

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
- قسنطينة -

قسم الشريعة والقانون
تخصص: شريعة

كلية الشريعة والاقتصاد

وقانون

الرقم التسلسلي:

رقم التسجيل:

ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية وا
لأحوال الشخصية - دراسة مقارنة-

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه (علوم) في الشريعة والقانون

إشراف الأ

من إعداد الطالب:

ستاذ الدكتور:

كمال لدرع

مولود مغمولي

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د. مسعود	أستاذ العالي	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة	رئيسا
أ.د. كمال لدرع	أستاذ العالي	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة	مشرفا ومقررا
أ.د. عيسى حداد	أستاذ العالي	جامعة باجي مختار - عنابة	عضوا
أ.د. منصور رحمانى	أستاذ العالي	جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة	عضوا
د. رشيد سلهاط	أستاذ محاضراً	جامعة باجي مختار - عنابة	عضوا
د. وسيلة شريط	أستاذ محاضراً	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة	عضوا

السنة الجامعية: 1437 - 1438 هـ. الموافق لـ: 2016 - 201

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة الأمير عبد القادر القائل
جامعة الإسلامية

إهداء

إلى أمي و أبي يرحمهما الله شكرا و عرفانا.

إلى زوجتي تقديرا لصبرها علي و عنائها معي.

إلى بناتي تسنيم، مرام و مريم.

إلى كل أفراد أسرتي و زملائي.

أهدي هذا العمل

شكر و تقدير

لا يسعني إلا أن أتقدم بجزيل الشكر و العرفان
إلى الأستاذ الدكتور كمال لدرع على توجيهاته
و صبره

طيلة فترة إعداد هذا العمل.

إلى كل من علمني أو تعلمت عنه من كتبه.

إلى كل علماء الأمة و قضاتها الذين أسسوا لنا صرحا
و صنعوا لنا مجدا نفتخر به في القضاء و العدل و الإ
نصاف.

المفقودة

جامعة الأميرة عبد القادر للعلوم الإسلامية

يعد النظام القضائي في المجتمع الحصن الحامي للحقوق، حفاظاً على بقائها، وهو بالإضافة إلى كل هذا مؤثر على صلاح المجتمعات أو فسادها، ولا وجود لنظام قضائي دون قضاة، ولا يمكن للقاضي إنكار العدالة في أي حال من الأحوال حتى تلك التي يجد فيها لبساً في الوقائع، أو صعوبة في التكييف أو إسقاط الوقائع على النصوص بل حتى إن لم يجد نصاً في النزاع المطروح.

قال رسول الله ﷺ لمعاذ بن جبل رضي الله عنه لما بعثه إلى اليمن: "كيف تقضي إذا عرض عليك قضاء؟" قال: أقضي بما في كتاب الله، قال: فإن لم يكن في كتاب الله؟ قال: بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: فإن لم يكن في سنة رسول الله؟ قال: أجتهد رأيي لا ألو، قال: فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره، وقال: "الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله" (1).

الشرع أوجب على القاضي الكثير من الأعمال، وفوضه في كثير من الأمور بالاجتهاد لاستنباط حكم الشرع، لذلك اشترط فيمن يتولى منصب القضاء جملة من الشروط، لضمان عدم وقوعه في الحيف والجور أو الجهل وسوء التقدير، ثم أعانه على عمله أن جعل له منارات يستهدي بها خلال عمله وحكمه، ووضع له ضوابط حظر عليه تجاوزها أو تعديها أثناء استخدامه لنشاطه الذهني في المطابقة بين الواقعة المطروحة بين يديه بعد إثبات صحتها على الحكم الشرعي المناسب لها وبمصطلح أهل القانون بعد المطابقة بين الواقع والقانون.

وهذا النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في تحديده لنوع الدعوى واختياره للحكم المناسب لها، وتنفيذه للحكم هو ما يدعى السلطة التقديرية للقاضي، وهي ملازمة للسلطة القضائية، إذ حيثما وجدت السلطة القضائية وجدت السلطة التقديرية.

إشكالية الموضوع:

القاضي ملزم أثناء نظره في الدعوى ببذل الجهد في إثبات الوقائع التي يطرحها الخصوم، واستحضار النص الواجب تطبيقه على النزاع المطروح، وإن لم يوجد نص صريح لجأ إلى الاجتهاد وفي كل هذا هو يمارس سلطة تقديرية، لذلك يطرح الإشكال الرئيسي في هذه الدراسة: ما هي الحدود التي تضبط القاضي أثناء ممارسته للسلطة التقدير

(1) يأتي تخريجه في المبحث الثاني من الفصل الأول، ص 28.

- ية الملازمة للعمل القضائي والتي لا تنفك عنه أبدا؟
- على أنه تدرج تحت هذا الإشكال مجموعة من التساؤلات الفرعية أهمها:
- 1- محاولة استنباط ما جعله الشارع نجوما للقاضي يهتدي بها ثم استنباط ضوابط استخدام القاضي لنشاطه الذهني في التقدير، ثم محاولة تطبيق ذلك على مختلف الدعاوي.
 - 2- إذا تعدى القاضي في تقديره لهذه الضوابط والحدود وتعسف في استعمالها، ما هو نوع الرقابة الذي يخضع له؟
 - 3- إذا كانت مصادر أحكام السلطة التقديرية للقاضي المجتهد في الفقه الإسلامي تتعلق مباشرة بمصادر التشريع أو مصادر القانون الإسلامي، إذ لا يجوز لمجتهد أن يقلد غيره، وعلى حد قول الإمام النووي: ليس لمجتهد أن يقلد مجتهدا، لا ليعمل به، ولا ليفتي به، سواء خاف الفوت لضيق الوقت أم لا.
- فهل هي في القضاء المدني الوضعي كذلك تتعلق بمصادر القانون، وأن للقاضي أن يجتهد، إذا انعدمت قاعدة قانونية تتعلق بالنزاع المطروح، أم أنها تقتصر على عمله الذهني في تكييف الوقائع، ومن ثم اختيار القانون المناسب لتطبيقه (القياس القاصر وليس القياس المنشئ لأحكام جديدة) وحتى وإن كانت مشابهة لأحكام قانونية سابقة لكنها ليست هي ذاتها.

أسباب اختيار الموضوع:

- يعود سبب اختيار هذا الموضوع إلى تدريس عدة مقاييس متعلقة بالقانون الخاص بكلية الحقوق، فلاحظت الكثير من النصوص تترك الحرية للقاضي في اختيار ما يناسب قضية الحال من عدة حلول ممكنة للنزاع، مما يوهم أن القاضي حر في اختيار ما يحلو له ويوافق هواه، فبدأت بالاطلاع على الموضوع وما تعثر به من مشكلات، فوجدته موضوعا جديرا بالبحث و الدراسة، لما له من أفق واسعة سواء في الجانب النظري أو التطبيقي.
- الرغبة في معرفة موقف الفقه الإسلامي في كثير من المسائل القضائية المعاصرة -

الدراسات السابقة:

إن موضوع السلطة التقديرية للقاضي أصبح من الموضوعات المتداولة سواء في مجال البحث الأكاديمي (رسائل الماجستير أو الدكتوراه) أو في مجال التأليف.

وقد برزت جملة من الدراسات الأكاديمية على مستوى كليات الحقوق أو الشريعة الإسلامية تناولت هذا الموضوع، منها:

الباحث نبيل إسماعيل عمر في رسالته المعنونة بـ: سلطة القاضي التقديرية

في المواد المدنية والتجارية، وهو من مصر، وكذا الباحث إسماعيل ورامي في رسالته الحقيقة التقديرية دراسة تحليلية في الإثبات المدني وهو من العراق ومن الجزائر الباحث إبراهيم بن حديد في رسالته للماجستير السلطة التقديرية للقاضي المدني دراسة تحليلية نقدية، وهي رسائل قانونية بحثية لم تهتم بمقارنة الموضوع بأحكام الفقه الإسلامي وإنما اعتمدت اعتمادا كليا على ما توصل إليه الفقه الغربي وخاصة المدرسة اللاتينية في هذا المجال.

أما في الفقه الإسلامي أو المقارن فقد برزت الدراسة التي أعدها الباحث ناصر بركات بإشراف الدكتور وهبة الزحيلي، والمعونة ب.: السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي وهي دراسة تعنى بالسلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي بصورة شاملة دون تحديد لمجال التقاضي، كما برزت عدة دراسات أخرى مقارنة في القضاء التخصصي، منها دراسة للباحث: أبو الوفاء إبراهيم في مجال القانون الجنائي في رسالته للماجستير حدود سلطة القاضي الجنائي في تفسير دليل الإدانة وكذلك ناصر إبراهيم محمد زكي في رسالته للدكتوراه سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، والباحث عبد الرحمان متولي في رسالته سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد- دراسة مقارنة، والباحث محمد علي الخطيب في رسالته سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، والباحث غازي عايد الغثيان في رسالته سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد وكذلك نذير أوهاب في رسالته للماجستير ضوابط السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي، ولعل العمل الذي قام به الباحث السوداني عبد الرحمان محمد شرفي في رسالته السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، هو الأكثر شمولاً فقد تجنب كثيراً من الأخطاء المنهجية التي وقع فيها ناصر بركات، وإضافة إلى تكوينه الأكاديمي فقد استفاد من وظيفته كقاضٍ ممارس بالمحكمة العليا في إعداد بحث مزج فيه بين الجانب النظري والتطبيقي.

ثم توالى الدراسات الأكثر تخصصاً والتي تدرس السلطة التقديرية للقاضي في فرع من فروع القانون المدني كالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة للباحث شامي أحمد، وهي رسالة دكتوراه نوقشت بجامعة تلمسان سنة 2014، والباحث محمد بوكماش في رسالته سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي وهي أطروحة دكتوراه في الشريعة والقانون بجامعة باتنة نوقشت سنة 2012.

والدراسات الجديدة في باب السلطة التقديرية للقاضي لا تكاد تحصر في شتى الجامعات، مما يدل دلالة قطعية على أن هذا الموضوع لم يعد مهجوراً من

قبل الباحثين كما كانت تصفه الدراسات التي أعدت في سنوات الثمانينيات و التسعينيات.

منهج البحث:

حيث أن الدراسة هي مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي والقضاء المدني الوضعي، فإن المنهج الملائم هو المنهج المقارن. والمقارنة هنا تأخذ عدة اتجاهات في مستويات مختلفة.

- 1- المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- 2- المقارنة بين القضاء المدني (الذي ساد وحكم في فترات الخلافة الإسلامية) و القضاء المدني المعاصر (في الدول العربية والإسلامية وحتى الغربية).
- 3- المقارنة بين مذاهب الفقه الإسلامي حيث أن الخلاف وارد بين علماء الأمة في شتى المسائل صغيرها وكبيرها، لذلك فالمقارنة بين كبرى المذاهب تعطينا تصورا أكثر شمولية وعمقا للمسائل المطروحة الدراسة والتحليل وهي تبين مدى سعة الشريعة الإسلامية بتضمنها لكل هذه الآراء والخلافات رغم أن المصدر والمنبع واحد (الكتاب والسنة).
- 4- المقارنة بين النظم القضائية المعاصرة ومحاولة إيجاد الفرق بينها، سواء فيما تعلق بالمفهوم (الجانب النظري)، أو بما هو معمول به.
- 5- هناك عدة مباحث في الفقه الإسلامي وأخرى في القانون الوضعي لم تخضع للمقارنة حفاظا على خصوصية استقلال المنهج الدراسي سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون الوضعي بمعنى أن المقارنة في كل شيء تجعلنا نتصنع عملا لا وجود له.

وهذا لا يعني غياب كل مناهج البحث الأخرى بالكلية، فهناك منهج آخر يبرز في البحث ولو بدرجة أقل وهو المنهج الاستقرائي، وكذلك المنهج النقدي و التحليلي.

خطة البحث:

وقد قسمت هذه الدراسة إلى ثلاثة فصول كل فصل قسمته إلى مجموعة من المباحث حسب الحاجة، والمباحث تم تقسيمها إلى مطالب ثم إلى فروع وفقا للمنهجية التفصيلية التالية:

الفصل الأول: السلطة التقديرية للقاضي طبيعتها وماهيتها وضوابطها

المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي وماهيتها

المبحث الثاني: مشروعية منح السلطة التقديرية ومصادرها

المبحث الثالث: شروط تولي منصب القضاء وأثرها في ممارسة

السلطة التقديرية

المبحث الرابع: محل ممارسة السلطة التقديرية للقاضي (الواقع و القانون)

المبحث الخامس: التقدير الموضوعي والتقدير الشخصي للقاضي
المبحث السادس: ضوابط السلطة التقديرية في الإجراءات القضائية
في الفقه الإسلامي

المبحث السابع: طرق الطعن في الأحكام العادية في الفقه الإسلامي
الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني وتطبيقاتها

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في قبول الدعوى
المبحث الثاني: الطرق التي يحكم بها القاضي وضوابطها في الفقه الإسلامي

المبحث الثالث: أدوات القاضي التي يستعين بها في تفسير العقد
المبحث الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني الجزائي
عند التحقيق في الدعوى

الفصل الثالث: السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية
المبحث الأول: تطبيق السلطة التقديرية للقاضي في الخطبة والزواج
المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق وانحلال
الرابطة الزوجية
المبحث الثالث: تطبيق السلطة التقديرية للقاضي في آثار انحلال
الرابطة الزوجية

جامعة الأميرة
القادر للعلوم الإسلامية

الفصل الأول
مفهوم السلطة التقديرية للقاضي،
وأحكامها

إن مفهوم السلطة التقديرية من المفاهيم المسلم بها في النظام القضائي عموماً سواء بنص القانون أو في كلام الفقهاء، فتجدهم يقولون هذا من السلطة التقديرية للقاضي، ولعل هذا التسليم هو الذي جعل جانباً من الفقه ينأى بنفسه عن الاهتمام بضبط هذا المصطلح وتقييده بالقيود التي تدخل فيه مشتملاته وتخرج عنه غيرها، مما قد يشبهها أو يختلط بها كمصطلح التكييف والتسبيب والاجتهاد في حالة عدم وجود النص أو القياس أو غيرها من المصطلحات القانونية أو الشرعية.

ثم إن السلطة التقديرية ليس لها مفهوماً محدداً ومنضبطاً بحيث يمكن أن ترقى إلى مستوى نظرية السلطة التقديرية على غرار نظرية الحق ونظرية البطلان وغيرها، حيث تتميز في القضاء المدني عن القضاء الجنائي وفي الجنائي عن الإداري وفي هذا الأخير عن السلطة التقديرية للإدارة في حد ذاتها.

ولهذا السبب نحاول الإحاطة بمفهوم السلطة التقديرية وتوضيح معالمها ومصدر ممارستها مع بيان أهم الضوابط التي تحول دون توسع القضاة في استعمالها مما قد يفتح باباً من أبواب الجور والظلم وطمس الحقوق، ولأجل هذا الغرض نتناول في المبحث الأول مفهوم السلطة التقديرية للقاضي وماهيتها وفي المبحث الثاني مشروعيتها منح السلطة التقديرية ومصادرها وفي المبحث الثالث شروط تولي منصب القضاء وأثرها في ممارسة السلطة التقديرية وفي المبحث الرابع محل ممارسة السلطة التقديرية للقاضي (الواقع والواجب، أو الواقع والقانون) وفي المبحث الخامس التقدير الموضوعي والتقدير الشخصي للقاضي وفي المبحث السادس ضوابط السلطة التقديرية في الإجراءات القضائية في الفقه الإسلامي وأخيراً طرق الطعن في الأحكام العادية في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول

مفهوم السلطة التقديرية للقاضي وماهيتها

نحاول أولاً معرفة المعاني اللغوية للمفردات التي تتكون منها السلطة التقديرية للقاضي وهي: السلطة والتقدير والقضاء، ثم نحاول معرفة معناها الاصطلاحية من خلال التركيب والإضافة إن أمكن، لأن المعاني الاصطلاحية وليدة المعاني اللغوية وقريبة منها في كثير من الأحوال، مع الإشارة أن بعض الباحثين يعارض فكرة تعريف السلطة التقديرية للقاضي باعتبارها مركبا إضافيا كما سنوضحه، ثم نحاول إيراد تعريف أهل الفقه الإسلامي وفقه القانون الوضعي لها مع نقد هذه التعاريف ومحاولة ضبطها ما أمكن.

ثم نحاول معرفة السلطة التقديرية في العمل القضائي بشكل عام وقد تم اختيار القضاء الإداري والسلطة التقديرية للإدارة، والقضاء الجنائي كنموذج دراسي نظرا للفارق بينها وبين السلطة التقديرية في القضاء المدني.

المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي:

الفرع الأول: السلطة لغة: من سَلَطَ يَسْلُطُ وَسَلَطَ سَلَا طَ لَ طَ ، والسلطة: القهر والحدة، والتسليط: إطلاق السلطان، والاسم سُلْطَة ⁽¹⁾، والسلطة: التسلط و السيطرة والتحكم ⁽²⁾، والسلطان: الحجة والبرهان، وقدرة الملك، وقدرة من جعل له ذلك وإن لم يكن ملكا ⁽³⁾، وسلطان كل شيء، شدته وحدته وسطوته، وسمي السلطان سلطانا إما لتسلطه أو لأنه حجة من حجج الله في أرضه، ويسمى الأمراء سلاطين لأنهم الذين تقام بهم الحجة والحقوق ⁽⁴⁾. وعموماً فمادة (س-ل-ط) من خلال قواميس اللغة العربية تدل على معنى القوة و القهر ⁽⁵⁾، والتمكن وإن كان الأخير لازماً لهما، وتدلل على ضبط النظام ولو بالقوة ⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: السلطة في الاصطلاح: عند البحث عن لفظ السلطة في كتب الفقهاء لا نجد له تداولاً وشهرة، وذلك أن هذا اللفظ لم يكن مستعملاً إلا في عهود

- (1) ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، سنة 2003، مادة (س-ل-ط)، ج4، ص645.
- (2) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط3، سنة 1985، شركة الإعلانات الشرقية، مادة (س-ل-ط)، ج1، ص460.
- (3) لسان العرب، المرجع السابق.
- (4) لسان العرب، المرجع نفسه.
- (5) شوكت عليان، السلطة القضائية في الإسلام، (دكتوراه 1392هـ-) كلية الشريعة، جامعة الأزهر، ط1402هـ-1982م، طبع دار الراشد - الرياض، ص86.
- (6) محمد المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، دار الفكر المعاصر - بيروت، دار الفكر - دمشق، 1410هـ-1990م، ج2، ص4.

متأخرة نظراً لما قد يوحي به من نزعة التحكم والتسلط⁽¹⁾، لذا نجد تعريفات عديدة من قبل المحدثين منها:

1- القوة والتمكين من تنفيذ أحكام الله تعالى على وجه الإلزام⁽²⁾، فالقول بمنح القاضي سلطة ينبغي أن يعني منح القاضي⁽³⁾ ما تفيدته مادة كلمة (سلطة) من القوة والصلاحيية في النظر في النزاع المطروح وتهيئة و الحكم عليه حكماً نافذاً مع اتخاذه حجة في مواجهة الغير.

2- الصلاحيية في الأمر والنهي وإحداث آثار قانونية بالإرادة المنفردة في مواجهة الغير⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: التقدير لغة: من قدور⁽⁵⁾، فهو قدير وقادر، والقدر هو القضاء الموفق، والقدر والقدرة والمقدار القوة، وقدّر على الشيء قدرة أي ملكه، ورجل ذو قدرة أي ذو يسار، وقدّر الشيء بالشيء يقدره قدرًا وقدره قاسه. والتقدير على وجوه من المعاني:

- أحدها: التروية والتفكير في تسوية أمر وتهيئته.
- والثاني: تقديره بعلامات يقطعه عليها.
- الثالث: أن تنوي أمراً بعقلك تقول: قدّرت أمر كذا وكذا أي نويته وعقدت عليه، ويقال: قدّرت لأمر كذا: أقدر له وأقدر قدرًا إذا نظرت فيه ودبرت فيه ودبرته وقايسته، ومنه قول السيدة عائشة رضي الله عنها: فاقدروا قدر الجارية الحديثة السن المستهينة للنظر أي قدروا وقايسوا ونظروا وفكروا فيه.

الفرع الرابع: التقدير اصطلاحاً: تبين كمية الشيء وهو من المعاني اللغوية، و التقدير تحديد كل مخلوق بحده الذي يوجد من حسن وقبح ونفع وضرر وغيرها⁽⁶⁾، والتقدير من الإنسان له وجهان: الأول: التفكير في الأمر بحسب نظر العاقل وبناء

(1) طرق انتهاء ولاية الحكام في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية، كايد يوسف قرعوش، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط 1 لسنة 1987، ص 75.

(2) السلطة القضائية في الإسلام، شوكت عليان، المرجع السابق، ص 86.

(3) السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، محمود ناصر بركات، ط 1 لسنة 1427 هـ - 2007 م، دار النفائس للنشر والتوزيع-الأردن، ص 78.

(4) القاموس القانوني الثلاثي، موريس نخلة وآخرون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 1 لسنة 2002، ص 958.

(5) لسان العرب لابن منظور، مادة (قدور)، ج 12، ص 36-37-38-39.

(6) قواعد الفقه، محمد عميم الإحسان المجدد البركتي، نشر دار الصدف ببلشرز- كرتشي، ط 1

العقل عليه وذلك محمود، والثاني: أن يكون بحسب التمني والشهوة وذلك مذموم (1).

والتقدير أيضا: إعطاء المعدوم حكم الموجود أو الموجود حكم المعدوم (2).
تحديد كل مخلوق بجده الذي يوجد من حسن وقبح ونفع وضرر وغيرها.
وتقدير الإنسان له وجهان:

الوجه الأول: التفكير في الأمر بحسب نظر العقل وبناء العقل عليه، وذلك محمود.

الوجه الثاني: أن يكون بحسب التمني والشهوة وذلك مذموم (3).
وعليه يمكن القول أن السلطة التقديرية باعتبار التركيب والإضافة، تدل على القدرة
والصلاحية التي تمنح لمعين، في أمر ما، بالتفكير فيه وتهيئته والتدبر فيه بحسب
نظر العقل، ومقايسته على أمور أخرى.

ويذهب بعض الباحثين إلى القول أن ليس للتقدير معنًا اصطلاحيا مستقلا بذاته
ولكن يصبح له معنًا بالتركيب والإضافة (4).

الفرع الخامس: القضاء لغة: من مادة قضي (5)، وهو الحكم وأصله «قضاي» لأنه
من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت، والجمع: أقضية وقضايا، و
القضايا الأحكام، وواحدتها قضية.

قال الزهري: القضاء في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه.
وكل ما أحكم عمله أو أتم أو ختم أو أدي أو أد أو أوجب أو أعلم أو أنفذ أو أمضي
فقد قضي.

واستقضي فلان أي جعل قاضيًا يحكم بين الناس، والقاضي أحد أهم أركان القضاء،
والقاضي معناه في اللغة القاطع للأمور المحكم لها.

الفرع السادس: القضاء اصطلاحًا: عرفه الفقهاء، بتعاريف مختلفة، بحسب اختلاف أ
نظارهم إلى عمله، ومجمل هذه التعاريف يمكن حصره في المعاني الآتية:

الأول: الفعل الذي يقوم به القاضي وهو فصل الخصومات، أو الحكم بين الناس بـ

لسنة 1407هـ - 1986م، ج1، ص424.

(1) قواعد الفقه للبركتي، المرجع نفسه، ص424.

(2) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز بن عبد السلام، علق عليه طه عبد الرؤوف سعد، ط 2
لسنة 1400هـ-1980م، دار الجيل - بيروت، ج2، ص111.

(3) قواعد الفقه للبركتي، ص424، التوقيف على مهمات التعاريف 197.

(4) السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، ذياب
عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري، مقال منشور بمجلة دراسات علوم الشريعة والقانون
التابعة لكلية الشريعة بالجامعة الأردنية، المجلد 35 العدد 02 لسنة 2008، ص479.

(5) لسان العرب لابن منظور، مادة (ق-ض-ي)، ج12، ص131.

الحق، ومنهم من قيد هذا الفعل بالمحكوم به وهو ما أنزل الله عز وجل، أو الحق (1)

الثاني: والإخبار عنه على وجه الإلزام، وأن يصدر ممن قامت به صفة القضاء، ولا يكتمل كل هذا إلا بالجلوس فعلاً للقضاء للفصل في الخصومات.

التعريف المختار: تعريف ابن خلدون:

منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسماً للتداعي وقطعاً للتنازع إلا أنه بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة، فكان ذلك من وظائف الخلافة (2).

ومن خلال التعاريف السابقة يمكن اقتراح تعاريف للسلطة التقديرية للقاضي:

الفرع السابع: تعريف السلطة التقديرية باعتبار العلمية: لما كان هذا المصطلح متداولاً عند أهل القانون بمختلف مجالات القضاء عندهم، وجدت أن من الأمانة العلمية التعرّيج على معنى هذا المصطلح عندهم لا لاتخاذها أساساً ومنطلقاً لهذا البحث، ولكن لأجل التعرف على فهم القانونيين لمعنى السلطة التقديرية للقاضي، ومن ثم التعامل معه كدراسة سابقة يمكن أن تساعد في بيان مضمون هذا المصطلح في الفقه الإسلامي.

يقول الباحث نبيل عمر: (إن سلطة القاضي التقديرية هي موضوع يتمتع بهجر الفقه له، فمن النادر أن نصادف بحثاً أو مؤلفاً يتناول هذا الموضوع بصورة متكاملة) (3).

وسواء أكان قصده بقوله: بهجر الفقه له، أي هجر فقهاء القانون أم هجر فقهاء المسلمين، فهو محق في كليهما، ذلك أن أهل القانون مقلون في التأليف في هذا الجانب، وفقهاء المسلمين تعاملوا مع هذا الموضوع على أنه أمر مسلم به دون أن يكون منهم تحديد لمفهوم هذه السلطة التقديرية.

ولكن لا بد من التسليم بحقيقة وهي: أن الفقه الإسلامي كان أسبق من القوانين الوضعية في الاعتراف بهذه السلطة، وتشريعها للقضاة، إلا أن القانون الوضعي تناول هذا الموضوع على نحو تأصيلي تطبيقي في مختلف مجالات القضاء، ولا يعني ذلك غمط الفقه الإسلامي حقه ومكانته في تناول هذا الموضوع، والحق أننا نجد أحكامه مبثوثة في فروع فقه القضاء، ولكن يعوزها ترتيب وتبويب وبيان للأصول التي تحكمها، وفي نهاية الأمر يبقى القانون الوضعي عالة على الفقه

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، دار الكتب العلمية، ط2 لسنة 1406هـ-1986م.

(2) ابن خلدون، مقدمة ابن خلدون، دار الكتاب المصري - دار الكتاب اللبناني، 1999، ج7، ص 390.

(3) نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، ص7.

الإسلامي مفتقرا إليه.

ولكن لما كان القانون الوضعي قد تناول هذا الموضوع كما سبق وذكرت، فأني أرى أن أرجئ تحديد المفهوم من الناحية الفقهية الإسلامية إلى ما بعد الحديث عنه عند أهل القانون، باعتبار أنهم قد قدموا تعريفات لمفهوم السلطة التقديرية، بمختلف مجالات القضاء، ثم بعد ذلك الانتهاء إلى تحد مفهوم للسلطة التقديرية للقاضي المسلم، في نظام القضاء الإسلامي، مع الأخذ بعين الاعتبار المعنى الأقرب من المعاني اللغوية لما نحن بصدده (1).

1/7- تعريف أهل القانون للسلطة التقديرية:

تنوعت تعريفات أهل القانون للسلطة التقديرية للقاضي بتنوع العمل الذي يقوم به القاضي، فالعمل الصادر من القاضي قد يكون حكما قضائيا أو أمرا ولائيا أو قرارا إداريا.

فأعمال القضاء ليست ذات طبيعة واحدة، فبعضها له طبيعة قضائية بحتة، وتلك هي الأعمال الأساسية والأصلية وتصدر في صورة أحكام وفضلا عن هذه الأعمال، فإن هناك أعمالا يمارسها القضاة ولا تدخل في وظيفتهم الأساسية في فض الخصومات، وهي الأعمال الولائية، وتصدر في صورة عرائض.

ولما كانت تعريفات القانونيين متنوعة بتنوع الموضوع، فقد جاءت على النحو الآتي: فهي بخصوص القاضي المدني عرفت بأنها:

1/1- النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه هذا النشاط وعلاقته بالواقع والقانون (2).

2/1- هي النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي بتقديره أولا لواقع النزاع المطروح عليه تقديراً يمكنه من استخلاص الوقائع المنتجة والحاسمة في النزاع، ويكون ذلك عن طريق تقديره المطلق في إثبات هذه الوقائع، والافتناع بالأدلة المطروحة جميعها أو بعضها (3).

3/1- هي نشاط ذهني ينصب على إعطاء وصف قانوني لمعطيات هذا الواقع المنتج، غير متأثر في هذا الصدد بوصف الخصوم لنزاعهم المطروح، متمثلاً هذا

(1) زياب عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري، السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، مقال منشور مجلة دراسات علوم الشريعة و القانون، المجلد 35، العدد 2، 2008، ص 479.

(2) نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 89.

(3) نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 89.

النشاط الذهني في تجريده للوقائع لتهيئته حتى يتطابق مع مفترض القاعدة القانونية التي ارتآها محتملة التطبيق على النزاع، وأخيراً يتبلور نشاطه الذهني في إنزال حكم تلك القاعدة القانونية على النزاع المنتج⁽¹⁾.

ويرى أصحاب هذا التعريف أن هذا النشاط الذهني يتألف من عدة نشاطات ذهنية للقاضي، أولها تدبر مجموع الوقائع، واستخلاص المنتج منها في النزاع المطروح، بشرط ألا يتجاوز في نظره الإطار الذي حدده الخصوم، ويكون هذا التقدير بمثابة مرشد للقاضي للبحث عن القاعدة القانونية، ثم نشاط ذهني يتضمن العودة بالقاعدة إلى الوقائع المطروحة، وذلك عن طريق تحليل هذه القاعدة إلى عناصرها الأولية، وإجراء نشاط ذهني يتعلق بمطابقة مفترض هذه القاعدة لمجموع الوقائع وذلك عن طريق تجريد القاعدة القانونية مؤقتاً واعتبارها قاعدة مجسدة تحتوي على الواقع المطروح، وعلى هذا تجدر الإشارة إلى أن سلطة القاضي التقديرية تكون منصبة على الواقع وعلى القانون من حيث فهم وتقدير كل منهما، وتكون هذه السلطة أيضاً كلاً لا يتجزأ، فهي واحدة سواء أكانت في مجال القانون الموضوعي، أم في مجال القانون الإجرائي⁽²⁾.

وبناء على ذلك رفض أصحاب هذا الرأي التسليم بقول من يقول: إن سلطة القاضي التقديرية منصبة على الواقع فقط، بل رجح أن نشاط القاضي الذهني - أي سلطته التقديرية - ينصب على الواقع والقانون في آن واحد، وهذا ما حدا ببعض القانونيين إلى تعريف سلطة القاضي التقديرية بأنها: نشاط ذهني يقوم به قاضي الموضوع، وهذا النشاط مادته الواقع والقانون في آن واحد⁽³⁾.

ومن تعريفات القانونيين للسلطة التقديرية للقاضي في مجال الجنايات يقول الباحث مأمون سلامة: (فإن وجود التقدير المنوط بالقاضي في تطبيق القانون و العقوبة أصبح من المسلمات في التشريعات المعاصرة)، ثم يعرف سلطة القاضي الجنائي التقديرية بأنها: (تنظيم قانوني لإعمال القواعد التجريبية موضوع التنفيذ بالنسبة لعملية المطابقة وما ينتج عنها من آثار)⁽⁴⁾ ويقول في موضع آخر معرفاً سلطة القاضي الجنائي: (هي تقدير العناصر غير محددة في الواقعة المستوجبة

(1) المرجع نفسه، ص 89.

(2) المرجع نفسه، ص 110.

(3) أحمد محمود سعد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، ص 98.

(4) مأمون سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون دار الفكر العربي 1952، ص 98.

للعقوبة) (1).

وفي موضع آخر: (مفهوم قانوني يتحدد في ضوء النصوص والقواعد التي تبين قواعدها ضوابط استخدامها دون أن يؤثر وجود تلك القواعد القانونية على وجود السلطة التقديرية ذاتها) (2).

وفي صدد السلطة التقديرية للإدارة فقد عرفت بأنها: تمتعها - أي الإدارة - بقسط من حرية التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية بحيث يكون للإدارة تقدير اتخاذ التصرف أو الامتناع عن اتخاذه أو اتخاذه على نحو معين أو اختيار الوقت الذي تراه مناسباً للتصرف أو السبب الملائم له في تحديد محله (3). وعرفت أيضاً بأنها: حق أعمال الإدارة حرية الاختيار في ممارسة الاختصاص (4).

ومن خلال التعريفات السابقة يمكن ملاحظة الأمور الآتية:

1- إن تعريف سلطة القاضي المدني التقديرية وسلطة القاضي الجنائي التقديرية اتفقا على أن السلطة التقديرية للقاضي تكون ضمن إطار القاعدة القانونية لا تتعداها.

يقول الباحث مأمون سلامة: (والحقيقة أن السلطة التقديرية المطلقة لا توجد إلا للمشروع أما الأجهزة الأخرى للدولة، فلا بد من وجود مفترضات محددة سلفاً، تنطلق منها السلطة التقديرية) (5).

2- كذلك اتفقا على أن نشاط القاضي الذهني يكون منصبا على الواقع وعلى القانون من حيث فهم وتقدير كل منهما ولا يقتصر على أي منهما.

3- اتفقا كذلك على أن السلطة التقديرية للقاضي لا تسمح بفروض التحكم المسموح به في نطاق الإدارة العامة كما يلاحظ في تعريف السلطة التقديرية للإدارة (6).

يقول الباحث مأمون سلامة: (فالسلطة التقديرية للقاضي الجنائي تمارس عن

(1) المرجع نفسه، ص 104.

(2) المرجع نفسه، ص 88.

(3) جمال الدين سامي، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دراسة تحليلية مقارنة للسلطة التقديرية للإدارة في إصدار القرارات الإدارية والرقابة القضائية عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 22.

(4) ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، فرنسا، مصر، لبنان، الدار الجامعية، 1988، بيروت، ص 39.

(5) مأمون سلامة، المرجع السابق، ص 88.

(6) أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 35.

طريق ضوابط محددة لا تسمح بفروض التحكم المسموح به قانونا في نطاق الإ
دارة العامة⁽¹⁾.

4- ويلاحظ من خلال هذين التعريفين، أن القاضي في عمله التقديري ينصب
عمله على مفترضات القاعدة القانونية، بمعنى أن القاضي لا يقوم بدور المشرع
وإنما يدور في فلك القاعدة القانونية.

وقد وجهت للتعريفات السابقة عدة انتقادات:

1- إن تعريف سلطة القاضي التقديرية بأنها نشاط ذهني لا يصلح للكشف عن
ماهية السلطة التقديرية للقاضي، إذ أن القاضي يقوم بنشاط ذهني في ما كان له
فيه سلطة تقديرية وما لم يكن له فيه سلطة تقديرية، لأنه حتى في الحالة الثانية
فإنه يجب عليه أن يعمل نشاطه الذهني حتى ولو اقتصر عمله على إنزال حكم
القاعدة القانونية على واقع النزاع المطروح، أي يجب أن يكون في العمل القضائي
ذاته ما يقتنع ويطمئن إليه الشخص المطلع عليه بأن المحكمة -القاضي- قد قامت
بعملية فحص وتدقيق الإجراءات والأدلة كافة وحصلت منها على ما أمكنها
الوصول إليه في الحكم الذي أصدرته⁽²⁾.

إذن، لما كان القاضي مأمورا بإعمال نشاطه الذهني مطلقا، فكيف نميز بين
عمله التقديري من غيره من خلال قولهم نشاط ذهني؟

2- إن السلطة التقديرية للقاضي بناء على تعريف أهل القانون لها لا تمنح
القاضي دورا في إكمال نقص التشريع في الحالة التي لا يشملها النص القانوني أو
القاعدة القانونية، إذ غاية ما جاء في تعريفها أن القاضي يعمل نشاطه الذهني في
فهم الواقع المطروح، واستنباط العناصر التي تدخل في نطاق القاعدة القانونية،
فيقدر أنها هي التي تحكم النزاع، ولكن التعريف خلا من حالة ما إذا كانت القاعدة
القانونية لا تشمل جميع عناصر الواقع المطروح، أو كان من عناصر الواقع المطروح،
ما هو خارج عن مفترضات القاعدة القانونية، فماذا يفعل القاضي؟ وأين سلطته
التقديرية؟ ولا شك أن ذلك يجعل هذا الواقع بحاجة إلى تشريع جديد.

3- طبيعة السلطة التقديرية واحدة سواء في مجال القانون الخاص أو العام
فهي مكنة وحرية لمواجهة ظروف تطبيق القانون، فطبيعة النزاع لا تؤثر على
جوهر السلطة التقديرية للقاضي ويرجع ذلك إلى أن القاضي يعطي الفاعلية
للقاعدة القانونية التي اعتري مسارها عارض، حيث يقوم ضمن نشاطه التقديري
بإزالة ذلك العارض، متوخيا تنظيم المراكز التي تناولتها القاعدة القانونية⁽³⁾.

(1) مأمون سلامة، المرجع السابق، ص 60.

(2) سامي زيبان، ضوابط صحة وعادات الحكم القضائي، ص 172.

(3) إسماعيل ورامى، الحقيقة التقديرية، دار الكتب القانونية، مصر، الإمارات، ط 12، ص 86.

2/7: تعريف السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي:

عند البحث عن مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في كتب الفقه الإسلامي وعلى وجه الخصوص في كتب القضاء الإسلامي، لا نجد هذا المصطلح، ولكن وجدنا ما يشير إليه في كلام الفقهاء كقولهم: مفوض إلى اجتهاد القاضي، أو: هو موكول إلى اجتهاد القاضي، أو يحتاج إلى نظر القاضي، أو يرجع إلى تقدير القاضي أو موقوف على تقدير القاضي، هذا عند الفقهاء القدماء، ولكن تعريفها نجده عند المعاصرين، فقد عرفها ناصر بركات بأنها صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايضة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها ابتداء من قبول سماعها إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها، إلى الحكم عليها، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم إن كانت غير منصوص عليها، مع مراعاة أحوال المتقاضين، في جميع مراحل الدعوى، لأهميته وأثره في الحكم القضائي⁽¹⁾.

وبعد النظر في التعريف المذكور يمكن إيراد الملاحظات الآتية عليه:

- 1- عرف السلطة بأنها صلاحية، في حين أنه لما ساق المعاني اللغوية للسلطة، لم يورد معنى الصلاحية، وإنما استنتاج منه ومعلوم أن المعنى الاصطلاحي يكون أكثر قوة ودلالة كلما كان له صلة بالمعنى اللغوي، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الصلاحية التي عبر بها الباحث عن السلطة، يكتسبها القاضي بناء على ما له من سلطة، فالصلاحية نتيجة لمقدمة هي السلطة، وليست هي المقدمة.
- 2- من تعريف الباحث أن الصلاحية منحت للقاضي ليتمكن من التفكير والتدبر، وكأنه غير مأذون له ابتداء، وكان الأولى أن يفهم من التعريف، أن السلطة التقديرية للقاضي ما هي إلا تمكين له من الوصول إلى ما يراه مناسباً من حكم أو إجراء من خلال النظر والتدبر.
- 3- يمكن الاستغناء عن قيد (الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها) لأن هذا مفهوم ضمناً، لأنه من صلب عمل القاضي، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فقد وقع الباحث في القصور عندما شرح التعريف فقال: (الأمور المعروضة: ما يترافع به الخصوم فيما يتوقف النظر فيه على دعوى، بخلاف ما لا يحتاج لدعوى إذ ينظر القاضي فيها من غير خصومة) فلا يفهم من كلامه دخول الأعمال الولائية ضمن سلطة القاضي التقديرية.
- 4- ثم لم يكن ضرورياً بعد أن قال: (في جميع مراحلها أن يفسر تلك المراحل في التعريف بقوله: من قبول سماعها، صحتها أو كذبها، إلى الحكم عليها).

(1) ناصر بركات، المرجع السابق، ص 61.

5- قوله (واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم) يفهم منه قصر مجال السلطة التقديرية للقاضي وحصره في العمل القضائي الذي يكون نتيجة حكم، أما ما كان نتيجته إجراء، كالأعمال الولائية - فما يصدره القاضي فيها لا يسمى حكماً وإنما يسمى قراراً ولائياً- فبناء على التعريف لا تدخل ضمن سلطة القاضي التقديرية.

6- لم يكن ضرورياً أن يذكر قيد: (مع مراعاة أحوال المتقاضي في جميع مراحل الدعوى)، إذ يكفي للدلالة على مراعاة القاضي أحوال المتقاضيين ما جاء في التعريف من قوله: (لإقامة شرع الله) فمن شرع الله، مراعاة حال المتقاضيين، والعمل على تحقيق مقصد الشارع من تشريع القضاء أصلاً، وهو إقامة العدل بين الناس وإنصاف المظلومين.

أورد هذه الانتقادات الباحثان زياب عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري، واقترحا التعريف التالي (تمكين للقاضي للوصول إلى الحكم أو القرار أو الإجراء المناسب، بما يتفق مع مقصد الشارع من خلال أعمال نظره فيما يعرض عليه، مما لا نص فيه أو كان النص فيه محتملاً⁽¹⁾).

ولكن انتقاداتهما لا تسلم من الانتقاد وكذلك تعريفهما.

فقد قصر التعريف على ما يعرض على القاضي، مما لا نص فيه أو كان النص فيه محتملاً، بينما النشاط الذهني للقاضي يمتد حتى إلى ما فيه نصاً واضحاً.

ثامناً: تعريف السلطة التقديرية باعتبارها مركباً إضافياً: وبهذا الاعتبار يمكن أخذ التعريف الاصطلاحي المختار للسلطة وإضافة إلى التعريف الاصطلاحي المختار للتقدير، والبحث عن المعنى الاصطلاحي لها من خلال هذا المركب الإضافي وبهذا الاعتبار يمكن تعريفها في الفقه الإسلامي.

هي التفكير والمقايسة في إنفاذ حكم الله على تصرفات العباد المثبتة منهم أو عليهم، على وجه الإلزام.

واستعمال مصطلح تصرف، لأنه يشمل النزاع وزيادة، فيشمل الأعمال القضائية، سواء كانت فاصلة في النزاع، أو أعمالاً إجرائية بحتة، أو أعمالاً ولائية، وكلها تحتاج إلى أعمال السلطة التقديرية.

وقد تم استبعاد مصطلح النشاط الذهني، الذي دأب فقهاء القانون على استعماله، واستبداله بمصطلح التفكير والمقايسة لأنها أكثر دقة، وأقوى دلالة على عمل الفكر في فهم الواقع والواجب فيه.

(1) زياب عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري، السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، مقال منشور مجلة دراسات علوم الشريعة و القانون، المجلد 35، العدد 2، 2008، ص 479.

المطلب الثاني: تعريف السلطة التقديرية في العمل القضائي بشكل عام: دراسة مفهوم السلطة التقديرية في العمل القضائي بشكل عام تهتم بالمقام الأول ببيان كيف يسلك القاضي عند إصداره للعمل القضائي، وكيف يمكنه مواجهة الواقع المجرد. وإعادة مطابقته لقواعد القانون جبراً للخلل الذي وقع في هذه المطابقة بنتيجة عدم انصياع الأشخاص للعمل بمقتضى القانون اختياراً⁽¹⁾؟

ثم إن اختلاف الموضوعات التي ينضمها قانون معين يؤدي إلى اختلاف سلطة القاضي في تقديرها، ومن ثم وجب البحث عن مفهوم السلطة التقديرية في كل قانون على حدى، في محاولة للبحث عن تحديد منضبط لمفهومها.

الفرع الأول : مفهوم السلطة التقديرية في القانون الإداري:

يقصد بالسلطة التقديرية للإدارة تمتعها بقسط من حرية التصرف وهي تمارس مختلف اختصاصاتها القانونية، وهذه السلطة لا يمكن أن تظهر إلا في ظل الدولة القانونية التي يسودها القانون.

وحيث لا سيادة للقانون فلا مجال للحديث عن السلطة التقديرية للإدارة، لأنها تكون بصدد سلطة تحكيمية⁽²⁾ لا تقديرية.

فمبدأ سيادة القانون يعني خضوع الإدارة للقانون، مما يجعل السلطة التنفيذية في مركز أدنى من السلطة التشريعية، وفي حالة محاولتها الإفلات من هذا الوضع تجد نفسها تحت رقابة السلطة القضائية وحسب اتساع وضيق مفهوم الخضوع، يضيق ويتسع استعمال الإدارة للسلطة التقديرية.

ففي ظل نظام الثورة الفرنسية الأولى كانت الإدارة خاضعة كلية للقانون⁽³⁾ إلى درجة أن الجمعية الوطنية الفرنسية احتفظت لنفسها بحق إصدار التعليمات التفصيلية ناهيك عن اللوائح التنفيذية لتسهيل تنفيذ القوانين التي تصدرها، كما ألزمت الموظفين بإبلاغ تفاصيل نشاطهم كل عشرة أيام إلى لجنتي السلامة العامة والأمن العام المنبثقتين من الجمعية الوطنية لمراقبة تنفيذ القوانين.

وقد نصت المادة (02) من القسم الثاني من مرسوم 16/14 فريمر السنة الثالثة على المنع لكل سلطة أو موظف عام من أن يصدر قرارات توسع أو تضيق أو تختلف مع المعاني الحرفية للقانون بحجة تفسير أو سدّ الثغرات⁽⁴⁾.

(1) نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 11.

(2) عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، عين شمس 1971، ص 1.

(3) في تفصيل ذلك، ثروت بدوي، الدولة القانونية، ص 61، عصام البرزنجي، ص 3.

(4) نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 14، نقلا عن عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية رسالة، 1971، ص 4.

مما يعني أن المشرع الفرنسي في هذه الفترة، استأثر بكل السلطات من أجل ضمان سيادة القانون، ولم يترك في سبيل ذلك لرجال السلطتين التنفيذية والقضائية أية حرية في ممارسة مهامهم.

ومنه يمكن القول أن السلطة التقديرية في أي مظهر من مظاهرها أو درجة من درجاتها لم تكن معروفة في مجال نشاط السلطتين التنفيذية والقضائية⁽¹⁾.

بل إن نظام المراجعة الإلزامية ذهب إلى أبعد من الحجر على السلطة التقديرية لمحكمة النقض، بل قوّض من أصل سلطتها القضائية، حينما ألزمها أن تراجع بشكل إلزامي الجمعية الوطنية لتسألها الحل قبل أن نهائياً في النزاع القائم حول التفسير⁽²⁾.

لكن هذا الفكر اصطدم بسرعة مع حاجات الواقع السياسي والإداري الملحة، مما حتم الاعتراف بشيء من استقلال الإدارة في مواجهة القانون، وذلك أن أغلب القوانين غير ممكنة التطبيق بذاتها، فترك المجال للسلطة التنفيذية لإكمالها، وذلك من خلال إصدارها لقرارات تقديرية.

وهذه النتيجة لا تخلوا أيضاً من مخاطر استغلال السلطة استعمالاً³ تعسفياً مما وجه التفكير إلى ابتداء قضاء خاص بالإدارة⁽³⁾.

وتمثل في إنشاء مجلس الدولة الفرنسي في السنة الثامنة من حكم نابليون بونابرت⁽⁴⁾، والذي بدأ ممارسة رقابة محدودة⁽⁵⁾ على أعمال الإدارة، وأخذ يوسع باستمرار من رقابته⁽⁶⁾ على هذه الأعمال.

(1) فالمشرع لم يكن في هذه المرحلة بحاجة إلى قاض يتصدى لمناقشة شرعية أعمال الإدارة فقد حوّل ذلك لنفسه، ومنع القضاة من التصدي لأعمال الإدارة وذلك بالقانون رقم 14/16 أغسطس 1970 المادة 13 من القسم الثاني.

(2) البرزنجي، المرجع السابق، ص5، هامش 1.

(3) عصام البرزنجي، المرجع السابق، ص7.

(4) وقد كانت وظيفته تقتصر على محض الخصومات الإدارية التي كان يختص بها الوزراء ومدراء الأقاليم.

(5) ينتهي مجلس الدولة في هذه المرحلة إلى مشروعات أحكام، يصدّق عليها رئيس الدولة بمعنى أن رأي مجلس الدولة كان استشارياً، وقد عرفت هذه المرحلة بالقضاء المحجوز.

(6) في ماي 1872 صدر قانون ينص على اختصاص مجلس الدولة المفوض، وأصبحت أحكام

لأن الأعمال التي كانت تمارسها الإدارة وتتعترف لنفسها بحرية التقدير الكامل في إجراءاتها دون أن تخضع بشأنها إلى رقابة القضاء، جاءت نتيجة نظريات فقهية كانت سائدة وقتئذٍ عن فكرة الدولة وإرادتها، بدليل اعتراف القضاء بعدم اختصاصه في مناقشة مشروعيتها حينئذٍ، ثم اعترف لنفسه بالاختصاص في مرحلة تالية⁽¹⁾، بمعنى آخر تحديد هذه الأعمال لم يكن بأي حال من الأحوال نتيجة نصوص تشريعية⁽²⁾.

فالسطة التقديرية كممارسة لا تكون أبداً على هامش القانون، إنها حرية تمارس داخل حدود الإطار القانوني، بل يمكن اعتبارها وسيلة لتنفيذ القانون على الوجه الأكمل وبموجب الظروف⁽³⁾⁽⁴⁾.

مجلس الدولة نهائية، ولا تخضع لتصديق رئيس الدولة.

ينظر: عصام البرزنجي، المرجع السابق، ص 7، هامش 01.

(1) نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 19.

(2) محمد مصطفحسن، السلطة التقديرية للإدارة، رسالة دكتوراه، عين شمس 1974، ص 47 وما بعدها.

(3) نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 18-19.

(4) برزت في هذا الصدد نظريتان، تحاولان وضع مفهوم منضبط للسلطة التقديرية للإدارة. الأولى: للعميد بونار: وموجزها أنه في حالة ما إذا نصت القوانين أو اللوائح على اختصاص معين للإدارة، في علاقة قانونية لها معالأفراد، وتركت لها سلطة التقدير الحر في إقدامها أو كفها عن تصرف ما، وفي حالة ما إذا أقدمت على التصرف تركت لها تقدير مضمون القرار المتخذ فيه.

لكن وفي ظل عجز القوانين واللوائح عن تحديد التزامات الإدارة القانونية بعبارات صريحة يصبح من الضروري استخلاص معيار عام ترجع إليه مختلف الاختصاصات الإدارية لمعرفة نطاق السلطة التقديرية، هذا المعيار يتمثل في أسباب التصرف أي الحالة الواقعية أو القانونية السابقة التي تقع فتؤدي إلى نشاط معين.

فإذا ما حدد القانون لنشاط معيار توافر أسباب بعينها، فإنه يتعين على الإدارة اتخاذ تصرف معين دون غيره، أما إذا لم تعين الأسباب فإننا نكون في مواجهة السلطة التقديرية.

لكن هذه النظرية واجهت عدة انتقادات كاتصافها بنزعة التعميم وكذا تجاهلها لدور القاضي الإداري في تقييد سلطة الإدارة التقديرية، ولو بدون نص تشريعي يتعلق بتحديد أسباب التصرف الذي أقدمت عليه وكذا درجة التحديد التي يكون عليها النص المتعلق بالسبب، تبدو لي الأخرى فكرة غير ناجحة. ينظر: نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 22 وما بعدها.

ثانياً: نظرية الأستاذ آيزمان - النظرية المعتمدة- وتعني فيها السلطة التقديرية القدرة على الاختيار بين عدة قرارات، وهذا يعني بدوره تعدد القرارات المتاحة ومصدرها بلا شك هو مصدر قانوني، ففكرة السلطة التقديرية مرتبطة وفق هذه النظرية بتخلف التحديد في النظام القانوني المكون من القواعد التشريعية والقواعد القضائية. ينظر: نبيل إسماعيل عمر، ص 28-

الفرع الثاني: مفهوم السلطة التقديرية في القانون الجنائي:

يتمتع القاضي الجنائي بدور إيجابي في البحث عن الحقيقة، وله في سبيل ذلك الحرية الكاملة، عكس القاضي المدني المقيد بطرق معينة في الإثبات، وتبرير ذلك يكمن في أن القضاء بإدانة الفرد هو أمر خطير، يؤدي إلى مجازاة الفرد في شخصه أو ماله أو هما معاً، فيصيبه جراء ذلك ضرراً بالغاً. ومن هنا برزت جملة من القواعد، كلها تؤثر بشكل مباشر في سلطة القاضي الجنائي في التقدير منها:

1- التقصي في إثبات الحدود: حيث لا يكون المحتمل حجة⁽¹⁾.
2- درء الحدود بالشبهات: قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الحدود تدرأ بالشبهة⁽²⁾.

3- تفضيل الخطأ في العفو عن الخطأ في العقوبة.

أولاً: سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة:

إن تحديد العقوبة فن لا يمكن تدريسه أو مراقبته، ولهذا فقد حاولت بعض التشريعات تسهيل مهمة القاضي في تحديد العقوبة، فوضعت له بعض القواعد التي يسترشد بها في استجلاء خطورة المجرم وتقدير العقاب الملائم لها، وبناء على ذلك فقد ذهبت بعض القوانين إلى تحديد الحالات البالغة عند ارتكاب الجريمة، وذلك حتى تكون تحت نظر القاضي في الحالات المماثلة.

واختيار القاضي للعقوبة يجب أن يتم وفقاً لمعيار يضعه المشرع، ويوصي بعض الفقه بأنه يجب على القاضي عندما يمارس سلطته التقديرية أن يسترشد في ذلك بتوجيهات قانونية دقيقة للاستعانة بها في حالات معينة⁽³⁾.

ويتحقق هذا الاتجاه نحو إرشاد القاضي في كيفية اختيار العقوبة في صورتين:

1- أن يُحدّد العوامل والظروف التي تساهم في تكوين الشخصية الإجرامية، ويبيّن الأمارات الكاشفة لمدى خطورتها.

2- أن يُراعي المشرع جانب الردع العام فيوصي بالتشديد عند العقاب على مرتكبي بعض الجرائم التي يراها بالغة المساس بالشعور العام.

.29

(1) بدائع الصنائع، ج7، ص34.

(2) المغني لابن قدامة، ج9، ص55.

(3) أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، ط 1972، ص238-246.

حينما يعتنق المشرع معيار جسامه الجريمة كأحد مُحدّدات سلطة القاضي التقديرية بالنسبة للعقوبة، فإنه يجب توضيح هدف القانون من الرجوع إلى الجريمة في ذاتها لتحديد سُلطة القاضي في تقرير العقوبة. إن علة ذلك تكمن في ثلاثة أمور:

1- يباشر القاضي سلطته التقديرية في حدود قاعدة شرعية، وتقضي هذه القاعدة أن يتوقف الحدّين الأدنى والأقصى للعقوبة على جسامه الجريمة، فهذه الجسامه هي الإطار العام الذي يباشر القاضي بداخله سلطته التقديرية.

2- أن وقوع الجريمة يُفيد كقرينة بسيطة أن مرتكبها لديه خطورة إجرامية تحرّكت مكانها في صورة هذه الجريمة، وهي قرينة قابلة لإثبات العكس. 3- تحقيق اعتبارات الردع العام، وإذا كان الردع الخاص يأخذ مكان الصدارة فإنه لا يجوز إغفال دور الردع العام وخاصة بالنسبة إلى الجرائم التي تمس الصالح العام بصورة خطيرة ومباشرة.

وقد أثارت القواعد الإرشادية للقاضي الجنائي، بعض الاعتراضات نجماها فيما يلي:

1- ذهب البعض إلى عدم فائدة هذه القواعد، فهي إما قواعد غير مفيدة، وإما تفصيلية وفي هذه الحالة تفيد القاضي بطريقة غير مرغوبة. 2- خطورة تطبيق هذه القواعد بطريقة تحيلها إلى مجرد شكليات.

ومع ذلك يذهب البعض⁽¹⁾ إلى القول بأنه رغم هذه الاعتراضات فمن الضروري تمهيد الطرق أمام القاضي عند استعمال سلطته التقديرية. إذ لا شك في أن النصوص المُعدّة لإرشاد القاضي عند استعمال هذه السلطة تتفق مع مبدأ شرعية العقوبات الذي يقتضي نوعاً من تحديد العقاب المقرّر للجريمة.

فيما يتعلق بمرحلة توافر الخطورة أو عدم توافرها، فإن ثبوت الوقائع المُكوّنة لها أو عدم ثبوتها هي مسألة موضوعية بلا جدال تستقل فيها محكمة الموضوع بـ التقدير.

ولا خشية من تحوّل هذه الإرشادات إلى مُجرّد أمور شكلية إذا أحكمت الرقابة على استعمال القاضي لسلطته التقديرية، ووجب عليه تسبب علة اختياره العقوبة، ويلاحظ أن البحث السابق على الحُكم هو الإجراء الذي يجب على القاضي إتباعه للوصول إلى تقدير سليم لمدى الخطورة الإجرامية للشخص حتى يستند إليها في تقدير العقاب.

وفى هذا الصدد برز اتجاهان فقهيان فى الفقه الجنائى القانونى حول تحديد

(1) ينظر في كل ذلك وبالتفصيل، أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 239.

القدر المتاح للقاضي في أعمال سلطته في تقدير العقوبة، اتجاه يرى بالتوسع في ترك حرية للقاضي في تحديد العقوبة متناسبة مع جسامة الجرم ويرى اتجاه ثاني بوجود التقييد عن طريق وضع ضوابط ومعايير واضحة ومحددة لا يستطيع القاضي تجاوزها، وبين الاتجاهين برز موقف وسط ونحاول تسليط الضوء على هذه الاتجاهات.

1- الاتجاه الموسع للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي: ويرى أصحاب هذا الاتجاه وجوب ترك الحرية المطلقة للقاضي كي يطابق بين النصوص القانونية والحياة الاجتماعية المتطورة، ومن ثم فلا مجال للإكثار من الضوابط التي تقيد سلطة القاضي والتي من شأنه تعرقل عمله، فسلطة القاضي التقديرية تفترض من حيث المبدأ تمتعه بقدر من الحرية في تقدير جسامة الفعل المجرم، وتقدير ظروف شخصية مقترفه ومنه تحديد نوع ومقدار العقوبة الواجبة⁽¹⁾.

وإعمالاً لهذه النظرية نجد عدداً من القوانين الجنائية الحديثة التي منحت القاضي سلطة تقديرية واسعة كقانون العقوبات الأرجنتيني في سنة 1921 والكوبي لسنة 1936 والإكوادوري لسنة 1938 وقانون العقوبات السويدي الجديد الذي منح للقاضي الحرية الواسعة في اختيار العقوبة أو التدبير الملائم لمرتكب الجريمة دون إلزامه بفرض عقوبة محددة إلا في حالات استثنائية.

مما يمكن القول أن القانون أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير العقوبة وأن هذه السلطة لا تخضع لأي ضابط من الضوابط الإجرائية المعروفة في النظم الأخرى، أضف إلى هذا أن تعريف الجرائم في هذه القوانين كان تعريفاً عاماً مما يوسع من سلطة القضاة ليس في العقاب فقط بل حتى في التجريم⁽²⁾.

وما يؤخذ على هذه القوانين أنها يمكن أن تؤدي إلى إخضاع حرية المواطنين لأمزجة القضاة وأهوائهم خاصة في ظل غياب ضمانات لممارسة القضاة لسلطتهم⁽³⁾.

2- الاتجاه المضيق للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي: ويرى بضرورة حصر السلطة التقديرية في أضيق نطاق وذلك بوضع مجموعة من الضوابط يسير على هديها القضاة حيث لا مجال للاقتناع الشخصي للقاضي أن مهمته ذات صبغة فنية بحتة، فالقاضي فالقاضي مجرد من أي سلطة تقديرية سواء في تعيين الفعل المجرم أو

(1) قريمش سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2011-2012.

(2) د/إبراهيم أكرم نشأت، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 40 وما بعدها.

(3) د/إبراهيم أكرم نشأت، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، المرجع السابق، ص 56.

في تحديد عقوبته (1).

مما يستوجب على المشرع أن يحكم صياغة النصوص بعبارات واضحة وصريحة غير قابلة للاحتمال أو اللبس.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الهدف من كل هذا وتوحيد نظام العقاب على كافة المواطنين مما يضمن تحقيق المساواة والعدالة.

ولكن هذا الاتجاه لم يسلم من المآخذ حيث أن الهدف المنشود منها ينقلب إلى النقيض في بعض الأحوال، فليس من العدالة والمساواة أن نعاقب شخصين على نفس الجريمة بنفس العقوبة، رغم أن أحدهما ارتكبها لأول مرة تحت ظرف معين أرغمه على ارتكابها بينما الثاني اعتاد على ارتكابها ولم تعد هذه العقوبة تؤثر فيه أبداً، فهذا عين الانحراف عن العدل والمساواة.

كما أن التطور المستمر للحياة الاجتماعية يسمح لمن لهم الخبرة في الإجرام الإفلات من القانون بسهولة في ظل هذا الاتجاه عن طريق القيام بأفعال لم ترد في صريح القانون رغم عن قواعد الأخلاق (2).

3- الاتجاه المعتدل: والذي جمع بين مزايا الاتجاهين المتناقضين وبه أخذت معظم التشريعات المعاصرة حيث يمنح للقاضي سلطة تقديرية مقيدة حتى لا تكون سلطة تحكيمية فيقدر القاضي وقائع الدعوى وأدلتها كما يقدر ظروف الجريمة وملابستها وكل هذه العناصر يتعذر على المشرع الإحاطة بها وحصرتها في قوالب قانونية ثابتة (3).

وعملا بهذا الاتجاه ما نصت عليه المادة 133 من قانون العقوبات الإيطالي: "على القاضي أن يقيّموزنا لجسامة الجريمة مستخلصة من:

1- من طبيعتها ونوعها ووسائلها ووقتها مكانها كافة ملابستها.

2- من جسامة الضرر أو الخطر الناتج منها للمجني عليه.

3- من كثافة القصد الجنائي أو درجة الإهمال."

وفيما يتعلق برقابة محكمة النقض على سلطة القاضي التقديرية (4) في

(1) د/عازر عادل، النظرية العامة في ظروف الجريمة، المطبعة العالمية القاهرة، 1967، ص 443.

ونسب هذا المذهب للفقيه الإيطالي بيكاريا.

(2) قريمش سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، المرجع السابق، ص 46.

(3) بكار حاتم حسن موسى، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، بنغازي، 1996، ص 396-397.

(4) نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 63 وما بعدها.

اختيار وتوقيع العقاب فإن هذه السلطة الأخيرة تفترض أن يتثبت القاضي أولاً من توافر الخطورة الإجرامية لدى الجاني ثم يُحدّد العقوبة وفقاً لهذه الخطورة مع مراعاة جسامة الجريمة، وبذا يباشر القاضي سلطته المذكورة في المرحلتين التاليتين:

1- مرحلة التحقق من توافر الخطورة على ضوء شخصية المتهم وجسامة الجريمة.

2- مرحلة تحديد العقوبة.

وعلى ذلك فالسؤال هو: ما مدى الرقابة التي تفرضها محكمة النقض على السلطة الموضوعية للقاضي في هاتين المرحلتين؟

أما إضفاء صفة الخطورة على هذه الوقائع فهي عملية تكييف قانونية للوقائع التي يتثبت القاضي من توافرها، وهذه العملية تخضع لرقابة محكمة النقض، لأن القانون يرتب آثاراً قانونية على توافر الخطورة، وعلى ذلك فوصف شخصية المجرم بالخطورة هو عملية قانونية لا تترخص فيها محكمة الموضوع بسلطة تقديرية مطلقة، وتمارس محكمة النقض رقابتها وفقاً لما تستقر على الأخذ به من معايير علمية أو طبقاً للضوابط القانونية التي يحددها المشرع لكي يمارس القاضي وفقاً لها سلطته التقديرية في التثبت من توافر أو عدم توافر الخطورة.

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن تقدير العقوبة ليس مجرد مسألة موضوعية يجب تركها لمطلق تقدير قاضي الموضوع، طالما أن القانون قد أراد تحديدها تحقيقاً لغاية معينة لضبط هذه السلطة التقديرية.

ومن ثم يكون من العيب بعد ذلك ألا تتوافر الرقابة الجديّة على توحي تحقيق هذه الغاية، وتزاول محكمة النقض رقابتها على ضوء ما تستبينه من مدونات الحكم المطعون فيه، فإذا لم تستطع معرفة حقيقة الأمر فإنها لا تملك أن تبحث المسألة بنفسها من الناحية الموضوعية، لأن في ذلك خروجاً على سلطتها القانونية. ولهذا فإنه يتعيّن على المشرع أن يلزم القاضي بتسبيب حكمه فيما يتعلق باختيار الجزاء الجنائي فإن أغفل هذا التسبيب كان حكمه قاصراً ولا شك أن رقابة محكمة النقض على حسن اختيار العقوبة يضمن نوعين من الاستقرار في تحديد ضوابط الحكم بهذا الجزاء، ويقضي على الفوضى التقديرية في اختيار العقوبات التقليدية والتدابير العقابية.

واعترض جانب من الفقه على هذا النظر بدعوى أن هذه المهمة تدخل ضمن اختصاص المطلق لقاضي الموضوع دون غيره، وأنه ليس لمحكمة النقض سلطة بحث المسائل الموضوعية.

ومع ذلك رد الفريق الأول من الفقه بالقول بأن في ذلك إغفال لمسألة الرقابة

التي يدعو إليها، فهذه الرقابة -وفقاً للفريق الأول- ليست تدخلاً في سلطة محكمة الموضوع، بل هي إعمالاً لنصوص القانون أو روحاً وتطبيقاً لنظرية البطالة ذاتها، ويبدو هذا التطبيق واضحاً إذا اعتبرنا الغاية التي استهدفها المشرع من العقاب شرطاً موضوعياً لصحة الحكم الجنائي تطبيقاً لمبدأ أن الغاية المشروعة تعتبر شرطاً موضوعياً لصحة الأعمال الإجرائية العامة التي تدخل في حدود السلطة التقديرية⁽¹⁾.

ثانياً: التزام القاضي الجنائي بإعمال قواعد القانون وأثر ذلك على سلطته التقديرية:

القاعدة العامة أن القاضي الجنائي يتمتع بحرية مطلقة في تكوين عقيدته، ومعنى ذلك أن له كل الحرية في تقدير أدلة الدعوى، يأخذ بها أو لا يأخذ بها. والقاضي الجزائي يصل إلى قناعته بناء على الأدلة المطروحة عليه، ولا يصح مطالبته بالأخذ بدليل بعينه فيما عدا الأحوال التي ألزمه القانون فيها بذلك. ومن سلطته أن يزن قوة الإثبات وأن يأخذ من أي بيّنة أو قرينة يرتاح إليها دليلاً لحكمه.

ولا يلزم في الأدلة التي اعتمد عليها الحكم أن يقطع كل دليل منها في كل جزء من جزئيات الدعوى، إذ الأدلة في المواد الجنائية متساندة يكمل بعضها بعضاً، ومنها مجتمعة تتكوّن عقيدة القاضي⁽²⁾.

وفيما يلي أهم المبادئ التي توصلت إليها محكمة النقض المصرية في مجال الأدلة المنتجة في الدعوى الجزائية ومدى سلطة القاضي التقديرية إزاءها. ففي مجال وضوح الدليل وعدمه قضت بأنه لا يشترط في الدليل أن يكون صريحاً ودالاً بنفسه على الواقعة المراد إثباتها بل يكفي أن يكون استخلاص ثبوتها عن طريق الاستنتاج مما تكشف للمحكمة من الظروف والقرائن وترتيب النتائج على المقدمات، ما دام ما حصلته لا يخرج عن الاقتضاء العقلي والمنطقي⁽³⁾.

وحكمت هذه المحكمة أيضاً أن تقدير القوة التدللية لعناصر الدعوى هو أمر موضوعي تستقل المحكمة به وهي الخبير الأعلى في كل ما تستطيع أن تستشف طريقها فيه بنفسها⁽⁴⁾.

ويطبق هذا المبدأ في جميع مجالات الدعوى الجنائية وعناصرها، ومن ذلك أن

(1) أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، المرجع السابق، ص 244.

(2) نقض جنائي 1977/5/16 س 28 ق 159 مجموعة النقض.

(3) نقض 1977/6/13 مجموعة النقض س 28 ق 159.

(4) نقض جنائي 1977/10/30 مجموعة النقض س 28 ق 184.

الاعتراف في المسائل الجنائية من عناصر الاستدلال، لمحكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير صحتها وقيمتها في الإثبات⁽¹⁾.

والأدلة في المواد الجنائية اقتناعية، للمحكمة أن تلتفت عن دليل نفي ولو حملته أوراق رسمية ما دام يصح في العقل أن يكون غير ملتئم مع الحقيقة التي اطمأنت إليها من باقي الأدلة⁽²⁾.

وحكمت محكمة النقض بأنه من حق محكمة الموضوع تقدير القوة التدليلية لتقرير الخبير المقدم إليها⁽³⁾.

وحكمت أيضاً بأنه من حق محكمة الموضوع أن تستخلص الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى من أقوال الشهود ومن سائر العناصر المطروحة أمامها⁽⁴⁾.

وحكمت أيضاً بأنه من المقرر أن الأحكام الجنائية يجب أن تبنى على الجزم و اليقين من الواقع الذي يثبتته الدليل المعتمد، ولا تؤسس على الظن والاحتمال من الفروض والاعتبارات المجردة⁽⁵⁾.

كل هذه المبادئ تحدد سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة وتكوين عقيدته ليصل إلى الفصل في الدعوى المطروحة عليه.

والسؤال هنا عن ضوابط سلطة القاضي الجنائي التقديرية حينما يقوم ب تطبيق قواعد القانون الجنائي؟

من المعروف أنه يُشترط لصحة الحكم الجنائي أن يتضمن الأسباب التي بنى عليها القاضي ما ذهب إليه.

فيجب على القاضي أن يبيّن في أسباب حكمه، الواقعة المستوجبة للعقوبة و الظروف التي وقعت فيها.

ومعنى ذلك، هو ضرورة بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة وإظهار العناصر القانونية للجريمة والمستخلصة من وقائع الدعوى، وكذلك الظروف الأخرى التي يأخذها المشرّع بعين الاعتبار في النموذج التشريعي للجريمة سواء أكانت مشددة أو مخففة.

وبناء على ذلك، يجب بيان السلوك الإجرامي للمتهم والذي ينطبق مع السلوك الوارد بالنموذج التشريعي للجريمة.

كما يجب بيان النتيجة غير المشروعة ورابطة السببية بين السلوك المنسوب

- (1) نقض جنائي 1977/6/6 مجموعة النقض س 28 ق 150.
- (2) نقض جنائي 1977/11/27 مجموعة النقض س 28 ق 201.
- (3) نقض جنائي 1977/2/21 مجموعة النقض س 28 ق 61.
- (4) نقض جنائي 1977/1/9 مجموعة النقض س 28 ق 10.
- (5) نقض جنائي 1977/2/6 مجموعة النقض س 28 ق 39.

للمتهم وبين ما تحقق من نتائج تدخل في الركن المادي للجريمة. ويلاحظ في هذا المجال، أن النتائج القانونية للجريمة تعتبر مُفترضة بالنسبة لكل جريمة اكتملت أركانها، ومن ثم لا تكون المحكمة ملزمة ببيانها في أسبابها⁽¹⁾. وكذلك يجب أن يظهر في الأسباب توافر قيام الركن المعنوي للجريمة، فلا بد من بيان عناصر القصد الجنائي إذا كانت الجريمة عمدية، ويلزم في هذه الحالة إثبات العلم بماهية السلوك الإجرامي وما ترتب عليه من نتائج غير مشروعة، و كذلك إرادة السلوك والنتيجة، وإذا كان القانون يفترض العلم لا تكون المحكمة ملزمة بإثباته إلا إذا كانت القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ودفع المتهم بذلك.

كذلك إذا كانت الواقعة المستوجبة للعقاب تتطلب توافر قصد خاص، فلا بد من إبراز هذا القصد في عناصر الحكم واستخلاصه من وقائع الدعوى استخلاصاً سائغاً.

ويجب أيضاً بيان الظروف التي أحاطت بارتكاب الجريمة، غير أن ذلك لا يكون لازماً إلا حين يعتمد المشرع بهذه الظروف في تشديد العقاب أو تخفيفه، وبيان الظروف التي اعتد بها القاضي والمتعلقة بمساند تقدير العقوبة، كطبيعة الفعل ونوعه، والوسائل التي استُخدمت في ارتكابه ووقت ارتكابه، ومكان ارتكابه، والغاية من ارتكابه، وجسامة الضرر أو الخطر الناتج عن الفعل، والدافع على ارتكاب الجريمة⁽²⁾.

بيان كل ما سبق لا يكون لازماً إلا في حالة الحكم بالإدانة، أما إذا كان الحكم صادراً بالبراءة، فيكفي أن تبين المحكمة في أسباب حكمها العناصر والأدلة التي أدت بها إلى الحكم بالبراءة، فإذا ظهر للمحكمة انعدام أحد أركان الجريمة أو الشروط اللازمة للعقاب، فيكفي أن تبين في حكمها ذلك، دون أن تكون ملزمة ببيان سائر الوقائع والظروف الأخرى المتوافرة في الدعوى⁽³⁾. ومن جهة أخرى يتعين على المحكمة أن تبين في أسباب حكمها، النص القانوني المنطبق والذي حكمت بموجبه.

والمقصود بذلك هو الإشارة إلى النص التجريمي التي توافرت شروط انطباقه على الواقعة الإجرامية، ويستوي في ذلك أن يكون النص متعلقاً بالفعل الأصلي المكوّن للجريمة، أم كان متعلقاً بظروف مشددة أو مخففة، أم كان متعلقاً بضوابط استعمال القاضي لسلطته التقديرية.

(1) نقض جنائي 1953/12/18 مجموعة القواعد ج 1 ق 115.

(2) مأمون سلامة، المرجع السابق، ص 919.

(3) نقض جنائي 1968/5/20 مجموعة النقض س 19 ق 111.

والنص القانوني الواجب الإشارة إليه هو النص الذي يُشير إلى الأثر القانوني المترتب على توافر الواقعة المندرجة تحته، أما النصوص الأخرى التي تكتفي بوضع تعريفات للجريمة أو لأحد عناصرها أو الظروف المشددة، فلا يلزم الإشارة إليها.

ويترتب على مخالفة كل ما تقدم بطلان الحكم، وكل المقتضيات السابقة يجب توافرها في أحكام الإدانة، أمّا أحكام البراءة فيجب فيها الإشارة إلى النص القانوني إذا ما تأسست في سبب قانوني.

ومن جهة أخرى فإنه من الواجب أن يكون بيان الأدلة الموضوعية التي تكوّنت على أساسها عقيدة المحكمة فيها انتهت إليه واضحاً ومُستساغاً، ويُقصد بالأدلة الأسباب الموضوعية للحكم، كما أن بيان الواقعة المستوجبة العقاب والظروف التي أحاط بها النص التجريبي المنطبق تُعتبر أسباباً قانونية.

فالتدليل إذاً هو ذلك الجزء من الأسباب الذي بمقتضاه تتكوّن عقيدة المحكمة في صحة وقوع الجريمة، وصحة نسبتها أو نفيها عن التهم، ولذلك فهو يتطلب عرض الأدلة المختلفة التي طُرحت بالجلسة والمُستفادة من الأوراق تمحيصها والاتهاء إلى طرحها أو الأخذ بها.

ولكي يكون الحكم صحيحاً في أسبابه من الناحية الموضوعية⁽¹⁾، ينبغي أن يتوافر في التدليل شرطان أساسيان:

1- أن يكون التدليل واضحاً.

2- أن يكون التدليل مُستساغاً.

مع ملاحظة أن التدليل يجب أن يستند إلى أدلة طُرحت في جلسة واستندت إلى إجراءات صحيحة⁽²⁾.

1- ولكي يكون التدليل واضحاً لابد أن تذكر مضمون الأدلة دون غموض أو إبهام، بمعنى أنه لا يكفي الإشارة فقط إلى الأدلة بل يجب ذكر مضمونها، و يجب أن يكون هذا المضمون واضحاً دون لبس أو إبهام، ويكفي أن تذكر المحكمة من مضمون الدليل الجزء الذي يتفق وما استخلصته من واقع الدعوى.

2- ومن جهة ثانية يجب أن يخلو التدليل من التناقض، ويُقصد بذلك التناقض الذي يقع بين عناصر الحكم ذاته.

والحكم يكون معيباً متى قام التناقض بين عناصره، سواء أكان التناقض بين ا

(1) نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 71.

(2) نقض جنائي 1948/12/8 مجموعة القواعد ج 1 ق 518، نقض جنائي 1967 /2/7 مجموعة الأحكام س 18 ق 202.

لأسباب بعضها مع بعض، أو كان بين الأسباب والمنطوق، أو بين التدليل وما أثبتته من وقائع منسوبة للمتهم.

ومن مقتضى صحة التدليل ضرورة الاستناد إلى أدلة طُرحت بجلسة ولها أصل في الأوراق، وعلى ذلك فيجب الابتعاد عن التدليل الوهمي الذي تستند فيه المحكمة إلى دليل ليس له وجود بالأوراق⁽¹⁾.

3- وبالإضافة إلى ذلك يُشترط من جهة ثالثة أن يكون استخلاص المحكمة للنتائج المستفادة من الأدلة استخلاصاً سائغاً وفقاً لمقتضيات العقل و المنطق، فإذا تخلف هذا الاستخلاص السائغ عقلاً كان الحكم مشوباً بالقصور في الاستدلال.

ويُقصد بالقصور في الاستدلال أن تستخلص المحكمة من دليل أوردته بأسباب حكمها نتيجة لا يؤدي إليها الدليل المذكور حتماً، مثال ذلك الاستناد إلى دليل يؤدي إلى نتيجة احتمالية غير يقينية أو يكون الدليل يحتمل التفسير والتأويل.

ومتى كان الاستدلال سائغاً عقلاً ومنطقاً، فلا رقابة لمحكمة النقض عليه. ويدخل تحت قصور الاستدلال، الخطأ في الإسناد وفساد الاستدلال، ويقوم الخطأ في الإسناد حينما تذكر المحكمة في أسباب حكمها أقوالاً وردت على لسان شاهد أو على لسان المتهم لا تطابق ما هو ثابت بالأوراق.

أما فساد الاستدلال، فيتحقق حينما تستند المحكمة في حكمها على دليل مستمد من إجراءات باطلة، أو حينما تستند المحكمة على دليل مستمد من إجراء لم يباشَرَ أصلاً من قِبل المحكمة⁽²⁾.

وأخيراً، فإن القاعدة في الأحكام الجنائية هي تكامل الأدلة، بمعنى أن الأدلة التي يذكرها الحكم في أسبابه تساند بعضها البعض، وتتكامل فيما بينها لتدعيم النتيجة التي خلصت إليها المحكمة من حكمها وتكوّنت على أساسها عقيدتها، ولا يلزم أن يكون كل دليل منها يقطع في كل جزئية من جزئيات الدعوى⁽³⁾.

غير أن هذا المبدأ لا يحول دون القول بأن العيب الذي يشوب التدليل بالنسبة لدليل معين، لا يترتب عليه بطلان الحكم طالما أن الأدلة الأخرى كافية لحمل النتيجة التي خلص إليها الحكم.

والمعيار في هذا المجال، هو فيما إذا كان العيب الذي أصاب التدليل قد انصب على دليل لو استبعد لتغير رأي المحكمة أم لا.

ولما كانت الأدلة التي يسوقها الحكم في أسبابه يُفترض فيها أنها تدخل

(1) نقض جنائي 1967/10/30 مجموعة الأحكام س18 ق211.

(2) نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص71-70-69.

(3) نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص71.

جميعها في تكوين عقيدة المحكمة، فقد ذهبت بعض الأحكام⁽¹⁾ إلى التقرير بطلان الحكم كلياً كلما شاب التدليل عيباً من العيوب، وذلك على أساس أنه من العسير فصل الأدلة بعضها عن بعض واستظهار مدى أثر كل منها على عقيدة القاضي⁽²⁾. ومع ذلك فإنه إذا كان القاضي يكون عقيدته من مجموع الأدلة التي يسوقها في أسباب حكمه، إلا أنه في استطاعة محكمة النقض وهي تعمل رقابتها على الأحكام أن تستبين مدى تأثير الدليل المستبعد، لقصور تعلق به، على عقيدة القاضي في حكمه، ومدى قيمة الأدلة الأخرى في تدعيم النتيجة التي انتهت إليها المحكمة. فإذا استبان أن الدليل المستبعد كان من شأنه أن يغيّر عقيدة المحكمة فيما لو فطنت إلى بطلانه تعيّن على محكمة النقض بطلان الحكم، أما إذا لم يكن له هذا التأثير، فتستبعده المحكمة دون أن تنقض الحكم.

وعلى ذلك فالقاضي وإن كان حراً في تكوين عقيدته، إلا أنه ملزم ببيان كيفية اقتناعه عن طريق تسبيب الأحكام، وهو في هذا خاضع لرقابة محكمة النقض.

وإذا عدنا مرة ثانية إلى السؤال السابق طرحه، والخاص بوضع سلطة القاضي التقديرية حينما يقوم بإعمال القانون في نطاق الدعوى الجنائية، فإننا نريد إيضاح المسافات التي يمارس فيها هذا القاضي تلك السلطة.

القاضي الجنائي شأنه شأن أي قاضي يتمتع بولاية القضاء، تطرح عليه مجموع واقعي مطلوب منه أن يحسم النزاع القائم بشأنه بإعمال قواعد القانون التي تستجيب موضوعياً له.

ومنه يمكن القول أن السلطة التقديرية للقاضي الجنائي تمتد من فحص الوقائع المطروحة عليه، ودراسة الأدلة المقدمة إليه، والبحث عن النصوص القابلة لانطباق على الواقع، وإعطائها الوصف القانوني المناسب الذي يراه صائباً وصحيحاً، ومن ثم إعمال القاعدة القانونية التي يراها تتلاءم على الوقائع المطروحة عليه، وإصدار الحكم على هذه الوقائع.

المبحث الثاني

مشروعية منح السلطة التقديرية ومصادرها

المطلب الأول: مشروعية منح السلطة التقديرية:

(1) نقض جنائي 18/11/1968 مجموعة النقض س 19 ق 196.

(2) نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 72.

إذا كانت طبيعة العمل القضائي تقتضي استعمال القاضي للسلطة التقديرية، في فهم النزاع وفهم الدليل الذي يحكم النزاع ومن ثم الفصل فيه، فوجب ألا نتعامل مع هذا المعطى كمسلمة بديهية، بل وجب تقصي الأدلة الشرعية والعقلية لبيان مدى مشروعية منح السلطة التقديرية للقاضي من عدمها.

الفرع الأول: من القرآن الكريم: نذكر بعض الآيات:

1- قوله تعالى: ((وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين، ففهمناها سليمان وكلا أتينا حكما وعلما))⁽¹⁾ دلت الآية على أن سليمان وداود عليهما السلام اجتهدا، وكان كل واحد منهما أهلا للاجتهاد، ولكن نسخ حكم داود، ونزل النص بتقرير حكم سليمان⁽²⁾، والله سبحانه أثنى على داود باجتهاده وأثنى على سليمان بإصابته وجه الحكم⁽³⁾.

2- قوله تعالى: ((والذين جاهدوا فينا لنهدينهم سبلنا وإن الله لمع المحسنين))⁽⁴⁾ دلت الآية على أن من أسند له القضاء عليه أن يبذل الجهد في القيام بالحق والعدل⁽⁵⁾، لأن الله وعد من يفعل ذلك بأن يهديه السبيل، كما أضفى عليه صفة الإحسان.

3- قوله تعالى: ((ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بما المعروف))⁽⁶⁾ وإثبات المقدار على اعتبار حاله في الإعسار واليسار طريقه الاجتهاد وغالب الظن، ويختلف ذلك في الأزمان، وما يجب اعتباره في تقديرها هو يسار الزوج وإعساره واعتبار العرف في ذلك، والعادات قد تختلف وتتغير، وطريقة تقديرها بالاجتهاد، أيضا.

فهذه الآية أصل في جواز الاجتهاد في أحكام الحوادث⁽⁷⁾، والنشاط الذي يقوم به القاضي للوصول إلى الحكم في هذه الحوادث جزء مما يسمى بالسلطة التقديرية، والله سبحانه قد أمر به مما يدل على مشروعية منحه للقضاة⁽⁸⁾.

الفرع الثاني: من السنة المطهرة:

1- قوله ﷺ: ((إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون

(1) سورة الأنبياء: الآيتان 78-79.

(2) الاجتهاد للجويني: ص 44 وما بعدها.

(3) تبصرة الحكام لابن فرحون، ج 1، ص 14.

(4) سورة العنكبوت: الآية 69.

(5) تبصرة الحكام، ج 1، ص 14، المبسوط، ج 16، ص 76.

(6) سورة البقرة: الآية 236.

(7) أحكام القرآن للجصاص، ج 2، ص 141 وما بعدها.

(8) ناصر بركات، المرجع السابق، ص 84.

ألحن بحجته من بعض، فأقضى على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار))⁽¹⁾.

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي ﷺ كان يقضي بالاجتهاد فيما لم ينزل عليه شيء⁽²⁾ وذلك بوصفه قاضياً، بدليل تحذيره للخصوم من التلاعب به الحجج.

2- حديث معاذ رضي الله عنه عندما بعثه النبي ﷺ إلى اليمن، قال: ((كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟)) قال: أقضي بما في كتاب الله، قال: ((فإن لم يكن في كتاب الله؟)) قال: فبسنة رسول الله ﷺ، قال: ((فإن لم يكن في سنة رسول الله ﷺ ولا في كتاب الله؟)) قال: أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال: ((الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله ﷺ))⁽³⁾.

(1) البخاري في كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم، رقم 6748 واللفظ له، ومواضع أخرى، ومسلم في الأفضية، باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة، رقم 1713، ومواضع أخرى، والترمذي في كتاب الأحكام عن رسول الله ﷺ باب ما جاء في التشديد على من يقضى له بشيء ليس له، رقم 1339، والنسائي في كتاب آداب القضاة باب الحكم بالظاهر، رقم 5401، وأبو داود في كتاب الأفضية، باب في قضاء القاضي إذا أخطأ، رقم 3583، وابن ماجه في كتاب الأحكام، باب قضية الحاكم لا تحل حراماً ولا تحرم حلالاً، رقم 2318، ومسند أحمد، باقي مسند المكثرين، نفس الباب، رقم 8193، ومالك في الموطأ في كتاب الأفضية، باب الترغيب في القضاء بالحق، رقم 1424، ومصنف ابن أبي شيبة، كتاب أفضية رسول الله ﷺ، رقم 35، ج 7، ص 9.

(2) نيل الأوطار للشوكاني، ج 8، ص 320 وما بعدها.

(3) أبو داود في كتاب الأفضية باب اجتهاد الرأي في القضاء، رقم 3592 واللفظ له، والترمذي في الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، رقم 1327 وقال: لا نعرفه إلا من هذا الوجه ليس إسناده عندي بمتصل، أ هـ، ومسند أحمد، مسند الأنصار، حديث معاذ، رقم 21556، ومصنف ابن أبي شيبة، الحديث رقم (1) كتاب البيوع والأفضية، باب في القاضي ما ينبغي أن يبدأ به في قضاؤه ورقم الباب 447، والبيهقي في السنن الكبرى، ج 10، ص 114، باب ما يقضي به القاضي، والمعجم الكبير للطبراني ص 20، ص 170، رقم 362، وقد ذكر ابن حجر في التلخيص الحبير كتاب القضاء، ج 4، ص 182-183، رقم (2076)، ج 4، ص 337 قول البخاري في تاريخه أنه لا يصح، وقال الدار قطني: والمرسل أصح، وقال ابن حزم عنه: لا يصح، وقال ابن الجوزي في العلل المتناهية: لا يصح وإن كان الفقهاء كلهم يذكرونه في كتبهم ويعتمدون عليه وإن كان معناه صحيحاً، أ هـ.

وجاء في المستصفي، ج 2، ص 254 أن هذا الحديث تلقته الأمة بالقبول، وكذلك ذكر ابن أمير حاج في التقرير والتحبير، ج 1، ص 289 وأن شهرته وتلقي العلماء له بالقبول لا تقعه إن شاء الله تعالى عن درجة الحجية ومن ثم أطلق جماعة من الفقهاء كالباقلائي، وأبي الطيب الطبري، وإمام الحرمين الجويني عليه الصحة، أ هـ. وكذلك ذكر الجصاص في الفصول في الأصول، ج 4

والحديث فيه إقرار من النبي ﷺ للقاضي أنه إذا لم يجد في الكتاب والسنة حكم ما عرض عليه فإنه يجتهد رأيه فيهما ولا يقصر في ذلك، واجتهاد القاضي فيما لا نص فيه⁽¹⁾، وبحثه في النصوص وقضاؤه بها إن وجد فيها الحكم هو من أهم أعمال السلطة التقديرية للقاضي، وهذا الحديث من أشهر ما يستدل به لذلك⁽²⁾.

3- قوله ﷺ: ((إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر)) وفي بعض الروايات أن للمصيب ((عشرة أجور))⁽³⁾.

، ص 44-45.

وواضح أن دعوى الطعن عليه من أحد غير مسلمة لأن المحدثين طعنوا فيه، وصححه بعض الفقهاء، ولكن أكثر ما طعن فيه لإرساله، لكن الإمام الشافعي وغيره عدوا تلقي الأمة بالقبول مما يجعل المرسل مقبولا (كشف الأسرار، ج 3، ص 2) وقال الباجي في المنتقى، ج 1، ص 203: ((والحديث إذا تلقته الأمة بالقبول والعمل به لم يحتج إلى إسناد صحيح، لأن عمل الأمة به يقتضي العلم بصحته بتقرير الشرع، وتصحيح إسناده لا يقتضي ذلك، فكان العمل به على وجه أقوى))، أه. والله تعالى أعلم.

ونقل ابن القيم في إعلام الموقعين ج 1، ص 175 قول أبي بكر الخطيب: ((وقد قيل إن عبادة بن نسي رواه عن عبد الرحمان بن غنم عن معاذ وهذا إسناد متصل ورجاله معروفون بالثقة))، أه. بتصرف يسير، وذكر مثل قول الباجي في المنتقى. وقد جاء في عارضة الأحوذى، ج 6، ص 57، رقم 1327، باب ما جاء القاضي كيف يقضي، كلام طويل ومفيد جدا عن هذا الحديث. (1) كتاب الاجتهاد من كتاب التلخيص، للجويني، تحقيق الدكتور عبد الحميد أبو زنيد، ط 1، 1987، دار القلم بدمشق ص 74، أحمد سحنون، رسالة القضاء لأمير المؤمنين، توثيق وتحقيق ودراسة، رسالة دكتوراه، المملكة المغربية، وزارة الأوقاف، 1992، ص 51، ناصر الغامدي، الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والمملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، مكتبة الرشد، الرياض، ط 2000، ص 66.

(2) ناصر بركات، المرجع السابق، ص 87.

(3) الرواية الأولى عند البخاري في كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، رقم 6919 بلفظ قريب، ومسلم كذلك، كتاب الأفضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب الخطأ أو أخطأ، رقم 1716، والترمذي في كتاب الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في القاضي يصيب ويخطئ، رقم 1326، والنسائي في كتاب أدب القضاة، باب الإصابة في الحكم رقم 5381، وأبو داود في الأفضية، باب في القاضي يخطئ، رقم 3574، وابن ماجه في كتاب الأحكام، باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق رقم 2314، ومسند أحمد، مسند الشاميين حديث عمرو بن العاص رقم 7320 ومواقع أخرى، ولم أعثر على نفس اللفظ، وإنما روته الكتب السابقة بمعناه. ورواية ((عشرة أجور))

وفي الحديث دعوة للحاكم إلى الاجتهاد وأن له أجراً حتى ولو أخطأ⁽¹⁾، وليس معنى الخطأ هنا أنه خطأ ما كلف ولكن أنه أخطأ النص فلم يصبه بعد بذل كبير مجهوده⁽²⁾، والاجتهاد لا يكون إلا من العالم أهل الاجتهاد، وإلا فالجاهل ليس له أن يجتهد ابتداءً ولا انتهاءً⁽³⁾.

4- السلطة التقديرية في أقضية النبي ﷺ:

مع وظيفة الرسالة والتبليغ عن الله عز وجل، تولى رسول الله ﷺ وظائف عدة، تتعلق بالحكم والولاية والقضاء، ثم إن النبي ﷺ تولى وظيفة القضاء من منطلق بشريته لا رسالته، ودليل ذلك ما رواه البخاري عن عزة بن الزبير: «أن زينب ابنة أبي سلمة - زوج النبي ﷺ - أخبرتها عن رسول الله ﷺ أنه سمع خصومة بباب حجرته، فخرج إليهم فقال: إنما أنا بشر وأنه يأتيني الخصم فلعل بعضكم يكون أبلغ من بعض، فأحسب أنه صادق، فأقضي له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها».

ولكن ممارسة الرسول ﷺ هذه للقضاء تتخللها خصوصيات تميز قضاؤه عن قضاء غيره، ولعل أبرزها:

1/4- مهمة القضاء كانت موقوفة على النبي ﷺ، لا يُولي أحد في القضايا التي حضرها، ولا يتقدم بين يديه.

قال تعالى: ((قُلَّا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا))⁽⁴⁾.

2/4- ولى رسول الله ﷺ على الأمصار البعيدة قضاة، وبيّن لهم الاجتهاد في القضاء، كعلي ومعاذ وعتاب بن أسيد وغيرهم. والتي لا ينبغي أن يحيدوا عنها، وإلا حكموا بالباطل.

3/4- الرسول ﷺ وهو يقضي، كان المرجع في التشريع، ((إِنَّ هُوَ إِيَّا وَحْيٌ

أخرجها أحمد بمسند المكثرين من الصحابة رقم 6716 بلفظ: ((إذا قضى فاجتهد فأصاب فله عشرة أجور، وإذا اجتهد فأخطأ كان له أجر أو أجران))، ورواه في مسند الشاميين من حديث عمرو بن العاص برقم (1723) عن النبي ﷺ وفي آخره ((فله أجر))، وقد ضعف ابن حجر في التلخيص الحبير، ج4، ص333، رواية ((عشرة أجور)) لأن فيها فرج بن المطلب وهو ضعيف وتابعه ابن لهيعة.

(1) الأم، ج7، ص93، تبصرة الحكام، ج1، ص14.

(2) الاجتهاد للجويني، ص45-46.

(3) ناصر بركات، المرجع السابق، ص90.

(4) سورة النساء: الآية 65.

(يُوحَى) (1)، ((فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ)) (2).

فهو مأمور بالفصل بين الناس، بما يوحى إليه رب العالمين. 4/4- ويلزم عن هذه الخصائص، عصمة قضاء رسول الله ﷺ عن الخطأ أو الغلط أو السهو فيما يتعلق بمصادر القضاء، لأنها هي عين مصادر التشريع في عمومها وهو الوحي.

ومن ثم فلا مجال لأعمال السلطة التقديرية في هذا المقام بالذات لتعارضها مع فكرة الوحي.

4/5- أما فيما يتعلق بإثبات الوقائع وتقدير الحجج والبراهين ومدى قدرة كل طرف على المرافعة في سبيل الحصول على حقه، وإقناع القاضي بذلك، فكل هاته المسائل يشترك فيها النبي ﷺ مع غيره، وهنا يمكن القول بوجود سلطة تقديرية كان يمارسها الرسول ﷺ، وهي مطابقة الواقع أو مخالفته، بدليل قوله: فمن قضيت له بحق مسلم.

4/6- عدم قابليتهما إلى الاستئناف أو النقض ((فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)) (3).

الفرع الثالث: من الأثر: والآثار في هذا الباب متعددة، نقتصر على أهمها:

1- رسالة عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري (4) والتي تعتبر بمثابة دستور للقضاء وتدبير الحكم ومما ورد فيها.

[فأفهم إذا أدلي إليك... لا يمنعك قضاء قضيته راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فإن الحق قديم... الفهم فيما يختلج في صدرك مما لم يبلغك في الكتاب أو السنة، أعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عند ذلك فاعمد

(1) سورة النجم: الآية 4.

(2) سورة المائدة: الآية 48.

(3) سورة النساء: الآية 65.

(4) أبو موسى الأشعري: (21ق.هـ-44هـ=602-665م) عبد الله بن قيس بن سليم، أبو موسى، من بني الأشعر من قحطان، وأحد الحكمين يوم صفين واعتزل يوم الجمل توفي بالكوفة، وقيل بمكة. له (355) حديثا.

(الإصابة، ابن حجر، ج4، ص181-182 رقم 4916، الأعلام، الزركلي، ج4، ص114).

إلى أحبها عند الله وأشبهها بالحق فيما ترى، واجعل للمدعي أمدا ينتهي إليه، فإن أحضر بينة أخذ بحقه وإلا وجهت القضاء عليه...⁽¹⁾. فعلى القاضي أن يراجع باستمرار نفسه فيما توصل إليه من أحكام بغية الاقتراب أكثر من الحقيقة، وعليه تفهم ما لم يرد فيه نص من كتاب أو سنة ليرده إلى المنصوص عليه، كما عليه أن يسمع كلام كل واحد من الخصمين ويفهم مراده ثم يبذل مجهوده للوصول إلى الحكم الحق في المسألة المعروضة، ومما يقوم به المدعي إذا استمهل القاضي ليحضر بينته فإنه يمهله مدة يراها مناسبة، وكذلك المدعى عليه إذا أراد أن يحضر الدفع إذا أقام المدعي بينته⁽²⁾ ... وهذه الأعمال كلها من السلطة التقديرية، والفهم هو الركن الأساسي للقضاء تعقلا واستنباطا⁽³⁾.

(1) السنن الكبرى للبيهقي، ج10، ص150 باب لا يحيل حكم القاضي على المقضي له و المقضي عليه...، من كتاب الشهادات عن أبي العوام البصري، ورواها قبله الدارقطني في سننه ج4، ص206-207 رقم 15-16 في كتاب في الأفضية والأحكام وغير ذلك، وقد حمل ابن حزم حملة شديدة على هذه الرسالة وأنها موضوعة مكذوبة من حيث السند و المتن، ثم تابعه بعض المتأخرين، وهذه عادته في أنه يرد الروايات الصحيحة بحماسة عجيبة ثم يتبين أنها صحيحة، وإليك بعض ردود العلماء عليه في رده لهذه الرواية، والملا حظ أن الطعون من حيث السند تدور على أنها مروية عن عبد الملك بن الوليد بن معدان عن أبيه وأنهما ساقطان (المحلى، ج1، ص81، م(100)، وقد أعد الدكتور أحمد سحنون رسالة دكتوراه في دراسة سند هذه الرسالة القيمة ومنتها وذكر الردود على من طعن فيها وأقوال المؤيدين لها، وأورد مواطن ورودها في أكثر من أربعين مصدرا حديثا وفقها وتاريخيا، وأورد طريقين آخرين للرسالة أحدهما رواه ثقات، وهما غير الطريق الذي طعن فيه ابن حزم ومن تبعه، ويكفيها أن الدارقطني رواها من طريق الإمام أحمد عن سفيان بن عيينة (رسالة القضاء 440) وأن ابن حزم نفسه رواها من طريقين آخرين تضمننا عددا من أئمة الحفاظ ممن خرج لهم أصحاب الكتب الستة (رسالة القضاء 439) وأن عبد الملك غير مسلم الطعن فيه بل مختلف فيه. وختم بحثه في الخلاصة (صفحة 471) وأنه جمع للرسالة خمسة وعشرين سندا من عشر طرق، لست روايات... وذكر قول ابن عبد البر في الاستذكار كتاب الأفضية، باب ما جاء في الشهادات، ج22، ص31-32، رقم31665. ((وهذا الخبر روي عن عمر من وجوه: رواه أهل الحجاز وأهل العراق وأهل مصر والحمد لله)). أ هـ. مما يعني استفادتها وتلقي الأمة لها بالقبول والعمل. (راجع: رسالة القضاء، دراسة وتحقيق د/أحمد سحنون، مثلا: ص153، 321 إلى ص432، 437 وما بعدها، ص470 وما بعدها).

(2) المبسوط للسرخسي، ج16، ص60-62-63، رسالة القضاء تحقيق أحمد سحنون، ص19، 337، 358، 416.

(3) عبد الحميد الشواربي، المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص16.

2- ما روي عن شريح⁽¹⁾ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إليه [إذا جاءك شيء في كتاب الله فاقض به، ولا يلفتك عنه الرجال، فإذا جاءك أمر ليس في كتاب الله فانظر سنة رسوله ﷺ فانظر ما اجتمع الناس عليه فخذ به، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله وليس فيه سنة من رسول الله ﷺ ولم يتكلم فيه أحد قبلك فاختر أي الأمرين شئت: إن شئت أن تجتهد برأيك وتقدم فتقدم، وإن شئت أن تتأخر فتأخر، ولا أرى التأخر إلا خيرا لك]⁽²⁾.

3- عن عبد الرحمان بن يزيد⁽³⁾ قال: أكثروا على عبد الله يعني ابن مسعود⁽⁴⁾ ذات يوم فقال [يا أيها الناس، قد أتى علينا زمان لسنا نقضي، ولسنا هناك، ثم إن الله قدر علينا أن من الأمر ما ترون، فمن عرض له منكم قضاء بعد اليوم فليقض بما في كتاب الله، فإن جاءه أمر ليس في كتاب الله فليقض بما قضى به نبيه ﷺ ولم يقض به الصالحون فليجتهد برأيه ولا يقول: إني أرى وإني أخاف، فإن الحلال بين والحرام بين، وبين ذلك أمور متشابهات فدع ما يريبك إلى ما لا يريبك]⁽⁵⁾.

(1) شريح القاضي: شريح بن الحارث، الكوفي، ولد سنة (42 ق . هـ)، من كبار التابعين، مخضرم، ولي قضاء الكوفة زمن عمر ومن جاء بعده ستين سنة ثم استعفى من الحجاج سنة (77هـ) فأعفاه، توفي بالكوفة سنة (78هـ) وهو ابن (120 سنة). (سير أعلام النبلاء، الذهبي، ج4، ص100 وما بعدها).

(2) النسائي بلفظ قريب، كتاب آداب القضاة، باب الحكم باتفاق أهل العلم، رقم 5399، ومصنف ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية، الحديث رقم 3 من كتاب البيوع، باب في القاضي ما ينبغي أن يبدأ به قضاؤه، ج5، ص358-359، وبمعناه في السنن الكبرى للبيهقي، ج10، ص115 باب ما يقضي به القاضي من كتاب آداب القاضي، وسنن الدرامي، المقدمة باب الفتيا وما فيه من الشدة، ج1، ص42، رقم 165 والاستذكار لابن عبد البر، كتاب الأقضية، باب الترغيب في القضاء بالحق، ج22، ص22، رقم 31635.

(3) عبد الرحمان بن يزيد: (ت98هـ-716م) عبد الرحمان بن يزيد بن جارية الأنصاري المدني أبو محمد، تابعي من رجال الحديث الثقات ولد في حياة رسول الله ﷺ وولي القضاء لعمر بن عبد العزيز: مات بالمدينة. (الأعلام، ج3، ص342).

(4) عبد الله بن مسعود: عبد الله بن مسعود بن غافل، أبو عبد الرحمان، حدث عن النبي ﷺ بكثير، وهو سادس من أسلم، توفي قبل مقتل عمر، وقيل مات بالمدينة سنة (32هـ) وقيل (33هـ) وقيل مات بالكوفة. والأول أثبت. (الإصابة، ابن حجر، ج4، ص198 وما بعدها رقم 4970).

(5) النسائي، كتاب آداب القضاة، باب الحكم باتفاق أهل العلم، رقم 5397 عن عبد الرحمان ابن يزيد، وبعده مباشرة رقم 5398 بلفظ قريب جدا عن حريث بن ظهير عن ابن مسعود. وقال السندي معلقا عليه: (أكثروا على عبد الله) أي ابن مسعود في السؤال وعرض الوقائع المحتاجة إلى الحكم ليحكم فيها (إنه قد أتى) أي مضى... (فليجتهد رأيه) أي إن كان أهلا. وهذا الأثر دليل على جواز الاجتهاد، نعم إنه موقوف لكنه في حكم الرفع على مقتضى

4- [كان ابن عباس رضي الله عنهما إذا سئل عن الأمر وكان في القرآن أخبر به ، وإن لم يكن في القرآن فكان عن رسول الله ﷺ أخبر به، فإن لم يكن فعن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، فإن لم يكن قال فيه برأيه]⁽¹⁾.

الفرع الرابع: من المعقول:

1- إن الوقائع والحوادث غير متناهية، ونصوص الكتاب والسنة محصورة مقصورة، ومواضع الإجماع معدودة ماثورة، وهي على الجملة متناهية، ونحن نعلم قطعاً أنه لا تخلو واقعة عن حكم لله تعالى فيها ملتقى من قاعدة الشرع، فلا بد من الأخذ بالقياس وما يتعلق به من وجوه النظر والاستدلال، لأنه الأصل الذي يسترسل على جميع الوقائع، وهو مناط الاجتهاد وأصل الرأي، ومنه يتشعب الفقه وأساليب الشريعة، وهو المقضي إلى الاستقلال بتفاصيل أحكام الوقائع مع انتفاء الغاية و النهاية⁽²⁾، والقاضي من أهم من يقوم بذلك عند استيفاء شروطه.

2- يجوز الاجتهاد في باب القبله عند الاشتباه وانقطاع الأدلة، وفي المعاملات وفي الحروب وغير ذلك، فكذاك يجوز الاجتهاد بالرأي في القضاء⁽³⁾.

3- إن ترك الاجتهاد في موضعه بمنزلة الاجتهاد في غير موضعه، فكما لا

القواعد، بقى أنه يدل على تقديم التقليد للسلف الصالحين كالخلفاء الأربعة على الرأي و القياس فليتأمل. وكأنه لهذا حمل الحديث المصنف على صورة الاتفاق ليكون إجماعاً. والله تعالى أعلم. أهـ.

(1) مصنف ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية، باب في القاضي ما ينبغي أن يبدأ به في قضاؤه، ج5، ص359 والسنن الكبرى للبيهقي، ج10، ص115 باب ما يقضي به القاضي، من كتاب أدب القاضي، والمعجم الكبير للطبراني، ج9، ص187، رقم 892.

(2) معنى هذا القول نقله الزركشي عن الجويني (البحر المحيط، ج5، ص5)، ونقله عن الشاشي (البحر المحيط، ج1، ص13) إلا أن الغزالي في المستصفى، ج2، ص239-240، وانظر، ص230 وما بعدها، حقق في معنى هذا القول بشكل مفصل ومهم جداً، حيث بين أن الحكم في الأشخاص التي ليست متناهية إنما يتم بمقدمتين كلية وجزئية، أما الكلية فتشتمل على مناط الحكم وروابطه وذلك يمكن التنصيص عليه بالروابط الكلية إلا أن هذا لا يجري في جميع الجزئيات، وأما المقدمة الجزئية فهي التي لا تتناهى مجاريها فيضطر فيها إلى الاجتهاد لا محالة وهو اجتهاد في تحقيق مناط الحكم وليس ذلك بقياس، فالاجتهاد في تحقيق مناط الحكم ضرورة أما في تخريج مناط وتنقيح المناط فلا. والغزالي يسمي الخروج بمحكم لمسألة لا حكم فيها من مسألة محكوم فيها، استثماراً، فقد جعل القطب الثالث من المستصفى لكيفية استثمار الأحكام من مثمرات الأصول، وبالتالي يمكن تسمية المجتهد والقائس بالمستثمر لكنه في التجارة التي تنجي من العذاب الأليم، والله تعالى أعلم، وانظر التقرير والتحبير لابن أمير حاج، ج1، ص19، المبسوط ج16، ص62-63.

(3) المبسوط، ج16، ص68.

ينبغي له أن يشتغل بالاجتهاد⁽¹⁾ مع النص لا ينبغي له أن يدع الاجتهاد فيما لا نص فيه⁽²⁾.

4- إن الشريعة الإسلامية نظرا لكونها خاتمة الشرائع السماوية فإنها حققت الوفاء بحاجات الناس وملائمة مقتضيات الحياة البشرية في كل عصر وزمان إلى يوم الدين، فنص القرآن الكريم على القواعد العامة التي ترسم النظام العام لأسلوب القاضي وترك التفصيلات للسنة المطهرة وعمل المجتهدين في الأمة في كل زمان ومكان⁽³⁾ وهذا من أبرز الدلائل على صلاحية الشريط لكل زمان ومكان، ولا يصلح الزمان والمكان إلا بالشريعة.

الفرع الخامس: من القواعد الفقهية⁽⁴⁾:

1- (كل ما دعت الحاجة إليه في الشريعة مما فيه منفعة ولم يعارضه محذور، فإنه جائز وواجب بحسب حاله)⁽⁵⁾، والسلطة التقديرية منفعة ولم يعارضها محذور، فهي بين الجوازي والوجوب.

2- (كل ما لا يتوصل إلى المطلوب إلا به فهو مطلوب)⁽⁶⁾، ولا يتوصل إلى الغاية من القضاء إلا باستعمال القضاة للسلطة التقديرية.

3- (تقدير القاضي كالشارع)⁽⁷⁾.

4- (القضاء أمر يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير)⁽⁸⁾.

5- (رأي المجتهد حجة من حجج الشرع)⁽⁹⁾.

6- (الثابت بالقياس ثابت بمعنى النص)⁽¹⁰⁾.

(1) الأم، ج7، ص93.

(2) المبسوط، ج19، ص69.

(3) النظام القضائي في الإسلام لعزام، ج1، ص19 وما بعدها.

(4) تجدر الإشارة إلى أن بعض هذه العبارات لم تشتهر على أنها قاعدة فقهية بل هي أقوال للفقهاء، لكنها في معنى القاعدة الفقهية إذ العبرة لما تحمله من معنى.

(5) القواعد الفقهية للندوي 60 حيث نسبه للونشريسي في المعيار المعرب والجامع المغرب، ج1، ص87 نقلا عن القاضي ابن العربي.

(6) المرجع السابق حيث نسبه للمقري المالكي في القواعد، ج2، ص293 برقم 144.

(7) الدر المختار بهامش رد المحتار، ج5، ص234، المبسوط، ج16، ص62.

(8) معين الحكام للطرابلسي، ص25-26.

(9) هي جزء من استهلال صاحب التحرير في شرح الجامع الكبير لأول باب صلاة العيدين (أنظر القواعد الفقهية للندوي 149).

(10) شرح التلويح على التوضيح.

ومما سبق يتبين أن أدلة مشروعية القياس والاجتهاد تصلح لأن تكون أدلة لمشروعية استعمال السلطة التقديرية للقاضي لتحقيق الغاية من منصب القضاء الذي أباح النبي ﷺ حسد من أخذ المنصب بحقه (1)، وحذر من قصر فيه. وبعد سرد كل هذه الأدلة يتضح بجلاء مشروعية منح السلطة التقديرية للقاضي وأن القاضي يجوز له، بل يجب عليه استعمالها (2) عند تحقق شروطها، وأن الفقهاء وإن لم يستخدموا مصطلح (السلطة التقديرية) قديماً، إلا أنهم نصوا عليها بمصطلحات ومسميات تدل عليها، أو على أثر استعمالها، كقولهم (رأي القاضي) (نظر القاضي) (سلطة القاضي) (تقدير القاضي) (اجتهاد القاضي) (حكم القاضي)، وهذه المصطلحات كلها من معاني السلطة التقديرية.

بعد أن تبينت مشروعية منح السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي يتأكد بشكل قاطع سبق الإسلام في العديد من ميادين العلوم، والخلل هو في تقصير المسلمين في دراسة كثير من العلوم التنظيمية والإدارية، وبالتالي قصور قدراتهم عن طرح ما لديهم من ذخائر علمية بأساليب تناسب كل عصر وزمان.

المطلب الثاني: مصادر السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي:

الفرع الأول: مفهوم مصادر السلطة التقديرية: إذا كانت السلطة التقديرية ملازمة للعمل القضائي برمته إجرائياً كان أو موضوعياً منذ سماع الدعوى وقبولها أو ردها إلى تهيئتها وإثباتها وإجراء الخبرة فيها متى استدعت طبيعتها ذلك إلى إصدار الحكم فيها وتنفيذه، وكل ذلك يتطلب الرجوع إلى أحكام الشرع في كل مرحلة من مراحل الدعوى وفي كل جزئية من جزئياتها، فيمكن القول أن مصادر السلطة التقديرية هي نفسها مصادر الحكم الشرعي المنصوص عليها في أصول الفقه الإسلامي والتي تخول المجتهد استنباط الحكم الشرعي مباشرة من مصادره دون اللجوء إلى تقليد غيره.

فإذا كان القاضي من أهل الاجتهاد وجب عليه أن يستقي أحكامه من مصادر

(1) قال ﷺ: ((لا حسد إلا في اثنين: رجل أتاه الله مالا فسلطه علىهلكته في الحق، ورجل أتاه الله الحكمة فهو يقضي بها ويعلمها)) رواه البخاري في كتاب العلم، باب الاغتباط في العلم والحكمة، رقم 73، ومواضع أخرى، مسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب فضل من يقوم بالقرآن ويعلمه وفضل من تكلم بحكمة، رقم 2816، هو بلفظ ((حكمة))، وابن ماجه في كتاب الزهد، باب الحسد، رقم 4208، مسند أحمد، مسند المكثرين من الصحابة، مسند ابن مسعود، رقم 4098.

(2) تبصرة الحكام لابن فرحون، ج1، ص14، 64، العناية للبابرتي، ج10، ص288، مجلة أضواء الشريعة (عدد8 سنة 1397هـ-) بحث الاجتهاد في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد العزيز السعيد، ص36-37.

التشريع الأصلية مباشرة ولا يقلد غيره من القضاة. يقول الإمام الشافعي: "فيكون فرضا على المجتهد أن يجتهد برأي نفسه لا برأي غيره، وبين أنه ليس لأحد أن يقلد أحدا من أهل زمانه" (1). وقال النووي: "ليس لمجتهد أن يقلد مجتهدا، لا يعمل به، ولا ليفتي به، سواء خاف الفوت لضيق الوقت أم لا" (2).

الفرع الثاني: مصادر الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي: السلطة التقديرية هي جوهر النشاط الذي يقوم به القاضي، لذا تلقي بظلالها على جميع المساحة التي يمتد إليها العمل القضائي، ومصادر أحكامها نفس مصادر الأحكام القضائية الشرعية (3)، ف القضاء جزء من الفقه وباب من أبوابه، لذلك فإن مصدر الأحكام القضائية هو نفس مصدر التشريع الإسلامي، وهذا ما سنعرضه باختصار شديد، في الذاهب الأربعة.

في المذهب الحنفي:

ذهب الحنفية إلى ترتيب مصادر الأحكام الشرعية على النحو الآتي (4):

أولا- الأحكام الواردة في القرآن الكريم: إلا إذا كانت منسوخة.

ثانيا- السنة النبوية: إن لم يجد القاضي في موضوع النزاع الذي ينظر فيه الحكم في كتاب الله تعالى بحث في السنة النبوية بعد معرفة الناسخ والمنسوخ ودرجة ثبوت الحديث، من المتواتر والمشهور وغيرهما، فإن اختلفت الأخبار أخذ بما هو الأ شبه الذي مال إليه اجتهاده (5).

ثالثا- أقوال صحابة رسول الله ﷺ: وتنقسم إلى قسمين:

الأول: أن يتفق الصحابة على قول واحد في المسألة، فيكون إجماعا منهم لا تجوز مخالفته من القاضي أو المفتي.

الثاني: أن يختلف الصحابة في حكم مسألة من المسائل على أقوال محصورة، فليسلائي مجتهد أن يخرج عن أقوالهم لقول جديد، وله أنيرجح أحد الأقوال الذي

(1) الأم للإمام الشافعي، دار المعرفة، ج7، ص93.

(2) روضة الطالبين للنووي، دار الكتب العلمية، ط1992، ج8، ص88.

(3) عبد الناصر أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة الزيتونة، دار النفائس 2000، ص266.

(4) أدب القضاء السروجي، ص125-126 الفتاوى الهندية، ج3، ص311 وما بعدها. المبسوط للسرخسي، ج16، ص67 وما بعدها. التقرير والتحبير لابن أمير حاج، ج1، ص17 وما بعدها.

(5) كشف الأسرار، عبد العزيز البخاري، ج1، ص19.

يراه أقرب إلى الصواب.

رابعاً- أقوال التابعين: إن لم يكن للصحابة قول في المسألة نظر فيما ورد عن التابعين، وأقوال التابعين عندهم لها حالتين:

الأولى: أن يجمع التابعون على قول في حكم في المسألة من المسائل فيكون إبتاعهم واجباً، لأنها جماع، وإجماع كل عصر من العصور حجة لا تجوز مخالفته.
الثانية: فإن كان التابعون قد اختلفوا في حكم المسألة رجح قول البعض وقضى به.

خامساً- القياس: إن لم يجد القاضي شيئاً مما ذكر وكان أهلاً للاجتهاد اجتهد وفقاً لقواعد الاجتهاد بالقياس على ما يشبهها من الأحكام ثم قضى فيها برأيه. ولا يترك الاجتهاد لخوف الخطأ، فإنه لم يأل جهداً في البحث عن حكم الله تعالى في الدعوى المعروضة أمامه⁽¹⁾.

غير أن الحنفية يفرضون بعض القيود على المجتهد حتى كأنه يبدو مجتهداً في المذهب ومن هذه القيود⁽²⁾:

- إذا اتفق أئمة الحنفية الثلاثة (أبو حنيفة وصاحبه) على قول فلا ينبغي للقاضي أن يخالفهم برأيه.

- إذا اختلفوا فيما بينهم فقال عبد الله بن المبارك:

يؤخذ برأي أبي حنيفة لأنه كان تابعياً وزاحمهم في الفتوى، فإن لم توجد رواية عن أب حنيفة وأصحابه ووجدت عن المتأخرين يجتهد فيه برأيه إذا كان يعرف وجوه الفقه ويشاور أهل الفقه فيه.

- إذا اختلف المتقدمون على قولين ثم أجمع من بعدهم على أحد هذين فليس للمجتهد أن يخرج عنهم لأن إجماعهم يرفع الخلاف المتقدم وقيل بل له ذلك.

- إذا اتفق أهل عصر على قول وانقرضوا ليس للقاضي أن يخرج عن قولهم إذا لم يسبق اتفاقهم هذا اختلاف، وإن كان اتفاقهم يبقه اختلاف فقيل: له الخروج عن قولهم، وقيل: ليس له ذلك.

في المذهب المالكي:

(1) يشير الشيخ أحمد الزرقا في قواعده، القاعدة 14، ص 152-153، إلى أن الحنفية يقدمون القياس على خبر الواحد إذا كان المقيس عليه ثبت حكمه بدليل قطعي أو مشهور، فإن كان ثبت بخبر آحاد قدموا خبر الواحد على القياس. لكن هذا غير مطرد في العمل، مثل حديث خيار المجلس والمصرات وغيرها فقد قدموا القياس على خبر الواحد.

(2) ناصر بركات، المرجع السابق، ص 102-103.

مصادر الأحكام الشرعية مرتبة على النحو الآتي (1):

أولاً- كتاب الله تبارك وتعالى:

ثانياً- السنة النبوية المطهرة، وهي على مرتبتين:

الأولى: السنة التي صاحبها عمل أهل المدينة، وهي مقدمة عندهم على خبر الآحاد، وعمل أهل المدينة مما اختص به المذهب المالكي حتى أصبح يعرف بمذهب أهل المدينة.

الثانية: السنة التي لم يصاحبها عمل أهل المدينة، ويفهم أنهم يعنون بها أخبار الآحاد.

ثالثاً- القياس: وهو مقدم على خبر الآحاد (أي الذي لم يصاحبه عمل) في مذهب مالك كما أشار إليه القرافي.

رابعاً- الإجماع: وأولاه إجماع الصحابة رضي الله عنهم.

خامساً- أقوال الصحابة رضي الله عنهم وقضاؤهم: فإن كانوا متفقين فهو ما سبق من الإجماع، وإن كانت أقوالهم مختلفة فهي على مرتبتين:

الأولى- الأقوال التي صاحبها عمل أهل المدينة، وهي مقدمة على غيرها.

الثانية- أقوال الصحابة التي لم يصاحبها العمل، قيل على القاضي أن يتخير من أقوالهم هذه ولا يخرج عنها إلى قول جديد، وقيل بل له ذلك إذا أداه إليه اجتهاده.

سادساً- أقوال التابعين ومن بعدهم: إن لم يجد القاضي للصحابة إجماعاً أو قولاً مؤيداً بالعمل أو أقوالاً مختلفاً فيها، بحث في أقوال التابعين ومن بعدهم، ويقدم لإجماع المنعقد في أي عصر من العصور فيكون حجة على العصر الذي بعده.

سابعاً- القياس والاجتهاد: إن لم يجد القاضي حكماً للمسألة فيما سبق من المصادر نظر واجتهد وفقاً لقواعد الاجتهاد والقياس وله أن يستشير أهل العلم قبل أن يصدر حكمه، ووقع الخلاف في نوع الاستشارة هل هي ملزمة أو غير ملزمة فقيل هي ملزمة وليس له أن يخرج عن آرائهم إن كانوا أعلم منه وقيل له أن يخالفهم ويأخذ برأيه (2).

ثامناً- ترك الاجتهاد: ذهب المالكية إلى ثلاثة أقوال في جواز ترك المجتهد للاجتهاد وتقليده لمجتهد آخر: الجواز وعدمه، والجواز إذا خاف فوات النازلة.

المصادر في المذهب الشافعي: ورتب الشافعية مصادر الأحكام على النحو التالي (3).

(1) تبصرة الحكام لابن فرحون، ج1، ص64، شرح ميارة، ج1، ص16، الفروق للقرافي، الفرق السادس عشر، ج1، ص128.

(2) ناصر بركات، المرجع السابق، 105.

(3) أسنى المطالب لذكربا الأنصاري، ج4، ص303، تحفة المحتاج، ج10، 144، التلويح على

أولاً- القرآن الكريم

ثانياً- السنة النبوية الصحيحة

ثالثاً- الإجماع

رابعاً- القياس: إذا لم يكن في المسألة حكم في الكتاب والسنة ولم يكن فيها إجماع⁽¹⁾

خامساً- قول الصحابي: وله عدة حالات

الأولى: إذا انتشر بين الصحابة فوافقوه أصبح إجماعاً لا تجوز مخالفته حتى من صاحب القول نفسه.

الثانية: إذا كان قول الصحابي ليس من باب الرأي فهو حجة كذلك لأنه يدل على أن الصحابي قاله عن توقيف، لا اجتهاد.

الثالثة: إذا انتشر قول الصحابي بين الصحابة لكنهم خالفوه، لم يكن حجة يجب العمل بها، وإنما هو رأي مجتهد من المجتهدين تجوز مخالفته.

الرابعة: إذا انتشر قول الصحابي بين الصحابة ولم يبدو رأيهم فيه صراحة بموافقة ولا مخالفة أو لم ينقل سكوت ولا قول حتى انقضوا كان قوله حجة لأنهم لو خالفوه لاعترضوا عليه.

سادساً- قول التابعي ومن بعده: إذا انتشر قوله من غير مخالفة فحكمه مثل حكم قول الصحابي.

المذهب الحنبلي: والأصول التي كان الإمام أحمد يبني عليها فتاويه هي⁽²⁾:

الأول: النص: النص من كتاب الله أو سنة رسول الله ﷺ الصحيحة، فإنه يؤخذ به ولا يقدم عليه أي دليل آخر مهما كان.

الثاني: فتوى الصحابي التي لم يعرف لها مخالف: من الصحابة ولم يكن يسم الإمام أحمد ذلك إجماعاً بل يقول: لا أعلم شيئاً يدفعه أو نحو هذا ولا يقدم عليه عملاً ولا رأياً ولا قياساً.

الثالث: فتاوى الصحابة التي اختلفوا فيها: إذا اختلفت أقوال الصحابة في مسألة واحدة انحصر الحكم في أحد أقوالهم، ويختار منها أقربها إلى الكتاب والسنة ولم يخرج عن أقوالهم إلى قول جديد.

التوضيح للتفاوت، ج 1، ص 32، وقواعد الأحكام للجز ابن عبد السلام، ج 2، ص 48-49.
(1) يقول الإمام الشافعي: "ومعنى الاجتهاد من الحاكم إنما يكون بعد أن يكون فيما يرد القضاء في كتاب ولا سنة ولا أمر مجتمع عليه، فأما وشيء من ذلك موجود فلا. ينظر الأم للإمام الشافعي، ج 6، ص 200.

(2) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزي، ج 1، ص 25 وما بعدها، روضة الناظر لابن قدامة، ج 3، ص 1028-1029، السياسة الشرعية لابن تيمية، ص 135-136.

الرابع: الحديث المرسل والحديث الضعيف: ويقدم عندهم على القياس.
الخامس: القياس: عند عدم وجود حكم للمسألة فيما سبق من المصادر، فيصار إلى القياس للضرورة.

ومما يعرف على الإمام أحمد في فتاويه إذا تعارضت الأدلة عنده أو اختلف الصحابة فيها أو التابعين أنه ربما توقف فيها، فقد كان شديد الكراهة للإفتاء في المسائل التي ليس فيها أثر عن السلف وقد قال لبعض أصحابه: "إياك أن تتكلم في مسألة ليس لك فيها إمام" (1).

