقا لمالك والشافعي وابن حمدان في الرعايتين. زاد مالك: ينقض بمخالفة القواعد الشرعية»⁽⁴⁾.

وهكذا يتبين لنا أنَّ الحنابلة لا يرون نقض الحكم القضائي المخالف للقواعد الكلية، وربما يسند قولهم هذا أنَّ المذهب والراجح عندهم عدم جواز نقض الحكم القضائي المخالف للقياس الجلي، كما مر بيانه، ففعل القول بعدم النقض لمخالفة القواعد الكلية من باب وُلِّيَ⁽⁵⁾.

- ويحتج لهم أحد الباحثين المعاصرين⁽⁶⁾ بأنَّ القواعد الكلية قد يقع فيها الاختلاف بين الفقهاء، الفقهاء، كما قد يتطرق إليها الاستثناء، مما يجعلها محلا للاجتهاد، ويخرجها عن القطعية، ومن ثم فلا يصح نقض الحكم المخالف لها، لأَنَّ ظنية.

- ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال بأنَّ القواعد على قسمين، منها ما هو متفق عليه بين العلماء؛ ومنها ما مختلف فيه، والحكم الذي يتعين نقضه هو الحكم المخالف للقاعدة المتفق عليها،

(1) - ابن فرحون، المصدر و الصفحة نفسها. عليش، المصدر نفسه، ج4، ص187.

(2) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص34-37. ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص108-109. شمس الدين، ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج11، ص412-413. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص456. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص176-177. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص412-413. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص478-479. الزركشي، شرح مختصر الخرقى، مصدر سابق، ج4، ص448-449. المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج11، ص210-211. المرداوي، التحبير في أصول الفقه، مصدر سابق، ج8، ص3974. ابن النجار، شرح الكوكب المنير، مصدر سابق، ج4، ص506.

(3) - الزركشي، المصدر نفسه، ج4، ص447-448.

(4) - المرداوي، التحبير في أصول الفقه، المصدر نفسه، ج8، ص3974. ابن النجار، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج2، ص860.

(6) - الخضيرى، أحمد بن محمد بن صالح، المرجع و الصفحة نفسها.

ولذلك اشترط فيها السلامة من المعارض الراجح⁽¹⁾.

3- موازنة وترجيح:

من خلال ما سبق عرضه من الأقوال والأدلة والمناقشات حولها، نرى مع بعض الباحثين المعاصرين⁽²⁾ أنَّ القول الراجح هو القول الأول، وهو قول الجمهور، أنَّ الحكم القضائي ينقض إذا خالف القواعد الكلية، والأصول العامة الشرعية السَّالمة عن المعارض الراجح، وذلك لأنَّ دلالتها قطعية، والحكم المخالف للقطعي يجب نقضه كالإجماع.

أما إذا كانت القواعد الكلية معارضة بما هو أرجح وأقوى منها، أو وقع الاختلاف حولها، فإنَّه حينئذ لا يجوز نقض الحكم القضائي المخالف لها، إذ أنَّ القاعدة الكلية تكون حينئذ ظنية، ولا ينقض الحكم القضائي لمخالفة الظني، بناء على قاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله».

ثالثاً: أمثلة على نقض الحكم القضائي لمخالفته القواعد الكلية:

مثَّل الفقهاء لنقض الحكم القضائي بسبب مخالفته للقواعد الكلية بالأمثلة الآتية:

1- حكم القاضي ببينة نافية دون المثبتة، إذ إنَّ من القواعد الشرعية في الإثبات تقدم البينة المثبتة على النافية⁽³⁾.

2- ولعل من أشهر الأمثلة على نقض الحكم القضائي لمخالفته القواعد الكلية مسألة «السُّرِّيَّة»⁽⁴⁾، نسبة إلى قائلها أو المنسوبة إليه، وهو الفقيه الشافعي ابن سريج⁽⁵⁾.

و مسألة «السُّرِّيَّة» تعني: أنه إذا حكم قاض بتقرير النكاح، وعدم لزوم الطلاق إذا ما قال الرجل لزوجته: إذا وقع يمين طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً، أو متى طَلَّقْتك وقع عليك طلاقي قبله ثلاثاً.

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص62. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص186-187.

(2) - الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، مرجع سابق، ج2، ص860.

(3) - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص41. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص41.

(4) - الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص29. القرافي، الإحكام، مصدر سابق، ص74. القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص98. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص139. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص62. الدسوقي، المصدر و الصفحة نفسها. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص187. ميارة، فتح العليم الخلاق، مصدر سابق، ص427. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج7، ص145. البناني، حاشية على شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج7، ص145. العدوي، حاشية على شرح الخرشي، مصدر سابق، ج7، ص163. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج35، ص293-294. ج33، ص240-245. ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مصدر سابق، ج3، ص306-338.

(5) - ابن سريج (249-306 هـ = 863-918 م) هو أحمد بن عمر بن سريج البغدادي، أبو العباس، فقيه الشافعية في عصره، مولده ووفاته ووفاته في بغداد. ولد سنة 248 هـ، وتوفي سنة 306 هـ. له نحو 400 مصنف. وكان يلقب ب: «الباز الأشهب». ولي القضاء بشيراز، وقام بنصرة المذهب الشافعي، فنشره في أكثر الأفاق، وعده البعض من مجدد الملة في المائة الثالثة، وكان حاضر الجواب، له مناظرات ومساجلات مع محمد بن دلود الظاهري.

- أنظر ترجمته في: السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، مصدر سابق، ج3، ص21-39، ترجمة رقم: 85. ابن كثير، البداية والنهاية، مصدر سابق، ج6، ص481. ابن خلكان، وفيات الأعيان، مصدر سابق، ج1، ص66-67. الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، مصدر سابق، ج5، ص471-471، رقم الترجمة: 2313. الزركلي، خير الدين، الأعلام، مصدر سابق، ج1، ص185.

والصحيح - وهو الذي عليه جماهير العلماء⁽¹⁾ - أنّ حكم القاضي هنا في هذه المسألة ينقض ويطل. وسبب نقض هذا الحكم هو مخالفته للقاعدة الشرعية الكلية، لأنّ من قواعد الشرع صحة اجتماع الشرط مع المشروط، فإذا كان الشرط لا يصح اجتماعه مع مشروطه، فلا يصح أن يكون شرطاً في الشرع، وشرط المسألة السريجية لا يجتمع مع مشروطه أبداً، إذ أنّ حكمة المشروط إنما تظهر فيه أو متصل بشرط لا يصح اجتماعه مع مشروطه، وحكم الحاكم في مسألة السريجية لا يصح أن يكون في الشرع شرطاً، فلذلك ينقض حكم الحاكم في المسألة السريجية، والحكم الصحيح وارد في اختصاصها بالتشريك، ولم يثبت له معارض صحيح فينقض الحكم بخلافه.

وقد بيّن بطلان هذه المسألة كل من ابن تيمية وابن قيم الجوزية، فقد قال ابن تيمية: «هذه المسألة لم يفت بها أحد من سلف الأمة، ولا أئمتها، ولا من الصحابة ولا التابعين، ولا أئمة المذاهب المتبوعين، كأبي حنيفة؛ ومالك؛ والشافعي؛ وأحمد؛ ولا أصحابهم الذين أدركوهم... وإنما أفتى بها طائفة من الفقهاء بعد هؤلاء، وأنكر ذلك عليهم جمهور الأمة كأصحاب أبي حنيفة، ومالك، وأحمد، وكثير من أصحاب الشافعي. وكان الغزالي يقول بها، ثم رجع عنها وبيّن فسادها، وقد علم من دين المسلمين أنّ نكاح المسلمين لا يكون كنكاح النصارى، والدور الذي توهموه فيها باطل، فإنهم ظنوا أنّه إذا وقع المنجّر وقع المعلق، وهو إنّما يقع لو كان التعليق صحيحاً، والتعليق باطل، لأنّه اشتمل على محال في الشريعة، وهو وقوع طلقة مسبوقه بثلاث، فإنّ ذلك محال في الشريعة، والتسريح يتضمن لهذا المحال في الشريعة، فيكون باطلاً. وإذا كان قد حلف بالطلاق متعمداً أنّه لا يحنث، ثم تبين له فيما بعد أنّه لا يجوز، فليمسك امرأته، ولا طلاق عليه فيما مضى، ويتوب في المستقبل. والحاصل أنّه لو قال الرجل لامرأته: إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثاً فطلقها، وقع المنجّر على الراجح، ولا يقع معه المعلق، لأنّه لو وقع المعلق، وهو الطلاق الثلاث، لم يقع المنجّر، لأنّه زائد على عدد الطلاق، وإذا لم يقع المنجّر لم يقع المعلق. وقيل: لا يقع شيء لأنّ وقوع المنجّر يقتضي وقوع المعلق، ووقوع المعلق يقتضي عدم وقوع المنجّر، وهذا القيل لا يجوز تقليده، وابن سريج بريء مما نسب إليه فيما قاله الشيخ عو الدين»⁽²⁾.

وكل هذا جواباً عن سؤال هو: «ما قولكم في العمل بالسريجية؟»، وهو أن يقول الرجل لامرأته: إذا

(1) - الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص 29. الحسكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج 5، ص 402. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج 5، ص 402. القرافي، الإحكام، مصدر سابق، ص 74. القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج 4، ص 98. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 62. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 41. ميارة، فتح العليم الخلاق، مصدر سابق، ص 427. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 187. حسن المالكي، تهذيب الفروق، مصدر سابق، ج 4، ص 98-97. ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مصدر سابق، ج 3، ص 306-338. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج 33، ص 240-245. ص 293-294.

(2) - ابن تيمية، المصدر نفسه، ج 33، ص 243-244.

طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا، وهذه المسألة تسمى: «مسألة ابن سريج»⁽¹⁾. وقال أيضا إجابة عن سؤال آخر حولها: «المسألة السُّرِّيَّةُ باطلة في الإسلام، محدثة، لم يفت بها أحد من الصحابة والتابعين ولا تابعيهم، وإنما ذكرها طائفة من الفقهاء بعد المائة الثالثة، وأنكر ذلك عليهم جمهور فقهاء المسلمين، وهو الصواب، فإنَّ ما قاله أولئك يظهر فساده من وجوده...»⁽²⁾.

وقد تسأل ابن تيمية قائلا: «هل استحدث ابن سريج هذه المسألة للاحتيال على رفع الطلاق؟ أم قاله طردا لقياس اعتقد صحته، واحتال بها من بعده؟»⁽³⁾، وأجاب أنه رأى مصنفا لبعض المتأخرين بعد المائة الخامسة صنّفه في هذه المسألة، أنه قصد بها الاحتيال على عدم وقوع الطلاق⁽⁴⁾.

وقد أكد ابن قيم الجوزية أنَّ هذه المسألة قُصدَ بها الاحتيال لا غير، فقال: «وإنما أطلنا الكلام في هذه المسألة، لأنَّها من أمهات الحيل وقواعدها، والمقصود بيان بطلان الحيل، فإنَّها لا تتمشَّى على قواعد الشريعة، ولا أصول الأئمة، وتفريعهم، والأئمة براء منها»⁽⁵⁾.

(1) - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج 33، ص 242.

(2) - ابن تيمية، المصدر نفسه، ج 33، ص 240.

(3) - ابن تيمية، المصدر نفسه، ج 35، ص 293.

(4) - ابن تيمية، المصدر نفسه، ج 35، ص 293-294.

(5) - ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مصدر سابق، ج 3، ص 338.

الفصل الرابع:

نقض الأحكام القضائية بسبب مخالفة أصول القضاء

المبحث الأول: قاعدة هيئة الإصدار.

المبحث الثاني: قاعدة المشاورة.

المبحث الثالث: قاعدة الإعذار.

الفصل الرابع: نقض الأحكام القضائية بسبب مخالفة أصول القضاء:

لقد سبق أن رأينا في الفقه الإسلامي أن ما يصدر من القضاء نوعان من التصرفات: تصرفات قضائية؛ و تتمثل في الأحكام القضائية؛ و تصرفات غير قضائية.

و من بين الفروق الجوهرية بين التصرفات القضائية و غير القضائية -بحسب تعبير و اصطلاح الفقه الإسلامي- أو الأحكام و الأوامر- بحسب اصطلاح القانون الوضعي- هو قواعد و إجراءات الإصدار، حيث إن الأحكام تصدر وفق قواعد و إجراءات معينة و محددة بنص القانون، و تكون عادة هذه القواعد قواعد جوهرية، بخلاف الأوامر و الأعمال الولائية، حيث لا يشترط في إصدارها أو حتى في إلغائها و تعديلها إجراءات و قواعد معينة، و ذلك لأن الأحكام تمس بحقوق الأفراد في الدفاع و تمس بمراكزهم الإجرائية، و لذلك يجب إتباع قواعد صارمة منصوص عليها قانونا تحقيقا للعدل، و نفيًا للظلم، و حفظًا لحقوق الدفاع.

و من خلال استقواء و تتبع نصوص و أقوال الفقهاء المسلمين في موضوع إصدار الأحكام فإننا يمكن استخلاص القواعد الآتية: هيئة الإصدار؛ و المشاورة؛ و الإعذار.

و نتناول هذه القواعد وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: قاعدة هيئة الإصدار.

المبحث الثاني: قاعدة المشاورة.

المبحث الثالث: قاعدة الإعذار.

و إليك هذه البنود بالتفصيل و الشرح و البيان.

المبحث الأول: قاعدة هيئة الإصدار للحكم القضائي:

يعرف أحد الباحثين هيئة إصدار الحكم بأنها: «عدد القضاة الذين يتولون إصدار الحكم

القضائي»⁽¹⁾.

(1) - أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 388.

و ما يلاحظ على هذه المحاولة في تعريف هيئة إصدار الحكم، هو الاكتفاء و الاقتصار على العنصر الشكلي الخارجي دون التطرق إلى العنصر الموضوعي الداخلي، و هو العلاقة بين القضاة في حال تعددهم، حيث إن صاحب التعريف نظر فقط إلى جانب العدد و الرقم، على الرغم من أن المسألة لا تقتصر على العدد فقط، و إنما على العلاقة بينهم حين يتعدوا، أي الجانب الوظيفي لتعدد القضاة في النزاع الواحد.

و تبرز أهمية العنصر الموضوعي الداخلي الوظيفي لهيئة الإصدار، في أن تعدد القضاة ليس مقصودا لذاته، و إنما هو مقصود لغيره، فهو وسيلة و أداة و آلية و ميكانزم لتحقيق مقصد شرعي و هو تحقيق صدور حكم قضائي سليم و صحيح شرعاً و إجراءً.

و بناء على هذا التحليل، يمكن أن نعرف هيئة إصدار الحكم بأنها: تركيبها و تشكيلها من حيث العدد، و من حيث الوظيفة و العلاقة.

فالتكوين و التشكيل العددي يقصد به بيان صدور الحكم من قاض فرد، أم من قاضيين فأكثر. أما الوظيفة و العلاقة فالمقصود بها هو بيان العلاقة بين القضاة في حال تعددهم في نظر نزاع واحد، من حيث هي علاقة مشاركة فيصدر منهم حكم واحد، أم علاقة استقلال و انفصال، بحيث تصدر عدة أحكام بحسب عددهم، فإن كانوا اثنين صدر حكمان، و إن كانوا ثلاثة قضاة، صدرت ثلاثة أحكام، و هكذا... كل هذا في النزاع الواحد محلاً، و أطرافاً، و أسباباً.

و تبعا لهذا الشرح سنتناول هذا المبحث في العناصر الآتية:

المطلب الأول: حكم تعدد القضاة في النزاع الواحد.

المطلب الثاني: العلاقة بين القضاة في حال تعددهم للفصل في النزاع الواحد.

و إليك هذه العناصر بالترتيب.

المطلب الأول: حكم تعدد القضاة في النزاع الواحد:

يقصد بحكم تعدد القضاة في النزاع الواحد: بيان موقف الفقه الإسلامي من الحكم في النزاع الواحد بأكثر من قاض، أي هل يمكن أن يجتمع في نظر نزاع واحد أكثر من قاض؟ بحيث يصدر عن القضاة حكم واحد في هذا النزاع؟ أم أنه لا بد من صدور حكم عن كل قاض؟

إجابة على هذا السؤال، فإن الجمع عليه فقها هو أن الحكم يصدر من قاض فرد أي قاض واحد يحكم في النزاع بمفرده، و قد ثبت هذا الإجماع عن طريق الاستقراء أي استقراء نصوص و أقوال الفقهاء، حيث إنهما كلها تتكلم عن القاضي الفرد. و هذا في الحقيقة من البديهيات الفقهية التي لا

تحتاج إلى إثبات، على أساس أن الذي ينظر في المنازعات هو القاضي، وليس غيره. زيادة على أن الخلاف منحصر في التعدد فقط.

هذا هو الأمر المجمع عليه في الفقه الإسلامي.

غير أن الفقهاء المسلمين اختلفوا في حالة ما إذا عين الخليفة أو الإمام الأعظم قاضيين أو أكثر للنظر في الدعاوى و المنازعات و إصدار حكم فيها، فكان الخلاف في هذه المسألة على ثلاثة أقوال: قول يمنع مطلقاً، و قول يبيح مطلقاً، و قول ثالث يفصل المسألة، فيجيز في حالات، و يمتنع في حالات، و نحن سنتناول هذه الأقوال، وفق العناصر الآتية:

- 1/- القول الأول: عدم جواز إصدار الأحكام من أكثر من قاض مطلقاً [نظام القاضي الفرد].
 - 2/- القول الثاني: جواز إصدار الأحكام من أكثر من قاض مطلقاً [نظام القضاء الجماعي].
 - 3/- القول الثالث: جواز إصدار الأحكام من أكثر من قاض في حالات و منعه في أخرى.
 - 4/- رأينا في المسألة.
- و إليك هذه العناصر بالترتيب.

1/- القول الأول: عدم جواز إصدار الأحكام من أكثر من قاض مطلقاً [نظام القاضي

الفرد]:

ذهب المالكية⁽¹⁾ في المشهور عندهم، و جمهور الشافعية⁽²⁾، و الحنابلة في الأصح عندهم⁽³⁾، إلى عدم جواز اجتماع أكثر من قاض للنظر في النزاع الواحد، بحيث يصدر حكم واحد منهم باتفاقهم عليه، و هذا المنع هو بإطلاق.

غير أنهم أجازوا تعدد القضاة في نظر النزاع الواحد، و لكن بشرط صدور أحكام من كل قاض بحسب عددهم، أي أنهم أجازوا تعدد القضاة للنظر في النزاع الواحد، و لكن باستقلال كل واحد منهم

(1) - ابن رشد (الجد)، المقدمات الممهديات، مصدر سابق، ج2، ص258. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص21-23. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص11. الدسوقي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص11. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص151-152. ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج2، ص194. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص98. ميارة، شرح التحفة، مصدر سابق، ج1، ص12. الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج7، ص130-131. الزرقاني، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص128. ابن شاس، عقد الجواهر، مصدر سابق، ج3، ص97-101. الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى، عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع و الفروق، دراسة و تحقيق: حمزة أبو فارس، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1410هـ-1990م، ص494-495. النباهي، تاريخ قضاة الأندلس، مصدر سابق، ص18. التسولي، البهجة، مصدر سابق، ج1، ص103-104. التاودي، حلي المعاصم لفكر ابن عاصم، مصدر سابق، ج1، ص104. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، ص577-578. القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج10، ص20. الونشريسي، الولايات، مصدر سابق، ص149.

(2) - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص269. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص231-232. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص270. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص104.

(3) - ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص420. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص370-371. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص160. ابن قدامة، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص90.

عن الآخر عند إصدار الحكم. فقد قال ابن رشد الحفيد: «و من شرط القضاء عند مالك أن يكون واحدا»⁽¹⁾.

و قال ابن شاس المالكي ما عبارته: «و لا تصح تولية حاكمين معا في كل قضية»⁽²⁾. و قال أيضا: «لو نصب في بلدة قاضيان، كل واحد يختص بطرف جاز، و كذلك لو أثبت الاستقلال لكل واحد منهما، فإن اشترط اتفاقهما في كل حكم لم يصح»⁽³⁾.

و قال ابن فرحون: «و أما كونه واحد فلا يصح تقديم اثنين على أن يقضيا معا في قضية واحدة، لاختلاف الأغراض، و تعذر الاتفاق، و بطلان الأحكام»⁽⁴⁾.

و قال زكريا الأنصاري الشافعي: «و جاز نصب أكثر من قاض بمحل إن لم يشترط اجتماعهم على الحكم»⁽⁵⁾.

و قال ابن قدامة المقدسي حاكيا آراء المذهب في المسألة: «و يجوز أن يولي في البلد الواحد قاضيين أو أكثر على أن يحكم كل واحد منهم في موضع، أو يجعل إلى أحدهما القضاء في حق، و إلى الآخر في حق آخر، أو إلى أحدهما في زمن، و إلى الآخر في زمن آخر، لأنه نيابة عن الإمام، فكان على حسب الاستنابة.

و هل يجوز أن يجعل إليهما القضاء في مكان واحد، و زمن واحد، و حق واحد؟
و فيه وجهان:

- أحدهما: يجوز، لأنه نيابة، فجاز جعلها إلى اثنين كالوكالة.

- و الثاني: لا يجوز، لأنهما قد يختلفان فتقف الحكومة»⁽⁶⁾.

و يقول أبو حامد الغزالي: «لو نصب في البلد قاضيان كل واحد يختص بطرف جاز، و إن شرط اتفاقهما في كل حكم لم يجز، و إن أثبت الاستقلال لكل واحد فوجهان. ثم إذا تنازع الخصمان في الاختيار أو ازدحم متداعيان بالقرعة»⁽⁷⁾.

و قال البهوتي الحنبلي ما نصه: «فإن جعل إليهما، أي القاضيين، عملا واحدا جاز له ذلك، فيحكم كل واحد باجتهاد، لأنه نيابة، فجاز جعلها لإثنين، كالوكالة، و لأنه يجوز للقاضي أن

(1) - ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2، ص377-378.

(2) - ابن شاس، عقد الجواهر، مصدر سابق، ج3، ص97-101.

(3) - ابن شاس، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص23. الباهي، تاريخ قضاة الأندلس، مصدر سابق، ص18.

(5) - زكريا الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، منهج الطلاب في فقه الإمام الشافعي - رضي الله عنه -، وضع حواشيه: صلاح بن محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ-1997م، ص182.

(6) - ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص90.

(7) - أبو حامد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، المكتبة العصرية، بيروت، ص417.

يستخلف خليفتين في موضع واحد، فالإمام أولى، و ليس للقاضي الآخر الاعتراض عليه، أي على رفيقه، و لا نقض حكمه، كما لو كان كل واحد منهما يعمل خاص، فإن تنازع خصمان في الحكم عند أحدهم قدم قول الطالب، و هو المدعي على المدعى عليه»⁽¹⁾.

و قال الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة المالكي محمداً و مدققاً رأي المالكية في المسألة: «يجوز للخليفة تولية قضاة متعددين كل منهم مستقل، أي لا يتوقف حكمه على حكم غيره، عام حكمه في جميع النواحي بجميع أبواب الفقه، أو بعضها، و يجوز له أيضاً تولية متعددين كل منهم مستقل، لكنه خاص بناحية يحكم فيها، بجميع أبواب الفقه أو بعضها، أو البعض كذا، و البعض كذا.

فعلم من هذا أنه لا بد من الاستقلال في العام و الخاص، فلا يجوز للخليفة أن يشرك بين قاضيين، هذا إذا كان التشريك في كل قضية، بل و لو في قضية واحدة، بحيث يتوقف حكم كل قاض على حكم صاحبه، لأن الحاكم لا يكون نصف حاكم، كذا قال ابن شعبان⁽²⁾ و ابن عرفة، و ما قاله إنما هو في القضاة، و أما تحكيم شخصين في نازلة معينة، فلا أظنهم يختلفون في جوازه، و قد فعله علي و معاوية في تحكيمهما أبا موسى و عمرو بن العاص»⁽³⁾.

و من خلال هذه النصوص و الأقوال، فإن أدلة هذا الفريق أربعة؛ هي: الإجماع؛ و القياس؛ و فعل الصحابة؛ و المعقول.

أ/- الإجماع:

ذكر الإمام الباجي المالكي أن هذه المسألة حصل حولها الإجماع، حيث قال: «والدليل على ذلك أن هذا إجماع الأمة، لأنه لم يختلف في ذلك أحد من زمن النبي ﷺ إلى يومنا هذا، و لا أعلم أنه أشرك بين قاضيين في زمن من الأزمان، و لا بلد من البلدان، وقد قام في البلد الواحد عدد من الحكام، فكان كل واحد منهم ينفرد بحكمه الذي يرفع إليه لا يشركه فيه غيره»⁽⁴⁾.

(1) - البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص370-371.

(2) - هو أبو اسحاق محمد بن القاسم بن شعبان المصري المعروف بابن القرطي، الفقيه الحافظ النظار، إليه انتهت رئاسة المالكية بمصر. له من التأليف: الزاهي في الفقه؛ وهو كتاب مشهور - أحكام القرآن - مختصر ما ليس في المختصر - مناقب مالك و الرواة عنه - الأشراف - المناسك - السنن. توفي في جمادى الأولى سنة 355 هـ و سنه فوق الثمانين. مخلوف، محمد بن محمد، شجرة النور الزكية، مصدر سابق، ص80، رقم الترجمة: 144.

(3) - الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص11.

(4) - الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب، المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ-1999م، ج7، ص131. وانظر أيضاً: القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج10، ص20.

إلا أنه يرد عليه بأن الإجماع في هذه المسألة غير منعقد، بل هو محض ادعاء، خاصة أن المسألة خلافية بين المالكية أنفسهم، فقد منعه ابن شعبان و ابن عرفة وغيرهم من جمهور المالكية، و أجازه المازي و ابن عرفة⁽¹⁾. حتى قال عليش المالكي: «و غلا فيه الباجي، فادعى الإجماع على منعه»⁽²⁾. و الحق إن ادعاء الباجي المالكي الإجماع ينبهنا إلى مسألة و قضية في غاية الأهمية، و هي أنه يجب تحقيق كل مسائل الإجماع في المسائل الجزئية التي يدعي فيها الخصوم وجود الإجماع. خاصة أن هذا المثال الذي أمامنا ما هو إلا كعينة و مثال على عدم صحة بعض الادعاءات حول وجود الإجماع، بمعنى آخر يجب التحقيق عند الادعاء بالإجماع من وجوده أو من عدمه.

ب/- القياس:

و ذلك بقياس القضاء على الإمامة الكبرى في عدم التعدد، بجامع أن كليهما ولاية شرعية عامة. وهنا يقول الباجي المالكي: «... وإذا أشرك بين الحاكمين، دعا ذلك إلى اختلافهما في المسائل، و يوقف نفوذهما كالإمامة... وهذا ينافي الولاية، لأن من ولي القضاء لا يمكن الاستبدال به عند المخالفة، فيؤدي إلى توقف الأحكام، و امتناع نفوذها»⁽³⁾.

ج/- فعل الصحابة:

و هو تحكيم كل من علي بن أبي طالب و معاوية بن أبي سفيان **ب** لأبي موسى الأشعري وعمرو بن العاص **ب**⁽⁴⁾، حيث دل ذلك على جواز التعدد في التحكيم و عدم جوازه في القضاء.

د/- المعقول:

I. إن في تعيين أكثر من قاض للحكم في النزاع الواحد أمر خطير يمس بالعدالة، بحيث إنه يؤدي إلى تعطيل منصب القضاء، و عرقلة حسن سير العدالة، و صدور أحكام متناقضة في النزاع الواحد من طرف القضاء، و كل هذا لا يحقق المقصد من القضاء، و هو قطع المنازعات و فصل الخصومات، و درء الظلم و قمعه، و إزالة المفسد، بل إنه يؤدي إلى استمرار الخصومات و تأييدها، و من ثم لا يجوز أن يحكم في النزاع الواحد أكثر من قاض، و إنما لابد من قاض فرد⁵.

(1) - عليش، منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص151-152-153. الونشريسي، عدة البروق، مصدر سابق، ص495.

(2) - عليش، المصدر نفسه، ج4، ص152.

(3) - الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج7، ص131. وانظر أيضا: القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج10، ص20.

(4) - ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل، البداية و النهاية، بعناية: أبو عبد الله محمود بن جميل، دار الإمام مالك، الجزائر، ط1، 1417هـ-2006م، ج4، ص357-359.

(5) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص23. النباهي، المرقبة العليا، مصدر سابق، ص18. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص104.

قال الباجي المالكي: «ودليل آخر، وهو أن المذاهب مختلفة والأغراض متباينة، ولا يصح أن يتفق رجلان في كل شيء حتى لا يرى أحدهما خلاف ما يراه، وإذا أشرك بين الحاكمين، دعا ذلك إلى اختلافهما في المسائل، ويوقف نفوذهما كالإمامة، ولا يلزم على هذا الحكمين بين الزوجين، والحكمان في جزاء الصيد، لأنهما يحكمان في قضية واحدة، وليس بولاية (أي التحكيم ليس ولاية كالقضاء) وإن اتفقا نفذ حكمهما، وإن اختلفا لم ينفذ حكمهما وحكم غيرهما، فلم يكن في ذلك مضرة، وهذا ينافي الولاية، لأن من ولي القضاء لا يمكن الاستبدال به عند المخالفة، فيؤدي إلى توقف الأحكام، وامتناع نفوذها»⁽¹⁾.

وقال الونشريسي المالكي: «وإنما منع ابن شعبان وغيره ولاية قاضيين على أن لا ينفذ حكم أحدهما دون الآخر، بل لا ينفذ إلا إذا اجتمعا عليه، وأجازوا حكم الحكمين في جزاء الصيد، و في الشقاق بين الزوجين، لأن الحكمين إن اختلفا إلى غيرهما، فلا مضرة في اختلافهما، و في القاضيين هي ولاية لا يصح التنقل فيها بعد انعقادها، و يؤدي اختلافهما إلى وقف الأحكام، و الغالب اختلاف القاضيين»⁽²⁾. و قد سبق ذكر ما قاله ابن فرحون و أبو الحسن النباهي، فلا نكرره.

كما استدلووا بعدم الجواز على عدم وقوع تعدد القضاة من زمن النبي ﷺ إلى زمن الخلفاء الراشدين و من بعدهم، و قد قال الباجي المالكي: «و عدم وقوعه من زمن النبي ﷺ إلى زماننا هذا يدل على منعه»⁽³⁾.

و مناقشة لهذا الدليل، يمكن القول بأن عدم الوقوع ليس دليلاً على المنع و عدم الجواز. بل لا يصلح أن يكون دليلاً في استنباط الأحكام، إذ أن من المستخلص من أصول الفقه أنه ليس هناك دليل يسمى عدم الوقوع. بل عدم الوقوع يدل على الجواز بدليل قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنَ أَشْيَاءَ إِن بُدِّلَ لَكُمْ تَسْأَلُكُمْ وَإِن تَسْأَلُوا عَنْهَا حِينَ يُنزَلُ الْقُرْءَانُ تَبَدَّلَ لَكُمْ عَفَا اللَّهُ عَنْهَا وَاللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ ﴿١٠١﴾﴾ [سورة المائدة: 101].

و قال ابن قدامة المقدسي: «لا يجوز، لأنهما قد يختلفان فتقف الحكومة»⁽⁴⁾.

و قال عليش المالكي: «و منعه بعض الناس بمقتضى السياسة، خوف تنازع الخصوم فيمن يحكم بينهم، و مقتضى أصول الشرع جوازه، لأن لذي الحق استنابة من شاء على حقه ولو تعدد، و التنازع

(1) - الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج 7، ص 131.

(2) - الونشريسي، عدة البروق، مصدر سابق، ص 494.

(3) - الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج 7، ص 131. الونشريسي، عدة البروق، مصدر سابق، ص 495.

(4) - ابن قدامة، الكافي، مصدر سابق، ج 6، ص 90.

يرتفع شغبه باعتبار قول الطالب. و إن تطالبا قضى لكل مهما فيما هو فيه طالب يريده، فإن تنازعا في التبدئة بدئ بالأول فإن افترقا ففي القرعة، و ترجيح من دعي إلى الأقرب خلاف»⁽¹⁾.

II. ثم إنه لا يمكن تجزئة ولاية القضاء و الحكم، و لا تبعيضها، فإذا كان الخليفة عين أكثر من قاض للنظر في النزاع الواحد، فهل من المقبول و المعقول أن يكون القاضي الواحد نصف قاض أو ثلثه؟. قال ابن شعبان المالكي ما نصه: «لا يكون الحاكم نصف حاكم»⁽²⁾.

و قال الباجي المالكي: «والحاكم لا يجوز أن يكون نصف حاكم، فلا يجتمع إثنان، فيكونان جميعا حاكما في قضية واحدة، وأما أن يستقضى في البلد الحكام و القضاة ينفرد كل واحد منهم بالنظر فيما يرفع إليه من ذلك، فجائز»⁽³⁾.

و مناقشة لهذه الفكرة الأخيرة، نرى أن القاضي هو القاضي، لا يتجزأ و لا يتبعض، كما أن الحكم الصادر من قاضيين فأكثر ليس معناه القضاة مقسمون بحسب عددهم، و إنما الوظيفة هي تعاونهم و تكاملهم من أجل أن تصدر أحكام قضائية سليمة من العيوب و الأخطاء.

و لذلك ندعو إلى تخلص الفقه الإسلامي من الأفكار غير الواقعية، و التي لا فائدة منها.

2/- القول الثاني: جواز إصدار الأحكام من أكثر من قاض مطلقا [نظام القضاء

الجماعي]:

يرى الحنفية⁽⁴⁾، و الشافعية في قول مرجوح لديهم⁽⁵⁾، و الحنابلة في قول آخر⁽⁶⁾، جواز صدور الحكم القضائي من قاضيين فأكثر مطلقا، بحيث يجتمع القضاة للنظر في النزاع الواحد و يتم التداول و المناقشة بينهم، ثم يصدرون حكما قضائيا واحدا في النزاع.

قال ابن قاضي سماونة الحنفي: «السلطان لو قلد رجلين قضاء ناحية، فقضى أحدهما لم يجز كالوكيلين، ولو قلدهما على أن ينفرد كل واحد منهما بالقضاء ينبغي أن يجوز»⁽⁷⁾.

و قال السمناني الحنفي: «و يجوز أن يشرك القاضيان في قضية، و لا يجوز ذلك في حق الإمامين»⁽⁸⁾، و قال أيضا: «و إذا قلد الحكم رجلين لم يمض الحكم حتى يجتمعا عليه»⁽¹⁾، و قال في

(1) - عليش، منح الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 152.

(2) - عليش، منح الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 152. الونشريسي، عدوة البروق، مصدر سابق، ص 494. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 11. الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج 7، ص 131.

(3) - الباجي، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج 1، ص 75-80-81. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج 6، ص 281-282. نظام الملك و جماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج 3، ص 317.

(5) - الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج 3، ص 379. النووي، المجموع شرح المهذب، مصدر سابق، ج 20، ص 128.

(6) - ابن قدامة، الكافي، مصدر سابق، ج 6، ص 90.

(7) - ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، مصدر سابق، ج 1، ص 14.

(8) - السمناني، المصدر نفسه، ج 1، ص 75.

موضع آخر: «و متى كان الحكمان رجلين فاختلفا في الحكم و الاجتهاد، لم يحكم واحد من الحكامين حتى يجتمعا على شيء واحد، و كان عدم وجود حكم أحدهما كعدمه»⁽²⁾.

و قال ابن قدامة المقدسي الحنبلي: «و هل يجوز أن يجعل إليهما القضاء في مكان واحد، و زمن واحد، و حق واحد؟ فيه وجهان: أحدهما: يجوز، لأنه نيابة، فجاز جعلها إلى اثنين كالوكالة»⁽³⁾.

و هذا الرأي هو الذي تبنته مجلة الأحكام العدلية في المادة 1802، و التي تنص على أنه: «ليس لأحد القاضيين المنصوبين لاستماع دعوى أن يستمع تلك الدعوى وحده و يحكم بها، و إذا فعل لا ينفذ حكمه...»⁽⁴⁾.

و هذه المادة تكاد تنطبق على ما قاله ابن نجيم الحنفي، حيث قال: «إن القضاء إذا فوض لإثنين لا يلي القضاء أحدهما... و في البزازية: قلد السلطان رجلا قضاء بلدة، ثم بعد أيام قلد القضاء آخر و لم يتعرض لعزل الأول، الأظهر و الأشبه أن لا يعزل»⁽⁵⁾.

و قد لاحظ أحد شراح مجلة الأحكام العدلية أنه على الرغم من أن الحنفية يجيزون تعدد القضاة إلا أنهم عمليا كانت المحاكم في الدولة العثمانية التي أخذت بالمذهب الحنفي مذهباً رسمياً للدولة، كانت تجري على أصول القاضي المنفرد، و لم يوجد في تلك المحاكم قاضيان منصوبان ليحكمما على هذا الوجه⁽⁶⁾.

و هذا يعني أن الحنفية أجازوا تعدد القضاة، إلا أنهم لم يطبقوا هذا الحكم في الواقع العملي، وكأن المسألة عندهم هي مجرد جواز فقط، أو كأنهم شعروا بنوع من الترحج في المسألة.

أما أدلة هذا القول فهي القياس على الجملة، و على التفصيل: القياس على الوكالة؛ و القياس على التحكيم⁽⁷⁾، وذلك كالآتي:

أ/- القياس على الوكالة: فالقياس على الوكالة هو أن ولاية إصدار الأحكام وكالة و نيابة عن الإمام الأعظم، فإذا كان يجوز للوكيل أن يوكل اثنين معا في أمر ما، فليس لأحدهما وحده التصرف في

(1) - السمناني، المصدر نفسه، ج1، ص80.

(2) - السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج1، ص31.

(3) - ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص90.

(4) - المادة 1802 تحيل إلى المادة 145 من المجلة، و التي تشير إلى الوكالة، حيث تنص على أنه: «إذا وكل واحد اثنين معا بأمر فليس لأحدهما وحدة التصرف في الأمر الذي وكلا به...». حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص607. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص1170. و هذا يعني أن جواز تعدد القضاة عند الحنفية يقوم على القياس على الوكالة.

(5) - ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص281-282.

(6) - حيدر، علي، المصدر نفسه، ج4، ص608.

(7) - السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج1، ص75-80-81. ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، مصدر سابق، ج1، ص14. نظام الملك و جماعة من علماء الهند، مصدر سابق، ج3، ص317. الشيرازي، المهذب، ج3، ص379. النووي، المجموع شرح المهذب، مصدر سابق، ج20، ص125. ابن قدامة، الكافي، مصدر سابق، ج6، ص90.

الأمر الذي وكلا به، فكذلك القضاء، فإذا ولي الإمام الأعظم قاضيين للفصل في نزاع واحد، فلا يجوز لأحدهما الفصل فيه بمعزل عن الآخر، وكل هذا بجامع الوكالة و النيابة في كل منهما.

و لعل هذا ما أشارت إليه المادتان 1802 و 1465 من مجلة الأحكام العدلية، السابق ذكرها.
ب/ - القياس على التحكيم: أما القياس على التحكيم، فلما كان جائز الاحتكام إلى اثنين فأكثر، فكذلك يجوز الاقتضاء إلى قاضيين فأكثر، و يدل على هذا فعل الصحابة، حيث احتكم علي بن أبي طالب و معاوية بن أبي سفيان **ب** إلى كل من أبي موسى الأشعري، و عمرو بن العاص **ب** أجمعون.

وقد ناقش الباجي المالكي القياس على التحكيم قائلاً: « وإذا أشرك بين الحاكمين، دعا ذلك إلى اختلافهما في المسائل، ويوقف نفوذهما كالإمامة، ولا يلزم على هذا الحكمان بين الزوجين، والحكمان في جزاء الصيد، لأنهما يحكمان في قضية واحدة، وليس بولاية (أي التحكيم ليس ولاية كالقضاء) وإن اتفقا نفذ حكمهما، وإن اختلفا لم ينفذ حكمهما وحكم غيرهما، فلم يكن في ذلك مضرة، وهذا ينافي الولاية»⁽¹⁾.

و لكن هذا الرأي لم يوضح عدد القضاة هل هو اثنان أو ثلاثة أو أربعة؟ كما لم يوضح هل العدد زوجي أو فردي؟ و كذلك كيفية حل الخلاف بين القضاة حين تعددهم في نظر النزاع الواحد قبل صدور الحكم؟ أي أنهم لم يذكروا الآليات و الوسائل التي تفض النزاع في الرأي لدى القضاة عند اختلافهم في الحكم قبل صدوره، و بعد سماع الخصوم، و الانصراف إلى المناقشة و المداولة و المشاورة في إصدار الحكم.

3/- القول الثالث: جواز إصدار الأحكام من أكثر من قاض في حالات و منعه في

أخرى:

أما القول الثالث فيجمع و يوفق بين القولين السابقين، المنع و الجواز مطلقاً، فيرى جواز تعدد القضاة أكثر من واحد، في نزاع واحد في بعض الحالات، و يمنعه في الحالات الأخرى، و هو رأي بعض المالكية و الشافعية و الحنابلة.

و إذا كان أصحاب هذا الرأي متفقون من حيث المبدأ - الجمع و التوفيق بين الأقوال - فإنهم يختلفون في تحديد هذه الحالات التي يجوز فيها تعدد القضاة عن الحالات التي لا يجوز فيها ذلك.

فبعض المالكية كالمازري و عليش و غيرهم، يرون جواز إصدار الحكم من قاضيين فأكثر في حالة اقتصار تعيينهما في قضية معينة على وجه الخصوص. أما التعيين للفصل في كل الخصومات فلا يجوز، و

(1) - الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج7، ص131.

يمكن إدراج هذه الحالات مثلا على حالة النقص، فيجوز نظر القضايا المطعون فيها من عدة قضاة. أما الحكم الأول الذي يصدر في النزاع فيجب أن يصدر من قاض فرد، ولا يجوز صدوره من عدة قضاة.

قال المازري أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر: « يظهر وجه المصلحة في ذلك في قصص خاصة، و أما في قصص عامة فينظر في ذلك»⁽¹⁾.

و القصص: الأحداث و القضايا و الوقائع و الخصومات، و يلاحظ عليه أن المازري يتحفظ فيما يتعلق بالقضايا العامة التي لم يعين فيها السلطان القضاة.

و يقول المازري أيضا: «و عندي أنه لا يقوم دليل على المنع إن اقتضى ذلك مصلحة، و دعت إليه ضرورة في نازلة رأى الإمام أنه لا ترتفع التهمة و الريبة إلا بقضاء رجلين، فإن اختلف نظرهما فيها ستظهر بغيرهما»⁽²⁾.

و قال عليش المالكي ما نصه: «إنما الكلام في القضاء العام، و أما في نازلة معينة يوقف نفوذ الحكم فيها على اتفاقهما، فما أظنهم يختلفون فيها، و هذه نوع قضية تحكيم رجلين، و قد فعله علي و معاوية في تحكيمهما أبا موسى الأشعري و عمرو بن العاص ن»⁽³⁾.

و يقول ابن عرفة أيضا موجهها رأي المالكية في اشتراط كون القاضي واحدا: «وكونه واحدا عده عياض من الشروط الثانية»⁽⁴⁾، و هو أظهر، لأن مانع التعدد، إنما هو خوف تناقضهم، و لا يتصور إضافة الحكم لهما إلا مع اتفاقها فيجب حينئذ إضاؤه، لانقضاء علة المنع، و لا معنى لكونه من الشروط الثانية إلا هذا»⁽⁵⁾.

(1) - عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص153. و انظر: الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص11.

(2) - عليش، المصدر نفسه، ج4، ص152. الونشريسي، عدة البروق، مصدر سابق، ص495. الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج5، ص183.

(3) - عليش، المصدر نفسه، ج4، ص153. و انظر أيضا: الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، ص579.

(4) - يقسم المالكية الشروط التي تشترط في تولي القضاء إلى ثلاثة أقسام:

1/ - قسم واجب على جهة الشرطية، و هي: كونه عدلا، ذكرا، فطنا، مجتهدا، إن وجد و إلا فأمثل مقلدا، و يجب عليه العمل بمشهور إمامه في المذهب.

2/ - و الواجب الغير الشرطي، و هي: كونه بصيرا، سميعا، متكلما، فلا يجوز تولية أئدادها، فإن ولي و حكم مضي.

3/ - المستحب و هي: كونه غنيا، بلديا، ورعا، حليما، مستشيرا العلماء، غير مدين، و كونه معروف النسب، و غير زائد في الدهاء، و غير محدود، وخاليا من بطانة السوء. قال خليل ابن إسحاق: «أهل القضاء عدل، ذكر، فطن، مجتهد، إن وجد، و إلا فأمثل مقلدا... فحكم بقول مقلده، و نفذ حكم أعمى، و أبكم، و أصم، و وجب عزله، و لزم و إلا فله الهرب، و إن عين. و حرم لجاهل و طالب دنيا. و ندب يشتهر عليه كورع، غني، حليم، نزه، نسيب، مستشير، بلا دين و حد، و زائد في الدهاء، و بطانة سوء». انظر: ابن إسحاق، المختصر، مصدر سابق، ص226. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص94. النفراوي، الفواكه الدواني، مصدر سابق، ج2، ص358. عليش، منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص138. الزرقاني، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص123-127.

(5) - عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص152. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، ص578.

و قال ابن عرفة أيضا موجهها رأي المانعين من التعدد في القضاة: «و وجه قول ابن رشد أن منع تعددهما إنما هو معلل بأنه مظنة لاختلافهما بالعين، و التعليل بالمظنة لا يبطل بانتفاء مضمونها في بعض الصور»⁽¹⁾.

و معنى هذا الكلام أن كلام المانعين من المالكية يقوم على العلة باعتبارها وصف ظاهر منضبط يترتب من ربط الحكم بها تحقيق المقصود منه، و لما كان من عادة القضاة الاختلاف، فإن تعدد القضاة في المسألة أو النزاع الواحد يؤدي إلى اختلافهم، و هذا يخل بالمقصد من نصب القاضي، و هو فصل الخصومات و قطع المنازعات.

أما رأي المحيزين من المالكية، فيقوم على الحكمة لا العلة، حيث إن الحكمة هي الغاية من تشريع الحكم، فإن كانت الغاية من تعدد القضاة في النظر في النزاع الواحد، يؤدي إلى صدور حكم واحد بالاتفاق، كان جائزا هذا التعدد، أما إن كان لا يؤدي إلى تحقيق هذه الغاية و الهدف و المقصد، كان ذلك غير جائز.

و لذلك يقول ابن عرفة المالكي كلاما نفيسا و قيما يحسن ذكره لتتضح حقيقة الآراء في المذهب المالكي في هذه المسألة، يقول ابن عرفة: «من اشترط كون القاضي واحدا في صحة الولاية، و هو ابن رشد، رأى أن التعليل بالمظنة لا بالحكمة، و الحكمة في ذلك أنه إذا حقق الاختلاف بالتناقض في القول أدى ذلك إلى عدم حصول الحكم، و ذلك يخل بما فيه مصلحة نصب القاضي، و إن وجد اتفاق منهما في بعض الأحكام فذلك لا يبطل المظنة، لأن التعليل بما مقدم على التعليل بالحكمة، فلذلك صح عنده (يقصد ابن رشد و من سايره) أن الشرط المذكور يعتبر في صحة انعقاد الولاية.

و عياض - رحمه الله - رأى أن التعليل عنده بالحكمة، فلذلك صح أن يقول: إن الاتفاق إذا وقع يجب الإمضاء فيه، فإذا وجد الاتفاق منهما مضي الحكم، و إذا فُقد، فُقد الحكم»⁽²⁾.

كما ذكر الباجي المالكي - على الرغم من أنه من الفريق الأول - أنه قد ولي في بعض بلاد الأندلس ثلاثة قضاة لهذه الصفة، و لم ينكر فقهاء ذلك البلد، أي الأندلس⁽³⁾.

أما عند الشافعية، فقد أجاز الخطيب الشربيني إصدار حكم قضائي في النزاع الواحد من قاضيين فأكثر و ذلك في حالتين فقط: و هما:

- الحالة الأولى: إذا ولي الإمام الأعظم مقلدين لإمام فقيه واحد فيجوز، أما اجتماع قاضيين

مجتهدين فلا يجوز.

(1) - الرصاع، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - الرصاع، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - الونشريسي، عدة البروق، مصدر سابق، ص495. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص152-153.

- الحالة الثانية: إذا اشترط أو نص في قانون أو نظام معين على وجوب اجتماع قاضيين على الحكم.

و في هذا يقول الخطيب الشربيني ما نصه: «إنه لو ولي الإمام مقلدين لإمام واحد، و قلنا: تجوز ولاية المقلد أنه يجوز، و إن شرط اجتماعهما على الحكم، لأنه لا يؤدي إلى اختلاف، لأن إمامهما واحد.

فإن قيل: قد يكون للإمام الواحد قولان، فيرى أحدهما العلم بقول، و الآخر بخلافه، فيؤدي إلى النزاع و الاختلاف؟ أجاب الشيخ برهان الدين الفزاري: بأن كلا منهما إنما يحكم بما هو الأصح من القولين، و هو كما قال ابن شهبة: ظاهر في المقلد الصرف، و عند تصريح ذلك الإمام بتصحيح أحد القولين.

- أما إذا كانا من أهل النظر و الترجيح، و إلحاق ما لم يقف فيه على نص من أئمة المذهب بما هو منصوص، و ترجيح أحد القولين، فهنا يقع النزاع في ذلك و الاختلاف، و يختلف النظر فيتجه المنع أيضا.

- أما إذا أطلق (أي الإمام أو الخليفة) بأن لم يشترط استقلالهما و لا اجتماعهما، فإنه يحمل على إثبات الاستقلال تنزيلا للمطلق على ما يجوز، و يفارق نظيره في الوصيين، بأن تعيينهما بشرط اجتماعهما على التصرف جائز»⁽¹⁾.

أما عند الحنابلة؛ فإن ابن تيمية الحفيد أجاز تعدد القضاة في النزاع الواحد، إذا كان فوقهما من يرد مواضع تنازعهما. يقول ابن تيمية الحفيد الحنبلي: «تولية قاضيين في بلد واحد، إما أن يكون على سبيل الاجتماع، بحيث ليس لأحدهما الانفراد كالوصيين و الوكيلين، و أما على سبيل الانفراد.

أما الأول: (فليس هو مسألة الكتاب) و لا مانع منه إذا كان فوقهما من يرد مواضع تنازعهما، و الثاني: يجوز مطلقا»⁽²⁾.

و حجة هذا الرأي، من خلال أقوالهم و نصوصهم، هو المصلحة المرسلة، حيث إن الشارع لم ينص على حكم هذه المسألة بالجواز أو المنع، و لكن لما كان تعيين أكثر من قاضٍ للنظر في النزاع الواحد، و صدور حكم واحد منهم في هذا الطوع يؤدي إلى صدور أحكام صحيحة و سليمة من حيث موافقتها للشرع و أصول القضاء و العدالة، فإن الشارع يحث على ذلك و يحرص عليه، بل إن الشارع عن طريق الاستقراء ما جاء إلا ليحقق الحق و يبطل الباطل في كل الميادين، و القضاء منها، فإنه لا مانع،

(1) - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص269.

(2) - البعلي، الاختيارات الفقهية، مصدر سابق، ص277.

بل هو مطلوب، أن يجتمع أكثر من قاض للنظر في النزاع الواحد، و يتداولون الآراء و وجهات النظر المختلفة فيما بينهم، ثم يتناقشون فيما بينهم لاستخلاص الحكم الذي يرجحونه، و يرون أنه الصواب أو الأقرب إلى الصواب. خاصة إذا علمنا أن القاضي الواحد قد لا ينتبه، أو قد يغفل عن بعض المسائل الأساسية و الجوهرية في النزاع، فيكون وجود قاض أو قضاة آخرين معه للنظر في النزاع أدمى لتجنب أو تقليل الأخطاء في الأحكام القضائية التي تعبر عن العدل و الإنصاف الذي هو أساس وجود واستمرار كل مجتمع و دولة.

زيادة على أن الخليفة أو الإمام الأعظم له أن يصدر قانونا أو نظاما تشريعيا يتضمن تعيين عدة قضاة للنظر في النزاع الواحد، متى كان ذلك في مصلحة المسلمين، إذ القاعدة الفقهية تنص على أن «تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة»⁽¹⁾، و هو ما نصت عليه المادة 58 من مجلة الأحكام العدلية.

و إذا، فالنتيجة هي استناد القول على المصلحة المرسله، و لذلك يقول المازري أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر ما نصه: «و عندي أنه لا يقوم دليل على المنع إن اقتضى ذلك مصلحة، و دعت إليه ضرورة في نازلة رأى الإمام أنه لا ترتفع التهمة و الريبة إلا بقضاء رجلين، فإن اختلف نظرهما فيها ستظهر بغيرهما»⁽²⁾.

زيادة على ذلك، يمكن الاستدلال بما ذكره الباجي المالكي من أنه قد ولي في بعض بلاد الأندلس ثلاثة قضاة لهذه الصفة⁽³⁾. و من ثم، يمكن القول بجواز تعدد القضاة لنظر النزاع الواحد وأنه ثابت نظريا و عمليا.

و لكن ما يلاحظ على هذا القول أنه لم يحدد بشكل دقيق و مضبوط عدد القضاة الذين ينظرون في النزاع الواحد، هل اثنان أم أكثر؟ و هل يجب أن يكون العدد زوجيا أم فرديا؟ و كان من الضروري بيان هذه المسألة في نظرنا، لأنه في حال اختلاف القضاة في الحكم قبل صدوره يطرح إشكال مفاده: كيف يرجح أو يختار الرأي الصواب؟ هل رأي الأغلبية أم القرعة، أم ماذا؟ لم يوضح الفقهاء المسلمون حكم هذه المسألة و جوابها، و الذي نراه هو حكم الأغلبية لأنه هو الأصوب في الظاهر، كما نرى أن يكون العدد فرديا، لأن الأغلبية لا تتحقق إلا بكونهم و ترا ثلاثة أو

(1) - ابن نجيم، الأشباه و النظائر، مصدر سابق، ص124-126. حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج1، ص56-57. رستم باز،

سليم اللبناني، مرجع سابق، ج1، ص42-43.

(2) - الونشريسي، عدة البروق، مصدر سابق، ص495. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص152.

(3) - الونشريسي، المصدر و الصفحة نفسها. عليش، المصدر و الصفحة نفسها.

خمسة أو سبعة أما إذا كان عدد القضاة زوجيا، فقد يصلح في بعض الحالات، و لكن في الحالات التي تتساوى منها الأصوات يرد إشكال أي الأقوال أو الآراء التي ترجح حتى يصدر بها الحكم القضائي.

4/- القول الراجح في المسألة:

بناء على ما سبق من عرض الأقوال و الأدلة و المناقشات و الردود، فإننا نرى أن القول الراجح هو القول الثالث، و هو الذي يجوز تعدد القضاة لنظر النزاع الواحد متى نص على ذلك الإمام أو الخليفة، و متى دعت إليه المصلحة و الغاية في تحقيق العدل، و لكن على أن يصدر من هذه الهيئة القضائية حكم واحد فقط في النزاع، لا أن يصدر عن كل قاض حكم بحسب عددهم. إذ هذا يؤدي إلى تناقض أحكام القضاء و تعارضها، و من ثم تعطيل القضاء و العدل في ذاته.

و سبب ترجيحنا - كما رجحه باحثون آخرون⁽¹⁾ - لهذا القول الثالث هو عدم وجود نص في المسألة، و من ثم فهي تخضع إلى المصلحة و إلى العدل، فحيث تحققت المصلحة، تحقق العدل، و حيث تحقق العدل فثم شرع الله =، إذ «أن الشريعة مبناها و أساسها على الحُكْمِ و مصالح العباد في المعاش و المعاد، و هي عدلٌ كُلُّها، و رحمةٌ كُلُّها، و مصالحُ كُلُّها، فكلُّ مسألةٍ خرجت من العدل إلى الجور، و عن الرحمة إلى ضدها، و عن المصلحة إلى المفسدة، و عن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة، و إن أدخلت فيها بالتأويل»⁽²⁾.

و من ثم لا يجوز الجمود على آراء العلماء الآخرين السابقين لنا، نعم يجب علينا احترامهم و تقدير جهودهم، و لكن يجب علينا من جهة أخرى الالتزام بالشرع الإسلامي نصاً؛ و روحاً؛ لا الجمود و الخمول، و لذلك يقول القرافي المالكي في خصوص هذه المسألة: «الجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين، و جهل بمقاصد علماء المسلمين، و السلف الماضين»⁽³⁾.

و عليه يجب إتباع النص الثابت القطعي الدلالة و التمسك به متى كان موجودا، و إذا كان غير موجود يجب إتباع روحه و مقاصده و غاياته التي يرجحى إلى تحقيقها. و ليس تعطيل النص و الشرع و الإسلام بدعوى الالتزام بالإسلام، و هذا مرفوض أصلا.

(1) - الزحيلي، محمد، التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص152. الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي و أدلته، مرجع سابق، ج8، ص6248. أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص391. و قد أخذ باتجاه ابن تيمية أبو العباس في القول الثالث. الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1418هـ-1998م، ج2، ص942. الغامدي، ناصر بن محمد بن مشري، الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص446. واصل، نصر فريد محمد، السلطة القضائية، مرجع سابق، ص171. زيدان، عبد الكريم، القضاء، مرجع سابق، ص45-46.

(2) - ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج3، ص05. و انظر أيضا: كتابه: الطرق الحكمية، مصدر سابق، ص11.

(3) - القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج1، ص322-323.

و كل هذا الكلام يؤدي إلى أن الدليل على صحة ما رجحناه هو المصلحة المرسله، و هي دليل -حسب العلماء المحققين كالقرافي و ابن دقيق العيد- جميع المذاهب الفقهية تأخذ به⁽¹⁾.

المطلب الثاني: العلاقة بين القضاة في حال تعددهم للفصل في النزاع الواحد.

رأينا من قبل كيف اختلف الفقهاء المسلمون في مسألة إصدار الحكم القضائي من قاضيين فأكثر، ما بين مانع مطلقا، و مجيز مطلقا، و مفصل بين الجواز في حالات، و منع في أخرى. و لكن السؤال يثور بخصوص الرأي الذي يجيز تعدد القضاة في النزاع الواحد عن طبيعة العلاقة بين القضاة، هل هي علاقة استقلال، بحيث يصدر كل واحد من القضاة الحكم الذي أداه إليه اجتهاده القضائي، و من ثم تتعدد الأحكام بتعدد القضاة في النزاع الواحد؟ أم أن العلاقة هي علاقة مشاركة وتكامل، بحيث لا يصدر في النزاع إلا حكم واحد مهما كان عدد القضاة؟ الواقع أن الفقهاء المسلمين اختلفوا في العلاقة بين القضاة حين تعددهم عند النظر في النزاع الواحد على رأيين: رأي يقول بعلاقة الاستقلال؛ و رأي يقول بعلاقة مشاركة و انصهار.

و بناء على هذا التحليل فإننا نتناول هذا العنصر وفق الخطة الآتية:

1/- الرأي الأول: علاقة الاستقلال بين القضاة في حال تعددهم عند نظر النزاع الواحد.

2/- الرأي الثاني: علاقة مشاركة و ارتباط بين القضاة في حالة تعددهم عند نظر النزاع الواحد.

3/- الرأي الراجح في المسألة.

و قبل أن نشرع في تناول هذه الخطة، فإننا ننبه إلى أن المالكية يرون جواز تعدد القضاة لكن بعلاقة الاستقلال، و لذلك نرى ضمهم إلى القول الأول و مناقشته، و ذكر المعايير لحل الاختصاص القضائي بين القضاة في حالة تعددهم مع الاستقلال.

1/- الرأي الأول: علاقة الاستقلال بين القضاة في حال تعددهم عند نظر النزاع الواحد.

يرى هذا الاتجاه⁽²⁾ أو الرأي بأن العلاقة بين القضاة في حال تعددهم في النزاع الواحد هي علاقة استقلال و انفصال، بحيث لكل قاض أن يحكم في النزاع بمعزل عن الآخر، و يفصل فيه بالاجتهاد الذي أداه إليه العقل و الشرع إلى ذلك الحكم.

(1) - القرافي، تنقيح الفصول، مصدر سابق، ص114. الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ج2، ص270. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج1، ص152.

(2) - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص11. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص11. عليش، منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص151-152. الزرقاني، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص128. الخرشبي، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص144-145. خليل المختصر، مصدر سابق، ص227. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص160-161. البعلي، الاختبارات الفقهية، مصدر سابق، ص277. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص463.

و بمعنى آخر، فإن هذا الرأي يميز التعدد، و لكن يقصد بالتعدد: التعدد المستقل، و لذلك نجد الدسوقي المالكي يعرف علاقة الاستقلال بين القضاة بقوله: «إنما الاستقلال أن لا يتوقف نفوذ حكمه على حكم غيره... يجوز للخليفة تولية قضاة متعددين كل منهم مستقل، أي لا يتوقف حكمه على حكم غيره»⁽¹⁾.

و قال عليش المالكي: «و مفهوم مستقل أنه لا يجوز تولية متعدد مشترك في الحكم»⁽²⁾. و قال أيضا أنه يجوز: «عدم التخصيص مع استقلال كل منهما بنفوذ حكمه، و مقتضى أصول الشرع جوازه، لأن لذي الحق استنابة من شاء على حقه، و لو تعدد، و التنازع يرتفع شغبه باعتبار قول الطالب، و إن تطالبا بدئ بالأول، فإن افترقا ففي القرعة و ترجيح من دعي إلى الأقرب خلافا»⁽³⁾.

و العلاقة بين القضاة هي علاقة استقلال أيضا هو رأي ابن تيمية أبو العباس الحنبلي حين صرح بجواز تولية قاضيين بشرط أن يكون من فوقهما من يرد تنازعهما⁽⁴⁾. و هذا يعني أن يحكم كل واحد منهما بمعزل عن القاضي الآخر، و أن حكم أحدهما لا يتوقف على موافقة القاضي الآخر، و لكن بشرط وجود قاض أعلى، أو هيئة قضائية أعلى ترد هذا التنازع والاختلاف و التعارض، أي وجود هيئة الفصل في التنازع بين القضاة في حال تعددهم.

و هناك نصوص للحنبلة تؤكد هذا المعنى و العلاقة، و أنها علاقة استقلال وانفصال، منها ما قاله البهوتي الحنبلي ما نصه: «و له أن يولي قاضيين فأكثر ببلد واحد، و إن اتحد عملهما، لأن الغرض فصل الخصومات، و إيصال الحق إلى مستحقيه، و هو حاصل بذلك، فأشبهه القاضي وخلفاءه، و لكل منهما أن يحكم بمذهبه، و لا اعتراض للآخر عليه، و يقدم قول طالب: إذا تنازعا خصمان وطلب كل منهما الحكم عند أحدهما فيقدم مدع، و لو عند نائب و الآخر عند مستنيب لأن الدعوى حق للمدعي، فإن استويا أي الخصمان في الطلب، كمدعين اختلفا في ثمن مبيع باق، فأقرب الحاكمين يقدم، لأنه لا حاجة إلى كلفة المضي للأبعد، ثم أن استوى الحاكمان أيضا في القرب يقدم من الحاكمين من خرجت له القرعة، لأنه لا مرجح غيرهما»⁽⁵⁾.

(1) - الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص11.

(2) - عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص152.

(3) - عليش، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - البعلبي، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص463.

و قال المرادوي الحنبلي: «حيث جوزنا قاضيين فأكثر في عمل واحد، لو تنازع الخصمان في الحكم عند أحدهم، قدم قول صاحب الحق، و هو الطالب، و لو طلب حكم النائب أجيب، فلو كان مدعين اختلفا في ثمن مبيع باق، اعتبر أقرب الحكمين، ثم القرعة، و قيل: يعتبر اتفاهما»⁽¹⁾.

هذه بعض النصوص الفقهية التي تبين أن العلاقة بين القضاة في حال تعددهم في العمل الواحد؛ و المحل الواحد؛ و الوقت الواحد؛ و القيمة الواحدة؛ هي علاقة استقلال و انفصال، و أن لكل قاض أن يصدر حكما بمعزل عن الآخر.

و لكن هذا الرأي أو الاتجاه قد يعترض عليه بالقول إن جعل العلاقة بين القضاة في حال تعددهم هي علاقة استقلال يؤدي إلى صدور أحكام قضائية متعارضة و متناقضة في النزاع الواحد أطرافا، و موضوعا، و أسبابا، و هذا في الحقيقة ليس فصلا في المنازعات، و قطعاً للخصومات، الذي هو مقصد من مقاصد القضاء الأساسية، و إنما هو تعقيد للمشكلة، فبعد أن كانت بين أطراف النزاع فقط، أصبحت مشكلة داخل النظام القضائي من أساسه، و أصبحت العدالة في مأزق! و هذا مرفوض و غير مقبول على الإطلاق و لا يقول به عاقل، بله عن القضاء. الذي هو العدل و الحق. و لذلك قال ابن تيمية مجد الدين عبد السلام الحنبلي: «و يجوز أن يولي قاضيين في بلد واحد. و قيل: إن ولاهما فيه عملا واحدا لم يجز»⁽²⁾، و قال عليش في عبارة أوضح: «عدم التخصيص مع استقلال كل منهما بنفوذ حكمه، و منعه بعض الناس بمقتضى السياسة، خوف تنازع الخصوم فيمن يحكم بينهم»⁽³⁾.

و معنى هذه النصوص أن هناك قولاً في المذهبين المالكي و الحنبلي يرى عدم جواز التعدد مع الاستقلال لأنه يؤدي -إلى جانب ما قلناه- تنازع الخصوم في تحديد القاضي أو جهة قضائية التي تحكم في تنازعهم، و هذا مشكلة أخرى، يجب إبعاد الناس عنها، لأنهم في غنى عنها، إذا هم يلجؤون إلى القضاة لتحديد الحق من المبتطل، لا لإثقال كاهلهم مرة أخرى بنزاع آخر هم في غنى عنه.

و نظراً لصحة هذا الاعتراض و واقعيته، فإن أصحاب هذا الاتجاه، و سعيًا منهم لحل هذا الإشكال، وضعوا عدة معايير لتحديد القاضي المختص لنظر النزاع، من أجل تفادي صدور أحكام متعارضة و متناقضة. و هذه المعايير هي:

- معيار طلب المدعي.

- معيار المسافة.

- معيار الأسبقية.

(1) - المرادوي، الإنصاف، مرجع سابق، ج11، ص160-161.

(2) - ابن تيمية أبو البركات، المحرر في الفقه، مصدر سابق، ص638.

(3) - عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص152.

- معيار القرعة.

فهذه أربعة معايير لتحديد القاضي المختص لنظر النزاع في حال تعدد القضاة مع استقلالهم.

و إليك هذه المعايير بشيء من الشرح.

أ/- معيار طلب المدعي:

و معنى هذا المعيار أن تحديد القاضي المختص لنظر النزاع عند تعدد القضاة هو قول الطالب، وهو المدعي⁽¹⁾، و هو صاحب الحق دون المطلوب الذي هو المدعى عليه.

قال الدردير المالكي: «و جاز تعدد مستقل، أي جاز للإمام نصب قاض متعدد مستقل كل واحد بناحية يحكم فيها بجميع أحكام الفقه، بحيث لا يتوقف حكم واحد منهم على حكم الآخر... و إذا تنازع الخصمان فأراد أحدهما الرفع لقاض، و أراد الآخر الرفع لقاض آخر، كان القول للطالب، و هو صاحب الحق دون المطلوب»⁽²⁾.

و أساس هذا المعيار أن الدعوى هي حق للمدعي، و من ثم فإن «لذي الحق استنابة من شاء على حقه و لو تعدد، و التنازع يرتفع شغبه باعتبار قول الطالب»⁽³⁾.

ب/- معيار المسافة:

و يقصد بهذا المعيار المسافة بين المتقاضين و مجلس القضاء أو القاضي، فإذا كانت المسافة بين المدعي و القاضي أقرب و أقل من التي بين المدعى عليه و القاضي، فإن القاضي المختص هو ذلك القريب مسافة من المدعي و العكس صحيح.

و يجب أن يشار إلى أن هذا المعيار لا يكون إلا في حالة تساوي أطراف الدعوى بأن كانا مدعين معا، و هذه طبعاً حالة استثنائية.

و النصوص الفقهية حول هذا المعيار كثيرة و طافحة⁽⁴⁾، منها ما قاله الخطيب الشربيني الشافعي ما نصه: «و إن تنازع الخصمان في اختيار القاضيين أوجب الطالب للحق دون المطلوب، كما جزم به

(1) - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص12. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص11. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص152. الزرقاني، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص128-129. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص463. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص160-161. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص269. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص211. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص142. أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص80. الخرشبي، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص145.

(2) - الدردير، المصدر نفسه، ج6، ص11-12.

(3) - عليش، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص463. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص371. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص160-161. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص142. أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص80. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص153.

الروايين، فإن تساويا، بأن كان كل منهما طالبا و مطلوبا، كتحاكمهما في قسمة ملك، أو اختلفا في قدر ثمن مبيع أو صداق اختلفا يوجب تخالفهما، تحكما عند أقرب القاضيين إليهما»⁽¹⁾.
و الذي يلاحظ أن أغلب المالكية⁽²⁾ لم يذكروا هذا المعيار، و لم نقف على علة هذا الموقف.

ج/- معيار الأسبقية:

يقصد بمعيار الأسبقية هو أول من وصل إليه رسول القاضي بطلب الإتيان عنده، فإن أرسل القاضي رسولين، كل واحد منهما إلى طرف، فأول الواصلين من الرسل إلى أطراف الخصومة هو القاضي المختص.

قال الدردير المالكي: «و إذا تنازع خصمان فأراد أحدهما الرفع لقاض، و أراد الآخر الرفع لقاض آخر كان القول للطالب، و هو صاحب الحق، دون المطلوب، ثم إذا لم يكن طالب مع مطلوب، بأن كان كل يطالب صاحبه رفع إلى من أي قاض سبق رسوله، لطلب الإتيان عنده»⁽³⁾.
و معنى هذه العبارة الأخيرة أنه: «إذا ذهب أحد المتداعيين لقاض، و ذهب الآخر لقاض آخر، فأرسل كل قاض عونه لمن لم يأت من المتداعيين، فالحق به في إقامة الدعوى عند من سبق رسوله الأحد المتداعيين»⁽⁴⁾.

هذا هو المعنى الصحيح لهذا المعيار، و ليس معناه من رفع الدعوى المطلب الأول أمام القاضي و الأسبق في الوصول إليه، كما فهمه أحد الباحثين المعاصرين.⁽⁵⁾

أما أساس هذا المعيار فهو قلة الكلفة في الجهد و المال في المسافة في الوصول إلى القاضي. قال البهوتي: «فلو تساويا في الدعوى، كالمدعين اختلفا في ثمن مبيع باق، أعتبر أقرب الحاكمين إليهما، لا حاجة إلى التكلف للأبعد منهما»⁽⁶⁾.

و الذي يلاحظ أيضا أن الشافعية⁽⁷⁾، و الحنابلة⁽⁸⁾، لم يذكروا هذا المعيار، و إنما ذكره المالكية فقط، و لم نقف كذلك على علة هذا التوجه.

(1) - الخطيب الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص269.

(2) - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص12. عليش، المصدر و الصفحة نفسها. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص12.

(3) - الدردير، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - الدسوقي، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - مليجي، أحمد محمد، النظام القضائي الإسلامي، مصدر سابق، ص158.

(6) - البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص371.

(7) - الخطيب الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص269. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص142-143.

(8) - المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص160-161. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج2، ص462. البهوتي، المصدر و الصفحة نفسها.

د/- معيار القرعة: ليس معنى معيار القرعة إجراء انتخاب و اختيار أحد القضاة بطريق القرعة، فأيهم خرج اسمه فهو القاضي الذي ينظر في النزاع المختص.

و إنما القرعة هي: «أن يأتي القاضي بقرع بعددهم [أي الخصوم]، و يأمر أحدهم بأخذ رقعة، فمن خرج اسمه المطلب الأول قُدِّم وهكذا»⁽¹⁾، أو هي: «أن يأتي القاضي بأوراق بعددهم يكتب في واحدة يقدِّم، و في الأخرى لا يقدِّم، و يأمر كل واحد بأخذ ورقة، فمن خرج سهمه بالتقديم قُدِّم»⁽²⁾. و قد أشار فقهاء المالكية⁽³⁾، و الشافعية⁽⁴⁾، و الحنابلة⁽⁵⁾، إلى هذا المعيار، و جعلوه آخر المعايير المعايير في تحديد القاضي المختص، حيث إن معيار القرعة لا يستخدم إلا في حالتين:

- الحالة الأولى: عدم جدوى معيار المسافة، بأن كانت المسافة الواحدة، فهنا لا بد من القرعة.

- الحالة الثانية: عدم جدوى معيار الأسبقية، بأن تساوى كل من الرسولين في الأسبقية في الوصول إلى الخصوم.

ففي هاتين الحالتين فقط يجوز استعمال معيار القرعة في تحديد القاضي المختص عند تعدد القضاة لنظر النزاع الواحد.

و في تقدير قيمة هذا المعيار لا يجذب أحد الباحثين المعاصرين الأخذ به من الناحية العملية، على أساس أنه لا ينبغي أن يترك أمر تحديد اختصاص القاضي لإرادة الخصوم لدرجة أن يقترعوا على تحديده⁽⁶⁾.

أما ما نراه نحن، فهو أن المسألة ليست في القرعة، و إنما الإشكالية و المسألة تتوجه رأساً في القول بأن العلاقة بين القضاة حين تعددهم هي علاقة استقلال، أي أن المسألة هي الانتقال من الرؤية التحزيبية التفكيكية، إلى الرؤية الشمولية الكلية. و هو ما سنذكره بعد ذكر القول الثاني. فقط، يجب أن نشير أن حجة هذا الرأي هي نفسها أدلة من قال بعدم جواز تعدد القضاة، و التي ذكرناها سابقاً، فلا نكرها مرة أخرى.

(1) - الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص25.

(2) - الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ص80.

(3) - خليل المختصر، مصدر سابق، ص227. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص12. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص80. الدسوقي، المصدر نفسه، ج6، ص12. الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج4، ص80. الزرقاني، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص128-129. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص153. الآبي، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج2، ص222-223.

(4) - الخطيب الشربيني، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - المرادوي، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، كشف القناع، المصدر و الصفحة نفسها.

(6) - مليجي، أحمد محمد، النظام القضائي الإسلامي، مصدر سابق، ص160.

2/- الرأي الثاني: علاقة مشاركة و ارتباط بين القضاة في حالة تعددهم عند النزاع

الواحد.

على خلاف الرأي السابق، فإن هذا الرأي يرى أن العلاقة بين القضاة في حال تعددهم هي علاقة مشاركة و ارتباط، و ليس علاقة استقلال و انفصال، و من ثم فإن وجد في النزاع الواحد قاضيين فأكثر، فإن ما يصدر عنهم، مهما كان عددهم، هو حكم واحد، إذ يشتركون في الاجتهاد في إصدار الحكم الواحد، يكون فاصلاً في النزاع.

و هذا القول هو ما ذهب إليه بعض الفقهاء الحنفية، كابن نجيم الذي قال: «إن القضاء إذا فوض لإثنين، لا يلي القضاء أحدهما... قلد السلطان رجلاً قضاء بلدة، ثم بعد أيام قلد القضاء آخر، و لم يتعرض لعزل الأول الأظهر و الأشبه ألا ينعزل»⁽¹⁾. و هي تقريبا العبارة ذاتها التي وردت في الفتاوى الهندية⁽²⁾.

و هذا الرأي هو الذي تبنته مجلة الأحكام العدلية، حيث جاء في المادة 1802 ما نصه: «ليس لأحد القاضيين المنصوبين لاستماع دعوى أن يستمع تلك الدعوى وحده، و يحكم بها، و إذا فعل لا ينفذ حكمه...»⁽³⁾.

و هو كذلك رأي المازري و عياض من المالكية⁽⁴⁾، و الخطيب الشربيني من الشافعية⁽⁵⁾. و حجة هذا الرأي⁽⁶⁾ أن القضاء وكالة، و الوكالة تنقيد بما قيده الوكيل؛ و هو الإمام الأعظم أو الخليفة، فإذا عين الخليفة قاضيين فأكثر للفصل في خصومة معينة، فيجب عليهما - او عليهم - التقيد بهذا الشرط، بحيث لا يصدر الحكم إلا باجتماعهم و اتفاقهم عليه.

3/- الرأي الراجح في المسألة:

بناء على هذا العرض لمختلف الآراء الفقهية، نرى أن أرجح الأقوال و أقربها إلى الصواب هو القول الثاني، القائل بأن العلاقة بين القضاة في حال تعددهم هي علاقة مشاركة و ارتباط، وليست علاقة استقلال و انفصال. و هذا على أساس - إلى جانب أدلة القول الثاني - أن القول بأن العلاقة بين القضاة في حال تعددهم هي علاقة مشاركة و ارتباط ينبني عليه فائدة عظيمة و جلييلة و هي قلة صدور أحكام قضائية خاطئة، بحيث إن اشترك أكثر من قاض في بحث المسألة والنزاع يؤدي إلى صدور

(1) - ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص281-282.

(2) - نظام الملك و جماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج3، ص317.

(3) - حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص607. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص1170.

(4) - الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، ص5. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص152.

(5) - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص269.

(6) - نظام الملك و جماعة من علماء الهند، المصدر و الصفحة نفسها. حيدر، علي، المصدر و الصفحة نفسها.

حكم قليل الأخطاء، لأن كل قاض يفيد الآخر في جانب من الجوانب فيحصل تلافي الخطأ، و من ثم صدور أحكام أقرب إلى الصحة إن لم تكن صحيحة مطلقاً.

زيادة على أن القول باستقلال القضاة عند تعددهم يؤدي إلى مخاطر جمة، منها صدور أحكام متعارضة متناقضة في النزاع الواحد، و هذا إخلال بمبدأ العدل، حيث إنه فصل الخصومة، لا تعقيدها.

المبحث الثاني: قاعدة المشاورة:

تشير قاعدة المشاورة عدة قضايا هي: التعريف و المشروعية و الحكم، و شروط أهل المشاورة و عددهم، و مذهبهم، و كيفية المشاورة.

و سنتناول كل هذه القضايا و المسائل وفق الخطة الآتية:

المطلب الأول: تعريف المشاورة لغة و اصطلاحاً.

المطلب الثاني: مشروعية المشاورة.

المطلب الثالث: حكم المشاورة في مذاهب الفقهاء.

المطلب الرابع: طبيعة المشاورة.

و إليك هذه الخطة بالترتيب و التفصيل.

المطلب الأول: تعريف المشاورة لغة و اصطلاحاً.

نعرف المشاورة لغة، ثم نعرض بعد ذلك على التعريف الاصطلاحي.

1- تعريف المشاورة لغة:

المشاورة لغة من مادة: شور، و الشين و الواو و الراء أصلان مطردان⁽¹⁾:

- الأول: إبداء شيء و إظهاره و عرضه،

- و الثاني: أخذ شيء و استخراج منه.

و إليك هذين المعنيين بشيء من الشرح.

- المعنى الأول: المشاورة: الإظهار؛ و الإبداء؛ و العرض: المعنى الأول للمشاورة هو:

الإبداء، والإظهار، والعرض. نقول: شرت الدابة شورت؛ إذا عرضتها، و المكان الذي يعرض فيه الدواب هو المشوار.

⁽¹⁾ - ابن فارس، معجم المقاييس في اللغة، مصدر سابق، ص541، مادة: شور. ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج7، ص233-235، مادة: شور. الفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، ص170، مادة: شور. الراغب الأصفهاني، المفردات، مصدر سابق، ص273، مادة: شور.

و شور به: إذا أحجله، و الشوار: فُرَجُ الرَّجُل. فكأن قوله: شور به، أراد: أبدى شوره حتى خجل.

و الشوار: متاع البيت و الرَّحْل أيضا، لأنه ظاهر و محمي⁽¹⁾.

و شرت العسل: جنيته.

و أشار إليه بيده إشارة، و تشور تشويرا: لوح بشيء يفهم من النطق، فالإشارة ترادف النطق في فهم المعنى، كما لو استأذنه في شيء، فأشار بيده أو رأسه أن يفعل أو لا يفعل، فيقوم مقام النطق⁽²⁾.

و الشارة و المشورة: الحسن، و الجمال، و الهيئة، و اللباس⁽³⁾.

و المستشير: السمين⁽⁴⁾.

- المعنى الآخر: المشاورة: الأخذ بشيء و استخراجها: المشاورة و التشاور و المشورة: أخذ

الشيء و استخراجها منه، من قولهم: شرت العسل أشوره: أي استخراجها من الوقبة، و اجتباها من موضعه. والمشار: المجتبي⁽⁵⁾.

قال الراغب الأصفهاني: «و التشاور؛ و المشاورة؛ و المشورة: استخراج الرأي بمراجعة البعض إلى

البعض من قولهم: شرت العسل، إذا اتخذته من موضعه و استخراجته منه، قال تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي

الْأَمْرِ﴾ [سورة آل عمران: 159]. و الشورى: الأمر الذي يتشاور فيه. قال تعالى: ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ [سورة الشورى: 38]»⁽⁶⁾.

و الخلاصة أن المشاورة لها معنيان أحدهما يكمل الآخر، فهي استخراج الرأي أو الشيء حتى

يشتهر و يظهر. و هذا هو المعنى الأول.

2- تعريف المشاورة اصطلاحا:

يمكن تعريف المشاورة في خصوص إصدار الحكم القضائي بأنها: طلب يتقدم به القاضي إلى فقيه

أو جماعة من الفقهاء بأن يصدروا رأيا غير ملزم للقاضي و الخصوم، يتضمن حلا للنزاع المعروض على القاضي.

(1) - ابن فارس، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: شور. ابن منظور، المصدر نفسه، ج7، ص234، مادة: شور. الفيومي، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: شور.

(2) - الفيومي، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: شور. ابن منظور، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: شور.

(3) - ابن منظور، المصدر نفسه، ج7، ص233-234، مادة: شور.

(4) - ابن منظور، المصدر نفسه، ج7، ص234، مادة: شور.

(5) - ابن فارس، المصدر نفسه، ص542، مادة: شور. ابن منظور، المصدر نفسه، ج7، ص234-235، مادة: شور. الراغب الأصفهاني، المصدر و الصفحة نفسها، مادة: شور.

(6) - الراغب الأصفهاني، المفردات، مصدر سابق، ص273، مادة: شور.

و هذا التعريف يعني أن القاضي المعروض عليه النزاع، بعد أن يستمع إلى أطراف الخصومة ويستنفد حججهم و أدلتهم، يعرض بعد ذلك النزاع على فقيه، أو جماعة من الفقهاء، من مذهبه، أو من مختلف المذاهب الفقهية - بحسب اختلاف الفقهاء في ذلك - الذين يتوسم فيهم العلم والفقه و المعرفة الدقيقة و العميقة في كل الفروع الفقهية، أو في فرع منه يتعلق بالخصومة، و هذا الذي يصدر من الفقهاء أو الفقيه هو رأي و ليس بحكم، كما أنه غير ملزم للقاضي، و إنما هو فتوى، يسترشد بها القاضي في إصدار الحكم. و يكون هذا الرأي عوناً له في إيضاح الحكم و بيان حقيقة النزاع.

المطلب الثاني: مشروعية المشاورة.

المشورة مشروعة مباحة في القضاء و إصدار الأحكام. دل على ذلك نصوص من القرآن؛ والسنة؛ و الإجماع؛ و المعقول.

1- من القرآن الكريم:

- قال تعالى: ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ [سورة الشورى: 38].

- و قوله: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [سورة آل عمران: 159].

فهذه الآيات دلت على جواز المشاورة للقاضي⁽¹⁾ لأنه يصدر أحكاماً تمم جماعة المسلمين في

شأن من شؤونهم. و لذلك قال الحسن البصري في قوله -: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [سورة آل عمران: 159].

قال: «علمه الله - أنه ما به إليهم من حاجة، و لكن أراد الله أن يستن به من بعده»⁽²⁾.

2- السنة النبوية الشريفة: دلت أحاديث كثيرة على مشاورة النبي ﷺ نذكر منها هذه

الأمثلة فقط:

أ- مشاورة النبي ﷺ أصحابه في أسارى بدر، حيث قال النبي ﷺ: «لو كان المطعم بن

عدي حياً، ثم كلمني في هؤلاء النتنى، لتركتهم له»⁽³⁾.

ب- و مشاورته ﷺ لصحابته في لقاء الكفار يوم بدر⁽⁴⁾.

ج- و كذلك مشاورته ﷺ لأصحابه في مصالحة الكفار يوم الخندق⁽⁵⁾.

د- و قد قال أبو هريرة أ: «ما رأيت أحداً أكثر مشاورة لأصحابه من رسول الله ﷺ»⁽¹⁾.

(1) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص26. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص400. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص167. الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص76.

(2) - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب مشاورة الوالي و القاضي في الأمر، ج10، ص109.

(3) - أخرجه البخاري في الصحيح، كتاب أبواب الخمس، باب ما من النبي ﷺ على الأسارى من غير أن يخمس، ج3، ص1143، رقم الحديث: 2970.

(4) - أخرجه مسلم في كتاب الجهاد و السير، باب غزوة بدر، ج3، ص1403، رقم الحديث: 1779. البيهقي في السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، ج10، ص109.

(5) - عبد الرزاق، المصنف، كتاب المغازي، باب وقعة الأحزاب و بين قريظة، ج5، ص367-368.

3- فعل الصحابة ش:

- فقد شاور أبو بكر الصديق الناس في ميراث الجدة⁽²⁾، وشاور عمر بن الخطاب الصحابة في دية الجنين⁽³⁾، و في حد الخمر⁽⁴⁾.

- و روي أن عمر ابن الخطاب اكان يكون عنده جماعة من أصحاب رسول الله ﷺ، منهم عثمان بن عفان؛ و علي بن أبي طالب؛ و طلحة بن عبيد الله؛ و الزبير بن العوام؛ و عبد الرحمان بن عوف ش، إذ نزل به الأمر شاورهم فيه ش⁽⁵⁾.

- عن عبد الرحمان بن أبي سعيد: «رأيت عثمان بن عفان ا جالسا في المسجد، فإذا جاءه الخصمان، قال لهذا: ادع عليا!. و قال لهذا: ادع طلحة و الزبير، و نفرا من أصحاب رسول الله ﷺ! فإذا جاؤوا، فجلسوا، قال لهما- يعني للخصمين-: تكلما!. فإذا تكلما أقبل عليهم فيقول: ماذا تقولون؟ فإن قالوا ما يوافق قوله أمضاه عليهما، و لا ينظر هو بعد، فيقومان و قد سلما»⁽⁶⁾.

فقد أفاد هذا الأثر عدة فوائد، منها أنه لا بأس للقاضي بالاستفتاء من العلماء، كما فعله عثمان ا، و منها أنه لا بأس بالمشورة، ألا تراه كيف كان يشاورهم. و قوله: «أمضاه عليهما»: لأنه صار إجماعا منهم، و الإجماع حجة ماضية. و قوله: «و لا ينظر هو بعد»: لأنه ظهر الحق، و لاح العدل، فلا يجوز تأخيره⁽⁷⁾.

4- الإجماع: أجمع العلماء على جواز مشاورة القاضي الفقهاء في القضاء و المنازعات حتى

يستين له الحكم⁽⁸⁾، إلا أنهم اختلفوا بعد ذلك بين قول بالاستحباب، و قول بالوجوب، و قول ثالث بالتفصيل، كما سنرى ذلك في عنصر حكم المشاورة في مذاهب الفقهاء.

(1) - البيهقي، السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب مشاورة الوالي و القاضي في الأمر، ج10، ص109. الترمذي، كتاب الجهاد، باب ما جاء في المشورة، ج4، ص214، رقم الحديث: 1714.

(2) - أخرجه الترمذي، من أبواب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الجدة، ج4، ص419-420، رقم الحديث: 2100. و أبو داود، كتاب الفرائض، باب في الجدة، ج3، ص121، رقم الحديث: 2894. و مالك في الموطأ، كتاب الفرائض، باب ميراث الجدة، ج2، ص14-15، رقم الحديث: 1461.

(3) - أخرجه البخاري، كتاب الديات، باب جنين المرأة، ج6، ص2531، رقم الحديث: 6509-6510. و مسلم في كتاب القسامة، باب دية الجنين و وجوب الدية، ج3، ص1311، رقم الحديث: 1689.

(4) - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الأشربة و الحد فيها، باب ما جاء في عدد حد الخمر، ج8، ص321. و الدارقطني، في السنن، كتاب الحدود و الديات، ج3، ص157. و مالك في الموطأ، كتاب الأشربة، باب الحد في الخمر، ج2، ص409، رقم الحديث: 2442.

(5) - البيهقي في السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب من يشاور، ج10، ص113.

(6) - الخصاف، أدب القاضي، مصدر سابق، ص72-73.

(7) - الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص73.

(8) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص27. خليل، المختصر، مصدر سابق، ص227. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص167.

5-/- المعقول: إنَّ لقاعدة المشاورة فوائدها جليظة، و نتائج عظيمة، و ذلك لأن القاضي قد لا

يتنبه إلى الأمور فيهما، أو لا يفهمها، فتأتي المشاورة فتساعده أكثر في الانتباه و الفهم، فيصدر الحكم حينئذ سليماً صحيحاً، متلافياً ما كان سيقع لولا المشاورة.

وفي هذا يقول الإمام الشافعي: «وإنما أمرته بالمشاورة، لأن المشير ينبهه لما يغفل عنه؛ ويدل من الأخبار ما لعله أن يجهله»⁽¹⁾. ويقول أيضاً: «وينبغي له أن يتحرى أن يجمع المختلفين، لأنه أشد لتقصيه العلم، وليكشف بعضهم على بعض، بعيب بعضهم قول بعض، حتى يتبين له أصح القولين على التقليد أو القياس»⁽²⁾.

و يقول الماوردي: «ما اختلف فيه العلماء من مسائل الاجتهاد فهو الذي يؤمر بالمشاورة فيها، ليتنبه بمذاكرتهم و مناظرتهم على ما يجوز أن يخفى عليه، حتى يستوضح بهم طريق الاجتهاد، فيحكم باجتهاده دون اجتهادهم»⁽³⁾. وقال أيضاً بأن القاضي: «لم يؤمر بالمشاورة للتقليد، وإنما أمر بها لأمرين:

- أحدهما: ليتوصل بها إلى معرفة ما لم يصل إليه من الأدلة، و ربما خفيت عليه سنة علم بها المستشار و لم يعلم بها المستشار.

- و الثاني: ليستوضح بمناظرتهم طرق الاجتهاد، والتوصل إلى غوامض المعاني، فإن باجتماع الخواطر في المناظرة يكمل الاستيضاح و الكشف، فلذلك كان مأموراً بها»⁽⁴⁾.

و يقول ابن قدامة المقدسي في هذا الصدد: «و لأنه قد ينتبه بالمشاورة و يتذكر ما نسيه بالمذاكرة، و لأن الإحاطة بجميع العلوم متعذرة، و قد ينتبه لإصابة الحق، و معرفة الحادثة من هو دون القاضي، فكيف بمن يساويه أو يزيد عليه»⁽⁵⁾. قال أحمد بن حنبل: «ما أحسن هذا لو كان الحكام يفعلونه، يشاورون و ينتظرون»⁽⁶⁾.

ويمكن تمثل دور المشاورة فيما يأتي⁽⁷⁾:

(1) - الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج2، ص2411.

(2) - الشافعي، المصدر و الصفحة نفسها.

(3) - الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص261.

(4) - الماوردي، المصدر نفسه، ج1، ص268.

(5) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص27.

(6) - ابن قدامة المقدسي، المصدر و الصفحة نفسها. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص399-400. الحجاوي، الإقناع،

مصدر سابق، ج6، ص399-400. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص445. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج8، ص167.

داماد افندي، مجمع الأنهر، مصدر سابق، ج3، ص220.

(7) - الريسوني، قطب، الاجتهاد القضائي المعاصر؛ ضرورته ووسائل النهوض به، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1428هـ-2007م،

ص45-46.

- إنَّ في المشاورة تنبيه للقاضي على أشياء قد تَنَدُّ عن فطنته، أو تخفى عنه، فيُدرك ما نسي، ويُعلم ما جهل.

- في المشاورة انتزاع للأدلة من مصادرها، وتقريبها إلى مدارك القاضي، فرمما خفيت عن المستشار سنة علم بها المستشار.

- المشاورة تسعف القاضي على استيضاح الاجتهاد، واستجلاء غوامض المعاني، لأنَّ تلاحق الآراء، واجتماع الخواطر في المناظرة، مما يجلي صور المسائل، ويجود الرأي فيها.

- إذا تقاصرت مدارك القاضي عن معرفة الحق، فإنَّه يفتقر إلى من يعينه على التهدي إليه، و لا يستقيم ذلك إلا بالمشاورة، ومناقشة الرأي.

- إنَّ الحكم الصادر عن جمع من الفقهاء و العلماء أقوى من الحكم الصادر عن فقيه واحد، وأقوم في العلم و العمل، وهذا في معنى الاجتهاد الجماعي العاصم من مزالق الاستبداد بالرأي، والانفراد بالفتوى.

المطلب الثالث: حكم المشاورة في مذاهب الفقهاء:

رأينا من قبل أن المشاورة جائزة مشروعية بالإجماع، و لكن الفقهاء اختلفوا في الحد أو درجة المشروعية على ثلاثة أقوال: قول يرى باستحباب المشاورة، و قول يرى وجوبها، و قول ثالث يفرق بين حالتين، حالة عدم الجواز للقاضي الجاهل، و حالة بالجواز للقاضي العالم. و إليك هذه الأقوال بالترتيب.

1- القول الأول: استحباب المشاورة للقاضي:

ذهب الحنفية⁽¹⁾، و المالكية في المشهور⁽²⁾، و الشافعية⁽³⁾، و الحنابلة⁽¹⁾، و الزيدية⁽²⁾، والإباضية⁽³⁾، إلى استحباب مشاورة القاضي غيره من الفقهاء الذين يحضرون مجلس القضاء و الحكم، قبل إصدار الحكم في القضية التي ينظر فيها.

(1) - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص71. السمناني، روضة القضاء، مصدر سابق، ج1، ص107. الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج7، ص05. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج6، ص303. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص19. الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص75-76.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص33-34. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص18. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص18. الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج4، ص74. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص74. ابن جزئ، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص306. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج00، ص00. ابن سلمون، العقد، مصدر سابق، ج2، ص192.

(3) - الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج6، ص203. الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1، ص255. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص63. الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص389. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص125. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص286. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص254. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص530.

و حجة هذا الفريق أن القاضي يحكم بالكتاب، ثم بالسنة، ثم بالاجتهاد، و كل هذا بنص الحديث النبوي الشريف الذي رواه معاذ بن جبل -1- حينما بعثه النبي ﷺ إلى اليمن قاضياً، حيث قال النبي ﷺ لمعاذ: «كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟» قال: أقضي بكتاب الله، قال: «فإن لم تجد في كتاب الله؟». قال: أقضي بسنة رسول الله ﷺ، قال: «فإن لم تجد في سنة رسول الله؟». قال: أجتهد رأيي لا آلوأ، قال: فضرب بيده في صدري، و قال: «الحمد لله الذي وفق رسول الله ﷺ لما يرضي رسول الله ﷺ»⁽⁴⁾.

فالنبي ﷺ لم يذكر المشاورة للقاضي، لأنها داخلة و متضمنة في لفظة «الاجتهاد»، كما أنه لم يثبت عن الرسول ﷺ و لا عن الصحابة الكرام التزام الشورى في القضاء، و من ثم فهي ليست واجبة، بل إنها مستحبة للقاضي، إن شاء شاور، و إن شاء لم يشاور، فهي تتوقف على قبوله و إرادته، لأنه هو القاضي.

قال ابن قدامة المقدسي الحنبلي: «إن الحاكم إذا حضرته قضية تبين له حكمها في كتاب الله تعالى، أو سنة رسوله، أو إجماع، أو قياس جلي، حكم و لم يحتج إلى رأي غيره (ثم ذكر حديث معاذ 1) و إن احتاج إلى الاجتهاد استحبه له أن يشاور»⁽⁵⁾.

قال الحسام الشهيد الحنفي: «إن القاضي إذا أراد أن يجلس معه الفقهاء فينبغي أن يسألهم عن ذلك من غير جبر عليه»⁽⁶⁾.

و قال النووي الشافعي: «و يندب أن يشاور الفقهاء»⁽⁷⁾.

و قال السمناني الحنفي: «و إن أحب أن يحضر القاضي مجلسه جمعا من الفقهاء و أهل العلم و المعرفة و الشرع فعل، و ليس ذلك بواجب»⁽⁸⁾.

(1) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص26. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج11، ص196. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص470. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص399. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص445. ابن تيمية، المحرر في الفقه، مصدر سابق، ص641.

(2) - الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج4، ص286-287. الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج4، ص191.

(3) - الثميني، الورد البسام، مصدر سابق، ص36.

(4) - سبق تخريجه.

(5) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص26.

(6) - المصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص74.

(7) - النووي، أبو زكريا يحيى، المنهاج، مطبوع مع معني المحتاج للخطيب الشربيني، دراسة و تحقيق: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ-1994م، ج6، ص286. و أنظر أيضا: الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص530. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج8، ص254.

(8) - السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ج1، ص108.

- كما أن الصحابة الخلفاء الراشدين حينما كانوا يبعثون القضاة إلى الأقاليم، لم يكن مع هؤلاء مشاورون، لأن المسألة راجعة إلى القاضي نفسه، و هي مستحبة⁽¹⁾.

- ثم إن في المشاورة فائدة عظيمة تتمثل في التقليل من صدور أحكام معيبة، لأن بالمشاورة يكون القاضي أكثر معرفة بحقيقة النزاع لأنه ضم إلى معرفته معارف الفقهاء المشاورين، و من ثم تكون معرفته بعد المشاورة أوسع و أدق و أشمل، بخلاف ما لم يشاور.

قال الصاوي المالكي: «إن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يفعلون ذلك لاحتمال أن يكون الظاهر له في هذه النازلة غير الظاهر لهم، فإذا أحضرهم فيحتمل أن يظهر له ما ظهر لهم، و يرجع عن اجتهاده كما كان يقع لكبار الصحابة»⁽²⁾.

و قال ابن قدامة الحنبلي: «و لأنه قد ينتبه بالمشاورة، و يتذكر ما نسيه بالذاكرة، و لأن الإحاطة بجميع العلوم متعذرة، و قد ينتبه لإصابة الحق و معرفة الحادثة من هو دون القاضي، فكيف بمن يساويه أو يزيد عليه؟»⁽³⁾.

و قال ابن أبي الدم الشافعي: «بل المشاورة ليسمع من العلماء ما عندهم، ويعرضه على رأيه، و ينتبه للأدلة و المشكلات، فيكون ذلك معونة له على تدليل طرق الاجتهاد و معرفة مسالك النظر»⁽⁴⁾.

و قال الدردير: «و ندب... مستشير لأهل العلم في المسائل فلا يستقل برأيه، وإن مجتهدا، لأن الصواب لا يتقيد به، بل ربما ظهر الصواب على يد جاهل»⁽⁵⁾.

و قال ابن مفلح الحنبلي: «و ينبغي أن يسن أن يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب، إن أمكن، حتى إذا حدثت حادثة سألهم عنها، ليذكروا أدلتهم فيها، و جواهرها عنها، فإنه أسرع إلى اجتهاده، و أقرب إلى صوابه»⁽⁶⁾.

و قال الحسام الشهيد: «و إذا كان في المصر قوم من أهل الفقه شاورهم لأن رسول الله ﷺ أمر بالمشورة، قال الله -: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [سورة آل عمران: 159]. و القاضي لا يكون أفطن من رسول الله ﷺ، و لأن المشورة تلقح للعقول، و عندها يكون أقرب إلى الإصابة»⁽⁷⁾.

(1) - أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص338.

(2) - الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج4، ص75. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص18.

(3) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص27.

(4) - ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص64-65.

(5) - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص07.

(6) - ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، مصدر سابق، ج8، ص166-167.

(7) - الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص20.

2/- القول الثاني: وجوب المشاورة للقاضي المقلد دون المجتهد:

ذهب بعض الحنفية⁽¹⁾، و بعض المالكية في قول مرجوح⁽²⁾ إلى وجوب المشاورة على القاضي المقلد للفقهاء، سواء أكان القاضي مجتهداً أم مقلداً، فيجب على كل قاض المشاورة. و ذهب القاضي حسين من الشافعية إلى وجوب المشاورة إذا أشكل الحكم⁽³⁾.

قال الكاساني الحنفي: «فأما إذا لم يكن من أهل الاجتهاد، فإن عرف أقاويل أصحابنا و حفظها على الاتفاق و الاختلاف، عمل بقول من يعتقد قوله حقا على التقليد، و إن لم يحفظ أقاويلهم عمل بفتوى أهل الفقه في بلده من أصحابنا»⁽⁴⁾.

و قال السرخسي: «إن لم يكن من أهل الاجتهاد، فعليه أن يشاور الفقهاء، لأنه يحتاج إلى معرفة الحكم ليقضي به و قد عجز عن إدراكه بنفسه»⁽⁵⁾.

أما المالكية فذهب ابن عبدون التجيبي؛ محمد بن أحمد؛ المالكي، و ابن عطية، و المازري، و ابن فرحون، إلى وجوب المشاورة.

قال ابن عبدون التجيبي المالكي: «و يجب أن يجلس معه من الفقهاء كل يوم إثنان بدولة لتتبع المشورة، فيكون ذلك بالناس أرفق، وللحكم أنفذ و أصدق، و يطلع القاضي في أمرهما و قولهما ما يستحسنه أو ينكره، و لا يكون الفقهاء المشاورون أكثر من أربعة: إثنان في مجلس القضاء، و إثنان في مسجد الجامع، كل يوم في دولته، فمن شاء منهم أن يصير على هذا، و إلا عزل»⁽⁶⁾.

و قال الدردير المالكي: «و أحضر القاضي، و لو مجتهدا، العلماء ندبا، و قيل: وجوبا، أو شاورهم إن لم يحضرهم»⁽⁷⁾.

و قد حاول بعض المالكية شرح عبارة الدردير، و أنه ليس هناك أي تناقض و لا خلاف، و إنما المقصود هو: «و ندب تولية من شأنه الاستشارة للعلماء... و وجب عليه بعد التولية العمل بهذا الشأن في كل أمر مهم يحتاج لدقة النظر فيه، فتدبر»⁽⁸⁾.

(1) - الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج7، ص05. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص84.
(2) - الدردير، المصدر نفسه، ج6، ص18. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص52-33-34. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص132. التجيبي، محمد بن أحمد بن عبدون، رسالة في القضاء و الحسبة، تحقيق: فاطمة الإدريسي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1430هـ-2009م، ص49.
(3) - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص287.
(4) - الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج7، ص05.
(5) - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص84.
(6) - التجيبي، رسالة في القضاء و الحسبة، مصدر سابق، ص49.
(7) - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص18.
(8) - الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص07.

فلاستشارة تكون مندوبة عند التولية فقط، أما بعد التولية للقضاء فيجب على القاضي مشاورة العلماء في كل أمر مهم يحتاج لدقة النظر، كما قال المالكية.

و قال الزرقاني المالكي بوجوب المشاورة على القاضي المقلد، أما القاضي المجتهد فيندب له مشاورة العلماء، و عبارة الزرقاني هي: «و أحضر القاضي المقلد وجوبا... العلماء»⁽¹⁾.

و كذلك ذهب القاضي حسين من الشافعية، حيث قال: «و إذا أشكل الحكم تكون المشاورة واجبة، و إلا فمستحبة»⁽²⁾.

و قال ابن رشد (الجد) المالكي ما نصه: «و أما إن لم يكن من أهل الاجتهاد ففرضه المشورة و التقليد»⁽³⁾.

و قال ابن عطية فيما نقله عنه الخطاب المالكيين: «و من لم يستشر أهل العلم و الدين فعزله واجب، هذا مما لا خلاف فيه»⁽⁴⁾.

و قال ابن فرحون المالكي: «و أما إن لم يكن القاضي من أهل الاجتهاد ففرضه المشورة و التقليد»⁽⁵⁾.

و قال الخطاب المالكي ذاكرا و مشيرا إلى هذه الأقوال: «و أحضر العلماء أو شاورهم هل على الوجوب أو على الاستحباب؟

ظاهر قوله في التوضيح: و لا يختلف في وجوب حضورهم، و ما نقله عن ابن عطية، و ظاهر ما تقدم للمازري أن حضورهم واجب، و كذا ابن فرحون في تبصيرته، فإنه عده في الأمور التي تلزم القاضي في سيرته في الأحكام⁽⁶⁾، و اللزوم إنما يستعمل في الوجوب، و ظاهر القول ابن الحاجب: و لا ينبغي للقاضي أن يثق برأيه و يترك المشاورة»⁽⁷⁾.

و قال المازري المالكي: «و القاضي مأمور بالاستشارة و لو كان عالما، لأن ما ذكر فيه الفقهاء و بحثوا فيه تثق به النفس ما لا تثق بواحد إذا استبد برأيه، و لا يمنع من ذلك كونهم مقلدين لاختلافهم في الفتوى فيها ليس بمسطور بحسب ما يظن كل واحد منهم أنه يقتضي أصول المذهب»⁽⁸⁾.

(1) - الزرقاني، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج 7، ص 132.

(2) - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 6، ص 287.

(3) - ابن رشد (الجد)، المقدمات، مصدر سابق، ج 2، ص 263.

(4) - الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 6، ص 132.

(5) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 52.

(6) - يقصد بهذا ما قاله ابن فرحون: «الفصل الرابع: في سيرته في الأحكام و يلزمه في ذلك أمور... و منها أنهم قالوا: لا يقضي القاضي إلا

بحضرة أهل العلم و مشورتهم». انظر: ابن فرحون، المصدر نفسه، ج 1، ص 33.

(7) - الخطاب، المصدر و الصفحة نفسها.

(8) - الخطاب، المصدر و الصفحة نفسها. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج 1، ص 34.

هذه نصوص أقوال فقهاء المالكية الذين يقولون بوجوب المشاورة، و قد علق عليها الخطاب بقوله: «إني لم أر نصا يشفي الغليل»⁽¹⁾. وهذا يدل على اضطراب القول و الرأي عند المالكية. و هذا الرأي يأخذ بعموم النصوص الواردة في الشورى، و في السؤال. قال تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [سورة آل عمران: 159]⁽²⁾، و قوله: ﴿فَتَلَوُوا هَلْ الذِّكْرَ إِن كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [سورة الأنبياء: 07]⁽³⁾.

3- القول الثالث: جواز المشاورة للقاضي العالم، و عدم جوازها للقاضي الجاهل.

و ذهب بعض المالكية⁽⁴⁾، و ابن حزم الظاهري⁽⁵⁾، إلى أن القاضي الجاهل لا يجوز له المشاورة، المشاورة، أما القاضي العالم فتجوز له المشاورة.

فأبو عمر ابن عبد البر المالكي قال: «و لا يجوز أن يشاور في حكم، و هو به جاهل لا يميز بين الحق و الباطل، لأنه إذا أشير عليه، و هو جاهل بحكم لم يعلم إن كان حكم بحق أو باطل»⁽⁶⁾. و قال ابن عات أبو عمر أحمد بن هارون بن أحمد المالكي: «لا يجوز للحاكم أن يشاور فيما يحكم فيه، و هو جاهل لا يميز الحق من الباطل، لأنه إذا أشير عليه و هو جاهل بالحكم، لم يعلم إن كان حكم بحق أو بباطل، و لا يجوز أن يحكم بما لا يعلم أنه الحق. و لا يحكم بقول من أشار عليه تقليدا له، حتى يتبين له الحق من حيث تبين للذي أشار عليه بدلالة تظهر له»⁽⁷⁾.

و يقول ابن حزم الظاهري: «فإذا لم يكن عالما بما لا يجوز الحكم إلا به، لم يحل له أن يحكم بجهله بالحكم، و لا يحل له إذا كان جاهلا بما ذكرنا أن يشاور من يرى أن عنده علما ثم يحكم بقوله، لأنه لا يدري أفتاه بحق أم بباطل، و قد قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [سورة الإسراء: 36]. فمن أخذ بما لا يعلم فقد فقا ما لم علم له به و عصى الله»⁽⁸⁾.

و حجة هذا القول - كما ذكرها ابن حزم الظاهري - هي أن القاضي لا يحكم في النزاع إلا بعلم، فإن حكم عن غير علم، و لو بالمشاورة، فقد وقع في المحذور الذي نهى الله - في قوله: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [سورة الإسراء: 36]، حيث إنه أي القاضي، عندما يحكم بالمشاورة، و هو لا يعرف و لا

(1) - الخطاب، المصدر و الصفحة نفسها.

(2) - ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص33.

(3) - أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص340.

(4) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص33. ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، مصدر سابق، ج2، ص192.

الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص132.

(5) - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص363.

(6) - ابن سلمون، المصدر و الصفحة نفسها.

(7) - ابن فرحون، المصدر و الصفحة نفسها. الخطاب، المصدر و الصفحة نفسها.

(8) - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص363.

يفهم حقيقة النزاع و المسألة، فقد حكم بما لا يعرف، و هذا مدخل واسع للخطأ في الحكم، و من الخطأ في حق الخصوم و اعتداء عليهم.

و هذا الرأي في الحقيقة يشير إشارة ضمنية إلى عدم جواز صدور الحكم من مقلد و جاهل، بل لا يولى أصلاً، و إذا ولي يعزل وجوباً.

4/- الرأي الراجح في المسألة: وجوب المشاورة في الدماء و الأعراض، و استحبابها في

الأموال:

و الذي نراه أن العبرة في المشاورة ليست في ذاتها أو بالنظر إلى أن القاضي عالم أو جاهل، و إنما العبرة هي بموضوع النزاع و طبيعته التي تجعل القاضي يشاور الفقهاء. فالعبرة هي بخطورة النزاع والخصومة.

و عليه، نرى وجوب المشاورة في مسائل و نزاعات الدماء من الحدود؛ و القصاص؛ و التعازير في الجرائم الكبرى، و كذلك في الأعراض من الزواج؛ و الطلاق. و من جهة أخرى نرى استحباب المشاورة في الأموال، لأنها أقل شأناً من الدماء و الأعراض، إذ أن هذه الأخيرة -الدماء و الأعراض- إذا فاتت لا يمكن تعويضها، بخلاف الأموال، فحتى لو فوتت فإنه يمكن تعويضها في الأغلب الأعم. و بهذا نجتمع بين الآراء و نوفق بينها، و الجمع و التوفيق أولى من الترجيح. وفي هذا المعنى يقول الدسوقي المالكي: «و يجب عليه بعد التولية العمل بهذا الشأن في كل أمر مهم يحتاج لدقة النظر فيه»⁽¹⁾.

هذا، و قد رجح بعض المعاصرين⁽²⁾ القول بالاستحباب في المشاورة.

و نشير فقط أن فائدة النزاع و الخلاف هي أن من يرى وجوب المشاورة يرتب على ذلك نقض الحكم لعدم المشاورة، و من يرى استحبابها لا ينقض الحكم بانعدامها، و هو أثر عملي و جوهري و حقيقي للنزاع.

المطلب الرابع: طبيعة المشاورة:

نص الفقهاء المسلمون على أن المشاورة غير ملزمة للقاضي إلا إذا أجمعوا على رأي معين، أما إن لم يجمعوا على رأي معين، و اختلفوا فيما بينهم، فإن للقاضي أن يختار من آرائهم ما يشاء، متى كان بعيداً عن الهوى و التشهي⁽³⁾.

(1) - الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص07.

(2) - الريسوني، قطب، الاجتهاد القضائي المعاصر، مرجع سابق، ص42.

(3) - ابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، ص501.

قال ابن رشد (الجد) المالكي: «فإن لم يجد في النازلة إجماعاً، قضى فيها بما يؤديه النظر و الاجتهاد في القياس على الأصول بعد مشورة أهل العلم، فإن اجتمعوا على شيء، أخذ به، و إن اختلفوا نظر إلى أحسن أقوالهم عنده، و إن رأى خلاف رأيهم قضى بما رأى، إذ كان نظير لهم، و إن لم يكن من نظرائهم فليس له ذلك، قاله ابن حبيب، و هو قول فيه اعتراض، والصحيح أنه إذا كان من أهل الاجتهاد، فله أن يقضي بما رأى، و إن كانوا أعلم منه، لأن التقليد لا يصح للمجتهد فيما يرى خلافه بإجماع، و إنما يصح له التقليد على مذهب من يرى التقليد ويقول به ما لم يتبين له في النازلة حكم. فإنما الخلاف: هل للمجتهد أن يترك النظر و الاجتهاد و يقلد من نظر و اجتهد أم لا؟ على ثلاثة أقوال: أحدها: أن ذلك له. و الثاني: أن ذلك ليس له. و الثالث: أن ذلك ليس له إلا أن يخاف فوات النازلة. و أما إن لم يكن من أهل الاجتهاد ففرضه المشورة و التقليد، فإن اختلف عليه العلماء، قضى بقول أعلمهم، و قيل يقول أكثرهم على ما وقع في المدونة في الحكاية عن الفقهاء السبعة، و الأول أصح، و قيل: إن له أن يحكم بقول من شاء منهم، إذا تحرى الصواب بذلك و لم يقصد الهوى، و له أن يكتفي بمشورة واحد من العلماء، فإن فعل ذلك، فالاختيار أن يشاور أعلمهم، فإن شاور من دونه في العلم و أخذ بقوله، فذلك جائز إذا كان المشاور أهل النظر و الاجتهاد»⁽¹⁾.

و قال السرخسي الحنفي: «فإن أشكل عليه شاور رهطاً من أهل الفقه فيه، وكذلك إن لم يكن من أهل الاجتهاد، فعليه أن يشاور الفقهاء، لأنه يحتاج إلى معرفة الحكم ليقضي به، و قد عجز عن إدراكه بنفسه، فليرجع إلى من يعرف ذلك، كما إذا احتاج إلى معرفة قيمة شيء. فإن اختلفوا فيه، نظر إلى أحسن أقاويلهم، و أشبهها بالحق، فأخذ به كما بينا عند اختلاف الصحابة -رضوان الله عليهم- إلا أن هنا إن رأى خلاف رأيهم، فإن استحسن و أشبه الحق قضى بذلك، لأن إجماعهم لا ينعقد بدون رأيه، و هو واحد منهم، و لأن رأيه أقوى في حقه من رأي غيره، فلو قضى برأيه كان قاضياً بما هو الصواب عنده، و إذا قضى برأي غيره كان قاضياً بما عنده أنه خطأ، وقضاؤه بما عنده أنه هو الصواب أولى، و إن لم يكن من أهل اجتهاد الرأي ليختار بعض الأقاويل نظر إلى أفقهم عنده و أروعهم، فقضى بفتواه فهذا اجتهاد مثله»⁽²⁾.

و قال الخصاص الحنفي: «و إذا كان في المصر قوم من أهل الفقه شاورهم، فإن اتفقوا على شيء، و كان رأي القاضي مثل رأيهم فصل الحكم به، و إن اختلفوا و القاضي من أهل الاجتهاد، نظر في أقوالهم، و رجح البعض على البعض، فأخذ بما هو الأقرب إلى الصواب عنده، و لا يعتبر بكبر السن

(1) - ابن رشد (الجد)، المقدمات، مصدر سابق، ج2، ص263.

(2) - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص84.

و لا بكثرة العدد. فإن اتفق فقهاء المصر على شيء، و القاضي يرى خلاف ذلك، فينبغي أن لا يعجل في القضاء، و يكتب إلى فقهاء مصر آخر يشاورهم في ذلك، فإذا كتب إليهم، فإن وافق رأيهم رأيه حكم بذلك، و إن خالفه حكم برأي نفسه، فإن اشتبه على القاضي شيء فسأل فقيهها واحدا، فأفتاه بشيء إن لم يكن القاضي من أهل الرأي عمل على فتوى الفقيه، و إن كان القاضي من أهل الرأي، و خالف رأيه رأى الفقيه حكم برأي نفسه، فإن حكم برأي الفقيه، و ترك رأي نفسه: قال أبو حنيفة أ: ينفذ قضاؤه، و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله: لا ينفذ⁽¹⁾.

و أساس قول أبي حنيفة هو أن القاضي حكم في محل الاجتهاد فينفذ حكمه، و لا إشكال فيه، لأن المجتهد لا يقطع على كون الحق في قوله، و الخطأ في قول صاحبه، فكان المحل محل الاجتهاد، فينفذ القضاء⁽²⁾.

أما أساس قول أبي يوسف و محمد فهو أن القاضي يرى غيره خطأ، و رأي نفسه صوابا، فقضى بما يراه خطأ فلا ينفذ قضاؤه⁽³⁾.

و الخلاصة من هذه النصوص إن أقوال العلماء المشاورين ليست ملزمة إذا اختلفوا في المسألة، فله أن يختار الرأي الأقرب إلى الصواب.

و قال ابن قدامة المقدسي: «فإن حكم باجتهاد فليس لأحد منهم أن يرد عليه، وإن خالف اجتهاده، لأن فيه اقتياتا عليه، إلا أن يحكم بما يخالف نضا أو إجماعا»⁽⁴⁾.

أما لماذا رأى العلماء غير ملزم للقاضي ف«لأن رأيه صواب عنده، و رأي غيره خطأ عنده، لكن إنما أمر بالمشورة في الابتداء رجاء أن ينضم رأي غيره إلى رأيه، فإذا لم ينضم عمل على رأي نفسه»⁽⁵⁾. و كذلك «لأن رأيه أقوى في حقه من رأي غيره، فلو قضى برأيه كان قاضيا بما هو الصواب عنده، وإذا قضى برأي غيره كان قاضيا بما عنده أنه خطأ، و قضاؤه بما عنده أنه هو الصواب أولى»⁽⁶⁾. و إذا أجمع العلماء المشاورون على شيء و خالفهم القاضي، فله أن يقضي برأيه إن رأى ذلك، «لأن إجماعهم لا ينعقد بدون رأيه، و هو واحد منهم»⁽⁷⁾. فلذلك لا يكون رأي العلماء ملزما.

(1) - الخصاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص 20-21. السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج 3، ص 370.

(2) - الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص 21.

(3) - الصدر الشهيد، المصدر و الصفحة نفسها.

(4) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 29.

(5) - الصدر الشهيد، المصدر و الصفحة نفسها.

(6) - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 16، ص 84.

(7) - السرخسي، المصدر و الصفحة نفسها.

و ملخص هذه الحجج و الأدلة و التفسيرات في عدم إلزامية أقوال العلماء، في اختلافهم فيما بينهم، أو في حال اختلافهم مع القاضي، هو أن ولاية القضاء أولى و أعلى من رأي جماعة من الفقهاء.

المبحث الثالث: قاعدة الإعذار:

تعد قاعدة الإعذار قاعدة مالكية تقريبا إن صح الكلام، فهم الذين أصلوها، و قعدوا لها، وعرفوها، و أسسوا لها.

و للوقوف على حقيقة هذه القاعدة، وعلى جهود المالكية، فإننا نتناولها وفق الخطة الآتية:

المطلب الأول: تعريف الإعذار لغة و اصطلاحا.

المطلب الثاني: مشروعية الإعذار.

المطلب الثالث: موقف المذاهب الفقهية من الإعذار.

و إليك هذه العناصر بالترتيب.

المطلب الأول: تعريف الإعذار لغة و اصطلاحا.

نعرف الإعذار ثم نعرض بعد ذلك على التعريف الاصطلاحي.

1- الإعذار لغة:

الإعذار في اللغة العربية من مادة: ع-ذ-ر، و هذه اللفظة ليس لها أصل لغوي واحد، بل إنها متعددة و كثيرة المعاني، حتى قال ابن فارس بأنها: «بناء صحيح له فروع كثيرة، ما جعل الله تعالى فيه وجه قياس بته، بل كل كلمة منها على نحوها و جهتها مفردة»⁽¹⁾.

و يمكن ذكر هذه المعاني المختلفة في الآتي⁽²⁾:

أ/- العذر: روم، و طلب، و تحري الإنسان ما يحو به ذنوبه، و إصلاح ما أنكر عليه بكلام وهو الحجة التي يعتذر بها، و الجمع: أعذار. فيقال: عذرته، فأنا أعذره عذرا، و الاسم العذر، و تقول: عذرته من فلان أي لمته، و لم ألم هذا. يقال: من عذير من فلان، و من يعذريني منه، قال الشاعر:

أُرِيدُ حَبَاؤَهُ وَ يُرِيدُ قَتْلِي
عَذِيرَكَ مِنْ خَلِيلِكَ مِنْ مُرَادٍ

و يقال: إن عذير الرجل: ما يروم و يحاول مما يعذر عليه إذا فعله.

(1) - ابن فارس، معجم المقاييس في اللغة، مصدر سابق، ص 747، مادة: عذر.

(2) - ابن فارس، المصدر نفسه، ص 747-749، مادة: عذر. ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج 9، ص 102-109، مادة: عذر. الراغب الأصفهاني، المفردات، مصدر سابق، ص 330-331، مادة: عذر. القيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، ص 207، مادة: عذر. ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث و الأثر، مصدر سابق، ص 584-586، مادة: عذر.

و تقول العرب: اعتذر؛ يعتذر؛ اعتذاراً؛ و عذرة من ذنبه؛ فعذرتة؛ و الاسم المعذرة. قال الله تعالى: ﴿قَالُوا مَعذِرَةٌ لِّىَ رَبِّكُمْ﴾ [سورة الأعراف: 164]. فمعذرة بالرفع في الآية معناها قول الواعظين: الأمر بالمعروف واجب علينا، فعلينا موعظة هؤلاء و لعلمهم يتقون، أما بالنصب - أي معذرة - فمعناها، نعتذر معذرةً بوعظنا إياهم إلى ربنا =.

و أعذر فلان: إذ أبدى عذرا، فلم يلم. و في القرآن: ﴿وَجَاءَ الْمُعَذِّرُونَ مِنَ الْأَعْرَابِ﴾ [سورة التوبة: 90]. و هم الذين يعتذرون و لكن لا عذر لهم في الحقيقة، و في قراءة: «المعذرون» بكسر الذال دون تشديدها: هم الذين لهم العذر حقيقة و يتعذرون. و يقال للمقصر في الأمر: معذّر، و هو من العذر، لأنه يقصر في الأمر، معولا على العذر الذي لا يريد بتكلف.

و أعذر إعدارا: أبدى عذرا، و أعذر فيه: بالغ في العذر، و عن أبي هريرة - عن النبي ﷺ قال: «أَعْذَرَ اللَّهُ إِلَيَّ أَمْرِيَّ أَخْرَأَ أَجْلَهُ حَتَّى بَلَغَ سِتِينَ سَنَةً»⁽¹⁾. أي لم يبق فيه موضعا للاعتذار، حيث أمهله طول هذه المدة و لم يعتذر، يقال: أعذر الرجل؛ إذ بلغ أقصى الغاية في العذر. ب/ - عدم الاستقامة في الأمر، يقال: تعذر الأمر: إذا لم يستقم و صعب و تعسّر. و قال امرؤ القيس:

و يَوْمًا عَلَى ظَهْرِ الْكَثِيبِ تَعَدَّرْتُ عَلَيَّ وَ آلتَ حَلْفَةَ لَمْ تَحَلِّ

ج/ - العذار: اللجام، و كل ما كان على الخدين من كي، أو كدح طولاً فهو عذار، و قيل السيران اللذان يجتمعان عند القفا، و العذران من الفرس: كالعارضين من وجه الإنسان، ثم سمي السير الذي يكون عليه في اللجام عذارا باسم موضعه. و تقول: عذرت الفرس بمعنى: ألجمته، ثم استعير هذا المعنى ف قيل للمنهمك في غيّه: خلع العذار، أي خلع الحياء، فهو كالفرس الذي لا لجام عليه، فهو على وجهه لأن اللجام يمسكه.

د/ - العذار: الطعام الذي يدعى إليه في ختان أو في كل حادث سرور، و الإعدار: الختان، يقال: عذر الغلام: إذا اختن، و فلان و فلان عذار عام واحد: أي ختنتا في عام واحد.

ه/ - العذور: الواسع الجوف و العريض، قال الشاعر يصف الملك أنه واسع عريض:

وَ حَازَ لَنَا اللَّهُ النُّبُوَّةَ وَ الْهُدَى فَأَعْطَى بِهِ عِزًّا وَ مُلْكًا عَذُورًا

و/ - العذور: السيئ الخلق، قال الشاعر:

(1) - أخرجه البخاري في الصحيح، كتاب الرقاق، باب من بلغ ستين سنة، فقد أعذر الله إليه في العمر، ج5، ص2359-2360، رقم الحديث: 6056.

إِذَا نَزَلَ الْأَضْيَافُ كَانَ عَذُورًا عَلِيَّ الْحَيِّ حَتَّى تَسْتَقِلَّ مَرَّاجِلُهُ

أراد: سيئ الخلق حتى تنصب القدور، وإنما جعلته عذورا لشدة اهتمامه بالأضياف، وحرصه على تعجيل قراهم، حتى تستقل المراحل على الأثافي، و المراحل،: القدور، وأحدها: مرجل.

ز/- العذرة: عذرة الجارية العذراء، أي التي لم يمسه رجل و لم تفتض.

ح/- العذرة: وجع يأخذ في الحلق. قال الشاعر جرير:

غَمَزَ ابْنُ مُرَّةٍ يَا فَرَزْدَقُ كَيْنَهَا غَمَزَ الطَّيِّبُ نَغَانِغَ الْمَغْدُورِ

و الكين: لحم الفرج، فالعذرة: وجع الحلق من الدم. و ذلك الموضوع أيضا يسمى عذرة، و هو قريب من اللهاة.

ط/- العذرة: نجم إذا طلع اشتد غم الحر.

ي/- العذرة: خصلة من شعر، و الخصلة من عرف الفرس.

ك/- العذرة: فناء الدار، و هو كذلك الغائط، ثم سمي الحدث عذرة، لأنه كان يلقي بأفنية

الدور. يقال أعذر الرجل: إذا أحدث.

قال الشاعر الحطيئة يهجو قومه و يذكر الأفنية:

لَعْمَوِي! لَقَدْ جَرَّبْتُكُمْ، فَوَجَدْتُكُمْ قَبَاحَ الْوُجُوهِ، سَيِّئِ الْعَذَرَاتِ

ل/- العذر: التُّجْحُ و الغلبة.

قال الشاعر:

و مخاصم خاصمت في كبد مثل الدهان فكان لي العذر

أي قاومته في مزلة فثبتت قدمي، و لم تثبت قدمه، فكان التُّجْحُ لي.

هذه تقريبا كل معاني كلمة الإعذار في اللغة، و لكن يبدو أن المعنى الأول هو الذي يعنينا في هذا البحث، و بالأخص معنى الإعذار و هو المبالغة في العذر، أي لم يبق له عذرا و حجة، و ليس إثبات العذر⁽¹⁾.

2/- الإعذار اصطلاحا: عرف العدوي المالكي الإعذار بقوله: «الإعذار سؤال الحاكم من

توجه عليه الحكم بينة، هل عنده ما يجرح هذه البينة، أم لا؟»⁽²⁾.

و قال ابن عرفة في تعريفه: «الإعذار سؤال الحاكم من توجه عليه موجب حكم، هل له ما

يسقطه؟»⁽¹⁾. و قال ابن رشد الحفيد: «هو أن يحق حجة المدعي أو يدحضها»⁽²⁾.

(1) - الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص33.

(2) - العدوي، حاشية على شرح الخرشي، مصدر سابق، ج7، ص158.

و يلاحظ أن الزيدية عرفوا أيضا قاعدة الإعذار، و لكن بتعريف و مضمون يختلف بعض الشيء عن المالكية، حيث إن الزيدية قصروا الإعذار على الغائب عن مجلس القضاء، و على المتمرد المتغلب الفار من العدالة⁽³⁾.

و لذلك قال الصنعاني الزيدي في تعريف الإعذار: «هو أن يأمر (أي القاضي) رجلين، أو رجلا وامرأتين، و يأتوا بلفظ: أنه امتنع من الحضور و التوكيل، فإنه يحكم عليه بعد صحة امتناعه»⁽⁴⁾.

و واضح من التعريف أنه ينصرف إلى إعذار المتغلب المتمرد الفار من القضاء. و قال الشوكاني: «و لكن على الحاكم أن يؤذن الغائب بأنه قد توجه الحكم عليه، فإن بقي له ما يدفع به عن نفسه، أو رده إذا كان غائبا في مكان لا يلحق مشقة زائدة بالإعذار إليه، وهكذا يعذر إلى المتمرد، على أنه قد ورد في الحكم على من لم يحضر إلى مجلس الشرع دليل يخصه»⁽⁵⁾.

و هذا كله شرح لعبارة المهدي أحمد بن يحيى الزيدي التي قال فيها: «... و له القضاء بما علم إلا في حد غير القذف، أو على غائب مسافة قصر، أو مجهول، أو لا ينال، أو متغلب بعد الإعذار»⁽⁶⁾.

و معنى هذه التعاريف أن الإعذار هو أنه عندما يلاحظ القاضي - بعد أن يعرض الخصوم حججهم و أدلتهم - أن الحكم يصدر على طرف معين، قد يكون المدعي، و قد يكون المدعى عليه، فحينئذ يتوجه بالسؤال إلى الذي سيخسر الدعوى: هل لك حجج و أدلة أخرى لتدفع به دليل الخصم الآخر؟ فإن قال بأنه لا مطعن له و لا مدفع، و لا قادح له، في البينة أصدر الحكم، و أنفذه عليه، و إن قال: نعم، لي مطعن و مدفع، أنظره مدة معينة، من أجل إحضار بينته.

و يمكن تعريف الإعذار بأنه: إجراء قضائي، يتمثل في سؤال يتوجه به القاضي إلى من قامت عليه البينة، و توجه عليه موجب الحكم، بأن يسأله: إن بقيت له حجة يقولها، أو دفع يقدمه، أو أي مطعن وعذر قد يؤثر في نتيجة المحاكمة.

و التعاريف السابقة كلها تعاريف صحيحة و متطابقة تقريبا، إلا أن التعريف الثاني أصح و أشمل، لأنه يشمل جميع الطعون التي يمكن قبولها لإسقاط البينة⁽⁷⁾.

(1) - البناي، حاشية على شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج7، ص139. ميارة، شرح تحفة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص40. التسولي، البهجة، مصدر سابق، ج1، ص166. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص177. الآبي، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج2، ص227.

(2) - ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2، ص388.

(3) - الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج4، ص194. الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج4، ص292.

(4) - الصنعاني، المصدر و الصفحة نفسها.

(5) - الشوكاني، المصدر و الصفحة نفسها.

(6) - المهدي، مختصر الأزهار، مطبوع مع كتاب الصنعاني التاج المذهب، مصدر سابق، ج4، ص193-194. الشوكاني، المصدر نفسه، ج4، ص279.

(7) - أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مصدر سابق، ص333.

قال مالك بن أنس -1-: «وجه الحكم في القضاء إذا أدلى الخصمان بحجتيهما، و فهم القاضي عنهما، و أراد أن يحكم بينهما أن يقول لهما: أبقيت لكما حجة؟ فإن قالوا: لا، حكم بينهما، ثم لا يقبل منهما حجة بعد إنفاذ القضاء، و إن قال: نعم، بقت لي حجة، أنظره القاضي، و لم يزل على حجته عند ذلك القاضي و عند غيره مع بقاء ولايته و بعدها، و ينظر له في ذلك القاضي، و من ولي بعده، و هذا ما لم يظهر لده»⁽¹⁾.

و قال خليل ابن إسحاق المالكي: «و أعذر إليه ب: أبقيت لك الحجة؟»⁽²⁾.

المطلب الثاني: مشروعية الإعذار:

استدل المالكية على مشروعية الإعذار بأدلة من القرآن الكريم؛ و آثار الصحابة؛ والاستحسان؛ ومقصد الإحسان؛ و ذلك كالاتي:

1- من القرآن الكريم: الأصل في الإعذار آيات كثيرة من القرآن الكريم منها⁽³⁾:

أ/- قوله تعالى في قصة الهدهد مع النبي سليمان عليه السلام حين غاب عن عمله: ﴿لَأُعَذِّبَنَّهُ عَذَابًا شَدِيدًا أَوْ لَأَذْبَحَنَّهُ أَوْ لِيَأْتِيَنَّ بِسُلْطَانٍ مُّبِينٍ﴾ [سورة النمل: 21].

ب/- و قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [سورة الإسراء: 15].

قال القرطبي في خصوص هذه الآية: «وأكبر الإعذار إلى بني آدم بعثة الرسل إليهم؛ لتتم الحجة عليهم»⁽⁴⁾.

ج/- و قوله - -: ﴿وَلَوْ أَنَّا أَهْلَكْنَاهُمْ بِعَذَابٍ مِّن قَبْلِهِ لَقَالُوا رَبَّنَا لَوْلَا أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا فَنَتَّبِعَ آيَاتِكَ مِن قَبْلِ أَنْ نَذِلَّ وَنَخْزَىٰ﴾ [سورة طه: 134].

د/- و قوله تعالى: ﴿رُسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا﴾ [سورة النساء: 165].

ه/- و قوله تعالى: ﴿وَهُمْ يَصْطَرِحُونَ فِيهَا رَبَّنَا أَخْرِجْنَا نَعْمَلْ صَالِحًا غَيْرَ الَّذِي كُنَّا نَعْمَلُ أَوَلَمْ نُعَمِّرْكُم مَّا تَتَذَكَّرُ فِيهِ مَن تَذَكَّرَ وَجَاءَكُمُ النَّذِيرُ﴾ [سورة فاطر: 37].

(1) - ابن أنس، المدونة الكبرى، مصدر سابق، ج4، ص03. و أنظر أيضا: ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص142.

(2) - خليل، المختصر، مصدر سابق، ص228.

(3) - الباجي، فصول الأحكام، مصدر سابق، ص159. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج4، ص321. ابن فرحون،

المصدر والصفحة نفسها. ميارة، شرح تحفة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص40. ابن سهل، ديوان الأحكام الكبرى، مصدر سابق، ج1، ص117. المكّي، تهذيب الفروق، مصدر سابق، ج4، ص178.

(4) - القرطبي، المصدر والصفحة نفسها.

و وجه الاستدلال بهذه الآيات الكريمات أن العقوبة و العذاب لا يكون إلا بعد دفع الحجة و قطع العذر، و الأمر ذاته ينطبق على الحكم القضائي، إذ لا يصح الحكم إلا بعد قطع الحجج و الأعذار، قال الباجي المالكي: «فدلت الآية أن الحجة لا تلزم إلا بعد الإعذار»⁽¹⁾.

2- من السنة النبوية:

- عن أبي هريرة -أ- عن النبي ﷺ قال: «أَعْذَرَ اللَّهُ إِلَيَّ أَمْرِيَّ آخَرَ أَجَلَهُ حَتَّى بَلَغَ سِتِينَ سَنَةً»⁽²⁾.

وجه الاستشهاد بهذا الحديث الشريف أنه إذا كان الله عز وجل قد أعذر الإنسان بأن أخر أجله إلى الستين سنة رجاء توبته و صلاحه، فإنه من من المستحسن و المستحب كذلك - بل قد يكون واجبا- أن يفعل ذلك الإنسان مع أخيه الإنسان، وكذلك القاضي مع الخصوم من أجل إحضار البينة الغائبة أو تهيئتها.

وفي هذا يقول القرطبي بعد أن ذكر هذا الحديث: « وهذا أيضا أصل لإعذار الحكام إلى المحكوم عليه مرة بعد أخرى، وكان هذا لطفًا بالخلق، ولينفَذَ القِيَامُ عليهم بالحق»⁽³⁾.

3- أثار الصحابة:

- جاء في رسالة عمر بن الخطاب -أ- إلى أبي موسى الأشعري -أ- ما نصه: «إضرب للطالب أمدًا ينتهي إليه، فإن أحق حقا، و إلا وجه الحق عليه»⁽⁴⁾.

فضرب الأجل لا يكون إلا لإحضار بينة و شهود، من أجل الطعن في بينة الخصم الآخر. قال الباجي المالكي: «و قوله -أ- (أي قول عمر) يقع للطالب و المطلوب، لأن المطلوب إذا أراد أن يدفع عن نفسه ما قد ثبت عليه كان طالبا»⁽⁵⁾.

4- الإعذار يقوم على دليل الاستحسان الأصولي و الخروج عن القياس:

(1) - الباجي، فصول الأحكام، مصدر سابق، ص159.

(2) - أخرجه البخاري في الصحيح، كتاب الرقاق، باب من بلغ ستين سنة، فقد أعذر الله إليه في العمر، ج5، ص2359-2360، رقم الحديث: 6056.

(3) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج4، ص321.

(4) - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص63. الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج7، ص09. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص25. القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج10، ص71. وكيع، أخبار القضاة، مصدر سابق، ج1، ص70-72. الماوردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص140. الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص28. ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مصدر سابق، ج1، ص123. الطرابلسي، معين الحكام، مصدر سابق، ص15. التسولي، البهجة، مصدر سابق، ج1، ص122. ابن القاص، أدب القاضي، مصدر سابق، ص46. ابن خلدون، المقدمة، مصدر سابق، ج2، ص606. ابن رشد (الجدد)، المقدمات، مصدر سابق، ج2، ص268. المكي، تهذيب الفروق، ج4، ص179. المبرد، الكامل، مصدر سابق، ج1، ص19-20. الجاحظ، البيان و التبيين، مصدر سابق، ج2، ص33.

(5) - الباجي، فصول الأحكام، مصدر سابق، ص160.

يقوم الإعذار على دليل الاستحسان الأصولي، و من ثم فهو يخرج عن القياس الأصولي. و نحن نقصد بالقياس هنا القواعد العامة للشريعة⁽¹⁾، و القواعد العامة تقضي بوجوب الاستماع إلى أطراف النزاع معاً، فإذا تم ذلك، كان القاضي مطبقاً لهذه القواعد العامة، و من ثم لا يجوز له الإعذار، على أساس أنه سمع من الطرف الذي يتوجه عليه الحكم، و من ثم فلا مبرر و لا حاجة إلى ذلك بالإعذار، خاصة أنه قد يتضرر الخصم الآخر من الإعذار. أما الاستحسان و هو «ترك القياس، و الأخذ بما هو أوفق بالناس»⁽²⁾. فإنه يقضي بالإعذار، على أساس أن الخصم الذي يتوجه إليه الحكم، قد تكون له حجة و لم يعلم بالإعذار كإجراء قضائي، أو أنه لم يكن لديه الوقت لإحضار طعنه فيعذر، فيكون ذلك تطبيقاً للقواعد العامة الشرعية

يقول أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم المالكي في خصوص هذه النقطة: «إن الإعذار فيما يتحاكم الناس فيه، من غير أسباب الديانات، استحسان من أئمتنا، و إنا على إتباعهم فيه و الأخذ به على بصيرة مستحكمة فيما أوجبوا الإعذار فيه من الحقوق، و التزم التسليم لما استحسنوه، إذ هم القدوة والهداة»⁽³⁾.

5- الإعذار و تأسُّسه على مبدأ الإحسان لا على مبدأ العدل:

كما يقوم الإعذار على مبدأ الإحسان، لا على مبدأ العدل، حيث إنَّ العدل هو الاستماع إلى أطراف النزاع معاً بالسوية، أما الإحسان فهو زيادة عدل، حيث إنَّ القاضي بسماع الطرفين معاً، يكون قد حقق العدل المطلوب و الواجب عليه، و عندما يحكم بالإعذار لمن يتوجه عليه الحكم، فإنه يكون مطبقاً للإحسان، حيث إنه يمنح له فرصة أخرى للدفاع عن نفسه، إن كان له ما يدفع به حجة الخصم الآخر، و كل زيادة لتجري العدل هو إحسان. قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ [سورة النحل: 90].

المطلب الثالث: موقف المذاهب الفقهية من الإعذار:

(1) - أنظر: شلبي، محمد مصطفى، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص265. و انظر أيضا كتابه: تحليل الأحكام؛ عرض و تحليل لطريقة التعليل و تطوراتها في عصور الاجتهاد و التقليد، دار النهضة العربية، بيروت، دط، 1401هـ-1981م، ص337.

(2) - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج10، ص145. و انظر تعريفات أخرى في: الأمدي، الأحكام، مصدر سابق، ج4، ص305-307.

(3) - ابن سهل، ديوان الأحكام الكبرى، مصدر سابق، ج2، ص1336. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص146.

رأينا من قبل أن الإعذار مشروع جائز العمل به، غير أن الفقهاء اختلفوا في درجة هذه المشروعية على ثلاثة أقوال، قول يرى وجوب الإعذار وإلا عد الحكم باطلا، وقول يرى الاستحباب والندب فقط، وقول يرى عدم مشروعية الإعذار أصلا.

وإليك هذه الأقوال وأصحابها وأدلة كل فريق، وذلك وفق الخطة الآتية:

1- القول الأول: مذهب الجمهور، الإعذار قاعدة مستحبة فقط.

2- القول الثاني: مذهب المالكية، الإعذار قاعدة إلزامية للقاضي وإلا كان الحكم باطلا.

3- القول الثالث: مذهب الظاهرية عدم مشروعية الإعذار أصلا.

4- موازنة و ترجيح.

1- القول الأول: مذهب الجمهور، الإعذار قاعدة مستحبة فقط:

ذهب الحنفية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾، والحنابلة⁽³⁾، إلى القول بأن الإعذار ليس قاعدة إجبارية وإلزامية في إصدار الحكم القضائي، وإنما هي قاعدة مستحبة و مندوب إليها في الأعمال والتطبيق، إن أراد القاضي، أو طلبها الخصوم.

وقد سئل حامد أفندي العمادي الحنفي سؤالا مفاده: هل يشترط لقاضي الشرع الإعذار للخصم؟ وإن أعذر إليه فسوف من وقت إلى وقت آخر ما الحكم فيه؟ فأجاب: «إذا شهد الشهود بحق وزكوا، والخصم لم يبد دافعا شرعيا حكم القاضي، وإن طلب المشهود عليه، أن يؤخر الحكم ليحيى بالدفاع، يمهل ثلاثة أيام، فإن لم يجئ بالدفاع قضى عليه»⁽⁴⁾.

وقال الشيرازي الشافعي: «فإن امتنع عن اليمين لم يسأل عن سبب امتناعه، فإن ابتداء وقال: امتنعت لأنظر في الحساب، أمهل ثلاثة أيام، لأنها مدة قريبة ولا يمهل أكثر منها لأنها مدة كثيرة»⁽⁵⁾، وقال أيضا: «فإن سئل، فذكر أنه امتنع من اليمين لأن له بينة يقيمها، وحسابا ينظر فيه، فهو على حقه من اليمين، ولا يضيق عليه في المدة ويترك ما ترك، والفرق بينه وبين المدعى عليه حيث قلنا إنه لا يترك أكثر من ثلاثة أيام أن يترك المدعى عليه يتأخر حق المدعي في الحكم له، وبترك المدعي لا

(1) - ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية في الفقه الحنفي، اعتنى به: محمد عثمان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2008م، ج1، ص542. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص63. الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص28.

(2) - الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص396-398-399. المناوي، شرح عماد الرضا، مصدر سابق، ج1، ص299. نقلا عن: أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص336.

(3) - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص484-485. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص70.

(4) - ابن عابدين، العقود الدرية، مصدر سابق، ج1، ص542.

(5) - الشيرازي، المصدر نفسه، ج3، ص396.

يتأخر إلا حقه»⁽¹⁾، وقال أيضا: «فإن قال المشهود عليه: لي بينة بجرهما، نظر، فإن لم يأت بها حكم عليه، لما روي عن عمر أنه قال في كتابه إلى أبي موسى الأشعري -رضي الله عنهما-: «و اجعل لمن ادعى حقا غائبا أمدا ينتهي إليه، فإن أحضر بينة أخذت له حقه، و إلا استحللت عليه القضية، فإنه أنفى للشك، و أجلى للعمى». و لا ينظر أكثر من ثلاثة أيام، لأنه كثير، وفيه إضرار بالمدعي. وإن قال: لي بينة بالقضاء أو الإبراء، أمهل ثلاثة أيام، فإن لم يأت بها حلف المدعي أنه لم يقضه ولم يبرئه، لم يقض له»⁽²⁾.

و قال البهوتي الحنبلي: «فإذا شهدت عنده البينة سمعها، و حرم عليه ترديدها، ويكره له تعنتها، أي طلب زلتها و انتهارها، أي زجرها، لئلا يكون وسيلة إلى الكتمان، و لا يكره قوله، أي الحاكم، لمدعى عليه: ألك فيها دافع أو مطعن، بل يستحب قوله: قد شهدا عليك، فإن كان لك قادح فبينه لي، و قيده في المذهب و المستوعب بما إذا ارتاب فيهما، فإن لم يأت بقادح و اتضح للحاكم الحكم، و كان الحق لمعين و سأله، أي الحاكم الحكم لزمه الحكم فورا، و لا يحكم بدون سؤاله»⁽³⁾.

و قال المناوي في شرح عماد الرضا: «فإذا طلبه قال القاضي للخصم ندبا، و قد أجلسه بين يديه تطيبا لحاظه: قد قامت عليك البينة بكذا و عدلت و أريد الحكم عليك، ألك دافع في هذه البينة أو قادح؟ فإن قال: نعم، و لم يثبت حكم عليه»⁽⁴⁾.

و في الحقيقة لم نجد دليلا يستند عليه هذا القول، و لكن لعلهم يستندون في هذا إلى رسالة عمر بن الخطاب التي ذكرناها سابقا في مشروعية الإعذار، حيث إن رسالة عمر و ما جاء فيها ما هي إلا توجيهات إلى القاضي أبي موسى الأشعري -رضي الله عنهما- إن شاء عمل بها، و إن شاء ألا يعمل بها.

و هذا الرأي هو الذي أخذت به مجلة الأحكام العدلية حسب شارحها علي حيدر حيث قال: «إن إصدار الحكم بعد البينة كما ورد في المجلة هو في حال عدم قول المدعى عليه: إن لدي دفعا، أما إذا قال المدعى عليه: إن لدي دفعا، فالقاضي يمهل ثلاثة أيام، فإذا لم يقدم دفعه في ظرف تلك المدة يحكم عليه بوجوب النية»⁽⁵⁾.

(1) - الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج3، ص396.

(2) - الشيرازي، المصدر نفسه، ج3، ص399.

(3) - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص484-485.

(4) - الشيرازي، المصدر نفسه، ج3، ص396-398-399. المناوي، شرح عماد الرضا، مصدر سابق، ج1، ص299. نقلا عن: أبو

البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص336.

(5) - حيدر، علي، درر الحكام، مصدر سابق، ج4، ص645.

و قال ابن قدامة المقدسي الحنبلي: «و إن كانت شهادة صحيحة، و عرف الحاكم عدالتهم، قال للمشهود عليه: قد شهدوا عليك، فإن كان عندك ما يقدم في شهادتهما، فبينته عندي، فإن سأل الإنظار، أنظره اليومين و الثلاثة، فإن لم يخرج حكم عليه، لأن الحق قد وضع على وجه لا إشكال فيه»⁽¹⁾.

2/- القول الثاني: مذهب المالكية: الإعذار قاعدة إلزامية للقاضي و إلا كان الحكم

باطلا:

ذهب المالكية⁽²⁾ إلى أن الإعذار قاعدة قضائية واجبة، و أصل من أصول المحاكمة و القضاء، و إن الحكم إذا صدر من غير إعذار للمحكوم عليه قبل الحكم، فإنه يكون باطلا و ينقض. قال الدردير: «و الإعذار واجب، و الحكم بدونه باطل، فينقض و يستأنف»⁽³⁾.

و لم يذكر المالكية في كتبهم الدليل و البرهان على الوجوب، و لكن - إلى جانب ما ورد في رسالة عمر إلى أبي موسى الأشعري - لعل الأساس هو أن قاعدة الإعذار تقوم على تأكيد أن من يتوجه الحكم عليه حجته داحضة و غير مقبولة، خاصة إذا علمنا أن القاضي لو حكم بغير إعذار، و كان من يتوجه عليه الحكم لا يعرف و لا يعلم بقاعدة الإعذار لجهله بأحكام القضاء، فإن حكمه يكون مظنونا فيه ظنا جزئيا بشائبة الخطأ، لأنه قد يكون لهذا المحكوم عليه مطعن و قادح في بينة الخصم المحكوم له، و لا يقدمها عن طريق الإعذار، و من ثم يضيع حقه، و تكون بالنتيجة عدالة ضعيفة و هشئة، و لا سبيل لتقوية العدالة و القضاء في مثل هذه الحالات إلا بالإعذار كإجراء قضائي يمنح فرصة لمن سيتوجه عليه الحكم بمحاولة الطعن و القدح في بينة الخصم الآخر، فإذا جاء بمدفع و مطعن قوي، و قبله القاضي، حكم القاضي له، و إن لم يحضر أي مدفع، أو أحضر مدفعا و لكنه ضعيف، حكم عليه القاضي، حيث إن القاضي حينئذ يكون قد تأكد أن الحق عليه، و أنه ظالم، و أن الآخر هو المظلوم، و هذا هو العدل.

(1) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 70.
(2) - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 33. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 33. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج 4، ص 86-88. الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج 4، ص 86-88. عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 177. الزرقاني، شرح المختصر، مصدر سابق، ج 7، ص 139. الخرشبي، شرح المختصر، مصدر سابق، ج 7، ص 158. الآبي، جواهر الإكليل، مصدر سابق، ج 2، ص 227. ابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، ص 498. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 142. ابن عبد الرفيع، معين الحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 618-624. ابن سهل، ديوان الأحكام الكبرى، مصدر سابق، ج 1، ص 117. الباجي، فصول الأحكام، مصدر سابق، ص 159-160. القاضي عبد الوهاب، أبو محمد علي بن نصر المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة أبي عبد الله مالك بن أنس إمام دار الهجرة، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1418هـ-1998م، ج 2، ص 410. المكي، تهذيب الفروق، مصدر سابق، ج 4، ص 175.
(3) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 70. عليش، فتح العلي المالكي، مصدر سابق، ج 2، ص 295.

و قد سئل الشيخ حسن الأبطحي المالكي قي قضية نصها هو : «ما قولكم في رجل أودع عند آخر وديعة، ثم طلبها منه عند حاكم، فأقر بها، و ادعى أنه دفع عنه للديوان جانب حبوب، و أقام بينة على ذلك، فجرحها المودع بترك الصلاة، و شهرة السرقة، و الكذب و نحوها، و ادعى أن له بينة بذلك، فلم يسمع منه القاضي، حلف البينة المقدوح فيها، و قضى بها، فهل ينقض حكمه؟ و يمكن المحكوم عليه من إقامة البينة القادحة، فإذا أقام عدلين بتجريحها بشيء من ذكر شهادتها، و لاسيما المودع ليس عليه شيء للديوان و يقضي له بأخذ وديعته التي ادعاها، و أقر بها المودع بالفتح؟»⁽¹⁾.

فأجاب الشيخ حسن الأبطحي أن: «الإعذار في البينة للمشهود عليه شرط في صحة الحكم، إذا لم يتنبه له، فإذا حكم الحاكم بغير الإعذار نقض حكمه، فحيثما ادعى ذلك الرجل أنه دفع لجهة الديوان جانباً من الحبوب عن المودع، و أقام بينة على ذلك، و طلب المودع تجريحها بمجرح مقبول، كتركهم الصلاة، أو شهرتهم بالسرقة، أو بالكذب، فإنه يجاب لذلك، و يثبت بينة شرعية، و ترد شهادة الشهادة عليه بذلك التجريح، و حكم ذلك الحاكم من غير إعذار المحكوم عليه، و من غير سماع لتجريح البينة الشاهدة عليه منقوض، و يجب استثنائه، و لا يكون ذلك الحكم معتبراً، لعدم استيفائه شروطه التي من جملتها الإعذار للمشهود عليه...»⁽²⁾.

و كذلك سئل عليش في قضية مشابهة لهذا الجواب، و أجاب بنفس الجواب، وأن الحكم باطل لعدم الإعذار في الشهود، الذي هو شرط صحة في الحكم.

3- القول الثالث: مذهب الظاهرية: عدم جواز العمل بالإعذار أصلاً:

ذهب ابن حزم الظاهري إلى عدم جواز العمل بالإعذار إلى من يتوجه عليه الحكم، فقال: «و أما قول مالك، فما نعلم أحداً قاله قبله مع عظيم فساد، لأنه لا فرق بين تأجيل ثلاثين يوماً، و بين تأجيل شهرين، أو ثلاثة، أو أربعة، أو عام، أو عامين، أو أربعة أعوام، و ما الفرق بين من ادعى بينة على نصف شهر، و بين من ادعاها بخراسان، و هو بالأندلس، أو ادعاها بالأندلس، و هو بخراسان؟ و هل هو إلا التحكم بالباطل؟!»⁽³⁾. كما وصف رسالة عمر أ بالرسالة المكذوبة.

- أما عن أدلة ابن حزم⁽⁴⁾ في عدم مشروعية الإعذار، فهي:

- عدم وجود نص من السنة النبوية أنه ح رد خصوصاً بعدما ظهر الحق، بل قضى بالبينة على

الطالب، و ألزم المنكر اليمين في الوقت، وأمر المقر بالقضاء في الوقت.

(1) - عليش، فتح العلي المالک، مصدر سابق، ج2، ص295.

(2) - عليش، المصدر نفسه، ج2، ص298.

(3) - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص423.

(4) - ابن حزم، المصدر و الصفحة نفسها.

- كما استدلل بظواهر القرآن، كقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُفُورًا قَوْمِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ

عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّا أَوْ نَعَرَضُوا فَلِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ [سورة النساء: 135]. و قوله: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [سورة المائدة: 02]. و قوله: ﴿وَسَارِعُوا إِلَىٰ مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ وَجَنَّةٍ عَرْضُهَا السَّمَوَاتُ وَالأَرْضُ أُعِدَّتْ لِلْمُتَّقِينَ﴾ [سورة آل عمران: 133]. فمن حكم بالحق حين يبدو إليه، فقد قام بالقسط، و أعان على البر و التقوى، و سارع إلى مغفرة من ربه، و من تردد فلا.

4/- هوازنة و ترجيح:

الذي يلاحظ أن الإعذار مشروع بإجماع المذاهب الأربعة- والظاهرية ليسو منهم-، حيث دلت كل النصوص و الأقوال- التي نقلناها من قبل- على مشروعية الإعذار و جوازها، و أنه لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية في نصوصها و فحواها، و هذا إن دل على شيء فإنما يدل أن الإعذار قائم على أساس صحيح و مقبول هو الحرص في استقصاء أدلة الخصوم و الحجج، و إعطاء الفرصة من أجل الطعن في البيئات المقبولة لدى القضاء، قبل إصدار الحكم.

و لكن قاعدة الإعذار نظرا لاعتبار العدل، و قطع الحجج، و استيفاء الأدلة، و صدور حكم صحيح بناء على استيفاء الأدلة، و قطع الأعدار، يجعل القاعدة ليست فقط مشروعة و إنما ملزمة، أي أنه يجب الارتقاء بالقاعدة من المشروعية إلى إلزاميتها، و أنها أصل من أصول القضاء، بحيث إذا صدر الحكم بغير إعذار، كان الحكم باطلا. و من ثم وجب نقضه لمخالفته لقاعدة جوهرية في القضاء.

و بناء عليه، و بناء على أدلة المذهب المالكي القائل بإلزامية قاعدة الإعذار، فإننا نرى أن القول الراجح هو قول المالكية. و هو ما ذهب إليه بعض الباحثين المعاصرين⁽¹⁾.

زيادة على ذلك فإن كثيرا من النصوص الفقهية دلت على أن الإعذار له من الفوائد و الثمرات الكثير، منها ما قاله ابن قدامة المقدسي الحنبلي حيث قال: «و إن كانت شهادة صحيحة، و عرف الحاكم عدالتهم، قال للمشهود عليه: قد شهدا عليك، فإن كان عندك ما يقدر في شهادتهما، فبينه عندي، فإن سأل الإنظار، أنظره اليومين و الثلاثة، فإن لم يجرح حكم عليه، لأن الحق قد وضع على وجه لا إشكال فيه»⁽²⁾.

(1) - أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مصدر سابق، ص337. و يلاحظ أن باحثين آخرين ذكروا الإعذار و لم يذكروا هل هو ملزم أم لا، و لم يذكروا رأيهم في المسألة. أنظر: ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، مرجع سابق، ص477-486. الربابعة، أسامة علي مصطفى الفقير، أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص490-493. الحميضي، عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز، القضاء و نظامه، مرجع سابق، ص609-615.

(2) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج14، ص77.

و قال السرخسي الحنفي بعد أن ذكر عبارة عمر بن الخطاب في رسالته التي بعثها إلى أبي موسى الأشعري - ب - و التي ذكرناها من قبل، قال: «فيه دليل على أن القاضي عليه أن يمهّل كل واحد من الخصمين بقدر ما يتمكن من إقامة الحجة فيه، حتى إذا قال المدعي بينتي حاضرة، أمهله ليأتي بهم، فرمّا لم يأت بهم في المجلس الأول، بناء على أن الخصم لا ينكر حقه لوضوحه، فيحتاج إلى مدة ليأتي بهم، و بعدما أقام البينة إذا ادعى الخصم الدفع أمهله القاضي ليأتي بدفعه، فإنه مأمور بالتسوية بينهما في عدله، و ليكن إمهاله على وجه لا يضر بخصمه، فإن الاستعجال إضرار بمدعي الدفع، و في تطويل مدة إمهاله إضرار بمن أثبت حقه و خير الأمور أوسطها... و إذا عجز عن إثبات ما ادعى من الدفع وجه القاضي إليه القضاء ببينة المدعي، و ما لم يظهر عجزه عن ذلك لا يوجه القضاء عليه، لأن الحجة إنما تقوم عليه إذا ظهر عجزه عن الدفع بالطعن و المعارضة. و قوله -أي قول عمر-: «فإن ذلك أجلى للعمى»، لإزالة الاشتباه، و أبلغ في العذر للقاضي عند من توجه القضاء عليه، لأنه إذا وجه القضاء عليه بعدما أمهله حتى يظهر عجزه عن الدفع، انصرف من مجلسه شاكرًا له، ساكتًا، و إذا لم يمهله انصرف شاكيًا منه، يقول: مال إلى خصمي و لم يستمع إلى حجتي، و لم يمكني من إثبات الدفع عنده»⁽¹⁾.

و من ثم يستنتج أن قاعدة الإعذار تقوم على العدل و الإحسان، و التي هي مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية و جاءت نصوص قرآنية كثيرة دالة عليه، منها قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ [سورة النحل: 90].

(1) - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص63.

الباب الثالث: تطور القضاء الجزائي الجزائري، وطرق الطعن في القانون الوضعي: النقض نموذجاً

الفصل الأول: تطور القضاء الجزائي الجزائري، وطرق
الطعن، والطعن بالنقض، وأوجهه.

الفصل الثاني: تفصيل أوجه الطعن بالنقض الأربعة الأولى
من المادة 500 ق.إ.ج.

الفصل الثالث: تفصيل أوجه الطعن بالنقض الأربعة الأخيرة
من المادة 500 ق.إ.ج.

الباب الثالث: تطور القضاء الجزائري الجزائري، وطرق الطعن في القانون الوضعي: النقض

نموذجاً:

تمهيد و تقسيم:

لما كان الباب الثاني في الفقه الإسلامي فقط، فإنَّ هذا الباب يكون في القانون الوضعي فقط. وهذا الباب يتناول بالأساس تطور القضاء الجزائري الجزائري، وكذا طرق الطعن في القانون الوضعي بصفة عامة، على أن تكون الدراسة مركزة على الطعن بالنقض كنموذج تطبيقي لها، وبالأخص أوجه النقض، مع الاستعانة بقرارات المحكمة العليا.

وبناء عليه، فإنَّ خطة هذا الباب هي كالاتي:

الفصل الأول: تطور القضاء الجزائري الجزائري، وطرق الطعن، والطعن بالنقض، وأوجهه.

الفصل الثاني: تفصيل أوجه الطعن بالنقض الأربعة الأولى من المادة 500 ق.إ.ج.

الفصل الثالث: تفصيل أوجه الطعن بالنقض الأربعة الأخيرة من المادة 500 ق.إ.ج.

وإليك بيان هذه الفصول بالترتيب.

الفصل الأول:

تطور القضاء الجزائي الجزائري، وطرق الطعن،
و الطعن بالنقض، وأوجهه.

المبحث الأول: التطور التاريخي للقضاء الجزائي في الجزائر.

المبحث الثاني: تعريف طرق الطعن، وتقسيماتها.

المبحث الثالث: الطعن بالنقض: تعريفها، وخصائصها، وأنواعها، وتمييزها.

المبحث الرابع: حصر أوجه الطعن بالنقض.

الفصل الأول: تطور القضاء الجزائري الجزائري، وطرق الطعن، والطعن بالنقض، وأوجهه:

نتناول في هذا الفصل أربع نقاط أساسية، هي:

- التطور التاريخي للقضاء الجزائري في الجزائر.
- تعريف طرق الطعن وتقسيماتها.
- النقض تعريفه؛ وخصائصه؛ وتمييزه عن طرق الطعن الأخرى.
- حصر أوجه الطعن بالنقض.
- وبناء عليه، فإن هذا الفصل ينقسم إلى المباحث الآتية:
- المبحث الأول: التطور التاريخي للقضاء الجزائري في الجزائر.
- المبحث الثاني: تعريف طرق الطعن، وتقسيماتها.
- المبحث الثالث: الطعن بالنقض: تعريفها، وخصائصها، وأنواعها، وتمييزها.
- المبحث الرابع: حصر أوجه الطعن بالنقض.
- وإليك هذه المباحث بالترتيب.

المبحث الأول: التطور التاريخي للقضاء الجزائري في الجزائر:

يستهدف هذا المبحث الوقوف على التطور التاريخي للتنظيم القضائي الجزائري الجزائري، وعلى هياكله من الاستقلال إلى غاية سنة 2014م. كل ذلك من أجل استخلاص مجموعة من الخصائص، والإيجابيات والسلبيات.

ولذا سنتكلم أولاً عن التطور، ثم عن الهياكل.

وإذا كنا قلنا بأن الفترة المعنية بالدراسة هي منذ جويلية 1962م إلى غاية 31 ديسمبر 2014م، فإنه يمكن الإشارة بإيجاز كبير إلى الوضعية الموروثة عن الاستعمار الفرنسي فيما يخص التنظيم القضائي الجزائري.

- والذي ورثته الجزائر عن الاستعمار الفرنسي فيما يتعلق بالقضاء الجزائري هو المحاكم الجنائية التي أنشئت بموجب قانون: 1902/12/30م الذي أنشأ 17 محكمة جنائية من أجل النظر في الجرائم الموصوفة بالجنايات المرتكبة من قبل الجزائريين، وكانت هيئة الحكم تتشكل مما يلي:

- ثلاثة قضاة: مستشار بمحكمة الاستئناف، أو رئيس محكمة درجة أولى رئيساً، ومستشار لدى محكمة الاستئناف، وقاضي محكمة درجة أولى أو قاضي بمحاكم الدرجة الأولى مساعدين.

- محلفين اثنين جزائريين، واللذين لم يكن لهما تأثير في التخفيف من صرامة القضاة الفرنسيين رغم إقرار حقهما في التصويت في المداولات⁽¹⁾.

- محكمة ابتدائية، وعددها 17 محكمة.

- محكمة الاستئناف ومقرها الجزائر العاصمة وتتكون من سبع غرف⁽²⁾.

ويذكر البعض⁽³⁾ أنه أضيفت محكمتين استئنافيتين أخريين في كل من: وهران؛ وقسنطينة، وبذلك يصبح العدد ثلاث محاكم استئناف.

- محكمة النقض: حيث يتم النقض أمام محكمة النقض في باريس، العاصمة الفرنسية.

هذا باختصار عام النظام القضائي الفرنسي الذي ورثته الجزائر غداة الاستقلال.

والسؤال المطروح الآن ما هي الخطة والمراحل التي مر عليها التنظيم القضائي في الجزائر. يمكن أن نميز المراحل الآتية:

- المرحلة الأولى: المرحلة الانتقالية من جويلية 1962م إلى نوفمبر 1965م.

- المرحلة الثانية: مرحلة الإصلاح القضائي من نوفمبر 1965م إلى 1975م.

- المرحلة الثالثة: مرحلة الانحراف القضائي من 1975م إلى 1995م.

- المرحلة الرابعة: مرحلة الإصلاح القضائي من 1996م إلى 2014م.

وهذه المراحل من استخلاصنا بعد دراسة مختلف التطورات، ثم إنه يجب الإشارة إلى أن تداخلها في بعض الأحيان بين هذه المراحل وذلك لأنه ليس هنا تمايز واضح ودقيق بينها، وإنما هو تمايز غالب وعام لا مطلق. وذلك قد نرى بعض الانحرافات في مرحلة الإصلاح، والعكس أيضا صحيح. ولذلك فهذا التقسيم هو تقسيم اجتهادي تم مراعاة فيه الوضع الغالب الذي ساد.

وإليك بيان هذه المراحل بالتسلسل.

- المرحلة الأولى: المرحلة الانتقالية من جويلية 1962م إلى نوفمبر 1965م:

غداة استقلال الجزائر في 05 جويلية 1962م، ورثت الجزائر نظاما قضائيا فرنسيا صرفا، سواء من

حيث النصوص أو من حيث الهياكل، أو من حيث الإطار البشري.

- ولأن الانتقال كان غير طبيعي، وهو من دولة محتلة ومستعمرة إلى دولة مستقلة، فإن هذا الوضع

أورث الإشكالات الآتية:

- وجود نصوص قانونية مخالفة للسيادة الوطنية.

⁽¹⁾ - أمقران، بوبشير محمد، قانون الإجراءات المدنية، دار الأمل، الجزائر، دط، 2002، ج1، ص192. طاهري، حسين، التنظيم القضائي الجزائري، دار هومة، الجزائر، دط، 2007، ص04.

⁽²⁾ - طاهري، حسين، المرجع والصفحة نفسها.

⁽³⁾ - أمقران، بوبشير محمد، المرجع نفسه، ج1، ص195.

- حدوث فراغ في جهاز القضاء بسبب فرار غالبية القضاة الفرنسيين، مع ارتفاع عدد القضايا والمنازعات المعروضة على القضاء باعتبار أنهم أمام قضاء وطني مستقل متحرر من ظلم الاستعمار.

- تنوع وتعدد الجهات القضائية الموروثة، وصعوبة تحديد اختصاصها.

هذه هي الإشكالات التي كانت غداة استقلال الجزائر، والسؤال: ما هو الحل أو الحلول التي وضعتها الدولة الجزائرية المستقلة لمواجهة هذه الإشكالات؟

- والجواب: أنه إزاء هذه الإشكالات، واجهت الدولة الجزائرية هذه الإشكالات وفق الخطة الآتية:

أولاً/- بخصوص النصوص التشريعية المتعارضة مع السيادة الوطنية:

- أصوات الجمعية الوطنية التأسيسية القانون رقم: 62-157 المؤرخ في: 31/12/1962م

نص في مادته الثانية على إبقاء العمل بالنصوص السابقة باستثناء ما هو مخالف للسيادة الوطنية⁽¹⁾.

ولاشك في معقولية وصحة هذا الإجراء، ذلك لأن إلغاء كل النصوص القانونية والتنظيمية والتشريعية يوقعنا في فراغ تشريعي الذي هو باب لكل الشرور من انعدام الشرعية القانونية في كل أعمال الدولة، ويجعلها كلها باطلة ولا أساس لها، فضلا على أنه منفذ للتسلط والدكتاتورية فضلا عن أنه يؤدي إلى إلغاء الدولة لمؤسسات، وهو الذي يناقض ما تنشده الدولة المستقلة حديثا.

- ثم إن إبقاء كل النصوص القانونية حتى المخالفة للسيادة الوطنية يتناقض ويتعارض تعارضا مطلقا مع الهدف من الثورة ومع الاستقلال. ذلك أن الثورة كانت تستهدف أصلا الانعتاق والتحرر من كل قيود الظلم، ومنها القيود القانونية الاستعمارية. ولاشك أنه لا بد من إلغائها وإلغاء كل ما يتعارض مع السيادة الوطنية والثورة والاستقلال ومن ذلك مثلا: الطعن بالنقض أمام محكمة النقض بباريس فلأنه يمس بالسيادة الوطنية في الصميم فإنه لا بد من إلغائه وعدم العمل بهذا النص.

ثانيا/- بخصوص سد الفراغ الذي تركه الرحيل الجماعي للإطارات القضائية الفرنسية:

وقد اتخذت إجراءات عديدة في هذا الصدد، منها:

- إصدار نص الأمر رقم: 62-49 المؤرخ في: 21/09/1962م الذي ينص على جواز التعيين

المؤقت في بعض المهام والمناصب القضائية⁽²⁾، وهذا ما سمح بتوظيف محامين جزائريين في مراكز السلطة بالجهات القضائية المختلفة، كما سمح بتوظيف موظفين آخرين في مناصب متوسطة، كموظفين في كتابات الضبط، و مترجمين، ومدافعين قضائيين، ووكلاء شرعيين، وكل هذا أدى إلى سد الفراغ في المناصب إلى حد كبير، فضلا عن أنه أدى إلى جزارة الجهاز القضائي في بداية الاستقلال، ومن ثم السيطرة على السلطة القضائية وجعلها في إطار السيادة الوطنية.

⁽¹⁾ - القانون رقم: 62-157 المؤرخ في: 31 ديسمبر سنة 1962م والمتعلق بتمديد التشريع النافذ إلى 31 ديسمبر سنة 1964م وباستثناء مقتضياته المخالفة للسيادة الوطنية. الجريدة الرسمية، ع: 02، س: 02، المؤرخة في: 11/01/1963م.
⁽²⁾ - الجريدة الرسمية، رقم: 18، س: الأولى، المؤرخة في: 21/09/1962م.

- إصدار نص الأمر رقم: 62-42 المؤرخ في: 18/09/1962م المتعلق بمحاكم المرافعة الكبرى بالجزائر العاصمة؛ و وهران؛ و قسنطينة⁽¹⁾، الذي نص في المادة الأولى منه على أنه يجوز لمحاكم المرافعة الكبرى التي توجد في دائرة اختصاص محاكم استئناف كل من الجزائر العاصمة؛ و وهران؛ و قسنطينة؛ أن تقوم وبصفة مؤقتة بالفصل في المنازعات المدنية والجزائية بقاض فرد، وبحكم غير قابل للاستئناف.

- إصدار مرسومين: الأول تحت رقم: 63-363 المؤرخ في: 14/09/1963م⁽²⁾. والثاني تحت رقم: 64-200 المؤرخ في: 03/07/1964م⁽³⁾، يسمحان لرئيس المحكمة الإدارية مؤقتاً أن يحكم في القضايا والحوادث كقاض فرد وبدون تدخل مندوب الحكومة، وذلك في القضايا الآتية: النزاعات القضائية الخاصة بمجلس الدولة؛ الضرائب المباشرة والأداءات المماثلة؛ مخالفة نظام السير في الطرق الكبرى. (المادة الأولى).

ثالثاً/- بخصوص الإجراءات المتخذة المتعلقة بالأجهزة القضائية الجزائية:

وهنا تم تحويل اختصاص نظر جميع دعاوى الجزائريين للقضاء الجزائري، وذلك عن طريق ما يأتي:

- إبرام بروتوكول قضائي بين الجزائر وفرنسا بتاريخ: 28/02/1962م بهدف إحالة ملفات قضايا الجزائريين من محكمة النقض ومجلس الدولة الفرنسيين إلى الجهات القضائية الجزائرية⁽⁴⁾.

- أصدر المجلس الوطني (البرلمان) الجزائري القانون رقم: 63-218 المؤرخ في: 18/06/1963م أنشأت بموجبه المجلس الأعلى، وهو أعلى هيئة قضائية يقع على رأس هرم النظام القضائي الجزائري ينظر في الطعون بالنقض من القانون لا من الوقائع. وقد نص هذا القانون أن المجلس الأعلى يتكون من أربع غرف هي: القانون الخاص، الغرفة الاجتماعية، الغرفة الجنائية، الغرفة الإدارية⁽⁵⁾، وبهذا فإن المشرع الجزائري تحلى عن مبدأ ازدواجية القضاء (القضاء العادي والقضاء الإداري) لصالح النظام ومبدأ وحدة القضاء، حيث أصبح المجلس الأعلى ينظر في القضايا العادية والإدارية معاً.

- إنشاء المحكمة الجزائية للدولة، وذلك بموجب الأمر رقم: 62-48 المؤرخ في: 21/09/1962م⁽⁶⁾، يكون مقرها الجزائر العاصمة، ويكون اختصاصها كامل التراب الوطني، وتفصل في جنايات وجنح القانون العام بحكم غير قابل لأي طعن سوى طلب العفو، والذي ينبغي تقديمه خلال ثلاثة أيام من صدور الحكم (م31). على أن تفصل المحكمة بهيئة مشكلة من ثلاثة قضاة.

⁽¹⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 16، س: الأولى، المؤرخة في: 18/09/1962م.

⁽²⁾ - المرسوم رقم: 63-363 المؤرخ في: 14/09/1963م المتعلق بسير المحاكم الإدارية عند نظرها في المسائل الجنائية. الجريدة الرسمية، ع: 67 مكرر، س: الثانية، المؤرخة في: 14/09/1963م.

⁽³⁾ - المرسوم رقم: 64-200 المؤرخ في: 22 صفر عام 1384هـ الموافق ل: 03/07/1964م المتعلق بسير المحاكم الإدارية. الجريدة الرسمية، ع: 14، س: 03، المؤرخة في: 03/07/1964م.

⁽⁴⁾ - بوشير، محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص202.

⁽⁵⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 43، س: الثانية، المؤرخة في: 18/06/1963م.

⁽⁶⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 08، س: الأولى، المؤرخة في: 21/09/1962م.

- وما يلاحظ هنا أنّ هذه المحكمة لم تدم كثيرا، بل إنها ألغيت بعد ثلاثة أشهر من إنشائها، وذلك بموجب المرسوم رقم: 62-127 المؤرخ في: 13/12/1962م⁽¹⁾.

وهذا في الحقيقة يعكس مدى الفوضى القضائية لدى المشرع الجزائري آنذاك. وهو أمر كان بالإمكان تفاديه.

- إصدار القانون رقم: 64-242 المؤرخ في: 22/08/1964م المتضمن قانون القضاء العسكري⁽²⁾. وقد جاء في 98 مادة موزعة على ثلاثة كتب.

- تحويل غرف جنح محاكم المرافعة الكبرى إلى محاكم شعبية للجنح بموجب المرسوم رقم: 63-107 المؤرخ في: 05/04/1963م⁽³⁾. وقد جعل المشرع هيئة الحكم فيها متكونة من ثلاثة أعضاء: قاضي محكمة المرافعة الكبرى رئيسا؛ ومساعدين محلفين اثنين لهما رأي استشاري فحسب.

- إنشاء محاكم جنائية شعبية، وذلك بمقتضى المرسوم رقم: 63-146 المؤرخ في: 25/04/1963م⁽⁴⁾، يوجد مقرها في عشر ولايات، وقد نص قانونها على أن هيئة الحكم تتكون من تسعة (09) أعضاء: ثلاثة (03) قضاة محترفين؛ وستة (06) مساعدين محلفين، لهم حق التصويت في المداولات، وتصدر أحكاما قابلة للطعن بالنقض في ميعاد ثمانية أيام.

وقد ألغيت هذه المحاكم، أو بالأحرى نزع صفة «الشعبية» من المحاكم الجنائية، وذلك بصدور الأمر رقم: 66-155 المؤرخ في: 08/06/1966⁽⁵⁾ المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، طبقا للمادة 248ق.إ.ج. كما تم تعديل هيئة الحكم فأصبحت تتكون من سبعة (7) أعضاء: ثلاثة (03) قضاة محترفين، وأربعة (04) مساعدين محلفين.

- إنشاء المحاكم الجنائية الثورية بمقتضى الأمر رقم: 64-02 المؤرخ في: 07/01/1964م⁽⁶⁾، وذلك في مقر كل من محاكم الاستئناف بالجزائر؛ ووهران؛ قسنطينة، وخوّل لها الفصل إلى حين القضاء السلطات الاستثنائية المقررة بموجب المادة 59 من الدستور (1963)⁽⁷⁾.

وسياقي بيان هذه المحكمة أكثر عند الكلام عن الهياكل.

رابعا/- التنظيم القضائي الجزائري في هذه المرحلة:

⁽¹⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 17، س: الأولى، المؤرخة في: 13/12/1962م.

⁽²⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 36، س: 03، المؤرخة في: 29/09/1964م.

⁽³⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 23، س: الثانية، المؤرخة في: 05/04/1963م.

⁽⁴⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 29، س: الثانية، المؤرخة في: 25/04/1963م.

⁽⁵⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 48، س: 03، المؤرخة في: 08/06/1966م.

⁽⁶⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 03، س: الثالثة، المؤرخة في: 07/07/1964م. وقد عدل هذا الأمر بموجب الأمر رقم: 64-05 المؤرخ في: 10/01/1964: الجريدة

الرسمية، ع: 04، س: الثالثة، المؤرخة في: 10/01/1964م.

⁽⁷⁾ - نص المادة 59 من دستور 1963م على أنه: «في حالة الخطر الوشيك الوقوع يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ إجراءات استثنائية بقصد حماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية، ويجتمع المجلس الوطني بكامل أعضائه». دستور 1963 صادق عليه المجلس الوطني يوم: 28 أوت 1963م، ووافق عليه الشعب الجزائري في استفتاء 08 سبتمبر 1963م، وصدر بالجريدة الرسمية، ع: 64، س: 2، المؤرخة في: 10/09/1963، ص888.

والخلاصة أن التنظيم القضائي الجزائري في هذه المرحلة كان كالآتي:

1/- على مستوى الدرجة الأولى: توجد المحاكم الآتية: محاكم المخالفات؛ المحاكم الشعبية للجنح؛

المحاكم الجنائية الشعبية.

2/- على مستوى الدرجة الثانية والأخيرة: توجد ثلاث محاكم استئناف توجد مقراتها في كل من:

الجزائر العاصمة؛ وهران؛ وقسنطينة.

3/- على قمة الهرم القضائي: يوجد المجلس الأعلى، فهو محكمة نقض في المواد الجزائية والمدنية،

ومحكمة درجة أولى وثانية، وكذا نقض في المادة الإدارية.

وبهذه التعديلات الشاملة والإصلاحات الهيكلية توصلّ المشرع الجزائري إلى توحيد قمة التنظيم

القضائي.

ويلاحظ أيضا أن دستور 1963م، نص أيضا في المادة 62 على أنه: «لا يخضع القضاة في أدائهم

لوظائفهم لغير القانون ومصالح الثورة الاشتراكية».

- المرحلة الثانية: مرحلة الإصلاح القضائي من نوفمبر 1965م إلى جوان 1975م:

وهذه المرحلة يمكن وصفها بمرحلة «الإصلاح القضائي»⁽¹⁾، أو «الإصلاحات القضائية»⁽²⁾، والتي

تبدأ بصدور الأمر رقم: 65-278 المؤرخ في: 16/11/1965م، والمتضمن التنظيم القضائي⁽³⁾،

وتنتهي بإنشاء مجلس أمن الدولة وذلك طبقا للأمر رقم 75-46، المؤرخ في: 17/06/1975 المتضمن

إنشاء مجلس الدولة⁽⁴⁾.

وسميت هذه المرحلة بمرحلة الإصلاح لأنه تميّز بصدور نصوص غاية في الأهمية تتعلق بالتنظيم

القضائي وبالإجراءات المدنية والجزائية، وبقانون العقوبات، أي التجريم والعقاب. وذلك كالآتي:

أولا/- مختلف التطورات:

- إصدار التنظيم القضائي بموجب الأمر رقم: 65-278، المؤرخ في: 16/11/1965م

المتضمن التنظيم القضائي⁽⁵⁾.

وقد نصّ هذا الأمر في مادته الأولى على أنه: «يؤسس في مجموع التراب الوطني خمسة عشر مجلسا

قضائيا تحدد مراكزها كما يلي: الجزائر، عنابة، باتنة، بشار، قسنطينة، الأصنام، المدية، مستغانم، وهران،

ورقلة، سعيدة، سطيف، تيارت، تيزي وزو، تلمسان».

(1) - طاهري، حسين، التنظيم القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 06. بوشير، محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ج 1، ص 205.

(2) - بوشير، محمد أمقران، المرجع والصفحة نفسها.

(3) - الجريدة الرسمية، ع: 96، س: 2، المؤرخة في: 16/11/1965م.

(4) - الجريدة الرسمية، ع: 53، س: 14، المؤرخة في: 17/06/1975م.

(5) - الجريدة الرسمية، ع: 96، س: 2، المؤرخة في: 16/11/1965م.

ونصّت المادة الثانية منه أنّه: «تؤسس في دائرة اختصاص كل مجلس قضائي محاكم يحدد عددها ومراكزها ودوائر اختصاصها بموجب مرسوم».

ونصت المادة 3 منه على الإبقاء على القانون المتضمن إنشاء المجلس الأعلى، وكذا المادة 10 في الإبقاء على قانون القضاء العسكري.

أما المادة 4 فنصت أنّه «تحل المجالس القضائية محل محاكم الاستئناف كما تحل المحاكم محل المحاكم الابتدائية الكبرى والمحاكم الابتدائية».

ونصت المادة 06 على أن تشكيلة المجالس القضائية تكون جماعية.

أما بالنسبة للمحاكم فتقتضي في جميع القضايا بقاض فرد مع مراعاة الأحكام الخاصة بمساعدة القضاة. وهذا طبقاً للمادة السابعة.

وبخصوص الإجراءات المتعلقة بالمرافعة أمام المجالس القضائية والمحاكم فهي إجراءات مختصرة مبدئياً، وهذا طبقاً للمادة الثامنة من الأمر.

وقد نصت المادة 12 من هذا الأمر بأنه «سيحدد تاريخ إجراء العمل بهذا الأمر بموجب مرسوم». وفعلاً، وبعد سبعة أشهر صدر المرسوم رقم: 66-159 المؤرخ في: 18 صفر عام 1386هـ، الموافق ل: 08 يونيو سنة 1966 يحدد بموجبه بدء سريان مفعول الأمر رقم: 65-278 المؤرخ في: 22 رجب عام 1358هـ الموافق ل: 16 نوفمبر سنة 1965م والمتضمن التنظيم القضائي، وبمقتضى المادة الأولى منه، فإنّه حدد بدء سريان مفعول هذا الأمر بيوم: 25 صفر عام 1386هـ، الموافق ل: 15 يونيو (جوان) سنة 1966م⁽¹⁾.

كما صدرت معه المراسيم الثلاثة، وكلها صدرت بتاريخ 17/11/1965م، وهي⁽²⁾:

- المرسوم رقم: 65-279 المتعلق ب: تطبيق الأمر المتعلق بالتنظيم القضائي.
- المرسوم رقم: 65-280 المتعلق ب: تحديد مراكز المحاكم ودوائر اختصاصها.
- المرسوم رقم: 65-281 المتعلق ب: ترتيب المجالس القضائية والمحاكم.
- صدور قانون الإجراءات الجزائية، وذلك بموجب الأمر رقم: 66-155 المؤرخ في: 08/06/1966م⁽³⁾ متضمناً 730 مادة موزعة على سبعة (7) كتب⁽⁴⁾.

(1) - الجريدة الرسمية، ع: 50، س: 3، المؤرخة في: 13/06/1966م.

(2) - الجريدة الرسمية، ع: 96، س: 2، المؤرخة في: 16/11/1965م.

(3) - الجريدة الرسمية، ع: 48، س: 03، المؤرخة في: 08/06/1966م.

(4) - وهي: الكتاب الأول: في مباحث الدعوى العمومية وإجراء التحقيق.

- الكتاب الثاني: في جهات الحكم.

- الكتاب الثالث: في القواعد الخاصة بالجرمين الأحداث.

- الكتاب الرابع: في طرق الطعن غير العادية.

- الكتاب الخامس: في بعض الإجراءات الخاصة.

- صدور قانون العقوبات بموجب الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في: 08 يونيو 1966م⁽¹⁾.
- صدور قانون الإجراءات المدنية، وذلك بموجب الأمر رقم: 66-154 الصادر بتاريخ: 08 يونيو 1966م⁽²⁾.

- صدور الأمر رقم: 74-72 مؤرخ في: 12 يوليو سنة 1974 يتضمن تميم القانون رقم: 63-218 المؤرخ في: 18 يوليو 1963 والمتضمن إنشاء المجلس الأعلى⁽³⁾، حيث نصت المادة 2 على أن المجلس الأعلى ينقسم إلى سبع (7) غرف هي: الغرفة المدنية؛ الغرفة الاجتماعية؛ الغرفة الإدارية؛ الغرفة الجنائية الأولى لها سلطة البث في أحكام المحاكم الجنائية والمحاكم العسكرية وغرف الاتهام وقضايا تسليم المجرمين. الغرفة الجنائية الثانية التي لها سلطات البت في الأحكام الصادرة فيما يخص الجرح والمخالفات. ونصت المادة 7 على أنه يمكن تجزئة كل غرفة إلى أقسام بقرار من وزير العدل حامل الأختام بعد اقتراح من الرئيس الأول.

كما نصت المادة ذاتها (07) على أنه لا تبت أية غرفة أو أي قسم في قضية إلا بحضور ثلاثة من أعضائه على الأقل.

- صدور الأمر رقم: 74-73 المؤرخ في: 12 يوليو 1974م المتضمن إحداث مجالس قضائية⁽⁴⁾. حيث نصت المادة الأولى منه على إحداث واحد وثلاثون (31) مجلسا قضائيا في كامل التراب الوطني⁽⁵⁾.

ونصت المادة 02 منه على أن «تمتد دائرة اختصاص كل مجلس قضائي إلى الحدود الإدارية للولاية، وكل تعديل يطرأ على التقسيم الإداري للولايات يطبق بحكم القانون على دوائر اختصاص المجالس القضائية».

كما نصت المادة الثالثة منه على أنه: «تحدث في دائرة اختصاص كل مجلس قضائي محاكم يحدد عددها ومقرها ودائرة اختصاصها بمرسوم».

- الكتاب السادس: في بعض إجراءات التنفيذ.

- الكتاب السابع: في العلاقات بين السلطات القضائية الأجنبية.

⁽¹⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 49، س: 03، المؤرخة في: 08/06/1966م.

⁽²⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 47، س: 03، المؤرخة في: 08/06/1966م.

⁽³⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 58، س: 11، المؤرخة في: 19/07/1974م.

⁽⁴⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 58، س: 11، المؤرخة في: 19/07/1974م.

⁽⁵⁾ - وهي: أدرار - الأضنام - الأغواط - أم البواقي - باتنة - بجاية - بسكرة - بشار - البليدة - البويرة - تامنراست - تبسة - تلمسان - تيارت - تيزوي - وزو - الجزائر - الجلفة - جيجل - سطيف - سعيدة - سكيكدة - سيدي بلعباس - عنابة - قالمة - قسنطينة - المدية - مستغانم - المسيلة - معسكر - ورقلة - وهران. وقد ألغي هذا المرسوم بموجب القانون رقم: 84/13 المؤرخ في: 23/06/1984م. الجريدة الرسمية، ع: 26، س: 21، المؤرخة في: 23/06/1984م. والمرسوم رقم: 84/384 المؤرخ في: 22/12/1984م. الجريدة الرسمية، ع: 68، س: 21، المؤرخة في: 23/12/1984م.

وهكذا توسّعت المحاكم والمجالس القضائية وتعددت، ولاشك أن ذلك معقول بحكم زيادة عدد السكان، وتقريب العدالة والمؤسسات القضائية إلى المتقاضين، فضلا عن ارتفاع عدد الولايات إلى 31 ولاية⁽¹⁾.

ثانيا/ - المجلس القضائي الثوري: من 1968/11/04م، إلى 1975/06/17م: تم إنشاء المجلس القضائي الثوري بالأمر رقم: 68-609 المؤرخ في: 1968/11/04م⁽²⁾. والذي نص في المادة الأولى منه على أن مقره هو مدينة وهران⁽³⁾، وأن له الولاية على كامل التراب الوطني، ولا يمكن له تقرير عدم اختصاصه طبقا للمادة 22 من الأمر، وهذا يعني أن له الاختصاص الشامل. ومن بين أحكام هذا الأمر ما يأتي:

- يمارس مهام النيابة العامة لدى المجلس القضائي الثوري نائب يختار من بين الضباط ذوي الرتب العليا التابعين للجيش الوطني الشعبي ويساعده وكيل أو عدة وكلاء للنيابة يعينون من بين الضباط ذوي الرتب العليا التابعين للجيش أو القضاة (م4).

- يقوم بمهمة التحقيق قاضي أو قضاة للتحقيق، وتؤسس غرفة أو عدة غرف لهذا الغرض (م5).
- ترفع الدّعوى العمومية من طرف النائب العام لدى المجلس بناء على تعليمات كتابية من وزير الدفاع الوطني (م7). أليس الأولى والأفضل أن يكون وزير الدفاع هو النائب العام.
- لا يمكن للمحامي المختار من طرف المتهم أو المدعي بالحق المدني أن يدافع أو يمثله سواء أثناء التحقيق أو الجلسة إلا إذا رخص له في ذلك بصفة خاصة من رئيس المجلس (م10).
- يجوز للنائب العام لدى المجلس أن يصدر جميع الأوامر القضائية قبل إحالة الدّعوى على قاضي التحقيق، فله استنطاق المتهم حول هويته والأعمال المنسوبة إليه، ويجوز للنائب العام أيضا إذا رأى ذلك لازما أن يرفع القضية إلى قاضي التحقيق، ولا يمكن لهذا الأخير أن يحقق إلا بناء على طلب إجراء التحقيق (م11).

- يجوز لقاضي التحقيق أن يباشر أو يكلف في مجموع التراب الوطني جميع إجراءات التحقيق، ولا سيما القيام بالتفتيشات أو الحجز على الأشياء، ولو في الليل، وفي أي كان (م12).
- لا يمكن لقاضي التحقيق أن يصدر أوامره إلا بناء على رأي موافق للنائب العام لدى المجلس (م13).

⁽¹⁾ - الأمر رقم: 74-69 المؤرخ في: 12 جمادى الثانية عام 1394هـ، الموافق ل: 02 يوليو سنة 1974م، والمتعلق بإصلاح التنظيم الإقليمي للولايات. الجريدة الرسمية، ع: 55، س: 11، المؤرخة في: 1974/07/09م.

⁽²⁾ - الأمر رقم: 68-609 المؤرخ في: 1968/11/04م. الجريدة الرسمية في ع: 89، س: السابعة، المؤرخة في: 1968/11/04م.
⁽³⁾ - القرار المؤرخ في: 1968/11/04م المتضمن تحديد مقر المجلس القضائي الثوري. الجريدة الرسمية، ع: 89، س: 05، المؤرخة في: 1968/11/04م.

- كل الأوامر الصادرة من النائب العام أو قاضي التحقيق غير قابلة لأي طريق من طرق الطعن (م15). الإحالة إلى المحكمة من اختصاص النائب العام وليس من قاضي التحقيق، حيث إن هذا الأخير عندما ينتهي يحول الملف إلى النائب العام يقرر بشأنه ما يراه (م16).
- كل الأحكام الصادرة من المجلس حضورية وتكون نهائية ونافاذة (م23). فلا وجود لحكم غيابي.
- لا تكون هذه الأحكام قابلة لأي طعن ما عدا طلب العفو (م24).
- حقيقة إنَّها عدالة مفصَّلة على مقياس الديكتاتورية.

ثالثا/- التنظيم القضائي في هذه المرحلة:

والخلاصة أن التنظيم القضائي في هذه المرحلة كان الآتي:

- 1/- **الدرجة الأولى: المحاكم، وبالمناسبة فإنه صدر قرار مؤرخ في: 22/06/1966م⁽¹⁾ يقسم المحكمة إلى أقسام على الشكل الآتي:**
 - تقسم محاكم: الجزائر العاصمة؛ و عنابة؛ و قسنطينة؛ و وهران؛ إلى أربعة (4) أقسام هي: المدني؛ والجزائي؛ والتجاري؛ وقسم خاص بقضايا العمال وأرباب العمل (م1/1).
 - تقسيم سبعة عشرة (17) محكمة إلى ثلاثة أقسام، وهي: مدني؛ وجزائي؛ وتجاري. أي استبعاد القسم الخاص بقضايا العمال وأرباب العمل.
 - وهذه المحاكم هي: باتنة؛ بشار؛ بجاية؛ البليدة؛ الأضنام؛ قالمة؛ معسكر؛ المدية؛ مستغانم؛ ورقلة؛ سعيدة؛ سطيف؛ سيدي بلعباس؛ سكيكدة؛ تيارت؛ تيزي وزو؛ تلمسان (م2/1).
 - تم تقسيم كل مجلس قضائي إلى أربع غرف، طبقا للمرسوم رقم: 66-161 المؤرخ في: 18 صفر عام 1386هـ، الموافق ل: 08 يونيو سنة 1966م يتعلق بسير المجالس القضائية والمحاكم⁽²⁾. و وذلك في المادة الأولى منه، وهي: غرفة مدنية - غرفة جزائية - غرفة اتهام - غرفة إدارية.
 - تقسيم المحاكم الأخرى إلى قسمين، هما: مدني؛ جزائي (م3/1).
 - وفي هذه الفترة ألغيت محاكم المخالفات والمحاكم الشعبية للجنح، وحوَّل اختصاص النظر في المخالفات والجنح للمحاكم (القسم الجزائي).
 - تعديل تسمية «المحاكم الجنائية الشعبية»، إلى تسمية: «المحاكم الجنائية» طبقا للمادة 248ق.إ.ج، الصادر سنة 1966م. أي نزع تسمية «الشعبية»، مع تعديل تشكيلتها القضائية من تسعة (9) أعضاء: ثلاثة (3) قضاة محترفين، وستة (6) مساعدين محلفين، إلى سبعة (7) أعضاء: ثلاثة (3)

⁽¹⁾ - قرار المؤرخ في: 03 ربيع الأول عام 1386هـ، الموافق ل: 22 يونيو سنة 1966م. يتضمن تحديد عدد أقسام المحاكم. الجريدة الرسمية، ع: 58، س: 03، المؤرخة في: 1966/07/08م.

⁽²⁾ - المرسوم رقم: 66-161 المؤرخ في: 18 صفر عام 1386هـ، الموافق ل: 08 يونيو سنة 1966م يتعلق بسير المجالس القضائية والمحاكم. الجريدة الرسمية، ع: 50، س: 03، المؤرخة في: 1966/06/13م.

قضاة محترفين، وأربعة (4) مساعدين محلفين، لكن مع إبقاء الهيمنة والأغلبية للمساعدين المحلفين الشعبيين على العنصر المحترف، ومن ثم فهو تعديل ليس ذي قيمة، إذ أنه تعديل شكلي لا غير.

2/- على مستوى الدرّجة الثانية:

- حلّت المجالس القضائية محلّ محاكم الاستئناف، وذلك بموجب المادة 04 من الأمر رقم: 65-278 المؤرّخ في: 16/11/1965م المتضمن التنظيم القضائي، مع العلم أن تاريخ تطبيق هذا الأمر تم ابتداء من: 15/05/1966م.

- ارتفع عدد المجالس القضائية من 15 إلى 31 في ظرف 08 سنوات باعتبار أن الشروع في الأمر رقم: 65-278 المتعلّق بالتنظيم القضائي كان بتاريخ: 15/05/1966. والتنظيم القضائي الآخر صدر سنة 1974م. وهذا بزيادة 16 مجلسا إضافيا.

والإشكال المطروح: هل هناك مبررات فعلية واقعية لهذا التطور والزيادة العددية الكبيرة لعدد المجالس القضائية؟ مع العلم أن محاكم الاستئناف عند الاستقلال كان ثلاث محاكم فقط ومن ثم ففي سنة 1965م أصبحت 15 مجلسا قضائيا، وفي سنة 1974م 31 مجلسا قضائيا.

لعل فكرة تقريب مرفق القضاء من المتقاضين وراء هذا التطور في عدد المجالس القضائية.

- استحداث محاكم خاصة تختص بالنظر في جرائم الأحداث، تسمى: «محكمة الأحداث»، وذلك طبقا للأمر رقم: 66-155 المؤرّخ في: 08/06/1966، المتعلّق بقانون الإجراءات الجزائية (المادة 447 منه).

- إنشاء ثلاثة (3) مجالس قضائية خاصة لقمع الجرائم الاقتصادية طبقا للأمر رقم: 66-180 المؤرّخ في: 21/06/1966م⁽¹⁾. تقع مقرّاتها في كل من: الجزائر العاصمة؛ ووهران؛ وقسنطينة (م1/14). وكانت قراراتها غير قابلة لأي طريق من طرق الطعن، ولم يكن أمام المحكوم عليه سوى حق طلب العفو خلال فترة وجيزة تقدّر بأربع وعشرين (24) ساعة (م33). وهذا أمر عجيب.

والهدف من هذا الأمر، حسب المادة الأولى منه، هو قمع الجرائم التي تمس بالثروة الوطنية والخزينة العامة والاقتصاد الوطني، والتي يرتكبها الموظفون، أو الأعوان من جميع الدرّجات التابعون للدولة، وللمؤسسات العمومية، والجماعات المحلية، والجماعات العمومية، ولشركة وطنية، أو شركة ذات الاقتصاد المختلط، أو لكل مؤسسة ذات الحق الخاص تقوم بتسيير مصلحة عمومية، أو أموال عمومية.

كما صدرت ثلاثة مراسيم متعلقة بهذا الأمر، وهي:

⁽¹⁾ - الأمر رقم: 66-180 المؤرّخ في: 02 ربيع الأول عام 1386هـ، الموافق ل: 21 يونيو 1966م يتضمن إحداث مجالس قضائية خاصة لقمع الجرائم الاقتصادية. الجريدة الرسمية، ع: 54، س: الثالثة، المؤرّخة في: 24/06/1966م.

- المرسوم رقم: 66-181 مؤرخ في 02 ربيع الأول عام 1986م الموافق لـ: 21 يونيو سنة 1966م يتضمن تحديد عدد الأعضاء للمجالس القضائية الخاصة لقمع الجرائم الاقتصادية⁽¹⁾.

وقد نصت المادة الأولى/أ من هذا المرسوم أن رئيس المجلس القضائي الخاص بقمع الجرائم الاقتصادية: « يختاره رئيس مجلس الثورة من ضمن قائمة تحتوي على شخصيات وقضاة تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل فيما يخص المشاركة في حرب التحرير الوطني، والموضوعة من قبل عضو في الأمانة التنفيذية للحزب، وزير الدفاع الوطني، وزير المالية والتخطيط، ووزير العدل حامل الأختام».

وهكذا يتم تعيين رئيس المجلس من طرف جهة سياسية، هي حزب جبهة التحرير الوطني، الحزب الواحد، وحتى الآخرون من الحزب كذلك، إذ لا يمكن الوصول إلى المناصب الوزارية إلا إذا كانوا أعضاء قياديين في الحزب الواحد.

وليت الأمر اقتصر على رئيس المجلس فقط، بل إن الأمر تعدّاه إلى القضاة المساعدين (م1/المقطع ج)، وكذلك النائب العام لدى المجلس (م2 من المرسوم).

- المرسوم المؤرخ في: 02 ربيع الأول عام 1386هـ الموافق لـ: 21 يونيو سنة 1966م يتضمن تعيين أعضاء المجالس القضائية الخاصة لقمع الجرائم الاقتصادية⁽²⁾. وفعلا كان هذا المرسوم تطبيقا للمرسوم السابق، حيث تم تعيين رؤساء المجالس من الحزب (م1 منه).

- قرار مؤرخ في: 02 ربيع الأول عام 1386هـ الموافق لـ: 21 يونيو سنة 1966م يتضمن تعيين قضاة للتحقيق بالمجالس القضائية الخاصة لقمع الجرائم الاقتصادية⁽³⁾.

وفي الحقيقة هذا التمييز بين الجهة القضائية المختصة بنظر الجرائم العادية والجهة القضائية المختصة بنظر الجرائم الاقتصادية لا يقوم على أي أساس علمي قضائي، بل إنه اختلال واضح في العدل، وفي التنظيم القضائي، كان على المشرع تفاديه بجعل القضاء العادي مختصا في كل الجرائم بما فيها الجرائم الاقتصادية.

3/- على مستوى قمة الهرم القضائي:

فيقع على قمة الهرم القضائي دائما المجلس الأعلى الذي تأسس سنة 1963م كما سبق بيانه، وفي هذه المرحلة صدر الأمر رقم: 74-72 المؤرخ في: 12 يوليو 1974م المتضمن تميم قانون إنشاء المجلس الأعلى هذا الأمر الذي رفع عدد غرف المجلس من أربع (4) غرف إلى سبع (7) غرف. وقد سبق ذكرها.

⁽¹⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 54، س: الثالثة، المؤرخة في: 24/06/1966م.

⁽²⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 54، س: 03، المؤرخة في: 24/06/1966م.

⁽³⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 54، س: 03، المؤرخة في: 24/06/1966م.

والخلاصة أن هذه المرحلة تشكل لبنة أساسية في كل مراحل النظام القضائي الجزائري، ولعلها أهم المراحل من حيث أهمية الإصلاحات التي جاءت بها هياكلا ونصوصا تشريعية.

- المرحلة الثالثة: مرحلة الانحراف القضائي: من 1975م إلى 1995م:

إذا كانت المرحلة السابقة يمكن سَمِّها بالعهد الذهبي للنظام القضائي الجزائري في عمومها، فإنَّ هذه المرحلة يمكن وصفها بالعكس، إنَّها مرحلة «العهد الأسود»، إنَّها «مرحلة الانحراف» عن العدل وعن كل المبادئ الأساسية في المحاكمة العادلة، حيث ظهرت في هذا العهد الجهات القضائية الاستثنائية، وهي: مجلس أمن الدولة؛ القسم الاقتصادي لمحكمة الجنايات؛ والمجالس القضائية الخاصة. والهدف هو في الأولى محاكمة المعارضين السياسيين، وفي الثالثة محاكمة مرتكبي الجرائم الإرهاب و التخريبية.

ومع ذلك فهذه الفترة لا تخلو من بعض المسائل البعيدة عن الانحراف. وبناء على كل هذا فإننا سنقف على القضاء الاستثنائي، ثم على بعض ما استحدثت في هذه المرحلة من أمور إيجابية.

أولا/- مجلس أمن الدولة: من 1975/06/17م، إلى 1989/04/25م:

1/- إنشاؤه:

أنشئ مجلس أمن الدولة بمقتضى الأمر رقم: 75-46 المؤرَّخ في: 1975/06/17م، المتضمن إنشاء مجلس أمن الدولة⁽¹⁾، مختصا في النظر في الجنايات والجناح المنصوص عليها في المادة 327-18 من قانون الإجراءات الجزائية الذي جرى تعديله لهذه الغاية بمقتضى الأمر رقم: 75-47 المؤرَّخ في: 1975/06/17م⁽²⁾، والتي تكون بطبيعتها خطرا على السير المنتظم للأنظمة القانونية، أو المحافظة على الأمن العام، أو الوحدة، أو استقلال الدولة، أو سلامة ترابها، طبقا للمادة 327-16 ق.إ.ج. ويشار فقط أن مجلس أمن الدولة حلَّ محل المجلس القضائي الثوري الذي أنشئ بالأمر رقم: 68-609 المؤرَّخ في: 13 شعبان 1988م الموافق لـ 1968/11/04م⁽³⁾، وهذا طبقا للمادة 03 من الأمر المتعلِّق بإنشاء مجلس أمن الدولة.

وطبقا للمادة 327-18 ق.إ.ج فإن مجلس أمن الدولة يختص بالنظر في الجرائم والجنح الآتية:

1/- الجناية والتجسس المنصوص عليها في المواد من 61 إلى 64 من قانون العقوبات، وكذلك في الجرائم التي تتعلق بالمس بالدفاع والاقتصاد الوطنيين المنصوص عليهما في المواد من 65 إلى 72 و 74 و75 ق.ع.

(1) - الجريدة الرسمية، ع: 53، س: 12، المؤرَّخ في: 1975/07/04م.

(2) - الجريدة الرسمية، ع: 53، س: 12، المؤرَّخ في: 1975/07/04م.

(3) - الجريدة الرسمية، ع: 89، س: 07، المؤرَّخ في: 1968/11/04م. وع: 101، س: 07، المؤرَّخ في: 1968/12/17م.

2- في الاعتداءات المرتكبة ضد سلطة الدولة وسلامة التراب الوطني المنصوص عليها في المواد من 77 إلى 81 و83ق.ع.

3- في الجرائم التي ترمي إلى الإخلال بأمن الدولة إما بواسطة التقتيل أو التخريب المنصوص عليهما في المواد من 84 إلى 87ق.ع.

4- الجرائم المرتكبة بالمشاركة في حركة التمرد المنصوص عليها في المواد من 88 إلى 90ق.ع.

5- الجرائم والجنح المنصوص عليها في المواد 91 و95 و96ق.ع.

6- الجريمة المنصوص عليها في المادة 103ق.ع، والتي ترمي إلى منع ممارسة الحقوق الانتخابية بناء على خطة مدبرة.

7- جريمة اتفاق الموظفين على عدم تنفيذ القوانين أو الأوامر الصادرة إليهم من الحكومة، والمنصوص عليها في المادتين 113 و114ق.ع.

8- جريمة القتل أو الاغتيال أو التسميم المنصوص عليها في المواد من 254 إلى 263ق.ع، بهدف تحريض سير الأنظمة القانونية للخطر أو الاعتداء على الأمن العام أو وحدة الوطن واستقلاله أو سلامة ترابه.

وطبقا للمادة ذاتها يختص مجلس أمن الدولة أيضا بالمخالفات التي ترتكب بمناسبة الجرائم والجنح الوارد ذكرها أعلاه، والتي تربطها بما علاقة سببية.

وهكذا يتضح لنا من خلال هذه الاختصاصات أن الهدف من إنشاء مجلس أمن الدولة هو قمع كل حركة حزبية سياسية تسعى لقلب نظام الحكم أو حتى مجرد معارضته.

ويشمل اختصاص مجلس أمن الدولة كامل التراب الوطني (م327-17ق.إ.ج)، ولا يجوز له الدّفع بعدم اختصاصه (م327-33ق.إ.ج)، ويقتصر على النظر في الدّعوى العمومية ضد البالغين، ومن ثم لا يجوز له محاكمة الأحداث دون سن الثامنة عشر (18) سنة، وكذلك الدعاوى المدنية، وفي هذه الحالة يجوز له أن يقرر عدم اختصاصه إلا كان حكمه باطلا (م327-18ق.إ.ج) (م327-29ق.إ.ج).

2- مقرر: أما مقره فهو بالمدينة⁽¹⁾.

3- تشكيلته: أما تشكيلته فهي تشكيلة مختلطة بين قضاة مدنيين وعسكريين إلا أن أغلب أعضائها عادة من المدنيين. ولكن هذا لا يعني أن القرار يتخذه القضاة المدنيون لأنهم الأغلبية، ولكن هو مجرد شكل أما الحقيقة فغير ذلك.

- يتزأس مجلس أمن الدولة قاض مرسم يكون له على الأقل رتبة رئيس مجلس قضائي⁽¹⁾، ويساعده مستشاران تكون لهما درجة مستشار لدى المجلس القضائي على الأقل، ومستشاران من ضباط الجيش.

⁽¹⁾ - القرار الصادر في: 1976/01/06م. الجريدة الرسمية، ع: 06، س: 13، المؤرّخة في: 1976/01/20م.

على أن هناك قائمة احتياطية لتلافي كل طارئ، حيث يعين نائب رئيس وقاضيان احتياطيان وأربعة مستشارين مساعدين من ضباط الجيش. وكل هذا طبقا للمادة 327-19ق.إ.ج.

وفي حال النظر في الجنايات المنصوص عليها في المواد من 61 إلى 72، 74، 80، 83ق.ع فإن التشكيلة تختلف، حيث يغلب عليها العسكريون، وذلك كالاتي:

- رئيس ويساعده مستشار واحد من القضاة.
- ثلاثة (3) مستشارين مساعدين عسكريين من الجيش الوطني الشعبي.
- أما بخصوص النيابة العامة: فيقوم بالمهمة نائب عام يختار من بين القضاة الذين لهم على الأقل رتبة نائب عام لدى مجلس قضائي يساعده واحد أو أكثر من النواب العامين المساعدين يختارون من بين القضاة الذين لهم رتبة نائب عام مساعد على الأقل (م327-20ق.إ.ج).
- أما قضاء التحقيق فتوجد غرفتان بمجلس أمن الدولة هما:
 - غرفة أو عدة غرف تحقيق.
 - غرفة مراقبة التحقيق (وهي بمثابة غرفة الاتهام): وتتكون من رئيس ومستشارين مساعدين يختاران من القضاة الذين لهم على الأقل رتبة مستشار لدى مجلس قضائي (م327-21ق.إ.ج).
 - وتوجد كذلك بالمجلس مصلحتان لكتابات الضبط هما:
 - مصلحة مشتركة لكتابة ضبط الجهات الثلاثة (هيئة الحكم، غرف التحقيق، وغرفة مراقبة التحقيق) (327-22ق.إ.ج).
 - مصلحة منفصلة للنيابة العامة.
- أما الإجراءات المتبعة فقد نصت م327-25ق.إ.ج على أن قواعد قانون الإجراءات الجزائية تكون قابلة للتطبيق على إجراءات المتابعة أمام مجلس أمن الدولة مع مراعاة الأحكام التالية:
- يجوز لقاضي التحقيق أن يقوم أو يأمر بالتفتيش ليلا، وفي أي مكان من التراب الوطني (م327-27ق.إ.ج).

- قرارات غرفة مراقبة التحقيق (وهي توازي غرفة الاتهام في المجلس القضائي) غير قابلة للطعن (طبقا للمادة 327-31/3ق.إ.ج).

وهذا مخالف لما تنص عليه المادة 495 ق.إ.ج، حيث يجوز فيها الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.

(1) - ترأسه أولا القاضي أحمد محودة من سنة 1976 إلى 1982م. أنظر: المرسوم المؤرخ في: 04 محرم عام 1396هـ، الموافق ل: 06/01/1976م المتضمن تعيين أعضاء مجلس أمن الدولة. الجريدة الرسمية، ع: 06، س: 13، المؤرخة في: 20/01/1976م. ثم في سنة 1982م عين القاضي عبد العزيز سعد إلى غاية حل مجلس أمن الدولة سنة 1989م. أنظر: الجريدة الرسمية، ع: 52، س: 19، المؤرخة في: 14/12/1982. وحدد تعيينه بالمرسوم المؤرخ في: 20 رمضان عام 1407هـ، الموافق ل: 18/05/1987م المتضمن تعيين أعضاء مجلس أمن الدولة. الجريدة الرسمية، ع: 21، س: 24، المؤرخة في: 20/05/1987م.

- يعد التحقيق حول شخصية المتهم إجراء اختياريًا بالنسبة لقاضي التحقيق طبقًا للمادة 327-28ق.إ.ج. وهذا مخالف لما تنص عليه المادة 68/8ق.إ.ج، والمادة 108ق.إ.ج.

- إذا كان للقضية طابع خاص، فإن المحامي لا يستطيعه الحضور أو الدفاع عن المتهم إلا بموافقة رئيس المجلس (م327-2/30ق.إ.ج). وهذا حتى من دون تسبيب.

- من حق المحكوم عليه من طرف مجلس أمن الدولة الطعن في الحكم الصادر في حقه بطريقتين: المعارضة، والنقض، وذلك كالاتي:

- تكون قابلة للمعارضة القرارات التي يصدرها مجلس أمن الدولة غيابيا في ميعاد عشرة (10) أيام، طبقًا للمادة 327-40 و409 وما يليها ق.إ.ج.

- يمكن الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا ضد كل حكم يصدر من مجلس أمن الدولة، وفي حالة النقض تحال القضية أمام المجلس المكون من هيئة أخرى، طبقًا للمادة 327-41ق.إ.ج ومن المعلوم أن ميعاد الطعن بالنقض هو ثمانية أيام (08) ابتداء من تاريخ النطق بالحكم، طبقًا للمادة 500ق.إ.ج. ولاشك أن معظم هذه الإجراءات المتعلقة بالمتابعة أمام مجلس أمن الدولة تتضمن مساسًا بحقوق الإنسان، خاصة بعد صدور دستور 1976م.

وعلى كل، فإنَّه بمجيء دستور 1989م، بعد أحداث 05 أكتوبر 1988م، صدر القانون رقم: 89-06 المؤرَّخ في: 25 أبريل سنة 1989م يتضمن إلغاء مجلس أمن الدولة⁽¹⁾.

ثانيا/- القسم الاقتصادي لمحكمة الجنايات: من 1975/07/17م إلى 1990/06/18م:
1/- إنشاؤه واختصاصه:

أنشئ القسم الاقتصادي في محكمة الجنايات إلى جانب القسم العادي، يكون له النظر في الاختصاص المانع في نظر الجرائم الاقتصادية (248ق.إ.ج قبل إلغائها)، وذلك بناء على الأمر رقم: 75/46 المؤرَّخ في: 1975/07/17م⁽²⁾. وقد جاء في المادة 248 من هذا التعديل ما نصه:

« تعتبر محكمة الجنايات هي المحكمة المختصة بالفصل في الأفعال الموصوفة قانونًا بأنها جنائيات، ويجوز أن تقسم محكمة الجنايات إلى قسمين: قسم عادي؛ وقسم اقتصادي. وإنَّ قرارًا من وزير العدل، حامل الأختام، يحدّد قائمة الأقسام الاقتصادية والاختصاص الإقليمي لكل واحدة منها.

- للقسم الاقتصادي للمحكمة الجنائية، الاختصاص المانع للفصل في الجرائم المنصوص عليها في المواد 119 الفقرة 2 و3 و120 و158 و161 و197 و198 و214 و216 و382 مكرر

⁽¹⁾ - القانون رقم: 89-06 المؤرَّخ في: 19 رمضان عام 1409هـ، الموافق ل: 25 أبريل سنة 1989م يتضمن إلغاء مجلس أمن الدولة. الجريدة الرسمية، ع: 17، س: 26، المؤرَّخ في: 1989/04/26م.

⁽²⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 53، س: 12، المؤرَّخ في: 1975/07/04م.

و395 إلى 401 و406 و411 و418 و419 و422 و423 و424 و426 و427 و433 من قانون العقوبات وكذلك في الجرائم والجنح المرتبطة بها».

2/- القواعد الخاصة بالقسم الاقتصادي للمحكمة الجنائية:

كما نص هذا الأمر على القواعد الخاصة بالقسم الاقتصادي للمحكمة الجنائية وذلك في المواد 327-1 إلى 327-15 ق.إ.ج، وهذه القواعد هي:

- قواعد قانون الإجراءات الجزائية هي الشريعة العامة القابلة للتطبيق أمام الأقسام الاقتصادية للمحكمة الجنائية فيما يتعلق بالدعوى العمومية والتحقيق والمحاكمة، ولكن مع مراعاة الأحكام الآتية: (م327-1 ق.إ.ج).

- إن الأمر الذي يصدر ضد المتهم بالقبض أو الحبس يحتفظ بقوته التنفيذية إلى أن يفصل فيه إما من طرف قاضي التحقيق الموجود بالقسم الاقتصادي للمحكمة الجنائية، أو من طرف غرفة الاتهام (م327-5 ق.إ.ج).

- يجوز لقاضي التحقيق الموجود بالقسم الاقتصادي بالمحكمة الجنائية أن يتخذ، أو يقوم باتخاذ جميع إجراءات التحقيق، وخاصة منها ما يتعلق بالتفتيش والحجز في كامل المنطقة التي تخضع لاختصاص القسم الاقتصادي (م327-6 ق.إ.ج).

- يعد إجراء تحقيق وبحث عن شخصية المتهم، وكذلك حالته المادية والعامة والاجتماعية إجراء اختياريًا (م327-7 ق.إ.ج).

وهذا مخالف لمقتضيات المادة 8/68 ق.إ.ج.

- يعد قيام قاضي التحقيق باستجواب إجمالي قبل إقفال التحقيق أمرًا جوازيًا لا وجوبيًا (م327-7 ق.إ.ج)، وهذا مخالف لمقتضيات المادة 2/108 ق.إ.ج.

- يجوز لقاضي التحقيق الموجود في القسم الاقتصادي بالمحكمة الجنائية بناء على طلب النائب العام وطوال مدة الإجراءات أن يأمر باتخاذ كل إجراء تحفظي أو أمن زيادة على حجز جزء من أموال المتهم، وهذا مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمادة 15 ق.ع (م327-8 ق.إ.ج).

- يجب على غرفة الاتهام في حالة استئناف بأمر صادر من قاضي التحقيق أن تفصل في ظرف ثمانية (08) أيام من تاريخ هذا الاستئناف (م327-9 ق.إ.ج).

- يبلغ قاضي التحقيق الملف إلى النائب العام بمجرد ما يرى أن البحث قد تم، وهذا بدوره يقدم القضية مع قراره إلى غرفة الاتهام في ظرف خمسة أيام من تاريخ تسلم الإجراءات. ويجب على غرفة الاتهام أن تصدر حكمها في أجل أقصاه خمسة عشر يومًا (م327-10 ق.إ.ج).

- إذا اعتبرت غرفة الاتهام أن الوقائع الصادرة ضد المتهم تشكل جريمة من الجرائم الاقتصادية المشار إليها سابقا فإنها تحكم بإحالة المتهم أمام القسم الاقتصادي بالمحكمة الجنائية، كما أنها تستطيع أيضا أن تحيل المتهم أمام القسم العادي للمحكمة الجنائية، أو أي جهة قضائية أخرى مختصة.
وإذا قدرت أن الوقائع المقدمة لا تكون جريمة فإنها تصدر حكما بعدم إقامة الدّعى (م327-11).

- لا تكون قرارات غرفة الاتهام قابلة للطعن بالنقض (م327-12ق.إ.ج) وهذا مخالف للمادة 495ق.إ.ج.

- زيادة على حالة التعارض المنصوص عليها في م263ق.إ.ج، فإنه لا يجوز لأي أحد أن يكون مساعدا محلفا لدى الأقسام الاقتصادية التابعة للمحاكم الجنائية، إذا كان قائما بنشاط خاص تجاري أو صناعي (م327-13ق.إ.ج).

