

**السلطة التقديرية للقاضي
في القضاء الإسلامي
وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية**

إعداد
محمد علي "محمد علي" العمري

المشرف
الدكتور نيباب عقل محارمة

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراة في
القضاء الشرعي

كلية الدراسات العليا
الجامعة الأردنية

أيلول/ ٢٠٠٥

نوقشت هذه الرسالة وهي بعنوان " السلطة التقديرية للقاضي في القضاء الإسلامي
وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية " وأجيزت بتاريخ ٢٣/٨/٢٠٠٥

لجنة المناقشة

التوقيع



الدكتور ذياب عقل محارمه - مشرفاً

أستاذ مشارك في الفقه المقارن - كلية الشريعة - الجامعة الأردنية



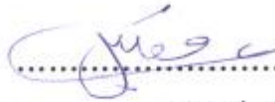
الأستاذ الدكتور عبد المجيد الصلاحيين العبادي - عضواً

أستاذ الفقه المقارن- عميد كلية الشريعة - الجامعة الأردنية



الأستاذ الدكتور عبد الحميد إبراهيم المجالي - عضواً

أستاذ الفقه المقارن - كلية الشريعة - جامعة مؤتة .



الدكتور عارف خليل أبو عيد - عضواً

أستاذ مشارك في الفقه المقارن - كلية الشريعة - الجامعة الأردنية .

الإهداء

إلى الحبيب المصطفى - صلى الله عليه وسلم - معلم الناس الخير

إلى ورثة الأنبياء، السادة العلماء، الذين خدموا الدين والعلم،

وإلى كل محب لعلوم الشرع

إلى والديّ، المعين الذي لا ينضب من حب الخير والدعاء به،

إلى زوجتي بما صبرت وأعانت... وإلى ولديّ سارة وعليّ،

إلى كل قريب وحبيب..... أهدي هذه الرسالة

شكر وتقدير

وبعد أن أعانني الله تعالى على إعداد هذه الرسالة، فإنني أتقدم بالشكر الجزيل
لفضيلة الدكتور ذياب عقل، المشرف على هذه الرسالة

وأتقدم أيضا بخالص الشكر والعرفان للسادة العلماء أصحاب الفضيلة الذين تكرموا
عليّ بمناقشة هذه الرسالة .

ولا يفوتني أن أتقدم أيضا بالشكر والامتنان إلى الصرح العلمي العريق،
جامعتي في كل مراحل دراستي، الجامعة الأردنية، وكلية الشريعة، وإلى كل
من قدم إليّ معروفا، أو نصحني أو ذلل أمامي الطريق حتى وصلت إلى
إنجاز هذا البحث .

فهرس الموضوعات

الصفحة	فهرس المحتويات
ب	قرار اللجنة.....
ج	الإهداء
د	الشكر
هـ	المحتويات
ن	ملخص باللغة العربية
١	المقدمة
٢	أهمية الدراسة
٣	مبررات الدراسة
٤	الدراسات السابقة
٧	منهجية البحث
٨	خطة البحث
	الباب الأول : السلطة التقديرية للقاضي في القضاء الإسلامي، ويتضمن الفصلين
٢٢٨-١٠	الآتين:
	الفصل الأول : ماهية السلطة التقديرية، ومشروعيتها، والحكمة منها، والضوابط التي
٧٤-١٠	تحكمها ويتضمن المباحث الآتية:
١٢	المبحث الأول : في ماهية السلطة التقديرية ، ويتضمن المطالب الآتية:
١٢	المطلب الأول : تعريف السلطة والتقدير في اللغة
١٢	أولاً: تعريف السلطة في اللغة
١٢	ثانياً: تعريف التقدير في اللغة
١٤	المطلب الثاني : تعريف السلطة اصطلاحاً
	المطلب الثالث : تعريف السلطة التقديرية باعتبارها لفظاً مركباً، عند الفقه
١٥	والقانون
١٦	- تعريف السلطة التقديرية عند أهل القانون.....

- ١٩ - تعريف السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي.....
- ٢٥ المبحث الثاني : علاقة السلطة التقديرية للقاضي بالسياسة الشرعية
- ٣١ المبحث الثالث : مشروعية السلطة التقديرية، ويتضمن المطالب الآتية :.....
- المطلب الأول : مشروعية السلطة التقديرية في القرآن الكريم ، ويتضمن
- ٣٢ الفرعان الآتيان :
- الفرع الأول : من حيث إشارة القرآن الكريم إلى السلطة التقديرية في
- ٣٣ قضاء ما قبل الإسلام
- الفرع الثاني : من حيث إشارة القرآن الكريم إلى السلطة التقديرية في
- ٣٧ القضاء الإسلامي
- المطلب الثاني : مشروعية السلطة التقديرية في السنة النبوية ، ويتضمن
- ٤٢ الفروع الآتية :
- ٤٣ الفرع الأول : السلطة التقديرية للقاضي في الأحاديث النبوية
- ٤٩ الفرع الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في السنة الفعلية
- ٥٤ الفرع الثالث : السلطة التقديرية للقاضي في السنة التقريرية
- ٥٧ المطلب الثالث : السلطة التقديرية للقاضي في أقضية الصحابة
- ٦٧ المطلب الرابع : الدليل على السلطة التقديرية للقاضي من المعقول
- ٦٨ المبحث الرابع : الحكمة من مشروعية السلطة التقديرية للقاضي
- ٦٩ المبحث الخامس : الضوابط التي تحكم سلطة القاضي التقديرية
- الفصل الثاني : مجالات السلطة التقديرية للقاضي في نظام القضاء الإسلامي ، ويتضمن
- ٢٢٧-٧٥ المباحث الآتية :
- ٧٦ المبحث الأول : السلطة التقديرية للقاضي في الأعمال الولائية ، ويتضمن المطالب الآتية:
- ٧٦ المطلب الأول : في تعريف الأعمال الولائية وبيان طبيعتها
- ٨٠ المطلب الثاني : نطاق الأعمال الولائية في الفقه الإسلامي
- المطلب الثالث : السلطة التقديرية للقاضي في الأعمال الولائية في
- ٨١ القضاء الإسلامي ، ويتضمن الفروع الآتية :.....
- ٨٢ الفرع الأول : السلطة التقديرية للقاضي في العقود.....

	الفرع الثاني : السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بإثبات الصفات في
٨٨	الذوات
	الفرع الثالث : السلطة التقديرية للقاضي في تقدير المطالبات بعد ثبوت
٩٠	أسبابها
	الفرع الرابع : السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بإثبات أسباب
٩٤	الأحكام الشرعية.....
	المطلب الخامس : السلطة التقديرية للقاضي في الأعمال الولائية عند
	أهل القانون وما يماثلها في القضاء الشرعي
٩٦	المعاصر.....
٩٩	المبحث الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في الأعمال القضائية، ويتضمن المطالب الآتية:
	المطلب الأول : السلطة التقديرية للقاضي في إدارة الدعوى ويتضمن
١٠٠	الفروع الآتية :
١٠١	الفرع الأول : تحديد مكان وزمان التقاضي، وتقدير المهل والآجال ...
	الفرع الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في إعطاء أولوية النظر
١٠٧	لدعوى متأخرة على دعوى متقدمة
١٠٨	الفرع الثالث : السلطة التقديرية للقاضي في تأجيل المحاكمة
	الفرع الرابع : السلطة التقديرية للقاضي في إجراء المحاكمة بصورة
١٠٩	سرية.
	الفرع الخامس: السلطة التقديرية للقاضي في مراقبة أحوال الخصوم عند
١١١	الإدلاء بالحجج
	الفرع السادس : السلطة التقديرية للقاضي في منع الخصم من مباشرة
١١٢	الخصومة وأمره بالتوكيل.....
	الفرع السابع : السلطة التقديرية للقاضي في موعظة الخصمين قبل بدء
١١٣	المرافعة
	الفرع الثامن : السلطة التقديرية للقاضي في أسلوب تقرير المتهم
١١٣	واستجوابه

المطلب الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في وسائل الإثبات ، ويتضمن تمهيد والفروع

- ١٣٣ الآتية :
- ١٣٣ تمهيد: التعريف بوسائل الاثبات.....
- الفرع الأول : السلطة التقديرية للقاضي في وسائل الإثبات المتفق على
- ١٣٦ اعتبارها في الاثبات، وفيه:
- ١٣٧ أولا : السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق بالإقرار.
- ١٤٢ ثانيا : السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق بالشهادة.
- ١٥٣ ثالثا : السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق باليمين..
- الفرع الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في وسائل الإثبات المختلف
- ١٦٨ في اعتبارها في الإثبات، وفيه.....
- ١٦٩ أولا : السلطة التقديرية للقاضي في الإثبات بالقرائن ...
- ١٧٠ - القرينة المعتمدة في الاثبات
- ١٧١ - سلطة القاضي التقديرية في الاثبات بالقرائن
- ١٧٤ ثانيا : السلطة التقديرية للقاضي في الإثبات بالفراسة ..
- ١٨٠ ثالثا : السلطة التقديرية للقاضي في فصل النزاع بالقرعة
- رابعاً : السلطة التقديرية للقاضي في فصل النزاع بقسمة
- ١٩٠ المدعى به
- المطلب الثالث : السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق بالجرائم
- ١٩٢ والعقوبات، ويتضمن تمهيد ، والفروع الآتية :
- ١٩٢ تمهيد: تعريف الجرائم والعقوبات.....
- الفرع الأول : السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق بالحدود.....
- ٢٠١ الفرع الثاني :السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق بالقصاص الدييات.
- ٢٠٩ الفرع الثالث : السلطة التقديرية للقاضي في التعزير، وفيه:
- ٢١٠ أولا : تعريف التعزير وبيان مشروعيته.
- ٢١٢ ثانيا : أنواع العقوبات التعزيرية بصورة عامة

	ثالثا : الضوابط التي تحكم عمل القاضي في تقدير العقوبة
٢١٨	التعزيرية
٢٢١	رابعا : السلطة التقديرية للقاضي في العقوبات التعزيرية .
	المطلب الرابع : السلطة التقديرية للقاضي في إسقاط العقوبة عن
٢٢٦	المجرمين
	الباب الثاني : تطبيقات السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات الخاصة بالمحاكم
٣٢٨-٢٢٨	الشرعية وفيه تمهيد وأربعة فصول
٢٢٩	تمهيد
	الفصل الأول : السلطة التقديرية للقاضي في قانون أصول المحاكمات الشرعية، ويتضمن
٢٥٩-٢٣٠	المباحث الآتية :
	المبحث الأول : السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق بشكل الدعوى،
٢٣١	ويتضمن المطالب الآتية :
	المطلب الأول : السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق بالوظيفة
٢٣٢	والصلاحية
٢٣٥	المطلب الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في التبليغات القضائية
	المطلب الثالث : السلطة التقديرية للقاضي في توحيد الدعوى عند تعدد
٢٣٨	الخصوم
٢٣٩	المطلب الرابع : السلطة التقديرية للقاضي في المحاكمات
	المبحث الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق بموضوع الدعوى، ويتضمن
٢٤٠	المطالب الآتية :
٢٤١	المطلب الأول : السلطة التقديرية للقاضي في البيئات، وفيه فرعان: ..
	الفرع الأول : السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق بالبيئات
٢٤١	الشخصية
٢٤٤	الفرع الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق بالبيئات الكتابية
	المطلب الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في محاكمة المدعى عليه
٢٤٦	غيابيا

	المطلب الثالث :	السلطة التقديرية للقاضي في اتخاذ بعض الإجراءات رعاية لمصالح الغير، ويتضمن الفروع الآتية :
٢٤٧		
	الفرع الأول :	السلطة التقديرية للقاضي في إدخال الشخص الثالث في الدعوى
٢٤٧		
	الفرع الثاني :	السلطة التقديرية للقاضي في تأجيل الدعوى
٢٤٩		
	الفرع الثالث :	السلطة التقديرية للقاضي في المنع من التصرف
٢٥٠		
	الفرع الرابع :	السلطة التقديرية للقاضي في تعجيل تنفيذ الحكم أو تأخير تنفيذه
٢٥١		
	الفرع الخامس :	السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق بالحجز الاحتياطي
٢٥٥		
	المطلب الرابع :	السلطة التقديرية للقاضي في تصوير اليمين
٢٥٧		
	المبحث الثالث :	السلطة التقديرية لهيئة الاستئناف
٢٥٨		
	الفصل الثاني :	السلطة التقديرية للقاضي في قانون الأحوال الشخصية، ويتضمن تمهيد، والمباحث الآتية :
٢٩٤-٢٦٠		
		تمهيد
٢٦٠		
	المبحث الأول :	السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق بأحكام الزواج ، ويتضمن المطالب الآتية :
٢٦١		
	المطلب الأول :	السلطة التقديرية للقاضي في الإذن بزواج من لم يتم الثامنة عشرة من عمره
٢٦١		
	المطلب الثاني :	السلطة التقديرية للقاضي في تزويج البكر عند عضل الولي
٢٦٢		
	المطلب الثالث :	السلطة التقديرية للقاضي في تزويج المجنون والمعتوه
٢٦٤		
	المطلب الرابع :	السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق بالولاية على الزواج
٢٦٦		
	المطلب الخامس :	السلطة التقديرية للقاضي في اعتبار مسكن الزوجية