ويمكن تلخيص أعمال القاضي المجتهد لسلطته التقديرية بالنسبة للمصادر السابقة فيما إذا عرضت له مسألة بما يأتي (2):

بالنسبة للقرآن الكريم: القرآن كله متواتر، وثبوته قطعي، فيتوجه عمل القاضي إلى فهم ودراسة نصه دون سنده والباحث عن حكم مسألة في القرآن الكريم عليه أن يكون عارفا بلغة العرب وهي لغة القرآن عالما بالناسخ والمنسوخ في الآيات المتعلقة بالأحكام ولا يشترط في غيرها، وعالما بالقواعد الأصولية المتعلقة بخصائص القرآن ونظمه وأوجه دلالاته على الأحكام، كالخاص والعام، والمطلق و المقيد والمستثنى والمستثنى منه والحقيقة والمجاز والأمر والنهي، والمبين و المجمل والمحكم والمتشبه والنص والظاهر إلى غير ذلك مما هو مذكور في أصول الفقه.

بالنسبة للسنة للمطهرة: ويحتاج إلى معرفة سندها قبل ولوجه إلى الفهم فيعرف المتواتر والآحاد والمرسل والمتصل والمسند والمنقطع والصحيح والضعيف وما إذا كان للحديث سبب ورود أم لا والحديث الضعيف إنما يستأنس به عند عدم وجود قرآن أو سنة ثابتة صحيحة ويقدم من السنة الأقوى ثبوتاً فالأقوى ما يتعلق منها بأحكام دون سائر الأخبار.

وبالنسبة للإجماع: يبحث القاضي المجتهد عن وجود إجماع سابق منذ عصر الصحابة رضي الله عنهم فمن بعدهم فإذا وجد إجماعاً صحيحاً متوافراً الشروط لم يتحول عنه وإذا وجد إجماعاً سابقاً وإجماعاً لاحقاً اخذ بالسابق لتبين فساد الإجماع اللاحق فعلى القاضي أن يعرف ما هو متفق عليه وما هو مختلف فيه.

وبالنسبة لأقوال الصحابة: غير المجمع عليها فيتبعها وإذا كانت محصورة في قولين مثلاً لا يخرج عنها إلى قول جديد خلافاً لبعض العلماء ويبحث عن مرجحات لقول من الأقوال على غيرها كعمل أهل المدينة أو غير ذلك فيقدم أحسن الأقوال و أرجحها لديه.

(1) إعلام الموقعين، لابن القيم، ج 1، ص 26.

(2) ناصر بركات، المرجع السابق، ص 110-111.

وأقوال التابعين: مثل أقوال الصحابة وإن كان عملهم دون عمل أهل المدينة. وأحكام القضاة السابقين: وهي ما يصطلح على تسميته بالسوابق القضائية والعلم بها يؤدي إلى عدم التناقض بين أحكام القضاة وربما كان مجالاً لفتح باب الحوار والمناظرة بينهم، أو بين القضاة والعلماء ولا يخفى ما فيه من فوائد جمة.

المطلب الثالث: مصادر السلطة التقديرية للقاضي في القانون الوضعي: يعتمد القاضي في نشاطه الذهني، على وسائل وأدوات اصطلاح على تسميتها أدوات الصياغة القانونية⁽¹⁾ بحيث يمكن القول أنه إذا كان هذا النشاط الذهني لا ينطلق من فراغ وإنما يعتمد على مصادر تشريعية، وضعها المشرع نصب عينى القاضي يستند إليها ويهتدي بها في عملية التقدير ويمكن أن نتعرف على هذه المصادر فيما يلي:

الفرع الأول: القاعدة القانونية:

تعتبر القاعدة القانونية أول مصدر تشريعي يعتمد عليه القاضي في نشاطه الذهني ويقصد بها القاعدة العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد، أو هي خطاب موجه إلى الأشخاص في صيغة عامة⁽²⁾ مجردة ومزودة بجزء مادي توقعه السلطة العامة عند مخالفتها⁽³⁾.

والقاعدة القانونية بالمعنى السابق تحتوي على فرض مجرد عام سواء فيما يتعلق بالمقدمة الصغرى الواقعة النموذجية أو بالنسبة للمقدمة الكبرى الحكم أو الأثر القانوني بحيث يمكن القول أن الرابطة وثيقة بين الفرض والحكم. وتعبير القاعدة القانونية لا يتطابق بالضرورة مع تعبير النص القانوني، فهذا الأخير خير يشير فقط إلى الحكم القانوني المدون كتابة في صورة تشريع. وبتصريح من المشرع قد يقوم القاضي بإنشاء الواقعة النموذجية وترتيب الحكم عليها فيخلق المصدر وترتيب أثره بحيث يمكن القول، في هذا الصدد، أن القاعدة القانونية قد تكون مدونة في إطار نص تشريعي وقد تكون عرضية أو متصلة بقواعد العدالة أو مبادئ القانون الطبيعي يستخرجها القاضي من مصادرها غير المكتوبة ويطبقها على وقائع النزاع⁽⁴⁾.

(1) د/نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 142 وما بعدها.

(2) د/لعشب محفوظ المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية 1992، ص 18.

(3) د/سمير تناغو، النظرية العامة للقانون منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 8.

(4) د/نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 142.

وقد عبر عن ذلك المشرع الجزائري في المادة الأولى⁽¹⁾ من القانون المدني بقوله يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة⁽²⁾.

فقد حدد المشرع المصادر التي يستلهم القاضي منها نشاطه، سواء تمثل ذلك في نصوص مكتوبة أو في معاني غير مكتوبة، كمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وعندما يرجع القاضي لهذين المصدرين غير المكتوبين فإنه لا يخلق فقط المعيار المجرد في فرض القاعدة التي يتوصل إليها، وإنما يمتد هذا الخلق ليشمل أيضا حكم هذه القاعدة وأثرها القانوني⁽³⁾.

ومعنى ذلك أن القاضي يقوم بمهمة استخلاص المقصود بهذين المصدرين، وفقا للتوجيهات المثالية لهما، ثم ينزل الأثر القانوني الذي يترتب عليهما حيال النزاع المطروح أمامه.

وفي الحقيقة أن القاضي عندما يرجع إلى المصدرين سالف الذكر فإنه لا يرجع إلى فراغ وإنما يرجع -وأحيانا لا شعوريا- إلى المبادئ العامة السائدة في قانونه الوطني أو في القانون المقارن وقد يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، أو إلى بعض القواعد المقررة في تشريعات أجنبية أو معاهدات دولية وقد يستحدث أحكام اقتضتها طبيعة الروابط الاجتماعية دون أن يكون لها سند في سوابق التشريع أو العرف فالقاضي في هذا الصدد يخلق القاعدة القانونية بعد أن يتصور النزاع المطروح ومدى مخالفته للتوجه المثالي الذي يحتوي عليه هذين المصدرين. وحتى يكتمل الحديث أن نتعرض بشيء من الإيضاح لهذين المصدرين اللذين يساهم القاضي في خلقهما، ومجال الاعتماد عليهما عند ممارسة القاضي لنشاطه التقديرى وتطبيقهما على النزاع المطروح.

الفرع الثاني: القانون الطبيعي:

لقد حرص الفقه على توضيح المقصود بالقانون الطبيعي باعتباره مصدر يستنبط منه القاضي حكمه في حالة عدم وجود نص تشريعي فقد ذهب الفقه القديم إلى أن هناك قانون كامن في طبيعة الروابط الاجتماعية، وهو قانون ثابت لا يتغير لا

(1) وتقابلها المادة الأولى مدني مصري، والمادة الأولى مدني سوري، والمادة الأولى مدني عراقي.

(2) الأمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

(3) د/نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 181.

في الزمان ولا في المكان يكشفه العقل ولا يوحدده، هذا هو القانون الطبيعي، قانون أبدي سرمدي، ككل القوانين التي تهيمن على الظواهر الطبيعية فالعام البشري يخضع إلى قوانين طبيعية توجهه إلى حيث هو منساق إليه، وما على العقل البشري إلا أن يتمعن في الروابط الاجتماعية فيستخلص منها هذا القانون الطبيعي (1)

والواقع أن القانون الطبيعي قد نشأ من تأملات فلاسفة اليونان عموماً، وأرسطو على وجه الخصوص، حيث كان القانون عندهم مرتبطاً بالدين ارتباطاً وثيقاً، فهو قانون ليس من وضع البشر بل هو كامن في طبيعتهم الذاتية، وإنه ثابت لا يتغير، وهو قانون عام شامل في كل زمان ومكان.

وبتطور الفكر الإنساني ذكر الفقهاء أن القانون الطبيعي ليس هو القانون الموجود فعلاً بل هو القانون الواجب الوجود (2)، أي هو المثل الأعلى الذي يجب السعي لتحقيقه، وهذا المثل الأعلى يمكن كشفه عن طريق العقل ولهذا وجب على القاضي، حينما يستوحي مبادئ القانون الطبيعي في حكمه، أن يتقيد بالاعتبارات الموضوعية العامة، فلا يتأثر بأفكاره الذاتية (3).

الفرع الثالث: فكرة العدالة:

ويقصد بها، في الرأي الراجح، الحكمة التشريعية التي يجب التعويل عليها في التفسير المنطقي، وبالنسبة للقاضي ففكرة العدالة هي شعور أخلاقي يستلهمه أثناء محاولته تحقيق حكم قاعدة قانونية في تطبيقها في حالة معينة حينما يأذن له المشرع في ذلك بنص صريح ومعنى ذلك أن القاضي في اختياره لأثر القانون، في مثل هذه الحالة، يختار وفقاً لما تقتضيه حاجات العدل الأولية، فتقدير ملائمة الأثر القانوني الذي سوف يحكم به القاضي يتم وفقاً لنظرته التقديرية للشعور بالعدل في ضمير الجماعة، ومن أجل هذا يجب أن يكون لدى القاضي إحساس أو حدس نقي الصواب وينطلق في بحثه من اعتبارات موضوعية وليست ذاتية (4).

ويحيط بمفهوم العدالة الكثير من الغموض، لاختلاف الإحساس به من شخص لآخر، بل يتغير باختلاف الأزمنة والأمكنة ولكن رغم هذا التغير الشكلي فهو ثابت

(1) د/عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، ط1972، دار النهضة العربية، بيروت، ص 171 وما بعدها.

(2) د/ملحم قربان، القانون الطبيعي المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط 1982، ص 19 وما بعدها.

(3) د/صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانوني، ط1971، ج2، ص238.

(4) DEREUX (G): L'interprétation des actes juridiques prive thèse, Paris) 1905, P343.

موضوعيا، يعبر عن مجموعة أسس ثابتة، ينشئ القانون الأعلى للبشرية والنظام المثالي الذي يتعين الوصول له وهو بذلك أعلى من كل كتابة رسمية⁽¹⁾ أو عرفية ويمكن القول أن العدالة قاعدة من قواعد القانون الطبيعي، إن لم تكن جوهره ذاته وأساس القيم الأخلاقية الصحيحة⁽²⁾ وتهدف العدالة إلى تحقيق المساواة بين الأفراد على نحو يقيم التوازن بينهم فلا يحصل الإنسان إلا على ما يستحقه، إذ لا مجال للإضرار بالغير ولا للإثراء على حسابه.

غير أن هناك من ينكر على القاضي أن يستلهم في حلوله قواعد العدالة، حتى في حالة غياب النص القانوني، إذ كان يمكن سد الفراغ القانوني بالرجوع إلى قياس المسألة على ما يماثلها وتعدية حكم هذه المسألة إليها هي، أو بالرجوع للقواعد العامة للقانون⁽³⁾.

ويتهيب الشراح التقليديون من الاستناد إلى فكرة العدالة في الأحكام، ويرون أنه بعد صدور قانون نابليون لم تعد توجد قواعد العدل إلا في التشريع وتعين على القاضي أن يلتزم بنصوصه⁽⁴⁾ وقد تأثرت محكمة النقض الفرنسية بمنهج هؤلاء الشراح حيث ذهبت إلى أنه ليس مسموحا لقضاة الموضوع تعديل الاتفاق المشروع والمبرم بحرية بحجة العدالة أو أي سبب آخر⁽⁵⁾.

إلا أن هذا الاتجاه كان محل نقد ونظر، فدور القاضي هو استعراض مجموعة المصالح القائمة في الدعوى والتي تكشف عنها ظروف الواقع وإعطاء الحل لأكثر عدالة والمتفق مع القانون فعندما تغيب الإدارة الشخصية أو يكون مشكوكا في أمرها يبحث القاضي عن العدل الموضوعي، فهو ليس مجرد جهاز تسجيل، ولكنه كالمشرع الوسيلة الفعالة للقانون⁽⁶⁾ وأنه إذا كان هناك خشية من تحكّم القاضي إذا

1) VECCHIO (GEORGES) La justice la vérité essai de philosophie) Paris 1955, P6. juridique et morale ed,

(2) إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني دراسة تحليلية نقدية، رسالة لنيل درجة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر، 1995، ص24.

(3) د/نبيل إسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف الإسكندرية، ط1980، ص130.

4) SANTA MARIA (G-L) Les Systems d'interprétation des contrats thèse,) Paris 1968, P68.

5) DEREUX (G): L'interprétation des actes juridiques prive thèse, Paris) 1905, P451.

GOUNOT (E): Le principe de l'autonomie de la volonté en droit prive (6) thèse, Paris 1905, P212.

استند إلى مبدأ العدالة، عندما يجد نفسه وجها لوجه مع نزاع يقابله فراغ تشريعي، فإن مرد ذلك التخوف هو الانطباعات التي قد تقوم لديه مما يثيره الخصوم من دفاع قد يلقي ظلاله على حكمه، الأمر الذي دفع بالمشرعين إلى محاولة وضع حدود وضوابط لما يقضي به القاضي استنادا إلى العدالة كما هو الحال في المادتين (724 و 756) مدني سويسري حيث يتحدد فيهما التعويض العادل بقيمة الشيء أو قيمة المحصول⁽¹⁾.

والمواقع أن العدالة قد لعبت دورا كبيرا منذ نشأت فكرة القانون الطبيعي لدى الإغريق، وارتباطه بفكرة العدل، حيث كان القاضي يقوم بدور ملموس في تصحيح الواقع بين الخصوم، سواء كان ذلك في مجال المعاملات الإرادية أو في مجال الأحداث غير الإرادية⁽²⁾ ففي إنجلترا حيث يقوم المجتمع على أساس القانون الشائع (COMMON LAW) الذي هو مجموعة العادات العرفية التي تكونت من مجموعة الإجراءات والأحكام القضائية السوابق القضائية، وكذلك القواعد العرفية القديمة التي فرسها القضاء في ظل بعض المبادئ والمأخوذة من القانون الروماني والقانون الطبيعي وإزاء نقص وقصور القانون الشائع فقد لعبت قواعد الإنصاف والعدالة دورا هاما في تكملته منذ نهاية القرون الوسطى والقوانين الحديثة، كالقوانين القديمة، تتأثر إلى حد بعيد بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، احترام القانون ينتج عنه في الحقيقة تحقيق العدالة وينبغي أن تكون العدالة مقدمة في كل محاولة للوصول إلى حل قانوني للنزاع فتحتفظ بمكانها في صدر هذا النظام، ويعتمد عليها القاضي في بحثه عن حل للنزاع ذلك أن القاضي الواعي الحسن هو الذي يعتمد إلى احترام القانون الوضعي مستوحيا دائما العدالة وعاملا على تحقيقها في حلوله وأحكامه.

وقد أكد جانب من الفقه، واقتناعا منهم بدور القاضي في أعمال قواعد العدالة إلى القول بوجود أن نجمع المحاكم على الأخذ بقواعد العدل، وذلك ضمانا لحسن سير العدالة وتوحيدا للقضاء.

وقد طبقت المحاكم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في حالات مختلفة نذكر منها الملكية الأدبية والفنية والصناعية، ونظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية تحمل التبعة، ونظرية الظروف الطارئة⁽³⁾.

BOSSHART (F) L'interprétation des contrats thèse GENEVE 1939, (1) P125.

(2) د/نبيل إسماعيل عمر، السلطة التقديرية، ص 339.

(3) د/السنهوري، المرجع السابق، ص 102.

المبحث الثالث

شروط تولي منصب القضاء وأثرها في ممارسة السلطة التقديرية

ولأن الشرف يقتضي كثرة الشروط وتمييزه عن الخسيس كتميز النكاح عن ملك اليمين بالشرط، كالولي والشهود والصداق والإعلان، وكذلك الملوك لا تكثر الحراس إلا على الخزائن النفيسة، فكلما عظم شرف الشيء عظم خطره عقلاً¹ وشرعاً وعادة⁽¹⁾.

وبغض النظر عن الاتفاق والاختلاف حول شروط تولي منصب القضاء فسنباحول الحديث عن أهم هذه الشروط وأدلتها ثم بيان أثرها في ممارسة القاضي لسلطته التقديرية.

المطلب الأول: شرط العقل وأثره في السلطة التقديرية:

أولاً: العقل مناط التكليف وسلامة التصرف: القضاء من باب الولاية، بل هو أعظم الولايات، وغير العاقل ليس أهلاً لأدنى الولايات، وهي الشهادة، فلأن لا يكون له أهلية أعلى فمن باب أولى، ثم إن غير العاقل لا ولاية له على نفسه، فكيف يكون لمن لا ولاية له على نفسه الولاية على غيره، ومن سلطات القاضي الحجر على العاقل، وبين من له السلطة، ومن عليه السلطة، منافاة ظاهرة. ويمكن ملاحظة أن شرط العقل في تولي منصب القضاء، لا يكفي فيه بمستوى العادي، الذي يدخل ضمن شروط التكليف، بل يتعداه إلى مستوى صحة التمييز، والفتنة، والبعد عن السهو والغلط⁽²⁾.

(1) أنوار البروق في أنواع الفروق، المعروف بالفروق، لأحمد ابن إدريس القرافي، وبأسفله حاشية الشاطب، وبهامشهما تهذيب الفروق لمحمد مفتي، عالم الكتب، ج3، ص262.

(2) عبد الناصر أبو البصل، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، دار النفائس، الأردن، ط2000، ص128.

وعبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3،

ثانياً: أثر شرط العقل في ممارسة السلطة التقديرية: السلطة التقديرية في جوهرها نشاط ذهني يقوم به القاضي لا يقدر عليه إلا عقل سليم و فطن و مفكر، فلا مجال لتخلف العقل أو قصوره في العمل القضائي مهما كان نوعه و مرحلته من النظر في الدعوى ابتداءً إلى التحقيق فيها و فحص أدلتها إلى استحضار النص الواجب التطبيق إن وجد أو الاجتهاد حاله انعدامه إلى إصدار الحكم و إنفاذه، وهذه كلها أعمال يقوم بها العقل.

بتخلف العقل تتخلف صفات أخرى في القاضي كالاجتهاد و العلم و العدالة و المروءة و غيرها من الصفات التي لا تنسب لغير العاقل. فالمجنون مهما صدرت منه حكمة أو علم لا يمكن وصفه بالحكيم أو العالم ولو اتصف بالأخلاق و ترك المعاصي لم ينسب إليه فضل أو مروءة. لا يكفي العقل الذي هو مناط التكليف لتولي منصب القضاء بل لابد من كون القاضي صحيح التمييز، جيد الفطنة بعيداً عن السهو و الغلط يتوصل بذكائه إلى إيضاح ما أشكل و فهم ما أعزل⁽¹⁾.

ويصرح القراني في هذا الصدد: "... و يقدم في القضاء من هو أعرف بالأحكام الشرعية و أشد تفتناً لحجاج الخصوم و خدعهم و هو معنى قوله ﷺ "أقضاكم علياً هو أشد تفتناً لحجاج الخصوم و خدع المتحاكمين و به يظهر الجمع بينه و بين قوله صلى الله عليه وسلم "أعلمكم بالحلال و الحرام معاذ"⁽²⁾ و إذا كان معاذ عرف بالحلال و الحرام كان أقضى، غير أن القضاء لما كان يرجع إلى معرفة الحجاج و التفتن لها كان أمراً زائداً على معرفة الحلال و الحرام فقد يكون الإنسان شديد المعرفة بالحلال و الحرام و هو يخدع بأيسر الشبهات فالقضاء عبارة عن هذا التفتن و لهذا قال ﷺ "إنما أنا بشر مثلكم و أنكم تختصمون إلي... الحديث فدل ذلك على أن القضاء تبع الحجاج و أحواله فمن كان لها أشد تفتناً كان أقضى من غيره"⁽³⁾.

الفتانة و سلطة تقدير الحقوق الشخصية:

ويشترط في القاضي أن يكون فطناً ينتبه إلى دقائق الأمور، فذكر أن كعب بن

1998، ص 24.

(1) تبصرة الحكام لابن فرحون، ج 16، ص 108-109.

و الأحكام السلطانية للموردي، ص 130.

(2) الترمذي كتاب المناقب، باب مناقب معاذ بن جمل و زيد بن ثابت... رقم 3790 من حديث قتادة عن أنس بلفظ: "أعلمهم" و قال الترمذي: حسن غريب لا نعرفه من حديث قتادة إلا من هذا الوجه.

(3) الفروق، ج 2، ص 157، الفرق 96، بين قاعدة من يتعين تقديمه و من يتعين تأخيره في الولايات و المناصب.

سُور كان جالساً عند عمر ابن الخطاب، فجاءت امرأة فقالت: ما رأيت رجلاً قط أفضل من زوجي؛ إنه ليبيت ليله قائماً، ويظلّ نهاره صائماً في اليوم الحر ما يفطر، فاستعقر لها عمر، وأثنى عليها، وقال: مثلك أثنى بالخير وقاله؛ فاستحييت المرأة، وقامت راجعة، فقال كعب بن سُر: يا أمير المؤمنين هلا أُعديت المرأة على زوجها إذ جاءتك تستعديك! فقال: أذلك أريدت؟ قال: نعم، قال: ردّوا عليّ المرأة، فردّت، فقال لها: لا بأس بالحق أن تقوليه؛ إن هذا يزعم أنك جئتِ تشتكين أنه يجتنب فراشك، قالت: أجلّ إني امرأة شابة، وإني أبتغي ما تبتغي النساء، فأرسل إلى زوجها، فجاء، فقال لكعب: اقض بينهما فقال: أمير المؤمنين أحقّ بأن يقضي بينهما، فقال: عزمت عليك لتقضي بينهما، فإنك فهمت من أمرهما ما لم أفهم، قال: فإني أرى أن لها يوماً من أربعة أيام، كأن زوجها له أربع نسوة، فإذا لم يكن له غيرها فإني أقضي له بثلاثة أيام ولياليهن يتعبّد فيهن، ولها يوم وليلة، فقال عمر: والله ما رأيك الأوّل بأعجب من الآخر، اذهب فأنت قاض على أهل البصرة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: شرط الإسلام وأثره في السلطة التقديرية:

تفق الفقهاء على وجوب كون القاضي مسلماً، فلا يجوز أن يحكم كافر بين المسلمين أو في دعوى أحد أطرافها من المسلمين⁽²⁾. واستدلوا لذلك بجملة من الأدلة:

- 2- بقوله تعالى: ((... وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً))⁽³⁾.
 - 1- أن غير المسلم ليس من أهل الولايات، فلا يصح توليه القضاء بين المسلمين، ودليل هذا منع سيدنا عمر أحد من أهل الذمة شيئاً من أمر القضاء، حتى الكتابة فيه، لظهور الخيانة منهم في أمور الدين والسعي في إفساده بين المسلمين⁽⁴⁾.
 - 2- أقل ما يشترط في القاضي، أن تتوفر فيه شروط الشهادة، ولا تجوز شهادة غير المسلم على المسلم⁽⁵⁾.
 - 3- اقتضاء أن يكون مصدر الحكم مؤمناً بالشرع الذي يحكم بمقتضاه، وإلا كانت أحكامه صادرة عنه عن غير قناعة منه بها.
- أثر اشتراط الإسلام لتولي منصب القضاء في السلطة التقديرية: ليس العمل**

(1) المغنى، ج9، ص51 - الاستيعاب 1311 الإصابة في ترجمة الصحابة 7495 وأخبار القضاة، ج15، ص274، موسوعة فقه عمر، ص723.
(2) الفروق للقرافي، المرجع السابق، ج4، ص31.
(3) سورة النساء: الآية 141.
(4) المبسوط للسرخسي، ج16، ص110.
(5) العناية على الهداية، للبابرتي بهامش فتح القدير، دار الفكر، ج7، ص252.

القضائي مجرد آلة صماء، تحركها أجزاء من المعدن والفولاذ وإنما هو عمل إنساني للدين والمعتقد فيه الأثر الكبير.

فكيف لغير المسلم أن يجتهد في تحقيق مقاصد الشرع بغير دافع من دين أو عقيدة، هذا في أحسن أحوال قد يتلبس بها القاضي غير المسلم ولكنه عارف بأحكام الشريعة وغير معاد لها بل حريص على تطبيقها.

فما بالك لو كان يكن عداً وضغينة للدين، فهذا سيجعله ينحرف في استعمال سلطته التقديرية عما ترشد إليه النصوص القطعية في ثبوتها ودلالاتها، ناهيك عن معانيها وأسرارها.

ثم إن عدم الإيمان بأحكام الدين قد يجعل القاضي عرضة لإتباع الهوى والتشفي، كلما وجد إلى ذلك مدخلاً وسبيلاً.

إن نظر غير المسلم في أحكام كالزواج والطلاق والحضانة والنسب، وغيرها من الخطورة بمكان، لأنه حتى في حالة علمه بأحكامها فهو غير مؤتمن على الحكم فيها. لذلك يمكن القول إن لشرط الإسلام أثر واضح على ممارسة القاضي لسلطته التقديرية مهما كان الاختصاص القضائي سيما في المسائل المدنية والأحوال الشخصية.

المطلب الثالث: شرط البلوغ وأثره في السلطة التقديرية:

وهذا أحد شرطي التكليف، مع العقل، ولذلك استدل جماهير الفقهاء على اشتراطه بأن غير البالغ رُفِعَ عنه القلم ومن ثم لم يتعلق بقوله على نفسه حكم، فكان أولى أن لا يتعلق على غيره.

وهو ليس أصلاً لأدنى الولايات (الشهادة) فمن باب أولى أن لا يكون أهلاً لأداءها وهي القضاء.

والسؤال هنا يطرح بالشكل الآتي: إذا كان البلوغ شرطاً متفقاً عليه بين جماهير الفقهاء من الجانب النظري، ووُلِّيَ صبي فعلياً، منصب القضاء من قبل السلطان أو ذو الشوكة هل ينفذ قضاؤه أم لا؟

قيل في المسألة نعم ينفذ للضرورة⁽¹⁾ لكن تجب إعادة تولية الصبي المولى إذا بلغ، لأنه لم تكن له ولاية أصلاً⁽²⁾.

(1) أسنى المطالب شرح روض الطالب، لذكرياء الأنصاري، وبهامشه حاشية أبي العباس ابن أحمد الرملي، نشر دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ص 36.

والضرورة هنا: خوف الفتنة، وتعطيل مرفق القضاء، ثم إن عدم إجازة أن يمضي قاض آخر قضاءه دليل على أن توليته غير مثمرة عندهم.

(2) فتح القدير لابن الهمام، ج7، ص 253. الفتاوى الهندية ج3، ص 316.

شرط السن للقاضي: إذا كان البلوغ شرطاً متفقاً عليه⁽¹⁾، فهل يشترط أن يكون القاضي طاعناً في السن، أم أن مدار الأمر هو البلوغ ولو كان حديث السن؟ الآثار الواردة: بعث النبي ﷺ عتاب بن أسيد رضي الله عنه إلى مكة قاضياً وأميراً وكان حديث السن⁽²⁾.

كما روي أن عمر رضي الله عنه أمَرَ قاضياً حديث السن بالشام بعد أن اختبره⁽³⁾.
مناقشات في السن: وهذا لا يعني أن يمنع كبار العلماء والخبراء في شتى التخصصات من تولي منصب القضاء، لذلك من الواجب مراجعة الشروط المتعلقة بالالتحاق بمنصب القضاء، فتعفى هذه الفئة من تحديد السن وتعطى لها فرصة الالتحاق بالقضاء المتخصص كل في مجال تخصصه حتى يقدم خبرته وتجربته إلى هذا القطاع.

فعلى سبيل المثال: كبار الأساتذة بالجامعات الإسلامية والذين مارسوا الإمامة و الصلح بين الناس هم أولى الإطارات في تولي قضاء الأحوال الشخصية، ولا يمكن مقارنة ما يحوزونه من علم وتجربة بما قد يحصله طالب حقوق مهما كان اجتهاده وحرصه في التحصيل العلمي أو في فهم الواقع المتعلق بالحياة الزوجية والأسرية.
أثر البلوغ في ممارسة السلطة التقديرية: المعتاد أن الصغير لم تتح له الفرصة الزمنية الكافية للحصول على خبرة النظر في المنازعات وفك ألغازها وحيلها. ومن ثم يتأثر تقديره وإن كان له علم بالأحكام فعلمه عذب صاف لم تكدره شوائب النزاعات بين الكبار فلا يستطيع إعماله بالشكل الكافي للوصول إلى الحقيقة القضائية.

ومنه نستطيع القول أن السلطة التقديرية للقاضي تتأثر بشكل سلبي كلما كان القاضي صغيراً.

وخاصة في قسم الأحوال الشخصية الذي قد يتولاه صبي لا يعرف شيئاً عن منازعات الأزواج وحقيقة المرأة في حياتها مع زوجها. ونلاحظ في هذا الصدد بالذات أن بعض القضاة وإن كانوا بالغين إلا أنهم يجدون

(1) خالف في ذلك أبو الفرج الشيرازي، بعدم ذكره في كتبه، ولا ينفيه صراحة.
(2) عتاب بن أسيد بن أبي العيص بن أمية بن عبد شمس الأموي، أبو عبد الرحمن ويقال أبو محمد، كان شجاعاً عاقلاً، أسلم يوم الفتح واستعمله النبي ﷺ على مكة لما سار إلى حنين وذكر العسقلاني أنه مات يوم موت أبي بكر ثم إن ابن حجر ذكر كلاماً يشعر أن عتاباً مات في آخر خلافة عمر. (الأعلام، ج 4، ص 199-200، الإصابة، ج 4، ص 356-357، رقم 5407).

(3) أوردته السرخسي في المبسوط، ج 16، ص 67.

صعوبات كبيرة في قسم الأحوال الشخصية إن لم يكونوا متزوجين ومتمرسين في العلاقات الأسرية⁽¹⁾.

المطلب الرابع: شرط الذكورة وأثره في السلطة التقديرية:

وهي من المسائل الإجتهدية الخلافية، ويمكن اختصار مذاهب العلماء فيها إلى ثلاثة مذاهب على النحو التالي:

المذهب الأول: لا يجوز للمرأة أن تتولى القضاء مطلقاً، في أي نوع من أنواع القضايا، ذهب إلى ذلك المالكية إلا رواية عن ابن القاسم⁽²⁾ والشافعية والحنابلة. فعندهم إذا وُليت امرأة القضاء لم تصح توليتها ولا تنفذ أحكامها إن حكمت وعلى من يأتي بعدها أن ينقض أحكامها ولو كانت صائبة⁽³⁾. وقد أصدر علماء الأزهر سنة 1952 فتوى أقروا فيها أن الإجماع كان منعقداً على هذا المذهب فلا عبرة برأي من يجيز تولية المرأة للقضاء بعد انقضاء عصر المجمعين.

المذهب الثاني: يجوز للمرأة تولي القضاء مطلقاً، حتى في الحدود والقصاص. وأصحاب هذا المذهب هم⁽⁴⁾:

ابن جرير الطبري فيما نسب إليه، وابن حزم الظاهري وابن القاسم في رواية عنه و الحسن ومحمد بن الحسن وسبقت الإشارة إلى تجويز الشافعية ذلك في حالة الضرورة كما أن المجلة لم تشترط الذكورة.

المذهب الثالث: يجوز للمرأة تولي القضاء، فيما عدا الحدود والقصاص.

وذهب إلى ذلك الحنفية، وابن القاسم من المالكية، والإمام مالك في رواية عنهما، وبعض المعاصرين، وتجوز تولية الخنثى من باب أولى. التحقيق في منصب الحنفية: الواقع أن الحنفية يستعملون لفظ الجواز في قضاء الحدود والقصاص، لأن تصريح محققي المذهب بتأثير من يوليها يدل على ذلك لأن التأثير لا يلحق إلا الممنوع.

بمعنى أن خلاصة قولهم هي: لا ينبغي أن تولي المرأة القضاء مطلقاً، وإن وُليت نفذ

(1) والمطلوب من الجهات الوصية مراجعة هذا الأمر لخطورته، فيتم الرفع من سن قضاة الأحوال الشخصية إلى 40 سنة، واشتراط أن يكون متزوجاً وناجحاً في حياته الأسرية، لأنه مظنة الانتقام لنفسه ضد نساء أخريات إن كانت امرأته قد ألحقت به ضرراً.

(2) ذكره ابن عرفة في شرح حدوده، ص 440 ولكن اختلف في نسبته إلى المذهب الثاني أم الثالث.

(3) الخنثى حاله حال المرأة.

(4) أبو الوليد محمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1998، ج 2، ص 170.

قضاؤها إن كان فيما تجوز شهادتها فيه، وإن كان في الحدود والقصاص توقف على إِمضاء قاضٍ آخر يرى جواز ذلك.

أدلة المذهب الأول: استدل الجمهور القائلون بعدم جواز تولي المرأة القضاء مطلقاً، بالكتاب والسنة والإجماع والقياس والمعقول.

أولاً: من الكتاب: قال تعالى: ((الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم))⁽¹⁾.

ووجه الدلالة من الآية الكريمة حصر القوامة على النساء للرجال لأن المبتدأ المعرف بلام الجنس منحصر في خبره، كما تقتضي بذلك قواعد اللغة العربية، إلا أنه هنا حصر إضافي أي بالنسبة للنساء، فلو جاز لهن القضاء لكانت لهن القوامة على الرجال⁽²⁾.

قال القرطبي: أي يقومون بالنفقة عليهن والذي عنهن وأيضا فإن فيهم الحكام والأمراء ومن يغزو وليس ذلك في النساء⁽³⁾.

ثانياً: من السنة: عن أبي بكر رضي الله عنه قال: لما بلغ رسول الله ﷺ أن أهل فارس ملكوا عليهم بنت كسرى قال: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة"⁽⁴⁾.

ثالثاً: الإجماع: فقد أجمع علماء الأمة قبل عصر ابن حزم على عدم جواز تولي المرأة منصب القضاء، ومن ثم فقول ابن حزم يعد خرقاً للإجماع سالف الذكر فلا يقبل.

رابعاً: القياس: وذلك من وجهين.

الوجه الأول: القياس على الإمامة العظمى.

فكما أن المرأة لا يجوز لها أن تتولى رئاسة الدولة وما في معناها بعلة الأنوثة فلا يجوز لها أن تتولى منصب القضاء لوجود نفس العلة في القرع (المقيس)⁽⁵⁾.

الوجه الثاني: القياس على الإمامة في الصلاة.

فكما أن المرأة لا يجوز لها أن تؤم الرجال في الصلاة فكذلك لا يجوز لها أن

(1) سورة النساء: الآية 34.

(2) سورة النساء: الآية 34.

(3) عبد الحلیم منصور، السلطة القضائية في الإسلام، دار الفكر الجامعي، ط1، 2010، ص81.

(4) تفسير القرطبي، ج5، ص168.

(5) عبد الحلیم منصور، السلطة القضائية في الإسلام، المرجع السابق، ص89.

تلي القضاء من باب أولى لأن أمر القضاء أكبر من حال الإمامة في الصلاة⁽¹⁾.
قال المارودي: ولأنه لما منعها نقص الأثوثة ممن إمامة الصلوات مع جواز

إمامة الفاسق كان المنع من القضاء الذي لا يصح من الفاسق أولى⁽²⁾.
 كما استدل أصحاب هذا المذهب بما جرى عليه العمل من عهد رسول الله ﷺ إلى عهدهم أنه لم تقدم امرأة للقضاء، كما أنها لم تقدم للإمامة، رغم أن معظم من كان يولي القضاة من الحنفية، فلم ينقل عن واحد منهم أنه عين امرأة في منصب القضاء.

أدلة المذهب الثاني: وهو جواز تولي المرأة لمنصب القضاء مطلقاً، في الأموال و الحدود وغيرها.

1/2- أولاً: ما روي عن عمر بن الخطاب [أنه ولي الشفاء، امرأة من قومه، السوق]⁽³⁾ (4)

2/2- ثانياً: [إن سمراء بنت نهيك الأسيدي رضي الله عنها أدركت رسول الله ﷺ، وعمرت، وكانت تمر في الأسواق، وتأمّر بالمعروف وتنهى عن المنكر، وتضرب الناس على ذلك بسوط كان معها]⁽⁵⁾، فهذا يدل على جواز ولاية المرأة الحسبة، والحسبة، من القضاء⁽⁶⁾.

3/2- ثالثاً: قياس القضاء على الفتيا، فالإجماع قائم على جواز كون المرأة مفتية فيقاس القضاء عليها باعتبار أن كلا منهما مظهر للحكم الشرعي⁽⁷⁾.

(1) عبد الحليم منصور، السلطة القضائية في الإسلام، المرجع السابق، ص 91.

(2) الحاوي، ج 20، ص 221.

(3) الاستيعاب، ابن عبد البر، ج 4، ص 423 رقم (3432) وفيه: وهي الشفاء بنت عبد شمس القرشية العدوية من المبايعات وقيل اسمها ليلى وغلب عليها الشفاء وهي من المهاجرات لأول وكانت رضي الله عنها من عقلاء النساء وكان النبي ﷺ يأتيها ويصلي عندها وكان عمر يقدمها في الرأي ويرضاها ويفضلها وربما ولاها شيئاً من أمر السوق، والإصابة لابن حجر، ج 8، ص 201 رقم (11379) وهي صاحبة رقية النملة، وقد نفى القرطبي في تفسيره عند قوله تعالى: ((إني وجدت امرأة تملكهم))، ج 13، ص 183 صحة هذا الأثر عن عمر وقال: لم يصح فلا تلتفتوا إليه فإنما هو من دسائس المبتدعة في الأحاديث:

(4) المحلى لابن حزم، ج 8، ص 527 مسألة (1804).

(5) للطبراني، ج 24، ص 331 رقم (785)، الاستيعاب لابن عبد البر، ج 4، ص 419 رقم (3420)

، وفيه: وهي: سمراء بنت نهيك الأسيدي أدركت رسول الله ﷺ وعمرت، وكانت تمر في الأ

سواق وتأمّر بالمعروف وتنهى عن المنكر وتضرب الناس على ذلك بسوط كان معها.

(6) الغامدي، الاختصاص القضائي، ص 367.

(7) المغني لابن قدامة، ج 10، ص 92.

1- أولا: القضاء من باب الولاية، كالشهادة، والمرأة من أهل الشهادات في الجملة فتكون من أهل ولاية القضاء، بل إن حكم القضاء مستقى من حكم الشهادة⁽¹⁾، وأما أنها لا تقضي في الحدود والقصاص فلأنه لا شهادة لها في ذلك، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة⁽²⁾.

2- ثانيا: بالنسبة للآية: ((الرجال قوامون على النساء)) وحديث ((لن يفلح قوم ولو أمرهم امرأة)) فإن القول بأن الرجل خير من امرأة لا ينفي أن تكون بعض أفراد النساء خيرا من بعض أفراد الرجال، وللنقص الغريزي الذي فيهن نسب النبي ﷺ لمن يوليهن عدم الفلاح، فكان الحديث قد تعرض للمولين ولهن بنقص الحال، فغاية ما يفيد الحديث منع أن تستقضى المرأة وعدم حل ذلك، ولكن إن ولاها من له ذلك، أو حكمها خصمان، فقضت قضاء موافقا لدين الله تعالى، فلا دليل على نفيه بعد موافقته لما أنزل الله تعالى، إذ لم يثبت شرعا سلب أهليتها بالكلية وإن كانت ناقصة عقل ودين، فهي تصلح شاهدة وناظرة على الأوقاف ووصية على اليتامى⁽³⁾، فالمهم هو القضاء بما أنزل الله، فإذا تحصل ذلك ولو من امرأة نفذ حكمها مع إثم من ولاها، بل إذا حكمت المرأة في القصاص والحدود فرفع إلى قاض آخر فأمضاه نفذ⁽⁴⁾ ولم يكن لغيره أن يبطله⁽⁵⁾.

مناقشات وردود:

رد على المذهب الأول: استدلالهم بالآية "الرجال قوامون على النساء" بأنها في غير كل النزاع⁽⁶⁾، وكون الرجل قواما على المرأة هو من باب توزيع الاختصاص وليس من باب عدم الصلاحية⁽⁷⁾.

- العبرة في الآية هي للغالب، وهذا لا ينفي قوامة بعض النساء، وفضلهن في العلم

(1) بدائع الصنائع للكاساني، ج7، ص3، تبين الحقائق للزيغلي، ج4، ص187، العناية، ج7، ص298، فتح القدير لابن الهمام، ج7، ص252-265-298.

(2) بدائع الصنائع للكاساني، ج7، ص3.

(3) فتح القدير لابن الهمام، ج7، ص298.

(4) خالف فخر الإسلام البزودي فقال بعدم نفوذ حكمها، الفتاوى الهندية، ج3، ص361-362.

(5) الفتاوى الهندية، ج3، ص361-362، كنز بهامش البحر الرائق، ج7، ص5-6، بل صرح النسفي بجواز كون امرأة سلطانة واستدل بأن امرأة تدعى شجرة الدر ملكت مصر، وهي جارية للملك الصالح بن أيوب.

(6) السلطة القضائية في الإسلام، عبد الحليم منصور، المرجع السابق، ص82.

(7) ناصر بركات: السلطة التقديرية للقاضي، المرجع السابق، ص49.

والإنفاق على كثير من الرجال.
- أما قوله ﷺ، "لن يفلح قوم ولو أمرهم امرأة" فالمقصود منه الأمر العام ⁽¹⁾، الذي يعني الخلافة والرئاسة أو الملك.
- وأما دعوى الإجماع فليست مسلمة لهم بها ⁽²⁾.
كالم يسلم أصحاب المذهب الثاني من الرد: فقياس ولاية القضاء على الشهادة، بحجة أن كليهما ولاية، لا يصح، إذ الأولى عامة والثانية قاصرة، كما أنه ليس كل من يصلح لتولي الأمور الخاصة يصلح لتولي الأمور العامة ⁽³⁾.
ثم إن اتفاق الحنفية مع الجمهور في نفي الجوار يستلزم نفي الصحة، ومن ثم فلا يصح حكمها ولا يكون نافذا ⁽⁴⁾.
كما أن أدلة المذهب الثالث لم تسلم هي الأخرى من الرد عليها، فقياس جواز قضائها بجواز فتياها لا يصح، لتخلف ركن الإلزام والنفاد في الفتوى.
وكذلك استدلالهم بتولية سيدنا عمر لامرأة الحسبة لم يصح ⁽⁵⁾.
رأي: لو قلنا برجحان مذهب الجمهور، يمنع قضاء المرأة عدم نفاذه مطلقا، على ظهور أدلتهم على غيرهم، لوقع الناس في حرج شديد ولا ضاعت أموال وأعراض ودماء، فالمرأة اليوم تحكم في الجنايات وفي الزواج والطلاق، وفي كل الاختصاصات القضائية دون استثناء.
لذلك من الحكمة أن نقول بضرورة القبول بتولية الضرورة، ومن الضرورات المقررة فقها، تولية السلطان أو ذو الشركة ⁽⁶⁾.
وإلا كان زواج وطلاق الناس باطلا، وما أخذوه من أموال وحقوقه، بأحكام قضائية نسائية باطلة وبالمقابل، رغم عدم الالتفات للدراسات والفتاوى في المجال التشريعي في كثير من الدول العربية، والتي لا تشترط الذكورة، فهذا لا يعني أن يتنازل الباحثون والمفتون، بترجيح المرجوح على الراجح، وتكريس الواقع المرير الذي تعيشه الأمة بعيدة عن دينها في شتى ميادين ومجالات الحياة العامة و الخاصة.

-
- (1) عبد الحليم منصور، السلطة القضائية في الإسلام، المرجع السابق، ص88.
 - (2) المحلى لابن حزم، ج8، ص528 (مسألة 1804).
 - (3) عبد الحليم منصور، المرجع السابق، ص93.
 - (4) د/محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الإسلام، ط2، دار البيان، القاهرة 1994م، ص143.
 - (5) أحكام القرآن لابن العربي، ج3، ص1445 وما بعدها.
 - (6) هذا الرأي قريب مما ذهب إليه ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص52.

وأول خطوة تبدأ بلفت نظر أولي الأمر لمثل هذه المسائل الخطيرة.

المطلب الخامس: شرط الاجتهاد (العلم بالأحكام الشرعية) وأثره في السلطة التقديرية: والاجتهاد المشروط هو الذي يتعلق بالباب الذي يقضي فيه.

وقد اختلف الفقهاء فيمن يتولى منصب القضاء، هل يشترط فيه أن يكون مجتهداً أم لا؟ وإن ولي غير المجتهد فهل أحكامه نافذة أم غير نافذة؟ وبعبارة أدق: هل الاجتهاد في تولية منصب القضاء شرط صحة أم شرط كمال؟

المذهب الأول: ذهب جمهور الحنابلة⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾ في المشهور عندهم⁽⁴⁾، وبعض الحنفية إلى اشتراط الاجتهاد فيمن يتولى منصب القضاء، وإن تولى الجاهل والمقلد القضاء فولايته باطلة، ولو صادفت الحق، إذ لا ولاية له.

المذهب الثاني: وهو مذهب جمهور الحنفية⁽⁵⁾، والراجح عند المالكية⁽⁶⁾، قالوا أن الاجتهاد شرط كمال وألوية وليس شرط صحة في التولية.

ولكن إن ولي السلطان غير مجتهد مع وجود المجتهد دخل المولى والمولى دائرة الحرام، فتحرم التولية ويحرم قبولها وإن قبلها نفذ الحكم بها.

أما عند الضرورة أو الحاجة، فأجاز جمهور العلماء تولية غير المجتهد، عند تعذر وجود المجتهد، والأفضل أن يقدم أمثل المقلدين، فيقدم مجتهد المذهب على مجتهد الفتوى⁽⁷⁾.

أما توليه الجاهل، فلم يذهب إلى القول بجوازها ولو للضرورة أحد، لما تنطوي عليه من خطورة، وتضيق للحقوق، وعبث بأحكام الشريعة.

ولكن مع اتفاقهم، على عدم جوازها، فقد اختلفوا في إنقاذها، فلو ولي جاهل نفذت أحكامه عند الحنفية⁽⁸⁾ وبعض المالكية⁽⁹⁾ في قول شاذ ولو من غير ضرورة. ووجب عليه أن يشاور العلماء، وإلا تعرضت أحكامه للتعقب، لإمضاء ما كان صواباً،

(1) كشف القناع، ج6، ص290 المقنع، ج3، ص609.

(2) المهذب، ج2، ص290، الأحكام السلطانية، ص66.

(3) الشرح الكبير، ج4، ص129 وحاشية الدسوقي عليه.

(4) شرح فتح القدير، ج6، ص357.

(5) بدائع الصائغ، ج7، ص3.

(6) مواهب الجليل للحطاب، ج6، ص88 الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، ص129.

(7) مجتهد المذهب هو الذي يقدر على إقامة الأدلة، ومجتهد الفتوى هو الذي يقدر على الترجيح حاشية العدوي بهامش شرح مختصر خليل للخرشي، ج7، ص139.

والمقلد هو من حفظ مذهب صاحبه لكنه غير عارف بغوامضه وقاصر على تقرير أدلته وهو لا يصلح للفتوى فللقضاء أولى مغني المحتاج، ج6، ص263.

(8) بدائع الصائغ للكاساني، ج7، ص3.

(9) تبصرة الحكام لابن فرحون، ج1، ص27 الشرح الكبير، ج4، ص129.

ونقض غيره (1).

وزهب صاحب مواهب الجليل إلى القول بعض أحكامه في كل الأحوال، وافقت الحق أم لم توافقه، لأنه يقضي عن جهل (2).

تولية غير المجتهد القضاء: أجاز جمهور العلماء تولية المقلد للقضاء، عند تعذر وجود المجتهد، والأفضل أن يقدم من المقلدين الأمثل فالأمثل فيتقدم مجتهد المذهب على مجتهد الفتوى.

تولية الجاهل: فمع أنها لا يجب أن تكون ولكن لو وُلي جاهل نفذت أحكامه عند الحنفية، وبعض المالكية في قول شاذ ولو من غير ضرورة.

عرض الأدلة ومناقشتها:

أدلة الجمهور استدل جمهور الفقهاء على مذهبهم بالكتاب والسنة والقياس. أولاً: من الكتاب: قال تعالى: ((يا داوود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله)) (3) وهذا أمر لسائل المسلمين، ولا يمكن أن يحكم بالحق إلا مجتهد (4)، لأن النصوص بحدوده، وحوادث الناس وأقضيتهم متجددة، ولا يمكن لغير مجتهد استنباط الحكم في المسألة المعروضة، فيتعطل مرفق القضاء، أو يجيد عن الحق إلى الهوى والتشهي.

- قال تعالى: "ولو ردوده إلى الرسول وإلى أولى الأمر عنهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم" (5) قال القرطبي: لعلمه الذين يستنبطونه منهم أي يستخرجونه "أي لعلموا ما ينبغي أن يفشى منه وما ينبغي أن يكتم" والاستنباط مأخوذ من استنبطت الماء إذا استخرجته والنبط الماء المستنبط أو ما يخرج من ماء البئر أو لما تحفر وسمي النبط نبطاً لأنهم يستخرجون ما في الأرض، والاستنباط في اللغة الاستخراج، وهو ما يدل على الاجتهاد إذا عدم النص والاجتماع (6).

- قال تعالى: ((إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله)) (7)، ومن ليس من أهلا للاجتهاد، فإنه لا يرى شيئاً، وليس له إلا أن يخبر عن فتوى غيره

(1) حاشية العدوي بهامش شرح مختصر خليل للخرشي، ج7، ص 139-163 الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، ص 129 وما بعدها.

(2) مواهب الجليل، ج6، ص 88-89 للحطاب.

(3) سورة ص: الآية 26.

(4) د/عبد الحلیم منصور، السلطة القضائية في الإسلام، ط1 دار الفكر الجامعي 2010، ص 98 وما بعدها.

(5) د/عبد الحلیم منصور، السلطة القضائية في الإسلام، مرجع نفسه.

(6) تفسير القرطبي 52، ص 291.

(7) سورة النساء: الآية 105.

(1)

فغير المجتهد لا يتأتى به الغرض الذي لأجله أنزل الكتاب.
ثانياً: من السنة: عن عبد الله بن هريرة عن النبي ﷺ قال: القضاة ثلاثة: قاضيان في النار وقاض في الجنة قاض عرف الحق فقضى به فهو في الجنة، وقاض عرف الحق فجاز متعمداً فهو في النار، وقاض قضى بغير علم فهو في النار⁽²⁾ وفي الحديث وعيد لمن يقضي بين الناس على جهل وهذا يدل على حرمة تولي الجاهل لمنصب القضاء، لأن الوعيد من الشارع لا يكون إلا على حرام، ومن ثم تكون تولية الجاهل وقبوله لها حرمة.

ثالثاً: القياس على الإفتاء: فالمفتي يشترط فيه الاجتهاد، رغم أن فتواه ليست ملزمة للمفتي، واشتراط الاجتهاد في القاضي من باب أولى لأن حكمه ملزم للمتخاصمين⁽³⁾.

أدلة المذهب الثاني: ما روي عن علي رضي الله عنه قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن، وأنا حديث السن قال: قلت تبعثني إلى قول يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء؟ قال: "إن الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك" قال: "فما شككت في قضاء بين اثنين بعد"⁽⁴⁾.

(1) المنتقى للباقي، ج5، ص183.

(2) أبو داود في كتاب الأفضية باب في القاضي يخطئ رقم 3573 واللفظ له، ورواه الترمذي في كتاب الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي رقم 1322 بلفظ قريب، وابن ماجه بلفظ قريب جداً في كتاب الأحكام، باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق رقم 2315، وقال أبو هاشم (أحد رواه الحديث): لو لا هذا الحديث لقلنا إن القاضي إذا اجتهد فهو في الجنة. ومصنف ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأفضية، باب في الحكم يكون هواه لأحد الخصمين، ورقم الباب 444، ورقم الحديث (5)، ج5، ص354، لكن من قول علي، والحاكم في كتاب الأحكام، قاضيان في النار وقاض في الجنة، ج4، ص90، والسنن الكبرى للبيهقي، ج10، ص116، والمعجم الأوسط للطبراني، ج4، ص377، رقم 3641، قال الهيثمي في مجمع الروايد كتاب الأحكام، باب اجتهاد الحاكم: رجاله رجال الصحيح، وصححه العراقي في تخريجه لأحاديث الإحياء، ج1، ص64، كتاب العلم، باب آفات العلم.

(3) د/عبد الحليم محمود، السلطة القضائية في الإسلام، مرجع سابق، ص101.

(4) أحمد في مسنده، عن علي رضي الله عنه، رقم 637، ولفظ "سيهدي قلبك ويثبت لسانك". أبو داود في كتاب الأفضية، باب كيف القضاء ج3، ص301 رقم 3582 والحاكم في المستدرک بمعناه، ج3، ص125، في كتاب معرفة الصحابة، وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، والسنن الكبرى للبيهقي كتاب آداب القاضي، ج10، ص86-87.

والحديث يدل دلالة واضحة على أن الاجتهاد ليس شرطا لصحة تولية القضاة، لأن علي رضي الله عنه ولاه النبي ﷺ، وهو لا علم له به، وهذا دليل على عدم اشتراط الاجتهاد فيمن يتولى القضاء.

ثانيا: إن غير المجتهد يمكنه أن يقضي بعلم غيره بالرجوع إلى فتواه في المسألة لحل النزاع، وبذلك يتحقق الغرض من القضاء الذي هو فض الخصومات وقطع المنازعات، وإعطاء كل ذي حق حقه.

فالقاضي يعلم غيره، يقضي عن علم لا عن جهل.

المناقشة والترجيح:

ناقش الجمهور، وهم أصحاب المذهب الأول، أصحاب المذهب الثاني من الحنفية وهذا خذوهم، من عدة أوجه.

أولا: لا نسلم لكم بعدم اشتراط الاجتهاد فيمن يلي القضاء، لأن النبي ﷺ، عندما قال له علي رضي الله عنه لا علم لي بالقضاء، دعا الله أن يهدي الله قلبه ويثبت لسانه، فإن كان بلغنا الدعاء رزق أهليه الاجتهاد فلا إشكال، وإلا فقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد، وهنا غير ثابت في غيره⁽¹⁾.

ثانيا: ولا نسلم لكم أن الغرض من القضاء يحصل بتولية غير المجتهد سواء كان جاملا أو مقلدا لأنه لا يستطيع أن يستنبط الحكم الشرعي من الكتاب والسنة، و القرآن الكريم أوجب الرجوع إلى أهل الاستنباط عند الاختلاف، في قوله تعالى: **((ولو رده إلى الرسول وإلى أولى، لأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم))** وفيها دلالة على أن القضاة يجب أن يكونوا من أهل الاستنباط⁽²⁾، لأن الوقائع التي ينظرون فيها غير متناهية، والنصوص التي يستندون إليها متناهية مما يحتم عليهم أعمال الفكر والنظر عن طريق الاستنباط⁽³⁾، والمقلد إلى ليس أهلا لذلك، و الجاهل من باب أولى.

ثالثا: ثم إن الجاهل لا يصير مفتيا عند سؤال العلماء عن مسألة حدثت له، لأنه يسأل ليعمل بالفتوى في حق نفسه، أما القاضي (غير المجتهد) فالفرق بينه وبين المستفتي، أنه يسأل ليلزم غيره.

رابعا: إذا وجد المجتهد، كان أولى بتولي منصب القضاء، من غيره، فلماذا يولى بدله غير المجتهد، ثم نضطره لاستشارة المجتهد واستفتائه قبل إصدار حكمه، أو نكلفه بتعقب أحكامه، وهذا تطويل لا حاجة لنا به، وإن وجد فإنما يدل على فساد في طريقة تعيين القضاة وتوليتهم أو ترقيتهم.

(1) فتح القدير، ج7، ص256.

(2) سورة النساء: الآية 73.

(3) السلطة القضائية في الإسلام، مرجع سابق، ص102.

والراجع بعد عرض كل هذه المناقشات والردود هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها وخلوها عن المعارض القوي. وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى ما ذهب إليه كثير من الباحثين المعاصرين، أنه لا يشترط فيمن يتولى القضاء في هذا العصر، الاجتهاد في جميع الأحكام الشرعية، بل يكفي العلم بالتخصص الذي يتولى القضاء فيه، كمن يقضي في الأحوال الشخصية أو في الجنائي أو المدني، يكفيه العلم بتخصصه. وتتولى هذه المهمة اليوم المعاهد المتخصصة بتكوين القضاة وتربيتهم، مما يجعل مهمة هذه المعاهد جد حساسة من حيث الكشف عن مواهب الطلبة وصقلها، و الكشف عن بعض المنتسبين لها غير المؤهلين لممارسة هذه الوظيفة واتخاذ التدابير اللازمة.

ثم إن السعي في إيجاد قضاة مجتهدين، فرض من فروض الكفاية، إن لم تسع الأمانة في تحصيله أثمت⁽¹⁾. وهذا الدور تضطلع به مدارس التدريب اليوم وحتى لو ولي القضاء من هو خلاف الأولى، وجب تكوين من هو أولى منه وتعويضه به في الحال. وكذلك الحال للجاهل إذا ولاه السلطان أو ذو شوكة عنوة⁽²⁾.

أثر الاجتهاد في ممارسة السلطة التقديرية:

1- الاجتهاد والعلم بالأحكام الشرعية لصيقان بالسلطة التقديرية للقاضي لا ينفصلان عنها حيث لا غنى عنهما في فهم الخصومة وموضوعها وتمحيص رأي أطرافها و استحضار الدليل الشرعي المناسب للحكم فيها.

2- لا يمكن للقاضي غير العالم بالأحكام الشرعية ممارسة سلطته التقديرية على وجهها الصحيح، إذ قد يشتهه عليه الأمر فلا يميز بين المدعى والمدعى عليه ويكون معرضاً للانخداع من الخصوم بسهولة وخاصة في المعاملات المدنية المعقدة اليوم أو حتى في العلاقات الأسرية التي أصبحت أكثر تعقيداً مما كانت عليه في الأزمنة السابقة.

رأي: على معاهد القضاء المعاصرة أن تزيد في اهتمامها بتدريب الطلبة القضاة على ممارسة السلطة التقديرية وجعلها مقياساً مستقلاً عن دراسة القانون الموضوعي أو الإجراءي مثلاً (قانون مدني، قانون إجراءات مدنية، سلطة تقديرية للقاضي المدني)،

(1) السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 65.

(2) أدب القضاة لابن أبي حزم، ص 100.

حتى يمكن التمييز أكثر في الجانب الدراسي والتطبيقي وتبدأ معالم نظرية عامة للسلطة التقديرية في الاتضاح.

وتبدأ في تدريسها الجامعات على مستوى كليات الشريعة والحقوق لتتأصل هذه النظرية وتتضح معالمها لأنها مازالت مجرد محاولات دراسية قد توفق أحيانا وقد لا توفق في أحيين أخرى كثيرة.

المطلب السادس: شرط سلامة الحواس وأثره في السلطة التقديرية: والحواس المقصودة هنا هي حاسة البصر والسمع والنطق ويمكن إيجاز الحديث فيها على النحو التالي:

الفرع الأول: سلامة حاسة البصر: فلا تصح تولية الأعمى، ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة والمالكية والشافعية⁽¹⁾، وذلك لأنه لا يعرف المدعي من المدعى عليه، والمقر من المقر له، والمقر من المقر له والشاهد من المشهود له⁽²⁾.

إلا أن ضعف البصر، أو الرمد أو من يرى في وقت دون وقت، إذ يحكم وقت إبصاره فقط، بمعنى أن المانع هو انعدام البصر لا نقصه أو قصوره⁽³⁾.
وذهب بعض الشافعية إلى جواز تولية الأعمى منصب القضاء لأن شعيب عليه السلام كان أعمى⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: سلامة حاسة السمع: إذ لا تصح ولاية الأصم لأنه لا يسمع قول الخصمين، وهذا مذهب الجمهور⁽⁵⁾، ولم يخالفهم فيه إلا بعض الشافعية والحنابلة⁽⁶⁾، إذ لا يشترطون فيمن يتولى منصب القضاء أن يكون سميعة.

الفرع الثالث: سلامة حاسة النطق: فلا تصح تولية الأخرس، ولو أتقن فن الإشارة، وهو مذهب الحنفية والحنابلة والمالكية وجمهور الشافعية، إلا أن بعض الشافعية

(1) المبسوط للسرحدي، ج16، ص109-110، البدائع، ج7، ص3، روضة الطالبين للنووي، ج8، ص84، المغني لابن قدامة، ج10، ص92، المنتقى للباقي، ج5، ص183، تبصرة الحكام، ج1، ص26.

(2) عبد الحليم منصور، السلطة القضائية في الإسلام، مرجع سابق، ص112.

(3) محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص67.

(4) المغني لابن قدامة، ج13، ص501-502.

(5) المغني، ج10، ص92، الأحكام السلطانية 131، حاشية قليوبي وعميرة، ج4، ص296، شرح مختصر خليل للخرشي، ج7، ص140، كنز الدقائق بهامش البحر الرائق، ج6، ص283.

(6) الأحكام السلطانية للمارودي، ص108-109، الإنصاف، ج11، ص177.

يذهب إلى جوان تولية الأخرس، وهو قول متطوع بعدم صحته عندهم. والراجح هو اشتراط سلامة الحواس، لأنها أدوات القاضي في الوصول إلى الحقيقة وممارسة عمله على أكمل وجه. وكلما نقصت حاسة من الحواس إلا وأثرت في نظر القاضي في الدعوى وتفحصه في خباياها وأعماقها، بشكل أو بآخر. فما بالك لو تخلفت أكثر من حاسة، فإن خشية الوقوع في الالتباس تكون أكبر، لذلك لا تتعدى ابتداء الولاية على هذه الحال⁽¹⁾.

المطلب السابع: شرط الكتابة وأثره في السلطة التقديرية: وذلك ليكون مطلعاً بنفسه على الوثائق، المتعلقة بالدعوى والبيانات، وما يسجل بالمحاضر والسجلات وكتب القضاة لبعضهم ولغيرهم، وليطلع على أعمال الكتاب فلا يفوت عليه تزوير أو تدليس أو احتيال.

إلا أن هنا الشرط لم يسلم من الخلاف هو أيضاً. فذهب جمهور الفقهاء⁽²⁾ إلى أنه لا يشترط في القاضي أن يكون كاتباً، وعليه يجوز أن يلي الأمي منصب القضاء ودليلهم في هذا أن النبي ﷺ كان أمياً وهو سيد القضاء أجمعين⁽³⁾، وإن احتاج إلى ذلك حان تعيينه لمن يثق به كاتباً له، كحاجته إلى القسمة بين الناس وليس من شرطه معرفة المساحة⁽⁴⁾، ويحتاج إلى التقويم وليس من شأن القضاة أن يكونوا عالمين بقيمة الأشياء ولا معرفة كل الصناعات و المهن والكفاءات التي تكون محلاً للتنازع.

وذهب بعض الفقهاء⁽⁵⁾ إلى ضرورة كون القاضي كاتباً، وإن كان أمياً لم تجز ولايته. وردوا مذهب الجمهور، الذين استدلوا بأمية النبي ﷺ بأنها إحدى خصائصه ومعجزة من معجزاته، ليثبت أن القرآن من عند الله لا من تأليفه. وعليه يمكن القول أن الكتابة لم تعد شرطاً لأنها أصبحت أمراً بديهياً ليس مستساغاً حتى مناقشته، وهذا لا يمنع القاضي من اتخاذ كتاب ربحاً للوقت وعدم إضاعة الجهد في الكتابة.

(1) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي علي، ج4، ص180.

(2) باستثناء جمهور الحنفية لأنهم لم يشيروا إلى الكتابة، كشرط من شروط تولي منصب القضاء.

ذكر هذا الدكتور محمود بركات في كتابه السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ولم ينسبه لأي أحد، ص70.

(3) محي هلال السرحان، النظرية العامة للقضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص88.

(4) عبد الحليم محمود، السلطة القضائية في الإسلام، مرجع سابق، ص114.

(5) بداية المجتهد، ج2، ص422، والمغني، ج11، ص385.

مع التأكيد أنه ليس لشرط الكتابة أي أثر أو علاقة تذكر بالسلطة التقديرية للقاضي.
المطلب الثامن: شرط العدالة وأثره في السلطة التقديرية: ومعناها حفظ المروءة والانكفاف عن الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر⁽¹⁾.

وذهب المارودي في الأحكام إلى أن العدالة: "أن يكون صادق اللهجة ظاهر الأمانة عفيفا عن المحارم، متوقيا المآثم، بعيدا عن الريب مأمونا في الرضا والغضب مستعملا لمروءة مثله في (الرضا والغضب) دينه ودنيا"⁽²⁾.

والعدالة في كل زمن بحسب أهله⁽³⁾، يتغير أحوال الناس، فلا تشتت مساواة عدالة قضاة اليوم بعدالة قضاة، الصحابة ومن بعدهم.
والعدالة من الشروط التي وقع فيها الخلاف بين الفقهاء فاشتراطها قوم ولم يشترطها آخرون:

المذهب الأول: اشترط جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة العدالة فيمن يتولى منصب القضاء، وعندهم لا يجوز تولية الفاسق فإذا ولي أثم وبطلت ولايته ولا ينفذ قضاؤه ولو صادق الحق⁽⁴⁾.

المذهب الثاني: ذهب الحنفية في ظاهر منصبهم وصححه ابن عابدين⁽⁵⁾، وعليه الفتوى عندهم إلى أن العدالة شرط كمال، فتجوز تولية الفاسق وتنفيذ أحكامه إذا وافقت الشرع.

قال الكاساني: وكذا العدالة عندنا ليست بشرط لجواز التقليد لكنها شرط للكمال⁽⁶⁾.

وذهب أصبغ من المالكية إلى عدم جواز تولية المسخوط (أي الفاسق) ولكن إذا ولي نفذ من أحكامه ما وافق الحق وجانب الجور⁽⁷⁾.
أثر العدالة في ممارسة السلطة التقديرية:

1- إذا كانت العدالة تعني صدق اللهجة وظهور الأمانة والعفة عن المحارم واتقاء المآثم والبعد عن الريب والائتمان في الرضا والغضب والمروءة في الدين والدنيا⁽⁸⁾.

(1) مجلة الأحكام العدلية، مادة "1705".

(2) المارودي، الأحكام السلطانية، ص 108.

(3) العزيز عبد السلام، قواعد الأحكام، ج 2، ص 44-45.

(4) مواهب الجليل، ج 6، ص 87، الأحكام السلطانية، ص 66 المغني، ج 13، ص 502.

(5) الدر المختار، ج 5، ص 355.

(6) بدائع الصنائع، ج 7، ص 4.

(7) مواهب الجليل للحطاب، ج 6، ص 90، شرح حدود ابن عرفة، ص 441.

(8) الأحكام السلطانية، ص 66.

فهذه مواصفات ممتازة ولائقة تماما بأن تعد ضوابط للسلطة التقديرية للقاضي. لأن القاضي يستفرغ جهده في النظر في الدعاوى وهو بشر معرض للانحراف إلى الشهوات واستغلاله منصبه لأغراض دنوية دنيئة.

2- ((يا داوود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله))⁽¹⁾ والعدالة أكبر صارف عن إتباع الهوى لما تحوي من معنى رقابة الله وخشيته.

3- العدالة سبب في الهام القاضي الصواب في ممارسة السلطة التقديرية، قال تعالى: ((ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكما وعلما))⁽²⁾، ((واتقوا الله ويعلمكم الله))⁽³⁾.

4- العدل مؤتمن على أعراض الناس وأموالهم ونفوسهم فكما أن عدله يمنعه من الانحراف واستغلال السلطة فهو مانع له أيضا من التقصير في بذل الجهد أو التقاعس عما من شأنه أن يكون منارة له في فك النزاع، فلا تحدثه نفسه بأن يحكم بأي حكم و ينهي الأمر خير من بذل جهد إضافي وزيادة عبء وتعب كاهله.

المطلب التاسع: صفات أخرى وأثرها في السلطة التقديرية: بعد أن ذكر الفقهاء الصفات السابقة ذكروا صفات أخرى ينبغي أن تتوافر فيمن يتولى منصب القضاء، و الذي يظهر أن هذه الصفات مستحبة، وشروط كمال، وإن كانت عبارات بعضهم تفيد أنها واجبة لا مستحبة، مثل ما جاء في المبسوط (ينبغي)، وأشار إلى هذه الصفات بشكل مختصر مع الإشارة إلى بعض المراجع.

وهذه الصفات يمكن تقسيمها على قسمين: سلبية وإيجابية.

الفرع الأول: الصفات السلبية وهي: أن يكون القاضي غير محدود⁽⁴⁾، وأن يكون غير مطعون عليه في نسبه⁽⁵⁾، وأن يكون غير فقير⁽⁶⁾، وغير مستضعف⁽⁷⁾، وغير

(1) سورة ص: الآية 26.

(2) سورة الأنبياء: الآية 79.

(3) سورة البقرة: الآية 282.

(4) المبسوط، ج 16، ص 109، البدائع، ج 7، ص 3، تبصرة الحكام لابن قرحون، ج 1، ص 28، التاج والإكليل، ج 6، ص 182، ونقل عن أصبغ جواز تولية وحكم المحدود.

(5) المنتقى للباقي، ج 5، ص 184، تبصرة الحكام، ج 1، ص 28، التاج والإكليل، ج 6، ص 103، بدائع الصنائع، ج 7، ص 3، حاشيتنا قليوبي وعميرة، ج 4، ص 296، حاشية الجمل، ج 5، ص 338، وطعن عليه في نسبه: شكك فيه وفي صحته. وفي مختار الصحاح (ط ع ن): طعن فيه أي قدح.

(6) المنتقى للباقي، ج 5، ص 184، تبصرة الحكام، ج 1، ص 28، الفتاوى الهندية، ج 3، ص 308.

(7) المبسوط للسرخسي، ج 16، ص 108، فتح القدير، ج 7، ص 276، المغني لابن قدامة، ج 10، ص 95، الإنصاف للمرداوي، ج 6، ص 442، تبصرة الأحكام، ج 1، ص 28، منح الجليل، ج 8، ص 273، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي، ج 10، ص 107، واستضعفه: عده ضعيفا.

فظ ولا جبار ولا غليظ ولا عنيد⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الصفات الإيجابية، وهي: أن يكون فطنا⁽²⁾، نزيها، ورعا⁽³⁾، مهيبا⁽⁴⁾، حليما⁽⁵⁾، من غير عنف⁽⁶⁾، ذا مشورة⁽⁷⁾، وأن يكون سليم البطانة⁽⁸⁾.

(مختار الصحاح، ض ع ف).

(1) الفتاوى الهندية، ج3، ص328، والفظ من الرجال الغليظ (مختار الصحاح، ف ظ ظ)، و الجبار: الذي يقتل على الغضب، وتجبر الرجل: تكبر (مختار الصحاح، ج ب ر)، والغليظ من الغلاظة بكسر الغين: الغلاظة بالفتح (مختار الصحاح، غ ل ظ)، والعنيد: الذي يخالف الحق ويرده وهو يعرفه (مختار الصحاح، ع ن د).

(2) المغني لابن قدامة، ج10، ص95، الإنصاف للمرداوي، ج11، ص200، قليوبي وعميرة، ج4، ص297، حاشية الجمل، ج5، ص337، الفروق للقرافي، ج2، ص157، الفرق، ج96، تبصرة الحكام، ج1، ص28، البحر الرائق لابن نجيم، ج6، ص287، دور الحكام لعلي حيدر، ج4، ص581، الفطنة: كالفهم: ورجل فطن بكسر الطاء وضمها (مختار الصحاح، ف ط ن).

(3) المبسوط، ج16، ص108-109، بدائع الصنائع، ج7، ص3، الفرر البهية لذكريا الأنصاري، ج5، ص161، مواهب الجليل للحطاب، ج6، ص103، تبصرة الحكام، ج1، ص35، المغني لابن قدامة، ج10، ص95، الإنصاف للمرداوي، ج11، ص155، 180، 200، والنزاهة: البعد عن الشر، والنزیه: الكريم إذا كان بعيد من اللؤم (مختار الصحاح، ن ز هـ). والورع: النقي (مختار الصحاح، مادة ورع).

(4) المبسوط، ج16، ص79، حاشية الشرنبلالي بهامش الدرر الحكام لمنلاخسرو، ج4، ص405، المغني، ج10، ص95، وبمعناه في شرح منتهى الإرادات، ج3، ص496، تبصرة الحكام، ج1، ص28، منح الجليل، ج8، ص300، الفرر البهية للأنصاري، ج10، ص161-162، حاشية البجيرمي على الخطيب، ج4، ص321، والإقناع بهامشه، ج4، ص326، المهابة وهي الإجلا ل والمخافة، والمهيب: الذي يهابه الناس (مختار الصحاح، ه ي ب).

(5) المبسوط، ج16، ص65، المغني، ج10، ص95، الإنصاف، ج11، ص200، تبصرة الحكام، ج1، ص29، الفواكه الدواني، ج2، ص239، أسنى المطالب، ج4، ص279، حاشية الجمل، ج5، ص337، والحليم من الحلم وهو: الأناة (مختار الصحاح، ح ل م).

(6) الفتاوى الهندية، ج3، ص328.

(7) المدونة، ج4، ص486، التاج والإكليل للمواق، ج6، ص117، الأم الشافعي، ج6، ص219، أسنى المطالب للأنصاري، ج4، ص299، المغني، ج10، ص95، الفروع لابن مفلح، ج6، ص

ومما لاشك فيه أن هذه الصفات مرغوب فيها وفي غيرها من الصفات الحميدة، وعلى الجهة التي تشرف على تعيين القضاة واختيارهم أن تلاحظ هذه الصفات فيمن يرشح لمنصب القضاء، وأن يجعلوا هذه الصفات إذا عرفوها مرجحات في الاختيار عند تعدد المرشحين والتساوي في الشروط الأولى التي ذكرناها أولاً⁽²⁾.

الفرع الثالث: آداب القاضي:

من أظهر نقاط الالتقاء بين الأخلاق والقانون الآداب التي يجب أن يتحلى بها صاحب ولاية القضاء، لذا بحث فيها الفقهاء من جميع المذاهب مطولاً بعنوان: «آداب القاضي أو الحاكم» وخصصت لها المجلة فصلاً كاملاً (مواد 1792-1794 قضاء المرأة) وهو الفصل الثاني من الكتاب الأخير أي السادس عشر، المتعلق بالقضاء أي المواد من 1795-1799.

وإن اللجنة⁽³⁾ التي جمعت الفتاوى الهندية أو العالمية استهلت هذا البحث بقولها: الأدب هو التخلق بالأخلاق الجميلة والخصال الحميدة، ومعاشرة الناس في معاملاتهم وآداب القاضي التزامه لما ندب إليه الشرع من بسط العلم وترك النظام وترك الميل والمحافظة على حدود الشرع والجري على سنن السنة وأهم آداب القاضي: النزاهة والرزانة والعدل وصحة التفكير.

صحة التفكير: وهي أيضاً من آداب القاضي، ومآلها أن لا يتصدى القاضي للقضاء إذا تشوش ذهنه بعارض يمنعه من صفاء التفكير والفهم والحكم، كالهمم والنعاس و الجوع والعطش والغضب وما أشبه ذلك.

وقد قال عمر رضي الله عنه لأحد قضاة دمشق: «إذا جلست فقل اللهم إني أسألك أن أفتي بعلم، وأقضي بحكم، وأسألك العمل في الغضب والرضى».

وهذا كله مبنى على القاعدة الكلية الواردة في الحديث الشريف: «لا يقضين حاكم

445، المبسوط، ج16، ص110، البدائع للكاساني، ج7، ص5، وذو المشورة: من يشاور غيره. وفي (مختار الصحاح، ش و ر): أشار إليه باليد وبالرأي.

(1) تبصرة الحكام، ج1، ص29، حاشية الدسوقي، ج4، ص132، أسنى المطالب، ج4، ص279، الفتاوى الهندية، ج3، ص327، وبطانة الرجل: وليجته (مختار الصحاح، ب ط ن)، فيستحب للقاضي أن يكون خاصة جلسائه ومن يرك إليهم صلحاء علماء، وأن يصرف عنه بطانة السوء التي تأمره بالشر وتحنه عنه.

(2) أنظر: نظام القضاء، لزبدان، المرجع السابق، ص28.

(3) عينها في القرن السابع عشر السلطان المغولي محيي الدين محمد أوزبك زيب بهادر عالم كبير برئاسة الشيخ نظام برهانپوري.

بين اثنين وهو غضبان» وسبب هذا المنع كما قلنا: ما يحدثه الغضب في نفس القاضي من تشويش الذهن، ومنع كمال الفهم وصحة التفكير وتعمية طريق العلم و القصد واستيفاء النظر⁽¹⁾.

المبحث الرابع

محل ممارسة السلطة التقديرية للقاضي (الواقع والواجب أو الواقع والقانون)

كل دعوى قضائية تنطوي على ناحيتين مختلفتين، وهما ناحية الوقائع، وناحية القانون، فالقاضي لا يكفي أن يعرف أحكام الشرع والقانون، بل ينبغي له أن يستثبت الوقائع في كل قضية، حتى يتمكن من تطبيق تلك الأحكام عليها. وهذا ما أشار إليه الفقهاء بشكل صريح، فقال ابن القيم إن الحاكم لا يتمكن من الحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم: أحدهما فهم الواقع والفقهاء فيه، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات و العلامات حتى يحيط علماً.

والنوع الثاني: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو لسان رسوله، في هذا الواقع. ثم يطبق أحدهما على الآخر، فمن بذل جهده، واستفرغ وسعه في ذلك لم يعدم أجرين أو أجراً⁽²⁾.

وبمعناه قال الشاطبي: «كل دليل شرعي فمبني على مقدمتين إحداهما راجعة إلى تحقيق مناط الحكم، والأخرى ترجع إلى نفس الحكم الشرعي فالأولى نظرية و الثانية فعلية»⁽³⁾.

وقد نبّه الفاروق أبا موسى الأشعري إلى وجوب التثبت من الوقائع، حتى يقع الحق في محله، فقال له في كتابه المنوه به: [أما بعد: فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، فافهم إذا أدلي إليك؛ فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذه له، آس الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك... ولا يمنعك قضاء قضيتته راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق فإن الحق قديم لا يبطله شيء، ومراجع

(1) صبحي محمصاني، الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية، دار العلم الملايين، ط2، 1979، ص 414.

(2) ابن قيم الجوزية إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1991، ج1، ص70.

(3) الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار ابن عفان، ج3، المسألة السادسة، ص43.

الحق خير من التمادي في الباطل... الفهم فيما يخلج في صدرك مما لم يبلغك من الكتاب أو السنة، أعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عند ذلك فاعمد إلى أحبها عند الله وأشبهها بالحق فيما ترى، وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس و التنكر عند الخصومة؛ فإن القضاء في مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر، ويحسن به الذكر، فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس، ومن تزين بما ليس في نفسه شأنه الله، فإن الله تعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان خالصا، فما ظنك بثواب عند الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته، والسلام عليك ورحمة الله⁽¹⁾.

أخذ عمر رضي الله عنه فرساً من رجل على سوم النظر أي على سبيل التجربة فحمل عليه عمر وعطب الفرس، ولما خاصمه الرجل، مطالباً إياه بالضمان، تحاكما إلى القاضي شريح العراقي، فحكم القاضي على الخليفة، قائلاً: أخذته صحيحاً سليماً فأنت له ضامن حتى ترده صحيحاً سليماً.

المطلب الأول: نشاط القاضي في مجال الواقع: رغم عدم وجود تعاريف فنية دقيقة لمفهوم الواقع، إلا أن الباحثين يجمعون على صعوبة وغموض ودقة التمييز بين الواقع والقانون، ومدى العلاقة بينهما، والبحث في مسألة الواقع تنبني عنه أحكاماً عملية في غاية الأهمية حيث أن المحكمة العليا تختص بالنقض في مسائل القانون دون مسائل الواقع.

وقد انشغل الفقه القانوني التقليدي منه والحديث بهذه المسألة، فقدمت جملة من المعايير الفنية للتمييز بينهما.

ومما خلص إليه الفقه التقليدي في هذا الباب أن نشاط القاضي يمر بثلاثة مراحل:

1- التحقق من وجود الوقائع المدعاة بإقامة الدليل عليها ويترك أمرها للقاضي

(1) السنن الكبرى للبيهقي، ج10، ص150 باب لا يحيل حكم القاضي على المقضي له و المقضي عليه... من كتاب الشهادات عن أبي العوام البصري، ورواها قبله الدار قطني في سننه، ج4، ص206-207، رقم 15-16 في كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، وقد حمل ابن حزم حملة شديدة على هذه الرسالة وأنها موضوعة مكذوبة من حيث السند و المتن، ثم تابعه بعض المتأخرين، وهذه عادته في أنه يرد الروايات الصحيحة بحماسة عجيبة ثم يتبين أنها صحيحة، والملاحظ أن الطعون من حيث السند تدور على أنها مروية عن عبد الملك بن الوليد بن معدان عن أبيه وأنها ساقطان (المحلى 81/1)، وقد أعد الدكتور أحمد سحنون رسالة دكتوراه في دراسة سند هذه الرسالة وذكر الردود على من طعن فيها وأقوال المؤيدين لها وأورد مواطن ورودها لأكثر من أربعين مصدراً بين الحديث والقضاء والفقه والتاريخ، وأورد لها طريقتين آخرين أحدهما رواته ثقات ويكفيها أن الدار قطني رواها من طريق الإمام أحمد عن سفيان ابن عيينة. ينظر: رسالة القضاء، دراسة وتحقيق أحمد سحنون، ص470-471.

ليستخلص منها إرادة الخصوم مستخدما خبرته ومنطقه في تفسيره للوقائع التي تثبت لديه أو التي يهدرها لعدم كفاية الدليل عليها ويطلق على هذه المرحلة مرحلة معاينة الوقائع.

2- البحث عن التعريف القانوني للوقائع التي انتهى القاضي إلى ثبوتها وهي مرحلة تكييف الوقائع الثابتة بالدليل وإعطائها الوصف المناسب لها⁽¹⁾.

3- استخلاص القاضي للنتائج التي يربتها القانون وينتج عنها حل النزاع. ومن خلال هذا التمييز يرى الفقه التقليدي أن المرحلة تخضع لرقابة محكمة النقض بينما لا تخضع المرحلتين الثانية والثالثة إلى ذلك ولم تسلم هذه الطريقة من النقض لكون المعيار الوارد بها معيارا وصفا شكليا لا يرقى ليخدم لنا الوسيلة الفنية المجدية في التمييز بين الواقع والقانون، إضافة إلى أنها طريقة مجهدة تقتضي الوقوف عند كل مرحلة لتعجز المتتبع لهذه المراحل عن الوصول لأي نتيجة⁽²⁾.

ومن معايير التمييز بين الواقع والقانون لجأ بعض الفقه إلى انتهاج مذهب الاستدلال القياسي ومؤداه أن الحكم القضائي هو نتيجة منطقية مركبة من مقدمة كبرى هي القاعدة القانونية ومقدمة صغرى هي مجموع الوقائع، فإذا كان الخطأ واقعا على المقدمة الكبرى كان مستوجبا لرقابة محكمة النقض⁽³⁾ والخطأ في المقدمة الصغرى إذا وقع تعيين التفريق بين أمرين:

أولهما أن يكون الخطأ ناتجا عن عدم التثبت من الوقائع، وثانيهما أن يقع الخطأ في التكييف القانوني للوقائع، فالأول منهما ينتمي إلى الواقع والثاني ينتمي إلى القانون⁽⁴⁾.

وفي فقه القضاء الحديث⁽⁵⁾ الواقع هو الحدث الذي يحدث في دنيا الواقع، ويترتب عليه حدوث شيء ما وهذا الحدث الذي وقع لابد أن يدخل دائرة القانون

(1) إبراهيم ابن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر 1994-1995، ص 63-64.

(2) Gauguier, L'interprétions Des Actes Juridiques, Thèse, Paris, 1898, P216 Ets.

(3) Marty et Reynaud, Droit civil T2, Ed Paris 1972.)

(4) إبراهيم ابن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص 67.

(5) د/أمين مصطفى محمد، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، 2002، ص 5-7، د/محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، بدون مكان النشر، 1982، ص 212، د/محمد علي سويلم، التكييف في المواد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص 41.

طالما أن القانون يرتب عليه أثرا قانونيا، وهذا لا يأتي إلا بتحديد الواقعة التي تتمخض عن هذا الواقع وفقا لعناصرها القانونية، ثم إثبات هذه الواقعة⁽¹⁾، أو هو الذي يشكل المقدمة الصغرى في القياس الذي يجريه القاضي كي يصل إلى قرار في شأن المنازعة المعروضة أمامه⁽²⁾.

فالواقع في الدعوى القضائية يتكون من الواقعة بما يحبط بها من عناصر قانونية وظروف مختلفة، ومن الأدلة المتنوعة التي قد تثبتتها أو تنفيها⁽³⁾، ولا يمكن إعطاؤه مدلولاً مجرداً في الزمان أو المكان لأنه يفترض وجود عناصر عديدة لا يمكن حصرها تختلف بحسب اختلاف النشاط الإنساني، ولأن الوقائع هي مجرد فروض خاصة تفتقد لخصوصي - العمومية، وعلى نحو يجعل خضوعها لرقابة محكمة التمييز دون جدوى⁽⁴⁾.

ومفهوم الواقعة في القانون الخاص على ضوء الفكر القانوني الموضوعي هي أنها مصدر الالتزام⁽⁵⁾، وعلى ضوء الفكر القانوني الإجرائي إنها مجرد ظرف للأثر القانوني⁽⁶⁾.

وفهم القاضي لوقائع النزاع المعروض عليه فهما صحيحا يعد عنصرا أساسيا وجوهريا في الوصول إلى الحكم الصحيح⁽⁷⁾.

(1) د/علي محمود علي حمودة، الأصول المنطقية لفهم الواقع والقانون في الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، 2003، ص14.

(2) إسماعيل ورامي، الحقيقة التقديرية، نقلا عن: د/أمين مصطفى محمد، مرجع سابق، ص 18.

(3) د/علي محمود علي حمودة، مرجع سابق، ص29.

(4) ولا يعد الواقع الذي يعتد به القاضي مجموعا لا يمكن فصل عناصره، ولكن يقتضي اختيار عناصر معينة من مجموع العناصر التي تكون الحقيقة في لحظة معينة، أو بعبارة أخرى اقتطاع عناصر معينة من قائمة تنطوي على كل الأحداث كما تظهر أمام من يتابع هذه الأحداث. نقلا عن: د/أمين مصطفى محمد، مرجع سابق، ص18.

(5) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص142، وللمؤلف نفسه، التصرف القانوني والواقعة القانونية، مرجع سابق، ص3، وما بعدها، د/سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، 1956، ص27.

(6) لأن الواقعة القانونية هي كل واقعة، أي كل تغيير في مركز موجود، يرتب القانون عليه أثرا قانونيا، بأن يعطي للمركز الجديد وصفا قانونيا جديدا. ينظر: د/فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1959، ط1، بند 32، ص75، د/وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص252، وما بعدها.

(7) يوسف محمد مصاروة، تسبيب الأحكام وفقا لقانون أصول المحاكمات المدنية، الدار

وفهم الواقع يكون بوضع جميع العناصر اللازم أخذها بنظر الاعتبار، ثم فهمها بطابع عقلائي، لإصدار أحكام ذات طابع عقلائي، والتقليل من إصدار أحكام غير متكافئة⁽¹⁾.

والأصل هو سيادة الخصوم في مجال الواقع لأن القاضي يبحث عن حقيقة الواقعة بواسطة ادعاءات الخصوم⁽²⁾، ويعني ذلك أن وظيفة القاضي بالنسبة للواقع تتحلل إلى واجبات وليس سلطات، وتتمثل واجبات القاضي أساسا في عدم تعديل البنيان الواقعي، وألا يدخل في المنازعة عنصرا واقعيًا لم يثره الخصوم، بل يؤسس قراره على الوقائع التي قدمها الخصوم، ويتم إثباتها على النحو الذي يتطلبه القانون⁽³⁾، أي الفصل في الوقائع يقوم على دعامين الأول التحقق من الوجود المادي للوقائع المدعاة والثاني الإثبات القانوني⁽⁴⁾.

والوقائع المدعى بها هي التي تحدد مهمة القاضي، ويقوم القاضي بنشاط ذهني معين ازاء ما يطرح عليه من وقائع، وهذا النشاط يتلخص في اختيار الواقعة المنتجة لحسم النزاع⁽⁵⁾، بشرط أن لا يتعدى في بحثه الإطار المطروح في الدعوى التي يتصدر للفصل فيها⁽⁶⁾، وتحديد مدى تعلق وإنتاجية الوقائع في الإثبات هي مسألة تقديرية تتعلق بفهم الواقع في الدعوى، ويستقل القاضي الموضوع بها، ولا يخضع كقاعدة عامة لرقابة محكمة التمييز إلا من حيث قصور التسبيب⁽⁷⁾.

العلمية ودار الثقافة للنشر، عمان-الأردن، ط1، 2002، ص79.

(1) نقلا عن: هدى سالم محمد الأطرقي، مرجع سابق، ص65. ويدخل ضمن فهم الواقع أيضا (التقدير الفني) وهو تقدير الخبير في المسائل الفنية (ينظر: المادة (140) من قانون الإثبات) وهو تأكيد على احترام الفصل بين الواقع والقانون. ينظر: محمد نور شحاتة، سلطة التكليف في القانون الإجرائي، مطابع الولاء الحديثة، مصر، 1993، ص262، سالم محمد الأطرقي، مرجع سابق، ص65.

(2) إسماعيل ورامي، الحقيقة التقديرية، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، ط2012، ص97-98.

(3) د/عزمي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص186-187، د/محمود السيد التحيوي، النظرية العامة لأحكام القضاء وفقا لآراء الفقه وأحكام المحاكم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص55، د/علي محمود علي حمودة، مرجع سابق، ص32.

(4) نقلا عن: محمد يوسف مزاروة، مرجع سابق، ص61.

(5) إسماعيل ورامي، الحقيقة التقديرية، مرجع سابق، ص100.

(6) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص129، د/حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق، ص105.

(7) د/السنهوري، الوسيط، ج2، مرجع سابق، ص62-63، د/عبد الحميد الشواربي، أوجه الطعن بالنقص في تسبيب الأحكام المدنية والجنايئة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص98.

والقاضي ملزم في تقدير كون الواقعة منتجة أم لا أن يأخذ بعين الاعتبار كل الوقائع المقدمة في الدعوى بصفة مجتمعة وليس في كل واقعة على انفراد، فثمة وقائع تبدو عديمة الجدوى عند النظر إلى كل منها على انفراد في حين لو نظرنا إليها مجتمعة لكان لها تأثير في اقتناع القاضي⁽¹⁾.

إن القاضي ومن خلال ما يطرح عليه من وقائع يقوم باستخلاص الضروري منها، ومنها وما بعد صالحا لتحقيق الفروض القانونية. ولا يتسنى له ذلك ما لم يبدأ بوضع فرضية نظرية أو تصور عقلي عما يعتقد أنه من العناصر ذات الأثر في موضوع الدعوى، ويتعين عليه في ذات الحين أن يقتنع بصحة هذه الوقائع وثبوتها قبل تكييفها بغية أعمال القانون عليها⁽²⁾، أي أن نشاط القاضي ليس نشاطا مجردا بل هو ينظر ويهدف دائما للتوصل إلى حل قانوني للنزاع المطروح عليه⁽³⁾، وفي هذا الصدد يستخدم القاضي عادة فكره المبدع ودقته في التحليل⁽⁴⁾.

عليه وبما أن عملية إثبات الحقيقة تقوم في أساسها على إثبات الوقائع التي يجب أن يطبق عليها القانون، مما يستلزم تقديم الأدلة لإثبات ذلك الوقائع وكشف حقيقتها وهذا لا يتم بقيام القاضي بتقدير تلك الأدلة للتعرف على مبلغ دلالتها على تلك الحقيقة⁽⁵⁾.

إن القاضي في مجال الوقائع يتمتع بسلطة تقديرية في تحقيق هذه الوقائع وإثبات تعلقها بالنزاع، وبأنها منتجة فيه، إلا أن هذه السلطة ترد عليها العديد من القيود، من ذلك مراعاة قواعد الإثبات الموضوعية وقواعد الإجرائية في هذا المجال، وأن ممارسة هذه السلطة يجب أن لا تخرج عن العقل والمنطق⁽⁶⁾.

، أستاذنا الدكتور عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، مرجع سابق، ص 47، د/عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 63.

(1) نقلا عن: آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات دراسة مقارنة، الدار العربية للطباعة والنشر، بغداد، 1976، ط 1، ص 49.

(2) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 131، د/حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق، ص 109، حسين المؤمن، نظرية للإثبات القواعد العامة والإقرار واليمين، دار الكتب العربي، مصر، 1948، ص 32-33.

(3) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 132.

(4) روجيه بيرو، المنطق القضائي، ترجمة وتعليق د/عبد الرسول الجصاني، بدون ذكر اسم ناشر، بغداد، 1989، ص 45.

(5) د/فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص 178.

(6) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 120، يوسف محمد مصاروة، مرجع سابق، ص 63، د/محمود السيد التحيوي، مرجع سابق، ص 53، هاني يونس أحمد الجواوي، مرجع سابق، ص 85.

بل أكثر من ذلك يبرز التقدير في فهم الواقع من الناحية العملية وفي الجانب الإنساني للقاضي، فهو ليس آلة ولا يمكن إلغاء الجانب الإنساني فيه، ولأن الحكم القضائي كعمل إرادي لا بد من أن يسبقه وعي بواقعة النزاع، وعلى هدى من هذا الوعي يفض القاضي النزاع بإرادته المعبر عنها في حكمه⁽¹⁾، فإذا كان وعي القاضي بواقعة النزاع خاطئاً جاءت بالتبعية خاطئة حتى إرادته هذه، فيكون الموقف الذي فرضه بإرادته على الخصوم خاطئاً هو الآخر⁽²⁾.

وبهذا تختلف القرارات باختلاف أساليب القضاة⁽³⁾، فعلم النفس القضائي، يقسم القضاة مثلاً إلى قاض حاسم وقاض متردد، وإلى قاض محاذر وقاض غير مبال، وإلى قاض موضوعي وقاض منساق للتأثير النفسي، لذلك فالقاضي يحكم بنظام إذ يظن الواقعة مماثلة لشبهات بها حدثت في الماضي أو في المتصور حدوثها، مع أن الواقعة المطروحة على خصوصية متميزة وتختلف عن تلك التي جعلها القاضي معها شيئاً واحداً.

المطلب الثاني: نشاط القاضي في مجال القانون: تنشط سلطة القاضي على صعيد القانون، وذلك لأن تطبيقه يدخل في صميم عمل السلطة القضائية، ومن ثم يفترض فيه العلم بدقائقه والالتزام بتطبيقه⁽⁴⁾، وعليه أن يبحث من تلقاء نفسه عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق على ما عنده من الواقع فيطبقها، وهو في ذلك يخضع لرقابة المحكمة العليا⁽⁵⁾، ولا يغير من هذه القاعدة وجود بعض الحالات التي يلجأ فيها القاضي إلى الخبراء أو الخصوم لتحديد بعض عناصر القانون الواجب تطبيقه، أو لتطبيق أحكام القانون الأجنبي، ومرجع ذلك إلى فنية القانون واحتوائه على بعض المضامين العلمية أحياناً والتي يلجأ بشأنها إلى الخبراء، أو كان تكليف الخصم بإثبات أحكام القانون الأجنبي تيسيراً لمهمته، ولكن دون أن تكون هذه الحجة سبباً لتغيير طبيعة القانون، وعلى أن يبقى القاضي هو صاحب القول الفصل في التعرف على أحكام القانون الأجنبي، وهو الخبير الأول في كل ما يستطيع أن يثبت فيه بنفسه⁽⁶⁾، وتأكيداً لذلك نصت المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية وا

(1) د/رمسيس بهنام، علم النفس القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص32.

(2) د/رمسيس بهنام، مرجع سابق، ص30.

(3) د/رمسيس بهنام. مرجع سابق، ص34-35.

(4) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص132، وحاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق، ص110.

(5) المادة (358) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(6) د/السنهوري، الوسيط، ج2، مرجع سابق، ص56، حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق، ص110.

إدارية:

يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة. القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة. بل أكثر من ذلك هو ملزم بتفسير القانون، ولا عبرة بالتفسيرات التي يقدمها إليه الخصوم إلا إذا كان هذا التفسير صحيحا وسليما من الناحية القانونية، وفي ذلك يعتمد على فهمه الشخصي لأحكام القانون، ولا يقيد به في ذلك فقه مبسوط أو قضاء سابق، وإنما يكون في هذا الفهم خاضع لرقابة المحكمة العليا⁽¹⁾.

وإذا كان مهمة القاضي هي فقط الفصل في المنازعات المطروحة أمامه، وفقا للقواعد التي يستقيها من المصادر التي يحددها القانون⁽²⁾، إلا أنه في بعض الأحوال يضطر فيها القاضي ولممارسة وظيفته القضائية أن يتدخل ويجتهد رأيه لوضع الحل المناسب للمنازعات المعروضة عليه في إطار ضوابط معينة يحددها له القانون مثل قواعد العدالة أو مبادئ القانون العامة⁽³⁾.

والقاضي يبحث عن حل لهذا النزاع، باستلزام ضمير العدل في الجماعة، أي يتصور قاعدة قانونية تصلح للتطبيق على النزاع، وهو في بحثه هذا يملك سلطة تقديرية في البحث والتقدير والملائمة، فهو يخلق قاعدة قانونية لها مفترض ولها حكم صالح لأعماله على الواقع المطروح عليه، ولكن هذه القاعدة تفتقد العموم والتجريد⁽⁴⁾.

أما في غير هذه الحالات، أي في الحالات التي يقتصر القاضي على تطبيق القانون، هو أيضا ليس مجرد آلة، بل هو صاحب نشاط، وهذا النشاط يوجد فيه جانب تقديري دائما، وهذا التقدير يظهر في كافة مراحل تكوين العمل، حتى وإن كان الظاهر أن سلطة القاضي مقيدة في جميع عناصرها، فإنه في ذات هذا الفرض، لا يمكن القول بأن القاضي يفتقد سلطته في التقدير⁽⁵⁾. والمشرع أيضا من جانبه يعترف للقاضي في كافة فروع القانون بسلطة

(1) د/السنهوري، الوسيط، ج2، مرجع سابق، بند37، ص50، ولاحظ أيضا د/حسن الخطيب، المسائل المتعلقة بالتفسير القضائي، بحث منشور في مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية، الإصدار الأول، الثاني، الثالث، الرابع، 1981، ص 408 وما بعدها، د/توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص49.

(2) المادة (1) من القانون المدني الجزائري.

(3) إسماعيل ورامي، الحقيقة التقديرية، مرجع سابق، ص104-105.

(4) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص136.

(5) د/نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص137، د/حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق، ص111.

تقديرية حقيقية، وحتى في الأحوال التي لا يوجد فيها اعتراف صريح من جانبه بهذه السلطة، وسبب ذلك يرجع إلى طبيعة وظيفة القاضي، فهذا الأخير منوط به أعمال القانون، وهذا ليس عملاً آلياً يتم بطريقة تلقائية، وإنما هو عمل ذهني وفني في المقام الأول وهو عمل إرادي ذات الوقت، وتطبيق القاعدة القانونية على الواقع المطروح على القاضي لا يمكن أن يتم إلا بناء على عمل إرادي تقديري يصدر من القاضي صاحب ولاية القضاء، إذن القاضي في جميع الحالات له إلى جانب سلطة القضاء سلطة التقدير، أي أنه يمارس السلطتين معاً، كما أن ولاية القضاء تتضمن ولاية التقدير أو سلطة التقدير في الوقت ذاته⁽¹⁾.

و خلاصة القول تكمن أهمية التمييز بين الواقع والقانون وتعلق سلطة القاضي التقديرية بأحدهما في نتيجة مهمة وهي طبيعة الرقابة المسطرة على كل عمل من هذه الأعمال، فالطعن بالنقض يهدف في أساسه إلى مراقبة تطبيق القانون لا إلى مراجعة الوقائع والموضوع، وعلى حد تعبير فقهاء القانون فإن الطعن بالنقض هو محاكمة للأحكام والقرارات وليس للخصومة القائمة بين الأطراف⁽²⁾.

والمثال على التمييز بين الواقع والقانون أن يطالب المدعي المدعى عليه بالتعويض عن الأضرار الجسدية التي ألحقها به نتيجة الضرب المبرح فيكون على قاضي الموضوع تحقق من صحة الوقائع عن طريق وسائل الإثبات ثم يقدر جسامة الضرر عن طريق الخبرة ليقضي بإلزام المدعى عليه بالتعويض المناسب، فاختصاص المحكمة العليا في مثل هذه الحالة ينصب على سلامة الإجراءات وعلى القانون الذي طبقه القاضي فإذا كان هناك إجراء معيباً أو أن القضاة طبقوا القانون خطأ كتطبيق قانون التعويض عن الأضرار الناجمة عن حوادث السير بدل تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية، فيتعرض قرارهم للنقض بينما لا يمكن للمحكمة العليا أن تخوض في واقعة الضرب ولا أن تناقش تصريحات الشهود أو آثار الضرب وما نتج عنه من تقدير في العجز، فكل ذلك من باب الوقائع التي تدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه فيها.

وعلى حد تعبير أستاذان جون فانسون وسيرج كينشار (ليس للطعن بالنقض أثر ناقل، ففي الحقيقة ليست الدعوى هي التي تنتقل إلى المحكمة العليا، ولكن فقط الحل الذي أعطي لها المتمثل في المنطوق الذي ينصب عليه الطعن)⁽³⁾.

(1) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 138-503، د/حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق، ص 111.

(2) جمال نجمي، الطعن بالنقض في المواد الجزائية والمدنية في القانون الجزائري، دار هومة، ط 2012، ص 120.

(3) Procédur civile; Jean Vincent & Serge Guinchard; Editions Dalloz)

المبحث الخامس

التقدير الموضوعي والتقدير الشخصي للقاضي

أثناء إعمال القاضي لنشاطه التقديرى يستعمل جملة من المعايير، هذه المعايير إما أن تكون عامة مستمدة من ملاحظة السلوك المعتاد وإما أن تكون شخصية، أي لصيقة بشخص الخصم.

وذايته ووفقا لهذا المعيار ينقسم النشاط التقديرى للقاضي إلى تقدير موضوعي وتقدير شخصي، ونعالج هذه المسألة وفقا للمطلبين الآتيين:

المطلب الأول: معنى التقدير الموضوعي: يقصد بالمعيار الموضوعي من الناحية التشريعية أن المشرع يقوم بتشديد معايير عامة، غير قابلة للتغيير، ومؤكدة، قائمة على التجربة المستمدة من الملاحظة العامة للسلوك المتوسط⁽¹⁾.

وهذا المعيار لا يدخل في الاعتبار ما يميز كل حالة فردية من خصوصيات وإنما تجمع الحالات الفردية التي تندرج تحت فرض معين في نموذج واحد مجرد رغم اختلاف هذه الحالات، وتعطي لهذا النموذج حلا واحدا يصدق على كل من يندرج تحته من حالات فردية مختلفة مثلا القاعدة التي تحدد سن الرشد بـ 19 سنة لا تحقق إلا عدلا مجردا، لأنها لا تواجه إلا فرضا مجردا، فلا تملك بالتبعية إلا إعطاء حلا مجردا، لأنها تحدد نفس السن لكل الأفراد دون اعتداد باختلافهم

Paris; 26 édition, 2001; P100.

(1) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص155، د/حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق، ص 113، د/حسن كيرة، المدخل إلى القانون منشأة المعارف، الإسكندرية، ط6، 1993، ص 185 وما بعدها.

وتفاوتهم في درجة النضج والقدرة على مباشرة هذه الحقوق⁽¹⁾، لذلك فعند إعمال المعيار الموضوعي بواسطة القضاء فإن هناك العديد من العوامل الواجب أخذها في الاعتبار وعلى رأسها اعتبارات العدالة والخير العام⁽²⁾، لذلك منح القاضي سلطة تقديرية في الموازنة بين المصالح المتعارضة، وبناء على ذلك يقع على القاضي واجب تقدير متخلف الظروف التي تحيط بأعمال المعايير التشريعية، وتقديم المصلحة الأجدر بالرعاية، ومن هذا فالعدل الذي سيتحقق سيكون عدلا واقعيًا واجتماعيًا وليس عدلا شكليًا مرجعه النص القانوني فقط⁽³⁾.

مما يعني أن القاضي يعتمد في تقديره على السلوك المألوف للشخص المعتاد⁽⁴⁾، مع استبعاد الظروف الخاصة لذلك الشخص، على أن يوضع في الاعتبار الظروف المكانية والزمانية بوصفهما ظروفًا تتسم بطابع العموم وتمتد لتشمل كل الناس⁽⁵⁾، وبتعبير آخر التقدير الموضوعي الذي يقوم به القاضي وذلك بالرجوع إلى نموذج متوسط للسلوك المعتاد، فيه يستبعد القاضي العناصر الخاصة بأشخاص النزاع، ولكنه يأخذ في اعتباره الظروف الخارجة عن أشخاص الخصوم، والظروف الخارجية هي الظروف الظاهرة للملأ بحيث يلزمها الناس بغير حاجة إلى معاملة الفاعل وفحص نيته، وفق ما يراه جانبًا من الفقه ويرى آخرون بأنها ظروف عامة تتناول جميع الناس كظرفي الزمان والمكان⁽⁶⁾، لأن تقدير القاضي لن يتأثر بما تم استبعاده، ولكن ما تم الاحتفاظ به هو الذي يؤثر على النتيجة التي سيتوصل إليها

(1) المادة 40 من القانون المدني الجزائري. ق رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، د /حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 185 وما بعدها، د/سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 39 وما بعدها.

(2) إسماعيل ورامي، الحقيقة التقديرية، مرجع سابق، ص 125 وما بعدها، وينظر: روجيه بيرو، مرجع سابق، ص 39.

(3) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 155، د/أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، مرجع سابق، ص 226.

(4) د/عادل جبيري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 195.

(5) د/السنهوري، الوسيط، ج 1، مرجع سابق، بند 548، ص 781 وما بعدها، د/عادل جبيري محمد حبيب، مرجع سابق، ص 192 وما بعدها.

(6) ينظر: سليمان مرقص، شرح القانون المدني المصري، مصادر الالتزام، بدون ذكر اسم ناشر، 1964، ص 396.

وينظر: د/السنهوري، الوسيط، ج 1، مرجع سابق، ص 783.

وفي ضوابط التمييز بين الظروف الداخلية والظروف الخارجية ينظر: عادل جبيري محمد حبيب، مرجع سابق، ص 204 وما بعدها.

القاضي (1).

وبناء على ذلك فإذا أردنا تحديد التقدير الموضوعي بالنسبة لالتزامات المودع لديه فينبغي أن تراعي المخاطر التي يتعرض لها الشيء محل الوديعة وفقاً لطبيعته ووفقاً لما يتميز به من خصائص في الوضع العادي (2).
ويقدر القاضي مبلغ التعويض عن الضرر المادي تقديراً موضوعياً لأن وظيفته في هذه الحالة تكون إصلاحية (3)، حيث يكون الهدف منه إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، ولكن المشرع أخذ بعين الاعتبار خطأ المتضرر، أو جسامته خطأ المسؤول في بعض الحالات عند تقدير التعويض (4)، بل أكثر من ذلك يرى البعض أن للقاضي الحق في حالات من الضرر الناتج عن الغش أو الخطأ الجسيم أو عن الفعل العمدي أن يلزم المسؤول بدفع مبلغ من المال يفوق الضرر (5).
والتقدير الموضوعي الذي يقوم به القاضي، يفرض أننا أمام قاعدة قانونية، ومجموع وقائع يدعى أنه صالح لأعمال هذه القاعدة عليه (6)، والقاضي يقوم بعملية تفتيت المعيار العام الوارد بهذه القاعدة وتحويله مرة ثانية إلى عناصره الواقعية، وذلك عن طريق قيامه بالبحث عن مدى توافر أو عدم توافر المعيار

(1) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 156.

(2) تنص المادة 592 مدني جزائري إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع لديه أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله، وإذا كانت الوديعة بأجر فيجب دوماً أن يبذل في حفظها عناية الرجل المعتاد.

وتنص المادة 599 يكون أصحاب الفنادق والنزل ومن يماثلهم من الأشخاص مسؤولون عن الأشياء التي يودعها عندهم المسافرون والنزلاء الذين ينزلون عندهم مع وجوب المحافظة عليها، إلا إذا أثبتوا أن أسباب الضياع كانت طارئة أو حصلت في ظروف قاهرة أو بسبب خطأ المودع أو لعيب في الشيء المودع، وكذلك يكونون مسؤولين سواء عن السرقة أو الضرر الذي لحق أمتعة المسافرين والنزلاء، أو السرقة التي تقع بسبب تابعيه أو بسبب المترددين عن الفندق.

وتنص المادة 600 لا يكون أصحاب الفنادق والنزل ومن يماثلهم من الأشخاص مسؤولين عن السرقات التي ترتكب إما بالتهديد بالسلاح أو كانت ناتجة عن ظروف أخرى طارئة.

(3) إسماعيل ورامي، مرجع سابق، ص 127.

(4) د/محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني دراسة تحليلية تركيبية مقارنة بمنشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2009، ط 1، ص 235.

(5) تنص المادة 185 من القانون المدني الجزائري: (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً).

(6) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 155، د/حاتم موسى بكار، مرجع سابق، ص 113-

الموضوعي في وقائع النزاع⁽¹⁾.

إن ينحصر معيار التقدير الموضوعي في الرجوع إلى نموذج عام مجرد لا نقائص فيه ولا خصوصيات ذات صلة بأشخاص الخصوم، وينفرد القاضي باستخلاص هذا المعيار من خلال ما لديه من مواجهات عامة بغية الوصول إلى نتيجة من شأنها أعمال القانون لحسم النزاع⁽²⁾.

والقاضي في فهمه للمعيار المجرد الذي يحدده المشرع لاشك في أنه يقوم بعملية ذهنية تقديرية، تتأثر بكفاءة القاضي ودرجة ذكائه ومقدار علمه وخبرته، وهو في بحثه عن المعايير الكامنة في القواعد القانونية، يبحث في فرض هذه القواعد، لأن المعيار المجرد أساس التقدير الموضوعي يوجد في هذا العنصر من عناصر القاعدة القانونية، وفهم هذا المعيار لن يتم إلا عن طريق تقدير يقوم به القاضي لكافة الفروض التي يواجهها المشرع بهذا المعيار المجرد⁽³⁾.

فصحة عملية التقدير الموضوعي ترتبط أشد الارتباط بسلامة النشاط الذي يقوم به القاضي، سواء ما تعلق منه بالواقع أو ما تعلق بالقانون⁽⁴⁾، لأنه داخل هذا الواقع وذلك القانون يوجد معيار عام نموذجي يجب على القاضي أن يصل إليه لكي يطبق القانون، وأيا كانت تركيبة الذهنية المنطقية التي يتبعها القاضي في تقديره الموضوعي بمادة نشاطه⁽⁵⁾، وأيا كان شكل الاستدلال الذي يقوم به⁽⁶⁾.

(1) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 167.

(2) السنهوري، الوجيز في نظرية الالتزام بوجه عام، بدون ذكر اسم ناشر، القاهرة، 1966، ص 555.

(3) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 170.

(4) إسماعيل ورامي، الحقيقة التقديرية، مرجع سابق، ص 129.

(5) يسلك القاضي بصدد الوصول إلى تقدير موضوعي لمحور نشاطه أحد اتجاهين منطقيين، المنطق الصوري ويعني عملية قياس عقلي تقديري يقوم به القاضي، ويقضي إلى تحقيق النتائج إذا وجدت مقدماتها، والمنطق المادي وهو الملاحظة التجربة وتحليل الموضوعات التي تقدم لنا تحليلاً يستخرج عناصرها أولاً من أجل إمكان تركيبها من جديد. ينظر: حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق، ص 117 وما بعدها، أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 2013 مرجع سابق روجيه بيرو، مرجع سابق، ص 42 (هامش).

(6) الاستدلال هو تسلسل عدة أحكام مترتبة بعضها على بعض بحيث يكون الأخير منها متوقفاً على الأول اضطراراً، إذن هو عمل ذهني مؤلف من أحكام متتابعة، إذا وضعت لزم عنها بذاتها حكم آخر غيرها، وهذا الحكم لا يكون صادقاً إلا إذا كانت مقدماته صادقة. ينظر: روجيه بيرو، مرجع سابق، ص 11 هامش (1). والاستدلال كوسيلة للمعرفة ينقسم إلى الاستنتاج ويقابله القياس وهو عملية استدلال كبرى لا تكبر نتيجته على المقدمات التي يتكون منها بحيث يكون النتيجة مساوية للمقدمة أو أقل منها، والاستقراء ومقتضاه

وهذه تختلف باختلاف القضاة وباختلاف ما يوجد بينهم من فروق فردية⁽¹⁾، وهذا يؤدي إلى تغيير وجه الحقيقة، لأن نتيجة الإجراءات تتوقف إلى حد ما على تقدير القاضي، ويظهر عمليا كيف يتأثر نتيجة العمل القضائي شكلا ومضمونا باختلاف شخص القاضي وكفاءته وأسلوبه في العمل⁽²⁾، وهذا أمر غير مرغوب فيه لأن القاضي هو الناطق بالقانون، وأن تطبيق القاضي لحكم القانون هو تجسيد حي لهذا القانون، ومن قضاؤه يخرج التشريع السليم، ولا بد له من الوزن مما هو مطروح أمامه بالذات وبالفعل، لذلك فعلى القاضي وهو يسر القانون بعيدا نوعا ما عن القانون أن ينقي الحق مما يشوبه وأن يخرج بين يديه حقا نقيًا طاهرا وأن لا يقضي به لمن يدعيه إلا إذا سلم من كل عيب يعيبه أو شائبة تشوبه وينطق به نطقا فصيحًا لا يعيبه عيب لأنه دائما هو في ميدان القانون، وأن وظيفته تتطلب أن يكشف المراكز التي يراها القانون، ولكن هذا الاختلاف يفضي أحيانا إلى حلول ظالمة⁽³⁾، لذلك إن صح أن يكون القانون لازما فإنه مما يتعين أن يكون أصح في الوجوب أن يكون هناك قاض له من مزايا التقدير الموضوعي، والوزن الثقافي مما يؤمن معه تقديره⁽⁴⁾.

ومع ذلك فهناك مسافة لا يمكن تجاوزها بين هذه الغاية والوسيلة المستخدمة للوصول إليها وهي إرادة القاضي⁽⁵⁾ وذلك لأن نطاق أو مدى السلطة التقديرية التي

استخلاص قضية كلية من أكثر من كليتين، واستخلاص القواعد العامة من الأحكام الجزئية، ومن ثم تكون النتيجة أكبر من المقدمة، بيد أنه في الحقل القضائي يسود الاعتماد على السبيل الأول من سبل الاستدلال أي الاستنتاج وبصفة خاصة في ميدان القرائن القضائية حيث يستخلص حكم شيء مجهول من آخر معلوم لاتفاقيهما في العلة أو لوجود واسطة سببية بينهما. نقلا عن: إسماعيل ورامي، الحقيقة التقديرية، مرجع سابق، ص 129-130 هامش 3.

- (1) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 167.
- (2) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 169، حاتم حسن بكار، مرجع سابق، ص 22.
- (3) روجيه بيرو، مرجع سابق، ص 40، حاتم حسن موسى بكار، ص 122.
- (4) لذلك إن المرء في المجتمعات القديمة يثق في العادة بالقاضي ذي السمعة الطيبة أكثر من ثقته بالنظام القضائي، ولكن يبدو الإنسان في العصر الحديث -وكما يرى البعض- ميالا كرد فعل على هذا التقليد القديم إلى ثقة بحكم القانون أكثر من الثقة بحكم البشر على أساس أن الأنظمة الشرعية والقضائية المتطورة جدا توفر في الغالب معيارا للعدل أكثر موضوعية من استقامة الإنسان والقاضي الذي يشرف على عمليات تطبيق العدل. د/مجيد خدوري، مفهوم العدل في الإسلام، ترجمة دار الحصاد، دار الحصاد للنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 1998، ط 1، ص 172.

- (5) د/وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، مرجع سابق، ص 355.

يتمتع بها القاضي لا يجب أن يحجب عنه دور شخصية القاضي في أعمال التقدير الموضوعي، فعلى ضوء هذا الفهم الذي يتصوره القاضي لنموذج القاعدة القانونية وعلى ضوء فهم الواقع يمكن أعمال التقدير الموضوعي مروراً بنشاط القاضي الذهني⁽¹⁾.

إذن فإن التقدير الموضوعي يرتبط بالوضع الظاهر وبالنية الظاهرة للفرد العام المعتبر أساس النموذج المجرد، وينتصر مصلحة الجماعة، ويضحي بمصلحة الفرد⁽²⁾، وذلك لأن الشخص الذي هو دون المستوى العادي من الفطنة واليقظة إذا أخذ بهذا المعيار كان عليه أن يتحمل تبعه نشاطه فيما ينزل فيه من المستوى العادي، وهذه التبعة إذا كانت تعد خطأ بالنسبة للمعيار الموضوعي، فهي لا تقوم على أي خطأ بالنسبة للمعيار الذاتي⁽³⁾.

لذا ومن خلال كل تقدم يتضح لنا بأن التقدير الموضوعي يعني أن القاضي لا يجري تقديره بالنظر إلى الشخص ذاته أو ظروفه الخاصة، وإنما يجري تقديره بالنظر إلى المسلك المألوف للشخص المعتاد⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: معنى التقدير الشخصي: يقصد بالتقدير الشخصي أن القاضي

(1) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 171، روجيه بيرو، مرجع سابق، ص 49 وما بعدها، وهذا ما يقتضي استقلال السلطة القضائية المتمثلة بالمحاكم بما يتضمن توفير حرية التقدير للقضاة، ودون سلطان عليهم في ذلك لغير القانون وضماؤهم، وتعني الدساتير عادة بالنص على هذا الاستقلال. ينظر: المادة (1/19) من الدستور العراقي الحالي. للتفاصيل د/ياسين عمر يوسف، استقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والإسلامي، دار مكتبة الهلال، بيروت-لبنان، 1995، ط 1، ص 385، سيبان جميل مصطفى الا تروشي، مبدأ استقلال القضاء، رسالة ماجستير تقدمت بها إلى مجلس كلية القانون، جامعة الموصل، 2003، ص 32 (غير منشورة).

(2) السنهوري، الوجيز، مرجع سابق، ص 314 وما بعدها، ولنقص المؤلف الوسيط، ج 1، مرجع سابق، ص 94. لأن تقدير القاضي إذ يواجه مصلحتين المصلحة العامة من الناحية بما تستلزمه من حماية الثقة المشروعة في أنماط السلوك الشخصي، ومصلحة الأفراد وما تتطلبه من حماية حقوقهم وصون حريتهم بما لا تعارض فيه مع المصالح العليا للمجتمع، ولئن كانت قواعد السلوك تستهدف الاستقرار عند نقطة يحصل عندها التوازن بين هاتين المصلحتين، ومن ثم يكون اختيار القاضي للتقدير الموضوعي دون التقدير منطويًا على تضحية بالمصلحة الفردية، قد يكون لها ما يبررها في واقع الحال والقاضي ملزم ببيان السبب. ينظر: د/حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق، ص 115.

(3) د/السنهوري، الوسيط، ج 1، مرجع سابق، ص 782، د/عادل جبيري محمد حبيب، مرجع سابق، ص 187.

(4) إسماعيل هه ورامي، الحقيقة التقديرية، دار الكتب القانونية، مصر، الإمارات، ط 2012، ص 125 وما بعدها.

يأخذ في اعتباره العناصر الذاتية للصيقة بشخص الخصم ولا يترك منها شيئاً، أي النظر إلى ذات الشخص الذي صدر منه الفعل وسلوكه المعتاد، وليس سلوك شخص عام مجرد كما في التقدير الموضوعي، ويتجرد من الظروف والملابسات الخارجية، ولا يعتد إلا بفحص سلوكه الذاتي وبأخذه في الاعتبار لأنه ذو تأثير كبير على النتيجة التي يتوصل إليها القاضي عند أعماله لسلطته التقديرية⁽¹⁾، فمثلاً التقدير الشخصي للانحراف عن السلوك، يراد به النظر إلى ذات الشخص الذي وقع منه الفعل الضار لمعرفة ما إذا كان فعله يعد تعدياً، أو بتعبير آخر البحث عما إذا كان الفعل الضار الذي وقع منه يعد بالنسبة إليه انحرافاً في السلوك⁽²⁾، سواء تم التقدير عن طريق فحص ضمير ووجدان الفاعل حيث لن يكون هناك انحراف في السلوك طالما كان من طبائعه واعتياده أن يتصرف ويسلك المسلك نفسه الذي اتخذه، أو تم التقدير عن طريق الحكم على سلوك الفاعل من خلال شخصه وما كان ينتظر منه هذا السلوك أم لا⁽³⁾، وهذا التقدير يبدو منطقياً وعادلاً، لما يقيس كل شخص بمدى فطنته ويقظته وما يتمتع به من حرية وإدراك⁽⁴⁾.

وهذا التقدير إذ يستند على البحث عن العناصر الذاتية التي تحكم سلوك الشخص وبهدف التوصل إلى الحقيقة الذاتية للسلوك محل الاعتبار⁽⁵⁾، إلا أن لها خطورتها من حيث الدقة في التقدير والصعوبة في الوزن⁽⁶⁾، لأنه يدخل ضمن عوامل التقدير شيء معنوي داخلي، وهو تحديد خطأ الفاعل⁽⁷⁾، ويؤدي أحياناً إلى نتائج غير عادلة بالنسبة للمضروب، فهو يعتد بالقدرات والصفات الشخصية التي قد تتوافر لدى شخص، ولا تتوافر لدى شخص آخر، والنتيجة أن الفعل أو السلوك يعد انحرافاً، وبالتالي خطأ بالنسبة لشخص، وقد لا يكون كذلك بالنسبة لآخر⁽⁸⁾.

(1) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 197 وما بعدها، د/عادل جبيري محمد حبيب، مرجع سابق، ص 186.

(2) د/عبد المجيد الحكيم وآخرون، مرجع سابق، ص 215، السنهوري، الوسيط، ج 1، مرجع سابق، ص 779.

(3) د/عادل جبيري محمد حبيب، مرجع سابق، ص 187.

(4) د/السنهوري، الوسيط، ج 1، مرجع سابق، ص 782، د/عادل جبيري محمد حبيب، مرجع سابق، ص 189.

(5) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 201.

(6) د/عبد السلام ذهني بك، مرجع سابق، ص 10.

(7) علي أبو الفتوح باشا، خواطر في القضاء والاقتصاد والاجتماع، مطبعة المعارف، مصر، 1913، ص 43.

(8) وتطبيقاً لذلك لو أن طبيباً قليل الخبرة تسبب في وفاة أحد مرضاه أثناء علاجه، فقد لا

لذلك يرى البعض⁽¹⁾ أن هذا التقدير ينطوي على عييين أولهما يتطلب نسبة الا نحراف في السلوك إلى صاحبه وهذا يتطلب كشف ما فيه من يقظة وهذا أمر خفي يختلف باختلاف الأشخاص، لذا فلا يصلح أن يكون مقياسا منطقيًا وافيًا بالغرض، وثانيهما أنه مجحف بحق من المضرور والفاعل الشديد اليقظة في كثير من الأحوال، بل أكثر من ذلك فهناك من يرى⁽²⁾ أن الأخذ بالتقدير الشخصي يقضي إلى اضطراب الحياة القانونية، تأسيسا على أن ما يصاحبه من البحث في النوايا و البواعث يؤدي بمصلحة الاستقرار الاجتماعي بصدد تغليب المصلحة الفردية، ولكن يخفف من ذلك أنه في الغالب الأعم من الحالات لا يوجد تقدير شخصي بحت ولا تقدير موضوعي بحت، بل إن التقدير القضائي يحتوي على عناصر مشتركة من التقدير الموضوعي والتقدير الشخصي⁽³⁾.

والنشاط الذهني الذي يبذله القاضي في فهم الواقع والقانون هو أول عنصر من عناصر التقدير الشخصي، لأن هذا النشاط هو وسيلة الحصول على التقدير سواء كان موضوعيا أو شخصيا، ومع ذلك فليس هذا النشاط هو بعينه ذات التقدير الشخصي، بل هو الإطار الذي يحتوي على نوعي التقدير ولكنه ليس هو عين التقدير الذاتي أو الموضوعي⁽⁴⁾.

يمكننا بتحليل مسلكه وإن نسب إليه تقصيرا أو إهمالا، لاعتمادنا على درجة فطنته وإدراكه، فهو قد فعل كل ما في وسعه، وإنما إمكاناته وقدرته محدودة، وأعمالا للتقدير الذاتي لا يكون هذا الطبيب مخطئا، بينما لو قام طبيب آخر متوسط الخبرة والذكاء بنفس العمل، لما حدثت تلك النتيجة الضارة، وإذا حدثت قامت المسؤولية.

(1) د/السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص780، د/عبد المجيد الحكيم وآخرون، مرجع سابق، ص215-216.

(2) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص201، ولنفس المؤلف النظرية العامة للطعن بالنقض، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980، ص201. ولكن هذا الاتجاه محل النظر، لأن البحث عن ذاتية الشخص والعوامل المتفاعلة واللييقة بشخصه والتي قادت إلى الولوج في الخطأ، قد تكون ناتجة عن المجتمع نفسه نتيجة اضطراب الحياة المعيشية أو انتشار البطالة وشيوع الفقر. ينظر: حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق، ص133.