- توضع قائمة سنوية مكونة من ثمانية عشر مساعدا محلفا لدى كل قسم اقتصادي، يختارون من بين أعوان الدّولة وعمال القطاع الاشتراكي، وتعد هذه القائمة من طرف لجنة تجتمع بمقر المجلس القضائي، حيث يوجد القسم الاقتصادي (م327-14ق.إ.ج).

- تكون القرارات الصادرة من القسم الاقتصادي للمحكمة الجنائية قابلة للطعن بطريقتين:

- المعارضة في الأحكام الغيائية في أجل ثمانية (8) أيام ابتداء من تاريخ التبليغ الشخصي، ويقدم المتهم بعد ذلك للمحاكمة في أقرب جلسة قادمة. وتقع المعارضة إما بتصريح يبين في أسفل قرار التبليغ كإجابة أو بتصريح شفهي أو كتابي إلى قلم الكتاب (م327-15ق.إ.ج).

- الطعن بالنقض، وهو وإن لم ينص عليه الأمر رقم 46-75 إلا أن المادة 327-1 من هذا الأمر نصت - كما سبق بيانه - على أن قانون الإجراءات الجزائية هي الشريعة العامة قابلة للتطبيق أمام الأقسام الاقتصادية للمحكمة الجنائية فيما يتعلق بالدّعى العمومية والتحقيق والمحاكمة (م327-1ق.إ.ج).

هذه هي الأحكام الخاصة بالقسم الاقتصادي لمحكمة الجنايات. وقد دام هذا الوضع القانوني إلى غاية سنة 1990م، حيث صدر الأمر رقم: 90-24 المؤرخ في: 18/06/1990م⁽¹⁾، حيث تم تعديل المادة 248ق.إ.ج دون الإشارة إلى القسم الاقتصادي لمحكمة الجنايات بما يعني ضمنا إلغاؤه.

ثالثا/- المجالس القضائية الخاصة: من 30/09/1992م إلى 25/02/1995م:

1/- إنشاؤها:

⁽¹⁾ - القانون رقم: 90-24 المؤرخ في: 18/06/1990م المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية. الجريدة الرسمية، ع: 36، س: 27، المؤرخة في: 18/06/1990م.

إذا كان مجلس أمن الدولة قد ألغي، كما رأينا في سنة 1989م بعد أحداث 05 أكتوبر 1988م، ودستور 23 فيفري 1989م، ومن ثم مجيء عهد جديد للديمقراطية وحقوق الإنسان، فإن الأمر لم يدم كثيرا، إذ بعد ظهور الأحزاب السياسية والقيام بالانتخابات، تم إلغاء المسار الانتخابي، ووقعت أزمة سياسية كبيرة ودموية في البلاد، إذ سرعان ما تطورت الأمور، وقدم الرئيس الشاذلي بن جديد استقالته من رئاسة الجمهورية، كل هذا أدى إلى ظهور آفة الإرهاب البشعة، من تهريب وقتل وجرائم شنيعة، ومجازر مروعة.

وهنا كان على الدولة أن تواجه هذه الآفة، ولكن بأي طريقة؟ كان الحل هو شرعنة الحل الأمني، فأصدرت في هذا الخصوص المرسوم التشريعي رقم: 92-03 المؤرخ في: 1992/09/30م المتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب⁽¹⁾. في عهد علي كافي رئيس المجلس الأعلى للدولة.

وبهذه الأداة القانونية أنشأت الدولة «المجالس القضائية الخاصة»، وذلك بالمادة 11 من المرسوم التشريعي المذكور أعلاه، والتي نصت على أنه: «تُحدَثُ ثلاث (3) جهات قضائية تدعى: «مجالس قضائية خاصة»، للاطلاع على المخالفات المنصوص عليها في الفصل الأول، ويحدّد مقرها، واختصاصها الإقليمي عن طريق التنظيم».

وتطبيقا لنص هذه المادة 11، صدر المرسوم التنفيذي رقم: 92-387 المؤرخ في: 1992/10/20م، الذي يحدد المقر والاختصاص الإقليمي للمجالس القضائية الخاصة⁽²⁾، حيث حدد مقراتها في كل من مدن: الجزائر، ووهران، وقسنطينة.

2/- اختصاص المجالس القضائية الخاصة:

أما اختصاص المجالس القضائية الخاصة الموضوعية النظر في المخالفات الموصوفة بأعمال تخريبية أو إرهابية والمنصوص عليها في المواد 01 إلى م10 من الفصل الأول من المرسوم التشريعي، وهي كل مخالفة تستهدف أمن الدولة والسلامة الترابية، واستقرار المؤسسات وسيورها العادي، عن طريق أي عمل غرضه:

- بث الرعب في أوساط الساكن وخلق جو انعدام الأمن من خلال الاعتداء على الأشخاص أو تعريض حياتهم أو حريتهم أو أمنهم للخطر، أو المس بممتلكاتهم.

- عرقلة حركة المرور، أو حرية التنقل في الطرق والساحات العمومية.

⁽¹⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 70، س: 29، المؤرخة في: 1992/10/01م. وقد عدل بالمرسوم التشريعي رقم: 93-05 المؤرخ في: 1993/04/19م. الجريدة الرسمية، ع: 25، س: 30، المؤرخة في: 1993/04/19م.

⁽²⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 786، س: 29، المؤرخة في: 1992/10/20م. وقد عدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 93-58 المؤرخ في: 1993/02/27م. الجريدة الرسمية، ع: 13، س: 30، المؤرخة في: 1993/02/27م.

- الاعتداء على المحيط، وعلى وسائل المواصلات والنقل والملكيات العمومية والخاصة والاستحواذ عليها أو احتلالها دون مسوغ قانوني، وتدنيس القبور أو الاعتداء على رموز الجمهورية.

- عرقلة عمل السلطات العمومية أو حرية ممارسة العبادة والحريات العامة وسير المؤسسات المساعدة للمرفق العام.

- عرقلة سير المؤسسات العمومية أو الاعتداء على حياة أعوانها أو ممتلكاتها، أو عرقلة تطبيق القوانين والتنظيمات.

- ويعاقب من ارتكب هذه الجرائم سواء كان فاعلا أصليا أو مساهما (م3) أو مشجعا بأية وسيلة مهما كانت (م4)، وسواء كان بالغا أو قاصرا بشرط بلوغه ست عشرة (16) سنة كاملة (م38) وسواء واجهت هذه الأعمال ضد الجزائر أو ضد دول أخرى (م6)، ويجوز لها أيضا النظر في الادعاء المدني المرتبط بهذه الجرائم متى قدم أمامها (م36).

وإذا رفعت دعوى بإحدى الجرائم المذكورة أعلاه إلى جهة قضائية غير المجلس القضائي الخاص، فإن هذه الجهة تتخلى عن الدعوى بقوة القانون، أو يطلب من النيابة لدى المجلس القضائي الخاص (م39).

3- تشكيل المجلس القضائي الخاص:

- يتكون المجلس القضائي الخاص من غرفتين للحكم على الأقل، وتتكون كل غرفة من رئيس وأربعة مساعدين (م1/12).

ويمارس الادعاء العام لدى المجلس القضائي الخاص نائب يعين من بين قضاة النيابة العامة، ويساعده نائب عام واحد أو أكثر (م13).

- تنشأ لدى المجلس غرفة تحقيق أو أكثر، يعين قضاؤها من بين قضاة الحكم (م14).

- تنشأ غرفة واقبة التحقيق تتداول مكونة من رئيس ومساعدين اثنين، ويمارس مهام النيابة العامة لديها أحد قضاة النيابة (م15).

- ولحماية قضاة المجلس من التصفية الجسدية نصت المادة 17 من المرسوم التشريعي أنه يعين بمرسوم لا ينشر، بناء على اقتراح من وزير العدل، رئيس المجلس القضائي الخاص ومساعده ورئيس غرفة المراقبة ومساعده والنائب العام لدى المجلس القضائي الخاص، ويعين القضاة الآخرون بقرار لا ينشر، يتخذه وزير العدل.

ويعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات كل من يعلن هوية القضاة المحلفين بالمجلس القضائي الخاص، أو يفشي معلومات مهما يكن نوعها، من شأنها أن تحدد هويتهم.

4- الإجراءات أمام المجلس القضائي الخاص:

طبقا للمادة 18 من المرسوم التشريعي المتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب، فإن قواعد قانون الإجراءات الجزائية هي الشريعة العامة التي تطبق أمام المجلس القضائي الخاص، في شتى المواضيع الإجرائية: التحقيق الابتدائي، ممارسة الدعوى العمومية، التحقيق، النطق بالحكم، كل ذلك مع مراعاة الإجراءات الخاصة الآتية:

أ/- التحقيق الابتدائي:

- يمتد اختصاص ضباط الشرطة القضائية إلى كامل التراب الوطني في إطار البحث ومعاينة المخالفات المذكورة أعلاه (م19).

وهذا يخالف ما تنص عليه م16ق.إ.ج من أنه يتحدد اختصاص ضباط الشرطة القضائية، فيما عدا حالات الاستعجال، في المجال الذي يمارسون وظائفهم المعتادة.

- يمكن ضباط الشرطة القضائية بناء على رخصة من النائب العام لدى المجلس القضائي الخاص أن يطلبوا قانونا من كل عنوان أو لسان حال أو سند إعلامي، نشر إشعارات أو أوصاف أو صور تخص أشخاصا يجري البحث عنهم أو مطاردتهم (م20). وهذا يمس بقرينة البراءة.

- تجرى إجراءات التفتيش دون التقييد بأحكام المادتين 45 و47ق.إ.ج باستثناء ما يتعلق بالسر المهني المنصوص عليه في المادة 2/45 مقطع 3ق.إ.ج (م21).

- يمكن تحديد الحجز تحت النظر كما هو منصوص عليه في م65ق.إ.ج دون أن يتجاوز 12 يوما (م22).

وهذا يخالف ما تنص المادتان 51 و65ق.إ.ج، اللتان تنصان على عدم جواز الحجز أكثر من 48 ساعة مرتين، والمجموع 04 أيام مع جواز مضاعفة هذا الأجل عندما يتعلق الأمر بجرائم موصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية على أن يكون تمديدها بإذن مكتوب من وكيل الجمهورية، ودون أن تتجاوز اثني عشر يوما (12).

ب/- التحقيق:

- يمكن لقاضي التحقيق أن يقوم بأية عمليات تفتيش أو حجز ليلا أو نهارا وفي أي مكان على امتداد التراب الوطني، أو يأمر ضباط الشرطة القضائية المختصين للقيام بذلك (م23).

- يعد إجراء تحقيق وبحث عن شخصية المتهم، وكذلك حالته المادية والعائلية أو الاجتماعية إجراء اختياري (م25).

وهذا طبعا مخالف للمادة 8/68ق.إ.ج وم2/108ق.إ.ج.

- يخضع تعيين محام، فيما عدا حالات تعيينه تلقائيا، لموافقة المتهم الصريحة (م24)، وفي جميع الحالات يخضع التوكيل لاعتماد رئيس المجلس المعني.
 - يعد قيام قاضي التحقيق في مواد الجنايات باستجواب إجمالي قبل إقفال بالتحقيق أمرا جوازيا لا وجوبا (م25) وهذا مخالف للمادة 2/108 ق.إ.ج.
 - يجب أن يختتم التحقيق في أجل قدره ثلاثة أشهر، ابتداء من تاريخ إخطار قاضي التحقيق به (م26).
 - يجب أن تصدر غرفة مراقبة التحقيق قرارها القاضي بالإحالة خلال شهر واحد، ابتداء من تاريخ إخطارها بذلك (م27).
 - لا تكون قرارات غرفة مراقبة التحقيق قابلة للطعن (م28). وهذا مخالفة صريحة للمادة 495 ق.إ.ج.
 - يجب أن يتم الحكم في القضايا المحالة على المجلس القضائي الخاص خلال الشهر الذي يلي قرار الإحالة من غرفة مراقبة التحقيق (م29).
 - لا يجوز للمحامي المعين تلقائيا، أو في إطار المساعدة القضائية باستثناء حالة القوة القاهرة، أي ينسحب بأي حال من الأحوال وإلا تعرض للعقوبات التأديبية (م24 مكرر).
 - غير أنه لرئيس الجلسة تعيين محام للمتهم حال انعقاد الجلسة، وفي حال تخلي المحامي عنه لأي سبب من الأسباب أو إلغاء توكيله أو غيابه حين افتتاح الجلسة أو طرده منها (م24).
 - زيادة على السلطات التقديرية المنصوص عليها في م286 ق.إ.ج، وفي حالة الشغب يمكن لرئيس الجلسة أن يأمر بطرد أحد الأطراف أو أي شخص آخر مؤقتا أو نهائيا، وذلك باستعمال جميع الطرق القانونية.
 - وإذا ارتكب أحد المحامين أي إخلال بالتزاماته المهنية أثناء الجلسة يمكن للمجلس القضائي الخاص أن يوقع عليه العقوبات الآتية:
 - الطرد المؤقت أو النهائي من الجلسة المنعقدة.
 - المنع المؤقت من ممارسة المهنة مدة تتراوح بين ثلاثة (03) أشهر وسنة.
 - تنفذ هذه القرارات بمجرد النطق بها، بصرف النظر عن اتباع طرق الطعن (م31).
- وهذا معناه خرق صارخ لحقوق الدفاع، بل إنه إلغاء متعسف نهائي لحقوق الدفاع، وليس مجرد خرق لها. وهل بعد ذلك عدالة وجهاز قضاء، وقضاة؟ صحيح أنه لا بد من مواجهة الإرهاب قضائيا، ولكن ليس باستخدام العدالة والقضاة بطريقة الظلم واللاعدالة والتعسف والانتقام. من المؤكد أن الظروف التي مرت بها الجزائر هي التي ولدت النوع من القضاء.

ج/- الحكم:

- يجب أن تقدّم الدفوع المتعلقة بقانونية رفع الدّعوى إلى المجلس القضائي الخاص، وحالات بطلان الإجراء في مذكرة وحيدة قبل أية مرافعة في الموضوع، تحت طائلة سقوط الحق، ويتم ضم كل المسائل العارضة إلى الموضوع (م30). وهذا مخالف للمادة 290 ق.إ.ج.
- لا تطبّق المادة 307 ق.إ.ج المتعلقة بتلاوة التعليمات التي تدعو إلى الفصل في القضية وفق اقتناعهم (م33). وهذه لا تطابق المادة 309 ق.إ.ج.
- يتم التصويت على الحكم برفع اليد (م2/33)، وهذا يخالف مقتضيات المادة 309 ق.إ.ج.
- تكون القرارات الصادرة من المجلس القضائي الخاص قابلة للطعن بطريقتين: (م34) (م35).
- المعارضة في الأحكام الغيابية، وفقا للمادة 409 وما يليها ق.إ.ج.
- النقض، وهي ثمانية (08)، في هذه الحالة يجوز للمحكمة العليا أن تمنح الطاعن مهلة لا تتجاوز ثمانية (08) أيام ابتداء من تاريخ التصريح بالطعن، لتوكيل محام أو عند الاقتضاء تعيين مدافع عنه في إطار المساعدة القضائية، وفي جميع الحالات يجب أن تودع المذكرة التي يوقعها محام معتمد لدى المحكمة العليا في أجل عشرين يوم من تاريخ تبليغ القرار وإلا وقعت تحت طائلة عدم القبول (م35).
- ويجب على المحكمة العليا أن تبت في الموضوع خلال شهرين من تاريخ إخطارها، وفي حالة نقض القرار الصادر من المجلس، تحال القضية من جديد على المجلس القضائي الخاص الذي يتألف من هيئة قضائية أخرى، أو على مجلس قضائي خاص آخر (م35).
- **والخلاصة أنّ المجلس القضائي الخاص كان قضاء اللاقضاء ودولة اللادولة، ولحسن الحظ أنّه لم يدم طويلا، إذ أنّه ألغي بالمادة 15 من الأمر رقم: 95-10 المؤرّخ في: 25 رمضان 1415هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 1995م المعدّل لقانون الإجراءات الجزائية⁽¹⁾، حيث تم العودة إلى الإجراءات العادية المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، وكان السبب في ذلك وصول اليمين زروال إلى سُدّة الحكم، وإصداره لقانون الرحمة⁽²⁾، ولاشك أنّ القانون السابق لو ترك لكان متناقضا مع قانون الرحمة.**
- أما الجريمة الإرهابية أو التخريبية، فقد جرى تعديل قانون العقوبات وإحداث المادة 87 مكرر منه. ومن ثم فلا وجود لقضاء جزائي استثنائي تماما بعد إلغاء المجلس القضائي الخاص.
- صدور قرار من وزير العدل يرفع عدد أقسام المحاكم بين ستة (6) وعشرة (10)⁽³⁾.

(1) - الجريدة الرسمية، ع: 11، س: 32، المؤرّخ في: أول مارس 1995م.

(2) - الأمر رقم: 95-12 المؤرّخ في: 25 رمضان عام 1418هـ، الموافق لـ: 25 فبراير سنة 1995م يتضمن تدابير الرحمة. الجريدة الرسمية، ع: 11، س: 32، المؤرّخ في: 1995/03/01م.

(3) - قرار المؤرّخ في: 06 ربيع الأول عام 1411هـ، الموافق لـ: 25 سبتمبر سنة 1990م يتضمن تحديد عدد أقسام المحاكم. الجريدة الرسمية، ع: 51، س: 27، المؤرّخ في: 1990/11/28م.

- تغيير اسم الجهة القضائية التي تختص بالنظر في جرائم الأحداث من «محكمة الأحداث» إلى «قسم الأحداث»، وذلك بمقتضى الأمر رقم: 75-46 المؤرخ في: 17 يونيو 1975م المتضمن تعديل وتتميم قانون الإجراءات الجزائية⁽¹⁾. المادة 21 و 24 من الأمر، وم 447ق.إ.ج.

- إصدار القانون رقم: 89-22 المؤرخ في: 12/12/1989م المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيورها⁽²⁾. وتحول بهذا القانون اسم الهيئة المكلفة بنظر الطعن بالنقض من «المجلس الأعلى»، إلى «المحكمة العليا» (م39)، كما نص على أن عدد الغرف ثمان (08)، وهي: الغرفة المدنية، الغرفة الإدارية، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، غرفة الجناح والمخالفات، الغرفة الجنائية، الغرفة التجارية والبحرية، غرفة العرائض، الغرفة الاجتماعية (م17ق.م.ع).

- المرحلة الرابعة: مرحلة العودة إلى الإصلاح: (1995 إلى 2014م):

تبدأ هذه المرحلة من إلغاء المجالس القضائية الخاصة بالأمر رقم: 95-10 المؤرخ في: 25/02/1995م وتستمر إلى غاية سنة 2014/12/31م، عند الحدود الزمنية للدراسة.

وفي هذه الفترة التي يمكن وصفها بالعودة إلى الإصلاح السابق الذي حدث بعد مباشرة لصدور الأمر رقم: 65-278 المتضمن التنظيم القضائي، تم صدور النصوص الدستورية والقانونية الآتية:

- إجراء الاستفتاء على دستور 1996/11/28م⁽³⁾، هذا الدستور الذي كرس مبدأ ازدواجية القضاء إلى قضاء عادي؛ وقضاء إداري، في المادة 152 من الدستور.

- تعديل تشكيلة محكمة الجنايات، حيث كانت تتكون من 03 قضاة محترفين بدرجة مستشار، و04 مساعدين محلفين. وهذا طبقا للمادة 258 ق.إ.ج الصادر سنة 1996م، حيث صدر الأمر رقم: 95-10 المؤرخ في: 25/02/1995م المتضمن تعديل وتتميم قانون الإجراءات الجزائية⁽⁴⁾، ثم بموجبه تعديل التشكيلة من حيث العدد والصفة، فكانت كالتالي: ثلاثة (03) قضاة محترفين بدرجة مستشار، واثنين (02) مساعدين محلفين، والمجموع هو (05) خمسة أعضاء، لكن الغلبة للعنصر المحترف على العنصر الشعبي غير المحترف، وهو تصحيح كان لا بد منه، على الرغم من أن الأفضل كان هو إلغاء نظام المحلفين نهائيا لأنه بلا جدوى قضائيا، وهذا في الحقيقة تطور مهم للغاية.

- صدور قرار من وزير العدل يحدث قسما بحريا لدى بعض المحاكم المنواجدة بإقاليم لها واجهة بحرية (المادة 5 مكرر 1)⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 53، س: 12، المؤرخة في: 04/07/1975م.

⁽²⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 53، س: 26، المؤرخة في: 13/12/1989م.

⁽³⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 76، س: 33، المؤرخة في: 08/12/1996م.

⁽⁴⁾ - الأمر رقم: 95-10 المؤرخ في: 25 رمضان عام 1415هـ، الموافق ل: 25/02/1995م المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية. الجريدة الرسمية، ع: 11، س:

32، المؤرخة في: 01/03/1995م.

⁽⁵⁾ - قرار مؤرخ في: 15 محرم عام 1416هـ، الموافق ل: 14 يونيو سنة 1995م يتمم القرار المؤرخ في: 06 ربيع الأول عام 1411هـ، الموافق ل: 25 سبتمبر سنة 1990م الذي يحدد عدد أقسام المحاكم. الجريدة الرسمية، ع: 56، س: 32، المؤرخة في: 01/10/1995م. وعددها 17 محكمة.

- استحداث غرفة جديدة بالمحكمة العليا هي الغرفة العقارية، وذلك بمقتضى الأمر رقم: 25-96 المؤرخ في: 12/08/1996م⁽¹⁾، وواضح أن السبب في ذلك هو استفحال أزمة السكن بالجزائر، فضلا عن التحول الاقتصادي من الاقتصاد الاشتراكي إلى الاقتصاد الحر.

وبهذا أصبح عدد الغرف بالمحكمة العليا، تسع غرف (09) هي: الغرفة المدنية - الغرفة العقارية - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - الغرفة التجارية والبحرية - الغرفة الاجتماعية - الغرفة الإدارية - الغرفة الجنائية - غرفة الجناح والمخالفات - غرفة العرائض التي تتكفل بفحص إمكانية قبول عرائض الطعن، طبقا للمادة 17 من القانون المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا.

- ولكن هذا الوضع في عدد الغرف بالمحكمة العليا لم يدم طويلا، إذ صدر في سنة 1998م القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله⁽²⁾، مما ترتب عنه إلغاء الغرفة الإدارية للمحكمة العليا ليصبح العدد يقدر بثماني (8) غرف مجددا.

- رفع عدد المجالس القضائية من 31 مجلسا قضائيا (طبقا للقانون رقم: 84-13 المؤرخ في: 23/06/1984م المتضمن التقسيم القضائي) حيث أصبح عددها (48) مجلسا قضائيا، وذلك بناء على الأمر رقم: 97-11 المؤرخ في: 19 مارس 1997م المتضمن التقسيم القضائي، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه: «يحدث عبر مجموع التراب الوطني ثمانية وأربعون (48) مجلسا قضائيا، تقع مقارها في مدن: أدرار، الشلف، الأغواط، أم البواقي، باتنة، بجاية، بسكرة، بشار، البليدة، البويرة، تامنغست، تبسة، تلمسان، تيارت، تيزي وزو، الجزائر، الجلفة، جيجل، سطيف، سعيدة، سيدي بلعباس، عنابة، قلمة، قسنطينة، المدية، مستغانم، ورقلة، وهران، البيض، برج بوعريش، بومرداس، الطارف، تيسمسيلت، الوادي، خنشلة، سوق أهراس، تيبازة، ميله، عين الدفلة، عين تموشنت، غرداية، غليزان، النعامة، إليزي، تندوف».

- كما صدر مرسوم تنفيذي رقم: 98-63 المؤرخ في: 16/02/1998 يحدد اختصاص المجالس القضائية وكيفية تطبيق الأمر المتضمن التقسيم القضائي⁽³⁾. ومن خلال هذا المرسوم أصبح عدد المحاكم 213 محكمة.

ومما تجب الإشارة إليه أن المجالس القضائية التي لم يكن لها وجود في السابق، فقد نصت المادة العاشرة من المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه على أنه تنصب المجالس القضائية تدريجيا عند توفر جميع

(1) - الأمر رقم: 25-96 المؤرخ في: 27 ربيع الأول عام 1417هـ، الموافق ل: 12 غشت سنة 1996م، المتضمن تعديل وتميم القانون رقم 89-22 المؤرخ في: 14 جمادى الأولى عام 1410هـ، الموافق ل: 12 ديسمبر سنة 1989م المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها. *الجريدة الرسمية*، ع: 48، س: 33، المؤرخة في: 14/08/1996م.

(2) - القانون العضوي رقم: 98-01 المؤرخ في: 04 صفر عام 1419هـ، الموافق ل: 30 مايو سنة 1998م يتعلق بصلاحيات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله. *الجريدة الرسمية*، ع: 37، س: 35، المؤرخة في: 01/06/1998م.

(3) - المرسوم التنفيذي رقم: 98-63 المؤرخ في: 19 شوال عام 1418هـ، الموافق ل: 16 فبراير سنة 1998م يحدد اختصاص المجالس القضائية، وكيفية تطبيق الأمر رقم: 97-11 المؤرخ في: 11 ذي القعدة عام 1417 الموافق ل: 19 مارس سنة 1997م والمتضمن التقسيم القضائي. *الجريدة الرسمية*، ع: 10، س: 35، المؤرخة في: 25/02/1998م.

الشروط الضرورية لسيورها». وهو ما نصت عليه أيضا المادة 4 من الأمر رقم: 97-11 المتضمن التقسيم القضائي.

كما نص المرسوم التنفيذي رقم: 98-63 المذكور أعلاه في المادة 9 على أنه «يمكن إنشاء فروع دائرة اختصاص المحاكم على مستوى البلديات بقرار من وزير العدل، ويحدد هذا القرار مقر الفروع واختصاصها» وذلك قصد تقريب مرفق القضاء من المتقاضين.

- إصدار القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي في: 2005/07/17م⁽¹⁾. حيث بينت المادة الثانية منه أن التنظيم القضائي يشمل: النظام القضائي العادي، والنظام القضائي الإداري، ومحكمة التنازع. ونصت المادة الثالثة منه على أنه «يشمل النظام القضائي العادي: المحكمة العليا والمجالس القضائية، والمحاكم».

وقد نظم هذا القانون العضوي تنظيم المجالس القضائية وتشكيلها وسيورها وكذا المحاكم اختصاصها وتشكيلها وتنظيمها وسيورها، وكذا محكمة الجنايات، والمحكمة العسكرية. وبهذا كان هذا القانون أكثر وضوحا وضبطا، وذلك لأن مثلا أقسام المحكمة كانت تخضع لقرار وزير العدل، أما بعد صدور القانون العضوي فقد نصت عليها المادة 13.

- إصدار القانون العضوي المتعلق بتحديد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها سنة 2011م⁽²⁾. هذا القانون العضوي الذي ألغى القانون الصادر سنة 1989. طبقا للمادة 35 من هذا القانون العضوي.

وقد تأخر هذا القانون العضوي في الصدور نظرا للتغيرات التي طرأت منذ إصدار دستور 1996م، حيث إن القانون السابق كان يتضمن الغرفة الإدارية، وباستحداث وإنشاء مجلس الدولة⁽³⁾ والمحاكم الإدارية⁽⁴⁾ أصبح لا مبرر لوجود الغرفة الإدارية ضمن غرف المحكمة العليا.

وقد نصت المادة 13 من القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا «أن المحكمة العليا تشمل الغرف الآتية: الغرفة المدنية - الغرفة العقارية - غرفة شؤون الأسرة والموارث⁽⁵⁾ - الغرفة التجارية والبحرية - الغرفة الاجتماعية - الغرفة الجنائية - غرفة الجناح والمخالفات.

⁽¹⁾ - القانون العضوي رقم: 05-11 المؤرخ في: 10 جمادى الثانية 1426هـ، الموافق ل: 17 يوليو سنة 2005م، يتعلق بالتنظيم القضائي. الجريدة الرسمية، ع: 51، س: 42، المؤرخة في: 20/07/2005م.

⁽²⁾ - القانون العضوي رقم: 11-12 المؤرخ في: 24 شعبان عام 1432هـ، الموافق ل: 26 يوليو سنة 2011م يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها. الجريدة الرسمية، ع: 42، س: 48، المؤرخة في: 31/07/2011م.

⁽³⁾ - القانون العضوي رقم: 98-01 المؤرخ في: 04 صفر عام 1419هـ، الموافق ل: 30 مايو سنة 1998م، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله. الجريدة الرسمية، ع: 37، س: 35، المؤرخة في: 01/06/1998م.

⁽⁴⁾ - القانون العضوي رقم: 98-02 المؤرخ في: 04 صفر عام 1419هـ، الموافق ل: 30 مايو سنة 1998م، يتعلق بالمحاكم الإدارية. الجريدة الرسمية، ع: 37، س: 35، المؤرخة في: 01/06/1998م.

⁽⁵⁾ - كانت تسمى سابقا وفقا للقانون رقم: 89-22 المؤرخ في: 12/12/1989م، وطبقا للمادة 17 بغرفة الأحوال الشخصية والموارث.

يمكن الرئيس الأول للمحكمة العليا بعد استطلاع رأي النائب العام تقسيم الغرف إلى أقسام حسب أهمية وحجم النشاط القضائي».

- وفي هذه المرحلة أيضا تم إصدار النظام الداخلي للمحكمة العليا بالمرسوم الرئاسي رقم: 05-279 المؤرخ في: 2005/08/14م⁽¹⁾.

- ثم ألغي هذا النظام الداخلي للمحكمة العليا بإصدار نظام داخلي آخر يحل محله وذلك بتاريخ: 2014/06/16م، حيث صادقت عليه الجمعية العامة للمحكمة العليا بتاريخ 20 محرم عام 1435هـ الموافق ل: 24 نوفمبر سنة 2013⁽²⁾.

وبالمقارنة بين النظامين الداخليين، الملغى (الصادر في 2005)، والجديد الحالي (الصادر في 2014م) نلاحظ أن الأول صدر بناء على مرسوم رئاسي، أما الحالي والجديد، فقد صدر نقيضا - إن صح التعبير - وهنا يتم التساؤل حول مدى قانونية هذا الإصدار خاصة وأن القاعدة تقرر أن لا يلغي نص إلا بنفس الطريقة التي صدر بها وفقا لقاعدة توازي الأشكال. وملاحظة أخرى أن عدد مواد النظام الداخلي الملغى الصادر في 2005م كان عدد مواد 77 مادة، بينما النظام الجديد الصادر في 2014م جاء في 162 مادة، مما يعني استحداث الكثير من المصالح في هذا النظام الداخلي الجديد، لعل أهمها مصلحة الدراسات الإدارية والتقنية والتنظيم (م129)، لأن من بين مهامها دراسة واقتراح مناهج التنظيم الإداري والتقني لضمان السير الحسن للهيكل الإدارية للمحكمة العليا، وكذا اقتراح المناهج المناسبة لتطوير وتنظيم النشاط الإدارية بالمحكمة العليا (م148 ن.د.م.ع)، وكذا مصلحة الإعلام الآلي والعصرنة (م129 وم155 إلى م159).

- **وخلاصة هذه المرحلة أن النظام القضائي الجزائري الجزائري حافظ على التنظيم السابق من محكمة، ومجلس قضائي (الغرفة الجزائية - غرفة الأحداث - محكمة الجنايات)، والمحكمة العليا.**

إنما تميزت هذه المرحلة من خلوها من القضاء الاستثنائي فلا وجود لمجلس أمن الدولة، ولا للمجالس القضائية الخاصة، ولا للمجالس القضائية الثورية، ولا حتى للقسم الاقتصادي لمحكمة الجنايات.

- وقد نصت المادة 06 من القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي على «أن المجلس القضائي يشمل الغرف الآتية: الغرفة المدنية - الغرفة الجزائية - غرفة الاتهام - الغرفة الاستعجالية - غرفة شؤون الأسرة - غرفة الأحداث - الوفة الاجتماعية - الغرفة العقارية - الغرفة البحرية - الغرفة التجارية.

غير أنه يمكن رئيس المجلس القضائي بعد استطلاع رأي النائب العام تقليص عدد الغرف أو تقسيمها إلى أقسام حسب أهمية وحجم النشاط القضائي».

⁽¹⁾ - المرسوم الرئاسي رقم: 05-279 المؤرخ في: 09 رجب عام 1426هـ، الموافق ل: 2005/08/14م يتضمن إصدار النظام الداخلي للمحكمة العليا. الجريدة الرسمية، ع: 55، س: 42، المؤرخة في: 2005/08/15م.
⁽²⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 34، س: 51، المؤرخة في: 2014/06/16م.

وهذا فإن عدد غرف المجلس القضائي عادة هو عشرة (10) غرف.

- أما المحكمة فطبقا للمادة 13 من ق.ع.م.ت.ق من الأقسام الآتية: «القسم المدني؛ قسم الجنح؛ قسم المخالفات؛ القسم الاستعجالي؛ قسم شؤون الأسرة؛ قسم الأحداث؛ القسم الاجتماعي؛ القسم العقاري؛ القسم البحري؛ القسم التجاري.

غير أنه يمكن رئيس المحكمة بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية تقليص عدد الأقسام أو تقسيمها إلى فروع حسب أهمية وحجم النشاط القضائي».

وهكذا يمكن القول بأن المحاكم المطلة على البحر، تتكون من عشرة (10) أقسام، أما المحاكم التي ليس لديها اختصاص إقليمي يطل على البحر فإنها تتكون من تسع (9) أقسام عادة.

- **والخلاصة العامة لكل المراحل أن تطور النظام القضائي الجزائري الجزائري كان فوضى تشريعية بحق، ذلك أن إنشاء محاكم جزائية استثنائية - وهي في الأصل غير مختصة - وإصدارها أحكاما مبرمة، ولا يكون أمام المحكوم عليه أي ملاذ يلوذ به من طرق الطعن العادية أو الاستثنائية فيضربه الظلم دون وجه حق. ولذلك فإن إلغاء المشرع الجزائري للمجالس القضائية الخاصة في سنة 1995م خطوة إيجابية وصحيحة، ولكنها في رأينا غير كافية، ذلك أنه لم يتم الارتقاء بالمنع إلى مرتبة الدستورية، بأن ينص الدستور في إحدى موادها على منع إنشاء جهات قضائية استثنائية، وكذا الفصل بين ما هو قضاء عادي وقضاء عسكري، حتى لا تتم محاكمة مدنيين أمام القضاء العسكري. ولذلك فهذا غير كاف، حيث إنه يمكن للسلطة حسب ما تراه، ودائما حسب ما تراه هي دائما، أن تنشئ جهة أو جهات قضائية استثنائية في وقت ما وفي زمن ما، ولذلك نرى أن يتم الارتقاء إلى منع القضاء الاستثنائي إلى الدستور وجعله مبدأ دستوريا لا يقبل التغيير، ذلك لأن القضاء الاستثنائي هو باب لكل أنواع الظلم والتعسف وبأي جهاز؟ إنه جهاز العدالة، وفي الحقيقة هو إجهاز على العدالة ذاتها بذبحها، إنها مذبح ومجزرة العدالة، إنه ليس مجرد خرق للعدل فقط، بل إنه إلغاء له نهائيا، وهكذا تكتمل أركان الجريمة.**

وإذا كان هذا الأمر مرفوضا وغريبا وعجيبا - إن بقي هناك موضع للغرابة والعجاب - فإن الأغرب منه أن نرى بعض الفقه يبرر بهذه التشريعات بالقول أن الأصل ألا يميز الشارع الطعن في أحكام المحاكم الجنائية الاستثنائية، ويفسر ذلك أن عمل هذه المحاكم لا يخضع لذات الاعتبارات التي يخضع لها عمل المحاكم العادية، والتي أنشئ نظام الطعن ضمانا لها، وقد يقرر الشارع بالنسبة لأحكام المحاكم الاستثنائية نظاما بديلا للطعن يتمثل في اشتراط التصديق عليها كي تكون نهائية صالحة للتنفيذ، ولمن ينعى على الحكم عيبا أن يتظلم إلى السلطة المختصة بالتصديق عليه، فيكون لها إلغاؤه أو تعديله، أو الأمر بإعادة

المحاكمة⁽¹⁾، ويعطي صاحب التحليل والتعليل مثالا على ذلك ما نصت عليه المواد 12 إلى 91 من القانون رقم: 162 لسنة 1958م في شأن حالة الطوارئ المصري⁽²⁾.

وليت شعري ما الفرق بين نظام الطعن ونظام التصديق؟ وهل يمكن تعويض الأول بالثاني؟ وأن يكون ضمانا حقيقيا وليس حتى كافيا لإزالة الأخطاء من الحكم؟
إنَّ نظام التصديق على الأحكام لا يمكن بالمطلق أن يعوّض نظام الطعن في الأحكام، لأنّه يفتقر لكل الضمانات الحقيقية والجوهرية التي تكفل حق المحكوم عليه في تصحيح الحكم مما شابهه من أخطاء.

المبحث الثاني: تعريف طرق الطّعن، وتقسيماتها:

نتناول في هذا المبحث المسائل الآتية وفق الخطة الآتية:

المطلب الأول: تعريف طرق الطّعن.

المطلب الثاني: تقسيمات طرق الطّعن.

وإليك بيان هذه المطالب بالترتيب.

المطلب الأول: تعريف طرق الطّعن:

يُعرّف أحد فقهاء القانون طرق الطّعن في الأحكام بأنّها: «الإجراءات التي يتيحها القانون للخصوم ولمواجهة حكم قضائي استهدفا لإلغائه أو تعديله»⁽³⁾.

ويُعرفها باحث آخر بأنّها: «مجموعة من الإجراءات التي تستهدف إعادة طرح موضوع الدّعى على القضاء، أو تستهدف تقدير قيمة الحكم في ذاته، وذلك ابتغاء إلغائه أو تعديله»⁽⁴⁾.

ويُعرفها باحثٌ ثالثٌ بقوله: «طرق الطّعن وسائل محدّدة في القانون، يسلكها كل من يسمح له هذا القانون بسلوكها، بعد صدور حكم في الدّعى الجزائية، والغاية منها إصلاح الحكم الذي صدر أو إلغاؤه»⁽⁵⁾.

هذه بعض تعاريف طرق الطّعن في الأحكام القضائية، وهناك غيرها⁽⁶⁾، لكننا نكتفي بهذا.

ويمكن أن نعرفها بأنّها: مجموعة من الوسائل والآليات التي نص عليها القانون حصرا، لمصالح المتقاضين، تمكّنها من التظلم من الأحكام القضائية الصادرة ضدّهم، سواء أمام ذات الجهة القضائية التي

(1) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1190.

(2) - حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسهما.

(3) - عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقا لأحدث التعديلات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2010م، ص683.

(4) - حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ج2، ص1184.

(5) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، المطبعة الجديدة، دمشق، ط4، 1407هـ-1987م، ص962.

(6) - هرجة، مصطفى مجدي، الموسوعة القضائية في المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، 1995م، ج2، ص05. بلعيد، بشير،

القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، دار البعث، قسنطينة، دط، 2000م، ص177. سيف، رمزي: «طرق الطعن في الأحكام في مشروع قانون

المرافعات»، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الملك فاروق الأول، القاهرة، س: 03، ع: 01، يناير-مارس 1948م،

ص121. أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص762، بغدادي، مولاي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب،

الجزائر، دط، 1992م، ص453. بن ملحّة، الغوثي، القانون القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص371. إبراهيمي، محمد، الوجيز في الإجراءات المدنية، مرجع سابق،

ج2، ص159. التحوي، محمود السيد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص01.

أصدرته، أو أمام جهة قضائية أعلى منها درجة، يستهدف منها إما تعديل الحكم في شق منه أو إلغائها نهائياً.

ويمكن تحليل هذا التعريف كالآتي:

- إن طرق الطعن مجموعة من الوسائل والآليات، وهذا يعني أنها أدوات قانونية صفتها أنها عملية ومتحركة، ذلك أن الوسيلة والآلة خاصتها هو التفاعل متى تم تحريكها واستعمالها واستخدامها ممن يسمح له القانون بذلك، هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن هذه الوسائل تحرك الطعن، بمعنى آخر أنه إذا كان الطعن هو «رخصة لاستظهار عيوب الحكم»⁽¹⁾، فإن هذه الرخصة لن تعمل ولن تؤدي دورها المنوط بها إلا بإيجاد آليات ووسائل تحريك، ومن ثم يكون لهذه الوسائل والآليات تماماً القيمة والأهمية ذاتها التي هي للطعن في الأحكام، وذلك أنه إذا كان للطعن أهمية في تحقيق العدل وتحقيق مصلحة المتقاضين كلما ساورتهم الشكوك والظنون في علم القاضي أو حسن فهمه للأمر أو حتى في حياده ونزاهته، وكذا تحقيق مصلحة المجتمع أيضاً، لأن المجتمع ما يهمله ليس مجرد صدور أحكام جزائية فقط، وإنما صدور أحكام عادلة تضرب المجرم الحقيقي⁽²⁾ إذا كان للطعن هذه الأهمية والقيمة، وهي لا شك أنها أهمية قصوى لارتباطها بالعدل والحقيقة، فإن وسائل وطرق الطعن لها ذات القيمة كذلك، وأنها تستهدف تحقيق العدل ذاته الذي يستهدفه الطعن، وهكذا يتكامل النظر والعمل، والفكر والممارسة، والمثل والواقع.

- وعلة تقرير طرق الطعن في الأحكام هي حرص المشرع على أن تنقضي الدعوى بحكم أدنى ما يكون إلى الحقيقة الواقعية والقانونية، إذ احتمال الخطأ يرد على العمل القضائي بصفة عامة، وعلى الحكم بصفة خاصة، ويصدر هذا الاحتمال عن قصور إمكانات القاضي باعتباره بشراً عن الإحاطة الشاملة المطلقة بجميع عناصر الدعوى، وقد يصدر عن الاحتمال كذلك عن تظليل الأدلة أو بعضها له.

- ولا شك أن المصلحة تقتضي، حين يصور هذا الاحتمال لدى أحد أطراف الدعوى أن يتاح له عرضه على القضاء، وفق ما حدده القانون، ابتغاء تحقيقه واستهدافه، فإذا ثبت الخطأ أصلح تفادياً لضرر وظلم اجتماعي يتمثل في الاعتراف بالقوة لحكم معيب⁽³⁾.

- إن هذه الوسائل محدّدة ومحصورة قانوناً، وهذا يعني أنه لا يجوز للمتقاضين استحداث طرق طعن لم ينص عليها القانون، وإلا كان عملهم باطلاً. والعلّة في حصر هذه الطرق هي أن الطعن الأصل فيه أنه استثناء ورخصة، وليس بأصل ولا عزيمة، إذ الأصل في الأحكام القضائية صحتها وسلامتها، والاستثناء أن تكون خاطئة كلياً أو جزئياً، ولذلك فإن طرق الطعن جاءت محصورة ومحدّدة - كما سنرى قريباً - على وجه لا يمكن الزيادة عليها أو الانتقاص منها أو التعديل فيها. وفي هذا يقول أحد فقهاء القانون: «إنّ

(1) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1184.

(2) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص962.

(3) - حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسهما.

الطَّعن في الأحكام على خلاف الأصل، فالأصل فيها أنها مطابقة للواقع، وصحيحة في القانون. وهذا الأصل يجد أساسه في التنظيم القانوني الدقيق لمرحلة المحاكمة، وفي الضمانات التي كفلها المشرع للخصوم ليبدوا ما يعنى لهم من دفاع، فإذا صدر الحكم بعد ذلك فإن قرينة الصحة تصحبه، وكان من الممكن أن يكون هذا الحكم هو كلمة القضاء الفاصلة والأخيرة، فإذا كان المشرع رغم ذلك قد أجاز الطَّعن في الأحكام، فهذا إنما يكون على خلاف الأصل، وليس تطبيقاً لأصل، ومن ثم وجب اعتبار طرق الطَّعن واردة على سبيل الحصر⁽¹⁾.

وإذا فقد تقرَّر أنَّ طرق الطَّعن في الأحكام القضائية واردة على سبيل الحصر، لا يجوز الزيادة عليها ولا الانتقاص منها ولا التعديل فيها.

- وبما أنه قد تقرَّر هذا الأمر، فإنَّ المقرر أيضاً هو أنه لا يجوز رفع دعوى قضائية مبتدأة لإبطال الحكم⁽²⁾ تماماً مثلما يحصل في إبطال العقود ومختلف الالتزامات والتصرفات القانونية المدنية، ذلك أنَّ الحكم القضائي ليس عقداً بين طرفين يمكن طلب إبطاله من طرف أحد العاقدين، حتى يرفع دعوى مبتدأة لإبطاله، وإذا أريد إبطاله فلا يكون ذلك إلا وفق ما حدده القانون حصراً وبذات الوسائل وشروطها.

- وطرق الطَّعن طرق متعددة هي في المواد الجزائية أربعة، وهي:

- المعارضة، وتكون في الأحكام الغيابية فقط؛

- والاستئناف، ويكون في كل أحكام الدَّرَجَة الأولى متى كان جائزاً الطَّعن فيها؛

- والطَّعن بالنقض ضد كل الأحكام النهائية سواء كانت الدَّرَجَة الأولى أو الثانية؛

- والطَّعن بطلب إعادة النَّظر، ويكون في كل الأحكام التي استنفذت كل طرق الطَّعن السابقة.

يقول عبد الوهاب حومد: «وقد أكثر الشارع طرق الطَّعن نوعها رغبةً منه في جعل الخطأ البشري

أقل ما يمكن في الأحكام، فالقضاة بشر، ما في ذلك ريب، ولهذا وضع درجات الاستئناف والنقض وإعادة المحاكمة حتى يلجأ إليها المحكوم عليه ليدفع عن نفسه آثار الشكوك في عدالة الحكم»⁽³⁾.

وهذا التعدد في طرق الطَّعن، ليس القصد منه خرق الأصل السابق - وهو أنَّ الأصل في الأحكام

صحتها وعدم جواز إبطالها - ومن ثم فهو ليس خرقاً لمبدأ ضرورة استقرار المراكز الحقوقية القانونية، وإنما

هذا التعدد قُصدَ قصداً، وذلك بهدف غرلة كل الأخطاء أو جلها، وجعل الحكم أقرب ما يكون إلى

الحقيقة الواقعية والقانونية معاً⁽⁴⁾، فتنوع الوسائل في الطَّعن إذاً له غرضٌ ومقصدٌ نبيلٌ وساميٌ ورفيعٌ وهو

⁽¹⁾ - عوض، محمد، قانون الإجراءات الجنائية: الطعون والمحاكمة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، 1995م، ج2، ص221-222. وانظر في هذا المعنى: بغدادي، مولاي ملباني، الإجراءات الجنائية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص456.

⁽²⁾ - التحوي، محمود السيد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص03. حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1185. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص683. الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص512.

⁽³⁾ - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص1138.

⁽⁴⁾ - حومد، عبد الوهاب، المرجع والصفحة نفسهما.

الحصول على حكم يعبر عن الحقيقة والواقع والقانون، ويعبر عن كلمة الحق التي قولها واجب. ذلك أنه لو جعل الطعن طريقاً واحداً لما تم تلافي كل العيوب والأخطاء الواقعية والقانونية التي تشوب الحكم القضائي، إذ الاكتفاء بمصفاة قانونية وقضائية واحدة لا يجعل كل العيوب ترشح في هذه المصفاة، ومن ثم وجب تعدد المصافي والغرايبيل القانونية من أجل تلافي كل العيوب. على أنه يجب أيضاً أن تختلف طرق الطعن هذه تبعاً لاختلاف العيوب التي تشوب الأحكام القضائية، فإذا كان العيب يتضمن خرقاً لضمانة جوهرية في القضاء، وهي وجوب الحكم بناءً على تمكين كل الأطراف في اللّذاع عن أنفسهم وبالأخص المتهم، فإنه ما تم حيث يوجد طريق لمواجهة الأحكام الغيابية هو الطعن فيها بالمعارضة، وهكذا كلما وجد عيب معين يجب إحداث آلية تقابلها، على أن هذا لا يعني مطلقاً استحداث ما لا يحصى من طرق العطن بدعوى أن الأخطاء القضائية لا حصر لها، وإنما المقصود هو استحداث طرق طعن في مقابل نوع وطبيعة كل خطأ.

فالأخطاء القانونية فقط يكون الطعن فيها بالنقض، والأخطاء الواقعية فقط يكون الطعن فيها بطلب إعادة النظر، وهكذا فكل خطأ ذو طبيعة معينة يعالج ويواجهه بطريق طعن معين ومحدد، ومن ثم يحصل لدينا في النهاية تصدد لطرق الطعن بتعدد طبيعة الأخطاء، ويتم تلافي كل العيوب أو الأخطاء التي تشوب الأحكام القضائية.

وكل هذا يعكس أن «مهمة الشارع في تقرير طرق الطعن في الأحكام مهمة دقيقة: فالتضييق من نطاق الطعن اتجاه استبدادي ينطوي على التضحية باعتبارات الصحة والعدالة في الأحكام. والتوسع في نطاق الطعن ينطوي على التضحية باعتبارات الاستقرار القانوني، وإرجاء الأجل الذي ينقض في فيه الدّعوى بحكم لا يقبل طعناً ما، ومن ثم ينبغي أن تكون السياسة التشريعية وسطاً بين الاتجاهين.

ويحقق الشارع ذلك بتقريره مبدأ الطعن في جميع الأحكام، ثم حصره طرق الطعن بحيث لا يجوز الطعن في الحكم بغير هذه الطرق، ثم إخضاعه كل طريق لتنظيم محكمة تمثل أهم معاملة في اشتراط استعماله في ميعاد محدد، وعن طريق إجراء مقررّة، وإذا كان طريق الطعن غير عادي ازداد إحكام التنظيم التشريعي ودقته، ذلك أن الشارع لا يعترف بهذا الطريق إلا لمواجهة عيوب معينة تشوب الحكم»⁽¹⁾.

وحتى تكون مهمة المشرع في تقرير طرق الطعن في الأحكام سليمة وصحيحة، فإنه يجب أن تكون معالماً وأسس التنظيم التشريعي لطرق الطعن كالاتي:⁽²⁾

(1) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1185.

(2) - حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ج2، ص1185-1188.

- حصر طرق الطعن في عدد محدد.

- منع مناقشة عيوب الحكم، مهما كانت واضحة وثابتة بغير هذه الطرق المحصورة قانوناً، ومن ثم لا يجوز الطعن في الحكم بدعوى بطلان أصلية بأن ترفع بصفة مبتدأة وأصلية دون تقييد بمواعيد الطعن وإجراءاته.

- ألا يتخذ الإشكال في تنفيذ الحكم، أو طلب تصحيح الخطأ المادي فيه، أو طلب تفسيره، وسيلةً وأداةً للطعن في الحكم، ذلك أن تصحيح الأخطاء المادية وغلطات القلم، مثل الأخطاء الكتابية، أو الحسائية في الحكم، وكالخطأ في شق من الاسم لأحد الخصوم بشرط ألا يكون هناك أي شك في حقيقة شخصيته، أو صفته، أو الخطأ في كتابة الرقم، تاريخ الميلاد، أو مقدار التعويض، وغيرها من الأخطاء المادية، ولذلك كان جائزاً طلب تصحيح الحكم أو تفسيره من ذات الجهة القضائية التي أصدرته وفق إجراءات عادية تختلف عن طرق الطعن، هذه الأخيرة التي تستهدف «إصلاح خطأ في أعمال حكم القانون، أو في المسار الذهني للقاضي»⁽¹⁾.

- ضبط الطعن وفق شروط محددة ومحصورة: من الميعاد، والشكلية، والصفة والمصلحة، فإن طعن شخص في الحكم، ولكنّه فوت الميعاد، أو لم يتبع الإجراءات المقررة قانوناً، أو ليست لديه الصفة في الطعن، بأن لم يكن طرفاً في الدعوى أصلاً، أو توافرت فيه كل هذه الشروط، ولكن لم تكن له مصلحة في الطعن، بأن كان طعنه غير مقبول شكلاً، ومؤدى ذلك امتناع استعمال الحق في الطعن، وامتناع مناقشة عيب الحكم وإن واضحاً وثابتاً.

- لا يجوز للقضاء المختص بالطعن أن ينظر فيه من تلقاء نفسه وهذا تطبيقاً لشرطي الصفة والمصلحة.

- وأن يتم استعمال طرق الطعن بشكل متدرج ومتسلسل وفق ما قرره القانون، ففي الأحكام الغيابية الصادرة من الدرجة الأولى، متى كان جائزاً استئنافها، لا يجوز الجمع في وقت واحد وبشكل متطابق الطعن بالمعارضة والاستئناف، وكذلك لا يجوز الجمع بين الاستئناف والطعن بالنقض في وقت واحد، أي أنه لا يجوز للخصم أن يطعن في الحكم أولاً بطريقتين أو أكثر في ذات الوقت، وإنما يجب أن يستعمل طريقاً معيناً، وعادةً وأصلاً يكون هذا الطريق عادياً، المعارضة ثم الاستئناف، ثم بعد ذلك إذا استنفذه وأدى مفعوله يلجأ إلى الطريق الذي يليه، وهكذا فطرق الطعن مرتبة ترتيباً قانونياً وليس للخصم أن يجعلوا ذلك وفق أهوائهم ورغباتهم. ولذلك كان التنظيم التشريعي لطرق الطعن في الأحكام تتصل اتصالاً وثيقاً بالنظام العام، وعلة ذلك صلته بالسير الحسن والسليم لعلم القضاء والمصلحة في خلوصه إلى أحكام لا تشوبها

(1) - عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 1105.

عيوب⁽¹⁾.

ويترتب على هذا النتائج الآتية:

- لا يستطيع أي خصم تجاوز قضاء الدرجة الأولى، ورفع دعواه مباشرة أمام قضاء الدرجة الثانية، أو قضاء النقض.

- لا يجوز الطعن في الحكم بالنقض إذا كان لا يزال قابلاً للطعن بالمعارضة أو الاستئناف، (المادة 32 من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض). وإن كان يجوز الطعن بالاستئناف في الأحكام الغيابية الصادرة من الدرجة الأولى طبقاً للمادة 406 ق.إ.ج المصري إلا أنه لا يجوز الجمع بين المعارضة والاستئناف مرة واحدة كما سبق بيانه.

- لا يجوز المحكمة الطعن أن تنر في أمر لم يسبق أن عرض على قضاء الدرجة الأولى، وفصل فيه، وذلك أن محكمة الطعن تنظر فيما سبق أن فصل فيه قضاء سابق لتقدر صواب فصله فيه، والعلة في ذلك هل أن نظر الطلبات الجديدة أمام محكمة الطعن يحرم الآخر من الدرجة في التقاضي، وهو من النظام العام.

- لا يجوز لمحكمة الطعن الإضرار بالطاعن بطعنه، بمعنى أنه يجب على محكمة الطعن أن تنحصر سلطتها في تعديل الحكم وفق ما تقتضيه سلطة لطاعن وأنه يتمتع عليها الإضرار به، فهي إما تحكم بذات العقوبة التي نطق الحكم المطعون فيه، وإما أن تخفض العقوبة أو تحكم بالبراءة، فأما إذا كان الحكم المطعون فيه نطق بالمؤبد وطعن فيه المحكوم عليه فإنه لا يجوز للمحكمة الطعن أن تحكم بالإعدام، إنما لها أن تؤيد الحكم المطعون فيه أو تخفض العقوبة أو يحكم بالبراءة أو بالإعفاء من العقاب.

وتنص المادة 433 ق.إ.ج بما عبارته: «يجوز للمجلس بناء على استئناف النيابة العامة إن يقضي بتأييد الحكم أو إلغائه كلياً أو جزئياً لصالح المتهم أو لغير صالحه».

ولكن ليس للمجلس إذا كان الاستئناف مرفوعاً من المتهم وحده أو من المسؤول عن الحقوق المدنية أن يسيء حالة المستأنف، ولا يجوز له إذا كان الاستئناف مرفوعاً من المدعي المدني وحده أن يعدل الحكم على وجه يسيء إليه.

ولا يجوز للمدعي المدني في دعوى الاستئناف أن يقدم طلباً جديداً، ولكن له أن يطلب زيادة التعويضات المدنية بالنسبة للضرر الذي لحق به منذ صدور محكمة الدرجة الأولى».

تنص المادة 1/401 ق.إ.ج مما عبارته: «يترتب على المعارضة إعادة نظر الدعوى بالنسبة للمعارض أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي، ولا يجوز بأية حال أن يضار المعارض بناء على المعارضة المرفوعة منه».

⁽¹⁾ - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1188.

ومع ذلك إذا لم يحضر المعارض في أي من الجلسات المحددة بنظر الدَّعوى تعتبر المعارضة كأن لم تكن، ويجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تحكم عليه بغرامة إجرائية لا تتجاوز مائة جنيه في الجرح، ولا تتجاوز عشرة جنيهات في مواد المخالفات...».

ولا يأخذ القانون الجزائري بهذا المبدأ، وهو ما يستخلص من نص 1/413-2 ق.إ.ج، وهو ما أكدته قرارات المحكمة العليا، فقد جاء في أحدهما ما نصه: «إذا كانت الجهة الفاصلة في المعارضة غير مقيدة بالتكليف الواردة في الحكم والقرار الغيابي إلا أنه يجب عليها أن تعطي الوقائع وصفها القانوني الصحيح حتى ولو أدى ذلك إلى الإساءة بمركز المعارض، لأنَّ المشروع والقضاء الجزائريين لم يأخذا بالمبدأ القائل بأن الطاعن لا يضار بطعنه بناء على معارضته»⁽¹⁾.

وقد ذكر أحد⁽²⁾ المستشارين بالمحكمة العليا سابقاً أنَّ مبدأ - أو النُّظرية كما سمَّها - عدم جواز الإضرار بالمعارض جراء معارضته هو بالفعل في مصلحة المعارض إلا أنه كما يقول ثبت عملياً أنها غالباً ما تؤدي إلى الإكثار من المعارضة قصد تأخير الفصل نهائياً في الدَّعوى، الأمر الذي يضر بحقوق الأطراف المدنية، وحتى المجتمع، ولكن إذا كان كذلك فلماذا يأخذ المشروع بهذا المبدأ في الاستئناف م 433/ق.إ.ج ؟

وكذلك الأمر إذا تعلق بالمدعي المدني فلا يجوز إضراره بطعنه أيضاً، وهذا طبقاً للمادة 433 ق.إ.ج التي تطابقها المادتان 401-417 ق.إ.ج المصري.

والعلَّة في تقرير هذه القاعدة المبدأ، وهي عدم جواز إضرار الطاعن بطعنه، هي أن إضرار الطاعن بطعنه هو مخالف للفلسفة التي تقوم عليها نظرية الطَّعن، وهي أنَّ الطاعن قصد من الطَّعن تحسين مركزه ووضع القانوني، أو المحافظة عليه على الأقل، فإذا أسئ إلى مركزه القانوني بطعنه، كان ذلك كأنَّه عقاب له على الطَّعن في الحكم، ومن ثم يصبح ويصير أداة وآلية لتشديد العقاب ولتسوية المركز القانوني بدل أن يكون أداة لتحقيق العدالة والإنصاف، وتصحيح الحكم مما شابه من عيوب وأخطاء في القانون وفي الواقع، هذا من جهة.

- ومن جهة أخرى تجد هذه القاعدة علَّتتها في الحرص على ألا تكون خشية الخصم إضرار الطاعن بمصلحته باعثاً بشيئه عنه، في حين أنَّ المصلحة العامة قد تقتضي استعماله تطهيراً للحكم من عيب يشوبه⁽³⁾.

- ومن جهة ثالثة، فإنَّ الدَّعوى قد طرحت على محكمة الطَّعن بناء على طلب الطاعن، وقد طلب

⁽¹⁾ - قراران صادران (عن غ.ج. 2/2)، الأول يوم: 08 ماي 1984م، في الطعن رقم: 31673. والثاني يوم: 23 أكتوبر 1984م، في الطعن رقم: 31902. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج3، ص347، رقم: 3750.

⁽²⁾ - بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج3، ص347، رقم: 3750. الهامش المشار إليه بنجمة.

⁽³⁾ - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1187.

في طعنه تعديل الحكم لمصلحته، ومن ثم تنفيذ سلطة محكمة الطعن بهذا لطلب، فلا يجوز لها أن تقتضي بما لم يطلب فيها، خاصة وأنه قد كان بإمكان الخصم ألا يطعن في الحكم فيبقى على وضعه القانوني، فإذا كان قد سعى إلى تحسين وضعه، فلا يجوز أن يصير وضعه إلى الأسوأ مما لو كان قد رضي بالحكم⁽¹⁾.

- ولا يقبل ولا يصح التنازل مقدماً عن طريق من طرق الطعن لمن تقرر له هذا الطريق، وإذا صدر التنازل كان بلا أثر، وذلك لأن طرق الطعن من النظام العام، حيث إنها تحقق مصلحة عامة تتمثل في حسن سير العدالة⁽²⁾، والوصول إلى حكم قضائي عادل، زيادة على مصلحة الخصوم. هذا في المواد الجزائية.

أما في المواد المدنية، فإن الوضع مختلف، فلأصحاب الحق في الطعن الحق في النزول عنه مقدماً، بل والاتفاق على التنازل على ذلك، مما يعني أن طرق الطعن في المواد المدنية ليست من النظام العام⁽³⁾. وهذه الخاصية والميزة في الحقيقة، تعود أصولها التاريخية إلى القانون الروماني، فقد كان من القواعد التي قررها: « من قرر قبل الحكم في الدعوى أنه لن يستأنف سقط حقه في الاستئناف ولا جدال⁽⁴⁾ ». والعلة في تقرير هذا المبدأ في المواد المدنية أن الطعن من الحقوق الخاصة لا تتعلق بالنظام العام، فيجوز للأفراد التنازل عنها بمحض إرادتهم، وهم بذلك لا يخرقون قاعدة عامة لها مصلحة عامة، وهذا إحدى الفروق الأساسية بين قواعد الإجراءات المدنية وقواعد الإجراءات الجزائية.

- ألا ينطوي استعمال طرق الطعن على أي تعسف في استعمال الحق، وذلك لأن الطعن في الأحكام فيه مصلحة عامة، وجوهر للمجتمع تتمثل في تصفية وتطهير الحكم الجنائي من عيوبه ترجح على المصلحة الخاصة لأي طرف من أطراف الدعوى⁽⁵⁾، وهذا ما تنص عليه المادة 10 ق.إ.ج المصري.

المطلب الثاني: تقسيمات طرق الطعن:

ثمة عدة تقسيمات لطرق الطعن في الأحكام الجزائية، وذلك باعتباريات مختلفة، يمكن تحديدها كالآتي:

- باعتبار الاستدراك والإصلاح إلى طرق استدراكية؛ وهي المعارضة وطلب إعادة النظر، وطلب الغير الخارج عن الخصومة. وطرق إصلاحية، وهي الاستئناف والنقض.

- وباعتبار وقت ممارستها قبل أو بعد حصول قوة الشيء المقضي به إلى طرق سابقة لقوة الشيء المقضي به، وهي المعارضة، والاستئناف والنقض لصالح الأطراف؛ وطرق لا حقه لقوة الشيء المقضي به، وهي طلب إعادة النظر والنقض لصالح القانون.

(1) - حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ج2، ص1187-1188.

(2) - حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ج2، ص1188.

(3) - الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص512-514.

(4) - جوستيان، فلافيوس، مدونة جوستيان في الفقه الروماني، مرجع سابق، ص406.

(5) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1188.

- ومن حيث الغاية المستهدفة القانون أم الواقع أم هما معا؛ إلى طرق تستهدف فحص الحكم من حيث القانون فقط، ومثالها النقض، وطرق تستهدف فحصه من حيث الوقائع فقط، ومثالها طلب إعادة النظر.

- وباعتبار الحرية في بيان الأسباب من عدمها إلى طرق عادية، وهي المعارضة والاستئناف، وطرق غير عادية، وهي النقض وطلب إعادة النظر.

إذا لدينا أربع اعتبار في تصنيفات طرق الطعن إليك بيانها مع أهمها:

الفرع الأول: أقسام الطعن باعتبار طبيعة الوظيفة استدرائية أم إصلاحية:

يتمثل هذا الاعتبار في الجهة القضائية التي تنظر الطعن، فإن كانت ذات الجهة التي أصدرت الحكم فهي طرق استدرائية، وإن كانت الجهة القضائية الأعلى فهي طرق إصلاحية⁽¹⁾. وإليك بيان معنى هذه الطرق.

أولاً- الطرق الاستدرائية: (أو السحب، أو إعادة النظر):

وهي الطرق التي تقدم إلى ذات الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المطعون فيه، بهدف سحب حكمها القضائي السابق، وإعادة نظر الدعوى القضائية من جديد، في الوقائع والقانون⁽²⁾.

وتتمثل هذه الطرق في: المعارضة؛ وطلب إعادة النظر؛ واعتراض غير الخارج عن الخصومة⁽³⁾.

فالمعارضة مثلاً ترفع إلى ذات الجهة القضائية التي أصدرت الحكم الغيابي طبقاً للمادة 2/412 ق.إ.ج والعلة في ذلك أن الأحكام الغيابية هي أضعف الأحكام القضائية في دلالتها على ما قضت، ذلك أنها صدرت بناء على الاستماع إلى أحد أطراف الخصومة، في غياب حامل الحقيقة، الذي هو المتهم⁽⁴⁾، ومن ثم من أجل جبر الحكم الغيابي يتم الطعن أمام ذات الجهة القضائية التي أصدرت - وهي المحكمة أو المجلس القضائي، فالخصومة رغم صدور حكم بخصومها إلا لا تخرج من عتبة باب المحكمة لتنتقل انتقالاتاً جغرافياً وقانونياً إلى الجهة القضائية الأعلى فيها درجة، وإمّا تبقى في حوزة المحكمة أو المجلس القضائي يحكم فيها بنفس التشكيلة التي أصدرت الحكم أو تشكيلة جديدة، وبذلك فالمعارضة ليس أي أثر ناقل ينقل ويرحل الحكم المطعون فيه إلى محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي، وإمّا المعارضة لها أثر ناشر⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ - بارش، سليمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية الجزائري، دار الشهاب، باتنة، دط، 1406هـ-1986م، ص305. التحوي، محمود السيد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص06. بن ملح، الغوي، القانون القضائي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص371. بشير، محمد، الطعن بالاستئناف ضد الأحكام الإدارية في الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 1995م، ص207. أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص766. الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص509. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص684.

⁽²⁾ - التحوي، محمود السيد، المرجع والصفحة نفسهما. عبد الستار، فوزية، المرجع والصفحة نفسهما.

⁽³⁾ - التحوي، محمود السيد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص06. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص684.

⁽⁴⁾ - أبو عامر، محمد زكي، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص49.

⁽⁵⁾ - يقصد بالأثر الناشر أن التقرير بالمعارضة يعيد طرح القضية برمتها ونشرها مجدداً أمام ذات الجهة القضائية التي أصدرت الحكم الغيابي بجميع عناصره الموضوعية والإجرائية، القانونية والواقعية. الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص544-545. ويصطلح عليه البعض بالأثر الناقل، ويعرفه بأنه: «نقل النزاع

وكذلك الأمر فيما يتعلق بطلب إعادة النظر فإنه يقدم إلى المحكمة العليا طبقا للمادة 530 ق.إ.ج.

وكذلك الطعن باعتراض غير الخارج عن الخصومة طبقا للمواد 380-389 ق.إ.م.إ.

ثانيا/ - الطرق الإصلاحية (أو التصحيحية):

أما الطرق الإصلاحية فهي الطرق التي ترفع لإلى محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم القضائي المطحون فيه بهدف إصلاحه وتصحيحه وتعديله⁽¹⁾.

وطرق الطعن الإصلاحية، هي: الاستئناف، والنقض، حيث إن الاستئناف يرفع إلى المجلس القضائي، وهو الدرجة الثانية والأخيرة في التقاضي طبقا للمادة 413 ق.إ.ج.

والطعن بالنقض يرفع إلى المحكمة العليا، وهي أعلى محكمة من المحكمة والمجلس القضائي، وذلك طبقا للمادة 500 ق.إ.ج.

ثالثا/ - تقويم هذا التقسيم:

لا شك في صحة وسلامة هذا التقسيم، وفقد تبين لنا فعلا كونه كذلك أما مدى أهميته فلا شك في أهميته من ناحيته تحديد الجهة القضائية التي تنظر الطعن، ولكن فقط لا يبين دور الطاعن في هذا النوع، وإنما يبين دور جهة الطعن، والأولى أن يبين دور الطاعن عند ممارسة طريق من طرق الطعن.

ويرى البعض أنه ليس لهذا التصنيف من فائدة تذكر، كما أنه لا يشمل جميع طرق الطعن⁽²⁾.

وهو نقد غير صحيح في شقة الأخير، المتعلق بعدم شمولية التقسيم لكل طرق الطعن، بل الصحيح إنه يشمل كل الطرق، فالطرق الاستدراكية تشمل العارضة وطلب إعادة النظر واعتراض غير الخارج عن الخصومة.

أما الطرق الإصلاحية (أو التصحيحية) فتشمل: النقض والاستئناف ومن ثم فهو تقسيم شامل، وبهذا يسقط الاعتراض عليه.

وحتى فائدة التقسيم ليست منعدمة، وإنما موجودة ولكن قليلة الجدوى.

الفرع الثاني: أقسام طرق الطعن باعتبار وقت ممارستها قبل أو بعد حصول قوة الشيء

المقضي:

ويتمثل هذا التقسيم الثاني في معيار زمن ووقت الممارسة للطعن، فإن كان قبل حصول قوة الشيء

الذي طرح على المحكمة المطعون في حكمها في حدود ما قيل فيه، وفي حدودها رفع عنه من طعن». انظر: عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 1189.

⁽¹⁾ - التحوي، محمود السيد، المرجع والصفحة نفسهما. عبد الستار، فوزية، المرجع والصفحة نفسهما. بارش، سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 305.

⁽²⁾ - MERLE, Reger et VITU, André, Tvaite de droit criminel Tome II, Procédure pénale, 2^eéd, paris 1973, P 657.

نقلا عن: الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 509.

المقضي به، فهي طرق سابقة لقوة الشيء المقضي به، وإن كانت بعد حصول قوة الشيء المقضي به، فهي طرق لاحقة لقوة الشيء المقضي به⁽¹⁾.

وإليك بيان أنواع هذه الطرق وأهمية التقسيم.

أولاً/- الطرق السابقة لقوة الشيء المقضي به:

وهي الطرق التي تحول دون اكتساب الحكم المطعون فيه القوة⁽²⁾.

وهذه الطرق هي: المعارضة، والاستئناف، والنقض لصالح الأطراف.

فهذه الطرق كلها تعمل ألا يكتسب الحكم حجية الشيء المقضي به، يتبين لنا ذلك في ما صدر حكم الدرجة الأولى مثلاً ولم سطعن فيه بالاستئناف ولا بالنقض، فإنه بعد انقضاء الآجال يكتسب الحكم الحجية ولا يجوز الطعن فيه حينئذ.

ثانياً/- الطرق اللاحقة لقوة الشيء المقضي به:

أما الطرق اللاحقة لقوة الشيء المقضي به فهي التي ترد على أحكام سبق وأن جازت على قوة الشيء المقضي⁽³⁾. ويعتبر كل من طلب إعادة النظر (531 ق.إ.ج) والنقض لصالح القانون طرق لاحقة لقوة الشيء.

ثالثاً/- تقويم هذا التقسيم:

من المؤكد صحة وسلامة تقسيم طرق الطعن باعتبار وقت ممارستها قبل أو بعد حصول قوة الشيء المقضي به، إلا أن قيمتها بالنسبة لمن يمارس الطعن قليلة وليست كبيرة، فهي لا تحدد بقوة دوره في إعمالها سوى أنها تبين له درجة أهمية الطعن، والعبرة أكثر هي في بيان دور الطاعن ويرى بعض الفقهاء⁽⁴⁾ أنه لا يبدو أن لهذا التصنيف أهمية كبيرة وهو رأي لا شك في صحته.

الفرع الثالث: أقسام الطعن من حيث العموم والخصوص:

ويقوم هذا التقسيم الثالث على معيار العموم والخصوص، فإن كانت تستعمل من كل من صدر ضده حكم فهي طرق عامة، وإن كانت تتعلق بحكم صدر لسبب خاص فهي طرق خاصة⁽⁵⁾.

(1) - بشير، محمد، الطعن بالاستئناف، مرجع سابق، ص 07، بارش، سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 306. الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 509. عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 802. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 684.

(2) - المراجع السابقة مع الصفحات نفسها.

(3) - بشير، محمد، الطعن بالاستئناف، مرجع سابق، ص 07. بارش، سليمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 305-306. الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 509. عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 802. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 684.

(4) - MERIE, Reger et VITU, André, Tvaite de droit criminel Tome II, Procédure pénale, op cit, P 657.

نقلا عن: الجوخدار، حسن، المرجع والصفحة نفسها.

(5) - HERON, JACQUES, droit Judiciaire Privé, Motchrestin, Paris, 1991, P 414-415.

نقلا عن: أمقران، بوبشير محمد، قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 309.

نقلا عن: الجوخدار، حسن، المرجع والصفحة نفسها.

وإليك بيان هذه الأقسام لطرق الطعن، مع بيان الأهمية والقيمة بالنسبة للطاعن.

أولاً/- الطرق العامة:

الطرق العامة هي الطرق التي يفكر فيها الخصم فور صدور الحكم ضده⁽¹⁾.

وتتمثل هذه الطرق في الاستئناف حين يصدر من المحكمة، والنقض حين يصدر من المجلس القضائي، فهذه الطرق يفكر فيها الخصم بدامة ومباشرة بعد صدور الحكم في كل الحالات ففي حال صدر حكم من المجلس القضائي فإن كل خصم لا يوجد أمامه من طرق الطعن بالنقض، وهذا في كل الأحوال.

ثانيا/- الطرق الخاصة:

أما الطرق الخاصة في تلك الطرق التي تستعمل في حالة وجود عيب خاص يشوب الحكم، هو الإخلال بمبدأ المواجهة بالنسبة للمعارضة، والمساس بحقوق غير بالنسبة للاعتراض غير الخارج عن الخصومة، وصدور حكم في ظروف تدلّسية بالنسبة لطلب إعادة النظر⁽²⁾.

ومعنى هذا التعريف أن هناك سببا خاصا محددا ومعينا جعل الخصم يقرر سلوكه، وأنه إذا انتفى هذا السبب الخاص فلا يجوز سلوكه، فالمعارضة مثلا لا تكون إلا في الأحكام الغيابية، ومن ثم فلا يجوز سلوكه إلا من صدر عليه حكم غيابي، فإذا صدر حكم حضوري بحقه أو حتى حضوري اعتباري فلا يجوز الطعن بالمعارضة، فالمعارضة مرتبطة بسببها الخاص، وهو الحكم الغيابي، وجودا وعدما.

ثالثا/- تقدير أهمية هذا التقسيم وفائدته:

فضلا عن أهمية هذا التقسيم وصحته، فإن ما يلاحظ هو في فائدته حيث إنّه يفيد الطاعن في أن هناك طرقا لا تبني إلا على سبب خاص كالمعارضة لا تكون إلا في الأحكام الغيابية، بخلاف الاستئناف والنقض.

ولكن مع ذلك يوقعنا هذا التقسيم في الالتباس ذلك أن النقض لا يبني إلا أوجه محدّدة ومحسورا قانونا، مما قد إلى الالتباس والاختلاط مع الطرق الخاصة، ثم جهة أخرى فحتى الطعن الخاص بالتحديد المذكور أعلاه ليس كافيا ذلك أن الطعن بالمعارضة، صحيح أنه لا يكون إلا في الأحكام الغيابية، إلا أنه مع ذلك يمكن أن يبني على أي سبب آخر غير صدوره غيابيا.

والنتيجة أن هذا التقسيم ليس دقيق وكافيا بما فيه الكفاية والدقة.

الفرع الرابع: أقسام طرق الطعن باعتبار الوظيفة منها:

ويتمثل هذا التقسيم الرابع في معيار الوظيفة، أو معيار الغاية من الطرق فإذا كانت الغاية المستهدفة

(1) - الجوخدار، حسن، المرجع والصفحة نفسهما.

(2) - الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 509.

من الطرق مناقشة الوقائع والقانون معاً، فهي طرق غايتها الفحص في الوقائع والقانون، وإذا كانت تستهدف مناقشة القانون فقط، فهي طرف غايتها الفحص في القانون فقط، وإذا كانت تستهدف مناقشة الوقائع فقط، فهي طرق غايتها الفحص في الوقائع فقط⁽¹⁾.

وإليك بيان هذه الطرق، وأهميته وتقدير هذا المعيار.

أولاً/- طرق الطعن غايتها فحص الوقائع والقانون معاً:

وهي الطرق التي تستهدف مناقشة وبحث فحص الجوانب الموضوعية الواقعية في النزاع، وكذا الجوانب القانونية الواردة في الحكم⁽²⁾.

وتتمثل هذه الطرق في المعارضة والاستئناف، حيث إن كلا منهما ينشران الدَّعوى في كل الجوانب الواقعية والقانونية والمحكمة الطعن أن تنظر كل هذه الجوانب، ولكن متى طعن فيها كلها، إذ هذا هو الأصل، ولكن إذا طعن في أحد الجوانب فقط، كأن يطعن في الجانب الواقعي فقط، أو القانون فقط فيجب على محكمة الطعن أن تتقيد بحدود الطعن ولا يجوز لها أن تتجاوزها اللهم إلا إذا كان الشق المطعون فيه لا يقبل الفصل بين باقي الأجزاء، فحينئذ تصدَّى لكل الجوانب بالفحص والبحث.

وكل هذا طبقاً للمادة 409 و 412 و 413 و 414 ق.إ.ج بالنسبة للمعارضة والمادة 416 و 417 و 423 ق.إ.ج.

ثانياً/- طرق طعن غايتها فحص القانون فقط:

وهي الطرق التي تستهدف مناقشة وبحث الجوانب القانونية فقط⁽³⁾، مثل الاختصاص، أو عدم تسبب الحكم أو القرار أو تناقض الأسباب أو تجاوز السلطة وغيرها من المسائل المتعلقة بالقانون.

وهذه الطرق تتمثل في الحقيقة في طريق واحد، وهي الطعن بالنقض لا يجوز سلوكه إلا بناء على أسباب قانونية محدّدة طبقاً للمادة 500 ق.إ.ج حيث نصت على أنه: «لا يجوز أن نبني الطعن بالنقض إلا على أحد الأوجه الآتية: 1- عدم الاختصاص. 2- تجاوز السلطة. 3- مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات. 4- انعدام أو قصور الأسباب. 5- إغفال الفصل في وجه الطلب أو في أحد طلبات النيابة العامة. 6- تناقض القرارات الصادرة من جهات قضائية مختلفة في آخر درجة أو التناقض فيما قضى به الحكم نفسه أو القرار. 7- مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه. 8- انعدام الأساس القانوني».

وكذلك ما نصت عليه المادة 03 من القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها التي جاء فيها ما نصه: «المحكمة العليا محكمة قانون ويمكن أن تكون محكمة موضوع في

⁽¹⁾ - سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 889، حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 1193. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 684.

⁽²⁾ - سرور، أحمد فتحي، المرجع والصفحة نفسهما. حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسهما. عبد الستار، فوزية، المرجع والصفحة نفسهما.

⁽³⁾ - سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 889، حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 1193. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 684.

الحالات المحددة في القانون».

ويلاحظ من خلال هذا النص وكذلك نص 3/531 ق.إ.ج المتعلقة بطلب إعادة النظر، أن المحكمة العليا لا تفحص فقط المسائل القانونية، وإنما تفحص المسائل الواقعية، وإن كان هذا على سبيل الاستثناء.

ثالثاً/- طرق طعن غايتها فحص الوقائع فقط:

وهي الطرق التي تنغيا (من الغاية) مناقشة وبحث المسائل والعناصر المتعلقة بالوقائع فقط⁽¹⁾، مثل شهادة الزور، ووثائق جديدة تتعلق بالدعوى من شأنها أن تغير الوصف القانوني للأفعال.

وهذه الطرق تتمثل في طريق طعن واحد، وهو طلب إعادة النظر والمنصوص عليه بالمادة 531 ق.إ.ج، والتي جاء فيها ما يلي: «لا يسمح بطلبات إعادة النظر، إلا بالنسبة للقرارات الصادرة عن المجالس القضائية أو للأحكام الصادرة عن المحاكم إذا حازت قوة الشيء المقضي فيه، وكانت تقضي بالإدانة في جنابة أو جنحة، ويجب أن تؤسس:

1- إما على تقديم مستندات بعد الحكم بالإدانة في جنابة قتل يترتب عليها قيام أدلة كافية على وجود المجني عليه المزعوم قتله على قيد الحياة.

2- أو إذا أدين بشهادة الزور ضد المحكوم عليه شاهد سبق أن ساهم بشهادته في إثبات إدانة المحكوم عليه.

3- أو على إدانة متهم آخر من أجل ارتكاب الجنابة أو الجنابة نفسها بحيث لا يمكن التوفيق بين الحكمين.

4- أو أخيراً بكشف واقعة جديدة أو تقديم مستندات كانت مجهولة من القضاة الذين حكموا بالإدانة مع أنه يبدو منها أن من شأنها التديل على براءة المحكوم عليه...»
ففي كل هذه الحالات يتعلق الأمر بمسائل واقعية لا تتعلق بالقانون.

رابعاً/- تقدير أهمية هذا التقسيم وتقويمه وفائدته:

لا شك في أهمية هذا التقسيم، حيث حسن التنظيم التشريعي لطرق الطعن، فهي ليست كلها ذات هدف واحد من حيث مجال ونطاق سلطة محكمة الطعن في نظر الحكم المطعون فيه، وإنما يختلف في ذلك، فبعضها يوسع في نطاق السلطة، فيمكن لمحكمة الطعن أن تفصل في المسائل الواقعية والقانونية معاً، وذلك بواسطة الطعن بالمعارضة والاستئناف، وبعضها يضيق من نطاق هذه السلطة، فيكون الطعن، وهو دور الطعن بالنقض، يمنح لمحكمة الطعن أن تفحص وتبحث الحكم المطعون في جوانبه القانونية فقط، أو يمكن، وهو دور الطعن بطلب إعادة النظر، محكمة الطعن في فحص الجوانب الواقعية في الحكم المطعون فيه

⁽¹⁾ - سرور، أحمد فتحي، المرجع والصفحة نفسها. حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسها. عبد الستار، فوزية، المرجع والصفحة نفسها.

فقط.

والنتيجة النهائية هي التكامل والتعاون بين هذه الطرق جميعا في تصحيح الحكم المطعون فيه مما شابه من أخطاء وعيوب واقعية وقانونية معا، ومن ثم تحقيق العدالة بالوصول إلى الحكم إلى أقرب ما يكون إلى الحقيقة القانونية والواقعية معا، وبهذا يتحقق العدل عن طريق حسن التنظيم القضائي، وحسن التنظيم التشريعي لطرق الطعن.

وبهذا نكون قد أثبتنا أهمية هذا التقسيم وصحته وسلامته، ولكن على الرغم من هذه الأهمية إلا أن فائدته بالنسبة للطاعن ليست بكبيرة وذات درجة عالية وقصوى، فهو يستفيد أن هذا الطريق من الطعن أو ذلك يتناول فحص القانون أو الواقع فقط أو هما معا، هذا فضلا عن عدم دقته ولو جزئيا، حيث لاحظنا من قبل أن النقض على الرغم من كونه طريقا للطعن يستهدف البحث في المسائل القانونية فقط، إلا أنه يمكن، ولو استثناء، النظر في المسائل الواقعية، وهذا في الحقيقة يبين أن النقض يمنع للمحكمة العليا النظر في المسائل القانونية كقاعدة عامة وأصل، ويجوز أن تنظر في المسائل الواقعية استثناء.

الفرع الخامس: أقسام طرق الطعن باعتبار الحرية وعدمها في بيان أسباب الطعن:

بعد تقسيم طرق الطعن إلى طرق طعن عادية، وطرق طعن غير عادية أشهر وأهم وأفضل تقسيم عند أغلب الفقه الإجرائي القانوني⁽¹⁾، وحتى التشريعات الإجرائية تبنته⁽²⁾.

وقد اختلف الفقه القانوني في أساس ومعيار هذا التقسيم إلى اتجاهين:

- اتجاه يرى أن أساس تقسيم هذه الطرق إلى عادية وغير عادية هو تحديد أسباب الطعن⁽³⁾، فإن كانت أسباب الطعن عامة غير محدّدة ولا تحد من حرية الطاعن في بناء طعنه على أي وجه يراه، فإننا نكون بصدد طرق عادية، أما إذا كانت أسباب الطعن محدّدة حصرا، ومن ثم تحد من حرية الطاعن في تأسيس طعنه إلا على الوجوه التي نص عليها القانون حصرا، لا يجوز الخروج عليها، كنا بصدد طرق طعن غير عادية.

- في المقابل، يرى جانب من الفقه القانوني⁽⁴⁾ أن معيار تقسيم طرق الطعن إلى عادية وغير عادية

(1) - بغداددي، مولاي ملياني، الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص455. عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص861. النقيب، عاطف، أصول المحاكمات الجزائية دراسة مقارنة، منشورات عويدات، بيروت، باريس، ط1، 1986م، ص655. التحوي، محمود السيد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص06-07. عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص1206-1207. عوض، محمد، قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص222-223. سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص889. حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1194. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص684-685. الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص509. أمقران، بوبشير محمد، قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص309. حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص962-963.

(2) - انظر على سبيل المثال الكتاب الرابع في قانون الإجراءات الجزائية حيث عنوانه المشرع ب: «في طرق الطعن غير العادية»، حيث تناول في الباب الأول الطعن بالنقض من المادة 495 إلى المادة 530، وفي الباب الثاني طلب إعادة النظر (م531). وانظر كذلك قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث يعتبر الشريعة العامة للقوانين الإجرائية المدنية والإدارية والجزائية.

(3) - بشير، محمد، الطعن بالاستئناف، مرجع سابق، ص9-11. حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسهما. حومد، عبد الوهاب، المرجع والصفحة نفسهما.

(4) - بغداددي، مولاي ملياني، الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص455.

هو معيار الحكم النهائي، فيكون الطعن عاديا إذا انصب على حكم ابتدائي أي غير نهائي، ويكون غير عادي إذا وقع على حكم نهائي.

- وقد انتقد البعض⁽¹⁾ هذا المعيار كثيرا، وهو ما نستصوبه، وذلك لأن الحكم الصادر من الدرجة الثانية هو حكم نهائي، ومع ذلك يجوز الطعن فيه بالمعارضة إذا صدر غيايبا، فالحكم الغيابي الصادر من المجلس القضائي يمكن معارضته على الرغم من نهائيته وعدم جواز استثنائية وعليه فهذا المعيار الأخير غير سليم ولا يقف في وجه هذه المناقشات.

وإذا سقط المعيار الأخير، فإن المعيار الأول سليم وصحيح، بل أهو أفضل وأدق، إذ هو يبين فعلا دور الطاعن ومدى حريته وعدمها في تأسيس طعنه، ففي الطرق العادية لديه الكامل الحرية في تأسيس طعنه على أي سبب يراه، سواء كان قانونيا أو واقعيا، وسواء كان إجرائيا أو موضوعيا. وإليك بيان هذه الطرق بشيء من البيان.

أولا/- طرق الطعن العادية:

ويطلق عليها البعض اسم: «الطرق العامة»⁽²⁾، على أن أغلب الفقه القانوني يطلق عليها مصطلح: «الطرق العادية»⁽³⁾.

ويعرّف بعض الفقهاء القانونيين طرق الطعن العادية بقوله: «وهي طرق يسلكها كل خصم من خصوم الدّعى، ولأي سبب، ضمن الحدود التي رسمها القانون، ويحق للطاعن أن يشتكي من كل إجراء يظن أنه يلحق به ضررا، مثل الخطأ في الواقع، والخطأ في القانون لأنها طرق تقيد طرح الدّعى مرة ثانية في جميع حالتها لمحاكمة جديدة»⁽⁴⁾.

وقال باحث آخر: «طريق الطعن العادي هو ما أجازته القانون لكل خصم، وأيا كان العيب الذي ينهه على الحكم، فسواء أن يكون عيبا موضوعيا أو قانونيا، ومن ثم كان نطاق استعمالها متسعا جدا، وتهدف إلى إعادة طرح الدّعى على القضاء مرة ثانية، أي تجديد النزاع أما القضاء»⁽⁵⁾.

ويمكن أن نعرفها أيضا في ضوء هذا التعريف وما سبقها بأنها الطرق التي يمكن للطاعن أيقمها على خطأ عام غير محدد، ومن ثم يجوز رفعها مهما كان وجه الخطأ، فيكون للطاعن الحرية الكاملة في تأسيسها على ما يشاء من الأسباب والعيوب المتعلقة بالقانون أو الواقع، بالإجراءات أو بالموضوع.

(1) - بشير، محمد، المرجع والصفحة نفسهما.

(2) - عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 861.

(3) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 1194. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 684. حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 962. الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 509-511. سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 889. النحيوي، محمود السيد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 06-07.

(4) - حومد، عبد الوهاب، المرجع والصفحة نفسهما.

(5) - حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسهما.

وطرق الطعن العادية اثنان: المعارضة؛ والاستئناف.

والمعارضة طريق طعن عادي في الأحكام الغيابية سواء كانت صادرة من محكمة الدرجة الأولى أو الثانية، يرفعها من صدر ضده الحكم الغيابي إلى ذات الجهة القضائية التي أصدرته بقصد سحبه، وإعادة النظر فيه، إلغاء أو تعديلا⁽¹⁾.

أما الطعن بالاستئناف فهو طريق عادي في الأحكام الصادرة ابتدائيا من محاكم الدرجة الأولى أمام محاكم الدرجة الثانية والأخيرة بقصد إصلاحه وتصحيحه تعديلا أو إلغاء⁽²⁾.
ويسمى الطاعن: «مُستأنفاً»، وخصمه: «مُستأنفاً عليه».

ثانيا/ - طرق الطعن غير العادية (أو الاستثنائية):

ويسمى البعض بالطرق «الاستثنائية»⁽³⁾.

ويعرفها بعض الباحثين بأنها الطريق الذي «لا يميزه القانون إلا إذا كان الخصم ينعى على الحكم عيبا محدداً من عيوب نص عليها على سبيل الحصر، ولا يستهدف طريق الطعن غير العادي إعادة طرح الدعوى على القضاء مرة ثانية، وإنما يستهدف فحص الحكم في ذاته لتقدير قيمته، وتقرير إبعائه أو إبقائه»⁽⁴⁾.

ويمكن لنا أن نعرفها بأنها تلك الطرف التي لا يجوز رفعها إلا بناء على أسباب محددة ومحصورة قانونا، تستهدف الحكم نفسه الصادر من محكمة الموضوع للتأكد من سلامته القانونية كأصل، وسلامة وصحة وقائعه أحيانا.

- ومن خلال هذا التعريف وسابقه فإننا يمكن أن نستخلص مجموعة من الخصائص والمميزات لطرق الطعن العادية (الاستثنائية)، وذلك كالآتي:

- أن الطرق غير العادية هي: النقض؛ وطلب إعادة النظر.

(1) - عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 1243-1244. فودة، عبد الحكم، الموسوعة الماسية في المواد المدنية والجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 5-6. الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 525. بارش، سليمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 305. بغدادي، مولاي ملباني، الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 459. بن ملحمة، الغوي، القانون القضائي الجزائي، مرجع سابق، ص 352. منصور، إسحاق إبراهيم، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 1995م، ص 169. نجم، محمد صبحي محمد، شرح قانون الإجراءات الجنائية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3، 1992م، ص 129. سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 895. النقيب، عاطف، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 658. إبراهيمي، محمد، الوجيز في الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ج 2، ص 162. جابر، حسام محمد سامي، المعارضة في الأحكام الجنائية الغيابية، د م ن، ط 1، 2000م، ص 02. حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 1195. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 691. حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 970.

(2) - عمر، نبيل إسماعيل، المرجع نفسه، ص 1209. وانظر كتابه: الوسيط، في الطعن بالاستئناف، مرجع سابق، ص 07. بارش، سليمان، المرجع نفسه، ص 307. هرجه، مصطفى مجدي، الموسوعة القضائية، مرجع سابق، ج 2، ص 119. بن ملحمة، الغوي، المرجع نفسه، ص 373. سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص 921. حومد، عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 992. حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 1238. عبد الستار، فوزية، المرجع نفسه، ص 722. الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 549.

(3) - القرار الصادر بتاريخ: 28 سبتمبر 1998م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 174187، غير منشور. انظر: بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 160.

(4) - النقيب، عاطف، المرجع نفسه، ص 566-656.

ويعرّف أحد فقهاء القانون طلب إعادة النظر بقوله: «طريق طعن غير عادي يلتمس فيه المحكوم عليه إعادة النظر في الأحكام الباتة الصادرة بعقوبة في دعاوى الجناية أو الجنحة، بهدف الرجوع عنها أو تعديلها أو تخفيفها إذا ظهر أنها مشوبة بخطأ جسيم في الوقائع»⁽¹⁾. وقال باحث آخر في تعريفه: «إعادة النظر طريق طعن غير عادي، يقرره القانون في حالات حددها القانون على سبيل الحصر ضد أحكام الإدانة الباتة في الجنايات والجنح لإصلاح خطأ قضائي تعلق بتقدير وقائع الدعوى»⁽²⁾. هذه بعض التعاريف، وهناك غيرها⁽³⁾. أما النقض فسيأتي تعريفه بالتفصيل.

– أن الطرق غير العادية لا تبني إلا على أسباب محدّدة ومحصورة قانوناً، فلا يجوز إحداث سبب لم ينص عليه القانون، ولو كان هذا لسبب وارد في الدستور والمعاهدات الدولية، وقد قضت المحكمة العليا بأن «خرق أحكام الدستور والمعاهدات الدولية غير وارد ضمن الأوجه التي يجب أن يبنى عليها الطعن بالنقض، ومن ثم يتعين رفض الوجه المثار المأخوذ من مخالفة المادة 47 من الدستور»⁽⁴⁾، ومخالفة المادة 1/9 من العقد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية»⁽⁵⁾.⁽⁶⁾

ولنا تعليق بخصوص هذه المسألة وهي عدم جواز رقابة القضاء الجزائي على دستورية القوانين، حيث إنّه إذا كان المؤسس الدستوري قد حدد الهيئة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين والمعاهدات هي المجلس الدستوري طبقاً للمادة 163 إلى المادة 169 من دستور 1996م، وهذا الاختصاص حصري له، وأنه بمقتضى هذه المواد لا يجوز للقضاء سواء المدني أو الإداري أو الجزائي أن يراقب مدى دستورية نص قانوني معين، وإلا كان متعدياً على الدستور ومتجاوزاً للسلطة المحدّدة وفقاً للدستور، وإذا هذا الأمر منطقي فإن غير المنطقي في رأينا هو الوقوع في هذا الوضع القانوني الشاذ حيث إنّ النص القانوني مخالف للدستور، وكذلك للعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، التي صادقت عليها الجزائر في 1989م⁽⁷⁾، وكان الدستور الدستور ينص على أن المعاهدات الدولية التي تصادق عليها الجزائر تعلقو الدستور ذاته⁽⁸⁾، فكيف يعد كل هذا أن تطبق المحكمة العليا والقضاء ككل نصوصاً قانونية مخالفة تصريح الدستور والاتفاقيات الدولية

(1) – الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 671.

(2) – حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 1542.

(3) – هرجة، مصطفى مجدي، الموسوعة القضائية في المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ج 2، ص 294. عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 1265. بوشير، محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 338. إبراهيمي، محمد، الوجيز في الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ج 2، ص 222. بارش، سليمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 318. عبد المنعم، سليمان، أصول الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 562. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 916-917.

(4) – تنص المادة 47 من دستور 1996م بما نصه: «لا يتابع أحد، ولا يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون، وطبقاً للأشكال التي نص عليها».

(5) – تنص المادة 1/9 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر سنة 1966م بما نصه: «لكل فرد حق في الحرية وفي الأمان على الشخصية، ولا يجوز توقيفه أحد أو اعتقاله تعسفاً، ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون، وطبقاً للإجراء المقرر فيه».

(6) – قرار غير منشور صادر بتاريخ: 26 جويلية 1999م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 190606. أنظره في: بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 197.

(7) – انظر المرسوم الرئاسي رقم: 89-67 المؤرخ في: 11 شوال عام 1409هـ الموافق لـ 16 مايو سنة 1989م يتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم: 16 ديسمبر سنة 1966م. الجريدة الرسمية، ع: 20، س: 26، المؤرخة في: 17/5/1989م.

(8) – تنص المادة 132 من دستور 1996م بما نصه: «المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون».

المصادق طبقا للدستور؟ ألا يعد هذا في ذاته انتهاكا خطيرا للدستور، وتعديا عليه هذا الدستور الذي صوت وصادق عليه الشعب في يوم 28 نوفمبر 1996م، ثم بعد ذلك تطبق على أفرادهِ نصوص غير دستورية في صدد نزاع معين، أليس هذا إمعان في احتقار الدستور، وفي الحجر غير القانوني على القضاء؟

- إننا صحيح نقر المحكمة العليا في ما قررتَه في القرار السابق ذكره من عدم جوار رقابتها على مدى دستورية القوانين والمعاهدات الدولية، تطبيقا للنصوص الدستورية واحترامه واحترام الشعب الذي صادق عليه، ولكن كان على المؤسس الدستوري، وهو يضع قواعد الرقابة الدستورية للمجلس الدستوري أن يميز لكل متقاض أن يدفع بعدم دستورية نص قانوني معين وهو في نزاع أمام القضاء، وهذا ما يقره الدستور التونسي الصادر في 26 جانفي 2014م حيث يميز ذلك⁽¹⁾، وهذا بخلاف الدستور الجزائري.

ولذا نقترح دسترة حق كل متقاض في الدّفع بعدم دستورية قانون معين أمام المجلس الدستوري، وأن القضاء لا يجوز له الفصل في النزاع حتى يقرر المجلس الدستوري في الدّفع الذي تقدم به أحد الخصوم.

ولا شك أنه إذا تم القيام بدسترة هذا الاقتراح، أن تحصل عدة فوائد، وهي: رفع الحرج عن القضاء والقضاة في تطبيق نصوص قانونية قد تكون غير مطابقة للدستور، تمكين المواطنين والمتقاضين من ممارسة ودورهم في الرقابة على دستورية القوانين عن الدّفع، ومن ثم تدعين وتأكيد العدالة لدى المواطن والمتقاضي، وأنه أمام قضاء عادل وفضلا عن تأكيد وتعزيز الثقة السياسية بين المواطن ومؤسساته ودولته السياسية والقضائية والتشريعية والتنفيذية، وأنه محمي في جسده وحرية وحياته وممتلكاته، وأن لا سلطة تعلق فوق سلطة القانون العادل الحق المنصف.

- أن الطرق الطّعن غير العادية لا تستهدف طرح الدّعوى بكل عناصرها الموضوعية والقانونية مرة ثالثة لنظرها وفحصها، وإنما يعكس ذلك تطرح الحكم القضائي ذاته الذي صدر في الدّعوى من أجل فحصه ومناقشته وليس في الجوانب، بل في جانب واحد هو الجاني القانوني فقط⁽²⁾.

أي محاكمة الحكم القضائي⁽³⁾، وهذا كقاعدة عامة يجوز أن تنظر الموضوع في حالات استثنائية، كما كما هو الحال في نظر الطّعن الثالثة ولا يمكن عدّها درجة من درجات التقاضي، وإنما تنظرها جهة قضائية أعلى واحدة، ولا متعددة، تنظر في الحكم من جانب القانون فقط، كقاعدة عامة بهدف توحيد تفسير القانون وحسن تطبيق العدالة⁽⁴⁾.

ولذا توجد في الجزائر المحكمة العليا، وفي تونس محكمة لتعقيب، وفي المغرب محكمة النقض.

(1) - انظر الفصل 123 من دستور 26 جانفي 2014م.

(2) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1194، الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص510.

(3) -G.STEFANI et G.Levasseur, procédure pénale, p 538.

الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص510.

(4) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص1373-1377. سرور، أحمد فتحي، النقض، مرجع سابق، ص30-38.

المبحث الثالث: الطعن بالنقض: تعريفا، وخصائصا، وأنواعا، وتمييزا:

نتناول في هذا المبحث الطعن بالنقض في جوانبه النظرية، وذلك من حيث المصطلح، والتعريف، والخصائص الذاتية له، وأنواعه، ثم في الأخير تمييز عن طرق الطعن الأخرى من المعارضة، والاستئناف وطلب إعادة النظر، وذلك من خلال أوجه الموافقات، والفروق. وواضح من خلال هذا البيان أن المبحث يركز بشكل أساسي على الجوانب النظرية، لا الجوانب الشكلية والعملية.

على أنه لا يجوز أن يفهم من هذا أن هذه الجوانب النظرية ليست ذات أهمية كبرى، بل الصحيح أن لها ذات الأهمية التي للجوانب الإجرائية، خاصة وأن القاعدة المنهجية تنص على أن «الحكم على الشيء فرع عن تصوره»، وإذا نحن في الجوانب النظرية نحاول أن نتصور الطعن بالنقض في ماهيته تعريفا وخصائصا وأنواعا.

وبناء عليه، فإننا نتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب كالاتي:

المطلب الأول: الطعن بالنقض: المصطلح والدلالة.

المطلب الثاني: الطعن بالنقض خصائصه وتمييزه عن غيره من طرق الطعن.

المطلب الثالث: أنواع الطعن بالنقض.

وإليك هذه المطالب بالتسلسل.

المطلب الأول: الطعن بالنقض: المصطلح والدلالة:

يستهدف هذا المطلب الوقوف على المصطلح وعلى التعريف، فإذا كان من المعلوم قانونا أن المصطلح الذي يستعمله القانون هو النقض (المواد 495-530 ق.إ.ج)، فهل استعملت التشريعات المقارنة محل الدراسة المصطلح ذاته؟ أم اختلفت، وما هو المصطلح المستعمل في كل تشريع؟ وما هو فوق ذلك المصطلح الأدق؟

ثم بعد ما هو تعريف الطعن بالنقض؟

وبناء على هذا التحليل، فإن هذا المطلب ينقسم إلى فرعين كالاتي:

الفرع الأول: مصطلح النقض ومقابله في التشريعات المقارنة.

الفرع الثاني: تعريف الطعن بالنقض اصطلاحا.

وإليك بيان هذه القضايا.

الفرع الأول: مصطلح «النقض» ومقابله في التشريعات المقارنة:

أولا- التشريع الجزائري يستعمل مصطلح «النقض»:

يستعمل المشرع الجزائري في الطعن أمام المحكمة العليا مصطلح «النقض»، وهذا في المواد الجزائية والإدارية والمدنية.

ففي المواد الجزائية من المادة 495 إلى 530 ق.إ.ج، حتى أنه أورد في الباب الأول من الكتاب الرابع عنوانا له هو: «في الطعن بالنقض»، ومقابلته باللغة الفرنسية: [Du pourvoi en cassation]. والنقض بالفرنسية: [Cassation]، وهذه الأخيرة مشتقة من: [Casse] التي تعني: كسر، قصف، تكسير، تحطيم. ومنها: [Cassable] ومعناها: يكسر، قابل للانكسار، أو الكسر. وأما: [Cassage] فتعني: كسر، تكسير، انكسار⁽¹⁾.

بينما المقصود منها في الاصطلاح باللغة الفرنسية هو أن لها معنيان عام وخاص.

- فالعام هو: إلغاء (أو إبطال) القرار القضائي، القانوني، أو الإداري من طرف محكمة مختصة.

[Annulation d'une décision juridictionnelle, juridique ou administrative par une cour compétente⁽²⁾].

- أما المعنى الخاص فهي: إلغاء (أو إبطال) محكمة النقض، أو مجلس الدولة، قرار قضائي صادر من آخر درجة.

[Annulation par la cour de cassation ou le conseil d'état d'une décision juridictionnelle rendue en dernier ressort⁽³⁾].

- وأما محكمة النقض: فهي سلطة الإلغاء في النظام القضائي.

[Cour de cassation: juridiction suprême de l'ordre judiciaire⁽⁴⁾].

أما المحكمة العليا فيقابلها بالفرنسية في التشريع الجزائري عبارة: [La cour suprême]، وهي تعني: محكمة عليا، لأن لفظة: [Suprême] تعني: فائق، عال، رفيع، سام⁽⁵⁾.

أما في باقي التشريعات المقارنة المعتمدة في الدراسة فقد تباينت في ذلك، وذلك كالآتي:

ثانيا/ - التشريعات التي تأخذ بمصطلح «النقض»:

يأخذ التشريع المصري، والتشريع السوري، والتشريع المغربي بمصطلح «النقض».

⁽¹⁾ إدريس، سهيل، المنهل - قاموس عربي - فرنسي، مرجع سابق، ص 213.

⁽²⁾ - Le nouveau petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Edition de 1973, p362.

⁽³⁾ - Le nouveau petit Robert, p362.

⁽⁴⁾ - Op, cite, p362.

⁽⁵⁾ - إدريس، سهيل، المنهل - قاموس عربي - فرنسي، مرجع سابق، ص 1160.

- فالمشروع المصري وضع قانونا خاصا بالطعن بالنقض هو القانون رقم: 57 لسنة 1959م بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض. حيث أورد فيه هذا المصطلح في القانون الذي جاء في 47 مادة قانونية.

- أما السوري فقد أورده في الباب الحادي عشر «النقض» من قانون أصول المحاكمات الجزائية، من المادة 336 إلى المادة 366ق.أ.م.ج السوري.

على أنه من المفيد الإشارة أنه في مصر كانت المواد المتعلقة بالطعن بالنقض ضمن قانون الإجراءات الجزائية من المادة 420 إلى المادة 440 ق.إ.ج غداة صدوره سنة 1950م. وفي سنة 1959م صدر القانون 57 لسنة 1959م بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض يفرد أحكام النقض في قانون خاص به.

والملاحظ كذلك أنّ هذا التعديل الذي صدر سنة 1959م لم يشمل مصر فقط، وإنما شمل أيضا سوريا زمن الوحدة مع مصر، من 1958 إلى 1961م، ومباشرة بعد إلغاء الوحدة تم التراجع عن التعديل السابق، فصدر في سوريا المرسوم التشريعي رقم: 99 بتاريخ: 15/11/1961م، حيث تم إعادة إدراج المواد المتعلقة بالنقض وهي المواد 336 إلى 366 إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية⁽¹⁾.

على أنه مما يجب الإشارة إليه أيضا أن محكمة النقض في سوريا لم تكن تسمى بهذا الاسم قبل الوحدة، وإنما كانت تسمى «محكمة التمييز»⁽²⁾. وكذلك الحال في المغرب، خاصة بعد التسمية الجديدة للمحكمة، وهي: «محكمة النقض»، بدلا من تسمية اصطلاح: «المجلس الأعلى».

ثالثا- التشريع اللبناني يستعمل مصطلح: «التمييز»:

أما التشريع اللبناني فإنه استعمل مصطلحا مختلفا تماما عن «النقض» المستعمل في الجزائر ومصر وسوريا والمغرب، حيث إنه يستعمل مصطلح: «التمييز». فقد جاء الباب الرابع، والذي عنوانه: «محكمة التمييز» من المواد 295 إلى المادة 354 ضمن عشرة فصول من قانون أصول المحاكمات الجزائية، مستعملا هذا المصطلح.

وهذا المصطلح «التمييز» تسرّب إلى التشريع اللبناني المذكور أعلاه من قانون الأصول الجزائية للدولة العثمانية الصادر سنة 1879م⁽³⁾، وكذا من مجلة الأحكام العدلية⁽⁴⁾. مع العلم أن قانون الأصول الجزائية العثماني اقتبس من القانون الفرنسي⁽¹⁾.

(1) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص1058. الهامش الثالث.

(2) - حومد، عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص1047-1048. الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص618.

(3) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص1046.

(4) - انظر المادة: 1830 من مجلة الأحكام العدلية، حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص467. رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ج2، ص1183-1187.

رابعا/- التشريع التونسي يستعمل مصطلح: «التعقيب»:

من جهة أخرى يستعمل المشرع التونسي مصطلح «التعقيب»، وهو ما أوردته مجلة الإجراءات الجزائية في الباب الأول منه المعنون ب: «في التعقيب» من الكتاب من الثالث من المجلة، ومن الفصل 258 إلى الفصل 276 م.إ.ج التونسية.

و«التعقيب» باللغة الفرنسية: [Commentaire] و [Explication]⁽²⁾.

وتبعاً لذلك فإن المحكمة المختصة بنظر الطعن بالتعقيب، تسمى: «محكمة التعقيب»، ومقابلها بالفرنسية هو: [Du pourvoi en cassation].

ولكن هذه الترجمة في رأينا غير دقيقة، حيث يترجمها البعض إلى [La cour révision]⁽³⁾.

وأياً كان الأمر، فالمسلّم به أن الطعن بالتعقيب هو تماماً الطعن بالنقض والتمييز.

وفي المفاضلة بين هذه الاصطلاحات، فإننا نفضل مصطلح «التمييز» على «النقض». وذلك لدقته، خاصة وأن مصطلح «النقض» عيبه اللغوي أنه يدل على أن المحكمة التي تنظره تنقض الأحكام فقط، مع أنها تؤيدها أيضاً وتبرمها، لذلك كان تعبير «التمييز» أوفى بالقصد، ومع ذلك فتعبير «النقض» أصبح دارجاً ومألوفاً⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: تعريف الطعن بالنقض اصطلاحاً:

يُعرّف بعض فقهاء القانون الطعن بالنقض بأنه: «طريق طعن غير عادي لنقل الحكم أو القرار المطعون فيه أمام محكمة النقض، بهدف نقضه لمخالفته أحكام القانون»⁽⁵⁾.

وطبعاً، هذا التعريف صحيح بالنسبة للدول التي تعتمد مصطلح: «محكمة النقض»، كما هو الحال

في مصر والمغرب وسوريا، وكذا فرنسا إذا ترجمنا: [La cour de cassation] إلى «محكمة النقض».

أما في الجزائر فنقول: «المحكمة العليا»، وفي تونس: «محكمة التعقيب»، وكل هذا سبق أن أشرنا إلى النصوص القانونية المتعلقة به، فلا نكرها.

(1) - حومد، عبد الوهاب، المرجع والصفحة نفسهما.

(2) - جبور، عبد النور، معجم عبد النور المفصل: عربي - فرنسي، دار العلم للملايين، بيروت، ط10، 2006م، ج1، ص541.

(3) -

(4) - حومد، عبد الوهاب، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية، مرجع سابق، ص347.

(5) - MERLE ET VITU, p690-691. STEFANONI ET LEVASSEUV, p558.

نقلا عن: الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص617.

ويقول باحث آخر: «الطعن بالنقض طريق غير عادي، فهو لا يرمي إلى إعادة نظر الدَّعوى، وإنما يستهدف النظر في مدى مطابقة الحكم للقانون، سواء فيما يتعلَّق بالقواعد الموضوعية التي طبقها على وقائع الدَّعوى، أو فيما يتعلق بالقواعد الإجرائية التي استند إليها، أو اللازمة لصدوره»⁽¹⁾.

وقال فقيه قانوني ثالث: «النقض طريق طعن غير عادي في الأحكام النهائية الصادرة عن آخر درجة في الجنايات والجنح، ويستهدف الطعن بالنقض فحص الحكم للتحقق من مطابقته للقانون، سواء من حيث القواعد الموضوعية التي طبقها، أو من حيث إجراءات نشوئه أو الإجراءات التي استند إليها. ولا يهدف الطعن بالنقض إلى إعادة عرض الدَّعوى على القضاء»⁽²⁾.

ويقول باحث آخر: «الطعن بطريق النقض طريق من طرق المراجعة الاستثنائية، غايته نقض القراءات المرفوعة إلى محكمة النقض لمخالفتها أحكام قوانين الموضوع أو قوانين الشكل»⁽³⁾.

وما يعاب على هذا التعريف أنه واقع في الدور، حيث ذكر كلمة النقض في التعريف وهذا لا يجوز.

هذه بعض التعاريف للطعن بالنقض، وهناك بعضها⁽⁴⁾، وهي كلُّها تتفق على هذا التعريف:

النقض هو طريق طعن غير عادي ضد الأحكام النهائية، سواء صدرت من محاكم الدرجة الأولى، أو من محاكم الدرجة الثانية، بهدف إبطالها مما يكون قد شابها من أخطاء في القانون لا في الواقع، سواء كان هذا الخطأ في مخالفة القانون، أو في تطبيقه، أو تأويله، وسواء كان هذا القانون شكليا أم موضوعيا. يتم وفق شروط محددة، وإجراءات خاصة مع إحالة القضية إلى الجهة القضائية التي صدر منها الحكم للفصل من جديد في الموضوع.

المطلب الثاني: الطعن بالنقض خصائصه وتمييزه عن غيره من طرق الطعن:

بعد أن بينا حقيقة مصطلح النقض واستعماله في مختلف التشريعات المقارنة، وبعد بيان تعريفه اصطلاحا، بقي علينا أن نقف على خصائصه التي تميزه عن غيره، وكذلك تمييزه عن باقي طرق الطعن.

ولذا فإن هذا المطلب ينقسم إلى فرعين كالآتي:

الفرع الأول: خصائص الطعن بالنقض.

الفرع الثاني: تمييز الطعن بالنقض عن غيره من طرق الطعن.

وإليك بيان هذه الفروع بالتسلسل.

(1) - عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 810.

(2) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 1356.

(3) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 1046.

(4) - عبد المنعم، سليمان، أصول الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 654. ثروت، جلال، وعبد المنعم، سليمان، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 602. بارش، سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 313-318. منصور، إسحاق إبراهيم، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية الجزائي، مرجع سابق، ص 145. بغدادي، مولاي ملياني، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 503. وانظر أيضا تعريفه في المواد المدنية: عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 1264. إبراهيمي، محمد، الوجيز في الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ج 2، ص 238. أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 888. بن ملحة، الغوثي، القانون القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 354.

الفرع الأول: خصائص الطعن بالنقض:

يقصد بخصائص الطعن بالنقض هنا مميزاته الذاتية الخاصة به، دون النظر إلى غيره من طرق الطعن. أي الاقتصار على ما ورد في التعريف النهائي الذي توصلنا إليه.

وبالرجوع إلى التعريف المذكور أعلاه يمكن أن نقف على جملة من الخصائص الذاتية هي إجمالاً:

- النقض طريق طعن غير عادي (استثنائي).
 - الطعن بالنقض يكتفي بإبطال القرار القضائي فقط دون إصلاحه.
 - الطعن بالنقض لا يكون إلا في القرارات المخالفة للقانون لا الواقع.
 - الطعن بالنقض لا يكون إلا أمام جهة قضائية وحيدة وهي المحكمة العليا.
- وإليك بيان هذه الخصائص بالترتيب.

أولاً: النقض طريق طعن غير عادي (أو الطابع الاستثنائي للنقض):

لعل أهم⁽¹⁾ خاصية للطعن بالنقض أنه طريق طعن غير عادي، أو استثنائي بحسب اصطلاح بعض الفقهاء⁽²⁾. وقد وصف بذلك لأنه لا يقبل إلا إذا كان الطاعن يعنى على الحكم عيباً معيناً يتعلق بالقانون لا بالواقع، وهذه العيوب محددة حصراً بالقانون، كما سنراه لاحقاً.

سواء كان هذا العيب متعلقاً بالقانون الموضوعي (قانون العقوبات) أو متعلقاً بالقانون الشكلي (قانون الإجراءات الجزائية).

وإذا فالطعن بالنقض له خاصية استثنائية⁽³⁾ يتجلى في المظاهر الآتية:

- أنه لا يقبل إلا بعد استنفاد طرق الطعن العادية في الحكم (من المعارضة والاستئناف)، وينتج عن ذلك عدم قبوله في حكم ما يزال قابلاً للطعن بطريق عادي. وهو ما تقضي به المادة 2/495 ق.إ.ج، والمادتان 30 و32 ق.ح.إ.ط.ن المصري، فلا يجوز الالتجاء إلى الطعن بالنقض إلا إذا استنفدت طرق الطعن العادية في الحكم فلم تمد الطاعن في إزالة العيب الذي يتعاه على الحكم. أما إذا كان بعض هذه الطرق ما يزال متاحاً، فمن المتعين الالتجاء إليه، فقد يجدي ويفيد في إزالة عيب الحكم⁽⁴⁾.

وبالإضافة إلى ذلك، فإنّ الطعن بالنقض في حكم قابل للطعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف يخلق مشكلة ولا يضع حلاً، فقد يلغى الحكم بناء على المعارضة أو الاستئناف فيصير النقض غير ذي موضوع

(1) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1358. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص810.

(2) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص1046.

(3) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1358-1387.

(4) - حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ج2، ص1358-1387.

ينصرف إليه. وإذا قيل: إنَّ الطعن بالنقض ينهي سلطة محكمة المعارضة أو الاستئناف فمؤدَّى ذلك حرمان الخصم من حقه في الطعن بالطريق العادي⁽¹⁾.

- أنَّ الطعن بالنقض لا يجوز إذا كان مستندا إلى أسباب أهمل الخصم في إثارتها مقتضيا تحقيقا موضوعيا، فإذا صدر حكم من محكمة الدرجة الأولى خاليا من الأسباب أو أن قاصرة أو متناقضة، ولم تتم إثارتها من قبل الطاعن أمام محكمة الدرجة الثانية (الغرفة الجزائرية بالمجلس القضائي)، فإنه لا يجوز إثارتها أمام المحكمة العليا لأول مرة، لأنه كان يتعين على الطاعن إثارتها أمام الغرفة الجزائرية بالمجلس بصدد النظر في استئنافه، باعتبارها أسبابا لاستئنافها، فإذا كان لم يثرها فهو مقصر ومهمل، ولا يقبل منه أن يستمد من تقصيره وجها للنقض⁽²⁾.

وهذا ما قضت به المادة 501 ق.إ.ج بقولها: «لا يجوز أن تثار من الخصوم أوجه البطلان في الشكل أو في الإجراءات لأول مرة أمام المحكمة العليا، غير أنه يستثنى من ذلك أوجه البطلان المتعلقة بالقرار المطعون فيه والتي لم تكن تعرف قبل النطق به.

ويجوز إبداء الأوجه الأخرى في أية حالة كانت عليها الدَّعوى».

وبناء عليه قضت المحكمة العليا أنه لا يجوز أن يثار لأول مرة أمام المحكمة العليا بطلان الطلب الافتتاحي لإجراء التحقيق، أو بطلان قرار الإحالة⁽³⁾، أو الدَّفْع ببطلان التكليف بالحضور إذ يجب تقديمه قبل الشروع في الدفاع في الموضوع، وعدم إثارته قبل ذلك يجعله فائتا لأوانه، ولا يمكن التمسك به لأول مرة أمام المحكمة العليا⁽⁴⁾. أو البطلان المبني على سوء تطبيق إجراء التلبس في قضية ما⁽⁵⁾، أو الدَّفْع ببطلان الإجراءات⁽⁶⁾، أو الدَّفْع بخرق المحكمة لأحكام المادة 3/338 ق.إ.ج بخصوص تنبيه رئيس الجلسة للمتهم بحقه في طلب مهلة لإعداد دفاعه والتنويه في الحكم عن هذا التنبيه وعن إجابة المتهم، فلا يجوز أن يثار هذا الدَّفْع الأول أمام المحكمة العليا⁽⁷⁾، وإنما يجب أن يثار أمام محكمة الموضوع.

(1) - حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ج2، ص1387.

(2) - حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ج2، ص1358-1421.

(3) - قرار صادر بتاريخ: 05 جانفي 1971م، (عن غ.ج.)، (ن.ق.)، ع: 02، س 1968م، ص58. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص197.

(4) - قرار صادر بتاريخ: 26 نوفمبر 1981م، (عن غ.ج.)، مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص206. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص198.

(5) - قرار صادر بتاريخ: 09 نوفمبر 1982م، (عن غ.ج.)، (ن.ق.)، ع: 02، س 1983، ص83. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص198.

(6) - قرار صادر بتاريخ: 21 ماي 1995م، (عن غ.ج.م.)، في الطعن رقم: 116299. والقرار الصادر بتاريخ: 24 فيفري 1997م، (عن غ.ج.م.)، في الطعن رقم: 139546. والقرار الصادر بتاريخ: 12 ماي 1997م، (عن غ.ج.م.)، في الطعن رقم: 147971. والقرار الصادر بتاريخ: 09 جوان 1997م، (عن غ.ج.م.)، في الطعن رقم: 139091. والقرار الصادر بتاريخ: 07 سبتمبر 1997م، (عن غ.ج.م.)، في الطعن رقم: 133030، قرارات غير منشورة. والقرار الصادر بتاريخ: 05 جانفي 1971م (عن غ.ج.)، (ن.ق.)، س 1971م، ص50. والقرار الصادر بتاريخ: 05 فيفري 1981م، (عن غ.ج.)، مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص164. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص197-198.

(7) - قرار غير منشور صادر بتاريخ: 23 فيفري 1998م، (عن غ.ج.م.)، في الطعن رقم: 155925. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص135-198.

وقد اعتبرت المحكمة العليا أن عدم الدَّفْع بأوجه البطلان في الشكل أمام قضاة الموضوع إذا كانت معروفة لديهم قبل النطق بالحكم أو القرار المطعون فيه بأنه تنازل ضمني عن التمسك بالبطلان⁽¹⁾.
والعلة في ذلك هي أن هذه المسائل تعتبر من الموضوع لا من القانون، والمحكمة العليا محكمة قانون لا محكمة وقائع وموضوع.

في المقابل، قضت المحكمة العليا بجواز إثارة الدَّفْع بخرق مبدأ التقاضي على درجتين في أية مرحلة من مراحل الدَّعوى وحتى لأول مرة أمام المحكمة العليا، لأنَّه من النَّظام العام⁽²⁾، كما يجوز إثارة بطلان تشكيلة محكمة الأحداث واختصاص غرفة الأحداث في أية مرحلة كانت عليها الدَّعوى، ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، لكونها من المسائل المتعلقة بالنَّظام العام⁽³⁾. والقاعدة أن الإجراءات الجوهرية المتعلقة بالنَّظام العام يجوز إثارتها في أية مرحلة⁽⁴⁾.

- القاعدة والأصل العام أنَّ المحكمة العليا لا تنظر إلا في الأسباب المثارة في خلال ميعاد الطعن. وهذا ما نصت عليه المادة 35ق النقض المصري، إلا أنَّه يجوز للمحكمة العليا أن تشير من تلقاء نفسها الأوجه المنصوص عليها بالمادة 500ق.إ.ج، وتطابقها المادة 2/35 ق.ح.إ.ط.ن المصري.

فإذا تبين للمحكمة التي تنظر النقض أنَّ الحكم قد خالف القانون كان لها أن تصححه بنفسها إذا كان عيبه مخالفة القانون الموضوعي. أما إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم، فإن نقض الحكم يتبع بإحالة الدَّعوى إلى محكمة الموضوع، وهذا إعمالاً للمادة 39 ق.ح.إ.ط.ن المصري.
- أن الطعن بالنقض لا يتم إلا بناء على أسباب محددة ومحصورة قانوناً، وهي الأسباب المنصوص عليها بالمادة 500ق.إ.ج، حيث لا يجوز أن يبنى الطعن بالنقض إلا على أحد الأوجه الآتية:

- عدم الاختصاص،
- تجاوز السلطة،
- مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات،
- انعدام أو قصور الأسباب،
- إغفال الفصل في وجه الطلب أو في أحد طلبات النيابة العامة،

⁽¹⁾ - قرار غير منشور صادر بتاريخ: 05 جانفي 1982م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 28278. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص346.

⁽²⁾ - قرار صادر بتاريخ: 02 ديسمبر 1980م، (عن غ.ج)، مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص29. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص197-198.

⁽³⁾ - قرار صادر بتاريخ: 23 أكتوبر 1984م، (عن غ.ج)، (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص232. وانظره أيضاً في: بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص198. قرار صادر بتاريخ: 01 مارس 1988م من القسم الأول للغرفة الجنائية الثانية، في الطعن رقم: 47507، (م.ق)، ع: 02، س: 1990م، ص296. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص140.

⁽⁴⁾ - قرار صادر بتاريخ: 18 ديسمبر 1975م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 12407. وقرار صادر بتاريخ: 21 أبريل 1981م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 19782. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص347.

- تناقض القرارات الصادرة من جهات قضائية مختلفة في آخر درجة أو التناقض فيما قضى به الحكم نفسه أو القرار،

- مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيق،

- انعدام الأساس القانوني.

فإذا طعن أحد الخصوم بالنقض دون تأسيس طعنه على وجه من هذه الأوجه، كان طعنه غير مقبول نهائياً، وتعرض للرفض في الموضوع.

- أن الطعن بالنقض يخضع لدفع الرسم القضائي تحت طائلة عدم القبول ويستثنى من هذا الطعون المرفوعة من النيابة العامة. وهذا إعمالاً للمادة 506 ق.إ.ج.

فيخضع طعن المحكوم عليه بعقوبة جنحة أو مخالفة لدفع الرسم القضائي وإلا كان غير مقابل. ويسدد هذا الرسم في وقت رفع الطعن وإلا كان غير مقبول، وذلك فيما عدا ما إذا كانت المساعدة القضائية قد طلبت.

ويعفى من دفع الرسم المحكوم عليهم بعقوبات جنائية، والمحكوم عليهم المحبوسون تنفيذاً لعقوبة الحبس مدة تزيد على الشهر.

ويكون سداد الرسم إما لقلم كتاب المحكمة العليا أو لقلم التسجيل المقرر لدى الجهة التي أصدرت القرار المطعون فيه، وكل هذا إعمالاً للمادة 506 ق.إ.ج.

ودفع الرسم القضائي مظهر من مظاهر الطابع الاستثنائي للطعن بالنقض، وهذا ما لا نجد له طريق الطعن العادية (المعارضة والاستئناف).

- إن الطعن بالنقض إذ تم سلوكه، فإنه لا يسلك إلا بغرض تحقيق مصلحة مشروعة، وتصحيح الحكم من الخطأ الواقع فيه، وتحسين العدالة هذا هو الأصل المقطوع به. فإذا سلكته الطاعن ليس من أجل تحقيق هذه الأهداف السامية، وإنما من أجل إلحاق الضرر بأحد أطراف الخصومة، وذلك عن طريق التعسف في استعمال حق الطعن بالنقض، فإنه جزاء له يجوز للمحكمة العليا إذا ما انطوى الطعن على تعسف:

1- أن تحكم على الطاعن بغرامة لا تتجاوز 500 دينار لصالح الخزينة،

2- أن تحكم عليه بالتعويضات المدنية للمطعون ضده.

وكل هذا إعمالاً للمادة 525 ق.إ.ج.

وطبعاً، فهذا الإجراء أو هذا الحكم هو خاص فقط بالطعن بالنقض دون باقي الطعون وخاصة العادية، وهذا ما يؤكد مرة أخرى الطابع الاستثنائي والاحتياطي للطعن بالنقض، والعلّة في ذلك الطعن العادي حق يفترض فيه الإضرار بالخصم الآخر بخلاف النقض.

ونشير فقط أنه في حال ما إذا انطوى الطعن بالنقض على تعسف وحكمت المحكمة العليا بالغرامة وبالتعويضات المدنية للمطعون ضده، فإن حكمها هنا هو حكم في الموضوع، كما سنراه لاحقاً.

- هذه أهم مظاهر كون الطعن بالنقض طعناً غير عادي، وهي كلها «تؤكد الطابع الاستثنائي والاحتياطي للنقض، ووضوح خطة الشارع في ألا يتجه إلا للخصم حريص، تمسك بأوجه دفاعه أمام محكمة الموضوع، واستعمل طرق الطعن العادية التي قررها القانون له»⁽¹⁾.

ثانياً: الطعن بالنقض لا يتناول إلا الجانب القانوني لدعوى دون التعرض لوقائعها:

من الخصائص الجوهرية⁽²⁾ للطعن بالنقض أنه يقتصر على البحث والفحص في الجانب والشق القانوني للدعوى والحكم دون التعرض لوقائعها، بمعنى أن المحكمة التي تنظر الطعن تسلم ما أثبتته قاضي الموضوع من وقائع، ولا تعيد تقييم الأدلة أو تقدير الأدلة، وإنما تتحقق من صحة تطبيق القانون على هذه الوقائع، وتأويله تأويلاً صحيحاً، ومن سلامة الإجراءات التي اتبعت في المحاكمة. فإذا ظهر لها مخالفة الحكم أو القرار للقانون، سواء كان القانون موضوعياً أم شكلياً إجرائياً، فإنها تنقض الحكم، وإلا فإنها وجب عليها رفض الطعن.

وهكذا فإن الطعن بالنقض لا يطرح على المحكمة التي تنظره الدعوى من حيث الوقائع والموضوع، خاصة وأن الموضوع تم نظره على درجتين عادة قيل أن يطعن فيه بالنقض.

بمعنى آخر أن الحكم القضائي بمجرد الطعن فيه بالنقض ينفصل ويستقل الجانب القانوني عن الجانب الواقعي الموضوعي، استقلالاً تاماً، وتنصرف المحكمة التي تنظر النقض إلى الجانب القانوني فقط ودون الموضوعي، ولهذا السبب وصف الطعن بالنقض بأنه: «محاكم للحكم»⁽³⁾. وأنه «نوع من الشكوى ضد محكمة الموضوع»⁽⁴⁾.

وبناء عليه فإن لا اختصاص للمحكمة التي تنظر النقض في شأن الوقائع والموضوع، وأنه أيضاً لا يقبل أي جدل موضوعي أمامها⁽⁵⁾.

وقد جاء في أحد قرارات محكمة النقض المصرية ما عبارته: «لا تختص محكمة النقض إلا بتقويم المعوج من جهة القانون ليس إلا، فهي مكلفة بأن تأخذ ما أثبتته قاضي الموضوع قضية مسلمة وأن تبحث فيه، فإن وجدت ما أثبتته قاضي الموضوع لا عقاب عليه، أو أن هذا القاضي أخطأ في وصف ما أثبتته

(1) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1358.

(2) - عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص810. حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ج2، ص1356-1358. حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجنائية، مرجع سابق، ص1246-1247.

(3) - Garraud, René, Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, Paris, 1907-1927, T.5, p315.

نقلاً عن: حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ج2، ص1357.

(4) - حومد، عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص1047.

(5) - حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسهما.

فطبق مادة ليست هي المنطبقة أو أنه أهمل إجراء من الإجراءات القانونية الأساسية التي بدونها تفسد المحاكمة، أو أنه أدخل بضمانة قانونية من ضمانات الاتهام أو الدفاع، أو أنه أهمل بيان ركن من أركان الجريمة أو ظرف مشدد مثلا مع أنه عاقب على اعتبار ثبوت هذا الذي أهمله أو غير ذلك مما يخالف نصا صريحا في القانون أو مبدأ قانونيا متفقا عليه، إن وجدت محكمة النقض شيئا من تلك الأمور وأشباهها التي تأتي مخالفة للقانون فهنا فقط يكون لها حق التدخل فيما أثبتته قاضي الموضوع. أما أن يتظلم المتهم لديها من ضعف أدلة الثبوت أو من عدم إحسان القاضي تقديرها، أو من عدم الدوران مع الدفاع في كل منحي ومسلك من مناحي أقواله ومسالكها، والإجابة في حكمه عن كل صغيرة وكبيرة من بياناته واستنتاجاته، إلا ما كان طلبا معينا صريحا مأمورا قانونا بإجابته أو رفضه رفضا مسببا، فهذا التظلم لا سبيل لمحكمة النقض إلى النظر فيه مهما يكن في ذاته مؤيدا بأمتن الأدلة، ذلك بأن محكمة النقض ليست درجة استثنائية تعيد عمل قاضي الموضوع، فتتنظر في الأدلة، وتقومها بما تستأهل وترى إن كانت منتجة للإدانة أو غير منتجة، وإنما هي درجة استثنائية محضة، ميدان عملها مقصور على ما سلف من الرقابة على عدم مخالفة القانون»⁽¹⁾.

وإذا، فالطعن بالنقض ينحصر دوره في فحص الجانب القانوني من الحكم دون الموضوع، وعلة ذلك الطابع الاستثنائي للنقض.

ثالثا: الطعن بالنقض يكفي بإبطال القرار أو الحكم القضائي فقط دون إصلاحه:

من الخصائص الجوهرية للطعن بالنقض كذلك أنه يتميز بأنه لا يهدف إلا إلى إبطال الحكم أو القرار القضائي متى وجدته مخالفا للقانون، ومن ثم فالنقض لا يهدف إلى إصلاح الحكم أو القرار القضائي من الأخطاء التي شابته⁽²⁾، بمعنى آخر أن النقض يقتصر دوره على كشف الخطأ القانوني في الحكم القضائي ثم إبطاله فقط دون أن يمتد إلى إصدار حكم جديد يكون صحيحا وسليما وخاليا من العيوب والأخطاء ويكون فاصلا في النزاع بصفة باتة.

ونظرا لهذا الدور المرسوم قانونا للطعن بالنقض، فإنه «لإصلاح» الحكم القضائي من الأخطاء التي شابته بعد إبطاله تم استحداث آلية «الإحالة»، حيث يتم إحالة النزاع بعد ذلك إلى الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المطعون، أو الجهة القضائية المختصة طبقا للمواد 523 و524 و527ق.إ.ج.

وقد دل على هذه الخاصية، وهي أن الطعن بالنقض بإبطال لا إصلاح، المادة 523ق.إ.ج بشكل صريح، حيث جاء فيها ما نصه: «إذا قبل الطعن قضت المحكمة العليا ببطلان الحكم المطعون فيه كلياً أو جزئياً، وأحالت الدعوى إما إلى الجهة القضائية نفسها مشكلة تشكيلا آخر أو إلى جهة قضائية أخرى من

⁽¹⁾ - نقض مصري: 17 يناير سنة 1939م، مجموعة القواعد القانونية، ج1، ص141، رقم: 115. نقلا عن: حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1357.
⁽²⁾ - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص1046.

درجة الجهة التي أصدرت الحكم المنقوض، ويتعين في حالة نقض الحكم لعدم اختصاص الجهة التي أصدرته أن تحال القضية إلى الجهة القضائية المختصة في العادة بنظرها».

فمن خلال هذا النص يتضح لنا أن النقص لا يهدف كهدف مباشر إلا إلى إبطال الحكم أو القرار المطعون فيه فهو لا يتم تصحيحه وإصلاحه، وإنما ذلك ليس دور الطعن بالنقض، وإنما هو دور الجهة القضائية المحال إليها الدعوى.

وكل هذا يكشف أن النقص يعمل على مستويين:

- مستوى الإبطال: وتقوم به المحكمة العليا.

- مستوى الإحالة: وتقوم به الجهة القضائية المحال إليها.

والنتيجة أن إصلاح الحكم القضائي كهدف نهائي للنقض يتم بالتعاون والتكامل بين المحكمة العليا والجهة القضائية المحال إليها الدعوى.

ونشير هنا فقط أن القرارات الصادرة من المحكمة العليا ليس كلها يقتضي الإحالة إلى الجهة القضائية الصادرة منها الحكم المطعون فيه، وإنما هناك قرارات تصدر بلا إحالة وذلك في حالة ما إذا لم يدع حكم المحكمة العليا من النزاع شيئاً يفصل فيه، كما هو منصوص عليه بالمادة 2/524 ق.إ.ج. وذلك مثل انتفاء ركن من أركان الجريمة⁽¹⁾، أو لانقضاء الدعوى العمومية لسبب من أسباب انقضائها⁽²⁾، كما قد يقع النقص بدون إحالة، وعلى وجه الاقتطاع فقط بإبطال الجزء المعيب من الحكم أو القرار المطعون فيه إذا كان الباقي صحيحاً كالحكم القاضي بالإكراه البدني على المتهم خلافاً لمقتضيات المادة 600 ق.إ.ج.⁽³⁾

رابعاً: الطعن بالنقض لا يكون إلا أمام جهة قضائية وحيدة في النظام القضائي:

نظراً لكون الطعن بالنقض ينصرف إلى الشق القانوني دون الموضوعي من القرار القضائي المطعون فيه، ونظراً لأن الهدف من النقص هو توحيد تفسير القانون داخل الدولة الواحدة، فإنه من أجل تحقيق كل هذا لا بد أن تكون الجهة القضائية التي تنظر الطعن بالنقض هي هيئة قضائية وحيدة داخل الدولة الواحدة، بحيث تكون هذه الهيئة تقع في قمة الهرم القضائي في الدولة، وتكون لها الرئاسة والمراقبة على باقي المحاكم، سواء الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية، وسواء القضاء المدني أم القضاء العسكري، وبغير ذلك - أي بتعدد المحاكم التي تنظر النقص - لا يتحقق بذلك شيء بل سيكون ذلك ضرباً من الخيال المستحيل.

⁽¹⁾ قراران صادران (عن غ.ج.1)، الأول يوم: 08 جويلية 1986م، في الطعن رقم: 44887، والثاني يوم: 05 جانفي 1988م في الطعن رقم: 55929. (م.ق)، ع: 02، س: 1991م، ص: 192. وقرار صادر يوم: 17 مارس 1997م، (عن غ.ج.م.ق.3)، في الطعن رقم: 142964. (ن.ق)، ع: 56، ص: 47. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص360-361.

⁽²⁾ قرار صادر يوم: 14 ماي 1981م، (عن غ.ج.2/2)، في الطعن رقم: 22516. مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص99. وقرار صادر يوم: 23 أبريل 1991م، (عن غ.ج.م.ق.2)، في الطعن رقم: 71913. (م.ق)، ع: 02، س: 1993م، ص: 202. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص361.

⁽³⁾ قرار صادر بتاريخ: 14 فبراير 1989م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 63122. (م.ق)، ع: 03، س: 1992م، ص: 187. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص361.

ويذكر بعض الباحثين⁽¹⁾ أن إيطاليا عرفت في وقت ما محكمتين للنقض لهما وظيفة واحدة، ولكن بعد مدة تم إلغاء إحداهن والإبقاء على الأخرى.

وهذا هو الذي يجري تطبيقه في كثير من البلدان العربية، مثل: الجزائر، وتونس، ومصر، والمغرب، وسوريا، ولبنان، محكمة وحيدة تنظر الطعن بالنقض.

ففي الجزائر توجد «المحكمة العليا»، وفي تونس «محكمة التعقيب»، وفي مصر والمغرب وسوريا «محكمة النقض»، وفي لبنان «محكمة التمييز». وتعدد دوائر أو غرف المحكمة التي تنظر الطعن بالنقض ليس معناه أن هناك تعددا للمحاكم التي تنظر النقض، بل هذا التعدد يبقى المحكمة واحدة لا متعددة، كل ما في الأمر أن هذا التعدد لدوائر أو غرف المحكمة التي تنظر النقض هو مجرد تنظيم داخلي لهذه المحكمة وكيفية عملها.

ذلك أن هذا التعدد قد يثير بعض الإشكالات وبالأخص التناقض والتعارض بين الاجتهادات القضائية الصادرة منها⁽²⁾، إذ يمكن أن تصدر غرفة معينة اجتهادا قضائيا يعارض ويناقض ما أصدرته غرفة أو غرف أخرى، وهذا يؤدي إلى نسف وانتفاء الهدف والفلسفة من إنشاء محكمة وحيدة تعمل على توحيد تفسير القانون وحسن تطبيقه. ويصبح وجود محكمة وحيدة بلا معنى لأنه مجرد أمر صوري والحقيقة غير ذلك، حيث إن تعدد غرف أو دوائر المحكمة قد قضى على وحدة المحكمة.

ولكن هذا الإشكال يمكن تلافيه بوجود الغرف المختلطة، أو الغرف الموسعة، وهي المنصوص عليها في القانون المتعلق بالمحكمة العليا (القانون العضوي رقم: 11-12 المؤرخ في: 26 يوليو سنة 2011م)⁽³⁾، حيث عن طريق هذه الغرف (المختلطة والموسعة) يتم فك هذه الإشكالية، فضلا عن تخصص كل غرفة في مجال معين.

والخلاصة: أن الطعن بالنقض يتميز بالطابع الاستثنائي الاحتياطي لا يتناول إلا الجانب القانوني للقرار القضائي، بهدف إبطاله وليس إصلاحه، تنظره محكمة وحيدة.

الفرع الثاني: تمييز الطعن بالنقض عن غيره من طرق الطعن الأخرى:

بعد أن وقفنا على تعريف النقض اصطلاحا، وعلى خصائصه التي يتميز بها. نأتي الآن إلى الوقوف على الموافقات والفروق بين الطعن بالنقض وطرق الطعن الأخرى من المعارضة، والاستئناف، وطلب

(1) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 1046-1047.

(2) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 1376-1377. سرور، أحمد فتحي، النقض، مرجع سابق، ص 25-27.

(3) - القانون العضوي رقم: 11-12 المؤرخ في: 24 شعبان عام 1432هـ، الموافق ل: 26 يوليو سنة 2011م يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها. الجريدة الرسمية، ع: 42، س: 48، المؤرخة في: 2011/07/31م.

إعادة النظر. وذلك من استيعاب أكثر لحقيقة النقض ضمن التنظيم التشريعي لنظرية الطعن في الأحكام القضائية.

ولنبدا بما بدأ به المشرع الجزائري من طرق الطعن، وهي المعارضة، فالاستئناف، وأخيرا طلب إعادة النظر.

أولا: التمييز بين الطعن بالنقض والمعارضة:

بما أنه سبق تعريف كل من النقض و المعارضة، بقي علينا الآن استخلاص الموافقات و الفروق بينهما. وإليك بيانهما.

1- الموافقات:

أ- المعارضة والنقض كلاهما من آليات الطعن في الأحكام القضائية.

ب- وكلاهما يستهدفان - بشكل عام - تصفية الحكم القضائي مما يكون قد شابه من أخطاء و عيوب.

2- الفروق:

أ- تعتبر المعارضة طريق طعن عادي، خلافا للطعن بالنقض الذي يعد من طرق الطعن غير العادية⁽¹⁾، ويترتب على هذا الفرق ما يأتي:

ب- إن المعارضة ترفع بناء على أي سبب يراه الطاعن سواء كان قانونيا أو واقعيا، موضوعيا أو إجرائيا، فهناك حرية للطاعن بالمعارضة في بناء طعنه على أي سبب يراه.

في حين أن الطعن بالنقض لا يمكن ولا يجوز رفعه إلا بناء على أسباب محددة ومحصورة قانونا⁽²⁾.

⁽¹⁾ - يرى الدكتور: الغوثي بن ملححة أن الطعن بالنقض هو طريق طعن عادي، ويصنفه ضمن الطرق العادية للطعن. انظر: بن ملححة، الغوثي، القانون القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 371-375. والحق أن الطعن بالنقض هو طريق طعن غير عادي وليس بطريق طعن عادي، لأنه لا يرفع إلا بناء على أسباب محددة ومحصورة قانونا وهذا ينص م 358 ق.إ.م.، ثم إن الفقه القانوني يجمع على أن الطعن بالنقض طريق غير عادي للطعن، وليس العكس، والحق أننا لم نجد أحدا قال بهذا الرأي غير د/بن ملححة.

⁽²⁾ - وهذا ما نصت عليه م 358 ق.إ.م. بقولها: « لا يبنى الطعن بالنقض إلا على واحد أو أكثر من الأوجه الآتية:

- 1- مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات،
- 2- إغفال الأشكال الجوهرية في الإجراءات،
- 3- عدم الاختصاص،
- 4- تجاوز السلطة،
- 5- مخالفة القانون الداخلي،
- 6- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة،
- 7- مخالفة الاتفاقيات الدولية،
- 8- إنعدام الأساس القانوني ،
- 9- انعدام التسبيب،
- 10- قصور التسبيب،
- 11- تناقض التسبيب مع المنطوق،
- 12- تحريف المضمون الواضح و الدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار،
- 13- تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة ، عندما تكون حجية الشئ المقضي فيه قد أثرت بدون جدوى، وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ، وإذا تأكد هذا التناقض، يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول،

هذا في المواد المدنية أما في المواد الجزائية، فيضاف إلى هذه الأوجه أو الأسباب «إغفال الفصل في وجه الطلب، أو في أحد طلبات النيابة العامة»، حسب نص م 500 ق.إ.ج⁽¹⁾.

ومن ثم فإن الطعن بالنقض يقيد من حرية الطاعن تقييدا قانونيا، يجعله غير حر في تأسيس طعنه، والعلّة في هذا أن الطعن بالنقض هو طعن استثنائي فهو رخصة من أصل وليس بعزيمة ومبدأ، ولذلك كان مقيدا بهذا الشكل.

ج- إن الطعن بالمعارضة يمنح للمحكمة المطعون في الحكم أمامها سلطة كاملة، وحرية مطلقة في نظر الدّعى برمتها، والتحقيق فيها من جديد، من جميع الأوجه القانونية والواقعية والموضوعية والإجرائية، وتعيد الفصل في النزاع من البداية. وهذا يعني أن المحكمة التي يرفع أمامها الطعن بالمعارضة هي محكمة قانون ووقائع معا، أي محاكمة الحكم القضائي الغيبي والدّعى معا.

أما الطعن بالنقض فلا يمنح للمحكمة المطعون أمامها في الحكم - وهي المحكمة العليا في الجزائر ومحكمة التعقيب في تونس ومحكمة النقض في مصر ومحكمة التمييز في سوريا ولبنان - حرية مطلقة في نظر الحكم برمته، بل في حدود ما طعن فيه فقط. فإذا كان الطعن بالنقض مؤسس على تجاوز السلطة أو انعدام الأساس القانوني، أو غيرها من أسباب الطعن بالنقض المذكورة سلفا، فإن المحكمة العليا لا تنظر سوى في حدود ذلك الأساس وذلك السبب، فلا يجوز لها أن تتجاوز حدود ما بني عليه الطعن من أساس.

ويستثنى من هذا الطعن بالنقض لصالح القانون، فذ: « إذا علم النائب العام لدى المحكمة العليا⁽²⁾ بصدور حكم أو قرار في آخر درجة من محكمة أو مجلس قضائي، وكان هذا الحكم أو القرار مخالفا للقانون ولم يطعن فيه أحد الخصوم بالنقض في الأجل، فله أن يعرض الأمر بعريضة بسيطة على المحكمة العليا»، م 2/353 ق.إ.م، وهي تطابق م530 ق.إ.ج⁽³⁾.

فهذا النص يمنح للمحكمة العليا نقض الحكم من تلقاء نفسها، وليس بطلب من الخصوم، ومن ثم لديها حرية في نقض الحكم بناء على أي سبب قانوني تراه، وإن كان هذا مقيدا بشروط وهي:

14- تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي. في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولا، ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق انتهى بالرفض.

وفي هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه، ويجب توجيهه ضد الحكمين، وإذا تأكد التناقض تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معا،

15- وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار،

16- الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب،

17- السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية،

18- إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية». ويقابلها الفصل 175 م.د.ت التونسية، و248 مرافعات مصري.

⁽¹⁾ - ويقابلها الفصل 260 م.إ.ج التونسية.

⁽²⁾ - كانت تسمى «المجلس الأعلى» ثم تغير الإسم إلى «المحكمة العليا» بنص م39 من قانون رقم: 89-22 المؤرخ في: 14 جمادى الأولى عام 1410 هـ الموافق ل: 12

ديسمبر 1989م، المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيورها.

⁽³⁾ - ويقابلها الفصل 258 م.إ.ج التونسية، وم250 مرافعات مصري.

1- أن يكون الحكم نهائياً.

2- أن يكون الحكم مخالفاً للقانون أو لقواعد الإجراءات الجوهرية.

3- ألا يكون الحكم قد طعن فيه أحد من الخصوم في الميعاد.

4- أن يقدم النائب العام للمحكمة العليا الأمر بعريضة عادية أمام المحكمة العليا.

فإذا توافرت هذه الشروط جاز للمحكمة العليا أن تنقض الحكم.

وهكذا يتبين لنا أن المحكمة العليا - والتي يرفع أمامها الطعن بالنقض - هي في الأصل وكقاعدة عامة محكمة قانون لا وقائع، فهي محكمة تقتصر رقابتها على الجانب القانوني للحكم، فهي «جهاز يراقب الشرعية دون الموضوع، وتحاكم الحكم دون الدَّعوى»⁽¹⁾.

ورغم هذا الأصل والقاعدة العامة، فإنّه يجوز استثناء أن تتصدى المحكمة العليا للجانب الموضوعي أو الوقائع أو الدَّعوى، فتكون من ثم محكمة وقائع أيضاً ولو استثناء وفي حدود معينة. وهذا ما قرره م 4 من القانون المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها⁽²⁾، حيث جاء فيها: «تعتبر المحكمة العليا محكمة قانون وتجازي كل انتهاك له. يحدد القانون صراحة الحالات التي يمكن أن تكون فيها محكمة موضوع وقانون⁽³⁾ في نفس الوقت».

والخلاصة أن المحكمة العليا هي محكمة قانون كأصل عام، ومحكمة وقائع كاستثناء وهو ما عليه القانون الفرنسي، والمصري، والبلجيكي وغيرها من القوانين التي سارت على هذا النهج اللاتيني⁽⁴⁾.

وبناء على أن المحكمة العليا - وهي التي يرفع النقض أمامها - محكمة قانون لا محكمة وقائع، فإنّها لا تعتبر درجة ثالثة للتناضسي، فالمعارضة تنشر الدَّعوى على المحكمة لنظرها من جديد، أما الطعن بالنقض، فإنّه لا ينشر الدَّعوى مجدداً أمام المحكمة العليا، هذه الأخيرة التي تنحصر وظيفتها بصفة أساسية في تدقيق الحكم المطعون فيه والتأكد من سلامة تطبيق القانون وتأويله، دون أن تفصل في وقائع النزاع، ولذلك كانت أحكامها إما برفض الطعن أو تحكيم بقبوله ونقض الحكم المطعون فيه، ثم إحالة موضوع النزاع على المحكمة التي أصدرته لتحكم فيه من جديد على ضوء حكم المحكمة العليا، حسب م 364 ق.إ.م.⁽⁵⁾

د- محل المعارضة هو الأحكام الغيايية سواء كانت ابتدائية أو نهائية، أما النقض فمحل الأحكام النهائية سواء صدرت من محاكم الدرجة الأولى، أو من محاكم الدرجة الثانية، سواء كانت حضورية أم

(1) - الكيك، محمد علي، رقابة محكمة النقض على تسبب الأحكام الجنائية، مطبعة الإشعاع الفنية، القاهرة دط، دت، ص 9.

(2) - القانون رقم: 89-22 المؤرخ في: 14 جمادى الأولى 1410 هـ الموافق ل: 12 ديسمبر 1989 م.

(3) - اختلف علماء القانون منذ القانون الروماني في التمييز بين القانون والواقع، فنشأت اتجاهات تفسر معنى القانون والواقع منها الاتجاه المنطقي والاتجاه الغائي، بيد أن كل اتجاه تنازعه معايير مختلفة ومتناقضة ومتناحرة فيما بينها، لدرجة أن رأى أحدهم بأنه لا أمل في حل هذه المشكلة. انظر أكثر في تفصيل هذه الاتجاهات والمعايير: الكيك، محمد علي، رقابة محكمة النقض على تسبب الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص 12 وما بعدها.

(4) - وهذا بخلاف المحكمة الفيدرالية في ألمانيا، ومجلس اللوردات في إنجلترا، والمحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، وكندا، حيث أنها تعتبر مجرد درجة أخيرة من درجات التقاضي، تفصل في خصومة الطعن من حيث الواقع والقانون معاً شأنهما في ذلك شأن قاضي الموضوع. انظر في هذا: صاوي، أحمد السيد، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، ضمن موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الدار العربية للموسوعات، بيروت، دط، (1405 هـ-1985 م)، ج 218، ص 6.

(5) - والفصل 269 م.إ.ج التونسية.

غيايية، فهي كلها أحكام قابلة للطعن بالنقض، وهذا من شأنه عدم جواز اللجوء إلى الطرق غير العادية إلا بعد استنفاد الطرق العادية من المعارضة والاستئناف حسب م 355 ق.إ.م.إ.

هـ/- تفترض المحكمة التي تنظر المعارضة عدم صحة الوقائع التي أثبتتها الحكم الغيايي المطعون فيه، ولذلك فهي لا تنقيد بها متى ثار النزاع حولها، في حين أن المحكمة العليا - وهي التي تختص بنظر النقض - تفترض بدءا صحة الوقائع وأنها ثابتة، ولذلك فهي تختص بمراقبة تطبيق القانون وتأويله.

و/- المعارضة يجوز رفعها من أي محام مقيد ضمن قوائم نقابة المحامين، في حين أن النقض لا يجوز رفعه إلا من طرف محام معتمد لدى المحكمة العليا، وهذا بنص م 559 ق.إ.م.إ.

ز/- إن الطاعن بالمعارضة في حالة خسارته لطعنه لا يتعرض إلى الحكم عليه بغرامة لمجرد خسارته. أما الطعن بالنقض فإنّ للمحكمة العليا أن تحكم على الطاعن إذا كان متعسفا بطعنه بغرامة مالية من عشرة آلاف (10.000) دينار إلى عشرين ألف (20.000) دينار لصالح الخزينة، كما لها أن تحكم عليه أيضا بما قد يطلبه أمامها المطعون ضده من تعويضات وهذا طبقا. م 377 ق.إ.م. في المواد المدنية.

أما في المواد الجزائية فإنّ للمحكمة العليا أيضا إذا ما انطوى الطعن على تعسف أن تحكم على الطاعن بغرامة لا تتجاوز خمسمائة (500) دينار لصالح الخزينة، كما لها أن تحكم عليه بالتعويضات المدنية للمطعون ضده وهذا وفقا لنص م 525 ق.إ.ج⁽¹⁾.

و/- الأصل - حسب نص م 323 ق.إ.م - أن: «المعارضة توقف تنفيذ الحكم ما لم يقض الحكم الغيايي بغير ذلك»، فبمجرد أن يكون الحكم الغيايي قابلا للمعارضة، أو طعن فيه بالفعل، فإنّ ذلك يجعله غير مكتسب كقاعدة عامة للتنفيذ، إلا إذا كان مشمولاً بالنفاذ المعجل، وهذا مثل قضايا النفقة، والوعد المعترف، والمنازعات الخاصة بتقديم الكفيل أو الكفالة.

أما الطعن بالنقض فهو عكس المعارضة، فالنقض الأصل فيه أنه ليس له أثر موقوف وهذا كقاعدة عامة، والاستثناء أن له أثر موقوف، وهذا ما نصت عليه م 361 ق.إ.م. بقولها: «لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار ما عدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم، وفي دعوى التزوير»⁽²⁾.

والحكم الذي شرعته المادة، أكدته المحكمة في إحدى قراراتها⁽³⁾.

وفي مصر يجوز لمحكمة النقض أن تأمر قبل الفصل في الطعن بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه مؤقتا إذا كان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه، وهذا حسب نص م 251 مرافعات. وكذلك الأمر في تونس يجوز استثناء وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه بالتعقيب حسب الفصل 2/194

(1) - والفصل 263 م.إ.ج التونسية.

(2) - وتقابلها م 251 مرافعات مصري، والفصل 194 م.د.ت التونسية، والفصل 265 م.إ.ج التونسية.

(3) - قرار صادر بتاريخ 13 مارس 1988 م، في الطعن رقم: 48120. (م.ق)، ع: 04، س: 1991 م، ص 133-135.

ح/- يهدف الطعن بالمعارضة إلى تحقيق مصلحة خاصة، وهي مصلحة الخصم المحكوم عليه غيايبا. أما الطعن بالنقض فهو طعن لمصلحة القانون أكثر مما هو لصالح الطاعن، فهو من قواعد النظام العام، ولذلك نصت م 360 ق.إ.م.إ على أنه: «يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجهها أو عدة أوجه للنقض».

فجواز إثارة أوجه الطعن بالنقض من طرف المحكمة العليا من تلقاء نفسها يشعر بأن النقض من قواعد النظام العام شرعت لحفظ المصلحة العامة، وليس المصلحة الخاصة التي هي مصلحة الخصوم، كما هو عليه الحال في الطعن بالمعارضة.

ثانيا: التمييز بين الطعن بالنقض والطعن بالاستئناف: نظرا لاشتراك الاستئناف مع المعارضة في كثير من الخصائص، فإننا لن نكرر هذه المسائل المشتركة. وإنما سنقتصر فقط على ما يتعلق بالاستئناف فقط. على أننا نذكر أن الخصائص المشتركة بين المعارضة والاستئناف قد سبق بيانها فلا نكرها.

1/- الموافقات: ويمكن ذكرها باختصار:

أ/- الاستئناف والنقض كلاهما له أثر موقف، فلا يتم تنفيذ الحكم وهذا كقاعدة عامة، تخضع للاستئناف، وهذا طبقا للمواد 425 ق.إ.ج المتعلقة بالاستئناف، والمادة 499 ق.إ.ج المتعلقة بالنقض. ب/- النقض والاستئناف كلاهما له أثر ناقل، حيث تنقل الدعوى من جهة قضائية إلى أخرى أعلى درجة من الأخرى، إذ أنهما يختلفان بعد ذلك في الجهة التي تنظرهما. كما يختلفان في حدود نظرهما وهذا ما سيأتي في الفروق.

2/- الفروق: ويمكن حصرها في الآتي باختصار:

أ/- الطعن بالنقض يهدف إلى إبطال الحكم أو القرار القضائي فقط، أما إصلاحه فمن شأن الجهة القضائية التي يحال إليها النزاع بعد إبطاله ونقضه، أما الاستئناف فيهدف بالأساس إلى إصلاح الحكم بعد إبطاله.

ب/- الطعن بالنقض لا يعد درجة تالفة للتقاضي، لأن المحكمة التي تنظره لا تفحص الحكم القضائي إلا ما تعلق بالقانون دون الوقائع، في حين أن الاستئناف يمثل درجة ثانية وأخيرة للتقاضي.

ج/- المحكمة المختصة بنظر الطعن بالنقض هي محكمة وحيدة في داخل الدولة الواحدة، كالمحكمة العليا في الجزائر، ومحكمة التعقيب في تونس، ومحكمة النقض في مصر وسوريا والمغرب.

أما المحكمة التي تنظر الاستئناف فهي دائما ليست واحدة، بل لا يجوز أن تكون واحدة، فهي دائما يجب أن تكون متعددة، لأن كل محكمة استئنافية تشغل اختصاصا إقليميا محددًا داخل الدولة الواحدة، ولذا تتعدد هذه المحاكم بتعدد الأقاليم القضائية، حيث يكون لكل إقليم قضائي محكمة مختصة بنظر

الدعاوى العمومية التي صدرت من محاكم موجودة في ذلك الإقليم. بينما المحكمة المختصة بنظر النقض فهي تنظر في الطعون بالنقض الصادرة من كل الجهات القضائية على مستوى كل الإقليم الوطني للدولة. بمعنى أن الجهة التي تنظر النقض اختصاصها الإقليمي أوسع وأشمل من الجهة التي تنظر الاستئناف هذه الأخيرة التي يعد إقليمها جزء من الإقليم الوطني للمحكمة التي تنظر النقض.

د/- النقض لا يفحص الحكم القضائي إلا في شقه القانوني، بخلاف الطعن بالاستئناف حيث يفحصه من حيث القانون، ومن الوقائع معاً.

ه/- أجل الطعن بالنقض ثمانية أيام، طبقاً للمادة 1/498 ق.إ.ج، وعشرة أيام اعتباراً من يوم النطق بالحكم الحضورى، طبقاً للمادة 1/418 ق.إ.ج.

و/- في الطعن بالنقض يجوز للمحكمة العليا في حالة ما إذا انطوى الطعن على تعسف أن تحكم بالطاعن بغرامة وكذا الحكم عليه بالتعويضات المدنية للمطعون ضده، وهذا تطبيقاً للمادة 525 ق.إ.ج. أما في الطعن بالاستئناف فلا نظير لهذا الحكم في مواد الاستئناف في المواد الجزائية.

أما في المواد المدنية، فطبقاً للمادة 347 ق.إ.م.إ، يجوز للمجلس إذا تبين له أن الاستئناف تعسفي أو الغرض منه الإضرار بالمستأنف عليه، أن يحكم على المستأنف بغرامة مدنية من عشرة آلاف دينار (10.000 دج) إلى عشرين ألف دينار (20.000 دج)، دون الإخلال بالتعويضات التي يمكن أن يحكم بها للمستأنف عليه».

ولكن هل ينطبق هذا الحكم المنصوص عليه بالمادة 347 ق.إ.م.إ على الاستئناف في المواد الجزائية؟ نعتقد أنه لا يمكن تطبيقه، لأن ما تعلق بالمادة 525 ق.إ.ج ورد على سبيل الحصر، ولا يمكن إعماله في الاستئناف، ثم إن الاستئناف المواد الجزائية غيره الاستئناف في المادة المدنية، لأن الأول يتعلق بالنظام العام، والآخر بالمصلحة الخاصة للخصوم.

ومع ذلك فإنه إذا ارتأت المحكمة العليا تطبيق نص المادة 347 ق.إ.م.إ على الاستئناف في المواد الجزائية فلها ذلك.

والخلاصة في التمييز بين الطعن بالنقض والطعن بالاستئناف أن العناصر التي تفرق بينهما أكثر من العناصر التي تجمع بينهما، مما يعني أن النقض يختلف عن الاستئناف اختلافاً كبيراً في أغلب المسائل من الهدف والأجل، والدور، والجهة التي تنظر الطعن واحدة أم متعددة. ولكن مع ذلك لا يجب أن ننسى العلاقة التكاملية بينهما، وعلاقة التعاون بين الطعنين، حيث إن الاستئناف على الرغم من اختلاف وظيفته عن النقض إلا أنه وضع من أجل التقليل من الأخطاء المحتملة في أحكام محاكم الدرجة الأولى، ومن ثم التقليل من سلوك طريق الطعن بالنقض، ومن ثم فالهدف من الاستئناف هو كبح جماح الخصوم في الطعن

بالنقض وفي الوصول إلى المحكمة العليا، خاصة وأن الاستئناف يفحص الحكم في شقيه من حيث القانون والوقائع معا، ومن ثم فهو «نوع من النقض» إن صح التعبير.

ثالثا: التمييز بين الطعن بالنقض وبين الطعن بطلب إعادة النظر:

تبين لنا من قبل حقيقة الطعن بطلب إعادة النظر [Demande en révision] ولو باختصار، وبالمقارنة بينه وبين الطعن بالنقض يمكن أن نستخلص الموافقات والفروق، والنتائج الآتية:

1- الموافقات:

أ/- أن كلا من الطعن بالنقض وطلب إعادة النظر من طرق الطعن غير العادية، وبنيني على الاشتراك في هذه الخاصية أو الميزة أن كليهما لا يجوز سلوكه إلا بناء على أسباب محددة، وإلا لم يقبل، وهو ما حددته المادة 500 ق.إ.ج بالنسبة للنقض، والمادة 531 ق.إ.ج بالنسبة لطلب إعادة النظر. وقد سبق الإشارة إليها.

ب/- أن كلا من الطعن بالنقض وطلب إعادة النظر تنظره جهة قضائية واحدة وهي المحكمة العليا كما هو منصوص عليه بالمادة 1/495 و531 ق.إ.ج.

2- الفروق:

أ/- أن الطعن بالنقض يستهدف فحص الحكم في شقه القانوني، دون الواقعي الموضوعي، بخلاف طلب إعادة النظر الذي يستهدف الشق الواقعي دون القانوني، فدور وظيفة كلا منهما تختلف عن الآخر.

ب/- أن الطعن بالنقض لا يكون إلا في الأحكام النهائية الصادرة من آخر درجة، أما الطعن بطلب إعادة النظر فلا يكون إلا في الأحكام الباتة التي لا يجوز فيها الطعن بأي طريق من الطرق الأخرى (المعارضة، والاستئناف، والنقض). بمعنى الأحكام التي تم استنفاد الطعن فيها بالطرق الأخرى.

ومن ثم، فطلب إعادة النظر يأتي عادة بعد باقي الطعون وخاصة النقض ومع ذلك فقد لا يتم أحيانا الطعن في الحكم بطريق النقض، ومع ذلك فيجوز الطعن فيه بطلب إعادة النظر نظرا لاختلاف موجب كل منهما.

ج/- يخضع الطعن بالنقض كأصل عام إلى وجوب تقديمه في أجل محدد قانونا، وهي ثمانية أيام، طبقا للمادة 1/498 ق.إ.ج، بينما طلب إعادة النظر فلا يخضع لميعاد محدد، والعلة في ذلك، كما سبق بيانها فلسفة طلب إعادة النظر تقوم أساسا على ظهور أو اكتشاف وقائع وأدلة جديدة تخالف الحكم القضائي البات الذي لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، وتحديد الأجل معناه عمليا إعدام أي طلب لإعادة النظر بسبب ظهور واكتشاف أدلة ووقائع جديدة. خاصة وأن كشف أو بالأحرى اكتشاف هذه الأدلة والوقائع لا يخضع لزمن معين، فهي ليست في مقدور الإنسان تحقيقها أو كشفها في زمن معين

نظرا لظروف متعددة، كالظروف السياسية والاقتصادية، والاجتماعية والعلمية والتكنولوجية، ومن ثم فإنه من حسن التنظيم التشريعي عدم تحديد أجل لطلب إعادة النظر.

ولكن يجب التنبيه أن الطعن بالنقض وإن كان يفترق عن الطعن بطلب إعادة النظر في تحديد الأجل من عدمه، فإنه ليس كل أنواع النقض، وإنما يقتصر على الأمر على الطعن العادي، وهو الذي يسلكه الخصوم فعلا. أما الطعن غير العادي، ويصطلح عليه القانون باصطلاح: «الطعن لصالح القانون» والمنصوص عليه بالمادة 530 ق.إ.ج، فإنه لا يتضمن أو ليس من شروطه الميعاد لقبول الطعن، إذ يجوز تقديمه في أي وقت بشروط سنها لاحقا، وهذا ما يتطابق في هذه الحالة مع طلب إعادة النظر.

د- القرار الصادر من المحكمة العليا عند الطعن بالنقض يجوز إحالته إلى الجهة القضائية لتعيد النظر في النزاع من جديد في القانون والواقع مع وجوب خضوعها لحكم الإحالة فيما يتعلق بالنقطة القانونية التي قطعت فيها المحكمة العليا. كما يجوز أن يصدر قرار المحكمة العلان إحالة إذا لم يدع حكم المحكمة من النزاع شيئا يفصل فيه، إعمالا للمادة 1/524-2 ق.إ.ج.

أما طلب إعادة النظر فإنه متى قبلت المحكمة العليا الطلب قضت بغير إحالة ببطلان أحكام الإدانة التي تثبت عدم صحتها، إعمالا للمادة 6/531 ق.إ.ج.

والعلة في إمكانية صدور قرارات المحكمة العليا في موضوع الطعن بالنقض بالإحالة خاصة، وبعدها في طلب إعادة النظر، هو أن المحكمة العليا في الطعن بالنقض هي محكمة قانونا فقط دون الوقائع، ومن ثم فهي تبطل الحكم ثم تحيل النزاع للفصل فيه جديد في الوقائع والقانون معا، فهي لا يجوز لها الفصل في الموضوع، أما في طلب إعادة النظر فإن المحكمة العليا هنا محكمة وقائع لا محكمة قانون، لأن طلب إعادة النظر هو طعن في أساسه يتعلق بإصلاح الحكم في الوقائع، أو بالأحرى بإبطاله.

والخلاصة أن الطعن بالنقض يفترق ويتميز عن الطعن بطلب إعادة النظر من كثير من الجوانب والخصائص. ولكن مع ذلك فإن خاصية التكامل والتعاون بينهما هي الغالبة، وذلك من زاوية النظرة الكلية الشمولية لطرق الطعن ككل، فهذه الطعون المختلفة من المعارضة والاستئناف والنقض وطلب إعادة النظر كلها طرق تتكامل فيما بينها، وتتعاون على تخليص الحكم القضائي مما قد يشوبه من أخطاء في القانون أم في الموضوع، فالمعارضة تستهدف إلغاء الخطأ المفترض بسبب خرق ضمانات أساسية في الحكم وهي مبدأ الحضور، فالحكم الغيابي يكون قد صدر في ظل غياب حامل الحقيقة، وهو المتهم، ومن يفترض أن هناك خطأ وقع، ولا يتم ذلك إلا بتمكين الخصم الغائب المحكوم عليه غيابيا من الطعن في الحكم الغيابي عن طريق المعارضة، حيث يتمكن من الحضور أمام القضاء ليكشف نصف الحقيقة التي كانت غائبة من قبل، فإذا صدر حكم بعد ذلك بحضوره، كان أليق بالعدالة والمساواة والاحترام، فإذا تضمن بعد ذلك خطأ جاز له أن يطعن فيه أمام محكمة الدرجة الثانية بالاستئناف، حيث تنظر هذه المحكمة في الحكم لما قد يقع فيه

قضاء الدرجة الأولى من أخطاء في الوقائع أو في القانون أو فيهما معا فيأتي قضاة الدرجة الثانية وهم أكثر قدما راسخة في القانون، وأعمق فهما وأكبر تجربة في القضاء من أن يصححوا الحكم مما يحتمل من أخطاء، فإذا صدر بعد ذلك كان أقرب إلى الصحة والعدل إن لم يكن هو العدل ذاته، فإذا لم يرض به الخصوم، ورأوا أنه مخالف للقانون، جاز لهم أن يطعنوا فيه بالنقض أمام جهة قضائية عليا ليست درجة ثلاثة للتقاضي، لا تنظر إلا في ما يتعلق بالقانون دون الوقائع، بهدف مطابقته مع القانون، ومن ثم يتم تحقيق المساواة داخل الواحدة في تفسير القانون وتأويله. فإذا صدر بعد ذلك مطابقا للقانون، صار من غير المقبول قانونا الطعن فيه، حيث إنه صار باتا وعنوانا للحقيقة، وإذا ظهرت وقائع جديدة أو أوراق ومستندات لم تعرض من قبل، فإنه يجوز الطعن بطلب إعادة النظر لإبطال الحكم وهذا لأن الحقيقة مقدسة، وأن وظيفة القضاء هي العمل على كشفها في كل وقت وكل آن.

المبحث الرابع: حصر أوجه الطعن بالنقض:

يتطلب هذا المبحث تناول تعريف أوجه الطعن، وتحديد ما هو وجه للنقض وما ليس منه، وذلك وفق الخطة الآتية:

المطلب الأول: أوجه الطعن بالنقض المصطلح والتعريف.

المطلب الثاني: أوجه الطعن بالنقض في القانون المقارن.

وإليك بيان هذه الفروع.

المطلب الأول: أوجه الطعن بالنقض المصطلح والتعريف:

الفرع الأول: اختلاف التشريعات في الاصطلاح:

تختلف التشريعات القانونية المعتمدة في الدراسة في الاصطلاح حول أوجه أو أسباب الطعن بالنقض.

فالمشرع الجزائري يستعمل باللغة العربية مصطلح: «أوجه طرق الطعن»، كما هو وارد في عنوان الفصل الثاني من الباب الأول: «في الطعن بالنقض» من الكتاب الرابع «في طرق الطعن غير العادية»، من قانون الإجراءات الجزائية، وهذا خطأ في العنوان وفي الاصطلاح كذلك، والصحيح هو حذف لفظة «طرق»، فيصبح العنوان والمصطلح هو: «أوجه الطعن بالنقض»⁽¹⁾.

أما المشرع التونسي فيستعمل مصطلح: «أسباب الطعن»، كما هو منصوص عليه بالفصل 263 مكرر م.إ.ج.

وكذلك المشرع المغربي يستعمل، طبقا للمادة 534 ق.م.ج، مصطلح: «أسباب النقض».

⁽¹⁾ - ويقابله باللغة الفرنسية مصطلح: «Des ouvertures à pourvoi»، وكذلك «Les moyens».

أما المشرّع المصري فهو يستعمل مصطلحين هما: «أسباب الطعن» (م34 و35ق.ح.إ.ط.ن)، وكذا مصطلح: «أوجه الطعن» طبقاً للمادة 42ق.ح.إ.ط.ن. وهذا المصطلح الأخير هو الذي تبناه الفقه الإجماعي المصري⁽¹⁾.

أما المشرّع السوري فقد تبني، طبقاً للمادة 342ق.أ.م.ج مصطلح: «أسباب النقض». وهو ما تبناه الفقه الإجماعي السوري⁽²⁾. ولا يبتعد عنه المشرّع اللبناني، حيث استعمل طبقاً للمواد 296 و302 و306ق.أ.م.ج مصطلح: «أسباب التمييز».

والذي نراه نحن استعمال المصطلح الذي استعمله المشرّع الجزائري، وهو مصطلح: «أوجه الطعن بالنقض»، وذلك فقط من أجل التمييز بينها وبين أسباب الحكم أو القرار القضائي، ذلك أن مصطلح: «الوجه» أو «الأوجه» لا تنصرف إلا إلى تلك الأسباب المتعلقة بالطعن بالنقض، بينما مصطلح الأسباب يشمل كل الأحكام والقرارات القضائية مهما كانت درجة الجهة القضائية التي صدر منها. ومع ذلك فلا مشاحة في الاصطلاح.

الفرع الثاني: تعريف أوجه الطعن بالنقض:

سبق أن بينا أن بعض الفقه يعرف أوجه الطعن بالنقض بأنها الأسباب التي يستند إليها الطاعن في بيان مظاهر مخالفة الحكم للقانون أو بطلان الحكم أو بطلان الإجراءات التي أثر في الحكم⁽³⁾. ويعرفه فقيه آخر بأنها: «أسانيد»، أي الحجج القانونية التي يستند إليها الطاعن في تعيب الحكم والمطالبة بإلغائه أو تعديله.

وفي عبارة أخرى، تعني أسباب النقض: بيان وجهه الذي حدده القانون ثم تفصيله بالقدر الذي يوضحه ويقنع به⁽⁴⁾.

ويلاحظ على هذه التعاريف أنّها ركزت على دور الطاعن فقط، دون بيان دور محكمة الطعن بالنقض، حيث يجوز لها إثارة أي وجه من أوجه تلقائياً. ويعرفها فقيه قانوني آخر بقوله: «أحوال الطعن أو أوجهه هي الحالات التي ذكرها القانون لإبطال الناحية المطعون فيها من الحكم الاستثنائي»⁽⁵⁾.

(1) - انظر: عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص481. حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1409. سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص1477.

(2) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص1069. الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص643.

(3) - عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص865.

(4) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1453.

(5) - حومد، عبد الوهاب، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية، مطبوعات جامعة الكويت، ط4، 1989م، ص360.

وعرّفها فقيه رابع بقوله: «يقصد بأوجه الطعن تلك الأسباب القانونية التي يمكن اعتمادها كأسس مبررة للطعن بالنقض من قبل الطاعن حتى يقبل طعنه أمام المحكمة العليا التي تعتبر جهة قانون»⁽¹⁾. ولا تتطرق التشريعات القانونية المعتمدة في الدراسة إلى تعريف أوجه أو أسباب الطعن بالنقض، وإنما تكتفي بتعداد هذه الأوجه فقط، وهذا أمر طبيعي، لأنّه ليس من غاية التشريعات وضع تعريفات لمصطلحاته الواردة بالقانون، ذلك أن الفقه هو المختص بوضع هذه التعاريف، التي كما قد تصيب، قد تخطئ.

أما التعريف القضائي لأوجه الطعن بالنقض، فهو كما استخلصه بغداددي جيلالي، الرئيس الأول الأسبق للمحكمة العليا⁽²⁾. وهو: «من استقرء المادة 500 ق.إ.ج يتبين أن وجه الطعن هو مجموعة العناصر الواقعية والقانونية التي يثيرها الطاعن أو المحكمة العليا حسب الأحوال ضد الحكم أو القرار المطعون فيه بغية إبطاله ونقضه»⁽³⁾.

ويمكن تعريف أوجه الطعن بالنقض بأنها: «مجموعة أسباب محصورة قانونا تتعلق بالقانون لا بالوقائع تجب إثارتها كلاها أو بعضها من طرف الطاعن، ويمكن إثارتها تلقائيا من طرف المحكمة العليا ضد الحكم المطعون فيه بهدف إبطاله كلياً أو جزئياً».

المطلب الثاني: أوجه الطعن بالنقض في القانون المقارن:

وهنا نتناول ما هو من أوجه النقض ثم نعقبه بما ليس من أوجه النقض.

الفرع الأول: ما يعد وجهاً للطعن بالنقض في القانون المقارن:

خطتنا هنا إبراز ما يعد وجهاً للطعن بالنقض مع حصرها وتحديدتها بدقة، حتى إذا أمكننا ذلك سهل علينا بعد ذلك تمييز واستخلاص ما لا يعد وجهاً للطعن بالنقض. وليبيان ما يعد وجهاً للنقض، فإننا نشير إلى القاعدة العامة، ثم نبين ما يعد وجهاً للنقض في مختلف التشريعات القانونية المقارنة.

1- القاعدة العامة: كل ما يتعلق بالقانون يعد وجهاً للطعن بالنقض:

على الرغم من تنوع وتعدد أوجه الطعن بالنقض إلا أنّها مع ذلك ترتد كلها إلى قاعدة واحدة، وأصل منفرد، هو مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون، سواء في ذلك القانون الموضوعي (قانون العقوبات

(1) - جروة، علي، الموسوعة في الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ج3، ص542.

(2) - كان رئيساً للمحكمة العليا من سنة 1979م إلى 1981م، ثم شغل رئيس الغرفة الجنائية إلى أن تقاعد. له عدة كتب منها: الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية (في ثلاثة أجزاء)، وكتاب التحقيق القضائي.

(3) - قرار صادر يوم: 30 جانفي 1968م، (عن غ.ج). نشرة العدالة، س: 1968م، ص59. وقرار صادر يوم: 09 جويلية 1981م، (عن غ.ج. 2/2)، في الطعن رقم: 25487. مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص156. وقرار صادر يوم: 24 نوفمبر 1998م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 184267. (م.ق)، ع: 02، س: 1999م، ص133. بغداددي جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج3، ص428.

والقوانين الخاصة كقانون مكافحة الفساد والوقاية منه، وقانون القرض والنقد، وقانون الوقاية من المخدرات ومكافحتها وغيرها)، أو القانون الإجرائي (قانون الإجراءات الجزائية وقانون الإجراءات المدنية والإدارية)⁽¹⁾. وكل هذا يعني أن الطعن بالنقض يقتصر على ما يتعلق بالجانب القانوني في الحكم القضائي المطعون فيه دون جانبه الموضوعي الوقائعي وإثباته⁽²⁾.

وهذا التأصيل هو الذي يتفق مع دور محكمة الطعن بالنقض بحيث لا تنظر هذه المحكمة إلا في مدى صحة تطبيق القانون على الوقائع، وقائع الدعوى⁽³⁾، فهي تنظر في الاختصاص، وفي تشكيلة المحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه، وفي تكييفها الفعل الإجرامي، وفي التقادم ومدده، وفي توافر الشروط القانونية للدليل الذي استند إليه الحكم في إثبات الواقعة، كأن يكون الشاهد أدى اليمين القانونية، وألا يكون قريبا لأحد أطراف النزاع، ثم انسجام الاستنتاج في ثبوت الواقعة من الدليل مع المنطق، فكل هذه الجوانب تتعلق بالقانون.

وهذه القاعدة تتفق عليها كل التشريعات المعتمدة في الدراسة، فقد أشارت إليه المادة 500 ق.إ.ج، والمادة 258 م.إ.ج التونسي، والمادة 534 ق.م.ج المغربي، والمادة 300 ق.ح.إ.ط.ن المصري، والمادة 342 ق.أ.م.ج السوري، والمادة 296 و302 و306 ق.أ.م.ج اللبناني.

حيث إن كل هذه الإشارات القانونية تنص أن أوجه الطعن بالنقض كلها مهما تعددت وتنوعت ترد إلى أصل واحد هو مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون بصفة عامة.

2/- بيان أوجه الطعن بالنقض في مختلف التشريعات: بعد أن وقفنا على القاعدة العامة المتفق عليها بين مختلف التشريعات المعتمدة في الدراسة نأتي الآن إلى تفصيل أوجه الطعن بالنقض لكل تشريع منها ثم نعقد مقارنة وموازنة بينها من حيث الموافقات والفروق.

أ/- حصر أوجه الطعن بالنقض في مختلف التشريعات:

⑥/- التشريع الجزائري:

حصر المشرع الجزائري أوجه الطعن بالنقض في ثمانية أوجه، وذلك في المادة 500 ق.إ.ج، وهي: «لا يجوز أن يبنى الطعن بالنقض إلا على أحد الأوجه الآتية: 1- عدم الاختصاص، 2- تجاوز السلطة، 3- مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات، 4- انعدام أو قصور الأسباب، 5- إغفال الفصل في وجه الطلب أو في أحد طلبات النيابة العامة، 6- تناقض القرارات الصادرة من جهات قضائية مختلفة في آخر درجة أو التناقض فيما قضى به الحكم نفسه أو القرار، 7- مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه، 8- انعدام الأساس القانوني.

⁽¹⁾ - عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 841. حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 1426.

⁽²⁾ - عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 841.

⁽³⁾ - عبد الستار، فوزية، المرجع والصفحة نفسهما. حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 1426.

ويجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها الأوجه السابقة الذكر».

ويمكن هنا الإشارة إلى ملاحظتين كالآتي:

- **الملاحظة الأولى:** أنّ المشرّع الجزائري حصر أوجه الطعن بالنقض في ثمانية أوجه بدليل طريقة الصياغة: «لا يجوز أن يبنى الطعن بالنقض إلا على أحد الأوجه...»، فهذه الصياغة تفيد الحصر للأوجه، ومن ثم عدم جواز إضافة أخرى.

وقد أكدت المحكمة العليا هذه الحصرية للأوجه الثمانية في عديد قراراتها⁽¹⁾. منها المبدأ الآتي: «من المقرر قانونا أنّ الطعن بالنقض التي لم تقدّم فيه مذكرة تبين أسباب وأوجه الطعن يؤدي إلى عدم قبوله شكلا. ومن المقرر أيضا أنّ مذكرة الطعن بالنقض الغير مبنية على الأوجه الوارد نصها في أحكام المادة 500ق.إ.ج تؤدي إلى رفضها موضوعا باعتبار أن المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) هو هيئة رقابة القانون وليس هيئة موضوع»⁽²⁾.

وكذلك المبدأ الآتي: «لا يجوز الطعن بالنقض إلا على أحد الأوجه المذكورة في المادة 500ق.إ.ج»⁽³⁾.

وكذا المبدأ الآتي: «خلو عريضة الطعن بالنقض من أي وجه من أوجه الطعن بالنقض الواردة على سبيل الحصر في المادة 500ق.إ.ج يؤدي إلى التصريح بعدم قبول الطعن بالنقض شكلا»⁽⁴⁾.

ومنها أيضا ما جاء في أحدها ما نصه: «إنّ خرق أحكام الدستور والمعاهدات الدولية غير وارد ضمن الأوجه التي يجب أن يبنى عليها الطعن بالنقض، ومن ثم يتعين رفض الوجه المثار المأخوذ من مخالفة المادة 47 من الدستور⁽⁵⁾، ومخالفة المادة 1/9 من العقد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية السياسية⁽⁶⁾»⁽⁷⁾.

ولنا وقفة هنا بخصوص هذا القرار الأخير، ذلك أنه يعكس مدى التناقض الصارخ للهيكل القانوني الجزائري، يتبين لنا هذا من خلال التأمل جيدا في أن المحكمة العليا تقضي بحصرية أوجه الطعن بالنقض الواردة في المادة 500ق.إ.ج، ومن ثم إذا تطابق الحكم مع القانون، وكان هذا الأخير مخالفا للدستور، فإنّ المحكمة العليا تعمل نص القانون على الرغم من مخالفته الصريحة للدستور وكذا للمواثيق الدولية التي

⁽¹⁾ - القرار الصادر يوم: 09 نوفمبر 1982م، (عن غ.ج.2/ق1)، في الطعن رقم: 23548. (ن.ق)، ع: 02، س: 1983م، ص86-87. والقرار الصادر يوم: 05 ماي 1981م، (عن غ.ج.2/ق1)، في الطعن رقم: 19725. (ن.ق)، ع: 44، س: 1988م، ص92-93. القرار الصادر يوم: 21 أفريل 1987م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 52011. (ن.ق)، ع: 44، س: 1988م، ص129-130. والقرار الصادر يوم: 14 مارس 1989م، (عن غ.ج.2/ق1)، في الطعن رقم: 55148. (م.ق)، ع: 02، س: 1994م، ص259. والقرار الصادر يوم: 01 جوان 2005م، (عن غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 302876. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2007م، ص603. قرار صادر يوم: 04 جويلية 1983م، (عن غ.ج.ج)، الثانية، القسم الأول، في الطعن رقم: 25723. (م.ق)، ع: 01، س: 1989م، ص352.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 14 مارس 1989م، (عن غ.ج.2/ق1)، في الطعن رقم: 55148. (م.ق)، ع: 02، س: 1994م، ص259.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 21 أفريل 1987م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 52011. (ن.ق)، ع: 44، س: 1988م، ص129-130.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 01 جوان 2005م، (عن غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 302876. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2007م، ص603.

⁽⁵⁾ - المقصود هنا دستور 1996م والمادة 47 منه تنص على أنه: «لا يتابع أحد، ولا يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون، وطبقا للأشكال التي نص عليها».

⁽⁶⁾ - تنص المادة 1/9 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر سنة 1966م بما نصه: «لكل فرد الحق في الحرية وفي الأمان على الشخصية، ولا يجوز توقيفه أحد أو اعتقاله تعسفا، ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون، وطبقا للإجراء المقرر فيه».

⁽⁷⁾ - قرار صادر يوم: 26 جويلية 1999م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 190606. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق ص175.

صادقت عليها الجزائر، ومنها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر سنة 1966م، والذي صادقت عليه الجزائر في سنة 1989م⁽¹⁾، فالأصل عندها هو القانون وليس الدستور والمواثيق الدولية مع العلم وطبقا للمادة 132 من دستور 1996م تنص على أنّ «المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون».

وهنا مثار الغرابة والتناقض، هل يعقل أن تحرص المحكمة العليا كمل الحرص على تطبيق قانون مخالف للدستور وللمواثيق الدولية المصادق عليها من قبل الجزائر، وفي المقابل ترفض رفضا متعسفا وظالما ومجحفا احترام الدستور والمواثيق الدولية المصادق عليها؟ ألا يعد ذلك إجحافا وتعديا من المحكمة العليا - وهي أرفع محكمة في البلاد - على الدستور الذي يعد أسمى القوانين في النظام القانوني للدولة ككل، وقد صادق عليه الشعب مباشرة، ومن ثم تعديا على الشعب وعلى قراره السيد، حيث إنّ «الشعب مصدر كل سلطة» طبقا للمادة السادسة من الدستور؟

ويزداد الأمر أكثر غرابة عندما نلاحظ أنّ المحكمة العليا تأخذ بأحكام الدستور عندما يتعلّق الأمر بالحصانة البرلمانية⁽²⁾، وباللغة العربية⁽³⁾، ومبدأ الشرعية⁽⁴⁾ (المادة 45 من الدستور)، وصدور الأحكام والقرارات القضائية «باسم الشعب»⁽⁵⁾ (المادة 167 من دستور 1976م، و 132 من دستور 1989م، 1989م، و 141 من دستور 1996م).

ولكنها عندما تعلّق الأمر بأوجه الطعن بالنقض، ومخالفة القانون للدستور، وللمواثيق الدولية، أحجمت عن الاجتهاد والمواجهة.

قد يقول البعض إن المحكمة العليا ليس من وظيفتها الرقابة على دستورية القوانين، وأن هذه الوظيفة هي اختصاص حصري ومانع منصوص عليه في الدستور للمجلس الدستوري في المواد 163 إلى 169 من دستور 1996م.

(1) - المرسوم الرئاسي رقم: 89-67 المؤرخ في: 11 شوال عام 1409هـ الموافق لـ 16 مايو سنة 1989م يتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والبروتوكول الاختياري المتعلقة بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم: 16 ديسمبر سنة 1966م.

الجريدة الرسمية، ع: 20، س: 26، المؤرخة في: 17/5/1989م.

(2) - القرار الصادر يوم: 30 ديسمبر 2010م، (عن غ.ج.م)، القسم الرابع، في الطعن رقم: 594561 (م.م.ع)، ع: 01، س: 2012م، ص351. والقرار الصادر يوم: 06 جويلية 1999م، (عن غ.ج.م/ق2)، في الطعن رقم: 212881 (م.ق)، ع: 01، س: 2000م، ص230.

(3) - القرار الصادر يوم: 15 جويلية 2009م، (عن غ.ج.م)، القسم الأول، في الطعن رقم: 606449 (م.م.ع)، ع: 01، س: 2011م، ص349.

- وهذا القرار يتناقض مع القرار الصادر يوم: 22 فيفري 1983م، (عن غ.ج.م/ق2)، في الطعن رقم: 28094 (م.ق)، ع: 01، س: 1989م، ص335.

(4) - قرار صادر يوم: 29 أفريل 2003م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 306921 (م.ق)، ع: 01، س: 2003م، ص398-402.

(5) - القرار الصادر يوم: 09 نوفمبر 1982م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 31089 (ن.ق)، ع: 44، س: 1988م، ص108. والقرار الصادر يوم: 25 ماي

1982م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 29814 (ن.ق)، ع: 43، س: 1988م، ص37. والقرار الصادر يوم: 10 جويلية 1984م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم:

37833 (م.ق)، ع: 01، س: 1989م، ص297. والقرار الصادر يوم: 15 أفريل 1986م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 47759 (م.ق)، ع: 03، س:

1989م، ص238-240. والقرار الصادر يوم: 09 أفريل 1985م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 36935 (م.ق)، ع: 02، س: 1990م، ص238-241. والقرار

الصادر يوم: 27 مارس 1993م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 64287 (م.ق)، ع: 04، س: 1991م، ص257-258.

والجواب: أننا لا نعترض على هذا، بل لاشك في أن الرقابة على دستورية القوانين هي من اختصاص المجلس الدستوري حصرياً. ولكن قصدنا أن هناك اختلالاً خطيراً وجسيماً بالنظام القانوني داخل الدولة، يتمثل في وجود نصوص قانونية مخالفة للدستور تعمل المحكمة العليا على تطبيقها، وهذا أمر يقوّض العدل من أساسه، بل يهدّم النظام القانوني من أساسه، حيث إنّ القانون يخالف الدستور الذي صوّت وصادق عليه الشعب. بمعنى أن الدستور خلق وضعاً قانونياً متهاكاً ومتناقضاً، حيث إنّ المجلس الدستوري لا يؤدي دوره كاملاً، بفعل الإخطار، حيث إنّهُ محصور طبقاً للمادة 166 من الدستور في: رئيس الجمهورية؛ ورئيس المجلس الشعبي الوطني؛ ورئيس مجلس الأمة.

وكان من الواجب الذهاب إلى العدالة الدستورية عن طريق فتح حق الإخطار للمتقاضين أمام المجلس الدستوري متى كانوا أمام القضاء في نزاع جندي ودفع أحد الأطراف بعدم دستورية نص قانوني معين، فإنه متى وجدت الجهة القضائية أن الدفع جندي، فإنها تمنح له أجلاً ليرفع دعواه أمام المجلس الدستوري للفصل في مدى دستورية نص قانوني معين، فإذا وجدت أن النص غير دستوري قرر المجلس إلغاءه، ومن ثم فلا يطبق هذا النص في هذا النزاع وكل النزاعات المشابهة، وإن وجدت أن النص دستوري قرر المجلس دستوريته، ومن ثم يجري تطبيقه.

حتى وإن لم يتم إحداث هذه التعديلات في الدستور، فإنّ المحكمة العليا في تقديرنا أخطأت في قرارها، وكان الواجب عليها الحكم بمقتضى الدستور والمواثيق الدولية التي صادقت عليها الجزائر، واستبعاد القانون المخالف لها.

مع العلم أنّ بعض فقهاء القانون ذهبوا إلى أنّ من حق القضاء الجزائي الرقابة على دستورية القوانين، وأنّه حق ثابت دون حاجة إلى نص⁽¹⁾.

بل إنّ محكمة النقض المصرية أقرت حق المحاكم القضائية بالنظر في دستورية القوانين حيث تثار أمامها، ومن أحكامها في هذا الصدد: «جرى قضاء محكمة النقض بأنّ الدستور هو القانون الوضعي الأسمى صاحب الصدارة، فكان على ما دونه من التشريعات النزول عند أحكامه، فإذا ما تعارضت هذه وتلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها، ويكون الحكم المخالف في هذه الحالة قد نسخ بقوة الدستور بنفسه»⁽²⁾.

وهو كذلك الاتجاه الذي سلكته محكمة النقض السورية في قرار صدر عن الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية، حيث أقرت للمحاكم الجزائية حق النظر في دستورية القوانين بطريق الدفع⁽³⁾، وقد جاء في حكم للغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض ما يلي: «من حيث إنّهُ إذا كان يمتنع على القضاء التصدي

(1) - حومد، عبد الوهاب، دراسات معمقة في الفقه الجنائي، مرجع سابق، ص732-738.

(2) - أحكام النقض في: 1979/06/21م، س: 30، ص722. وأحكام النقض في 1981/11/04م، س: 33، ص813. حومد، عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص736.

(3) - القرار رقم: 16 أساس 43 تاريخ: 1978/05/08م، المحامون 1978م، ع: 9-10-11، ص333 اجتهاد.

لدستورية القوانين عن طريق الدعوى، لانتفاء النص الذي يخوله هذا الحق، إلا أنه ليس ما يمنعه من التصدي لذلك عن طريق الدفع بالامتناع عن تنفيذ القانون المخالف للدستور في الدعوى الماثلة أمامه... ولا يعتبر ذلك تعدياً من القضاء على سلطة التشريع مادامت المحكمة لا تمنح بنفسها قانوناً ولا تقضي بإلغاء قانون ولا تأمر بوقف تنفيذه. غاية الأمر أنها تفاضل بين قانونين قد تعارضاً فتفصل في هذه الصعوبة بحكم وظيفتها القضائية وتقرر أيهما الأولى بالتطبيق، وإذا كان القانون العادي قد أهمل فمرد ذلك في الحقيقة إلى سيادة الدستور العليا على سائر القوانين»⁽¹⁾.

كما أن الغرفة الجزائرية العسكرية قضت بأنه: «استقر الاجتهاد القضائي على أن دستورية القوانين هي موضوع من حق كل محكمة أن تثيره عفواً من لدنها، لأنه يقع على كاهل القضاء مبدأ رقابة هذه المشروعية»⁽²⁾.

وهكذا فإن محكمة النقض السورية قبل الطعن بدستورية القوانين للمتقاضين بطريق الدفع وترفضه بطريق الادعاء المباشر، كما أنها تجوز لمحكمة الموضوع أن تثير عدم الدستورية بصورة تلقائية⁽³⁾. ولت محكمتنا العليا تتبع هذه المسلك السليم، والمنهج القويم، فتقبل أوجه الطعن بالنقض المتعلقة بمخالفة القانون للدستور، ومن ثم تكون محكمة حارسة للدستور وللحقوق وللشعب والعدالة والعدل والإنصاف.

- الملاحظة الثانية: أن المشرع بيانه أوجه الطعن بالنقض وحصرها، بل وحشرها، في ثمانية أوجه، وقع في سوء الصياغة، حيث تضمنت المادة 500 ق.إ.ج تعداد الأسباب والأوجه حالات عامة دون تفصيل⁽⁴⁾، وينطبق هذا النقد خصوصاً حول الأوجه الآتية: «مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات، انعدام أو قصور الأسباب، مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه، انعدام الأساس القانوني». كما تضمن حالات لا تعدو أن تكون تطبيقات عملية للحالات العامة⁽⁵⁾. وتنطبق هذه المناقشة خصوصاً على الأوجه المتبقية، وهي: «عدم الاختصاص فهو تطبيق لمخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه، وكذلك تجاوز السلطة، ومخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات، وإغفال الفصل في وجه الطلب أو في أحد طلبات النيابة العامة، وتناقض القرارات الصادرة من جهات قضائية مختلفة في آخر درجة، أو التناقض فيما قضى به الحكم نفسه أو القرار».

⁽¹⁾ - القرار رقم: 697/334، تاريخ: 1974/04/22م، المحامون، 1974م، ص125 اجتهاد. حومد، عبد الوهاب، دراسات معمقة في الفقه الجنائي، مرجع سابق، ص737.

⁽²⁾ - القرار رقم: 1874، تاريخ: 1982/12/28م، المجموعة الجزائرية، القاعدة: 4252. حومد، عبد الوهاب، المرجع والصفحة نفسها.

⁽³⁾ - حومد، عبد الوهاب، المرجع والصفحة نفسها.

⁽⁴⁾ - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص1069.

⁽⁵⁾ - حومد، عبد الوهاب، المرجع والصفحة نفسها.

ومع ذلك فهذا النقد والمناقشة يمكن دحضه متى تذكرنا أن المحكمة العليا هي التي تتولى تفسير القانون وتوحيد الاجتهاد القضائي طبقا للمادة 1/152 و3 من دستور 1996م. وكذا المادة الثالثة من القانون العضوي رقم: 11-12 المؤرخ في: 26/07/2011م.

⑦- التشريع التونسي: نص المشرع التونسي على أسباب الطعن بالتعقيب في الفصل 1/258 بأنها: عدم الاختصاص؛ الإفراط في السلطة؛ خرق القانون أو الخطأ في تطبيقه.

⑧- التشريع المغربي: أما المشرع المغربي فقد نص على أسباب الطعن بالنقض - كما اصطلح عليها- بالمادة 534ق.م.ج التي جاء نصها كالآتي: «يجب أن يركز الطعن بالنقض في الأوامر أو القرارات أو الأحكام القابلة للطعن بالنقض على أحد الأسباب الآتية:

- 1- خرق الإجراءات الجوهرية للمسطرة،
- 2- الشطط في استعمال السلطة،
- 3- عدم الاختصاص،
- 4- الخرق الجوهري للقانون،
- 5- انعدام الأساس القانوني، أو انعدام التعليل». وطبعا القصور و الغموض و التناقض في التعليل هو بمثابة انعدام التعليل⁽¹⁾.

وهي تتطابق مع القانون الجزائري وإن كان هذا الأخير يزيد على التشريع المغربي بسببين هما: - إغفال الفصل في وجه الطلب أو في أحد طلبات النيابة العامة، والتناقض. إلا أنها مع ذلك فكلها تعود وترتد إلى أصل المشار إليه سابقا، مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون⁽²⁾.

⑨- التشريع المصري: نص المشرع المصري على أسباب الطعن بالنقض في المادة 360ق.ح.إ.ط.ن بقوله: «لكل من النيابة، والمحكوم عليه، والمسؤول عن الحقوق المدنية والمدعى بها، الطعن بالنقض في الحكم النهائي الصادر من آخر درجة في مواد الجنائيات والجنح، وذلك في الأحوال الآتية:

- 1- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة القانون أو على خطأ في تطبيقه، أو في تأويله،
- 2- إذا وقع بطلان في الحكم،
- 3- إذا وقع في الإجراءات بطلان أثر في الحكم.

(1) - العلمي، عبد الواحد، شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1432هـ-2011م، ج3، ص200.
(2) - العلمي، عبد الواحد، شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية، مرجع سابق، ج3، ص190.

والأصل أنّ الإجراءات قد رُوِّعيتُ أثناء نظر الدعوى، ومع هذا فلصاحب الشأن أن يثبت بكافة الطرق أن تلك الإجراءات قد أهملت أو خولفت ما لم تكن مذكورة في محضر الجلسة أو في الحكم فإذا ذكر في أحدهما أنها أتبع، فلا يجوز إثبات عدم إتباعها إلا بطريق الطعن بالتزوير».

وإذن فأوجه الطعن بالنقض الجزائي في التشريع المصري ثلاثة، هي:

1- مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله،

2- وقوع البطلان في الحكم،

3- وقوع الإجراءات في البطلان أثر في الحكم.

وهذه الأوجه الثلاثة يردّها الفقه المصري⁽¹⁾ إلى قسمين:

- الخطأ في تطبيق القانون الموضوعي، ويندرج فيه الوجه الأول،

- الخطأ في تطبيق القانون الإجرائي ويندرج فيه الوجهان الثاني والثالث.

وهذا التقسيم ينطوي على أهمية نظرية، وعملية.

فالأهمية النظرية تتمثل في تحديد مدلول وفحوى كل وجه، يختلف على الوجه الآخر⁽²⁾.

والأهمية العملية⁽³⁾ تتمثل في تحديد اختصاص محكمة النقض وسلطتها، فإذا استند الطعن بالنقض

إلى الوجه الأول، فإن على محكمة النقض أن تصحح الخطأ بنفسها وتحكم بمقتضى القانون، وهو ما تنص عليه المادة 1/39 ق.ح.إ.ط.ن المصري.

أما إذا تأسس الطعن على أحد الوجهين الثاني أو الثالث، فإنه ذا نقضت المحكمة الحكم فإنها تعيد الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لتحكم فيها من جديد مشكلة من قضاة آخرين، طبقاً للمادة 2/39 ق.ح.إ.ط.ن المصري.

ويلاحظ أن التشريع المصري ورد ناقصاً من بعض الأوجه، ولعل أهمها حالة إغفال محكمة الموضوع الفصل في بعض الطلبات التي تقدمت بها النيابة العامة أو أحد الأطراف للمحكمة، كما لو كانت قد نسبت إلى المتهم جريمةتين فقطت المحكمة في إحداها دون الإشارة إلى الأخرى، فمثل هذا الوجه لا يجوز لمحكمة النقض الفصل فيه لأنه خارج عن نطاق اختصاصها باعتباره من مسائل الموضوع لا القانون.

ويقترح هنا بعض الفقهاء المصريين⁽¹⁾ حلاً لهذه المشكلة اللجوء إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم لتفصل فيما أغفلت الفصل فيه، وذلك تطبيقاً للمادة 193 من قانون المرافعات المصري⁽²⁾، نظراً لعدم وجود نص خاص في قانون الإجراءات الجنائية.

(1) - العرابي، علي زكي، المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص251. القلبي، محمد مصطفى، أصول تحقيق الجنايات، مرجع سابق، ص550. نقلاً عن: حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1426-127. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص843.

(2) - حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ج2، ص1427.

(3) - حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسها.

ويلاحظ هنا أنه يقيس هذا الحل على الخطأ المادي إذا وقع في الحكم حيث يمكن إصلاحه برفع الحكم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم وفقاً للمادة 337ق.إ.ج⁽³⁾.

وهذا في الحقيقة قياس مع الفارق، ذلك لأن الخطأ المادي لا يتعلق بمخالفة القانون، وإنما يتعلق بغلطات القلم عند الكتابة، كالخطأ في الرقم الحساب المالي أو التعويض والخطأ في وصف المحكمة حضورية والثابت أنها غيبائية، أو العكس، أما إغفال الفصل في طلب من طلبات النيابة العامة فهو أمر آخر تماماً، حيث إنّه ينطوي على إخلال جسيم بمبدأ المساواة في مناقشة في كل ما يطرح أمام القضاء من طلبات ودفع، فضلاً عن مساسه بمبدأ نزاهة القضاء. ولذلك فإننا نرى أنه لا يجوز في حالة إغفال الحكم الفصل في طلب من طلبات النيابة العامة، أن يرفع إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم لتفصل فيما أغفلت الفصل فيه. ومن ثم يبطل ويسقط المقترح. كما أن الإغفال في الفصل في الطلبات قد يؤدي إلى التأثير في الحكم كلياً أو جزئياً حتى قبلته المحكمة، بخلاف تصحيح الخطأ المادي إذ لا يؤثر مطلقاً، وإنما يجب فقط تصحيح الحكم من كل خطأ مادي.

ومع ذلك فإننا نعتقد بصوابية تطبيق المادة 193 مرافعات على هذا النقص.

⑩- التشريع السوري: تنص المادة 342ق.أ.م.ج السوري على أنه: «لا يقبل الطعن بالنقض إلا

للأسباب التالية:

- 1- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون، أو على خطأ في تفسيره،
- 2- إذا وقع بطلان في الحكم،
- 3- إذا وقع في الإجراءات بطلان أثر في الحكم،
- 4- الدُّهُول عن الفصل في أحد الطلبات، أو الحكم بما يجاوز طلب الخصم،
- 5- صدور حكيم متناقضين في الواقعة الواحدة،
- 6- خلو الحكم من أسبابه الموجبة، أو عدم كفايتها، أو غموضها.

والأصل اعتبار أن الإجراءات قد ورعيت أثناء الدعوى، ومع هذا فلصاحب الشأن أن يثبت بكافة الطرق أن تلك الإجراءات قد أهملت أو خولفت، وذلك إذا لم تكن مذكورة في محضر الجلسة ولا في الحكم، فإذا ذكر في أحدهما أنها اتبعت، فلا يجوز إثبات عدم اتباعها إلا بطريق الطعن بالتزوير».

(1) - عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص842. حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ج2، ص1419.

(2) - تنص المادة 193 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على أنه: «إذا أغفلت المحكمة الحكم في بعض الطلبات الموضوعية جاز لصاحب الشأن أن يعلن خصمه بصحيفة للحضور أمامها لنظر هذا الطلب والحكم فيه».

(3) - تنص المادة 337ق.إ.ج المصري بأنه: «إذا وقع خطأ مادي في حكم أو في أمر صادر من قاضي التحقيق أو من محكمة الجناح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة، ولم يكمن يترتب عليه البطلان تتولى الهيئة التي أصدرت الحكم أو الأمر تصحيح الخطأ من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم، وذلك بعد تكليفهم بالحضور. ويقضى بالتصحيح في غرفة المشورة بعد سماع أقوال الخصوم، ويؤشر بالأمر الذي يصدر على هامش الحكم أو الأمر. ويتبع هذا الإجراء في تصحيح اسم المتهم ولقبه».

بداية، وتعليقا على خطة المشرع السوري في بيان أوجه الطعن بالنقض، هو التطابق الذي يكاد يكون كلياً بين هذه المادة المذكورة أعلاه وبين المادة 30ق.ح.إ.ط.ن المصري، حيث نقل المادة بنصها وحرفياً فيما يتعلق بأوجه الطعن بالنقض فقط⁽¹⁾، ولا فرق بينهما إلا أن المشرع السوري أضاف ثلاثة أسباب أخرى للطعن بالنقض لم يذكرها المشرع المصري، وهي الأسباب الثلاثة الأخيرة المذكورة في المادة أعلاه.

وبهذه الإضافة يكون المشرع السوري قد انتبه فعلاً إلى وجود نقص تشريعي في القانون المصري، فعمل على نقل نص المادة 30ق.ح.إ.ط.ن المصري حرفياً، ثم أضاف إليها ما رآه يستحق الإضافة، فكانت أسباب النقض عنده محصورة في ستة أسباب.

ولاشك في سلامة مسلك المشرع السوري في انتهاجه هذه الخطة. ونذكر هنا بأن الانتقادات التي وجهت إلى المادة 500ق.إ.ج، ترد هنا أيضاً من حيث صياغة المادة.

كما يجب التذكير أن من أسباب الطعن أيضاً صدور الحكم بالإعدام، حيث يجب عرضه على محكمة النقض في كل الأحوال لفحصه. وهذا إعمالاً للمادة 340/ج.منق.أ.م.ج السوري، التي تطابقها المادة 46ق.ح.إ.ط.ن المصري.

①- التشريع اللبناني: سلك المشرع اللبناني مسلكاً خاصاً ومنفرداً عن باقي التشريعات في بيان أسباب تمييز الأحكام الجزائية، بأن جعلها على ثلاث مجموعات بحسب قضاء الحكم يقبل الاستئناف من عدمه، وقضاء التحقيق.

فكانت أسباب التمييز على ثلاثة أنواع: أسباب تمييز الأحكام الصادرة في القضايا الجنائية، وأخرى لقضايا الجنح والمخالفات، وثالثة للقرارات الصادرة عن الهيئة الاتهامية. وإليك تفصيل هذه الأسباب بحسب التشريع اللبناني.

②- أسباب تمييز الأحكام الصادرة في القضايا الجنائية:

وهي المنصوص عليها بالمادة 296ق.أ.م.ج، حيث نصت على: «أن الأحكام التي تصدرها محاكم الجنائيات تقبل التمييز لسبب من الأسباب الآتية:

أ- صدور الحكم عن هيئة لم تشكل وفقاً لأحكام القانون،

(1) تجب الإشارة إلى أن المادة 30ق.ح.إ.ط.ن المصري نصت على الموضوعات الآتية:

1- الأطراف الذين يجوز لهم الطعن بالنقض (النيابة العامة، المتهم، المدعي المدني، المسؤول مدنياً).

2- أسباب الطعن بالنقض.

3- الأحكام التي يجوز الطعن فيها والتي لا يجوز.

وهذا في الحقيقة يكشف عن سوء الصياغة، حيث إن المشرع حشر حشراً ثلاث قضايا مختلفة عن بعضها في مادة واحدة. وكان من حسن الصياغة ودقتها فصلها كل مادة خاصة بما. فضلاً عن أن فصل أحكام الطعن بالنقض الجنائي بقانون خاص مستقل عن قانون الإجراءات الجنائية هو الخطأ الأكبر.

ب- مخالفة القانون، أو الخطأ في تفسيره، أو تطبيقه،

ج- مخالفة قواعد الاختصاص،

د- إغفال الأصول المفروضة تحت طائلة الإبطال، أو الإخلال بالقواعد الجوهرية في المحاكمة،

هـ- الحكم بفعل جرمي لم يتناوله قرار الاتهام، أو في حق شخص لم يتهم فيه،

و- عدم البت في دفع، أو سبب دفاع، أو طلب تقدّم به أحد فرقاء الدعوى، أو الحكم بأكثر مما

طلب،

ز- عدم تعليل الحكم، أو التناقض بين تعليله، وبين الفقرة الحكمية، أو التناقض في الفقرة الحكمية

ذاتها،

ح- تشويه الوقائع، أو المضمون الواضح للمستندات المبرزة في ملف الدعوى،

ط- فقدان الأساس القانوني،

ي- الأحكام القاضية بالإعدام».

7/- أسباب التمييز في قضايا الجرح والمخالفات:

وهي المنصوص عليها بالمادة 302ق.أ.م.ج حيث نصت على أنه: «ما خلا حالة صدور الحكم عن هيئة لم تشكل وفقا للقانون والقرارات المتعلقة بالصلاحية، وبسقوط الحق العام بمرور الزمن أو بالعفو العام أو في امتناع الادعاء في القضية المحكمة، لا يقبل النقض في قضايا الجرح إلا لأحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 296 من هذا القانون بشرط توافر الاختلاف في الوصف القانوني للفعل بين قضاة الدرجة الأولى وقضاة الدرجة الثانية».

8/- أسباب تمييز القرارات الصادرة عن الهيئة الاتهامية:

وقد نصت عليها المادة 306ق.أ.م.ج اللبناني حيث قضت بأنه: «ما خلا القرارات الصادرة عن هيئة لم تشكل وفقا للقانون والقرارات المتعلقة بالصلاحية وبسقوط الحق العام بمرور الزمن، أو بالعفو أو بامتناع الادعاء لقوة القضية المحكوم بها، لا تقبل قرارات الهيئة الاتهامية النهائية النقض ما لم يتوافر شرط الاختلاف في الوصف القانوني للفعل بين قاضي التحقيق والهيئة الاتهامية، ولأحد الأسباب الآتية:

1- مخالفة القانون أو الخطأ في تفسيره أو في تطبيقه،

2- إغفال الأصول المفروضة تحت طائلة الإبطال أو الإخلال بالقواعد الجوهرية في التحقيق،

3- تشويه الوقائع أو المضمون الواضح للمستندات المبرزة في ملف الدعوى،

4- عدم البت في دفع أو سبب من أسباب الدفاع أو في طلب تقدم به أحد الفرقاء في الدعوى،

5- فقدان الأساس القانوني أو النقص في التعليل».

وبالمقارنة بين هذه المجموعات الثلاث لأسباب التمييز في التشريع اللبناني هو التكرار، وكان المسلك الصائب والواجب سلوكه هو ذكر أسباب تمييز واحدة كقاعدة عامة ثم الإشارة إلى الاستثناءات عليها. لا أن يفصل بفصول معنونة كما أوردناها.

ب/- مقارنة وموازنة:

بعد عرض أوجه الطعن بالنقض في مختلف التشريعات بقي علينا الآن استخلاص أوجه الاتفاق، وأوجه الاختلاف.

⑥- الموافقات:

- تتفق كل التشريعات المعتمدة في الدراسة على أن أوجه الطعن بالنقض الواردة في القانون قد وردت على سبيل الحصر، بحيث لا يجوز إضافة أي وجه آخر لا ينص عليه القانون، كما لا يجوز استبعاد أي وجه ورد التنصيص عليه في القانون باعتباره.

- كل التشريعات المعتمدة في الدراسة أكدت أن أوجه الطعن بالنقض جميعها دون استثناء تتعلق بالقانون لا بالوقائع، وأنها كلها تترد إلى مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون. وأن هذا التأصيل هو الذي ينسجم ويتفق مع وظيفة محكمة الطعن بالنقض.

- تتفق تشريعات كل من الجزائر وتونس والمغرب ولبنان في أن من أوجه الطعن بالنقض عدم الاختصاص. وفي المقابل لا تنص عليه تشريعات كل من مصر وسوريا، إلا أنه مع هذا فهو يندرج في عبارة «مخالفة القانون».

- تجاوز السلطة (أو الإفراط أو الشطط في استعمال السلطة) تتفق عليه تشريعات كل من الجزائر، وتونس، والمغرب. دون أن تنص عليه تشريعات كل من مصر وسوريا ولبنان.

⑦- الفروق:

- اختلفت التشريعات المعتمدة في الدراسة في تعداد أوجه الطعن بالنقض اختلافا شديدا، لدرجة يصعب فيه توحيد التصور حولها، فالتشريع المصري يعد ثلاثة أسباب للنقض والتونسي بثلاثة كذلك، فالمغربي بخمسة، فالسوري بستة، فالجزائري بثمانية أسباب، فاللبناني بعشرة أسباب.

وهكذا فأقل التشريعات تعدادا لأسباب الطعن بالنقض مصر وتونس وأكثرها تعدادا لها لبنان، ومن ثم فأسباب النقض من ثلاثة إلى عشرة، وهنا السؤال يطرح نفسه ما هو معيار التوسيع والتضييق في اعتبار قضية ما وجها للطعن بالنقض؟ بمعنى آخر هل هناك خطة معينة أو عقيدة ما يعتنقها المشرع في رسم معالم خريطة أوجه الطعن بالنقض وماهي هذه الخطة - إن وجدت - وما معالمها وخطوطها العريضة؟ وتبعاً لذلك ما هي أفضل التشريعات في بيان أوجه النقض؟

- يمكن القول - بعد محاولة التأمل - أن المسألة لا تعدو أن تكون مجرد تفصيل للقاعدة العامة أن أوجه الطعن بالنقض كلها تترد إلى أصل مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون، وأن تعدادها كله هو تفصيل لهذا الأصل، وهنا المشرع يفصل أكثر في عدد الأوجه كلما رأى أنه لا من بد من إضفاء حماية أكثر فعالية في جانب من الجوانب. ومن هنا يمكن القول بأن التشريعات، وإن اختلفت في العدد من حيث الشكل إلا مع ذلك تتفق في الفكرة والقاعدة العامة.

- على أن أهم ما يلاحظ إلى جانب ما ذكرناه طبعاً، هو جعل مجرد صدور حكم بالإعدام سبباً لطلب النقض، وهو ما أخذه المشرع اللبناني (المادة 296/ي من ق.أ.م.ج)، وكذلك المشرعين المصري (المادة 46ق.ح.إ.ط.ن)، والسوري (المادة 4240ق.أ.م.ج)، عندما جعلوا الحكم الحضورى الصادر بالإعدام يجب عرضه على محكمة النقض دائماً.

ولا شك في صحة هذا المسلك، باعتباره يحفظ حق المحكوم عليه بالإعدام من تصحيح حكمه. ولذا فإننا نقترح الأخذ بهذا المسلك.

الفرع الثاني: ما لا يعد وجهاً للطعن بالنقض:

بعد أن تعرفنا، ولو بصفة عامة على ما يعد وجهاً للنقض يمكن استخلاص ما ليس وجهاً للنقض، وحصرتها في الآتي:

- تقدير الوقائع وإثباتها،

- تصحيح الأخطاء المادية،

وإلى تفصيل هذه المسائل بالترتيب.

1/- تقدير الوقائع وإثباتها:

ونتناول تحت هذا العنوان العناصر الآتية:

أ/- تعريف الوقائع،

ب/- أهمية التمييز بين الوقائع والقانون،

ج/- صعوبة التمييز بين الوقائع والقانون،

د/- لا يعد وجهاً للنقض تقدير الوقائع،

ه/- لا يعد وجهاً للنقض إثبات الوقائع،

و/- استثناء.

وإليك الآن بيان هذه العناصر.

أ/- تعريف الوقائع:

تعرف الوقائع بأتمها: «الأحداث، أي كل ما حصل، وكان له كيان ذاتي، وصار بذلك منتميا إلى الماضي، ويستوي في ذلك أن يكون للواقعة كيان مادي ملموس، أو أن تكون محض ظاهرة نفسه»⁽¹⁾.
ومن خلال هذا التعريف فإنه يعد من الوقائع الركن المادي والركن المعنوي.
فالركن المادي هو الوقائع المادية يتمثل في عناصره⁽²⁾: السلوك الإجرامي، والنتيجة، والعلاقة السببية بينهما، وما يلحق به من ظروف، وشروط عقاب، وعناصر مفترضة.

أما الركن المعنوي وهو الوقائع النفسية فيعد كذلك من الوقائع المادية، سواء كان قصداً أو خطأ.
أما الركن الشرعي وما يتعلق به من تجريم وإباحة وتكييف فيمثل الجانب القانوني من الجريمة والدعوى الجنائية والحكم فيها⁽³⁾.

وعلى ضوء هذا البيان يمكن تعريف الوقائع بأنها السلوكات الإجرائية المفضية إلى نتيجة معينة سواء كانت محاطة بظروف معينة أو غير محاطة، وسواء كانت بقصد أم خطأ.