٢٦٧ شرعياً
	المطلب السادس : السلطة التقديرية للقاضي في تعيين مهر المثل
٢٦٨ والمتعة
	المبحث الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق بمسائل النفقات ، ويتضمن
٢٧٠ المطالب الآتية :
٢٧٠	المطلب الأول : السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق بنفقة الزوجة
٢٧٥	المطلب الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق بنفقة الأقارب .
	المبحث الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق بفرق النكاح،
٢٧٧	ويتضمن المطالب الآتية :
٢٧٧	المطلب الأول : السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق بالطلاق ...
٢٨٠	المطلب الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق بالمخالعة ...
	المطلب الثالث : السلطة التقديرية للقاضي في التفريق بين الزوجين
٢٨١ ويتضمن الفروع الآتية :
٢٨١	الفرع الأول : السلطة التقديرية للقاضي في التفريق للعلل
	الفرع الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في التفريق لغيبه الزوج
٢٨٤ وفقده
	الفرع الثالث : السلطة التقديرية للقاضي في التفريق لامتناع الزوج
٢٨٩ عن النفقة
٢٩٢	الفرع الرابع : السلطة التقديرية للقاضي في التفريق للشقاق والنزاع.
	الفصل الثالث : في مسائل متفرقة من مختلف التشريعات القضائية، ويتضمن المباحث
٣١٤-٢٩٥ الآتية :
	المبحث الأول : السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الأجور والمصاريف والأتعاب ،
٢٩٥ وفيه مطلبين :
٢٩٥	المطلب الأول : السلطة التقديرية للقاضي في تعيين أجره الرضاع
٢٩٨	المطلب الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في تقدير المصاريف والأتعاب
٣٠١ : السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق بالحضانة
	المبحث الثاني

	المبحث الثالث	: السلطة التقديرية للقاضي في تقدير عقوبة الحبس و الغرامة المالية
٣٠٥	في بعض الأحوال ، وفيه المطالب الآتية :
	المطلب الأول	: السلطة التقديرية للقاضي في تقدير عقوبة من يجري عقد
٣٠٥	نكاح من غير إذن المحكمة.....
	المطلب الثاني	: السلطة التقديرية للقاضي في عقوبة من يطلق ولم يسجل
٣٠٦	طلاقه لدى المحكمة
	المطلب الثالث	: السلطة التقديرية للقاضي في تغريم الشاهد الممتنع عن
٣٠٧	الشهادة .
	المطلب الرابع	: السلطة التقديرية للقاضي في عقوبة من ينتهك حرمة
٣٠٨	المحكمة
	المطلب الخامس	: السلطة التقديرية للقاضي في عقوبة المحامي إذا صدر
٣٠٩	منه ما يستوجب ذلك
٣١١	: السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق بالتركات وأموال الأيتام
٣١٤	: السلطة التقديرية للقاضي في الرسوم
٣٢٨-٣١٥	: التدقيق على السلطة التقديرية للقاضي، ويتضمن:
٣١٦	: تدقيق محكمة الاستئناف الشرعية، وفيه المطالب الآتية :
	المطلب الأول	: تدقيق محكمة الاستئناف الشرعية على قناعة
٣١٧	المحكمة بمطابقة الشهادة للدعوى
	المطلب الثاني	: تدقيق محكمة الاستئناف الشرعية على تصوير
٣٢١	القاضي لليمين
	المطلب الثالث	: تدقيق محكمة الاستئناف الشرعية على قناعة
٣٢٣	المحكمة الابتدائية بالتبليغ
	المبحث الثاني	: رقابة المرجع الإداري على القرارات الاستئنافية الصادرة عن
٣٢٦	القاضي بناءً على سلطته التقديرية
٣٢٩	: نتائج البحث
٣٣٣	: المصادر والمراجع:

٣٥٢:الملاحق
٣٥٢ : فهرس الآيات
٣٥٥ : فهرس الأحاديث
٣٦١ ملخص باللغة الأنجليزية

ملخص

السلطة التقديرية للقاضي في القضاء الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية

إعداد

محمد علي محمد العمري

إشراف

الدكتور ذياب عقل محارمة

تناولت هذه الدراسة موضوع السلطة التقديرية للقاضي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، هذا الموضوع الذي طالما تردد على ألسنة الفقهاء قديما وحديثا، ولكن بمسميات أخرى، كما في قولهم: موكل لاجتهاد القاضي، أو لنظر القاضي، أو لتقدير القاضي، أو مفوض إلى رأي القاضي، وما شابه ذلك، فجاءت هذه الرسالة لتحدد مفهوم السلطة التقديرية وتبين ماهيتها وحدودها ومشروعيتها وضوابطها، والحكمة من مشروعيتها.

ثم بينت هذه الدراسة مجالات السلطة التقديرية للقاضي في نظام القضاء الإسلامي قديما وحديثا، فجاء بابها الأول ليسلط الضوء على مجالات هذه السلطة في العمل القضائي سواء أكان ذلك العمل ولائيا، أم كان في صلب فصل الخصومة وما يتعلق بها.

ثم عرضت هذه الدراسة مواطن هذه السلطة بحسب نوع العمل القضائي، وأظهرت الجوانب التي يكون فيها للقاضي سلطة تقديرية، داعمة كل جزئية أثبتت فيها سلطة تقديرية للقاضي بقول أو أكثر من أقوال الفقهاء من مختلف المذاهب الفقهية ومن مختلف المراجع العلمية القيمة، وما كان من الجزئيات محل خلاف عند الفقهاء، فقد كانت هذه الدراسة، في كثير من المواطن تعرض لأراء الفقهاء وأدلتهم وتناقشها، ثم تبين الرأي الراجح فيها، ثم بناء عليه تقرر ما إذا كان القاضي يتمتع بالسلطة التقديرية في ذلك الموضوع أم لا.

ثم جاء الباب الثاني من هذه الدراسة ليبين الجانب التطبيقي للسلطة التقديرية للقاضي في القضاء المعاصر من خلال التشريعات القضائية، كقانوني أصول المحاكمات الشرعية وقانون الأحوال الشخصية وغيرها من التشريعات الشرعية الأخرى، وجدير بالذكر أن القضاء بالشرع أصبح محصورا في جانب الأحوال الشخصية، بعد أن كان قديما يشمل كل مفردات الحياة.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ المقدمة

الحمد لله ذي الجلال والإكرام، وأشهد أن لا إله إلا هو العزيز الذي لا يذل ولا يضام، وأشكره جلت قدرته على ما وهبني من هبات ونعم عظام، أجلها وأسامها نعمة الإسلام، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله خير الأنام، نبي الرحمة والهداية عليه أفضل الصلاة وأتم السلام، وعلى آله الطيبين الطاهرين الكرام، وصحابته الأخيار، والتابعين وتابعيهم بإحسان إلى يوم القيام وبعد.

فإن الله تعالى جلت قدرته خلق الخلائق، وجعل أكرمهم بني البشر، وفضلهم على من خلق تفضيلا، فقال عز من قائل "وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا"^(١).

وكان من مظاهر التكريم الإلهي للبشر، أن جعلهم خلفاء في الأرض، فأمرهم بالعدل، وحرّم عليهم الظلم، وجعل محبته لأهل العدل، وحباهم منزلة رفيعة يوم القيامة، كما أخبر أحب الخلق إليه، صلوات الله عليه، أن من السبعة الذين يظلمهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله، الإمام العادل، فقد قال "سبعة يظلمهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله الإمام العادل..."^(٢).

ولما كان من سنة الله تعالى في خلقه أن جعل بعضهم بحاجة لبعض، كان لا بد من التعامل فيما بينهم، وكان من نتائج ذلك التعامل أمورا بعضها يعود عليهم باليسر والرخاء، وبعضها يعود عليهم بالنزاع والاختصاص، ولما كان الأمر كذلك كان لا بد من وجود جهة يرجع إليها في فصل الخصومات، وينظر إليها بعين الثقة والاطمئنان، تلك الجهة هي القضاء.

ولما كان القضاء محط أنظار العباد، كان من واجبه السعي إلى تحقيق العدل وإنصاف المظلومين، والأخذ على يد الظالمين، ولإعانتهم على تحقيق هذا الواجب الشرعي العظيم، بين لهم الشارع الحكيم المنهج القويم الذي يوصل إلى تلك الغاية وشرع لهم القضاء، وبين لهم أحكامه، وبين أن الناس كلهم سواء أمام القضاء، لا فرق بين غني ولا فقير ولا عربي ولا أعجمي ولا أبيض ولا أسود، وقد أوضح ذلك النبي المصطفى ﷺ فقال: "والله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها"^(٣).

١- سورة الإسراء : [آية : ٧٠]

٢- أخرجه النيسابوري، مسلم بن الحجاج، (٢٧٥هـ) صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى الحلبي وشركاه، ج ٢، ص ٧١٥، كتاب الزكاة، باب الفضل إخفاء الصدقة، حديث رقم (١٠٣١)

٣- أخرجه مسلم ج ٣، ص ١٣١٥، كتاب الحدود، باب قطع يد السارق الشريف وغيره، حديث رقم (١٦٦٨).

وحتى يتسنى للقضاة إحقاق الحق وإنصاف المظلومين ، مكنهم الشارع الحكيم من اتباع أي سبيل مباح من شأنه أن يكشف غوامض الأمور ويجلي الحقائق بين أيديهم فيما يعرض عليهم، فجعل لهم مساحة واسعة للتحرك فيها، بخاصة في الأحوال والظروف التي تتطلب من القاضي أعمال النظر والتصرف لإنهاء الخصومة، فكانت السلطة التقديرية للقاضي، تلك المكنة التي خولها الشارع الحكيم للقاضي، ليتصرف بموجبها في الأحوال التي تقتدر إلى النص، أو تلك التي يكون فيها النص غير قطعي في دلالاته ما يترك للقاضي فرصة التحرك بمساحة واسعة، فيعمل فكره ونظره، فيقدر ويقايس الأمور بأشباهاها غايته في ذلك كله تحقيق مقاصد الشارع من جهة، والعمل على ما فيه صلاح الناس من جهة أخرى.

ومن هنا جاء هذا البحث ليلسط الضوء على موضوع السلطة التقديرية للقاضي المسلم، هذه السلطة التي لا يكاد كتاب من كتب الفقه الإسلامي عامة، وفقه القضاء خاصة، يخلو من الإشارة إليها، ولكن دون تحديد لمفهومها أو بيان لحدودها ومجالاتها، أو تعريف بضوابطها، هذا في حدود ما وسعني مطالعته، ومن هنا تظهر أهمية هذا البحث لما يتضمنه من تحديد لمفهوم السلطة التقديرية للقاضي ومدى علاقة هذا المفهوم بمفهوم السياسة الشرعية ، وبيان أدلة مشروعيتها، ومجالاتها، ثم التعرف على هذه السلطة في واقع العمل القضائي الشرعي في الوقت الحاضر.

أهمية الدراسة

لما كان موضوع السلطة التقديرية للقاضي غير مطروق بصورة تأصيلية تفصيلية من ناحية فقهية قديما وحديثا، مع أنه - كما أسلفت - لا يكاد كتاب فقهي يخلو من الإشارة إليها، علاوة على أن أحكامها ماثورة في فروع الفقه، ولكن بمسميات مختلفة، ليس منها مسمى السلطة التقديرية، ولعل ذلك تجنبا لما توحى به كلمة السلطة من القهر والغلبة ، فتجنبا لذلك عُبِّر عنها تارة بقولهم موكول إلى اجتهاد القاضي، وتارة إلى تقدير القاضي، وأخرى بمفوض إلى رأي القاضي، ونحو ذلك^(١)، فجاءت هذه الدراسة لتعطي تصورا واضحا عن موضوع السلطة التقديرية للقاضي، محددة مفهوم هذه السلطة، ثم مبينة مشروعيتها من أدلة الشرع المعتمدة، والحكمة من تلك المشروعية، وموضحة الضوابط التي تحكم هذه السلطة، حتى لا يظن أن

١-النووي، يحيى بن شرف (ت٦٧٦هـ) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط٣ ، إشراف زهير

الشاويش، المكتب الإسلامي ، ١٩٩م. ج٣، ص٤٢، السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، (ت٩١هـ)

الأشباه والنظائر ، ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٣ هـ ، ج١، ص٥٠٤، ابن عابدين ،

محمد أمين، حاشية ابن عابدين، دار الفكر للطباعة، بيروت ١٤٢١هـ ج٤، ص٦٢

للمزاج والتحكم مدخلا لها، والمجالات التي تشملها، وتطبيقاتها في القضاء المعاصر في الجانب الذي يتعلق بالقضاء الشرعي.