(3) مثال ذلك في أحوال الإكراه كعيب من عيوب الرضا، فإنه يجب النظر إلى وسائل الإكراه بحيث تهدد بخطر جسيم محقق وهذا معيار موضوعي، مع الأخذ في الاعتبار ظروف السن والجنس والثقافة وظروف التعاقد والرهبنة التي يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد وهذه العناصر تعتبر في صحيح النظر مجرد عناصر أو ظروف شخصية لصيقة بشخص المراد حمايتها. للتفاصيل ينظر: المستشار أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ط1، ص195 وما بعدها.

(4) لأن القاضي عند طرح النزاع عليه يقوم بعملية تقديرية تمهيدا لإعطائه وصفا قانونيا - كما

لذلك فيقصد بالتقدير الشخصي في نطاق المسائل القانونية، قيام القاضي بتقدير المصلحة المقصودة بالحماية في هذه المسائل، وبالتالي لا يقصد بمصطلح التقدير الشخصي كيفية فهم القاضي لمسائل القانون، ولا كيفية تفسيره لهذه المسائل، فكل هذا يعد مجرد نشاط ذهني الهدف منه هو التوصل إلى مضمون المصلحة التي تحميها القاعدة القانونية⁽¹⁾.

وتقدير طبيعة المصلحة في القاعدة القانونية يتم بمعرفة القاضي، وهذا التقدير يتم وفقا لقواعد التفسير التشريعي المعروفة⁽²⁾، وبمناسبة هذا التقدير فإن القاضي يعمل على نشاطه الذهني في فهم المصلحة التي يريد المشرع حمايتها⁽³⁾.

أي أن القاضي من خلال سلطته التقديرية يرجح مصلحة على أخرى ومن خلا ل سلطته التقديرية يرجح مصلحة على أخرى ومن خلال طبيعة المصلحة يتخذ نوعية التقدير⁽⁴⁾، فإذا ما توصل القاضي إلى اعتبار أن مصلحة محل الحماية هي المصلحة العامة، فإن تقدير مضمون القاعدة القانونية سوف يكون تقديرا موضوعيا ، أما إذا خلص القاضي إلى عد المصلحة محل الحماية القانونية هي مصلحة خاصة بشخص يريد القانون كفالة حمايته فإن تقدير مضمون القاعدة سوف يتم بطريقة ذاتية وشخصية⁽⁵⁾.

ويقصد بالتقدير الشخصي في نطاق الوقائع أن القاضي يتعين عليه أن يقوم باستخلاص مدى توافر أو عدم توافر المصلحة محل الحماية في هذا المجموع

سبق القول- وعند اختيار القاعدة القانونية الواجبة التطبيق فإنه يختار قواعد معينة يراها في زمن أول محتملة التطبيق على النزاع واحتمال تطبيق هذا يدخله عنصر تقديره، لأن ما قد يراه القاضي محتمل التطبيق قد يراه القاضي آخر وفقا لسلطته التقديرية غير محتملة التطبيق. ينظر: د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 206 وما بعدها.

- (1) د/نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 210.
- (2) ويقصد بالتفسير المتطور أن تفسر النصوص القانونية تفسيراً يتلاءم مع مضمونها مع التغييرات التي تطرأ على ظروف الحياة التي وضعت من أجلها تلك النصوص وكذلك يجب أن يراعي القاضي الحكمة من التشريع التي تظهر في تطبيق القانون لا تلك الحكمة التي تصورها المشرع عند وضعه النص القانوني. ينظر: د/عباس عبودي، مدى سلطة القاضي المدني في تفسير المتطور للقانون، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية القانون، جامعة الموصل، العدد الثامن، آذار 2000، ص 44، نقلا عن إسماعيل ورامي الحقيقة التقديرية، مرجع سابق، ص 136 هامش 3.
- (3) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 205.
- (4) حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق، ص 135.
- (5) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 205.

الواقعي، ويتم ذلك بقيامه ببحث المركز الواقعي المتنازع عليه ليرى ما إذا كانت المصلحة المراد حمايتها متوافرة فيه، أم غير متوافرة، وما إذا كانت مصلحة عامة، أم خاصة⁽¹⁾، ومن المسلم به أن القاضي في هذا الإطار يلتزم بالقيود العامة التي تحكم وظيفته، وينبني على ذلك أن لا يجرى تعديلا في مجموع الوقائع من تلقاء نفسه، أو يعتمد على واقعة لم يطرحها عليه الخصوم، أو لم نقدم إليه على نحو صحيح⁽²⁾.

وتتوقف سلامة أو عدم سلامة التقدير الشخصي الذي يقوم به القاضي على مدى نجاحه في استخلاص المصلحة محل الحماية القانونية من القاعدة القانونية ومن مجموع الوقائع المطروحة عليه، ويتم ذلك تحت إشراف ورقابة المحكمة العليا عن طريق الرقابة التي تفرضها هذه المحكمة على المصادر التي استمد منها القاضي سلطته التقديرية⁽³⁾، وذلك لعدم وجود معيار حاسم يعتبر دالا على صحة أو عدم صحة التقدير القاضي، حتى بعد صدور الحكم ومروره بكافة طرق الطعن، لأن قاضي الطعن على فرض أنه هو أيضا قاضي موضوع -مثل قاضي الاستئناف- يباشر هو أيضا سلطة تقديرية، فهو يقدر ما سبق تقديره، وتثور بالنسبة له أيضا مسألة البحث عن معيار لصحة أو عدم صحة ما يقوم به من تقديرات، أما قاضي الطعن الذي لا يعتبر قاضي موضوع -كقاضي المحكمة العليا- فهي لا تراقب أيضا سلطة القاضي التقديرية بطريقة مباشرة وإنما تراقب هذه السلطة بطريقة غير مباشرة عن طريق مراقبة مصادر الحصول على عناصر التقدير الذي قام به القاضي⁽⁴⁾، لأن القاضي في إصداره الحكم لا يجب عليه فقط مراعاة مقتضيات صحته كعمل قانوني، بل إنه بهذا الحكم يطبق إرادة القانون في نزاع معين، فإذا أخطأ في هذا التقدير، فإن هذا الخطأ يعبر عنه في الاصطلاح القانوني بالخطأ في التقدير، وهو يتوافر في كل الحالات التي يخطئ فيها القاضي في تطبيق القانون سواء تعلق الأمر بخطأ في الواقع أو بخطأ في القانون⁽⁵⁾.

إذن القاضي الموضوعي وبما يملك من حرية التقدير هو خير من يوزع العدالة بالقدر الذي تتم عنه الخصومة في ماديتها ومعنوياتها وبالقدر الذي توحى به ضرورات الحياة⁽⁶⁾، وإن خاف على قضائه من الانهيار في التمييز، فإن لديه ما

(1) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 217.

(2) حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق، ص 135.

(3) حاتم حسن موسى بكار، المرجع السابق، ص 136.

(4) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 172-223.

(5) حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق، ص 124.

(6) إسماعيل ورامي، الحقيقة التقديرية، دار الكتب القانونية، مصر، الإمارات، ط 2012، ص

يتوافر من وسائل المهارة في صيغ قضاؤه بصيغة موضوعية يفلت معها من تحكم التمييز في قضاؤها⁽¹⁾.

لذلك يرى فريق من الشراح⁽²⁾ أن التقدير الموضوعي لعنصر من عناصر الواقع يقتضي أن نجرده من كل ما يتصف بالشخصية، وهذا قد يدفع في التطبيق إلى حدود غير واضحة وغير محددة، بحيث تصبح الموضوعية استغراقا في التصور النظري لما لا يمكن إدراكه، ومعنى هذا أنه قد يغالى في استخدام المعيار الموضوعي إلى درجة أن يصبح الاستغراق في الموضوعية مرادفا للتجرد والبعد عن الواقع، وفي المقابل فإن المعيار الذاتي، لا ينطوي على مثل هذا الخطر، لأنه لا ينطبق إلا على عناصر الواقع واضحة الحدود والمعالم، وإن اتصفت بالذاتية، ولكن في الواقع فإن تفضيل معيار على آخر في التطبيق، ليس مسألة اختيار عقلي محض، وإنما يرتبط الأمر باعتبارات جوهرية لا تنفصل عن الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها السياسة التشريعية⁽³⁾، لذلك فإن الكثرة الغالبة من المعايير التي أخذ بها المشرع هي معايير موضوعية لا ذاتية، وذلك لإيجاد نوع من التعادل بين التطور والاستقرار⁽⁴⁾، وعلى حد تعبير السنهوري: لأن المعيار الموضوعي من حيث هو معيار عامل للتطور، ومن حيث هو موضوعي عامل للاستقرار⁽⁵⁾.

وبناء على ذلك فإذا احتوت القواعد القانونية على إشارات أو معطيات مباشرة تنصب على الحقائق الإنسانية، فإن ذلك يدل على أن الجهد التقديرى الذي سيقوم به القاضي لأعماله على الواقع سوف يركز على المعيار الذاتي أو الشخصي، وعكس ذلك حينما تحتوى القواعد القانونية على معايير عامة تأخذ في حسابها الإشارة إلى قواعد أو معايير مجردة، فإن التقدير في مثل هذه الحالات سوف يكون تقديرا موضوعيا⁽⁶⁾.

133 وما بعدها.

- (1) د/عبد السلام ذهني بك، مرجع سابق، ص 23-24.
- (2) د/عادل جبري محمد حبيب، مرجع سابق، ص 209-210.
- (3) د/عادل جبري محمد حبيب، المرجع السابق، ص 210.
- (4) إسماعيل ورامي، الحقيقة التقديرية، مرجع سابق، ص 139-140.
- (5) د/السنهوري، الوسيط، ج 1، مرجع سابق، ص 93 وما بعدها.
- (6) د/نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 200.

المبحث السادس

ضوابط السلطة التقديرية في الإجراءات القضائية في الفقه الإسلامي

يقوم القاضي بإعمال سلطته التقديرية للفصل في الدعوى في مجالين، أحدهما موضوعي والآخر إجرائي، ولا تخفى أهمية الناحية الإجرائية في الدعوى حتى يتوصل القاضي إلى حقيقة وفهم الواقعة المعروضة عليه.

لذلك نبحت في الضوابط الإجرائية سواء كانت مما لا بد من توافره قبل الفصل في الدعوى، أو ما هو لازم بعد الفصل في الدعوى، وهوما يتعلق بطرق تنفيذ الأحكام القضائية، ونقتصر على دراسة الشطر الأول.

المطلب الأول: مبدأ علانية الجلسات: من المبادئ الأساسية المقررة في الفقه الإسلامي، أن تكون جلسات المحاكم علنية، وذلك بأن يسمح لمن يرغب من الناس حضور مجلس الحكم ومشاهدة ما يدور فيه من حوار بين الخصوم، واستماع لأقوال الشهود، وهذه العلانية للجلسات تكفل الرأي العام مراقبة أعمال القضاة، وذلك بالتعرف على حقيقة الواقعة المعروضة والدفاع والحكم عليها، فيكون الرأي العام حارس قوى للعدالة فيؤدي إلى ازدياد الثقة به، واطمئنان نفوس المتقاضين، كما أنها تكسب القضاة الثقة والاحترام لما يراه الناس من الحيدة الكاملة والنزاهة

التامة في إدارة الجلسات، وهذه يؤدي بالقضية إلى بذل ما في وسعهم لتحقيق العدالة على أكمل وجه⁽¹⁾، ونجد أن ذلك واضحاً في أقوال الفقهاء فيصرح ابن فرحون بذلك حيث يقول: ولا يساررهما جميعاً، فإن ذلك يجزئهما عليه، ويطعمهما فيه، وما جر إلى التهاون بحدود الله تعالى فممنوع، لأن الحكم لا يكون إلا بالإعلان⁽²⁾ وصرح أيضاً الإمام الشافعي بأن الحكم لا يكون إلا علانية⁽³⁾، ولهذا ينبغي أن نستعرض أقوال الفقهاء لنرى موقفهم جلياً في هذا الضابط:

الفرع الأول: اتخاذ المساجد والأماكن العامة مجلساً للقضاء: وتحدث عن هذه المسألة بالقدر الذي يفيد في مدى علاقتها باستعمال القاضي للسلطة التقديرية، وننقل ما جاء على لسان كبار الفقهاء فيها:

جاء في معين الحكام: أن يجلس للحكم في المسجد مستقبل القبلة، لأن الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المسجد لفصل الخصومات، ولأن القضاء في المسجد أنفي للتهمة عن القاضي وأسهل للناس للدخول عليه، فأجدر ألا يحجب عنه أحد، وأما المشرك، فالنجاسة في اعتقاده لا على ظاهر بدنه فلا يصيب الأرض منه شيء والحائض مسلمة، فالظاهر أنها تحترز عن دخول المسجد في حالة الحيض وتخبر أنها حائض فإذا أخبرت القاضي لا يكلفها دخول المسجد لكن يخرج إليها أو يأتي إلى باب المسجد فينظر في خصومتها، كما لو وقعت الخصومة في الدابة فإنه لا يمكنه إحضارها في المسجد لكن يخرج القاضي لسماع الدعوى و الشهادة من الشهود والإشارة إليها فكذا هذا وقال أبو حذيفة رحمه الله: ينبغي للقاضي أن يجلس للحكم في المسجد الجامع،... للخصوم الغرباء وأهل البلدة و المسجد الجامع أشهر المواضع ولا يخفي ذلك على أحد⁽⁴⁾.

جاء في منح الجليل: وجلس القاضي به -أي المسجد- للقضاء فيه للإمام م الك رضي الله تعالى عنه: القضاء في المسجد من الحق وهو من الأمر القديم... وتصل إليه المرأة والضعيف، وإن احتجب فلا يصل إليه الناس.

وروي ابن حبيب: يجلس -أي القاضي- برحاب المسجد خارجاً عنه، قال اللخمي: هذا أحسن، لقوله صلى الله عليه وسلم: "جنبوا مساجدكم رفع أصواتكم وخصوماتكم"⁽⁵⁾.

(1) الشحات إبراهيم محمد منصور، الضوابط التي تحكم فتوى المفتي وقضاء القاضي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط 2011، ص 400.

(2) تبصرة الحكام لابن فرحون، ج 1، ص 41.

(3) الأم للإمام الشافعي، ج 6، ص 199.

(4) معين الحكام، ص 18، المبسوط، ج 16، ص 81، الاختبار، ج 2، ص 85، فتح القدير، ج 6، ص 369، البدائع ج 9، ص 4103.

(5) السنن الكبرى، ج 10، ص 103، نيل الأوطار، ج 8، ص 278، سنن ابن ماجه، ج 2، ص 267، ق

قال ابن عرفة: باستحباب جلوسه بالمسجد أو برحابه خارجا عنه⁽¹⁾.
 جاء في الروضة: ويستحب ألا يتخذ المسجد مجلسا للقضاء، فإن اتخذ كره
 على الأصح، لأنه ينزه عن رفع الأصوات وحضور الحيض والكفار والمجانين
 وغيرهم ممن يحضر مجلس القضاء، والثاني لا يكره كما لا يكره الجلوس فيه
 لتعليم القرآن وسائر العلوم والإفتاء، وإذا أثبتنا الكراهة فهي في إقامة الحد أشد
 وكراهة اتخاذه مجلسا للقضاء كراهة تنزيهه، فإن ارتكابها لم يكن الخصوم من الا
 اجتماع فيه والمشاتمة ونحوها، بل يقعدون خارجه وينصب من يدخل خصمين،
 ولو اتفقت قضية أو قضايا وقت حضوره في المسجد لصلاة أو غيرها فلا
 بأس بفصلها وإذا جلس للقضاء ولا زحمة كره أن يتخذ حاجبا على الأصح⁽²⁾.

جاء في المغني: ويستحب أن يجعله - أي القضاء - في موضع بارز للناس
 فسيح كالرحبة والقضاء الواسع أو الجامع، ولا يكره القضاء في المساجد، فعل ذلك
 شريح والحسن الشعبي وغيرهم أنهم كانوا يقضون في المسجد، وقال مالك:
 القضاء في المسجد من أمور الناس القديم: وبه قال مالك وإسحاق وابن منذر،
 وقال الشافعي: يكره ذلك إلا إذا اتفق خصمان عنده في المسجد، لما روي أن عمر
 كتب إلى القاسم بن عبد الرحمن: ألا تقضي في المسجد لأنه تأتيك الحائض و
 الجنب⁽³⁾ ولأن الحاكم يأتيه الحائض والجنب وتكثر غاشيته ويجري بينهم اللفظ و
 التكاذب والتجاهد، وربما أدى إلى السب، وما لم تبين له المساجد⁽⁴⁾.

جاء في كتاب النيل: ولا يقضى في المسجد ولا يحكم فيه، وقيل يستحب،
 وقضى رسول الله ﷺ في المسجد وكرهناه بعده، لأن الناس على عهد ﷺ في أدب
 ، ومن لم يتأدب أدب، فيتأدب طوعا أو كرها، وكذا زمان الخلفاء، وقد قال ﷺ
 "جنبوا مساجدكم رفع أصواتكم"⁽⁵⁾ ولتصل إليه الحائض والنفساء والمشارك

ال صاحب السنن الكبرى روي الحديث عن معاذ مرفوعا وليس بصحيح.

(1) منح الجليل، ج 8، ص 287-288، المنتقى، ج 5، ص 184، حاشية الدسوقي، ج 4، ص 137،

قوانين الأحكام الشرعية 303 مواهب الجليل، ج 6، ص 114، الزرقاني، ج 7، ص 1314.

(2) الروضة، ج 11، ص 138-139، مغني المحتاج، ج 4، ص 390-391، المذهب، ج 2، ص 293،

مختصر المزني بهامش الأم، ج 5، ص 241، المحلى على المنهاج، ج 4، ص 302، قليوبي، ج

4، ص 302، عميرة على المنهاج، ج 4، ص 302.

(3) المغني، ج 9، ص 45، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج 4، ص 443، كشاف القناع، ج 6، ص

312، السنن الكبرى، ج 10، ص 103.

(4) أنظر المراجع السابقة.

(5) الحديث: السنن الكبرى، ج 10، ص 103، وقال روى عن معاذ مرفوعا وليس بصحيح نيل الأ

وطار، ج 8، ص 278.

وأصحاب العلل⁽¹⁾.

وجاء في شرائع الإسلام: والآداب المكروهة أن يجعل المسجد مجلسا للقضاء دائما، ولا يكره لو اتفق نادرا وقيل لا يكره مطلقا التفاتا إلى ما عرف من قضاء علي عليه السلام بجامع الكوفة⁽²⁾.

آراء الفقهاء في اتخاذ المسجد مكانا للقضاء:

اختلف الفقهاء إلى رأيين في مسألة اتخاذ المسجد مكانا للقضاء:

الأول: صحة اتخاذ المسجد مكانا للقضاء، بل يستحب أن يكون في المسجد الجامع وهو للحنفية والمالكية والحنابلة والصحيح عند الشافعية والإباضية.

الثاني: كراهة اتخاذ المساجد أماكن لفصل الخصومات وهو للإمامية والأصح عند الشافعية والإباضية.

أدلة الجمهور: استدلال جمهور الفقهاء على مذهبهم بالأدلة الآتية:

1- فعل الرسول ﷺ فقد روي: أنه ﷺ كان يقضي بين الناس في مسجده⁽³⁾.
2- إجماع الصحابة على فصلهم الخصومات للناس في المساجد، قال ابن قدامة: ولنا إجماع الصحابة بما قد روينا عنهم، وقال الشعبي: رأيت عمر مستندا إلى القبلة يقضي بين الناس⁽⁴⁾.

3- إن القضاء قرابة وطاعة وإنصاف بين الناس فلم يكره في المسجد⁽⁵⁾.

أدلة المخالفين: استدلال من ذهب إلى القول بكراهة القضاء في المسجد بما يأتي:

1- قوله ﷺ "جنبوا مساجدكم رفع أصواتكم وخصوماتكم"⁽⁶⁾ فالحديث يدل بمنطوقه على أنه لا ينبغي اتخاذ المساجد أمكنة لفصل الخصومات بين الناس.
2- إن المساجد للعبادة ولم تجعل لفصل الخصومات بين الناس.

(1) كتاب النيل، ج13، ص13-14.

(2) شرائع الإسلام، ص207.

(3) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج16، ص276-277 مطبعة الحلبي بمصر.

(4) الشرح الكبير، لابن قدامة، ج11، ص397.

(5) المبسوط، ج16، ص81-82، فتح القدير، ج6، ص369، المنتقى، ج5، ص184، المغني، ج9، ص45-46.

(6) رواه ابن الجوزي ثم قال: "حيث لا يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أحمد بن حنبل العلاء ليس بشيء وقال البخاري منكر الحديث وقال ابن حبان يروي الموضوعات عن الأثبات" العلل المتناهية، ج1، ص403.

وقال الحافظ: "الحديث ضعيف" فتح الباري، ج1، ص549.

3- إن فصل الخصومات في المساجد، وهو ما ينبغي صيانة المساجد عنه (1).
مناقشة الأدلة:

أما عن الحديث، فقد روى عن كعب بن مالك أنه قال: تقاضيت ابن أبي حردر دينا في المسجد حتى ارتفعت أصواتنا، فخرج النبي ﷺ، فأشار إلى أن أضع من دينك الشطر، فقلت نعم يا رسول الله، قال: "قم فاقضه" (2)، فهو يفيد على أن الأ صوات ارتفعت في المسجد، ولم ينه النبي ﷺ عن ذلك، بل حكم في الخصومة، مع رفع الصوت فيكون الحديث مخصص لما استدلوا به.

كما أن فيه رد على دليلهم الثاني، فلا يبقى لهم حجة فيهما.
وأما عن القول بأن ذلك -الفصل في المساجد- يؤدي إلى دخول المشرك... الخ. فالمشرك نجاسته اعتقاديته لا بدنية، فلا يؤثر ذلك على المسجد كبيت للعبادة، وأيضا مكانا لفصل الخصومات بين الناس.

وأما عن الحائض، فإنها تخبر عن نفسها بأنها حائض، والقاضي إما بأن يستقبلها على باب المسجد ويسمع منها، أو توكل وكيفا عنها لعرض قضيتها على القاضي فلا يبقى للمخالفين حجة (3).

ويظهر مما سبق أن الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من صحة اتخاذ المساجد أماكن لفصل الخصومات بين الناس، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من المطعن، كما أن اتخاذ المسجد لفصل الخصومات فيه تسهيل على الناس، لإمكان الدخول على القاضي، وخاصة الغرباء عن المكان (4).

والفائدة من هذه المسألة هي أن اتخاذ المساجد دورا للقضاء مهما بدى من أول وهلة أنه لا أثر له في ممارسة السلطة التقديرية للقاضي إلا أنه يبعث في النفوس هيبة وإجلال للعمل القضائي، من قبل الخصوم أو القضاة، فهو للخصوم مظنة الصدق في دعواهم وللشهود مظنة عدم الميل في شهادتهم وللقضاة ضابط للتذكر وخشية الله في أحكامهم.

وبتخصيص كل الدول الإسلامية دورا خاصة بالقضاء على مختلف درجاته فلم تعد لهذه المسألة فائدة عملية وإنما هي مسألة تاريخية تبين مدى اهتمام فقهاء

(1) الروضة للنووي، ج 11، ص 138-139، مغني المحتاج، ج 4، ص 390-391، شرائع الإسلام، ص 207.

(2) الحديث "سنن النسائي، ج 4، ص 239-240، سنن ابن ماجه، ج 2، ص 811، نيل الأوطار، ج 8، ص 277-278، قال والحديث رواه الجماعة إلا الترمذي وهو حديث صحيح وانظر

معالم السنن للخطابي، ج 4، ص 166-167 ط 1، سنة 1934.

(3) المغني، ج 9، ص 45-46، البدائع، ج 9، ص 4103، المنتقى، ج 5، ص 184.

(4) الشحات إبراهيم، مرجع سابق، ص 408.

المسلمين بدقائق إجراءات التقاضي، وهذا لا ينفي تماما دور المسجد في فض الخصومات بالطرق البديلة، كاحتضان المساجد لمجالس الصلح وفي النادر استعمله بعض القضاة كمجلس للعان بين الزوجين، على ما يأتي بيانه في الفصل الثالث.

الفرع الثاني: تسبيب الأحكام:

أولاً: مفهوم تسبيب الأحكام: هو بيان ما قضى به القاضي وجعله يتجه إلى إصدار حكمه، فأسباب الأحكام: تشمل الأدلة القانونية والحجج التي بنى عليها القاضي حكمه، والتسبيب يؤدي إلى اطمئنان نفوس المتقاضين، ويجعل القضاء أكثر دقة، ويبعد عن القضاء تهمه الميل مع أحد الخصوم، ويعطي المحكمة الأعلى درجة الحق في مراقبة أحكام القاضي⁽¹⁾، برقابتها على التسبيب، وذلك ببيان العلة التي بين أسباب الحكم والحكم الذي صدر من القاضي، أضف إلى هذا فإن تسبيب الأحكام يحقق مبدأ العلانية في الحكم، حيث أن الجميع يعلمون الأدلة والحجج التي على أساسها صدر حكم القاضي، وعليه نتعرض للنصوص الواردة في هذا الباب وآراء الفقهاء في المسألة.

جاء في فتح القدير: ولا بد أن يثبت عنده سبب يوجب الحبس⁽²⁾. وجاء في التاج والإكليل: ونقض بين السبب مطلقا، وقال ابن فرحون: و المحكوم له إذا سأل القاضي أن يسجل له بما ثبت له عنده لزم الحاكم أن يسجل له بذلك وبذكر الوجه الذي ثبت به الحق، وأن ذلك بسبب قيام البينة بكذا، أو بسبب نكول أو لأجل يمين، أو بسبب سقوط بينة جرحت، لأنه يخشى أن يقوم عليه بعد بتلك البينة⁽³⁾.

ويقول المارودي عن كاتب القاضي: وأجلسه في الاختيار عن يساره، ليثبت ما يحكم به من إقرار أو سماع بينة، أو تنفيذ حكم، يذكر فيه المحكوم له والمحكوم عليه بأسمائهما وأنسابهما وبقدر ما حكم به وسبب حكمه من إقرار أو بينة⁽⁴⁾.

وجاء في المغني: فأما إن سأل صاحب الحق الحاكم أن يحكم له بما ثبت في المحضر لزمه أن يحكم له بعد وينفذه، فيقول حكمت له به...⁽⁵⁾.

ثانياً: أهمية التسبيب:

مما سبق عرضه نلاحظ أن الفقهاء متفقون على أن القاضي ينبغي عليه أن يقوم بذكر أسباب حكمه من أدلة وحجج وبراهين، بل إن بعضهم أوجب عليه التسبيب

(1) الشحات إبراهيم، مرجع سابق، ص 404.

(2) فتح القدير، ج 6، ص 367.

(3) التاج بهامش مواهب الجليل، ج 6، ص 135، وتبصرة الحاك، ج 1، ص 120.

(4) أدب القاضي للمارودي، ج 2، ص 64.

(5) المغني، ج 9، ص 75، كشف القناع، ج 6، ص 312، الكافي، ج 4، ص 471.

خاصة إذا كان القاضي قاضي ضرورة⁽¹⁾.

ولا شك أن التسبب يعتبر من أهم ضوابط السلطة التقديرية في القضاء الحديث ولم يقصر فقهاؤنا في إيفائه حقه ومكانته بل يمكن اعتباره ركنا من أركان الحكم القضائي في الفقه الإسلامي.

الفرع الثالث: تدوين الأحكام:

ويمكن اعتبار تدوين الأحكام من المسائل الإجرائية التي تؤدي إلى تحقيق العلنية للأحكام، والتي تعود على العمل القضائي بجملة من الفوائد، فعدم التدوين هو مظنة النسيان أو سقوط بعض الأدلة ولو سهوا، أو تجاهلها عمدا مما يؤثر في صحة استعمال السلطة التقديرية.

ونتعرض فيما يلي إلى أقوال الفقهاء في مسألة تدوين الأحكام ومدى تأثيرها على العمل القضائي.

جاء في المبسوط: ويكتب خصومة كل خصمين وما بينهما من الشهادة في صحيفة بيضاء ثم يطويها ويخرمها ويختتمها بخاتمه للتوثيق⁽²⁾.

وجاء في الكافي: ويكتب الخصومة وما يكون بينهما من والإقرار والإنكار في صحيفة بيضاء... فيكتب ما يقع في مجلس القاضي من الوقائع التي يريد الحكم فيها⁽³⁾.

وجاء في الروضة: وأما السجل فصورته هذا ما أشهد عليه فلان القاضي بموضع كذا أنه ثبت عنده كذا فأقر لفلان أو بشهادة فلان وفلان وأنه حكم بكذا لفلان على فلان وأنفذه بسؤال المحكوم له⁽⁴⁾.

وجاء في المغني: فيقول حكمت له به وألزمته الحق فإن طلبه أن يشهد له

(1) إعانة الطالبين وفتح المعين، ج4، ص235.

(2) المبسوط، ج16، ص90، العناية، ج6، ص367، الكفاية، ج6، ص367، الهداية، ج6، ص367، مجمع الأنهر، ج2، ص156، حاشية رد المحتار، ج5، ص369-370.

(3) الكافي، ص498 منح الجليل، ج8، ص290، مواهب الجليل، ج6، ص115-116، التاج، ج6، ص116 الزرقاني، ج7، ص131، حاشية الدسوقي، ج4/138، الشرح الكبير بهامش الحاشية، ج4، ص138.

(4) الروضة، ج11، ص140-141، مغني المحتاج، ج4، ص394، المهذب، ج2، ص304-305، المحلى على المنهاج، ج4، ص303-304.

على حكمه لزمه لتحصل له الوثيقة به، فإن طالبة أن يسجل له به، وهو يكتب في المحضر ويشهد على إنقاذه سجل له (1).

كذلك نجد الفقهاء متفقون على كتابة وتدوين كل ما يدور بالجلسة، وذلك كوسيلة اطمئنان للمتقاضي والقاضي (2)، ولكن في الحقيقة هو تطبيق عملي لمبدأ العلانية للجلسات والأحكام.

وعلى ذلك نجد أن الشريعة الإسلامية وضعت تطبيقات عملية وإجرائية لمبدأ علانية الجلسات والأحكام والذي هو ضابط من الضوابط يلتزم به القاضي في أحكامه، وذلك تحقيقاً للعدالة، وبث الطمأنينة في نفوس المتقاضين خاصة والناس عامة، ودليل نزاهة القاضي وعدم اتهامه بالمحاباة.

المطلب الثاني: مبدأ المواجهة بين الخصوم:

مفهوم مبدأ المواجهة: ومعناه ألا يتم إجراء من إجراءات الخصومة كسماع بينة أو إقرار أو إنكار أو شهادة أو غير ذلك إلا بحضور الخصوم أو وكلائهم، ولا يصح الحكم بدون ذلك، فكل ما يجريه أحد الخصمين في الدعوى يجب أن يكون الخصم الآخر على علم به، ليستعمل حقه في الدفاع عن مصالحه، فلا يجوز للقاضي أن يبني حكمه إلا على الأقوال التي يسمعها من الخصوم والمستندات التي قدمت له أثناء المرافعة، وهذا يتطلب حضور الخصمين جميعاً أو وكلائهم، كما أنه على القاضي أن يمتنع عن سماع أقوال من أحد الخصوم في غيبة الطرف الآخر وعن قبول أية مستند منه ما لم يطلع عليه خصمه، حتى يمكن الرد عليه، ما دام هذا الخصم الآخر في ولايته ويمكن إحضاره (3)، ولبيان آراء الفقهاء في حقيقة مبدأ المواجهة يجب علينا أن نتعرض للنصوص الواردة عنهم في هذا المقام:

جاء في معين الحكام وفتح القدير: ولا ينبغي للقاضي أن يدخل عليه أحد الخصمين دون صاحبه لا في مجلس قضاؤه ولا في خلوته، ولا وحده ولا في جماعة، وإن كان الذي بينه وبينه خاصاً، حتى تنقضي خصومتهم، إلا أن يجلس خارجاً في مجلسه الذي يجلس الناس معه فيه في غير مجلس قضاؤه، فلا بأس أن يجلس أحد الخصمين فيه إن شاء... ولا ينبغي أن يسمع بينة المدعي حتى يحضر الخصم... لما روى عن علي قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً، فقلت يا رسول الله: ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء، فقال: "إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآ

(1) المغني، ج 9، ص 75، كشف القناع، ج 6، ص 312، الكافي، ج 4، ص 471.

(2) وسام أحمد السمروط، الأحكام القضائية الشرعية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 1، 2009، ص 50.

(3) الشحات إبراهيم، مرجع سابق، ص 410.

خر كما سمعت الأول فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء" ⁽¹⁾ قال: فما زلت قاضيا، أو ما شككت في قضاء بعد ⁽²⁾.

جاء في مواهب الجليل: ولا يسمع من أحد الخصمين إلا بمحضر صاحبه ومن العدل بين الخصمين ألا يجيب أحدهما في غيبة الآخر إلا أن يعرف لدا من المتخلف، أو لم يعرف وجه خصومة المدعي، فلا بأس أن يسمع منه حتى يعلم أمره، وإذا جاء أحدهما ولم يحضر الآخر فلا يسمع منه حجته، وليأمره بإحضار خصمه... إلا أن يكون لم يعلم ما خصومتها فلا بأس أن يسمع منه... وقال أشهب: وإذا حلف الخصم دون حضور خصمه لم تجزه اليمين، ولا يكون إيقاع الشهود إلا بحضرة الخصم المشهود عليه ⁽³⁾.

وجاء في الروضة: الأصل ألا يسمع القاضي البينة ولا يحكم إلا بحضرة المدعي عليه، لكنه هذا الأصل قد يترك لأسباب وتفصيلها: أن يقال: إذا لم يكن الخصم في مجلس القاضي، فإما أن يكون في بلد وإما لا: فإن كان نظر إن كان ظاهرا يتأتى إحضاره فهل يجوز سماع البينة عليه والحكم غير حضوره أم لا، أم يجوز سماعها دون الحكم عليه؟ فيه أوجه الصحيح المنع منهما ⁽⁴⁾.

وفي كشف القناع: لا ينبغي للحاكم أن يسمع شكية أحد إلا ومعه خصمه بحيث يسمع شكواه ويرد جوابها، وقال ابن قدامة: فأما الحاضر في البلد أو قريب منه إذا لم يمنع من الحضور، فلا يقضي عليه قبل حضوره في قول أكثر أهل العلم ⁽⁵⁾، وفي المحلي لابن حزم: روي عن علي بن أبي طالب قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضيا... الحديث ⁽⁶⁾.

قال أبو محمد: ما روي عن عمرو بن عثمان بن عفان قال أتني عمر بن الخطاب رجل قد فقئت عينه فقال له عمر تحضر خصمك، فقال له: يا أمير المؤمنين أمننا بك من الغضب إلا ما روى فقال له عمر: فلعلك قد فقأت عيني خصمك معا، فحضر

(1) ابن ماجه، ج2، ص474، أبو داود في سننه، ج4، ص11، السنن الكبرى، ج10، ص86-87، المستدرک للحاکم، ج4، ص14، وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، نيل الأوطار، ج8، ص274-275.

(2) معين الحكام للطرابلسي، ص21، فتح القدير، ج6، ص363، البحر، ج7، ص192، الفتاوى الهندية، ج3، ص416، المبسوط، ج16، ص97.

(3) مواهب الجليل، ج6، ص129-130، حاشية الدسوقي، ج4، ص148، الشرح الكبير، ج4، ص148.

(4) الروضة، ج11، ص193-194.

(5) كشف القناع، ج6، ص328، المغني، ج9، ص109.

(6) الحديث سبق ذكره وتخريجه، ص32.

خصمه قد فقئت عيناه معا، فقال عمر: "إذا سمعت حجة الآخر بأن لك القضاء" (1).
 قيل: ولا يعلم لعمر في ذلك مخالف من الصحابة... فالأخبار فيها دليل على أنه لا يقضي على حاضر بدعوى خصمه دون سماع الآخر (2).
 جاء في شرح الأزهار: فلا يجوز أن يحكم لأحد الخصمين من دون أن يسمع كلام الآخر... وإن حكم قبل سماع الآخر عمدا لم يصح قضاؤه، وكان قدحا في عدالته، وإن كان خطأ لم يكون قدحا في عدالته (3).
 وجاء في كتاب الليل: ولا يسمع من أحد الخصمين بغير محضر الآخر لئلا يسبق في قلبه شيء على الآخر، وعن عمره: أنه كتب إلى شريح: لا تسارر إلى أحد في مجلسك، ولا تبع ولا تتبع، ولا تفت في مسألة من الأحكام، ولا تضر ولا تضار (4).
 وبعد عرض النصوص السابقة عن الفقهاء يتبين أن الفقهاء متفقون على أن القاضي يجب عليه أن يلتزم بمبدأ المواجهة بين الخصوم، وإن كنا نرى من خلال النصوص الواردة عنهم أن الحنفية من أكثر الفقهاء المتشددين في الأخذ بهذا المبدأ، وذلك لأن الحكم على الغائب عندهم غير صحيح كما سنرى فجعلوا من شروط الحكم وسماع الدعوى والبينة والشهادة حضور الخصم أو وكيل ينوب عنه.
 والأصل أيضا عند جمهور الفقهاء الأخذ بمبدأ المواجهة، فهم كالحنفية، إلا أن هذه القاعدة الأساسية عند الجمهور لا تمنع عندهم من السير في إجراءات نظر الدعوى إذا امتنع المدعي عليه عن الحضور وتعذر حضوره بنائب عنه (5)، واستثنى الجمهور من هذه القاعدة الحكم على الغائب البعيد، فأجازوا الحكم عليه كما سنرى فيما بعد.

وفي الواقع أن ما ذهب إليه الجمهور من جواز الحكم على الغائب، لا يعتبر إخلالا بمبدأ المواجهة، لأنهم أعطوا للغائب حقه في الدفاع عن نفسه وإبراز حججه ودفعه إذا رجع، والواقع أن رؤية جمهور الفقهاء هنا لها وجبها، فمع عدم الإخلال بمبدأ المواجهة، يحكم على الغائب، لأن الخصم يستطيع أن يتغيب فيضيع حقوق الآخرين ويبطلها بابتعاده واختفائه، فمتى أمكن إحضار الخصم بأي وسيلة من وسائل الحضور، فالقاضي يلتزم بمبدأ المواجهة بين الخصوم كما أنه يمكن القول: في حالة الحكم على الغائب المعتذر إحضاره، بأن مبدأ المواجهة يمكن أن يتحقق، إما بأن يوكل القاضي وكيلًا ينوب عنه في الرد على ما يوجه إليه، أو إعادة

(1) المحلى لابن حزم، ج9، ص367.

(2) المحلى، ج9، ص367-369.

(3) شرح الأزهار، ج4، ص314-315، شرائع الإسلام، ص209.

(4) كتاب الليل، ج13، ص71.

(5) المذهب، ج2، ص388، قليوبي، ج4، ص308، تبصرة الحكام، ج1، ص86-88.

نظر القضية برمتها إذا ما لم يوكل ورجع.

وعليه نحدد ضوابط المواجهة على النحو التالي:

1- لا يجوز للقاضي أن يحكم في الدعوى دون أن يسمع طرفي الخصومة، حتى يتمكن من الوصول إلى الحقيقة، وما فعله سيدنا عمر دليل كاف على صحة هذا الكلام، ولقول النبي ﷺ: "إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إلي فليحل بعضكم أن يكون ألحن بحجته فأقضي له على نحو ما أسمع..." (1) فقله ﷺ "على نحو ما أسمع" فيه دليل على أنه لا يحكم إلا بعد أن يسمع الحجج من طرفي الخصومة من بينة وإقرار ونحو ذلك، وهذا لا يمكن أن يتم إلا بمواجهة الخصوم، كما يؤكد مبدأ المواجهة قول النبي ﷺ السابق للإمام علي، حيث بين له أنه لا بد من الاستماع إلى طرفي الخصومة حتى يتمكن القضاء بالحق، ولا يتأتى ذلك إلا بحضور الخصوم واستماع كل منهما إلى ما يدلي به الآخر.

2- حتى يتم مبدأ المواجهة لا بد من إعلان الخصم وإحضاره بأي وسيلة من وسائل الحضور ما دام في ولاية القاضي، فالمواجهة تتطلب إعلان الخصم وإحضاره إلى مجلس الحكم ولو بالقوة، فإذا لم يعلم الشخص بميعاد الجلسة والدعوى المرفوعة عليه، فلا يجوز الحكم عليه، لأنه لو علم فإنه ربما حضر وأبدى دفوعه وحججه.

3- لا بد من أن يعطي الخصم الحق في الإطلاع على كل ما يقدمه الآخر من أوراق ووثائق ومستندات، حتى يتمكن من الدفاع عن نفسه وحقوقه، وبذلك يعطى مبدأ المواجهة الحق في إقامة العدل بين المتخاصمين، حتى يتمكن الخصوم من إبراز كل ما لديهم من مستندات وأوراق خلال الجلسة، ويتمكن الخصم الآخر من الإطلاع على كل ما يقدم للقاضي حتى يتمكن من الرد عليها. كما أنه يوفر الحيادة والنزاهة التامة للقضاة، لعدم اتهامهم بالميل والمحاباة لأحد طرفي الخصومة.

4- إن قضاء القاضي على أساس مبدأ المواجهة، يمنع القاضي أن يقضي بعلمه وإنما يقضى على أساس أدلة الإثبات التي يقدمها أطراف الخصومة، وهذا من الضوابط التي وضعها التشريع الإسلامي لحماية الخصوم والقضاة في آن واحد.

المطلب الثالث: تصحيح الدعوى كضابط إجرائي في الفقه الإسلامي: من المعلوم في الفقه الإسلامي: أن القاضي لا يسمع الدعوى إلا إذا كانت صحيحة فإذا كانت الدعوى فاسدة أصلاً، بأن كانت الدعوى لا تلزم الخصم بشيء أو يكون المدعي به مجهولاً في غير الوصية، كأن يأتي المدعي للقاضي ويقول له لي على فلان شيئاً،

(1) رواه البخاري في كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم رقم 6748 واللفظ له.

فإن هذه الدعوى لا يسميها القاضي، لأنها ادعاء مجهول، ومن شرط المدعي به أن يكون معلوما حتى يمكن للقاضي التنفيذ عليه، وهذه هي الدعوى الصحيحة التي يدعى فيها بشيء معلوم وتلزم الخصم بأمر من الأمور، فإذا شاب هذه الدعوى شيئا من البطلان، كأن يكون ادعى بمعلوم من الأثمان لكنه اقتصر على ذكر صفته وقدره دون أن يذكر جنسه، أو ذكر الجنس والقدر والصفة لكنه لم يذكر سبب الوجوب، إذ أن أحكام الدين تختلف باختلاف أسبابها فهل يكون للقاضي في هذه الدعاوى الصحيحة أن يرفضها نهائيا على أساس عيب فيها أو يقبل الدعوى ويلزم المدعي بتصحيحها؟

للإجابة عن ذلك نستعرض الأقوال الواردة عن الفقهاء في هذا الصدد:

جاء في معين الحكام: تحت عنوان فصل في تصحيح الدعوى:

والمدعي به أنواع، فإذا كانت الدعوى مكيلا لا بد من ذكر جنسه، بأنه حنطه أو شعير ويذكر مع ذلك نوعه أنه أنها سقية أو برية، ويذكر مع ذلك صفتها... ويذكر سبب الوجوب، لأن أحكام الدين تختلف باختلاف أسبابها... وإن كانت الدعوى في شيء من الأعيان وهو بيد المدعي عليه فصحيح الدعوى أن يبين ما يدعى به، ويذكر أنه في يد المطلوب بطريق الغصب أو الوديعة أو العارية... فإذا انقضى المدعي من دعواه ما فيه بيان مطلبه أمره بتمامه، وإن أتى بأشكال أمره ببيانه فإذا صحت الدعوى سأل الحاكم المطلوب... وإن كانت الدعوى في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوها حضر الحاكم عندها أو بعث أمينا، فأحضر المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى... وإن كانت هالكة ذكر المدعي قيمتها، لأن العين لا تعرف بالوصف، إذ ربما توجد أعيان كثيرة بذلك الوصف فلا يكون المدعي به معلوما، والقيمة تعرف بالوصف... وإن كانت الدعوى في شيء في الذمة فيبين قدره، إلا أنه يحتاج إلى ذكر أنه في يده، بل يذكر أنه ترتب في الذمة من بيع أو قرض أو سلم ونحو ذلك، وإن كانت الدعوى في محدود ذكر حدوده، فإن أصاب وقال في تعريفه وفيه أشجار وكان خاليا من الأشجار، لا تبطل الدعوى، ولو قال في تعريفه ليس فيه شجر ولا حائط فإذا فيه أشجار عظيمة لا يتصور حدوثها بعد الدعوى بطلت الدعوى (1).

وجاء في منح الجليل: فصل في تصحيح الدعوى، والمدعي به أنواع: فإن كان شيئا معيناً وهو بيد المدعي عليه، فتصحيح الدعوى أن يبين ما يدعى به ويذكر أنه في يد المطلوب بطريق الغصب أو العداء أو الوديعة أو العارية أو الرهن أو الإجارة... أو غير ذلك، ولا يشترط في المدعي أن يسأل الحاكم النظر بينهما بما يوجب الشرع.

(1) معين الحكام، ص 55-57.

وقال: وإذا أمر المدعي بالكلام فيدعى المدعي بشيء معلوم قدره وجنسه وصفته، ولا مجهول محقق... وإن لم يكن معلوما بل مجهولا كشيء، أو مظنونا لم نسمع، أظن أن لي عنده كذا، قال ابن شاشن: الدعوى المسموعة هي الصحيحة، وهي أن تكون معلومة صحيحة، فلو قال لي عليه شيء لم تقبل دعواه⁽¹⁾.

وبعد عرض النصوص السابقة عن الفقهاء يتبين من خلالها: أن هناك ضوابط إجرائية لا بد للقاضي أن يلتزم بها، وأن من هذه الضوابط: تصحيح الدعوى التي يتقدم بها المدعي إلى القاضي، فلكي يقوم القاضي بالفصل في الدعوى على أكمل وجه، لا بد وأن تكون هذه الدعوى كاملة البيانات التي يستطيع القاضي من خلالها أن يكتفيها التكييف الصحيح وبالتالي يصل إلى الحقيقة من خلال هذا التكييف، أما إن أصاب الدعوى خلل جوهري بحيث لا يستطيع القاضي من خلالها الفصل فيها، لو فهم القاضي من خلال هذا النقص الجوهرى أن الدعوى لا تصلح دعوى، فإنه يرفضها برمتها، كان يدعي المجهول في غير الوصية، أو ما لا يمكن للقاضي أن يصدر فيها حكما لعدم وجود ما يلزم في الدعوى أما إن عاب الدعوى عيب لا يؤدي بها إلى رفضها، بأن كان المدعي إذا ما وجهه القاضي أن يصلح هذا العيب، فهنا القاضي لا يقوم برفض الدعوى، وإنما يأمر المدعي بتصحيح ما فيها من عيوب، فإن رفعها وكان فيها أمر غامض لم يستطيع القاضي فهمه، فإنه يأمر المدعي بتوضيح ما أشكل فيها، أو لم يذكر الجنس، فإن القاضي يأمره ذكر جنس ما يدعي حتى يتمكن من أن يحكم له به دون غيره، أو ذكر الصفة ولم يذكر النقد، أو ذكر ما يتميز به المدعي لكنه لم يذكر سبب الوجوب، ورأي القاضي أن ذكره لازم في الدعوى، فإنه يقوم بتصحيح ما نقص فيها، وما عيب فيها وبعد تصحيحه يحكم القاضي في الدعوى بالحكم الصحيح⁽²⁾.

ومنه يمكن أن نضع الضوابط اللازمة لتصحيح الدعوى وهي:

1- يجب على المدعي عند تقديمه لدعواه ورفعها أمام القاضي، أن يرفعها إليه كاملة حتى يستطيع القاضي من خلالها أن يصل إلى الحقيقة، فإذا رفعت إلى القاضي وهي ناقصة، فإن القاضي يأمر المدعي بتصحيح ما فيها من خلل أو نقص إذا كان هذا التصحيح سيؤدي بالقاضي إلى الفصل في الدعوى، وإلا رفضها برمتها.

2- إن تصحيح الدعوى زيادة على تسهيل مهمة القاضي للفصل فيها، فإنه يحدد الاختصاص النوعي والقيمي للدعوى كما يحدد الاختصاص المكاني للمحكمة التي ستقوم بالفصل في الدعوى، وذلك عن طريق ذكر جنس وقيمة ونوع المدعى به

(1) منح الجليل، ج8، ص309، 312، مواهب الجليل، ج6، ص125.

(2) الشحات إبراهيم، المرجع السابق، ص416 وما بعدها.

، وتحديده تحديدا تاما ودقيقا.

- 3- إذا كان المدعي به منقولا يتعذر نقله أو عقارا، وتعسر تحديده وتمييزه فإن القاضي يرسل خبيرا أمنيا ليحدد معالمه، وذلك بذكر حدوده وقيمته ووصفه وصفا تاما في تقرير يقوم بإعداده الخبير ويرفعه للقاضي وعلى أساس هذا التقرير يفصل القاضي في الدعوى، ويعد هذا نوعا من أنواع التصحيح للدعوى.
- 4- يجب أن يتقرر بالنسبة لإجراءات تصحيح الدعوى أن تكون هذه الإجراءات مؤدية إلى وقف السير في الخصومة دون أن تقطعها، وعلى القاضي أن يقوم بتحديد أجل لتصحيح الدعوى، وإلا انقضت الخصومة بعد هذه المدة.
- 5- لا يسري التقادم المنهى للخصومة على تصحيح الدعوى، إذ أن مدة التقادم تنتهي بمجرد رفع الدعوى، فإذا لم تنقض مدة التقادم، أو انقضت وبقى منها قصير ورفع المدعي دعواه قبل انتهاء هذه المدة، لكنه رفعها ناقصة، وهذا هو ما تقتضيه قواعد الشريعة الإسلامية حفاظا على الحقوق، وعدم ترك المعتدى دون أن يؤخذ على ما تقترف.

لكن يظل المدعي مرتبطا بمدة التصحيح، فإذا لم يصحح خلالها بطلت دعواه، وبالتالي يبطل كل أثر ترتب عليها، وهذه المدة يحددها القاضي على حسب ما يراه من ظروف الدعوى أو يحددها ولي الأمر للقاضي -مدة التصحيح- تكون بمثابة قواعد عامة لا يجوز مخالفتها، وإن كان الأول أولى، لاختلاف ظروف كل دعوى عن الأخرى.

المطلب الرابع: الرقابة على أحكام القضاة: القضاة هم القائمون على تحقيق العدل بين الناس وهم حراسه، كما أنهم أمناء على أموال الناس وأعراضهم ودمائهم، من هنا وجب أن تتمثل فيهم الأمانة والنزاهة، لما للقضاء من أهمية في استقرار حياة الأمم والشعوب، ولما كان القاضي غير معصوم فإنه معرض للوقوع في الخطأ و الزلل.

فوجب على ولي الأمر أن يطمئن على كفاءة من يوليه القضاة، بأن يقوم بمراقبتهم في أعمالهم القضائية ويفت عليها، فينظر مدى سلامة الأحكام التي يصدرونها بين الناس في منازعاتهم، ليتحقق من نزاهتهم وأمانتهم وهذه السلطة منوطة به أصلا، ولكن بعد أن كثرت أعماله وتعددت اختصاصاته، وأصبح يفوض للقضاء سلطة الفصل بين النافي خصوماتهم، فإنه أيضا يفوض المراقبة على أحكام القضاة غيره لكي يقوموا بتفقد أحوالهم وتصفح أعمالهم وفحص أفضيتهم ومراعاة أمورهم ومسيرتهم في الناس، فإنهم قوام أمره، ورأس سلطانه، ويجب على ولي الأ مر ألا يجعل المراقبة إلا للصالحين ممن لا يتهمون ولا يكذبون، فإذا ظهرت القوى

من القضاة يقين من ذلك، فإذا تبين استقامتهم أبقى عليهم وإلا عزلهم⁽¹⁾. وفي ذلك يقول القلقشندي: كان الإمام في الأحقاب الأولى للدولة الإسلامية هو نفسه الذي يتفقد أحوال القضاة ويراقبهم في أعمالهم ويعزلهم إذا عزم الأمر أما في عصر بني عباس، فقد تطور نظام القضاء في الدولة الإسلامية وظهر منصب قاضي القضاة، أو أقضي القضاة، وهو منصب قضائي جديد لم يكن موجودا من قبل... وكانت اختصاصات من يتولى هذا المنصب متسعة اتساعا بينا، فكان يباشر تقليد القضاة وعزلهم وتفقد أحوالهم ويتصفح أعمالهم وأقصيتهم ويرعى أمورهم في الناس، الثقات عنهم، فلقد روى أن أبا يوسف كان يمر على القضاة ويتعرف على أحوالهم وسيرهم⁽²⁾.

وعلى ذلك يجب على الإمام أو من ينوب عنه أن يتفقد أحوال القضاة، ليرى مدى سلامة أحكامهم، وحتى يتضح موقف الفقهاء في الرقابة على القضاة ينبغي الوقوف على النصوص الواردة عنهم في هذا الخصوص:

جاء في معين الحكام: ينبغي للإمام أن يتفقد أحوال قضاة، فإنهم قوام أمره ورأس سلطانه، وكذلك قاضي القضاة، ينبغي له أن يتفقد قضاة ونوابه فيتصفح أقصيتهم ويراعي أمرهم وسيرتهم في الناس.

وعلى الإمام والقاضي الجامع لأحكام القضاة: أن يسأل الثقات عنهم ويسأل قوم صالحين ممن لا يتهم عليهم ولا يخدع، فإن كثيرا من ذوي الأغراض يلقي في قلوب الصالحين شيئا ليتوصل بذلك إلى ذم الصلحاء له عند ذكره عندهم وسؤالهم عنه.

وإذا ظهرت التشكية بهم ولم يعرف أحوالهم سأل عنهم، فإن كانوا على طريق استقامة أبقاهم، وإن كانوا على ما ذكر عنهم عزلهم.

ووجه الكشف: أن يبعث إلى رجال يوثق بهم أهل بلده، فيسألهم عنه سرا فإن صدقوا ما قيل فيه من الشكاية عزله، ونظر في أقصيته وأحكامه، فما وافق السنة مضى، وما لم يوفق شيئا من أهل العلم رده وحمل ذلك من أمره على الخطأ وأنه لم يتعمد جورا⁽³⁾.

وجاء في منح الجليل: ينبغي للإمام أن يتفقد أحواله قضاة وأمر حكاه وقضاة وأمر وولاته وتتبع أحكامهم ويتفقد قضاياهم، فإنهم سنام أمره ورأس سلطانه ويسأل عنهم أهل الصلاح والفضل، فإن كانوا على ما يجب أقرهم، وإن

(1) الشحات إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 421.

(2) صبح الأعشى في صناعة الأنشا، ج3، ص 486، تاريخ القضاة في الإسلام لابن عرنوس، ص 91-89.

(3) معين لحكام، ص 32-33.

تشكي بهم عزلهم وإن كانوا مشهورين بالعدل والصلاح، وقد عزل عمر رضي الله عنه سعدا رضي الله عنه، وقال عمر رضي الله عنه والله لا يسألني قوم غزل أميرهم ويشكونه إلا عزلته عنهم.

وقال مطرف: ليس للسلطان أن يعزل قاضيه بالشكوية إن كان عدلا وإن وجد منه بدلا، وقال ابن عرفة: يجب تفقد الأمام حال قضاة فيعزل من في بقائه مفسدة وجوبا فورا، ومن يخشى منه مفسدة استحبابا ومن غيره أولى منه عزله راجح (1).

وجاء في مغني المحتاج: يجوز لولي الأمر أن يعزل القاضي لخلل يسير لا يقتضي عزله، ويكفي غلبة الظن، ومن الظن كثرة الشكاوي منه، ويذكر ابن عبد السلام: أن القاضي إذا كثرت الشكاوي منه وجب عزله، كذلك لولي الأمر أن يعزل القاضي إن لم يظهر منه خلل ولكن وجد من هو أفضل منه تحصيلا لهذه الميزة للمسلمين... وهذا لا يكون إلا بالكشف والرقابة على أحكام القضاة (2).

بعد عرض النصوص السابقة عن الفقهاء نجد أنهم مثقفون على أن الإمام أو من ينوب عنه يجب أن يقوم بالكشف على أحكام القضاء، ويتفقدتها وذلك ضمانا لصحة الأحكام التي يطبقها القضاة، فلضمان استمرار العدالة بين الناس من حيث الواقع العملي فقد اعتنى الفقهاء بالأخذ بهذا الضابط على اختلاف عصورهم وأحاطوه بشيء من سياج الحصانة والنزاهة، ووفروا له الاستقلال التام ضمانا لا استقرار العدالة، ولهذا كانت المراقبة على أعمال القضاة من الضوابط الهامة التي يجب الاعتناء بها.

فإذا ما رأى ولي الأمر أو من ينوب عنه أن الأحكام التي يطبقها القاضي غير متطابقة مع النصوص أو الإجماع فإنه يقوم بإبطال تلك الأحكام فضلا عن عزل القاضي كجزاء تأديبي.

كذلك إن كثرت الشكاية عليه، وأخبره من يقوم بالرقابة على الأحكام أن كثرة الشكاوي بسبب مخالفاته في أحكامه فإنه يعزله مع رد أحكامه المخالفة، بقل أن بعض الفقهاء من المالكية جعلوا كثرة الشكاية وحدها سببا لعزل القاضي (3) كما

(1) منح الجليل، ج8، ص286-287، مواهب الجليل، ج6، ص113-114 التاج والإكيل بهامش مواهب الجليل، ج6، ص114.

(2) مغني المحتاج، ج4، ص381.

(3) ويمكن أن يقاس على هذا النوع من الرقابة كثرة حالات النقض التي تتعرض لها الأحكام الصادرة عن قاض ما من قبل المحكمة العليا فهذا مؤشر على وجود خلل وجب البحث عنه وتداركه بشتى الطرق.

مما يتعين وضع إحصاءات دقيقة تتعلق بالأحكام القضائية التي تعرضت للا

فعل سيدنا عمر مع سعد، على حين يرى البعض أنه لا يعزل بمجرد الشكوى عليه، ولكن يعزل لوجود مفسدة فيه، ويكون عزله وجوبا فوريا على الإمام أو من ينوب عنه، أما من يخشى منه الفساد فيعزل استحبابا⁽¹⁾.

ومنه يمكن القول بعدم عزل القاضي بمجرد الشكوى منه، فقد يكون أصحاب الشكوى لهم أغراض فاسدة، فيمارسون على الإمام ضغوطا ليعزل القاضي لجديته في الأحكام كما أن العزل بمجرد الشكوى على القاضي يؤدي إلى عدم استقرار القضاة وربما يؤدي بهم هذا إلى مجاملة أصحاب الأغراض الفاسدة حتى لا يقومون بالشكوى عليهم إلى الإمام أو من ينوب عنه⁽²⁾.

وأما عن عزل سيدنا عمر لسعد مع أنه يعلم تماما ببراءته، فربما فعل ذلك حفاظا على مشاعر سيدنا سعد فربما أدى وجوده كقاضي في وسط قوم يتشكون منه، إلى كراهية سيدنا سعد لهم، وقد يؤدي هذا به إلى غضبه ونحوه، وهو مما يمنعه من الوصول إلى الحق.

والملاحظ أن الرقابة على أعمال القاضي هو عمل إجرائي، تحدث فيه جميع الفقهاء وأوجبوا على الإمام أو من ينوب عنه الرقابة على القاضي -عدا الحنابلة- حيث لم أعتز لهم على نص في الرقابة على أحكام القاضي، إلا أن القواعد العامة عندهم لا تمنع ذلك، فمطابقة أحكام القاضي للشريعة هو الهدف الأسمى للقضاء ولا تكون هذه المطابقة معلومة إلا بالرقابة على أحكام القاضي ومراقبة أعماله⁽³⁾.

الضوابط اللازمة للرقابة على أحكام القضاة:

1- إن تفقد أحوال القضاة والإشراف عليهم ومراقبتهم في أعمالهم لا تتعارض أبدا مع استقلال القضاة، إذ أنه ليس تدخلا من الإمام أو من ينوب عنه في أعمال القضاة، أو نقضا لاجتهاداتهم في أقضيتهم وأحكامهم، وإنما هو إطلاع خارج على سير القضاة وعلاقتهم بالخصوم، ورضاء الناس عنهم والتحقق من استدامة صلاحيتهم لهذا المنصب، والتيقن من استمرار توافر الشروط فيهم، ومطابقة أحكامهم

ستئناف ثم للطعن بالنقض من قبل قضاة الدرجة الأولى أو الثانية ثم ضبط قائمة اسمية للقضاة الممتازين الذين تقابل أحكامهم بالتأييد في معظم الأحوال ثم للقضاة المتوسطين والذين تتساوى حالات التأييد والنقض بالنسبة لأحكامهم ثم القضاة الذين تنقض أحكامهم في معظم الأحوال التي تصل فيها إلى المحكمة العليا ومثل هذا العمل لو أنجز لشكل عاملا مشجعا للقضاة الممتازين وعاملا كاشفا للقضاة ضعيفي المستوى أو عديمي النزاهة.

(1) الشحات إبراهيم، مرجع سابق، 424.

(2) الشحات إبراهيم، مرجع سابق، 424.

(3) الشحات إبراهيم، مرجع سابق، ص 421 وما بعدها.

- لشريعة الغراء أو عدم مطابقتها لها.
- 2- للتأكد من استقلال القضاة وأن الرقابة ليس تدخلا في أعمالهم أو المساس باستقلالهم فإنه لا يلجأ إلى تتبع أعمالهم وأحكامهم إلا عند الحاجة إلى ذلك، وذلك عند ظهور أمارة الاتهام، لا يكون ذلك إلا ممثلا بِنبيه ولي الأمر من رجال القضاء فلا يجوز أن يتولى الرقابة على الأحكام أشخاص من جانب السلطة أو التشريعية، بل يشترط أن يكونوا من رجال السلطة القضائية حتى تتوافر الحيطة التامة، ويجب أن يتوافر في من يقوم بالرقابة صفات الصلاح والأمانة.
- 3- يجب أن تجعل هيئة الرقابة القضائي ملف سري لكل قاضي، تودع به جميع الأوراق المتعلقة به، ولا يجوز إيداع ورقة بهذا الملف السري تتضمن مأخذا على القاضي دون اطلاعه عليها وتمكينه من الرد عليها وحفظ ذلك، ولا يجوز لغير هذه الهيئة الاطلاع على الملف السري، حتى إذا تشكى من القاضي، أمكن لهم الرجوع إلى هذا الملف بالإضافة إلى فحص أحكامه، ويكون لسيرته وسلوكه جانب كبير في تبرئته أو إدانته.
- 4- يجب أن يكون الرقابة على الحكام التي صدر فيها أحكام سواء كانت بالتبرئة أو الإدانة، أما القضايا التي مازالت معروضة على القاضي فلا يتناولها الرقابة.
- 5- إذا ما رأت الدولة عزل القاضي، وجب أن يداع على الناس، خاصة إذا كان للشكية نصيب في ذلك، حتى يقف الناس على حقيقة عزله، فتبرأ ساحته مما قد يقال في حقه هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى إذا علم القاضي أن هناك لجنة تفتش على أحكامه، وأنه إذا عزل سيداع أمره على الناس، فإنه سيتحرى الدقة في أحكامه ليصل بها إلى الصواب ما أمكنه ذلك⁽¹⁾ هذه هي الضوابط التي يجب أن تراعى عند الأخذ بهذا المبدأ، ويجب أن يحاط هذا الضابط بسياج منيع بحيث يتم بدقة متناهية، ومحاولة إعماله والاعتناء به كما ذهب إلى ذلك الفقهاء.

(1) الشحات إبراهيم، المرجع السابق، ص 426.

المبحث السابع

طرق الطعن في الأحكام العادية في الفقه الإسلامي

لم ينص الفقهاء في مؤلفاتهم على طرق الطعن في الأحكام القضائية بشكل صريح ومباشر، ولكن بالتتبع والاستقراء في ثنايا أقوالهم وآرائهم نجد عندهم ما يشبه طرق الطعن الحديثة في الأحكام القضائية، ونحاول مساهمة المنهج القانوني في الطعن وإسقاط أقوال الفقهاء عليه، ولعل هذا استثناء في منهج الدراسة المتبع في هذا البحث، وهو عدم التصنع في المقارنة، وعدم إغارة منهج الفقه الإسلامي للقانون الوضعي أو العكس.

المطلب الأول: مفهوم الطعن في الأحكام:

الفرع الأول: معنى الطعن في الأحكام: عدم الرضا بالحكم الذي أصدره القاضي و لا اعتراض عليه بطلب إعادة في القضية المحكوم فيها، سواء كان الاعتراض من المدعى عليه أو من غيره، وهذا المعنى له أصل في المعنى اللغوي: فقد جاء في مختار الصحاح: طعنه بالرمح و طعن في السن كلاهما من باب نصر، و طعن فيه، أي قدح من باب نصر، و طعن الغصن في الدار مال إليها معترضا⁽¹⁾، وعلى هذا يكون المراد بالطعن: الادعاء صائب و جاز الاعتراض عليه، كما يمكن أن يراد الطعن: الدخول في الدعوى الجديدة المراد تعديل الحكم فيها، أو يكون المقصود بالطعن العيب و القدح في الحكم، فكأنه يطعن على القاضي بالعيب في حكمه المعترض عليه فيه، فالطعن يحتمل جميع هذه المعاني بمفهومه العام.

الفرع الثاني: أساس الطعن على الأحكام: إن الأحكام مصدرها القضاة وهم بشر، و البشر يخطئ و يصيب، ولما كان الحكم يتمتع بحوزته الحجية - كما سبق - فإنه لا يجوز التعرض له إلا بطريق من طرق الطعن المقررة، فالحكم منذ صدوره إلى إلغائه أو تعديله يعتبر هو الصواب الذي يتعين احترامه ما دام لم يطعن فيه، إذ الأصل في الأحكام الصادرة من القضاة أن تكون حاسمة للنزاع و أن تكون لها حجيتها وقوتها و يلتزم بها أطراف النزاع، إلا أنه لما جاز احتمال الخطأ على

(1) مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 393.

أحكام القضاة، جاز لقاضي القضاة أو من يستخلفه أن ينظر في أحكام قضاة⁽¹⁾، ويرد منها ما يحتاج إلى الرد ويعدل منها ما يحتاج إلى تعديل، وإن كانت صحيحة أبقاها على ما هي عليه.

هذا: وإن كانت النظم الوضعية الحديثة قد نظمت الطعن على الأحكام وقسمته إلى طرق عادية، وهي المعارضة والاستئناف، وغير عادية وهي التماس إعادة النظر والنقض.

فإن لهذه الأنواع أساسا في الفقه الإسلامي، وهي مسائله ما يتسع لذلك وقد وقع كثير منه في العصور المختلفة على صور وأشكال متعددة، وما جد الآن من تنظيم لطرق الطعن وتحديد مواعيده، وإن لم يكن معروفا في الفقه، إلا أن قواعد الفقه الإسلامي لا تنافيه.

ونلاحظ أن الأصل عند الفقهاء أن حكم القاضي لا يقبل الطعن بالنقض، وذلك لأن هؤلاء الفقهاء قد اشترطوا فيمن يتولى منصب القضاء أن يكون وصل لمرحلة الاجتهاد والمجتهد لا يحكم ظاهرا إلا بالحق، ولذا لا يجوز نقض حكمه، ولكن لما كان من الممكن أن يقع المجتهد في الخطأ سواء كان عمدا أو سهوا نتيجة تقصيره في الاجتهاد، جاز الطعن على هذا الحكم، ولذلك قرر الفقهاء خروجاً على هذا الأصل وقالوا: إن الحكم إذا طعن فيه أحد المتخاصمين لدى قاض آخر فظهر له فيه خطأ بين وثبتت ذلك عنده فإنه يردده ويفسخه ويبين الوجه الذي بنى عليه حكمه⁽²⁾.

وقالوا: ليس على الحاكم تتبع قضايا من كان قبله، لأن الظاهر صحتها، إلا إذا كان قد طلب أحد الخصمين نقض الحكم وكان مخالفا لنص أو إجماع، وكان القاضي السابق معروفا بعدم الدقة في قضاؤه، لأن قضاؤه كلاً قضاء، لعدم توافر شروط القضاء فيه عندهم، وليس في نقض قضاياه نقض الاجتهاد بالاجتهاد إذ ليس ذلك الصادر اجتهادا⁽³⁾.

وكما سبق القول فإن الفقه الإسلامي يتسع لما جد من طرق وتحديد مواعيد الطعن مما تتسع له السياسة الشرعية التي تبنى أحكامها على المصلحة التي لا تخالف نوا أو إجماعاً.

ولهذا: سنسير على نهج الفقه الوضعي في بيان طرق الطعن في الفقه الإسلامي

مي:

(1) الشحات إبراهيم، مرجع سابق، ص 609 - وسام أحمد السمروط، المرجع السابق، ص 351 وما بعدها.

(2) التبصرة، ج 1، ص 57-58.

(3) الروضة، ج 11، ص 129، الكافي، ج 4، ص 452.

المطلب الثاني: الطعن بالمعارضة:

والطعن بالمعارضة طريق من طرق الطعن العادية التي خول القانون للطاعن سلوكها في القانون الوضعي، وذلك في حالة عدم رضا المحكوم عليه بالحكم، وذلك لأي سبب يتعلق بالحكم سواء كان عدم رضا لسبب يرجع إلى الواقع أو القانون، إذ أن الطرق العادية يجوز الالتجاء إليها حتى ولو لم يكن هناك سبب ولكن لمجرد أن يمارس المحكوم عليه طرق الطعن العادية، وهي الاستئناف، أي رفع القضية أمام محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم، أو الطعن بالمعارضة، وهو رفع وطرح النزاع مرة أخرى على المحكمة التي أصدرت الحكم في حالة غيبة المحكوم عليه، وعلى ذلك فإن المحكمة التي تنظر الطعن العادي يكون لها نفس الصلاحيات والسلطات المقررة للمحكمة التي أصدرت الحكم⁽¹⁾، وما دامت المعارضة تكون للغائب وذلك برفع الأمر إلى القاضي الذي أصدر الحكم ضده لإعادة النظر في الدعوى من جديد لصدوره في غيبته والحكم فيها بإلغاء الحكم الأول أو تعديله أو تأييده⁽²⁾، فإن ذلك كله معروف في الفقه الإسلامي ومنصوص عليه، ولذلك سنتعرض لبعض الأقوال الواردة عن الفقهاء في هذا الشأن:

جاء في فتح القدير: وعن محمد لا يقضى بالبينة -أي على غائب- ويقضى بإقرار، وهو قول أبي حنيفة، لأن في البينة للمدعى عليه حق الطعن في البينة، والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق⁽³⁾، ومعناه: أن المحكوم عليه ما دام غائباً فلا يستطيع الطعن على البينة، ولذلك قال محمد أبو حنيفة: لا يقضى عليه بها في غيبته لعدم تمكنه من الطعن عليها، ومفهوم المخالفة: أنه إن حكم عليه بها في حال غيبته فإن له أن يطعن عليها إذا حضر، فله الحق في الطعن بالمعارضة عليها عند حضوره.

وجاء في البناني: الحكم على الغائب لا بد فيه من تسمية الشهود ليتمكن من الطعن فيهم وهو مشهور المذهب، فإن لم يسم البينة فسخت القضية، وذكر مثله الشيخ الدسوقي وزاد فقال: ادعى فيهم مطعنا كلفه إثباته وإلا حكم عليه، فإن أراد المحكوم عليه الطعن بعد الحكم، فإن كان قد سلم البينة الشاهدة عليه المحكوم بشهادتها فلا يقبل طعنه، وإن كان لم يسلمها وكان عدم طعنه لعدم وجود بينة تطعن أو نسبها، أو كانت غائبة فله الطعن بعد الحكم إن وجود من يشهد بذلك وينقض الحكم، وكذا يقال إذا أمهله ثم حكمه عليه⁽⁴⁾.

(1) نظام القضاء للمرصفاوي، ص 138.

(2) الشحات إبراهيم، مرجع سابق، ص 611-612-613.

(3) فتح القدير، ج 6، ص 402.

(4) البناني، ج 7، ص 144، حاشية الدسوقي، ج 4، ص 148.

وقال ابن قدامة: وإن قدم -أي الغائب- بعد الحكم فجرح الشهود بأمر كان قبل الشهادة بطل الحكم، وإن جرحهم بأمر بعد أداء الشهادة أو مطلقا لم يبطل الحكم، ولم يقبله الحاكم، لأنه يجوز أن يكون بعد الحكم فلا يقدر فيه، وإن طلب التأجيل أجل ثلاثا فإن جرحهم وإلا نفذ الحكم، وإن ادعى القضاء أو الإبراء فكانت له به بينة وإلا حلف الآخر ونفذ الحكم⁽¹⁾.

وجاء في شرح الأزهار: ومتى حضر الغائب بعد أن حكم عليه وطلب استئناف الدعوى فليس له إلا تعريف الشهود ولا تجب إعادتهم الشهادة، وإذا عرف الشهود وطلب جرحهم فإنه لا يجرح أيهم إلا بمجمع عليه كالفسق الصريح⁽²⁾.

ويتبين لنا من خلال النقول السابقة أن الفقهاء متفقون على جواز الطعن بالمعارضة، وأنه متى صدر حكما غيابيا على المحكوم عليه، فإن من حقه أن يقوم بعرض نزاعه على نفس المحكمة التي أصدرت الحكم حال غيبته ويجب على القاضي الذي يصدر أن يقوم بتسمية الشهود وبيان الأسباب التي بنى عليها حكمه حتى إذا ما حضر فإنه يجوز له أن يطعن على البينة أو على الأسباب المستند إليها في حكمه.

ويكون للمحكمة الناظرة في الطعن أن تؤيد الحكم السابق، وذلك إن لم يكن هناك أدلة قاطعة ودامغة في الطعن ضد الحكم، أو يقوم القاضي بتعديل الحكم الذي صدر، أو يقوم بإلغاء الحكم.

هذا والملاحظ أن الطعن بالمعارضة يصح من المدعى عليه أو المحكوم عليه بلا خلاف كما يجوز من المدعى لرفع المعارضة الحاصلة من الخصم.

المطلب الثالث: الطعن بالاستئناف:

وهو الطريق الثاني من طرق الطعن العادية، ويتفق مع الطريق الأول في أن الهدف منهما هو تصويب الأحكام⁽³⁾، غير أنهما يختلفان في أن الاستئناف وإن كان طريقا عاديا إلا أنه لا يرفع أمام المحكمة التي أصدرت الحكم ولكنه يرفع أمام محكمة أخرى غير التي أصدرت الحكم الأول، بسبب الاختصاص الذي يحدده القانون لذلك.

فالاستئناف عبارة عن إعادة النظر في القضية مرة أخرى بعد إصدار الحكم فيها أمام قاض آخر، أو قضاة آخرين لم يشتركوا في إصدار الحكم الأول وهذا أصل مقرر في الفقه الإسلامي وستعرض للنقول الواردة عن الفقهاء.

جاء في الدر المختار: عند الحديث على قاضي القضاة: إن هذا القاضي كان له

(1) المغني، ج9، ص110.

(2) الدر المختار، ج5، ص356.

(3) وسام أحمد السمروط، المرجع السابق، ص352.

النظر في أفضية القضاة ومراجعة أحكامهم، بل كان له حق نقض الأحكام أيضا (1).

وقال السرخسي: وإذا لم يطعن الخصم في الشاهد فلا ينبغي أن يسأل عنه وكان عليه السلام يستأنف القضاء بالناسخ، ولا يبطل ما قضى به، لأن النسخ ينهي مدة الحكم ولا يتبين أنه لم يكن حقا قبل نزول الناسخ (2).

وقال الطرابلسي: قال بعض العلماء: لا يجوز للقاضي أن ينظر في القضية غيره، قيل فإن قام عنده قائم وقال: هذا كتاب القاضي قد حكم فيه بجوز بين ق ال: أرى أن ينظر فيه، فإن تبين له أنه حكم بجوز ووجده في القضاء مفسدا مثل أن يقضي بشهادة نصراني أو مثل أن يبطل المهر من غير بينة ولا إقرار أو بعدم تأجيل العنين وما أشبه ذلك فأرى أن يفسخه، وأما إن وجد القضاء بهما لم يتبين فيه الجور ولا الخطأ، فلا أرى له أن ينظر فيه (3).

وجاء في مواهب الجليل: إذا لم يكتب الأعذار في الحكم وزعم المكتوب عليه بعد موت الحاكم أو عزله أنه لم يمكنه من جرح الشاهد فلا يسمح منه، والحكم ماض عليه، وقيل: إن دعى إلى الأعذار فإنه يعذر إليه وذلك من حقه، فإن أتى بمدفع نظر له، وإن لم يأت بمدفع مضى الحكم بالأعذار إليه، ولا يستأنف النظر فيما تقدم من الحكم لغفلة من غفل عن تتبع حقه (4).

وقال الدسوقي: والأعذار واجب، ومحل وجوبه: إن ظن القاضي جهل من يريد الحكم عليه بأن له الطعن أو ضعفه، وأما إن ظن علمه بأن له الطعن وأنه قادر على ذلك لم يجب بل له أن يحكم بدونه، وقوله "والحكم بدونه باطل" فينقض ويستأنف، قال الناصر: للقاضي أن يحكم بدون أعذار ثم يستأنف الأعذار، فإن أبدى المحكوم عليه مطعنا نقضه وإلا بقى الحكم (5).

وجاء في الروضة: قال للقاضي رجلا: كانت بيننا خصومة في كذا فحكم القاضي فلان بيننا بكذا، ونحن نريد أن نستأنف الحكم بيننا باجتهادك ونرضى بحكمك، فهل يجيبها أم يتعين إمضاء الحكم الأول ينقض الاجتهاد بالاجتهاد؟ وجهان (6).

وجاء في الكافي للحنابلة: ولا يجوز احلافه - أي المدعى عليه - قبل مطالبة

(1) الدر المختار، المرجع نفسه.

(2) المبسوط، ج 16، ص 85-88.

(3) معين الحكام، ص 30.

(4) مواهب الجليل، ج 6، ص 106، 112، 132.

(5) حاشية الدسوقي، ج 4، ص 148.

(6) الروضة، ج 11، ص 154.

المدعى فإن فعل لم يعتد بها، لأنها يمين قبل وقتها، وللمدعى المطالبة بإعادتها، وإن أمسك المدعى عن احلافه ثم أراد احلافه فله ذلك، لأن حقه لم يسقط بالتأخير، وإن قال أبرأتك من اليمين سقط حقه منها في هذه الدعوى، وله استئناف الدعوى بـ اليمين فيها، لأن حقه لم يسقط بالإبراء من اليمين⁽¹⁾.

وبالنظر في النصوص السابقة عن الفقهاء نجد:

إن فقهاء الحنفية يرون: أن لقاضي القضاة النظر في أحكام القضاة ومراجعتها فما وافق الحق أمضاه وما خالف فسخه، وهذا لا يكون إلا نتيجة استئناف الحكم من أمام القاضي الذي أصدر الحكم إلى قاض أعلى درجة، وإن ذهب بعض العلماء من الحنفية إلى القول: بأنه لا يجوز للقاضي النظر في قضايا غيره، إلا أن هذا معناه تتبع قضايا القاضي من تلقاء نفسه، أما رفع الخصم النزاع إليه لعيب في الحكم أو في القانون، أو لعدم وجود عيب ولكن لكي يستفاد من درجتي القاضي فإنه يصح ويكون للقاضي الآخر النظر في الواقعة فإن رأى أن هناك خطأ في تطبيق النص على الواقعة، أو أن القاضي حكم بما لا يجوز الحكم به، أو لم يعط الخصم حقه في التأجيل إن كان عنيئا، ولكن قضى عليه من أول الأمر بفسخ العقد دون أن يؤجل فترة ليختبر، ففي ذلك كله يكون للقاضي المستأنف أمامه الحكم إلغاء الحكم الأول وإصدار حكم يتناسب مع ظروف الواقعة، وكذلك إذا رآها تستحق التعديل عدل الحكم، أما إن رأى الحكم صوابا فإنه يؤيد الحكم الصادر من محكمة أول درجة لموافقته الحقيقية.

ويرى المالكية: صحة القول باستئناف الأحكام، فإذا كان الشهود قد شهدوا بـ الواقعة لدى القاضي، وأنذر القاضي المشهود عليه بما تم عنده، وعجز عن الطعن في هذه الشهادة فإنه ينفذ الحكم عليه دون استئناف للأعدار مرة أخرى -أي إنذاره مرة ثانية- وقيل: إن للحاكم أن يحكم في القضية دون إنذار للمحكوم عليه، وللقاضي بعد استئناف الأعدار، فإن كان للمحكوم عليه مطعنا على ما هو عليه.

فعجز المحكوم عليه من الطعن أو طعن المحكوم عليه على ما حكم به عليه عند عدم عجزه دليل على أن من حقه طرق باب الاستئناف ورفع الواقعة برمتها وبما حكم عليه فيها إلى محكمة أعلى درجة، وما عليها إلا أن تلغي الحكم أو تؤيده. أما الشافعية: فيرون أنه إذا ترفع خصمان للقاضي في واقعة ما، وحكم بينهما ، ولم يرضيا بالحكم لأي سبب أو بدون سبب، ورفعوا قضيتهما إلى محكمة الاستئناف فهل يلزم القاضي قبول دعواهما أو لا؟ وجهان.

وأرى: أن الشافعية -الوجه الثاني عندهم وهو- عدم قبول القاضي محكمة الاستئناف للدعوى وجهته: أن الحكم صادر من القاضي في محل اجتهاد ومن قاضي

مجتهد وغالبا ما يكون حكمه صحيحا فلا حاجة إلى استئناف، كما أن موضوع الحكم اجتهادي ولا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد فيكون الحكم قد صدر من أول درجة وهو حائز على حجية الأمر المقضي، وليس معناه: أن لهم في الاستئناف وجهان إلا إذا كان الحكم في فصل مجتهد وصادرا من قاضي مجتهد فلا يطعن عليه وهو محل اتفاق بين الفقهاء، وقد أوضحت ذلك فيما إذا تغير رأى القاضي في مجتهد فيه فإنه لا ينقض ما حكم به أولا رغم مخالفته للاجتهاد الثاني.

أما الحنابلة: فيرون صحة الاستئناف للأحكام أيضا ويرون أنه في حالة تحليف المدعى عليه اليمين، فإن اليمين حق للمدعى، وله التمسك به قبل المدعى عليه، ولا يسقط بأي حال من الأحوال إلا إذ أبراه منها، وهنا يكون له الحق في استئناف الدعوى أمام قاض آخر والتمسك باليمين أمام قاض محكمة الاستئناف، وبالتالي يتمسك بجميع حقوقه، إذ أن محكمة الاستئناف محكمة واقع تعرض أمامها القضية برمتها وتتخذ أمامها جميع الإجراءات.

وعلى ذلك: فإن الفقهاء متفقون على صحة استئناف الأحكام، وإنه للمحكوم عليه الحق في رفع الدعوى بما حكم فيها أمام قاضي أعلى درجة سواء كان هناك سبب للاستئناف كخطأ من الواقع أو القانون أو لم يكن هناك سبب ولكن تمسك الخصم بحقه في درجتي التقاضي ويكون للقاضي المستأنف أمامه نظر القضية برمتها، وللخصم التمسك بأدلته وحقوقه وإبراز دفوعه أمامها وعلى القاضي بعد تقديم الخصم مستنداته ودفوعه أو عدم تقديمها إن اقتصر على ما أبداه أمام محكمة أول درجة، أن ينظر في القضية فإن رأى أن الحكم الصادر من أول درجة خاطئ ألغى الحكم وأصدر حكمه على أساس تكبيفه لها، وإن رآه يستحق التعديل عدل الحكم، وإن رأى الحكم صوابا أيده ونفذ الحكم أول درجة واستئناف الأحكام له أصل ودليل من السنة النبوية يؤكدها ما ذهب إليه الفقهاء مما يؤكد أن فكرة الاستئناف للأحكام عرفت في عهد الرسول ﷺ: فقد روى أن قضية عرضت على علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: أفضى بينكم فإن رضيتم فهو القضاء وإلا حجرت بعضكم عن بعض حتى تأتوا رسول الله ﷺ، ليقضى بينكم، فلما قضى بينهم أبوا أن يرتضوا وآتوا الرسول ﷺ أيام الحج وهو عند مقام إبراهيم وعرضوا عليه أمرهم، فأجاز قضاء علي وأيده، وقال "هو ما قضى بينكم" (1).

فالإمام علي قضى بينهم وأخبرهم بأنهم إذا لم يرتضوا قضاء حق لهما أن يعرضوا الأمر على من هو أعلى منه ليفصل في النزاع، وبعد حكمه لم يرتضوا وعرضوا القضية على رسول الله فأجاز قضاء علي وهذه هي فكرة الاستئناف فعلا،

(1) الحديث ذكره مسند الإمام أحمد علي الفتح الرباني، ج16، ص58 أخبار القضاة لو كيع عالم الكتب ميزان الاعتدال، ج1، ص619.

حيث إن القضية تم الفصل فيها وبعد ذلك نظرت من جديد أمام جهة أعلى. والإمام علي لم يخبرهم باللجوء إليه ﷺ باعتباره المشرف على تنفيذ أحكام المسلمين بل باعتباره ﷺ قاضيا، وهذا يؤخذ من قوله "ليقضى بينكم...". من هنا: فإن فكرة استئناف الأحكام محل اتفاق الفقهاء وثابت مشروعيتها بالسنة النبوية المطهرة.

المطلب الرابع: الطعن بالنقض: من المسلم به أن الطعن بالنقض من الطرق غير العادية، بمعنى أنه لا يجوز التطرق إليه إلا لأسباب معينة ومحددة في القانون، وعلى هذا الأساس فإن المحكمة التي تنظر الطعن ليست درجة من درجات التقاضي، على خلاف محكمة الاستئناف كما سبق، فإنها درجة من درجات التقاضي، ويترتب على هذا الفرق أن الطعن أمام محكمة الاستئناف يوقف تنفيذ الحكم، أما الطعن أمام محكمة النقض فإنه لا يوقف تنفيذ الحكم، فينفذ الحكم، على المحكوم عليه إلى أن يفصل في الطعن إما بالتأييد أو الإلغاء أو التعديل⁽¹⁾.

الفرع الأول: مفهوم النقض في الفقه الوضعي: تقويم الاعوجاج القانوني في الحكم المطعون فيه وتوحيد فهم القاضي للنص لتدقيق الأخطاء القانونية والأصولية والإجرائية وتصحيحها ثم إصدار قرارها على ضوء اللوائح التي يقدمها الخصوم، ومحاضر المرافعات في ملف الدعوى، وذلك بقصد إلغائه أو تعديله أو إزالة آثاره مع عدم إغفال اختصاص المحكمة والإجراءات المعينة والمواعيد المحددة⁽²⁾.

الفرع الثاني: مفهوم بالنقض في الفقه الإسلامي: النقض هو إبطال الحكم و الحل منه كما يعني الرجوع عنه، قال تعالى: ((ولا تكونوا كالتي نقضت غزلها من بعد قوة أنكاثا))⁽³⁾، وقال تعالى: ((الذين عاهدت منهم ثم ينقضون عهدهم في كل مرة))⁽⁴⁾، فليس المقصود من النقض في هذا المجال المتعارف عليه في القانون الوضعي للنقض كطريق طعن غير عادي القصد منه تقويم الاعوجاج القانوني في الحكم المطعون فيه وتوحيد فهم القضاة للقانون، حيث يقدم لمحكمة لا تعتبر درجة من درجات التقاضي وإن كانت على قمة التنظيم القضائي في سلم ترتيب المحاكم القضائية⁽⁵⁾.

(1) د/محمود مصطفى، مبادئ الإجراءات الجنائية، بند 351.

(2) د/بديوي، قواعد وإجراءات المرافعات، ص 200.

(3) سور النحل: الآية 92.

(4) سورة الأنفال: الآية 56.

(5) راجع في هذا المعنى تفسير الفخر الرازي، طبعة دار الفكر، بيروت، سنة 1405هـ، ج 10، ص

أما الوضع في الشريعة الإسلامية فهو على خلاف القانون، حيث إن الفقه يجوز للقاضي الذي أصدر الحكم المطعون فيه أن ينقضه بنفسه إذا تبين له أن هناك خطأ فيقوم هذا القاضي أو غيره بإبطال هذا الحكم وإلغائه وهو إلغاء وجوبي⁽¹⁾. وبعد أن عرفنا معنى الطعن بالنقض في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي و الفرق نجد أنه لا مانع من هذا التقسيم في الفقه الإسلامي وإن كان الفرق بين الطعن بالنقض والطعن بالاستئناف لم يتضح كما هو واضح في القانون إلا أنه لا مانع من هذا التقسيم في الفقه الإسلامي كما نجد أن الفقهاء متفقون على أن حكم الحاكم ينقض إذا ما خالف نصاً قاطعاً أو إجماعاً، فإذا ما خالف القاضي في حكمه نصاً من الكتاب أو السنة أو الإجماع فإنه يجب نقض حكمه وزاد الحنفية على ذلك القياس الجلي، أو كان الحكم لا دليل عليه.

وزاد المالكية على ما تقدم مخالفة القاضي للقواعد الكلية فإنه يجب نقض الحكم إذا ما خالف القواعد الكلية أيضاً وعند الشافعية ينقض الحكم لمخالفته النص أو الإجماع أو القياس الجلي، واقتصر الحنابلة على نقض الحكم إذا خالف النص أو الإجماع ولا ينقض إذا ما خالف القياس، جلياً أو خفياً.

وعليه: نجد أن جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية يرون نقض الحاكم لمخالفته النص أو الإجماع أو القياس، أما الحنابلة فيرون أن الحكم لا ينقض إلا إذا خالف النص والإجماع ولا ينقض لمخالفته القياس.

وفي ذلك يقول السيوطي: ينقض قضاء القاضي إذا خالف نصاً أو إجماعاً أو قياساً جلياً.

قال القرافي من المالكية أو خالف القواعد الكلية، قال الحنفية: أو كان حكماً لا دليل عليه.

وما خالف شرط الواقف فهو مخالف للنص وهو حكم لا دليل عليه، سواء كان نصه في الوقف نصاً أو ظاهراً، وما خالف المذاهب الأربعة فهو كالمخالف للإجماع، وإنما ينقض حكم الحاكم لتبين خطئه، والخطأ قد يكون في نفس الحكم بكونه خالف نصاً أو شيئاً مما تقدم، وقد يكون الخطأ في السبب كأن يحكم ببينة مزورة ثم يتبين خلافه فيكون الخطأ في السبب لا في الحكم، وقد يكون الخطأ في الطريق كما إذا حكم ببينة ثم بان فسقها، وفي هذه الثلاثة ينقض الحكم بمعنى أننا تبيننا بط لانه⁽²⁾.

(1) الشحات إبراهيم، مرجع سابق، ص 621.

(2) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 105.

أسباب نقض الحكم في الفقه الإسلامي:

1- أن يكون الحكم وقع مخالفا لنص أو إجماع، فالحكم إذا ما خالف نصا من الكتاب أو السنة أو الإجماع، فإن الفقهاء متفقون على نقض هذا الحكم من القاضي نفسه أو غيره إذا رفع إليه، بشرط ألا يكون لها معارض راجح أما إذا كان لها معارض راجح فإنها لا تنقض (1).

2- إن حكم القاضي ينقض إذا ما خالف قياسا جليا (2) وهذا عند الحنفية والمالكية والشافعية، فإذا ما خالف القاضي القياس الجلي في حكمه، فإنه ينقض عند جمهور الفقهاء، أما الحنابلة فيرون عدم النقض بمخالفته حيث إن هناك بعض الأحكام الشرعية وردت على خلاف القياس ومع ذلك لم تنقض.

3- إذا كان حكم القاضي في الدعوى سيؤدي إلى جلب نفع أو دفع ضرر له أو لأقاربه، كأن يكون أحد طرفي الخصومة أباه أو ابنه أو زوجته فيحكم لصالحه أو يكون بينه وبين أحد طرفي النزاع عداوة فيحكم عليه بما يضره، للعداوة، فإن وقع مثل هذا القضاء فإنه ينقض حكم ذلك القاضي ولا ينفذ ويكون للخصوم الحق في طلب رد القاضي عن نظر الدعوى قبل الفصل فيها فإذا نظرها وحكم فيها نقض حكمه وعرضت على قاضي آخر دون النظر إلى الحكم الذي قبله.

4- ينقض حكم القاضي إذا كان هناك خطأ في سبب الحكم أو في طريقته كالحكم بشهادة الزور، أو كان في الشهادة خلل كفسق الشهود لأن القاضي يحكم بطريق شرعي وليس ذلك منه.

5- إذا عرف عن القاضي أنه يجور في أحكامه فإنها ترد كلها وتنقض، إذ أن كل أحكامه ليست مبنية على أساس شرعي، وإنما هي مبنية على ظلمه وجوره فهي بعيدة عن الحقيقة والصواب.

6- تنقض أحكام القاضي الذي لم يشاور العلماء وذلك لأنها مبنية على غير أساس شرعي بل بنيت على التخمين فيجب تعقب أحكامها ونقض ما خالف الشريعة منها.

هذه هي الأسباب التي نص عليها الفقهاء لنقض حكم القاضي فيها وقد لاحظنا أن النقض في الشريعة الإسلامية يختلف عنه في القانون الوضعي وذلك لأن النقض في الشريعة الإسلامية يجوز للقاضي نفسه الذي أصدر الحكم عندما يتبين

(1) معين الحكام، ص 39، الشرح الكبير، ج 4، ص 412، التبصرة، ج 1، ص 56، أدب لابن أبي الدم، ج 1، ص 193، المذهب، ج 2، ص 298، الأم، ج 6، ص 220، المغني، ج 9، ص 58.

(2) هو ما كانت العلة فيه منصوصة أو قطع فيه ينفي الفارق بين الأصل والفرع، الأحكام للآمدى، ج 3، ص 232.

وجه الخطأ فيه أن يقوم بنقضه كما يجوز ذلك لغيره إذا رفع إليه. كما أن الطعن بالنقض طريق ليس له إجراءات معينة ولا يتقيد بمواعيد محددة، إضافة إلى ذلك أن القاضي يلتزم بإلغاء الحكم بدون طلب من ذوي الشأن متى استبان له وجه الخطأ فيه، فالشريعة الغراء تهدف إلى إقرار العدل، فهي لا تقر مبدأ تحصن الأحكام أو اكتسابها الحجية كمبرر يمنع من إلغاء المخالف منها لقواعدها ولو كان في ذلك زعزعة للمراكز التي اكتسبت بناء على هذه الأحكام الخاطئة.

الأحكام التي لا يجوز للحاكم أو لغيره نقضها:

- 1- الأحكام التي صدرت وفق النصوص الشرعية ولا مجال فيها للاجتهاد فهذه الأحكام متى صدرت موافقة للنصوص الشرعية فإنه لا يجوز نقضها أو تعديلها، بل هذه الأحكام تنفذ فور صدورها ما لم يطعن عليها من أحد الخصوم، وإذا عليها فإن المحكمة يجب عليها أن تؤيد الحكم الصادر من المحكمة.
- 2- الأحكام التي ليس فيها نص من الكتاب أو السنة أو الإجماع وصدرت بناء على اجتهاد من القاضي، فإنه متى صدر الحكم نتيجة اجتهاد القاضي فإنه لا ينقض حتى ولو تغير اجتهاد القاضي الذي أصدر الحكم أو كان هذا التعديل نتيجة رؤيا قاضي آخر وهذا محل اتفاق الفقهاء⁽¹⁾.

الفرق بين الطعن والرقابة على الأحكام:

قد يكون هناك تشابه من بعض الأوجه بين الطعن في الأحكام وبين الرقابة عليها ومراجعتها فنيا، إلا أن ذلك لا يعني أن كلاهما واحد، لأن الطعن في الحكم يعني التظلم منه برفع الحكم أو تعديله ضد من صدر عليه، بينما الرقابة على الأحكام يعني تصفحها فنيا فما وافق الحق منها أمضى وما خالف فسخ كما أن الرقابة يكون للإمام أو من ينوب عنه في ذلك بينما الطعن يكون من الخصم الصادر ضده الحكم أمام القاضي أصدره أو قاضي غيره⁽²⁾.

المطلب الرابع: الطعن بالتماس إعادة النظر: هذا هو الطريق الثاني من طرق الطعن غير العادية والتي لا يجوز الطعن فيها إلا لأسباب معينة مثلها مثل طريق الطعن بالنقض، إلا أن الطعن بالتماس إعادة النظر يرفع إلى المحكمة التي أصدرت الحكم، بل إنه من الجائز أن ينظر الطعن بالتماس إعادة النظر نفس الهيئة التي أصدرت الحكم إذا كان الحكم المطلوب إعادة النظر فيه قد أصبح نهائياً أمام المحكمة التي أصدرته، أما إذا لم يصبح الحكم نهائياً أو لم يصدر منها كذلك، فإنه لا يجوز الطعن

(1) الفتاوى الهندية، ج3، ص421، معين الحكام، ص29، التبصرة، ج1، ص56، الأم، ج6، ص220، المهذب، ج2، ص298، مغني المحتاج، ج4، ص396، المغني، ج9، ص58.
(2) معين الحكام، ص29-30، الفتاوى الهندية، ج3، ص430، تبصرة الحكام، ج1، ص61.

فيه بالتماس إعادة النظر، وإنما يجوز الطعن فيه بالاستئناف، وعليه: فإن الطعن بـ التماس إعادة النظر إنما يكون إذا أصبح الحكم نهائياً وفيه عيب من العيوب المحددة على سبيل الحصر وهي:

- 1- إذا وقع الحكم سهواً من المحكمة.
 - 2- إذا بنى الحكم المطعون فيه على شهادة زور تبين بعد صدوره أنها مزورة.
 - 3- إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه صدور الحكم على هذا الوضع.
 - 4- إذا تمكن المحكوم عليه من تزوير الأوراق التي بنى عليها الحكم⁽¹⁾.
- والمقصود من التماس إعادة النظر إنما هو محو الحكم وإلغائه، وليس المراد تعديله أو تأييده كما هو الحال في الطرق الأخرى للطعن.
- ولبيان آراء الفقهاء في الطعن بالتماس إعادة النظر نعرض النصوص الواردة عنهم في هذا الشأن:

جاء في معين الحكام: تحت عنوان قيام المحكوم عليه بطلب فسخ الحكم عنه، قال: أن ينسب القاضي إلى التقصير في الكشف عن الشهود ويأتي بموجب سقوط شهادة من شهد عليه، فإن أثبت جرحه نقض⁽²⁾.

ومعناه أن المحكوم عليه إن طعن في الحكم على أساس أن القاضي قد بنى حكمه على الشهادة، والشهود الذين بنى القاضي على شهادتهم لا يصلحون للشهادة، أو أنهم زوروا في الشهادة فإن الحكم الذي حكم به عليه يلغى ويجب نقضه وهذه صورة من صور الطعن بالتماس إعادة النظر في الحكم.

وفي الكفاية: فلو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً لمذهبه، نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن كان عامداً فقيهه روايتان، ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين ووجه عدم النفاذ: أنه زعم فساد قضاؤه فيعامل في حقه بزعمه، وعندهما: لا ينفذ في الوجهين، لأنه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى⁽³⁾.

ومعناه أن القاضي إذا حكم فيما لا ينص فيه بخلاف رأيه ناسياً فإن الحكم ينفذ عند أبي حنيفة وإن كان معتمداً المخالفة ففيه روايتان وعند صاحبين لا ينفذ الحكم في الحالتين أي سواء كان القاضي ناسياً أو عامداً وهو الذي عليه الفتوى في المذهب.

فإذا ما قضى ناسياً فإنه يحق للمحكوم عليه الطعن بالتماس إعادة النظر في الحكم وبالتالي يلغى هذا الحكم ولا ينفذ على المحكوم عليه، وهذه صورة أخرى من صور الطعن بالتماس إعادة النظر.

(1) الوسيط للدكتور والي، ص 823-825.

(2) معين الحكام، ص 34.

(3) فتح القدير، ج 6، ص 396، العناية والهداية، ج 6، ص 396.

وفي حاشية الدسوقي: فإن أراد المحكوم عليه الطعن بعد الحكم، فإن كان قد سلم البينة الشاهدة عليه المحكوم بشهادتها فلا يقبل طعنه، وإن كان لم يسلمها وكان طعنه لعدم وجود بينه تطعن، أو نسبها أو كانت غائبة فله الطعن بعد الحكم إن وجد من يشهد بذلك وينقض الحكم⁽¹⁾.

ومعناه إذا صدر الحكم على المحكوم عليه ووقع الحكم على أساس الشهادة و المحكوم عليه لم يسلم بشهادة الشهود ويريد أن يطعن عليها لكنه يعجز عن إقامة البينة التي تسقط شهادة هؤلاء الشهود فلو وجد من يشهد معه بنفي ما ثبت ضده وحكم عليه على أساسه فإنه يطعن على هذا الحكم بالتماس إعادة النظر فيه ويمكن من ذلك، ويكون على القاضي أن يقوم بنقض وفسخ ما حكم به عليه وإعادة النظر في ملف القضية من جديد رغبة في إنصاف المحكوم عليه ورد الحقوق إلى أصحابها.

وفي أدب القضاء: لا تقبل الشهادة بالجرح إلا مفسرا مفصلا، فإذا ثبت عنده جرحهم نقض حكمه، وكتب إلى القاضي المكتوب إليه بنقضه، ولو حكم على غائب بحق ثم أثبت فسق الشاهدين حالة الحكم فلا خلاف في نفس الحكم⁽²⁾. وهو هنا يبين أن جرح الشاهدين من المحكوم عليه لا بد وأن يكون مفسرا ومبينا لأسباب الجرح حتى يمكن الأخذ به، فإذا ما ثبت الجرح من المحكوم عليه فإنه يجب على القاضي نقض الحكم الذي حكم به.

وكذلك الحال إذا كان الحكم على الغائب لكنه بالنسبة للغائب يكون له الحق في الطعن بالطريق غير العادي وهو التماس إعادة النظر إذا ما انتهت مواعيد الطعن بالنسبة له، فيمكن من الطعن بالتماس إعادة النظر حفاظا على عدم ضياع الحقوق.

جاء في كشف القناع: ولو بأن بعد الحكم كفر الشهود أو فسقهم لزمه، أي الحاكم نقضه، أي الحكم لفقد شرط صحته، ويرجع بالمال المحكوم به إن بقي، أو بدله إن تلف على المحكوم له، لأنه أخذ بغير حق أو يرجع ببدل قود مستوفى على المحكوم له إن لم يكن بعد قتله⁽³⁾.

ومعناه إذا تبين للمحكوم عليه أو للقاضي بعد الحكم أن هناك تزوير في الأوراق الرسمية التي بنى على أساسها الحكم، فإنه يطعن عليه بالتماس إعادة النظر، وعند الطعن عليه فإنه يجب نقضه، ويرجع المحكوم عليه على المحكوم له بالمال إن كان باقيا، أو بدله إن كان تالفا، أو بدل قصاص مستوفى على المحكوم له،

(1) حاشية الدسوقي، ج4، ص148.

(2) أدب القضاء لابن أبي الدم، ص458-460.

(3) كشف القناع، ج6، ص360.

ويكون ذلك إلغاء للحكم الذي تم، وهذه صورة من صور التماس إعادة النظر. ويتبين من خلال ما سبق أن الشريعة الإسلامية قد سبقت القانون الوضعي في الطعن بالتماس إعادة النظر، فجوزت الشريعة الطعن في الحكم بالتماس إعادة النظر فيه إذا ما وقع الحكم من المحكمة سهواً أو نسياناً، أو وقع بناء على شهادة زور، أو غش كان من شأنه صدور الحكم عليه، أو حدث تزوير في الأوراق. وبذلك: تكون الشريعة الإسلامية قد سبقت القانون الوضعي في معرفتها أما لما استجد في القانون من طرق للطعون، حيث رأينا أنها عرفت شتى الطرق الموجودة في القانون من طعون سواء كانت عادية كالمعارضة والاستئناف، أو غير عادية كالطعن بالنقض أو التماس إعادة النظر مع الفارق بينهما في بعض النقاط التي أوضحها، فمثلاً الطعن بالتماس إعادة النظر لا بد أن يرفع من صاحب المصلحة فيه، ولا يشترط هذا في الشريعة حيث يرفع من صاحب المصلحة فيه، أو حتى من ولي الأمر أو من ينوب عنه.

والطعن بالنقض في القانون يرفع أمام محكمة النقض لا باعتبارها درجة من درجات التقاضي وبالتالي لا يوقف نفاذ الحكم، وإنما يرفع بطريقة غير عادية، لأنها محكمة قانون لا محكمة واقع، على حين نجد أن الشريعة جوزت الطعن بالنقض أمام المحكمة التي أصدرت الحكم، أو محكمة أخرى، وبالتالي في حالة الطعن بالنقض يوقف نفاذ الحكم إلى أن يتم تعديله أو إلغاؤه أو تأييده⁽¹⁾.

ومع أن القانون قام بتنظيم آجال لتقديم الطعون، ومن له الصفة في تقديم الطعن إلى غير ذلك من الأمور التنظيمية التشكيلية، فهذا لا يتنافى مع مبادئ الشريعة الإسلامية، ولا يخالف ما توصل إليه الفقهاء في مختلف المذاهب الفقهية.

ثالثاً: خطأ القاضي:

إن خطأ القاضي في حكمه إما أن يكون قد وقع منه خطأ نتيجة شخصه كأن يكون قصر في الاجتهاد مثلاً، أو يكون هذا الخطأ وقع منه نتيجة خطأ شخص آخر وفي كل إما أن يكون الخطأ الواقع في الحكم متعمداً أو غير متعمد، وغير المتعمد: إما أن يكون نتيجة تقصيره في الاجتهاد وإما ألا يكون قد قصر ووقع الخطأ بعد جهد في الاجتهاد، ونبحث فيما يلي كل حالة من هذه الحالات:

أولاً: إذا كان الخطأ في الحكم نتيجة تعمد القاضي الخطأ:

كأن يكون الخطأ تم نتيجة ارتشاء أو ميوله مع أحد الخصوم فيصدر القاضي حكمه وهو يعلم أن حكمه لا يتطابق مع الشريعة الإسلامية ويتم إثبات ذلك بإقرار

(1) الشحات إبراهيم، مرجع سابق، ص 630.

القاضي أو بإقامة أدلة تفيد تعمد القاضي الجور وخطئه في الحكم. فمتى ثبت ذلك فإن حكمه ينقض فوق ما يتحمله من الضمان زيادة على عزله، وقال البعض هو معزول من تلقاء نفسه ولا يتضح ولايته بعد ذلك وإن تاب كما نص عليه بعض الفقهاء⁽¹⁾ وقال البعض بصحة ولايته إن تاب فيقوم ولي الأمر بتحديد حقد ولايته، لأنها إذا اختلفت ثم اكتملت حصلت بموجب كمال شروطها⁽²⁾. أما إذا كان الخطأ الذي وقع منه نتيجة تقصير في اجتهاده أو في إتباع الإجراءات بأن يكون قد حكم في الدعوى قبل تحليف المدعى على الغائب على أن حقه لم يأخذ منه بطريق الحوالة أو الإبراء وحكم القاضي في الدعوى على أساس أنه اتخذ هذه الإجراءات رغم أنه لم يتخذها فعلاً، أو حكم بالتفريق بين الزوجين في دعوى العنين دون أن يؤجل وأصدر حكمه سهواً على أساس أنه اتخذ هذه الإجراءات رغم أنه لم يتخذها فعلاً.

فهنا إذا أدى هذا التقصير إلى الوقوع في الجور فإن الحكم ينقض ويطعن عليه بالنقض، ويكون الطعن من قبل المحكوم عليه أو يقوم القاضي نفسه بنقضه عند تنبيه لهذا الخطأ⁽³⁾.

ثانياً: إذا كان الخطأ في الحكم بعد اجتهاد صحيح من القاضي:

فإذا بذل القاضي جهده في استنباط الحكم الشرعي من خلال الواقعة المعروضة عليه ولكنه مع هذا الجهد وعدم التقصير أخطأ في حكمه، فيرى الفقهاء: أن القاضي إذا اجتهد وأفرغ وسعه في استخراج الحكم الشرعي وأخطأ فيه وكان صادراً بناء على نصوص وقواعد وإجراءات شرعية التي يلتزم بها القاضي في قضائه كان حكمه صحيحاً⁽⁴⁾، وبالتالي فلا شيء على القاضي ولا يضمن نتيجة هذا الخطأ بل هو مثاب على اجتهاده بنص الحديث ((إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر))⁽⁵⁾.

(1) حاشية رد المحتار، ج5، ص362-364، المبسوط، ج16، ص76، مجمع الأنهر، ج2، ص173، حاشية الدسوقي، ج4، ص152، المحلى على المنهاج، ج4، ص332-333، كشاف القناع، ج6، ص360-361.

(2) البحر الزخار، ج6، ص315.

(3) حاشية الدسوقي، ج4، ص148-149، المحلى على المنهاج، ج4، ص323، قليوبي وعميرة، ج4، ص323.

(4) الشحات إبراهيم، المرجع السابق، ص632.

(5) الحديث سبق تخريجه، ص30.

الفصل الثاني
ضوابط السلطة التقديرية
للقاضي المدني وتطبيقاتها

إذا كانت جميع مراحل الدعوى تساهم في تكوين الحكم القضائي وتؤثر فيه منذ عرض القضية على القاضي المدني ونظره فيها بدءاً من الادعاء، إلى استيفاء جميع متطلبات الحكم، من فهم للواقع والواجب فيه إلى مرحلة صدور الحكم. وفي كل هاته المراحل يستعمل القاضي سلطته التقديرية، والتي تتسع تارة وتضيق تارة أخرى، ولعل السؤال الذي يثور بهذا الصدد: هل يمكن وضع ضوابط دقيقة ومعالم واضحة تمنع القاضي من الجور والحيدة عن الحق أو من الخطأ والزلل أثناء سعيه في الوصول إلى الحقيقة القضائية؟ ولعل سعة هذا الموضوع لتعلقه بقضاء هو الأصل الذي تفرعت عنه مختلف الفروع القضائية الأخرى، دفع إلى انتقاء أهم المحاور واستبعاد أخرى ليس لعدم أهميتها وإنما لصعوبة الحديث عن جميعها في بحث واحد. ولذلك نتناول مضامين هذا الفصل من خلال الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في قبول الدعوى، ثم نتطرق إلى السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الدعوى في الفقه الإسلامي وأدوات القاضي التي يستعين بها في تفسير العقد وفي مبحث أخير ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني الجزائري عند التحقيق في الدعوى.

المبحث الأول

السلطة التقديرية للقاضي في قبول الدعوى

إذا كانت الوظيفة الأساسية للقضاء هي حسم مادة النزاع بين المتخاصمين فإن القاضي لا يمكنه أن يمارس هذه الوظيفة من تلقاء نفسه وإنما أصحاب الحق و

المصلحة هم الذين يلجؤون إليه لاستيفاء حقوقهم وذلك بعرض أقوالهم وإقامة الحجج والبراهين على صحتها وهذا ما يمنح القاضي الحق في ممارسة سلطته التقديرية في قبولها أو ردها ثم تهيئتها للحكم عليها.

المطلب الأول: الدعوى، مفهومها، عناصرها، مشروعيتها، وأنواعها:

الفرع الأول: تعريف الدعوى:

الدعوى في اللغة ⁽¹⁾: اسم لما يدعى، وفعله (ادعى) بمعنى نسب الشيء إلى نفسه، وأصله الثلاثي (دعا: يدعو) يرد بمعنى طلب، وقد يستعمل بمعنى التمني أو الزعم، أو القول الذي يوجب حقا على الغير، يقال دعوى فلان كذا أي قوله. وقد وردت لفظة الدعوى في القرآن الكريم في بعض تلك المعاني، فقد وردت في قوله تعالى ((دعواهم فيها سبحانك اللهم وتحيتهم فيها سلام)) ⁽²⁾، بمعنى الدعاء، ومثلها في قوله تعالى ((وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين)) ⁽³⁾ ووردت في قوله تعالى ((فما كان دعواهم إذ جاءهم بأسنا إلا أن قالوا إنا كنا ظالمين)) ⁽⁴⁾ بمعنى الادعاء ⁽⁵⁾، وغير ذلك من المواضع.

وجمع الدعوى الدعاوى والدعاوي بفتح الواو وكسرهما، قال بعضهم: وفتحها أولى.

الدعوى في الاصطلاح: أورد لها الفقهاء تعريفات ⁽⁶⁾ لا يبتعد بعضها عن بعض كثيرا، ومنها:

- 1- إنها أخبار عن وجوب حق له على غيره عند حاكم ومطالبته به.
- 2- إنها قول مقبول عند القاضي يقصد به قائله طلب حق معلوم قبل غيره حال المنازعة، أو دفعه عن حق نفسه.
- 3- إنها في الشرع إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته.

(1) أنظر مادة (دعوى) في المصباح المنير، واللسان والقاموس المحيط.
وينظر: محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية التجارية، دار النفائس، الأردن، ط2، 2011، ص77 وما بعدها.

(2) سورة يونس: الآية 10.

(3) سورة يونس: الآية 10.

(4) سورة الأعراف: الآية 5.

(5) مفردات القرآن للراغب الأصفهاني: 172 (مادة دعوى).

(6) أنظر في تعريفها في الاصطلاح: كشاف اصطلاحات الفنون (تحقيق لطفي عبد البديع) مادة (دعوى)، ج2، ص306، طلبة الطلبة: 134، مغني المحتاج: ج4، ص314، تبیین الحقائق، ج4، ص291، البحر الرائق، ج7، ص209، المغني، ج9، ص271.

الفرع الثاني: عناصر الدعوى:

الدعوى في القوانين الوضعية تتألف من ثلاثة عناصر⁽¹⁾:
العنصر الأول "طرفاها": الطرف الأول هو الطالب أو المدعي والطرف الثاني هو المدعى عليه.

والعنصر الثاني: موضوع الدعوى وهو محل الحماية التي يطلبها المدعي.

والعنصر الثالث: هو سبب الخصومة أو السبب المحرك للحماية.

ويفهم من كلام الفقهاء أن الدعوى لا تتم إلا بستة أمور⁽²⁾:

1- المدعي.

2- المدعى عليه.

3- المدعى به.

4- السبب.

5- المدعى عنده.

6- طلب المدعي مطالبة المدعى عليه به.

فأما المدعي والمدعى عليه فهما طرفا الدعوى، أما المدعى به فهو الحق القائم عليه النزاع وقد يكون عينا في اليد أو مالا في الذمة، أو حقا شرعيا كنكاح، أو قصاص، أو حد قذف، أو ردا بعيب أو حقا بشفعة أو غير ذلك. فتنقسم الدعوى بموجب ذلك إلى أقسام متعددة.

أما سبب الدعوى فهو توفر الاعتداء على الحق الثابت شرعا بالغصب، أو الإتلاف، أو السرقة، أو المنع، أو غير ذلك، وكل ذلك لا بد أن يجري أمام قاض أو أمر يسأله المدعي مطالبة المدعى عليه.

وقد عد الفقهاء طلب المدعي من القاضي مطالبة المدعى عليه بالشيء المدعى به أحد أركان صحة الدعوى. فإن لم يطلب ذلك فلا دعوى⁽³⁾.

الفرع الثالث: مشروعية الدعوى

الأصل في مشروعية الدعوى قوله صلى الله عليه وسلم: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ولكن البيئة على المدعي واليمين على المدعى عليه"⁽⁴⁾.

(1) القضاء في الإسلام وحماية الحقوق للدكتور عبد العزيز خليل بديوي، ص 36-37.

(2) المرجع نفسه.

(3) أنظر الإشراف على غوامض الحكومات للهوري (مخطوط) الورقة 5، وانظر أدب القضاء لابن أبي الدم الحموي، ج 1، ص 449.

(4) متفق عليه من حديث ابن عباس، رواه البخاري في تفسير سورة آل عمران (صحيح

ولما كانت الخصومات أمرا واقعا بين الناس، يؤدي استمرارها إلى حدوث الفساد وضياع الحقوق، كان لابد من فصلها بطريق الدعوى أمام القضاء.

الفرع الرابع: أنواع الدعوى:

تقسم الدعوى لاعتبارات معينة إلى تقسيمات متعددة:

أولا: تقسم الدعوى من حيث صحتها إلى ثلاثة أنواع: صحيحة، فاسدة، وباطلة:

1- الدعوى الصحيحة: وهي التي استوفت جميع شروطها وأركانها التي يجب توفرها فيها، وتكون صالحة لأن ينظر فيها القاضي.

2- الدعوى الفاسدة: وهي التي اختل فيها أحد أوصافها الخارجية، فلا ينظر فيها القاضي إلا بعد تصحيح الخلل فيها، واستكمال النقص الحاصل فيها، كأن يكون المدعى به مجهولا مثلا.

3- الدعوى الباطلة: وهي التي اختل أحد أركانها، بأن يكون المدعي فاقد الأهلية لجنون مثلا، أو أن يكون الأمر مستحيلا، أو أن يكون المدعى به مالا غير مقوم شرعا... وهكذا.

ثانيا: وتقسم الدعوى من حيث صلة المدعي بالدعوى إلى قسمين: الدعوى العادية ، والدعوى الحسبية:

1- أما الدعوى العادية فهي الدعوى المعهودة التي يقيمها من له صلة بها أو وكيله أو وصيه.

2- وأما الدعوى الحسبية: فهي الدعوى التي لا يشترط لقبولها توفر المصلحة أو الصفة لدى الطالب، التي هي مناط أي دعوى أخرى، وإنما يكفي في رافعها الغيرة على أحكام الشريعة الإسلامية التي يراها تنتهك فيطلب رد الاعتداء الواقع عليها أو إقامة هذه الأحكام فهي تباشر بصورة طلب للقاضي ابتداء، وبالشهادة أمامه في دعوى قائمة، أو بالشكوى إلى المحتسب أو إلى قضاء المظالم، بما هو حق الله تعالى، أو في مكان حق الله فيه غالبا كدعوى إثبات الطلاق البائن، أو التفريق بين زوجين زواجهما فاسد، أو طلب الحجز على شخص أو تعيين قيم عليه⁽¹⁾، وكتطيف الأوزان والمكاييل الذي يقوم به أصحاب الأسواق، أو غشهم، أو ما إلى ذلك من حقوق الله تعالى، ويقوم بها المحتسب الذي يعينه ولي الأمر للقيام بها، وقد يقوم بها المتطوع دون تكليف. فأما المحتسب فهي عليه فرض يقوم به بحكم تعيينه.

البخاري، ج3، ص73) ومسلم في الأفضية (صحيح مسلم، ج3، ص1336 الحديث 1711) ورواه غيرهما أنظر جامع الأصول، ج10، ص554 الحديث 7658، وفي رواية (اليمن على من أنكر) انظر السنن الكبرى، ج10، ص252 ونصب الراية، ج4، ص95.
(1) عبد العزيز خليل بديوي، القضاء في الإسلام وحماية الحقوق للدكتور، ص19.

أما المتطوع فهي عليه من الفروض الكفائية إذا قام به أحد سقط فرضه عن الباقيين.

والحسبة وظيفية دينية تدخل في باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر⁽¹⁾.

ثالثا: وتقسّم الدعوى بحسب موضوعها إلى تقسيمات عديدة:

فهناك دعوى الأموال، ودعوى الحقوق، ودعوى الأموال تقسم إلى دعوى الأموال المنقولة، ودعوى الأموال الغير المنقولة، ودعوى الحقوق تقسم إلى تقسيمات عديدة كدعوى النسب، ودعوى النكاح ودعوى الطلاق، ودعوى النفقة، ودعوى الموت، وغير ذلك، ولكل دعوى من هذه الدعاوى شروطها وأوصافها المفصلة في كتب الفقه.

الفرع الخامس: إقامة الدعوى

تبدأ الدعوى إما بالادعاء مشافهة ثم يقوم كاتب القاضي بتسجيل ذلك، أو بطلب يقدمه المدعي - كما شأن الدعاوى الحديثة - يوجه فيه دعواه ويحررها، بنفي الجهالة عنها، ولها صيغ عند الفقهاء، أن كانت الدعوى عينا حاضرة منقولة، أو غائبة، أو مالا في الذمة، حالا كله، أو بعضه، أو كان مثليا، أو غير مثلي، أو عقارا بذكر حدوده ووصفه، أو حقا شرعيا من قصاص، أو حد قذف، فيزيل الجهالة عنها وعن المدعى عليه.

وقد أجمع الفقهاء على أن الدعوى بالمجهول لا تصح ولا تسمع واستثنى بعضهم الدعوى بالوصية بالمجهول فقط، وبعضهم استثنى الوصية بالمجهول والإقرار بالمجهول.

المطلب الثاني: الخصوم في الدعوى:

والمقصود بهما المدعى والمدعى عليه فهما طرفا الخصومة وإجراء الدعوى على وجه صحيح لا بد أن يعرف هذان الطرفان لتطبيق الأحكام كتوجيه الإيمان وتقديم البيئات تنفيذا لقوله ﷺ: "البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه"⁽²⁾.

فلا بد أن يعرف المدعي الذي تتوجب عليه البينة ولا بد أن يعرف المدعى عليه الذي تتوجب عليه اليمين.

الفرع الأول: تعريف المدعى والمدعى عليه:

(1) مقدمة ابن خلدون، ص 225.

(2) حديث: ((البينة على المدعى...)) سبق تخريجه.

اختلفت عبارات الفقهاء⁽¹⁾ في تعريف المدعي والمدعى عليه:

- 1- فمنهم من قال: المدعي من يثبت شيئاً والمدعى عليه من ينفي شيئاً.
 - 2- ومنهم من قال: المدعي من يقول بالاختيار والمدعى عليه من يجيب بالا
ضطرار.
 - 3- ومنهم من قال: المدعي من إذا سكت ترك وسكوته، والمدعى عليه من لا يترك
وسكوته.
 - 4- ومنهم من قال: المدعي من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره أو إثبات حق
في ذمته، والمدعى عليه بذكر ذلك.
 - 5- ومنهم من قال: المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف والمدعى عليه
من كان قوله على وفق أصل أو عرف.
- ولم يسلم كل تعريف من هذه التعاريف من النقد.

ولعل أقرب التعاريف هو تعريف الحنفية وهو أن المدعى من إذا سكت ترك
وسكوته، والمدعى عليه من لا يترك سكوته⁽²⁾، وبعبارة أخرى المدعي من إذا ترك
دعواه ترك فلا يجبر عليها والمدعى عليه بخلافة أي يجبر عليها⁽³⁾، وقد عبر الماور
دي عن المدعي بقوله: هو الطالب من غيره شيئاً في يده أو في ذمته وعن المدعى
عليه بأنه هو المطلوب منه شيء في يده أو في ذمته وقال فرق ما بين الطالب و
المطلوب أن الطالب إذا تارك تورك والمطلوب إذا تارك لم يترك⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: شروط الخصوم:

لابد لصحة إجراءات الخصومة أن تتوفر في طرفي الخصومة وهما المدعي،
والمدعى عليه أهلية القاضي، أي أهلية مباشرة إجراءاتها، فإن لم تتوفر في أحدهما
كان لولي الصغير أو وصية أن يقوم مهامه.
لا يخلو الخصم حالة الدعوى من أن يكون حاضراً أو غائباً.

أولاً: الخصم الحاضر:

فإن كان الخصم حاضراً سمعت الدعوى عليه، وقضى عليه بموجبها، ويعد
المتغيب في البلد كالحاضر فيقضى عليه أيضاً.

(1) أدب القضاء لابن أبي الدم الحموي الشافعي، ج1، ص 440 الفقرة: 213، الفروق للقرافي، ج4،
ص 75، رد المحتار على الدر المختار، ج5، ص 542، درر الحكام، ج2، ص 329، نتائج الأفكار
تكملة فتح القدير، ج6، ص 139، شرح أدب القاضي للخصاف لابن مازة، ج3، ص 242 الفقرة
756، المبسوط، ج17، ص 29، الفتاوى الهندية، ج4، ص 3، المغني، ج9، ص 271.
(2) أدب القضاء لابن أبي الدم الحموي الشافعي، ج1، ص 441، الفقرة 213.
(3) رد المحتار على الدر المختار، ج5، ص 542.
(4) أدب القاضي للماوردي، ج4 تحت الطبع، الفقرة 4996-5001.

ثانيا: الخصم الغائب:

والغائب عند الفقهاء هو من كان بعيدا عن محل القضاء بمسافة تعادل مسافة قصر الصلاة فما فوقها.

فإن كان الخصم على مسافة القصر فما فوقها فهل يقضى عليه وهو غائب؟
اختلف الفقهاء في مسألة القضاء على الغائب فوق مسافة القصر على فريقين
عموما، وإن كان هناك عند كل فريق تفصيل فيها.

فقد ذهب الحنفية إلى عدم الجواز⁽¹⁾ وبهذا قال شريح، وابن أبي ليلى، و
الثوري، ورواية عن أحمد⁽²⁾، وذهب الشافعية⁽³⁾، والمالكية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾، و
الظاهرية⁽⁶⁾، إلى جواز سماع الدعوى والحكم عليه إذا كملت الشروط.
استدل المانعون من القضاء على الغائب بقوله تعالى ((وإذا دعوا إلى الله

(1) أنظر رأي الحنفية في مسألة القضاء على الغائب في مختصر الطحاوي، ص 230، حاشية أبو
عابدين، ج 4، ص 465، جامع الفصولين، ص 39، معين الحكام، ص 53، ص 60، المبسوط، ج
6، ص 95، الفتاوى الهندية، ج 3، ص 432، بدائع الصنائع، ج 8، ص 3918، دور الحكام شرح
مجلة الأحكام، ج 4، ص 158 المادة 1618.

(2) أنظر هذه الرواية في المغني، ج 11، ص 1485، الشرح الكبير، ج 11، ص 455.
(3) أنظر رأي الشافعية في الأم، ج 6، ص 222، مختصر المزني، ج 5، ص 245، المهذب، ج 2، ص
304، أدب القاضي للماوردي، ج 2، ص 304 الفقرة 3200، جواهر العقود، ج 2، ص 360،
الفتاوى الكبرى للهيتمي، ج 4، ص 322، الوجيز للغزالي، ج 2، ص 243، نهاية المحتاج، ج 8،
ص 255.