ب/- أهمية التمييز بين الوقائع والقانون:

مما لا شك فيه أن التمييز بين الوقائع والقانون مسألة تحتل الدرجة القصوى الأولى من حيث الأهمية بخصوص الطعن بالنقض وكذلك المحكمة العليا، باعتبارهما لا يتناولان إلا القانون و فقط، دون الوقائع.
فالتمييز بين الوقائع والقانون هو وحده الذي يرسم حدود وتخوم اختصاص الطعن بالنقض والمحكمة العليا، فكل ما يعد ممن قبيل الوقائع في الدعوى والحكم المطعون فيه يخرج بالضرورة وبمقتضى القانون من اختصاص المحكمة التي تنظر الطعن بالنقض، حيث يعتبر قضاء محكمة الموضوع في الوقائع من المسلمات الثابتة⁽⁴⁾ التي لا يجوز التأمل فيها وفحصها من طرف المحكمة العليا، كأن تناقض الوقائع، أو تجري فيها تعديلا، ومن ثم بوظيفة المحكمة التي تنظر الطعن أن تسلمك بالوقائع التي أثبتتها الحكم المطعون فيه، وتفترض صحتها المطلقة، وترفض كل مناقشة بل وكل محاولة في إقحام المحكمة التي تنظر الطعن في فحص أي مسألة من مسائل الوقائع سلوكا أو نتيجة أو علاقة سببية أو ظرفا مشددا أو أن تفحص الركن المعنوي كالإصرار والترصد.

ومن هنا فإن المحكمة التي تنظر الطعن بالنقض تقتصر وظيفتها على مجرد فحص مدى سلامة تطبيق القانون وتأويله، أي النظر في العلاقة المنطقية القانونية بين هذه الوقائع وقواعد القانون⁽⁵⁾.

ج/- صعوبة التمييز بين الوقائع والقانون:

(1) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1412.

(2) - حومد، عبد الوهاب، المفصل في شرح قانون العقوبات، القسم العام، المطبعة الجديدة، دمشق، 1410هـ-1990م، ص201.

(3) - حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسها.

(4) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1412.

(5) - حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسها.

وعلى الرغم من هذه الأهمية القصوى فإنَّ التمييز بين الوقائع والقانون إلا أن مسألة تحديد الخيط الرفيع في التمييز بينهما ليست يسيرة، بل إنها صعبة للغاية، إن لم تكن مستحيلة، يتبين لنا ذلك من أن بعض المسائل من الصعب تحديد ما هو قانوني، وما هو موضوعي، وذلك خاصة في الألفاظ التي لمن يحدد لها القانون معناها مثل العلانية في جريمة الفعل العلني المخل بالحياء المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 333ق.ع. وقد قضت المحكمة العليا بأن العلانية تتوافر إذا وقع الفعل المخل بالحياء داخل سيارة واقفة على حاشية الطريق العمومي⁽¹⁾.

وجاء في قرار آخر: «تتحقق العلانية سواء وقع الفعل العلني المخل بالحياء في مكان عمومي ولو لم يره أحد، أو في مكان خاص خال من الناس متى أمكن للغير مشاهدته، كممارسة العلاقة الجنسية داخل سيارة على شاطئ البحر»⁽²⁾.

فعلى الرغم من أن القانون لم يحدد المقصود بالفعل العلني بالحياء، إلا أن المحكمة العليا عملت رقابتها على تكييف هذا الفعل، حيث ناقشت الواقع وفحصته على الرغم من أنها محكمة قانون. ومع ذلك يرى بعض الفقه الإجمالي⁽³⁾ أنه إذا عرفنا مدلول كل من القانون والوقائع فإن التمييز بينهما يغدو أمراً ميسوراً، حيث إنَّ إثبات حصول الواقعة الجرمية وكيفية حصولها وظروفها يمثل جانب الوقائع أو الموضوع في الدعوى، أما نسبة وصف قانوني إليها وتكييفها على وجه قانوني محدد، واستخلاص النتائج المترتبة على هذا التكييف، فهو الجانب القانوني فيها. والأمثلة التطبيقية على ذلك كثيرة، فإذا صدر عن متهم فعل معين، كأخذ مال منقول ملك للغير بغير رضاه، أو إزهاق روح إنسان كان حياً قبل الموت باستعمال السم في الطعام عمداً وغيرها من الأمثلة هو فصل في الوقائع وفي موضوع الدعوى يختص به قاضي الموضوع، ولكن القول بأن الفعل يصلح لتكييفه بأنه جريمة سرقة، أو جريمة القتل العمداً، هو فصل في القانون، والقول بأن الفعل المرتكب تم في الليل مع تعدد المتهمين واستعمال آلات للكسر وسيارة للهروب، هو فصل في الوقائع وموضوع الدعوى. ولكن القول بأنه يقوم بهذه الخصيصة ظرف مشدد للجريمة هو في فصل في القانون.

وقد قضى بأن قول المتهم إلى رجل القوة العمومية أثناء قيامه بمهامه مخاطباً إياه: «سأرفع أمري إلى من يهمله الأمر لكي أضع حداً للمتابعة التي عسى أن توجه ضدي»، من الوقائع، ولكن هذه العبارات تعتبر من أركان جريمة إهانة الضابط العمومي ورجل القوة العمومية أثناء تأدية وظيفته المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 144ق.ع من القانون⁽⁴⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 27 أكتوبر 1970م، (عن غ.ج)، (ن.ق)، ع: 01، س: 1971م، ص: 64. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج: 3، ص: 102.

(2) - قرار صادر يوم: 30 ديسمبر 1996م، (عن غ.ج.م.ق3)، في الطعن رقم: 131411. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج: 3، ص: 165.

(3) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج: 2، ص: 1416.

(4) - قرار صادر يوم: 07 مارس 1967م، (عن غ.ج)، في قضية: ش.أ. ضد ن.ع. (ن.ق)، س: 1967م، ص: 97. والنشرة السنوية للعدالة، 1966-1967م، ص: 342. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج: 1، ص: 113.

وأنَّ مغادرة المحامي قاعة الجلسة مخاطبا هيئة الحكم بقوله: «سأنسحب من هذه الغرفة (الوحد)»، هو من مسائل الوقائع وموضوع الدعوى، ولكن اعتبار هذه السلوكات إخلالا بالواجبات المهنية من مسائل القانون، حيثُ إنَّ العبارات واللهجة المستعملة، والحركات التي صاحبته من شأنها المساس بشرف واعتبار القضاة⁽¹⁾.

وهكذا، فإنَّ ما تعلَّق بالوقائع وإثباتها لا تختص به المحكمة التي تنظر الطعن بالنقض، وأنها تختص فقط بما هو من مسائل القانون.

وقد حاول بعض من الفقه الإجرائي أن يميِّز بينهما فقال: «إنَّ منطق المحكمة في استخلاص الواقع هو منطق الاقتناع بهذا الواقع من خلال ممارسة السلطة التقديرية للمحكمة في استخلاصه، أما تطبيق المحكمة للقانون للوصول إلى التكييف القانوني السليم فهو ممارسة للسلطة المقيدة للمحكمة في تطبيق صحيح القانون، ومدى سلامة استنباط حكم القانون بناءً»⁽²⁾.

ومن خلال هذه القاعدة، فإنَّ الناتج هو⁽³⁾:

- إنَّ الواقع هو درجة كبرى من الاحتمال، أما التكييف القانوني فهو حقيقة مطلقة ويقين.
- أنه لا أهمية للواقع ولا محل لبحثه إلا في اللحظة التي يصبح فيها صالحا للتطبيق القانوني، ولا محل لقانون إلا عندما يصبح محلا للسريان على وقائع معينة. فالواقع هو علة تدخل القانون، والقانون هو علة أهمية الواقع.

- إنَّ المحكمة المختصة بنظر الطعن بالنقض تنحصر وظيفتها في الرقابة على الواقع في الاستخلاص السائغ منطقيا لإثبات الأفعال، أما الرقابة على التكييف القانوني، فإنها تمتد إلى مطابقة الواقع على القانون، وهو ما يفترض رقابة على تحديد المحكمة للقانون وحسن تطبيقه وتأويله.

وهذا وتجب الإشارة إلى أن البعض من الفقه الجزائري⁽⁴⁾ يرى أن المحكمة العليا تأخذ بالنظرية العامة للتكييف التي تركز أساسا على أن التكييف عمل قانوني يخضع للرقابة ضمنا لوحدة الاجتهاد القضائي وتحقيقا للمساواة بين المواطنين أمام القانون. وأنها لم تأخذ من ثم بنظرية التكييف المقيدة التي تفرق بين الأفكار والمبادئ المعرفة قانونا التي يمكن للمحكمة العليا أن تبسط رقابتها عليها، وبين المبادئ غير المعرفة التي لم يحددها المشرع والتي لا يصلح للمحكمة العليا أن تمارس أية رقابة عليها.

د- لا يعد وجها للنقض تقدير الوقائع:

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 13 مارس 1967م، من الغرفة الجنائية، في قضية: ب.ش ضد ن.ع. (ن.ق)، س: 1967م، ص104. والنشرة السنوية للعدالة 1966م-

1967م، ص343. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص113.

⁽²⁾ - سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص1586.

⁽³⁾ - سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص1587-1588.

⁽⁴⁾ - بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص250.

بناءً على كل ما سبق لا يصلح ولا يعد وجهاً للنقض الجدل والمناقشة حول الوقائع بالقول إنها ثابتة أو غير ثابتة، وحتى إذا سلم بثبوتها فلا يعد وجهاً للنقض الجدل في تقديرها في ذاتها، أي في كيفية حصولها وزمانها ومكانها وظروفها كل ذلك لا يجوز إثارتها أمام المحكمة العليا.

وقد قضت المحكمة العليا أنه «لا تقبل المذكرة بالنقض التي لم تتضمن أي وجه من أوجه الطعن المذكورة في المادة 500 ق.إ.ج، ولم تثر مخالفة أي نقض مكتفية بتوجيه انتقادات وقائع الدعوى»⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس رفضت المحكمة العليا طعناً تم تأسيسه على الوقائع بحتة وقالوا: «إن هؤلاء الطاعنين الثلاثة قد قاموا بعملية تجارية بحتة قامت على أساس العرض والطلب، وبكل إرادة من الطرفين، وأن هذا مجرد تلك العملية من العناصر المكونة لجرم المضاربة الغير مشروعة الملحقة بهم»⁽²⁾.

فردت المحكمة العليا على هذا الوجه المثار: «حيث إنَّ هذه العريضة التي اكتفت بتوجيه الانتقادات للوقائع دون إثارة أي وجه للنقض حتى يمكن مناقشة... وحيث إنَّ الطاعن لم يقيم بهذا الإجراء في عريضته، لذا فإنه يتعين عدم قبول المذكرة وعدم قبول الطعن»⁽³⁾.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار آخر، حيث إنَّ المذكرة «تناولت وقائع القضية فقط، وفي هذه الحالة يتعين التصريح بعدم قبول الطعن شكلاً عملاً بأحكام المادة 511 ق.إ.ج»⁽⁴⁾.

وقد رفضت المحكمة العليا الوجه المثار «المأخوذ من انعدام الأسباب باعتبار أن المطعون فيه اقتصر على القول: إنَّ الضحية فقدت السيطرة على سيارتها بالقرب من المنعرج الأخير الذي جعلها تجتاز الخط الأوسط، وأنَّه اكتفى بالملاحظة على سبيل التعليل أنَّ المتهم لم يرتكب أي خطأ، علماً بأنَّ انعدام الخطأ لا يعني انعدام المسؤولية من جراء الأشياء»⁽⁵⁾، معللة هذا الرفض بقولها: إنَّه «يرمي إلى مناقشة الوقائع التي لا تخضع لرقابة المجلس مادام القرار المنتقد معللاً تعليلاً كافياً من هذه الناحية»⁽⁶⁾.

ولنفس العلة رفضت المحكمة العليا الوجه المثار «المأخوذ من تجاوز السلطة وعدم كفاية الأسباب بدعوى أنَّ حكم: 1975/04/09م قد استند في الحكم بعقوبة الحبس على أساس أن الموكل رفض عقد الزواج، بينما اتفق الطرفان في جلسته: 1974/12/04م على ذلك إلا أنَّ وفاة البنت حال دون إتمامه»⁽⁷⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 09 نوفمبر 1982م، (عن غ.ج. 1/2 ق1)، في الطعن رقم: 23548. (ن.ق)، ع: 02، س: 1983م، ص86.

(2) - قرار صادر يوم: 09 نوفمبر 1982م، (عن غ.ج. 1/2 ق1)، في الطعن رقم: 23548. (ن.ق)، ع: 02، س: 1983م، ص86.

(3) - قرار صادر يوم: 09 نوفمبر 1982م، (عن غ.ج. 1/2 ق1)، في الطعن رقم: 23548. (ن.ق)، ع: 02، س: 1983م، ص86.

(4) - قرار صادر يوم: 01 جوان 2005م، (عن غ.ج. 1/2 ق1)، في الطعن رقم: 302876. (م.م.ع)، ع: 02، س: 2007م، ص603.

(5) - قرار صادر يوم: 14 ماي 1981م، (عن غ.ج. 2/3 ق3)، في الطعن رقم: 21603. (ن.ق)، ع: 02، س: 1986م، ص37.

(6) - القرار نفسه، ص37-38.

(7) - قرار صادر يوم: 09 نوفمبر 1982م، (عن غ.ج. 1/2 ق1)، في الطعن رقم: 23540. (ن.ق)، ع: 2، س: 1983م، ص83-85.

كما رفضت الوجه المثار بالقول: «إنَّ وقائع الجريمة يتبين منها أن المتهم قد انتهك حرمة منزل الضحية بتسلقه الحائط ليلاً، والدخول على الضحية، واغتصابها رغم المقاومة، وأن أركان الجريمة متوافرة سواء المادية أو المعنوية»⁽¹⁾.

وكذا القول بأن التهم الموجهة إلى المتهمين ثابتة في حقهم⁽²⁾. كما «أن تقدير التعويض من اختصاص قضاة الموضوع»⁽³⁾.

وكذلك المصاريف القضائية وإشكالات التنفيذ، وقد قضت المحكمة العليا «أن عدم تصفية القرار للمصاريف القضائية لا يعدّ وجهاً من أوجه الطعن، لأنَّ الأمر لا يتعلق بإشكالات التنفيذ التي يجوز فيها لكل ذي مصلحة أن يرفع الأمر للجهة القضائية التي أصدرت الحكم في الموضوع، وعليه يتعين القول بأن هذا الدفع غير مؤسس وبالتالي رفض الطعن»⁽⁴⁾. وهذا على أساس المادتين 367 و371 ق.إ.ج. وكذلك لا يجوز إثارة منح أو عدم منح الظروف المخففة «حيثُ إنّ منح الظروف المخففة هو من المسائل التي تخضع لسلطة قضاة الموضوع»⁽⁵⁾.

وقضت المحكمة العليا في قرار آخر بالمبدأ الآتي: «من المقرر قانوناً أنّ الطعن بالنقض الذي لم تقدّم فيه مذكرة تبين أسباب وأوجه الطعن يؤدي إلى عدم قبوله شكلاً، ومن المقرر أيضاً أنّ مذكرة الطعن بالنقض الغير مبنية على الأوجه الوارد نصها في أحكام المادة 500 ق.إ.ج تؤدي إلى رفضها موضوعاً باعتبار أن المجلس الأعلى هو هيئة رقابة القانون وليس هيئة موضوع»⁽⁶⁾.

وعلى هذا الأساس رفضت وجهاً أثاره الطاعن ورد فيه: «أنّ المجلس قضى على ابنه تحت مسؤوليته بأداء تعويضات للمطعون ضده دون أي فحص طبي للضحية، وطلب إلغاء القرار المطعون فيه، وتعيين خبير شرعي لفحص الضحية»⁽⁷⁾.

كما رفضت المحكمة العليا الوجه المثار: «المأخوذ من مخالفة المادة 5/500-8 ق.إ.ج، والخطأ في تطبيق القانون بدعوى أن الوقائع المنسوبة إلى الطاعنة تتناقى مع الواقع لأن ليس لها علاقة أو دعوى بالضحية بل كانت تربط بينهما صلة رحم، أما الذين قاموا بالجريمة هم الرجال الذين كانت علاقتهم سيئة مع الضحية وزوجته، وما ذكره المتهمون الآخرون بالنسبة للطاعنة كان يرمي إلى تخفيف الجريمة عنهم لأنها

(1) - قرار صادر يوم: 20 نوفمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 41008. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص228-229.

(2) - قرار صادر يوم: 1984/05/02م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 36550. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص225.

(3) - قرار صادر يوم: 13 جويلية 1980م، (عن غ.ج.3/2)، في الطعن رقم: 21176. (ن.ق)، ع: 01، س: 1980م، ص90.

(4) - قرار صادر يوم: 17 جانفي 1993م، (عن غ.ج.م.3)، في الطعن رقم: 76141. (م.ق)، ع: 01، س: 1994م، ص267-270.

(5) - قرار صادر يوم: 13 ماي 1982م، (عن غ.ج.2/2)، في الطعن رقم: 25971. (ن.ق)، ع: 01، س: 1983م، ص111-112. والقرار الصادر يوم: 17

ديسمبر 1968م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 363، س: 1968م. نشرة داخلية لوزارة العدل، س: 1969م.

(6) - قرار صادر يوم: 14 مارس 1989م، (عن غ.ج.1/2)، في الطعن رقم: 55148. (م.ق)، ع: 02، س: 1994م، ص259.

(7) - القرار نفسه.

قريبة الضحية، ونظرا لما سبق فكان على المحكمة أن تتابع الطاعنة لا من أجل القتل العمد، ولكن من قبل عدم تبليغ السلطات طبقا لأحكام المادة 181ق.ع لأنها كانت تعيش تحت تهديد المتهمين»⁽¹⁾.

وأجابت المحكمة العليا على هذا الوجه بأن «محكمة الجنايات أجابت على الأسئلة المطروحة عليها بالإيجاب وبأغلبية الأصوات، حسب اقتناعها الشخصي، وفقا لأحكام المادة 307ق.إ.ج، وأن ذلك لا يخضع لمراقبة المجلس الأعلى.

وحيث إنّ في الواقع ما تهدف إليه الطاعنة هو مناقشة الأفعال التي تقديرها موكول إلى قضاة الموضوع، ومن ثم فالوجه غير مؤسس»⁽²⁾.

كما رفضت المحكمة العليا الوجه المشار «بالقول إن تصنيف الأسلحة مسألة فنية وأن الضبطية القضائية العسكرية لم تتمكن من تحديد صنف السلاح فأمر قاضي التحقيق بإجراء خبرة لتحديد هذا الصنف، ولما قضت المحكمة بتصنيف مشكوك فيه قد خالفت القانون. كما أنّ قاضي التحقيق رفض طلب إجراء خبرة مضادة لصدور الأولى من جهة غير مختصة»⁽³⁾. وعللت رفضها قائلة: «حيث إنّ كل ما أثاره الطعن يتعلّق بالموضوع لا تتم مناقشته أمام المحكمة العليا، مما يجعل الطعن غير مؤسس»⁽⁴⁾. ورفضت أيضا أيضا الوجه المشار بالقول: «إن الوقائع - التي هي سرقة موصوفة - غير ثابتة ثبوتيا كافيا فيما يخصه»⁽⁵⁾، وقررت المبدأ الآتي: «يراقب المجلس الأعلى تطبيق القانون لا الوقائع، ووقائع التهمة يثبتها قضاة الموضوع الذين لهم في ذلك السلطة المطلقة، وليس من اختصاصات المجلس الأعلى إعادة النظر فيها»⁽⁶⁾.

كما رفضت المحكمة العليا⁽⁷⁾ وجها للنقض «المأخوذ من مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، والمتكون من ثلاثة فروع:

- الفرع الأول: المبني على عدم ذكر اسم أي ضحية من الضحايا المزعوم وقوع فعل السبّ أو الضرب أو الجرح عليها، كما أنّه لا يوجد أية شهادة طبية تثبت بأنّ هناك ضحية تعرضت للضرب.
- الفرع الثاني: القائم على أنّ أفعال الضجيج والسبّ المفترض وقوعها قد وقعت بمكتب طبيب الذي يعد محلا خاصا.

- الفرع الثالث: المبني على مخالفة المادتين 301ق.ع و232ق.إ.ج بما أنّ القاضي الأول والمجلس استجوبا الطبيب عن علاقاته مع المرضى، بينما لم يشتك منه أحد، كما أنه لم يثبت من الملف أنه خاطب الممرضات بألفاظ مخلة بالحياء، وأنه قام بملاصتهن». فأجابت المحكمة العليا عن هذا الوجه بفروعه الثلاثة

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 03 أفريل 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 33023. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص230.

⁽²⁾ - القرار نفسه.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 22 أفريل 2010م، (عن غ.ج.ق1)، في الطعن رقم: 5566754. (م.م.ع)، ع: 02، س: 2010م، ص290-293.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 22 أفريل 2010م، (عن غ.ج.ق1)، في الطعن رقم: 5566754. (م.م.ع)، ع: 02، س: 2010م، ص290-293.

⁽⁵⁾ - قرارا صادر يوم: 17 ديسمبر 1968م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 365، س: 1968م. نشرة داخلية لوزارة العدل، س: 1969م.

⁽⁶⁾ - القرار نفسه.

⁽⁷⁾ - قرار صادر يوم: 04 جويلية 1983م، (عن غ.ج.2/1)، في الطعن رقم: 25723. (م.ق)، ع: 01، س: 1989م، ص352.

قائلة: «لكن حيث إنَّ ما ينعاه الطاعنان في الوجه الأول بفروعه الثلاثة في غير محله، باعتبار أنَّه يناقش مسائل تتعلّق بالموضوع لم يتعرض لها القرار إلا بقدر معرفة اختصاص المحكمة (قسم المخالفات) بالنظر في القضية، ومن ثم فلا يمكن للمحكمة ولا للمجلس بعدها أن يتعرضا لعناصر التهم الموجهة للمتهمين وأدلتهم». وأدلتهم.

وحيث إنَّ تهمه السبِّ (وهي جنحة) من بين التهم المتابع من أجلها المتهمين أمام قسم المخالفات، الشيء الذي جعله يحكم بعدم اختصاصه، وحيث إنَّ الاختصاص يعتبر من المسائل الأولية التي يجب أن تدرسها المحكمة قبل النظر في موضوع الدعوى، وهذا ما صدر به الحكم، وأيده في ذلك القرار، ومن ثم فلا يمكن محاسبتهم على الموضوع، وعليه فإنَّ الوجه الأول بفروعه الثلاثة يستوجب الرفض»⁽¹⁾.

إلى جانب هذا، لا يجوز قانونا طبقا للمادة 1/495 ق.إ.ج الطعن بالنقض في القرارات الصادرة من غرفة الاتهام في الحبس المؤقت والرقابة القضائية لتعلقها بالوقائع لا بالقانون، وهو ما أكدته المحكمة العليا⁽²⁾.

كما أنَّه لا يجوز قانونا طبقا للمادة 2/495 ق.إ.ج الطعن في النقض في القرارات التمهيدية والتحضيرية والقابلة للطعن بالطرق العادية (المعارضة والاستئناف)، ولذلك لا يجوز الطعن في القرار الذي يعين خبيرا لإجراء فحص طبي على شخص الضحية في قضية ضرب وجرح عمدين باعتباره قرارا تمهيديا⁽³⁾، ولأنَّه جدال في الموضوع كذلك.

كما رفضت المحكمة العليا الوجه المثار «المأخوذ من خرق القانون أو الخطأ في تطبيقه باعتبار أنَّ الجريمة موضوع المتابعة قد فصل فيها من طرف الجهة القضائية المختصة بالجنح. والحال أنَّ المبلغ المختلس يتجاوز 91.750 دينار مما يترتب عنه عدم اختصاص الجهة القضائية المذكورة»⁽⁴⁾. فرفضت المحكمة العليا بالمبدأ الآتي: «إنَّ مسألة عدم اختصاص الجهة القضائية المختصة بنظر القضايا الجنحية تدور حول مناقشة الوقائع التي لا يمكن إثارتها لأول مرة أمام المجلس الأعلى من جهة، ومن جهة أخرى فإنها من المسائل التي ترجع إلى الدعوى العمومية، والتي لا يمكن بالتالي أن تشكل وجها من أوجه الطعن بالنقض في حالة طعن الطرف المدني وحده، مما يجعل النعي بهذا السبب في غير محله، لذلك يستوجب رفض طعن الطرف المدني»⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 04 جويلية 1983م، (عن غ.ج. 2/1)، في الطعن رقم: 25723. (م.ق.)، ع: 01، س: 1989م، ص352.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 13 ماي 1982م، (عن غ.ج. 2/2)، في الطعن رقم: 28463. (ن.ق.)، ع: 01، س: 1983م، ص115.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 13 ماي 1982م، (عن غ.ج. 2/2)، في الطعن رقم: 28463. (ن.ق.)، ع: 01، س: 1983م، ص115. والقرار الصادر يوم:

04 جويلية 1983م، (عن غ.ج. 1/2)، في الطعن رقم: 25089. (م.ق.)، ع: 01، س: 1989م، ص366.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 22 نوفمبر 1983م، (عن غ.ج. 2/2)، في الطعن رقم: 29342. (م.ق.)، ع: 01، س: 1989م، ص372-370.

⁽⁵⁾ - قرار صادر يوم: 22 نوفمبر 1983م، (عن غ.ج. 2/2)، في الطعن رقم: 29342. (م.ق.)، ع: 01، س: 1989م، ص372-370.

كما قضت المحكمة العليا برفض الوجه المثار: «المأخوذ من حرق القانون والخطأ في تطبيقه، بدعوى أنّ مجلس الأوصياء (الشلف حاليا) اعتبر خطأ أنّ ثقب العجلة لا يشكل حالة من حالات القوة القاهرة، الشيء الذي يمثل خرقاً للمادة 48 ق.ع، وأتته علل قراره بصفة مبهمّة، علماً بأنّه يمكن أن يكون المرء مسؤولاً كلياً دون أن يعاقب، وذلك حسب مفهوم المادة 48 ق.ع»، وقد عللت هذا الرفض بالقول: «إنّ تقدير القوة القاهرة هو من اختصاص قضاة الموضوع شريطة أن يعللوا قرارهم تعليلاً كافياً من هذه الناحية»⁽¹⁾.

ومن مسائل الموضوع تقدير الفعل المبرر للدفاع المشروع عن النفس أو الغير، حيث يخضع لسلطة قضاة الموضوع⁽²⁾. وكذا منح ظروف التخفيف يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع⁽³⁾.
والخلاصة أن قضاء المحكمة العليا استقر على أن لا يعد وجهها للنقض تقدير الوقائع والجدال حولها⁽⁴⁾.

هـ- لا يعد وجهها للنقض إثبات الوقائع:

لما كانت الوقائع تخرج عن رقابة المحكمة العليا، فإن إثبات الوقائع أيضاً يخرج كقاعدة عامة - عن رقابتها- وهذا ما تنص عليه المادة 1/212 ق.إ.ج بقولها: «يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ماعدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك، وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص».

كما تنص المادة 213 ق.إ.ج على أن «الاعتراف شأنه كشأن جميع عناصر الإثبات يترك لحرية تقدير القاضي».

كما نص المشرع على مبدأ الاقتناع الشخصي في المادة 307 ق.إ.ج والذي يطلق لقاضي الموضوع أن يستمد اقتناعه من أي دليل ويجعل أمر تكوين القاضي لهذا الاقتناع خارجاً عن رقابة المحكمة العليا. وهو ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات⁽⁵⁾، فقد جاء في أمرها ما نصه: «من المقرر قانوناً أنه لا يطلب من القضاة المشكلين لمحكمة الجنايات أن يقدموا حساباً عن الوسائل التي بها قد وصلوا إلى تكوين اقتناعهم الشخصي، ولا يرسم لهم قواعد بما يتعين عليهم أن يخضعوا لها على الأخص تقدير تمام أو كفاية

(1) - قرار صادر يوم: 09 جويلية 1981م، (عن غ.ج. 2/3)، في الطعن رقم: 23184. (ن.ق)، ع: 44، س: 1988م، ص 103.

(2) - قرار صادر يوم: 19 جويلية 2006م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 411831. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2006م، ص 559-562.

(3) - قرار صادر يوم: 12 جويلية 1994م، (عن غ.ج. م/ق 2)، في الطعن رقم: 114694. (م.ق)، ع: 1، س: 1995م، ص 280-286. والقرار الصادر بتاريخ: 17 ديسمبر 1968م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 1968/363، نشرة داخلية لوزارة العدل، س: 1969م.

(4) - قرار صادر يوم: 19 جويلية 2006م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 415232. (م.م.ع)، ع: 02، س: 2006م، ص 495-498. القرار الصادر يوم: 12 جويلية 1994م، (عن غ.ج. م/ق 2)، في الطعن رقم: 114368. (م.ق)، ع: 01، س: 1995م، ص 276-279. قرار صادر يوم: 17 ديسمبر 1968م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 1968/365. نشرة داخلية لوزارة العدل، س: 1969م. والقرار الصادر يوم: 04 جوان 2002م، (عن غ.ج. م/ق 2)، في الطعن رقم: 256544. (ن.ق)، ع: 58، س: 2005م، ص 255-256.

(5) - قرار صادر يوم: 18 جانفي 1983م، (عن غ.ج. 1)، في الطعن رقم: 30791. (ن.ق)، الغدد: 02، س: 1983م، ص 93. [وقد تكرر هذا القرار تحت رقم: 30792. (ن.ق)، ع: 02، س: 1983م، ص 95]. القرار الصادر يوم: 22 أكتوبر 2009م، (عن غ.ج. م/ق 2)، في الطعن رقم: 548739. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2010م، ص 261-263.

دليل ما، ومن ثم فإنّ النعي على الحكم المطعون فيه بخرق القانون غير سديد مما يستوجب رفضه. ولما كان الثابت -في قضية الحال- أن الحكم الصادر من محكمة الجنايات بالبراءة كان بأغلبية الأصوات، وأن الأسئلة قد طرحت بصفة قانونية، وأن الأجوبة المعطاة كانت حسب الاقتناع الشخصي للقضاة الذي يخضع لرقابة المحكمة العليا، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»⁽¹⁾.

وكانت مناسبة صدور هذا القرار وهذا المبدأ أن الطاعن أودع مذكرة ضمنها وجهها للنقض «مأخوذ من خرق القانون بدعوى أن المحكمة قضت ببراءة المتهمين لفائدة الشك، في حين أن المتهم إما أن يكون بريئاً بصفة قطعية ومطلقة، وإما أن تثبت إدانته بصفة قطعية ومطلقة»⁽²⁾.

فأجابت المحكمة العليا بالمبدأ المذكور أعلاه.

وعلى نفس المبدأ قضت المحكمة العليا برفض الوجه المثار «بدعوى أن المحكمة بنت قضاءها على شهادة الخبير، في حين أن تقرير الخبرة يشهد بأن الحبل السري لم يقطع ولم يربط، وإنما كان ملتويًا على عنق المولود الأمر الذي أدى بلا محالة إلى احتباس النفس»⁽³⁾.

وإذن فالأصل أن قضاء الموضوع لديه الحرية الكاملة في الاقتناع بأي دليل مطروح أمامه أو عدم الاقتناع به. ومن ثم فلا رقابة للمحكمة العليا على هذا الاقتناع.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها، فقد جاء في أحدها ما عبارته: «يمكن لقاضي الموضوع تأسيس اقتناعه على أية حجة حصلت مناقشتها حضورياً أمامه»⁽⁴⁾. وقالت في قرار آخر: «إن تقدير الخبرة ليس إلا عنصراً من عناصر الاقتناع يخضع لمناقشة الأطراف، ولتقدير قضاة الموضوع»⁽⁵⁾.

وعلى هذا الأساس قضت المحكمة العليا برفض الوجه المثار «المأخوذ من انعدام الأسباب اعتباراً أن القرار المطعون فيه قد اكتفى على سبيل التعليل بأقوال دفاع المتهم وقضى ببراءة هذا الأخير رغم اعترافه بالجريمة أمام المحكمة بالجريمة المنسوبة إليه»، معللة ومقررة المبدأ الآتي: «متى كان من المقرر قانوناً أن الاعتراف شأنه كشأن جميع عناصر الإثبات يترك لحرية تقدير القاضي، فإنه لذلك لا ينبغي تأسيس وجه للطعن بالنقض اعتماد عليه ذلك أنه كغيره من وسائل الإثبات يخضع لتقدير سلطة قضاة الموضوع»⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ - القرار الصادر يوم: 30 جوان 1987م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 50971. (م.ق)، ع: 3، س: 1991م، ص199.

⁽²⁾ - القرار نفسه.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 18 جانفي 1983م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 30791. (ن.ق)، ع: 02، س: 1983م، ص93-94.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 09 جويلية 1981م، (عن غ.ج)، مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص153. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة

القضائية، مرجع سابق، ص79.

⁽⁵⁾ - قرار صادر يوم: 14 نوفمبر 1981م، (عن غ.ج)، مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، مرجع سابق، ص185. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء

ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص79.

⁽⁶⁾ - قرار صادر يوم: 22 نوفمبر 1983م، (عن غ.ج.2/2)، في الطعن رقم: 29342. (م.ق)، ع: 01، س: 1989م، ص370-372.

كما قضت في قرار آخر: «إنَّ الإقرار كباقي طرق الإثبات يترك للسلطة التقديرية للقاضي، وأن غياب الشهود لا يؤثر بأي شكل من الأشكال في نطاقه، كما أن تراجع صاحب الإقرار لا يلغي وجوده»⁽¹⁾.

كما قضت برفض الوجه المثار المتمثل في «أنَّ المحكمة دانتها بالجريمة المنسوبة إليه وحكمت عليه بعقوبة قاسية، رغم عدم وجود الضحية، مستندة في ذلك على إقراره وشهادة (ش.ع)، وتناست المحكمة أنه تراجع عن اعترافاته، وأنَّ (ش.ع) لا يعتد بها لأنها متهمه معه في الجريمة». وعللت المحكمة العليا رفض هذا الوجه بقولها: «حيثُ إنَّ هذا الذي أورده الطاعن في مذكرته رغم إبهامه، لا يعدو أن يكون مجادلة فيما توصلت إليه المحكمة بقناعتها، وكما هو معروف أنَّ العبرة في المحاكمات الجنائية هي باقتناع محكمة الموضوع بناء على ما يطرح عليها من أدلة وقرائن، ولها في سبيل ذلك أن تأخذ منها بما تطمئن إليه، وتطرح ما لا تطمئن إليه ولو كانت اعترافات متهم على متهم آخر، وإحدى اعترافات المتهم على نفسه، متى اطمأن إليها وجدانها دون أن تكون ملزمة ببيان علة ما رآته، طالما كانت الأسئلة المطروحة والأجوبة التي أعطيت عنها سائغة منطقياً وقانوناً»⁽²⁾.

كما قضت المحكمة العليا برفض الوجه المثار من الطاعن وكيل الجمهورية العسكري «المأخوذ من انعدام أو قصور الأسباب بدعوى أن تهمّة الفرار من الجيش ثابتة في حق الجندي (م.ج.د)، كما أن الخبرة الطبية أثبتت أن المتهم يتمتع بكامل قواه العقلية»، معللة ومقررة لهذا الرفض «بأن ما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه يتعلق فعلاً بتقدير الوقائع وأدلة الإثبات الذي يدخل في اختصاص قضاة الموضوع ولا يخضع لرقابة المجلس الأعلى متى كانت الأسئلة المطروحة والأجوبة المعطاة عنها التي تعتبر بمثابة تعليل قد وقعت بصفة قانونية. وحيثُ إنَّ الدعوى الحالية أجاب أعضاء المحكمة بالنفي على السؤال المتعلق بالإدانة طرح بصفة قانونية، وحيثُ إنَّ اقتناعهم هذا لا يخضع لرقابة المجلس الأعلى»⁽³⁾.

كما قضت المحكمة العليا بأن القوة الإثباتية للمحاضر المنصوص عليها في المادة 254 ق.ج لا تصلح إلا أمام المحاكم والمجالس القضائية المشكّلة من قضاة محترفين، والتي تفصل في الدعاوى الجمركية المرفوعة أمامها بأحكام وقرارات مسببة طبقاً للمادة 379 ق.ج، في حين لا تكون لهذه المحاضر حجية أمام محاكم الجنايات التي يشارك في تشكيلها محلفون والتي تصدر أحكامها بناء على الاقتناع الشخصي لأعضائها، المعبر عنه بواسطة أجوبتهم على الأسئلة المطروحة عليهم بكيفية صحيحة⁽⁴⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 20 أكتوبر 1970م، (عن غ.ج.1). (ن.ق)، ع: 1، س: 1971م، ص81. بوسقيعة، أحسن، ص80.

(2) - قرار صادر يوم: 21 أبريل 1987م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 52011. (ن.ق)، ع: 44، س: 1988م، ص129.

(3) - قرار صادر يوم: 18 ديسمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 17628. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص239-240.

(4) - قرار صادر يوم: 22 أكتوبر 2009م، (عن غ.ج/ق2)، في الطعن رقم: 548739. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2010م، ص261-263.

على أن قاعدة تقييم الأدلة والافتناع بها خاص فقط بما يصدر من قضاء الحكم، أما ما يصدر عن غرفة الاتهام فليس لهم ذلك، وإنما لهم النظر في مدى كفاية الأدلة من عدمها فقط، فإذا اعترف المتهم فليس لغرفة الاتهام أن تقرر بالأول وجه المتابعة، وإنما وجب عليها أن تحيل الدعوى إلى محكمة الجنايات لتترك لها مهمة تقدير الأدلة والافتناع بها من عدمه، بعد أن تتم مناقشة كل الوقائع أمامها⁽¹⁾.

ولهذا قضت المحكمة العليا بالمبدأ الآتي: «غرفة الاتهام غير مجبرة على توفير الدليل القطعي للإدانة من أجل الإحالة إلى محكمة الجناح أو الجنايات، بل يكفي وجود قرائن تبعث على الاعتقاد بأن المتهم يكون قد ارتكب الفعل المنسوب إليه، وتبقى المحكمة المحالة القضية إليها بالبحث في الأدلة القطعية»⁽²⁾.

والعلة في خروج قواعد الإثبات من رقابة المحكمة العليا، هو «أن مجال الإثبات هو أهم مجال للبحث الواقعي الموضوعي» الذي لا تختص به المحكمة العليا⁽³⁾. يتبين لنا ذلك من خلال أن الهدف من قواعد الإثبات هو إقامة الدليل على حدوث الواقعة وما اختصت به من صفات، فمؤدى ذلك بالضرورة اعتبار الإثبات في مجموعه متعلقاً بموضوع الدعوى ووقائعها الذي لا يجوز الجدل بشأنه أمام المحكمة العليا⁽⁴⁾.

والخلاصة أن قضاء المحكمة العليا استقر على أن إثبات الوقائع شأنه شأن جميع عناصر الإثبات يترك لحرية تقدير قاضي الموضوع وتكون الأسباب أساس الحكم⁽⁵⁾.

و- الاستثناء: جواز رقابة المحكمة العليا على إثبات الوقائع وتقديرها:

رأينا من قبل أن من الأصول الجزائية أنه لا رقابة للمحكمة العليا على الوقائع وعلى إثباتها، إلا أن هذا الأصل الجزائي ليس على إطلاقه وعمومه المطلق، وإنما يدخله الاستثناء، والاستثناء لا يخل بالقاعدة وإنما يؤكدتها. هذا الاستثناء يقضي بأن للمحكمة العليا دوراً رقابياً حول مدى التزام قاضي الموضوع بحدود سلطانه في شأن الوقائع وإثباتها، باعتبار أن قاضي الموضوع له حدود معينة لا يجوز تخطيها، وإلا وقع في منطقة محرمة عليه قانوناً. هذه الحدود التي تحد من سلطة قاضي الموضوع في شأن الوقائع وإثباتها لها طابع قانوني باعتبار أن القانون هو الذي حددها ورسمها ووضع معالمها، ومن هنا تكون رقابة المحكمة العليا من هذه الزاوية هي رقابة قانونية لا وقائية، وإن كان الظاهر اتصالها بالوقائع والموضوع.

- ورقابة المحكمة العليا على الوقائع يمكن حصرها في مجالين هما⁽⁶⁾: الإثبات؛ والتسييب.

⑥- رقابة المحكمة العليا على محكمة الموضوع في شأن الوقائع من حيث الإثبات:

وذلك كالاتي:

(1) - قرار صادر يوم: 19 جانفي 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 53194. (م.ق)، ع: 04، س: 1990م، ص: 218.
(2) - قرار صادر يوم: 19 جويلية 2006م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 415232. (م.م.ع)، ع: 02، س: 2006م، ص: 495.
(3) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج: 2، ص: 1414.
(4) - حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسهما.
(5) - قرار صادر يوم: 21 ديسمبر 1993م، (عن غ.ج.م/2)، في الطعن رقم: 93225. (م.ق)، ع: 01، س: 1995م، ص: 272-275. القرار الصادر يوم: 04 جوان 2002م، (عن غ.ج.م/2)، في الطعن رقم: 256544.
(6) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج: 2، ص: 1415.

- بخصوص مبدأ الاقتناع الشخصي، فإن محكمة الموضوع ليس لها كامل الحرية في تطبيق هذا المبدأ المنصوص بالمادة 307ق.إ.ج، ومن ثم إذا تجاوزت هذه المحكمة حدودها كان الحكم خاطئاً، ومن ثم حق، بل وجب على المحكمة العليا أن تردده إلى الصواب، فإذا استمدت المحكمة قناعتها من المناقشة التي جرت أثناء المرافعات كان قضاؤها باطلاً، وعلى هذا الأساس قضت المحكمة العليا بنقض قرار صادر عن محكمة الجنايات ورد في حيثياته: «أنه يستخلص من المناقشة التي دارت في الجلسة أن الأفعال المنسوبة إلى المتهمين ثابتة ضد كل واحد منهم يتعين الحكم بإدانتهم»⁽¹⁾. وعللت المحكمة العليا هذا النقص: «بأن هذه الحثية التي أتت في تسبب الحكم هي في غير محلها، وقد تطرح لبس في تسبب الحكم، وتمس بمبدأ الاقتناع الشخصي لأعضاء محكمة الجنايات الذي كرسته المادة 307ق.إ.ج، وأن المادة 309ق.إ.ج تنص صراحة على أن إدانة المتهم هي ثابتة نتيجة الإجابة بالإيجاب على سؤال إدانة المتهم، وبالتالي فإن الأجوبة عن الأسئلة المطروحة هي بمثابة تسبب للحكم الصادر عن محكمة الجنايات، وأما مناقشة الوقائع ووسائل الإثبات التي تدور في الجلسة فهي تدخل ضمن المرافعات التي تتم أثناء جلسة المحاكمة مما يجعل الوجه المثار مؤسساً ويؤدي إلى نقض الحكم المطعون فيه»⁽²⁾. وعلى هذا الأساس تم استخلاص المبدأ الآتي: «الأجوبة على الأسئلة المطروحة تعد بمثابة التسبب في حكم محكمة الجنايات، الناطق بالإدانة أو البراءة والمؤسس على الاقتناع الشخصي للقضاة. لا تعد المناقشة الدائرة في الجلسة تسبباً»⁽³⁾.

- أو تم استمداد الاقتناع من دليل غير مشروع بأن انتفت عنه بعض شروطه، كالشهادة بغير أداء اليمين القانونية⁽⁴⁾ طبقاً للمواد 93 و227ق.إ.ج، أو أن الدليل لم يطرح للمناقشة في معرض المرافعات طبقاً للمادة 2/212ق.إ.ج التي تنص على أنه: «لا يسوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضورياً أمامه». وعلى هذا الأساس نقضت المحكمة العليا قراراً صدر عن مجلس قضائي اعتمد لإدانة المتهم بالاختطاف والفعل المخل بالحياة على تصريحات الضحية، وعلى ما ورد بملف التحقيق الابتدائي رغم إنكاره خلافاً لنص المادة 212ق.إ.ج التي تلزم قاضي الموضوع بتأسيس حكمه على الأدلة المقدمة له خلال المرافعة»⁽⁵⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 24 ماي 2006م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 399009. (م.م.ع)، ع: 01. س: 2007م، ص555-562.

(2) - قرار صادر يوم: 24 ماي 2006م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 399009. (م.م.ع)، ع: 01. س: 2007م، ص555-562.

(3) - قرار صادر يوم: 24 ماي 2006م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 399009. (م.م.ع)، ع: 01. س: 2007م، ص555-562.

(4) - قضت المحكمة العليا بأنه «تعتبر إجراءات أداء الشهود لليمين إجراءات جوهرية يتعين احترامها تحت طائلة البطلان، ومن ثم يستوجب النقص حكم المحكمة الجنائية الذي لم يشر إلى هذه الإجراءات في صلبه، ولا في محضر المرافعات التي سبقت الحكم». انظر: القرار الصادر يوم: 30 أفريل 1968م، (عن غ.ج)، مجموعة الأحكام، ص320. والقرار الصادر يوم: 22 أكتوبر 1968م، (عن غ.ج)، مجموعة الأحكام، ص386. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص82، 106.

كما قضت المحكمة العليا أنه «ليس من الضروري ذكر صيغة اليمين بأكملها (المنصوص عليها بالمادة 93ق.إ.ج)، بل يكفي أن يثبت في محضر المرافعات أو في الحكم أن الشهود حلفوا اليمين على أن يقولوا الحق، ذلك أن قول الحق هو الأمر الجوهرية في حلف اليمين». قرار صادر يوم: 26 نوفمبر 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 39440. (م.م.ق)، ع: 01، س: 1990م، ص242-245. القرار الصادر يوم: 21 ديسمبر 2005م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 391134. (م.م.ع)، ع: 02، س: 2006م، ص513-516.

(5) - قرار صادر يوم: 05 ماي 1988م، (عن غ.ج.2/1)، في الطعن رقم: 49521. (م.م.ق)، ع: 02، س: 1991م، ص214-215.

أو خرق مبدأ حصر الأدلة التي يعتد بها في بعض الجرائم، كجريمة الزنا مثلاً، حيث إنَّ أدلة الإثبات فيها محصورة في ثلاث طبقات للمادة 341ق.ع وهي: إما محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس، وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم وإما بإقرار قضائي. وتأسيساً على كل هذا قضت المحكمة العليا بنقض قرار صدر عن الغرفة الجزائية بالمجلس نص على إدانة المتهم مستنداً على إقراره المتهم في محضر رجال الدرك الوطني فقط مع إنكاره للجريمة طيلة سير التحقيق وكذا أمام المحكمة والمجلس القضائي⁽¹⁾. في المقابل تم رفض الوجه المثار بأن الاعتراف تم أمام وكيل الجمهورية عند استجوابه في محضر التلبس بالجريمة، واعتبرت الاعتراف قد تم بطريقة قانونية صحيحة⁽²⁾. كما رفضت ونقضت قراراً صدر بالإدانة بجريمة الزنا لاستناده على القرائن، مخالفاً بذلك المادة 341ق.ع⁽³⁾. واعتبرت الاعتراف الكتابي الوارد في الرسائل دليلاً قانونياً سليماً للإدانة بالجريمة⁽⁴⁾. كما نقضت قراراً جزائياً صدر بالإدانة دون أن يستند على دليل من الأدلة الثلاثة الواردة في المادة 341ق.ع⁽⁵⁾. وأنه لا يشترط الاعتراف القطعي، إذ لم يشترط حكم المادة 341ق.ع اعترافاً قطعياً، بل يترك للقاضي سلطة تقدير العبارات⁽⁶⁾. كما قضت بنقض قرار أدان المتهم بشهادة الشهود⁽⁷⁾، وأن شريط الفيديو (Vidéo) لا يعد دليلاً من أدلة إثبات جريمة الزنا⁽⁸⁾. كما قضت بنقض قرار صدر بإدانة متهم على أساس الإقرار القضائي للشريك، حيث إنَّ الإقرار القضائي في جريمة الزنا شخصي يلزم المقرّ وحده دون غيره، وأن القضاء بإدانة المتهم بناءً على إقرار الزوجة الزانية وحدها، وفي غياب إقرار المتهم، يعد قصوراً في التعليل، وسوء تطبيق القانون يعرضه للنقض⁽⁹⁾. وأن حالة التلبس بجريمة الزنا لا تحتاج حتماً إلى معاينتها من طرف ضابط شرطة قضائية، وأنه من الضروري أن تثبت الجريمة بدليل يقام حسب طرق الإثبات العادية، كشهادة شخص يؤكد أنه وقف على الفاعلين في الحين الذي كانت ترتكب فيه جريمة الزنا أو بعد حدوثها بقليل. ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن وقائع الزنا ثبت ارتكابها بعد حدوثها بقليل، فإن قضاة الاستئناف بإدانتهم للطاعن والحكم عليه قد طبقوا أحكام المادتين 339 و 341ق.ع كما يجب، ومتى كان الأمر كذلك، استوجب رفض الطعن⁽¹⁰⁾.

(1) - قرار صادر بتاريخ: 14 جويلية 1987م، (عن غ.ج. 1/2ق1)، في الطعن رقم: 47004. (م.ق)، ع: 03، س: 1990م، ص 275-278.
(2) - قرار صادر يوم: 12 جوان 1984م، (عن غ.ج. 1/2ق1)، في الطعن رقم: 28837. (م.ق)، ع: 01، س: 1990م، ص 279-280.
(3) - القرار الصادر يوم: 02 جويلية 1989م، (عن غ.ج. 1/2ق1)، في الطعن رقم: 59100. (م.ق)، ع: 03، س: 1991م، ص 244-247. قرار صادر يوم: 14 جويلية 1987م، (عن غ.ج. 1/2ق1)، في الطعن رقم: 47004. (م.ق)، ع: 03، س: 1990م، ص 279-280.
(4) - قرار صادر يوم: 30 ديسمبر 1986م، (عن غ.ج. 1/2ق1)، في الطعن رقم: 41320. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص 289.
(5) - قرار صادر يوم: 21 أكتوبر 1990م، (عن غ.ج. 1/2ق1)، في الطعن رقم: 69957. (م.ق)، ع: 01، س: 1993م، ص 205-207.
(6) - قرار صادر يوم: 30 ديسمبر 1986م، (عن غ.ج. 1/2ق1)، في الطعن رقم: 41320. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص 289.
(7) - قرار صادر يوم: 14 جويلية 1987م، (عن غ.ج. 1/2ق1)، في الطعن رقم: 47004. (م.ق)، ع: 03، س: 1990م، ص 275-278.
(8) - قرار صادر يوم: 24 جوان 2009م، (عن غ.ج. 1/2ق1)، في الطعن رقم: 443709. (م.م.ع)، ع: 02، س: 2010م، ص 336.
(9) - قرار صادر يوم: 22 نوفمبر 2000م، (عن غ.ج. 1/2ق1)، في الطعن رقم: 210717. (ا.ق)، (ع.خ)، ج: 1، ص 263. والقرار الصادر يوم: 16 ديسمبر 1980م، (عن غ.ج. 2)، في الطعن رقم: 23349. أشير إليه في: (ا.ق)، (ع.خ)، ج: 1، ص 263-265.
(10) - قرار صادر يوم: 20 مارس 1984م، (عن غ.ج. 1/2ق1)، في الطعن رقم: 34051. (م.ق)، ع: 02، س: 1990م، ص 269.

على أننا نسجل وجود التناقض بين قرارات المحكمة العليا في مسألة أخذ القضاة بتصريحات المتهمين لتكوين اقتناعهم على متهمين آخرين.

فقد ذهبت المحكمة العليا في بعض قراراتها إلى أنه «من المستقر عليه قضاء أنه إذا كان بإمكان قضاة الموضوع استعمال سلطتهم التقديرية للوقائع، فليس بإمكانهم تأسيس إدانتهم ضد متهم بناء على تصريحات منفردة لمتهم شريك معه في نفس القضية، ومن ثم فإنَّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد تطبيقاً سيئاً للقانون. ولما كان من الثابت - في قضية الحال أن قضاة المجلس أسسوا إدانتهم للطاعن المتهم بناء على تصريحات المتهممة الشريكة معه أدلت بها أثناء التحقيق التمهيدي، يكونوا بقائهم كما فعلوا أساءوا تطبيق القانون»⁽¹⁾. وقالت أيضاً في قرار آخر: «لا يمكن الاستناد إلى تصريحات متهم ضد متهم آخر شريك له في نفس الوقائع لإدانته ما لم توجد في الملف عناصر إضافية أخرى تؤكد هذه التصريحات»⁽²⁾.

غير أنَّ المحكمة العليا صدر منها ما يخالف هذه القرارات والاتجاه، وقالت: «لا تستبعد المادة 1/212 ق.إ.ج شهادة الشركاء، وبالتالي يمكن لقضاة الموضوع أن يبنوا اقتناعهم الخاص على تصريحات هؤلاء»⁽³⁾. كما قالت أيضاً: «يجوز للقضاة الاعتماد على تصريحات المتهمين لتكوين اقتناعهم»⁽⁴⁾.

- ومن تطبيقات مبدأ حصر الأدلة - إلى جانب الزنا - المحاضر الجرمية المنصوص عليها بالمادة 254 ق.ج، حيث إنَّ لها قوة إثباتية أمام المحاكم والمجالس القضائية دون محاكم الجنايات، وذلك لأنَّ هذه الأخيرة يشارك في تشكيلها محلفون، وتصدر أحكامها بناء على الاقتناع الشخصي لأعضائها، المعبر عنه بواسطة الإجابة عن الأسئلة بكيفية صحيحة، بخلاف المحاكم والمجالس القضائية، حيث لها الحجية المطلقة ما لم يطعن فيها بالتزوير، لأنَّها مشكلة من قضاة محترفين، وتفصل في الدعاوى الجرمية المرفوعة أمامها بأحكام وقرارات مسببة طبقاً للمادة 379 ق.إ.ج⁽⁵⁾.

هذه بعض الأمثلة التي تبين رقابة المحكمة العليا على الوقائع م خلال الإثبات، حيث برز لنا بشكل واضح أنها كلها مسائل قانونية لا واقعية.

⑦- رقابة المحكمة العليا على الوقائع من خلال تسبيب قاضي الموضوع لحكمه:

(1) - قرار صادر يوم: 28 مارس 1989م، (عن غ.ج. 1/2 ق)، في الطعن رقم: 55648. (م.ق)، ع: 03، س: 1993م، ص 297.
(2) - قرار صادر يوم: 21 جوان 1999م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 198032. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 79.
(3) - قرار صادر يوم: 28 فيفري 1967م، (عن غ.ج.م)، (ن.ق)، ع: 07، س: 1967م، ص 96. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 79.
(4) - قرار صادر يوم: 28 فيفري 1967م، (عن غ.ج.م). المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، ع: 02، س: 1968م، ص 554. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 79.
(5) - قرار صادر يوم: 22 أكتوبر 2009م، (عن غ.ج.ق/2)، في الطعن رقم: 548739. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2010م، ص 261. قرار صادر يوم: 20 جوان 1984م، (عن غ.ج.ق/2)، في الطعن رقم: 30329. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص 274. قرار صادر يوم: 22 مارس 1984م، (عن غ.ج.ق/2)، في الطعن رقم: 30282. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص 301.

وهنا نكتفي بالإشارة إلى أنّ تسبب الحكم - وهو واجب قانونا طبقا للمادة 379ق.إ.ج - يفرض على محكمة الموضوع أن تسبب حكمها تسيبيا كافيا، وذلك بأن تضمن حكمها بيانا كافيا، ومفصّلا، ومتسقا، وواضحا، لوقائع الدعوى، وظروفها، والنصوص القانونية الواجبة التطبيق عليها، تجرّما وعقوبة.

ومن خلال التسيب الذي هو ضروري تستطيع المحكمة العليا رقابة الوقائع، من حيث إبراز الأفعال المرتكبة بالضبط، وظروفها التي حدثت فيها، وما اتصفت به من خصائص، ثم الإشارة إلى النصوص المطبّقة عليها، فإذا انتفت هذه المسائل أو واحدة منها فإنها تبطل الحكم.

وفي هذا قالت المحكمة العليا في أحد قراراتها ما نصه: «حيثُ إنّه يجب التذكير بأنّ مناقشة الوقائع وتقديرها من اختصاص قضاة الموضوع وحدهم، كما جاز لهم إثبات الجرائم أو نفيها بأي طريق من طرق الإثبات، عملا بنص المادة 212ق.إ.ج، وكل ما هو مطلوب منهم هو إبراز الكيفية التي وصلوا بها لتكوين اقتناعهم، وذلك من خلال تسيب كافٍ، حسب ما تقتضيه المادة 379ق.إ.ج»⁽¹⁾.

وقالت أيضا: «إنّ تقدير التعويض من اختصاص قضاة الموضوع إلا أنّه يتعين عليهم ذكر مختلف العناصر التي تشكل أساس تقديرهم له، وذلك لإتاحة الفرصة للمجلس الأعلى لممارسة الرقابة المعهودة له في هذا المجال»⁽²⁾.

وقالت في قرار آخر: «إنّ تقدير القوة القاهرة هو من اختصاص قضاة الموضوع شريطة أن يعللوا قرارهم تعليلا كافيا من هذه الناحية»⁽³⁾.

هذه بعض الأمثلة وهناك غيرها⁽⁴⁾، كلها تدل على المحكمة العليا لها سلطة مراقبة الوقائع وإن كان بطريق غير مباشر، حيث إنّها تتوسل إلى هذه الرقابة إما عن طريق أدلة الإثبات، وإما عن طريق التسيب.

2/- تصحيح الأخطاء المادية:

من المسائل التي لا تعد وجها للطعن بالنقض مسألة تصحيح الخطأ المادي. ومسألة تصحيح الخطأ المادي لم يتطرق لها المشرّع في قانون الإجراءات الجزائية ومن ثم يتوجب علينا الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية باعتباره الشريعة العامة لكل الشرائع الإجرائية، بما فيه قانون الإجراءات الجزائية، طالما لا يوجد تناقض مع مبادئه.

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 04 جوان 2002م، (عن غ.ج.م/ق2)، في الطعن رقم: 256544. (ن.ق)، ع: 58، س: 2005م، ص255-256.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 13 جويلية 1980م، (عن غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 21176. (ن.ق)، ع: 01، س: 1980م، ص90.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 09 جويلية 1981م، (عن غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 23184. (ن.ق)، ع: 44، س: 1988م، ص103-104.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 18 ديسمبر 1984م، (عن غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 17628. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص239-240. والقرار الصادر يوم:

21 أبريل 1987م، (عن غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 52011. (ن.ق)، ع: 44، س: 1988م، ص129. قرار صادر يوم: 14 ماي 1981م، (عن غ.ج.م/ق3)، في

الطعن رقم: 21603. (ن.ق)، ع: 02، س: 1986م، ص37-38. قرار صادر يوم: 09 نوفمبر 1982م، (عن غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 23540. (ن.ق)،

ع: 02، س: 1983م، ص83-85. القرار الصادر يوم: 12 أبريل 1992م، (عن غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 77162. (م.ق)، ع: 1، س: 1994م، ص271-

277.

وقد نص المشرع على تصحيح الخطأ المادي في المواد 286 و287 ق.إ.م.إ.⁽¹⁾.
ومن خلال هذه المواد يمكننا أن نتناول مسألة تصحيح الخطأ المادي وفق الخطة الآتية:
أ/- تعريف الخطأ المادي في الحكم القضائي.
ب/- خصائص الخطأ المادي في الحكم القضائي.
ج/- الشروط الواجب توافرها لتقدم طلب تصحيح خطأ مادي في الحكم القضائي.
د/- إجراءات طلب تصحيح خطأ مادي في الحكم القضائي.
هـ/- الفصل في طلب تصحيح الخطأ المادي في الحكم القضائي.
و/- إمكانية الطعن في الحكم القاضي بتصحيح الحكم الأصلي من الأخطاء المادية.
وإليك بيان هذه العناصر بالترتيب.

أ/- **تعريف الخطأ المادي في الحكم القضائي:** عرّفت المادة 287 ق.إ.م.إ الخطأ المادي بقولها:
«يقصد بالخطأ المادي عرض غير صحيح لواقعة مادية، أو تجاهل وجودها، غير أن تصحيح الخطأ المادي أو الإغفال لا يؤدي إلى تعديل ما قضى به الحكم من حقوق و التزامات الأطراف».
كما يمكن تعريفه بأنه ذلك الخطأ الكتابي، و غلطات القلم، أو عرض غير صحيح لوقائع مادية، أو إغفال و تجاهل وجودها، بشرط ألا يؤدي تصحيحها إلى تعديل ما قضى به الحكم من حقوق و التزامات الأطراف.
و من خلال هذا التعريف فإن الخطأ المادي الواقع في الأحكام القضائية يتخذ ثلاثة صور، و هي كالاتي:

- **الصورة الأولى: الأخطاء الكتابية و غلطات القلم،** و مثال هذه الصورة التي لا تؤثر في سلامة الحكم، الخطأ في شق من اسم أحد الأطراف أو القضاة، بشرط ألا يكون هناك شك في حقيقة شخصيته، أو صفته، أو الخطأ في رقم مدة العقوبة، كأن يكتب في الحكم 60 أشهر بدل 06 أشهر، أو الخطأ في رقم المادة على أن تكون العقوبة المقررة صحيحة و مطابقة للقانون. فمثل هذه الأخطاء لا تؤثر في سلامة الحكم، و لكن يجب تصحيح الحكم.

- **الصورة الثانية: عرض غير صحيح للوقائع،** و ذلك مثل نسبة الجريمة إلى الضحية، مع أن المحكمة عند النطق بالحكم قررت أن الجريمة تنسب إلى المتهم.

- **الصورة الثالثة: إغفال و تجاهل وجود واقعة مادية،** و ذلك كإغفال ظرف مشدد في جريمة السرقة الموصوفة، مع أن المحكمة عند النطق بالحكم ذكرت الجريمة و ظرفها المشدد، إلا أنّها عند كتابته غفلت عنه و تجاهلته نسيانا لا عمدا.

⁽¹⁾ - وتطابقها المادة 337 ق.إ.ج المصري وكذا المادة 191 ق.م.م.ت المصري ولا تنص تشريعات كل من تونس والمغرب وسوريا ولبنان على مسألة تصحيح الخطأ المادي.

ب/- خصائص الخطأ المادي في الحكم القضائي:

- من خصائص الخطأ المادي في الحكم أنه لا يمس بحقوق الدفاع، فهو لا يمس بإجراء جوهري في الإجراءات، و لا بأي حق من حقوق أطراف الدعوى، وإنما هو خطأ ناتج عن قلة اهتمام وتدقيق في الحكم بسبب النسيان، أو التعب، أو استعمال مطبوع قديم أو غير ذلك. و لذلك فإن الخطأ المادي لا يترتب عليه الطعن، لأن الطعن لا يكون إلا في إجراء جوهري يمس بحقوق الدفاع و النظام العام.

- و من أمثلة الأخطاء المادية التي لا تمس بحقوق الدفاع، و بالتالي لا يترتب عليه النقض، كون القرار المطعون فيه أشار إلى المادة 222 ق.ع، عوض المادة 220 ق.ع إذا كانت الأسباب الواردة في القرار تتعلق بجنحة التزوير في محرر عربي⁽¹⁾.

- و من أمثلتها كذلك السهو عن تشطيب البيانات الزائدة، و التي لا فائدة منها من المطبوع فهي مجرد خطأ محض، و لا يترتب عليها البطلان⁽²⁾، أو صياغة حكم بطريقة مشوشة نتيجة استعمال مطبوعات قديمة لازالت بعض المحاكم تستخدمها، رغم عدم صلاحيتها، فهذا لا يؤدي إلى النقض بشرط أن تكون ورقة الأسئلة، التي هي مصدر الحكم، سليمة من كل عيب، و لا يوجد بها أي تناقض⁽³⁾. أو كالخطأ في تاريخ ميلاد الحدث، حيث إنَّه من مواليد: 1976/03/03م في حين أنَّ القرار أورد: 1976/03/08م، وقد عللت المحكمة العليا هذا القرار قائلة بأنَّ: «الأخطاء المادية لا تؤثر على القرار، ولا تكون سببا من أسباب النقض»⁽⁴⁾.

وفي هذا القرار أيضا آثار الطاعن وجها للنقض يتعلق بالتناقض في القرار بأنه ذكر في حيثياته غياب المستأنف عليه، لكنه في الدياحة والمنطوق ذكر بأنه حاضر. فأجابت المحكمة العليا «بأن الغياب المشار إليه في معرض الأسباب مجرد خطأ مادي لا يؤدي إلى النقض»⁽⁵⁾.

والواقع أن هذا يشير مشكلة خطأ قرار المجلس عندما يشير إلى أن الطاعن صدر بحقه حكم حضوري، في حين أنه صدر غيابيا في الواقع والحقيقة، وليس له إثبات آخر غير ذلك.

كما رفضت وجها مشارا متعلق بحرق الشكليات الجوهرية بالقول إن القرار المطعون فيه يشير إلى حضور الطرف المدني والمسؤول المدني والمحامي عن المتهم، بينما في حقيقة الواقع لا وجود للطرف المدني ولا المسؤول مدنيا، واسم المحامي عن المتهم لا يرد ذكره إطلاقا. فقالت المحكمة العليا: «إنَّ المقصود في الشأن هو وجود خطأ مادي لا يتضمن أي مساس بحقوق الدفاع، وأنَّ حدوث هذه الأخطاء مما يؤسف له.

(1) - قرار صادر يوم: 24 ديسمبر 1981م، (عن غ.ج.2/2)، في الطعن رقم: 24880. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص 420.

(2) - قرار صادر يوم: 02 ديسمبر 1975م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 10838. بغدادي، جيلالي، المرجع و الصفحة نفسها.

(3) - قرار صادر يوم: 18 ديسمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 36646. (م.ق)، ع 02، س 1990م، ص 242. بغدادي، جيلالي، المرجع و الصفحة نفسها.

(4) - قرار صادر يوم: 19 جويلية 1994م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 119816. (م.ق)، ع: 03، س: 1994م، ص 242.

(5) - قرار صادر يوم: 19 جويلية 1994م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 119816. (م.ق)، ع: 03، س: 1994م، ص 242.

ومرجع ذلك هو وجود منشورات مطبوعة مسبقا أهمل كاتب الضبط التشطيب عن العبارات غير الملائمة، والتي لا يترتب في شأنها أي شيء مما يستتبع أن هذا الوجه غير مؤسف»⁽¹⁾.

و يلاحظ كذلك أنه لا توجد آجال محددة قانونا لتصحيح الخطأ المادي. و قد كان قانون الإجراءات المدنية الملغى ينص على أجل شهرين (02) لتقديم طلب التصحيح، فإذا انقضت هذه الآجال، فالطلب يرفض شكلا لكونه خارج الآجال، و الآجال قاعدة من قواعد النظام العام، إعمالا للمادة 295 ق.إ.م القديم.

ج- الشروط الواجب توافرها لطلب تصحيح الحكم القضائي من الأخطاء المادية:

يشترط لتصحيح الحكم من الأخطاء المادية مجموعة من الشروط يجب توافرها، و إلا لا يقبل، وهذه الشروط هي:

⑥- أن يكون الحكم قطعيا، فإذا لم يكن قطعيا فلا يوجد ما يدعو إلى تصحيحه، لأن المحكمة في أغلب الأحوال - إن لم تكن كلها- ستتدارك ذلك عند إصدار الحكم.

⑦- ألا يؤدي تصحيح الخطأ بكل صورته السابقة إلى تعديل ما قضى به الحكم من حقوق و التزامات و عقوبات، إعمالا للمادة 2/287 ق.إ.م.إ.

⑧- ألا يكون هذا التصحيح في الحكم مع إمكانية الطعن فيه أمام محكمة أخرى⁽²⁾، فإذا كانت آجال الطعن مازالت قائمة، أو طعن فيه بالفعل، فلا يجوز للمحكمة التي أصدرت الحكم أن تصحح الخطأ المادي، لأنَّ محكمة الطعن أصبحت هي صاحبة الاختصاص في تصحيح الحكم من جميع الجوانب الموضوعية و الإجرائية و المادية متى وجدت، و من ثم لا يجوز للمحكمة التي أصدرت الحكم تصحيحه من الأخطاء المادية إلا في حالة نهاية آجال الطعن و لم يتم الطعن فيه فعلا أمام محكمة الدرجة الأعلى، لذلك جاء في المادة 286 ق.إ.م.إ ما نصه: «يجوز للجهة القضائية التي يطعن في الحكم أمامها القيام بتصحيحه».

⑨- أن يكون تصحيح الحكم أمام ذات الجهة القضائية التي أصدرت الحكم، فإذا كانت المحكمة هي التي أصدرت الحكم فإنَّها هي المختصة بتصحيحه، و كذلك الحال ما إذا كان القرار صادرا من المجلس القضائي أو من المحكمة العليا. إعمالا للمادة 286 ق.إ.م.إ.

⑩- أن يكون الخطأ ماديا، بحيث لا يمس بحقوق الدفاع، و لا يمس بإجراء جوهرى من شأنه نقض الحكم و إبطاله، و إنما يجب أن يكون هذا الخطأ غير مؤثر من سلامة الحكم، و لكن من الأحسن

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 13 جانفي 1981م، (عن غ.ج. 2/1)، في الطعن رقم: 19985. (ن.ق)، ع: 44، س: 1988م، ص 97.

⁽²⁾ - أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 715.

و من باب العناية و الاهتمام و الحرص على سلامة الأحكام القضائية من كل الأخطاء مهما كان نوعها ماديا أو جوهريا، فإنه من اللازم، و صونا لها من الابتدال، أن تكون خالية من كل العيوب والشوائب.

و لكن إذا كان يمس بحقوق الدفاع و يضر بالمتهم أو غيره من أطراف الدعوى، فإنَّ الحكم هنا يستوجب النقض، و مثال ذلك الخطأ في تطبيق نص القانون يقرر عقوبة أشدَّ، في حين أنَّ النص الصحيح يقرر عقوبةً أخف، و ذلك كحكم محكمة الجنايات الذي طبَّق على المتهم المدان بالقتل العمد البسيط المادة 261 ق.ع، عوض المادة 2/263 من القانون نفسه، لأنَّ الحد الأقصى للعقوبة المطبَّقة خطأ هو الإعدام، في حين أنَّ الحد الأقصى للعقوبة الذي يقرره النص الصحيح هو السجن المؤبد⁽¹⁾.

①- و جوب تقديم طلب إلى المحكمة التي أصدرت الحكم يتضمن طلبا لتصحيح الحكم، ويكون ذلك وفق إجراءات معينة.

د- إجراءات طلب تصحيح الحكم القضائي من الأخطاء المادية:

طبقا للمادة 2/286 ق.إ.م.إ، فإنه يتم تقديم طلب التصحيح إلى الجهة القضائية التي أصدرت الحكم بعريضة من أحد الخصوم أو بعريضة مشتركة منهم وفقا للأشكال المقررة في رفع الدعوى، المنصوص عليها بالمواد من 13 إلى 17 ق.إ.م.إ السابق بيانها عند الكلام عن تفسير الحكم. و يمكن أيضا للنيابة العامة تقديم هذا الطلب، لاسيما إذا تبين لها أن الخطأ المادي يعود إلى مرفق العدالة، كالخطأ في اسم القاضي كأن يذكر اسم مسعود بدل أن يؤنثها، أو الخطأ في اسم المحكمة كإضافة أو إنقاص حرف فيتغير الإسم.

ه- الفصل في طلب تصحيح الحكم القضائي من الأخطاء المادية:

يتم الفصل في طلب تصحيح الحكم القضائي من طرف الجهة القضائية نفسها التي أصدرت الحكم، و كذلك التشكيلة نفسها دون تغيير، و هنا - إذا تحققت الشروط السابقة - تفصل في الطلب بعد سماع الخصوم أو بعد صحة تكليفهم بالحضور، ثم تصدر تصحيح الحكم بأن تؤشر بحكم التصحيح على أصل الحكم المصحح، و على النسخ المستخرجة منه و يبلغ الخصوم المعنيون بحكم التصحيح. إعمالا للمادة 3/286 و 4 ق.إ.م.إ.

و من خصائص الحكم القاضي بالتصحيح أنَّ له نفس طبيعة الحكم المصحح، فإذا كان الحكم المصحح ابتدائيا أو نهائيا، أو حضوريا أو غيابيا، فإنَّ الحكم القاضي بالتصحيح يكون له نفس طبيعة الحكم الأول، أي له تبعية مطلقة للحكم الأول⁽²⁾، و من ثم يسري عليه ما يسري على هذا الحكم من

(1) - قرار صادر يوم: 10 مارس 1990م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 63197. (م.ق)، ع: 04، س: 1992م، ص 173. قرار صادر يوم: 10 ماي 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 50038. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص 421-422.

(2) - أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 718.

القواعد الخاصة لطرق الطعن العادية و غير العادية⁽¹⁾. و هذا ما أشارت إليه المادة 5/286 ق.إ.م.إ بقولها: «عندما يصبح الحكم المصحح حائزا للقوة...».

و- إمكانية الطعن في الحكم القاضي بتصحيح الحكم الأصلي من الأخطاء المادية:

يُجيز القانون إعمالا للمادة 5/286 ق.إ.م.إ الطعن في الحكم القاضي بتصحيح متى رأى أطرافه أنه مشوب بعيوب من العيوب، بأن يكون قد عدّل فيما قضى به الحكم من حقوق و التزامات الأطراف، وذلك بأي طريق من طرق الطعن حسب الحكم المصحح، فإذا كان الحكم المصحح ابتدائيا، جاز الطعن في التصحيح بالاستئناف، و إذا كان الحكم المصحح نهائيا، جاز الطعن في الحكم المصحح بالنقض أمام المحكمة العليا، إذ تنص المادة 5/286 ق.إ.م.إ على أنه: «عندما يصبح الحكم المصحح حائزا لقوة الشيء المقضي به، فلا يمكن الطعن في الحكم القاضي بتصحيح إلا عن طريق الطعن بالنقض». و لعل المشرّع قصد من ذلك تمكين المحكمة العليا من رقابة التصحيح، لأنّه قد يكون مخالفا للقانون، فيمس و يعدل ما قضى به الحكم من حقوق و التزامات الأطراف، و لذلك وجب إباحة الطعن فيه بالنقض.

⁽¹⁾ - أبو الوفا، أحمد، المرجع نفسه، ص 712.

جامعة الأمير
الفصل الثاني:
تفصيل أوجه الطعن بالنقض
الأربعة الأولى
من المادة 500 ق.إ.ج.

- المبحث الأول: عدم الاختصاص.
المبحث الثاني: تجاوز السلطة.
المبحث الثالث: مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات.
المبحث الرابع: انعدام أو قصور الأسباب.

الفصل الثاني: تفصيل أوجه الطعن بالنقض الأربعة الأولى من المادة 500 ق.إ.ج.

- تمهيد وتقسيم:

لعل أعقد قضايا الطعن بالنقض هي أوجهه أو أسبابه، حيث إنَّها تنطوي على صعوبة بالغة ومعقدة.

وعلى الرغم من هذه الصعوبة والتعقيد، فإننا سنحاول مستعينين بالله عز وجل فحصها وتناولها. وبعد فرز وتمحيص بين ما يعد من أوجه النقض، وبين ما لا يعد منها، والوقوف عليها بصفة عامة، نأتي الآن إلى التفصيل في هذه الأوجه بشكل دقيق وعميق، اعتماداً على المادة 500 ق.إ.ج، وكذا قرارات المحكمة العليا، وعلى الفقه القانوني.

ولما كانت المادة 500 ق.إ.ج قد حددت أوجه النقض على سبيل الحصر ومرتبة، وأنها ثمانية (8)، فإننا نرى نتناول الأوجه الأربعة الأولى في هذا الفصل، وهي: عدم الاختصاص، تجاوز السلطة، مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات، انعدام أو قصور الأسباب.

ونرجى الأربعة الأخيرة إلى الفصل الثالث، حتى يتحقق التوازن بين الفصول.

وعليه فإنَّ هذا الفصل ينقسم إلى المباحث الآتية:

المبحث الأول: عدم الاختصاص.

المبحث الثاني: تجاوز السلطة.

المبحث الثالث: مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات.

المبحث الرابع: انعدام أو قصور الأسباب.

وإليك بيان هذه المباحث والأوجه بالتسلسل.

المبحث الأول: عدم الاختصاص:

يعد عدم الاختصاص⁽¹⁾ هو أول وجه للطعن بالنقض أورده المشرع في المادة 500 ق.إ.ج.

وهذا الوجه تتفق عليه كل من تشريعات تونس (الفصل 1/258 م.إ.ج)، والمغرب (المادة

3/534 ق.م.ج)، ولبنان (المادة 296/ج من ق.أ.م.ج)، بالإضافة إلى الجزائر (المادة 1/500 ق.إ.ج).

أما تشريعات كل من مصر وسوريا، فلا تصرح به، ولكن مع ذلك يندرج في وجه الطعن بالنقض

مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه، أو في تأويله، في المادة 30 ق.ح.إ.ط.ن المصري، والمادة 342 ق.أ.م.ج

السوري.

⁽¹⁾ - ويقابله بالفرنسية: «Incompétence».

والآن يتم تفصيل هذا الوجه وفق الخطة الآتية:

المطلب الأول: تعريف الاختصاص، و طبيعته.

المطلب الثاني: أنواع الاختصاص الجزائي.

و إليك هذه العناصر بالترتيب.

المطلب الأول: تعريف الاختصاص و طبيعته.

يتضمن هذا المطلب نقطتان، نتناولها كالاتي:

الفرع الأول: تعريف الاختصاص الجزائي.

الفرع الثاني: طبيعة قواعد الاختصاص الجزائي.

و إليك بيان هذه العناصر.

الفرع الأول: تعريف الاختصاص الجزائي:

يعرّف جانب من الفقه القانوني الاختصاص بأنه: «السلطة التي خولها القانون للمحكمة لتبت في

الدَّعوى أو في الدَّفْع»⁽¹⁾.

أو أنّه: «سلطة إحدى المحاكم في نظر خصومة معينة، و الفصل فيها»⁽²⁾.

كما يعرفه أحد الفقهاء بأنه: «مباشرة ولاية القضاء في نظر الدَّعوى، في الحدود و القواعد التي

رسمها القانون»⁽³⁾.

و يعرف أيضا بأنه: «عبارة عن القواعد و الحدود التي رسمها القانون ليباشر فيها القاضي ولاية

الحكم في الدَّعوى الجزائية، طبقا لإرادة المشرِّع»⁽⁴⁾.

و يعرفه آخر بأنه: «صلاحية القاضي العادي لمباشرة ولايته القضائية، في نطاق معين»⁽⁵⁾.

و هذه التعاريف كلها متقاربة في المعنى، أو أن معناها واحد. و هذا المعنى هو أن الاختصاص

صلاحية المحكمة للنظر في الدَّعوى العمومية، و حدود هذه الصلاحية.

فالاختصاص هو الذي يمنح المحكمة حق الفصل و النظر في الدَّعوى العمومية وحدها دون المحاكم

الأخرى، و من ثم فالاختصاص يعين محكمة وحيدة لها حق الفصل في النزاع، و من ثم يمتنع على المحاكم

الأخرى نظرها.

و هنا تجب التفرقة⁽¹⁾ بين الاختصاص القضائي، و الولاية القضائية، حيث إنّ الاختصاص القضائي

يكون فقط بين محاكم النظام الواحد، أي القضاء العادي، أو القضاء الإداري.

(1) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 454.

(2) - حومد، عبد الوهاب، المرجع والصفحة نفسهما.

(3) - بغداددي، مولاي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 355.

(4) - بغداددي، مولاي، المرجع نفسه، ص 356.

(5) - الشواربي، عبد الحميد، قواعد الاختصاص القضائي في ضوء القضاء و الفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، 1985م، ص 270.

أما الولاية القضائية فهي إما القضاء العادي أو القضاء الإداري. أي أننا نبحث في الاختصاص داخل نظام واحد، و ليس أي قضاء يختص عادي، أم إداري؟. فعندما تحدث جريمة ما، فلا شك أن القضاء الجزائي له الولاية الكاملة في نظر القضية، و هذه هي الولاية، أما تحديد المحكمة الجزائية التي تنظر هذا النزاع وحدها دون غيرها من المحاكم الجزائية الأخرى، فهذا هو الاختصاص.

و بمعنى آخر، أن الولاية القضائية أعم و أشمل، من الاختصاص القضائي، و أن الولاية تتجه إلى نوع المحكمة أو القضاء، أما الاختصاص فيتوجه إلى تحديد المحكمة ذاتها. كما أن الاختصاص أدق من الولاية، حيث إنّه يحدد المحكمة ذاتها التي لها وحدها دون غيرها حق نظر النزاع و الفصل فيه.

كما يختلف الاختصاص عن الولاية من حيث الجزاء عند المخالفة، حيث إنّ مخالفة الاختصاص يترتب عليه بطلان الحكم بطلانا مطلقا، أما مخالفة الولاية القضائية فيترتب عليه انعدام الحكم، بحيث يكون الحكم معلوما، و غير موجود أصلا⁽²⁾.

كما أنّ الولاية القضائية هي «سلطة القضاء أو مكنة القضاء، و هي تثبت لمحاكم الدولة جميعا»⁽³⁾، أما الاختصاص فهو تحديد القضايا التي تباشر فيها المحكمة وظيفة القضاء⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: طبيعة قواعد الاختصاص الجزائي:

مما لا شك فيه فقها؛ و قانونا؛ و قضاء؛ أنّ قواعد الاختصاص الجزائي، و حتى المدني، والإداري، هي من قواعد النظام العام، حيث إنّها وضعت من أجل المصلحة العامة، و التي تتمثل في حسن تنظيم العدالة الجزائية، و من ثم لا يستطيع الخصوم أن يتفقوا على تغيير هذه القواعد، أو أن يتنازلوا عنها، أو أن يرضوا بتغييرها، و إحداث قواعد اختصاص جديدة، كل ذلك باطل بطلانا مطلقا، بل هو معدوم أصلا. و هذه القاعدة و الطبيعة مجمع عليها فقها، و قانونا، و قضاء.

فمن الناحية الفقهية يقرر فقهاء القانون الوضعي⁽⁵⁾، أن قواعد الاختصاص هي من النظام العام، و من ثم لا يجوز خرقها من المحكمة أو من الخصوم، و إن كل عمل يصدر من سلطة غير مختصة قانونا، فهو يقع باطلا بطلانا مطلقا.

(1) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 501. بغدادي، مولاي، الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 355-356. عمر، نبيل

إسماعيل، الوسيط في قانون المرافعات، ص 96-97.

(2) - بغدادي، مولاي ملياني، المرجع نفسه، ص 356.

(3) - عمر، نبيل إسماعيل، المرجع نفسه، ص 97.

(4) - عمر، نبيل إسماعيل، المرجع و الصفحة نفسهما.

(5) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 445-448. بغدادي، مولاي ملياني، الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 356-360-

361. عمر، نبيل إسماعيل، المرجع نفسه، ص 177 و ما بعدها. الشواربي، عبد الحميد، قواعد الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص 271. الجوخدار، حسن، شرح

قانون أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 309-310. أبو عامر، محمد ركي، الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 751.

أما من الناحية القانونية التشريعية، فقد نص قانون الإجراءات الجزائية على قواعد الاختصاص في المواد: 248 إلى 252، و من 328 إلى 333، و 451 و 429، وحيث إنَّ المشرِّع أو المنظم وَزَع الاختصاص بحسب نوع و جسامته الجريمة المرتكبة، و الهدف من ذلك تحقيق حسن سير العدالة الجزائية، و من ثمَّ يمكن - بل يجب - القول بأنَّ المشرِّع يهدف من هذا التنظيم جعل قواعد الاختصاص من النظام العام، و أنَّه هدف إلى إلزام المحاكم على اختلاف أنواعها و درجاتها مراعاة الاختصاص، و إلا كانت أحكامها باطلة بطلاناً مطلقاً، خاصة إذا علمنا أنَّ المشرِّع جعل في م 1/500 ق.إ.ج أن من أوجه النقض في القرارات و الأحكام عدم الاختصاص، و هذا يعني بوضوح أن المحكمة إذا نظرت في نزاع، وهي غير مختصة، فإنَّ حكمها يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً.

بل إنَّ المادة 3/547 ق.إ.ج نصت على جواز نقض القرار من طرف المحكمة العليا من تلقاء نفسها في تنازع الاختصاص بين القضاة، سواء كان تنازعا سلبيا أم إيجابيا، حيث جاء في المادة ما نصه: «و يجوز للمحكمة العليا بمناسبة طعن مطروح أمامها أن تفصل من تلقاء نفسها في تنازع الاختصاص بين القضاة، و لو مقدماً».

و تطبيقاً لهذه المادة فصلت المحكمة العليا مسبقاً في نزاع قائم بين حكم نهائي لمحكمة الجناح قضى بإدانة شخصين بتهمة السرقة، و بين قرار نهائي لغرفة الاتهام قضى بإحالة الشخصين المذكورين إلى محكمة الجنايات من أجل ذات الواقعة، و ذلك أثناء نظرها للطعن بالنقض المرفوع من طرف النيابة العامة ضد حكم محكمة الجنايات الذي امتنع عن الفصل في الدَّعوى بسبق الفصل فيها نهائياً من قبل محكمة الجناح⁽¹⁾.

كما فصلت مسبقاً في تنازع الاختصاص السليبي القائم بين أمر قاضي التحقيق العادي، و أمر قاضي التحقيق العسكري، بعد رفض الطعن بالنقض المرفوع من النيابة العسكرية ضد حكم المحكمة العسكرية المنعقدة كغرفة للإتهام⁽²⁾.

و هذا الذي تضمنه القانون، قرره أيضاً المحكمة العليا في عديد من قراراتها⁽³⁾، حيثُ إنَّها قررت أنَّ قواعد الاختصاص من النظام العام، و أن الحكم الصادر من محكمة غير مختصة هو حكم باطل بطلاناً مطلقاً، و أن المحكمة تقضي بنفسها ببطالان الحكم حتى و لو لم يطعن فيه من طرف الخصوم، بل وحتى و

(1) - قرار صادر يوم: 17 أبريل 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 28470. (م.ق.)، ع: 03، س: 1989م، ص 221. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص 50.

(2) - قرار صادر يوم: 14 جويلية 1981م، (عن غ.ج.1)، مجلة الفكر القانوني، ع: 03، ديسمبر 1986م، ص 165-166. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص 49-50.

(3) - القرار الصادر يوم: 12 جوان 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 35917. و القرار الصادر يوم: 22 أبريل 1975م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 10321. أنظر: بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص 36.

لو تم الطعن في الحكم بعدم الاختصاص لأول مرة أمام المحكمة العليا، و أن الدّفع بعدم الاختصاص يجوز التمسك به في أية مرحلة كانت عليها الدّعوى، و تقضي به المحاكم ولو تلقائياً⁽¹⁾.

كل ذلك لأن قاعدة الاختصاص تحمي مصلحة الجماعة و مصلحة الفرد معا، حيث إنّ مصلحة الجماعة تتمثل في عدم جواز مخالفة هذه القاعدة من طرف الأفراد و إحداث قاعدة أخرى، أو الاتفاق على مخالفتها، أو التنازل عنها، لأنها تنظم مرفقا عاما، و من ثم فالاختصاص قاعدة من قواعد العدل الاجتماعي، أي ما يجب على الفرد نحو الجماعة.

كما أن الاختصاص يحمي مصلحة الفرد، حيث إنّ تحديد محكمة واحدة لنظر النزاع من شأنه صدور حكم وحيد في الدّعوى، بخلاف ما لو كانت قاعدة الاختصاص غير موجودة، فإنه قد يؤدي إلى صدور عدة أحكام في نزاع واحد، و هذا مخالف للعدل، لأنه محاكمة للشخص أكثر من مرة على فعل واحد، و لا يجوز محاكمة الشخص على فعله أكثر من مرة. كما أن صدور أحكام متعددة من عدة محاكم يقتضي تناقض هذه الأحكام، و هو ما لا يجوز الوقوع فيه، لأنه يمس بالعدل وبالقضاء، حيث إنّ التناقض في الأحكام يؤدي إلى هدم العدل باسم القضاء، و هذا لا يجوز.

و الأصل و القاعدة أن المحكمة من الواجب عليها قانونا أن تقرر اختصاصها أو عدم اختصاصها بحسب نصوص القانون، فإذا كانت القواعد المنصوص عليها قانونا يجعلها مختصة أو غير مختصة، فهي كذلك بنص القانون، و يجب عليها الالتزام بذلك.

و مع ذلك فإنّ القضية إذا أحيلت إلى محكمة الجنايات للمحاكمة، فإنّ محكمة الجنايات لا يجوز لها أن تقرر عدم الاختصاص، و هذا بناء على المادة 251 ق.إ.ج، حيث إنّ كل إحالة من غرفة الاتهام إلى محكمة الجنايات يجعلها مختصة قانونا، و لا يجوز لها أن تقرر عدم الاختصاص. و العلة في ذلك أن محكمة الجنايات ذات اختصاص عام لكل الجرائم التي تحال عليها، و إن قرار غرفة الاتهام بإحالة القضية إليها للمحاكمة هو قرار مانع للاختصاص⁽²⁾.

فاختصاص محكمة الجنايات، صحيح أنّه مقرر بالمادتين 248 و 249 ق.إ.ج، إلا أنه لا يجوز لها أن تقرر عدم اختصاصها، لأن اختصاصها شامل واسع للفصل في أية دعوى تحال إليها، سواء كان الجرم فيها من نوع الجنائية أو الجنحة، أو المخالفة، و لا يحق لها تقرير عدم اختصاصها، و هذا بناء على المادة 251 ق.إ.ج التي تنص على أنه: «ليس لمحكمة الجنايات أن تقرر عدم اختصاصها».

ومع ذلك - وهو استثناء وحيد - يجوز لمحكمة الجنايات في حالة وحيدة أن تقرر عدم الاختصاص، و هي حالة ما إذا تمت إحالة حدث بقرار نهائي من غرفة الاتهام في غير الجرائم الإرهابية أو التخريبية، بأن

(1) - قرار صادر يوم: 23 نوفمبر 1970م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 6842. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص 36.

(2) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 447.

أحيل عليها خطأً، فهنا لمحكمة الجنايات كل السلطة و الحق أن تقرر عدم الاختصاص. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها⁽¹⁾.

و لما كانت قواعد الاختصاص من النظام العام، فإنه يتوجب على الجهة القضائية المطروحة عليها الدَّعوى أن تتأكد من مسألة الاختصاص أولاً قبل الشروع في نظرها⁽²⁾، فقاعدة الاختصاص هي أول قاعدة تنظرها المحكمة، حيث عندما تطرح عليها الدَّعوى، لا تشرع في نظرها مباشرة، و إنما يجب أن تتأكد من أنها هي المختصة بنظرها، أم أنها غير مختصة. و إذا رأت أنها غير مختصة، فيجب عليها أن تسبب قرارها، و إلا كان باطلاً، «فإذا دفع المتهم بعدم اختصاص الجهة القضائية المطروحة عليها الدَّعوى تعين على هذه الأخيرة أن تحقق في الدَّفْع المثار. فإن تأكدت من صحته قضت بعدم اختصاصها، و إن لم يصح الدَّفْع رفضته بقرار مسبب»⁽³⁾.

و لكن إذا كانت المحكمة أو الجهة القضائية قررت عدم اختصاصها، فإنه لا يجوز لها أن تحدد الجهة القضائية المختصة، و إحالة الدَّعوى إليها، و إلا كانت متجاوزة لسلطتها، و من ثم يتعرض قرارها إلى النقص بناء على المادة 2/500 ق.إ.ج، و هذا ما قرره المحكمة العليا في أحد قراراتها، حيث جاء فيه: «على قاضي التحقيق غير المختص قانوناً بنظر الدَّعوى المعروضة عليه، أن يكتفي بتقرير عدم اختصاصه، دون تحديد الجهة القضائية المختصة، و إحالة الدَّعوى إليها، و إلا تجاوز سلطته»⁽⁴⁾.

و الخلاصة: أن الاختصاص من النظام العام، و أن كل قرار يصدر من جهة قضائية غير مختصة يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، و أن المحكمة تقضي به و لو تلقائياً، و أن المحكمة يتعين عليها عند طرح الدَّعوى عليها أن تنظر أولاً في الاختصاص، فإذا رأت أنها مختصة، تصدت بعد ذلك للفصل فيها، و إذا رأت أنها غير مختصة، اكتفت بإصدار قرار مسبب بعدم اختصاصها، و لا يجوز لها تحديد الجهة المختصة و إحالة الدَّعوى إليها، و إلا كان قرارها باطلاً، يتوجب نقضه أمام المحكمة العليا، أو غرفة الاتهام بالمجلس القضائي.

المطلب الثاني: أنواع الاختصاص الجزائي:

لما كانت الجريمة إما أن تقع داخل إقليم الدولة، أو خارجه في إقليم دولة أخرى، فإن أنواع الاختصاص تختلف و تتنوع و تتعدد إلى قسمين أو نوعين كبيرين: الأول هو الاختصاص الخارجي، والثاني هو الاختصاص الداخلي. و لكل قسم اختصاصات تتميز عن القسم و النوع الآخر من الاختصاص. و للوقوف على هذه الأقسام الكبرى، فإننا نتناولها وفق الخطة الآتية:

(1) - قرار صادر يوم: 30 ماي 2000م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 252537. (أ.ق)، (ق.خ)، ص 682-685.
(2) - قرار صادر في يوم: 22 أبريل 1975م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 10132. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص 36.
(3) - قرار صادر في يوم: 22 أبريل 1975م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 10132. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص 37.
(4) - قرار صادر في يوم: 01 فبراير 1983م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 31122. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص 36.

الفرع الأول: الاختصاص الجزائي الموضوعي.

الفرع الثاني: الاختصاص الجزائي الإجرائي.

و إليك هذه العناصر بالترتيب.

الفرع الأول: الاختصاص الجزائي الموضوعي:

تمهيد وتقسيم:

القاعدة المنصوص عليها دستوريا و قانونيا هي أن التشريع الجزائري ينفذ على كل جريمة ترتكب داخل إقليم الدولة، بغض النظر عن جنسية مرتكبها، و إذا كان من مواطني الدولة أو من الأجانب، فقد نصت المادة 12 من دستور 28 نوفمبر 1996م على أنه: «تتمارس سيادة الدولة على مجالها البري، و مجالها الجوي، و على مياهها.

كما تمارس حقها السيد الذي يقره القانون الدولي على كل منطقة من مختلف مناطق المجال البحري التي ترجع إليها».

و تنص كذلك - من الناحية القانونية العادية - المادة 1/03 ق.ع على أنه: «يطبّق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية».

فهذه النصوص الدستورية و القانونية تنص على أن القانون و التشريع مهما كان نوعه هو تشريع إقليمي فقط بالأصل و الأساس، بحيث إنّ أي فعل إجرامي يرتكب في إقليم الجمهورية، أيا كان مرتكبه جزائري أم أجنبي، فإن القانون الذي يحكم هذا الفعل و المتابعة و المحاكمة الجزائية، لا يحكمها إلا القانون الجزائري فقط، و من ثم لا يسري القانون على الجرائم المرتكبة في الخارج و هذا كمبدأ عام. و يدخل في المبدأ أيضا الجنايات و الجنح التي ترتكب على ظهر المراكب، أو الطائرات. و هذا المبدأ يسمى بمبدأ إقليمية النص الجزائري. و مع ذلك فإن هذا المبدأ -مبدأ إقليمية النص الجزائري- يخضع لثلاث حالات استثنائية، و هي: مبدأ الشخصية؛ و مبدأ العينية؛ و مبدأ العالمية.

و هذا ما أشارت إليه المادة 2/3 من ق.ع، حيث جاء فيها ما نصه: «كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائية الجزائرية، طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية».

و بالعودة إلى قانون الإجراءات الجزائية، فإننا نجد أن هذه الحالات الاستثنائية قد أوردتها المشرّع في الباب التاسع و الذي عنوانه: «في الجنايات و الجنح التي ترتكب في الخارج» من الكتاب الخامس من القانون، و ذلك في المواد من 582 إلى 589 ق.إ.ج.

و بناء على هذا التحليل، فإن المبدأ العام هو مبدأ إقليمية النص الجزائري، و هذا المبدأ يخضع لمجموعة من الاستثناءات في القانون المقارن، هي المبادئ الاحتياطية كما يسميها البعض⁽¹⁾، و هي: مبدأ الشخصية، و مبدأ العينية، و مبدأ العالمية.

و تأخذ الكثير من التشريعات منها الجزائري، و اللبناني، و السوري، بهذه المبادئ كلها، و لا تتركز إلى مبدأ واحد من هذه المبادئ، و إنما تتم الاستعانة ببعضها البعض تكملة و دعما، و لكن لعل المبدأ الأهم من هذه المبادئ هو مبدأ الإقليمية، حيث إنَّ هذه القوانين تكشف عن ترجيح واضح لهذا المبدأ⁽²⁾. أما عن الهدف من ذكر هذه المبادئ، فهو الإشارة إلى أن الاختصاص الخارجي تحكمه ثلاثة مبادئ وهي: مبدأ الشخصية، و مبدأ العينية، و مبدأ العالمية، أما الاختصاص الداخلي فيحكمه مبدأ واحد، و هو مبدأ الإقليمية.

و لبحث هذه القضايا كلها، فإننا نتناولها وفق الخطة الآتية:

1/- القاعدة العامة: الاختصاص الإقليمي للقانون الجزائري.

2/- المبادئ الاحتياطية أو الاستثنائية (مبدأ الشخصية، و العينية، و العالمية).

و إليك هذه العناصر بالترتيب.

1/- القاعدة العامة: الاختصاص الإقليمي للقانون الجزائري.

يعد مبدأ إقليمية النص أو التشريع الجزائري القاعدة العامة في سريان القانون من حيث المكان، و لبحث هذا المبدأ؛ و الوقوف على حقيقته؛ و أسسه؛ و تطبيقاته؛ فإننا نتناوله وفق الخطة الآتية:

أ/- تعريف مبدأ الإقليمية.

ب/- بيان حقيقة الإقليم، و عناصره.

ج/- أسس مبدأ الإقليمية.

د/- الضابط في مكان ارتكاب الجريمة.

هـ/- تطبيق مبدأ الإقليمية.

و إليك هذه العناصر بالترتيب.

(1) - أوهايبية، عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، دط، 2009م، ص 131-159. حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات اللبناني - القسم العام، دار النهضة العربية، بيروت، دط، 1404هـ-1984م، ص 133-134. بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومه، الجزائر، ط7، 2008م، ص 77-82. سليمان، عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2005م، ج1، ص 101-102-109. راشد، علي، القانون الجنائي: المدخل و أصول النظرية العامة، دار النهضة العربية، بيروت، ط2، 1974م، ص 184.

(2) - حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ص 134. أوهايبية، عبد الله، المرجع نفسه، ص 131. سليمان، عبد الله، المرجع نفسه، ج1، ص 101-102. بوسقيعة، أحسن، المرجع نفسه، ص 77.

أ/- تعريف مبدأ الإقليمية:

نعني بمبدأ الإقليمية القانون الجزائري هو أن هذا النص القانوني ينطبق على كل ما يقع فوق إقليم الدولة من جرائم، و عدم انطباقه على الجرائم التي تحدث في الخارج، بغض النظر عن جنسية مرتكبها، سواء أكان مرتكبها من مواطنيها، أم أجنبيا⁽¹⁾.
و هذا التعريف يتضمن شقين أو وجهين⁽²⁾:

- وجه و شق إيجابي، و يتمثل في انطباق القانون الجزائري على ما يحدث داخل الإقليم من جرائم.
- و وجه سلبي، و يتمثل في عدم انطباق القانون على ما يحدث في الخارج من جرائم.

① -/ الوجه الإيجابي لمبدأ الإقليمية: انطباق القانون الجزائري على كل جريمة تقع في إقليم الدولة:

و يتمثل هذا الوجه الإيجابي لمبدأ الإقليمية النص الجزائري على كل ما يحدث من جرائم أيا كانت جنسية مرتكبها وطنيا، أم أجنبيا، و سواء كان هذا الأجنبي مقيما إقامة مؤقتة أم إقامة دائمة، و كذلك أيا كانت جنسية الجاني عليه وطنيا، أم أجنبيا، فهنا في كل هذه الحالات ينطبق قانون الدولة التي وقع في أراضيها الفعل الإجرامي، و هذا ما نصت عليه المادة 1/03 ق.ع بقولها: «ينطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية».

② -/ الوجه السلبي لمبدأ الإقليمية: عدم انطباق القانون الجزائري على جرائم تقع خارج إقليم الدولة:

و هذا يعني أن كل جريمة تحدث في الخارج لا ينطبق عليها قانون الدولة التي وقع الجرم خارج إقليمها.

و هذا الوجه تم استخلاصه عن طريق مفهوم المخالفة للمادة 1/03 ق.ع. فالنص الجزائري لا سلطان له - كقاعدة عامة - على ما يقع خارج إقليم الدولة من جرائم مهما كان نوعها، و إن كانت استثناءات عليها و هو ما سيرد لاحقا في المبادئ الاحتياطية.

ب/- بيان حقيقة الإقليم، و عناصره:

بعد أن عرفنا حقيقة مبدأ الإقليمية في وجهه الإيجابي و السلبي، بقي لنا أن نعرف حقيقة الإقليم، لأن الإقليمية لا تتوضح إلا بضبط حقيقة الإقليم، فهو زيادة و توضيح المبدأ. و ضبط له أيضا.
و الإقليم هو كل موقع طبيعي تمارس عليه الدولة سيادتها من يابسة؛ و فضاء جوي؛ و مياه بحرية.
و هذا ما نصت عليه المادة 12 من دستور 28 نوفمبر 1996م السابق ذكرها.

(1) - راشد، علي، القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 185. حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 134. سليمان، عبد الله، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ج 1، ص 103. أوهائية، عبد الله، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 131.
(2) - راشد، علي، المرجع نفسه، ص 185-186. أوهائية، عبد الله، المرجع نفسه، ص 131-132.

و من ثم فالإقليم يتمثل في: اليابسة أو الإقليم البري؛ و الإقليم الجوي؛ و الإقليم المائي.

① -/ اليابسة أو الإقليم البري: و يتمثل في الأراضي التي تبسط عليها الدولة سيادتها، و له حدود معينة، كما يشمل الإقليم الأراضي السفلية إلى مركز و نواة الكرة الأرضية (م 17 من الدستور الجزائري).

و لم يحدد الدستور الجزائري الحدود البرية للجزائر، و سوريا أيضا، وهذا بخلاف لبنان مثلا⁽¹⁾.

② -/ الإقليم الجوي: و يشمل كل طبقات الهواء التي تعلو الإقليم الأرضي و المائي. فإذا حصل اختراق للمجال الجوي بغير إذن، فإن ذلك يعد جريمة، و هذا ما نصت عليه المادة 3/70 ق.ع، حيث جاء فيها: «يعاقب بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة كل من:

- حلق فوق الأرض الجزائرية باستعمال أية طائرة أجنبية دون أن يكون مصرحا له بذلك بمقتضى اتفاق دبلوماسي، أو تصريح من السلطة الجزائرية».

و قد جاء في المادة 16 قانون عقوبات لبناني ما نصه: «تشمل الأرض اللبنانية طبقة الهواء التي تغطيها إلى ما لا نهاية في الارتفاع، أي الإقليم الجوي». و المادة 17 منه التي اعتبرت: «المدى الجوي الذي يغطي البحر الإقليمي» في حكم الأرض اللبنانية.

③ -/ الإقليم المائي: و هو المنطقة الواقعة بين شاطئ الدولة و البحر العام، و التي تلزمها لتحقيق أغراض دفاعية، و صحية، و اقتصادية⁽²⁾. و تشمل كذلك مساحات الماء الداخلية من الأنهار الوطنية؛ والأجزاء التابعة للدولة من الأنهار الدولية؛ و البحيرات؛ و البحار المغلقة؛ و القنوات؛ و المضائق و الخلجان و الموانئ البحرية.

و تمتد المسافة من الشاطئ مسافة تكون البحر الإقليمي، حددتها المادة الأولى من المرسوم رقم: 63-403 المؤرخ في: 12/10/1963م المياه الإقليمية بـ12 ميلا بحريا⁽³⁾، و الميل البحري قيل يساوي 1853م، و من ثم فـ12 ميلا تساوي 22,236 كلم⁽⁴⁾، و قيل إنه يساوي 1860م، و من ثم فـ12 ميلا تساوي 22,328 كلم⁽⁵⁾. و يحسب من آخر نقطة تنحصر عنها مياه البحر.

أما في لبنان فقد حدد هذه المسافة بـ20 كيلومترا، طبقا للمادة 17 من قانون العقوبات اللبناني وكذلك المادة 17 من قانون العقوبات السوري.

(1) - فقد نصت المادة الأولى من الدستور اللبناني الصادر في 23 أيار/مايو 1926م و تعديلاته على أن حدود لبنان هي: « شمالا، من مصب النهر الكبير على خط يرافق مجرى النهر إلى نقطة اجتماعه بوادي خالد الصاب فيه على علو جسر القمر. شرقا: خط القمة الفاصل بين وادي خالد و وادي نهر العاصي (أورونت) مارا بقري: معيصرة- حربةانة-هيث-ابش-فيضان على علو قريتي برنفا و مطربا، و هذا الخط تابع حدود قضاء بعلبك الشمالية من الجهة الشمالية الشرقية و الجهة الجنوبية الشرقية، ثم حدود أفضية بعلبك، و البقاع و حاصبيا و راشيا الشرقية. جنوبا: حدود قضائي صور ومرجعون الجنوبية الحالية. غربا: البحر المتوسط».

(2) - بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 78. حسني، نجيب محمود، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 136. أوهابيه، عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 135.

(3) - المرسوم رقم: 63-403 الصادر في: 12/10/1963م المتعلق بامتداد المياه الإقليمية. الجريدة الرسمية، ع:76، س:2، المؤرخة في: 15/10/1963م.

(4) - بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 78.

(5) - أوهابيه، عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 135.

و الخلاصة أن الجريمة متى ارتكبت في الإقليم الوطني للدولة، سواء كان يابسة؛ أو جوا؛ أو بحرا؛ فإن قانونها هو الذي ينطبق على هذه الجرائم.

ج/- أسس مبدأ الإقليمية:

يقوم مبدأ إقليمية القانون الجزائري على عدة أسس و مبررات، و هي⁽¹⁾: السيادة؛ و العدالة؛ و تحقيق الردع.

و إليك هذه الأسس و المبررات بالشرح.

① -/ السيادة: أول أساس و مبرر لمبدأ الإقليمية هو السيادة، حيث إنَّ التشريع الجزائري هو مظهر من مظاهر سيادة الدولة على إقليمها، و ذلك لما ينطوي عليه هذا التشريع من تنظم حق العقاب الذي تتولاه الدولة، و من ضوابط هذا التنظيم ضبط مكان الجريمة، فكل ما يقع في إقليمها يخضع للسيادة، فيجوز أن توقع عليه أي عقوبة تتناسب و الفعل الإجرائي، و يحق لهذه الدولة فقط أن تعفو عن المجرم، أو تخفف عنه العقوبة (م 12 من الدستور).

و قد كانت سيادة الدولة من قبل شخصية لا إقليمية، حيث إنَّها كانت تتبع أشخاص الرعايا أينما وجدوا، أما سيادة الدولة الحديثة فهي سيادة إقليمية⁽²⁾ بالأساس لا شخصية، و هي جغرافية لا سياسية.

② -/ العدالة: حيث إنَّ أدلة الجريمة و إثباتها تكون عادة في مكان ارتكابها، و من ثم يسهل تحقيقها، و كذا تحديد مسؤولية مرتكبي الجريمة.

③ -/ تحقيق الردع: حيث إنَّ توقيع العقوبة في المكان الذي ارتكبت فيه أدمى إلى تحقيق الزجر و الردع العام و الخاص للمجرم، و لباقي أفراد المجتمع الذين قد تسول لهم أنفسهم ارتكاب تلك الجريمة أيضا.

د/- الضابط في مكان ارتكاب الجريمة:

لا يثور أي إشكال قانوني عندما تقع الجريمة بكل أركانها داخل الإقليم الوطني الواحد للدولة. إنَّما يثور الإشكال عندما تقع الجريمة في إقليم لدولتين فأكثر، كأن يقع الشروع في الجريمة في مكان و إقليم دولة معينة، و نفاذها يتم في إقليم دولة أخرى، فهنا يطرح السؤال نفسه: في أي إقليم تعتبر الجريمة قد وقعت أو ارتكبت فيه حتى يتم تحديد التشريع الجزائري الذي يحكمها؟ هل يعتد بمحل وقوع أي عنصر من عناصر الركن المادي للجريمة، السلوك، و النتيجة؟ أم أنه يعتد فقط بمكان حدوث النتيجة وحده؟

الواقع أن هذه المسألة خلافية في القانون الوضعي، فكان الخلاف على رأيين أو اتجاهين:

- اتجاه يرى بمكان وقوع أي عنصر من عناصر الركن المادي من الفعل الإجرامي، أو النتيجة، أو

السببية،

(1) - حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ص 125. أوهايبية، عبد الله، المرجع نفسه، ص 132-133. راشد، علي، القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 183.

(2) - راشد، علي، القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 183-184.

- و اتجاه آخر يرى بمكان وقوع النتيجة.

①-/ الرأي الأول: الضابط في مكان ارتكاب الجريمة هو المكان الذي ارتكب فيه أي

عنصر من عناصر الركن المادي:

ذهبت بعض التشريعات إلى أن العبرة و الضابط في تحديد مكان وقوع الجريمة، هو بوقوع ارتكاب أي عنصر من عناصر الركن المادي من الفعل الإجرامي، أو النتيجة، أو السببية، فمتى وقع عنصر من هذه العناصر في أي مكان، فقد وقعت الجريمة على إقليمها، و من ثم يحق لها متابعة مرتكب الجريمة، فمثلا: لو وقع تسميم شخص في بلد معين، ثم سافر ذلك الشخص الذي جرى تسميمه، ومات في بلد آخر، فإنه بناء على هذا الرأي و الاتجاه أن الجريمة وقعت في دولتين، و من ثم يحق لكليهما متابعة الجاني عن الجريمة التي ارتكبتها.

و من التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه التشريع الإجمالي الجزائري، و اللبناني، والسوري. ففي التشريع الإجمالي الجزائري نصت المادتان 585 و 586 على هذا الاتجاه، فالمادة 586 ق.إ.ج جاء فيها: «تعد مرتكبة في الإقليم الجزائري كل جريمة يكون عمل من الأعمال المميزة لأركانها المكونة لها قد تم في الجزائر».

و جاء في المادة 585 ق.إ.ج ما نصه: «كل من كان في إقليم الجمهورية شريكا في جنائية، أو جنحة مرتكبة في الخارج، يجوز أن يتابع من أجلها، و يحكم عليه فيها بمعرفة جهات القضاء الجزائرية، إذا كانت الواقعة معاقبا عليها في كلا القانونين الأجنبي و الجزائري، بشرط أن تكون الواقعة الموصوفة بأنها جنائية أو جنحة قد ثبت ارتكابها بقرار نهائي من الجهة القضائية الأجنبية».

و بناء على هذه النصوص القانونية، فإنه لكي يتابع الشخص - و فق الضابط الذي ذكرناه - يشترط توافر الشروط الآتية:

- أن يقع عنصر من عناصر الركن المادي للجريمة في الجزائر، إما الفعل الإجرامي، أو النتيجة، أو السببية الجنائية.

- أن يتم الاشتراك في ارتكابها في الجزائر.

- أن تكون الجريمة جنائية أو جنحة فقط، و من ثم تتم المتابعة من أجل المخالفة.

- أن تكون الجريمة معاقبا عليها في القانونين الجزائري و الأجنبي.

- أن يثبت ارتكاب الجريمة في حق المتهم بقرار نهائي من الجهة القضائية الأجنبية.

أما التشريع اللبناني، فقد نصت المادة 15 من ق.ع اللبناني على أن «تعد الجريمة مقترفة في الأرض

اللبنانية:

- إذا تم على هذه الأرض أحد العناصر التي تؤلف الجريمة، أو فعل من أفعال جريمة غير متجزئة أو فعل اشتراك أصلي أو فرعي.

- إذا حصلت النتيجة في هذه الأرض، أو كان متوقعا حصولها فيه».

و أساس هذا الرأي⁽¹⁾ أنه لا يوجد مبرر و أساس لاعتبار الجريمة مرتكبة في مكان الفعل وحده، أو في مكان النتيجة وحده، أو في المكان الذي يتحقق فيه الأثر المباشر للفعل، فلا يوجد مبرر منطقي قانوني يبرح أحد هذه الأماكن على غيره، خاصة أن الجريمة قد أخلت بالأمن في كل مكان تحقق فيه عنصر من عناصر الركن المادي للجريمة، و من ثم المساس بالسيادة في كل دولة وقع فيها عنصر من هذه العناصر للركن المادي.

زيادة على أن التعدد في الأقاليم التي تعد الجريمة مرتكبة فيها ضروري و حتمي، و ذلك من أجل تفادي فرار المجرم من العقاب إذا أخذنا بالقول أن الجريمة تعد مرتكبة في أحد الأماكن التي تجزأ أو تشظى ركنها المادي بينها، و لم تكن الدولة صاحبة السيادة على هذا المكان ذات مصلحة في توقيع العقوبة. كما أن هذا التعدد لا يوجد فيه أي ضرر، لأن التشريعات التي أقرت بالتعدد، قررت كذلك عدم متابعة و محاكمة المجرم إذا كانت دولة أخرى قد وقعت عليه العقاب من أجله، و هو ما نصت عليه المادة 585 ق.إ.ج جزائري، و المادة 27 من ق.ع لبناني.

② -/ الرأي الثاني: الضابط في مكان ارتكاب الجريمة هو مكان عنصر واحد فقط من عناصر الركن المادي:

ذهب فريق من فقهاء القانون الوضعي⁽²⁾ إلى أن الضابط في ارتكاب الفعل الإجرامي بين دولتين فأكثر هو مكان عنصر واحد فقط، و ليس أي عنصر من عناصر الركن المادي، و من ثم تتم المتابعة والمحاكمة من طرف دولة واحدة فقط، أي الدولة التي وقع فيها عنصر الفعل و السلوك الإجرامي فقط، وإما التي وقعت فيها النتيجة، و إما التي وقع فيها عنصر السببية فقط، و من ثم لا يجوز تعدد الدول في المتابعة، بتعدد الإقليم في ارتكاب الجريمة.

و أساس هذا الرأي هو أن التعدد في الإقليم يؤدي بالإضرار بالمجرم الذي ارتكب جريمته في أكثر من إقليم، حيث يكون متابعا في أكثر من دولة، و هذا مخالف للعدالة التي تقضي بعدم جواز المحاكمة عن فعل واحد أكثر من مرة.

③ -/ موازنة و ترجيح: من خلال عرض الاتجاهات و حججها، فإن الرأي الراجح في نظرنا هو الرأي و الاتجاه الأول، حيث إن حججه كلها قوية و سليمة عن الطعن و المعارضة، ثم إن التعدد في

(1) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 138. حومد، عبد الوهاب، الوسيط، مرجع سابق، ص 146.

(2) - أنظر في عرض هذا الاتجاه: حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 138. حومد، عبد الوهاب، المرجع و الصفحة نفسها.

الإقليم ليس فيه أي ضرر، لأن النصوص واضحة في ذلك خاصة المادة 585 ق.إ.ج، و المادة 27 ق.ع اللبناني.

هـ- تطبيق مبدأ الإقليمية:

تنص المادة 1/03 من قانون العقوبات الجزائري على أن: «يطبق قانون العقوبات على الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية».

و إذن، فالقاعدة أن كل جريمة تقع في الإقليم الجزائري فإنها تخضع للقضاء الجزائري أيا كان مرتكبها جزائريا، أم أجنبيا.

و لكن يجب التنبيه أن الإقليم ليس فقط هو اليابسة، و الجو، و الإقليم المائي، و إنما هو أيضا الطائرات و السفن الجزائرية، و الطائرات و السفن الأجنبية، متى توافرت شروط معينة. و قد لُورد المشرع الإجرائي الجزائري أحكام هذه الحالات في المادتين 590 و 591 ق.إ.ج في الباب العاشر و الذي عنوانه: «في الجنابات و الجناح التي ترتكب على ظهر المراكب أو متن الطائرات». من الكتاب الخامس من القانون.

و إليك هذه الحالات.

1- حالة ارتكاب جريمة في طائرة أو سفينة جزائرية:

إذا ارتكبت جنابة أو جنحة في سفينة أو طائرة جنسيتها جزائرية، فإن القضاء المختص هو القضاء الجزائري، حيث جاء في المادة 1/590 ق.إ.ج ما نصه: «تختص الجهات القضائية الجزائرية بالنظر في الجنابات و الجناح التي ترتكب في عرض البحر على بواخر تحمل الراية الجزائرية، أيا كانت جنسية مرتكبها». و تنص كذلك المادة 1/591 ق.إ.ج على أنه: «تختص الجهات القضائية الجزائرية بالنظر في الجنابات و الجناح التي ترتكب على متن طائرات جزائرية، أيا كانت جنسية مرتكب الجريمة».

فمن خلال هذه النصوص القانونية يتضح أن اختصاص القضاء الجزائري بالمتابعة و المحاكمة للجرائم التي تقع في الطائرات أو السفن أنه يشترط شرط واحد، و هو أن تكون هذه السفن و الطائرات ذات جنسية جزائرية، و من ثم فلا قيمة و لا أهمية لجنسية مرتكب الجريمة، و لا لجنسية المخني عليه، فالعبرة فقط بجنسية وسيلة النقل. كما أنه لا فرق بين طائرة مدنية أم عسكرية، فهي كلها سواء.

و هذه كلها منطبقة على مبدأ السيادة، الذي سبق أن تناولناه، و كذلك العدالة.

2- حالة ارتكاب جريمة في طائرة أو سفينة أجنبية: الأصل و القاعدة أن الجرائم المرتكبة في

السفن و الطائرات الأجنبية لا يطبق عليها القانون الجزائري، متى كانت موجودة وقت ارتكاب الجريمة في إقليم جوي أو مائي أجنبي، لأنه لا سيادة للقانون الجزائري على طائرات و سفن أجنبية في إقليم أجنبي.

و لكن إذا ارتكبت الجريمة على ظهر سفينة تجارية أجنبية في مياه إقليمية جزائرية أو طائرة أجنبية، فهنا الحال يختلف.

3- / ارتكاب جريمة على ظهر سفينة تجارية أجنبية في ميناء بحري جزائري:

إذا ارتكبت جريمة جنائية أو جنحة على ظهر سفينة تجارية أجنبية، فإن القضاء المختص هو القضاء الجزائري، وهذا سواء كان المحرم جزائريا أم أجنبيا، و سواء كان الجاني عليه جزائريا أم أجنبيا، إذ العبارة بارتكاب الجريمة في المياه الإقليمية الجزائرية، بل في ميناء بحري جزائري، و ليس حتى في مياه إقليمية جزائرية، لأن النص واضح في ذلك، حيث جاء في المادة 2/590 ق.إ.ج ما نصه: «و كذلك الشأن بالنسبة للجنايات و الجنح التي ترتكب في ميناء بحرية جزائرية، على ظهر باخرة تجارية أجنبية».

و يلاحظ أن قيد «تجارية» يخرج السفن الحربية الأجنبية من حكم المادة، حيث يخضع لجنسية الدولة أو رايته، و ذلك لأنها سفينة عسكرية، و مبدأ السيادة فيها قوي بخلاف السفينة التجارية الراسية بميناء بحري جزائري.

و بناء على نص المادة السالف الذكر، فإنه يشترط لإعمال اختصاص القضاء الجزائري أربعة شروط هي:

- ارتكاب جريمة جنائية أو جنحة، و من ثم تخرج المخالفة لأنها جريمة بسيطة.

- أن ترتكب الجريمة في ميناء بحري جزائري، فلو ارتكبت في مياه إقليمية جزائرية، فإنها لا تختص بذلك.

- أن تكون السفينة تجارية لا حربية.

- أن السفينة ذات جنسية أجنبية.

أما بخصوص المحكمة المختصة فهي المحكمة التي يوجد في اختصاصها الإقليمي مقر الميناء البحري. و يلاحظ أن القانون الجزائري سكت عن الجريمة التي ترتكب في سفينة جزائرية راسية بميناء بحري أجنبي، و هذا السكوت يفيد أنها لا تخضع للقانون الجزائري، و إنما تخضع للاختصاص الإقليمي للدولة الأجنبية، و لم يشر القانون كذلك للسفن الحربية الجزائرية، و لكن مع ذلك فهي تخضع للقانون الجزائري للعرف السائد دوليا⁽¹⁾.

4- / ارتكاب جريمة على متن طائرة أجنبية: في هذه الحالة تنص المادة 2/551 ق.إ.ج على

أنه: «كما أنها تختص أيضا - أي الجهات القضائية الجزائرية - بنظر الجنايات أو الجنح التي ترتكب على متن طائرات أجنبية إذا كان الجاني أو الجاني عليه جزائري الجنسية، أو إذا هبطت الطائرة بالجزائر بعد وقوع الجناية أو الجنحة».

(1) - سليمان، عبد الله، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ج1، ص 106.

و من خلال هذا النص فإن القضاء الجزائري لا يكون مختصا إلا في حالة من الحالات الثلاث أو كلها الآتية:

- إذا كان الجاني المرتكب للجريمة على متن طائرة أجنبية جزائري الجنسية.
 - إذا كان الجاني عليه جزائري الجنسية.
 - إذا هبطت الطائرة بإحدى مطارات الجزائر عقب ارتكاب الجريمة، و بغض النظر عن جنسية الجاني أو الجاني عليه.
- و بمفهوم المخالفة أنه إذا ارتكبت جريمة جنائية أو جنحة على متن طائرة أجنبية، و كان كل من الجاني و الجاني عليه معا من جنسية أجنبية و لم تنزل الطائرة بمطار جزائري، فإن القضاء الجزائري لا يكون مختصا حينها.

أما المحكمة المختصة بنظر النزاع في مثل هذه الحالات فهي المحكمة التي وقع بدائرتها هبوط الطائرة في حالة القبض على الجاني وقت هبوطها. و إما محكمة القبض على الجاني في حالة ما إذا كان مرتكب الجريمة قد قبض في الجزائر فيما بعد، و هو بنص المادة 3/591 ق.إ.ج.

⑤- الاستثناءات الواردة على مبدأ الإقليمية في القانون الداخلي:

رأينا من قبل المبدأ الأساسي في تطبيق القانون من حيث المكان هو مبدأ الإقليمية، و هذا المبدأ كما قلنا يخضع لمجموعة من الاستثناءات و هذه الاستثناءات على نوعين: نوع يتعلق بالقانون الداخلي، و نوع آخر يتعلق بالجانب الخارجي، أي خارج إقليم الدولة، و قد رأينا أن هذه الاستثناءات هي المبادئ الاحتياطية الثلاث: مبدأ الشخصية؛ و مبدأ العينية؛ و مبدأ العالمية.

و نحن في هذا العنصر سنقتصر على الاستثناءات التي تتعلق بالقانون الداخلي فقط، أما الأخرى فستأتي مباشرة بعد هذه الاستثناءات.

أما بخصوص الاستثناءات التي تتعلق بالقانون الداخلي، فإن هناك طائفة من الأفراد بحكم وظائفهم السياسية، و البرلمانية، و الدبلوماسية، و القنصلية، و العسكرية، لا تخضع للقانون الجزائري داخل الدولة، حتى و لو ارتكبت جريمة معينة، و هؤلاء الأفراد هم: رئيس الجمهورية، نواب البرلمان، أفراد البعثات السياسية و الدبلوماسية الأجنبية، و القوات المسلحة الأجنبية.

و إليك هذه الحالات باختصار.

①- رئيس الدولة:

لا يخضع رئيس الدولة إلى القانون الجزائري الذي يسود دولته، حتى و لو ارتكب جريمة معينة، وذلك لتمتعه بالحصانة من المسؤولية المدنية و الجنائية.

و لكن هذا لا يعني إعفائه من الخضوع لأحكام الدستور أو القوانين الخاصة التي تحكم سلوكه السياسي أو البشري، بل إن رئيس الجمهورية يمكن مساءلته جنائياً عن أفعاله في حالات معينة مثل الخيانة العظمى، وكذلك الوزير الأول، وهذا ما نصت عليه المادة 158 من دستور 28 نوفمبر 1996م، حيث إنَّ محاكمتها تتم أمام محكمة عليا للدولة، فتتص المادة 158: «تؤسس محكمة عليا للدولة، تختص بمحاكمة رئيس الجمهورية عن الأفعال التي يمكن وصفها بالخيانة العظمى، و رئيس الوزراء عن الجنایات و الجنح التي يرتكبها بمناسبة تأديتهما مهامهما.

يحدد قانون عضوي تشكيلة المحكمة العليا للدولة، و تنظيمها، و سيرها، و كذلك الإجراءات المطبقة».

و مع ذلك فمنذ صدور الدستور الحالي في 28 نوفمبر 1996م لم يصدر هذا القانون العضوي المتعلق بالمحكمة العليا للدولة، و هنا يطوح السؤال: لماذا؟

أما في لبنان فقد ورد نص في الدستور (م 60) يقرر أنه: «لا تبعة على رئيس الجمهورية حال قيامه بوظيفته إلا عند خرقه الدستور، أو في حال الخيانة العظمى، أما التبعة فيما يختص بالجرائم العادية فهي خاضعة للقوانين العامة. و لا يمكن اتحامه بسبب هذه الجرائم، أو لعلي خرق الدستور و الخيانة العظمى إلا من قبل مجلس النواب بموجب قرار يصدره بغالبية ثلثي مجموع أعضائه، و يحاكم أمام المجلس الأعلى المنصوص عليه في المادة الثمانين، و يعهد في وظيفة النيابة العامة لدى المجلس الأعلى إلى قاض تعينه المحكمة العليا المؤلفة من جميع غرفها».

و الحكمة من هذه الحصانة هو تمكين رئيس الدولة من مباشرة الاختصاصات المخولة في الدستور، و هو محتفظ بكامل استقلاله عن سلطات الدولة، و أنّ جوهر الاختصاصات هو إقامة التوازن بين السلطات مما يفترض حتما استقلاله عنها⁽¹⁾.

أما مبرر استبعاد خرق الدستور و الخيانة العظمى من نطاق الحصانة، فهو أنّ رئيس الجمهورية حين يرتكب هذه الجرائم ينزع عن نفسه صفته، و يتصرف كعدو للأمة⁽²⁾.

②- نواب و أعضاء البرلمان: يتمتع نواب البرلمان بالحصانة بشروطها ضد أية متابعة قضائية. و الهدف من ذلك توفير حرية الرأي والمعارضة للنواب و من ثم إبعاد كل ما من شأنه أن يؤثر على أداء النائب لمهمته النبيلة، و هي خدمة الأمة في قضاياها الجوهرية السياسية، و الاقتصادية و الثقافية، و الاجتماعية.

(1) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 143.
(2) - حسني، محمود نجيب، المرجع و الصفحة نفسهما.

فالحصانة هي حماية دستورية لنواب وأعضاء البرلمان من بطش السلطة التنفيذية أو القضائية في حال ما عارضوها وأبدوا آراء مخالفة و مناهضة لها، عن طريق منع متابعتهم قضائياً، أثناء مدة النيابة أو الوظيفة. و الحصانة النيابية هي أمر يكاد يكون مجمعا عليها في دساتير الدول، و منها الجزائر، و لبنان، و سوريا. ففي الجزائر نص دستور 28 نوفمبر 1996م على مبدأ الحصانة من ثلاث مواد هي 109-110-111. و من خلال هذه المواد يمكن ملاحظة الحالات الآتية:

○- الإقرار بمبدأ الحصانة البرلمانية في الأداء السياسي (الحصانة الموضوعية):

و هذا ما نصت عليه المادة 109 من الدستور حيث جاء فيها: «الحصانة البرلمانية معترف بها للنواب و لأعضاء مجلس الأمة مدة نيابتهم، و مهمتهم البرلمانية. و لا يمكن أن يتابعوا أو يوقفوا، و على العموم لا يمكن أن ترفع عليهم أية دعوى مدنية أو جزائية أو يسلط عليهم أي ضغط بسبب ما عبروا عنه من آراء، أو ما تلفظوا به من كلام، أو بسبب تصويتهم خلال ممارسة مهامهم البرلمانية». فهذا النص الدستوري يقر مبدأ الحصانة البرلمانية لنواب المجلس الشعبي الوطني، و لأعضاء مجلس الأمة، و لكن بشرط مدة المهمة النيابة فقط، و هي خمس (05) سنوات لنواب المجلس الشعبي الوطني، أما أعضاء المجلس فهي ثلاث (03) سنوات كحد أدنى، و ستة (06) سنوات كحد أقصى، و بمعنى آخر، إذا تصرف مواطن تصرفاً معيناً بعد نهاية مدة نيابته أو عضويته في إحدى المجلسين سابقاً، فإنه لا يتمتع بالحصانة حينئذ (م 102 من الدستور).

○- حالة ارتكاب عضو البرلمان لجناية أو جنحة (الحصانة الإجرائية):

و تطبيقاً لمبدأ الحصانة البرلمانية جاءت 110 من الدستور بعدم جواز متابعة أي نائب أو عضو بسبب جنابة إلا بشروط معينة، و هي:

- إما صدور تنازل صريح من النائب أو العضو يقرر فيه تحليه عن الحصانة البرلمانية.
- أو صدور إذن من المجلس الشعبي الوطني إذا كان البرلماني نائباً فيه، أو من مجلس الأمة إذا كان البرلماني عضواً فيه، و هنا يجب أن يصدر الإذن بأغلبية أعضائه من المجلس الوطني أو مجلس الأمة.

و المقصود بالأغلبية هنا هو الأغلبية النسبية لا المطلقة، حيث إنَّ المطلقة تعني 50%+1، في حين أنَّ الأغلبية النسبية تعني أكبر عدد مقارنة بعدد آخر.

●- حالة تلبس أحد أعضاء البرلمان بجنحة أو جنابة (الحصانة الإجرائية):

في حالة تلبس⁽¹⁾ أحد نواب المجلس الشعبي الوطني، أو أحد أعضاء مجلس الأمة، بجنحة أو جناية فهنا يتم توقيفه فوراً، حسب المادة 1/111 من الدستور. و لكن يجب كذلك إخطار و إعلام مكتب المجلس الشعبي الوطني، أو مكتب مجلس الأمة، حسب الحالة، فوراً، طبقاً للمادة 2/111 من الدستور.

و المكتب المخطر في مثل هذه الحالة له أن يقوم بأحد أمرين:

- الأول: أن يطلب إيقاف المتابعة و إطلاق سراح النائب أو عضو مجلس الأمة، على أن يعمل فيما بعد بأحكام المادة 110 المذكورة سلفاً في الحالة السابقة.

- الثاني: و إما ألا يطلب، أي المكتب المخطر، توقيف المتابعة، و من ثم تستمر متابعة النائب أو العضو البرلماني قضائياً بشكل عادي.

و هذا ما استخلصناه من المادة 3/111 من الدستور حيث جاء فيها: «يمكن المكتب المخطر أن يطلب إيقاف المتابعة و إطلاق سراح النائب أو عضو مجلس الأمة، على أن يعمل فيما بعد بأحكام المادة 110 أعلاه».

و الخلاصة أن نواب أو أعضاء البرلمان لهم حصانة برلمانية خلال المدة النيابية فقط، و في حالة ارتكاب جناية أو جنحة لا تتم المتابعة القضائية إلا بتنازل صريح من النائب أو العضو، و إما بإذن من المجلس حسب الحالة، بعد موافقة الأغلبية النسبية، أما في حالة التلبس فهنا يتم توقيف النائب أو العضو فوراً مع وجوب إخطار مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة فوراً، حسب الحالة، و المكتب المخطر، إما أن يطلب إيقاف المتابعة القضائية، و من ثم لكي تتم المتابعة لابد من إعمال المادة 110 من الدستور، و إما أن لا يطلب، فتستمر المتابعة بشكلها الطبيعي القانوني.

و ما هو مقرر في الدستور الجزائري، مقرر كذلك في الدستور اللبناني المواد 39 و 40، و كذا الدستور السوري في مادتيه 66 و 67.

③- رؤساء الدول الأجنبية و السلك الدبلوماسي و القوات المسلحة الأجنبية:

يتمتع رؤساء الدول الأجنبية بالحصانة من المتابعة عن كل ما يصدر منهم، أو من أفراد أسرهم، أو معاونيهم. و علة هذه الحصانة هي كونهم يمثلون دولاً ذات سيادة، فإخضاعهم لسيادة الدولة التي يوجدون فوق إقليمها هو مساس بسيادة الدولة التي يمثلونها⁽²⁾.

أما السلك الدبلوماسي فيتمتع كذلك بالحصانة لذات العلة، و هذا بناء على المادة الأولى من المرسوم رقم: 64-259 المؤرخ في: 27 أوت 1964م المتعلق بالحصانة و الامتيازات الممنوحة للبعثات

(1) - التلبس أو الجرم المشهود حسب القانون اللبناني و السوري هو الجرم الذي يشاهد أثناء وقوعه أو تشاهد آثاره بعد وقوعه بفترة يسيرة. أنظر: الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 231. و قد نص قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على حالة التلبس في المواد من 41 إلى 62.

(2) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات اللبناني، مرجع سابق، ص 144. أبو هيف، علي صادق، القانون الدبلوماسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط3، 1975م، ص 43-44.

الدبلوماسية⁽¹⁾، وكذلك المادة 31 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية المبرمة في 18 أبريل سنة 1961م.

كما يتمتع القناصل بحصانة سياسية دبلوماسية، و لكنها أضيق مقارنة مع السفراء، سواء من حيث الأشخاص، أو من حيث السلوكات و الأفعال، فهي حصانة تعني فقط الأفعال و السلوكات التي يأتيها القنصل أثناء تأديته لعمله أو بسببها، كما أنّها تقتصر على شخص القنصل فقط دون أفراد عائلته، حيث إنّهم لا يتمتعون بالحصانة، و هذا بناء على المادة 43 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية المبرمة في 24 أبريل سنة 1963م.

كذلك يتمتع أفراد البعثات الخاصة بالحصانة طبقا للمادة 31 من اتفاقية البعثات الخاصة والبرتوكول الاختياري المتعلق بالتسوية الإلزامية للمنازعات⁽²⁾، و كذلك المادة الأولى من المرسوم رقم: 64-259 المؤرخ في: 27 أوت 1964م المتعلق بالحصانة و الامتيازات الممنوحة للبعثات الدبلوماسية. أما في لبنان فقد نصت على هذه الحالة المادة 22 من ق.ع.

و أخيرا يتمتع رجال القوات المسلحة الأجنبية الذين يربطون في إقليم الدولة بترخيص منها لحصانة تتسع للأفعال التي يرتكبونها أثناء قيامهم بأعمالهم، أو في داخل المناطق و الأقاليم المخصصة لهم. و من ثم فلا حصانة إذا انعدم الترخيص من الدولة التي يوجدون على إقليمها، و لا حصانة في ارتكاب عمل غير رسمي، أو في خارج المناطق المخصصة للقوات الأجنبية، و دائما العلة هي السيادة. أما الأشخاص التابعين للمراكز و البعثات الثقافية، و الوفود التجارية، أو المصالح الاجتماعية، فهؤلاء لا يتمتعون بالحصانة طبقا للمادة 02 من المرسوم المتعلق بالموظفين الدبلوماسيين و القنصلين.

④- / تكييف الحصانة في القانون الجزائري الإقليمي:

اختلف فقهاء القانون الوضعي في تكييف الحصانة في القانون الجزائري الإقليمي بين كونها قاعدة موضوعية، أم كونها قاعدة إجرائية. فكان الاختلاف في المسألة على قولين: قول يرى أنها قاعدة موضوعية، و قول يرى عكس ذلك، و أنّها قاعدة إجرائية. و إليك هذه الأقوال مع بيان الراجح منها.

○- / القول الأول: الحصانة قاعدة موضوعية: يذهب جانب من الفقه القانوني⁽³⁾ إلى اعتبار

الحصانة من القانون الجزائري الإقليمي على أنّه قاعدة موضوعية تتمثل في الإعفاء من الخضوع لذلك

(1) - مرسوم رقم: 64-259 مؤرخ في 18 ربيع الثاني 1384هـ الموافق ل: 27 أوت 1964م يتضمن مقتضيات خاصة تتعلق بالموظفين الدبلوماسيين و القنصلين المعتمدين لدى الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، و أعضاء مكتب المساعدة الفنية للأمم المتحدة والخبراء. *الجريدة الرسمية*، س: الأولى، ع: 30، الصادرة بتاريخ: 08/09/1964م.

(2) - قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 2530، الدورة: 24، الجلسة رقم: 1825 المؤرخ في: 08 كانون الأول/ ديسمبر 1969م.

(3) - أنظر في ذكر هذا الرأي: حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 146. راشد، علي، القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 161، 504.

التشريع الجزائري، بحيث إنَّ مرتكب الجريمة في مثل الحالات السابقة لا يعد مرتكباً لها أصلاً، ففعله ليس جريمة أصلاً، و من ثم فهي استثناء.

● -/ القول الثاني: الحصانة قاعدة إجرائية: و ذهب جانب⁽¹⁾ آخر من الفقه القانوني إلى اعتبار الحصانة قاعدة إجرائية لا موضوعية، حيث إنَّها لا تعدو غير أن تكون مُقرِّرةً مانعا إجرائيا يحول دون اتخاذ الإجراءات ضد شخص معين بصدد فعل يعد جريمة، و ينتج عن هذا القول أن الحصانة ليست استثناء من مبدأ الإقليمية، و إنما هي قيد يرد على الإجراءات الجزائية⁽²⁾. و الذي نراه أنَّ الخلاف نظري لا محل له من الواقع العملي، إذ النتيجة واحدة هي عدم جواز المتابعة القضائية.

2/- الاختصاص الجزائري الخارجي: الشخصي؛ و العيني؛ و العالمي.

يقصد بالاختصاص الجزائري الخارجي صلاحية تطبيق القانون الجزائري خارج إقليم الدولة، سواء على أساس جنسية مرتكب الجريمة، أو على أساس مساس الجريمة بالمصالح الأساسية للدولة، أو على أساس القبض على مرتكبها، بغض النظر عن جنسية مرتكبها، أو مكان وقوعها.

و بناء على هذا التعريف، فإن اختصاص القضاء الجزائري في متابعة مرتكبي الجرائم التي ترتكب خارج إقليم الدولة الجزائرية يقوم على ثلاثة مبادئ تكمل بعضها بعضا، فإذا كان مرتكب الجريمة جنسيته جزائرية، فإنه يخضع للمحاكمة أمام القضاء الجزائري، و هذا هو مبدأ شخصية القانون الجزائري. و إذا كانت الجريمة تمس بالمصالح الأساسية للدولة الجزائرية، فإن المحاكم الجزائرية أيضا تكون مختصة، و هذا هو مبدأ عينية تطبيق القانون الجزائري.

أما إذا ارتكب أجنبي جريمة في الخارج و تم القبض عليه في الجزائر، فإن القضاء الوطني أيضا يكون مختصا بالمحاكمة، و هذا هو مبدأ عالمية النص الجزائري. و إليك تفصيل هذه المبادئ وفق الخطة الآتية:

أ/- الاختصاص الشخصي.

ب/- الاختصاص العيني.

ج/- الاختصاص العالمي.

و إليك هذه الخطة بالترتيب و شيء من التفصيل.

أ/- الاختصاص الشخصي:

يشير هذا العنصر من البحث عدة قضايا هي التعريف، و الأهمية و التطبيق.

(1) - حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ص 147.

(2) - حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ص 147-148.

و لذلك فإننا نتناولها وفق الخطة الآتية:

① -/ تعريف مبدأ شخصية القانون الجزائري.

② -/ أهمية مبدأ شخصية القانون الجزائري.

③ -/ تطبيق المبدأ في القانون الجزائري و اللبناني و السوري.

و إليك هذه العناصر بالترتيب.

① -/ تعريف مبدأ شخصية القانون الجزائري:

يقصد بمبدأ شخصية القانون الجزائري صلاحية القانون في التطبيق على كل جريمة مرتكبة من طرف شخص يحمل جنسية الدولة، أيا كان الإقليم الذي ارتكبها فيه⁽¹⁾.

فالقانون لا يطبق فقط في إقليم الدولة، و إنما يطبق أيضا على كل شخص مرتبط بالدولة عن طريق الجنسية، و الجنسية هي رابطة سياسية قانونية بين الشخصين الطبيعي و الدولة، و من ثم يحق لهذه الدولة أن تتابع و تحاكم مواطنيها و لو ارتكبوا جرائم بالخارج، طالما لهم جنسية هذه الدولة. و الذي يلاحظ أن مبدأ الشخصية هو مبدأ يقوم على وجود الجنسية فإذا انعدمت الجنسية، فلا مبدأ شخصية للقانون حينئذ.

كما يلاحظ أيضا أن مبدأ الشخصية له وجهان⁽²⁾: وجه سلبي؛ و وجه إيجابي.

- يتمثل الوجه الإيجابي للمبدأ في تطبيق القانون الجزائري على كل من يحمل جنسية الدولة، حتى ولو ارتكب جرمته خارج إقليمها.

- أما الوجه السلبي فيعني تطبيق القانون الجزائري على كل جريمة يكون الجاني عليه فيها له جنسية الدولة و لو كان مرتكبها أجنبيا، و ارتكبت هذه الجريمة في الخارج.

و مع ذلك يجب أن يشار إلى أن هذا المبدأ هو مبدأ استثنائي لا أصلي، لأن الأصل هو مبدأ إقليمية القوانين، لا شخصيتها، و من ثم فمبدأ شخصية القانون الجزائري له دور مكمل و مدعم لمبدأ الإقليمية.

و لكن ما هي الفائدة و الأهمية العملية من إقرار مبدأ شخصية القانون الجزائري؟

② -/ الأهمية و الفائدة من الأخذ بمبدأ شخصية القانون الجزائري:

تعود الأهمية و الفائدة⁽³⁾ من الأخذ بمبدأ شخصية القانون الجزائري في وجهه الإيجابي إلى أنه الوسيلة القانونية التي تجنب فرار المجرم من العقوبة، إذا ارتكب جرمته خارج إقليم الدولة التي يحمل جنسيتها، ثم

(1) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات اللبناني، مرجع سابق، ص 133. أوهايبية، عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام، مرجع سابق، ص 148. سليمان، عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص 111.

(2) - حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ص 150. أوهايبية، عبد الله، المرجع نفسه، ص 153-154. بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، مرجع سابق، ص 82.

(3) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 151-152. أوهايبية، عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 148.

رجع إليه بعد جرمته، و أساس ذلك أن دولته التي يحمل المجرم جنسيتها لا تستطيع، طبقاً لمبدأ الإقليمية، أن تحاكمه و تعاقبه، لأنه لم يرتكب جرمته في إقليمها، كما أن الدولة التي ارتكبت الجريمة في إقليمها لا تستطيع معاقبته لأنه غادر إقليمها، و لن يعود إليه إلا نادراً، إن لم يكن مستحيلاً، و لتجنب هذا الفرار من العقاب و المحاكمة و المتابعة، فإنه لا بد من إقرار مبدأ شخصية القانون الجزائري كمكمل لمبدأ الإقليمية القوانين. و حتى يلقي جزاءه القانوني الذي يستحقه، و حتى يتم غلق جميع الثغرات القانونية في القضاء على الجريمة، و محاصرة المجرمين.

أما بخصوص الفائدة و الأهمية من الأخذ بمبدأ شخصية القانون الجزائري في وجهه السلبي، فهي تمكين الدولة من حماية رعاياها متى تعرضوا لاعتداء إجرامي و هو في خارج إقليمها. فالمبدأ وسيلة وأداة و آلية لحماية الدولة بعضاً من مصالحها⁽¹⁾.

و الذي يتلخص هنا أن مبدأ الإقليمية يكون قاصراً في بعض الحالات، منها ارتكاب المجرم خارج الإقليم، فيأتي الأخذ بمبدأ شخصية القانون الجزائري مكمل و مدعماً لمبدأ الإقليمية، و من ثم يسد الثغرات التي قد تنجر عن تطبيق الإقليمية في القانون الجزائري. و يمكن القول أن مبدأ الشخصية هو تأكيد لمبدأ الإقليمية.

③- تطبيق مبدأ الإقليمية القانون الجزائري في الجزائر و لبنان:

بالرجوع إلى ق.إ.ج نجد أن المواد التي تنص على مبدأ شخصية القانون الجزائري هي المادتان 582-583 و 584 ق.إ.ج، و يمكن استخلاص الحالات الآتية:

①- حالة ارتكاب جناية من طرف جزائري في الخارج:

تنص المادة 1/582 ق.إ.ج على أنه: «كل واقعة موصوفة بأنها جناية معاقب عليها من القانون الجزائري، ارتكبتها جزائري في خارج إقليم الجمهورية يجوز أن تتابع و يحكم فيها في الجزائر». و هذا النص يتضمن الشروط الآتية:

- أن يكون مرتكب الجريمة جزائرياً، أي جنسيته، أي أثناء ارتكابه الجريمة، فلو فقدتها بعد ذلك، كان يجوز متابعتها و محاكمته أيضاً، بل حتى و لو اكتسب الجنسية الجزائرية بعد الجريمة، فإنه أيضاً يخضع للقانون الجزائري، و هذا ما نصت عليه المادة 584 ق.إ.ج بقولها: «يجوز أن تجرى المتابعة أو يصدر الحكم في الحالات المنصوص عليها آنفاً في 582 و 583 حتى و لو لم يكن المتهم قد اكتسب الجنسية الجزائرية إلا بعد ارتكابه الجناية و الجنحة».

و الحكمة من ذلك هي حتى لا تكون الجنسية المكتسبة وسيلة للتخلص من العقاب و من المتابعة.

(1) - حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ص 152. أوهايبية، عبد الله، المرجع نفسه، ص 153.

و بخصوص الجنسية يجب الرجوع إلى قانون الجنسية، لأن هو الذي يحدد الجنسية الأصلية والمكتسبة، و شروطها، و فقدانها.

- **كون الفعل جنائية في القانون الجزائري:** و هذا يعني بمفهوم المخالفة عدم اشتراط أن تكون جنائية في قانون الدولة التي ارتكبت الجريمة في إقليمها. و طبعا يستبعد بهذا الشرط المخالفة، لأنها ليست لديها الخطورة و الجسامة الكبيرة مثل التي للجنائية.

- أن ترتكب الجنائية في خارج إقليم الجمهورية، فهنا يتابع أيضا، و لكن إذا ارتكبتها داخل إقليم الجمهورية، فإنه يكون متابعا و تجري محاكمته أيضا، و لكن على أساس مبدأ الإقليمية، لا الشخصية.

أما العلة في اشتراط كون الفعل جنائية في القانون الجزائري فهي أن القاضي الجزائري لا يطبق إلا القانون الجزائري، فمن الطبيعي أن يشترط كون الفعل جنائية في القانون الجزائري، زيادة على أن وجوب كونه على قدر من الخطورة و الجسامة يبرر الاهتمام بالعقاب عليه، على الرغم من ارتكاب الفعل الإجرامي خارج إقليم الجمهورية⁽¹⁾.

②- حالة ارتكاب جزائري جنحة في الخارج بغض النظر عن القانون الذي ارتكبت فيه

الجريمة:

و هذه الحالة نصت عليها المادة 1/583 ق.إ.ج بقولها: «كل واقعة موصوفة بأنها جنحة؛ سواء في نظر القانون الجزائري؛ أم في نظر تشريع القطر الذي ارتكبت فيه؛ يجوز المتابعة من أجلها، و الحكم فيها، في الجزائر، إذا كان مرتكبها جزائريا».

و هذه المادة تتضمن ثلاثة شروط موضوعية، هي:

- **كون الفعل جنحة بغض النظر عن القانون الذي يجرم الفعل:** و هذا يعني أنه يجوز محاكمة الجزائري إن ارتكب فعلا بوصفه جنحة في خارج إقليم الجمهورية، و حتى و لو لم يكن جنحة في القانون الجزائري، بأن الفعل مباح أو مخالفة على أكثر تقدير، فمتى كان الفعل جنحة سواء في القانون الجزائري، أم في قانون الدولة التي ارتكبت فيها الجنحة، فالقانون الذي يصف الفعل بأنه جنحة، لا تهم جنسيته، و إنما الذي يهتم هو كون الفعل جنحة فقط.

و يلاحظ أن المحاكم الجزائرية، في حالة كون الفعل مباحا في القانون الجزائري، و جنحة في القطر الذي ارتكبت فيه الجريمة، أنها ستطبق القانون الأجنبي، أي قانون القطر الذي ارتكبت فيه الجنحة.

- أن يكون مرتكب الجنحة جزائريا. والعبارة في ذلك هو الجنسية سواء كانت أصلية أو مكتسبة.

- أن ترتكب الجنحة خارج الإقليم الجمهوري.

(1) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 153.

③- الشروط الإجرائية لمتابعة جزائري ارتكب جناية أو جنحة خارج إقليم الجمهورية:

ما سبق من الشروط هو شروط موضوعية فقط، و القانون أضاف شروطاً أخرى هي الشروط الإجرائية، حيث إنّ الموضوعية هي شروط في مبدأ شخصية القانون الجزائري في ذاته، أي في التأسيس للمبدأ، أما لإعماله فلا بد من شروط إجرائية.

و هذه الشروط الإجرائية منها ما هو مشترك بين الجناية و الجنحة، و هي ثلاثة شروط، و منها ما هو خاص بالجنحة فقط، و هو شرط واحد.

و الشروط المشتركة للمتابعة عن جناية أو جنحة مرتكبة في الخارج من طرف جزائري منصوص عليها بالمادة 2/582 و 2/583 ق.إ.ج حيث نصت على ما يأتي: «غير أنه لا يجوز أن تجري المتابعة أو المحاكمة إلا إذا عاد الجاني إلى الجزائر، و لم يثبت أنه حكم عليه نهائياً في الخارج، و أن يثبت في حالة الحكم بالإدانة أنه قضى العقوبة، أو سقطت عنه بالتقادم، أو حصل على العفو عنها».

و هذه المادة أو الفقرة تشترط ثلاثة شروط، هي:

- **عودة مرتكب الجناية أو الجنحة إلى الجزائر، عن طريق الطائرة، أو عن طريق الباخرة، أو عن طريق البر، و هنا فإنّ المحكمة المختصة هي المحكمة التي يوجد في إقليمها المطار، أو الميناء، أو المركز الحدودي، فإذا لم يعد فلا متابعة.**

- **عدم صدور أي حكم نهائي في الخارج، أي في الدولة التي ارتكب فيها الجرم، فإذا صدر حكم بالإدانة فلا بد من شرط ثالث.**

- **أن يثبت مرتكب الجريمة بالوثائق الدالة على ذلك أنه قضى العقوبة أو سقطت بالتقادم، أو حصل على العفو عنها.**

- أما الشرط الخاص بالجنحة إلى جانب الشروط الثلاثة السابقة فهو ألا تتم المتابعة و المحاكمة إلا إذا كانت الجنحة مرتكبة ضد أحد الأفراد، و ألا تتم أيضاً إلا بناء على طلب النيابة العامة بعد أخطارها بشكوى من الشخص المضروب، أو ببلاغ من سلطات القطر الذي ارتكبت الجريمة فيه، و هذا بناء على المادة 3/583 ق.إ.ج. و هذا يعني أن المتابعة و المحاكمة في الجناية أسهل من المتابعة و المحاكمة في الجنحة، حيث إنّ الأولى يشترط فيها ثلاثة شروط، أما الجنحة فأربعة شروط.

و يلاحظ أنّ القانون الجزائري لم يبين و يوضح حكم ما إذا ارتكب الموظفون في الخارج ورجال السلك الدبلوماسي و القنصلي جرائم في الخارج، و هذا بخلاف ما عليه القانون اللبناني في المادة 21 عقوبات لبناني، حيث نصت على أنه: «تطبّق الشريعة اللبنانية خارج الأراضي اللبنانية:

- على الجرائم التي يقترفها الموظفون اللبنانيون في أثناء ممارستهم وظائفهم، أو في معرض ممارستهم

لها.

- على الجرائم التي يقترفها موظفو السلك الخارجي، و القناصل اللبنانيون ما تمتعوا بالحصانة التي يخولهم إياها القانون الدولي العام».

و نحن نعتقد أن النص الذي ورد في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري كاف في الأخذ بهذه الحالة، حيث إنَّ النص ورد بصيغة مطلقة، و أن عبارة «جزائري» تشمل كل شخص له جنسية جزائرية، أصلية، أو مكتسبة، أثناء الجريمة أو قبلها أو بعدها، و سواء كان شخصا عاديا، أم موظفا دبلوماسيا.

④ -/ موقف الفقه الجزائري من مبدأ الشخصية السليبي:

اختلف الفقه الجزائري حول أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الشخصية السليبي من عدمه، على رأيين و وجهتين مختلفتين: الرأي الأول يقول بعدم الأخذ؛ و الرأي الثاني يرى العكس.

① -/ الرأي الأول: المشرع الجزائري لم يأخذ بمبدأ الشخصية في وجهه السليبي:

يرى جانب من الفقه الجزائري⁽¹⁾ أن المشرع الجزائري لم ينص في القانون الإجرائي على الأخذ بمبدأ الشخصية في وجهه السليبي، أي عندما يتعدى أجنبي على جزائري، فيكون الضحية جزائريا، على أساس أن قانون العقوبات و قانون الإجراءات الجزائية لم يتضمنا ما يفيد بتطبيق القانون الجزائري على الجنايات و الجنح المرتكبة ضد جزائريين خارج إقليم الجمهورية، باستثناء ما ورد في نص المادة 2/591 ق.إ.ج التي تنص: «كما أنها تختص (أي الجهات القضائية الجزائرية) أيضا بنظر الجنايات أو الجنح التي ترتكب على متن طائرات أجنبية إذا كان الجاني أو المجني عليه جزائري الجنسية...».

و حتى هذا الاستثناء - يقول أصحاب هذا الرأي - يظل معلقا على القبض على الجاني في الجزائر، أو تسليمه لها وفق إجراء تسليم المجرمين، طبقا للمادة 3/591 ق.إ.ج.

و يذهب هذا الرأي أيضا إلى استحسان فعل المشرع الجزائري عندما لم يأخذ بمبدأ الشخصية في وجهه السليبي - حسب رأيهم طبعاً - و ذلك لما ينطوي في الأخذ بالمبدأ على الأناية و عدم الثقة في قضاء الدولة التي وقعت الجريمة على إقليمها، كما أن قوانين العقوبات لا تأخذ بالوجه السليبي لمبدأ الشخصية.

② -/ الرأي الثاني: المشرع الجزائري يأخذ بالوجه السليبي لمبدأ الشخصية:

خلافا للرأي السابق، فإنَّ جانبا من الفقه الجزائري يرى⁽²⁾ أن المشرع الجزائري أخذ بالوجه السليبي لمبدأ الشخصية، و أساس هذا الرأي هو نص المادة 24 من الدستور التي تنص على أن: «الدولة مسؤولة عن أمن الأشخاص، و الممتلكات، و تتكفل بحماية كل مواطن في الخارج».

(1) - بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، مرجع سابق، ص 82.

(2) - أوهايبية، عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 153-154.

فهذا النص الدستوري واضح و لا نقاش فيه، زيادة على أن المادة 2/591 ق.إ.ج، المذكورة سابقا، تنص على ذلك أيضا.

و مع ذلك، فإن هذا الرأي يعترف و يقر بعدم وجود قواعد الحماية الجنائية للمواطن الجزائري في القانون الجزائري، و ذلك لتعارضه مع فكرة السيادة.

③- موازنة وترجيح:

و الذي نراه هو الأخذ بالقول الثاني، لأنّ النصّ الدستوري واضح و يكفي لحماية المواطنين الذي يتعرضون للاعتداء عليهم عن طريق القضاء الجزائري، و ربما عدم وجود نص تطبيقي في قانون الإجراءات الجزائية أو العقوبات هو المشكل.

ب/- الاختصاص العيني.

و نتبع في هذا العنوان الخطة ذاتها التي سلف أن تناولنا فيها مبدأ الشخصية. و هذه هي الخطة:

①- تعريف مبدأ عينية تطبيق القانون الجزائري.

②- أهمية مبدأ العينية في تطبيق القانون الجزائري.

③- تطبيق المبدأ العينية في القانون الجزائري اللبناني و السوري.

و إليك هذه العناصر بالترتيب.

①- تعريف مبدأ عينية تطبيق القانون الجزائري.

يقصد بمبدأ عينية تطبيق القانون الجزائري من حيث المكان: صلاحية تطبيق القانون الجزائري على جريمة تمس بالمصالح الأساسية للدولة، أيا كان مرتكبها، و جنسية من ارتكبها⁽¹⁾.

و هذا التعريف يركز على المساس بالمصالح الأساسية للدولة، و أنه يجب حمايتها متى اعتدي عليها و ارتكبت الجريمة في الخارج، و من ثم فهذا المبدأ يركز على نوعية معينة من الجرائم، و ليس كلها، والأهم أن الضابط هو المساس بمصالح الدولة الأساسية، و سنرى بعد قليل هذه الجرائم و أنها محصورة قانونا.

②- أهمية مبدأ العينية في تطبيق القانون الجزائري.

لا نقاش و لا جدال في أهمية⁽²⁾ المبدأ، حيث إنّ أي دولة تحرص كل الحرص في الدفاع و صيانة مصالحها الأساسية في الداخل أو في الخارج، و تهتم بإخضاع كل ما يمس مصالحها الأساسية إلى قانونها و قضائها، خاصة أن الدول الأخرى التي تقع على أراضيها جريمة تمس بالمصالح الأساسية لهذه الدولة، لا

(1) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 148. راشد، علي، القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 191. سليمان، عبد الله، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ج 1، ص 109-110. بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، مرجع سابق، ص 82. أوهابيه، عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 154.

(2) - حسني، محمود نجيب، المرجع و الصفحة نفسهما. راشد، علي، المرجع نفسه، ص 192. سليمان، عبد الله، المرجع و الصفحة نفسهما. بوسقيعة، أحسن، المرجع و الصفحة نفسهما.

تحفل في الغالب و لا تهتم بالعقاب عليها. بل إنّ المبادئ الأخرى، الإقليمية و الشخصية، حسبما يراه البعض⁽¹⁾، ما هي إلا مظاهر مختلفة و متعددة لهدف واحد هو حماية الدولة لمصالحها كلها، و صيانتها من الاعتداء عليها.

و على الرغم من هذه الأهمية القصوى للمبدأ، إلا أنه مبدأ مكمل لمبدأ الإقليمية، حيث إنّ الدولة تمارس سيادتها عن طريق قانون العقوبات داخل إقليمها، بكل ما يمس مصالحها و مصالح رعاياها، ولكنها لا تستطيع متابعة و محاكمة الأفعال الإجرامية التي تقع خارج إقليمها، و لسد هذه الثغرة القانونية، التي قد تستغلها حتى الدول الأخرى المناوئة لها، من الضروري إحداث نص قانوني يعاقب على كل جريمة تمس بمصالح الدولة الأساسية، أيا كان مرتكبها، و جنسية من ارتكبها، و هذا هو مبدأ العينية، و أنه مبدأ مكمل لمبدأ الإقليمية.

و إذا، فمبدأ العينية مبدأ هام، و لكنه مكمل فقط لمبدأ الإقليمية.

③ -/ تطبيق المبدأ العينية في القانون الجزائري والبناني و السوري.

يأخذ قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، و كذلك قانون العقوبات اللبناني، و السوري، بمبدأ العينية. فبالنسبة للجزائر تنص المادة 588 ق.إ.ج على أن: «كل أجنبي ارتكب خارج الإقليم الجزائري بصفة فاعل أصلي، أو شريك جنائية أو جنحة، ضد سلامة الدولة الجزائرية، أو تزيفاً لنقود، أو أوراقاً مصرفية وطنية متداولة قانوناً بالجزائر، تجوز متابعته و محاكمته، وفقاً لأحكام القانون الجزائري، إذا أُلقي القبض عليه في الجزائر، أو حصلت الحكومة على تسليمه لها».

و تقتضي هذه المادة أنه تشترط الشروط الآتية:

- أن يكون مرتكب الجناية أو الجنحة أجنبياً، و ذلك بأن يكون من جنسية أخرى غير الجنسية التي ارتكب الفعل ضدها، فإن كان من جنسيتها، فهنا يطبق مبدأ الشخصية، و هو المنصوص عليه في المواد 582 و 583 و 584 ق.إ.ج، و يستوي في الجريمة أن يكون الفاعل أصلياً أم شريكاً في ارتكابها، و كذلك يستوي الأمر في الجناية و الجنحة، فكلها تتم فيها المتابعة، أما المخالفة فلا تتم المتابعة فيها، لأنها بسيطة و لا تشكل خطورة.

- أن ترتكب الجريمة في الخارج.

- أن تكون الجريمة من جنائية أو جنحة ماسة بالمصالح الأساسية للدولة الجزائرية، و قد حدد النص القانوني هذه الجنايات و الجنح المرتكبة ضد سلامة الدولة و هي محصورة قانوناً، و لا يجوز القياس عليها من طرف القاضي.

(1) - حسني، محمود نجيب، المرجع و الصفحة نفسها.

و هذه الجرائم هي الجرائم المرتكبة ضد سلامة الدولة مثل: جرائم الخيانة؛ و التجسس؛ والاعتداء على أسرار الدفاع الوطني؛ و محاولة إسقاط الحكم؛ أو تغييره؛ أو تحريض المواطنين أو السكان على حمل السلاح... و يبدو أن معظم الجرائم الواردة في قانون العقوبات؛ و بالضبط من المادة 61 إلى المادة 101 من قانون العقوبات الجزائري؛ و كذلك الجنايات أو الجنح المتعلقة بتزييف النقود المعدنية أو الورقية، و كذلك الأوراق المصرفية المتداولة قانونا في الجزائر.

و يلاحظ أن القانون يشترط أن تكون هذه الأوراق متداولة في الجزائر، فلو أنها أصبحت غير متداولة، فإنه لا يتابع و لا يحاكم من أجلها.

و واضح أن الغرض من ذلك هو حماية الاقتصاد الوطني، و حماية العملة من التزوير، و هذا يعني أن الاقتصاد محمي تماما مثلما هو محمي النظام السياسي للدولة.

- أن يقع الجاني بيد الحكومة الجزائرية، سواء ضبط و تم القبض عليه، أم أنه تم تسلمه من دولة أخرى، و هذا يعني عدم جواز المحاكمة الغيابية و لو ثبت أنه قام بالجرم حقيقة و واقعا، أو أنه مفترض هو مرتكبها.

و الخلاصة أن مبدأ العينية هو مبدأ مكمل لمبدأ الإقليمية يهدف إلى حماية المصالح الأساسية للدولة سياسيا و اقتصاديا، و أنه لإعماله لابد من أربعة شروط، نصت عليها المادة 588 ق.إ.ج، و هي أن يكون الجاني أجنبيا، و أن ترتكب الجريمة في الخارج، و أن تكون الجناية أو الجنحة تمس بمصالح الدولة الأساسية، و أن يتم القبض أو تسلم الجاني حتى تتم محاكمته و متابعته على جرمته.

ج/- الاختصاص العالمي:

نتناول هذا العنصر في النقاط الآتية، و وفق الخطة الآتية:

① -/ تعريف مبدأ عالمية تطبيق النص الجزائري.

② -/ أساس مبدأ العالمية.

③ -/ موقف التشريعات من المبدأ.

و إليك هذه العناصر.

① -/ تعريف مبدأ عالمية تطبيق النص الجزائري:

نعني بمبدأ العالمية صلاحية القانون الجزائري في تطبيقه على كل جريمة يقبض على فاعلها في إقليم الدولة، أيا كان الإقليم الذي ارتكبت فيه، و أيا كانت جنسية مرتكبها⁽¹⁾.

(1) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 156. بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، مرجع سابق، ص 82. أوهايبية، عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 157. راشد، علي، القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 197.

فمثلا إذا ارتكب شخص جريمة معينة، في دولة معينة، ثم فر إلى دولة أخرى فإنه يجوز لهذه الدولة التي فر إليها أن تحاكمه حتى وإن ارتكب جرمته خارج إقليمها، وحتى وإن كانت جنسيته أجنبية، فمكان ارتكاب الجريمة، و جنسية المجرم لا تهم، وإنما المهم صدور فعل إجرامي من الشخص فقط، و لما كانت الجريمة فعل ضد الإنسان ككل مهما كانت جنسيته، و مهما كان موقع ارتكابها، فإنه من العدالة مكافحتها، و هذا هو مقتضى مبدأ العالمية، و من هنا يتميز هذا المبدأ بأنه يجعل من قانون العقوبات قانونا عالميا، بحيث يشمل كل دول العالم، متى تم القبض على المجرم داخل إقليم الدولة التي تأخذ بهذا المبدأ، و من ثم فلا اعتبار للجنسية، و لا اعتبار لمكان الجريمة.

② -/ أساس مبدأ العالمية⁽¹⁾:

لا جدال و لا نقاش في أنّ الجريمة هي خطر يهدد المجتمع الإنساني ككل، و تمس بمصالح الناس أينما كانوا، و أنها لا تستثني جنسية معينة، لأنها ضد الإنسان كإنسان، و إذا وضعنا في الاعتبار ازدياد مظاهر ما يسمى تجاوزا و تسامحا «الإجرام الدولي» و «الجريمة الدولية» في حاضرتنا، و هو الإجرام الذي يتجاوز إقليم الدولة الواحدة بعينها، بسبب تطور وسائل النقل، و سرعة الاتصال بين الدول، حتى غدا العالم قرية صغيرة، فإن بعض المجرمين استغل هذا التطور لارتكاب جرائم فوق إقليم دولة ثم الفرار إلى دولة أخرى، بغية التخلص من المتابعة و المحاكمة و العقاب، حيث استفادت بعض العصابات الإجرامية الدولية من اختلاف التشريعات الجنائية في هذا المجال، حيث إنّ التشريع الجزائي بالأساس هو تشريع إقليمي، لا يسمح بمتابعة شخص أجنبي ارتكب جريمة خارج إقليم الدولة التي فر إليها.

و نظرا لازدياد الجرائم التي أصبحت لها صفة الدولية، فإنه اتجه تفكير فقهاء القانون الوضعي إلى فكرة «الاختصاص العالمي أو الشامل» أو «نظام العقاب العالمي»⁽²⁾، و الذي يعني أن يكون للقانون الجزائي الداخلي في كل دولة اختصاص عالمي أو شامل، و ذلك بأن ينطبق القانون الجزائي على أية جريمة مهما كان مكان وقوعها و ارتكابها، و مهما كانت جنسية مرتكبها، متى القبض على هذا المجرم من إقليم الدولة، فيصير القانون الجزائي قانونا عالميا، ليس فقط شخصا و عينا، و إنما كوني.

و لكن الأخذ بالاختصاص العالمي - أو الشامل أو نظام العقاب العالمي - بإطلاقه من الصعب تطبيقه، إن لم يكن مستحيلا، بسبب التعارض بين القوانين العقابية نفسها، زيادة على تعارضه مع قانون العقوبات نفسه، و مع مبادئه الذي هو في أساسه قانون إقليمي - م 1/03 ق.ع - كل هذا يجعل من تطبيق المبدأ صعب و عسير. كما أنه يتطلب معرفة القاضي بالقوانين الأجنبية، و هو أمر صعب.

(1) - راشد، علي، المرجع نفسه، ص 195-196. سليمان، عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ج2، ص 115. حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ص 156-157. بوسقيعة، أحسن، المرجع نفسه، ص 83-85. أوهائية، عبد الله، المرجع نفسه، ص 157-158.

(2) - راشد، علي، القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 197.

و نظرا لهذه الصعوبات و العوائق التي يلقاها الاختصاص العالمي الشامل، فقد اتجه فقهاء القانون الوضعي إلى تبني فكرة «الاختصاص العالمي أو الشامل النسبي»⁽¹⁾ و الذي يعني تطبيق و صلاحية القانون الجزائي في الانطباق على كل جريمة يحتتمل أن يفلت مرتكبوها من العقاب بسبب صيغتها الدولية، أو بسبب قصور نظام التسليم.

و يشترط لإعمال هذا النوع من الاختصاص ثلاثة شروط هي⁽²⁾:

- النص على الجريمة في التشريع الداخلي.
- القبض على المجرم فوق إقليم الدولة التي تريد إخضاعه لتشريعها الجزائي.
- أن يكون هناك مانع من تسليمه إلى الدولة التي تطلب ذلك لأي سبب من الأسباب.
- و لذلك، فإن الجرائم التي تخضع إلى هذا الاختصاص العالمي أو الشامل النسبي هي على نوعين⁽³⁾:
- **النوع الأول:** يشمل الجرائم التي يعم ضررها المجتمع الدولي بصفة عامة بغض النظر عن مكان ارتكابها، و ذلك مثل: جرائم القرصنة البحرية و الجوية، و نقل الأمراض الوبائية، و تزيف النقود، و الإتجار بالنساء، و الأطفال، و الرقيق الأبيض، و المخدرات، و ترويج المطبوعات و الصور المخلة بالأخلاق.

- **النوع الثاني:** و يشمل الجرائم الأخرى - أي خلاف ما ذكر في النوع الأول - و هي تلك الجرائم التي يخشى أن يفلت فيها المجرم من كل عقاب، و قام مانع من تسليمه للدولة صاحبة الاختصاص الطبيعي في معاقبته.

و الخلاصة أن أساس مبدأ العالمية، هو أنه لما كانت الجريمة تهدد الإنسان في ذاته و في إنسانيته، فإن القانون يجب أن يكون عالميا، حتى يواجه الجرائم الدولية، بل و العالمية.

③ -/ موقف التشريعات من المبدأ:

اختلفت التشريعات في الأخذ بمبدأ العالمية في النص الجزائي، فالجزائر لا تأخذ بهذا المبدأ⁽⁴⁾، نظرا للصعوبات العملية التي ذكرناها من قبل، و هي تعارض قوانين العقوبات بين الدول، كما أن مبدأ العالمية يتعارض مع قانون العقوبات في ذاته، لأنه قانون إقليمي بالأساس⁽⁵⁾.

زيادة على أن مبدأ العالمية يتطلب من القاضي أن يعرف كافة القوانين الأجنبية، و هو أمر من الصعب القيام به. بل يكاد يكون مستحيلا⁽¹⁾.

(1) - راشد، علي، المرجع و الصفحة نفسهما. و أنظر: سليمان، عبد الله، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ج1، ص 115. بوسقيعة، أحسن، الوجيز، مرجع سابق، ص 84.

(2) - راشد، علي، المرجع و الصفحة نفسهما.

(3) - راشد، علي، المرجع نفسه، ص 197-198.

(4) - سليمان، عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص 115. بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، مرجع سابق، ص 83.

أوهايية، عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص 157-158-159.

(5) - بوسقيعة، أحسن، المرجع و الصفحة نفسهما.

بينما ذهبت بعض الدول إلى الأخذ بمبدأ العالمية، مثل لبنان و سوريا. فقانون العقوبات اللبناني في مادته 23 - وتطابقها م 23 ق.ع السوري حرفيا- نص على أن: «تطبَّق الشريعة اللبنانية على كل أجنبي مقيم في الأرض اللبنانية أقدم في الخارج فاعلا، أو محرضا، أو متدخلًا، على ارتكاب جناية أو جنحة غير منصوص عليها في المواد 19 و 20 و 21، إذا لم يكن استرداده قد طلب أو قبل».

و من خلال هذه النص القانوني، فإنه يشترط في تطبيق عالمية النص الجنائي الشروط الآتية:

- أن يكون مرتكب الجريمة أجنبيا.
- أن يتم القبض عليه في الإقليم اللبناني.
- أن يكون الجاني قد ارتكب جريمته في الخارج.
- ألا يكون هناك طلب لتسليمه أو قبول هذا الطلب.
- ألا يتم تطبيق مبدأي الشخصية و العينية، على أساس أن الإحالة إلى المواد 19 و 20 و 21 هو إشارة إلى الشخصية و العينية، و هذا يعني أن مبدأ العالمية هو مبدأ استثنائي مكمل لمبدأ الإقليمية، بل إنه يقع في آخر مبادئ القانون الجنائي في تطبيقه من حيث المكان، حيث يأتي مبدأ الإقليمية في الأساس الأول، ثم مبدأ الشخصية و العينية، ثم مبدأ العالمية في المرتبة الأخيرة.
- و هناك أيضا دول أخرى تأخذ به مثل بلجيكا و إسبانيا⁽²⁾.

الفرع الثاني: الاختصاص الجزائي الإجرائي:

رأينا من قبل أن الأصل في الاختصاص هو الاختصاص الإقليمي، و أن القانون الجزائي متى صدر ينفذ في إقليم الدولة التي أصدرته، و لكن السؤال من هي المحكمة المختصة بنظر الجريمة و محاكمة فاعلها؟ و إجابة على السؤال فإنه متى انعقد الاختصاص للقضاء الداخلي، فإنه وجب اللجوء إلى عدة معايير لتحديد المحكمة المختصة، و هذه المعايير و هي: المعيار الوظيفي؛ و المعيار الشخصي؛ و المعيار النوعي؛ و المعيار المكاني أو المحلي.

- فالمعيار الوظيفي يقوم على أساس المهمة المسندة إلى القاضي: إدعاء؛ أم تحقيق؛ أم محاكمة.
- و المعيار الشخصي يقوم على أساس صفة أو حالة معينة في الجاني أو المجني عليه، كأن يكون حدثا، أو بالغا، أو عسكريا، أو مدنيا.
- أما المعيار الموضوعي أو النوعي فهو يقوم على أساس نوع الجريمة (جناية؛ أم جنحة؛ أم مخالفة)، أو على أساس طبيعته (جريمة اقتصادية؛ أو عسكرية؛ أو واقعة على أمن الدولة؛ أو جريمة عادية).

(1) - بوسقيعة، أحسن، المرجع و الصفحة نفسهما.

(2) - بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 83-85.

- و أخيرا المعيار المكاني أو المحلي وهو يقوم على أساس جغرافي، أو حدود المحكمة الإقليمية إذا ما كان مسرحا لوقوع الجريمة أو موطننا لفاعلها، أو مكانا لإلقاء القبض عليه.

و للوقوف أكثر على هذه الأنواع لاختصاص، فإننا نتناولها وفق الخطة الآتية:

1- / الاختصاص الوظيفي.

2- / الاختصاص الشخصي.

3- / الاختصاص النوعي أو الموضوعي.

4- / الاختصاص المكاني أو المحلي.

و إليك هذه العناصر بالترتيب.

1- / الاختصاص الوظيفي:

يعرّف الاختصاص الوظيفي⁽¹⁾ بأنه الاختصاص القائم على تحديد مهمة القاضي؛ من توجيه التهمة؛

أم تحقيق في النزاع؛ أم إصدار حكم فيه.

فهو يقوم على الوظيفة و العمل الذي يقوم به القاضي، و لذلك كان الاختصاص الوظيفي على

ثلاثة أنواع هي:

أ- / قضاء النيابة العامة.

ب- / قضاء التحقيق.

ج- / قضاء الحكم.

و إليك بيانها.

أ- / قضاء النيابة العامة:

النيابة العامة هي هيئة قضائية تتشكل من عدد من رجال القضاء، يسمون عادة «رجال القضاء

الواقف»، في مقابل قضاة الحكم الذي يسمى «القضاء الجالس»⁽²⁾، «تتولى مباشرة الدعوى العمومية

باسم المجتمع وتحريكها، وتطالب بتطبيق القانون. وهي تمثل أمام كل جهة قضائية ويحضر ممثلها المرافعات

أمام الجهات القضائية المختصة بالحكم، ويتعين أن ينطق بالأحكام في حضوره، كما تتولى العمل على

تنفيذ أحكام القضاء، ولها في سبيل مباشرة وظيفتها أن تلجأ إلى القوة العمومية، كما تستعين بضباط

وأعوان الشرطة القضائية». المادة 29 ق.إ.ج.

ويرأس النيابة العامة وزير العدل، «ولكنه ليس عضوا فيها»⁽³⁾. وتنص المادة 30 ق.إ.ج أنه «يسوغ

لوزير العدل أن يحظر النائب العام بالجرائم المتعلقة بقانون العقوبات.

(1) - الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 295.

(2) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 150.

(3) - حومد، عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 160.

كما يسوغ له فضلا عن ذلك أن يكلفه كتابة بأن يباشر أو يعهد بمباشرة متابعات أو يحظر الجهة القضائية المختصة بما يراه ملائما من طلبات الكتابة».

وبناء عليه فإنه يجب على ممثلي النيابة العامة تقديم الطلبات المكتوبة طبقا للتعليمات التي ترد لهم عن الطريق التدريجي، ولهم أن يبدوا بكل حرية ملاحظاتهم الشفوية التي يرونها لازمة لصالح العدالة، طبقا للمادة 31ق.إ.ج.

- وتشكل النيابة العامة بالنسبة للمحكمة العليا من النائب العام والنائب العام المساعد وعدد من المحامين العامين طبقا للمادة 47/أ من القانون العضوي رقم: 04-11 الصادر في سنة 2004م يتضمن القانون الأساسي للقضاء. وكذا المادة 2/8 من قانون المحكمة العليا الصادر سنة 2011م.

- أما بالنسبة للمجلس القضائي فطبقا للمادة 47/ب من ق.أ.ق.نجد: نائب عام لدى المجلس القضائي، والنائب العام المساعد الأول لدى المجلس القضائي، ونائب عام مساعد. ويمكن أن يكونوا عدة نواب عامين مساعدين طبقا للمادة 2/34ق.إ.ج.

وتنص المادة 33ق.إ.ج أنه «يمثل النائب العام النيابة العامة أمام المجلس القضائي ومجموعة المحاكم. ويباشر قضاة النيابة الدعوى العمومية تحت إشرافه».

- أما على مستوى المحكمة، طبقا للمادة 47/ج من ق.أ.ق، فنجد أن النيابة العامة تتكون من: وكيل الجمهورية، مساعد أول لوكيل الجمهورية، ووكيل جمهورية مساعد.

وطبقا للمادة 35ق.إ.ج «يمثل وكيل الجمهورية النائب العام لدى المحكمة بنفسه أو بواسطة أحد مساعديه، وهو يباشر الدعوى العمومية، في دائرة المحكمة التي بها مقر عمله».

وقد نصت المادتان 36 و36 مكرر ق.إ.ج على اختصاصات وكيل الجمهورية، وهي كالاتي:

- إدارة نشاط ضباط وأعوان الشرطة القضائية في دائرة اختصاص المحكمة وله جميع السلطات والصلاحيات المرتبطة بصفة ضابط الشرطة القضائية.

- مراقبة تدابير توثيق للنظر.

- زيارة أماكن التوقيف للنظر مرة واحدة على الأقل كل ثلاثة أشهر، وكلما رأى ذلك ضروريا.

- مباشرة أو الأمر باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة للبحث والتحري عن الجرائم المتعلقة بالقانون الجزائي.

- تلقي المحاضر والشكاوى والبلاغات، ويقرر ما يتخذه بشأنها، ويخطر الجهات القضائية المختصة بالتحقيق أو المحاكمة للنظر فيها، أو يأمر بحفظها بمقرر يكون قابلا دائما للمراجعة ويعلم به الشاكي و/أو الضحية إذا كان معروفا في أقرب الآجال.

- إبداء ما يراه لازما من طلبات أمام الجهات القضائية المذكورة أعلاه.

- الطعن عند الاقتضاء في القرارات التي تصدرها بكافة طرق الطعن القانونية.

- العمل على تنفيذ قرارات التحقيق وجهات الحكم.

- رد الأشياء المحجوزة ما لم تكن ملكيتها محل نزاع جدي، وذلك إذا لم يتم إخطار أية جهة قضائية، أو إذا أصدر قاضي التحقيق أمرا بانتفاء وجه الدعوى أن يبت في رد الأشياء المحجوزة. وإذا لم يقدم أي طلب استرداد خلال ستة (6) أشهر من تاريخ الإعلام بمقرر الحفظ أو تبليغ الأمر بانتفاء وجه الدعوى، تؤول ملكية الأشياء غير المستردة للدولة مع مراعاة حقوق الغير حسن النية. ويكون الأمر كذلك بالنسبة للأشياء التي تقرر ردها، ولم يطالب بها صاحبها خلال ثلاثة (3) أشهر من تاريخ تبليغه.

وعلى هذا الأساس قضت المحكمة العليا بأنه: «لما كان النائب العام لدى المجلس القضائي هو الذي يمثل النيابة العامة أمام المجلس ومجموعة المحاكم التابعة له، وكان القانون يسمح لكل عضو من أعضائها بأن يباشر الدعوى الجزائية تحت إشراف النائب العام، فلا حرج إذا كان نفس القاضي هو الذي مثل النيابة العامة أمام محكمة أول درجة، ثم أمام المجلس القضائي طالما أنه لم يسبق له أن عرف القضية كقاضي تحقيق، أو قاضي حكم»⁽¹⁾. وأن «الأصل أن النائب العام لدى المجلس القضائي هو الذي يمثل شخصا النيابة العمومية أمام محكمة الجنايات، غير أن مبدأ عدم قابلية النيابة للجزئية يسمح لأي عضو من أعضائها بأن يقوم بوظائف المدعي بالحق العام»⁽²⁾. كما أنه ليس بلازم أن يقوم نفس القاضي بتمثيل النيابة العمومية طوال الجلسة من أولها إلى آخرها، بل يجوز استبداله بعضو آخر، لسبب من الأسباب، ولا حرج في ذلك نظرا لعدم تجرئة النيابة⁽³⁾.

ومن خصائص النيابة العامة أيضا عدم قابليتها للرد، وهو ما تنص عليه المادة 555ق.إ.ج، وهذا بخلاف قضاة الحكم، حيث يجوز ردهم طبقا للمادة 554ق.إ.ج.

وكذلك من خصائصها التسلسل التدريجي، حيث إنَّ وكيل الجمهورية المساعد يخضع لوكيل الجمهورية الأول المساعد، وهذا الأخير يخضع مع الأول إلى وكيل الجمهورية، وكل هؤلاء يخضعون إلى النائب العام بالمجلس القضائي، وكل هؤلاء، وكذا النيابة العامة بالمحكمة العليا يخضعون لتعليمات الوزير. وهذا ما تنص عليه المادة 30 و31ق.إ.ج.

والخلاصة أن النيابة العامة تتلخص وظيفتها الأساسية في تحريك الدعوى العمومية أمام القضاء في مواجهة المتهم، ومباشرة هذه الدعوى في جميع مراحلها باعتبارها ممثلة للمجتمع.

(1) - قرار صادر يوم: 12 فيفري 1991م، (غ.ج.م/ق2)، في الطعن رقم: 72782. (م.ق)، ع: 04، س: 1992م، ص214.

(2) - قرار صادر يوم: 07 يناير 1986م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 41057. (ن.ق)، ع: 44، س: 1988م، ص118.

(3) - قرار صادر يوم: 12 فيفري 1991م، (غ.ج.م/ق2)، في الطعن رقم: 72782. (م.ق)، ع: 04، س: 1992م، ص214.

كما قضت: «تجسد المادتان 33 و35 ق.إ.ج مبدأ عدم قابلية النيابة للتجزئة، ومن ثم تعرض قرارها للنقض غرفة الاتهام التي قضت بعدم قبول طل رد اعتبار تقدم به المعني مباشرة إلى النائب العام بدعوى عدم تقديمه إلى وكيل الجمهورية، كما تنص على ذلك أحكام المادة 685 ق.إ.ج»⁽¹⁾.
غير أنه إذا شغل أحد القضاة مهام النيابة العامة على مستوى المحكمة فليس له أن يكون عضوا في تشكيلة الغرفة الجزائية بالمجلس للبت في نفس القضية، وإلا كان انتهاكا للقانون وخرقا لمبدأ التقاضي على درجتين⁽²⁾.

ب/- قضاء التحقيق:

ويسميه البعض بـ «التحقيق الابتدائي»⁽³⁾، وهو وظيفة قضائية ينيطها المشرع بقضاة وظيفتهم هي التحقيق في الدعوى العمومية، من حيث نسبتها إلى الفاعل، أو عدم نسبتها، والإحالة إلى المحاكمة⁽⁴⁾.
و بناء على هذا التعريف، فإن قاضي التحقيق يقوم بالتحقيق في الدعوى العمومية، وله سلطات الانتقال، و التفتيش، و القبض، و الاستجواب، و المواجهة، و إصدار أوامر الحبس المؤقت، و كذلك أوامر الإفراج، و أوامر التصرف بعد انتهاء التحقيق، من الإحالة (م 164 ق.إ.ج) و أمر ألا وجه للمتابعة (م 163 ق.إ.ج)، أمر بإرسال الملف إلى غرفة الاتهام إذا كانت الجريمة جنائية (م 166 ق.إ.ج)، فقاضي التحقيق يقوم -وفقا للقانون- باتخاذ إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة، بالتحري عن أدلة الاتهام و أدلة النفي (م 68 ق.إ.ج). كما أنه يتحقق من شخصية المتهمين، و حالتهم المادية و العائلية أو الاجتماعية، و هذا اختياري في الجرح (م 8/68 ق.إ.ج). ووجوب في الجنايات (م 1/66 ق.إ.ج). كما يجوز له أن يأمر بإجراء الفحص الطبي و الفحص النفسي، أو بأمر بأي إجراء يراه مفيدا.

و الانتقال هو ذهاب قاضي التحقيق إلى أماكن وقوع الجرائم لأجل إجراء جميع المعاينات اللازمة أو للقيام بتفتيشها (م 79 ق.إ.ج).

كما لقاضي التحقيق مباشرة التفتيش في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء يكون كشفها مفيدا لإظهار الحقيقة (م 81 ق.إ.ج)، سواء بالتفتيش في مسكن المتهم (م 82 ق.إ.ج)، أو في مسكن غير مسكن المتهم.

(1) - قرار صادر يوم: 04 ديسمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 41055. (م.ق.)، ع: 02، س: 1989م، ص: 244.
(2) - قراران صادران (عن غ.ج.2/1)، الأول يوم: 04 فيفري 1986م، في الطعن رقم: 35722. والثاني يوم: 04 فيفري 1986م، في الطعن رقم: 36897. (م.ق.)، ع: 04، س: 1989م، ص: 313-316.
(3) - الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص: 295.
(4) - الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص: 295.

و كذلك له سماع الشهود (م 88 ق.إ.ج) كما يجوز له مناقشة الشاهد في شهادته و مواجهته بشهود آخرين أو بالتهم، و أن يجري بمشاركتهم كل الإجراءات و التجارب الخاصة بإعادة تمثيل الجريمة، مما يراه لازما لإظهار الحقيقة (م 96 ق.إ.ج).

و لقاضي التحقيق أيضا إجراء استجوابات أو مواجهات تقتضيها حالة استعجال ناجمة عن وجود شاهد في خطر الموت أو وجود أمارات على وشك الاختفاء، و يجب أن تذكر في المحضر دواعي الاستعجال (م 101 ق.إ.ج).

و لقاضي التحقيق أن يصدر أوامره بإحضار المتهم أو بإيداعه السجن أو بإلقاء القبض عليه، و تكون هذه الأوامر نافذة المفعول في جميع أنحاء الأراضي الجزائرية (م 109 ق.إ.ج).

- و الأمر بالإحضار: هو ذلك الأمر الذي يصدره قاضي التحقيق إلى القوة العمومية لاقتياد المتهم و مثوله أمامه على الفور (م 110 ق.إ.ج).

- أما الأمر بإيداع المتهم المؤسسة العقابية: فهو ذلك الأمر الذي يصدره القاضي إلى المشرف رئيس مؤسسة إعادة التربية باستلام و حبس المتهم، و يرخص هذا الأمر أيضا بالبحث عن المتهم و نقله إلى مؤسسة إعادة التربية إذا كان قد بلغ به من قبل (م 117 ق.إ.ج).

- و أما الأمر بالقبض فهو ذلك الأمر الذي يصدر إلى القوة العمومية بالبحث عن المتهم و سوفه إلى المؤسسة العقابية المنوه عنها في الأمر حيث يجري تسليمه و حبسه (م 119 ق.إ.ج).

كما له أن يأمر بالحبس المؤقت إذا توافرت إحدى الأسباب المنصوص عليها في المادة 123 ق.إ.ج. و كذلك الأمر بالرقابة القضائية (م 125 مكرر 1 ق.إ.ج)، و له أن يرفعها، سواء تلقائيا، أو بطلب من وكيل الجمهورية أو بطلب من المتهم بعد استشارة وكيل الجمهورية (م 125 مكرر 2 ق.إ.ج) و كذلك يأمر بالإفراج من تلقاء نفسه عن المتهم (م 126 ق.إ.ج).

و لقاضي التحقيق أيضا إصدار إنابة قضائية، و ذلك بتكليف قاض من قضاة محكمته، أو أي ضابط من ضباط الشرطة القضائية المختص بالعمل في تلك الدائرة، أو أي قاض من قضاة التحقيق بالقيام بما يراه لازما من إجراءات التحقيق في الأماكن الخاضعة للجهة القضائية التي يتبعها كل منهم (138 ق.إ.ج)، و أيضا لجهات التحقيق أن تأمر بنذب خبير في الدعوى (م 143 ق.إ.ج).

هذه بعض وظائف قضاء التحقيق و أعماله، لكن ما يلاحظ عليه أنه مرحلة سابقة على الحكم، فهو تحقيق ابتدائي، و ليس نهائي، حيث التحقيق النهائي هو الذي يقوم به قضاة الحكم الذين ينظرون الدعوى العمومية بعد ذلك ثم يصدر حكما أو قرارا فاصلا فيها.

و قضاء التحقيق في الجزائر على درجتين: قاضي التحقيق، و غرفة الاتهام.

① -/ قاضي التحقيق بالمحكمة كدرجة أولى:

توجد بكل محكمة قاضي أو عدة قضاة للتحقيق وظيفتهم الفحص في وقائع الجريمة. و طبعاً قاضي التحقيق هنا يحقق في الدّعى العمومية و لكن لا يحقق إلا بناء على طلب من وكيل الجمهورية (م 67 ق.إ.ج) و لكن مع ذلك فإن التحقيق الابتدائي وجوبي في مواد الجنايات، أما في مواد الجنح فيكون اختيارياً، كما يجوز إجراؤه في مواد المخالفات إذا طلبه وكيل الجمهورية (م 66 ق.إ.ج).

و عند انتهاء التحقيق، فإن قاضي التحقيق يصدر واحداً من الأوامر الآتية:

- أمر بأن لا وجه للمتابعة: و هو أمر يصدر من قاضي التحقيق إذا رأى أن الوقائع لا تكون جنائية أو جنحة أو مخالفة؛ أو أنه لا توجد دلائل كافية ضد المتهم؛ أو كان مقترف الجريمة ما يزال مجهولاً. و هذا طبقاً للمادة 136 ق.إ.ج.

و طبعاً، يخلى سبيل المتهمين المحبوسين في الحال، إلا إذا حصل استئناف من وكيل الجمهورية، أو أتهم المحبوس لسبب آخر. ففي هاتين الحالتين لا يجوز إخلاء سبيلهم (م 163 ق.إ.ج).

- الأمر بإحالة الدّعى إلى المحاكمة: و ذلك في حالة ما إذا رأى قاضي التحقيق أن الوقائع تشكل جنحة أو مخالفة (م 164 ق.إ.ج).

و في هذه الحالة يجب على قاضي التحقيق أن يرسل الملف مع أمر الإحالة الصادر عنه إلى وكيل الجمهورية، و يتعين على هذا الأخير أن يرسله بغير تمهل إلى قلم كتاب الجهة القضائية، و تكليف المتهم الحضور في أقرب جلسة قادمة أمام الجهة القضائية المختصة (م 1/165 ق.إ.ج).

- الأمر بإرسال ملف الدّعى إلى النائب العام لدى المجلس القضائي: و هذا في حالة ما إذا رأى قاضي التحقيق أن الوقائع تكون جريمة وصفها القانوني جنائية، فهنا يأمر قاضي التحقيق بإرسال ملف الدّعى و قائمة بأدلة الإثبات بمعرفة وكيل الجمهورية بغير تمهل إلى النائب العام لدى المجلس القضائي لاتخاذ الإجراءات م 166 ق.إ.ج.

و إذا، فقاضي التحقيق يصدر واحداً من الأوامر بعد أن ينتهي التحقيق:

- إما الأمر بأن لا وجه للمتابعة؛

- و إما الأمر بإحالة الدّعى إلى المحاكمة في حالة الجنحة أو المخالفة؛

- و إما بإرسال الملف إلى النائب العام لدى المجلس القضائي.

و بخصوص بعض الأوامر التي تصدر من قاضي التحقيق، فإنه يجوز استئنافها من طرف النيابة العامة؛ أو المتهم؛ إلى غرفة الاتهام، و ذلك مثل الأمر بتمديد الحبس المؤقت، أو الأمر بالإفراج (م 170 إلى 174 ق.إ.ج).

② -/ غرفة الاتهام كدرجة ثانية للتحقيق:

تعد غرفة الاتهام هيئة تحقيق درجة ثانية، و يوجد في كل مجلس قضائي غرفة اتهام واحدة على الأقل، و يعين رئيسها و مستشاروها لمدة ثلاث سنوات بقرار من وزير العدل (م 174 ق.إ.ج).
و بما أن غرفة الاتهام هي هيئة تحقيق تماما مثل قاضي التحقيق على مستوى المحكمة، فإن ذات الاختصاصات و الأوامر التي تصدر عن قاضي التحقيق هي ذاتها تصدر عن غرفة الاتهام (م 186-187 ق.إ.ج).

فقط هناك بعض الفروق الجوهرية بين قاضي التحقيق و غرفة الاتهام، حيث إنَّ قاضي التحقيق يمثل الدرجة الأولى في التحقيق، و يقع على مستوى المحكمة، أما غرفة الاتهام فهي درجة ثانية في التحقيق، و هي التي يتم الاستئناف أمامها في الأوامر الصادرة من قاضي التحقيق كما سبق القول، ولذلك فهي تقوم بالنظر في صحة الإجراءات المرفوعة إليها، و إذا تكشف لها سبب من أسباب البطلان، قضت ببطلان الإجراء المشوب به، و عند الاقتضاء ببطلان الإجراءات التالية له كلها أو بعضها، و لها بعد الإبطال، أن تتصدى لموضوع الإجراء أو تحيل الملف إلى قاضي التحقيق نفسه أو لقاض غيره لمواصلة إجراءات التحقيق (م 191 ق.إ.ج)، كما لها الحق في الفصل في تنازع الاختصاص بشروط، ورد الأشياء (م 195 ق.إ.ج).
و إذا قامت غرفة الاتهام بالتحقيق فإنها تصدر واحدا من القرارات الآتية:

①- قرار ألا وجه للمتابعة:

و ذلك إذا رأت غرفة الاتهام أن الوقائع لا تكون جنائية، و لا جنحة، و لا مخالفة، أو لا تتوفر دلائل كافية لإدانة المتهم، أو كان مرتكب الجريمة لا يزال مجهولا، و هناك يجب الإفراج عن المتهمين المحبوسين مؤقتا ما لم يكن محبوسين لسبب آخر، كما تفصل في رد الأشياء (م 195 ق.إ.ج).

②- قرار الإحالة إلى محكمة الجنح و المخالفات إذا كانت الوقائع تكون جنحة أو

مخالفة:

و ذلك في حالة ما إذا رأت غرفة الاتهام أن الوقائع تكون جنحة أو مخالفة، فإنها تقضي بإحالة القضية إلى المحكمة، محكمة الجنح و المخالفات، و في هذه الحالة يظل المتهم المقبوض عليه محبوسا مؤقتا متى كان موضوع الدَّعوى معاقبا عليه بالحبس. أما إذا كانت الوقائع القائمة في الدَّعوى لا تخضع لعقوبة الحبس أو لا تكون سوى مخالفة، فإن المتهم يخلى سبيله في الحال (م 196 ق.إ.ج).

③- قرار الإحالة إلى محكمة الجنايات إذا كانت الجريمة لها وصف الجنائية:

و أخيرا إذا رأت غرفة الاتهام أن وقائع الدَّعوى المنسوبة إلى المتهم تكون جريمة لها وصف الجنائية قانونا، فإنها تقضي بإحالة المتهم إلى محكمة الجنايات، و لها أيضا أن ترفع إلى تلك المحكمة قضايا الجرائم المرتبطة بتلك الجنابة (م 197 ق.إ.ج).

هذه هي القرارات التي تصدر في نهاية التحقيق لدى غرفة الاتهام، و هذه القرارات يجوز الطعن فيها أمام المحكمة العليا بطريق النقض من النيابة العامة؛ أو من المتهم؛ أو من المدعي المدني؛ و لكن بشروط معينة تتعلق بالطعن بالنقض الذي هو أحد موضوعاتنا الأساسية (م 201-495-496-497 ق.إ.ج).

و الخلاصة أن قضاء التحقيق هو القضاء الذي وظيفته البحث و الكشف عن حقيقة الجريمة، والمجرم، و الضحية، و أن هذا القضاء يقع على درجتين؛ درجة أولى على مستوى المحكمة، و هو قاضي التحقيق؛ و درجة الثانية على مستوى المجلس القضائي كدرجة استئناف.

و الذي نبه إليه أننا لم نتعمق في ذكر اختصاصات قضاء التحقيق، و السبب في ذلك أنه خارج عن موضوعنا، لأن موضوعنا هو الطعن في الأحكام النهائية الفاصلة في الدّعى العمومية، أي قضاء الحكم و ليس قضاء التحقيق، و من ثم فهو يخرج عن بحثنا، و نحن تعرضنا له عرضاً من أجل التمييز بينه و بين قضاء الحكم لا غير.

ج/- قضاء الحكم:

و هو وظيفة قضائية يتولاها قضاة الحكم الذين يفصلون في الدّعى العمومية المرفوعة إليهم، وكذلك الدّعى المدنية التابعة لها⁽¹⁾.

و بناء على هذا التعريف فإن ما يصدر عن قضاء الحكم هي الأحكام القضائية أو القرارات التي تفصل في الدّعى العمومية، إما بإدانة المتهم؛ و إما الحكم ببراءته. و بمعنى آخر إذا كان قضاء التحقيق هو التحقيق الابتدائي، فإن قضاء الحكم هو التحقيق النهائي، و هو عنوان الحقيقة النهائية، و الكلمة الفصل.

و الفرق بين قضاء التحقيق و قضاء الحكم أن قضاء التحقيق ما هو إلا مرحلة سابقة إجبارية خاصة في الجنايات قبل الحكم، أما قضاء الحكم فهو النهاية الطبيعية للدّعى و النزاع، فهو القرار الأخير في الدّعى العمومية.

د/- مبدأ الفصل بين قضاء الحكم؛ و قضاء التحقيق؛ وقضاء النيابة العامة:

و الذي يلاحظ هنا أن القانون فصل بين الأنواع الثلاثة للقضاء: قضاء الحكم؛ و قضاء التحقيق؛ وقضاء النيابة العامة، أي بين وظيفتي التحقيق الابتدائي و النهائي، زيادة على هذا الفصل، فإنه قام أيضا بفصلهما عن قضاء النيابة العامة. و هذا ما جاء في كثير من قرارات المحكمة العليا. زيادة على نصوص القانون (م 1/38 و م 430 ق.إ.ج).

① -/ الفصل بين قضاء الحكم؛ و قضاء التحقيق؛ المبدأ والاستثناء:

⁽¹⁾ - الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 296.

①-/- المبدأ :

ففي خصوص قاضي التحقيق جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما نصه: «يكون باطلا بطلانا مطلقا، طبقا للمادتين 38 و 430 ق.إ.ج، القرار الصادر عن هيئة حكم كان من بين الأعضاء الذي شاركوا في المداولة قاض سبق له و أن عرف القضية كقاضي تحقيق»⁽¹⁾.

أما عن المحكمة من هذه القاعدة - قاعدة الفصل بين قضاء التحقيق و قضاء الحكم - فهو حماية حقوق الدفاع، حيث إنَّ اتصال القاضي بالدَّعوى أثناء التحقيق يدل على أنه عبر عن رأيه عن طريق أمر بالإحالة أو قرار الإحالة، وكذلك لأنه أخذ فكرة مسبقة عن النزاع قبل الحكم وهذا ممتنع، و من ثم فلا حاجة إلى أن يكون في هيئة الحكم، لأنه سبق اتصاله بالدَّعوى وأصدر قرارات أو أوامر فيها.

②-/- الاستثناء:

و على الرغم من ذلك، فإنَّ المشرِّع أجاز استثناء من مبدأ الفصل بين سلطة التحقيق و سلطة الحكم، أجاز لرئيس محكمة الجنايات، بعد صدور قرار الإحالة من غرفة الاتهام، و قبل انعقاد جلسة المحاكمة، أي في الفترة من صدور القرار إلى الانعقاد، و بناء على المادة 276 ق.إ.ج، أن يأمر باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق، متى رأى أن التحقيق الذي قامت به غرفة الاتهام غير واف أو استكشف عناصر جديدة بعد صدور قرار الإحالة.

و يجوز لرئيس محكمة الجنايات أن يفوض لإجراء التحقيق قاض في أعضاء المحكمة، و تطبَّق هنا أحكام التحقيق الابتدائي.

و بمعنى آخر؛ فإنَّ رئيس محكمة الجنايات، و هو من هيئة الحكم، يجوز له ممارسة سلطة التحقيق استثناء وبشروط، هي:

- صدور قرار نهائي من غرفة الاتهام بالإحالة إلى محكمة الجنايات.
- عدم انعقاد محكمة الجنايات.
- أن يكون الأمر بالإجراء صادرا من رئيس محكمة الجنايات فقط دون أعضائها.
- أن يكون الأمر متعلقا باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق فقط، و ليس بإصدار قرار إحالة آخر و تهم أخرى.

فإذا اختل شرط من هذه الشروط، أصبح من غير الجائز إجراء التحقيق.

أما لماذا لا تقوم سلطة التحقيق (وهي هنا غرفة الاتهام) بهذا التحقيق؟، فهو أن «مهمة جهة التحقيق تنتهي بمجرد إحالة القضية إلى جهة الحكم، و في الفترة ما بين صدور قرار الإحالة و انعقاد جلسة

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 16 جوان 1981م، (عن غ.ج.2/ق1)، في الطعن رقم: 25941. و قرار صادر يوم: 12 جويلية 1988م، (عن غ.ج.2/ق2)، في الطعن رقم: 48744. (م.ق)، ع: 3 سنة 1990م، ص 282. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص 380. قرار صادر يوم: 28 جويلية 1998م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 168183. (ا.ق)، (ع.خ)، ص 323.

المحاكمة لا يجوز لقاضي التحقيق و لا لغرفة الاتهام أن يقوموا بأي إجراء من إجراءات التحقيق، لكون القضية خرجت من حوزتهما، كما لا يسوغ لمحكمة الجنايات أن تتخذ أي إجراء من هذا القبيل لكونها لم تتصل بعد بالدعوى، لذلك حول المشرع في المادة 276 لرئيس المحكمة السلطة المطلقة في اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق، إذا رأى أن التحقيق غير واف، أو اكتشف عناصر جديدة بعد صدور قرار الإحالة»⁽¹⁾.

و تنتهي هذه الرخصة لرئيس محكمة الجنايات بمجرد فتح الجلسة و اتصال محكمة الجنايات بالقضية، و تنتقل من ثم إلى أعضاء المحكمة، بحيث تصبح هذه الجهة هي المختصة وحدها في القضاء بإجراء تحقيق تكميلي⁽²⁾.

② -/ الفصل بين قضاء الحكم؛ وقضاء النيابة العامة؛ المبدأ والاستثناء:

① -/ المبدأ :

أما بخصوص النيابة العامة، و هي سلطة ادعاء، فهي أيضا لا يجوز لها أن تشارك في الادعاء ثم تشارك في هيئة الحكم، فقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما نصه: «من شروط صحة الحكم أن يشارك في المداولة قضاة لهم الصلاحية في نظر الدعوى، و بناء على هذه القاعدة، لا يجوز لقاضي النيابة الذي أمضى طلب فتح تحقيق، و مثل النيابة أمام محكمة أول درجة أن يترأس غرفة الاستئناف الجزائية على مستوى المجلس في ذات القضية»⁽³⁾.

كما جاء في قرار آخر: «لا يسوغ لنفس القاضي - تحت طائلة البطلان- أن يكون في ذات القضية طرفا و حَكَمًا؛ كأن يقوم بإجراءات المتابعة فيها، ثم يشارك في هيئة الحكم لنظرها»⁽⁴⁾.

أما المحكمة من الفصل بين قضاء النيابة و قضاء الحكم، فإن ذلك أبلغ و أقوى من الفصل بين قضاء الحكم و قضاء التحقيق؛ و هي إبعاد تأثير السلطة التنفيذية على قرارات و أحكام القضاء، وعلى العدالة عموما، حيث إنَّ وكيل الجمهورية أو النائب العام يمثل السلطة التنفيذية تحت مسؤولية وزير العدل، و هو عضو في الحكومة، و السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التنفيذية طبقا للدستور (المادة 138) و من ثم لا يجوز دستوريا أن يكون عضو النيابة العامة في هيئة الحكم هذا من جهة.

(1) - قرار صادر يوم: 20 نوفمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 35550، و القرار الصادر يوم: 19 نوفمبر 1992م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 102470. (م.ق.)، ع: 02، س: 1994م، ص 240. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 170. قرار صادر يوم: 28/02/1989م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 55291. (م.ق.)، ع: 01، س: 1991م، ص 160.

(2) - قرار صادر يوم: 15 يناير 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 41595. (م.ق.)، ع: 03، س: 1989م، ص 235. . بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 170.

(3) - قرار صادر يوم: 08 جويلية 1982م، (عن غ.ج.2/ق3)، في الطعن رقم: 25212. (م.ق.)، ع: 2، س: 1989م، ص 268. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص 379.

(4) - قرار صادر يوم: 04 فبراير 1986م، (عن غ.ج.2/ق1)، في الطعن رقم: 36897. (م.ق.)، ع: 04، س: 1989م، ص 316. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص 380.

و من جهة أخرى، فإن النيابة العامة تمثل خصما، و لا يمكن أن يجتمع في القاضي الخصم والحكم، حيث إنَّ هذا يخل بالعدل، و إحقاق الحق، و من ثم يجب أن تكون هيئة الحكم فقط هيئة لم يسبق لها أن اتصلت بالدَّعوى العمومية لا ادعاء و لا تحقيقا.

②- الاستثناء:

و مع ذلك، فإن المشرِّع أجاز استثناء من مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام و الحكم، أجاز لجهات الحكم، في حالات معينة و محددة قانونا، تحريك الدَّعوى العمومية، على الرغم من أنها اختصاص أصيل للنيابة العامة، وذلك في الجرائم التي تقع أثناء جلسات المحاكمة، والتي تسمى بجرائم الجلسات. و هذا ما نص عليه المشرِّع في المواد من 567 إلى 571 ق.إ.ج بالإضافة بالمادة 237 ق.إ.ج التي تتعلق بجريمة شهادة الزور.

و ذلك على الشكل الآتي:

○- حالة ارتكاب جنحة أو مخالفة في جلسة محكمة أو محكمة الجنائيات: فهنا يأمر الرئيس بتحرير محضر عنها، و قضى فيها في الحال، بإصدار حكم في جريمة الجنحة أو المخالفة، و ذلك بعد سماع أقوال المتهم، و الشهود، و النيابة العامة، و الدفاع عند الاقتضاء، و هذا تطبيقا للمادة 569 و 570 ق.إ.ج.

○- حالة ارتكاب جنحة أو مخالفة في جلسة مجلس قضائي: و في هذه الحالة، و طبقا للمادة 568 ق.إ.ج، يأمر الرئيس بتحرير محضر عن الجريمة الواقعة بالجلسة، و يأمر بإرساله إلى وكيل الجمهورية، و لكن إذا كانت الجنحة معاقبا عليها بعقوبة الحبس الذي تزيد مدته على ستة (06) شهور، جاز لرئيس الجلسة أن يأمر بالقبض على المتهم، و إرساله فورا للمثول أمام وكيل الجمهورية.

●- حالة ارتكاب جنابة في جلسة محكمة أو مجلس قضائي: إذا ارتكبت جنابة في جلسة محكمة أو مجلس قضائي، فإن تلك الجهة القضائية تحرر محضرا ويستجوب الجاني و تسوقه و معه أوراق الدَّعوى إلى وكيل الجمهورية الذي يطلب افتتاح تحقيق قضائي، و هذا إعمالا للمادة 571 ق.إ.ج. و ذلك لأن التحقيق في الجنائيات وجوبي بنص المادة 66 ق.إ.ج.

◎- حالة ارتكاب جريمة شهادة الزور أثناء جلسة المحكمة:

و هذه الحالة نصت عليها المادة 237 ق.إ.ج، بحيث إذا تبين من المرافعات شهادة الزور في أقوال شاهد، فللرئيس أن يأمر من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب النيابة العامة، أو أحد الخصوم، هذا الشاهد على وجه الخصوص بأن يلزم مكانه، و يحضر المرافعات، و أن لا يبرح مكانه لحين النطق بقرار المحكمة، و في حالة مخالفة هذا الأمر، يأمر الرئيس بالقبض على هذا الشاهد.

و يوجه الرئيس قبل النطق بإقفال باب المرافعة إلى من يظن فيه شهادة الزور دعوة أخيرة ليقول الحق، و يحذره بعد ذلك من أن أقواله سيعتد بها منذ الآن من أجل تطبيق العقوبات المقررة لشهادة الزور عند الاقتضاء.

و إذ ذاك يكلف الرئيس كاتب الجلسة بتحرير محضر بالإضافات، و التبديلات، و المفارقات، التي قد توجد بين شهادة الشاهد و أقواله السابقة.

و بعد صدور القرار في موضوع الدّعى الأصلية أو تأجيلها، يأمر الرئيس بأن يقتاد الشاهد بواسطة القوة العمومية - بغير تمهل - إلى وكيل الجمهورية الذي يطلب افتتاح التحقيق معه.

ففي كل هذه الحالات، و هي حالات استثنائية، تكون سلطة الاتهام هي سلطة الحكم و سلطة تحريك الدّعى العمومية هي سلطة أيضا، و باختصار يجوز استثناء أن تكون سلطة الاتهام و تحريك الدّعى العمومية بيد سلطة الحكم في جرائم الجلسات.

أما الحكمة من ذلك فهي خصوصية وقوع الجريمة في الجلسة و رئيس الجلسة هو من قضاة الحكم لا من قضاة النيابة، و منه فالإتهام هو لقاضي الحكم، لئنه رئيس الجلسة.

و بناء على هذه النصوص القانونية و القرارات القضائية، فإن هناك فصلا يكاد يكون تاما بين قضاء التحقيق، و قضاء الحكم، و كذلك سلطة الادعاء، و من ثم فلا يجوز أن يشارك قاضي التحقيق، أو قاضي النيابة العامة في هيئة الحكم متى اتصل بالدّعى تحقيرا أو ادعاء، إلا ما استثني بنص خاص. وأن هيئة الحكم يجب أن تكون فقط أول ما اتصلت بالدّعى إنما اتصلت بها كهيئة الحكم فقط، و هذه قاعدة من قواعد النظام العام حيث إنّ الحكم يكون باطلا بطلانا مطلقا كما قررت المحكمة العليا ذلك.

2/- الاختصاص الشخصي:

الاختصاص الشخصي هو صلاحية المحكمة للفصل في الدّعى العمومية التي تتعلق بصفة أو حالة معينة للجاني، أو المجني عليه⁽¹⁾.

و مثال هذا الاختصاص محاكمة الأحداث و محاكمة العسكري.

و هذا النوع من الاختصاص هو خلاف الأصل، حيث إنّ الأصل هو أن اختصاص القضاء الجزائي شامل لكل الدعاوى العمومية بغض النظر عن صفة أو حالة الجاني أو المجني عليه، فالكل سواسية أمام القضاء، و لا فضل لأحد على الآخر في تعيين المحاكم من حيث الحالة الشخصية، بأن تكون مثلا محاكم لرجال الأعمال، أو محاكم للوزراء... الخ و إنما الكل يقف أمام محكمة واحدة على أساس العدل و المساواة، أمام محكمة واحدة، و قانون واحد، أي لا يجوز إنشاء محاكم طبقية، لكل طبقة محكمة خاصة

⁽¹⁾ - الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 295-297.

بها. طبقا للمادة 140 من الدستور التي جاء فيها ما نصه: «أساس القضاء مبادئ الشرعية و المساواة. الكل سواسية أمام القضاء، و هو في متناول الجميع».

غير أنه، و نظرا لاعتبار صفة الحدث و أنه صغير السن، أو العسكري و أنه رجل عسكري، وجرمته عسكرية، قرر المشرع وضع محاكم خاصة لكل حالة، و هذا ليس بغرض التمييز الطبقي، أو لتفضيل فئة من الأفراد عن غيرها، و إنما من أجل حسن سير العدالة الجزائية، و سياسة الدفاع الاجتماعي تقتضي بذلك، حيث إنَّ الهدف من محاكمة الحدث ليس توقيع العقوبة التي توقع عادة على البالغين، و إنما الهدف هو معالجة جنوح و انحراف الأحداث عن طريق إصلاحهم، و تهيئتهم، و تربيتهم⁽¹⁾.

و الحدث، حسب المادة 442 ق.إ.ج، هو كل شخص طبيعي لم يبلغ سن الرشد الجزائي في تمام الثامنة عشر (18). و تكون العبرة في تحديد سن الرشد الجزائي بيوم ارتكاب الجريمة، لا يوم كشفها أو الاعتراف بها، إعمالا للمادة 443 ق.إ.ج. و لذلك جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما نصه: «إذا ثبت أن المتهم كان يبلغ من العمر يوم ارتكاب الجريمة أقل من ثمانية عشرة سنة، و أنه أحيل خطأ إلى جهة مختصة بمحاكمة البالغين لا الأحداث، كما تقتضيه المادة 451 من قانون الإجراءات الجزائية، كان الحكم الصادر عن هذه الجهة باطلا بطلانا مطلقا»⁽²⁾.

و في كل الأحوال، «فإن محاكم الأحداث تخضع لقواعد خاصة هي من النظام العام و من الجائز إثارتها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، و لو تلقائيا من طرف المجلس الأعلى»⁽³⁾.

أما العسكري فلكي تختص المحاكم العسكرية بمحاكمته فيجب توافر شرطين هما:

- أن يكون الشخص عسكريا.

- أن تقع الجريمة داخل المؤسسة العسكرية أو في الخدمة العسكرية.

فإذا احتل شرط من هذه الشروط، فإن القضاء العسكري لا يعد مختصا، طبقا للمادة 25 من القانون العسكري، و هذا ما قرره المحكمة العليا في أحد قراراتها⁽⁴⁾.

و العبرة دائما بتاريخ ارتكاب الجريمة لا يوم كشفها، فلو أن عسكريا سرق صكا لزميله العسكري أثناء الخدمة الوطنية، ولم يستعمل هذا الصك لاستخراج الأموال من المؤسسة المالية إلا بعد انتهاء الخدمة الوطنية، فإن الجريمة في هذه الحالة من اختصاص القضاء العسكري، لأنها وقعت أثناء الخدمة العسكرية، و المجرم صفته عسكرية أيضا. و لو أن عسكريا ارتكب جريمة قبل انتسابه إلى المؤسسة العسكرية، فإن القضاء

(1) - الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 297-298.

(2) - قرار صادر يوم: 20 مارس 1984م، (عن غ.ج. 2/1)، في الطعن رقم: 26790. (م.ق.)، ع: 02، س: 1990م، ص 263. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص 351.

(3) - قرار صادر يوم: 14 مارس 1984م، (عن غ.ج. 2/1)، في الطعن رقم: 54524. (م.ق.)، ع: 03، س: 1990م، ص 299. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص 352.

(4) - قرار صادر يوم: 23 نوفمبر 1982م، (عن غ.ج. 1)، في الطعن رقم: 30781. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص 40.

المختص هو القضاء المدني لا القضاء العسكري، حيث إنَّ يوم ارتكاب الجريمة هو وحده الذي يحدد صفة الجاني.

و الحكمة من اعتبار يوم ارتكاب الجريمة هو المحدد الفاصل لصفة الشخص، سواء كان حدثاً أو عسكرياً، و ليس يوم اكتشاف الجريمة، هو أن الجريمة في ذاتها لها عنصر شخصي، و هو صفة المجرم، وزماني، و هو تاريخ و يوم ارتكابها، و لا يمكن الفصل بينهما، لأنه مخالف للعدل، حيث إنَّ من كان حدثاً أم عسكرياً يوم الجريمة يجب أن يحاكم طبقاً لتلك الصفة، لأنها قاصرة على ظروف وصفات و حالات معينة، لا يجوز تغييرها، فهو يؤدي إلى الظلم و إلى الفوضى، فلو أن حدثاً سرق، ثم بعد سنوات قليلة اكتشفت الجريمة، فإن من الظلم و اللاعدل محاكمته على أساس أنه بالغ، و من ثم فيوم ارتكاب الجريمة هو الضابط في تحديد صفة الجاني، سواء كان حدثاً أم عسكرياً.

لكن ما يلاحظ بخصوص الحدث أن المشرِّع الجزائري - قبل تعديل قانون العقوبات في سنة 2014م⁽¹⁾ - لم يحدد السن الأدنى للحدث، حيث حدد السن الأعلى فقط، و هو تمام 18 سنة، فلو أن حدثاً عمره عشر سنوات أو أقل أو أكثر و ارتكب جريمة فما حكمه، صحيح أنه يحاكم محكمة الأحداث، و لكن النص لا يوجد بشكل كاف و واضح للمسألة، و هذه في الحقيقة ثغرة جوهرية في القانون، نقترح تداركها.

3- الاختصاص النوعي أو الموضوعي:

يقصد بالاختصاص النوعي أو الموضوعي⁽²⁾ صلاحية المحكمة لنظر النزاع من حيث طبيعة و نوعية الجريمة، و ذلك بأن يحدد المشرِّع في القانون لكل محكمة من المحاكم التي أنشأها نوعاً معيناً من الجرائم تفصل فيها، و من ثم لا يجوز للمحاكم الأخرى الفصل فيها، و إلا كان حكمها باطلاً، لعدم الاختصاص.

و في الجزائر توجد أربع محاكم هي: محكمة الجناح و المخالفات؛ محكمة الجنايات؛ محكمة الأحداث؛ و المحكمة العليا، و كل هذا بغض النظر عن درجات التقاضي، حيث نركز فقط على نوع الدعاوى التي تنظرها كل محكمة.

و أساس التقسيم⁽³⁾ هو جسامه الجريمة بالنسبة لمحكمة الجناح و المخالفات، و محكمة الجنايات، حيث إنَّ الأولى تختص بالجناح و المخالفات فقط، أما محكمة الجنايات فتختص بالفصل في الأفعال

(1) - القانون رقم: 14-01 المؤرخ في: 04 ربيع الثاني عام 1435هـ الموافق ل: 2014/02/04م يعدل ويتمم الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في: 18 صفر عام 1386هـ، الموافق ل: 1966/06/08م والمتضمن قانون العقوبات. الجريدة الرسمية، العدد: 07، السنة: 51، المؤرخة في: 2014/02/16م. حيث نصَّت المادة 1/49 ق.ع على أنه: «لا يكون محلاً للمتابعة الجزائية القاصر الذي لم يكمل عشر (10) سنوات». وقد كانت من قبل 13 سنة.

(2) - حومد، عبد الوهاب، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية، مطبوعات جامعة الكويت، ط4، 1989م، ص 138.

(3) - الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص300. بغدادي، مولاي ملياني، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 357.