وتظهر أهمية هذه الدراسة أيضا من خلال إثبات هذه السلطة في القضاء الشرعي، قديما وحديثا بخاصة أن جميع المراجع التي تناولت الحديث عن موضوع السلطة التقديرية للقاضي كانت لأهل القانون، حيث كانوا أسبق إلى طرق هذا الموضوع تأصيلا وتطبيقا، وإن كان الفقه الإسلامي أسبق في الاعتراف بها، وأقدم من سائر القوانين في تقريرها وتشريعها .

ولكن لما كانت أحكام هذه السلطة بحاجة إلى بيان، وبحاجة إلى جمع لشتاتها على نحو منهج علمي قويم جاءت هذه الدراسة وأحسبها كذلك بمشيئة الله تعالى - لتقدم موضوع السلطة التقديرية للقاضي وتعرضه عرضا علميا دقيقا، تعرض فيه نماذج من تطبيقات هذه السلطة، تتسجم مع المفهوم الذي وضع لها وتتصاع للضوابط التي يجب مراعاتها من قبل القاضي عندما يزاول هذه السلطة .

وهذه الدراسة أيضا تناولت موضوع السلطة التقديرية للقاضي في العمل القضائي المعاصر، من ناحية عملية تطبيقية في الوقت الراهن الذي أصبح القضاء الشرعي محصورا في مجالات محدودة، يحكمها قوانين مخصصة، لا يخرج عنها القاضي ولا يتجاوزها.

مبررات الدراسة :

إن المبرر لإجراء هذه الدراسة هو خلو المكتبة الإسلامية من كتاب يتناول موضوع السلطة التقديرية للقاضي في القضاء الإسلامي قديما وحديثا بصورة تأصيلية تفصيلية وتطبيقية، فبعد إجراء عملية الإطلاع والمسح، في كتب الفقه الإسلامي عامة، وكتب فقه القضاء خاصة قديما وحديثا، لم أجد كتابا يتناول الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي وممارساتها عند القضاة المسلمين في العصور السابقة والوقت الحاضر الذي نعيش.

والحق يقال: إنني عثرت مؤخرا - وقد أشرفت على الانتهاء من كتابة هذه الرسالة - على رسالة دكتوراه تحمل موضوع (السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي)^(١) تناول الباحث فيها الحديث عن موضوع السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، إلا أنه لم يتطرق في دراسته تلك للحديث عن ممارسة السلطة التقديرية للقاضي في القضاء الشرعي في الوقت الحاضر، الأمر الذي يجعل القارئ يظن أن هذا الموضوع لا وجود له في واقع القضاء

١ - هذه الرسالة للباحث: بركات، محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، إشراف

د.وهبة الزحيلي، جامعة دمشق.

الشرعي في الوقت الحاضر، فلذا تناولت دراستي في الباب الثاني من أبوابها تطبيقات السلطة التقديرية للقاضي في المحاكم الشرعية من خلال التشريعات القضائية، ولكن وإن كان الأمر كذلك، إلا أنه لا يعني عدم الفائدة والنفعة في الرسالة المذكورة .

الدراسات السابقة :

لم يبسق وأن بحث هذا الموضوع من الناحية الفقهية الشرعية بصورة دراسة متخصصة، إلا في رسالة الدكتوراة التي أشرت إليها سابقا، وكما ذكرت فهي لم تأت على الموضوع من كل أطرافه، إلا أن أهل القانون قد طرخوا هذا الموضوع كدراسة متخصصة، وتناولت أبحاثهم مختلف مجالات القضاء الوضعي من قضاء مدني، وجنائي، وإدارة ، وفيما يأتي أوجز الحديث عن الدراسات السابقة لموضوع السلطة التقديرية للقاضي فقها وقانونا:

١ - (السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي) ، للباحث محمود محمد ناصر بركات، وهي عبارة عن رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة في الفقه من جامعة دمشق عام ٢٠٠٤، جعلها في تمهيد و خمسة فصول وكل فصل تضمن عددا من المباحث ،وقد تناول الباحث في التمهيد الحديث عن القضاء ومعناه، ثم تناول صفات القاضي^(١) من إسلام وعقل وبلوغ وذكرورة وحرية وعدالة وعلم بالاحكام الشرعية وسلامة الحواس أيضا ،ثم قام الباحث بعد ذلك بوضع تعريف للسلطة القاضي التقديرية- ولقد قمت بمناقشة تعريفه للسلطة التقديرية كما سيأتي لاحقا- وكذلك تحدث عن مشروعيتها والشروط المطلوبة لاستخدام القاضي السلطة التقديرية،فذكر صفات القاضي في السلطة التقديرية للقاضي المدني وقد ذكر الصفات ذاتها التي ذكرها في التمهيد، ثم ذكر القاضي في السلطة التقديرية للقاضي الجنائي مكررا ما سبق ثم ذكر صفات القاضي في السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية ،مكررا ما سبق أيضا، ثم تحدث عن ضوابط السلطة التقديرية والقواعد الفقهية التي تتسجم معها، ثم تحدث بعد ذلك عن مجالاتها،وتناول فيما تناوله الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي فيما يعرف بالأمر المدنية .

ومع أن الجهد الذي قام به الباحث قيم ومفيد إلا أنه يلاحظ على تلك الدراسة أن فيها تكرار لبعض المواضيع، كما في تكرار سرد صفات القاضي، المدني والجنائي وقاضي الأحوال الشخصية، الأمر الذي يثير عند القارئ تساؤلا مفاده : هل كان الفقه الإسلامي -بما أن البحث في الفقه الإسلامي- يفصل بين القضاة بالاختصاص حتى نقول قاض مدني وقاض جنائي وآخر للأحوال الشخصية ؟

١ - هذه الصفات التي ذكرها الباحث تناولها الفقهاء قديما وحديثا تحت عنوان الشروط الواجب توفرها فيمن يتولى القضاء، أو الصفات المعتبرة فيمن يتولى القضاء.

ويلاحظ على هذه الدراسة طرقها لمواضيع ليس لها علاقة مباشرة بموضوع السلطة التقديرية للقاضي كما في الشروط المتعلقة بأطراف الدعوى وكما في شروط الدعوى وكما في حجية الحكم القضائي وغيرها.

فالحديث عن السلطة التقديرية من وجهة نظري نبغي أن يكون بصورة مباشرة، إذ يفترض توفر الشروط المعتمدة في القاضي مسبقاً، وكذا في المدعي والمدعى عليه وكل ما ن شأنه جعل الدعوى صحيحة صالحة للنظر فيها من قبل القاضي.

ويؤخذ على تلك الدراسة خلوها من الحديث عن الأعمال الولائية للقاضي والسلطة التقديرية فيها، وعلى الرغم مما قد يؤخذ على الدراسة المذكورة إلا أن الحق يقال أن فيها من الجهد الطيب والبحث القيم الشيء الكثير، وأسأل الله تعالى أن يثيبه عليها خير الثواب.

ولقد أضافت رسالتي الشيء الكثير على ما تناوله الباحث في دراسته ، فقد جاء الباب الثاني فيها كاملاً للحديث عن تطبيقات السلطة التقديرية للقاضي في المحاكم الشرعية، علاوة على الحديث عن نوع من الأعمال التي يقوم بها القاضي أسندت إليه بحكم ولايته العامة المستفاد من ولاية الحاكم، وهي ما أصبح يعرف بالأعمال الولائية^(١) تلك الأعمال التي يقوم بها القاضي مع أن الأصل في العمل القضائي فصل الخصومات.

٢- (سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية) دراسة تحليلية وتطبيقية د . نبيل اسماعيل عمر ، جامعة الاسكندرية ١٩٨٤ ، تناول المؤلف هذا الموضوع من خلال تحديد ماهية السلطة التقديرية للقاضي في العمل القضائي ، وتناول فكرة هذه السلطة بوجه عام ، ثم تناولها بصورة مفصلة من حيث تطبيقها في نطاق الإدارة ثم في القانون الجنائي ، ثم القانون المدني ثم في نطاق قانون المرافعات، ثم تناول تالحدث عن القيود الواردة على سلطة القاضي التقديرية ثم بين الباحث العلاقة بين سلطة التقدير والتكييف القانوني ، وكذا العلاقة بين السلطة التقديرية للقاضي والتعسف في استعمال الحق ، ثم تناول المؤلف الحديث عن ماهية التقدير من الجانب الموضوعي والجانب الشخصي وذكر عناصر التقدير في كل منهما ، ثم عرض دراسة تطبيقية لهذه السلطة في نطاق القوانين المشار إليها سابقاً ، فكانت هذه الدراسة التي قدمها هذه المؤلف من جانبين ، الأول: تأصيلي، والثاني: تطبيقي .

١- عمل يتخذ في ظاهره شكل الحكم من حيث صدوره من قاض منوط به إصدار الأحكام القضائية ، ولكنه في أساسه عمل إداري يميزه عن العمل القضائي خلوه من تلك المميزات التي يتميز بها العمل القضائي. محمد العشماوي ، وعبد الوهاب العشماوي ، قواعد المرافعات، ص ٢٣٠

وبما أن ما تناوله لمؤلف يتعلق بالسلطة التقديرية للقاضي في اختصاصات القانون الوضعي وما جاء في رسالتي يتناول الحديث عن سلطة القاضي التقديرية في القضاء الإسلامي ، فقد جاءت مفردات رسالتي تختلف اختلافاً بينا وواضحا عن مفردات الرسالة المذكورة، إلا أنها تلتقي معها في ناحية شكلية وهي تقسيم الرسالة إلى جانب تأصيلي وآخر تطبيقي.

٣- (مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها) للباحث أحمد محمود سعد، جامعة القاهرة ١٩٨٨، جعلها المؤلف أبواباً ثلاثة، تناول في الأول التعريف بها، وذكر الخلاف الفقهي القانوني حول وجود هذه السلطة وقد رجح وجودها وناقش أقوال القائلين بعدم وجودها ثم تناول تطبيق القاضي المدني للسلطة التقديرية، وفي الباب الثاني تناول الحديث عن ماهية السلطة التقديرية، وفي الباب الثالث تحدث عن الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي. وقد تميزت هذه الدراسة عن سابقتها من حيث أن المؤلف قد تناول بعض مفردات موضوعه مقارنة مع ما في الفقه الإسلامي ، كما في حديثه عن الاعتراف بالسلطة التقديرية واتجاهات أهل القانون فيها ومن ثم ذكره لرأي الفقهاء المسلمون في ذلك.

وقد تشابهت دراسة الباحث أحمد سعد مع دراسة الباحث نبيل عمر من حيث هيكلية البحث في جانب كبير منها، حيث دراستان قد تناولتا الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي المدني.

٤- (السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي جامعة عين شمس ١٩٧١، تناول فيها التعريف بالسلطة التقديرية، وبالإدارة، وتطبيقات السلطة التقديرية في موضوع الإدارة والرقابة القضائية على السلطة التقديرية لرجل الإدارة.

٥- (قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة) دراسة تحليلية مقارنة للسلطة التقديرية للإدارة في إصدار القرارات الإدارية والرقابة القضائية عليها للباحث سامي جمال الدين، جامعة الاسكندرية، ١٩٩٢، تناول الباحث فيها التعريف بالسلطة التقديرية، والاختصاص المقيد للإدارة ومجال السلطة التقديرية للإدارة وتناول فيها الحديث عن جوانب التقدير في عنصر الاختصاص والسبب والمحل والغاية والشكل.

٦- هناك بعض الكتب تناولت بعض الموضوعات التي لها صلة بموضوع هذه الرسالة ككتاب (طرق القضاء في الشريعة الإسلامية) أحمد إبراهيم إبراهيم ، القاهرة وكتاب (القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية) للباحث محمود محمد هاشم ، حيث تطرقا لموضوع الإثبات في الشريعة الإسلامية وعن سلطة القاضي في تقدير الدليل.