(4) ينظر في رأي المالكية تبصرة الحكام: ج 1، ص 86، بداية المجتهد، ج 2، ص 460، مختصر
خليل، ص 210، التاج والإكليل، ج 6، ص 143، مواهب الجليل، ج 6، ص 143.
(5) ينظر في رأي الحنابلة المغني، ج 11، ص 485، والشرح الكبير، ج 11، ص 455.
(6) أنظر رأي الظاهرية في المحلى، ج 9، ص 366.

ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون))⁽¹⁾.
 فدل هذا الذم على وجوب الحضور للحكم ولو نفذ الحكم مع الغيبة لم يجب الحضور، ولم يستحق الذم، فدل على عدم جواز القضاء على الغائب.
 واستدلوا أيضا بما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن وقال لي: "يا علي، إن الناس سيتقاضون إليك، فإذا أتاك الخصمان فلا تقضين لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء، وتعلم لمن الحق" قال علي: فما شككت في قضاء أحد بعد⁽²⁾.
 وبما روي عن عمر رضي الله عنه إنه أتاه رجل قد فقئت عينه، فقال له عمر تحضر خصمك، فقال له يا أمير المؤمنين أما بك من الغضب إلا ما أرى؟ فقال له عمر: فلعلك قد فقأت عيني خصمك معا فحضر خصمه قد فقئت عيناه معا، فقال عمر: إذا سمعت حجة الآخر بأن القضاء⁽³⁾، ولا يعلم لذلك مخالف في الصحابة.
 وأما العقل: فإن حضور الخصم ليتحقق الإنكار شرط لصحة الحكم⁽⁴⁾، فإذا لم يحضر لم يصح الحكم.

واستدل المجيزون للقضاء على الغائب بالكتاب والسنة والعقل.
 أما الكتاب فقوله تعالى ((يا داود إن جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق))⁽⁵⁾، فقد أمره بالحكم بينهم بالحق، والحكم بالحق لم يقيد بحاضر أو بغائب فكان على عمومته. وكذلك قوله تعالى ((كونوا قوامين بالقسط شهداء لله))⁽⁶⁾ وقوله ((وأقيموا الشهادة لله))⁽⁷⁾ وغير ذلك من النصوص جاءت دون تخصيص بحاضر دون غائب.

وأما السنة: فحديث هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان الذي روته عائشة أنها أتت النبي ﷺ وقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت من ماله سرا فهل علي في ذلك من حرج؟ فقال لها:

- (1) سورة النور: الآية 48.
- (2) رواه أبو داود في الأقضية من سننه أنظر سنن أبي داود، ج3، ص301 الحديث 3582، و الحاكم في المستدرک، ج4، ص93، والإمام أحمد في المسند، ج1، ص90، 96، 111، 149، وابن حبان أنظر موارد الظمان، ص370 الحديث 1539 وغيرهم.
- (3) المحلى، ج10، ص519.
- (4) رد المحتار، ج5، ص409.
- (5) سورة ص: الآية 26.
- (6) سورة النساء: الآية 135.
- (7) سورة الطلاق: الآية 2.

"خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف" (1).

وهذا قضاء منه على غائب، لأن أبا سفيان لم يحضر.

وقد صح عن رسول الله ﷺ الحكم على الغائب كما حكم على العرنيين الذي قتلوا الرعاء، وسلموا أعينهم فاتبعهم بقائف وهم غيب، حتى أدركوا واقتص منهم (2).

وقد تتبع ابن حزم بعض القضايا التي حصلت من الصحابة في القضاء على الغائب (3)، كقضاء عمر وعثمان في المفقود أن امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرا، ثم تتزوج (4)، وكحكم عمر في تحريق الحصن (سياج) الذي اتخذه سعد ليحتجب عن الناس فيه (5).

وغير ذلك وهو كثير، فدل على حصوله من الصحابة بعد الرسول ﷺ فسقط ما يدعون من أنهم لا يعلمون له مخالفا في الصحابة.

وأما العقل: فقد قال ابن حزم: (وما ندري في الضلال أعظم من فعل حاكم شهد عنده العدول بأن فلانا الغائب قتل زيدا عمدا أو خطأ، أو أنه غضب هذه الحرة، أو تملكها أو أنه طلق امرأته ثلاثا، أو أنه غضب هذه الأمة من هذا أو تملك مسجدا، أو مقبرة، فلا يلتفت إلي لذلك، وتبقى في ملكة الحرة والفرج الحرام، إلا أن هذا هو الضلال المبين والجور المتيقن والفسق المتين والتعاون على الإثم والعدوان ...) (6).

والذي يبدو لنا من الأدلة رجحان الرأي القائل بجواز القضاء على الغائب لأمر: منها أن أدلة المجيزين أقوى وأظهر في الأدلة، ذلك أنه ليس من الحق أن تقوم البيئات الصادقة عند حاكم، بأن فلانا الغائب اغتصب هذه بالعين، أو أطلق هذه المرأة بائنا، وتبقى بعد ذلك في عهده، فهو مال حرام، وفرج حرام، وقد أمر الحاكم، كشأن كل مسلم، بأن يغير المنكر بيده، إذا أراد رآه لاسيما أنه قد قطع به بوجود البيئات، وحصول العلم اليقيني.

ومن جهة أخرى نجد أن المانعين من القضاء على الغائب من الحنفية قد

(1) متفق عليه، رواه البخاري في البيوع والنفقات (صحيح البخاري، ج2، ص17، ج3، ص190) ومسلم في الأفضية (صحيح مسلم، ج3، ص1338 الحديث 1714) ورواه غيرهما.

(2) المحلى، ج10، ص522.

(3) المحلى بالآثار، المرجع السابق.

(4) المرجع نفسه.

(5) المرجع نفسه.

(6) المرجع نفسه.

أجازوا القضاء على الغائب في بعض المسائل⁽¹⁾ لاسيما إذا اتصل ذلك بحاضر، وهذا تناقض منهم.

هذا إلى جانب ما يفيد حديث علي رضي الله عنه من المعاني التي قد تفهم منه، فقيه ما يفهم بأنه لا يقضى على خصم حاضر دون سماع حجته أو أن لا يتعجل بالحكم على الحاضر قبل استفاد حجته. كل ذلك توجيه جملة (أتاك الخصمان). أو لا يقضى على حاضر أو غائب يقول خصمه فقط، ولكن بالذي أمر الله به من البيئة العادلة أو الإقرار.

هذا إلى جانب ما طعن به ابن حزم⁽²⁾ في ما رواه عن عمر في أن راوي هذا الخبر عن عمر وهو عمرو بن عثمان بن عفان لم يولد إلا ليلة وفاة عمر، ففي الخبر ضعف لا يخفى.

ثم إنه حتى لو ثبت هذا الخبر، فقد ثبت عن عمر وعن غيره من الصحابة أنهم قد قضاوا على الغائب فلم يتم لهم ما قالوه بأنه لا يعرف له مخالف. فظهر بذلك رجحان القول بجواز القضاء على الغائب.

على أنه ينبغي أن نشير إلى الفقهاء المجيزين للقضاء على الغائب يرون أنه لا بد من أن يقوم القاضي قبل إصدار الحكم بتحليف المدعي يمين الاستظهار (اليمين الاحتياطية) فلا يحكمون له بعد سماع البيئة إلا بعد إحلافه بالله، إن كان الحق في الذمة، أنه ما قبضه ولا شيئاً منه، ولا يرى إليه منه ولا من شيء منه، وإن كان الحق في عين قائمة احلفه أن ملكه باق عليها مازال عنها ولا شيء منها.

وإنما يحلفه قبل الحكم لأن المحكوم عليه لو كان حاضراً لجاز أن يدعى ذلك فيستحق اليمين، فلم يكن للقاضي إمضاء الحكم مع هذا الاحتمال إلا بعد الاحتياط فيه⁽³⁾.

كما أن ينبغي أن نشير إلى أن من أجازوا القضاء على الغائب من الفقهاء قد خصصوه بحقوق الأدميين فقط.

قال الماوردي: (فإذا ثبت بما ذكرنا جواز القضاء على الغائب فهو مخصوص بحقوق الأدميين، فأما حقوق الله تعالى التي تدرأ بالشبهات فلا يجوز القضاء بها على غائب، كحد الزنا، وحد الخمر، لاتساع حكمها بالمهلة. فإن كان مما يجمع فيه بين حق الله تعالى وحق الأدمي قضى على الغائب بالغرم ولم يقض عليه بالقطع إلا

(1) ذكر صاحب الدر المختار نقلاً عن المجتبى أنها تسع وعشرون مسألة فانظر تلك المسائل في حاشية رد المحتار عليه، ط2، ج5 من: 141-142 وكذلك تجدها في الفتاوى الهندية، ج3، ص433 وما بعدها.

(2) أنظر المحلى، ج10، ص520.

(3) أدب القاضي للماوردي، ج2، ص327، الفقرة 3291-3292.

بعد حضوره) (1).

المطلب الثالث: استدعاء الخصم إلى مجلس القضاء:

الأصل في التقاضي أن يحضر المدعى عليه إلى مجلس القضاء إذا دعي إلى الخصومة تنفيذاً لقوله تعالى ((إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا وأولئك هم المفلحون)) (2).

فإذا حضر الخصم بنفسه دون استدعاء من القاضي نظر القاضي في الخصومة وفصل بين الخصمين.

فإذا لم يحضر بنفسه كان على القاضي أن يستدعيه إلى الخصومة بإحدى طرق الاستدعاء التي سنذكرها.

فإن حضر فصل القاضي بين الخصمين.

أما إذا امتنع من الحضور مع تبليغه ذلك، وجاء المدعي إلى القاضي يستدعيه عليه (أي يشكوه إليه ويطلب الاستعانة به على إحضاره) فإن كان الخصم في البلد أمر القاضي بإحضاره قبل سماع الدعوى بعد التحقق من صدق المدعي سواء أعرّف بين المدعي والمدعى عليه معاملة أم لم يعرف. وهو رأي جمهور الفقهاء (3).

وقال الإمام مالك (4): لا يجوز أن يحضره إذا كان من أهل الصيانة إلا أن يعلم أن بينهما معاملة أو خلطة (شركة) فيحضره إن لم يعلمها لم يحضره، احتجاجاً بما روي عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال: (لا يعدي الحاكم على خصم إلا أن يعلم بينهما معاملة) ولأن فيه استبدال أهل الصيانة بما لا يعلم استحقاقه فوجب حفظ صيانتهم إلا بموجب (5).

وقد استدل الجمهور على جواز أعداء المستدعي سواء أعرّف أن بين الخصمين معاملة أم لم يعرف بما روي عن الهرماس بن حبيب عن أبيه عن جده أنه استدعى رسول الله ﷺ على رجل في حق له فقال له: "ألزمه" (6)، ولم يستعلم ما بينهما من

(1) المصدر نفسه، ج2، ص318-319، الفقرة 3252 وما بعدها.

(2) سورة النور: الآية 51.

(3) أدب القاضي للماوردي، ج2، ص330-331، الفقرة 3258.

(4) أنظر رأي الإمام مالك والفقهاء المالكية في تبصرة الحكام لابن فرحون، ج1، ص196، وحاشية زروق وحاشية التنوخي على الرسالة، ج2، ص275.

(5) أدب القاضي للماوردي، ج2، ص321، الفقرة 3259 وما بعدها.

(6) لعلماء الحديث كلام في سند هذا الحديث فانظر علل الحديث للإمام ابن أبي حاتم الرازي

المعاملة، فدل ذلك على عموم الأعداء في الجميع، ولأن الحقوق قد تثبت تارة عن معاملة شرطاً في الأعداء، ولأن الحقوق لا يجوز تضاع لأجل حفظ الصيانة، وإن لم يكن في الحضور للمحاكمة استبدال الصيانة، فقد قاضى عمر أبي بن كعب إلى زيد بن ثابت، وقاضى على يهوديا إلى شريح.

وردوا الخبر المروي عن علي: بأنه غير ثابت، ولو ثبت لكان العمل به أولى على أنه يجوز للقاضي في أهل في أهل الصيانة أن يفردهم عن مجلس العامة وينظر بينهم حيث يحفظ به صيانتهم⁽¹⁾.

الفرع الأول: طريقة الاستدعاء:

يستدعى الخصم إذا كان في بلد القاضي الداخل في نطاق عمله بإحدى صور ثلاث:

أما بأن يرسل القاضي مع المدعي بعون من أمنائه يحضره إليه. أو بأن يرسل مع المدعي بكتاب أو علامة مختومة بخاتمه المعروف وقد كان للقضاة ختم خاص على الطين، أو على الشمع أو على الرصاص أو أية قطعة معدنية أو خشبية ليكون علامة على الاستدعاء.

أو أن يجمع له بين العون والختم. فإذا تم ذلك وعلم الخصم كان عليه أن يحضر في الموعد المعين. ولا يجرون المحاكمة إلا بعد التبليغ.

فإن امتنع الخصم عن الحضور وثبت امتناعه أحضره القاضي جبراً بأهل القوة من أعوانه، أو من أعوان الخلفية.

فإن توارى الخصم عمداً كان للقاضي أن يرسل من ينادي على باب بيته مخبراً إياه بما يتوجه إليه في حالة الامتناع عن الحضور.

فإذا تعذر حضوره سمع القاضي الدعوى وأجرى مجرى الحاضر في الحكم عليه، لكنه لا يلزم القاضي في حق المتواري أن يحلف المدعي أنه ما قبض هذا الحق ولا شيئاً منه كما يحلفه للغائب لأن هذا قادر على المطالبة بذلك إذا أراد.

أما إذا كان الخصم المطلوب خارج اختصاص عمل القاضي الجغرافي، فلا يكون للقاضي إحضاره لأنه لا ولاية عليه، وجاز أن يسمع الدعوى والبينة عليه لي كاتب قاضي البلد الذي فيه الخصم المطلوب.

أما إذا كان الخصم امرأة فإنها كالرجل إذا كانت برزة (وهي التي تظهر غير مستخفية وتحادث الرجال وتخالطهم مع الصيانة والعفاف). أما إذا كانت حفرة (وهي التي لا تظهر وإن خرجت استخفت) فلا يلزمها الحضور، وفي هذه الحالة إذا

الفقرة 1424.

(1) أدب القاضي للماوردي، ج2، ص321، الفقرة 3262-3265.

استعدى المدعي القاضي عليها فإن القاضي يحكم بينها وبين خصمها في بيتها، إما بنفسه أو بنائب عنه.

الفرع الثاني: علنية المرافعة وسريتها:

الأصل في المرافعات أن تجري جلسات المحاكمة بصورة علنية، وقد كانت تجري في عهد رسول الله ﷺ في أغلب الأحيان في المسجد لأنه هو المكان العام لاجتماع المسلمين وقد ظل متبعا حتى ظهرت الحاجة إلى أفراد دور العدالة بمبان خاصة بها.

وقد قال الإمام الشافعي (وأحب أن يقضي في موضع بارز للناس) (1). ونص القاضي ابن أبي الدم على أنه ينبغي للقاضي أن ينزل وسط البلد ويتخذ مكانا للجلوس فيه ليحكم بين الناس (2)، وأضاف إلى ذلك قائلا (وإن يرتب مع علماء الفريقين الحضور في مجلس حكمه) (3) أي لا يخلو مجلس حكمه من الفقهاء لمشاورتهم في المشكلات ومناظرتهم في المجتهدات وإن لا يخلو مجلس حكمه من الحضور كالشهود وغيرهم.

وعلى أنه إذا اقتضت المحاكمة أمورا سرية تمس الآداب العامة أو ما إلى ذلك كان للقاضي أن يجعل المرافعة سرية حفاظا على ما يذكر في المرافعة من المعلومات السرية وقد ظهر ذلك منذ وقت مبكر.

فقد روي أن هارون بن عبد الله لما ولي قضاء مصر (جعل مجلسه في الشتاء في مقدم المسجد، واستدبر القبلة، واسند ظهره بجدار المسجد، ومنع المصلين أن يقربوا منه وباعد كتابه عنه، وباعد الخصوم، وكان أول من فعل ذلك) (4) وكان ذلك سنة 217هـ.. قال الفقيه السمناني: (وإن كان الجواز ثقة فلا بأس أن يسمع، وبعده أولى، لأن الخصومة تكون في أمور ربما كانت شنة بين الرجال والنساء، أو مضحكة لا يؤمن أن تؤدي إلى يكره) (5) فإذا جاز إبعاد الجواز وهو من أعوان القاضي عن حضور الجلسة ومرافعتها خشية سماعه ما يكره الخصوم إذاعته وانتشاره. فمن باب أولى جواز منع العامة من حضور المرافعة، إذا رأى القاضي

(1) انظر قول الشافعي في الأم، ج 6، ص 201، والمختصر من قول الإمام الشافعي للمزني، ج 5، ص 241.

(2) أدب القضاء، ج 1، ص 319-320، الفقرة 47.

(3) المرجع نفسه، ج 1، ص 327، الفقرة 53.

(4) الكندي: القضاة والولاية: 443.

(5) السمناني: روضة الفقهاء وطريق النجاة، ج 1، ص 134.

المصلحة الشرعية تقضي بذلك أو إذا طلبها الخصوم ورأى القاضي أن طلبهم مقبول⁽¹⁾.

وقد روى وكيع أن القاضي شريحا أخلى مجلسه من الحاضرين لشكوى امرأة في موضوع يتصل بطبيعة تكوينها⁽²⁾.

وعلى هذا يجوز للقاضي أن يخلي مجلسه من الحاضرين ويقتصر على أولي الشأن في المرافعة في كل موضوع له طابع الكتمان والسرية.

الفرع الثالث: قول المترجم:

قد يترافع إلى القاضي من لا يتكلم اللغة العربية وفي هذه الحالة يستعين القاضي بالمترجمين لسماع قوله، فإذا قام المترجم بترجمة الكلام إلى العربية فهل يكفي في ذلك قول المترجم وحده دون أن يكون معه غيره؟

ذهب الإمام أبو حنيفة⁽³⁾ وتابعه على ذلك من المالكية⁽⁴⁾ إلى أن الترجمة تقبل من واحد فقط، ويجزئ قوله في ذلك، قياساً على أخبار الديانات فإنها تقبل من العدل واحد.

وذهب الشافعي⁽⁵⁾ إلى أنها لا تقبل إلا بعدلين يترجمان كلامه. استدل الإمام أبو حنيفة على ذلك بأن الترجمة خبر لا يفتقر إلى لفظ الشهادة، ولأنه لما قبلت شرائع الدين بخبر الواحد كانت الترجمة به أولى. لأنه لما جازت ترجمة الأعمى وإن لم تقبل شهادته أجريت مجرى الخبر الذي تقبل فيه روايته. واستدل الإمام الشافعي على قوله بأن الترجمة تثبت إقرار يفتقر إلى الحرية والعدالة، فوجب أن يفتقر إلى العدد كالشهادة وبأن الترجمة أيضاً نقل إقرار لو كان في غير مجلس الحكم كان شهادة تفتقر إلى عدد فوجب إذا كان في مجلس الحكم أن يكون شهادة تفتقر إلى عدد قياساً على ما لو أنكر بعد أن أقر⁽⁶⁾.

وفرع الشافعية على قولهم أن الترجمة كالشهادة لا تقبل إلا بعدلين، أنه لا تقبل

(1) زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية: 142-143.

(2) أخبار القضاة، ج2، ص197.

(3) انظر رأي أبي حنيفة في كتاب النكت في المسائل المختلف فيها بين الشافعي وأبي حنيفة لأبي إسحاق الشيرازي (مخطوط) الورقة 295/أ وانظر المبسوط للسرخسي، ج16، ص89.

(4) وانظر رأي المالكية في مختصر الشيخ خليل، ص208، والتاج والإكليل، ج6، ص116، ومواهب الجليل على هامشه.

(5) أنظر رأي الشافعي في الأم، ج6، ص208، والمختصر، ج5، ص242، والمهذب، ج2، ص304، ومختصر المهمات للعراقي مخطوط الورقة 425/أ.

(6) أنظر أدب القاضي للماوردي، ج1، ص696، الفقرة 1808-1809.

ترجمة الوالد والولد، كما لا تقبل شهادتهما لوجود البعضية بين الشخص ووالده أو الشخص وولده.

المبحث الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الدعوى في الفقه الإسلامي

المراد بطرق الإثبات التي يحكم بها القاضي الحجج أو البيئات الشاملة للإقرار والشهادة واليمين والقرائن وغير ذلك مما يكون طريقا لحكم القاضي في الدعوى المرفوعة أمامه.

جاء في معين الحكام: اعلم أن البيئة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، وسمى النبي ﷺ الشهود بينه لوقوع البيان بقولهم، وارتفاع الأشكال بشهادتهم... وقد قال ابن قيم الجوزية: ولم تأت البيئة في القرآن الكريم مرادا بها الشهود، وإنما أتت مرادا بها الحجة والبرهان مفردة ومجموعة⁽¹⁾ هذا ولما كان الإقرار والشهادة و اليمين وغيرها يوضح الواقعة ويرفع الإشكال فيها بأي طريق من هذه الطرق سميت بيئات.

المطلب الأول: أهم الطرق التي يعتمد عليها القاضي في حكمه:

حتى يستطيع القاضي الفصل في الخصومة المعروضة عليه، ويكون قضاءه سليما وموافقا للحقيقة لابد للقاضي أن يعلم بوقائع الدعوى، ذلك لأن الحكم يصدر في القضية بالنظر إلى مستنداتها المودعة ملفها وغيرها، وعلمه بوقائع الدعوى ومعرفته لمستندات القضية يكون بمشاهدته حوادث تلك الواقعة، أو يصل إليه ذلك عن طريق التواتر، ولما كان الأمر يقف عند هذا الحد بالنسبة للقاضي، وفي هذا ضيق وحرَج، لأن كثير من الحقوق تضيع جوز المشرع قبول الحجة الظنية بعد أخذ كل الاحتياطات اللازمة من القاضي نحوها.

ولطريق العلم بوقائع الدعوى أنواع مختلفة، منها ما هو محل اتفاق، ومنها ما هو محل خلاف. والحق: إن أي حجة تؤيد الدعوى وتثبت حق المدعى في دعواه يصح للقاضي أن يأخذ بها بعد تقديرها وتوافر ضوابطها والتأكد من صحتها كما سنرى.

ولا خلاف أن الذي يكلف بالإثبات إنما هو المدعى، لقوله ﷺ: "البيئة على المدعى واليمين على من أنكر"⁽²⁾ وفي الحقيقة أن المدعى عليه هو المنكر والآخر هو المدعى.

(1) معين الحكام، ص 68.

(2) صحيح مسلم بشرح النووي، ج 12، ص 302، سنن الدار قطنى، ج 2، ص 218، سنن ابن ماجة، ج 2، ص 778، سنن النسائي، ج 4، ص 248 دار القلم، بيروت، لبنان.

ويمكن القول: بأن المتخاصمين أحدهما مدعيا معنى وحقيقة⁽¹⁾ كما سبق القول في الاختصاص.

وعلى هذا: سنقتصر في بحثنا للطرق التي يحكم بها القاضي على المواضيع التي يكون فيها اتفاق أو تكاد تكون كذلك. ومنها: الإقرار والشهادة واليمين غير ذلك - لكثرة الكتابة في وسائل الإثبات- إذ الإقرار مظهر لثبوت المقر به، وليس على القاضي إلا أن يأمر بتنفيذ ما التزمه الإقرار، كما أن البيينة التي هي عبارة عن الشهادة عند جهور الفقهاء، أو كل ما يتضح به الحق كما يراها البعض، لا مجال للشك في أنها طريق للقضاء بالحق إذ اتصل بها القضاء، كما أن اليمين اعتبر طريقا للقضاء في الظاهر حيث إنه يقطع النزاع عادة، كما أن الخبرة والأدلة الكتابية طرق لإثبات أصل الحق.

الفرع الأول: الإقرار كدليل من أدلة الإثبات وضابطه

يعتبر الإقرار من أقوى الأدلة التي يعتمد عليها القاضي في قضائه، حيث إنه بناء على إقرار المقر فإن الحق يثبت وما على القاضي إلا تنفيذ الحق المقر به إن تبين صحة الإقرار وسلامته.

لذلك ينبغي أن أتعرض أولا لتعريف الإقرار في اللغة والشرع.

أولا: الإقرار في اللغة: هو الاعتراف بالحق مأخوذ من المقر، كأن المقر جعل الحق في موضعه وقرره غير بالحق حتى أقر به⁽²⁾، فالإقرار يعني الإنعان للحق والا عتراف به، لأن المقر يعترف بحق لغيره "المدعى" وهو يكون على كل من عليه حق لصاحبه مصداقا لقوله تعالى ((يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم))⁽³⁾ والشهادة على النفس ما هي إلا إقرار بما وجب عليها.

ثانيا الإقرار اصطلاحا: أخبار عن كائن سابق، فيقتضي ثبوت المخبر به سابقا على إخباره⁽⁴⁾.

وعرف أيضا: إظهار مكلف مختار ما عليه لفظا أو كتابة أو إشارة من أحرص أو على موكله أو موليه مما يمكن إنشاؤه لهما أو على مورثه بما يمكن صدقه⁽⁵⁾.

(1) الاختيار، ج2، ص109، حاشية الدسوقي، ج4، ص146، مغني المحتاج، ج4، ص461.

(2) مختار الصحاح، ص529.

(3) سورة النساء: الآية 135.

(4) معين الحكام من 125 لسان الحكام، ص265.

(5) كشف القناع، ج6، ص452-453.

كما عرف بأنه: خبر وجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظة أو لفظ نائبه⁽¹⁾ فخرج بقوله بالخبر، الإنشاء فإنه لا يسمى إقراراً، وخرج بقوله: وجب حكم صدقه على قائله، القذف، لأن جلد القاذف ليس حظاً اقتضاه صدقه⁽²⁾.
وعرف: أن يعترف المرء بشيء في ذمته لغيره، كأن يقول: إن لزيد عندي خمسين درهماً، وأن المتاع الفلاني لفلان⁽³⁾.

ثالثاً: الأحكام التي تعترى الإقرار وآراء الفقهاء فيها:

- الإقرار من أقوى البيانات وأشدّها، وذلك لأنه يستند فيه إلى العلم اليقيني، فالحكم به لا مجال للشك فيه إذ أنه خبر صادق، ويرجح صدقه على كذبه، فيجب الأخذ به ما دام توافرت شروطه لقوله ﷺ: "يا أنيس أغد إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها"⁽⁴⁾ ولأنه إذا وجب الحكم بالشهادة، فلأن يجب الإقرار وهو من الريبة أبعد وأولى⁽⁵⁾.

- الإقرار يصح من البالغ العاقل المختار الذي له كامل التصرف، فلا يقبل الإقرار من الصبي والمجنون والمكره، لأن الإقرار قول، وهو لا يصح منه كما يشترط في المقر له أهلية الاستحقاق. وهذا باتفاق الفقهاء⁽⁶⁾.

- صيغ الإقرار تتحقق في كل لفظ صالح للبناء كقول المقر عند الادعاء عليه بشيء نعم أو يقول له اقبضها أو انتقدها أو لم تحل بعد، أو سأرسلها لك غداً أو أرسل من يقبضها، لم قتلت فلاناً؟ كان ذلك مكتوباً أو قتلت عدوى، كما يصح في صيغ الإقرار أن تكون جملة وتفصيلاً، وعليه فكل ما صلح للبناء صلح أن يكون صيغة لإقرار، فيقع بلفظ أقر، وما في حكمه بما يدل على الاعتراف بالحق، ولا يشترط أن يكون صريحاً، بل يجوز دلالة أو بالكتابة أو الإشارة⁽⁷⁾.

- إذا أقر المدعي عليه بما ادعاه المدعي في مجلس القضاء، وأنكر المدعي عليه بعد

(1) كتاب النيل، ج 13، ص 572.

(2) المرجع السابق.

(3) المهذب، ج 2، ص 343.

(4) سنن النسائي، ج 4، ص 241-242 سنن ابن ماجه، ج 2، ص 852 نيل الأوطار، ج 7، ص 86-87 وقال: الحديث رواه الجماعة وسكت عنه.

(5) معين الحكام، ص 125-126، لسان الحكام، ص 267-269، فتح القدير، ج 6، ص 401.

(6) فتح القدير، ج 6، ص 401، منح الجليل، ج 8، ص 361-362، الشرح الكبير، ج 4، ص 158، المهذب، ج 2، ص 343-346، كشف القناع، ج 6، ص 335، 342، كتاب النيل، ج 13، ص 573-579، شراع الإسلام.

(7) مغني المحتاج، ج 4، ص 398، 470، الأشباه للسيوطي، ص 53 الكافي في فقه أهل المدينة، ص 500 القوانين الشرعية، ص 308.

ما حكم عليه بإقراره، فإن هذا الإنكار لا يفيد ولا ينقض حكم القاضي، ولذلك قال الحنابلة والحنفية بأنه ينبغي أن يشهد القاضي على إقراره حتى لا يرجع المقر في إقراره.

- إذا أقر ثم أنكر في مجلس القضاء وقبل الحكم عليه فهل يحكم القاضي عليه بإقراره بعدما رجع عنه؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يحكم عليه إذا رجع في إقراره، وذهب البعض من الشافعية والمالكية إلى أن يحكم عليه وإن رجع في إقراره بعدما أقر به.

وقالوا: لأنه حق ثبت لغيره فلا يملك إسقاطه بغير رضاه، كما أنهما إذا جلس للمحاكمة فقد رضيا أن يحكم بينهما بما يقولانه، فلا يفيد رجوعه ويحكم عليه القاضي⁽¹⁾.

ولكن الراجح: أنه إن رجع عن إقراره قبل الحكم عليه فلا يحكم عليه خاصة إذا كان الإقرار في حق من حقوق الله تعالى فبحود الإقرار شبهة تسقط العقوبة.

- إذا أكد المقر ما شهد به الشاهدان قبل الحكم، فهل يستند القاضي في حكمه إلى الشهادة والإقرار وحده؟

وجهان للشافعية، الأول يستند القاضي إليهما جميعا وهو الصحيح، وهو الذي عليه جمهور الفقهاء، وقيل يستند إلى إقراره وحده دون الشهادة⁽²⁾.

والراجح: الأول وذلك حتى لا يطعن على الحكم بعد ذلك فوجود الشهادة بجانب الإقرار تؤكد مستند القاضي في حكمه.

- لو أقر بما ادعى عليه ولكنه امتنع عن تنفيذه بعد الحكم عليه والبينة تؤيد إقراره فيطابق القاضي بينهما، ويكون القضاء على أساس ذلك ويلزمه التنفيذ.

- إذا ادعى المدعي بشيء فأقر المدعي عليه بغيره، فإن هذا الشيء يلزمه إن صدقه له المقر له في ذلك⁽³⁾.

- إن ادعى زيد على عمرو عينا في يده، وقال زيد هي ملك لي، فقال عمرو: بل هي ملك لمحمد، فإن القاضي يسأل محمدا هل هي ملكه أم لا؟ فإن قال هي ملكي

صارت له وصار محمد خصما في الدعوى وأصبح عمرو نائبا عنه، حيث إن محمدا مالكا للعين، إلا إذا كان لزيد بينه، فإن القاضي هذا يحكم بالبينة، لأنها

أقوى من اليد لحديث "شاهدك أو يمينه"⁽⁴⁾ ويكون للمقر له قيمتها على المقر.

(1) المراجع السابقة.

(2) فتح القدير، 6، ص 401، منح الجليل، 8، ص 361، المهذب، ج2، ص 343-346، كشاف القناع، ج6، ص 335.

(3) كشاف القناع، ج6، ص 335، 342 المهذب، ج2، ص 343-346.

(4) صحيح البخاري بشرح فتح الباري، ج13، ص 139، نيل الأوطار، ج8، ص 285.

- أما إذا لم تكن لزيد نيته فيكون القول هو قول عمرو مع يمينه، لأنه منكر فيدخل في عموم قوله ﷺ: "واليمين على من أنكر" (1).
- الإقرار جائز في جميع الحقوق ولو مجهولة وما هو مضمون منها، وما هو غير مضمون (2)، كما يصح الإقرار للقريب والصديق وغيرهما، إلا أن المالكية قالوا: لا يصح إقرار الوارث والصديق والقريب إذا كان المقر كلاله (3).
- الإقرار بغير الموجود لا يصح، كما أن الإقرار يختص بالمقر به دون غيره ويختص أيضا بالمقر وحده، ولا يمتد إلى آخرين فهو - أي الإقرار - شخصي (4).
- اعتراف المفلس أو المحجور عليه في الشؤون المالية يلزم، لاتهام المفلس بحسد الغرماء، ولأن الثاني - المحجور عليه - إذا قبل إقراره أصبح وكأنه لم يحجر عليه، ويبقى بذمتها ما أقر به فيسددانه بعد زوال المانع (5) كما أن اعتراف المريض المشرف على الموت لا يصح للورثة إلا بينه، لأنه يتهم بالمحاباة، فلو قال مريض مشرف اعتراف بأن لولدي فلان عندي كذا، لم يقبل منه خشية أن يكون قصد محاباته دون سائر أولاده، يشهد لهذا قوله ﷺ: "لا وصية لوارث" (6) فقول المريض إن لولدي فلان كذا دون سائر أولاده أشبه شيء بوصية له والرسول ﷺ نهى عنها إلا أن يجيزها الورثة، ما لم تقم بينه تثبت ما أقر به لورثة، وعند ذلك يصح إقراره (7).
- هذه هي بعض القواعد والأحكام التي تعتري الإقرار وآراء الفقهاء فيها.

رابعاً: أقسام الإقرار:

الإقرار يكون باللفظ ويكون بالكتابة ويكون بالإشارة. والإقرار كما يكون باللفظ صريحا أو دلالة يكون بالإشارة بالنسبة لغير القادر على النطق كالأخرس ومعتقل اللسان، وذلك إذا صارت إشارة كل منهما معلومة على مقصودهما، وهذا كله في غير الحدود التي تندرج بالشبهات، فتكون الإشارة وعدم

- (1) صحيح مسلم، ج 12، ص 2 نيل الأوطار، ص 3058، سنن الدار قطعي، ج 2، ص 218.
- (2) كتاب النيل، ج 13، ص 573-579.
- (3) حاشية الدسوقي، ج 4، ص 158، منح الجليل، ج 8، ص 361-362.
- (4) كتاب النيل، المرجع السابق.
- (5) المهذب، ج 2، ص 343-436، الأشباه للسيوطي، ص 53، مغني المحتاج، ج 4، ص 398.
- (6) سنن أبي داود، ج 2، ص 103، ابن ماجة، ج 2، ص 905، الدار قطني، ج 4، ص 152، قال وهو حسن صحيح كنز العمال، ج 6، ص 105.
- (7) لسان الحكام، ص 272-273، كشف القناع، ج 6، ص 455، كتاب النيل، ج 13، ص 574-575.

النطق شبهة فيها، لأنها تحتمل الإقرار وغيره، وهذا عند بعض الفقهاء، على خلاف الشافعية والمالكية حيث أخذوا بصحة إشارة الأخرس في الحدود إذا فهمت، ولا تعتبر شبهة يندري بها الحد، بشرط أن تكون مفهومة على المقصود⁽¹⁾.

أما معتقل اللسان، فالأصل أنه لا تقبل إشارته مع عدم قدرته على النطق، إلا فيما استثنى من ذلك كالإقرار بالنسب، إذ أنه يحتاط فيه ما لا يحتاط في غيره فلهذا تقبل إشارته فيه⁽²⁾.

وكما صح الإقرار بالإشارة فإنه يصح بالكتابة، وهو أن يكتب المقر للمقر له كتاباً بأنه يعترف بما عليه له وجمهور الفقهاء على أنه يعتمد على الإقرار الصادر بخطه، وذلك لإمكان التزوير عليه لتشابه الخطوط، فيمكن أن يقوم المدعي بتقليد خط المدعي عليه في ورقة بما يدعيه وبالتالي يصير ذلك حجة على المدعي عليه، فيصير مقراً أما القاضي، ولذلك منع جمهور الفقهاء من الإقرار بالكتابة إلا إذا كانت بينه عليه أو اعتراف المدعي عليه بأن هذا خطه وهو ذهب إليه أكثر الشافعية و المالكية وبعض الحنفية وأكثر الحنابلة.

وذهب بعض الشافعية وأبي يوسف ومحمد وبعض الحنابلة إلى صحة الإقرار بالكتابة⁽³⁾ وواضح أن الذي يمنع الاحتجاج بالكتابة وحدها هو خشية التزوير فيها والمحاكاة.

ولكن الراجح: هو القول بصحة الإقرار الكتابي، وذلك لأنه خاصة في عصرنا اتسع علم أهل الخبرة في معرفة الخطوط، فعندما يدعي عليه بالتزوير أو يشك فيها، فإنه يمكن لأهل الخبرة أن يفحصوه ويتبين ما إذا كان هذا الخط لمن ادعى عليه أم لا كما أن جمهور العلماء على صحة اعتماد خط الراوي في المحفوظ عنه وجواز التحدث به بناء على خطه، ولو لم يعتمد خطه في ذلك لضاعت أحاديث كثيرة، وأحكام فقهية تناولها الفقهاء والمحدثون كتابة، إضافة إلى أن الرسول ﷺ كان يبعث كتبه إلى الملوك وغيرهم فيعطي كتابه إلى رسوله مختوما بخاتمه.

والعبرة في الاعتماد على الخط أن يكون معروفا ومشهورا. يقول ابن القيم مرجحا صحة الإقرار بالكتابة: وقد جعل الله سبحانه وتعالى في خط كل كاتب ما يتميز به عن خط غيره كتمييز صورته وصوته⁽⁴⁾، وهذا هو الأساس الذي يعتمد عليه في تمييز الخطوط بعضها عن بعض لا عند أهل الخبرة.

وعلى هذا: فالراجح هو اعتماد الإقرار بالكتابة كما يصح اعتماده باللفظ والإ

(1) لسان الحكام، ص 272 الأشباه للسيوطي، ص 312 وما بعدها تبصرة الحكام، ج 1، ص 363.

(2) المراجع السابقة وكشاف القناع، ج 6، ص 453، 460.

(3) المراجع السابقة والكافي في فقه أهل المدينة، ص 471 وكتاب النيل، ج 13، ص 573.

(4) الطرق الحكمية، ص 192.

شارة وإذا ما صدر الإقرار فإن حكمه يكون هو اللزوم، فمن أقر بشيء لإنسان وكان عاقلا بالغاً مختاراً لزمه لقوله ﷺ " ...فإن اعترفت فأرجمها" (1) فجعل الرسول ﷺ اعترافها ملزماً لها بإقامة الحد عليها.

خامساً: الضوابط التي تحكم الإقرار:

(1) يجب على القاضي أن يتأكد من توافر الشروط اللازمة لكمال أهلية المقر بحيث يكون كامل التصرف وله أهلية الاستحقاق حتى يكون إقراره صحيحاً على الواقعة.

(2) إذا كان الإقرار من أقوى الأدلة على صحة الواقعة المعروضة على القاضي إلا أن الإقرار خاصة في زماننا لم يعد هو الدليل القوي على صحة الواقعة المعروضة على القاضي، فقد يؤخذ الاعتراف من المقر نتيجة تعذيب دون علم القاضي وبواسطة سلطة الاستدلال الشرطية فلم يعد الاعتراف هو الدليل القوي على صحة الدعوى لذلك، أو يقر الشخص على أنه هو الذي ارتكب الواقعة ليفدي غيره من العقوبة كإقرار الوالد نيابة عن والده أو العكس.

ولذلك: وجب أن يخضع الإقرار أو الاعتراف لتقدير القاضي حتى إذا ما علم أن الإقرار صادر نتيجة تعذيب أو افتداء آخر طرحه وبحث عن أدلة أخرى قد تكون قائمة في الدعوى، فلم يعد الإقرار ملزماً للقاضي لإصدار الحكم، أو كما يعبر الفقهاء: ما على القاضي إلا إصدار الحكم بعد إقرار المقر، لكن يجب على القاضي أن يبحث في ذات الإقرار ويقدره حتى يمكنه الأخذ به، فهو يخضع لسلطة القاضي التقديرية.

(3) يجب على القاضي اعتماد الإقرار الصادر نتيجة كتابة أو إشارة مفهومة مع ترك المجال للمقر أن يطعن على الإقرار المدعي عليه به بالتزوير إن قال إن هذا الإقرار لم يصدر مني، ويكون على القاضي أن يحيل الإقرار الكتابي إلى لجنة الخبراء لفحص هذا الاعتراف، فإذا ما ثبت أنه خطه حكم القاضي به إضافة إلى معاقبة المقر لقصد تعطيل أحكام القضاة وضياع وقت المحكمة، وإذا إنه غير خطه رفض القاضي هذا الدليل ومعاقبة المدعي بالتزوير على المدعي عليه وتكون العقوبة في الحالتين تعزيرية، يقدرها القاضي على حسب ظروف كل شخص وبما يراه رادعاً له.

(4) إذا ما أقر الشخص ما نسب إليه ثم أنكر إقراره، فإن كان الإنكار واقعاً بعد حكم القاضي عليه بالعقوبة، فإن الإنكار لا يفيد وتوقع عليه العقوبة المحكوم بها، لأنه كان أمامه فرصة الرجوع في مجلس القضاء وقبل الحكم أما وقد حكم القاضي نتيجة هذا الإقرار فإن رجوعه عنه لا يجدي، إذ فتح الباب لأمكن لأي

(1) الحديث سبق تخريجه، ص 142 من هذا البحث.

أن يتنصل من العقوبة، أما إذا أنكر بعدما أقر في مجلس القضاء وقبل الحكم، فإنه لا يؤاخذ به ولا يعتبر دليلاً ضده خاصة في مجال الحدود، لأنه يندب فيها الستر، ورجوعه شبهة يدرأ بها الحد، وكذلك يفيد الرجوع في غيرها من الحقوق، لكن يجب أن يكون الإقرار في مجلس القضاء والرجوع عنه قبل الحكم باعثاً لاقتناع القاضي بأن المقر الذي أنكر إقراره مرتكباً للواقعة المعروضة عليه، لكن لا يحكم عليه على أساسه، لأنه قد رجع عنه، أما إذا وجد دليلاً آخر فإنه يؤكد للقاضي ما اقتنع به وبالتالي يحكم عليه، إلا إذا كان قد أقر لخوف أو تهديد وأثبت ذلك، فإنه لا يؤخذ به ولا وسيلة لاقتناع القاضي، لأن وجوده كعدمه.

هذه هي بعض الضوابط التي يجب أن تراعى في الإقرار كدليل من أدلة الإثبات لدى القاضي.

الفرع الثاني: الشهادة أو البيينة ووسائل تقديرها وضوابطها في الفقه الإسلامي

البيينة: اسم لكل ما يبين الشيء ويظهره⁽¹⁾ وتأتي البيينة مرادفة للشهادة عند جمهور الفقهاء، فالشاهدان من البيينة إذ لا ريب أن غيرها من أنواع البيينة قد يكون أقوى منها كدلالة الحال على صدق المدعي، فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد⁽²⁾. وقد قال ابن قدامة في معنى الشهادة: واشتقاق الشهادة من المشاهدة، لأن الشاهد بخبره جعل الحاكم كالمشاهد بعينه، لأنها تبين ما التبس وتكشف الحق فيما اختلف فيه⁽³⁾.

أولاً: الشهادة في اللغة والاصطلاح:

في اللغة: الشهادة خبر قاطع، تقول: شهد على كذا من باب مسلم، وقولهم أشهد بكذا، أي أحلف، والمشاهدة المعاينة، وشهده شهوداً، أي حضره، فهو شاهد، وقوم شهود أي حضور، وشهد له بكذا، أي أدى ما عنده من الشهادة فهو شاهد⁽⁴⁾.
واصطلاحاً: اسم لكل ما يبين الحق ويظهره⁽⁵⁾، وعرفت أيضاً: بأنها أخبار بحق

(1) مختار الصحاح، ص 72.

(2) الطرق الحكمية، ص 192.

(3) المغني، ج 9، ص 147، كشف القناع، ج 6، ص 404.

(4) مختار الصحاح، ص 192.

(5) قليوبي على المنهاج، 4، ص 318.

للغير على الغير بلفظ أشهد، وقيل هي إخبار عن شيء بلفظ خاص وهو أشهد أو شهدت بكذا⁽¹⁾.

وعلى ذلك: فالشهادة إخبار عن ثبوت الحق للغير على الغير في مجلس القضاء، وهي حجة بينى عليها الحكم اتفاقا متى استوفت شروطها واتصل بها، حكم القاضي⁽²⁾، وهي تختلف عن الإقرار إذ أن حجيتها متعددة لا تقتصر على المقضي عليه. هذا، والوقائع المعروضة منها ما يلزم فيها رجلا، أو رجل وامرأتان، وهناك ما يحتاج إلى أربعة شهود من الرجال، وهناك ما لا تقبل فيه شهادة النساء، وهناك ما يكفي لإثباته بشهادة امرأة واحدة.

وعلى هذا سأقوم بتوضيح آراء الفقهاء في الشهادة، ونتعرض أولا لحكمها وشروط الشاهد حتى أستطيع وضع ضوابط عامة في الشهادة.

ثانيا: حكمها: أما عن حكمها فنجد أن الفقهاء قد اختلفوا في حكمها إلى رأيين حيث ذهب الحنفية إلى القول بأن تحمل الشهادة فرض كفاية، أما أداؤها فهو واجب، لأنهم يفرقون بين الفرض والواجب⁽³⁾.

أما المالكية: فيرون بالنسبة للحدود فجائز فيها الستر فلا يشترط فيها عدم الإدلاء بالشهادة، أما في غيرها ففرض عليه أن يؤديها حفاظا على الحقوق، وهي فرض كفاية إن كان معه غيره وإلا تعينت عليه الشهادة⁽⁴⁾ وهو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة⁽⁵⁾.

رابعا: شروط الشاهد: نستطيع أن نجمل الشروط اللازمة في الشاهد كما وضحها الفقهاء فيما يلي:

- 1- الإسلام والعقل: وهذان الشرطان باتفاق الفقهاء⁽⁶⁾، فلا تقبل شهادة الكافر و المجنون، إلا أن أبا حنيفة جوز شهادة الكافر على الوصية في السفر⁽⁷⁾.
- 3- الحرية: فلا تقبل شهادة العبد والأمة عند جمهور الفقهاء خلافا للظاهرية، وابن المنذر.

(1) المنتقى، ج 2، ص 188، مواهب الجليل، ج 6، ص 150، كشاف القناع، ج 6، ص 404، المهذب، ج 2، ص 323، المغني، ج 9، ص 147، كتاب النيل، ج 13، ص 165.

(2) أنظر المراجع السابقة.

(3) معين الحكام، ص 68-69.

(4) المنتقى، ج 5، ص 188، مواهب الجليل، ج 6، ص 163-164، التاج والإكليل، ج 6، ص 166.

(5) المهذب، ج 2، ص 323، والمغني لابن قدامه، ج 9، ص 146.

(6) معين الحكام، ص 70، القوانين الشرعية، ص 317، المهذب، ج 2، ص 324، كشاف القناع، ج 6، ص 405.

(7) معين الحكام، المرجع السابق.

4- البلوغ: فلا تقبل شهادة الصبي عند الجمهور، عدا مالك حيث ذهب إلى صحتها في الدماء بشروط⁽¹⁾.

5- العدالة: وهي مشترطة إجماعاً، فلا تقبل شهادة الفاسق عند جمهور الفقهاء⁽²⁾.

6- التيقظ: فلا تقبل شهادة المغفل، وذلك لعدم الاعتماد عليه في أداء الشهادة.

7- النطق: فلا تقبل شهادة الأخرس عند جمهور الفقهاء عدا بعض الشافعية حيث ذهبوا إلى جوازها⁽³⁾.

هذه هي الشروط المشترطة في الشاهد حتى يمكن للقاضي الأخذ بها، بعد ذلك أقوم ببيان أنواع الشهادات:

إن للشهادة أنواع متعددة بحسب الشهود عليه، ولذلك يختلف نصابها وأنواع الشهود على حسب ما هو مشهود عليه، وهذه الأنواع هي:

(1) الشهادة على جريمة الزنا: ويتعين فيها أربعة شهود، لقوله تعالى: ((**فاستشهدوا**

عليهن أربعة منكم))⁽⁴⁾ فلا يكفي فيها ما دون الأربعة بنص الآية⁽⁵⁾.

(2) الشهادة على غير الزنا من جميع الأمور فيكفي فيها شاهداً عدل لقوله تعالى ((**واستشهدوا شهيدين من رجالكم**))⁽⁶⁾.

(3) الشهادة على الأموال: ويكفي شهادة رجل وامرأتين لقوله تعالى: ((**فإن لم**

يكونا رجلين فرجل وامرأتان))⁽⁷⁾ فهي مقبولة إلا في الحدود والقصاص⁽⁸⁾.

(4) شهادة الحمل والحيض وما لا يطلع عليه إلا النساء: ويكفي فيها شهادة امرأتين⁽⁹⁾.

(5) شهادة الأحكام: وهذه سنفصل فيها، هل لابد فيها من شاهدين أم يكفي فيها رجل وامرأتان، أم يكفي فيها شاهد ويمين؟

آراء الفقهاء في المسألة:

إن الناظر في آراء الفقهاء يجد أن الفقهاء قد اتفقوا في عدة مواضع في

(1) القوانين الشرعية، ص 317 مواهب الجليل، ج 6، ص 150-154.

(2) معين الحكام، ص 117 مواهب الجليل المرجع المذهب، ج 2، ص 324، كشف القناع، ج 6، ص 405.

(3) معين الحكام، ص 117، مواهب الجليل، ج 6، ص 187، القوانين الشرعية، ص 317.

(4) سورة النساء: الآية 15.

(5) معين الحكام، ص 90.

(6) سورة البقرة: الآية 282.

(7) سورة البقرة: الآية 282.

(8) معين الحكام، ص 91.

(9) معين الحكام، ص 95.

الشهادة واختلفوا في أشياء فنجد أنهم متفقون على ما يأتي:
(أ) جريمة الزنا، يجب فيها أربعة شهود للنص القرآني في ذلك.
(ب) في غير جريمة الزنا، كباقي الحدود والقصاص وغيرها من الحقوق يجب فيها شاهدان.

(ج) في الأموال: يكفي فيها رجل وامرأتان للنص القرآني.
هذه هي مواضع اتفاق الفقه في نصاب الشهادة والمشهود عليه.
واختلفوا في: الشاهد الواحد مع اليمين، أو شهادة المرأتين مع اليمين في الأموال وما يؤول إلى على النحو التالي:

ذهب الحنفية: إلى القول بأن الأموال وما في معناها، لا يقضى فيها بشهادة الرجل الواحد مع اليمين، بل يكون القضاء إما بالبينة التامة، وهي شاهدان، أو رجل وامرأتان مع يمين الطالب "المدعى" أو بالنكول عن اليمين، إذا ما ردت اليمين على المدعى عليه ونكل عن اليمين فإن بالقاضي الحكم عليه لنكوله⁽¹⁾.

أما المالكية: فقالوا: إن شهادة الواحد مع اليمين يفرق فيه بين ما إذا كان المشهود عليه مالا أو غيره، فإذا كان في الأموال: وكانت البينة شاهدا واحدا فإن المدعى يحلف مع شاهده، فإن امتنع عن اليمين ردت إلى المدعى عليه فإن حلف بريء وإلا قضى عليه، وكذلك الحالف إذا كان الشاهد امرأتين، لأنهما يقومان مقام الرجل، أما في غير الأموال: فإنه ينظر: إن كان المشهود عليه طلاقا أو عتاقا، فإن المدعى لا يحلف مع شاهده، بل تجب اليمين على المدعى عليه، فإن حلف بريء، وإن نكل، فقال البعض، منهم يقضى عليه، وقال الآخرون بحبس حتى يقر.

أما إذا كان المشهود عليه نكاحا أو رجعه: فالشاهد الواحد لا يصلح ولا يمين معه فيهما فيكون وجو الشاهد الواحد كالعدم⁽²⁾.

أما الشافعية: فيثبت الحكم برجل ويمين عندهم، ولا يثبت بامرأتين ويمين لعدم وروده، وإذا شهد الشاهد حلف المدعى وجوبا أن شاهده صادق، وللمدعى طلب تحليف المدعى عليه دون تحليفه هو، فإن امتنع المدعى عليه عن اليمين ردت على المدعى وحلف في أظهر القولين عندهم.

ومقابله: إن امتنع المدعى عليه عن اليمين لا ترد على المدعى، بل يحبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر⁽³⁾.

ويرى الحنابلة ما رآه الشافعية، إلا أنهم لا يشترطون عند يمين المدعى أن

(1) معين الحكام للطرابلسي، ص 90-96.

(2) القوانين الشرعية، ص 310-311 التفرغ، ص 244-245.

(3) المحلى على المنهاج، ج 4، ص 325-326، المهذب، ج 2، ص 334.

يقول إن شاهدي صادق، كما يرون مثل الشافعية لا يجوز اليمين مع المرأتين، لأن شهادتهما ناقصة وجبرت بالرجل⁽¹⁾.

وعلى ذلك نجد أن في المسألة رأيين:

الأول: وهو صحة القضاء بالشاهد الواحد مع اليمين، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة على خلاف بينهم في التفصيلات السابقة. الثاني: لا يصح القضاء بالشاهد الواحد مع اليمين وهو ما ذهب إليه الحنفية و المالكية في النكاح والرجعة.

الأدلة: استدل جمهور الفقهاء على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

1- ما روي عن جابر أن رسول الله ﷺ "قضى باليمين مع الشاهد"⁽²⁾ والحديث بمنطوقه يفيد صراحة جواز القضاء بالشاهد الواحد مع اليمين.

2- ما روى أن عمر بن الخطاب وعلي ابن أبي طالب رضي الله عنهما قضيا بالشاهد واليمين⁽³⁾.

3- إن القضاء بالشاهد واليمين تحسم به الدعوى إذا ردت اليمين على المدعى وحلف ففي الحالتين يقضي القاضي ببراءته أو إدانته. أدلة الحنفية على ما ذهبوا إليه:

1- قول النبي ﷺ "البينة على من أدعى واليمين على من أنكر"⁽⁴⁾ حيث جاء النص بأن البينة على المدعى واليمين على من أنكر، فجعل الرسول ﷺ اليمين في جانب المدعى عليه دون المدعى فلا يصح الحكم بالشاهد واليمين.

2- إن شهادة الواحد مع اليمين فيه مخالفة صريحة لنصوص القرآن الكريم حيث جاء بالرجلين أو الرجل والمرأتين، وهو ما يدل على عدم القبول بالشاهد الواحد واليمين⁽⁵⁾.

(1) كشف القناع، ج6، ص434-435.

(2) رواه أحمد ابن ماجة والترمذي.

(3) سنن الدار قطني، ج2، ص215، مجمع الزوائد، ج4، ص205، وهو حديث ثابت لا يردده أحد نيل الأوطار، ج8، ص283.

(4) رواه البيهقي في السنن الكبرى، ج10، ص252، كتاب الدعوى والبيئات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، والدار قطني في سننه بإسنادين، كتاب الأقضية والأحكام، ج4، ص217، وفي آخره "إلا في القسامة"، وقد حسن ابن حجر إسناد حديث البينة هذا في فتح الباري، ج5، ص354، في كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود.

(5) القوانين الشرعية، ص317، مواهب الجليل، ج6، ص150-154، المهذب، ج2، ص324، المغنى، ج9، ص147، المنتقى، ج5، ص188.

الترجيح: ويظهر مما تقدم أن الراجح من هذه الآراء هو القول بجواز شهادة الواحد مع اليمين حيث إن طائفة من قضاة السلف أجازوا الحكم بشهادة الواحد مع اليمين، إذا بأن عدل الشاهد وصدقه، وذلك لأن اليمين لمجرد المدعى فإن فكون أكد في الحكم بهما.

كما أن القول بجواز الحكم بالشاهد اليمين يقطع النزاع ويحسمه، وذلك إذا طلب المدعى اليمين من المدعى عليه، فإن حلف بريء وإلا قضى عليه. أو حبس حتى يحلف أو يقر. وقول الحنفية: بأن الحديث جاء بأن "البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر" ومن هنا فلا يمين على المدعى، فهو معارض بحديث أن النبي ﷺ "قضى بالشاهد واليمين" وللتوفيق بينهما يقال بصحة الحكم بالشاهد و اليمين عند ما ترد على المدعى عليه بطلب المدعى، فإنها تكون هنا على المنكر وبالتالي فلا تعارض بين الحديثين.

والقول بأن صحة الحكم بالشاهد واليمين تعارض النصوص القرآنية فهي في الحقيقة لا معارضة، حيث إنه شرع بسنة رسول الله ﷺ وإلا فنقول بعدم صحة الحكم بشهادة المرأتين أو المرأة فيما لا يطلع عليه الرجال، أو بشهادة الرجل الواحد في رؤية الهلال من هنا كان الراجح هو القول بجواز الحكم بالشاهد مع يمين المدعى لكن يجب أن تظهر نقطة خلاف بين جمهور الفقهاء الذين ذهبوا إلى القول بجواز الحكم بالشاهد الواحد مع اليمين وهي أن المالكية جوزوا الحكم بالمرأتين مع اليمين، وقالوا بقيامها مقام الرجل على حين منع ذلك الشافعية، والحنابلة لعدم وروده. والحق يقال: إن ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من عدم الحكم بشهادة المرأتين مع يمين المدعى هو الراجح، وذلك لما قالوه أولاً، بعدم ورود ذلك، وثانياً، لأن النساء ناقصات عقل وقد جبر هذا النقص بوجود الرجل معهن، فلا يصح الحكم بدونه.

الضوابط العامة للشهادة:

1- يجب على القاضي أن يتأكد من عدالة الشهود، وأن يحثهما على الصدق في الشهادة قبل الإدلاء بها، وذلك ببيان عقوبة شاهد الزور في الدنيا والآخرة، لما روى أن شريحاً كان إذا حضر شاهدان للشهادة يقول لهما: حضرتما ولم أستدعكما، وإن انصرفتما لم أمنعكما، وإن قلتما سمعت منكما، فاتقيا الله فإني متقي بكما⁽¹⁾.

2- يجب على القاضي التأكد من شخصية الشاهد، وذلك بذكر اسمه وصنعتة وكسبه إن كان له صناعة، ومسكنه، وذلك حتى يمكن الرجوع إليه إن احتاجه القاضي، كما أن القاضي يستطيع من خلال ذلك أن يعرف ما إذا كان الشاهد ممن يتردد

(1) أخبار القضاء لو كيع، ج2، ص254.

على المحاكم للشهادة أم لا.

3- يجب على القاضي أن يفرق بين الشهود بحيث يدلى كل واحد منهم بشهادته منفردا، ثم يقوم القاضي بالمطابقة بينهما ليتأكد من سلامة وصحة أقوال كل منهم، وهذا الضابط يجب على القاضي الأخذ به خاصة في زماننا بعد انتشار شهود الزور، بل إن البعض احترفها وجعلها مهنة يتكسب منها، فإننا لله وإنا إليه راجعون.

4- على القاضي بعد أن يقوم الشهود بالإدلاء بشهادتهم ألا يسلم بها بل أن الشهادة يجب أن يخضعها لتقديره الشخصي بحيث يكون على يقين أن الشهود شهدوا بما هو صدق قبل الحكم بها، فإذا ما شك في صدقها أو كانت ظروف الشهود توحى بكذبها طرحها القاضي ولا يأخذ بها، ويطلب من المدعى دليلا آخر على صدق دعواه.

5- إذا ما تبين القاضي أن الشهود قد شهدوا زورا، فإنه يقوم بتعزيزهم بما يردعهم عن العودة إليها مرة أخرى، كما يجب أن تكون العقوبة علنية بحيث يشهر أمر الشاهد بين الناس، فضلا عن ارتداع غيره وزجره عن الإقدام على مثل هذا.

6- على القاضي أن يتأكد من أن الشاهد عاين ظروف الواقعة عند ارتكاب المدعى عليها لها، فإنه يشهد بما رآه إلا في مسائل الأحوال الشخصية لاسيما مسائل النسب حيث يشهد فيها بما علم وليس بما رأى لأن النسب حق الله تعالى فرض الشارع على إثباته، بل إن الأمر إذا دار فيه بين الثبوت والنفي ترجح جانب الثبوت، وتقبل الشهادة فيه حسبة، ويفتقر فيه التناقض لما قد يصاحبه من لبس أو خفاء حيث تجوز فيه الهادة بما هو شائع بين الناس⁽¹⁾.

7- لا يشترط أن يحلف القاضي الشاهد اليمين قبل أداء الشهادة، لأن الفرض أن الشاهد موثوق به إلا فيما نص الشارع ليه فيجب فيه اليمين كاللعان، فإنه يجب تحليفه، وليس ذلك -عدم التحليف- واجب على القاضي في حالة عدم النص على تحليفه، بل إنه إن رأى أن الشاهد قد يزجره اليمين على أن يقول الحق فعل ولا حرج عليه في ذلك.

الفرع الثالث: في اليمين وضوابط الحكم بها:

اليمين في القانون الوضعي إما حاسمة وهي التي تحسم الإثبات في الواقعة موضوع اليمين، وإما متممة: وهي إجراء من إجراءات الإثبات يتخذها القاضي من تلقاء نفسه رغبة منه في تحري الحقيقة ليستكمل به دليلا ناقصا في الدعوى، فهي لا تحسم النزاع ولكن للقاضي بعد حلفها أن يقضي على أساسها باعتبارها مكملة لعناصر الإثبات الأخرى القائمة في الدعوى ليبنى على ذلك حكمه في موضوع

(1) معين الحكام، ص 109، المهذب، ج 2، ص 335، المحلى على المنهاج، ج 4، ص 332.

الدعوى، أو في قيمة ما يحكم به، ولذلك يشترط في توجيه اليمين في هذه الدعوى ألا يكون فيها دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل، ولا يجوز أن توجه إلى المدعى لتحديد قيمة المدعى به، إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى.

وأما يمين الجهالة: فيحلفها الوارث الذي يجهل أن الخط أو الإمضاء أو البصمة الثابتة على الورقة العرفية التي يتمسك بها الدائن هي لمن تلقى الحق عنه، فنفي الوارث علمه بتوقيع مورثه على الورقة العرفية وحلفه اليمين على ذلك يزيل عن الورقة مؤقتاً قوتها في الإثبات وعلى المتمسك بها يقع عبء الإثبات (1).

وأود أن أشير في هذا المقام إلى أن الشريعة الإسلامية قد عرفت اليمين المتممة عند عدم اكتمال البيئة، وهو ما تكلمت عنه في المبحث السابق، حيث عرفنا أن الرسول ﷺ "قضى بالشاهد واليمين" (2) وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بجواز اليمين المتممة مع الشاهد كدليل إثبات، وقد قصروها على الأموال أو ما يؤول إليها.

كما عرفت الشريعة الإسلامية نوعاً آخر من اليمين وهو ما يمكن أن يطلق عليه اليمين الحاسمة، حيث يجوز للقاضي في بعض الحالات أن يقضي على المدعى عليه بنكوله عن اليمين.

بعد ذلك نستطيع أن نفصل آراء الفقهاء في القضاء باليمين أو نكول المدعى عليه كدليل من أدلة الإثبات.

ف نجد الحنفية يرون: أن اليمين لا تكون في الحدود وكل ما هو حق الله تعالى إذ أن مبنى الحدود والحقوق على الستر والدرء بالشبهة فلا يستحلف فيها وهو ما يراه جميع الفقهاء (3).

كما يرى الحنفية: أن المدعى عليه لا يحلف إلا بطلب المدعى وهو لأبي حنيفة ، وعندهما يحلف دون طلبه (4).

فإذا توجهت اليمين على المدعى عليه وحلف سقط حق المدعى، أما إذا نكل عن اليمين فإن القاضي يقضي عليه بنكوله، ولا ترد اليمين على المدعى، لأن نكول المدعى عليه دليل على صدق المدعى فيما يدعيه، ويغلب على ظن القاضي أنه مبطل فيمكن المدعى من أخذ حقه (5).

(1) الوسيط للدكتور السنهوري، ج2، ص313.

(2) الحديث سبق ذكره، ص151.

(3) التفريع، ج2، ص244، قليوبي على المنهاج، ج4، ص343، كشاف القناع، ج6، ص448.

(4) معين الحكام للطرابلسي، ص96-97.

(5) أنظر المرجع السابق.

ويرى المالكية: أن المدعى إذا ادعى على آخر بشيء وأنكر المدعى عليه، فإن القاضي يحلف المدعى أنه صادق في دعواه ويبرأ بحلفه من دعوى المدعى عليه أن المدعى أخذ حقه، فإذا نكل المدعى حلف المدعى عليه وسقط الحق عنه لأن نكول المدعى يكون تصديقا للمدعى عليه فيما ينكره، وإذا مات المدعى حلف ورثته أنهم أن مورثهم استوفى حقه وأخذ منه شيئا، فإذا لم يحلفوا ردت اليمين على المدعى عليه ويبرأ من الدعوى (1).

ويرى الشافعية: إذا ادعى على آخر فأقر لزمه ما أقر به، فإن أنكر حلف إن امتنع عن اليمين حلف المدعى ويقضى له بما ادعاه، ولا يحكم القاضي بنكول المدعى عليه بل ترد اليمين على المدعى، واليمين هنا تقطع الخصومة لكن الحق يظل قائما، فإذا قامت بينة بعد اليمين قضى القاضي بها (2).

ويرى الحنابلة: أن اليمين إذا توجهت إلى المدعى عليه ونكل حكم عليه بنكوله ولا ترد اليمين على المدعى في رواية.

وفي رواية أخرى ترد على المدعى، فإن حلف حكم له بما ادعاه في المال خاصة.

وقال ابن أبي ليلى: إذا امتنع المدعى عليه من الحلف لا يترك حتى يقر أو يحلف (3)، وعلى ذلك نجد أن الفقهاء متفقون على:

أن اليمين لا تخذل حقوق الله تعالى وما يلحق بها، لأن اليمين المقصود منها النكول، والنكول بذل أو إقرار فيه شبهة يندري بها الحد.

كما اتفقوا على أن اليمين تقطع الخصومة ولا تنهيهما، بحيث لو أقام المدعى بينة بعد حلف المدعى عليه أخذ بها القاضي.

كذلك اتفقوا على أن للقاضي أن يوجه اليمين للمدعى عليه في المال أو ما يؤول إليه فإن لم يقر فإن اليمين تتوجه عليه.

لكنهم اختلفوا في حالة نكول المدعى عليه هل ترد اليمين على المدعى أو يقضى على المدعى عليه بنكوله إلى ثلاثة آراء:

الأول: أن المدعى عليه إذا عن اليمين عندما توجهت إليه، فإنه لا يقضى على المدعى عليه بنكوله بل ترد اليمين على المدعى، وهو ما ذهب إليه المالكية و الشافعية ورواية للحنابلة.

(1) مواهب الجليل، ج6، ص214-221، التفريع، ج2، ص244، التاج بهامش مواهب الجليل، ج6، ص215-221.

(2) المهذب، ج2، ص318، المحلى على المنهاج، ج4، ص324-343، عميرة على المنهاج، ج4، ص342-343.

(3) كشف القناع، ج6، ص448-449، المغنى، ج9، ص235-236.

الثاني: أن المدعى عليه إذا أمتنع من اليمين بعدما توجهت إليه يقضى عليه بنكوله ولا ترد اليمين على المدعى، وهو ما ذهب إليه الحنفية ورواية للحنابلة.

الثالث: أن المدعى عليه يجبر على اليمين إذا طلب منه وبضرب على ذلك ويحبس حتى يحلف أو يقر، ولا يقضى بنكوله، ولا ترد اليمين على المدعى وقد قصر أصحاب هذا الرأي رد اليمين على ثلاثة مواضع وهي القسامة والوصية في السفر إذا لم يشهد فيها إلا كافر، وإذا أقام المدعى شاهدا واحدا حلف معه. وهو ما ذهب إليه الظاهرية وابن أبي ليلى (1).

أولا: أدلة جمهور الفقهاء:

استدل جمهور الفقهاء على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

(1) ما روى أن النبي ﷺ رد اليمين على طالب الحق (2) وفيه دلالة صريحة على أن المدعى عليه إذا نكل عن اليمين، فإن اليمين، فإن اليمين ترد إلى المدعى حيث أنه طالب.

(2) أن المدعى عليه إذا نكل ظهر صدق المدعى وقوى جانبه فتدرد اليمين إلى المدعى ويكون حقا له قياسا على حق المدعى عليه قبل نكوله.

(3) إن اليمين ترد على المدعى عند نكول المدعى عليه قياسا على حال المدعى إذا شهد له شاهد واحد فإنه يحلف اليمين معه فكذلك هنا (3).

ثانيا: أدلة القائلين بالقضاء على المدعى عليه عند نكوله وعدم رد اليمين على المدعى:

(1) قوله ﷺ "البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه" (4)، حيث جعل النبي ﷺ جنس اليمين في جانب المدعى عليه، كما جعل جنس البينة في جانب المدعى فلا ترد اليمين على المدعى لمخالفة ذلك للحديث المذكور.

(2) ما روى أن ابن عمر قدم إلى عثمان في عبد له، فقال له: احلف أنك ما بعته وبه عيب علمته، فأبى ابن عمر أن يحلف فرد العبد عليه ولم يرد اليمين على المدعى.

(3) أنه يحكم بالنكول في المال ولا ترد اليمين على المدعى قياسا على من مات و لا وارث له فوجد الإمام أن له دينا على غيره فطالبه به فأنكر وطلب منه اليمين

(1) المحلى لابن حزم، ج9، ص405، المغنى، ج9، ص235-236.

(2) الحديث سبق ذكره وتخريجه، ص72.

(3) المهذب، ج2، ص31، مواهب الجليل، ج6، ص214-221، المغنى، ج9235، ص236.

(4) الحديث ذكره الدارقطني في سننه، ج2، ص213، نيل الأوطار، ج8، ص282.

فأنكر فلا خلاف أن اليمين لا ترد، لأن المدعى قد مات ولا وارث له (1).

أدلة القائلين بحبسه: حتى يقر، أو يحلف وعدم رد اليمين:

(1) حديث النبي ﷺ "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" حيث قصر

النبي ﷺ أن اليمين على المنكر فوجب حبسه حتى يقر أو يحلف.

(2) أن المدعى عليه عند امتناعه عن اليمين للقاضي حبسه حتى يقر أو يحلف

وذلك لعدم ورود ما يدل على أن اليمين تكون على المدعى (2).

الترجيح: يمكن القول إن الراجح من هذه الآراء هو الرأي القائل برد اليمين

على المدعى وذلك لقوة أدلتهم، كما أن نكول المدعى عليه عن اليمين قد يكون

تورعا أو خوفا من عاقبة اليمين وعدم جعل الله عرضة لليمين، وأما عن الاستدلال

بحديث "البينة على من ادعى.." فهو لا ينافي انتقال اليمين إلى المدعى وردها

عليه بعد امتناع المدعى عليه عن اليمين.

وأما عن القول بأن مات ولا وارث له فعلى من يتصور رد، فهو مردود بأن الأ

مام بحل محله بدليل صحة المطالبة منه.

لذا كان الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من رد اليمين على المدعى

وعدم الحكم بالنكول.

الضوابط العامة لليمين:

(1) من حق المدعى عند العجز عن إثبات دعواه وإنكار المدعى عليه لما يدعى

عليه به أن يطلب من القاضي توجيه اليمين إلى المدعى عليه، وإذا وجه

القاضي اليمين إليه فإن طلب منه أن يحلف بالله لا بأي شيء آخر، فإذا ما

نكل عن اليمين رد اليمين على المدعى فيحلف ويحكم له بالحق المدعى به.

(2) اليمين ليست طريقا لإثبات الحق، وإنما يوجهه القاضي له رجاء النكول فيحلف

ويقضى له، ويجب على القاضي تخويف الموجه إليه اليمين من عاقبة اليمين

في الدنيا والآخرة، إذ أن ذلك ربما يحمله على الإقرار وبالتالي إنهاء الدعوى.

(3) إذا حلف المدعى عليه اليمين فليس معناه انتهاء الخصومة، وإنما اليمين تقطع

النزاع فقط، بحيث لو ظهرت أدلة جديدة للمدعى بعد تحليف المدعى عليه،

فإن له الحق الكامل في التقدم بها، ويحكم القاضي على أساس هذه البينة

استنادا إلى أن البينة العادلة أولى من اليمين الفاجرة، كما أن البينة فيها معنى ا

لإثبات، واليمين للنفي والإثبات أولى من النفي، فكان سقوط الدعوى باليمين

ليس موجبا لسقوط الحق فالحقوق لا تسقط إلا بقبض أو إبراء، واليمين ليست

قبضا ولا إبراء.

(1) معين الحكام، ص 96-97، المغنى، ج 9، ص 235-236.

(2) المحلى لابن حزم، ج 9، ص 405.

الفرع الرابع: القرائن وضوابط الحكم بها:

من المعلوم أن اشتراط طرق معينة للإثبات في الشريعة الإسلامية إنما هو مقرر لمصلحة المدعى عليه في المجال المدني، أو المتهم في المجال الجنائي، وموجه أساساً إلى القاضي بحيث لا يجوز له أن يقبل في الإثبات ما هو أدنى في الدلالة على ثبوت نسبة الدعوى للمدعى عليه أو الجريمة إلى المتهم من هذه الطرق ، ولكن القاضي يلتزم في الوقت نفسه بالأدلة ويكون دوره شكلياً أو آلياً بحثاً بحيث يقضى بالحق أو العقوبة لمجرد أن تقوم لديه بينة مما حددته الشريعة الإسلامية، وإنما على القاضي أن يزن الدليل بميزان ضميره بحيث لا يقضى بالإدانة أو ثبوت الحق إلا وقد ثبت لديه يقيناً نسبة الواقعة للمدعى عليه أو الجريمة للمتهم.

وقد يقال: إن القاضي ملزم بالقضاء بما ثبت لديه بينة صحيحة لا شبهة فيها: ويرد: بأن هذا مسلم إذا علمنا أن صحة البينة مسألة يجب على القاضي التأكد والتيقن منها، فإذا ثبت لديه صحة البينة أو الأدلة كان ذلك هو طريق ثبوتها وبذلك يصح قضاؤه بها.

أما حين تتخلف الأدلة التي اشترطت الشريعة توافرها فإن القاضي لا يجوز له أن يقضى بالمدعى به، ولو غلب على ظنه ارتكاب المدعى عليه أو المتهم -للحق المدعى به أو الجريمة المنسوبة إليه- لأن هذه الأدلة مقررة لمصلحته بحيث لا يجوز له أن يقبل في الإثبات ما هو أدنى في الدلالة على ثبوت نسبة الدعوى للمدعى عليه أو الجريمة إلى المتهم من هذه الطرق، ولكن القاضي يلتزم في الوقت نفسه بالأدلة ويكون دوره شكلياً أو آلياً بحثاً بحيث يقضى بالحق أو العقوبة لمجرد أن تقوم لديه بينة مما حددته الشريعة الإسلامية، وإنما على القاضي أن يزن الدليل بميزان ضميره بحيث لا يقضى بالإدانة أو ثبوت الحق إلا وقد ثبت لديه يقيناً نسبة الواقعة للمدعى عليه أو الجريمة للمتهم.

وقد يقال: إن القاضي ملزم بالقضاء بما ثبت لديه بينة صحيحة لا شبهة فيها: ويرد: بأن هذا مسلم إذا علمنا أن صحة البينة مسألة يجب على القاضي التأكد والتيقن منها، فإذا ثبت لديه صحة البينة أو الأدلة كان ذلك هو طريق ثبوتها وبذلك يصح قضاؤه بها.

أما حين تتخلف الأدلة التي اشترطت الشريعة توافرها فإن القاضي لا يجوز له أن يقضى بالمعنى به، ولو غلب على ظنه ارتكاب المدعى عليه أو المتهم -للحق المدعى به أو الجريمة المنسوبة إليه- لأن هذه الأدلة مقررة لمصلحته بحيث لا يجوز إدانته إلا بها هو أقوى منها في الإثبات.

والسؤال الذي يطرح نفسه. هل حصرت الشريعة الإسلامية طرق الإثبات في الشهادة والإقرار، أو أن الإثبات يمكن أن يكون بغير ذلك من الطرق وبخاصة قرائن

الأحوال أو القرائن الواقعة؟

إن الشريعة الإسلامية تجعل للقاضي أن يقضي بما يثبت لديه أنه صحيح، سواء كان طريق الثبوت هو الشهادة أم كان غيرها من الطرق، فنجد أن الفقهاء متفقون على صحة الثبوت هو الشهادة أم كان غيرها من الطرق، فنجد أن الفقهاء متفقون على صحة الحكم بالقرينة الظاهرة لدى القاضي والتي تؤيد الدعوى القائمة أمامه، ومن هذه القرائن ما يلي:

(1) نكول المدعى عليه عن اليمين، حيث يعتبر قرينة على صدق المدعى في دعواه.

(2) التلوث، وهو قوة جانب المدعى ضد من ادعى عليه.

(3) القيافة، وهي إلحاق الفرع بأصله عند الاشتباه، وهي كقرينة للقاضي أن حكم على أساسها عند جمهور الفقهاء عدا الحنفية⁽¹⁾.

(4) كل ما يظهر الحق ويوضحه أمام القاضي من القرائن فيجب الأخذ به واعتباره حيث إن الشارع اعتبرها ورتب عليها الأحكام⁽²⁾.

والقضاء بالقرينة يتطلب من القاضي أن يكون فقيه النفس في الأمارات ودلا ئل الحال معرفة شواهد، وفي القرائن الحالية والمقالية، كفقته في جزئيات وكليات الأحكام، فإنه لم يكن فقيها في هذا أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها وحكم بما يعلم الناس بطلانه ولا يشكون فيه، اعتمادا منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن الأحوال فيه.

ولذلك يقول ابن القيم في ذلك: فهذا موضع فرط فيه طائفة فعطلوا الحدود وضيعوا الحقوق، وجرءوا أهل الفجور على الفساد، وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد وسدوا على أنفسهم طرقا صحيحة من طرق معرفة الحق والتنفيذ له، وأفردت طائفة أخرى فسوغت من ذلك ما ينافي حكم الله ورسوله.. فإذا أظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريقة كان فثم شرع الله ودينه⁽³⁾.

فالشريعة الإسلامية لم تحصر طرق الإثبات والإقرار ولكن جعلت كل ما يتضح به الحق ويثبته وسيلة من الوسائل التي يعتمد عليها القاضي في حكمه، كما أنها لا تجيز للقاضي أن يأخذ بشهادة الشهود إذا تبين له بطريق آخر أن ما شهدوا عليه لم

(1) مواهب الجليل، ج6، ص160-161، المحلى على المنهاج، ج4، ص349-350، المهذب، ج2، ص319.

(2) معين الحكام، ص166-167، التاج، ج6، ص160-167، المهذب، ج2، ص319، حاشية قلوبوي، ج4، ص349-350، الطرق الحكمية، ص805، حاشية عميرة على المنهاج، ج4، ص349-350.

(3) الطرق الحكمية المرجع السابق.

يقع، كأن يشهد على امرأة أربعة بالزنا ثم يتبين أنها لا تزال عذراء، فعندئذ لا يجوز القول بأن نصاب الشهادة قد اكتمل فيجب الحكم بها⁽¹⁾.

ونخلص من ذلك إلى أن الفقهاء متفقون على الأخذ بقرائن الأحوال واعتبارها طريقاً من طرق الإثبات⁽²⁾ فأى طريق استخرج بها العدل فهي من أمور الدين... ولقد جازت القسامة اعتماداً على القرينة وهي القضاء بالنكول إلا رجوع إلى مجرد القرينة الظاهرة من أنه لولا صدق المدعى لدفع المدعى عليه دعواه باليمين، فلما نكل عنها كان نكوله قرينة ظاهرة دالة على صدق المدعى، وكثير من القرائن والأمارات أقوى من النكول، والحس شاهد بذلك، فكيف يسوع تعطيل القرائن مع أن الشارع اعتبرها ورتب عليها الأحكام، وقد حكم عمر بن الخطاب رضي الله عنه و الصحابة معه بإقامة حد الزنى على المرأة التي ظهر بها حمل ولا زوج لها ولا سيد⁽³⁾، فللقاضي أن يقدر الدليل الذي يقدم إليه في الدعوى في ضوء ظروفها وقرائن الأحوال فيها، وهو لا يقضى على أية حال إلا إذا تيقن أن ما يقضى به تثبته البيانات المعروضة أمامه سواء كانت شهادة أو إقراراً أو قرائن أو غيرها.

الضوابط العامة للقرينة:

(1) القرينة وهي الأمانة أو العلامة أو استنباط أمر مجهول من معلوم قد تكون قاطعة كافتراض نتيجة معينة على حدوث شيء، وهي التي يقررها الشارع لأنها بمثابة قاعدة يلتزم بها، كما أن القرينة تكون بسيطة مرجحة لأدلة قائمة، وهذه متروكة لتقدير القاضي والأخذ بها.

(2) على القاضي أن يقوم بتقدير الدليل المقدم في الدعوى في ضوء ظروفها وقرائن الأحوال فيها، ولا يقضى بأي دليل إلا إذا تيقن أن ما يقضى به تثبته البيانات المعروضة أمامه، حيث إن القرينة وغيرها من وسائل تكوين الاقتناع لدى القاضي.

(3) إن القرائن تحتاج إلى جهد وذكاء مفرط من القاضي حتى يستطيع إحقاق الحقيقة عند الأخذ بها في الدعوى، فواجب على القاضي ذكرها في مستند قضائه وأنه كون عقيدته في الحكم على أساساً حتى يكون سبب الحكم فيها واضحاً معلوماً.

"الأدلة الكتابية والمحركات العرفية والرسمية ومدى حجيتها في الشريعة الإسلامية"

مئة"

في هذا الضابط أوضح آراء الفقهاء في الاعتماد على الخط كدليل إثبات يمكن

(1) مواهب الجليل، ج6، ص160-161.

(2) أنظر المراجع السابقة.

(3) الطرق الحكمية المرجع السابق.

للقاضي الاعتماد عليه في تحقيق الواقعة سواء كان هذا الخط عبارة عن توقيع على محرر عرفي أو رسمي أو اعتراف بخطه يفيد ارتكابه لما نسب إليه، فهل يعتمد القاضي على هذا الخط الكتابي في إثبات ما نسب إلى صاحب هذا الخط، أم أنه لابد من أدلة أخرى حتى يمكن تحقيق الواقعة وإثبات ما نسب إلى صاحب الخط الكتابي؟.

يرى الحنفية: جواز الأخذ بالكتابة كدليل على إثبات الحق المدعى به، فإذا ما رُفِعَ إلى القاضي ورقة مكتوباً فيها الحق المدعى به وأقره المدعى عليه، فإن ذلك يكون القاضي حجة للقاضي في أن يحكم بالحق المدعى به، بل إنهم جعلوا تشابه الخطوط دليلاً على صحة الدعوى إذا ما رفع شخص ورقة إلى القاضي يطالب بها صاحب الخط بما كتبه فيها فأنكر أن ذلك خطه، فإن القاضي يستكتبه فإذا وجد بين خطه الذي في الورقة المدعى بها وبين الخط الذي كتبه أمامه تشابهها، فإن القاضي يحكم به، ويعطى صاحب الحق حقه على أساس التشابه بين الخطين (1) وهو ما يعرف في عصرنا بعلم الخبرة، وإن كان محمد ذهب إلى القول بعدم اعتبار التشابه حجة يؤخذ بها كدليل في الإثبات، إلا أنه لا يمنع من الأخذ بالكتابة كدليل في الإثبات (2).

كما قال الحنفية: لو كتب إلى آخر بحق ثم مات الذي كتب، وأنكر الورثة أن ذلك خطه، وكان خطه معروفاً بين الناس بحيث إذا عرض عليهم ميزوه عن غيره، فإنه يكون حجة في الإثبات (3).

وعليه فالحنفية يعتمدون على الخط المجرد كدليل في الإثبات. أما المالكية: فذهبوا إلى القول بالاعتماد على الكتابة كدليل في الإثبات لكن لا يصح الاعتماد عليه مجرداً، بحيث إذا ما رفع إلى القاضي وثيقة يدعى فيها بحق على آخر فإنه لا يؤخذ بقوله هذا، لأنه اعتماداً على خط مجرد، وهو ما يمكن التزوير فيه والتلاعب، ولا يصح اعتماده وحده في الإثبات، لكن إذا كان الخط أو الكتابة مقرونة بالإشهاد عليها فإنه يصح الاعتماد عليها وجعلها حجة في الإثبات (4).

فلا يجوز الاعتماد على الكتابة وحدها دون إشهاد سواء كانت عرفية أو رسمية - ككتاب القاضي إلى القاضي ونحوه - إلا إذا كانت هناك مشقة فالإشهاد على كتاب القاضي، فإنه يعتمد خطه دون إشهاد للضرورة، وفي ذلك يقول ابن

(1) معين الحكام، ص 125.

(2) لسان الحكام، ص 236.

(3) أنظر المرجعين السابقين.

(4) التاج والإكليل، ج 6، ص 187-188، مواهب الجليل، ج 6، ص 187-190.

عرفة: اتفق أهل عصرنا على قبول كتب القضاة في الحقوق والأحكام بمجرد معرفة خط القاضي دون إشهاد على ذلك ولا خاتم معروف لضرورة رفع مشقة مجيء البيئة مع الكتاب، فإذا ثبت وجه العمل بذلك بأن ثبت خط القاضي ببيئة عادلة عارفة بالخطوط وجب العمل به وإن لم تقم بيئة ذلك⁽¹⁾.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى ما ذهب إليه الحنفية من اعتبار الكتابة دليلاً في الإثبات مجردة عن الإشهاد، حيث ذكروا أنه إذا ارتفع أحد الناس إلى القاضي واحتج بوجود حجية في ديوان حكمه فإذا تذكرها القاضي وتذكر خطه فإنه ينفذ حكمه، وإذا لم يتذكر لا ينفذه، وفي رواية للحنابلة ينفذها مطلقاً سواء تذكر أو لا ما دام كان خطه، كما جوز الاعتماد على الخط المجرد في الأحكام اعتماداً على جواز الأخذ بالخط المجرد في رواية الحديث بخطه أو خط ثقة، ولعمل العلماء سلفاً وخلفاً بذلك⁽²⁾.

وعلى ذلك: نجد أن الفقهاء متفقون على صحة الأخذ بالكتابة كدليل في الإثبات لكنهم انقسموا إلى رأيين:

الأول: اعتبار الكتابة وحدها دليلاً في الإثبات دون إشهاد، وهو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية في حالة الضرورة وبخاصة في كتاب القاضي إلى القاضي.

الثاني: عدم اعتبار الكتابة دليلاً في الإثبات مجردة بل لابد من الإشهاد عليها ما ذهب إليه المالكية إذا لم توجد ضرورة، وبعض الشافعية.

وواضح: أن الذين يمنعون من اعتبار الكتابة وحدها دليلاً في الإثبات حجتهم هي:

خشية التزوير فيها والمحاكاة والتلاعب، فكان لابد من الإشهاد عليها خشية هذا التزوير.

لكن الراجح: هو الاعتماد على الخط وحده مجرداً، لأن جمهور أهل العلم ذهبوا إلى اعتماد الراوي على الخط المحفوظ عنه وصحة التحدث به، وإذا لم نعتمد ذلك لضاعت أحاديث كثيرة وأحكام فقهية تناقلها المحدثون والفقهاء كتابة، كما أن الخط جعل الله فيه ما يميز به خط كل شخص عن خط غيره كتمييز صورته وصوته، وهذا هو الأساس الذي يعتمد عليه أهل الخبرة في زماننا، من متخصص في مسألة فنية دقيقة تساعد القاضي على تكوين رأيه في النزاع المعروض عليه، و الخبرة دور كبير في الإثبات لاسيما في المسائل الفنية التي يصعب على القاضي القطع فيها برأى كبحث الخطوط وبصمات الأصابع ومقارنتها بالأصل، ولقد أصبحت

(1) حاشية الدسوقي، ج4، ص160، الشرح الكبير، ج4، ص160.

(2) الروضة، ج11، ص157، 179-180، المغنى لابن قدامة، ج9، ص76.

الخبرة من العلوم المهمة بعد أن تبين أن بصمة الأصابع وسيلة قاطعة الدلالة للتحقق من الشخصية حيث أثبت العلم الحديث استحالة انطباق بصمته شخصين مختلفين، أو إصبعين في شخص واحد وهكذا تبين أن لكل إنسان في هذا العالم خصائص تميزه عن الآخر ومنها الكتابة، وهذه إحدى معجزات الخالق جل وعلا ((أيحسب الإنسان أن نجمع عظامه بلى قادرين على أن نسوي بنائه))⁽¹⁾.
ومن هذا كان الراجح هو الاعتماد على الكتابة مجردة والأخذ بها كدليل من أدلة الإثبات.

المطب الثالث: الحكم الصادر نتيجة علم القاضي

من الطرق التي يحكم بها القاضي في الدعوى علمه بالواقعة المعروضة أمامه للحكم فيها، أو المعروضة أمامه لكنه لا يمكنه الحكم فيها لوجود المحكوم عليه في غير محل ولايته، فهل بعد علم القاضي في الواقعة المعروضة عليه أو المعروضة على غيره طريقاً لإثباتها، وبالتالي الحكم على الواقعة أم لا؟
الفرع الأول: "قضاء القاضي بعلمه"

إذا عرضت على القاضي في محل ولايته واقعة علم بوقوعها، فهل يكون لهذا القاضي الذي علم بالواقعة وشاهد مرتكبها أن يحكم فيها بناء على علمه هذا وهل الأمر يختلف إذا كان علمه هذا قد استفاد في غير زمان القضاء، أو في زمانه ولكن في خير محل ولايته؟.

ولتوضيح الآراء في هذه المسألة يجب أن نفرق بين أمرين:

الأمر الأول: إذا حكم القاضي بعلمه في زمان ومكان القضاء.

الأمر الثاني: إذا حكم القاضي بعلمه في غير زمان القضاء ومكانه، أو في زمانه وفي غير مكانه.

أولاً: إذا حكم بعلمه في زمان ومكان القضاء:

ذهب الحنفية: إلى أن القاضي إن سمع رجلاً اقر لرجل بمال، أو سمعه يطلق امرأته، أو يقذف رجلاً، أو رآه يقتل إنساناً وهو قاض في البلد الذي قلد قضاؤها، فإنه يجوز له أن يحكم في هذه الواقعة بعلمه الذي استعادته مادامت الوقائع ليست حداً من الحدود الخالصة ففي غير الحدود الخالصة لله تعالى يقضي بعلمه الذي استفاده في زمان ومكان القضاء عند الحنفية بلا خلاف بينهم⁽²⁾.

بينما ذهب المالكية إلى أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي في أي واقعة بعلمه سواء كانت حقا من حقوق الله، أو كانت حقا لأدمي، ولو كان ذلك في زمان ومكان

(1) سورة القيامة: الآيتان 3-4.

(2) البدائع، ج9، ص4088-4089، المبسوط، ج16، ص106-105، الاختيار، ج2، ص88، فتح القدير، ص405.

القضاء إلا في التجريح والتعديل فإن له أن يحكم فيها بعلمه، لأنه ليس بحكم حقيقة، ولهذا لا يجوز لقاضي آخر نقضه وإنما منع المالكية القاضي أن يقضي بعلمه سدا للزريعة مخافة أن يكون بين الحاكم والمحكوم عليه عداوة، فإذا علم شيئاً من ذلك كان شاهداً فيه، وله أن يشهد به عند غيره من الحكام ويكون كواحد من الشهود⁽¹⁾.

وذهب الشافعية: إلى أنه لا يقضى بعلمه في الحدود الخالصة لله تعالى، إلا إذا اعترف بالحد في مجلس القضاء ولو كان اعترافه سرا، فالحدود الخالصة لله لا يقضى فيها بعلمه، لأنها تدرا بالشبهات ويندب سترها، وكذلك التعزيزات المتعلقة بحق الله تعالى لا يقضى فيها بعلمه كالحدود الخالصة لله، ويستثنى من الحدود ما إذا علم القاضي من مكلف أنه أسلم ثم أظهر الردة، فيقضى عليه الإسلام بعلمه ويرتب عليه أحكامه⁽²⁾.

أما في غير الحدود: فالأظهر من القولين أن القاضي ويقضى فيها سواء كان في الواقعة بينة أم لا، لأنه حكم بما يفيد الظن وهو الشاهدان، أو شاهد ويمين فهنا أولى، وعلى هذا يقضى بعلمه في المال قطعا وكذا في القصاص وحد القذف على ما لأظهر⁽³⁾، هذا وقد اشترط الشافعية لكي يقضي القاضي بعلمه في غير الحدود، أن يقول للمنكر قد علمت أن له تملك ما ادعاه، وأن يقول له حكمت عليك بعلمي، وأن يكون القاضي ظاهر التقوى والورع.

ومقابل الأظهر: لا يقضى القاضي بعلمه كما في الحدود الخالصة لله تعالى وذلك لإمكان التهمة، فمنعاً للتهمة التي تلحقه يمنع من القضاء بالعلم⁽⁴⁾.

أما الحنابلة: فذهبوا إلى ما ذهب إليه المالكية من أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي في واقعة بعلمه، سواء كانت حقا لله تعالى أو لأدمي، وإن جاز القاضي أن يحكم بعلمه في الجرح والتعديل، لأن التهمة لا تلحقه في ذلك، لأن صفات الشهود معنى ظاهر، وقالوا: لأن الجرح والتعديل ليس بحكم، لأنه يعدل هو ويجرح غيره، ويجرح هو ويعدل غيره، ولو كان حكما لم يكن لغير نقضه كما أن الحكم بالا

(1) منح الجليل، ج 8، ص 359-360، المنتقى، ج 5، ص 85، الشرح الكبير حاشية الدسوقي، ج 4، ص 158-159، الكافي في فقه أهل المدينة، ص 500، مواهب الجليل والتاج، ج 6، ص 140.

(2) مغني المحتاج، ج 4، ص 398-399، الروضة، ج 11، ص 156-157.

(3) المهذب، ج 2، ص 303، المحلي على المنهاج، ج 4، ص 304، قليوبي وعميرة على المنهاج، ج 4، ص 304.

(4) المراجع السابقة.

ستفاضة ليس حكما بعلمه، فيحكم بما استفاض وإن لم يشهد به أحد⁽¹⁾ ولقد ذهب ابن حزم إلى القول بأن القاضي يقضى بعلمه مطلقا في الحدود وغيرها⁽²⁾. وهو أحد القولين للإباضية والإمامية في حقوق الأدميين وأحد القولين في حقوق الله⁽³⁾.

الأمر الثاني: قضاء القاضي بعلمه في غير زمان القضاء ومكانه أو في زمانه وفي غير مكانه:

إذا رأى القاضي واقعة معينة في غير زمان القضاء له وفي مكان ولايته، ثم عرضت عليه الواقعة عند توليه القضاء أو رآها في زمان ولايته للقضاء ولكن في غير زمان مكان ولايته للقضاء، فهل له أن يحكم فيها بعلمه هذا أم لا؟ ذهب الحنفية: إلى أنه لا يجوز له أن يقضى فيها بعلمه إذا كانت الواقعة حدا من الحدود الخالصة لله تعالى، لأن الحدود تندرى بالشبهات.

أما إذا لم تكن الواقعة حدا من الحدود: فذهب أبو حنيفة رضي الله عنه إلى أنه لا يجوز له أن يقضى فيها بعلمه، لأن هناك فرقا بين العلم الحادث للقاضي قبل زمان القضاء والعلم الحادث له في زمان القضاء فالعلم الحاصل له في زمان القضاء في معنى البيئة فيعمل به، أما الحادث له قبل القضاء أو في غير مكانه فليس في معنى البيئة فلا يعمل به، فلا يقضى فيه بعلمه هذا.

وذهب أبو يوسف ومحمد رضي الله عنهما: إلى أنه يقضى فيها بعلمه الحاصل له قبل زمان القضاء أو في غير مكانه فكما صح له القضاء بعلمه في زمان القضاء ومكانه فيصح هنا كذلك، لأنه لا فرق بينهما⁽⁴⁾.

وذهب المالكية: إلى أنه لا يقضى هنا أيضا بعلمه إلا في مسألة التعديل و التجريح، فإذا لم يصح عندهم قضاؤه بعلمه في زمان ومكان القضاء فهنا من باب أولى، وهو ما ذهب إليه الحنابلة⁽⁵⁾.

وذهب الحنابلة: إلى أن المسألة على قولين أيضا، وهو ما ذهب إليه الإباضية⁽⁶⁾.

(1) كشف القناع، ج6، ص335، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج4، ص646، الروض المربع، ص416، المغني، ج9، ص53-54.

(2) المحلي لابن حزم، ج9، ص388-389.

(3) شرائع الإسلام، ص207، شرح الأزهار، ج4، ص320، كتاب النيل، ج13، ص101-102.

(4) البدائع، ج9، ص4088-4089، الاختيار، ج2، ص88، فتح القدير، ج6، ص405.

(5) التفريع، ج2، ص247-248، المنتقى، ج5، ص185، حاشية الدسوقي، ج4، ص158-159، كشف القناع، ج6، ص335.

(6) مغني المحتاج، ج4، ص398، المهذب، ج2، ص303، كتاب النيل، ج13، ص101-102.

أما الإمامية والظاهرية: فذهبوا إلى صحة قضائه بعلمه هنا كما يصح هناك (1).
وبعد تفصيل آراء الفقهاء في المسألة يمكن حصرها على النحو التالي:
1- إذا كانت الواقعة حداً من حدود الله تعالى الخالصة ففيها رأيان:
الأول: أن القاضي لا يقضى فيها وبعلمه مطلقاً، سواء كان في زمان القضاء ومكانه
أم لا، وهو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وقول للإ
باضية وقول للإمامية.

الثاني: يجوز للقاضي أن يقضى فيها بعلمه، وهو للظاهرية وقول للإمامية وقول للإ
باضية، والشافعية إذا اعترف في مجلس القضاء أو كان حد رد.
الأدلة: استدلال جمهور الفقهاء على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

- 1- قول النبي ﷺ: "لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمتها" (2) فالحديث يفيد أن
الرسول ﷺ علم بزناها لكنه لم يرحمها لعدم البينة، فدل على عدم جواز قضاء
القاضي بعلمه في الزنا ويقاس عليه بقية الحدود لاشتراكها كلها في المعنى.
2- قول أبي بكر "لو رأيت رجلاً على حد من حدود الله ما أحدثه ولا أدعو له أحداً
حتى يكون معي غيري" (3) وفيه دليل على التستر وعدم القضاء بالعلم فيها.
3- إن الحدود تندرى بالشبهات وقضاء القاضي بعلمه فيها ينافي ذلك (4).

أدلة المخالفين:

- 1- قوله ﷺ "فإن اعترفت فارجمها" (5) وفيه دليل على صحة قضاء القاضي بعلمه،
وذلك لأن اعترافها لم يفيد بكونه بحضرة الناس وإنما كان القاضي، ولذا صح
أن يقضى في الحدود بعلمه.
2- إن علمه يفيد اليقين والحدود يصح إقامتها بالبينة وهي تفيد الظن، وإذا صح
ذلك فإقامتها بعلم القاضي المفيد لليقين أولى (6).
الترجيح: أستطيع أن أقول إن الراجح هو القول بعدم قضاء القاضي بعلمه في
الحدود الخالصة، لأن الحدود تدرأ بالشبهات وعلم القاضي لا ينافي ذلك، واستدلالاً

(1) شرائع الإسلام، ص 207، المحلي لابن حزم، ج 9، ص 388-389.

(2) صحيح مسلم، ج 10، ص 129-130، نيل الأوطار، ج 7، ص 103.

(3) السنن الكبرى، ج 10، ص 114، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، ج 13، ص 160.

(4) البدائع، ج 9، ص 4088-4089، مغني المحتاج، ج 4، ص 398-399، المغني، ج 9، ص 53-54،
المنتقى، ج 5، ص 185.

(5) سنن النسائي، ج 4، ص 241-242، سنن ابن ماجه، ج 2، ص 852، نيل الأوطار، ج 7، ص 86-
87.

(6) المحلي لابن حزم، ج 9، ص 388-389، شرائع الإسلام، ص 207، مغني المحتاج، ج 4، ص
399.

لهم بحديث فإن اعترفت فأرجمها، فهو إذا لم يكن مفيدا بحضرة الناس فهو لا ينافي كونه، ومع الاحتمال الاستدلال.

والقول بأن علم القاضي يفيد اليقين، فهو وإن صح، إلا أن التهمة قائمة في حق القاضي كما هي قائمة في حق غيره، بل في حقه أكد، فوجب عدم إقامة الحد بعلمه.

2- إذا كانت الواقعة ليست حدا من حدود الله تعالى، فإن المسألة فيها رأيين:

الأول: أن القاضي لا يقضي فيها بعلمه مطلقا، وهو للمالكية والحنابلة، وكذلك عند أبي حنيفة في غير زمان القضاء أو في غير مكانه، ومقابل الأظهر عند الشافعية وقول للإباضية.

الثاني: أن القاضي يقضي فيها بعلمه، وهو للظاهرية والإمامية والأظهر عند الشافعية وهو أيضا ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد إذا كان في غير القضاء أو في غير مكانه.

الأدلة: أدلة المانعين لقضاء القاضي بعلمه:

استدل المانعون لقضاء القاضي بعلمه في حقوق الأدبيين بما يلي:

1- ما روي عن أم سلمة رضي الله عنها قالت: أن النبي ﷺ سمع خصومه بباب حجرته فخرج إليهم فقال: "إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إلي فلفل بعضكم أن يكون ألحن بحجته فأقضي له على نحو ما أسمع..."⁽¹⁾ فدل

الحديث على أن القضاء يكون بما سمع لا بما يعلم، فلا يقضي القاضي بعلمه.

2- قول النبي ﷺ في قضية الحضرمي والكندي "شهادك أو يمينك ليس لك منه إلا ذلك"⁽²⁾ فقد حصر الرسول ﷺ القضاء في الشهادة أو اليمين باعتبار البيئة، وفيه دليل على عدم القضاء بالعلم.

3- ما روي عن أبي بكر قوله: لو رأيت رجلا على حد من حدود الله تعالى لم آخذه حتى يكون معي شاهد غيري"⁽³⁾ وفيه دليل على عدم القضاء بالعلم، لأنه لو صح القضاء بالعلم لأقام عليه الحد.

4- ما روي عن شريح: أنه اختصم عنده اثنان فأتاه أحدهما بشاهد، وقال لشريح وأنت شاهد، فقال أنت الأمير حتى أشهد لك⁽⁴⁾ وفيه دليل على أن القاضي لا يجوز له القضاء بما علم.

(1) الحديث سبق تخريجه، ص 28.

(2) صحيح البخاري بشرح فتح الباري، ج 13، ص 139، نيل الأوطار، ج 8، ص 285، السنن الكبرى، ج 10، ص 254.

(3) سبق تخريج الأثر، ص 171.

(4) صحيح البخاري بشرح فتح الباري، ج 13، ص 58، السنن الكبرى، ج 10، ص 144.

5- إن تجويز قضاء القاضي بعلمه يفضى به إلى التهمة فالأولى بعده عما فيه شبهة (1)

ثانيا: أدلة من ذهب إلى القول بجواز قضاء القاضي بعلمه:

- 1- ما روى أن هند زوجة أبي سفيان قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطني من النفقة ما يكفيني وولدي، فقال ﷺ "خذي ما يكفيك وولدي بالمعروف" (2) وفيه: أن الرسول ﷺ قد حكم لها من غير بينة ولا إقرار لعلمه ﷺ بصدقها، فدل على جواز حكم القاضي بعلمه.
- 2- إن القاضي يحكم بعلمه في تعديل الشهود وتجريحهم، فكذلك يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه في ثبوت الحق قياسا عليه.
- 3- إنه ليس من العدل أن يعلم الحاكم أن أحد الخصمين مظلوم ولا دليل ثم لا يحكم القاضي بعلمه فيها لرفع الظلم عنه (3).

مناقشة الأدلة: ناقش المانعون أدلة المجيزين بما يلي:

أما عن استدلالكم بتحديث هند، فلا حجة لكم فيه، لأنه فتيا بدليل أن النبي ﷺ أفتى في حق أبي سفيان دون حضوره، فهو فتيا لا حكم.

أما عن الاستدلال بالجرح والتعديل، فإنه يحكم فيه بعلمه بغير خلاف، لأنه لو يحكم فيه بعلمه لتسلسل فإن المزيكين يحتاج إلى معرفة عدالتهما وجرحهما فإذا لم يعمل بعلمه احتاج كل واحد منهما إلى مزيكين، ثم كل واحد يحتاج إلى مزيكين فيتسلسل، وما نحن فيه بخلافه فلا حجة لكم فيه (4).

الترجيح: وبعد بيان آراء الفقهاء في قضاء القاضي بعلمه في غير الحدود وذكر أدلة كل فريق على ما ذهب إليه، ومناقشة هذه الأدلة أستطيع أن أقول: إن الراجح من هذه الآراء الرأي القائل بعدم قضاء القاضي بعلمه، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من المطعن استدلال الرأي المخالف، كما أن القول بصحة القاضي بعلمه فيه مفسدة خاصة في زماننا إذ أن القاضي إذا ما جوز له أن يقضي بعلمه فقد يلقي به التهم جزافا على الناس خاصة إذا كان بينه وبين البعض ضغائن أو ما إلى ذلك،

(1) الفروق، ج4، ص44-45، حاشية الدسوقي، ج4، ص158-159، المهذب، ج2، ص303، كشف القناع، ج6، ص335، المغني، ج9، ص53.

(2) صحيح البخاري بشرح فتح الباري، ج13، ص139، صحيح مسلم بشرح النووي، ج12، ص7، الدار قطني، ج4، ص234-235.

(3) المحلي، ج9، ص388-389، شرح الأزهار، ج4، ص320.

(4) كتاب النيل، ج13، ص101، المغني، ج9، ص54 وما بعدها.

فسدا لهذه الذريعة ينبغي أن يرجح عدم قضاء القاضي، ولذلك اشترط بعض الفقهاء المجوزين للقضاء بالعلم أن يكون ذا ورع وتقوى، وهذا معيار نسبي، ف المخاطر التي يمكن أن تنجم عن القضاء بالعلم ينبغي القول بعدم تجويزه. والله أعلم.

وعلى ذلك نضع بعض الضوابط الهامة لهذا البحث:

- 1- على القاضي ألا يقوم بالفصل في القضية إلا بعد ظهور الحق عن طريق الإثبات الدالة على ثبوت الحق أو نفيه.
- 2- إذا علم القاضي وقوع حادثة ما فإنه يكون بمثابة الشاهد فيرفعها إلى آخر في حدود اختصاصه المكاني أو قاضي أعلى منه إذا دخلت في اختصاصه القيمي.
- 3- إذا بلغت الواقعة حد الاستفاضة بحيث علم بها أغلب الناس فإن له أن يحكم فيها على أساس ذلك، ولا يعد هذا حكما بناء على علمه لتجاوزه إلى علم الآخرين.
- 4- إذا احتاجت الواقعة إلى الفصل فيها إلى معاينة من القاضي أو من خبير مختص كمعاينة عقار أو خلافة، فإن القاضي يحكم فيها بناء على هذه المعاينة أو تقرير الخبير، ولا يعد هذا حكما بعلمه لتجاوزه إلى علم الآخرين.

المطلب الثالث: في الحكم الصادر على الغائب وضوابطه:

في هذا المبحث نتناول بيان كيفية حكم القاضي على الغائب وضوابط ذلك، وإنما أدخل هنا تحت باب الطرق التي يحكم بها القاضي لنرى هل طرق الإثبات التي يحكم بها القاضي على الحاضر تختلف عن الطرق التي يحكم بها على الغائب وإذا جعلته في آخر الباب حتى لا يظن أنه من نفس الطرق التي يحكم بها القاضي. **مفهوم الغائب:** عرفه صاحب مغني المحتاج فقال:

الغائب الذي تسمع البينة عليه ويحكم عليه بموجبها: من هو كائن بمسافة بعيدة، وهي التي لا يرجع منها مبكرا إلى موضعه الذي بكر منه ليلا بعد فراغ المحاكم، لما في إيجاب الحضور عليه من المشقة الحاصلة بمفارقة الأهل والوطن في الليل⁽¹⁾.

الفرع الأول: آراء الفقهاء في الحكم على الغائب:

وحتى نستطيع وضع الضوابط التي تحكم القضاء على الغائب يجب أن نبدأ أولا بعرض آراء الفقهاء في الحكم على الغائب.

(1) مغني المحتاج، ج4، ص414.

آراء الفقهاء:

عند استعراض ما أورده الفقهاء في كتبهم بالنسبة للقضاء على الغائب نجد: أن الحنفية: منعوا من القضاء على الغائب أصلاً، سواء كان الغائب غائباً عن البلد، أو كان متخفياً فيها، وذلك لأن القضاء يتطلب إقراراً أو إنكاراً وهما غير موجودين من الغائب، وقد يحكم عليه بالبينة، والبينة أصلاً شرط العمل بها الإنكار، وهو غير موجود فإذا لم يكن هناك وكيل ينوب عنه، فلا يقضى عليه، وذلك لقول النبي ﷺ لعل حين استقضاه على اليمن: "لا تقض لأحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر"⁽¹⁾ فعلم منه أنه لا يجوز القضاء على الغائب إلا بحضوره أو حضور موكله⁽²⁾.

أما المالكية: فذهبوا إلى صحة الحكم على الغائب، سواء كانت الغيبة قريبة أو بعيدة، وإن قالوا: إن كان غائباً في البلد فإن القاضي يعلنه للحضور، فإن لم يحضر وكان له عذر أمره بالتوكيل وإن لم يكن له عذر أحضره قهراً لكن الأصل عندهم أن القاضي يصح له أن يحكم على الغائب ويحكم عليه في كل شيء إلا في الدور و العقار فإنه يكره الحكم عليه فيه، فتؤخر الدعوى في العقار حتى يحضر، وذلك لكثرة المساحة فيه، فإذا ما ادعى استحقاق العقار فإن الدعوى لا تسمع على خلاف بيعه في الدين أو في نفقة الزوجة، أو إذا كانت الغيبة بعيدة فإنه يحكم على الغائب وتسمع الدعوى للضرر⁽³⁾.

أما المالكية: فذهبوا إلى صحة القضاء على الغائب، لكن يشترط بيان المدعي وقدره وصفته، كما يشترط أن يكون المدعى بينة وإن يدعى جحوده، فإذا لم يتعرض لجحوده ولا إقراره فهل تسمع بينته؟ وجهان وهل على القاضي الذي يسمع الدعوى على الغائب أن ينصب مسخراً عنه ينكر على الغائب؟ وجهان⁽⁴⁾.

أما الحنابلة: ذهب بعض الحنابلة إلى القول بصحة الحكم على الغائب بشرط

(1) سنن أبي داود، ج5، ص208، نيل الأوطار، ج8، ص275، كنز العمال، ج6، ص100-103، السنن الكبرى، ج10، ص86.

(2) فتح القدير، ج6، ص402-400، الهداية والكفاية على الفتح، ج6، ص402-400، حاشية سعد حلي، ج6، ص400، معين الحكام، ص59-60، الاختيار، ج2، ص87، البدائع، ج9، ص4093.

(3) القوانين الشرعية، ص306-307، التفريغ، ج2، ص249، الشرح الكبير والحاشية، ج4، ص162، مواهب الجليل، ج6، ص143-144، منح الجليل، ج8، ص371-375، الزرقاني، ج7، ص14-155.

(4) الروضة، ج11، ص175، مغني المحتاج، ج4، ص406-407، المهذب، ج2، ص303، المحلى على المنهاج، ج4، ص308.

أن تكون معه بيئة فيحكم بها كما لو شهدت على حاضر، وتعتبر الغيبة إلى مسافة القصر، وإن كان الخصم غائباً في البلد وامتنع من الحضور عند الحاكم وتعذر إحضاره حكم عليه، لأنه لو لم يحكم عليه لجعل الامتناع والاستتار طريقاً إلى تضييع الحقوق فيحكم عليه كالغائب، لكن لا يحكم على الغائب إلا في حقوق الآدميين، أما في الحدود التي لله تعالى فلا يقضى بها عليه، لأن مبنائها على المساهلة والإسقاط⁽¹⁾.

وعن الإمام أحمد: لا يجوز القضاء على الغائب لقول النبي ﷺ لعلي "إذا تقاضى إليك رجلان، فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر فسوف تدري كيف تقضي"⁽²⁾ قال علي فمازلت قاضياً بعد.

أما الظاهرية: فذهبوا إلى صحة القضاء على الغائب وهو ما ذهب إليه الأمامية واشترط الأمامية واشترط أن تكون المسافة مسافة قصر، إلا إذا كان في مكان مجهول لا يعرف أين هو فيحكم عليه ولو كان دون المسافة المشتركة عندهم⁽³⁾.

وبذلك يتبين لنا أن هناك رأيين في القضاء على الغائب:

الأول: أن الدعوى لا تسمع على الغائب، وهو للحنفية وابن الماجشون من المالكية والإمام أحمد وبعض الحنابلة والمالكية في العقار إذا كانت الغيبة غير طويلة.

الثاني: صحة سماع الدعوى على الغائب، وهو للشافعية والظاهرية والإمامية والمالكية في غير الدور والعقار وبعض الحنابلة.

الأدلة: أولاً: أدلة المجيزين لسماع الدعوى:

استدل المجيزون لسماع الدعوى على الغائب بما يأتي:

(1) من الكتاب: قوله تعالى: ((يا داود إذا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق))⁽⁴⁾ وقوله تعالى ((يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط

(1) الكافي، ج4، ص466-467، المغني، ج9، ص109-110، كشاف القناع، ج6، ص362-363، الروض، ص478.

(2) سنن الترمذي، كتاب الأحكام عن رسول الله ﷺ باب ماجاء في القاضي لا يقض بين الخصمين حتى يسمع كلامها، رقم 1331.

(3) المحلى لابن حزم، ج9، ص366-369، شرح الأزهري، ج4، ص220-222، شرائع الإسلام، ص213.

(4) سورة ص: الآية 16.

شهداء لله))⁽¹⁾ وقوله ((وأقيموا الشهادة لله))⁽²⁾.

وجه الدلالة من الآيات: إن هذه النصوص جاءت صريحة دون تخصيص حاضر بغائب، فصح وجوب الحكم على الغائب كما هو على الحاضر، فالعمومية والإطلاق دون حاجة إلى التقييد وجه الدلالة في الموضوع⁽³⁾.

(2) من السنة:

(أ) جاءت هند بنت عتبة إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن زوجي أبا سفيان شحيح لا يعطيني ما يكفيني وبني، فأخذه من ماله.؟ فقال ﷺ "خذي ما يكفيك وبنيك بـ المعروف"⁽⁴⁾.

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ قد قضى لها بأن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها، وهو قضاء على الغائب، فصح سماع الدعوى على الغائب والحكم عليه دون حضوره.

(ب) "روى أن رسول الله ﷺ حكم على الغائب أيضا عندما حكم على العرنيين الذين قتلوا الرعاة وتملوا أعينهم فأتبعهم بقائف وهم غيب حتى أدركوا واقتص منهم"⁽⁵⁾.

(ج) حكم رسول الله ﷺ على أهل خيبر وهم غيب بأن يقيم الحارثيون أولياء عبد الله بن سهل رضي الله عنه البينة أو يحلف خمسون من يهود خيبر أنهم ما قتلوه ويبرؤوا.

(3) من القياس:

1- إن الحكم على الميت والصغير جائز وهما أعجز عن الدفع من الغائب، فصح سماع الدعوى والحكم عليه بطريق الأولى.

2- إن المدعي له بينة حاضرة عادلة ومسموعة فجاز الحكم بها كما لو كان الخصم حاضرا.

(4) من المعقول: إن المنع من سماع الدعوى على الغائب فيه إضاعة للحقوق التي ندب الحكام إلى حفظها، فصح سماع الدعوى والحكم عليه حفاظا لهذه الحقوق

(1) سورة النساء: الآية 135.

(2) سورة الطلاق: الآية 2.

(3) أحكام القرآن لابن العربي، ج4، ص1640، المحلى لابن حزم، ج9، ص369.

(4) رواه البخاري ومسلم بلفظ خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك وولدك، وهو من رواية هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة، قال الحافظ في الإصابة وشد عبد الله بن محمد بن هشام عن أبيه عن هند أخرجه ابن المندة وفيه قصة البيعة.

(5) صحيح البخاري بشرح فتح الباري، ج12، ص241، صحيح مسلم بشرح النووي، ج11، ص155.

(1)

ثانيا: أدلة المانعين من الحكم على الغائب:

استدل المانعون من الحكم على الغائب بما يأتي:
من الكتاب: قوله تعالى: ((وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون))⁽²⁾.

وجه الدلالة من الآية: أنه تضمن ذما على عدم الحضور للحكم، فدل الذم على وجوب الحضور للحكم، ولو نفذ الحكم مع الغيبة لما وجب الحضور ولما استحق الذم، وفي ذلك دليل على عدم جواز القضاء على الغائب.

من السنة: ما روى عن علي رضي الله عنه قال: بعثني رسول الله ﷺ قاضيا فقلت يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن لا علم لي بالقضاء فقال: "إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع كلام الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء"⁽³⁾، وجه الدلالة منه: أن جهالة كلام أحد الخصمين مانعة من القضاء عليه، وذلك ثابت مع غيبة من يقوم مقامه، فلا يسمع الدعوى.

من الآثار: ما روى عن عمرو بن عثمان بن عفان رضي الله عنهما قال: أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه رجل قد فقت عينه، فقال له عمر: تحضر خصمك، فقال قد فقت عيني خصمك معا، فحضر خصمه قد فقت عيناه معا، فقال عمر: إذا سمعت حجة الآخر بأن لك القضاء⁽⁴⁾.

وجه الدلالة منه: إن فيه إلزام للقاضي بعدم مباشرة الدعوى وإجراءاتها المؤدية للحكم إلا بحضور أطراف الخصومة، فدل على عدم القضاء على الغائب.
من المعقول:

- (1) إن القضاء لقطع المنازعة، ولا منازعة بدون الإنكار فلا وجه للقضاء.
- (2) إن الغائب يجوز أن يكون له ما يبطل البينة ويقدم فيها فلا يجوز الحكم عليه في غيبته.

واستدل المالكية على ما ذهبوا إليه فضلا عن الأدلة السابقة بما يأتي:

إن كلا من الدور والأراضيين قد بنى المشاحة فلا تسمع فيها الدعوى على

(1) مغني المفتاح، ج4، ص406، المغني لابن قدامة، ج9، ص109، المحلى لابن حزم، ج9، ص366-369.

(2) سورة النور: الآية 48.

(3) سبق ذكره، ص247.

(4) المحلى لابن حزم، ج9، ص369-370.

الغائب، إلا إذا كانت الغيبة طويلة فتسمع للضرر الواقع على المدعى⁽¹⁾.
ثالثا: مناقشة الأدلة:

أولا: مناقشة المانعين لأدلة المجيزين: ناقش المانعون أدلة المجيزين بما يلي:

(1) إن حديث هند، لا يصح الاستدلال به من وجهين:

الأول: إن هذا الحديث يعد فتوى وليس حكما، لأنه ﷺ لم يحلفها ولم يقدر المحكوم به لها.

الثاني: إن هذا الحديث لا يصح الاستدلال به في محل النزاع، لأن أبا سفيان كان حاضرا بمكة، فإن الواقعة كانت بمكة لما حضرت هذه المبايعة، فلا يكون فيها حجة على القضاء على الغائب.

الرد على المانعين:

إن قولكم إن حديث هند وقضاء النبي ﷺ لها يعد من قبيل الفتوى فمردود، بأنه لو كان فتوى لقال لها: لك أن تأخذي، أو لا بأس عليك ونحوه ولم يقل خذي، لأن المعنى لا يقطع، إذ أن فتواه لا تفيد اللزوم غالبا، فلما قطع النبي ﷺ كان حكما، فاندفع حجة المعارض.

أما قولكم: إن النبي ﷺ لم يحلفها ولم يقدر المحكوم به، فمردود بأنه يحتمل أن تكون الواقعة وقعت مرتين، فاندفع بذلك شبهة المعارض وبقي الحديث على أصل الاستدلال به.

مناقشة المجيزين لأدلة المانعين:

أما عن استدلالكم بقول النبي ﷺ لعل "لا تقض للأول حتى تسمع كلام الآ خر" فقد قال فيه ابن حزم، هذا الخبر ساقط، لأن شريكا مدلسا، وسماك بن حرب يقبل التلقين، وحانش بن المعتمر ساقط مطروح. وعلى فرض صحة الخبر بكل طريقه فلا حجة لهم فيه أصلا، لأنه ليس فيه إلا يقضى على الغائب، بل فيه ألا يقضى على حاضر بدعوى خصمه دون سماع حجته، ولا نخالفهم في ذلك، كما لا يجوز أن يقضى على حاضر ولا غائب بقول خصمه، لكن بالذي أمر الله به من البينة العادلة فقط، كما أن أبا حذيفة ناقص أصله فقال: إذا جاءت امرأة فادعت أن لها زوجا غائبا وله مال في يد رجل وتحتاج إلى النفقة فاعترف لها بذلك، فإن الحاكم يقضى عليه بالنفقة⁽²⁾.

أما ما استدلووا به عن عمر رضي الله عنه، فإنه لا يصح عنه أيضا، لأنه من طريق محمد الغفاري عن ابن أبي ذئب الجهني، ولا يدري من هما في خلق الله

(1) المحلى، ج9، ص319 الروض الذي شرح كاف المبادئ، ص51، أدب القاضي، ج1، ص224، التبصر، ج15، ص298.

(2) المحلى لابن حزم، ج9، ص369 وما بعدها.

تعالى، ثم إنه جاء عن عمرو بن عثمان عن عمر، ولم يولد عمرو إلا ليلة موت عمر، وعلى فرض صحته فليس إلا أن يقضى على غائب بدعوى خصمه وهذا حق لا ننكره وأيضا فالصحيح عن عمر وعثمان القضاء على الغائب إذا صح الحق قبله، ولا يصح عن أحد من الصحابة خلاف ذلك.

وأما قول المالكية بالتفريق بين العقار وغيره، فهو قول بلا برهان، لأنه لا فرق بين العقار وغيره، بل العقار كان أولى في صحة الحكم فيه على الغائب، لأنه لا ينقل ولا يغاب عليه، بل يستدرك الخطأ فيه في كل وقت، وليس كذلك سائر الأموال، كما أن تفريقه مبین الغيبة الطويلة وغيرها لا أساس له لأنه ليس في العالم غيبة إلا وهي طويلة بالإضافة إلى ما هو أقصر منها في الزمان والمكان، وهي أيضا قصيرة بالإضافة إلى ما هو أطول منها في المكان والزمان، فمن غاب عامين إلى العراق فقد غاب غيبة طويلة بالإضافة إلى من غاب نصف عام إلى مصر وقد غاب غيبة قصيرة بالإضافة إلى من غاب أعوام إلى الهند، وهكذا في كل زمان وكل مكان ، فلم يبقى لهم حجة (1).

الترجيح: بعد استعراض نصوص الفقهاء وبيان آراءهم وأدلة كل فريق على ما ذهب إليه ومناقشة الأدلة أستطيع أن أقول، إن الراجح من هذه الآراء هو القول بصحة سماع الدعوى على الغائب والحكم عليه، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من المطعن وضعف أدلة المخالفين.

بعد بيان الراجح من الآراء نستطيع أن نضع الضوابط التالية:

1- يجب أن يتأكد القاضي قبل الحكم على الغائب وسماع الدعوى عليه من غيبته والبلد التي فيها الغائب، فإن كان على مقربة منه كتب إليه لحضور الدعوى والا ستماع إلى ما يقوله خصمه، وإن كان بعيدا سخر له القاضي وكيلا ينوب عنه في الإنكار على ما يدعى به عليه، وقرب المسافة وبعدها أمر يرجع إلى تقدير القاضي ورؤيته لقرب المسافة أو بعدها.

2- إذا كانت الدعوى المرفوعة على الغائب دعوى استحقاق وكان له مال في محل ولاية القاضي المرفوع أمامه الدعوى، وتعدر حضوره أو رفض الحضور أمام القاضي، فإن القاضي ينيب عنه من يقوم هذه الأصول، ويقوم ببيعها، ويعطى المدعى حقه من هذا المال بعد التأكد من صحة الدعوى بوجود الحجة العادلة الدالة على ذلك.

3- حتى يستطيع القاضي الحكم على الغائب فلا بد أن يتأكد من جحوده للحق الذي يطالب به المدعى، أما إذا كان مقرا به فلا فائدة لسماع الدعوى إلا إذا أقر ورأى أن غيبته يمكن أن تضيع على صاحب الحق حقه، فإنه إذا رأى أن الغائب مع

(1) المحلى لابن حزم والمغني لابن قدامة المرجعين السابقين.