الموصوفة جنائيات، وكذا الجنح و المخالفات المرتبطة بها، و الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية المحالة إليها بقرار نهائي من غرفة الإتهام (م 248 ق.إ.ج).

و كذلك أساس التقسيم أيضا هو صفة الجاني، بالنسبة لقسم الأحداث حيث يفصل في كل ما يصدر عن الحدث من جرائم، بصفته حدثا، و هذا كقاعدة عامة، سنتناولها أكثر عند الكلام عن محكمة الأحداث و محكمة الجنائيات.

أ- محكمة الجنح و المخالفات:

يوجد في كل محكمة قسم للجنح، و آخر للمخالفات، يصدر أحكاما تستأنف أمام الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي كدرجة ثانية و أخيرة.

و تختص محكمة الجنح و المخالفات⁽¹⁾ بغض النظر عن درجتها في الجنح و المخالفات التي ترتكب، و هذا طبقا للمادة 13 ق.ت.ق، و كذلك 328-329 ق.إ.ج، فقد نصت المادة 328 ق.إ.ج على أن المحكمة «تختص بالنظر في الجنح و المخالفات».

أما الغرفة الجزائية فتختص بالنظر في الاستئناف في مواد الجنح و المخالفات و لكن بالشكل الآتي، فحسب المادة 416 ق.إ.ج: «تكون قابلة للاستئناف:

- الأحكام الصادرة في مواد الجنح.

- الأحكام الصادرة في مواد المخالفات إذا قضت بعقوبة الحبس أو عقوبة غرامة تتجاوز المائة (100) دينار، و إذا كانت العقوبة المستحقة تتجاوز الحبس خمسة أيام».

و القاعدة العامة أن قسم الجنح، و قسم المخالفات على مستوى المحكمة، و الغرفة الجزائية كدرجة للاستئناف على مستوى المجلس القضائي، هو المختص بالفصل في كل الجنح و المخالفات التي ترفع أمامها إلا أنه في المخالفات و أمام الغرفة الجزائية لا يجوز النظر في المخالفات إلا إذا قضت بعقوبة الحبس أو عقوبة غرامة تتجاوز المائة دينار، أو إذا كانت العقوبة المستحقة تتجاوز الحبس خمسة أيام.

و بمعنى آخر، إن اختصاص المحكمة أوسع من اختصاص الغرفة الجزائية في نظر المخالفات، ولكنهما يتفقان في نظر الجنح، إلا أنه في الغرفة الجزائية متى تم استئناف الحكم الصادر من المحكمة، فحينئذ تنظر في النزاع، و يغير الاستئناف لا تنظر، متى صدر ممن له حق الاستئناف (م 417) و هذا الاختلاف بين المحكمة و بين الغرفة الجزائية على مستوى المجلس القضائي طبيعي، على أن أساس المحكمة هي الدرجة

(1) - بخصوص تعريف الجنحة و المخالفة، فإن الجنحة هي الجريمة التي عقوبتها الحبس ما بين شهرين إلى خمس سنوات، ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدودا أخرى، أو الغرامة التي تتجاوز 2000 دج، و هذا إعمالا للمادة 5 ق.ع و المادة 2/328 ق.إ.ج. أما المخالفات فهي تلك الجرائم التي يعاقب عليها القانون بالحبس شهرين فأقل أو بغرامة 2000 (ألفي) دينار فأقل، سواء كانت ثمة مصادرة للأشياء المضبوطة، أم لم تكن، و مهما بلغت قيمة تلك الأشياء. و هذا حسب المادة 2/328 ق.إ.ج. و يجب التنبيه إلى قيمة أن الغرامة قد تغيرت بفعل تعديل قانون العقوبات بالقانون رقم: 06-23 المؤرخ في: 20 ديسمبر 2006م. في المادة 05 منه، حيث أن الغرامة في الجنح تتجاوز 20.000 دج، أما المخالفات فالغرامة من 2000 دج (ألفي) إلى 20.000 دج.

الأولى للتقاضي، و من ثم من الطبيعي أن تنظر كل القضايا التي تعرض عليها مهما كان وصفها جنحة أم مخالفة فلها اختصاص مطلق و شامل، و لكن على البالغين فقط كما سنرى بالنسبة لقسم الأحداث.

أما الغرفة الجزائية فإنها لما كانت جهة استئناف للأحكام الصادرة من المحاكم، فإنه من الطبيعي أن يكون اختصاصها ضيقا في المخالفات حيث لا يوجد ما يدفع إلى الاستئناف في المخالفات إذا حكم مثلا بيومين، أو ثلاثة أيام، أو إذا حكم بغرامة أقل من مائة دينار، فلا فائدة من إعادة نظر الدّعى أمام الغرفة الجزائية، و أن كان الحكم مشوبا بخطأ معين فإنه يتم النقض أمام المحكمة العليا. و إذا فسبب عدم جواز استئناف المخالفات في الحالات المذكورة في المادة 2/416 ق.إ.ج هو عدم الخطورة في الحكم وعدم وجود مصلحة كافية لنظر الدّعى على درجتين، و لكن الطعن بالنقض يكون مباحا و هو الذي يفصل في صحة الحكم من عدمه من ناحية القانون.

أما الجنح، و المخالفات في الحالات المنصوص عليها في المادة 416 ق.إ.ج، فإنه من الطبيعي أن تنظرها الغرفة الجزائية متى طعن أمامها في الحكم الصادر من المحكمة، و ذلك لأن هذه الأحكام تشكل خطورة على من تضرر منها، في حال عدم نظرها على درجتين، حيث إنّ حكم المحكمة قد يخطي في الوقائع أو القانون فيأتي قرار الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي ليصحح الخطأ، سواء كان في الوقائع أو القانون، أو معا، و من ثم يتحقق وظيفة وجود قضاء على درجتين، و هو تلافي الخطأ في الحكم في الوقائع و القانون.

ب/- محكمة الأحداث:

سبق من قبل تعريف الحدث، و أنه كل شخص لم يبلغ سن الرشد الجزائي في تمام (18) الثامنة عشر، طبقا للمادة 442 ق.إ.ج، و أن العبرة في ذلك بيوم ارتكاب الجريمة، إعمالا للمادة 443 ق.إ.ج. كما سبق القول أيضا في بيان الحكمة من ذلك. و قلنا باختصار، أن محاكمة الحدث ليس الهدف منها توقيع العقوبة التي توقع عادة على البالغين، و إنما الهدف و الغاية هو معالجة جنوح و انحراف الأحداث، عن طريق إصلاحهم، و حمايتهم من الإجرام.

و نظرا لهذه الغاية النبيلة صدر الأمر التشريعي رقم: 72-38 المؤرخ في: 27 جويلية 1972م المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية⁽¹⁾، و الذي أسس في مقر كل محكمة قسما للأحداث، يختص بالنظر في الجرائم التي يرتكبها الحدث في دائرته أو خارجها، إذا كان بها محل إقامة الحدث، أو والديه، أو وصيه، أو عثر فيها على القاصر، أو أودع بها بصفة مؤقتة، أو نهائية، «و الغرض الأساسي من إنشاء هذه

(1) - الأمر التشريعي رقم: 72-38 المؤرخ في: 16 جمادى الثانية عام 1392هـ الموافق ل: 27 يوليو 1972م يتضمن تميم و تعديل الأمر رقم: 66-155 المؤرخ في: 18 صفر 1386هـ الموافق ل: 08 يوليو 1966م والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية. الجريدة الرسمية، س: 09، ع: 63، المؤرخة في: 08/08/1972م.

الأقسام هو تقريب القضاء من المتقاضين، و تسهيل معرفة طبيعة الأحداث المجرمين، و أسباب انحرافهم أو إجرامهم، و تقدير الإجراءات التي تناسبهم، و مراقبة تنفيذ الأحكام الصادرة عليهم⁽¹⁾.

و لذلك، فإنه يوجد بكل محكمة قسم خاص بالأحداث، يسمى بـ: «قسم الأحداث»، طبقاً للمادة 447 ق.إ.ج، حيث يختص بالنظر في الجرائم التي ترتكب من الحدث، و لكن كل ذلك بالشكل الآتي:

- حالة ارتكاب الحدث لجنحة أو مخالفة، و هنا يختص قسم الأحداث الموجود على مستوى كل محكمة بالنظر و الفصل في الدَّعوى العمومية، و هذا إعمالاً للمادتين 1/446 و 451 ق.إ.ج. و طبقاً فإن ما يصدر من قسم الأحداث، يتم استثنائه أمام غرفة الأحداث بالمجلس القضائي المنصوص عليه في المادة 472 ق.إ.ج، و 2/463 ق.إ.ج.

- حالة ارتكاب الحدث لجنائية، و هنا فإن القسم المختص بالدَّعوى العمومية هو الذي يوجد مقره بالمجلس القضائي، طبقاً للمادة 2/451 ق.إ.ج.

هذه هي القواعد العامة فيما يخص الاختصاص النوعي أو الموضوعي لقسم و غرفة الأحداث. و لكن يرد على هذه القاعدة العامة استثناء وحيد، و هو أن القاصر البالغ ستة عشرة (16) سنة كاملة، و الذي ارتكب أفعالاً إرهابية أو تخريبية، و المحال إلى محكمة الجنايات بقرار نهائي من غرفة الاتهام، فإنه يحاكم أمام محكمة الجنايات لا قسم الأحداث المنعقد بمقر المجلس القضائي، و هذا إعمالاً للمادة 249 ق.إ.ج، التي جاء فيها بالنص: «لمحكمة الجنايات كامل الولاية في الحكم جزائياً على الأشخاص البالغين. كما تختص بالحكم على القصر البالغين من العمر ستة عشرة (16) سنة كاملة الذين ارتكبوا أفعالاً إرهابية أو تخريبية، و المحالين إليها بقرار نهائي من غرفة الاتهام».

و بناء على هذا النص، فإنه لكي تتم و تصح محاكمة الحدث أمام محكمة الجنايات التي تحاكم البالغين 18 سنة فما فوق، لا بد من توافر ثلاثة شروط جوهرية، و هي:

- أن يكون القاصر المجرم قد بلغ من العمر 16 سنة كاملة، و العبء يوم ارتكاب الجريمة، و هذا يعني أنه إذا كان أقل من 16 سنة، فإنه يحاكم أمام قسم الأحداث الذي يوجد بمقر المجلس القضائي، طبقاً للمادة 2/451 ق.إ.ج.

- أن يأتي القاصر بأفعال إرهابية تخريبية، و هي التي وردت في قانون العقوبات في القسم الرابع مكرر من الكتاب الثالث، في المواد 87 مكرر إلى 87 مكرر 10 من القانون⁽²⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 26 فبراير 1974م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 10393. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص 253.

(2) - و قد جاء في المادة 87 مكرر ق.ع تعريف و بيان الأفعال الإرهابية أو التخريبية، حيث جاء فيها ما نصه: «يعتبر فعلاً إرهابياً أو تخريبياً، في مفهوم هذا الأمر كل فعل يستهدف أمن الدولة و الوحدة الوطنية و السلامة الترابية، و استقرار المؤسسات، و سيرها العادي عن طريق أي عمل غرضه ما يأتي:

- أن تتم محاكمة القاصر بناء على إحالة من غرفة الاتهام بقرار نهائي. و بمفهوم المخالفة لا يجوز محاكمة القاصر البالغ 16 سنة كاملة و المرتكب لأفعال إرهابية أو تخريبية إذا لم يحال على محكمة الجنايات بقرار نهائي من غرفة الاتهام.

و طبعاً هذه الشروط الهدف منها حماية القاصر، و لكن في رأينا أن هذه الحالة الاستثنائية كان يجب ألا تكون و ذلك بالنظر أن الحدث شخص قليل الوعي، بل إنه في الغالب الأعم يتصرف تصرفاً عاطفياً لا عقلانياً، بل إنه يتم استغلاله من طرف الجماعات الإرهابية، و لذلك فمحاكمته مع البالغين ظلم له و اعتداء على حق من حقوق الإنسان، إذ الحدث قاصر و لا يجوز تحميله أخطاء الكبار، زيادة على أن التعديل - و هو الأمر رقم 95-10 المؤرخ في: 25 فبراير 1995 - صدر في ظروف أمنية خطيرة، سيطر فيها الغضب على العقل و غاب فيها العقل و الحكمة و العدل جزئياً و ربما كلياً، ولذلك نرى إلغاء هذا النص بخصوص الحدث، و تطبيق القاعدة العامة.

ج/- محكمة الجنايات:

يوجد بمقر كل مجلس قضائي محكمة جنايات، و هذه المحكمة هي الجهة القضائية المختصة بالفصل بالأفعال الموصوفة بجنايات، و كذلك الجنح و المخالفات المرتبطة بها، و الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية المحالة إليها بقرار نهائي من غرفة الاتهام، و هذا تطبيقاً للمادة 248 ق.إ.ج.

و الجناية هي كل جريمة يعاقب عليها بإحدى العقوبات الآتية: الإعدام، السجن المؤبد، السجن المؤقت لمدة تتراوح بين خمس (05) سنوات و عشرين (20) سنة، و هذا إعمالاً للمادة 1/5 ق.ع. أما الجنح و المخالفات المرتبطة بها فهي حسب المادة 188 ق.إ.ج أربع حالات إذا توفرت حالة واحدة اعتبرت جرائم مرتبطة، و تعد الجرائم مرتبطة في الأحوال الآتية:

- إذا ارتكبت في وقت واحد من عدة أشخاص مجتمعين.

- إذا ارتكبت من أشخاص مختلفين، حتى و لو في أوقات متفرقة، و في أماكن مختلفة، و لكن على إثر تدبير إجرامي سابق.

-
- بث الرعب في أوساط السكان، و خلق جو انعدام الأمن من خلال الاعتداء المعنوي، أو الجسدي على الأشخاص، أو تعريض حياتهم، أو حرمتهم، أو أمنهم للخطر، أو المس بممتلكاتهم.
 - عرقلة حركة المرور، أو حرية التنقل في الطرق و التجمهر، أو الاعتصام في الساحات العمومية.
 - الاعتداء على رموز الأمة، و نبش و تدنيس القبور.
 - الاعتداء على وسائل المواصلات و النقل و الملكيات العمومية و الخاصة و الاستحواذ عليها، أو احتلالها دون مسوغ قانوني.
 - الاعتداء على المحيط، أو إدخال مادة، أو تسريبها في الجو، أو في باطن الأرض، أو إلقاءها عليها، أو في المياه، بما فيها المياه الإقليمية من شأنها جعل صحة الإنسان، أو الحيوان، أو البيئة الطبيعية في خطر.
 - عرقلة عمل السلطات العمومية، أو حرية ممارسة العبادة و الحريات العامة، و سير المؤسسات المساعدة للمرفق العام.
 - عرقلة سير المؤسسات العمومية، أو الاعتداء على حياة أعوانها، أو ممتلكاتها، أو عرقلة تطبيق القوانين و التنظيمات.»

- إذا كان الجناة قد ارتكبوا بعض هذه الجرائم للحصول على وسائل ارتكاب الجرائم الأخرى، أو تسهيل ارتكابها، أو إتمام تنفيذها، أو جعلهم في مأمن من العقاب.

- أو عندما تكون الأشياء المنتزعة، أو المختلسة، أو المتحصلة عن جنابة، أو جنحة قد أخفيت كلها أو بعضها.

و بخصوص الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية، فقد سبق ذكرها من قبل و هي الجرائم الواردة في المادة 87 مكرر ق.ع.

بيد أن هناك شرطا آخر في اختصاص محكمة الجنايات من حيث الموضوع و هو أنها لا تنظر في دعوى عمومية أو أي اتهام إلا إذا كان واردا في قرار غرفة الاتهام. و هذا ما نصت عليه المادة 248 والمادة 1/250 ق.إ.ج، هذه الأخيرة التي جاء فيها: «لا تختص محكمة الجنايات بالنظر في أي اتهام آخر غير واد في قرار غرفة الاتهام».

و بمعنى آخر، فهي تتقيد تقيدا تاما و مطلقا بالاتهام الوارد في قرار غرفة الاتهام، فإذا ما كشفت المحكمة عن جرائم أخرى فإنها لا تحكم فيها، وإنما تحيل الأمر إلى النيابة العامة، و بالضبط إلى وكيل الجمهورية لكي يطلب في الحال فتح تحقيق قضائي، طبقا للمادة 312 ق.إ.ج. فمثلا لو جرت محاكمة مجرم ارتكب جريمة قتل، بناء على قرار غرفة الاتهام، ثم تكتشف أثناء المحاكمة جريمة الاتجار بالمخدرات، فإن محكمة الجنايات تتقيد فقط بما ورد في قرار غرفة الاتهام، و هو واقعة القتل و إزهاق روح إنسان حي، أما جريمة الاتجار بالمخدرات فلا يجوز الفصل فيها، و إنما تحيل الأمر إلى وكيل الجمهور لطلب فتح تحقيق في الحال، طبقا للمادة 312 ق.إ.ج.

و الحكمة من القاعدة أن التحقيق إجباري في الجنايات (م 66 ق.إ.ج)، و أن قرار الاتهام لم يتوصل إلى معرفة الجرائم إلا بعد تحقيق ابتدائي و نهائي، و من ثم فالحكم في وقائع لم ترد في قرار غرفة الاتهام مخالف لنصوص القانون، و كذلك مخالف لقواعد العدالة التي تقضي بعدم جواز محاكمة شخص إلا بعد إجراء تحقيق معمق حول الجريمة و المجرم، ثم تأتي بعد مرحلة المحاكمة التي تمحص الأدلة و الجريمة لتصدر الحكم القضائي يكون هو عنوان الحقيقة الذي لا يقبل الشك.

و هذا ما قرره المحكمة العليا في كثير من قراراتها، منها ما جاء في أحدها ما نصه: «كما تتقيد المحكمة بالنظر في المتهمين الحاليين عليها، كفاعلين أصليين، أو شركاء، بحيث إذا ظهرت من المرافعات وقائع جديدة ضد أشخاص آخرين، تعين على النيابة العامة أن تطلب فتح تحقيق قضائي ضدهم، و لا يحق للمحكمة أن تنظر في دعواهم، و إلا تجاوزت سلطتها، و ترتب على ذلك البطلان و النقص»⁽¹⁾.

⁽¹⁾ - قرار صادر (عن غ.ج.1) يوم: 23 ديسمبر 1980م، في الطعن رقم: 23954. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 173.

و جاء في قرار آخر ما نصه: «من المبادئ الأساسية التي تقيد سلطة المحكمة في نظر الدَّعوى أن يلتزم قضاة الموضوع بالفصل في الوقائع المحالة إليهم، و أن لا يتعدوها، و إلا تجاوزوا سلطتهم، و ترتب على ذلك نقض حكمهم»⁽¹⁾.

فمحكمة الجنايات لها كامل الولاية في تغيير الوصف القانوني للجريمة «غير أنها مقيدة بالوقائع المحالة إليها، بحيث لا يسوغ لها في أية حالة من الأحوال أن تختص بنظر أي اتهام آخر، كما تنص على ذلك صراحة المادة 250 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية. و على هذا الأساس تكون محكمة الجنايات قد تجاوزت سلطتها عندما قضت بإدانة المتهم من أجل محاولة القتل العمد و الضرب العمد، و الحال أنه كان محالاً عليها من أجل الجريمة الأولى فحسب»⁽²⁾.

و لكن مع ذلك يجوز لمحكمة الجنايات أن تغير وصف الجريمة، كأن تغيره من القتل العمد مع سبق الإصرار و التردد إلى القتل دون قصد إحداثه. فلمحكمة الجنايات كل السلطة في تغيير الوصف، إنما فقط يجب أن تتقيد بالوقائع الواردة في قرار غرفة الاتهام.

و يلاحظ أيضاً أن محكمة الجنايات ليس لها أن تقرر عدم اختصاصها، و هذا إعمالاً للمادة 251 ق.إ.ج، فهي في كل الأحوال - دون استثناء - يجب أن تفصل بقرار نهائي في الموضوع، و لا يجوز لها أن تقرر عدم الاختصاص، و ذلك لأن اختصاصها شامل واسع للفصل في أية دعوى تحال إليها، سواء كان الجرم فيها من نوع الجناية أو الجنحة أو المخالفة، و لا يحق لها تقرير عدم اختصاصها. زيادة على أن قرار غرفة الاتهام هو قرار مانح للاختصاص⁽³⁾. ثم إن محكمة الجنايات تحكم في الجنايات و الجنح و المخالفات، و من يملك الكل يملك الجزء أيضاً. و هذا ما قرره المحكمة العليا في أحد قراراتها⁽⁴⁾.

ومع ذلك يجوز لمحكمة الجنايات في حالة وحيدة أن تقرر عدم الاختصاص، و هي حالة ما إذا تمت إحالة حدث بقرار نهائي من غرفة الاتهام في غير الجرائم الإرهابية أو التخريبية، بأن أحيل خطأً عليها، فهنا لمحكمة الجنايات كل السلطة و الحق أن تقرر عدم الاختصاص. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها⁽⁵⁾.

و الخلاصة أن اختصاص محكمة الجنايات النوعي يشترط فيه شرط واحد هو أن تتقيد بما ورد في قرار الاتهام سواء بالنسبة للوقائع أو للاتهام. و هذا شرط إجرائي كما هو واضح.

د- المحكمة العليا:

(1) - قراران صادران (عن غ.ج.1) الأول يوم: 09 جويلية 1974م، في الطعن رقم: 9149، و الثاني يوم: 15 أبريل 1986م، في الطعن رقم: 41818. (م.ق)، ع: 03، سنة 1989م، ص 247. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 172.

(2) - قرار صادر يوم: 15 يناير 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 37202. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص 38.

(3) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 447.

(4) - قرار صادر يوم: 27 مارس 1990م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 69013. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 31. و ج1، ص 38.

(5) - قرار صادر يوم: 30 ماي 2000م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 252537. (ا.ق)، (ع.خ)، ص 682.

تعد المحكمة العليا في النظام القضائي الجزائري هيئة قضائية دستورية إلى جانب مجلس الدولة و محكمة التنازع، حيث نص عليها الدستور في المادة 152، حيث تمثل الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية، و المحاكم.

و بناء عليه، فهي أعلى هيئة قضائية في القضاء العادي، في مقابل مجلس الدولة الذي يعد أعلى هيئة قضائية في القضاء الإداري، و يقع بينهما محكمة التنازع التي تفصل بين جهتين قضائيتين واحدة عادية و الأخرى إدارية. أي بين المحكمة العليا و مجلس الدولة.

و نظرا لأن المحكمة العليا هي أعلى قضائية على رأس القضاء العادي، فإنها ليست درجة للتقاضي، و إنما هي محكمة قانون لا وقائع، فهي «محكمة قانون و تجازي كل انتهاك له» (م 04 ق.م.ع) من طرف المجالس القضائية و المحاكم، أي أنها تحاكم الحكم أو القرار الصادر من المحاكم الأدنى درجة منها وهي المجالس القضائية و المحاكم، بحيث تراقب مدى تطبيق المحاكم و المجالس للقانون تطبيقا صحيحا، كما أنها تعمل على توحيد تفسير القانون. و من ثم فوظيفتها هو ضمان حسن تطبيق القانون، و كفالة وحدة القضاء، و هذا يتحقق عن طريق الطعن بالنقض، و كذلك ضمان حسن تطبيق العدالة، و هذا يتحقق عن طريق الطعن بالتماس إعادة النظر⁽¹⁾.

و نظرا لهذا الهدف النبيل، فإنه لا يمكن أن يضطلع بوظيفة حسن تطبيق القانون و وحدة تطبيقه، و حسن تحقيق العدالة إلا محكمة واحدة في الدولة، ذلك أن هذه الوظيفة لا تأتي إلا إذا وجدت محكمة واحدة تكفل هذه المهمة، فإذا تعددت المحاكم التي تقوم بهذه الوظيفة أمكن لكل منها أن يكون لها قضاؤها الخاص، مما ينتج عنه اختلاف الحلول القانونية في القضية الواحدة، و من ثم يتم القضاء على وحدة القضاء⁽²⁾. و إذا فلابد من محكمة عليا واحدة تقوم بهذه الوظيفة النبيلة، و لا يجوز أن تتعدد المحاكم في هذه الحالة.

و لما كانت المحكمة العليا واحدة في الجزائر، فإنها تختص في جميع النزاعات التي تطرح على القضاء، ماعدا طبعاً الإدارية، فهي تنظر في المواد الجنائية، و الجنح، و المخالفات، و المدنية، و الأحوال الشخصية و الموارث، و الاجتماعية، و البحرية، و العقارية. و لكنها تنظر فيها على أساس أنها محكمة قانون لا وقائع، و هذا كقاعدة عامة، تخضع إلى بعض الاستثناءات، و هذا ما سنفصله أكثر عند الكلام عن النظام القضائي الجزائري، إن شاء الله.

4/- الاختصاص المكاني أو المحلي: يثير موضوع الاختصاص المكاني أو المحلي عدة قضايا،

تتمثل في التعريف، والطبيعة، والقواعد، وإليك بيانها.

(1) - سرور، أحمد فتحي، النقض في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، دط، 1997م، ص 30-37. أبو عامر، محمد زكي، الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 746.

(2) - سرور، أحمد فتحي، النقض في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 30-37.

أ/- تعريف الاختصاص المكاني أو المحلي:

يعرّف أحد فقهاء القانون الاختصاص المكاني أو المحلي بأنه: «المجال الجغرافي المحدد إدارياً لكل محكمة أو وكيل نيابة أو محقق، لا يحق له العمل خارجه»⁽¹⁾.
و يعرفه البعض الآخر بأنه: «تحديد الجهاز القضائي المختص مكانياً في نظر الدّعى من بين جميع الأجهزة القضائية المتماثلة في الاختصاص، من حيث الوظيفة، و النوع، و الشخص»⁽²⁾.
كما يمكن تعريفه بأنه صلاحية المحكمة في نظر الدّعى العمومية في إطار الحدود الجغرافية المحددة لها قانوناً.

ب/- طبيعة قواعد الاختصاص المكاني أو المحلي، و ضرورتها:

و يبني على هذا التعريف أن المحكمة إذا نظرت في قضية لا توجد في اختصاصها المحلي، فإن حكمها يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، لأن قواعد الاختصاص بما فيها الاختصاص المحلي، هي من النظام العام، حيث إنّها تهدف إلى حسن سير موقف القضاء. و قد بينا كل هذا من قبل. و هذا النوع من الاختصاص هو من النظام العام⁽³⁾ تماماً مثل الاختصاص الوظيفي، والشخصي، و النوعي، حيث به تتحدد الجهة القضائية المختصة بالفصل في الدّعى العمومية. زيادة على أن مكان وقوع الجريمة يدل على خطورة المتهم الإجرامية و جراته في ارتكاب الأفعال و السلوكات الإجرامية⁽⁴⁾. فقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما عبارته: «تعتبر قواعد الاختصاص المحلي من النظام العام، لأن المشرّع راعى في تحديدها اعتبارات تتعلق بالسيادة الوطنية، و سهولة الردع، و الأثر الفعال في نفوس الأفراد»⁽⁵⁾.

و قواعد الاختصاص المحلي ضرورية مثلها مثل قواعد الاختصاص الوظيفي، و الشخصي، و النوعي، فهي كلها سواء في الأهمية، خاصة إذا علمنا أن هذه الأنواع الثلاثة الأخيرة للاختصاص غير كافية لتحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع، فهي مثلاً تحدد أن المحكمة المختصة هي محكمة الجناح، أو محكمة الجنايات، لكن هذه القواعد غير كافية لتحديد و تسمية المحكمة المختصة من بين محاكم الجناح أو محاكم الجنايات المتعددة و المنتشرة على مدى المساحة الجغرافية الإقليمية للدولة، فما هو الحل حينئذ؟

إن الحل هو في الاختصاص المحلي أو المكاني في نهاية المطاف، فبعد تطبيق جميع أنواع الاختصاصات الأخرى (الوظيفي، و الشخصي، و النوعي) يأتي الاختصاص المحلي لتسمية المحكمة والمختصة جغرافياً، و من ثم فمبدأ الاختصاص المكاني أو المحلي هو جوهرى و أساسى.

(1) - حومد، عبد الوهاب، الوسيط في الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 145.

(2) - الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 304.

(3) - قرار صادر يوم: 12 جوان 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 35917. بغدادى، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص 36.

(4) - قرار صادر يوم: 12 جوان 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 35917. بغدادى، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص 36.

(5) - قراران صادران (عن غ.ج.1)، الأول يوم: 22 أفريل 1975م، في الطعن رقم: 10132، و الثاني يوم: 12 جوان 1984م، في الطعن رقم: 35917. بغدادى، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 3، ص 287.

و يستتبع ضرورة وجود الاختصاص الإقليمي أو المحلي أو المكاني، إيجاد حدود جغرافية لكل جهة قضائية، حتى يتسنى لكل جهة قضائية ممارسة سلطتها بسلاسة طبيعية دون صعوبات أو عوائق، و هذا ما فعله المشرع حين أصدر المرسوم التنفيذي رقم: 98-63 المؤرخ في: 16 فبراير 1998م المحدد اختصاص المجالس القضائية، و كفايات تطبيق الأمر رقم: 97-11 المؤرخ في: 19 مارس 1997م و المتضمن التقسيم القضائي⁽¹⁾.

هذا بالنسبة للمحاكم والمجالس القضائية.

أما بالنسبة لمحاكم الجنايات فهو أن اختصاصها المحلي هو نفسه دائرة المجلس القضائي الذي تتواجد به، وهذا طبقا للمادة 1/252 ق.إ.ج.

ج/- قواعد الاختصاص المكاني أو المحلي:

نص المشرع الجزائري على قواعد الاختصاص المحلي في المواد 329 و 552 و 553 ق.إ.ج و كذلك المادة 252 ق.إ.ج و المادة 3/451 ق.إ.ج المتعلقة بالاختصاص الإقليمي لقسم الأحداث. وما يلاحظ أن هناك قاعدة عامة في الاختصاص المحلي، و هناك استثناءات.

و إليك بينها كالاتي:

① -/ القاعدة العامة في الاختصاص المحلي.

② -/ استثناءات من القاعدة العامة في الاختصاص المحلي.

و إليك هذه العناصر بالترتيب.

① -/ القاعدة العامة في الاختصاص المحلي:

و هذه القاعدة العامة منصوص عليها بالمادة 1/329 ق.إ.ج⁽²⁾، حيث جاء فيها: «تختص محليا بالنظر في الجنحة محكمة محل الجريمة؛ أو محل إقامة أحد المتهمين أو شركائهم؛ أو محل القبض عليهم؛ ولو كان هذا القبض قد وقع لسبب آخر».

هذا في الجنح، و أما المخالفات فتنبص المادة 4/329 ق.إ.ج على أنه: «و تختص المحكمة التي ارتكبت في نطاق دائرتها المخالفة أو المحكمة الموجودة في بلد إقامة مرتكب المخالفة بالنظر في تلك المخالفة».

و عليه، فإن الاختصاص المحلي بالنسبة للجنح و المخالفات كقاعدة عامة هو معايير ثلاثة: محل وقوع الجريمة؛ أو محل إقامة أحد المتهمين أو شركائهم؛ أو محل القبض عليهم، حتى و لو كان هذا القبض

⁽¹⁾ - المرسوم التنفيذي رقم: 98-63 المؤرخ في: 16 فبراير 1998م المحدد اختصاص المجالس القضائية، و كفايات تطبيق الأمر رقم: 97-11 المؤرخ في: 11 ذو القعدة 1417هـ، الموافق ل: 19 مارس 1997م و المتضمن التقسيم القضائي. الجريدة الرسمية، س: 34، ع: 10، المؤرخة في: 25/02/1998م.

⁽²⁾ - و تطابقها المادة 37 المتعلقة باختصاصات النيابة العامة، و المادة 40 المتعلقة بقاضي التحقيق ق.إ.ج.

قد وقع لسبب آخر، و تختص هذه الحالة الأخيرة بالجنح فقط دون المخالفات، و ذلك نظرا لأن المخالفة لا تشكل خطورة على المجتمع و على أمنه مثلما تشكله الجنحة.

و هذه المعايير الثلاثة لتحديد المحكمة المختصة إقليميا منطوية، و ذلك لأن الجريمة ترتكب في مكان معين، فتكون المحكمة المختصة إقليميا هي محكمة مكان وقوع الجريمة، و الفاعل أصليا، كان أم شريكا، محل إقامته في مكان آخر غير المكان الذي ارتكب فيه جرمته، و هنا تكون المحكمة المختصة إقليميا هي محكمة محل إقامة الفاعل الأصلي أو أحد شركائه، و إما أن يتم القبض عليه في مكان آخر، غير الذي يقيم فيه، أو الذي ارتكب فيه جرمته، فتكون المحكمة المختصة إقليميا هي محكمة محل القبض على المتهمين، حتى و لو وقع هذا القبض لسبب آخر.

و إذا هناك ثلاثة ضوابط للاختصاص المحلي أو المكاني، و هي: ضابط مكان وقوع الجريمة، ضابط محل إقامة أحد المتهمين أو أحد شركائهم، و ضابط محل القبض على المتهمين أو شركائهم. و نشير فقط إلى أن الاختصاص المحلي للمحكمة و ضوابطه، هو نفسه بالنسبة للنيابة العامة، وقاضي التحقيق، و ذلك في المادة 37 و المادة 40 ق.إ.ج على التوالي.

○- ترتيب ضوابط الاختصاص المحلي:

من خلال المادة السابقة، و هي المادة 1/329 ق.إ.ج، نجد أن المشرع لم يضع ترتيبا أو أفضلية بين هذه الضوابط الثلاثة: مكان وقوع الجريمة، محل إقامة المتهمين، و محل القبض عليهم. فهي كلها سواء لدى المشرع، و من ثم فإنه يجوز لأي محكمة أن تحرك الدعوى، و تنظر فيها بضابط من هذه الضوابط الثلاثة، لأن المشرع لم يحدد الأفضلية و الترتيب بينها، حتى يتسنى للمحكمة أو المحاكم أن تعمل بواحد فقط، و هذا ما قرره المحكمة العليا من «أن الاختصاص المحلي لنظر الجنح يتحدد طبقا للمادة 329 من قانون الإجراءات الجزائية بمكان وقوع الجريمة؛ أو بمحل إقامة المتهم؛ أو بمكان إلقاء القبض عليه، و بما أنه لا أفضلية لمكان من هذه الأمكنة على الآخر»⁽¹⁾.

و لكن هل هناك مبررات تجعل ضابطا أفضل من آخر؟

على الرغم من أن المشرع لم يذكر ترتيبا لضوابط الاختصاص المحلي، و لا أفضلية بعضها على الآخر، إلا أنه يمكن بيان و ذكر بعض المبررات التي تجعل هذه الضوابط مرتبة ترتيبا الأول فالأول فالأفضل. و ذلك كالآتي:

(1) - قرار صادر يوم: 10 ديسمبر 1981م، (عن غ.ج.2/2)، في الطعن رقم: 25405، مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص 246. بغدادي، حيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 257.

○ - الضابط الأول: ضابط مكان وقوع الجريمة:

و هذا أول و أفضل ضوابط الاختصاص المحلي، و ذلك على أساس⁽¹⁾ أن محل وقوع الجريمة هو المكان الذي شهد ولادة الجريمة، و حدوث الدُعر، و الألم و القلق و الاضطراب بين الناس. و فيها آثار الجريمة و الشهود و الأدلة. كما أنّ الناس أصبحوا يتطلّعون إلى ما يحيق بالمجرم من عقاب، و ما ينزل به من جزاء، و من ثم فإنّ محاكمته في مكان وقوع الجريمة هو أشدُّ وقعاً في قلوب و نفوس الناس، و أدعى إلى الاطمئنان و السكينة العامة، و أكثر و أبلغ عبرة و موعظة، زيادة على ذلك فإنّ مكان وقوع الجريمة هو الأسهل، حيث يتيسر جمع الأدلة و استدعاء الشهود، و إعادة تمثيل الجريمة، متى استدعى الأمر ذلك، بخلاف أماكن أخرى.

و لكن إذا كان مكان وقوع الجريمة هو أفضل الضوابط في تحديد المحكمة المختصة إقليمياً بنظر النزاع، فإن هناك بعض الصعوبات لتحديد مكان وقوع الجريمة بالنسبة لبعض الجرائم، فمثلاً القذف بواسطة رسالة، ما هو مكان وقوع الجريمة؟ هل هو مكان كتابتها؟ أم مكان إرسالها؟ أم مكان استلامها و قراءتها؟ ففي مثل هذه الحالة، القذف عن طريق إرسال رسالة، قررت المحكمة العليا أنه: «يعد مكانا لارتكاب جريمة القذف بواسطة رسالة خاصة، المكان الذي استلمت و قرئت فيه الرسالة، لا مكان إرسالها وتحريرها»⁽²⁾.

و إذن فمكان وقوع جريمة القذف بواسطة رسالة هو مكان الاستلام و القراءة، و هذا ينطبق على القذف بواسطة الصحافة، و الهاتف و الإذاعة، و بمكبرات الصوت و الانترنت. ففي كل هذه الأمثلة المحكمة المختصة هي محكمة المكان الذي سمع فيه السبب و القذف بهذه الوسائل. أما بالنسبة لجرائم إصدار صك رصيد، فإن المحكمة العليا قررت أن المحكمة المختصة إقليمياً بهذه الدعاوى هي محكمة محل إقامة صاحب الصك، أو محكمة القبض على المتهم⁽³⁾.

ونظراً لأهمية هذه المسألة فقد نصت المادة 375 مكرر، والمستحدثة بالقانون رقم: 06-23 المؤرّخ في: 20 ديسمبر 2006م المعدل و المتمم لقانون العقوبات، على أنه: «دون الإخلال بتطبيق أحكام المواد 37 و 40 و 329 من قانون الإجراءات الجزائية، تختص محكمة الوفاء بالشيك، أو محكمة مكان إقامة المستفيد من الشيك، بالبحث، و المتابعة، و التحقيق، و الحكم في الجرائم المنصوص عليها في المادتين 16 مكرر 3 و 374 من هذا القانون».

(1) - حومد، عبد الوهاب، الوسيط في الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 145. الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 207. بغدادي، مولاي ملباني، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 359.

(2) - قرار صادر يوم: 07 جوان 1983م، (عن غ.ج 1)، في الطعن رقم: 31934. (م.ق)، ع: 04، س: 1989م، ص 275. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص 41.

(3) - قرار صادر يوم: 10 ديسمبر 1981م، (عن غ.ج. 2/2)، في الطعن رقم: 25405، مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص 246. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 2، ص 257.

● -/ الضابط الثاني: ضابط محل إقامة أحد المتهمين أو أحد شركائهم:

المقصود «بمحل الإقامة»، كما جاء في المادة 329 ق.إ.ج، هو المكان الفعلي الذي اتخذه الفاعل مركزاً لتصريف أموره، و ليس الموطن القانوني، و هذا بدليل أن النص الفرنسي ذكر عبارة: [résidence]، و تعني: محل الإقامة الفعلي، بينما عبارة: الموطن القانوني يقابلها بالفرنسية: [domicile⁽¹⁾]. و هذا ما استخلصناه من المقارنة ق.إ.ج و المادة 35 ق.م بالفرنسية. و ينبغي على هذا أن الإقامة المؤقتة في فندق مثلاً، أو النزول ضيفاً عند شخص لفترة مؤقتة لا يعد سبباً للاختصاص.

و في حالة كون الشخص له عدة أماكن للإقامة، كان الاختصاص الإقليمي منعقداً لكل محكمة يوجد في إقليمها محل إقامة للمتهم، كما أن العبرة في تحديد مكان الاختصاص الإقليمي هو وقت ارتكاب الجريمة، حتى و لو انتقل المتهم بعد ذلك إلى مكان آخر غير المكان الذي أقام فيه عند ارتكاب الجريمة⁽²⁾. و هذا الضابط - محل إقامة أحد المتهمين أو أحد شركائهم - هو الثاني في أفضلية قواعد الاختصاص المحلي، و ذلك على أساس⁽³⁾ أن محل الإقامة هو الذي تسهل فيه معرفة شخصية المتهم، و على أخلاقه، و حالته الاجتماعية و الثقافية، و سوابقه، و علاقاته مع الناس. زيادة على ذلك فإنه يكون زاجراً و رادعاً عن الجريمة، حيث إن محاكمته في محل الإقامة هو زيادة ردع و زجر له ولأمثاله من المجرمين.

● -/ الضابط الثالث: ضابط محل القبض على أحد المتهمين أو أحد شركائهم:

و الضابط الثالث من حيث الأفضلية و الترتيب هو ضابط محل القبض على أحد المتهمين أو أحد شركائهم. و هذا الضابط أساسه⁽⁴⁾ فقط أن المتهم موجود في يد العدالة و قبضتها. و هذا المعيار الثالث هو معيار احتياطي المقصود به استيعاب الأحوال التي يتعدّد فيها تحديد المكان الذي وقعت فيه الجريمة، و كذلك المتهمين الذي لا تعرف لهم محل للإقامة⁽⁵⁾.

● -/ الضابط الرابع الإضافي للأحداث: ضابط المكان الذي أودع به الحدث سواء بصفة

مؤقتة أم نهائية:

و هذا الضابط هو الرابع و الأخير من ضوابط الاختصاص الإقليمي؛ و لكنه يتعلّق بالحدث فقط، و لا يتعلّق بالبالغين، و هذا ما نصت عليه المادة 3/451 ق.إ.ج بقولها: «و يكون قسم الأحداث

(1) - حومد، عبد الوهاب، الوسيط في الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 147.

(2) - حومد، عبد الوهاب، الوسيط في الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 147.

(3) - حومد، عبد الوهاب، المرجع و الصفحة نفسهما. الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 307. بغدادي، مولاي ملياني، الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 359.

(4) - الجوخدار، حسن، المرجع و الصفحة نفسهما. حومد، عبد الوهاب، المرجع و الصفحة نفسهما. أبو عامر، محمد زكي، الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 751.

(5) - أبو عامر، محمد زكي، المرجع و الصفحة نفسهما.

المختص إقليميا هو المحكمة التي ارتكبت الجريمة بدائرتها، أو التي بها محل إقامة الحدث أو والديه أو وصية، أو المحكمة التي عثر فيه على الحدث، أو المكاني الذي أودع به الحدث، سواء بصفة مؤقتة أم نهائية». و مزية هذا الضابط، مراعاة مصلحة الحدث في الإصلاح و الحماية.

و الخلاصة:

- أن الاختصاص الإقليمي للمحكمة في الجرح أو الجنائيات هو ثلاثة ضوابط، هي: مكان وقوع الجريمة، أو مكان إقامة المتهم، أو مكان القبض عليه، بناء على المادة 1/329 ق.إ.ج.
- و أن الاختصاص المحلي للجهة القضائية في المخالفات هو ضابطين: الأول مكان ارتكاب المخالفة، والثاني مكان إقامة مرتكب المخالفة (329 ق.إ.ج).
- أما بالنسبة للاختصاص المحلي لقضاء الأحداث فهو أربع ضوابط و هي نفسها ضوابط الاختصاص المحلي لمحكمة الجرح أو الجنائيات للبالغين، بالإضافة إلى ضابط رابع هو: المكان الذي أودع به الحدث بصفة دائمة أو مؤقتة بمؤسسة إصلاحية.
- و إذا، فإن أفضل الضوابط هو ضابط مكان وقوع الجريمة، ثم ضابط محل إقامة المتهم، و أخيرا ضابط مكان القبض عليه، ثم يضاف إليه ضابط المكان الذي أودع به الحدث، بالنسبة للحدث.

○/- تنازع الاختصاص المحلي:

لا يثور أي إشكال عندما تقع الأمكنة الثلاثة في إقليم جهة قضائية واحدة، إذ أنه حينئذ ينعقد الاختصاص الإقليمي لهذه الجهة دون غيرها من الجهات الأخرى. غير أن الصعوبة تثار في حالة وقوع كل مكان من الأمكنة الثلاثة المذكورة سابقا في منطقة مختلفة، و ذلك كأن تقع الجريمة في محل معين، و إقامة الفاعل في إقليم قضائي آخر، ثم يقبض عليه في إقليم ثالث، فما الحل في هذه الحالة؟، خاصة أن كل محكمة لديها ما يبرر الحق في الاختصاص في نظر الدّعى العمومية، و كذلك أنه لا أفضلية قانونا لضابط على آخر من الضوابط الثلاثة السابقة الذكر؟ صحيح أنه لا شك أن كل محكمة تختص بالدّعى العمومية من حيث الإقليم بناء على ضابط من الضوابط الثلاثة، ضابط مكان وقوع الجريمة، أو ضابط محل إقامة المتهم، أو ضابط محل القبض عليه، فتكون كل محكمة يقع في نطاقها الجغرافي مكان من الأمكنة الثلاثة السابقة مختصة إقليميا في نظر الدّعى العمومية.

و لفك هذا التنازع، فإن الأفضلية في ذلك هو بالأسبقية في رفع الدّعى، و هذا ما نصت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها، حيث جاء فيه: «إذا كان المشرّع قد حدد في الفقرة الأولى من المادة 40 إجراءات الاختصاص المحلي لقاضي التحقيق بمكان وقوع الجريمة، أو بمحل إقامة المتهم، أو بمكان القبض

عليه، إلا أنه لم يعط أفضلية لأحد الأماكن الثلاث، لذلك قضى بأنه لا أفضلية لمحقق على آخر إلا بالأسبقية في رفع الدَّعوى إليه»⁽¹⁾.

② - استثناءات من القاعدة العامة في الاختصاص المحلي:

و هذه الحالات الاستثنائية منصوص عليها بالمواد 552 و 553 ق.إ.ج و هي تتعلق بالمحبوس، فإن الاختصاص الإقليمي في نظر الدَّعوى العمومية لا يعود إلى الضوابط السابق ذكرها، وإنما يعود إلى ضابط واحد و هو مكان الحبس فقط. و ثم من لا يعمل بالضوابط الثلاثة من مكان وقوع الجريمة، و مكان إقامة المتهم، و مكان القبض عليه، و إنما يمكن الحبس فقط.

ولذا نصت المادة 552 ق.إ.ج بأنه: «إذا كان محكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية، محبوساً بمقر الجهة القضائية، التي أصدرت حكم إدانته، سواء أكان نهائياً، أم لم يكن، فإنه يكون لوكيل الجمهورية، أو لقاضي التحقيق أو للمحاكم أو المجلس، بدائرة محل الحبس الاختصاص بنظر جميع الجرائم المنسوبة إليه فيما خرج عن القواعد المنصوص عليها في المواد 37 و 40 و 329 فقرة أولى».

و بناء على هذا النص؛ فإنه يشترط لتطبيق الاختصاص الإقليمي بضابط مكان الحبس شروط هي:

- أن يكون الشخص المتهم محبوساً بناء على صدور حكم قضائي مطلقاً.

- أن يكون الحبس بمقر الجهة القضائية التي أصدرت الحكم.

- أن يتم رفع دعوى ضد المحكوم عليه.

فإذا اجتمعت هذه الشروط الثلاثة، فإن المحكمة أو النيابة العامة أو قاضي التحقيق، أو المجلس القضائي المختص هو الذي يوجد به مكان حبس المحكوم عليه.

و لكن إذا افترضنا أن المحكوم عليه المحبوس موجود في حبس آخر في غير محل الجهة التي أصدرت الحكم القضائي، و ذلك، مثلاً: أن يحكم على المتهم بالمؤبد في محكمة جنابات العاصمة، ثم ينقل بعد ذلك إلى سجن آخر خارج إقليم محكمة جنابات العاصمة، فما هو الحل في هذه الحالة؟

وجواباً عن هذا الإشكال: فإن هذه الحالة أشارت إليها المادة 553 ق.إ.ج، حيث أشارت إلى أننا هنا في هذه الحالة نكون بصدد تنازع الاختصاص، و للفصل في هذا التنازع لا بد من اتخاذ الإجراءات المتبعة في حالة تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية، و لكن بناء على طلب النيابة العامة حصراً دون غيرها من الجهات. و لذلك جاء في المادة 553 ق.إ.ج ما نصه: «إذا كان المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية محبوساً، و لم يكن ثمة مجال لتطبيق المادة 552، تعين اتخاذ الإجراءات المتبعة في حالة تنازع

(1) - قرار صادر يوم: 17 أبريل 1979م، (عن غ.ج.1)، في التنازع رقم: 18828. (م.ق)، ع: 04، س: 1989م، ص: 262. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص 41.

الاختصاص بين القضاة، و لكن بناء على طلب من النيابة العامة وحدها، بقصد إحالة الدَّعوى من الجهة القضائية المطروح أمامها النزاع إلى الجهة التي بها مكان الحبس».

و طبعاً، فإن تنازع الاختصاص في هذه الحالة يكون بين جهتين قضائيتين أو أكثر مختلفتين إما أن يكون المجلس القضائي هو الجهة المشتركة أو المحكمة العليا، فيقدم الطلب بفصل تنازع الاختصاص بحسب الحالة، إلى غرفة الاتهام بالمجلس، أو الغرفة الجنائية بالمحكمة العليا، و القرار الصادر هو محكمة مكان الحبس، بدليل أن المادة 553 ق.إ.ج جاء في آخرها ما نصه: «بقصد إحالة الدَّعوى من الجهة القضائية المطروح أمامها النزاع إلى الجهة التي بها مكان الحبس».

و الخلاصة بالنسبة للاختصاص الإقليمي أو المحلي أو المكاني، أن هناك قاعدة عامة هي اختصاص المحكمة هو ضوابط ثلاثة هي: مكان وقوع الجريمة؛ و مكان إقامة المتهم؛ و مكان القبض عليه؛ بالإضافة إلى المكان الذي أودع به الحدث فيما يخص الأحداث. و هناك حالة استثنائية تتعلق بالحبوس المحكوم عليه الذي أصدرت جهة قضائية معينة حكماً عليه، و الموجود بمحل حبس الجهة التي أصدرت الحكم، فهنا المحكمة المختصة هي محكمة مكان الحبس لا الضوابط الأخرى، و إن لم تتوفر الشروط المذكورة في المادة 553 ق.إ.ج، أصبحنا أمام تنازع الاختصاص، و هنا يتم الفصل لصالح المحكمة التي يوجد بإقليمها مكان الحبس.

و النتيجة الأخيرة فيما يتعلّق بأنواع الاختصاص أنه لا بد حتى تكون المحكمة مختصة بالفصل في النزاع اجتماع الأنواع الأربعة للاختصاص، أي أن تكون المحكمة مختصة وظيفياً، و شخصياً، و نوعياً و محلياً، كلها دون الاقتصار على نوع دون آخر.

المبحث الثاني: تجاوز السلطة:

المطلب الأول: تعريف تجاوز السلطة وموقف التشريعات منه:

أولاً: اختلاف التشريعات في الاصطلاح:

التشريعات التي تأخذ بهذا الوجه من أوجه النقض، هي الجزائر (م2/500 ق.إ.ج)، و التونسي (الفصل 1/258 م.إ.ج)، و المغربي (م2/534 ق.م.ج). في المقابل فإن تشريعات كل من مصر و سوريا و لبنان لا تأخذ به.

ويستعمل المشرّع الجزائري مصطلح: «تجاوز السلطة»، أما المشرّع التونسي فيستعمل مصطلح: «الإفراط في السلطة»، في حين يستعمل المشرّع المغربي مصطلح: «الشطط في استعمال السلطة». و العلة في هذا التخبط في الاصطلاح هو سوء الترجمة من المصطلح الفرنسي:

«L'excès de pouvoir».

والسبب في ذلك أن اللفظة الفرنسية: «Excès» تترجم إلى اللغة العربية بمعنى: تجاوز، زيادة، إفراط⁽¹⁾، إسراف، شطط⁽²⁾.

والأصح عندنا هو ترجمتها، إلى «تجاوز السلطة»، وهو ما تذكره بعض القواميس⁽³⁾. وتجاوز السلطة بالعربية يقابلها بالفرنسية أيضا مصطلح: «Abus de pouvoir»⁽⁴⁾. على أنه يلاحظ أن المشرع اللبناني، وطبقا للمادة 296/هـ من ق.أ.م.ج اصطلح عليه: «الحكم بفعل جرمي لم يتناوله قرار الاتهام، أو في حق شخص لم يتهم فيه». والواقع أن هذا الاصطلاح غريب، باعتبار أنه مجرد تطبيق فرعي أكثر منه وجها صالحا للنقض. وكان الصحيح استعمال مصطلح: «تجاوز السلطة»، لأنه أكثر دقة وشمولا واختصارا. ويوجد مصطلح قريب منه، وهو: «تجاوز حدود السلطة»⁽⁵⁾. وهو مصطلح في القانون الإداري، ومعناه: «مخالفة تتمثل في استعمال سلطة إدارية سلطاتها واختصاصاتها لهدف آخر غير الذي أهلت للقيام به»⁽⁶⁾.

وللإفادة، فإنَّ المشرع نص على جريمة «تجاوز السلطة الإدارية والقضائية لحدودها» في المواد 116 و117 و118 ق.ع. ولكن يلاحظ أن المشرع اعتبرها «جريمة خيانة» كما هو وارد في المادة 116 ق.ع، وقد كان المشرع يعتبرها جريمة «تجاوز السلطة» منذ صدور قانون العقوبات سنة 1966م إلى غاية 1975م بصدور الأمر رقم: 75-74 المؤرخ في: 17/06/1975م⁽⁷⁾.

ثانيا: تعريف تجاوز السلطة اصطلاحا:

حاول أحد الفقهاء الفرنسيين، وهو الفقيه «Waline» إعطاء تعريف لتجاوز السلطة كوجه من أوجه النقض، فقال: «تجاوز حدّ السلطة يتوفّر عندما يتصرّف القاضي في عمله القضائي ليس كقاض، بل كمشرع، أو كعضو من أعضاء السلطة الإجرائية، أو عندما يتعسف في استعمال سلطته، أو عندما ينتكّر للمبادئ الأساسية التي يتركز عليها التنظيم القضائي»⁽⁸⁾.

ومن خلال هذا التعريف، فإن تجاوز السلطة كوجه من أوجه النقض في المادة الجزائية، تندرج تحته أربعة أنواع لتجاوز السلطة، وهي:

⁽¹⁾-R. Terki, M. Cabbabé, Lexique juridique: Français-Arabe, suivi de formulaire judiciaire, ENL, Alger, 1986, P.124.

إدريس، سهيل، المنهل: قاموس عربي- فرنسي، مرجع سابق، ص500.

⁽²⁾- إدريس، سهيل، المرجع و الصفحة نفسهما.

⁽³⁾- إدريس، سهيل، المرجع و الصفحة نفسهما.

⁽⁴⁾- إدريس، سهيل، المنهل: قاموس عربي- فرنسي، مرجع سابق، ص957.

⁽⁵⁾- وبالفرنسية: «Détournement de pouvoir».

⁽⁶⁾- القرام، ابتسام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري باللغتين العربية و الفرنسية، قصر الكتاب، البلدة، دط، 1998م، ص98.

⁽⁷⁾- الجريدة الرسمية، ع: 53، س: 12، المؤرخة في: 1975/07/04م.

⁽⁸⁾Waline, La notion judiciaire d'excès de pouvoir, Thèse, Paris, 1926, P.236.

نقلا عن: الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بطريق النقض، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ط1، 1425هـ-2004م، ج2، ص17.

- تجاوز السلطة بالتكر لمبدأ الفصل بين السلطات: وذلك بأن يتعدى الحكم القضائي على اختصاصات السلطة التشريعية بإحداث جريمة والعقاب عليها، أو ظرف من الظروف المشددة، أو المخففة، أو الاعتداء على السلطة التنفيذية.

- تجاوز السلطة من خلال القيام بأعمال تعدي: كأن يتضمن الحكم إهانة للشاهد، أو الضحية، أو المتهم.

- تجاوز السلطة من خلال تقليص القاضي لسلطاته القضائية: وذلك بالامتناع بشكل سلمي عن ممارسة السلطة التي يمنحها له القانون، كامتناع قاضي الموضوع عن استعماله السلطة التقديرية التي منحها له القانون في تقدير التعويض عن الضرر أو العقوبة.

- تجاوز السلطة من خلال مخالفة قاضي الموضوع لبعض المبادئ الجوهرية للإجراءات وذلك، كمبدأ التقاضي على درجتين، ومبدأ حدود صحيفة الاستئناف، وصفة المستأنف.

وحاول بعضهم تعريف تجاوز السلطة من زاوية خرق القانون، فقال: «الشطط في استعمال السلطة في مفهومه الواسع ما هو سوى خرق للقانون بصفة عامة، فيشمل تبعاً لذلك خرق قواعد قانون المسطرة الجنائية، أو مجموعة القانون الجنائي، أو غيرها من القوانين أُنِي وجدت»⁽¹⁾.

وويذكر البعض وجود خلاف فقهي في تعريف تجاوز السلطة بين من يعرفه بأن: «معناه تدخل القاضي في أعمال السلطتين التنفيذية والتشريعية»⁽²⁾.

وبين من يرى أنّ «تجاوز السلطة أن يمنح القاضي لنفسه صلاحيات غير مقررة في القانون»⁽³⁾.

ويعرّف البعض تجاوز السلطة بأنه: «فعل ما يجب تركه، أو ترك ما يجب فعله»⁽⁴⁾.

ثالثاً: التمييز بين عدم الاختصاص وتجاوز السلطة:

من خلال ما سبق بيانه في تعريف وجهي عدم الاختصاص وتجاوز السلطة، يمكن أن نميز بينهما بالقول إنّ تجاوز السلطة يفترض فيه أن القاضي مختص أصلاً بإصدار القرار الذي يوجبه القانون، سواء بإقراره بأنه مختص أو غير مختص، إلا أنه لا يتوقف عند حدود سلطته، فيتجاوزها إما سلباً أو إيجاباً. فتجاوز السلطة لا يتعلق بكون القاضي مختص بنظر النزاع قانوناً، وإنما قد يحصل تجاوز للسلطة من طرف قاض غير مختص أصلاً، وذلك كأن يحكم القاضي بعدم اختصاصه، ويكون هذا الحكم صحيحاً، إلا أن هذا القاضي يحكم - إلى جانب الحكم بعدم اختصاصه - يحكم بتحديد الجهة القضائية المختصة بنظر النزاع. فهنا في هذه الحال يكون قد تجاوز سلطته، لأن تحديد الجهة المختصة لنظر النزاع ليس من

(1) - العلمي، عبد الواحد، شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية، مرجع سابق، ج3، ص196.

(2) - بويارة، عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص275.

(3) - بويارة، عبد الرحمن، المرجع والصفحة نفسهما. حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص1071.

(4) - أنظر: القرار الصادر يوم: 22 جويلية 2010م، (عن غ.ج/ق1)، في الطعن رقم: 679593. (م.م.ع)، ع: 02، س: 2011م، ص361.

اختصاصه، وإنما من اختصاص غرفة الاتهام، أو الغرفة الجنائية بالمحكمة العليا، طبقا للمادة 545-547ق.إ.ج.

وعليه، فإنَّ تجاوز السلطة يفترض أن الحكم الصادر من قاضي الموضوع هو مختص به، إلا أنه لم يلتزم الحدود المرسومة له قانونا فحصل تجاوزها إن سلبا أو إيجابا. أما عدم الاختصاص، فإنَّ قاضي الموضوع يكون قد خالف أصلا القانون، ومن ثم لا يفترض فيه تجاوز السلطة، بل لا سلطة له أصلا في نظر النزاع.

ويقول أحد الفقهاء: «إنَّ تجاوز حدود السلطة يدخل في موضوع الاختصاص الذي يعني به كون القاضي قد تجاوز حدود اختصاصاته المحددة له قانونا، وهذا التجاوز يترتب عنه البطلان فيما يقرره خارج حدود الاختصاص، ومن ثمة فإن كل من الوجهين يلتقيان من حيث الآثار التي هي واحدة في الحالتين غير أنهما يختلفان من حيث ترتيبهما كمسألة قانونية»⁽¹⁾. ويقول أيضا: «وعلى كل حال؛ فإنَّ مسألة تجاوز حدود السلطة هي مسألة قانونية مستمدة من أحكام الاختصاص»⁽²⁾.

وقال فقيه آخر: «وواضح أنَّ هذا العيب قريب جدا من مفهوم عدم الاختصاص»⁽³⁾. والذي نستخلصه هو أن تجاوز السلطة هو تهذيب للاختصاص وتحديد منطقتة وتخومه التي لا يجوز الخروج منها في رقعة القانون.

تجدر الإشارة أن المادة 1/233ق.إ.م.م القدم المتعلقة بأوجه الطعن بالنقض في المواد المدنية، كانت تجمع بين عدم الاختصاص وتجاوز الاختصاص في مقطع واحد، حيث وردت بصيغة: «عدم الاختصاص أو تجاوز السلطة».

وبصدور القانون رقم: 08-09 في سنة 2008م، فرق بينهما، كل في مقطع، وذلك في المادة 3/358 و4ق.إ.م.م، حيث نصت على «عدم الاختصاص»، ثم على «تجاوز السلطة» على التوالي.

ويلاحظ هنا أنَّ المحكمة العليا لا تفرق ولا تميز بين عدم الاختصاص وتجاوز السلطة، فقد وقفنا على قرار لها اعتبرت فيه عدم اختصاص محكمة عادية بمحاكمة عسكري تجاوزا للسلطة. حيث إنَّ جنديا كان يقود سيارة عسكرية وفي إطار الخدمة وقع في حادث مرور أدى إلى وفاة، فصدر ضده قرار من مجلس قضاء سطيف بستة (6) أشهر حبس مع إيقاف التنفيذ، وبغرامة مالية قدرها: 2000د.ج، من أجل ارتكابه جنحة القتل الخطأ، طبقا للمادة 288ق.ع، وبتأييد الحكم في الدعوى المدنية، فقضت المحكمة العليا بنقض وإبطال هذا القرار على أساس أن المتهم عسكري وفي إطار الخدمة، وطبقا للمادة 2/25ق.ع فإنه يجب أن يحاكم أمام المحاكم العسكرية الدائمة، ومن ثم فإنَّ مخالفة هذا المبدأ يعد تجاوزا

(1) - جروة، علي، الموسوعة في الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ج3، ص547.

(2) - جروة، علي، المرجع و الصفحة نفسهما.

(3) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص1071.

للسلطة. ولما كان قضاة المجلس قد فصلوا في الدعوى التي تخضع لاختصاص المحاكم العسكرية وفقا للقانون، فإنهم بذلك تجاوزوا سلطتهم، وعرضوا قرارهم للنقض⁽¹⁾.

والذي نعتقده أن هذا القرار جانب الصواب، ذلك أن تجاوز السلطة يفترض أن المحكمة المختصة بنظر النزاع، أما عدم الاختصاص فالمحكمة لا سلطة لها أصلا، فكيف تتجاوزها حينئذ؟ وكذلك ما نجد في أحد القرارات المتعلقة بالمادة 3 ق.إ.ج، فقد جاء في أحدها: «من المبادئ المستقر عليها القضاء الجزائري أنّ الجهة القضائية الجزائرية تكون مختصة بالنظر في الدعوى المدنية إذا كان العنصر المادي للجريمة يكون خطأ منفصلا عن الوظيفة، ويؤدي إلى عمل مسؤولية صاحبه، ولا تكون مختصة إذا كان العنصر المادي أو الفعل الإجرامي يكون خطأ أثناء الوظيفة، ومن ثم فإن القاضي الجزائري في قضية الحال الذي صرح باختصاصه في الدعوى المدنية لثبوت خطأ الوظيفة أثناء تأدية مهمتها تجاوز سلطته»⁽²⁾.

رابعا: الغاية من اعتبار «تجاوز السلطة» وجها من أوجه النقض:

تاريخيا أول ما ظهر مفهوم «تجاوز السلطة»، كوجه للنقض، كان بعد الثورة الفرنسية عام 1789م، نتيجة لإقرار مبدأ الفصل بين السلطات، وذلك بموجب المواد 10 إلى 13 من القانون المؤرخ في: 16 إلى 24/08/1970م. وكان الهدف الرئيس والأساس من إقرار الطعن بالنقض بسبب تجاوز السلطة هو وضع حد للتجاوزات التي كانت تحصل من قبل البرلمانات القديمة، وذلك عن طريق فرض رقابة على المحاكم متى تجاوزت حدود سلطتها وتعدت على السلطة المقررة للسلطة التشريعية والإجرائية⁽³⁾.

وبهذا فإن المبرر الأول لميلاد وجه النقض «تجاوز السلطة» كان مبررا سياسيا بامتياز، وليس بمبرر العدالة والإنصاف، وإن وجد فهو مبرر وأساس ثانوي يأتي في المرتبة الثانية.

والواقع أن هذا السبب يكشف عن أنّ إقرار «تجاوز السلطة» كوجه للنقض هو غير بريء، إذ تكفي معرفة أن السياسة تقف وراءه إلا وانقذح أنّ المقصود منه «نوايا غير بريئة، وأهداف سيئة».

ولكن لماذا رفض رقابة القضاء على السلطة التشريعية؟

الواقع أن المسألة تعود إلى الاستعمال السيئ والقبیح لجهاز القضاء في بداية نجاح الثورة الفرنسية 1789م، حيث إنّ المحاكم المسماة بـ«البرلمانات» كانت تصدر أحكاما قضائية بإلغاء القوانين، فأدى هذا الأمر إلى رسم صورة سيئة عن القضاء في أعين الثوار، مما حدا بهم إلى تقييد سلطات المحاكم ومنعها من التدخل في اختصاصات السلطة التشريعية، ولهذا تراجع القضاة خوفا من العقاب عن مجازفتهم في عرقلة

(1) - قرار صادر يوم: 27 مارس 1984م، (عن غ.ج. 2/3)، في الطعن رقم: 28551. (م.ق)، ع: 04، س: 1989م، ص: 328.
(2) - قرار صادر يوم: 28 فيفري 1990م، (غ.ج.م. 3/3)، في الطعن رقم: 59095. (م.ق)، ع: 03، س: 1993م، ص: 299. القرار الصادر يوم: 06 جويلية 1999م، (غ.ج.م. 2/2)، في الطعن رقم: 193469. (م.ق)، ع: 01، س: 2000م، ص: 214. قرار صادر يوم: 22 نوفمبر 2000م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 210162. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج: 1، ص: 114+208279.
(3) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ج: 2، ص: 15.

تنفيذ القوانين، والتدخل في مهام وصلاحيات السلطة التشريعية. هذا السبب هو نفسه الذي أدى إلى اعتماد النظام الدستوري الفرنسي للرقابة السياسية عوضاً عن الرقابة القضائية⁽¹⁾.

أما الغاية القانونية من إحداه «تجاوز السلطة» كوجه للنقض فهي تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات⁽²⁾، حيث لا يجوز للقضاء أن يتدخل في اختصاص وصلاحيات السلطة التشريعية، بأن يحدث جريمة ما والعقوبة لها دون أن يقرها قانون صادر من التشريعية، أو العكس بأن يبيح القضاء فعلاً مجرماً تجاوزاً لحدود النص القانوني الصادر عن البرلمان.

أما الغاية القضائية لإقرار «تجاوز السلطة»، كسبب من أسباب النقض، فهي بالأساس حسن سير العدالة عن طريق احترام مبدأ الشرعية الموضوعية (الجرائم والعقوبات)، والإجرائية، يتجلى ذلك أنه لو أبيض لكل قاض تجاوز سلطته لأدى إلى فوضى قضائية بامتياز، إذ يصبح كل قاض له حق الفصل في النزاعات دون اعتبار بمبدأ من مبادئ، بما فيه مبدأ العدالة، حيث يؤدي إلى إهداره من أجل تحقيق السلطة التي بيد القاضي، ومن ثم تتحول هذه السلطة التي كان من الواجب أن تكون عادلة ومنصفة تتحول إلى أداة للتسلط والظلم والإجحاف، والتعدي على باقي السلطات ولو كانت سلطة المحكمة العليا، فيتحول هرم النظام القضائي رأساً على عقب.

وفي هذا يقول أحد فقهاء القانون: «إنَّ المحكمة وهي تمارس صلاحياتها القضائية يجب أن تمارسها في إطار المشروعية التي تتحقق باحترامها للقانون بمفهومه العام، وهو ما يفرض عليها مراعاة أمرين:

- أولهما: احترام القانون كما هو، وتطبيقه بحسن نية وبدون تجاهل،

- وثانيهما: عدم الاستحواذ على اختصاصات سلطة أخرى غيرها، كالتشريع في مجال القانون الجنائي الذي يعود للبرلمان، أو عرقلة تطبيق نص تشريعي تحت أي مبرر كان»⁽³⁾.

ولاشك في أن تجاوز السلطة يمس بصفة مباشرة أطراف الخصومة، فإذا نص القانون على حد أدنى وحد أقصى للعقوبة فتجاوز قاضي الموضوع هذا الحد سواء الأدنى أو الأقصى، فلاشك في وجود ضرر مباشر على المحكوم عليه خاصة في تجاوز الحد الأقصى. أما إذا تجاوز الحد الأدنى ففيه ضرر.

ومن هنا، فإنَّ إقرار «تجاوز السلطة» كوجه للنقض الهدف الرئيس والغاية الأساس منه هي تعديل العدالة إذا انحرفت وتجاوزت الحدود المرسومة لها في نص القانون، ونفي الإفراط والشطط عنها لتغدو عدالة منصفة، أو ليغدو الإنصاف عادلاً.

على أن هذا الهدف الرئيس والأساس في اعتبار «تجاوز السلطة» من أوجه النقض، يمكن أن تنضم إليه بعض الأهداف والغايات كإعمال مبدأ الفصل بين السلطات، وعدم التدخل في اختصاص

(1) - بوشعير، سعيد، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط9، س 2008م، ج1، ص195.

(2) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ج2، ص15-17.

(3) - العلمي، عبد الواحد، شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية، مرجع سابق، ج3، ص197.

وصلاحيات السلطتين التشريعية والتنفيذية، ولكن ذلك لا يمكن إلا على سبيل أهداف وغايات ثانوية تبعية لا أساسية أصلية.

إنَّ اعتبار «تجاوز السلطة» كوجه للنقض، وكل الأوجه الأخرى، لا يمكن اعتبارها إلا بغاية وحيدة وأساسية وأصلية هي تحقيق سير العدالة المنصفة، لا غير، أما أية أهداف أخرى فيمكن قبولها واعتبارها ولكن كأهداف ومقاصد وغايات ثانوية تبعية، تأتي بعد تحقيق المقصد الأصلي لوجه النقض. إنَّها مركزية العدالة لا مركزية السلطة.

ومن ثم لا يمكن قبول أن يكون القضاء أداة لخدمة أهواء السياسة وتوجُّهات السياسيين المختلفة، وإلا كان منحرفا وشاذا، وأخرى أن يوصف حينها بالعدالة السياسية، لا عدالة القضاء، وقضاء العدالة. كما لا يمكن القبول على الإطلاق أن تكون المحكمة العليا، وكل محكمة مختصة بنظر النقض، أن تكون أداة ووكرا للإيديولوجيات السياسية والمشاريع الطائفية، والمطامح الفئوية والشخصية والحزبية الضيقة والمنغلقة المتطرفة الإقصائية.

خامسا: تقييم اعتبار «تجاوز السلطة» وجه من أوجه النقض:

ما يلاحظ على اعتبار «تجاوز السلطة» كوجه من أوجه النقض هو أنه تطبيق لوجه مخالفة القانون الوارد في المقطع السابع من المادة 500 ق.إ.ج. ومن ثم يمكن عدُّه من باب التكرار، وبمجرد تطبيق له. إذ أن كل أوجه النقض يمكن ردها إلى مخالفة القانون، وتجاوز السلطة هو وجه عملي وتطبيقي لهذه المخالفة⁽¹⁾. والسؤال لماذا الإبقاء عليه إذن إذا كان مندرج ضمن مخالفة القانون؟ والجواب هو أن الغرض السياسي لا يزال تأثيره موجودا إلى اليوم، وإن بدا أنه قد خف قليلا تحت وطأة الزمن، ولكنه مازال موجودا.

المطلب الثاني: تطبيقات قضائية لتجاوز السلطة:

بعد الاطلاع على قرارات المحكمة العليا، يمكن أن نذكر أمثلة تطبيقية لتجاوز السلطة الذي يعد وجهها من أوجه النقض، طبقا للمادة 2/500 ق.إ.ج.

أولا: تجاوز السلطة بالإدانة عن فعل غير مجرم:

- يعد تجاوزا للسلطة إدانة متهم بعقوبة من أجل مخالفة لا وجود لها قانونا، حيثُ إنَّه طبقا للمادة الأولى من قانون العقوبات: «لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون». وعلى هذا الأساس نقضت المحكمة العليا حكما أدان متهما بجناية التأشير على صكين مخالفا بذلك العقد المبرم بقصد المساس بمصلحة الشركة الوطنية للتبغ والكبريت مع شركة مايك، ومعاقبته بثلاث سنوات سجنا، الفعل المنصوص

⁽¹⁾ - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 1069. الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ج 2، ص 08-09.

والمعاقب عليه بالمادة 1/423 ق.ع⁽¹⁾ باعتبار أنّ هذه المادة في فقرتها الأولى وقعت ترجمتها إلى اللغة العربية من اللغة الفرنسية غير سليمة وغير صحيحة، حيث إنّ النص العربي يرد فيه: «أو صكا»، في حين أنّ النص الفرنسي وردت فيه عبارة: «ou un avenant». وهذه ترجمتها هي: «أو ملحقا»، وهذه لا يؤدي معنى كلمة «صك» الواردة في النص العربي، وهو ما يجعل كلمة «الصك» الواردة في المادة 423 الفقرة 1 ق.ع في غير محلها. والصحيح قراءة الكلمة كما وردت في النص باللغة الفرنسية وهو «الملحق»⁽²⁾.

فضلا عن أن المحكمة تجاوزت سلطتها عندما طبقت المادة 423 ق.ع التي تعاقب على إبرام العقود والصفقات وملحقاتها أو مراجعتها خلافا للتشريع الجاري به العمل، والمقصود به هو التشريع العام مثل قانون الصفقات العمومية، في حين أن الطاعن أحيل على أساس التأشير على صكين مخالفة للعقد المبرم بين الشركة الوطنية للكبريت والشركة الخاصة «مايك»، وهو عقد خاص يربط بين الطرفين، ولا يشكل مخالفته جريمة معاقب عليها في قانون العقوبات، مما يشكل بحق خطأ في تطبيق ومخالفة القانون⁽³⁾.

ثانيا: تجاوز السلطة من قبل غرفة الاتهام:

- يعد تجاوزا في استعمال السلطة أن تقضي غرفة الاتهام - وهي جهة تحقيق من الدرجة الثانية - بإبطال قرار صادر من غرفة الاستئناف الجزائية التي هي جهة حكم من الدرجة الثانية، لأن المشرع حوّل هذا الحق للمحكمة العليا وحدها، طبقا للمادة 546 ق.إ.ج⁽⁴⁾.

- ويكون متجاوزا للسلطة القرار الصادر من غرفة الاتهام بألا وجه للمتابعة على الرغم من اعتراف المتهم صراحة وفي جميع مراحل البحث القضائي بالوقائع المنسوبة إليه مع إعطاء كل التفاصيل حول كيفية قيامه بإضرام النار في بيت عمه، أضف إلى ذلك شرحه لقاضي التحقيق السبب الذي دفع به للقيام بهذا الفعل الإجرامي، وأصر على إقراره. فمثل هذا القرار متجاوز للسلطة على أساس أنه من المقرر قانونا وطبقا للمادة 212 ق.إ.ج أن صلاحية مناقشة وتقييم الأدلة يعود لجهات الحكم، فإن غرفة الاتهام التي هي جهة تحقيق بالدرجة الثانية تنحصر مهامها بالسهر على وجود أدلة إثبات، علاوة على أنها تتأكد من عدم تسرب أي بطلان في الإجراءات، فإن لم تجد دلائل كافية ضد المتهم أصدرت قرارا بألا وجه للمتابعة، وإن وجدت يرغمها القانون أن تحيل القضية إلى جهة الحكم المختصة حسب نوع الجريمة المرتكبة، ولا يسوغ لها تقييم الأدلة، ومن ثم فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد تجاوزا للسلطة⁽⁵⁾.

(1) - ألغيت المادة 423 ق.ع بالقانون رقم: 09-01 المؤرخ في: 2001/06/26 المعدل و المتمم لقانون العقوبات.

(2) - القرار الصادر يوم: 14 مارس 2000م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 238463. (م.ق)، ع: 01، س: 2001م، ص309.

(3) - القرار الصادر يوم: 14 مارس 2000م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 238463. (م.ق)، ع: 01، س: 2001م، ص309.

(4) - قرار صادر يوم: 20 فيفري 1979م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 19418. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص220. والقرار الصادر يوم: 06 فيفري

1979م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 18317. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص223. قرار صادر يوم: 15 أفريل 1986م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم:

47019. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص265.

(5) - قرار صادر يوم: 19 جانفي 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 53194. (م.ق)، ع: 04، س: 1990م، ص218.

- كما يعد تجاوزا للسلطة قيام غرفة الاتهام - التي تعد درجة تحقيق ثانية - لها صلاحية تقدير مدى كفاية الأدلة المثبتة للتهمة بالحلول محل جهات الحكم، إذ لا يجوز لها ذلك قانونا، كما يعد تجاوزا للسلطة قيام غرفة الاتهام بمنع الطاعن من رفع دعواه، وحلوا محل هيئات الحكم في تقديرها إذا كان يمكن الحكم بالبراءة لفائدة الشك أن يكون أساسا لرفع الدعوى⁽¹⁾. وكذلك إذا تناقضت الخبرات الطبية، فلا يجوز لغرفة الاتهام أن تقرر انتفاء وجه الدعوى مع الأمر بوضع المتهم بمستشفى الأمراض العقلية، إذا كان عليها ترك مسألة تقديرها لجهة الحكم⁽²⁾.

- كما يعد تجاوزا للسلطة أن تقرر غرفة الاتهام بإحالة متهم إلى محكمة الجنايات بتهمة حقق فيها قاضي التحقيق، وتهمة جديدة لم يحقق فيها قاضي التحقيق ولا حتى غرفة الاتهام، إذ أنه يجب على غرفة الاتهام مراعاة أحكام المادتين 187 و190 ق.إ.ج عندما يتعلق الأمر بتوجيه اتهامات جديدة مستخلصة من الوقائع، لم يسبق لقاضي التحقيق أن أشار إليها، أو حقق فيها، أو تناولتها أو صاف الاتهام التي أقرها، إذا كان يجب عليها إجراء تحقيقات تكميلية لكل تهمة جديدة إما من طرف أحد أعضاء غرفة الاتهام وإما قاضي التحقيق الذي تند به لهذا الغرض. ومن ثم فإنَّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون وتجاوزا للسلطة⁽³⁾.

- ويعد تجاوزا للسلطة قرار غرفة الاتهام بتوجيه اتهامات جديدة للمتهم لم يسبق لقاضي التحقيق أن أشار إليها أو حقق فيها أو تناولتها أو صاف الاتهام التي أقرها قاضي التحقيق، ولا حتى بإجراء تحقيق تكميلي، مراعاة للمادتين 187 و190 ق.إ.ج⁽⁴⁾.

- ويعد تجاوزا للسلطة سكوت غرفة الاتهام في منطوق قرارها عن جريمة معينة مع إثارتها في أسبابه، فتفصل محكمة الجنايات في هذه التهمة بعقوبة أو بالبراءة أو بالإعفاء من العقاب مؤسسة قرارها على أن التهمة وردت في أسباب قرار غرفة الاتهام. فيعد هذا تجاوزا للسلطة، باعتبار أن العبرة في الأحكام القضائية بمنطوقها لا بأسبابها، ومن ثم قرار غرفة الاتهام الذي ناقش واقعة معينة، ولم يفصل فيها في منطوقه لا يسمح لمحكمة الجنايات الفصل فيها، سواء في الدعوى العمومية، أو الدعوى المدنية، لعدم اتصال المحكمة بالواقعة محل الضرر المباحث بالتعويض عنه⁽⁵⁾.

- كما أن إحالة غرفة الاتهام إدارة الجمارك أمام المحكمة المدنية يعتبر تجاوزا لسلطاتها⁽⁶⁾. على أساس أن المادة 272 ق.ج تنص أن إدارة الجمارك لا تستطيع أن ترفع الدعوى الجمركية إلا أمام الجهات

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 22 جويلية 2010م، (عن غ.ج.ق1)، في الطعن رقم: 679593. (م.م.ع)، ع: 02، س: 2011م، ص361.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 10 أكتوبر 1995م، (عن غ.ج.ج)، في الطعن رقم: 125535. (م.ق)، ع: 02، س: 1996م، ص162.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 26 أبريل 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 58444. (م.ق)، ع: 02، س: 1993م، ص158.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 26 أبريل 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 58444. (م.ق)، ع: 02، س: 1993م، ص158.

⁽⁵⁾ - قرار صادر يوم: 29 فيفري 2000م، (عن غ.ج.ج)، في الطعن رقم: 226040. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص273.

⁽⁶⁾ - قرار صادر يوم: 14 جويلية 1996م، (غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 107805. (ن.ق)، ع: 53، س: 1998م، ص69.

القضائية الجزائرية. وقد قضت المحكمة العليا بالمبدأ الآتي: «على قضاة الاستئناف أن يفصلوا في طلبات إدارة الجمارك حتى ولو قدمت لأول مرة أمام المجلس، وذلك لعدم الحكم فيها من طرف القاضي الأول. وعليه فإنَّ القضاء برفض الدعوى الجبائية باعتبارها طلبات جديدة بعد التصريح بحفظ حقوق إدارة الجمارك يعد خرقاً للقانون»⁽¹⁾. وقالت أيضاً: «من الثابت أن السهو عن المباحثة بالمصادرة من طرف إدارة الجمارك أمام المحكمة، وعدم استئناف هذا الحكم، فإنه إعمالاً للقواعد العامة فإن القانون يحول لها المباحثة بالمصادرة أمام آخر جهة قضائية فصلت في القضية، فيعود الاختصاص عندئذ للنظر في الموضوع الطلب إلى المجلس رغم أن ق.ج. لم ينص على هذه الحالة»⁽²⁾.

- كما يعد تجاوزاً للسلطة حلول غرفة الاتهام محل الطرف المتضرر في مباشرة متابعات قضائية⁽³⁾.
- أن تحيل غرفة الاتهام متهما إلى محكمة الجنايات بتهمة محاولة القتل العمد وحمل السلاح بدون رخصة، فتقضي هذه الأخيرة بحكم حضوري بنفي جريمة محاولة القتل العمد، وتدين المتهم بحمل السلاح بدون رخصة، وتسكت عن رد السلاح لا بالحجز ولا بالرد. فيرفع الطاعن (والد المتهم) عريضة إلى غرفة الاتهام مطالبا باسترداد المطلبية، فتقرر غرفة الاتهام برفض الطلب وتحكم بحجز المطلبية مستندة إلى المادة 3/263 ق.ع.⁽⁴⁾.

فيرفع الطاعن (والد المتهم) طعنا بالنقض أمام المحكمة العليا في هذا القرار، على أساس أن المطلبية ليست للمتهم المحكوم عليه وإنما هي للغير (والد المتهم)، ثم إن المادة 3/263 ق.ع لا تنطبق عليه. فتقضي المحكمة العليا بأنه: «يتبين من مراجعة الحكم الصادر في الدعوى الجنائية أن المحكمة نفت عن المتهم ارتكاب جريمة محاولة القتال العمد، ومن ثم فلاحق لغرفة الاتهام أن تحجز المطلبية بحجة أنها استعملت في جريمة محاولة القتل العمد، بل كان عليها في هذه الحالة إما أن تأمر برد المطلبية أو ترفض الطلب. حيث إنَّ قضاة غرفة الاتهام هذا يتناقض من جهة مع الحكم الصادر في الدعوى الجنائية كما أنه يعد من جهة أخرى تجاوزاً في استعمال السلطة الأمر الذي يستوجب نقض قرارها»⁽⁵⁾.

أما المبدأ المستخلص فهو: «إن المحكمة نفت عن المتهم ارتكاب جريمة محاولة القتل العمد، ومن ثم فلا حق لغرفة الاتهام أن تحجز المطلبية بحجة أنها استعملت في جريمة محاولة القتل العمد، بل كان عليها في هذه الحالة إما أن تأمر برد المطلبية أو ترفض الطلب لهذا ينقض قرار غرفة الاتهام»⁽⁶⁾.

وواضح هنا أن غرفة الاتهام تجاوزت سلطتها بأن قررت مصادرة السلاح وهذا لا يجوز لها.

(1) - قرار صادر يوم: 25 جوان 2001م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 245606. (إ.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج: 2، ص: 267.

(2) - قرار صادر يوم: 27 مارس 2000م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 217751. (إ.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج: 2، ص: 306.

(3) - قرار صادر يوم: 21 ديسمبر 1999م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 227350. (م.ق)، ع: 01. س: 2001م، ص: 297.

(4) - نص المادة 3/263 ق.ع على أنه: «وفي جميع الحالات المنصوص عليها في هذه الفقرة يجب القضاء بمصادرة الأسلحة والأشياء والألات التي استعملت في ارتكاب الجريمة الجنائية مع حفظ حقوق الغير حسن».

(5) - قرار صادر يوم: 02 جوان 1981م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 25195. (ن.ق)، (ع.خ)، س: 1982م، ص: 216.

(6) - القرار نفسه.

- إنَّ المصادرة هي عقوبة تكميلية، يخوّل القانون الحق في تسليطها لجهة الحكم فقط، وبالتالي رفض غرفة الاتهام لطلب المصادرة، المقدم من طرف النائب العام، يعتبر تطبيق سليماً لأحكام المادة 316 ق.إ.ج⁽¹⁾. ومن ثم إذا حكمت غرفة الاتهام بالمصادرة، فإنَّها تكون قد تجاوزت سلطتها.

ثالثاً: تجاوز السلطة من قبل الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي:

- يعد تجاوزاً للسلطة كذلك أن تقضي المحكمة الابتدائية على المتهم بالحبس لمدة ثمانية أشهر من أجل هتك عرض قاصرة بدون عنف، فيستأنف المتهم وحده دون النيابة العامة هذا الحكم أمام الغرفة الجزائية، فتقضي هذه الأخيرة بعدم الاختصاص مع إلغاء الحكم المستأنف، لأن الأفعال المسندة إلى المتهم تكون حسب رأيها جنائية هتك عرض قاصرة بالعنف، الجريمة المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 335 ق.ع. فيكون قرار الغرفة الجزائية قد تجاوز السلطة باعتبار أن المتهم استأنف لوحده دون النيابة العامة، والمادة 1/433 ق.إ.ج تنص على عدم جواز الإضرار بالطاعن بطعنه، وأنه لا يجوز للغرفة الجزائية إذا كان الاستئناف مرفوعاً من المتهم وحده أن يسيء حالته، وإذا تبين لها أن الأفعال تكون جنائية، وليس جنحة كما كيفها حكم محكمة الجناح فعليها أن تصحح الوصف القانوني للأفعال مع احترامها لهذه القاعدة بأن لا تنطق بعقوبة أشد وبأن لا تقضي بعدم اختصاصها، ومتى خالف ذلك استوجب إبطال قرارها لتجاوز الاختصاص طبقاً للمادتين 1/433 و 2/500 ق.إ.ج⁽²⁾.

- إذا كان مؤدى نص المادة 350 ق.ع، هو أن جنحة السرقة يعاقب عليها من ستة (6) أشهر على الأقل إلى خمس (5) سنوات على الأكثر، مع إمكانية الحكم بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 ق.ع، والمنع من الإقامة لمدة سنة (1) على الأقل وخمس (5) سنوات على الأكثر، فإن الحكم الذي يتجاوز الحد الأقصى المقرر قانوناً لهذه العقوبات يعد خطأ في تطبيق القانون وتجاوزاً في استعمال السلطة. فإذا كان من الثابت أن محكمة الجناح قضت بعقوبة ثمانية (8) أعوام حبساً منفذة على أشخاص محالين أمامها من أجل تهمة السرقة كما قضت بعقوبة الإبعاد، فإن المحكمة أخطأت بتجاوز الحد الأقصى لعقوبة الحبس دون تبرير فيما إذا كان هؤلاء من العائدين للإجرام. وإذا كان أحد المتهمين فقط استأنف وحده الحكم، وأيد المجلس القضائي عقوبة الحبس مع إضافة ألف دينار جزائري، فإنه أخطأ بدوره في تطبيق القانون بتجاوز الحد الأقصى المقرر قانوناً لهذه العقوبة، يكون النعي المؤسس على هذا الوجه سديداً وفي محله⁽³⁾.

- كما يعد تجاوزاً للسلطة قبول الغرفة الجزائية بالمجلس استئناف المدعي المدني على الرغم من أنه طالب لأول مرة على مستوى الاستئناف بالتعويضات المدنية، إذا كان من الواجب على جهة الاستئناف

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 01 ديسمبر 2004م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 356964. (ن.ق)، ع: 57، س: 2004م، ص266.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 15 ماي 1979م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 20123. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص241.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 15 أبريل 1986م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 42200. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص257.

التصريح بعدم قبول استئناف المدعي المدني لأنه طلب جديد لا يجوز قبوله، وإلا تجاوز السلطة طبقا للمادة 433ق.إ.ج⁽¹⁾. وكذلك تعويض الطرف المدني دون أن يقع استئناف الدعوى المدنية منهم خاصة أن المستأنف هو النيابة العامة لوحدها، إذ كان على المجلس أن يفصل في الدعوى العمومية و فقط دون الدعوى المدنية وإلا كان متجاوزا لسلطته⁽²⁾. أو أن يستأنف المتهم وحده في الدعوى العمومية، فتقضي الغرفة الجزائية بالمجلس بالإدانة مع رفع العقوبة المحكوم بها من طرف المحكمة من ستة أشهر إلى ثمانية أشهر حبسا، فهذا لا يجوز للمادة 1/433ق.إ.ج⁽³⁾. أو الحكم برفع العقوبة بالحبس من السنة حبسا وغرامة صدرها 30.000د.ج إلى سنتين حبسا وغرامة: 93.000د.ج مع وقف التنفيذ، فهذا لا يجوز ولو مع إيقاف التنفيذ طالما تم تجاوز السلطة⁽⁴⁾.

ويلاحظ أننا وقفنا على قرار يقرر هذا المبدأ المتعلق بالمادة 1/433ق.إ.ج بعدم الإضرار إلى الطاعن المتهم بطعنه متى طعن وحده، في الدعوى العمومية، أو في الدعوى المدنية. حيث إنَّ متهمها حكمت عليه محكمة الدرجة الأولى بشهر حبس مع وقف التنفيذ، فطعن بالاستئناف لوحده دون النيابة العامة، فقررت الغرفة الجزائية بتأييد الحكم مع تعديله بإلغاء وقف التنفيذ، فقضت المحكمة العليا بنقض وإبطال القرار لمخالفة القانون طبقا للمادتين 1/433 و 8/500ق.إ.ج⁽⁵⁾. دون الإشارة إلى تجاوز السلطة طبقا للمادة 2/500ق.إ.ج.

- ويعد كذلك تجاوزا للسلطة أن يقع استئناف الدعوى العمومية وحدها من طرف النيابة العامة والمتهم دون الدعوى الجمركية، فتقضي الغرفة الجزائية بالفصل في الدعوى العمومية والدعوى الجمركية، فيعد هذا تجاوزا للسلطة، لأنه من المقرر قانونا طبقا للمادتين 428 و 433ق.إ.ج أن تحوّل القضية إلى المجلس في الحدود التي تعينها صحيفة الاستئناف، وما تقضيه صفة المستأنف، كما أنه لا يجوز للمجلس أن يسيء حالة المستأنف⁽⁶⁾. وكذلك الأمر بالنسبة للمدعي المدني إذا استأنف الحكم وحده، فقضت الغرفة الجزائية بالإضرار به أو بالفصل في الدعوى العمومية دون أن يطعن فيها لا المتهم ولا النيابة العامة، فكل ذلك يعد تجاوزا للسلطة⁽⁷⁾.

- وكذلك إذا أيد قرار الغرفة الجزائية بالمجلس الحكم المستأنف القاضي بعقوبة ستة أشهر حبسا ضد الطاعن، على الرغم من أن الغرفة الجزائية أعادت تكييف الوقائع فيما يتعلق بجنحة تحطيم ملك الغير، المنوه

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 22 ماي 1990م، (غ.ج.م/ق2)، في الطعن رقم: 57533. (م.ق)، ع: 03، س: 1991م، ص255. القرار الصادر يوم: 16 ديسمبر 1984م، (عن غ.ج.2/ق1)، في الطعن رقم: 40760. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص295.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 03 أبريل 1984م، (عن غ.ج.2/ق1)، في الطعن رقم: 27580. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص294.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 08 نوفمبر 1988م، (عن غ.ج.2/ق1)، في الطعن رقم: 53835. (م.ق)، ع: 02، س: 1990م، ص276.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 09 جوان 1987م، (عن غ.ج.2/ق2)، في الطعن رقم: 43674. (م.ق)، ع: 03، س: 1992م، ص214.

⁽⁵⁾ - قرار صادر يوم: 16 أكتوبر 1984م، (عن غ.ج.2/ق1)، في الطعن رقم: 30459. (م.ق)، ع: 01، س: 1990م، ص290. قرار صادر يوم: 15 مارس 1988م، (عن غ.ج.2/ق1). (م.ق)، ع: 4، س: 1991م، ص277.

⁽⁶⁾ - قرار صادر يوم: 28 سبتمبر 1997م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 144063. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج2، ص238.

⁽⁷⁾ - قرار صادر يوم: 22 ماي 1984م، (عن غ.ج.2/ق3)، في الطعن رقم: 29574. (م.ق)، ع: 04، س: 1989م، ص331.

والمعاقب عليها بالمادة 407ق.ع إلى مخالفة الإضرار بممتلكات الغير، المنوه والمعاقب عليها بالمادة 450ق.ع، ولذلك فإن أقصى عقوبة بعد إعادة التكييف تكون ثلاثة أشهر حبسا، وهي أقل من تلك التي أدين بها الطاعن. وكان بإمكان الغرفة الجزائية الإبقاء على عقوبة ستة أشهر لو أنهم لم يتعرضوا إلى إعادة تكييف وقائع جنحة تحطيم ملك الغير إلى المخالفة المشار إليها أعلاه، ومادام كذلك. فإن الإبقاء على هذه العقوبة يعد تجاوزا للحد الأقصى المقرر قانونا للعقوبة⁽¹⁾.

- ومن صور تجاوز السلطة كذلك أن تمنح المحكمة تعويضا مدنيا يفوق طلب المدعي المدني، وعلى هذا الأساس قضت المحكمة العليا بوجوب نقض القرار الذي رفع مبلغ التعويضات المدنية المحكوم بها في الدعوى الأولى من 8000د.ج إلى 20000د.ج، في حين أن المدعي بالحق المدني قد طلب أمام القاضي الأول 10.000د.ج وفي الاستئناف 12.000د.ج، دون أن يبرر الضرر اللاحق به منذ صدور الحكم الأول، حيث إنّه لا يجوز طبقا للمادة 4/433ق.إزج، للمدعي المدني في دعوى الاستئناف أن يقدم طلبا جديدا، ولكن له أن يطلب زيادة التعويضات المدنية بالنسبة للضرر الذي لحق به منذ صدور حكم محكمة الدرجة الأولى⁽²⁾.

رابعا: تجاوز السلطة من قبل محكمة الجنايات:

- كما يعد تجاوزا للسلطة أن تحكم محكمة الجنايات بتأجيل القضية إلى دورة أخرى، وتأمّر بإجراء تحقيق تكميلي لفحص المتهم نفسيا، وتكلف بدل أحد أعضائها النيابة العامة للقيام بهذا الإجراء، ولم تفعل هذه الأخيرة بالتحقيق التكميلي إلى أن جدولت القضية من جديد في دورة أخرى، ثم إنّ المحكمة أيضا قامت بتأجيل القضية مرة أخرى، وبإحالة ملف الدعوى على النيابة العامة لتقوم بالتنفيذ، فكل هذا يعد تجاوزا للسلطة على أساس أنّ المادة 276ق.إ.ج تنص على أنه: «يجوز لرئيس محكمة الجنايات إذا ما رأى أن التحقيق غير كاف أن يأمر باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق، ويجوز له أن يفوض لإجراء ذلك أي قاض من أعضاء المحكمة»، وبناء عليه فإنّ الحكم بخلاف ذلك يعد تجاوزا في السلطة، ومخالفا للقانون⁽³⁾.

- وكذلك يعد تجاوزا في استعمال السلطة إضافة محكمة الجنايات تمّ أخرى غير واردة في منطوق قرار الإحالة لغرفة الاتهام، فإذا أحيل متهم بقرار من غرفة الاتهام إلى محكمة الجنايات بتهمة الانحراف في جماعة إرهابية غرضها المساس بأمن الدولة، فتطرح محكمة الجنايات ثلاثة أسئلة الأول والثاني منها لا يشكلان وصفا قانونيا بينما الثالث، ويتعلّق بالجريمة المنصوص عليها بالمادة 87 مكرر 1/3ق.ع التي تتعلق بإنشاء تنظيم إرهابي، غير متابع به المتهم، حيث لا وجود له أصلا في قرار الإحالة، وبهذا تكون

(1) - قرار صادر يوم: 21 جانفي 1986م، (عن غ.ج. 2/1ق)، في الطعن رقم: 35213. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص: 266.

(2) - قرار صادر يوم: 09 نوفمبر 1982م، (عن غ.ج. 2/1ق)، في الطعن رقم: 23891. (ن.ق)، ع: 02، س: 1983م، ص: 91.

(3) - قرار صادر يوم: 15 جانفي 1985م، (عن غ.ج. 1)، في الطعن رقم: 41595. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص: 235.

محكمة الجنايات حين طرحت سؤالاً حولها قد تجاوزت سلطتها ومخالفة في تطبيق القانون. وهنا قررت المحكمة العليا المبدأ الآتي: «تتقيد المحكمة بالتهمة الواردة في منطوق قرار الإحالة لغرفة الاتهام ولا تضيف تهماً أخرى إلا إذا تعلق الأمر بإعادة الوصف، أو تعديل التهمة، وكل ما زاد عن ذلك يعتبر تجاوزاً لسلطة المحكمة يترتب عنه البطلان»⁽¹⁾.

- وكذلك يعد تجاوزاً للسلطة الحكم بمجاوزة الحد الأقصى للعقوبة، فإذا كان من المقرر قانوناً أن كل من يستعمل بصفة غير شرعية إحدى المواد أو النباتات المصنفة على أنها مخدرة، يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة واحدة، وبغرامة مالية تتراوح بين 500 د.ج و 5000 د.ج، أو بإحدى هاتين العقوبتين، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون وتجاوزاً للسلطة، ولما كانت محكمة الجنايات قضت على المتهم بستين حبس من أجل جريمة استهلاك المخدرات، فإنها تكون بقضائها هذا قد تجاوزت سلطتها وخالفت القانون⁽²⁾.

- والأمر ذاته يرد هنا أيضاً، فإذا أحيل متهم إلى محكمة الجنايات من أجل تهمة القتل البسيط طبقاً لمقتضيات المادتين 254 و 263 ق.ع فتحكم محكمة الجنايات بعقوبة الإعدام، والصحيح الحكم عليه بالسجن المؤبد طبقاً للفقرة الثانية من المادة 263 ق.ع. ولذا قضت المحكمة العليا بالمبدأ الآتي: «إن القضاء بأكثر من العقوبات المقررة قانوناً يشكل تجاوزاً للسلطة المحكمة، والحكم المطعون فيه الذي أدان المتهم بتهمة القتل العمدي وحكم عليه بالإعدام دون أي ظرف تشديد يكون قد خالف القانون لكون الحد الأقصى للعقوبة هو السجن المؤبد»⁽³⁾.

ويعد كذلك تجاوزاً للسلطة الحكم بعقوبة الإعدام من طرف محكمة الجنايات على متهم أحيل إليها بتهمة الانتماء إلى جماعة إرهابية مسلحة واستعمال سلاح ناربي محظور، تأسيساً على المواد 87 مكرر 1 و 87 مكرر 3 فقرة 2 و 87 مكرر 7 ق.ع. حيث إن هذه المواد سند الإدانة تعاقبان بالسجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة، ومن ثم فإن محكمة الجنايات لما أصدرت عقوبة الإعدام تكون أخطأت في تطبيق القانون وتجاوزت سلطتها⁽⁴⁾.

كما يعد تجاوزاً للسلطة قيام المحكمة الجنائية بالجمع بين الوصف الخاطيء للواقعة الواردة بقرار الإحالة وتصحيحه بوصف آخر ضمن نفس السؤال، ذلك أنه إذا كان يجوز لها إتمام أركان واقعة واردة في قرار الإحالة، فإنه لا يجوز لها أن تضيف تهماً أخرى لم ترد به، ما عدا حالة إعادة الوصف، وفقاً للمادة 306 ق.إ.ج، وأنها لما طرحت سؤالها بالصيغة المشار إليها أعلاه قد تجاوزت سلطتها، وكان عليها إن رأت بأن

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 29 فيفري 2000م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 240262. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص 469.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 22 جانفي 1991م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 84236. (م.ق)، ع: 04، س: 1993م، ص 240.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 24 مارس 1998م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 192209. (م.ق)، ع: 02، س: 2000م، ص 191.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 24 جوان 2003م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 313628. (م.ق)، ع: 01، س: 2003م، ص 429.

الوصف الوارد في قرار الإحالة لا أساس له في القانون أن تطرح سؤالاً احتياطياً، لكن أن تجمع بين الوصف الخاطئ لقرار الإحالة وتصحيحه بوصف آخر في نفس السؤال فإن ذلك يشكل تجاوزاً لسلطتها من جهة، وتعقيداً للسؤال من جهة ثانية⁽¹⁾.

خامساً: تجاوز السلطة من قبل المحكمة العسكرية:

- ويعتبر تجاوزاً للسلطة أن تحكم المحكمة العسكرية بإدانة الطاعن بجنحة الجرح الغير العمدي المنصوص والمعاقب عليه بالمادة 289 ق.ع، والحال أن أمر قاضي التحقيق لا يتضمن هذه الجريمة، وإنما يقتصر على إحالة الطاعن من أجل ارتكابه مخالفة الجرح الخطأ على مجموعة من الضحايا الفعل المنصوص والمعاقب عليه بالمادة 442 ق.ع، فضلاً عن ذلك أنه لا يتبين من أوراق الملف أن إحدى الضحايا الخمس قد أصيبت بعجز عن العمل يزيد على ثلاثة أشهر. وحيث إنّه متى كان كذلك فإن المحكمة قد تجاوزت سلطتها وخرقت القانون، إذ أن تكييف الوقائع ينبغي أن يستمد من حقيقة الوقائع المطروحة أمام قضاة الموضوع، والقضاء بخلاف هذا المبدأ يعد تجاوزاً في السلطة وخرقاً للقانون⁽²⁾.

سادساً: تجاوز السلطة من قبل غرفة الأحداث بالمجلس القضائي:

- ويعد كذلك تجاوزاً للسلطة أن تقضي غرفة الأحداث بالمجلس القضائي ببراءة المتهم على الرغم من أن الاستئناف وقع رفعه من طرف المدعي المدني لوحده، وهذا مخالف للمادة 4/433 ق.إ.ج التي تقضي أنه إذا كان الاستئناف مرفوعاً من المدعي المدني وحده أن لا يعدل الحكم على وجه يسيء إليه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد تجاوزاً في السلطة⁽³⁾.

سابعاً: من تجاوز السلطة عدم تقييد محكمة الموضوع بحدود الدعوى المحالة إليها بعد النقض:

ومن صور تجاوز السلطة عدم تقييد محكمة الموضوع بحدود الدعوى المحالة إليها من المحكمة العليا بعد النقض، فإذا قضت المحكمة العليا بنقض قرار معين وأحالته إلى الجهة القضائية المختصة في حدود معينة بأن لا يشمل الدعوى العمومية، أو لا يشمل الدعوى المدنية، أو يشمل بعض الأطراف دون البعض، فإن على الجهة القضائية المحالة إليها هذه الدعوى أن تلتزم هذه الحدود وتتقيد بنطاقها المرسوم لها في قرار المحكمة العليا، سواء من حيث موضوع الدعوى، أو من حيث أطرافها، وإلا كان تجاوزاً للسلطة ومما يستوجب نقضه وإبطاله. وقد قررت المحكمة العليا المبدأ الآتي: «يتعين على المحكمة التي أحيلت عليها الدعوى بعد النقض أن تتقيد بالنظر في الدعوى فيما يخص المتهمين الذين نقض الحكم بشأنهم فقط.

(1) - قرار صادر يوم: 24 جوان 2003م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 320583. (م.ق)، ع: 01، س: 2003م، ص440.

(2) - قرار صادر يوم: 15 أبريل 1986م، (عن غ.ج.2)، في الطعن رقم: 41818. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص247.

(3) - قرار صادر يوم: 22 جانفي 1991م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 85056. (م.ق)، ع: 01، س: 1993م، ص185.

ومادام الحكم المطعون فيه قد أدان المتهمه سبق الحكم عليها وصار الحكم بالنسبة لها باتا لعدم الطعن فيه فإن إدانتها من جديد تشكل تجاوزا لسلطة المحكمة»⁽¹⁾.

ثامنا: ما لا يعد تجاوزا للسلطة:

- «إنَّ إغفال قرار الإحالة لركن من أركان الجريمة، ووضع سؤال يتضمن كافة أركان هذه الجريمة، لا يشكل تجاوزا لسلطة المحكمة»⁽²⁾. فإذا أحيل متهم إلى محكمة الجنايات بتهمة الخطف على شخص الضحية مع تعذيبها، وفقا للمادتين 293 و294 ق.ع، ولم يرد في قرار الإحالة ركن العنف والتهديد والغش، وطرحت محكمة الجنايات سؤالا عن واقعة الخطف وأجابت عنه بالإيجاب، ثم سؤالا عن وسيلة الخطف، والتي أغفلها قرار الإحالة، وهي العنف أو التهديد أو الغش، وأجابت عنه بالإيجاب، فإن هذه الإضافة لا تعد إضافة تهمه جديدة، وإنما بهذا تكون محكمة الجنايات قد أضافت وصححت خطأ ورد في منطوق قرار الإحالة كان من الواجب تصحيحه، وهو إغفال ذكر هذه الوسيلة يكون السؤال ناقصا، علما أن المادة القانونية سند المتابعة تشير إليها المادة 293 مكرر ق.ع مما يجعل السؤال المطروح في هذا الصدد سليما⁽³⁾.

- لا يعد تجاوزا للسلطة تعديل الوصف القانوني للجريمة أو تعديل التهمة⁽⁴⁾.

- ولا يعد تجاوزا للسلطة القرار الصادر من الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي الذي يقضي بتأييد الحكم أو إلغائه كليا أو جزئيا لصالح المتهم أو لغير صالحه متى طعنت النيابة العامة لوحدها دون المتهم⁽⁵⁾.

- ولا يعد تجاوزا للسلطة قرار الغرفة الجزائية الذي شدد العقوبة على المتهم عندما طعنت إدارة الجمارك في الدعوى الجبائية لوحدها دون المتهم⁽⁶⁾. وهذا إعمالا للمادة 433 ق.إ.ج.

- لا يعد تجاوزا للسلطة تصحيح محكمة الجنايات لرقم المادة الوارد في قرار الإحالة، فإذا أحالت غرفة الاتهام متهما إلى محكمة الجنايات ليحاكم وفقا للمادتين 254 و261 ق.ع من أجل تهمه القتل العمدي، فصححت محكمة الجنايات الخطأ وأشارت إلى نص القانون الواجب التطبيق وهو المادة 3/263 ق.ع فإن ذلك لا يعد تجاوزا للسلطة ولا مخالفة للقانون طالما أنه لا يؤثر على سلامة الحكم بأن لم يقع تعديل في التهمة، أو التغيير في الوصف وأن السؤال طرح وفقا للواقعة الواردة بمنطوق قرار الإحالة⁽⁷⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 30 ماي 2000م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 233184. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص465.

(2) - قرار صادر يوم: 27 فيفري 2001م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 261701. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص537. قرار صادر يوم: 24 جوان 2003م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 320583. (م.ق)، ع: 01، س: 2003م، ص440.

(3) - قرار صادر يوم: 27 فيفري 2001م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 261701. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص537.

(4) - قرار صادر يوم: 29 فيفري 2000م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 240262. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص469.

(5) - قرار صادر يوم: 02 جانفي 1990م، (عن غ.ج. 3/2)، في الطعن رقم: 59393. (م.ق)، ع: 03، س: 295. القرار الصادر يوم: 30 سبتمبر 2010م، (غ.ج. 3/م.ق)، في الطعن رقم: 525452. (م.م.ع)، ع: 02، س: 2011م، ص338.

(6) - قرار صادر يوم: 03 جانفي 1993م، (غ.ج. 3/م.ق)، في الطعن رقم: 85084. (م.ق)، ع: 03، س: 1994م، ص262.

(7) - قرار صادر يوم: 24 جويلية 2001م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 270923. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص185.

المبحث الثالث: مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات:

يتمثل الوجه الثالث للنقض طبقا للمادة 3/500 ق.إ.ج. في: «مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات»⁽¹⁾.

ويصطلح عليه المشرع المغربي في المادة 1/534 ق.م.ج. ب: «خرق الإجراءات الجوهرية للمسطرة». مع العلم أنّ عبارة: «Violation» تترجم إلى العربية إلى: مخالفة، تعد، خرق، نقض، انتهاك⁽²⁾. أما المشرع اللبناني فيصطلح عليه طبقا للمادة 296/د من ق.أ.م.ج. ب: «إغفال الأصول المفروضة تحت طائلة الإبطال أو الإخلال بالقواعد الجوهرية في المحاكمة».

أما المشرعان المصري والسوري فيصطلحان عليه، طبقا للمادة 30 ق.ح.إ.ط.ن. والمادة 342 ق.أ.م.ج. على التوالي، ب: «إذا وقع في الإجراءات بطلان أثر في الحكم».

وبهذا فإن كل التشريعات المعتمدة في الدراسة تأخذ بهذا الوجه من الطعن بالنقض، ويستثنى فقط التشريع التونسي، حيث لا يأخذ به، وإن كان يندرج تحت وجه «خرق القانون أو الخطأ في تطبيقه». المنصوص عليه بالفصل 1/258 م.إ.ج.

وللوقوف على حقيقة هذا الوجه للنقض، فإننا نتناوله في فرعين كالتالي:

المطلب الأول: المفهوم النظري للقواعد الجوهرية في الإجراءات الجزائية.

الفرع الثاني: تطبيقات قضائية لمخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات.

وإليك بيان هذه العناصر.

المطلب الأول: المفهوم النظري للقواعد الجوهرية في الإجراءات الجزائية:

الواقع أنه لا يمكن تعريف القواعد الجوهرية في الإجراءات، ومن ثم مخالفتها، تعريفا مباشرا، ذلك أنه حتى وإن تم فهو سيكون مبسترا ويحتاج إلى التفصيل، والشرح البيان، ولذلك رأينا أن نعرف قانون الإجراءات الجزائية والغاية منه باعتبار النص الساسي المتضمن للإجراءات بجميع أنواعها الجوهرية وغير الجوهرية، ثم نقف على جزاءات مخالفة الإجراءات، وهي متعددة، مع التركيز بشكل أكبر على الجزاء الإجرائي، ثم موقف التشريعات منها، لنأتي في الأخير إلى استخلاص حقيقة الإجراءات الجوهرية من غير الجوهرية.

ولذلك فإننا نرى اتباع الخطة الآتية:

الفرع الأول: تعريف قانون الإجراءات الجزائية والغاية منه.

الفرع الثاني: جزاء مخالفة الإجراءات الجزائية.

⁽¹⁾ - الذي يقابله بالفرنسية مصطلح: «Violation des formes substantielles de procéder». ⁽²⁾ - R. Terki, M. Cabbabé, Lexique juridique, op.cit, p.401.

الفرع الثالث: الجزاء الإجرائي: البطلان ونظرياته، وموقف التشريعات منها.

الفرع الرابع: أنواع قواعد الإجراءات الجزائية.

وإليك بيان هذه القضايا بالترتيب.

الفرع الأول: تعريف قانون الإجراءات الجزائية والغاية منه:

1-/- التعريف:

من المعلوم فقها أن القانون الجنائي، وهو فرع من فروع القانون العام الداخلي، ينتظم مجموعتين من القواعد⁽¹⁾:

- المجموعة الأولى: تتألف من قواعد موضوعية، تبين قواعد الجريمة وأركانها، وموانع المسؤولية الجنائية، وتحدد الأفعال الجرمية، وتحدد العقوبات المقررة لها وموانع العقاب، هذه القواعد تسمى: «قانون العقوبات».

- والمجموعة الثانية: تتألف من قواعد شكلية، تشمل القواعد المحددة للوسائل والآليات التي تلجأ إليها الدولة منذ وقت وقوع الجريمة، من أجل ملاحقة الجاني وضبطه، وإثبات ارتكابه الجريمة، والقواعد التي تحدد التنظيم القضائي الجزائي واختصاصه، والتي تحدد إجراءات المحاكمة حتى صدور حكم بات توقع الدولة بموجبه العقوبة على الجاني المنصوص عليها في قانون العقوبات. هذه القواعد تسمى: «قانون الإجراءات الجزائية» كما سماه المشرع الجزائري، أو «مجلة الإجراءات الجزائية» في التسمية المعتمدة من المشرع التونسي، أو «قانون المسطرة الجنائية»، وهو الاصطلاح الذي اعتمده المشرع المغربي، و«قانون الإجراءات الجنائية»، واصطلاح المشرع المصري، أو «قانون أصول المحاكمات الجزائية» وهو الاصطلاح الذي تبناه كل من المشرعين السوري واللبناني على حدى.

وبناء على كل هذا عرف قانون الإجراءات الجزائية بأنه: «مجموعة من القواعد القانونية تنظم النشاط الذي تباشره السلطات العامة بسبب جريمة ارتكبت، وتستهدف به تحديد المسؤولية عنها، وإنزال العقوبة أو التدبير الاحترازي به»⁽²⁾.

وقال فقيه آخر بأنه: «مجموعة القواعد القانونية التي تتضمن إجراءات البحث عن الجرائم وضبطها، ووسائل إثباتها، وتحدد السلطات المختصة بملاحقة المجرم ومحاكمته، وتبين إجراءات المحاكمة وتنفيذ الأحكام الجنائية»⁽³⁾.

وقال فقيه ثالث مستعملا «الأصول الجزائية» بأنه: «مجموع القواعد الشكلية التي تشيء إدارات العدالة الجنائية وتنظيمها وتنسق عملها»⁽¹⁾. ثم قال: «ويصح أن ندعوها بالعلم الذي يعنى بتنظيم

(1) - عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 03.

(2) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 1، ص 03.

(3) - عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 03.

السلطات والمحاكم الجزائية، ويحدد اختصاص كل منها، ويرسم الطرق الواجب اتباعها أمام تلك السلطات»⁽²⁾.

ولم تعريف التشريعات المعتمدة في الدراسة قانون الإجراءات الجزائية، لأن التعريف مجاله الفقه لا القانون، ومع ذلك فإننا وجدنا القانون اللبناني يخالف هذا المسلك، حيث إنه أورد تعريفا له في المادة الأولى ق.أ.م.ج بقولها: «يعني قانون أصول المحاكمات الجزائية بتنظيم القضاء الجزائي وتحديد اختصاصه، والإجراءات الواجب اتباعها في التحقيق والمحاكمة لديه، وأوجه الطعن في الأحكام والقرارات الصادرة منه، كما يعني بتنظيم الكشف على الوقائع الجرمية والأدلة عليها توسلا لتطبيق القوانين الجزائية».

ومن خلال هذه التعاريف، وهي كل متقاربة المعنى والألفاظ، يتحدد لنا ثلاث قضايا رئيسية، وهي موضوع قانون الإجراءات الجزائية، والغاية منه، وأهميته. وذلك كالآتي:

2/- موضوع قانون الإجراءات الجزائية:

من خلال التعاريف السابقة فإن موضوع قانون الإجراءات الجزائية ينتظم في أمرين هما⁽³⁾:

- الأول: تحديد وبيان الأجهزة والهيئات التي عهد إليها مباشرة نشاط ملاحقة الجرمين ومعاقبتهم، وهي هنا كل السلطات والأجهزة العامة التي خولها القانون الاختصاص بهذا النشاط. هذه الهيئات متعددة وتتعاقد من حيث المرحلة والوظيفة. وذلك إعمالا لمبدأ الفصل بين السلطات المباشرة للإجراءات الجزائية توفيرا للاستبداد، وتوفيرا للضمانات للأفراد⁽⁴⁾. وهذه الهيئات هي: الضبط القضائي، والنيابة العامة، وقاضي التحقيق وغرفة الاتهام، وقضاء الحكم، وسلطات التنفيذ العقابي، فكل هذه الهيئات ينظمها قانون الإجراءات الجزائية سواء من حيث التشكيل، أو من حيث الاختصاص.

- الثاني: هو بيان وتفصيل مختلف القواعد الإجرائية والشكليات والصيغ لمختلف الهيئات السابقة، وفي مختلف المراحل الأربع، وهي: مرحلة الاستدلال، ومرحلة التحقيق الابتدائي، ومرحلة المحاكمة بما فيها الطعن في الأحكام، ومرحلة تنفيذ العقوبة أو التدابير الاحترازية⁽⁵⁾.

وإذا تم التعرف على موضوع قانون الإجراءات الجزائية أمكن بسهولة التمييز بينه وبين قانون العقوبات، إذ أنّ معيار موضوع القاعدة هو أمثل الضوابط وأحسنها⁽⁶⁾، فإذا تعرّفنا على موضوع القاعدة

(1) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 05.

(2) - حومد، عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 05-06.

(3) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 1، ص 04-05. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 10-11.

(4) - حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ج 2، ص 04.

(5) - حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ج 1، ص 05.

(6) - عبد الستار، فوزية، المرجع نفسه، ص 10. حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 13.

الإجرائية فيما سبق، فإنَّ موضوع القاعدة الموضوعية هو كل القواعد التي يكون موضوعها تحديد وتعريف الجرائم، وتقرير العقوبات المختلفة لها، وتحديد المسؤولية الجنائية للجاني، وموانع العقاب⁽¹⁾.

3- الغاية من قانون الإجراءات الجزائية:

إذا كان السبب في تفعيل قانون الإجراءات الجزائية، هو «الجرمة»، فإنَّ الغاية منه هي: «تطبيق العقوبة أو التدبير الاحترازي». بمعنى آخر إنَّ الغاية منه هي حماية وصيانة المجتمع من مخاطر الإجرام، وذلك بوضع الوسائل والآليات التي بها يتم الكشف عن الجرائم، وعن مرتكبيها، وتعقبهم والقبض عليهم ومحاکمتهم، ومن ثمَّ إنزال العقاب المناسب لهم. وباختصار، فإنَّ غاية قانون الإجراءات الجزائية هو تطبيق قانون العقوبات⁽²⁾.

ومن هنا فإنَّ العلاقة بين القانونين هي علاقة «تبادلية»⁽³⁾، وأنَّ كلا منهما «مكمّل للآخر»⁽⁴⁾. ويرتبطان ارتباطاً لازماً وثيقاً حتى يعد كل منهما بالنسبة للآخر وجهاً للعملة نفسها⁽⁵⁾.

وهذا الهدف والغاية في الحقيقة يشترك فيها كلا القانونين، إذ هو هدف مشترك بينهما، إلا أنَّ قانون الإجراءات الجزائية له هدف آخر، لا يقل أهميةً عن الهدف الأول. ويتمثل هذا الهدف في حماية البريء من إدانة ظالمة، بل وحماية المجرم من إجراءات تُمتَهَن فيه كرامته الإنسانية، وحمايته من عقوبة أشد مما يستحق، ويتطلب لتحقيق هذا الهدف وجود ضمانات تكفل فيها فرص الدفاع، والتأني والتروي في المتابعة والملاحقة إلى غاية إصدار الحكم⁽⁶⁾.

ولتحقيق هذا الهدف، فإنَّ قانون الإجراءات الجزائية يعمل على التوفيق بين مصلحتين متعارضتين متناقضتين، هما مصلحة المجتمع في مواجهة ومكافحة الإجرام، ومصلحة الفرد في حماية حرياته وكرامته. فمصلحة المجتمع تتطلب ألا يفلت مجرمٌ من العقاب، فحتى يحقق المجتمع مصلحته في التمتع بالأمن والطمأنينة بالضرب على أيدي العابثين من أبنائه، فإنَّ ذلك يكون بالسرعة والتبسيط في الإجراءات والمحاكمة حتى يتحقق الردع العام والخاص⁽⁷⁾.

أما مصلحة الفرد فهي السعي إلى الإفلات من العقاب، وذلك عن طريق البسط في الإجراءات، ووضع موانع استمرارها⁽⁸⁾.

(1) - عبد الستار، فوزية، المرجع والصفحة نفسهما. حومد، عبد الوهاب، المرجع والصفحة نفسهما.

(2) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 1، ص 06. سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص 09.

(3) - حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ج 1، ص 16.

(4) - سرور، أحمد فتحي، المرجع والصفحة نفسهما.

(5) - سرور، أحمد فتحي، المرجع والصفحة نفسهما.

(6) - حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ج 1، ص 07.

(7) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 10. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 03-04.

(8) - حومد، عبد الوهاب، المرجع والصفحة نفسهما.

وتكون وظيفة ومهمة الإجراءات الجزائية - وهي مهمة شاقة⁽¹⁾ وصعبة بلا شك - هي أن تتأكد المحكمة من شرعية العقاب وعدالته. وتعبير آخر فإن من واجب الإجراءات الجزائية أن توفق بين هاتين المصلحتين المتعارضتين، ولو ظاهرياً⁽²⁾، مصلحة المجتمع ومصلحة الفرد، إذ من حق المجتمع أن يوجه الاتهام، وأن يقدم الأدلة على جرمية المتهم، وبالوسائل المقبولة قانوناً. كما أن من حق الفرد المتهم أن يتمكن من الدفاع عن نفسه من خلال مجموعة من الضمانات الحقيقية والجدية والفعالية، وبذلك فإن قانون الإجراءات الجزائية يفسح المجال أمام الطرفين المتقابلين؛ المجتمع والفرد؛ لكي تدور معركتهما في قاعة المحكمة، منزّهة عن الحقد، بعيدة عن الانتقام، غايتها إقرار العدالة، وسيادة القانون⁽³⁾.

وكل هذا يعكس في الحقيقة أهمية قانون الإجراءات الجزائية في حماية الحقوق والحريات الشخصية.

الفرع الثاني: جزاء مخالفة الإجراءات الجزائية:

لما كان قانون الإجراءات الجزائية يرمي إلى تحقيق جملة من الأهداف، كما سبق بيانه، فإن هذه الأهداف تبقى حبراً على ورق إن لم تحظ بالحماية الكافية، إذ لا يتسنى تحقيق هذه الغايات إلا إذا كان هناك جزاء يوقع على من يخالف قواعده الإجرائية، وإلا فما الهدف أصلاً من وجود قانون للإجراءات الجزائية لا تحترم قواعده وشكلياته؟

لا شك أنه من الضروري وجود جزاء على مخالفة هذه الإجراءات الجزائية الواردة في القانون. وصور وأشكال الجزاء المترتب على مخالفة هذه القواعد متنوعة، فقد يكون تأديبياً، وقد يكون مدنياً، وقد يكون عقابياً، وقد يكون، وهو أهم هذه الجزاءات كلها، جزاء إجرائياً. وتتناول في هذا العنصر الجزاءات الثلاثة الأولى (التأديبي، والمدني والعقابي)، على أن نرجئ الكلام عن الجزاء الإجرائي عنصر خاص به، نظراً لتعلقه المباشر بحقيقة الإجراءات الجوهرية وغير الجوهرية، فضلاً عن أهميته في قانون الإجراءات الجزائية.

وإليك الآن بيان هذه الأنواع الثلاثة لجزاء مخالفة قواعد الإجراءات الجزائية:

1/- الجزاء التأديبي:

يعرّف الجزاء التأديبي بأنه الجزاء «الذي يوقع على الموظفين العموميين وأصحاب المهن إذا أخلوا بواجبات وظيفتهم أو مهنتهم التي يتعين عليهم احترامها طبقاً لقواعد الإجراءات الجنائية»⁽⁴⁾. فمتى نص القانون على أن كل موظف عام ملزم قانوناً بالقيام بأمر معين على شكل وصيغة محددة، فخالف هذا الإلزام، فإنه يكون قد أخل بواجبات وظيفته، ومن ثم يجوز أن يوقع عليه جزاء تأديبي.

(1) - حومد، عبد الوهاب، المرجع والصفحة نفسهما. عبد الستار، فوزية، المرجع نفسه، ص 04.

(2) - حومد، عبد الوهاب، المرجع والصفحة نفسهما.

(3) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 11.

(4) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص 476.

وينصرف الأمر هنا خاصة إلى ضباط وأعوان الشرطة القضائية والموظفين والأعوان المنوطة بهم بعض مهام الضبط القضائي.

والجهة المختصة بنظر في الإخلالات المنسوبة إليهم هي غرفة الاتهام، حيث تنص المادة 206 ق.إ.ج على أنه: «تراقب غرفة الاتهام أعمال ضباط الشرطة القضائية والموظفين، والأعوان المنوطة بهم بعض مهام الضبط القضائي الذين يمارسونها حسب الشروط المحددة في المواد 12 والتي تليها من هذا القانون».

كما نصت المادة 207 ق.إ.ج على أن «يرفع الأمر لغرفة الاتهام، إما من النائب العام، أو من رئيسها عن الإخلالات المنسوبة لضباط الشرطة القضائية في مباشرة وظائفهم، ولها أن تنظر في ذلك تلقاء نفسها بمناسبة نظر قضية مطروحة عليها.

غير أن غرفة الاتهام بالجزائر العامة تعتبر صاحبة الاختصاص فيما يتعلق بضباط الشرطة القضائية للأمن العسكري، وتحال القضية على غرفة الاتهام من طرف النائب العام، بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية العسكري الموجود بالمحكمة العسكرية المختصة إقليمياً».

وفي حال ما إذا طرح الأمر على غرفة الاتهام، فإنها، وطبقاً للمادة 208 ق.إ.ج تأمر بإجراء تحقيق وتسمع طلبات النائب العام، وأوجه دفاع ضابط الشرطة صاحب الشأن. ويتعين أن يكون هذا الأخير قد مكن مقدماً من الاطلاع على ملفه المحفوظ ضمن ملفات ضباط الشرطة القضائية لدى النيابة العامة للمجلس، وإذا تعلق الأمر بضابط الشرطة القضائية للأمن العسكري يمكن من الاطلاع على ملفه الخاص المرسل من قبل وكيل الجمهورية العسكري المختص إقليمياً. ويجوز لضابط الشرطة القضائية المتهم أن يستحضر محامياً للدفاع عنه.

وتجب الإشارة هنا أن إجراء التحقيق إجراء جوهري يجب القيام به من طرف غرفة الاتهام، وقد نقضت المحكمة العليا قراراً صادراً عن غرفة الاتهام اعتمدت فيه على تصريحات أحد المتهمين أمام وكيل الجمهورية وأثناء استجوابه أمام غرفة الاتهام، دون تحديد من قام باستجوابه، كما أن الملف لم يتضمن إلا محاضر استجواب أمام وكيل الجمهورية، وأقرت المبدأ الآتي: «مفاد المادة 208 ق.إ.ج أنه: «إذا ما طرح الأمر على غرفة الاتهام فإنها تأمر بإجراء تحقيق، وتسمع طلبات النائب العام، وأوجه دفاع ضابط الشرطة القضائية صاحب الشأن»». والحاصل في قضية الحال أن غرفة الاتهام اعتمدت على تصريحات مسجلة أمام وكيل الجمهورية، واستبعدت إجراءات التحقيق المنصوص عليها قانوناً، مما يشكل خرقاً لحقوق الدفاع⁽¹⁾. والعلّة في ذلك خرق المادة 208 ق.إ.ج، كما أنه خرق لمبدأ الفصل بين جهة التحقيق، وجهة المتابعة.

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 14 جويلية 2000م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 246742. (م.ق)، ع: 02، س: 2001م، ص332.

- وإذا ما تحققت غرفة الاتهام، بعد إجراء التحقيق المنصوص عليه في المادة 208 ق.إ.ج، فإنه يجوز لها دون إخلال بالجزاءات التأديبية التي قد توقع على ضابط الشرطة القضائية من رؤسائه التدريجين، أن توجه إليه الملاحظات أو تقرر إيقافه مؤقتا عن مباشرة أعمال وظيفته كضابط للشرطة القضائية أو بإسقاط تلك الصفة عنه نهائيا، وهذا إعمالا للمادة 209 ق.إ.ج.

وهذا القرار التأديبي الصادر عن غرفة الاتهام، لا يجوز الطعن فيه بالنقض. وقد قضت المحكمة العليا في أحد القرارات أنه: «لا يجوز الطعن بالنقض في القرار التأديبي الذي أصدرته غرفة الاتهام المتضمن توقيف الطاعن مؤقتا عن مباشرة أعمال وظيفته كضابط شرطة قضائية لمدة سنتين ابتداء من تاريخ صدور القرار»⁽¹⁾، وقالت أيضا: «إن غرفة الاتهام لها أيضا صلاحيات إدارية خاصة بمراقبة الضبطية القضائية طبقا للمادة 206 وما يليها من ق.إ.ج، ولا يجوز في هذه الحالة استعمال طرق الطعن الخاصة بالأحكام الجزائية ضد المقررات التأديبية مما يتعين رفض الطعن لعدم جوازه قانونا». أي المادة 495 وما يليها ق.إ.ج.

وما يجب تسجيله هنا هو التناقض الصارخ بين قراري المحكمة العليا السابقين، حيث إن كليهما تم الطعن في القرار التأديبي الصادر عن غرفة الاتهام، وأن كليهما تضمنتا عقوبة تأديبية ضد ضباط الشرطة القضائية بوقف مؤقت لمدة ستة (6) أشهر وسنتين عن مباشرة أعمال الوظيفة كضباط للشرطة القضائية ابتداء من تاريخ تبليغ القرارين، وأن كلا الطعنين أثار وجها للنقض يتعلق بمخالفة القواعد الجوهرية للإجراءات ومخالفة المادة 208 ق.إ.ج، إلا أن المحكمة العليا قبلت الأول، ورفضت الثاني، وهذا عين التناقض، ويتجلى هذا التناقض أكثر عندما نلاحظ أن القرار الثاني المشار إليه أعلاه لم يلحظ مدى احترام غرفة الاتهام للإجراء المنصوص عليه في المادة 208 ق.إ.ج المتمثل في إجراء التحقيق من طرف أحد أعضائها.

- وفي حالة ما إذا رأت غرفة الاتهام أن ضابط الشرطة القضائية قد ارتكب جريمة من جرائم قانون العقوبات أمرت فضلا عما تقدم بإرسال الملف إلى النائب العام. وإذا تعلق الأمر بضابط الشرطة القضائية للأمن العسكري يرفع الأمر إلى وزير الدفاع الوطني لاتخاذ الإجراء اللازم في شأنه وهذا طبقا للمادة 210 ق.إ.ج.

ولنا اعتراض على هذا النص إذ كان من المفروض أن يحال ضابط الشرطة القضائية للأمن العسكري إلى المحكمة العسكرية لكي تحاكمه على الاتهامات الموجهة إليه، لا أن يحال إلى وزير الدفاع، وهو جهة سياسية.

- ومن جهة أخرى فقد نصت المادة 160 ق.إ.ج على الجزاء التأديبي للقضاة والمحامين، حيث إنهما تنص على أنه: «تسحب من ملف التحقيق أوراق الإجراءات التي أبطلت، وتودع لدى قلم كتاب المجلس

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 05 جانفي 1993م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 105717. (م.ق)، ع: 01، س: 1994م، ص 247.

القضائي، ويحظر الرجوع إليها لاستنباط عناصر أو اتهامات ضد الخصوم في المرافعات، وإلا تعرضوا لجزاء تآديبي بالنسبة للقضاة، ومحاكمة تآديبية للمحامين المدافعين أمام مجلسهم التآديبي».

أما بخصوص التشريعات المقارنة، فقد نصت على الجزاء التآديبي كل من التشريع المصري (المادة 22ق.إ.ج)، والتشريع السوري (المادة 14 و 2/15 و 116ق.أ.م.ج) فقط دون باقي التشريعات. أما بخصوص مخاصمة القضاة (بالفرنسية: «La prise à partie») فقد كان قانون الإجراءات المدنية القديم الأمر رقم: 154-66 المؤرخ في: 1966/06/08م ينص على أحكامها في موضعين:

- **الموضع الأول:** في الباب السابع: «مخاصمة القضاة»، من الكتاب الرابع: «في الأحكام المشتركة الخاصة بالمحاكم والمجالس القضائية، وفي الإجراءات المستعجلة»، المواد 214 إلى 219ق.إ.م.
- **الموضع الثاني:** القسم العاشر: «في مخاصمة القضاة»، من الباب الخامس: «في الإجراءات الخاصة»، من الكتاب الخامس: «في الإجراءات الخاصة»، وهي المادة 303 التي نصت على أنه «تطبَّق في شأن مخاصمة القضاة القواعد المنصوص عنها في المواد 214 إلى 219 من هذا القانون».

وبهذا فإنَّ مخاصمة القضاة هي دعوى ترفع ضد قضاة سائر الجهات القضائية (المحكمة، المجلس القضائي، المحكمة العليا)، ويؤسس على حالة من الحالات الأربع، الواردة بالمادة 214ق.إ.م القديم، وهي:

- 1/- إذا وقع من أحدهم تدليس، أو غش، أو غدر أثناء سير الدعوى أو عند صدور الحكم،
- 2/- إذا كانت المخاصمة منصوصا عليها صراحة في نص تشريعي،
- 3/- في الأحوال التي يقضي فيها القانون بمسؤولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات،
- 4/- إذا امتنع القاضي عن الحكم، ويعد امتناعا عن الحكم -تنص المادة 215ق.إ.م القديم- رفض القضاة الفصل في العرائض المقدمة إليهم، أو إهمالهم الفصل في قضايا صالحة للحكم.

وتنص المادة 216ق.إ.م القديم أنه يثبت الامتناع عن الحكم بإعذارين يبلغان إلى القضاة بين كل منهما والآخر ثمانية أيام على الأقل، وبعد الإعذارين يجوز مخاصمة القاضي.

وقد نصت المادة 217ق.إ.م القديم على أن مخاصمة القضاة طريق استثنائي «لا يجوز مباشرة المخاصمة مادام للطالب طريق آخر يلتجئ إليه للتمسك بادعاءاته».

- أما الجهة التي تفصل في طلب المخاصمة، فقد حددها المادة 218ق.إ.م، بأنها الغرفة المدنية للمحكمة العليا مؤلفة من خمسة أعضاء بهيئة غرفة مشورة.

- أما قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد المطبَّق حاليا - القانون رقم: 08-09 المؤرخ في: 2008/02/25م - فقد صدر حاليا تماما من دعوى مخاصمة القضاة، مما يعني أنه تم التحلي عنها.

وقد قيل «إنَّ ذلك يعود إلى أنَّ بعض الأسباب التي كانت تبني عليها (أي الغش أو التدليس أو الغدر أثناء سير الدعوى، أو عند صدور الحكم أو كذلك امتناع القاضي عن الحكم)، هي على مثل بعض تلك التي يستند إليها في دعويي: ردُّ القضاة؛ والإحالة بسبب الشبهة المشروعة»⁽¹⁾. أما غير ذلك من الأسباب، وبالأخص سبب المسؤولية المدنية الملقاة على القاضي في نطاق ممارسة وظيفته، فليس له أي ورود في التشريع الجزائري، وذلك لأنَّه أعفي منها، اللهم إلا إذا تعرَّض القاضي إلى المتابعة من طرف الدولة، طبقاً للمادة 31 قانون الأساسي للقضاء الصادر في 2004م⁽²⁾، التي تقرر بأنَّه: «لا يكون القاضي مسؤولاً إلا عن خطئه الشخصي، لا يتحمل القاضي مسؤولية خطئه الشخصي المرتبطة بالمهنة إلا عن طريق دعوى الرجوع التي تمارسها الدولة ضده».

ومن هنا فلا مخاصمة للقضاة في التشريع الجزائري إلا تبعا للدعوى العمومية.

- وفي التشريعات المقارنة نجد المشرع المصري نص على دعوى مخاصمة القضاة في قانون المرافعات المدنية والتجارية في المواد 494 إلى المادة 500 منها.

ويرى بعض الفقهاء أن «إثبات الغش والتدليس عسير في غالبية الحالات، إلا أن «الخطأ المهني الجسيم» أسهل إثباتاً من الناحية النظرية، ولكن الوقائع العملية لا تبعث على التفاؤل»⁽³⁾.

وكذلك نص المشرع السوري على مخاصمة القضاة في المادة 116ق.أ.م.ج، السوري حيث ورد فيها ما نصه: «ويوجه عند الاقتضاء تنبيه إلى النائب العام والمحقق، ويمكن أن يستهدف للشكوى من الأحكام».

2/- الجزء المدني: يمكن طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية، أن يكون الجزاء المترتب على مخالفة إحدى قواعد قانون الإجراءات الجزائية جزاء مدنياً، فيلتزم المخالف بتعويض المضرور من هذه المخالفة، حيث يجوز مساءلة مدنياً ضباط وأعوان الشرطة القضائية متى تسبب بخطئه ضرراً للغير. كما يقرر ذلك بعض الفقه القانوني⁽⁴⁾.

ويجوز أيضاً أن يكون الجزاء المدني في صورة التعويض المعنوي الأدنى وذلك مثل ما تنص عليه المادة 531 مكرر 1ق.إ.ج في الفقرة 3 حيث ورد فيها ما نصه: «ينشر القرار عن طريق الصحافة في ثلاث (3) جرائد يتم اختيارها من طرف الجهة القضائية التي أصدرت القرار».

ونصت المادة 450ق.إ.ج المصري على أن: «كل حكم صادر بالبراءة بناء على إعادة النظر يجب نشره على نفقة الحكومة في الجريدة الرسمية بناء على طلب النيابة العامة، وفي جريدتين يعينهما صاحب الشأن».

⁽¹⁾ - بطاهر، تواتي، المحكمة العليا والظعن بالنقض في الأحوال المدنية (في ضوء القانون 08-09 المؤرخ في: 2008/02/25م المتضمن تقنين الإجراءات المدنية والإدارية)، دار الفقه، الجزائر، دط، 2008م، ص121.

⁽²⁾ - بطاهر، تواتي، المرجع والصفحة نفسها.

⁽³⁾ - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص762.

⁽⁴⁾ - عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص33.

ونصت المادة 2/378 ق.أ.م.ج السوري على أن «ينشر حكم البراءة حتما في الجريدة الرسمية وينشر أيضا إذا استدعى ذلك طالب الإعادة في خمس صحف يختارها وتحمل الدولة نفقات النشر». وكذلك م 312 مكرر ق.إ.ج. والمادة 450 ق.إ.ج المصري تطابقها الفصل 282 م.إ.ج التونسي.

وتنص المادة 110 ق.ع على أن: «كل عون في مؤسسة إعادة التربية أو في مكان مخصص بحراسة المقبوض عليهم يتسلم مسجوننا دون أن يكون مصحوبا بأوامر حبس قانونية أو يرفض تقديم هذا المسجون إلى السلطات أو الأشخاص المخول لهم زيارته بدون أن يثبت وجود منع من القاضي المحقق أو يرفض تقديم سجلاته إلى هؤلاء الأشخاص المختصين، يكون قد ارتكب جريمة الحجز التحكيمي ويعاقب بالحبس مدة من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20001 د.ج إلى 100000 د.ج ومن التشريعات التي تأخذ بالجزاء العقابي التشريع المصري في المواد 128 ق.ع وهي تطابق المادة 135 ق.ع الجزائري، والمادة 280 ق.ع التي توقع العقوبة على كل قبض على أي شخص أو حبسه أو حجزه بدون أمر من أحد الحكام المختصين بذلك، وكذا توقيع العقوبة على من يشهد زورا م 294 إلى 296 ق.ع مصري، فضلا عن المواد 117 و 119 و 121 و 279 و 2/280 و 284 ق.إ.ج المصري.

وكذلك المشرع السوري فقد نص في المادة 105 ق.أ.م.ج على أن الموظف الذي يحتفظ بشخص أوقف بموجب مذكرة إحصار في النظارة موقوفا أكثر من 24 ساعة دون أن يستجوب أو يساق إلى النائب العام وفقا لما ورد في المادة السابقة اعتبر توقيفه عملا تعسفيا، ولوحق الموظف المسؤول بجريمة حجز الحرية الشخصية المنصوص عليه في المادة 358 من قانون العقوبات، كما أن المادة 360 ق.ع السوري تطابق المادة 135 ق.ع الجزائري.

ولكن هذه العقوبات نظرية ولم يتح لها أن تطبّق في الواقع العملي⁽¹⁾.
غير أن القضاة وأعضاء النيابة العامة لا يسألون مدنيا.

3- الجزء العقابي:

يعرّف البعض الجزء العقابي بأنّه الجزء الذي «يتقرر بسبب وقوع جريمة تتمثل في مخالفة شروط صحة العمل الإجرائي، أو الإخلال بواجب إجرائي، وقد يتقرر بقصد المعاقبة على الغش الإجرائي»⁽²⁾.
وقد اعتبر المشرع في بعض الحالات أن مخالفة إجراء من الإجراءات الجزائية جريمة بذاتها، فقرر توقيع عقوبة عنها، من ذلك مثلا ما تنص عليه المادة 135 ق.ع من أن «كل موظف في السلك الإداري أو القضائي، وكل ضابط شرط، وكل قائد أو أحد رجال القوة العمومية دخل بصفته المذكورة منزل أحد

(1) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 763.

(2) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص 474.

المواطنين بغير رضاه، وفي غير الحالات المقررة في القانون، وبغير الإجراءات المنصوص عليها فيه⁽¹⁾ يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة، وبغرامة من 500 إلى 3000 د.ج دون الإخلال بتطبيق المادة 107»⁽²⁾.
والمادة 110 مكررة. ع التي تنص على أن «كل ضابط بالشرطة القضائية الذي يمتنع عن تقديم السجل الخاص المنصوص عليه في المادة 52 الفقرة 3 من قانون الإجراءات الجزائية إلى الأشخاص المختصين بإجراء الرقابة، وهو سجل خاص يجب أن يتضمن أسماء الأشخاص الذين هم تحت الحراسة القضائية يكون قد ارتكب الجنحة المشار إليها في المادة 110 ويعاقب بنفس العقوبة.
وكل ضابط بالشرطة القضائية الذي يتعرض رغم الأوامر الصادرة طبقا للمادة 51 من قانون الإجراءات الجزائية من وكيل الجمهورية لإجراء الفحص الطبي لشخص هو تحت الحراسة القضائية الواقعة تحت سلطته، يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر، وبغرامة من 500 إلى 1000 د.ج، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط».

هذه بعض الأمثلة فقط، وإلا فهناك المواد 132 و 246 و 291 و 292 و 293 ق.ع.

الفرع الثالث: الجزاء الإجرائي: البطالان ونظرياته، وموقف التشريعات منها:

1/- تعريف الجزاء الإجرائي؛ وخصائصه؛ وأهميته:

بعد الجزاء الإجرائي أهم أنواع الجزاءات المقررة لمخالفة قانون الإجراءات الجزائية، ويتخذ عدة صور أهمها⁽³⁾ بطلان الإجراء المخالف للقانون.

ويعرّف بعض الفقهاء الجزاء الإجرائي بأنه: «الأثر الذي ترتب على تخلف كل أو بعض أركان أو شروط صحة الإجراء»⁽⁴⁾.

ومصدر الجزاء الإجرائي هو قانون الإجراءات الجزائية، إذ هو الذي يقرره صراحة أو ضمنا.

والجزاء الإجرائي بهذا التعريف يختلف عن غيره من الجزاءات السابقة بخاصيتين هما⁽⁵⁾:

1/- موضوعية الأثر، حيث إنّه لا ينال من الشخص الذي باشر العمل الإجرائي في حريته أو ماله،

وإنما يرد على العمل الإجرائي نفسه، أو على الحق في مباشرته.

(1) - انظر المواد 44 و 45 و 47 ق.إ.ج.

(2) - تنص المادة 107 ق.ع على أنه: «يعاقب الموظف بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات إذا أمر بعمل تحكيمي أو ماس سواء بالحرية الشخصية للفرد أو بالحقوق الوطنية لمواطن أو أكثر».

(3) - وهي ثلاثة:

- السقوط: وهو جزاء عدم مراعاة الآجال القانونية. كمواعيد الطعون المختلفة.

- وعدم القبول: وهو امتناع المحكمة أو رفضها الفصل في موضوع الدعوى أو الطلب لتخلف شرط شكلي أو موضوعي نص عليه على القانون.

- والانعدام: وهو جزاء يلحق بالأحكام عادة، كأن يصدر حكم من قاض وقع عزله قبل الحكم.

- أنظر: الشافعي، أحمد، البطالان في قانون الإجراءات الجزائية، دراسة مقارنة، دار هوم، الجزائر، ط3، 2006م، ص13-26. صقر، نبيل، البطالان في المواد الجزائية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، وهران، د.ط، 2003م، ص27-30.

(4) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج1، ص391.

(5) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجعه سابق، ص474.

2/- سلب أو نفي الآثار القانونية عن العمل الإجرائي المعيب، وهذا بخلاف الجزاءات الأخرى التي تنطوي على عنصر الألم أو التعويض.

والجزاء الإجرائي يهدف إلى «ضمان حسن إدارة العدالة الجنائية واحترام حقوق المتهم وحياته»⁽¹⁾. وذلك عن طريق إعادة العمل الإجرائي المعيب على وجه يتفق مع القانون، متى كان ذلك ممكنا، بأن كان بالإمكان تفادي العيب الذي كان سببا في الجزاء الإجرائي»⁽²⁾.

2/- تعريف البطلان:

والبطلان هو: «جزاء يلحق إجراء نتيجة مخالفته أو إغفاله لقاعدة جوهرية في الإجراءات يترتب عنه عدم إنتاجه لأي أثر قانوني»⁽³⁾.

ويعرفه فقيه آخر بأنه: «جزاء لتخلف كل أو بعض شروط صحة الإجراء الجزائي، ويترتب عليه عدم إنتاج الإجراء آثاره المعتادة في القانون»⁽⁴⁾.

وقال أيضا: «البطلان في القانون الإجرائي الجزائي جواز يرد على العمل الإجرائي المخالف لبعض الشروط الجوهرية التي يتطلبها المشرع لصحة هذا العمل»⁽⁵⁾.

ويعرفه فقيه ثالث بأنه: «جزاء إجرائي وضع لضمان تنفيذ إرادة الشارع في إتمام الأعمال الإجرائية، حسب القواعد المعينة في القانون، تحقيقا للضمانات التي أراد توفيرها في الخصومة»⁽⁶⁾.

ويعرفه فقيه رابع بأنه: «جزاء لتخلف كل أو بعض شروط صحة الإجراء الجنائي، ويترتب عليه عدم إنتاج الإجراء آثاره المعتادة في القانون»⁽⁷⁾.

3/- نظريات البطلان:

وإذا كان البطلان - كجزاء إجرائي - له أهمية عملية، وهي استظهار قيمة قواعد الإجراءات الجزائية التي تؤدي إلى إلحاق عيب بالإجراءات من عدمها⁽⁸⁾، كما أن له انعكاس على الخصوم إبداء وإضرارا، فقد كان من المفروض أن يحدد القانون حاته وأسبابه توضيحا محددا وجيدا، حتى لا يظل المتقاضى عرضة للمفاجآت المتوقعة⁽⁹⁾، فإنه لا بد من التعرض إلى النظريات التي سعت إلى ضبط وتحديد حالات البطلان، وموقف التشريعات منها.

(1) - سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص 473.

(2) - سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص 474.

(3) - الشافعي، أحمد، البطلان، مرجع سابق، ص 11-12.

(4) - صقر، نبيل، البطلان، مرجع سابق، ص 08.

(5) - صقر، نبيل، المرجع والصفحة نفسهما.

(6) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 763.

(7) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 1، ص 394.

(8) - حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسهما.

(9) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 763.

والشائع في الفقه الإجرائي الجزائري القانوني أن مذاهب البطلان أربعة، هي: المذهب الشكلي، والمذهب القانوني، والمذهب الذاتي، ومذهب لا بطلان بغير ضرر. على أن هذه المذاهب الأربعة في البطلان يرجعها البعض⁽¹⁾ إلى اتجاهين كبيرين هما:

- اتجاه التوسع في أسباب البطلان، ويضم المذهب الشكلي.
- واتجاه التضييق في أسباب البطلان، ويضم المذاهب الثلاثة الأخرى.

وأيا كان الأمر، فإننا نتناول هذه المذاهب بشيء من البيان، مع الإشارة إلى ما لها من نقد إيجابي وسلي.

أ- مذهب البطلان الشكلي:

ويسمى هذا المذهب بالمذهب الشكلي⁽²⁾ «Système Formaliste»، أو بمذهب البطلان المطلق⁽³⁾ «Nullité Absolue». ومفاد هذا المذهب⁽⁴⁾ أن البطلان يقع عند مخالفة أية قاعدة إجرائية، مهما كان مضمونها وأثرها، فتكون كل وجميع الإجراءات متى خولفت مؤدية إلى البطلان، فحتى لو بدّل كلمة بكلمة، أو غفل عن عبارة معينة، فإنّ البطلان يتقرر بحق هذا الإجراء.

وأساس هذا المذهب أن القانون لما كان لا يفرض الشروط والأشكال والصيغ إلا مراعاة لقيمتها وأهميتها في تحقيق دور الخصومة، ومن ثم يتقرر البطلان جراء تخلفها جميعا بغير استثناء⁽⁵⁾.

وقد ساد هذا المذهب قديما في القانون الروماني والعهود الإقطاعية⁽⁶⁾. أما اليوم، فلا يوجد من يأخذ به.

ويتميز⁽⁷⁾ هذا المذهب بالوضوح والتحديد والضبط لأسباب البطلان، وكذا سهولة التطبيق. أما ما يعيبه⁽⁸⁾ فهو المغالاة إلى حد التطرف في توسيع نطاق البطلان، وعلى موضوع الحق، مما يؤدي إلى عرقلة القضاء، ومن ثم يمنح للمتهم تلمس الإفلات من العقاب. خاصة وأن الغاية من الإجراءات الجزائية هي المساعدة على إحقاق الحق في أقل ما يمكن التعقيد.

ب- مذهب البطلان القانوني:

(1) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص 482-483.

(2) - حومد، عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 767. سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص 482. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 35.

(3) - حومد، عبد الوهاب، المرجع والصفحة نفسهما. سرور، أحمد فتحي، المرجع والصفحة نفسهما.

(4) - حومد، عبد الوهاب، المرجع والصفحة نفسهما. سرور، أحمد فتحي، المرجع والصفحة نفسهما. عبد الستار، فوزية، المرجع والصفحة نفسهما.

(5) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص 482. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 35.

(6) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 767. سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص 482. عبد الستار، فوزية، المرجع والصفحة نفسهما.

(7) - سرور، أحمد فتحي، المرجع والصفحة نفسهما. عبد الستار، فوزية، المرجع والصفحة نفسهما.

(8) - حومد، عبد الوهاب، المرجع والصفحة نفسهما. سرور، أحمد فتحي، المرجع والصفحة نفسهما. عبد الستار، فوزية، المرجع والصفحة نفسهما.

ويسمى هذا المذهب بالمذهب القانوني⁽¹⁾، أو مذهب البطلان المنصوص عليه⁽²⁾ «Nullités Textuelles»، أو مذهب «لا بطلان بغير نص» محاكاة للقاعدة الموضوعية: «لا عقوبة بغير نص»⁽³⁾، باعتبار أن البطلان نفسه عقوبة على مخالفة إجرائية.

ومقتضى هذا المذهب⁽⁴⁾ أن المشرع هو الذي يتولى بنفسه تحديد وضبط وحصر أسباب البطلان في القانون، بأن يضع قائمة محددة لها، فمتى ارتكبت مخالفة لإحدى هذه الحالات ترتب البطلان، وإلا فلا بطلان حتى ولو تم إلحاق ضرر بالمتقاضين، إذ لا بطلان بغير نص.

وفائدة⁽⁵⁾ هذا المذهب فهو أنه يحقق العدالة، ويجنب تحكّم القضاة وتناقض الأحكام، وذلك لأنّه يعرف الناس سلفاً بما يجب القيام به وما لا يجب حتى لا يفاجؤوا بهدر حقوقهم وتصرفاتهم. إذ المشرع هو من يحدد حالات البطلان وليس القاضي، والنص القانوني يكون بين أيدي الناس، وهذا ليس كاجتهاد القاضي وسلطته التقديرية.

أما ما يعيبه⁽⁶⁾ فهو أن حصر أسباب البطلان في صلب القانون أمر عسير جداً، وغير منطقي، لأنّه ينافي طبيعة التطور، كما أنّ هذا المذهب يغفل يد القاضي في تقرير البطلان متى أضرب بالمتقاضين، وهذا إهدار للعدالة التي وجد القضاء من أجلها.

ج/- مذهب البطلان الجوهري:

إلى جانب تسمية هذا المذهب بالبطلان الجوهري⁽⁷⁾ «Nullités substantielles»، يسمى أيضاً بالمذهب الذاتي⁽⁸⁾، نسبة إلى ذات الإجراء وتقييمه بمعرفة القاضي، والبحث عن هدف المشرع⁽⁹⁾.

ومقتضى هذا المذهب⁽¹⁰⁾ أن المشرع لا يستطيع حصر جميع حالات البطلان في القانون، ولذلك يجب أن تمنح هذه المهمة للسلطة التقديرية للقاضي في تحديد القواعد التي يترتب على مخالفتها البطلان،

(1) - حومد، عبد الوهاب، المرجع والصفحة نفسهما. حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 1، ص 396. عبد الستار، فوزية، المرجع والصفحة نفسهما. حومد، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية، مرجع سابق، ص 259. الشافعي، أحمد، البطلان، مرجع سابق، ص 29.

(2) - سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص 483.

(3) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 768. حومد، عبد الوهاب، الوسيط، مرجع سابق، ص 259.

(4) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 768. حومد، عبد الوهاب، الوسيط، مرجع سابق، ص 259. سرور، أحمد فتحي، المرجع والصفحة نفسهما.

(5) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 769. حومد، عبد الوهاب، الوسيط، مرجع سابق، ص 259. سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه،

نفسه، ص 484. حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسهما. عبد الستار، فوزية، المرجع والصفحة نفسهما.

(6) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 768. حومد، عبد الوهاب، الوسيط، مرجع سابق، ص 260. حسني، محمود نجيب، شرح

قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 1، ص 396. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 35. الشافعي، أحمد، البطلان، مرجع

سابق، ص 34.

(7) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 769. حومد، عبد الوهاب، الوسيط، مرجع سابق، ص 260. الشافعي، أحمد، المرجع نفسه،

ص 34-35.

(8) - الشافعي، أحمد، المرجع نفسه، ص 35. سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص 484. حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسهما. عبد الستار، فوزية،

المرجع والصفحة نفسهما. حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 769. حومد، عبد الوهاب، الوسيط، مرجع سابق، ص 260.

(9) - الشافعي، أحمد، المرجع والصفحة نفسهما. هامش (2).

(10) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 769. حومد، عبد الوهاب، الوسيط، مرجع سابق، ص 260-261. سرور، أحمد فتحي،

المرجع والصفحة نفسهما. حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ج 1، ص 396-397. عبد الستار، فوزية، المرجع نفسه، ص 35-36. الشافعي، أحمد، المرجع نفسه،

ص 34-37.

باعتبار أن القاضي هو الذي يعاني من المخالفات ويعالجها، ومن ثم فمن المنطقي، مادامت الثقة في القاضي قائمة، أن يترك له حق تقدير مدى جسامتها، فإن وجدها جسيمة من حيث تأثيرها على حقوق الدفاع أو المجتمع حكم بطلانها، وإن لم يجدها كذلك، أهمل الاعتراض عليها واعتبرها صحيحة. وبعد كل ذلك تقوم المحكمة المختصة بنظر الطعن بالنقض على مر الزمن بوضع قائمة من حالات البطلان، تكون منارة يهتدي القضاة بهديها تحت إشرافها.

وإذن فالمشرع ليس هو من يحدد حالات البطلان، وإنما القاضي هو من يحدده، ولكن ليس بشكل تحكّمي ومتعسف، وإنما تفرضه ذات القاعدة التي خولفت إذا كانت جوهرية، أما إذا كانت غير جوهرية فلا يبطل الإجراء المخالف لها.

ومن خلال هذا العرض، فإن ما يتميز⁽¹⁾ به هذا المذهب أنه لا يحصر أسباب البطلان مقدّماً، وإنما يترك الأمر للقضاء الذي يتحرر من كل نص جامد، حين يقف على عيب جسيم في الإجراء ولا يستطيع إبطاله، لأن القانون لم ينص على إبطاله.

ومن جهة أخرى فإن هذا المذهب لا يأخذ بالبطلان في حال مخالفة جميع الإجراءات مهما كانت، وإنما يحصرها في نطاق ومجال معقول بأن تتوفر الحماية القانونية للقواعد الإجرائية، وبأن تتحقق المرونة في ممارسة العمل القضائي⁽²⁾.

ومن ثم فهذا المذهب يقف موقف الوسط بين المذهبين السابقين البطلان الشكلي، والبطلان القانوني، وإنما حاول التوفيق بينهما، بلا إفراط ولا تفريط.

غير أن ما يعيبه⁽³⁾ هو أنه لا يضع فيصلاً دقيقاً للفرقة بين الإجراء الجوهرية والإجراء غير الجوهرية. إذ هو يترك الأمر للقضاء وهو ما من شأنه اختلاف الآراء وتضارب الأحكام وتناقضها.

ومع ذلك، فإن بعض الفقهاء⁽⁴⁾ يهونون من هذا النقد والعيب بالقول إنَّ الخلاف في الآراء سيبقى ما ما بقي الفكر القانوني، إذ هو علم من العلوم الإنسانية يخضع لقانون التطور والحركة، وحتى في حالة حصر أسباب البطلان بنص القانون لن يحول ذلك دون حدوث الاختلاف حول تفسير القانون.

ويمكن الرد على هذا القول، بأن المشكلة الجوهرية لهذا المذهب هي أن الإجراءات الجوهرية من غير الجوهرية يوقع في عدم المساواة بين الخصوم، من حيث إنه يقضي بالبطلان لصالح البعض، ولا يقضي به لصالح البعض الآخر⁽¹⁾. وهذا عين الإجحاف والتعسف.

(1) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص 484. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 36.

(2) - عبد الستار، فوزية، المرجع والصفحة نفسهما. الشافعي، أحمد، البطلان، مرجع سابق، ص 37.

(3) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 770. حومد، عبد الوهاب، الوسيط، مرجع سابق، ص 261. سرور، أحمد فتحي، المرجع والصفحة نفسهما. حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 1، ص 397. عبد الستار، فوزية، المرجع والصفحة نفسهما. الشافعي، أحمد، المرجع والصفحة نفسهما.

(4) - سرور، أحمد فتحي، المرجع والصفحة نفسهما. حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 770. حومد، عبد الوهاب، الوسيط، مرجع سابق، ص 261.

د- مذهب لا بطلان بغير ضرر:

يتفق الفقه القانوني⁽²⁾ على الاصطلاح بهذا المذهب بـ: «لا بطلان بغير ضرر»، الذي يقابله بالفرنسية مصطلح: «Pas de nullités sans grief». ومؤدى هذا المذهب⁽³⁾ أنه لا يجوز الحكم ببطلان إجراء ما إلا إذا ترتب عليه ضرر، وهذا سواء وجد النص أم لم يوجد، فالعبرة هي وجود الضرر. وقد اختلف الفقه في المقصود بنوع الضرر هنا، فقال بعضهم إنه ضرر يمس حق الدفاع. وقال فريق ثان بأنه الضرر الذي يمس مصلحة أي طرف من الأطراف. وقال فريق ثالث إنما هو الضرر الذي ينشأ عن عدم تحقق الغاية التي قصدتها المشرع من وضع الإجراء⁽⁴⁾. ويتميز هذا النظام إلى أنه يهدف إلى إزالة الضرر عن طريق إجازة تصحيح البطلان⁽⁵⁾. أما ما يعنيه فهو أن القاضي هو الذي يقرر وجود الضرر، وهذا يمنحه سلطة تقديرية واسعة وهي سلطة تحكيمية⁽⁶⁾.

4- موقف التشريعات المقارنة من نظريات البطلان:

بعد أن تعرفنا على النظريات المتعلقة بتحديد أسباب البطلان، فإن الأمر يقتضي منا التعرف على موقف التشريعات القانونية من هذه النظريات.

أ- التشريع الجزائري:

بالعودة إلى قانون الإجراءات الجزائية، فإننا نجد أنه قد تضمن قسما خاصا بالبطلان، وهو القسم العاشر المعنون بـ: «في بطلان إجراءات التحقيق»، من الفصل الأول المعنون بـ: «في قاضي التحقيق»، من الباب الثالث المعنون بـ: «في جهات التحقيق»، من الكتاب الأول: «في مباشرة الدعوى العمومية وإجراء التحقيق». المواد 157 إلى 161 منه.

وبعد التمعن والتأمل جيدا في هذه المواد نجد أن المشرع قد أخذ بنظريتين من النظريات الأربع السابقة، وهما: نظرية البطلان القانوني؛ ونظرية البطلان الجوهرية (الذاتي)، وذلك كالآتي:

(1) - سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص 484-485.
(2) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 770. حومد، عبد الوهاب، الوسيط، مرجع سابق، ص 261. سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص 485. الشافعي، أحمد، المرجع نفسه، ص 46.
(3) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 770. حومد، عبد الوهاب، الوسيط، مرجع سابق، ص 261. سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص 485. الشافعي، أحمد، البطلان، مرجع سابق، ص 46.
(4) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 770. حومد، عبد الوهاب، الوسيط، مرجع سابق، ص 261. الشافعي، أحمد، المرجع نفسه، ص 48-49.
(5) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 771. حومد، عبد الوهاب، الوسيط، مرجع سابق، ص 262.
(6) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 770. حومد، عبد الوهاب، الوسيط، مرجع سابق، ص 262.

- فيما يخص نظرية البطلان القانوني: وقد أخذ بها المشرع في المادة 157 ق.إ.ج التي نصت على أن «تراعى الأحكام المقررة في المادة 100 المتعلقة باستجواب المتهمين، والمادة 105 المتعلقة بسماع المدعي المدني، وإلا ترتب على مخالفتها بطلان الإجراء نفسه وما يتلوه من إجراءات. ويجوز للخصم الذي لم تراعى في حقه أحكام هذه المواد أن يتنازل عن التمسك بالبطلان ويصح بذلك الإجراء، ويتعين أن يكون التنازل صريحاً ولا يجوز أن يبدي إلا في حضور المحامي أو بعد استدعائه قانوناً».

مع العلم أن المادة 100 ق.إ.ج المشار إليها أعلاه تتعلق بمثول المتهم لأول مرة أمام قاضي التحقيق، حيث يجب على القاضي إحاطته علماً وصراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه، وأن ينبهه بأنه حر في الإدلاء بأي إقرار وينوه عن ذلك التنبيه في المحضر، كما ينبغي للقاضي أن يوجه بأن له الحق في اختيار محام عنه فإن لم يختار محامياً، عين له القاضي محامياً من تلقاء نفسه إذا طلب منه ذلك، وينوه عن ذلك بالمحضر، كما ينبغي للقاضي علاوة على ذلك أن ينبه المتهم إلى وجوب إخطاره بكل تغيير يطرأ على عنوانه، ويجوز للمتهم اختيار موطن له في دائرة اختصاص المحكمة.

أما المادة 105 ق.إ.ج المشار إليها أعلاه أيضاً فتتعلق بعدم جواز سماع المتهم أو المدعي المدني أو إجراء مواجهة بينهما إلا بحضور محاميه، أو بعد دعوته قانوناً ما لم يتنازل عن ذلك صراحة. كما تتعلق بكيفية استدعاء المحامي وميعاده.

وإذن فالمادة 157 ق.إ.ج حددت حالات البطلان بشكل صريح بعبارة: «وإلا يترتب على مخالفتها بطلان الإجراء، وما يتلوه من إجراءات».

- فيما يخص نظرية البطلان الجوهري: وقد ورد النص عليها في المادة 159 ق.إ.ج بعبارة: «يترتب البطلان أيضاً على مخالفة الأحكام الجوهرية المقررة في هذا الباب خلاف الأحكام المقررة في المادتين 100 و 105 إذا ترتب على مخالفتها إخلال بحقوق الدفاع، أو حقوق أي خصم في الدعوى. وتقرر غرفة الاتهام ما إذا كان البطلان يتعين قصره على الإجراء المطعون فيه أو امتداده جزئياً أو كلياً على الإجراءات اللاحقة له.

ويجوز دائماً للخصم التنازل عن التمسك بالبطلان المقرر لمصلحته وحده ويتعين أن يكون هذا التنازل صريحاً.

ويرفع الأمر لغرفة الاتهام طبقاً للمادة السابقة وتفصل فيه طبقاً لما هو مقرر في المادة 191».

بعبارة: «إذا ترتب على مخالفتها إخلال بحقوق الدفاع أو حقوق أي خصم في الدعوى» تعبر بشكل دقيق على مذهب البطلان الجوهري (أو الذاتي).

ب/- **التشريع التونسي**: يأخذ التشريع التونسي بنظرية البطلان الجوهري (الذاتي) دون غيرها من النظريات، وذلك في الفصل 199م.إ.ج والذي ورد فيه: «تبطل كل الأعمال والأحكام المنافية للنصوص المتعلقة بالنظام العام، أو القواعد الإجرائية الأساسية، أو لمصلحة المتهم الشرعية، والحكم الذي يصدر بالبطلان يعين نطاق مرماه».

ج/- **التشريع المغربي**: من خلال نصوص قانون المسطرة الجنائية المغربي، فإن المشرع المغربي نص على البطلان في الباب الثاني عشر «بطلان إجراءات التحقيق»، من القسم الثالث «التحقيق الإعدادي»، من القسم الأول، من الكتاب الأول من ق.م.ج، وذلك في المواد 210 إلى 213 ق.م.ج. ويستخلص من مجموع هذه المواد أن المشرع المغربي يأخذ بنظريتي البطلان القانوني، والبطلان الجوهري، وذلك كالآتي:

فنظرية البطلان القانوني ورد النص عليها في المادة 210 ق.م.ج عندما نصت على أنه: «يجب مراعاة مقتضيات المادتين 134 و135 من هذا القانون المنضمتين للحضور الأول للاستئناف، والمادة 139 المتعلقة بحضور المحامي أثناء الاستنطاقات والمواجهات، والمواد 59 و60 و62 و101 المنظمة للتفتيشات، وذلك تحت طائلة بطلان الإجراء المعيب والإجراءات الموالية له، مع مراعاة تقدير مدى هذا البطلان، وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 211.

أما نظرية البطلان الجوهري فقد ورد النص عليها في المادة 212 ق.م.ج حيث جاء فيها ما نصه: «يترتب كذلك البطلان عن خرق المقتضيات الجوهرية للمسطرة إذا كانت نتيجتها المساس بحقوق الدفاع لكل طرف من الأطراف. يمكن لكل متهم أو طرف مدني أن يتنازل عن ادعاء البطلان المقرر لفائدته ويجب أن يكون هذا التنازل صريحا، ولا يقبل تنازل المتهم إلا بحضور محاميه أو بعد استدعائه قانونيا. يعرض التنازل على الغرفة الجنحية وفقا للمادة السابقة».

أما المادة 213 ق.م.ج فقد جاء فيها ما نصه: «تسحب من ملف التحقيق وثائق الإجراءات التي أبطلت وتحفظ في كتابة الضبط بمحكمة الاستئناف، ويمنع الجراء إليها لاستخلاص أدلة ضد الأطراف في الدعوى، تحت طائلة متابعات تأديبية في حق القضاة والمحامين».

أما المادة 211 ق.م.ج فقد تعرضت إلى الإجراء الواجب اتباعه عندما يظهر أن إجراء من إجراءات التحقيق معرض للبطلان، أو أن إجراء مشوبا بالبطلان قد اتخذ.

د/- **التشريع المصري**: يأخذ المشرع المصري بنظريتي البطلان القانوني، والبطلان الجوهري وذلك كالآتي:

- أخذ بنظرية البطلان القانوني في حالة واحدة فقط وهي عدم التوقيع على الحكم بالإدانة (دون البراءة) خلال ثلاثين يوماً، طبقاً للمادة 2/312ق.إ.ج عندما نصت: «وعلى كل حال يبطل الحكم إذا مضى ثلاثون يوماً دون حصول التوقيع ما لم يكن صادراً بالبراءة».

- كما يأخذ بنظرية البطلان الجوهري في المادة 331ق.إ.ج التي نصت على أنه «يترتب البطلان على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأي إجراء جوهري».

غير أن المشرع المصري لم يجعل البطلان نوعاً واحداً، وإنما ميز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي. فقد نص على البطلان المطلق في المادة 332ق.إ.ج بقوله: «إذا كان البطلان راجعاً لعدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بتشكيل المحكمة أو بولايتها بالحكم في الدعوى أو باختصاصها من حيث نوع الجريمة المعروضة عليها، أو بغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام. جاز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى، وتقضي به المحكمة ولو من غير طلب».

أما البطلان النسبي فقد نص عليه في المادة 333ق.إ.ج حيث جاء فيها ما نصه في غير الأحوال المشار إليها في المادة السابقة يسقط الحق في الدفع ببطلان الإجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات أو التحقيق بالجلسة في الجرح والجنايات إذا كان للمتهم محام وحصل الإجراء بحضوره بدون اعتراض منه. أما في مواد المخالفات فيعتبر الإجراء صحيحاً إذا لم يعترض عليه المتهم، ولو لم يحضر معه محام في الجلسة.

وكذلك يسقط حق الدفاع بالبطلان بالنسبة للنيابة العامة إذا لم تتمسك به في حينه». ومن خلال هاتين المادتين يكون المشرع المصري قد أقام ضوابط التمييز بين البطلان المطلق وبين البطلان النسبي على اتصال الأول بالنظام العام وتعلق الثاني بمصالح أطراف الدعوى.

مع العلم أن المشرع المصري أورد القواعد العامة للبطلان وصاغها في المواد 331 إلى 337ق.إ.ج، في الفصل الثاني عشر المعنون ب: «في أوجه البطلان» من الباب الثاني من الكتاب الثاني من ق.إ.ج.

هـ- التشريع السوري: لم يتضمن التشريع السوري نظرية عامة للبطلان إلا أنه ذكر بعض حالات للبطلان القانوني نص عليها صراحة في بعض مواده، وترك الباقي لمحكمة النقض لوضع قائمة للبطلان الجوهري.

- وأمثلة البطلان القانوني الحالات الآتية:

- بطلان كل تحشية أو شطب أو إضافة غير مصادق عليها (م2/80ق.أ.م.ج).

- بطلان قرار الاتهام إذا لم يوقع عليه قاضي الإحالة أو إذا لم يتضمن اسم القاضي، وخلاصة

مطالب النيابة العامة (المادة 154ق.أ.م.ج).

- بطلان قبول البينة الشخصية على ما يخالف أو يجاوز مضمون المحاضر التي يوجب القانون اعتبارها، والعمل بما حتى ثبوت تزويرها (المادة 182 ق.أ.م.ج).

- بطلان عدم تبليغ مذكرة الدعوى قبل موعد المحاكمة بثلاثة أيام على الأقل تضاف إليها مهلة المسافة (م1/186 ق.أ.م.ج).

- بطلان إجراء المحاكمة سرا دون حكم بذلك (م190 ق.أ.م.ج).

و- التشريع اللبناني: يلاحظ أن المشرع اللبناني سلك ذات المسلك للمشرع السوري، فهو لا يتضمن نظرية عامة للبطلان، وإنما نص على حالات بطلان القانون بشكل صريح، منها:

- بطلان كل تحشية أو شطب أو إضافة غير مصادق عليها (المادة 3/90 ق.أ.م.ج).

- بطلان الاستجواب والإجراءات اللاحقة له في حال ما إذا لم يدون في المحضر بأن المتهم رفض الاستعانة بمحام (م1/78 ق.أ.م.ج).

- بطلان الاستجواب والإجراءات اللاحقة له في حال اختار المتهم محاميا للدفاع عنه ولم يحضر المحامي (م2/78 ق.أ.م.ج).

- والخلاصة أن كل التشريعات تأخذ بنظريتي البطلان القانوني والبطلان الجوهرية (الذاتي)، باستثناء المشرع التونسي الذي يكتفي بالنظرية الأخيرة دون الأولى.

الفرع الرابع: أنواع قواعد الإجراءات الجزائية:

من خلال كل ما سبق، فإن قواعد الإجراءات الجزائية على نوعين من حيث ما يترتب عليها عند المخالفة من البطلان وعدمه إلى نوعين: إجراءات جوهرية، وإجراءات غير جوهرية (إرشادية). وإليك بيانهما.

1- الإجراءات الجوهرية:

لم يتطرق المشرع الجزائري وحتى التشريعات القانونية المقارنة إلى تعريف الإجراءات الجوهرية، وإذا اعتمدنا النصوص القانونية المشار إليه أعلاه في كل التشريعات، واعتمدنا على المذكرة الإيضاحية لقانون الإجراءات الجنائية المصري عندما قالت: «لتعرف الأحكام الجوهرية يجب دائما الرجوع إلى علة التشريع، فإذا كان الغرض منه المحافظة على مصلحة عامة أو مصلحة للمتهم أو غيره من الخصوم، فإنه يكون جوهرية، ويترتب على عدم مراعاته البطلان»⁽¹⁾.

ثم أضافت المذكرة: «لا يعتبر من الإجراءات الجوهرية ما وضع من الإجراءات لمجرد الإرشاد والتوجيه»⁽²⁾.

(1) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج1، ص399.

(2) - حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسها.

إذا تم الاعتماد على كل ذلك فإنه يمكن تعريف الإجراءات الجوهرية، وهنا يعرفها بعضهم بأنها القاعدة التي تهدف إلى «المحافظة على مصلحة - سواء أكانت مصلحة عامة أم مصلحة للمتهم أو غيره من الخصوم كالمدعي المدني - وترتيب على مخالفتها البطلان»⁽¹⁾.

وقال فقيه آخر: «إن ما عبر عنه القانون بالإجراء الجوهري ينصرف إلى الضمان الذي يحافظ على المصلحة العامة أو يحمي الحقوق والحريات وفقا للعشرية الإجرائية»⁽²⁾.
ويمكن أن نعرف الإجراء الجوهري بأنه كل شكلية تهدف إلى حماية المصلحة العامة أو مصلحة أطراف الخصومة ويترتب على مخالفتها البطلان.

وقال أحد الفقهاء: «القواعد الجوهرية في مفهومها العام هي تلك القواعد التي لا تتحقق العدالة بدونها، حيث يترتب على مخالفتها مساس بمكونات النظام القائم يرى فيه ال امع تسمى بقواعد النظم وجب تجنبه، وهي الأحكام التي تسمى بقواعد النظام العام، كما قد يحدث أن يقع إخلال بالقواعد الأساسية في الدفاع التي تحقق المساواة والعدل بها تحت دائرة الرقابة القضائية حيث يترتب على مخالفتها حكم البطلان»⁽³⁾.

وقال المحكمة العليا: «من المستقر عليه قضاء أن الشكلية تعتبر جوهرية عندما تمس بحقوق من يتمسك بها»⁽⁴⁾.

2/- الإجراء غير الجوهري (الإرشادي):

ويعرفها بعض الفقه بالقول: «إذا كانت القاعدة مقررّة لمجرد إرشاد القضاء أو أطراف الدعوى إلى الوضع أو الأسلوب الملائم والأفضل من الوجهة العملية لنظر الدعوى، وكان الثابت أن مخالفة هذه القاعدة لا تضيع مصلحة لأحد قط وإنما قد تجعل نظر الدعوى - في ظروف معينة - أكثر صعوبة، فإن القاعدة تكون محض إرشادية، ولا يترتب على مخالفتها البطلان»⁽⁵⁾.

وقال آخر بأنها: «القواعد الإرشادية التنظيمية التي لا تنطوي على حماية للضمانات، فهي بمثابة قواعد لتنظيم الأمور وحسن تسييرها، ولا يترتب عليها البطلان»⁽⁶⁾.

وقال في موضع آخر: «فالقواعد الإجرائية الإرشادية لا تحتوي ضمانا لحرية أخرى تتعلق بتنظيم الدليل لا بقبوله، أي مشروعيتها، وتنطوي على إرشادات للجهة القائمة على إدارة الدليل، فهي بذلك تحوي ضمانات لتنظيم الدليل»⁽⁷⁾.

(1) - حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسهما.

(2) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص 491.

(3) - جروة، علي، الموسوعة في الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ج 3، ص 555.

(4) - قرار صادر يوم: 28 نوفمبر 1989م، (عن غ.ج. 2/1)، في الطعن رقم: 58430. (م.ق)، ع: 02، س: 1994م، ص 262.

(5) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 1، ص 399.

(6) - سرور، أحمد فتحي، المرجع والصفحة نفسهما.

(7) - سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص 492.

ويمكن أن نعرف الإجراء غير الجوهرية بأنه: كل قاعدة إجرائية تهدف إلى حسن سير إدارة العدالة، من خلال توجيهها وإرشادها إلى اتخاذ مسلك معين دون أن يترتب على ذلك مساس بمصلحة طرف من الأطراف، المؤدي إلى البطلان.

3- التمييز بين قواعد الإجراءات الجوهرية وقواعد الإجراءات غير الجوهرية (الإرشادية):

من خلال التعاريف السابقة لقواعد الإجراءات الجوهرية وغير الجوهرية فإنه يمكن استخلاص الضابط في التمييز بينهما، وهذا المعيار هو معيار «المصلحة»⁽¹⁾، فإذا كانت القاعدة تستهدف حماية مصلحة بحيث يترتب على مخالفتها إهدار هذه المصلحة، فإن القاعدة تكون جوهرية.

أما إذا كانت القاعدة لا تستهدف غير مجرد الإرشاد والتنظيم وحسن الإدارة والتوجيه والترتيب من وجهة نظر الملاءمة والمناسبة فحسب بحيث لا يترتب على مخالفتها تضييع مصلحة معينة، فإن القاعدة تكونت غير جوهرية (إرشادية). ويكون الضابط هنا هو ضابط «الملاءمة»⁽²⁾.

المطلب الثاني: تطبيقات قضائية لمخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات:

يمكن الكلام في هذا الفرع عن الإجراءات الجوهرية التي يعد مخالفتها مؤديا إلى البطلان والنقض، وبين الإجراءات غير الجوهرية التي لا تؤدي إلى البطلان والنقض.

الفرع الأول: قرارات المحكمة العليا المتعلقة بمخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات:

1- الإجراءات الجوهرية المتعلقة بتحريك الدعوى والاختصاص:

- يعد إجراء جوهريا توافر الشكوى من المضرور، طبقا لما تقضي به المادة 163 و164 ق.ق.ع من أنه من أجل المتابعة ضد مرتكب الجرائم الوارد بالقسم الخامس من الفصل الخامس من الباب الأول من الكتاب الثالث من قانون العقوبات، لا يجوز تحريك الدعوى العمومية إلا بناء على شكوى من وزير الدفاع الوطني. وعلى هذا الأساس فإن إجراءات تحريك الدعوى العمومية التي تمت بدون شكوى السيد وزير الدفاع الوطني تعد باطلة⁽³⁾.

- ويعد إجراء جوهريا ما تنص عليه المادة 162/2 ق.إ.ج من أنه على قاضي التحقيق أن يمحّص الأدلة، وما إذا كان يوجد ضد المتهم دلائل مكونة للجريمة المتابع من أجلها، وكذا المادة 163/1 ق.إ.ج من أنه إذا رأى قاضي التحقيق أن الوقائع لا تكون جنائية أو جنحة أو مخالفة أصدر أمرا بألا وجه للمتابعة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا يعد خرقا لقواعد جوهرية للإجراءات. وعلى هذا الأساس فإنه ينقض ويبطل قرار غرفة الاتهام المؤيد لأمر قاضي التحقيق الذي لم يستجوب المتهم، ولم يتم بإجراءات

(1) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 1، ص 399.

(2) - حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسها.

(3) - قرار صادر يوم: 02 جوان 1992م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 103770. (م.ق)، ع: 01، س: 1996م، ص 194.

التحقيق حتى نهايتها، لكي يستطيع إصدار أمر بانتفاء وجه الدعوى مبني على أسباب موضوعية تتعلق بتقدير الوقائع وثبوتها⁽¹⁾.

- يعد إجراء جوهريا يتعلق بالنظام والمؤدي إلى البطلان والنقض عند مخالفتها الإجراء المنصوص عليه بالمادة 576ق.إ.ج المتعلقة بالمتابعة الجزائية ضد قاضي محكمة⁽²⁾، وأن بطلان خرق هذه المادة يثار في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، ومن ثم فإنَّ القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون. وعليه فإن قرار غرفة الاتهام الذي أيد الأمر المستأنف لديها والصادر عن قاضي التحقيق، دون أن تتعرض لتصحيح الإجراءات ولو تلقائيا، وتبطل أمر قاضي التحقيق لمخالفته قواعد جوهرية في الإجراءات كان قرارها مشوبا بالقصور ويتعين نقضه⁽³⁾.

- كذلك يعد إجراء جوهريا الإجراءات المنصوص عليها بالمادتين 576 و577ق.إ.ج⁽⁴⁾ المتعلقة بإجراءات متابعة أحد ضباط الشرطة جزائيا، وعليه فإن متابعة رئيس المجلس الشعبي البلدي دون مراعاة هذه الإجراءات يؤدي إلى بطلان جميع إجراءات المتابعة والتحقيق⁽⁵⁾ باعتباره من ضباط الشرطة القضائية طبقا للمادة 1/15ق.إ.ج.

وقد قضت المحكمة العليا بالمبدأ الآتي: «الواضح من القرار المطعون فيه أن المتهم هو أحد ضباط الشرطة القضائية، فكان على المجلس قبل الحكم عليه بالإدانة أن يراعي الإجراءات المنصوص عليها في المادتين 576 و577ق.إ.ج، وإن إغفال هذه الأشكال الجوهرية في التقاضي يعد خرقا للإجراءات، ويؤدي إلى النقض»⁽⁶⁾.

- يعد مخالفة للإجراءات الجوهرية المتعلقة بالاختصاص الوارد حكمه بالمادة 03ق.إ.ج، وكذا المادة 3/7ق.إ.م القديم، التي تنص على أن الوقائع عندما يتعلق بحادث مرور يختص بها القضاء الجزائي للفصل في الدعوى المدنية، أما إذا تعلقت الوقائع بغير حوادث المرور، بأن تعلقت بالتعويض عن الجرائم الإرهابية، فإن القضاء الإداري هو المختص بنظر الدعوى المدنية لا القضاء الجزائي، ومن ثم فإنه إذا أدان القضاء المتهم بجرمة معينة، فإنه لا يسوغ في مثل هذه الأحوال تحميل الخزينة العمومية التعويضات المستحقة للطرف المدني طالما أن الوقائع لا تتعلق بحوادث المرور، بل هي تدخل في إطار تعويض ضحايا الإرهاب، حيث

(1) - قرار صادر يوم: 01 مارس 1993م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 120469. (م.ق)، ع: 03، س: 1994م، ص251.
(2) - تنص المادة 576ق.إ.ج على أنه: «إذا كان الاتهام موجها إلى قاضي محكمة قام وكيل الجمهورية بمجرد إخطاره بالدعوى بإرسال الملف إلى النائب العام لدى المجلس، فإذا ما رأى أن ثمة محلا للمتابعة عرض الأمر على رئيس ذلك المجلس الذي يأمر بتحقيق القضية بمعرفة أحد قضاة التحقيق يختار من خارج دائرة الاختصاص القضائية التي يباشر فيها المتهم أعمال وظيفته. فإذا انتهى التحقيق أحيل المتهم عند الاقتضاء أمام الجهة القضائية المختصة بمقر قاضي التحقيق، أو أمام غرفة الاتهام بدائرة المجلس».
(3) - قرار صادر يوم: 07 ماي 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 38763. (م.ق)، ع: 02، س: 1990م، ص227.
(4) - المادة 577ق.إ.ج تحيل إلى المادة 576ق.إ.ج المذكورة أعلاه، حيث ورد فيها ما نصه: «إذا كان أحد ضباط الشرطة القضائية قابلا للاتهام بارتكاب جنحة أو جنحة خارج دائرة مباشرة أعمال وظيفته، أو أثناء مباشرتها في الدائرة التي يختص فيها محليا، اتخذت بشأنه الإجراءات طبقا للمادة 576».
(5) - قرار صادر يوم: 29 جوان 2004م، (عن غ.ج)، القسم الأول، في الطعن رقم: 321560. (م.م.ع)، ع: 02، س: 2004م، ص389.
(6) - قرار صادر يوم: 26 ماي 1999م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 184584. (أ.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج1، ص118. قرار صادر يوم: 25 جويلية 1995م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 135281. (م.ق)، ع: 01، س: 1997م، ص127.

يعود الاختصاص للنظر فيها إلى القضاء الإداري، وبالتالي فإن قضاة الموضوع بتمسكهم باختصاصهم يكونوا قد خالفوا قواعد جوهرية في الإجراءات، مما ينجر عنه البطلان⁽¹⁾.

2/- الإجراءات الجوهرية المتعلقة بمرحلة التحقيق:

- إجراء التحقيق في الجنايات إجراء جوهري يترتب عليه بطلان قرار غرفة الاتهام التي أحالت المتهم إلى محكمة الجنايات من أجل جريمتين اثنتين (جريمة الاغتصاب وجريمة السرقة) مع أنه كان يتعين عليها بالنسبة للجناية الثانية أن تطبق أحكام المادة 187 ق.إ.ج، لاسيما وأن المادة 60 ق.إ.ج تفرض إجراء تحقيق في مواد الجنايات⁽²⁾.

- يعد إجراء جوهريا ما تقضي به المادة 190 ق.إ.ج من أنه «يقوم بإجراء التحقيقات التكميلية طبقا للأحكام المتعلقة بالتحقيق السابق إما أحد أعضاء غرفة الاتهام، وإما قاضي التحقيق الذي يندبه لهذا الغرض»، فإذا ألغت غرفة الاتهام أمر قاضي التحقيق القاضي بانتفاء وجه الدعوى، وأمرته من جديد بمواصلة التحقيق، فإن قاضي التحقيق يكون منتدبا من غرفة الاتهام للقيام بمواصلة التحقيق فقط دون إصدار أمر التصرف وبما أن قاضي التحقيق أصدر أمر التصرف ثانية، وأن غرفة الاتهام صادقت على ذلك في قرارها المطعون فيه، فإن هذا يعتبر خطأ لمخالفته الإجراء الجوهري الوارد بالمادة 190 ق.إ.ج التي تقضي بأن حق إصدار أمر التصرف عند الأمر بإجراء تحقيق تكميلي إلى قاضي التحقيق المنتدب، يكون من اختصاص غرفة الاتهام وحدها، وليس من اختصاص قاضي التحقيق المنتدب⁽³⁾. وكذلك إذا لم تعين غرفة الاتهام فغي قرارها من يقوم بالتحقيق التكميلي، فإذا قام قاضي تحقيق محكمة معينة بالتحقيق دون إنابة، فإن ذلك يعد مخالفة جوهرية للإجراءات وللإختصاص، وهذا يستوجب النقض والإبطال⁽⁴⁾. وكذلك يكون مخالفا للإجراء الجوهري المتعلق بالمادتين 187 و190 ق.إ.ج أن تتهم غرفة الاتهام متهما بتهمة جديدة لم يسبق أن حقق فيها قاضي التحقيق، دون مراعاة أحكام هاتين المادتين المذكورتين أعلاه من وجوب فتح تحقيق تكميلي في كل اتهامات جديدة لم يسبق أن حقق فيها، أو أشار إليها قاضي التحقيق أو تناولتها أو صاف الاتهام التي أقرها قاضي التحقيق. والقضاء بغير هذا يؤدي إلى النقض والبطلان⁽⁵⁾.

- كما تعد قاعدة جوهرية ما هو مقرر قانونا طبقا للمادة 182 ق.إ.ج من أن النيابة العامة ملزمة بتبليغ تاريخ جلسة غرفة الاتهام إلى الخصوم ومحاميهم بكتاب موصى عليه خمسة أيام قبل انعقادها إذا كان الأمر يتعلق بالحبس الاحتياطي⁽⁶⁾، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إخلالا بحقوق الدفاع،

(1) - قرار صادر يوم: 22 نوفمبر 2000م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 210162. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج: 1، ص: 114.

(2) - قرار صادر يوم: 25 نوفمبر 1980م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 23977. (ن.ق)، ع: 01، س: 1981م، ص: 92.

(3) - قرار صادر يوم: 11 أبريل 2000م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 240239. (م.ق)، ع: 02، س: 2001م، ص: 328.

(4) - قرار صادر يوم: 20 نوفمبر 1990م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 72929. (م.ق)، ع: 04، س: 1992م، ص: 176.

(5) - قرار صادر يوم: 26 أبريل 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 58444. (م.ق)، ع: 02، س: 1993م، ص: 158.

(6) - كان هذا قبل تعديلها بالقانون رقم: 01-08 المؤرخ في: 26/06/2001م.

ومخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات، ولذلك فإن الإعلان بتاريخ الجلسة المؤرخ في: 16/11/1985م والذي يشير إلى أن غرفة الاتهام تنظر في طلب الطاعن يوم: 18/11/1985م أي بعد يومين، فإن غرفة الاتهام لم تحترم الأجل المحدد بالمادة 2/182 ق.إ.ج، وتكون بذلك قد خرقت قاعدة جوهرية في الإجراءات وأخلت بحقوق الدفاع، وهذا يستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه⁽¹⁾. أما إذا روعي ميعاد خمسة (5) أيام عند الإخطار الذي أرسل يوم: 27/12/1989م، وتاريخ الجلسة حدد بيوم: 09/01/1990م فإنّ قضاة الموضوع بحكمهم - كما فعلوا- طبّقوا صحيح القانون. على أنّ سريران الميعاد يبدأ من تاريخ إرسال الرسالة المضمّنة لا من تاريخ استلامها⁽²⁾.

وقد قضت المحكمة العليا بالمبدأ الآتي: «من المقرر قانوناً أن قرار غرفة الاتهام الذي لم يذكر ما إذا بلغ النائب العام كلا من الخصوم ومحاميهم بتاريخ النظر في القضية بالجلسة، وما إذا سمح للأطراف بوضع مذكراتهم - كما هو ثابت في قضية الحال - يعد مخالفاً للقواعد الجوهرية في الإجراءات. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»⁽³⁾.

- إنّ تبليغ أوامر قاضي التحقيق إلى المتهم وإلى الطرف المدني في ظرف أربع وعشرين (24) ساعة بكتاب موصى عليه هو إجراء جوهرى ينجرُّ على عدم مراعاته البطلان، وعلى هذا الأساس قضت المحكمة العليا بأن أمر قاضي التحقيق الذي لم يبلغ الطاعن بطريقة قانونية، وأنّ مجرد وجود نسخة من رسالة موجهة إليه من قاضي التحقيق دون أن تكون مرفقة بوصل التضمين، يدل على أنّ التبليغ لم يتم حسب الشروط المنصوص عليها في القانون، ومن ثمّ فإنّه لا يعتدّ به، ويعتبر كأن لم يكن، وبناء على ذلك، فإنّ غرفة الاتهام بقضائها بعدم قبول استئناف الطاعن شكلاً لوقوعه خارج الآجال تكون قد خرقت قواعد جوهرية في الإجراءات، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه⁽⁴⁾.

3- الإجراءات الجوهرية المتعلقة بالمحاكمة:

- والمستفاد من نص المادة 1/285 ق.إ.ج أنّه في حالة ما إذا تقررت سرية الجلسة تعين صدور الحكم القاضي بسرية الجلسة في جلسة علنية. ومتى تبين من أوراق الملف أن رئيس المحكمة لم يصدر حكماً مسبباً عن سرية الجلسة المعلن عنها في جلسة علنية ودون إشراك المحلّفين باعتبار المسألة من المسائل العارضة الأمر الذي يستدعي نقض وإبطال الحكم المطعون فيه، لمخالفته قواعد جوهرية في الإجراءات⁽⁵⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 10 مارس 1987م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 48881. (م.ق)، ع: 03، س: 1990م، ص239. القرار الصادر يوم: 24 مارس 1998م، (عن غ.ج.ج)، في الطعن رقم: 179585. (م.ق)، ع: 01، س: 1999م، ص170.

(2) - قرار صادر يوم: 08 جانفي 1991م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 83485. (م.ق)، ع: 04، س: 1992م، ص187. القرار الصادر يوم: 27 مارس 1990م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 72149. (م.ق)، ع: 4، س: 1991م، ص271.

(3) - قرار صادر يوم: 19 فيفري 1991م، (عن غ.ج.ج)، في الطعن رقم: 84955. (م.ق)، ع: 03، س: 1993م، ص269. قرار صادر يوم: 20 جويلية 2005م، (عن غ.ج.ق.2)، في الطعن رقم: 371853. (ن.ق)، ع: 61، س: 2006م، ص304.

(4) - قرار صادر يوم: 27 نوفمبر 1984م، (عن غ.ج.2/1)، في الطعن رقم: 28464. (م.ق)، ع: 04، س: 1989م، ص297.

(5) - قرار صادر يوم: 30 ماي 2000م، (عن غ.ج.ج)، في الطعن رقم: 242108. (م.ق)، ع: 01، س: 2001م، ص320.

- ويعتبر من الإجراءات الجوهرية يؤدي خرقها إلى البطلان والنقض ما تضمنته المادة 140 ق.ق.ع التي نصت على أن يكون المتهم مساعدا بمحام يحضر بجانبه يوم جلسة محاكمته، وفي حال غيابه يقوم رئيس المحكمة بتعيين مدافع له تلقائياً، فإن هذا الإجراء المقرر لحماية حقوق الدفاع. ولما كان حكم المحكمة العسكرية أهمل مراعاة هذا الإجراء، واكتفى بالإشارة إلى غياب محامي المتهم وكان هذا الأخير آخر من تكلم، فإنه بهذا القضاء يكون الحكم قد خرق إجراءات جوهرية في القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال الحكم المطعون فيه⁽¹⁾.

- يعتبر إجراء جوهرياً تعيين محام لمتهم يستحق الإبعاد⁽²⁾. وقد قالت المحكمة العليا: «إن الأحكام المتعلقة بإجراءات التلبس بالجريمة غير مطبقة عندما تكون الملاحظات من نوعية تعرض صاحبها لعقوبة النفي والإبعاد، طبقاً للمادتين 59 و3/351 ق.إ.ج»⁽³⁾.

- كما يعد إجراء جوهرياً ما تنص عليه المادة 276 ق.إ.ج من أنه «يجوز لرئيس محكمة الجنايات إذا رأى أن التحقيق غير واف أو اكتشف عناصر جديدة بعد صدور قرار الإحالة أن يأمر باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق. ويجوز له أن يفوض لإجراء ذلك قاض من أعضاء المحكمة، وتطبق في هذا الصدد الأحكام الخاصة بالتحقيق الابتدائي»، وعلى هذا الأساس لا يجوز لرئيس محكمة الجنايات بعد مثول المتهم أمام المحكمة أن يحيل القضية إلى النيابة العامة لإجراء التحقيق، لأنها بهذا خالفت القواعد الجوهرية للإجراءات إذ لا يجوز لها التخلي عن الدعوى لصالح جهة أخرى بعد صدور قرار نهائي بإحالتها عليها، بالإضافة إلى أن النيابة العامة هي طرف فيها وليست بجهة تحقيق. ومن ثم فإن القرار المنتقد ينجر عنه البطلان⁽⁴⁾.

- يعتبر إجراء جوهرياً تلاوة الأسئلة المتعلقة بالإدانة من طرف رئيس محكمة الجنايات بقاعة الجلسة ليتسنى للدفاع مناقشتها. تطبيقاً للمادة 305 ق.إ.ج، وعلى هذا الأساس قضت المحكمة العليا أنه إذا ما تبين لمحكمة الجنايات أثناء احتلائها بغرفة المداولات، وطرح سؤالا يتعلق بالمشاركة في القتل العمدي، وأدانت بها الطاعن، في حين أنه كان من المتعين عليها أن تطرح الأسئلة في الجلسة ليتسنى للدفاع مناقشتها، ومتى كان كذلك تعين نقض وإبطال الحكم المطعون فيه تأسيساً على مخالفته أحكام المبدأ المذكور⁽⁵⁾. وإذا رأت محكمة الجنايات ضرورة إضافة سؤال إلى الأسئلة التي قرأت في الجلسة قبل الدخول

(1) - قرار صادر يوم: 29 نوفمبر 1983م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 34094. (م.ق)، ع: 04، س: 1989م، ص: 278.

(2) - قرار صادر يوم: 16 ديسمبر 1980م، (عن غ.ج.2/1)، في الطعن رقم: 19867. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص: 128.

(3) - قرار صادر يوم: 13 جانفي 1981م، (عن غ.ج.2/1)، في الطعن رقم: 19749. (ن.ق)، ع: 44، س: 1988م، ص: 94.

(4) - قرار صادر يوم: 19 ماي 1992م، (عن غ.ج.ج)، في الطعن رقم: 102470. (م.ق)، ع: 02، س: 1994م، ص: 240. والقرار الصادر يوم: 15 جانفي 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 41595. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص: 235.

(5) - قرار صادر يوم: 06 نوفمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 29833. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص: 214. قرار صادر يوم: 08 أكتوبر 1968م، مجموعة الأحكام، ص: 374. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص: 99.

إلى قاعة المداولات يتعين عليها أن تعود إلى الجلسة مرة ثانية لتفتح المناقشات، وتشير شروح النيابة العامة والدفاع⁽¹⁾.

- كما يعد إجراء جوهريا ما تنص عليه المادة 212ق.إ.ج من وجوب مناقشة الأدلة أمام الجهة القضائية وطرحها في جلسة المحاكمة، ومن ثم ينقض قرار المجلس القضائي الذي اعتمد في إدانة المتهم على محضر المحضر القضائي دون مناقشته في المحاكمة⁽²⁾.

- إنَّ تبليغ المتهم المعارض بتاريخ الجلسة، كما تفرضه المادة 3/413ق.إ.ج، يعتبر قاعدة جوهرية يترتب على إغفالها البطلان، لأنَّه يجرم الخصم من الحضور لجلسة المحاكمة⁽³⁾.

- كما يعد إجراء جوهريا ما تنص عليه المادة 355ق.إ.ج من أنه عند النطق بالحكم يتحقق الرئيس من جديد من حضور الأطراف أو غيابهم، ومن ثم فإنَّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأشكال جوهرية في الإجراءات ويؤدي إلى النقض والبطلان، وعلى هذا الأساس قضت المحكمة العليا بنقض حكم جنائي لم يتحقق فيه رئيس غرفة الأحداث عند النطق بالحكم من حضور الأطراف أو غيابهم، وفقا لما تقتضيه المادة 355ق.إ.ج⁽⁴⁾.

- كما يعد من الإجراءات الجوهرية القاعدة المنصوص عليها بالمادة 433ق.إ.ج من أن جهة الاستئناف مقيدة بصفة المستأنف وصحيفة الاستئناف، وإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة لقواعد جوهرية في الإجراءات. فإذا أحيل أمام محكمة الدرجة الأولى مجموعة من المتهمين، فحكمت بإدانة البعض منهم وسرحت البعض الآخر، فاستأنفت النيابة العامة هذا الحكم ضد جميع المتهمين لتشديد العقوبة، فإن كان من اللازم على المجلس القضائي ملاحقة جميع المتهمين، وليس البعض منهم فقط، وإصدار قرار بشأنهم جميعا حتى من قضى بتسريحهم أمام محكمة الدرجة الأولى، ومادام المجلس أغفل ذلك وتطرق للمتهمين المدانين فقط، فإنه يكون قد خالف قواعد جوهرية في الإجراءات وعرض ما قضى به إلى النقض والإبطال⁽⁵⁾.

وإلى جانب المادة 433ق.إ.ج المذكورة أعلاه والمادة 417ق.إ.ج التي تنفقان على مبدأ تقييد جهة الاستئناف بصفة المستأنف وصحيفة الاستئناف، فإنَّه إذا كانت الدعوى العمومية فصل فيها بموجب حكم أصبح نهائيا، ولم يبق بعد ذلك إلا الجانب المدني في هذه القضية التي فصل فيه بموجب حكم لاحق، فإذا كان هذا الحكم قابلا للاستئناف من المتهم والطرف المدني، وكذلك المسؤول عن الحقوق المدنية فإنه غير

(1) - قرار صادر يوم: 11 مارس 1969م، (عن غ.ج)، (ن.ق)، ع: 05، س: 1969م، ص58. بوسقيعة، أحسن، المرجع والصفحة نفسها.

(2) - قرار صادر يوم: 29 جوان 2005م (غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 301387. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2006م، ص583.

(3) - قرار صادر يوم: 23 جانفي 1990م، (غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 59484. (م.ق)، ع: 01، س: 1992م، ص200.

(4) - قرار صادر يوم: 02 جوان 1987م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 46437. (م.ق)، ع: 03، س: 1992م، ص201.

(5) - قرار صادر يوم: 07 جانفي 1986م، (عن غ.ج.2/ق1)، في الطعن رقم: 35741. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص279.

قابل الاستئناف فيه من النيابة العامة، وإن المجلس بقبوله استئناف النيابة شكلا في هذا الحكم خرق قاعدة جوهرية في الإجراءات مما يستوجب معه النقض والبطالان⁽¹⁾.

- ويعد من الإجراءات الجوهرية يؤدي مخالفتها إلى النقض والبطالان المبدأ القضائي العام الذي يقرر أنه لا يجوز تجزئة الوقائع عندما تكون دلائل الإقناع مشتركة، وعلى هذا نقضت المحكمة العليا قرارا صدر عن الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي قضى بفصل قضية أحد المتهمين عن الآخر، مع أن الأفعال واحدة (الجروح غير العمدية، وحنحة الفرار والقيادة في حالة السكر)، وأدت إلى نتيجة واحدة، واعترف المتهمون بالوقائع، فلا يمكن فصل المتهمين، لأن الوقائع غير قابلة للتجزئة⁽²⁾.

- ومن الإجراءات الجوهرية ما تنص عليه المادة 431 ق.إ.ج من أن للمتهم دائما الكلمة الأخيرة، وإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الجوهرية للإجراءات، وعلى هذا الأساس نقضت المحكمة العليا قرارا لم يشير بأن الكلمة الأخيرة كانت للمتهم، فإن قضاة المجلس بإغفالهم ذلك يكونوا قد خرقوا القواعد الجوهرية للإجراءات ومسوا بحقوق الدفاع الممنوحة لهم⁽³⁾.

4/- الإجراءات الجوهرية المتعلقة بالحكم القضائي:

- ذكر تاريخ الواقعة المنسوبة للمتهم ومكان وقوعها في جريمة الإهانة إجراء جوهرية، حيث إنَّه من واجب كل حكم أو قرار أن يحمل في صلبه دليل مشروعيته وأن كل إجراء جوهرية غير منصوص عليه يعتبر مغفلا عنه، ولما كان القرار أغفل ذكر تاريخ الواقعة ومكانها، فإنه يتعذر على المحكمة العليا إجراء المراقبة عليه، لا من ناحية التقادم، ولا من ناحية الاختصاص الإقليمي⁽⁴⁾.

- صدور الأحكام القضائية في ديباجتها بصيغة «باسم الشعب الجزائري» إجراء جوهرية، حيث نصت عليه المادة 38 ق.إ.م والمادة 167 من دستور 1976م، ومن ثم فإنَّ الإغفال عن هذه الصيغة يعد إغفالا عن إجراءات جوهرية، ويترب عليه مخالفته نقض الحكم⁽⁵⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 21 جانفي 1986م، (عن غ.ج. 1/2 ق1)، في الطعن رقم: 35680. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص: 281.

(2) - قرار صادر يوم: 02 أفريل 1991م، (عن غ.ج.م/ق4)، في الطعن رقم: 69676. (م.ق)، ع: 01، س: 1992م، ص: 203.

(3) - قرار صادر يوم: 03 أفريل 1990م، (غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 63270. (م.ق)، ع: 01، س: 1993م، ص: 200. قرار صادر يوم: 03 أفريل 1984م، (عن غ.ج. 1/2 ق1)، في الطعن رقم: 27580. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص: 294. والقرار الصادر يوم: 16 فيفري 1988م، (عن غ.ج. 1/2 ق1)، في الطعن رقم: 44738. (م.ق)، ع: 02، س: 1990م، ص: 299.

(4) - قرار صادر يوم: 14 جويلية 1981م، (عن غ.ج. 1)، في الطعن رقم: 20352. (ن.ق)، (ع.خ)، س: 1982م، ص: 222.

(5) - قرار صادر يوم: 10 جويلية 1984م، (عن غ.ج. 1)، في الطعن رقم: 37833. (م.ق)، ع: 01، س: 1989م، ص: 297. قرار صادر يوم: 06 نوفمبر 1984م، (عن غ.ج. 1)، في الطعن رقم: 29833. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص: 214. قرار صادر يوم: 09 أفريل 1985م، س: 1990م، ص: 238. قرار صادر يوم: 09 نوفمبر 1982م، (عن غ.ج. 1)، في الطعن رقم: 31089. (ن.ق)، ع: 44، س: 1988م، ص: 108. والقرار الصادر يوم: 15 أفريل 1986م، (عن غ.ج. 1)، في الطعن رقم: 47759. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص: 238. والقرار الصادر يوم: 27 مارس 1990م، (عن غ.ج. 1)، في الطعن رقم: 64287. (م.ق)، ع: 04، س: 1991م، ص: 257.

- إذا كان القانون في المادة 198 ق.إ.ج قد أوجب أن يتضمن قرار الإحالة بيان الوقائع موضوع الاتهام ووصفها القانوني، وإلا كان باطلاً فإن هذه الإجراءات تعتبر من الإجراءات الجوهرية وتتعلق بالنظام العام إذ رتب المشرع جزاء البطلان على مخالفتها، وعليه، فإن قرار الإحالة الذي تضمن عبارات غامضة ومبهمة بعدم توضيح الأشخاص القصر المجني عليهم، وكان من الضروري أن يحدد كيفية وقوع الاعتداء على كل قاصر على حدة، وكذلك تحديد كل حادثة ارتكبت بعينها ليكون سليماً في جوهره، وحتى يسمح لمحكمة الجنايات عند طرح الأسئلة والأجوبة إمكانية مساءلة المتهم عن الوقائع الملاحق أو نفيها عنه. ولما كانت كذلك أوراق الأسئلة متشعبة ومخالفة للمادة 305 ق.إ.ج وذلك يضم فعل الجريمة والظرف المشدد لها أو ضم عدة أفعال أو ضم عدة أشخاص قصر مجني عليهم، فإن الأجوبة بدون الإحالة تكون بغير موضوع، لأنه من المبادئ القانونية العامة أن الأسئلة توضع وتطرح عن كل واقعة معينة في قرار الإحالة، وعن كل ظرف مشدد يكون محل سؤال مستقل وإن دمج الوقائع والظروف المشددة لها في الأسئلة المطروحة من محكمة الجنايات كان نتيجة للخطأ الوارد في منطوق قرار الإحالة، وإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يستوجب نقض وإبطال الحكم المطعون فيه وتمديد النقض أيضاً إلى قرار غرفة الاتهام⁽¹⁾.

- متى كان من المقرر قانوناً طبقاً للمادة 243 ق.إ.ج أنه إذا ادعى الشخص مدنياً في الدعوى فلا يجوز بعدئذ سماعه بصفته شاهداً، فإنَّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ القانوني يعد مخالفة لإجراءات جوهرية⁽²⁾.

- إذا كان من المقرر قانوناً أنه يجب - طبقاً للمادة 314 ق.إ.ج - أن يثبت حكم محكمة الجنايات الذي يفصل في الدعوى العمومية مراعاة الإجراءات الشكلية المقررة قانوناً، كما يجب أن يشتمل فضلاً عن ذلك الأسئلة الموضوعية والأجوبة التي أعطيت عنها، وفقاً لأحكام المواد 305 وما بعدها من ق.إ.ج، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لإجراءات جوهرية.

وإذا كان من المحقق فعلاً أن الحكم المطعون فيه لا يتضمن في صلبه الأسئلة المطروحة على محكمة الجنايات، ولا الأجوبة المعطاة عنها وإضافة إلى ذلك يلاحظ أن ورقة الأسئلة التي هي المصدر الساسي للحكم في الدعوى العمومية لا توجد ضمن أوراق الملف ولم يشر إليها إطلاقاً في كشف كاتب الضبط المرفق بالملف، فإن مخالفة أحكام هذا المبدأ تكون محققة ومؤسسة قانوناً، مما يستوجب نقض الحكم المطعون فيه⁽³⁾.

- إنَّ بيان الوقائع موضوع الاتهام ووصفها القانوني ضمن قرار الاتهام تحت طائلة البطلان هو من البيانات الجوهرية ومن النظام العام، ويترتب على مخالفتها البطلان. وإذا كان قرار غرفة الاتهام حالياً من

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 20 نوفمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 41088. (م.ق)، ع: 01، س: 1989م، ص319.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 05 جانفي 1982م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 26010. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص227.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 03 أفريل 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 33023. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص230.

هذه البيانات الجوهرية، واعتمد عليه في حكم محكمة الجنايات، مما جعل الأسئلة المستخلصة من منطوقه غير مؤسسة، وقد اكتنفها الغموض فإن حكم محكمة الجنايات لا يكون أيضا سديدا فيما قضى به لقيامه على أساس غير قانوني، ومن ثم فإن كل هذا يستوجب نقض حكم محكمة الجنايات وتمديد البطلان إلى قرار غرفة الاتهام⁽¹⁾.

- متى كان من المقرر قانونا طبقا للمادتين 472 و473 ق.إ.ج أن تشكيل محكمة الأحداث يخضع لمشاركة مساعدين مع القاضي الذي يترأس الجلسة لكي يكون انعقاد هذه المحكمة صحيحا وقانونيا، كما أن استئناف أحكامها تختص بالنظر فيه غرفة الأحداث بالمجلس، فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ المتمثل في تشكيل محكمة وغرفة الأحداث يعد خرقا لإجراءات جوهرية في القانون تتعلق بالنظام العام تجوز إثارتها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة العليا لأول مرة. وبناء عليه، فإنه إذا كان من المؤكد أن الحكم والقرار المطعون فيه صدر الأول من محكمة مشكلة من قاض فرد دون مساعدين، وصدر الثاني من الغرفة الجزائية العادية، وليس من الغرفة المختصة بمسائل الأحداث الأمر الذي يشكل خرقا لأحكام القانون، ومتى كان كذلك تعين نقض وإبطال القرار المطعون فيه وإحالة القضية على غرفة الأحداث لنفس المجلس مشكلة تشكيلا آخر للفصل فيها طبقا للقانون⁽²⁾.

- ويعد من الإجراءات الجوهرية مخالفة أحكام المادة 310 ق.إ.ج التي تقرر أنه بعد عودة محكمة الجنايات إلى قاعة الجلسة يستحضر الرئيس المتهم، ويتلو الإجابات التي أعطيت عن الأسئلة، ثم ينطق بالحكم سواء بالإدانة، أو بالإعفاء من العقاب، أو بالبراءة. وبناء عليه إذا كان من المؤكد أن المتهمين أحيلا أمام محكمة الجنايات من أجل القتل العمدي وعدم التبليغ عن جنائية، غير أن هذه المحكمة حررت حكما منفردا ومستقلا بالنسبة لكل واحد من المتهمين الست (6) رغم أن القضية المعروضة عليها هي دعوى واحدة لا تقبل التجزئة، فقد كان على هذه المحكمة تجسيدا للمبدأ المذكور تحرير حكم واحد يشمل المتهمين الست، ومتى خالفت ذلك استوجب نقض وإبطال حكمها⁽³⁾.

وهو الأمر ذاته عندما أصدرت المحكمة العسكرية حكمين منفصلين لمتهمين، بينما كان من المفروض عليها أن تفصل بحكم واحد في الدعوى لأن الأفعال المنسوبة للمتهمين هي أفعال مرتبطة كما منصوص عليه بالمادة 188 ق.إ.ج، فالطريقة التي اتخذتها المحكمة للفصل في هذه الدعوى كانت قد خرقت قواعد جوهرية في الإجراءات⁽⁴⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 04 ديسمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 35802. (م.ق.)، ع: 02، س: 1989م، ص: 241.

(2) - قرار صادر يوم: 23 أكتوبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 33695. (م.ق.)، ع: 03، س: 1989م، ص: 232.

(3) - قرار صادر يوم: 18 ديسمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 37154. (م.ق.)، ع: 03، س: 1989م، ص: 253.

(4) - قرار صادر يوم: 07 أبريل 1992م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 97199. (م.ق.)، ع: 01، س: 1994م، ص: 223.

- يعد إجراء جوهريا أداء الشهود اليمين القانونية المنصوص عليها بالمادة 3/93 و222ق.إ.ج، وكل حكم صدر بناء على شهادة الشهود دون أداء الميني يكون باطلا وينقض⁽¹⁾. والإجراء الجوهري في أداء اليمين هو أن يحلف الشاهد على قول الحق، «ذلك أن قول الحق هو الأمر الجوهري في حلف اليمين، وليس من الضروري ذكر صيغة اليمين بأكملها، ومن ثم فإنه إذا تضمن حكم المحكمة العسكرية أن الشهود أقسموا بأن يقولوا الحق، ولا شيء غير الحق اعتبر ذلك كافيا ومطابقا للقانون»⁽²⁾.

- إن تشكيل محكمة الجنايات من الإجراءات الجوهريّة، إذ من المقرر قانونا 284ق.إ.ج ووفق المتعارف عليه فقها وقضاء أنه متى اكتملت تشكيلة المحكمة قانونا، فإنه لا يجوز استبدال أي عضو من أعضائها بآخر إلا إذا حصل له مانع يمنعه من المشاركة في هيئة الحكم، ولتعلق أمر تشكيل المحكمة بالنظام العام فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا وإخلالا ببيانات جوهريّة في الإجراءات وإذا كان من الثابت في قضية الحال أن محضر المرافعات لم يتعرض قط إلى ذكر أسماء المحلّفين تمت طبقا للمادة 264ق.إ.ج، وحرر محضر بذلك، وأنه بالرجوع إلى هذه الأخيرة يثبت أن تشكيلة المحلّفين المساعدین الذين يجلسون للحكم كانوا كالآتي: 1-ع.م، 2-ز.أ، 3-أ.و، 4-ر.م، في حين يظهر من الحكم المطعون فيه أن الهيئة التي أصدرته كانت خلاف ذلك فكان من بين أعضائها (ح.س) المحلّف المساعد الذين لم يكن ضمن التشكيلة التي أسفرت عنها القرعة للجلوس للحكم. ولما كان أن أوراق الدعوى ليس فيها ما يثبت أن المحلّف (ح.س) حدث له سبب قهري منعه من الجلوس للحكم وأن المحكمة بدورها لم تفصح عن الظروف والأسباب التي جعلتها تستبدل المحلّف (ع.م) بالمحلّف (ح.س)، وإبعاد الأول من تشكيلة هيئة الحكم، ولما كان كذلك، فإن ما قامت به المحكمة ليس له مبررات قانونية سليمة، مما يجعل الشك يحوم حول قانونية تشكيلها الذي هو من النظام العام، ولذلك كان النعي على الحكم المطعون فيه بالوجه المثار من الطاعنين في محله، ويترتب عليه النقض⁽³⁾.

وقد قضت المحكمة العليا «بأن تشكيلة المحكمة من النظام العام، فلا يجوز مخالفة ما قرر قانونا بشأنها، وعليه فإنّ عدم بيان رتبة قضاة المحكمة يجعل من التشكيلة باطلة يترتب عنه بطلان الحكم المطعون فيه لخرقه قواعد جوهريّة في الإجراءات». وهذه الرتب هي المشار إليها بالمادة 258ق.إ.ج من كون رئيس محكمة الجنايات بدرجة رئيس غرفة على الأقل، وقاضيين بدرجة مستشار، أما عبارة «قاضي»، فغير مقبولة

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 06 نوفمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 35805. (م.ق)، ع: 04، س: 1989م، ص: 284. القرار الصادر يوم: 26 نوفمبر 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 39440. (م.ق)، ع: 01، س: 1990م، ص: 242. قرار صادر يوم: 17 فيفري 2011م، (عن غ.ج.ق1)، في الطعن رقم: 654684. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2012م، ص: 372.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 26 نوفمبر 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 39440. (م.ق)، ع: 01، س: 1990م، ص: 242.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 20 مارس 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 33164. (م.ق)، ع: 01، س: 1990م، ص: 229.

ولا تعبر عن رتبة مستشار بالمجلس على الأقل⁽¹⁾. كما أن ذكر أسماء القضاة والمحلفين وممثل النيابة وكاتب الضبط ضمن الحكم الجنائي إجراء جوهري يترتب عن إغفاله البطلان، وعلى هذا الأساس قضت المحكمة العليا ببطلان ونقض حكم محكمة الجنايات الذي أغفل ذكر أسماء المحلفين المساعدين، لأن ذلك يشكل خرقاً للإجراءات يترتب عنه النقض⁽²⁾.

- يعد مخالفة للإجراءات الجوهرية المتعلقة بالاختصاص الوارد حكمه بالمادة 03ق.إ.ج، وكذا المادة 3/7ق.إ.م القديم، التي تنص على أن الوقائع عندما يتعلق بحادث مرور يختص بها القضاء الجزائي للفصل في الدعوى المدنية، أما إذا تعلقت الوقائع بغير حوادث المرور، بأن تعلقت بالتعويض عن الجرائم الإرهابية، فإن القضاء الإداري هو المختص بنظر الدعوى المدنية لا القضاء الجزائي، ومن ثم فإنه إذا أدان القضاء المتهم بجرمة معينة، فإنه لا يسوغ في مثل هذه الأحوال تحميل الخزينة العمومية التعويضات المستحقة للطرف المدني طالما أن الوقائع لا تتعلق بحوادث المرور، بل هي تدخل في إطار تعويض ضحايا الإرهاب، حيث يعود الاختصاص للنظر فيها إلى القضاء الإداري، وبالتالي فإن قضاة الموضوع بتمسكهم باختصاصهم يكونوا قد خالفوا قواعد جوهرية في الإجراءات، مما ينجر عنه البطلان⁽³⁾.

- كما يعد قواعد جوهرية الأحكام الواردة بالمادة 261ق.إ.ج المتعلقة بشروط المحلفين الشعبيين، من أن يكونوا من جنسية جزائرية ويبلغون من العمر ثلاثين (30) سنة كاملة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقواعد الجوهرية في الإجراءات، وعلى هذا الأساس، فإن الحكم الصادر من محكمة الجنايات عن تشكيلة تتركب من محلف لم يبلغ السن القانوني، حيث إنّه من مواليد: 1957/05/07م، والحكم صدر يوم: 1986/04/01م، أي أنه كان يبلغ من العمر يوم صدور الحكم: 28 سنة وعشرة أشهر، يعد خرقاً للقواعد الجوهرية للإجراءات، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه⁽⁴⁾.