منهجية البحث:

- اعتمد الباحث في هذه الرسالة على المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي الاستنباطي ويمكن توضيح منهجية البحث بمزيد من التفصيل في النقاط الآتية:
- ١ - تحديد مفهوم السلطة التقديرية للقاضي بعد إجراء مسح شامل لمعظم كتب الفقه عامة وكتب القضاء خاصة عن هذا المفهوم، وبعد النظر في تطبيقات هذه السلطة، مما كون لدي صورة واضحة عن المقصود بالسلطة التقديرية للقاضي.
 - ٢ - اتباع المنهج الاستقرائي في تلمس مواضع السلطة التقديرية للقاضي في قضاء ما قبل الإسلام من خلال نصوص القرآن الكريم، ليكون ذلك مؤيدا للبحث وداعما له وذلك بإثبات مبدأ سلطة التقدير في قضاء ما قبل الإسلام كما هو ثابت في القضاء الإسلامي، وكذا في سنة رسول الله ﷺ وأقضية الصحابة رضوان الله تعالى عليهم.
 - ٣ - اتباع المنهج التحليلي والاستنباطي في إثبات مشروعية السلطة التقديرية للقاضي المسلم من خلال النظر العميق في نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية بمختلف أقسامها القولية والفعلية والتقريرية، وكذا أقضية الصحابة رضوان الله تعالى عنهم، ثم بيان وجه الدلالة من تلك النصوص.
 - ٤ - قام الباحث بعزو الآيات التي استشهد بها إلى مواضعها من سور القرآن الكريم، وكذا الأحاديث النبوية الشريفة، مع بيان رأي أهل الحديث بها من حيث قوتها وضعفها.
 - ٥ - رجع الباحث إلى أقوال الفقهاء التي تناولت موضوع السلطة التقديرية والاستشهاد بها على الفرعيات التي ذهب إلى إثبات السلطة التقديرية للقاضي فيها، ثم عزو أقوال الفقهاء إلى كتبهم الأصلية إن وجد لهم ذلك، وإلا فإلى كتب المذهب الذي ينتسبون إليه .
 - ٦ - تم رصد الصور التي يتصور وجود سلطة تقديرية للقاضي فيها في مختلف الجزئيات التي طرقتها ، وما توصل إليه الباحث لا يزعم أنه على سبيل الحصر ، فهذا ما وسعه تناوله ، فقد يكون قد فاتته ذكر بعض الصور، وفوق كل ذي علم عليم.
 - ٧ - عرض الباحث بعض القضايا بصورة موجزة مقتصرًا على ذكر آراء الفقهاء فيها، مختارًا الإحالة إلى المراجع التي تغني في بيان أدلة المذاهب وردودهم على مخالفهم ثم بيان ما ترجح لديه مع ذكر مسوغات الترجيح، وقد اختار الباحث هذا المنهج تجنبًا للخوض في مائل بحثت باستفاضة .
 - ٨ - ناقش الباحث مواقف بعض العلماء من بعض القضايا مبدئياً وجهات نظرهم فيما ذهبوا إليه، ثم الرد على تلك الآراء بما رآه الباحث أكثر مناسبة و أكد في تحقيق المصلحة.

٩- رجع الباحث إلى آراء الفقهاء في مذاهب أهل السنة من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وكذا مذهب أهل الظاهر، وغيرهم من العلماء .

١٠- قام الباحث بالتعريف بالأعلام الوارد ذكرهم في البحث ، وقد رجع في ذلك إلى كتب التراجم المختلفة، واستثنى من ذلك الصحابة، والأعلام الذين ورد ذكرهم في الهامش أو ماغفل عنه من غير قصد، كذلك تم التعريف بالأماكن الوارد ذكرها، وكذا أسماء القبائل إذا وردت وعرف أيضا ببعض المفاهيم علاوة على مفهوم السلطة التقديرية موضوع هذه الرسالة، كتصوير اليمين، وتغليب اليمين بالزمان والمكان، وإثبات الصفات في الذوات، وغيرها مما جاء في هذه الرسالة.

١١- عرف الباحث معاني الألفاظ الغريبة، والتي رأى أنها بحاجة إلى بيان سواء أوقعت في نص من النصوص الشرعية أم في كلام الفقهاء.

١٢- عزز الباحث بحثه فيما يتعلق بالباب الثاني والمتضمن لتطبيقات السلطة التقديرية للقاضي في المحاكم الشرعية ، بمراجعة عدد من المحاكم الشرعية والأخوة قضاة الشرع الحنيف، والاستفادة من خبراتهم في مجال القضاء ، والتزود ببعض المراجع والكتب الرسمية والتعليمات التي لها صلة بموضوع البحث .

ألق الباحث بحثه بفهارس لـ :

أ- المصادر والمراجع .

ب- فهرس الآيات.

ج- فهرس الأحاديث والآثار .

خطة البحث :

قسم الباحث هذه الرسالة إلى بابين :

الباب الأول : السلطة التقديرية للقاضي في القضاء الإسلامي، ويتضمن فصلين:

الفصل الأول : ماهية السلطة التقديرية، ومشروعيتها ، والحكمة منها ، والضوابط التي تحكمها.

الفصل الثاني : مجالات السلطة التقديرية للقاضي في نظام القضاء الإسلامي ، وتشمل الأعمال الولائية والأعمال القضائية، مع بحث مفصل لمجالات كل منها .

الباب الثاني : تطبيقات السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية
وتضمن أربعة فصول:

الفصل الأول : السلطة التقديرية للقاضي في قانون أصول المحاكمات الشرعية.

الفصل الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في قانون الأحوال الشخصية.

الفصل الثالث : السلطة التقديرية للقاضي في مسائل متفرقة من مختلف التشريعات القضائية .

الفصل الرابع : التدقيق على السلطة التقديرية للقاضي من قبل محكمة الاستئناف الشرعية ومن قبل المرجع الإداري للقضاة .

ثم جاءت الخاتمة التي تضمنت أهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث، ثم ذكر لبعض التوصيات التي رأيت من المناسب الإشارة إليها، ثم وضعت بعد ذلك المصادر والمراجع ، وفهرس الآيات، و الأحاديث والآثار .

الباب الأول

السلطة التقديرية للقاضي

في

القضاء الإسلامي

الفصل الأول

ماهية السلطة التقديرية ، ومشروعيتها ، والحكمة منها
والضوابط التي تحكمها

- المبحث الأول : ماهية السلطة التقديرية للقاضي
المبحث الثاني : مشروعية السلطة التقديرية للقاضي
المبحث الثالث : الحكمة من مشروعية السلطة التقديرية
للقاضي
المبحث الرابع : الضوابط التي تحكم عمل القاضي في
سلطته التقديرية

المبحث الأول

ماهية السلطة التقديرية للقاضي

المطلب الأول

تعريف السلطة والتقدير في اللغة

أولاً : تعريف السلطة في اللغة:

السلطة: مصدر سلط، والسين واللام والطاء أصل واحد والسلطة لها معان عديدة ، منها :
القهر ومن ذلك السلاطة من التسلط، وهو القهر، ولذلك سمي السلطان سلطاناً^(١).
ومنها: التسلط ، والسيطرة ، والتحكم، يقال: للأب سلطة على أبنائه الصغار .
ومن معاني السلطة أيضاً: القدرة والملك^(٢)، ومنها : التسليط بمعنى إطلاق السلطان، وقد
سلطه الله عليه والاسم سلطة بالضم^(٣)، وفي التنزيل "وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَسَلَّطْنَاهُمْ عَلَيْكُمْ"^(٤).
ومنها: القوة والشدة، يقال: له مكنة: أي قوة وشدة^(٥).

ثانياً: تعريف التقدير في اللغة:

يقال قدر كل شيء ومقداره : مقياسه، وقدر الشيء بالشيء يقدره قدراً وقدره : قاسه
وقادرت الرجل مقدرة: إذا قايسته وفعلت مثل فعله، والتقدير على وجوه من المعاني:
أحدها : التروية والتفكير في تسوية الأمر وتهيئته.
الثاني : تقديره بعلامات يقطعه عليها.

-
- ١- ابن فارس، أحمد، معجم مقاييس اللغة، ط١، وضع حواشيه إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية ١٩٩٩. ج ١، ص ٥٦٧، الرازي، محمد بن أبي بكر، ت٧٢١هـ. مختار الصحاح، الطبعة الأولى، جزء واحد، تحقيق يحيى خالد توفيق، بيروت ١٩٩٨ ص ٣٠٩، ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور، ت٧١١هـ. لسان العرب، ط١، ١٥ جزء، دار صادر، بيروت ١٩٥٦ ج ٧، ص ٣٢٠.
 - ٢- البستاني، عبد الله، معجم وسيط اللغة العربية، مكتبة لبنان، ١٩٨٠م. ج ٢، ص ٣٧٣.
 - ٣- المرسي، علي بن إسماعيل، المحكم والمحيط الأعظم، ط١، تحقيق د. عبد الحميد هندراوي، دار الكتب العلمية، بيروت ٢٠٠١ م. ج ٨، ص ٤٣٤، الجوهرى، إسماعيل، الصحاح، أو تاج اللغة وصحاح العربية، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩م. ج ٣، ص ٣٧٢.
 - ٤- سورة النساء آية: [٩٠].
 - ٥- الفيومي، أحمد بن محمد ت ٧٧٠ هـ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المطبعة الأميرية، مصطفى السقا ١٩٣١م. ج ٢، ص ٢٤٤.

الثالث : أن تنوي أمرا بعقدك ، تقول : قدرت أمر كذا وكذا أي نويته وعقدت عليه .
ويقال : قدرت لأمر كذا أقدر له، وأقدر قدرا إذا نظرت فيه، ودبرته وقايسته^(١).
ومن معانيه أيضاً: النظر والتدبر، يقال : قدرْتُ الأمرُ وأقدرُهُ وأقدره إذا نظرت فيه ودبرته.
قال ابن الأثير : ومنه قول عائشة "فاقدروا قدر الجارية الحديثة السن أي انظروه وأفكروا
فيه"^(٢)، ومنها: تهيئة الشيء^(٣).

-
- ١- ابن منظور، لسان العرب ج٥، ص٧٦.
 - ٢- ابن الجزي، مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد (ت٦٠٦هـ)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق محمود الطناحي، دار إحياء الكتب العربية، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه ج٤، ص٢٣ وقول عائشة رضي الله عنها رواه البخاري "فاقدروا قدر الجارية الحديثة السن تسمع الله" أخرجه البخاري، محمد بن إسماعيل، (ت٢٥٦هـ)، صحيح البخاري، ٤م، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، المكتبة السلفية ١٤٠٠ هـ. ج٣، ص٣٨٥ كتاب النكاح، باب حسن المعاشرة مع الأهل حديث رقم (٥١٩٠)، وباب نظر المرأة إلى الحبش ونحوهم من غير ريبه ج٣، ص٣٩٦ حديث رقم ٥٢٣٦، أخرجه مسلم ج٢، ص٦٠٩، كتاب صلاة العيدين، باب الرخصة في اللعب حديث رقم (٨٩٢)، وأخرجه أحمد في المسند ج٦، ص١٦٦، ج٦، ٢٧٠ وغيرها من كتب السنن.
 - ٣- ابن منظور لسان العرب ج٥، ص٧٦.
- جاء في الموسوعة الفقهية ج١٠، ص١٨٥: التقدير من القدر وقدرُ الشيء ومقداره : مقياسه ، فالتقدير : وضع قدرُ للشيء أو قياسه أو التروي والتفكير في تسوية الأمر وتهيئته ومنه تقدير القاضي العقوبة الرادعة في التعزير بحيث تتناسب مع الجريمة والمجرم.

المطلب الثاني

تعريف السلطة اصطلاحاً:

عند البحث في كتب الفقهاء عن لفظة السلطة بصورة عامة، سواء أكانت سلطة ولي الأمر، أم سلطة القاضي، لا نجده متداولاً ولا مشهوراً، ذلك أن الفقهاء عندما عالجوا موضوع السلطة، لم يستخدموا لفظ السلطة إلا في عهود متأخرة، نظراً لما قد يوحي به اللفظ من نزعة التحكم والتسلط^(١).

إلا أن هناك تعريفات عديدة من قبل المحدثين، ومعظمها تقصد سلطة ولي الأمر، أو السلطان أو صاحب الحكم، ومن هذه التعريفات: (الحكم المعترف به بوصفه حكماً شرعياً، كما أنها الحكم المقبول والمحترم)^(٢).

أو: (هي المرجع الأعلى المسلم له بالنفوذ، أو الهيئة الاجتماعية القادرة على فرض إرادتها على الإرادات الأخرى، بحيث تعترف الهيئات الأخرى لها بالقيادة والفصل، وبقدرتها وبحقها في المحاكمة وإنزال العقوبات، وبكل ما يضيف عليها الشرعية ويوجب الاحترام لاعتباراتها، والالتزام بقراراتها)^(٣).

أو: (هي صلاحية في الأمر والنهي، وإحداث آثار قانونية بالإرادة المنفردة، في مواجهة الغير)^(٤).

وهناك من عرفها مضافة إلى القاضي بأنها: (سلطة البت بالنزاع بأكمله في عناصره جميعاً الواقعية والقانونية والحكم)^(٥).