- إقراره بالحق يماطل في غيبته وكان الحق مما يغاب عليه، فيمكن للقاضي أن يحكم بناء على إقراره، وبالتالي يحق له سماع الدعوى.
- 4- إذا محل الحق في الحدود الخالصة لله تعالى، فإن القاضي لا يسمع الدعوى وذلك أن مبنى الحدود على المساهلة والإسقاط، فلا يسمع فيها دعوى على غائب وبالتالي لا يحكم عليه فيها.
- 5- إن سماع الدعوى على الغائب والحكم عليه هو الطريقة العملية والواجبة الإلتباع خاصة في زماننا هذا، فإن كثيرا من المفسدين في الأرض يرتكب جرائمه المضرة بالفرد والجماعة ثم يهرب إلى بلد آخر، فالقول بعدم سماع الدعوى على الغائب يفيد هؤلاء ويفتح الطريق أمامهم إلى ارتكاب جرائمهم والهرب من العقاب، فوجب القول بسماع الدعوى عليهم بتنصيبهم وكيل عنهم والحكم عليهم ومعاقتهم.
- 6- يجب أن يكون العقاب الموقوع عليهم خاصة إذا ما غاب بقصد إخفاء جريمته أن يكون تنفيذه مشمولا بالسرعة، وتخويل السلطات المختصة بتنفيذ العقاب سرعة إحضارهم، وذلك بوجود اتفاقيات بين سائر البلدان بسرعة تسليم الهاربين من العقوبة الصادرة عليهم، مع مراعاة حقهم في الطعن على الحكم بالمعارضة إن صدر بدون تنصيب وكيل أو نائب عنهم، أو الطعن عليه بالا ستئناف والنقض إن صدر في حضور من ينوب عنهم.
- 7- يراعى أن تمتد مدة التقادم في الأحكام الغيابية، بحيث يعد الإنذار الذي يرسل إلى المحكوم عليه غيابيا قاطعا لمدة التقادم، حتى لا يستفيد من مدة غيابه إذا كان هاربا لإخفاء جريمته أو لإسقاط العقوبة حتى لا تضيع الحقوق على أصحابها أو يضيع على المجتمع حقه بغيابهم وتهربهم من تنفيذ المحكوم به عليهم.
- 8- يجب على القاضي ألا يسمع الدعوى المقامة لصالح الغائب وبالتالي عدم الحكم فيها وذلك لرفعها من غير ذي صفة إلا إذا وكل غيره أو أنابه رسميا برفعها، حيث أن القضاء للغائب غير جائز بإجماع الفقهاء⁽¹⁾ وكأنهم نظروا إلى أن الدعوى المرفوعة للغائب لو كانت محل صدق أو تهم المدعى الغائب لحضر وبادر برفعها ضد خصمه، وبالتالي جعلوا غيبته مضيعة لحقه ما دام قد تسبب بغيبته في ذلك، إلا إذا كانت هذه الدعوى فيها شرك لحاضر، كوارث مثلا سيصيبه ضرر إن لم ترفع، فإن الدعوى فيها شرك لحاضر، ترفع من الوارث أو الشريك الحاضر، وبالتالي تكون الدعوى مرفوعة من حاضر على حاضر.
- 9- إن القول بصحة سماع الدعوى على الغائب والحكم عليه لا يتناقض مع مبدأ

(1) شح الأزهار، ج4، ص220-222.

المواجهة الذي تحدثت عنه قبل ذلك لأنه في سماع الدعوى على الغائب و الحكم عليه إما أن يكون له وكيل ينوب عنه في سماع الدعوى عليه، أو ينصب له القاضي وكيلا يدافع عنه ما يرفع عليه، وبالتالي يكون مبدأ المواجهة متحقق حيث أن المواجهة كما تكون بين الخصوم تكون بين الخصم ووكيل الخصم الآ خر فلا تنافى.

10- تسرى أحكام الغائب السابقة على المجهول الذي لا يعرف له مكان والمحسوس في موضع لا يمكن الوصول إليه فيه، أو الهارب من مجلس القضاء بعد سماع البينة، فكل هؤلاء تسرى عليهم أحكام الغائب السابقة. هذه هي أهم الضوابط التي وضعتها في الحكم على الغائب والتي يجب الا لتزام بها.

الفرع الثاني: القضاء على العين الغائبة وكيفية سماع البينة على الغائب وضوابط ذلك في الفقه الإسلامي:

إذا رفع شخص دعوى أما القاضي المختص وادعى فيها بأن شخصا سرق داره مثلا أو حيوانه، وكان ذلك المدعى به غير موجود في محل ولاية القاضي المرفوع أمامه الدعوى، بأن يكون الشخص قاطنا في القاهرة وله حوانيت في بغداد مثلا، فهل يستطيع القاضي المرفوع أمامه الدعوى في القاهرة لأنها موطن المدعى أن يصدر حكما في الدعوى رغم خروج المدعى به عن اختصاصه، أو أن الدعوى تنتقل إلى القاضي الموجود في ولايته ما يدعى به على الرغم من أن المدعى والمدعى عليه أمامه، ويختص بالنظر في القضايا المرفوعة منهما في غير هذه الدعوى.

أو بمعنى آخر: هل يستطيع القاضي المختص أن يصدر هو الحكم، أم يدافع على هذه الدعوى بعدم الاختصاص لعدم وجود المدعى به في ولاية القاضي. ولكن نجيب على ذلك يجب أن نتعرض لآراء الفقهاء في كيفية القضاء على العين الغائبة، وكيفية سماع البينة على الغائب عموما وضوابط ذلك، وسيكون ذلك إن شاء الله في ضابطين:

الفرع الثالث: كيفية قضاء القاضي على العين الغائبة:

ولكي نوضح كيفية قضاء القاضي على العين الغائبة نتعرض أولا لآراء الفقهاء في ذلك:

أولا: الحنفية: يرى الحنفية إذا كان محل الدعوى عينا غائبة والمدعى عليه منكرها لها، فحتى تسمع الدعوى، لابد من ذكر وصف المدعى وقيمته إن ذكر أن المدعى به في يد المدعى عليه.

إما إذا لم يذكر أن المدعى به الغائب في يده، وإنما ادعى عليه به دون أن يعرف مصير المدعى به فتسمع دعواه أيضا إن ذكر وصف ولم يذكر قيمته، لأنه

ربما لا يعرف قيمة المدعى به، وقيل: لا بد من ذكر القيمة⁽¹⁾.
وفصل بعضهم فقال: إن كلف القاضي المدعى ذكر القيمة ولم يذكرها لم تسمع دعواه، وإن كان المدعى به دارا أو عقارا بين موضعها وحدودها إلى آخر ما يميزها. أما إذا كان في شيء في الذمة بين قدره، وكيف أنه ترتب في الذمة هل ترتب على أساس أنه كان قرضا أو سلما إلى غير ذلك⁽²⁾.
وتجدر الإشارة هنا: أن الحنفية أجازوا سماع الدعوى على العين الغائبة ومنعوا سماعها على الغائب، وذلك: لأنهم ينظرون إلى حضور المدعى والمدعى عليه أو كليهما أمام القاضي، وحضور المدعى عليه هناك غير وارد لأنه غائب، فأوجبوا حضور من ينوب عنه، وإلا لا تسمع الدعوى عليه.
أما هنا: فصححوا سماع الدعوى على الغائب، لأن المدعى والمدعى عليه حاضران أمام القاضي دون النظر إلى المدعى به فلا تناقض في أصلهم.
أما المالكية: فقالوا: العين الغائبة: إما أن تكون غائبة عن البلد، أو غائبة عن مجلس الحكم.

فإذا كانت غائبة عن البلد، فهو على قسمين:
إما أن يتميز بالصفة، أو لا يتميز، فإن يتميز بذكر صفته بحيث يصبح بعد ذكر الصفة غير مختلط بغيره، فهنا يصفه المدعى للقاضي وصفا كاملا بحيث يزيل عنه الجهالة والاشتباه.

وإن كان لا يتميز بذكر صفته ذكره المدعى بقيمته، لأن الوصف والقيمة يقومان مقام الحضور فيكفي ذلك لإمكان سماع الدعوى والحكم على العين الغائبة⁽³⁾.

أما الشافعية فقالوا: العين الغائبة، إما أن تكون غائبة عن البلد أو عن مجلس الحكم: فالغائبة عن البلد إما أن تكون متميزة عن غيرها أو لا:
فإن كانت متميزة عن غيرها: سمع القاضي الدعوى وحكم فيها وكتب إلى قاضي المال بحكمه ليسلمه إلى المدعى.
وإن كانت غير متميزة: ففي سماع البينة والحكم عليها القولان، فيكون هناك ثلاثة أقوال في الغائبة عن البلد:

1- للقاضي أن يسمع البينة والحكم على العين الغائبة.

2- لا يسمع القاضي البينة ولا يحكم على العين الغائبة.

(1) معين الحكام، ص 56.

(2) المرجع السابق.

(3) منح الجليل، ج 8، ص 373-375، البناني والزرقاني، ج 7، ص 154-155 الشرح الكبير و الحاشية، ج 4، ص 164، التفريع، ج 2، ص 249.

3- للقاضي أن يسمع البينة دون الحكم عليها، فيكون الحكم من اختصاص القاضي الموجود في محل ولايته العين المدعى عليها.

أما الغائبة عن مجلس الحكم: فما تيسر إحضاره أحضره وسمع البينة على عينه، وما لا يمكن إحضاره يوصف وصفا كاملا، أو يرسل القاضي من يسمع الشهادة على عينه، أو يحضر القاضي إليه لتحديده⁽¹⁾.

أما الحنابلة: ففرقوا بين ما ينضبط بالصفة وما لا ينضبط.

ففي المنضبط: يصفه المدعى بصفات المسلم فيه بحيث لا يختلط بغيره وإن ذكر قيمته كان أولى.

وفي غير المنضبط: لا بد فيه من ذكر القيمة، لأنها السبيل إلى تحديده⁽²⁾.

وبعد تفصيل آراء الفقهاء في العين الغائبة نجد أن في المسألة ثلاثة آراء:

الأول: صحة سماع الدعوى على العين الغائبة والحكم عليها، وهو للحنفية والحنابلة والمالكية فيما غاب عن البلد، وقول للشافعية في الغائب عن البلد والغائب عن مجلس الحكم المتعسر إحضاره.

الثاني: عدم سماع الدعوى على العين الغائبة والحكم عليها، وهو للمالكية فيما غاب عن مجلس الحكم، وقول للشافعية، وصحة السماع للدعوى في المتيسر إحضاره مجلس الحكم قولا واحدا.

الثالث: صحة سماع البينة دون الحكم على العين الغائبة، وإنما يحكم عليها قاض بلد المال، وهو القول الثالث للشافعية.

وأستطيع أن أقول: إن الذي ذهب إلى القول بصحة سماع الدعوى والحكم على العين الغائبة، صحح على أساس ما استدل به من أدلة في صحة سماع الدعوى و الحكم على الغائب.

والذي منع من سماع الدعوى والحكم، أو منع من الحكم فقط، منع على أساس عدم الاختصاص، وقد سبقت أدلة كل في الحكم الغائب، فلا حاجة إلى إعادتها مرة ثانية.

الترجيح: كما أستطيع أن أرجح القول بصحة سماع الدعوى والحكم على العين الغائبة، وذلك لأن القول بعدم سماع الدعوى يؤدي إلى تضييع حقوق الناس، فقد يوجد المال في كل مكان ما، ويدعى به عند القاضي المختص مكانيا بالمدعى والمدعى عليه، والمال في ولاية قاض آخر، فما هو الذي يمنع من سماع الدعوى من المدعى بعد وصفها وصفا كاملا وتمييزها حتى لا تختلط بغيرها، وبيان ما إذا كانت

(1) الروضة، ج11، ص188-192، مغني المحتاج، ج4، ص441-412، المحلى على المنهاج، ج4، ص313-314.

(2) كشف القناع، ج6، ص346.

عينا أو دينا ترتب في الذمة كما سبق تفصيله ثم يرسل القاضي حكمه وما اتخذ في الدعوى من إجراءات إلى قاض بلد المال ليقوم بتنفيذ الحكم ورد الحقوق إلى أصحابها، فمن هنا كان القول بسماع الدعوى والحكم على الغائب هو الراجح.

الفرع الرابع: كيفية سماع البينة على الغائب:

في هذا المطلب نبين كيفية سماع القاضي للبينة على الغائب وآراء الفقهاء في ذلك وهو ما سنوضحه عند استعراض آراء الفقهاء تفصيلاً.

بالنسبة لفقهاء الحنفية: فهم يرون أن الغائب لا يجوز الحكم عليه، إذا لا يصح الحكم عندهم على الغائب أصلاً، وبالتالي: لا تسمع البينة عليه، لأنه إن حكم عليه لزم إقراره أو إنكاره، وكلاهما غير ممكن في حق الغائب، فلزم حضوره أو من ينوب عنه.

أما في الادعاء بالعين الغائبة: فأجازوا صحة سماع البينة والحكم على العين الغائبة المدعى بها، وقالوا في كيفية سماع البينة عليها ما يلي:

1- إن كان المدعى به ينكره المدعى عليه، فإن المدعى يلزمه بيان قيمة العين المدعى بها وصفتها، فيقول: أخذ مني ثوبا مثلاً قيمته عشرة دنانير، وصفته أنه ثوب هروي أو مروى، ونسجه كذا، وصناعته كذا، إلى غير ذلك من الصفات التي تنفي عنه شبهة الجهالة والاختلاط بغيره.

2- إذا ذكر صفة العين المدعى بها ولم يذكر القيمة، فإذا قال غضب مني حيواناً صفته كذا وكذا، ولا أدري إذا كان هالكا أو قائماً، ولم يذكر القيمة له فإن الدعوى تسمع وذلك للمشقة الحاصلة في إلزام المدعى ببيان قيمة العين المدعى بها وقيل: لا بد من بيان القيمة العين المدعى بها⁽¹⁾.

وفي كل هذا تكون سماع البينة عندهم على النحو التالي:

إذا كان المدعى به عينا في يد المدعى عليه، أي بحوزته لكنها غائبة عن مجلس الحكم وأنكر المدعى عليه، فإنه يشهد شاهدان للمدعى بأن المدعى عليه أخذ منه عينا صفتها كذا وكذا، وبعد ذلك يحلف للمدعى أنه ما باع ولا يعرف وهب ولا خرجت عن يده بطريق من الطرق المزيلة للملك، لأنه يجوز أن يكون باعها من المدعى عليه أو غير ذلك من الاحتمالات، ومع الاحتمالات من اليمين⁽²⁾.

فإذا كان المدعى بها عقاراً: فلا بد من ذكر حدوده وحقوقه، لأنه لو لم يذكر الحقوق، فلا يدخل الطريق والمسبل فيتعطل عليه الانتفاع، إذا لا يحكم له به، فإذا شهد بحدود ثلاثة، وقال: لا نعرف الرابع، تجوز شهادتهما كما لو غلط في الرابع. ولو كان أحد حدودها أو كلها متصلاً بملك المدعى هل يحتاج إلى ذكر الفاصل

(1) معين الحكام، ص 92.

(2) المرجع السابق.

؟ قيل: لا يحتاج ولو كان متصلا بملك المدعى عليه ولو أخطأ الشاهد في بعض الحد ثم تدارك في المجلس أو في مجلس آخر وأعاد الشهادة وأصاب، قبلت شهادته لو أمكن التوفيق، ومعنى إمكان التوفيق أن يقول: كان صاحب الحد فلانا إلا أنه باع داره من فلان آخر وما علمنا به⁽¹⁾.

وعليه: إذا كان المدعى به منقولاً، يكون البينة فيه شاهدان ويمين المدعى ويوضح الشاهدان في شهادتهما الوصف الذي يميز المدعى به عن غيره.

أما إن كان عقاراً: فيكون بينته شاهدان أيضاً، ويوضحانه بحدوده وحقوقه. **وذهب المالكية:** إلى ما ذهب إليه الحنفية، لكنهم عمموا البينة لتشمل الغائب إذ أنه يصح الحكم عندهم على الغائب فقالوا:

حتى يصح القضاء على الغائب لا بد من سماع البينة بما يدعى وتزكية البينة بيمين القضاء من المدعى أنه ما أبراه ولا أحاله الغائب به، ولا وكل من يقضيه عنه، وهذه اليمين واجبة لا يتم الحكم بالبينة إلا بها وإذا كان المحكوم به لا يتميز ويختلط بغيره، فإن سماع البينة تكون بذكر قيمة العين المدعى بها إن تعلق بالذمة. **وما لا يتعلق بها:** بالنسبة للمكيل والموزون لا تصح البينة به بعد غيبته لتعذر معرفته بعد حضوره، فلا تسمع فيه البينة.

وأما المعين بنفسه: كما إذا عبداً أو فرساً، سمعت البينة عليه بكمال صفته الموجبة لتعيينه⁽²⁾.

فالمالكية يرون: أن الغائب إن كان ليس معيناً بنفسه بل بالإضافة وهو الدين فالاعتبار فيه هو الإشهاد به مع غيبته بتخصيص المدين بما يعينه فيكتب في الدين على الغائب باسمه ونسبه وصفته، فتقوم الشهادة فيه على الصفة مقام الشهادة على العين.

وإن كان المحكوم به مما لا يتميز، ذكرت البينة قيمته إن تعلق بالذمة، وإن لم يتعلق بها فالمكيل والموزون لا تصح البينة به بعد غيبته لتعذر معرفته بعد حضوره فتمتنع الشهادة به غالباً على الصفة.

أما الغائب المعين في نفسه، فالبينة تسمع في غيبته بكمال صفته الموجبة تعيينه مطلقاً.

فيتضح من هذا: أن البينة تسمع بالدين ولو لم يقبل التمييز بعينه، لأنه في الذمة أما ما لا يتميز بالصفة وليس ديناً فلا تسمع به البينة غالباً إلا إن شهدت على عينه⁽³⁾.

(1) المرجع السابق.

(2) منح الجليل، ج8، ص377-178، الزرقاني والبناني، ج7، ص154-155.

(3) الشرح الكبير مع الحاشية، ج4، ص162-163، مواهب الجليل مع التاج، ج6، ص144.

أما الشافعية: فلقد جاء في المهذب: ولا يجوز القضاء بالبيننة على الغائب من غير يمين⁽¹⁾ والمراد أن القاضي يحلف المدعى على الغائب أو بالعين الغائبة، أنه ما أبراه من حقه، أو باع المدعى عليه العين أو وهبه إياها. وعلى ذلك فبعد أن يقيم المدعى بينته -الشاهدين- فيشهدان بتحديد العين الغائبة بوصفها وما يميزها عن غيرها، أو أن الغائب قد أخذ من المدعى ما يدعى به، فإن القاضي قبل أن يحكم على الغائب أو بالعين الغائبة يقوم بتحليف المدعى.

ويرى الحنابلة: أنه لا يلزم المدعى أن يحلف مع بينته التامة أن حقه باق، لقوله ﷺ: "البينة على من أنكر" وكما لو كانت على حاضر بخلاف ما إذا أقام شاهدا فإنه يحلف معه، والاحتياط تحليفه خصوصا في هذه الأزمنة، لأنه يحتمل أن يكون قضاء أو غير ذلك، وكما لو كان حاضرا فادعى بعض ذلك.. ولا يمين مع بينة كاملة في دعوى على غائب أو غيره⁽²⁾.

وعلى ذلك: نجد أن الفقهاء متفقون على أن البينة تسمع بالغائب وتكون بما يحدد صفته وتميزه بما لا يجعله يختلط بغيره.

وأن البينة إذا كانت تامة، بحيث وجد الشاهدان مع المدعى، فذهب الحنفية و المالكية والشافعية إلى القول: بأن المدعى يحلف اليمين بأن حقه لم يصله أو أخذه من المدعى عليه، أو باعه منه، وبعد ذلك بحكم القاضي بعد أن يقوم الشهود بأداء الشهادة وحلف المدعى اليمين.

أما الحنابلة فقالوا: إذا وجدت البينة التامة فلا حاجة إلى تحليف المدعى. والراجح: هو ما ذهب إليه الجمهور، وذلك لأن الاحتياط يجعل القاضي يقوم بتحليف المدعى، فقد يكون المدعى قد قام ببيع المدعى به للمدعى عليه دون علم الشهود فمن هذا وجب تحليفه، وإن كان المدعى به عقارا فيجب على الشهود تحديده بحدوده وحقوقه وتمييزه عن غيره. وإذا كان منقولا، ذكره بصفته وقيمته، وهو ما عليه الفقهاء.

"الضوابط العامة"

- (1) يجب على القاضي أن يسمع الدعوى على العين الغائبة والحكم عليها، وذلك بعد تحديدها بأوصافها إن كانت مما تحدد بالوصف أو القيمة إن كانت مما تحدد بالقيمة وضبطها وتمييزها من غيرها بما ينفي عنها الجهالة.
- (2) إن كانت العين الغائبة مما يتعسر إحضارها إلى مجلس الحكم، فإن القاضي يبعث خبيرا أو واحدا من أعوانه ليقوم بتحديدته وضبطه ثم يصدر القاضي

الفرع، ج2، ص244.

(1) المهذب، ج2، ص312.

(2) كشاف القناع، ج6، ص354-355.

- حكمه على أساس هذا التحديد والتمييز.
- (3) يجب أن تشدد العقوبة على المدعى عليه في العين الغائبة إذا كان المدعى به منقولاً وتسبب المدعى عليه في غيبته عن البلد أو عن مجلس الحكم.
- (4) يجب على قاضي بلد المال أن يقوم بتنفيذ الحكم الصادر إليه من القاضي الذي قام بسماع الدعوى على الغائب والحكم فيها، وذلك بعد التأكد من صحة الإجراءات التي تمت، وذلك بإرسال صورة الحكم إليه مختومة وموثقة بشهادة الشهود العدول على الحكم.
- (5) قبل أن يقوم القاضي باتخاذ إجراء في الدعوى بالعين الغائبة يجب عليه أن يتأكد من أن حق المدعى الذي يطالب به لم يصله بأي طريق من الطرق وذلك بأن يقوم القاضي بتحليف المدعى يمين الإبراء أن حقه لم يصل إليه.
- (6) إذا كان المدعى به ديناً فإن القاضي يجب عليه حتى يأخذ بشهادة الشهود، يكون الإشهاد بخفيض الدين ما يعينه فيصفه بصفات المسلم فيه بحيث تقوم الشهادة على الصفة مقام الشهادة على العين.
- (7) يجب على القاضي أن يقوم بإثبات أسماء الشهود في سجل الحكم، وذلك لأنه إن قدم الغائب أخباراً بأسماء الشهود، فإن سلم بشهادتهم مضى حكم القاضي، وإن ادعى مسقطاً لشهادتهم كلفه القاضي بإثباته حتى يتبين له مدى صحة هذا المسقط للشهادة من عدمه، فإذا لم يسم القاضي الشهود نقص حكمه.
- (8) تسري على البيئة على الغائب جميع الإجراءات المطلوبة لصحة الحكم من كونها أمام قاض مختص بنظر الدعوى، والظعن فيها، وسريان مدة التقادم إلى غير ذلك.

المبحث الثالث

أدوات القاضي التي يستعين بها في تفسير العقد

عملية التفسير التي يقوم بها القاضي هي في الواقع عملية ذهنية وعقلية يحاول بها فهم نصوص العقد والوقوف على معاني الألفاظ التي صيغ بها العقد وسير أغوار العلاقة العقدية كشفا عن إرادة المتعاقدين بصفة أساسية أو لتكيف العقد كمسألة أولية يصل بها القاضي إلى حقيقة الحقد حتى يطبق عليه الأحكام الواجبة ولا يستطيع القاضي أن ينهض بهذا الدور لا عن طريق أدوات يستعين بها في أداء هذه المهمة وهذه الأدوات تتمثل في جملة قواعد فقهية أو لغوية يستأنس بها التفسير على ضوء الواقعة المطروحة والتي تحتاج بطبيعتها إلى هذا العمل الاجتهادي. وهذا وقد قسم جانب من الفقه أدوات التفسير هذه إلى قواعد تفسير داخلي وقواعد تفسير خارجي فالأول يعني بالتعرف على إرادة العاقدين من خلال نصوص العقد ذاته بتحليل عباراته والربط بينها ومنها الأصل في الكلام الحقيقية، وإذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز وأنه لا عبره بالدلالة في مقابلة التصريح، وأعمال الكلام خير من إهماله والتابع تابع هكذا. والثاني يهدف إلى التعرف على إرادة العاقدين من مظاهر مادية ثابتة خارجة عن العقد ولكنها تتضافر مع صيغته لتفيد المطلق وتخصص علمه ومنها العرف⁽¹⁾، ونحن من جانبنا نميل إلى تقسيم أكثر شمولاً واتساعاً لأدوات القاضي التي تستعين بها في التفسير وهو تقسيمها إلى قواعد فقهية وقواعد لغوية.

المطلب الأول: القواعد الفقهية: وهذه القواعد وردت في العديد من كتب التراث في الفقه الإسلامي منها الأشباه والنظائر للإمام السيوطي والقواعد لابن رجب و

(1) راجع الدكتور عبد الحكيم فوده المرجع السابق، ص 247 وما بعدها.

الفروق للقرافي والأشباه والنظائر لابن نجيم وأشير إلى بعضهما في الموافقات للشاطبي كما أفصحت مجلة الأحكام العدلية العديد من موادها لهذه القواعد التي قام شراح المجلة بتناولها بالشرح والإيضاح ومن هذه الشروح شرح الأستاذ سليم رستم باز⁽¹⁾ وسنورد فيما يلي موجزا لهذه القواعد:

أ- العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني:

والأصل في هذه القاعدة قول الرسول ﷺ "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى" وهو حديث شريف صحيح ومشهور أخرجه الأئمة الستة وغيرهم من حديث عمر بن الخطاب وأخرجه ابن الأشعث في سننه والدارقطني في غرائب مالك والبيهقي في سننه من حديث أنس (لا عمل لمن لا نية له) وحديث سعد بن أبي وقاص (إنك لن تنفق نفقة تبغي بها وجه الله إلا أجرت فيها حتى ما يجعل في امرأتك) وعن ابن ماجه من حديث أبي هريرة وجابر ابن عبد الله (يبعث الناس على نياتهم) وفي معجم الطبراني من حديث صهيب (إنما رجل تزوج امرأة فنوى أن لا يعطيها من صداقها شيئا مات يوم يموت وهو زان).

وحديث النية يدخل في كل أبواب الفقه حتى أن الإمام الشافعي قال أنه يدخل في سبعين بابا وأعتبره البعض أصلا من أصول الأحاديث وهو يدخل في العبادات والقصاص وسائر العقود كالبيع والهبة والوقف والقرض والإبراء والحوالة الوكالة والإجارة⁽²⁾ ويقول الإمام الشاطبي (إنما الأعمال بالنيات والمقاصد معتبره في التصرفات من العبادات والعادات والأدلة على هذا المعنى لا تنحصر ويكفيك منها أن المقاصد تفرق بين ما هو عادة وما هو عبادة وفي العبادات بين ما هو واجب وغير واجب وفي العادات بين الواجب والمندوب والمباح والمكروه والمحرم والصحيح والفاقد وغير ذلك من الأحكام والعمل الواحد يقصد به أمر فيكون عبادة ويقصد به شيء آخر فلا يكون كذلك بل يقصد به شيء فيكون إيمانا ويقصد به شيء آخر فيكون كفرا كالسجود لله أو الصنم وأيضا فالعمل إذا تعلق به القصد تعلق به الأحكام التكليفية وإذا عرى عن القصد لم يتعلق به شيء منها كفعل النائم، والغافل والمجنون⁽³⁾ وتفريعا على ذلك فإنه في نطاق تفسير العقود يتعين على القاضي البحث عن نية المتعاقدين بالرجوع أو لا إلى الألفاظ المستخدمة في التعاقد فإن كانت واضحة لا لبس فيها أو غموض وتكشف عن نية المتعاقدين بحسب ملابسات العقد وظروفه وجب أعمالها باعتبارها دليلا على النية والقصد، أما

(1) راجع شرح المجلة المرحوم سليم رستم باز ونشر دار إحياء التراث العربي بيروت الطبعة الثالثة.

(2) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي المرجع السابق، ص 10 القاعدة الأولى.

(3) راجع الموافقات للشاطبي المرجع السابق 25 المسألة الأولى من القسم الثاني، ص 225.

إذا دخلها غموض وتشويش ولم تقطع بالنية فإن القاضي لا يقف عندها، وإنما يتجاوزها للتعرف على النية من شواهد أخرى وبالتالي فإن البحث في النية يكون عند تعارض الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة وتطبيقاً لذلك فإن الهبة مقابل الثواب تعتبر بيعاً وتطبق أحكام عقد البيع وكذلك في عقد الكفالة بشرط براءة ذمة المدين المكفول عنه من الدين تكون حوالة دين وليست كفالة لأن الكفالة تقتضي التزام الكفيل والمكفول عنه بالدين فهي من قبيل التأمينات الشخصية ويرى جانب من الفقه أن العبارة الواضحة قد تكون محلاً للتفسير وفي ذلك يقول العلامة السنهوري (ولا يفهم من ذلك أن العبارة إذا كانت واضحة فلا يجوز تفسيرها بل أن القاضي قد يجد نفسه في حاجة إلى تفسير العبارات الواضحة مهما بلغ وضوحها وسلس معناها وارتفع عنها اللبس والإبهام ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير الواضح فقصدوا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم لهي هذا المعنى بل هو واضح في معنى آخر ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح للفظ ويجب عليه أن يعدل عنه إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان)⁽¹⁾ هذا وقد أوردت مجلة الأحكام العدلية قاعدة الأمور بمقاصد حافي المادة الثانية منها ويقول الأستاذ سليم رستم أن مؤدى هذه القاعدة أن الحكم يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر. وأن الأحكام الشرعية التي تترتب على أفعال المكلفين منوطة بمقاصدهم من تلك الأفعال ومنها لو ينثر سكر أو دراهم في العرس فوقع على ثوب رجل فإن كان هذا الرجل قد أعد ثوبة لذلك فما وقع فيه يكون له وليس لغيره أن يأخذه وإن لم يعده لذلك فهو لمن سبقت يده إليه إلا إذا كان قد أراد أن يجمع فيه الروث والبعر فحينئذ يكون له⁽²⁾ وقد أشارت المادة الثالثة أيضاً من المجلة على أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني بمعنى أن العقود المبنية على الأغراض والمقاصد لا على الألفاظ والمباني كالبيع والإجازة والحوالة تعتبر فيها المقاصد ولا عبرة فيها للألفاظ.

ب- الأصل في الكلام الحقيقة ولا يجوز حمله على المجاز إلا إذا تعذر حمله على الحقيقة:

وتفصيل ذلك أن اللفظ قد يكون له معنى مجازي باعتبار استعماله في المعنى، والحقيقي هو اللفظ المستعمل فيما وضع له في اصطلاح المتخاطبين سواء كانت حقيقة لغوية وهي اللفظ المستعمل فيما وضع له لغة مثل إنسان وأرض وسماء ودابة في كل ما يدب على الأرض والصلاة للدعاء أو الحقيقة الشرعية وهو اللفظ

(1) راجع الوسيط للأستاذ الدكتور السنهوري، طبعة 1952، ص 602.

(2) راجع شرح المجلة سليم رستم، المرجع السابق، ص 170.

الذي استعمله الشارع في معنى غير المعنى اللغوي كالصلاة بوصفها الأفعال والأقوال المفتتحة بالتكبير والمختومة بالتسليم، وهناك حقيقة عرفية وهي إما عامة كاستعمال لفظ الدابة لذوات الأربع أو خاصة كاصطلاحات أصحاب المهن والحرف والصناعات. أما المجاز فهو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له لعلاقة بينه وبين المعنى الذي وضع له مع قرينة مانعه من إرادة المعنى الحقيقي مثل قولك رأيت بحرا يتدفق فوق المنبر تزيد عالما غزير العلم⁽¹⁾ ومن المعنى المجازي لفظ الولد الذي يشمل الصلبي حقيقة ويشمل ولد الولد على سبيل المجاز والقاعدة أنه لا يجوز للقاضي أن يعدل عن المعنى الحقيقي للفظ وينحرف عنه إلا إذا تعذر ذلك فيصير إلى المجاز وذلك إذا وجدت القرائن الصارفة عن المعنى الحقيقي كتلك القرائن التي تناقض مقصود العاقدين أو مقتضى العقل والعادة المألوفة ولذلك لو تزوج امرأة على ألا يسافر بها لم يحمل ذلك على نفي السفر بها مطلقا ولكن يحمل على السفر الذي لا تبیت فيه بمنزلها، ولو اتفقا على ضمان العيوب في البيع فإن ذلك يحمل على العيوب التي حدثت في المبيع وهو في يد البائع ولا يعتد الضمان للعيوب التي تحدث في يد المشتري بعد الشراء وإذا وقف على أولاده أو أوصى لهم لا يدخل في ذلك ولد الولد في الأصح لأن اسم الولد حقيقة في ولد الصلب، ولو وقف على ورثه زيد وهو حي لم يصح لأن الحي لا ورثة له، ولو قال: هذه الدار لزيد كان إقرارا له بالملك حتى لو قال أردت أنا سكنه⁽²⁾ هذا وقد أوردت المادتان 12-13 من المجلة هذه القاعدة إذا نصت الأولى على أن (الأصل في الكلام الحقيقة) ونصت الثانية على أنه (لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح).

ج- اليقين لا يزول بالشك⁽³⁾:

ومعنى القاعدة أنه إذا ثبت أمر من الأمور على وجه يقيني ثم طرأ الشك عليه فإنه يستمر على اليقين وقد ورد عن الإمام الشافعي قوله (إن ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين) ومن تيقن الفعل وشك في القليل أو الكثير حمل على القليل لأنه بيقين ولا بد في اليقين أن يكون على وجه الجزم بدليل يفيد أم الشك فهو أن يكون للواقعة المطروحة جملة احتمالات لتعارض الأدلة ويتفرع على هذه القاعدة أن الأصل براءة الذمة من الديون والالتزامات إلا إذا كان ثبوتها بيقين من دليل أو

(1) أنظر الأشباه والنظائر للإمام السيوطي المرجع السابق - قاعدة الأصل في الكلام الحقيقة، ص 63 وما بعدها.

(2) أنظر الأشباه والنظائر للإمام السيوطي المرجع السابق - قاعدة الأصل في الكلام الحقيقة، ص 63 وما بعدها.

(3) راجع مجلة الأحكام العدلية المرجع السابق المادة الرابعة والأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 51.

قرينة فلو ادعى شخص على آخر بأنه مدين له بألف لم تقبل دعواه إذا خلت من دليل على وجود المديونية وبينني على هذه القاعدة أنه إذا كان هناك شك في مديونية المدين استصح براءة ذمته وفسر الشك في مصلحته ويقول السيوطي أنه لا يقبل في شغل الذمة شاهد واحد ما لم يعضد بآخر أو بيمين المدعى وإذا اختلفا في قيمة المتلف حيث تجب قيمته على متلفه كالمستعير والغاصب فالقول قول الغارم لأن الأصل براءة ذمته مما زاد. ومنها توجيه اليمين للمدعى عليه فنكل فلا يقضى بمجرد نوله لأن الأصل براءة الذمة بل تعرض على المدعى وهكذا وقد ذكر ابن نجيم قاعدة اليقين لا يزول بالشك وهي قاعدة الأصل براءة الذمة ويوضح هذه القاعدة ببيان أنه يفرض فيمن يدعى عليه بالدين أنه بريء الذمة حتى يقيم من يدعى الدين الدليل القاطع على أن دينا في ذمته وإذا كان هناك شك في مديونية المدين استصح براءة ذمته وفسر الشك لصالحه⁽¹⁾.

هذا وقد جاءت قاعدة اليقين لا يزول بالشك في نطاق العبادات ثم دخلت جميع أبواب الفقه حتى قيل أن المسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر⁽²⁾.

هذا وأصل القاعدة مبنى على حديث الرسول ﷺ فيما رواه مسلم عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ "إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثا أم أربعا؟ فليطرح ذلك الشك وليبين على ما استيقن".

د- المعروف عرفا كالمشروط شرطا والعادة محكمة:

والعرف هو ما اعتاده جمهور الناس والقوة من فعل شاع بينهم أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص حيث لا يتبادر عند سماعه غيره⁽³⁾ والأول يسمى عرفا ويطلق عليه البعض العادة وهي ما تعارف عليه الناس بصورة مطردة توافق الطباع السليمة⁽⁴⁾ كتعارف الناس على البيع بالمعاطاة في كثير من الأشياء دون الصيغة اللفظية وتعارفهم على تقسيم المهر في عقد الزواج إلى مقدم ومؤخر. والثاني العرف القولي كإطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى في حين أن اللغة تشمل الاثنين وعدم إطلاق لفظ اللحم على السمك رغم أن اللغة لا تمنع ذلك وقد سماه القرآن لحما طريا. والعرف بنوعيه الفعلي والقولي قد يكون علما يعرفه أهل البلد جميعهم في زمن من الأزمنة أو عرف خاص بتعارفه أهل بلد معين أو طائفة منهم كإطلاق لفظ الدابة على الفرس في العراق ولاشك أن استعمال الناس حجة يجب

(1) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص 29.

(2) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 51.

(3) راجع أصول الفقه الإسلامي للأستاذ زكي الدين شعبان ط 3، 1964، ص 177.

(4) راجع أصول الفقه الإسلامي للأستاذ أحمد فراج حسين، ص 158.

العمل بها وعلى القاضي والمفتي مراعاة العرف والعادة في كل مكان وزمان يقول ابن فرحون (لو خرجنا نحن من ذلك البلد إلى بلد آخر عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنا فيه افتنيناهم بعادة بلدهم ولم نعتبر عادة البلد الذي كنا فيه وإذا قدم علينا أحد من بلد عادته مضادة للبلد الذي نحن فيه لم نفتنه لإبعاده بلده ومن هذا الباب ما روى عن مالك إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق بعد الدخول أن القول قول الزوج مع أن الأصل عدم القبض قال القاضي إسماعيل هذه كانت عادتهم بالمدينة أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقتها واليوم عادة المدينة على خلاف ذلك فالقول قول المرأة مع يمينها لاختلاف العوائد⁽¹⁾.

هذا ويجب ألا يكون العرف مخالفاً لأدلة الشرع وأحكامه القطعية التي لا تتغير بالزمان والمكان فإن كان مخالفاً فلا يعول عليه ولذلك رأينا الإمام الشاطبي يقسم العوائد إلى قسمين أحدهما العوائد الشرعية التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها ومعنى ذلك أن يكون الشرع أمر بها إيجاباً أو ندباً أو نهى عنها كراهة أو تحريماً أو أذن فيها فعلاً وتركاً وهذه العوائد ثابتة كسائر الأمور الشرعية كالأمر بإزالة النجاسات وستر العورات والنهي عن الطواف بالبيت على العري وما أشبه فهذه عوائد داخله تحت أحكام الشرع فلا تبديل لها وإن اختلفت آراء المكلفين فيها فلا يصح أن ينقلب الحسن فيها قبيحاً ولا القبيح حسناً حتى يقال أن كشف العورة الآن ليس بعيب والثانية هي العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي وهذه يعول عليها وهي تختلف باختلاف الأماكن والأزمان ولذلك فإن الحكم يختلف فيها أيضاً ومن ذلك اختلاف العبارات بحسب اصطلاح أرباب الصنائع في صناعتهم مع اصطلاح الجمهور فإن الحكم يتنزل على ما هو معتاد فيه بالنسبة إلى من اعتاده دون من لم يعتده وكذلك الأفعال في المعاملات فإذا كانت العادة في النكاح قبض الصداق قبل الدخول أو في البيع الفلاني أن يكون بالنقد أو... ص 164 أو إلى أجل فالحكم أيضاً جار على ذلك حسبما هو مسطور في كتب الفقه⁽²⁾ وتفريعا على ذلك فقد أجاز الفقهاء الاستصناع لجريان العرف به رغم مخالفته للقواعد العامة التي لا تجيز بيع المعدوم⁽³⁾ وفي حالة بيع ثمار البستان التي وجد بعضها دون البعض الآخر فإنه رغم أن البعض لم يجره لأن البعض موجود والبعض معدوم وهو اتجاه الأحناف نجد أن آخرين أجازوه لجريان التعامل به⁽⁴⁾ ومن ناحية أخرى نرى إجازة الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا يلائمها ولكن

(1) راجع تبصرة الحكام لابن فرحون دار الكتب العلمية بيروت، ج2، ص68 وما بعدها.

(2) راجع الموافقات للإمام الشاطبي، المرجع السابق، ج2، ص192 وما بعدها.

(3) راجع الفتاوى البزازية، هامش الهندية، المرجع السابق، ج5، ص70 وما بعدها.

(4) جاء في الفتاوى الهندية (ولو باع كل الثمار وقد ظهر جون البعض فظاهر الملعب أنه لا

جرى بها العرف وهو مذهب الأحناف⁽¹⁾.

أضف إلى ذلك أن الحكم يختلف باختلاف الأزمان بالنسبة للعرف والعادات وقد عبر الفقهاء عن ذلك بقولهم (اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان) فإكراهه مثلاً يراه أبو حنيفة أنه لا يتحقق إلا من السلطان ويرى صاحبان أنه يتحقق من السلطان وغيره وهذا خلاف زمان فالأول لم ير القدرة والمناعة إلا من السلطان وفي عصر الصحابين صار كل ظالم له القدرة على إيقاع الأذى.

ومن ذلك أخذ الأجرة على تعليم القرآن لا يجوز بين أئمة المذهب الحنفي لأن ذلك طاعة وعبادة ونظراً لما كان عليه الحال من أن هؤلاء لهم عطايا من بيت المال ولما تغيرت الحال وانقطع ما كان لهم من بيت المال وأصبحوا لو انقطعوا للقرآن جاعوا وأن انشغلوا عن الكسب ضاع القرآن لذلك أفتى المتأخرون بجواز أخذ الأجر على القرآن⁽²⁾.

هذا والقاضي في نطاق تفسير العقد لابد وأن يرجع إلى أعراف الناس وعاداتهم والألفاظ التي جرت بينهم (إذا اختلف المتبايعان في قبض السلعة أو الثمن فالأصل بقاء الثمن بيد المتبايع وبقاء المبيع بيد البائع ولا ينتقل ذلك إلا بينه أو عرف كالسبع التي جرت العادة أن تشتري يدفع ثمنها قبل أن يبين منها كاللحم والخضر ونحو ذلك فيحكم في ذلك بالعرف والعادة)⁽³⁾، (ومن ذلك الحكم بمقتضات الألفاظ في البيع كقول البائع بعثك هذه الأرض بكذا ولم يردعني هذا فإن هذا اللفظ يتناول ما هو متصل بها كالبناء والأشجار وهذا بحكم العرف)⁽⁴⁾.

ويلاحظ أن العرف والمادة من أنواع المخصص المستقل للنص العام فإن جرى

يصحو كان شمس الأئمة الحلواني والفضلي يفتيان بالجواز في الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك ويجعلها لموجود أصلاً في العقد والمعدوم تبعاً استحساناً لتعامل الناس، ج3، ص 106.

(1) كما لو اشترى نعلاً وشراكاً على أن يجنوه البائع جاز البيع استحساناً وأن اشترى صرماً على أن يحرز البائع له خفاً أو قلنسوة بشرط أن يبطن له البائع من عنده فالبيع بهذا الشرط جائز للتعامل كذا في التتارخانية، راجع الهندية، ج3، ص 133.

هذا وقد قسم بعض الفقهاء العادات المعبرة عن النية المشتركة بين المتعاقدين إلى نوعين الأول عادات مكانية سواء مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه وعادات خاصة بطرفي التعاقد وهي النوع الثاني وهذا النوع يستمد من العقود السابقة للطرفين- راجع قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للدكتور أحمد شوقي عبد الرحمان مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية حقوق المنصورة، ص 88 وما بعدها.

(2) راجع الفتاوى الهندية المرجع السابق، ج4، ص 4480.

(3) راجع تبصرة الحكام لابن فرحون المرجع السابق، ج2، ص 65.

(4) راجع تبصرة الحكام المرجع السابق، ج2، ص 65.

عرف الناس على إرادة بعض الأفراد من العام فإن هذا العام يحمل على ما يقض به العرف فلو ذكرت الجنيهاات أو القروش في عقد من العقود حملت على ما يجرى عليه عرف الناس في التعامل ولو أوصى رجل بدوابه وكان الموص في بلد يقض العرف فيه بإطلاق لفظ الدابة على الفرس حملت كلمة الدواب الواردة في الوصية عليه دون غيره من الدواب (1).

هذا ويلعب العرف دورا بارزا في الإباحة الطارئة إذ أن العرف - كما يقول أستاذنا الدكتور محمد سلام مذكور (له سلطته واقتداره في وضع أحكام طارئة تدعو إليها الحاجة وهو يستطيع أن يخصص بعض العموم في الأحكام إذا رأى الناس ذلك وتعارفوا عليه) وكان ذلك في معرض الحديث عن دور العرف في الإباحة الطارئة مسaire لما تعارف عليه الناس وقد مثل الأستاذ بإباحة استئجار الأجير بالطعام والكسوة مع ما فيها من جهالة مفضية إلى النزاع أعمالا لما تعارف عليه الناس من استخدام الخدم والرعاة والمزارعين والظئر على هذا الوجه، ومن ذلك إباحة استئجار الأجير ببعض ما يعمل به رغم أن الرسول نهى عن فقير الطحان ومع ذلك رفع الحظر وحل محله الإباحة الطارئة لما يتعامل به الزارع في القرى من إعطاء بعض القمح لدراسة أو ذارية من الحقل أو الجرن (2).

هذا والأصل في قاعدة أن المادة محكمة قول الرسول ﷺ " ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن" والراجح أنه من قول عبد الله بن مسعود موقوفا عليه أخرجه أحمد في مسنده وعليه قال الفقهاء أن كل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف والمادة أما إذا تعارض مع الشرع فإن حكم الشرع يقدم على عرف الاستعمال فلو حلف لا يصلي لم يحلف إلا بذات الركوع والسجود أو لا يصوم لم يحنث بمطلق الإمساك، ولو كان اللفظ يقتضى العموم والشرع يقتضى التخصيص اعتبر خصوص الشرع فلو حلف لا يأكل لحما لم يحنث بالميتة أو أوصى لأقاربه لم يدخل وورثته عملا بتخصيص الشرع إذ لا وصية لو ارث، أما إذا كانت المسألة لا تتعلق بها حكم شرعي قدم عرف الاستعمال فلو حلف لا يأكل لحما لم يحنث بالسّمك وإن سماه الله لحما طريا أو لا يجلس على بساط أو تحت سقف ولا تحت ضوء سراج لم يحنث بالجلوس على الأرض وإن سماها الله بساطا ولا تحت السماء وإن سماها الله سقفا ولا تحت الشمس وإن

(1) راجع أصول الفقه زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص 321 وما بعدها.

(2) راجع في ذلك البحث القيم للأستاذ الدكتور محمد سلام بعنوان (كتاب الإباحة عند الأصوليين والفقهاء) بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد العدد الأول مارس 1962 السنة الثانية والثلاثون مطبعة جامعة القاهرة، ص 55 وما بعدها.

سماها الله سراجاً⁽¹⁾ هذا وقد أفردت مجلة الأحكام العدلية عدداً من القواعد المتفرعة على اعتبار العادة والعرف في المعاملات منها المادة 37 (استعمال الناس حجة يجب العمل بها) والمادة 37 (المتنع عادة كالممتنع حقيقة) والمادة 40 (الحقيقة تترك بدلالة المادة) والمادة 41 (إنما تعتبر العادة إذا أطردت أو غلبت) و المادة 43 (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) هذا ويظهر اعتبار العرف والعادة في مسائل الأحوال الشخصية حتى إذا عارض نصاً مذهبياً منقولاً عن صاحب المذهب وفي ذلك تقرر محكمة النقض في حكم لها أن (العرف يعتبر إذا عارض نصاً مذهبياً منقولاً عن صاحب المذهب إذ الجمود على ظاهر المنقول مع ترك العرف فيه تضييع حقوق كثيرة)⁽²⁾ وقد أكدت بعض المحاكم على أن التخصيص بالعرف والعادة عملياً أو قولياً حجة وقررت (استقر العرف على أن الأدوات شرط في شرعية المسكن وخلوة منها مزيل لشرعيته وجرى العمل على ذلك مع أن هذه الأدوات بعضها يرجع إلى نفقة الطعام وبعضها يرجع إلى الكسوة ولكن هذه الحقيقة تركت بدلالة العادة)⁽³⁾ كما انتهى القضاء إلى أن العرف له اعتباره في تولي المرأة عقد زواجها بنفسها حيث ورد بأحد الأحكام القضائية (إن العرف والعادة جريا على أن المرأة لا تتولى عقد زواجها بنفسها إلا إذا فقدت أهلها أو كان بينها وبينهم من الحزازات والخصومات ما استحكمت حلقاته)⁽⁴⁾.

كما جرى قضاء المحاكم على اعتبار ما جرى عليه العرف على أن لا تذهب الزوجة إلى منزل زوجها من تلقاء نفسها وخاصة إذا كان النزاع قائماً بين الزوجين في ذلك تقرر إحدى المحاكم (العرف العام في الديار المصرية على أن المرأة لا تذهب إلى بيت زوجها من تلقاء نفسها وبالأخص إذا كان النزاع بينها قائماً والقول بغير ذلك يبعد عن الجد وعليه لا تكون الزوجة ناشراً حتى يطلبها الزوج لمعاشرته في مسكن قام الدليل على أنه شرعي ثم تمتنع بعد بغير حق أما أن يتركها تحضر إليه بنفسها راغمة فذلك إنلال للزوجة وأهلها لا تقره الشريعة الغراء)⁽⁵⁾.

(1) راجع الأشباه والنظائر للإمام الأسيوطي، ص 93.

(2) راجع نقض رقم 7 لسنة 39 جاسة، ج 14، ص 1973 منشور بمجلد مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية للمستشار أحمد نصر الجندي، نادي القضاة، ص 867.

(3) راجع حكم محكمة المنيا في القضية رقم 51/118 محلى شرعي مستأنف بجلسة 1951/06/20 منشور بمجلة مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 867.

(4) راجع حكم محكمة كرموز في القضية رقم 31/730 مستأنف شرعي بجلسة 1931/03/19، المرجع السابق، ص 867.

(5) راجع حكم محكمة مصر في القضية رقم 35/1840 كلى شرعي مستأنف بجلسة

كما جرى قضاء المحاكم على اعتبار العرف في وجوب نفقة الزوجية حيث قضى بأنه (جرى العرف والعادة على أن نفقة الزوجة ما دامت مقيمة في منزل زوجها كانت نفقتها في ماله) ⁽¹⁾.

وكذلك قضى باعتبار العرف في كفالة الآباء بنفقة زوجات أبنائهم لإعطائهن الاطمئنان للوصول إلى نفقتهن حيث قضى بأنه (جرى العرف على أن الآباء إنما يقصدون بالكفالة بنفقة زوجات أبنائهم إعطائهن الاطمئنان عند الوصول إلى نفقتهن حتى إذا تعذر عليهن الحصول عليها من أزواجهن رجعن على أبنائهم بها وليس قصدهم بها إعطائهن الحق في مطالبتهن بالنفقة مع قدرتهن على الحصول عليها من أزواجهن فهذه كفالة مشروطة عرفا بعدم قدرة الزوجة على الحصول على نفقتها من زوجها وهو شرط ملائم يصح تعليق الكفالة به - والمعروف عرفا كالمشروط شرطا) ⁽²⁾ وفي المجلة نصت المادة 44 (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم) والمادة 45 (التعين بالعرف كالتعين بالنص) ويقول الأستاذ سليم باز شارح المجلة (إذا دفع السمسار الثمن للبائع من ماله كان له أن يرجع به على المشتري لأنه جرت العادة أن السمسار يدفعه من ماله حتى يرجع على المشتري فصار كما لو أحاله البائع على المشتري نصالو عجز السمسار عن أخذ الثمن من المشتري لإفلاسه له أن يسترده من الأخذ استحسانا- ولو اشترى الشخص شيئا من السوق بثمن معلوم ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل جمعه أو كل شهر جميع الثمن أو بعضا معيناً منه انصرف إليه بلا بيان لأنه حيث كان ذلك متعارفا عند التجار فصار كأنهما قد اتفقا عليه لأن المعروف بين التجار كالمشروط بينهم) ⁽³⁾.

هـ- التابع تابع ويسقط بسقوط المتبوع:

ومعنى ذلك أن التابع يأخذ حكم الأصل ولا يفرد بالحكم فالحمل يدخل في بيع الأم تبعاً لها ولا يفرد بالبيع وصفات الحقوق لا تفرد بالإسقاط لأنها تابعة فلو أسقط من عليه الدين المؤجل الأجل لم يسقط ولا يتمكن المستحق من مطالبته في الحال في الأصح لأنه صفة تابعة والصفة لا تفرد بالإسقاط ولكن التابع يسقط بسقوط المتبوع ولذلك إذا برئ الأصيل برئ الضامن لأنه فرعه كما أن التابع لا

1936/06/4، المرجع السابق، ص 868.

(1) راجع حكم محكمة بني سويف في القضية رقم 39/69 مستأنف شرعي بتاريخ 36/03/17، المرجع السابق، ص 868.

(2) راجع حكم محكمة منوف في القضية رقم 42/1367 مستأنف شرعي بجلسة 12/1944 منشور بمجلة مبادئ القضاء، المرجع السابق، ص 869.

(3) أنظر شرح المجلة للأستاذ سليم رستم باز، المرجع السابق، ص 37-38.

يتقدم على المتبوع فلو باع بشرط الرهن فقدم لفظ الرهن على البيع لم يصح⁽¹⁾. ولما كان ذلك فإنه يتعين تحديد التابع بالنسبة إلى المتبوع وهل هو تابع له أو منفصل عنه حتى يمكن تطبيق القاعدة فالأمر إذن يحتاج لمسألة أولية وهي تحديد صفة التبعية للشيء لا مكان لتطبيق الأحكام المقررة لذلك فإذا دلت الشواهد على أنه تابع أخذ حكم الأصل ولا يرد بالحكم ويسقط لسقوطه هكذا. وتقريبا على ذلك فإن ما هو من ضرورات المبيع مثلا كالإطار الاحتياطي للسيارة والرافعة اللازمة لتبديل الإطارات يقابله شيء من الثمن ويعتبر من ضروراته فإذا لم يسلمه البائع للمشتري كان للأخير حق مطالبته بما يقابله لأن من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته⁽²⁾ هذا وقد ورد في كتب الفقه العديد من الأمثلة في تحديد ما يعد من توابع الشيء وما لا يعد من توابعه إلا إذا ذكرت مع الأصل جاء في الفتاوى الخانية (رجل اشترى دارا يدخل فيها الطريق من غير ذكر)⁽³⁾ والمقصود هنا بطبيعة الحال الطريق الموصل إليها. (اشترى دارا فيها بستان دخل البستان في البيع صغيرا كان البستان أو كبيرا فإن كان البستان خارجا من الدار لا يدخل البستان في البيع... وقال الفقيه أبو جعفر رحمة الله تعالى إن كان البستان أصغر من الدار ومفتحا إلى الدار يدخل في بيع الدار وإن كان البستان أكبر من الدار أو مثل الدار لا يدخل في بيع الدار)⁽⁴⁾ وكذلك (رجل باع دار بكل حق هو لها وفيها رحي الإبل فإن الرحي ومتاع الرحا والآلة تكون للبائع ولا تكون للمشتري لأن الرحا ومتاع الرحا ليس من حقوق الدار ولو باع ضيعة بكل حق هو لها وفيها رحي ماء فإن الرحي تكون للمشتري لأن ذلك يعد من توابع الضيعة)⁽⁵⁾ هذا ويدخل في بيع الدار مفتاحها ولا يدخل القفل في الراجح.

و- إعمال الكلام أولى من إهماله:

ومعنى هذه القاعدة أنه إذا كان الكلام يحتمل أمرين فإنه يحمل على الجائز عليها منهما ولا يهمل الكلام كلية يقول الإمام السيوطي في الأشباه والنظائر: أنه لو أوصى بطبل وله وطبل حرب صح وحمل على الجائز. ولو كان له زق خمر وزق خل فأوصى بأحدهما صح وحمل على الجائز وهو الخل. ولو قال لزوجته وحمار أحدكما طالق فإنها تطلق ولو وقف على أولاده وليس له إلا أولاد حمل عليهم لتعذر

- (1) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي، المرجع السابق، ص 117 وما بعدها.
- (2) راجع نظرية العقد الأستاذ الدكتور محمد سراج، المرجع السابق، ص 300.
- (3) راجع الفتاوى الخانية هامش الهندية، المرجع السابق، ج 2، ص 234.
- (4) راجع الخانية، المرجع السابق، ج 2، ص 235.
- (5) راجع الخانية، المرجع السابق، ج 2، ص 235.

الحقيقة وصونا للفظ عن الإهمال⁽¹⁾ وفي مجال العقود لو أعاره شيئاً يهلك بالا استعمال كطعام واتفقا على رد مثله فإنه لا يصلح أن يكون عارية ويحمل كلامها على قصد القرض بدلا من إهمال الكلام بالكلية جاء في الفتاوى البزازية (قال أعرتك هذه القصة من الثريد فأخذها وأكلها يكون قرضا إلا إذا كان بينها بسوطه تدل على الإباحة وعن محمد رحمة الله تعالى استعاره رقعة ليرقع بها ثوبه أو خشبا يدخله في بنائه لا يكون عارية)⁽²⁾.

ز- ما لا يقبل التبويض فاختيار بعضه كاختيار كله وإسقاط بعضه كإسقاط كله⁽³⁾:
ومؤدي ذلك أن هناك من الأشياء ما لا يقبل بطبيعته التبويض والتجزئة ولذلك فلو اختار بعضه انصرف هذا الاختيار إلى الكل وكذلك لو أسقط البعض انصرف الإسقاط إلى الكل أيضا ولذلك لو قال: أنت طالق نصف طلقة أو بعضك طالق طلقت طلقة وإذا عفا مستحق القصاص عن بعضه أو عفا بعض المستحقين سقط كله وإذا عفا الشفيع عن بعض حقه فالأصح سقوطه كله وقيل لا يسقط شيء لأن التبويض تعذر وليست الشفاعة مما يسقط بالشبه ففارقت القصاص والطلاق وهذا كله شأن الأشياء التي لا تقبل التجزئة. أما الأشياء التي تقبل التجزئة فيكون لكل جزء حكمه الخاص به فلو كفل نصف دينه الذي عليه لشخص فإنه لا يحكم عليه بكفالاته كله ولو أبرأ شخص من نصف الدين بقي النصف الآخر ولو باع سيارة بشرط البراءة من عيوب المحرك لم يضمن هذه العيوب ويضمن ما عداها من عيوب أخرى⁽⁴⁾ ونصت مجلة الأحكام في المادة 63 على ذلك.

ج- المطلق يظل على إطلاقه ما لم يوجد ما يفيد بدليل:

والمطلق هو اللفظ الدال على فرد أو أفراد شائعة في جنسها بدون قيد مستقل لفظا والعقيد هو الدال على فرد أو أفراد شائعة ولكن فيها قيدا لفظيا يقيد هذا الموضوع. فمثلا قوله تعالى في كفارة اليمين (أو تحرير رقبة) مطلق لأن الرقبة هنا تصدق بأي وعد أو أمه دون قيد أما قوله تعالى في كفارة القتل الخطأ (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) فهذا مقيد لأن الرقبة بعد أن كانت شائعة في جنس الرقاب قيدت بالرقبة المؤمنة بالنص⁽⁵⁾.

وقد اختلف الفقهاء في مسألة حمل المطلق على المقيد بحسب اختلاف حكمها أو عدم اختلافه أو اتحاد سبب أو اختلافه في حالة اتحاد الحكم على

(1) الأشباه والنظائر للسيوطي ومجلة الأحكام المادتين 60-61.

(2) راجع الفتاوى البزازية، هامش الهندية، المرجع السابق، ص210.

(3) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي، المرجع السابق، القاعدة 39، ص160 وما بعدها.

(4) الأستاذ الدكتور محمد سراج، نظرية العقد، المرجع السابق، ص297.

(5) بدر المتولي عبد الباسط، تيسير أصول الفقه، ط1970، ص206.

تفصيل في كتب الأصول⁽¹⁾، وحسبنا أن نقرر أن المطلق من اللفظ يعمل به على إطلاقه ما لم يوجد ما يفيد ذلك فإنه في مجال العقود إذا أعطى رجل ماله مضاربة لآخر يتاجر فيه دون تحديد نشاط معين أو شروط محددة كان للأخير أن يضارب في أي شيء أما إذا قيده بنشاط معين التزم به ولو وكله بشراء شقة يتخذها مكتبا لتجارة معينة فإنه يتقيد بالمكان الذي تروج فيه هذه التجارة حسب العرف والعادة وهنا نقول أن الإطلاق قيده العرف والعادة.

ت- إذا وجد النص الصريح فلا عبرة بالدلالة:

ومفاد ذلك أن الدلالة لا يرجع إليها إلا في غياب النص الصريح فإن وجد النص لا عبرة بالدلالة ومثال ذلك أن الشخص إذا وهب شيئا لآخر وقبضه الموهوب له في مجلس الهبة كان البعوض صحيحا وإن لم يأذنه الواهب لأن إيجاب الواهب يتضمن الإذن بالقبض دلالة أما إذا لم يأذنه الواهب بالقبض ونهاه عن ذلك في مجلس العقد لا يصح القبض لوجود اللفظ الصريح القاطع في عدم القبض، وأيضا إذا تزوجت امرأة من غير كفى فلا يقيد انتقالها إلى سكن الزوجية وإنفاق الزوج عليها رضى الولي بذلك إن كان قد اتخذ من جانبه إجراءات فسخ العقد لعدم الكفاءة⁽²⁾.

كانت هذه في إيجاز القواعد التي يسترشد بها القاضي في تفسيره للعقود بغية إسباغ الوصف الشرعي الصحيح على التصرف المبرم بين العاقدين وبالتالي تكييف التصرف وتحديد نوع العقد ونطاقه حتى يستطيع تطبيق القواعد الشرعية عليه وهو نوع من التعديل في العقود سواء في المسمى الذي أسبغه العاقدان على العقد أو في مضمونه، ولاشك أن تحديد نوع العقد مسألة أولية يترتب عليها نتائج هامة، ويلاحظ أن عبارات العقد الغامضة قد تحتاج لعملية تفسير يقوم بها القاضي دون أن يؤثر هذا التفسير على تكييف العقد ذاته فليس هناك تلازم حتمي بين تفسير العقد وتكييفه إلا أنه في بعض الحالات يكون هذا التلازم حقيقة واقعة إذا كان تحديد نوع العقد يتوقف على تفسير ما غمض من عباراته التي من شأنها الكشف عن إرادة العاقدين الحقيقية حول نوع العقد. وبهذه المثابة فإن تحديد نوع العقد يترتب عليه اختلاف القواعد الشرعية فمثلا عقد المعارضة هو العقد الذي يأخذ فيه كل فيه كل من العاقدين مقابلا لما يعطيه كالبيع والإيجار والقرض أما عقد التبرع فلا يأخذ فيه أحد العاقدين مقابلا لما يعطيه كعقد الهبة حيث ينقل الواهب ملكية الشيء الموهوب للموهوب له دون عوض وكذلك العارية حيث يعطى المعير منفعة ماله للمستعير لاستعماله زمنا دون عوض ولكد قد قال أحدهما بعث

(1) راجع في ذلك الأحكام في أصول الأحكام لسيف الدين أبي الحسن الأموي، ج3، ص3 وما بعدها.

(2) أستاذنا الدكتور محمد سراج نظرية العقد، ص296.

لك العقد لا تتفق مع الوصف الذي أعطاه له العاقدان فإذا قال أحدهما بعث لك قطعة الأرض هذه بدون ثمن فإن القاضي لا يتقيد بما أسبغه العاقدان على تصرفهما من أنه بيع ويطبق أحكام الهبة أي عقود التبرعات وكذلك الحال في الهبة بشرط الثواب والوديعة بشرط الأجر فإن التعاقد في الأولى بيعا تطبق عليه أحكام الإيجار فتتعدل مسؤوليات والتزامات طرفي العقد على ضوء هذا التكيف الجديد وبذلك لا يستطيع الواهب الرجوع في الهبة أن هو أثبت عنها باعتبارها بيعا ولا يحق للمعير الرجوع في العارية ويلتزم المستعير بسداد أجره المنفعة باعتبار العقد إيجار وهكذا. ولعل هذا التكيف يجد أهميته البالغة من حيث الأهلية للتصرف ومن حيث مدى الرجوع في التصرف ومن حيث الالتزامات الناشئة عنه وتفصيل ذلك فإن التصرفات النافعة نفعاً محضاً مثل قبول الهبة غير الشروط تقع صحيحة من الصبي المميز دون حاجة لإجازة أحد وأما التصرفات الضارة ضرراً محضاً مثل التبرع فلا يصح منه حتى ولو إجازة الولي. أما تلك الدائرة بين الاثنين مثل البيع وسائر عقود المعارضات فهي صحيحة موقفه على الإجازة.

المبحث الرابع

ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني الجزائري عند التحقيق في الدعوى

في كثير من القضايا يأتي طرفي الخصومة كلاهما أو بعضهما إلى المحكمة بطلبات دون أن يعززها بالأدلة المطلوبة قانوناً، أو أن أحد الأطراف يطعن في صحة الدليل الذي قدمه الطرف الآخر وبما أنه على القاضي أن يفصل في الدعوى، وتوخياً في أن يكون هذا الفصل بما يحقق العدالة ويحافظ على استقرار المعاملات والحقوق المكتسبة، فإن مختلف التشريعات أفردت ضمن قوانينها ما يخول للقاضي سواء من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب أطراف الدعوى على اتخاذ مجموعة من الإجراءات تجعل من حكمه في الدعوى مبنياً على أسس قانونية وواقعية بما يجعل من الحقيقة القضائية التي توصل إليها قريبة من الحقيقة الواقعية إن لم تكن مطابقة لها تماماً.

وقد نص المشرع الجزائري على هذه الإجراءات فيما يخص القاضي المدني في قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾، الباب الرابع تحت عنوان في وسائل الإ

(1) قانون رقم 09-08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ. الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008

ثبات والذي تضمن فصلين؛ فصل أول في إبلاغ الأدلة الكتابية، وفصل ثاني في إجراءات التحقيق، وتم تقسيم الفصل الثاني إلى أربعة عشر قسما:

القسم الأول: أحكام عامة.

القسم الثاني: في تنفيذ إجراءات التحقيق.

القسم الثالث: في تسوية إشكالات تنفيذ التحقيق.

القسم الرابع: في بطلان إجراءات التحقيق.

القسم الخامس: في حضور الخصوم واستجوابهم.

القسم السادس: في الإنابات القضائية الداخلية.

القسم السابع: في الإنابات القضائية الدولية.

الفرع الأول: في الإنابات القضائية الصادرة.

الفرع الثاني: في الإنابات القضائية الواردة.

الفرع الثالث: في تنفيذ الإنابات القضائية الدولية.

القسم الثامن: في الخبرة.

الفرع الأول: في تعيين الخبراء.

الفرع الثاني: في استبدال ورد الخبراء.

الفرع الثالث: في تنفيذ الخبرة.

الفرع الرابع: في تحديد أتعاب الخبراء.

الفرع الخامس: في الحكم المتعلق بالخبرة.

القسم التاسع: في المعاينات والانتقال إلى الأماكن.

القسم العاشر: في سماع الشهود.

الفرع الأول: في حالات عدم قبول الشهادة.

الفرع الثاني: في تخلف الشهود.

الفرع الثالث: في التجريح في الشاهد.

الفرع الرابع: في تلقي الشهادة.

القسم الحادي عشر: في مضاهاة الخطوط.

القسم الثاني عشر: في تزوير العقود العرفية.

القسم الثالث عشر: في الادعاء بتزوير العقود الرسمية.

الفرع الأول: في الادعاء الفرعي بالتزوير.

الفرع الثاني: في الادعاء الأصلي بالتزوير.

القسم الرابع عشر: في اليمن.

وقد تضمنت هذه الأحكام المواد من: المادة 70 إلى المادة 193، أي 123 مادة،

يتضمن قانون إجراءات المدنية والإدارية.

ولكن ما يعيننا في هذه الدراسة هو السلطة التي يتمتع بها القاضي المدني في إجراءات التحقيق تقييدا وإطلاقا، سواء من حيث الأمر بها أو من حيث تقدير الدليل الناتج عنه إذ سلكت التشريعات في ذلك مذاهب عدة، سواء بتقييد سلطة القاضي كأن تضع له طرق الحصول على الدليل أو التحقيق فيه على سبيل الحصر دونما أي سلطة تقديرية له، كما تبين له قوة كل دليل، وإما بإطلاق يده في البحث عن الحقيقة بأي وسيلة يراها مناسبة، وإعطاء الدليل المتحصل عليه القوة التي يقدرها، ولاشك في أن المذهبين السابقين فيهما تطرف إلى جهة معينة، ولذلك فقد سلكت بعض التشريعات مسلكا وسطا حاولت من خلاله الأخذ بمزايا المذهبين السابقين مع تحاشي ما فيهما من عيوب.

وانطلاقا من هذا فإن لمعرفة سلطات القاضي المدني في إجراءات التحقيق في الدعوى أهمية عملية وعلمية خاصة وأنه تقع على القاضي مهمة البحث عن الحلول لما يطرح عليه من قضايا في إطار القانون، فعليه بالإضافة إلى وجوب احترامه شروط الأمر بإجراء التحقيق عليه أيضا إعطاء الدليل المتحصل عليه من جراء التحقيق القيمة التي منحها له القانون.

فمعرفة القاضي للسلطات التي يتمتع بها أثناء إجراءات التحقيق في الدعوى تجعله على علم متى وأين يستعملها مما يجعل من دوره في الدعوى ذو طابع إيجابي دون أن يخل بمبدأ الحياد، لأنه لا يعني اتخاذه موقفا سلبيا بحيث يكتفي بتلقي ما يقدمه طرفي الدعوى من أدلة ولا يتأتى هذا إلا بحصر الدور المنوط به قانونا بغية إظهار طابعه الإيجابي، مع التركيز في ذلك على هذه السلطات على مستوى المحاكم دون إهمال خصوصيات التحقيق على مستوى المجالس القضائية. وقبل التعرض إلى تفصيل كل هذا وجب التعرّيج أولا على المبادئ العامة التي تحكم سلطة القاضي المدني في إجراءات التحقيق في الدعوى في التشريع و القضاء الجزائي، والمقارن.

المطلب الأول: المبادئ العامة التي تحكم سلطة القاضي المدني في إجراءات التحقيق في الدعوى: لقد خول المشرع مجموعة من السلطات للقاضي حين إجراءات التحقيق في الدعوى غير أن هاته السلطات ليست على إطلاقها وإنما مقيدة في بعض الحالات، تارة بنص القانون وتارة أخرى بمجموعة من المبادئ القانونية التي تنظم الهيكل القانوني لبلد ما، والتفصيل أكثر في هذا الأمر يحتم علينا التطرق إلى دور القاضي في الدعوى وذلك من خلال التطرق لمبدأ حياد القاضي، ومن خلال التطرق أيضا إلى الشروط الواجب على القاضي التأكد منها في الواقعة محل التحقيق إذ على القاضي وقبل مناقشة مدى إمكانية الأمر بإجراء التحقيق من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب الخصوم أن يناقش الواقعة من حيث أهمية إثباتها

بواسطة التحقيق فيها، ومدى تعارض ذلك مع أحد أهم مبادئ القضاء ألا وهو مبدأ الحياد.

الفرع الأول: مبدأ حياد القاضي:

يعتبر مبدأ حياد القاضي أهم مبدأ يحد من سلطات القاضي في الدعوى المدنية لفائدة الخصوم، والتطرق لهذا المبدأ في حقيقة الأمر متشعب يحتاج إلى الكثير من التفصيل، غير أن أهم النقاط التي يستلزم التطرق إليها هي التعريف به مع التطرق إلى أهم المبادئ المشتقة منه وهي: عدم قضاء القاضي بعلمه الشخصي ومبدأ مواجهة الدليل بوضده.

أولاً: التعريف بمبدأ حياد القاضي:

اختلف الفقه في تحديد المقصود بمبدأ الحياد كما اختلفت التشريعات في تحديد دور القاضي في الخصومة المدنية فكان قديماً ينظر إلى فكرة حياد القاضي نظرة سلبية مردها النزعة الفردية التي كانت سائدة عند صدور القانون الفرنسي - قبل التعديلات التشريعية الحديثة- حيث كانت تغلب الحرية الفردية التي كان معناها حماية المصالح الخاصة في مواجهة الصالح العام الاجتماعي فيتقيد القاضي بما يقدمه الخصوم من أدلة دون أي تدخل من جانبه⁽¹⁾، غير أنه مع تطور القانون الوضعي سواء في فرنسا أو في مصر، ومع بروز المذهب الاشتراكي حدث تغيير في المقصود من مبدأ حياد القاضي فلم يعد يقصد به أن يقف القاضي موقفاً سلبياً مع كلا الخصمين، وإنما يقف موقفاً وسطاً بين الإيجابية والسلبية⁽²⁾، وقد أكدت هذا الدور المذكرة الإيضاحية المصرية لقانون 25/1969 المتعلق بالإثبات حيث جاء فيها: "إن أهمية الإثبات تبدو أكثر وضوحاً في مجتمع اشتراكي لا يكفي بتقرير الحقوق بل يحرص على تأكيد تمتع أصحابها بثمراتها، ومن ثمة يكون من المتعين في ظل هذا المجتمع ألا تقف شكلية الدليل المهيأ أو إجراءات تقديم الأدلة للقضاء عائق يحول دون تمتع أصحاب الحقوق بثمراتها"⁽³⁾.

(1) فاطمة الزهراء تبوب، السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات المدني، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية مقدم بمعهد الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر، سنة 1996-1997، ص 14-15.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، الإثبات. آثار الالتزام، الطبعة الثالثة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 31.

(3) سليمان مرقص، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1991، ص 38.

غير أن هذا لا يعني أن التدخل الايجابي للقاضي معناه تحيزه في الحكم، وإنما يكون هذا التدخل دون أن يصل إلى درجة الانحياز إلى أحد الخصوم. وفهم مبدأ حياد القاضي بصورة أوضح من أجل تحديد سلطته في إجراءات التحقيق في الدعوى لا يتأتى إلا بالتطرق إلى الاعتبارات التي حددت موقف المشرع من مسألة الإثبات وهي اعتبارات تتأرجح بين موجبين: الاعتبار الأول وهو يرمي إلى تغليب جانب العدالة بتفضيل الحقيقة الواقعية على الحقيقة القضائية، فيطلق للقاضي الحرية في تقديرها والوصول إليها من أي طريق كان، أما الموجب الثاني فهو يغلب استقرار المعاملات، فيفرض على القاضي احترام بعض الأشكال و المظاهر المستقرة بين الناس فلا تثبت الحقيقة القضائية إلا عن طريق معين رسمه القانون وهذه الطريق قد تنطمس معالمها في بعض الأحيان مما يجعل الحقيقة القضائية بعيدة كل البعد عن الحقيقة الواقعية⁽¹⁾.

ثانيا- مذاهب الإثبات:

لقد اختلفت التشريعات في تحديد سلطة القاضي في الدعوى فيما يتعلق بالإثبات من خلال اعتمادها على مذهب من المذاهب الثلاث الآتية:

1/2 مذهب الإثبات المطلق (الحر) *systeme de la preuve morale*

oulibre: وفق هذا المذهب فإن للقاضي مطلق السلطة وكامل الحرية من أجل إجراء أي تحقيق في الوقائع التي يعرضها عليه الخصوم، واستنباط النتائج التي يهتدي إليها، كما له استعمال الحيل مع الخصوم لانتزاع الإقرارات والحجج، وله أن يقضي بعلمه الشخصي الذي تحصل عليه خارج الجلسة، كما يستعمل معرفته في الخصوم من صدق ونزاهة وأمانة أو العكس، ومن نتائج هذا المذهب أن الحقيقة القضائية قريبة أو مطابقة للحقيقة الواقعية، وللقاضي استكمال ما نقص من الأدلة كما له السلطة التامة في اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق من تلقاء نفسه ودون طلب من أحد الخصوم⁽²⁾.

وقد أخذت بهذا المذهب معظم الشرائع القديمة، ولا يزال معمولاً به في الوقت الحاضر في التشريعات الجرمانية والأنجلوساكسونية، كما يعتبر المبدأ الشاذ

(1) يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر 1981، ص 34-35.

(2) رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، "النظرية العامة في الإثبات"، الدار الجامعية 1993، ص 21.

- أوريدة حمادي، إجراءات التحقيق في المواد المدنية، مذكرة نهاية التبرص، مجلس قضاء سطيف المعهد الوطني للقضاء 1999-2001، ص 01.

- يحي بكوش، المرجع السابق، ص 37.

في بعض المذاهب الإسلامية وتحمس له ابن قيم الجوزية الذي قال: "إذا ظهرت أمرات العدل واستقر وجهه بأي طريق كان فثمة شرع الله".
ومن هذا الباب أيضا ما جاء عن النبي سليمان عليه السلام من أن امرأتين اختصمتا إليه في شأن ولد ادعته كل واحدة منهما، فقال أتوني بالسكين أشقه بينكما فسمحت الكبرى بذلك بينما قالت الصغرى لا تفعل يرحمك الله هو ابنها، ففضى به للصغرى⁽¹⁾.

وانتقد هذا المذهب على أساس أنه مؤسس على افتراض نزاهة القاضي مطلقا مع أنه مجرد بشر معرض لإغراءات النفس وتقلباتها وهو غير معصوم، كما أن هذا المذهب يعرض المتقاضين إلى مفاجأة غير سارة وسلبهم الاطمئنان إلى القضاء ، والتناقض في الأحكام مما ينتج معه عدم توفر الثقة والاستقرار في التعامل.

2 / 2 مذهب الإثبات المقيد *systeme de la preuve légale*: وفيه يقتصر دور القاضي على مجرد تلقي الإثباتات التي يقدمها الخصوم وتقديرها طبقا للقانون، إذ له دور سلبي وأي دور ايجابي له يفسر على أنه خرق لمبدأ حياد القاضي وانحياز لأحد الخصوم على حساب الخصم الآخر، وكان الغرض من ظهور هذا المذهب تفادي عيوب مذهب الإثبات الحر وذلك بالحد من سلطة القاضي في الدعوى من خلال ثلاثة جوانب هي:

1- حصر وسائل الإثبات وتحديد قيمة كل منها..
2- أن القاضي لا يملك أن يجعل لأي نوع من أنواع الأدلة قيمة أكثر أو أقل مما حدده القانون.

3- أن القاضي ملزم بعدم القضاء بعلمه الشخصي.
فيقتصر دور القاضي إذن في هذا المذهب على سماع الخصوم والتصريح بما يرتبه القانون على ما يقدمونه من الأدلة والبراهين، وهذا المذهب هو الغالب في الفقه الإسلامي عموما فنصاب الشهادة مثلا محدد وبتوافره يجب على القاضي أن يأخذ بها وليست له حرية في التقدير، ويتفاوت نصاب الشهادة ونوعيتها من واقعة إلى أخرى في حدود مقدرة تقديرا يكاد يكون حسابيا⁽²⁾.

غير أن هذا المذهب انتقد على أساس أنه يجعل القاضي ذو وظيفة آلية، كما أنه يباعد بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية.

2 / 3 مذهب الإثبات المختلط *systeme mixite transactionnel*: وللقاضي فيه دور وسط، إذ يمنحه القانون جانب من الحرية في تحريك إجراءات التحقيق في الوقائع المدعى بها، غير أن هذا التدخل لا يكون إلا في حدود معينة فلم يترك

(1) يحي بكوش، المرجع السابق، ص 36-37-38.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 29.

القانون للقاضي المبادرة الكاملة ولم يجعل للخصوم سلطان مطلق على سير الدعوى، ويتميز هذا المذهب بأنه يجمع بين استقرار المعاملات بما يحتوي عليه من قيود وبين اقتراب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية بما يفسح للقاضي قسطاً من حرية التقدير⁽¹⁾.

موقف التشريعات الحديثة: لقد أخذت أغلب التشريعات الحديثة وبالأخص التشريع الفرنسي والمصري بالمذهب المختلط، وتبعهما في ذلك أغلبية تشريعات الدول العربية، ومنها التشريع الجزائري⁽²⁾.

على أن الأخذ بالمذهب المختلط لا يعني أن سلطة القاضي هي نفسها حين نظره في الدعوى الجنائية ونظره في الدعوى المدنية، إذ أن التشريعات التي أخذت بهذا المذهب تقوم في المسائل الجنائية على حرية القاضي في تكوين اقتناعه من أي دليل يقدم إليه، ويقوم في المسائل المدنية على التقييد، فيحدد طرق الإثبات ويعين قيمة البعض منها، ويترك بعضها الآخر لتقدير القاضي⁽³⁾، ويقترب الإثبات في المعاملات التجارية من الإثبات في المسائل الجنائية إذ تنص مختلف التشريعات على حرية الإثبات ومن بينها القانون التجاري الجزائري في المادة 30 منه.

فعلى القاضي إذن أن يحترم حدود سلطته في الإثبات طبقاً لما خوله القانون. مع الإشارة إلى أن القواعد الإجرائية المتعلقة بالإثبات ومن ثمة بإجراءات التحقيق غالباً ما تكون من النظام العام، فيلتزم بها الخصوم والقضاة على حد سواء، فلا يستطيع الخصوم فرض إجراءات على القاضي لم ينص عليها القانون، ولا يملك هذا الأخير تطبيق إجراءات غير مقررة في القانون، وأما قواعد الإثبات الموضوعية فإن الرأي الراجح يقسمها إلى قواعد متعلقة بسلطة القاضي في الإثبات⁽⁴⁾، وقواعد متعلقة بالضمانات الأساسية لحق الدفاع كما هو الشأن في قاعدة المجابهة بالدليل، وقواعد تتضمن قيوداً على حرية الإثبات فكلها تتعلق بالنظام العام لا يجوز مخالفتها، وأما قواعد الإثبات الموضوعية غير المتعلقة بالنظام العام فتضم القواعد التي تتضمن قيوداً على حرية الإثبات ولا تقرر ضمانات أساسية لحق الدفاع، كما لا

- (1) ملزي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 04.
- (2) محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ص 13.
- (3) محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، طبعة 1991، ص 11.
- (4) مثل سلطة توجية اليمين المتممة في حالات معينة، فمثل هذه القواعد لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، للتفصيل أكثر أنظر رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 44-45-46.

تتصل بسلطة القاضي في الإثبات مثل عبء الإثبات، وتلك التي تجيز الإثبات بشهادة الشهود في التصرفات المدنية التي لا تزيد عن مبلغ معين، ولهذا يجوز الا تفاق على مخالفة هذه القواعد مقدما ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها، كما لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام المحكمة العليا.

ونصت المادة 77 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يمكن للقاضي، ولسبب مشروع وقبل مباشرة الدعوى، أن يأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق، بناء على طلب كل ذي مصلحة، قصد إقامة الدليل والاحتفاظ به لإثبات الوقائع التي قد تحدد مال النزاع.

يأمر القاضي بالإجراء المطلوب بأمر على عريضة أو عن طريق الاستعجال". وعليه يثور التساؤل حول مدى تعارض نص هذه المادة مع المبادئ المقررة في المذهب المختلط للإثبات، إذ يتضح من نص هذه المادة أن للقاضي الحرية المطلقة في اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق دون التفرقة بين إجراء وآخر، وإطلاق هذا النص يجعل من الصعب القول بأن المشرع الجزائي أخذ بالمذهب المختلط، وورد في هذا الشرح أن عدة قرارات من المحكمة العليا تؤكد بأن للقاضي سلطة تقديرية في طلب تقديم أي وثيقة من أي خصم مادامت هذه الوثيقة ذات صلة بالنزاع ومادام الطلب قبل إقفال باب المرافعة⁽¹⁾، غير أنه حسب قرار آخر للمحكمة العليا، فإن المادة 77 ق.إ.م، إلا تخص سوى الإجراءات المتعلقة بالموضوع دون الشكل، فيستشف من هذا القرار أن القاضي لا يمكنه الأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق في مسألة تتعلق بشكل الدعوى، إذ جاء فيه: "...ومن الثابت -في قضية الحال- أن قضاة المجلس قد أخطأوا عندما اعتبروا أن الصفة مسألة تتعلق بالشكل في حين أنها تشكل في حد ذاتها مسألة تتعلق بالموضوع، إذ يجب على الجهات القضائية معاينة ثبوتها أو دحضها باللجوء إلى إجراءات تحقيق مناسبة..."⁽²⁾.

ثانيا: المبادئ المتفرعة عن مبدأ حياد القاضي:

تتجلى أهمية مبدأ حياد القاضي أكثر من خلال عدة مبادئ متفرعة عنه، ولعل أهمها هو عدم جواز القضاء بعلمه الشخصي، واحترام الحق في الإثبات ومواجهة

(1) قرار صادر عن المحكمة العليا، رقم 36392، مؤرخ في 13/07/1985 المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الرابع، ص 149.

- قرار صادر عن المحكمة العليا، رقم 53882، المؤرخ في 05/03/1989 المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الثالث، ص 112.

(2) رقم 150865 مؤرخ في 25/02/1998، منشور بالمجلة القضائية لسنة 1998، العدد الأول، ص 74.

الدليل بضده، فإن أخل القاضي بأحد هاته المبادئ فإنه يكون لا محالة قد أخل بحياده.

1- عدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي: يقصد بعلم القاضي علمه بوقائع الدعوى وأسباب ثبوتها، فهل يستطيع القضاء بما يصل إلى علمه الشخصي من معلومات من غير طريق الخصوم وخارج نطاق الأدلة التي يقررها القانون. استقرت أغلب التشريعات الحديثة على عدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي، واستقر القضاء الفرنسي على أنه لا يحق للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار إلا الأدلة التي أقرها القانون⁽¹⁾، والتي يقدمها الخصوم طبقاً لقواعد الإجراءات فيمنع عليه الاستناد إلى المعلومات التي وصلت إلى علمه بواسطة الرسائل التي يبعثها إليه الخصوم، إما إليه مباشرة وإما عن طريق شخص آخر، ويستند هذا المبدأ على قاعدة وجوب احترام حقوق الدفاع التي تستلزم ألا يأخذ القاضي إلا بالوقائع التي أظهرها الخصوم في جلسة الحكم، وإلا أصبح في هذه الحالة علم القاضي عبارة عن دليل في القضية ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل فإن الأمر يقتضي أن ينزل القاضي منزلة الخصوم فيكون خصماً وحكماً وهذا لا يجوز⁽²⁾، غير أن هذا المبدأ لا يمنعه من أن يستعين في قضائه بما هو متعارف بين الناس لأنه ليس علماً خاصاً به دون غيره، كمثل بعض المعلومات الفنية الثابتة أو بعض المعلومات الجغرافية والعلمية.

وعليه فليس للقاضي وإن كان ذا اختصاص في مجال الطب مثلاً، أن يستعين بخبرته الطبية بلعليه أن يعين خبيراً للقيام بالخبرة اللازمة والتي تكون محلاً للنقاش من طرف الخصوم.

2- الحق في الإثبات ومواجهة الدليل بضده:

كل شخص يدعي بواقعة توافرت فيها الشروط اللازمة قانوناً يكون له الحق في إثباتها، فإذا لم يمكنه القاضي من ذلك، كان إهداراً لحقه في الإثبات وإخلالاً بحقه في الدفاع يجعل الحكم مشوباً بالبطلان ومحل نقض، ويخول هذا الحق للخصم إثبات الواقعة بالطرق التي حددها القانون، فإن كان القانون قد خول للشخص حق طلب إجراء تحقيق فيما ادعاه فليس للقاضي أن يرفض هذا الطلب دون أساس قانوني على هذا الأساس يمكن للشخص طلب سماع شهود أو إجراء خبرة من شأنها إحداث الأثر القانوني الذي يجعل من الوقائع المدعى بها ثابتة في نظر القانون ومن ثمة في نظر القاضي، وفي القانون المصري له توجيه ما يراه من أسئلة للخصم من أجل الحصول على إقراره بالواقعة المسببة للأثر القانوني

(1) أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية 1983، ص 31.

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 74 وهامش ص 74.

المتنازع عليه، إذ تنص المادة 105 من قانون الإثبات المصري: "للمحكمة أن تستجوب من يكون حاضرا من الخصوم ولكل منهم أن يطلب استجواب خصمه الحاضر"، كما يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم يقابله حق الخصم الآخر في ردها طبقا لما يتطلبه القانون⁽¹⁾.

وحق الخصم في الإثبات يقابله حق الخصم الآخر في إثبات العكس، فله أن يطعن في صحة الورقة بالتزوير إذا كان ما قدمه المدعي لإثبات ادعائه ورقة رسمية، كما له أن ينكر الخط أو الإمضاء وأن يطعن في الورقة العرفية بالتزوير، وله أن يبين عكس ما هو ثابت بها بكتابة أخرى مثلها وفقا لما يقرره القانون وحق الخصم في إثبات العكس أو النفي يصدق أيضا بالنسبة للإقرار واليمين، وقد نصت مختلف القوانين الحديثة على حق المجابهة بالأدلة مثلما هو واضح في المواد 94-110 من قانون الإثبات المصري والمواد 226-273 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني⁽²⁾.

ويترتب على هذه الوجاهية بالأدلة، أنه لا يجوز للشخص أن يصطنع لنفسه دليلا و لا أن يلزم بتقديم دليل ضد نفسه⁽³⁾.

1/2 عدم جواز أن يصطنع لنفسه دليلا: وإلا ضاعت الحقيقة ما بين نزوات الناس وذلك لأن الأصل في الدليل الذي يتمسك به ضد أحد الخصوم أن يكون صادرا منه فالورقة المكتوبة لكي تكون حجة على الخصم يجب أن تكون بخطة أو يامضائه، وبناء عليه فإنه لا يجوز للقاضي أن يأمر بإجراء التحقيق من أجل تأكيد دليل اصطنعه الشخص لنفسه فمثلا لو ادعى شخص أنه يملك دليلا في ورقة حررها بنفسه فيما احتج المدعى عليه بأن هذا المحرر لم يحرره المدعي فإنه ليس للقاضي أن يأمر بإجراء خبرة من أجل التأكد إذا كان المحرر فعلا من صنع المدعي أم لا، لأنه أيا كانت النتيجة المتوصل إليها فإن ذلك لا يفيد في الدعوى شيئا، مع الملاحة أن المشرع قد نص في بعض الحالات على جواز تمسك الشخص بدليل صادر منه، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 330 من القانون المدني من أن دفاتر التجار عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قاموا بها يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة لأحد الطرفين فيما يجوز إثباته بالبينة، ومعنى ذلك أن بإمكان التاجر أن يستفيد من دليل في الإثبات من صنعه، فإذا قرر القاضي توجيه اليمين المتممة إليه فأنكر المدعي عليه صلة المدعي بتلك الدفاتر فللقاضي سلطة الأمر بإجراء

(1) أنظر: رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 31.

(2) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 77 إلى 85.

(3) محمد زهدور، المرجع السابق، ص 20.

تحقيق من أجل إثبات تلك الصلة⁽¹⁾.

2 / 2 لا يجوز إلزام الشخص بتقديم دليل ضد نفسه: لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه مهما كان هذا الدليل قاطعا في الدعوى، غير أن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها قد يؤدي في الكثير من الأحيان إلى إهدار الحقوق لعدم استطاعة أصحابها تقديم الدليل الذي يكون بحوزة الخصم الآخر، ولذلك نص القانون على مجموعة من الاستثناءات كما هو الحال في القضاء الإداري، وأيضا ما تنص عليه المادة 16 من القانون التجاري من أنه يجوز للقاضي أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بتقديم الدفاتر التجارية أثناء قيام نزاع وذلك بغرض استخلاص ما يتعلق منها بالنزاع، وهناك بعض التشريعات تجيز إجبار الخصم على عرض الدليل ولو كان ضده وذلك عن طريق دعوى مستقلة تسمى بدعوى العرض أو دعوى الكشف وأخذ بها القانون الألماني والسويسري، كما أخذ بها القضاء الفرنسي دون وجود نص في القانون⁽²⁾.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توفرها في الواقعة محل التحقيق:

لا يمكن للقاضي أعمال سلطته في إجراءات التحقيق سواء كانت مقيدة أو مطلقة، إلا بعد توافر مجموعة من الشروط في الواقعة محل المطالبة بإثباتها، وهي أن تكون الواقعة محل النزاع متعلقة بالدعوى منتجة فيها وجائز إثباتها، وإدراك هذه الشروط له أهمية بالغة إذ أن الكثير من القضاة لا ينتبهون إليها وينساقون وراء ادعاءات ومطالب الأطراف دون النظر إلى ما إذا كان الأمر بـ التحقيق في تلك الوقائع منتج في الدعوى طبقا للقانون أم لا، وهكذا نجد قضايا تجاوزت العقد من يوم رفعها إلا أن النتيجة المتوصل إليها بعد الاستئناف والطعن بـ النقض وإجراء خبرة مضادة... الخ، أن مسار الفصل فيها خاطئ وغير قانوني بـ التركيز على إثبات وقائع غير متعلقة بالدعوى أو غير منتجة فيها.

أولا: أن تكون الواقعة محل نزاع ومتعلقة بالدعوى: يجب على القاضي أولا أن يتأكد من أن الواقعة التي يريد أن تكون محلا للتحقيق محل نزاع ومتعلقة بـ الدعوى، وذلك من أجل تفادي التحقيق في وقائع محل إقرار من الخصم باعتباره

(1) أوريدة حمادي، المرجع السابق، ص 03.

ملزي عبد الرحمان، طرق الإثبات في المواد المدنية، محاضرات أقيمت على الطلبة القضاة السنة الأولى قضاء، بالمدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشر سنة 2005، غير منشورة، ص 04.

(2) محمد مجدي هرجة، قانون الإثبات، الجزء الأول والثاني، دار المطبوعات الجامعية 1994، ص 21.

ملزي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 04.

محمد زهدور، المرجع السابق، ص 20-21.

يعفي الخصم الآخر من الإثبات، ولتفادي أيضا التحقيق في وقائع غير متعلقة بـ الدعوى.

1/1: أن تكون الواقعة محل نزاع:

يجب أن تكون الواقعة المراد إجراء التحقيق فيها متنازعا عليها كقاعدة عامة، فالواقعة المسلم بها لا فائدة من التحقيق فيها إذ الاعتراف بها بمثابة إقرار والإقرار يعفي من الإثبات، ولكي تكون الواقعة متعلقة بالدعوى يجب أولا أن يكون متنازعا فيها لأن الهدف من إجراءات التحقيق هو الفصل في وقائع متنازع فيها⁽¹⁾، وعليه فإن الواقعة غير المتنازع عليها لا جدوى من التحقيق فيها كقاعدة عامة فادعاء خصم بواقعة معينة ولتكن وجود علاقة دائنية مثلا فإن إقرار الخصم الآخر بوجود هذه العلاقة ومنازعته في مقدار الدين فقط، فإنه في هذه الحالة لا يجوز للقاضي أن يأمر بإجراء من إجراءات التحقيق يكون الهدف منه إثبات وجود علاقة الدائنية، وإنما له إجراء تحقيق فيما يخص مقدار الدين على اعتبار أنها واقعة متنازع فيها، وإذا كان إقرار الخصم بالواقعة مركبا لا يجوز تجزئته فمن حق الخصم الآخر أن يطلب من القاضي إثبات الواقعة عن طريق إجراءات التحقيق وللقاضي سلطة تقديرية في ذلك، فله أن يأمر بها إذا تبين له من ظاهر الحال عدم صحة ذلك الإقرار.

والواقعة محل النزاع بدهاة يجب أن تكون محددة غير مجهولة حتى يتأكد القاضي من أن النزاع واقع على نفس الواقعة، بحيث لا يقبل الإدعاء بإثبات دين معين مثلا بغير بيان مصدره الذي يستند إليه وتقدير ذلك يدخل في إطار السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة عليه من المحكمة العليا متى كان تسببه سائغا.

2/1: أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى:

يقصد بكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى أن تكون متصلة بالحق المدعى به اتصالا وثيقا فإذا كانت منقطعة الصلة بموضوع الدعوى فلا فائدة من إثباتها.

وتظهر أهمية هذا الشرط في الإثبات المباشر حين ينصب على الواقعة مصدر الحق كأن يثبت المؤجر عقد الإيجار لكي يطالب بالأجرة، غير أن هذا الإثبات المباشر كثيرا ما يكون متعذرا لذلك خول القانون والقضاء للمدعي في كثير من الحالات اللجوء إلى الإثبات غير المباشر، فينصب الإثبات على واقعة أو تصرف قانوني

(1) محمد يحي مطر، مسائل الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، الدار الجامعية بيروت، ص

ليس مصدرا لذلك الحق وإنما من شأن إثباتها توفير دلائل يستنتج منها القاضي وجود الواقعة الأصلية أو يجعلها قريبة الاحتمال، وللقاضي سلطة تقدير ما إذا كان إثبات الواقعة يساعد على الفصل في النزاع أم لا (1).

ففي هذه الحالة الأخيرة يتعين أن تكون الواقعة المراد إثباتها متصلة بالحق المدعى به بصورة أو بأخرى، وتقدير هذا الاتصال منوط بالقاضي باعتباره من المسائل الموضوعية، وللمحكمة العليا أن تراقب قاضي الموضوع في هذا المجال عن طريق التسبيب، فإذا رفض القاضي أن يجيب طلب أحد الخصوم بإثبات واقعة يراها متصلة بالدعوى عن طريق إجراء تحقيق فعليه أن يبين في حكمه الأسباب التي دعت به إلى ذلك (2).

أمثلة: إذا رفع شخص دعوى يطالب بدين فللخصم الآخر أن يثبت دفع هذا الدين أو المقاصة فيه فهاتين الواقعتين متعلقتين بموضوع الدعوى وبالتالي له أن يطلب إجراء تحقيق عن طريق سماع الشهود، أو الإطلاع على وثائق معينة تثبت ذلك، إلا أنه ليس له أن يثبت بأنه دفع الدين لشخص آخر لأن هاته الواقعة غير متعلقة بموضوع الدعوى، إلا إذا كان هذا الشخص الآخر عبارة عن وسيط مهمته إيصال مبلغ الدين إلى المدعي.

وفي القانون المقارن فإن هذا الشرط نصت عليه المادة 02 من قانون الإثبات المصري: "يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى". والمادة 132 أصول المحاكمات المدنية اللبنانية: "يجب أن يكون ما يراد إثباته مجديا في النزاع"، وكلمة مجدي المقصود منها أن تكون الواقعة متعلقة بالنزاع منتجة فيه. **ثانيا: أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى وجائزة الإثبات:** من المقرر قانونا أنه لا يجوز الأمر بإجراء تحقيق في الدعوى ما لم تكن الواقعة منتجة في الدعوى وجائزة الإثبات قانونا، وقد يتصور لأول وهلة أن شرط أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى مستغرق بشرط كونها متعلقة بالدعوى، غير أن هذا لا يصدق في كل الحالات مثلما سنبينه.

1/2: أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى:

أي أنها تدخل في تكوين اقتناع القاضي ومن شأن إثباتها التأثير في الحكم الذي سيصدره (3)، ولا يشترط أن يكون إثباتها حاسما للفصل في الدعوى، بل يكفي أن تساهم في تكوين اقتناع القاضي، وإنما يشترط أن يكون هناك نص قانوني - كأصل عام- يجعل الواقعة في حالة ثبوتها أساسا لحق من الحقوق فإدعاء شخص

(1) أحمد نشأة، رسالة الإثبات، ج1، ط7، ص33.

(2) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص70.

(3) محمد يحي مطر، المرجع السابق، ص75.

اكتساب ملكية عقار بالتقادم ويطلب إجراء تحقيق من أجل إثبات حيازته لذلك العقار لمدة 07 سنوات مثلا، فهذه الواقعة وإن كانت متعلقة بالدعوى إلا أنها غير منتجة فيها لأن مدة الحيازة المراد إثباتها أقل من المدة اللازمة لكسب ملكية العقار بالتقادم⁽¹⁾، مع الملاحظة أنه ليس من الضروري إرشاد القاضي إلى النص لأنه مفروض فيه علمه به⁽²⁾، كما أنه تجدر الإشارة حسب نص المادة الأولى من القانون المدني فإن للواقعة أثر قانوني حتى وإن لم يوجد نص قانوني بذلك إذا كان هذا الأثر متضمنا في مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن لم يوجد النزاع فبمقتضى العرف أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، هذا فيما يخص النزاع ذو الطابع المدني، أما إذا كان ذو طابع تجاري فإن الواقعة تعتبر منتجة في الدعوى إذا كان الأثر القانوني متضمنا بنص القانون، أو بمقتضى العرف طبقا لنص المادة الأولى مكرر من القانون التجاري.

وشرط كون الواقعة منتجة في الدعوى يتصل بشرط تعلق الواقعة بالدعوى، فكل واقعة منتجة في الدعوى تكون لا محالة متعلقة بها والعكس غير صحيح، إذ أنه ليست كل واقعة متعلقة بالدعوى بالضرورة منتجة فيها، ولذلك ذهب الفقه الراجح إلى وجوب الفصل ما بين شرطي التعلق والإنتاج فيقوم القاضي حين عرض الواقعة عليه أولا بفحص مدى تعلقها بالدعوى فإن وصل إلى نتيجة تؤكد هذا التعلق فإنه يقبلها ثم ينتقل إلى فحص مدى إنتاجها في الدعوى، وهذا الشرط الأخير في الحقيقة لا يظهر غالبا إلا بعد المضي في إجراءات التحقيق، وعليه فإن القاضي غالبا ما يتجاوز عن مسألة البحث في الواقعة، هل هي منتجة في الدعوى أم لا؟ إذ ليس من المؤكد أن يحصل المدعي على ما يرمى إليه من إثبات الحالة أو سماع الشهادة مثلا، ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية في اعتبار الواقعة منتجة في الدعوى أم لا، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في ذلك، كما ليس للخصوم الاتفاق على اعتبار الواقعة منتجة في الدعوى وكل اتفاق على خلاف ذلك لا يلزم القاضي في شيء، وتجدر الإشارة إلى أن القاضي المكلف بقضايا الاستعجال له وضع خاص مستمد من خصوصيات القضاء الاستعجالي نفسه فشرط أن تكون الواقعة المراد إثباتها منتجة في الدعوى غير مطلوب في القضاء الاستعجالي باعتباره قضاءا وقتيا لا يمس بأصل الحق، وانطلاقا من هذه الخصوصية فإن القاضي المكلف بقضايا الاستعجال لا يمكنه الأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق يكون من شأنه المساس بأصل الحق. كما أنه في حالة التماس إعادة النظر فإن التحقيق يجب أن يتوقف على النقطة المثارة فقط.

(1) المادة 827 من القانون المدني.

(2) محمد مجدي هرجة، المرجع السابق، ص 149.

2/2: أن تكون الواقعة جائزة لإثبات قانونا:

والمقصود بهذا الشرط حسب بعض الفقه هو أن لا تكون الواقعة مستحيلة إلا ثبات عقلا أو قانونا ويكون ذلك في الحالات التالية:

1- إذا كانت الواقعة مستحيلة للإثبات بالنظر إلى طبيعتها وبحسب المتصور عقلا، مثل إثبات رابطة البنوة بين شخصين ذوي سن متقاربة فمثل هذه الواقعة يرفض القضاء طلب إثباتها لما تتضمنه إباحة الإثبات مع استحالتها عقلا من إضاعة وقت القضاء، ومن ثم لا يمكن التصور إطلاقا أن يلجأ القاضي إلى إجراء خبرة في هذه الحالة، ويأمر بإجراء فحص الحمض النووي a.d.n بناء على نص المادة 02 /40 من قانون الأسرة، ولكن ليس هناك ما يمنع من إثبات أمور قد تكون من خوارق العادات إذا كان من المحتمل حدوثها، والعبرة بظروف الحال والمكان والزمان.

2- إذا منع القانون إثبات واقعة ما، ويكون ذلك بسبب يتعلق بالنظام العام والآداب العامة كإثبات عقد بيع المخدرات، أو منافاتها لقرينة قانونية قاطعة مثل إثبات واقعة تتعارض مع حجية الشيء المقضي فيه مع الملاحظة في هذه النقطة أن القانون الجزائري نص في المادة 338 ق.م، على أن هاته القرينة ليست من النظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تأخذ بها تلقائيا وهذا عكس ما هو موجود في القانون المصري منذ تعديل قانون الإثبات سنة 1968 وكذلك لا يجوز إثبات عكس ما هو ثابت مثلما تنص المادة 1/342 ق.م، بأن الإقرار حجة قاطعة على المقر فلا يمكن اللجوء إلى إجراء من إجراءات التحقيق من أجل إثبات عكسه.

3- قد يحدد المشرع طريق إثبات الواقعة القانونية فعلى القاضي أن يتقيد به، فلا يمكنه الحكم في الواقعة المتنازع عليها إلا بمقتضى الدليل الذي أباحه القانون واستفاء الإجراءات المبينة فيه، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 333 ق.م، الجزائري على وجوب إثبات الدين المدني الذي يتجاوز 100 ألف دينار بالكتابة، فلا يمكن للقاضي اللجوء إلى التحقيق عن طريق سماع الشهود من أجل إثبات دين يفوق هذه القيمة، كما يظهر ذلك جليا أيضا من خلال قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية في 15 جوان 1999، الذي نقض قرار المجلس القضائي القاضي بتعيين خبير طبي قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب، لأن المادة 40 من قانون الأسرة قبل تعديلها في 2004 حصرت طرق إثبات النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة، وبكل نكاح تم فسخه قبل الدخول.

مع الملاحظة أن كون الواقعة مما يجوز إثباتها قانونا من عدمه هي مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا، وهذا بخلاف كون الواقعة متعلقة بالدعوى أو منتجة فيها فهي مسألة موضوعية.

المطلب الثاني: مظاهر سلطة القاضي المدني في إجراءات التحقيق في الدعوى:
ونتطرق إلى سلطة القاضي في الأمر بإجراء التحقيق من عدمه، ومدى توقف هذه السلطة على شرط أم أنها تلقائية، كما يجب أن نتطرق إلى مدى إمكانية التراجع عن الأمر بإجراء التحقيق بعد اتخاذه، ومدى التزامه بالدليل الذي ينتج عن إجراء التحقيق.

الفرع الأول: سلطة القاضي المدني في الأمر بإجراء التحقيق في الدعوى:
إن التساؤل الذي يطرح بعد أن يتأكد القاضي من توافر جميع المبادئ العامة التي تضبط سلطته من كون أن الواقعة متعلقة بالدعوى متنازع فيها، منتجة وجائز إثباتها، وأن الإجراء الذي قد يتخذ للتحقيق لا يخرق أي مبدأ من مبادئ حياد القاضي ومختلف الضوابط الأخرى، هل له أن يأمر من تلقاء نفسه باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق وهل له سلطة عدم الأمر بذلك في مطلق الأحوال؟

أولاً: سلطة القاضي المدني في الأمر بإجراء الخبرة، مضاهاة الخطوط، ودعوى التزوير الفرعية: إن أول شيء على القاضي التحقق منه هو مدى سلطته في الأمر بإجراء التحقيق من عدمه، ومختلف الإجراءات التي يجب مراعاتها، إذ أن هذه السلطة تختلف من إجراء لآخر.

أ: الخبرة:

نصت المادة 126 من ق.إ.م.إ.⁽¹⁾: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين الخبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة" يتضح من خلال هذه المادة صراحة أن للقاضي سلطة في الأمر بإجراء خبرة من تلقاء نفسه أي أنه يملك سلطة تقديرية واسعة في هذا الأمر، كما يتضح أنه غير ملزم بإجراء تحقيق عن طريق الخبرة في حالة طلب أحد الخصوم، بمعنى أنه يملك سلطة تقديرية في تعيين الخبير من عدمه في حالة طلب الخصوم.

أ/1: الحالات التي نص عليها القانون: نص القانون على عدة حالات من بينها:
- إذا طلب أحد الأطراف إجرائها، طبقاً لنص المادة 126 المذكورة أعلاه فإنه يجوز لمقاضي أن يأمر بها، إلا إذا تبين له أن ما ورد في ملف الدعوى من أوراق وإثباتات تـ كفي لتكوين اقتناعه للفصل فيها بكل دقة وموضوعية، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 02-01/136 من قانون الإثبات المصري.

- ما نصت عليه المادة 358 من القانون المدني والمتعلقة ببيع العقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع، وانطلاقاً من أن تقييم العقار مسألة فنية تحتاج إلى خبرة أهل الاختصاص فإن

(1) قانون رقم 09-08 مؤرخ في 2008/02/25.

القاضي ملزم لتقدير ما إذا كان النقص يزيد عن الخمس أن يقوم بتعيين خبير لذلك.

- ما نصت عليه المادة 194 ق التجاري، إذ تنص في فقرتها الثانية على: "غير أنه إذا طالب المستأجر بتعويض الإخلاء، جاز للطرف الذي يهيمه التعجيل أن يتم دعواه أمام رئيس المحكمة الناظرة في القضايا المستعجلة ليأمر بإجراءات الخبرة اللازمة وذلك قبل انتهاء الأجل المنصوص عليه في الفقرة السابقة".

فهذه المادة تتعلق بتعويض الإخلاء، إذ ترفع الدعوى أمام القاضي المكلف بالقضايا الاستعجالية الذي عليه التأكد من وجود دعوى سابقة مرفوعة في الموضوع وأن المستأجر يطالب بتعويض الإخلاء، مع الملاحظة أن هذه المادة توجب إيداع تقرير الخبرة في خلال شهرين لدى أمانة الضبط.

- ما نصت عليه المادتان 193-195 من القانون التجاري المتعلقين بتحديد قيمة بدل الإيجار، وإن كانت المادة 195 تنص على أنه يجوز لرئيس المحكمة أن يكلف الخبراء بالبحث عن كل عناصر التقدير التي من شأنها أن تحدد بإنصاف شروط الإيجار الجديد... "غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 190 من القانون التجاري نجدها تنص على: "يجب أن يطابق مبلغ بدل الإيجار الذي يراد تجديده أو إعادة النظر فيه، القيمة الإيجارية العادية.

ويمكن تحديد هذه القيمة، على الخصوص على أساس ما يلي:

- المساحة الكاملة الحقيقية المخصصة لاستقبال الجمهور أو للاستغلال مع الأخذ بعين الاعتبار من جهة قدم وتجهيز المحلات الموضوعة تحت تصرف المستغل من طرف المالك، ومن جهة أخرى، طبيعة وتخصيص هذه المحلات وملحقاتها ومرافقها، كما يجوز الأخذ بعين الاعتبار مساحة المطبات المفتوحة على الطريق بالنسبة لمساحة المحل الكاملة.

- المساحة الكاملة والحقيقية للمحلات الملحقة والمخصصة احتماليا لسكن المستغل أو تابعيه.

- العناصر التجارية أو الصناعية مع الأخذ بعين الاعتبار من جهة أهمية المدينة أو الحي أو الشارع أو المكان، ومن جهة أخرى، طبيعة الاستغلال والتسهيلات المتوفرة للقيام به، كما تؤخذ بعين الاعتبار التكاليف المفروضة على المستأجر".

فنص المادة على وجوب أن يكون بدل الإيجار مطابقا للقيمة الإيجارية العادية ونصها على مجموعة من الأسس لتحديدها، يجعل من هذا الأمر مسألة فنية بحتة تستلزم اللجوء إلى أهل الخبرة، وبالتالي ليس أمام القاضي إلا إجراء الخبرة، مع الإشارة إلى أن نص المادة 193 من القانون التجاري تلزم الخبير بإيداع تقريره خلال ثلاثة أشهر من تاريخ استلام العلم بتعيينه.

- ما نصت عليه المادة 724 من ق.م، وهي تتعلق باختلاف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوخ أن يرفع دعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة وتعين هذه الأخيرة لذلك خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وإعداد مشروع قسمته إن كان يقبل القسمة عيناً دون أن يلحقه نقص كبير من قيمته. وتنص الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه على: "وتعين المحكمة إن رأت وجهاً لذلك خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً...". فواضح من خلال استعمال عبارة - إن رأت وجهاً لذلك - أن للقاضي سلطة تقديرية في اللجوء إلى الخبير من عدمه، غير أن الواقع العملي يؤكد أن في مثل هذه الدعاوى يلجأ أغلب القضاة إلى إجراء الخبرة باعتبار أن الأمر يتعلق غالباً بمسألة فنية تخرج عن اختصاص القاضي.

أ/2: الحالات التي لا يمكن للقاضي الفصل فيها دون اللجوء إلى الخبرة: وهي تلك القضايا التي لم ينص فيها القانون صراحة على أن القاضي ملزم بتعيين خبير إلا أنه ورغم ذلك يجد القاضي نفسه مجبراً وملزماً على تعيين خبير بالنظر إلى أن الفصل في القضية يحتاج إلى تدخل ذوي الاختصاص في المسائل الفنية وهي حالات كثيرة من أمثلتها:

في قانون الأسرة: في حالة طلب أحد الزوجين فك الرابطة الزوجية لعيب في الزوج الآخر كحالة عقمه مثلاً، ففي هذه الحالة إذا ادعى أحد الزوجين عقم الزوج الآخر فإن القاضي للفصل في هاته المسألة مجبر على تعيين خبير طبي من أجل فحص الزوج المشكوك في عقمه حتى يكون فصله في هذا الطلب سليماً وموضوعياً، وأيضاً في حالة الحجر للسفه أو الجنون طبقاً للمادة 101 من قانون الأسرة، فإن القاضي ملزم بتعيين خبير من أجل التأكد من مدى توافر سبب الحجر من عدمه.

في قانون المرور: فإن طلب التعويض عن ضرر ناتج عن حوادث المرور لا يتأتى للقاضي الفصل فيه إلا بعد الاستعانة بأهل الخبرة من أجل تحديد مقدار العجز، أو الضرر الذي أصاب الضحية، وهذا ما جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا في 11 أوت 1983 والذي جاء فيه: "تقدير العجز المقدر من طرف الأطباء هي عملية فنية تخرج عن اختصاص القضاة ولا يمكن تفنيدها أو الإقلال من نسبة العجز المقدر إلا بواسطة طبيب آخر".

إن بصفة عامة كلما تعلق الأمر بمسائل فنية تخرج عن المجال المعرفي للقاضي فإنه يكون ملزماً بتعيين خبير مختص للقيام بوضع تقرير خبرة، ونفس الشيء عندما تكون الخبرة هي الوسيلة الوحيدة للإثبات، أو في حالة ما إذا كان دليل الإثبات المحتج به عبارة عن خبرة، فإنه في هذه الحالة لا يمكن دحض ما جاء

فيها إلا بواسطة خبير آخر.

- كما أن سلطة القاضي مقيدة عند أمره بتعيين خبير طبقاً للمادتين 128، 133 ق.إ. م بالأمر التالية:

1- عرض الأسباب بررت اللجوء إلى الخبرة، وعند الاقتضاء تبرير تعيين عدة خبراء.
2- ذكر اسم ولقب الخبير، اختصاصه وعنوانه بدقة، وإذا كان القاضي قد عين عدة خبراء فلا بد من ذكر هوية كل خبير على حدى.

3- يجب على القاضي أن يحدد النقاط التي تجري الخبرة فيها تحديداً دقيقاً، وفي هذه النقطة بالذات يجب عليه أن يحرص على عدم تنازله على أي سلطة من سلطاته إلى الخبير⁽¹⁾.

4- يجب على القاضي تحديد أجل إيداع الخبرة، وذلك لتفادي إهمال الخبراء بما يؤدي إلى تضييع حقوق المتقاضين، مع الإشارة إلى أن القانون قد حدد أحياناً المهلة التي يجب على الخبير إيداع تقريره فيها مثلما نصت عليه المادتين 03/194 و 03/195 من القانون التجاري.

5- يعين القاضي في الحكم المبلغ الذي يجب إيداعه لدى أمانة الضبط على ذمة المصروفات التي تستلزمها الخبرة، وكذلك الخصم الذي يجب عليه دفع وإيداع ذلك المبلغ.

وتظهر السلطة التقديرية للقاضي في الأمر بالخبرة بشكل أوضح من خلال ما يلي:

(1) وفي هذه الشأن وردت عدة قرارات للمحكمة العليا من بينها:

- قرار رقم 34653 مؤرخ في 20 نوفمبر 1985 جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن المهمة التي يكلف بها خبير تنتدبه جهة قضائية ما تنحصر في جمع المعلومات الفنية التي تساعد القاضي على حسم النزاع وتصور له القضية بصفة أعم وأشمل، وأنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتحول هذه المهمة إلى منح الخبير صلاحيات القاضي مثل سماع الشهود وإجراء تحقيق، ولما كان كذلك فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون".

- قرار رقم 97774 مؤرخ في 07 جويلية 1993، جاء فيه: "من المقرر قانوناً وقضاءاً أن يأمر القاضي بإجراء الخبرة وتعيين الخبير مع توضيح مهمته التي تكتسي طابعاً فنياً بحثاً مع مراعاة عدم التخلي عن صلاحية القاضي لفائدة الخبير، ولما ثبت من قضية الحال أن القرار المنتقد أمر الخبير بإجراء تحقيق مع سماع الشهود وتم الاعتماد على نتائج تقريره للفصل في موضوع الدعوى فإن ذلك يعد مخالفاً للقانون ومستوجباً للنقص والإبطال".

- قرار رقم 50558 مؤرخ في 02 أكتوبر 1988، جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للقضاة أن يفوضوا سلطتهم للخبير ومن المقرر أيضاً أن عمل الخبير يقتصر على جمع المعلومات الفنية يضعها أمام القضاة ليأخذوا بها أو يردوها بأسباب سائغة بما لهم من سلطة تقديرية، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقاً للقانون وانعداماً في التسبيب".

- للقاضي أن يقضي بنذب الخبير كلما رأى ضرورة إلى ذلك، وله في هذا الأمر سلطة تقديرية واسعة باستثناء ما نص عليه القانون والحالات التي سبق بيانها، وقد ورد في هذا الشأن عدة قرارات للمحكمة العليا، وهو نفس الشيء الذي ذهبت إليه محكمة النقض المصرية التي أكدت أن ندب الخبير في الدعوى من الرخص القانونية التي تستعملها محكمة الموضوع متى شاءت، فلا عليها إن لم تستجب لهذا الطلب طالما أنها قد وجدت في أوراق الدعوى وعناصرها ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل فيها بأسباب مقبولة للقاضي وحده تقدير لزوم أو عدم لزوم هذا الإجراء، ولا معقب عليه في ذلك متى كان رفضه لطلب تعيين الخبير قائماً على أسباب مبررة، أما إذا كان حكمه غير مسبب أو دون ذكر سبب معقول ودون أن يكون للمدعي وسيلة أخرى لإثبات ما يدعيه، يكون القاضي بهذا أخل بحقوق دفاع الخصم، وتمتد السلطة التقديرية للقاضي في مجال الخبرة إلى تعيين أي خبير من جدول الخبراء، كما له أن يعين أكثر من خبير واحد لمهمة واحدة، وهذا عكس ما هو موجود في القانون المصري⁽¹⁾ إذ لا يجوز للقاضي ندب خبيرين، وإنما له أن يندب خبيراً واحداً أو ثلاثة خبراء، وذلك لما تسفر عنه صعوبة الترجيح بين خبيرين في حالة اختلافهما، وفيما فيه من إجهاد للخصوم في حالة ما إذا كان عدد الخبراء أكثر من ثلاثة، غير أن المشرع المصري لم يرتب على مخالفة ذلك البطلان.

ب: مضاهاة الخطوط:

وهي مجموعة من الإجراءات التي وضعها القانون لإثبات صحة المحررات التي يحصل إنكارها وهي تختلف عن الإجراءات المتبعة فيما يخص الرسمية ذلك أن هاته الأخيرة تعتبر حجة بما تضمنته، ويستشف من خلال نص المواد 165، 166، 167، 169 منق.إ.م.إ، أنه يجوز للقاضي الأمر بإجراء مضاهاة الخطوط كلما رأى أن هذه الوسيلة منتجة في الدعوى⁽²⁾، إذ تنص الفقرة الأولى منها على: "إذا أنكر أحد الخصوم الخط أو التوقيع المنسوب إليه، أو صرح بعدم الاعتراف بخط

(1) المادة 135 من قانون الإثبات المصري.

(2) وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا رقم 99842 المؤرخ في 03 جوان 1992 جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه إذا أنكر أحد الخصوم الخط أو التوقيع المنسوب إليه في وثيقة يرى القاضي أنها وسيلة منتجة للفصل في النزاع يؤشر بإمضائه على الورقة المطعون فيها ويأمر بإجراء تحقيق الخطوط إما بمستندات أو بشهود، وإذا لزم الأمر فبواسطة خبير، ولما كان الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع عند مناقشتهم دفعوا الطاعن اكتفوا بسماع البائع واستبعدوا العقد العرفي المحتج به رغم أنه وسيلة منتجة للفصل في النزاع، وكان عليهم الاستماع إلى الشاهدين الذين حضرا تحريره وعليه فإنهم قد خالفوا القانون وقصروا في تسبب قرارهم مما يتوجب نقضه".

أو توقيع الغير يجوز للقاضي أن يصرف النظر عن ذلك إذا رأى أن هذه الوسيلة غير منتجة في الفصل في النزاع.

وفي الحالة العكسية يؤشر القاضي على الوثيقة محل النزاع ويأمر بإيداع أصلها بأمانة الضبط كما يأمر بإجراء مضاهاة الخطوط اعتماداً على المستندات أو على شهادة الشهود وعند الاقتضاء بواسطة خبير".

ج: دعوى التزوير الفرعية:

يعرف الادعاء بالتزوير بأنه كل طلب يطعن في تزوير وثيقة أو ورقة مقدمة في الدعوى من أجل الإثبات، ويقع التزوير المادي بإحدى طريقتين: الأولى اصطناع ورقة لا وجود لها وإسنادها إلى موظف عمومي مختص ما يوهم بأنها ورقة صحيحة، أو إسنادها إلى شخص معين للتحجج بها عليه، والثانية إحداث تغييرات مادية في الورقة بالمحو أو الإضافة أو الحشو بين سطورها.

وتظهر السلطة المقيدة للقاضي في هذا الشأن من خلال نص المادة 181 من ق.إ.م، والتي توجب على القاضي متى أثار أحد الخصوم ادعاء فرعياً في التزوير ضد عقد رسمي تباع الترتيبات⁽¹⁾ التالية:

- 1- إذا رأى القاضي بأن الفصل في الدعوى لا يتوقف عن العقد المطعون فيه أو أنه غير منتج فيها يجوز له أن يصرف النظر عن الادعاء.
- 2- إذا كان الفصل في الدعوى يتوقف عن العقد المطعون فيه، يدعو الخصم الذي قدمه للتصريح عن ما إذا كان يتمسك به.
- 3- إذا صرح الخصم بعدم تمسكه بالمحرر الرسمي استبعد المحرر.
- 4- إذا تمسك الخصم باستعماله دعاه القاضي إلى إيداع أصل العقد أو نسخة مطابقة عنه بأمانة ضبط الجهة القضائية خلال أجل لا يزيد عن 8 أيام وإلا تم استبعاده.
- 5- إذا كان أصل هذا المستند مودعاً ضمن محفوظات عمومية يأمر القاضي المودع لديه هذا الأصل بتسليمه إلى أمانة الضبط.

(1) وفي هذا الشأن ورد قرار للمحكمة العليا رقم 34700 مؤرخ في 26 جوان 1985، جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز الطعن بالتزوير في أي وثيقة مقدمة في الدعوى، سواء كانت وثيقة عرفية أو رسمية، وأنه ليست للجهة القضائية أن تصرف النظر عن الطعن بالتزوير إلا إذا تراءى لها أن الفصل في الخصومة الأصلية لا يتوقف على المستند المدعى بتزويره، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن المستند المدعى بتزويره يتوقف عليه الفصل في الدعوى الأصلية، وقد كان على قضاة الموضوع أن يوقفوا الفصل فيها لحين الفصل في دعوى التزوير، إلا أنهم رفضوا ذلك وسببوا قرارهم برسمية العقد فإنهم بهذا القضاء خالفوا القانون".

وفي القانون المصري فإن القاضي المثار أمامه الطعن بالتزوير يقضي فيه، سواء كان قاضي الدرجة الأولى أو غيره، والأكثر من ذلك أنه يمكنه القضاء بصحة الورقة المقدمة في الدعوى دون أن يكون ملزماً بالسير في إجراءات الادعاء بالتزوير متى ظهر له ذلك بناء على أسباب مقبولة، ومن جهتنا فإننا نرى أنه لا يوجد ما يمنع القاضي الجزائري بالعمل بهذه السلطة شريطة أن يكون حكمه مسبباً تسببياً كافياً.

هل يحق للقاضي إثارة تزوير مستند من تلقاء نفسه؟: لا يملك الادعاء بالتزوير إلا أحد الخصوم الممثلين في الدعوى أو أحد خلفائهم ولو كان هو الذي قدمها، ولا يجوز لغير هؤلاء أن يتدخل في الدعوى الأصلية للطعن بالتزوير في ورقة مقدمة فيها ولو كانت له مصلحة في إثبات تزويرها ما دامت ليست له مصلحة متعلقة بموضوع الحق المطالب به في الدعوى الأصلية وسبيله إلى ذلك رفع دعوى تزوير أصلية.

وبالنسبة للقاضي فقد ذهب البعض إلى عدم جواز إثارة تزوير مستند من تلقاء نفسه، على أساس أن الطعن بالتزوير لا يعدو أن يكون دفاعاً موضوعياً وبالتالي لا يجوز للقاضي أن يتبرع للخصم به، إلا أن الرأي الراجح في الفقه المصري هو أنه يجوز للقاضي من تلقاء نفسه إثارة تزوير وثيقة مقدمة أمامه بناء على نص المادة 58 من قانون الإثبات المصري، التي تجيز للقاضي أن يحكم برد أي محرر ولو لم يدع أمامه بالتزوير إذا ظهر له بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوى أنه مزور وهو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية.

الطعن بالتزوير في مجال القضاء المستعجل: ينظر قاضي الأمور المستعجلة من ظاهر أوراق الدعوى ومستنداتها مدى جديته من عدمه، فإذا ظهر له جديته وكانت صحة المحرر المطعون فيه أو تزويره منتجة في أصل الحق امتنع على القاضي المضي في إجراءات التحقيق لأن ذلك سوف يؤدي إلى المساس بأصل الحق، فيحكم بعدم الاختصاص نوعياً لحاجة الأمر إلى بحث متعمق موضوعي لا يتسع له مجال القضاء المستعجل. كما لا يحق له القضاء ببطان الادعاء بالتزوير لعدم إعلا نه في المهلة المحددة للتقرير به لمساس ذلك بالموضوع، فكل ما يتسع له نطاق اختصاصه هو تقدير مدى جدية الادعاء بالتزوير من عدمه.