- ويعد أيضاً من الإجراءات الجوهرية ما تقضي به المادة 3/281ق.إ.ج من أنه في حالة توفر النصاب القانوني على إثر تخلف بعض المحلفين الإضافيين حسب ترتيب قيد أسمائهم بالقائمة العدد من قائمة المحلفين الإضافيين حسب ترتيب قيد أسمائهم بالقائمة الخاصة، ويحرر عن ذلك حكم مسبب، ومن ثم فإن القضاء بمخالفة هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون، ولذلك ينقض حكم محكمة الجنايات الذي أضاف

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 26 جوان 2001م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 270831. (م.ق)، ع: 02، س: 2001م، ص: 316. قرار صادر يوم: 27 مارس 2001م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 267845. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص: 336. قرار صادر يوم: 10 أكتوبر 2000م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 252130. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص: 345. قرار صادر يوم: 1998/04/29م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 190943. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص: 351.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 20 جانفي 1998م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 183243. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص: 365.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 22 نوفمبر 2000م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 210162. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج: 1، ص: 114.

⁽⁴⁾ - قرار الصادر يوم: 14 أكتوبر 1997م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 180909. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص: 380. القرار الصادر يوم: 05 جانفي 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 51794. (م.ق)، ع: 03، س: 1990م، ص: 254.

إلى قائمة المحلفين الأصليين اسم المحلف الإضافي في رقم (04) المدرج في القائمة الخاصة، وأجرت القرعة فيما يخصه بدون احترام الترتيب التسلسلي، ودون إصدار حكم يبرر هذا الإجراء⁽¹⁾.

- ويعد كذلك من الإجراءات الجوهرية ما تقضي به المادة 3/280 ق.إ.ج من أنه «يفصل الرئيس والقضاة أعضاء المحكمة في أمر المحلفين الغائبين»، وكذلك ما تقضي به المادة 3/281 ق.إ.ج من أنه «... فإذا ترتب على هذا التخلف أو الشطب أن نقض عدد المحلفين الباقية أسماءهم بالكشف عن ثمانية عشر محلفا استكمل باقي العدد من المحلفين الإضافيين ليحلوا محل الآخرين حسب ترتيب قيد أسمائهم بالكشف الخاص»، وعلى هذا الأساس فإنه ينقض الحكم المطعون فيه الخالي من البيانات الجوهرية المنصوص عليها في المادتين المذكورتين أعلاه متضمنا التباسا وغموضا لما وضع قائمة واحدة تحتوي على عشرين محلفا أصليين وإضافيين معا يكونون هكذا قد شاركوا كلهم في الاقتراع، مما يجعل هذه العملية مشوبة بالبطلان ومعها الحكم المطعون فيه الذي بني عليها⁽²⁾. كما أن رئيس محكمة الجنايات لما استخلف المحلف الناقص في القائمة الأصلية بمحلف إضافي دون أن يراعي ترتيب قيد الأسماء المقرر في القائمة الإضافية ودون أن يقدم أي مبرر عن ذلك يكون قد خرق الإجراءات وعرض القرار الصادر للبطلان⁽³⁾.

- ويعتبر أيضا إجراء جوهريا تشكيلة محكمة الجنايات الوارد بالمادة 258 ق.إ.ج، وأن القضاء بما يخالفه هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد جوهرية ولذلك ينقض حكم محكمة الجنايات الذي طرح سؤالا إضافيا وناقشه مع الأطراف بدون حضور المحلفين الشعبيين⁽⁴⁾.

كما ينقض حكم محكمة الجنايات الذي أجاب على سؤال الدفاع الشرعي من طرف القضاة المحترفين دون المحلفين⁽⁵⁾. كما يتعرض للنقض حكم محكمة الجنايات الذي طرح سؤال الاستفزاز وأجاب عنه من القضاة المحترفين فقط دون مشاركة المحلفين⁽⁶⁾. كما ينتقض قرار غرفة الاتهام الصادر عن هيئة مكونة من رئيس وثلاثة مستشارين، وهو ما يخالف قاعدة العدد الفردي من أجل إبراز الأغلبية في القضاء الفردي، والعدد الزوجي يحول دون ذلك⁽⁷⁾. وفي حال انسحاب أحد القضاة المشكلين لمحكمة الجنايات أثناء الجلسة، وتعويضه بقاضي آخر، فإن القاضي المعوض يجب تعيينه قبل بداية استخراج أسماء المحلفين، وهذا إعمالا للمادة 258 ق.إ.ج. وعلى هذا قضت المحكمة العليا بنقض حكم محكمة الجنايات الذي عوض قاضيا لإتمام التشكيلة فجأة دون تعيينه بداية الجلسة، ودون مراعاة الإجراءات السابقة لاستدعائه،

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 03 جانفي 1989م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 55298. (م.ق)، ع: 02، س: 1991م، ص: 207. القرار الصادر يوم: 20 ديسمبر 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 53651. (م.ق)، ع: 03، س: 1991م، ص: 201.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 19 ديسمبر 1995م، (عن غ.ج.ج)، في الطعن رقم: 142019. (م.ق)، ع: 01، س: 2000م، ص: 187.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 25/04/2000م، (عن غ.ج.ج)، في الطعن رقم: 241433. (م.ق)، ع: 01، س: 2001م، ص: 317.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 12 أبريل 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 51467. (م.ق)، ع: 01، س: 1992م، ص: 168.

⁽⁵⁾ - قرار صادر يوم: 06 جانفي 1970م، (عن غ.ج.ج)، (ن.ق)، ع: 01، س: 1970م، ص: 52. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص: 99.

⁽⁶⁾ - قرار صادر يوم: 08 أكتوبر 1968م، (عن غ.ج.ج)، مجموعة الأحكام، ص: 374. بوسقيعة، أحسن، المرجع والصفحة نفسها.

⁽⁷⁾ - قرار صادر يوم: 28 جويلية 1998م، (عن غ.ج.ج)، في الطعن رقم: 268972. (م.ق)، ع: 02، س: 2001م، ص: 325.

لأنه يشكل خرقاً لإجراءات جوهرية يترتب عنه النقص. إذ كان يتعن إعادة الإجراءات من بدايتها حتى يطلع القاضي المعوض للمنسحب على وقائع الدعوى من خلال استماعه لتلاوة قرار الإحالة، وكذا إبداء رأيه فقي تشكيل المحكمة من طرف المحلّفين⁽¹⁾. كما أن المحكمة الجنائية، وتطبيقاً للمادة 4/319 ق.إ.ج، تصدر حكمها بغير حضور المحلّفين لما يكون المتهم غائباً عن الجلسة، وبعد القيام بإجراءات التخلف عن الحضور المنصوص عليه قانوناً. وعلى هذا الأساس ينقض حكم محكمة الجنايات الحكم الغيابي بمشاركة المحلّفين في الحكم لأنه يشكل مخالفة لقاعدة جوهرية في الإجراءات⁽²⁾. كذلك لا يجوز إقحام المحلّفين للنظر في مسألة حجية الشيء المقضي فيه التي تدخل ضمن اختصاص القضاة المحترفين وينقض كل حكم خالف هذا المبدأ⁽³⁾.

- وكذلك يعد إجراء جوهرياً ما تقضي به المادة 184 ق.إ.ج من أنه يفصل المجلس في القضية في غرفة المشورة بعد تلاوة تقرير المستشار المنتدب، ومن ثم فإنّ الحكم بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لقواعد جوهرية في الإجراءات، وعليه ينقض قرار غرفة الاتهام الذي فصل في القضية في غياب المستشار المقررة⁽⁴⁾.

- كما تعد من الإجراءات الجوهرية ما تنص عليه المادة 317 ق.إ.ج والمتعلقة بإجراءات التخلف عن الحضور أمام محكمة الجنايات⁽⁵⁾، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون، ولذلك ينقض حكم محكمة الجنايات، الذي أغفل عن الإجابة عن طلبات النيابة العامة، وعدم قيامها بالإجراءات التي يجب اتخاذها ضد المتهم المتخلف عن الحضور أمام المحكمة طبقاً للمادة 317 ق.إ.ج⁽⁶⁾.

- كما يعتبر إجراء جوهرياً محضر المرافعات المنصوص عليه بالمادة 314 ق.إ.ج من أنه: «يحرر كاتب الجلسة محضراً بإثبات الإجراءات المقررة يوقع عليه من الرئيس». ومن ثم فإنّ محضر المرافعات الذي لم يتم تحريره يجعل من المستحيل على المحكمة العليا مراقبة مدى احترام الإجراءات الجوهرية المنصوص عليها قانوناً ويشكل بذلك مخالفة لقواعد جوهرية في الإجراءات. حيث إنّ محضر المرافعات بهذه الصفة ولهذا

(1) - قرار صادر يوم: 28 جويلية 1998م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 198797. (أ.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص 341.
(2) - قرار صادر يوم: 29 أفريل 1998م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 190943. (أ.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص 351.
(3) - قرار صادر يوم: 29 فيفري 2002م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 226101. (أ.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص 376. قرار صادر يوم: 20 جويلية 2005م، (عن غ.ج)، القسم الثاني، في الطعن رقم: 371676. (ن.ق)، ع: 66، س: 2011م، ص 254.
(4) - قرار صادر يوم: 08 ماي 1990م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 62303. (م.ق)، ع: 01، س: 1992م، ص 177.
(5) - تنص المادة 317 ق.إ.ج، على أنه: «إذا تعذر القبض على المتهم بعد صدور قرار الاتهام ضده، أو لم يتقدم في خلال عشرة (10) أيام من تبليغه بذلك القرار تبليغاً قانونياً، أو إذا فر بعد تقديمه نفسه، أو بعد القبض عليه، أصدر القاضي المدعو لرئاسة محكمة الجنايات، أو القاضي المعين من قبله، أمراً باتخاذ إجراءات التخلف عن الحضور، وتعلق نسخة من هذا الأمر في خلال مهلة (10) أيام، على باب مسكن المتهم، وعلى باب مقر المجلس الشعبي البلدي، وعلى باب محكمة الجنايات. وينص هذا الأمر على أنه: «يتعين على المتهم أن يقدم نفسه في مهلة (10) أيام اعتباراً من تاريخ التعليق المشار إليه في الفقرة السابقة، وإلا اعتبر خارجاً على القانون، ويوقف عن مباشرة حقوقه المدنية، وتوضع أمواله تحت الحراسة مدة التحقيق في إجراءات الغياب، ويحضر عليه رفع أية دعوى أمام القضاء أثناء تلك المدة، وأنه سيحاكم رغم غيابه، وأنه يتعين على كل شخص أن يدل على المكان الذي يوجد فيه».
ويذكر في هذا الأمر، زيادة على ما تقدم، هوية المتهم، وأوصافه والجناية المنسوبة إليه، والأمر بالقبض الجسدي، فإذا رفض المتهم تقديم نفسه، وحوكم غيابياً، وتأييد وضع أمواله تحت الحراسة.

ويوجه النائب العام نسخة من هذا الأمر لمدير مصلحة الأملاك بموطن المتهم المتخلف عن الحضور.

وبعد مهلة عشرة (10) أيام تتخذ إجراءات محاكمة المتهم المتخلف عن الحضور».

(6) - قرار صادر يوم: 27 مارس 1990م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 69473. (م.ق)، ع: 04، س: 1991م، ص 259.

الغرض يعتبر وثيقة أساسية في كل محاكمة جنائية باعتباره شاهدا على سلامة الإجراءات، وحجة على وقوعها، كما هي معروفة فيه، ويمكن الرجوع إليها، وأنَّ عدم تحرير محضر المرافعات، وإن كان لا يفيد بالضرورة عدم وقوع الإجراءات، فإنَّه من المستحيل على المحكمة العليا مراقبة احترام الإجراءات الجوهرية المنصوص عليها قانونا، ولا يمكنها من قاعدة تركز عليها في بحثها عن تأسيس الانتقادات الموجهة للحكم المطعون فيه اعتمادا على عدم احترام الإجراءات أو المنازعة فيها، مما يؤدي إلى بطلان كل أطوار المحاكمة والحكم الذي نتج عنها⁽¹⁾. وقد قالت المحكمة العليا: «إنَّ تحرير محضر المرافعات من طرف كاتب الضبط وتوقيعه مع رئيس المحكمة يعد إجراء جوهريا يثبت من خلاله استيفاء الإجراءات القانونية المقررة لانعقاد جلسات المحاكم الجنائية ويسمح للمحكمة العليا ممارسة رقابتها عليها. وعليه فإن عدم توقيع محضر المرافعات يشكل مخالفة للمادة 314ق.إ.ج. يترتب عليها النقض»⁽²⁾. كما قضت «بأنَّ إدراج نسخة طبق الأصل من محضر المرافعات ضمن ملف الطعن بالنقض إجراء لا يمكن المحكمة العليا من مراقبة شكلية أصل المحضر الذي يجب أن يوقع عليها رئيس المحكمة، ومادام أنَّه لا يحمل توقيع الرئيس فإنَّه يعد لاغيا لا عمل له، وصار باطلا وبطلت معه إجراءات المحاكمة والحكم المطعون فيه بالنقض، لأنَّ النسخة طبق الأصل لا يمكنها أن تحل محل النسخة الأصلية الموقعة من الرئيس وكاتب الضبط، ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم وإبطاله»⁽³⁾.

- كما يعد محضر استخراج أسماء المحلفين عن طريق القرعة محضرا مكتملا لمحضر المرافعات، والذي يكمل بدوره الحكم الجنائي، وهنا يجب أن تكون البيانات بين هذه المحاضر والحكم الجنائي كلها متناسقة، ولا تناقض بينها، فإذا وجدت بيانات جوهرية متناقضة بين الحكم ومحضر استخراج المحلفين، فإن ذلك يترتب عليه البطلان والنقض، ولذلك ينقض الحكم الجنائي الذي أشار إلى محلف لم يذكره محضر استخراج المحلفين⁽⁴⁾. غير أنه من المقرر قانونا طبقا للمادة 314ق.إ.ج، وكذلك من المستقر عليه قضاء أنه لا يجوز للكاتب تدوين تصريحات الأطراف بمحضر المرافعات إلا بأمر من الرئيس، وذلك حفاظا على مبدأ شفوية المرافعات أمام محكمة الجنايات⁽⁵⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 27 جويلية 1999م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 216325. (م.ق)، ع: 01، س: 1999م، ص 178.
(2) - قرار صادر يوم: 20 فيفري 2008م، (عن غ.ج/ق2)، في الطعن رقم: 507268. (م.م.ع)، ع: 02، س: 2008م، ص 357. قرار صادر يوم: 26 جوان 2001م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 270381. (م.ق)، ع: 02، س: 2001م، ص 316.
(3) - قرار صادر يوم: 27 مارس 2001م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 267894. (م.ق)، ع: 02، س: 2001م، ص 321. والقرار الصادر بتاريخ: 27 مارس 2001م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 267845. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص 336.
(4) - قرار صادر يوم: 10 جانفي 1998م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 177197. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص 368.
(5) - قرار صادر يوم: 19 أكتوبر 2005م، (عن غ.ج/ق2)، في الطعن رقم: 357923. (ن.ق)، ع: 63، س: 2008م، ص 314.

- ومن الإجراءات الجوهرية أن تتضمن ورقة الأسئلة، طبقاً للمادة 3/309ق.إ.ج العقوبة المحكوم بها على المتهم المدان، والحكم بغير هذا يؤدي إلى النقض البطلان⁽¹⁾.

- كما أن توقيع ورقة الأسئلة من رئيس محكمة الجنايات ومن المحلّف الأول في ذيلها يعد إجراء جوهرياً يترتب على مخالفته البطلان والنقض، ومن ثم فإنّ ورقة الأسئلة - التي تعتبر من الوثائق الأساسية في كل محاكمة جنائية- يجب أن تشمل على بيانات جوهريّة، وأن الورقة التي وقعها المحلّف الأول فقط دون الرئيس هي ورقة باطلة، وينجر عنها بطلان الحكم الجنائي المؤسس عليها⁽²⁾. ولا يشترط في ورقة الأسئلة وجود توقيعين فقط، وإنما يجب أيضاً تحت طائلة البطلان الإشارة إلى صفة الموقع، وهما: رئيس المحكمة؛ والمحلّف الأول، وذلك حتى تتمكن المحكمة العليا من بسط رقابتها⁽³⁾.

- كما يعد إجراء جوهرياً ما تنص عليه المادة 2/309ق.إ.ج من أنّ جميع الأسئلة تصدر ويصوّت عليها بالأغلبية، حفاظاً على سرية المداولات. وعلى هذا الأساس فإنّه متى تبين من الحكم المطعون فيه أنّ الأسئلة المطروحة أجب عنها بلا فقط دون ذكر «بالأغلبية»، فإنّه يشكل خرقاً للقانون، ويستوجب نقض وإبطال الحكم⁽⁴⁾.

- ويعتبر إجراء جوهرياً ما تنص عليه المادة 305ق.إ.ج من أنه: «يقرر الرئيس إقفال باب المرافعات، ويتلو الأسئلة الموضوعية، ويضع سؤالاً عن كل واقعة معينة في منطوق قرار الإحالة». والعمل بغير هذا يؤدي إلى النقض والبطلان، وعلى هذا الأساس فإنّ حكم محكمة الجنايات حين فصلها في قضية الحال قد وجهت للمتهم سؤالاً متشعباً لاحتوائه واقعة الضرب والجرح العمدي مع ظرف التشديد معاً مما يشكل خطأً في تطبيق القانون ويعرض قضائها للنقض⁽⁵⁾.

- وإنّ عدم تحديد الجهة القضائية العسكرية مصدرة الحكم يؤدي إلى إبطال ونقض الحكم الصادر عنها⁽⁶⁾.

- كما يعد إجراء جوهرياً عدم إيراد اسم كاتب الجلسة ضمن تشكيلة المجلس، وإنّ هذا الإغفال هو مساس بصحة القرار، ومخالفة لإجراء جوهري ينجر عنه البطلان، إعمالاً للمادتين 380 و429ق.إ.ج⁽¹⁾.

⁽¹⁾- قرار صادر يوم: 24 مارس 1998م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 192209. (م.ق)، ع: 02، س: 2000م، ص191. القرار الصادر يوم: 27 جويلية 1999م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 216325. (م.ق)، ع: 01، س: 1999م، ص178. القرار الصادر يوم: 15 فيفري 2006م، (عن غ.ج/ق2)، في الطعن رقم: 369603. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2006م، ص527.

⁽²⁾- قرار صادر يوم: 30 جوان 1998م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 184526. (م.ق)، ع: 02، س: 1999م، ص137. والقرارات الصادرة (عن غ.ج)، في يوم: 15 ديسمبر 1998م، في الطعن رقم: 1866016، و201739، و207056. (م.ق)، (ع.خ) 02، س: 1999م، ص131.

⁽³⁾- قرار صادر يوم: 17 فيفري 2011م، (عن غ.ج/ق1)، في الطعن رقم: 654684. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2012م، ص372.

⁽⁴⁾- قرار صادر يوم: 27 أكتوبر 1998م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 202652. (م.ق)، ع: 02، س: 1999م، ص143. قرار صادر يوم: 08 نوفمبر 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 57557. (م.ق)، ع: 02، س: 1991م، ص205. قرار صادر يوم: 17 ديسمبر 2009م، (عن غ.ج/ق1)، في الطعن رقم: 634620. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2011م، ص353.

⁽⁵⁾- قرار صادر يوم: 24 مارس 1998م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 186229. (م.ق)، ع: 02، س: 1999م، ص140.

⁽⁶⁾- قرار صادر يوم: 17 ديسمبر 2009م، (عن غ.ج/ق1)، في الطعن رقم: 634620. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2011م، ص353.

- من الإجراءات الجوهرية والشكلية ذكر الأطراف المدنية، وصفتهم، في ديباجة كل قرار، وإنَّ إغفال ذلك يعتبر خرقاً للقانون، ويستوجب النقض⁽²⁾.

- كذلك يعد إجراء جوهرياً ما تقضي به المادة 1/431 ق.إ.ج من أنَّ المجلس القضائي يفصل في الاستئناف بناء على تقرير شفوي من أحد المستشارين، وعلى هذا الأساس نقضت المحكمة العليا قراراً لم يشر قط إلى تلاوة التقرير بالجلسة من طرف مستشار مقرر، والقضاء بهذا يكون قد انتهك قاعدة جوهرية في الإجراءات⁽³⁾. كما قضت بأنَّ عدم ذكر اسم المستشار المقرر في القرار المطعون فيه لا يسمح بمعرفة ما إذا كان المستشار الذي كان حاضراً يوم تلاوة التقرير هو نفسه الذي حضر يوم النطق بالقرار، ويجوّل دون أعمال المحكمة العليا رقابتها بخصوص قانونية تشكيلة الجهة القضائية التي أصدرت القرار المطعون فيه. إذ أنَّه خرق للإجراء الجوهري المنصوص بالمادة 1/431 ق.إ.ج التي تنص على أن القاضي الذي يقدم تقريره في الجلسة يعد بالضرورة جزءاً لا يتجزأ من الجهة القضائية المدعوة للفصل في القضية، كما يجب ذكر اسم القاضي المكلف بإعداد التقرير في القرار وإلا وقع تحت البطلان والنقض⁽⁴⁾.

كما أنَّ الأصل الثابت أنَّ المستشار المقرر يكون واحداً لا متعدداً، ومن ثمَّ فإنَّ ذكر اسم مستشارين مقررين في نفس القضية يثير اللبلة والخلط في شأن الهوية الحقيقية لمن كان المستشار المقرر فعالاً في القضية ينعكس على تركيب الهيئة القضائية المصدرة للقرار مما يعرضه للنقض⁽⁵⁾. كما أنَّ عدم رود لقب واسم المستشار المقرر في القرار لا يسمح للمحكمة العليا بممارسة رقابته على مشروعية تشكيلة الهيئة القضائية التي أصدرت القرار المطعون فيه⁽⁶⁾. ولا يشترط ذكر عبارة: «شفوي» في القرار، بل متى أشار القرار إلى «تلاوة التقرير»، فإنَّ المقصود بذلك هو تلاوة التقرير الشفوي⁽⁷⁾. وكذلك عبارة: «بعد سماع التقرير»، فهي تدل على أنَّ التقرير كان شفويًا. ومتى كان كذلك فإنَّ قضاة المجلس لم يخرقوا حكم المادة 431 ق.إ.ج⁽⁸⁾.

- وقد قضت المحكمة العليا: «يخالف تشكيل غرفة الاتهام من أربعة (04) قضاة، قاعدة العدد الفردي للتشكيلة، ومبدأ الأغلبية في اتخاذ القرار»⁽⁹⁾.

- ومن الإجراءات الجوهرية تشكيلة هيئة المحكمة، فإذا كان وكيل الجمهورية الذي كان قد وقع على الطلب الافتتاحي لإجراء التحقيق في القضية ومثل النيابة في جلسة المحاكمة، ثم عين كمستشار بالمجلس

(1) - قرار صادر يوم: 26 جانفي 2000م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 188038. (أ.ق.)، (ع.خ)، س: 2002م، ج: 1، ص: 95.
(2) - قرار صادر يوم: 28 جوان 1992م، (غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 87977. (ن.ق.)، ع: 49، س: 1996م، ص: 285.
(3) - قرار صادر يوم: 31 جانفي 1989م، (عن غ.ج.م/ق2)، في الطعن رقم: 46784. (م.ق.)، ع: 03، س: 1990م، ص: 268.
(4) - قرار صادر يوم: 21 نوفمبر 1989م، (عن غ.ج.م/ق2)، في الطعن رقم: 58172. (م.ق.)، ع: 04، س: 1991م، ص: 298.
(5) - قرار صادر يوم: 14 ماي 1981م، (عن غ.ج.م)، مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص: 102. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص: 148.
(6) - قرار صادر يوم: 16 أبريل 1981م، (عن غ.ج.م)، مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص: 86. بوسقيعة، أحسن، المرجع والصفحة نفسها.
(7) - قرار صادر يوم: 21 جانفي 1969م، (عن غ.ج.م)، مجموعة الأحكام الجنائية، ص: 413. بوسقيعة، أحسن، المرجع والصفحة نفسها.
(8) - قرار صادر يوم: 14 ديسمبر 1998م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 181123. بوسقيعة، أحسن، المرجع والصفحة نفسها.
(9) - قرار صادر يوم: 18 أكتوبر 2006م، (عن غ.ج.م/ق2)، في الطعن رقم: 413252. (م.م.ع)، ع: 02، س: 2006م، ص: 491.

وترأس الغرفة الجزائية، فإنه بذلك قد شارك في نظر الدعوى على مستوى الدرجتين مما ترتب عليه خرق أشكال جوهرية في الإجراءات وخاصة مبدأ التقاضي على درجتين، مما يستوجب نقض القرار الصادر عن المجلس القضائي⁽¹⁾.

- كما أن من القواعد الجوهرية المتعلقة بتشكيل هيئة المحكمة، أنه لا يجوز للقاضي الذي نظر القضية بوصفه قاضيا للتحقيق أو عضوا بغرفة الاتهام أن يجلس للفصل فيها بمحكمة الجنايات، طبقا للمادة 260ق.إ.ج⁽²⁾.

ولا يجوز أيضا إقحام المحلفين للفصل في كل مسألة قانونية، كإنقضاء الدعوى العمومية (إلغاء النص العقابي)⁽³⁾ طبقا للمادة 291ق.إ.ج، حيث يجب أن تفصل فيها المحكمة بدون حضور المحلفين، وإلا كان كان باطلا وينقض⁽⁴⁾.

- كذلك يعد إجراء جوهريا ما تنص عليه المادة 594ق.إ.ج من أنه في حالة الحكم بإيقاف التنفيذ يجب إنذار المحكوم عليه بأنه في حالة الحكم عليه بعقوبة جديدة، فإنَّ العقوبة الأولى ستنفذ عليه دون أن تلبس بالعقوبة الثانية، ومن ثمَّ فإنَّ أي حكم أو قرار خلا من ذكر هذا الإنذار الذي يعتبر من النظام العام يوضه لخرق الإجراءات الجوهرية، مما يستوجب النقض⁽⁵⁾.

ومع ذلك، فإنَّه وجد ما يخالف هذه القرارات، حيث جاء في بعض القرارات ما نصه: «إنَّ الإنذار المنصوص عليه في المادة 594ق.إ.ج لا يعد قاعدة جوهرية في الإجراءات، لأنَّه لا يترتب على مخالفته إخلال بحقوق الدفاع أو أي خصم في الدعوى، ومتى كان ذلك، فإنَّ عدم الإشارة إليه في القرار لا يؤدي إلى البطلان»⁽⁶⁾، وجاء في قرار ما نصه: «إنَّ عدم احترام مقتضيات المادة 594ق.إ.ج لا يؤدي إلى النقض طالما أنَّ هذه المادة لا تنص على الإنذار تحت طائلة البطلان»⁽⁷⁾.

والحقيقة إنَّ الباحث والدَّارس ليبقى حائرا أمام هذه الظاهرة القضائية الغريبة التي تنتهجها المحكمة العليا، إذ من المقرر قانونا وطبقا للمادة 16 و17 و19 من القانون العضوي رقم: 11-12 الصادر سنة 2011م والمتعلق بالمحكمة العليا، أنه عندما تطرح قضية مسألة قانونية تلتقت أو من شأنها أن تتلقى حلولا

(1) - قرار صادر يوم: 08 جويلية 1982م، (عن غ.ج. 2/3)، في الطعن رقم: 25212. (م.ق.)، ع: 02، س: 1989م، ص: 268.
(2) - قرار صادر يوم: 15 فيفري 2006م، (عن غ.ج. 2/2)، في الطعن رقم: 389307. (م.م.ع.)، ع: 01، س: 2006م، ص: 535.
(3) - المادة الملغاة هي المادة 422ق.ع بالقانون رقم: 01-09 للمؤرخ في: 26/06/2001م المعدل و المتمم لقانون العقوبات.
(4) - قرار صادر يوم: 22 مارس 2006م، (عن غ.ج. 1/1)، في الطعن رقم: 395966. (م.م.ع.)، ع: 01، س: 2006م، ص: 555.
(5) - قرار صادر يوم: 16 فيفري 1988م، (عن غ.ج. 1/2)، في الطعن رقم: 44738. (م.ق.)، ع: 02، س: 299. والقرار الصادر يوم: 13 جوان 1989م، (عن غ.ج. 2)، في الطعن رقم: 57427. (م.ق.)، ع: 02، س: 1991م، ص: 211. والقرار الصادر يوم: 02 ماي 1990م، (غ.ج.م.ق. 1)، في الطعن رقم: 59818. (م.ق.)، ع: 01، س: 1993م، ص: 202. قرار صادر يوم: 12 نوفمبر 1988م، (عن غ.ج. 2/1)، في الطعن رقم: 51002. (م.ق.)، ع: 03، س: 1993م، ص: 287.
(6) - قرارات صادرة (عن غ.ج.م.)، الأول يوم: 26 جوان 1994م، في الطعن رقم: 113036، والثاني يوم: 24 مارس 1996م، في الطعن رقم: 119963. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص: 209.
(7) - قرارات صادرة (عن غ.ج.م.)، الأولى في: 04 نوفمبر 1996م، في الطعن رقم: 137873. والثاني يوم: 25 ماي 1998م، في الطعن رقم: 159543. والثالث يوم: 25 جانفي 1999م، في الطعن رقم: 183999. بوسقيعة، أحسن، المرجع والصفحة نفسهما.

متناقضة فإنه تتم إحالة القضية على الغرفة المختلطة بأمر من الرئيس الأول، وإذا لم تتفق الغرفة المختلطة و المشكّلة من غرفتين (2) على الأقل، فإنَّ الرئيس الأول للمحكمة العليا يحيل القضية إلى هيئة الغرف المجتمعة، هذه الأخيرة التي تفصل في التناقض المفترض أو المحتمل، وكذا في تغيير اجتهاد قضائي. هذا المسلك القانوني الذي يجب سلوكه في مثل هذه الأحوال غير أن كل ذلك لم يقع، حيث إنَّ غرف المحكمة العليا تعمل بمعزل عن أي اتصال بينها وبين الرئاسة الأولى، فأصبح هذا التقسيم الإداري للغرف بدل أن يكون حلا وتوزيعا للقضايا وتنظيما لها، أصبح مصدر أزمة ومخالفة صريحة للقانون.

الفرع الثاني: قرارات المحكمة العليا فيما يتعلق بالإجراءات غير الجوهرية (الإرشادية):

من خلال استقراء بعض قرارات المحكمة العليا، أمكن لنا أن نستخلص مجموعة من الإجراءات ليس ذات طابع جوهري، وإنما لها طابع إرشادي. وإليك بعض النماذج:

- استدعاء الخبير إلى جلسة المحاكمة ليس إجراء جوهريا، اللهم إذا طلب استدعاءه ولم يستجب لطلبه، فإذا أغفل استعمال هذا الحق الذي حوَّله إياه القانون طبقا للمادة 274 ق.إ.ج، وقضت المحكمة بإدانتها، فليس له بعد ذلك أن يبني طعنه بالنقض على مخالفة القواعد الجوهرية في الإجراءات بأن النيابة العامة لم تقم باستدعاء الخبير⁽¹⁾.

- الأمر الصادر من رئيس المجلس القضائي بتعيين رئيس محكمة الجنايات ومستشاريه، كما تقضي به المادة 2/258 ق.إ.ج، هو مجرد أمر إداري يقوم به رئيس المجلس، ولا يترتب عليه النقض⁽²⁾.

- من المقرر قانونا أنَّ المحاكم العسكرية المختصة لا تفصل إلا في الدعوى العمومية فقط دون المدنية طبقا للمادة 24 ق.ق.ع. ولكن مع ذلك فإنه يجوز أن تأسس جمعية كطرف مدني أمام المحاكم العسكرية طالما أن هذه الأخيرة لا تفصل في الدعوى المدنية، ولا يعتبر قبول تأسيسها أمام هذه المحاكم خرقا جوهريا تطبيقا للمادة 239 ق.إ.ج⁽³⁾.

- الأمر برفض إحضار صحيفة السوابق القضائية للمتهم قبل إحالته على المحاكمة لا يعد إجراء قضائيا يستوجب إصدار أمر مسبب، وإنما يتعلق بتشكيل ملف، ويمكن القيام به في أية مرحلة من مراحل الدعوى قبل الفصل⁽⁴⁾.

- تغييب الشهود عن جلسة المحاكمة، وعدم تلاوة تصريحاتهم السابقة لا يعد إجراء جوهريا يؤدي إلى النقض، خاصة وأن الطاعن لم يثبت بأنه تمسك بطلب القيام به⁽⁵⁾.

(1) - قراران صادران (عن غ.ج.1)، في يوم: 18 جانفي 1981م، في الطعن رقم: 30791، وفي الطعن رقم: 30792. (ن.ق)، ع: 02، س: 1983م، ص 93-95.
(2) - قرار صادر يوم: 05 جانفي 1982م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 26010. (م.ق)، ع: 02، س: 1987م، ص 227.
(3) - قرار صادر يوم: 12 جانفي 1993م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 108129. (م.ق)، ع: 02، س: 1995م، ص 163.
(4) - قرار صادر يوم: 15 فيفري 1994م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 121527. (م.ق)، ع: 01، س: 1996م، ص 200.
(5) - قرار صادر يوم: 12 جانفي 2000م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 228904. (م.ق)، ع: 01، س: 2001م، ص 302.

- من المقرر قانوناً، طبقاً للمادتين 41 و333ق.إ.ج، أنّ للنيابة العامة حق ممارسة إجراءات المتابعة في حالة التلبس دون معقب، وأن تقدير هذه الحالة يخضع للسلطة التقديرية، ولا يعد خرقاً للقواعد الجوهرية للإجراءات. وعلى هذا فإن النيابة إذا قدرت ظروف وقوع الجريمة لقيام حالة التلبس، فهذا يدخل ضمن اختصاصاتها، ولا يجوز للمتهم مناقشة الإجراء الذي قامت به النيابة⁽¹⁾.

- من المستقر عليه قضاء أن الشكلية تعتبر جوهرية عندما تمكس بحقوق من يتمسك بها، ومن ثم فإنّ الطاعن الذي يثير وجهها متعلقاً بخرق الإجراءات الجوهرية بدعوى أن نسخة القرار المطابقة للأصل المرفقة بالملف غير موقع عليها من قبل الرئيس وكتب الضبط كما تشترط المادة 380ق.إ.ج هو طعن مرفوض، لأنه لم يثبت أن خرق الإجراء المدعى به قد مس بحقوقه⁽²⁾.

- إنّ الميعاد المنصوص عليه بالمادة 2/380ق.إ.ج والذي يتعلّق بتوقيع الحكم خلال ثلاثة أيام على الأكثر من تاريخ النطق به لا يترتب البطلان على عدم احترام الالتزام به⁽³⁾.

- لا يعد سبباً من أسباب البطلان استماع المحكمة إلى أقوال شخص ليس أهلاً للحلف أو محروم أو معفى منها. وعلى هذا الأساس لا يعد استماع المحكمة إلى زوجة المتهم كشاهدة بعد أدائها اليمين القانونية وفقاً لما تنص عليه المادة 229ق.إ.ج⁽⁴⁾.

- إنّ القواعد المتعلقة بتوقيف الشخص المشتبه فيه هي إجراءات إدارية وتنظيمية لا يترتب على مخالفتها البطلان، بل كل ما يمكن أن ينجر عنها هي متابعة مأمور الضبط القضائي تأديبياً⁽⁵⁾.

- إنّ إخراج المتهم من قاعة الجلسة بعد قفل باب المرافعات ورثما تتداول المحكمة في قضيته وفقاً للمادة 308ق.إ.ج يعتبر تدبيراً وقائياً حكمته المحافظة على النظام والأمن، لا إجراءً جوهرياً يترتب على إغفاله البطلان⁽⁶⁾.

- إنّ ترتيب القضايا وجدولتها في الدورة، عادية كانت أم غير عادية، هو إجراء تنظيمي وإداري لا جوهري، لذلك لا ينجر عنه البطلان⁽⁷⁾.

- إنّ العناصر التي تدخل في تعريف هوية الشخص (اسمه ولقبه وحرفته وسكناه)، والتي تستلزم المادة 4/314ق.إ.ج، وكذا المادة 4/176ق.ع ذكر هوية المتهم في الحكم الجنائي، إلا أنّ الإغفال على ذكر بعضها، وهي بالأخص: المهنة والسكن لا يمس بسلامة الحكم طالما أن ما ذكر فيه كاف لتحديد

(1) - قرار صادر يوم: 05 فيفري 1991م، (عن غ.ج.م/ق4)، في الطعن رقم: 74087. (م.ق)، ع: 01، س: 1992م، ص206.
(2) - قرار صادر يوم: 28 نوفمبر 1989م، (عن غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 58430. (م.ق)، ع: 02، س: 1994م، ص262.
(3) - قرار صادر يوم: 21 فيفري 1967م، (عن غ.ج)، النشرة السنوية للعدالة 1966م-1967م، ص339. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، ص131.

(4) - قرار صادر يوم: 07 أبريل 1987م، (عن غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 46268. (م.ق)، ع: 03، س: 1992م، ص206.
(5) - قرار صادر يوم: 02 ماي 1984م، (عن غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 33973. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص128.
(6) - قرار صادر يوم: 02 مارس 1982م، (عن غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 26687. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص130.
(7) - قرار صادر بتاريخ: 02 جويلية 1985م، (عن غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 43509. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص130.

هوية المتهم، وهي المعلومات الرئيسية: الاسم؛ واللقب؛ وتاريخ الميلاد؛ ونسبه؛ وموطن ميلاده. فمثل هذا النقصان الطفيف لا يترتب عليه النقض⁽¹⁾.

- إنَّ عدم إدخال الشهود إلى القاعة المخصصة لهم وبقاءهم بقاعة الجلسة قبل الإدلاء بشهادتهم لا ينجر عنه البطلان متى وقع سماعهم على سبيل الاستدلال فقط وبدون حلف اليمين القانونية لأن ذلك لا يمس بحقوق الدفاع⁽²⁾.

- إنَّ تقديم أدلة الإقناع بالجلسة إجراء اختياري لا لزومي، ولا يترتب على عدم مراعاته البطلان لاسيما إذا لم يطالب به الدفاع، إذ من المقرر قانونا وطبقا للمادة 302 ق.إ.ج أنه لرئيس محكمة الجنايات أن يعرض على المتهم إن لزم الأمر أثناء استجوابه أدلة الإثبات ويسأله عما كان يعترف بها، ومن ثم فإنَّ انتفاء الحكم المطعون فيه -قالت المحكمة العليا- ببطلان الإجراءات يعد مردودا لتعلق الأمر بجرية تقدير الموضوع، طالما اطمأنت أنَّ السكين المضبوطة التي ارتكب بها المتهم جريمة القتل، ومن ثم فإنَّ الطاعن الذي لم يثر أي دفع أمام محكمة الموضوع بضرورة تقديم السكين، ومن ثم فإنَّ عدم عرضها عليه من طرف رئيس المحكمة ليس فيه أي إخلال بإجراءات المحاكمة، ومن ثم تعين رفض الطعن⁽³⁾.

- كذلك فإنَّ استغناء محكمة الجنايات عن سماع شاهد لم يكلف بالحضور إلى الجلسة، والاكتفاء بتلاوة ما أدلى به من تصريحات خلال مرحلة التحقيق لا يترتب عليه البطلان، لاسيما إذا لم يقدم الدفاع أي اعتراض على ذلك⁽⁴⁾.

- إنَّ عدم الإشارة إلى نص المادة 53 ق.ع في السؤال الخاص بالظروف المخففة لا يترتب عليه البطلان، لأنَّه لا يمس بحقوق الدفاع⁽⁵⁾.

- إنَّ مجرد ادعاء الطاعن بأن السؤال الخاص بالظروف المخففة قد طرح بالجلسة لا أثر له قانونا مادام الدفاع لم يطلب إشهادا بذلك، وأنَّه لم يرد في محضر المرافعات والحكم الجنائي ما يدل على أنَّ السؤال قد طرح بالفعل في الجلسة⁽⁶⁾.

- إنَّ مجرد القول بأنَّ الحكم الصادر في الدعوى العمومية لا يشير إلى أنَّ الأسئلة قد وضعت طبقا للمادة 305 ق.إ.ج لا يكفي وحده للتقرير بالبطلان مادام الدفاع لم يحدد العيب المرتكب، ومادام أنَّه لم يتبين من ورقة الأسئلة والحكم الجنائي ما يؤيد ادعاء الطاعن⁽⁷⁾.

المبحث الرابع: انعدام أو قصور الأسباب:

(1) - قرار صادر يوم: 26 نوفمبر 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 39440. (م.ق)، ع: 01، س: 1990م، ص242.
(2) - قرار صادر يوم: 19 جانفي 1982م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 26166. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص131.
(3) - قرار صادر يوم: 04 ديسمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 35791. (م.ق)، ع: 01، س: 1990م، ص236.
(4) - قرار صادر يوم: 13 جانفي 1981م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 22500. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص131.
(5) - قرار صادر يوم: 07 فيفري 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 37293. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص230.
(6) - قرار صادر يوم: 20 فيفري 1987م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 45841. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص132.
(7) - قرار صادر يوم: 10 فيفري 1987م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 45860. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص132.

يعد الوجه الرابع للطعن بالنقض طبقا للمادة 4/500 ق.إ.ج هو «انعدام أو قصور الأسباب»⁽¹⁾. وهذا الوجه من النقض لا تأخذ به كل التشريعات المعتمدة في الدراسة، فالمغرب نص عليه في المادة 5/534 ق.م.ج تحت اصطلاح: «انعدام التعليل»، والمشروع السوري نص عليه في المادة 6/342 ق.أ.م.ج بقوله: «خلو الحكم من أسبابه الموجبة، أو عدم كفايتها، أو غموضها». أما المشروع اللبناني فقد أورده في المادة 296/ز ق.أ.م.ج تحت عبارة: «عدم تعليل الحكم». أما تشريعات كل من تونس ومصر فلا يوردان هذا الوجه من أوجه النقض، ومع ذلك فهو يدخل ضمنا تحت وجه النقض «خرق القانون أو الخطأ في تطبيقه، أو في تأويله» طبقا للفصل 1/258 م.إ.ج التونسية، و30 ق.ح.إ.ط.ن المصري. وذلك على أساس أنه إذا كان القانون قد نص على التسبب فإن عدم ذكر الأسباب يعد خرقا للقانون. وإذن فكل التشريعات تأخذ بهذا الوجه من أوجه النقض سواء صراحة أو ضمنا.

هذا ويلاحظ أن المشروع الجزائري دون باقي التشريعات العربية المعتمدة في الدراسة يأخذ بنظامين للتسبب في الأحكام والقرارات القضائية، هما:

- **الأول**، ويمكن أن نسميه «بالتسبب العادي»، وهو الذي يكون في أحكام المحاكم وقرارات المجالس القضائية. وهذا ما نصت عليه المادة 379 و430 ق.إ.ج.

- **والثاني**، ويمكن أن نسميه: «بالتسبب الخاص»، أو «الاستثنائي»، والذي يكون في أحكام محاكم الجنايات فقط، وهو المعروف «بنظام الأسئلة»، وهذا ما نصت عليه المواد 305 و306 و310 ق.إ.ج. وذلك لاعتبارين:

- **الأول**: أن محكمة الجنايات تتشكل من محلفين شعبيين (2) طبقا للمادة 2/258 ق.إ.ج إلى جانب ثلاثة قضاة محترفين. وهؤلاء المحلفون لا يملكون رسوخا قانونيا حتى يسببوا الأحكام تسببا فنيا، فتم استعاضة التسبب بالأسئلة.

- **والاعتبار الثاني**: هو أن قضاء محكمة الجنايات يحكمه مبدأ الاقتناع الشخصي المنصوص عليه بالمادة 307 ق.إ.ج. لمطلق الأدلة حتى ولو كان اعترافا.

وللكلام عن هذا الوجه - انعدام الأسباب أو قصورها - يتطلب الكلام عن التسبب تعريفيا، وأساسا، وأهمية، وأنواعا، وعناصرها، ومن خلال هذه القضايا يمكن الإشارة والتمثيل إلى الانعدام والقصور للأسباب. بمعنى أنه لا يمكن الكلام عن انعدام أو قصور الأسباب بصفة مباشرة، إن لم نتكلم عن التسبب في ذاته، فهذا الأخير هو الأصل والباقي عوارض وصفات قد تلحقه وقد لا تلحقه، والحكم على الشيء فرع عن تصوره.

(1) - ويقابله بالفرنسية: «défaut ou insuffisances de motifs».

وقد نصت المحكمة العليا بأنه: «من المستقر عليه قضاء أن أحكام المحاكم الجنائية التي يجلس للحكم فيها محلّفون مساعدون مع القضاة المحترفين، ليس لازماً تعليلها، وتقوم الأسئلة الموضوعية، والأجوبة عنها، مقام التعليل فيها، متى كانت سائغة منطقياً وقانونياً، ومن ثم فإنّ التّعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب غير جدّي، وقائم على غير أساس، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»⁽¹⁾.

وبناء عليه، فإننا نتناول هذا المبحث وفق الخطة الآتية:

المطلب الأول: تسبب أحكام المحاكم وقرارات المجالس القضائية.

المطلب الثاني: نظام الأسئلة أمام محكمة الجنايات.

وإليك بيان هذه العناصر بالترتيب.

المطلب الأول: تسبب أحكام المحاكم وقرارات المجالس القضائية:

يشير موضوع تسبب أحكام المحاكم وقرارات المجالس القضائية عدة قضايا تتعلق أساساً بالتعريف، والأساس القانوني، والأهمية، وأنواعه وعناصره.

وهذه القضايا مكن تناولها وفق الخطة الآتية:

الفرع الأول: تعريف التسبب، وأساسه القانوني، وأهميته.

الفرع الثاني: المخالفات المتعلقة بتسبب الأحكام.

وإليك بيان هذه العناصر.

الفرع الأول: تعريف التسبب، وأساسه القانوني، وأهميته وأنواعه:

أولاً: تعريف التسبب:

يقصد بأسباب الحكم أو القرار بأثماً: «الحجج والأسانيد الواقعية والقانونية التي يبنى عليها الحكم»⁽²⁾.

وعرفها فقيه آخر بقوله: «مجموعة الأسانيد القانونية والواقعية والمنطقية التي استندت إليها المحكمة في تكوين قناعتها ووضعها في منطوق الحكم»⁽³⁾.

وهذا التعريف يختلف عن سابقة فقط في أنه يضيف الأسانيد المنطقية زائداً على أن الأسانيد تؤدي إلى تكوين الاقتناع بالحكم لدى هيئة الحكم في منطوق الحكم.

وقال في موضع آخر: «أسباب الحكم هي حيثياته أو أسانيد القانونية والواقعية التي تبرره وتعطيه الحقيقة الإقناعية»⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 23 أكتوبر 1990م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 75935. (م.ق)، ع: 02، س: 1992م، ص: 182.

⁽²⁾ - عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص: 640.

⁽³⁾ - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص: 1076.

⁽⁴⁾ - حومد، عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص: 953.

وعرفه فقيه آخر: «الأسباب هي الأدلة التي تعتمد عليها المحكمة مصدرا لاقتناعها وإصدار حكمها»⁽¹⁾.

وقال فقيه خامس: «أسباب الحكم هي الأسانيد التي يقوم عليها المنطوق من ناحيته القانونية والموضوعية»⁽²⁾.

وقال آخر: «أسباب الحكم هي مجموعة الأسانيد والمقدمات المنطقية التي تقود إلى النتيجة التي خلص إليها الحكم من حيث إدانة المتهم أو براءته»⁽³⁾.

ومن خلال هذه التعاريف يستخلص أنها كلها تتفق على معنى واحد وهو بيان الأساس الواقعية والقانونية والمنطقية التي ينبني عليها منطوق حكم المحكمة في القضية المعروضة عليها. ويحسن القول، كما يقول أحد الفقهاء⁽⁴⁾ أنّ المحكمة ليست ملزمة ببيان لماذا اقتنعت، ولكنها ملزمة بإيضاح ما اقتنعت به، فالأسباب توضح الأدلة التي اقتنعت بها المحكمة غير أنها لا تكشف لماذا اقتنعت بهذه الحجج بالذات، وذلك لأنّ المحكمة لها كامل الحرية في تقديرها تبعا لمبدأ حرية القاضي في الاقتناع، متى سبب حكمه تسيبا صحيحا وكافيا.

ثانيا: الأساس القانوني والدستوري للتسبب للأوامر والأحكام والقرارات:

اتفقت الشرائع القانونية الجزائية المعتمدة في الدراسة على الأخذ بوجود التسبب في كل الأحكام والقرارات، وأن كل حكم قضائي ورد بلا أسباب أو كانت غير كافية، أو متناقضة أو غامضة، فإنه باطل ولا يصح اعتماده.

فالتشريع الجزائري نص على التسبب ليس فقط في قانون الإجراءات الجزائية، وإنما نص عليه أيضا في الدستور فقد نصت المادة 144 من دستور 1996م على أنه: «تعلل الأحكام القضائية وينطق بها في جلسات علانية».

وكذلك فعل المشرع المغربي عندما نص في المادة 125 من دستور 2011م، عندما نص على أن «تكون الأحكام معللة، وتصدر في جلسة علنية، وفق الشروط المنصوص عليها في القانون».

وقد ورد هذا النص لأول مرة وبهذه الصياغة حرفيا في دستور 1976م في المادة 170، ثم وردت في دستور 1989 في المادة 135.

أما دستور 1963م فلا نجد أي أثر لمبدأ التسبب في نصوصه.

⁽¹⁾ - سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 1169.

⁽²⁾ - عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات القانونية، مرجع سابق، ص 763.

⁽³⁾ - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 1097.

⁽⁴⁾ - سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص 1169.

وهكذا فإن تسبب الأحكام والقرارات القضائية ليس فقط مبدأ قانونيا، وإنما هو مبدأ دستوري. وقد نص المشرع الجزائري على تسبب الأحكام والقرارات القضائية في عدة مواد وذلك كالآتي:

- تسبب أوامر قاضي التحقيق، وقد نصت عليها المادة 3/169 ق.إ.ج، حيث جاء فيها ما نصه: «كما يذكر القاضي الوصف القانوني للواقعة المنسوبة إليه، وتحدد على وجه الدقة الأسباب التي من أجلها توجد أو لا توجد ضده دلائل كافية».

- القرارات الصادرة من غرفة الاتهام: حيث يجب تسببها طبقا للمواد 198 و199 ق.إ.ج.

- الأحكام الصادرة من المحكمة المواد 358 و379 ق.إ.ج، خاصة هذه الأخيرة التي هي الأساس في التسبب، حيث جاء فيها: «كل حكم يجب أن ينص على هوية الأطراف وحضورهم أو غيابهم في يوم النطق بالحكم، ويجب أن يشتمل على أسباب ومنطوق. وتكون الأسباب أساس الحكم. ويبين المنطوق الجرائم التي تقرر إدانة الأشخاص المذكورين أو مسؤولياتهم أو مساءلتهم عنها كما تذكر به العقوبة ونصوص القانون المطبقة، والأحكام في الدعاوى المدنية، ويقوم الرئيس بتلاوة الحكم».

أما المادة 358 ق.إ.ج فهي تنص على أنه يجوز للمحكمة إذا كان الأمر متعلقا بجنحة من جنح القانون العام، وكانت العقوبة المقررة للمقضي بها لا تقل عن الحبس أن تأمر بقرار خاص مسبب بإيداع المتهم في السجن أو القبض عليه، وأنه في حالة إلغائه بعد الطعن بالمعارضة أو الاستئناف، فإنه لا يجوز إلغاؤه إلا بقرار خاص مسبب.

- أما القرارات الصادرة من المجالس القضائية، فتنص المادة 430 ق.إ.ج على أن تطبق أمام المجلس القضائي القواعد المقررة للمحاكم مع مراعاة ما ورد من استثناء في أحكام المواد الآتية»، وبما أنه لا استثناء يرد في المواد 431 إلى 438 ق.إ.ج، فإن المواد 358 و379 ق.إ.ج يجب تطبيقها أمام المجلس القضائي.

وينطبق هذا أيضا على قضاء الأحداث طبقا للمواد 1/469 و2/474 ق.إ.ج.

- تسبب حكم محكمة الجنايات الصادر في الدعوى المدنية، وقد تم التنصيص على وجوب التسبب في المادة 3/316 ق.إ.ج بقولها: «يفصل في الحقوق بقرار مسبب».

- القرارات الصادرة من المحكمة العليا: حيث يجب أن «تكون أحكام المحكمة العليا مسببة»، طبقا للمادة 1/521 ق.إ.ج.

وبالمناسبة، فإن القانون رقم: 89-22 الصادر سنة 1989م المتعلق بالمحكمة العليا كان ينص على تسبب أحكام المحكمة العليا في المادة 6 منه بقوله: «بصفتها جهازا مقوما لأعمال المجالس القضائية والمحاكم، ووفقا للأحكام المنصوص عليها في القواعد العامة للإجراءات، تمارس المحكمة العليا رقابة على تسبب أحكام القضاء، ورقابة معيارية تأخذ بعين الاعتبار تكييف الوقائع على ضوء القاعدة القانونية».

أما القانون الحالي، القانون العضوي رقم: 11-12 الصادر في سنة 2011م، فقد جاء أكثر عمومية من القانون السابق الملغى، فقد نصت المادة السادسة منه: «المحكمة العليا محكمة قانون، ويمكن أن تكون محكمة موضوع في الحالات المحددة في القانون.

تمارس المحكمة العليا الرقابة على الأوامر والأحكام والقرارات القضائية من حيث تطبيقها السليم للقانون واحترامها لأشكال وقواعد الإجراءات».

- أما بخصوص التشريع التونسي فقد نص على وجوب التسبب في الفصل 168م.إ.ج.
- أما التشريع المغربي فقد نص على التسبب في المواد 1/364 و 365 و 370ق.م.ج.
- أما التشريع المصري فقد نص عليه في المواد 310 و 311ق.إ.ج.
- وكذلك فعل المشرع السوري، حيث نص على التسبب في المادة 1/310ق.أ.م.ج.
- وأخيرا نص المشرع اللبناني عليه في المادة 194 و 274ق.أ.م.ج.

والخلاصة أن النظام القانوني الجزائري والمغربي هما النظامين الذين رفع من قاعدة التسبب في الأحكام والقوات من قاعدة تشريعية عادية؛ إلى قاعدة وأصل من الأصول الدستورية. والحكمة من ذلك هي إحساس المؤسس الدستوري بأهمية وقيمة الالتزام بتسبب الأحكام، وحاجة الأفراد إليه بحسبانه إحدى الضمانات الجوهرية لحقوقهم وحررياتهم، ورغبته في أن يضمني عليها قدرا من القدسية يعلي من شأنها ومكانتها، وبهذا تغدو قاعدة التسبب في درجة عليا من سلم القواعد القانونية، فيرجع الالتزام بها إلى اعتبارها نصا دستوريا⁽¹⁾.

ولا جدال في أن استناد شرعية الالتزام بالتسبب إلى نص دستوري أمر بالغ الأهمية يضمني عليها صفة الأصول الدستورية، مما يزيد في قوتها كضمانة للأفراد في مواجهة السلطات⁽²⁾.

ثالثا: أهمية التسبب في الأحكام والقرارات القضائية:

يقصد بأهمية التسبب هنا الحاجة إليه في النظام القانوني⁽³⁾، فهو جواب عن السؤال: هل التسبب ضروري في الأحكام؟ أو ما هي قيمته؟.

وإذا كان الإجماع قد حصل بين مختلف التشريعات القانونية المعتمدة في الدراسة في وجوب الالتزام بالتسبب في كل الأحكام والقرارات القضائية في شتى المواد المدنية، والجنائية، والإدارية، فلاشك أن هذا الإجماع لا يدل إلا على أمر واحد، وهو أن فكرة التسبب لها أهمية قصوى وعظمى، إنها ليست أهمية عادية، إنما أهمية فوق العادية، «إنَّ تسبب الأحكام من أعظم الضمانات التي فرضها القانون على

⁽¹⁾ - الكيك، محمد علي محمود، رقابة محكمة النقض على تسبب الأحكام الجنائية، رسالة كتورا غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، د.ت، ص 74.

⁽²⁾ - الكيك، محمد علي محمود، المرجع نفسه، ص 76.

⁽³⁾ - الكيك، محمد علي محمود، المرجع نفسه، ص 61، الهامش (01).

القضاء»⁽¹⁾، ومن ثم فهي لم تكن نظاما تحكيميا، أو مجرد رغبة من المشرع في استيفاء شكلية معينة للحكم القضائي⁽²⁾، ولا هي ترف فكري يشغل القاضي نفسه به، وإنما هي آلية وأداة على درجة عالية للغاية من الأهمية في شتى النظم القانونية، وهو ما يتمثل فيما يأتي⁽³⁾:

1- / إنَّ التسبب يعتبر آلية وأداة فعّالة للغاية في إبراز عدالة الأحكام وصحتها، الأمر الذي يجعلها محل ثقة الأفراد والمجتمع، وبالأخص من فصل الحكم في خصومتهم.

2- / إنَّ التسبب ضماناً فعّالة للغاية في حماية القاضي من كل ما قد يواجهه من إملاءات وضغوط، أو توجيهات لإصدار حكمه على نحو لا يتفق مع العدالة، وبهذا فهو وسيلة جوهرية لضمان حياد القضاء والقاضي.

3- / يعد التسبب ضماناً حقيقياً لمصلحة الخصوم، إذ يقتضي أن يعمن القاضي النظر، ويدقق البحث والفحص العميق حتى يستطيع الوصول إلى المقدمات المؤدية منطقياً إلى الحقيقة، التي يعلنها في منطوق الحكم، وبذلك يدفع عنه التأثير العاطفي الذي لا أساس له من الواقع.

4- / إنَّ التسبب يكشف عن المبررات التي أدت بالقاضي إلى إصدار حكمه على نحو معين، ومن ثم فهو يدفع عنه كل شك أو ريبة مما قد تثور في نفس الخصوم ممن أضر الحكم بمراكزهم القانونية. فإذا اقتنع الخصوم بما تقبلوا الحكم بثقة واطمئنان، وإن لم يقتنعوا سلكوا سبيل الطعن المتاح لهم.

5- / إنَّ التسبب يقف حاجزاً قوياً، وسداً منيعاً، في مواجهة أي انحراف من القاضي، أو تقف في أعمال سلطته، إذ بالالتزام ببيان المبررات القانونية والمنطقية التي أدت به إلى نتيجة معينة، يكون ضماناً قضائياً حقيقياً في مواجهة ما عسى أن يقع فيه القاضي من هوى، أو ميل شخصي من القاضي إلى جانب أحد الخصوم.

6- / يؤدي التسبب إلى أن يكون الحكم وسيلة للإقناع، لا مجرد مظهر للسلطة التي يتمتع بها القضاة، وذلك لأنَّ الاستدلال هو الذي حلَّ محل التأكيدات التي كانت مقررة في القانون الروماني.

7- / يعد التسبب أداة فعّالة لتحقيق جدية نظام الطعن في الأحكام وفعاليتها، ذلك لأنَّ الإقرار بنظام الطعن في الأحكام، وتمكين الخصوم من ممارستها، يقتضي بغير شك أن يقف الخصوم على الأسانيد والمبررات التي قادت المحكمة إلى إصدار حكمها على نحو معين، وهو ما لا يتحقق تصوره إلا من خلال تسبب الحكم.

(1) - نقض مصري في: 21 ففري 1929م، مجموعة القواعد القانونية، ج1، رقم 170، ص178. نقلا عن: حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1098. عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص763.

(2) - الكيك، محمد علي محمود، رقابة محكمة النقض، المرجع نفسه، ص57.

(3) - الكيك، محمد علي محمود، المرجع نفسه، ص57-60. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص640. حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1098-1099. حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص953. سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص1169.

8- / للتسبب في الأحكام القضائية أثر كبيرٌ وملمووسٌ على إثراء الفكر القانوني وتطويره، فمن جهة يقوم الفقه بدراسة أسباب الحكم وتحليلها ونقدها، إيجابا وسلبا، ولاشك في أنّ هذا يسهم فعلا في إثراء الفكر القانوني وتطويره، ويسمح باستخلاص وإيضاح القواعد القانونية المختلفة. ومن جهة أخرى فإنّه ومن خلال التعليق ودراسة الأحكام القضائية ظهر عديد من النظريات والأفكار القانونية، التي كشفت عنها أسباب الأحكام، وذلك مثل نظرية الظروف الطارئة، وفكرة حسن النية في تفسير العقود.

رابعا: الغايات الجوهرية من تسبب الأحكام الغاية:

بعد أن رأينا ووقفنا على أهمية التسبب في الأحكام القضائية، وأنّ له أهمية قصوى وعظمية، بقي علينا أن نقف على الغاية منه، وهو الجواب عن السؤال: لماذا التسبب في الأحكام القضائية؟. ويصطلح عليها البعض ب: «وظائف التسبب»⁽¹⁾ ويعرّفها بأنّها: «الأهداف التي تُرجى من التسبب»⁽²⁾.

يهدف التسبب إلى تحقيق مصلحتين الأولى عامة؛ والأخرى خاصة⁽³⁾. وإليك بيان هذا.

1- / غاية التسبب المتعلقة بالمصلحة العامة:

تتعلق المصلحة العامة التي يهدف إليها التسبب في الأحكام القضائية إلى فتح باب الرقابة على الأحكام القضائية، هذه الرقابة قد تكون من خلال المحكمة العليا؛ وقد تكون رقابة ولائية؛ وقد تكون رقابة شعبية⁽⁴⁾.

أ- / التسبب يهدف إلى فتح باب الرقابة أمام المحكمة العليا:

الثابت المقطوع به أنّ المحكمة العليا جهة قضائية وحيدة ينحصر ويقتصر دورها في الرقابة على الأحكام القضائية، من حيث مدى مطابقتها لأحكام القانون الشكلي والموضوعي، دون الرقابة على الجانب الوقائي، إذ هي محكمة قانون لا محكمة وقائع.

ولكن هذه الرقابة التي تختص بها المحكمة العليا وتلتزم بها لا يمكن تصور قيامها وتحقيقها إلا إذا كان ثمة تسبب للحكم، فهو الأداة والوسيلة الأولى لكي تعمل المحكمة العليا رقابتها على الحكم الصادر في الدّعى، وبغيره لا يمكن تصور فرض رقابة شاملة على الحكم، فهي لا يمكن أن تنحصر رقابتها على المنطوق ما إذا كان قد وافق حكم القانون أو خالفه، بل حتى في هذا النطاق قد يستحيل على المحكمة

(1) - الكيك، محمد علي محمود، رقابة محكمة النقض على تسبب الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص 61.

(2) - الكيك، محمد علي محمود، المرجع والصفحة نفسها.

(3) - الكيك، محمد علي محمود، رقابة محكمة النقض على تسبب الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص 61.

(4) - الكيك، محمد علي محمود، المرجع نفسه، ص 62-64.

العليا رقابة المنطوق لارتباط هذا الأخير ارتباطا وثيقا بأسباب الحكم، ومن ثم يتوجب عليها للرقابة على المنطوق مطالعة أسباب الحكم⁽¹⁾.

فعلى فرض أن محكمة الموضوع طرحت عليها واقعة اختطاف، وقضت في المنطوق إلى اعتبارها جنحة إبعاد قاصرة، وأوقعت على المتهم الحكم بسنتين حبسا وغرامة مالية، فإنَّ تقدير مدى صحة هذه العقوبة، ومدى مطابقتها حكم القانون يتوقف على معرفة الوقائع والتكييف الصحيح لها، بأن تكون المخطوفة تبلغ من العمر 18 سنة وثلاثة عشرون يوما، فهي ليست قاصرة، أو بأنَّ الخاطف تزوج القاصرة المخطوفة مثلا، أو بأنَّ الشخص المخطوف تعرَّض إلى تعذيب بدني. ومن هنا يظهر أن التسبب هو أمر جوهري للغاية حتى تباشر المحكمة العليا مهمتها في الرقابة على محاكم الموضوع من أجل فرض مبدأ الشرعية⁽²⁾.

ومن جهة أخرى، فإنَّ الرد على طلبات الخصوم من طرف قضاء الموضوع، والوقوف على احترامه لحقوق الدفاع، لا يمكن تصور الوصول إليه وتحقيقه إلا إذا كان الحكم المطعون فيه مسببا تسببا صحيحا وكافيا⁽³⁾.

ب/- التسبب يهدف إلى الرقابة الولائية (النفطيش القضائي):

من المعلوم أنَّه يوجد على مستوى وزارة العدل مفتشية عامة. و يرجع تاريخ إنشاء المفتشية العامة لوزارة العدل لأول مرة إلى سنة 1965م، وذلك بالمرسوم رقم: 65-282 المؤرخ في: 17/11/1965م المتضمن تنظيم وزارة العدل⁽⁴⁾، فقد نصت المادة الثانية منه على أنَّ الإدارة المركزية تشمل أربع مديريات فضلا عن «المفتشية العامة للمجالس والمحاكم». ثم نصت المادة 12 منه على أن تحدد بقرار من وزير العدل حامل الأختام مهمة واختصاصات المفتشية العامة.

وقد تأخَّر صدور هذا القرار إلى غاية 1969م، حيث صدر قرار مؤرخ في: 15/07/1969م، يتعلق بتنظيم المفتشية العامة واختصاصاتها⁽⁵⁾. وقد نصت المادة الأولى منه «يتولَّى المفتشية العامة للمجالس القضائية والمحاكم، المحدث في وزارة العدل بموجب المرسوم المشار إليه أعلاه، مفتش عام بمساعدة ثلاثة مفتشين جهويين».

(1) - الكيك، محمد علي محمود، رقابة محكمة النقض، مرجع سابق، ص 62.

(2) - الكيك، محمد علي محمود، المرجع نفسه، ص 63.

(3) - الكيك، محمد علي محمود، رقابة محكمة النقض على تسبب الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص 63.

(4) - المرسوم رقم: 65-282 المؤرخ في 23 رجب عام 1385 هـ الموافق ل: 17/11/1965م يتضمن تنظيم وزارة العدل. الجريدة الرسمية، ع: 96، س: 02، المؤرخة في: 1965/11/23م.

(5) - قرار مؤرخ في 29 ربيع الثاني عام 1389 هـ الموافق ل: 15/07/1969م يتعلق بتنظيم المفتشية العامة واختصاصاتها. الجريدة الرسمية، ع: 67، س: 06، المؤرخة في: 1969/08/08م.

وقد بقي هذا القرار ساري المفعول إلى أن ألغي بالقرار المؤرخ في: 1981/11/21م الذي يحدد اختصاصات المفتشية العامة، وكيفية تسييرها⁽¹⁾. والذي أضاف إلى المفتش العام والمفتشين الجهويين أضاف مفتشين، وأنهم يعينون بقرار من وزير العدل في المادة الأولى منه.

وقد دام العمل بهذا القرار إلى غاية 1993م، حيث صدر المرسوم التنفيذي رقم: 93-266 المؤرخ في: 1993/11/06م، يتضمن إنشاء مفتشية عامة في وزارة العدل، وتنظيمها، وسيورها، ومهامها⁽²⁾، حيث نصت المادة الخامسة منه على أن يسير المفتشية العامة مفتش عام يساعده اثني عشر (12) مفتشا. ثم جرى تعديل هذا المرسوم بالمرسوم التنفيذي رقم: 97-204 المؤرخ في: 1997/05/27م⁽³⁾. وقد نصت المادة الأولى منه بأنه تنشأ تحت سلطة وزير العدل مفتشية عامة، وكذا ثلاث (3) مفتشيات جهوية، تكلف بمهمة تفتيش دائمة، وتسهر على مراقبة، وتقوم كافة الجهات القضائية، وكل المؤسسات والهيئات والمصالح الموضوعة تحت سلطة وزير العدل. ونصت المادة 05 على أنه يسير المفتشية العامة مفتش عام، ويساعده ستة (6) مفتشين. ونصت المادة 05 مكرر يسير المفتشية الجهوية مفتش جهوي وثلاثة (3) مفتشين.

ثم جرى إلغاء هذا المرسوم بصدور المرسوم الحالي رقم: 05-322 المؤرخ في: 2005/09/13م يتضمن تنظيم المفتشية العامة في وزارة العدل، وسيورها، ومهامها⁽⁴⁾. هذه المفتشية التي يسيرها طبقا للمادة 5 من هذا المرسوم مفتش عام، ويساعده أربعة وعشرون (24) مفتشا ومدير دراسات، هذا في 2005م، ثم ثلاثون (30) مفتشا طبقا لتعديل 2013م⁽⁵⁾، مخولة بعدة مهام، هي عموما لها صلاحيات واسعة في مجال التحري، والتحقيق، والمراقبة، على سير الجهات القضائية، والمؤسسات العقابية، والأجهزة والمصالح الموضوعة تحت وصاية وزير العدل (م2 و3). إلا أنه تستبعد المحكمة العليا ومجلس الدولة من مجال تدخل المفتشية العامة. ويمكن إحراء مراقبة سير مصالح كتابة الضبط و المصالح الإدارية للمحكمة العليا ومجلس الدولة بناء على تعليمة من وزير العدل حافظ الاحتتام، طبقا للمادة 7/3 من المرسوم.

غير أن أهم ما يتعلّق بموضوعنا أنّ المفتشية العامة مخوّلة لها أيضا (طبقا للمادة 12) التحقيق الإداري بكل التحريات والأبحاث، والتي تكلف بها المفتشية العامة، والمتعلّقة بوقائع تعني القضاة. وأنه

(1) - قرار مؤرخ في: 24 محرم عام 1402هـ الموافق ل: 1981/11/21م ويحدد اختصاصات المفتشية العامة وكيفية تسييرها. الجريدة الرسمية، ع: 01، س: 19، المؤرخة في: 1982/01/05م.

(2) - المرسوم التنفيذي رقم: 93-266 المؤرخ في 21 جمادى الأولى عام 1414هـ الموافق ل: 1993/11/06م، يتضمن إنشاء مفتشية عامة في وزارة العدل، وتنظيمها، وسيورها، ومهامها. الجريدة الرسمية، ع: 72، س: 30، المؤرخة في: 1993/11/03م.

(3) - المرسوم التنفيذي رقم: 97-204 المؤرخ في: 20 محرم عام 1418هـ الموافق ل: 1997/05/27م، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 93-266 المؤرخ في: 1993/11/06م، والمتضمن إنشاء مفتشية عامة في وزارة العدل، وتنظيمها، وسيورها، ومهامها. الجريدة الرسمية، ع: 35، س: 34، المؤرخة في: 1997/05/28م.

(4) - المرسوم التنفيذي رقم: 05-322، المؤرخ في: 09 شعبان عام 1426هـ الموافق ل: 2005/09/13م، يتضمن تنظيم المفتشية العامة في وزارة العدل، وسيورها، ومهامها. الجريدة الرسمية، ع: 63، س: 42، المؤرخة في: 2005/09/14م.

(5) - المرسوم التنفيذي رقم: 13-307 المؤرخ في 29 شوال عام 1434هـ الموافق ل: 2013/09/05م، يعدل المرسوم التنفيذي رقم: 05-322 المؤرخ في: 09 شعبان عام 1426هـ الموافق ل: 2005/09/13م والمتضمن تنظيم المفتشية العامة في وزارة العدل، وسيورها، ومهامها. الجريدة الرسمية، ع: 45، س: 50، المؤرخة في: 2013/09/18م.

(إعمالاً للمادة 13) لا يمكن المفتش إجراء تحقيق إداري ضد قاض إلا بناء على تكليف مكتوب من المفتش العام. هذا الأخير وطبقاً للمادة 09 من المرسوم، يمكنه أن يطلب من رؤساء المجالس القضائية، والأجهزة والمصالح الموضوعية تحت وصاية وزارة العدل، أية معلومة، أو ملف، أو وثيقة، أو سجل، قصد الاطلاع عليه. كما يمكن للمفتش - طبقاً للمادة 14 - بمناسبة التحقيق الإداري سماع كل قاض أو عون للقضاء، وكذا كل شخص آخر من شأنه أن يفيد التحقيق، ويمكنه الاطلاع على أية وثيقة أو الحصول عليها.

هذه المفتشية عن طريقها يمكن لوزير العدل طبقاً للمادة 65 من القانون الأساسي للقضاء، والمادة 22 من القانون المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء، الصادرين سنة 2004م، مباشرة الدعوى التأديبية أمام المجلس الأعلى للقضاء⁽¹⁾.

على أن الذي يهمننا من كل هذا هو أن المفتشية العامة يمكن لها - وفقاً لما رأيناه من قبل - أن تراقب الأحكام القضائية والقضاة الذين أصدروها، ولكن هذه الرقابة لا يمكن تصورها إلا من خلال أسباب الحكم، إذ لا يعقل تقدير مشروعية أحكامه والتزامه قواعد القانون الموضوعية والشكلية إلا بفحص والاطلاع على أسباب حكمه⁽²⁾، فأسباب الحكم هي التي تنطق بانضباط القاضي أو بوقوعه في خطأ جسيم.

ج- التسيب يهدف إلى فتح باب الرقابة الشعبية:

من الأوهام المنتشرة بين بعض الناس أنه لا يجوز الاعتراض على أحكام القضاء، وهنا نؤكد مرة أخرى أنه وهم لا حقيقة، ذلك أن من حق الشعب ممارسة الرقابة على القضاء والقضاة وأعمالهم القضائية، وهذا ثابت قطعاً لأن الأحكام لا تصدر إلا «باسم الشعب» كما تنص على ذلك المادة 141 من دستور 1996م، كما أن التشريع الجزائري نص على نظام الخلفين الشعبيين طبقاً للمادة 2/146 من الدستور، وكذا المادة 258 ق.إ.ج، وعلى مبدأ العلانية في النطق بالأحكام⁽³⁾ طبقاً للمادة 144 من الدستور وكذا المواد 11/314 و 379 و 7/521 ق.إ.ج. كل هذا يؤسس لحق الشعب في الرقابة على وجود أسباب الحكم وكفايتها ووضوحها وانسجامها فيما بينها وبين المنطق، إذ من خلال الرقابة على

(1) - يمكن أن نسجل هنا عدم استقلالية القضاء، حيث إن المفتشية العامة التي تعمل تحت سلطة وزير العدل هي التي تفتش وتحقق وتتحري، ثم إن الوزير هو من يحرك الدعوى التأديبية أمام المجلس الأعلى للقضاء، وهذا الأخير يتشكل من ستة (6) عناصر غير قضائية كما تنص على ذلك المادة 5/3 من القانون العضوي المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء الصادر سنة 2004م، فضلاً عن أن المادة 1/65 من القانون العضوي المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء الصادر سنة 2004م تنص صراحة على أنه: «إذا بلغ إلى علم وزير العدل أن قاضياً ارتكب خطأ جسيماً، سواء تعلق الأمر بالإخلال بواجبه المهني، أو ارتكب جريمة من جرائم القانون العام مخلة بشرف المهنة بطريقة لا تسمح ببقائه في منصبه، يصدر قراراً بإيقافه عن العمل فوراً، بعد إجراء تحقيق أولي يتضمن توضيحات القاضي المعني، وبعد إعلام مكتب المجلس الأعلى للقضاء».

وكل هذا يتناقض مع المادة 138 من دستور 1996م التي تنص على أن «السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون».

والغريبة أكثر أن القانونين العضويين المذكورين أعلاه تم مراقبتهم دستورياً من طرف المجلس الدستوري. انظر رأي رقم: 02 و 03/ر.ق.ع.م/د. 04 المؤرخ في 06 رجب عام 1425 هـ الموافق ل: 2004/08/22م يتعلق بمراقبة القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء للدستور. وكذا القانون العضوي المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلحياته. الجريدة الرسمية، ع: 57، س: 41، المؤرخة في: 08/09/2004م. والملاحظ أنه لا توجد أية ضمانات في هذه الحالة.

(2) - الكليك، محمد علي محمود، رقابة محكمة النقض على تسيب الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص 63.

(3) - الكليك، محمد علي محمود، المرجع نفسه، ص 64.

الأسباب يمكن تقدير مدى التزام الحكم بالمبادئ الأساسية في إجراءات التقاضي وتطابقه مع نصوص وقواعد القانون الموضوعي⁽¹⁾.

ومع ذلك فإن بعضاً⁽²⁾ من الفقه القانوني يسجل بحق أنه ليس للرقابة الشعبية أثر أو دور واضح على القاضي وأعماله، ومع ذلك فإنه حقه في الرقابة مسلّم به.

2/- غايات التسبب المتعلقة بالمصلحة الخاصة:

إذا كان التسبب يهدف إلى حماية المصلحة العامة من خلال فتح سبل الرقابة على الأحكام، فإنه يهدف من جهة أخرى إلى تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف الخصومة وذلك من خلال تمييز القاضي في النزاع وكذلك حماية حقوق الدفاع.

أ/- التسبب يهدف إلى تحقيق حياد القاضي:

نعني بالحياد هنا «عدم انحياز القاضي بغير وجه حق إلى أي من خصوم الدّعى»⁽³⁾. والهدف من مبدأ الحياد في القضاء هو حماية أطراف الخصومة من تحيز القاضي بسبب ميوله أو معتقداته الشخصية، أو اعتبارات غير موضوعية⁽⁴⁾.

وعدم الحياد قد يكون شخصياً، بأن تكون للقاضي علاقات شخصية مع أحد أطراف الدّعى، سواء كانت علاقة قرابة أو مصاهرة أو تجارة، أو عداوة، أو صداقة وزمالة⁽⁵⁾. وقد حدد المشرع هذه الحالات في المادة 554 إلى المادة 566 ق.إ.ج تحت اصطلاح: «الرد».

- كما قد يكون عدم الحياد وظيفياً بأن يقوم القاضي بأعمال وظيفية تتعارض مع وظيفته القضائية في الدّعى الجنائية⁽⁶⁾. وقد نصت المادة 1/38 ق.إ.ج على أنه لا يجوز لقاضي التحقيق أن يشترك في الحكم في قضايا نظرها بصفته قاضياً للتحقيق وإلا كان ذلك الحكم باطلاً». كذلك لا يجوز للقاضي أن يشترك في نظر الدّعى إذا كانت الجريمة قد وقعت عليه شخصياً.

ولكي يتحقق الحياد في القضاء، يجب أن يكون ذلك بصفة أساسية في أسباب الحكم، سواء في مجال تحديد موضوع النزاع، أو البحث عن الأدلة وتقديرها⁽⁷⁾.

ففي خصوص تحديد موضوع النزاع يلتزم القاضي بحدود الدّعى المرفوعة إليه سواء من حيث حدود موضوع الدّعى أو من حيث أطرافها، فلا يجوز للقاضي أن يضيف عناصر جديدة أو طلبات لم يتمسك

(1) - الكيك، محمد علي محمود، المرجع والصفحة نفسها.

(2) - يذكر بعض الفقه أن مبدأ العلانية سند سياسي مرده إلى الحرص على إشراك الشعب في المسائل التي تم الرأي العام في المجتمع، وتمكينه من الاطلاع عليها، وبهذا فهذا يكون المبدأ يكفل إنهاء المحاكمات السرية التي تقوم بها الأنظمة الاستبدادية. حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص950.

(3) - الكيك، محمد علي محمود، رقابة محكمة النقض، مرجع سابق، ص64.

(4) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص153.

(5) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص155.

(6) - سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص156.

(7) - الكيك، محمد علي محمود، المرجع نفسه، ص64-65.

أطراف الخصومة، أو يتناول طرفا لم تتم إحالته إليه في أمر أو قرار الإحالة. وهذا ما تقضي به المواد 248 و1/250 و312 و428 ق.إ.ج.

- وفي خصوص البحث عن أدلة الدَّعوى يتوجب على القاضي الالتزام بما طرح عليه في الدَّعوى طرحا صحيحا، «فلا يسوغ - طبقا للمادة 2/212 ق.إ.ج - للقاضي أن يبيّن قراره إلا على الأدلة المقدّمة له في معرض المرافعات، والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا أمامه».

فإذا تجاوز القاضي هذه الحدود المرسومة له قانونا، كان القاضي منحازا إلى أحد الأطراف بغير وجه حق، أو على الأقل أنه مشوّب بالخروج على مبدأ الحياد الواجب التزامه.

والأداة الوحيدة للكشف عن مدى التزام القاضي بالحياد من عدمه هي تسييب الحكم، إذ من خلال الاطلاع على أسباب الحكم يمكن الوقوف على مدى التزام القاضي لحدود الدَّعوى موضوعا، وأطرافا، وأدلة.

ولهذا كان التسييب دائما أداة لتحقيق مبدأ حياد القاضي، مما يجعله أي التسييب أداة لحماية مصالح الخصوم الخاصة⁽¹⁾.

ب/- التسييب يهدف إلى الحفاظ على حقوق الدفاع:

من المعلوم أن القانون الإجرائي يقوم على مبدأ جوهرى هو الحفاظ على حقوق الدفاع⁽²⁾. هذا المبدأ الذي يجد تطبيقه في مبدأ المواجهة بين الخصوم والذي يقتضى أربعة أمور⁽³⁾:

- **الأول:** حق جميع الخصوم في حضور جميع إجراءات المحاكمة، سواء ما دار فيها في الجلسة، أو ما جرى خارج الجلسة، كما لو انتقلت المحكمة أو ندبت أحد أعضائها لإجراء المعاينة، إذ يتعين أن يدعى جميع الخصوم للحضور فيها.

- **الثاني:** أن يكون لكل خصم الحق في أن يسمع -أو يحاط علما- بكل طلب أو دفاع يتقدم به خصمه.

- **الثالث:** أن يكون لكل خصم الحق في أن يطرح ما لديه من أدلة، في أن يدحض الأدلة التي يقدمها خصمه.

- **الرابع:** أن يبيّن القاضي حكمه على دليل طرح للمناقشة في الجلسة، بحيث لا يكون ثمة وسيط بين المحكمة والخصوم، ولا بين المحكمة والأدلة، فيكون الكل في إطار المباشرة والمواجهة.

(1) - الكليك، محمود علي محمود، رقابة محكمة النقض على تسييب الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص 66.

(2) - المقصود هنا حقوق الدفاع الجوهرية «وهي كل حالة تحرم المتهم من ممارسة حقه الجدي في الدفاع عن نفسه». حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 1081.

- وذلك مثل وجود محام للمتهم (المادة 151 من الدستور)، وأن الكلمة الأخيرة تكون للمتهم (المادة 2/304 و3/353 و4/431 ق.إ.ج).

(3) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 965.

ويتحقق مبدأ المواجهة كلما فصل القاضي بحضور الخصوم أو مكنهم من ذلك، وكذلك كلما فصل في طلبات أبدت في مواجهة الخصوم، كما يتحقق بالتعويل على الأدلة المطروحة على باقي الخصوم ونوقشت في أثناء الجلسة أو مكنتهم على الأقل بالمناقشة فيها.

ولا يمكن اعتبار أن المحكمة والقاضي قد التزما بكل ذلك إلا إذا كان ثمة أسباب يستخلص منها أن المحكمة راعت حضور الخصوم وطلباتهم ودفعهم والأدلة والأوراق، ومن ثم فإن القاضي عند تسبب حكمه يجب عليه دائما وأبدا أن يلتزم ببيان طلبات الخصوم وأدلتهم ودفعهم والردود عليها، مما يكون في النهاية عقيدة المحكمة في الحكم في النزاع. وكل هذا يؤكد أن التسبب يلعب دورا في تأكيد قاعدة احترام حقوق الدفاع لأطراف الخصومة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أنواع المخالفات المتعلقة بتسبب الحكم القضائي:

ليست المخالفات المتعلقة بتسبب الحكم القضائي واحدة، وإنما هي متعددة ومتنوعة، وهي عادة: انعدام الأسباب، وقصور (أو عدم كفاية) الأسباب، وغموض الأسباب، وتناقضها. وسنكتفي بالأنواع الثلاثة بالبيان فقط، أما النوع الرابع والأخير وهو تناقض الأسباب فهو سيأتي في المبحث السادس المتعلق بالتناقض في القرارات.

1/- انعدام الأسباب:

أ/- تعريفه: ومعناه خلو الحكم من الأسباب نهائيا، بحيث تضمن ديباجة ومنطوقا فقط. وانعدام الأسباب في الحكم هو أشد وأكبر المخالفات المتعلقة بالأسباب، وذلك لأن معناه أن الحكم صدر من دون أية قناعة ودون أي تبرير، ومن ثم فهو حكم يقوم على التحكم والاستبداد القضائي من طرف القضاة والقضاء ككل.

وخطورة انعدام الأسباب لا تلحق ضررا بأطراف الخصومة فقط، بل يلحق ضررا بالقضاة الذين أصدره، حيث يدل على أنهم لم يلتزموا بالحياد أو أن حكمهم مشوب بالخروج عن مبدأ الحياد. كما أنه يدل على المخالفة الصريحة بالأصل الدستوري الذي يقر التسبب في الأحكام القضائية.

ومع ذلك فإن مسألة انعدام التسبب في الحكم القضائي مسألة بسيطة وسهلة استخلاصها واكتشافها بل وإثباتها، وذلك من خلال الإشارة إلى أن الحكم لم يورد أي تعليل أو تبرير لما قضى به. وهذا سواء من قبل الطاعن أو محكمة الطعن، إذ يمكن بالاطلاع وفحص بسيط من الوقوف على مدى وجود الأسباب من انعدامها.

(1) - الكيك، محمد علي محمود، رقابة محكمة النقض، مرجع سابق، ص 67.

على أنه تجب الإشارة إلى أن الأحكام القضائية المخالية خلوا تماما من أي تعليل وتسبب ليست كثيرة عادة، إذا عادة وفي أغلب الأحيان، بل وربما في كل الأحوال إلا في أحوال نادرة واستثنائية، ما نجد أن القضاة التزموا بتسبب أحكامهم، والقليل منها يكون منعدم الأسباب.

ولذلك قالت المحكمة العليا إنَّ «عيب انعدام الأسباب لا يثير أي مشكلة من الناحية العملية، فكل حكم بمفهومه الواسع باطل إذا كان لا يتضمن أي تعليل»⁽¹⁾.

ب/- تطبيقات قضائية لانعدام الأسباب:

- ومن أمثلة انعدام الأسباب أن يتضمن قرار المجلس القضائي عندما خفّض التعويضات المدنية بالقول: «إنَّه مبالغ فيها». «حيثُ إنَّ مثل هذا التعبير لا يشكل تعليلا بالمفهوم القانوني، إذ كان يتعين على المجلس القضائي أن يذكر عناصر التقدير التي جعلته يعتبر تلك التعويضات مبالغ فيها، وبالتالي يؤدي إلى خفضها، وذلك لإتاحة الفرصة للمجلس الأعلى أن يمارس الرقابة المعهودة له في هذا المجال، لذا يتعين نقض القرار المطعون فيه»⁽²⁾.

ويعتبر باطلا ويستوجب النقض الحكم المدني الصادر عن محكمة الجنايات والخالي من كل تعليل تطبيقا للمادة 3/316 ق.إ.ج.⁽³⁾. وكذلك متى كان من المقرر قانونا طبقا للمادة 1/358 ق.إ.ج، أنه يجوز للمجلس القضائي إذا كان الأمر متعلقا بجنحة من جنح القانون العام، وكانت العقوبة المقضي بها لا تقل عن سنة حبسا أن يأمر بقرار خاص مسبب بإيداع متهم في الحبس ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان الثابت -في قضية الحال- أن قضاة المجلس القضائي بعد إلغائهم الحكم المستأنف والحكم على الطاعن بعقوبة ثمانية عشر شهرا حبسا نافذا أمروا بإيداعه الحبس في الجلسة دون تبرير هذا الإجراء، والقرار الخالي من هذا التسبب يكون مشوباً بعيب البطلان، ولما لم يفعلوا ذلك فإنهم عرضوا قرارهم للنقض⁽⁴⁾. ويعد باطلا القرار الصادر من المجلس القضائي الذي أيد حكم المحكمة الذي لم يذكر الأفعال المنسوبة للمتهم والنصوص القانونية المطبقة عليها، والتي أسست عليها المتابعة الجزائية وكانا خاليين من كل تعليل، على الرغم من أن المجلس الأعلى سبق له وأن نقض قرار المجلس القضائي لعدم امتثاله لمقتضيات المادة 379 ق.إ.ج، ومن ثم فإن المجلس القضائي بموافقتهم من جديد على الحكم المستأنف وهو غير مسبب خالف مرة أخرى مقتضيات المادة 379 ق.إ.ج من جهة، وأحكام المادة 524 ق.إ.ج من جهة أخرى، مما يستوجب النقض⁽⁵⁾. ويعد انعداماً للتسبب اكتفاء القرار المطعون فيه سير نتائج

⁽¹⁾ - قراران صادران (عن غ.ج.1)، الأول في يوم: 23 فيفري 1982م، في الطعن رقم: 29577، والثاني يوم: 21 ماي 1985م، في الطعن رقم: 40779. بغداددي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص351.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 19 مارس 1981م، (عن غ.ج.2/3)، (ن.ق)، (ع.خ)، س: 1982م، ص201. والقرار الصادر يوم: 25 جوان 2001م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 233415. (أ.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج2، ص167.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 18 ديسمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 36646. (م.ق)، ع: 02، س: 1990م، ص242.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 25 ديسمبر 1984م، (عن غ.ج.1/2)، في الطعن رقم: 30345. (م.ق)، ع: 04، س: 1989م، ص300.

⁽⁵⁾ - قرار صادر يوم: 29 ماي 1984م، (عن غ.ج.1/2)، في الطعن رقم: 27148. (م.ق)، ع: 01، س: 1990م، ص275.

الخبرة، والحال أن أركان الجريمة لا يشبتها الخبر، وإنما يشار إليها من القضاة ويشتمونها في المرافعات الحضورية طبقاً للمادتين 212 و 213 ق.إ.ج ويشتمونها إثر ذلك في تعليلهم طبقاً للمادة 379 ق.إ.ج، فإذا ما تبين وأن هذا القرار كان خالياً من الإجراءات المثبتة لأركان الجريمة، وكان القانون يوجب أنه عند الحكم في النزاع وجب تبرير هذا الحكم فيما قضى به من مقتضيات، فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد انعداماً في التعليل، مما يستوجب النقض والإبطال⁽¹⁾.

- كما يعد انعداماً للتسبب اكتفاء قضاة الاستئناف في تسبب قرارهم بالتصريح «بأنّ التهمة ثابتة متوافرة حسب مضمون الملف والمناقشة التي جرت بالجلسة»، دون توضيح ما هذه العناصر، كما أن الاكتفاء في الحثيات يكون قاضي الدرجة الأولى أصاب في حكمه، والحال أن حكمه كان خالياً من التسبب تماماً ودون ذكر النصوص القانونية التي طبقت سواء في الحكم أو في القرار، مما يعرض قضاءهم للنقض وفقاً لأحكام المواد 379 و 430 و 4/500 ق.إ.ج⁽²⁾.

- ويعد كذلك انعداماً للتسبب أن يقرر قضاة الاستئناف إلغاء الحكم المستأنف دون التصريح بالتهمة التي أدين من أجلها الطاعن، ولا الأفعال المادية المكونة للجريمة، والنص القانوني المطبق عليها، ومن ثم فإنهم بقضائهم كما فعلوا كان قرارهم غير مسبب قانوناً، مما يستوجب النقض والإبطال⁽³⁾.

كما يعد انعداماً للتسبب أن يؤيد قضاة الاستئناف حكم المحكمة في الدعوى المدنية بمنح تعويض مالي للشاكي دون أن يصرحوا في حثياتهم بالأسباب التي تركزوا عليها لتحديد هذا المبلغ رغم أن الخبرة الموضوعية في الملف حددت مبلغ الخسائر الموقعة للسيارة المسروقة بتعويض أقل مما هو محكوم به. وهذا لا يمكن المحكمة العليا من مراقبته⁽⁴⁾. كما يعد انعداماً للتسبب أن يكيف قضاة الاستئناف الوقائع المنسوبة فعلها للمتهم بأنها تشكل جريمة المضاربة غير المشروعة ثم يقضوا بعدم قبول استئناف إدارة الجمارك المتضمن اعترافه بأن البضائع المضبوطة بحوزته داخل النطاق الجمركي استوردت عن طريق التهريب، وأن هذا المحضر لم يطعن فيه بالتزوير، ولم يثبت عكس ما جاء فيه. ومن ثم فإن التكييف الذي آل إليه المجلس لم يأخذ بعين الاعتبار العناصر السالفة الذكر لذا فإن قراره يتسم بانعدام التعليل من هذه الناحية، الأمر الذي يجعله يتعرض إلى النقض⁽⁵⁾. كذلك، فإن القرار الذي يقضي بتأييد القرار الغيابي دون مناقشة الوقائع والموضوع والاكتفاء بذكر صحة الإجراءات من الناحية القانونية يعد قرار غير مسبب⁽⁶⁾. كذلك فإن القرار المؤيد للحكم المستأنف دون أن يظهر العناصر والأسباب التي توصل بها إلى قناعة الإدانة يعد قراراً منعدم

(1) - قرار صادر يوم: 03 أفريل 1984م، (عن غ.ج. 2/1)، في الطعن رقم: 27580. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص 294.
(2) - قرار صادر يوم: 03 أفريل 1984م، (عن غ.ج. 2/1)، في الطعن رقم: 29526. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص 292.
(3) - قرار صادر يوم: 26 جوان 1984م، (عن غ.ج. 2)، في الطعن رقم: 28555. (م.ق)، ع: 01، س: 1990م، ص 284.
(4) - قرار صادر يوم: 06 فيفري 1990م، (غ.ج.م/ق 1)، في الطعن رقم: 63349. (م.ق)، ع: 04، س: 1991م، ص 307.
(5) - قرار صادر يوم: 23 أكتوبر 1984م، (عن غ.ج. 2/2)، في الطعن رقم: 32752. (م.ق)، ع: 04، س: 1989م، ص 320.
(6) - قرار صادر يوم: 27 أكتوبر 1999م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 189740. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج 1، ص 139.

الأسباب ومخالفا للقانون⁽¹⁾. كما يعد قرارا منعدم الأسباب مستوجبا للنقض القرار المستبعد محضر الضبطية القضائية من دون مناقشة بالرغم من كونه يعد وسيلة إثبات خاضعة لتقدير القاضي، وعنصرا من عناصر الدَّعوى لما يتضمنه من معاینات مادية طبقا للمادتين 212 و 214 و 215 ق.إ.ج⁽²⁾. كذلك فإن القرار القضائي بإدانة منهم بالمشاركة في الاختلاس دون بيان الدور الذي قام به ودون علمه بذلك يعد حكما منعدم الأسباب والأساس القانوني⁽³⁾.

2/- قصور الأسباب:

أ/- تعريفه: ويمكن تعريف قصور الأسباب (أو عدم كفايتها) بأنه إيراد أسباب الحكم على نحو ناقص، سواء باستعمال عبارات عامة ومبهمة وغامضة، أو متناقضة، أو سواء لفساد في التعليل. أو يكتفي ببعض العناصر فقط دون الكل.

وقالت المحكمة العليا: «أما قصور الأسباب فإنه يتحقق إذا لم يأت قضاة الاستئناف في قرارهم ببيان كاف لوقائع الدَّعوى والظروف المحيطة بها والأدلة الموجودة بها على نحو يسمح للمحكمة العليا بأن تراقب صحة تطبيق القانون، فالقرار المتضمن لعبارات عامة، وصيغ مبهمة، كالقول بأن الأفعال ثابتة في حق المتهم أو بأن القاضي الأول أصاب في حكمه هي بمثابة أحكام منعدمة التعليل ويجب نقضها»⁽⁴⁾.

ويعد قصور الأسباب سببا مستقلا بذاته، وإن كان المشرع «حشره»⁽⁵⁾ في الفقرة الرابعة من المادة 500 ق.إ.ج، والفقرة السادسة من المادة 342 ق.أ.م.ج السوري، والفقرة الخامسة من المادة 534 ق.م.ج المغربي، والفقرة السابعة من المادة 296 ق.أ.م.ج اللبناني.

وقصور الأسباب على الرغم من كون درجة المخالفة للمبدأ التسبب في الأحكام أخف وأقل خطورة من انعدام التسبب، إلا أنه مع ذلك يأخذ حكم انعدام الأسباب في نقض وإبطال الحكم. وقد قضت المحكمة العليا بأن «القرار المشوب بالقصور في التسبب هو مساوي لانعدامه»⁽⁶⁾. وبأن «القصور في التسبب بمثابة الانعدام»⁽⁷⁾. و«إن قصور الأسباب يعادل انعدامها»⁽⁸⁾.

والعلة في اعتبار قصور السبب يأخذ حكم انعدام التسبب في النقض والإبطال، هو أنه تعليل شكلي وليس حقيقي، حيث إنَّ وجود الأسباب كان صورة فقط دون أية قوة إقناعية، فتوقعنا في وهم

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 06 أفريل 2005م، (عن غ.ج.م/ق4)، في الطعن رقم: 305762. (ن.ق)، ع: 62، س: 2008م، ص428.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 30 نوفمبر 2005م، (غ.ج.م/ق2)، في الطعن رقم: 319376. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2007م، ص611.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 30 نوفمبر 2005م، (غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 338147. (ن.ق)، عدد: 60، 2006م، ص390.

⁽⁴⁾ - قراران صادران (عن غ.ج.م/ق1)، الأول يوم: 16 جوان 1981م، في الطعن رقم: 25773. والثاني يوم: 26 ديسمبر 1988م، في الطعن رقم: 52013.

بغداد، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص351.

⁽⁵⁾ - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص1077.

⁽⁶⁾ - قرار صادر يوم: 21 جانفي 1986م، (عن غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 25213. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص266.

⁽⁷⁾ - قرار صادر يوم: 23 أكتوبر 1984م، (عن غ.ج.م/ق2)، في الطعن رقم: 32752. (م.ق)، ع: 04، س: 320.

⁽⁸⁾ - قرار صادر يوم: 21 مارس 2007م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 414233. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2007م، ص567.

الإقناع لا حقيقته، ومن هنا فهو أخف وأقل خطورة مقارنة من انعدام التسبب من حيث إنه يورد تعليلا معيناً، ومع ذلك فهو لا يصل إلى درجة القوة الإقناعية التي يجب أن يصل إليها.

وهذا التعليل يعني أن قصور الأسباب هو مرتبة وسطى بين الانعدام الكلي للأسباب، وبين توافرها مع كفايتها وسلامتها المنطقية.

غير أنّ المشكلة التي يثيرها قصور الأسباب هو صعوبة استخلاصها واكتشافها عادة، فإذا كان انعدام التسبب يمكن كشفه واستخلاصه بسهولة، فإنّ قصور التسبب على العكس من ذلك تماماً، ذلك أنّ الأسباب موجودة وليست منعدمة، ولكنها قاصرة وغير كافية، إذ معرفة وكشف القصور وعدم الكفاية في التسبب ليست متمكنة لكل أحد، وإنما لا يتمكن من معرفتها وكشفها إلا صاحب معرفة واسعة، وعقل أريب، وذكاء وقاد، وكذا خبرة راسخة في القانون والقضاء.

ويلاحظ أن أحد فقهاء القانون⁽¹⁾ يقول أنه لو أمعنا النظر جيدا في حالة قصور الأسباب لوجدنا أنّها في الواقع تعطي للمحكمة العليا (أو محكمة النقض في مصر وسوريا) سلطة إشراف على محاكم الموضوع في تكوين القناعة من الوقائع، والأصل أنّ المحكمة العليا لا تنظر في المسائل الموضوعية باعتبارها محكمة قانون لا محكمة وقائع، ولكن من الواضح أنّها حين تريد أن تستوثق من أنّ محكمة الموضوع استطاعت أن تكون قناعتها من أسباب واضحة غير غامضة، فإنّها تلفّ حول الموضوع، وتنفذ إلى الواقعة من خلال التأكد من كفاية الأسباب وعدم غموضها. ولذلك كان من حقها أن تشرف على بيان عناصر الجريمة كما ذكرها حكم محكمة الموضوع، لترى كيف عللت لحكمها بأسباب واضحة، مما يفرض عليها عدم الاكتفاء بعبارات عامة في بيان الواقعة. وعلى هذا الأساس إذا ترك القانون لقضاة الموضوع تقدير الأدلة التي تثبت التهمة أو تنفيها، فإنّه أوجب عليهم إذا جنحوا للحكم بالإدانة أن ييسطوا عناصر الجريمة، ويثبتوا وجودها بصورة واضحة ومستساغة، ويؤكدوا نسبتها إلى المتهم.

ب/- تطبيقات قضائية لقصور الأسباب:

⑥- استعمال عبارات عامة ومبهمة:

وذلك كأن يقرر المجلس القضائي بإدانة متهم على أساس أن القاضي الأول أصاب في حكمه إذا كان هذا الحكم خاليا من كل تعليل ولا يشير إلى النصوص القانونية المطبّقة، أو القول بأن التهمة ثابتة متوافرة حسب مضمون الملف والمناقشة التي جرت بالجلسة دون توضيح هذه العناصر⁽²⁾. وكذلك بأن تقضي غرفة الاستئناف الجزائية بإدانة متهم من أجل الفاحشة على أساس أنه ثبت من أوراق ملف الدّعى، ومن المناقشات التي دارت بالجلسة أن التهمة ثابتة، دون أن يذكروا بوضوح الأفعال التي تركبت

(1) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 1078-1079.

(2) - قرار صادر يوم: 03 أبريل 1984م، (عن غ.ج. 2/1)، في الطعن رقم: 29526. (م.ق)، ع: 02، س: 202.

منها التهمة وظروفها الزمانية والدلائل التي اعتمدها للإدانة⁽¹⁾. أو أن يكتفي قرار الإدانة بالقول بأن المتهم اعترف بالأفعال المنسوبة إليه دون بيانها وتحديد الجريمة المكونة لها حتى يتمكن المجلس الأعلى من ممارسة حقه في الرقابة⁽²⁾. أو يقتصر قرار المجلس القاضي بالإدانة على القول بأن الوقائع ثابتة في حق المتهم⁽³⁾. كذلك يعتبر تعليلاً غير كافٍ ومستوجباً للبطلان قرار غرفة الاتهام بأن لا وجه للمتابعة من أجل اختلاس الأموال العمومية على أساس أن المبلغ المختلس غير معروف دون الالتجاء إلى خبرة فنية لأن عدم تحديد القدر المختلس من الأموال لا ينفي حتماً وجود الجريمة⁽⁴⁾. كذلك تسبباً غير كافٍ قول المحكمة: «إنه يستخلص من القضية وجود قرائن كافية لإدانة المتهم لكونه ارتكب الجريمة» دون توضيح وبيان نوعية الاختلاس، ولا الأضرار المترتبة عليه، ولا المؤسسة التي كانت ضحية له⁽⁵⁾. أو يكتفي قرار الغرفة الجزائية بالقول: «حيث إنَّ القاضي أخطأ في تقدير الأفعال المنسوبة للمتهم وتقديرهن لها تقديراً سليماً، وهكذا»⁽⁶⁾.

7/- استعمال عبارات غامضة أو متناقضة:

وذلك كقرار غرفة الاتهام الذي ينص في حشياته على أن المتهم قاد المجني عليها ليلاً إلى حقل حيث تعاطى معها الفساد، ثم يقضي بأن لا وجه للمتابعة⁽⁷⁾. أو قرار غرفة الاتهام القاضي بأن لا وجه للمتابعة المتهم بناء على خبرة طبية أولى تقرر عدم مسؤوليته الجزائية، وخبرة طبية مضادة تقرر نقض المسؤولية طالما أن النتيجة التي توصل إليها القرار في المنطوق تتعارض مع نتائج الخبرتين اللتين اعتمد عليهما⁽⁸⁾. وكذلك أن توجد في ملف واحد نسختان لورقة الأسئلة، وكانت البيانات الواردة فيهما متضاربة حول الإجابة على السؤال المتعلق بالإدانة، بحيث تنص الأولى على أن هذه الإجابة كانت بالنفي بينما تشير الثانية إلى أن الإجابة قد حصلت بالإيجاب، فإن مثل هذا التضارب يترتب عليه البطلان والنقض⁽⁹⁾.

وكذلك في قضية أن المتهم معروف بتعاطيه السحر تقدم إلى سكن الزوج يطلب من هذا الأخير قصد معالجته لإمكانية قدرته على مباشرة زوجته العروس ليلة البناء بها، واغتنام هذه الفرصة ليتصل بها جنسياً، فإن غرفة الاتهام بقضائها أن الوقائع لا تكون جنائية هتك عرض، وإنما جنحة فعل علي مخل بالحياء، اعتماداً على أن العقل الجنسية قد تمت برضا الزوجة، وموافقة زوجها بخلاف الواقع، ودون توافر

(1) - قرار صادر يوم: 20 ديسمبر 1988م، (عن غ.ج. 2/1)، في الطعن رقم: 52013. (م.ق.)، ع: 02، س: 1990م، ص: 312.
(2) - قرار صادر يوم: 19 مارس 1985م، (عن غ.ج. 2/1)، في الطعن رقم: 19530. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص: 188.
(3) - قرار صادر يوم: 16 جوان 1981م، (عن غ.ج. 2/1)، في الطعن رقم: 25773. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص: 188.
(4) - قرار صادر يوم: 07 جوان 1988م، (عن غ.ج. 1)، في الطعن رقم: 55019. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص: 188.
(5) - قرار صادر يوم: 14 ماي 1981م، (عن غ.ج. 1)، في الطعن رقم: 24940. مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص: 106.
(6) - قرار صادر يوم: 26 جوان 1984م، (عن غ.ج. 2)، في الطعن رقم: 31720. (م.ق.)، ع: 01، س: 1990م، ص: 287.
(7) - قرار صادر يوم: 07 ماي 1985م، (عن غ.ج. 1)، في الطعن رقم: 38291. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص: 189.
(8) - قرار صادر يوم: 15 جانفي 1985م، (عن غ.ج. 1)، في الطعن رقم: 41022. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص: 189-190.
(9) - قرار صادر يوم: 19 جانفي 1988م، (عن غ.ج. 1)، في الطعن رقم: 46312. (م.ق.)، ع: 03، س: 1990م، وكذا (م.ق.)، ع: 01، س: 1992م، ص: 156.

عناصر هذه الجنحة، فإنها بقضائها كما فعلت كان قرارها مشوبا بالقصور في التسبب والتناقض في المقتضيات⁽¹⁾.

⑧- /عدم بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة: وذلك كقرار غرفة الاستئناف الذي طَبَّقَ المادة 386ق.ع دون أن يبينوا كيفية نزع العقار المملوك للغير، ولم يبرزوا هذه العناصر، وهي: نزع عقار مملوك للغير، خلصة، وبطريق التدليس⁽²⁾. وكذلك القرار الصادر عن الغرفة الجزائية الذي طَبَّقَ المادة 295ق.ع دون أن يبرز أركان جريمة اقتحام حرمة منزل، والتي تتمثل في الدخول فجأة أو خدعة أو اقتحام منزل بالقوة مع العلم، واكتفى في حثياته بالقول: «إن المشتكي كان يحتل شقة من الطابق الأول من طرف أب المتهم، وبعد وفاة هذا الأخير قام المتهم بطرده من الشقة بدون حكم». فإن هذا القرار مفتقر للتسبب الكافي⁽³⁾. الكافي⁽³⁾. وكذلك قرار الغرفة الجزائية الذي طَبَّقَ المادة 347ق.ع دون أن يذكر ويبرز أركان جريمة الإغراء، الإغراء، وهي: 1- دعوى مرسلة لأي شخص بقصد ممارسة علاقات حسية غير شرعية، 2- دعوى بالإشارة أو الأقوال أو بأية وسيلة أخرى، 3- أن يكون فعل الإغراء علنيا ومرتكبا بقصد التحريض على الفسق، واكتفاء القرار المطعون فيه بالقول: «حيث إنَّ المتهم لحق بها إلى المحطة رجع إلى المحطة مدعيا لرئيس المحطة بأن رجال الأمن الوطني قد سمحوا له بأخذ المرأة معه بغية تشغيلها لدى أحد زملائه بقرية قلال». وكان استنتاج قضاة الموضوع للأركان الذاتية للجريمة كالاتي: «حيث إنه قد ثبت ومن خلال كل ما تقدم أن المتهم المذكور لم ينو فعلا تشغيل تلك المرأة على أساس إنساني، وإنما كان يريد أخذها معه من أجل إغرائها للقيام بإشباع رغبته الجنسية منها». حيث إنَّ هذا القرار المطعون فيه لم يسبب تسببا كافيا⁽⁴⁾. أو أن يتم إدانة مصرح جمركي من أجل جرمي خيانة الأمانة والنصب، الفعلين المنصوص والمعاقب عليهما بالمادتين 376 و372ق.ع، في حين أن أركان جريمة خيانة الأمانة متوافرة، وأركان جريمة النصب غير متوافرة، إذ أن وكيل العبور (المتهم) كان قد تم تفويضه من طرف المدعي المدني لجمركة وإخراج البضائع من الميناء، وأنه جمرك جزءا من هذه البضائع، غير أنه اتصل بمورد المدعي المدني، سوري الجنسية موجود في رومانيا، واتفق معه لجمركة باقي البضاعة وتسليمها إلى شخص آخر، وأن هذه العملية أجريت بالوثائق والمستندات من قبل الضحية إلى المتهم باسمه وبغير علمه، فهذه كافية لإثبات وجود كل أركان جريمة خيانة الأمانة مثلما هو منصوص عليه في المادة 376ق.ع، أي العقد المدني المتمثل في الوكالة المعطاة من الضحية للمتهم وتسليم الوثائق التي استعملت في الجمركة، والتي تمثل تسليم المتهم البضائع لشخص آخر. أما أركان جريمة النصب المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 372ق.ع فهي غير متوافرة،

(1) - قرار صادر يوم: 20 نوفمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 40236. (م.ق.)، ع: 02، س: 1990م، ص247.
(2) - قرار صادر يوم: 17 جانفي 1989م، (عن غ.ج.2/1)، في الطعن رقم: 52971. (م.ق.)، ع: 03، س: 1991م، ص236.
(3) - قرار صادر يوم: 03 جانفي 1989م، (عن غ.ج.2/1)، في الطعن رقم: 53224. (م.ق.)، ع: 04، س: 1991م، ص284.
(4) - قرار صادر يوم: 19 نوفمبر 1991م، (غ.ج.م/2)، في الطعن رقم: 73698. (م.ق.)، ع: 02، س: 1994م، ص271.

حيث إنه لا وجود لاستعمال أسماء أو صفات مزيفة، أو استعمال مناورات احتيالية للتوصل إلى أسماء أو صفات مزيفة، أو استعمال مناورات احتيالية للتوصل إلى استلام أموال منقولات أو التزامات، وإنما ما توافر هو أركان جريمة خيانة الأمانة⁽¹⁾. وكذلك إدانة متهم من أجل جريمة التهديد بالقتل، الفعل المنصوص والمعاقب عليه بالمادة 285 ق.ع. حيث إنَّ إدانة الطاعن بهذه الجريمة دون بيان الأركان المادية والمعنوية يعد قصورا في التسبيب⁽²⁾. أو إدانة المتهم بجنحة القذف المنصوص والمعاقب عليها بالمادتين 296 و298 ق.ع دون توافر أركانها وهي المساس بشرف الشخص عن طريق النشر أو إعادة النشر أو بطريقة مباشرة، وخاصة ركن العلنية يعد قصورا في التسبيب. كما أن اكتفاء القرار المطعون فيه بجيشية واحدة، وهي: «حيث إنَّ المتهم اعترف أنه استعمل الرسائل في قضية الطلاق مع علمه أن تلك الرسائل ليست موجهة إليها، كما أنه أنكر بأنه كان يريد المساس بشرفها واعترفت الزوجة أن هذه الرسائل ملك لها»، يعد أيضا قصورا في التسبيب⁽³⁾.

المطلب الثاني: نظام الأسئلة أمام محكمة الجنايات:

توجد بعض الإجراءات الجزائية التي تخصص بها محكمة الجنايات دون الجهات القضائية الأخرى من المحاكم و المجالس القضائية، و من هذه الإجراءات تلاوة الأسئلة المنصوص عليه في المادة 305 ق.إ.ج.

و للوقوف على حقيقة هذا الإجراء الجزائي، فإننا نتناوله وفق الخطة الآتية:

الفرع الأول: تعريف الأسئلة و وظيفتها.

الفرع الثاني: أنواع الأسئلة و طبيعتها.

و إليك هذه الفروع بالترتيب و التفصيل.

الفرع الأول: تعريف الأسئلة و وظيفتها:

يتضمن هذا المطلب نقطتان هامتان يتم تناولهما وفق الخطة الآتية:

أولا: تعريف الأسئلة ورقة الأسئلة.

ثانيا: وظيفة الأسئلة.

و إليك هذه العناصر بالترتيب.

أولا: تعريف الأسئلة ورقة الأسئلة:

يمكن تعريف الأسئلة تعريفا مبسطا بالقول بأنها: جملٌ إنشائية؛ استفهامية؛ تتضمن مدى كون المتهم مذنب بارتكاب واقعة معينة أم لا، و مدى توافر الظروف المشددة، أو الأعذار القانونية، أو الظروف المُخفِّفة، مع مراعاة الشروط القانونية، الشكلية و الموضوعية.

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 31 ماي 2000م، (غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 202224. (م.ق.)، ع: 02، س: 2001م، ص401.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 15 جانفي 2002م، (غ.ج.م/ق2)، في الطعن رقم: 251253. (م.ق.)، ع: 02، س: 2002م، ص561.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 31 ماي 2000م، (غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 205356. (م.ق.)، ع: 02، س: 2002م، ص558.

و ذلك مثل السؤال الذي تضمنته المادة 305 ق.إ.ج و هو: «هل المتهم مذنب بارتكاب هذه الواقعة؟».

أما ورقة الأسئلة - و هو مصطلح ورد في المادة 5/309 ق.إ.ج- فهي مسودة يعدها رئيس محكمة الجنايات تتضمن مجموعة من الأسئلة المتعلقة بالجريمة و المجرم التي تنظرها محكمة الجنايات. و من ثم يمكن القول بأن ورقة الأسئلة هي وثيقة أو مسودة يعدها رئيس محكمة الجنايات أو تحت إشرافه ومراقبته، تتضمن جملاً إنشائية استفهامية حول مدى كون المتهم مذنب بارتكاب واقعة معينة أم لا، و هل هناك ظروف مشددة أم لا، أو أعدار قانونية، أو ظروف مخففة، تحتاج إلى إجابة من هيئة المحكمة بالنفي أو الإيجاب (نعم، أو لا بالأغلبية، أو دون موضوع)، يتم إعدادها بشروط معينة؛ شكلية؛ و موضوعية.

وقالت المحكمة العليا بما يشبه تعريف ورقة الأسئلة تعريفاً إجرائياً: «إن ورقة الأسئلة تعد من الوثائق الأساسية في كل محاكمة جنائية، باعتبارها السند الرسمي للحكم الجنائي، وتقوم مقام التعليل والتسيب، مع وجوب اشتغالها على البيانات الجوهرية والمقررة قانوناً، وهي: الأسئلة و الأجوبة عنها، ثم العقوبة المتداول بشأنها والمحكوم بها، ثم النصوص القانونية المطبقة، وتحتم بتوقيع كل من رئيس المحكمة و الخلف الأول»⁽¹⁾.

وقالت في قرار آخر: «من المستقر عليه قضاء أن ورقة الأسئلة هي ورقة رسمية وأساسية في الدعوى الجنائية، يجب أن تشمل على البيانات الجوهرية المقررة قانوناً لصحتها، وهي:

1/- الأسئلة و الأجوبة عنها، وفقاً لأحكام المادتين 305 و 309 ق.إ.ج،

2/- العقوبة المتداول بشأنها والمحكوم بها على المتهم،

3/- النصوص القانونية المطبقة عليها، طبقاً لأحكام المادة 9/314 ق.إ.ج،

4/- التوقيع عليها من الرئيس و الخلف الأول،

فإن خلت بواحدة منها تعد لاغية، ويكون الحكم الذي بني عليها باطلاً»⁽²⁾.

هذا هو تعريف الأسئلة و ورقة الأسئلة، و لاشك أن هذا التعريف يحتاج إلى توضيح و بيان أكثر، و هو ما سنراه في العناصر اللاحقة و الآتية.

ثانياً: أهمية الأسئلة و ورقة الأسئلة أمام محكمة الجنايات:

قلنا من قبل إن محكمة الجنايات تتميز عن غيرها من الجهات القضائية الأخرى بمجموعة من الإجراءات الخاصة التي لا نجد لها مثيلاً فيما سواها، و من هذه الإجراءات وجوب طرح الأسئلة، و ضرورة وجود مسودة أو ورقة الأسئلة.

(1) - قرار صادر في يوم: 28 مارس 2000م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 242221. (ن.ق)، ع: 61، س: 2006م، ج: 1، ص: 297.

(2) - قرار صادر في يوم: 28 مارس 2000م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 238933. (ن.ق)، ع: 65، س: 2010م، ص: 271. قرار صادر في يوم: 27 مارس 2001م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 268939. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص: 446.

إن طرح الأسئلة و وجود ورقة الأسئلة ليس مجرد إجراء عادي، أو أن ورقة الأسئلة هي ورقة عادية ضمن أوراق ملف الدَّعوى، بل إنها ورقة مهمة و ضرورية يجب أن تكون ضمن الملف الجنائي حتى بعد الفصل في القضية، و لا يجوز الاحتفاظ بها في أمانة الضبط، كما تفعل بعض الجهات القضائية وترسل صورة منها بدل الأصل في ملف الطعن بالنقض، مع ما ينتج عن ذلك من عواقب وخيمة⁽¹⁾.

إنَّ ورقة الأسئلة ليست ورقة عادية كـبعض أوراق ملف الدَّعوى العمومية، بل إنها ورقة ذات قيمة إثباتية متميزة، و تأخذ قيمتها من حيث كونها تشكل جزءا من القرار و مكملة له، و من حيث إنَّ ما يشوبها من عيب يشوب القرار أيضا و يؤثر فيه، و إذا اشتملت على خطأ، أو عيب، أو خرق لأي إجراء جوهري، فإن القرار الذي يبنى عليها سيكون حتما قرارا معيبا، يستوجب البطلان و النقض⁽²⁾.

و قد نصت على الأسئلة و ورقة الأسئلة المادة 305 و المادة 5/309 ق.إ.ج.

فالمادة 305 ق.إ.ج جاء فيها ما نصه: «يقرر الرئيس إقفال باب المرافعات و يتلو الأسئلة الموضوعة، و يضع سؤالا عن كل واقعة معينة في منطوق قرار الإحالة؟ و يكون هذا السؤال في الصيغة الآتية: هل المتهم مذنب بارتكاب هذه الواقعة؟».

- و كل ظرف مشدّد، و عند الاقتضاء كل عذر وقع التمسك به، يكون محل سؤال مستقل متميز.
- و يجب أن توجه في الجلسة جميع الأسئلة التي تجيب عنها المحكمة ماعدا السؤال الخاص بالظروف المُخَفِّفة.

- و تفصل المحكمة بدون اشتراك المحلّفين في جميع المسائل العارضة التي تثار في تطبيق نص هذه المادة».

كما أن المادة 2/306 ق.إ.ج تنص على أنه: «إذا خلص من المرافعات أن واقعة تحتمل وصفا قانونيا مخالفا لما تضمنه قرار الإحالة، تعيّن على الرئيس وضع سؤال أو عدة أسئلة احتياطية»، فإن ذلك يعني وجوب تلاوة السؤال الاحتياطي بالجلسة قبل الانتقال إلى غرفة المداولات، تحت طائلة البطلان⁽³⁾.

أمام المادة 5/309 ق.إ.ج فقد جاء فيها ما نصه: «و تذكر القرارات بورقة الأسئلة الموقع عليها حال انعقاد الجلسة من الرئيس، و من المحلّف الأول المعين، و إن لم يمكنه التوقيع فمن المحلّف الذي يعينه أغلبية أعضاء محكمة الجنايات».

كما أن المادة 7/314 ق.إ.ج قد تضمنت نصا مفاده وجوب اشتمال قرار محكمة الجنايات على الأسئلة الموضوعة، و على الأجوبة التي أعطيت لها في غرفة المداولة.

(1) - سيدهم، مختار: «محكمة الجنايات و قرار الإحالة عليها»، مقال منشور ب(م.ق)، (ع.خ)، 2003م، ص 109.

(2) - سعد، عبد العزيز، أصول الإجراءات محكمة الجنايات، دار هومة، الجزائر، دط، 2010م، ص 166.

(3) - سعد، عبد العزيز، المرجع نفسه، ص 170.

و إذن، فهذه النصوص كلها توجب قراءة و تلاوة الأسئلة عند غلق و إقفال باب المرافعات، كما توجب وجود ورقة الأسئلة، خاصة أن مما يدعم أن ورقة الأسئلة وثيقة قضائية ذات حجية إثبات هو وجوب توقيعها من رئيس الجلسة، و من المحلّف الأول المعين، و إن لم يمكنه التوقيع فمن المحلّف الذي يعينه أغلبية أعضاء محكمة الجنايات، و هذا طبقاً للمادة 5/309 ق.إ.ج.

و النتيجة المستخلصة قانونياً أن الأسئلة و ورقة الأسئلة مسألة جوهرية في القرارات الصادرة من محكمة الجنايات، و لكن هل هذه النتيجة المقررة قانوناً هي نفسها المتوصل إليها في قرارات المحكمة العليا؟ بخصوص قرارات المحكمة العليا فيما يتعلّق بالأسئلة و بورقة الأسئلة و تلاوتها، فإنها متناقضة، ففي أحد قرارات المحكمة العليا، قررت نقض حكم صادر عن محكمة الجنايات بمجلس قضاء عنابة، و جاء في حيثياته أنّ الأسئلة، ماعدا السؤال المتعلّق بظروف التخفيف، يجب أن تطرح بقاعة الجلسات، مما يترتب على خلاف ذلك خطأ في تطبيق القانون، و مخالفة المادة 305 ق.إ.ج.⁽¹⁾ و في قرار آخر جاء فيه ما نصه: «حتى تتمكن المحكمة العليا من مراقبة صحة الأسئلة والأجوبة والقرارات المبنية عليها، استلزم القانون بيانها في الحكم الصادر في الدّعى العمومية، و في ورقة الأسئلة التي تعد المصدر الرئيسي له، و ذلك تحت طائلة البطلان و النقض»⁽²⁾.

إلا أنّ المحكمة العليا قررت في إحدى قراراتها عكس هذه الأحكام، و أن: «السّهو عن تلاوة الأسئلة لا ينجر عنه البطلان طالما أن مصدرها هو قرار الإحالة الصادر عن غرفة الاتهام، و أنّ هذا وقع تبليغه إلى المتهم»⁽³⁾.

و هذا في الحقيقة قرار غير مقبول و غير سليم، و ذلك لأن النصوص القانونية السابق ذكرها واضحة و لا مجال للنقاش و الجدل في ذلك، و لذلك تحفظ و طعن في سلامته بعض الفقهاء القانونيين الجزائريين⁽⁴⁾.

و عليه، فإن النتيجة النهائية هي أن تلاوة الأسئلة بعد إقفال باب المرافعات هي مسألة جوهرية فيما يصدر من محكمة الجنايات من قرارات، و أنه كذلك يجب توافر ورقة الأسئلة، و بانعدامها فإن القرار الصادر باطل و ينقض.

ثالثاً: وظيفة الأسئلة:

⁽¹⁾ - قرار صادر في يوم: 06 نوفمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 29833. (م.ق.)، ع: 03، س: 1989م، ص: 214. أنظره أيضاً في: سعد، عبد العزيز، أصول الإجراءات، مرجع سابق، ص 169.

⁽²⁾ - قراران صادران (عن غ.ج.1)، الأول يوم: 02 يناير 1985م، في الطعن رقم: 36993 و الثاني يوم: 21 أبريل 1987م، في الطعن رقم: 46435. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 178.

⁽³⁾ - القرار الصادر بتاريخ 09 ديسمبر 1980م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 23496. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص 265-266.

⁽⁴⁾ - سعد، عبد العزيز، أصول الإجراءات، مرجع سابق، ص 170.

من المبادئ الأساسية في المحاكمة، و المنصوص عليها دستوريا في المادة 144، وجوب تسييب وتعليل الأحكام القضائية، و إلا كان باطلا مما يستوجب نقضه.

و التسييب هو بيان أساس الحكم الجزائي الذي توصلت إليه هيئة المحكمة. و قد نصت المادة 379 ق.إ.ج على هذا المبدأ حيث جاء فيها ما نصه: «و يجب أن يشتمل (أي الحكم) على أسباب و منطوق. و تكون الأسباب أساس الحكم».

و تعتبر هذه القاعدة العامة شاملة لكل ما يصدر عن القضاء من أحكام و قرارات في شتى المواد، و يستثنى من ذلك قرارات محكمة الجنايات، فإنها لا تسبب، و لكن تقوم الأسئلة مقام التسييب.

و علة هذا أن محكمة الجنايات تتشكل من قضاة محترفين و من مساعدين محلّفين، و أن القانون- طبقا للمادة 307 ق.إ.ج- لا يطلب منهم أن يقدموا حسابا عن الوسائل التي توصلوا بها إلى تكوين اقتناعهم، و من ثم فهم غير مطالبين بالتسييب، و إنما مطالبون بطرح الأسئلة و الإجابة عنها، فتحل الأسئلة محل التسييب⁽¹⁾.

و بمعنى آخر، فإن الأحكام و القرارات الصادرة عن الجهات الفاصلة في مواد الجنح والمخالفات يجب أن تشتمل على أسباب و منطوق، و أن تكون الأسباب هي أساس المقرر، وفقا لمقتضيات المادة 379 ق.إ.ج، أما القرارات الصادرة من محاكم الجنايات فإنه ليس من اللازم تعليلها، و إنما يقوم مقام التسييب فيها الأسئلة المطروحة، و الأجوبة المعطاة عنها⁽²⁾.

و من ثم، فإنّه إذا كانت الأسباب هي أساس الحكم الجزائي في الجنح و المخالفات، فإنّ الأسئلة و ورقة الأسئلة هي أساس القرار الصادر من محكمة الجنايات.

رابعا: تقدير وظيفة نظام الأسئلة كأساس للقرار الصادر من محكمة الجنايات.

و قد انتقد بعض الفقه الجزائري⁽³⁾ نظام الأسئلة و رأى - بحق - أنّها تتعارض و تتناقض بشكل واضح وصريح مع المادة 144 من الدستور، التي تنص صراحة على وجوب تعليل الأحكام القضائية، حيث إنّ الأسئلة غير التسييب، و لا يمكن أن تكون تسييبا حتى و لو أردنا، ذلك أنّها مجرد أسئلة يتم الإجابة عنها بنعم أو لا دون بيان كيفية الوصول إلى النتيجة، و ذلك لأخذ المشرّع بمبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي المنصوص عليه في المادة 307 ق.إ.ج.

و من جهة أخرى يتساءل هذا الفقيه - بحق - كيف أن الحكم الفاصل في الجنح و المخالفات الذي يقضي فقط بعقوبة الحبس و الغرامة، توجب المادة 379 ق.إ.ج تسييبه و تعليله، في حين أن قرار

⁽¹⁾ - قراران صادران (عن غ.ج.1)، الأول يوم: 25 نوفمبر 1980م، في الطعن رقم: 27197، و الثاني يوم: 23 أكتوبر 1990م، في الطعن رقم: 75935. (م.ق)، ع: 02 س 1992م، ص 182. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 177.

⁽²⁾ - قرارات صادرة (عن غ.ج.1)، الأول يوم: 08 ماي 1973م، في الطعن رقم: 7913، و الثاني يوم: 13 فبراير 1982م، في الطعن رقم: 26575، و الثالث يوم: 13 ديسمبر 1983م، في الطعن رقم: 34471. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 177.

⁽³⁾ - سعد، عبد العزيز، أصول الإجراءات، مرجع سابق، ص 207-208.

محكمة الجنايات الذي عادة يقضي بالحكم بالسجن المؤقت أو المؤبد أو حتى بالإعدام لا يسبب و لا يعلل، ويتأسس فقط على الاقتناع الشخصي لهيئة محكمة الجنايات حسبما يرتضيه ضمير كل واحد منهم؟؟

ثم ألا يعد ذلك مجافيا للحق و العدل و الإنصاف، و ماسا بحقوق الدفاع بحرمانه من معرفة أسباب إدانته؟

لاشك أن هناك تناقضا صارخا و صادما في وجوب تسبب الأحكام و القرارات الصادرة في الجرح و المخالفات، و عدم وجوب التسبب، و من ثم الاكتفاء بنظام الأسئلة، في مواد الجنايات، حيث يتبين أن هذا التناقض الصارخ و الصادم يمس بالعدل في أساسه، كما يمس بحقوق الدفاع، التي تقضي أن من حق المتهم إذا تمت إدانته أن يعرف كيف تم التوصل إلى إدانته، و أن يعرف الأسباب و العلل التي أدت إلى الحكم عليه.

وقال الرئيس الأول الأسبق للمحكمة العليا أحمد مجحودة في هذا الاتجاه: «غير أن كل هذه التدابير تبقى بدون طائل، إذا لم ترافق بتغييرات هيكلية لبلورة تسبب الحكم الجنائي، بما يكفل استظهار الإثم في التطبيقات. ونحن نعتقد أن هذه التغييرات قد أصبحت ضرورية بعد نص كل من دستور 1976م (المادة 170)؛ ودستور 1989م (المادة 135)؛ والدستور الحالي 1996م (المادة 144) على مبدأ تعليل الأحكام القضائية. ولكن مع الأسف؛ فعلى الرغم من كثرة التعديلات التي طرأت على قانون الإجراءات الجزائية، فإن هذه المسألة قد بقيت مهملة، وقد كان من المفروض بعد النص الدستوري على وجوب تعليل الأحكام القضائية، أن تطرح مسألة تسبب أحكام محاكم الجنايات التي يشارك في تركيبها قضاة شعبيون، لأن من غير المعقول أن يكون مفهوم الحكم الدستوري منصرفا إلى محاكم الجرح و المخالفات، ومستثيا لأحكام المحاكم المؤهلة لإصدار حكم الإعدام. وقد ازدادت هذه المسألة تعقيدا بعد التعديل الأخير لقانون الإجراءات الجزائية⁽¹⁾، الذي مس تشكيلة محكمة الجنايات، التي أصبحت مؤلفة من أغلبية من القضاة المحترفين»⁽²⁾.

(1) - المقصود هنا الأمر رقم: 95-10 المؤرخ في: 25 رمضان عام 1415هـ، الموافق ل: 25 فبراير سنة 1995م المعدل و المتمم للأمر رقم: 66-155 المؤرخ في: 08 يونيو 1966م المتضمن قانون الإجراءات الجزائية. الجريدة الرسمية؛ س: 32، ع: 11، المؤرخة في: 01/03/1995م. بهذا الأمر أصبحت تشكيلة محكمة الجنايات من خمسة (5) أعضاء، كالآتي: ثلاثة (3) محترفين، وإثنان (2) محلفين شعبيين. وقد كان الوضع قبل هذا التعديل وطبقا للمادة 258 منه، عدد المحلفين أربعة (04) أعضاء، إلى جانب ثلاثة (03) قضاة محترفين. أنظر: الأمر رقم: 66-155 المؤرخ في: 18 صفر 1386هـ الموافق ل: 08 يونيو 1966م المتضمن قانون الإجراءات الجزائية. الجريدة الرسمية؛ س: 3، ع: 48، المؤرخة في: 10/06/1966م.

وطبقا للمادة 08 من المرسوم رقم 63-146 المؤرخ في: 25 أبريل 1963م المتعلق بإحداث المحاكم الجنائية الشعبية كانت تتكون تشكيلة المحكمة الجنائية الشعبية من ستة (06) محلفين شعبيين إلى جانب ثلاثة (03) قضاة محترفين. أنظر: المرسوم رقم: 63-146 المؤرخ في: 25 أبريل 1963م المتعلق بإنشاء المحاكم الجنائية الشعبية. الجريدة الرسمية؛ س: 02، ع: 29، المؤرخة في: 10/05/1963م.

(2) - مجحودة، أحمد، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي في القانون الجزائري و القانون المقارن، دار هومة، الجزائر، دط، 2004م، ج2، ص1101.

و نظرا لصحة هذه الاعتبارات و الحجج، فإننا ننضم إلى الدّاعين⁽¹⁾ إلى إلغاء نظام الأسئلة في الأحكام الصادرة من محاكم الجنايات، و من ثم العودة إلى القاعدة العامة، و هي تسبب الأحكام، تماما مثلما يتم في القرارات الصادرة من الجهات القضائية الأخرى في مواد الجرح و المخالفات، و ذلك تحقيقا للعدل و حماية حقوق الدفاع.

الفرع الثاني: أنواع الأسئلة و طبيعتها:

تمهيد و تقسيم:

من خلال استقرار نصوص القانون، وكذا قرارات المحكمة العليا، فإنه يمكن القول بأن الأسئلة تنوع إلى أربعة أنواع من حيث الاعتبارات الآتية:

1) باعتبار المصدر، و تنقسم إلى قسمين هما:

- الأسئلة الرئيسية: و هي التي تستخلص من قرار الإحالة الصادر من غرفة الاتهام. و هي على نوعين: أسئلة الإدانة؛ و أسئلة الظروف المشدّدة.
- الأسئلة الاحتياطية: و هي التي تستخلص من المرافعات. و هي على نوعين أيضا: أسئلة الإدانة، و أسئلة الظروف المشدّدة.

2) باعتبار وجوب التلاوة في نهاية المرافعات؛ أو جوازها؛ أو منعها إلى ثلاثة أقسام:

- أسئلة تجب تلاوتها: و هي الأسئلة الاحتياطية؛ و أسئلة الأعذار القانونية.
- أسئلة يجوز تلاوتها فقط: و هي الأسئلة الرئيسية (الإدانة، و الظروف المشدّدة).
- أسئلة لا يجوز تلاوتها مطلقا: و هي أسئلة الظروف المُخفّفة.

3) باعتبار كيفية طرح الأسئلة: و هي على ثلاثة أقسام و هي:

- الأسئلة المتعلقة بالجرائم و الظروف المعرّفة قانونا.
- الأسئلة المتعلقة بالجرائم و الظروف غير المعرّفة قانونا.
- الأسئلة البديلة أو الاختيارية.

4) باعتبار كون السؤال أصليا أم تبعا: و هي على نوعين:

- الأسئلة الأصلية: و هي تلك الأسئلة التي يجب عليها بالإيجاب أو السلب فقط في كل الأحوال، و هي هنا أسئلة الإدانة الرئيسية فقط.
- الأسئلة التبعية: و هي التي تتبع السؤال الأصلي، بحيث تسقط في حالة الإيجاب بالإيجاب أو السلب على السؤال الأصلي، و تتمثل هذه الأسئلة في:

(1) - سعد، عبد العزيز، أصول الإجراءات، مرجع سابق، ص 208. مجحودة، أحمد، أزمة الوضوح في الإنم الجنائي، مرجع سابق، ج 2، ص 1101.

- أسئلة الظروف المشدّدة: حيث تسقط في حال الإجابة على السؤال الأصلي بالسلب.
 - أسئلة الإدانة الاحتياطية: حيث تسقط في حال الإجابة بالإيجاب على السؤال الأصلي.
 - أسئلة الأعدار القانونية: حيث تسقط في حال الإجابة على السؤال الأصلي بالسلب.
 - أسئلة الظروف المخفّفة: و هذه أيضا تسقط في حال الإجابة على سؤال الإدانة بالسلب.
- و الذي نلاحظه على هذه التقسيمات هو التداخل المعرفي الكبير بينها، بحيث لا نكاد نعثر على تقسيم لا يتضمن التقسيم الآخر. و لذلك فإننا نعتمد تقسيما واحدا لدراسة كل هذه الأنواع من الأسئلة، و التقسيم الذي نعتمده هو تقسيم الأسئلة باعتبار مصدرها، إلى رئيسية؛ و احتياطية.
- و هذه الأنواع يمكن تناولها وفق الخطة الآتية:
- أولا: الأسئلة الرئيسية المتعلقة بالإدانة.
- ثانيا: الأسئلة الرئيسية المتعلقة بالظروف المشدّدة.
- ثالثا: الأسئلة الاحتياطية.
- رابعا: الأسئلة المتعلقة بالأعدار القانونية.
- خامسا: الأسئلة المتعلقة بالظروف المخفّفة.
- و إليك هذه العناصر بالترتيب.
- أولا: الأسئلة الرئيسية المتعلقة بالإدانة:

يمكن تعريف الأسئلة الرئيسية المتعلقة بالإدانة بأنها الأسئلة: «التي تستخرج من منطوق قرار الإحالة»⁽¹⁾، الذي يصدر عن غرفة الاتهام.

و عليه، فإنّ الأسئلة الرئيسية التي تتعلّق بالإدانة يجب أن تستخلص فقط من منطوق قرار الإحالة، دون أسبابه وحيثياته، و هذا ما نصت عليه المادة 1/305 ق.إ.ج، بعبارة صريحة وواضحة، حيث جاء فيها ما عبارته: «... و يضع سؤالا عن كل واقعة معينة في منطوق قرار الإحالة...».

و إذن؛ فمنطوق قرار الإحالة هو وحده - دون الأسباب - مصدر لاستخراج الأسئلة الرئيسية المتعلقة بالإدانة. قالت المحكمة العليا: « كما هو معروف قانونا إنّ الأسئلة تستخلص وتؤخذ من منطوق قرار الإحالة، إذ هو المرجع الوحيد الذي ينبغي للمحكمة الاستهداء به، والاعتماد عليه عند وضعها الأسئلة، مما يتلاءم مع وقائع الدّعى»⁽²⁾.

وهنا تجب الإشارة إلى العلاقة بين ورقة الأسئلة وبين قرار الإحالة الصادر من غرفة الاتهام، حيث إنّها علاقة وثيقة للغاية، وهي أن قرار الإحالة هو مصدر والمبين لحدود محكمة الجنائيات وورقة الأسئلة، تهما

(1) - قرار صادر يوم: 09 ديسمبر 1980م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 23496. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص 265-266.

(2) - قرار صادر يوم: 04 ديسمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 35802. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص 241.

وأطرافاً، لدرجة التبعية، فإذا كانت قرار الإحالة باطلا ولم يطعن فيه بالنقض، ثم اعتمده محكمة الجنايات في وضع ورقة الأسئلة، فإن حكم محكمة الجنايات بالضرورة يكون باطلاً.

ولذا قالت المحكمة العليا: «إذا تضمن نص المادة 198 ق.إ.ج ضرورة تضمن حكم الإحالة بيان الوقائع موضوع الاتهام ووصفها القانوني وإلا كان باطلاً، فإنَّ المشرع اعتبر هذه البيانات من الإجراءات الجوهرية، ومن النظام العام، ورثب جزاء البطلان على مخالفتها. فإذا كان قرار الاتهام حالياً من هذه البيانات الجوهرية، واعتمد عليه في حكم محكمة الجنايات رغم كون منطوقه لا يتضمن أية واقعة، ولا أي ظرف مشدد، مما جعل الأسئلة المستخلصة من منطوقه غير مؤسسة، وقد اكتنفها الغموض، فإنَّ حكم محكمة الجنايات لا يكون أيضاً سديداً فيما قضى به لقيامه على غير أساس قانوني، لذلك يستوجب نقض حكم محكمة الجنايات، وتمديد البطلان إلى قرار غرفة الاتهام»⁽¹⁾.

وقالت في قرار آخر: «تتفيد المحكمة بالتهمة الواردة في منطوق قرار الإحالة لغرفة الاتهام، و لا تضيف تهماً أخرى إلا إذا تعلّق الأمر بإعادة الوصف، أو تعديل التهمة، وكل ما زاد عن ذلك يعتبر تجاوزاً لسلطة المحكمة»⁽²⁾.

و قد انتقد الفقه القانوني الجزائري⁽³⁾ هذا المسلك، و ذلك على أساس أنه لا يوجد ما يبرر الاقتصار على المنطوق دون القرار برمته، وبالأخص الأسباب. ثم إنَّ الاقتصار على المنطوق فقط دون القرار بكامله يصعب من مهمة رئيس الجلسة، و يخلق له مشاكل و متاعب في إعداد الأسئلة و وضعها و صياغتها، و ذلك مثل عدم ذكر منطوق قرار الإحالة لظروف التشديد التي تكون مقترنة بواقعة أحيل المتهم على أساسها، كأن يذكر قرار الإحالة السرقة الموصوفة دون ذكر الظروف المشدّدة، بدلا من السرقة المقترنة بظروف كذا و كذا كالليل، و التعدد.

و مثال آخر، ما إذا تضمن قرار الإحالة لوصف قانوني خاطئ بشأن الواقعة، كأن تذكر المادة 2/335 ق.ع التي تجعل من ارتكاب الفعل المخل بالحياة على قاصر لم يكمل السادسة عشر ظرفاً مشدّداً، في حين أن الصحيح هو المادة 334 ق.ع التي تجعل الفعل المخل بالحياة على قاصر لم يكمل السادسة عشر في حد ذاته جريمة.

و على الرغم من ذلك، فإنَّ المحكمة العليا قد اجتهدت في حل هذه الإشكالية، و وضعت حلاً لها، حيث قررت نقض حكم محكمة الجنايات موضوع الطعن بالنقض معتبرة أن الأسئلة المعقدة والمشعبة كانت نتيجة الخطأ الواقع في منطوق قرار الإحالة، ثم قضت أيضاً بتمديد أثر النقض ليشمل الحكم محل

(1) - قرار صادر يوم: 04 ديسمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 35802. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص: 241.

(2) - قرار صادر يوم: 29 فيفري 2000م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 240262. (أ.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص: 469.

(3) - سعد، عبد العزيز، أصول الإجراءات، مرجع سابق، ص 152-153. زعميش، رياض، إجراءات تأسيس الحكم الجنائي في القانون - دراسة فقهية قانونية مقارنة تبحث في نظام تأسيس الحكم الصادر عن محكمة الجنايات و إشكالية الشرعية فيه، دار الهدى، عين مليلة، دط، 2010م، ص 126.

الطعن، و يشمل قرار الإحالة الصادر عن غرفة الاتهام، ثم أحالت القضية والأطراف على غرفة الاتهام لإعادة الفصل في موضوع الإحالة من جديد بشكل صحيح و سليم، مع أن قرار غرفة الاتهام أصبح نهائياً و مكتسباً لقوة الشيء المقضي⁽¹⁾.

وللموضوعية أكثر نقل أحد قراراتها المحكمة العليا الذي عبارته: «قد تكتفي غرفة الإتهام بإحالة متهمين على محكمة الجنايات دون أن تبين في منطوق قرارها الوقائع المسندة إليهم، و لا النصوص القانونية المنطبقة عليها، فيصعب على رئيس المحكمة استخراج الأسئلة الرئيسية من ذلك المنطوق، ولتفادي هذا النقص و تجنب تكرار النقض، وجدت المحكمة العليا نفسها مضطرة إلى تمديد النقض إلى قرار الإحالة الناقص رغم اكتسابه قوة الشيء المقضي»⁽²⁾.

و ما ذهب إليه هذا الاتجاه الفقهي نحن نؤيده، و نؤكد عليه و أن الأفضل - و تفادياً لأي صعوبة في استخلاص الأسئلة الرئيسية - أن تتم عملية الاستخلاص من قرار الإحالة بكامله دون الاقتصار على منطوق قرار الإحالة فقط.

و قد دعا أحد فقهاء⁽³⁾ القانون الإجرائي في الجزائر، و نحن لا نؤيده، إلى التخلي عن تلاوة قرار الإحالة في بداية المرافعات، و الاكتفاء باشتراط تبليغه إلى المتهم و محاميه، خلال مهلة مناسبة تكون كافية لإعداد دفاعه، و أن تستبدل تلاوة القرار بتلاوة مضمون ورقة الأسئلة في بداية جلسة المرافعات، و اعتمادها كمحور و أساس للمناقشة خلال جلسة المحاكمة، و قبل إغلاق باب المرافعات، و ذلك من أجل ضمان حماية حقيقية للمتهم في الاستعداد المسبق للدفاع عن نفسه، والاستعانة بمحاميه، و كذا ضمان تكوين اقتناع حر و سليم للقضاة، و من ثم إصدار حكم عادل و نزيه.

و هذه الأسئلة الرئيسية المتعلقة بالإدانة ليس من الواجب طرحها، و إنما من الأفضل القيام بذلك، حيث إن: «السهو عن تلاوتها لا يترتب عليه البطلان، طالما أن مصدرها، و هو قرار الإحالة الصادر عن غرفة الاتهام، قد وقع تبليغه إلى المتهم»⁽⁴⁾، كما أنه تتم تلاوته في أول جلسة للمحاكمة، طبقاً للمادة 300 ق.إ.ج.

و قد سبق بيان مناقشة⁽⁵⁾ هذا الاجتهاد للمحكمة العليا، و أنه قرار غير سليم فلا نكره.

(1) - قرارات صادرة (عن غ.ج.1)، الأول يوم: 12 أبريل 1983م، في الطعن رقم: 34439، و الثاني يوم: 20 نوفمبر 1984م، في الطعن رقم: 41088. (م.ق)، رقم: 01، سنة 1989م، ص 319، و الثالث يوم: 04 ديسمبر 1984م، في الطعن رقم: 35802. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 179.

سعد، عبد العزيز، أصول الإجراءات، مرجع سابق، ص 152.

(2) - قراران صادران (عن غ.ج.1)، الأول يوم: 12 أبريل 1983م، في الطعن رقم: 34439، و الثاني يوم: 20 نوفمبر 1984م، في الطعن رقم: 41088. (م.ق)، ع: 01، س: 1989م، ص 319. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 179.

(3) - سعد، عبد العزيز، أصول الإجراءات، مرجع سابق، ص 153.

(4) - قرار صادر يوم: 09 ديسمبر 1980م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 23496. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص 265-266.

(5) - سعد، عبد العزيز، أصول الإجراءات، مرجع سابق، ص 170.

و نشير فقط أن الأسئلة الرئيسية يجب أن تشتمل على مجموعة من الشروط، نذكرها إجمالاً، وهي: ذكر هوية المتهم؛ و ذكر كلمة «مذنب» أو «مدان» أو ما في معناها، ذكر مكان وقوع الجريمة؛ ذكر تاريخ ارتكاب الجريمة؛ ذكر أركان الجريمة.

و سيأتي بيان هذه الشروط حين الكلام عن شروط وضع الأسئلة.

ثانياً: الأسئلة الرئيسية المتعلقة بالظروف المشددة:

سبق تعريف الظروف المشددة من قبل، و لذا فلا حاجة إلى تكرارها. و قد عرّفت المحكمة العليا الظروف المشددة بأنها تلك «التي لا تدخل في تكوين الجريمة المجردة، وإنما تقتزن بها، و من شأنها تشديد العقوبة المقررة لها، كظرف سبق الإصرار، أو صفة الأبوة في جنابة القتل العمد»⁽¹⁾.

و الأسئلة الرئيسية المتعلقة بالظروف المشددة تماماً مثل الأسئلة الرئيسية المتعلقة بالإدانة يجب استخلاصها من منطوق الإحالة، و هذا بنص المادة 2/505 ق.إ.ج و لكن مع ذلك: «يجوز لمحكمة الجنايات، لما لها من كامل الولاية، تعديل التهمة بإضافة ظرف أو ظروف مشددة غير واردة في منطوق قرار الإحالة، على شرط أن تعطي الكلمة للنيابة العامة؛ و للدفاع؛ حتى يتمكن من تقديم ملاحظتهما في هذا الشأن، طبقاً لمقتضيات المادة 1/306 ق.إ.ج، و إلا ترتب على ذلك النقض والبطلان»⁽²⁾.

و عليه، فإن هناك نوعين من الأسئلة المتعلقة بالظروف المشددة، و هي:

- أسئلة رئيسية متعلقة بالظروف المشددة تستخلص من منطوق قرار غرفة الاتهام بالإحالة إلى محكمة الجنايات.

- و أسئلة احتياطية متعلقة بالظروف المشددة تستخلص من المرافعات، و ذلك كأن يحال المتهم على محكمة الجنايات من أجل ارتكاب جريمة بسيطة، و يتبين من المرافعات أن الواقعة قد تمت بتوافر ظرف مشدد لم يتضمنه قرار الإحالة، و عندئذ يجب أن يكون هذا الظرف محل سؤال خاص؛ و مستقل؛ و متميز. و هذا منصوص عليه بالمادة 306 ق.إ.ج.

و إذا أحالت غرفة الاتهام إلى محكمة الدرجة الأولى الدعوى، على أن الجريمة جنحة دون ظروف مشددة، و لكن و من خلال المرافعات أمام محكمة الدرجة الأولى ثبت توافر ظرف مشدد يجعل من الواقعة جنابة تعين عليها الحكم بعدم الاختصاص، طبقاً للمادة 1/362 ق.إ.ج و إحالتها للنيابة العامة للتصرف فيها حسبما تراه، و إلا تجاوزت سلطتها، و ترتب على ذلك النقض⁽³⁾.

(1) - قراران صادران (عن غ.ج.1)، الأول يوم: 17 جوان 1975م، في الطعن رقم: 12582، و الثاني يوم: 29 ماي 1984م، في الطعن رقم: 34777. (م.ق)، ع: 01، س: 1989م، ص 294. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 180.

(2) - قراران صادران (عن غ.ج.1)، الأول يوم: 10 فبراير 1981م، في الطعن رقم: 22755، و الثاني يوم: 02 فبراير 1982م، في الطعن رقم: 27186. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 180.

(3) - قرار صادر يوم: 17 جوان 1975م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 12303. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 117.

و الفرق بين الأسئلة الرئيسية و الأسئلة الاحتياطية المتعلقة بالظروف المشددة، أن السهو عن تلاوة النوع الأول لا يبطل القرار الجنائي، لأنها وردت في قرار الإحالة، كما أنها تمت تلاوتها في أول جلسة للمحكمة طبقا للمادة 300 ق.إ.ج.

أما النوع الثاني - و هي الأسئلة الاحتياطية المستخلصة من المرافعات - فهذه تجب، تحت طائلة البطلان، تلاوتها، و ذلك من أجل تمكين النيابة العامة؛ و المتهم؛ و محاميه؛ من مناقشتها، فإذا لم تتم مناقشتها كان القرار الجنائي الصادر من محكمة الجنايات باطلا يستوجب النقض⁽¹⁾، لأنه خرق حقوق الدفاع.

ثالثا: الأسئلة الاحتياطية:

تعرف المحكمة العليا الأسئلة الاحتياطية بأنها تلك: «الناجمة عن المرافعات، سواء كانت ترمي إلى تغيير الوصف القانوني للواقعة، أو كان هدفها ظرف مشدد غير وارد في قرار الإحالة»⁽²⁾.

و بمعنى آخر، فإنَّ الأسئلة الاحتياطية هي التي لا ترد في منطوق قرار الإحالة، و إنما يتم استخلاصها من المرافعات و المناقشات التي تجري في جلسة المحاكمة، حيث يمكن استخلاص وصف قانوني آخر غير الذي ورد في قرار الإحالة⁽³⁾، كما يمكن استخلاص ظرف أو ظروف مشددة لم يرد ذكرها في منطوق قرار الإحالة الصادر من غرفة الاتهام.

و حكم الأسئلة الاحتياطية، سواء كانت تغير الوصف القانوني للجريمة، أو تذكر ظرفا مشددا، فإنه يجب تلاوتها قبل إقفال باب المرافعات، تحت طائلة البطلان، و هذا ما نصت عليه المادة 306 ق.إ.ج بقولها: «لا يجوز لمحكمة الجنايات أن تستخلص ظرفا مشددا غير مذكور في حكم الإحالة إلا بعد سماع طلبات النيابة و شرح الدفاع.

فإذا خلص من المرافعات أن واقعة تحتل وصفا قانونيا مخالفا لما تضمنه حكم الإحالة، تعين على الرئيس وضع سؤال أو عدة أسئلة احتياطية».

و قبل ذلك نصت المادة 3/305 ق.إ.ج على أنه: «يجب أن توجه في الجلسة جميع الأسئلة التي تجيب عنها المحكمة ماعدا السؤال الخاص بالظروف المخففة».

و هذا أيضا ما قرره المحكمة العليا في كثير من قراراتها، حيث جاء في أحدها ما عبارته: «إنَّ الأسئلة الاحتياطية... يجب - تحت طائلة البطلان - تلاوتها في الجلسة، قبل قفل باب المرافعات حتى

(1) - قراران صادران (عن غ.ج.1)، الأول يوم: 10 فبراير 1981م، في الطعن رقم: 22755، و الثاني يوم: 02 فبراير 1982م، في الطعن رقم: 27186. بغداد، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 180.

(2) - قرار صادر يوم: 09 ديسمبر 1980م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 23496. بغداد، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص 265-266.

(3) - قرار صادر يوم: 28 يناير 1975م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 10480. بغداد، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 181.

تتمكن النيابة العامة - و أخرى و أولى الدفاع- من الاطلاع عليها، و إبداء ملاحظاتها بشأنها طبقاً للمادة 306 ق.إ.ج»⁽¹⁾.

و إذا لم يتم وضع سؤال احتياطي قبل إقفال باب المرافعات، و وضع أثناء المداولة، فإنَّ الحكم يكون باطلاً، و هذا ما قرره المحكمة العليا في أحد قراراتها، حيث جاء فيه: «توجب المادة 305 ق.إ.ج وضع جميع الأسئلة التي ستجيب عنها المحكمة في الجلسة، ماعدا السؤال الخاص بالظروف المُخَفِّفة، لتمكين أطراف الدَّعوى من مناقشتها، و تقديم ملاحظاتهم بالنسبة إليها، لذلك إذا تبين من محضر المرافعات أو الحكم المطعون فيه أن المحكمة قررت إدانة الطاعن بناء على سؤال احتياطي وضع داخل غرفة المداولة، كان حكمها باطلاً، و تعين نقضه لانبثاقه على سؤال طرح خارج الجلسة، و لم يتمكن الدفاع من مناقشته»⁽²⁾. و قالت في قرار آخر: «لا يجوز لمحكمة الجنايات التي أجابت بالنفي بشأن التهم الأصلية، أن تضع أسئلة احتياطية في قاعة المداولات، بل يجب عليها أن توجه جميع الأسئلة في قاعة الجلسات أو المرافعات، ما عدا السؤال الخاص بالظروف المخففة»⁽³⁾.

و يجب التنبيه إلى أنَّ السؤال الاحتياطي لا يحل محل السؤال الرئيسي المستخرج من منطوق قرار الإحالة، و إنما يضاف و يعرض على أعضاء محكمة الجنايات في صورة ما إذا أجابوا عليه بالنفي تكون الواقعة تقتضي وصفا قانونيا مخالفا لما قرره غرفة الاتهام⁽⁴⁾.

بمعنى أنه يجب أن تتضمن ورقة الأسئلة السؤال الرئيسي؛ ثم يليه السؤال الاحتياطي، فإذا أجيب على السؤال الرئيسي ب: «نعم»؛ فإنَّ السؤال الاحتياطي يسقط، و يصبح عديم الجدوى، و إذا أجابت المحكمة على السؤال الرئيسي بـ«لا» فهنا يجب على المحكمة الإجابة عن السؤال الاحتياطي، و يصبح محلاً للاعتبار.

و لذا قررت المحكمة العليا أنه: «إذا أجاب أعضاء المحكمة بالإيجاب على السؤال الرئيسي المطروح، حسبما ورد في قرار الإحالة، فإن السؤال الاحتياطي يصبح بدون الجدوى، سواء وقع وضعه تلقائياً من طرف الرئيس، أو بناء على طلب النيابة العامة، أو الدفاع»⁽⁵⁾.

كما يجب التنبيه إلى أن طرح السؤال الاحتياطي ليس أمراً لازماً دائماً، إنما يكون لازماً متى قرره الرئيس بمقتضى سلطته التقديرية، أو طلبه أحد الخصوم، و ظهر من المرافعات أن الواقعة المنسوبة إلى المتهم يمكن تكييفها بوصف مخالف لما قرره غرفة الاتهام⁽¹⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 02 ديسمبر 1996م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 49497. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص 166.
(2) - قرار صادر يوم: 06 نوفمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 29833. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص 214. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 182.

(3) - قرار صادر يوم: 18 أبريل 2007م، (عن غ.ج.ق/1/2)، في الطعن رقم: 391878. (ن.ق)، ع: 66، س: 2011م، ص 257.
(4) - قراران صادران (عن غ.ج.1)، الأول يوم: 15 جويلية 1975م، في الطعن رقم: 11503، و الثاني يوم: 18 نوفمبر 1986م، في الطعن رقم: 48547. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 182.

(5) - قرار صادر يوم: 19 يناير 1982م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 26725. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 180-182.

و الحكمة من وجوب تلاوة السؤال الاحتياطي قبل إقفال باب المرافعات و الانصراف إلى المداولة هو تمكين النيابة العامة و المتهم من مناقشة السؤال، و ذلك لأنَّ هذا السؤال قد ينطوي على خطورة معينة إلى المجتمع بتبرئة المتهم، أو على المتهم باتهامه بجريمة عقوبتها شديدة، و من ثم فممن حق النيابة العامة الممثلة للمجتمع، أن تناقش السؤال الاحتياطي حتى تؤدي دورها في الدفاع عن المجتمع ضد الجريمة، كما أن المتهم من حقه معرفة السؤال الاحتياطي و مناقشته و بيان دفاعه، لأنه هيئة المحكمة قد تجيب على هذا السؤال بالإيجاب متى أجابت على السؤال الرئيسي بالسلب.

رابعاً: الأسئلة المتعلقة بالأعذار القانونية:

يستحسن قبل الكلام عن الأسئلة المتعلقة بالأعذار القانونية، الكلام أولاً عن هذه حقيقة الأعذار وخصائصها، وبيان أنواعها، لأن الحكم عن الشيء فرع عن تصوره.

1- تعريف الأعذار القانونية:

تعرف المادة 52 ق.ع. الأعذار القانونية بقولها: «الأعذار هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر، يترتب عليها - مع قيام الجريمة و المسؤولية - إما عدم عقاب المتهم إذا كانت أعذار معفية؛ و إما تخفيف العقوبة إذا كانت مخففة، و مع ذلك يجوز للقاضي في حالة الإعفاء أن يطبق تدابير الأمن على المعفى عنه».

وهنا لا بد من التنبيه إلى أنه يجب عدم الخلط بين العذر القانوني و البراءة، حيث إنَّ العذر القانوني يعفي من العقاب أو يخففه بعد ثبوت الجريمة و المسؤولية الجنائية، بينما البراءة تعني عدم قيام الجريمة في حق المتهم. وعلى هذا الأساس نقضت المحكمة العليا قراراً صدر من محكمة عسكرية أدان المتهم بالعقوبة، وإفادته بالأعذار المُخففة، إلا أنَّه نطق بالبراءة⁽²⁾.

كما يجب التمييز بين الأعذار المعفية و أسباب الإباحة، حيث إنَّ هذه الأخيرة يترتب عنها إخلاء ساحة المتهم من المتابعة الجزائية، تطبيقاً لمبدأ الشرعية التي كرسها الدستور في المادة 45. أما الأعذار فهي تعفي من العقوبات، و لا تمحو الجريمة، و لا تنفي المسؤولية عن فاعلها، وعلى هذا الأساس نقضت المحكمة العليا حكماً قضى بالإعفاء من العقاب مع إطلاق سراح المتهم⁽³⁾.

و يتضح من خلال هذا النص القانوني أن الأعذار القانونية تتميز بالخصائص الآتية:

(1) - قراران صادران (عن غ.ج.1)، الأول يوم 19 ماي 1981م، في الطعن رقم: 23020، و الثاني يوم: 02 فبراير 1982م، في الطعن رقم: 27177. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 181.

(2) - قرار صادر يوم: 29 جوان 2004م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 343989. (م.م.ع.)، ع: 02، س: 2004م، ص 433.

(3) - قرار صادر يوم: 29 أبريل 2003م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 306921. (م.ق.)، ع: 01، س: 2003م، ص 398.

- أنها حالات محددة حصرا في القانون، و من ثم فلا يجوز، طبقا لمبدأ الشرعية، التوسع فيها أو القياس عليها، على أساس أنها ليست من قواعد التجريم، فالنص صريح بأنها محددة على سبيل الحصر، ولذا فلا عذر بغير نص.

- أن الأعدار لا تنفي قيام الجريمة و المسؤولية في حق المتهم، فهو يبقى مرتكبا للجريمة ومسؤولا عنها، و هذا ما يميز الأعدار القانونية عن موانع المسؤولية، حيث تكون الإرادة منعدمة.

- أن هذه الأعدار ملزمة للقاضي متى توافرت في قضية ما، فليس للقاضي أي حرية في تقديرها بالأخذ بها أو تركها.

- أن الأعدار القانونية لها أثر على العقوبة، و هذا الأثر إما بالإعفاء من العقاب نهائيا، و إما بتخفيف العقوبة.

و تبعا لهذا التحليل، فقد عرف الفقه القانوني الأعدار بأنها: «أسباب من شأنها تخفيف العقوبة المقررة للجريمة وجوبا على القاضي، بحيث يصبح لها عقوبة أخف في طبيعتها، أو أقل في حديها الأقصى و الأدنى من العقوبة المقررة أصلا، فتخلق للقاضي نطاقا جديدا أخف في مجموعه يمارس سلطته التقديرية من خلاله»⁽¹⁾.

2/- أنواع الأعدار القانونية:

من خلال المادة 52 ق.ع فإن الأعدار القانونية من حيث آثارها تنقسم إلى نوعين، و هي: الأعدار المعفية أو موانع العقاب؛ و الأعدار المخففة.

و نؤكد مرة أخرى أن هذين النوعين من الأعدار القانونية أنها محصورة و محددة قانونا، فلا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها.

و إليك هذه الأنواع بشيء من التفصيل.

أ/- الأعدار المعفية أو موانع العقاب:

الأعدار المعفية - وتسمى أيضا بموانع العقاب أو الأعدار المحلة⁽²⁾ - هي: أسباب للإعفاء من العقاب نهائيا دون نفي للجريمة و أركانها، و شروط المسؤولية التي تبقى قائمة⁽³⁾.

و من خلال هذا التعريف فإن الأعدار المعفية لا تنفي الجريمة و لا المسؤولية بل إن الجريمة والمسؤولية

لا يمكن نفيهما، و إنما الذي يزول بقوة القانون كما سبق القول هو العقاب، فلا يعاقب المجرم.

(1) - أبو عامر، محمد زكي، قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 431.

(2) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات اللبناني، مرجع سابق، ص 779.

(3) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات اللبناني، مرجع سابق، ص 779. سليمان، عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ج 1، ص 391. أبو عامر، محمد زكي، المرجع نفسه، ص 432. بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، مرجع سابق، ص 278.

أما علة الأعدار المعفية من العقاب فهي اعتبارات نفعية مستمدة من سياسة العقاب، أساسها تقدير المشرع أن المنفعة الاجتماعية التي يتم تحصيلها من عدم العقاب - في حالات محددة - تربو و تزيد على المنفعة التي يحققها العقاب، فيقرر بناء على ذلك استبعاد العقاب جلبا للمنفعة الأهم اجتماعيا⁽¹⁾. فمثلا الشخص الذي خطط بمفرده أو مع آخرين بارتكاب أفعال جريمة ضد أمن الدولة، و قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها، قام بالتبليغ عنها لدى السلطات الإدارية أو القضائية. فإن معاقبة هذا الشخص - رغم أن الجريمة متوافرة و كذلك المسؤولية - لا يأتي بأي نفع و أي فائدة، فمن الأفضل إعفائه من العقاب تقديرا لهذا السلوك النبيل، و كذلك تشجيعا للآخرين بالتبليغ قبل تنفيذ أفعالهم أو الشروع فيها و نظرا لأن الأعدار المعفية لها طابع الاستثناء باعتبارها تنتج أثرا على خلاف الأصل، و هو إيقاع العقاب على المجرم متى توافرت المسؤولية و الأفعال الجرمية، فإن القانون حددها على سبيل الحصر، فلا أعدار إلا في الحالات التي يحددها القانون، و هذه الحالات هي أربع و هي: عذر التبليغ، عذر القرابة أو المصاهرة، عذر التوبة، عذر الخضوع للعلاج من المخدرات و المؤثرات العقلية.

و إليك هذه الحالات باختصار:

⑥- عذر التبليغ: فإذا قام أحد بمفرده أو مع آخرين بإلحاق ضرر معين بالدولة، أو بشخص آخر، ثم و قبل البدء بالتنفيذ أو الشروع فيها قام بالتبليغ عن هذه الأفعال و عن أطرافها، فإنه نظرا لهذا العمل النبيل قرر المشرع مكافأته بالإعفاء من العقاب.

و مثال ذلك المادة 1/92 ق.ع التي تنص على أنه: «يعفى من العقوبة المقررة كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جناية أو جنحة ضد أمن الدولة قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها». و كذا المادة 179 ق.ع بالنسبة للمبلغ عن جناية جمعية الأشرار، حيث جاء فيها ما نصه: «يستفيد من العذر المعفى - وفقا للشروط المقررة في المادة 52 - من يقوم من الجناة بالكشف للسلطات عن الاتفاق الذي تم، أو عن وجود الجمعية، و ذلك قبل الشروع في الجناية موضوع الجمعية، أو الاتفاق قبل البدء في التحقيق».

و كذا المادة 199 ق.ع بالنسبة للتبليغ عن جنايات تزوير النقود، و أيضا المادة 2/205 ق.ع فيما يخص التبليغ عن جناية تقليد أختام الدولة و الدمغات و الطوابع.

و يشار أيضا أن بعض القوانين الخاصة قد ذكرت أمثلة عن عذر التبليغ، من ذلك مثلا المادة 49 من القانون المؤرخ في: 2006/02/20م والمتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، و المادة 27 من الأمر المؤرخ في: 2005/08/23م والمتعلق بمكافحة التهريب، و كذا المادة 30 من القانون المؤرخ في: 2004/12/25م والمتعلق بالمخدرات و المؤثرات العقلية.

(1) - حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ص 780. بوسقيعة، أحسن، المرجع والصفحة نفسهما.

كما يشار أيضا إلى أن هذه النصوص في مجملها تشترط أن يتم الإبلاغ قبل البدء في تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها، كما يشترط قانون مكافحة الفساد أن يتم الإبلاغ قبل مباشرة إجراءات المتابعة، و أن يساعد المبلغ معرفة مرتكبي الجريمة (المادة 49 من قانون مكافحة الفساد).

⑦- عذر القرابة و المصاهرة: الهدف و الغاية من هذا العذر هو مراعاة و حماية صلة القرابة وكذا المصاهرة، و هي صلة يخشى أن تنقطع إذا وقعت العقوبة، فيكون الإعفاء منها صيانة لها⁽¹⁾. ومن ثم، فإن المنفعة المتولدة من الحفاظ على صلات المودة بين ذوي القربى و الأصهار هي الأولى من توقيع العقوبة. و من أمثلة هذا العذر المادة 8/91 ق.ع التي تقرر إعفاء أقارب أو أصهار الفاعل لغاية الدرجة الثالثة من العقوبة المقررة لجريمة عدم التبليغ عن جرائم الجناية أو التجسس أو غيرها من النشاطات التي تكون من طبيعتها الإضرار بالدفاع الوطني.

⑧- عذر التوبة: «و هو عذر مقرر لمن أنبأ ضميره، فصحى بعد الجريمة، و انصرف إلى محو أثرها، بأن أبلغ السلطات العمومية المختصة، أو استجاب لطلبها، قبل نفاذ الجريمة»⁽²⁾.

و قد تضمن قانون العقوبات عدة حالات، منها ما نصت عليه المادة 3/182 ق.ع التي تقرر الإعفاء من العقوبة لمن يعلم بالدليل على براءة شخص محبوس، تقدّم من تلقاء نفسه بشهادته أمام القضاء أو الشرطة، حتى و إن تأخر في الإدلاء بها.

و كذلك المادة 2/217 ق.ع التي جاء فيها ما نصه: «و مع ذلك، فإنه يستفيد من العذر المعفي، بالشروط المنصوص عليها في المادة 52 ق.ع، كل من أدلى بوصفه شاهدا أمام الموظف بإقرار غير مطابق للحقيقة، ثم عدل عنه قبل أن يترتب على استعمال المحرر أي ضرر للغير، و قبل أن يكون هو نفسه موضوعا للتحقيق».

و أخيرا المادة 4/92 ق.ع التي تعفي من العقوبة من كان عضوا في عصابة مسلحة لم يتولّ فيها قيادة، أو القيام بأي عمل أو مهمة، و انسحب منها بمجرد صدور أول إنذار لهم من السلطات العسكرية، أو المدنية، أو سلّم نفسه إليها.

⑨- عذر الخضوع للعلاج من المخدرات و المؤثرات العقلية: و هذه الحالة نصت عليها المادة 2/8 من قانون الوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية (قانون رقم 04-08 المؤرخ في: 25/12/2004م). فقد أجازت المادة 2/8 من القانون المشار إليه للجهة القضائية المختصة الحكم بالإعفاء من العقوبة لصالح المستهلك و الحائز للمخدرات أو المؤثرات العقلية من أجل الاستعمال الشخصي، و ذلك بشروط منصوص عليها المادة 1/7 من القانون و هي:

(1) - راشد، علي، القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 642. حسني، محمود نجيب، شرح القانون العقوبات، مرجع سابق، ص 781.
(2) - بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، مرجع سابق، ص 280.

- أن يثبت بواسطة خبرة طبية متخصصة أن حالته الصحية تستوجب علاجاً طبياً.
- صدور أمر قاضي التحقيق أو قاضي الأحداث يقضي بإخضاعه لعلاج مزيل للتسمم تصاحبه جميع التدابير المتابعة الطبية، و إعادة التكييف الملائم لحالته.
- صدور حكم من الجهة القضائية المختصة بإلزامه بالخضوع لعلاج مزيل للتسمم. و هذا الشرط منصوص عليه بالمادة 11 من القانون المشار إليه أعلاه.

و يجدر التنبيه إلى أن هذه الحالة الأخيرة هي حالة جوازية لا إجبارية، و هذا ما تم استخلاصه من منطوق المادة 2/8 من القانون، تماماً مثل عذر القرابة و المصاهرة الذي اعتبرته المادة 8/91 ق. ع أمراً جوازياً، حيث جاء فيها ما نصه: «و يجوز للمحكمة في الحالات المنصوص عليها في هذه المادة أن تعفي أقارب أو أصحاب الفاعل لغاية الدرجة الرابعة من العقوبة المقررة».

أما باقي الأعدار فلها طابع إلزامي، بحيث يتوجب على الجهة القضائية التي تنظر النزاع الحكم بالعدر متى ثبت قيامه، و هنا تحكم هذه الجهة بالإعفاء من العقوبة⁽¹⁾، و ليس بالبراءة كما يراه بعض الفقهاء القانونيين⁽²⁾ و ذلك لأن الجريمة ثابتة، و المسؤولية متوافرة، فكيف يكون هناك حكم بالبراءة؟ لاشك أن هناك تناقضاً حينها، و حتى يزول التناقض فلا بد من صدور حكم بالإعفاء من العقوبة. زيادة على أن المادة 3/310 جاء فيها: «ينطق بالحكم بالإدانة؛ أو بالإعفاء من العقاب؛ أو بالبراءة». و عليه، فإن الحكم الصادر بتوافر العذر القانونية هو حكم بالإعفاء من العقاب.

و متى حكمت الجهة القضائية بالإعفاء من العقوبة، فإنه يتعين عليها أن تحكم على المستفيد من هذا الإعفاء بمصاريف الدّعى القضائية و كذا الحكم بالتعويض الناتج عن المسؤولية المدنية، و ذلك على أساس أنه مرتكب الجريمة و الإعفاء من العقوبة لا يعفيه من التحمل بالمصاريف القضائية والمسؤولية المدنية، إذ لا إعفاء في هذه المسائل لأنها تتعلق بحق الغير، و هو الذي له الحق الأول والأخير في التنازل عن حقه، المادة 4/310 ق.إ.ج.

و إذا كان الغالب هو استفادة المعفي من العقوبة من أي تدبير أمني فإنه مع ذلك يجوز طبقاً للمادة 52 ق.ع، للقاضي أن يطبّق تدابير الأمن على المعفى عنه.

ب/- الأعدار المُخَفِّفَة:

⑥- تعريفها: و هي الأعدار التي يقتصر تأثيرها على تخفيف العقوبة دون الإعفاء منه⁽³⁾. أو هي التي يكون من شأنها تخفيف العقوبة المقررة للجريمة بالنسبة لمن توافر فيه العذر من المساهمين فيها⁽⁴⁾.

(1) - بوسقيّة، أحسن، الوجيز في القانون الجنائي العام، مرجع سابق، ص 282.

(2) - الشباصي، إبراهيم، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1981م، ص 216.

(3) - سليمان، عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ج 1، ص 392.

(4) - أبو عامر، محمد زكي، قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 432.

- أو هي «ظروف استخلصها الشارع نفسه باعتبارها مما يستدعى تخفيف العقاب على المجرم، ونص عليها، و بين أحكامها في نصوص خاصة، و جعل أثرها في التخفيف - كقواعد عامة - وجوباً يلتزم به القاضي في الحدود التي بينها النص متى ثبت قيامها»⁽¹⁾.

- أو هي حالات حددها الشارع على سبيل الحصر يلتزم فيها القاضي بأن يهبط بالعقوبة المقررة للجريمة وفقاً لقواعد معينة في القانون⁽²⁾.

و هذا ما قرره المحكمة العليا في أحد قراراتها، حيث جاء فيها من نصه: «يحكم بالإعفاء إذا استفاد المتهم من عذر قانوني يعفيه من العقاب، فالأعذار المعفية ظروف محددة على سبيل الحصر من قبل المشرع، و تعفي الشخص المجرم من العقاب لحكمة خاصة، بحيث لا تنفي عنه المسؤولية كالأفعال المبررة، و إنما تعفيه من الجزاء فقط لذلك يحكم عليه بالإعفاء لا بالبراءة»⁽³⁾.

و هذه الأعذار المُخَفِّفَة بهذا المفهوم هي أعذار محددة و محصورة قانوناً، و لا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها، و لذا يسميها البعض بـ «الأعذار الممتازة»⁽⁴⁾، و ذلك لأن المشرع ميّزها عن الأسباب التقديرية التي لم يستطع حصرها و تحديدها، فلم يجد بداً من تركها لفظنة القاضي. و من ثم فإن الأعذار المُخَفِّفَة يحكمها بشكل دقيق مبدأ الشرعية: تحديداً، و شروطاً، و لا يجوز للقاضي متى توافر العذر بشروطه أن لا يحكم به، فالقاضي يحكم بالعذر المخفف وجوباً.

7/- أنواع الأعذار المُخَفِّفَة:

تنقسم الأعذار المُخَفِّفَة القانونية إلى نوعين⁽⁵⁾: أعذار عامة، و أعذار خاصة. و إليك بيانها.

6/- الأعذار القانونية المُخَفِّفَة العامة: و هي تلك الأعذار التي يتسع نطاقها لجميع الجرائم أو أغلبها⁽⁶⁾.

و تتمثل الأعذار المُخَفِّفَة العامة في عذر الاستفزاز، و عذر صغر السن و عذر التبليغ، و عذر التوبة.

فهذه الأعذار لا تختص بجريمة معينة، و إنما تنطبق على كافة الجرائم، أو أغلبها. و إليك بيانها.

(1) - راشد، علي، القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 634.

(2) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات اللبناني، مرجع سابق، ص 782.

(3) - قرار صادر يوم: 24 فبراير 1981م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 22680. بغدادي، جلال، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 2، ص 270.

(4) - حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسهما.

(5) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات اللبناني، مرجع سابق، ص 783. أبو عامر، محمد زكي، قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 432. راشد، علي،

القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 634.

(6) - حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسهما.

⊗- عذر الاستفزاز: الاستفزاز هو مواجهة المتهم لسلوك من طرف شخص آخر المجني عليه مما يسبب له غضبا شديدا، و ثورة عارمة، فيدفعه إلى ارتكاب الجريمة.

و الاستفزاز بهذا المفهوم هو عذر مخفف للعقاب على أساس أن ثورة الغضب الجارحة التي تنتاب مرتكب الجريمة تنقص و تقلل من سيطرته على إرادته، فتغدو إرادة مندفعة هوجاء، و من شأن ذلك الإنقاص من صلاحيته للمسؤولية، زيادة على ذلك، فإنه لضعف سيطرته على إرادته الجرمية أقل خطورة ممن وجه إرادته إلى الجريمة و هو متحكم فيها⁽¹⁾. و لكن من جهة أخرى فإن الفعل المرتكب تحت تأثير الاستفزاز هو أنه نوع من الانتقام، و لذلك لا يتجرد من الصفة الجرمية⁽²⁾.

و حالات الاستفزاز المذكورة في قانون العقوبات هي خمس حالات مذكورة في المادتين 277 و 283 ق.ع. وهي:

- **وقوع ضرب شديد على الأشخاص:** فكل من ارتكب جرائم القتل؛ و الضرب؛ و الجرح؛ سيستفيد من العذر إذا دفعه إلى ارتكابها اعتداء وقع عليه، و هذا طبقا للمادة 277 ق.ع.

- **التلبس بالزنا:** فطبقا للمادة 297 ق.ع «يستفيد مرتكب القتل و الجرح و الضرب من الأعدار إذا ارتكبها أحد الزوجين على الزوج الآخر، أو على شريكه في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة تلبس بالزنا».

- **وقوع هتك عرض بالعنف:** فيستفيد مرتكب جناية الخشاء من الأعدار إذا دفعه فورا إلى ارتكابها وقوع هتك عرض بالعنف، و هذا إعمالا للمادة 280 ق.ع.

- **وقوع هتك عرض قاصر لم يكمل السادسة عشر من العمر:** و هذا ما نصت عليه المادة 281 ق.ع بقولها: «يستفيد مرتكب الجرح و الضرب من الأعدار المعفية إذا ارتكبها ضد شخص بالغ يفاجأ في حالة تلبس بهتك عرض قاصر لم يكمل السادسة عشرة، سواء بالعنف أو بغير ذلك».

- **وقوع تسلُّق؛ أو ثقب أسوار؛ أو حيطان؛ أو غير ذلك؛ في النهار:** فيستفيد مرتكب جرائم القتل؛ و الجرح؛ و الضرب؛ من الأعدار إذا ارتكبها لدفع تسلُّق؛ أو ثقب أسوار؛ أو حيطان؛ أو تحطيم مداخل المنازل؛ أو الأماكن المسكونة؛ أو ملحقاتها إذا حدث ذلك أثناء النهار.

- و إذا حدث ذلك أثناء الليل فتطبق أحكام الفقرة الأولى من المادة 40⁽³⁾.
و بخصوص آثار عذر الاستفزاز، فقد نصت على هذه الآثار المادة 283 ق.ع حيث جاء فيها ما نصه: «إذا ثبت قيام العذر فتخفف العقوبة على الوجه الآتي:

(1) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 787.

(2) - حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسهما.

(3) - تنص المادة 1/40 ق.ع على ما يلي: «يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع الشرعي:

1- القتل أو الضرب أو الجرح الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلُّق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل».

- الحبس من سنة إلى خمس سنوات إذا تعلق الأمر بجناية عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد.
 - الحبس من ستة أشهر إلى سنتين إذا تعلق الأمر بأية جناية أخرى.
 - الحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر إذا تعلق الأمر بجنحة.
- في الحالات المنصوص عليها في الفقرتين 01 و 02 من هذه المادة يجوز أن يحكم أيضا على الجاني بالمنع من الإقامة من خمس سنوات على الأقل إلى عشر سنوات على الأكثر».
- *-/ عذر الصغر: يعتبر صغر السن عذرا قانونيا لتخفيف العقوبة، و هو عذر عام يشمل كل الجرائم التي يرتكبها الصغير.
- أما القاصر الذي له من العمر عشر (10) سنوات إلى أقل من 13 سنة، فلا تطبق إلا تدابير الحماية أو التهذيب. وكل هذا تطبيقا للتعديل الأخير لقانون العقوبات بالقانون رقم: 01-14 المؤرخ في: 2014/02/04م⁽¹⁾، حيث نصت المادة 49 ق.ع على أنه: «لا يكون محلا للمتابعة الجزائية القاصر الذي لم يكمل عشر (10) سنوات.
- لا توقع على القاصر الذي يتراوح سنه من 10 إلى أقل من 13 سنة إلا تدابير الحماية أو التهذيب. و مع ذلك فإنه في مواد المخالفات لا يكون محلا إلا للتوبيخ.
- ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة إما لتدابير الحماية أو التهذيب أو لعقوبات مخففة».
- أما ما يترتب على عذر صغر السن فإنه يتم تخفيض العقوبات على النحو الآتي، طبقا للمادة 50 ق.ع:
- الحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا كانت العقوبة التي تفرض هي الإعدام أو السجن المؤبد.
 - الحبس لمدة تساوي نصف المدة التي كان يتعين الحكم عليه إذا كان بالغا، إذا كانت العقوبة هي السجن أو الحبس المؤقت.
 - الحبس لمدة تساوي نصف العقوبة المقررة قانونا للبالغ بالنسبة للجنح المعاقب عليها بالحبس، غير أنه لا يجوز الحكم بالحبس على القصر المتهمين بجنحتي التسول و التشرذ المنصوص عليهما بالمادتين 195 و 196، و إنما تطبق عليهما تدابير الحماية و التهذيب، و هذا طبقا للمادة 196 مكرر.
 - التوبيخ أو الغرامة بالنسبة للمخالفات، طبقا للمادة 51 ق.ع.

(1) - القانون رقم: 01-14 المؤرخ في: 04 ربيع الثاني عام 1435هـ الموافق ل: 2014/02/04م يعدل ويتمم الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في: 18 صفر عام 1386هـ، الموافق ل: 1966/06/08م والمتضمن قانون العقوبات. الجريدة الرسمية، ع: 07، س: 51، المؤرخة في: 2014/02/16م.

❧- عذر التبليغ: و مثالها المادة 2/92-3 ق.ع حيث جاء فيها ما نصه: «و تخفض العقوبة درجة واحدة إذا كان الإبلاغ قد حصل بعد انتهاء التنفيذ، أو الشروع فيه، و لكن قبل بدء المتابعات. و تخفض كذلك العقوبة درجة واحدة بالنسبة للفاعل إذا مكن من القبض على الفاعلين أو الشركاء في نفس الجريمة، أو في جرائم أخرى من نفس النوع و نفس الخطورة، و ذلك بعد بدء المتابعات». كما نصت على هذا العذر بعض القوانين الخاصة من ذلك المادة 31 من القانون المتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية⁽¹⁾، و المادة 28 من القانون المتعلق بمكافحة التهريب⁽²⁾، و المادة 2/49 من قانون الوقاية من الفساد⁽³⁾.

⊕- عذر التوبة: و هو ما تنص عليه المادة 294 ق.ع التي تنص على أن: «يستفيد الجاني من الأعذار المُخَفِّفة، حسب مفهوم المادة 52 من هذا القانون إذا وضع فوراً حداً للحبس، أو الحجز، أو الخطف.

و إذا انتهى الحبس أو الحجز بعد أقل من عشرة أيام كاملة من يوم الاختطاف؛ أو القبض؛ أو الحبس؛ أو الحجز؛ و قبل أية إجراءات، تخفض العقوبة إلى الحبس من سنتين إلى خمس سنوات في الحالة المنصوص عليها في المادة 293، و إلى الحبس من ستة أشهر إلى سنتين في الحالتين المنصوص عليها في المادة 291 و 292.

و إذا انتهى الحبس أو الحجز بعد أكثر من عشرة أيام كاملة من يوم الاختطاف أو القبض أو الحبس أو الحجز، و قبل الشروع في عملية التتبع فتخفض العقوبة إلى الحبس من خمس إلى عشر سنوات في الحالة المنصوص عليها في المادة 293، و إلى الحبس من سنتين إلى خمس سنوات في جميع الحالات الأخرى. و تخفض العقوبة إلى السجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 293 مكرراً، و إلى السجن المؤقت من عشر إلى عشرين سنة في الحالات الواردة في الفقرتين 02 و 03 من نفس المادة».

⑦- /- الأعذار القانونية المُخَفِّفة الخاصة:

و هي تلك الأعذار التي لا يجعل لها الشارع اعتباراً إلا بالنسبة لجرائم محصورة، بحيث لا تنتج أثرها في التخفيف إلا بالنسبة لهذه الجرائم دون غيرها⁽⁴⁾.

و الحالة التي نص عليها القانون الجزائري للأعذار المُخَفِّفة الخاصة هي عذر التوبة في جريمة الاختطاف في المادة 294 ق.ع، فعذر التوبة يقتصر فقط على جريمة واحدة و هي الاختطاف و لا

(1) - القانون رقم: 04-18 المؤرخ في: 2004/12/25م.

(2) - القانون رقم: 05-06 المؤرخ في: 2005/08/23م.

(3) - القانون رقم: 06-01 المؤرخ في: 2006/02/20م.

(4) - راشد، علي، القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 634-635. حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 783.

يتعدّاه إلى الجرائم الأخرى. و واضح في هذه الحالة أنّ المحكمة هي حماية الشخص المختطف و التقليل من مدة اختطافه، بوضع وسائل قانونية عن طريق تخفيف العقاب للشخص المتهم بالاختطاف.

3- شروط طرح الأسئلة المتعلقة بالأعذار القانونية:

بعد أن بينا حقيقة الأعذار القانونية و أنواعها، فإنّ السؤال المطروح هنا هل يجوز لرئيس محكمة الجنايات أن يطرح تلقائياً دون طلب من المتهم أو النيابة العامة الأسئلة المتعلقة بالأعذار القانونية؟ أم أن الأمر يتوقف على طلب المتهم أو النيابة العامة؟

و جواباً عن هذا السؤال، فإنه طبقاً للمادة 2/305 ق.إ.ج التي تنص على أن «... كل عذر وقع التمسك به يكون محل سؤال مستقل متميز». فإنه لا يجوز لرئيس محكمة الجنايات أن يضع السؤال المتعلق بالأعذار القانونية من تلقاء نفسه، و إنما لابد من التمسك به من المتهم أو النيابة العامة، وخاصة المتهم لأن العذر القانوني لا يخدم إلا مصلحته وحده، و أن المنفعة في الأخير تعود إليه بالنفع إما بمنع العقاب إن كان العذر مانعاً للعقاب، و إما بتخفيفه إن كان العذر مخففاً له كما سبق بيانه.

و إذا تم التمسك بهذا العذر، و مع ذلك لم يضعه رئيس المحكمة ضمن ورقة الأسئلة حتى تجيب عنه هيئة المحكمة في المداولة، فإن الحكم الصادر حينئذ يكون باطلاً، لأن هذا الإجراء هو إجراء جوهري و يترتب على مخالفته النقض⁽¹⁾.

و قد ورد في قرار آخر من قرارات المحكمة العليا ما نصه: «تنص الفقرة 05 من المادة 305 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه يجب أن توجه في الجلسة جميع الأسئلة التي ستجيب عليها المحكمة ماعدا السؤال الخاص بالظروف المُخَفِّفَة، فالأسئلة المتعلقة بالأعذار القانونية مثلها إذن مثل الأسئلة الاحتياطية و الأسئلة الخاصة بالظروف المشدّدة، و غير الواردة في قرار الإحالة يجب تلاوتها بقاعة الجلسة قبل اختلاء المحكمة للمداولة حتى يتسنى لمن يهمه الأمر تقديم ملاحظاته بشأنها، و إلا كان السؤال باطلاً و ترتب على ذلك بطلان الحكم المطعون فيه»⁽²⁾.

و إذا تعددت الأعذار فيجب أن يكون كل عذر منها محل سؤال مستقل، متميز، تحت طائلة البطلان و النقض⁽³⁾.

و في حالة ما إذا لم يتمسك المتهم عبر سؤال إضافي بأي عذر من الأعذار في الوقت المحدد، أي قبل الانصراف إلى المداولة، فإنه لا يجوز بعد ذلك الطعن في الحكم على أساس الإغفال عن طرح السؤال المتعلق بالأعذار القانونية، و هذا ما نصت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها، حيث جاء فيه ما نصه:

⁽¹⁾ - قراران صادران (عن غ.ج.1)، الأول يوم: 15 جويلية 1975م، في الطعن رقم: 10920، و الثاني يوم: 20 ديسمبر 1988م، في الطعن رقم: 61380. (م.ق)، ع: 04، س: 1993م، ص 229. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 182.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 1986/12/02م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 49497. بغدادي، جيلالي، المرجع نفسه، ج2، ص 187.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 06 ديسمبر 1988م، (عن غ.ج.ج)، في الطعن رقم: 50367. (م.ق)، ع: 04، س: 1990م، ص 225. بغدادي، جيلالي، المرجع نفسه، ج2، ص 183.

«إذا لم يطالب الدفاع خلال الجلسة بطرح سؤال حول عذر مخفف سقط حقه في ذلك، بعد صدور حكم بالإدانة، و لا يجوز له التمسك بتوافر العذر في صورة وجه النقص»⁽¹⁾.

و لعل العلة في ذلك هي أن عدم تمسك المتهم بطرح سؤال حول الأعذار القانونية هو تعبير أو سلوك ينم عن تنازل عن هذا العذر.

و الواقع، في رأينا، أن المادة 2/305 ق.إ.ج تناقض المادة 52 ق.ع، حيث إنَّ هذه الأخيرة – المادة 52 ق.ع – تلزم القضاء بالأخذ بالأعذار القانونية وجوبا، في حين أن المادة 2/305 ق.إ.ج تشترط التمسك بهذا العذر من قبل المتهم، و إلا سقط حقه، فكيف يكون القضاء ملزما بالأخذ بالأعذار و في نفس الوقت لا يجوز ذلك إلا بالتمسك به من طرف المتهم؟؟ و إلا فما الفائدة و مبرر الوجوب أصلا؟؟

و لاشك أن هناك تناقضا بين هذه النصوص، و الذي نراه أن تحذف الفقرة الثانية من المادة 305 ق.إ.ج حتى يكون هناك تناسقا بين النصوص القانونية.

و إذا تم التمسك بطرح سؤال إضافي حول الأعذار القانونية، فإنه يجب على رئيس محكمة الجنايات أن يدون هذا السؤال في ورقة الأسئلة، و يطرحه للمناقشة و التصويت كسؤال إضافي من المتهم و دفاعه، و على كاتب الجلسة تسجيله، و الإشارة إليه في محضر المرافعات.

و نشير فقط إلى أن وصف السؤال المتعلق بالأعذار القانونية بأنه إضافي للتنبية إلى أنه مرتبط ارتباطا وثيقا بالسؤال الرئيسي المتعلق بالإدانة، فإذا أجابت المحكمة بالنفي، فإن طرح السؤال المتعلق بالأعذار حينئذ يصبح بلا جدوى و لا فائدة، و من ثم فإنَّ السؤال المتعلق بالأعذار لا يطرح إلا إذا أجابت المحكمة على السؤال الرئيسي المتعلِّق بالإدانة بالإيجاب، أي الإجابة بنعم و أن المتهم مذنب، وهنا تجيب المحكمة عن السؤال المتعلق بالأعذار هل هي متوفرة أم غير متوفرة؟ فإذا أجابت المحكمة بنعم، فإنها تقضي بإدانته و بإعفائه من العقاب، متى كان العذر مانعا له، أو تقضي بإدانته و معاقبته بعقوبة مخففة إذا كان العذر مخففا له، كما سبق بيانه. أما إذا أجابت المحكمة بالنفي، فلا يستفيد المتهم حينئذ من أي عذر سواء كان مانعا للعقاب أو مخففا له.

خامسا: الأسئلة المتعلِّقة بالظروف المُخفِّفة:

سبق الكلام عن الظروف و تعريفها، و أمَّا على نوعين: ظروف مشدَّدة، و ظروف مخففة، كما سبق الكلام أن الظروف المُخفِّفة هي أيضا على نوعين: ظروف قانونية، و تسمى الأعذار القانونية (المادة 52 ق.ع)، و ظروف قضائية (المادة 53 ق.ع).

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 15 جويلية 1975م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 10920. بغدادي، جيلالي، المرجع والصفحة نفسها.

و موضوعنا في هذا العنصر هو النوع الأخير من الظروف، أي الظروف القضائية المُخَفِّفة، فما هي الظروف القضائية المُخَفِّفة، و ما هي الشروط المتعلقة بطرحها، و تلاوتها، و تدوينها في ورقة الأسئلة أمام محكمة الجنايات؟.

1- تعريف الظروف المُخَفِّفة: يجمع الفقه القانوني على أن الظروف المُخَفِّفة - و يسميها البعض⁽¹⁾ بالأسباب التقديرية المُخَفِّفة - هي أسباب للتخفيف تحوّل القاضي، في نطاق قواعد حدها القانون، الحكم بعقوبة تقل عن الحد الأدنى المقرر للجريمة⁽²⁾.

كما عرّفت المحكمة العليا الظروف المُخَفِّفة بنفس التعريف تقريبا، حيث عرّفها بأنّها: «أسباب تحوّل لقضاة الموضوع حق تخفيض العقوبة المقررة قانونا، و هي تتناول كل ما يتعلّق بمادية الفعل الإجرامي؛ وبشخص المجرم و الجني عليه، و بكل ما أحاط الواقعة من ملابسات»⁽³⁾.

و من خلال هذه التعاريف الفقهية و القضائية، فإنّه يمكن استخلاص مجموعة من المميزات للظروف المُخَفِّفة، و هي:

- أنّها ظروف يقرها القضاء و ليس القانون، فهي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي أو لهيئة المحكمة، فهي التي لها كل الصلاحية في الأخذ بها أو عدم الأخذ بها، و بهذه الميزة يمكن التمييز بين الظروف المُخَفِّفة و الأعذار القانونية، فهي و إن كانت تتفق معها في تخفيف العقوبة، إلا أن الظروف المُخَفِّفة يقرها القضاء، أما الأعذار القانونية فيقرها القانون، كما سبق بيانه.

- أنّها ظروف غير محددة عددا، و لا معروفة مضمونا، و هذا بخلاف الأعذار القانونية فقد سبق بيانها و حصرها عددا و مضمونا.

- أن الظروف المُخَفِّفة لما كانت تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة، فإنه لا رقابة للمحكمة العليا عليها، لأنّها من مسائل الموضوع و ليس القانون، و هذا بخلاف الأعذار القانونية، فهي تدخل في رقابة المحكمة العليا، لأنّها من مسائل القانون، و هذا ما يستخلص من المادة 52 ق.ع، التي تتناول الأعذار القانونية.

و هذا ما قرره المحكمة العليا في كثير من قراراتها، حيث جاء في أحدها ما نصه: «و لما كان من المستحيل حصر كل الظروف و الملابسات في مادة أو عدة مواد قانونية ارتأى المشرّع ترك تقديرها لقضاة الموضوع، تبعا لاقتناعهم الشخصي، و في الحدود المنصوص عليها في المادة 53 ق.ع»⁽¹⁾.

(1) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 794. القهوجي، علي عبد القادر، قانون العقوبات، القسم العام، الدار الجامعية، بيروت، دط، 2000م، ص 811.

(2) - الشواربي، عبد الحميد، ظروف الجريمة المشددة و المُخَفِّفة للعقاب، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، 1985م، ص 81. حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسهما. القهوجي، علي عبد القادر، المرجع والصفحة نفسهما. عبد المنعم، سليمان، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دط، 2000م، ص 758.

(3) - قراران صادران (عن غ.ج.1)، الأول يوم: 10 فبراير 1981م، في الطعن رقم: 24448، و الثاني يوم: 06 نوفمبر 1984م، في الطعن رقم: 29833. (م.ق.ع. ص: 03، س: 1989م، ص 214. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 2، ص 183.

- أن الظروف المُخَفِّفَة متى منحها القاضي فإنها لا تغير من وصف الجريمة، فتبقى الجريمة كما هي، أما الأعذار فهي تغير وصف الجريمة، فالجناية تصبح جنحة، متى توافر عذر من الأعذار عليها قانونا.

- أن الظروف المُخَفِّفَة، وإن كان مجالها متسع جدا، فإن ذلك لا يعني إطلاق سلطان القضاء في الأخذ بها، حيث إنَّ المشرِّع الجزائي وضع حدودا لا يجوز تجاوزها و تحطيتها، و في حالات معينة لا يجوز أصلا الأخذ بالظروف المُخَفِّفَة، مثل جرائم المخدرات و المؤثرات العقلية (المادة 26 من القانون رقم: 04-18 المؤرَّخ في: 25/12/2004م)⁽²⁾، وكذا المادة 22 من الأمر رقم: 05-06 المؤرَّخ في: 23/08/2005م المتعلِّق بمكافحة التهريب⁽³⁾.

- أن الظروف المُخَفِّفَة على أنواع⁽⁴⁾:

- منها ما يتعلَّق بالجريمة ذاتها كضعف الضرر الناتج عنها، أو أنه مجرد شروع، أو أن الضرر تم جبره و إصلاحه.

- و منها ما يتعلَّق بالجاني و شخصيته، كأن يكون حسن الأخلاق، ليس لديه سوابق قضائية، أو يكون قد تاب و ندم على سلوكه الإجرامي، أو بأن كان باعته نبيلًا و شريفا.

- و منها ما يتعلَّق بالمجني عليه، كأن يصفح عن الجاني و يتنازل عن حقه. وقد قضت المحكمة العليا أن تنازل الطرف المدني عن حقوقه ليس من بين ظروف التخفيف⁽⁵⁾.

- أن القضاء و الحكم بالظروف المُخَفِّفَة لأجل «خفض العقوبة، لا يتطلب تسببا خاصا»⁽⁶⁾، حيث إنَّه يكفي للمحكمة، متى رأت إفادة الجاني بظروف التخفيف أن تشير إلى أنه قد توافرت أسباب تقديرية مخففة، بل إنَّه غير ملزم بمجرد نطقه بعقوبة تقل عن الحد الأدنى المقرر قانونا متى أشار إلى النص القانوني في ذلك⁽⁷⁾، بل «إنَّه ليس من اللازم أن تقع الإشارة في السؤال إلى نص المادة 53 ق.ع»⁽⁸⁾.

(1) - قراران صادران (عن غ.ج.1)، الأول يوم: 10 فبراير 1981م، في الطعن رقم: 24448، و الثاني يوم: 06 نوفمبر 1984م، في الطعن رقم: 29833 (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص 214. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 183.

(2) - تنص المادة 26 من القانون 04-18 المؤرخ في: 25/12/2004م المتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية على ما يلي: «لا تطبق أحكام المادة 53 من قانون العقوبات على الجرائم المنصوص عليها في المواد من 12 إلى 23 من هذا القانون:

- إذا استخدم الجاني العنف، أو الأسلحة،
 - إذا كان الجاني يمارس وظيفة عمومية و ارتكب الجريمة أثناء تادية وظيفته،
 - إذا ارتكب الجريمة ممتن في الصحة أو شخص مكلف بمكافحة المخدرات أو استعمالها،
 - إذا تسببت المخدرات أو المؤثرات العقلية المسلمة في وفاة شخص، أو عدة أشخاص أو إحداث عاهة مستديمة،
 - إذا أضاف مرتكب الجريمة للمخدرات مواد من شأنها أن تزيد في خطورتها».

(3) - تنص المادة 22 من الأمر رقم: 05-06 المؤرخ في: 23/08/2005م المتعلق بمكافحة التهريب المعدل و المتهم بالأمر رقم: 06-09 المؤرخ في: 15/07/2006م، على أنه: «لا يستفيد الشخص المدان لارتكابه أحد الأفعال المجرمة في هذا الأمر من ظروف التخفيف المنصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات:

- إذا كان محرضا على ارتكاب الجريمة،
 - إذا كان يمارس وظيفة عمومية أو مهنة ذات صلة بالنشاط المجرم، و ارتكب الجريمة أثناء تادية وظيفته أو بمناسبةها،
 - إذا استخدم العنف أو السلاح في ارتكاب الجريمة».

(4) - بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 290. زعميش، رياض، إجراءات تأسيس، مرجع سابق، ص 161.

(5) - القرار الصادر بتاريخ: 29 ماي 1994م، في الطعن رقم: 112469 (م.ق)، ع: 03، س: 1994م، ص 289.

(6) - القرار الصادر بتاريخ 04/05/2005م، في الطعن رقم: 315003 (م.ق)، ع: 02، س: 2005م، ص 505.

(7) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 797. بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 290.

(8) - قرار صادر يوم: 07 فبراير 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 37293 (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص 230. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 184.

و بخصوص الظروف المُخَفِّفَة القضاية فقد نص عليها المشرِّع الجزائري في المادة 53 ق.ع، حيث جاء فيها ما نصه: «يجوز تخفيض العقوبة المنصوص عليها قانونا بالنسبة للشخص الطبيعي الذي قضى بإدائته و تقررت إفادته بظروف مخففة، و ذلك إلى حد:

- عشر (10) سنوات سجنا، إذا كانت العقوبة المقررة بجناية هي الإعدام،
- خمس (05) سنوات سجنا، إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤبد،
- ثلاث (03) سنوات حبسا، إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة،
- سنة واحدة سجنا، إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤقت من خمس (05) سنوات إلى عشر (10) سنوات».

و هذا النص القانوني يفيد أن الظروف المُخَفِّفَة يجوز تطبيقها على كافة الجرائم (الجنايات و الجنح و المخالفات) و على جميع الجناة (مواطنين، أجنب، بالغين، قصر، مبتدئين، عائدین)، و أمام جميع المحاكم العادية و العسكرية.

كما يفيد هذا النص أنه لا يجوز التخفيض في العقوبة أقل من الحد الأدنى الذي أشارت إليه، و لذلك قضت المحكمة العليا بنقض قرار محكمة جنایات لما حكمت على المتهم بالسجن لمدة (05) خمس سنوات من أجل جناية القتل العمدي مع سبق الإصرار و التردد، المنصوص عليها بالمادة 261 ق.ع، و إفادته بظروف التخفيف، مع أن المادة 1/53 ق.ع تنص على أنه إذا رأت المحكمة إفادة المتهم بظروف التخفيف فإنه يجوز لها حينئذ أن تخفض العقوبة إلى (10) عشر سنوات إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي الإعدام⁽¹⁾. و لما كانت عقوبة القتل مع سبق الإصرار و التردد هي الإعدام، و إذا تقرر التخفيف، فإن الحد الأدنى لها هو السجن (10) عشر سنوات، وليس خمس (05) سنوات.

و يلاحظ بعض الفقهاء القانونيين أن التشريع الجزائري «تميز بالسخاء في منح الظروف المُخَفِّفَة، و بالفسحة المتروكة للقاضي في تقدير العقوبة التي لا مثل لها في القانون المقارن إلا ما قلَّ و ندر»⁽²⁾. و لكنّه «و بمناسبة تعديل قانون العقوبات (القانون رقم: 06-23 المؤرخ في: 2006/12/20م) أعاد المشرِّع ترتيب الظروف المُخَفِّفَة في اتجاه التشدد في منح الظروف المُخَفِّفَة، و التقييد من حرية القاضي في تقدير العقوبة»⁽³⁾.

(1) - قرار صادر بتاريخ: 29 مارس 1988م، في الطعن رقم: 54315. (م.ق)، ع: 01، س: 1991م، ص 145. و القرار الصادر بتاريخ: 16 ماي 2000م، في الطعن رقم: 240480. (م.ق)، ع: 01، س: 2001م، ص 314.

(2) - بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، مرجع سابق، ص 291.

(3) - بوسقيعة، أحسن، المرجع والصفحة نفسهما.

إلا أنّ هذا الباحث يناقض نفسه بعد ذلك، فيقول: «لم يعرف مجال تطبيق الظروف المُخَفِّفة تغييراً يذكر بعد تعديل قانون العقوبات في 2006م، فما زالت تحكمه نفس المبادئ»⁽¹⁾.

و الحقيقة أنّ التشديد الذي يتكلم عنه الفقيه القانوني الجزائري هو تغيير طفيف يتعلّق ببعض الجرائم (المخدرات و التهريب) فقط.

2- أحكام الأسئلة المتعلقة بالظروف المُخَفِّفة:

هناك مجموعة من الأحكام تتعلّق بالأسئلة الخاصة بالظروف المُخَفِّفة، يمكن إجمالها فيما يأتي:

- عدم جواز تلاوتها في جلسة المرافعات،
- وجوب تدوينها في ورقة الأسئلة،
- وجوب تعدد أسئلة الظروف المُخَفِّفة بتعدد المتهمين،
- وجوب الإجابة عن سؤال الظروف المُخَفِّفة في ورقة الأسئلة،
- صحة القرار الجنائي المتضمن إغفالاً عن الإجابة عن سؤال الظروف المُخَفِّفة متى كانت موجودة في ورقة الأسئلة.

و إليك هذه الأحكام بشيء من التفسير.

أ- عدم جواز تلاوة أسئلة الظروف المُخَفِّفة في جلسات المرافعات:

فإذا كان السؤال المتعلّق بظروف التخفيف يتفق مع باقي الأسئلة الأخرى في وجوب تدوينه في ورقة الأسئلة، كما أنه يجب عرضه و مناقشته في غرفة المداولات ثم التصويت عليه، فإنه مع ذلك يختلف عنها في أنه لا يجوز تلاوته و قراءته في الجلسة قبل الانصراف إلى غرفة المداولة، و هذا ما نصت عليه المادة 3/305 ق.إ.ج بقولها: «و يجب أن توجه في الجلسة جميع الأسئلة التي تجيب عنها المحكمة ماعدا السؤال الخاص بالظروف المُخَفِّفة».

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها، فقد قالت في أحدها: «لا يجوز لمحكمة الجنايات التي أجابت بالنفي بشأن التهم الأصلية، أن تضع أسئلة احتياطية في قاعة المداولات، بل يجب عليها أن توجه جميع الأسئلة في قاعة الجلسات أو المرافعات، ما عدا السؤال الخاص بالظروف المُخَفِّفة»⁽²⁾.

و إذا، فالسؤال المتعلّق بالظروف المُخَفِّفة لا يجوز تلاوته تحت طائلة البطلان، و إذا تلي في جلسة المرافعات كان القرار الصادر في الدّعى باطلا و ينقض.

و المحكمة من هذه القاعدة الإجرائية، أن تلاوة السؤال الخاص بالظروف المُخَفِّفة ينم عن إبداء رأي مسبق في الدّعى من قبل المحكمة⁽¹⁾، و هو غير مقبول، حيث إنّ رأي المحكمة لا يظهر إلا بالحكم

(1) - بوسقيّة، أحسن، المرجع والصفحة نفسهما.

(2) - قرار صادر يوم: 18 أبريل 2007م، (عن غ.ج/ق/1ف/2)، في الطعن رقم: 391878. (ن.ق)، ع66، س: 2011م، ص257.

و لا يمكن أن يكون قبله، و إلا فقد الحكم وظيفته و أهميته، فالحكم وحده دون غيره هو الذي يعبر بوضوح و صراحة عن موقف المحكمة النهائي من القضية برمتها.

و قد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما نصه: «إن الأسئلة المتعلقة بالظروف المُخَفِّفَة توضع بغرفة المداولات بعد ثبوت إدانة المتهم حتى لا يؤثر ذلك على أعضاء المحكمة في تكوين عقيدتهم، لذلك لا يجوز تلاوتها في الجلسة، و إلا ترتب على ذلك البطلان و النقض»⁽²⁾.

و عليه فإن العلة في منع تلاوة أسئلة الظروف المُخَفِّفَة في جلسات المرافعات قبل الانصراف إلى المداولة هو حتى لا يدل على موقف المحكمة من الدَّعوى قبل صدور الحكم و كذلك حتى لا يؤثر ذلك على عقيدة الاقتناع الشخصي لتشكيلة المحكمة. حسب تفسير المحكمة العليا.

و قد اعترض بعض من الفقه الجزائري⁽³⁾ حول هذا الحكم، و هو منع التلاوة في جلسات المرافعات قبل المداولة و أنه «غير مفهوم سببه و الحكمة منه حتى الآن»⁽⁴⁾. كما أن تفسير المحكمة العليا لهذا الحكم أيضا لم يقنعه، بل «زاد الوضع غموضا»⁽⁵⁾. و يتساءل هذا الجانب من الفقه قائلا: «كيف يمكن اعتبار تلاوة السُّؤال المتعلِّق بظروف التخفيف في الجلسة إبداء للرأي، و مع ذلك لا يسبب هذا النص القاضي بعدم جواز تلاوة هذا السُّؤال في الجلسة أي عائق طالما أنه سؤال لا يخضع من قبل أطراف الخصومة الجنائية كما هو الحال بالنسبة للأسئلة الأخرى، إضافة إلى كونه سؤال لفائدة الدفاع و أن القاضي ملزم بطرحه في قاعة المداولة؟؟»⁽⁶⁾.

و نحن نتقد هذا الرأي، و نوكد على وجاهة و صحة اجتهاد المحكمة العليا، وهو أن الأسئلة التي يجب طرحها فقط هي تلك التي تتعلَّق بالقانون دون الموضوع، أي أسئلة الإدانة و الظروف المشدَّدة والأعدار فقط. لأنَّ هذه المسائل قانونية و ضرورية بخلاف أسئلة الظروف المُخَفِّفَة، ثم إنَّ المسألة مقتصرة على التلاوة فقط، حيث سنرى الآن وجوب تدوين أسئلة الظروف المُخَفِّفَة في ورقة الأسئلة، و من ثم يسقط الاعتراض السابق ذكره.

ب/ - وجوب تدوين أسئلة الظروف المُخَفِّفَة في ورقة الأسئلة في المداولة و في حالة الإدانة

فقط:

(1) - قرار صادر يوم: 10 ماي 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 49360. (م.ق.)، ع: 01، س: 1992م، ص 166. بغداداي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ج2، ص 266.

(2) - قرار صادر يوم: 10 ماي 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 49360. (م.ق.)، ع: 01، س: 1992م، ص 1644. بغداداي، جيلالي، المرجع نفسه، ج2، ص 187-188.

(3) - زعميش، رياض، إجراءات تأسيس، مرجع سابق، ص 161.

(4) - زعميش، رياض، المرجع والصفحة نفسها.

(5) - زعميش، رياض، المرجع والصفحة نفسها.

(6) - زعميش، رياض، المرجع نفسه، ص 161-162.

إذا كانت تلاوة الأسئلة المتعلقة بالظروف المُخَفِّفة لا تجوز تحت طائلة البطلان و النقص، فإنه يجب من جهة أخرى تدوينها و كتابتها في ورقة الأسئلة، و ذلك تحت طائلة البطلان و النقص أيضا.

و لكن هذه القاعدة مشروطة بتوافر شرطين؛ وهما:

- أن يكون ذلك في المداولة، فلا يجوز طرح الأسئلة في أثناء المرافعات، و الأولى منع ذلك قبل بدء الجلسات، و هذا بخلاف الأسئلة الرئيسية و الاحتياطية و الأعدار، حيث يجب تدوينها و تلاوتها أثناء المرافعات.

- ألا يدون السؤال المتعلق بالظروف المُخَفِّفة إلا بعد ثبوت الإدانة، أي بعد الإجابة عن السؤال الرئيسي المتعلقة بالإدانة بنعم، و أنّ المتهم مذنب، حينها فقط يوضع السؤال الخاص بالظروف المُخَفِّفة و يناقش و يصوّت عليه بعد ذلك. وقد قضت المحكمة العليا بالمبدأ الآتي: «من المقرر قانونا أنه يجب على رئيس محكمة الجنايات - عندما تثبت إدانة المتهم - أن يطرح سؤالا عن الظروف المخففة»⁽¹⁾. وعلى هذا الأساس نقضت المحكمة العليا بشكل تلقائي حكم محكمة الجنايات الذي أدان متهما دون طرح سؤال الظروف المخففة، مخالفا بذلك مقتضيات المادة 1/309 ق.إ.ج⁽²⁾.

و هذان الشرطان متلازمان مع بعضهما البعض، و إذا اختل أحدهما كان القرار الصادر في الدعوى باطلا، و هذا ما قرره المحكمة العليا في أحد قراراتها، حيث فيه ما نصه: «لا توضع الأسئلة الخاصة بالظروف المُخَفِّفة قبل انعقاد الجلسة أو خلال المرافعات، كما هو الشأن بالنسبة للأسئلة الرئيسية أو الاحتياطية، و إنما يتم داخل قاعة المداولات و في حالة ثبوت إدانة المتهم فقط، و يعتبر هذا الإجراء من النظام العام، و ينجر عن مخالفته النقص»⁽³⁾.

و يشير بعض الفقهاء القانونيين⁽⁴⁾ إلى أن السؤال الخاص بالظروف المُخَفِّفة لا يجاب عنه في حالة استفادة المتهم - بعد الإدانة طبعا- من عذر مخفف أو معفي من العقاب. فإذا استفاد المتهم من الأعدار القانونية المعفية أو المُخَفِّفة للعقاب، فإنه لا يجوز حينئذ طرح السؤال الخاص بالظروف المُخَفِّفة و الإجابة عنها، على أساس أن لا يجوز أن يفيد المتهم بالظروف مرتين، و أنه مخالف لفلسفة العقوبة أصلا.

ج/- وجوب تعدد أسئلة الظروف المُخَفِّفة بتعدد المتهمين:

(1) - قرار صادر في يوم: 28 مارس 2000م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 241410. (ن.ق)، ع: 65، س: 2010م، ص275.

(2) - قرار صادر في يوم: 28 مارس 2000م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 241410. (ن.ق)، ع: 65، س: 2010م، ص276.

(3) - قرار صادر يوم: 10 ماي 1988م، (عن غ.ج1)، في الطعن رقم: 49360. (م.ق)، ع: 01، س: 1992م، ص 164. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي،

مرجع سابق، ج2، ص 186-187.

(4) - زعميش، رياض، إجراءات تأسيس، مرجع سابق، ص 162.

إذا كان مرتكب الجريمة فاعلا واحدا، فإنَّ ظروف التخفيف بشروطها، توجَّه له وحده، ولكن «متى تعدد المتهمون وجب طرح سؤال حول الظروف المُخفِّفة بالنسبة لكل متهم ثبتت إدانته جزائيا، طبقا لأحكام 309 ق.إ.ج، و ذلك تحت طائلة البطلان و النقض»⁽¹⁾.

و إذا تم طرح سؤال واحد لعدة متهمين كان السؤال متشعبا، أي أن السؤال المتشعب هو: «السؤال الوحيد الذي يضم عدة متهمين فاعلين أصليين أم شركاء»⁽²⁾. و هو سؤال «يترتب عليه النقض»⁽³⁾. أو هو «السؤال الوحيد الذي يتضمن عدة وقائع»⁽⁴⁾.

و قد عللت المحكمة العليا بوجوب طرح سؤال واحد حول الظروف المُخفِّفة لكل متهم في حال تعددهم على أساس «أنَّ الظروف المُخفِّفة أسباب شخصية لا يستفيد منها إلا من توافرت فيه تبعا لاعتناع أعضاء المحكمة»⁽⁵⁾.

أي أن أساس توجيه سؤال واحد لكل متهم في حال تعدد المتهمين، و بطلان طرح سؤال واحد لكل المتهمين مرة واحدة، هو مبدأ تفريد العقاب، و الذي هو من المبادئ الأساسية في علم العقاب والتي تضمن عدالة سليمة⁽⁶⁾.

و يقصد بتفريد العقاب «تمكين القضاة و سلطات التنفيذ من تحقيق التفاوت في المعاملة العقابية بين المجرمين تبعا لظروفهم»⁽⁷⁾.

و الحكمة⁽⁸⁾ من هذا المبدأ، مبدأ تفريد العقاب، و هو من أهم المبادئ، و أحدثها ظهورا في علم العقاب⁽⁹⁾، هي تحقيق العدالة بين المجرمين رغم ارتكابهم جريمة واحدة، إلا أن هناك فوارق تفصل بينهم بالضرورة بين ظروفهم، و شخصياتهم، و مسؤولياتهم، مثل السن؛ و التعليم؛ و الذكاء؛ و الماضي الاجتماعي؛ و السوابق القضائية...؛ و من ثم فمن غير العدل معاملتهم على مستوى واحد، و معاقبتهم بعقوبة واحدة، ثم إنه من غير المعقول أن تحقق العقوبة الواحدة أغراضها لمجموعة من المتهمين في جريمة واحدة نظر لتباين ظروفهم و شخصياتهم و مسؤولياتهم.

(1) - قرار صادر يوم: 18 ديسمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 37154، (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص 253. و القرارات الصادران (عن غ.ج.1)، الأول يوم: 10 فبراير 1981م، في الطعن رقم: 24448، و الثاني يوم: 29 يناير 1985م، في الطعن رقم: 36356. و غيرها من القرارات، أنظر: بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 184-193.

(2) - قراران صادران (عن غ.ج.1)، الأول يوم: 13 يناير 1981م، في الطعن رقم: 24409، و الثاني يوم: 19 فبراير 1982م، في الطعن رقم: 27477. بغدادي، جيلالي، المرجع نفسه، ج2، ص 192-193.

(3) - قراران صادران (عن غ.ج.1)، الأول يوم: 13 يناير 1981م، في الطعن رقم: 24409، و الثاني يوم: 19 فبراير 1982م، في الطعن رقم: 27477. بغدادي، جيلالي، المرجع و الصفحة نفسها.

(4) - بغدادي، جيلالي، المرجع نفسه، ج2، ص 192.

(5) - قراران صادران (عن غ.ج.1)، الأول يوم: 10 فبراير 1981م، في الطعن رقم: 24448، و الثاني يوم: 29 يناير 1985م، في الطعن رقم: 36356. بغدادي، جيلالي، المرجع نفسه، ج2، ص 193.

(6) - قراران صادران (عن غ.ج.1)، الأول يوم: 06 ديسمبر 1977م، في الطعن رقم: 14045، و الثاني يوم: 19 فبراير 1982م، في الطعن رقم: 27477. بغدادي، جيلالي، المرجع و الصفحة نفسها.

(7) - القهوجي، علي عبد القادر، قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 806.

(8) - القهوجي، علي عبد القادر، المرجع و الصفحة نفسها.

(9) - أبو عامر، محمد زكي، قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 375.

و قد أخذ قانون العقوبات الجزائري بمبدأ تفريد العقوبة، و ذلك من خلال الأخذ بالعقوبة ذات الحدين مثل: المادة 05 ق.ع، وكذا المادة 195 و 197 ق.ع و غيرها كثير، و كذلك أخذ المشرع بالظروف المشددة، و الأعدار القانونية، و الظروف المُخَفِّفة، و قد سبق بيانها، فكل هذه المسائل هي تطبيق لمبدأ تفريد العقوبة.