ولما كان موضوع هذا البحث يتناول سلطة القاضي التقديرية فإنني أرى أن ما مضى من التعريفات لا يخدم الموضوع، لأن المعنى الذي ينبغي أن تتضمنه سلطة التقدير لا يتفق مع ما ذكرته التعريفات السابقة، ولذا يأتي دور هذا البحث في تحديد مفهوم هذه السلطة وهو ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

-
- ١- قرعوش، كايد يوسف، طرق انتهاء ولاية الحكام، ط١، في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٧م. ص ٧٥.
 - ٢- نبيان، سامي، قاموس المصطلحات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ط١، وآخرون، الناشر رياض الريس للكتب والنشر، ١٩٩٠ ص ٢٥٨.
 - ٣- الكيالي، عبد الوهاب، موسوعة السياسة، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، الطبعة الأولى ١٩٨٣م. ج ٣، ص ٢١٦.
 - ٤- نخلة، موريس، وآخرون، قاموس القانوني الثلاثي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط٢٠٠٢، ص ٩٥٨.
 - ٥- جبرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية ج ١، ص ٩١٠.

المطلب الثالث

تعريف السلطة التقديرية باعتبارها لفظاً مركباً :

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 .

يقول د. نبيل عمر : (إن سلطة القاضي التقديرية هي موضوع يتمتع بهجر الفقه له ، فمن النادر أن نصادف بحثاً أو مؤلفاً يتناول هذا الموضوع بصورة متكاملة)^(١) .

أقول : 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 وأكثر ما يمكن الوصول إليه في هذا الموضوع في كتب الفقهاء قديماً وحديثاً في ما وسعني الاطلاع عليه من كتبهم هو قولهم : وذلك راجع لتقدير القاضي ، أو بحسب اجتهاد القاضي ، أو بما يراه القاضي ، أو موكل لرأي القاضي، هذا في كتب الفقهاء القدامى ، أو : وهذا راجع لسلطة القاضي التقديرية وغير ذلك من العبارات ، كما هو في كتب المعاصرين ، دون أن يكون منهم تحديد لمفهوم هذه السلطة التقديرية ، هذا فيما وسعني الرجوع إليه من الكتب والمراجع الفقهية ، وفوق كل ذي علم عليم .

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 الإسلامي ومفتقراً إليه .

ولكن لما كان القانون الوضعي قد تناول هذا الموضوع كما سبق وذكرت ، فإنني 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

١ - عمر، نبيل اسماعيل ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، ط١ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٤م ، ص٧ .

الانتهاء إلى تحديد مفهوم للسلطة التقديرية للقاضي المسلم ، في نظام القضاء الإسلامي ، مع الأخذ بعين الاعتبار المعنى الأقرب من المعاني اللغوية لما نحن بصدده.

تعريف أهل القانون للسلطة التقديرية:-

تنوعت تعريفات أهل القانون للسلطة التقديرية للقاضي بتنوع العمل الذي يقوم به القاضي ، فالعمل الصادر من القاضي قد يكون حكماً قضائياً أو أمراً ولائياً^(١) أو قراراً إدارياً^(٢). فأعمال القضاة ليست ذات طبيعة واحدة ، فبعضها له طبيعة قضائية بحتة ، وتلك هي الأعمال الأساسية والأصلية و تصدر في صورة أحكام ، وفضلاً عن هذه الأعمال ، فإن هناك أعمالاً يمارسها القضاة تفضلاً منهم ولا تدخل في وظيفتهم الأساسية ، وهي الأعمال الولائية ، و تصدر في صورة أوامر على عرائض^(٣).

ولما كانت تعريفات القانونيين متنوعة بتنوع الموضوع ، فقد جاءت على النحو الآتي:

فهو بخصوص القاضي المدني عرفت بأنها : 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^(٤).

ويرى أصحاب هذا التعريف أن هذا النشاط الذهني ينبع من عدة نشاطات ذهنية للقاضي ، أولها تقدير أولي لمجموع الوقائع ، واستخلاص المنتج منها في النزاع المطروح ، بشرط ألا يتعدى في بحثه الإطار الذي رسمه الخصوم، ويكون هذا التقدير بمثابة دالة 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 .

١- سبق التعريف بالأعمال الولائية في ص ٥ .
 ٢- أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، ط ١، دار النفائس، عمان ، ٢٠٠٠م.ص٧٦.
 ٣- التحويي ، محمود السيد عمر، نطاق سلطة القاضي في إصدار الأمر القضائي وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٩م.ص١٠-١١.
 ٤ - تعتبر السلطة التقديرية للقاضي واحدة سواء كان في نطاق القانون الإجرائي أو في نطاق القانون الموضوعي. نبيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية ص ٩١ ، ص ١١٥ ، ص ١٢١.

وعلى هذا تجدر الإشارة إلى أن سلطة القاضي التقديرية تكون منصبة على الواقع وعلى القانون من حيث فهم وتقدير كل منهما ، وتكون هذه السلطة أيضا كلا لا يتجزأ، فهي واحدة، سواء أكانت في مجال القانون الموضوعي ، أم في مجال القانون الإجرائي^(١).

وبناء على ذلك رفض هذا الفقه 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^(٢).

ومن تعريفات القانونيين للسلطة التقديرية للقاضي في مجال الجنايات ما عرفها به د.مأمون سلامة فقال:هي(تنظيم قانوني لإعمال القواعد التجريبية موضع التنفيذ بالنسبة لعملية المطابقة وما ينتج عنها من آثار)^(٣) ويقول في موضع آخر: (هي تقدير لعناصر غير محددة في الواقعة المستوجبة للعقوبة)^(٤) وفي موضع آخر: (مفهوم قانوني يتحدد في ضوء النصوص والقواعد التي تبين قواعدها وضوابط استخدامها دون أن يؤثر وجود تلك القواعد القانونية على وجود السلطة التقديرية ذاتها)^(٥).

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 السبب الملائم له في تحديد محله^(٦)

وعرفت بأنها أيضا : حق إعمال الإدارة حرية الاختيار في ممارسة الاختصاص^(٧).

-
- ١ - نبيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية ص ١١٠ .
 - ٢ - سعد ، أحمد محمود، السلطة التقديرية للقاضي المدني، ط١، ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ م. ص ٤٥٩ .
 - ٣ - مأمون سلامة ، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون ص ٩٨ .
 - ٤ - المرجع السابق ص ١٠٤
 - ٥ - المرجع السابق ص ٨٨ .
 - ٦ - جمال الدين، سامي، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دراسة تحليلية مقارنة للسلطة التقديرية للإدارة في إصدار القرارات الإدارية والرقابة القضائية عليها دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢ م. ص ٢٢ ، والقضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة ص ٩٨، د.نبيل عمر سلطة القاضي التقديرية ص ١٦ البرزنجي، عصام عبد الوهاب، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١ م. ص ١
 - ٧ - الحلو، ماجد راغب، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، فرنسا، مصر، لبنان، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨ م. ص ٣٩

ومن خلال التعريفات السابقة يمكن ملاحظة الأمور الآتية
أولاً: إن تعريفي سلطة القاضي المدني التقديرية وسلطة القاضي الجنائي التقديرية اتفقا على أن
السلطة التقديرية للقاضي تكون ضمن إطار القاعدة القانونية لا تتعداها.

يقول د مأمون سلامة: (والحقيقة أن السلطة التقديرية المطلقة لا تتواجد إلا لدى المشرع أما
الأجهزة الأخرى للدولة، فلا بد من وجود مفترضات محددة سلفاً، تنطلق منها السلطة التقديرية).
ثانياً: كذلك اتفقا على أن نشاط القاضي الذهني يكون منصبا على الواقع وعلى القانون من حيث
فهم وتقدير كل منهما ولا يقتصر على أي منهما.

ثالثاً: اتفقا كذلك على أن السلطة التقديرية للقاضي لا تسمح بفروض التحكم المسموح به في
نطاق الإدارة العامة كما يلاحظ في تعريف السلطة التقديرية للإدارة^(١).

يقول د. مأمون سلامة: (فالسلطة التقديرية للقاضي الجنائي تمارس عن طريق ضوابط محددة
لا تسمح بفروض التحكم المسموح به قانوناً في نطاق الإدارة العامة)^(٢).

رابعاً: 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.

وبحسب ما أرى يؤخذ على التعريفات السابقة:

أولاً: إن تعريف سلطة القاضي المدني التقديرية بأنها نشاط ذهني فهذا برأيي 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 أنه 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^(٣).

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

إكمال نقص التشريع في الحالة التي لا يشملها النص القانوني أو القاعدة القانونية، إذ غاية ما

١ - أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ص ٣٥.

٢ - مأمون سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون ص ٩٠.

٣ - ذبيان، جمال مولود، ضوابط صحة وعدالة الحكم القضائي في الدعوى المدنية، دار الشؤون الثقافية
العامة، بغداد، ١٩٩٢، ص ١٧٢.

جاء في تعريفات أهل القانون أن القاضي يعمل نشاطه الذهني في فهم الواقع المطروح ، واستتباط العناصر التي تدخل في نطاق القاعدة القانونية ، فيقدر أنها هي التي تحكم النزاع ، ولكن التعريف خلو 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.

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، فلا نجد هذا المصطلح، ولكن نجد ما يشير إليه في كلام الفقهاء كقولهم : مفوض إلى اجتهاد القاضي، أو: هو موكول إلى اجتهاد القاضي، أو فيحتاج إلى نظر القاضي، أو يرجع إلى تقدير القاضي أو موقوف على تقدير القاضي، هذا من الناحية الفقهية عند الفقهاء القدماء، ومثل ذلك هو الحال عند الفقهاء المعاصرين، إلا أنني وجدت مؤخراً- وبمدة ليست عنا ببعيد - رسالة دكتوراه ، تناولت موضوع السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ورأيت أن صاحبها قد عرف السلطة التقديرية للقاضي على النحو الآتي: فقال: (هي صلاحية يتمتع بها القاضي، للقيام بعمله بالتفكر والتدبر بحسب النظر والمقاييس 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، مع مراعاة أحوال المتقاضين، في جميع مراحل الدعوى لأهميته ، وأثره في الحكم القضائي)^(١).

وبعد النظر في التعريف المذكور كان لي عليه الملاحظات الآتية:

أولاً: عرف السلطة بأنها صلاحية، في حين أنه لما ساق المعنى اللغوي للسلطة وذكر لها عدة معان، لم يكن من المعاني اللغوية للسلطة، الصلاحية، وإنما هو 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.

١ - محمود محمد بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي ص ٦١.

ثانياً: يفهم تعريف الباحث أن الصلاحية منحت للقاضي ليتمكن من التفكير والتدبر، وكأنه غير مأذون له بهما ابتداءً، وكان الأولى أن يفهم التعريف، أن السلطة التقديرية للقاضي، ما هي إلا تمكين له من الوصول إلى ما يراه مناسباً من حكم أو إجراء من خلال النظر والتدبر .

ثالثاً: يمكن الاستغناء عن قيد (الأمر المعروضة أمامه في جميع مراحلها) لأن هذا مفهوم ضمناً ، لأنه صلب عمل القاضي، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فقد وقع الباحث بالقصور عندما شرح التعريف فقال : (الأمر 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 كلامة دخول الأعمال الولائية ضمن سلطة القاضي التقديرية.

ثم لم يكن ضروري بعد أن قال : (في جميع مراحلها أن يفسر تلك المراحل في التعريف بقوله: من قبول سماعها ، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها ، إلى الحكم عليها.

رابعاً: قوله (واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم) يفهم منه قصر مجال السلطة التقديرية للقاضي وحصره في العمل القضائي الذي يكون نتيجته 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.

خامساً: لم يكن ضروري 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: (إقامة شرع الله) فمن شرع الله، مراعاة حال المتقاضين، والعمل على تحقيق مقصد الشارع من تشريع القضاء أصلاً ، وهو إقامة العدل بين الناس وإنصاف المظلومين.

ولما كان على التعريف المذكور المآخذ المذكورة علاوة على ما فيه من الطول، وبعد الاطلاع الواسع - القائم على استقراء مواطن التقدير في عمل القاضي في الكتاب والسنة وعمل الصحابة كما سيأتي في مبحث أدلة المشروعية - رأيت تعريف السلطة التقديرية للقاضي على النحو الآتي:

(مكينة للقاضي تعيينه على الوصول إلى الحكم أو الإجراء المناسبين، بما يتفق ومقصد الشارع من، خلال أعمال نظره فيما يُعرضُ عليه، مما لا نص فيه أو كان النص فيه مُحتملاً).

شرح التعريف:

إن هذا التعريف لسلطة القاضي التقديرية برأيي يصلح لكل مجالات القضاء المختلفة ، المدني والجنائي ، الموضوعي والإجرائي.