الفرع الثاني: سلطة القاضي المدني في الأمر بإجراء الشهادة، اليمين، والانتقال للمعاينة: بالإضافة إلى نص المشرع على سلطة القاضي في الأمر بإجراء التحقيق في الخبرة، مضاهاة الخطوط ودعوى التزوير الفرعية، ما بين التقييد والإطلاق مثلما سبق بيانه فإنه نص على نفس الشيء بالنسبة للشهادة، اليمين والانتقال للمعاينة، وهذا ما سنبينه.

أ: الشهادة وموانع الإثبات بالشهود في التشريع الجزائري:

هناك موانع نص عليها القانون المدني وأخرى نص عليها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية:

أ/1: موانع الإثبات بالشهود في القانون المدني الجزائري:

نص القانون المدني الجزائري في مادتيه 333 و384 على حالات عدم جواز الإثبات بالكتابة وهي كالآتي:

1- قيمة التصرف تزيد عن 100,000 دج أو قيمة غير محدودة⁽¹⁾.

وتقدر القيمة وقت إبرام التصرف، ويستثنى من تجاوز القيمة إذا كان الأصل المطالب به أقل، وبضم الملحقات فاق المبلغ المحدد، أو كانت الدعوى مشتملة على طلبات متعددة، جاز الإثبات في كل طلب على حدى بالشهادة ما لم يتجاوز لوحده، دون ضمه المبلغ المحدد.

أما لو طلب أحد الخصوم بما يزيد عن القيمة المحددة، ثم عدل عن طلبه، توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء، يؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد.

وإذا كان بين الأطراف أو الشهود من لا يعرف أو يستطيع التوقيع، يبين الضابط العمومي في آخر العقد تصريحاتهم في هذا الشأن، ويضعون بصماتهم ما لم يكن هنالك مانع قاهر، وفضلا عن ذلك إذا كان الضابط العمومي يجهل الاسم والحالة و السكن والأهلية المدنية للأطراف، يشهد على ذلك شاهدان بالغان تحت مسؤوليتهما. م324 مكرر 1. م.ج⁽²⁾.

2- مخالفة أو تجاوز ما يشتمل عليه مضمون عقد رسمي⁽³⁾: إذا كان العقد الرسمي مطابقاً للشروط المنصوص عليها في القانون المدني⁽⁴⁾.

أ/2: موانع الإثبات بالشهود في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري:

(1) ويُعفى من الكتابة، ولو تجاوز الالتزام قيمة 100000 دج، حالتين نصت عليهما المادة 336 ق.إ.م.إ.ج "يجوز الإثبات بالشهود أيضاً فيما يجب إثباته بالكتابة:

- إذا وُجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، فحتى لو خفضت تحت القيمة، لا يجوز الإثبات بالشهود في هذه الحالة.

- إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته.

(2) العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه

م 324 م.ج.

(3) ق 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

(4) المواد من 323 - 326 ق.م.ج.

نصت المادة 153 من ق.إ.م.إ⁽¹⁾، على ثلاث موانع رئيسية من سماع الشهود هي:
2-1- مانع القرابة أو المصاهرة: فلا يجوز سماع أحد الزوجين في خصومة للآخر، ولو كانا مطلقين، وأيضا لا يجوز قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة. ويستثنى من هذا المانع شهادة الأقارب في الأحوال الشخصية والطلاق، إلا أن يكون القريب فرعاً فلا تجوز شهادتهم.

2-2- مانع البلوغ: إذ لا تجوز شهادة القصر، إلا إن بلغوا سن التمييز، فيُسمعون على سبيل الاستدلال.

2-3- مانع الأهلية: جاء النص صريحا في الفقرة الأخيرة من المادة نفسها: "تقبل شهادة باقي الأشخاص ما عدا ناقصي الأهلية".

غير أن المانع المتعلق بقيمة الالتزام لا يعتبر من النظام العام، بمعنى للأطراف الاتفاق على خلافه، وهذا ما صرحت به المحكمة العليا، "قاعدة المادة 333 مدني التي تفوض الإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف على 1000 دج ليست من النظام العام، يجوز للأطراف أن يتنازلا عنها صراحة أم ضمناً ومن ثم لا يجوز أن يثيروها تلقائياً.

من المقرر قانونياً أنه لا يجوز الإثبات بالبينة، ولم تزد القيمة على الألف دينار جزائري فيما يخالف أو يجاوز ما يشتمل عليه مضمون عقد رسمي، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يُعد مخالفاً للقانون لما كان الثابت في قضية الحال، أن الطاعن يملك قطعة الأرض التي اشتراها بعقد رسمي، وشيد عليها الدار المتنازع عليها، فإن قضاة الموضوع بإدخالهم الدار ضمن تركة مورث الأطراف اعتماداً على شهادة الشهود: أن قطعة الأرض اشترت بمال المورث، خالفوا القانون وتجاوزوا مضمون العقد الرسمي.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽²⁾. من المقرر قانوناً أنه لا يجوز الإثبات بالبينة فيما يخالف أو يجاوز ما يشتمل عليه مضمون العقد الرسمي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعد خرقاً للقانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أنه تم إثبات عكس ما تضمنه العقد الرسمي بمجرد إسهاد، فإن قضاة الموضوع بقضائهم كذلك خرقوا القانون.

ومن القواعد المقررة قانوناً أن الجزائي يوقف المدني، ومن ثم فإن جهة الاستئناف التي فصلت في الدعوى المدنية، بالرغم من وجود دعوى تزوير فرعية أمام القضاء

(1) قانون رقم 09-08 مؤرخ 23 فيفري 2008.

(2) قرار مؤرخ في 16/06/1986 ملف رقم 41632 المجلة القضائية لسنة 1992 العدد الثالث ص 61.

الجزائي تكون قد أساءت تطبيق القانون.
ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

سلطة القاضي الجزائي في تقديره لموانع الإثبات بالشهادة:

إذا كانت الاستثناءات السابقة تعطي الأحقية للكتابة على الشهادة في النظام القانوني الجزائي الخاص، فإن نص المادة 335 ق.م.ج تعيد التوازن فيما بينهما، ولو لم يصل هذا التوازن إلى حد المساواة بينهما من حيث الحجية والاستدلال. فنصت صراحة على أنه: "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة، إذا وُجد مبدأ بثبوت الكتابة.

فإذا كان مبدأ تحديد قيمة الالتزام بـ 100,000,00 دج للإثبات بالكتابة ليس من النظام العام، ويمكن الاتفاق على خلافه، وإذا كان الالتزام بين الأقارب تمنع الآداب بينهم أن يلجؤوا إلى إثبات التزاماتهم، وحتى حالة العقد الرسمي، يمكن استدعاء الشهود الذين وقعوا عليه إن كانوا على قيد الحياة⁽²⁾، فإنه يمكن القول أن سلطة القاضي الجزائي في استعمال دليل الشهادة سلطة متوازنة، تضيق تارة بضيق النصوص، وتوسع أخرى (بسعتها أو سكوتها).

بمعنى أن القاضي يجوز له استعمال شهادة الشهود في حالات معينة، ولا يجوز له ذلك مطلقاً في حالات أخرى، ويجب عليه أن يلجأ إلى الشهود في حالات ثالثة، مما قد يعرض حكمه للنقض إن عدل عن سماع الشهود، والعمل بمقتضى شهادتهم، كما في حالة قرار المحكمة العليا⁽³⁾: من المقرر قانوناً أنه إذا أنكر أحد الخصوم الخط أو التوقيع المنسوب إليه في وثيقة يرى القاضي أنها وسيلة منتجة للفصل في النزاع يؤشر بإمضائه على الورقة المطعون فيها، ويأمر بإجراء تحقيق الخطوط إما بسندات أو بشهود، وإذا لزم الأمر فبواسطة خبير.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع عند مناقشتهم دفوع الطاعن، اكتفوا بسماع البائع واستبعدوا العقد العرفي المحتج به، رغم أنه وسيلة منتجة للفصل في النزاع وكان عليهم الاستماع إلى الشاهدين الذين حضروا تحريره ، وعليه فإنهم خالفوا القانون وقصروا في تسبيب قرارهم مما يستوجب نقضه.

ب: اليمين:

- (1) قرار رقم 63320 بتاريخ: 1989/12/27.
- (2) المادة 326 مكرر/1 ق.م.ج.
- (3) قرار المحكمة العليا رقم 99844 المؤرخ بـ: 1992/06/03.

هي استشهاد بالله عز وجل على قول الحق مع الشعور بهيبة المحلوف به وجلا له، والخوف من بطشه وعقابه، وتنقسم اليمين القضائية إلى نوعان يمين حاسمة تحسم النزاع، وعلى ذلك لا يجوز اللجوء إليها في الدعاوى الاستعجالية، ويمين متممة الغرض منها تكملة الأدلة المتوفرة في الدعوى.

ب/1: اليمين الحاسمة: طبقا للمادة 343 ق.م، فإن سلطات القاضي في توجيه اليمين الحاسمة مقيدة، فلا يمكن توجيهها من تلقاء نفسه بل لابد أن يكون توجيهها من أحد الخصمين إلى الخصم الآخر واستقر القضاء على أن اليمين على من أنكرك، مع الإشارة إلى أن نفس المادة تجيز للقاضي منع الخصم من توجيه هذه اليمين إذا كان هذا الأخير متعسفا في ذلك، وتقدير التعسف متروك لسلطة القاضي يقدره حسب كل قضية.

ويجوز للقاضي أن يوجهها من تلقاء نفسه في حالة واحدة نصت عليها المادة 312 من القانون المدني، إذ نصت في الفقرة الثالثة منها على: "يجب على من يتمسك بالتقادم لسنة، أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا وهذه اليمين توجه تلقائيا من القاضي إلى ورثة المدين أو إلى أوصيائهم إن كان الورثة قاصرين على أنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء"⁽¹⁾.

فإنه يتحتم على القاضي قبل حسم النزاع تحديد الواقعة المراد التحليف عليها، وإعطاء اليمين وصفها القانوني، وأن يثبت في حكمه أن المكلف بها قد حضر شخصيا وتم إعلانه بصيغتها ودعوته لتأديتها بالمكان والتاريخ المحددين. كما أن سلطة القاضي مقيدة بالنسبة إلى تعديل صيغة اليمين، فأى تعديل من جانبه يجب أن يكون قاصرا على إيضاح عباراتها فقط⁽²⁾.

وحسب المادة 191 ق.إ.م.إ، فإن الخصم يؤدي اليمين بالصيغة التي يحددها القاضي له، ويبين له ما يترتب عن اليمين الكذبة من عقوبات جزائية، كما أنه يجوز للقاضي أن يقبل أو يأمر أن تكون تأدية اليمين بالصيغة والأوضاع المقررة في ديانة الحالف، مع تحديد ميعاد ومكان حلفها.

ب/2: اليمين المتممة: هي يمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد الخصمين لغرض تكملة اقتناعه حول مسألة متنازع فيها بقيت غامضة أو ناقصة الدليل، وفي هذا الشأن تنص المادة 348 ق.م على: "للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به، ويشترط

(1) قرار المحكمة العليا رقم 38693 الصادر بتاريخ 17 ديسمبر 1986.

(2) قرار للمحكمة العليا رقم 6707 الصادر بتاريخ 26 أكتوبر 1988، جاء فيه: "اليمين الحاسمة ملك للخصم ليس للقاضي تغيير صياغتها أو معناها بما يؤثر على مدلولها فلا يكون هذا التعديل أن يخرج بالصيغة عن المعنى الذي قصد موجه اليمين".

في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل".

فهذه اليمين لا تحسم النزاع كاليمين الحاسمة وإنما مجرد إجراء يلجأ إليه القاضي عند نقص الأدلة ولذلك فإن القاضي يتمتع بسلطة توجيهها، وليس لأحد الخصوم أن يقوم بتوجيهها للخصم الآخر⁽¹⁾، وفي هذا الشأن يقول الأستاذ لنوف "إن للقاضي وحده أن يطلب من أي من الطرفين أداء اليمين وأن الاختيار منوط بتقديره"، وبالإضافة إلى أن للقاضي سلطة تقديرية في توجيه اليمين المتممة أو عدم توجيهها، فإنه يجوز له أيضا أن يوجهها إما إلى المدعي أو إلى المدعى عليه، غير أنه في الغالب فإن القاضي يوجهها للخصم الذي تقدم بالدليل الأرجح ليثبت ادعاءه، ولا يخضع القاضي في ذلك لرقابة المحكمة العليا⁽²⁾، وفي حالة ما إذا طلب أحد الخصوم من القاضي توجيه اليمين المتممة فإن القاضي تبقى له الحرية والسلطة التامة في تقدير ضرورة توجيهها من عدمه⁽³⁾.

فإنه على قاضي الموضوع إذا وجه اليمين المتممة لأحد الخصوم فعليه أن يبين الأساس الذي اعتمد عليه وإلا جاء قراره معيبا بعدم التسبيب. مع الإشارة إلى أن القاضي لا يمكنه توجيه اليمين المتممة للمدعي لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى، ويجب عليه في هذه الحالة أن يحدد حدا أقصى للقيمة التي يصدق فيه المدعي به يمينه.

ج: الانتقال إلى المعاينة:

قد لا يكتفي القاضي في بعض القضايا بما يقدمه الخصوم من أدلة وتقارير ولذلك منح له المشرع سلطة الانتقال للمعاينة، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم وذلك طبقا لنص المادة 146 ق.إ.م.إ، لأنه مهما بلغ المدعي في وصف المدعى به من دقة قد يبقى وصفه مبهما لا تتجلى فيه صورة المدعى به في ذهن القاضي، وقد يخالفه خصمه في الوصف فلا يهتدى إلى حقيقة الحال، ولذلك قد يرى القاضي ضرورة الانتقال إلى عين المكان للمعاينة ومشاهدة محل النزاع واستخلاص الدليل، وقد يكون طلب الانتقال إلى المعاينة مقدما من طرف أحد الخصوم غير أن القاضي غير ملزم بالاستجابة لطلبه باعتباره رخصة تمنحها المحكمة متى شاءت، حتى وإن كان الطلب مقدما من طرف الخصمين معا

(1) محمد صبري سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى للطباعة والنشر، ط 2011، ص 284 وما بعدها.

وينظر السنهوري، المرجع السابق، ص 573 وما بعدها.

(2) محمد صبري السعدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 286.

(3) قرار المحكمة العليا رقم 68139 المؤرخ في 12 مارس 1991.

وللقاضي أن يأمر في الحكم نفسه باستصحاب من يختاره من ذوي الاختصاص طبقاً للمادة 147 ق.إ.م.إ، كما له أن يندب للمعاينة قاضي محكمة أخرى في حالة ما إذا كان محل النزاع بعيداً عن مقر المحكمة التي يعمل فيها.

وأثناء المعاينة للقاضي سلطة تقديرية في سماع شهادة أي شخص يرى لزوماً لسماع أقواله أو يطلب الخصوم سماع شهادته، وله اتخاذ الإجراءات التي يراها لازمة وذلك بحضور الشهود طبقاً للمادة 148 ق.إ.م.إ- والتي تقابلها المادة 132 من قانون الإثبات المصري- وعند نهاية المعاينة يحرر القاضي محضراً يوقع عليه من طرف الكاتب ويودع ضمن الأصول بأمانة الضبط طبقاً لنص المادة 149 ق.إ.م.إ، غير أن عدم تحرير هذا المحضر لا يلحق أي بطلان بالحكم⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمشرع المصري فإنه قد نص صراحة في المادة 131 من قانون الإثبات على بطلان المعاينة إذا لم يحرر محضراً بذلك، إذ جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة: "وتحرر المحكمة أو القاضي محضراً تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة وإلا كان العمل باطلاً".

ونص المشرع المصري في المادة 133 من قانون الإثبات على: "يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء أن يطلب في مواجهة ذوي الشأن وبالطرق المعتادة من قاضي الأمور المستعجلة الانتقال للمعاينة، وتراعى في هذه الحالة الأحكام المبينة في المواد السابقة"⁽²⁾.

فالمشرع المصري نص صراحة على أنه في حالة ما إذا خشي الخصم ضياع معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة الانتقال للمعاينة، وتجزيز المادة 134 من نفس القانون للقاضي أن يندب أحد الخبراء ل

(1) وهو ما ورد في قرار للمحكمة العليا رقم 221117 المؤرخ في 19 ماي 1982 إذ جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن الانتقال للمعاينة إجراء تحقيقي قد يأمر به القاضي ليطلع شخصياً على مواطن النزاع ويبني تقديره عليها بعين المكان، ولما كان هو الحاكم، يكفي أن يثبت في حكمه ما شاهده وقدره دون وجوب تحرير محضر بالمعاينة لاقتصار المادة 59 من ق.إ.م.إ، على الإشارة إليه دون ترتيب الجزاء على عدم تحريره". ثم إن المادة 149 من القانون الجديد هي أيضاً لم توقع أي جزاء على هذا الأمر.

(2) قرار للمحكمة العليا رقم 98033 مؤرخ في 25 ماي 1994 إذ جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للمجلس إصدار أمر بإجراء تحقيق والانتقال قصد المعاينة الميدانية، على أن يتم ذلك في شكل قرار تحضيرى مكتوب، يذكر فيه أعضاء هيئة المجلس المعنيين بالانتقال، ويبلغ منطوقه بواسطة كاتب الضبط بناء على طلب الطرف المستعجل ويحرر محضراً بالاقتصر في جميع الأحوال، ومتى ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع اقتصر على إصدار أمر شفوي، دون تحرير محضراً بالانتقال لتمكين الأطراف من الاطلاع عليه، فإنهم بذلك قد خرقوا القواعد الجوهرية في الإجراءات، مما يستوجب إبطال القرار المنتقد".

لانتقال للمعاينة وسماع الشهود بغير يمين، وعندئذ يكون عليه أن يعين جلسة سماع ملاحظات الخصوم على تقرير الخبير وأعماله.

المطلب الثاني: سلطة القاضي المدني في العدول عن الأمر بإجراء التحقيق، وتقدير الدليل الناتج عنه: بعد التعرض في المبحث الأول لسلطة القاضي في الأمر بإجراءات التحقيق سواء المقيدة أو المطلقة منها، فإن الأمر يستدعي منا التطرق إلى امتداد هاته السلطة بعد الأمر بإجراء التحقيق ومدى إمكانية عدول القاضي عن هذا الأمر، وما هي السلطة التي يخوله القانون إياها بعد الانتهاء من إجراء التحقيق والحصول على دليل إثبات، هل القاضي ملزم بذلك الدليل أم أن له سلطة في استبعاده وعدم الأخذ به؟

الفرع الأول: سلطة القاضي في التراجع عن الأمر بإجراء التحقيق: قد يجد القاضي في بعض الأحيان أن أمره بإجراء التحقيق لا ضرورة فيه، وأن بإمكانه القضاء في الدعوى دون إجراء التحقيق الذي أمر به، أو أنه من الأفضل الأمر بإجراء تحقيق آخر، وفي حالة عدم إيداع المبلغ المحدد على ذمة المصروفات التي تستلزمها إجراءات التحقيق.

أولاً: في حالة عدم إيداع المبلغ المحدد على ذمة المصروفات التي تستلزمها إجراءات التحقيق:

لقد نصت المادة 139 من ق.إ.م.إ، على أنه في حالة عدم إيداع المبلغ المحدد في الأجل المقرر يودع الخبير تقريره على الحالة التي يوجد عليها ويستغني عما تبقى من إجراءات.

إن فحسب هذه المادة يمكن للقاضي أن يستغني عن إجراء التحقيق إذا كان قد أمر أحد الخصوم بإيداع مبلغ من النقود كمصروفات لإجرائه ولم يقم هذا الأخير خير بإيداعه في الوقت المحدد، وتجدر الإشارة هنا إلى أنه إذا كان الأمر بإجراء التحقيق كتابياً أي في شكل حكم، فإن القضية تخرج من يد القاضي -تصبح غير مجدولة- وبالتالي ليس له أن يحكم في الدعوى بحالتها إلا إذا قام أحد الخصوم بإعادة السير فيها، أما إذا كان الأمر بإجراء التحقيق شفاهياً فإن القضية تبقى مجدولة وبالتالي فإن القاضي ينظر القضية من جديد في الجلسة التي حددها، فإن لاحظ بأن إجراء التحقيق لم يتم لعدم إيداع المبلغ الذي قدره فإنه يستغني عن هذا الإجراء، على الرغم من أن الخصم الذي يودع المبلغ قد يكون من مصلحته عدم إجرائه، وبالتالي فعلى القاضي حين تقديره للمبلغ الذي يودع على ذمة المصروفات أن يلزم به الخصم الذي من مصلحته إجراء التحقيق، وعلى هذا الأساس فإننا نجد في المحاكم أن القضاة يستعملون عبارة "الطرف المستعجل" دون تحديد المقصود به إن كان المدعي أو المدعى عليه.

وفي القانون المصري فإن المادة 137 من قانون الإثبات نصت على: "إذا لم تودع الأمانة من الخصم المكلف إيداعها ولا من غيره من الخصوم كان الخبير غير ملزم بأداء المأمورية وتقرر المحكمة سقوط حق الخصم الذي لم يقدّم الأمانة في التمسك بالحكم الصادر بتعيين الخبير إذا وجدت أن الأعذار التي أبدتها لذلك غير مقبولة".

فالمشرع المصري من خلال هذه المادة المتعلقة بالخبرة، أعطى للقاضي المصري نفس السلطة التي يتمتع بها القاضي الجزائي مثلما سبق بيانه، ولكن بصورة أوسع إذ أعطيت له صلاحية أن لا يحكم بسقوط الإجراء إذا أبدى الخصم الملزم به أعذاراً مقبولة، كما أنه وحسب الفقه المصري له أن يمنح للخصم رغم عدم إبدائه لأعذار مقبولة مهلة لسداد المبلغ، وله أيضاً أن يعفيه منها متى تحقق من تفاهة قيمة الدعوى وعدم ميسرة الخصوم.

الفرع الثاني: في حالة تغير الظروف التي أدت إلى الأمر بإجراء التحقيق:

إن التساؤل الذي يطرح هو هل بإمكان القاضي أن يستغني عن إجراء التحقيق في غير الحالة المذكورة في المادة 139 ق.إ.م.إ، أي في الحالة التي يودع فيها الخصم المبلغ المحدد في الميعاد المعين، أو أن القاضي لم يلزم أصلاً أي من الخصمين بإيداع مبلغاً من النقود؟

إن معالجة هذا التساؤل يفرض علينا أن نتطرق إلى الأحكام التحضيرية والأحكام التمهيدية، ويكون ذلك عندما يكون الأمر بإجراء التحقيق عبارة عن حكم مكتوب، ففي هاته النقطة نرى بأن الأحكام التحضيرية لا تحوز أي حجية، وعليه فإن القاضي غير ملزم بالتقيد بإجراء التحقيق حتى وإن كان قد أمر به، فلو افترضنا أن التحقيق كان يتمثل في إجراء خبرة من أجل تحديد إن كان هناك فعلاً اعتداء على العقار فإن للقاضي قبل أن يقوم الخبير بخبرته أن يستغني عن هذا الإجراء باعتباره حكماً تحضيرياً شريطة أن يسبب عدوله مع وجوب إعلام الخصوم بذلك وإرجاع المبلغ المودع للخصم الذي أودعه، إذ أن صدور الأمر بإجراء التحقيق يكسب من صدر الإجراء لصالحه حق الإثبات، فلا يصح العدول عن ذلك إلا بإبداء أسبابه حتى يقتنع الجميع بأن العدول كان بناءً على أسباب سليمة، كما أنه يجب أن لا ننسى أنه في حالة ما إذا كان الأمر بإجراء التحقيق كتابياً فإن القضية تخرج من الجدول وبالتالي ليس للقاضي أن يتراجع عن إجراء التحقيق إلا إذا أعيد السير في الدعوى، وفي هذه النقطة بالذات فإن الأمور غير واضحة في التشريع الجزائي، هل يحكم القاضي بعدم قبول الدعوى شكلاً لعدم إجراء الخبرة مثلاً؟ أم يقبلها وينظر إن كان إجراء التحقيق غير مفيد ويستغني عنه؟ أو يؤجل الفصل فيها ويأمر بإجراء تحقيق آخر؟ خاصة وأن المادة 222 من ق.إ.م.إ، تجعل من الحكم

بسقوط الخصومة لعدم تنفيذ الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع طيلة مدة سنتين ليست من النظام العام، بل يجب إثارته من طرف الخصم الآخر قبل الخوض في الموضوع. وإن كان الرأي الغالب في أوساط القضاة هو أن الدعوى ترفض شكلا ، على أساس أن إجراءات إعادة السير في الدعوى تشتت إيداع الخبرة من طرف الخبير لدى أمانة الضبط.

وإننا نجد في الكثير من القضايا وخاصة عندما تحدث حركة تنقل في أوساط القضاة، أن القاضي الذي ينظر في إعادة السير في الدعوى يستغني عن إجراء التحقيق الذي أمر به زميله من قبل، وأحيانا أخرى فإن العدول عن إجراء التحقيق يتم بصورة غير مباشرة وذلك عند عدم قبول الدعوى بعد إعادة السير فيها لانتفاء الصفة، أو لعدم الاختصاص، ففي هذه الحالة تصبح جميع الإجراءات التي أمر بها القاضي في حكم العدم ومن بينها الأمر بإجراء التحقيق.

على أن العدول حسب القضاء والفقه المصريين لا يتعلق بإجراءات التحقيق التي تتضمن قضاءا قطعيا، فإذا تضمن الأمر بإجراء التحقيق حق الخصم في إثبات دعواه بشهادة الشهود مثلا، فلا يمكن العدول عن هذا الحكم.

ونفس الشيء إن كان الإجراء شفهيًا، مع الملاحظة أنه على القاضي أن يحترم الشكل الذي صدر فيه الأمر بإجراء التحقيق في الأمر بالتراجع عنه.

غير أن الأمر ليس بهذه البساطة عندما يكون الأمر بإجراء تحقيق عبارة عن حكم تمهيدي ذلك أن الحكم التمهيدي يحوز على حجية الشيء المقضي فيه، فهل يمكن للقاضي أن يستغني عن الأمر بإجراء تحقيق رغم أنه حاز حجية الشيء المقضي فيه؟ مع العلم أنه طبقا لنص المادة 338 ق.م، فإن حجية الشيء المقضي فيه ليست من النظام العام، وليس للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه، إذن فهذه الحجية يجب أن يثيرها أحد الخصوم، وبالتالي فإنه طبقا للقانون الجزائي لا يمكن تصور أن يثير الخصوم حجية الشيء المقضي فيه قبل أن يأمر القاضي بالاستغناء عن الأمر بإجراء التحقيق رغم كونه حكما تمهيديا لأن حجية الشيء المقضي فيه تكون غير عملية على اعتبار أن الخصوم غير مطلعين على نية القاضي في الاستغناء عن الأمر بإجراء التحقيق، غير أنه يمكن تصور الأمر إذا ما طالب أحد الخصوم بالاستغناء عن التحقيق فهنا يمكن للطرف الآخر أن يثير حجية الشيء المقضي فيه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا اعتبرنا بأن القاضي يحترم نفس الشكل المتخذ في الأمر بإجراء التحقيق في الأمر بالاستغناء عنه، فإن القاضي يتحتم عليه إذا كان الأمر بالتحقيق مكتوبا اتخاذ نفس الشكل وهذا من شأنه إخراج القضية من ولايته وانتظار إعادة السير في الدعوى، وهذا غير مستساغ لا قانونا ولا منطقا، وعليه فإن الحل الأمثل في هذا الشأن هو لجوء

القاضي إلى عدم الأخذ بما توصل إليه التحقيق مع تسبب ذلك، كما أن القاضي ملزم حين استغناؤه عن إجراء التحقيق تسبب ذلك.

في القانون المصري⁽¹⁾ نصح على أن للقاضي أن يعدل عما أمر به من إجراءات التحقيق، بشرط أن يبين أسباب العدول بالمحضر -أي محضر الجلسة- ويفهم من ذلك أن القاضي غير ملزم بإصدار حكم بالعدول، وإنما يقرر ذلك ويدون بمحضر الجلسة، وعليه فليس للخصوم الطعن في هذا العدول، وإنما يكون لهم حين الطعن في الحكم الفاصل في الدعوى أن يعيبوا على قرار العدول عدم تسببه أو القصور في ذلك، كما يمكن للقاضي أن لا ينفذ حكما تمهيديا قضى بتعيين خبير إذا استند في ذلك إلى ظروف طرأت، أو أوراق قدمت بعد الحكم. وفي هذا الشأن ورد قرار لمحكمة النقض⁽²⁾ المصرية نص على أن للمحكمة العدول عن الأمر بإجراء التحقيق طالما خلت أسبابه من حسم مسألة أولية متنازع عليها بين الخصوم. فخلاصة الرأي في القانون المصري أن العدول جائز ما لم يتضمن قضاء قطعيًا.

المطلب الثالث: مدى تقييد القاضي بدليل الإثبات الناتج عن إجراء التحقيق:

تختلف سلطات القاضي في الأخذ بدليل الإثبات الناتج عن إجراء التحقيق باختلاف إجراءاته التي نتج عنها دليل الإثبات، وعليه فإن ذلك يحتم علينا التطرق إلى كل إجراء من إجراءات التحقيق على حدى من خلال الفرعين التاليين:
الفرع الأول: مدى تقييد القاضي بدليل الإثبات الناتج عن: الخبرة، مضاهاة الخطوط، ودعوى التزوير الفرعية.

الفرع الثاني: مدى تقييد القاضي بدليل الإثبات الناتج عن: الشهادة، اليمين، والانتقال للمعاينة.

الفرع الأول: مدى تقييد القاضي بدليل الإثبات الناتج عن الخبرة، مضاهاة الخطوط ، ودعوى التزوير الفرعية:

أولا: بالنسبة للخبرة: تعتبر الخبرة من أدلة الإثبات المعروضة على المحكمة وهي جزء من أوراق الدعوى، وكل ما يثبت فيها من دفاع للخصوم يعتبر دفاعا معروضا على المحكمة وعلى القاضي أولا أن يتأكد من احترام الخبير أثناء قيامه بالخبرة للإجراءات المتطلبة قانونا، وبأنه تقييد بما هو مأمور به فاعتماد الحكم لتقرير الخبير دون إبداء رأيه فيه خطأ وقصور، على أنه تجدر الإشارة إلى أن عدم دعوة الخصوم من طرف الخبير لا يتعلق بالنظام العام ولا يكون للقاضي أن يحكم به من تلقاء

(1) المادة 09 من قانون الإثبات المصري.

(2) قرار لمحكمة النقض المصرية مؤرخ في 06 جوان 1982.

نفسه. فيتعين إذا أن يكون التقرير الذي تستند إليه المحكمة سليماً لا يشوبه البطلان، ومع ذلك فقد جرى القضاء على أن للمحكمة أن تستقي بعض معلوماتها للفصل في النزاع من تقرير باطل أو مخالف للإجراءات القانونية بشرط ألا يكون هذا التقرير الباطل هو الأساس الوحيد الذي بني عليه الحكم.

ويكون للقاضي الحرية التامة في تقدير عمل الخبير الذي ندبه، فله أن يأخذ برأيه كما له أن لا يأخذ به إذا رأى أن تقريره يشوبه البطلان، أو أن استنتاجاته غير صحيحة أو مخالفة للواقع ومتناقضة مع الوثائق التي قدمها الخصوم في الدعوى، وتؤكد هذا المبدأ في القانون الجزائي من خلال نص المادة 144 ق.إ.م.إ، التي تنص على: يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة. القاضي غير ملزم برأي الخبير غير أنه، ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة (1).

كما أنه للقاضي في حالة ما إذا كانت الخبرة محررة من طرف أكثر من خبير وكانت آراؤهم مختلفة أن يرجح رأي أحدهم على آراء الآخرين مع تسبب ذلك. وقد ورد نفس هذا الحكم في نص المادة 156 من قانون الإثبات المصري، كما قررت محكمة النقض المصرية أن رأي الخبراء غير مقيد للمحكمة، ذلك أنها لا تقضي في الدعوى إلا على أساس ما تطمئن إليه ومن ثمة لا يعيب قضاءها إذا هي طرحت النتيجة التي أجمع عليها ستة من الخبراء من أن أرض النزاع تدخل في مستندات الطاعنين، وذهبت بمالها من سلطة التقدير الموضوعية إلى نتيجة مخالفة متى كانت قد أوردت الأدلة المسوغة لها، وليس على المحكمة عند مخالفة تقارير الخبراء أن تبين أسباب ذلك، بل يمكنها أن تحكم في الدعوى دون أي إشارة إلى تقارير الخبراء مادامت قد بينت الأسباب التي بنت عليها اقتناعها، وهذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية، إلا أنه يجب على القاضي أن يعلل حكمه في رفضه لتقرير الخبير فلا يمكن أن يؤسس رفضه على مجرد التخمين أو عن جهل، أو عن اضطراب أو تناقض في إبداء الرأي القاطع والحاسم، أو الرأي المخالف للمعقول والمنطق السليم، كما قررت محكمة رين الفرنسية أنه لا يصح للمحكمة أن تأخذ برأي خبير ضد خمسة بدون بيان أسباب خطأ هذه الأغلبية.

كما تجب الإشارة إلى أن مبدأ حرية القاضي في تقدير الخبرة ليس معناه فصل القاضي في مسائل فنية تخرج عن اختصاصه، إذ أنه لا يمكنه العدول عنه - متى كانت الإجراءات القانونية احترمت - إلا بموجب خبرة مضادة، فإذا حدد

(1) قرار للمحكمة العليا رقم 33801 المؤرخ في 09 جانفي 1985، جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن القضاء بتفضيل خبرة عن أخرى يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع التي خولها لهم القانون".

الطبيب نسبة مئوية لعجز شخص معين فإنه لا يجوز للقاضي أن يخفض هذه النسبة إلا إذا استند إلى خبرة طبيب آخر.

وهناك حالة يجب على القاضي أن يأخذ فيها بتقارير الخبراء، وهي حالة ما إذا اتفق الخصوم على احترام هذه التقارير ونتائجها، فإن ذلك ككل اتفاق أو تعاقداً آخر يجب احترامه مادام ليس هناك غلط أو غش أو إكراه، وهذا لا يكون عادة إلا عندما ما يتفق الخصوم على تعيين هؤلاء الخبراء.

وبصفة عامة فإن لقاضي الموضوع إما أن:

- يأخذ برأي الخبير بنتيجته وأسبابه.
- يأخذ بالنتيجة التي توصل إليها الخبير بناء على أسباب أخرى.
- يأخذ ببعض ما تضمنه التقرير مع طرح البعض الآخر.
- وإما أن لا يأخذ بتقرير الخبير جملة وتفصيلاً.

ثانياً: بالنسبة لمضاهاة الخطوط: في حالة ثبوت صحة المحرر بعد التحقيق فإن القاضي ملزم بالأخذ به حسب القوة التي يمنحها إياه القانون وعليه أن يحكم أولاً بصحة المحرر قبل الفصل في الموضوع حتى لا يحرم الخصم الذي احتج عليه بالمحرر من تقديم أوجه دفاع أخرى، أما إذا اثبت التحقيق عدم صحة المحرر فإن القاضي يستبعده ولا يأخذ بما جاء فيه.

ثالثاً: بالنسبة لدعوى التزوير الفرعية: إذا ثبت أن المستند المدعى تزويره أنه فعلاً مزور فإن القاضي يستبعده من أدلة الإثبات نهائياً، أما إذا ثبت بأنه غير مزور فإن القاضي يعتمد كدليل إثبات ويعطيه القوة اللازمة به بحسب ما إذا كان هذا المحرر رسمياً أو عرفياً.

الفرع الثاني: مدى تقييد القاضي بدليل الإثبات الناتج عن: الشهادة، اليمين، والاقتال للمعاينة:

أولاً: بالنسبة للشهادة: إن الشهادة سواء في المواد المدنية أو غيرها تخضع لتقدير القاضي الذي يستطيع أن يأخذ بها ويصدق الشاهد في قوله، كما له أن يطرحها إذا لم يطمئن لها، وعند تقدير القاضي للشهادة فإنه يتأكد من مدى قوة تذكر الشاهد واستيعابه للوقائع، كما ينظر في أخلاقه وكل الحركات التي يقوم بها أثناء سماع شهادته.

والقاضي عند تقديره لقيمة الشهادة لا يتقيد بعدد الشهود ولا بجنسهم ولا بسنهم، فقد يقنعه شاهدان أو أكثر وقد يصدق امرأة ولا يصدق رجلاً، وقد تكون شهادة صبي صغير أبلغ في إقناعه من شهادة رجل كبير⁽¹⁾.

كما أنه للقاضي أن يرجح شهادة على أخرى، وله أن يطرح شهادة إذا شك في

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 186، ص 351.

صحتها، وأن يأخذ بأقوال الشاهد ولو كان قريبا للخصم متى اطمأن له، واتفاق الأطراف على أن يشهد شخص معين يثقون فيه لا يعني أن القاضي يتقيد بشهادة هذا الأخير بل له أن يأخذ بها، كما له أن لا يأخذ بها، وتمتد سلطة القاضي إلى تجزئة الشهادة فيأخذ بجزء منها ويصرف النظر عن الجزء الآخر، وعلى اعتبار أن تقدير الدليل لا يحوز قوة الشيء المقضي به فإن القاضي يمكنه الأخذ بأقوال شهود سمعوا في قضية أمام محكمة أخرى كما له أن لا يأخذ بها، وعليه فإن المجلس القضائي يمكنه الأخذ بشهادة شهود لم يأخذ بها قاضي الدرجة الأولى، كما يمكن للمحكمة المدنية أن تأخذ بشهادة شهود سمعتهم بعد أن كانت المحكمة الجنائية شككت في صحة شهاداتهم، وقد اختلفت التشريعات في مسألة تسبب حكم عدم اطمئنان القاضي لأقوال الشهود فنص القانون الفرنسي في قواعده المتعلقة بالإثبات على أن القاضي إما أن يصدر بها أمرا مسببا وإما أن يكتفي فقط بالتأشير بها في الملف، بينما ينص القانون المصري على أن قضاة الموضوع غير ملزمين بإبداء أسباب عدم اطمئنانهم لأقوال الشهود، إلا أنه إذا أوردوا أسباب ذلك تعين أن تكون هذه الأسباب سائغة، والقضاء الجزائري بدوره يقرر أن القضاة إذا لم يبينوا سبب تفضيلهم شهادة واحدة على اثنتين فإن قرارهم يكون ناقص التسبب (1).

ثانيا: بالنسبة لليمين: يختلف الأمر حسب طبيعة اليمين مثلما سنبينه أدناه.

01: اليمين الحاسمة: يترتب على كون اليمين الحاسمة عقدا قضائيا أنها حجة قاطعة ملزمة للقاضي على أساس أنه لا يجوز له أن يتدخل في هذا العقد وإنما يقتصر دوره في التأكد من أن عملية تأدية اليمين قد تمت وترتبت أثارها القانونية بشكل صحيح، فإذا نكل من وجهت إليه اليمين دون ردها خسر دعواه ومن ثم يتحتم على القضاة أن يثبتوا في قراراتهم أن المكلف بها قد حضر شخصا، وتم إءلامه بصيغتها ودعوته لتأديتها بالمكان والتاريخ المحددين، وطبقا للمادة 345 ق.م، فإنه لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه حلف تلك اليمين. فيلتزم القاضي إذن بنتيجة حلف اليمين الحاسمة أو النكول عنها أو ردها.

02: اليمين المتممة: إن أثار اليمين المتممة ونتائجها غير ملزمة للقاضي، فهو غير ملزم بالحكم لمصلحة من حلف اليمين، ويترتب على ذلك أنه يستطيع أن يرجع عن توجيه اليمين المتممة إذا بدت له في الدعوى أدلة جديدة تكمل الأدلة الناقصة أو تغني عنها، وبما أن اليمين المتممة غير ملزمة للقاضي فإن المجلس في حالة استئناف الحكم المؤسس عليها غير مقيد بحكم المحكمة ويمكن له الحكم بخلاف ما حكمت به المحكمة الابتدائية.

(1) قرار المحكمة العليا رقم 9127 المؤرخ في 31 أوت 1973.

ثالثا: بالنسبة للمعاينة: باعتبار أن المعاينة دليل إثبات لا تحسم النزاع بصفة نهائية، ولا تحدد مراكز الخصوم نهائيا في الدعوى، فإن الدليل الناتج عنها غير ملزم للقاضي على الرغم من كون المعاينة من أدلة الإثبات المباشرة، فيأخذ القاضي بما أسفرت عنه إذا اقتنع بها، فإذا لم يكن اقتناعه بها كاملا أو يشوبه نقص وخلل، فله أن لا يأخذ بها شريطة أن يكون قراره مسببا. فالمهم أن ما يثبت للمحكمة عند المعاينة يعتبر دليلا قائما في الدعوى يتحتم عليها أن تقول كلمتها فيه.

جامعة الأمير
عبد القادر العظم الإسلامية

الفصل الثالث
السلطة التقديرية لقاضي الأحوال
الشخصية

يمارس قاضي الأحوال الشخصية، أو قاضي شؤون الأسرة -وفقا للمصطلح المتعارف عليه في التشريع الجزائري خلافا لباقي الدول العربية- اختصاصاته وفقا لما ينص عليه القانون وتشتمل هذه الاختصاصات كل الأوضاع التي تكون للإنسان في أسرته وما يترتب على هذه الأوضاع من آثار قانونية والتزامات مادية ومعنوية ، فهي تشتمل على أبواب الخطبة والزواج وما يترتب عنه من آثار كالصداق والنفقة ، والطلاق وما يترتب عنه من آثار، والنسب والحجر والوصية والهبة والميراث وغيرها.

وقاضي الأحوال الشخصية يمارس سلطة تقديرية لا تختلف عن سلطة القاضي المدني فيما يتعلق بالجانب الإجرائي خاصة إذا علمنا أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو الذي ينظم سير الإجراءات في قسم الأحوال الشخصية بالمحكمة عدا الاستثناءات الإجرائية المتعلقة بهذا القسم.

أما من الجانب الموضوعي فقاضي الأحوال الشخصية حينما ينظر في دعوى تتعلق بالجانب المالي الأسري فإنه يعمل بالقواعد العامة للالتزام خلافا لحالة نظره في مسائل غير مالية كالزواج والطلاق والنسب فهذه المسائل لها خصوصية تستتبع خصوصية عقد الزواج وتميزه عن سائر العقود.

وفي كل هاته الأحوال يمارس قاضي الأحوال الشخصية سلطة تقديرية منضبطة بنص القانون، أو بمصادر الشريعة الإسلامية، ونتناول في هذا الفصل بعضا من هاته المحاور والتي نظرا لسعتها انتقينا منها على الخصوص السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة. و السلطة التقديرية القاضي في التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي وأخيرا السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق وانحلال الرابطة الزوجية فيقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول

السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة لما كانت الخطبة مقدمة ضرورية قبل إبرام عقد الزواج، لما لها من أهمية في التعارف بين الخطيبين وأسرتهما، ومعرفة السجيا والخصال والطباع المشتركة و المتناقضة على حد سواء لألا يصطدم أحد الطرفين بما يمنع استمرار العيش من أمور مفاجئة. وهذا يعني أن الخطبة هي مظنة إبرام عقد الزواج⁽¹⁾، أو العدول عنه على السواء، بل هذا الغرض الأسمى منها. وإذا كان العدول في حد ذاته جائزا ومباحا فهو ليس سبب في الضمان أو التعويض لكن الضرر الناتج عنه هو سبب الضمان. ومن هذا المنطلق منح ق-أ-ج للقاضي الجزائي سلطة تقديرية في تقدير التعويض عن الضرر الناتج عن فسخ الخطبة سواء كان أدبيا أو معنويا. لذلك، علينا تقصي مقدار هذه السلطة ومدى سعتها أو ضيقها؟ وقبل ذلك معرفة موقف الفقه الإسلامي؟.

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة: لعل الحديث عن موقف الفقه الإسلامي عن ضرر العدول عن الخطبة وتعويض الطرف المتسبب في الضرر للطرف المتضرر يؤدي بنا إلى تقسيم

(1) هناك من يذهب إلى القول بأن الخطبة عقد وليست مجرد وعد لاشتمالها على أركان العقد، حتى عرفها بعضهم بأنها: "عقد علني ذو صبغة دينية، يتبادل فيه رجل وامرأة الوعد بزواج الآجل" في تفصيل أصحاب هذا القول وعرض أدلتهم عليه، ينظر: د/محمد محدة، الخطبة والزواج، شهاب 2000، ط2، ص من 42 إلى 45. وذكر هذا التعريف ونسبه إلى د/بشير البيلاوي، قوانين الأحوال الشخصية، دار العلم للملايين، ط1، 1979، ص45.

الفقه تاريخياً إلى قسم: الفقه الحديث، والفقه الإسلامي المبتوث في أمهات كتب الفقه المعروفة⁽¹⁾، التي لا تكاد نعثر فيها على هذا الموضوع بالتحديد والدقة⁽²⁾، لذلك نحيل الحديث في هذه المسألة إلى الفقهاء المعاصرين، لأنهم هم الذين وضعوها قيد البحث والدراسة، باعتبارها من فقه النوازل التي طرأت على الناس، لتغير زمانهم وأحوالهم.

وفي الجملة يمكن حصر أقوالهم في أربعة آراء أو مذاهب:

الرأي الأول: وجوب التعويض بإطلاق: وإليه ذهب الشيخ محمود شلتوت⁽³⁾ فإذا وقع لأحد الطرفين بسبب عدول الآخر عن الخطبة ضرر، وجب تعويضه لأنه من المقرر شرعاً أن "لا ضرر ولا ضرار"⁽⁴⁾ والضرر يزال وطريقة إزالته هي التعويض⁽⁵⁾.
الرأي الثاني: عدم التعويض مطلقاً: وإلى هذا ذهب الشيخ محمد بخيت المطيعي، حين أجاب عن سؤال أحد المستفتين قائلاً: "ومن ذلك يعلم أنه لا وجه أن يلزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب أو المخطوبة بتعويض، لأن كل واحد منهما لا يفوت على الآخر حقاً حتى يلزم بالتعويض، بل بعد الخطبة لكل منهما الحرية التامة شرعاً في أن يتزوج بمن شاء"⁽⁶⁾ لا تغريب العادل، فعليه مثلاً لو أن

(1) ولعل السبب الوجيه لعدم طرق هذا الموضوع، خلال كل تلك المراحل من الفقه الإسلامي، هو نمط الحياة الاجتماعية، والذي تميزه المحافظة على أحكام الإسلام وتعاليمه فيما يتعلق بعلاقة الخطبة فلا نجد من يخل بخطبته، أو تكون هي عاملة فيطلب منها التوقف عن العمل أو غيرها ما أستنجد من الآفات التي تسبب أضراراً لأحد الطرفين حال العدول.
 - ثم إن الزواج مبني على الرضا، ولو قلنا بالتعويض عن العدول لكان في ذلك إكراه ضمني على الزواج، وخاصة للمعسر الذي لا يقدر على التعويض، فيضطر لإتمام الزواج دون رضا، وهذا غير جائز في سائر العقود، فكيف يجوز في الزواج وهو أوثق العقود.
 ينظر: مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، السوري، مطبعة جامعة دمشق، ط06، 1962، ج1، ص60.

(2) أما حديثهم عن التعويض والضمان بوجه عام فهو حديث مطول ودراساتهم له دقيقة ورصينة، وتأتي الإشارة إليها في محاور لاحقة من هذا المبحث.

(3) محمود شلتوت، فصول شرعية اجتماعية، ص32.

(4) أخرجه الإمام مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، حديث رقم 2171، ج2، ص290، والبيهقي في السنن، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، حديث رقم 11384، البيهقي، السنن الكبرى، ج06، ص115.

(5) محمد عبد الفتاح النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط2002، ص163.

(6) محمد بخيت المطيعي، مجلة المحاماة الشرعية، عدد01 (د ت) القاهرة، ص44-45.

- درج الباحثون في شؤون الأسرة إلى نسبة هذا الرأي إلى الشيخ بخيت، بإطلاق لكن ما نقله عنه زهدى يكن يثير التردد الريبة في هذا، حين يقول أن لا وجه للالتزام بالتعويض عن الأ

الخطاب قام ببناء بيت بجوار أهل المخطوبة يكون مغترا لا مغترا به والحال نفسه بالنسبة للمرأة التي تترك عملها لمجرد الخطبة تعتبر مغترة، والضرر الذي لحق بها أساسه عدم حيظتها، لو طلب منها ذلك والسند الثاني المعضد لهذا الرأي هو القاعدة المقررة في الفقه، الجواز ينا في الضمان " أي سبيل إلى تحميل الخطاب مسؤوليته (1)

عمل مشروع، لأن مسؤولية تنشأ من الاعتداء والتعسف والخطاب لا يعتبر متعديا إذا يستعمل حقه في العدول (2).

الرأي الثالث: التعويض عن الأضرار المادية: وذهب إلى هذا الشيخ محمد أبو زهرة حيث يرى بأن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سببا للتعويض، لأنه حق والحق لا يترتب عليه تعويض قط، ولكن ربما يكون الخطاب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة، لأن مجرد الخطبة والعدول، كأن يطلب نوعا من الجهاز أو تطلب هي إعداد المسكن، ثم يكون العدول والضرر (3).

أما قصر التعويض على الأضرار المادية دون الأدبية، فيوضع سببه بقوله "إن التمسك بالآداب الإسلامية الخاصة بالخطبة يترتب عليه أن يقتصر النظر في الأضرار المادية، لأن الأضرار الأدبية التي تمس السمعة، سببها الاستهواء والاستغواء ونحو ذلك، لا محل له في الفقه الإسلامي" (4).

ضرر أي كانت مادية أو معنوية في حالة ما إذا استسلم الخطيب للضعف الجنسي. ويفهم من هذا الكلام أن فتوى عدم التعويض المذكورة تقتصر على حالة عدم وجود خطأ أصلا، سواء كان مشروع أو غير مشروع، وعليه يمكن تحقيق مذهبه على الوجه الآتي:

- عدول عن الخطبة وحصول ضرر مادي أو معنوي دون خطأ من العادل، فلا تعويض حينئذ.
- عدول عن الخطبة وحصول ضرر مادي أو معنوي، والسبب خطأ أو تصرف مخالف لحكم الشرع، فلا تعويض أيضا.

- عدول عن الخطبة وعدم حصول ضرر لأي طرف، فلا وجه للحديث عن التعويض.
- فتصريحه بهذه الحالات وحصره لها قد يوحي بأنه يرى التعويض في غيرها والله أعلم.
- زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال الغير المباحة، بيروت، ص 95 وما بعدها.

(1) محمد محدة، الخطبة والزواج، مرجع سابق، ص 70-71.

(2) فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان ط 1، 1994م، ج 02، ص 541.

(3) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 36-38.

(4) محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، (د-ط-ت)، ص 75. يرى الباحث شامي أحمد، أن الإمام أبو زهرة كان يقول بالتعويض من الأضرار الأدبية و المعنوية، ثم عمل عن هذا الرأي وقد نقل عنه نفس الكلام الذي ذكرناه، معتبرا الأول إثبات و الثاني عدول عن الأول.

الرأي الرابع: التعويض عن كل ضرر يترتب عنه العدول: وهو مذهب أغلب الفقهاء المعاصرين⁽¹⁾: فمع إقرارهم بأن العدول حق ولكن إذا ترتب عنه ضرر مادي أو معنوي بسبب خطأ أو تقصير أو إخلال بواجب الحيطة أثناء العدول لا على مجرد العدول، وإنما لتعسف صاحبه في استعماله⁽²⁾.

يقول العلامة السنهوري في هذا الصدد: "فإذا انحرف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب، كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية"⁽³⁾.

وللشيخ عبد الرحمان الصابوني نظرة مغايرة للشيخ أبو زهرة، حين تطرق للأضرار الأدبية، وفصل في مسألة الإغواء الذي يوجب التعويض، وهو الذي يرافقه الغش والخديعة، فإذا كان يعلم المخطوبة وأقاربها فلا تعويض⁽⁴⁾.

وهذا ما ذهب إليه السنهوري، حيث يرى أن فسخ الخطبة والعدول عنها لا يكون سببا إلا في التعويض عن الضرر المادي أما الضرر الأدبي فإنه لا تعويض عنه إلا إذا سبقه استغواء مصحوب بخديعة أو ش أو ضغط أدبي⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: موقف القانون والقضاء الجزائي والمقارن من التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة:

- أخذ ق-ان-ون الأسرة الجزائي بالرأي الرابع، الذي ذكر سابقا، فنصت المادة (05)

لكن يبدو والله أعلم أن لا تعارض بين النقلين، فكلاهما المقصود منه الضرر المادي، لكنه لم يصرح في القول الأول بنوع الضرر، لأن سياق الكلام لا يحتاج لهذا التفريق وإنما ذكر الضرر بإطلاق، ثم مثل له بمثلين كلاهما ضرر مادي، فيفهم أن الضرر الأدبي مستبعد في كلا القولين، والله أعلم.

ينظر: شامي محمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان 2003، 2014، ص 10-11.

(1) مصطفى السباعي، الزواج والطلاق، ص 658.

بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق، ص 55.

محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية، ص 55.

زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة المسلمة، ص 16-17.

عبد الرحمان الصابوني، الأحوال الشخصية، كلية الحقوق جامعة حلب سورية، ط 1965، ج 01، ص 55.

(2) محمد محدة، الخطبة والزواج، المرجع السابق، ص 74 وما بعدها.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 827.

(4) عبد الرحمان الصابوني، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 55.

(5) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 1، ص 864-865.

ق-أ الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.
- إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض⁽¹⁾.

وقد نهج القضاء العربي، نهجا يكاد يكون متطابقا في هذه المسألة، فقد جاء قرار المحكمة العليا بالجزائر⁽²⁾ ومصر⁽³⁾ وتونس⁽⁴⁾ وسوريا⁽⁵⁾، ما يؤكد هذا ويدل عليه.
- فالمحكمة العليا بالجزائر ترى بأن الاعتراف بالخطبة أمام القضاء يعد إقرارا قضائيا، ومادامت الخطوبة قد اعترفت أمام القضاء بذلك وأن العدول عن الزواج كان من فعلها وحيث أنه من المقرر أيضا أنه إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض، وأن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون⁽⁶⁾.

أما القضاء في مصر، فقد أستقر على ثلاثة مبادئ تحكم هذه المسألة⁽⁷⁾ وهي:
- الخطبة ليست بعد ملزم.

- مجرد العدول عنها لا يكون سببا للتعويض.
- إذا أقرن بالعدول عنها أفعال ألحقت ضررا بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية والملاحظ على هذه المبادئ أنها تتوافق تماما مع آراء الفقهاء المعاصرين والذي ذكر تحت عنوان (الرأي الرابع)، بل إنما هي مجرد تلخيص لذلك الرأي.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير وقوع الضرر: قبل أن يفصل القاضي في التعويض عليه أن يقدر قبل ذلك، وقوع الضرر من عدمه فقد يكون أحد فوجبه أن نوضح مفهوم الضرر عموما، والضرر المترتب عن العدول عن الخطبة خصوصا، وما هي وسائل إثباته.

الفرع الأول: مفهوم الضرر وأنواعه:

(1) قانون رقم 11-84 مؤرخ في 11 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

(2) المحكمة العليا 25 ديسمبر 1989، المجلة القضائية، العدد 4، ص 102.

(3) محكمة النقض المصرية، نقض مدني رقم 14/12/1939، طعن رقم 33 مجلة المحمأة، السنة 33 رقم 422، ص 705.

(4) محكمة النقض التونسية، 03 مارس 1959.

(5) نقض مدني سوري، 27 مارس 1952.

(6) المحكمة العليا 25 ديسمبر 1989، المجلة القضائية، العدد 4، ص 102.

(7) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 1، ص 830.

1- **تعريف الضرر لغة:** يطلق الضرر لغة ويراد به عدة معان (1) فهو خلاف النفع: فيقال ضرر، يضره ضرا، وهو سوء الحال والضييق والنقصان يدخل في الشيء. ويذكر فقهاء اللغة أن الضرر بالفتح ضد النفع، والضرر بالضم الهزال وسوء الحال (2).
 2- **تعريف الضرر اصطلاحا:** عرفه ابن حجر الهيتمي بأنه "إلحاق مفسدة بالغير" (3) ومن المعاصرين عرفه محمد المدني بوساق بأنه كل أذى يلحق الشخص سواء أكان في مال متقوم محترم أو جسم معصوم أو عرض مصون (4). وعرفه وهبة الزحيلي بأنه "إلحاق مفسدة بالآخرين أو هو كل أذى يلحق الشخص سوا أكان في ماله أو في جسمه أو عرضه أو عاطفته" (5). أما أحمد موافي، فقد عرفه، بعد أن أنتقد جملة التعريفات أوردها، ووصف تعريفه بأنه جامع مانع تقال: "هو الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تعديا أو تعسفا أو إهمالا" (6).

3- **أنواع الضرر:** يمكن تقسيم الضرر بحسب ما يهمننا في هذا المبحث، باعتبار محله، وباعتبار سببه (7).

أ- **تقسيم الضرر باعتبار محله:** ينقسم إلى قسمين، ضرر مادي وضرر أدبي. النوع الأول: **الضرر المادي:** وهو الضرر الذي يصيب الإنسان جسمه أو ماله. فما يصيب الإنسان في جسمه من جراح يترتب عليها تشويه فيه أو عجز عن العمل أو ضعف في كسبه (8) ومحل هذا الضرر بدن الإنسان سواء كان بإتلاف النفس أو بقطع عضو من الأعضاء أو بتعطيل معنى من المعاني كإذهاب منفعة السمع أو

(1) مقاييس اللغة، ج3، ص360، مختار الصحاح ص379، المصباح المميز، ج1، ص360.

(2) لسان العرب، ج4، ص482.

(3) فتح المبين لشرح الأربعين، لابن حجر الهيتمي، ص211.

(4) محمد المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، ص29.

(5) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص23.

(6) أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، ص28.

(7) ممن أعتمد هذا التقسيم: د/محمد سنان الجلال، التعويض المادي عن الضرر الأدبي أو المادي غير المباشر الناتج عن الجناية أو الشكوى الكيدية، بحث مقدم للدورة الثانية و العشرين للمجمع الفقهي الإسلامي، المنعقدة في مكة المكرمة، ص15 وما بعدها.

(8) علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص38.

البصر، أو عاهة تقعد الإنسان عن العمل⁽¹⁾.
أما ما يصيب الإنسان في ماله، فهو كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها أو نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها ونحو ذلك من كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر⁽²⁾.

ويشمل هذا النوع كل ما يدخل في مفهوم المال، سواء كان منقولاً أو عقاراً، أو منفعة مقومة، وإتلافاً تاماً أو جزئياً كتعطيل بعض صفاته، أو إحداث عيب أو نقص فيها.

وقد لا يكون الضرر إتلافاً، وإنما استيلاء على المال، أو تعدياً غل حيازته، بحيث يفوت الفرصة على صاحبه من الانتفاع به بالكلية أو بالمنفعة المطلوبة⁽³⁾.

النوع الثاني: الضرر الأدبي: لم يكن لهذا المصطلح استعمال في عبارات فقهاءنا القدامى، وإن كان مضمونه أخذ حيزاً من كلامهم أثناء تعرضهم لمواضيع الديات والآروش وأنواع الضمان، فقد فصلوا تفصيلاً كبيراً في أركان جريمة القذف، وتحدثوا عن عقوبة السب والشتيم مما لا يصل إلى القذف وغيرها مما تصنف اليوم ضمن الأضرار الأدبية لكنهم لم يسموها بهذا الاسم.

فكان لزاماً أن نرجع إلى المعاصرين، للبحث عن مفهوم هذا المصطلح في الفقه الإسلامي.

تعدد عبارات المعاصرين في تعريف الضرر الأدبي، ونورد منها:

1- كل أذى يصيب الإنسان في عرضه أو عاطفته أو شعوره، وسمي ضرراً أدبياً أو معنوياً لأنه غير مادي⁽⁴⁾.

2- هو إلحاق مفسدة في شخص الآخرين، لا في أموالهم، وإنما فيما يمس كرامتهم أو يؤدي شعورهم أو يخدش من شرفهم أو يتهمهم في دينهم أو يسيء إلى سمعتهم أو نحو ذلك من الأضرار⁽⁵⁾.

3- الضرر المعنوي أو الأدبي هو أذى يصيب الشخص في نفسه أو شرفه أو اعتباره أو مشاعره ومعتقداته الناجم عن أي اعتداء أو إتلاف أو عمل غير مشروع وقع عليه⁽⁶⁾.

(1) محمد بوساق، التعويض عن الضرر، ص 38.

(2) علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 38.

(3) محمد سنان جلال، مرجع سابق، ص 17.

(4) محمد بوساق، التعويض عن الضرر، مرجع سابق، ص 29.

(5) محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، ص 92.

(6) د/علي القره داغي، بحث مقدم إلى ندوة رئاسة المحاكم الشرعية المنعقدة في أكتوبر

4- ويذهب السنهوري من فقهاء القانون إلى أن الضرر الأدبي هو الذي لا يصيب الشخص في ماله⁽¹⁾ بمعنى كل ضرر غير مالي هو ضرر أدبي.

أنواع الضرر الأدبي: يمكن تقسيم الأضرار الأدبية، باعتبار ارتباطها وانفصالها عن الأضرار المادية إلى قسمين: أضرار أدبية محضة، وأضرار أدبية متصلة بأضرار مادية^(*).

- الأضرار الأدبية المحضة: ومنها الأضرار والآلام النفسية التي تصيب الشخص في عاطفته⁽²⁾ بسبب فقدان أعزائهم، كأن يفقد أحد الخطيبين الآخر الذي تعرض لحادث سير أدى إلى وفاته ومنها الإهانة التي تمس كرامة الإنسان، والسبب و القذف أو الوشاية الكاذبة التي تعرض سمعة الإنسان إلى الإساءة وتحقيرهم في نظر الناس.

الأضرار الأدبية المتصلة بأضرار مادية: مثل الإصابات التي تقع على الجسم، وما سيتتبعها من أضرار مادية، تشتمل على تكاليف العلاج والعجز عن الكسب وفوات الفرصة المالية التي كان يمكن أن يحققها لولا وجود تلك الإصابة، ومن جهة مقابلة فهو يعاني نفسياً جراء هذه الإصابة، سواء بشعوره بالنقص بسبب ما حل به من إعاقة، وتشوه خلقه كأنطفاء عين أو قطع أذن، أو بتر ساق... الخ.

ومنها الاعتداء على الملكية، وما يستتبعه من شعور الإحساس بـ (الحقرة)⁽³⁾، و التأثير في مركزه الاجتماعي.

وفي مجال الخطبة ترك المخطوبة لمقاعد الدراسة، ضرر مادي لما للدراسة من دور واضح في صناعة المستقبل المادي للطلاب وخاصة إذا كانت نجبية ومتفوقة في دراستها، ويستتبعها ضرر معنوي كبير، يتمثل في سمعتها العلمية والاجتماعية و المركز الذي يحتله المتخرجون في أسرته أو قريته ومدينتهم بحيث تنظر إلى نفسها نظرة ازدراء واحتقار كلما وجدت متخرجة من الصف الذي كانت تدرس به، وهذه كلها أضرار أدبية متصلة بالضرر المادي الذي حصل.

1999، مقتبص عن محمد سنان الجلال، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 19.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 1، ص 864.

(*) ذكر هذا التقسيم: محمد سنان الجلال، ونسبه إلى بعض الباحثين دون ذكر أسمائهم أو أسماء بعضهم.

محمد سنان الجلال، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 21.

(2) ينظر: باسل محمد يوسف قبها، التعويض عن الضرر الأدبي، ص 21-22.

(3) الحقرة هو أحد أهم المصطلحات التي شاع استعمالها، بين الناس للتعبير عن أوضاعهم المهنية المزرية، وأصلها اللغوي: حقر، يحقر، احتقارا. ينظر لسان العرب.

هذا التقسيم وإن كان في ظاهره يبدو مقبولاً، إلا أنه منتقد من جهتين: **أولهما:** حتى الأضرار المعنوية المتمخضة، فإنه لا يمكن فك ارتباطها أو عزلها تماماً عن الأضرار المادية ومن أمثلتها إلحاق تهمة السمعة السيئة في الأمانة. قد تنجر عنها آثاراً مالية، فإن كان تاجراً عزف الناس عنه، وإن احتاج إليهم ولوه دبرهم، وإن كان موظفاً قلصت صلاحياته أو ربما تعرض للتنزيل من الرتبة، أو العزل، وكلها مصالح مالية واضحة مع تضمنها على معانٍ أدبية.

ثانيهما: أن هذا التقييم لا يفيد في شيء من الناحية العملية وعليه درج أغلب الباحثين على عدم اعتماد هوعولوا على ما ذهب إليه السنهوري⁽¹⁾ حيث قسمها باعتبار الأحوال التي يتحقق فيها الضرر إلى ما يلي:

1- ضرر أدبي يصيب الجسم: فالألم الناجم عن الجروح، وما قد يعقبها في تشويه أو تلف في الأعضاء أو في الجسم بوجه عام كل هذا يكون ضرراً مادياً، إذا نتج عنه إنفاق المال في العلاج، أو نقصت كفاءته في الكسب، ويكون أدبياً فحسب إذا لم ينتج عنه كل ذلك.

2- ضرر أدبي يصيب الشرف والعرض والاعتبار، كالقذف والسب وهتك العرض وإيذاء السمعة بالتقولات والاعتداء على الكرامة.

3- ضرر أدني يصيب العاطفة والشعور والحنان، كأن يشترط أحد الخطيبين على الآخر قطيعة أحد والديه أو أقاربه، أو يتعمد هو الإساءة إليهم ليغيض الطرف الآخر ويحزنه، ويضاف إليها كل عمل يصيب الشخص في معتقداته الدينية أو انتماءاته العرقية وغيرهما.

4- ضرر أدبي يصيب الشخص من جراء الاعتداء على حق ثابت له فإذا دخل شخص أرضاً مملوكة، بالرغم من معارضة المالك جـ.أز له أن يطالب بالتعويض عما أصابه من جراء هذا الدخول حتى إن لم يكن له أي أثر مادي.

ب- تقسيم الضرر باعتبار سببه: فالضرر باعتبار سبب حدوثه ينقسم لإلى مباشر وغير مباشر.

أما النوع الأول: فهو الضرر المباشر، وقد تناول الفقهاء هذه الطريقة في حدوث الضرر وعرفوها بعدة تعريفات منها:

1- إيجـاد علة التلف⁽²⁾، بمعنى ينسب إليه التلف في العرف والعادة: كالقتل والإحراق، فمن قتل أو أحرق، ففعله مباشر في العرف والعادة، فلا يمكن أن ينسب القتل إلى السكين أو الرصاصة والحرق إلى النار، بل النسبة لمن

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، ص464-465 مع التصرف في الأمثلة التي ذكر بحسب حاجة البحث إليها.

(2) الوجيز للغزالي، ج1، ص379.

استعملها في إيجاد الحادثة.

2- وقيل حد المباشرة أن يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله و التلف فعل مختار⁽¹⁾.

أم- النوع الثاني: غير المباشر، فقد عرف هو الآخر بجملة من التعريفات منها:
- التسبب: كحفر بئر في محل، عدوانا وتعديا فتتردى فيه بهيمة أو غيرها⁽²⁾، فالتلف لم يحدثه الحفر، لأنه متصل بالمكان لا بما وقع فيه، وإنما الحفر سببه.

2- إيجاد م- يحصل الهلاك عنده لكن بعلة أخرى، إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة⁽³⁾ ووحده التسبب هو الذي حصل التلف بفعله وتحلل بين فعله والتلف فعل مختار⁽⁴⁾.

وخلاصة م- ذكر أن الضرر غير المباشر هو ما كان ناتجا ليس عن السبب الأصلي مباشرة بل عن علة أخرى متوقع حدوثها غالبا⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: شروط الضرر الموجب للتعويض: ليس كل ضرر مترتب عن العدول عن الخطبة موجب للتعويض، بل أو رد الفقه جملة من الشروط⁽⁶⁾ وجب تحققها فيه حتى يعتد به وهي:

1- أن يمس بحق أو بمصلحة مشروعة: سواء كان هذا الحق أو المصلحة مادية أو معنوية، فكل ضرر يلحق بأحد الطرفين من جراء العدول عن الخطبة، في حق أو مصلحة كان محلا للتعويض إلا إذا كانت المصلحة غير مشروعة فلا يحق للخليلة أن تطالب بالتعويض عن قتل خليلها، لأن مصلحتها في بقاء العلاقة معه غير مشروعة⁽⁷⁾.

2- أن يكون الضرر محققا: أي أنه وقع فعلا، أو أن وقوعه في المستقبل مؤكد،

(1) الفروق للقرافي، 27/4، غمز عيون البصائر، ج1/466.

(2) الفروق للقرافي، مرجع سابق، ج4، ص27.

(3) الوجيز للغزالي، 379/1.

(4) غمز عيون البصائر، ص1466.

(5) علي الحفيف، الضم-ان في الفقه الإسلامي، ص58.

(6) في تفصيل هذه الشروط ينظر:

- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدي عين مليلة، ط1، 1991-1992، ج2، ص16 وما بعدها.

- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، الجزائري، مرجع سابق، ص157-158.

(7) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص77.

فلا يكفي فقط بالوقوع الفعلي، وقد قضت محكمة النقض المصرية، بأنه: "يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي، الإخلال بمصلحة مالية للمضرور، وأن يكون الضرر محققاً بأن يكون قد وقع بالفعل، أو أن يكون وقوعه في المستقبل حتماً"⁽¹⁾. ومثال الضرر الواقع فعلاً كل ضرب أو جرح، أو سب تتعرض له الخطيبة، فهي أضرار قد حلت ووقعت فعلاً، أما الضرر مؤكد الوقوع، فتوقيف الخطيبة عن العمل، هو أمر واقع، لكن ما ينتج عنه ما من أضرار مستقبلية ستأتي حتماً.

المطلب الرابع: سلطة القاضي في تقدير الضرر الموجب للتعويض في القانون و القضاء الجزائري والمقارن:

من خلال نص الفترة الثانية من المادة 5 ق-أ-ج والتي تنص على أنه: "إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو ضرر معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض". فذكر الضرر بإطلاق، والاكتفاء، بذكر نوعية، بحسب تقسيمه باعتبار المحل، يحتم على القاضي الجزائري العودة إلى نصوص قانونية أخرى⁽²⁾، أو الرجوع إلى ما قرره الشريعة الإسلامية، وفقاً لقاعدة الإحالة التي أقرها قانون الأسرة الجزائري⁽³⁾.

وقد جاءت المادة 182 بمفهوم عام وشامل لما يمكن أن يكون محلاً للتعويض بنصها: "...ويشمل التعويض ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب..."⁽⁴⁾. أما المادة 182 مكرراً: فكانت خاصة بالأضرار المعنوية، وقد أوردت مفهوماً يتعلق بما تشتمل عليه هذه الأضرار، فنصت على: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"⁽⁵⁾. بمعنى أدق أن السبب في هذا الحالة قد تحقق، ولكن أثاره هي التي تراخت إلى المستقبل، كلها أو بعضها بحسب الحال. فالمتوقفة عن العمل حتماً ستحرم من راتبها الشهري منذ توقفها، ولن تحصل على رواتب أخرى عن وظيفتها في المستقبل كما أنها ستحرم من كل علاوة أو تحفيز أو

- (1) نقض مدني مصري، الطعن رقم 634، س 45 ق، جلسة 1979/03/27 غير منشور.
- (2) في كثير من الأحوال، يرجع قاضي شؤون الأسرة إلى الشريعة العامة، أي القانون المدني خاصة فيما يتعلق بالالتزامات في الحقوق المالية بين أفراد الأسرة.
- (3) نصت م 222 ق.أ.ج، كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة.
- (4) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في: 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في: 2005/06/20.
- (5) المرجع السابق.

ترقية، أو تربص كما يؤثر هذا سيرتها المهنية حينما تترشح لوظيفة أخرى وكذا المشهر بها، قد يأخذ الأمر سنوات، ليحصل عدم تقدم الخطاب لها، ولكنها حتما لن تنتظر مرور كل تلك السنوات حتى تطلب التعويض عن هذا الضرر، وإنما يكفي القاضي بالتحقق من سببه وهو القذف والتشهير، ليحكم لها بالتعويض وكذلك من طالت فترة خطوبتها.

المبحث الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: مفهوم التفريق بين الزوجين:

تعريف التفريق لغة: خلافاً لجمع، يقال: فرّق فلان الشيء تقريباً، وتفرقة، إذا بدده، وفي الحديث: "لا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع، خشية الصدقة"⁽¹⁾

والتفريق من القرقة، والمفارقة، وهي البعد، أو الأبعاد، أصلها فرق، وفصل، وتفارق القوم: فارق بعضهم بعضاً، والفرقة اسم الافتراق، ضد الاجتماع، والفراق، أو الفرقة، وأكثر ما تكون في الأبدان، ويبقى الفرق بينهم: أي فصل، وفرق بين القوم: أحدث بينهم فرقة.

تعريف التفريق اصطلاحاً: وهو ما تنحل به عقدة النكاح، وينقطع ما بين الزوجين من علاقة زوجية، لسبب من الأسباب الموجبة لذلك، سواء أكانت الفرقة فسخاً أم طلاقاً، وهي مد سلطان القاضي لحل الرابطة الزوجية لسبب مسوغ عنده لرفع ضرر محقق، إذا طلبت الزوجة ذلك من القاضي، وأهي العلة المميزة لطلب فسخ الزواج.

(1) صحيح البخاري، ج5، ص283، سنن أبي داود، ج2، ص9، سنن ابن ماجه، ج1، ص576.

أ- الطلاق في اللغة: الحل ورفع القيد، ويأتي بمعنى التخلية، والتسريح⁽¹⁾.
 ب- الطلاق في الاصطلاح: عرفه الحنفية بأنه: "رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص"⁽²⁾.
 وبنحو ذلك عرفه جمهور الفقهاء، ولكن دون الإشارة إلى وقت الرفع والحل، فقالوا:
 هو: "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"⁽³⁾.

ثالثا- الفرق بين الفسخ والطلاق:

يشبه الفسخ الطلاق في أثر قطع العلاقة الزوجية، لكنهما يفترقان في جملة من الخصائص أهمها:

الطلاق	الفسخ
تقطع به العلاقة بين الزوجين، ويترتب عليه زوال الحل في الحال إن كان بائنا، ويبقى الحل إلى انتهاء العدة إن كان رجعيا، وبوقوعه تثبت الحقوق الشرعية لكل من الزوجين على صاحبه ⁽⁴⁾	الفسخ نقض للعقد، سواء كان من أصله، أو من حين طروء سببه
حق يملكه الزوج على زوجته ⁽⁵⁾	يحتاج إلى أسباب شرعية

(1) ابن منظور، لسان العرب مادة (طلق) 187/8، الفيومي: المصباح المنير مادة (طلق)، ص 195.

(2) ابن عابدين، رد المحتار 4/424.

(3) حاشية الدسوقي، 3/216، الشربيني الخطيب، مغني المحتاج 3/279، ابن قدامة، المغني 10/323.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص 497 وما بعدها، الشيرازي: المهذب، ج2، ص 50 و 103، المطيعي، تكملة المجموع، ج17، ص 383، ابن قدامة، المغني، ج10، ص 70 و 491.

(5) الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص 141 وما بعدها، الشيرازي، المرجع السابق، ج2، ص 79 وما بعدها، الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، ج3، ص 279، المطيعي، تكملة المجموع، ج

<p>فرقة الطلاق يجب بها نصف المهر، إذا كانت قبل الدخول، وقد سمي المهر، والمتعة عند عدم تسمية المهر</p>	<p>لا يجب بفرقته شيء من المهر إذا كان قبل الدخول، إلا إذا كان بسبب من الزوج في الفسخ بسبب طارئ عند جمهور الفقهاء؛ باستثناء الحنابلة، فلا يجب عنده مشيء من المهر في فرقة الفسخ، سواء كان بسبب من الزوج أو الزوجة⁽¹⁾</p>
<p>لا يلحق إلا النكاح الصحيح</p>	<p>يلحق العقد الفاسد، وكذلك الصحيح إذا طرأ عليه ما يفسده</p>
<p>نقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج⁽²⁾</p>	<p>لا ينقص به عدد الطلقات التي يملكها الرجل</p>

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للفرقة بحكم القاضي:

بناء على التقسيم السابق لفرقة النكاح، فقد اتفق الفقهاء على أن ما يكون من الزوج بصيغة الطلاق، سواء كان رجعياً أو بائناً فإنه يقع طلاقاً لا يحتاج إلى قضاء إلا إذا نفاه بعد إيقاعه⁽³⁾.

ثم اختلفوا فيما عدا ذلك، وللوقوف على مذاهب الفقهاء في ذلك، فإنني أورد أقوالهم، ثم أتبع كل قول بأهم أنواع الفرقة التي تعتبر طلاقاً عند القائلين به، ثم الفرقة التي تقع فسخاً مشيراً إلى حاجة كل من النوعين إلى القضاء. اختلف الفقهاء في نوع الفرقة بحكم القاضي على ثلاثة أقوال:

17، ص 373 وما بعدها.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص 430 و 497، الشيرازي، المهذب، ج2، ص 58، ابن قدامة، المغني، ج10، ص 62.

(4) أبا زهرة، الأحوال الشخصية، ص 277، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج1، ص 296، محمد سلام مدكور، أحكام الأسرة في الإسلام، ج2، ص 18 وما بعدها.

(3) ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص 426، ابن جزي، القوانين الفقهية، ص من 159 إلى 171، الشافعي، الأم، ج5، ص 126، ابن قدامة، المغني، ج10، ص 323 و 70 وما بعدها.

القول الأول: إن كانت الفرقة من جانب الزوج ولا يمكن أن تأتي من جانب الزوجة فهي طلاق، أما إن جاءت الفرقة من جهة المرأة فتكون فسخا.

واحتجوا لقولهم بالمعقول:

إن المرأة لا تلي الطلاق ولا تملكه، كما أن التفريق لعيوب الزوج سبب ثبت من جانبه؛ وهو المنع من إيفاء حقها المستحق بالنكاح وهو ظلم وضرر؛ فإن لم يقم به قام القاضي مقامه⁽¹⁾.

وتقسيم الفرقة عندهم كما يلي:

الفرقة بالفسخ		الفرقة بالطلاق	
تحتاج إلى القضاء	لا تحتاج إلى القضاء	تحتاج إلى القضاء	لا تحتاج إلى القضاء
1- اختيار ولي المرأة التفريق إذا نقص المهر عن مهر المثل. 2- عدم كفاءة الزوج؛ حيث يعطى للأولياء حق التفريق ⁽²⁾ .	1- فساد العقد. 2- الردة. 3- إسلام أحد الزوجين عند تباين الدارين؛ كأن يخرج أحد الزوجين إلى دار الإسلام مسلما ويترك الآخر كافرا في دار الحرب.	1- الفرقة بسبب الجب والعنة، و الخصاص. 2- فرقة اللعان عند أبي حنيفة ومحمد ، خلافا لأبي يوسف.	1- الإيلاء. 2- إباء الزوج الإس لام عند أبي حنيفة ومحمد، خلافا لأبي يوسف.

القول الثاني: للإمام مالك في التفريق بين الفسخ والطلاق قولان:

الأول: إذا كانت الفرقة بسبب مختلف فيه خارج مذهبه، وكان الخلاف مشهورا؛ كنكاح المحرم بالحج والعمرة⁽³⁾، فإنها فرقة طلاق.

الثاني: أن المعتبر في ذلك هو السبب الموجب للتفريق، فإن كان راجعا للشارع حتى إذا أراد الزوجان الإقامة عليه لم يصح؛ فإنه فسخ كالنكاح في العدة، ونكاح

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص 497 وما بعدها، ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص 176 وما بعدها.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص 497 وما بعدها، ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص 179، 186، 426.

(3) لا يصح الزواج إذا كان أحد العاقدين محرما بحج أو عمرة عند جمهور الفقهاء عدا الحنفية. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ص 6569.

المحرمة بالرضاع، وإن كان مما للزوجين أن يقيما عليه كالرد بالعيب فهو طلاق⁽¹⁾.
وتقسيم الفرقة عندهم كما يلي:

الفرقة بالفسخ		الفرقة بالطلاق	
تحتاج إلى القضاء	لا تحتاج إلى القضاء	تحتاج إلى القضاء	لا تحتاج إلى القضاء
1- التفريق في النكاح الفاسد. 2- إباء أحد الزوجين الإسلا م.	1- الفسخ بسبب اللعان ⁽³⁾ .	1- الإيلاء عند عدم الفينة. 2- التفريق للغرور والغش. 3- التفريق لعيوب الزوجين القديمة. 4- التفريق لحدوث الجنون و الجذام والبرص بالزوج. 5- التفريق للإضرار بالزوجة. 6- التفريق بقول الحكمين. 7- التفريق لفقد الزوج أو غيبته. 8- التفريق للإعسار بالنفقة. 9- التفريق للإعسار بالصداق قبل الدخول ⁽²⁾ .	1- الفرقة للردة.

القول الثالث: إن ما يوقعه القاضي من تفريق هو فسخ لا طلاق فيه، وأن الطلاق هو ما يوقعه الزوج بلفظه، أو بتفويض منه لزوجته، أو توكيل به لغيره، وإليه ذهب الشافعي وأحمد وابن حزم⁽⁴⁾، إلا أن الظاهرية لا يجيزون التفريق بسبب العيوب،

(1) محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، ص138، محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، القوانين الفقهية، ص159.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد، ج3، ص229، ابن جزي، القوانين الفقهية، ص155، 183.

(2) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص159، 161، 164، 171، 174 وما بعدها، حاشية الدسوقي، ج3، ص92، 103، 125.

(4) محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج5، ص126، 128، الشيرازي، المهذب، ج2، ص49 وها بعدها، ابن قدامة، المغني، ج10، ص62، 70، أحمد بن حزم الظاهري، المحلى، ج10، ص

أو الإعسار بالنفقة، أو تفريق الحكمين للشقاق والضرر⁽¹⁾.
واحتجوا لقولهم بالمعقول:

إن كل ما حكم فيه بالفرقة وإن لم ينطق بها الزوج ولم يردها، وما لو أراد الزوج ألا توقع عليه الفرقة أوقعت، فهذه فرقة لا تسمى طلاقاً؛ لأن الطلاق ليس من الزوج وهو لم يقله ولم يرضه بل يريد رده ولا يرد⁽²⁾.

الفرقة بالفسخ	الفرقة بالطلاق	
إن جميع أنواع الفسخ عند الشافعية و الحنابلة تحتاج إلى قضاء	تحتاج إلى القضاء	لا تحتاج إلى القضاء
وأهمها: 1- التفريق بسبب العيوب. 2- التفريق بسبب الغرور والغش. 3- التفريق بسبب الرضاع. 4- التفريق بسبب طروء المحرمة. 5- التفريق بسبب اللعان. 6- التفريق بسبب إسلام أحد الزوجين أو رده. 7- التفريق بالخلع في الراجح من مذهب الحنابلة. 8- تفريق الحكمين عند الحنابلة. 9- التفريق للإعسار بالمهر أو النفقة عند	1- فرقة الحكمين على الجديد من مذهب الشافعية. 2- فرقة الإيلاء على الأصح من مذهب الشافعية. 3- فرقة الإعسار في وجهه عند الشافعية ⁽³⁾ .	1- فرقة الخلع.

(1) ابن حزم، المحلى، ج10، ص142.

(2) الشافعي، الأم، ج5، ص8.

(3) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص289 وما بعدها.

الحنابلة⁽²⁾.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تحديد ما يجب من المهر عند فسخ النكاح:

اختلفوا فيما يجب من المهر عند فسخ النكاح على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يسقط جميع المهر، إذا فسخ النكاح قبل الدخول وقبل الخلوة، سواء أكان بسبب من جهة الزوج أم من قبل الزوجة؛ كارتداد المرأة عن الإسلام، أو إبانها لإسلام نشد إسلام زوجها، أو اختيار الولي التفريق لعدم كفاءة الزوج، وهذا بخلاف التفريق لعيب الجب والعنة والخصاء قبل الدخول والخلوة؛ لوقوعه طلاقاً لا فسخاً، وهو قول الحنفية⁽³⁾.

القول الثاني: إن فسخ النكاح قبل الدخول أو رد أحد الزوجين الآخر لعيب فيه، لا يوجب شيئاً من الصداق، أما لو فرق الحاكم بينهما لعيب الزوج بعد ضرب الأجل فلها الصداق كاملاً، وإن طلقها قبل انقضاء الأجل المضروب ففيه نصف المهر وهو قول المالكية⁽⁴⁾.

القول الثالث: إن كانت الفرقة قبل الدخول بسبب من الزوج؛ كطلاقه، أو تفويضه الطلاق لزوجته، أو تعليق الطلاق على فعلها، أو إسلام الزوج أو ارتداده أو لعانه، أو كانت الفرقة يتراضي الزوجين كالخلع، أو كانت بسبب من غير الزوجين كإرضاع أمه لها، أو إرضاع أبا له وهما صغيران، ففي كل ذلك لا يسقط المهر، وإنما يسقط كفه، ويثبت كفه، أما إن كابت الفرقة بسبب من الزوجة قبل الدخول؛ كإسلامها وردتها، أو فسخ الزوج لعيب في الزوجة، أو فسخها لعيبه، أو لإعساره يمهر أو نفقة فيسقط جميع المهر وهو قول الشافعية والحنابلة⁽⁵⁾، إلا أن المرأة تستحق كامل مهرها بالخلوة عند الحنابلة، خلافاً لشافعية، وعليه فإن امرأة العين تستحق كامل المهر بعد التأجيل عند الحنابلة، ولا تستحق شيئاً من المهر عند الشافعية، سواء ط

(2) الشيرازي، المهذب، ج2، ص49، 71، السيوطي: الأشباه والنظائر، ص289، الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، ج3، ص261، ابن قدامة، المغني، ج10، ص62، 70، 172، 263، 274.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص436.

(4) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص153، حاشية الدسوقي، ج3، ص113، 117.

(5) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، ج4، ص234، البهوتي، كشف القناع، ج5، ص148 وما بعدها.

ال زمن الخلوة أم قصر⁽¹⁾.

أدلة القول الأول: استدل الحنفية على قولهم بالمعقول:

إن الفرقة بغير طلاق تكون فسخا للعقد، والفسخ قبل الدخول يوجب سقوط الحر؛ لأن الفسخ رفع للعقد من أصله، وجعله كأن لم يكن⁽²⁾.

أدلة القول الثاني: استدل المالكية على قولهم بالمعقول من وجهين:

الأول: إن كان العيب في الزوجة فهي غارة، مدلسة، وإن ردت المرأة الزوج لعيب فيه؛ تكون قد اختارت فراقه قبل استيفاء سلعتها، فلا تستحق شيئاً من المهر؛ لأن الفرقة بسبب منها.

الثاني: إن تمكين المرأة من نفسها، وثبوت عيب الزوج يدل على أن هذه الفرقة بسبب من الزوج، فلا ينقص من المهر شيئاً إلا إن طلقها قبل انقضاء الأجل⁽³⁾.

أدلة القول الثالث: استدل الشافعية والحنابلة فيما اتفقوا عليه من إثبات المهر أو تنصيفه، أو إسقاطه بالقرآن والمعقول:

أ- القرآن: قال تعالى: ((وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم))⁽⁴⁾.

إن الآية صريحة في وجوب نصف المهر المسمى بالطلاق قبل الدخول، وأما باقي أنواع الفرق، فبالقياس عليه؛ لأن الفرقة ليست من جهتها، ولم تكن بسبب منها فيجري عليها ما يجري على الطلاق⁽⁵⁾.

ب- المعقول: احتجوا على سقوط المهر في حالة الفسخ فقالوا:

إن كانت الزوجة هي الفاسخة، فهي المختارة للفرقة فكأنها أتلقت المعوض قبل التسليم فسقط العوض؛ كما لو أتلقت المبيع قبل التسليم، وإن كان هو الفاسخ بعيبها فكأنها هي الفاسخة⁽⁶⁾.

(1) أبا زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج7، ص201، 263، البهوتي، كشف القناع، ج5، ص151.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص436، 498.

(3) ابن جزى، القوانين الفقهية، ص153، حاشية الدسوقي، ج3، ص117، أحمد الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقبط سيدي أحمد الدردير، ج2، ص308، 310.

(4) سورة البقرة: الآية 237.

(5) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، ج3، ص234، البهوتي، كشف القناع، ج5، ص148 وما بعدها.

(6) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، ج3، ص234، البهوتي، كشف القناع، ج5، ص148 وما

واحتج الحنابلة على ثبوت المهر بالخلوة بالأثر:
روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: "إذا أغلق الباب وأرخی الستر فقد وجب المهر؛ ما ذنبهن إن جاء العجز من قبلكم؟" (1).
القول الراجح: بعد إمعان النظر في أقوال الفقهاء وأدلتهم، فإنه يمكن الميل إلى قول الحنابلة، وهو سقوط كامل المهر بالفرقة قبل الدخول إن كائن بسبب من الزوجة، وسقوط نصف المهر فقط إن كانت الفرقة بسبب من الزوج، وثبوت كامل المهر بالخلوة كما في العنة؛ للأسباب الآتية:

- 1- إهمال الحنفية والمالكية للمتسبب في الفسخ من الزوجين.
- 2- قول الشافعية يودي إلى حرمان المرأة من المهر بعد تمكينها زوجها العنين من نفسها، وليس من العدل أن تكافئ المرأة بعدما عانت من محاولات زوجها المتكررة لوطئها بعدم استحقاقها شيئاً من المهر.
- 3- قول الحنابلة أقرب إلى روح التشريع؛ لأن كل إنسان يؤخذ بجريرة عمله؛ مصداقاً لقوله تعالى: ((ألا تزر وزر أخرى وأن ليس للإنسان إلا ما سعى)) (2)، فإذا كانت الفرقة من قبل الزوجة فهي فرقة فسخ، وهي التي أضرت بنفسها، وإن كانت الفرقة من جهة الزوج فهي فرقة طلاق.

المطلب الثالث: أثر نوع الفرقة في سلطة القاضي في تقدير نفقة المعتدة:
قبل بيان أقوال الفقهاء في العدة في فرقتي الطلاق والفسخ، وأثرها على تقدير القاضي لنفقة المعتدة يجدر بنا بيان بعض أحكام العدة.

الفرع الأول: تعريف العدة:

العدة في اللغة: من العدد وهو مقدار ما يعد ومبلغه، وعدة المرأة المطلقة أو المتوفى زوجها: هي ما تعده من أيام أقرائها، أو أيام حملها، أو أربعة أشهر وعشر ليال (3).

واصطلاحاً: اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها، أو كبد، أو لنفجها على زوجها (4).

الفرع الثاني: أحكام العدة: تتعلق بالعدة جملة من الأحكام منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه ويمكن إجمالها في ما يلي:

بعدها.

(1) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب من قال من أغلق باباً أو أرخی ستراً فقد وجب الصداق، ج7، ص255.

(2) سورة النجم: الآيتان 38-39.

(3) ابن منظور لسان العرب مادة (عدد) 76/9، 78.

(4) الشرييني الخطيب، مغني المحتاج، ج3، ص384.

1- وجوب العدة على المدخول بها؛ لعموم قوله تعالى: ((والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء))⁽¹⁾.

2- أنه لا عدة على المرأة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة؛ لصريح قوله تعالى: ((يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها))⁽²⁾.

3- وجوب العدة على المتوفى عنها زوجها، سواء دخل بها أو لم يدخل؛ لعموم قوله تعالى: ((والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن))⁽³⁾.

4- لكنهم اختلفوا في العدة المتعلقة بالفسخ إلى قولين:
القول الأول: لا فرق بين فرقة الطلاق أو الفسخ في وجوب العدة؛ وعليه فإن كل فرقة تكون بعد الدخول والخلوة الصحيحة بين الزوجين تجب بها العدة، سواء كانت بخلع أو لعان أو رضاع أو عيب، وهو قول جمهور الفقهاء وانفرد الشافعية بعدم وجوب العدة بالخلوة الصحيحة⁽⁴⁾.

القول الثاني: لا تجب العدة بالفسخ، وللمرأة التي فسخ نكاحها أن تنكح ساعة الفسخ، وهو قول الظاهرية⁽⁵⁾.

أدلة القول الأول: استدل جمهور الفقهاء على قولهم بعموم الآيات السالفة الذكر، في أحكام العدة المتفق عليها.

أدلة القول الثاني: استدل الظاهرية بحرفية النصوص، وعدم ذكر عدة الفسخ في القرآن أو السنة مثلما ذكرت عدة الطلاق والوفاة⁽⁶⁾.

القول الراجح: يمكن اختيار ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم التفريق بين فرقة الطلاق والفسخ؛ لأن من أهم مقاصد العدة التأكد من براءة الرحم؛ لئلا تختلط الأنساب⁽⁷⁾، وفي ذلك يستوي الطلاق والفسخ، وغير ذلك من صور فرق النكاح.

(1) سورة البقرة: الآية 228.

(2) سورة الأحزاب: الآية 49.

(3) سورة البقرة: الآية 234.

(4) الكاساني: بدائع الصنائع، ج3، ص278، ابن رشد: بداية المجتهد، ج3، ص179، الشربيني الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص384، ابن قدامة: المغني، ج11، ص194.

(5) ابن حزم، المحلى، ج10، ص256.

(6) ابن حزم، المرجع السابق.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص278، حاشية الدسوقي، ج3، ص413، الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، ج3، ص384، البهوتي، كشف القناع، ج5، ص411.

الفرع الثالث: أثر نوع الفرقة على سلطة القاضي في تقدير نفقة العدة:

تعتبر النفقة من حقوق المرأة التي لا تتوقف على وقوع الفرقة بين الزوجين، إلا أن نفقة العدة تعتبرها أحكام تختلف باختلاف نوع الفرقة، ومن هذه الأحكام ما هو محل اتفاق، ومنها ما اختلفوا فيه على النحو التالي:

أولاً: وجوب النفقة بأنواعها المختلفة⁽¹⁾، الطعام والكسوة والمسكن، وذلك للمعتدة من طلاق رجعي؛ لاعتبارها زوجة مادامت في العدة.

ودليل ذلك:

1- قوله تعالى: **((لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله))**⁽²⁾.

ليس في الآية ما يدل على الفصل بين ما قبل الطلاق، أو ما بعده في العدة، فيبقى الأمر بالإنفاق على عمومته⁽³⁾.

2- قوله تعالى: **((وبعولتهن أحق بردهن في ذلك))**⁽⁴⁾.

إن حكم المعتدة من طلاق رجعي كحكم الزوجة؛ لامتلاك الزوج حق الرجعة⁽⁵⁾.

ثانياً: وجوب النفقة بأنواعها المختلفة للمعتدة من طلاق بائن، إذا كانت حاملاً.

لقوله تعالى: **((وإن كن أو لات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن))**⁽⁶⁾.

دلت الآية بمنطوقها على وجوب النفقة للمرأة الحامل؛ لأن عدة الحمل لا تنتهي إلا بوضع، ولأن شغل الرحم بماء الرجل يعتبر كاستمتاعه بها حال الزوجية⁽⁷⁾.

ثالثاً: اختلف الفقهاء في حكم النفقة لغير الحامل إذا كانت معتدة من طلاق بائن إلى قولين:

القول الأول: تجب النفقة للمعتدة من طلاق بائن، حتى وإن كانت غير حامل، وهو

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص305، ابن جزي، القوانين الفقهية، ص179، الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، ج3، ص440، البهوتي، كشف القناع، ج5، ص464، ابن حزم: المحلى، ج10، ص298.

(2) سورة الطلاق: الآية 7.

(3) الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص306.

(4) سورة البقرة: الآية 228.

(5) البهوتي، كشف القناع، ج5، ص464.

(6) سورة الطلاق: الآية 6.

(7) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، ج3، ص440.

قول الحنفية⁽¹⁾.

القول الثاني: لا تجب النفقة لغير الحامل المعتدة من طلاق بائن؛ لزوال الزوجية، فأشبهت المتوفي عنها زوجها، وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية وأحمد في رواية والظاهرية⁽²⁾.

أدلة القول الأول: استدل من أوجب النفقة للمعتدة من طلاق بائن، وإن كانت غير حامل من القرآن بدليلين:

1- قال تعالى: **((اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم))**⁽³⁾.

والأمر بالإسكان أمر بالإنفاق؛ لأن حبسها ومنعها من الخروج يجعلها عاجزة عن الاكتساب والإنفاق على نفسها، فإن لم تجب نفقتها على زوجها، ضاق عليها الأمر؛ وهذا لا يجوز⁽⁴⁾.

2- قال تعالى: **((لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله))**⁽⁵⁾.

والأمر في الآية بالإنفاق عام، من غير فصل بين ما قبل الطلاق، وما بعده في العدة، ووجوب النفقة قبل الطلاق بسبب الاحتباس لحق الزوج، فإذا انضم حق الشرع، وهو الاحتباس للعدة إلى حق الزوج، بحيث لو أذن لها الزوج بالخروج في العدة فلا يباح لها، فإن ذلك مؤكد على أحقيتها للنفقة⁽⁶⁾.

أدلة القول الثاني: استدل القائلون بعدم وجوب النفقة لغير الحامل المعتدة من طلاق بائن بالقرآن:

قال تعالى: **((وإن كن أو لات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن))**.

فقد أوجب الله - سبحانه وتعالى - النفقة مع الحمل؛ فدل بمفهومه⁽⁷⁾ على عدم

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص305.

(2) ابن جزى، القوانين الفقهية 179، الشيرازي، المهذب، ج2، ص156، البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص465، ابن حزم: المحلى، ج10، ص282.

(3) سورة الطلاق: الآية 6.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص306.

(5) سورة الطلاق: الآية 7.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص306، المرغيناتي، الهداية، ج2، ص325.

(7) المراد به: مفهوم المخالفة، أو دليل الخطاب، وهو: "إثبات نقيض حكم المنطوق به للمسكوت عنه" وهو حجة عند مالك والشافعي خلافاً لأبي حنيفة، ابن جزى: تقريب

وجوب النفقة للحائل المعتدة من طلاق بائن⁽¹⁾.

القول الرابع: والذي يمكن ترجيحه، هو قول الحنفية القاضي بوجود النفقة للمطلقة المبتوتة، وإن لم تكن حاملا؛ لبقائها محتبسة لحق الزوج، ولأن حبسها دون الإنفاق عليها في ظل غياب بيت المال يلحق بها ضررا، فتجب نفقتها على زوجها.

رابعا: اختلف الفقهاء في حكم النفقة حال الفسخ على ثلاثة أقوال:

القول الأول: تجب النفقة إذا كانت الفرقة من قبل الزوج، سواء في ذلك فرقة الطلاق أو الفسخ، وكذلك إن كانت الفرقة من قبل الزوجة بغير معصية؛ كامرأة العينين فلها النفقة، أما إن كانت من قبلها بمعصية؛ كتقبيلها ابن الزوج بشهوة، فلها السكن، ولا نفقة لها، وهو قول الحنفية⁽²⁾.

القول الثاني: لا تجب النفقة للمعتدة من فسخ النكاح لغير الحامل، وهو قول المالكية والحنابلة والظاهرية⁽³⁾.

القول الثالث: انقسم الشافعية في المسألة على قولين:

أ- الفصل بين نوعي الفسخ فيما يخص حكم النفقة، فإن كان الفسخ بسبب مقارن لعقد كالعيب والغرور، تسقط به نفقة المعتدة، وإن كان الفسخ بسبب طارئ؛ كالرضاع والردة واللعان الذي لم ينف فيه الولد فالنفقة واجبة، وعبروا عن هذا القول بالأصح، وهو قول بعض الشافعية⁽⁴⁾.

ب- ذهب البعض الآخر إلى القول بعدم وجوب النفقة لغير الحامل المعتدة من فرقة الفسخ مطلقا، ووجوبها للمعتدة الحامل، سواء كان الفسخ بسبب مقارن للعقد أو طارئ عليه⁽⁵⁾.

أدلة القول الأول: استدلت الحنفية بالمعقول:

إن فسخ النكاح من جانب الزوج ليس فيه جناية من المرأة، فلا تسقط نفقتها في العدة قياسا على فرقة الطلاق، أما إن كانت الفرقة من جانب الزوجة؛ فقد

الوصول إلى علم الأصول، ص 169.

(1) الشيرازي، المهذب، ج 2، ص 165.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج 3، ص 307، ابن الشحنة، لسان الحكام، ص 339.

(3) حاشية الدسوقي، ج 3، ص 488 وما بعدها، البهوتي، كشف القناع، ج 5، ص 464، ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 282.

(4) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، ج 3، ص 440.

(5) الشيرازي، المهذب، ج 2، ص 166، جلال الدين المحلى: كنز الراغبين، ج 4، ص 80.

أبطلت حق نفسها في النفقة⁽¹⁾.

أدلة القول الثاني: استدل المالكية ومن معهم بالسنة:

- روى الإمام مسلم عن فاطمة بنت قيس: "أن زوجها طلقها البتة وهو غائب، فأرسل إليها وكيلة بشعير فسخطته، فقال: والله مالك علينا من شيء، فجاءت رسول الله ﷺ تذكر ذلك، فقال: ليس لك عليه نفقة ولا مسكن وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك⁽²⁾.

فحكم النبي ﷺ بعدم استحقاق المبتوتة للنفقة؛ لعدم استحقاق زوجها الرجعة عليها.

إن الفسخ إذا كان بسبب مقارن للعقد فإنه يرفعه من أصله؛ فتسقط به نفقة المعتدة، أما الفسخ بسبب طارئ؛ فهو قطع للنكاح كالطلاق تجب به نفقة العدة⁽³⁾.

القول الرابع: يمكن ترجيح قول الحنفية الذي يقضي بوجود النفقة للمعتدة؛ إن كانت الفرقة من قبل الزوج، أو من قبل الزوج بغير معصية، بغض النظر عن نوع الفرقة؛ وذلك تحقيقاً للعدالة؛ لأن احتباس الزوجة لحق الزوج، ومنعها من الخروج للعمل والتكسب دون أن ينفق عليها الزوج؛ يلحق بها ضرراً، فيدفع عنها بفرض نفقتها على زوجها.

خلاصة المبحث: نخلص بعد هذا العرض الموجز والخلافات الفقهية الواردة في ما مر من مسائل أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في الاجتهاد ما لم يكن مقيداً بقيود تمنعه من التوسع فيه ومن هذه القيود:

1- تقنين أحكام الفقه الإسلامي في المسائل الخلافية يجعل القاضي مقيداً بما جاء به النص القانوني سواء وافق مذهبه أو خالفه.

2- في حالة الإحالة إلى مذهب معين، كما فعل قانون مسطرة الأحوال الشخصية المغربية حينما أحال القاضي المغربي إلى المذهب المالكي دون غيره يكون القاضي مقيداً بالأخذ بالمذهب أو بأحد الآراء من المذهب إذا كان الخلاف حاصلًا بين فقهاء.

3- أحال قانون الأسرة الجزائري إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا يعطي القاضي الجزائري مجالاً أوسع لممارسة السلطة التقديرية وفقاً لاجتهاده والذي يمكن أن يرجح لديه آراء من مذاهب أخرى غير مذهبه.

المبحث الثالث

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص307.

(2) صحيح مسلم: (18) كتاب الطلاق، (6) باب المطلقة البائن لا نفقة لها، حديث (1480) 73/10 وما بعدها.

(3) الشريبي الخطيب، مغني المحتاج، ج3، ص440.

تطبيقات ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في التفريق بين الزوجين

ونتناول في هذا المبحث حدود سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بسبب الإيلاء، والتفريق بسبب الهجر والتفريق بسبب الظهار، والتفريق لعدم الإنفاق.

المطلب الأول: التفريق بسبب الإيلاء:

ونتناول هذا المطلب في فرعين، الفرع الأول: تعريف الإيلاء، وبيان أفاظه والفرع الثاني: مشروعية التفريق بسبب الإيلاء، وأحكامه.

الفرع الأول: تعريف الإيلاء، وبيان أفاظه:

تعريف الإيلاء لغة: الحلف، وهو مأخوذ من الفعل آلي يولي إيلاء: حلف، ويجمع على أليا⁽¹⁾.

الإيلاء اصطلاحاً: اختلف الفقهاء في تعريفه على النحو التالي:

أولاً- عند الحنفية: عرفه الزيلعي بأنه: "اليمين على ترك وطء المنكوحه أربعة أشهر أو أكثر"⁽²⁾.

ثانياً- عند المالكية: عرفه الدردير بأنه: "حلف الزوج المسلم المكلف الممكن وطؤه بما يدل على ترك وطء زوجته غير المرضع أكثر من أربعة أشهر أو شهرين للعبد تصريحاً أو احتمالاً قيد أو أطلق وإن تعليقاً"⁽³⁾.

ثالثاً- عند الشافعية: عرفه الشافعية بأنه "حلف زوج يصح طلاقه ليمتنع من وطئها مطلقاً أو فوق أربعة أشهر"⁽⁴⁾.

رابعاً- عند الحنابلة: عرفه البهوتي بأنه "حلف زوج يمكنه الجماع بالله تعالى أو بصفة من صفاته على ترك وطء امرأته الممكن جماعها ولو قبل الدخول في قبل أبداً أو يطلق أو أكثر من أربعة أشهر أو ينويها"⁽⁵⁾.
وبالنظر في التعريفات السابقة يلاحظ عدة أمور:

الأول: يتضح بمن تعريف الحنفية أن من حلف على ترك وطء زوجته أربعة أش

(1) ابن منظور، لسان العرب، مادة (ألا)؛ ج 1، ص 193، الفيومي، المصباح المنير مادة (آلي) ص 16.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج 2، ص 261، وانظر الكاساني: بدائع الصنائع، ج 3، ص 235، ابن عابدين، رد المحتار، ج 5، ص 57 وما بعدها.

(3) الصاوي، بلغة السالك، ج 2، ص 402 وما بعدها، وانظر حاشية الدسوقي، ج 3، ص 344 وما بعدها.

(4) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، ج 3، ص 343، جلال الدين المحلي، شرح المحلي على المنهاج، ج 4، ص 8.

(5) البهوتي، كشف القناع، ج 5، ص 353.

هر يعتبر موليا بمضيها؛ لأن الإيلاء عندهم طلاق معلق بشرط انقضاء المدة⁽¹⁾.
الثاني: تعريف المالكية غير جامع؛ لخروج زوج المرضع، مراعاة لقصد إصلاح الولد، وهذا مخالف لعموم قوله تعالى: **((للذين يؤلون من نسائهم))**⁽²⁾.
 ثم إن إصلاح الولد بالرضاع يتأتى بطرق أخرى غير الإيلاء، وذلك باستخدام وسائل تنظيم الحمل.

الثالث: تعريف الحنابلة غير جامع؛ لأن الحلف بغير الله أو صفة من صفاته لا يكون إيلاء عندهم، فخرج من علق وطء زوجته على فعل يشق عليه؛ كقوله: إن وطئت كفل له علي حج، أو فله علي أن أتصدق بألف دينار، ونحو ذلك مما يشق على الإنسان أكثر من كفارة اليمين.

الرابع: تعريف الشافعية عام في جميع الأزواج، فيتفق مع عموم قوله تعالى: **((للذين يؤلون من نسائهم))**.

التعريف المختار: تعريف الشافعية، وهو أن الإيلاء: "حلف زوج يصح طلاقه ليمتنع من وطئها مطلقاً أو فوق أربعة أشهر"؛ وذلك لسببين:

1- إن تعميم التعريف يتفق مع عموم قوله تعالى: **((للذين يؤلون من نسائهم))**⁽³⁾.

2- انسجام التعريف مع الأحكام المترتبة على الإيلاء من حيث المدة.

2- ألفاظ الإيلاء:

إن ما دفعني للحديث عن ألفاظ الإيلاء، هو بيان بعض الألفاظ التي يستخدمها كثير من الناس في زماننا؛ لذلك فإنني سأذكر بعض ما ذكره الفقهاء من الألفاظ، ثم أحكم من خلاله على ما يصدر عن الناس من هذه الألفاظ على النحو التالي:

أولاً- عند الحنفية والمالكية:

أ- **الألفاظ الصريحة**⁽⁴⁾: قول الزوج: والله لا أجامعك، أو لا أطؤك، أو لا أقربك، أو قوله: والله لا أغتسل منك من جنابة، أو قوله للبكر: والله لا أفتضك، ونحو ذلك من

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص235.

(2) سورة البقرة: الآية 226.

(3) سورة البقرة: الآية 226.

(4) الصريح: ما لا يفتقر إلى نية لوقوع الإيلاء، ولا يصدق الحالف بادعائه عدم إرادة الإيلاء في القضاء. أنظر عبد الكريم: المفصل، ج8، ص256.

الألفاظ الصريحة التي ينعقد بها اليمين، سواء أطلق المدة أو قيدها بأربعة أشهر.
ب- ألفاظ الكناية ⁽¹⁾: قول الزوج: والله لا أمسك، أو لا آتيك، أو لا أغشاك، أو لا أضاجعك، أو لا أمسك، أو قوله: والله لأغيظنك ⁽²⁾.

ثانيا- عند الشافعية:

أ- الألفاظ الصريحة: حلف الزوج على ترك الوطء أو الجماع، أو تغييب العضو، أو قوله للبكر: والله لا أفتضك.

ب- ألفاظ الكناية: قول الزوج: والله لا أمسك، أو لا أجمع رأسي برأسك، أو لا أسوانك، أو لا ضاجعتك، أو قوله: والله لتطولن غيبتني عنك، وغير ذلك من الألفاظ التي تحتل الوطء وغيره ⁽³⁾.

ثالثا- عند الحنابلة:

أ- الألفاظ الصريحة: الحلف على ترك إيلاج العضو في مكان الحرث أو إدخاله أو تغييبه، أو الحلف على ترك افتضاض البكر خاصة.

ب- ألفاظ الكناية، وتنقسم إلى قسمين:

1- ما كان صريحا في الحكم ⁽⁴⁾ دون الباطن: نحو قول الزوج: والله لا وطئتك، أو لا جامعتك، أو لا أصبتك، أو لا قربتك، أو قوله: والله لا غشيتك.

2- ما كان كناية في الظاهر والباطن مما يحتمل الجماع، نحو قول الزوج: والله لا دخلت عليك، أو لا قربت فراشك، أو لا بت عندك، أو قوله: لتطولن غيبتني عنك، ونحو ذلك من الألفاظ المحتملة ⁽⁵⁾.

رابعا- ما يجري على السنة الناس من ألفاظ الإيلاء: هناك بعض الألفاظ القديمة والحديثة التي يستخدمها الناس، ويجهلون أثرها -إلا من رحم الله-، وهي لا تخرج عن معنى الإيلاء، ومن ذلك:

- قول الزوج: والله لا أقربك، أو أقرب منك.

- أو والله لا أعاشرك معاشرة الأزواج.

(1) الكناية: ما يحتاج إلى نية لوقوع الإيلاء، ويصدق الحالف قضاء إذا ادعى أنه لم يرد الإيلاء. انظر: عبد الكريم زيدان، المرجع السابق.

(2) السرخسي، المبسوط، ج7، ص21 وما بعدها، رد المحتار، ابن عابدين، ج5، ص62 وما بعدها، ابن جزي، القوانين الفقهية ص181، حاشية الدسوقي، ج3، ص347 وما بعدها.

(3) أبا الحسن على بن محمد المارودي، الحاوي الكبير، ج13، ص235، الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، ج3، ص246.

(4) المقصود بالحكم هنا، القضاء؛ لأن القضاء يبني على الظاهر دون الباطن.

(5) ابن قدامة، المغني، ج11، ص27 وما بعدها، البهوتي، كشف القناع، ج5، ص354 وما بعدها.

- أو والله لا أتركك معلقة.

- أو قوله والله لأنسينك أني زوجك.

فهذه الألفاظ وغيرها مما يتلفظ به بعض الناس عن جهل منهم بالآثار المترتبة عليها عند البر في أيماهم، إن لم تكن صريحة في الإيلاء؛ فإنها تجرى مجرى الصريح؛ من حث الحكم؛ لأن اللفظ إما أن يدل على الامتناع عن الوطء بنفسه، أو يشيع استعماله في المعنى الدال على ذلك، أو يجرى عرف الناس بأن المقصود منه هو الامتناع عن الوطء المشروع⁽¹⁾.

وهذا ما يمكن ترجيحه؛ لأن اجتماع هذه الأيمان مع ترك الوطء دليل قاطع على إرادته الإيلاء، فالمعاشرة إذا قيدت بالأزواج كان الوطء سمة لها، وترك الزوجة معلقة لا يتحقق إلا بالابتعاد عنها؛ لأن من وطء زوجته لا يكون تاركاً لها، كما أن المرأة لا يمكن أن تنسى أن لها زوجاً، إلا باستحكام القطيعة بينهما؛ كأن يتوقف الزوج عن أداء ما عليه من واجبات نحو زوجته، وعلى رأس ذلك اعفائها وتحسينها، وعليه فإن هذه الألفاظ إن لم تكن صريحة؛ فإنها تجري مجرى الصريح في الحكم.

الفرع الثاني: مشروعية التفريق بسبب الإيلاء، وأحكامه:

1- مشروعية الإيلاء:

أولاً- أصل الإيلاء: إن الإيلاء نوع من أنواع فرق النكاح التي كانت تستخدم في الجاهلية، حيث كانت الفرقة بين الزوجين تقع بواحد من ثلاثة أمور؛ الطلاق أو الظهار أو الإيلاء، فأقر الله- سبحانه وتعالى- الطلاق، وشرع للظهار والإيلاء أحكاماً تختلف عما كانت عليه في الجاهلية، فقد كان الرجل في الجاهلية يولى من زوجته السنة والسنتين، وربما مؤبداً؛ بقصد إيذائها والإضرار بها، ومنعها من التزوج بغيره، الأمر الذي قد يجعل الزوجة تقضي باقي عمرها كالمعلقة؛ لا هي ذات زوج، ولا مطلقة، حتى جاء الإسلام، وأنعم الله على النساء بما شرع من الأحكام الضابطة للعلاقة بين الزوجين⁽²⁾.

ثانياً- النص الوارد في الإيلاء: لقد نص الله- جل شأنه- على الإيلاء بقوله سبحانه: ((للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم))⁽³⁾.

دل مجموع الآيتين على حكمين مختلفين لحالتين مختلفتين، وذلك على النحو التالي:

(1) عبد الكريم زيدان، المفصل، ج8، ص258.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص250، الشافعي، الأم، ج5، ص294، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج1، ص414.

(3) سورة البقرة: الآيتان 226-227.

الحالة الأولى: إذا حلف الزوج على ترك وف زوجته فوق أربعة أشهر، ولم يحنث في يمينه حتى انقضت المدة، فحكم هذه الحالة حظر الإيلاء وندم ج وازه، ويتأكد الحظر إذا كان القصد من الإيلاء الإصرار بالزوجة دون وجه شرعي⁽¹⁾.

الحالة الثانية: إذا حلف الزوج على ترك وطء زوجته مدة لا تزيد على الأربعة أشهر، وكان ذلك بصد تربيتها وإصلاحها وعلاج نشوزها، فحكم هذه الحالة جواز الإيلاء⁽²⁾.

وقد دل على حكم الحالة الثانية إيلاء النبي ﷺ فقد روى حميد الطويل أنه سمع أنس بن مالك يقول: "الرسول الله ﷺ من نسائه، وكانت انفكت رجلة، فأقام في مشربة⁽³⁾؛ له تسعا وعشرين يوماً ثم نزل، فقالوا: يا رسول الله، آلي تشهرا، فقال: الشهر تسع وعشرون⁽⁴⁾."

فقد ثبت وقوع الإيلاء من النبي ﷺ، ولم يقل أحد بأن إيلاءه ﷺ من الإيلاء المحظور، وفي ذلك دلالة واضحة على إباحة الإيلاء.

فيما دون الأربعة أشهر، إن كان له غرض ومقصد شرعي؛ كتأديب المرأة⁽⁵⁾؛ لقوله تعالى: ((واهجروهن في المضاجع))⁽⁶⁾.

ثالثاً- الحكمة من تأقيت الإيلاء: لا تخلو الحياة الزوجية من الاختلاف بين الزوجين في الرأي والطباع، الأمر الذي ينعكس سلباً على حياة الزوجين؛ لما يصاحب ذلك من الضجر والضييق، والإيلاء من الأمور التي قد تصدر عن الرجل حال غضبه وانفعاله، وهذه حالة طبيعية ناتجة عن حالته النفسية الثائرة، وقد يصدر الإيلاء عن الرجل في غير حالة الغضب، وذلك عندما لا يجد له مناصاً من استخدام الهجر

(1) ابن العربي، أحكام القرآن، ج 1، ص 244 وما بعدها، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 3، ص 68، الرازي، التفسير الكبير، ج 7، ص 87.

(2) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 3، ص 68، محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ج 2، ص 368، ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج 2، ص 386.

(3) المشربة: الغرفة، سميت بذلك لوجودها في مكان مرتفع أي مشربب. مجد الدين أبو السعادات الجزري المنقب بابن الأثير: النهاية في غريب الحديث والأثر، ج 2، ص 455، أنظر: أبا الفرج عبد الرحمن الجوزي: غريب الحديث، ج 1، ص 524 وما بعدها.

(4) صحيح البخاري، (67) كتاب النكاح، (92) باب "الرجال قوامون على النساء" حديث رقم (5201).

(5) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج 10، ص 533 وما بعدها، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 3، ص 72، الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، ج 3، ص 343.

(6) سورة النساء: الآية 34.

كوسيلة لتأديب زوجته وإصلاحها؛ لأنها قد تكون سببا في انصرافه عنها؛ لمعاملتها له معاملة تورث النقرة، أو لإهمالها في زينتها، والمحافظة على بيتها، فيكون هجره لها هذه المدة زاجرا لها عما بدا منها؛ لأجل ذلك فإن الله تعالى لم يحرم الإيلاء فيما دون الشهور الأربعة إذا كان يقصد الإصلاح والتأديب، كما لم يترك العنان للرجل ليمعن في ظلم زوجته، بل وضع حدا لهذا الإيلاء ينضبط به الزوج، ويصلح به حال الزوجين⁽¹⁾، قال تعالى: **((ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير))**⁽²⁾.

الفرع الثالث: أحكام الإيلاء الدنيوية:

يتعلق بالإيلاء أحكام دنيوية، كحنت المولي في يمينه قبل انقضاء المدة، و وقت وجوب الفيء⁽³⁾، ووقوع الطلاق، وكذلك نوع الطلاق الواقع بالإيلاء.

أولا- اتفق الفقهاء على انحلال الإيلاء بالفئة في مدة الأربعة أشهر، ووجوب الكفارة أو الجزاء المعلق على فئته إذا وقع دون المدة المحلوف عليها⁽⁴⁾.
ثانيا- ثبوت حق المرأة في المطالبة بالفيء أو التطبيق بعد انقضاء المدة.
اختلف الفقهاء في وقت مطالبة الزوجة بالفئة ووجوبها، أو وقوع الطلاق على قولين:

القول الأول: تستحق المرأة المطالبة بالفئة، وتجب قبل مضي الأربعة أشهر، وإلا وق ع الطلاق بانقضائها، وهو قول الحنفية⁽⁵⁾.

القول الثاني: يثبت حق الزوجة في المطالبة بالفيء أو الطلاق بعد مضي الأربعة أشهر، وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة⁽⁶⁾.

(1) بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج1، ص414 وما بعدها، عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، ص474، دكتور يوسف قاسم، حقوق الأ سر، ص342 وما بعدها.

(2) سورة الملك: الآية 14.

(3) الفيء: الرجوع، وهو من فاء بمعنى رجع. ابن منظور: لسان العرب، ج10، ص360، أما في اصطلاح: فإن الفيء من الإيلاء هو الجماع، وذلك بإجماع الفقهاء. أنظر: محمد بن إبراهيم بن المنذر: الإجماع، كتاب الإيلاء، ص83.

(4) المرغيناني: الهداية، ج2، ص290، ابن عابدين: رد المحتار، ج5، ص61، حاشية الدسوقي الصاوي: بلغة السالك، ج2، ص409، الشربيني الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص349، المطيعي: تكملة المجموع، ج19، ص34، المغني: ابن قدامة، ج11، ص32.

(5) السرخسي: المبسوط، ج7، ص20 الكاساني: بدائع الصنائع، ج3، ص256، ابن عابدين: رد المحتار، ج5، ص65.

(6) ابن رشد: بداية المجتهد، ج3، ص188، ابن جزي: القوانين الفقهية، ص181، الماوردي:

أدلة القول الأول: استدل القائلون بحق المرأة في المطالبة بالفئة قبل مضي الأربعة أشهر بالقرآن والمعقول:

أ- من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ((للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر، فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم))⁽¹⁾.
ولهم فيها ثلاثة وجوه:

الأول: إن مدة التربص أربعة أشهر، وتخيير المولي بعدها يوجب الزيادة على المدة المنصوص عليها، وهي مدة اختيار الفئة أو الطلاق، والزيادة لا تجوز إلا بدليل، وإذ لا دليل عليها فإن الطلاق يقع بانقضاء المدة.

الثاني: إن الفئة نقض لليمين، ونقضها حرام في الأصل؛ لقوله تعالى: ((ولا تنقضوا لأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلاً))⁽²⁾، إلا أنه ثبت جواز نقضها في مدة الإيلاء، وذلك بقراءة عبد الله بن مسعود: "فإن فاءوا فيهن"، فبقى نقض اليمين حراماً فيما وراء هذه المدة، ولا تحل بالفئة فيما وراءها، فلزم القول بالفئة في المدة، ووقوع الطلاق بمضيها.

الثالث: إن المراد من قوله تعالى ((وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم))⁽³⁾ أي سميع لإيلائه؛ لأنه مما ينطق به ويسمع، وعليم بعزمه على الطلاق وعدم الفئة، ودليل صحة هذا التأويل أن قوله تعالى: ((سميع عليم)) جاء عقب أمرين: أحدهما يحتمل السماع، وهو الإيلاء، والآخر لا يحتمله، وهو عزم الطلاق، فينصر فكل لفظ إلى ما يليق به؛ ليعطي فائدته⁽⁴⁾.
وقد اعترض على هذا الدليل بثلاثة اعتراضات:

الأول: أجيب عن قولهم: إن وقف المولي بعد انقضاء المدة يوجب الزيادة عليها، بعدم الزيادة على مدة التربص، ولكن نقدر بها مطالبة الفئة.

الثاني: ورد الاستدلال بقراءة ابن مسعود بأنها لم ينقلها ثقة من أصحابه فشذت، و الشاذ متروك، ثم إنها لو ثبت وجرت مجرى خبر الواحد؛ لحملت على جواز

الحاوي الكبير، ج 13، ص 229، الشريبي الخطيب: مغني المحتاج، ج 3، ص 349، ابن قدامة: المغني، ج 11، ص 30 وما بعدها، البهوتي: كشاف القناع، ج 5، ص 362.

(1) سورة البقرة: الآيتان 226-227.

(2) سورة النحل: الآية 91.

(3) سورة البقرة: الآية 227.

(4) السرخسي: المبسوط، ج 7، ص 20، الكاساني: بدائع الصنائع، ج 3، ص 256 وما بعدها، المرغيناني: الهداية، ج 2، ص 290.

الفينة في مدة التربص، لا على وجوبها، والقول بوجوبها في المدة باطل؛ ك الدين الموجل، يجوز تقديمه قبل أجله، ولا يدل ذلك على استحقاقه فيه.
الثالث: أجيب عن قولهم: إن الله سميع لإيلائه، عليم بعزمه على الطلاق بأن المراد سميع لطلاقه عند إيقاعه، عليم بنيته⁽¹⁾.

ب- استدلووا من المعقول بدليلين:

الأول: إن الزوج بإيلائه يكون قد عزم على منع نفسه من إيفاء زوجته حقها في الجماع مدة التربص، وأكد العزم باليمين، فإذا مضت المدة، ولم يفئ إليها مع القدرة على الفيء فقد حقق العزم المؤكد باليمين بالفعل، فتأكد الظلم في حقها، فتبين منه عقوبة له جزاء ظلمه، ورحمة بها؛ لتتخلص من زوج لا يرعى حقوقها، ويتوصل إلى استيفاء حقها من زوج آخر.

الثاني: كان الإيلاء في الجاهلية طلاقاً معجلاً، فجعله الشارع طلاقاً مؤجلاً، والطلاق المؤجل يقع بانقضاء الأجل من غير إيقاع جديد من الزوج أو غيره، كما إذا قال لها: أنت طالق أول الشهر، فيقع الطلاق بحلول أول الشهر⁽²⁾.

واعترض على هذين الدليلين بما يلي:

1- إن مدة التربص ضربت للمولي تأجيلاً، ولم يتقدمها إيقاع، فلا يتقدمها وقوع، و لا تستحق الزوجة المطالبة إلا بعد مضي الأجل.

2- إن قياس الإيلاء على الطلاق المعلق ينتقض بمدة العنة⁽³⁾، كما أن المعنى فيه: أنه لو علق بأقل من أربعة أشهر وقع قبلها، ولو علق بأكثر من أربعة أشهر لم يقع قبلها، وليس الإيلاء عندهم كذلك⁽⁴⁾.

أدلة القول الثاني: استدل القائلون بحق الزوجة في المطالبة بالفيء أو الطلاق بعد مضي الأربعة أشهر بالقرآن والأثر والمعقول:

أ- القرآن الكريم:

قال تعالى: ((للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر، فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم))⁽⁵⁾.
 ولهم فيها ستة وجوه من الدلالة:

(1) الماوردي: الحاوي الكبير، ج13، ص226، 232.

(2) السرخسي: المبسوط، ج7، ص20، الكاساني: بدائع الصنائع، ج3، ص256 وما مدها، المرغيناني: الهداية، ج2، ص290.

(3) ينتقض قياس الإيلاء على الطلاق المعلق بمدة العنة؛ لأن فرقة العنة لا تقع بانقضاء الأجل؛ بل يجب الرفع إلى الحاكم عند انقضائها، وكذلك الإيلاء.