كما عللت المحكمة العليا عدم جواز طرح سؤال واحد في الظروف المُخَفِّفة بالنسبة لجميع المتهمين مرة واحدة لأنَّه لا يوفر الراحة لهيئة المحكمة في الإجابة عن السؤال، و من ثم يوقعها في التباس، و ذلك لتعدد المتهمين و اختلاف ظروف، و شخصية، و مسؤولية كل متهم عن متهم آخر، مما يجعل الإجابة عنها غير ممكنة و صعبة، و عليه: «فيتعين على رئيس محكمة الجنايات، في حالة تعدد المتهمين أن يضع بالنسبة لكل واحد منهم سؤالاً، أو أسئلة خاصة حتى يتمكن القضاة و المحلِّفون المساعدون من الإجابة على كل سؤال بكل ارتياح و بدون أي التباس»⁽¹⁾.

د- وجوب طرح سؤال الظروف المُخَفِّفة في غرفة المداولة و الإجابة عنه:

نظراً لأنَّ القانون في المادة 3/305 ق.إ.ج يمنع تلاوة السؤال المتعلِّق بالظروف المُخَفِّفة، و ذلك لأنَّه إبداء رأي مسبق في الدَّعوى قبل الفصل فيها، فإن وضع سؤال ظروف المُخَفِّفة لا يكون إلا في غرفة المداولات، أي لا يجوز وضعها قبل انعقاد المرافعات، مثل الأسئلة الرئيسية المتعلِّقة بالإدانة و الظروف المشددة، و لا أثناء أو في نهاية المرافعات مثل الأسئلة الاحتياطية، و إنما توضع داخل قاعة المداولات، و في حالة ثبوت الإدانة فقط.

و هذا ما قرره المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: «لا توضع الأسئلة الخاصة بالظروف المُخَفِّفة قبل انعقاد الجلسة، أو خلال المرافعات كما هو الشأن بالنسبة للأسئلة الرئيسية أو الاحتياطية، و إنما يتم داخل قاعة المداولات، و في حالة ثبوت إدانة المتهم فقط، و يعتبر هذا الإجراء من النظام العام و ينجر عن مخالفته النقض»⁽²⁾.

و عليه، فإن السؤال المتعلِّق بالظروف المُخَفِّفة لا يجوز طرحه قبل الجلسة، و لا أثناء المرافعات، و لا في نهاية المرافعات، و إنما يطرح في غرفة المداولات، و بعد الإجابة بنعم على سؤال الإدانة الرئيسي أو الاحتياطي. و تعد هذه القواعد إجرائية جوهرية ينجر على مخالفتها البطلان و النقض.

ه- صحة القرار الجنائي الذي أغفل سؤال الظروف المُخَفِّفة متى كان مدوَّناً في ورقة الأسئلة،

و العكس غير صحيح:

(1) - قراران صادران (عن غ.ج.1)، الأول يوم: 06 ديسمبر 1977م، في الطعن رقم: 14045، و الثاني يوم: 19 فبراير 1982م، في الطعن رقم: 27477. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 193.

(2) - قرار صادر يوم: 10 ماي 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 49360. (م.ق)، ع: 01، س: 1992م، ص 164. بغدادي، جيلالي، المرجع نفسه، ج2، ص 186.

الأصل و القاعدة أنّ الحكم الجنائي إذا صدر بالإدانة فإنّه يجب أن يشير إلى منح أو عدم منح الظروف المُخفّفة للمتهم، و لكن هذه القاعدة ليست جوهرية، حيث يجوز عدم ذكر السؤال المتعلّق بالظروف المُخفّفة في الحكم الجنائي، متى ثبت تدوينه، و الإجابة عنه في ورقة الأسئلة. بمعنى آخر أنّه إذا أغفل الحكم الجنائي الإشارة إلى سؤال الظروف المُخفّفة، فإنّ الحكم الجنائي يكون صحيحا وسليما، متى كان مدوّنا في ورقة الأسئلة، لأنّ هذه الأخيرة مكتملة للحكم الجنائي.

و هذا ما قرره المحكمة العليا في أحد قراراتها، حيث جاء فيه ما نصه: «الأصل أنّ الحكم بالإدانة يجب أن يشير إلى منح الظروف المُخفّفة للمتهم أو عدم إفادته بها، غير أن إغفال الحكم عن ذكر هذا البيان لا يترتب عليه النقض متى ثبت من ورقة الأسئلة -التي تعد المصدر الرئيسي له- أن هذا الإجراء الجوهري قد وقعت مراعاته من طرف المحكمة»⁽¹⁾.

أما إذا وقع العكس بأن يرد في الحكم الجنائي ما يفيد بطرح سؤال الظروف المُخفّفة والإجابة عنه، دون أن تتضمن ورقة الأسئلة ما يؤكد ذلك، فإنّ الحكم يكون باطلا وينقض، ذلك أنّ أساس الحكم الجنائي ومصدره هو ورقة الأسئلة، فإذا اختلت اختل بالضرورة ما هو مؤسس عليها. وعلى هذا الأساس قضت المحكمة العليا بالمبدأ الآتي: «أوجب القانون على رئيس محكمة الجنايات أن يضع سؤالا حول الظروف المُخفّفة كلما ثبتت إدانة المتهم، و مادام الحكم المنتقد قد أفاد المتهمين من الظروف المُخفّفة (إيقاف التنفيذ) دون طرح الأسئلة المتعلقة بها و الإجابة عنها، مما يشكل مخالفة الإجراءات وخرقا للقانون (المادة 309 ق.إ.ج)»⁽²⁾.

و نشير فقط أنه إذا تم طرح السؤال المتعلّق بالظروف المُخفّفة طبقا للشروط السابقة «فإنّه ليس من اللازم أن تقع الإشارة في السؤال إلى نص المادة 53 من قانون العقوبات»⁽³⁾، إذ تكفي الإشارة بطرح السؤال على الشكل الآتي: «هل المتهم فلان... يستفيد من الظروف المُخفّفة؟»⁽⁴⁾.

حيث إنّ طرح السؤال بهذا الشكل كاف و مقبول، و العلة في ذلك هي أن المشرّع الجزائري لم يعرف الظروف المُخفّفة لكثرتها، و صعوبة حصرها، و تحديدها بدقة، و إنّما ترك تقديرها لقضاة الموضوع تبعا لاقتناعهم الشخصي⁽⁵⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 16 جويلية 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 36775. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 184.

(2) - قرار صادر يوم: 13 فبراير 2001م، (عن غ.ج.ج)، في الطعن رقم: 255782. (م.ق.)، ع: 03، س: 2003م، ص 498.

(3) - قرار صادر يوم: 07 فبراير 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 37293. (م.ق.)، ع: 03، س: 1989م، ص 230. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص 184.

(4) - قرار صادر يوم: 15 يناير 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 41054. بغدادي، جيلالي، المرجع نفسه، ج2، ص 199.

(5) - قرار صادر يوم: 15 يناير 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 41054. بغدادي، جيلالي، المرجع و الصفحة نفسها.

الفصل الثالث: تفصيل أوجه الطعن بالنقض الأربعة الأخيرة من المادة 500 ق.إ.ج.

المبحث الأول: إغفال الفصل في وجه الطلب أو في طلبات النيابة العامة.

المبحث الثاني: التناقض بين القرارات أو فيما قضى به القرار نفسه.

المبحث الثالث: مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه.

المبحث الرابع: انعدام الأساس القانوني.

الفصل الثالث: تفصيل أوجه الطعن بالنقض الأربعة الأخيرة من المادة 500 ق.إ.ج:

كنا قد تطرقنا في الفصل الثاني إلى أوجه الطعن بالنقض الأربعة الأولى المذكورة بالترتيب في المادة 500 ق.إ.ج، بقي علينا أن نتناول الأوجه الأربعة المتبقية، وذلك وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: إغفال الفصل في وجه الطلب أو في طلبات النيابة العامة.

المبحث الثاني: التناقض بين القرارات أو فيما قضى به القرار نفسه.

المبحث الثالث: مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه.

المبحث الرابع: انعدام الأساس القانوني.

وإليك بيان هذه المباحث والأوجه بالتسلسل.

المبحث الأول: إغفال الفصل في وجه الطلب أو في أحد طلبات النيابة العامة:

الوجه الخامس للنقض طبقاً للمادة 5/500 ق.إ.ج هو: «إغفال الفصل في وجه الطلب أو في أحد طلبات النيابة العامة»⁽¹⁾.

ولا يأخذ بهذا الوجه للنقض إلا كل من التشريع السوري، واللبناني، فالتشريع السوري أورده في المادة 4/342 ق.أ.م.ج في عبارة: «الذهول عن الفصل في أحد الطلبات أو الحكم بما يجاوز طلب الخصم».

أما التشريع اللبناني فقد أورده في المادة 9/296 ق.أ.م.ج في عبارة: «عدم البت في دفع أو سبب دفاع، أو طلب تقدم به أحد فرقاء الدَعْوَى أو الحكم بأكثر مما طلب».

أما باقي التشريعات (تونس، والمغرب، ومصر)، فهي وإن لم تصرح به في تشريعاتها إلا أنه مع ذلك يندرج في مخالفة القانون.

وهنا يثور السؤال ما الفائدة من النص على إغفال الفصل في الطلبات كسبب مستقل؟

لا شك في أهمية الإجابة عن السؤال، ولكن نرجى ذلك إلى غاية الفصل في الجوانب النظرية لهذا الوجه من أوجه النقض.

- ومن أجل بحث وفحص هذا الوجه للنقض، فإننا نتناوله في الخطة الآتية:

المطلب الأول: ماهية إغفال الفصل في الطلبات كوجه للنقض.

المطلب الثاني: تطبيقات قضائية لإغفال الفصل في الطلبات.

وإليك بيان هذه المطالب بالترتيب.

المطلب الأول: ماهية إغفال الفصل في الطلبات كوجه للنقض:

⁽¹⁾ - ويقابله بالفرنسية:

«omission de statuer sur un chef de demande ou sur réquisition du ministère public».

يشير موضوع إغفال الفصل في الطلبات عدة قضايا تتعلق أساسا بالتعريف، والمضمون، والأنواع، والشروط، والمناهج التشريعية، والأساس القانوني، ثم تقدير هذا الوجه للنقض.

هذه العناصر يمكن تفصيلها في الخطة الآتية:

الفرع الأول: تعريف الطلبات والدفع وأنواعها وشروطها.

الفرع الثاني: تعريف إغفال الفصل في الطلبات، ومضمونه.

الفرع الثالث: الأسس القانونية التي يقوم عليها إغفال الفصل في الطلبات كوجه للنقض.

الفرع الرابع: تقدير اعتبار إغفال الفصل في الطلبات من أوجه النقض.

وإليك هذه العناصر بالترتيب.

الفرع الأول: تعريف الطلبات والدفع وأنواعها وشروطها:

يتركز هذا العنصر أساسا على التعرف على الطلبات والدفع، باعتبارها العنصر الأولي في موضوع إغفال الفصل في الطلبات، إذ لا يمكن الكلام عن الإغفال دون أن يسبقه الكلام عن الطلبات، والدفع، والتمييز بينهما وبيان أنواعها وشروطها.

ولذا فهذا العنصر يكتسي أهمية خاصة للغاية، ذلك أنه يحدد ما هو الطلب المغفل من غير المغفل.

وهذا العنصر نتناوله في العناصر الآتية:

1/- تعريف الطلبات والدفع.

2/- أنواع الطلبات والدفع.

3/- شروط الطلبات.

4/- أنواع الفصل في الطلبات.

وإليك بيان هذه العناصر بالتسلسل.

1/- تعريف الطلبات والدفع:

أ/- تعريف الطلبات:

يقصد بالطلبات في مجال الإجراءات الجزائية بأنه: « ما انصبَّ على موضوع الدَّعوى مباشرة⁽¹⁾ ».

وقال فقيه آخر: « ويقصد بالطلبات الجوهرية كل طلب يتقدم به الخصم ويتعلق بتحقيق دليل في

الدَّعوى من شأنه أن يؤثر في الحكم⁽²⁾ ».

وقد مثَّل لها بطلب ندب خبير لبحث مسألة فنية يتوقف عليها الحكم في الدَّعوى، أو بطلب إجراء

معينة، أو بطلب تأجيل الدَّعوى لإعلان شهود نفي⁽³⁾.

(1) - عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 769.

(2) - عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 656.

(3) - عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 656.

أما الدَّفوع الجوهريّة فهي: «أوجه الدَّفاع التي يترتب عليها - إذا صحت - تغيير وجه الحكم في الدَّعوى»⁽¹⁾.

وذلك مثل طلب البراءة من المحكمة الصادر من المتهم، وقد يصدر من النيابة العامة، وطلب التعويض الصادر من المدَّعي المدني.

فمثل هذه الطلبات توجه إلى موضوع الدَّعوى بصفة مباشرة، بحيث إنّ الاستجابة لها من طرف المحكمة يؤدي إما إلى تخلص المتهم من أية عقوبة، أو إلى حصول المدَّعي المدني على التعويض.

ب/- تعريف الدَّفوع:

ويقصد بالدَّفوع في مجال الإجراءات الجزائية كذلك بأنّه: «ما انصب على أوجه الدَّفاع القانونية التي قد يديها أحد الخصوم»⁽²⁾.

وبهذه التعاريف للطلبات والدَّفوع في الإجراءات الجزائية، يتميز تعريفهما عنه في المواد المدنية، إذ أن الطلبات في هذه الأخيرة هي: «تلك الطلبات الواردة في الادعاء الأصلي بمناسبة رفع الدَّعوى القضائية»⁽³⁾. أو «هو الإجراء الذي يعرض به الشخص ادعاءه على القضاء طالبا الحكم له به على خصمه، فالطلب إذا استجيب أدى إلى الحكم لمقدمه بشيء على خصمه»⁽⁴⁾. أو «هو ما يتوجه به المدَّعي إلى المدَّعى عليه طالبا الحكم به»⁽⁵⁾.

أما الدَّفوع في نطاق الإجراءات المدنية فهي: «وسيلة في يد المدَّعى عليه للردّ على دعوى المدَّعي، وتمكينه من الاعتراض عليها، أو على إجراءاتها»⁽⁶⁾. أو «هو كل وسيلة يجيب بها المدَّعى عليه على طلب المدَّعي بقصد منع الحكم به عليه»⁽⁷⁾.

وبهذا يتضح الفرق بين المجالين الجزائي والمدني في تعريف كل من الطلبات والدَّفوع، حيث إنّها في المواد المدنية ترتبط بشخص المدَّعي أو المدَّعى عليه، أما في المواد الجزائية فترتبط بموضوع الدَّعوى أو بما يديها أحد الخصوم (المتهم، النيابة العامة، المدَّعي المدني، المسؤول عن الحقوق المدنية).

والعلة في هذا التمييز والاختلاف أن مفاهيم الإجراءات الجزائية تتعلق بالنظام العام أساسا والمصلحة العامة. أما في الإجراءات المدنية فتتعلق بأطراف الخصومة التي هي في صميمها حقوق ومصالح خاصة للأفراد، فلذلك كانت الطلبات تصدر من المدَّعي، والدَّفوع تصدر من المدَّعى عليه.

(1) - نقض مصري مؤرخ في: 21 فبراير 1972م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س: 33، رقم: 53، ص214. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص657.

(2) - عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص769.

(3) - بريارة، عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص78.

(4) - أمقران، بوشير محمد، قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص118.

(5) - عبيد، رؤوف، المرجع والصفحة نفسها.

(6) - أمقران، بوشير محمد، المرجع نفسه، ص142.

(7) - عبيد، رؤوف، المرجع والصفحة نفسها.

2/- أنواع الطلبات والدفع:

تنقسم الطلبات والدفع إلى قسمين إجمالاً، وثلاثة تفصيلاً، وهي: الطلبات الموضوعية، والطلبات القانونية المستندة إلى القانون الموضوعي، والطلبات القانونية الإجرائية (أو المستندة إلى القانون الإجرائي). وإليك بيان هذه الأنواع مع التمثيل.

أ/- الطلبات أو الدفع الموضوعية (أو المادية)

ويقصد بها بأنها «تلك التي تتطلب المدافعة في أصل الدَعوى»⁽¹⁾.

ويعرفها فقيه آخر بأنها التي «تنصب على كل طلب يتقدم به الأطراف من شأنه ترتيب حق ناجم عن أصل الدَعوى أو إحدى توابعها، لكنها طلبات أساسية يستدعي الفصل فيها من قبل جهة الحكم، كحالة طلب التعويض وطلبات الاستيراد وغيره»⁽²⁾.

وهناك نوع آخر من الطلبات القانونية، إذ أن هذه الأخيرة تنقسم إلى قسمين: أساسية وطارئة. فالأساسية سبق تعريفها.

أما الطارئة فهي التي «تولدت أثناء سير الدَعوى على إثر إجراء متبع أمام جهات الحكم يمكن أن يترتب عنه آثار قانونية، كحالة طلب التعقيب على الخصم، أو سماع شخص بصفته شاهد إثبات دون أداء اليمين مثلاً»⁽³⁾.

أو بعبارة أخرى بأنها تلك الدفع التي تتعلق بموضوع الخصومة من حيث التحقيق فيها وثبوتها ونسبتها إلى الفاعل.

وتتميز هذه الطلبات بأنها غير محصورة، لأنها تتعلق بكل دعوى وظروفها الخاصة، وكل دعوى تختلف عن أخرى، ومن ثم لا يمكن حصرها⁽⁴⁾.

- وهذه الطلبات لا تكون منتجة لآثارها إلا إذا كانت جوهرية بأن يتأثر بها الفصل في الدَعوى على أي وجه كان، إما بانحياز التهمة كلية، أو تخفيفها، أو أصبح ثبوتها محل شك بما يستوجب تبرئته⁽⁵⁾.

- ومن أمثلة الدفع الموضوعية:

- طلب إرجاء الفصل في القضية، وتعيين خبير طبيب أخصائي لفحص المتهم، وتحديد إذا كان في حالة جنون وقت ارتكاب الواقعة⁽⁶⁾.

- طلب سماع شهادة شاهد نفي وقع استدعاؤه، وتبليغ اسمه إلى النيابة بصفة صحيحة⁽⁷⁾.

(1) - عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 769.

(2) - جروة، علي، الموسوعة في الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ج 3، ص 571-572.

(3) - جروة، علي، المرجع نفسه، ج 3، ص 571.

(4) - عبيد، رؤوف، المرجع والصفحة نفسها.

(5) - عبيد، رؤوف، المرجع والصفحة نفسها.

(6) - قرار صادر يوم: 02 فيفري 2005م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 340648. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2005م، ص 365.

(7) - قرار صادر يوم: 02 جانفي 1973م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 7773. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 2، ص 372.

ب/ - الطلبات القانونية المستندة إلى القانون الموضوعي: وهي الطلبات التي نص عليها القانون الموضوعي وهي تكون جوهرية متى استوجبت - لو صحت - تبرئة المتهم كلية أو تخفيف مسؤوليته على نحو مختلف⁽¹⁾. وذلك مثل⁽²⁾:

- الدّفع بانتفاء أي ركن من أركان الجريمة،
- أو بخضوعها لتكييف آخر أخف في القانون،
- أو بانتفاء ظرف قانوني مشدد، كظرف التعدد مثلاً، وكظرف سبق الإصرار والترصد في القتل مثلاً،

- أو بتوافر الإباحة كاستعمال حق مقرر في القانون،
- أو بامتناع المسؤولية لمثل الجنون، أو الإكراه،
- أو بامتناع العقاب لوجود عذر قانوني معفى منه،
- أو بالاستفادة من عذر قانوني مخفف فحسب، مثل عذر الاستفزاز في جريمة الزنا (279ق.ع)، وكذلك في الخصاء (280ق.ع)، وكذلك جريمة الضرب والجرح (281ق.ع).

- أن يتمسك الدّفاع بطرح سؤالين احتياطين الأول خاص بتكييف الوقائع، والثاني خاص بعذر الاستفزاز طبقاً للمادة 305 و306ق.إ.ج⁽³⁾.
- التمسك بحالة الدّفاع الشرعي عن النفس⁽⁴⁾.

وهذه الدّفوع والطلبات جميعها - ولو أنها نصوص صريحة في القانون إلا أنها تعامل كالدّفوع الموضوعية طالما أن تمحيصها يستوجب تحقيقاً في الموضوع، لذا وجب الدّفع بها صراحة أمام محكمة الموضوع التي يجب عليها أن تتعرض لها وتتحقق فيها قبولاً أو رفضاً بأسباب سائغة من خلال ما هو ثابت من الأوراق.

- وفي حال عدم تقديم صاحب الشأن لدفعه بالفعل، فإنه ليس له أن ينعى على حكم محكمة الموضوع عدم الفصل فيه مهما كان جوهرياً⁽⁵⁾.

فمثل هذه الطلبات لا يصح الدّفع بها لأول مرة أمام المحكمة العليا.

ج/ - الطلبات القانونية الإجرائية:

أي الطلبات القانونية المستندة إلى القانون الإجرائي، وتعرف بأنها «كل دفع يترتب على قبوله بطلان الإجراء، سواء أكان هذا البطلان مطلقاً أم نسبياً»⁽¹⁾. وسواء انصب على بطلان الإجراءات

(1) - عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص777.

(2) - عبيد، رؤوف، المرجع والصفحة نفسهما.

(3) - قرار صادر يوم: 06 ديسمبر 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 52367. (م.ق.)، ع: 04، س: 1990م، ص225.

(4) - قرار صادر يوم: 29 ماي 1984م، (عن غ.ج.2/1)، في الطعن رقم: 27369. (م.ق.)، ع: 04، س: 1989م، ص335.

(5) - عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص778.

السابقة على المحاكمة (كإجراءات الاستدلال أو التحقيق الابتدائي)، أو قد ينصب على إجراءات إقامة الدَّعوى (كإجراءات الإحالة)، أو على إجراءات التحقيق النهائي (المحاكمة).

والمسألة هنا تتعلق كلها بالجزاء الإجرائي، وخصوصا البطلان.

فإذا كان البطلان نسبيا، فإنه يجب الدَّفع به أمام محكمة الموضوع، وإلا فإنه لا يجوز إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا، وإذا دفع به صاحب الشأن أمام محكمة الموضوع وجب عليها أن ترد عليه في حكمها، قبولاً أو رفضاً، بأسباب كافية مقبولة، وإلا كان إغفال الرد كلية قصورا يعيب الحكم، يستوجب النقض والإبطال. وذلك «كالدَّفع ببطلان التكاليف بالحضور يجب تقديمه قبل الشروع في الدَّفاع في الموضوع، وعدم إثارته قبل ذلك يجعله فائتا لأوانه، إذ لا يمكن التمسك به لأول مرة أمام المجلس الأعلى»⁽²⁾. كذلك «لا يجوز لأول مرة أمام المجلس الأعلى البطلان المبني على سوء تطبيق إجراء التلبس في قضية ما»⁽³⁾.

أما البطلان المطلق، فمتى ثبت وقوعه من خلال الأوراق، فإنه يصح التمسك به والدَّفع به ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، وذلك لأنه من المصلحة العامة، وهو ما تنص عليه المادة 2/501 ق.إ.ج، ومثال ذلك «أن خرق مبدأ التقاضي على درجتين هو من النظام العام، فيمكن إثارته في أي مرحلة من مراحل الدَّعوى، وحتى لأول مرة أمام قضاء المجلس الأعلى وفقا للمادة 2/501 ق.إ.ج»⁽⁴⁾.

أما البطلان المختلط، وهو البطلان المطلق الذي يطلب تحقيقا موضوعيا⁽⁵⁾، فإنه مثل البطلان النسبي يجب الدَّفع به أمام محكمة الموضوع، فإذا لم يدفع به سقط الحق في الدَّفع به لأول مرة أمام المحكمة العليا، لأنها لا تنظر بحسب القاعدة العامة دفوعا جديدة ولو كانت مطلقة مادامت تستوجب فحصا وتحقيقا موضوعيا، إذ أنها محكمة قانون لا محكمة وقائع، وإنما تنظرها بشرطين: أن تكون مطلقة، وألا تتطلب أي تحقيق أوف فحص موضوعي⁽⁶⁾.

3/- شروط الطلبات:

يشترط في الطلبات مجموعة الشروط، هي:

أ/- أن يتم التمسك بالطلب أو الدَّفع المتعلق بالبطلان النسبي والمختلط أمام محكمة

الموضوع: لكي يقبل الدَّفع بالبطلان النسبي والمختلط أمام المحكمة العليا يجب التمسك به أمام محكمة الموضوع، فإذا لم يدفع به صاحب الشأن أمام محكمة الموضوع سقط حقه في إبدائه أمام المحكمة العليا،

(1) - عبيد، رؤوف، المرجع والصفحة نفسهما.

(2) - قرار صادر يوم: 26 نوفمبر 1981م، (عن غ.ج.1)، مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص206. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص176.

(3) - قرار صادر يوم: 09 نوفمبر 1982م، (عن غ.ج.2/1)، في الطعن رقم: 23540. (ن.ق.)، ع: 02، س: 1983م، ص83.

(4) - قرار صادر يوم: 02 ديسمبر 1980م، مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص29. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص175.

(5) - عبيد، رؤوف، المرجع نفسه، ص779.

(6) - عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص779.

فإذا أحيل متهم إلى محكمة عن طريق التلبس في حين أن الجرم المتابع من أجله يكون قد مضى عليه قرابة سنة مما يعد مخالفاً لأحكام المادة 41ق.إ.ج، ولم يثبت أن تمسك المتهم بهذا الدّفع لأول مرة أمام المحكمة العليا⁽¹⁾. أما البطالان المطلق فيجوز إثارته في أي مرحلة من المراحل، ولو لأول مرة المحكمة العليا طبقاً للمادة 2/501ق.إ.ج.

أما إذا تمسك صاحب الشأن أمام القاضي الأول، وكذلك أمام المجلس، أنّه كان في حالة الدّفع المشروع عن النفس، إلا أنّ كلتا الجهتين القضائيتين قد أغفلنا الجواب عنه، ثم أثاره أمام المحكمة العليا، وعند فحصها قرار المجلس المطعون فيه وجدت أنّ القرار ذكر أنّ المتهم تمسك بحالة الدّفع المشروع عن النفس، ولكنّهم لم يجيبوا عن هذا الدّفع، لا بالرفض ولا بالقبول، وقضوا عليه بالإدانة دون التصديّ لوسائل الدّفع المثارة أمامهم، فإنّ ذلك يعد خرقاً للمادة 5/500ق.إ.ج، ذلك الإغفال الذي قام به المجلس بعدم الجواب عن طلبات الأطراف يضر بحقوق الدّفع، وبمحسن سير العدالة، وينجر عنه النقص⁽²⁾.

ب/- أن يتم تقديم الطلب أو إثارة الدّفع قبل إقفال باب المرافعة:

فيذا انتهت إجراءات المحاكمة وأعلنت المحكمة إغلاق باب المرافعة وقررت حجز الدّعوى للفصل فيها، والانسحاب للمداولة في الحكم، فإنه لا يجوز إثارة أي طلب بعد ذلك أو أي دفع، ولا تكون المحكمة حينئذ ملزمة بإعادة فتح باب المرافعة لتلقي الطلبات والدّفوع، وتكون للمحكمة الحرية الكاملة في فتح باب المرافعة إذا رأت ذلك «فإذا رأت محكمة الجنايات ضرورة إضافة سؤال إلى الأسئلة التي قرأت في الجلسة قبل الدخول إلى قاعة المداولات، يتعين عليها أن تعود الجلسة مرة ثانية لتفتح المناقشات وتثير شروح النيابة العامة والدّفع»⁽³⁾.

أما في الحالة العكسية، بأن أثير الدّفع أو الطلب قبل إقفال باب المرافعة فإن على محكمة الموضوع الإجابة والتعرض لهذا الدّفع قبولا أو رفضاً، مهما حدث متى تأخير في إثارته، لأن التأخير في الإدلاء به لا يعد قطعاً على عدم جديته، مادام جوهرياً، بأن كان من شأنه انهيار التهمة، أو تخفيفها⁽⁴⁾.

ج/- ألا يكون صاحب الشأن قد تنازل عن طلبه:

والمقصود هنا أن يتنازل صاحب الشأن عن دفعة أو طلب ويستمر هذا التنازل إلى غاية إقفال باب المرافعات، حينئذ لا يجوز له أن يعنى على محكمة الموضوع عدم الاستجابة لطلبه، وقد قضت المحكمة العليا أن الطاعن الذي استمع إليه كضحية، وصرح أنه لا يطلب أي شيء مما جعل المحكمة تصرح بتنازله عن حقوقه، فإن قضاة المجلس الذين قضوا بعدم قبول الاستئناف شكلاً المرفوع من الضحية لعدم تأسيسه طرفاً

(1) - قرار صادر يوم: 09 نوفمبر 1982م، (عن غ.ج. 2/ق1)، في الطعن رقم: 23540. (ن.ق)، ع: 02، س: 1983م، ص83.

(2) - قرار صادر يوم: 29 ماي 1984م، (عن غ.ج. 2/ق1)، في الطعن رقم: 27369. (م.ق)، ع: 4، س: 1989م، ص335.

(3) - قرار صادر يوم: 11 مارس 1969م، (عن غ.ج)، (ن.ق)، ع: 05، س: 1969م، ص58. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص99.

(4) - عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص781.

مدنيا أمام محكمة أول درجة طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن⁽¹⁾. كما قررت في قرار آخر المبدأ الآتي: «من المبادئ القضائية أن تنازل الطرف المدني عن حقوقه يؤثر على صفته كضحية ويجرمه من الاستفادة من التعويضات المدنية أمام المحاكم الجزائية، وأيضا يتسبب في انقضاء الدَّعوى المدنية، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بدم قبول استئناف الطاعن شكلا لانعدام صفته كطرف مدني بناء على تنازله الصريح يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقا صحيحا، ومتى كان الأمر كذلك استوجب رفض الطعن»⁽²⁾.

وكذا المبدأ الآتي: «إن تأييد المجلس لحكم المحكمة الذي فصل في الدَّعوى العمومية دون الدَّعوى المدنية بتنازل الطرف المدني عن شكواه، ولم يستأنف الحكم هو تطبيق صحيح للقانون»⁽³⁾. وقد قضت المحكمة العليا «بأن العذر يمكن اقتراحه طوال المحاكمة أو بعد قفل باب المرافعات، ولكن في هذه الحالة يجب على محكمة الجنايات أن تأمر باستئنافها»⁽⁴⁾.

ولا يجوز للمتنازل عند عدم قبول استئنافه شكلا أن ينعى على القرار بالقول: «إن هذا التنازل لا يحرم هذا الطرف من صفته كطرف مدني، ولا ينهي الدَّعوى العمومية، وكان على المجلس بعد قبول الاستئناف شكلا أن يفصل في الموضوع»⁽⁵⁾. كما أنه «لا يجوز للطرف الذي تنازل عن استئنافه أن يطعن بالنقض في القرار الذي يشهد له بذلك»⁽⁶⁾.

أما النيابة العامة فمن المعلوم أنه لا يجوز لها التنازل عن الطلبات والدَّفوع، وذلك «لأن النيابة العامة لا تملك الدَّعوى العمومية بل هي ملك للمجتمع، حيث تمارسها باسمه لا غير»⁽⁷⁾. ومن ثم فإن تنازلها لا يكون له أي أثر⁽⁸⁾.

أما إذا تنازل صاحب الشأن عن طلبه ودفعه ثم عدل عن هذا التنازل، فإن هذا لا يسقط حقه في أن تنظر محكمة الموضوع طلبه ودفعه، فالتنازل عن الدَّفَع لا يسلب صاحبه حقه في العدول عن هذا التنازل والتمسك بتحقيق طلبه مادامت المرافعة مازالت دائرة، ولو لم يعلن بعد إقفال بابها، فالتنازل إذا كان حقا، فإن العدول عنه حق كذلك طالما أن باب المرافعة ما يزال مفتوحا، فإذا أغلق وانسد، فإنه لا يجوز بعد ذلك النعي على الحكم بأنه أغفل الفصل في الطلبات. كما لا يجوز لمحكمة الموضوع أن تتمسك بالتنازل عن الدَّفَع طالما أنه حصل العدول عنه قبل إقفال باب المرافعة⁽⁹⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 24 ماي 1988م، (عن غ.ج. 2/ق1)، في الطعن رقم: 47676. (م.ق.)، ع: 04، س: 1990م، ص 257.

(2) - قرار صادر يوم: 20 مارس 1990م، (غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 68012. (م.ق.)، ع: 04، س: 1992م، ص 197.

(3) - قرار صادر يوم: 04 أبريل 2000م، (غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 209941. (م.ق.)، ع: 01، س: 2001م، ص 350.

(4) - قرار صادر يوم: 25 ماي 1999م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 224557. (ا.ق.)، (ع.خ.)، س: 2003م، ص 510.

(5) - قرار صادر يوم: 20 مارس 1990م، (غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 68012. (م.ق.)، ع: 04، س: 1992م، ص 197.

(6) - قرار صادر يوم: 27 نوفمبر 1980م، (عن غ.ج. 3/ق2)، في الطعن رقم: 21137. بغدادي، حيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص 270.

(7) - قرار صادر يوم: 14 فيفري 1993م، (غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 88720. (م.ق.)، ع: 03، س: 1994م، ص 267.

(8) - قرار صادر يوم: 14 فيفري 1993م، (غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 88720. (م.ق.)، ع: 03، س: 1994م، ص 267.

(9) - عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 781.

على أن التنازل قد يكون صريحاً، وهذا لا صعوبة فيه، وقد يكون ضمناً وهو الذي يثير الصعوبة، ومع ذلك يمكن القول بأنه يكون عند عدم تمسك صاحب الشأن بطلبه والإصرار عليه في طلباته الختامية⁽¹⁾. أو أمام الدرجة الثانية⁽²⁾. وذلك كأن يتمسك الخصم بندب خبير أو شاهد ثم يترافع في القضية.

د- أن يكون الدّفع ظاهر التعلق بموضوع الدّعوى: وبمعنى أن يكون الفصل فيه لازماً للفصل في الدّعوى، وإلا فمحكمة الموضوع ليست ملزمة بالردّ عليه صراحة. وذلك كأن الطلب مجهلاً للغاية والهدف⁽³⁾.

بمعنى آخر يجب أن يكون الطلب أو الدّفع جوهرياً، وهو الذي يترتب عليه انخيار التهمة أو تخفيف المسؤولية، أي يجب أن يكون منتجاً⁽⁴⁾. وقد قضت المحكمة العليا بالمبدأ الآتي: «يفرض القانون على غرفة الاتهام أن ترد على الدّفوع والطلبات، غير أن هذا الرد مطلوب إذا كان يتعلق بنقطة من شأنها أن تغير في مسار القرار، أما المسائل التي حتى في حالة الرد عليها لا تغير من الأمر شيئاً فإنه غير مطلوب الرد عليها»⁽⁵⁾.

وفي قرار آخر قالت المحكمة العليا: «إن القانون يلزم الجهة القضائية الفاصلة في الموضوع بالردّ على جميع الطلبات والدّفوع المقدمة من الأطراف كوسيلة من وسائل تحقيق العدالة، غير أن الرد قد يكون في شكل صريح وقد يكون ضمناً في سياق المناقشة، كما أن الدّفوع المطلوب الرد عليها هي التي من شأنها أن تؤثر في مجرى قرار الهيئة القضائية، وأما التي حتى في حالة الرد عليها لا تغير من الأمر شيئاً، فإن إغفال الرد عليها لا يشكل سبباً للبطلان»⁽⁶⁾.

ومثال ذلك أن يقدم المتهم مذكرة دفاعة تتمحور نقاطها فيما يلي:

- الدّفيع بعدم توفر جريمة التزوير في محررات رسمية بناء على:

أولاً: وقوع خطأ مادي ما بين النسخة الأصلية والنسخة المسحوبة على الحاسوب، وإخطاء المستأجر (د.أ) برسالة مضمنة عن ذلك.

- تصريح المستأجر بأنه سوف يخرج من المحل التجاري طبقاً للنسخة الأصلية بعد 18 شهراً بدل

24 شهراً المذكورة في النسخة الأخرى.

⁽¹⁾ - نقض مصري مؤرخ في: 16 ماي 1960م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س: 11، رقم: 88، ص457. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص661.

⁽²⁾ - نقض مصري مؤرخ في: 22 نوفمبر 1937م، مجموعة القواعد القانونية، ج4، رقم: 118، ص106. عبد الستار، فوزية، المرجع والصفحة نفسها.

⁽³⁾ - عبيد، رؤوف، مرجع نفسه، ص782.

⁽⁴⁾ - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص956.

⁽⁵⁾ - قرار صادر يوم: 26 جوان 2001م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 269995. (أ.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص283.

⁽⁶⁾ - قرار صادر يوم: 24 أفريل 2001م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 265995. (أ.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص263.

- إن دخول المؤجر إلى السجن كان بسبب السرقة ارتكبتها على أملاك المستأجر وليس بسبب التزوير.

ثانياً: إن وقوع جناية التزوير في محرر رسمي وفقاً للمادة 215 ق.ع يتطلب تزييف جوهر المحرر بطريق الغش بواسطة كتابات أو اتفاقات خلاف التي دونت أو أمليت أو التقرير بوقائع يعلم أنها كاذبة في صورة وقائع صحيحة، وكل ذلك يجب أن يكون مرفقاً بالعلم واتجاه الإرادة إلى تحقيق أحد هذه الأفعال التي لم يرتكب أيها منها. ومن جهة أخرى فإن المستأجر غادر المحل بتاريخ: 1995/07/30م، وبقي البحث عن المستفيد من عملية التزوير مادام صاحب المصلحة قد تخلى عن ذلك.

فتجيب المحكمة العليا عن الوجه المشار المتعلق بعدم مناقشة المذكرة الدفاعية خرقاً للمادة 2/184 ق.إ.ج. بأنّ الدفوع التي تقدّم بها الطاعن أمام غرفة الاتهام قد أجابت عن بعضها مباشرة حول توفر عناصر الجريمة بتغيير محتوى العقد أو تزييفه بطريق الغش، وهو ما يبعد ضمناً فرضية الخطأ المادي، أما باقي الدفوع حول خروج المستأجر وفقاً للمدة المحددة في العقد الأصلي، ودخول المؤجر إلى السجن، فإنّها غير منتجة في الدّعوى، وأنّ عدم الردّ عليها لا يشكل سبباً للبطلان⁽¹⁾.

هـ- أن يصدر الطلب أو الدّفْع بشكل صريح وجازم: أي «بصورة جازمة تقرع سمع المحكمة»⁽²⁾. بأن يصبر عليه، ولا ينفك عن التمسك به والإصرار عليه في طلباته الختامية، ومن ثم لا يجوز أن يكون رجاء أو تمنياً، أو أن يكون قد جاء عرضاً دون قصد، ولا بصيغة تفويض الأمر للمحكمة أو من باب الاحتياط، أو ترك التقدير لها إذا شاءت، كما أنه لا يكفي أن يكون الدّفْع مستفاداً ضمناً من المرافعة، وإنما لا بد من إبدائه بصراحة ووضوح ومحدداً. ولا يهم إن صدر بعدئذ شهامة أم كتابة⁽³⁾.

و- أن يكون الدّفْع أو الطلب قد أثير أمام قضاة الدرجة الأولى والثانية معاً، أو بالأقل أمام هذه الأخيرة فحسب:

وهذا الشرط في الحقيقة تبع للشرط الأول، فإذا كان يجب التمسك بالدّفْع أمام محكمة الموضوع، وكانت محكمة الموضوع على درجتين الأولى والثانية، فإنه من الواجب أن يتم إثارة الدّفْع أمام محكمة الموضوع على الدرجتين معاً، أو على الأقل أمام محكمة الدرجة الأخيرة فحسب، أما إذا أثير الدّفْع أمام محكمة الدرجة الأولى فقط دون الدرجة الثانية، ولم يقع عليه الإصرار من طرف صاحب الشأن في مرحلة الاستئناف فإنه يعد تنازلاً ضمناً عنه ولكن هذا فيما يخص الدّفْع الموضوعية والدّفْع القانونية المتعلقة بالبطلان النسبي والبطلان المختلط.

(1) - قرار صادر يوم: 24 أفريل 2001م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 265995. (أ.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص 263.
(2) - عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 659. حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 957.
(3) - عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 782. عبد الستار، فوزية، المرجع نفسه، ص 659-660. حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 1107-1108. حومد، عبد الوهاب، المرجع والصفحة نفسها.

ز- أن تكون المحكمة قد استفادت من الإجراء المدفوع ببطلانه أو من الواقعة محل الدّفاع الموضوعي عنصرا من عناصر حكمها إثباتا أو نفيًا: فإذا لم تعتمد المحكمة على شيء من ذلك، ولم ترد على الدّفاع بشيء فلا بطلان، وذلك مثل أن يتمسك صاحب الشّأن ببطلان التفتيش حتى يبطل الحكم بشأنه، واعتمد الحكم على اعتراف المتهم لا على تفتيش مسكنه، فإنه لا يعيبه عدم الرد على الدّفع المتمسك به من الطاعن ببطلان التفتيش⁽¹⁾.

4- أنواع الفصل في الطلبات والدّفوع:

متى قدّمت أمام محكمة الموضوع طلبات من أطراف الخصومة وفصلت فيها، فإنّ هذا الفصل يتخذ شكلين: إما فصلا صريحا؛ وإما فصلا ضمنيا.

أ/- الفصل الصريح: يعرفه البعض بأن: «المحكمة نظرت بالمبحث المطروح عليها وبتت به بعبارة صريحة سواء سلبا أو إيجابا، وبعد ذلك لا يهم من زاوية السبب المتعلق بإغفال البت بأحد المباحث ما إذا كانت النتيجة التي اقترن بها هذا المبحث صحيحة أو خاطئة»⁽²⁾.

ويمكن تعريفه بأنه: ردّ المحكمة على الطلبات والدّفوع المتمسك بها أمامها بعبارة كاشفة عن مضمونها، بأنها نظرت هذه الطلبات، وأنها قبلتها، أو رفضتها.

والفصل الصريح في الطلبات والدّفوع لا يشير أية مشكلة، إذ أنه هو بنفسه بيان وحجة على أن المحكمة فحصته وأجابت عنه، ولا يهم بعد ذلك إن كان قبولا أو رفضا. ولكن يشترط أن يكون الفصل مسببا تسبيبا كافيا وسائغا، وإلا كان واجب النقض.

ب/- الفصل الضمني:

وهو الذي «يتحقق عندما لا ترد المحكمة على مطلب معين بشكل صريح، إنما تقرر مبدأ أو تحكم بشيء يتنافى في وجوده مع وجود المبحث الذي سكتت عنه»⁽³⁾.

ويعنى آخر أن الفصل الضمني ليس هو إغفال وسكوت المحكمة عن الفصل في الطلبات والدّفوع، وإنما هو فصل في الطلبات بطريقة غير صريحة في عباراتها وألفاظها، وإنما هو مستخلص من مضمون حكمها.

وإذا كان من اللازم على قضاة الموضوع أن يناقشوا أوجه الدّفاع المتمسك بها من قبل الأطراف أمامهم، ويفصلوا فيها بالقبول أو بالرفض إلا أن ذلك لا يعني أنهم ملزمون بالردّ بصفة صريحة على كل وجه، وإنما تكفي الإجابة عليه بصفة ضمنية. وعلى هذا الأساس قضت المحكمة العليا بأن الوجه المشار من

(1) - عبيد، رؤوف، المرجع نفسه، ص 784.

(2) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ج 2، ص 225.

(3) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ج 2، ص 227.

الطاعن المتهم أنه طلب تطبيق أحكام 245 من القانون رقم: 85-05 المؤرخ في: 16/02/1985م⁽¹⁾، لكونه قام باستهلاك المخدرات، ومع ذلك فلم يفصل القرار في طلبه، هو وجه غير مؤسس «حيث إنَّ قضاة الاستئناف عندما ذكروا أن المتهم كان يستهلك المخدرات ويقدمها للغير قد أجابوا حتما عن طلبه»⁽²⁾.

كما قضت بأنَّ الوجه المثار «من طرف النائب العام المأخوذ من إغفال الفصل في طلبات النيابة، بدعوى أنَّ النيابة العامة قدَّمت طلبات كتابية مفادها مواصلة التحقيق وفقا للتحقيق التكميلي الذي أمرت به غرفة الاتهام، إلا أنَّ هذه الأخيرة فصلت في موضوع القضية دون تقديم جواب على التماسات النيابة العامة»، هو وجه مرفوض على أساس «أنَّه من خلال الاطلاع على القرار المطعون فيه يتبين بأنَّه أشار في آخر ديباجته، وفي نهاية بيان الوقائع وفي الموضوع إلى طلب النيابة العامة بمواصلة التحقيق، ثم ردَّ عليه ضمنيا بالرفض، لما قضى بانتفاء وجه الدَّعوى من جهة (لبعض المتهمين)، وبالإحالة على محكمة الجنايات من جهة أخرى»⁽³⁾.

الفرع الثاني: تعريف إغفال الفصل في الطلبات، ومضمونه:

1/- تعريف إغفال الفصل في الطلبات:

يعرف بعض الفقه إغفال الفصل في الطلبات باعتباره وجهها للنقض بأنَّه «السهو أو غرض الطرف عن التصدي لطلبات مقدمة أمام الجهات القضائية في وضعها النهائي، سواء تعلق الأمر بطلبات أصلية، أو فرعية، أو إجراء شكلي أو موضوعي كيفما كان الغرض منها، سواء كان الأمر يخص أصل الدَّعوى أو طلبات تقدم بها الأطراف في شكل حقوق أو دفوع متمسك بها كوسيلة دفاع أساسية يترتب على الإخلال بها المساس بقواعد العدالة، سواء كانت طلبات مادية أو قانونية»⁽⁴⁾.

وهو تعريف عام وطويل، ولو اكتفى بالقول إنه: «السهو أو غرض الطرف على التصدي لطلبات مقدمة أمام الجهات القضائية في وضعها النهائي» لكان وافيا بالغرض.

⁽¹⁾ - القانون رقم: 85-05 المؤرخ في: 26 جمادى الأولى عام 1405 هـ الموافق ل: 16/02/1985م يتعلق بحماية الصحة وترقيتها. المعدل والنتمم به:
- القانون رقم: 88-15 المؤرخ في: 03/05/1988م. (الجريدة الرسمية، ع: 18، س: 25، المؤرخة في: 04/05/1988م).
- القانون رقم: 90-17 المؤرخ في: 31/07/1990م. (الجريدة الرسمية، ع: 35، س: 27، المؤرخة في: 15/08/1990م).
- القانون رقم: 98-09 المؤرخ في: 19/08/1998م. (الجريدة الرسمية، ع: 61، س: 35، المؤرخة في: 23/08/1998م).
- القانون رقم: 06-07 المؤرخ في: 15/07/2006م. (الجريدة الرسمية، ع: 47، س: 43، المؤرخة في: 19/07/2006م).
- القانون رقم: 08-13 المؤرخ في: 20/07/2008م. (الجريدة الرسمية، ع: 44، س: 45، المؤرخة في: 03/08/2008م).
- القانون رقم: 04-18 المؤرخ في: 25/12/2004م يتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها. الجريدة الرسمية، ع: 83، س: 41، المؤرخة في: 26/12/2004م، إلغاء المسود 190 ومن 241 إلى 259 من قانون الصحة. الجريدة الرسمية، ع: 08، س: 22، المؤرخة في: 16/02/1985م.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 24 أكتوبر 1989م، (عن غ.ج. 2/2)، في الطعن رقم: 55811. (م.ق)، ع: 01، س: 1991م، ص 180.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 21 أكتوبر 2010م، (عن غ.ج. 1/1)، في الطعن رقم: 695221. (م.م.ع)، ع: 02، س: 2010م، ص 316.

⁽⁴⁾ - جروة، علي، الموسوعة في الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ج 3، ص 571.

وقال باحث آخر: «يعني إغفال البت بأحد المباحث أن المحكمة أهملت الفصل صراحة أو ضمنا بأحد المباحث المدلى بها على وجه قانوني من أحد الخصوم»⁽¹⁾.

ويمكن أن نعرفه بالقول: إن إغفال الفصل في الطلبات هو: وجه للنقض يتعلق إما بسهو محكمة الموضوع عن الرد على طلبات المتمسك بها أمامها من أحد الأطراف بأن لو صحت هذه الطلبات لأدت إلى اختيار التهمة أو تخفيف المسؤولية، وإما بأن ردت على هذه الطلبات ردا منسوبا بالقصور في التسبيب لكونه غير كاف ولا سائغ، يؤدي في كل هذه الحالات إلى النقض والإبطال للحكم.

2- مضمون إغفال الفصل في الطلبات:

الواقع أن مسألة إغفال الفصل في الطلبات لا تتعلق فقط بإغفال والذهول عن الفصل في أحد الطلبات، وإنما تتعلق أيضا بالفصل بما يتجاوز الطلب. ذلك، أن محكمة الموضوع إذا كان من الواجب الفصل في الطلبات الجوهرية المبدأة أمامها، فإنه يجب كذلك عليها ألا تتجاوز حدود ما هو مطلوب منها. وإذن فمضمون إغفال الفصل في الطلبات هو أنه يتكون من شقين: الإيجابي وهو الفصل بما يجاوز الطلب، والسلبي وهو الذهول عن الفصل في الطلب.

وإليك بيانها بشيء من التفصيل.

أ- الحكم بما يتجاوز الطلبات:

وهنا تحكم محكمة الموضوع بما يتجاوز الحدود المرسومة في الطلبات، وهذا يكون خاصة في:

- الفصل في جريمة أو ظرف من ظروفها على الرغم من عدم وجوده في قرار الإحالة.

- تجاوز حدود طلبات المدعي المدني.

- الحكم بما يطلب في الدَعْوَى العمومية، حيث لا يجوز الفصل في الدَعْوَى المدنية في حال عدم التأسيس فيها مطلقا، كما لا يجوز للمحكمة الحلول محل المدعي المدني والمتهم للفصل في الدَعْوَى المدنية، وقد قالت المحكمة العليا، بما نصه: «للدعوى المدنية طابع اص فهي لا تهم إلا الطرف المدني الذي لحقه ضرر من جراء جريمة والمتهم الذي تسبب في ارتكابها، ويكون القاضي حكما بينهما في تقدير الضرر، وهذا الدور الذي يتمتع به القاضي لا يسمح له بالإحلال محل أحد الطرفين، إما بمنح تعويض بدون طلب الطرف المدني أو بتخفيفه بدون طلب المتهم»⁽²⁾.

ويفرق البعض بين الحكم بما لم يطلب والحكم بتجاوز الطلب بأنه في الحكم بما لم يطلب يمكن أن يقتصر أثر النقض على حذف الشق من القرار المطعون فيه والذي قضى بما لم يطلب دون دعوة الخصوم إلى محاكمة جديدة، على أساس أنه لا حاجة لمثل هذه المحاكمة طالما أنه لا حاجة لشق جديد من الحكم

(1) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ج2، ص222.

(2) - قرار صادر يوم: 22 جويلية 1998م، (غ.ج.م)، في الطعن رقم: 170280. بوسقعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص02.

يجل محل الشق الذي تم نقضه، وجرى حذفه. أما الحكم بأكثر مما طلب فلا بد من محاكمة جديدة طالما أنه لا مندوحة من إحلال شق جديد محل الشق الذي تم نقضه، وهو ما لا تستطيع المحكمة أن تفعله إلا بعد دعوة الخصوم إلى محاكمة جديدة⁽¹⁾.

إلا أنهما يتفقان في أن كليهما يفتح باب الطعن بالنقض⁽²⁾.

وتجب الإشارة إلى أن الحكم بما يتجاوز الطلبات هي قاعدة عامة تسري في الدَعْوَى المدنية أكثر منها في الدَعْوَى العمومية، ذلك أن هذه الأخيرة تخضع للسلطة التقديرية في التقدير بالعقوبة، أو بالبراءة، أو بالإعفاء من العقاب، أو بعدم الاختصاص، متى كان الحكم أو القرار مسببا تسببا كافيا وسائغا. أما الدَعْوَى المدنية فهي خاضعة لقاعدة عامة هي منع المحكمة من الحكم بما يتجاوز الطلبات، على أساس المبدأ القائل بوجوب تقييد القاضي بحدود النزاع كما رسمها الخصوم⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس فقاعدة منع المحكمة من الحكم بما يتجاوز طلبات الخصوم في الدَعْوَى المدنية هي قاعدة عامة ذات أثر عام وشامل لكل مطلب لم يعرضه الخصوم على المحكمة من أجل إعطائه الحل القانوني الواجب، فإذا تبين للمحكمة وهي تفصل في نزاع معروض عليها ان حقا معيننا يقتضي تكريسه لمصلحة أحد الخصوم، فإنها لا تستطيع البت فيه طالما أن هذا الخصم لم يطلب منها ذلك، وإذا فصلت فإنها تكون قد حكمت بما لم يطلب منها⁽⁴⁾.

ويشترط للقول بأن محكمة الموضوع حكمت بما يتجاوز الطلبات، أن يكون ما حكم قد تكرر في المنطوق أو في الحيشات المرتبطة بها ارتباطا وثيقا والتي تحوز مع المنطوق حجية الشيء المقضي فيه⁽⁵⁾. ويستثنى من تجاوز الطلبات ما يأتي⁽⁶⁾:

- إعطاء الطلبات الوصف القانوني الصحيح: فإذا أخطأ أحد الخصوم في تحديد الوصف القانوني لطلبه، فإنه يمكن لمحكمة الموضوع أن تقيده لهذه الطلبات وضعها القانوني الصحيح. فإذا طلب خصم التعويض عن جريمة خيانة الأمانة المنصوص والمعاقب عليها في المادة 378ق.ع ووجدتها أنها لا تشكل جريمة، فإن المحكمة هنا يجب تصحيح هذا الوصف وهو أنه لا جريمة، ومن لا تعويض.

- تفسير الطلبات: فإذا استعمل الخصم عبارات غامضة في طلبه، أو يكتنفها بعض الغموض، فإن محكمة الموضوع أن تفسر وتوضح تلك العبارات والطلبات، وقد قضت المحكمة العليا بأن الأطراف المدنية

(1) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ج2، ص208.

(2) - الحجار، حلمي محمد، المرجع نفسه، ج2، ص209.

(3) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ج2، ص209.

(4) - الحجار، حلمي محمد، المرجع والصفحة نفسهما.

(5) - الحجار، حلمي محمد، المرجع نفسه، ج2، ص212.

(6) - الحجار، حلمي محمد، المرجع نفسه، ج2، ص216.

إذا قدمت طلبا إجماليا دون تفصيل، فإنه لا يجوز للمحكمة أن ترفضه، وإنما كان يجب عليها أن تصحح الطلبات وتفصل في التعويضات⁽¹⁾.

- النظام العام: إذ يشير بعض الباحثين⁽²⁾ إلى أن المادة 6/32 من القانون الاتحادي لمبادئ الأصول المدنية في الاتحاد السوفياتي سابقا تنص على أنه: «تستطيع المحكمة عند إصدار حكمها أن تخرج عن الحدود التي وضعها المدعي لادعاءاته متى كانت حماية حقوق الدولة أو التنظيمات الاجتماعية أو حتى حقوق ومصالح المواطنين المضمونة قانونا تفرض ذلك».

وهذا النص واضح، في أنه يجوز لمحكمة الموضوع الخروج عن حدود المطالب متى كان النظام العام السوفياتي يفرض ذلك.

وهذا النص يتطابق مع المادة 05 من ق.أ.م.م اللبناني القديم التي تنص على أنه: «لا يجوز للمحاكم أن تمنح أكثر من المطلوب إلا في تطبيق القوانين المختصة بالنظام العام».

ب/- إغفال الفصل في أحد الطلبات:

وقد سبق تعريفه بأنه إهمال محكمة الموضوع الفصل في طلبات ودفع مرفوعة أمامها وفق القانون. والإغفال بهذا المفهوم يشترط فيه الشروط الآتية⁽³⁾:

- أن يكون إغفال الفصل في الطلب قد ألحق ضررا بصاحب الشأن.
- أن تكون مصلحة صاحب الشأن متوافرة لطلب الطعن.
- أن يكون الخصم قد تمسك بطلبه أمام محكمة الدرجة الأولى والدرجة الثانية، أو على الأقل أمام هذه الأخيرة.

الفرع الثالث: الأسس القانونية التي يقوم عليها إغفال الفصل في الطلبات كوجه للنقض

يتأسس وجه النقض إغفال الفصل في الطلبات على أساس قانوني، وأساس فقهي، وذلك كالاتي:

1/- الأساس القانوني:

أما بخصوص النصوص القانونية التي تلزمه المحكمة بالرد على الطلبات والدفع فهي المادة 352ق.إ.ج حيث فيها ما نصه يجوز للمتهم ولأطراف الدعوى الآخرين ومحاميهم إيداع مذكرات ختامية. ويؤشر على هذه المذكرات من الرئيس والكتاب، وينوه الأخير عن هذا الإيداع بمذكرات الجلسة. والمحكمة الملزمة بالإجابة عن المذكرات المودعة على هذا الوجه إيداعا قانونيا يتعين عليها ضم المسائل المطالبة والدفع المبدأة أمامها للموضوع والفصل فيها بحكم واحد بيت فيه أولا في الدفع ثم بعد ذلك في الموضوع.

(1) - قرار صادر يوم: 07 مارس 1989م، (عن غ.ج.2/ق3)، في الطعن رقم: 57890. (م.ق)، ع: 02، س: 1990م، ص306.

(2) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ج2، ص219-220.

(3) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ج2، ص223.

ولا يجوز لها غير ذلك إلا في حالة الاستحالة المطلقة أو أيضا عندما يتطلب نص متعلق بالنظام العام إصدار قرار مباشر في مسألة فرعية أو دفع». هذا أمام المحاكم والمجالس القضائية.

أما محكمة الجنايات فإنَّ الردَّ على الطلبات والدُّفوع أمامها يكون بالردِّ على الأسئلة الاحتياطية المنصوص عليها بالمادة 2/306 ق.إ.ج، بأنَّه: «إذا خلص من المرافعات أنَّ واقعةً تُحتمل وصفا قانونيا مخالفا لما تضمنته حكم الإحالة؛ تعين على الرئيس وضع سؤال أو عدَّة أسئلة احتياطية».

وكذا المادة 2/305 ق.إ.ج المتعلقة بأسئلة الأعدار القانونية.

وقد قضت المحكمة العليا أنَّه: «من المقرر قانونا (م305 ق.إ.ج) أنَّه يجب على المحكمة أنَّ تطرح سؤالا خاصا ومميزا عن كل عذر صار التمسك، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. ولما كان من الثابت القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الدِّفاع قدم طلبا مفاده وضع سؤالين احتياطيين الأول خاص بتكليف الوقائع، والثاني خاص بعذر الاستفزاز فإنَّ المحكمة التي لم ترد على طلب الدِّفاع، ولم تطرح السؤال الخاص بعذر الاستفزاز المأخوذ من قرار الإحالة خالفت القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه»⁽¹⁾.

وهنا إذا تقدم المتهم بطلب إلى محكمة الجنايات يطلب فيه تكليف الوقائع من القتل العمد إلى الضرب المفضي إلى الموت، فيجب أن تجيب وترد على هذا الطلب، وذلك عن طريق طرح سؤال احتياطي في ورقة الأسئلة والإجابة، وكذلك في حال التمسك بعذر قانوني معين فيجب أن ترد عليه أيضا بطرح سؤال خاص به والإجابة عنه بنعم أو بلا بالأغلبية طبقا للمادة 305 و306 ق.إ.ج.

إلى جانب ذلك فإنه يمكن اعتبار المادة 5/500 ق.إ.ج أساسا قانونيا في وجوب الرد على الطلبات والتي تنص على أن من «أوجه الطعن بالنقض إغفال الفصل في وجه الطلب أو في أحد طلبات النيابة العامة». إذ لما كان هذا النص يعتبر أن من أوجه النقض إغفال الفصل في الطلبات فمعنى هذا أن قضاة الموضوع ملزمون بالردِّ على الطلبات المقدمة لهم.

وكذلك المادة 1/184 ق.إ.ج التي تنص على أنه: «يفصل المجلس في القضية في غرفة المشورة بعد تلاوة تقرير المستشار المنتدب، والنظر في الطلبات الكتابية المودعة من النائب العام، والمذكرات المقدمة من الخصوم».

وكذا المادة 1/199 ق.إ.ج التي تنص على أنه: «يوقع على أحكام غرفة الاتهام من الرئيس والكاتب، ويذكر بها أسماء الأعضاء والإشارة إلى إيداع المستندات والمذكرات وإلى تلاوة التقرير وإلى طلبات النيابة العامة».

(1) - قرار صادر يوم: 06 ديسمبر 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 52367. (م.ق.)، ع: 04، س: 1990م، ص225.

2/- الأساس الفقهي: تقوم قاعدة وجوب الفصل في الطلبات من طرف المحكمة إلى مبدئين اثنين

هما: مبدأ الحياد، ومبدأ سلطان الخصوم على المحاكمة.

أ/- مبدأ الحياد: سبق أن عرفنا مبدأ الحياد من قبل، ولذا فلن نكرره. ونشير هنا فقط إلى ما يتعلق بموضوعنا، وهو أنه لما كان مبدأ الحياد من المبادئ الأساسية والجوهرية التي يقوم القضاء الجزائي، فإن هذا المبدأ يقتضي من القاضي الذي ينظر النزاع أن يرد على كل طلب وقع التمسك به أمامه ردا كافيا وسائعا ومقبولا، سواء بالرفض أو بالقبول، وسواء صراحة أو ضمنا، إذ يجب الرد على كل دفع وقع التمسك به، فإذا لم يقع الرد لا صراحة ولا ضمنا، وسكتت عنه، فإنه يدل إما على أن القاضي لم يحط إحاطة كاملة أو كافية بعناصر القضية والنزاع، وهذا هو الغالب، وإما أنه منحاز لطرف معين على حساب الحقيقة والعدالة، وأنه خرق مبدأ الحياد بين الأطراف الذي يجب أن يلتزم به، وأنه انحرف عن النزاهة التي يجب أن يتحلى بها.

ب/- مبدأ سلطان الخصوم على المحاكمة:

ويعني هذا المبدأ أن تلتزم المحكمة بحدود الطلبات المرفوعة إليها، فلا يجوز لها أن تفصل في طلب لم يرفع إليها، أو أن تتجاوز حدود الطلبات المرفوعة إليها. ومن ثم فهي تفصل بما هو مطلوب فقط بما هو مطلوب دون زيادة، أو خروج عنها.

وهذا المبدأ من أهم المبادئ القانونية⁽¹⁾ ولكن في خصوص الدَعْوَى المدنية فقط دون الدَعْوَى العمومية، كما سبق بيانه، ولذلك كان من أوجه الطعن بالنقض في المواد المدنية ما تنص عليه المادة 16/358 ق.إ.م.إ. «الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب».

والعلة في ذلك أن الدَعْوَى المدنية شأن خاص لأطراف النزاع إذ من حقهم التنازل، أو التصالح عليه فيما بينهم ولا رقابة للقضاء على ذلك، وإذا كان الأمر كذلك فإن تحديد حدود الطلبات هو شأن خاص أيضا لا يجوز للقضاء أن يحكم بما يتجاوز هذه الطلبات.

وقد استقر قضاء المحكمة العليا على أنه لا يجوز منح تعويضات للطرف المدني طالما أنه لم يستأنف دعواه المدنية أمام المجلس القضائي، أو لم يتأسس على الإطلاق أمام محكمة الدرجة الأولى⁽²⁾.

⁽¹⁾ - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ج 2، ص 152.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 13 جانفي 1970م، (عن غ.ج.)، (ن.ق.)، ع: 01، س: 1970م، ص 61. قرار يوم: 30 أفريل 1984م، (عن غ.ج. 1/2 ق)، في الطعن رقم: 27580. (م.ق.)، ع: 02، س: 1989م، ص 294. والقرار الصادر يوم: 16 ديسمبر 1984م، (عن غ.ج. 1/2 ق)، في الطعن رقم: 40760. (م.ق.)، ع: 03، س: 1989م، ص 295. والقرار الصادر يوم: 02 جانفي 1985م، (عن غ.ج. 1)، في الطعن رقم: 39130. (م.ق.)، ع: 02، س: 1989م، ص 247. والقرار الصادر يوم: 15 أفريل 1986م، (عن غ.ج. 1)، في الطعن رقم: 42200. (م.ق.)، ع: 02، س: 1989م، ص 257. قرار صادر يوم: 22 ماي 1990م، (غ.ج.م.)، القسم الثاني، في الطعن رقم: 57533. (م.ق.)، ع: 03، س: 1991م، ص 255. قرار صادر يوم: 14 ديسمبر 1998م، (غ.ج.م.)، في الطعن رقم: 180610. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 151.

كما أنه، من جهة أخرى، وطبقا للمادة 4/433ق.إ.ج «لا يجوز للمدعي المدني في دعوى الاستئناف أن يقدم طلبا جديدا، ولكن له أن يطلب زيادة التعويضات المدنية بالنسبة للضرر الذي لحق به منذ صدور حكم محكمة الدرجة الأولى».

وعلى هذا الأساس قضت المحكمة العليا بنقض قرار الغرفة الجزائية الذي استجاب لطلبات المدعي المدني برفع مبلغ التعويض المحكوم به دون توضيح أو تسبب فقد خرقوا القانون باعتبار أن طلب الطرف المدني طلب جديد وبالاستجابة إليه يكون قرار المجلس قد أساء إلى المستأنف عليه⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تقدير اعتبار إغفال الفصل في الطلبات من أوجه النقض:

والآن وبعد كل هذا العرض لإغفال الفصل في الطلبات كوجه من أوجه النقض، فإن السؤال يطرح نفسه، وهو ما الفائدة من النص على إغفال الفصل في الطلبات كسبب مستقل من أسباب النقض خاصة إذا علمنا أن عدم التنصيص عليه في أوجه النقض رغم ذلك يؤدي إلى النقض لأن إغفال الفصل في الطلبات يندرج ضمن قصور الأسباب الذي هو أحد أوجه النقض طبقا للمادة 4/500ق.إ.ج؟

الواقع أن تنصيص المشرع على أن من أوجه النقض إغفال الفصل في الطلبات هو في الحقيقة «نص لا لزوم له»⁽²⁾، لأن الفقرة الرابعة من المادة 500ق.إ.ج التي تنص على «انعدام الأسباب أو قصورها» بنفسها كافية ولا تحتاج إلى نص آخر من أجل نقض الحكم بسبب إغفال الفصل في الطلبات. كما أن الفقرة السابعة من المادة 500ق.إ.ج التي تنص على «مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه» هي كافية وتفي عن إيراد وجه خاص للنقض يتعلق بإغفال الفصل في الطلبات.

- ومع ذلك، إذا كان لا جدوى من إيراد نص إغفال الفصل في الطلبات كوجه من أوجه النقض فما غاية المشرع من التنصيص عليه؟

- لعل غاية المشرع في ذلك هي «رغبته بتأكيد»⁽³⁾ أن هذا الوجه من أوجه من مخالفة القانون يفسح فقط مجالا للنقض، ولا يشكل بالتالي سببا من أسباب النقض.

ويمكن القول أيضا أن المشرع رأى أن يرفع من قيمة ومكانة إغفال الفصل في الطلبات من مجرد عنصر يدخل ضمن التسبب إلى مرتبة وجه من أوجه النقض، أي الانتقال به من دائرة الضمنيات إلى دائرة المنصوصات الثقليات، وكل هذا رفعا من شأنه وقيمته، ومن ثم إبراز حقوق الدفاع وطلبات أطراف الخصومة.

(1) - قرار صادر يوم: 19 جويلية 1994م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 119816. (م.ق)، ع: 03، س: 1994م، ص: 242.

(2) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ج: 2، ص: 236.

(3) - الحجار، حلمي محمد، المرجع والصفحة نفسها.

- وربما يهدف كذلك إلى تنبيه محاكم الموضوع إلى ضرورة إيلاء أهمية وعناية بالغتين لطلبات أطراف الخصومة وفحصها والتدقيق فيها، ومن ثم الرد عليها رداً كافياً وسائغاً، وإلا تعرض الحكم إلى النقض والإبطال.

وهذا، فإن إيراد المشرع لإغفال الفصل في الطلبات في أوجه الطعن بالنقض لم يكن يهدف إلى إنشاء وإحداث وجه للنقض، وإنما يهدف إلى التأكيد والتنبيه.

المطلب الثاني: تطبيقات قضائية لإغفال الفصل في الطلبات:

تتطرق هنا إلى بعض التطبيقات القضائية لإغفال الفصل في الطلبات. وذلك من خلال العناصر الآتية:

أولاً: تقديم الطلبات من الخصوم.

ثانياً: الفصل في الطلبات.

ثالثاً: إغفال الفصل في الطلبات لا يؤدي بالضرورة إلى النقض.

وإليك بيانها:

أولاً: تقديم الطلبات من الخصوم:

- تنص المادة 4/36 ق.إ.ج على أن وكيل الجمهورية يبدي أمام الجهات القضائية ما يراه لازماً من الطلبات، من جهتها تجيز المادة 238 من نفس القانون لممثل المدعي العمومي تقديم الطلبات الكتابية أو الشفوية التي يراها هنا لصالح العدالة⁽¹⁾.

- متى كان من المقرر قانوناً طبقاً للمادة 353 ق.إ.ج أنه يجب سماع الطرف المدني أمام قاضي الموضوع، ومن ثم فإنه يعد باطلاً الحكم أو القرار الذي لا يعاين سماع الطرف المدني في طلباته، ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المجلس لما أغفل سماع الطرف المدني وحضوره الجلسة رغم وجوده كطرف في الخصام يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه⁽²⁾.

إذا كان لا يجوز للمدعي المدني أن يقدم طلبات جديدة أمام المجلس القضائي إلا أنه يسوغ له أن يطلب الزيادة في التعويضات بالنسبة للضرر الذي لحقه منذ صدور الحكم المستأنف عملاً بمقتضيات المادة 4/433 ق.إ.ج⁽³⁾.

ثانياً: الفصل في الطلبات:

(1) - قرار صادر يوم: 27 مارس 1990م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 69473. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص371.
(2) - قرار صادر يوم: 07 نوفمبر 1989م، (عن غ.ج.2/2)، في الطعن رقم: 58372. (م.ق)، ع: 02، س: 1991م، ص233.
(3) - قرار صادر يوم: 24 مارس 1981م، (عن غ.ج.2/1)، في الطعن رقم: 21501. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص372.

يوجب القانون على الجهات القضائية أن تجيب على الطلبات المقدمة إليها من ممثل النيابة، وحتى تتمكن المحكمة العليا من مراقبة التطبيق السليم لهذه القاعدة الأساسية ألزم المشرع في المادتين 238 و314 من ق.إ.ج كاتب الضبط في حالة تقديم طلبات كتابية من النيابة العامة بالتنويه عن ذلك بمذكرات الجلسة أو بمحضر المرافعات حسب الأحوال، فمتى ثبت من هذه الوثيقة الرسمية أن النيابة العامة طالبت بتطبيق المادة 317 ق.إ.ج على المتهم المتخلف عن الحضور، وأن المحكمة لم تجب على طلبها لا بالقبول ولا بالرفض ترتب على ذلك نقض الحكم الصادر في الدَّعوى⁽¹⁾.

- متى كان الثابت أن الحكم الابتدائي سها عن الرد على طلبات إدارة الضرائب، وأن المجلس القضائي بدلا من أن يبت في هذه المسألة بعد عرضها عليها أغفل بدوره عن الإجابة عليها مكتفيا بصرف النيابة العامة لا اتخاذ ما تراه مناسبا بشأنها تعرض قضاؤه للنقض⁽²⁾.

- إن عدم الفصل في الدَّعوى المدنية القائمة على طلب إدارة الضرائب رغم الإدانة بجنحة الغش الضريبي يعد إغفالا عن الفصل في أحد أوجه الطلب ومستوجبا بالتالي للنقض، وعلى هذا الأساس نقضت المحكمة العليا قرار الغرفة الجزائية الذي أيد حكم محكمة الدرجة الأولى الذي أغفل الفصل في وجه الطلب لإدارة الضرائب على الرغم من أنها تأسست على مستوى الدرجتين وقدمت طلباتها خاصة الدرجة الثانية، ومن ثم فهو أغفل الفصل في وجه الطلب الأمر الذي يشكل بابا للنقض⁽³⁾.

- ويعد إغفالا للفصل في وجه الطلب المقدم من إدارة الضرائب أن تقضي الغرفة الجزائية في الدَّعوى العمومية قبل الفصل في الموضوع إرجاء البت لحين الفصل في القضية أمام الغرفة الإدارية من أجل جرم التهريب الضريبي المنصوص والمعاقب عليه بالمادتين 303 و407 ق.ض.م مسببة قرارها «على أنه تبين للمجلس عند الاطلاع على الحكم المستأنف أن النزاع قائم بين الطرفين وأن المجلس لا يستطيع التحقق من قيمة الضرائب» حيث إنَّ التسبب الذي جاء به قضاة المجلس خاطئ ذلك أن النزاع الإداري حول الضريبة مستقل عن الدَّعوى الجزائية القمعية المنظورة أمام الجهات الجزائية والتي محتواها جريمة التهريب الضريبي، حيث إنَّ أمام الجهات الجزائية والتي محتواها جريمة التهريب الضريبي، حيث إنَّ القاضي الجزائي مستقل عن القاضي الإداري، وأن الحكم الإداري في مادة الضرائب لا حجية له أمام القاضي الجزائي، حيث إنَّ موضوع القضية الإدارية هو تحديد الوعاء الضريبي وقيمة الأرباح والتصريحات المختلفة، أما موضوع التهريب الضريبي فهو قضية جزائية تتعلق باستعمال وسائل تدليسية ووسائل غش من أجل التهريب من دفع قيمة

(1) - قرار صادر يوم: 27 مارس 1990م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 69473. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص372-373.
(2) - قرار صادر يوم: 25 جوان 1968م، (عن غ.ج.ج) في قضية (ن.ع) ضد فريق (د.و)، نشرة العدالة، س: 1969م، ص143. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص373.
(3) - قرار صادر يوم: 20 فيفري 2002م، (غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 227783. (م.ق)، ع: 01، س: 2004م، ص323.

الضريبة، ومن ثم فإن القاضي الجزائري غير مرتبط في مجال الغش الجبائي بالدعوى الضريبية المعروضة على القاضي الإداري لاستقلال الدعويين الجزائرية والإدارية⁽¹⁾.

- ومن اللازم على قضاة الموضوع أن يستجيبوا لطلبات إدارة الجمارك طالما أنها أقامت الدعوى المالية ضد المتهم وانتصبت طرفا مدنيا فيها⁽²⁾.

- من المقرر قانونا طبقا للمادة 336ق.ج أنه عند عدم التمكن من حجز موضوع التهريب يتعين على قضاة الموضوع بناء على طلب إدارة الجمارك التصريح بغرامة معادلة لقيمة الشيء المهرب التي تعوض إجراء مصادرتة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المتهم استورد سيارة على نظام القبول المؤقت ثم أعاد بيعها دون إتمام شكليات أداء الرسوم عليها ودون أن تتمكن مصالح الجمارك من استعادتها الذين طلبوا الحكم على المتهم بأداء مبلغ يعادل قيمة السيارة فإن قضاة الموضوع الذين رفضوا خطأ هذا الطلب لسبب أن المادة 323ق.ج لا تنص على هذه الغرامة، لكن المادة 336ق.ج لا تناقض أحكام المادة 323ق.ج وإنما هذه الأخيرة متممة للمادة 336ق.ج، يكونوا قد خرقوا القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽³⁾.

- من المستقر عليه قضاء أن طلبات إدارة الجمارك المدونة بمحضر إثبات المخالفة الجمركية تعتبر طلبات مقدمة أمام جهة الحكم فتكون هذه الخصومة ملزمة بالتصدي لها، والفصل فيها ولو غيايبا وإن إثارها أمام المجلس على إثر استئناف الحكم لا تعتبر طلبات جديدة ومن ثم فإن عدم الفصل فيها يعد مخالفة للقانون⁽⁴⁾.

وقد استقر قضاء المحكمة العليا على نقض كل قرار لا يرد على طلبات إدارة الجمارك⁽⁵⁾.

من الثابت في قضاء المحكمة العليا أن إدارة الجمارك تعد طرفا مدنيا ممتازا ومن ثم إذا تغييت عن الجلسة يتعين على القضاة الفصل في طلباتها الواردة في مذكرتها المكتوبة، ولما صادق قضاء المجلس على طلبات إدارة الجمارك المكتوبة رغم تغييها عن الجلسة فإنهم طبقوا صحيح القانون⁽⁶⁾.

وعلى هذا الأساس فإنّ الوجه المثار من الطاعن «المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون إذ يستخلص من تلاوة القرار المطعون فيه أن إدارة الجمارك قد تغييت عن الجلسة، وأن القرار صادق على طلباتها المودعة

(1) - قرار صادر يوم: 28 جانفي 2009م، (غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 378030. (م.م.ع)، ع: 02، س: 2010م، ص333.
(2) - قرار صادر يوم: 16 ديسمبر 1986م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 47831. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص373.
(3) - قرار صادر يوم: 19 جوان 1988م، (عن غ.ج.2/2)، في الطعن رقم: 47665. (م.ق)، ع: 02، س: 1993م، ص189.
(4) - قرار صادر يوم: 02 سبتمبر 2002م، (غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 261454. (م.ق)، ع: 02، س: 2002م، ص525.
(5) - قرار صادر يوم: 05 جوان 2001م، (غ.ج.م)، في الطعن رقم: 242326. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج2، ص177. والقرار الصادر يوم: 26 جوان 2000م، (غ.ج.م)، في الطعن رقم: 216025. والقرار الصادر يوم: 27 مارس 2000م، (غ.ج.م)، في الطعن رقم: 212668. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج2، ص179-183.
(6) - قرار صادر يوم: 27 سبتمبر 1999م، (غ.ج.م)، في الطعن رقم: 216460. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ص242.

بالملف مخالفاً بذلك أحكام المادتين 240 و 246ق.إ.ج اللتين تفيدان بأن التأسيس طرفاً مدنياً يكون إما أمام قاضي التحقيق أو بكتابة الضبط قبل الجلسة أو بالجلسة وأن تغيب الطرف المدني عن الجلسة رغم استدعائه يعد تنازلاً عن الدَّعوى»⁽¹⁾. فقالت المحكمة العليا: «إن المحكمة العليا قد فصلت بصفة قطعية في مدى تطبيق أحكام المادتين 240 و 246ق.إ.ج على إدارة الجمارك واستقرت على أن المادتين المذكورتين لا تنطبقان عليها لكون إدارة الجمارك طرفاً مدنياً ممتازاً، ومن ثم إذا تغييت عن الجلسة يتعين على القضاة الفصل في طلباتها الواردة في مذكرتها المكتوبة، مما يجعل الوجه المثار غير مؤسس»⁽²⁾.

وقد قضت المحكمة العليا بأنه «من الثابت أن السهو عن المباحثة بالمصادرة من طرف إدارة الجمارك أمام المحكمة وعدم استئناف هذا الحكم، فإنه إعمالاً للقواعد العامة فإن القانون يخول لها المباحثة بالمصادرة أمام آخر جهة قضائية فصلت في القضية فيعود الاختصاص عندئذ للنظر في موضوع الطلب إلى المجلس رغم أن قانون الجمارك لم ينص على هذه الحالة»⁽³⁾ فإذا تبين من تلاوة القرار أنه بالفعل أن إدارة الجمارك لم تقدم طلب المصادرة أمام المحكمة ولم تستأنف الحكم الذي لم يفصل في موضوع البضاعة المحجوزة لدى إدارة الجمارك لا بالمصادرة ولا بالإرجاع، ولما أصبح الحكم والقرار نهائيين حائزين لقوة الشيء المقضي به، بقيت البضاعة التي هي موضوع الجريمة الجمركية عالقة دون مآل وغير مفصول فيها. وحيث إنَّ ق.ج لم ينص في أحكامه على مثل هذه الحالة، فإنه يتعين الرجوع إلى القواعد العامة وتطبيقها على هذه الحالة على سبيل القياس والإلحاق واعتبار طلب إدارة الجمارك المقدم للمجلس والمتعلق بمصادرة البضاعة المحجوزة لديها بمثابة طلب استرداد طبقاً لأحكام المادة 378ق.ج⁽⁴⁾.

وقد قالت المحكمة العليا: «إنَّ الإجراء الذي بواسطته تقيم إدارة الجمارك دعواها أمام جهات الحكم التي تبت في المسائل الجزائية ليست دعوى مدنية تستند إلى نص المادة الثانية من قانون الإجراءات الجزائية، وإنما هي دعوى جبائية تجدد سندها في أحكام المادتين 259 و 272ق.ج. وإذا كان قانون الجمارك قد وصف بخلاف الأصل إدارة الجمارك بالطرف المدني في الفقرة الثالثة من 259 منه، واعتبر في غير معناه الفقرة الأخيرة من نفس المادة الغرامات والمصادرة الجمركية تعويضات مدنية، فإن ذلك لا يغير من طبيعة دعوى إدارة الجمارك شيئاً طالما أن كل الأحكام الجزائية التي يتضمنها قانون الجمارك تنص على أن المخالفات الجمركية يعاقب عليها بالغرامة الجمركية، وتشير على هذه الأخيرة بصفاتها جزاءً جبائياً وليس تعويضاً مدنياً. وحيثُ إنَّه متى كان ذلك فإن القرار الذي سمي في قضية الحال طلبات إدارة الجمارك بـ «الدَّعوى الجمركية» لم يخالف القانون، وإن كان من المفروض أن يطلق عليها اسم «الدَّعوى الجبائية»⁽⁵⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 27 سبتمبر 1999م، (غ.ج.م)، في الطعن رقم: 216460. (إ.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ص242.

(2) - قرار صادر يوم: 27 سبتمبر 1999م، (غ.ج.م)، في الطعن رقم: 216460. (إ.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ص242.

(3) - قرار صادر يوم: 27 مارس 2000م، (غ.ج.م)، في الطعن رقم: 217751. (إ.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج2، ص306.

(4) - قرار صادر يوم: 27 مارس 2000م، (غ.ج.م)، في الطعن رقم: 217751. (إ.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج2، ص306.

(5) - قرار صادر يوم: 27 سبتمبر 1999م، (غ.ج.م)، في الطعن رقم: 216460. (إ.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج2، ص242.

وقد قالت المحكمة العليا هذا القرار ردا على الوجه المثار من الطاعن «المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون باعتبار أن القرار المطعون فيه فصل في طلبات إدارة الجمارك وسمماها: «الدَّعْوَى الجمركية» في حين أن طلبات إدارة الجمارك تشكل تعويضات مدنية، وأن إدارة الجمارك طرف مدني بمفهوم المادة 259ق.ج»⁽¹⁾.

وقد قضت المحكمة العليا: «إن المجلس لما فصل في الدَّعْوَى العمومية بالبراءة وأغفل الفصل في الدَّعْوَى الجبائية دون الرد على طلبات إدارة الجمارك خالف القانون»⁽²⁾.

- ويتعين على قضاة الاستئناف أن يفصلوا في طلبات إدارة الجمارك حتى ولو قدمت لأول مرة أمام المجلس، وذلك لعدم الحكم فيها من طرف القاضي الأول، وعليه فإن القضاء برفض الدَّعْوَى الجبائية باعتبارها طلبات جديدة بعد التصريح بحفظ حقوق إدارة الجمارك يعد خرقا للقانون. والعلة في ذلك أن الطلبات الجديدة لا تطبق في الدَّعْوَى الجبائية بالنسبة لإدارة الجمارك التي ليس لها طريق آخر تلجأ إليه للفصل فيها في دعواها غير الجهات القضائية الجزائية طبقا لحكم المادة 272ق.ج⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس لا يجوز للغرفة الجزائية أن تقضي بعدم الاختصاص في الدَّعْوَى الجبائية، وذلك في جريمة جمركية تتمثل في حيازة سيارة مجمركة بنموذج مزور، طبقا للمادة 254 و 272 و 303ق.ج⁽⁴⁾. كما قضت بنقض قرار المجلس القضائي القاضي بإدانة المتهم ومصادرة البضاعة دون التعرض لطلبات إدارة الجمارك والحكم بالغرامة الجبائية، لمخالفته المادة 272ق.ج التي تنص على أنه: «تنظر الهيئات القضائية التي تبت في القضايا الجزائية في المخالفات الجمركية، وكل المسائل الجمركية المثارة عن طريق استثنائي»⁽⁵⁾.

وقد قررت المحكمة العليا المبدأ الآتي: «يجب على الهيئة القضائية الجزائية أن تبت في المخالفات الجمركية وكل المسائل المثارة عن طريق استثنائي. وإن المجلس لما قضى بعدم الاختصاص في الدَّعْوَى الجبائية فقد حرم إدارة الجمارك من المباحثة بحقوقها لكونها ليس لها طريقا آخر يمكن أن تلجأ إليه، لأنه مهما كان مآل الدَّعْوَى العمومية فإنه يتعين على الجهة القضائية الجزائية أن تفصل في موضوع الدَّعْوَى الجبائية ولا تتركها معلقة مما يجعل القرار المطعون فيه معرض للنقض»⁽⁶⁾. وقالت أيضا: «إن القضاء بحفظ الحقوق لا يعد فصلا في الدَّعْوَى الجبائية ويكون مخالفا لحكم المادة 272ق.ج التي تلزم الجهة القضائية الفاصلة في القضايا الجزائية النظر في الدَّعْوَى الجبائية والفصل في طلبات إدارة الجمارك بالرفض أو القبول مع التعليل»⁽⁷⁾. حيث إنَّ قضاة المجلس قد قضوا في الدَّعْوَى الجبائية بحفظ حقوق إدارة الجمارك معللين

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 27 سبتمبر 1999م، (غ.ج.م)، في الطعن رقم: 216460. (أ.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج: 2، ص: 242.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 25 جوان 2001م، (غ.ج.م)، في الطعن رقم: 247204. (أ.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج: 2، ص: 257.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 25 جوان 2001م، (غ.ج.م)، في الطعن رقم: 245606. (أ.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج: 2، ص: 267.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 03 أكتوبر 2000م، (غ.ج.م)، في الطعن رقم: 223417. (أ.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج: 2، ص: 274.

⁽⁵⁾ - قرار صادر يوم: 12 ماي 1997م، (غ.ج.م)، في الطعن رقم: 143897. (أ.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج: 2، ص: 279.

⁽⁶⁾ - قرار صادر يوم: 25 جوان 2001م، (غ.ج.م)، في الطعن رقم: 245604. (أ.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج: 2، ص: 315.

⁽⁷⁾ - قرار صادر يوم: 01 جويلية 2003م، (غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 274456. (م.ق)، ع: 01، س: 2003م، ص: 480.

قضاءهم بما يلي: «حيث إن طلبات إدارة الجمارك غير مؤسسة لكونها تخص شخصين وفي الاستئناف بقي شخص واحد مما يتعين حفظ حقها». وحيث إنه يتبين من جهة تناقض أول هذا التعليل مع آخره وذلك بقول قضاة المجلس أن طلبات إدارة الجمارك غير مؤسسة وهذا بمنطق الحكم والقانون يؤدي إلى رفض هذه الطلبات مادامت غير مؤسسة، إلا أن قضاة المجلس بعد ذلك وصلوا إلى حفظ هذه الحقوق فجاءت النتيجة مخالفة للتعليل. فضلا عن عدم كفاية التعليل عندما صرح بأنه بقي متهم واحد⁽¹⁾.

وإذا صدر قرار غيابي ضد إدارة الجمارك قطعنت فيه بالمعارضة، فإنه طبقا للمادة 2/413 ق.إزج تلغي المعارضة الصادرة من الطرف المدني الحكم الصادر غيابيا فيما يتعلق بالحقوق ووجوب الفصل في الموضوع. وعلى هذا الأساس فإذا ثبت من أوراق الطعن أن قضاة المجلس أيدوا الحكم المستأنف الذي لم يفصل في الدَّعوى الجبائية على إثر استئناف إدارة الجمارك مما جعل الدَّعوى الجبائية معلقة رغم تصدي القرار للاستئناف إدارة الجمارك من حيث الشكل بقبوله ودون التعرض له موضوعا ورغم المعارضة المرفوعة من إدارة الجمارك ضد هذا القرار وبفصلهم في الدَّعوى العمومية، ودون التصدي لموضوع المعارضة، فإنهم فصلوا فيما لم يطلب منهم كما أن فصلهم بتأييد القرار الغيابي المعارض فيه فإنهم أيدوا قرارا منعما بقوة القانون بمجرد قبول المعارضة شكلا⁽²⁾.

ومن خصائص الدَّعوى الجمركية أنها مستقلة ومنفصلة عن الدَّعوى العمومية، فإذا انقضت هذه الأخيرة، فإن الدَّعوى الجمركية مع ذلك تبقى قائمة، وعلى هذا الأساس قضت المحكمة العليا بالمبدأ الآتي: «إن حيازة البراءة لقوة الشيء المقضي فيه لا يعد أساسا مبررا لرفض طلبات إدارة الجمارك، لأن الدَّعوى الجمركية تبقى قائمة ومستقلة عن الدَّعوى العمومية، وإن قضاة المجلس برفضهم لطلبات إدارة الجمارك على أساس حيازة قرار البراءة لقوة الشيء المقضي فيه فقد خرقوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض»⁽³⁾.

حيث إن هذا التأسيس غير قانوني، إذ أن الجريمة الجمركية يتولد عنها دعويين: دعوى عمومية وصاحبها النيابة العامة، ودعوى جبائية وصاحبها إدارة الجمارك وهذه الدَّعوى الأخيرة لا تكون بالضرورة مرتبطة بالدَّعوى العمومية⁽⁴⁾. ويجب أن تقضي الجهة القضائية الجزائية في طلبات إدارة الجمارك حتى في حالة إعادة تكييف الأفعال الجرمية، وعلى هذا الأساس قضت المحكمة العليا بأن المجلس لما قضى بإعادة تكييف القضية من جنحة تهريب بضاعة أجنبية إلى جنحة انعدام الفواتير مع إعادة البضاعة المحجوزة لصاحبها ورفض طلبات إدارة الجمارك ودون إعطاء التعليل الكافي لقراره خالف القانون⁽⁵⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 01 جويلية 2003م، (غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 274456. (م.ق)، ع: 01، س: 2003م، ص480.

(2) - قرار صادر يوم: 25 جوان 2001م، (غ.ج.م)، في الطعن رقم: 236083. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج2، ص270.

(3) - قرار صادر يوم: 25 جوان 2001م، (غ.ج.م)، في الطعن رقم: 247352. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج2، ص312.

(4) - قرار صادر يوم: 25 جوان 2001م، (غ.ج.م)، في الطعن رقم: 247352. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج2، ص312.

(5) - قرار صادر يوم: 05 ماي 2003م، (غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 266722. (م.ق)، ع: 01، س: 2003م، ص464.

متى ثبت أن المدعي المدني طالب وفقا للفقرة الأخيرة من المادة 357ق.إ.ج بمنحه تعويضا مؤقتا ريثما يتم تحديد الضرر نهائيا من قبيل الخبير، وأن قضاة الموضوع لم يردوا على طلبه هذا كان قرارهم معيبا واستوجب نقضه⁽¹⁾.

- إذا كانت المادة 352ق.إ.ج تجيز لأطراف الدَعْوَى ومحاميهم إيداع طلبات كتابية فإن المحكمة غير ملزمة بالإجابة إلا على الطلبات الموضوعة بصفة صحيحة بعد التأشير عليها من الرئيس والكتاب وتنويه هذا الأخير عن إيداعها بمحضر الجلسة⁽²⁾.

- الأصل أن الإجابة على الطلبات الجوهرية والهامة تكون بصفة صريحة غير أنه يكفي أن يقع الرد عليها ضمنيا كأن يجيب أعضاء محكمة الجنايات بالإيجاب على السؤال الرئيسي المطروح حسبما ورد في قرار الإحالة لأن إجابتهم بنعم تدل ضمنيا على رفضهم للسؤال الاحتياطي المقترح من الدفاع⁽³⁾.

- على قضاة الموضوع أن يفصلوا في الدَعْوَى الجبائية أو المالية المقامة من طرف إدارة الجمارك بالقبول أو بالرفض وألا يكتفوا بحفظ حقوق الإدارة⁽⁴⁾.

- لما كان من اللازم على محكمة الجنايات أن تنظر في طلبات إدارة الجمارك المدّعية بالحق المدني، فإن إغفالها عن الفعل في هذه الطلبات يبقي الدَعْوَى المالية قائمة أمامها. لذلك يتعين على المحكمة العليا في حالة الطعن بالنقض أن تأمر بإحالة القضية إلى نفس الجهة القضائية لبت فيها طبقا للقانون⁽⁵⁾.

- لا يكفي لصحة الحكم أو القرار أن يجيب قضاة الموضوع على طلبات إدارة الجمارك بحفظ حقوقها على أساس أن القيمة القانونية لمحل الجريمة غير محددة، وإنما يتعين عليهم في مثل هذه الحالة أن يأملوا بإجراء خبرة قصد تحديد هذه القيمة ليفصلوا من بعد ذلك في طلبات الإدارة على ضوء ما نتج عن الخبرة⁽⁶⁾.

- يشترط تحت طائلة البطلان أن تكون أسباب الامتناع عن الفصل في طلبات الإدارة سائغة قانونا ومنطقيا⁽⁷⁾.

- إن تأييد المجلس القضائي لحكم المحكمة الذي فصل في الدَعْوَى العمومية دون الدَعْوَى المدنية بتنازل الطرف المدني عن شكواه ولم يستأنف الحكم هو تطبيق صحيح للقانون⁽⁸⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 04 جويلية 1988م، (عن غ.ج.2/1)، في الطعن رقم: 48235. (م.ق.)، ع: 02، س: 1991م، ص218.
(2) - قرار صادر يوم: 14 يناير 1969م، (عن غ.ج.)، قضية الوكيل القضائي للخزينة العامة ضد السيد: ف، نشرة العدالة، س: 1969م، ص155.
(3) - قرار صادر يوم: 02 يناير 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 36442. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص374.
(4) - قرار صادر يوم: 15 ماي 1988م، (عن غ.ج.2)، في الطعن رقم: 53115. مجلة الجمارك، (ع.خ)، ص55. بغدادي، جيلالي، المرجع و الصفحة نفسها.
(5) - قرار صادر يوم: 24 جوان 1986م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 47998. بغدادي، جيلالي، المرجع نفسه، ج2، ص375.
(6) - قرار صادر يوم: 08 ماي 1990م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 68830. (م.ق.)، ع: 04، س: 1993م، ص235.
(7) - قرار صادر يوم: 10 جوان 1982م، (عن غ.ج.2)، في الطعن رقم: 22938. مجلة الجمارك، (ع.خ)، ص511. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص375.
(8) - قرار صادر يوم: 04 أفريل 2000م، (غ.ج.م.)، في الطعن رقم: 209941. (م.ق.)، ع: 01، س: 2001م، ص350.

- إن القضاء بالفصل في الدَّعْوَى العمومية على إثر استئناف النيابة العامة والمتهم والطرف المدني ودون التطرق إلى الدَّعْوَى المدنية، فإن هذا الإغفال يعد خرقا صارخا للقواعد الجوهرية في الإجراءات مما يعرض القرار المطعون للنقض⁽¹⁾.

- إن القضاء بالفصل في الدَّعْوَى العمومية دون التطرق للدعوى المدنية بالإجابة أو الرفض رغم استئناف الطرف المدني هو قرار مشوب بالقصور في التسبب ينجر عنه النقص، حيث إنَّ المدَّعي المدني تأسس أمام محكمة الدرجة الأولى وطلب تعويضا معيناً إلا أن المحكمة فصلت في الدَّعْوَى العمومية وصرحت بالبراءة ولم تتعرض إلى الدَّعْوَى المدنية إطلاقاً سواء بالقبول أو بالرفض، ومن ثم لم تجب على طلبه الذي بقي عالقا، مما جعله يرفع استئنافه أمام المجلس الذي كان عليه أن يتعرض للدعوى المدنية بالفصل فيها واعتباره أنه لم يفعل، إذ أنه صرح برفض استئناف المدَّعي المدني بحجة عدم التأسيس⁽²⁾.

- من المقرر قانوناً أنه يتعين على الهيئة القضائية التي تنظر في القضايا الجزائية في المخالفات الجمركية أن تفصل في طلبات إدارة الجمارك⁽³⁾، وعلى هذا الأساس قضت المحكمة العليا بنقض قرار فصل في الدَّعْوَى العمومية بتأييد الحكم المستأنف فيما أغفل الفصل في الدَّعْوَى الجبائية وهذا مخالف للمادة 272 ق.ج⁽⁴⁾، كما قضت بنقض قرار ناقش الدَّعْوَى الجبائية في حثياته لكن منطوق القرار جاء خالياً من الفصل في الدَّعْوَى الجمركية⁽⁵⁾.

- وإذا تم الرد على الدَّفْع المتمسك به من صاحب الشأن، فإنه يشترط أن يكون الرد سائغا ومنطقيا، ولا تعرض الحكم للنقض والإبطال، ومثال ذلك أن يدفع المتهم بدفع كتابي بخصوص التقادم وأنه يتمسك لأنه من النظام العام ويطلب الحكم والتصريح بانقضاء الدَّعْوَى العمومية، فيصدر قرار المجلس القضائي بالإجابة على هذا الدَّفْع بالرفض معللا بأن «الدَّفْع مردود على صاحبه ذلك أنه لا يوجد ما يفيد تبليغ الحكم الغيابي التي تعتبر طرفا في الدَّعْوَى الجزائية حتى يتمكن من حساب مدة التقادم». فهذا التعليل الذي جاء به المجلس مخالفا للقانون، خاصة أن المادة 08 ق.إ.ج التي تنص على أن مدة التقادم الدَّعْوَى العمومية تسري من يوم اقرار الجريمة أو من تاريخ آخر إجراء من إجراءات المتابعة»، وحيث إنَّ تبليغ الحكم الغيابي للنيابة العامة ليس هو أحد الإجراءات المنصوص عليها في المادة 08 ق.إ.ج، بل هو أحد التدابير المنوّه عليها بالمادة 412 من نفس القانون كمنطلق لحساب مواعيد الطعن بالمعارضة عندما لم يحصل التبليغ لشخص المتهم، وإذا لم تسع النيابة العامة إلى تنفيذ الحكم الغيابي بكل الطرق القانونية،

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 26 جويلية 2000م، (غ.ج.م)، في الطعن رقم: 205610. (أ.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج: 1، ص: 128.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 29 سبتمبر 1999م، (غ.ج.م)، في الطعن رقم: 208536. (أ.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج: 1، ص: 131.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 30 نوفمبر 2005م، (غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 330398. (ن.ق)، ع: 63، س: 2008م، ص: 381. القرار الصادر يوم: 24 سبتمبر 2008م، (غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 412905. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2010م، ص: 287.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 30 نوفمبر 2005م، (غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 330398. (ن.ق)، ع: 63، س: 2008م، ص: 381.

⁽⁵⁾ - قرار صادر يوم: 24 سبتمبر 2008م، (غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 412905. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2010م، ص: 287.

وعلى الخصوص بالقيام بالتبليغ المنصوص عليه بالمادة 412 ق.إ.ج، فإن هذا الإغفال لا يجوز أن يضر بالمتهم. حيث وفي قضية الحال، فإن تاريخ: 19 ماي 1991م الذي صدر فيه الحكم الغيابي هو التاريخ الذي يعتمد به في حساب مدة تقادم الدَّعوى العمومية طالما أنه لم يثبت أن إجراء آخر من إجراءات المتابعة قد تم اتخاذه فيما بعد ضد المتهم. ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه وذلك بدون إحالة⁽¹⁾.

- يجب نقض القرار الذي رفع مبلغ التعويضات المدنية المحكوم بها في الدَّعوى الأولى من 5000 د.ج إلى 20.000 د.ج، في حين أن المدَّعي بالحق المدني قد طلب أمام القاضي الأول 10.000 د.ج، وفي الاستئناف 12.000 د.ج دون أن يبرر الضرر اللاحق به منذ صدور الحكم الأول، وهذا يخالف المادة 4/433 ق.إ.ج⁽²⁾. أو أن حكم محكمة الجنايات بمبلغ قدره: 2.000.000 د.ج كتعويض في حين أنه ورد خاليا من طلبات الطرف المباحث بالحق المدني⁽³⁾.

وإذا لم تتطرق غرفة الاتهام لما أثاره الطرف المدني أثناء التحقيق والتي تدخل ضمن اختصاصها، فإنه يكون قرارها مشوبا بالقصور في التسبيب⁽⁴⁾.

- لا يكفي التسبيب وحده وإنما يجب أن يكون سائغا ومنطقيا، فإرجاع السارق الشيء الذي اختلسه من سيارة إلى الحارس الذي استوقفه لا يعفيه من المتابعة والعقاب⁽⁵⁾. أو أن يقضي القرار المطعون فيه عندما خفض التعويضات بالقول إنه: «مبالغ فيها» الأمر الذي يجعل القرار المنتقد خاليا من أي تعليل أو توضيح. حيث إنَّ مثل هذا التعبير لا يشكل تعليلا بالمفهوم القانوني، إذا كان يتعين على المجلس القضائي أن يذكر عناصر التقدير جعلته يعتبر تلك التعويضات مبالغ فيها، وبالتالي يؤدي إلى خفضها، وذلك لإتاحة الفرصة للمجلس الأعلى أن يمارس الرقابة المعهودة له في هذا المجال⁽⁶⁾.

- إذا كان لقضاة الموضوع السلطة في تقدير الطلبات المقدمة إليهم إلا أنه لا يجوز لهم أن يقضوا بما لم يطلبه الخصم أو بأكثر مما طلبه⁽⁷⁾. كما أنه لا يجوز لهم أن يخفضوا من مبلغ الغرامة بدون تبرير، وأن يأمرُوا بإيقاف تنفيذها⁽⁸⁾.

غير أن الدَّفْع ببطلان ورقة التكليف بالحضور أو ببطلان إجراء من الإجراءات التحضيرية لعقد جلسات محكمة الجنايات يجب تحت طائلة عدم القبول أن يقع قبل البدء في المرافعات⁽¹⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 25 جويلية 2007م، (ع.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 425360. (م.م.ع)، ع: 02، س: 2010م، ص67.
(2) - قرار صادر يوم: 09 نوفمبر 1982م، (عن غ.ج.2/ق1)، في الطعن رقم: 23891. (ن.ق)، ع: 02، س: 1983م، ص91.
(3) - قرار صادر يوم: 20 مارس 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 33164. (م.ق)، ع: 01، س: 1990م، ص229.
(4) - قرار صادر يوم: 10 جويلية 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 37200. (م.ق)، ع: 01، س: 1990م، ص233.
(5) - قرار صادر يوم: 14 يناير 1969م، (عن غ.ج)، (ن.ق)، س: 1970م، عدد: 01، ص94.
(6) - قرار صادر يوم: 19 مارس 1981م، (عن غ.ج.2/ق3)، في الطعن رقم: 21664. (ن.ق)، (ع.خ)، س: 1982م، ص201.
(7) - قرار صادر يوم: 23 نوفمبر 1972م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 7612. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص376.
(8) - قراران صادران (عن غ.ج.2)، الأول يوم: 23 ديسمبر 1984م، في الطعن رقم: 48481. والثاني يوم: 19 أبريل 1988م، في الطعن رقم: 50650. بغدادي، جيلالي، المرجع و الصفحة نفسها.

وإذا كان من المقرر قانوناً طبقاً للمادتين 330 و 331 ق.إ.ج أن على هيئة المحكمة المطروحة أمامها الدَّعوى العمومية أن تفصل في جميع الدُّفوع، على أن تثار الدُّفوع الأولية قبل أي دفاع في الموضوع، فإنَّ القرار الصادر من المجلس الذي قضى ببراءة المتهم من جنحة التعدي على الملكية العقارية (المادة 386 ق.ع)، دون مناقشة الوثائق المقدَّمة (محضر معاينة شرطة العمران، وكذا شكوى السيد رئيس البلدية، وكذا الإنذار الموجه إلى المتهم)، واكتفوا بتصريحات المتهم التي لم تحترم إثارة الدفع الأولي بخصوص الحدود والمعالم قبل أي دفاع في الموضوع، فإنَّ النطق ببراءتها يعد تطبيقاً سيئاً للقانون، ويعرِّض القرار المنتقد للنقض والبطلان⁽²⁾.

- لا يجوز للمحكمة الجنائية أن تحفظ حقوق الأطراف المدنية حين نظرها الدَّعوى المدنية، بل يتعين عليها أن تفصل بالرفض أو القبول مع التسبب، وأن الحكم موضوع الطعن بالنقض في دعوى الحال أخطأ في تطبيق الإجراءات لما قضى بحفظ حقوق الأطراف المدنية. حيث بالإضافة إلى ما سبق، فإن الحكم المدني المطعون فيه لم يشير أصلاً إلى الحكم الفاصل في الدَّعوى الجزائية، وكأنه جاء لوحده معزول عن أية دعوى جنائية⁽³⁾.

- من المقرر قانوناً أنه يجوز للمدعي المدني في حالة البراءة كما في حالة الإعفاء أن يطلب تعويض الضرر الناشئ عن خطأ المتهم الذي يخلص من الوقائع موضوع الاتهام أو يفصل في الحقوق المدنية بقرار مسبب، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون، لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن أرملة الضحية وأولادها قد أعلنوا بواسطة محاميهم عن انتصابهم كأطراف مدنية في الدَّعوى المقامة ضد المتهم وقدموا في جلسة المحاكمة طلبات ترمي إلى الحكم لهم بالتعويض، فإن محكمة الجنائيات التي قضت ببراءة المتهم من تهمة القتل العمدي المنسوبة إليه وأغفلت الفصل في طلبات الأطراف المدنية تكون قد خالفت القانون، مما يجعل الدَّعوى المدنية لازالت قائمة أمامها.

ومتى كان كذلك استوجب إحالة الدَّعوى المدنية وحدها أمام نفس المحكمة للفصل فيها طبقاً لأحكام المادة 2/316 ق.إ.ج⁽⁴⁾.

- «إذا كان القانون يميز لأطراف الدَّعوى ومحاميهم إيداع طلبات كتابية، فإنَّ المحكمة ملزمة بالإجابة عنها، والقرار المطعون فيه الذي لم يرد على الدُّفوع المقمة ولم يناقشها يكون قد خرق الإجراءات مما ينجر عنه النقص⁽⁵⁾». وعلى هذا الأساس نقضت المحكمة العليا قرار غرفة الاتهام القاضي بإحالة متهم

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 07 أبريل 1981م، (عن غ.ج. 2/1)، في الطعن رقم: 22509. وقرارات صادرة (عن غ.ج. 1)، الأول يوم: 09 ديسمبر 1980م، في الطعن رقم: 23496. والثاني يوم: 13 يناير 1981م، في الطعن رقم: 22980. والثالث يوم: 07 ماي 1985م، في الطعن رقم: 37690. بغدادي، جيلالي، المرجع نفسه، ج2، ص353.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 10 أكتوبر 1995م، (غ.ج.م/ق2)، في الطعن رقم: 93309. (م.ق)، ع: 01، س: 1996م، ص209.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 14 جويلية 1998م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 183840. (إ.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص605.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 19 جانفي 1988م، (عن غ.ج. 1)، في الطعن رقم: 56538. (م.ق)، ع: 04، س: 1990م، ص215.

⁽⁵⁾ - قرار صادر يوم: 25 سبتمبر 2001م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 274870. (م.ق)، ع: 01، س: 2002م، ص344.

على محكمة الجنايات بتهمة اختلاس أموال خاصة وفقا للمادة 3/119ق.ع إلا أنها أغفلت مناقشة مذكرة كتابية قدمها المتهم بواسطة محاميه يدفع فيها بانتفاء الركن المعنوي للجريمة، وانقضاء الدَّعوى فيما يخص عملية الاختلاس التي كان ضحيتها (ل.م) وأن السحب الذي قام به في كل مرة يشكل واقعة مستقلة بذاتها لها ظروفها الزمنية وضحيتها مختلفة، فهي جريمة وقتية، مما يشكل تعددا ماديا في الجرائم، وكل أن كل واحد منها تشكل جنحة وطلب بناء على ذلك انتفاء وجه الدَّعوى، واحتياطا بتجنيح الوقائع، لكن غرفة الاتهام أغفلت كلياً مناقشة هذه المذكرة.

وعملت المحكمة العليا هذا النقض بالقول: «إن الدُّفوع والطلبات من الوسائل الهامة لتحقيق العدالة، وأن قضاة الموضوع ملزمون بالردِّ على هذه الدُّفوع والطلبات المقدمة كتابيا، سلباً أو إيجاباً، ضمناً أو صراحة، وأنه بالاطلاع على القرار المطعون فيه يتبين أنه لم يتعرض إطلاقاً لمناقشة ما أثير في المذكرة المقدمة، وهي نقاط قانونية وموضوعية لها تأثير في مجرى الدَّعوى ويتعين الرد عليها، مما يشكل إغفالا للفصل في أحد الطلبات وفقا للمادة 5/500ق.إ.ج وينجر عن ذلك النقض»⁽¹⁾.

- يعتبر ناقص التعليل ومنعدم الأساس القانوني، قرار غرفة الاتهام غير المستجيب لطلبات النيابة العامة بخصوص وجوب إجراء خبرة بالنسبة على المذدوف⁽²⁾.

- «متى كان من المقرر قانوناً أن إغفال الفصل في أحد طلبات الفصل في أحد طلبات النيابة العامة، يكون وجهاً من أوجه الطعن بالنقض المنصوص عليها قانوناً، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون. ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن غرفة الاتهام فصلت في تهمة هتك العرض بإعادة تكييفها إلى جنحة فعل علني محل بالحياء، وأهملت البت في تهمة امتهان العرافة⁽³⁾ المتابع بها نفس المتهم في آن واحد، فإنها بسهولة عن الفصل في هذه التهمة كان قرارها بالإحالة قد تضمن مقتضيات نهائية ليس في استطاعة محكمة الجناح أن تعدلها، مما يستوجب معه نقض، وإبطال القرار المطعون فيه»⁽⁴⁾.

كذلك ينقض حكم محكمة الجنايات الصادر في الدَّعوى المدنية الذي يصرح أن الطاعن قد طالب بالحق المدني في حقه وحق أبنائه القصر وزوجته وأخيه غير أن محكمة الجنايات لم تفصل إلا في طلب الطاعن وزوجته وأهملت بقية الطلبات الأخرى للأطراف المدنية مما يجعل حكمها مشوباً بالقصور لعدم التعليل وإهمال الفصل في الطلبات لبقية الأطراف المدنية⁽⁵⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 25 سبتمبر 2001م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 274870. (م.ق)، ع: 01، س: 2002م، ص344.

(2) - قرار صادر يوم: 29 جوان 2004م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 338819. (م.م.ع)، ع: 02، س: 2004م، ص427.

(3) - المادة التي تنص على تجريم العرافة وعقوبتها هي المادة 456ق.ع وتنص على أنه: «يعاقب بغرامة من 6000 إلى 12000د.ج، ويجوز أن يعاقب أيضاً بالحبس لمدة خمسة أيام على الأكثر كل من اتخذ مهنة العرافة، أو بالتنبؤ بالغيب، أو تفسير الأحلام، وتضبط وتصادر طبقاً لأحكام المادتين 15 و16 الأجهزة والأدوات والملابس التي استعملت لممارسة مهنة العرافة والتنبؤ بالغيب، أو تفسير الأحلام، أو أعدت لذلك».

(4) - قرار صادر يوم: 20 نوفمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 40236. (م.ق)، ع: 02، س: 1990م، ص247.

(5) - قرار صادر يوم: 13 أبريل 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 31980. (م.ق)، ع: 01، س: 1989م، ص282.

ولا يجوز للغرفة الجزائية الفصل في طلبات إدارة الجمارك بعدم الاختصاص إذا كان عليها الفصل فيها بالقبول أو بالرفض، لأن القضاء بعدم الاختصاص في مثل هذه الحال يعد كعدم الفصل⁽¹⁾.

من المقرر قانوناً أن المجلس ينظر في الطلبات الكتابية المودعة من النائب العام والمذكرات المقدمة من الخصوم، والقرار المطعون فيه الذي لم يشر إلى طلبات النيابة العامة الرامية إلى التماس إبطال محضر سماع شاهد، والأمر بمواصلة التحقيق وسماع الشهود، كما أنه أغفل الفصل فيها لأسباب ملموسة، فإنه يكون قد خرق الإجراءات⁽²⁾... حيث لم يتطرق القرار المطعون فيه إلى الإجابة عن الطلبات المقدمة من النائب والتي تضمنت عناصر هامة لإظهار الحقيقة، ومنها وجوب الاطلاع على محضر الضبطية القضائية المتعلق بمحاولة السرقة المرتكبة من الضحية، وسقوطه أثناء التسلق، وهو ما أكده الذين يجب سماعهم وإبطال محضر سماع المتهم كشاهد بعد أن سمع كمتهم قبل ذلك. حيث إنَّ عدم مناقشة هذه الطلبات والرد عليها بأسباب تبرز قبولها أو رفضها يعد بمثابة القصور في التعليل وخرقاً للمادة 184 ق.إ.ج مما يشكل بحق سبباً للنقض⁽³⁾.

ثالثاً: إغفال الفصل في الطلبات لا يؤدي بالضرورة إلى النقص:

- وإغفال الفصل في الطلبات قد يؤدي إلى عدم نقض الحكم أو القرار ولكنه يؤدي إلى إرجاع القضية إلى نفس المحكمة للفصل في الدَّعوى المدنية، وهنا قضت المحكمة العليا أنه: «لما ثبت من القرار المطعون فيه أن محكمة الجنايات حين بتها - في قضية الحال - أغفلت الفصل في الدَّعوى الجرمية المقامة من طرف إدارة الجمارك مما يشكل مخالفة للقانون ويستوجب إرجاع القضية إلى نفس المحكمة الجنائية للفصل في الدَّعوى الجرمية المقرونة بالجناية والتي لازالت قائمة أمامها»⁽⁴⁾.

وقالت في قرار آخر: «إن المحكمة الجنائية ملزمة بعقد الجلسة المدنية بغض النظر عن الحكم القاضي في الدَّعوى العمومية بالإدانة أو بالبراءة متى كانت هناك أطراف مدنية. وإن عدم الفصل في الدَّعوى المدنية يتركها قائمة أمام المحكمة الجنائية، ويتعين إرجاع القضية إليها للفصل فيها من جديد»⁽⁵⁾.

وقالت في قرار ثالث: «من المقرر قانوناً أنه يجوز للمدعي المدني في حالة البراءة كما في حالة الإعفاء أن يطلب تعويض الضرر الناشئ عن خطأ المتهم الذي يستخلص من الواقع موضوع الاتهام ويفصل في الحقوق المدنية بقرار مسبب، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعنة تأسست طرفاً مدنياً في القضية، وأقامت دعوى مدنية ضد المتهم، وكانت

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 23 أكتوبر 2000م، (ع.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 229966. مروك، نصر الدين، جريمة المخدرات في ضوء القوانين والمواثيق الدولية، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2004م، ص161.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 12 جوان 2001م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 270087. (أ.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص210.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 12 جوان 2001م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 270087. (أ.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص210.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 29 فيفري 2000م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 195129. (م.ق)، ع: 02، س: 2000م، ص195.

⁽⁵⁾ - قرار صادر يوم: 24 فيفري 1998م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 189499. (أ.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص609.

المحكمة لم تفصل فيها لا بالقبول ولا بالرفض، فإنها تكون قد خالفت المادة 2/316 ق.إ.ج ومتى كان كذلك، فإن الدَّعوى المدنية لازالت قائمة أمام محكمة الجنائيات ويتعين إحالتها عليها للفصل فيها»⁽¹⁾.
وبهذا يظهر أن إغفال الفصل في الطلبات لا يؤدي إلى النقض، بل لا يؤدي إلا للإحالة أمام محكمة الموضوع التي أصدرته، كما أن المحكمة العليا في مثل هذه الحالة لا تصبح جهة نقض، وإنما جهة إحالة لا غير، وهو دور غريب ومحدود.

والذي نقترحه هنا أن ينص المشرع على أن إغفال الفصل في الطلبات الموضوعية ليس وجها من أوجه النقض، وهذا من أجل تلافي كثرة الطعون المرفوعة أمام المحكمة العليا التي هي كثيرة للغاية، وكما ينص على أن إغفال هذه الطلبات الموضوعية يجب أن يرفع أمام ذات الجهة القضائية التي أصدرت الحكم الذي أغفل الفصل في الطلبات. وبمعنى آخر ندعو المشرع الجزائري إلى أن ينحو منحى المشرع المصري بما قرره في المادة 193 ق.م.م.ت المشار إليها أعلاه.

المبحث الثاني: التناقض بين القرارات الصادرة من جهات قضائية مختلفة في آخر درجة، أو التناقض فيما قضى به الحكم أو القرار نفسه:

يتعلق الوجه السادس للطعن بالنقض ب: «التناقض» باختصار.
وقد اصطلح عليه المشرع بعبارة: «تناقض القرارات الصادرة من جهات قضائية مختلفة في آخر درجة، أو التناقض فيما قضى به الحكم نفسه أو القرار»⁽²⁾.
وكان من الأفضل اختصاره في عبارة: «التناقض سواء بين قرارات نهائية أو في حكم واحد». والتشريعات التي تأخذ بهذا الوجه في الطعن بالنقض هي الجزائر في المادة 6/500 ق.إ.ج، والتشريع السوري في المادة 5/342 ق.أ.م.ج في صيغة: «صدور حكيم متناقضين في الواقعة الواحدة». وكذا التشريع اللبناني في المادة 296/ز من ق.أ.م.ج في صيغة: «عدم تعليل الحكم، أو التناقض بين تعليله وبين الفقرة الحكمية، أو التناقض بين الفقرة الحكمية ذاتها». أما التشريعات الأخرى، وهي تحديدا تونس والمغرب ومصر، فهي وإن كانت لا تأخذ به صراحة إلا أنها تدرجه ضمنا في وجه مخالفة القانون.

وبالمقارنة بين التشريعات التي تأخذ بهذا الوجه صراحة ضمن أوجه الطعن بالنقض، نجد أن المشرع الجزائري هو أكثرها توفيقا في تحديده، حيث إنَّه تناول من جهة نوعين للتناقض وهما: التناقض بين القرارات

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 05 جانفي 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 48753. (م.ق)، ع: 03، س: 1990م، ص: 242. قرار صادر يوم: 19 جانفي 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 56538. (م.ق)، ع: 04، س: 1990م، ص: 215.

⁽²⁾ - ويقابله بالفرنسية:

«Contrariété de décisions émanant de juridiction différentes rendues en dernier ressort, ou contrariété entre différentes dispositions d'un même jugement ou arrêts».

الصادرة من جهات قضائية مختلفة، والنوع الثاني: التناقض فيما قضى به الحكم نفسه، وهو بهذا تفوق على خطة المشرع السوري حينما اكتفى بالنوع الأول فقط، وإن كان هذا النوع الثاني منصوص عليه في المادة 250 ق.أ.م.م السوري، وهو ما يراه بعض الفقه السوري⁽¹⁾.

كما أنه تفوق على خطة المشرع اللبناني حينما جعل التناقض فيما قضى به الحكم نفسه شاملا لكل الحكم، وليس مقتصرًا على المنطوق وحده (أو الفقرة الحكمية بحسب تعبير المشرع اللبناني)، دون الأسباب، وأما المشرع الجزائري فيتصور من خلال عبارة: «أو التناقض فيما قضى به الحكم نفسه أو القرار» أن يحصل التناقض بين بيانات الحكم الواردة في الديباجة وكذا في أسباب الحكم، أو في منطوقه، أو بين الأسباب والمنطوق، فكل ذلك يؤدي إلى النقض لوجود التناقض. وهذا لا شك أنه أفضل بكثير من خطة المشرع اللبناني.

ولتفصيل هذا الوجه من أوجه النقض، فإننا نتناوله وفق الخطة الآتية:
المطلب الأول: ماهية التناقض بين القرارات النهائية أو في الحكم الواحد: تعريفًا، وشروطًا، وأساسًا، والغاية منه.

المطلب الثاني: تطبيقات قضائية للتناقض بين القرارات النهائية أو في الحكم الواحد.
وإليك بيان هذه المطالب بالترتيب.

المطلب الأول: ماهية التناقض بين القرارات النهائية أو في الحكم الواحد:

يستهدف هذا المطلب الوقوف على حقيقة التناقض وماهيته باعتباره وجهًا من أوجه الطعن بالنقض طبقًا للمادة 6/500 ق.إ.ج، ويكون ذلك من خلال بيان التعريف، والشروط، وأساسه، وعلته، وفائدته أو الغاية منه.

ولكن هذه العناصر يتم بيانها تبعًا لنوعي التناقض المنصوص عليهما بالمادة 6/500 ق.إ.ج وهما: التناقض بين قرارات صادرة من جهات قضائية مختلفة في آخر درجة، والثاني: التناقض فيما قضى به الحكم نفسه أو القرار.

وعليه، فإن هذا المطلب ينقسم إلى بندين؛ الأول في: التناقض بين قرارات صادرة من جهات قضائية مختلفة في آخر درجة؛ والثاني في: التناقض فيما قضى به الحكم نفسه.

الفرع الأول: التناقض بين القرارات النهائية:

أولاً: تعريف التناقض بين القرارات النهائية:

(1) - حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 1076.

يعرف بعض الباحثين التناقض بين الأحكام بأنه: «وجود حكمين أو أكثر صادرين بالدرجة الأخيرة بين نفس الخصوم، وفي الموضوع وبلاستناد إلى الأسباب ذاتها، ويتضمن أحدهما قضاء بما يناقض الآخر بشكل يتعذر فيه تنفيذهما معا»⁽¹⁾.

وما يلاحظ على هذا التعريف الوقوع في الدور، حيث إنه يورد في التعريف اللفظ المعرف وهو التناقض، مما جعل التعريف غامضا ومبهما. ومع ذلك ففي التعريف الكثير من الإيجابيات، وبالأخص الإشارة إلى شروط التناقض بين الأحكام، على ما سيأتي بيانه قريبا.

ويعرفه فقيه آخر بقوله: «يقصد بتناقض القرارات: وجود عدة مقررات نهائية خلصت إليها جهات قضائية مختلفة توحى بوجود تناقض في المعنى أو المفهوم أو الغرض المتصور يجعل من القرار القضائي غير قادر على أن يكون حجة شرعية قائمة على علتها»⁽²⁾.

وما يقال عن نقد في التعريف الأول يقال بخصوص هذا التعريف أيضا، حيث الوقوع في الدور بإيراده في التعريف ما هو مشتق من المعرف عندما قال: «تناقض القرارات... تناقض في المعنى...». فلا عن أنه أكثر غموضا وإبهاما، صحيح ان صاحب التعريف شرح عبارتي التناقض في المعنى والمفهوم، إلا أنه لم يشرح التناقض في الغرض، ومن ثم يثور السؤال حول فائدتها في التعريف. كما أنه من جهة ثالثة يوجد تناقض بين التعريف والشرح حيث إنَّ التعريف يذكر ثلاث حالات فقط للتناقض بينما في الشرح يذكر ستة حالات⁽³⁾. ومن جهة رابعة فإن التناقض في المعنى داخل في الحالة الأولى وهي التناقض في المفهوم⁽⁴⁾.

ويعرفه آخر بقوله: «تناقض الأحكام هو أن تصدر جهتين قضائيتين مختلفتين، في نفس الدَّعوى، وبين نفس الأطراف، ونفس الأوجه حكمين نهائيين متناقضين»⁽⁵⁾.

وهذا التعريف وقع في الدور مثل سابقه، إلا مع ذلك أشار إلى معيار التناقض بين الأحكام وهو توافر الوحدة الثلاثية بين الأحكام المتناقضة.

ومن خلال هذا العرض يمكن لنا أن نعرف التناقض بين القرارات النهائية بأنه: وجود تعارض بين حكمين قضائيين أو أكثر، صادرين من جهات قضائية مختلفة، في آخر درجة، في واقعة واحدة، بين أطراف واحدة، ولأسباب واحدة، ويتضمن هذا التعارض قضاء بما يخالف أحد الحكمين الآخر بشكل يستحيل تنفيذهما معا في وقت واحد.

ثانيا: شروط تحقق التناقض بين القرارات القضائية:

(1) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن، مرجع سابق، ج2، ص243.

(2) - جروة، علي، الموسوعة في الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ج3، ص577-578.

(3) - جروة، علي، المرجع نفسه، ج3، ص578-582.

(4) - جروة، علي، المرجع نفسه، ج3، ص578.

(5) - القرام، ابتسام، المصطلحات القانونية، مرجع سابق، ص65.

من خلال ما سبق في تعريف التناقض بين القرارات النهائية، فإنه يشترط في التناقض بين القرارات القضائية الشروط الآتية:

- وقوع التناقض بين حكمين أو أكثر.
 - أن تكون الأحكام المتناقضة صادرة من الدرجة الأخيرة.
 - أن تكون بين الأحكام المتناقضة وحدة ثلاثية: الوقائع والأطراف، والأسباب.
 - أن يؤدي التناقض إلى استحالة تنفيذ الأحكام معا في وقت واحد.
 - أن تكون الأحكام المتناقضة صادرة من جهات قضائية مختلفة.
- وإليك بيان هذه الشروط.

1- أن يقع التناقض بين حكمين أو أكثر:

لكي يقع التناقض ويتم تصوره أو تحققه، فلا بد أن يكون بين عمليتين أو أكثر من أعمال السلطة القضائية، تتوافر فيها صفة الحكم أو القرار القضائي.

ولا يشترط أن يقع التناقض بين حكمين صادرين من قضاء الحكم، بل يجوز أن يقع التناقض بين قرار صادر من قضاء الحكم، وقرار صادر من غرفة الاتهام باعتبارها قضاء التحقيق، كأن تقضي غرفة الاتهام بالإحالة إلى محكمة الجناح والمخالفات، ثم تقضي الغرفة الجزائية بعد الاستئناف بعدم الاختصاص. وقد اعتبرت المحكمة العليا: «أن في القضية الراهنة حقا قرارين قضائيين نهائيين ومتناقضين، أمر الإحالة المؤرخ في 25 أكتوبر سنة 1967م، وقرار مجلس قضاء وهران المؤرخ في: 06 مارس 1968م»⁽¹⁾. بيد أنها أقرت بأنه: «يتعين تنازع الاختصاص بين القضاة عندما يكون حكمان نهائيان متناقضين (المواد 545 و 546 و 547ق.إ.ج.»⁽²⁾.

والواقع أن هذا ليس تناقضا في تقديرنا، ذلك أن التنازع في الاختصاص سواء كان سلبيا أو إيجابيا هو يؤدي إلى منع السير في الدعوى، ولا يؤدي إلى استحالة التنفيذ، لأنه لا يوجد أصلا ما يجب تنفيذه. فضلا عن أن المحكمة العليا استقر قضاؤها على أن تنازع الاختصاص ليس تناقضا⁽³⁾.

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 02 جويلية 1968م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 1968/343م، قضية: (ش.د) ضد إدارة البريد والمواصلات. نشرة داخلية لوزارة العدل، س: 1969م.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 02 جويلية 1968م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 1968/343م، قضية: (ش.د) ضد إدارة البريد والمواصلات. نشرة داخلية لوزارة العدل، س: 1969م.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 17 أفريل 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 28470. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص221. والقرار الصادر يوم: 15 ماي 1979م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 20123. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص241. قرار صادر يوم: 15 ماي 1979م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 18829. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص244. قرار صادر يوم: 02 ديسمبر 1986م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 49163. (م.ق)، ع: 04، س: 1989م، ص256. قرار صادر يوم: 19 ماي 1987م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 53496. (م.ق)، ع: 04، س: 1989م، ص259. والقرار الصادر يوم: 17 أفريل 1979م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 18828. (م.ق)، ع: 04، س: 1989م، ص262. قرار صادر يوم: 12 أفريل 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 61777. (م.ق)، ع: 04، س: 1989م، ص287. قرار صادر يوم: 24 ماي 1983م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 34620. (م.ق)، ع: 01، س: 1990م، ص224.

ومن هنا فإن التناقض لا يكون إلا بين الأحكام والقرارات القضائية الصادرة من قضاء الحكم فقط، أما غير ذلك فهو تنازع في الاختصاص. أو أنه لا تناقض ولا تنازع، وذلك كالتعارض بين الحكم القضائي وأوامر النيابة العامة.

وقد وقعنا على مثال تطبيقي للتناقض بين قضاء التحقيق وقضاء الحكم، ويتمثل في أن قاضي التحقيق أصدر أمراً بالألا وجه للمتابعة لأحد المتهمين من تهمة حمل سلاح أبيض، وهذا الأمر حاز حجية الشيء المقضي به إلا أن الغرفة الجزائية بعد ذلك قضت بإدانة المتهم بجنحة الضرب والروح العمدي بالسلاح الأبيض طبقاً للمادة 266 ق.ع⁽¹⁾. حيث إنَّ هذا مادام لم يتم استئنائه أمام غرفة الاتهام فإنه يكون قد تأكد بالمبدأ الحجية.

ويتشابه تنازع الاختصاص مع التناقض بين الأحكام في أن كليهما له وحدة ثلاثية: وحدة الأطراف، وحدة الواقعة، ووحدة الأسباب، وأنه متى احتل عنصر واحد فلا تنازع، كما أنه لا تناقض. وقد قالت المحكمة العليا «من المقرر قانوناً أنه يتحقق التنازع في الاختصاص بين القضاة عندما تكون القضية مطروحة أمام جهات قضائية مختلفة بين نفس الأشخاص ونفس الجريمة، ومن ثم فإن النعي بتنازع الاختصاص في القضية الراهنة على القضايا المطروحة المتعلقة بأشخاص مختلفة وجرائم مختلفة في غير محله مما يجعل الطلب غير مؤسس ويعرضه للنقض»⁽²⁾. وهو ذات الأمر في التناقض بين الأحكام، عندما قضت: «بأن الأمر بانقضاء الدعوى العمومية لكون الوقائع صدر فيها حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه دون مناقشة الوقائع الجديدة وشروط حجية الشيء المقضي فيه التي تتطلب إظهار أن الوقائع نفسها كلياً، وجرت بين نفس الأطراف، وانصبت على الأسباب نفسها، هو قضاء معيب بالقصور ينجر عنه النقض»⁽³⁾.

على أن تنازع الاختصاص هو في الحقيقة خطوة استباقية قبل الوقوع في صدور أحكام متناقضة، أي أن له دوراً وقائياً من حصول التناقض بين أحكام صادرة من جهات قضائية مختلفة، بينما التناقض والظعن فيها بالنقض له دور علاجي بعدي لا قبلي لصدور الأحكام المتناقضة. ومع ذلك فهما يهدفان إلى أمر واحد هو «حسن سير العدالة»⁽⁴⁾.

على أن الفرق الجوهرى بين التنازع في الاختصاص وبين التناقض هو أن الأول يمنع السير في الخصومة في التنازع السليبي، أو أنه يؤدي إلى صدور أحكام متناقضة في التنازع الإيجابي، بينما التناقض هو صدور أحكام يستحيل تنفيذها.

2/- أن تكون الأحكام المتناقضة صادرة في الدرجة الأخيرة:

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 05 جانفي 1989م، (عن غ.ج. 2/1)، في الطعن رقم: 55491. (م.ق.)، ع: 02، س: 1990م، ص: 284.
⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 23 أفريل 1994م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 156151. (م.ق.)، ع: 02، س: 1997م، ص: 176.
⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 23 سبتمبر 2003م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 314398. (م.ق.)، ع: 01، س: 2003م، ص: 432. قرار صادر يوم: 29 أفريل 1969م، (عن غ.ج.)، (ن.ق.)، ع: 04، س: 1970م، ص: 56.
⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 23 أفريل 1994م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 156151. (م.ق.)، ع: 02، س: 1997م، ص: 176.

وهذا الشرط و دت الإشارة إليه في الشرط الأول من الفقرة السادسة من المادة 500 ق.إ.ج، عندما صرحت بعبارة: «في آخر درجة».

وهذا الشرط يعني أن تكون الأحكام المتناقضة لا تقبل الطعن بالطرق العادية من المعارضة والاستئناف، ذلك أنه طالما بالإمكان سلوك الطرق العادية للطعن لتقويم أحد الحكمين، فلا يمكن الكلام عن التناقض بين الأحكام حينئذ⁽¹⁾، والعبارة هي بصدور الحكمين المتناقضين معا من الدرجة الأخيرة وإلا فلا تناقض، فإذا صدر أحدهما من الدرجة الأخيرة، والحكم الآخر لا يزال يقبل الاستئناف أو المعارضة أو هما معا فلا تناقض، إذ يشترط أن يكون الحكم الآخر أيضا قد صدر بالدرجة الأخيرة.

ومن هنا فلا تناقض بين القرار الصادر من الغرفة الجزائية، وحكم المحكمة الابتدائية متى كان هذا الأخير يقبل الطعن العادي، كما أنه لا تناقض حكم محكمة الجنايات وبين حكم المحكمة الابتدائية بنفس الشرط. ولكن متى صار هذا الأخير نهائيا بأن انقضى ميعاد الطعن العادي ولم يطعن فيه أو أنه تم استنفاد الطرق العادية للطعن، فإنه ينشأ أو يقع التناقض بين الأحكام.

والعلة في عدم وجود التناقض بين القرار الاستئنائي والحكم الابتدائي هو أن طبيعة أي مراجعة عن طريق طرق الطعن العادية يمكن أن تزيل هذا التناقض المفترض أو المحتمل، وهو لا يشكل من ثم التناقض بين حكمين بمفهوم سبب النقض⁽²⁾.

3/- أن تكون بين الأحكام المتناقضة وحدة ثلاثية: الوقائع والأطراف والأسباب:

ويمكن التعبير عن هذا الشرط بصيغة أخرى وهو أن يجمع كل حكم عناصر حجية الشيء المقضي فيه تجاه الحكم الآخر.

وهذا الشرط وإن لم يقع التنصيص صراحة، إلا أنه يقتضيه التناقض، إذ هذا الأخير لكي يقوم ويوجد يجب أن تجتمع الوحدة الثلاثية بين الحكمين المتناقضين من الوقائع، والأطراف، والأسباب.

فيجب أن تكون الوقائع واحدة، والأطراف واحدة، والأسباب كذلك متحدة، وهذه هي العناصر الأساسية في مبدأ حجية الشيء المقضي فيه، الذي هو من النظام، وقد قضت المحكمة العليا هنا بالمبدأ الآتي: «إن الدّفع بحجية الشيء المقضي به في مادة جنائية يعتبر بالنسبة للقاضي الجنائي قاعدة من النظام العام، غير أنه يجب للاحتجاج الرفع بحجية الشيء المقضي به وقبوله أن تكون بين المحاكمة الأولى والثانية وحدة ثلاثية، من حيث الموضوع، والأطراف، والدّعوى»⁽³⁾.

مع وجوب الإشارة إلى أن هذا المبدأ منصوص عليه بالمادة 2/311 ق.إ.ج بقولها: «ولا يجوز أن يعاد أخذ شخص قد برئ قانونا أو اتهمه بسبب الوقائع نفسها حتى ولو صيغت بتكليف مختلف».

(1) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن، مرجع سابق، ص 244-245.

(2) - الحجار، حلمي محمد، المرجع نفسه، ج 2، ص 245.

(3) - قرار صادر يوم: 29 أفريل 1969م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: غير موجود، (ن.ق)، ع: 04، س: 1970م، ص 56.

ولتطبيق هذا المبدأ (الوحدة الثلاثية) يتطلب تحقيق الحكيم ومواجهتهما لكي تعين هل الحكم الصادر والحكم الذي سيصدر مختصان بوقائع واحدة، وأطراف واحدة، وأسباب واحدة، ومتى تخلف أحد هذه العناصر فلا تناقض.

ولنأخذ المثال الآتي: طعن متهم بالنقض في حكم صدر ضده وأثار وجها للنقض يتعلق بحرق مبدأ الحجية. حيث إنَّه صدر بحقه حكيم متعارضين متناقضين بحسبه، حيث الحكم الصادر من المجلس الخاص بقمع الجرائم الاقتصادية بوهران في: 1967/03/28م الذي قضى بالبراءة، والحكم الثاني الصادر من مجلس قضاء وهران في: 1968/07/24م القاضي بتأييد الحكم الابتدائي بسنتين سجنا، ورفع الغرامة من مائتي ألف (200.00) دينار إلى خمسمائة ألف (500.000) دينار. ولدى نظر المحكمة العليا للطعن بالنقض، قابلت بين الحكيم بالشكل الآتي:

1/- حكم: 1967/03/28م الصادر من المجلس الخاص:

أن المتهم الطاعن توبع من أجل الجرائم المنسوبة إليه: «استخدام وسائل التزوير لتخلصه أو محاولة تخلصه بصفة كلية أو جزئية من تأسيس الضريبة أو تصفيتهما وتأديتها، أو الرسوم المفروضة عليه تلك الوسائل المعتبرة كغش من شأنه أن يلحق ضررا لمجموع الثروة العمومية، ولحسن تسيير الثروة الوطنية» وتلك الأفعال معاقب عليها بالمادتين 10/4 و 7 من الأمر المؤرخ في: 1966/06/21م.

2/- حكم: 1968/07/24م الصادر عن مجلس قضاء وهران:

أن المتهم الطاعن توبع من أجل الجرائم الآتية:

- ارتكب أو شرع في ارتكاب جرائم مختلفة موصوفة بالسوق الأسود وخصوصا باستخدام أو محاولة استخدام وسائل التزوير.

- ارتكب جرائم شبيهة بعمليات الزيادة في الأسعار الغير المشروعة.

- ارتكب مخالفات متنوعة لبيان الأسعار.

- ارتكب مخالفات جمركية مختلفة متعلقة بأنواع البضائع الممنوع إدخالها.

وأن النصوص القانونية المطبقة على الحكم المطعون فيه هي:

- الأوامر رقم: 1483-45 و 1484-45 المؤرخان في 1945/06/30م.

- المرسوم المؤرخان في: 1947/07/15م و 1963/10/19م.

- المواد 367 و 600 و 602ق.إ.ج.

وبعد المقابلة والمواجهة بين الحكيم نجد أن الحكيم يتحدان في الأطراف لكن يختلفان في الوقائع

والأسباب، ومن ثم فلا تناقض ولا خرق لمبدأ حجية الشيء المقضي به⁽¹⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 29 أفريل 1969م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: غير موجود، (ن.ق)، ع: 04، س: 1970م، ص56.

أما إذا توافرت الوحدة الثلاثية، فإنه لا شك بوجود التناقض ومثال ذلك⁽¹⁾، أن يصدر حكم بالبراءة يحوز حجية الشيء المقضي فيه من تهمة الإهمال العائلي، وهي الجريمة المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 331ق.ع. بعد أن بين المتهم أنه دفع الحكم القاضي عليه بدفع توابع فك العصمة بينه وبين مطلقة قبل الحكم بالبراءة بستين. ثم بعد ذلك يصدر حكم ضده بالإدانة في نفس الجريمة، وهي جريمة الإهمال العائلي (م331ق.ع) وبين نفس الأطراف، ولنفس السبب (المباحثة بنفس المبالغ المالية وليس بمبالغ مالية جديدة)، حيث إنَّ القرار الثاني المطعون ليس له أي أساس قانوني:

1- لصدور حكم كاسب لقوة الشيء المقضي فيه ببراءة المتهم.
2- لعدم حدوث أي شيء جديد لتمكن المتابعة من جديد ضد المتهم.
3- لأن القرار المنتقد قد صرح بالإدانة بدون أي أساس بد البراءة المتبوع سابقا على نفس الموضوع، ومن نفس الشاكية، وعلى نفس الأسباب.

4- لأن المبالغ المحكوم بها على المتهم من طرف الجهة المدنية لم تقض على المتهم بنفقة جارية وسائر المفعول بعد صدور الحكم المذكور (بالبراءة)، بل قضت له من أجل دفع نفقة لمدة خلت قبل صدور الحكم المذكور وانتهت مع النطق بالطلاق، وانتهاء العدة، وعلى كل فكانت كل تلك النفقات من نفقة إهمال، نفقة عدة، ونفقة متعة، كلها مدفوعة في أوانها بمجرد الاتصال بالإخبار من طرف المنفذ، وقبل انطلاق المتابعة الأولى، والتي كانت أساس التصريح ببراءة المتهم من طرف القاضي الأول لعدم ثبوت التهمة في حقه. فضلا عن أن النفقة المحكوم بها على المتهم غير سارية المفعول بعد صدور الحكم ببراءة المتهم، فلا يمكن القول بأن هذا الأخير نسبت إليه جنحة مستمرة أو ممتدة، لأن الطلاق المصرح به من طرف القاضي المدني، وانقطاع أمد النفقة بمجرد فوات أمد العدة يجعل حدا لامتداد سريان ارتكاب الجنحة المنسوبة للمتهم من يوم دفعه لكامل تلك النفقات بتمامها كما هو شاهد بذلك حكم البراءة، ومن ثم فإن الحكم الثاني المطعون فيه جاء مخالفا للبند الثاني من المادة 311ق.إ.ج، وكذلك المادة 06 من نفس القانون. ويتعين مما ذكر أن قضاة المجلس قد تجاوزوا سلطتهم لما قضاوا بإدانة المتهم عن أفعال سبق أن صرح ببراءته من طرف المحكمة بحكم نهائي اكتسب قوة الشيء المقضي فيه⁽²⁾.

والمبدأ المستخلص هو: «من المقرر قانونا أنه لا يجوز أن يعاد أخذ شخص برئ قانونا أو اتهامه بسبب الوقائع نفسها، حتى ولو صيغت بتكييف جديد، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن جهة الاستئناف قضت على المتهم بخمسائة دينار غرامة موقوفة التنفيذ من أجل الإهمال العائلي، طبقا للمادة 331ق.ع، على الرغم من صدور حكم

(1) - قرار صادر يوم: 14 جويلية 1987م، (عن غ.ج.2/ق1)، في الطعن رقم: 46823. (م.ق)، ع: 03، س: 1990م، ص271.
(2) - قرار صادر يوم: 14 جويلية 1987م، (عن غ.ج.2/ق1)، في الطعن رقم: 46823. (م.ق)، ع: 03، س: 1990م، ص271.

لصالح المتهم بنفس التهمة حاز على قوة الشيء المقضي فيه، والقاضي ببراءته باعتبار ان النفقة المحكوم بها ليست من الجرائم المستمرة لانقطاعها بمجرد فوات أمد العدة، فإنها بقضائها كما فعلت خالفت القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه»⁽¹⁾.

هذه بعض الأمثلة وهناك أخرى⁽²⁾.

والخلاصة أن تخلف أحد عناصر حجية الشيء المقضي فيه بين الحكمين المدعى تناقضهما يجعل الطعن المؤسس على التناقض بين الأحكام غير مقبول موضوعا.

4- أن يؤدي التناقض إلى استحالة تنفيذ الأحكام معا في وقت واحد:

إن التناقض بين الأحكام والذي يفتح باب الطعن بالنقض هو ذلك التناقض الذي يجعل من مسألة التوفيق بين الحكمين مستحيلا هو عدم تنفيذهما معا في وقت واحد، ومثل هذا التناقض هو الذي يقع في المنطوق لكل من الحكمين المتناقضين، وذلك لأن حجية الشيء المقضي فيه تتعلق بالمنطوق لا بالأسباب⁽³⁾ التي لم تفصل في أية نقطة من نقاط النزاع.

وبهذا «فإن العبرة في الأحكام القضائية بمنطوقها لا بأسبابها»⁽⁴⁾ في كل من الحكمين المتناقضين، بحيث إنّه إذا وجد التناقض بين المنطوق لأحد الحكمين، وأسباب الحكم الآخر، فلا يؤخذ بعين الاعتبار إلا المنطوق في كل من الحكمين، والتي تكتسب وحدها حجية الشيء المقضي فيه.

وإذا كان لا تناقض بين منطوق أحد الحكمين وأسباب الحكم الآخر، فإن الأولى منه عدم وجود التناقض بين أسباب الحكمين، ومن ثم لا يشكل سببا للطعن بالنقض لعللة التناقض بين الحكمين.

وإذن فالعبرة هي في التناقض بين منطوق الحكمين، بحيث يستحيل تنفيذهما معا في وقت واحد، إذ أن كل واحد منهما ينفي الآخر، فإذا صدر حكم يقضي بالبراءة، ثم صدر حكم آخر يقضي بالإدانة لأجل واقعة واحدة، وأطراف واحدة، ولأسباب واحدة⁽⁵⁾، فإن من المستحيل أن يكون المتهم متهما وبريئا في وقت واحد، ويستحيل تنفيذ مثل هذين الحكمين، إذ لا يمكن إدخاله الحبس واعتباره بريئا في الوقت نفسه.

ومع ذلك فإن المحكمة العليا قررت ما يناقض ويخالف هذه النتيجة والشرط فقالت: «متى كان من المقرر قانونا أن تناقض الأحكام الصادرة من جهات قضائية مختلفة في آخر درجة يعد وجها من أوجه الطعن بالنقض، وكان من المقرر أيضا أن التناقض الذي يعيب الحكم ويبطله هو الذي تتماهى به أسبابه بحيث لا يبقى بعده ما يمكن حمل الحكم عليه، فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لقاعدة حجية

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 14 جويلية 1987م، (عن غ.ج. 2/1ق)، في الطعن رقم: 46823. (م.ق.)، ع: 03، س: 1990م، ص271.

⁽²⁾ - القرار الصادر يوم: 05 جانفي 1988م، (عن غ.ج. 2/1ق)، في الطعن رقم: 44591. (م.ق.)، ع: 02، س: 1990م، ص284.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 29 فيفري 2000م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 226040. (ا.ق.)، (ع.خ.)، س: 2003م، ص273.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 29 فيفري 2000م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 226040. (ا.ق.)، (ع.خ.)، س: 2003م، ص273.

⁽⁵⁾ - قرار صادر يوم: 14 جويلية 1987م، (عن غ.ج. 2/1ق)، في الطعن رقم: 46823. (م.ق.)، ع: 03، س: 1990م، ص271.

الأمر المقضي به. فإذا كان من الثابت أن محكمة الجنايات بعد قضائها ببراءة المتهم قضت لصالحه بتعويض يدفعه له الطرف المدني دون أن تفصل في طلبات هذا الأخير وفقا للمادة 316 ق.إ.ج، وظلت هكذا دعواه المدنية قائمة إلى أن أرجعت بعد صيرورة الحكم السابق حائزا لقوة الشيء المقضي به أمام نفس المحكمة التي ارتأت بأن المتهم تسبب في موت الضحية، وبناء على ذلك قضت عليه بدفع تعويض لصالح الطرف المدني، وبذلك فإن هذا الحكم الأخير يتعارض ويتناقض مع الحكم المدني السابق الذي اكتسب قوة الشيء المقضي به، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال الحكم المطعون فيه»⁽¹⁾.

فمن خلال هذا القرار اعتبرت المحكمة العليا العبرة بأسباب الحكم ومنطوقه وليس بهذا الأخير (المنطوق) لوحده. ولكن يبدو من خلال القرار الأسباب لها العبرة لأنها ترتبط بالمنطوق ارتباطا وثيقا بحيث لا يمكن الفصل بينهما إطلاقا⁽²⁾.

5- أن تكون الأحكام المتناقضة صادرة من جهات قضائية مختلفة:

وهذا الشرط وقع التصريح به في المادة 6/500 ق.إ.ج بعبارة: «تناقض القرارات الصادرة من جهات قضائية مختلفة...».

ولا يقصد بعبارة: «جهات قضائية مختلفة» جهات قضائية تنتمي إلى مجلسين قضائيين مختلفين فأكثر، أو جهتين قضائيتين تنتميان إلى مجلس قضائي واحد، وإنما المقصود هو صدور عمليتين قضائيتين متناقضتين ولو صدرا عن جهة قضائية واحدة، ولكن بتشكيلتين قضائيتين مختلفتين، وهكذا قضت المحكمة العليا بوجود التناقض بين حكمتين صدرتا عن محكمة الجنايات لمجلس قضاء واحد في الدَعْوَى العمومية والمدنية بتشكيلتين مختلفتين⁽³⁾. إذ الحكم الأول صدر بالبراءة وبالفصل في الدَعْوَى المدنية لصالح المتهم المحكوم له بالبراءة، ثم وقع فيه الطعن بالنقض على أساس أنه لم يفصل في الدَعْوَى المدنية التي تأسس فيها الطرف المدني. طبقا للمادة 2/316 ق.إ.ج، أي إغفال الفصل في طلبات الطرف المدني، وبعد النقض والإحالة، صدر حكم في الدَعْوَى المدنية لصالح الطرف المدني من طرف ذات الجهة القضائية التي أصدرت الحكم الفاصل في الدعويين العمومية والمدنية لصالح المتهم، وأن كان بتشكيلتين مختلفتين.

كما قضت بوجود التناقض بين أمر قاضي التحقيق المتضمن بصفة جزئية ألا وجه للمتابعة فيما يخص استعمال السلاح الأبيض والذي حاز حجية الأمر المقضي به، وبين قرار الغرفة الجزائية الذي حكم على المتهم بالإدانة مع تكييف الوقائع من جديد، وهاتان الجهتان القضائيتان تنتميان إلى مجلس قضائي واحد⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 01 أفريل 1986م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 41489. (م.ق.)، ع: 03، س: 1989م، ص250.

⁽²⁾ - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن، مرجع سابق، ج2، ص250.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 01 أفريل 1986م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 41489. (م.ق.)، ع: 03، س: 1989م، ص250.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 05 جانفي 1988م، (عن غ.ج.2/1)، في الطعن رقم: 44591. (م.ق.)، ع: 02، س: 1990م، ص284.

على أن الذي يتصوره المنطق هو صدور حكمين متناقضين عن جهتين قضائيتين مختلفتين تنتميان إلى مجلس قضائي واحد، أو مجلسين قضائيين مختلفين.

إنما الذي يقل حدوثة هو صدور حكمين متناقضين من جهة قضائية واحدة، وقد رأينا من قبل وقوع هذه الحالة، ومن ثم فإن عبارة المشرع في المادة 6/500 ق.إ.ج «الصادرة من جهات قضائية مختلفة» ليس شرطاً وإنما هو تأكيد لوجود التناقض بين الحكمين فقط.

ثالثاً: الأساس القانوني: خرق مبدأ حجية الشيء المقضي فيه:

إن التناقض بين الأحكام القضائية متى وقع بشروطه السابقة، فإنه يفتح باب الطعن بالنقض طبقاً للمادة 6/500 ق.إ.ج.

والأساس في ذلك هو أن التناقض خرق مبدأ حجية الشيء المقضي فيه، وهو المبدأ المنصوص عليه بالمادة 2/311 ق.إ.ج بقولها: «ولا يجوز أن يعاد أخذ شخص قد برئ قانوناً أو اتهمه بسبب الوقائع نفسها، حتى ولو صيغت بتكليف مختلف».

وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا من أنه: «لا يجوز إدانة المتهم على نفس الواقعة مرتين»⁽¹⁾. ومن خصائص مبدأ حجية الشيء المقضي فيه أنه: «مسألة قانونية يتعين على المحكمة أن تفصل فيه دون مشاركة المحلفين الذين ليست لهم الكفاءة القانونية لمناقشة حجية الشيء المقضي فيه وشروطها، وإن إبداء رأيهم في هذه النقطة غير مبني على أسس قانونية، وكان يتعين على المحكمة مشكلة من القضاة المحترفين (إعمالاً للمادة... ق.إ.ج) أن تفصل في هذا الدّفع بحكم مستقل وتعلله، حتى تتمكن المحكمة العليا من بسط رقابتها فيما يخص سبق الفصل أو عدمه بالنسبة للوقائع محل الاتهام، مع العلم أن هذا الدّفع لا يجوز ضمه للموضوع للأسباب نفسها، فإذا ما قضت المحكمة بحجية الشيء المقضي فيه تنتهي المناقشة، وترفع الجلسة، وإذا كان الأمر خلاف ذلك تواصلت الجلسة للفصل في الموضوع»⁽²⁾.

وقد سبقت الإشارة إلى أنّ هذا المبدأ من النظام العام في المواد الجزائية⁽³⁾.

ولا بأس هنا أن نذكر بالمبدأ الذي أرسته المحكمة العليا مقررته في هذه الخاصية وشروطه وهو: «إنّ الدّفع بحجية الشيء المقضي فيه في مادة جنائية يعتبر بالنسبة للقاضي الجنائي قاعدة من النظام العام، غير

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 19 نوفمبر 1968م، (عن غ.ج)، مجموعة الأحكام، ص355. وقرار صادر يوم: 20 ماي 1969م، (عن غ.ج)، (ن.ق)، ع: 02، س: 1970م، ص68. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص104. قرار صادر يوم: 05 جانفي 1988م، (عن غ.ج. 2/ق1)، في الطعن رقم: 44591. (م.ق)، ع: 02، س: 1990م، ص284. قرار صادر يوم: 14 جويلية 1996م، (غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 117680. (ن.ق)، ع: 52، س: 1997م، ص147. قرار صادر يوم: 29 أبريل 1969م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: غير موجود. (ن.ق)، ع: 04، س: 1970م، ص56. قرار صادر يوم: 14 جويلية 1987م، (عن غ.ج. 2/ق1)، في الطعن رقم: 46823. (م.ق)، ع: 03، س: 1990م، ص271.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 29 فيفري 2000م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 226101. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص376.

⁽³⁾ - أما في المواد المدنية فليس من النظام العام، إذ تنص المادة 2/338 ق.م على أنه «لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بحذو القرينة تلقائياً».

أنه يجب للاحتجاج به والرفع بحجية الشيء المقضي به وقبوله أن تكون بين المحاكمة الأولى والثانية وحدة ثلاثية: من حيث الموضوع؛ والأطراف؛ والدَّعوى»⁽¹⁾.

ويترتب على كون مبدأ حجية الشيء المقضي فيه من النظام العام أنه يجوز التمسك في أية مرحلة من مراحل الدَّعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، ذلك لأنه لا يجوز محاكمة عن الفعل الواحد لمرتين، لأنه خرق لمبدأ الشرعية.

وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا⁽²⁾، فقد قالت في أحد قراراتها: «إنَّ الدَّفْع بعدم جواز نظر الدَّعوى سبق الفصل فيها يحقق مصلحة عامة إذ أنه يضع حدا لنزاع وقع البت فيه نهائيا، لذلك استقر قضاء المجلس الأعلى على أنه من النظام العام وتقضي به المحكمة ولو من تلقاء نفسها»⁽³⁾.

ويقتضي مبدأ حجية الشيء المقضي فيه أن الأحكام المتناقضة لا تلغى كلها، وإنما يلغى الحكم الأخير أما الحكم الأول، فيبقى لأثمه به وقع أعمال المبدأ.

وقد قضت المحكمة العليا بنقض حكم محكمة الجنايات أدان متهما سبقت إدانته بنفس الوقائع؛ ولذات الأسباب؛ دون إحالة⁽⁴⁾.

رابعا: فائدة النص على التناقض بين الأحكام كسبب مستقل للنقض:

بعد أن وقفنا على حقيقة التناقض بين الأحكام، وعلى شروطه، وعلى أساسه القانوني، فإن السؤال يثور حول الفائدة من النص على التناقض بين الأحكام كسبب مستقل للنقض؟ بمعنى آخر هل وجود التناقض بين الأحكام كوجه من أوجه النقض ضروري أم أنه غير ضروري؟ وإذا كان غير ضروري فما الفائدة من إيرادها في المادة 500/6ق.إ.ج؟

للإجابة عن الإشكال، فإننا نكون أمام فرضين: قبل انقضاء ميعاد الطعن بالنقض، وبعد انقضاءه.

1/- على فرض قبل انقضاء ميعاد الطعن بالنقض:

إذا وقع بين حكمين قضائيين بالشروط السابقة، وتم الطعن في الميعاد فإن الأساس القانوني هو خرق مبدأ حجية الشيء المقضي فيه، ولما كان هذا المبدأ منصوص عليه بالمادة 2/311ق.إ.ج، فإن التناقض بين الأحكام لا يشكل سببا مستقلا للنقض، وإنما يشكل مخالفة للقانون⁽⁵⁾، وهو وجه النقض المنصوص عليه بالمادة 7/500ق.إ.ج.

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 29 أفريل 1969م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: غير موجود، (ن.ق)، ع: 04، س: 1970م، ص 56.
⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 10 ماي 1977م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 14994. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج 1، ص 347.
⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 22 أفريل 1975م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 10132. بغدادي، جيلالي، المرجع نفسه، ج 1، ص 347-348.
⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 30 ماي 2000م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 233184. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص 465. قرار صادر يوم: 20 ماي 1969م، (عن غ.ج)، في الطعن لصالح القانون المرفوع من طرف النائب العام، نشرة العدالة، س: 1969م، ص 218. قرار صادر يوم: 19 نوفمبر 1968م، (عن غ.ج)، في الطعن لصالح القانون المرفوع من النائب العام، نشرة العدالة، س: 1968م، ص 81. بغدادي، جيلالي، المرجع نفسه، ج 1، ص 347.
⁽⁵⁾ - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بالنقض، مرجع سابق، ج 2، ص 253.

ومن ثم، فإن اعتبار التناقض بين الأحكام القضائية كوجه من أوجه الطعن بالنقض، ليس وجها أصيلا مستقلا ومتميزا عن باقي الأوجه، وإنما هو مجرد تطبيق وتابع لوجه النقض مخالف القانون، ولما كان كذلك فإنه ليس من الضروري إيراده ضمن أوجه النقض، بل يمكن الاستغناء عنه، والاكتفاء بوجه مخالف القانون، بل يمكن الاستغناء عنه، والاكتفاء بوجه مخالف القانون المنصوص عليه بالفقرة السابعة من المادة 500ق.إ.ج.

ولكن إذا كان الأمر كذلك، فلماذا أورده المشرع ونص عليه ضمن أوجه الطعن بالنقض في المادة 6/500ق.إ.ج؟

والجواب أن الفائدة هنا تتعلق بالفرض الثاني وإليك بيانه.

2/- على فرض بعد انقضاء ميعاد الطعن بالنقض:

قد يقع أن تصدر أحكام متناقضة فيما بينهما، ولم ينتبه الخصوم إلى وجود هذا التناقض إلا في مرحلة التنفيذ، وبعد فوات ميعاد الطعن بالنقض بكلا الحكمين بأن يكتسب الحكمان صفة الحكم البات الذي لا يجوز الطعن فيه لا بالطرق العادية، ولا بالطرق غير العادية، فهنا تأتي الفائدة على النص على التناقض بين الأحكام كسبب مستقل وتميز للنقض، وتكمن الفائدة في تلافي النقض الناشئ عن السبب المسند لمخالفة مبدأ حجية الشيء المقضي فيه في إزالة التناقض وبالأخص بعد انقضاء مهلة الطعن بالنقض بمعنى آخر لو فرضنا عدم وجود نص قانوني لمبدأ حجية الشيء المقضي فيه⁽¹⁾، مثل المادة 2/311ق.إ.ج، وانقضت جميع مواعيد الطعن بما فيها ميعاد الطعن بالنقض فإن النص على التناقض بين الأحكام كسبب مستقل وتميز للنقض يكمن في تلافي هذا النقض التشريعي.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه: ما هو السبيل لإزالة هذا التناقض وقد فات ميعاد الطعن بالنقض.

ولا يجوز الطعن فيه بطلب إعادة النظر؟

والجواب: السبيل لإزالة التناقض بين الأحكام القضائية الجزائية⁽²⁾ هو الطعن لصالح القانون،

المنصوص عليه بالمادة 3/530ق.إ.ج بقولها: «وإذا رفع النائب العام إلى المحكمة العليا بناء على تعليمات

(1) - الحجار، حلمي محمد، المرجع نفسه، ج2، ص253.

(2) - بخصوص المواد المدنية فإن المادة 14/358ق.إ.م.إ. تنص على أنه «لا يبنى الطعن بالنقض إلا على الوجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: ...»
14 - تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي - في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولا، ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق انتهى بالرفض.

وفي هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه (أي أجل الطعن بالنقض)، ويجب توجيهه ضد الحكمين وإذا تأكد التناقض، تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين، أو الحكمين معا».

ومن خلال هذا النص، فإنه في المواد المدنية، إذا فات الأجل ولم يطعن فيه بالنقض من طرف الأطراف، فإنه مع ذلك يجوز الطعن بالنقض، ولكن لك لصالح القانون من طرف النائب العام لدى المحكمة العليا، طبقا للمادة 2/353ق.إ.ج، وإذا تأكد التناقض، فإن المحكمة العليا لا تلغي الحكم الثاني وتبقي الأول، كما هو الحال في المواد الجزائية، وإنما تقضي بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معا، وهذا بصريح المادة 14/358ق.إ.م.إ.

ونجب أن نشير أنه في القانون القديم (الأمر رقم: 66-154 الصادر في 1966/06/08م المتضمن قانون الإجراءات المدنية) كان الحكم المنصوص عليه في المادة 7/194ق.إ.م. القديم أنه: «إذا وجد تناقض في أحكام نهائية صادرة بين نفس الأطراف وبناء على نفس الأسانيد، من

وزير العدل أعمالاً قضائية أو أحكاماً صادرة من المحاكم أو المجالس القضائية مخالفة للقانون جاز للمحكمة العليا القضاء ببطالانها، فإذا صدر الحكم بالبطالان استفاد منه المحكوم عليه، ولكنه لا يؤثر عليه في الحقوق المدنية».

وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا، فقد جرى في أحد قراراتها ما نصه: «كل متابعة جديدة بسبب نفس الواقعة، وضد نفس المتهم، غير جائزة وترد بالدفع بالشيء المقضي به، ومن ثم أصاب المجلس الأعلى الذي أخطر بناء على عريضة النائب العام ورسالة من وزير العدل، عندما نقض وأبطل الحكم المؤرخ في 23 أبريل 1965م الذي صدر مخالفاً للشيء المقضي به»⁽¹⁾.

وقالت في قرار آخر: «يلغى القرار الذي صدر للمرة الثانية على الجاني الذي حكم عليه في السابق من أجل نفس الجنحة، ويستفيد من هذا الإلغاء المحكوم عليه تطبيقاً للفقرة الأخيرة من المادة 530ق.إ.ج»⁽²⁾. وقالت في قرار ثالث: «متى صدر حكمان متتاليان ضد نفس المتهمين في ذات الواقعة، تعين إبطال الثاني منهما لصالح القانون وحده على إثر الطعن المرفوع من النائب العام لدى المجلس الأعلى بناء على تعليمات وزير العدل طبقاً لمقتضيات المادة 3/530ق.إ.ج»⁽³⁾.

وقالت أيضاً: «متى ثبت أن المتهم الواحد كان موضوع حكمين جزائيين متتاليين من أجل ذات الواقعة، ولنفس السبب تعين على المجلس الأعلى الاستجابة إلى طلبات النائب العام الرامية لإبطال الحكم الثاني لسبق صدور حكم بات في القضية»⁽⁴⁾.

والخلاصة أن التناقض بين الأحكام القضائية ورد في القانون كوجه للطعن بالنقض من باب التأكيد والتثبيت، كما أنه في حال عدم قيام الأطراف بالطعن بالنقض في الميعاد المقرر للنقض، فإنه يمكن الطعن فيه عن طريق الطعن لصالح القانون المنصوص عليه بالمادة 530ق.إ.ج، وكل هذا يؤكد مرة أخرى أن مبدأ حجية الشيء المقضي فيه من النظام العام، مما يدل على أن «القانون قبل أن يكون نصوصاً فهو منطوق»⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: التناقض فيما قضى به الحكم نفسه:

نفس الجهات القضائية «هو أحد أسباب التماس إعادة النظر في الأحكام. أما «تناقض الأحكام النهائية الصادرة من محاكم مختلفة»، فكان من أوجه الطعن بالنقض المادة 233/6ق.إ.م.

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 19 نوفمبر 1968م، (عن غ.ج)، مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص355. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص186.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 03 نوفمبر 1970م، (عن غ.ج)، (ن.ق)، ع: 01، س: 1971م، ص72. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص186-187.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 20 ماي 1969م، (عن غ.ج)، في الطعن لصالح القانون المرفوع من طرف النائب العام، نشرة العدالة، س: 1969م، ص218. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص345.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 19 نوفمبر 1968م، (عن غ.ج)، في الطعن لصالح القانون المرفوع من النائب العام، نشرة العدالة، س: 1968م، ص81. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص347.

⁽⁵⁾ - قرار صادر يوم: 23 نوفمبر 1999م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 220293. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص475.

أولاً: تعريف التناقض فيما قضى به الحكم نفسه:

يعرف بعض الباحثين التناقض فيما قضى به الحكم نفسه كوجه من أوجه الطعن بالنقض بأنه: «التناقض الموجود في الفقرة الحكمية (أي المنطوق) والذي يجعلها غير قابلة للتنفيذ نتيجة لهذا التناقض»⁽¹⁾. ونظراً لأن هذا التعريف يضيق من نطاق التناقض فيحصره في المنطوق فقط فإن هذا الباحث يوسع في التعريف السابق بالقول: «إن التناقض في فقرات الحكم الواحد الذي يؤلف سبباً للنقض ليس مجرد تناقض أسباب الحكم فيما بينها أو تناقضها مع منطوق الحكم، وإنما هو التناقض الذي يقع بين الأجزاء التي تؤلف منطوق الحكم ذاته، والمتمثل بالفقرة الحكمية، وقد تشمل أيضاً الحلول التي يعطيها الحكم لنقاط متنازع بشأنها، وإن لم ترد في الفقرة الحكمية، بل في فقرات أخرى سابقة لها ترد في متن القرار»⁽²⁾. والذي نعتقده أن هذا الباحث لو جمع بين هذين المعنيين لكان أفضل وأكمل، وذلك بأن يقول: التناقض فيما قضى به الحكم نفسه هو التناقض الذي يقع بين أجزاء الحكم الواحد، والذي يجعله غير قابل للتنفيذ نتيجة لهذا التناقض.

وعلى ضوء هذا التعريف يمكن أن نعرف التناقض فيما قضى به الحكم نفسه بأنه وجود التعارض بين الأجزاء المختلفة للحكم من الديباجة، والأسباب والمنطوق، تعارضاً مؤدياً إلى استحالة تنفيذ هذا الحكم.

ويبدو أن المشرع يتبنى هذا المفهوم والتعريف للتناقض فيما قضى به الحكم نفسه استخلاصاً من أن المشرع عبر عنه بالقول: «أو التناقض فيما قضى به الحكم نفسه أو القرار»، حيث ورد عاماً وشاملاً لكل أجزاء ومفاصل الحكم من الديباجة، والأسباب، والمنطوق، ولو أراد التناقض في المنطوق فقط لعبر كما المشرع اللبناني في قوله في المادة 296/ز من ق.أ.م.ج: «أو التناقض بين تعليقه وبين الفقرة الحكمية أو التناقض بين الفقرة الحكمية ذاتها».

ثانياً: شروط التناقض فيما قضى به الحكم نفسه:

من خلال التعاريف السابقة، وبخاصة الأخير منها، فإنه لكي يتحقق التناقض فيما قضى به الحكم نفسه ويكون موجوداً، يجب توافر الشروط الآتية:

- أن يوجد التناقض والتعارض بين أجزاء الحكم المختلفة.
 - أن تكون أجزاء الحكم المتعارضة ترتبط بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً.
 - أن يؤدي هذا التعارض إلى استحالة تنفيذ الحكم.
- وإليك بيان هذه الشروط:

(1) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن، مرجع سابق، ج2، ص266.
(2) - الحجار، حلمي محمد، المرجع نفسه، ج2، ص267-268.

1/- أن يوجد التعارض بين أجزاء الحكم المختلفة:

ليس التناقض فيما قضى به الحكم نفسه واردا ضمن المنطوق فقط، ولكنه التناقض الموجود في الأجزاء الأخرى للحكم، وهي الديباجة، والأسباب، فضلا عن المنطوق. هذا الذي نراه ونعتقد.

ويرى بعض الفقه القانوني «بأن التناقض بين فقرات الحكم الواحد بالمعنى المقصود ضمن أسباب النقض هو التناقض الموجود مبدأ في الفقرة الحكمية، دون التناقض الموجود بين أسباب الحكم، أو بين الفقرة الحكمية وأسباب الحكم، لأنه إذا كان مثل هذا التناقض يمكن أن يفسح مجالا للطعن بطريق النقض بالاستناد إلى مخالفة القانون، إلا أنه لا يشكل التناقض المقصود بسبب النقض موضوع البحث»⁽¹⁾. غير أنه يستدرك بعد ذلك مباشرة قائلا: «إلا أن الأمر يختلف متى كانت الفقرة معطوفة على الأسباب بشكل تكون فيه مرتبطة ارتباطا وثيقا مع هذه الأسباب، وبحيث تشكل الأسباب الركيزة الضرورية للفقرة الحكمية، إذ عندها يصبح التناقض بين الفقرة الحكمية وهذه الأسباب بمثابة التناقض في الفقرة الحكمية، ولكن يشترط بكل الأحوال أن يصبح تنفيذ الحكم متعذرا نتيجة للتناقض المشكو منه»⁽²⁾.

وعلى الرغم من احترامنا لهذا الرأي، إلا أننا نؤكد مرة أخرى أن التناقض هو الحاصل في جميع أجزاء الحكم من الديباجة، والأسباب، والمنطوق، وليس في هذا الأخير فقط، وذلك أن الديباجة قد يقع فيها التناقض وذلك كأن يصرح مثلا بوجود مستشارين مقررين في تركيبة المجلس القضائي (الغرفة الجزائية، وغرفة الاتهام)، ودون أن تكون مرتبطة ارتباطا وثيقا بالمنطوق.

كل هذا فضلا عن أن الباحث يعترف ويقر بأن التعارض بين أسباب الحكم، أو بين أسباب الحكم والمنطوق هو تناقض، فيقول: «هو التناقض الموجود مبدأ في الفقرة الحكمية دون التناقض الموجود بين أسباب الحكم أو بين الفقرة الحكمية، وأسباب الحكم»⁽³⁾، ثم يقول معللا تعليلا غير كاف في تقديرنا: «لأنه إذا كان مثل هذا التناقض يمكن أن يفسح مجالا للطعن بطريق النقض بالاستناد إلى مخالفة القانون، إلا أنه لا يشكل التناقض المقصود بسبب النقض موضوع البحث»⁽⁴⁾، وهو التناقض في المنطوق فقط.

والواقع أننا لا نجد كلام وموقف هذا الباحث مقنعا، ذلك لأن كل هذا التعارض هو تناقض في الحكم الواحد، فلماذا التمييز بينها؟

نعتقد أنه لا مبرر لهذا التمييز، ومن ثم فالتناقض فيما قضى به الحكم نفسه يمكن أن يكون في الديباجة، كما يمكن في الأسباب، فضلا عن أن يكون المنطوق أو بين المنطوق والأسباب، فكل هذا تناقض.

(1) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن، مرجع سابق، ج2، ص266-267.

(2) - الحجار، حلمي محمد، المرجع نفسه، ج2، ص267.

(3) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن، مرجع سابق، ج2، ص266-267.

(4) - الحجار، حلمي محمد، المرجع نفسه، ج2، ص267.

2/- أن تكون أجزاء الحكم المتعارضة ترتبط ارتباطا وثيقا بالمنطوق:

والشرط الثاني هو أن تكون مختلف أجزاء الحكم، وبالأخص الدياحة والأسباب المتعارضة ترتبط ارتباطا وثيقا بالمنطوق بأن تكون الدياحة والأسباب العمود الفقري للمنطوق، بمعنى آخر أن يكون المنطوق مؤسسا على الأسباب والدياحة، إذ يكون عندها التناقض بين المنطوق وبين الأسباب أو الدياحة بمثابة التناقض في المنطوق⁽¹⁾.

وقد يبدو على الشرط متناقضا ومتعارضا مع قرناؤه في الشرط الأول من أن التناقض يوجد بين أجزاء الحكم المختلفة، وليس في المنطوق فقط. فنسارع إلى تبديد هذا الفهم المتبادر إلى الذهن، ونقول بأن الشرط الثاني القصد منه أن التناقض نوعان: نوع مؤثر في المنطوق ونوع غير مؤثر في المنطوق.

فالأول مثل أن تصرح المحكمة أن المتهم اعتدى على قاصر ثم تذكر أنه يبلغ من العمر 18 وعدة أيام، في حين أن القاصر من لم يبلغ 18 سنة كاملة. (المادتان 442 و443ق.إ.ج).

والمثال الثاني: كالقرار القاضي بإبطال حكم محكمة الدرجة الأولى ثم يقضي بذات الأسباب والمنطوق الذي ورد في حكم المحكمة.

أو كأن يقضي الحكم برفض الدعوى ثم يقضي بالإلزام بالمصاريف القضائية. فمثل هذا التناقض يشكل تناقضا في الحول القانونية وليس تناقضا في المنطوق في الحكم الواحد⁽²⁾.

3/- أن يؤدي هذا التعارض والتناقض فيما قضى به الحكم نفسه إلى استحالة تنفيذ الحكم:

لا يكون التعارض فيما قضى به الحكم نفسه تناقضا إلا إذا كان من المستحيل تنفيذه، لتعارض أجزاء الحكم الواحد مع بعضها البعض. ومن ثم لا يكفي أن يوجد التناقض فيما قضى به الحكم نفسه في أحد أجزائه فقط، حتى يمكن الطعن فيه بالاستناد إلى الطعن بالنقض، بل يجب أن يؤدي هذا التناقض إلى استحالة تنفيذ المنطوق⁽³⁾، كأن يقضي الحكم بالإدانة بالجرمة وتخفيف الحكم بالبراءة لتحقيق الدفاع الشرعي.

ثالثا: الفائدة من النص على التناقض فيما قضى به الحكم نفسه كسبب مستقل للنقض:

بعد أن وقفنا على حقيقة التناقض فيما قضى به الحكم نفسه وعلى شروطه، فإن السؤال الذي يثور هو ما الفائدة التي تقف وراء النص من اعتبار التناقض فيما قضى به الحكم نفسه كسبب مستقل ومميز للنقض؟ وهل يمكن الاستعاضة عنه بمخالفة القانون الذي هو أحد أوجه الطعن بالنقض طبقا للمادة 7/500ق.إ.ج؟ ثم إذا كان يجوز الاستعاضة عنه بهذا الوجه الأخير، فما الفائدة من النص عليه إذن؟

(1) - الحجار، حلمي محمد، المرجع والصفحة نفسهما.

(2) - الحجار، حلمي محمد، المرجع نفسه، ج2، ص270.

(3) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن، مرجع سابق، ج2، ص269-270.

يشير التناقض فيما قضى به الحكم نفسه عدم عناية القضاة الذين أصدروه بالحكم في شتى جوانبه، الديباجة، والأسباب، والمنطوق، وأنهم وقعوا في سوء فهم إما الواقعة أو القانون، وبمعنى آخر أن التناقض فيما قضى به الحكم نفسه يدل على أن القاضي الذي أصدره قد وقع في خلل في إدراك الحقائق الواقعية من الجريمة، وظروفها وفاعليها الأصليين والمشاركين، وكذا الحقائق القانونية من أركان الجريمة وظروفها، ومن ثم يكون حكمه يخل بأساس وجوده كحكم فيصبح كلاحكم، وقضاؤه كلاقضاء.

ذلك أن القضاء ليس فقط الفصل في الوقائع والخصومات بحكم وإنما هو منطق وعقل وإقناع لكل عقل سليم ومنطقي، «ومن المؤكد أن جميع حالات التناقض سواء تعلق بتناقض الأسباب فيما بينها، أو تناقض الأسباب مع المنطوق، أو تناقض المنطوق نفسه في الأجزاء التي يتألف منها، تعود إلى نقص في البناء المنطقي المؤثر على قرار الإدانة بالإثم»⁽¹⁾، «وأن القانون قبل أن يكون نصوصا فهو منطق»⁽²⁾. ولذلك فوجود التناقض فيما قضى به الحكم نفسه ينطوي على إهدار الحكم نفسه: وهو بهذا يعد قرا لمبدأين اثنين هما القصور في التسبيب، ومخالفة القانون.

فقصور الأسباب وهو وجه من أوجه النقص المنصوص عليه بالمادة 4/500 ق.إ.ج، يكون عندا تناقض الأسباب فيما بينها، أو بينها وبين المنطوق، أو في المنطوق نفسه. بمعنى آخر أنه يشترط في التسبيب في الأحكام أن يكون مستساغا مع المنطق ومع القانون معا. ومثال الاستساغة مع المنطق أن يقضي القرار بإدانة متهم لأنه ارتكب جريمة في الجزائر وفرنسا في وقت واحد⁽³⁾. ومثال الاستساغة مع القانون أن يقضي القرار أو الحكم بإدانة متهم بالجريمة عدم التبليغ عن الجريمة التي ارتكبها⁽⁴⁾.

فمن هذه الزاوية يكون تناقض الحكم فيما قضى به الحكم نفسه داخلا في وجه النقص قصور الأسباب، ومن ثم يمكن الاستغناء عنه من هذه الزاوية والاكتفاء بوجه النقص قصور الأسباب المادة 6/500 ق.إ.ج.

- أما مخالفة القانون، وهو وجه من أوجه النقص وقع النص عليه بالمادة 7/500 ق.إ.ج، فإنه إذا كان قصور الأسباب منصوصا عليه بالمادة 316 و379 و305 إلى 309 ق.إ.ج، فإن عدم احترام قواعد التسبيب يدخل في مخالفة القانون ومن ثم يمكن الاستغناء عن التناقض فيما قضى به الحكم نفسه، باعتباره داخلا في وجه مخالفة القانون.

(1) - مجودة، أحمد، أزمة الوضع في الإثم الجنائي، مرجع سابق، ج2، ص1087.

(2) - قرار صادر يوم: 23 نوفمبر 1999م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 220293. (إ.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص475.

(3) - قرار صادر يوم: 02 فيفري 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 48951. (م.ق)، ع: 02، س: 1992م، ص176.

(4) - قرار صادر يوم: 21 ماي 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 40779. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص253.

ولكن إذا كان الأمر كذلك، وأنه يمكن الاستغناء عنه، وأن التنصيص عليه ليس ضرورياً، فلماذا نص عليه المشرع إذن؟ ما هي الغاية التي قصدتها المشرع من التنصيص عليه ضمن أوجه الطعن بالنقض كوجه مستقل ومتميز؟

لعل الفائدة في ذلك هي التأكيد والتثبيت، وذلك مثل التناقض بين القرارات الصادرة من جهات قضائية مختلفة في آخر درجة. ولكن على فرض أنه صدر قرار تضمن تناقضاً فيما قضى به سواء في أسبابه أو منطوقه، أو بين أسبابه ومنطوقه، بالشروط السابق بيانها، ولم يطعن فيه بالنقض في ميعاده المحدد من جميع الأطراف، فهل يجوز الطعن فيه لصالح القانون طبقاً للمادة 530ق.إ.ج؟

والجواب: أن الظاهر يجوز ذلك، بناء على مقتضيات المادة 530ق.إ.ج، ولم نعر على قرارات المحكمة العليا في خصوص هذه النقطة، اللهم قراراً واحداً، وهو التناقض بين أسباب ومنطوق قرار نهائي، إذ أن الغرفة الجزائية قضت ببراءة المتهمين من تهمة استيراد بضائع محظورة بصفة مطلقة والمتاجرة في المخدرات، وحمل سلاح ممنوع وإرجاع السيارة لصاحبها ومصادرة المخدرات والمسدس تأسيساً على وقائع المخدرات، إلا أنها اكتفت بمصادرة المسدس المحمول بدون رخصة دون القضاء بإدانة الشخص الذي كان يحملة بدون ترخيص. فطعن النائب العام لدى المجلس الأعلى بناء على تعليمات السيد وزير العدل وفقاً لمقتضيات المادة 3/530ق.إ.ج فقضت المحكمة العليا بأنه: «كان يتعين عليهم (قضاة الاستئناف) أن يسببوا قضاءهم تسبباً كافياً فيما يخص تهمة حمل سلاح ناري بدون رخصة، إذ أنهم اكتفوا بالأمر بمصادرة المسدس دون أن يقضوا بإدانة الشخص الذي كان يحملة بدون ترخيص.

وحيث متى كان كذلك، فإن القرار المطعون فيه خرق مقتضيات المادة 379ق.إ.ج الأمر الذي يؤدي إلى نقضه لكن لصالح القانون فحسب ودون إحالة، وفقاً لأحكام المادة 3/530 و4ق.إ.ج»⁽¹⁾.

المطلب الثاني: تطبيقات قضائية حول التناقض بصورتيه:

أولاً: التناقض بين القرارات الصادر من جهات قضائية مختلفة في آخر درجة:

1/- التناقض بين مسودة وأصل الحكم:

- إن التناقض الذي يؤدي إلى النقض والبطالان هو التناقض الموجود بين أحكام صادرة في آخر درجة من جهات قضائية مختلفة طبقاً لمقتضيات المادة 6/500ق.إ.ج، لا التناقض الموجود بين المسودة وأصل الحكم لأن القانون لا يعتد بالمسودة عند وجود الأصل، وإن العبرة هي بما ورد في الوثيقة الرسمية الممضاة من قبل الرئيس وكاتب الجلسة، لذلك قضى عن طريق القياس برفض وجه الطعن المبني على

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 14 أفريل 1987م، (عن غ.ج. 2/1)، في الطعن رقم: 38681. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص 282.

التناقض الموجود بين مسودة وأصل محضر المرافعات فيما يخص تاريخ انعقاد الجلسة وتاريخ الأمر المعين للقاضيين المساعدين⁽¹⁾.

2/- تناقض الحكم مع قرار الإحالة وورقة الأسئلة:

يكون مشوب بالتناقض ويستوجب النقض الحكم الجنائي الذي ينص من جهة على أن المتهم أحيل على محكمة الجنايات من أجل الفعل المخل بالحياة على قاصر بالعنف والسرقة الموصوفة والسكر العلني في حين أن منطوق قرار الإحالة لا يشير إلى قصور الضحية، ولا إلى جريمة السكر العلني، كما أنه ينص من جهة أخرى على أن المحكمة قررت إدانة المتهم بالفعل المخل بالحياة على قاصر بالعنف والسرقة والسكر العلني، في حين أن الأسئلة التي وقع طرحها، والإجابة عليها والتي كانت أساسا للإدانة تتعلق بالفعل المخل بالحياة على بالغ والسرقة والاعتداء على الحرية الشخصية لمواطن⁽²⁾.

3/- تناقض بين حكم جنائي وحكم مدني:

- إنَّ التناقض بين حكمين صادرين من نفس الجهة القضائية يترتب عليه البطلان كالتناقض القائم بين الحكم المدني القاضي بالتعويض على أساس أن المتهم أدين بجناية الضرب العمد المفضي إلى الموت، والحكم الجنائي القاضي بإدانة نفس المتهم بجنحة عدم تقديم المساعدة لشخص في خطر⁽³⁾.

- متى كان الحكم الصادر في الدَّعوى المدنية ينص صراحة على أن محكمة الجنايات قضت جزائيا على المتهم بغرامتين اثنتين وأمرت بمصادرة محل الغش، وكان الحكم الصادر في الدَّعوى العمومية لا يوقع إلا غرامة واحدة على المتهم ولا يشير إلى مصادرة البنديتين والعملية الصعبة المحجوزة تعين إبطال الحكمين معا لتناقضها في بيانات جوهرية ورئيسية⁽⁴⁾.

ثانيا: التناقض فيما قضى به الحكم أو القرار نفسه:

1/- التناقض بين الأسباب:

أ/- تناقض البيانات المتعلقة بالوقائع:

- إن تقدير قضاة الاستئناف لوقائع الدَّعوى لا يخضع لرقابة المجلس الأعلى على شرط ألا تتناقض قناعتهم مع العناصر الموجودة بملف القضية⁽⁵⁾.

- يكون باطلا ويترتب على بطلانه النقض القرار الذي يتضمن بيانات متناقضة تتعلق بإجراء جوهري، كالإشارة إلى مستشارين مقررین مختلفين⁽⁶⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 02 فيفري 1982م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 25399. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص276.

(2) - قرار صادر يوم: 13 مارس 1990م، (عن غ.ج.ج)، في الطعن رقم: 61397. بغدادي، جيلالي، المرجع نفسه، ج1، ص276-277.

(3) - قرار صادر يوم: 01 فيفري 1983م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 28379. بغدادي، جيلالي، المرجع نفسه، ج1، ص277.

(4) - قرار صادر يوم: 05 جانفي 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 48527. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص277.

(5) - قرار صادر يوم: 05 مارس 1981م، (عن غ.ج.2/2)، في الطعن رقم: 22316. بغدادي، جيلالي، المرجع نفسه، ج1، ص271.

(6) - قرار صادر يوم: 12 نوفمبر 1981م، (عن غ.ج.2/2)، في الطعن رقم: 23179. بغدادي، جيلالي، المرجع والصفحة نفسه.

ومثل له كذلك أن التناقض بين أمر الإحالة الذي ورد فيه متابعة المتهم من أجل جريمة واحدة هي الإهمال في التسيير، وبين ورقة الأسئلة التي تابعت المتهم من العصيان واختلاس الأموال العمومية والإهمال في التسيير⁽¹⁾.

- يعتبر باطلا محضر المرافعات الذي ينص من جهة على أن محكمة الجنايات استمعت إلى الشهود بعد حلفهم اليمين القانونية، ثم يذكر من جهة أخرى أن هؤلاء الشهود استمع إليهم على سبيل الاستدلال فقط، ويترتب على هذا البطلان نقض الحكم الصادر في الدَّعوى العمومية⁽²⁾.

- من المقرر قانوناً أن محضر المرافعات يعتبر من الوثائق الأساسية المعتمد عليها في مراقبة قانونية الإجراءات المتبعة أمام محكمة الجنايات، ومن ثم فإن التناقض الوارد في البيانات التي تضمنها هذا المحضر لا يسمح للمجلس الأعلى بممارسة هذه الرقابة. إذا كان الثابت - في قضية الحال - أنه ورد في محضر المرافعات أن الشهود جميعاً أداؤ اليمين القانونية، ثم تضمن بعد ذلك أنه استمع إلى شهود دون أداء اليمين بمقتضى السلطة التقديرية المخولة لرئيس محكمة الجنايات، ومتى كان هذا التناقض يحول دون ممارسة المجلس الأعلى لمراقبة قانونية الإجراءات استوجب نقض وإبطال الحكم المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة أحكام هذا المبدأ⁽³⁾.

- ويعد تناقضاً كذلك وجود بيانات جوهرية متناقضة بين الحكم الجنائي ومحضر استخراج الخلفين، كأن يشير الحكم الجنائي إلى محلف لم يذكره محضر استخراج الخلفين⁽⁴⁾.

ب/- تناقض البيانات المتعلقة بالقانون أو بالواقع والقانون معا:

- متى قررت المحكمة أن مسؤولية المتهم والضحية في إحداث الضرر مشتركة بينهما نسبة معينة، تعين عليها مراعاة هذه النسبة في تقدير التعويض وإلا كان حكمها مشوباً بالتناقض مما يستوجب نقضه⁽⁵⁾.

- إن قرار غرفة الاتهام القاضي بأن لا وجه لمتابعة متهمين من أجل ارتكابهما جريمة الفاحشة بين الأقارب بناء على حيثيات متناقضة ومتضاربة فيما بينها يتعرض للنقض⁽⁶⁾.

- يعتبر مشوباً بالتناقض ويستوجب النقض الحكم الجنائي الذي يطبق على المتهم المدان بالقتل العمد مقتضيات المادة 261ق.ع، في حين أن هذا النص ينطبق على قتل الأصول والتسميم⁽⁷⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 13 جانفي 1981م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 24409. (ن.ق)، ع: 02، س: 1981م، ص: 111.

(2) - قرار صادر يوم: 01 مارس 1983م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 32229. بغدادي، جيلالي، المرجع والصفحة نفسه.

(3) - قرار صادر يوم: 06 نوفمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 35805. (م.ق)، ع: 04، س: 1989م، ص: 284.

(4) - قرار صادر يوم: 20 جانفي 1998م، (عن غ.ج.ج)، في الطعن رقم: 177197. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2003م، ص: 368.

(5) - قرار صادر يوم: 28 نوفمبر 1972م، (عن غ.ج.ج)، في الطعن رقم: 7612. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص: 271-272.

(6) - قرار صادر يوم: 19 ماي 1981م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 21859. بغدادي، جيلالي، المرجع نفسه، ج1، ص: 272.

(7) - قرار صادر يوم: 26 جوان 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 25719. بغدادي، جيلالي، المرجع والصفحة نفسه.

- يتعرض للنقض الحكم المدني الذي يذكر في أسبابه أن محكمة الجنايات أدانت المتهم من أجل مخالفة التنظيم النقدي ومخالفة جمركية وارتأت أن طلبات إدارة الجمارك المدّعية بالحق المدني مؤسسة غير أنه مبالغ فيها وأنها تملك العناصر الكافية للرجوع بها إلى الحد المعقول، ثم ينتهي في منطوقه إلى رفض طلبات الطرف المدني⁽¹⁾.

- إن التناقض الموجود بين بيانات جوهرية تتعلق بتشكيل المجلس القضائي ولا تسمح للمجلس الأعلى بمعرفة المستشار المقرر الحقيقي الذي قرر في القضية يترتب عليه النقض⁽²⁾. «إن واقعة ذكر إسمي قاضيين لكونهما اشتركا في تلاوة التقرير الشفوي، المنصوص عليه في المادة 431 ق.إ.ج، يشكل تناقضا بين مختلف أحكام القرار، ويفسح المجال للنقض، حسب موجب أحكام المادة 500 الفقرة السادسة من ق.إ.ج»⁽³⁾.

2/- التناقض بين الأسباب والمنطوق:

- إن اعتراف المتهم في جميع مراحل البحث القضائي بالوقائع المنسوبة إليه مع إعطاء كل التفاصيل حول كيفية قيامه بإضرار النار في بيت عمه عمدا وشرحه للباعث الذي دفعه إلى ارتكاب الجريمة، كل هذه الأسباب تؤدي منطقيا وقانونا إلى اتهام مقترف هذه الوقائع وإحالة إلى جهة الحكم لا إلى إصدار قرار بانتفاء وجه الدّعوى في صالحه⁽⁴⁾.

- من اللازم ألا تتناقض حيثيات القرار مع منطوقه وإلا كان باطلا وتترتب على ذلك النقض⁽⁵⁾.
- لما كانت الأسئلة والأجوبة بمثابة التعليل في مواد الجنايات، فإن تناقض البيانات الواردة حولها في ورقة الأسئلة ومنطوق الحكم يترتب عليه البطلان كالتناقض الموجود بين الحكم الجنائي الذي ينص على أن المحكمة أدانت المتهم من أجل خطف قاصرة وأنها برأت من تهمة إنشاء محل للدعارة، وبين ورقة الأسئلة التي تشير إلى أن أعضاء المحكمة أجابوا بالإيجاب على جميع الأسئلة المطروحة عليهم⁽⁶⁾.

- كما يتعرض للنقض قرار غرفة الاتهام القاضي بالأولى وجه للمتابعة بناء على خبرة طبية أولى تقرر عدم مسؤولية المتهم الجنائية وخبرة طبية مضادة تفيد بأن مسؤولية المتهم ناقصة، لأن النتيجة التي توصلت إليها الغرفة في منطوق قرارها تتناقض مع نتائج الخبرتين اللتين اعتمدت عليهما⁽⁷⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 05 يناير 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 38527. بغدادي، جيلالي، المرجع والصفحة نفسه.
(2) - قرار صادر يوم: 08 ماي 1990م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 62303. (م.ق)، ع: 01، س: 1992م، ص: 177.
(3) - قرار صادر يوم: 12 نوفمبر 1981م، (عن غ.ج.2/2)، في الطعن رقم: 23179. مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص: 215-216.
(4) - قرار صادر يوم: 19 يناير 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 53194. (م.ق)، ع: 04، س: 1990م، ص: 218.
(5) - قرار صادر يوم: 13 يناير 1981م، (عن غ.ج.1/2)، في الطعن رقم: 25481. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج: 1، ص: 273.
(6) - قرار صادر يوم: 15 جويلية 1980م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 23129. بغدادي، جيلالي، المرجع نفسه، ج: 1، ص: 273-274.
(7) - قرار صادر يوم: 15 يناير 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 41022. بغدادي، جيلالي، المرجع نفسه، ج: 1، ص: 274.

- إن الإدانة القائمة على جريمة توزيع أوراق نقدية مقلدة مع الإجابة عنها بالنفي، وطرح سؤال آخر حول ظرف التشديد، يشكل تناقضا بين الأسباب والمنطوق، يؤدي إلى النقض طبقا للمادة 495ق.إ.ج.⁽¹⁾.

3/- التناقض بين أجزاء المنطوق:

- يعتبر مشوبا بالتناقض ويستوجب النقض الحكم القاضي بإدانة المتهم الواحد كفاعل أصلي في جريمة قتل عمد على نفس الضحية وكشريك فيها⁽²⁾.

- إن القرار الذي يقضي على نفس المتهم من أجل ذات الواقعة على أنها تكون جنحتي السرقة والاشترك فيها، يشوبه التناقض مما يستوجب نقضه⁽³⁾.

والمبدأ الذي أرسته المحكمة العليا في هذا هو: «متى وجهت للشخص تهمة باعتباره الفاعل الأصلي لوقائع معينة، فإنه ليس من الجائز قانونا أن توجه إلى نفس الشخص تهمة المشاركة في الفعل الأصلي الذي اتهم به في آن واحد. إن إسناد تهمة الفعل الأصلي والمشاركة إلى شخص واحد ومن أجل واقعة يعد خرقا للقانون. ولقد كان على قضاة الموضوع الالتزام بهذا المبدأ وإسناد حالة واحدة للمتهم حسب الوقائع والأدلة الثابتة في حقه، ومتى خالفوا ذلك استوجب نقض وإبطال قرارهم»⁽⁴⁾.

- يعد تناقضا أن ينص قرار غرفة الاتهام في حيثياته على أن المتهم قاد المجني عليها ليلا إلى حقل حيث تعاطى معها الفساد، ثم يقضي بأن لا وجه للمتابعة⁽⁵⁾.

وكذلك قرار غرفة الاتهام القاضي بأن لا وجه للمتابعة المتهم بناء على خبرة طبية أولى تقرر عدم مسؤوليته الجزائية، وخبرة طبية مضادة تقرر نقص المسؤولية طالما أن النتيجة حالي توصل إليها القرار في المنطوق تتعارض مع نتائج الخبرتين اللتين اعتمد عليهما⁽⁶⁾.

- إذا وجدت في الملف نسختان لورقة الأسئلة وكانت البيانات الواردة فيهما متضاربة حول الإجابة على السؤال المتعلق بالإدانة بحيث تنص الأولى على أن هذه الإجابة كانت بالنفي، بينما تشير الثانية إلى أن الإجابة قد حصلت بالإيجاب، فإن مثل هذا التضارب يترتب عليه البطلان والنقض⁽⁷⁾.

- «من المستقر عليه قضاء أن التناقض المفضي إلى النقض هو التناقض الموجود بين بيانات جوهرية في الإجراءات تؤثر على صحة الحكم، أما مجرد الخطأ المادي، فإنه لا يعد سببا من أسباب النقض، ومن ثم فإن النص على الحكم المطعون فيه بوجود تناقض بين تاريخ ورقة الأسئلة وتاريخ الحكم المطعون فيه المثبت

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 24 جوان 2003م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 313162. (م.ق.)، ع: 01، س: 2003م، ص419.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 04 يناير 1983م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 27661. بغدادي، جيلالي، المرجع نفسه، ج1، ص275.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 25 ديسمبر 1984م، (عن غ.ج.2/1)، في الطعن رقم: 36665. (م.ق.)، ع: 02، س: 1989م، ص312.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 25 ديسمبر 1984م، (عن غ.ج.2/1)، في الطعن رقم: 36665. (م.ق.)، ع: 02، س: 1989م، ص312.

⁽⁵⁾ - قرار صادر يوم: 07 ماي 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 38291. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص189.

⁽⁶⁾ - قرار صادر يوم: 15 يناير 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 41022. بغدادي، جيلالي، المرجع نفسه، ج1، ص189-190.

⁽⁷⁾ - قرار صادر يوم: 19 يناير 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 46312. (م.ق.)، ع: 01، س: 1992م، ص156.

بمحضر المرافعات وورقة التكليف بالحضور يعد خطأ ماديا لا يؤثر على صحة الحكم، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»⁽¹⁾.

ثالثا: التناقض بين الأسئلة:

من أمثلة التناقض بين الأسئلة أن يكون السؤال الأول عن إدانة المتهم بالإيجاب بالأغلبية، والسؤال عن الدفاع الشرعي كان بـ «لا بالأغلبية»، والتناقض هنا موجود في أنه كان من الواجب طرح سؤال الدفاع الشرعي ضمن السؤال الأول لا فصله عنه⁽²⁾.

ومن أمثلة التناقض بين الأسئلة أن تطرح المحكمة سؤالين حول واقعة الضرب المفضي إلى الموت، وأجابت عن السؤال الخاص بفعل الضرب العمدي بالإيجاب بالأغلبية، وعن السؤال الخاص بالظرف المشدد بالنفي بالأغلبية ونتيجة لذلك حكمت بالبراءة لصالح المتهم، حيث إنّه يتبين مما تقدم أنه يوجد تناقض بين الإجابة عن السؤال الأول، وبين منطوق الحكم الذي صرح ببراءة المتهم، فالمحكمة لما أثبتت الضرب العمدي في حق المتهم كان يتعين عليها في هذه الحالة، حتى ولو طرحت عن الظرف المشدد أن تدنيه طبقا لأحكام المادة 264 أو المادة 442 ق.ع، لا أن تهمل هذا الجانب وتقضي بالبراءة، ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم⁽³⁾.

وفي جريمة الضرب والجرح العمدي طبقا للمادة 3/264 ق.ع لا يجوز طرح السؤال بالشكل الآتي: «هل المتهم مذنب بارتكابه جناية الضرب أو الجرح العمدي؟».

حيث إنّ هذا السؤال لا يصح كأساس للإدانة، لأنه يشترط لتطبيق هذا النص (م3/264 ق.ع) حصول ضرب أو جرح عمدي وعاهة مستديمة ورابطة سببية بين الضرب أو الجرح العمدي وبين العاهة المستديمة الناتجة عنه. حيث إنّ سؤال الإدانة يتناقض مع المنطوق الذي صرح أنه طبق م3/264 ق.ع⁽⁴⁾.

ومثال التناقض بين الأسئلة أن يكون السؤال الأول كالتالي: «هل أن المتهم (ت.م) يعتبر مذنبا لارتكابه خلال شهر سبتمبر 1980م بفرنسا وعين أولمان دائرة محل القبض على المتهم المقاطعة القضائية لمحكمة الجنايات لمجلس قضاء سطيف حفلا جنسيا على الضحية (ت.ص)؟». حيث إنّ فعلا يتجلى بوضوح أن الصيغة المستعملة في هذا السؤال تضمنت ذكر مكانين مختلفين قد يفهم من خلالهما أن جريمة

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 12 جويلية 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 54419. (م.ق)، ع: 03، س: 1992م، ص181.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 20 ماي 1969م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: غير موجود. (ن.ق)، ع: 04، س: 1970م، ص64.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 06 نوفمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 34357. (م.ق)، ع: 01، س: 1989م، ص311.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 05 جانفي 1982م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 27373. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص234.

هتك العرض المسندة إلى المتهم تم ارتكابها فيهما في نفس الزمان وهو شهر سبتمبر 1980م، أو كأنها ارتكبت مرتين بفرنسا وبالجائز، والحال أن قرار الإحالة لم يشر إلا إلى مكان واحد حدثت فيه الواقعة، حسب ما انتهى إليه التحقيق القضائي، أي خار الوطن، وهكذا بطرحها السؤال الأول بهذه الصيغة المبهمة تكون المحكمة قد خالفت مقتضيات المادة 305ق.إ.ج مما يترتب عنه نقض حكم المحكمة⁽¹⁾.

وقد قالت المحكمة العليا: «إن السؤال الذي طرحته المحكمة تضمن ما ذكر مكانين مختلفين قد يفهم من خلالهما أن جريمة هتك العرض تم ارتكابها مرتين في نفس الزمان، في حين أن قرار الإحالة لم يشر إلا إلى مكان واحد حدثت فيه الواقعة، تكون بقضائها كما فعلت قد خالفت القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال الحكم المطعون فيه»⁽²⁾.

رابعاً: ما لا يعد تناقضاً:

- إنَّ التناقض الذي ينجر عنه النقض هو التناقض القائم بين بيانات جوهرية من شأنها أن تؤثر في صحة الحكم لا الخطأ المادي الوارد في ورقة الأسئلة حول تاريخ الجلسة متى ثبت أن التاريخ الحقيقي والصحيح للمحاكمة هو الذي نص عليه كل من محضر المرافعات والحكم الجنائي والحكم المدني⁽³⁾.

- متى كان الحكم قد صيغ بطريقة مشوشة نتيجة استعمال مطبوعات قديمة لازالت بعض المحاكم تستخدمها رغم عدم صلاحيتها، فإن ذلك لا يؤدي إلى النقض طالما أن ورقة الأسئلة التي نقل عنها الحكم الصادر في الدَعْوَى العمومية سليمة من كل عيب ولا يوجد بها تناقض⁽⁴⁾.

- لا وجود للتناقض بين طرح سؤال الظرف المشدد وسؤال الظروف المخففة، ذلك أنَّ القانون (المادة 305ق.إ.ج) لا يمنع من طرح السؤالين معا في ورقة الأسئلة الواحدة ولو لمتهم واحد في جريمة واحدة، حيثُ إنَّ الجواب بالنفي أو بالإيجاب عن كل واحد منهما لا يكون في حد ذاته تناقضاً، لأنَّ الظرف المشدد يتعلق بالجريمة نفسها، بينما الظرف المخفف يتعلق بتخفيف العقوبة المقررة قانوناً⁽⁵⁾.

- لا تناقض بين الحكم الغيابي الصادر عن محكمة الجنايات (أو إجراءات التخلف عن الحضور «La contumace»، المواد 317 إلى 327ق.إ.ج)، والحكم الصادر عليه من محكمة الجنايات بعد أن سلم نفسه للقضاء أو أُلقي عليه القبض قبل انقضاء العقوبة المقضي عليه بها بالتقادم، ذلك ان الحكم والإجراءات المتخذة منذ الأمر بتقديم نفسه تنعدم بقوة القانون، وتتخذ بشأنه الإجراءات الاعتيادية، وبالتالي فإن الحكم الغيابي الصادر بشأن المتهم لا يمكن اعتباره أثناء المحاكمة الثانية في حضرة المتهم الذي تتخذ بشأنه إجراءات جديدة قد تختلف جزئياً أو كلياً عن الإجراءات السابقة كما حدث في قضية الحال،

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 02 فيفري 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 48951. (م.ق.)، ع: 02، س: 1992م، ص: 176.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 02 فيفري 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 48951. (م.ق.)، ع: 02، س: 1992م، ص: 176.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 12 جويلية 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 54419. (م.ق.)، ع: 03، س: 1992م، ص: 181.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 18 ديسمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 36646. (م.ق.)، ع: 02، س: 1990م، ص: 242.

⁽⁵⁾ - قرار صادر يوم: 26 نوفمبر 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 39440. (م.ق.)، ع: 01، س: 1990م، ص: 242.

لا يمكن اعتباره مناقضا للحكم الثاني الصادر بحضرة المتهم، إذ أن الحكم الغيابي يسقط بقوة القانون متى قبض على المتهم أو سلم نفسه للعدالة طبقا للمادة 326 ق.إ.ج.⁽¹⁾.

المبحث الثالث: مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه:

يعد الوجه السابع، وهو «مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه»⁽²⁾، هو الوجه الذي تتفق كل التشريعات المعتمدة في الدراسة على اعتباره وجها من أوجه الطعن بالنقض. فالمشرع الجزائري أخذ به في الفقرة السابعة من المادة 500 ق.إ.ج، واصطاح عليه بالمصطلح المذكور أعلاه.

والمشرع التونسي أخذ به في الفصل 1/258 م.إ.ج واصطاح عليه باصطلاح: «خرق القانون أو الخطأ في تطبيقه».

وكذا المشرع المغربي أخذ به في المادة 4/534 ق.م.ج تحت اصطلاح: «الخرق الجوهري للقانون». وكذلك المشرع المصري في المادة 30 ق.ح.إ.ط.ن بصيغة: «إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة القانون أو على خطأ في تطبيقه أو في تأويله».

والمشرع السوري نص عليه في المادة 1/342 ق.أ.م.ج تحت صيغة: «إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة القانون أو على خطأ في تفسيره».

أما المشرع اللبناني فنص عليه في المادة 296/ب من ق.أ.م.ج بصيغة: «مخالفة القانون أو الخطأ في تفسيره أو في تطبيقه».

وبهذا فإن كل التشريعات القانونية المشار إليها أعلاه تتفق إلى أن من أوجه الطعن بالنقض كون الحكم المطعون فيه مبنيا على:

1- مخالفة القانون بحسب اصطلاح المشرع الجزائري والمصري والسوري واللبناني، أو خرق القانون بحسب المشرع التونسي، و«الخرق الجوهري للقانون» بحسب اصطلاح المشرع المغربي.

2- أو الخطأ في تطبيق القانون، وهو اصطلاح كل من المشرع الجزائري، والتونسي، والمصري. وهنا يلاحظ أن المشرع المغربي لم يصرح بهذه الصورة، ومع ذلك فإننا نعتقد أنه يأخذ بها ضمنا في «الخرق الجوهري للقانون»، إذ أن «الخطأ في تطبيق القانون» ما هو إلا صورة من صور هذا الخرق. وكذلك المشرع السوري ينطبق عليه هذا الحكم.

كما يلاحظ أيضا أن المشرع اللبناني يأخذ بهذه الصورة، ولكن تجعلها في المرتبة الثالثة.

(1) - قرار صادر يوم: 22 نوفمبر 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 50040. (م.ق)، ع: 01، س: 1992م، ص183.

(2) - وبالفرنسية: «violation ou fausse application de la loi».

3- الخطأ في تأويل (أو تغيير) القانون، وهذه الصورة يأخذ بها كل من المشرع المصري والسوري (كصورة ثانية)، واللبناني (كصورة ثانية)، أما التشريع الجزائري والتونسي والمغربي فلا يأخذون أو بالأحرى لا يصرحون بهذه الصورة، ومع ذلك نعتقد أنها داخلة في مخالفة القانون، باعتبار أن المشرع قصد من النص أن تفسره المحاكم بحسب ما قصده لا بحسب ما تريده أية محكمة. ولذا يقول البعض: «ويعتبر التفسير السيئ أو غير السليم للقانون بمثابة مخالفة له»⁽¹⁾.

وهذا الاتفاق التشريعي⁽²⁾ على اعتبار مخالفة القانون من أوجه الطعن بالنقض إنما يعكس أهمية وقيمة هذا الوجه، وأن نقض الحكم يكون بسبب مخالفة القانون، كما يعكس من جهة أخرى أن المحكمة العليا محكمة قانون لا محكمة وقائع.

ونظرا لهذه الأهمية القصوى لهذا الوجه «مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه، أو في تأويله»، سواء من جهة اعتباره وجهًا للنقض، أو من جهة أخرى يؤكد وظيفة المحكمة العليا في أنها محكمة قانون لا محكمة وقائع، فإننا نتعرض إلى بيانه وفق الخطة الآتية:

المطلب الأول: ماهية مخالفة القانون كسبب مستقل للطعن بالنقض.

المطلب الثاني: تطبيقات قضائية

وإليك بيان هذين المطلبين.

المطلب الأول: ماهية مخالفة القانون كسبب مستقل للطعن بالنقض:

يستدعي هذا الفرع التعرف على حقيقة وماهية مخالفة القانون باعتباره وجهًا من أوجه الطعن بالنقض، وذلك من زاويتين كل واحدة في بند خاص بها:

- الأولى: من حيث تعريفه، وصوره، وشروطه، وأساسه.

- والثانية: من حيث مفهوم القانون الذي تشكل مخالفته سببًا للنقض.

وإليك بيان هذه العناصر والمسائل بالترتيب.

الفرع الأول: تعريف مخالفة القانون وصوره، وشروطه، وأساسه،

أولاً: تعريف مخالفة القانون كوجه مستقل للنقض: يعرف أحد الفقهاء القانونيين مخالفة القانون

أو الخطأ في تطبيقه، أو الخطأ في تأويله (أو تفسيره) بالقول: «إن سبب النقض المستند إلى مخالفة القانون

⁽¹⁾ - بربارة، عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 276.

⁽²⁾ - وكذلك في المواد المدنية يحصل هذا الاتفاق بين التشريعات، فالمادة 5/233 ق.إ.م. القدم (الأمر رقم: 66-154) نصت عليه بعبارة: «مخالفة أو خطأ في تطبيق القانون الداخلي، أو قانون أجنبي متعلق بالأحوال الشخصية». وكذلك المادة 5/358 و6-7 ق.إ.م. (القانون رقم: 09-08 الصادر في 2008م) بصيغة: «5- مخالفة القانون الداخلي، 6- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، 7- مخالفة الاتفاقيات الدولية». وكذا المادة 1/248 قانون المرافعات م.ت. المصري بصيغة: «إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيًا على مخالفة للقانون، أو خطأ في تطبيقه، أو في تأويله». والمادة 250/ب من ق.أ.م.م. السوري، والفصل 1/175 م.إ.م. التونسي، والمادة 1/359 ق.م.م. المغربي، وكذا التشريع اللبناني المادة 1/708 ق.أ.م.م. وهذا بنفس الصياغة التي أشير إليها في المواد الجزائية عموماً.

يعني أن القرار المطعون فيه خالف القانون بالمعنى الواسع للمخالفة، أي سواء نتجت المخالفة عن خطأ تفسير القانون أو خطأ في تطبيقه، بشرط أن تكون تلك المخالفة أثرت في الحل القانوني»⁽¹⁾.

وهذا التعريف جيد إلا أنه لم يشير إلى إحدى صور المخالفة، وهي مخالفة القانون، حيث إنه أشار فقط إلى الخطأ في تطبيق القانون، وإلى الخطأ في تأويله، على مخالفة القانون هي إحدى صور هذه المخالفة والمتمثل في تجاهل قانونية معينة.

ويقول فقيه آخر: «يقصد بهذه الحالة وجود أحكام أو قرارات صادرة عن جهات قضائية متناقضة مع نصوص قانونية صريحة، أو مبادئ قضائية ثابتة سواء كان الأمر يتعلق بتطبيق القانون أو تفسيره، وهو ما يعبر عنه بالخطأ في تطبيق القانون»⁽²⁾.

وعيب هذا التعريف أنه عبر عن المخالفة بالتناقض، في حين أنه يوجد فرق جوهري بين مخالفة الحكم للقانون، وبين التناقض، ذلك أن هذا الأخير ينصرف إلى تعارض داخل الحكم القضائي، أو تعارض بين أحكام مختلفة صادرة عن جهات قضائية مختلفة، بمعنى أن التناقض ينصرف إلى العمل القضائي في ذاته وتعارضه، أما المخالفة فهي تكون الحكم والقانون، أما التناقض فليس بين الحكم والقانون، وإنما في الحكم نفسه أو بين حكمين.

وعلى هذا الأساس لا يمكن تصور وجود تناقض بين الحكم والقانون، إنما المتصور هو مخالفة الحكم للقانون، ذلك لأن القانون هو قاعدة تشريعية أعلى درجة من الحكم القضائي هذا الأخير الذي هو مجرد تطبيق لنص القانون لا غير.

ثم من جهة ثانية أن صاحب التعريف يقحم مسألة مخالفة الحكم القضائي لمبدأ قضائي ثابت، ولسنا ندري ما المقصود بقوله: «مبدأ قضائي ثابت؟». مع العلم أن المخالفة المقصودة هي للقانون لا غير وليس لمبادئ قضائية ثابتة، إن كان المقصود بها ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا في تأويل وتفسير مادة قانونية معينة.

ويعرفها البعض بالقول: «سوء تقدير القانون أو جهله إياه»⁽³⁾.

وهذا التعريف يتميز بالغموض والقصور، فهو غامض عندما عبر بقوله: «سوء تقدير القانون»، كما أنه يتميز بالقصور عندما اكتفى على صورة واحدة لمخالفة القانون وهي جهل القاضي للقانون، والحق أن القاضي إما أن يجهل أو يتجاهل القانون الواجب التطبيق، أو أنه يعلمه إلا أنه يطبقه تطبيقاً سيئاً، وإما أن يعلمه إلا أنه يفسر وبأوله بخلاف مقصود النص متى كان النص واضحاً لا غامضاً.

(1) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ج 1، ص 76-77.

(2) - جروه، علي، الموسوعة في الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ج 3، ص 586.

(3) - القرام، ابتسام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 273.

وقال أحد الباحثين بما يشبه التعريف: «يتخذ الخطأ في القانون بالمعنى الضيق⁽¹⁾ ثلاث صور، هي: مخالفة القانون، والخطأ في تطبيقه، والخطأ في تأويله. وجميع هذه الصور تفيد عدم إعمال القانون على وجهه الصحيح الأمر الذي يقتضي تدخل محكمة النقض، لكي تراقب سلامة الحكم المطعون فيه بالنظر إلى القانون الواجب التطبيق. وتحقق مخالفة القانون عند عدم تطبيق قاعدة قانونية واضحة المعنى لا تحتمل تأويلا على واقعة يجب تطبيقها عليها.

أما الخطأ في تطبيق القانون فيتحقق بتطبيق قاعدة قانونية واضحة المعنى لا تحتمل تأويلا على واقعة لا يجوز تطبيقها عليها، وقد يرجع هذا الخطأ في التطبيق إلى الخطأ في التكييف القانوني للواقعة التي ثبتت لدى المحكمة في حدود سلطتها التقديرية.

أما الخطأ في تأويل القانون، فيكون عند الانحراف بمعنى النص القانوني سواء بالتضييق من نطاق القاعدة القانونية المستخلصة أو توسيع المعنى أو تشويبه⁽²⁾.

وما قيل في التعريف الثالث يقال عن هذا التعريف: «مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه أو تأويله هذه الحالات الثلاث متماثلة، والمراد بها، الخطأ في فهم إرادة الشارع، كما هي مذكورة في النص⁽³⁾.

وقال فقيه آخر: «يعد مخالفة للقانون بما يحقق هذا الوجه للنقض إخلال الحكم بقاعدة قانونية موضوعية أيا كان موضع النص عليها، مكتوبة أو غير مكتوبة، كان متعينا تطبيقها للفصل في موضوع الدعوى الجنائية أو الدعوى المدنية التي ينظر فيها القضاء الجنائي⁽⁴⁾.

ومن خلال كل هذه الجهود في تعريف مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه، أو في تفسيره، فإنه يمكن أن نعرفه بأنه: وجه للطعن بالنقض في الأحكام القضائية يتأسس على جهل أو تجاهل قاضي الموضوع للقانون، أو أنه يعلم بالنص القانوني ويطبقه تطبيقا سيئا، أو يفسره على غير معناه الحقيقي، بشرط أن تكون هذه المخالفة مؤثرة في الحل القانوني الوارد في الحكم القضائي.

ونحب أن نشير إلى أن بعض الفقه⁽⁵⁾ عندما عرف هذا الوجه، انصرف إلى تعريف القانون الذي تشكل مخالفته سببا للنقض، ولم يعرفوا مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه، أو تأويله، فمثلا قال أحدهم: «الخرق الجوهرى للقانون... هو المساس بالنصوص الموضوعية الواجبة التطبيق عند البت في الدعوى، إن في

(1) - أي القانون الموضوعي لا القانون الإجرائي زائدا القانون الموضوعي. سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 1478.

(2) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 1481.

(3) - حومد، عبد الوهاب، الوسيط، مرجع سابق، ص 360.

(4) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 1431.

(5) - حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ج 2، ص 1427. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 843. حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 1070. حومد، عبد الوهاب، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية، مرجع سابق، ص 360. العلمي، عبد الواحد، شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية، مرجع سابق، ج 3، ص 198.

شقها الزجري، وإن في شقها المدني»⁽¹⁾. وقال آخر: «يعني الشارع بهذا الوجه الخطأ في تطبيق القانون الموضوعي»⁽²⁾.

وهكذا فهذا الاتجاه لم يحدد طبيعة مخالفة القانون، وإنما حدد طبيعة القانون التي تشكل مخالفته سندا للنقض، وتم فهم لم يعرفوا هذا الوجه بالشكل المطلوب.

ثانيا: صور مخالفة القانون ومميزاتها:

من خلال ما سبق بيانه، وبالأخص النصوص القانونية والتعاريف، نخلص أن مخالفة القانون تتخذ ثلاث صور، هي: مخالفة القانون؛ والخطأ في تطبيق القانون؛ والخطأ في تأويل القانون. إليك بيانها، مع مميزاتها.

1- بيان الصور المختلفة لمخالفة القانون:

أ- مخالفة القانون [Refus d'application]:

وهذه الصورة هي أشد الصور مخالفة للقانون [Violation de la loi]. ويعرفها البعض بالقول: «الخطأ المباشر في القانون ويتحقق بتجاهل القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، وعدم إعمال الحكم القانوني الذي تنص عليه»⁽³⁾. ويمكن أن نعرفها بأنها جهل أو تجاهل القاضي لقاعدة قانونية معينة، ومن ثم تطبيق قاعدة قانونية أخرى محلها.

وقال آخر: «والمقصود بمخالفته هو الحكم على غير ما أراد الشارع»⁽⁴⁾.

ومن هنا يتضح أن القاضي على الرغم أن الواجب عليه أن يطبق القانون تطبيقا سليما، فإنه يقع في خطأ شديد هو استبعاد أو هو بمثابة رفض ضمني لتطبيق نص قانوني ينطبق على الواقعة المعروضة على المحكمة، وهذه المخالفة للقانون هي أشد وأقصى خطورة وأعلى درجات الخطورة والمخالفة.

ومن جهة أخرى فإن سبب هذه المخالفة للقانون إما جهل وجود القاعدة القانونية ذاتها الواجبة التطبيق، أي عدم معرفة وجودها أصلا، بمعنى آخر إنكار وجود القاعدة القانونية، وهذا الإنكار ينطوي على حسن النية، إلا أنه لا يقدر القاضي بعدم معرفة هذه القاعدة، إذ يفترض فيه باعتباره قاضيا أن يعرف وجود هذه القاعدة.

وإما أن يتجاهل القاضي وجود القاعدة القانونية، مع علمه اليقيني أو الراجح بوجودها إلا أنه يستبعدا من التطبيق، إما بسبب سوء النية لدى القاضي، وإما تكاسلا وتهاونا. وهو في كلا الحالين لا

(1) - العلمي، عبد الواحد، المرجع والصفحة نفسهما.

(2) - حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسهما.

(3) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص 1482.

(4) - حومد، عبد الوهاب، الوسيط، مرجع سابق، ص 360.

يعذر، بل إنه يكون قد ارتكب جريمة إذا قرر استبعاد النص الواجب التطبيق لسوء طويته، مؤكداً بذلك انحيازه إلى طرف ضد آخر.