أما قولنا (مَكْنَة) فمشتق من أحد المعاني اللغوية لكلمة السلطة ، وهو التمكين ، والمكنة بمعنى التمكّن^(١) والقاضي بعمله التقديري بحاجة إلى تمكين وإذن من الشارع، حتى يتسنى له حرية العمل بما يحقق مقصد الشارع الحكيم ، فهو عندما يمارس التقدير في عمله ، فإنه يمارسه بكل قوة وجرأة لأن الشارع مكّنه من ذلك وهذا فيه معنى السلطة .

ومن ناحية أخرى لا يصح أن تترك أمور العباد هملاً، من غير قضاء، في الحالات التي تستوجب التقدير من القاضي، فكان لا بد من المعين، ووجب أن يكون هذا المعين بإذن من الشارع الحكيم.

وأما قولنا (الوصول إلى الحكم أو الإجراء) وذلك لأن القاضي في العملية القضائية يمر في طريق طويل فيه خصوم وادعاء وبيّنات ومرافعات وأحكام وقرارات، والتدقيق فيما يعرض عليه من حيث صلاحية النظر فيه وغير ذلك، فهو قد يحتاج إلى سلطة التقدير في أي مرحلة من هذه المراحل لتساعده على بلوغ الهدف الذي من أجله شرع القضاء.

أما تفریقنا بين الحكم والإجراء، فذلك لأن التصرفات الصادرة عن القاضي ليست سواء في المسمى فقولنا (الحكم) يشمل الأعمال التي تدخل في وظيفة القضاء أساساً، وقد أطلق عليها العمل القضائي، وما يصدر بشأنها يسمى حكماً^(٢)، وقولنا (الإجراء) يشمل الأعمال التي يقوم بها القضاة لأسباب معينة وهي ليست من صلب العمل القضائي - إذ من الممكن أن يقوم بها غير القضاة كرجال الإدارة - ويسمونها البعض بالأعمال التفضيلية لأنها تصدر تفضلاً من القاضي وتكرماً منه^(٣)، وهي ما يسمى بالأعمال الولائية ويسمى ما يصدر بشأنها قراراً أو أمراً ولذا كان هنالك فروق بين الحكم القضائي من جهة، وبين القرار أو الأمر الولائي^(٤).

١ - ابن منظور لسان العرب ج١٣، ص٤١٣.

٢ - أبو البصل، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون ص٧٦.

٣ - التحبوبي، نطاق سلطة القاضي في إصدار الأمر القضائي ص١٥.

٤ - وقد ذكر د. عبد الناصر أبو البصل هذه الفروق وهي:

أولاً: أن العمل القضائي وفصل المنازعات بحسب الأصل تدخل في وظيفة القضاء وما يخرج عن هذا الاختصاص يعد استثناء أما العمل الولائي فالأصل أن يكون اختصاص القضاء به على سبيل الحصر وبنص خاص.

ثانياً: أن الحكم القضائي يحوز حجية الحكم الشيء المحكوم به، أما الأمر الولائي فلا يكتسب تلك الحجية التي هي من صفات الأحكام.

ثالثاً: الطعن في الحكم القضائي يكون وفق طرق الطعن المقررة في القانون كالاستئناف والنقض أو الاعتراض عليه إذا كان غيابياً ، أما الأمر الولائي فيجوز رفع دعوى مبتدأه لإلغائه أو إبطاله ، أضف إلى ذلك أن الطعن في الحكم محدد بمواعيد ، إذا جاوزها طالب الطعن رد طلبه ، أما الأمر الولائي فلا يخضع لذلك النظام .

رابعاً: يجب أن يصدر الحكم وفق إجراءات وشكل معين منها ما يلي :

أ- أن يصدر طلب الحكم وفق شكل وشروط معينة وهي الدعوى وإذا اختلف شرط يترتب الفساد أو البطلان أما الأمر الولائي فلا يشترط ذلك وبعضها يصدر بعد طلب شفاهي.

وأما قولنا (المناسبين) فهذا للدلالة على أن العمل التقديري الذي يقوم به القاضي ، ينبغي أن يتغيا فيه الحق والعدل بكل ما بوسعه ، فإن قصر في ذلك ،لم يكن ما توصل إليه مناسباً ، فالمناسبة تكون بمقدار موافقة مقاصد الشارع ، وإلا فلا تكون سلطته التقديرية آنذاك شرعية .
وأما قولنا (بما يتفق ومقصد الشارع) فكما سبق ذكره، لا بد من أن يكون التقدير من القاضي منسجماً مع روح التشريع ومحققاً لمقاصد الشارع من تشريع القضاء ،من فصل الخصومات، ورد الظلمات، وإنصاف المظلوم، وإحقاق الحق، وإبطال الباطل، فكان لا بد من هذا القيد، حتى لا يظن بأن القاضي يقضي بمزاجه، أو بما يراه من وجهة نظره، وبحثه العقلي المجرد، في الوقت الذي أعطاه الشرع سلطة التقدير، فالقاضي مأمور بالحكم بما يغلب على ظنه أنه مراد الشارع وذلك يتطلب منه الاجتهاد وإعمال النظر للوصول إلى ذلك .

يقول د.الدريني:(التفكير المجرد ليس مصدراً للتشريع في الإسلام ، بل هو افتتات على حق الله في التشريع ، ولو كان جهداً عقلياً جاداً غير مدفوع بالهوى والغرض، ما دام لم ينطلق من مفاهيم الشريعة ، وحقائق التنزيل ، ومثله العليا ومقاصده الأساسية) ^(١) .

وأما قولنا (من خلال إعمال نظره) فذلك ليبيان حقيقة العمل التقديري، ففي الحالات التي تتطلب من القاضي التقدير، عليه أن يقلب الأمر وينظر فيه من جميع جوانبه، ويعمل فطنته وخبرته، ويقيس الأمور بأمثالها، أو يستعين بأهل الخبرة إذا تطلب الأمر ذلك، حتى يتجلى له الحق، والأنسب من الأحكام أو القرارات لما هو بصدد القضاء فيه، محققاً لمقصد الشارع.
ولم يكن التعبير بلفظ الاجتهاد، وإنما كان بإعمال النظر، حتى لا يفهم من التعريف أنه يشترط في القاضي بلوغ مرتبة الاجتهاد بالمعنى الأصولي، فهذا الشرط ليس محل اتفاق بين

=ب- يجب أن يكون الحكم مسبباً تسببياً كافياً وإلا كان مصيره البطلان،أما القرار الولائي فلا يشترط فيه التسبب.

ج- يجب أن يتبع صدور الحكم في محضر القضية إعلام حكم يتضمن بيانات معينة من اسم القاضي والفرقاء وموضوع الدعوى والأسباب الثبوتية والتاريخ.....أما الأمر الولائي فلا يصدر وفق تلك الإجراءات ولا يشترط فيه ذلك.

خامساً: الحكم لا يكون واجب النفاذ إلا بعد مرور مدة معينة يصبح بعدها الحكم حائزاً لقوته التنفيذية إلا ما استثني بنص خاص ، أما الأمر الولائي فلا ينتظر أي مدة وإنما تكون الحجج معتمدة وحجة لما ظهرت من أجله بمجرد صدورها من المحكمة وفق القانون .

سادساً: القاضي عند مباشرته للعمل الولائي يأمر ، وعندما يباشر عملاً قضائياً يحكم ، وفي حالة الأمر يكون إصداره وفق ما طلب صاحب الشأن إما بقبول الطلب أو رفضه ، أما الحكم فله إجراءات معينة فهو يحكم بناء على الدعوى أي على طلب الخصم ، أما رفضه فيكون إما بعدم الاختصاص أو برد الدعوى لبطلانها أو لعدم الخصومة،علاوة على أن الحكم يكون إصداره في معظم حالاته بالفاظ وصيغ معينة بخلاف الأمر الولائي. نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون ص ٨٦-٨٧

فقهاء المذاهب قديماً، أما حديثاً فمعلوم أن شرط الاجتهاد غير مقصود في القاضي، لأن اشتراطه مع العلم بعدم إمكانية تحقيقه، يكون من قبيل العبث، وهو منفي.

ومن هنا أرى أن حقيقة العمل التقديرية، أو بعبارة أخرى طبيعة السلطة التقديرية للقاضي

لا تخلو من كونها:

١- ضرب من الاجتهاد، اجتهاد في فهم النص، واجتهاد في تطبيقه، وهي صورة من صور الاجتهاد بالرأي، الذي عبر عنه ابن القيم^(١) بأنه: (ما يراه القلب بعد فكر وتأمل، وطلب لمعرفة وجه الصواب، مما تتعارض فيه الإمارات)^(٢).

وهذا يتطلب من القاضي التفهم للنص التشريعي والنظر فيه، ودراسة الحالة المعروضة دراسة وافية، ومراعاة مدى المناسبة بين النص وواقع النزاع المطروح، حتى تتم سلامة التطبيق.

٢- أو اختيار من بين خيارات، تتجاذب الحالة المعروضة أمامه، كما في التخيير باختيار العقوبة المناسبة من بين العقوبات التي رتبها الشارع في حد الحرابة، على رأي المالكية^(٣) بأنها عقوبات على التخيير، والقاضي يتخير العقوبة الأكثر مناسبة بما يحقق الأصلح للمسلمين.

٣- أو أنها حكم من القاضي بناء على قناعته، مع وجود المسوغات والأسباب لتلك القناعة، بمعنى أنها حرية القاضي في قبول الأدلة مثلاً، بالإضافة إلى حريته في تقييمها، كما سيتضح هذا جلياً عند الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في وسائل الإثبات.

أما قولنا (فيما يعرض عليه مما لا نص فيه، أو كان النص فيه محتملاً) فذلك لبيان حدود سلطة القاضي التقديرية، فنجد هذه السلطة قائمة عندما تكون المسألة يعوزها النص - كالتعزير على سبيل المثال كما سيأتي بيانه إن شاء الله - أو عندما يكون النص ظنياً في دلالاته، أما في حالة النص القاطع في ثبوته ودلالاته، فلا مجال لإعمال السلطة التقديرية للقاضي عندئذ، لأن ذلك تمنعه القاعدة الفقهية المشهورة: لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص^(٤).

١- محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز الزرعي الدمشقي الحنبلي، المعروف بابن قيم الجوزية، فقيه، أصولي مجتهد، مفسر، متكلم، نحوي، محدث، ولد بدمشق، تفقه وأفتى ولازم ابن تيمية وسجن معه في قلعة دمشق سنة ٦٩١هـ، من مصنفاته: روضة المحبين ونزهة المشتاقين، زاد المعاد في هدي خير العباد، أعلام الموقعين عن رب العالمين، الروح، الطرق الحكيمة وغيرها، وتوفي سنة ٧٥١هـ.

الزركلي، الأعلام ج٦، ص٥٦، كحالة، معجم المؤلفين ج٩، ص١٠٦.

٢- ابن القيم، محمد بن أبي بكر، (ت ٧٥١هـ)، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ١، ص ٦٦.

٣- القرافي، أحمد بن إدريس، أنوار البروق، في أنواء الفروق، ط ١، دراسة وتحقيق، د. محمد سراج، د. علي جمعه، دار السلام ٢٠٠١م. ج ٢، ص ٧٠٢.

٤- الدعاس، عزت عبيد، القواعد الفقهية المذكورة في أول المجلة، ط ١، مكتبة دار الدعوة، حمص، ١٩٦٥م

ص ٢٩، خسرو، منلاً، درر الحكام في شرح غرر الأحكام، وبهامشه حاشية العلامة أبي الإخلاص الشيخ

وجدير بالذكر أن النص المحتمل، يقصد به ما كان محتتمل الثبوت بأن لم يكن قطعياً، أو محتتمل الدلالة بأن كانت دلالاته ظنية، ويدخل تحت هذا ما لو عرض على القاضي مسألة ورأى أن يستخدم - لإثبات الحق فيها - دليلاً خارجاً عما أوردته الشريعة، فله في ذلك سلطة تقديرية، ذلك لأن الأدلة الشرعية التي تناولت مسألة البينة، محتمة الفهم والدلالة، فبعض الفقهاء حملها على وجه الحصر والتقييد بما ورد في الشرع ولا يجوز للقاضي أو الخصوم الاستناد إلى غيرها من الوسائل في إثبات الأحكام والحقوق ولو كانت أقوى في دلالتها، وبعضهم الآخر حملها على التعدد والتجدد وأنها غير محصورة وترك للقاضي حرية استقصائها واختيارها^(١).