(4) الماوردي: الحاوي الكبير، ج13، ص232، ابن قدامة: المغني، ج11، ص32.

(5) سورة البقرة: الآيتان 226-227.

الأول: إضافة مدة الإيلاء إلى الأزواج بقوله تعالى ((للذين يؤلون)) فتبين أن المدة لهم لا عليهم، فوجب أن لا تستحق المطالبة إلا بعدها؛ كأجل الدين.

الثاني: إن ذكر الفيء بعد المدة بقاء التعقيب في قوله تعالى ((فإن فاءوا)) يوجب أن تستحق الفيء بعدها، ولا يرد أن "فاء التعقيب" في المدة يوجب أن يكون الفيء بعد الإيلاء لا بعد المدة؛ لأن الإيلاء ذكر أولاً، ثم تلاه ذكر المدة، ثم تعقبها ذكر الفيء، فإذا أوجبت الفاء التعقيب، لم يجز أن يعود الضمير إلى أبعد المذكورين؛ بل يجب أني عود إليهما جميعاً، أو إلى أقربهما، وعلى كلا الأمرين فلا بد من انتهاء المدة.

الثالث: إن الله تعالى جعل وقوع الطلاق بعزم الأزواج لا بمضي المدة؛ لأن الضمير في قوله تعالى ((وإن عزموا الطلاق)) يعود على الأزواج، أما انقضاء المدة فلا يعتبر عزيمة، وإنما العزيمة ما عد من فعل الزوج، فلا يقع الطلاق إلا بعزم الزوج عليه بنفسه، أو بتطبيق القاضي عليه عند امتناعه من الفئة، بعد انقضاء المدة.

الرابع: إن الله عز وجل - قد خير المولي بين أمرين: الفئة أو الطلاق، والتخير بين أمرين لا يكون إلا في موضع واحد كالكفارات، ولو كان في موضعين لكان ترتيباً، ولم يكن تخييراً، وذلك بأن يقال له: إما أن تفيء في المدة أو تبين منك زوجتك بانقضائها.

الخامس: إن التخيير الوارد في الآية تخيير بين أمرين يجب أن يكون فعلهما إليه؛ ليصح منه اختيار الفعل وتركه، ولو لم يكن له فعلهما لبطل حكم خياره.

السادس: إن قوله تعالى: ((وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم)) يعني أن الله سميع لما يتلفظ به الزوج من الطلاق، عليم بما في نفسه، وهذا يقتضي أن يكون الطلاق عن مسموع⁽¹⁾.

ب- الأثر:

قال سهيل بن أبي صالح: سألت اثني عشر من أصحاب النبي ﷺ عن الرجل يؤلي، فكلهم قالوا: ليس عليه شيء، حتى يمضي أربعة أشهر، فيوقف؛ فإن فاء وإلا طلق⁽²⁾.

ج- المعقول:

احتجوا بالمعقول من عدة وجوه:

الأول: إن مدة التربص شرعت في النكاح بغرض الجماع المنتظر، فوجب ألا تقع بها

(1) الماوردي، الحاوي الكبير، ج13، ص229 وما بعدها، ابن رشد: بداية المجتهد، ج3، ص188 وما بعدها، ابن قدامة: المغني، ج11، ص31 وما بعدها.

(2) البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الإيلاء، باب من قال: يوقف المولي، ج7، ص377.

الفرقة كأجل العنة.

الثاني: إن الإيلاء يمين يوجب الكفارة، فلم يقع بها الطلاق كسائر الأيمان.
الثالث: إن الطلاق يقع صريح أو كناية، وليس الإيلاء صريحا فيه ولا كناية؛ لأنه لو كان صريحا لوقع معجلا إن أطلق، أو إلى الأجل المضروب، ولو كان كناية لرجع فيه إلى نيته، وليس الإيلاء كذلك؛ لانعقاده بألفاظ خاصة به، تدل عليه لا على الطلاق⁽¹⁾.

القول الرابع: يمكن ترجيح القول بفوت حق المرأة في المطالبة بالفيء أو الطلاق بعد مضي أربعة أشهر، وهو قول جمهور الفقهاء، وذلك للأسباب الآتية:
1- قوة أدلة الجمهور، وضعف أدلة الحنفية؛ لما ورد عليها من اعتراضات.
2- في الأخذ بقول جمهور الفقهاء تضيق لدائرة وقوع الطلاق؛ لأن الزوج ربما يراجع نفسه، أو يدرك أن الرجوع عن إيلائه خير له ولأسرته من الطلاق، وهذا يتفق مع مقاصد الشريعة في الحفاظ على البيوت، وتضييق الخناق على الطلاق.

3- إن الحكم بوقوع الطلاق تلقائيا فيه سلب لحق الرجل في الطلاق، كما أنه يلحق الضرر البالغ بجميع أفراد الأسرة، وعلى رأسهم المرأة، فقد تكون صابرة على موقف زوجها مراعاة لمصلحتها ومصلحة أطفالها، ورجاء صلاح زوجها، فإذا هي مطلقة تلقائيا دون سابق إنذار، وأي ضرر أعظم من ذلك؟⁽²⁾

ثالثا: الإيلاء طلاق رجعي، اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بالإيلاء، وذلك على قولين:

القول الأول: إن ما يقع بالإيلاء بعد انقضاء مدته من غير فيء تطليقة بئنة، وإليه ذهب الحنفية⁽³⁾.

القول الثاني: إن الواقع بالإيلاء طلاق رجعي، ما لم يكن قبل الدخول أو مستكملا لعدد الطلاق، وسواء أوقعه الزوج بنفسه، أو طلق عليه الحاكم، وإليه ذهب المالكية والشافعية وأحمد في رواية⁽⁴⁾.

(1) الماوردي: الحاوي الكبير، ج3، ص231 وما بعدها، ابن رشد: بداية المجتهد، ج3، ص188 وما بعدها، ابن قدامة: المغني، ج11، ص31 وما بعدها.

(2) محمد سلام مذكور: أحكام الأسرة في الإسلام، ج2، ص165، يوسف قاسم: حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، ص346.

(3) السرخسي: المبسوط، ج7، ص21، الكاساني: بدائع الصنائع، ج3، ص258، المرغيناني، ج2، ص290.

(4) ابن رشد: بداية المجتهد، ج3، ص190، الماوردي: الحاوي الكبير، ج13، ص248، البهوتي: كشف القناع، ج5، ص367.

أدلة القول الأول: استدل القائلون بأن فرقة الإيلاء طلاق بائن بأقوال المحابة و المعقول كما يلي:

1- إن هذا القول مروى عن عثمان، وعبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عباس، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم؛ حيث قالوا: إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة، وادعوا إجماع الصحابة على ذلك.

2- إن الطلاق الواقع بالإيلاء بعد مضي المدة يقع لدفع الظلم، ولا يندفع الظلم عنها إلا بالبائن، حتى تتمكن من التخلص منه، واستيفاء حقها من زوج آخر.

3- إن القول بوقوع الطلاق الرجعي يدعو إلى العبث؛ لأن الزوج إذا أبى الفيء أو التطليق، وطلق عليه الحاكم طلاقاً رجعياً، كان للزوج أن يراجعها، فيخرج؛ فمل القاضي مخرج العبث⁽¹⁾.

أدلة القول الثاني: استدل القائلون بأن فرقة الإيلاء طلاق رجعي بالقرآن والمعقول:

أ- القرآن الكريم:

قوله تعالى: ((وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً))⁽²⁾.

إن حق الزوج في رجعة زوجته، أرجح من حقها بنفسها مادامت في العدة، فيبقى هذا الحق على عمومه، سواء في الطلاق بسبب الإيلاء أو غيره⁽³⁾.

ب- من المعقول وذلك من جهين:

الأول: إنه طلاق لم يستوف عدده، ولم يقابله عوض؛ فاستحق فيه الرجعة؛ كطلاق غير المولي.

الثاني: إن الأصل أن كل طلاق وقع بالشرع يحمل على أنه رجعي إلى أن يدل الدليل على أنه بائن⁽⁴⁾.

القول الراجح: بعد النظر في أدلة الفريقين فإني أميل إلى ترجيح القول بأن الواقع بالإيلاء طلاق رجعي، ما لم يكن قبل الدخول أو مستكملاً لعدد الطلاق الثلاث، وهو قول جمهور الفقهاء، وذلك للأسباب الآتية:

1- وجاهة أدلة الجمهور، وذلك لأن الأصل، في الطلاق وقوعه رجعياً.

2- إن وقوع الطلاق بائناً مصلحة للزوجة؛ لرفع الظلم عنها، وإيقاعه رجعياً نعد نافذة للإصلاح، واستئناف الحياة الزوجية لمصلحة الأسرة بأكملها.

3- إن القول بأن وقوع طلاق المولي رجعياً يدعو إلى عبث الزوج غير نسئم؛

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، ج3، ص258.

(2) سورة البقرة: الآية 228.

(3) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص82، الماوردي: الحاوي الكبير، ج13، ص249.

(4) ابن رشد: بداية المجتهد، ج3، ص190، الماوردي: الحاوي الكبير، ج13، ص249، البهوتي: كشف القناع، ج5، ص367.

لأن عبث الزوج من الأمور الخفية التي ترجع إلى نيته، ولا يطلع عليها أحد، كمن راجع زوجه في العدة بصد إضرارها وتطويل عدتها، ولم يقل أحد من أهل العلم بأن طلاقه يقع بائناً؛ وذلك لخفاء مقصده⁽¹⁾.

4- على فرض وقوع العبث بحكم القاضي من قبل الزوج، فيمكن اتقاء ذلك باشتراط الوطاء حال الرجعة؛ فإن امتنع من الوطاء بقيت الزوجة على عدتها؛ عملاً بمذهب المالكية⁽²⁾.

المطلب الثاني: التفريق بسبب الهجر:

الفرع الأول: معنى الهجر:

أ- الهجر لغة: من هجر، والهجر ضد الوصل، يقال هجره يهجره هجراً وهجراناً: صرمه وقطعه والاسم من الهجر هجرة، والتهاجر: التقاطع، وهجر الشيء وأهجره: تركه.

ونقل ابن منظور عن الليث أن الهجر مأخوذ من الهجران، وهو ترك ما يلزمك تعاهده⁽³⁾.

ب- الهجر اصطلاحاً: لم أقف للهجر على تعريف عند العلماء، ولعل السبب في ذلك هو عدم خروج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، فقد جاء في معنى الهجر في تفسير قوله تعالى: ((واهجروهن في المضاجع))⁽⁴⁾ أربعة أقوال متقاربة:

الأول: يوليها ظهره في فراشه، وهو قول ابن عباس.

الثاني: لا يكلمها إن وطئها، وهو قول عكرمة وأبي الضحى.

الثالث: يكلمها ويجامعها، ولكن بقول فيه غلظة وشدة إذا قال لها تعالي، وهو قول سفيان.

الرابع: لا يجمعها وإياه فراش ولا وطء حتى ترجع إلى الذي يريد، وهو قول إبراهيم النخعي والشعبي وقتادة والحسن البصري، ورواه ابن وهب وابن القاسم عن مالك⁽⁵⁾.

قال ابن العربي: "إن جميع موارد (هجر) في لسان العرب تدور على حرف

(1) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص82.

(2) ابن رشد: بداية المجتهد، ج3، ص193.

(3) ابن منظور: لسان العرب مادة (هجر)، ج15، ص31-32، الفيومي: المصباح المنير مادة (هجر)، ص326.

(4) سورة النساء: الآية 34.

(5) ابن العربي: أحكام القرآن، ج1، ص533 وما بعدها.

واحد، وهو البعد، فيكون معنى الآية: أبعدهن في المضاجع" (1).
 والمتأمل في قول ابن العربي يجده يميل إلى ترجيح القول الرابع؛ لموافقته لتفسيره، ولأن ترك الفراش والوطء معا لا يتحققان إلا بالإبعاد في المضجع.
 والحق أن حصول الهجر واقع بترك الوطء، أو بترك المبيت، أو بهما معا؛ لأن من وطء زوجته مرة في الشهر، ولم يبت عندها باقي الشهر، صدق عليه أنه هاجر لها، كما أن من يبيت عند زوجته باستمرار، ولا يطؤها، يصدق عليه أنه هاجر لها، ومن ترك الوطء والمبيت معا، يصدق عليه أنه هاجر لزوجته أيضا، وعليه فيمكن تعريف الهجر بأنه:
 "ترك وش الزوجة والمبيت عندها أو الامتناع من أحدهما مع الإقامة في نفس البلد".

الفرع الثاني: الفرق بين الهجر والإيلاء:

يدور الحديث في هذا الفرع حول بيان أوجه الشبه والاختلاف بين كل من الهجر والإيلاء، وذلك على النحو التالي:

أولا- أوجه الشبه: إن أبرز أوجه الشبه بين الهجر والإيلاء يقع في أمرين:

- 1- إباحة اتخاذ الهجر والإيلاء وسيلة لتأديب المرأة، وعلاج نشوزها، فيما لا يزيد على الأربعة أشهر (2).
- 2- اشتراك الهجر والإيلاء في المعنى الذي حرم الإيلاء لأجله فوق أربعة أشهر؛ وهو الضرر الواقع على المرأة بترك الوطء بيمين، أو هجرها بدون يمين مدة تزيد على الأربعة أشهر (3).

ثانيا- أوجه الاختلاف: إن أهم أوجه الاختلاف تقع في أربعة عناصر:

- 1- **الإيلاء:** امتناع الزوج عن الوطء بيمين، أو التزام ما يسق على النفس؛ كحج أو صيام فترة طويلة عند إرادة الوطء (4).
- أما الهجر:** فهو امتناع عن الوطء، أو ترك المبيت عند الزوجة، أو الأمرين معا، دون يمين أو التزام بما يشق على النفس.
- 2- إذا حنث المولي وجبت عليه كفارة اليمين، أو ما ألزم به نفسه من شرط وجزاء (5).

أما الهاجر لزوجته، إن أراد العود عن هجره فلا يلزمه شيء.

(1) ابن العربي: المرجع السابق.

(2) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص68، 72، ابن حجر: فتح الباري، ج10، ص533.

(3) ابن رشد: بداية المجتهد، ج3، ص189 وما بعدها.

(4) تعريف الإيلاء، ص45 وما بعدها من هذا المبحث.

(5) أنظر، ص52 وما بعدها من هذا المبحث.

3- الإيلاء أقل ضررا على المرأة من الهجر؛ لأنه امتناع عن الوطاء فقط. أما الهجر فقد يكون تركا للوطء والمبيت معا، فيكون أسد ضررا وإيلا ما على المرأة من الإيلاء.

4- اختص التفريق للإيلاء بنص قرآني دل على أحكامه. أما التفريق للهجر فقد دل على حكمه عمومات الكتاب؛ كقوله تعالى: ((ولا تمسكوهن ضارا لتعتدوا))⁽¹⁾، كما دل عليه القياس؛ كقياسه على الغيبة أو الإيلاء. **الفرع الثالث: مشروعية التفريق بسبب الهجر:** تبين من تعريف الهجر أنه ترك للمعاشرة الزوجية؛ ولذلك فإن الحديث عن مشروعية التفريق بسبب الهجر يرتكز إلى إثبات حقوق الزوجة في العشرة، وبيان حكمها، فأتناول ذلك في فروع ثلاثة، أتكلم في أولها عن حرص الشريعة على حسن العشرة بين الزوجين، ثم أنتقل إلى إثبات حق الزوجة في المبيت، وأختتم بإثبات حقها في الوطاء، وذلك على النحو التالي:

أولا: حرص الشريعة على حسن العشرة: إن الاعتناء بضبط نظام الأسرة مقصد شرعي، اهتمت به جميع الشرائع السماوية، ولما كانت الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع، فقد أولت الأسرة اهتماما عظيما، فكان اعتناؤها بأمر النكاح من أسمى مقاصدها؛ لأن النكاح أصل نظام العائلة، واستقراره نواة لاستقرار الأسرة وبناء المجتمع، وقد بين الحق -تبارك وتعالى- الأسس التي يجب أن تبنى عليها العلاقة الزوجية حتى يمكن لهذه العلاقة أن تؤتي ثمارها، وذلك في قوله تعالى: ((ومن آياته خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون))⁽²⁾، وما حسن العشرة إلا دوام المودة والرحمة.

كما حف الشارع العلاقة الزوجية بشرف عظيم؛ ألا وهو شرف المشروعية التي اختص بها بني البشر؛ لما يترتب عليها من شرف الآثار والنتائج⁽³⁾، فقال تعالى: ((هو الذي خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها ليسكن إليها فلما تغشاها حملت حملا خفيفا فمرت به فلما أثقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين))⁽⁴⁾، فلا أدل على اهتمام الشريعة بحسن العشرة الزوجية من قوله "وجعل منها زوجها" مع قوله "ليسكن إليها".

كما راعت الشريعة مصلحة المرأة لكونها الجانب الأضعف في العلاقة الزوجية، فليس من حق الجانب القوي أن يقهر الضعيف، وقد حث النبي ﷺ على حسن معام

(1) سورة البقرة: الآية 231.

(2) سورة الروم: الآية 21.

(3) ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 317 وما بعدها.

(4) سورة الأعراف: الآية 189.

لة المرأة فقال "استوصوا بالنساء خيرا" (1)، وقد نبه النبي ﷺ أن أعظم ما يكون من الخير هو ما يكون في حق الزوجة من المعاملة بالمعروف، وحسن العشرة؛ حيث قال: "خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي" (2).

ثم إن الحق -تبارك وتعالى- قد بين أن للزوجة حقوقا كما عليها واجبات، فقال أحكم الحاكمين: ((ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف)) (3).

جاء في المغني عن بعض أهل العلم: "إن التماثل هنا هو تأدية كل واحد منهما ما عليه من الحق للآخر بالمعروف، ولا يماطله به، ولا يظهر الكراهية، بل يؤديه ببشر وطلاقة، ولا يتبعه أذى ولا منة؛ لقوله تعالى: ((وعاشروهن بالمعروف)) (4)، وهذا من المعروف" (5).

ثانيا: حق الزوجة ق مبيت زوجها عندها: لا أحد ينكر مشروعية مبيت الزوج عند زوجته، إلا أن أقوال الفقهاء قد تباينت في وجوب هذا الحق ومقداره، وذلك على قولين:

القول الأول: إن المبيت حق للزوجة، فإذا طالبت به ألزم الزوج بأقله، وهو ليلة من أربع، وهو ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة في قوله الأول، وابن عرفة من المالكية، و الحنابلة (6).

القول الثاني: لا يجب المبيت عند الزوجة، وإنما يستحب ذلك، وأدنى الاستحباب ليلة من أربع ليال؛ اعتبارا بمن له أربع زوجات، فإن اشتكت الوحدة ضمت لجماعة تسكن معهم للاستئناس بهم، وهذا هو قول أبي حنيفة الذي رجع إليه، وقول جمهور المالكية والشافعية (7).

(1) صحيح البخاري: (68) كتاب النكاح، (81) باب الوصاة بالنساء، حديث رقم (5186)، ج3، ص1667.

(2) سنن الترمذي: (46) كتاب المناقب، (64) باب فضل أزواج النبي، حديث رقم (3895)، ج5، ص521، سنن ابن ماجه: (9) كتاب النكاح، (50) باب حسن معاشره النساء، حديث رقم (1977)، ج1، ص636، والحديث صححه الألباني في صحيح سنن ابن ماجه حديث رقم (1608)، ج1، ص334، صحيح سنن الترمذي حديث رقم (3085)، ج3، ص245.

(3) سورة البقرة: الآية 228.

(4) سورة النساء: الآية 19.

(5) ابن قدامة: المغني 220/10.

(6) الكاساني: بدائع الصنائع، ج2، ص492، حاشية الدسوقي، ج3، ص205، ابن قدامة: المغني، ج10، ص237.

(7) ابن عابدين: رد المحتار، ج4، ص380، حاشية الدسوقي، ج3، ص205، الشربيني الخطيب: مغني المحتاج، ج2، ص251 وما بعدها.

أدلة القول الأول: استدل القائلون بوجوب المبيت عند الزوجة بالسنة والأثر و المعقول:

أ- السنة: روى البخاري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: حدثني عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله ﷺ: "يا عبد الله، ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل، قلت: بلى يا رسول الله، قال: فلا تفعل، صم وأفطر، وقم ونم، فإن لجسدك عليك حقا، وإن لعينك عليك حقا، وإن لزوجك عليك حقا" (1).

إن قول النبي ﷺ "وإن لزوجك عليك حقا"، بعد قوله؛ صم وأفطر، وقم ونم "ينصرف إلى حقها في وقت الرجل في النهار والليل" (2).

ب- الأثر: استدلوا بحكم كعب بن سور (3) للشاكية التي اشتكت زوجها إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقالت: إن زوجي يصوم النهار ويقوم الليل، فقال عمر رضي الله عنه ما أحسنك ثناء على بعلك، فقال كعب: يا أمير المؤمنين إنها تشكو إليك زوجها، فقال عمر: وكيف ذلك؟ فقال كعب: إنه إذا صام النهار وقام الليل؛ فكيف يتفرغ لها؟، فقال عمر لكعب: أحكم بينهما، فقال: أراها إحدى نساءه الأربع، يفطر يوما، ويصوم ثلاثة أيام، فاستحسن ذلك منه عمر رضي الله عنه، وولاء قضاء البصرة (4).

فعمر رضي الله عنه استحسن (5) قضاء كعب، وكافأه عليه بأن جعله قاضيا في البصرة، وهذا دليل قبوله والعمل به، كما أثن هذه القضية اشتهرت فلم تنكر، فكانت إجماعا (6).

ج- المعقول: لو لم يكن للمرأة حق في المبيت، لملك الرجل تخصيص إحدى زوجاته

(1) صحيح البخاري: (67) كتاب النكاح، (90) باب لزوجك عليك حقا. حديث رقم (5199)، ج 3، ص 1673.

(2) ابن حجر: فتح الباري، ج 10، ص 374.

(3) كعب بن سور الأردني: ولي قضاء البصرة في خلافة عمر وعثمان رضي الله عنهما وكان من نبلاء الرجال وعلمائهم، قتل يوم الجمل، عندما قام يعظ الناس ويذكرهم بعد أن طلبت منه السيدة عائشة رضي الله عنها ذلك، وبينما هو بين الصفيين إذ جاءه سهم غرب -أي طائش- فقتله. أنظر الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج 3، ص 524، محمد بن سعيد الملقب بابن سعد: الطبقات الكبرى، ج 7، ص 91.

(4) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 2، ص 493، وانظر ابن قدامة: المغني، ج 10، ص 238.

(5) الاستحسان نوعان: الأول: "العمل بالاجتهاد في تقدير ما جعله الشارع موكولا إلى آرائنا، نحو متعة المطلقة، أي إعطاؤها مبلغا من المال لتطيب خاطرها.

والثاني: هو الدليل الذي يكون معارضا للقياس الظاهر الذي سبق إليه الإفهام قبل إنعام التأمل فيه. أبو بكر السرخسي: أصول السرخسي 200/2.

(6) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 2، ص 493، وانظر ابن قدامة: المغني، ج 10، ص 238.

به، كجواز الزيادة في النفقة لإحداهن على قدر الواجب⁽¹⁾.
أدلة القول الثاني: استدل القائلون بعدم وجوب المبيت عند الزوجة بدليلين من المعقول:

الأول: لو وجب على الزوج ليلة من أربع، وله أربع زوجات، طالبنه بالواجب، فإن نصيب كل واحدة منهن ليلة من أربع ليال، فلو جعلنا هذا حقا لكل واحدة منهن؛ فإنه لن يجد وقتا يتفرغ فيه لأعماله، فلا يجب التوقيت في ذلك⁽²⁾.
 ويمكن الرد على ذلك بأن الإنسان يستطيع أن يطوف على زوجاته الأربع، ويقيم بباقي أعماله في نفس الوقت، وذلك بتنظيم وقته، ولنا الأسوة في رسول الله ﷺ وصحابته من بعده.

الثاني: قياس الزوج على مستأجر الدار، فكما أن للمستأجر التنازل عن حقه في السكن، فإن للزوج التنازل عن حقه في المبيت⁽³⁾.
 رحم الله فقهاء الشافعية؛ فأبي قيس هذا الذي يلحق الإنسان بالجماد؟! وهل يتأتى النشوز من الدار، فنأمرها بطاعة المستأجر، كما نأمر المرأة بطاعة زوجها، وتمكين من نفسها؟! والأهم من ذلك: هل الحق في المبيت له هو أم لزوجته، حتى يقاس على تنازله عن حقه في سكنى الدار المأجورة؟!

القول الراجح: بعد النظر في أدلة الفريقين، يمكن ترجيح القول الأول القاضي بأن المبيت حق للزوجة، فإذا طالبت به ألزم الزوج بأقله، وهو ليلة من أربع؛ وذلك للأسباب الآتية:

1- إن ترك الرجل المبيت عند زوجته مخالفة للأمر الوارد في قوله تعالى:
((وعاشروهن بالمعروف))⁽⁴⁾.

2- إن الأصل في الحياة الزوجية الاستمرار والبقاء، وطريق ذلك قيام كل من الزوجين بما عليه من الواجبات تجاه الآخر؛ مصداقا لقوله تعالى: **((ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف))**⁽⁵⁾.

3- إن المرأة بطبيعتها أضعف من الرجل، وحاجتها إلى الصحة والإيناس والحماية تبلغ أضعاف حاجة الرجل؛ لذلك كان لزاما على الزوج أن يراعي ذلك؛ نزولا عند قوله تعالى: **((الرجال قوامون على النساء))**⁽⁶⁾.

(1) ابن قدامة: المغني، ج10، ص238.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، ج2، ص493.

(3) الشربيني الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص251.

(4) سورة النساء: الآية 19.

(5) سورة البقرة: الآية 228.

(6) سورة النساء: الآية 34.

4- إن ترك المبيت عند الزوجة يلحق بها ضرراً، فإذا لم يكن للزوج عذر مقبول؛ فإن للزوجة المطالبة برفع ذلك الضرر، والحق أن تجاب وتمكن من حقها؛ تحقيقاً للقاعدة الفقهية: "الضرر يزال" (1).

ثالثاً: حق الروحة في الوطء: تبين في الفرع السابق ثبوت حق المرأة على زوجها في المبيت، ولما كان الوطء مغايراً للمبيت؛ لأنه قد يوجد ولا يوجد الوطء، وبما أن الاستمتاع بالوطء أحد مقاصد النكاح، وحاجة المرأة له لا تقل عن حاجة الرجل، لذلك يمكن تفصيل القول في هذه المسألة في ما يلي:

- 1- اتفق الفقهاء على وجوب وطء الرجل زوجته مرة واحدة (2).
 - 2- اختلف الفقهاء في حكم استدامة الوطء، هل هو حق للمرأة كما هو حق للرجل؟ وكفهو القدر الواجب على الزوج منه، وذلك على أربعة أقوال:
- القول الأول:** للزوجة أن تطالب زوجها بالوطء، ويجب عليه في الحكم مرة واحدة، والزيادة على ذلك تجب ديانة لا قضاء، وهذا ما ذهب إليه جمهور الحنفية (3).

القول الثاني: يجب على الزوج وطء زوجته كل أربعة أشهر مرة على الأقل إلحاقاً له بالمولي إلا لعذر كالمرض، وهذا ما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية، وجمهور المالكية والحنابلة (4).

القول الثالث: يجب على الرجل وطء زوجته، ويقضى به عليه، حيث تضررت المرأة بتركه، فإن اشتكت قلته قضي لها في كل أربع ليال بليلة، وهو قول بعض المالكية (5).

القول الرابع: لا يجب على الزوج تكرار الوطء، ولا يَأْتَم بتركه، لكن يستحب له أن ي

(1) السيوطي: الأشباه والنظائر، ص38، سليم رستم باز اللبناني: شرح المجلة، المادة 20 ص 29.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع 489/2 وما بعدها، محمد عليش: شرح منح الجلال على مختصر العلامة خليل 535/3 وما بعدها، الشافعي: الأم 42/5 وما بعدها، ابن قدامة: المغني 239/10.

(3) الكاساني: بدائع الصنائع 489/2 وما بعدها، ابن الهمام: فتح القدير 435/3.

(4) ابن عادين: رد المحتار 379/4 وما بعدها، ابن رشد: بداية المجتهد 189/3، القاضي أبا محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي: الإشراف على نكت مسائل الخلاف 764/2، ابن قدامة: المغني 239/10، البهوتي: كشاف القناع 192/5.

(5) محمد عليش: شرح منح الجليل 536/3، أبو بكر بن حسن الكشناوي: أسهل المدارك في شرم إرشاد السالك 404/1.

حصن زوجته، وهو قول لشافعية⁽¹⁾.

أدلة القول الأول: استدل القائلون بعدم وجوب الوطء فيما يزيد على المرة الواحدة بالمعقول فقالوا:

إن الزيادة على المرة من باب حسن العشرة، واستدامة النكاح، فلا يجب في الحكم إلا مرة⁽²⁾.

أدلة القول الثاني: استدل القائلون بوجوب الوطء مرة كل أربعة أشهر على الأقل بـ القرآن والمعقول:

أ- القرآن الكريم:

1- قوله تعالى: **((ولهن مثل الذي عليهن))**⁽³⁾.

فللمرأة حقا على الرجل كما له عليها حق، ومن حقوق الرجل على زوجته أن تتمكنه من نفسها ليستمتع بها، فكذا للمرأة حق في الاستمتاع به.

2- قوله تعالى: **((ولا تمسكوهن ضاررا لتعتدوا))**⁽⁴⁾.

إن إمساك المرأة مع ترك وطئها وتحسينها يلحق بها ضررا، وهو اعتداء من الزوج بدون وجه حق، ورفع الضرر واجب.

ب- المعقول:

1- شرع النكاح لمصلحة الزوجين، ودفع الضرر عنهما، والوطء مفض إلى دفع ضرر الشهوة عن المرأة، كإفضائه إلى دفعه عن الرجل، فيجب تعليقه بذلك، ويكون حقا لهما جميعا.

2- لو لم يكن الوطء واجبا، لم يصير باليمين على تركه في الإيلاء واجبا كسائر ما لا يجب؛ لأن اليمين لا يوجب ما حلف على تركه، فدل على أنه واجب بدونها⁽⁵⁾.

3- إن الذي لأجله وجب ضرب المدة للحالف، ووقفه بعدها، هو امتناعه من نوطئها في المدة التي هي غاية ما صبر النساء عن الوطء في مثلها، مع قصد الإضرار، وانتفاء الأعذار، وهو موجود في مسألتنا، فوجب حسم الباب بإجرائه مجرى الحالف⁽⁶⁾.

أدلة القول الثالث: ولم أقف للقائلين بوجوب الوطء مرة في كل أربعة ليال على

(1) الشيرازي: المهذب 67/2، الشرييني الخطيب: مغني المحتاج 251/3 وما بعدها.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع 489/2.

(3) سورة البقرة: الآية 228.

(4) سورة البقرة: الآية 231.

(5) ابن قدامة: المغني 239/10 وما بعدها، البهوتي: كشاف القناع 192/5.

(6) القاضي عبد الوهاب: الإشراف على نكت مسائل الخلاف 764/2.

دليل، ولكن يبدو أنحجتهم في ذلك قصة كعب السالفة الذكر، حيث عللوا ذلك بقولهم: لأن له تزوج ثلاث سواها⁽¹⁾.

أدلة القول الرابع: احتج القائلون بعدم وجوب تكرار الوطء، بالمعقول فقالوا: إن الجماع من المعاشرة بالمعروف، فيستحب للرجل تحصين زوجته وعدم تعطيلها؛ لأن تركه لها يؤدي إلى الفجور، وبذلك لا يأمن الفساد، ووقوع الشقاق، ولا يجب علمه؛ لأن الداعي إلى الاستمتاع الشهوة، وفي داعية الطبع ما يغني عن إيجابه⁽²⁾.

القول الرابع: بعد تقليب النظر في أدلة الفقهاء يتضح لي رجحان القول الثاني القاضي بوجوب وطء الزوجة في كل أربعة أشهر مرة على الأقل إلحاقاً له بالمولي؛ وذلك للأسباب الخمسة الآتية:

1- وجود غريزة الشهوة عند المرأة كما عند الرجل، ولا أدل على ذلك من قولنا لنبينا ﷺ عندما سئل عن المرأة: إن كانت ترى في منامها ما يرى الرجل؟ فقال: "إنما النساء شقائق الرجال"⁽³⁾.

قال الخطابي: شقائق الرجال: أي نظائرهم وأمثالهم في الخلق والطباع، فكأنهن شققن من الرجال⁽⁴⁾؛ ويدل لذلك قوله تعالى: ((وخلق منها زوجها))⁽⁵⁾.

2- إن ترك الرجل زوجته بلا وطء يفضي إلى إهدار مقاصد النكاح، ومنها: الاستمتاع، وحفظ النوع الإنساني، وبناء الأسرة والمجتمع، ثم الأمة، والأهم من ذلك ترك تحصينها وتلبية حاجتها الفطرية؛ الأمر الذي قد يدفع بها إلى الزنا⁽⁶⁾.

3- إن القول باستحباب وطء الرجل زوجته، وعدم وجوبه عليه، لا يخلو من التناقض؛ لأنه يعلل استحباب الوطء بأنه وسيلة إلى تحصن المرأة، وأن تركه يؤدي إلى فجورها، الأمر الذي يخشى معه الفساد، وارتكابها الفاحشة، فهل هذه الأسباب غير كافية لإيجاب الوطء على الرجل إلا مرة واحدة؟!.

(1) محمد عيش: شرح منح الجليل 536/3.

(2) الشيرازي: المهذب 67/2، الشريبي الخطيب: مغني المحتاج 251/3 وما بعدها.

(3) سنن أبي داود: (1) كتاب الطهارة، (95) باب في الرجل يجد البلة في منامه، حديث رقم (236) 120/1، سنن الترمذي: (1) كتاب الطهارة، (82) باب ما جاء فيمن يستيقظ فيرى بللاً ولا يذكر احتلاماً، حديث رقم (113) 232/1. والحديث صححه الألباني في صحيح سنن الترمذي، حديث رقم (82) 35/1.

(4) حمد بن محمد الخطابي: معالم السنن شرح سنن أبي داود 79/1.

(5) سورة النساء: الآية 1.

(6) ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 318، 327، أبا زهرة: الأحوال الشخصية، ص 18 وما بعدها.

4- إن القول باستحباب الوطء وعدم وجوبه على الرجل مخالف للقاعدة الفقهية القائلة: "درء المفاسد أولى من جلب المصالح" (1).

وحيث إن مفسدة الفجور، والوقوع في الفاحشة المترتبة على ترك الوطء، تفوق أضعافاً مضاعفة مصلحة الرجل المتمثلة بمنحه الوقت والعبادة؛ فإن القول بوجوبه متعين.

5- إن القول بأن في داعية الطبع ما يغني عن إيجاب الوطء صحيح بالنسبة للإنسان السوي، أما من لا يوجد في داعية طبعه ما يغني عن إيجاب الوطء عليه، أو امتنع عن وطء زوجته قاصداً إضرارها، أو تمكن منقضاء شهوته من زوجة أخرى، فلا ينبغي أن يرسل له العنان للإضرار بزوجته؛ فإما أن يعاشرها بالمعروف، فيطأها مرة كل أربعة أشهر على الأقل، أو يفرق بينهما بطلبها إن أبي طلاقها.

الفرع الرابع: وقت وقوع الفرقة، ونوعها: أتناول في هذا المطلب الحديث عن وقت وقوع الفرقة للهجر، ونوعها، من خلال رؤية القائلين بمشروعيتها، وذلك في فرعين:

أولاً: وقت وقوع الفرقة: إن الحديث عن وقت وقوع الفرقة للهجر يتمحور في أمرين: وقت وقوع الفرقة بترك المبيت، ثم وقت وقوعها بترك الوطء، وأتناول ذلك في بندين:

1- وقت وقوع الفرقة بترك المبيت: اتفق القائلون بوجوب مبيت الرجل عند زوجته على أقل المبيت، وهو ليلة من أربع، وحجتهم في ذلك حكم كعب بن سور فيمن جاءت تشكو زوجها لعمر بن الخطاب رضي الله عنه؛ حيث حكم لها بليلة من أربع (2). إلا أنهم لم يتفقوا على المدة التي يجوز للمرأة بعدها أن تطلب التفريق من زوجها إذا لم يبت عندها، ففي حين لم يضع فقهاء الحنفية والمالكية لذلك حداً، فإن الحنابلة قد حدوا لذلك فقالوا: إن أبي الزوج المبيت في اليوم المقرر، حتى انقضت أربعة أشهر بلا عذر لأحدهما، فرق القاضي بطلبها، إلحاقاً له بالمولي؛ لتحقق الضرر فيكل منهما (3).

وهذا ما أميل إليه للسببين الآتيين:

1- إن الأصل، في وجوب المبيت عند الزوجة هو قوله تعالى: ((فأمسكوهن بمعروف)) (4)، فإذا لم يتحقق الإمساك بالمعروف، وامتنع الزوج من المبيت عند

(1) السيوطي: الأشباه والنظائر، ص 87.

(2) أنظر، ص 69 من هذا البحث.

(3) عبد القادر بن عمر التغلبي الشيباني: نيل المآرب شرح دليل الطالب 158/2، إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان: منار السبيل في شرح الدليل 945/2 وما بعدها.

(4) سورة البقرة: الآية 231.

زوجته، وجبقي حقه التخيير، كما جاء في الآية ((أو سرحوهن بالمعروف))⁽¹⁾، ولا يمكن لهذا التخيير أن يستقيم إلا بوضع حدود تفصل بين الأمرين؛ فوجب التوقيت في ذلك.

2- إن تحديد أقل ما يجب من المبيت، وعدم تحديد الجزاء المترتب على تركه، يعطي الفرصة للأزواج الذين لا يزعهم دين ولا خلق للتهرب من أداء هذا الحق، وما أكثر أمثال هؤلاء في زماننا، إلا من رحم الله!!.

2- وقت وقوع الفرقة بترك الوطء: اختلف القائلون بمشروعية التفريق بسبب الهجر في المدة التي تضرب لئلا يترك الوطء بدون عذر، وذلك على قولين:
القول الأول: يضرب لتارك الوطء أجل الإيلاء من يوم المدافعة، ثم يؤمر بالوطء أو الطلاق، وهو قول بعض المالكية وجمهور الحنابلة⁽²⁾.

القول الثاني: إذا ترك الزوج الوطء ضرارا بزوجه، يتلوم له بالاجتهاد -أي يمهل وينتظر- ويطلق عليه دون ضرب أجل الإيلاء، وهذا ما ذهب إليه أكثر فقهاء المالكية⁽³⁾.

أدلة القول الأول: استدل القائلون بضرب أجل الإيلاء من يوم المدافعة بالقياس فقالوا:

إن تارك الوطء بدون يمين كالمولي؛ لاشتراكهما في المعنى الذي من أجله وجب ضرب الأجل، وهو ترك الوطء، وتحقق الضرر⁽⁴⁾.

أدلة القول الثاني: يبدو أن حجة القائلين بالتطبيق دون ضرب أجل الإيلاء، هو وجوب رفع الضرر.

قال التسولي⁽⁵⁾: إن ترك الوطء مع القدرة عليه تتضرر به الزوجة، قصد به ضررها أم لا، وهي مصدقة في ضررها بترك وطئه، كما تصدق أنها خشيت الزنا

(1) سورة البقرة: الآية 231.

(2) أبا بكر الكشناوي: أسهل المدارك 22/2، ابن ضويان: منار السبيل في شرح الدليل 945/2.

(3) محمد عليش: شرح منح الجليل 204/4 وما بعدها، وانظر أبا بكر الكشناوي: أسهل المدارك 22/2.

(4) أبا بكر الكشناوي: أسهل المدارك 22/2، ابن ضويان: منار السبيل في شرح الدليل.

(5) التسولي: القاضي أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي المدعو مديدش، كان فقهياً بارعاً، حمل لواء المذهب المالكي، كان محققاً متفنناً وصوّلاً متقناً، مع صلاح ودين متين، له تأليف شاهدة له بطول الباع وسعة الاطلاع، منها شرح على التحفة، توفي سنة 1258هـ.. محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ص 397، خير الدين الزركلي: الأعلام 299/4.

بتركوطئه؛ إذ كل ذلك لا يعلم إلا منها⁽¹⁾.

ويمكن الجمع بين القولين بحمل القول الأول القاضي بتأجيل تارك الوطء مدة الإيلاء بحصول الشكوى، والرفع قبل انقضاء مدة الإيلاء، وحمل القول الثاني القاضي بعدم تأجيله مدة الإيلاء، بوقوع الرفع إلى القاضي بعد انقضاء أربعة أشهر بدون وطء، يؤكد ذلك ما جاء في الخرشي: انتفاء أجل الإيلاء لا ينافي اجتهاده في ضرب قدره أو أقل أو أكثر⁽²⁾.

وعليه؛ فإن اجتهاد القاضي منوط بما مر من الزمن بدون وطء؛ يبت لا يعقل أن يضرب لمن ترك الوطء أربعة أشهر نفس الأجل الذي يضرب لمن ترك الوطء شهراً. **ثانياً: نوع فرقة الهجر:** لم يذكر القائلون بمشروعية التفريق للهجر نوع الفرقة الواقعة به صراحة، إلا أنه يمكن الاهتداء لذلك بالرجوع إلى أصل المشروعية، وهو إلحاق الهاجر لزوجته بتركه الوطء أو المبيت بالمولي⁽³⁾.

وحيث قد تبين قياسهم الهجر على الإيلاء، وأن ذلك مرجعهم في مشروعية التفريق للهجر، فإن من البدهي أن يأخذ المقيس حكم المقيس عليه؛ لأن نتيجة القياس هي ثبوت حكم الأصل للفرع، فينسحب على الهجر ما ينسحب على الإيلاء من جميع الوجوه، فتكون فرقة الهجر طلاقاً رجعياً كفرقة الإيلاء.

المطلب الثالث: التفريق بسبب الظهار:

الفرع الأول: تعريف الظهار:

أ- في اللغة: الظهار من الظهر، والظهر من كل شيء: خلاف البطن، ويجمع على أظهر وظهران.

والظهار من النساء مأخوذ من ظاهر الرجل امرأته، وظاهر منها، مظاهره وظهارا، إذا قال: هي علي كظهر ذات رحم، والمعنى أن يقول الرجل لامرأته: أنت علي كظهر أمي، وخص الظهر دون البطن والفخذ والفرج، وهذه أولى بالتحريم؛ لأن الظهر موضع الركوب.

قال علماء اللغة: وهذه استعارة لطيفة، فكأنه إذا قال: أنت علي كظهر أمي، أراد: ركوبك للنكاح علي حرام كركوب أمي للنكاح، فأقام الظهر مقام الركوب؛ لأنه مركوب، وأقام الركوب مقام النكاح؛ لأن الناكح راكب.

وعدي الظهار بمن؛ لأنهم كانوا إذا ظاهروا من المرأة تجنبوها كما يتجنبون

(1) أبو بكر الكشناوي: أسهل المدارك 22/2.

(2) الخرشي: حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل 93/4.

(3) ابن رشد: بداية المجتهد 189/3 وما بعدها، أبو بكر الكشناوي: أسهل المدارك 22/4، عبد القادر الشيباني: نيل المآرب 158/2، ابن ضويان: منار السبيل 954/2 وما بعدها.

المطلقة، ويحترزون منها، فكأن قوله ظاهر من امرأته أي بعد واحترز منها⁽¹⁾.
 ب- الظهار اصطلاحاً: اختلف الفقهاء في تعريفه، وذلك على النحو التالي:
 أولاً- عند الحنفية: عرفه ابن عابدين بأنه: "تشبيه المسلم زوجته أو جزءاً شائعاً منها
 بمحرم عليه تأييداً"⁽²⁾.

ثانياً- عند المالكية: عرفه الدسوقي بأنه: "تشبيه المسلم من تحل أو جزءها بظهر
 محرم أو جزئه"⁽³⁾.

ثالثاً- عند الشافعية: عرفه الشربيني بأنه: "تشبيه الزوجة غير البائن بأنثى لم تكن ح
 لاً"⁽⁴⁾.

رابعاً- عند الحنابلة: عرفه البهوتي بأنه: "تشبيه الزوج امرأته أو عضواً منها بظهر من
 تحرم عليه على التأييد أو إلى أمد"⁽⁵⁾.

بالمقارنة بين التعاريف السابقة يتضح أمران:

1- تعريف الحنفية والمالكية غير جامع؛ لتخصيصه بالمسلم، وخروج الكافر
 من عموم المظاهرين، خلافاً للشافعية والحنابلة، فإنهم يأخذون بظهار الكافر؛ عملاً
 بعموم قوله تعالى: ((والذين يظاهرون من نسائهم))⁽⁶⁾.

2- تعريف الحنابلة غير مانع؛ لدخول من شبه زوجته بمن تحرم عليه مؤقتاً
 في التعريف، خلافاً للحنفية والشافعية، فإنهم لا يعتبرون ذلك ظهاراً.
التعريف المختار: بعد النظر في تعريفات الفقهاء، وما ورد عليها من ملاحظات،
 يمكننا اختيار تعريف الشافعية، وهو أن الظهار "تشبيه الزوجة غير البائن بأنثى لم تكن
 حلاً".

وذلك للسببين التاليين:

1- إن هذا التعريف جامع لكل من ظاهر زوجته، سواء كان مسلماً أو غيره،
 فدخول الكافر في التعريف أولى من إخراجه؛ لأنه مخاطب بفروع الشريعة، وأهل

(1) ابن منظور: لسان العرب، مادة (ظهر) 273/8، 280، وانظر الفيومي: المصباح المنير، مادة
 (ظهر)، ص 200 وما بعدها.

(2) ابن عابدين، رد المحتار 125/5، وانظر محمد عبد الله بن محمود بن مودود: الاختيار
 لتعليل المختار 161/3.

(3) حاشية الدسوقي 364/3 وما بعدها، النفراوي: الفواكه الدواني 47/2.

(4) الشربيني الخطيب: مغني المحتاج 352/3، وانظر جلال الدين المحلي: كنز الراغبين
 14/4.

(5) البهوتي: كشف القناع 369/5، وانظر ابن ضويان: منار السبيل 1001/2.

(6) سورة المجادلة: الآية 3.

للكفارة بغير الصوم من إعتاق وإطعام⁽¹⁾، كما يتفق مع عموم قوله تعالى: ((والذين يظاهرون من نسائهم))⁽²⁾.

2- التعريف مانع من دخول من شبه زوجته بمن تحرم عليه مؤقتا في جملة المظاهرين؛ لأن المظاهر منها قد تكون جلاله في الماضي، فيحتمل إرادته، ولإمكانية زوال الحرمة في الحال أو الاستقبال، بخلاف المحرمة تبيدا، فإن التحريم في حقها أصيل لا يزيلها النكاح، كما أن النص الوارد في الظهار قد اختص بالأم؛ لقوله تعالى: ((الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم))⁽³⁾، وقيس عليها المحرمات تبيدا لانتفاء الفارق، أما المحرمات مؤقتا فلا يشبهن الأم في التحريم المؤبد⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: ألفاظ الظهار:

ينقسم الظهار من حيث الألفاظ إلى صريح وكناية، وذلك على النحو التالي:

أولا- صريح الظهار:

- 1- اتفق الفقهاء على أن قول الرجل لزوجته: "أنت علي كظهر أمي" صريح في الظهار⁽⁵⁾.
- 2- تشبيه الرجل زوجته بجزء لا يراد به الكرامة، كبطن بن تحرم عليه مؤبدا أو فخذها، وبالجمس والبدن من بأولى؛ لأنه يتضمن الظهر وزيادة⁽⁶⁾.
- 3- قول الرجل لزوجته أنت عندي أو معي كظهر أمي؛ لأن هذه الألفاظ بمنزلة (علي)، فتؤدي نفس المعنى⁽⁷⁾.

ثانيا- كنايات الظهار:

- 1- قول الرجل لزوجته: أنت علي كأمي، أو أنت مثل أمي، فإن نوى به الظهار

(1) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته 7131/9.

(2) سورة المجادلة: الآية 3.

(3) سورة المجادلة: الآية 2.

(4) الشريبي الخطيب: مغني المحتاج 354/3.

(5) ابن المنذر: الإجماع، ص 84، الكاساني: بدائع الصنائع 335/3، ابن جزي: القوانين الفقهية، ص 181، الشريبي الخطيب: مغني المحتاج 335/3، ابن قدامة: المعنى 57/11.

(6) المرغيناني: الهداية 297/2، الشريبي الخطيب: مغني المحتاج 353/3، ابن قدامة: المغني 58/11، 60.

(7) الشريبي الخطيب: مغني المحتاج 353/3، ابن قدامة: المغني 60/11.

فهو ظاهر، وإن نوى به الكرامة أو كبر السن فليس بظاهر⁽¹⁾.
 2- تشبيه الرجل زوجته أو عضواً منها بأحد أعضاء أمه التي تحتل الكرامة، كقوله: أنت علي كعين أمي، أو كراسها، فإن نوى به ظاهراً فهو ظاهر، وإن قصد الكرامة، أولم يقصد شيئاً، فلا يكون مظاهراً؛ لاستعمال هذه الألفاظ ونحوها في التوقير والاعتزاز⁽²⁾.

ثالثاً- حكم قول الرجل لزوجته: "أنت علي حرام كأمي، أو كظهر أمي" ⁽³⁾:
 اختلف الفقهاء في حكم هذا اللفظ على قولين:

القول الأول: إن التحريم المقصود يحتمل تحريم الظهار، ويحتمل تحريم الطلاق، والإيلاء، فنرجع فيه لنيته، فإن لم تكن له نية حمل على الظهار، وهذا ما ذهب إليه الحنفية⁽⁴⁾.

القول الثاني: إن التحريم المذكور صريح في الظهار، ولا يحتاج إلى نية، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة⁽⁵⁾.

أدلة القول الأول: استدل القائلون بالرجوع إلى نية المظاهر بأن حرف التشبيه يختص بالظهار، فمطلق التحريم يحمل على نية⁽⁶⁾.

أدلة القول الثاني: يمكن تعضيد هذا القول والاحتجاج له بما ذهب إليه الماوردي؛ حيث قال: لا يكون الظهار طلاقاً بالإرادة، ولا الطلاق ظهاراً بالإرادة؛ لثلاثة أمور:

- 1- إن الظهار كان طلاقاً في الجاهلية فنسخ فلم يجز أن نثبت به حكماً منسوخاً.
- 2- إن سلمة بن صخر⁽⁷⁾ عندما ظاهر من زوجته كان يريد الطلاق؛ لأنه لم يعلم بنسخه، فأجرى عليه حكم الظهار، ولم يوقع عليه بالإرادة حكم الطلاق.

(1) المرغيناني: الهداية 279/2، الشربيني الخطيب: مغني المحتاج 353/3، البهوتي: كشف القناع 370/5 وما بعدها.

(2) الشربيني الخطيب: مغني المحتاج 353/3، البهوتي: كشف القناع 370/5.

(3) هذا اللفظ مما تعم به البلوى، ونظير ذلك ما يستعمله عامة الناس من الألفاظ كقول الرجل لزوجته: أنت محرمة علي مثل أمي، أو قوله تكون زوجتي محرمة علي كأمي إن فعلت كذا، أو قوله لزوجته إذا فعلت كذا فأنت محرمة علي كأمي، أو كابنتي، أو كأختي.

(4) ابن عابدين: رد المحتار 131/5 وما بعدها.

(5) البهوتي: كشف القناع 371/5.

(6) ابن عابدين: رد المحتار 131/5 وما بعدها.

(7) هو سلمة بن صخر بن سلمان بن الصمة بن حارثة الأنصاري الخزرجي، له حلف في بني بياضة، وقيل أن اسمه سلمان. أنظر عز الدين بن محمد الجزري: أسد الغابة في معرفة الصحابة 358/2.

3- إن ما كان صريحا في التحريم لجنس، لم يجز أن يصير كناية في ذلك الجنس، لتنافي اجتماعهما⁽¹⁾.

وهذا ما أميل إليه؛ لأن حمل التحريم المذكور على الطلاق أو الإيلاء تأويل بعي، فلا يصدق في إرادته، ويؤكد ذلك ما علل به الحنفية حكمهم بكونه ظاهرا إذا انعدمت النية، وهو أن حرف التشبيه يختص بالظاهر.

الفرع الثالث: حكم الظهار، وآثاره: يدور الحديث في هذا المطلب حول حكم فعل الظهار بنوعيه المؤبد⁽²⁾، والمؤقت⁽³⁾، ثم بيان الآثار المترتبة على وقوعه عند الفقهاء، وذلك في فرعين:

أولا: حكم الظهار: كان الظهار أحد أنواع فرق النكاح في الجاهلية، حتى جاء الإسلام، ونزل حكم الله في المظاهر بإيجاب الكفارة عليه⁽⁴⁾.

ثانيا: حكم فعل الظهار: الظهار محرم⁽⁵⁾ فلا يباح فعله؛ لقوله تعالى: ((وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا))⁽⁶⁾.

قال ابن القيم: "إن الظهار حرام لا يجوز الإقدام عليه؛ لأنه كما أخبر الله عنه منكر من القول وزور، فكلاهما حرام، والفرق بين جهة كونه منكرا وجهة كونه زورا، أن قوله: أنت علي كظهر أمي، يتضمن إخبارا عنها بذلك، وإنشاء لتحريمها فهو يتضمن إخبارا، وإنشاء منكرا"⁽⁷⁾.

ثالثا: حكم الظهار المؤقت: اختلف الفقهاء فيما يترتب على تأقيت الظهار على قولين:

القول الأول: يصح الظهار إذا وقع مؤقتا، فإن مضى الوقت، ولم يمسه فيها؛ انتهى الظهار بانتهاء الوقت، دون الحاجة إلى الكفارة، وهو قول الحنفية، وأصح الأ

(1) الماوردي: الحاوي الكبير 333/13.

(2) الظهار المؤبد: هو الظهار المطلق دون تحديد؛ كقول الرجل: أنت علي كظهر أمي. الكاساني: بدائع الصنائع، 343/3، الشربيني الخطيب: مغني المحتاج 357/3.

(3) الظهار المؤقت: هو الظهار المحدد بمدة معينة؛ كان يقول الرجل لزوجته: أنت علي كظهر أمي شهرا أو سنة، ونحو ذلك من صيغ التأقيت. الكاساني والشربيني الخطيب: المرجعين السابقين.

(4) الشافعي: الأم 294/5، عبد الله بن مودود: الاختيار 161/3.

(5) الكاساني: بدائع الصنائع 335/3، النفراوي: الفواكه الدواني 47/2، الشيرازي: المهذب

112/2، ابن قدامة: المغني 54/11.

(6) سورة المجادلة: الآية 2.

(7) ابن القيم الجوزية: زاد المعاد 296/5.

قوال عند الشافعية، وقول الحنابلة⁽¹⁾.

القول الثاني: لا يصح الظهر مؤقتا، فإذا وقع سقط التأقيت، وتأبد الظهر، فلا ينحل إلا بالكفارة، ويستثنى من ذلك المحرم بحج أو عمرة، إذا ظاهر من زوجته مادام محرما، وكذلك الصائم والمعتكف مدة صيامه أو اعتكافه، فلا يلزم حكم الظهر في صورتين، وهذا ما ذهب إليه المالكية والشافعية في قول⁽²⁾.

أدلة القول الأول: استدل القائلون بصحة الظهر المؤقت بالسنة والمعقول:

أ- السنة: "روى أبو سلمة ومحمد بن عبد الرحمن بن ثوبان: أن سلمان بن صخر الأنصاري -أحد بني بياضة- جعل امرأته كظهر أمه حتى يمضي رمضان، فلما مضى نصف رمضان وقع عليها ليلا، فأتى رسول الله ﷺ، فذكر ذلك له، فقال له رسولا لله ﷺ: أعتق رقبة، قال: لا أجدها، قال: فصم شهرين متتابعين، قال: لأستطيع، قال: لا أطعم ستين مسكينا، قال: لا أجدها، فقال رسول الله ﷺ لفروة بن عمرو: أعطه ذلك الفرق⁽³⁾ -وهو مكتل يأخذ خمسة عشر صاعا⁽⁴⁾ أو ستة عشر صاعا- إطعام ستين مسكينا"⁽⁵⁾.

فالنبي ﷺ أمره بالكفارة، ولم ينكر تقييده الظهر بمضي رمضان⁽⁶⁾.

ب- المعقول: إن الظهر أشبه بالإيلاء؛ لأن المظاهر منع نفسه من زوجته يمينها كفارة، بخلاف الطلاق؛ فإنه يزيل الملك، والظهر يوقع تحريما يرفعه التكفير، فجاز تأقيته⁽⁷⁾.

أدلة القول الثاني: استدل القائلون بسقوط التأقيت، وتأبد الظهر بدليلين من المعقول:

1- إن وقوع الظهر سبب في وجوب الكفارة، فلا ينحل بدونها.

(1) الكاساني: بدائع الصنائع 3/343 وما بعدها، الشريبي الخطيب: مغني المحتاج 3/357، ابن قدامة: المغني 11/68.

(2) محمد عيش: شرح منح الجليل 4/224، الشريبي الخطيب: مغني المحتاج 3/353.

(3) الفرق: إناء من نحاس يسع (16) رطلا، أي ما يعادل (10) كيلو غرام. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته 1/142 وما بعدها.

(4) الصاع: وحدة كيل يسع (4) أمداد ووزنه (2176) غرام عند الشافعي، وعند أبي حنيفة يسع (3800) غرام. الزحيلي: المرجع السابق.

(5) سنن الترمذي: (10) كتاب الطلاق، (20) باب ما جاء في كفارة الظهر حديث رقم (1220) ونحوه في سنن أبي داود: (7) كتاب الطلاق، (17) باب في الظهر، حديث رقم (2213)

951/2 وما بعدها، والحديث حسنه الألباني: صحيح سنن الترمذي حديث رقم (959)

353/1، صحيح سنن أبي داود حديث رقم (1917) 6/414.

(6) ابن ضويان: منار السبيل 2/1005.

(7) ابن قدامة: المغني 11/69 وانظر ابن ضويان: منار السبيل 2/1005.

2- إن الظهار أحد نوعي التحريم، وتحريم الطلاق لا يحتمل التأقيت فكذا تحريماً للظهار⁽¹⁾.

القول الراجح: الذي يمال إليه هو القول الأول القاضي بصحة وقوع الظهار مؤقتاً، وانتهائه بانتهاء الوقت دون الحاجة إلى الكفارة؛ لأن ذلك أرفق بالزوجين والأسرة فضلاً عن وقوعه في عهد النبي ﷺ، وعدم إنكاره على فاعله.

الفرع الثاني: آثار الظهار:

يترتب على الظهار عدة آثار، يمكن التفصيل فيها على النحو التالي:

أولاً: يحرم على المظاهر وطء زوجته قبل أن يخرج الكفارة، وذلك إذا وجبت عليه بالعتق أو الصوم⁽²⁾.

ودليل ذلك قوله تعالى: ((والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا))⁽³⁾.

ثانياً: اختلف الفقهاء في حكم الوطء قبل إخراج الكفارة بالإطعام، وذلك على قولين:

القول الأول: يحرم الوطء قبل إخراج الكفارة بالإطعام، وهو قول أكثر أهل العلم، وإليه ذهب جمهور الفقهاء⁽⁴⁾.

القول الثاني: لا يحرم الوطء قبل التكفير بالإطعام، وهو قول ابن حزم، ونقل عن الإمام أحمد ما يقتضي ذلك⁽⁵⁾.

أدلة القول الأول: استدل القائلون بتحريم الوطء قبل إخراج الكفارة بالإطعام، به السنة والمعقول:

أ- السنة: روى عكرمة عن ابن عباس "أن رجلاً أتى النبي ﷺ قد ظاهر من امرأته فوق عليها، فقال: يا رسول الله إنني قد ظاهرت من زوجتي، فوقعت عليها قبل أن كفر، فقال: وما حملك على ذلك يرحمك الله؟ قال: رأيت خلخالها في ضوء القمر، قال: "فلاتقربها حتى تفعل ما أمرك الله به"⁽⁶⁾.

(1) حاشية الدسوقي: الشريبي الخطيب: مغني المحتاج 3/357.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع 3/341، ابن رشد: بداية المجتهد 3/205، الشريبي الخطيب: مغني المحتاج 3/357، ابن قدامة: المغني 11/66، ابن حزم: المحلى 10/50.

(3) سورة المجادلة: الآية 3، وجزء من الآية 4.

(4) الكاساني: بدائع الصنائع 3/342، ابن جزي: القوانين الفقهية، ص 181، الشريبي الخطيب: مغني المحتاج 3/357، ابن قدامة: المغني 11/66.

(5) ابن قدامة: المغني 11/66، ابن حزم: المحلى 10/50.

(6) سنن الترمذي: (10) كتاب الطلاق، (20) باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر،

إن رسول الله ﷺ أمر السائل بفعل ما أمره الله، وهو التكفير، قبل قربان زوجته، ولم يعين ﷺ نوعاً من أنواع الكفارة، فعلم أن هذا الحكم يشمل جميع أنواع الكفارة بما فيها الإطعام⁽¹⁾.

ب- المعقول:

1- لقد علم عدم حل الوطء، قبل الإعتاق أو الصيام؛ لقوله تعالى: ((من قبل أن يتماسا)) ويقدر هذا الحكم في الإطعام؛ لاتحاد الواقعة، وحملاً للمطلق على المقيد⁽²⁾.
2- منع المظاهر من الوطء حتى يكفر بالصوم مع دخول زمنه، فمنعه حتى يكفر بالإطعام أولى؛ لقصر زمنه⁽³⁾.

3- الذي لا يستطيع التكفير بالعتق أو الصيام تتعين في حقه الكفارة بالإطعام، فهو مظاهر لم يكفر، فحرم عليه الجماع، لو كانت كفارته العتق أو الصيام، وترك النص عليها لا يمنعها قياسها على المنصوص الذي في معناه⁽⁴⁾.

أدلة القول الثاني: استدل القائلون بعدم تحريم الوطء قبل التكفير بالإطعام بما يلي:

إن الله- سبحانه وتعالى- قد شرط في العتق والصيام أن يكون قبل التماس، ولم يشترط ذلك في الكفارة بالإطعام، ينصر الشرط على الموضوع المذكور⁽⁵⁾.

القول الراجح: الذي يمكن اختياره من هذه الأقوال هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من تحريم الوطء قبل إخراج الكفارة بالإطعام؛ وذلك للأسباب الآتية:

1- قوة أدلة الجمهور؛ لما ورد فيما استدلوا به من الحديث الصحيح من نهي

حديث رقم (1199) 327/3، سنن النسائي: (44) كتاب الطلاق، (34) باب الظهر، حديث رقم (5651) 367/3، سنن ابن ماجه: (10) كتاب الطلاق، (26) باب المظاهر يجامع قبل أن يكفر، حديث رقم (2065) 1/666 وما بعدها، والحديث صححه الألباني في صحيح سنن الترمذي (985) 352/1، صحيح سنن النسائي 2 (3234) 729/2 وما بعدها، صحيح سنن ابن ماجه (1680) 352/1.

(1) عبد الكريم زيدان، المفصل 305/8.

(2) ابن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر 763/2، وانظر عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار 286/2.

(3) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج 357/3.

(4) ابن قدامة، المغني 67/11.

(5) ابن قدامة، المغني 66/11، ابن حزم، المحلى 50/10.

- المظاهر عن قربان زوجته، حتى يفعل ما أمره الله به، وهو التكفير بما يستطيع
س أنواع الكفارة دون تمييز بين نوع وآخر.
- 2- اعتماد القائلين بعدم تحريم الوطء قبل التكفير بالإطعام على ظاهر النص،
وإهمالهم للمعنى، فضعف بذلك استدلالهم.
- 3- إن التكفير بالإطعام هو أيسر أنواع الكفارة، وآخرها ترتيباً، فلا يكافأ مخرجها
بإباحة الوطء، في الوقت الذي يلتزم فيه من كانت كفارته العتق أو الصيام بعدم
الوطء إلى الانتهاء من التكفير.

المسألة الثانية:

- اختلف الفقهاء في حكم الاستمتاع بما دون الوطء، وذلك على قولين:
- القول الأول:** يحرم على المظاهر الاستمتاع بما دون الوطء من القبلة، واللمس، و
المباشرة فيما دون الفرج، قبل أن يكفر، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية و
المالكية، وأحمد قولي الشافعي، ورواية عند الحنابلة⁽¹⁾.
- القول الثاني:** لا يحرم على المظاهر الاستمتاع بما دون الوطء من القبلة، واللمس،
المباشرة فيما دون الفرج، قبل أن يكفر، وهذا ما ذهب إليه الشافعي في أحد
قولي، وأحمد في رواية⁽²⁾.
- أدلة القول الأول:** استدلال القائلون بتحريم الاستمتاع على المظاهر بما دون الوطء، بـ
القرآن والمعقول:

- أ- القرآن:** قال تعالى: **((من قبل أن يتماسا))**⁽³⁾.
- إن أخف ما يقع عليه اسم المس هو اللمس باليد؛ إذ هو حقيقة لهما جميعاً، أي
حقيقة للجماع واللمس باليد؛ لوجود المس باليد فيهما⁽⁴⁾.
- ب- المعقول:**

- 1- إن الاستمتاع بما دون الجماع داع إليه، فإذا حرم الجماع حرم ما يدعو
إليه؛ إذ لو لم يحرم لأدى إلى التناقض؛ ولهذا حرم في الإحرام.
- 2- إن الحرمة بالظهار حطت بتشبيه الرجل زوجته بأمه، فكانت قبل انتهائها بـ

(1) الكاساني، بدائع الصنائع 241/3، النفراوي، الفواكه الدواني 47/2 وما بعدها، الخطيب
الشريبي، مغني المحتاج 357/3، ابن قدامة، المغني 67/11.

(2) الخطيب الشريبي، مغني المحتاج 357/3، ابن قدامة، المغني 67/11.

(3) سورة المجادلة: الآية 3.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع 341/3 وما بعدها، وانظر الخطيب الشريبي، مغني المحتاج
357/3.

التكفير وحرمة الأم سواء، وتلك الحرمة تمنع من الاستمتاع، فكذا هذه⁽¹⁾.
أدلة القول الثاني: استدل القائلون بعدم تحريم الاستمتاع بما دون الوطء على المظاهر بالقرآن والمعقول:
أ- القرآن: قال تعالى: ((من قبل أن يتماسا))⁽²⁾.

يحمل المس الوارد في الآية على الجماع⁽³⁾، كما في قوله تعالى: ((وإن طلقتموهن قبل أن تمسوهن))⁽⁴⁾.

ب- المعقول: إن الأصل بقاء الزوجية بين المظاهر وزوجته، والاستمتاع المقصود محرم، لكنه لا يخل بالنكاح، وهو وطء يتعلق بتحريمه مال، فلم يتجاوزته التحريم، كوطء الحائض⁽⁵⁾.

القول الراجح: ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من تحريم الاستمتاع بما دون الوطء منالقبلة، والتمس، والمباشرة فيما دون الفرج، قبل التكفير؛ وذلك لسببين:
 1- وجاهة أدلة الجمهور؛ لأن المظاهر يحرم عليه الاستمتاع بأمه بالقبلة، واللمس؛ فكذلكزوجته لتشبيها بها.

2- ضعف الإنسان أمام شهواته بحسب الفطرة، الأمر الذي لا يؤمن معه أن يقع في المحرم إذا وقع في مقدماته، فسد الذرائع أحوط.

المطلب الثالث: مشروعية التفريق بسبب الظهار: إن مشروعية التفريق بسبب الظهار لا تتوقف على وقوع الظهار فحسب، وإنما يحتاج الأمر إلى النظر في الآثار المترتبة على وقوع الظهار، وأهمها حرمة الوطء قبل التكفير، كما يحتاج الأمر إلى النظر في حقوق الزوجة، ومدى تأثير الظهار عليها، لذلك، وحيث ثبت حرمة الوطء قبل التكفير، فهل للزوجة حق في مطالبا زوجها بالتكفير والوطء؟ وإن امتنع عن التكفير مع القدرة، ولم يكن للقاضي سلطة في إلزامه بالتكفير، فهل له أن يفرق بينهما؟.

إن العدل يقتضي أن يكون للمرأة الحق في مطالبة زوجها بالتكفير⁽⁶⁾، وإن كانت الكفارة حقا خالصا لله؛ لأن للمرأة حقا يتعلق بإخراج الكفارة، وهو الوطء الذي تتضرر منعدمه.

(1) الكاساني، المرجع السابق.

(2) سورة المجادلة: الآية 3.

(3) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج 3/357.

(4) سورة البقرة: الآية 238.

(5) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، ابن قدامة: المغني 11/67.

(6) عبد الله بن مودود، الاختيار 3/162.

أما فيما يخص التفريق بين الزوجين إذا امتنع المظاهر من التكفير، ولم يستطع القاضي إجباره عليه، فإن الفقهاء لم يصرحوا بذلك، إلا أن أحدا منهم لم يربح للمظاهر الامتناع عن التكفير إن كان مستطيعا، وطالبتة الزوجة بحقها في الوطء؛ بل إن بعضهم قد ذهب إلى إلزام القاضي للمظاهر بالتكفير ولو بالحبس أو الضرب إلى أن يكفر أو يطلق، وللوصول إلى عين العدل، فإن الحاجة تدعو إلى الوقوف على أقوال الفقهاء في المسألة، وكذلك أقوالهم في المسائل ذات الصلة، وذلك على النحو التالي:

أولا- قال الحنفية:

للمرأة المظاهر منها أن تطالب زوجها بالوطء، وعليها أن تمنعه من الاستمتاع حتى يكفر، وعلى القاضي إلزامه بالتكفير، ولو بحبس أو ضرب، إلى أن يكفر أو يطلق⁽¹⁾.

ثانيا- قال المالكية:

يجب على المرأة منع زوجها المظاهر منها الاستمتاع قبل التكفير، وإن خافته رفعتها إلى القاضي، ليمنعه من ذلك⁽²⁾.
وجاء عن الإمام مالك فيمن لا يكفر مع قدرته على الكفارة، أنه يدخل عليه حكما لإيلاء إن كان مضارا؛ مراعاة للمعنى⁽³⁾.
كما جاء عنه أن من ترك الوطء بغير يمين، يلزمه حكم الإيلاء إذا قصد الإضرار بترك الوطء⁽⁴⁾.

ثالثا- الحنابلة:

جاء عن الحنابلة في حقوق الزوجة:
إنه يجب على الزوج أن يطاء زوجته في كل أربعة أشهر مرة، إن لم يكن له عذر، فإن أبا فرق بينهما بطلبها⁽⁵⁾.
أدلة القول الأول: استدل القائلون بحق المرأة في مطالبة زوجها بالوطء، ومنعه من الاستمتاع بالمعقول:
إنه بالتحريم بالظهار قد أضر بها؛ حيث منعها حقها في الوطء مع قيام الملك،

(1) الكاساني، بدائع الصنائع 3/342، ابن عابدين: رد المحتار 5/130.

(2) محمد عليش، شرح منح الجليل 4/239، حاشية الدسوقي 3/372.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد 3/189.

(4) ابن رشد، المرجع السابق 3/207.

(5) البهوتي، كشف القناع 5/192.

فكان لها المطالبة بإيفاء حقها، ودفع الضرر عنها⁽¹⁾.
أدلة القول الثاني: لم أقف للمالكية على دليل فيما ذهبوا إليه، سوى رفع الضرر كما جاء عن الإمام مالك.
أدلة القول الثالث: يمكن الاستدلال للقائلين بحق الزوجة في الوطاء كل أربعة أشهر مرة، بأن القادر على التكفير لا عذر له في الامتناع عن الوطاء، وبامتناعه يعد مضارا يجب رفع ضرره.

والذي يمكن اعتماده بعد النظر في أدلة الفقهاء، والنظر إلى روح الشريعة ومقاصدها من عقد النكاح، يتبين لي ولكل ذي عقل أن العدل والإنصاف يقتضي ألا تترك المرأة فريسة لزوج لا يراعي حدود الله، عابثا بأحكام الشريعة، ومصرا على الإضرار بزوجته، فلا يوفيهما حقها، ولا يسرحها كما أمر الحق -تبارك وتعالى- حيث قال: **ال: ((فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان))**⁽²⁾.

إذا أضفنا لذلك الأصل في المسألة، وهو ما ترجح في بحث التفريق للهجر من ثبوت حق المرأة في الوطاء في كل أربعة أشهر مرة، فإن النتيجة الطبيعية لذلك، أن نوجد لهذه المرأة مخرجا، وذلك بأن يكون لها حق طلب التفريق إذا امتنع الزوج المستطيع من إخراج الكفارة بدون عذر ولا وجه حق، ولم يكن للقاضي سلطة كافية لإلزامه بالكفارة؛ وذلك لرفع الضرر الواقع على المرأة.

المطلب الرابع: التفريق بسبب عدم الانفاق:

الفرع الأول: تعريف الإنفاق: لغة، واصطلاحاً:

الإنفاق لغة: الإنفاق بكسر الهمزة -للمال-: إطراحه من الحوزة، وصرفه في أي وجه، مقابل عائد أو بغيره، تطوعاً وامتنالاً⁽³⁾، وفي القرآن الكريم: **((قل لو أنتم تملكون خزائن رحمة ربي، إذا لم أسكتكم خشية الإنفاق))**⁽³⁾، والنفقة هي المال المصروف -وجمعها أنفاق ونفقات- وأنفق الرجل: ذهب طعامه في سفر أو حضر.

الإنفاق اصطلاحاً: إخراج المال الطيب في الطاعات، والمباحات.

والنفقة، اصطلاحاً: كفاية من يمونه بالمعروف من الطعام، والكسوة، و السكنى، وما يتبع ذلك⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: آراء الفقهاء في التفريق لعدم الإنفاق:

اتفق الفقهاء على وجوب النفقة للزوجة على زوجها بالعقد الصحيح ما لم تمتنع من التمكين، فإذا لم يقيم الزوج بها لغير مانع من الزوجة كان لها حق طلبها منه بالقضاء،

(1) عبد الله بن مودود، الاختيار 162/3.

(2) سورة البقرة: الآية 229.

(3) سورة الإسراء: الآية 100.

(4) لسان العرب، ج 2، ص 1085، القاموس المحيط، ص 1183.

وأخذها جبرا عنه.

فإذا امتنع الزوج عن دفع هذه النفقة لمانع من الزوجة، كنشوزها، لم يجبر عليها.
- هل يكون للزوجة حق طلب التفريق من زوجها، إذا امتنع عن نفقتها، بدون سبب من الزوجة؟

اختلف الفقهاء في ذلك في بعض الأحوال، واتفقوا في أحوال أخرى على ما يلي:
أ- إن كان للزوج الممتنع عن النفقة مال ظاهر يمكن للزوجة أخذ نفقتها منه، يعلم الزوج أو يغير علمه، بنفسها أو بأمر القاضي، لم يكن لها طلب التفريق، لوصولها إلى حقها بغير القرقة، فلا تمكن منها.

ويستوي هنا أن يكون الزوج حاضرا أو غائبا، وأن يكون مال الزوج حاضرا أو غائبا أيضا، وأن يكون المال نقودا أو منقولات أو عقارات، لإمكان الأخذ منها.
إلا أن الشافعية نصوا في الأظهر من قولين، على أن ماله الظاهر إن كان حاضرا فلا تفريق، وإن كان بعيدا عنه مسافة القصر، فلها طلب القسح، وإن كان دون ذلك أمره القاضي بإحضاره، ولا فسح لها، ولو غاب وجهل حاله في اليسار والإعسار فلا قسح؛ لأن السبب لم يتحقق.

ونص الحنابلة على أن ظاهر كلام أحمد، وهو رواية الخري، أنه: إذا لم يكن في الإمكان أخذ النفقة من المال الغائب، فإن لها طلب التفريق، وإلا فلا، وإن كان المال حاضرا فلا تفريق.

ب- إذا لم يكن للزوج الممتنع عن النفقة مال ظاهر، سواء أكان ذلك لإعساره، أم للجهل بحاله، أم لأنه غيب ماله، فرفعت الزوجة إلى القاضي طالبة التفريق لذلك، فقد اختلف الفقهاء في جواز التفريق، على قولين⁽¹⁾، رأي الحنفية، ورأي الجمهور⁽²⁾:

أولا: رأي الحنفية:

لا يجوز في مذهب الحنفية التفريق لعدم الإنفاق؛ لأن الزوج إما معسر أو موسر، فإن كان معسرا فلا ظلم منه بعدم الإنفاق.

وأدلة هذا القول:

1- قول الله تعالى: ((لينفق ذو سعة من سعته، ومن قدر عليه رزقه، فلينفق مما آتاه الله، لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاه، سيجعل الله بعد عسر يسرا⁽³⁾))، وإذا لم يكن ظالما فلا نعلمه بإيقاع الطلاق عليه.

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية ج29، ص59.

(2) الدر المختار، ج2، ص903، الشرح الصغير، ج2، ص745، مغني المحتاج، ج3، ص442-

446، المغني، ج7، ص573-577، بداية المجتهد، ج2، ص51، القوانين الفقهية، ص215،

الدسوقي مع الشرح الكبير، ج2، ص418.

(3) سورة الطلاق: الآية 65/7.

وإن كان موسراً فهو ظالم بعدم الإنفاق، ولكن دفع ظلمه لا يتعين بالتفريق، بل بوسائل أخرى كبيع ماله جبراً عنه للإنفاق على زوجته، وحبسه لإرغامه على الإنفاق.

وورد في الموسوعة الفقهية: والقاضي يأمرها بالاستدانة على الزوج، ويأمر من تجب عليه نفقتها-لولا زوجها- بإقراضها، فإن امتنع حبسه وعزره حتى يقرضها، ثم يعود بذلك على زوجها إذا أيسر إن شاء، وهو مذهب عطاء، والزهري، وابن شبرمة، وحماد بن أبي سليمان، وغيرهم⁽¹⁾.

وورد في الأحوال الشخصية محمد أبو زهرة: وقد سئل الزهري عن رجل عاجز عن نفقة امرأته: أيفرق بينهما؟ قال: تستأنيبه، ولا يفرق بينهما، وتلا قوله تعالى: ((لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها، سيجعل الله بعد عسر يسراً))⁽²⁾.

وأجيب عنه: بأنه قد يتعين التفريق لعدم الإنفاق لدفع الضرر عن الزوجة⁽³⁾.
2- ويؤكد أنه لم يؤثر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه مكن امرأة قط من الفسخ بسبب إعسار زوجها، ولا أعلمها بأن الفسخ حق لها.
وأجيب عنه: بأن التفريق بسبب الإعسار مرهون بطلب المرأة، ولم تطلب الصحايات التفريق.

3- أن نساء النبي صلى الله عليه وسلم، سأله ما ليس عنده فاعتزلهن شهراً، فدل على عدم جواز مطالبتة بما ليس عنده وتستحق العقاب على ذلك، وإذا كانت المطالبة ظلماً تستحق عليها العقاب، فمن باب أولى طلبها التفريق إن كان معسراً.
4- أن الامتناع عن الإنفاق لمن كان عن قدرة، ويكون ظالماً، ولا يتعين التفريق رفعا للظلم حتى يلجأ إليه، خاصة مع وجود طرق أخرى لاستيفاء الحق منه، وهذا لا قدرة له على النفقة، فلا يكون ظالماً.

ثانياً: رأي الجمهور: أن الزوج إذا أعسر بالنفقة فالزوجة بالخيار، إن شاءت بقيت على الزوجية واستدانت عليه، وإن شاءت رفعت أمرها للقاضي طالبةً فسخ نكاحها، والقاضي يجيبها إلى ذلك حالاً، أو بعد التلوم للزوج، رجاء مقدرته على الإنفاق، على اختلاف بينهم في ذلك، وهذا القول هو المروي عن عمر، وعلي، وأبي هريرة رضي الله عنهم، وهو مذهب سعيد بن المسيب، والحسن، وعمر بن عبد العزيز، وغيرهم.
وأدلة هذا القول:

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 29، ص 59.

(2) سورة الطلاق: الآية 65/7.

(3) الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 350.

1- قوله تعالى: ((ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا))⁽¹⁾، وإمساك المرأة بدون إنفاق عليها إضرار بها.

2- وقوله تعالى: ((فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان))⁽²⁾، وليس من الإمساك بالمعروف أن يمتنع عن الإنفاق عليها.

3- قال أبو الزناد: سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، أيفرق بينهما؟ قال: نعم، رعقت له: سنة؟ قال: سنة، وقول سعيد: سنة، يعني سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم.

4- كتب عمر رضي الله عنه إلى أمراء الأجناد، في رجال غابوا عن نساءهم، يأمرهم أن يأخذوهم أن ينفقوا، أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى.

5- إن عدم الإنفاق أشد ضرراً على المرأة من سبب العجز عن الاتصال الجنسي، فيكون لها الحق في طلب التفريق بسبب الإعسار، أو العجز عن الإنفاق من باب أولى⁽³⁾.

والذي أميل له: رأي الجمهور لقوة أدلتهم، ودفعاً للضرر عن المرأة، ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام، وهذا الكلام فيمن له مال وامتنع عن النفقة، وأما الإعسار الموجب للتفريق هو العجز عن النفقة الضرورية.

الفرع الثالث: نوع الفرقة بسبب العجز عن النفقة⁽⁴⁾:

الفرقة عند المالكية: طلاق رجعي، وللزوج رجعة المرأة إن أيسر في عدتها؛ لأنه تفريق لامتناعه عن الواجب عليه لها، فأشبهه تفريقه بين المولي في الإيلاء وامرأته إذا امتنع من الفيئة والطلاق.

وذكر الشافعية، والحنابلة: أن الفرقة لأجل النفقة لا تجوز إلا بحكم الحاكم؛ لأنه فسخ مختلف فيه، فافتقر إلى الحاكم كالفسخ بالعنة، ولا يجوز له التفريق إلا بطلب المرأة ذلك؛ لأنه لحقها، فلم يجز من غير طلبها كالفسخ للعنة، فإذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لا رجعة للزوج فيه⁽⁵⁾.

الفرع الرابع: شروط التفريق لعدم الإنفاق عند من يقول به:

أ- أن يثبت إعسار الزوج بالنفقة، وذلك بتصادقهما أو بالبينة، وذلك في الأظهر عند الشافعية والحنابلة، أما المالكية، وهو قول آخر للشافعية، وهو مقابل الأظهر و

(1) سورة البقرة: 2/231.

(2) سورة البقرة: 2/229.

(3) الإنصاف، ج 9، ص 383-384، المبدع، ج 8، ص 206-208، المغني، ج 7، ص 573، هداية الراغب، ص 510، الكافي، ج 3، ص 367، زاد المعاد، ج 5، ص 511.

(4) الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 29، ص 59، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 9، ص 481-482.

(5) السيد سابق، فقه السنة، باب التطبيق لعدم النفقة، ج 2، ص 288.

- الحنابلة فلا يرد هذا الشرط عندهم.
- ب- أن يكون الإعسار أو الامتناع الموجب للفرقة هو امتناع عن أقل النفقة، وهي نفقة المعسرين، ولو كانت الزوجة غنية، أو الزوج الممتنع غنيا أيضا؛ لأن التفريق إنما يثبت هنا ضرورة دفع الهلاك عن الزوجة، وهو إنما يتحقق بالعجز عن نفقة المعسرين، لا النفقة المستحقة لها مطلقاً.
- وعلى هذا فلو كان الزوج غنيا وامتنع عن الإنفاق إلا نفقة المعسرين - وهي الضروري من الطعام والكساء ولو خشنا - لم يفرق.
- هذا والإعسار والامتناع عن الإنفاق يشمل هنا الطعام والكساء إلا تفريقاً؛ لأن الحياة لا تقوم بدونهما.
- أما الإعسار بالمسكن، فقد ذهب الشافعية إلى أن الأصح أن لها الفسخ.
- وكذلك الإعسار بالأدم، إلا أن النووي صحح عدم الفسخ بالإعسار بالأدم؛ لأنه غير ضروري لإدامة الحياة.
- أما الحنابلة فعندهم في التفريق للإعسار بالمسكن وجهان:
- الأول: أن لها التفريق به كالتفريق به كالتفريق والكساء.
- والثاني: لا تفريق لها به؛ لأن البنية تقوم بدونه، وهذا الوجه هو الذي ذكره القاضي.
- وأما المالكية فلا يرون التفريق للعجز عن المسكن قولاً واحداً؛ لأنه غير ضروري.
- ج- أن لا يكون للزوج مال ظاهر حاضر يمكنها أخذ نفقتها منه بنفسها أو بطريق القاضي، وإلا لم يكن لها التفريق بالأدوية، فإذا كان المال غائباً، فقد تقدم الأهل على تفريقها.
- د- أن يكون امتناع الزوج عن النفقة الحاضرة بعد وجوبها عليه، فإذا امتنع عن النفقة الماضية دون الحاضرة لم يكن لها الفسخ بالاتفاق، لأنها دين كسائر الديون، وليست ضرورية للإبقاء على الحياة.
- فإذا امتنع الزوج عن النفقة المستقبلية، فقد ذهب المالكية إلى أن الزوج إذا أراد السفر فعليه أن يؤمن لزوجته نفقتها مدة غيابه، فإذا أعسر بذلك كان لها طلب القرقة منه، إلا أن بعض المالكية قال: إن لها المطالبة بها فقط دون التفريق، فإذا سافر ونقد ما عندها من النفقة كان لها طلب التفريق آنئذ.
- فإذا كان الزوج مقيماً فلا حق للزوجة في نفقة مستقبلية، وبالتالي فلا حق لها في طلب التفريق لمنعها منها، فإذا امتنع الزوج عن النفقة قبل وجوبها عليه أصلاً، كأن لم تخل بينه وبينها، أو سقط حقها في النفقة كنشوزها، فإنه لا حق لها في طلب التفريق لعدم الحق في النفقة أصلاً.
- ه- أن لا تكون قد رضيت بالمقام معه مع عسرته أو ترك إنفاقه مطلقاً، صراحة أو

ضمنا، أو شرطاً عليها ذلك في العقد أو بعده ورضيت به، فإن كان ذلك لم يكن لها حق في طلب التفريق لدى المالكية والحنابلة في قول. وذهب الشافعية والحنابلة في قول ثان إلى أن لها طلب فسخ النكاح إذا أُعسر الزوج بالنقطة ولو رضيت به قبل ذلك، لأن وجوب النقطة يتجدد في كل يوم⁽¹⁾.

المبحث الرابع

السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق وانحلال الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري⁽²⁾

لقد نصقانون الأسرة الجزائري على أسباب انحلال الرابطة الزوجية وما تلحقه من آثار في الباب الثاني من الكتاب الأول تحت عنوان "انحلال الزواج"، من المادة

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية، ج29، ص59، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ص481-482.
(2) قانون رقم 11-84 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

47 إلى المادة 8، وذلك ضمن ثلاثة فصول فصل يتعلق بالطلاق، وفصل يتعلق بآثار الطلاق، وهما العدة والحضانة، وفصل يتعلق بالنفقة، عدا المادة 47 فإنها إلى الفصول الثلاثة وإنما وردت بعد عنوان الباب الثاني مباشرة ونصت على: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة".

وانطلاقاً من هاته النصوص القانونية نحاول معالجة النقاط التالية:

أولاً: دور القاضي في الصلح والتحكيم.

ثانياً: سلطة القاضي في تقدير حالات التطبيق.

ثالثاً: تقدير القاضي للطلاق التعسفي والنشوز.

المطلب الأول: دور القاضي في الصلح والتحكيم: تعد إجراءات الصلح والتحكيم قبل الحكمبفك الرابطة الزوجية من الإجراءات الملزمة التي أوجب قانون الأسرة على القاضي القيام بها قبل إصدار حكم الطلاق⁽¹⁾.

ونعالج هذا الدور بالتطرق إلى إجراءات الصلح ومدى مساهمة القاضي في الحفاظ على كيان الأسرة، ونعالج في الثاني إجراءات التحكيم ومدى مساهمة الحكّمين والقاضي في فض النزاع بين الزوجين.

الفرع الأول: إجراءات الصلح ودور القاضي في فض النزاع بين الزوجين.

نص المشرع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة بأنه: "لا يثبت الطلاق إلا لا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.

تسجل أحكام الطلاق وجوباً في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة" يفهم من هذا النص أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم من القضاء وأن محاولات الصلح إجراء إجباري يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق، وعليه فإنه يجب على القاضي المختص بنظر موضوع الدعوى أن يستدعي الزوجين معاً إلى مكتبه بواسطة المحضر القضائي أو بأي طريقة يراها مناسبة وذلك بمجرد تسجيل الدعوى وطرحها عليه.

وأن يعين لهما جلسة خاصة في تاريخ محدد، يسمع فيها مزاعم كل واحد من الزوجين ثم يحاول أن يصلح بينهما بإظهاره لمساوئ النزاع ومضار الفرقة وبيان محاسن الألفة والانسجام، والتسامح المتبادل من أجل ضمان حياة زوجية هادئة لصالحهما وصالح أطفالهما، ولصالح استمرار علاقة القرابة والمصاهرة بين عائلتي

(1) الدكتور بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 356.

الزوجين⁽¹⁾، فإذا فشل القاضي في التوفيق بينهما فعليه أن يحاول مرة ثانية إذا تبين له جدوى محاولة الصلح فإذا فشل مرة ثانية ورأى أن هناك إمكانية للوصول إلى إصلاح ذات البين فله الحق في إجراء محاولة صلح ثالثة ورابعة لأن القانون أعطاه الحق في إجراء عدة محاولات للصلح قبل الطلاق على أن لا يتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، وهنا تتجلى سلطة القاضي التقديرية، وسواء أنجح القاضي أو فشل في محاولات الصلح فإنه يحرر محضراً بما توصل إليه من نتائج ويوقعه مع كاتب الضبط والطرفين، وهذا حسب نص المادة 49 في فقرتها الثانية المذكورة أعلاه، وأن يحيل الطرفين إلى حضور جلسة علنية تنعقد ضمن الجلسات المقرر للمحكمة وعندئذ يقع النقاش في الموضوع ثم يصدر القاضي حكمه.

لكن ما يلاحظ على قانون الأسرة الجزائري أنه سكت عن إجراءات انعقاد جلسات الصلح، هذا ما يجعلنا نعتقد أنه يمكن أن تنعقد هذه الجلسات بناء على رسالة مضمنة أو بواسطة محضر قضائي أو عن طريق استدعاء من كتابة الضبط. ويجب على القاضي أن يتثبت من هوية الزوجين في جلسة الصلح، لأن هناك نسوة تعرضن لعمليات تغرير فاحش نجمت عنها مضار جسام قد يعسر إصلاحها فـ الذي يحصل في هذا الصدد أن من الأزواج من تقدم بطلب الحكم بالطلاق وأحضر لجلسة محاولة الصلح امرأة غير زوجته المعنية بالأمر وتأتي له بهذه الوسيلة الحصول على الاتفاق على الطلاق والتنازل عن الحقوق التي كفلها القانون للزوجة⁽²⁾.

وهناك العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا أكدت أنه لا بد من مراعاة إجراءات الصلح قبل إصدار الحكم بالطلاق نذكر منها، القرار الصادر بتاريخ 1991/06/18 الذي جاء فيه من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون⁽³⁾.

إلا أن هناك قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/07/21 أثار الكثير من التساؤلات حيث اعتبر أن إجراءات الصلح ليست من الإجراءات الجوهرية جاء

(1) الأستاذ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 300.

(2) الأستاذ عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، نفس المرجع، ص 109.

(3) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1991/06/18 ملف رقم 75141، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الأول، ص 65.

فيه " .. إن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست من الإجراءات الجوهرية وأن لفظ الطلاق أو التطليق تصدر دائما نهائية"⁽¹⁾.

وخلاصة القول أن إجراء محاولة الصلح إجباري خاصة بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة، لأن المشرع أوجب على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح وإذا دخل القاضي مباشرة إلى مناقشة الموضوع دون المرور بمرحلة الصلح ثم حكم بالطلاق فإنه يكون بذلك قد أعاب حكمه بعبء مخالفة القانون، فإذا انعقدت محاولة الصلح سواء تم الحضور أو لم يتم بعد الإعلاء بواسطة الرسالة المضمنة أو المحضر القضائي أو بأي طريقة أخرى، يكون العمل القانوني قد استوفى شروطه وعلى القاضي أن يحدد تاريخ الجلسة التي يعلن فيها عن الطلاق إذ لم يتراجع طالبه عن ذلك، وقد جاء في قرار للمحكمة العليا أن "...عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات يجعل القاضي ملزم بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما لان المادة 49 من قانون الأسرة تحدد مدة إجراء الصلح بثلاثة أشهر..."⁽²⁾.

من خلال كل ما تقدم يمكننا القول أن سلطة القاضي التقديرية في مرحلة الصلح واسعة جدا فعلية أن يبذل قصارى جهده لتقريب وجهات النظر بين الزوجين ومحاولة وضع حد للتنافر والتنازع الحاصل بينهما.

إن الصلح من الإجراءات المهمة والتي تهدف إلى الحفاظ على الرابطة الأسرية ، وقد جعلها تشريع الإجراءات المدنية والإدارية الجديد من الأولويات قبل الخوض في موضوع النزاع، كما تضمنتها قواعد قانون الأسرة فالمشرع جعل الصلح إجراء وجوبي لا يحق للقاضي العدول عنه، قبل بحث موضوع النزاع⁽³⁾.

أهمية إجراء الصلح وحكم تخلفه:

إن الصلح وجوبي كإجراء ووجوبيته تكمن من خلال ما يعود وراءه من فائدة

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار صادر بتاريخ 1998/07/21 ملف 200198، نشرة القضاة، العدد 56، سنة 1999، ص 40.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1997/10/23 ملف رقم 174132، نشرة القضاة، العدد 55، ص 197.

(3) د/بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، ط سنة 1999، 356.

وهذا لأن الصلح في مادة الطلاق قد يمكن القاضي من التقريب بين وجهتي نظر الزوجين وبذلك تجنّب الزوجين والأولاد مغبة التفريق بين الزوجين وما يترتب عن ذلك، ولم يبين المشرع إجراءات استدعاء الزوجين لإجراء محاولات الصلح بينهما وكيفية إعلامهما بتاريخ أول جلسة للصلح، ولكن دأب العمل القضائي على إلام الزوجين بتاريخ جلسة الصلح في الجلسة التي يحضر فيها الطرفين بعد التكليف بالحضور سواء بإعلامهما شخصياً أو بإعلام موكليهما وهو الأمر الذي تسير عليه إجراءات الاستدعاء وذلك شفاهة من القاضي في جلسة المحاكمة.

ودون التطرق لفوائد الصلح وغاية تشريعه لما في ذلك من ضمان استمرار العلاقة الزوجية وما ينجم عن ذلك ودون التأكيد على ضرورة التأكد من هوية الزوجين من طرف القاضي وإن لم ينص القانون على ذلك فإنه من الأهمية بمكان، لأنه في عدم التأكد من هوية أحد الزوجين قد يدفع بأحد الزوجين إلى إحضار غير زوجه لإثبات محضر في غير صالح الزوج المتغيب الذي أدلى في حضر مكانه بخلاف الحقيقة بعد عملية انتحال شخصيته، وكثيراً ما وردت على القاضي مسألة عدم امتلاك أحد الزوجين لبطاقة التعريف الوطنية أو أي وثيقة تفيد الهوية مرفقة بالصورة الشخصية للمعني ولا وجود بعد ذلك ما يفيد حقيقة هوية الشخص، ليجد القاضي نفسه بين الشك القائم حول حقيقة هوية الزوج أو الزوجة أو تحويل النزاع إلى مسألة إثبات هوية الشخص من خلال الشهود وغير ذلك، ونحن نرى أنه في مسائل الطلاق يجب توخي الحذر ولو تطلب ذلك تأجيل الفصل في القضية حتى يقوم الشخص باستخراج بطاقة هويته أو تقديم ما يفيد حقيقة هويته أو الاستعانة بما يجعل القاضي يركن لحقيقة الهوية المقدمة سواء عن طريق شهود أو غير ذلك.

وجوبية الصلح والأثر المترتب عن تخلفه:

إن الصلح وجوبي بنص المادة 439 من هذا القانون وفي حدود عدة محاولات للصلح يقوم بها القاضي وهو تأكيد لنص المادة 49 من قانون الأسرة، والوجوب في ق.إ.م.إ. لا يفيد بطلان العمل الإجرائي في حال تخلف الصلح نظراً لأن البطلان في ق.إ.م. له ضوابطه، وشروط إبطال العمل الإجرائي قد تكون لتعلق الإجراء بالنظام العام أو بمصلحة الخصم التي قد تتضرر في حالة تخلف هذا الإجراء إلى غير ذلك من المعايير التي قدمها الفقه في شروط إبطال أي عمل إجرائي، ولا بطلان بدون نص قانوني أو لانعدام الضرر وعلى هذا الأساس فلا يمكن إبطال الفعل الإجرائي المتخذ دون القيام بالصلح وإنما يتطلب الأمر بعض التحليل.

إن المحكمة العليا لم تستقر على رأي واحد في مسألة تخلف الصلح كإجراء وجوبي فنجدها في قرارها رقم: 75141، والذي يؤكد على أن الحكم الذي صدر

دون قيام القاضي بإجراء الصلح مخالف للقانون. ولكن المحكمة العليا في قرار آخر لها 200198، تعتبر الصلح ليس إجراء جوهرياً وتخلفه لا يبطل العمل الإجرائي ككل ولا يقدر في صحة الحكم. وعليه يمكن القول أنه بالرجوع إلى المادة 439 من قانون ق.إ.م. (1) يبدو أن إجراء الصلح وجوبي ولكن تخلفه لا يترتب بطلان الإجراءات المفضية إلى الحكم بـ الطلاق أو التطليق أو الخلع، ويؤكد هذا القول ما نصت عليه المادة 441 من ق.إ.م. (2).

فتخلف أحد الزوجين أو كليهما عن الحضور لا يؤثر في إجراءات التقاضي. ويصدر الحكم صحيحاً لا تشوبه شائبة تخلف إجراء الصلح، وهذا بصريح النص غير أنه يفهم من عبارة: يحرر القاضي محضراً بذلك أي حتى يكون هذا المحضر حجة في مواجهة الطرفين مما يفهم منه أنه في حالة عدم وجود المحضر لأن القاضي لم يستدعي الطرفين لجلسة الصلح أصلاً يترتب عنه إمكانية الدفع بتخلف إجراء الصلح عبر درجتي التقاضي. وعليه يمكن القول أن الصلح إجراء وجوبي لكنه ليس من النظام العام حيث يمكن لمن شرع لمصلحتهم التنازل عنه صراحة بعدم الاستجابة لدعوة القاضي لجلسة الصلح، أو ضمناً في حالة عدم استدعاء القاضي لجلسة الصلح وعدم دفع أي من الطرفين بتخلف هذا الإجراء.

ملاحظة مهمة: يجب التفريق بين كون الطرف المتخلف عن جلسة الصلح مدعاً أو مدعاً عليه، فإذا كان مدعياً، رافع دعوى الطلاق مثلاً استدعي لجلسة الصلح ولم يحضر، ثم استدعي مرة ثانية ولم يحضر دون مبرر فإن القاضي يقوم بشطب الدعوى ولا ينظر فيها أصلاً، ولا يمكن أن يحل المحامي مكانه نيابة عنه لما في الأثر من خطورة بالغة فقد يكون رافع دعوى الطلاق ليس الزوج أصلاً وإنما أحد قرابته.

خلافاً لحالة تخلف المدعى عليه عن جلسة الصلح، فإن القاضي يمكنه النظر في الموضوع بعد تحرير محضر عن ذلك.

سير جلسة الصلح:

بعد تحديد تاريخ إجراء الصلح أو تاريخ جلسة الصلح يقوم القاضي بالاستماع لكل زوج على انفراد وهذا من أجل تمكين كل طرف من قول ما لا يستطيع البوح

- (1) محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية.
- (2) إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاضٍ آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية. غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصياً، يحرر القاضي محضراً بذلك.

به في حضور الطرف الآخر أو ربما قد يتردد في قول حقيقة المشكل الحاصل بين الزوجين في حضور الزوج الآخر، وبذلك يتمكن القاضي من وضع يده على صلب المشكل ليتمكن من القيام بالصلح على خير وجه، ويستمتع للطرف أو الزوج الآخر وبعد فهم حقيقة القائم الذي رتب الرغبة في فك الرابطة الزوجية سواء بإرادة الزوجين أو بإرادة أحد الزوجين دون الآخر، يقوم القاضي بالاستماع للزوجين معا وهذا قصد التوصل لفك الإشكال وتقريب وجهتي النظر والعمل على الإصلاح بين الزوجين وقد يتطلب ذلك محاولة صلح واحدة كما قد يتطلب عدة محاولات للصلح متى تبين أن هناك بوادر تفيد إلى إمكانية التوصل إلى الإصلاح بين الطرفين.

وفي سبيل تفعيل محاولة الصلح نجد أن المشرع أعطى للأطراف أو القاضي حق إحضار أحد أطراف العائلة الذي يمكن أن يؤثر على الزوج أو الزوجة ويساعد القاضي في عمله الإصلاحي⁽¹⁾.

سلطة القاضي في تقدير عدد جلسات الصلح:

بالجمع بين نص المادتين 49 من قانون الأسرة والمادة 442 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية يتضح أن المشرع في المادة 49 من قانون الأسرة أوجب القيام بعدة محاولات للصلح في حين نجده في نص المادة 442 من هذا القانون أن إجراء محاولات للصلح يكون بعد منح الزوجين فترة زمنية للتفكير من أجل إجراء محاولة صلح جديدة في حدود ثلاثة أشهر، وكأن إجراء محاولة صلح ثانية مبني على رغبة الزوجين في إجراء محاولة ثانية بعد منحهم مهلة للتفكير، وفي حالة لم يرغب الطرفين في هذه المهلة يكون القاضي غير ملزم بإجراء محاولة صلح جديدة لأنه لا فائدة ترجى منها.

وعليه يمكن القول أن الحد الأدنى من محاولات الصلح هو محاولتين على الأقل، فكلما عدة لا يمكن أن تشمل الواحد بمعنى أن العدد المقصود اثنان فصاعداً. والسؤال الذي يظل مطروحا في هذا الصدد هو ما نوع الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي في عدد جلسات الصلح؟

فلو اكتفى قاض بجلسة واحدة ورأى أحد الخصوم أن الصلح كان ممكنا لو أن

(1) رغم هذا يبقى الصلح إجراء شكليا يقوم به القضاة تجنباً لمخالفة القانون وهذا قصور بين وقع فيه القانون الجزائري وسببه هو استبعاد الأئمة وفقهاء البلدة من أن يكون لهم دور في هذه العملية، وفي الواقع نجد لهؤلاء الأشخاص دورا كبيرا في إصلاح ذات البين فما على المشرع إلا المسارعة في تقنين هذا الواقع وترسيم دور الأئمة والفقهاء وذلك إما بالاقرار بدورهم الإصلاحي وإضفاء طابع الرسمية عليه أو إشراكهم في جلسات الصلح التي يشرف عليها القضاة.

القاضي دعى إلى جلسة ثانية فيثبت له الدفع بتخلف إجراء الصلح من حيث عدد جلساته عبر درجتي التقاضي لمخالفة نص المادة 49 ق.أ. ولكن الحال يختلف لو أن عدد الجلسات كان اثنين، ورأى أحد الخصوم أن جلسة ثالثة كانت محتملة النتيجة فلا يثبت له أي حق في الدفع بتخلف عدد جلسات الصلح.

الفرع الثاني: إجراءات التحكيم ومدى مساهمة الحكيم والقاضي في فض النزاع بين الزوجين:

نصت المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري: "إن اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيم للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكيم، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكيم أن يقدم تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين".

من استقراء نص هذه المادة يتضح أن المشرع لم يوضح بشكل دقيق كيفية تعيين الحكيم وما إذا كانت إجراءات التحكيم يجب القيام بها بعد فشل محاولة الصلح أو أثناءها إلى غير ذلك من الإشكاليات.

والثابت في نص هذه المادة أن التحكيم وجوبي وإلزامي في دعاوى الطلاق، والرجوع إلى بيت الزوجية وذلك في كل حالة يشتد فيها الخصام ويبلغ النزاع بين الزوجين ذروته ولا يثبت وجود أي ضرر يمكن أن يلحق أحدهما من جراء ذلك، وعليه فإذا توفّر شرط اشتداد الخصام وشرط عدم ثبوت الضرر فإنه يجب على القاضي قبل الشروع في دراسة موضوع النزاع ومباشرة الفصل فيه أن يعمل على إصلاح ذات البين بطريق التحكيم⁽¹⁾.

بالنسبة لتعيين الحكيم وصفاتها فالقاضي يعينهما سواء من تلقاء نفسه تطبيقاً للقانون أو بناء على طلب واختيار الزوجين ويجب عليه أن يراعي قرابتهما من الزوجين إضافة إلى تأثيرهما عليهما وقدرة كل منهما على حل النزاع وهنا تتجسد السلطة التقديرية للقاضي في اختيار الحكيم العدلين الذين يمكن لهما حل النزاع المطروح.

فيما يخص مهمة الحكيم فإنها محددة من القاضي وتنحصر في دراسة أسباب النزاع القائم بين الزوجين وظروفه وملابساته وتحديد مسؤولية كل واحد منهما في النزاع إضافة إلى محاولة إزالة الخلاف والتوفيق بينهما وتقريب وجهات النظر بكل الوسائل والطرق الممكنة شرعاً، وسماع أقوال الزوجين، وتوضيحات من كان يشاركهما مسكن الزوجية كالأولاد والأقارب إن وجدوا.

(1) الأستاذ محمد أحمد القضاة: التحكيم في الشقاق بين الزوجين، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية عمان، الأردن، المجلد 18(أ)، العدد الرابع، سنة 1991، ص 08.

وسواء توصل الحكمان إلى إيجاد حل للنزاع أم لا فعليهما أن يقدموا تقريراً إلى القاضي الذي عينهما في أجل شهرين من تاريخ تعيينهما يشتمل على النتائج التي توصلوا إليها وعلى اقتراحاتهما لحسم الخلاف⁽¹⁾، وفي هذا المجال يمكن القول أنه إذا توافرت الأسباب والشروط اللازمة للجوء إلى مبدأ التحكيم المنصوص عليه في المادة 56 من قانون الأسرة المذكور أعلاه، يجب على القاضي المختص بالفصل في موضوع النزاع القائم بين الزوجين أن يؤجل الفصل في الدعوى وأن يعين الحكّمين وينتظر تقديم تقريرهما خلال المهلة القانونية المحددة، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/12/25 والذي جاء فيه "... من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، وإذا اشتد الخصاص بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما ومن ثمة فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد التالية: 49-55-56 من قانون الأسرة يكون بقضائه كما فعل قد خالف القانون وتجاوز اختصاصه ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.."⁽²⁾.

فالقاضي يحكم في ضوء تقرير الحكّمين الذي لا يشترط فيه أن يكون معللاً كما يجوز له رفض التقرير وتعيين حكّمين آخرين وفقاً لسلطته التقديرية في هذا المجال⁽³⁾ وهو غير ملزم بما تضمنه التقرير إذا فشلت إجراءات التحكيم وتصدى للفصل في موضوع الدعوى⁽⁴⁾.

وتجدر الإشارة أن تعيين الحكّمين لا يكون عادة إلا عندما ترفع الزوجة دعوى ضد زوجها وتزعم أنه أتى من الأعمال والتصرفات ما يضر بها، وتجزئ لها طلب التطبيق ثم تعجز عن إثبات الضرر بالوسائل القانونية المتعلقة بالإثبات ويعجز

(1) الأستاذ عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 302.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1989/12/23 ملف رقم 57812 المجلة القضائية العدد الثالث، سنة 1991، ص 71.

(3) الدكتور بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 359.

(4) الأستاذ عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 303.

القاضي عن إصلاح ذات البين ويفشل في محاولة الصلح⁽¹⁾، أي أن تعيين الحكّمين لا يكون إلا بعد تأكد القاضي من فشل مساعيه في الصلح واشتداد الخصام بين الزوجين وعدم ثبوت الضرر.

ومن خلال تتبع الممارسة الميدانية يلاحظ أن القضاة لا يقومون بتعيين الحكّمين ويكتفون بجلسات الصلح فقط، ومردّ ذلك إلى الغموض الكبير الموجود في المادة 56 من قانون الأسرة الذي حاولنا إزالته قدر الإمكان بإبراز الشروط الواجب توافرها في الحكّمين والمهمة المسندة إليهما إضافة إلى حجية التقرير المعد من قبلهما والوقت المناسب للقيام بالتحكيم. ورغم ذلك يبقى الغموض يكتنف نص هذه المادة خاصة في طريقة تعيين الحكّمين، وكيفية استدعائهما، وكذا الحل في حالة رفض أحد الزوجين أو كلاهما للتحكيم.. كل هذا يدفعنا إلى القول بوجود تدخل المشرع لإزالة الغموض ووضع هذه المادة على سكة الممارسة والتطبيق.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق: لقد أعطى القانون و الشرع للرجل حق إنهاء العلاقة الزوجية بإرادته المنفردة دون أن يكون مجبرا على تبيان أسباب إقدامه على ذلك كما بينا ذلك عند تطرقنا لموضوع الطلاق التعسفي، وفي نفس الوقت لم يحرم -القانون والشرع- المرأة من حقها في إنهاء هذه العلاقة وذلك كي ترفع عنها ظلم الرجل إذا ما وقع عليها، فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة إنهاء العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها وذلك إذا أثبتت سببا من الأسباب الموجبة للتطبيق.

وقد عدد المشرع الجزائري الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق في المادة 53 من قانون وسنحاول تبيان دور القاضي في التأكد من توافر هذه الأسباب وموضحين مجال سلطته التقديرية في ذلك.

الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق:

لقد نص المشرع الجزائري على هذا السبب في القفرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة والتي جاء فيها "... عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون...".

وطبقا لهذا النص فليس للزوجة أن تطلب التطليق لعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم يقضي بإلزام الزوج بأداء النفقة، وصيرورة هذا الحكم نهائيا وتكليفه بالوفاء طبقا لإحكام المادة 330 من قانون الإجراءات المدنية⁽²⁾.

(1) الأستاذ عبد العزيز سعد: نفس المرجع، ص 304.

(2) الأستاذ عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق،

كما أن هذه المادة اشترطت ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج وقت الزواج، فإن كان معسرا وكانت تعلم بذلك فلا يجوز لها طلب التطليق لعدم الإنفاق والسؤال المطروح هنا على من يقع عبء إثبات الإعسار فهل يقع على الزوج أم الزوجة؟ إن الأصل في الإنسان أن ذمته المالية ممتلئة وأن الإعسار هو حالة طارئة وتبعاً لذلك فإنه يقع عبء الإثبات على الزوجة أن زوجها أصبح معسرا وعلى الزوج أن يثبت أنه كان وقت إبرام العقد معسرا وكانت الزوجة وقتئذ عالمة بإعساره، وإعسار واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات بما فيها البينة والقرائن⁽¹⁾ وهنا تتجلى السلطة التقديرية للقاضي في هذه المسألة.

وتجدر الإشارة هنا أن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق، بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها وبحسب مدخولاته وموارد رزقه وذلك ما حددته المادتين 78-79 من قانون الأسرة وبذلك لا يجوز لها أن تزعم عدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها وتعجزه عنها⁽²⁾.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هل القاضي ملزم بالحكم بالتطليق بمجرد أن تثبت الزوجة عدم إنفاق الزوج؟ أم له سلطة تقديرية في أن يمنح له مهلة لتدبر أموره؟

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة إلا أنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن جمهور الفقهاء من الشافعية والحنبلية والمالكية يجيزون التفريق لعدم الإنفاق وأن للمرأة حق المطالبة بالتفريق، إذا ثبت عسر الزوج وعدم إنفاقه ويطلق عليه فوراً عند ثبوت إعساره دون أن يؤجل أو ينظر عند الحنبلية، أما الشافعية والمالكية فقالوا بأنه يؤجل بين شهر وثلاثة أشهر⁽³⁾.

وفي هذا يرى الدكتور بلحاج العربي أنه على القاضي أن يمهل الزوج مدة مناسبة ولا يطلق عليه زوجته للعسرة، للوهلة الأولى لأن الزوج في هذه الحالة لا يعد ظالماً حتى يطلق عليه القاضي زوجته لرفع ظلمه عنها⁽⁴⁾ ونحن نميل إلى هذا

ص 48.

(1) الأستاذ عمر زودة، نفس المرجع، ص 48.

(2) الأستاذ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري: الطبعة الثالثة مدعمة بالاجتهادات القضائية لسنة 1996، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 257.

(3) الدكتور محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، طبعة 2002، ص 338.

(4) الدكتور بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1999، ص 277.

الرأي.

فإذا ثبت للقاضي أن الضائقة المالية التي يمر بها الزوج مؤقتة وأن الضرر اللا حق بالزوجة ليس جسيما فمن الأفضل في رأينا أن يمهل مدة معينة بدلا من أن يحطم حياته الزوجية وما ينجر عن ذلك من آثار سلبية على الزوجة والأبناء، أما إذا كان الضرر الذي أصاب الزوجة من جراء عدم الإنفاق جسيما وأحوال الزوج المادية لا تنبئ بتحسنها في القريب فما عليه إلا الحكم بتطليق الزوجة تفاديا لتضررها أكثر، وهذا وفقا لما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية.

الفرع الثاني: التطليق للعيوب:

لقد نص المشرع الجزائري على هذا السبب في الفقرة الثانية من المادة 53 و التي جاء فيها "... العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج...". والملاحظة الأولى على هذه الفقرة أن المشرع الجزائري لم يجعل هذه العيوب مشتركة بين الزوجين، بل أشترط أن تكون هذه العيوب في الزوج وحده دون أن يشترطها في الزوجة، أما الزوج إذا أراد حل عقد الزواج فله أن يستعمل حقه في الطلاق دون استناده إلى تلك الأسباب، وإذا استند إلى واحد من تلك الأسباب، فإنه يرمي من وراء ذلك إلى نفي التعسف عن نفسه في استعمال حقه في الطلاق⁽¹⁾. وقد أخذ المشرع الجزائري في هذه النقطة برأي الحنفية الذين حصروا العلل الموجبة للتفريق بالرجل دون المرأة⁽²⁾.

كما يمكن أن نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يبين المقصود بالعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج هل هي العيوب الجنسية فقط أم أن العيوب الأخرى كالبرص مثلا تكون سببا لطلب التطليق؟ إضافة إلى أنه لم يبين إن كان علم المرأة بهذه العيوب قبل إبرام عقد الزواج مسقط لحقها في طلب التطليق أم لا؟

كما أنه المشرع لم يوضح كيفية إثبات هذه العيوب وهل على القاضي الحكم بالتطليق بمجرد ثبوت العيب أم أنه يمهل الزوج مدة للعلاج؟ للإجابة على كل هذه التساؤلات لا بد علينا من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية اعتمادا على نص المادة 222 من قانون الأسرة وبالرجوع إلى هذه الأحكام وجدنا أن الفقهاء قسموا العيوب التي تعطي الحق في طلب التطليق إلى قسمين:
- علل جنسية تحول دون الاستمتاع، وممارسة الحياة الزوجية بشكل عادي ومثال ذلك:

(1) الأستاذ عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص48.

(2) الدكتور محمد سمارة، نفس المرجع، ص338.

- **الجب:** وهو قطع الذكر والأنثيين (الخصيتين).
 - **العنة:** هي العجز عن الوطاء وعرفها المالكية بأنها صغر الذكر بحيث لا يتأتى معها إتيان النساء.
 - **الخصاء:** وهو رض الأنثيين (الخصيتين) أو قطعهما.
- وعلل جسدية لا تحول دون الاستمتاع ولا تمنع الدخول ولكنها علل منفرة ضارة تضر صاحبها وغيره كالجنون والجذام والبرص.
- وقد اختلف الفقهاء في عدد العلل التي تسمح للمرأة بالمطالبة بالتطليق حيث قال المالكية أنها ثلاثة عشر وقال الشافعية والحنبلية أنها سبعة أما الحنفية فقالوا أنها علتان فقط وحصرهما في الجب والعنة، أما ابن القيم فتوسع إلى أكثر مما ذهب إليه المالكية حيث أن كل عيب ينفر الزوج الآخر ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة يوجب الخيار⁽¹⁾.
- وفي رأينا فرأى ابن القيم هو الذي أخذ به المشرع الجزائري الذي أحسن صنعا عندما ما لم يحدد العيب وترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي على أساس معيار موضوعي وهو هل العيب يحول أم لا من تحقيق الهدف من الزواج⁽²⁾.
- بالنسبة لعلم المرأة بهذه العيوب قبل إبرام عقد الزواج وما إذا كان ذلك مسقط لحقها في طلب التطليق فقد ذهب جمهور الشافعية والحنبلية والمالكية إلى اشتراط ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب قبل العقد حتى يحق لها طلب التطليق ما عدا العنة فإنه يثبت للمرأة حق المطالبة بالتطليق وإن كانت تعلم بعنة الزوج قبل العقد⁽³⁾.

لكن إذا حدث العيب بعد إبرام عقد الزواج فقد قال الشافعية والحنبلية أن حصول الخيار للعيوب-طلب التطليق- يثبت إن كانت العيوب حادثة قبل العقد أو بعده⁽⁴⁾ أما المالكية والحنفية فقالوا أن العلل الحادثة بعد الزواج لا يثبت معها خيار⁽⁵⁾ أي لا يجوز للزوجة طلب التطليق إذا ظهرت العلل بعد إبرام عقد الزواج.

ونحن نميل إلى الرأي الذي أخذ به الشافعية والحنبلية لأن وقت حدوث العيب ليس هو أساس طلب التطليق بل أساسه هو الحيلولة دون تحقيق الهدف

(1) الدكتور محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 322.

(2) الدكتور بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1999، ص 278.

(3) الدكتور محمد سمارة، نفس المرجع، ص 323.

(4) الدكتور محمد سمارة، نفس المرجع، ص 323.

(5) الدكتور محمد سمارة، نفس المرجع، ص 324.

من الزواج وعدم رضا الزوجة بالعيوب وتضررها منه، وهو الرأي الذي أخذت به العديد من التشريعات العربية كالمشرع المصري في المادة 9 من قانون الأحوال الشخصية والمشرع اللبناني في المادة 129 من قانون حقوق العائلة والمشرع الأردني في المادة 112 من قانون الأحوال الشخصية.

بالنسبة لمسألة إثبات هذه العيوب نرى أنه من الأفضل الاستعانة بأهل الخبرة لا ثبات ذلك إذا لم يكن هناك إقرار من الزوج وهذا ما ذهبت إليه الكثير من التشريعات العربية كقانون الأحوال الشخصية المصري في المادة 11 وقانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 119. بالنسبة لوقت إصدار القاضي للحكم بالتطليق بعد ثبوت العيوب لم يبين لنا المشرع الجزائري ذلك إلا أننا وجدنا قراراً للمحكمة العليا صدر بتاريخ 19/11/1984 قضى بتأجيل الحكم بتطليق الزوجة مدة سنة نظراً لعجز الزوج عن مباشرتها وقد جاء فيه: " متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزاً عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي أستقر على أن تكون الزوجة بجانب بعلاها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية"⁽¹⁾.

من خلال التمعن في هذا القرار يتبين لنا أنه لم يوضح سبب عجز الزوج عن مباشرة زوجته فهل كل العيوب التي تحول دون المباشرة الجنسية تؤجل الحكم فيها لمدة سنة؟ وماذا عن باقي العيوب؟

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة، نجد أن الفقهاء فرقوا بين العيب الذي يرجى شفاؤه والذي لا يرجى شفاؤه فإذا ثبت أن العيب يستحيل شفاؤه أو أن شفاؤه يستغرق زمناً طويلاً فإن القاضي يحكم بالتطليق على الفور، أما إذا ثبت له أن العيب يمكن شفاؤه فإنه يؤجل الحكم سنة فإن لم يحصل الشفاء فرق بين الزوجين ومثال ذلك العنة، فإذا أدعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها، أجل مدة سنة فإن لم يحصل الاتصال وأصررت على التطليق يحكم لها القاضي بذلك أما الجب فهو من العلل التي لا يرجى شفاؤها والقاضي يحكم بالتطليق فوراً دون منح الرجل أجل السنة لأنه مئوس منه ولا معنى للانتظار"⁽²⁾.

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 19/11/1989، ملف رقم 34784، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثالث، ص 73.

(2) الدكتور محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 329.

وتجدر الإشارة أن هناك العديد من التشريعات العربية التي نصت على تأخير الحكم بالتطليق مدة سنة في العيوب التي يرجى الشفاء منها وعلى الحكم به فوراً في العيوب التي لا يرجى منها شفاء أو الشفاء منها يستغرق زمناً طويلاً يتعدى السنة ومثال ذلك قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 120 وقانون حقوق العائلة اللبناني في المادة 122.

الفرع الثالث: التطليق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر:

تطرق المشرع الجزائري إلى الهجر في المضجع كسبب من الأسباب التي تبيح للمرأة طلب التطليق في الفقرة الثالثة المادة 53 من قانون الأسرة، ويقصد بهذا الهجر أن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش ولا يهتم بها الاهتمام المطلوب منه كزوج أي لا يعاملها في الفراش معاملة الأزواج ويشترط أن يدوم هذا الهجر أكثر من أربعة أشهر وأن يكون عمدياً مقصوداً لذاته نكياً بالزوجة وليس له ما يبرره لا شرعاً ولا قانوناً⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة هنا أن الهجر في المضجع المشار إليه في المادة 53 من قانون الأسرة يتفق مع الإيلاء الذي أشرنا إليه عند تطرقنا إلى نشوز الزوج الوارد في المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري في بعض النقاط وهي ترك وطء الزوجة وعدم الاقتراب منها لمدة أربعة أشهر فأكثر وإلحاق الضرر بها، إلا أنه يختلف معه في أن الإيلاء يكون هدفاً للإضرار بالزوجة على خلاف الهجر في المضجع الوارد في المادة 53 الذي لا يشترط فيه توفر نية الإضرار بالزوجة لدى الزوج كما أن الإيلاء يمين أما الهجر في المضجع الوارد في المادة 53 لا يعتبر يميناً⁽²⁾.

ولا بد أن نشير أن الهجر في المضجع كسبب قانوني من الأسباب التي تمنح للزوجة حق طلب التطليق والذي يشترط أن يكون متعمداً وليس له مبرر شرعي، ليس هو نفسه الهجر الذي ورد في الآية رقم 33 من سورة النساء في قوله تعالى: **((والتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضجع))** فهذا الهجر لأخيراً لا يهدف إلى الإضرار بالزوجة وإنما إلى تأديبها وهو هجر شرعي ولا يعتبر سبباً من أسباب التطليق، ويدخل في إطار الحقوق الشرعية للزوج على زوجته، ولا يجوز أن يضار شخص بسبب استعمال حقه الشرعي إلا إذا تعسف في استعماله وتجاوز حدود هذا الحق المقرر له، والقاضي هو الذي يحدد ما إذا كان الهجر شرعياً أم لا وهل تعسف الزوج في استعمال حقه أم لا وفقاً لما له من سلطة تقديرية في هذا المجال.

(1) الدكتور عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، مرجع سابق، ص 231.

(2) الدكتور عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص 232.

الفرع الرابع: التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستهيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية:

نص المشرع الجزائري أن الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستهيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية يعتبر سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق في الفقرة الرابعة المادة 53 من قانون الأسرة. ومن خلال نص هذه الفقرة يتبين لنا أنه يشترط أن يصدر ضد الزوج حكم قضائي من الجهات القضائية الجزائية وأن يكون هذا الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي فيه ويكون سببه جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستهيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، وتحديد المقصود بالجريمة التي فيها مساس بشرف الأسرة يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي ونحن نرى أن المقصود بذلك هو تلك الجرائم الماسة بالآداب العامة⁽¹⁾ والتي يستهجنها المجتمع الجزائري كجريمة الزنا أو هتك العرض أو النصب أو جرائم الخيانة والتحبس وعليه إذا حكم على الزوج في جريمة القتل غير العمدي مثلا فلا يعتبر ذلك سببا من الأسباب التي تبيح للزوجة طلب التطليق.

بالنسبة لاستحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية بسبب هذه الجريمة فالمقصود منه هو أن تؤدي هذه الأخيرة إلى توتر العلاقات بين الزوجين وتنتج عنها خلافات حادة بينهما ومثال ذلك الحكم على الزوج عن جريمة تحريض القصر على الفسق والدعارة مثلا لا محالة تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، وتقدير كل هذا يرجع إلى القاضي وعليه أن يعتمد على عادات وتقاليد المجتمع لتحديد مدى مساس هذه الجريمة بشرف الأسرة وتأثيرها على الحياة الزوجية.

الفرع الخامس: التطليق بسبب غياب الزوج:

نص المشرع الجزائري على غياب الزوج كسبب من الأسباب التي تبيح للمرأة طلب التطليق في الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة والتي اشترطت أن يكون الغياب قد دام أكثر من سنة وأن يكون هذا الغياب بدون عذر ولا نفقة، وعليه حتى يحكم القاضي للزوجة بالتطليق عليها أن تثبت أن غياب زوجها دام أكثر من سنة ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى عليه، وأن يكون هذا الغياب دون عذر شرعي ولا نفقة.

وبالتالي يمكن للزوجة المطالبة بالتطليق إذا غاب الزوج أكثر من سنة دون مبرر شرعي ولكنه ترك النفقة وعليه فعلى أي من النصين يعتمد القاضي؟ إضافة إلى أن المشرع لم يبين المقصود من العذر الشرعي المبرر لغياب الزوج والذي يحول

(1) الأستاذ عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص 51.