وبهذا فإن استبعاد وإنكار عمدا وجود قاعدة قانونية من التطبيق هو أبشع وأخطر صور مخالفة القانون ككل، ذلك أن القاضي بهذا الصنيع ينزع عن نفسه صفة القاضي ويحل نفسه محل المجرم. وإذن فمخالفة القانون في هذه الصورة هي إنكار وجود القاعدة القانونية الواجبة التطبيق بعمد أو بغير عمد.

ب/- الخاطئ في تطبيق القانون [La fausse d'application]:

وهذه الصورة أخف من الأولى، حيث إن القاضي لا ينكر وجود القاعدة القانونية ولا يجهلها، بل إنه هنا يعرفها والأكثر من ذلك أنه يطبقها على الواقعة، إلا أنه يطبقها تطبيقاً سيئاً.

بمعنى آخر، أن الخطأ في تطبيق القانون «يتحقق بإعمال قاعدة قانونية لا تنطبق على الواقعة بسبب الخطأ في التكييف القانوني للواقعة التي ثبتت لدى المحكمة في حدود سلطتها التقديرية»⁽¹⁾.

وقال فقيه آخر: «الخطأ في تطبيق القانون هو تطبيق على الواقعة لا تنطبق عليها»⁽²⁾.

وقال آخر: «الخطأ في تطبيق القانون هو ما يعني في مدلول ضيق تطبيق النص في غير المجال الذي قرره له الشارع»⁽³⁾.

وقال آخر: «الخطأ في تطبيق القانون يعني تطبيق قاعدة قانونية غير القاعدة الواجبة التطبيق على الواقعة»⁽⁴⁾.

وإذن فالقاضي في هذه الصورة لا ينكر الوجود المادي للقاعدة القانونية، ولكن مع ذلك فهو ينكر وجودها المعنوي حيث إنه يطبقها تطبيقاً سيئاً لما يؤدي إلى عدم وجودها ضمناً، فكأنه ينكر وجودها أي وجود حكمها مع الإقرار بوجود رسمها ومادتها.

والعلة في الوقوع في الخطأ في التطبيق للقانون ترجع إلى أحد سببين⁽⁵⁾:

الأول: هو الخطأ في إعطاء الوصف للعناصر الواقعية، أي الخطأ في التكييف والذي «هو عبارة عن ترجمة عناصر واقعية إلى مفاهيم قانونية»⁽⁶⁾.

فمثلاً قول الشخص لآخر: «سأقتلك إذا لم تفعل ما أمرك به» هو عنصر واقعي، والترجمة القانونية لهذا العنصر الواقعي هي جريمة التهديد بالقتل. (م284ق.ع).

(1) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص1484.

(2) - عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص993.

(3) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1429.

(4) - عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص843.

(5) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ج1، ص78. سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص1484-1488.

(6) - الحجار، حلمي محمد، المرجع نفسه، ج1، ص82.

فالقاضي قد يقع في الخطأ في التكييف للواقعة تكييفاً قانونياً، كأن يعتبر العناصر المكونة لجريمة النصب (المادة 372 ق.ع)، جريمة خيانة أمانة (المادة 376 ق.ع) أو العكس. ومن ثم يقع الخطأ في التطبيق في القانون.

- الثاني: هو في تفسير القانون، ولكن هذا السبب مختلف عن الصورة الثالثة الآتي بيانها. ولهذا يقول أحد فقهاء القانون: «ويلاحظ أن الخطأ في تكييف الواقعة الذي يقود إلى الخطأ في تطبيق القانون قد ينطوي على خطأ في تأويل القانون عندما يقع القاضي في خطأ عند تعريف الفكرة القانونية التي استخدمت أساساً للتكييف، مثل سوء تفسير القانون في تحديد معنى السرقة، مما أدى إلى تكييف الواقعة - خطأ - بأنها سرقة، لكن الخطأ في تكييف الواقعة ينطوي عادة على خطأ في تطبيق القانون عندما يضيء القاضي - خطأ - على الواقعة تكييفاً قانونياً لا ينطبق عليها»⁽¹⁾.

ج- / الخطأ في تأويل القانون [La fausse d'interprétation]:

رأينا من قبل أن الصورتين السابقتين (مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه) بالمعنى السابق قد ترجعان إلى سوء تفسير وتأويل القانون، فهل هذه الصورة الثالثة مندمجة كلياً في الصورتين السابقتين أم أنها متميزة عنهما بمفهومها الخاص للتفسير؟

يقصد بهذه الصورة -الخطأ في التأويل للقانون- «بأن المحكمة هنا لا تتجاهل القانون الواجب التطبيق، بل تطبقه على الواقعة أو على إجراءات الجنائية، ولكنها عند هذا التطبيق تعطي للقانون معنى غير معنا الحقيقي، أي شيء تفسيره، مما يعد خطأ في تأويل القانون»⁽²⁾.

وقال آخر: «الخطأ في التأويل هو إعطاء النص القانوني معنى غير معناه الصحيح»⁽³⁾.

وقال ثالث: إن الخطأ في تأويل القانون يقصد به إسباغ معنى غير الذي أراده المشرع على النص القانوني»⁽⁴⁾.

وقال فقيه رابع: «يعني الخطأ في تفسير القانون، أو تأويله كسبب للنقض أن هناك قاعدة قانونية طبقها قرار محكمة الأساس (الموضوع)، واختار بين التفسيرات المحتملة للقاعدة القانونية تفسيراً معيناً تعتبره محكمة النقض أنه لا ينطبق على المعنى الحقيقي الذي يحتمله النص»⁽⁵⁾.

بمعنى آخر أن القاضي هنا لا يجهل القاعدة القانونية ولا يتجاهلها، بل يعرفها ويعرف وجودها المادي.

(1) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص 1488.

(2) - سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص 1487-1488.

(3) - عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 993.

(4) - عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 843.

(5) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ص 90.

كما أنه يكيف الواقعة تكييفاً قانونياً صحيحاً وسليماً مع النموذج القانوني، إلا أنه يفسر القاعدة القانونية تفسيراً غير صحيح. ويعطي الفقه⁽¹⁾ بعض الأمثلة بالخطأ في تفسير معنى السلاح والليل كطرفين مشددين في السرقة، والخطأ في تفسير معنى المسكن عند الدفع ببطلان تفتيشه والخطأ في تحديد معنى تفتيشه والخطأ في تحديد المقصود بالإكراه كظرف مشدد في السرقة.

والأصل أن القانون لا يفسر الألفاظ والعبارات التي يوردها، اللهم إلا استثناء ومثال ذلك المادة 254ق.ع التي تعرف القتل بأنه «إزهاق روح إنسان عمداً» والمادة 256ق.ع التي تعرف سبق الإصرار بأنه «عقد العزم قبل ارتكاب الفعل على الاعتداء على شخصين معينين، أو حتى على شخص يتصادف وجوده أو مقابلته وحتى لو كانت هذه النية متوقفة على أي ظرف أو شرط كان».

والمادة 257ق.ع التي تعرف التردد بأنه «انتظار شخص لفترة طالت أو قصرت في مكان أو أكثر، وذلك إما لإزهاق روحه أو للاعتداء عليه».

هذه بعض الأمثلة وهناك آخر وهي المواد 258 و 259 و 260 و 355 و 356 و 357 و 358ق.ع وغيرها.

على أن مسألة تفسير القانون يشكل الوظيفة الأساسية للمحكمة العليا، ذلك أنه إذا كان يجب عليها بمقتضى المادة 3/152 من الدستور «توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد والسهر على احترام القانون»، فإن ذلك لا يتأتى إلا بتفسير القانون وتوحيد هذا التفسير ليغدو القانون في سائر البلاد ولدى جميع المحاكم والمجالس القضائية له معنى واحد، وهذا بهدف تحقيق الثقة العامة والأمن العام في مصادقية القانون والعدالة.

ومن أمثلة تفسير المحكمة العليا للقانون ما تعلق بالملكية في جريمة التعدي على الملكية العقارية (المادة 376ق.ع) حيث فسرتها بمجرد الحياة الفعلية للعقار وليس إثبات الملكية⁽²⁾. وكذلك عندما فسرت الزواج في المادة 339ق.ع المتعلقة بجريمة الزنا بأنه كل زواج توافرت فيه شروطه الشرعية والقانونية ولو كان زواجا عرفياً لم يقع تسجيله⁽³⁾ وكذلك عندما فسرت عبارة «الأصول الشرعيين» الواردة بالمادة 258ق.ع بأن المقصود بها الأصول من زواج شرعي وفق أحكام قانون الأسرة، ومن ثم فإن الشخص الذي يتبنى طفلاً لا يعد من الأصول الشرعيين، لأن التبني ممنوع قانوناً (المادة 46ق.ع)⁽⁴⁾. وكذلك عندما فسرت كلمة: «موظف» الواردة في المادة 144ق.ع «كل الموظفين بالإدارات والمؤسسات العمومية، لا فرق بين موظف

(1) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص 1488.

(2) - قرار صادر يوم: 04 مارس 2009م، (عن غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 511043. (م.م.ع)، ع: 02، س: 2011م، ص 329.

(3) - قرار صادر يوم: 01 جوان 2005م، (عن غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 297745. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2006م، ص 577.

(4) - قرار صادر يوم: 25 جويلية 2000م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 183365. (م.م.ق)، ع: 02، س: 2000م، ص 188.

مرسم أو متعاقد، أو متربص»⁽¹⁾. «لا يقصد بعبارة: «العقار المملوك للغير» الواردة في المادة 386 ق.ع ملكية العقار فقط، وإنما الحيازة كذلك».

2/- مميزات صور مخالفة القانون:

تتميز الصور السابقة لمخالفة القانون بعدة مميزات هي:

أ/- جميع هذه الصور الثلاث تعود إلى أصل واحد هو مخالفة القانون:

الصور الثلاث السابقة من مخالفة القانون، والخطأ في تطبيقه، والخطأ في تأويله على الرغم من بعض الفروق الجوهرية فيما بينها، إلا أنها ترجع وترتد إلى أصل جامع وقاعدة شاملة واحدة ووحيدة هي مخالفة القانون⁽²⁾، فهي لا تنفصل عن بعضها البعض، فالخطأ في تطبيق القانون يقود عادة إلى مخالفة القانون، كما أن الخطأ في تأويل القانون يقود كذلك عادة إلى الخطأ في تطبيق القانون أو مخالفته. ومعنى آخر فإن هذه الصور الثلاث هي أوجه واحدة لعملة واحدة هي مخالفة القانون.

ب/- التكامل والتعاون فيما بين هذه الصور الثلاث لتحقيق هدف واحد هو الحصول على

حكم سليم ومطابق للقانون:

وهذا يقود إلى خاصية أخرى وهي أن هذه الصور الثلاث تتكامل وتتعاون فيما بينها كل في جانب معين، تستهدف هدفاً واحداً، وغاية فريدة، ومقصداً مميزاً ممتازاً هو الحصول على حكم سليم وصحيح ومطابق للقانون، أي أنها تستهدف تخلص الحكم من كل ما يشوبه من خطأ في القانون أو في تطبيقه، أو في تأويله. ليغدو هو والقانون كلمة واحدة قاطعة ونهائية وسليمة من عيب يشوبه.

ج/- أن كل صورة من هذه الصور الثلاث تؤدي لوحدها إلى النقض:

ولما كانت هذه الصور تستهدف تحقيق غاية واحدة، فإنه مما لا شك فيه أن كل صورة متى توافرت ولو لوحدها وتخلفت باقي الصور فإن هذه الصورة الوحيدة المتوافرة تؤدي لوحدها إلى النقض والإبطال للحكم القضائي، ذلك أنها على مستوى واحد من حيث القيمة، وإن اختلفت مستويات المخالفة للقانون ودرجته.

ومن باب أولى أنه إذا توافرت صورتان أو اجتمعت كلها مرة واحدة في حكم قضائي، فإنه من الواجب إبطاله ونقضه.

د/- أنه يمكن الاكتفاء بصورة مخالفة القانون يغني عن الصور الأخرى: وينجر عن كل هذا أن

الصورة الأولى وهي مخالفة القانون تغني عن الصورتين الأخرين وهما: الخطأ في تطبيق القانون، والخطأ في

(1) - قرار صادر يوم: 22 أفريل 2009م، (عن غ.ج.م/ق2)، في الطعن رقم: 425217. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2011م، ص276.
(2) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط، ص1482. عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص993. حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1429. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص843. حومد، عبد الوهاب، الوسيط في الإجراءات الجنائية الكويتية، مرجع سابق، ص360.

تأويله⁽¹⁾، ذلك أنه كانت هذه الصور ترتد إلى صورة واحدة، وهي مخالفة القانون، فإن هذه الصورة تغني عن الأخرى. أي «أن الوجه الأول من أوجه الطعن بالنقض يتحدد بمخالفة القانون أيا كانت صورة هذه المخالفة»⁽²⁾.

ثالثاً: شروط تحقق مخالفة القانون بصوره الثلاث:

لنقض الحكم بسبب مخالفة القانون يشترط توافر ثلاثة شروط، وهي إجمالاً: أن تقع مخالفة القانون، أن تكون هذه المخالفة للقانون يعتد بها القانون، وأن تكون هذه المخالفة مؤثرة أو واردة في المنطوق. وإليك بيان هذه الشروط بشيء من البيان.

1- أن تقع في الحكم مخالفة القانون بصورة من الصور السابقة: الشرط الأول لنقض الحكم القضائي بسبب مخالفة القانون هو أن تقع مخالفة للقانون بكل وضوح وأن تكون ثابتة هذه المخالفة في الأوراق. وإلا لا يقبل الطعن بالنقض إذا أثير هذا الوجه، أو أنه لا ينقض الحكم. وهذا الشرط بديهي ويفرض نفسه بنفسه، لأنه لا يمكن لا قانوناً ولا منطقاً نقض حكم لم تثبت مخالفته للقانون.

2- أن تكون مخالفة القانون مما يعتد بها قانوناً:

وهذا تحرزا من الأخطاء المادية، ومن نظرية العقوبة المبرر المنصوص عليها بالمادة 502ق.إ.ج. فالخطأ المادي على الرغم من أنه خطأ إلا أنه ليس خطأ قانونياً يتعلق بمخالفة القانون وإنما هو غلطات القلم لا غير.

أما نظرية العقوبة المبررة، فعلى الرغم من كون الخطأ هو خطأ في القانون إلا أنه لا يعتد بصريح نص المادة 502ق.إ.ج بقولها: «لا يتخذ الخطأ في القانون المستشهد به لتدعيم الإدانة باباً للنقض متى كان النص الواجب تطبيقه فعلاً يقرر العقوبة نفسها».

والعلة في ذلك انعدام المصلحة كما سبق بيانه عند الكلام عن العقوبة المبررة. إذ أن مثل هذا الخطأ لا يؤثر لو تم تصحيحه، أما ولو وقع تصحيحه وأدى إلى التأثير على النزاع وعلى المتهم بتشديد العقوبة أو بتخفيفها، فإنه يعتد به حينئذ.

3- أن تكون مخالفة القانون مؤثرة أو واردة في المنطوق: إلى جانب الشروط السابقة، يجب

أن تكون مخالفة للقانون، مهما كانت صورته مؤثرة في منطوق الحكم أو أنها واردة فيه بشكل واضح حتى يكون النقص مقبولاً: «فإذا كان المنطوق صحيحاً في القانون، فلا قيمة للأخطاء القانونية التي وردت في أسبابه، مادامت هذه الأسباب لم تؤثر في المنطوق، ولا قيمة للأسباب القانونية غير السليمة مادام المنطوق

⁽¹⁾ - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1429. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص843. عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص993.
⁽²⁾ - عبد الستار، فوزية، المرجع والصفحة نفسها.

متفقا مع القانون، سواء لاستناده إلى أسباب سليمة في الحكم المطعون فيه، أو بناء على اعتبارات قانونية صحيحة رأتها محكمة النقض دون أن ترد في الحكم المطعون فيه»⁽¹⁾.

ويعنى آخر لا يعتد بمخالفة القانون ما لم تقع المخالفة في منطوق الحكم⁽²⁾.

وإذن فالمنطوق هو «مناطق إثبات خطأ الحكم في القانون»⁽³⁾. وليس في الديباجة أو الأسباب.

وهذا الشرط يعكس أو يبين بحق أن هذا الوجه من أوجه الطعن بالنقض (م7/500ق.إ.ج) إنما يتعلق بالمنطوق لا الأسباب والديباجة.

ويعبر البعض⁽⁴⁾ عن هذا الشرط بـ: «نظرية الغلط المسبب».

رابعا: أساس مخالفة القانون كسبب مستقل للنقض:

يقوم وجه الطعن بالنقض المتمثل في مخالفة القانون على عدة مبادئ هي مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة، وعلى مبدأ وحدة التشريع، وعلى مبدأ الفصل بين السلطات وإليك بيانها:

1- مبدأ الشرعية:

وهو المبدأ المنصوص عليه بالمادة 46 من الدستور من أنه: «لا إدانة لا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم».

كما نصت عليه المادة الأولى ق.ع بقولها: «لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون».

وإذن فمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة وتدابير الأمن ليس فقط مبدأ قانوني، وإنما أكثر من ذلك، إنه

أصل من الأصول الدستورية يجب مراعاته من جميع السلطات، السلطة التشريعية والقضائية والتنفيذية.

على أن ما يتعلق بموضوعنا هو أن مخالفة القانون هو في حقيقة الأمر وصميمه مخالفة لمبدأ الشرعية،

ذلك أنه إذا كان مبدأ الشرعية يقتضي أن لا يدان متهم ولا يعاقب إلا بمقتضى قانون صدر من السلطة

المختصة بوضع التشريع، وقام القضاء بإدانة متهم ومعاقبته، وتعريضه لتدابير من تدابير الأمن بعكس ما

يقتضي به مبدأ الشرعية، كان ذلك اعتداء وخرقا وانتهاكا صارحا وعميقا لمبدأ دستوري هو مبدأ الشرعية.

ومن هنا ومن هذا التحليل يمكن، بل يجب اعتبار مخالفة محكمة الموضوع للقانون هو خرق للدستور

في ذاته عموما ولمبدأ الشرعية خصوصا.

وهذا يعني أن قيام المحكمة العليا بمراقبة أحكام المحاكم وقرارات المجالس القضائية سواء المحاكم

العسكرية أو العادية هو التزام وتطبيق للدستور ومبادئه التي يتضمنها، حتى لا يقع خرقها وانتهاكها من

الجهات القضائية الأدنى منها.

(1) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص1493.

(2) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ج1، ص77.

(3) - سرور، أحمد فتحي، المرجع والصفحة نفسها.

(4) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ج1، ص98.

2/- مبدأ وحدة التشريع:

من الثابت أن الدولة المعاصرة أيا كان شكل حكمها جمهوريا أو ملكيا، فإنها تقوم على صدور تشريع موحد في مجال من المجالات يطبق هذا التشريع على سائر البلاد دون استثناء، وعلى سائر مواطنيها مهما كان لونهم أو عرقهم أو دينهم، أو لغتهم، فالكل سواسية في مواجهة القانون والتشريع هذا الأخير الذي يكون واحدا ليطبق بسواسية على المواطنين والرعايا.

وإذن فوحدة التشريع خاصة من خصائص الدولة المعاصرة، كما أنها ضرورة لحصول الاستقرار السياسي والاجتماعي، فضلا عن الاستقرار الحقوقي والقضائي.

وإذا كان التشريع موحدًا فإن المحاكم المتواجدة والمتوزعة على سائر إقليم الدولة ليست واحدة، إذ لا وجود لمحكمة واحدة يتقاضى جميع الناس أمامها، وإنما هناك محاكم متعددة ومتنوعة موزعة على إقليم الدولة بحسب ما تراه من تقرب مرفق العدالة إلى رعاياها، وبحسب ما تراه من أهمية القضايا والنزاعات.

ولما كان التشريع، موحدًا، والمحكمة متعددة ومتنوعة، فإن هذا من شأنه أن تتكسر وتتمزق وحدة التشريع على عتبة المحاكم المتعددة والمتنوعة في البلاد، بحيث بتنوع الاجتهاد وتفسير القانون بتعدد هذه المحاكم، لأنه إذا كان من حق كل محكمة، بل وكل قاض أن يفسر ويؤول القانون كما يريد، ودون أية رقابة قضائية، فلن يبقى من وحدة التشريع إلا الاسم والرسم، ومن ثم تقع مذبة التشريع ووحدته بما يتضمنه من مبادئ المساواة والإنصاف على عاتق المحاكم المتعددة والمتنوعة، وإذن فما السبيل لتحفظ وحدة التشريع من خلال وحدة التفسير؟

قد يقول البعض إنه لا بد من سلخ حق تفسير القانون عن المحاكم، بحيث يجب على المحاكم أن تفصل في النزاعات المعروضة عليها بتطبيق القانون دون تفسير حفاظا على وحدة التشريع.

والجواب: أن هذا الكلام نوع من العبث، ذلك أن التفسير القضائي للقانون هو ضرورة لا مفر منها، ذلك أن نص التشريع واحد تتم صياغته بعبارات عامة ومجردة، فضلا عن أن النص محدود أمام الوقائع والنزاعات التي لا حصر لها. بمعنى آخر إن النص محدود نهائي؛ أما الوقائع فهي ما لا نهاية لها. ومن ثم لتلافي هذه الفجوة بين المحدود وغير المحدود لا بد من اللجوء إلى منح المحاكم حق تفسير القانون، وحق تحديد المقصود منه لمواجهة هذه المشكلة.

ولكن ما هو الحل لمواجهة تعدد تفسيرات القانون من قبل المحاكم؟

الحل في ذلك هو إيجاد هيئة عليا تقع على قمة الهرم القضائي يعهد إليها بتوحيد تفسير القانون من خلال مراقبة أحكام محاكم الموضوع، تصحح وتقوم كل انحراف عن المقصود الحقيقي والصحيح للقاعدة القانونية من طرف المحاكم، بحيث يغدو ما تقره من تفسير معين لقاعدة قانونية معينة هو التفسير الوحيد لهذه القاعدة، وأن كل ما عداه يعد مخالفة للقانون.

ومن هنا نستخلص أن نقض الحكم القضائي بسبب مخالفة القانون، مهما كانت صورته، يقوم أيضا -إلى جانب مبدأ الشرعية- على مبدأ وحدة التشريع، فإذا كان التشريع واحدا لا متعددا، فإنه لا بد أن يكون تطبيقه وتأويله واحدا لا متعددا، فضلا عن أنه لا يجوز استبعاده ورفضه من إنزاله على الواقعة يعد في هذه الحالة الأخيرة بالأخص خرقا لمبدأ الفصل بين السلطات.

3- مبدأ الفصل بين السلطات:

إذا كانت أغلب الدساتير المعاصرة تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات على اختلاف بينها في درجة الفصل بين الشدائد والمرن، فإن المتفق عليه أن الوظيفة التشريعية التي تختص بسن القوانين تستند إلى البرلمان، وأن الوظيفة التنفيذية التي تضمن تنفيذ القانون تستند إلى الحكومة، وأن الوظيفة القضائية التي تفصل في المنازعات والخصومات المعروضة أمامها تستند إلى المحاكم والمجالس القضائية.

وهذا التنظيم والفصل بين السلطات الثلاث يقتضي عدم تدخل كل سلطة في عمل واختصاص ووظيفة سلطة أخرى، وإلا كان اعتداء الدستور الذي يحدد سلطات واختصاص كل هيئة.

وإذا كان الدستور الجزائري ينص في المادة 138 على أن «السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون». فإن هذا يقتضي أن على مختلف الجهات القضائية أن تلتزم بهذه الحدود الدستورية ولا يجوز تخطيها. فإن كانت السلطة التشريعية المتمثلة في البرلمان هي من تسن القوانين، فإنه يجب على السلطة القضائية المتمثلة في مختلف المحاكم والمجالس القضائية، وكذا المحكمة العليا أن تطبق هذه التشريعات الصادرة من البرلمان ولا يجوز لها تجاوزها، كما لا يجوز أن ترفض تشريعا معينا أو تستبعده من التطبيق على المنازعات المعروضة أمامها، أو تناقشه أو تنتقده، فكل ذلك لا يجوز دستوريا.

ومن هنا لا يجوز لأية محكمة أن تصدر حكما بما يخالف صريح القانون أو تخطئ في تطبيقه، أو في تأويله، متى كان النص القانوني صريحا وواضحا وإذا حدث ذلك، فإن هذه المخالفة للقانون مهما كانت صورته تعد خرقا لمبدأ الفصل بين السلطات، واعتداء على اختصاص السلطة التشريعية وكل هذا يعتد على الدستور من سلطة يفترض فيها بل يتوجب عليها احترام قواعد الدستور وكل تشريع، بخلاف السلطات الأخرى التي يحتمل بل يعترض فيها الاعتداء على الدستور وخرق أحكامه.

على أننا نشير فقط أن مخالفة القضاء للحدود المرسومة له في القانون يعد تجاوزا للسلطة، وهو الوجه الثاني من أوجه الطعن بالنقض (م2/500ق.إ.ج)، وقد سبق بيانه، وبهذا يظهر أن مخالفة القانون يمكن بتوارد الطعن بالنقض من وجهين هما تجاوز السلطة، ومخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه، أو تأويله.

الفرع الثاني: مفهوم القانون الذي تشكل مخالفته سببا للنقض:

كنا قد رأينا من قبل حقيقة مخالفة القانون كسبب مستقل للنقض، من حيث تعريفه، وصوره، وأساسه، وشروطه.

غير أن بيان هذه العناصر يبقى ناقصا وغير كاف إذا لم نعرف طبيعة ومفهوم القانون الذي تشكل مخالفته سببا للنقض، فإذا كان النقض يتم بسبب مخالفة القانون، فإن السؤال المطروح هو ما هي طبيعة هذا القانون الذي يكون سببا للنقض؟ وهل يقتصر الأمر على القانون الموضوعي فقط دون القانون الشكلي (الإجرائي)، ثم هل يقتصر الأمر على التشريع فقط على العرف أيضا، ثم هل يقتصر الأمر كذلك على القانون الوطني (الداخلي) أم كذلك على القانون الأجنبي والمعاهدات الدولية والمواثيق الدولية؟

لاشك أن كل هذه الأسئلة تقتضي الجواب، وهذا وفق الخطة الآتية:
أولا: مفهوم القانون وشروطه.

ثانيا: نوعية القانون الذي تشكل مخالفته سببا للنقض.

ثالثا: طبيعة القانون الذي تشكل مخالفته سببا للنقض.

وإليك بيان هذه العناصر.

أولا: مفهوم القانون، وشروط الواجب توافرها للتدفع بمخالفته:

1- مفهوم القانون:

على الرغم من إجماع التشريعات المعتمد عليها على اعتبار أن مخالفة القانون تشكل سببا للنقض، إلا أن أيها منها لم يعرف القانون الذي تفسح مخالفته مجالا للنقض، والواقع أن هذا المسلك التشريعي له ما يبرره، ذلك أنه ليس من وظيفة المشرع وضع التعريفات القانونية، إنما هذه الوظيفة هي من اختصاص الفقه والاجتهاد⁽¹⁾، فهو من يفسر ويشرح بل ويطور القانون، فضلا عن القضاء.

وكلمة القانون متى أطلقت بمعناها العام فإنها تدل على أحد معنيين هما:

- الأول: القانون هو مجموعة القواعد القانونية المنظمة لجوانب من جوانب الحياة (السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية، الثقافية، الدينية) واردة بأرقام متسلسلة وترتيب معين ضمن قانون (Code) صادر عن التشريعية⁽²⁾. وذلك مثل قانون العقوبات، قانون الإجراءات الجزائية.

- الثاني: القانون هو كل القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الاجتماعية وتحكم سلوك الأفراد على نحو ملزم مقرون بجزاء، سواء كانت هذه القواعد مكتوبة، أم غير مكتوبة، حتى ولو كان مصدر هذه القواعد سماويا أو المجتمع، وسواء كان مصدرها وطنيا أم أجنبيا⁽³⁾.

والمعنى المقصود في هذا البحث هو المعنى الأخير.

(1) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ج1، ص276.

(2) - جعفر، محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية: الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2004م، ص16. الخلي، حبيب إبراهيم، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1983م، ص11-12. قداة، خليل أحمد حسن، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 1988م، ص08. الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن، مرجع سابق، ج1، ص276.

(3) - جعفر، محمد سعيد، المرجع نفسه، ص15. الخلي، حبيب إبراهيم، المرجع نفسه، ص11. قداة، خليل أحمد حسن، المرجع والصفحة نفسهما. الحجار، حلمي محمد، المرجع والصفحة نفسهما.

2/- الشروط الواجب في القانون حتى يتذرع به لطلب النقض⁽¹⁾:

- أن تكون القاعدة المتذرع بمخالفتها ملزمة للقاضي وليست متروكة لسلطته التقديرية.
- أن يكون النص القانوني المتذرع بمخالفته ساري المفعول قبل صدور القرار المطعون فيه. فإذا صدر قانون بعد صدور القرار، فإنه لا توجد مخالفة اللهم إلا إذا كان له أثر رجعي على الماضي، أو كان أصلح للمتهم.
- أن تكون القاعدة المتذرع بمخالفتها منطبقة على مفهوم القاعدة القانونية التي تخضع لمراقبة المحكمة العليا، فالقانون المخالف للدستور لا يدخل في مراقبة المحكمة العليا مثلاً.
- لا يكفي التذرع بمخالفة الأسباب الموجبة للقانون، بل يجب التذرع بمخالفة نص القاعدة القانونية أو روحها.

ثانياً: نوعية القانون الذي تشكل مخالفته سبباً للنقض:

يقصد بنوعية القانون هنا كونه قانوناً موضوعياً أم شكلياً (إجرائياً). وهنا وقع الاتفاق حول الأول، واختلف في الثاني.

1/- حصول الإجماع على أن مخالفة القانون الموضوعي تشكل سبباً للنقض:

- اتفق جميع فقهاء القانون الوضعي⁽²⁾ على أن المقصود بالقانون الذي تشكل مخالفته سبباً للنقض هو القانون الموضوعي، وهو:
- قانون العقوبات (الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في: 1966/06/08م وتعديلاته). هو الشريعة العامة للجريمة و العقوبة.
 - القانون المتعلق بالمخدرات والمؤثرات العقلية (القانون رقم: 04-18 المؤرخ في: 2004/12/25م).
 - القانون المتعلق بالعتاد الحربي والأسلحة والذخيرة (الأمر رقم: 97-06 المؤرخ في: 1997/01/21م).
 - القانون المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب (القانون رقم: 05-01 المؤرخ في: 2005/02/06م).
 - القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (القانون رقم: 06-01 المؤرخ في: 2006/02/20م).

(1) - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن، مرجع سابق، ج2، ص277-278.

(2) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1428. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص843-844. حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص1070. حومد، عبد الوهاب، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية، مرجع سابق، ص360. عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص993. سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص1494. العلمي، عبد الواحد، شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية، مرجع سابق، ج3، ص198.

- القانون المتعلق بمكافحة التهريب (الأمر رقم: 05-06 المؤرخ في: 2005/08/23 المعدل بالأمر رقم: 06-09 المؤرخ في: 2006/07/15م).

- القانون المتعلق بالنقد والقرض (الأمر رقم: 03-11 المؤرخ في: 2003/08/26)⁽¹⁾ المواد 131 إلى 143.

- القانون المتعلق بجمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصراف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج (الأمر رقم: 96-22 المؤرخ في 1996/07/09م⁽²⁾ المعدل والمتمم بالأمر رقم: 03-01 المؤرخ في 2003/02/19م)⁽³⁾ القانون كله.

- قانون الجمارك (القانون رقم: 79-07، المؤرخ في: 1979/07/21م المعدل والمتمم).

- قرار مؤرخ في 05 شعبان عام 1406هـ الموافق ل: 1986/04/14م، يحدد صفة أعوان الجمارك المؤهلين لتمثيل إدارة الجمارك أمام القضاء زيادة على المحصلين في الجمارك⁽⁴⁾.

- في مجال حماية المستهلك وقمع الغش:

- القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش (القانون رقم: 09-03 المؤرخ في 2009/02/25م)⁽⁵⁾ المواد 68 إلى 93.

- القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (القانون رقم: 04-02 المؤرخ في: 2004/06/23م)⁽⁶⁾ المواد 31 إلى 65.

- القانون المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية (القانون رقم: 04-08 المؤرخ في 2004/08/14م)⁽⁷⁾ المواد 30 إلى 41.

- في المجال الاجتماعي:

- القانون المتعلق بالتأمينات الاجتماعية (القانون رقم: 83-11 المؤرخ في 1983/07/02م)⁽⁸⁾ المعدل بالمرسوم التشريعي رقم: 94-04 المؤرخ في: 1994/04/11م⁽⁹⁾، والمعدل والمتمم بالأمر رقم:

(1) - الجريدة الرسمية، ع: 52، س: 40، المؤرخة في: 2003/08/27م.
(2) - الجريدة الرسمية، ع: 43، س: 33، المؤرخة في: 1996/07/10م.
(3) - الجريدة الرسمية، ع: 12، س: 40، المؤرخة في: 2003/02/23م.
(4) - الجريدة الرسمية، ع: 40، س: 23، المؤرخة في: 1986/10/01م.
(5) - الجريدة الرسمية، ع: 15، س: 46، المؤرخة في: 2009/03/08م.
(6) - الجريدة الرسمية، ع: 41، س: 41، المؤرخة في: 2004/06/27م.
(7) - الجريدة الرسمية، ع: 52، س: 41، المؤرخة في: 2004/08/18م.
(8) - الجريدة الرسمية، ع: 28، س: 20، المؤرخة في: 1983/07/05م.
(9) - الجريدة الرسمية، ع: 20، س: 31، المؤرخة في: 1994/04/13م.

96-17 المؤرخ في: 06/07/1996م⁽¹⁾، والقانون رقم: 08-01 المؤرخ في: 23/01/2008م⁽²⁾،
والقانون رقم: 11-08 المؤرخ في: 05/06/2011م⁽³⁾ المواد 93 مكرر 02 إلى 93 مكرر 06.
- القانون المتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي (القانون رقم: 83-14 المؤرخ في
02/06/1983م⁽⁴⁾، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 04-17 المؤرخ في 10/11/2004)⁽⁵⁾ المواد 41
إلى 42 مكرر.
- القانون المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي (القانون رقم: 08-08 المؤرخ في:
23/02/2008م)⁽⁶⁾ المواد 81 إلى 86.
- قانون العقوبات الخاص: وهو كل قانون ينظم مجالا معيناً صناعياً أو ثقافياً أو اجتماعياً أو
تجارياً يتضمن بعض القواعد الجزائية⁽⁷⁾. وذلك مثل:

- مجال الملكية الفكرية:

- القانون المتعلق بالرسوم والنماذج (الأمر رقم: 66-86 المؤرخ في 28/04/1966م)⁽⁸⁾ المواد
23-28.
- القانون المتعلق بتسميات المنشأ (الأمر رقم: 76-65 المؤرخ في 16/07/1976م)⁽⁹⁾ المواد
28-30.
- القانون المتعلق بالإيداع القانوني (الأمر رقم: 96-16 المؤرخ في 02/07/1996م)⁽¹⁰⁾ المادة
14 منه.
- القانون المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة (الأمر رقم: 03-05 المؤرخ في
19/07/2003م)⁽¹¹⁾ المواد 143 إلى 160 منه.

⁽¹⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 42، س: 33، المؤرخة في: 06/07/1996م.

⁽²⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 04، س: 45، المؤرخة في: 27/01/2008م.

⁽³⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 23، س: 48، المؤرخة في: 08/06/2011م.

⁽⁴⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 28، س: 20، المؤرخة في: 05/07/1983م.

⁽⁵⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 72، س: 41، المؤرخة في: 13/11/2004م.

⁽⁶⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 11، س: 45، المؤرخة في: 02/03/2008م.

⁽⁷⁾ - وقد حاول بعض المهتمين بجمع هذه النصوص في كتاب واحد، وهذه الجهود هي:

1- لعور، أحمد وصقر، نبيل، **العقوبات في القوانين الخاصة**، دار الهلال للخدمات الإعلامية، طبعة 2005م.

2- يعقوبي، محمد الطالب، **النصوص الخاصة (التشريعية والتنظيمية) التي لها صلة بقانون العقوبات**، تم ضبطها إلى غاية مارس 2000م، قصر الكتاب، البلدة، ط3،
2000م.

⁽⁸⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 35، س: 03، المؤرخة في: 03/05/1966م.

⁽⁹⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 59، س: 13، المؤرخة في: 23/07/1976م.

⁽¹⁰⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 41، س: 33، المؤرخة في: 03/07/1996م.

⁽¹¹⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 44، س: 40، المؤرخة في: 23/07/2003م.

- القانون المتعلق بالعلامات (الأمر رقم: 03-06 المؤرخ في: 19/07/2003م)⁽¹⁾ المواد 26 إلى 33 منه.

- القانون المتعلق ببراءة الاختراع (الأمر رقم: 03-07 المؤرخ في: 19/07/2003م)⁽²⁾ المواد 56-62 منه.

- القانون المتعلق بحماية التصميم الشكلي للدوائر المتكاملة (الأمر رقم: 03-08 المؤرخ في 19/07/2003م)⁽³⁾ المواد 35 إلى 41 منه.

- في مجال الصحة:

- القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها (القانون رقم: 05-05 المؤرخ في 16/02/1985)⁽⁴⁾ المعدل والمتمم إلى غاية القانون رقم: 08-13 المؤرخ في: 20/06/2008م)⁽⁵⁾ المواد 234 إلى 266 منه.

- القانون المتعلق بالخدمة المدنية (القانون رقم: 84-10 المؤرخ في: 11/02/1984م)⁽⁶⁾ المعدل والمتمم إلى غاية الأمر رقم: 06-06 المؤرخ في: 15/07/2006م)⁽⁷⁾ المواد 34 إلى 39.

- القانون المتعلق بحماية الصحة النباتية (القانون رقم: 87-17 المؤرخ في: 01/08/1987م)⁽⁸⁾ المواد 53 إلى 58 منه.

- القانون المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل (القانون رقم: 88-07 المؤرخ في: 26/01/1988م)⁽⁹⁾ المواد 35 إلى 43 منه.

- في مجال المرور:

- القانون المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها (القانون رقم 01-14 المؤرخ في 19/08/2001م المعدل والمتمم)⁽¹⁰⁾ إلى غاية القانون رقم: 09-02 المؤرخ في: 22/07/2009م).

- في مجال القضاء العسكري:

- القانون المتعلق بإنشاء مصف الاستحقاق الوطني (القانون رقم: 84-02 المؤرخ في: 02/01/1984م)⁽¹¹⁾، المادة 25 منه.

(1) - الجريدة الرسمية، ع: 54، س: 40، المؤرخة في: 07/08/2003م.

(2) - الجريدة الرسمية، ع: 33، س: 40، المؤرخة في: 23/07/2003م.

(3) - الجريدة الرسمية، ع: 44، س: 40، المؤرخة في: 23/07/2003م.

(4) - الجريدة الرسمية، ع: 08، س: 22، المؤرخة في: 17/02/1985م.

(5) - الجريدة الرسمية، ع: 44، س: 45، المؤرخة في: 03/08/2008م.

(6) - الجريدة الرسمية، ع: 07، س: 21، المؤرخة في: 14/02/1984م.

(7) - الجريدة الرسمية، ع: 47، س: 43، المؤرخة في: 19/07/2006م.

(8) - الجريدة الرسمية، ع: 32، س: 24، المؤرخة في: 05/08/1987م.

(9) - الجريدة الرسمية، ع: 04، س: 25، المؤرخة في: 07/01/1988م.

(10) - الجريدة الرسمية، ع: 46، س: 38، المؤرخة في: 19/08/2001م.

(11) - الجريدة الرسمية، ع: 01، س: 21، المؤرخة في: 03/01/1984م.

- القانون المتعلق بإنشاء أوسمة المجاهدين (القانون رقم: 04-03 المؤرخ في 02/01/1984م)⁽¹⁾ المادة 13 منه.

- قانون القضاء العسكري (الأمر رقم: 71-28 المؤرخ في: 22/04/1971)⁽²⁾ المتمم بالأمر رقم: 73-04 المؤرخ في 05/01/1973)⁽³⁾.

- في مجال البيئة:

- قانون النظام العام للغابات (قانون رقم: 84-12 المؤرخ في: 23/06/1984م)⁽⁴⁾ المعدل والمتمم بالقانون رقم: 91-20 المؤرخ في: 02/12/1991)⁽⁵⁾ المواد 65 إلى 89.

- القانون المتعلق بحماية التراث الثقافي (القانون رقم: 98-04 المؤرخ في: 15/06/1998م)⁽⁶⁾ المواد 91 إلى 105.

- القانون المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها (القانون رقم: 01-91 المؤرخ في: 12/12/2001م)⁽⁷⁾ المواد 53 إلى 66.

- القانون المتعلق بحماية الساحل وتشمينه (القانون رقم: 02-02 المؤرخ في 05/02/2002م)⁽⁸⁾ المواد 37 إلى 45.

- القانون المحدد القواعد العامة للاستعمال والاستغلال السياحيين للشواطئ (القانون رقم: 03-02 المؤرخ في 17/02/2003م)⁽⁹⁾ المواد من 39 إلى 54.

- القانون المتضمن قمع جرائم مخالفة أحكام اتفاقية خطر استحداث وإنتاج وتخزين واستعمال الأسلحة الكيميائية وتدمير تلك الأسلحة (القانون رقم: 03-09 المؤرخ في: 19/07/2003م)⁽¹⁰⁾ المواد كلها.

- القانون المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة (القانون رقم: 03-10 المؤرخ في 19/07/2003م)⁽¹¹⁾ من المادة 81 إلى 111.

- القانون المتعلق بالصيد (القانون رقم: 04-07 المؤرخ في: 04/08/2004م)⁽¹⁾ من المادة 80 إلى 107.

(1) - الجريدة الرسمية، ع: 01، س: 21، المؤرخة في: 03/01/1984م.

(2) - الجريدة الرسمية، ع: 38، س: 08، المؤرخة في: 11/05/1971م.

(3) - الجريدة الرسمية، ع: 05، س: 10، المؤرخة في: 16/01/1973م.

(4) - الجريدة الرسمية، ع: 26، س: 21، المؤرخة في: 26/06/1984م.

(5) - الجريدة الرسمية، ع: 62، س: 28، المؤرخة في: 04/12/1991م.

(6) - الجريدة الرسمية، ع: 44، س: 35، المؤرخة في: 17/06/1998م.

(7) - الجريدة الرسمية، ع: 77، س: 38، المؤرخة في: 15/12/2001م.

(8) - الجريدة الرسمية، ع: 10، س: 39، المؤرخة في: 12/02/2002م.

(9) - الجريدة الرسمية، ع: 11، س: 40، المؤرخة في: 19/02/2003م.

(10) - الجريدة الرسمية، ع: 43، س: 40، المؤرخة في: 20/07/2003م.

(11) - الجريدة الرسمية، ع: 43، س: 40، المؤرخة في: 20/07/2003م.

- القانون المتعلق بالوقاية من الأخطار الكبرى وتسيير الكوارث في إطار التنمية المستدامة (القانون رقم: 04-20 المؤرخ في: 2004/12/25م)⁽²⁾ المواد من 69 إلى 72.
- القانون المتعلق بالمياه (القانون رقم: 05-12 المؤرخ في 2005/08/04م⁽³⁾ المعدل والمتمم بالقانون رقم: 08-03 المؤرخ في: 2008/01/23م⁽⁴⁾، والأمر رقم: 09-02 المؤرخ في 2009/07/22م)⁽⁵⁾ من المادة 159 إلى 179.
- الأمر المتعلق بحماية بعض الأنواع الحيوانية المهددة بالانقراض والمحافظة عليها (الأمر رقم: 06-05 المؤرخ في 2006/07/15م)⁽⁶⁾ المواد 09 و 10 و 11.
- القانون المتعلق بتسيير المساحات الخضراء وحمايتها وتنميتها (القانون رقم: 07-06 المؤرخ في 2007/05/13م)⁽⁷⁾ المواد 34 إلى 40.
- القانون المتعلق بالمحالات المحمية في إطار التنمية المستدامة (القانون رقم: 11-02 المؤرخ في: 2011/02/17م) المواد 38 إلى 44.
- في المجال البحري:**
- القانون البحري (الأمر رقم: 76-80 المؤرخ في: 1976/10/23م⁽⁸⁾، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 98-05 المؤرخ في: 1998/06/25م)⁽⁹⁾ المواد من 477 إلى 567 ومن 939 إلى 955.
- فيما يتعلق بالأجانب:**
- القانون المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها (القانون رقم: 08-11 المؤرخ في: 2008/06/25م)⁽¹⁰⁾ المواد 38 إلى 50.
- القانون المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب (القانون رقم: 81-10 المؤرخ في: 1981/07/11م)⁽¹¹⁾ المواد 19 إلى 25.
- القانون المتعلق بتحديد شروط وقواعد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين (الأمر رقم: 06-02 مكرر المؤرخ في: 2006/02/28م)⁽¹²⁾ المواد 10 إلى 15.

(1) - الجريدة الرسمية، ع: 51، س: 41، المؤرخة في: 2004/08/15م.
(2) - الجريدة الرسمية، ع: 84، س: 41، المؤرخة في: 2004/12/29م.
(3) - الجريدة الرسمية، ع: 60، س: 42، المؤرخة في: 2005/09/04م.
(4) - الجريدة الرسمية، ع: 04، س: 45، المؤرخة في: 2008/01/27م.
(5) - الجريدة الرسمية، ع: 44، س: 46، المؤرخة في: 2009/04/26م.
(6) - الجريدة الرسمية، ع: 47، س: 43، المؤرخة في: 2006/07/19م.
(7) - الجريدة الرسمية، ع: 31، س: 44، المؤرخة في: 2007/05/13م.
(8) - الجريدة الرسمية، ع: 29، س: 14، المؤرخة في: 1977/04/10م.
(9) - الجريدة الرسمية، ع: 47، س: 35، المؤرخة في: 1998/06/27م.
(10) - الجريدة الرسمية، ع: 36، س: 35، المؤرخة في: 2008/07/02م.
(11) - الجريدة الرسمية، ع: 25، س: 18، المؤرخة في: 1981/07/14م.
(12) - الجريدة الرسمية، ع: 12، س: 43، المؤرخة في: 2006/03/01م.

- في مجال الاجتماعات والمظاهرات العمومية:

- القانون المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية (القانون رقم: 89-28 المؤرخ في: 1989/12/31م⁽¹⁾، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 91-19 المؤرخ في: 1991/12/02م)⁽²⁾ المواد 21 إلى 25.

- قانون الإجراءات الجزائية، وقد نص على عدة جرائم وعقوباتها في المواد الآتية: 43-46-50-85-97-98-99-129-280-299 منه.

وقد قضت المحكمة العليا بأن: «قطع وغرس أشجار في الأملاك الغابية جريمتان معاقب عليهما بالمادتين 78 و 79 من القانون 84-12 المتضمن النظام العام للغابات، وليس بالمادة 386 ق.ع»⁽³⁾.
هذه بعض المجالات فقط، وإلا فهناك غيرها الكثير.

- **القوانين المكملة لقانون العقوبات:** وهي «القوانين غير العقابية التي أحال إليها الشارع في تحديد أركان بعض الجرائم»⁽⁴⁾، ومن أمثلته قواعد القانون المدني التي تحدد الملكية في جريمة السرقة، أو التي تحدد عقود الأمانة في جريمة خيانة الأمانة.
وكذلك قواعد قانون الأسرة التي تحدد الزواج في جريمة الزنا، وكذا جريمة الإهمال العائلي، وترك الأسرة، والحضانة وغيرها.

والقانون التجاري، مثل ما يتعلق بجريمة شيك بدون رصيد (م526 مكرر2 و526 مكرر4 و526 مكرر6 ق.ت)⁽⁵⁾.

وكذلك قواعد الشريعة الإسلامية، متى كان لها هذا الدور.
والقانون التجاري، وقانون العمل وغيرها من التشريعات.
يقصد بالقانون الموضوعي القانون الذي يحدد أركان الجريمة، والعناصر التي يقوم عليها كل ركن من هذه الأركان، والعقوبات المقررة لهذه الجريمة وموانع المسؤولية الجنائية، وموانع العقاب، وأسباب الإباحة والظروف المشددة أو المخففة للعقوبة⁽⁶⁾.

2/- اختلاف الفقهاء في قواعد القانون الشكلي:

يقصد بالقانون الشكلي القانون الذي يحدد كيفية تحريك الدعوى العمومية لتطبيق قانون العقوبات ومراحل الدعوى من التحقيق والمحاكمة والطعون وقواعد الاختصاص بأنواعها المختلفة⁽¹⁾.

⁽¹⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 04، س: 27، المؤرخة في: 1990/01/24م.

⁽²⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 62، س: 28، المؤرخة في: 1991/12/04م.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 08 جوان 2005م، (عن غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 300285. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2005م، ص431.

⁽⁴⁾ - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1427.

⁽⁵⁾ - انظر: القرار الصادر يوم: 30 أبريل 2008م، (عن غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 457708. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2008م، ص373.

⁽⁶⁾ - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1427. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص843. جعفرور، محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية: الوجيز في نظرية القانون، مرجع سابق، ص87.

وقد اختلف الفقه القانوني في كون قواعد القانون الشكلي تدخل أم لا تدخل ضمن القانون الذي تشكل مخالفته سببا للنقض، وذلك على قولين أو اتجاهين.

أ/- الاتجاه الأول: القانون الشكلي لا يدخل في مفهوم القانون الذي تؤدي مخالفته إلى

النقض:

ذهب فريق من الفقهاء⁽²⁾ إلى القول بأن قواعد القانون الشكلي لا تدخل في مفهوم القانون الذي تؤدي مخالفته إلى النقض، وإنما يقتصر مفهوم القانون فقط على القانون الموضوعي، والعللة في ذلك أنه لو اعتبرنا قواعد القانون الشكلي الإجرائي تدخل في مفهوم القانون الذي تؤدي مخالفته إلى النقض، فإن ذلك «يجعل من العسير جدا رسم الفواصل بين أوجه النقض المختلفة، مع أهمية ذلك في تحديد سلطة محكمة النقض إذا انقضت الحكم، ذلك أن الوجهين الثاني والثالث (من المادة 30ق.ح.إ.طن. المصري) يشيران إلى مخالفة قواعد إجرائية انبنى عليها بطلان الحكم أو الإجراءات التي استند إليها، ولا تفرقة بين أنواع القواعد الإجرائية، فمخالفتها تؤدي في النهاية إلى بطلان الحكم أو الإجراءات، باعتبار أن دورها هو تحديد شروط صحة الإجراءات»⁽³⁾.

وبعبارة أخرى، فإن أصحاب هذا الاتجاه يردون أوجه النقض المختلفة إلى قسمين رئيسيين⁽⁴⁾:

- الأول: الخطأ في القانون الموضوعي، ويندرج فيه الوجه الأول من المادة 30ق.ح.إ.طن. المصري، التي تنص على أن: «أوجه الطعن بالنقض ثلاث:

1- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة القانون، أو على خطأ في تطبيقه، أو في تأويله».

- الثاني: الخطأ في تطبيق القانون الإجرائي، ويندرج فيه الوجهان الثاني والثالث من المادة

30ق.ح.إ.طن. المصري، وهما:

- إذا وقع بطلان في الحكم،

- إذا وقع في الإجراءات بطلان أثر في الحكم.

على أن هذا التقسيم يتمتع بنوعين من الأهمية هما⁽⁵⁾:

(1) - جعفر، محمد سعيد، المرجع نفسه، ص 88.
(2) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 1427-1428. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 843-844. حومد، عبد الوهاب، الوسيط، مرجع سابق، ص 360. العلمي، عبد الواحد، شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية، مرجع سابق، ج 3، ص 198. عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 993. الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 644.
(3) - حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ج 2، ص 1428.
(4) - العرابي، علي زكي، المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 251. القللي، محمد مصطفى، أصول قانون تحقيق الجنايات، مرجع سابق، ص 550. حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 1427.
(5) - حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسها.

- الأهمية النظرية، وهي تحديد مدلول وفحوى كل وجه.

- الأهمية العملية، وهي تحديد اختصاص محكمة النقض وسلطتها، فإذا استند الطعن بالنقض إلى الوجه الأول، فإن محكمة النقض تصحيح الخطأ بنفسها وتحكم بمقتضى القانون، وقد تدخل المشرع ففمن هذا الاتجاه القضائي بالقانون رقم 74 لسنة 2007م، الذي عدل المادة 39ق.ح.إ.ط.ن، فأصبحت المادة السادسة من هذه المادة تنص على أنه: «مع ذلك، إذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه، وكان الموضوع للفصل فيه بحالته يجوز لها أن تحدد جلسة تالية لنظره والحكم».

أما إذا استند الطعن بالنقض إلى أحد الوجهين الثاني أو الثالث فإنه إذا انقضت المحكمة الحكم، فإنها تعيد الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لتحكم فيها من جديد مشكلة من قضاة آخرين إعمالاً للمادة 2/39ق.ح.إ.ط.ن التي تنص على أنه: «وإذا كان الطعن مبنيًا على بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات، تنقض المحكمة الحكم، وتعيد الدعوى إلى المحكمة التي أصدرته لتحكم فيها من جديد مشكلة من قضاة آخرين».

ب/- الاتجاه الثاني: القانون الشكلي يدخل في مفهوم القانون الذي تؤدي مخالفته إلى

النقض:

في المقابل يذهب اتجاه فقهي آخر⁽¹⁾ إلى أن القانون الشكلي يدخل إلى جانب القانون الموضوعي في مفهوم القانون الذي تشكل مخالفته سبباً للنقض، وأن الخطأ في القانون ينصرف إلى مطلق القانون دون تمييز بين قواعده الموضوعية والإجرائية.

ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى أن مخالفة قواعد قانون الإجراءات الجزائية هي خطأ في القانون، وقد مثلوا لذلك بثلاثة أمثلة⁽²⁾:

- **عدم الاختصاص:** فإذا قضت المحكمة خطأ بعدم الاختصاص كان حكمها مشوباً بالخطأ في القانون، أما إذا قضت خطأ باختصاصها بنظر الدعوى فإن حكمها يكون مشوباً بعيب الخطأ في القانون بالإضافة إلى عيب البطلان الذي يصيب جميع الإجراءات التي اتخذتها المحكمة رغم عدم اختصاصها⁽³⁾. خاصة أن جميع قواعد الاختصاص من النظام لأنها تقوم على اعتبارات عامة تتعلق بحسن سير العدالة⁽⁴⁾.

كما يجوز لمحكمة النقض أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها طبقاً للمادة 35ق.ح.إ.ط.ن المصري، إذا ما تبين لها أن المحكمة قد قضت خطأ باختصاصها بنظر الدعوى.

(1) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص 1494-1500. حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 1070.

(2) - سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص 1494-1495.

(3) - سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص 1495.

(4) - نقض مصري: 16 نوفمبر 1989م، مجموعة الأحكام، س: 40، رقم: 159، ص 983. سرور، أحمد فتحي، المرجع والصفحة نفسها.

- **عدم القبول:** إذ من المعلوم أنه يتعين قبل نظر موضوع الدعوى أن تستوفي مسألة الشكل، وهي أمر يخضع لقواعد القانون، كاشتراط القانون تقديم شكوى أو طلب أو إذن، أو شرط الصفة في المدعي المدني، أو الميعاد في الطعن بالاستئناف، ولذلك فإن الخطأ في هذه القواعد يعد خطأ في القانون. خاصة وأن عدم قبول الدعوى هو من النظام العام، إذ يجب على المحكمة أن تقضي فيها من تلقاء نفسها، دون إثارة للدفع من أحد الخصوم.

- **تجاوز الحدود الإجرائية:** إذ من المعلوم أن المحكمة ليس لها السلطة المطلقة في الفصل في موضوع الدعوى، وإنما يجب أن تفصل فيها وفقاً لحدود إجرائية محددة ومعينة، هذه الحدود تمثل السياج الذي تمارس بداخله المحكمة سلطتها في الفصل في موضوع الدعوى، ويكون قانون الإجراءات الجزائية هو المحدد والضابط لحدود سلطة المحكمة التي لا يجوز تجاوزها، وإلا كان حكمها مشوباً بالخطأ في القانون. ومن أمثلة هذه القواعد قاعدة أن جهة الاستئناف مقيدة بصفة الطاعن وحدود طعنه الذي رفعه أمامها، ولذلك لا يجوز الإضرار بالطاعن بطعنه متى طعن وجده في شق من الدعوى أو كلها، وإلا كان مخالفاً للمادة 3/417ق.إ.ج. المصري⁽¹⁾، التي تطابقها المادة 433ق.إ.ج.

وهكذا من خلال هذه الأمثلة، فإن هذا الاتجاه يحاول البرهنة على أن المقصود بالقانون الذي تشكل مخالفته سبباً للنقض هو القانون الموضوعي والشكلي (الإجرائي) معاً.

ج/- موقف محكمة النقض المصرية: ويبدو أن محكمة النقض المصرية تأخذ بهذا الاتجاه الأخير حيث إنها تجعل تعبير «القانون» في الوجه الأول للنقض شاملاً لكل من قواعد القانون الموضوعي، وقواعد القانون الشكلي (الإجرائي) فيما يتضمنه من قواعد موضوعية⁽²⁾.

ومع ذلك فإن الاتجاه الأول الذي لم تأخذ به محكمة النقض المصرية، فسر هذا التوسع في تحديد مدلول «مخالفة القانون» وجعله شاملاً لمخالفة القواعد الموضوعية التي ينص عليها قانون الإجراءات الجنائية، أن بعض حالات مخالفة قواعد قانون الإجراءات الجنائية تستطيع محكمة النقض تصحيحها بنفسها، دون حاجة إلى إحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع لتحكم فيها من جديد، فسعت محكمة النقض إلى إدخالها وإدماجها في نطاق الوجه الأول للطعن بالنقض، ليكون لها تصحيح الخطأ بنفسها، ولا يكون عليها الالتزام بالإحالة، وهو ما قننه المشرع المصري بالقانون رقم: 74 لسنة 2007م في المادة 39ق.ح.إ.ط.ن.⁽³⁾

(1) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص 1497.

(2) - نقض مصري في: 11 نوفمبر 1974م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س: 25، رقم: 160، ص 740. نقض 28 فبراير 1961م، س: 12، رقم: 193، ص 938. نقض 4 نوفمبر 1963م، س: 14، رقم: 136، ص 759. نقض 25 ماي 1970م، س: 21، رقم: 177، ص 753. نقض 30 أكتوبر 1972م، س: 23، رقم: 246، ص 1094. نقض 25 مارس 1974م، س: 25، رقم: 73، ص 337. حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 1428.

(3) - حسني، محمود نجيب، المرجع نفسه، ج 2، ص 1428-1429.

وبمعنى آخر، فإن ما يريد قوله الاتجاه الأول عن موقف محكمة النقض المصرية عندما أخذت بالاتجاه الثاني، هو أن محكمة النقض موقفها يعتبر استثناء من أصل، هذا الأصل يتمثل في أن أوجه الطعن على نوعين رئيسيين الأول ما يتعلق بالخطأ في القانون الموضوعي، والثاني ما يتعلق بالقانون الإجرائي، والاستثناء يتمثل في اعتبارهما وجهاً واحداً متى أمكن تصحيح الخطأ دون إحالة.

د- موقفنا من المسألة:

بعد إدارة النظر في كل جوانب المسألة ومختلف الاتجاهات نرى أن الرأي الأقرب إلى الصواب، هو الاتجاه الثاني، والذي يعني بالقانون الذي تشكل مخالفته سبباً للنقض، كل من قواعد القانون الموضوعي من قواعد القانون الشكلي (الإجرائي)، وذلك بالإضافة إلى قوة أدلته وحججه، هو أننا قررنا سابقاً أن كل أوجه الطعن بالنقض ترتد إلى أصل واحد وهو مخالفة القانون، وهو ما يؤكدته الفقه القانون⁽¹⁾. بما فيه أصحاب الاتجاه الأول⁽²⁾ الذين يفرقون بين القانون الموضوعي والقانون الشكلي، فيكون الأول داخلاً في مفهوم القانون الذي تشكل مخالفته سبباً للنقض، دون الثاني.

ثالثاً: طبيعة القانون الذي تشكل مخالفته سبباً للنقض:

نتطرق في هذا العنصر إلى مسألة قواعد القانون الوطني (الداخلي)، وكذلك إلى قواعد القانون الأجنبي والاتفاقيات الدولية، وكذا المواثيق الدولية.

وإليك بيانها.

1- القانون الداخلي:

يقصد بالقانون الداخلي في هذا البحث مجموع القواعد القانونية الوطنية السائدة والمطبقة في إقليم الدولة، سواء كانت مكتوبة، أو غير مكتوبة، وسواء كانت صادرة عن سلطة شرعية أم سلطة فعلية، وسواء كانت سماوية أم لا.

وبناء على هذا التعريف، فإن القانون الذي تشكل مخالفته سبباً للنقض لا يقصد به فقط القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، بل يشمل كذلك جميع القواعد العامة التي تكون لها قوة القاعدة القانونية بالمعنى المادي للقانون.

ومن ثم تشمل عبارة: «قانون» بهذا المعنى نوعين من القواعد القانونية: النوع الأول: القواعد القانونية الداخلية (الوطنية) المكتوبة وفق تدرجها، وهي الدستور، القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، سواء كانت سلطة شرعية، أم سلطة فعلية، اللوائح التنظيمية والقرارات الإدارية الصادرة عن السلطة التنفيذية.

(1) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1426. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص841. حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص1069. عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص993. العلمي، عبد الواحد، شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية، مرجع سابق، ج3، ص204.

(2) - حسني، محمود نجيب، المرجع والصفحة نفسها. عبد الستار، فوزية، المرجع والصفحة نفسها. عبيد، رؤوف، المرجع والصفحة نفسها. العلمي، عبد الواحد، المرجع والصفحة نفسها.

- وكذلك القواعد القانونية غير المكتوبة وهي خصوصا وتحديدا:

مبادئ الشريعة الإسلامية، والعرف، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

- النوع الثاني: القواعد القانونية الصادرة عن المشرع الأجنبي، وهي القانون الأجنبي، والاتفاقيات الدولية الثنائية، والمواثيق الدولية المتعددة الأطراف.

ومصادر القاعدة القانونية الداخلية هي: الدستور، القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، النصوص القانونية القديمة، النصوص القانونية الصادرة عن السلطة الفعلية، اللوائح التنظيمية والتنفيذية الصادرة من السلطة التنفيذية، مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وإليك هذه القواعد القانونية بشيء من البيان:

أ/- الدستور:

يعد الدستور أعلى النصوص القانونية إذ أنه يقع في قمة الهرم القانوني للدولة ويترب على هذه الهرمية أن تحترم القاعدة الأدنى القاعدة القانونية الأعلى منها، ومن ثم فإن المحكمة العليا باعتبارها هيئة دستورية منصوص عليها بالمادة 152 و 153 من الدستور، وظيفتها طبقا للمادة 152 من الدستور أنها «الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم... وتضمن المحكمة العليا... توحيد الاجتهاد القضائي في جميع البلاد ويسهران على احترام القانون».

وبناء عليه، فإن المحكمة العليا متى وجدت قرارا أو حكما قضائيا صدر عن المحاكم أو المجالس القضائية مخالفا للدستور في حكم من أحكامه، فإنها تنقضه.

وفعلا، فإن الملاحظ أن المحكمة العليا نقضت الكثير من الأحكام والقرارات القضائية المخالفة لأحكام الدستور، وذلك مثل: ما تنص عليه المادة 03 من أن «اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرمزية»، ومن ثم فإنه إذا تعارضت النصوص القانونية المكتوبة بالعربية مع المكتوبة بالفرنسية، فإن النص العربي هو من يقدم في التطبيق، وذلك مثل التعارض بين النص العربي للمادة 2/108 ق.إ.ج وبين النص الفرنسي⁽¹⁾ فقضت المحكمة العليا بأن «النص العربي هو الأصل اعتبارا إلى كون العربية هي اللغة الوطنية والرمزية بنص المادة 03 من الدستور»⁽²⁾.

⁽¹⁾ - النص العربي للمادة 2/108 ق.إ.ج هو «ويجوز لقاضي التحقيق في مواد الجنائيات إجراء استجواب إجمالي قبل إقفال باب المرافعات». أما النص الفرنسي فهو:

«En matière criminelle, le juge d'instruction procède à un interrogatoire récapitulatif avant la clôture de l'information».

⁽²⁾ - قرار صدر يوم: 15 جويلية 2009م، (عن غ.ج/ق1)، في الطعن رقم: 606449. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2011م، ص349.

وكذلك في المادة 331 ق.ع «التي وعند قراءة العربي الواجب اعتماده يلاحظ وأن المشرع يشير إلى النفقة المقررة لإعالة أسرته» بينما النص الفرنسي يشير إلى النفقة الغذائية فقط «une pension alimentaire»⁽¹⁾.

وكذلك ما تعلق بالمادة 1/335 ق.ع حيث إن النص العربي أشار خطأً إلى الفعل المخل بالحياء «بغير عنف»، في حين أن النص الفرنسي ذكر عنصر العنف المكون لجريمة الفعل المخل بالحياء بالعنف بعبارة: «avec violences». وأن النص الفرنسي هو الصحيح⁽²⁾.

غير أن الملاحظ أن المحكمة العليا ارتدت وتنكرت لهذا الاجتهاد وللمادة الثالثة من الدستور. وكذلك الحال ما تعلق بالمادة 3/498 ق.إ.ج في التعارض بين النصين العربي والفرنسي⁽³⁾، حيث قضت المحكمة العليا بترجيح النص الفرنسي على النص العربي⁽⁴⁾.

وكذلك التعارض بين النص العربي والفرنسي في المادة 177 مكرر ق.ع⁽⁵⁾، حيث قضت بخطأ النص العربي⁽⁶⁾.

وكذلك المادة 1/423 ق.ع⁽⁷⁾ عندما أشار النص العربي إلى لفظة «أو صكا» في حين أن النص الفرنسي أورد عبارة: «ou un avenant»، وقد رجحت المحكمة العليا النص الفرنسي على النص العربي⁽⁸⁾.

وهكذا نخلص إلى أن المحكمة العليا تتناقض في قراراتها في المسألة الواحدة، بل إنها تخرق الدستور بشكل صارخ ومأساوي، وهو مما يؤسف له.

وفي قرار آخر أثار الطاعن وجهها للنقض «المأخوذ من خرق المادة 43 من الدستور والمادتين 1 و2 ق.ع والمؤدي وحده للنقض: بدعوى أن الطاعنين أدينا على أساس خرق القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 1992/12/06م الذي يقضي بتوقيف استيراد البطاريات التي دخلت القطر الجزائري في شهر أكتوبر في سنة 1992م، وأن كلتا الفاتورتين مؤرختين على التوالي في: 1992/10/28م و1992/11/03م، وبهذا تكون الوقائع سابقة لصدور القرار الوزاري المذكور وأن رجال الجمارك كونهم منعوا دخول البضائع إلى

(1) - قرار صادر يوم: 26 أبريل 2006م، (عن غ.ج.م/ق4)، في الطعن رقم: 380958. (م.م.ع)، ع: 02، س: 2007م، ص585.

(2) - قرار صادر يوم: 22 أكتوبر 2008م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 488761. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2008م، ص305.

(3) - ورد النص العربي للمادة 3/498 ق.إ.ج كالآتي: «وتسري المهلة اعتبار من يوم النطق بالقرار...». أما النص الفرنسي فحاء كالآتي:

«le délai court à compter de lendemain, ce jour compris».

(4) - قرار صادر يوم: 22 فيفري 1983م، (عن غ.ج.م/ق2)، في الطعن رقم: 28094. (م.م.ق)، ع: 01، س: 1989م، ص335.

(5) - النص العربي للمادة 177 مكرر ق.ع يورد عبارة: «الاشتراك» أي «complicité». أما النص الفرنسي فيورد: «participation»، أي: «المشاركة».

(6) - قرار صادر يوم: 17 نوفمبر 2011م، (عن غ.ج.م/ق2)، في الطعن رقم: 682748. (م.م.ع)، ع: 02، س: 2012م، ص381.

(7) - ألغيت المادة 423 ق.ع بالقانون رقم: 01-09 المؤرخ في: 26/06/2001م المتضمن قانون العقوبات.

(8) - قرار صادر يوم: 14 مارس 2000م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 238463. (م.م.ق)، ع: 01، س: 2001م، ص309.

القطر الجزائري في شهر أكتوبر سنة 1992م قد تجاوزوا سلطتهم وخرقوا القوانين المذكورة مما يعرض قرارهم للنقض»⁽¹⁾.

إلا أن المحكمة العليا لم تجب على هذا الوجه المثار وإنما اكتفت بالقول بأن «القرار المطعون فيه لم يبين موطن التزوير وكيفية التوصل إلى قيامه حتى يتسنى للمحكمة العليا بسط رقابتها على ذلك، لاسيما وأن التزوير في دعوى الحال هو أساس المتابعة، فكان إذن على قضاة المجلس البحث في تبيان التزوير وقيامه من عدمه مع تعليل ذلك»⁽²⁾.

وأشارت المحكمة العليا في بعض قراراتها⁽³⁾ إلى المادة 45 من الدستور التي تقر مبدأ الشرعية للجريمة للجريمة والعقوبة ولتدابير الأمن.

من جهة أخرى نقضت المحكمة العليا عدة قرارات وأحكام لمخالفتها المادة 167 (من دستور 1976 والمادة 132 من دستور 1989 والمادة 141 من دستور 1996م) التي تنص على أن «يصدر القضاء أحكامه باسم الشعب»⁽⁴⁾.

وكذلك يمكن إثارة وجه متعلق بإثارة حكم دستوري، كالمادة 27 من دستور 1976م التي تنص على أن: «الدولة ديمقراطية في أهدافها وفي تسييرها، إن المساهمة النشيطة للشعب في التشييد الاقتصادي والاجتماعي والثقافي، وفي تسيير الإدارة ومراقبة الدولة، هي ضرورة تفرضها الثورة»⁽⁵⁾.

كما قضت المحكمة العليا بنقض قرار خالف المبدأ الدستوري المنصوص عليه بالمادة 42 من دستور 1989م التي تنص على قرينة البراءة من أن: «كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون» (المادة 45 من دستور 1996م)، وهو وجه أثاره الطاعن الذي أدين واكتفى قضاة المجلس بتأسيس قرارهم بأن المتهم لم يقدم أية حجة كافية لتبرئته نفسه من التهمة، وبذلك فإن المجلس يكون قد عكس عبء الإثبات في المواد الجزائية الذي يقع على عاتق النيابة العامة. وهذا مخالفة للمادة 212ق.إ.ج⁽⁶⁾. وقد قالت المحكمة العليا بخصوص خرق المادة 42 من الدستور (1989م) الذي أثاره الطاعن: «وإذا كان المجلس فضلاً عن ذلك قد خالف بقراره هذا المبدأ الذي أقره

(1) - قرار صادر يوم: 21 جانفي 2002م، (عن غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 247431. (ن.ق)، ع: 57، س: 2006م، ص271.

(2) - القرار نفسه. وقد أشار القرار خطأ إلى المادة 43 والصحيح المادة 46.

(3) - قرار صادر يوم: 29 أبريل 2003م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 306921. (م.ق)، ع: 01، س: 398.

(4) - قرار صادر يوم: 25 ماي 1982م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 29814. (ن.ق)، ع: 43، س: 1988م، ص37. والقرار الصادر يوم: 09 نوفمبر 1982م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 31089. (ن.ق)، ع: 44، س: 1988م، ص108. قرار صادر يوم: 10 جويلية 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 37833. (م.ق)، ع: 01، س: 1989م، ص297. قرار صادر يوم: 15 أبريل 1986م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 47759. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص238. قرار صادر يوم: 09 أبريل 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 36935. (م.ق)، ع: 02، س: 1990م، ص238. قرار صادر يوم: 27 مارس 1990م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 64287. (م.ق)، ع: 04، س: 1994م، ص257. والقرار الصادر يوم: 13 فيفري 1990م، (عن غ.ج.2/ق2)، في الطعن رقم: 60862. (م.ق)، ع: 04، س: 1993م، ص257.

(5) - القرار الصادر يوم: 13 فيفري 1989م، (عن غ.ج.2)، في الطعن رقم: 60462. (م.ق)، ع: 04، س: 1993م، ص253.

(6) - قرار صادر يوم: 26 جوان 1994م، (عن غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 71886. (م.ق)، ع: 01، س: 1995م، ص259.

الدستور في المادة 42 ومؤداه أن «كل شخص يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته» فإنه ليس من اختصاص المحكمة العليا النظر في مدى تطابق القرارات القضائية مع أحكام الدستور»⁽¹⁾.

وقالت أيضا في قرار آخر: «إن خرق أحكام الدستور والمعاهدات الدولية غير وارد ضمن الأوجه التي يجب أن يبني عليها الطعن بالنقض، ومن ثم يتعين رفض الوجه المثار المأخوذ من مخالفة المادة 47 من الدستور، ومخالفة المادة 1/9 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية»⁽²⁾.

ولكن عندما تعلق الأمر بالحصانة البرلمانية المنصوص عليها بالدستور في المواد 109 و110 و111 والتي أثارها الطاعن بالنقض، فإن المحكمة العليا قضت بالقول: «حيث يتبين فعلا من القرار المطعون فيه أنه أسس قضاءه الرفض للدفع الأولي المثار من قبل الطاعن، والمتمسك به أمام قضاة المجلس على أن الدفع يجب إثارته قبل التطرق في الموضوع، بالإضافة أن هذا الدفع لم يكن محل تمسك أمام المحكمة على الإطلاق، ما يجعله طلبا جديدا أمام المجلس، وخلص في النهاية إلى التصريح بعدم قبوله، في حين أن ما أثير أمام قضاة المجلس هو إجراء جوهري لصيق بصفة الطاعن كعضو في المجلس الشعبي الوطني، ووسيلة دفاع قانونية يمكن إثارته في أية مرحلة كانت عليها إجراءات المتابعة، ولو تلقائيا متى اكتشفت هذه الصفة لدى الطاعن طالما المتابعة لم تنته بحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه، ويفصل قضاة المجلس هكذا بعدم قبول الدفع وواصلوا إجراءات محاكمة الطاعن العضو بالمجلس الشعبي الوطني، وحسب الوثائق الرسمية الموجودة بالملف التي تؤكد هذه الصفة وصرحوا بالإدانة والعقوبة دون إعطاء أي اهتمام قانوني لهذه الصفة التي يتمتع بها سواء يوم المتابعة أو يوم المحاكمة، فإنها خالفوا المادة 109 من الدستور التي تنص صراحة على أن نواب المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة يتمتعون بالحصانة البرلمانية أثناء عهدتهم هذه وكذلك المادة 09 من القانون رقم: 89-16 المؤرخ في: 11/12/1989م، المتعلق بتنظيم المجلس الشعبي الوطني وسيره»⁽³⁾... وطالما الإجراءات التي فرضها القانون لم تحترم والتي يجب مراعاتها والتأكد منها من قبل قضاة الموضوع، وفي أي حال من الأحوال ولما لم يكن الأمر كذلك، فإن القرار المنتقد خالف القانون، ويتعين نقضه»⁽⁴⁾.

ب/- القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية:

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 26 جوان 1994م، (عن غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 71886. (م.ق.)، ع: 01، س: 1995م، ص259.
⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 26 جويلية 1999م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 190606. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص175.
⁽³⁾ - القانون رقم: 89-16 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1410هـ الموافق ل: 11/12/1989م يتضمن تنظيم المجلس الشعبي الوطني وسيره. الجريدة الرسمية، ع: 52، س: 26، المؤرخة في: 11/12/1989م.
⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 30 ديسمبر 2010م، (عن غ.ج.م/ق4)، في الطعن رقم: 594561. (م.م.ع.)، ع: 01، س: 2012م، ص351. قرار صادر يوم: 19 مارس 2008م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 484183. (م.م.ع.)، ع: 01، س: 2008م، ص299.

طبقا للدستور ولل المادة 98 منه، فإن السلطة التشريعية تمارس من قبل البرلمان المتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وأن البرلمان له السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه. وإذا فالبرلمان هو صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع، ومتى أقر البرلمان قانونا معيناً، وأصدره رئيس الجمهورية خلال ثلاثين يوماً ابتداء من تاريخ تسلمه إياه طبقاً للمادة 1/126 من الدستور، وتم نشره في الجريدة الرسمية طبقاً للمادة 04 ق.م، فإنه يصبح حينئذ ساري المفعول، ويتم تطبيقه من طرف القضاء.

والذي لا شك فيه أن القوانين الصادرة من السلطة التشريعية تدخل في مفهوم القانون الذي تشكل مخالفته سبباً للنقض بلا منازع⁽¹⁾، بل إن دور القضاء هو تطبيق القوانين الصادرة من البرلمان في المنازعات بين الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، سواء في المواد المدنية، أو الجزائية أو الإدارية.

ج- النصوص القانونية الصادرة عن السلطة:

وتبقى من وظيفة القضاء تطبيق النصوص القانونية التشريعية على المنازعات والخصومات المرفوعة أمامه، ولو كانت هذه النصوص صادرة عن سلطة فعلية، أي سلطة غير منتخبة شرعياً، وليس لها أي تأييد شعبي. ذلك أن القضاء ليس من وظائفه النظر في مدى شرعية قانون فضلاً عن مدى شرعية السلطة السياسية، وإنما وظيفته هي تطبيق القانون أي كانت السلطة التي أصدرته شرعية أم فعلية.

د- اللوائح التنظيمية والتنفيذية الصادرة عن السلطة التنفيذية:

يستخلص من خلال بعض قرارات المحكمة العليا أن النصوص القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية تدخل في مفهوم القانون الذي تشكل مخالفته سبباً للنقض.

فمثلاً عملية استيراد وتصدير العملة الصعبة من قبل المواطنين أو تحويل العملة الأجنبية لا تخضع لأية رخصة أو إثبات لمصدرها إلا أنه يترتب على الاستيراد المادي أن يطرح المستورد لدى دخوله التراب الوطني للمصالح الجمركية بالعملة الصعبة، ووسائل الدفع المحررة بالعملة الأجنبية القابلة للتحويل، وهذا على أساس نص المادة 139 من القانون رقم: 85-09 المؤرخ في 26/12/1985م المتضمن قانون المالية لسنة 1986م⁽²⁾، المعدل بالقانون رقم: 86-15 المؤرخ في: 28/12/1986م، المتضمن قانون المالية لسنة 1987م⁽³⁾ «يمكن للمواطنين المقيمين حيازة أرصدة مالية بعملة أجنبية قابلة للتحويل قصد وضعها في حسابات بالعملة الصعبة قابلة للتحويل» فيما نصت المادتان 03 و 04 من المرسوم رقم: 87-61 المؤرخ في: 03/03/1987م، المتضمن تطبيق المادة 139 المذكورة أعلاه⁽⁴⁾ على أن استيراد وتصدير العملة

(1) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1427-1428. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص843-844. حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص1070.

(2) - الجريدة الرسمية، ع: 56، س: 22، المؤرخة في: 29/12/1985م.

(3) - الجريدة الرسمية، ع: 55، س: 23، المؤرخة في: 30/12/1986م.

(4) - الجريدة الرسمية، ع: 10، س: 24، المؤرخة في: 04/03/1987م.

الصعبة حر بالنسبة للمواطنين المقيمين إذ يكفي التصريح بالعمله لدى الدخول إلى التراب الوطني أو الخروج منه لمصالح الجمارك.

كما أن العملة الصعبة ليست أيضا من صنف البضائع الخاضعة للرسم المرتفع المحددة قائمتها بموجب قرار المدير العام للجمارك المؤرخ في: 22/01/1992م⁽¹⁾. وكذلك الاستناد إلى المادة 2/147ق.ع، وكذا المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم: 89-129 المؤرخ في 25/07/1989م يحدد صلاحيات وزير العدل⁽²⁾ في جريمة التقليل من شأن الأحكام القضائية⁽³⁾.

وكذلك في قرار آخر الاعتماد على نص المرسوم التنفيذي رقم: 86-25 المؤرخ في: 11/02/1986م⁽⁴⁾. للقول بأن المراكز الاستشفائية الجامعية تعتبر مؤسسات عمومية ذات طابع إداري مزودة بشخصية معنوية وباستقلال مالي.

ومن ثم فإن دعوى التعويض عن الأخطاء المهنية التي ارتكبتها الأطباء بالمستشفى تخضع للقضاء الإداري وليس للقضاء العادي طبقا للمادة 3ق.إ.ج وكذا المواد 07 و07 مكرر ق.إ.م⁽⁵⁾.

وفي قرار آخر اعتمدت المحكمة العليا على المرسوم التنفيذي رقم: 80-34 المحدد لشروط تطبيق المادة 07 من الأمر رقم: 74-15⁽⁶⁾. ذلك أن المادة 01/05 من هذا المرسوم نصت على سقوط الضمان التأمين عن السائق وحده، وفي فقرتها الثانية من نفس المادة تنص على: «ومع ذلك، لا يحتج بسقوط هذه الحقوق على المصابين أو ذوي حقوقهم...». فضلا عن أن المادة 14 من الأمر رقم: 74-15 تنص على أنه: «إذا كانت المسؤولية الكاملة أو الجزئية عن الحادث مسببة من القيادة في حالة سكر أو تحت تأثير الكحول، فلا يحق للسائق المحكوم عليه لهذا السبب المطالبة بأي تعويض، ولا تسري هذه الأحكام على ذوي الحقوق في حالة الوفاة» حيث إن هذا النص لا يسقط سوى حق المتم وليس حقوق الغير⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 09 سبتمبر 1996م، (عن غ.ج.م/ق3)، في الطعن رقم: 126533. (م.ق)، ع: 01، س: 1996م، ص219. القرار الصادر يوم: 14 مارس 1995م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 129653. (م.ق)، ع: 02، س: 1995م، ص175.

⁽²⁾ - تنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 89-129 على أنه: «يسهر وزير العدل بالاتصال مع جميع السلطات المختصة في الدولة، على ضمان تنفيذ قرارات العدالة في كل وقت، وفي كل مكان، وفي جميع الظروف...». المرسوم التنفيذي رقم: 89-129 المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1409 هـ الموافق ل: 25/07/1989م، يحدد صلاحيات وزير العدل. الجريدة الرسمية، ع: 30، س: 26، المؤرخة في: 26/07/1989م.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 30 أكتوبر 1994م، (عن غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 116585. (م.ق)، ع: 01، س: 1996م، ص213.

⁽⁴⁾ - المرسوم التنفيذي رقم: 86-25 المؤرخ في: 02 جمادى الثانية عام 1406 هـ الموافق ل: 11/02/1986م يتضمن القانون الأساسي النموذجي للمراكز الاستشفائية الجامعية. الجريدة الرسمية، ع: 06، س: 23، المؤرخة في: 12/02/1986م.

⁽⁵⁾ - قرار صادر يوم: 20 أكتوبر 1998م، (عن غ.ج.م/ق4)، في الطعن رقم: 157555. (م.ق)، ع: 02، س: 1998م، ص146.

⁽⁶⁾ - المرسوم رقم: 80-34 المؤرخ في 29 ربيع الأول عام 1400 هـ الموافق ل: 16/02/1980م، يتضمن تحديد شروط تطبيق المادة 07 من الأمر رقم: 74-15 المؤرخ في 06 محرم عام 1394 هـ الموافق ل: 30/01/1974م المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار. الجريدة الرسمية، ع: 08، س: 17، المؤرخة في: 19/02/1980م. والجريدة الرسمية، ع: 15، س: 11، المؤرخة في: 19/02/1974م.

⁽⁷⁾ - قرار صادر يوم: 10 فيفري 2004م، (عن غ.ج.م/ق4)، في الطعن رقم: 287399. (م.م.ع)، ع: 02، س: 2004م، ص475.

هذه بعض القرارات وهناك غيرها⁽¹⁾، نكتفي بما سبق بيانه وتفصيله.
والذي يستخلص من هذه الأمثلة أن المراسيم التنفيذية تدخل في مفهوم القانون الذي تشكل مخالفته سببا للنقض.

هـ- مبادئ الشريعة الإسلامية:

تكون مبادئ الشريعة الإسلامية داخلية في مفهوم القانون الذي تشكل مخالفته سببا للنقض⁽²⁾ في بعض المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق والحضانة والميراث والنفقة والتبني، أي كل ما يتعلق بالأسرة ولم يتطرق إليه قانون الأسرة، فإذا تطرق إليه هذا الأخير، فإن المخالفة حينئذ تكون للقانون الصادر من السلطة التشريعية، وهنا يعتمد القضاء الجزائي على قانون الأسرة بشكل مباشر، وعلى مبادئ الشريعة الإسلامية بشكل غير مباشر، أما إذا انعدم النص في قانون الأسرة، فإن المادة 222ق.أ تنص على أنه: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».

ومن ثم فإن القضاء الجزائي لا شك أنه يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لاستخلاص الحكم والمبدأ للفصل في النزاع⁽³⁾. وقد قضت المحكمة العليا أنه:

«لا يعد الزواج العرفي (الزواج بالفاتحة) سببا لنفي جريمة الزنا»⁽⁴⁾.

ونشير أن المشرع المصري أورد نصا في قانون العقوبات، وهو المادة 07 منه ينص على أنه: «لا تخل أحكام هذا القانون في أي حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الغراء».
ولا نظير لمثل هذا النص في التشريعات المقارنة المعتمدة في الدراسة.

و- العرف:

كذلك العرف، فإنه يدخل في مفهوم القانون الذي تشكل مخالفته سببا للنقض⁽⁵⁾، ويكون ذلك فيما يتعلق مثلا بالجرائم المتعلقة بالأسرة، كالنفقة، حيث إن المادة 78ق.أ نصت على أنه «تشمّل النفقة الغذاء والكسوة، والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة».

وكذلك ما تنص عليه المادة الأولى من القانون المدني عندما جعلت العرف هو المصدر الثالث من مصادر القانون بعد كل من التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية.

(1) - القرار الصادر يوم: 04 ماي 2005م، (عن غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 261578. (م.م.ع)، ع: 02، س: 2005م، ص: 469.
(2) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1428. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص844.
(3) - قرار صادر يوم: 25 جويلية 2000م، (عن غ.ج.ج)، في الطعن رقم: 183365. (م.ق)، ع: 02، س: 2000م، ص188. قرار صادر يوم: 30 مارس 2005م، ص2005م، (عن غ.ج.ج)، في الطعن رقم: 337721. (م.م.ع)، ع: 0، س: 2005م، ص359. قرار صادر يوم: 27 ماي 1969م، (عن غ.ج.ج)، في قضية (ب.ب.ب.ب) ضد النيابة العامة. (ن.ق)، ع: 04، س: 1970م، ص68.
(4) - قرار صادر يوم: 01 جوان 2005م، (عن غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 297745. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2006م، ص577.
(5) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص1428. عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص844.

ويكون العرف داخلا في مفهوم القانون الذي تشكل مخالفته سببا للنقض في الجرائم المتعلقة بالأسرة وفي المعاملات التجارية متى انعدم النص التشريعي. وكذلك في العرف الطبي أو كل مهنة يبيحها القانون وينظمها.

ومن أمثلة اللوائح والمراسيم:

- النصوص التنظيمية المتعلقة بقانون العقوبات:

وتوجد مجموعة من النصوص التنظيمية التي تعتبر من النصوص الخاصة التي لها صلة بقانون العقوبات، ومن ثم تدخل في مفهوم القانون الذي تشكل مخالفته سببا للنقض، وهذه بعضها:

- المرسوم رقم: 63-291 المؤرخ في: 1993/08/02م يتضمن منع صناعة وبيع المفرقات والأسهم النارية⁽¹⁾ المواد من 01 إلى 03.

- مرسوم رقم: 75-155 المؤرخ في: 1975/12/15م يتعلق بتحديد الإقامة⁽²⁾، من 1 إلى

.11

- مرسوم رقم: 75-156 المؤرخ في: 1975/12/15م يتعلق بحظر الإقامة⁽³⁾، من 01 إلى 24.

- مرسوم رقم: 78-02 المؤرخ في: 1978/01/28م، يتضمن منع المدنيين من استعمال الملابس

والأشياء العسكرية⁽⁴⁾ من المادة 01 إلى 04.

- مرسوم رقم: 81-36 المؤرخ في: 1981/03/14م يتعلق بتعريب المحيط⁽⁵⁾.

- مرسوم رقم: 86-937 المؤرخ في: 1986/09/16م، يتعلق بتصريح إيواء الأجانب⁽⁶⁾.

- مرسوم تنفيذي رقم: 91-538 المؤرخ في: 1991/12/25م، يتعلق بالمراقبة وفحص المطابقة

لآلات القياس⁽⁷⁾.

- مرسوم تنفيذي رقم: 63-184 المؤرخ في: 1993/07/27م ينظم إثارة الضجيج⁽⁸⁾.

- مرسوم رقم: 76-73 المؤرخ في: 1976/04/16م يتعلق بتطبيق المادة 10 من الأمر رقم:

76-35 المؤرخ في 1976/04/16م والمتعلق بتنظيم التربية والتكوين⁽⁹⁾.

(1) - الجريدة الرسمية، ع: 54، س: 02، المؤرخة في: 1963/08/06م. [بالفرنسية].

(2) - الجريدة الرسمية، ع: 102، س: 12، المؤرخة في: 1975/12/23م.

(3) - الجريدة الرسمية، ع: 102، س: 12، المؤرخة في: 1975/12/23م.

(4) - الجريدة الرسمية، ع: 05، س: 15، المؤرخة في: 1978/01/31م.

(5) - الجريدة الرسمية، ع: 11، س: 18، المؤرخة في: 1981/03/17م.

(6) - الجريدة الرسمية، ع: 38، س: 23، المؤرخة في: 1986/09/17م.

(7) - الجريدة الرسمية، ع: 69، س: 28، المؤرخة في: 1991/12/28م.

(8) - الجريدة الرسمية، ع: 50، س: 30، المؤرخة في: 1993/07/28م.

(9) - الجريدة الرسمية، ع: 33، س: 13، المؤرخة في: 1976/04/23م.

- مرسوم رقم: 86-132 المؤرخ في: 1986/05/27 م يحدد قواعد حماية العمال من أخطار الإشعاعات الأيونية والقواعد المتعلقة بمراقبة حيازة المواد الإشعاعية والأجهزة التي تتولد عنها إشعاعات أيونية واستعمالها⁽¹⁾.

وقد قضت المحكمة العليا بنقض قرار محكمة الجنايات بعدم قبول طلبات إدارة الجمارك لانعدام الصفة، لأنه مخالف للمواد 200 و 259 و 272 و 326ق.ج وكذا للقرار المؤرخ في: 1986/04/14 م⁽²⁾⁽³⁾.

ز/- مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

كذلك يدخل في مفهوم القانون الذي تشكل مخالفته سببا للنقض مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ولكن هذا استثناء وفي بعض الحالات، كأن يكون لها دور في تحديد أسباب الإباحة في بعض الجرائم⁽⁴⁾.

يقصد بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة «مجموعة المبادئ التي يكشف العقل الإنساني عنها ويسلم بحاجته إليها لضبط سلوكه بأمثاله، في أي مجتمع بشري»⁽⁵⁾. أو هو: «مجموعة القواعد الأزلية والأبدية والكفيلة بتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع»⁽⁶⁾.

أما قواعد العدالة فهي كل ما يستخلص من مبادئ القانون الطبيعي حلولا تراعى فيها ظروف كل حالة على حدة⁽⁷⁾.

ومن أمثلة الحلول العادلة التي قد يستوحىها القاضي أو المشرع من مبادئ القانون الطبيعي ما يلي⁽⁸⁾:

- المساواة في الحكم على الوقائع المتساوية، وعلى العلاقات المتماثلة والمتقاربة فيما بين الأفراد كلما كانت ظروفهم واحدة، والعكس صحيح.

- عند وجود حلول متعددة لحالة واحدة يجب الأخذ بأقربها إلى الاعتبارات الإنسانية.

- عند الحكم على حالة معينة، ينبغي مراعاة جميع الظروف الشخصية التي أدت إلى وجود هذه الحالة.

2/- القانون الأجنبي والاتفاقيات الثنائية والمعاهدات والمواثيق الدولية:

⁽¹⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 22، س: 23، المؤرخة في: 1986/05/28 م.

⁽²⁾ - الجريدة الرسمية، ع: 40، س: 23، المؤرخة في: 1986/10/01 م.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 11 جوان 1991 م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 85947. (م.ق)، ع: 03، س: 1993 م، ص 272.

⁽⁴⁾ - سرور، أحمد فتحي، النقض، مرجع سابق، ص 133. حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 1428.

⁽⁵⁾ - جعفرور، محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 201.

⁽⁶⁾ - جعفرور، محمد سعيد، المرجع والصفحة نفسها.

⁽⁷⁾ - جعفرور، محمد سعيد، المرجع والصفحة نفسها.

⁽⁸⁾ - منصور، إسحاق، إبراهيم، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2، 1990 م، ص 159. جعفرور، محمد سعيد، المرجع والصفحة نفسها.

يتناول في العنصر النصوص القانونية الخارجية، وهي إما صدرت من إحدى الدول، فهو القانون الأجنبي، وإما في إطار اتفاق ثنائي، وإما في إطار متعدد الأطراف، وهي المواثيق الدولية. وإليك بيان هذه النصوص القانونية من حيث مدى إمكانية اعتبارها داخلة في ماهية القانون الذي تشكل مخالفته سببا للنقض.

أ- القانون الأجنبي:

ويقصد به النصوص القانونية لدولة أجنبية المطبقة في إقليمها. وإذا كان الأصل المتفق عليه بين الشرائع الجنائية هو الإقليمية قانون العقوبات، كما تقضي بذلك المادة 1/3 ق.ع الجزائري، والمادة 15 ق.ع السوري وكذا اللبناني.

ومع بعض الاستثناءات التي أدخلت على مبدأ الإقليمية، وهي مبدأ الشخصية ومبدأ العينية كما سبق بيانه في الاختصاص، ومن ثم وبهذه الاستثناءات امتد سلطان القانون الجزائري إلى وقائع تقع خارج إقليم الدولة التي ينطبق فيها هذا القانون. والإشكال المطروح هل يجوز تطبيق القانون الأجنبي سواء بالنسبة للوقائع إذا ارتكبت في إقليم هذه الدولة الأجنبية، أو بالنسبة للمتهم؟

من الناحية الفقهية ظهر اتجاهان متعارضان، اتجاه يدعو إلى تطبيق القانون الأجنبي، واتجاه يعارض ذلك. واتجاه يفصل بين ما يجب تطبيقه وما لا يجب تطبيقه.

وإليك بيان هذه الاتجاهات، مع بيان الراجح منها.

⑥- الاتجاه الأول: يجوز تطبيق القانون الأجنبي:

ذهب اتجاه فقهي⁽¹⁾ إلى الدعوة بأن يجيز المشرع الوطني للقاضي الوطني تطبيق العقوبات الأجنبي. مؤسسا دعوته على الحجج الآتية⁽²⁾:

- إن تطبيق القانون الأجنبي للدولة التي وقعت الجريمة في إقليمها يتفق مع مستلزمات العدالة ومقتضياتها، من حيث أن الوقائع وقعت

- يحول تطبيق القانون الأجنبي دون عدم المساواة بين المساهمين في الجريمة، إذا ما حوكم بعضهم في الوطن، وحوكم البعض الآخر خارجه بمعنى آخر، إن تطبيق القانون الأجنبي يؤدي إلى تحقيق المساواة بين المساهمين في الجريمة، إذا ما حوكم بعضهم في الوطن، وحوكم البعض الآخر خارجه.

- إن تطبيق القانون الأجنبي يحول دون تطبيق القانون الوطني بناء على الصدفة وحدها، وذلك عندما يعود المتهم الذي ارتكب الجريمة في الخارج إلى الوطن.

(1) - سرور، أحمد فتحي، النقض في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص141.

(2) - سرور، أحمد فتحي، المرجع والصفحة نفسهما.

- ويمكن الاعتراض على هذا الاتجاه بالقول بأن تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني هو مساس بسيادة الدول واستقلالها، كما أنه يمس بالنظام العام، فضلا عن الإطلاق في الدعوة إلى تطبيق القانون الأجنبي بلا قيد أو شرط.

⑦- الاتجاه الثاني: لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي مطلقا:

وفي اتجاه عكسي للاتجاه الأول، ذهب بعض الفقه القانوني⁽¹⁾ إلى أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني بإطلاق وإنما يجب أن يقتصر هذا الأخير على تطبيق قانونه الوطني فقط، وفي كل الأحوال، مستندا إلى الحجج الآتية⁽²⁾:

- إن تطبيق القانون الأجنبي يتعارض مع مبدأ استقلال الدول، هذا الاستقلال يتجلى بخصوص النظام القانوني، إلى أن قانون العقوبات يحكمه مبدأ الإقليمية من حيث تطبيقه.

- أن تطبيق القانون الأجنبي لا يتفق مع النظام العام الوطني، خاصة إذا كانت الدولتين هن منظومتين تشريعتين مختلفتين، كما هو الحاصل بين الدول العربية الإسلامية، والدول الغربية، فالنظام العام واسع في الأولى، ضيق في الثانية.

- أن تطبيق القانون الأجنبي قد يكون متعذرا عندما ينص على جزاء معين لا يعرفه القانون الوطني. إنه ليس متاحا للقاضي الوطني معرفة القانون الأجنبي أو تفسير نصوصه تفسيراً سليماً، بل إنه لا يمكن الإحاطة بكل التشريعات الأجنبية من طرف القضاة واستيعابها وفهما فهما صحيحاً وسليماً.

- ويمكن الاعتراض على هذا الاتجاه بالقول بأن الإطلاق في منع تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني دون قيد أو شرط، أو حتى دون استثناء بعض الحالات، هو قول وموقف سلبي بإطلاق. فضلا عن ذلك فإن تطبيق القانون الأجنبي لن يكون إلا بموافقة الدولة التي تسجلها في قاعدة الإسناد الوطنية، وهذا التطبيق يقتضيه التعاون الدولي والعلاقات الدبلوماسية التي ما فتئت تتطور بشكل كبير، مما يمكن معه إحداث بعض الاستثناءات، بأن يتم تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني في بعض الحالات، خاصة إذا كان القانون الأجنبي والوطني يقفان جنبا إلى جنب مع حماية النظام العام الوطني⁽³⁾.

كما أن حجج هذا الاتجاه يمكن الرد عليها⁽⁴⁾، فبخصوص صعوبة معرفة القانون الأجنبي وتفسيره يمكن القول أن زيادة وسرعة الاتصال الخارجي وانتشار المعاهد العلمية التي تهتم بالقانون المقارن. أما بخصوص أن الجزاء المنصوص عليه في القانون الأجنبي لا يعرفه القانون الوطني، فيمكن التغلب على هذه الصعوبة بتشبيه الجزاء في القانون الأجنبي بجزاء مماثل في القانون الوطني.

(1) - سرور، أحمد فتحي، النقض في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 141.

(2) - سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص 141-142.

(3) - سرور، أحمد فتحي، النقض في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 142.

(4) - سرور، أحمد فتحي، المرجع والصفحة نفسهما.

⑧- الاتجاه الثالث: التفصيل: تطبق القوانين الأجنبية المتعلقة بالكفالة الفردية دون القوانين

الأجنبية المتعلقة بالحماية الاجتماعية:

وهذا الاتجاه الثالث والأخير⁽¹⁾ هو وسط بين الاتجاهين السابقين، فهو من جهة لا يوجب تطبيق القانون الأجنبي على القاضي الوطني بإطلاق دون قيد أو شرط، كما لا يمنعه بإطلاق كذلك. ذلك أن هذا الاتجاه يميز ما يسمى بقوانين الحماية الاجتماعية، وهذه يجب أن تخضع لمبدأ إقليمية القانون الجنائي، لأنها تحافظ على النظام العام الداخلي الوطني، وبين ما يسمى بقوانين الكفالة الفردية التي يجب أن تتابع الشخص على أي إقليم وذلك القوانين التي تحدد سن المحني عليه في جريمة معينة، والقوانين التي تنص على عقوبات سالبة للحرية لبعض الحقوق أو على بعض التدابير الاحترازية.

وهذا الاتجاه الفقهي الثالث يبدو أنه اتجاه قوي لمنطقيته ومعقوليته، خاصة وأن مؤتمر بوخاريسست الدولي المنعقد سنة 1929م أوصى بالسماح بتطبيق القانون الأجنبي في بعض الأحوال بصفة استثنائية وبضمانات معينة، احتراماً للحقوق الفردية ومراعاة لحسن العلاقات الدولية⁽²⁾. كما أن المؤتمر الدولي الثامن لقانون العقوبات المنعقد في لشبونة سنة 1961م أوصى من حيث المبدأ أنه يكون من الأفضل السماح للقاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي في حدود معينة ومع مراعاة ما يتعلق بالنظام العام واستبعاد الجرائم السياسية والجرائم ضد الأخلاق. كما أوصى المؤتمر بعقد اتفاقيات تحديد مدى تطبيق القانون الأجنبي على بعض أنواع الجرائم، وأوصى المؤتمر كذلك بأن يتولى القانون الوطني حل الصعوبات العملية التي تترتب على تطبيق القانون الأجنبي⁽³⁾.

وتطبيقاً لهذه التوصيات عقدت الدول الأوربية في 1964/11/30م اتفاقية بشأن جرائم المرور في الطرق⁽⁴⁾.

⑨- موازنة وترجيح:

من المؤكد أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بإطلاق حتى ولو تعارض مع النظام العام، كما أنه من غير المقبول عدم تطبيق القانون الأجنبي بإطلاق. وإنما أن يكون الأصل العام هو عدم جواز تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني متى تعارض مع النظام العام الداخلي، أي لا يجوز تطبيقه تطبيقاً مباشراً على واقعة الدعوى، وإنما يراعى في تطبيقه مقام تحديد نطاق القانون الوطني واستيفاء كافة ما يستلزمه من شروط ومفترضات⁽⁵⁾.

(1) - سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص 141.

(2) - سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص 142.

(3) - سرور، أحمد فتحي، المرجع والصفحة نفسهما.

(4) - سرور، أحمد فتحي، النقص في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 142-143. حومد، عبد الوهاب، المفصل في شرح قانون العقوبات، القسم العام، المطبعة

الجديدة، دمشق، د. ط، 1410هـ-1990م، ص 1120.

(5) - سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص 143.

وبهذا فإن أصح الاتجاهات وأقربها إلى الصواب هو الاتجاه الثالث المفصل كما سبق بيانه، وذلك لقوة أدلته، وضعف حجج وأدلة الاتجاهات الأخرى.

10/- موقف المشرع الجزائري:

بالرجوع إلى قانون العقوبات فإننا نجد أن المادة 2/3 منه تنص على أنه «كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائية طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية». وبالعودة إلى قانون الإجراءات الجزائية فإننا في الباب التاسع المعنون بـ: «في الجنايات والجنح التي ترتكب في الخارج» من الكتاب الخامس المعنون بـ: «في بعض الإجراءات الخاصة»، فإننا نجد أن المواد المتعلقة بموضوعنا هي المادتان 583 و585 ق.إ.ج.

6/- حالة كون الواقعة جنحة في القانون الأجنبي دون الجزائري:

على أنه يجب التنبيه إلى أن المادة 583 ق.إ.ج تتعلق أو تشير -من بين ما تشير إليه⁽¹⁾- إلى كون الواقعة جنحة في القانون الأجنبي دون القانون الوطني الجزائري، فهي تنص على أنه: «كل واقعة موصوفة بأنها جنحة، سواء في نظر القانون الجزائري، أم في نظر تشريع القطر الذي ارتكبت فيه يجوز المتابعة من أجلها والحكم فيها في الجزائر إذا كان مرتكبها جزائرياً.

ولا يجوز أن تجرم المحاكمة أو يصدر الحكم إلا بالشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 582.

وعلاوة على ذلك فلا يجوز أن تجرم المتابعة في حالة ما إذا كانت الجنحة مرتكبة ضد أحكام الأفراد إلا بناء على طلب النيابة العامة بعد إخطارها بشكوى من الشخص المضروب أو ببلاغ من سلطات القطر الذي ارتكبت الجريمة فيه».

أما نص الفقرة الثانية من المادة 582 ق.إ.ج فهي: «غير أنه لا يجوز أن تجرم المتابعة أو المحاكمة إلا إذا عاد الجاني إلى الجزائر، ولم يثبت أنه حكم عليه نهائياً في الخارج، وأن يثبت في حالة الحكم بالإدانة أنه قضى العقوبة، أو سقطت عنه بالتقادم، أو حصل على العفو عنها».

وإذن، فمن خلال هذا النص القانوني، فإن القانون الأجنبي يطبق من طرف القاضي الوطني الجزائري في الحالة التي تنص عليها المادة 583 ق.إ.ج بالشروط الآتية:

1- أن تكون الواقعة موصوفة بأنها جنحة لا جنائية، ولا مخالفة.

(1) - القصد هنا أن المادة 583 ق.إ.ج تشير إلى حالتين:

- الأولى: كون الواقعة جنحة في القانون الجزائري دون القانون الأجنبي. وهذه الحالة لا تتعلق بموضوعنا.
- الثانية: وهي عكس الأولى، كون الواقعة جنحة في القانون الأجنبي، مباحة في القانون الجزائري. وهذه الحالة هي التي تتعلق بموضوعنا هنا.
والدليل على هذه الحالتين من نص المادة 583 ق.إ.ج هو صياغتها، حيث جاءت بشكل: «كل واقعة موصوفة بأنها جنحة سواء في نظر القانون الجزائري أم في نظر تشريع القطر الذي ارتكبت فيه». فوجود الأداة «أم» يعني أن الواقعة جنحة في أحد القانونين الجزائري أو الأجنبي، وليس القانونين معاً، إذ أن رُدواجية التجريم في القانونين الجزائري والأجنبي لا تحكمها هذه المادة، وإنما تحكمها المادة 585 ق.إ.ج.

2- أن يكون الفعل مجرماً في القانون الأجنبي دون أن يكون كذلك في القانون الجزائري (أي أنه فعل مباح في القانون الجزائري).

3- أن تكون الواقعة مرتكبة في إقليم القانون الأجنبي.

4- أن تكون جنسية مرتكب الواقعة الإجرامية جزائرية.

5- ألا تجري المتابعة أو المحاكمة إلا إذا عاد الجاني إلى الجزائر.

6- ألا يكون قد حكم عليه نهائياً في الخارج.

7- أن يثبت أنه في حالة الحكم بالإدانة أنه قضى العقوبة أو سقطت عنه بالتقادم أو حصل على العفو عنها.

8- أنه إذا كانت الجنحة مرتكبة ضد أحد الأفراد، فلا تجرى المتابعة إلا بناء على طلب النيابة العامة بعد إخطارها بشكوى من الشخص المضرور، أو ببلاغ من سلطات القطر الذي ارتكبت فيه الجريمة.

ويلاحظ من خلال كثرة هذه الشروط، أن المشرع قصد التضييق من إمكانية تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني.

ويجوز أن تجرى المتابعة أو يصدر الحكم في هذه الحالة حتى ولو لم يكن المتهم قد اكتسب الجنسية الجزائرية إلا بعد ارتكابه الجنحة. (تابع للشروط الرابع). طبقاً للمادة 584ق.إ.ج.

7/- حالة ازدواجية التجريم للواقعة في القانونين الجزائري والأجنبي: وهذه الحالة نصت عليها المادة 585ق.إ.ج بأن «كل من كان في إقليم الجمهورية شريكاً في جنائية أو جنحة مرتكبة في الخارج، يجوز أن يتابع من أجلها ويحكم عليه فيها بمعرفة جهات القضاء الجزائرية إذا كانت الواقعة معاقبا عليها في كلا القانونين الأجنبي والجزائري، بشرط أن تكون تلك الواقعة الموصوفة بأنها جنائية أو جنحة قد ثبت ارتكابها بقرار نهائي من الجهة القضائية الأجنبية».

وهذا النص القانوني الجزائري، يتطابق مع المادة الثالثة من قانون العقوبات المصري التي تنص على أن «كل مصري ارتكب، وهو خارج القطر فعلاً يعتبر جنائية أو جنحة في هذا القانون يعاقب بمقتضى أحكامه إذا عاد إلى القطر، وكان الفعل معاقبا عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكبه فيه».

كما نص المشرع السوري على هذه الحالة ولكن بشروط مختلفة بعض الشيء، فقد نصت المادة 24ق.ع السوري على أنه «لا يطبق القانون السوري على الجنح المشار إليها في المادة 20، والمعاقب عليها بعقوبة حبس لا تبلغ الثلاث سنوات ولا على أية جريمة أشارت إليها المادة 23 إذا كانت شريعة الدولة التي اقترفت في أرضها هذه الجرائم لا تعاقب عليها».

وتنص المادة 305م.إ.ج التونسية أنه «يمكن تتبع ومحاكمة المواطن التونسي من طرف المحاكم التونسية إذا ارتكب خارج تراب الجمهورية جنائية أو جنحة يعاقب عليها القانون التونسي إلا إذا تبين أن قانون البلاد المرتكبة بها الجريمة لا يعاقب عليها أو أثبت المتهم أنه سبق اتصال القضاء بها نهائيا في الخارج، وفي صورة صدور الحكم عليه أنه قضى العقاب المحكوم به عليه، أو أن هذا العقاب سقط بمرور الزمن أو شمله العفو، وتنطبق أحكام الفقرة المتقدمة على الفاعل الذي لم يكتسب صفة المواطن التونسي إلا بعد تاريخ ارتكابه للأفعال المنسوبة إليه».

ويستخلص من هذه النصوص وبالأخص الجزائري، أن القانون الأجنبي لا يطبق من طرف القاضي الوطني إلا بشروط وهي:

- أن تكون الواقعة لها وصف الجنائية أو الجنحة، ومن ثم تخرج المخالفة.
- أن تكون الواقعة مرتكبة في الخارج.
- أنه لا يشترط جنسية مرتكب الجريمة، فيمكن متابعة الجزائري وغير الجزائري.
- أن يكون المتهم قد عاد إلى الإقليم الجزائري، أو أنه متواجد فيه.
- أن تكون الواقعة معاقبا عليها في كلا القانونين الأجنبي والجزائري معا.
- أن يثبت ارتكاب الواقعة من طرف المتهم بقرار نهائي من الجهة القضائية الأجنبية، ويكون إثبات هذين الشرطين الأخير على النيابة العامة⁽¹⁾.
- أن يكون المتهم شريكا في الجريمة لا فاعلا أصليا، فإذا كان فاعلا أصليا فإنه تطبق في حقه المادتان 582ق.إ.ج في حال الجنائية، والمادة 583ق.إ.ج في حالة الجنحة.

والذي يلاحظ على المادة 585ق.إ.ج المشار إليها أعلاه أن المشرع قدم القانون الأجنبي على الجزائري، وهذا معناه⁽²⁾ أن القانون الأجنبي هو الذي ينظر إليه لتحديد مدى اعتباره الواقعة المنسوبة إلى المتهم جريمة، كما أنه هو المرجع لتحديد التكييف الجنائي لهذه الواقعة، هذا التكييف يتحدد بالنظر إلى ماديات الواقعة كما حدثت لا بصفة مجردة، وبمعنى آخر أنه إذا كان القانون الأجنبي يتطلب عناصر قانونية لا يتوافر في الواقعة المنسوبة للمتهم، فإن انطباق القانون الجزائري على هذه الواقعة لا يكون كافيا، فإن ازدواج التجريم يتطلب التطابق بين القانونين الوطني والأجنبي في العناصر القانونية التي يقوم عليها التجريم في كلا القانونين⁽³⁾.

(1) - سرور، أحمد فتحي، النقض، مرجع سابق، ص145.

(2) - سرور، أحمد فتحي، النقض، مرجع سابق، ص145.

(3) - سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص145-146.

والعبرة في تطبيق القانون الأجنبي هي وقت ارتكاب الفعل، لا وقت تحريك الدعوى العمومية⁽¹⁾، بمعنى أنه إذا تغير القانون الأجنبي بعد ارتكاب الواقعة، بأن أصبح الفعل مثلاً مباحاً، فإنه لا يعتد بهذا التغير.

ولا يشترط التطابق بين القانونين الأجنبي والجزائري في التكييف القانوني للواقعة، إذ العبرة بالترجم لا بوصفه في كلا القانونين فالواقعة الواحدة بعناصرها الواحدة قد تكون سرقة في قانون معين، خيانة أمانة أو نصب في قانون آخر. كما لا يشترط التطابق بين القانونين في تحديد العقوبة للواقعة، أو في نظرية للظروف المشددة أو المخففة، وإنما يكفي أن تكون الواقعة قابلة للعقاب عليها وفقاً للقانونين، فضلاً عن ذلك فإنه لا يشترط تطابق القانونين الأجنبي والوطني بشأن إجراءات الدعوى العمومية ومختلف مراحلها، فكل ذلك لا يعتبر⁽²⁾.

وقد نصت المادة 25 ق.ع السوري على أنه: «إذا اختلف القانون السوري وقانون مكان الجرم فللقاضي عند تطبيقه القانون السوري وفقاً للمادتين 20 و 23 أن يراعي هذا الاختلاف لمصلحة المدعى عليه.

- إن تدابير الاحتراز أو الإصلاح، وفقدان الأهلية، والإسقاط من الحقوق المنصوص عليها في القانون السوري تطبق دونما نظر إلى قانون مكان الجرم».

8/- حالة تطبيق القانون الأجنبي غير العقابي الشرط المفترض لتكوين جريمة معينة: من المعلوم قانوناً أن القانون قد يوجب لانطباق الوصف القانوني للجريمة على الفعل توافر وضع قانوني سابق على هذه الجريمة ويسمى «بالشرط المفترض»⁽³⁾. ومثال ذلك شرط وجود علاقة زوجية يحدد وقوع جريمة الزنا، ووجود عقد من عقود الأمانة يحدد وقوع جريمة خيانة الأمانة.

وهذا الشرط المفترض لا يحكمه قانون العقوبات، وإنما يحكمه قانون غير عقابي، ففي الزواج والعلاقة الزوجية يحكمه قانون الأسرة، أو قانون الأحوال الشخصية، كما هو واقع في بعض الدول كمصر وسوريا، وفي العقود يحكمه القانون المدني.

وبهذا فإن العناصر والشروط المفترضة في الجريمة تكون متوزعة بين قانون العقوبات الذي يحدد الأركان المكونة للجريمة، ولكن قد يحيل في بعض العناصر إلى قانون آخر غير عقابي كقانون الأسرة، أو القانون المدني أو التجاري، أو الحالة المدنية وغيرها.

ولكن قد يكون هذا القانون غير العقابي أجنبياً، وذلك كأن يبرم عقد الأمانة في الخارج، أو يصدر شيكاً في الخارج، ففي كل هذا يكون القانون غير العقابي أجنبياً فما الحل هنا؟

(1) - سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص 146.

(2) - سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص 146-147.

(3) - سرور، أحمد فتحي، النقض، مرجع سابق، ص 143.

- والجواب هنا أنه يطبق القانون الأجنبي ولكن وفق قواعد القانون الدولي الخاص لكل دولة، وبخصوص الجزائر فإن هذه القواعد المنصوص عليها في الفصل الثاني المعنون ب: «تنازع القوانين من حيث المكان» من الكتاب الأول «أحكام عامة» من القانون المدني، ومن المادة 09 إلى المادة 24 منه. وإذن فالنتيجة أن القانون الأجنبي غير العقابي هو الذي يحكم العلاقة القانونية الأجنبية الواجب توافرها قبل الجريمة والتي تعتبر شرطا مفترضا لها، ويتحدد هذا القانون الأجنبي وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص.

ومن ثم فإن القاضي الوطني يرتبط بقانونين هما: القانون الأجنبي في تحديد التكييف القانون للعلاقة وتحديد مدى صحتها، والقانون الدولي الخاص. هذا فضلا عن قانون العقوبات الوطني. وهذه الحالة الثالثة لم يتطرق إليها المشرع الجزائري بالنص عليها. مما جعله فراغا قانونيا، ومع ذلك فإن ما ذكرناه يقتضيه التحليل المنطقي للقانون. كما أنّ المشرع المصري لم يتطرق إليه بالنص، ومع ذلك فإن الفقه⁽¹⁾ يشير إلى هذه الحالة الثالثة وأنه تجب مراعاتها.

أما المشرع السوري فقد كانت له «خطوة رائدة في عالم التشريع»⁽²⁾، إذ نص على هذه الحالة في المادة 24 ق.ع بقولها: «فيما يخص الجرائم المقررة في سورية أو في الخارج يراعى قانون المدعى عليه الشخص لأجل تجريمه: أ/- عندما يكون أحد العناصر المؤلفة للجريمة خاضعا للقانون خاص بالأحوال الشخصية، أو بالأهلية.

ب/- عندما يكون أحد أسباب التشديد أو الأعذار القانونية ماعدا القصر الجزائري ناشئا عن قانون خاص بالأحوال الشخصية أو بالأهلية».

ب/- الاتفاقيات الثنائية:

والمقصود بها تلك الاتفاقيات التي توقع بين دولتين في مجال التعاون القضائي. هذا التعاون يكون في كل أو بعض القضايا الآتية: الدخول إلى المحاكم، المساعدة القضائية، تسليم العقود القضائية، وغير القضائية، الإنايات القضائية، تسليم المجرمين، تبليغ الوقائع، مثول الشهود والخبراء، لغة وطريقة المراسلة، فضلا عن ذلك فإن التعاون القضائي قد يكون في المواد المدنية أو التجارية أو الشخصية أو الجزائية، وقد يكون في كلها أو بعضها.

(1) - سرور، أحمد فتحي، المرجع و الصفحة نفسها.

(2) - حومد، عبد الوهاب، المفصل في شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 1109.

ووجود الاتفاقيات بين الدول عدة أسباب منها تطور التقارب بين مختلف الدول، وكذا تطابق المصالح المشتركة بينها.

والجزائر لكونها جزء من هذا العالم عقدت عدة اتفاقيات قضائية منذ الاستقلال. وكانت أول اتفاقية عقدت في هذا المجال، هي اتفاقية خاصة بالتعاون المتبادل في الميدان القضائي بين الجزائر والمغرب الموقعة في: 15/03/1963م، والمصادق عليها يوم: 17/04/1963م⁽¹⁾.

ثم تواترت بعد ذلك عدة اتفاقيات ثنائية وصل عددها اليوم إلى 37 اتفاقية⁽²⁾. وطبعاً لا يمكن إيراد كل هذه الاتفاقيات هنا، وإنما يجب أن نشير إلى ما يتعلق بموضوعنا وهو هل تدخل هذه الاتفاقيات القضائية في مفهوم القانون الذي تشكل مخالفته سبباً للنقض؟

الجواب: نعم، تدخل اتفاقيات التعاون القضائي بين الجزائر وغيرها من الدول في مفهوم القانون الذي تشكل مخالفته سبباً للنقض. وقد قضت المحكمة العليا بأن «القضاء بالبراءة من جنحتي التزوير واستعماله المرتكبتين في فرنسا دون اللجوء إلى الإنابة القضائية طبقاً للمادة 27 من الاتفاقية القضائية الجزائرية الفرنسية، لإجراء خبرة مضاهاة الحقوق يعد مخالفة للقانون»⁽³⁾.

ج- الاتفاقيات الدولية والمواثيق الدولية:

ويقصد بها تلك النصوص القانونية الصادرة من هيئات دولية ذات الأطراف المتعددة، مثل العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، واتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي⁽⁴⁾.

وإذا كان من المعلوم دستورياً طبقاً للمادة 132 منه أن «المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون»، فهل تدخل في مفهوم القانون الذي تشكل مخالفته سبباً للنقض؟

والجواب أنه لا شك في اعتبار الاتفاقيات المواثيق الدولية من القانون الذي تؤدي مخالفته إلى النقض. خاصة وأن النص الدستوري السابق واضح خاصة أنه يجعل هذه المواثيق والاتفاقيات تسمو على

⁽¹⁾ - اتفاقية خاصة بالتعاون المتبادل في الميدان القضائي بين الجزائر والمغرب موقعة يوم: 15/03/1963م، والمصادق عليها بالأمر رقم: 68-69 المؤرخ في: 02/09/1969م معدلة ومنتمة بالبروتوكول الموقع عليه في إيران، المؤرخ في: 15/01/1969م. الجريدة الرسمية، ع: 77، س: 06، المؤرخة في: 10/09/1969م.

⁽²⁾ - انظر موقع وزارة العدل:

<http://arabic.mjjustice.dz/conv-jud-bilat-vatif-alg-ar.htm>.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 16 جويلية 2002م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 250770. (م.ق)، ع: 02، س: 2003، ص: 361.

⁽⁴⁾ - المرسوم الرئاسي رقم: 01-47 المؤرخ في 17 ذي القعدة عام 1421هـ الموافق ل: 11/02/2001م يتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ: 23 جمادى الثانية عام 1403هـ الموافق ل: 06/04/1983م، وكذا تعديل المادة 69 من الاتفاقية الموافق عليه في: 26/11/1997م، من طرف مجلس وزراء العدل العرب في ور انعقاده العادي الثالث عشر. الجريدة الرسمية، ع: 11، س: 38، المؤرخة في: 12/02/2001م.

التشريع الوطني في القوة، وهذا معناه أنه لا يجوز أن يتعارض القانون الداخلي مع هذه المواثيق والاتفاقيات الدولية، وإذا حدث التعارض فإنه يقدم النص الدولي على النص الوطني.

ومع ذلك، فإن المحكمة العليا لها رأي مختلف تماما، حيث إنها ذهبت في قرار لها إلى القول: «إن خرق أحكام الدستور والمعاهدات الدولية غير وارد ضمن الأوجه التي يجب أن يبنى عليها الطعن بالنقض، ومن ثم يتعين رفض الوجه المثار المأخوذ من مخالفة المادة 47 من الدستور ومخالفة المادة 1/9 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية»⁽¹⁾.

وفي قرار آخر أثار الطاعن وجهان للطعن بالنقض «المبنيان على مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، بدعوى أن المقرر في المادة 146 من الدستور (1996م) والمادة الأولى من ق.ع، والمادة 15 من القانون الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية المصادق عليه من طرف الجزائر لا يمكن لأحد أن يتابع أو يحكم عليه إلا بموجب مخالفة (جريمة) شرعية...»⁽²⁾.

وكان جواب المحكمة العليا هو قبول وجه النقض موضوعا، ولكن دون تصريح بخصوص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، هل يعتبر وجهها للنقض أم لا؟ مما يجعلنا لا يمكن البناء عليه للقول بأن المحكمة العليا تعتبره داخلا في مفهوم القانون الذي تشكل مخالفته سببا للنقض.

ولكن يظهر من القرار الأول المشار إليه أعلاه أن المحكمة العليا لم تلتزم بأحكام الدستور، وخاصة المادة 132 منه، إذا كان من الواجب عليها أن تقبل وجه النقض المؤسس على مخالفة المواثيق والمعاهدات الدولية موضوعا، وتعتبر داخلا في مفهوم القانون الذي مخالفته إلى النقض، ولكن يبدو أن المحكمة العليا تستعلي على الدستور نفسه وتسمو عليه.

المطلب الثاني: تطبيقات قضائية:

الفرع الأول: الخطأ في القانون:

- وذلك كأن يطبق قضاة الموضوع المادة 330ق.ع عوض المادة 331ق.ع في جريمة عدم تسديد النفقة⁽³⁾.

- ويعد خرقا للقانون أن تقضي غرفة الاتهام بمجلس قضاء تلمسان بعدم اختصاصها في نظر الدعوى على أساس أن عقد المدعي بتزويره قد حرر بمكتب التوثيق لمدينة سيق التابعة لمجلس قضاء معسكر، على الرغم من أن الشيء المدعى بتزويره يخص عبارات أضيفت إلى هذه الوثيقة التي أودعت بمكتب الرهون بمدينة تلمسان، ومن ثم فهو مخالفة للمادة 40ق.إ.ج⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 26 جويلية 1999م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 190606. بوسقيعة، أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص175.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 14 مارس 2000م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 238463. (م.ق)، ع: 01، س: 2001م، ص309.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 10 أبريل 1973م، (عن غ.ج.م)، قضية (أ.خ.أ) ضد (ف.س). (ن.ق)، ع: 05، س: 1975م، ص57.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 10 جويلية 1984م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 37200. (م.ق)، ع: 01، س: 1990م، ص233.

- كما يعد خرقاً ومخالفة للقانون أن تقضي غرفة الاتهام بألا وجه للمتابعة من أجل ارتكاب مخالفة التنظيم النقدي على أساس حسن النية، إذ يعد هذا التأسيس مخالفة للقانون وخاصة المادة 282 ق.ج وهذا في كل المخالفات (الجرائم) الجمركية⁽¹⁾.

- ويعتبر مخالفة للقانون عدم تنصيب الحكم على أن الشهود قد أدوا اليمين القانونية أو أعفوا منها أو أعفي منها أحدهم، وهذا خلافاً لأحكام المادة 176 ق.ج.ع⁽²⁾.

كذلك فإن إضافة محكمة الجنايات إلى قائمة المحلفين الأصليين اسم محلف مدرج في القائمة الخاصة تحت رقم (4) وأجرت القرعة فيما يخصه بدون احترام الترتيب التسلسلي، ومن دون إصدار حكم يبرر هذا الإجراء، مما يجعل مشاركة هذا المحلف ضمن هيئة الحكم مخالفة للشروط المقررة في المادة 3/281 ق.ج.ع التي تنص صراحة على أنه «إذا ترتب على هذا التخلف أو الشطب أن نقص عدد المحلفين الباقية أسماءهم بالكشف عن ثمانية عشر محلفاً استكمل باقي العدد من المحلفين الإضافيين ليحلوا محل الآخرين حسب ترتيب قيد أسمائهم بالكشف الخاص»⁽³⁾.

- متى كان من المقرر قانوناً أن القتل العمد هو إزهاق روح إنسان عمداً ومن ثم فإن السؤال الذي أدانت بموجبه المحكمة الطاعن بجناية القتل العمد، دون ذكر عنصر العمد تكون بقضائها كما فعلت خالفت القانون وخاصة المادة 254 ق.ع و305 ق.ج.ع⁽⁴⁾.

- متى كان مؤدى نص المادة 4/264 ق.ع أنه يعاقب بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة أن أفضى الضرب أو الجرح الذي ارتكب عمداً إلى الوفاة دون قصد إحداثها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون، ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن المتهم أحيل على محكمة الجنايات بتهمة الضرب والجرح العمدي المفضي إلى الوفاة دون قصد إحداثها، وحكمت عليه بخمس سنوات سجناً، إعمالاً للمادة 3/264 ق.ع تكون بقضائها كما فعلت خرقت القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه⁽⁵⁾.

متى كان من المقرر قانوناً وطبقاً للمادة 283 ق.ج أنه لا يجوز رفع اليد على البضائع المحجوزة إلا بعد البت الكلي والنهائي تحت طائلة بطلان الأحكام ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون. ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن غرفة الاتهام لما قررت برد الأشياء المحجوزة إلى مالكيها قبل الفصل النهائي في موضوع القضية تكون بقضائها كما فعلت قد خرق القانون⁽⁶⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 07 ماي 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 37941. (م.ق.)، ع: 01، س: 1990م، ص238.
(2) - قرار صادر يوم: 14 فيفري 1989م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 60225. (م.ق.)، ع: 01، س: 1991م، ص151.
(3) - قرار صادر يوم: 03 جانفي 1989م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 55298. (م.ق.)، ع: 02، س: 1991م، ص207.
(4) - قرار صادر يوم: 22 ماي 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 67370. (م.ق.)، ع: 03، س: 1992م، ص185.
(5) - قرار صادر يوم: 05 ديسمبر 1991م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 95441. (م.ق.)، ع: 03، س: 1992م، ص192.
(6) - قرار صادر يوم: 31 ديسمبر 1991م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 96212. (م.ق.)، ع: 03، س: 1992م، ص190.

يعد مخالفا للقانون وللمادة 600ق.إ.ج الحكم بالإكراه البدني على المحكوم عليه بالإعدام⁽¹⁾. وكذلك على محكوم عليه تجاوز عمره 65 سنة (المادة 4/600ق.إ.ج)⁽²⁾.

- كذلك يعد مخالفة للقانون أن تقضي غرفة الاتهام بانتفاء وجه الدعوى في حق المتهم من أجل تحريض قاصرة على الفسق طبقا للمادة 342ق.ع لانعدام عناصرها، على الرغم من الوقائع تشكل جريمة تحايل على قاصرة طبقا للمادة 326ق.ع مادام عمر الضحية 16 سنة ونصف، وأن المتهم قام بتحويل أو خطف قاصرة لم تكمل الثامنة عشر من عمرها ولو أن ذلك قد تم بغير عنف أو تهديد، وبموافقة الضحية، ومن ثم فإن الوقائع تحمل وصفا قانونيا آخر⁽³⁾.

- متى كان من المقرر قانونا أن الدعوى الجرمية لا يجوز التخفيض من الحقوق والعقوبات المنصوص عليها في ق.ج. ومن ثم فإن قضاة المعارضة بتخفيضهم للغرامة المالية، فإنهم يكونون قد خرقوا بوضوح مقتضيات القانون، مما يستوجب نقض وإبطال إقرارهم في جانبه المتعلق بالدعوى الجبائية لمخالفته المادة 281ق.ج⁽⁴⁾.

ويكون مخالفا للقانون الحكم القاضي بإدانة الكاتب العمومي مرتكب التزوير بالحبس ثلاثة سنوات مع التنفيذ، لأنه من جهة قضى بعقوبة تزيد على الحد الأقصى المنصوص عليه في المادة 288ق.ع التي تقرر عقوبة الحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2)، فهو إذ قضى بالحبس ثلاث سنوات يكون قد جاوز الحد الأقصى للعقوبة وخالف بذلك القانون. ومن جهة أخرى، أنها طبقا للمادة 592ق.إ.ج لا يجوز وقف تنفيذ العقوبة إلا إذا كان المتهم لم يسبق الحكم عليه بالحبس لجنائية أو جنحة من جرائم القانون العام بينما المتهم قد سبق الحكم عليه لجرائم مماثلة للجريمة موضوع الطعن الحالي، ولا يجوز له أن يستفيد من وقف التنفيذ⁽⁵⁾.

متى كان من المقرر قانونا أنه يتعين على الجهة القضائية التي تحال إليها القضية بعد النقض أن تخضع لحكم الإحالة، وذلك فيما يتعلق بالنقطة القانونية التي قطع فيها المجلس، فإن القضاء أو التصرف بخلاف هذا الحكم يعد مخالفا للقانون، مما يوجب معه الإبطال. إذا كان من الثابت أن النزاع السليبي بين قاضي التحقيق الذي تخلى عن نظر القضية لصالح قاضي التحقيق العسكري وبين الأخير الذي أصدر أمرا بعدم الاختصاص، كان قد فصل فيه من المجلس الأعلى، الذي قرر إبطال أمر قاضي التحقيق بالتخلي وإعادة القضية إليه من جديد لمتابعة إجراءات التحقيق. أنه كان من المتعين على قاضي التحقيق أن يخضع لقرار

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 14 فيفري 1989م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 63122. (م.ق.)، ع: 03، س: 1992م، ص: 187. قرار صادر يوم: 05 جانفي 1993م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 108131. (م.ق.)، ع: 01، س: 1994م، ص: 251. قرار صادر يوم: 05 جانفي 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 55929. (م.ق.)، ع: 02، س: 1991م، ص: 192.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 02 جانفي 1990م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 61738. (م.ق.)، ع: 02، س: 1992م، ص: 188.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 08 جانفي 1990م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 77746. (م.ق.)، ع: 03، س: 1993م، ص: 264.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 05 جانفي 1993م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 101972. (م.ق.)، ع: 01، س: 1994م، ص: 235.

⁽⁵⁾ - قرار صادر يوم: 04 فيفري 1969م، (عن غ.ج.)، قضية النائب العام، ضد الحكم الصادر يوم: 08/08/1968م. (ن.ق.)، ع: 01، س: 1970م، ص: 103.

المجلس الأعلى فيما يتعلق بالنقطة القانونية التي فصل فيها، إلا أنها امتنع عن إجراء التحقيق، وأصدر مرة ثانية أمر بتخليه عن نظر القضية لصالح قاضية التحقيق العسكري دائما، وسببه أن النيابة العامة التمسث منه التنازل والتخلي دون تسبب آخر. إن هذا التعليل لا يكفي لتبرير رفض إجراء التحقيق والتخلي عن القضية، وكان عليه أن يسبب أمره بإقامة الدليل القانوني المبرر له. لذلك يكون مشوبا بالقصور ومخالفا للقانون ويتعين القضاء بإبطاله، وعليه يستوجب القضاء بإبطال أمر التخلي عن قاضي التحقيق، وإعادة القضية إليه مرة أخرى لإجراء التحقيق طبقا للقانون⁽¹⁾.

- متى كان من المقرر قانونا (المادتان 334 و546ق.إ.ج) أن تنازع الاختصاص يتحقق بصدور قرارين نهائيين لكل من غرفة الاستئناف الجزائية وغرفة الاتهام يقضي كل منها بعدم الاختصاص في نظر الدعوى، فإن الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى تختص بالفصل في هذا التنازع السلي على الاختصاص وفقا لأحكام المادة 546ق.إ.ج، وذلك لعدم وجود جهة أعلى درجة مشتركة حسب التدرج في السلك القضائي، وكان من المقرر كذلك أنه ليس للمجلس القضائي إذا كان الاستئناف مرفوعا من المتهم وحده أن يسيء إلى حالته فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. إذا كان الثابت أن حكم محكمة الجناح استأنفه المتهم وحده دون النيابة العامة فليس لجهة الاستئناف أن تسيء إلى حالة المتهم، وإذا تبين لها أن الأفعال تكون جنائية وليس جنحة كما كيفها حكم محكمة الجناح فعليها أن تصحح الوصف القانوني للأفعال مع احترامها لهذه القاعدة بأن لا تنطق بعقوبة أشد، وبأن لا تقضي بعدم اختصاصها، ومتى خالف ذلك استوجب إبطال قرارها، وإحالة القضية عليها للفصل فيها من جديد وفقا للقانون⁽²⁾.

- إن طرح السؤال الرئيسي على الشكل الآتي: «هل المتهم... ارتكب سرقات محلات تجارية إضرارا بالغير؟»، يجعله غامضا ومبهما ومخالفة للقانون نظرا لتعدد السرقات من جهة، ولأن النصوص الخاصة بالسرقة لا تطبق إلا إذا كان الشيء المسروق منقولاً لا عقارا، ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه⁽³⁾.

- إن عدم فصل المحكمة في الدعوى المدنية المرفوعة أمامها لا بالقبول ولا بالرفض مخالف لمقتضيات المادة 2/316ق.إ.ج. ومتى كان كذلك، فإن الدعوى المدنية لازالت قائمة أمام محكمة الجنايات، ويتعين إحالتها عليها للفصل فيها⁽⁴⁾.

- إن السؤال الموضوع لكل واحد من المتهمين كان على النحو الآتي: «هل المتهم... مذنب لارتكابه جنحة الإغراء على شخص الضحية قصد تحريضها على الفسق؟»، يكون ناقصا، لأنه لا يتضمن

(1) - قرار صادر يوم: 09 أكتوبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 41311. (م.ق)، ع: 01، س: 1989م، ص308.

(2) - قرار صادر يوم: 15 ماي 1979م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 20123. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص241.

(3) - قرار صادر يوم: 13 جانفي 1987م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 45268. (م.ق)، ع: 03، س: 1990م، ص217.

(4) - قرار صادر يوم: 05 جانفي 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 48753. (م.ق)، ع: 03، س: 1990م، ص242.

عنصرين أساسيين مكونين لجنحة الإغراء، وهما: العلنية، وكيفية الإغراء، وهي استعمال الإشارات والرموز والأقوال أو الكتابات أو أية وسيلة أخرى، ولما كان كذلك، فإن محكمة الجنايات بإدانتها للمتهمين بهذه الجنحة تكون قد خالفت القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال الحكم المطعون فيه⁽¹⁾.

- من المقرر قانوناً أن طرح سؤال احتياطي حول واقعة غير معينة في أمر الإحالة يعد مخالفة لمفهوم المادة 160 ق.ق.ع، لكونه يتناول جريمة جديدة لم تكن محل متابعة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون. ولما كان ثابتاً -في قضية الحال- أن المحكمة طرحت سؤالاً احتياطياً حول واقعة غير معينة في أمر الإحالة والمتمثلة في المشاركة في مشاجرة مع أعمال عنف لم تكن محل متابعة في هذه القضية، ومن ثم فإنه لا يمكن اعتبارها نتيجة إعادة تكييف للواقعة الأصلية، لعدم تواجد أي ارتباط بينهما، كما أن الواقعة الجديدة نفسها غير قابلة بأن تكون محل سؤال إضافي، كما فهمته المحكمة خطأً. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽²⁾.

من المقرر قانوناً أنه يجب أن يثبت حكم محكمة الجنايات الذي يفصل في الدعوى العمومية مراعاة جميع الإجراءات الشكلية المقررة قانوناً كما يجب أن يشتمل فضلاً عن ذلك على الوقائع موضوع الاتهام، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون. ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن محكمة الجنايات أدانت المتهم بجريمة السرقة الموصوفة دون ذكر الوقائع موضوع الاتهام الواردة في قرار الإحالة، والتي تشتمل على الأقل في ذكر الشيء المختلس، وهوية الضحية، والظروف التي وقعت فيها الجريمة تكون قد خالفت القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه⁽³⁾.

- إن عدم الحكم على المتهمين المشتركين في القيام بمخالفات جمركية بالتضامن بينهم فيما يخص الغرامة المالية هو حكم مخالف للقانون وخاصة المادة 316 ق.ج.⁽⁴⁾

- إن طرح سؤال إضافي ومناقشته مع الأطراف دون حضور الخلفين يعد خرقاً لإجراءات جوهرية (المادة 258 ق.إ.ج)⁽⁵⁾.

- يعد مخالفة للقانون طرح سؤال إدانة تضمن واقعة لم تذكر في قرار الإحالة⁽⁶⁾.

- إن إدانة المتهم بجريمة تكوين جمعية أشرار المعاقب عليها بالمادتين 176 و 177 ق.ع دون طرح سؤال بشأنها هو عمل مخالف لأحكام المادة 305 ق.إ.ج.⁽⁷⁾

(1) - قرار صادر يوم: 19 جانفي 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 49610. (م.ق.)، ع: 03، س: 1990م، ص: 244.
(2) - قرار صادر يوم: 03 جانفي 1989م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 63529. (م.ق.)، ع: 01، س: 1991م، ص: 157.
(3) - قرار صادر يوم: 30 مارس 1987م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 50977. (م.ق.)، ع: 04، س: 1991م، ص: 245.
(4) - قرار صادر يوم: 16 فيفري 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 48317. (م.ق.)، ع: 01، س: 1992م، ص: 160.
(5) - قرار صادر يوم: 12 أفريل 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 51467. (م.ق.)، ع: 01، س: 1992م، ص: 168.
(6) - قرار صادر يوم: 02 فيفري 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 48951. (م.ق.)، ع: 02، س: 1992م، ص: 176. قرار صادر يوم: 16 ديسمبر 1986م، 1986م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 49361. (م.ق.)، ع: 03، س: 1993م، ص: 243.
(7) - قرار صادر يوم: 08 ديسمبر 1987م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 45114. (م.ق.)، ع: 03، س: 1992م، ص: 198. قرار صادر يوم: 16 ديسمبر 1986م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 49361. (م.ق.)، ع: 03، س: 1993م، ص: 243.

- إنَّ الحكم القضائي الصادر عن محكمة الجنايات الذي لم يتضمن الوقائع موضوع الاتهام، كما وردت في منطوق قرار الإحالة يكون بذلك قد خالف القانون ذلك أنه من المبادئ القانونية العامة أن الوقائع موضوع الاتهام، وبيان التهمة في الحكم هي البيانات الجوهرية التي يجب أن يشتمل عليها الحكم، وأن يكون بذاته مظهرها لها دالا عليها بوضوح دون إبهام أو غموض، ولا يجوز الاستدلال عليها من ورقة أخرى من أوراق ملف الدعوى، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون⁽¹⁾.

من المقرر قانونا وطبقا للمادة 15 ق.ع⁽²⁾ أن مصادر الأشياء المحجوزة لا تكون في مادة الجرح إلا بنص صريح، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الحكم الصادر ضد المتهم القاضي عليه بالحبس لم يقض بمصادرة البندقية، ومن ثم فإن غرفة الاتهام يرفضها لطلب الطاعن في استرداد البندقية خالف القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽³⁾.

- إن حكم محكمة الجنايات الذي أفاد المتهمين بظروف التخفيف ونطقت بعقوبة أربع سنوات سجنا هو حكم مخالف للقانون طبقا للمادة 5 ق.ع، إذا كان عليها النطق بعقوبة الحبس وليس السجن⁽⁴⁾.

- إن عدم تقيد الجهة القضائية بحكم الإحالة الصادر من المحكمة العليا فيما يتعلق بالنقطة القانونية التي قطعت فيها، يعد مخالفة لأحكام القانون وخاصة المادة 534 ق.إ.ج⁽⁵⁾.

- إن قضاة محكمة الجنايات لما حكموا على المتهم المتخلف عن الحضور بعقوبة عشر سنوات سجنا، عن جرمي السرقة الموصوفة (المادة 351 ق.ع) وهتك العرض (المادة 336 ق.ع) التي تعاقب على السرقة مع حمل السلاح بالإعدام، يكونون قد خالفوا القانون وخاصة المادة 4/319 ق.إ.ج، التي تنص على أنه «دون أن يكون في استطاعتها حال الحكم بالإدانة منح المتهم المتخلف عن الحضور الاستفادة من الظروف المخففة»⁽⁶⁾.

- انتفاء وجه الدعوى بشأن تعريض صحة قاصرة للخطر مما أدى إلى وفاتها دون التأكد من وجود قرائن قوية و متماسكة ضد شخص لم تتم إحالته على غرفة الاتهام يشكل مخالفة القانون، خاصة المادة 189 ق.إ.ج⁽⁷⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 08 جانفي 1991م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 76613. (م.ق)، ع: 01، س: 1993م، ص: 178.
(2) - طبقا للقانون رقم: 06-23 المؤرخ في: 2006/12/20م، أصبح هذا الحكم واردا بالمادة 15 مكرر/1 ق.ع.
(3) - قرار صادر يوم: 12 أفريل 1991م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 83687. (م.ق)، ع: 02، س: 1993م، ص: 173.
(4) - قرار صادر يوم: 27 ماي 1997م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 170048. (م.ق)، ع: 02، س: 1997م، ص: 183.
(5) - قرار صادر يوم: 28 أكتوبر 1997م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 186010. (م.ق)، ع: 01، س: 1999م، ص: 174.
(6) - قرار صادر يوم: 27 جوان 2000م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 251843. (م.ق)، ع: 01، س: 2001م، ص: 329.
(7) - قرار صادر يوم: 23 جانفي 2008م، (عن غ.ج/ق1)، في الطعن رقم: 497035. (م.م.ع)، عدد: 01، س: 2008م، ص: 309.

- يعد مخالفة للقانون وخاصة المادة 172 ق.إ.ج استئناف أمر قاضي التحقيق بالإحالة إلى محكمة الجناح أمام غرفة الاتهام، وقيام هذه الأخيرة بقبوله والفصل فيه بإلغاء أمر قاضي التحقيق والفصل من جديد بانتفاء وجه الدعوى⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الخطأ في تطبيق القانون:

- إن عدم حضور المتهم أمام المجلس يجعل من المحكوم عليه أن لا يحكم بإيقاف التنفيذ في صالحه مع أن تطبيق المادة 592 ق.إ.ج غير متوقف على حضور أو تعيب المتهم، إنما حولت المادة إيقاف التنفيذ إذا لم يكن للجاني سوابق عدلية، لذا فإن المجلس طبق القانون تطبيقاً سيئاً⁽²⁾.

- إن السؤال الذي يشير أن الضحية قاصرة دون الإشارة إلى أن سنها كان يقل عن 16 سنة هو سؤال يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بخصوص المادة 2/336 ق.ع⁽³⁾.

- إن مؤدى نص المادة 305 ق.إ.ج هو أن رئيس محكمة الجنايات عند إقفال باب المرافعات يتلو الأسئلة الموضوعية، ويضع سؤال عن كل واقعة معينة في منطوق الإحالة على الصيغة المذكورة في النص، كما أنه يكون كل ظرف مشدد وعند الاقتضاء كل عذر صار التمسك به كل سؤال مستقل ومتميز وإن طرح الأسئلة بشكل مخالف يعتبر مخالفاً للقانون. وإذا كان من المؤكد فعلاً أن أسئلة طرحت بطريقة معقدة ولاسيما حول فعل محاولة السرقة والظروف المشددة لها وكذلك أسئلة حول فعل الضرب عمدا والظرفين المشددين له وهما سبق الإصرار وحمل السلاح، فإن المبادئ العامة تقتضي أن يكون السؤال الذي يتضمن في آن واحد فعل الجريمة وظرف أو الظروف المشددة لها يكون مشعباً ومخالفاً لنص المادة إليها أعلاه، ولذلك يكون نعي الطاعن بالخطأ في تطبيق القانون سديداً وفي محله وموجباً للنقض⁽⁴⁾.

- إذا كان من المقرر قانوناً أن التنازع على الاختصاص بين القضاة يتحقق عند إصدار قاضي التحقيق أمراً بإحالة الدعوى أمام محكمة فتقضي هذه الأخيرة بعدم اختصاصها باعتبار أن الوقائع تكون جنائية، فإذا ما أصبح هذا الحكم نهائياً، فإن القضية تحال مباشرة إلى غرفة الاتهام لتفصل في هذا التنازع وفقاً لأحكام المادتين 363 و545 ق.إ.ج وتأمراً بإجراء تحقيق تكميلي وفقاً للمادة 186 ق.إ.ج، أو

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 24 جويلية 1990م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 70290. (م.ق.)، ع: 03، س: 1991م، ص: 215. قرار صادر يوم: 05 ديسمبر 1995م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 127756. (م.ق.)، ع: 02، س: 1996م، ص: 165. قرار صادر يوم: 14 نوفمبر 2000م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 254810. (أ.ق.)، ع: خ، س: 2003م، ص: 166. قرار صادر يوم: 18 جانفي 2006م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 363813. (م.م.ع.)، ع: 1، س: 2007م، ص: 535. قرار صادر يوم: 19 نوفمبر 2009م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 547536. (م.م.ع.)، ع: 1، س: 2011م، ص: 326.
⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 14 جويلية 1981م، (عن غ.ج.1/2)، في الطعن رقم: 20352. (ن.ق.)، ع: خ، س: 1982م، ص: 222.
⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 29 ماي 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 34538. (م.ق.)، ع: 01، س: 1989م، ص: 288.
⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 06 نوفمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 35506. (م.ق.)، ع: 01، س: 1989م، ص: 314.

تحيل الدعوى أمام محكمة الجنايات طبقاً للمادة 197 من نفس القانون، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. إذا كان من الثابت أن غرفة الاتهام عند تحقق هذه الحالة أصدرت قرارها بانتفاء وجه الدعوى، فإنها بقضائها على النحو المذكور ارتكبت خطأ في تطبيق القانون، مما يترتب عليه نقض وإبطال القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

- إذا كان مؤدى نص المادة 350ق.ع هو أن جنحة السرقة يعاقب عليها من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر مع إمكانية الحكم بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14ق.ع، والمنع من الإقامة لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر، فإن الحكم الذي يتجاوز الحد الأقصى المقرر قانوناً لهذه العقوبة يعد خطأ في تطبيق القانون. فإذا كان من الثابت أن محكمة الجناح قضت بعقوبة ثمانية أعوام حبساً منفذة على أشخاص محالين أمامها من أجل تهمة السرقة، كما قضت بعقوبة الإبعاد فإن المحكمة أخطأت بتجاوز الحد الأقصى لعقوبة الحبس دون تبرير فيما إذا كان هؤلاء من العائدين للإجرام. إذا كان أحد المتهمين فقط استأنف وحده الحكم وأيد المجلس القضائي عقوبة الحبس مع إضافة ألف دينار غرامة، فإنه بدوره أخطأ في تطبيق القانون بتجاوز الحد الأقصى المقرر قانوناً لهذه العقوبة يكون النعي المؤسس على هذا الوجه سديداً وفي محله⁽²⁾.

- إن غرفة الاتهام عندما قضت ببطلان بعض إجراءات التحقيق، وأمرت النيابة العامة باتخاذ ما تراه مناسباً بشأنها دون أن تتصدى للإجراءات بإحالة المتهمين أمام المحكمة المختصة، أو بإتمام الإجراءات سواء بمعرفة نفس قاضي التحقيق أو غيره من القضاة، فإنها تكون قد تركت الدعوى معلقة وأخطأت في تطبيق القانون لذلك يستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه⁽³⁾.

- متى كان من المقرر قانوناً أن رئيس محكمة الجنايات بعد أن يقرر إقفال باب المرافعات، يتلو الأسئلة الموضوعية بحيث يوضع السؤال عن كل واقعة معينة في منطوق قرار الإحالة، فإن أي سؤال يطرح بشكل مخالف يعد خطأ في تطبيق القانون، وخرقاً لأحكام المادة 305ق.إ.ج. إذا ما تبين أن المحكمة أثناء اختلائها بغرفة المداولة طرحت سؤالاً يتعلق بالمشاركة في القتل العمدي، وأدانت بها الطاعن، في حين أنه كان من المتعين عليها أن تطرح الأسئلة في الجلسة ليتسنى للدفاع مناقشتها، ومتى كان كذلك تعين نقض وإبطال الحكم المطعون فيه تأسيساً على مخالفته أحكام المبدأ المذكور⁽⁴⁾.

متى كان من المقرر قانوناً أن رئيس محكمة الجنايات بعد تقريره إقفال باب المرافعات يتلو الأسئلة الموضوعية التي ينبغي أن تكون منطوية عن كل واقعة معينة في منطوق قرار الإحالة، فإن وضع أي سؤال

(1) - قرار صادر يوم: 12 فيفري 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 37163. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص250.

(2) - قرار صادر يوم: 15 أفريل 1986م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 42200. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص257.

(3) - قرار صادر يوم: 15 أفريل 1986م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 47019. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص265.

(4) - قرار صادر يوم: 06 نوفمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 29833. (م.ق)، ع: 03، س: 1989م، ص214.

مخالف لهذا النحو يعد خطأ في تطبيق القانون. إذا كان الثابت أن أحد المتهمين لم يلاحق من أجل جريمة اختلاس أموال الدولة، وإنما وقعت متابعته بتهمة الإهمال في التسيير فقط، فإنه بالنسبة له لا يقتضي القانون طرح سؤال يتعلق بجريمة الاختلاس، فضلا عن تضمنه الظروف المشددة لها ذلك أنه من البديهي أن تكون الإجابة عنه بالنفي لعدم تعلق هذا السؤال بالجريمة محل المتابعة، ولما كان الأمر يتعلق بطلب تصحيح خطأ مادي في قرار المجلس الأعلى استوجب قبول الطلب شكلا وموضوعا باعتبار أن المحاكمة كانت خطأ من محكمة الجنايات لعدم تضمن قرار الإحالة جميع الأشخاص المحاكمين من طرفها⁽¹⁾.

- متى كان مضمون نص المادة 70 ق.ق.ع أن سريان تقادم الدعوى الناجمة عن العصيان أو الفرار لا يبدأ إلا من اليوم الذي يبلغ فيه العاصي أو الفار سن الخمسين، ومن ثم فإن حكم المحكمة العسكرية، القاضي بسقوط الدعوى العمومية الموجهة ضد المتهم الذي كان يبلغ يوم محاكمته خمسة وعشرين عاما يكون قد أخطأ في تطبيق القانون عندما قضى بتقادم دعوى الفرار من الجيش الموجهة ضد المتهم مع أنه لم يبلغ سن الخمسين⁽²⁾.

- إن طرح سؤال الإدانة لم يتضمن جميع عناصر الجريمة هو خطأ في تطبيق القانون⁽³⁾.

- متى كان من المقرر قانونا أن جريمة الاختلاس المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 119 ق.ع تقوم إذا توافرت أركانها، فإن الإقرار وكذا الاستفادة من الاختلاس لا يشكلان ركنا من أركان هذه الجريمة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن غرفة الاتهام طلبت إقرارا من المتهم حتى يمكنها القول أن الواقع والأعباء أصبحت تكون جريمة الاختلاس، وهذا مخالف تماما لنص ومفهوم المادة 119 ق.ع، فضلا عن أن الاستفادة من الاختلاس لا تكون ركنا من أركان الجريمة، ومن ثم فإن غرفة الاتهام التي قررت بألا وجه للمتابعة أخطأت في تطبيق القانون مما يستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه⁽⁴⁾.

- من المقرر قانونا أنه يجوز تخفيض العقوبات المقررة قانونا ضد المتهم الذي قضى بإدانته، وثبت وجود ظروف مخففة لصالحه بالسجن لمدة 10 سنوات إذا كانت عقوبة الجناية هي الإعدام، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن محكمة الجنايات لما حكمت على المتهم بالسجن لمدة (05) سنوات من أجل جناية القتل العمدي مع سبق الإصرار والترصد المعاقب عليه بنص المادة 261 ق.ع، تكون قد أخطأت القانون⁽⁵⁾.

(1) - قرار صادر يوم: 29 ماي 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 37573. (م.ق.)، ع: 03، س: 1989م، ص318.
(2) - قرار صادر يوم: 26 نوفمبر 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 44915. (م.ق.)، ع: 01، س: 1990م، ص246.
(3) - قرار صادر يوم: 18 ديسمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 36646. (م.ق.)، ع: 02، س: 1990م، ص242.
(4) - قرار صادر يوم: 19 جاني 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 43193. (م.ق.)، ع: 03، س: 1990م، ص260. قرار صادر يوم: 02 فيفري 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 55018. (م.ق.)، ع: 02، س: 1991م، ص200.
(5) - قرار صادر يوم: 29 مارس 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 54315. (م.ق.)، ع: 01، س: 1991م، ص145.

- إن محكمة الجنايات لما حكمت على الطاعن بجرمتي الضرب والجرح المفضي إلى الموت، والضرب والجرح العمدي، عاقبته بعقوبتين سالبتين للحرية تكون قد أخطأت في تطبيق القانون، لأنه من المقرر قانوناً طبقاً للمادة 34ق.ع أنه في حالة تعدد جنایات أو جنح محالة معاً إلى محكمة واحدة، فإنه يقضي بعقوبة واحدة، فإنه يقضي بعقوبة واحدة سالبة للحرية، ولا يجوز أن تجاوز مدتها الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانوناً للجريمة الأشد، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون⁽¹⁾.

- متى نصت المادة 1/53ق.ع على أنه يجوز تخفيض العقوبة المقررة قانوناً ضد المتهم الذي قضى بإدانته وثبت وجود ظروف مخففة لصالحه بالسجن لمدة 03 سنوات إذا كانت الجناية مما يعاقب عليها بالسجن المؤقت ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن المحكمة العسكرية عاقبت المتهمين بالحبس لمدة سنتين (02) من أجل جنایة الفعل المخل بالحياة المعاقب عليه بنص المادة 335ق.ع تكون قد أخطأت في تطبيق القانون، مما يستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه⁽²⁾.

المبحث الرابع: انعدام الأساس القانوني.

الوجه الثامن والأخير للطعن بالنقض المنصوص عليه بالمادة 500 الفقرة الثامنة ق.إ.ج هو: «انعدام الأساس القانوني». ويقابله باللغة الفرنسية: «manque de base légale»⁽³⁾. وهذا الوجه من أوجه الطعن بالنقض تأخذ به تشريعات كل من المغرب ولبنان، طبعاً إلى جانب الجزائر.

فالمشروع المغربي نص عليه في المادة 5/534ق.م.ج مع ضم «انعدام التعليل» إليه في عبارة: «انعدام الأساس القانوني، أو انعدام التعليل».

أما المشروع اللبناني فقد نص عليه في المادة 296/ط من ق.أ.م.ج بعبارة: «فقدان الأساس القانوني».

ويلاحظ اتفاق المشرعين الجزائري والمغربي في التعبير عن هذا الوجه باصطلاح واحد هو «انعدام الأساس القانوني»، أما المشروع اللبناني فيجعل في مكان عبارة «انعدام» عبارة «فقدان»، وهو إن كان لا مشاحة في الاصطلاح إلا أننا نفضل عبارة «انعدام» على عبارة «فقدان»، لأنها تدل على الوجود أما «فقدان» فتعني أنه كان موجوداً ثم صار مفقوداً.

(1) - قرار صادر يوم: 30 جوان 1987م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 43832. (م.ق)، ع: 02، س: 1991م، ص: 189.

(2) - قرار صادر يوم: 29 مارس 1988م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 51361. (م.ق)، ع: 02، س: 1991م، ص: 202.

(3) - نشير إلى أن هذا الوجه «انعدام الأساس القانوني» كان الوجه الرابع من حيث الترتيب في المادة 500ق.إ.ج غداة صدور قانون الإجراءات الجزائية في سنة 1966م، إلا أنه في إطار التعديل بالقانون رقم: 82-03 المؤرخ في: 13/02/1982م، (الجريدة الرسمية، ع: 07، س: 19، المؤرخة في: 16/02/1982م)، تم زحزحة هذا الوجه للطعن بالنقض لوحده - دون باقي الأوجه- إلى الترتيب الثامن.

وإن كانت عبارة: «manque» بالفرنسية تعني بالعربية: «نقص، عدم وجود، تخلف، فقد، قلة»⁽¹⁾.

أما التشريعات الأخرى (تونس ومصر وسوريا) فلا تنص تشريعاتها على هذا الوجه من أوجه الطعن بالنقض⁽²⁾. ومع ذلك فليس هناك أي خلاف حول جواز النقض عند انعدام الأساس القانوني، ذلك أنه يدخل في مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه عند انعدام النص القانوني، أو أنه يدخل في انعدام التسبب أو قصور عند نقص العناصر الواقعية، وإذن فالاختلاف في النصوص التشريعية بين الدول لم يرافقه خلاف حول الوجه موضوع الدراسة في هذا المبحث⁽³⁾.

ولبيان حقيقة هذا الوجه للنقض، «انعدام الأساس القانوني»، فإننا نفضل أن نتناوله في مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: ماهية انعدام الأساس القانوني كوجه للطعن بالنقض.

المطلب الثاني: تطبيقات قضائية لانعدام الأساس القانوني.

وإليك بيان هذه المطالب بالترتيب.

المطلب الأول: ماهية انعدام الأساس القانوني كوجه للطعن بالنقض:

يستهدف هذا المطلب الإشارة إلى المسائل النظرية لانعدام الأساس القانوني كوجه من أوجه الطعن بالنقض، من حيث تعريفه، خصائصه، وطبيعته، وأساسه.

1/- تعريف انعدام الأساس القانوني:

اختلف الفقه القانوني في تعريف انعدام الأساس القانوني كوجه مستقل من أوجه الطعن بالنقض إلى اتجاهين، الأول يقصره على نقص العناصر الواقعية فقط دون انعدام النص القانوني، والاتجاه الآخر يجمع بين نقص العناصر الواقعية وفقدان النص القانوني وأن كلاهما هو انعدام للأساس القانوني. وإليك بيان هذه الاتجاهات، مع بيان الراجح منها.

أ/- الاتجاه الأول: انعدام الأساس القانوني هو نقص العناصر الواقعية دون عدم النص القانوني:

يأخذ المشرع اللبناني انعدام الأساس القانوني على نقص العناصر الواقعية، فقد نصت المادة 6/708 ق.أ.م.م اللبناني بعبارة: «فقدان الأساس القانوني للقرار المطعون فيه بحيث جاءت أسبابه الواقعية غير كافية، أو غير واضحة، لإسناد الحل القانوني المقرر فيه».

⁽¹⁾-Terki, R, Cabbabé, M, Lexique juridique, Op.cit. p.207.

⁽²⁾- نشير إلى أنه في المواد المدنية استقر المشرع الجزائري على الأخذ به سواء في التشريع الملغى (المادة 2/233 ق.أ.م.م)، أو التشريع الحالي (م8/358 ق.أ.م.م)، كما يأخذ به التشريع اللبناني (المادة 6/708 ق.أ.م.م)، والتشريع المغربي (5/359 ق.أ.م.م).

⁽³⁾- الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ج2، ص374.

ومن فهو لا يعتبر عدم النص القانوني انعداماً للأساس القانوني، وإنما يعتبره مخالفة للقانون أو الخطأ في تطبيقه (م1/708ق.أ.م.م.⁽¹⁾).

وعلى هذا المنهج سار الفقه اللبناني، فيعرف أحد الفقهاء اللبنانيين هذا الوجه بالقول: «يتمثل فقدان الأساس القانوني بعرض غير كاف للعناصر الواقعية التي تبرر تطبيق القاعدة القانونية التي طبقها القرار المطعون فيه، وبحيث أنه إذا وضعت تلك العناصر الواقعية إزاء قواعد قانونية أخرى، فإنها لا تؤدي إلى حل مختلف بالنسبة للقضية»⁽²⁾. ويقول أيضاً: «إن هذا العيب لا يمكن أن ينتج إلا عن عرض غير كامل للعناصر الواقعية الأمر الذي يمنع محكمة النقض من إجراء رقابتها»⁽³⁾.

ب/- الاتجاه الثاني: انعدام الأساس القانوني هو عدم وجود النص القانوني أو نقض العناصر الواقعية:

في المقابل يذهب اتجاه فقهي آخر⁽⁴⁾ إلى اعتبار انعدام الأساس القانوني متحققاً عندما يكون الحكم أو القرار مؤسساً على نص قانوني غير موجود أو عند نقض العناصر الواقعية.

بل إن البعض يقول: «إن انعدام الأساس القانوني لا يعني مخالفة القانون، إنما يثار الوجه حينما يؤسس الحكم على نص لا يسري على وقائع الدعوى»⁽⁵⁾.

ومن ثم فإن انعدام الأساس القانوني بناءً على كل ما سبق هو تأسيس الحكم أو القرار القضائي على نص قانوني غير موجود أصلاً أو على نص قانوني لا ينطبق على الواقعة، أو تأسيسه على نقض العناصر الواقعية.

وبناءً عليه فإن انعدام الأساس القانوني يتخذ إحدى الصورتين أو هما معاً:

- الصورة الأولى: انعدام النص القانوني، بأن ألغيت، أو لا موجود لها أصلاً، أو أنها موجودة ولكن لا تنطبق على القضية المعروضة، وفي هذه الحالة يكون الانعدام متوافقاً مع مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه، الذي هو أحد أوجه الطعن بالنقض (م7/500ق.إ.ج).

- الصورة الثانية: عدم الكفاية في بيان العناصر الواقعية للقضية، ومثال ذلك الحكم بالتعويض دون بيان طبيعة الأضرار لحقت بالضحية أو المدعي المدني.

ج/- تعريف المحكمة العليا:

وقد عرفت المحكمة العليا انعدام الأساس القانوني بأنه: «عيب يشوب المنهجية التي اتبعتها قضاة الموضوع لتكوين عقيدتهم بحيث يكون استدلالهم فاسداً لا يؤدي قانوناً إلى النتيجة التي انتهوا إليها في

⁽¹⁾ - الحجار، حلمي محمد، المرجع نفسه، ج2، ص396.

⁽²⁾ - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ج2، ص396.

⁽³⁾ - الحجار، حلمي محمد، المرجع نفسه، ج2، ص397.

⁽⁴⁾ - جروة، علي، الموسوعة في الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص597-603.

⁽⁵⁾ - بريارة، عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص274.

مقرراتهم كقرار غرفة الاتهام الذي يقضي بالألا وجه للمتابعة، بعد أن عاين في حشياته الوافية أن المتهم قاد المجني عليها ليلا في سيارته وياشر معها العلاقة الجنسية»⁽¹⁾.

2/- خصائصه:

يتميز انعدام الأساس القانوني كوجه مستقل للطعن بالنقض، بناء على التعريف السابق، بخاصيتين، هما: أنه عيب قانوني، وعيب واقعي.

أ/- انعدام الأساس القانوني عيب قانوني: أو أنه يتعلق بعيب قانوني، وهنا يكون الحكم أو القرار مؤسساً على قاعدة قانونية غير موجودة أساساً أو أنها موجودة، ولكن ليست هي الواجبة التطبيق والإعمال، ومثال ذلك أن تحكم الجهة القضائية بالدعوى المدنية، مع أنه لا يجوز لها الفصل فيها لأن الدعوى المدنية من اختصاص القضاء الإداري، وليس القضاء العادي طبقاً للمادة 03 ق.إ.ج.

ب/- انعدام الأساس القانوني عيب واقعي: وهنا يتعلق الأمر بنقص بيان العناصر الواقعية، وذلك كعدم ذكر ألفاظ السب والشتم في جريمة السب والشتم، أو كأن يدين شخصاً بالاعتداء على قاصر دون بيان عمر القاصر.

ولكن يجب التوضيح بأن المقصود هنا أن المحكمة العليا لا تراقب الواقع، إذ من المعلوم قانوناً أنها محكمة قانون لا محكمة وقائع، وإنما المقصود بأن انعدام الأساس القانوني عيب واقعي من حيث أن المحكمة العليا تراقب محكمة الموضوع في مدى إيراد عناصر الجريمة بشكل كاف وسليم ومنطقي.

3/- طبيعته:

بناء على الخصائص السابقة، فإنه يمكن القول بأن انعدام الأساس القانوني ذو طبيعتين، أنه من جهة مخالفة للقانون، أو الخطأ في تطبيقه، ومن جهة أخرى يعد عيباً أو فساداً في الاستدلال، أي القصور في التسيب.

- وبعبارة أخرى «يشكل خطأ في التقنية القانونية»⁽²⁾ بسبب عدم اكتمال أركان القياس المتكون من المقدمتين الكبرى (القاعدة القانونية) والصغرى (الواقعة أو القضية الواقعية)، بأن تتخلف المقدمة الكبرى أو الصغرى.

4/- أساس انعدام الأساس القانوني:

يقوم انعدام الأساس القانوني باعتباره وجهاً للطعن بالنقض على مبدأين أساسيين هما: مخالفة عبد الشرعية، ومبدأ التعليل.

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 07 أوت 1985م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 38291. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص356.
⁽²⁾ - الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن، مرجع سابق، ج2، ص402.

أ/- مخالفة مبدأ الشرعية: الحكم أو القرار الذي يتوافر فيه انعدام الأساس القانوني هو خرق لمبدأ الشرعية المنصوص عليه في المادة 46 من الدستور، وكذا المادة الأولى ق.ع.

ب/- مخالفة مبدأ التعليل: من المعلوم أن تعليل الأحكام مبدأ دستوري منصوص عليه بالمادة 144 من الدستور، وكذا المادة 379ق.إ.ج بخصوص أحكام المحاكم، وقرارات المجالس القضائية، وكذا المواد 305 و309ق.إ.ج بخصوص أحكام محاكمات الجنايات، ومن ثم إذا جاء ناقصاً أو منعماً من حيث التسبيب، فإن يكون منعدم الأساس القانوني.

5/- التمييز بين انعدام الأساس القانوني وبين مخالفة القانون وانعدام أو قصور الأسباب:

أ/- التمييز بين انعدام الأساس القانوني ومخالفة القانون:

ونظراً للتقارب الكبير بين انعدام الأساس القانوني وبين مخالفة القانون، وكذا بين انعدام الأساس القانوني وبين انعدام أو قصور الأسباب.

وإليك بيان هذا التمييز.

يختلف الوجه المأخوذ من انعدام الأساس القانوني عن وجه مخالفة القانون في كون أنه في الحالة الأولى تكون محكمة الموضوع قد طبقت قاعدة قانونية دون تبرير الشروط القانونية لتطبيقها، ويتجسد ذلك في كل حالة تجد محكمة النقض نفسها أمام معاينة وقائع غير كاملة وغير دقيقة تستحيل معها وظيفة ومهمة الرقابة على تكييف الوقائع أو على تطبيق القانون⁽¹⁾.

أما الحالية الثانية، أي وجه مخالفة القانون، فتكون محكمة النقض فيها أمام قرار يتضمن معاينة وقائع كاملة تسمح لها برقابة ما إذا كان القانون طبق تطبيقاً سليماً، وهنا يكون نقض الحكم أو القرار بالاستناد إلى مخالفة القانون عن طريق الخطأ في تطبيق القانون أو في تفسيره⁽²⁾.

ب/- التمييز بين انعدام الأساس القانوني وبين انعدام الأسباب:

يختلف انعدام الأساس القانوني، عن انعدام الأسباب في أن الأول يكون القرار فيه قد تضمن قصوراً في عرض الوقائع والأسباب وعدم دقتها أو تناقضها، الأمر الذي يحول دون إمكانية رقابة ما إذا كان القانون طبق تطبيقاً سليماً. أما انعدام الأسباب فهو خلو الحكم أو القرار من أي سبب أو أية إجابة على أية وسيلة ودفع⁽³⁾.

(1) - بشير، سهام، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، بحث لنيل شهادة الماجستير في فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكون، جامعة الجزائر، د.ت، ص85.

(2) - بشير، سهام، المرجع والصفحة نفسها.

(3) - بشير، سهام، المرجع والصفحة نفسها.

كما أنه، من جهة أخرى، انعدام الأساس القانوني هو وجه يتعلق بالموضوع، وليس بالشكل، خلافا لوجه انعدام الأسباب، حيث يعتمد نقض الأحكام والقرارات استنادا على انعدام الأساس القانوني للحكم على النصوص الموضوعية التي أشار قضاة الموضوع إلى تطبيقها على وقائع النزاع⁽¹⁾.
وقد قالت المحكمة العليا: «يتميز عيب انعدام الأساس القانوني عن عيب انعدام أو قصور الأسباب في أن القرار المطعون فيه يتضمن أسبابا وافية لكنها لا تصلح قانونا لأن تكون أساسا له»⁽²⁾.

المطلب الثاني: تطبيقات قضائية لانعدام الأساس القانوني:

نتطرق في هذا المطلب إلى بعض الأمثلة والتطبيقات القضائية لوجه الطعن بالنقض انعدام الأساس القانوني.

وإليك بعضا منها:

- يعتبر منعدم الأساس القانوني القرار الذي يقضي بعدم الاختصاص في دعوى اختلاس الأموال العمومية بناء على فرضيات، كقوله بأنه لا يوجد بملف القضية، ولا بأية وثيقة أخرى بيان يحدد مبلغ الأموال المختلسة وعلى فرض أن هذا الأخير يفوق مائة ألف دينار فإن المتهم يتعرض لعقوبة جنائية طبقا للمادة 119ق.ع⁽³⁾.

- يكون منعدم الأساس الحكم المبني على إجابة عن سؤال حصلت من حكمة جنائيات مركبة من رئيس وقاضيين مساعدين فحسب دون المساعدين المحلفين⁽⁴⁾.

- وكذلك يكون منعدم الأساس القانوني، ويستوجب النقض حكم المحكمة العسكرية الذي يقضي ببراءة المتهم من جريمة الزنا والحال أن هذا الأخير كان محالا عليها من أجل جنحة إبعاد قاصرة⁽⁵⁾.

- يعتبر منعدم الأساس القانوني مما يستوجب نقضه حكم محكمة الجنائيات القاضي بالإبعاد أو الاعتقال، دون أن يشير إلى العقوبات السابقة التي صدرت على المتهم، وإلى استجواب هذا الأخير حولها⁽⁶⁾.

- وكذلك القرار القاضي بالإدانة بناء على أن محكمة أول درجة أصابت في حكمها متى كان هذا الحكم خاليا من التسيب⁽⁷⁾.

(1) - بشير، سهام، المرجع والصفحة نفسهما.
(2) - قراران صادران (عن غ.ج. 1/2)، الأول يوم: 12 نوفمبر 1985م، في الطعن رقم: 36724. والثاني يوم: 20 ديسمبر 1988م، في الطعن رقم: 52013.
(م.ق.) ع: 02، س: 1990م، ص312.
(3) - قرار صادر يوم: 04 مارس 1969م، (عن غ.ج.)، مجموعة الأحكام، ج2، ص451. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص107.
(4) - قرار صادر يوم: 08 أكتوبر 1968م، (عن غ.ج.)، مجموعة الأحكام، ج2، ص374. بغدادي، جيلالي، المرجع والصفحة نفسهما.
(5) - قرار صادر يوم: 02 ديسمبر 1986م، (عن غ.ج. 1)، في الطعن رقم: 49497. بغدادي، جيلالي، المرجع والصفحة نفسهما.
(6) - قرار صادر يوم: 30 ديسمبر 1986م، (عن غ.ج. 1)، في الطعن رقم: 45444. بغدادي، جيلالي، المرجع والصفحة نفسهما. جروة، علي، الموسوعة في الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ج3، ص600.
(7) - قرار صادر يوم: 03 أبريل 1984م، (عن غ.ج. 1/2)، في الطعن رقم: 29526. (م.ق.) ع: 02، س: 1989م، ص292.

- وكذلك حكم محكمة الجنايات الذي اقتصر على منح تعويض للأطراف المدنية دون تسبيب⁽¹⁾.
أو أن تطبيق محكمة الجنايات على المتهم أحكام المادة 2/264 ق.ع في حين أن السؤال لم يتضمن أركان
هذه الجناية، لا اشتراط النص المطبق تحقق عاهة مستديمة ورابطة سببية بين الضرب والجرح العمديين وبين
هذه العاهة المستديمة الناتجة عنه⁽²⁾.

كذلك يعتبر منعدم الأساس القانوني طعن النيابة العامة في الشق المدني من الحكم عندما نعت على
الحكم المطعون فيه أن المحكمة أصرت على عدم سماع الطرف المدني وتمكينها من المطالبة بحق ابنتها
الجنبي عليها ذلك أن ما تنعي على هذا الحكم لا يتعلق بالقانون أو بالإجراءات، مما يتعين القول أنه غير
قائم على أساس قانوني⁽³⁾.

- كذلك فإن قرار غرفة الاتهام الخالي من البيانات الجوهرية المنصوص عليها 198 ق.إ.ج، واعتمد
عليه في حكم محكمة الجنايات رغم كونه منطوقه لا يتضمن أية واقعة، ولا أي ظرف مشدد، مما جعل
الأسئلة المستخلصة من منطوقه غير مؤسفة، وقد اكتنفها الغموض، فإن حكم محكمة الجنايات لا يكون
أيضا سديدا فيما قضى به لقيامه على أساس غير قانوني. وإن الطعن بالنقض لفي الحكم المطعون فيه
تأسيسا على انعدام الأساس القانوني يكون مقبولا وفي محله، لذلك يستوجب نقض حكم محكمة الجنايات
وتمديد البطلان إلى قرار غرفة الاتهام⁽⁴⁾.

وكذلك أن تقضي محكمة الجنايات بتعويضات في الدعوى المدنية، في أنه جاء خاليا من الإشارة إلى
طلبات الطرف المدني، أي أنه تم القضاء بها دون طلبها هو انعدام الأساس القانوني للحكم⁽⁵⁾.

- متى كان الطاعن قد امتنع عن دفع الضريبة المستحقة مما يكون غشا جباييا، وأن قضاة المجلس
قضوا بعدم الاختصاص مستنديين على أن مقدار الضريبة يفوق المبلغ المحدد في قانون الضرائب الذي يقدر
بـ 10 ملايين د.ج، الأمر الذي يكيف الواقعة بجناية، لكن بالرجوع إلى المادة 1/303 ق.ض.م، والمتممة
بالمادة 35 من المرسوم التشريعي رقم: 92-04 المؤرخ في: 11/11/1992م المتضمن قانون المالية
التكميلي⁽⁶⁾، التي تسمح بإمكانية تطبيق العقوبات المنصوص عليها في المادة 418 ق.ع عند تجاوز الضرر
اللاحق بالخزينة الناتج من تملص من دفع الحقوق التي تفوق المبلغ الإجمالي 10 ملايين د.ج، فإنها تقرن
ذلك بتطبيق المواد 69 و 71 و 73 من القانون رقم: 89-12 المؤرخ في: 05/07/1989م المتعلق

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 09 أكتوبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 41090. (م.ق)، ع: 01، س: 1989م، ص: 305. قرار صادر يوم: 08 جويلية 1986م،
(عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 42308. (م.ق)، ع: 01، س: 1990م، ص: 254.

⁽²⁾ - قرار صادر يوم: 05 جانفي 1982م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 27373. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص: 234.

⁽³⁾ - قرار صادر يوم: 20 نوفمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 41087. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص: 236.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 04 ديسمبر 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 35802. (م.ق)، ع: 02، س: 1989م، ص: 241.

⁽⁵⁾ - قرار صادر يوم: 20 مارس 1984م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 33164. (م.ق)، ع: 01، س: 1990م، ص: 229.

⁽⁶⁾ - المرسوم التشريعي رقم: 92-04 المؤرخ في: 14 ربيع الثاني عام 14133 هـ الموافق ل: 11/10/1992م المتضمن قانونية المالية التكميلي لسنة 1992م. الجريدة
الرسمية، ع: 73، س: 29، المؤرخة في: 11/10/1992م.

بالأسعار⁽¹⁾ الملغى بالأمر رقم: 95-06 المؤرخ في: 1995/01/25م، المتعلق بالمنافسة⁽²⁾ وعليه فإن عدم أخذ المجلس (الغرفة الجزائرية) كل هذه العناصر في الاعتبار يجعل قراره مشوب بالقصور في التسبب وفاقدا للأساس القانوني⁽³⁾.

- «من المقرر قانونا أن القرار الذي لا تكون حيثياته واضحة ولا يكون مسببا بما فيه الكفاية يكون مشوبا بالقصور في التسبب وانعدام الأساس القانوني». ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه لم يبرز في حيثياته بوضوح عنصر العلنية التي هي شرط أساسي لقيام جنحة الإغراء من جهة. ومن جهة أخرى أن المجلس أشار لوقوع الاتصال الجنسي بين طرفي الدعوى، ونتج عن ذلك مولود، مما يؤدي إلى انتفاء جنحة الإغراء، لأن رضا المطعون ضدها متوفر فإن القضاة عندما حكموا بإدانة المتهم، كما فعلوا أساءوا تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للنقض⁽⁴⁾.

كذلك فإن القرار الذي يقضي بتأييد القرار الغيبي دون مناقشة الوقائع والموضوع والاكتفاء بذكر صحة الإجراءات من الناحية القانونية يعد قرار غير مسببا وغير مؤسس قانونيا⁽⁵⁾. كما أنه متى ثبت من أوراق الطعن أن قضاة الموضوع لم يشيروا إلى النص القانوني المحرم للوقائع المنسوبة للمتهمين وعدم ذكر الوسيلة المستعملة في الضرب والجرح العمدي، فإنهم لم يعطوا تأسيسا قانونيا سائغا للقرار المطعون فيه مما يؤدي إلى النقص والإبطال⁽⁶⁾.

- ومن أمثلة عيب انعدام الأساس القانوني أن يستند قضاة الموضوع على عناصر مادية مخالفة لما هو ثابت من أوراق الدعوى بدون تبرير حتى تتمكن المحكمة العليا من مراقبة صحة تطبيق القانون⁽⁷⁾.

كما يعتبر منعدم الأساس القانوني ويستوجب النقص القرار الصادر من المجلس القضائي الذي يستند على افتراضات مخالفة للقانون الذي أسس قرار بالبراءة المتهم لفائدة الشك على عدم تقديم ضحيتين شكوى من تلقاء نفسهما وانعدام الدليل يثبت قيام المتهم بالأفعال المنسوبة له ماعدا أقوال الضحيتين⁽⁸⁾.

- من المقرر قانونا أن النقل أو المرور للبضائع المنصوص عليها بالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 1982/05/23م طبقا للمادتين 200 و221ق.ج داخل المنطقة البرية من النطاق الجمركي دون

⁽¹⁾ - القانون رقم: 89-12 المؤرخ في: 02 ذي الحجة عام 1409هـ الموافق ل: 1989/07/05م، والمتعلق بالأسعار. الجريدة الرسمية، ع: 29، س: 26، المؤرخة في: 1989/07/19م.

⁽²⁾ - الأمر رقم: 95-06 المؤرخ في: 23 شعبان عام 1415هـ الموافق ل: 1995/01/25م، يتعلق بالمنافسة. الجريدة الرسمية، ع: 09، س: 32، المؤرخة في: 1995/02/22م.

⁽³⁾ - القرار الصادر يوم: 22 جويلية 1997م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 177988. (م.ق)، ع: 01، س: 1998م، ص207.

⁽⁴⁾ - قرار صادر يوم: 25 فيفري 1997م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 127512. (م.ق)، ع: 01، س: 1998م، ص215.

⁽⁵⁾ - قرار صادر يوم: 27 أكتوبر 1999م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 189740. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج1، ص139.

⁽⁶⁾ - قرار صادر يوم: 225 أكتوبر 2000م، (عن غ.ج.م)، في الطعن رقم: 212281. (ا.ق)، (ع.خ)، س: 2002م، ج1، ص141.

⁽⁷⁾ - قرار صادر يوم: 23 نوفمبر 1982م، (عن غ.ج.1)، في الطعن رقم: 31798. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص356-357.

⁽⁸⁾ - قرار صادر يوم: 11 جوان 1990م، (عن غ.ج.م/ق1)، في الطعن رقم: 62489. (م.ق)، ع: 04، س: 1992م، ص203.

حصول رخصة المرور أو النقل المعايين بالمخضر الجمركي يعتبر قرينة يفرضها القانون لجريمة محاولة التهريب، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن رجال الجمارك ألقوا القبض على المتهم داخل محيط المجال الجمركي، وهو يرافق قطيع الغنم دون حصوله على رخصة المرور أو النقل والذي أقحم وأشرك أباه وأخاه بصفتهم المعينين مباشرة بارتكاب التهريب، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإطلاق سراح المتهمين دون أدنى حجة تدحض قرينة التهريب التي يفرضها القانون، والتي حصلت معاينتها بالمخضر الجمركي، الذي هو دليل له الحجية المطلقة ما لم يطعن فيه بالتزوير، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا أحكام المواد 254 و324 و338ق.ج، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

- إن إدانة الزوج بجريمة الزنا (المادة 339ق.ع)، لا تكون مرتكزة على أساس إلا بتوافر دليل من الأدلة القانونية الواردة على سبيل الحصر في المادة 341ق.ع وهي: إما محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس، وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم، وإما بإقرار قضائي أمام قاضي النيابة أو التحقيق أو الحكم⁽²⁾. وهذه المادة لا يشترط اعترافا قطعيا، كما أنها تترك للقاضي تقدير العبارات المكتوبة لإثبات جريمة الزنا⁽³⁾.

- لما كانت الأسئلة والأجوبة هي بمثابة أسباب في مواد الجنائيات، فإن السؤال الذي تنقصه الدقة والوضوح، ولا يسمح للمحكمة العليا بمراقبة التطبيق السليم للقانون لا يصلح أن يكون أساسا للإدانة⁽⁴⁾.
- ويكون منعدم الأساس القانوني أن تأمر غرفة الاتهام بدون نص قانوني صادرة المبلغ المودع من طرف المدعي المدني على شكل كفالة الذي حكم عليه بالمصاريف، لأن هذا المبلغ كان مودعا ويجب إرجاعه للمستودع (للمودع) بعد دفعه المصاريف المحكوم بها عليه. وكان عليها الاستناد إلى المادتين 75 و199ق.إ.ج⁽⁵⁾.

- يعد منعدم الأساس القانوني حكم محكمة الجنائيات حضوريا وبالتضامن بالتعويضات المدنية على المتهم المحكوم عليه بموجب إجراءات التخلف عن الحضور وكان من الواجب طبقا للمادة 319 ق.إ.ج أن

(1) - قرار صادر يوم: 05 أفريل 1988م، (عن غ.ج. 2/2ق)، في الطعن رقم: 47646. (م.ق.)، ع: 02، س: 1990م، ص: 293.
(2) - قرار صادر يوم: 15 ماي 1973م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 8420. وقرار صادر يوم: 16 ديسمبر 1980م، (عن غ.ج. 1/2ق)، في الطعن رقم: 23349.
بغداد، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص357. قرار صادر يوم: 30 ديسمبر 1986م، (عن غ.ج. 1/2ق)، في الطعن رقم: 41320. (م.ق.)، ع: 03، س: 1989م، ص: 289. قرار صادر يوم: 12 جوان 1984م، (عن غ.ج. 1/2ق)، في الطعن رقم: 28837. (م.ق.)، ع: 01، س: 1990م، ص: 279. قرار صادر يوم: 14 جويلية 1987م، (عن غ.ج. 1/2ق)، في الطعن رقم: 47004. (م.ق.)، ع: 03، س: 1990م، ص: 275. قرار صادر يوم: 02 جويلية 1989م، (عن غ.ج. 1/2ق)، في الطعن رقم: 59100. (م.ق.)، ع: 03، س: 1991م، ص: 244. قرار صادر يوم: 21 أكتوبر 1990م، (عن غ.ج. 1/2ق)، في الطعن رقم: 69957. (م.ق.)، ع: 01، س: 1993م، ص: 205. والقرار الصادر يوم: 22 نوفمبر 2000م، (عن غ.ج. م.)، في الطعن رقم: 210717. (إ.ق.)، (ع.خ.)، س: 2002م، ج1، ص: 263. قرار صادر يوم: 24 جوان 2009م، (عن غ.ج. م/1ق)، في الطعن رقم: 443709. (م.م.ع.)، ع: 02، س: 2010م، ص: 336.
(3) - قرار صادر يوم: 30 ديسمبر 1986م، (عن غ.ج. 1/2ق)، في الطعن رقم: 41320. (م.ق.)، ع: 03، س: 1989م، ص: 289.
(4) - قرار صادر يوم: 27 ديسمبر 1983م، (عن غ.ج. 1/2ق)، في الطعن رقم: 26957. وقراران صادران (عن غ.ج. 1)، الأول يوم: 02 فبراير 1988م، في الطعن رقم: 48951. والثاني يوم: 07 جوان 1988م، في الطعن رقم: 53894. بغداد، جيلالي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج2، ص: 357-358.
(5) - قرار صادر يوم: 09 جويلية 1991م، (عن غ.ج.)، في الطعن رقم: 72543. (م.ق.)، ع: 04، س: 1993م، ص: 247.

محكمة الجنايات تصدر حكماً غيايباً في الدعوى المدنية ليطماشى و حكمها في الدعوى العمومية الصادر عنها و الفاصل في أمر التخلف عن الحضور⁽¹⁾.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

⁽¹⁾ - قرار صادر يوم: 24 جانفي 2007م، (عن غ.ج)، في الطعن رقم: 371839. (م.م.ع)، ع: 01، س: 2007م، ص 539.

الخاتمة

ة

8

بعد هذا العرض المقارن لمختلف أحكام النقض في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، فإنه يمكن أن نصل إلى بعض النتائج العلمية من أجل حل الإشكالية المطروحة في مقدّمة هذه الرسالة، كما أنه يمكن أن نبدي بعض الاقتراحات أو التوصيات التي عنّت لنا من خلال هذه الدّراسة.

أولاً: النتائج:

1/- تتفق الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في أنّ مبدأ الطعن أو نقض الأحكام القضائية يكرّس العدالة، بما يمكن من تحقيق الترضية القضائية، سواء للفرد أو للجماعة.

2/- المبدأ المتفق عليه بين النظامين القضائيين الإسلامي والوضعي أنّ الأصل في الأحكام القضائية صحتها وسلامتها، ومن ثم فإنّ الطعن أو النقض فيها لا يكون إلا استثناء وفق ضوابط وشروط محددة وملزمة، ومن ثم فهما يتفقان حول التوفيق بين مبدئين متعارضين متناقضين، مبدأ استقرار المراكز الحقوقية بعدم جواز الطعن في الأحكام، ومبدأ سلامة الأحكام من الأخطاء التي قد تشوبها. ومن ثم فهو منهج أو أسلوب التوفيق بين المصلحتين المتعارضتين.

3/- يزواج الفقه الإسلامي في نقض الأحكام بين مبدئين هما: احترام النص أو الإجماع أو القياس، والثاني: مقاصد النص. أي اتباع النص الشرعي في نصوصه وألفاظه، وكذا في مقاصده وروحه. بينما في القانون الوضعي الطعن في الأحكام لا يلتزم إلا بالنص، ومن ثم فليس هناك مقاصد للنص، إلا إذا ورد نص.

4/- النص الشرعي كأحد مستندات الطعن في الأحكام الإسلامية يتميز بالثبات والديمومة، بخلاف القانون الوضعي فهو نص متغير لفظاً وتنظيماً.

5/- تكشف الدّراسة عن تفوق الصنعة القانونية الوضعية على الصنعة الفقهية الإسلامية فيما يخص تعداد طرق الطعن في الأحكام وتنظيمها المحكم، سواء من حيث نوع الخطأ، فالخطأ المفترض يطرح الطعن بالمعارضة في الأحكام الغيابية. والخطأ المحتمل يطرح بالطعن بالاستئناف في أحكام الدّرجة الأولى أمام الدّرجة الثانية. والخطأ في القانون يطرح الطعن بالنقض، والخطأ في الواقع يطرح طلب إعادة النظر. وسواء كذلك من حيث الشروط والإجراءات، فكان بناء قانونياً دقيقاً يؤدي حتماً إلى تكريس العدالة عن طريق طرق الطعن.

6/- نظراً لأنّ طرق الطعن العادية وغير العادية المقررة في القانون الوضعي تقوم على العدالة والإنصاف وتكريسها عملياً، ومن ثم تصفية الأحكام القضائية مما قد يشوبها من أخطاء، فضلاً عن الحصول على الترضية القضائية لأطراف الخصومة، وكذلك للمجتمع من حيث إنّه يزرع الثقة والأمن في القضاة والقضاء.

نظرا لكل هذا لا ترى الدّراسة أي حرج علمي في أن يتبنّى القضاء الإسلامي لهذه الطرق بصفة عامة، مع الدعوة إلى إصلاح ما يجب إصلاحه في بعض التفاصيل والجزئيات.

7/- كشفت الدّراسة أنّ المحكمة العليا تعاني من أزمة التناقض والتعارض بين قراراتها في الموضوع أو النقطة القانونية الواحدة، بل التعارض وخرق الدستور في بعض المسائل (اللغة العربية مثلا).

ثانيا: التوصيات أو الإقتراحات:

من خلال الدّراسة عنت لنا الكثير من الاقتراحات والتوصيات يمكن أن نشير إلى أهمها:

1/- بيّنت الدّراسة أنّ تشريعات كل من مصر وسوريا تجعل من مجرد صدور حكم بالإعدام واجب النقض حتى ولو رضي به المحكوم عليه، وهذا تأكيدا على تصفية هذا النوع من الأحكام من كل الأخطاء القانونية التي قد تشوبه. وهذه ضمانة قوية وجوهرية لتحقيق العدالة في خصوص الحكم بالإعدام.

غير أنّ تشريعنا الوطني الجزائري لا يأخذ بهذه الضمانة، مما جعله ضعيف الحماية لحقوق المحكوم عليه بالإعدام إذ أنه قد لا يطعن فيه رضاء به، أو أنه قد يطعن فيه خارج الآجال أو قد يطعن فيه ويرفض شكلا لعدم توافر شرط معين (كعدم وجود مذكرة بشروطها القانونية).

وبناء عليه تقترح الدّراسة إحداث نص في قانون الإجراءات الجزائية ينص على هذه الضمانة، وذلك بالصياغة المقترحة الآتية: «استثناء من القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 495 و496 ق.إ.ج، فإنّ كان الحكم صادرا حضوريا بعقوبة الإعدام، يجب على النيابة العامة أن تعرض الحكم على المحكمة العليا مشفوعة بمذكرة برأيها في الحكم».

ويمكن أن يضاف إلى هذا الاقتراح أيضا إعفاء المحكوم عليه بالإعدام أو بالمؤبد عند الطعن بالنقض في الحكم الصادر عليه من إيداع مذكرة الطعن وكذا الرسم القضائي.

فضلا عن حق المحكوم عليه بالإعدام أو بالمؤبد في الطعن بالاستئناف أمام محكمة الدّرجة الثانية، الذي يعكس أزمة العدالة الجزائية التي تعيشها الجزائر.

2/- نظرا لما كشفتته الدّراسة من وجود التناقض والتعارض بين النصوص القانونية العربية ومقابلها الفرنسية، ونخبّط المحكمة العليا في ذلك، فإنّ الدّراسة تقترح وتدعو إلى إلغاء النص الفرنسي لهذه النصوص، والإبقاء على النصوص العربية فقط.

3/- تقترح الدّراسة أن تكثف المحكمة العليا من نشر قراراتها واجتهاداتها على أوسع نطاق بشتى الوسائل سواء التقليدية أو التكنولوجية، تمكينا لخدمة العدالة أولا والبحث العلمي ثانيا.

4/- تدعو الدراسة الباحثين الجزائريين في مختلف الجامعات الوطنية إلى تكثيف بحوثهم ودراساتهم حول الإجراءات الجزائية عموماً، وطرق الطعن خصوصاً مع ضرورة وإلزامية الرجوع إلى قرارات واجتهادات المحكمة العليا من أجل تطوير القانون، وخدمة القضاء والعدالة، فضلاً عن تدعيم الأكام المعرفي، خاصة أنّ الدراسة تعتقد أنّ الاقتصار على التشريعات وآراء الفقهاء وحدها لتناول الظواهر والموضوعات القانونية غير كاف، بل إنّها تراه نوعاً من الهزال العلمي في هذه الدراسات والبحوث، فضلاً عن أنّه نوع تقليد من شأن المحكمة العليا وقراراتها وجهودها لخدمة العدل والإنصاف، التي تحتاج إلى كل دعم واهتمام كبيرين.

5/- وبناء على التوصية للإبعة، تدعو الدراسة إلى إجراء دراسات علمية متخصصة مقارنة بخصوص المحكمة العليا في الجزائر وما يقابلها في الدول العربية وغير العربية، من أجل تقويم ما اعوج، وتأمين ما صلح من عمل المحكمة العليا في الجزائر.

هذه بعض النتائج والتوصيات التي ارتأى الباحث بيانها والكشف عنها في هذه الخاتمة، وقد اقتصرنا على أهمها في تقديرنا، على أنّ بعضها منها يمكن التعرف عليها من خلال ثنايا وتفصيل الدراسة.

في الأخير نسأل الله عز وجل أن وفقنا في إنجاز هذه الدراسة.
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المسارو

- أولاً/- مسرد الآيات القرآنية.
ثانياً/- مسرد الأحاديث النبوية الشريفة.
ثالثاً/- مسرد المصاوير والمراجع.
رابعاً/- مسرد الموضوعات.

مسرد الآيات القرآنية

الصفحة	السورة و الآية	
سُورَةُ الْبَقَرَةِ		
-36 271-270	25 ﴿وَبَشِّرِ الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ أَنَّ لَهُمْ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ كُلَّمَا رُزِقُوا مِنْهَا مِنْ ثَمَرَةٍ رِزْقًا قَالُوا هَذَا الَّذِي رُزِقْنَا مِنْ قَبْلُ وَأَتُوا بِهِءُ مُتَشَابِهًا وَلَهُمْ فِيهَا أَزْوَاجٌ مُطَهَّرَةٌ وَهُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴿﴾	
152	27 ﴿الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ ﴿﴾	
271	82 ﴿وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ أُولَٰئِكَ أَصْحَابُ الْجَنَّةِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴿﴾	
-146 150	106 ﴿مَا نَسَخَ مِنْ ءَايَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِمَّا أَوْ مِثْلَهَا ﴿﴾	
9	117	﴿بَدِيعُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ ﴿﴾
10		﴿وَإِذَا قَضَىٰ أَمْرًا ﴿﴾
-141 142	156 ﴿إِنَّا لِلَّهِ وَإِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ ﴿﴾	
475	196 ﴿تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ ﴿﴾	
11-9	200 ﴿فَإِذَا قَضَيْتُمْ مَنَاسِكَكُمْ ﴿﴾	
11-9	210 ﴿وَقَضَىٰ الْأَمْرَ ﴿﴾	
143	217 ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَٰئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَٰئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴿﴾	
339	282 ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴿﴾	
سُورَةُ آلِ عِمْرَانَ		
12	47 ﴿إِذَا قَضَىٰ أَمْرًا فَإِنَّمَا يَقُولُ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ ﴿﴾	
338	118 ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا بَطَانَةً مِنْ دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا وَدُّوا مَا عَنِتُّمْ قَدْ بَدَتِ	

		﴿الْبَعْضَاءُ مِنْ أَقْوَاهِهِمْ وَمَا تُخْفِي صُدُورُهُمْ أَكْبَرُ قَدْ بَيَّنَّا لَكُمْ الْأَيْدِيَّ إِن كُنْتُمْ تَعْقِلُونَ ﴿١١٨﴾﴾
580	133	﴿وَسَارِعُوا إِلَى مَعْفِرَةِ مِنْ رَبِّكُمْ وَجَنَّةٍ عَرْضُهَا السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ أُعِدَّتْ لِلْمُتَّقِينَ﴾
-556 564-562-557	159	﴿وَسَاوِرُهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾
سُورَةُ النَّسَاءِ		
518	10	﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ آلِيَتَمَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلُونَ سَعِيرًا ﴿١٠﴾﴾
517	21	﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾
370	34	﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي السَّمَلَاتِ وَالْأَرْضَ جَعَلَ الظُّلُمَاتِ وَالنُّورَ﴾
271	57	﴿وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ سَنُدْخِلُهُمْ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا أَبَدًا لَهُمْ فِيهَا أَزْوَاجٌ مُطَهَّرَةٌ وَنُدْخِلُهُمْ ظِلًّا ظَلِيلًا﴾
352	58	﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾
318	59	﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾
431-11	65	﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾
-196 425	94	﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَتَيَّبُوا﴾
11	103	﴿فَإِذَا قَضَيْتُمُ الصَّلَاةَ﴾
517	124	﴿فَأُولَٰئِكَ يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ وَلَا يُظْلَمُونَ نَقِيرًا﴾
580	135	﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىَٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَّوْا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾
-337 339	141	﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾
298	148	﴿لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا عَلِيمًا﴾
152	155	﴿فِيمَا نَقَضِهِمْ مِيثَقَهُمْ وَكَفَرِهِمْ بِآيَاتِ اللَّهِ﴾

573	165	﴿رُسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا﴾
سُورَةُ الشُّرَاهِدَةِ		
580	2	﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾
271	9	﴿وَعَدَ اللَّهُ الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَهُمْ مَغْفِرَةٌ وَأَجْرٌ عَظِيمٌ﴾
152	13	﴿فِيمَا نَقَضِهِمْ بِمِيثَاقِهِمْ لَعْنَتُهُمْ وَجَعَلْنَا قُلُوبَهُمْ قَاسِيَةً﴾
ا	49	﴿وَأَن أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾
-338 341	51	﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَن يَتَوَلَّهُمْ فإِنَّهُ مِنَّهُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴿٥١﴾﴾
538	101	﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنَ أَشْيَاءَ إِن بُدِّ لَكُمْ تَسْأَلُكُمْ وَإِن تَسْأَلُوا عَنْهَا حِينَ يُنزَلُ الْقُرْءَانُ بُدِّ لَكُمْ عَفَا اللَّهُ عَنْهَا وَاللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ ﴿١٠١﴾﴾
سُورَةُ الْاِنْتِخَابِ		
10	02	﴿ثُمَّ قَضَىٰ أَجَلًا﴾
سُورَةُ الْاِنجِرَاءِ		
271	42	﴿لَا تُكَلِّفُ نَفْسًا وِجْرًا وَلَا وُسْعَهَا﴾
569	164	﴿قَالُوا مَعذِرَةٌ اِلَىٰ رَبِّنَا﴾
سُورَةُ الْاِنْفِثَالِ		
516	13	﴿ذٰلِكَ بِاَنَّهُمْ شَاقَّوْا اللّٰهَ وَرَسُوْلَهُ، وَمَنْ يُشَاقِقِ اللّٰهَ وَرَسُوْلَهُ، فَكَانَ اللّٰهُ شَدِيْدَ الْعِقَابِ﴾
152	56	﴿ثُمَّ يَنْقُضُونَ عَهْدَهُمْ فِي كُلِّ مَرَّةٍ﴾
297	75	﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾
سُورَةُ الْبَنَاتِ		
339	29	﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾
570	90	﴿وَجَاءَ الْمُعَذِّرُونَ مِنَ الْأَعْرَابِ﴾

سُورَةُ يُوسُفَ		
47	1	﴿الرَّ تِلْكَ آيَاتُ الْكِتَابِ الْحَكِيمِ﴾
9	11	﴿لَقِضِيَ إِلَيْهِمْ أَجَلُهُمْ﴾
12-9	71	﴿ثُمَّ آقَضُوا إِلَيَّ وَلَا تَنْظُرُونَ﴾
سُورَةُ هُودٍ		
47	1	﴿أَحْكَمْتَ آيَاتِنَا﴾
سُورَةُ الرَّعْدِ		
143	11	﴿فَلَا مَرَدَ لَهُ﴾
152	20	﴿الَّذِينَ يُؤْفُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَلَا يَنْقُضُونَ الْمِيثَاقَ﴾
293	41	﴿أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا نَأْتِي الْأَرْضَ نَنْقُصُهَا مِنْ أَطْرَافِهَا وَاللَّهُ يَحْكُمُ لَا مُعَقِّبَ لِحُكْمِهِ وَهُوَ سَرِيعُ الْحِسَابِ﴾
سُورَةُ الْحَجَرِ		
471	30	﴿فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةَ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ ﴿٣٠﴾﴾
12-9	66	﴿وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ أَنَّ دَابِرَ هَتُولَاءِ مَقْطُوعٌ مُصْحِحِينَ﴾
سُورَةُ الْفَجْرِ		
349	75	﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ وَمَنْ رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا هَلْ يَسْتَوُونَ الْحَمْدُ لِلَّهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ﴾
-302 581-575	90	﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَى﴾
152	91	﴿وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾
151	92	﴿وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِي نَقَضَتْ غَزَلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَا﴾
سُورَةُ الْأَنْعَامِ		
-10-9 12	4	﴿وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾

573	15	﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾
11-9	23	﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ﴾
-516 518-517	23	﴿ فَلَا تَقُلْ لَمْآ أَمِّي ﴾
-500 565	36	﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ ﴾
516	78	﴿ أَفَرَأَيْتَ لِدُلُوكِ السَّمَاءِ إِلَىٰ غَسَقِ اللَّيْلِ وَقُرْءَانَ الْفَجْرِ إِنَّ قُرْءَانَ الْفَجْرِ كَانَ مَشْهُودًا ﴾
سُورَةُ هُرَّتِيبِنَا		
47	12	﴿ وَءَاتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا ﴾
9	21	﴿ وَكَانَ أَمْرًا مَّقْضِيًّا ﴾
سُورَةُ طَانِنَا		
9-8	72	﴿ فَأَقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ ﴾
9		﴿ إِنَّمَا نَقْضِي هَذِهِ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا ﴾
11	114	﴿ وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْءَانِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَىٰ إِلَيْكَ وَحْيُهُ ﴾
573	134	﴿ وَلَوْ أَنَا أَهْلَكْنَهُمْ بِعَذَابٍ مِنْ قَبْلِهِ لَفَالُوا رَبَّنَا لَوْلَا أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا فَنَتَّبِعَ آيَاتِكَ ﴾
سُورَةُ الْإِنشِيَاءِ		
564	07	﴿ فَسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾
أ	23	﴿ لَا يَسْأَلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْأَلُونَ ﴾
293	78 79	﴿ وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَمَمُ الْقَوْمِ ﴾
سُورَةُ الْبَلَجِ		
9	29	﴿ ثُمَّ لِيَقْضُوا تَفَثَهُمْ وَلِيُؤْفُوا نُذُورَهُمْ ﴾
سُورَةُ الْبَنَاتِ		
573	21	﴿ لَأَعَذِّبَنَّهُ عَذَابًا شَدِيدًا أَوْ لَأَأْجِزَنَّهُ أَوْ لِيَأْتِيَنَّ بِسُلْطٰنٍ مُبِينٍ ﴿١١﴾ ﴾

سُورَةُ الْقَصَصِ		
516	13	﴿فَرَدَدْنَاهُ إِلَىٰ أُمَمِهِ ۚ لِيُنقَرَّ عَيْنُهَا وَلَا تَحْزَنَ ۚ وَلِنَعْلَمَ أَنَّ وَعْدَ اللَّهِ حَقٌّ ﴿۱﴾﴾
12	15	﴿فَوَكَرَهُ مُوسَىٰ فَقَضَىٰ عَلَيْهِ ﴿۱۵﴾﴾
سُورَةُ الْبُرُوجِ		
143	43	﴿يَوْمٌ لَا مَرَدَّ لَهُ ﴿۴۳﴾﴾
سُورَةُ الْقِنَافِ		
46	12	﴿وَلَقَدْ ءَاتَيْنَا لُقْمَانَ الْحِكْمَةَ ﴿۱۲﴾﴾
سُورَةُ الْأَنْجُوتِ		
12	23	﴿فَمِنْهُمْ مَّنْ قَضَىٰ نَحْبَهُ ﴿۲۳﴾﴾
11-9	37	﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا ﴿۳۷﴾﴾
سُورَةُ النَّازِعَاتِ		
142	31/33	﴿وَلَوْ تَرَىٰ إِذِ الظَّالِمُونَ مَوْقُوفُونَ عِنْدَ رَبِّهِمْ يَرْجِعُ بَعْضُهُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ الْقَوْلَ ﴿۳۱﴾﴾
سُورَةُ عَبَسَ		
9	20	﴿وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ ﴿۲۰﴾﴾
سُورَةُ فَصَلَاتِكَ		
11-9-8	12	﴿فَقَضَيْنَهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ ﴿۱۲﴾﴾
سُورَةُ الشُّورَىٰ		
318	10	﴿وَمَا أَخْلَقْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَىٰ اللَّهِ ۚ ذَلِكُمُ اللَّهُ رَبِّي عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ ﴿۱۰﴾﴾
10-9	14	﴿إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى لِّقَضَىٰ بَيْنَهُمْ ﴿۱۴﴾﴾
556	38	﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ ﴿۳۸﴾﴾
298	41	﴿وَلَمَنْ أَنْصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَٰئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ ﴿۴۱﴾﴾

سُورَةُ الزُّمَرِ		
12	77	﴿وَأَدَاؤُا بِمَدَائِكُ لِيَقْضِ عَلَيْنَا رِبْكَ﴾
سُورَةُ الْبَكَارَاتِ		
146	29	﴿إِنَّا كُنَّا نَسْتَنْسِخُ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾
سُورَةُ الْمُحْتَشِبِينَ		
147	16	﴿مَاذَا قَالِءَافَقًا﴾
سُورَةُ الْحَجَّرَاتِ		
-196 425	6	﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنِيءَافْتَبِينُوا﴾
440	12	﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا﴾
سُورَةُ الدَّارَاتِ		
516	56 - 57	﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ﴿٥٦﴾ مَا أُرِيدُ مِنْهُمْ مِّن رِّزْقٍ وَمَا أُرِيدُ أَن يُطْعَمُونَ ﴿٥٧﴾﴾
سُورَةُ الْجَنَّةِ		
500	28	﴿وَمَا لَهُمْ بِهِءَ مِّن عِلْمٍ إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِّنَ الْحَقِّ شَيْئًا ﴿٢٨﴾﴾
سُورَةُ الْحَشْرِ		
516	07	﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنكُمْ﴾
394	09	﴿وَيُؤَثِّرُونَ عَلَى أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾
سُورَةُ الْمُنَافِقِينَ		
11	10	﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ﴾
سُورَةُ الطَّلَاقِ		
141	11	﴿وَالسَّمَاءِ ذَاتِ الرَّجْعِ﴾

سُورَةُ الشَّرْحِ		
154	3-2	﴿ وَوَضَعْنَا عَنكَ وِزْرَكَ ﴿٢﴾ الَّذِي أَنْقَضَ ظَهْرَكَ ﴿٣﴾ ﴾
سُورَةُ التِّينِ		
46	8	﴿ أَلَيْسَ اللَّهُ بِأَحْكَمَ الْحَاكِمِينَ ﴾
سُورَةُ الْبُرُوجِ		
-516 517	8-7	﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ﴿٧﴾ وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ ﴾

مسرد الأحاديث النبوية الشريفة والآثار

الصفحات	الحديث	لرقم
حرف الألف		
297	أُتِيَ شَرِيحٌ فِي امْرَأَةٍ تَرَكْتُ ابْنِي عَمَهَا، أَحَدَهُمَا زَوْجَهَا	
197	«إِذَا تَأْنَيْتِ أَصَبْتَ أَوْ كَدْتِ تَصِيبُ...»	
426	«إِذَا اسْتَشَاطَ السُّلْطَانُ تَسَلَّطَ الشَّيْطَانُ».	
574-570	«أَعْذَرَ اللَّهُ إِلَى امْرِئٍ أَخَّرَ أَجْلَهُ حَتَّى بَلَغَ سِتِينَ سَنَةً»	
574	«إِضْرِبْ لِلطَّالِبِ أَمْدًا يَنْتَهِي إِلَيْهِ، فَإِنْ أَحَقَّ حَقًّا...»	
435-431	«اسْقِ يَا زُبَيْرُ، ثُمَّ أَرْسِلِ الْمَاءَ إِلَى جَارِكَ».	
485	اسْتَسْقَى رَسُولُ اللَّهِ - ح - وَعَلَيْهِ خَمِيصَةٌ سَوْدَاءُ	
516	«إِنَّمَا جُعِلَ الْإِسْتِئْذَانُ مِنْ أَجْلِ الْبَصْرِ»	
516	«إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّافِقَةِ الَّتِي دَفَّتْ...»	
517	«إِنَّهَا لَيْسَتْ بِنَجَسٍ إِنَّهَا مِنَ الطَّوَافِينِ عَلَيْكُمْ وَالطَّوَافَاتِ»	0
517	«إِنْ كَانَ جَامِدًا فَالْقَوُّهُ وَمَا حَوْلَهُ، وَإِنْ كَانَ مَائِعًا فَلَا تَقْرُبُوهُ»	1
197	«إِنْ فِيكَ خَصْلَتَيْنِ يُجِبُهُمَا اللَّهُ عِزَّ وَجَلَّ وَرَسُولُهُ: الْحِلْمُ وَالْأَنَاةُ»	2
321	اتَّخَذَ النَّبِيُّ ﷺ خَاتَمًا مِنْ فِضَّةٍ، كَأَنِّي أَنْظُرُ إِلَى وَبَيْصِهِ (بَصِيصِهِ)	3
295	اخْتَصَمَ رَجُلَانِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ح	4
296	«أَلَا تَقْتُلُ نَفْسَ دُونِي» وَفِي رِوَايَةٍ: «أَمَا الدَّمُ فَيَقْضِي فِيهِ عَمْرٌ»	5
340	«الْإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعَلَى»	6
352	أَوْصَانِي خَلِيلِي - يَعْنِي رَسُولَ اللَّهِ ح - أَنْ أَسْمَعَ وَأَطِيعَ وَإِنْ	

	عبدا	7
352	«أطع الإمام وإن كان عبدا مجدعا»	8
390	«إِنْ لَمْ يَقْضِ لَكُمْ حَيَارِكُمْ، قَضَى لَكُمْ شِرَارِكُمْ»	9
400	«أكفني بعض الأمور»	0
418	«أَيُّمَا قَوْمٍ شَهِدُوا عَلَيَّ حَدًّا لَمْ يَشْهَدُوا عِنْدَ حَضْرَتِهِ...»	1
427	«وَأَيُّكُمْ وَالْغَضَبُ وَالْقَلَقُ وَالضُّجُرُ وَالشَّاذِي بِالنَّاسِ عِنْدَ الْخُصُومَةِ»	2
440	«إِيَّاكُمْ وَالظَّنَّ، فَإِنَّ الظَّنَّ أَكْذَبُ الْحَدِيثِ...»	3
حرف الباء		
295-294	«بعثني النبي ﷺ إلى اليمن، فأزى قبائل الناس زينة الأسد...».	4
399	عن أبي موسى الأشعري -1- أن النبي ﷺ بعثه إلى نصف اليمن؛ و معاذ بن جبل -1- إلى النصف الآخر	5
296	«بلغني أنك ضربت رجلا من قريش»	6
حرف الواو		
-296-149 297	«وَلَا يَمْنَعَنَّكَ قَضَاءُ قَضَيْتَ فِيهِ الْيَوْمَ، فَرَاغَتْ فِيهِ رَأْيِكَ...»	7
231	«يُحْكُمُ إِنَّ عَمْرًا كَانَ رَشِيدَ الْأَمْرِ»	8
246	«وَمَرَاجَعَةُ الْحَقِّ خَيْرٌ مِنَ التَّمَادِي فِي الْبَاطِلِ»	9
حرف الحاء		
375	«حَضَرَتْ رَسُولَ اللَّهِ - ح - أَعْطَاهَا السُّدُسُ»	

		0
حرف الكاف		
294	« كَانَتْ امْرَأَتَانِ مَعَهُمَا ابْنَاهُمَا جَاءَ الدُّبُّ فَذَهَبَ بِأَبْنِ إِحْدَاهُمَا »	1
228	كان رسول الله ﷺ يقضي بالقضاء، فينزل عليه القرآن بخلافه...	2
560-399	« كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَّضَ لَكَ قَضَاءً؟ ».	3
321	« الْكَلِمَةُ الْحِكْمَةُ ضَالَّةُ الْمُؤْمِنِ، فَحَيْثُ وَجَدَهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا »	4
حرف اللام		
419	« لا تجوز شهادة خصم و لا ظنين، واليمين على المدعى عليه »	5
458-441	« لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ، وَلَا مَجْلُودٍ حَدًّا... »	6
440	« لا تقبل شهادة خصم و لا ظنين »	7
-433-425 517	« لَا يَقْضِيَنَّ حَكْمٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَ هُوَ غَضَبَانُ »	8
165	« لا يكون المؤمن طعاناً »	9
426	« لا يقضي القاضي إلا و هو شعبان ريان »	0
518	« لَا يَبُولَنَّ أَحَدُكُمْ فِي الْمَاءِ الدَّائِمِ الَّذِي لَا يَجْرِي ... »	1
371	« لَنْ يَفْلِحَ قَوْمٌ وَلَوْ أَمَرَهُمْ امْرَأَةٌ »	2

231	لَوْ كُنْتُ أُرَدُّكَ إِلَى كِتَابِ اللَّهِ، أَوْ إِلَى سُنَّةِ نَبِيِّهِ خ لَفَعَلْتُ	3
352	« لَوْ أَدْرَكَنِي أَحَدُ رَجُلَيْنِ ثُمَّ جَعَلْتُ هَذَا الْأَمْرَ إِلَيْهِ لَوَثِقْتُ بِهِ »	4
557	« لو كان المطعم بن عدي حيا، ثم كلمني في هؤلاء التنى ... »	5
حرف الميم		
557	« ما رأيت أحدا أكثر مشاورة لأصحابه من رسول الله ﷺ »	6
434-143	« مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ »	7
415	« مَنْ حَازَ أَرْضًا وَ عَمَّرَهَا عَشْرَ سِنِينَ وَ الْخِصْمُ حَاضِرٌ... »	8
382	« مَنْ اسْتَعْمَلَ رَجُلًا مِنْ عِصَابَةٍ وَ فِي تِلْكَ الْعِصَابَةِ مِنْ هُوَ أَرْضَى... »	9
442	« المؤمنون عدول، بعضهم على بعض » أو « والمسلمون عدول... »	0
557	مشاورته ﷺ لأصحابه في لقاء الكفار يوم بدر	1
557	مشاورته ﷺ لأصحابه في مصالحة الكفار يوم الخندق	2
557	مشاورة أبي بكر الصديق الناس في ميراث الجدة	3
557	مشاورة عمر بن الخطاب الصحابة في دية الجنين	4
557	مشاورة عمر بن الخطاب الصحابة في حد الخمر	5

حرف الفاء		
197	«فَافْهَمَ إِذَا أُدْلِى إِلَيْكَ...»	6
197	«الفهم الفهم مما يتلجلج في صدرك ويشكل عليك مما لم ينزل»	7
حرف القاف		
363	«الْقُضَاةُ ثَلَاثَةٌ: وَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ؛ وَاثْنَانِ فِي النَّارِ؛...»	8
حرف الراء		
421-400	«رَدَّ عَنِّي النَّاسُ فِي الدَّرْهِمِ وَالدَّرْهِمِينَ»	9
حرف التاء		
197	«التأني من الله، والعجلة من الشيطان»	0
298	«تِلْكَ عَلَيَّ مَا قَضَيْتَنَا، وَهَذِهِ عَلَيَّ مَا قَضَيْتَنَا»	1
318	«تَرَكْتُ فِيكُمْ أَمْرَيْنِ لَنْ تَضِلُّوْا مَا تَمَسَّكْتُمْ بِهِمَا...»	2

مسرد المصادر والمراجع

تنبيه:

- تم اعتماد طريقة الدمج بين الترتيبين الموضوعاتي و الأبجدي (أ - ب - ج - د - هـ...).
- لا اعتبار في الترتيب ل: أل التعريف - ابن - أبو ، و لو اجتمعت كلها في علم واحد، فمثلا: ابن أبي الدّم، يوضع في حرف الدّال.
- تم تقسيم مسرد المصادر و المراجع كالأتي:

القسم الأول:المصادر والمراجع في الشريعة الإسلامية

- أولا/- مصادر في تفسير القرآن الكريم.
- ثانيا/- مراجع في تفسير القرآن الكريم.
- ثالثا/- مصادر في الحديث النبوي الشريف.
- رابعا/- مراجع في الحديث النبوي الشريف.
- خامسا/- مصادر في الفقه الإسلامي:
- أ/- مصادر في القضاء الإسلامي والسياسة الشرعية
- ب/- الفقه الحنفي.
- ج/- الفقه المالكي.
- د/- الفقه الشافعي.
- هـ/- الفقه الحنبلي.
- و/- الفقه الظاهري.
- ز/- الفقه الزيدي
- سادسا/- مصادر في مقاصد الشريعة الإسلامية
- سابعا/- مصادر في أصول الفقه
- ثامنا/- مراجع في أصول الفقه
- تاسعا/- مصادر في القواعد الفقهية
- عاشرا/- مراجع القواعد الفقهية
- الحادي عشر/- مراجع في القضاء الإسلامي والسياسة الشرعية
- الثاني عشر/- كتب الخراج و الأموال
- الثالث عشر/- مراجع عامة في الشريعة والفكر الإسلامي
- الرابع عشر/- أنظمة قضائية للملكة العربية السعودية

القسم الثاني:المصادر والمراجع في القانون الوضعي

أولاً/- النصوص التشريعية :

أ/- التشريع الجزائري.

ب/- قرارات المحكمة العليا.

ج/- التشريع التونسي.

د/- التشريع المغربي.

ثانيا/- المراجع القانونية:

أ/- الكتب.

ب/- المقالات والأبحاث.

القسم الثالث: الرسائل الجامعية.