ويمكن أن تتعلق السلطة التقديرية للقاضي بشكل الدعوى كما سيأتي بيانه في الفصل الثاني من هذه الرسالة إن شاء الله، عند الحديث عن مجالات السلطة التقديرية للقاضي، وهذا الجانب موقعه في التعريف يأتي في قولنا أو (مما كان النص فيه محتتملاً) فكل ما لم يصرح أو يقيد به النص يمكن للقاضي التعامل معه، بصورة مرنة تحقق خدمة العدالة، فمثلاً عندما تتوافر شروط إقامة حد من الحدود، فلا يبقى على القاضي إلا أن يحكم به على مستحقه، فلا نجد له سلطة تقديرية في ذلك، ولكن لما لم يلزم النص بإقامة الحد في وقت محدد، فنجد للقاضي سلطة تقديرية في تأخير إقامته إذا رأى مسوغاً لذلك فتكون سلطة القاضي التقديرية عندئذ في ما يحتمله النص.

وقولنا النص يشمل النص القانوني أيضاً عندما نتحدث عن السلطة التقديرية للقاضي في ونصوص القانون، سواء أكان قانون أصول المحاكمات الشرعية أو قانون الأحوال الشخصية وغيرها من التشريعات القضائية الشرعية .

١- حسن بن عمار الشرنبلالي، مرجع خاص، مكتبة الجامعة الأردنية، ج٢، ص١٦٨، حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ط١، دار الجيل، بيروت. ج١، ص٣٢.

١ - وسبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة يرجع إلى أمرين: (الأول): اختلافهم في معنى البينة في لسان الشرع هل يراد بها الشهادة أو أن البينة اسم يتناول كل ما يظهر الحق ويبينه، (الثاني): خلافهم في طبيعة هذه الوسائل هل هي تعبدية بمعنى أنها غير معقولة المعنى ولا معلومة العلة ولا يمكن القياس عليها، أم أنها وسائل اجتهادية معلومة العلة ويمكن القياس عليها؟ وقد استدل كل فريق على ما ذهب إليه بأدلة، والذي أميل إليه ما رجحه الباحث أيمن العمر في رسالته أن طرق الحكم ووسائل الإثبات من الأحكام الاجتهادية التي يقصد بها تنظيم شؤون حياة البشر وضبط تعاملاتهم مع بعضهم البعض ولا تتضمن معنى تعبدية خالصاً بمجرد وهي بالتالي تشتمل على علل معقولة المعنى بحيث يمكن القياس عليها وهذه العلة هي إظهار الحق وإثباته يدل على ذلك فعل الصحابة رضوان الله عليهم كعمر وابن مسعود حينما حكما بالجلد على من وجد منه رائحة الخمر أو قاءها وكذلك بإقامة الحد على المرأة التي ظهر بها حمل ولا زوج لها ولا سيد، وعلوم أن هذا الطريق لم يثبت بالنص عن الله تعالى ولا عن رسوله . العمر، أيمن محمد، المستجدات في وسائل الإثبات، إشراف د. علي محمد الصوا، مكتبة الجامعة الأردنية، ص٣٠، محمد، فاضل زيدان، سلطات القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، ط١، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩م، ص٨٨.

المبحث الثالث

علاقة السلطة التقديرية للقاضي بالسياسة الشرعية

بعد الحديث عن مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في نظام القضاء الإسلامي، يأتي الحديث عن بعض المصطلحات كمصطلح السياسة الشرعية، التي قد يُرى أن السلطة التقديرية تُحمل عليها، فيظن أن لا فرق بينهما، مما قد يشكل على القارئ، بخاصة بعد استعراض أدلة المشروعية للسلطة التقديرية، فجاء هذا المطلب لتجلية حقيقة كل منهما وبيان مدى الصلة بينهما وللحديث عن هذا الأمر كان لابد من المرور على تعريف السياسة الشرعية، ونطاقها، ومدى شرعية القضاء بالسياسة.

أما تعريف السياسة:

فهي في اللغة: مصدر من ساس الأمر سياسة: قام به، ورجل ساس من قوم ساسة سواس؛ سواسه القوم جعلوه يسوسهم ويقال سوس فلان أمر بني فلان أي كلف سياستهم، وسست الرعية سياسة، وفي الحديث "كان بنو إسرائيل يسوسهم أنبياءهم"^(١): أي تتولى أمورهم، كما يفعل الأمراء والولاة بالرعية، ويقال: هو يسوس الدواب إذا قام عليها وراضها، والسياسة: القيام على الشيء بما يصلحه^(٢). ونلاحظ أن معنى السياسة في اللغة تدور حول معنى تعهد الأمر بما يصلحه.

أما الشرعية: فنسبة إلى شرعي، وهو ما استند إلى الشرع، وهو ما شرع الله لعباده من الدين^(٣).

أما في الاصطلاح: فهناك تعريفات عديدة للسياسة عند الفقهاء قديما وحديثا، أما تعريفات الفقهاء القدامى للسياسة فمنها:

ما نقله ابن القيم عن ابن عقيل^(٤) أنه عرفها بأنها: (ما يكون الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول ﷺ)^(٥).

١- رواه مسلم من حديث أبي هريرة بلفظ "كانت بنو إسرائيل تسوسهم الأنبياء كلما هلك نبي خلفه نبي وإنه لا نبي بعدي وستكون خلفاء فتكثر". أخرجه مسلم ج ٣، ص ١٤٧١، كتاب الإمارة، باب وجوب الوفاء ببيعة الخلفاء الأول فالأول حديث رقم (١٨٤٢).

٢- لسان العرب ج ٦، ص ١٠٨ والمصباح المنير ج ٢، ص ٣١٧.

٣- ابن الجزري، النهاية (٢/ ٤٦٠).

٤- علي بن عقيل الظفري أبو الوفاء البغدادي، ابن عقيل الحنبلي ولد سنة ٤٣١هـ، فقيه أصولي مقرئ واعظ، له مؤلفات كثيرة منها: الفصول في فروع الفقه الحنبلي، تفضيل العبادات على نعيم الجنات، الفنون، الواضح في أصول الفقه الزركلي، الأعلام ج ٤، ص ٣١٣، كحالة، معجم المؤلفين ج ٧، ص ١٥١-١٥٢.

٥- ابن القيم، أعلام الموقعين ج ٤، ص ٣٧٢.

و عرفها ابن نجيم^(١) بأنها: (فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها، وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي)^(٢).

أما تعريفات العلماء المعاصرين للسياسة فأذكر منها: ما عرفها به الشيخ عبد الوهاب خلاف بأنها: (علم يبحث فيه عما تدبر به شؤون الدولة الإسلامية من القوانين والنظم التي تتفق وأصول الإسلام، وإن لم يقد دليل على كل تدبير دليل خاص به)^(٣).

وعرفها د. فتحي الدريني بأنها: (القيام على الأمر بما يصلحه)^(٤) أو هي: (تدبير الأمر في الأمة داخلاً وخارجاً تدبيراً منوطاً بالمصلحة)^(٥).

وعرفها د. محمد نعيم ياسين بأنها: (تدبير الإمام بنفسه أو بنيابة عنه شؤون الرعيّة المشتركة، على مقتضى مقاصد الشريعة العامة)^(٦).

وقد رأى د. يوسف القرضاوي أن تعريفات السياسة الشرعية قديماً وحديثاً تدور حول معنيين^(٧): أحدهما: المعنى العام، وهو تدبير أمور الناس، وشؤون دنياهم بشرائع الدين، ولهذا عرفوا الخلافة بأنها: نيابة عن الرسول ﷺ في حراسة الدين وسياسة الدنيا به.

والثاني: المعنى الخاص، وهو ما يراه الإمام أو ما يصدره من الأحكام والقرارات، زجراً عن فساد واقع، أو وقاية من فساد متوقع، أو علاجاً لوضع خاص.

ومن تعريفاتها بالمفهوم الخاص، ما عرفها به الطرابلسي^(٨) بأنها: (شرع مغلظ)^(٩)

١- زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، فقيه حنفي من العلماء الأجلاء، له مصنفات منها: الأشباه والنظائر، في أصول الفقه، والبحر الرائق في شرح كنز الدقائق، والرسائل الزينية، والفتاوى الزينية، توفي سنة ٩٧٠هـ الزركلي، الأعلام ج٣، ص٦٤، كحالة، معجم المؤلفين ج٤، ص١٩٢.

٢- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم (ت ٩٧٠هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط١، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه، الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٩٧م ج٥، ص١٨.

٣- خلاف، عبد الوهاب، السياسة الشرعية أو نظام الدولة الإسلامية في الشؤون الدستورية والخارجية المالية، المكتبة السلفية، القاهرة، ١٣٥٠هـ. ص٤.

٤- الدريني، فتحي، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، ط١، مؤسسة الرسالة، ١٩٨٨م. ص٤١٨.

٥- المرجع السابق، ص١٨٩.

٦- محمد نعيم ياسين، مذكرة في السياسة الشرعية ص٤، غير مطبوعة درسها لطلبة الدراسات العليا.

٧- القرضاوي، يوسف، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، ط١ مكتبة توهبة، مصر ١٩٩٨م ص٣٢ وما بعدها.

٨- علي بن خليل الطرابلسي، أبو الحسن علاء الدين فقيه حنفي، كان قاضياً بالقدس، من مؤلفاته: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام في فقه الحنفية. الزركلي، الأعلام ج٤، ص٢٨٦، كحالة، معجم المؤلفين ج٧، ص٨٨.

٩- الطرابلسي، علاء الدين علي بن خليل، ت٨٤٤هـ، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، ويليه لسان الحكام في معرفة الأحكام، لأبي الوليد إبراهيم المعروف بابن الشحنة، منشورات دار الفكر. ص١٦٩.

وتطرق ابن عابدين^(١) إلى حقيقتها فقال: (و الظاهر أن السياسة والتعزير مترادفان)^(٢).
ونلاحظ من التعريفات السابقة ومن آراء الفقهاء قديما وحديثا أن السياسة الشرعية تدور
حول محورين^(٣):

الأول: مجال سياسة التشريع.

الثاني: مستند سياسة التشريع.

أما مجال السياسة الشرعية، فنجد بعض الفقهاء يحصرها بالفقه الجنائي كما فعل ابن
عابدين والطرابلسي، وبعضهم رأى أنها تستوعب الفقه الإسلامي كله، كابن نجيم وابن القيم
وابن فرحون، ومن المحدثين عبد الوهاب خلاف ود. الدريني، ود. محمد نعيم ياسين.
أما مستندها فالمقصود به، هل هي محصورة بما ورد فيه نص خاص، أم أنها تستند إلى
ما هو أوسع من ذلك.

يقول د. الدريني: (مجالات التشريع السياسي الإسلامي شاملة لجميع مصالح الأمة دينيا
ودنيويا، لأنها أساس مشروعية العمل السياسي وغايته، وهي متفاوتة من حيث قوتها وأثرها
سواء على المستوى الفردي أم على مستوى الجماعة)^(٤).

وبناء على الرأي الغالب، والذي يفيد بأن السياسة الشرعية تستوعب الفقه الإسلامي كله
- وهذا هو الذي نرجحه - ولا تتحصر بمجال معين فقط، فإننا نستطيع القول بأنها تشمل أيضا
مجال القضاء، وكما تصح من الحاكم، تصح ممن يقوم مقامه من ولاة وقضاة، فهي لما كانت
سلطة ممنوحة للحاكم لتدبير شؤون الأمة وتعهد أمور الرعية بما فيه صلاحها، فإن هذه السلطة
تسحب للقضاة باعتبارهم نواب عن الإمام في النظر في أقضية الرعية، ويكون عمل القضاة
القائم على السلطة التقديرية، صورة من صور السياسة الشرعية، تكون في مجال القضاء،
وتكون السلطة التقديرية للقاضي جزءا من كل، الجزء هو سلطة التقدير، والكل هو سياسة
التشريع.

١- محمد بن محمد بن أمين بن عمر بن عبد العزيز، علاء الدين بن عابدين الحسيني الدمشقي الحنفي، فقيه
حنفي، ولد بدمشق سنة ١٢٤٤هـ كان من أعضاء وضع المجلة، ولي القضاء بطرابلس الشام، وعين
رئيسا ثانيا لمجلس المعارف بدمشق من مؤلفاته: قرّة عيون الأخيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار
شرح تنوير الأبصار، معراج النجاح شرح نور الإيضاح.

الزركلي، الأعلام ج٧، ص٧٥، وكحالة، معجم المؤلفين ج١١، ص١٩٣

٢- حاشية ابن عابدين ج٤، ص١٥

٣- الكيلاني، عبد الله إبراهيم، السلطة العامة وقبورها في الدولة الإسلامية، إشراف د. فتحي
الدريني، مكتبة الجامعة الأردنية، رقم التسلسل ٤٤٥٢٢. ص٢٢٥.

٤- فتحي الدريني، خصائص التشريع الإسلامي ص١٩٦.