دون تطليق زوجته عليه. بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة وجدنا أن المالكية والحنابلة أجازوا التفريق للغيبة إذا طالت وتضررت الزوجة بها، ولو ترك لها الزوج مالا تنفق منه أثناء الغياب⁽¹⁾ وهذا ما ينطبق مع النص الفرنسي للفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة وعليه فنحن نرى أن النص الفرنسي أقرب إلى الصواب لأنه مطابق لأقوال الفقهاء الذين قالوا بالتفريق للغياب ولأنه حتى لو ترك الزوج لزوجته مالا تنفق منه فإن بعده عنها يجعلها كالمعلقة لا هي ذات زوج ولا هي مطلقة كما أن طول الغياب مناف للإمسك بالمعروف.

بالنسبة للعدر الشرعي المبرر لغياب الزوج والذي يحول دون تطليق زوجته عليه فهو خاضع للسلطة التقديرية للقاضي فهو الذي يقدر ما إذا كان هذا العذر شرعياً ومبرراً لغيابه أم لا؟ فغياب الزوج مثلاً لمزاولة الدراسة يعتبر مبرراً شرعياً أما غيابه لأكثر من سنة في رحلة سياحية فهذا لا يعتبر مبرراً شرعياً للغياب وهكذا فالقاضي يحدد مدى شرعية الغياب من عدمه وفقاً لمعطيات الملف وظروف الزوج وعادات وتقاليد المجتمع.

الفرع السادس: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة:

اعتبر المشرع الجزائري أن مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة سرية والمتعلقة بتعدد الزوجات سبب من الأسباب التي تسمح للزوجة بطلب التطليق وذلك في الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة.

وقد بينا الشروط المتعلقة بتعدد الزوجات عند تطرقنا إلى هذه المسألة في المطلب الثالث من المبحث الأول من الفصل الأول من هذه الدراسة.

فعدم وجود المبرر الشرعي أو عدم العدل بين الزوجات أو عدم إخبار إحدى الزوجات بالزواج مرة أخرى أو عدم الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة كلها تعتبر أسباباً تبيح للزوجة المتضررة رفع دعوى للمطالبة بالتطليق، فبالنسبة لمسألة عدم العدل بين الزوجات فما على الزوجة إلا أن تثبت أن زوجها لا يعاملها معاملة عادلة مقارنة بالزوجة أو الزوجات الأخريات وللقاضي هنا سلطة تقديرية في تحديد عدل الزوج من عدمه.

أما مسألة عدم وجود المبرر الشرعي فالسؤال الذي يطرح نفسه هل زوال المبرر الشرعي بعد إبرام عقد الزواج الثاني يعد سبباً من أسباب التطليق ومثال ذلك أن الزوج تزوج بزوجة ثانية بسبب مرض الزوجة مثلاً وبعد الزواج شفيت هذه الأخيرة فهل يحق لها المطالبة بالتطليق؟ نحن نرى أن شرط المبرر الشرعي يشترط وجوده عند إبرام عقد الزواج الثاني وأن المشرع قصد من وراء شرط عدم

(1) الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأداته، مرجع سابق، ص 533.

وجود المبرر الشرعي كسبب من أسباب التطليق الزواج العرفي فإذا تزوج الزوج بزوجة ثانية زواجا مكتمل الأركان والشروط الشرعية دون أن يقوم بتسجيل هذا الزواج وانعدم المبرر الشرعي يجوز للزوجة المطالبة بالتطليق.

ونفس الأمر بالنسبة لعدم احترام شرط إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها فغالبا ما يكون هذا نتيجة للزواج العرفي أي الزواج الذي تتوفر فيه الأركان والشروط المطلوبة شرعا وقانونا.

كما يمكن أن نتصور عدم احترام هذا الشرط في حالة عدم إخبار إحدى الزوجتين عمدا ونتيجة لطرق احتيالية وتدلسية تمكن الزوج من الحصول على الترخيص من رئيس المحكمة وتجدر الإشارة هنا أن المادة 8 مكرر من قانون الأسرة تجيز للزوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق وذلك في حالة التدليس.

وأخيرا بالنسبة لشرط الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة فكل زوجة تزوج زوجها عليها دون ترخيص يجوز لها رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو كيف تتمكن الزوجة من إثبات زواج زوجها عليها إذا كان زواجه الثاني زواجا عرفيا لم يثبت بحكم قضائي مع العلم أن المادة 22 من قانون الأسرة نصت أن الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

الفرع السابع: التطليق بسبب ارتكاب فاحشة مبينة:

لقد جعل المشرع الجزائري ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة سببا من الأسباب التي تبيح للزوجة طلب التطليق وذلك في نص المادة 53 القفرة السابعة من قانون الأسرة ومن خلال استقراء نص هذه الفقرة نجد أن المشرع لم يبين لنا المقصود بالفاحشة المبينة التي يرتكبها الزوج وتكون سببا في طلب زوجته للتطليق.

والمقصود بالفاحشة المبينة هو تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم والمنصوص عليها بالمادة 337 مكرر من قانون العقوبات ولقد ذكر المشرع على سبيل الحصر تلك الفواحش في قانون العقوبات ومن ثم فهو في غير حاجة لإعادة ذكر ما يعد فاحشة في قانون الأسرة⁽¹⁾.

(1) الأستاذ عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص 51.

وما تجدر الإشارة إليه أن قانون العقوبات الجزائري لم يصنف بعض الجرائم أو الأفعال التي تعتبرها الشريعة الإسلامية فواحشا كجريمة الزنا مثلا فهل تعتبر هذه الأفعال سببا من الأسباب التي تبيح للزوجة طلب التطليق؟
المشرع الجزائري قد ذكر الفواحش في المادة 337 مكرر على سبيل الحصر وبالتالي فجريمة الزنا مثلا لا تعتبر فاحشة مبينة تجيز للزوجة المطالبة بالتطليق.
وبناء على أحكام المادة الأولى من القانون المدني التي تنص على ما يلي "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية".
طبقا لهذا النص فالقاضي ملزم بتطبيق القانون، ولا يمكن له أن يذهب للبحث في الشريعة الإسلامية لتحديد ما يعتبر من الفواحش، فقد تولى قانون العقوبات هذه المسألة⁽¹⁾.

وفي حالة ارتكاب الزوج لأي فعل تعتبره الشريعة الإسلامية من بين الفواحش فإنه بإمكانها المطالبة بالتطليق وفقا للفقرة الرابعة أو العاشرة من المادة 53 إذا أثبتت ذلك.

الفرع الثامن: التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين:

نص المشرع الجزائري على أن الشقاق المستمر بين الزوجين يعتبر سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة المطالبة بالتطليق، وذلك في الفقرة الثامنة من نص المادة 53 من قانون الأسرة ولقد تناولنا مسألة تعيين الحكيم المنصوص عليها في المادة 56 من قانون الأسرة في المطلب الأول من المبحث الثاني في الفصل الأول لهذه الدراسة وقلنا أنه في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين وعدم ثبوت الضرر يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر فاشتداد الخصام المنصوص عليه في المادة 56 هو نفسه الشقاق المستمر بين الزوجين المنصوص عليه في الفقرة 08 من المادة 53 من نفس القانون، فإذا كانت الإساءة أو كان الضرر غير معروف المصدر فكل من الزوجين ينسب لصاحبه الضرر فعلى القاضي أن يبذل جهده في استئصال جذور الخلاف فإن لم يفلح يلجأ للتحكيم بين الزوجين فإن لم يجد في التحكيم نفعا يحكم القاضي للزوجة بالتطليق.

وقد صدرت العديد من القرارات عن المحكمة العليا والتي قضت بالتطليق بناء على استفحال الشقاق بين الزوجين، ومثال ذلك الاجتهاد القضائي الذي صدر بموجب القرار المؤرخ في 1996/09/24 والذي جاء فيه: "من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا.

ولما كان -في قضية الحال- أن المطعون ضدها ما تضررت من جراء

(1) الأستاذ عمر زودة، نفس المرجع، ص55.

استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما فإن القضاة بقضائهم بتطبيق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي، وطبقوا صحيح القانون⁽¹⁾.

كما ذهبت المحكمة العليا إلى نفس الاتجاه في اجتهاد قضائي آخر صادر بتاريخ 1999/06/15 جاء فيه "من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطبيق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا.

ومتى تبين من قضية الحال، أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج، وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها للتعويض وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضا بتطبيق الزوجة لطول الخصام وبتظلم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون⁽²⁾.

الفرع التاسع: التطلاق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

نص المشرع الجزائري على أن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج تعتبر سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطلاق في الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة.

وقد نصت المادة 19 من قانون الأسرة على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"، وعليه إذا أخل الزوج بأحد الشروط المتفق عليها فإن ذلك يجيز للزوجة طلب التطلاق وما على القاضي إلا أن يراقب تواجد هذا الشرط في عقد الزواج أو في عقد لاحق وعليه أن يقدر ما إذا كان يتوافق مع أحكام قانون الأسرة فإذا كان مخالفا لها، فالقاضي لا يستجيب لطلب الزوجة وذلك وفقا لنص المادة 35 من قانون الأسرة التي نصت على أنه "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيح"، ومثال الشروط المنافية لقانون الأسرة أن تشترط الزوجة على الزوج مثلا عدم الإنجاب فإذا تأكد القاضي من مخالفة الشروط المتفق عليها وأن هذه الشروط لا تخالف أحكام قانون الأسرة حكم للزوجة بطلب تطلقها تطبيقا لقوله عليه الصلاة والسلام: "المسلمون عند شروطهم".

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1996/09/24، ملف رقم 139353، المجلة القضائية لسنة 2001، العدد الثاني، ص 66.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم 224655، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص

الفرع العاشر: التطليق بسبب كل ضرر معتبر شرعا:

نص المشرع الجزائري على أن كل ضرر معتبر شرعا يعد سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق وذلك في الفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الأسرة وباستقراء نص هذه الفقرة نجد أن عبارة كل ضرر معتبر شرعا عبارة عامة جدا بحيث لم يتقيد المشرع بضرر معين وأن سلطة تقدير القاضي للضرر في هذا المجال سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة ولا يقيد بها أي قيد ولا تخضع لرقابة المحكمة العليا⁽¹⁾، ونحن نرى أن المشرع الجزائري فعلا حسنا في ذلك لأن ما يعتبر ضررا للزوجة ما قد لا يكون كذلك بالنسبة لأخرى وأن الضرر المعتبر شرعا في زمن معين ولدى جماعة معينة قد لا يكون كذلك بالنسبة إلى زمن آخر أو جماعة أخرى، ويمكن أن نضرب أمثلة للضرر المعتبر شرعا من خلال بعض قرارات المحكمة العليا. في القرار الصادر بتاريخ 1991/02/20 اعتبرت المحكمة العليا أن بقاء الزوجة مدة طويلة تقارب الخمس سنوات لا هي متزوجة ولا هي مطلقة يعتبر ضررا شرعيا يجيز للزوجة المطالبة بالتطليق⁽²⁾.

كما أن تماطل الزوج في إرجاع زوجته لبيت الزوجية ووقوفه موقف سلبي يعتبر ضررا شرعيا يجيز للزوجة طلب التطليق وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1988/09/26⁽³⁾. كما أن ضرب الزوج للزوجة ضربا مبرحا يعتبر كذلك سببا من أسباب التطليق وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في اجتهادها القضائي الصادر بتاريخ 2000/06/20⁽⁴⁾ وتجدر الإشارة في هذا الصدد أنه لا يشترط صدور حكم جزائي لإثبات الضرب وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 2001/01/23⁽⁵⁾، كما أن تقديم شهادة طبية وحدها غير كاف لإثبات الضرب

(1) الدكتور عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 236.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1991/02/20، ملف رقم 75588، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الرابع، ص 78.

(3) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1988/01/26، ملف رقم 50519، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الثاني، ص 48.

(4) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 2000/06/20، ملف رقم 245159، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 259.

(5) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 2001/01/23، ملف رقم 258555، المجلة القضائية لسنة 2004، العدد الثاني، ص 417.

الواقع على الزوجة من طرف الزوج، وهذا ما ذهبت إليه نفس الجهة القضائية في قرارها الصادر بتاريخ 1989/01/02⁽¹⁾.

ومما هو جدير بالذكر في هذا المقام أن القانون لم يحدد معيارا للتمييز بين ما إذا كان الفعل الصادر عن الزوج تجاه زوجته يشكل ضررا لها أم لا. ونحن نرى أن المعيار المعتمد هو المعيار الشخصي انطلاقا من المعطيات والظروف الاجتماعية و الثقافية الخاصة بكل زوج لأننا كما أشرنا ما يعتبر ضارا لزوجة قد لا يكون كذلك لزوجة أخرى وقد أكدت المحكمة العليا في العديد من قراراتها أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ومثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1999/05/18⁽²⁾.

المطلب الثالث: تقدير القاضي للطلاق التعسفي والنشوز: لقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما جعل فك الرابطة الزوجية يخضع لإشراف القضاة ورقابتهم مما يخول لهم منع أي تعسف في استعمال الحقوق، وجبر الضرر الذي يلحق به الطرف المتضرر ومنحه التعويض المناسب.

وقد حاولنا تبيان دور القاضي في تقديره لاعتبار الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج تعسفيا أم لا. إضافة إلى توضيح المقصود من النشوز الوارد بالمادة 55 من قانون الأسرة والذي يعتبر سببا من أسباب انحلال الرابطة الزوجية وذلك من خلال الفرعين التاليين:

أولا: تقدير القاضي لتعسف الزوج في الطلاق

ثانيا: دور القاضي في تحديد حالات النشوز

الفرع الأول: تقدير القاضي لتعسف الزوج في الطلاق:

نصت المادة 52 من قانون الأسرة على ما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". وعليه إذا كان الطلاق بيد الرجل في الشرع والقانون، فإنه لا بد من سبب أو حجة شرعية تدعو إليه فلو طلق الزوج زوجته من غير داع مشروع للطلاق أو سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك ضرر جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه وفقا لسلطته التقديرية بتعويض عادل.

والتعسف في استعمال الطلاق هو الخروج عن الحكمة التي اقتضت إباحته كالطلاق في مرض الموت لحرمان الزوجة من الميراث أو الطلاق من دون أدنى سبب

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1989/01/02، ملف رقم 52278، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الرابع، ص 95.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1999/05/18، ملف رقم 222134، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 126.

معقول.

ويشترط لاعتبار الطلاق تعسفياً أن يقع بلا سبب أو يكون بأسباب واهية مع الإشارة إلى أن للزوج أن يوقع الطلاق بإرادته المنفردة دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته إلى ذلك لكنه يتحمل مسؤولية هذا الطلاق، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/06/15 والذي جاء فيه "... من المقرر قانوناً أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله.

ومتى تبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنباً للحرَج أو تخطياً لقواعد الإثبات خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير قد طبقوا صحيح القانون..."⁽¹⁾.

كما أن عدم بيان الزوج سبباً للطلاق يكفي لاعتباره تعسفياً ولا تكلف المطلقة بإثبات التعسف.

والمشرع الجزائري لم يوضح في المادة 52 من قانون الأسرة معيار الطلاق التعسفي ونحن نرى أن هذا المعيار يقوم على أساسين أحدهما شخصي يتمثل في النية أو الباعث وثانيهما موضوعي وهو الموازنة بين الحقوق والظروف التي أحاطت باستعمال الحق فالمعيار هو ضمان حالة التوازن طبقاً للقاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار" وهذا ما تجسده السلطة التقديرية للقاضي.

كما أن القانون لم يحدد الأسباب المعقولة التي تبيح الطلاق دون تعويض وترك تقدير ذلك للقاضي بعد دراسة ملاسبات القضية وظروف وأحوال الزوجين وما أدى إلى الانفصال بينهما فإن قدر السبب وكان معقولاً في نظره ردّ دعوى التعويض وإلا حكم على الزوج بالتعويض حسب وضعه المالي⁽²⁾.

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع قد حدد معايير التعسف في استعمال الحق في الحالة العامة، بحيث يعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه إذا تحققت إحدى الصور التي نصت عليها المادة 124 من القانون المدني: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم 23019، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 104.

(2) الدكتور بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 239.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

من خلال هذا النص يمكن للقاضي أن يستخلص معايير التعسف حتى يسهل عليه التأكد من أن الزوج عند استعمال حقه في الطلاق بإرادته المنفردة متعسف أم لا.

الفرع الثاني: دور القاضي في تحديد حالات النشوز:

نص المشرع الجزائري في المادة 55 من قانون الأسرة على أنه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر".

وعليه فإن النشوز قد يكون من الزوجة كما قد يكون من الزوج، لكن المشرع الجزائري لم يحدد حالات النشوز ولا تعريفه وترك للقاضي سلطة تقديرية في تحديد حالاته وذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لقاعدة الإحالة المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁾.

ونذكر بعض الحالات التي تكون فيها الزوجة ناشزا:

1- إذا امتنعت الزوجة عن الانتقال إلى منزل الزوج بدون وجه حق ودون سبب شرعي وقد دعاها للانتقال وأعد المسكن الملائم، أو أنها خرجت منه دون مبرر شرعي بعد انتقالها إليه ولم تعد، وهنا لا بد على الزوج أن يستصدر حكماً برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية ويثبت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم وهذا ما ذهبت المحكمة العليا في قرار صادر في 1984/07/09 جاء فيه: "متى كان من المقرر شرعاً أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت بأنها بلغت به الحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها ومن ثم فالنعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب الرفض"⁽²⁾ وهنا لا بد من الإشارة أنه يشترط أن يكون مسكن الزوجية مشتملاً على لوازم الحياة الأساسية والمرافق الكافية وألا يكون مخوفاً وموحشاً وألا يجمعها مع ضررتها بغير رضاها⁽³⁾ فمتابعة الزوجة زوجها للمسكن الشرعي وهو بيت الزوجية الذي يختاره الزوج مستوفياً للشروط الضرورية للحياة هو واجب

(1) تنص المادة 222 ق.أ، كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33762، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الرابع، ص 119.

(3) مشروع قانون الأحوال الشخصية، الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، مرجع سابق، ص 104.

أساسي على المرأة من واجبات الحياة الزوجية، فإذا تمردت المرأة عن متابعة زوجها دون أن يكون هناك مانع، كما لو أن الزوج لم يؤديها ما يجب تعجيله من المهر أو لم يهيئ لها المسكن الزوجي الصالح فإنها بهذا التمرد الغير معذور تسقط نفقتها الزوجية عن عاتق الزوج مدة هذا التمرد والامتناع وتعود النفقة متى أذعن وتناقضت وهذا باتفاق جمهور الفقهاء⁽¹⁾ وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1984/07/09 المذكور أعلاه وقد أكدت هذه الأخيرة -المحكمة العليا- على أنه لا يمكن اعتبار كل زوجة امتنعت عن الرجوع إلى بيت الزوجية ناشزا وذلك في القرار الصادر بتاريخ 1987/02/09 الذي جاء فيه "من المقرر شرعا أنه ليست كل زوجة رغبت عن الرجوع لزوجها تعتبر ناشزا تحرم من أجلها من حقوقها الواجبة لها شرعا من جراء طلاقه لها، ومن المقرر أيضا أن النشوز لا يعمل به شرعا إلا إذا وفر الزوج لزوجته كل مطالبها المحكوم لها بها. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقوانين الشرعية"⁽²⁾ كما أن امتناع الزوجة عن الرجوع لبيت الزوجية بعد إهانتها من الزوج لا يعتبر نشوزا وهذا ما ورد في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/05/19 الذي جاء فيه "... ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده قد سبق وأن رفع دعوى طلاق على الطاعنة على اعتبار أنها مريضة عقليا، ثم تراجع عن ذلك وطالب برجوعها من جديد ليتجنب مسؤولية الطلاق، فإن امتناع الطاعنة عن الرجوع بعد إهانتها لا يعتبر نشوزا..."⁽³⁾، وحتى اشتراط الزوجة لرجوعها إلى بيت الزوجية حضور الزوج إلى بيت أهلها كرد لكرامتها هو شرط ينتفي معه النشوز، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/02/17 حيث جاء فيه: "من الثابت شرعا وفقها أنه في حالة الخصام بين الزوجين فإن حضور الزوج لبيت أهل الزوجة وطلب رجوعها إلى بيت الزوجية مرغوب لرد كرامتها لبناء حياة زوجية صحيحة".

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضاوا بجعل مسؤولية الطلاق على عاتق الزوجة باعتبارها ناشزا، فإنهم أخطئوا في تفسير

(1) مشروع قانون الأحوال الشخصية، الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، مرجع سابق، ص 107.

(2) المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 1987/02/09، ملف رقم 45311، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الثالث، ص 56.

(3) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1998/05/19، ملف رقم 189324، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 147.

القانون والشرع لأن الزوجة لا تعتبر ناشزا، بل اشترطت لرجوعها حضور الزوج إلى بيت أهلها لرد كرامتها وهو الشرط الذي ينتفي معه النشوز بأغلبية آراء الفقهاء، فإنهم أخطأوا في تفسير القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

إضافة إلى هذا فامتناع الزوجة من السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزا منها وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000-11-21 الذي جاء فيه "إن امتناع الزوجة عن السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزا وأن القضاء بإيقاع الطلاق على الطاعنة يعد تعسفيا في حقها وتستحق التعويض جبرا للضرر"⁽²⁾.

2-تعتبر الزوجة ناشزا إذا كان الزوج يقيم معها في بيتها بإذنها ثم منعه من الدخول ولم تطلب منه الانتقال لمسكن آخر ولم تترك له فرصة للبحث عن مسكن لأن منعها له من غير طلب سابق والإمهال خروج عن طاعته⁽³⁾.

3-خروج الزوجة من بيت زوجها في غيبته أو دون إذنه للحاجيات التي تستدعي خروجها أو للأمور أو الزيارات المشروعة كزيارة الأهل مثلا وجدنا فيه اختلافا كبيرا بين الفقهاء في اعتبار الزوجة ناشزا أم لا فهناك من يرى أنه ليس للزوجة الخروج من المنزل ولو إلى الحج إلا بإذن زوجها⁽⁴⁾، وهناك رأي آخر وهو رأي فقهاء الحنفية الذين يرون أن للزوجة الحق في أن تخرج من بيت الزوجية لزيارة والديها وليس للزوج أن يمنعها من ذلك، وإن كان أبوها مريضا مرضا معقدا واحتاج إليها فعليها أن تذهب إليه وإن كان غير مسلم وإن أبى الزوج، وليس للزوج منع أبويها وغيرهم من المحارم زيارتها⁽⁵⁾، كما أن الشافعية يرون أن للزوجة الخروج في غيبة زوجها إلى بيت أبيها أو أقاربها أو جيرانها ونحوها كالعبادة والتعزية، ولا يسقط هذا الخروج نفقتها لأنه لا يعد نشوزا

(1) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1998/02/17، ملف رقم 184055، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1998، ص85.

(2) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 2000/11/21، ملف رقم 251682، المجلة القضائية لسنة 2001، ص290.

(3) الدكتور رمضان علي، السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة، 2001، ص202.

(4) الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص335.

(5) مشروع قانون الأحوال الشخصية، الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، مرجع سابق، ص113.

عرفاً⁽¹⁾، ونحن نميل إلى الرأي الذي ذهب إليه فقهاء الحنفية والشافعية لكن هذا لا يعني أن تتعسف الزوجة استعمال حقها بالخروج من بيت الزوجية بين كل لحظة وأخرى نكاية في الزوج أو ما شابه ذلك ونؤكد أن الخروج لا يكون إلا للحاجات التي تستدعي خروجها وللأمر والزيارات الشرعية فالقاضي هنا هو الذي يحدد الحالات الضرورية التي تستدعي خروج الزوجة من بيت الزوجية وكذا الزيارات التي تعتبر شرعية وذلك وفقاً لسلطته التقديرية باعتماده على عرف المنطقة التي يقطن فيها الزوجان أو على عادات أهليهما وتقاليدهم.

4- سفر الزوج بزوجه وكون عدم سفر الزوجة مع زوجها يعتبر نشوزاً أم لا تعددت فيها آراء الفقهاء والرأي الراجح في الفقه أن للزوج بعد أدائه كل المهر المعجل لزوجته أن يسافر بها إذا كان مأموناً عليها⁽²⁾، فإن كان الزوج غير مأمون عليها يريد نقلها من بيت أهلها ليؤذيها، أو يأخذ مالها وامتنعت عن السفر فلا تعتبر ناشزاً.

وعليه فوجوب سفر الزوجة مع زوجها ومتابعتها له فيه هو الأصل ما لم تكن قد اشترطت عليه في عقد الزواج خلاف ذلك، ويترك للقاضي في غير حالة الشروط العقدية تقدير الظروف والملابسات التي تسوغ إسقاط هذا الواجب عن الزوجة، ومنع الزوج من السفر بها، فالقاضي يقدر ذلك بحسب ما يراه من الوقائع ويأخذ بعين الاعتبار أن يكون الزوج مأموناً على نفس الزوجة ومالها ولا يقصد بنقلها الكيد والإضرار بها إلى غير ذلك من الاعتبارات التي تختلف باختلاف المواطن ولا تخفى على فطنة القضاة⁽³⁾.

كل هذا عن نشوز الزوجة، أما عن نشوز الزوج فيتحقق بمنع الزوجة من حقوقها كترك الإنفاق عليها، أو المبيت عندها أو هجرها بالمرة أو إيذاؤها بالضرب و السب وما إلى ذلك من ضروب الإهانة والتعسف، فيصدق على الزوج وصف الناشز إذا منع زوجته من حقوقها، أو بعضها ويسئ خلقه معها...

(1) مشروع قانون الأحوال الشخصية، نفس المرجع، ص 133.

(2) الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 342.

(3) مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، مرجع سابق، ص 117.

المبحث الخامس

سلطة القاضي التقديرية في الحضانة

ونتناول في هذا المبحث ماهية الحضانة في الفقه الإسلامي وشروط استحقاقها وسلطة القاضي الجزائي في اسنادها أو إسقاطها

المطلب الأول: مفهوم الحضانة في الفقه الإسلامي وترتيب أصحاب الحق فيها:

الفرع الأول: تعريف الحضانة

أولاً: تعريف الحضانة في اللغة:

الحضانة: بفتح الحاء وكسرها مصدر سماعي للفعل حَضَنَ، يقال حَضَنَ الطائر بيضه حَضْنًا، أي ضمه تحت جناحه، والحضانة اسم منه⁽¹⁾.

(1) المصباح المنير 1/140.

فالحضانة مشتقة من الحضن، وهو ما دون الإبط إلى الكشح⁽¹⁾، وقيل هو الصدر و
العضدان وما بينهما، ومنه الاحتضان: احتمالك بالشيء وجعله في حضنك كما
تحتضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها⁽²⁾.

والحاضن: اسم فاعل، والحاضنة: الموكلة بالصبي تحفظه وتربيته.

ثانياً: تعريف الحضانة في الشرع: اختلف الفقهاء في تعريفها، ونأخذ تعريفاً واحداً
من كل مذهب:

1- الحنفية: ضم الأم ولدها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها
فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل لثيابه⁽³⁾.

2- المالكية: حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف
جسمه⁽⁴⁾.

3- الشافعية: (حفظ من لا يستقل) بأموره ككبير مجنون (وتربيته) بما يصلحه
ويقيه عما يضره⁽⁵⁾.

4- الحنابلة: حفظ صغير ومجنون ومعتوه وتربيتهم بعمل مصالحهم⁽⁶⁾.

5- الظاهرية: النظر للصغير أو الصغيرة بالأحوط في دينهما ثم دنياها، فإذا بلغا من
السن والاستغناء ومبلغ الفهم فلا حضانة⁽⁷⁾.

ففي الحضانة نوع من الولاية، ذلك أن الولاية على الطفل-كما يقول ابن القيم-
نوعان: نوع يتقدم فيه الأب على الأم ومن في جهتها، وهي ولاية المال والنكاح، و
نوع تتقدم فيه الأم على الأب وهي ولاية الحضانة والرضاعة، وذلك مراعاة
لمصلحة الولد⁽⁸⁾.

فقدمت النساء في الحضانة على الرجال، لأنها بهن أليق، ولأنهن أشفق وأهدى إلى
التربية، وأصبر على القيام بها⁽⁹⁾.

وقدم الرجال في الولاية على المال والنكاح، لأنهم أقوم بتحصيل مصلحة الولد، و

(1) الكشح هو ما بين الخصرة إلى الضلع الخلفي، والخصر وسط الإنسان، مختار الصحاح
270/1 مادة (كشح).

(2) تاج العروس 445/34.

(3) بدائع الصنائع 40/4.

(4) شرح مختصر خليل للخرشي 207/4.

(5) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج 225/7.

(6) كشاف القناع عن متن الإقناع 495/5.

(7) المحلى 323/10.

(8) زاد المعاد 392/5.

(9) روضة الطالبين وعمدة المفتين 98/9.

لاحتياط له⁽¹⁾.

الفرع الثاني: حكم الحضانة ودليل مشروعيتها وحكمتها:

أولاً: حكم الحضانة: الحضانة نفسها واجبة شرعاً، لأن المحضون يهلك بتركها، أو يتضرر بترك الحفظ.

يقول ابن قدامة: (كفالة الطفل وحضنته واجبة، لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه من الهلاك، ويتعلق بها حق القرابة، لأن فيها ولاية على الطفل واستصحاباً، فتعلق بها الحق ككفالة اللقيط)⁽²⁾.

وهي تكون واجبة وجوباً عينياً إذا لم يوجد للطفل إلا حاضن واحد، ولو كان أجنبياً عن المحضون.

وقد تكون واجبة وجوباً كفايياً عند تعدد الحواضن، فلا يحل للجماعة المسلمة أن يتركوا نفساً -مسلمة أو غير مسلم- للهلاك، وإن تركوها فهم آثمون جميعاً⁽³⁾.

ثانياً: أدلة مشروعية الحضانة:

أ- من الكتاب: هناك آيات كثيرة دلت على مشروعية الحضانة نذكر واحداً منها: قول الله تعالى: ((وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْعَمَ الرِّضَاعَةَ))⁽⁴⁾، ووجه الدلالة أن الله سبحانه وعلى طالب الأمهات بإرضاع أولادهن، والحضانة من لوازم الرضاع، فدللت الآية على مشروعية الحضانة.

ب- من السنة: عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو رضي الله عنه، أن امرأة قالت: يا رسول الله، ابني هذا كان بطني له وعاء، وتديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، و - أ - ر - ا - د - أن ينزعه عني، قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((أنت أحق به مما لم تنكحي))⁽⁵⁾.

ج- من الإجماع: لقد انعقد الإجماع على مشروعية الحضانة لمصلحة الولد، ولذلك وجبت إنجاء للطفل من الهلكة⁽⁶⁾.

(1) زاد المعاد 392/5.

(2) المغني لابن قدامة ط: إحياء التراث 190/8.

(3) الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني 1072/3.

(4) سورة البقرة: الآية 23.

(5) الحديث أخرجه الحاكم، المستدرک على الصحيحين 225/2.

(6) المقدمات الممهدة 562/1.

د- ومن المعقول: الله خلق الإنسان ضعيفاً، وأمر الأبوين بوجوب رعايته والعناية به في كل شؤونه حتى يكبر ويتحمل مسؤولية نفسه، وهذا لا يتحقق إلا بالحضانة، فدل ذلك على وجوب الحضانة.
ثالثاً: حكمة مشروعية الحضانة:

أَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍ، يَقُولُ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: «كَلِّمُوا رَاعٍ، وَكَلِّمُوا مَسْئُولًا عَنْ رَعِيَّتِهِ، إِلَّا مِمَّا رَاعٍ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ فِي أَهْلِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا وَمَسْئُولَةٌ عَنْ رَعِيَّتِهَا، وَالْخَادِمُ رَاعٍ فِي مَالِ سَيِّدِهِ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ»⁽¹⁾.
أمر الشرع الوالدين بحسن تربية الأبناء وتنشئتهم التنشئة الحسنة، وهم محاسبون على ذلك أمر الله تعالى، بالأبناء أمانة عند الوالدين ويجب تأدية هذه الأمانة و المحافظة عليها على أفضل وجه.
وكذلك الحاضن مأمور شرعاً عن تنشئة ورعاية المحضون حق الرعاية، والاهتمام به وتعليمه تعاليم الدين وما ينفعه من أمور الدنيا.

المطلب الثاني: الحق في الحضانة: لقد اختلف الفقهاء في حق الحضانة على أربعة أقوال:

القول الأول: أن الحضانة حق للحاضن والمحضون معاً، على سبيل الاشتراك، وعند تعارض الحقين، فإن حق المحضون أقوى وأولى بالاعتبار، فإذا تعينت الحاضنة للحضانة أجبرت عليها، مراعاة لحق الصغير ومصالحته⁽²⁾.
وهو قول بعض الحنفية وعليه الفتوى⁽³⁾ وبعض المالكية⁽⁴⁾، وابن القيم من الحنابلة⁽⁵⁾.

القول الثاني: الحضانة حق للحاضنة فلا تجبر عليه، فهي بهذا حق خاص يسقط بالإسقاط.

وهو ما ذهب إليه بعض الحنفية⁽⁶⁾، والمشهور عند المالكية⁽⁷⁾، وهو المعتمد عند

(1) الحديث متفق عليه، صحيح البخاري حديث رقم 2/5893.

(2) فتح القدير للكمال ابن الهمام 4/412.

(3) الدر المختار وحاشية ابن عابدين 3/560.

(4) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل 4/215.

(5) زاد المعاد 5/405.

(6) فتح القدير للكمال ابن الهمام 4/368.

(7) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل 215.

الشافعية⁽¹⁾ إلا إذا تعينت للحضانة، وهذا القول هو المشهور عند الحنابلة⁽²⁾.
القول الثالث: إن الحضانة حق للمحزون، فتجبر الحاضنة عليه، ولا تسقط الحضانة بإسقاط الحاضن إلا لعذر.

وهو ما ذهب إليه بعض الحنفية⁽³⁾، وهو قول عند المالكية⁽⁴⁾، وبعض الشافعية⁽⁵⁾.
القول الرابع: الحضانة حق لله تعالى، وعليه فلا تسقط الحضانة بإرادة الحاضن أو إرادة المحزون، فلا بد من قيام الحضانة لمن هو في حاجة إليها، ويجب على المجتمع كفالة الطفل عند عدم وجود الحاضنة أو الولي الذي يولى ذلك. وهذا القول ذهب إليه بعض الفقهاء من الإباضية⁽⁶⁾، والمالكية⁽⁷⁾.

المطلب الثالث: مراتب الحضانة: الأصل في حضانة الصغار -ذكوراً وإناثاً- للنساء، فإن لم توجد النساء فالحضانة للرجال. والحكمة من ذلك أن النساء أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار وأصبر على القيام بأمورهم⁽⁸⁾، وهذا القدر محل اتفاق بين الفقهاء في الجملة، ولكنهم قد اختلفوا فيمن يستحق الحضانة بعد الأم، وترتيبهم على النحو التالي: الأحق بالحضانة عند الحنفية⁽⁹⁾:

القاعدة في المذهب الحنفي أن الحضانة يقدم فيها النساء المحارم، ثم العصابة من الرجال، ثم الرجال، ثم الرجال المحارم من غير العصابات. الأحق بالحضانة عند المالكية:

القاعدة في المذهب المالكي أن الأم وقرابتها من أصول الإناث يقدمن على الأب وقراباته، ثم الأب وقراباته فإذا انعدمت القرابات انتقلت إلى الولي ثم إلى العصابات⁽¹⁰⁾.

الأحق بالحضانة عند الشافعية:

- (1) نهاية المحتاج شرح المنهاج 231/7.
- (2) كشف القناع عن متن الإقناع 496/5.
- (3) البحر الرائق شرح كنز الدقائق 180/4.
- (4) التاج والإكليل لمختصر خليل 597/5.
- (5) نهاية المحتاج 231/7.
- (6) شرح النيل وشفاء العليل 342/13.
- (7) البهجة في شرح التحفة 72/2.
- (8) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 41/4.
- (9) يراجع للحنفية، البحر الرائق شرح كنز الدقائق 182/4، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 44-41/4.
- (10) المقدمات الممهديات 568-565/1.

يرى الشافعية أن ترتيب الحق في الحضانة إنما يكون على حسب الحال، والحال لا يخلو من ثلاث: فإما أن ينفرد النساء، أو ينفرد الرجال، أو يجتمع الرجال والنساء⁽¹⁾.

ب- مراتب الرجال في الحضانة في حال عدم وجود النساء:
إذا اجتمع الرجال وحدهم دون النساء، فتثبت الحضانة لكل ذكر محرم وارث على ترتيب الإرث.

ج- مراتب الحضانة عند اجتماع الرجال والنساء:
إذا اجتمع الرجال والنساء، فالأحق بالحضانة الأم، ثم أمهاتها المدليات بإناث وإن علون، ثم الأب، على الصحيح في المذهب.

الأحق بالحضانة عند الحنابلة⁽²⁾:
الحضانة عند الحنابلة تثبت للأم وأمهاتها القربى فالقربى بالاتفاق في المذهب.

المطلب الرابع: شروط استحقاق الحضانة ومدتها:

الفرع الأول: شروط استحقاق الحضانة:

تنقسم شروط استحقاق الحضانة إلى ثلاثة أقسام وسأذكرها في ثلاثة مطالب:

الشروط العامة في النساء والرجال:

وهذه الشروط منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه:

الشروط المتفق عليها في الحاضن:

الشرط الأول: البلوغ

اتفق الفقهاء على أن الصغير غير المميز لا حضانة له، لأنه عاجز عن رعاية شؤون نفسه فكيف له أن يقوم برعاية غيره⁽³⁾.

أما الصغير المميز فالجمهور على أنه لا حضانة له⁽⁴⁾، وأما المالكية فيرون أن الصغير المميز العاقل غير المضيع للمال يستحق الحضانة إن كان مستوفياً لسائر شروطها⁽⁵⁾.

والراجح هو قول الجمهور أن البلوغ شرط لتولي الحضانة، حيث إن الحضانة ولاية نظر، وهي منوطة بمصلحة الصغير، ولا تتحقق مصلحة الصغير بحضانة صغير مثله⁽⁶⁾.

- بماذا يثبت البلوغ؟

(1) إعانة الطالبين 115/4، مغني المحتاج 195-191/5.

(2) المغني لابن قدامة 197-195/8.

(3) حاشية ابن عابدين 556-555/3، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج 231/7.

(4) حاشية ابن عابدين 556-555/3.

(5) الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي 529/2.

(6) شروط ثبوت حق الحضانة د/ رشدي أبو زيد 167.

يثبت البلوغ في الصبي والصبية بظهور العلامات الطبيعية، وعلاماته للولد: الاحتلام بإنزال المنى، وإنبات الشعر الخشن على العانة. وعلاماته بالنسبة للبنات: الحيض، أما إذا لم يتحقق ذلك فالبلوغ يتحدد بالسن. فذهب بعض الفقهاء إلى أن سن البلوغ خمس عشرة سنة وهو قول الصحابان من الحنفية والإمام مالك في رواية ابن وهب⁽¹⁾. وذهب البعض إلى أنه ثمان عشرة سنة⁽²⁾ وهو قول أبي حنيفة والمشهور عند المالكية، وقيل تسع عشرة سنة.

الشرط الثاني: العقل

الجنون مانع من موانع الحضانة سواء كان الجنون أصلياً أو طارئاً، مطبقاً أو متقطعاً، لأن الحضانة ولاية والمجنون ليس من أهلها. وهذا محل اتفاق بين الفقهاء⁽³⁾.

اشتراط المالكية في استحقاق الحضانة الرشد مع العقل، فإذا كان الحاضن سفيهاً في عقله، أو في المال فلا أحقية له في الحضانة، لئلا يتلف مال المحضون. إلا إذا كان السفيه له ولي يقوم عليه، فلا يسقط حقه في الحضانة، وهنا يتولى السفيه صيانة المحضون⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: مجال تدخل القاضي في الحضانة:

الحضانة هي القيام بتربية الطفل الذي لا يستقل بأمره وذلك برعاية كافة شؤونه من تدبير طعامه وملبسه وتنظيفه ووقايته مما يعرضه للهلاك والضرر، وقد عرفت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بنصها "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك"

وقد نظم المشرع الجزائري مسألة الحضانة كأثر من آثار الطلاق في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الأول في قانون الأسرة الجزائري وذلك في المواد من المادة 62 إلى المادة 72.

وباستقراء مجمل نصوص هذه المواد نجد أن المشرع الجزائري فتح الباب واسعاً للقضاة لإعمال سلطتهم التقديرية باعتماده أساساً على مصلحة المحضون

(1) الاختيار لتعليق المختار 95/2.

(2) الاختيار لتعليق المختار 95/2.

(3) الشرح الكبير للشيخ الدردير مع حاشية الدسوقي 528/2، مغني المحتاج 195/5.

(4) الإلتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام 274-273/1.

كمعيار أساسي لمعالجة القضايا المتعلقة بالحضانة.

لذلك سنحاول إبراز دور القاضي في مسألة الحضانة وذلك في النقاط التالية:

أولاً: إسناد الحضانة.

ثانياً: إسقاط الحضانة.

ثالثاً: مجال تدخل القاضي في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وتنظيم حق

الزيارة.

1- دور القاضي في إسناد الحضانة: بالرجوع إلى نص المادة 62 من قانون الأسرة المذكورة أعلاه في فقرتها الثانية نجد أن المشرع الجزائري حصر شروط الحضانة في الأهلية ولا يقصد هنا بلوغ سن الرشد أي 19 سنة. فالأهلية هنا هي القدرة على القيام بمهمة شاقة ومحفوفة بالمخاطر تتعلق بحضانة الطفل والقاضي هو الذي يحدد الشروط ومدى توافرها في الشخص الذي تستند إليه الحضانة وذلك وفقاً لما يتمتع به من سلطات واسعة في هذا المجال، والمشرع لم يحدد له شروطاً ومواصفات محددة وما عليه إلا الاعتماد على نص المادة 222 من قانون الأسرة و الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أنها فصلت في شروط الحاضر

ونذكر منها:

شرط العقل: وهذا الشرط يتمشى والمنطق فلا يعقل أن يتولى المجنون

حضانة طفل لأنه في حد ذاته في حاجة إلى من يتولاه ويرعى شؤونه وبالتالي لا

يكون له تولى شؤون غيره.

وعليه فلا بد أن يتأكد القاضي من السلامة العقلية للحاضر وألا يحرم صاحب

الحق في الحضانة منها إلا بعد إن يثبت بالدليل عدم سلامته العقلية وهذا ما

ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2002/02/13 والذي جاء

فيه "إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقلياً دون إثبات هذا المرض

يعد انعداماً في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقص دون إحالة"⁽¹⁾.

شرط البلوغ: الصغير الذي لا يتولى شؤون نفسه لا يمكن الاعتماد عليه لتولي

شؤون غيره لأن الحضانة مهمة شاقة وليست بالأمر الهين، لذلك يشترط في

الحاضر أن يكون بالغاً والمقصود بالبلوغ في القانون الجزائري هو سن الرشد

المدني وهو تمام 19 سنة حسب نص المادة 40 من القانون المدني.

وتجدر الإشارة هنا أن القاصرة التي تحصلت على الترخيص بالزواج من طرف

رئيس المحكمة تعتبر أهلاً لتحمل المسؤولية الناتجة عن الزواج ويمكنها حضانة أو

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 2002/02/13، ملف رقم

265727، المجلة القضائية لسنة 2004، العدد الثاني، ص 432.

لادها إذا توفرت فيها باقي الشروط وهذا استنادا على نص المادة 7 من قانون الأ سرّة التي جاء في فقرتها الثانية "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

شرط الأمانة على لأخلاق: الأمانة على الأخلاق شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة، فالحاضن الذي لا يقيم وزنا للأخلاق لا يكون أهلا للحضانة لأنه غير أمين على نفس الطفل وخلقه، فالأم التي ترتكب جريمة الزنا مثلا تسقط حضانتها على أولادها وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/09/30 والذي جاء فيه "من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون.

ومتى تبين -في قضية الحال- أن قضاة الموضوع لما قضاوا بإسناد حضانة الأ بناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة"⁽¹⁾.
وعليه لابد أن يتأكد القاضي من استقامة الحاضن وحسن سلوكه وأخلاقه قبل منحه الحضانة.

شرط القدرة: يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة المحضون في كل الجوانب والاعتناء بشؤونهم والسهر على سلامته الجسدية والخلقية فلا تكون الحضانة مثلا لمسّن عاجز عن القيام بشؤون نفسه فما بالك بشؤون الغير أو المريض بمرض يقعده الفراش كالمشلول مثلا، أو مصاب بمرض معدي وخطير من شأنه أن يؤدي المحضون، وقد تكلم القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/7/9 عن شرط القدرة وجاء فيه "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثمة فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي.

ولما كان الثابت -في قضية الحال- أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأ ولاد لها وهي على هذا الحال، قد حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ"⁽²⁾.

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1997/9/30، ملف رقم 171684، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 169.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1989/07/09، ملف رقم 33921، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الرابع، ص 76.

شرط الإسلام: أكدت المادة 62 من قانون الأسرة على أن يربي المحضون على دين أبيه والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يشترط أن يكون الحاضن مسلماً. اختلفت آراء الفقهاء في هذه المسألة فمنهم من قال بحرمان الحاضنة من الحضانة لاختلاف الدين كالحنابلة والشافعية ومنهم من قال أن المحضون يبقى مع الحاضنة الكافرة إلى انتهاء مدة الحضانة شرعاً، فإن خيف على المحضون من الحاضنة أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد وهذا الرأي هو رأي الإمام مالك⁽¹⁾.

ونحن نميل إلى رأي الإمام مالك، لأن مناط الحضانة هو الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين وهذا هو الرأي الذي أخذت به المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1989/3/13 الذي جاء فيه: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إن خيف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشرعية والقانونية"⁽²⁾.

من خلال هذا فالقاضي هو الذي يقدر تأثير الحضانة على دين المحضون، فإن تبين له ذلك اسقط الحضانة عنها وإن تبين أنه لا خوف على دينه فيعطيهما الحضانة ولو كانت كافرة.

إذا كان الحاضن رجلاً يشترط أن يكون محرماً للمحضون إن كانت أنثى، لم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذا الشرط إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية فصلوا فيه تفصيلاً وافياً، فقد حدد الحنابلة والحنفية سن المحضونة بسبع سنين تفادياً للخلوة بها لعدم المحرمية وإن بلغت البنت حد الفتنة لم تعط له بالاتفاق لأنه في حال بلوغها هذه المرحلة لا يكون لغير المحرم حضانة البنت ومثال ذلك حضانة ابن العم لبنت عمه، وأجازها الحنفية إذا لم يكن لبنت العم غير ابن العم وإبقائها عنده بأمر القاضي إذا كان مأمون عليها، ولا يخشى عليها الفتنة منه⁽³⁾ والخوف من الفتنة أو عدمه يحدده القاضي وفقاً لمعطيات كل قضية مطروحة بين يديه.

2: سلطات القاضي في إسقاط الحضانة:

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أنه حدد حالات سقوط الحضانة وسنحاول التطرق لبعض الحالات مبرزين الدور الهام الذي يلعبه القاضي في ذلك. نصت المادة 66 من قانون الأسرة على ما يلي "يسقط حق الحضانة بالتزوج

(1) الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 727.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1989/03/13، ملف رقم 52221، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الأول، ص 48.

(3) الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 732.

بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون" من استقراء نص هذه المادة يمكن أن نطرح بعض التساؤلات فهل سقوط الحضانة عن الحاضنة بزواجها بغير قريب محرم يكون في كل الحالات؟ وهل يعتبر هذا الزواج تنازلاً اختيارياً عن الحضانة أم أنه غير اختياري؟ وفي حالة التنازل على الحضانة هل يمكن إجبار المتنازل عليها؟.

المشرع الجزائري لم يعطي إجابة واضحة على هذه التساؤلات وما على القاضي إلا أن يجيب عليها وفقاً لما له من سلطة تقديرية. إن زواج الحاضنة بغير قريب محرم يعد سبباً من أسباب سقوط الحضانة وهذا حسب نص المادة 66 من قانون الأسرة وحسب العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا ومثال ذلك القرار الصادر 1986/5/5 والذي جاء فيه "من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما. أخرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لا نشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة"⁽¹⁾.

لكننا نرى أن سقوط الحضانة يكون بزواج الحاضنة بغير قريب محرم كقاعدة عامة، إلا أن لهذه القاعدة استثناءات فالقاضي لا يحكم بسقوط الحضانة مباشرة بمجرد زواج الحاضنة وإنما عليه أن يراعي مصلحة المحضون، فلو لم يقبل المحضون غير حاضنته- أما كانت أو غيرها- وأصر على البقاء معها فهل إسقاط الحضانة عنها فيه مصلحة للمحضون، نحن نرى أنه لا مانع من عدم إسقاط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير قريب محرم إذا كان في ذلك مصلحة للمحضون وتأكد القاضي من تمسك المحضون بالحاضنة وكان الزوج رجلاً مستقيماً محمود الأخلاق لا يخشى منه على المحضون، أو أنه ليس للمحضون حاضن غير أمه التي تزوجت بغير قريب محرم أو له حاضن آخر غير أمين عليه وهناك استثناء وضعه المالكية على سقوط الحضانة عن الحاضنة التي تزوجت بغير قريب محرم وهو أن تكون هذه الأخيرة- الحاضنة- وصية على المحضون، لأن حق الوصاية لا تسقطه الزوجية ويحصرها هذا الاستثناء في الأم الحاضنة فقط، فقد قال الإمام مالك إن المرأة الوصي على أولادها لا تسقط حضانتها بتزوجها ولا ينزع منها، وهذا هو الرأي الغالب وقال رأي بامتداد هذا الحكم ولو كانت المرأة الوصي غير الأم⁽²⁾.

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1986/5/5، ملف رقم 40438، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثاني، ص 75.

(2) المستشار أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، طبعة 2006، ص 129.

بالنسبة لمسألة اعتبار زواج الحاضنة بغير محرم تنازلاً اختيارياً عن الحضانة أو تنازلاً غير اختياري وبالتالي حقها في المطالبة بالحضانة بعد سقوطها عنها من عدمه مسألة لم يتطرق إليها المشرع الجزائي وحتى المحكمة العليا لم تستقر على رأي واحد فهناك قرارات تعتبر أن هذا الزواج تنازل اختياري عن الحضانة ومثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1990/02/25 والذي جاء فيه "...ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفاً رضائياً واختيارياً يكون قد خالف القانون"⁽¹⁾.

وهناك قرارات أخرى تعتبر أن سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها من المطالبة باستعادة الحضانة واعتبرت أن هذا الزواج هو سبب غير اختياري لسقوط الحضانة ومثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1998/07/21 و الذي جاء فيه "من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال بسبب سقوطها غير الاختياري.

ومتى تبين -في قضية الحال- أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقاً لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون"⁽²⁾.

من خلال هذا فهل زواج الحاضنة من غير قريب محرم يعد سبباً اختيارياً لسقوط الحضانة أم أنه سبب غير اختياري لذلك؟ وهل يحق للحاضنة التي سقطت عليها الحضانة أن تطالب بها بعد طلاقها أو وفاة زوجها؟ طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن آراء الفقهاء اختلفت في هذه المسألة كالمالكية الذين انقسموا إلى فئتين فمنهم من قال لا تعود الحضانة لمن سقطت حضانتها بالتزويج بعد الطلاق لها أو موت زوجها⁽³⁾ وهذا لأن الحضانة حق للحاضن حسب هذا الرأي.

وهناك رأي يقول أن زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون إنما يسقط حقها

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1990/02/025، ملف رقم 201336، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 178.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1998/07/21، ملف رقم 201336، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 178.

(3) المستشار أحمد نصر الجندي، نفس المرجع، ص 122.

في حال تزوجها فإن طلقها الزوج أو مات عنها، رجعت في ولدها لأن تزوجها ليس رضا منها بترك الولد، لأن النكاح مما تمس الحاجة إليه كالطعام والشراب فأشبهه إذا مرضت وضعفت عن الحضانة، أن الولد يأخذ منها لهذه العلة، فإذا ارتفعت العلة عادت الحضانة إليها وأخذت ولدها⁽¹⁾.

أما عن رأي الأحناف والحنابلة والشافعية فقد اتفقوا على أن من سقطت حضانتها بالتزويج يعود إليها حقها في الحضانة إذا ارتفعت الزوجية⁽²⁾.

وعليه فاختلاف قرارات المحكمة العليا حول اعتبار الزواج سببا اختياريا لإسقاط الحضانة أم لا مرده الاختلاف بين الفقهاء، ونحن نرى أن الرأي القائل بحق المرأة التي تسقط حضانتها بالزواج من غير محرم في المطالبة بالحضانة بعد الطلاق أو وفاة الزوج، أكثر ملائمة للظروف التي نعيشها اليوم فليس من السهل على المرأة أن تعيش مطلقة أو أرملة دون أن يكون لها رجل يساعدها على مجابهة مصاعب الحياة كما أن هذا الرأي ليس فيه أي احجاف لحق المرأة واتفق عليه غلبة الفقهاء.

فإذا تزوجت سقط حقها في الحضانة وإن زال هذا الزواج لسبب من الأسباب عاد لها حقها وهذا اعتمادا على القاعدة الفقهية التي تقول إذا زال المانع عاد الممنوع، والقاضي هنا له مطلق السلطة التقديرية في إعادة الحضانة للأم من عدمه فلو رأى أن المحضون كبر وترعرع في كنف أبيه بعد زواج أمه لعدة سنين مثلا، أو أن المحضون يرفض العودة لأمه والعيش من أبناء رجل آخر خوفا منهم فالقاضي هنا لا يعيد الحضانة للأم إذ قدر أن مصلحة المحضون تقتضي بقاءه مع والده، فالقاضي يصدر الحكم وفقا لمعطيات كل قضية وطبقا لمصلحة المحضون.

بالنسبة لمسألة إجبار المتنازل عن الحضانة عليها، فالقاعدة أن حق الحضانة يسقط إذا تنازل عنه صاحبه اختياريا ولا يقبل طلب استرجاعها وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1989/03/27 والذي جاء فيه "من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغب على ذلك، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها

(1) المستشار أحمد نصر الجندي، نفس المرجع، ص123.

(2) المستشار أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، نفس المرجع، ص123.

عن حقها في الحضانة وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون"⁽¹⁾.

إلا أن لهذه القاعدة استثناءات، فلو كان في هذا التنازل إضرار بالمحضون يرفضه القاضي ويجبرها على الحضانة ومثال ذلك أن يكون المحضون رضيعا في حاجة ماسة إلى أمه أو في حالة عدم وجود حاضن آخر غير الأم وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1988/12/19 والذي جاء فيه "من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدتها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة"⁽²⁾.

وبناء على هذا فالقاضي إذا طرحت أمامه مسألة التنازل على الحضانة فعليه أن يبحث عن الآثار المترتبة عن هذا التنازل على المحضون وله مطلق السلطة التقديرية في قبول هذا التنازل من عدمه وفقا لما يراه مناسبا لمصلحته -المحضون-.

هناك حالة أخرى منح فيها المشرع للقاضي مطلق السلطة التقديرية في إثبات الحضانة أو إسقاطها وهي حالة الشخص الموكول له حق الحضانة الذي يريد أن يستوطن في بلد أجنبي فقد نصت المادة 69 من قانون الأسرة على ما يلي "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون".

وعليه فعلى القاضي عند النظر في هذه المسألة أن ينظر إلى رأي الأبوين وظروفهما ومصلحة المحضون، وهذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1993/06/23 والذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه إذا رغب الشخص -الموكول له حق الحضانة- الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون.

ولما ثبت -في قضية الحال- أن قضاة المجلس عند تـأييدهم لحكم المحكمة، القاضي بإسناد الحضانة بالجزائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه هو نفسه يقيم بفرنسا، وعليه كانت تجب مراعاة حال الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط، وما دام قضاة الموضوع لم يلتزموا

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1989/03/27، ملف رقم 53340، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الثالث، ص 85.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1988/12/19، ملف رقم 51894، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الرابع، ص 70.

بأحكام القانون فإن قرارهم استوجب النقص الجزئي⁽¹⁾.
كما على القاضي أن ينظر إلى الدولة التي سينتقل إليها الحاضن بالمحضون ومدى تأثير المجتمع الجديد على هذا الأخير وما إذا كانت هذه الدولة مسلمة أم لا، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/12/25 والذي جاء فيه "من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر فإنه من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة..."⁽²⁾.

لكن هناك نقطة متعلقة بسفر الحاضن بالمحضون داخل التراب الوطني لم يتطرق إليها المشرع الجزائري ولم يبين إذا كان ذلك من أسباب سقوط الحضانة أم لا، لكن بالرجوع إلى قرارات المحكمة نجد أنها تناولت هذه المسألة في العديد من قراراتها وصدر عنها اجتهاد قضائي بتاريخ 1986/09/22 جاء فيه "من المستقر فقها وقضاء أن بعد المسافة لصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود، ومن ثم فإن القضاء بما يخاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون"⁽³⁾.

والمسافة الواردة في الاجتهاد القضائي الوارد أعلاه هي التي قال بها المالكية في أحد أقوالهم والبريد الواحد يساوي 12 ميلا، والميل عبارة عن 1852 متر فتكون الستة برود $6 \times 12 \times 1852 = 130$ كيلومتر و400 متر⁽⁴⁾.
كما أنه عند الرجوع إلى آراء الفقهاء نجد أنهم دائما يتشربون مسافة قريبة، والعلة في ذلك هي تمكين الأب من ممارسة حقه في رعاية ابنه والمحافظة عليه⁽⁵⁾.

ولا يغير من واقع هذه المسافة، تغير وسائل المواصلات وسرعتها فالمقصود من تحديد المسافة كما يظهر من أقوال الفقهاء هو القرب، حيث أن رؤية المحضون

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1993/06/23، ملف رقم 91671، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد الثاني، ص 72.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1989/01/02، ملف رقم 52207، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الثالث، ص 74.

(3) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1986/09/22، ملف رقم 3594، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الرابع، ص 41.

(4) المستشار أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 140.

(5) الدكتور محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الدار الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2002، ص 404.

من قبل الأب ليست هدفا لذاتها لكنها جزء من الهدف، وإنما المقصود من الرؤية هو الإشراف والتعليم والتأديب ومتابعة مصالح الصغير، وكل هذا لا يأتي بمجرد وصول الأب ليشاهد ابنه لوقت قصير ثم يعود⁽¹⁾، لذا يجب على القاضي قبل الفصل في مسألة إسقاط الحضانة من عدمه أن يراعي كل هذه الاعتبارات مع تركيزه على مصلحة المحضون.

3: مجال تدخل القاضي في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وتنظيم حق الزيارة:

لقد أورد المشرع الجزائري ترتيب الحاضنين في المادة 64 من قانون الأسرة وذلك بنصها على أن "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

وهذا الترتيب لا يجوز مخالفته إلا استثناءا وبناءا على مصلحة المحضون وقد أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 17/03/1998 ذلك والذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة إلا إذا أثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحضانة..."⁽²⁾.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه ماذا قصد المشرع بعبارة الأقربون درجة؟ وما هو الترتيب الذي يعتمد عليه القاضي بينهم - الأقربون درجة-؟.

ما على القاضي إلا الاعتماد على نص المادة 222 والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وبالرجوع إلى هذه الأحكام وجدنا اختلافا كبيرا بين الفقهاء في هذه المسألة، فمنهم من يرى أن لذوي الأرحام حضانة، ومنهم من ينفي حضانة ذوي الأرحام، ومنهم من يقدمون الأشقاء أولا ثم الذين لأب ثم الذين لأب، ومنهم من يقدم الذين لأب على الأخوة لأب⁽³⁾، وهذا ما يجعل مهمة القاضي صعبة للغاية في تحديد معنى عبارة الأقربون درجة الواردة في المادة 64 من قانون الأسرة، ونحن نرى أن القاضي عند نظره في هذه المسألة عليه أن ينظر إلى مصلحة المحضون بدرجة الأولى، أما عن المذهب الذي يعتمد عليه فما دام المشرع أحاله في المادة 222 من قانون الأسرة إلى الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها، فه حر في اختيار

(1) الدكتور محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 405.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 17/03/1998، ملف رقم 179471، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 172.

(3) الدكتور محمد سمارة، نفس المرجع، ص 389.

المذهب الذي يراه مناسباً وفقاً لما له من سلطة تقديرية⁽¹⁾ ونحن نميل إلى الرأي الذي أخذ به شيخ الإسلام ابن تيمية وذلك لوضوح حجته فهو يرى أن في الحضانة يقدم أقرب الأقارب من الطفل، وأقومهم بصفات الحضانة، فإذا اجتمع اثنان فأكثر، فإن استوت الدرجة قدمت الأنثى على الذكر، فتقدم الأم على الأب والجددة على الجد والعمة على العم والأخت على الأخ، فإن كانا ذكراً أو أنثيين قدم أحدهما بالقرعة عند استواء درجتهما، وعند اختلاف الدرجة إن كانا من جهة واحدة قدم الأقرن فتقدم الأخت على ابنتها وهكذا، ولا حضانة للأخ لأم بحال لأنه ليس من العصابات وكذلك الحال"⁽²⁾.

لكن كان من الأفضل لو أن المشرع ضبط ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في مادة قانونية واضحة على غرار بعض القوانين العربية كالقانون المصري في المادة 20 والقانون السوري في المادة 139.

كما أن المشرع ألزم القاضي في نفس المادة -المادة 64- عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة لكنه لم يبين لنا كيفية ممارسة هذا الحق ولا ضوابطه.

ونحن نرى أن كل هذا يرجع لتقدير القاضي حسب معطيات كل ملف ولا بد أن يكون تحديد حق الزيارة تحديداً مرناً وفقاً لما تقتضيه حاله المحضونين، ومن المفيد الإشارة هنا إلى القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16/04/1990 والذي جاء فيه "متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على القاضي حينما يقضى بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيباً مرناً وفقاً لما تقتضيه حالة الصغار فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم.

ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي يترتب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون"⁽³⁾، كما أنه يجب على القاضي عند ترتيبه لحق الزيارة ألا يضع شروطاً قد تتعارض مع الهدف من هذا الحق ومثال ذلك تحديد مكان ممارسة حق الزيارة بيت الزوجة المطلقة، وهذا ما ذهب إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 15/12/1998"⁽⁴⁾.

(1) للإطلاع على ترتيب الحاضنين في المذاهب الأربعة أرجع إلكتاب أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية للدكتور محمد سمارة، ص 385.

(2) الدكتور محمد سمارة، نفس المرجع، ص 389.

(3) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 16/04/1990، ملف رقم 59784، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الرابع، ص 126.

(4) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 15/12/1998، ملف رقم

وبالرجوع إلى أحكام الشرعية الإسلامية فالفقهاء لم يضعوا طريقاً لتنظيم حق الرؤية (الزيارة) ولذلك يجب -دفعاً للضرر- أن يراعي القاضي عادات الناس وعرفهم في استعمال هذا الحق⁽¹⁾، وأن ينظر إلى مصلحة صاحب الحق في الزيارة حتى يتمكن من مراقبة المحضون والاطمئنان على أحواله وإشباع غريزته العاطفية من التمتع برؤية ولده كما يجب عليه النظر إلى مصلحة المحضون.

كما لا بد أن نشير إلى ما ورد في المادة 65 من قانون الأسرة بخصوص المدة المحددة لممارسة الحضانة وسلطة القاضي في تمديدتها إلى 16 سنة بالنسبة للذكر إذا كانت الحاضنة هي الأم، ولم تتزوج.

والسؤال الذي يطرح نفسه هل يستطيع القاضي تمديد حضانة الذكر إلى 16 سنة إذا لم تكن الحاضنة أمه وكانت مصلحته تقتضي ذلك؟ نحن نرى أنه يمكن للقاضي ذلك وفقاً لما يتمتع به من سلطة تقديرية في هذا المجال لأن الأساس الذي تقوم عليه الحضانة هو مراعاة مصلحة المحضون بدرجة الأولى.

من خلال كل ما تقدم فالمتعمن في جل مواد قانون الأسرة المتعلقة بالحضانة، وكذا أغلب إن لم نقل كل قرارات المحكمة العليا المتعلقة بنفس المسألة، يجد عبارة مصلحة المحضون واردة فيها إلا أنه لا يجد تعريفاً واضحاً لها. ويمكن إرجاع صعوبة عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة يصعب وضعها في إطار محدد، لكن بالرغم من ذلك فإن لهذه القاعدة مميزات وخصائص يمكن إبرازها فيما يلي:

1. قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة ذاتية شخصية، بمعنى تتعلق بكل طفل على حدى، وعلى هذا الأساس ينظر القاضي إلى حالة كل طفل بمنظار يخصه ويحدد مصلحته، فما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بضرورة لمن بلغ سن السادسة أو السابعة من عمره.
2. قاعدة مراعاة مصلحة المحضون قاعدة قابلة للتغير فما كان يصلح للمحضون في وقت معين قد لا يصلح له في وقت آخر، وعلى هذا الأساس وضع المشرع حالات من خلالها يمكن إسقاط الحضانة على الحاضن مراعاة لتغير مصلحة المحضون.

وقاعدة مصلحة المحضون يحكمها عنصران أساسيان هما:
تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية للمحضون، وتحقيق الأمن والا

214290، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 194.
(1) المستشار أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 192.

ستقرار النفسي والعاطفي للطفل⁽¹⁾.

فمناط الحضانة هو المصلحة المعنوية بالدرجة الأولى ولا يختلف اثنان على أن الطفل حتى ينمو نموا سليما سواء جسديا أو عقليا أو نفسيا لا بد أن نؤمن له لاستقرار النفسي ونلبي حاجته الفطرية للعطف والحنان.

ومن هنا فالطفل الذي يغير مسكنه من مكان إلى آخر، ويتغير حاضنه من حاضن إلى آخر سيعيش اضطرابا نفسيا حادا لا محالة، والقاضي هنا عليه أن يكون محلا نفسيا قبل أن يكون قاضيا وعليه أن يضع نصب عينيه مصلحة الصغير عند الحكم بالحضانة وخاصة عند إسقاطها عن شخص ومنحها لشخص آخر.

فالمشرع الجزائري جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى وفوق كل اعتبار وأعطى للقاضي كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون وخير دليل على ذلك الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة بتاريخ 1997/02/18 والذي جاء فيه "من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون.

ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع أعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون، مما يستوجب رفض الطعن"⁽²⁾.

وحتى يتمكن القاضي من تكوين قناعته وتقدير مصلحة المحضون تقديرا سليما يمكنه اللجوء إلى العديد من الوسائل قبل إصدار حكمه ونذكر منها:
- **التحقيق والمعانية:** للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع وتحديد أيهم أصلح لمراعاة مصلحة المحضون، كما له الاعتماد على الوثائق المقدمة من الأطراف وذلك بالاستناد إلى نص المادة 146⁽³⁾ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا قصد لإطلاع على الحقائق وجمع أكبر قدر من المعلومات.

- **الاستعانة بالخبراء:** وذلك بالاستناد ويمكن للقاضي الاعتماد إلى نص المادة 125

(1) الأستاذة حسين عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقهاء الإسلاميين، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1999-2000، ص 76.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1997/02/18، ملف رقم 153640، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الأول، ص 39.

(3) "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بالطلب من الخصوم القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك...".

(1) وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تناولت موضوع الخبرة ومن قبيل الخبراء الذين يمكن للقاضي الاعتماد عليهم المرشدة الاجتماعية، وذلك لتحديد مصلحة المحضون بل إن تعيين المرشدين الاجتماعيين قد يكون إلزامياً في بعض الحالات وهذا جاء في اجتهاد المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/05/18 الذي جاء فيه "من المقرر قانوناً أنه في الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها يجب مراعاة مصلحة المحضون.

ومتى تبين -في قضية الحال- أن الزوجة أسندت لها حضانة أبنائها الأربعة بأحكام مع الحكم على والدهم بتوفير سكن لممارسة الحضانة، وبعد ماطلة المطعون ضده (الأب) في عدم توفير السكن، أصبح يدفع بكون الطاعنة لم تسع في التنفيذ (ممارسة الحضانة) مدعياً أنه يمارس الحضانة الفعلية.

فإن القضاة بقضائهم بإسقاط الحضانة على الأم طبقاً لأحكام المادة 68 من قانون الأسرة وعدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد وعدم الإشارة لجنس الأولاد وأعمارهم، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، مما يتعين نقض القرار المطعون فيه⁽²⁾.

-الاستماع إلى أحد الأقارب أو أي شخص يرى فائدة في سماعه: يجوز للقاضي أن يطلب حضور، أقارب الخصوم، أو أصهارهم، أو زوج أحد الخصوم إضافة إلى إخوة وأخوات وأبناء عمومة الخصوم وغيرهم من الأقارب، أو الجيران أو أي شخص يمكن أن يقدم إضافة أو فائدة في واقعة الحال⁽³⁾.

ولا يحبذ سماع الأطفال الصغار بل الأفضل استبعاد شهادةهم لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم، إضافة إلى أن شهادتهم قد يدلون بها بنوع من الخوف أو تحت تأثير الضغط، وهذا بدوره قد يؤثر على الاختيار الموفق⁽⁴⁾.

كما أن الطفل عادة ما يختار من يساعده على اللعب و اللهو وعدم الاكتراث وفي هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1982/10/21 نقض قرار صادر من مجلس قضاء قسنطينة والذي اعتمد على رفض المحضونين الالتحاق بأبهما وأعلنا رغبتهما في البقاء عند جدتهما لأبيهما، فاعتبرت المحكمة العليا هذا

(1) "تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محظرة للقاضي".

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1999/05/18، ملف رقم 222655، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 185.

(3) ينظر المادة 454 والمادة 463 من ق.إ.م.إ.

(4) الأستاذة حسن عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقهاء الإسلاميين، مرجع سابق، ص 86.

الموقف مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية ومخالف للقانون⁽¹⁾.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1982/10/21، ملف رقم 32594، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول، ص 77.

خلاصة البحث و نتائجه

1- رغم عدم استعمال مصطلح السلطة التقديرية، عند فقهاء المسلمين القدامى، إلا أن معناها شائعا عندهم ولكن، عبروا عنها بمصطلحات أخرى مثل قولهم: هذا مفوض إلى اجتهاد القاضي، أو موكل إلى اجتهاد القاضي، أو يحتاج إلى نظر القاضي، أو هذا مرجع إلى تقدير القاضي.

2- إن عدم اتفاق الفقهاء، حول تعريف واضح ومحدد للسلطة التقديرية في الفقه الإسلامي أو الوضعي، لا يعني عدم وضوحها وإبهامها، لأنها تكاد تكون واضحة وضح الشمس، ولا أدل على هذا من شيوع استعمالها كمسئمة بديهية، لا تحتاج إلى تعريف وتوضيح، فاسمها يميل على معناها ضمنا.

3- يمتد النشاط التقديري للقاضي من بداية سماعه للدعوى ونظره فيها، للتحقق والتثبت، إلى اختيار النص الواجب فيها إن وجد، أو اجتهاده فيها، إلى صدور الحكم.

فالسطة التقديرية ملازمة للعمل القضائي لا تكاد تنفك عنه في أي مرحلة من مراحلها.

4- إذا كانت فكرة السلطة التقديرية للإدارة، وفقا للنظرية المعتمدة تعني القدرة على الاختيار بين عدة قرارات، مما يعني تعدد القرارات المتاحة، فإن هذا المفهوم لا يختلف بالكلية مع السلطة التقديرية للقاضي، إلا أن الفارق الجوهرى، هو خضوع الأولى لرقابة الثانية، فالإدارة تخضع في ممارسة سلطتها التقديرية للقضاء، والعكس غير صحيح فالقضاء لا يراقبه إلا القضاء.

5- تختلف السلطة التقديرية في القضاء الجنائي عنها في المدني من عدة أوجه، فمن جهة التجريم والعقاب، فالقاضي الجنائي يلتزم بمبدأ الشرعية، فلا يجوز له القياس على نص تشريعي، ومن جهة الإثبات، فالقاضي المدني مقيد بوسائل إثبات قد تضيق في بعض الأحوال إلى درجة الحصر في دليل محدد، عكس القاضي الجزائي، الذي يعمل قناعته وفقا لمبدأ الاقتناع الشخصي، والذي تضبطه جملة من الضوابط منها:

- التقصي في إثبات الحدود حيث لا يكون المحتمل حجة.

- درء الحدود بالشبهات.

- تفضيل الخطأ في العفو عن الخطأ في العقوبة.

6- ثبت منح السلطة التقديرية بالكتاب والسنة، وثبتت ممارستها في أثر قضاء السلف، وكذلك من المعقول، ومن قواعد الفقه العامة التي أقرها العلماء، كقولهم القضاء أمر يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير.

7- مصادر السلطة التقديرية هي مصادر الأحكام الشرعية من كتاب وسلطة

وإجماع وقياس، ومصادر أخرى مختلف فيها، بين مدارس الفقه الإسلامي، كما يخضع القاضي حسب رتبته العلمية إلى أحكام الاجتهاد والتقليد المقررة في كتب أصول الفقه.

8- مصادر السلطة التقديرية في القانون هي نفسها مصادر القانون وهي القاعدة القانونية، والقانون الطبيعي وفكرة العدالة.

9- تتأثر صحة العمل التقديري بشخص القاضي، لذلك يرتبط نجاح العمل القضائي، بتولية قضاء أكفاء حسب الاختصاص القضائي الذي عينوا فيه، يختلف عمل القاضي عن عمل الآلة، لأنه بشر يتأثر بها حوله، ومن حوله، لذلك وجب حماية مرفق القضاء بفرض شروط صارمة لتولي هذا المنصب الشريف.

10- تؤثر الشروط الواجبة في توليه منصب القضاء في السلطة التقديرية بشكل أو بآخر، لذلك وجب على القائمين على مرفق القضاء النحوي فيمن يلتحق بمعهد القضاء، دينا وعلما وفطنة، ومع إزالة عائق السن.

لذلك نقترح مراجعة معايير الانتقاء في الترشيح لمنصب القضاء، بعدم تحديد سقف أعلى للسن ليلتحق بهذا السلك الكفاءات العليا، من أساتذة وعلماء، وكبار الإداريين، كل في مجال تخصصه، للاستفادة من خبراتهم.

ولأن الخبرة التي يحصلها القاضي من ممارسة القضاء، تختلف تماما عن الخبرة التي يحصلها خبير في مجال علمه ثم يحملها معه إلى مرفق القضاء.

11- التطوير في نوعية التكوين الذي يحصله القضاة، وأن يتعدى التحصيل العلمي، إلى الدين والخلق، والفهم والاستنباط، فالطالب القاضي الذي لا يحافظ على صلواته، ويغش ويكذب على أصحابه في قضية تتعلق بأبسط الأمور ليس أهلا لتولي هذا المنصب، وكذلك الطالب الذي يحسن الحفظ، ولكن لا يحسن الفهم.

12- في حالة قبول ترشيح المرأة لمنصب القضاء، أخذا برأي من ذهب إلى صحة هذا يجب مراعاة الشروط المنصوص عليها عندهم، خاصة من حيث الاختصاص القضائي المسموح به للمرأة.

13- محل ممارسة السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي، هو الواقع والواجب، وذلك بفهم الواقع واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات، ثم بعدها فهم الواجب في الواقع، وهو حكم الله في هذا الواقع ثم يطبق أحدهما على الآخر، فمن بذل جهده واستفرغ وسعه لم يحرم أجر أو أجرين.

14- لا اختلاف في فهم الواقع بين القضاء المدني الشرعي والوضعي، إلا أن الخلاف يكمن في القاعدة القانونية التي قد توافق أو تخالف ما جاء في الشرع.

15- للخصوم الحق في إثبات الواقع، لكن لا حق لهم في تفسيرها أو تكييفها أو اختيار القانون الواجب فيها، لأنها من حقوق القاضي.

16- تقدير القاضي من حيث اعتباره للعناصر الذاتية للصيقة بشخص الخصم، أو بعدم اعتباره لها، ينقسم إلى تقدير شخصي وتقدير موضوعي إذ يعتمد الأخير على معايير عامة، غير قابلة للتغيير.

17- تتمثل ضوابط السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي في:

- 1- علنية الجلسات.
- 2- تسبب الأحكام.
- 3- تدوين الأحكام.
- 4- المواجهة بين الخصوم.

18- القاضي مقيد بطرق الإثبات التي ورد بها نص شرعي صراحة أو استنباطا ، ولا يقبل منه الخروج عنها، ولا يقبل القاضي ذلك من الخصوم، ولا يسوع اجتهاده هنا لأنه في مورد النص.

19- بين وسائل الإثبات وبين البيئات بمعنى الشهادة فقط عموم وخصوص مطلق، فكل بيئة وسيلة إثبات، وليست كل وسيلة إثبات بيئة.

20- يجب التفريق بين القرائن وبين البيئات الخاصة، فالبيئات الخاصة لا تدرج ضمن اسم القرائن، على أن الأخذ بالقرائن الخاصة ينبغي أن لا يتجاوز به إلى غير المواضع المنصوص عليها، أما القرائن فلا يصح بناء الحكم عليها وعلى ما تثيره من الظن، لكننا نستفيد منها للتوصل إلى بيئة معتمدة شرعا، أو لجر المتهم في التحقيق للاعتراف بذنبه فيؤاخذ بإقراره.

21- ينحصر نشاط القاضي التقديري بالنسبة لوسائل الإثبات في البحث عنها، وفي التحقق من صحة الوسائل المقدمة إليه من الخصوم، وفي وزن أدلة كل خصم، وله أن يبحث عن طريق يوصله لطريقة إثبات مقبولة شرعا ليحكم بها، وله أن يستعين بالقرائن، وهي مجال خصب جدا لنشاطه، وبخاصة في دعاوى التهم والجنايات مما يساعد في تكوين قناعته الشخصية أو ترجيح دليل على دليل أو غير ذلك، بشرط أن لا يخرج عن الضوابط الشرعية، حرمة الظلم أو الإكراه وغير ذلك، وله أن يستعين بالقرائن، وهي مجال خصب جدا لنشاطه، وبخاصة في دعاوى التهم والجنايات مما يساعد في تكوين قناعته الشخصية أو ترجيح دليل على دليل أو غير ذلك، بشرط أن لا يخرج عن الضوابط الشرعية، حرمة الظلم أو الإكراه وغير ذلك، وله أن يطلع على الكتب التي أوردت نماذج من القرائن التي استعان بها القضاة السابقون، وأن يطلع على اجتهادات القضاة السابقين في توصلهم للحقائق.

22- ينبغي أن تكون الشهادة في مجلس القضاء أمام القاضي ليحكم بها إن وجد أن شروطها متوافرة وأنها صحيحة، ومتى كانت كذلك وجب عليه الأخذ بمقتضاها.

- 23- العدالة في الشهود حق لله تعالى على الحاكم، فلا يجوز أن يحكم بغير العدول وإن لم يشترط الخصم العدالة، وحتى لو رضي الخصمان بشهادة من لم تتوافر فيه أهلية الشهادة لم يجز للقاضي أن يحكم بشهادته.
- 24- تعديل الشهادة أمر موكول إلى الاجتهاد وإلى ما يغلب في ظن القاضي بعد تجربة وسؤاله عن حال الشاهد.
- 25- يجوز قبول شهادة غير العدول عنه تعذر وجود العدول ويستكثر القاضي لكل حق حسب خطره، فالفروج والدماء أخطر من الأموال، ويستعين القاضي بـ القرائن وغيرها، فإن غلب على ظنه صدق دعوى المدعي وبينته أخذ بها، وذلك لضرورة حفظ حقوق الناس، ولأنه يعتبر عدول كل زمان بحسبه، وكذلك المكان.
- 26- إن كون التحليف على السبب أو الحاصل يعود تقديره للقاضي حسبما يراه محققا للمصلحة أكثر.
- 27- للقاضي حسبما يراه محققا للمصلحة - أن يخلط اليمين باللفظ- ولا يتوقف ذلك على طلب الخصم، وإذا طلبه الخصم أصبح واجبا، ويلاحظ القاضي قيمة المحلوف عليه، وحال الحالف، ويغلط بما يراه أضر وأردع، وله أن يستعين بـ النماذج الماثورة الواردة في تغليب اليمين باللفظ.
- 28- جمهور الفقهاء لا يجيزون إكراه القاضي شخصا على الإقرار، وأجاز بعضهم ذلك إذا كان الشخص متهما بالفجور وكان معروفا بمثل ما ينسب إليه، وللقاضي أن يستدرج المتهم ليعترف فيأخذه بإقراره.
- 29- لا يجوز للقاضي أن يحكم بخلاف علمه ولو قامت البيينة عليه، ويعتزل النظر في هذه القضية أو يفوض لغيره النظر فيها، وله أن يكون شاهدا فيها لا قاضيا.
- 30- القرائن الفقهية التي استنبطها الفقهاء وبعض القضاة المجتهدين هي في حكم القرائن النصية، وهذا إذا كان القاضي من غير أهل الاجتهاد المطلق، لأن غير المجتهد عليه إتباع نص إمامه، أما المجتهد المطلق فله الأخذ بها إذا ترجحت لديه.
- 31- أما القرائن القضائية التي يستنبطها القضاة بحكم ممارسة القضاء، مما يتكون معه ملكة عندهم وصفة راسخة في نفوسهم تمكنهم من الاستدلال وإقامة القرائن ويلاحظون ظروف كل دعوى بالتفرس في الخصوم، فلا يعول عليه إلا ضمن القواعد والضوابط المقبولة، ولا يركن إليها إلا بعد تقليب الأمور على الوجوه المحتملة والوصول إلى القناعة والتثبت.
- 32- مع أن القرينة والأمانة قد يكون لها أثر في قلب القاضي يغلب على الظن صدقه إلا أنه لا يعتمد عليه للفصل في الخصومات، وإنما يأخذ بها على وجه الاستدلال والاستهداء لبينة معتمدة، أو لترجيح بين بينتين مثلا أو غير ذلك، وقد

يستعين القاضي في الإثبات إضافة لما أورثته القرينة في نفسه بتحليل الخصم لليمين لتتأكد قناعته وليحمل الخصم جزءا من عبء الإثبات.

33- أبرزت الدراسة صدور قواعد التفسير في النظم القانونية المعاصرة من معين أصول الفقه الإسلامي مما يصنف في الدراسات الأصولية في باب طرق الدلائل اللغوية.

34- حالات بطلان الأحكام القضائية ترجع في مجملها إلى خلل في الإجراءات أو خلل في تسبيب الحكم أو خلل في الحكم في حد ذاته.

35- أبرزت الدراسات أن السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي منضبطة بضوابط تصونها عن التحكم وتسد ذريعة الهوى والتشهي وتفضي إلى العدل في كل أنواع الأفضية وإجراءاتها ووسائل إثباتها وتكييفها بتنزيل الأحكام على وقائعها.

36- المرونة غير المنضبطة هي ميزة التشريعات المعاصرة وبالأخص فيما يتعلق بمصادر النشاط التقديري عند غياب النص كمبادئ القانون الطبيعي ومبادئ العدالة فهما مصدران غير منضبطان فكيف يمكن للسلطة التقديرية أن تكون منضبطة في حين أنها تستند على ركائز وأسس غير منضبطة.

37- الطعن في الأحكام ممكن وجائز في الفقه الإسلامي متى توفرت أسبابه وشروطه.

38- يمارس ولي الأمر رقابة من نوع خاص على القضاة وأعمالهم فإذا ما لاحظ من أحدهم تقصيرا في أداء مهامه عاقبه عقوبة تصل إلى حد العزل.

39- للقاضي أن يحكم على الغائب متى توفرت لديه جملة من الشروط والضوابط وهي في مجملها تحمي حق خصمه من التلف وتحفظ له حقه في الدفاع عن نفسه.

40- الضوابط الإجرائية للسلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية هي نفسها ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني إلا ما استثنى بنص.

41- يتمتع قاضي الأحوال الشخصية الجزائي بسلطة تقديرية واسعة حيث يحق له أن يجتهد في ما لا نص فيه من مختلف مصادر الفقه الإسلامي وأصوله خلافا للقاضي المغربي الذي لا يحق له الاجتهاد خارج إطار المذهب المالكي.

42- كلما كانت النصوص القانونية الموضوعية أكثر تدقيقا وتفصيلا كلما ضاق نطاق السلطة التقديرية، وكلما كانت النصوص عامة وغير مفصلة في الموضوع يجد القاضي نفسه مضطرا للاجتهاد للوصول إلى الحكم المعبر عن الحقيقة القضائية حتى لا يتهم بإنكار العدالة.

43- كلما توفرت في العمل القضائي الشروط الصارمة والدقيقة والضوابط الإ

جرائية والموضوعية ونية إقامة العدل وإحقاق الحق كلما وقع التقارب بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية وهي الهدف المرجو من إقامة مرفق القضاء.

الآفاق الدراسية للبحث:

للبحث في موضوع السلطة التقديرية للقاضي آفاق واسعة حيث إنه موضوع غرض طري رغم أنه مطروق إلى درجة كبيرة في شتى مجالات البحث الشرعية أو القانونية أو القضائية ولكن يمكن التنويه في هذا الصدد إلى أفقين مهمين:

1- تنسيق الجهود في هذا المجال من مجالات البحث بغية توحيد أو على الأقل التقريب من منهج دراسة مضمون السلطة التقديرية للقاضي بغية الوصول إلى صياغة نظرية واضحة المعالم بينة المضامين حتى ولو اعترأها شيء من الاختلاف بين الدارسين فهو الفطرة بعينها.

2- السعي لأجل إرساء مقدمات منهج دراسي بكليات الشريعة والحقوق، قصد تثبيت مضمون السلطة التقديرية كمقياس يدرس للطلبة وهذا بعد عزله أو فصله عن مضامين القوانين الإجرائية والموضوعية والتي يملك القاضي إزائها سلطة تقديرية، كان يشار إليها عرضاً أثناء شرح النصوص، لتصبح هي الأصل الذي يقدم في الدرس.

الفهـ أرس

فهرس الآيات	أولا:
فهرس الأحاديث	ثانيا:
قائمة المصادر و المراجع	ثالثا:
فهرس الموضوعات	رابعا:

أولا: فهرس الآيات

الآية	الرقم	الصفحة
-البقرة-		

30-265	236	((ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره))
70	282	((واتقوا الله و يعلمكم الله))
70	282	((واستشهدوا شهيدين من رجالكم))
28	282	((فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان))
264	236	((لا جناح عليكم؛ إن طلقتم النساء))
265	236	((متاعا بالمعروف حقا على المحسنين))
266	02	((ذلك الكتاب لا ريب فيه هدى للمتقين))
309-266	237	((وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن))
267	237	((ولا تنسوا الفضل بينكم))
268	228	((والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء))
268	234	((والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً))
268-270	228	((وبعولتهن أحق بردهن في ذلك))
-282-281-278-275 283	226	((للذين يؤلون من نسائهم))
315-295-289	231	((ولا تمسكوهن ضاراً لتعتدوا))
294-293-290	228	((ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف))
297	231	((فأمسكوهن بمعروف))
297	231	((أو سرحوهن بالمعروف))
315-312	229	((فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان))
364	233	((والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين))
-النساء-		

29	59	((أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم))
33-32	65	((فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ))
51	141	((... وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا))
293-57	34	((الرجال قوامون على النساء بما فضل الله))
64	105	((إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق))
65	73	((ولو رده إلى الرسول وإلى أولى))
176	135	((كونوا قوامين بالقسط شهداء لله))
152	15	((فاستشهدوا عليهن أربعة منكم))
287-279	34	((واهجروهن في المضاجع))
293-290	19	((وعاشروهن بالمعروف))
296	01	((وخلق منها زوجها))
-المائدة-		
32	34	((فَأَحْكُمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ))
-الأعراف-		
	05	((فما كان دعواهم إذ جاءهم بأسنا))
289	189	((هو الذي خلکم من نفس واحدة))
-الأنفال-		
122	56	((الذين عاهدت منهم ثم ينقضون عهدهم))
-يونس-		
2	10	((دعواهم فيها سبحانك اللهم وتحيتهم فيها سلا م))

3	10	((وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين))
- النحل -		
122	91	((ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها))
-الإسراء-		
312	100	((قل لوأنتم تملكون خزائن رحمة ربي))
- الأنبياء -		
29	78	((وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث))
- النور -		
51-8	51	((إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله))
-العنكبوت-		
	69	((والذين جاهدوا فينا لنهدينهم سبلنا))
- الروم -		
290	21	((ومن آياته خلق لكم من أنفسكم أزواجا))
- الأحزاب -		
268	28	((فتعالين أمتعتكن وأسرحكن سراحا جميلا))
270	49	((يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات))
-ص-		
177-50-9	26	((يا داوود إنا جعلناك خليفة في الأرض))
- النجم -		
32	04	((إِنَّ هُوَ إِلاَّ وَحْيٌ يُوحَى))
265	38	((ألا تزر وزارة وزر أخرى))
- المجادلة -		

301-300	02	((والذين يظهرون من نسائهم))
303	02	((وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا))
309	04	((من قبل أن يتماسا))
-الحشر-		
28	02	((فاعتبروا يا أولى الأبصار))
- الطلاق -		
177-50-9	02	((وأقيموا الشهادة لله))
314-313-271-299	07	((لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه))
270	05	((وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن))
271	05	((أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم))
- الملك -		
280	14	((ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير))

ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية

الرقم	الحديث
34	إذا أجتهد الحاكم فأصاب فله أجران.
195	إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى.
290	استوصوا بالنساء خيرا.
304	أعتق رقبة.
	أعلمكم بالحلال والحرام معاذ.

140	ألزمه.
	أن زينب ابنة أبي سلمة أخبرتها عن رسول الله ﷺ أنه سمع خصومة بباب حجرته.
67	إن الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك.
	إنما النساء شقائق الرجال.
	إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي.
191	إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل أمرئ ما نوى.
58	بعث النبي ﷺ عتاب بن أسيد رضي الله عنه إلى مكة قاضياً.
133-131	البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.
98-96	جنبوا مساجدكم رفع أصواتكم وخصوماتكم.
213-178-137	خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف.
290	خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي.
178	فأتبعهم بقائف وهم غيب حتى أدركوا واقتص منهم.
198	فقد روى: أنه ﷺ كان يقضي بين الناس في مسجده.
159-157-156	قضى بالشاهد واليمين.
66	القضاة ثلاثة: قاضيان في النار وقاض في الجنة.
98	قم فاقضه.
33	كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟
176	لا تقض لأحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر.
149	لا وصية لوارث.
60	لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة.
131	لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال.

198	ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن.
119	هو ما قضى بينكم.
291	وإن لزوجك عليك حقا.
150-147	يا أنيس أغد إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها.
291	يا عبد الله، ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل.
136	يا علي، إن الناس سيتقاضون إليك.

ثالثا: فهرس المصادر والمراجع

1- التفسير وعلوم القرآن

1) أحكام القرآن لابن العربي، تعليق محمد عبد القادر عطا، طبعة 1996، دار الكتب العلمية.

- (2) أحكام القرآن، للجصاص، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، ط2، دار المصحف، شركة مكتبة ومطبعة عبد الرحمن محمد، القاهرة.
- (3) أحكام القرآن للشافعي، جمعه الإمام البيهقي، تحقيق عبد الغني عبد الخالق، راجعه محمد شريف سكر، دار إحياء العلوم، بيروت، ط1، (1410هـ-1990م).
- (4) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن،
- (5) تفسير الماوردي (النكت والعيون) دار الكتب العلمية: بيروت - مؤسسة الكتب الثقافية تعليق السيد بن عبد المقصود.
- (6) تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان، عبد الرحمان السعدي، ط1 لسنة 2003، دار ابن حزم.
- (7) تفسير الفخر الرازي طبعة دار الفكر، سنة 1405، بيروت والقرطبي 171/10 ط بيروت،
- (8) محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ط2، سنة النشر (1366هـ-1947م).
- (9) ابن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، د ت.
- 2- كتب الحديث وعلومه**
- (1) الاستذكار لابن عبد البر، وثق أصوله وفهرسه د/عبد المعطي قلعجي، ط1، (1414هـ-1993م)، دار قتيبة، دمشق، بيروت، دار الوعي، حلب، القاهرة.
- (2) التلخيص الحبير، ابن حجر العسقلاني، تصحيح وتعليق عبد الله يماني بالمدينة المنورة (1384هـ-1964م).
- (3) سنن الدارمي، خرج آياته وأحاديثه محمد عبد العزيز الخالدي، ط1، (1417-1996م)، دار الكتب العلمية.
- (4) سنن الدراقطني، وبذيله التعليق المغني على الدراقطني لأبي الطيب آبادي، عني بتصحيحه عبد الله هاشم يماني المدينة المنورة، (1386هـ-1966م)، دار المحاسن للطباعة، القاهرة.
- (5) السنن الكبرى للبيهقي، وفي ذيله الجوهر النقي للتركمان، دار الفكر.
- (6) عارضة الأحوزي، محمد بن العربي، وضع حواشيه جمال مرعشلي، ط1، (1418هـ-1997م)، الكتب العلمية، بيروت.
- (7) فتح الباري، بشرح صحيح البخاري، مطبعة الحلبي بمصر.
- (8) مجمع الزوائد، ط (1408هـ-1988م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- (9) المستدرک على الصحيحين، للحاكم النيسابوري، وبذيله التلخيص للذهبي، دار الكتاب العربي، بيروت.
- (10) مسند الإمام أحمد،
- (11) مصنف ابن أبي شيبة، ضبطه وعلق عليه سعيد اللحام، دار الفكر، بيروت،

1994م.

(12) المعجم الكبير للطبراني، تحقيق حمدي السلفي، الناشر مكتبة ابن تيمية، القاهرة.

(13) المعجم الأوسط للطبراني، تحقيق د/محمود طحان، ط1، 1995م، مكتبة المعارف، الرياض.

(14) نصب الراية، للزيلعي، بعناية أمين صالح شعبان، ط 1995م، دار الحديث، القاهرة.

(15) نيل الأوطار للشوكاني - دار الحديث القاهرة ط4 (1417هـ-1997م) علق عليه عصام الصبالي.

(16) مجد الدين أبو السعادات الجزري الملقب بابن الأثير: النهاية في غريب الحديث والآثار.

3- كتب أصول الفقه وقواعده

(1) إرشاد الفحول للشوكاني، دار المعرفة، بيروت، 1979.

(2) أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق عبد الله دراز، دار الفكر العربي، بيروت، د.ت.

(3) محمد عميم الإحسان المجدد البركتي، قواعد الفقه، نشر دار الصدف ببلشرز- كرتشي، ط1 لسنة 1407هـ - 1986م.

(4) العز بن عبد السلام، علق عليه طه عبد الرؤوف سعد، ط2 لسنة 1400هـ-1980م ، دار الجيل - بيروت.

4- كتب الفقه

أ- الفقه الحنفي

(1) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية با لأوفست.

(2) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بنت مسعود بن أحمد الكاساني، دار الكتب العلمية، ط2، لسنة 1406هـ-1986م.

(3) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي، ط2.

(4) رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين الشهير بابن العابدين، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

(5) العناية على الهداية، للبابرتي بهامش فتح القدير، دار الفكر.

(6) الفتاوى الهندية، جماعة من علماء الهند، دار الفكر.

(7) فتح القدير (شرح الهداية) لابن الهمام، دار الفكر.

(8) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، داماد أفندي، وبهامشه بدر المنتقى في

شرح الملتقى، دار إحياء التراث العربي.

- (9) المبسوط، السرخسي، دار المعرفة، بيروت، 1986.
- (10) كشاف القناع على متن الإقناع، للبهوتي، راجعه وعلق عليه هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر لسنة 1989.

ب- الفقه المالكي

- (1) موطأ مالك بتحقيق فؤاد عبد الباقي.
- (2) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، راجعه عبد الحليم محمد عبد الحليم وعبد الرحمن حسن محمود ط1، (1412هـ-1992م) دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ، بيروت لبنان.
- (3) بلغة السالك لأقرب المسالك، لأحمد الصاوي، طبع مصطفى البابي الحلبي، (1372هـ-1952م)، الطبعة الأخيرة.
- (4) مواهب الجليل شرح مختصر خليل، للحطاب، وبهامشه التاج والإكليل، ط3 لسنة 1992، دار الفكر.
- (5) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدسوقي، دار إحياء الكتب العربية.
- (6) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، لعلي الصعيدي العدوي، دار الفكر.
- (7) شرح مختصر خليل للخرشي، لمحمد بن عبد الله الخرشي، وبهامشه حاشية على العدوي، دار صادر، بيروت.
- (8) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني المالكي، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- (9) المدونة للإمام مالك بن أنس، ويليها مقدمات ابن رشد، ضبط وتصحيح أحمد عبد السلام، ط1، (1415هـ-1994م)، دار الكتب العلمية.
- (10) المنتقى شرح الموطأ، للباجي، مطبعة السعادة بمصر والطبعة الأولى كانت (1332هـ).
- (11) منح الجليل شرح مختصر خليل، للشيخ عيش، مع تعليقات من تسهيل فتح الجليل، تاريخ الطبع (1409هـ-1989م).
- (12) مواهب الجليل، شرح مختصر خليل للحطاب، وبهامشه التاج والإكليل، ط3، (1412هـ-1992م)، دار الفكر.

ج- الفقه الشافعي

- (1) أحمد ابن إدريس الشافعي، الأم، دار معرفة، د.ت.
- (2) أسنى المطالب شرح روض الطالب، للشيخ زكريا الأنصاري، وبهامشه حاشيته أبي العباس ابن أحمد الرملي الكبير الأنصاري، تجريد الشيخ محمد بن أحمد

- الشوبري، نشر دار الكتاب الإسلامي، القاهرة.
- (3) تحفة المحتاج بشرح المنهاج للهيثمى المالكي، دار الفكر.
- (4) حاشيتا قليوبي وعميرة، على شرح المحلي على المنهج، للشيخ شهاب الدين قليوبي والشيخ عميرة، دار الفكر.
- (5) روضة الطالبين للنووي، ومعه منتقى الينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع للسيوطي، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، ط1، (1412هـ-1992م).
- (6) الغرر البهية، في شرح منظومة البهجة الوردية، للشيخ لذكريا الأنصاري، ومعه حاشية الشيخ عبد الرحمن الشربيني وحاشية ابن قاسم العبادي، مع تقرير الشيخ عبد الرحمن الشربيني عليها، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1418هـ-1997م).
- (7) أبا زكريا يحيى بن شرف النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاوش، ط3، بيروت، دمشق، عمان، المكتب الإسلامي، 1991م.

د- الفقه الحنبلي

- (1) ابن قدامة: روضة الناظر وجنة المناظر، تحقيق د/عبد العزيز السعيد، نشر جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، 1399هـ، ط2.
- (2) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، للمرداوي، دار إحياء التراث العربي، ط1، لسنة 1958.
- (3) المغنى لابن قدامة، دار الفكر- بيروت، ط1، لسنة 1984.
- (4) نهاية المحتاج إلى شرح أفاظ المنهاج للرملي، ومعه حاشية الشبراملسي وحاشية المغربي الرشيدى، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، الطبعة 1967.

5- كتب القضاء والسياسة الشرعية

- (1) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لابن فرحون المالكي، راجعه وقدم له طه عبد الرؤوف سعد، ط1 لسنة 1986، القاهرة الحديثة للطباعة، نشر مكتبة الكليات الأزهرية.
- (2) د/عبد الحليم منصور، السلطة القضائية في الإسلام، ط1 دار الفكر الجامعي 2010.
- (3) السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، محمود محمد ناصر بركات، ط1 لسنة 1427هـ-2007م، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن.
- (4) طرق انتهاء ولاية الحكام في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية، كاید يوسف قرعوش، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط1 لسنة 1987.

- (5) السلطة القضائية في الإسلام، شوكت عليان، (دكتوراه 1392هـ-). كلية الشريعة، جامعة الأزهر، طبعة (1402هـ-1982م)، طبع دار الراشد، الرياض.
- (6) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية، شرح ومراجعة إبراهيم رمضان ط1 لسنة 1991.
- (7) النظرية العامة للقضاء في الإسلام، محي هلال السرحان، مطبعة هيئة وإدارة واستثمار أموال الوقف السني جمهورية العراق، لسنة 2007.
- (8) د/محمود السيد التحيوي، النظرية العامة لأحكام القضاء وفقا لآراء الفقه وأحكام المحاكم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- (9) علي بن محمد الماوردي، أدب القاضي، تحقيق محي هلال السرحان، د ط، بغداد، مطبعة الإرشاد، 1971م.
- (10) الشحات إبراهيم محمد منصور، الضوابط التي تحكم فتوى المفتي وقضاء القاضي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط2011.
- (11) وسام أحمد السمروط، الأحكام القضائية الشرعية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ط1، 2009.

6- كتب قانونية

- (1) موريس نخلة وآخرون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، لسنة 2002.
- (2) د/نبيل إسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية و التجارية، منشأة المعارف الإسكندرية، ط1980.
- (3) أحمد محمود سعد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1.
- (4) مأمون سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون دار الفكر العربي 1952.
- (5) جمال الدين سامي، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دراسة تحليلية مقارنة للسلطة التقديرية للإدارة في إصدار القرارات الإدارية والرقابة القضائية عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- (6) ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، فرنسا، مصر، لبنان، الدار الجامعية، 1988، بيروت.
- (7) إسماعيل هه ورامي الحقيقة التقديرية دار الكتب القانونية، مصر-الإمارات، ط 12.
- (8) عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة عين شمس 1971.
- (9) أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية.

- (10) د/إبراهيم أكرم نشأت، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
- (11) د/عازر عادل، النظرية العامة في ظروف الجريمة، المطبعة العالمية القاهرة.
- (12) حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، بنغازي، 1996.
- (13) آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات دراسة مقارنة، الدار العربية للطباعة والنشر، بغداد، 1976، ط1.
- (14) د/محمد محدة، الخطبة والزواج، شهاب 2000، ط2.
- (15) د/بشير البيلاوي، قوانين الأحوال الشخصية، دار العلم للملايين: ط1، 1979.
- (16) مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، السوري، مطبعة جامعة دمشق، ط6، 1962.
- (17) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى عين مليلة، ط1، 1991-1992.
- (18) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، الجزائري، ديوان مطبعة الجامعية، ط6، 2008.
- (19) سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، دار الكتاب الحديث، القاهرة 1991.
- (20) يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر 1981.
- (21) رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، "النظرية العامة في الإثبات"، الدار الجامعية 1993.
- (22) أوريدة حمادي، إجراءات التحقيق في المواد المدنية، مذكرة نهاية التبرص، مجلس قضاء سطيف المعهد الوطني للقضاء 1999-2001.
- (23) محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر.
- (24) محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، طبعة 1991.
- (25) أحمد أبو الوفاء، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية 1983.
- (26) فخري أبو صقية، طرق الإثبات في القضاء الإسلامي، شركة الشهاب الجزائر، دون سنة نشر.
- (27) محمد مجدي هرجة، قانون الإثبات، الجزء الأول والثاني، دار المطبوعات

الجامعية 1994.

(28) الأستاذ محمد أحمد القضاة: التحكيم في الشقاق بين الزوجين، مجلة دراسات الجامعة الأردنية عمان، الأردن، المجلد 18(أ)، العدد الرابع، سنة 1991.

(29) د/بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، طبعة سنة 1999.

(30) الأستاذ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري: الطبعة الثالثة مدعمة بالاجتهادات القضائية لسنة 1996، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر.

(31) الأستاذ عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها.

(32) الدكتور محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، طبعة 2002.

(33) د/عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

(34) المستشار أنور العمروسي، عيوب الرضا في قانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ط1.

(7) الرسائل العلمية

(1) قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مذكرة ماجستير جامعة الجزائر، 2011-2012.

(2) إبراهيم ابن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 1994-1995.

(3) فاطمة الزهراء تبوب، السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات المدني، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية مقدم بمعهد الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر، سنة 1996-1997.

(4) شامي محمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان 2003، 2014.

(8) المجلات والدوريات

(1) زياب عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري، مقال منشور بمجلة دراسات علوم الشريعة والقانون التابعة لكلية الشريعة بالجامعة الأردنية، المجلد 35 العدد 02 لسنة 2008.

- (2) محمد بخيت المطيعي، مجلة المحاماة الشرعية، عدد 01 (د ت) القاهرة.
- (3) محمد المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي.
- (4) أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي.
- (5) د/محمد سنان الجلال، التعويض المادي عن الضرر الأدبي أو المادي غير المباشر الناتج عن الجناية أو الشكوى الكيدية، بحث مقدم للدورة الثانية والعشرين للمجمع الفقهي الإسلامي، المنعقدة في مكة المكرمة.
- (6) د/محمد سلام بعنوان (كتاب الإباحة عند الأصوليين والفقهاء) بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد العدد الأول مارس 1962 السنة الثانية والثلاثون مطبعة جامعة القاهرة.
- (7) ملزي عبد الرحمان، طرق الإثبات في المواد المدنية، محاضرات ألقيت على الطلبة القضاة السنة الأولى قضاء، بالمدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عثر سنة 2005، غير منشورة.
- (8) الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 29، ص 59، الفقه الإسلامي وأدلته.
- (9) د/محمد سنان الجلال، التعويض المادي عن الضرر الأدبي أو المادي غير المباشر الناتج عن الجناية أو الشكوى الكيدية، بحث مقدم للدورة الثانية والعشرين للمجمع الفقهي الإسلامي، المنعقدة في مكة المكرمة
- 9- قوانين وأحكام قضائية**
- (1) القانون رقم 14/16 أغسطس 1970 المادة 13 من القسم الثاني.
- (3) قانون الإجراءات المدنية والإدارية، النص الكامل للقانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، طبعة 2011، منشورات بيرتي.
- (4) القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، النص الكامل للقانون وتعديلاته إلى غاية 13 ماي 2007، طبعة 2011، منشورات بيرتي.
- (9) قانون رقم 84-11 مؤرخ في 11 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- (10) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في: 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في: 20/06/2005.
- (11) المحكمة العليا 25 ديسمبر 1989، المجلة القضائية.
- (12) محكمة النقض المصرية، نقض مدني رقم 14/12/1939، طعن رقم 33 مجلة المحماة، السنة 33 رقم 422.
- (13) محكمة النقض التونسية، 03 مارس 1959.
- (14) نقض مدني سوري، 27 مارس 1952.

- (15) حكم محكمة المنيا في القضية رقم 51/118 محلى شرعي مستأنف بجلسة 1951/6/20 منشور بمجلة مبادئ القضاء.
- (16) مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، سنة 1996.

الجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

17) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1997 /10/23
ملف رقم 174132، نشرة القضاة، العدد 55.

10- المعاجم اللغوية

1) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط3 لسنة 1985، شركة الإعلانات الشرقية.

2) التوقيف على مهمات التعاريف، محمد المناوي، دار الفكر المعاصر، بيروت، دار الفكر، دمشق، (1410هـ-1990م).

3) لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الشهير بابن منظور، دار صادر لسنة 2003.

4) مختار الصحاح للرازي، ترتيب محمود خاطر تحقيق وضبط حمزة فتح الله مؤسسة الرسالة، بيروت 1992.

5) الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ط3، مصر، بولاق، المطبعة الميرية، 1301هـ..

11- كتب الفقه وأصوله

1) محمد عبد الفتاح النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط2002.

2) فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان ط1، 1994م.

3) محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي (د-د-ت).

4) مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، السوري، مطبعة جامعة دمشق، ط06، 1962.

5) عبد الرحمان الصابوني، الأحوال الشخصية، كلية الحقوق جامعة حلب سورية، ط1965.

12- المراجع الأجنبية:

- 1) DEREUX (G): L'interprétation des actes juridiques privés thèse, Paris 1905, P343.
- 2) VECCHIO (GEORGES) La justice la vérité essai de philosophie juridique et morale ed, Paris 1955, P6.
- 3) SANTA MARIA (G-L) Les Systems d'interprétation des contrats thèse, Paris 1968, P68.
- 4) DEREUX (G): L'interprétation des actes juridiques privés thèse, Paris 1905, P451.
- 5) GOUNOT (E): Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé thèse, Paris 1905, P212.
- 6) BOSSHART (F) L'interprétation des contrats thèse GENEVE 1939, P125.
- 7) Gauguier, L'interprétions Des Actes Juridiques, Thèse, Paris, 1898, P216 Ets.
- 8) Marty et Reynaud, Droit civil T2, Ed Paris 1972 .

فهرس الموضوعات

	المقدمة
	الفصل الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي وأحكامها
03	المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي وماهيتها
03	المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي
03	الفرع الأول: السلطة لغة
04	الفرع الثاني: السلطة في الاصطلاح
04	الفرع الثالث: التقدير لغة
05	الفرع الرابع: التقدير اصطلاحاً
05	الفرع الخامس: القضاء لغة
06	الفرع السادس: القضاء اصطلاحاً
06	الفرع السابع: تعريف السلطة التقديرية باعتبار العلمية
07	1/7: تعريف أهل القانون للسلطة التقديرية
11	2/7: تعريف السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي
12	الفرع الثامن: تعريف السلطة التقديرية باعتبارها مركباً إضافياً
13	المطلب الثاني: تعريف السلطة التقديرية في العمل القضائي بشكل عام
13	الفرع الأول: مفهوم السلطة التقديرية في القانون الإداري
16	الفرع الثاني: مفهوم السلطة التقديرية في القانون الجنائي
16	أولاً: سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة
21	ثانياً: التزام القاضي الجنائي بإعمال قواعد القانون وأثر ذلك على سلطته التقديرية
27	ثالثاً: ماهية سلطة القاضي الجنائي التقديرية غير موجود في النص
29	رابعاً: نطاق سلطة القاضي الجنائي التقديرية غير موجود في النص

27	المبحث الثاني: مشروعية منح السلطة التقديرية ومصادرها
27	المطلب الأول: مشروعية منح السلطة التقديرية
27	الفرع الأول: من القرآن الكريم
28	الفرع الثاني: من السنة المطهرة
31	الفرع الثالث: من الأثر
34	الفرع الرابع: من المعقول
35	الفرع الخامس: من القواعد الفقهية
36	المطلب الثاني: مصادر السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي
36	الفرع الأول: مفهوم مصادر السلطة التقديرية
37	الفرع الثاني: مصادر الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي
42	المطلب الثالث: مصادر السلطة التقديرية للقاضي في القانون الوضعي
42	الفرع الأول: القاعدة القانونية
44	الفرع الثاني: القانون الطبيعي
44	الفرع الثالث: فكرة العدالة
48	المبحث الثالث: شروط تولي منصب القضاء وأثرها في ممارسة السلطة التقديرية
48	المطلب الأول: شرط العقل وأثره في السلطة التقديرية
50	المطلب الثاني: شرط الإسلام وأثره في السلطة التقديرية
51	المطلب الثالث: شرط البلوغ وأثره في السلطة التقديرية
52	المطلب الرابع: شرط الذكورة وأثره في السلطة التقديرية
58	المطلب الخامس: شرط الاجتهاد (العلم بالأحكام الشرعية) وأثره في السلطة التقديرية
63	أثر الاجتهاد في ممارسة السلطة التقديرية

- 63 المطلب السادس: شرط سلامة الحواس وأثره في السلطة التقديرية
- 63 الفرع الأول: سلامة حاسة البصر
- 64 الفرع الثاني: سلامة حاسة السمع
- 64 الفرع الثالث: سلامة حاسة النطق
- 64 المطلب السابع: شرط الكتابة وأثره في السلطة التقديرية
- 65 المطلب الثامن: شرط العدالة وأثره في السلطة التقديرية
- 66 أثر العدالة في ممارسة السلطة التقديرية
- 67 المطلب التاسع: صفات أخرى وأثرها في السلطة التقديرية
- 73 الفرع الأول: أثر صفات الكمال في السلطة التقديرية غير موجود في النص
- 74 الفرع الثاني: آداب القاضي وأثرها في السلطة التقديرية غير موجود في النص
- 70 المبحث الرابع: محل ممارسة السلطة التقديرية للقاضي (الواقع والواجب أو الواقع والقانون)
- 71 المطلب الأول: نشاط القاضي في مجال الواقع
- 76 المطلب الثاني: نشاط القاضي في مجال القانون
- 79 المبحث الخامس: التقدير الموضوعي والتقدير الشخصي للقاضي
- 79 المطلب الأول: معنى التقدير الموضوعي
- 84 المطلب الثاني: معنى التقدير الشخصي
- 90 المبحث السادس: ضوابط السلطة التقديرية في الإجراءات القضائية في الفقه الإسلامي
- 90 المطلب الأول: علنية الجلسات
- 90 الفرع الأول: اتخاذ المساجد والأماكن العامة مجلساً للقضاء

- 94 الفرع الثاني: تسبيب الأحكام
- 95 الفرع الثالث: تدوين الأحكام
- 97 المطلب الثاني: مبدأ المواجهة بين الخصوم
- 97 الفرع الأول: حقيقة مبدأ المواجهة
- 103 الفرع الثاني: ضوابط مبدأ المواجهة غير موجود في النص
- 104 المطلب الرابع: تصحيح الدعوى في الفقه الإسلامي غير موجود في النص الرقابة على أحكام القضاة
- 107 المطلب الخامس: التفتيش على أحكام القاضي في الفقه الإسلامي غير موجود في النص
- 107 الفرع الأول: سلطة التفتيش على أحكام القاضي غير موجود في النص
- 110 الفرع الثاني: ضوابط التفتيش على أحكام القاضي غير موجود في النص
- 108 المبحث السابع: طرق الطعن في الأحكام العادية في الفقه الإسلامي
- 108 المطلب الأول: مفهوم الطعن في الأحكام
- 108 الفرع الأول: معنى الطعن في الأحكام
- 108 الفرع الثاني: أساس الطعن على الأحكام
- 109 المطلب الثاني: الطعن بالمعارضة
- 111 المطلب الثالث: الطعن بالاستئناف
- 115 المطلب الرابع: الطعن بالنقض
- 115 الفرع الأول: مفهوم النقض الحكم في الفقه الوضعي
- 115 الفرع الثاني: مفهوم بالنقض في الفقه الإسلامي
- 117 أسباب نقض الحكم في الفقه الإسلامي
- 118 الأحكام التي لا يجوز للحاكم أو لغيره نقضها

- 118 الفرق بين الطعن والتفتيش عن الأحكام
- 118 المطلب الرابع: الطعن بالتماس إعادة النظر
- الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني وتطبيقاتها
- 130 المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في قبول الدعوى
- 130 المطلب الأول: الدعوى
- 130 الفرع الأول: تعريف الدعوى
- 131 الفرع الثاني: عناصر الدعوى
- 132 الفرع الثالث: مشروعية الدعوى
- 132 الفرع الرابع: أنواع الدعوى
- 132 أولاً: تقسم الدعوى من حيث صحتها
- 132 ثانياً: وتقسم الدعوى من حيث صلة المدعي بالدعوى
- 133 ثالثاً: وتقسم الدعوى بحسب موضوعها
- 133 الفرع الخامس: إقامة الدعوى
- 134 المطلب الثاني: الخصوم في الدعوى
- 134 الفرع الأول: تعريف المدعى والمدعى عليه
- 135 الفرع الثاني: شروط الخصوم
- 135 أولاً: الخصم الحاضر
- 135 ثانياً: الخصم الغائب
- 140 المطلب الثالث: استدعاء الخصم إلى مجلس القضاء
- 141 الفرع الأول: طريقة الاستدعاء
- 142 الفرع الثاني: علنية المرافعة وسريتها

- 143 الفرع الثالث: قول المترجم
- 145 المبحث الثاني: الطرق التي يحكم بها القاضي وضوابطها في الفقه الإسلامي
- 145 المطلب الأول: أهم الطرق التي يعتمد عليها القاضي في حكمه
- 146 الفرع الأول: الإقرار كدليل من أدلة الإثبات وضابطه
- 146 أولا: الإقرار في اللغة
- 146 ثانيا: الإقرار اصطلاحا
- 147 ثالثا: الأحكام التي تعتري الإقرار وآراء الفقهاء فيها
- 150 رابعا: أقسام الإقرار
- 151 خامسا: الضوابط التي تحكم الإقرار
- 152 الفرع الثاني: الشهادة أو البيعة ووسائل تقديرها وضوابطها في الفقه الإسلامي
- 158 الضوابط العامة للشهادة
- 159 الفرع الثالث: في اليمين وضوابط الحكم بها
- 164 الضوابط العامة لليمين
- 164 الفرع الرابع: القرائن وضوابط الحكم بها
- 167 الضوابط العامة للقريئة
- 167 الأدلة الكتابية والمحركات العرفية والرسمية ومدى حجيتها في الشريعة الإسلامية
- 169 المطلب الثالث: الحكم الصادر نتيجة علم القاضي
- 170 الفرع الأول: "قضاء القاضي بعلمه"
- 170 أولا: إذا حكم بعلمه في زمان ومكان القضاء
- 171 الأمر الثاني: قضاء القاضي بعلمه في غير زمان القضاء ومكانه أو في

زمانه وفي غير مكانه

- 176 المطلب الثالث: في الحكم الصادر على الغائب وضوابطه
- 176 الفرع الأول: آراء الفقهاء في الحكم على الغائب
- 184 الفرع الثاني: القضاء على العين الغائبة وكيفية سماع البينة على الغائب وضوابط ذلك في الفقه الإسلامي
- 184 الفرع الثالث: كيفية قضاء القاضي على العين الغائبة
- 187 الفرع الرابع: كيفية سماع البينة على الغائب
- 191 المبحث الثالث: أدوات القاضي التي يستعين بها في تفسير العقد
- 192 المطلب الأول: القواعد الفقهية
- 205 المبحث الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني الجزائري عند التحقيق في الدعوى
- 207 المطلب الأول: المبادئ العامة التي تحكم سلطة القاضي المدني في إجراءات التحقيق في الدعوى
- 208 الفرع الأول: مبدأ حياد القاضي
- 208 أولاً: التعريف بمبدأ حياد القاضي
- 208 1- المقصود بمبدأ حياد القاضي
- 209 2- مذاهب الإثبات
- 213 ثانياً: المبادئ المتفرعة عن مبدأ حياد القاضي
- 213 1- عدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي
- 215 2- الحق في الإثبات ومواجهة الدليل بضده
- 217 الفرع الثاني: وجوب توفر شروط معينة في الواقعة محل التحقيق
- 217 المطلب الأول: أن تكون الواقعة محل نزاع ومتعلقة بالدعوى
- 217 الفرع الأول: أن تكون الواقعة محل نزاع

- 218 الفرع الثاني: أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى
- 219 المطلب الثاني: أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى وجائزة الإثبات
- 220 الفرع الأول: أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى
- 221 الفرع الثاني: أن تكون الواقعة جائزة لإثبات قانونا
- 222 المبحث الخامس: مظاهر سلطة القاضي المدني في إجراءات التحقيق في الدعوى كيفاش هنا كاتبها مبحث وفي النص كاتبها فصل
- 222 المطلب الأول: سلطة القاضي المدني في الأمر بإجراء التحقيق في الدعوى
- 223 الفرع الأول: سلطة القاضي المدني في الأمر بإجراء الخبرة، مضاهاة الخطوط، ودعوى التزوير الفرعية
- 223 أ: الخبرة
- 223 أولا: الحالات التي نص عليها القانون
- 225 ثانيا: الحالات التي لا يمكن للقاضي الفصل فيها دون اللجوء إلى الخبرة
- 227 ب: مضاهاة الخطوط
- 227 ج: دعوى التزوير الفرعية
- 229 الطعن بالتزوير في مجال القضاء المستعجل
- 229 الفرع الثاني: سلطة القاضي المدني في الأمر بإجراء الشهادة، اليمين، والا نتقال للمعاينة
- 229 أ: الشهادة
- 229 موانع الإثبات بالشهود في التشريع الجزائري
- 230 موانع الإثبات بالشهود في القانون المدني الجزائري
- 231 موانع الإثبات بالشهود في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري
- 232 سلطة القاضي الجزائري في تقديره لموانع الإثبات بالشهادة

- 233 ب: اليمين
- 233 أولاً: اليمين الحاسمة
- 234 ثانياً: اليمين المتممة
- 235 ج:- الانتقال إلى المعاينة
- 236 المبحث السادس: سلطة القاضي المدني في العدول عن الأمر بإجراء التحقيق، وتقدير الدليل الناتج عنه
- 236 المطلب الأول: سلطة القاضي في التراجع عن الأمر بإجراء التحقيق
- 237 الفرع الأول: في حالة عدم إيداع المبلغ المحدد على ذمة المصروفات التي تستلزمها إجراءات التحقيق
- 237 الفرع الثاني: في حالة تغير الظروف التي أدت إلى الأمر بإجراء التحقيق
- 240 المطلب الثاني: مدى تقييد القاضي بدليل الإثبات الناتج عن إجراء التحقيق
- 240 الفرع الأول: مدى تقييد القاضي بدليل الإثبات الناتج عن الخبرة، مضاهاة الخطوط، ودعوى التزوير الفرعية
- 240 أولاً: بالنسبة للخبرة
- 242 ثانياً: بالنسبة لمضاهاة الخطوط
- 242 ثالثاً: بالنسبة لدعوى التزوير الفرعية
- 242 الفرع الثاني: مدى تقييد القاضي بدليل الإثبات الناتج عن: الشهادة، اليمين، والانتقال للمعاينة
- 242 أولاً: بالنسبة للشهادة
- 243 ثانياً: بالنسبة لليمين
- 243 ثالثاً: بالنسبة للمعاينة

الفصل الثالث ضوابط السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية

- 244 المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر المترتب

عن العدول عن الخطبة

- 245 المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة
- 245 الرأي الأول: وجوب التعويض بإطلاق
- 245 الرأي الثاني: عدم التعويض مطلقا
- 246 الرأي الثالث: التعويض عن الأضرار المادية
- 247 الرأي الرابع: التعويض عن كل ضرر يترتب عنه العدول
- 248 المطلب الثاني: موقف القانون والقضاء الجزائري والمقارن من التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة
- 249 سلطة القاضي في تقدير وقوع الضرر
- 256 المبحث الثاني: السلطة التقديرية القاضي في التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي
- 256 المطلب الأول: مفهوم التفريق بين الزوجين
- 258 المطلب الثاني: التكييف الفقهي للفرقة بحكم القاضي
- 266 أثر نوع الفرقة على المتعة
- 266 أولا: حكم المتعة في فرقة الطلاق
- 269 ثانيا: حكم المتعة في فرقة الفسخ
- 270 أثر نوع العدة
- 275 المطلب الثالث: التفريق بسبب الإيلاء
- 275 الفرع الأول: تعريف الإيلاء، وبيان ألفاظه
- 279 الفرع الثاني: مشروعية التفريق بسبب الإيلاء، وأحكامه
- 281 الفرع الثالث: أحكام الإيلاء الدنيوية
- 287 الفرع الرابع: معنى الهجر

- 288 الفرع الخامس: الفرق بين الهجر والإيلاء
- 289 المطلب الرابع: مشروعية التفريق بسبب الهجر
- 291 الفرع الأول: حرص الشريعة على حسن العشرة
- 291 الفرع الثاني: حق الزوجة في مبيت زوجها عندها
- 293 الفرع الثالث: حق الروحة في الوطاء
- 297 المطلب الخامس: وقت وقوع الفرقة، ونوعها
- 297 الفرع الأول: وقت وقوع الفرقة
- 299 الفرع الثاني: نوع فرقة الهجر
- 299 المطلب السادس: حكم الظهار، وآثاره
- 299 الفرع الأول: تعريف الظهار
- 301 الفرع الثاني: ألفاظ الظهار
- 303 الفرع الثالث: حكم الظهار
- 305 الفرع الرابع: آثار الظهار
- 309 المطلب السابع: مشروعية التفريق بسبب الظهار
- 310 المطلب الثامن: التفريق لعدم الإنفاق
- 318 المبحث الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق وانحلال الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري
- 323 المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق
- 324 الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق
- 325 الفرع الثاني: التطليق للعيوب
- 328 الفرع الثالث: التطليق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر
- 329 الفرع الرابع: التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية

- 330 الفرع الخامس: التطليق بسبب غياب الزوج
- 331 الفرع السادس: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة
- 332 الفرع السابع: التطليق بسبب ارتكاب فاحشة مبينة
- 333 الفرع الثامن: التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين
- 334 الفرع التاسع: التطليق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج
- 334 الفرع العاشر: التطليق بسبب كل ضرر معتبر شرعا
- 335 المطلب الثالث: تقدير القاضي للطلاق التعسفي والنشوز
- 336 الفرع الأول: تقدير القاضي لتعسف الزوج في الطلاق
- 337 الفرع الثاني: دور القاضي في تحديد حالات النشوز
- المبحث الرابع: السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق وانحلال الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري
- المطلب الأول: دور القاضي في الصلح والتحكيم: تعد إجراءات الصلح و التحكيم في فك الرابطة الزوجية من الإجراءات الهامة والأولية التي أوجب قانون الأسرة على القاضي القيام بها قبل الشروع في بحث موضوع النزاع وإصدار حكم بشأنه وجعلها إجبارية.
- 343 المبحث الخامس: سلطة القاضي التقديرية في الحضانة
- 343 المطلب الأول: ماهية الحضانة في الفقه الإسلامي وترتيب أصحاب الحق فيها
- 343 الفرع الأول: ماهية الحضانة
- 344 الفرع الثاني: حكم الحضانة ودليل مشروعيتها وحكمتها
- 346 المطلب الثاني: حق الحضانة
- 347 المطلب الثالث: مراتب الحضانة
- 348 المطلب الرابع: شروط استحقاق الحضانة ومدتها
- 348 الفرع الأول: شروط استحقاق الحضانة

- 349 الفرع الثاني: مجال تدخل القاضي في الحضانة
- 350 1: دور القاضي في إسناد الحضانة
- 353 2: سلطات القاضي في إسقاط الحضانة
- 358 3: مجال تدخل القاضي في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وتنظيم
- 372 حق الزيارة
- الفهارس
- 373 فهرس الآيات القرآنية
- 376 فهرس الأحاديث النبوية
- 378 فهرس المصادر والمراجع
- 391 فهرس الموضوعات