القسم الرابع: المصادر والمراجع في التاريخ و اللغة والمعاجم والموسوعات.

أولاً/- التاريخ و التراجم.

ثانيا /- مناهج البحث العلمي.

ثالثاً/- اللغة والمعاجم والموسوعات.

القسم الرابع: مواقع الانترنت.

القسم الخامس: المراجع الفرنسية.

- القرآن الكريم برواية حفص.

القسم الأول: المصادر والمراجع في الشريعة الإسلامية

أولا -/ مصادر تفسير القرآن الكريم

- 1- الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي، أحكام القرآن، المطبعة البهية المصرية، القاهرة، د ط، 1347هـ.
- 2- ابن جرير الطبري، أبو جعفر محمد، جامع البيان في تفسير القرآن، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1328هـ.
- 3- الهواري، هود بن محكم الأوراسي، تفسير كتاب الله العزيز، تحقيق: بالحاج بن سعيد شريقي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1990م.
- 4- الواحدي، أبو الحسن علي بن أحمد النيسابوري، أسباب النزول، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 14225هـ-2004م.
- 5- الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، جامع البيان في تفسير القرآن، دار المعرفة، بيروت، د.ت.
- 6- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، الدار الوطنية للكتب، د.ط، 1429هـ-2008م.
- 7- ابن كثير، عماد الدين أبو الفداء إسماعيل القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار نوبليس، بيروت، ط1، 2006م.
- 8- الماوردي، أبو الحسن علي بن حبيب، النكت والعيون - المسمى: تفسير الماوردي، تحقيق: خضر محمد خضر، مراجعة: عبد الستار أبوغدة، مطابع المقهوي، الكويت، ط1، 1402هـ-1982م.
- 9- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، لباب النقول في أسباب النزول، تحقيق وتخرىج: محمد بركات، دار الرسالة العالمية، دمشق، دط، 1431هـ-2010م.
- 10- ابن عطية، أبو محمد عبد الحق بن غالب، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ-1993م.
- 11- ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق: علي محمد البحراوي، دار إحياء الكتب العربية، دم ن، ط1، 1377هـ-1958م.
- 12- ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، دت. و طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424هـ-2003م.
- 13- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي القرآن، تحقيق: عبد الله عبد المحسن التركي وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1427هـ-2006م.
- 14- الرازي، فخر الدين أبو عبد الله محمد بن عمر، مفاتيح الغيب المشهور بتفسير الرازي، دار الفكر، بيروت، ط1، 1401هـ-1981م.

15- الشافعي، محمد بن إدريس، أحكام القرآن، كتب هوامشه: عبد الغني عبد الخالق، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط2، 1414هـ-1994م.

ثانياً /- مراجع في تفسير القرآن الكريم

16- ابن عاشور، محمد الطاهر، تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس بالاشتراك مع المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د ط، 1984م.

17- رضا، محمد رشيد، تفسير القرآن الحكيم- الشهير بتفسير المنار، دار المنار، القاهرة، ط3، 1374هـ.

18- قطب، سيد، في ظلال القرآن، دار الشروق، القاهرة، ط 11، 1985م.

ثالثاً /- مصادر في الحديث النبوي الشريف

19- ابن الأثير، مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري، جامع الأصول في أحاديث الرسول، حقق نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: عبد القادر الأرناؤوط، مكتبة الحلواني، مطبعة الملاح، مكتبة دار البيان، دمشق، دط، 1392-1972م.

20- الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب، المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ-1999م.

21- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، دار الفكر، دم ن، د ط، د ت.

22- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين، شعب الإيمان، تحقيق: محمد السعيد بسيوني زغلول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1410هـ.

23- البغوي، الحسين بن مسعود، شرح السنة، حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه: شعيب الأرناؤوط، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1403هـ-1983م.

24- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة، الجامع الصحيح، النسخة الأميرية المطبوعة، دم ن، دط، 1413هـ.

25- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي، الأدب المفرد، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط3، 1409هـ - 1989م.

26- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، كتاب السنن، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، دط، 1408هـ-1988م.

27- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، المراسيل، تحقيق: عبد العزيز عزالدين السيروان، دار القلم، بيروت، ط1، 1406هـ-1986م.

28- الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمان السمرقندي، السنن المشهورة بسنن الدارمي، تحقيق: فواز أحمد زمري- خالد السبع العلمي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1407هـ-1987م.

- 29- الدارقطني، علي بن عمر، السنن، عالم الكتب، بيروت، ط 4، 1460هـ-1986م.
- 30- ابن دقيق العيد، تقي الدين، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، تحقيق: أحمد محمد شاكر، عالم الكتب، بيروت، ط 2، 1407هـ-1987م.
- 31- الهيثمي، نورالدين علي بن أبي بكر سليمان المصري، مجمع الزوائد ومنيع الفوائد، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1422هـ-2001م.
- 32- الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الحنفي، نصب الراية لأحاديث الهداية، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، مؤسسة الريان، بيروت، المكتبة المكية، ط 1، 1418هـ-1997م.
- 33- الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، دار الكتاب العربي، بيروت، د ط، د ت.
- 34- ابن حبان، محمد، كتاب الثقات، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الهند، ط 1، 1399هـ-1979م.
- 35- ابن حبيب، الربيع الفراهيدي، الجامع الصحيح، ترتيب: أبو يعقوب الوريحاني، تحقيق: إبراهيم محمد طلاي، دار البعث، قسنطينة، د ط، د ت.
- 36- ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 2، د ت.
- 37- _ ، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1419هـ-1989م.
- 38- ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد الشيباني، المسند، شرحه ووضع فهارسه: أحمد محمد شاكر، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة، د ط، د ت.
- 39- الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد، المعجم الأوسط، تحقيق: أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد - أبو الفضل عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين ، القاهرة، د ط، 1416هـ-1995م.
- 40- أبو يعلى، أحمد بن علي بن المثنى الموصلي التميمي، المسند، تحقيق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث، دمشق، ط 1، 1404هـ - 1984م.
- 41- ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، السنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، دم ن.
- 42- مالك، بن أنس الأصبحي، الموطأ، رواية يحيى بن يحيى الليثي الأندلسي، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: الدكتور بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1416هـ-1996م.

- 43- المزني، جمال الدين أبو الحجاج يوسف، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1408هـ-1988م.**
- 44- ابن منصور، سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني، سنن سعيد بن منصور، تحقيق وتعليق: حبيب الرحمان الأعظمي، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، د ت.**
- 45- ابن الملقن، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: 804هـ)، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، تحقيق: مصطفى أبو الغيط - عبد الله بن سليمان - ياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1425هـ-2004م.**
- 46- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، الجامع الصحيح، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1375هـ-1955م.**
- 47- المتقي الهندي، علاء الدين علي المتقي بن حسام الدين الهندي البرهان فوري (597هـ)، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، ضبطه وفسر غريبه: الشيخ بكري حياني، صححه ووضع فهرسه: الشيخ صفوة السقا، مؤسسة الرسالة، بيروت، د ط، 1413هـ-1993م.**
- 48- النسائي، أبو عبد الرحمان أحمد بن شعيب الخراساني، السنن، دار القلم، بيروت، د ط، د ت.**
- 49- النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف، صحيح مسلم بشرح النووي، تحقيق: عصام الصبابطي وآخرون، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1994م.**
- 50- بن أبي ستة، محمد بن عمرو، حاشية الترتيب على الجامع الصحيح المسند الربيع بن حبيب الفراهيدي، تحقيق: إبراهيم محمد طلاي، دار البعث، قسنطينة، د ط، د ت.**
- 51- السندي، أبو الحسن الحنفي، شرح سنن ابن ماجه القزويني، دار الجيل، بيروت، د ت، د ط.**
- 52- العيني، أبو محمد محمود بن أحمد، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار الفكر، دم ن، د ط، د ت.**
- 53- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، جامع بيان العلم وفضله و ما ينبغي في روايته وحمله، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1428هـ-2006م.**
- 54- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، د د ن، الرباط، د ط، 1401هـ-1981م.**
- 55- عبد الرزاق، أبو بكر بن همام الصنعاني، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمان الأعظمي، دم ن.**
- 56- العجلوني، إسماعيل بن محمد بن عبد الهادي الجراحي، كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، ضبطه و صححه ووضع حواشيه: الشيخ محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، بروت، ط1، 1418هـ-1997م.**

- 57- العظيم آبادي، أبو الطيب محمد شمس الحق، التعليق المغني على الدارقطني، بهامش سنن الدارقطني، تصحيح: السيد عبد الله هاشم سماني المدني، دار المحاسن القاهرة، د.ط، 1386هـ-1966م.**
- 58- الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير اليمني، سبل السلام بشرح بلوغ المرام في أدلة الأحكام، تعليق ومراجعة: الشيخ محيي الدين محمد بعيون، المكتبة الحديثة، بيروت، بالاشتراك مع دار ابن زيدون، بيروت، دط، دت.**
- 59- الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1421هـ-2000م.**
- 60- ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: عامر عمري الأعظمي، الدار السلفية، بومباي، الهند، دار الكتاب العربي، بيروت، د ط، دت.**
- 61- ابن التركماني، علاء الدين بن علي بن عثمان المارديني، الجوهر النقي في الرد على البيهقي، مطبوع بهامش السنن الكبرى للبيهقي، دار الفكر، دم ن، د ط، دت.**
- 62- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى، الجامع الصحيح، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، دار الفكر، بيروت، ط2، 1403هـ-1983م.**
- 63- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الصحيح، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار عمران، بيروت، دط، دت.**
- 64- ابن تيمية، منهاج السنة النبوية، تحقيق: محمد رشاد سالم، مؤسسة قرطبة، ط1، دت.**
- 65- الخطابي، أبو سليمان حمد بن محمد البستي، معالم السنن شرح سنن أبي داود، خرجه وراجعه: محمد محمد تامر، شركة القدس للتصدير، القاهرة، ط1، 1428هـ-2007م.**
- 66- الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد، التلخيص، مطبوع بهامش المستدرک للحاكم النيسابوري، دار الكتاب العربي، بيروت، د ط، دت.**
- رابعاً/- مراجع في الحديث النبوي الشريف**
- 67- الألباني، محمد ناصر الدين بن الحاج نوح، صحيح سنن أبي داود، مكتبة المعارف، الرياض، ط1، 1419هـ-1998م.**
- 68-،، صحيح سنن ابن ماجه، مكتب التربية العربي لدول الخليج، الرياض، ط3، 1408هـ-1988م.**
- 69-،، إرواء الغليل في تخريج احاديث منار السبيل، إشراف: محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1399هـ-1979م.**
- 70-،، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، مكتبة المعارف، الرياض، ط1، 1412هـ-12992م.**

خامساً/- الفقه الإسلامي

أ/- مصادر في القضاء الإسلامي والسياسة الشرعية

- 71-** ابن الأزرق، أبو عبد الله محمد بن علي بن محمد الأصبحي الغرناطي، بدائع السلك في طبائع الملك، تحقيق: علي سامي النشار، الدار العربية للموسوعات، بيروت، ط1، 1427هـ-2006م.
- 72-** الأسيوطي، شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ-1996م.
- 73-** الأقفهسي، ابن العماد شهاب الدين أحمد بن عماد بن محمد المصري الشافعي، توقيف الحكام على غوامض الأحكام، تحقيق: نصير خضر سليمان الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1426هـ-2005م.
- 74-** الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف الأندلسي، فصول الأحكام و بيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام، تحقيق: محمد أبو الأحنفان، مكتبة التوبة، الرياض، بالاشتراك مع دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1422هـ-2002م.
- 75-** ابن أبي الدم، شهاب الدين أبو إسحاق إبراهيم الحموي الشافعي، أدب القضاء، المسمى: الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات، تحقيق: محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط2، 1402هـ-1982م.
- 76-** ابن أبي الدم، شهاب الدين إبراهيم عبد الله، الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات، المشهور بأدب القضاء، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1407هـ-1987م.
- 77-** ولي الدين العراقي، أبو زرعة أحمد بن عبد الرحيم بن الحسين الكردي: «رسالة الحكم بالصحة والحكم بالموجب»، تحقيق: محمد سعود المعيني، مجلة كلية التربية، جامعة البصرة، ع:7، س:4، 1982م.
- 78-** الونشريسي، أحمد بن يحيى، الولايات، تحقيق: يحيى حمزة عبد القادر الوزنة، عالم المعرفة، الجزائر، دط، 2011م.
- 79-** وكيع، محمد بن خلف، أخبار القضاة، عالم الكتب، بيروت، د ط ، دت.
- 80-** ابن أبي زمنين، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عيسى الأندلسي، منتخب الأحكام، تحقيق: محمد حماد، منشورات مركز الدراسات و الأبحاث وإحياء التراث، سلسلة نوادر التراث (5) ، الرابطة المحمدية للعلماء، المملكة المغربية، دار الأمان، الرباط، ط1، 1430هـ-2009م.
- 81-** الحسام الشهيد، عمر بن عبد العزيز، شرح أدب القاضي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني- أبو بكر محمد الهاشمي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ-1994م.
- 82-** الطليطلي، أحمد بن خلف بن وصول، منتخب الأحكام وبيان ما عمل من سير الحكام، تقديم وتحقيق: حميد لحمز، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1429هـ-2008م.

- 83- الطرابلسي، علاء الدين علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام،** ومطبوع بهامشه لسان الحكام لابن الشحنة الحنفي، دار الفكر، بيروت، د ط، 1402هـ-1982م.
- 84- الطرطوشي، أبو بكر محمد بن الوليد الفهري، سراج الملوك،** تحقيق: محمد فتحي أبوبكر، تقديم: شوقي ضيف، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، ط2، 1427هـ-2006م.
- 85- أبو يعلى الفراء، محمد بن الحسين، الأحكام السلطانية،** تصحيح: محمود حسن، دار الفكر، بيروت، دط، 1414هـ-1994م.
- 86- الكافي، محمد بن يوسف، إحكام الأحكام على تحفة الحكام،** شرح و تعليق: مأمون بن يحيى الدين الحنان، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.
- 87- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد حبيب البصري، أدب القاضي،** تحقيق: يحيى هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1391هـ-1971م.
- 88- ، الأحكام السلطانية و الولايات الدينية،** خرج أحاديثه و علق عليه: خالد عبد اللطيف السبع العلمي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1420 هـ-1999م.
- 89- ، نصيحة الملوك،** تحقيق: خضر محمد خضر، دار الفلاح، الكويت، ط1، 1403 هـ-1983م.
- 90- ميارة، أبو عبد الله محمد بن أحمد الفاسي، فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق،** تحقيق: رشيد البكاري، رسالة ماجستير، المكتبة العصرية، بيروت، 1429هـ-2008م.
- 91- ميارة، محمد بن أحمد، الإتقان و الإحكام في شرح تحفة الحكام،** دار الفكر، بيروت، دط، دت.
- 92- منلا خسرو، محمد بن فراموز، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام،** مطبوع بهامشه: غنية ذوي الأحكام للشرنبلالي، مير محمد كتب خانة، كراچي، دط، دت.
- 93- بن مغيث الطليلي، أحمد بن محمد، المقنع في علم الشروط،** وضع حواشيه: ضحى الخطيب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ-2000م.
- 94- النباهي، أبو الحسن علي بن عبد الله بن الحسن المالغي الأندلسي، المرقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا.** المشهور ب: تاريخ قضاة الأندلس، تقديم و ضبط و شرح: صلاح الدين الهواري، المكتبة العصرية، صيدا-بيروت، ط1، 1426هـ-2006م.
- 95- السبكي تقي الدين، أبو الحسن علي بن عبد الكافي: «رسالة القول الموعب في القضاء بالموجب»،** تحقيق: علي بن إبراهيم القصير، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، مجلة علمية محكمة فصلية متخصصة في الفقه الإسلامي، س: 16، ع: 64، رجب- شعبان-رمضان 1425هـ/ سبتمبر (أيلول)- أكتوبر (تشرين الأول)- نوفمبر (تشرين الثاني) 2004م.
- 96- ابن سهل، أبو الأصبع عيسى، ديوان الأحكام الكبرى،** أو النوازل و الأعدام، تحقيق: رشيد النعيمي، شركة الصفحات الذهبية المحدودة، الرياض، ط1، 1417هـ-1997م.

- 97- ابن سلمون، أبو محمد عبد الله بن عبد الله بن علي الكناني، العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود و الأحكام، مطبوع بهامش تبصرة الحكام لابن فرحون، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.
- 98- السمناني، أبو القاسم علي بن محمد، روضة القضاة وطريق النجاة، تحقيق: صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، بالاشتراك مع دار الفرقان، عمان، ط2، 1404هـ-1984م.
- 99- السروجي، أبو العباس شمس الدين أحمد بن إبراهيم بن عبد الغني، أدب القضاء، تحقيق ودراسة: صديقي بن محمد ياسين، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م.
- 100- ابن عبد الرؤوف، أحمد بن عبد الله القرطبي، آداب الحسبة و المحتسب، تحقيق: فاطمة الإدريسي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1425هـ-2005م.
- 101- ابن عبد الرفيع، أبو إسحاق إبراهيم بن حسن، معين الحكام على القضايا والأحكام، تحقيق: محمد بن قاسم بن عياد، دار الغرب الإسلامي، بيروت، د ط، 1989م.
- 102- ابن فرج القرطبي، أبو عبد الله، أفضية رسول الله ﷺ، تعليق: عبد المعطي قلعجي، دار الوعي، حلب، ط2، 1982م.
- 103- ابن فرحون، أبو الوفاء برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد المدني، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، خرج أحاديثه وعلق عليه وكتب حواشيه: الشيخ مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ-1995م.
- 104- ابن القاص، أبو العباس أحمد الطبري، أدب القاضي، تحقيق: أحمد فريد الزبيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1428هـ-2007م.
- 105- ابن قاضي سماونة، محمود بن إسرائيل، جامع الفصولين، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر الحمية، ط1، 1300هـ.
- 106- ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية - أو الفراسة المرضية في السياسة الشرعية، تحقيق: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ-1995م.
- ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، إشراف: بكر بن عبد الله أبوزيد، آثار ابن قيم الجوزية و ما لحقها من أعمال رقم (9)، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، ط1، 1428هـ.
- 107- القلقشندي، أحمد بن عبد الله، مآثر الإنافة في معالم الخلافة، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج، عالم الكتب، بيروت، 1427هـ-2006م.

- 108- -، صبح الأعشى في صناعة الإنشا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1429هـ-2009م.
- 109- بن قطلوبغا، قاسم، موجبات الأحكام وواقعات الأيام، تحقيق: محمد سعود المعيني، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1983م.
- 110- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق: أبو بكر عبد الرزاق، المكتب الثقافي، القاهرة، ط1، 1989م.
- 111- ابن الشحنة، أبو الوليد إبراهيم بن أبي اليمن محمد بن أبي الفضل، لسان الحكام في معرفة الأحكام، مطبوع مع معين الحكام للطرابلسي، دار الفكر، بيروت، دط، 1402هـ-1982م.
- 112- الشيزري، عبد الرحمان بن نصر، نهاية الرتبة في طلب الحسبة، تحقيق: السيد الباز العريني، دار الثقافة، بيروت، ط2، 1401هـ-1981م.
- 113- الشرنبلالي، حسن بن عمار بن علي الوفاي، غنية ذوي الأحكام في بغية درر الحكام، مطبوع بمامش الدرر الحكام لمنلا خسرو، مير محمد كتب خاتنة، كراچي، دط، دت.
- 114- الرشيدى، محمد صالح بن عبد الفتاح بن إبراهيم الجارم الحنفي، المجاني الزهرية على الفواكه البدرية، مطبوع مع الفواكه البدرية لابن الغرس، مطبعة النيل، القاهرة، دط، دت.
- 115- التاودي، أبو عبد الله محمد، حلي المعاصم لفكر بن عاصم، مطبوع بمامش البهجة للتسولي، دار الفكر، بيروت، دط، 1416هـ-1996م.
- 116- التجيبي، محمد بن أحمد بن عبدون، رسالة في القضاء و الحسبة، تحقيق: فاطمة الإدريسي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1430هـ-2009م.
- 117- ابن تيمية، الحسبة في الإسلام- أو وظيفة الحكومة الإسلامية، تحقيق: الشيخ إبراهيم رمضان، دار الفكر اللبناني، بيروت، ط1، 1992م.
- 118- التمرتاشي، أبو صالح محمد بن عبد الله، مسعفة الحكام على الأحكام، تحقيق: سامر مازن القبج، دار الفتح، عمان، ط1، 1428هـ-2007م.
- 119- التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة: تحفة الحكام لابن عاصم، و بحاشيته حلي المعاصم للتاودي، دار الفكر، بيروت، دط، 1416هـ-1996م.
- 120- الغزي، أبو الروح عيسى بن عثمان، معين الحكام على معرفة الأحكام، تحقيق: رغدان مجيد محمد الهيتي، سلسلة إحياء التراث الإسلامي(92)، مركز البحوث و الدراسات الإسلامية، ديوان الوقف السني، جمهورية العراق، ط1، 1430هـ-2009م.
- 121- الغزي، أبو الروح عيسى بن عثمان، أدب القضاء، تم الإعداد و التحقيق بمركز الدراسات و البحوث بمكتبة نزار مصطفى الباز، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة - الرياض، ط1، 1417هـ-1996م.

- 122-** ابن العرس، محمد بن محمد بن خليل الحنفي، الفواكه البدرية في البحث عن أطراف القضية الحكمية، مطبوع مع المجاني الزهرية للرشيدي، مطبعة النيل، القاهرة، دط، دت.
- 123-** الثميني، حياء الدين عبد العزيز بن الحاج ابراهيم، الورد البسام في رياض الاحكام، تحقيق: محمد بن صالح الثميني، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، مطبعة عيسى البابي الحلبي و شركاه، القاهرة، دط، دت.
- 124-** ابن خلدون، ولي الدين عبد الرحمن بن محمد، مزيل الملام عن حكام الآنام، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الوطن، الرياض، ط1، 1417هـ.
- 125-** الخصاف، أبو بكر أحمد بن عمر، أدب القاضي، مطبوع مع شرح أدب القاضي للحسام الشهيد، تحقيق: الشيخ أبو الوفا الأفغاني - أبو بكر محمد الهاشمي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ-1994م.
- 126-** الخشني، أبو عبد الله محمد بن الحارث القروي، قضاة قرطبة، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتب الإسلامية، دار الكتاب المصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ط2، 1410هـ-1989م.
- ب/- الفقه الحنفي**
- 127-** البابرتي، أكمل الدين محمد بن محمود، شرح العناية على الهداية، مطبوع بهامش شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، د ط، دت.
- 128-** ابن البزاز، محمد بن شهاب الكردي، الجامع الوجيز، المسمى: الفتاوى البزازية، مطبوع بهامش الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4، 1406هـ-1986م.
- 129-** داماد أفندي، عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، بعناية: خليل عمران منصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ-1998م.
- 130-** ابن الهمام، كمال الدين بن عبد الواحد، شرح فتح القدير على الهداية، دار الفكر، بيروت، دط، دت.
- 131-** الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط1، 1313هـ.
- 132-** الحصفكي، علاء الدين محمد بن علي، الدر المنتقى في شرح الملتقى، بعناية: خليل عمران منصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ-1998م.
- 133-** -، الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه أبي حنيفة النعمان، مطبوع مع حاشية رد المختار لابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ط2، 1399هـ-1979م.

- 134- الكاساني، أبو بكر علاء الدين بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1402هـ-1982م.**
- 135- بن مودود الموصللي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، تعليق: الشيخ محمود أبو دقيقة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، دت.**
- 136- المرغيناني، برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1410هـ-1990م.**
- 137- الميداني، عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الحديث، حمص، ط4، 1399هـ-1979م.**
- 138- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط2، دت.**
- 139- ، الرسائل الزينية في مذهب الحنفية، المسماة: رسائل ابن نجيم الاقتصادية، دراسة و تحقيق: مركز الدراسات الفقهية و الاقتصادية: محمد أحمد سراج، علي جمعة محمد، دار السلام، القاهرة، ط2، 1427هـ-2006م.**
- 140- ابن نجيم سراج الدين، عمر بن إبراهيم الحنفي، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1422هـ-2002م.**
- 141- النسفي، نجم الدين أبي حفص عمر بن محمد، طلبية الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، ضبط و تعليق و تخریج: خالد عبد الرحمان العك، دار النفائس، بيروت، ط3، 1431هـ-2010م.**
- 142- النسفي، نجم الدين أبي حفص عمر بن محمد، كنز الدقائق، مطبوع مع البحر الرائق لابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط2، دت.**
- 143- نظام، الشيخ وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4، 1406هـ-1986م.**
- 144- السمرقندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1414هـ-1993م.**
- 145- السرخسي، أبو بكر محمد بن أبي سهل شمس الدين، كتاب المبسوط، تصنيف: خليل الميس، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1986م.**
- 146- السغدني، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد، التنف في الفتاوى، تحقيق: صلاح الدين الناهي، رئاسة ديوان الأوقاف، جمهورية العراق، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1976م.**
- 147- ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، بيروت، ط2، 1399هـ-1979م.**

- 148- ابن عابدين، محمد أمين ، منحة الخالق على البحر الرائق، مطبوع بهامش البحر الرائق لابن نجيم، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م.
- 149- ، شرح المنظومة المساة ب: عقود رسم المفتي- ضمن: مجموعة رسائل ابن عابدين، د م ن.
- 150- ، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية في الفقه الحنفي، اعتنى به: محمد عثمان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2008م.
- 151- العيني، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ط2، 1411هـ-1990م.
- 152- قاضيخان، فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندي، الفتاوى، مطبوع بهامش الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4، دت.
- 153- القدوري، أبو الحسين أحمد بن محمد البغدادي الحنفي، الكتاب، مطبوع مع اللباب للميداني، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت، دط، 1413هـ-1993م.
- 154- القونوي، قاسم بن عبد الله الروحي الحنفي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تعليق: يحيى مراد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ-2004م.
- 155- الشلبي، حاشية الشلبي على تبين الحقائق للزيلعي، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، دط، دت.
- 156- الغنيمي، عبد الغني الدمشقي، اللباب في شرح الكتاب، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، 1413هـ-1993م.
- ج /- الفقه المالكي
- 157- الآبي، صالح عبد السميع الأزهرى، جواهر الإكليل على مختصر الإمام خليل، المكتبة الثقافية، بيروت، دط، ط ت.
- 158- البناني، محمد بن الحسن، حاشية البناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، د ط، دت.
- 159- ابن جزى، محمد بن أحمد بن محمد الكلبي، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت، د ط، 1979م.
- 160- الجعلي، عثمان بن حسنين بري، سراج السالك شرح أسهل المسالك، قصر الكتاب، البلدية، دط، دت.
- 161- الدردير، أبو البركات سيدي أحمد محمد العدوي، الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، ، بيروت، ط1، 1417هـ-1996م.
- 162- ، أقرب المسالك لمذهب مالك، مكتبة رحاب، الجزائر، دط، دت.

- 163-** —، الشرح الصغير، مطبوع مع بلغة السالك للصاوي، ضبط و تصحيح: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ-1995م.
- 164-** المونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى، المعيار المعرب و الجامع المغرب عن فتاوى علماء افريقية والأندلس و المغرب، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، دط، دت.
- 165-** ابن أبي زيد القيرواني، أبو محمد عبد الله عبد الرحمن النفري القيرواني، الرسالة، بعناية: نصر سلمان، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، دط، 2003م.
- 166-** ابن أبي زيد القيرواني، أبو محمد عبد الله عبد الرحمن النفري القيرواني، النوادر و الزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق: محمد الأمين بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1999م.
- 167-** زروق، أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي، حاشية على متن الرسالة، و مطبوع بمامشه شرح ابن ناجي، المطبعة الجمالية، مصر، 1333هـ-1914م.
- 168-** الزرقاني، عبد الباقي بن يونس بن أحمد، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، دط، دت.
- 169-** ابن الحاجب، جمال الدين بن عمر المالكي، جامع الأمهات، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخطري، اليمامة للطباعة و النشر و التوزيع، دمشق - بيروت، ط1، 1419هـ-1998م.
- 170-** الحطّاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ-1992م.
- 171-** الحطّاب، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: أحمد جاد، شركة القدس للتجارة، القاهرة، ط1، 1429هـ-2008م.
- 172-** أبو الحسن المالكي، علي بن محمد ابن خلف المنوفي المصري، كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية، بيروت، دط، دت.
- 173-** الكشناوي، أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، ضبط وتصحيح: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ-1995م.
- 174-** مالك، بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن قاسم، ومعها مقدمات ابن رشد للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ-1994م.

- 175- أبو المطرف، عبد الرحمان بن القاسم الشعبي المالقي، الأحكام، تقديم وتحقيق: الصادق الحلوي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1992م.
- 176- ابن المواق، أبو عبد الله محمد بن يوسف، التاج و الإكليل لمختصر خليل، مطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب، ضبطه وخرج آياته و أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار عالم الكتب، الرياض، دط، دت.
- 177- ابن ناجي، قاسم بن عيسى التنوخي القروي، شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، و مطبوع بهامشه شرح زروق، المطبعة الجمالية، مصر، 1333هـ-1914م.
- 178- النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، ضبط و تخريج: عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م.
- 179- ابن عاصم، أبو بكر محمد الأندلسي الغرناطي، متن العاصمية-المسمى، تحفة الحكام، في نكت العقود و الأحكام، الناشر الحاج محمد طايحي، دط، دت.
- 180- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1413هـ-1992م.
- 181- عُليش، أبو عبد الله محمد بن أحمد، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، وبهامشه حاشيته المسماة تسهيل منح الجليل، دار صادر، بيروت، دط، دت.
- 182-، فتح العلي المالكي في الفتوى مذهب الإمام مالك، مطبوع بهامش تبصرة الحكام لابن فرحون، دار المعرفة، بيروت، دط، دت.
- 183- الصاوي، أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، مطبوع بهامش الشرح الصغير للدردير، ضبط و تصحيح: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ-1995م.
- 184- القاضي عبد الوهاب، أبو محمد علي بن نصر المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة أبي عبد الله مالك بن أنس إمام دار الهجرة، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1998م.
- 185- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م.
- 186- ابن راشد، أبو عبد الله محمد بن عبد الله البكري القفصي المالكي، كتاب لباب اللباب في بيان ما تضمنته أبواب الكتاب من الأركان والشروط و الموانع و الأسباب، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، دط، دت.

- 187- الرصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة الموسوم ب: الهداية الكافية الشافية**
 لبيان حقائق ابن عرفة الوافية، القدس للنشر و التوزيع، القاهرة، ط1، 1430هـ-2009م.
- 188- ابن رشد (الجد)، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل**
 في مسائل المستخرجة، تحقيق: محمد الحياي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1408هـ-1988م.
- 189- ، المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات**
 المحكمات لأمّهات مسائلها المشكلات، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت،
 ط1، 1408هـ-1988م.
- 190- ، فتاوى ابن رشد، تقديم وجمع: المختار بن الطاهر التليلي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1،**
 1407هـ-1987م.
- 191- ابن رشد (الحفيد)، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تصحيح:**
 خالد العطار، دار الفكر، بيروت، د ط، 1421هـ-2001م.
- 192- ابن شاس، جلال الدين عبد الله بن نجيم، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق:**
 محمد أبو الأجنان، عبد الحفيظ منصور، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1415هـ-1995م.
- 193- خليل، أبو المودة ابن أسحاق الجندي، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب،**
 ضبطه وصححه: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات و خدمة التراث للطباعة و النشر
 والدراسات، دم ن، دط، 1429هـ-2008م.
- 194- ، المختصر في فقه مالك بن أنس، صححه وعلق عليه: الشيخ الطاهر أحمد الزواوي، دار المدار**
 الإسلامي، بيروت، ط2، 2004م.
- 195- الخشني، محمد بن حارث، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، تحقيق: محمد**
 الحدوب وآخرون، الدار العربية للكتاب، بيروت، بالاشتراك مع المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دم ن، دط،
 دت.
- 196- الخرخشي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، شرح على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت،**
 دط، دت.

د -/ الفقه الشافعي

- 197- البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر، تحفة الحبيب على شرح الخطيب - المشهور ب: حاشية**
 البجيرمي على الخطيب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ-1996م.
- 198- البضاوي، عبد الله بن عمر، الغاية القصوى في دراية الفتوى، دراسة وتحقيق: علي محيي الدين**
 علي القره داغي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 1429هـ-2009م.

- 199- البغوي، أبو الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق:** الشيخ عادل أحمد عبد الموجود - الشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ-1997م.
- 200- ابن هبيرة، عون الدين أبو المظفر يحيى بن محمد، الإفصاح عن معاني الصحاح، تحقيق:** أبو عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، تقديم: كمال عبد العظيم العناني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ-1996م.
- 201- ابن حجر الهيتمي، أبو العباس أحمد بن حجر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، مطبوع على هامش حواشي الشرواني وابن القاسم العبادي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ط، دت.**
- 202- ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد بن محمد، الفتاوى الكبرى الفقهية، دار الفكر، بيروت، دط، 1403هـ-1983م.**
- 203- الحصني، تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني الدمشقي، كفاية الأختار في حل غاية الاختصار، تحقيق وتعليق: الشيخ كامل محمد محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، 1422هـ-2001م.**
- 204- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، الحاوي الكبير، تحقيق: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، تقديم و تقرظ: محمد بكر اسماعيل - عبد الفتاح أبو سنة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ-1994م.**
- 205- المغربي الرشيدي، أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد، حاشية على نهاية المحتاج للرملي، دار إحياء التراث العربي، بالاشتراك مع مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ط2، 1413هـ-1993م.**
- 206- زكريا الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية، للإمام عمر بن مظفر بن عمر بن الوردية المتوفى سنة 749هـ، ضبط وتخرّيج: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م.**
- 207-،، منهج الطلاب في فقه الإمام الشافعي - رضي الله عنه، وضع حواشيه: صلاح بن محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ-1997م.**
- 208-،، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1998م.**
- 209-،، روض الطالب مع شرح أسنى المطالب، تحقيق: محمد مطرجي، دار الفكر، بيروت، ط1، 1428هـ-1429هـ-2008م.**
- 210- الكوهجي، عبد الله بن الشيخ حسن الحسن، زاد المحتاج بشرح المنهاج، تحقيق:** عبد الله إبراهيم الأنصاري، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، دط، 1409هـ-1988م.
- 211- المحلي، جلال الدين أحمد بن محمد، كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، وبهامشه حاشيتا القليوبي و عميرة، المكتبة العصرية، بيروت - صيدا، ط1، 1428هـ-2008م.**

- 212- -، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، بيروت، د ط، دت.
- 213- -، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود- الشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، ط خاصة، 1423هـ-2003م.
- 214- -، المنهاج، مطبوع مع مغني المحتاج للخطيب الشربيني، دراسة و تحقيق: علي محمد معوض- عادل أحمد عبد الموجود، تقديم: محمد بكر إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ-1995م.
- 215- أبو نعيم الأصفهاني، أحمد بن عبد الله، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.
- 216- السبكي، أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي، فتاوى السبكي، تحقيق: حسام الدين القدسي، دار الجيل، بيروت، ط1، 1412هـ-1992م.
- 217- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، الحاوي للفتاوى، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، 1408هـ-1988م.
- 218- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان، منتقى ينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع، مطبوع بامش روضة الطالبين للنووي، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 1423هـ-2003م.
- 219- عميرة، شهاب الدين أحمد البرلسي (957هـ)، حاشية على شرح كنز الراغبين، لجلال الدين المحلي، ومعه حاشية القليوبي، المكتبة العصرية، بيروت - صيدا، ط1، 1428هـ-2008م.
- 220- القليوبي، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة (1069هـ)، حاشية على شرح كنز الراغبين، لجلال الدين المحلي، ومعه حاشية عميرة، المكتبة العصرية، بيروت - صيدا، ط1، 1428هـ-2008م.
- 221- الروياني، أبو المحاسن عبد الواحد بن اسماعيل، بحر المذهب في فروع مذهب الإمام الشافعي، حققه وعلق عليه: أحمد عزو عناية الدمشقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1423هـ-2002م.
- 222- الرملي، شمس الدين بن محمد بن أبي الحسن، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، د ط، 1404هـ-1984م.
- 223- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بالاشتراك مع مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ط2، 1413هـ-1993م.
- 224- الرملي، أبو العباس أحمد، حاشية على أسنى المطالب، تحقيق: محمد مطرجي، دار الفكر، بيروت، ط1، 1428هـ-1429هـ-2008م.

225- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، تصحيح: محمد زهري النجار، دار المعرفة، بيروت، دط، دت.

226- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز آبادي، المذهب في فقه الإمام الشافعي رضي الله عنه، وبذيله: النظم المستعذب في شرح غريب المذهب لمحمد بن أحمد بن بطال الركي اليمني، ضبط و تصحيح ووضع الحواشي: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ-1995م.

227- —، التنبيه في فقه الإمام الشافعي رضي الله عنه، إعداد: عماد الدين أحمد حيدر، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1403هـ-1983م.

228- الشرواني، حاشية على تحفة المحتاج، مطبوع على هامش التحفة لابن حجر، دار إحياء التراث العربي، دط، دت.

229- الشرقاوي، عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الشافعي الزهري، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب لأبي زكريا الأنصاري، دار الفكر، دط، 1426هـ-1427هـ-2006م.

230- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الطوسي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، المكتبة العصرية، بيروت.

231- —، الوسيط في المذهب، وبهامشه: التنقيح في شرح الوسيط للنووي؛ وشرح مشكل الوسيط لابن الصلاح؛ وشرح مشكلات الوسيط للحموي؛ وتعليقة موجزة على الوسيط لابن أبي الدم، وكلها تنشر لأول مرة، حققه و علق عليه: محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417هـ-1997م.

232- الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد، معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دراسة و تحقيق و تعليق: الشيخ علي محمد عوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، تقديم: محمد بكر إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ-1994م.

233- —، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دراسة و تحقيق و تعليق: الشيخ علي محمد عوض-الشيخ عادل أحمد عبد الموجود. تقديم: محمد بكر إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.

هـ -/ الفقه الحنبلي

234- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات المسمى: دقائق أولى النهي لشرح المنتهى، دار الفكر، بيروت، دط، دت.

235- —، الروض المربع بشرح زاد المستنقع، خرج أحاديثه: فارس بن فتحي بن إبراهيم، دار ابن الهيثم، القاهرة، ط1، 1427هـ-2006م.

236- البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، مطبوع بهامش الإقناع للبهوتي، تحقيق: أبو عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م.

- 237- ابن البناء، أبو علي الحسن بن أحمد، **المقنع في شرح المختصر الخرقى**، تحقيق ودراسة: عبد العزيز بن سليمان بن إبراهيم البعيمي، مكتبة الرشد، الرياض، ط2، 1415هـ-1994م.
- 238- **البعلي**، علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد، **الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية**، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، 1421هـ-2000م.
- 239- **الزركشي**، شمس الدين محمد بن عبد الله، **شرح الزركشي على مختصر الخرقى في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق: عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 1413هـ-1993م.
- 240- **الحجاوي**، موسى بن أحمد، **الإقناع**، مطبوع مع كاف القناع للبهوتي، تحقيق: أبو عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م.
- 241- **ابن مفلح**، أبو عبد الله محمد، **الفروع**، مراجعة: عبد الستار أحمد فراج، عالم الكتب، بيروت، ط4، 144هـ-1984م.
- 242- **ابن مفلح**، أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد، **المبدع شرح المقنع**، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م.
- 243- **المرداوي**، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان السعدي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق: أبو عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م.
- 244- **—**، **تصحيح الفروع**، مطبوع بهامش الفروع لابن مفلح، مراجعة: عبد الستار أحمد فراج، عالم الكتب، بيروت، ط4، 1405هـ-1985م.
- 245- **ابن النجار**، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحى، **منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات**، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1419هـ-1999م.
- 246- **ابن قدامه المقدسي**، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد، **المغني**، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي- عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط4، 1419هـ-1999م.
- 247- **—**، **الكافي**، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية و الإسلامية بدار هجر، دار هجر، الرياض، ط1، 1418هـ-1997م.
- 248- **—**، **المقنع**، مطبوع مع المبدع لابن مفلح، تحقيق: محمد حسن محمد حسين إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م.

249- ابن قيم الجوزية، إغائة اللفهان في حكم طلاق الغضبان، تحقيق: عبد الرحمان بن حسن بن قائد، إشراف: بكر بن عبد الله أبو زيد، آثار الإمام ابن قيم الجوزية وما لحقها من أعمال (6)، دار عالم الفوائد، د.م.ن.

250- شمس الدين بن قدامة المقدسي، أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد، الشرح الكبير على المقنع لموفق ابن قدامة المقدسي، مطبوع بهامش المغني لابن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.

251- ابن تيمية (الجد)، مجد الدين أبو البركات عبد السلام، المحرر في الفقه، تحقيق: عبد العزيز بن صالح الطويل - أحمد بن عبد العزيز الجماز، دار بن حزم، بيروت، بالاشتراك مع دار أطلس الخضراء، الرياض، ط1، 1429هـ-2008م.

252- ابن تيمية (الحفيد)، تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمان بن محمد بن قاسم بمساعدة ابنه محمد، أشرف على الطباعة والإخراج المكتب التعليمي السعودي بالمغرب، مكتبة المعارف، الرباط، دط، دت.

253- ابن ضويان، ابراهيم بن محمد بن سالم، منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام المجلد أحمد بن حنبل، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق - بيروت، ط5، 1402هـ-1982م.

و /- الفقه الظاهري

254- ابن حزم، أبو محمد علي أحمد بن سعيد الأندلسي، المحلى، دار الفكر، بيروت د ط، دت.

255- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد سعيد، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، ومعه: نقد مراتب الإجماع لابن تيمية، بعناية: حسن أحمد اسبي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1419هـ-1998م.

ز /- الفقه الزيدي

256- المهدي، مختصر الأزهار، مطبوع مع كتاب الصنعاني التاج المذهب، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، دط، 1414 هـ-1993م.

257- ابن المرتضى، أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، تحقيق: عبد الله محمد الصديق - عبد الحفيظ سعيد، مؤسسة الرسالة، بيروت، بالاشتراك مع دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، دط، دت.

258- الصنعاني، أحمد بن قاسم العنسي اليماني، التاج المذهب لحكام المذهب شرح متى الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، دط، 1414 هـ-1993م.

- 259- **الصنعاني**، شرف الدين الحسين بن أحمد الحيمي، **الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير**، دار الجليل، بيروت، دط، دت.
- 260- **الشوكاني**، محمد بن علي بن محمد، **السيبل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار**، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، لجنة إحياء التراث الإسلامي، القاهرة، دط، 148هـ-1988م.
- 261- **الدراري المضية شرح الدرر البهية**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1407هـ-1987م.
- سادسا/- مصادر في مقاصد الشريعة الإسلامية**
- 262- **الشاطبي**، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي، **الموافقات في أصول الشريعة**، شرحه و كشف مراميه، و خرج أحاديثه: عبد الله دراز، اعتناء: إبراهيم العجوز، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1415هـ-1994م.
- 263- **ابن عبد السلام**، عز الدين عبد العزيز، **القواعد الكبرى المسمى: قواعد الأحكام في مصالح الآنام**، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1424هـ-2003م.
- 264- **ابن قيم الجوزية**، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، **أعلام الموقعين عن رب العالمين**، تحقيق: عصام فارس الحرستاني، تخريج الأحاديث: حسان عبد المنان، دار الجليل، بيروت، ط1، 1419هـ-1998م.
- 265- **ابن قيم الجوزية**، **بدائع الفوائد**، تحقيق: صالح اللحام- خلدون خالد، دار ابن حزم، بيروت، دط، 1432هـ-2011م.
- 266- **الراغب الأصفهاني**، أبو الحسين القاسم بن محمد المفضل، **تفصيل النشأتين وتحصيل السعادتين**، تحقيق: عبد المجيد النجار، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1408هـ-1988م.
- سابعا/- مصادر في أصول الفقه**
- 267- **أمير بادشاه**، محمد أمين، **تيسير التحرير**، دار الفكر، بيروت، دط. دت.
- 268- **الإسنوي**، جمال الدين أبو محمد بن الحسن، **التمهيد في تخريج الفروع على الأصول**، تحقيق: محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1407هـ-1987م.
- 269- **الآمدي**، سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي محمد، **الإحكام في أصول الأحكام**، دار الفكر، بيروت، دط، 1424هـ-2003م.
- 270- **الباجي**، أبو الوليد، سليمان بن خلف، **المنهاج في ترتيب الحجاج**، تحقيق: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1987م.
- 271- **إحكام الفصول في أحكام الأصول**، تحقيق: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1407هـ-1986م.
- 272- **البزدوي**، فخر الإسلام، **أصول الفقه**، مطبوع مع كشف الأسرار للبخاري، وضع حواشيه: عبد الله محمود عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م.

- 273-** البروي، محمد بن محمد الشافعي (ت567هـ)، المقترح في المصطلح، تحقيق: شريفة بنت علي بن سليمان الحوشاني، دار الوراق، دار النيبس، بيروت، الرياض، ط1، 1424هـ-2004م.
- 274-** البناني، حاشية على شرح المحلي لجمع الجوامع، دار الفكر، بيروت، 1420هـ-2000م.
- 275-** البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، وضع حواشيه: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م.
- 276-** الجويني، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله، البرهان في أصول الفقه، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1412هـ-1992م.
- 277-** الونشريسي، أحمد بن يحيى، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، دراسة و تحقيق: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1427هـ-2006م.
- 278-** الزنجاني، أبو المناقب شهاب الدين محمود بن أحمد المتوفى سنة 656هـ، تخريج الفروع على الأصول، تحقيق: محمد أديب صالح، مكتبة العبيكان، الرياض، ط2، 1427هـ-2006م.
- 279-** الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي، البحر المحيط في أصول الفقه، قام بتحريه: عمر سليمان الأشقر، مراجعة: عبد الستار أبو غدة، محمد سفيان الأشقر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط2، دار الصفوة، الغردقة، الكويت، ط2، 1413هـ-1993م.
- 280-** الزركشي، تشنيف المسامع بجمع الجوامع، لتاج الدين السبكي، دراسة وتحقيق: سيد عبد العزيز- عبد الله ربيع، مكتبة قرطبة، القاهرة، ط2، 2006م.
- 281-** ابن الحاجب، أبو عمرو عثمان، مختصر المنتهى الأصولي، مطبوع مع شرح عضد الملة و الدين و حاشيتا التفتازاني و الجرحاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1403هـ-1983م.
- 282-** —، منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول و الجدل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ-1985م.
- 283-** ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، الأحكام في أصول الأحكام، تحقيق: محمد بيومي، دار الغد الجديد، القاهرة-المنصورة، ط1، 1430هـ-2009م.
- 284-** أبو الحسين البصري، محمد بن علي بن الصعيب، المعتمد في أصول الفقه، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1403هـ.
- 285-** الطوفي، نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد، البلبل في أصول مذهب الإمام أحمد بن حنبل - المشهور بـ: شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، توزيع وزارة الشؤون الإسلامية و الأوقاف و الدعوة و الإرشاد، المملكة العربية السعودية، ط2، 1419هـ-1998م.

286- الكوراني، أحمد بن إسماعيل بن عثمان، الدرر اللوامع في شرح جمع الجوامع، تحقيق: إلياس قبلان التركي، دار صادر، بيروت، مكتبة الإرشاد، استانبول، ط1، 1428هـ-2007م.

287- الكرخي، أبو الحسن عبيد الله بن الحسين الحنفي، رسالة في الأصول، مطبوعة مع تأسيس النظر لأبي زيد الدبوسي الحنفي، تحقيق وتصحيح: مصطفى محمد القبائي الدمشقي، دار ابن زيدون، بيروت، بالاشتراك مع مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، دط، دت.

288- اللكنوي، عبد العلي محمد بن نظام الدين محمد السهالوي الأنصاري، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، ضبط وتصحيح: عبدالله محمود عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1423هـ-2002م.

289- المحلي، الجلال شمس الدين محمد بن أحمد، شرح متن جمع الجوامع، وبهامشه حاشية العطار، دار الفكر، بيروت، 1420هـ-2000م.

290- الميهوي، حافظ شيخ أحمد المعروف بملاجيون بن أبي سعيد عبد الله، نور الأنوار على المنار، مطبوع مع كشف الأسرار للنسفي، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.

291- المرداوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، التحرير شرح التحرير في أصول الفقه، دراسة وتحقيق: أحمد بن محمد السراج، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1421هـ-2000م.

292- ابن مفلح، أبو عبد الله شمس الدين محمد المقدسي الحنبلي، أصول الفقه، حققه وعلق عليه وقدم له: فهد بن محمد السدحان، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 1420هـ-1999م.

293- ابن النجار، محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح الحنبلي، شرح الكوكب المنير، المسمى ب: مختصر التحرير، أو المختبر المبتكر شرح المختصر في أصول الفقه، تحقيق: محمد الزحيلي، نزيه حماد، مكتبة العبيكان، الرياض، دط، 1413هـ-1993م.

294- النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد حافظ الدين، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار، مطبوع من شرح نور الأنوار للميهوي، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.

295- السبكي، عبد الوهاب تاج الدين، متن جمع الجوامع مع شرح الجلال شمس الدين المحلي، دار الفكر، بيروت، 1420هـ-2000م.

296- السبكي، علي بن عبد الكافي، و ابنه، تاج الدين عبد الوهاب، الإبهاج شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.

297- السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي، جمع الجوامع، وبهامشه حاشية العطار، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.

298- السمعاني، أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار، قواطع الأدلة في الأصول، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م.

- 299- السمرقندي،** علاء الدين شمس النظر أبي بكر محمد بن أحمد، ميزان الأصول في نتائج العقول في أصول الفقه، تحقيق: عبد الملك عبد الرحمان أسعد السعدي، إشراف الأستاذ الدكتور: أحمد فهمي أبو سنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1404هـ-1984م.
- 300- السرخسي،** أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، أصول السرخسي، تحقيق: أبو الوفا الأفعاني، دار الفكر، بيروت، ط1، 1425هـ-1426هـ-2005م.
- 301- عضد الملة،** أبو الفضل عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الغفار الإيجي، شرح مختصر المنتهى الأصولي، مطبوع حاشيتي التفتازاني و الجرحاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1403هـ-1983م.
- 302- ابن عبد الشكور ،** محمد الله البهاري، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، مطبوع مع شرح فواتح الرحموت للكنوي الأنصاري، ضبط وتصحيح: عبدالله محمود عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1423هـ-2002م.
- 303- صدر الشريعة،** عبد الله بن مسعود المحبوبي، التوضيح شرح التنقيح، مطبوع مع التلويح للتفتازاني، بعناية: محمد عدنان درويش، دار الأرقم، بيروت، دط، دت.
- 304- ابن قدامة المقدسي،** موفق الدين عبد الله بن أحمد، روضة الناظر و جنة المناظر عن أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد، تعليق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1428هـ-2007م.
- 305- القرافي،** شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، تنقيح الفصول في علم الأصول، عني به: توفيق عقون، دار البلاغ، الجزائر، ط1، 1424هـ-2003م.
- 306- —،** شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، دار الفكر، بيروت، دط، 1424هـ-2004م.
- 307- —،** نفائس الأصول في شرح المحصول، تحقيق: الشيخ نزار المصطفى الباز، مكة المكرمة، دط.
- 308- الرازي،** فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين، المحصول في علم أصول الفقه، دراسة وتحقيق: طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1412هـ-1992م.
- 309- الشافعي،** محمد بن إدريس، الرسالة، تحقيق: أحمد شاكر، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.
- 310- الشوكاني،** محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ-1999م.
- 311- الشيرازي،** أبو إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز آبادي، شرح اللمع، تحقيق: عبد المجيد التركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1408هـ-1988م.
- 312- الشربيني،** عبد الرحمان، تقرير على شرح جمع جوامع للمحلي، دار الفكر، بيروت، دط، 1420هـ-2000م.

313- التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله، التلويح إلى كشف حقائق التنقيح، مطبوع بهامس التوضيح شرح التنقيح، لصدر الشريعة، ضبط و تخريج: محمد عدنان درويش، دار الأرقم:، بيروت، دط، دت.

314-، حاشية على شرح عضد الملة و الدين على مختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1403هـ-1983م.

315- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفي من علم الأصول، بعناية: ناجي السويد، المكتبة العصرية، بيروت، ط1، 1429هـ-2008م.

316-، المنخول في تعليقات الأصول، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، ط2، 1400هـ-1980م.

317-، المنتخل في الجدل، تحقيق: علي بن عبد العزيز بن علي العميريني، دار الوراق، دار النيبس، بيروت، الرياض، ط1، 1424هـ-2004م.

318- أبو الخطاب، محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوزاني الحنبلي، التمهيد في أصول الفقه، تحقيق: مفيد محمد أبو عمشة و محمد بن علي بن إبراهيم، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، وزارة التعليم العالي، المملكة العربية السعودية، ط1، 1406هـ-1985م.

ثامنًا/- مراجع في أصول الفقه

319- إمام، محمد كمال الدين، أصول الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع مجد، بيروت، ط1، 1416هـ-1996م.

320- بدران، بدران أبو العينين، أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، دط، دت.

321- ابن بدران، عبد القادر، نزهة الخاصر العاطر شرح كتاب روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة المقدسي، ضبط وترجيح: عبد محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.

322-، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تصحيح وتعليق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1401هـ-1982م.

323- الدريني، فتحي، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، ط3، 1429هـ-2008م.

324- الزحيلي، وهبة، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1406هـ-1986م.

325- العنقري، أحمد بن محمد، نقض الاجتهاد - دراسة أصولية-، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1422هـ-2001م.

- 326- الصالح، محمد أديب، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، المكتب الإسلامي، بيروت، ط5، 1429هـ-2008م.**
- 327- الشافعي، أحمد محمود، أصول الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، مصدر سابق، دط، 2002م.**
- 328- شلبي، محمد مصطفى، أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، دط، دت.**
- 329- شلبي، محمد مصطفى، تعليل الأحكام؛ عرض و تحليل لطريقة التعليل و تطوراتها في عصور الاجتهاد و التقليد، دار النهضة العربية، بيروت، دط، 1401هـ-1981م.**
- 330- خلاف، عبد الوهاب، علم أصول الفقه، الزهراء، الجزائر، ط2، 1993م.**
تاسعا /- مصادر في القواعد الفقهية
- 331- الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى، عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع و الفروق، دراسة و تحقيق: حمزة أبو فارس، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1410هـ-1990م.**
- 332- الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي، المنشور في القواعد، تحقيق: تسيير فائق أحمد محمود، مراجعة: عبد الستار أبو غدة، شركة دار الكويت للصحافة، الكويت، ط2، 1405هـ-1998م.**
- 333- الحصري، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن، القواعد، تحقيق: جبريل بن محمد بن حسن البصيلي، مكتبة الرشد، الرياض، شركة الرياض للشر والتوزيع، ط1، 1418هـ-1997م.**
- 334- الحموي، أحمد بن محمد الحنفي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه و النظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ-1985م.**
- 335- المكي، تهذيب الفروق، ضبط و تصحيح: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1998م.**
- 336- ابن الملقن، سراج الدين أبو حفص همر بن علي الأنصاري، قواعد ابن الملقن أو الأشباه و النظائر في قواعد الفقه، تحقيق ودراسة: مصطفى محمود الأزهرى، دار ابن القيم، الرياض بالاشتراك مع دار ابن عфан، القاهرة، ط1، 1431هـ-2010م.**
- 337- المنجور، أحمد بن علي، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، إشراف الدكتور: حماد بن حماد عبد العزيز الحماد، دار عبد الله الشنقيطي للتوزيع و النشر، دم ن، دط، دت.**
- 338- المقرئ، محمد بن محمد بن أحمد أبو عبد الله، القواعد، تحقيق ودراسة: أحمد بن عبد الله بن حميد، مركز إحياء التراث الإسلامي، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، دط، دت.**

339- المقري، محمد بن محمد بن أحمد أبو عبد الله، الكليات الفقهية، تحقيق ودراسة: محمد بن الهادي أبو الأجنان، الدار العربية للكتاب، طرابلس - تونس، دط، 1997م.

340- ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم الحنفي، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ- 1993م.

341- ابن السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي، الأشباه والنظائر، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود - الشيخ علي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ- 1991م.

442- السيوطي، جلال الدين، الأشباه و النظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1426هـ- 2005م.

443- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الفروق أو: أنوار البروق في أنواع الفروق، ضبط و تصحيح: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ- 1998م.

444- ابن رجب الحنبلي، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد، تقرير القواعد وتحرير الفوائد، المشهور ب: بقواعد ابن رجب، تحقيق: أبو عبيدة مشهور حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الرياض، دط، دت.

445- ابن الشاطي، أبو القاسم قاسم بن عبد الله، إدار الشروق على أنواع الفروق، مطبوع لهامش الفروق للقرافي، ضبط و تصحيح: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ- 1998م.

446- التلمساني، أبو العباس أحمد بن يحيى، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، دراسة وتحقيق: الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1427هـ- 2006م.

عاشرا /- مراجع في القواعد الفقهية

447- البورنو، محمد بن صدقي بن أحمد بن محمد أبو الحارث الغزي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، دار الرسالة العالمية، دمشق، ط5، 1422هـ- 2002م.

448- الزرقا، أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، تعليق: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط8، 1430هـ- 2009م.

الحادي عشر/- مراجع في القضاء الإسلامي والسياسة الشرعية

449- الأبياني بك، محمد زيد، مختصر كتاب المرافعات الشرعية، د م ن.

450- إبراهيم، محمد محمود، نظام الطعن بالتميز في المملكة العربية السعودية- دراسة تحليلية، معهد الإدارة العامة، الرياض، د ط، 1419هـ- 1998م.

451- أحمد، فؤاد عبد المنعم وغنيم، الحسين علي، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي مع التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، د ط، دت.

452- آل مبارك، أحمد بن عبد العزيز، نظام القضاء في الإسلام، دار ظفير، أبو ظبي، ط2، 1402هـ- 1982م.

- 453-** بوضياف، عمار، السلطة القضائية بين الشريعة والقانون، دار ربحانة، الجزائر، د ط، د ت.
- 454-** البريشي، إسماعيل محمد حسن، نظرية موجبات الأحكام و ورود الحكم القضائي بها، رسالة دكتوراه، دار النفائس، عمان، ط1، 1426هـ-2006م.
- 455-** جانبولات، أورهان صادق، قوانين الدولة العثمانية و صلتها بالمذهب الحنفي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، هرنندن، فرجينيا، الولايات المتحدة الأمريكية، ط1، 1433هـ-2012م.
- 456-** جعيط، محمد العزيز، الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية، مكتبة الاستقامة، مطبعة الإرادة، تونس، د ط، د ت.
- 457-** هاشم، محمود محمد، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، جامعة الملك سعود للنشر العلمي والمطابع، الرياض، ط2، 1420هـ-1999م.
- 458-** واصل، نصر فريد محمد، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، المكتبة التوفيقية، القاهرة، د ط، د ت.
- 459-** الزحيلي، محمد مصطفى، أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، مطبعة دار الكتاب، دمشق، ط4، 1412هـ-1992م.
- 460-** —، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية والأنظمة و القوانين في سورية و العربية السعودية والإمارات العربية، دار الفكر، دمشق، ط2، 1423هـ-2002م.
- 461-** زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1421هـ-2000م.
- 462-** حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، مكتبة النهضة، بيروت، بغداد، د ط، د ت.
- 463-** الحميضي، عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، رسالة دكتوراه، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، ط1، 1409هـ-1989م.
- 464-** ياسين، محمد نعيم، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الفرقان، عمان، ط1، 1404هـ-1984م.
- 465-** اللاحم، عبد الكريم بن محمد، نقض الأحكام القضائية في الفقه، دار إشبيلية، الرياض، ط1، 1409هـ-1989م.
- 466-** المعيني، محمد سعود، القسم الدراسي في تحقيق كتاب موجبات الأحكام و واقعات الأيام لابن قطلوبغا، مطبعة الإرشاد، بغداد، د ط، 1983م.

- 467- مليجي، أحمد محمد، النظام القضائي الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1، 1405هـ-1984م.
- 468- مرسي، فاروق عبد العليم، القضاء في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة-، عالم المعرفة، جدة، ط1، 1405هـ-1985م.
- 469- أبو النور، محمود محجوب، نظرية الدفع للدعوى القضائية في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة- ، الدار السودانية للكتب الخرطوم دط، 1420هـ-1999م.
- 470- أبو فارس، محمد عبد القادر، القضاء في الإسلام، دار الفرقان، عمان، ط4، 1415هـ-1995م.
- 471- الفضيلات، جبر محمود، القضاء في الإسلام وآداب القاضي، دار عمار، عمان، ط1، 1412هـ-1991م.
- 472- الصادق، محمود الأمير يوسف، تنفيذ الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة بقانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، دط، 2008م.
- 473- العجلاني، منير، عبقرية الإسلام في أصول الحكم، بحث في تاريخ الحكومة الإسلامية في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم إلى آخر العهد العباسي، مطبعة النضال، دمشق، دط، دت.
- 474- ابن عياد، محمد بن قاسم، دراسة تمهيدية في تحقيق كتاب معين الحكام لابن عبد الرفيح، دار الغرب الإسلامي، بيروت، دط 1989م.
- 475- عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء في المملكة العربية السعودية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 1993م.
- 476- ابن عرنوس، محمد بن محمد، تاريخ القضاء في الإسلام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، د ط، دت.
- 477- العمروسي، أنور، التشريع و القضاء في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، دط، 1984م.
- 478- عثمان، محمد رأفت، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، القاهرة، ط2، 1415هـ.
- 479- عثمان، فتحي، الفكر القانوني الإسلامي بين أصول الشريعة وتراث الفقه، مكتبة وهبة، القاهرة، د ط، دت.
- 480- أبو فارس، محمد عبد القادر، القضاء في الإسلام، دار الفرقان، عمان، ط4، 1415هـ-1995م.
- 481- القاسم، عبد الرحمان، النظام القضائي الإسلامي، مطبعة المدني، القاهرة، ط1، 1393هـ-1973م.

- 482-** القاسمي، ظافر، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي-الكتاب الثاني: السلطة القضائية، دار النفائس، بيروت، ط1، 1978م.
- 483-** القرضاوي، يوسف، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة و مقاصدها، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1422هـ-2001م.
- 484-** الريسوني، قطب، الاجتهاد القضائي المعاصر؛ ضرورته ووسائل النهوض به، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1428هـ-2007م.
- 485-** رستم باز، سليم اللبناني، شرح المجلة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، دت.
- 486-** خلاف، عبد الوهاب، السياسة الشرعية أو نظام الدولة الإسلامية في الشؤون الدستورية والخارجية والمالية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط6، 1418هـ-1997م.
- الثاني عشر/- كتب الخراج و الأموال**
- 487-** ابن سلام، أبو عبيد القاسم، الأموال، تحقيق: محمد خليل هراس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1406هـ-1986م.
- 488-** أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم، الخراج، مطبوع في كتاب: في التراث الاقتصادي الإسلامي، تقديم: الفضل شلق، دار الحداثة، بيروت، ط1، 1990م.
- الثالث عشر/- مراجع عامة في الشريعة والفكر الإسلامي**
- 489-** الأزهر الشريف، هذا بيان للناس من الأزهر الشريف، منشورات المكتبة العصرية، صيدا- بيروت، دط، دت.
- 490-** أبو زهرة، محمد، تاريخ المذاهب الإسلامية في السياسة و العقائد و تاريخ المذاهب الفقهية، دار العربي، القاهرة، دط، دت.
- 491-** الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط4، الإعادة 10، 1428هـ-2007م.
- 492-** الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1418هـ-1998م.
- 493-** محمد، علي جمعة، رؤية فقهية حضارية لترتيب المقاصد الشرعية، دار نخضة مصر، الجيزة، ط1، 2010م.
- 494-** عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنا بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط13، 1415هـ-1994م.
- 495-** شاكر، أحمد محمد، حاشية على المحلى لابن حزم، دار الجيل، بيروت، دار الآفاق الجديدة، بيروت، دط، دت.

- 496- شلبي، محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت، ط2، 1977م.
- 497- شلوت، محمود، الفتاوى - دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة، دار الشروق، القاهرة، ط18، 1224هـ-2004م.
الرابع عشر/- أنظمة قضائية للملكة العربية السعودية
- 498- نظام تشكيلات المحاكم الشرعية الصادر في: 1346/02/04هـ، الموافق لـ: 1927/08/02م.
- 499- نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي: الصادر بالمرسوم الملكي رقم: 3/1/32 في: 01/04/1357هـ، الموافق لـ: 1938/03/07م.
- 500- نظام القضاء، صدر بالمرسوم الملكي رقم: (م/46)، في 14 رجب 1395هـ (23 يوليو 1975م) ونشر في جريدة أم القرى- العدد رقم: (2592) بتاريخ 29 شعبان 1395هـ (5 سبتمبر 1975م). والمعدل إلى غاية 1414هـ.
- 501- نظام القضاء: المرسوم الملكي ذي الرقم: (م/78) المؤرخ في: 1428/9/19هـ، الموافق لـ: 2007/10/01م.
- 502- نظام الإجراءات الجزائية، صدر بالمرسوم الملكي رقم: (م/39) في 28 رجب 1422هـ (16 أكتوبر 2001م) ونشر في جريدة أم القرى- العدد رقم: (3867) بتاريخ: 17 شعبان 1422هـ (3 نوفمبر 2001م).
- 503- نظام المرافعات الشرعية لسنة 1355هـ/1936م.
- 504- نظام المرافعات الشرعية الصادر سنة 1410هـ/1990م، الملغى في: 1411/09/10هـ، الموافق لـ: 1991/03/27م.
- 505- نظام المرافعات الشرعية الصادر في 20 جمادى الأولى 1421هـ، الموافق لـ: 2000/08/20م.
- 506- بن ظفير، سعد بن محمد بن علي، الإجراءات الجنائية في جرائم الحدود في المملكة العربية السعودية وأثرها في استتباب الأمن (دراسة فقهية للنظام الجنائي السعودي)، مطابع سمحة للأوفنست، الرياض، دط، 1415هـ-1995م.
- 507- بن ظفير، سعد بن محمد بن علي، النظام الإجرائي الجنائي في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، د د ن، الرياض، 1421هـ-2000م.
- 508- بركات، علي رمضان علي، الوسيط في شرح نظام القضاء السعودي الجديد رقم: 78 لسنة 1428هـ، مكتبة القانون و الاقتصاد، الرياض، ط1، 1433هـ-2012م.

509- وزارة العدل، القضاء في المملكة العربية السعودية: تاريخه - مؤسساته - مبادئه، وزارة العدل السعودية، ط1، 1419هـ.

القسم الثاني: المصادر والمراجع في القانون الوضعي

أولاً- النصوص التشريعية

أ- التشريع الجزائري

510- دستور 1963م صادق عليه المجلس الوطني يوم: 28 أوت 1963م، ووافق عليه الشعب الجزائري في استفتاء 08 سبتمبر 1963م. وصدر بالجريدة الرسمية، ع: 64، س: 2، المؤرخة في: 1963/09/10، ص888.

511- دستور 1976م المؤرخ في: 19/ نوفمبر/ 1976م. الجريدة الرسمية، ع: 94 المؤرخة في: 24 نوفمبر 1976م. معدّل ب: القانون رقم: 79-06 المؤرخ في: 1979/07/7 م. الجريدة الرسمية، ع: 28، المؤرخة في: 10 يوليو 1979م. والقانون رقم: 80-01 المؤرخ في: 12 يناير سنة 1980 م. الجريدة الرسمية ع: 03، المؤرخة في: 15/01/1980م. استفتاء 03 نوفمبر 1988م. الجريدة الرسمية، ع: 45، المؤرخة في: 05/11/1988م.

512- دستور 1989م المؤرخ في: 23/ فبراير/ 1989م. الجريدة الرسمية ع: 09 المؤرخة في: أول مارس 1989م.

513- دستور 1996م المؤرخ في: 28/نوفمبر/1996م. الجريدة الرسمية رقم: 76 المؤرخة في: 8 ديسمبر 1996م. معدّل ب: القانون رقم: 02-03 المؤرخ في: 10 أبريل 2002م. الجريدة الرسمية رقم: 25، المؤرخة في: 14 أبريل 2002م. القانون رقم: 08-19 المؤرخ في: 15 نوفمبر 2008م. الجريدة الرسمية ع: 63، المؤرخة في: 16/11/2008م.

514- القانون العضوي رقم: 98-01 المؤرخ في: 04 صفر عام 1419هـ، الموافق لـ: 30 مايو سنة 1998م، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله. الجريدة الرسمية، ع: 37، س: 35، المؤرخة في: 01/06/1998م.

515- القانون العضوي رقم: 98-02 المؤرخ في: 04 صفر عام 1419هـ، الموافق لـ: 30 مايو سنة 1998م، يتعلق بالمحاكم الإدارية. الجريدة الرسمية، ع: 37، س: 35، المؤرخة في: 01/06/1998م.

516- القانون العضوي رقم: 05-11 المؤرخ في: 10 جمادى الثانية 1426هـ، الموافق لـ: 17 يوليو سنة 2005م، يتعلق بالتنظيم القضائي. الجريدة الرسمية، ع: 51، س: 42، المؤرخة في: 20/07/2005م.

- 517- القانون العضوي رقم: 11-12 المؤرخ في: 24 شعبان عام 1432هـ، الموافق لـ: 26 يوليو سنة 2011م يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها. الجريدة الرسمية، ع: 42، س: 48، المؤرخة في: 2011/07/31م.
- 518- قانون رقم: 89-22 المؤرخ في: 14 جمادى الأولى عام 1410هـ الموافق لـ: 12 ديسمبر 1989م، المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها. الجريدة الرسمية، ع: 53، س: 26، المؤرخة في: 1989/12/13م.
- 519- القانون رقم: 89-12 المؤرخ في: 02 ذي الحجة عام 1409هـ الموافق لـ: 1989/07/05م، والمتعلق بالأسعار. الجريدة الرسمية، ع: 29، س: 26، المؤرخة في: 1989/07/19م.
- 520- القانون العضوي رقم: 04-11 المؤرخ في: 21 رجب 1425هـ، الموافق لـ: 06 سبتمبر سنة 2004م، يتضمن القانون الأساسي للقضاء. الجريدة الرسمية، ع: 57، س: 41، المؤرخة في: 2004/09/08م.
- 521- القانون العضوي رقم: 04-11 المؤرخ في: 10 جمادى الثانية 1426هـ الموافق لـ: 17 يوليو سنة 2005م، يتعلق بالتنظيم القضائي. الجريدة الرسمية رقم: 51، س: 42، المؤرخة في: 2005/07/20م.
- 522- القانون رقم: 89-22 المؤرخ في: 14 جمادى الأولى عام 1410هـ الموافق لـ: 12 ديسمبر 1989م، المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها (الجريدة الرسمية رقم: 53، مؤرخة في: 1989/12/13)، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 96-25 مؤرخ في 27 ربيع الأول عام 1417هـ الموافق 12 غشت سنة 1996م (الجريدة الرسمية رقم: 48، مؤرخة في: 1996/08/14م).
- 523- القانون العضوي رقم: 11-12 المؤرخ في: 24 شعبان عام 1432هـ الموافق لـ: 26 يوليو 2011م، يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها. (الجريدة الرسمية رقم: 42، مؤرخة في: 2011/7/31م).
- 524- القانون العضوي رقم: 98-03 المؤرخ في: 08 صفر 1419هـ الموافق لـ: 03 يونيو سنة 1998م، يتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها. الجريدة الرسمية، ع: 39، المؤرخة في: 1998/06/07م).
- 525- المرسوم الرئاسي رقم: 05-279 المؤرخ في: 9 رجب عام 1426 الموافق 14 غشت سنة 2005م، يتضمن إصدار النظام الداخلي للمحكمة العليا. الجريدة الرسمية، ع: 55، مؤرخة في: 2005/8/15م.
- 526- الأمر رقم: 155-66 المؤرخ في: 18 صفر 1386هـ الموافق 8 يونيو 1966 م المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، والمعدل والمتمم إلى غاية القانون رقم: 6-22 المؤرخ في: 2 ديسمبر 2006م.

- 527-** قانون رقم: 08-09 المؤرخ في: 18 صفر عام 1429 هـ الموافق لـ: 25 فبراير 2008م المتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (الجريدة الرسمية رقم: 21، الصادرة في: 2008/04/23م).**
- 528-** الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في: 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ: 08 يونيو 1966م، المتضمن **قانون العقوبات والمعدل والمتمم إلى غاية القانون رقم: 01-14-01 المؤرخ في: 04 فبراير 2014م.**
- 529-** الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 2 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 ديسمبر 1975م والمتضمن **القانون المدني المعدل والمتمم إلى غاية القانون رقم: 05-07-05 المؤرخ في: 00 جمادى الأولى 1428 هـ الموافق لـ: 13 مايو 2007م.**
- 530-** الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 2 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 ديسمبر 1975م والمتضمن **القانون التجاري والمعدل والمتمم إلى غاية القانون رقم: 96/27 المؤرخ في: 9 ديسمبر 1996م.**
- 531-** الأمر رقم: 71/28 المؤرخ في: 26 صفر 1391 هـ الموافق لـ 22 أبريل 1971م والمتضمن **قانون القضاء العسكري.**
- 532-** الأمر رقم: 95-06 المؤرخ في: 23 شعبان عام 1415 هـ الموافق لـ: 1995/01/25م، يتعلق بالمنافسة. **الجريدة الرسمية، ع: 09، س: 32، المؤرخة في: 1995/02/22م.**
- 533-** الأمر رقم: 96-25 المؤرخ في: 27 ربيع الأول عام 1417 هـ، الموافق لـ: 12 غشت سنة 1996م، المتضمن تعديل وتتميم القانون رقم: 89-22 المؤرخ في: 14 جمادى الأولى عام 1410 هـ، الموافق لـ: 12 ديسمبر سنة 1989م المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها. **الجريدة الرسمية، ع: 48، س: 33، المؤرخة في: 1996/08/14م.**
- 534-** القانون رقم: 62-157 المؤرخ في: 31 ديسمبر سنة 1962م والمتعلق بتمديد التشريع النافذ إلى 31 ديسمبر سنة 1964م وباستثناء مقتضياته المخالفة للسيادة الوطنية. **الجريدة الرسمية، ع: 02، س: 02، المؤرخة في: 1963/01/11م.**
- 535-** الأمر رقم: 74-69 المؤرخ في: 12 جمادى الثانية عام 1394 هـ، الموافق لـ: 02 يوليو سنة 1974م، والمتعلق بإصلاح التنظيم الإقليمي للولايات. **الجريدة الرسمية، ع: 55، س: 11، المؤرخة في: 1974/07/09م.**
- 536-** الأمر رقم: 68-609 المؤرخ في: 04/11/1968م المتعلق بإنشاء المجلس القضائي الثوري. **الجريدة الرسمية، ع: 89، س: 07، المؤرخة في: 1968/11/04م.**

- 537- الأمر رقم: 66-180 المؤرخ في: 02 ربيع الأول عام 1386هـ، الموافق لـ: 21 يونيو 1966م يتضمن إحداث مجالس قضائية خاصة لقمع الجرائم الاقتصادية. **الجريدة الرسمية**، ع: 54، س: الثالثة، المؤرخة في: 1966/06/24م.
- 538- الأمر رقم: 75-46 المؤرخ في: 17/06/1975م، المتضمن إنشاء مجلس أمن الدولة. **الجريدة الرسمية**، ع: 53، س: 12، المؤرخة في: 1975/07/04م.
- 539- القانون رقم: 89-06 المؤرخ في: 19 رمضان عام 1409هـ، الموافق لـ: 25 أبريل سنة 1989م يتضمن إلغاء مجلس أمن الدولة. **الجريدة الرسمية**، ع: 17، س: 26، المؤرخة في: 1989/04/26م.
- 540 - الأمر رقم: 95-12 المؤرخ في: 25 رمضان عام 1418هـ، الموافق لـ: 25 فبراير سنة 1995م يتضمن تدابير الرحمة. **الجريدة الرسمية**، ع: 11، س: 32، المؤرخة في: 1995/03/01م.
- 541- الأمر رقم: 64-02 المؤرخ في: 07/01/1964م المتعلق بإنشاء المحاكم الجنائية الثورية. **الجريدة الرسمية**، ع: 03، س: الثالثة، المؤرخة في: 1964/07/07م. وقد عدل هذا الأمر بموجب الأمر رقم: 64-05 المؤرخ في: 10/01/1964: **الجريدة الرسمية**، ع: 04، س: الثالثة، المؤرخة في: 1964/01/10م.
- 542- الأمر رقم: 65-278 المؤرخ في: 16/11/1965م، والمتضمن التنظيم القضائي. **الجريدة الرسمية**، ع: 96، س: 2، المؤرخة في: 1965/11/16م.
- 543- الأمر رقم: 74-72 مؤرخ في: 12 يوليو سنة 1974 يتضمن تنميط القانون رقم: 63-218 المؤرخ في: 18 يوليو 1963 والمتضمن إنشاء المجلس الأعلى. **الجريدة الرسمية**، ع: 58، س: 11، المؤرخة في: 1974/07/19م.
- 544- الأمر رقم: 74-73 المؤرخ في: 12 يوليو 1974م المتضمن إحداث مجالس قضائية. **الجريدة الرسمية**، ع: 58، س: 11، المؤرخة في: 1974/07/19م.
- 545- المرسوم التشريعي رقم: 92-04 المؤرخ في: 14 ربيع الثاني عام 1413هـ الموافق لـ: 11/10/1992م المتضمن قانونية المالية التكميلي لسنة 1992م. **الجريدة الرسمية**، ع: 73، س: 29، المؤرخة في: 1992/10/11م.
- 546- المرسوم التشريعي رقم: 92-03 المؤرخ في: 30/09/1992م المتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب. **الجريدة الرسمية**، ع: 70، س: 29، المؤرخة في: 1992/10/01م. وقد عدل بالمرسوم التشريعي رقم: 93-05 المؤرخ في: 19/04/1993م. **الجريدة الرسمية**، ع: 25، س: 30، المؤرخة في: 1993/04/19م.

- 547- القانون رقم: 89-16 المؤرخ في: 13 جمادى الأولى عام 1410هـ الموافق لـ: 1989/12/11م يتضمن تنظيم المجلس الشعبي الوطني وسيره. **الجريدة الرسمية**، ع: 52، س: 26، المؤرخة في: 1989/12/11م.
- 548- القانون رقم: 85-05 المؤرخ في: 26 جمادى الأولى عام 1405هـ الموافق لـ: 1985/02/16م **يتعلق بحماية الصحة وترقيتها. المعدل والمتمم بـ:**
- 549- القانون رقم: 88-15 المؤرخ في: 1988/05/03م. (**الجريدة الرسمية**، ع: 18، اس: 25، المؤرخة في: 1988/05/04م).
- 550- القانون رقم: 90-17 المؤرخ في: 1990/07/31م. (**الجريدة الرسمية**، ع: 35، اس: 27، المؤرخة في: 1990/08/15م).
- 551- القانون رقم: 98-09 المؤرخ في: 1998/08/19م. (**الجريدة الرسمية**، ع: 61، اس: 35، المؤرخة في: 1998/08/23م).
- 552- القانون رقم: 06-07 المؤرخ في: 2006/07/15م. (**الجريدة الرسمية**، ع: 47، اس: 43، المؤرخة في: 2006/07/19م).
- 553- القانون رقم: 08-13 المؤرخ في: 2008/07/20م. (**الجريدة الرسمية**، ع: 44، اس: 45، المؤرخة في: 2008/08/03م).
- 554- القانون رقم: 04-18 المؤرخ في: 2004/12/25م يتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها. **الجريدة الرسمية**، ع: 83، س: 41، المؤرخة في: 2004/12/26م.
- 555- المرسوم التنفيذي رقم: 92-387 المؤرخ في: 1992/10/20م، الذي يحدد المقرر والاختصاص الإقليمي للمجالس القضائية الخاصة. **الجريدة الرسمية**، ع: 786، س: 29، المؤرخة في: 1992/10/20م. وقد عدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 93-58 المؤرخ في: 1993/02/27م. **الجريدة الرسمية**، ع: 13، س: 30، المؤرخة في: 1993/02/27م.
- 556- المرسوم رقم: 66-159 المؤرخ في: 18 صفر عام 1386هـ، الموافق لـ: 08 يونيو سنة 1966 يحدد بموجبه بدء سريان مفعول الأمر رقم: 65-278 المؤرخ في: 22 رجب عام 1358هـ الموافق لـ: 16 نوفمبر سنة 1965م والمتضمن التنظيم القضائي. **الجريدة الرسمية**، ع: 50، س: 3، المؤرخة في: 1966/06/13م.
- 557- المرسوم رقم: 65-279 المؤرخ في: 1965/11/17م المتعلق بـ: تطبيق الأمر المتعلق بالتنظيم القضائي. **الجريدة الرسمية**، ع: 96، س: 2، المؤرخة في: 1965/11/16م.

- 558- المرسوم رقم: 65-280 المؤرخ في: 17/11/1965م المتعلق ب: تحديد مراكز المحاكم ودوائر اختصاصها. *الجريدة الرسمية*، ع: 96، س: 2، المؤرخة في: 16/11/1965م.
- 559- المرسوم رقم: 65-281 المؤرخ في: 17/11/1965م المتعلق ب: ترتيب المجالس القضائية والمحاكم. *الجريدة الرسمية*، ع: 96، س: 2، المؤرخة في: 16/11/1965م.
- 560- المرسوم رقم: 63-146 المؤرخ في: 25 أبريل 1963م المتعلق بإنشاء المحاكم الجنائية الشعبية. *الجريدة الرسمية*؛ س: 02، ع: 29، المؤرخة في: 10/05/1963م.
- 561- المرسوم رقم: 63-363 المؤرخ في: 14/09/1963م المتعلق بسير المحاكم الإدارية عند نظرها في المسائل الجنائية. *الجريدة الرسمية*، ع: 67 مكرر، س: الثانية، المؤرخة في: 14/09/1963م.
- 562- مرسوم رقم: 64-259 مؤرخ في 18 ربيع الثاني 1384هـ الموافق لـ: 27 أوت 1964م يتضمن مقتضيات خاصة تتعلق بالموظفين الدبلوماسيين و القنصلين المعتمدين لدى الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، و أعضاء مكتب المساعدة الفنية للأمم المتحدة والخبراء. *الجريدة الرسمية*، س: الأولى، ع: 30، الصادرة بتاريخ: 08/09/1964م.
- 563- المرسوم رقم: 63-403 الصادر في: 12/10/1963م المتعلق بامتداد المياه الإقليمية. *الجريدة الرسمية*، ع: 76، س: 2، المؤرخة في: 15/10/1963م.
- 564- المرسوم رقم: 64-200 المؤرخ في: 22 صفر عام 1384هـ الموافق لـ: 03/07/1964م المتعلق بسير المحاكم الإدارية. *الجريدة الرسمية*، ع: 14، س: 03، المؤرخة في: 03/07/1964م.
- 565- المرسوم رقم: 64-259 المؤرخ في: 27 أوت 1964م المتعلق بالحصانة و الامتيازات الممنوحة للبعثات الدبلوماسية.
- 566- المرسوم رقم: 65-282 المؤرخ في: 23 رجب عام 1385هـ الموافق لـ: 17/11/1965م يتضمن تنظيم وزارة العدل. *الجريدة الرسمية*، ع: 96، س: 02، المؤرخة في: 23/11/1965م.
- 567- المرسوم رقم: 66-161 المؤرخ في: 18 صفر عام 1386هـ، الموافق لـ: 08 يونيو سنة 1966م يتعلق بسير المجالس القضائية والمحاكم. *الجريدة الرسمية*، ع: 50، س: 03، المؤرخة في: 13/06/1966م.

- 568- المرسوم رقم: 66-181 مؤرخ في 02 ربيع الأول عام 1986م الموافق لـ: 21 يونيو سنة 1966م يتضمن تحديد عدد الأعضاء للمجالس القضائية الخاصة لقمع الجرائم الاقتصادية. **الجريدة الرسمية**، ع: 54، س: الثالثة، المؤرخة في: 1966/06/24م.
- 569- المرسوم المؤرخ في: 04 محرم عام 1396هـ، الموافق لـ: 1976/01/06م المتضمن تعيين أعضاء أمن مجلس الدولة. **الجريدة الرسمية**، ع: 06، س: 13، المؤرخة في: 1976/01/20م.
- 570- المرسوم رقم: 80-34 المؤرخ في: 29 ربيع الأول عام 1400هـ الموافق لـ: 1980/02/16م، يتضمن تحديد شروط تطبيق المادة 07 من الأمر رقم: 74-15 المؤرخ في: 06 محرم عام 1394هـ الموافق لـ: 1974/01/30م المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار. **الجريدة الرسمية**، ع: 08، س: 17، المؤرخة في: 1980/02/19م. و**الجريدة الرسمية**، ع: 15، س: 11، المؤرخة في: 1974/02/19م.
- 571- المرسوم التنفيذي رقم: 86-25 المؤرخ في: 02 جمادى الثانية عام 1406هـ الموافق لـ: 1986/02/11م يتضمن القانون الأساسي النموذجي للمراكز الاستشفائية الجامعية. **الجريدة الرسمية**، ع: 06، س: 23، المؤرخة في: 1986/02/12م.
- 572- المرسوم التنفيذي رقم: 89-129 المؤرخ في: 22 ذي الحجة عام 1409هـ الموافق لـ: 1989/07/25م، يحدد صلاحيات وزير العدل. **الجريدة الرسمية**، ع: 30، س: 26، المؤرخة في: 1989/07/26م.
- 573- المرسوم التنفيذي رقم: 93-266 المؤرخ في: 21 جمادى الأولى عام 1414هـ الموافق لـ: 1993/11/06م، يتضمن إنشاء مفتشية عامة في وزارة العدل، وتنظيمها، وسيرها، ومهامها. **الجريدة الرسمية**، ع: 72، س: 30، المؤرخة في: 1993/11/03م.
- 574- المرسوم المؤرخ في: 20 رمضان عام 1407هـ، الموافق لـ: 1987/05/18م المتضمن تعيين أعضاء مجلس أمن الدولة. **الجريدة الرسمية**، ع: 21، س: 24، المؤرخة في: 1987/05/20م.
- 575- المرسوم التنفيذي رقم: 98-63 المؤرخ في: 19 شوال عام 1418هـ، الموافق لـ: 16 فبراير سنة 1998م يحدد اختصاص المجالس القضائية، وكيفية تطبيق الأمر رقم: 97-11 المؤرخ في: 11 ذي القعدة عام 1417 الموافق لـ: 1997/05/19م والمتضمن التقسيم القضائي. **الجريدة الرسمية**، ع: 10، س: 35، المؤرخة في: 1998/02/25م.

- 576- المرسوم الرئاسي رقم: 05-279 المؤرخ في: 09 رجب عام 1426هـ، الموافق لـ: 2005/08/14م يتضمن إصدار النظام الداخلي للمحكمة العليا. **الجريدة الرسمية**، ع: 55، س: 42، المؤرخة في: 2005/08/15م.
- 577- المرسوم الرئاسي رقم: 89-67 المؤرخ في: 11 شوال عام 1409هـ الموافق لـ 16 مايو سنة 1989م يتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم: 16 ديسمبر سنة 1966م. **الجريدة الرسمية**، ع: 20، س: 26، المؤرخة في: 1989/5/17م.
- 578- المرسوم التنفيذي رقم: 97-204 المؤرخ في: 20 محرم عام 1418هـ الموافق لـ: 1997/05/27م، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم: 93-266 المؤرخ في: 1993/11/06م، والمتضمن إنشاء مفتشية عامة في وزارة العدل، وتنظيمها، وسيرها، ومهامها. **الجريدة الرسمية**، ع: 35، س: 34، المؤرخة في: 1997/05/28م.
- 579- المرسوم الرئاسي رقم: 01-47 المؤرخ في: 17 ذي القعدة عام 1421هـ الموافق لـ: 2001/02/11م يتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ: 23 جمادى الثانية عام 1403هـ الموافق لـ: 1983/04/06م، وكذا تعديل المادة 69 من الاتفاقية الموافق عليه في: 1997/11/26م، من طرف مجلس وزراء العدل العرب في دور انعقاده العادي الثالث عشر. **الجريدة الرسمية**، ع: 11، س: 38، المؤرخة في: 2001/02/12م.
- 580- المرسوم التنفيذي رقم: 05-322 المؤرخ في: 09 شعبان عام 1426هـ الموافق لـ: 2005/09/13م، يتضمن تنظيم المفتشية العامة في وزارة العدل، وسيرها، ومهامها. **الجريدة الرسمية**، ع: 63، س: 42، المؤرخة في: 2005/09/14م.
- 581- المرسوم التنفيذي رقم: 13-307 المؤرخ في: 29 شوال عام 1434هـ الموافق لـ: 2013/09/05م، يعدل المرسوم التنفيذي رقم: 05-322 المؤرخ في: 09 شعبان عام 1426هـ الموافق لـ: 2005/09/13م والمتضمن تنظيم المفتشية العامة في وزارة العدل، وسيرها، ومهامها. **الجريدة الرسمية**، ع: 45، س: 50، المؤرخة في: 2013/09/18م.
- 582- القرار المؤرخ في: 1968/11/04م المتضمن تحديد مقر المجلس القضائي الثوري. **الجريدة الرسمية**، ع: 89، س: 05، المؤرخة في: 1968/11/04م.

- 583- قرار مؤرخ في 29 ربيع الثاني عام 1389هـ الموافق لـ: 15/07/1969م يتعلق بتنظيم المفتشية العامة واختصاصاتها. **الجريدة الرسمية**، ع: 67، س: 06، المؤرخة في: 08/08/1969م.
- 584- القرار الصادر في: 06/01/1976م، المتضمن تحديد مقر مجلس أمن الدولة. **الجريدة الرسمية**، ع: 06، س: 13، المؤرخة في: 20/01/1976م.
- 585- قرار مؤرخ في: 24 محرم عام 1402هـ الموافق لـ: 21/11/1981م ويحدد اختصاصات المفتشية العامة وكيفيات تسييرها. **الجريدة الرسمية**، ع: 01، س: 19، المؤرخة في: 05/01/1982م.
- 586- قرار المؤرخ في: 03 ربيع الأول عام 1386هـ، الموافق لـ: 22 يونيو سنة 1966م. يتضمن تحديد عدد أقسام المحاكم.
- 587- قرار المؤرخ في: 06 ربيع الأول عام 1411هـ، الموافق لـ: 25 سبتمبر سنة 1990م يتضمن تحديد عدد أقسام المحاكم. **الجريدة الرسمية**، ع: 51، س: 27، المؤرخة في: 28/11/1990م.
- 588- قرار مؤرخ في: 15 محرم عام 1416هـ، الموافق لـ: 14 يونيو سنة 1995م يتمم القرار المؤرخ في: 06 ربيع الأول عام 1411هـ، الموافق لـ: 25 سبتمبر سنة 1990م الذي يحدد عدد أقسام المحاكم. **الجريدة الرسمية**، ع: 56، س: 32، المؤرخة في: 01/10/1995م.
- 589- اتفاقية خاصة بالتعاون المتبادل في الميدان القضائي بين الجزائر والمغرب موقعة يوم: 15/03/1963م، والمصادق عليها بالأمر رقم: 68-69 المؤرخ في: 02/09/1969م معدلة ومتممة بالبروتوكول الموقع عليه في إفران، المؤرخ في: 15/01/1969م. **الجريدة الرسمية**، ع: 77، س: 06، المؤرخة في: 10/09/1969م.
- 590- القانون رقم: 91-04 مؤرخ في 22 جمادى الثانية عام 1411هـ الموافق لـ: 08 يناير سنة 1991م، يتضمن تنظيم مهنة المحاماة، **الجريدة الرسمية** رقم: 02، السنة: 28، المؤرخة في: 09/01/1991م.
- 591- القانون رقم: 91-03 المؤرخ في: 8 جانفي 1991م، المتعلق بمهنة المحضر. **الجريدة الرسمية**، ع: 02، س: 28، المؤرخة في: 09/01/1991م.
- 592- قانون رقم: 06-03 مؤرخ في 21 محرم عام 1427هـ الموافق لـ: 20 فبراير سنة 2006م يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي. **الجريدة الرسمية**، ع: 14، س: 43، المؤرخة في: 08/03/2006م.

- 593-** الأمر رقم: 66/154 المؤرخ في: 8 أوت 1966م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والمعدل والمتمم إلى غاية القانون رقم: 91/2 المؤرخ في: 8 يناير 1991م.
- 594-** القانون رقم: 05-04 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425هـ الموافق لـ 06 فبراير سنة 2005م المتعلق بتنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين. **الجريدة الرسمية**، العدد: 12، السنة: 42، 2005/02/13م.
- 595-** القانون رقم: 05-91 مؤرخ في 30 جمادى الثانية عام 1411هـ الموافق لـ 16 يناير 1991م يتضمن تعميم استعمال اللغة العربية. **الجريدة الرسمية**، ع: 03، س: 28، المؤرخة في: 1991/1/16م.
- 596-** المرسوم رقم: 64-147 المؤرخ في: 16 محرم عام 1384هـ الموافق لـ 28 مايو سنة 1964م، بشأن تنفيذ القوانين و الضوابط. **الجريدة الرسمية**، السنة: 01، العدد: 01، المؤرخة في: 1964/05/29م.
- 597-** المرسوم رقم: 63-403 الصادر في: 12/10/1963م. **الجريدة الرسمية**، س: 2، ع: 76، المؤرخة في: 1963/10/15م.
- 598-** القرار رقم: 63-146 المؤرخ في: 25 أبريل 1963م المتعلق بالمحاكم الجنائية الشعبية. **الجريدة الرسمية**؛ السنة: 02، العدد: 29، المؤرخة في: 1963/05/10م.
- 599-** مرسوم رقم: 64-259 مؤرخ في 18 ربيع الثاني 1384هـ الموافق لـ 27 أوت 1964م يتضمن مقتضيات خاصة تتعلق بالموظفين الدبلوماسيين و القنصلين المعتمدين لدى الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، و أعضاء مكتب المساعدة الفنية للأمم المتحدة و الخبراء. **الجريدة الرسمية**، السنة الأولى، العدد 30، الصادرة بتاريخ: 1964/09/08م.
- 600-** المرسوم التنفيذي رقم: 90-109 المؤرخ في: 22 رمضان عام 1410هـ الموافق لـ 17 أبريل 1990م المتضمن تطبيق المادة 264 من الأمر رقم: 155/66 المؤرخ في: 08 يونيو 1966م المعدل و المتمم و المتضمن قانون الإجراءات الجزائية. **الجريدة الرسمية** رقم: 16. السنة: 1990م.
- 601-** المرسوم التنفيذي رقم: 98/63 المؤرخ في: 16 فبراير 1998م المحدد اختصاص المجالس القضائية، و كفاءات تطبيق الأمر رقم: 97-11 المؤرخ في: 11 ذو القعدة 1417هـ الموافق لـ 19 مارس 1997م و المتضمن التقسيم القضائي. **الجريدة الرسمية**، السنة: 34، العدد: 10، المؤرخة في: 1998/02/25م.
- 602-** المرسوم الرئاسي رقم: 05-279 الصادر في: 14 غشت 2005م المتضمن النظام الداخلي للمحكمة العليا **الجريدة الرسمية**: السنة: 42، العدد: 55، المؤرخة في: 2005/08/15م.
- 603-** المرسوم التنفيذي رقم: 06-348 المؤرخ في: 12 رمضان عام 1427م الموافق 5 أكتوبر 2006م المتضمن تمديد الاختصاص المحلي لبعض المحاكم ووكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق. **الجريدة الرسمية** رقم: 63، المؤرخة في: 2006/10/08م.

ب/- قرارات المحكمة العليا

- 604-** بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الأول: المؤسسة الوطنية للنشر والإشهار، الجزائر، د ط، 1996م. الجزء الثاني: الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، د ط، 2001م. الجزء الثالث: الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط1، 2006م.
- 605-** الاجتهاد الجزائري في القضاء الجنائي، جمع و تنسيق: جمال سايس، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2013م.
- 606-** الاجتهاد الجزائري في مادة الجرح و المخالفات، جمع و تنسيق: جمال سايس، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2014م.
- 607-** الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، جمع و تنسيق: جمال سايس، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2013م.

ج/- التشريع التونسي

- 608-** الدستور التونسي الصادر في: 26 جانفي 2014م.
- 609-** قانون عدد 23 لسنة 1968م مؤرخ في 24 جويلية 1968م يتعلق بإعادة تنظيم مجلة الإجراءات الجزائية والذي نقح إلى غاية القانون عدد: 68 لسنة 2009م المؤرخ في: 12 أوت 2009م.
- 610-** قانون عدد 13 لسنة 1959م مؤرخ في: 2 ربيع الثاني 1379م الموافق ل: 5 أكتوبر 1995م يتعلق بإدراج مجلة المرافعات المدنية والتجارية، مع التعديلات إلى غاية قانون عدد: 97 لسنة 1998م المؤرخ في: 27 نوفمبر 1998م.

د/- التشريع المغربي

- 611-** الدستور المغربي. ظهير الشريف رقم: 91. 11. 1. صادر في 27 شعبان 1432هـ الموافق ل: 29 يوليو 2011م. الجريدة الرسمية للملكة المغربية، السنة: 100، العدد: 5964 مكرر.
- 612-** الظهير الشريف رقم: 261- 58- 1، الصادر في: فاتح شعبان عام 1378هـ الموافق ل: 1 فبراير 1959م المحتوي على قانون المسطرة الجنائية.
- 613-** الظهير الشريف رقم: 255- 02- 1، الصادر في: 25 من رجب عام 1423هـ (3 أكتوبر 2002م)، المتعلق بالمسطرة الجنائية. ج.ر عدد 5078 بتاريخ 27 ذو القعدة 1423 (30 يناير 2003م) ص 315. مغير ومتمم إلى غاية القانون رقم: 35.11 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم: 1.11.169 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1432 (17 أكتوبر 2011م). ج.ر عدد 5990 بتاريخ 29 ذو القعدة 1432 (27 أكتوبر 2011م) ص 5235.

ه/- التشريع المصري

614- القانون رقم: 150 لسنة 1950م بإصدار قانون الإجراءات الجنائية معدلا إلى غاية القانون رقم: 71 لسنة: 2009م.

615- القانون رقم: 57 لسنة 1959م بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض معدلا إلى غاية القانون رقم: 74 و 153 لسنة: 2007م.

616- القانون رقم: 58 لسنة 1937م بإصدار قانون العقوبات معدلا إلى غاية القانون رقم: 5 لسنة: 2010م. والمرسوم بقانون رقم: 10 و 11 لسنة: 2011م.

617- القانون رقم: 13 لسنة 1968م بإصدار قانون المرافعات المدنية و التجارية معدلا إلى غاية القانون رقم: 76 لسنة: 2007م.

و-/- التشريع السوري

618- المرسوم التشريعي رقم: 112 الصادر في: 13/03/1950م بإصدار قانون أصول المحاكمات الجزائية معدلا ومضبوطا على الأصل إلى غاية سنة: 2004م.

ز-/- التشريع اللبناني

619- الدستور اللبناني الصادر في: 23 أيار/مايو 1926م و تعديلاته.

620- القانون رقم: 328 الصادر في: 02/08/2001م بإصدار قانون أصول المحاكمات الجزائية.

621- المرسوم الاشتراعي رقم 83/90 المؤرخ في: 16/09/1983م المتضمن قانون أصول المحاكمات المدنية.

ح-/- التشريع الروماني

622- جوستينيان، فلافيوس، مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، تعريب: عبد العزيز فهمي، دار الكاتب المصري، القاهرة، ط1، 1946م.

ط-/- المواثيق الدولية و الإقليمية

623- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 2200، المؤرخ في: كانون الأول/ ديسمبر 1966م. الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، المجلد الأول، الوثائق العالمية، إعداد: محمود شريف بسيوني، دار الشروق، القاهرة، ط2، 1426هـ-2005م.

624- البرتوكول الاختياري المتعلق بالتسوية الإلزامية للمنازعات. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 2530، الدورة: 24، الجلسة رقم: 1825 المؤرخ في: 08 كانون الأول/ ديسمبر 1969م.

625- نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية: أنجز في روما في: 17 تموز / يوليو 1998م، وتم تعديله عدة مرات، وتم النفاذ و التطبيق ابتداء من يوم: 01 تموز / يوليو 2002م. أنظر النظام [تاريخ الدخول: 2014/18/25م] في:

627- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان الموقعة بسان خوسيه في: 22/11/1969م.

ثانيا/ - مراجع الفقه القانوني

1- الكتب

أ- كتب الفقه القانوني الجزائري

628- إبراهيمي، محمد، الوجيز في الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 2001م.

629- أوهابية، عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، د ط، 2009م.

630- أمقران، بوبشير محند، قانون الإجراءات المدنية- نظرية الدعوى- نظرية الخصومة- الإجراءات الاستثنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 2001م.

631- _____، قانون الإجراءات المدنية، دار الأمل، الجزائر، د ط، 2002م.

632- بارش، سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار الشهاب، باتنة، د ط، 1406هـ-1986م.

633- بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومه، الجزائر، ط7، 2008م.

634- بوشعير، سعيد، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط9، س 2008م.

635- بظاهر، تواتي، المحكمة العليا والطن بالنقض في الأحوال المدنية (في ضوء القانون 08-09 المؤرخ في: 25/02/2008م المتضمن تقنين الإجراءات المدنية والإدارية)، دار الفقه، الجزائر، د ط، 2008م.

636- بلعيد، بشير، القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، دار البعث، قسنطينة، د ط، دت.

637-، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، بلعيد، بشير، مطابع عمار قرني، باتنة، د ط، 2م.

638- بكوش، يحي، الأحكام القضائية و صياغتها الفنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د ط، 1984م.

639- بغداددي، مولاي ملياني، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د ط، 1992م.

- 640- بشير، محمد، الطعن بالاستئناف ضد الأحكام الإدارية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 1995م.
- 641- جعفرور، محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية: الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2004م.
- 642- جروة، علي، الموسوعة في الإجراءات الجزائية، د.م.ن.
- 643- زعميش، رياض، إجراءات تأسيس الحكم الجنائي في القانون - دراسة فقهية قانونية مقارنة تبحث في نظام تأسيس الحكم الصادر عن محكمة الجنايات و إشكالية الشرعية فيه، دار الهدى، عين امليلة، الجزائر، دط، 2010م.
- 644- طاهري، حسين، التنظيم القضائي الجزائري، دار هومة، الجزائر، دط، 2007م.
- 645- مجحودة، أحمد، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي في القانون الجزائري و القانون المقارن، دار هومة، الجزائر، دط، 2004م.
- 646- منصور، إسحاق، إبراهيم، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1990م.
- 647- مروك، نصر الدين، جريمة المخدرات في ضوء القوانين والمواثيق الدولية، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2004م.
- 648- مينا، نظير فرج، الموجز في الإجراءات الجزائية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1992م.
- 649- ابن ملح، الغوثي، القانون القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط2، 2000م.
- 650- منصور، إسحاق إبراهيم، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 1995م.
- 651- نجم، محمد صبحي محمد، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 1992م.
- 652- سليمان، عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2005م.
- 653- سعد، عبد العزيز، أصول الإجراءات محكمة الجنايات، دار هومة، الجزائر، دط، 2010م.
- 654- قدارة، خليل أحمد حسن، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 1988م.

- 655- صقر، نبيل، **البطلان في المواد الجزائية**، دار الهلال للخدمات الإعلامية، وهران، د.ط، 2003م.
- 656- الشباسي، إبراهيم، **الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري**، القسم العام، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1981م.
- 657- الشافعي، أحمد، **البطلان في قانون الإجراءات الجزائية**، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، ط3، 2006م.
- 658- الخليلي، حبيب إبراهيم، **المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1983م.
- ب/- كتب الفقه القانوني التونسي**
- 659- صخري، مصطفى، **طرق الطعن في الأحكام الجزائية - دراسة مقارنة معلق عليها بأحدث قرارات محكمة التعقيب**، مكتبة دار الثقافة، عمان، ط1، 1998م.
- ج/- كتب الفقه القانوني المغربي**
- 660- العلمي، عبد الواحد، **شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية**، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1432هـ-2011م.
- د/- كتب الفقه القانوني المصري**
- 661- بدرخان، عبد الحكيم إبراهيم، **معايير تعريف العمل القضائي من وجهة نظر القانون العام**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 1994م.
- 662- بهنام، رمسيس، **الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً**، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 1984م.
- 663- البلشي، زغلول، **المعارضة في الأحكام الجنائية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، 1998م.
- 664- جابر، حسام محمد سامي، **المعارضة في الأحكام الجنائية الغيابية**، دم ن، ط1، 2000م.
- 665- جميعي، عبد الباسط، **مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد**، دار الفكر العربي، القاهرة، دط، 1973م-1974م.
- 666- الدناصوري، عز الدين، و عكاز، حامد، **التعليق على قانون المرافعات**، ددن، ط8، 1996م.
- 667- أبو هيف، علي صادق، **القانون الدبلوماسي**، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط3، 1975م.
- 668- هندي، أحمد، **قانون المرافعات المدنية والتجارية - الخصومة و الحكم و الطعن**، دار الجامعة الجديدة، دم ن، 1995م.
- 669- هرجه، مصطفى مجدي، **الموسوعة القضائية في المرافعات المدنية والتجارية**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، 1995م.

- 670- أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط14، 1986م.
- 671- أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، 2007م.
- 672- أبو الوفا، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، ط4، 1989م.
- 673- أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، دت.
- 674- أبو الوفا، أحمد، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، الدار الجامعية، بيروت، 1983م.
- 675- رمضان، مدحت، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 2000-2001م.
- 676- حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 2011م.
- 677- التحيوي، محمود السيد، الطعن في الأحكام القضائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2003م.
- 678- الكيك، محمد علي، رقابة محكمة النقض على تسيب الأحكام الجنائية، مطبعة الإشعاع الفنية، القاهرة، دط، 1988م.
- 679- النفيماوي، إبراهيم أمين، انعكاسات القواعد الإجرائية على أداء العدالة، دراسة في قانون المرافعات لأثر التنظيم الإجرائي على قيام القضاء لوظيفته، مركز حورس جرافيك للطباعة، ط1، 1420هـ/2000م.
- 680- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط3، 2000م.
- 681- سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، دت.
- 682- سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط8، 2012م.
- 683- سرور، أحمد فتحي، النقض في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 1997م.
- 684- أبو عامر، محمد زكي، الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف الإسكندرية، دط، 1994م.
- 685- أبو عامر، محمد زكي، قانون العقوبات - القسم العام، الدار الجامعية، بيروت، دط، 1993م.
- 686- عبد المنعم، سليمان، أصول الإجراءات الجزائية في التشريع والقضاء والفقهاء، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1417هـ-1997م.

- 687- عبد المنعم، سليمان، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دط، 2000م.
- 688- عبد الرحمان، محمد سعيد، الحكم القضائي: أركانه و قواعد إصداره، دراسة تأصيلية تحليلية تطبيقية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2008م.
- 689- عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الجيل، القاهرة، ط17، 1989م.
- 690- عبيد، رؤوف، نظرية المصلحة في الطعن الجنائي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2012م.
- 691- عدلي، عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ط1، 1953م.
- 692- عبد الستار، فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقا لأحدث التعديلات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2010م.
- 693- عوض، محمد، قانون الإجراءات الجنائية- الطعون والمحاكمة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، 1995م. الجزء الثاني.
- 694- عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية و التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 1986م.
- 695- عمر، نبيل إسماعيل، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، دط، 2000م.
- 696- عمر، نبيل إسماعيل، الوسيط في قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دط، 1999م.
- 697- عمر، نبيل إسماعيل و خليل، أحمد، قانون المرافعات المدنية- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2004م.
- 698- فودة، عبد الحكم، الموسوعة الماسية في المواد المدنية والجنائية، المكتب الفني للموسوعات القانونية، القاهرة، بالاشتراك مع دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دط، 1998م. الجزآن الثاني والخامس.
- 699- صاوي، أحمد السيد، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، ضمن: موسوعة القضاء والفقهاء للدول العربية، الدار العربية للموسوعات، بيروت، دط، 1405هـ- 1985م.

700- **القهوجي، علي عبد القادر، قانون العقوبات، القسم العام، الدار الجامعية، بيروت، دط، 2000م.**

701- **راشد، علي، القانون الجنائي: المدخل و أصول النظرية العامة، دار النهضة العربية، بيروت، ط2، 1974م.**

702- **الشواربي، عبد الحميد، قواعد الاختصاص القضائي في ضوء القضاء و الفقه، منشأة المعارف الإسكندرية، دط، 1985م.**

703- **، ظروف الجريمة المشددة والمخففة للعقاب، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، 1985م.**

704- **ثروت، جلال وعبد المنعم، سليمان، أصول المحاكمات الجزائية، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1416-1996م.**

هـ- / كتب الفقه القانوني السوري

705- **الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ط2، 1997م.**

706- **حومد، عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، المطبعة الجديدة، دمشق، ط4، 1407هـ-1987م.**

707- **، المفصل في شرح قانون العقوبات، القسم العام، المطبعة الجديدة، دمشق، د.ط، 1410هـ-1990م.**

708- **، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، المطبعة الجديدة، دمشق، ط2، 1407هـ-1987م.**

710- **، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية، مطبوعات جامعة الكويت، ط4، 1989م.**

و- / كتب الفقه القانوني اللبناني

711- **حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات اللبناني - القسم العام، دار النهضة العربية، بيروت، دط، 1404هـ-1984م.**

712- **الحجار، حلمي محمد، أسباب الطعن بطريق النقض، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ط1، 1425هـ-2004م.**

713- **النقيب، عاطف، أصول المحاكمات الجزائية-دراسة مقارنة، منشورات عويدات، بيروت-باريس، ط1، 1986م.**

ز- / كتب تاريخ القانون

714- **أبو الوفا، أحمد، تاريخ النظم القانونية وتطورها، الدار الجامعية، بيروت، دط، 1984م.**

715- ويليام، هـ. مكائيل، وآخرون، شريعة حمورابي وأصل التشريع في الشرق القديم- دراسة مقارنة مع النصوص الكاملة، ترجمة: أسامة سراس، دار علاء الدين، دمشق، ط5، 2008م.

716- الذنون، عبد الحكيم، التشريعات البابلية، دار علاء الدين، دمشق، ط2، 1999م.

ع/- كتب فلسفة القانون و القانون المقارن والدولي

717- هيجل، جورج فلهم فردريك، أصول فلسفة الحق، ترجمة و تقديم و تعليق: إمام عبد الفتاح إمام، دار التنوير، بيروت، ط3، 2007م.

718- بهنام، رمسيس، علم النفس القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، 1979م.

719- تناغو، سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، 1986م.

720- كيره، حسن، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط5، دت.

721- علوان، محمد يوسف، و الموسى، محمد خليل، القانون الدولي لحقوق الإنسان: الحقوق المحمية، دار الثقافة، عمان، ط1، 1428هـ-2007م.

2/- المقالات والأبحاث

722- بوضياف، عمار: «من روائع القضاء الإسلامي: سلطة القاضي في مراجعة حكمه»، مقال منشور بمجلة أصداء جامعية، نشرية تصدر بالمركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسة، ع5، صفر 1425هـ- أبريل 24م.

723- المرصفاوي، جمال صادق: «نظام القضاء في الإسلام»، بحث قدم في مؤتمر الفقه الإسلامي الذي عقدته جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، بالرياض سنة 1396هـ، طبع ونشر إدارة الثقافة والنشر بالجامعة، 1404هـ/1984م.

724- اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء: «تدوين الراجح من أقوال الفقهاء» القسم الثالث، مجلة البحوث الإسلامية، مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الرياض، ربيع الأول-ربيع الثاني، جمادى الأولى، جمادى الثانية، 1412هـ، العدد 33.

725- سيدهم، مختار: «الاجتهاد القضائي في مادة الأسئلة لمحكمة الجنايات». مقال منشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، السنة 1999 من عدد خاص 10.

726- سيدهم، مختار: «محكمة الجنايات و قرار الإحالة عليها»، مقال منشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد خاص، 2003م.

727- سيف، رمزي: «طرق الطعن في الأحكام في مشروع قانون المرافعات»، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة فاروق الأول، القاهرة، س3، ع1، يناير-مارس 1948م.

727- -: «المعارضة في الأحكام الغيابية في مشروع قانون المرافعات»، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة فاروق الأول، القاهرة، ع:03، س:03، يوليو- سبتمبر 1948م.

729- أبو غدة، حسن عبد الغني: «القضاء على الغائب»، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع:40، س:5، ذو القعدة، 1420هـ- مارس 2000م.

القسم الثالث: الرسائل الجامعية

730- آل دريب، سعود بن سعد، التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في نظام السلطة الإسلامية ونظام السلطة القضائية، رسالة دكتوراه، طبع جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، وزارة التعليم العالي، المملكة العربية السعودية، دط، 1419هـ-1999م.

731- الأغبش، محمد الرضا عبد الرحمن، السياسة القضائية في عهد عمر بن الخطاب وصلتها بواقعنا المعاصر، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، وزارة التعليم العالي، المملكة العربية السعودية، دط، 1417هـ-1996م.

732- بلعتروس، محمد، القضاء على الغائب: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، غير منشورة، معهد الشريعة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 1998م-1999م.

733- أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، دار النفائس، عمان، ط1، 1420هـ-2000م.

734- بشير، سهام، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، بحث لنيل شهادة الماجستير في فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، د.ت.

735- جرادات، أحمد علي يوسف، نظرية تنفيذ الأحكام القضائية المدنية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، دار النفائس، عمان، ط1، 1426هـ-2006م.

736- الحميضي، عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ط1، 1409هـ-1989م.

737- ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، رسالة دكتوراه، دار النفائس، عمان، ط1، 1419هـ-1999م.

738- يونس، أمين حسين، تطبيقات السياسة الشرعية في باب القضاء، رسالة دكتوراه، دار الثقافة، عمان، ط1، 1431هـ-2010م.

739- الكيك، محمد علي محمود، رقابة محكمة النقض على تسبيب الأحكام الجنائية، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، د.ت.

- 740-** أبو عامر، محمد زكي، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي - محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة، رسالة دكتوراه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، 1985م.
- 741-** عميور، راضية، مبدأ مراجعة الأحكام القضائية بين الشريعة الإسلامية و النظم الوضعية، رسالة ماجستير غير منشورة في الشريعة والقانون، بإشراف الدكتور: محمد لخضر مالكي، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية: 1425هـ-1426هـ-2004-2005م.
- 742-** العقل، صالح بن علي بن صالح، التهمة وأثرها في الأحكام الفقهية، رسالة دكتوراه، دار التدمرية، الرياض، ط1، 1431هـ-2010م.
- 743-** فهمي، وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه منشورة، منشأة المعارف الإسكندرية، دط، 1974م.
- 744-** القبيح، سامر مازن، مجلة الأحكام العدلية: مصادرها وأثرها في قوانين الشرق الإسلامي، رسالة دكتوراه، دار الفتح، عمان، ط1، 1428هـ-2008م.
- 745-** القرشي، غالب بن عبد الكافي، أوليات الفاروق في الإدارة والقضاء، رسالة دكتوراه، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء بالاشتراك مع مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط 1، 1410هـ-1990م.
- 746-** الربابعة، أسامة علي مصطفى الفقير، أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية، رسالة دكتوراه، دار النفائس، الأردن، ط1، 1425هـ-2005م.
- 747-** روابح، إلهام شهرزاد، الطعن في الأحكام القضائية- الاستئناف مثالا- دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون غير منشورة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 2م-2001م.
- 748-** الغامدي، ناصر بن محمد بن مشري، الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي مع بيان التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية، رسالة دكتوراه منشورة، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، ط2، 1418هـ-2007م.
- 749-** خلفي، وسيلة، نظرية الاستقرار في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه غير منشورة في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 1430هـ-2010م.
- 750-** الخضير، أحمد بن محمد بن صالح، نقض الأحكام القضائية، رسالة دكتوراه منشورة، عمادة البحث العلمي بجامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية، وزارة التعليم العالي، المملكة العربية السعودية، سلسلة الرسائل الجامعية (70)، ط1، 1427هـ-2007م.

القسم الرابع: المصادر والمراجع في التاريخ واللغة والمعاجم

والموسوعات

أولاً/- التاريخ والتراجم

- 751- ابن إياس، محمد بن أحمد الحنفي المصري، بدائع الزهور في وقائع الدهور، مطابع الشعب، دم ن.
- 752- ابن الأثير الجزري، أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد الشيباني، الكامل في التاريخ، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 5، 1405هـ-1985م.
- 753- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، بعناية: عادل مرشد، دار الإعلام، عمان، ط 1، 1423هـ-2002م.
- 754- البكري، محمد بن أبي السرور الصديقي، التحفة البهية في تملك آل عثمان الديار المصرية، تحقيق ودراسة: عبد الرحيم عبد الرحمان عبد الرحيم، مطبعة دار الكتب و الوثائق القومية، القاهرة، دط، 1426هـ-2005م.
- 755- —، الروضة المأنوسة في أخبار مصر المحروسة، تحقيق ودراسة: عبد الرزاق عبد الرزاق عيسى، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط 1، 1417هـ-1997م.
- 756- ابن الجوزي، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد، مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، دار ابن خلدون، الإسكندرية، دط، 1996م.
- 757- الزركلي، خير الدين، الأعلام- قاموس تراجم الرجال و النساء العرب و المستعربين والمستشرقين، دار العلم للملايين، بيروت، ط 15، 2002م.
- 758- الزركشي، أبو عبد الله محمد بن إبراهيم، تاريخ الدولتين الموحدية و الحفصية، تحقيق و تعليق: محمد ماضور، المكتبة العتيقة، تونس، دط، دت.
- 759- ابن حجر العسقلاني، شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي، تهذيب التهذيب، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ط 2، 1413هـ-1993م.
- 760- —، الإصابة في تمييز الصحابة، مطبوع بهامشه الاستيعاب لابن عبد البر، دار صادر، بيروت، ط 1، 1428هـ.
- 761- ابن الحمصي، أحمد بن محمد بن عمر الأنصاري، حوادث الزمان و وفيات الشيوخ والأقران، تحقيق: عبد العزيز فياض حرفوش، دار النفائس، بيروت، ط 1، 1421هـ-2000م.
- 762- الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، تاريخ الأمم والملوك، المشهور ب: تاريخ الطبري، اعتنى به: أبو صهيب الكرمي، بيت الأفكار الدولية، عمان، دط، دت.
- 763- اللكنوي، محمد عبد الحي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، اعتنى به: أحمد الزعبي، دار الأرقم، بيروت، 1418هـ-1998م.

- 764-** المالكي، أبو بكر عبد الله بن محمد، رياض النفوس في طبقات علماء القيروان وإفريقية وزهادهم ونسآكهم وسير من أخبارهم وفضائلهم وأوصافهم، تحقيق: بشير البكوش، مراجعة: محمد العروسي المطوي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1414هـ-1994م.
- 765-** مهران، محمد بيومي، تاريخ العراق القديم، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، د ط، 1410هـ-1990م.
- 766-** المقرئزي، تقى الدين أبو العباس أحمد بن علي بن عبد القادر العبيدي، السلوك لمعرفة دول الملوك، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م.
- 767-** —، المواعظ والاعتبار في ذكر الخطط والآثار، تحقيق: أيمن فؤاد سيد، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، لندن، 1423هـ-2002م.
- 768-** مخلوف، محمد بن محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الفكر، بيروت، دط، دت.
- 769-** ابن قتيبة، أبو محمد عبد الله بن مسلم الدينوري، عيون الأخبار، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، دط، 1996م.
- 770-** ابن رجب، أبو الفرج زين الدين عبد الرحمان بن شهاب الدين البغدادي الحنبلي، الذيل على طبقات الحنابلة، دار المعرفة، بيروت، دط، دت.
- 771-** الخطيب البغدادي، أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت، تأريخ مدينة السلام وأخبار محدثيها وذكر قضاة العلماء من غير أهلها ووارديها، حققه وضبط نصه وعلق عليه: الدكتور بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1422هـ-2001م.
- 772-** ابن خلدون، عبد الرحمان، المقدمة، تحقيق: علي عبد الواحد وافي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، دط، 2006م.
- 773-** ابن خلكان، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، دط، دت.
- 774-** الذهبي، شمس الدين محمد بن أحمد، سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الارنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط10، 1414هـ-1994م.

ثانياً /- مناهج البحث العلمي

- 775-** عمر، معن خليل، مناهج البحث العلمي في علم الاجتماع، دار الشروق، عمان، ط1، الإصدار الثاني، 2004م.
- 776-** بن صالح، بشير، المنطق ومناهج البحث العلمي، مكتبة اقرأ، قسنطينة، دط، دت.

777- الميداني، عبد الرحمان حسن حبنكة، ضوابط المعرفة و أصول الاستدلال و المناظرة، دار القلم، دمشق، ط9، 1429هـ-2008م.

ثالثاً/- قواميس اللغة والمعاجم والموسوعات

778- إبراهيم، مصطفى و آخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، استانبول، د.ط، 1989م.

779- ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث و الأثر، اعتناء: رائد بن صبري بن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية، عمان، ط3، 2003م.

780- إدريس، سهيل؛ وجبور، عبد النور، المنهل - قاموس فرنسي عربي، دار الآداب بالاشتراك مع دار العلم للملايين، بيروت، ط9، 1978م.

781- بدوي، عبد الرحمان، موسوعة المستشرقين، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، ط4، 2003م.

782- الجاحظ، أبو عثمان عمرو بن بحر، البيان و التبيين، وضع حواشيه، موقف شهاب الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ-1998م.

783- جبور، عبد النور، معجم عبد النور المفصل: عربي- فرنسي، دار العلم للملايين، بيروت، ط10، 2006م.

784- الجرجاني، الشريف علي بن محمد، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1408هـ-1988م.

785- الدينوري، أبو بكر أحمد بن مروان بن محمد القاضي المالكي (ت 333هـ)، المجالسة وجواهر العلم، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، جمعية التربية الإسلامية، أم الحصم- البحرين، مع دار ابن حزم، بيروت، دط، 1419هـ.

786- ابن دريد، أبو بكر محمد بن الحسن، جمهرة اللغة، تحقيق: رمزي منير البعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، 1987م.

787- الزوزني، أبو عبد الله الحسين بن أحمد، شرح المعلقات السبع، مكتبة المعارف، بيروت، ط1، 1425هـ-2004م.

788- ابن حاتم الباهلي، أبو نصر أحمد صاحب الأصمعي، ديوان ذي الرمة عيلان بن عقبة العدوي (ت117هـ)، تحقيق: عبد القدوس أبو صالح، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1414هـ-1993م.

789- لالاند، أندريه، موسوعة لالاند الفلسفية، تعريف: خليل أحمد خليل، تعهد وإشراف: احمد عويدات، منشورات عويدات، بيروت، باريس، ط1، 1996م.

- 790- المبرد، أبو العباس محمد بن يزيد، الكامل، تحقيق: محمد أحمد الدالي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1413هـ-1993م.
- 791- المناوي، محمد عبد الرؤوف، التوقيف على مهمات التعاريف- معجم لغوي مصطلحي، تحقيق: محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر، بيروت بالاشتراك مع دار الفكر، دمشق، ط1، 1410هـ-1990م.
- 792- مرجليوث، دافيد صمويل، أصول الشعر العربي، ترجمة و تعليق ودراسة: إبراهيم عوض، دار الفردوس، د م ن، د ط، 1426هـ-2006م.
- 793- المبرد، أبو العباس محمد بن يزيد، الكامل، تحقيق: محمد أحمد الدالي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1413هـ-1993م.
- 794- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، تحقيق: مجموعة من الأساتذة، دار المعارف، القاهرة، د ط، دت.
- 795- —، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب المحيط، تقديم: عبد الله العلايلي، إعادة بناء على الحرف الأول: يوسف خياط، دار الجيل، بيروت، بالاشتراك مع دار لسان العرب، بيروت، دط، 1408هـ-1988م.
- 796- العقيقي، نجيب، المستشرقون- موسوعة في تراث العرب مع تراجم المستشرقين ودراساتهم عنه منذ ألف عام حتى اليوم، دار المعارف، القاهرة، ط4، دت.
- 797- ابن فارس، أبو الحسين أحمد، معجم المقاييس في اللغة، تحقيق: شهاب الدين أبو عمرو، دار الفكر، بيروت، دط، دت.
- 798- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير: معجم عربي- عربي، اعتناء: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، صيدا- بيروت، دط، 1425هـ-2004م.
- 799- الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ضبط و توثيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، دط، 1415هـ-1995م.
- 800- القنوجي، صديق بن حسن، أبجد العلوم- الوشي المرقوم في بيان أحوال العلوم، إعداد: عبد الجبار زكار، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، دت.
- 801- القرام، ابتسام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري باللغتين العربية و الفرنسية، قصر الكتاب، البليدة، دط، 1998م.
- 802- الراغب الأصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، تحقيق و ضبط: محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1418هـ-1998م.

803- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، تحقيق: مصطفى ديب البغا، دار الهدى، عين أمليّة- الجزائر، ط4، 1990م.

804- رواس قلعجي، محمد و قنيبي، حامد صادق، معجم لغة الفقهاء - عربي - انجليزي، مع كشاف انكليزي - عربي بالمصطلحات الواردة في المعجم، دار النفائس بيروت، ط2، 1408هـ-1988م.

القسم الرابع: مواقع الانترنت

805- موقع وزارة العدل:

<http://arabic.mjjustice.dz/conv-jud-bilat-vatif-alg-ar.htm>.

القسم الخامس: المراجع الفرنسية

806- Le nouveau petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Edition de 1973.

807- Garraud, René, Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, Paris, 1907-1927, T.5.

808- R. Terki, M. Cabbabé, Lexique juridique: Français-Arabe, suivi de formulaire judiciaire, ENL, Alger, 1986.

y

الصفحة	العنوان
	الإهداء
	شكر وتقدير
أ-ك	مقدمة الرسالة
ل-م	قائمة المختصرات
1	الفصل التمهيدي تعريف الحكم القضائي، وأنواعه
1	- تمهيد وتقسيم
2	المبحث الأول: تعريف الحكم القضائي
2	المطلب الأول: تعريف القضاء
2	الفرع الأول: تعريف القضاء لغة
3	البند الأول: الجدوى من التعريف اللغوي، ومن منهجية علماء الشريعة الإسلامية
8	البند الثاني: معنى القضاء لغة
8	أولاً: المعنى الأصيل الأول: للقضاء إحصاء الأمر، وإيقانته، وإيقادته لجهته
9	ثانياً: المعنى الأصيل الثاني: للقضاء الفصل والقطع
10	ثالثاً: المعنى الأصيل الثالث: للقضاء انقطاع الشيء وتمامه
13	الفرع الثاني: تعريف القضاء اصطلاحاً
13	البند الأول: تعريف القضاء اصطلاحاً في الفقه الإسلامي
14	أولاً: تعاريف القضاء عند الحنفية
14	1- تعريف الكاساني
14	2- تعريف الحصكفي
14	3- تعريف الزيلعي
14	4- تعريف الصدر الشهيد
15	5- تعريف ابن عابدين

15	6/- تعريف بدر الدين العيني
15	7/- تعريف الكمال بن الهمام
15	8/- تعريف بن مودود الموصللي
16	9/- تعريف قاسم بن قطلوبغا
16	10/- تعريف منلا خسرو
16	11/- تعريف القونوي
16	ثانياً: تعاريف القضاء عند المالكية
16	1/- تعريف ابن راشد
17	2/- تعريف ابن طلحة الأندلسي
17	3/- تعريف ابن عرفة
17	أ/- التعريف الأول:
17	ب/- التعريف الثاني:
18	4/- تعريف ابن سلمون
18	5/- تعريف ابن خلدون
18	6/- تعريف الدردير
18	7/- تعريف ميارة
18	8/- تعريف للمالكية غير منسوب
19	ثالثاً: تعاريف القضاء عند الشافعية
19	1/- تعريف أبي المعالي الجويني
19	أ/- التعريف الأول:
19	ب/- التعريف الثاني:
19	2/- تعريف الخطيب الشربيني
19	3/- تعريف العز بن عبد السلام
20	4/- تعريف القلّسّندي
20	5/- تعريف أبي زكريا الأنصاري
20	6/- تعريف الرّملي

20	رابعاً: تعريف القضاء عند الحنابلة
20	1- تعريف ابن النّجّار
21	2- تعريف ابن مُفلح
21	3- تعريف الحَجّاوي
21	4- تعريف البُهّوتي
21	5- تعريف المرداوي
21	خامساً: تعاريف القضاء عند الزيدية
21	1- تعريف الصنعاني محمد بن إسماعيل
21	2- تعريف ذكره محمد بن إسماعيل الصنعاني ولم ينسبه
21	3- تعريف أحمد بن قاسم الصنعاني
22	سادساً: تعاريف القضاء عند المعاصرين
22	1- تعريف الدكتور عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز الحميضي
22	2- تعريف الدكتور محمد الزحيلي
22	3- تعريف الدكتور محمد نعيم ياسين
22	4- تعريف الدكتور عبد الكريم زيدان
22	5- تعريف الدكتور أحمد بن محمد بن صالح الخضير
22	سابعاً/- تعريفنا للقضاء في الفقه الإسلامي
29	البند الثاني: تعريف القضاء اصطلاحاً في الفقه القانوني
29	تمهيد وتقسيم
30	أولاً: المعايير الشكلية
30	- تعريف وتقسيم
31	1- المعيار العضوي
31	2- المعيار الإجرائي
32	3- معيار الأثر القانوني
32	4- معيار تدرج القواعد القانونية على شكل هرمي
33	ثانياً: المعايير الموضوعية

33	- تعريف وتقسيم
34	1/- معيار البناء الداخلي للعمل أو خصائصه
34	2/- معيار الغرض والغاية من العمل
34	- تمهيد وتقسيم
35	أ/- نظرية حماية الحقوق
35	ب/- نظرية حماية النظام القانوني
35	ج/- نظرية الرقابة الشرعية
36	د/- نظرية الحلول
36	3/- معيار حسم النزاع والخصومة
37	ثالثا: المعيار المختلط
38	1/- العنصر الشكلي للعمل القضائي
39	2/- العنصر الموضوعي للعمل القضائي
42	مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني في تعريف القضاء
42	أ/- الموافقات
43	ب/- الفروق
44	المطلب الثاني: تعريف الحكم القضائي
44	الفرع الأول: الحكم لغة
48	الفرع الثاني: الحكم اصطلاحا
48	البند الأول: تعريف الحكم عند علماء أصول الفقه
49	أولا: تعريف أبي حامد الغزالي
49	ثانيا: تعريف الأمدى
49	ثالثا: تعريف عبد الوهاب ابن السبكي
49	رابعا: تعريف الأشعري والرازي والبيضاوي وغيرهم
49	خامسا: تعريف الجمهور
51	البند الثاني: تعريف الحكم في فقه القضاء الإسلامي
52	أولا: تعريف الحكم القضائي عند الحنفية

52	1- تعريف ابن الغرس
52	2- تعريف مجلة الأحكام العدلية
53	3- تعريف علي حيدر
53	ثانياً: تعريف الحكم القضائي عند المالكية
53	1- تعريف القرافي
53	أ/- التعريف الأول
53	ب/- التعريف الثاني
54	2- تعريف ابن عرفة
54	3- تعريف الرصاص
54	4- تعريف ميارة
54	أ/- التعريف الأول
54	ب/- التعريف الثاني
54	5- تعريف الدردير
54	ثالثاً: تعاريف الحكم القضائي عند الشافعية
55	1- تعريف عز الدين بن عبد السلام
55	2- تعريف زكريا الأنصاري
55	3- تعريف ابن حجر الهيتمي
55	رابعاً: تعاريف الحكم القضائي عند الحنابلة
55	1- تعريف ابن قندوس
55	2- تعريف البهوتي
56	خامساً: تعاريف الحكم القضائي عند المعاصرين
56	1- تعريف محمد زيد الأبياني بك
56	2- تعريف علي محمود قراعة
56	3- تعريف عبد الرحمان القاسم
56	أ/- التعريف الأول:
56	ب/- التعريف الثاني:

56	4- تعريف وهبة الزحيلي
56	أ/- التعريف الأول:
57	ب/- التعريف الثاني:
57	5- تعريف محمد الزحيلي
57	6- تعريف أحمد بن عبد العزيز آل مبارك
57	7- تعريف عبد الرحمان إبراهيم عبد العزيز الحميضي
57	8- تعريف محمد نعيم ياسين
57	9- تعريف أحمد بن محمد بن صالح الخضير
57	10- تعريف محمود الأمير يوسف الصادق
58	11- تعريف عبد الناصر موسى أبو البصل
58	سادسا: تعريفنا للحكم القضائي
58	1- الموافقات
59	2- الفروق
59	البند الثالث: تعريف الحكم القضائي في الفقه القانوني
59	أولا: تعريف الحكم القضائي بمعناه العام في الفقه القانوني
62	أ/- العنصر الموضوعي الحكم قرار صادر في خصومة ومنازعة
63	ب/- العنصر الشكلي الحكم قرار يصدر من جهة قضائية، وفقا لأشكال وإجراءات معينة
63	⑥/- وجوب صدور الحكم من جهة قضائية
63	⑦/- وجوب صدور الحكم القضائي وفقا لأشكال وإجراءات معينة
65	ثانيا: تعريف الحكم القضائي بمعناه الخاص في القانون الموضوعي
66	خاتمة تتضمن المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في تعريف الحكم القضائي
66	أ/- الموافقات
66	ب/- الفروق
68	المبحث الثاني: أنواع الحكم القضائي
68	المطلب الأول: أنواع الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي
69	الفرع الأول: أقسام الحكم باعتبار أداة التعبير

69	البند الأول: تعريف الحكم القولي و صيغته.
70	أولاً: تعريف الحكم القولي
70	ثانياً: صيغ الحكم القولي في المذاهب الفقهية
71	1/- ألفاظ الحكم عند الحنفية
71	2/- ألفاظ الحكم عند المالكية
71	3/- ألفاظ الحكم عند الشافعية
71	4/- ألفاظ الحكم عند الحنابلة
71	البند الثاني: تعريف الحكم الفعلي و موقف الفقهاء من أفعال القاضي
71	أولاً: تعريف الحكم الفعلي
72	ثانياً: أنواع أفعال القاضي؛ و موقف الفقهاء منها
72	1/- النوع الأول: الأفعال الخارجة عن نطاق الولاية العامة للقضاء
73	2/- النوع الثاني: الأفعال التي تصدر بناء على الولاية العامة للقضاء
73	أ/- القول الأول: أفعال القاضي المستفادة من ولايته العامة هي حكم قضائي
74	ب/- القول الثاني: أفعال القاضي المستفادة من ولايته العامة ليست أحكاماً، و إنما تصرفات غير قضائية
75	ج/- القول الثالث: التفصيل الفعل الذي يفصل في خصومة حكم، وإلا فليس بحكم
76	د/- موازنة و ترجيح
76	البند الثالث: الحكم التقريري تعريفه، و موقف الفقهاء منه.
77	أولاً: تعريف الحكم التقريري
78	ثانياً: موقف الفقهاء من الحكم التقريري
78	1/- القول الأول: التقرير من القاضي حكم
78	2/- القول الثاني: التقرير من القاضي فتوى لا حكم
79	3/- موازنة و ترجيح
79	الفرع الثاني: أقسام الحكم باعتبار إثبات المدعي دعواه من عدمه
80	البند الأول: الحكم بالاستحقاق تعريفاً، و تمثيلاً
80	البند الثاني: الحكم بالترك تعريفاً و تمثيلاً

81	البند الثالث: التفرقة بين الحكم بالاستحقاق و الحكم بالترك
81	أولاً/- من حيث الحجية
81	ثانياً/- من حيث ادعاء الطرف الثالث ملكية المحكوم به
82	الفرع الثالث: أقسام الحكم باعتبار صحة التصرف في المحكوم به و موجبه
82	البند الأول: الحكم بالصحة تعريفه، و شروطه
82	أولاً/- تعريف الحكم بالصحة
83	1/- تعريف تقي الدين السبكي الشافعي
83	2/- تعريف سراج الدين عمر البلقيني الشافعي
83	3/- تعريف ولي الدين العراقي الشافعي
83	4/- تعريف ابن حجر الهيتمي الشافعي
83	5/- تعريف محمد العزيز جعيط
84	6/- تعريف محمد نعيم ياسين
84	7/- تعريفنا للحكم بالصحة
84	ثانياً/- شروط الحكم بالصحة
84	البند الثاني: الحكم بالموجب تعريفه، و شروطه
84	أولاً/- تعريف الحكم بالموجب
84	1/- تعريف البلقيني الشافعي
84	2/- تعريف ولي الدين العراقي الشافعي
85	3/- تعريف نصر الله البغدادي الحنبلي
85	4/- تعريف ابن حجر الهيتمي الشافعي
85	5/- تعريف محمد نعيم ياسين
85	6/- تعريفنا للحكم بالموجب
85	ثانياً/- نشأة مصطلح «الحكم بالموجب»؛ وأسبابه
90	ثالثاً/- شروط الحكم بالموجب
91	الفرع الرابع: أقسام الحكم باعتبار المقصود الأصلي الأول للحكم من عدمه
91	البند الأول: الحكم القصدي، و الحكم الضمني: تعريفه، و تمثيلاً، و تمييزاً، و موقفاً

91	أولاً: الحكم القسدي أو الصريح تعريفاً و تمثيلاً
92	ثانياً: الحكم الضمني أو الإشاري، تعريفاً و تمثيلاً
93	ثالثاً: التفرقة بين الحكمين القسدي و الضمني (الإشاري) و آثارها
95	رابعاً: موقف الفقه الإسلامي من الحكمين القسدي و الضمني (الإشاري)
97	البند الثاني: تقدير قيمة تقسيم الحكم إلى قسدي و ضمني (إشاري)
98	الفرع الخامس: أقسام الحكم باعتبار جواز نقضه من عدمه
99	البند الأول: الحكم القطعي (النهائي) تعريفاً و تمثيلاً
100	البند الثاني: الحكم غير القطعي تعريفاً و تمثيلاً
100	الفرع السادس: أقسام الحكم باعتبار موافقته للشرع و أصول القضاء
101	البند الأول: الحكم الصحيح، تعريفاً و تمثيلاً
101	البند الثاني: الحكم الباطل (الفاقد) تعريفاً و تمثيلاً
103	البند الثالث: الحكم القابل للإبطال تعريفاً و تمثيلاً
104	الفرع السابع: أقسام الحكم باعتبار الوصف الشرعي
105	1- الحكم بالوجوب
105	2- الحكم بالإباحة
106	3- الحكم بالتحريم
106	4- الحكم بالسبب
106	5- الحكم بالشرط
106	6- الحكم بالمانع
106	7- الحكم بالفساد
107	خلاصة تقديرية لأنواع الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي
108	المطلب الثاني: أنواع الأحكام القضائية في القانون الوضعي
109	الفرع الأول: أقسام الحكم باعتبار وجود أركان الحكم مع إجراءاته الجوهرية من عدمه
110	البند الأول: الحكم الصحيح و الباطل، و المنعدم تعريفاً و تمثيلاً.
110	أولاً: الحكم الصحيح، تعريفاً و تمثيلاً
110	ثانياً: الحكم الباطل، تعريفاً و تمثيلاً

111	ثالثا: الحكم المنعدم، تعريفا و تمثيلا
112	البند الثاني: أهمية التفرقة بين الحكم الباطل و المنعدم
113	الفرع الثاني: أقسام الحكم باعتبار قابليتها للطعن فيها
114	البند الأول: الحكم الابتدائي؛ و النهائي؛ و الحائز لقوة الشيء المحكوم به؛ و البات تعريفا و تمثيلا
114	أولا: الحكم الابتدائي، تعريفا و تمثيلا
114	ثانيا: الحكم الانتهائي، تعريفا و تمثيلا
115	ثالثا: الحكم الحائز لقوة الشيء المحكوم به، تعريفا و تمثيلا
116	رابعا: الحكم البات، تعريفا و تمثيلا
116	البند الثاني: أهمية التقسيم
117	الفرع الثالث: أقسام الحكم باعتبار القصد منها إلى حكم صريح؛ و ضمني
117	البند الأول: الحكم الصريح و الضمني تعريفا و تمثيلا و موقفا
117	أولا: الحكم الصريح تعريفا، و تمثيلا، و موقفا
117	ثانيا: الحكم الضمني، تعريفا، و تمثيلا، و موقفا
118	1/- تعريفة و تمثيله
118	2/- موقف الفقه القانوني من الحكم الصمني
119	أ/- الرأي الأول: عدم قبول فكرة الحكم الضمني في القانون
119	ب/- الرأي الثاني: قبول فكرة الحكم الضمني في القانون
119	ج/- موقفنا من المسألة
119	د/- موقف المحكمة العليا من الحكم الضمني
1 19	
120	البند الثاني: أهمية تقسيم الحكم إلى صريح؛ و ضمني
120	الفرع الرابع: أقسام الحكم باعتبار ظهور اتجاه رأي المحكمة في النزاع من عدمه
121	البند الأول: الحكم التمهيدي و التحضيري، تعريفا، و تمثيلا، و تمييزا، و مقارنة.
121	أولا: الحكم التمهيدي، تعريفا، و تمثيلا

122	ثانيا: الحكم التحضيري، تعريفا، و تمثيلا
122	ثالثا: ضابط التمييز بين الحكمين التمهيدي و التحضيري
122	1/- محاولة غارسوني و سيزار برو (Garsonnet et Cezar-Bru)؛ معيار التلقائية
123	2/- محاولة غلاسون (Glasson)؛ معيار الغرض من الإجراء
123	3/- محاولة جاييو (Japiot)؛ معيار تعادل مراكز الأطراف أم إفادة أحدهم دون الآخر
124	رابعا: مقارنة بين الحكمين التمهيدي و التحضيري
124	1/- الموافقات
125	2/- الفروق
125	البند الثاني: أهمية تقسيم الحكم إلى تمهيدي؛ و تحضيري
125	الفرع الخامس: أقسام الحكم باعتبار قابليته للطعن المباشر من عدمه
126	البند الأول: الحكم القابل للطعن المباشر، و غير القابل، تعريفا و تمثيلا
126	أولا: الحكم القابل للطعن المباشر تعريفا و تمثيلا
126	ثانيا: الأحكام غير القابلة للطعن المباشر تعريفا و تمثيلا
127	البند الثاني: أهمية تقسيم الحكم إلى حكم قابل للطعن المباشر؛ و غير قابل
127	الفرع السادس: أقسام الحكم باعتبار صدورها في مسألة موضوعية أو فرعية
128	البند الأول: الحكم الموضوعي؛ و الفرعي؛ و بعد الفصل في الموضوع، تعريفا و تمثيلا
128	أولا: الحكم الموضوعي (أو الفاصل في الموضوع)، تعريفا و تمثيلا
129	ثانيا: الحكم الفرعي، تعريفا و تمثيلا
129	ثالثا: الحكم بعد الفصل في الموضوع، تعريفا و تمثيلا
130	البند الثاني: أهمية تقسيم الحكم إلى حكم موضوعي؛ و فرعي؛ و بعد الفصل في الموضوع
130	خاتمة المبحث: مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي في أنواع الأحكام القضائية
131	أولا: الموافقات
131	ثانيا: الفروق
131	1/- من ناحية الشكل

132	2/- من ناحية الموضوع
133	ثالثاً: نتيجة المقارنة
<u>134</u>	<u>الباب الأول: التاصيل الشرعي والقانوني لنقض الأحكام القضائية</u>
136	الفصل الأول: تعريف النقض في الفقه الإسلامي والظن في القانون الوضعي
136	المبحث الأول: تعريف نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي
136	المطلب الأول: تعداد المصطلحات المستعملة في الفقه الإسلامي، وبيان أنواعها وتقدير المصطلح الأقرب إلى الاصطلاح
137	الفرع الأول: تعداد المصطلحات، وبيان أنواعها
137	البند الأول: تعداد المصطلحات والألفاظ الفقهية المستعملة للدلالة على إبطال الحكم
139	البند الثاني: ملاحظتنا على هذه العبارات والألفاظ المستعملة من قبل الفقهاء
140	أولاً: ما هو مجرد تعبير ولفظ، ولم يقصد به الاصطلاح
140	ثانياً: ما هو وصف للحكم
140	ثالثاً: ما هو مصطلح يدل على معنى إبطال الأحكام القضائية
140	الفرع الثاني: تعريف المصطلحات، المراجعة، الفسخ، الرد، النسخ، الاستئناف لغة
141	البند الأول: تعريف المراجعة لغة
142	البند الثاني: تعريف الفسخ لغة
142	البند الثالث: تعريف الرد لغة
145	البند الرابع: تعريف النسخ لغة
147	البند الخامس: تعريف الاستئناف لغة
149	الفرع الثالث: بيان عدم صلاحية المصطلحات السابقة، والإبقاء على مصطلح «النقض»
151	المطلب الثاني: تعريف النقض لغة واصطلاحاً
151	الفرع الأول: تعريف النقض لغة
155	الفرع الثاني: تعريف النقض اصطلاحاً
155	البند الأول: تعريف النقض اصطلاحاً في علم العروض
155	البند الثاني: تعريف النقض اصطلاحاً في علمي أصول الفقه و الجدل

157	البند الثالث: تعريف النقض اصطلاحا في علم الفقه
157	أولاً: تعريف البناني المالكي للنقض اصطلاحا
157	ثانياً: تعريف النقض اصطلاحا عند بعض الشافعية
159	ثالثاً: تعريف تقي الدين السبكي الشافعي للنقض اصطلاحا
161	رابعاً: تعريف بعض المعاصرين للنقض اصطلاحا
162	1/- تعريف الدكتور محمود جبر الفضيلات
162	2/- تعريف الدكتور عبد الكريم بن محمد اللّاحم
162	3/- تعريف الدكتور أحمد بن محمد بن صالح الخضير
163	4/- محمد رواس قلعجي
163	خامساً: تعريفنا
164	الفرع الثالث: العلاقة بين التعريفين اللغوي والاصطلاحي
165	المبحث الثاني: تعريف الطعن في الأحكام القضائية في القانون الوضعي
165	المطلب الأول: تعريف الطعن لغة
167	المطلب الثاني: تعريف الطعن في الأحكام القضائية اصطلاحا في القانون الوضعي
168	المطلب الثالث: العلاقة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي للطعن
168	المبحث الثالث: أنواع النقض (الطعن) في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
169	المطلب الأول: أنواع نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي
169	الفرع الأول: أنواع النقض باعتبار صيغته إلى نقض قولي، ونقض فعلي
170	البند الأول: النقض القولي
170	البند الثاني: النقض الفعلي
171	أولاً: الصورة الأولى: إصدار حكم في قضية مخالف لحكم سابق مع علم الناقض بذلك
171	ثانياً: الصورة الثانية: أن يتوقف الناقض عن تنفيذ الحكم ويمتنع من ذلك
173	البند الثالث: أهمية تقسيم النقض باعتبار صيغته إلى قولي وفعلي
173	الفرع الثاني: أنواع النقض باعتبار قصد النقض من عدمه إلى نقض قصدي؛ ونقض ضمني
174	البند الأول: النقض القصدي تعريفا وتمثيلاً

174	البند الثاني: النقض الضمني تعريفا وتمثيلا
175	البند الثالث: أهمية تقسيم النقض باعتبار قصد النقض من عدمه إلى نقض قصدي؛ ونقض ضمني (إشاري)
175	الفرع الثالث: أنواع النقض باعتبار شموله لجميع الحكم من عدمه إلى نقض كلي عام؛ ونقض جزئي
175	البند الأول: النقض الكلي أو العام أو الشامل
175	البند الثاني: النقض الجزئي
176	الفرع الرابع: أنواع النقض باعتبار زمن حصوله قبل تنفيذ الحكم قبله أم بعده، إلى نقض قبلي، ونقض بعدي
176	البند الأول: النقض القبلي
176	البند الثاني: النقض البعدي
177	المطلب الثاني: أنواع الطعن في القانون الوضعي
177	البند الأول: أنواع الطعن باعتبار التصريح وعدمه إلى طعن صريح؛ وطعن ضمني
177	أولاً: الطعن الصريح
177	ثانياً: الطعن الضمني
179	ثالثاً: أهمية تقسيم الطعن إلى طعن صريح وطعن ضمني
179	البند الثاني: أنواع الطعن باعتبار شموله للحكم المطعون ضده إلى طعن كلي وطعن جزئي
179	أولاً: الطعن الكلي
179	ثانياً: الطعن الجزئي
180	ثالثاً: أهمية تقسيم الطعن إلى كلي وجزئي
180	البند الثالث: أنواع الطعن باعتبار الإحالة إلى الجهة ذاتها التي صدر من القرار المنقوض من عدمها إلى الطعن بالإحالة والطعن بدون إحالة
180	أولاً: الطعن بالإحالة
181	ثانياً: الطعن بدون إحالة
182	ثالثاً: أهمية تقسيم الطعن إلى الطعن بالإحالة، والطعن بدون إحالة
183	- مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
183	أ/- الموافقات
183	ب/- الفروق

185	الفصل الثاني: حكم النقض في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
187	المبحث الأول: حكم نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي
187	المطلب الأول: بيان الخطة التشريعية ومعالمها في حكم النقض في الفقه الإسلامي
187	الفرع الأول: بيان الخطة التشريعية التي رسمتها الشريعة الإسلامية في حكم النقض
188	الفرع الثاني: معالم الخطة التشريعية الإسلامية
189	المعلم الأول: الأصل في الأحكام القضائية أنها لا تنقض
189	أولاً: بيان الأصل و القاعدة العامة
191	ثانياً: المقصد من القاعدة العامة صيانة القضاء من التعرض له، و التشكيك فيه
191	ثالثاً: مظاهر القاعدة العامة و الأصل في أن الأحكام القضائية صحتها و عدم جواز نقضها
191	- المظهر الأول: تحديد وضبط شروط تولي القضاء
192	- المظهر الثاني: عدم جواز مخاصمة القضاة فيما قضاوا به إلا ببينة
195	- المظهر الثالث: القاضي له كل السلطة في رفض طلب إعادة النظر في حكمه إذا صدر من السلطان
196	- المظهر الرابع: ندب القضاة إلى التأيي و التثبيت و التدقيق عند النظر في النزاع و البيئات
197	المعلم الثاني: جواز نقض الأحكام القضائية التي تشوبها أخطاء، استثناء
203	- المعلم الثالث: آليات التوفيق بين الأصل و الاستثناء
203	أولاً: الأسباب
204	ثانياً: الآجال
205	ثالثاً: الشروط
206	رابعاً: الأطراف
206	المطلب الثاني: الأحكام التفصيلية للنقض
206	الفرع الأول: وجوب النقض
207	البند الأول: الإجماع على وجوب النقض عند مخالفة الحكم للنص القاطع و الإجماع و القياس الجلي
210	البند الثاني: نقض دعوى مخالفة أبي حنيفة و مالك للإجماع

211	الفرع الثاني: حرمة النقض
211	البند الأول: معنى حرمة النقض، وبيان حالاتها إجمالاً
213	البند الثاني: الحالة الأولى: حرمة نقض الحكم القضائي الصحيح
214	البند الثاني: الحالة الثانية: حرمة نقض الحكم في محل الاجتهاد
215	أولاً: تعريف الاجتهاد اصطلاحاً عند علماء أصول الفقه
215	1/ - تعريف الغزالي أبي حامد
215	2/- تعريف أبي بكر الرازي
215	3/- تعريف الأمدي
216	4/- تعريف ابن الحاجب
216	5/- تعريف البيضاوي
216	6/- تعريف الشوكاني
217	ثانياً: قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله» في مجال القضاء
217	1/- ماهية القاعدة صيغة، ومجالاً، ومعنى، وزمناً، وطبيعة.
217	أ/- صيغة القاعدة
218	ب/- مجال القاعدة
220	ج/- معنى الاجتهاد في قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله»
221	د/- معنى قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله» في مجال القضاء
225	هـ/- التأكيد على عدم وجود فرق بين الصيغ المختلفة لقاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله»
226	و/- الوقت الذي لا يجوز فيه نقض الاجتهاد بمثله
228	2/- أدلة قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله»
228	أ/- السنة النبوية الشريفة
229	ب/- آثار الصحابة رضوان الله عليهم
231	ج/- إجماع العلماء
232	د/- القياس
233	هـ/- المعقول
233	و/- القاعدة الأصولية إذا تعارض الخاص والعام، يقدم الخاص على العام

237	ز- الدليل المقاصدي (نظرية الاستقرار)
241	ثالثاً: حكم نقض الحكم القضائي الاجتهادي
242	1/- حكم نقض القاضي لحكمه القضائي الاجتهادي باجتهد آخر.
242	أ/- موقف الجمهور(كل المذاهب باستثناء جمهور المالكية)
243	ب/- تحقيق قول المالكية
243	⑥/- القول الأول: موافقة الجمهور في عدم جواز نقض القاضي لحكمه القضائي باجتهد آخر
244	⑦/- القول الثاني: يجوز للقاضي الذي حكم فقط دون غيره أن ينقض حكمه إذا رأى أن غيره أصوب
247	⑧/- القول الثالث: التفصيل جواز النقض في الأموال، ومنعه في الطلاق و النكاح وحقوق الله عامة
247	ج/- أصل الخلاف لدى المالكية
248	2/- حكم نقض الحكم القضائي الاجتهادي من قبل الغير من القضاة ممن يخالفون القاضي الأول: في الاجتهاد
248	أ/- حكم نقض الحكم القضائي الاجتهادي في حال الاختلاف في المحكوم به
254	ب/- حكم نقض الحكم القضائي الاجتهادي في حال الاختلاف في القضاء نفسه
254	⑥/- القول الأول: الراجح عند الحنفية والظاهر لدى المالكية وقول للحنابلة الحكم القضائي الاجتهادي في حال الاختلاف في القضاء نفسه لا ينفذ و يتوقف على إمضاء قاض آخر
256	⑦/- القول الثاني: مذهب الشافعية، والمذهب عند الحنابلة، وقول مرجوع عند الحنفية الحكم القضائي الاجتهادي في حال الاختلاف في القضاء نفسه ينفذ ولا يجوز نقضه
257	⑧/- موازنة وترجيح
258	ج/- حكم نقض الحكم القضائي الاجتهادي في حال الاختلاف في طريق الحكم
258	⑥/- القول الأول: الراجح عند الحنفي والمالكية والشافعية والحنابلة، عدم جواز نقض الحكم القضائي في حال الاختلاف في طريق الحكم
259	⑦/- القول الثاني: الحنفية والجنابلة في قول مرجوح لهم الحكم القضائي الاجتهادي في حال الاختلاف في طريق الحكم، لا ينفذ، وإنما يتوقف على إمضاء قاض آخر
260	⑧/- موازنة وترجيح

2 61	المبحث الثاني: موقف القانون الوضعي من الطعن في الأحكام القضائية وأساسه
2 61	المطلب الأول: موقف القانون الوضعي من الطعن في الأحكام القضائية
2 61	الفرع الأول: على مستوى التشريعات الداخلية للدول
2 63	الفرع الثاني: على مستوى المواثيق الدولية والإقليمية «مبدأ حق الطعن أمام محكمة أعلى»
2 65	الفرع الثالث: طرق الطعن في الأحكام القضائية أمام المحكمة الجنائية الدولية بروما
2 65	المطلب الثاني: أهمية الطعن في الأحكام القضائية وأساسه الفلسفي
2 65	الفرع الأول: أهمية الطعن في الأحكام القضائية
266	الفرع الثاني: مساوئ الطعن
267	الفرع الثالث: موازنة بين مزايا ومساوئ الطعن في الأحكام القضائية
267	أولا : المصلحة العامة
268	ثانيا : المصلحة الخاصة
270	الفصل الثالث: أدلة مشروعية النقص في الفقه الإسلامي
270	المبحث الأول: القرآن الكريم
279	المبحث الثاني: السنة النبوية الشريفة
287	المبحث الثالث: آثار الصحابة
299	المبحث الرابع: الإجماع
302	المبحث الخامس: القياس والمعقول

305	الباب الثاني: آليات تفعيل نقض الأحكام القضائية
305	- تمهيد وتقسيم
307	الفصل الأول: النظرية العامة لآليات نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي
307	- تمهيد وتقسيم
307	المبحث الأول: السياسة الشرعية القضائية في مجال نقض الأحكام القضائية
307	المطلب الأول: مبدأ تعدد درجات التقاضي تعريفه؛ وموقف الفقه الإسلامي منه
307	الفرع الأول: تعريف مبدأ تعدد درجات التقاضي؛ وتقديره؛ وآثاره
308	البند الأول: تعريف مبدأ تعدد درجات التقاضي؛ وتقديره
311	البند الثاني: تقدير مبدأ التقاضي على درجتين
311	أولاً: مزايا وعيوب نظام التقاضي على درجة واحدة
311	1- المزايا
312	2- العيوب
312	ثانياً: مزايا وعيوب نظام التقاضي على درجتين
312	1- مزايا نظام التقاضي على درجتين
313	2- عيوب نظام التقاضي على درجتين
314	ثالثاً: موازنة ومقارنة وترجيح
315	البند الثالث: آثار ونتائج الأخذ بنظام التقاضي على درجتين
316	الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من نظام التقاضي على درجتين
316	البند الأول: نصوص الفقهاء المتقدمين لا تمنع نظام التقاضي على درجتين
319	البند الثاني: موقف الباحثين المعاصرين من نظام التقاضي على درجتين
319	أولاً/- القول الأول: الفقه الإسلامي يأخذ بنظام التقاضي على درجة واحد
323	ثانياً/- القول الثاني: الفقه الإسلامي يأخذ بنظام التقاضي على درجتين
324	- تصور عبد الكريم زيدان للقضاء الإسلامي
327	- ملاحظات على تصور عبد الكريم زيدان للقضاء الإسلامي
328	- أدلة القائلين بجواز الأخذ بنظام التقاضي على درجتين

334	الفرع الثالث: موقف مجلة الأحكام العدلية العثمانية من نظام التقاضي على درجتين
335	أولاً: في دائرة الفتوى العلية
335	ثانياً: مجلس التدقيقات الشرعية
338	المبحث الثاني: تصورنا للنظام القضائي الإسلامي
338	المطلب الأول: ترجيح نظام التقاضي على درجتين في كل المواد، وثلاث درجات في المواد الجزائية استثناء
340	المطلب الثاني: آليات وطرق نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي
341	الفرع الأول: اتجاهات المعاصرين في تعداد طرق نقض الأحكام في الفقه الإسلامي
341	البند الأول: الاتجاه الأول: تبني أفكار القانون الوضعي
342	البند الثاني: الاتجاه الثاني: محاولة ابتداء مصطلحات جديدة
343	البند الثالث: الاتجاه الثالث: لا وجود لطرق النقض إلا طريق التمييز أو النقض
344	البند الرابع: الاتجاه الرابع: طرق النقض هي الاستئناف والنقض
344	البند الخامس: أزمة المنهج في الدراسات المعاصرة في الفقه الإسلامي
347	الفرع الثاني: طرق نقض الأحكام القضائية في النظام القضائي السعودي
347	- المرحلة الأولى: طرق النقض التمييز فقط (1346-1422هـ/1927-2002م)
348	- المرحلة الثانية: طرق النقض التمييز وإعادة النظر (1422هـ-1428هـ/2001-2007م)
350	- المرحلة الثالثة: طرق النقض هي الاستئناف، والتمييز، وإعادة النظر (1428هـ/2007م إلى اليوم)
351	الفرع الثالث: اقتراح تصوّر جديد لطرق نقض الأحكام القضائية مأسولاً على الفقه الإسلامي
351	البند الأول: أسس الاقتراح بتصور لطرق نقض الأحكام القضائية
355	البند الثاني: عرض الاقتراح
355	أولاً: التصور العام لكل طرق النقض
355	1/- الاعتراض
355	2/- الاستئناف

355	3- التمييز
355	4- إعادة المحاكمة
359	ثانياً: التصور التفصيلي لطرق نقض الأحكام القضائية
359	1- الاعتراض
362	2- الاستئناف
363	3- التمييز
363	4- إعادة المحاكمة
365	الفصل الثاني: أسباب نقض الحكم القضائي المتعلقة بالقاضي في الفقه الإسلامي
365	تمهيد وتقسيم
365	أولاً: المقصود بأسباب النقض
365	ثانياً: أهمية البحث في أسباب نقض الأحكام القضائية
365	ثالثاً: تنوع وتعدد أسباب النقض، وجهود الفقهاء في ضبطها
366	أ/- جهود القرافي المالكي في ضبط أسباب نقض الأحكام
367	ب/- جهود تقي الدين السبكي الشافعي في ضبط أسباب نقض الأحكام
368	ج/- مقارنة بين جهود كل من القرافي و السبكي في ضبط أسباب نقض الأحكام
368	1/- الموافقات (أوجه الاتفاق)
369	2/- الفروق (أوجه الاختلاف)
369	د/- خلاصة في أسباب النقض مع الخطة
370	المبحث الأول: نقض الأحكام القضائية بسبب انتفاء شروط تولي القضاء
371	المطلب الأول: نقض الحكم القضائي بسبب انتفاء شرط الإسلام في القاضي
371	الفرع الأول: إجماع العلماء على اشتراط الإسلام في القاضي للفصل بين المسلمين
373	الفرع الثاني: اختلاف العلماء في تولية القاضي الدمي للفصل بين أهل دينه
373	أولاً/- القول الأول: لا يجوز للكافر أن يحكم بين أهل دينه
374	ثانياً/- القول الثاني: يجوز للكافر أن يحكم بين أهل دينه
376	ثالثاً/- موازنة وترجيح

377	المطلب الثاني: نقض الحكم القضائي بسبب انتفاء شرط التكليف في القاضي
377	أولاً/- الأحكام القضائية الصادرة من قاض لا تتوافر فيه شرط التكليف باطلّة بطلاناً مطلقاً
379	ثانياً/- مذهب بعض الحنابلة كل أحكام القاضي غير المكلف باطلّة إلا الصائبة فلا تنقض
380	ثالثاً/- موازنة وترجيح
381	المطلب الثالث: نقض الحكم القضائي بسبب انتفاء شرط الحرية في القاضي
382	- القول الأول: العبد لا تصح أحكامه، ويتعين نقضها مطلقاً
385	- القول الثاني: تتعقب أحكام غير الصالح للقضاء، ومنه العبد، فينقض ما كان خطأ، ويمضى الصواب
385	- القول الثالث: لا يشترط في القاضي الحرية، ومن ثم تصح تولية العبد القضاء وتحمل أحكامه على الصحة
388	رابعاً: : القول الرابع: تحمل أحكام العبد على الصحة متى أذن له سيده
389	خامساً: موازنة وترجيح
389	المطلب الرابع: نقض الحكم القضائي بسبب انتفاء شرط سلامة الحواس (السمع؛ البصر؛ النطق) في القاضي
389	أولاً/- القول الأول: لا تصح ولاية القضاء لصاحب العاهات (الصم؛ العمى؛ الخرس)؛ وتنتقض أحكامه مطلقاً
390	ثانياً/- القول الثاني: أحكام الأعمى تحمل على الصحة ولا يجوز نقضها
391	ثالثاً/- القول الثالث: لا ينتقض الحكم القضائي إلا من فقد حاستين فأكثر
392	رابعاً/- القول الرابع: أحكام غير الصالح للقضاء، ومنه فاقد إحدى الحواس، تتعقب أحكامه، فينقض ما كان خطأ، ويمضى ما كان صواباً
392	خامساً/- موازنة وترجيح
393	المطلب الخامس: نقض الحكم القضائي بسبب انتفاء شرط العدالة
393	الفرع الأول: موقف الفقهاء من اشتراط العدالة في تولي القضاء
393	أولاً: القول الأول: العدالة شرط صحة في تولي منصب القضاء
394	ثانياً: القول الثاني: العدالة شرط كمال للتولية في منصب القضاء
395	الفرع الثاني: حكم تولية القاضي المحدود في قذف بعد توبته
395	أولاً: القول الأول: أحكام القاضي المحدود في القذف وتوبته لا تصح وتنقض
396	ثانياً: القول الثاني: أحكام القاضي المحدود في القذف بعد توبته صحيحة ولا تنقض

396	الفرع الثالث: موقف الفقهاء من الأحكام القضائية الصادرة من القاضي الفاسق
397	أولاً: القول الأول: أحكام القاضي الفاسق تنقض مطلقاً
399	ثانياً: القول الثاني: أحكام القاضي الفاسق محمولة على الصحة ولا تنقض إلا بموجب النقض غير الفسق
399	ثالثاً: القول الثالث: أحكام القاضي الفاسق تتبع، فينقض ما بان خطؤه، ويمضى الصواب
400	رابعاً: موازنة وترجيح
400	المطلب السادس: نقض الحكم القضائي بسبب انتفاء شرط الذكورة في القاضي
400	الفرع الأول: موقف الفقهاء من تولية المرأة القضاء
401	أولاً: القول الأول: الذكورة شرط صحة في تولي القضاء، ومن ثم لا يجوز أن تكون المرأة قاضياً مطلقاً
402	ثانياً: القول الثاني: الذكورة ليست شرطاً في تولي القضاء، ومن ثم يجوز للمرأة أن تتولى القضاء في غير الحدود والقصاص، غير أن موليتها يأنم
403	ثالثاً: القول الثالث: يجوز للمرأة أن تلي القضاء مطلقاً، في الأموال والحدود و القصاص
403	1/- التعريف بهذا الاتجاه، وبأصحابه، ونصوصهم
404	2/- التحقيق أن ابن جرير الطبري لا يجيز قضاء المرأة مطلقاً، أو أنه يقول بقول الحنيفة
406	الفرع الثاني: انتقاض الحكم بانتفاء شرط الذكورة من عدمه
407	المطلب السابع: نقض الحكم القضائي بسبب انتفاء شرط الاجتهاد في القاضي
407	الفرع الأول: موقف الفقهاء من شرط الاجتهاد في القاضي
407	أولاً: القول الأول: الاجتهاد شرط صحة لتولي منصب القضاء
410	ثانياً: القول الثاني: الاجتهاد ليس شرطاً لتولي القضاء، ومن ثم يجوز تقليد العامي والمقلد
410	الفرع الثاني: انتقاض الحكم القضائي بانتفاء شرط الاجتهاد في القاضي
410	- القول الأول: تنقض أحكام غير المجتهد مطلقاً
411	- القول الثاني: أحكام القاضي المقلد صحيحة مالم تخالف قاطعاً
411	- القول الثالث: تنقض كل أحكام القاضي الجاهل الذي لا يشاور العلماء
411	- القول الرابع: أحكام القاضي الجاهل مطلقاً تتصفح أحكامه، فما كان

	صحيحاً أنفذ، وما كان باطلاً ينقض
412	خامساً: موازنة وترجيح
412	المبحث الثاني: نقض الأحكام القضائية بسبب انعدام الولاية والاختصاص القضائيين
413	المطلب الأول: نقض الحكم القضائي بسبب انعدام الولاية القضائية
413	- تمهيد وتقسيم تعريف الولاية القضائية؛ وأركانها؛ وشروطها
413	أولاً: تعريف الولاية القضائية
414	ثانياً: أركان الولاية القضائية
414	1/- الركن الأول: المولى (بكسر اللام)
414	أ/- القاعدة العامة صاحب الحق في التعيين في القضاء هو الدولة ممثلة في الإمام الأعظم
417	ب/- الاستثناء لأهل الحل والعقد تقليد قاض من بينهم إذا فقد الاتصال بسلطة الإمام الأعظم
418	2/- الركن الثاني: المولى (بفتح اللام)
418	3/- الركن الثالث: الصيغة
418	4/- الركن الرابع: العمل (أو محل الولاية أو الاختصاص الإقليمي)
419	5/- الركن الخامس: النظر
419	أ/- النظر العام
419	ب/- النظر الخاص
420	ثالثاً: شروط صحة الولاية القضائية
420	1/- أن تتم التولية من الإمام الأعظم؛ أو نائبه؛ أو من فوض إليه
421	2/- معرفة المولى كون المولى على صفة تصلح للقضاء
421	3/- تحديد الاختصاص القضائي مكاناً؛ وزماناً؛ ونوعاً؛ ومذهباً؛ وأشخاصاً، وقيمة
422	4/- حصول المشافهة بالولاية من الإمام إلى القاضي إن كان حاضراً؛ أو مكاتبته إن كان غائباً
422	5/- إسهاد عدلين على التولية
423	6/- أن يكون المولى للقاضي عدلاً لا فاجراً ظالماً

423	أ/- القول الأول: يرى اشتراط عدالة الموليّ
423	ب/- القول الثاني: لا يشترط في الموليّ العدالة
424	ج/- موازنة وترجيح
425	7/- أن تكون صيغة التقليد صريحة، ولا تجوز الكناية إلا بقريظة تدل على تولية القضاء
426	8/- إعلان القبول من قبل القاضي
427	9/- أن تشيع ولاية القاضي في عمله بين الناس
427	المطلب الثاني: نقض الحكم القضائي لمخالفة قواعد الاختصاص القضائي
427	الفرع الأول: تعريف التخصيص، لغة و اصطلاحاً.
427	أولاً/- التخصيص لغة
428	ثانياً/- تعريف التخصيص اصطلاحاً
429	1/- تعريف شوكت محمد عليان
429	2/- تعريف سعود بن سعد آل دريب
429	أ/- التعريف الأول:
430	ب/- التعريف الثاني:
430	3/- تعريف حامد عبد الرحمان
430	4/- تعريف أحمد محمد مليجي
431	5/- تعريف ناصر بن محمد بن مشري الغامدي
431	6/- تعريف فؤاد عبد المنعم أحمد و الحسين علي غنيم
431	أ/- التعريف الأول:
431	ب/- التعريف الثاني:
431	7/- تعريف محمد الرضا عبد الرحمان الأغيش
432	8/- تعريفنا للاختصاص القضائي
432	الفرع الثاني: حكم الاختصاص القضائي؛ و أدلة مشروعيته.
432	أولاً/- حكم الاختصاص القضائي
433	ثانياً/- أدلة جواز الاختصاص القضائي

435	الفرع الثالث: أنواع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي.
436	أولاً/- الاختصاص المكاني أو المحلي
436	1/- تعريف الاختصاص المكاني أو المحلي
438	2/- حدود الاختصاص المكاني أو المحلي
439	أ/- القول الأول: مذهب الشافعية، النواحي التي لم تذكر في تقليد السلطان تدخل في اختصاص قاضي البلدة عرفاً
440	ب/- القول الثاني: قول الحنفية، العبرة بدخول النواحي في اختصاص قاضي البلدة بمنشور السلطان
440	ج/- القول الثالث: قول ثان للحنفية، النواحي تدخل في اختصاص قاض البلدة مطلقاً
440	د/- القول الرابع: لأحد المعاصرين التفصيل
441	هـ/- الرأي الراجح في هذه المسألة
441	3/- تنازع الاختصاص المكاني أو المحلي
442	أ/- تنازع الاختصاص المكاني في غير العقار
442	1/- الاختصاص المكاني لمحكمة موطن المدعى عليه
443	2/- الاختصاص المكاني لمحكمة موطن المدعي
443	3/- الرأي الراجح في هذه المسألة
443	ب/- تنازع الاختصاص المكاني في منازعات العقار
443	1/- المحكمة المختصة هي محكمة موقع العقار
444	2/- المحكمة المختصة هي محكمة موطن المدعى عليه
445	3/- الرأي الراجح في هذه المسألة
445	ثانياً/- الاختصاص الزماني
445	1/- المعنى الأول: الاختصاص الزماني بمدة ولاية القاضي الزمنية
449	2/- المعنى الثاني: عدم سماع قضايا معينة بمرور زمان معين
450	- الأول: مرور الزمن الاجتهادي
450	- الثاني: مرور الزمن المعين من قبل السلطان
454	ثالثاً/- الاختصاص القيمي أو الكمي أو بنصاب معين

455	رابعاً/- الاختصاص النوعي أو الموضوعي
457	المبحث الثالث: نقض الحكم القضائي بسبب وجود المانع
457	المطلب الأول: نقض الحكم القضائي بسبب تشوش فكر وذهن القاضي
457	الفرع الأول: معنى القاعدة، وبيان الحالات المؤثرة على حالة القاضي الفكرية والنفسية
457	أولاً/- معنى قاعدة حالة القاضي الفكرية و النفسية عند إصدار الحكم
458	ثانياً/- الظروف المؤثرة على حالة القاضي الفكرية و النفسية عند إصدار الحكم
459	الفرع الثاني: أدلة قاعدة مراعاة حالة القاضي نفسياً و فكرياً عند إصدار الحكم
495	أولاً/- من الكتاب الكريم
459	ثانياً/- السنة النبوية الشريفة
461	ثالثاً/- آثار الصحابة
461	رابعاً/- الإجماع
462	خامساً:-/ القياس
462	سادساً: /- المعقول
463	الفرع الثالث: موقف الفقهاء من الحكم القضائي الصادر من القاضي المشوش الفكر
464	أولاً/- القول الأول: كراهة إصدار الحكم في حال كون فكر القاضي مشوشاً
467	ثانياً/- القول الثاني: حرمة إصدار الحكم في حال كون فكر القاضي مشوشاً
469	ثالثاً/- القول الثالث: لا ينفذ الحكم إذا عرض مشوش الفكر قبل أو أثناء الحكم، وينفذ الحكم إذا عرض المشوش بعد اتضاح الحكم.
470	رابعاً/- موازنة و ترجيح
470	المطلب الثاني: نقض الحكم القضائي بسبب وجود التهمة
470	تمهيد وتقسيم تعريف التهمة لغة واصطلاحاً، وحالات نقض الحكم بسبب التهمة
471	أولاً:تعريف التهمة لغة
471	ثانياً: تعريف التهمة اصطلاحاً
471	1/- التعريف العام

473	2/- تعريف التهمة في خصوص نقض الأحكام القضائية
473	ثالثا/- حكم التهمة في القضاء
475	رابعا/- أدلة اعتبار التهمة في الأحكام القضائية
476	خامسا/- أقسام أو مراتب التهمة من حيث قوتها وضعفها
476	1/- التهمة القوية
477	2/- التهمة الضعيفة الساقطة
477	3/- التهمة المتوسطة المختلف حولها
478	الفرع الأول: نقض الحكم القضائي بسبب حكم القاضي لنفسه
478	أولا: القاعدة العامة
479	ثانيا: استثناءات من الأصل العام عدم جواز حكم القاضي لنفسه
482	ثالثا: موقف الفقهاء من حكم القاضي على نفسه
482	1/- القول الأول: يجوز للقاضي أن يحكم على نفسه
483	2/- القول الثاني: لا يجوز للقاضي أن يحكم على نفسه
483	3/- موازنة و ترجيح
483	الفرع الثاني: نقض الحكم القضائي بسبب وجود علاقة بين القاضي وأحد أطراف الخصومة
483	أولا: نقض الحكم القضائي بسبب علاقة قرابة أو مصاهرة مع القاضي
484	1/- القول الأول: لا يجوز مطلقا الحكم للأصول أو الفروع
485	2/- القول الثاني: يجوز للقاضي الحكم مطلقا لأصوله أو فروعه
487	3/- القول الثالث: حكم القاضي لأصوله وفروعه ينفذ بالإقرار ولا ينفذ بالبينة
488	4/- القول الرابع: حكم القاضي لأصوله وفروعه ينفذ بالبينة ولا ينفذ بعلمه
489	5/- موازنة و ترجيح
489	ثانيا: نقض الحكم القضائي بسبب وجود عداوة دنيوية بين القاضي وأحد الخصوم
491	1/- القول الأول: لا يجوز للقاضي الحكم على عدوه وينتقض إن وقع
492	2/- القول الثاني: يجوز قضاء القاضي على عدوه
492	3/- موازنة و ترجيح

495	الفصل الثالث: أسباب نقض الحكم القضائي المتعلقة بالحكم
495	تمهيد وتقسيم
496	المبحث الأول: نقض الحكم القضائي لمخالفته الكتاب الكريم
497	أولاً: تعريف القرآن الكريم، وبيان إجماع العلماء على نقض الحكم المخالف له إجمالاً
499	ثانياً: المناهج الأصولية في الواضح الدلالة
499	- الحنفية
500	- جمهور المتكلمين
501	1/- منهج الحنفية في الواضح الدلالة
501	أ/- الظاهر
502	ب/- النص
503	ج/- المُفسّر
504	د/- المُحكّم
505	2/- منهج المتكلمين (المالكية و الشافعية و الحنابلة) في الواضح الدلالة
505	أ/- الظاهر
507	ب/- النص
507	⑥/- التعريف الأول: تطابق النص مع الظاهر
509	⑦/- التعريف الثاني: النص هو ما لا يتطرق إليه احتمال
509	⑧/- التعريف الثالث: ما يدل على المعنى دلالة قطعية
510	ج/- الفرق بين الظاهر والنص عند المتكلمين
510	ثالثاً/- ما ينتقض به الحكم القضائي من أقسام الواضح
510	1/- ما ينتقض به الحكم القضائي بحسب تقسيم الحنفية
511	أ/- القول الأول: ينقض الحكم المخالف لدلالة المُحكّم والمُفسّر والنص والظاهر
512	ب/- القول الثاني: ينقض الحكم القضائي المخالف لدلالة المُحكّم، والمُفسّر دون ما عداهما
513	ج/- موازنة وترجيح
514	2/- ما ينتقض به الحكم القضائي بحسب تقسيم المتكلمين

514	أ/- بحسب التعريف الثالث للنص
514	ب/- بحسب التعريف الثاني للنص
515	ج/- بحسب التعريف الأول للنص
515	٦/- القول الأول: لا ينقض الحكم القضائي المخالف لـ«لظاهر» من الكتاب والسنة
515	٧/- القول الثاني: ينقض الحكم القضائي المخالف لـ«لظاهر» من الكتاب والسنة
517	٨/- موازنة و ترجيح
518	المبحث الثاني: نقض الحكم القضائي لمخالفته نص السنة النبوية
519	أولاً: تعريف السنة اصطلاحاً
519	ثانياً: التشاكل والمفارقة بين الكتاب و السنة فيما يتعلق بنقض الأحكام القضائية
521	ثالثاً: أقسام السنة عند الحنفية و المتكلمين
521	1/- السنة المتواترة
522	2/- السنة المشهورة
522	أ/- تعريفها؛ وتمييزها عن السنة المتواترة
523	ب/- حكم السنة المشهورة
524	- الاتجاه الأول: السنة المشهورة كالمتواترة، فيثبت بها علم اليقين، بالطريق الاستدلالي لا بطريق الضرورة
525	- الاتجاه الثاني: أنها في مرتبة دون المتواترة وفوق الأحاد، توجب علم الطمأنينة، لا علم اليقين
526	- موازنة وترجيح
526	3/- سنة الأحاد
526	أ/- تعريفها
527	ب/- حكمها
528	رابعاً/- نقض الحكم القضائي لمخالفة السنة بحسب أنواعها
528	1/- إجماع العلماء قاطبة على نقض الحكم القضائي المخالف للسنة المتواترة
529	2/- موقف الفقهاء من الحكم القضائي المخالف للسنة المشهورة

529	3- موقف الفقهاء من الحكم القضائي المخالف للسنة الأحادية
530	أ/- القول الأول: لا ينقض الحكم القضائي المخالف للسنة الأحادية
532	ب/- القول الثاني: ينقض الحكم القضائي المخالف للسنة الأحادية
534	ج/- موازنة الترجيح
536	المبحث الثالث: نقض الحكم القضائي لمخالفته الإجماع
536	أولا: تعريف الإجماع اصطلاحا
537	ثانيا: إجماع العلماء على نقض الحكم القضائي المخالف للإجماع على الجملة
538	ثالثا: أنواع الإجماع
539	1/- تعريف الإجماع القطعي، وبيان نقض الحكم القضائي المخالف له بالإجماع
541	2/- الإجماع الظني تعريفه؛ و موقف الفقهاء من نقض الحكم القضائي المخالف له
541	أ/- تعريفه
541	ب/- موقف الفقهاء من الحكم القضائي المخالف للإجماع الظني
542	⑥/- القول الأول: الحكم القضائي المخالف للإجماع الظني لا ينقض
542	⑦/- القول الثاني: ينقض الحكم القضائي المخالف للإجماع الظني
544	⑧/- موازنة وترجيح
544	المبحث الرابع: نقض الحكم القضائي بسبب مخالفته القياس
544	أولا: تعريف القياس اصطلاحا
546	ثانيا: إجماع العلماء على حجية العمل بالقياس
547	ثالثا: أقسام القياس باعتبار قوته وضعفه
548	1/- القياس الجلي؛ وموقف الفقهاء من نقض الحكم القضائي لمخالفته
548	أ/- تعريف القياس الجلي
550	ب/- أمثلة عن القياس الجلي
550	⑥/- أمثلة ما نص على علته
552	⑦/- أمثلة عما ثبتت علته بالإجماع
553	⑧/- أمثلة عن ما قطع فيه بنفي تأثير الفارق بين الأصل والفرع

553	ج- موقف الفقهاء من نقض الحكم القضائي المخالف للقياس الجلي
553	٦- القول الأول: الحكم القضائي المخالف للقياس الجلي يجب نقضه وإبطاله
555	٧- القول الثاني: الحكم القضائي المخالف للقياس الجلي لا ينقض
556	٨- موازنة وترجيح
557	2- القياس الخفي؛ وموقف الفقهاء من الحكم القضائي المخالف له من حيث النقض
557	أ- تعريف القياس الخفي
558	ب- بعض الأمثلة للقياس الخفي
558	ج- إجماع العلماء على عدم جواز نقض الحكم القضائي لمخالفته القياس الخفي
560	المبحث الخامس: نقض الحكم القضائي بسبب مخالفته القواعد الكلية
560	أولاً: تعريف القواعد الكلية
561	ثانياً: موقف الفقهاء من الحكم القضائي المخالف للقواعد الكلية
561	1- القول الأول: ينقض الحكم القضائي المخالف للقواعد الكلية
562	2- القول الثاني: لا ينقض الحكم القضائي المخالف للقواعد الكلية
563	3- موازنة وترجيح
563	ثالثاً: أمثلة على نقض الحكم القضائي لمخالفته القواعد الكلية
566	الفصل الرابع: نقض الأحكام القضائية بسبب مخالفة أصول القضاء:
566	المبحث الأول: قاعدته هيئة الإصدار للحكم القضائي:
567	المطلب الأول: حكم تعدد القضاة في النزاع الواحد
568	1- القول الأول: عدم جواز إصدار الأحكام من أكثر من قاض مطلقاً [نظام القاضي الفردي]:
573	2- القول الثاني: جواز إصدار الأحكام من أكثر من قاض مطلقاً [نظام القضاء الجماعي]:
575	3- القول الثالث: جواز إصدار الأحكام من أكثر من قاض في حالات و منعه في أخرى
580	4- القول الرابع في المسألة
581	المطلب الثاني: العلاقة بين القضاة في حال تعددهم للفصل في النزاع الواحد

582	1- الرأي الأول: علاقة الاستقلال بين القضاة في حال تعددهم عند نظر النزاع الواحد
584	أ/- معيار طلب المدعي
584	ب/- معيار المسافة
585	ج/- معيار الأسبقية
586	د/- معيار القرعة
587	2- الرأي الثاني: علاقة مشاركة و ارتباط بين القضاة في حالة تعددهم عند النزاع الواحد
588	3- الرأي الراجع في المسألة
588	المبحث الثاني: قاعدة المشاورة
588	المطلب الأول: تعريف المشاورة لغة و اصطلاحاً
589	1- تعريف المشاورة لغة
590	2- تعريف المشاورة اصطلاحاً
590	المطلب الثاني: مشروعية المشاورة
590	1- من القرآن الكريم
591	2- السنة النبوية الشريفة
591	3- فعل الصحابة
592	4- الإجماع
592	5- المعقول
594	المطلب الثالث: حكم المشاورة في مذاهب الفقهاء
594	1- القول الأول: استحباب المشاورة للقاضي
596	2- القول الثاني: وجوب المشاورة للقاضي المقلد دون المجتهد
599	3- القول الثالث: جواز المشاورة للقاضي العالم، و عدم جوازها للقاضي الجاهل
600	4- الرأي الراجع في المسألة: وجوب المشاورة في الدماء و الأعراض، و استحبابها في الأموال
600	المطلب الرابع: طبيعة المشاورة

603	المبحث الثالث: قاعدة الإعذار
603	المطلب الأول: تعرف الإعذار لغة و اصطلاحا
603	1- الإعذار لغة
605	2- الإعذار اصطلاحا
607	المطلب الثاني: مشروعية الإعذار
607	1- من القرآن الكريم
608	2- من السنة النبوية
608	3- اثار الصحابة
609	3- الإعذار يقوم على دليل الاستحسان الأصولي و الخروج عن القياس
609	4- الإعذار و تأسسه على مبدأ الإحسان لا على مبدأ العدل
610	المطلب الثالث: موقف المذاهب الفقهية من الإعذار
610	1- القول الأول: مذهب الجمهور، الإعذار قاعدة مستحبة فقط
612	2- القول الثاني: مذهب المالكية: الإعذار قاعدة إلزامية للقاضي و إلا كان الحكم باطلا
613	3- القول الثالث: مذهب الظاهرية: عدم جواز العمل بالإعذار أصلا
614	4- موازنة و ترجيح
617	الباب الثالث: تطور القضاء الجزائري، وطرق الطعن في القانون الوضعي النقض نموذجا
618	الفصل الأول: تطور القضاء الجزائري، وطرق الطعن، والطعن بالنقض، وأوجهه
618	المبحث الأول: التطور التاريخي للقضاء الجزائري في الجزائر
619	- المرحلة الأولى: المرحلة الانتقالية من جويلية 1962م إلى نوفمبر 1965م
620	أولا/- بخصوص النصوص التشريعية المتعارضة مع السيادة الوطنية
620	ثانيا/- بخصوص سد الفراغ الذي تركه الرحيل الجماعي للإطارات القضائية الفرنسية
621	ثالثا/- بخصوص الإجراءات المتخذة المتعلقة بالأجهزة القضائية الجزائرية
623	رابعا/- التنظيم القضائي الجزائري في هذه المرحلة
623	- المرحلة الثانية: مرحلة الإصلاح القضائي من نوفمبر 1965م إلى جوان

	1975م
624	أولاً/- مختلف التطورات
626	ثانياً/- المجلس القضائي الثوري من 1968/11/04م، إلى 1975/06/17م
627	ثالثاً/- التنظيم القضائي في هذه المرحلة
628	1/- الدرجة الأولى: المحاكم
628	2/- على مستوى الدرجة الثانية
630	3/- على مستوى قمة الهرم القضائي
630	- المرحلة الثالثة: مرحلة الانحراف القضائي من 1975م إلى 1995م
631	أولاً/- مجلس أمن الدولة من 1975/06/17م، إلى 1989/04/25م
631	1/- إنشاؤه
632	2/- مقره
632	3/- تشكيلته
634	ثانياً/- القسم الاقتصادي لمحكمة الجنايات من 1975/07/17م إلى 1990/06/18م
634	1/- إنشاؤه واختصاصه
635	2/- القواعد الخاصة بالقسم الاقتصادي للمحكمة الجنائية
637	ثالثاً/- المجالس القضائية الخاصة من 1992/09/30م إلى 1995/02/25م
637	1/- إنشاؤها
638	2/- اختصاص المجالس القضائية الخاصة
638	3/- تشكيلة المجلس القضائي الخاص
639	4/- الإجراءات أمام المجلس القضائي الخاص
639	أ/- التحقيق الابتدائي
640	ب/- التحقيق
641	ج/- الحكم
642	- المرحلة الرابعة: مرحلة العودة إلى الإصلاح (1995 إلى 2014م)
647	- الخلاصة العامة لكل المراحل

648	المبحث الثاني: تعريف طرق الطعن، وتقسيماتها
648	المطلب الأول: تعريف طرق الطعن
656	المطلب الثاني: تقسيمات طرق الطعن
656	الفرع الأول: أقسام الطعن باعتبار طبيعة الوظيفة استدراكية أم إصلاحية
656	أولاً/- الطرق الاستدراكية (أو السحب، أو إعادة النظر)
657	ثانياً/- الطرق الإصلاحية (أو التصحيحية)
657	ثالثاً/- تقويم هذا التقسيم
658	الفرع الثاني: أقسام طرق الطعن باعتبار وقت ممارستها قبل أو بعد حصول قوة الشيء المقضي
658	أولاً/- الطرق السابقة لقوة الشيء المقضي به
658	ثانياً/- الطرق اللاحقة لقوة الشيء المقضي به
659	ثالثاً/- تقويم هذا التقسيم
659	الفرع الثالث: أقسام الطعن من حيث العموم والخصوص
659	أولاً/- الطرق العامة
659	ثانياً/- الطرق الخاصة
660	ثالثاً/- تقدير أهمية هذا التقسيم وفائدته
660	الفرع الرابع: أقسام طرق الطعن باعتبار الوظيفة منها
660	أولاً/- طرق الطعن غايتها فحص الوقائع والقانون معاً
661	ثانياً/- طرق طعن غايتها فحص القانون فقط
661	ثالثاً/- طرق طعن غايتها فحص الوقائع فقط
662	رابعاً/- تقدير أهمية هذا التقسيم وتقويمه وفائدته
663	الفرع الخامس: أقسام طرق الطعن باعتبار الحرية وعدمها في بيان أسباب الطعن
664	أولاً/- طرق الطعن العادية
665	ثانياً/- طرق الطعن غير العادية (أو الاستثنائية)
668	المبحث الثالث: الطعن بالنقض تعريفاً، وخصائمه، وأنواعه، وتمييزاً
668	المطلب الأول: الطعن بالنقض المصطلح والدلالة

669	الفرع الأول: مصطلح «النقض» ومقابلة في التشريعات المقارنة
669	أولاً/- التشريعات الجزائرية يستعمل مصطلح «النقض»
670	ثانياً/- التشريعات التي تأخذ بمصطلح النقض
671	ثالثاً/- التشريعات اللبنانية يستعمل مصطلح «التميز»
671	رابعاً/- التشريعات التونسية يستعمل مصطلح «التعقيب»
672	الفرع الثاني: تعريف الطعن بالنقض اصطلاحاً
673	المطلب الثاني: الطعن بالنقض خصائصه وتمييزه عن غيره من طرق الطعن
673	الفرع الأول: خصائص الطعن بالنقض
673	أولاً:النقض طريق طعن غير عادي (أو الطابع الاستثنائي للنقض)
678	ثانياً: الطعن بالنقض لا يتناول إلا الجانب القانوني لدعوى دون التعرض لوقائعها
679	ثالثاً: الطعن بالنقض يكتفي بإبطال القرار أو الحكم القضائي فقط دون إصلاحه
680	رابعاً: الطعن بالنقض لا يكون إلا أمام جهة قضائية وحيدة في النظام القضائي
682	الفرع الثاني: تمييز الطعن بالنقض عن غيره من طرق الطعن الأخرى
682	أولاً:التمييز بين الطعن بالنقض والمعارضة
682	1/- الموافقات
682	2/- الفروق
686	ثانياً: التمييز بين الطعن بالنقض والطعن بالاستئناف
686	1/- الموافقات
687	2/- الفروق
688	ثالثاً: التمييز بين الطعن بالنقض وبين الطعن بطلب إعادة النظر
688	1/- الموافقات
689	2/- الفروق
691	المبحث الرابع: حصر أوجه الطعن بالنقض
691	المطلب الأول: أوجه الطعن بالنقض المصطلح والتعريف

691	الفرع الأول: اختلاف التشريعات في الاصطلاح
692	الفرع الثاني: تعريف أوجه الطعن بالنقض
693	المطلب الثاني: أوجه الطعن بالنقض في القانون المقارن
693	الفرع الأول: ما يعد وجها للطعن بالنقض في القانون المقارن
693	1/- القاعدة العامة كل ما يتعلق بالقانون يعد وجها للطعن بالنقض
694	2/- بيان أوجه الطعن بالنقض في مختلف التشريعات
694	أ/- حصر أوجه الطعن بالنقض في مختلف التشريعات
694	⑥/- التشريع الجزائري
699	⑦/- التشريع التونسي
699	⑧/- التشريع المغربي
700	⑨/- التشريع المصري
702	⑩/- التشريع السوري
703	⑪/- التشريع اللبناني
704	ب/- مقارنة وموازنة
704	⑥/- الموافقات
705	⑦/- الفروق
706	الفرع الثاني: ما لا يعد وجها للطعن بالنقض
706	1/- تقدير الوقائع وإثباتها
706	أ/- تعريف الوقائع
707	ب/- أهمية التمييز بين الوقائع والقانون
707	ج/- صعوبة التمييز بين الوقائع والقانون
709	د/- لا يعد وجها للنقض تقدير الوقائع
714	هـ/- لا يعد وجها للنقض إثبات الوقائع
717	و/- الاستثناء جواز رقابة المحكمة العليا على إثبات الوقائع وتقديرها
718	⑥/- رقابة المحكمة العليا على محكمة الموضوع في شأن الوقائع من حيث الإثبات

721	٢٠/- رقابة المحكمة العليا على الوقائع من خلال تسبيب قاضي الموضوع لحكمه
722	2/- تصحيح الأخطاء المادية
722	أ/- تعريف الخطأ المادي في الحكم القضائي
723	ب/- خصائص الخطأ المادي في الحكم القضائي
724	ج/- الشروط الواجب توافرها لطلب تصحيح الحكم القضائي من الأخطاء المادية
726	د/- إجراءات طلب تصحيح الحكم القضائي من الأخطاء المادية
726	هـ/- الفصل في طلب تصحيح الحكم القضائي من الأخطاء المادية
726	و/- إمكانية الطعن في الحكم القاضي بتصحيح الحكم الأصلي من الأخطاء المادية
729	الفصل الثاني: تفصيل أوجه الطعن بالنقض الأربعة الأولى من المادة 500 ق.إ.ج.
729	المبحث الأول: عدم الاختصاص
730	المطلب الأول: تعريف الاختصاص و طبيعته
730	الفرع الأول: تعريف الاختصاص الجزائي
731	الفرع الثاني: طبيعة قواعد الاختصاص الجزائي
735	المطلب الثاني: أنواع الاختصاص الجزائي
735	الفرع الأول: الاختصاص الجزائي الموضوعي
737	1/- القاعدة العامة الاختصاص الإقليمي للقانون الجزائي
737	أ/- تعريف مبدأ الإقليمية
737	1/- الوجه الإيجابي لمبدأ الإقليمية انطباق القانون الجزائي على كل جريمة تقع في إقليم الدولة
738	2/- الوجه السلبي لمبدأ الإقليمية عدم انطباق القانون الجزائي على جرائم تقع خارج إقليم الدولة
738	ب/بيان حقيقة الإقليم، و عناصره
738	1/- اليابسة أو الإقليم البري
738	2/- الإقليم الجوي
739	3/- الإقليم المائي
739	ج/- أسس مبدأ الإقليمية

739	①-/- السيادة
740	②-/- العدالة
740	③/تحقيق الردع
740	د-/- الضابط في مكان ارتكاب الجريمة
740	①-/- الرأي الأول: الضابط في مكان ارتكاب الجريمة هو المكان الذي ارتكب فيه أي عنصر من عناصر الركن المادي
742	②-/- الرأي الثاني: الضابط في مكان ارتكاب الجريمة هو مكان عنصر واحد فقط من عناصر الركن المادي
742	③-/- موازنة و ترجيح
743	هـ-/- تطبيق مبدأ الإقليمية
743	①-/- حالة ارتكاب جريمة في طائرة أو سفينة جزائرية
743	②-/- حالة ارتكاب جريمة في طائرة أو سفينة أجنبية
744	③-/- ارتكاب جريمة على ظهر سفينة تجارية أجنبية في ميناء بحري جزائري
745	④-/- ارتكاب جريمة على متن طائرة أجنبية
745	⑤-/- الاستثناءات الواردة على مبدأ الإقليمية في القانون الداخلي
746	①-/- رئيس الدولة
746	②-/- نواب و أعضاء البرلمان
747	○-/- الإقرار بمبدأ الحصانة البرلمانية في الأداء السياسي (الحصانة الموضوعية)
747	○-/- حالة ارتكاب عضو البرلمان لجناية أو جنحة (الحصانة الإجرائية)
748	●-/- حالة تلبس أحد أعضاء البرلمان بجنحة أو جناية (الحصانة الإجرائية)
748	③-/- رؤساء الدول الأجنبية و السلك الدبلوماسي و القوات المسلحة الأجنبية
749	④-/- تكليف الحصانة في القانون الجزائري الإقليمي
750	○-/- القول الأول: الحصانة قاعدة موضوعية
750	●-/- القول الثاني: الحصانة قاعدة إجرائية
750	2-/- الاختصاص الجزائي الخارجي الشخصي؛ و العيني؛ و العالمي
751	1-/- الاختصاص الشخصي

751	①- تعريف مبدأ شخصية القانون الجزائري
452	②- الأهمية و الفائدة من الأخذ بمبدأ شخصية القانون الجزائري
752	③- تطبيق مبدأ إقليمية القانون الجزائري في الجزائر و لبنان
752	①- حالة ارتكاب جناية من طرف جزائري في الخارج
753	②- حالة ارتكاب جزائري جنحة في الخارج بغض النظر عن القانون الذي ارتكبت فيه الجريمة
754	③- الشروط الإجرائية لمتابعة جزائري ارتكب جناية أو جنحة خارج إقليم الجمهورية
755	④- موقف الفقه الجزائري من مبدأ الشخصية السلبية
755	①- الرأي الأول: المشرع الجزائري لم يأخذ بمبدأ الشخصية في وجهه السلبية
756	②- الرأي الثاني: المشرع الجزائري يأخذ بالوجه السلبية لمبدأ الشخصية
756	③- موازنة وترجيح
756	ب- الاختصاص العيني
756	①- تعريف مبدأ عينية تطبيق القانون الجزائري
757	②- أهمية مبدأ العينية في تطبيق القانون الجزائري
757	③- تطبيق المبدأ العينية في القانون الجزائري واللبناني و السوري
759	ج- الاختصاص العالمي
759	①- تعريف مبدأ عالمية تطبيق النص الجزائري
759	②- أساس مبدأ العالمية
761	③- موقف التشريعات من المبدأ
762	الفرع الثاني: الاختصاص الجزائي الإجرائي
762	1- الاختصاص الوظيفي
763	أ- قضاء النيابة العامة
765	ب- قضاء التحقيق
767	①- قاضي التحقيق بالمحكمة كدرجة أولى
768	②- غرفة الاتهام كدرجة ثانية للتحقيق
770	ج- قضاء الحكم

770	د- مبدأ الفصل بين قضاء الحكم؛ و قضاء التحقيق؛ وقضاء النيابة العامة
770	①- الفصل بين قضاء الحكم؛ و قضاء التحقيق؛ المبدأ والاستثناء
770	①- المبدأ
771	②- الاستثناء
772	②- الفصل بين قضاء الحكم؛ وقضاء النيابة العامة؛ المبدأ والاستثناء
772	①- المبدأ
772	②- الاستثناء
774	2- الاختصاص الشخصي
776	3- الاختصاص النوعي أو الموضوعي
777	أ/ محكمة الجench و المخالفات
778	ب/ محكمة الأحداث
780	ج/ محكمة الجنایات
783	د- المحكمة العليا
784	4- الاختصاص المكاني أو المحلي
784	أ- تعريف الاختصاص المكاني أو المحلي
784	ب- طبيعة قواعد الاختصاص المكاني أو المحلي، و ضرورتها
785	ج- قواعد الاختصاص المكاني أو المحلي
786	①- القاعدة العامة في الاختصاص المحلي
787	○- ترتيب ضوابط الاختصاص المحلي
787	○- الضابط الأول: ضابط مكان وقوع الجريمة
788	○- الضابط الثاني: ضابط محل إقامة أحد المتهمين أو أحد شركائهم
789	○- الضابط الثالث: ضابط محل القبض على أحد المتهمين أو أحد شركائهم
789	○- الضابط الرابع: الإضافي للأحداث ضابط المكان الذي أودع به الحدث
790	○- تنازع الاختصاص المحلي
790	②- استثناءات من القاعدة العامة في الاختصاص المحلي

792	المبحث الثاني: تجاوز السلطة
792	المطلب الأول: تعريف تجاوز السلطة وموقف التشريعات منه
792	أولاً: اختلاف التشريعات في الاصطلاح
793	ثانياً: تعريف تجاوز السلطة اصطلاحاً
794	ثالثاً: التمييز بين عدم الاختصاص وتجاوز السلطة
796	رابعاً: الغاية من اعتبار «تجاوز السلطة» وجهها من أوجه النقض
798	خامساً: تقويم اعتبار «تجاوز السلطة» وجه من أوجه النقض
798	المطلب الثاني: تطبيقات قضائية لتجاوز السلطة
798	أولاً: تجاوز السلطة بالإدانة عن فعل غير مجرم
799	ثانياً: تجاوز السلطة من قبل غرفة الاتهام
802	ثالثاً: تجاوز السلطة من قبل الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي
804	رابعاً: تجاوز السلطة من قبل محكمة الجنايات
806	خامساً: تجاوز السلطة من قبل المحكمة العسكرية
806	سادساً: تجاوز السلطة من قبل غرفة الأحداث بالمجلس القضائي
807	سابعاً: من تجاوز السلطة عدم تقييد محكمة الموضوع بحدود الدعوى المحالة إليها بعد النقض
807	ثامناً: ما لا يعد تجاوزاً للسلطة
808	المبحث الثالث: مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات
809	المطلب الأول: المفهوم النظري للقواعد الجوهرية في الإجراءات الجزائية
809	الفرع الأول: تعريف قانون الإجراءات الجزائية والغاية منه
809	1/- التعريف
811	2/- موضوع قانون الإجراءات الجزائية
811	3/- الغاية من قانون الإجراءات الجزائية
813	الفرع الثاني: جزاء مخالفة الإجراءات الجزائية
813	1/- الجزاء التأديبي
817	2/- الجزاء المدني

819	3/- الجزاء العقابي
819	الفرع الثالث: الجزاء الإجرائي
819	1/- تعريف الجزاء الإجرائي؛ وخصائصه؛ وأهميته
820	2/- تعريف البطلان
821	3/- نظريات البطلان
821	أ/- مذهب البطلان الشكلي
822	ب/- مذهب البطلان القانوني
823	ج/- مذهب البطلان الجوهرية
824	د/- مذهب لا بطلان بغير ضرر
825	4/- موقف التشريعات المقارنة من نظريات البطلان
825	أ/- التشريع الجزائري
826	ب/- التشريع التونسي
826	ج/- التشريع المغربي
827	د/- التشريع المصري
828	هـ/- التشريع السوري
829	و/- التشريع اللبناني
829	الفرع الرابع: أنواع قواعد الإجراءات الجزائية
829	1/- الإجراءات الجوهرية
830	2/- الإجراءات غير الجوهرية (الإرشادية)
831	3/- التمييز بين قواعد الإجراءات الجوهرية وقواعد الإجراءات غير الجوهرية (الإرشادية)
831	المطلب الثاني: تطبيقات قضائية لمخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات
831	الفرع الأول: قرارات المحكمة العليا المتعلقة بمخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات
831	1/- الإجراءات الجوهرية المتعلقة بتحريك الدعوى والاختصاص
833	2/- الإجراءات الجوهرية المتعلقة بمرحلة التحقيق
835	3/- الإجراءات الجوهرية المتعلقة بالمحاكمة

838	4/- الإجراءات الجوهرية المتعلقة بالحكم القضائي
849	الفرع الثاني: قرارات المحكمة العليا فيما يتعلق بالإجراءات غير الجوهرية (الإرشادية)
852	المبحث الرابع: انعدام أو قصور الأسباب
853	المطلب الأول: تسبيب أحكام المحاكم وقرارات المجالس القضائية
854	الفرع الأول: تعريف التسبيب، وأساسه القانوني، وأهميته وأنواعه
854	أولاً: تعريف التسبيب
855	ثانياً: الأساس القانوني والدستوري للتسبيب للأوامر والأحكام والقرارات
857	ثالثاً: أهمية التسبيب في الأحكام والقرارات القضائية
858	رابعاً: الغايات الجوهرية من تسبيب الأحكام الغاية
859	1/- غاية التسبيب المتعلقة بالمصلحة العامة
859	أ/- التسبيب يهدف إلى فتح باب الرقابة أمام المحكمة العليا
860	ب/- التسبيب يهدف إلى الرقابة الولائية (التفتيش القضائي)
862	ج/- التسبيب يهدف إلى فتح باب الرقابة الشعبية
863	2/- غايات التسبيب المتعلقة بالمصلحة الخاصة
863	أ/- التسبيب يهدف إلى تحقيق حياد القاضي
864	ب/- التسبيب يهدف إلى الحفاظ على حقوق الدفاع
865	الفرع الثاني: أنواع المخالفات المتعلقة بتسبيب الحكم القضائي
865	1/- انعدام الأسباب
865	أ/- تعريفه
866	ب/- تطبيقات قضائية لانعدام الأسباب
868	2/- قصور الأسباب
868	أ/- تعريفه
869	ب/- تطبيقات قضائية لقصور الأسباب
869	⑥/- استعمال عبارات عامة ومبهمة
870	⑦/- استعمال عبارات غامضة أو متناقضة

871	⑧/- عدم بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة
872	المطلب الثاني: نظام الأسئلة أمام محكمة الجنايات
873	الفرع الأول: تعريف الأسئلة ووظيفتها
873	أولاً: تعريف الأسئلة ورقة الأسئلة
874	ثانياً: أهمية الأسئلة و ورقة الأسئلة أمام محكمة الجنايات
876	ثالثاً: وظيفة الأسئلة
877	رابعاً: تقدير وظيفة نظام الأسئلة كأساس للقرار الصادر من محكمة الجنايات.
878	الفرع الثاني: أنواع الأسئلة وطبيعتها
880	أولاً: الأسئلة الرئيسية المتعلقة بالإدانة
883	ثانياً: الأسئلة الرئيسية المتعلقة بالظروف المشددة
884	ثالثاً: الأسئلة الاحتياطية
886	رابعاً: الأسئلة المتعلقة بالأعذار القانونية
886	1/- تعريف الأعذار القانونية
887	2/- أنواع الأعذار القانونية
887	أ/- الأعذار المعفية أو موانع العقاب
891	ب/- الأعذار المخفضة
895	3/- شروط طرح الأسئلة المتعلقة بالأعذار القانونية
897	خامساً: الأسئلة المتعلقة بالظروف المخفضة
898	1/- تعريف الظروف المخفضة
901	2/- أحكام الأسئلة المتعلقة بالظروف المخفضة
903	أ/- عدم جواز تلاوة أسئلة الظروف المخفضة في جلسات المرافعات
904	ب/- وجوب تدوين أسئلة الظروف المخفضة في ورقة الأسئلة في المداولة و في حالة الإدانة فقط
905	ج/- وجوب تعدد أسئلة الظروف المخفضة بتعدد المتهمين
906	د/- وجوب طرح سؤال الظروف المخفضة في غرفة المداولة و الإجابة عنه
906	هـ/- صحة القرار الجنائي الذي أغفل سؤال الظروف المخفضة متى كان مدوناً في ورقة الأسئلة، والعكس غير صحيح

909	الفصل الثالث: تفصيل أوجه الطعن بالنقض الأربعة الأخيرة من المادة 500 ق.إ.ج.
909	تمهيد وتقسيم
909	المبحث الأول: إغفال الفصل في وجه الطلب أو في أحد طلبات النيابة العامة
910	المطلب الأول: ماهية إغفال الفصل في الطلبات كوجه للنقض
910	الفرع الأول: تعريف الطلبات والدفع وأنواعها وشروطها
910	1/- تعريف الطلبات والدفع
910	أ/- تعريف الطلبات
911	ب/- تعريف الدفع
912	2/- أنواع الطلبات والدفع
912	أ/- الطلبات أو الدفع الموضوعية (أو المادية)
913	ب/- الطلبات القانونية المستندة إلى القانون الموضوعي
914	ج/- الطلبات القانونية الإجرائية
915	3/- شروط الطلبات
915	أ/- أن يتم التمسك بالطلب أو الدفع المتعلق بالبطلان النسبي والمختلط أمام محكمة الموضوع
915	ب/- أن يتم تقديم الطلب أو إثارة الدفع قبل إقفال باب المرافعة
916	ج/- ألا يكون صاحب الشأن قد تنازل عن طلبه
917	د/- أن يكون الدفع ظاهر التعلق بموضوع الدّعى
919	هـ/- أن يصدر الطلب أو الدفع بشكل صريح وجازم
919	و/- أن يكون الدفع أو الطلب قد أثير أمام قضاة الدرجة الأولى: والثانية: معاً، أو بالأقل أمام هذه الأخيرة فحسب
919	ز/- أن تكون المحكمة قد استفادت من الإجراء المدفوع ببطلانه أو من الواقعة محل الدفاع الموضوعي عنصراً من عناصر حكمها إثباتاً أو نفيًا
919	4/- أنواع الفصل في الطلبات والدفع
919	أ/- الفصل الصريح
920	ب/- الفصل الضمني

921	الفرع الثاني: تعريف إغفال الفصل في الطلبات، ومضمونه
921	1/- تعريف إغفال الفصل في الطلبات
921	2/- مضمون إغفال الفصل في الطلبات
922	أ/- الحكم بما يتجاوز الطلبات
924	ب/- إغفال الفصل في أحد الطلبات
924	الفرع الثالث: الأسس القانونية التي يقوم عليها إغفال الفصل في الطلبات كوجه للنقض
924	1/- الأساس القانوني
925	2/- الأساس الفقهي
925	أ/- مبدأ الحياد
926	ب/- مبدأ سلطان الخصوم على المحاكمة
927	الفرع الرابع: تقدير اعتبار إغفال الفصل في الطلبات من أوجه النقض
928	المطلب الثاني: تطبيقات قضائية لإغفال الفصل في الطلبات
928	أولاً: تقديم الطلبات من الخصوم
928	ثانياً: الفصل في الطلبات
940	ثالثاً: إغفال الفصل في الطلبات لا يؤدي بالضرورة إلى النقض
941	المبحث الثاني: التناقض بين القرارات الصادرة من جهات قضائية مختلفة في آخر درجة، أو التناقض فيما قضى به الحكم أو القرار نفسه
942	المطلب الأول: ماهية التناقض بين القرارات النهائية أو في الحكم الواحد
942	الفرع الأول: التناقض بين القرارات النهائية
942	أولاً: تعريف التناقض بين القرارات النهائية
943	ثانياً: شروط تحقق التناقض بين القرارات القضائية
944	1/- أن يقع التناقض بين حكيمين أو أكثر
945	2/- أن تكون الأحكام المتناقضة صادرة في الدرجة الأخيرة
946	3/- أن تكون بين الأحكام المتناقضة وحدة ثلاثية الوقائع والأطراف والأسباب
949	4/- أن يؤدي التناقض إلى استحالة تنفيذ الأحكام معاً في وقت واحد

950	5/- أن تكون الأحكام المتناقضة صادرة من جهات قضائية مختلفة
951	ثالثا: الأساس القانوني خرق مبدأ حجية الشيء المقضي فيه
952	رابعا: فائدة النص على التناقض بين الأحكام كسبب مستقل للنقض
953	1/- على فرض قبل انقضاء ميعاد الطعن بالنقض
953	2/- على فرض بعد انقضاء ميعاد الطعن بالنقض
955	الفرع الثاني: التناقض فيما قضى به الحكم نفسه
955	أولا: تعريف التناقض فيما قضى به الحكم نفسه
956	ثانيا: شروط التناقض فيما قضى به الحكم نفسه
956	1/- أن يوجد التعارض بين أجزاء الحكم المختلفة
957	2/- أن تكون أجزاء الحكم المتعارضة ترتبط ارتباطا وثيقا بالمنطوق
958	3/- أن يؤدي هذا التعارض والتناقض فيما قضى به الحكم نفسه إلى استحالة تنفيذ الحكم
958	ثالثا: الفائدة من النص على التناقض فيما قضى به الحكم نفسه كسبب مستقل للنقض
960	المطلب الثاني: تطبيقات قضائية حول التناقض بصورتيه
960	أولا: التناقض بين القرارات الصادر من جهات قضائية مختلفة في آخر درجة
960	1/- التناقض بين مسودة وأصل الحكم
960	2/- تناقض الحكم مع قرار الإحالة وورقة الأسئلة
961	3/- تناقض بين حكم جنائي وحكم مدني
961	ثانيا: التناقض فيما قضى به الحكم أو القرار نفسه
961	1/- التناقض بين الأسباب
961	أ/- تناقض البيانات المتعلقة بالوقائع
962	ب/- تناقض البيانات المتعلقة بالقانون أو بالواقع والقانون معا
963	2/- التناقض بين الأسباب والمنطوق
963	3/- التناقض بين أجزاء المنطوق
965	ثالثا: التناقض بين الأسئلة
966	رابعا: ما لا يعد تناقضا

967	المبحث الثالث: مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه
968	المطلب الأول: ماهية مخالفة القانون كسبب مستقل للطعن بالنقض
968	الفرع الأول: تعريف مخالفة القانون وصوره، وشروطه، وأساسه
968	أولاً: تعريف مخالفة القانون كوجه مستقل للنقض
971	ثانياً: صور مخالفة القانون ومميزاتها
971	1/- بيان الصور المختلفة لمخالفة القانون
971	أ/- مخالفة القانون [Refus d'application]
972	ب/- الخطأ في تطبيق القانون [La fausse d'application]
973	ج/- الخطأ في تأويل القانون [La fausse d'interprétation]
975	2/- مميزات صور مخالفة القانون
975	أ/- جميع هذه الصور الثلاث تعود إلى أصل واحد هو مخالفة القانون
975	ب/- التكامل والتعاون فيما بين هذه الصور الثلاث لتحقيق هدف واحد هو الحصول على حكم سليم ومطابق للقانون
975	ج/- أن كل صورة من هذه الصور الثلاث تؤدي لوحدها إلى النقض
975	د/- أنه يمكن الاكتفاء بصورة مخالفة القانون يعني عن الصور الأخرى
976	ثالثاً: شروط تحقق مخالفة القانون بصوره الثلاث
976	1/- أن تقع في الحكم مخالفة القانون بصورة من الصور السابقة الشرط الأول: لنقض الحكم
976	2/- أن تكون مخالفة القانون مما يعتد بها قانوناً
976	3/- أن تكون مخالفة القانون مؤثرة أو واردة في المنطوق
977	رابعاً: أساس مخالفة القانون كسبب مستقل للنقض
977	1/- مبدأ الشرعية
978	2/- مبدأ وحدة التشريع
979	3/- مبدأ الفصل بين السلطات
980	الفرع الثاني: مفهوم القانون الذي تشكل مخالفته سبباً للنقض
980	أولاً: مفهوم القانون، وشروط الواجب توافرها للندرج بمخالفته
980	1/- مفهوم القانون

981	2/- الشروط الواجب في القانون حتى يتذرع به لطلب النقض
981	ثانياً: نوعية القانون الذي تشكل مخالفته سبباً للنقض
981	1/- حصول الإجماع على أن مخالفة القانون الموضوعي تشكل سبباً للنقض
988	2/- اختلاف الفقهاء في قواعد القانون الشكلي
989	أ/- الاتجاه الأول: القانون الشكلي لا يدخل ضمن مفهوم القانون المؤدي مخالفته إلى النقض
990	ب/- الاتجاه الثاني: القانون الشكلي يدخل في مفهوم القانون المؤدي مخالفته إلى النقض
991	ج/- موقف محكمة النقض المصرية
992	د/- موقفنا من المسألة
992	ثالثاً: طبيعة القانون الذي تشكل مخالفته سبباً للنقض
992	1/- القانون الداخلي
992	أ/- الدستور
997	ب/- القوانين الصادر عن السلطة التشريعية
997	ج/- النصوص القانونية الصادرة عن السلطة
997	د/- اللوائح التنظيمية والتنفيذية الصادرة عن السلطة التنفيذية
999	هـ/- مبادئ الشريعة الإسلامية
999	و/- العرف
1001	ز/- مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة
1002	2/- القانون الأجنبي والاتفاقيات الثنائية والمعاهدات والمواثيق الدولية
1002	أ/- القانون الأجنبي
1002	⑥/- الاتجاه الأول: يجوز تطبيق القانون الأجنبي
1003	⑦/- الاتجاه الثاني: لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي مطلقاً
1004	⑧/- الاتجاه الثالث: التفصيل تطبيق القوانين الأجنبية المتعلقة بالكفالة الفردية دون القوانين الأجنبية المتعلقة بالحماية الاجتماعية
1005	⑨/- موازنة وترجيح
1005	⑩/- موقف المشرع الجزائري
1005	⑪/- حالة كون الواقعة جنحة في القانون الأجنبي دون الجزائري

1006	7/- حالة ازدواجية التجريم للواقعة في القانونين الجزائري والأجنبي
1008	8/- حالة تطبيق القانون الأجنبي غير العقابي الشرط المفترض لتكوين جريمة معينة
1010	ب/- الاتفاقيات الثنائية
1011	ج/- الاتفاقيات الدولية والمواثيق الدولية
1012	المطلب الثاني: تطبيقات قضائية
1012	الفرع الأول: الخطأ في القانون
1018	الفرع الثاني: الخطأ في تطبيق القانون
1021	المبحث الرابع: انعدام الأساس القانوني
1022	المطلب الأول: ماهية انعدام الأساس القانوني كوجه للطعن بالنقض
1022	1/- تعريف انعدام الأساس القانوني
1022	أ/- الاتجاه الأول: انعدام الأساس القانوني هو نقص العناصر الواقعية دون عدم النص القانوني
1023	ب/- الاتجاه الثاني: انعدام الأساس القانوني هو عدم وجود النص القانوني أو نقض العناصر الواقعية
1023	ج/- تعريف المحكمة العليا
1023	2/- خصائصه
1024	أ/- انعدام الأساس القانوني عيب قانوني
1024	ب/- انعدام الأساس القانوني عيب واقعي
1024	3/- طبيعته
1024	4/- أساس انعدام الأساس القانوني
1024	أ/- مخالفة مبدأ الشرعية
1024	ب/- مخالفة مبدأ التعليل
1025	5/- التمييز بين انعدام الأساس القانوني وبين مخالفة القانون وانعدام أو قصور الأسباب
1025	أ/- التمييز بين انعدام الأساس القانوني ومخالفة القانون
1025	ب/- التمييز بين انعدام الأساس القانوني وبين انعدام الأسباب
1026	المطلب الثاني: تطبيقات قضائية لانعدام الأساس القانوني

1032	الخاتمة
1035	المسارح
1036	مسرح الآيات القرآنية
1044	مسرح الأحاديث النبوية الشريفة
1048	مسرح المحاضر و المراجع
1108	مسرح الموضوعات

الأمير عبد القادر القادر للعلوم الإسلامية