وقد عنون ابن فرحون المالكي^(١) القسم الثالث من كتابه القيم، (تبصرة الحكام): بالقضاء بالسياسة الشرعية، وبين فيه أن المذهب عند المالكية هو أن القضاء بالسياسة الشرعية يعتبر من عمل القاضي، وليس الأمر مختصاً فقط بوالي المظالم، كما ذهب إليه القرافي^(٢) المالكي ونقله عن الماوردي^(٣) الشافعي.

ثم ذكر ابن فرحون ما نقله القرافي عن الماوردي من الفروق بين والي المظالم والقضاة فقال: (قال القرافي في (الذخيرة) في الولاية السياسية، وهي ولاية الكشف عن المظالم والفرق بين والي المظالم وبين القضاة من عشرة أوجه)^(٤):

الأول: له - يعني ناظر المظالم - من القوة والهيبة ما ليس لهم.

الثاني: أنه أفسح مجالاً وأوسع مقالاً.

الثالث: أنه يستعمل من الإرهاب وكشف الأشياء بالأمارات الدالة وشواهد الأحوال اللاتحة مما يؤدي إلى ظهور الحق بخلافهم.

الرابع: أنه يقابل من ظهر ظلمه بالتأديب بخلافهم.

الخامس: أنه يتأنى في ترداد الخصوم عند اللبس، ليمعن في الكشف، بخلافهم إذا سألهم أحد الخصمين فصل الحكم لا يؤخره.

السادس: له رد الخصوم إذا أعضلوا إلى وساطة الأماناء ليفصلوا بينهم صلحا عن تراض، وليس للقضاة إلا برضا الخصمين.

السابع: له أن يفسخ في ملازمة الخصمين إذا وضحت إمارات التجاحد، ويأذن في إلزام الكفالة فيما يشرع فيه التكفل، لينقاد الخصوم إلى التناصف ويتركوا التجاحد بخلافهم.

الثامن: أنه يسمع شهادة المستورين بخلافهم.

١- إبراهيم بن علي بن محمد بن أبي القاسم ابن فرحون المالكي، برهان الدين المالكي، من شيوخ المالكية عالم بحاث، ولد ونشأ في المدينة ومات فيها، مغربي الأصل نسبته إلى يعمر بن مالك بن عدنان، تولى القضاء في المدينة، من مؤلفاته: الديباج المذهب في تراجم أعيان المذهب المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، درة الغواص في محاضرة الخواص، طبقات علماء الغرب وغيرها توفي سنة ٧٩٩هـ. الزركلي، الأعلام ج١، ص٥٢، وكحالة، معجم المؤلفين ج١، ص٦٨.

٢- أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن شهاب الدين الصنهاجي - نسبة إلى صنهاجة - القرافي - نسبة إلى القرافة، من علماء المالكية، وهو من برابرة المغرب فقيه، أصولي، مفسر، من مؤلفاته: الذخيرة في فقه المالكية، شرح التهذيب، شرح محصول فخر الدين الرازي، التنقيح في أصول الفقه. الزركلي، الأعلام ج١، ص٩٥، كحالة، معجم المؤلفين ج١، ص١٥٨.

٣- علي بن محمد بن حبيب، أبو الحسن البصري الماوردي الشافعي، قال أبو الفضل بن خيرون: كان رجلاً عظيم القدر متقدماً عند السلطان، ولي القضاء ببلدان شتى وسكن بغداد، كان حافظاً للمذهب له مؤلفات كثيرة في الفقه والتفسير وأصول الفقه والأدب، منها: الحاوي، وتفسير القرآن سماه النكت، وأدب الدنيا والدين، والأحكام السلطانية، والإقناع وغيرها، قيل إنه لم يظهر شيء من مؤلفاته حتى دنت وفاته، وتوفي سنة ٤٥٠هـ. الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج١٨، ص٦٤-٦٨، ابن خلكان، وفيات الأعيان ج٣، ص٢٨٢-٢٨٤.

٤- القرافي، الذخيرة ج١، ص٣٩، ابن فرحون، تبصرة الحكام ج٢، ص١٢١.

التاسع: له أن يحلف الشهود إن ارتاب فيهم بخلاف القضاة.

العاشر: أن يبتدئ باستدعاء الشهود وسؤالهم عما عندهم في القضية بخلافهم، لا يسمعون البيئة. وبعد أن ذكر ابن فرحون عن القرافي ما سبق قال: (واعلم أن للقضاة تعاطي كثيرا من هذه الأمور، أما كونه يسمع قذف المتهم من أعوان الأمانة، فقد استحبوا للقاضي أن يتخذ كاشفا قد ارتضاه يكشف له عن أحوال الشهود في السر، ويقبل منه ما نقل إليه، وقالوا: ينبغي له أن يستبطن أهل الدين والأمانة والعدالة ليستعين بهم على ما هو بسبيله، ويقوى على التوصل إلى ما ينوبه، وقد أجازوا التجريح بواحد عدل إذا كانوا بمسألة القاضي، وأجازوا التجريح في السر، ويقبل القاضي ذلك من العدل الواحد، وهذا نحو ما ذكره في أعوان الإمارة، وأما كونه يراعي شاهد الحال، فكذلك عندنا يجوز للقاضي مراعاة شواهد الأحوال، وقد ذكرته في باب الحكم بالقرائن والدلائل، وأما تعجيل حبس المتهم للاستبراء والكشف ومدته شهر، فذلك أيضا للقاضي).

وقد أطال ابن فرحون في الرد على القرافي وبين أن المذهب عند المالكية هو أن للقاضي القضاء بالسياسة وساق العديد من أقوال فقهاء المذهب للتدليل على شرعية القضاء بالسياسة^(١). ثم قال بعد ذلك: (إذا ثبت قيام الدليل على أن السياسة في الأحكام من الطرق الشرعية، فهل للقضاة أن يتعاطوا الحكم بها فيما رفع إليهم من اتهام اللصوص وأهل الشر والتعدي؟ وهل لهم الكشف عن أصحاب الجرائم أم لا؟ وهل لهم الحكم بالقرائن التي يظهر بها الحق، ولا يقفوا على مجرد الإقرار وقيام البيّنات؟ وهل لهم أن يهددوا الخصم إذا ظهر أنه مبطل أو ضربه أو سؤاله عن أشياء تدل على صورة الحال؟ فالجواب ما ذكره ابن قيم الجوزية الحنبلي من أن عموم الولايات وخصوصها وما يستفيده المتولي بالولاية يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف، وليس لذلك حد في الشرع فقد يدخل في ولاية القضاء في بعض الأزمنة والأمكنة، ما يدخل في ولاية الحرب في زمان ومكان آخر وبالعكس، وأما نصوص أهل المذهب الأندلسيين فصريحة، بأن لهم تعاطي ذلك^(٢)).

وأرى بناء على ما سبق: أن إعمال القضاة لسلطة التقدير، يعتبر صورة من صور السياسة الشرعية، وهذا الرأي ينبثق عن الرأي الذي يرى اتساع مجال العمل بالسياسة الشرعية وهو اتجاه واسع عند الفقهاء قديما وحديثا.

١- ابن فرحون، تبصرة الحكام ج ٢، ص ١٢٥.

٢- المرجع السابق. ج ٢، ص ١٢١.

ومن خلال ما سبق عرضه يتلخص لدي أن ثمة علاقة وطيدة بين السلطة التقديرية للقاضي وبين السياسة الشرعية، كعلاقة الفرع بالأصل، وعلاقة الجزء بالكل. وبالنظر في تعريف كل من السياسة الشرعية و تعريفنا للسلطة التقديرية للقاضي نلمس الأمور الآتية:

١- نرى أن السياسة الشرعية بمفهومها العام هي اجتهاد مبني على القواعد الشرعية الكلية العامة فيما لا نص فيه، وهذا يعنى أن ثمة تقارب بين السياسة الشرعية وبين السلطة التقديرية التي هي أعمال للنظر فيما لا نص فيه أو فيما كان النص فيه محتملا، للوصول إلى الحكم أو الإجراء المناسبين بما يتفق ومقصد الشارع.

يقول د.الدريني: (فالتشريع السياسي الإسلامي إذن كفيل بالوفاء بحاجات الناس ومطالبهم في كل عصر وبيئة، على ضوء من روح التشريع وقواعده وغاياته، في كل ما لم يرد فيه نص خاص بعينه، وسبيل ذلك الاجتهاد بالرأي من أهله ، بمعايير مرنة، وبالاستعانة بالخبرة العلمية المتخصصة التي تتعلق بالموضوع المجتهد فيه)^(١).

فلاحظ من خلال كلام د.الدريني أن هناك تلاق بين السياسة الشرعية والسلطة التقديرية. ٢- إن الذي يمارس السياسة التشريعية هو الحاكم، والحاكم له سلطة تقديرية واسعة، وكذا القضاة، باعتبارهم من نوابه، ويكون عملهم امتداد لعمل الحاكم ، كما هو الحال بين الحكيم، وكذا الخبراء مع القاضي -كما سيأتي بيانه لاحقا إن شاء الله - فما يكون لهم من سلطة تقديرية يعتبر من سلطة القاضي لأن عملهم إنما هو امتداد لعمل القاضي.

٣- إن السياسة الشرعية أعم من السلطة التقديرية، فالأولى ينتشر ظلها ليغطي جميع مفردات الشريعة السمحة، بخلاف الثانية فمجالها محصور وضيق إذا ما قورن بمجال الأولى.

وجدير بالإشارة عقب ما سبق من الحديث، أن القضاء بالسياسة الشرعية، يصدق على عمل القاضي غير المحكوم بمواد قانونية محددة، كما كان حال القضاء في العصور السابقة، أما وقد أصبح القاضي مقيد بقانون، ويقضي بموجبه، فإن ذلك يعني انعدام العمل بالسياسة الشرعية، ولا يبقى للقاضي إلا ما تركه القانون له من سلطة تقديرية تتضمنها نصوص مواد القانون.

وهذا يقودني إلى تقرير حقيقة سابقة لأوانها، وهي أن السلطة التقديرية للقاضي في نظام القضاء الإسلامي عبر العصور التي مرت بها الدولة الإسلامية كانت تتجه من الاتساع إلى الضيق ، ومن المد إلى الجزر.

١- فتحي الدريني، خصائص التشريع الإسلامي ص١٩٧.

المبحث الثالث

مشروعية السلطة التقديرية للقاضي

جدير بالذكر، أن فقهاء القانون ليسوا سواءً في الاعتراف بمشروعية السلطة التقديرية للقاضي، فإن منهم من أنكرها مطلقاً، وإن منهم من أثبتها للقاضي بقيود، وهناك من أثبتها للقاضي من غير تقييد^(١).

ولما كان موضوع المبحث عن مشروعية السلطة التقديرية للقاضي في نظام القضاء الإسلامي فإنني أرى الاكتفاء بالإشارة إلى ما عليه الأمر عند أهل القانون، لأنه ليس محل بحثي، وتجنباً للإطالة، و ليتسنى لي الدخول مباشرة في موضوع المبحث.

ويتناول هذا المبحث الحديث عن أدلة مشروعية السلطة التقديرية للقاضي المسلم في نظام القضاء الإسلامي، وفيه المطالب الآتية:

المطلب الأول: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من خلال نصوص القرآن الكريم.

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في السنة النبوية، القولية والفعلية والتقريرية.

المطلب الثالث: السلطة التقديرية في أقضية الصحابة.

المطلب الرابع: الدليل على مشروعية السلطة التقديرية من المعقول.

١ - أحمد محمود سعد ، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ص٢٢ وما بعدها ، نبيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية ص١٠٦ ، مأمون سلامة حدود سلطة القاضي الجنائي ص٨٧ .

المطلب الأول

مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من خلال نصوص القرآن الكريم

رأيت أن أتناول هذا المطلب هذا المطلب من ناحيتين:

الأولى: من حيث إشارة القرآن الكريم إلى وقوع التقدير من القاضي أو من في حكمه، في قضاء ما قبل الإسلام، وذلك من أجل التعرف على حقيقة وجود معنى التقدير آنذاك من ناحية، وللاستئناس بها من ناحية أخرى، مما يثري بحثنا ويكسبه قوة^(١).

الثانية: من حيث إشارة القرآن الكريم إلى وقوع التقدير في القضاء الإسلامي، مما يستدل به على مشروعية السلطة التقديرية للقاضي في العمل القضائي.

١ - رأيت أنه من الضروري القيام بهذا التفصيل، لأن هذه الأدلة القرآنية على وقوع التقدير من القاضي تعد من قبيل شرع من قبلنا ومسألة شرع من قبلنا محل اختلاف بين علماء الأصول من حيث اعتباره شرعا لنا أم لا، والغرض من البحث في تلك الأدلة على وقوع التقدير في القضاء هو دعم البحث.
الغزالي، محمد بن محمد ت (٥٠٥هـ) المستصفى في علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٦م. ص ١٦٥، ابن حزم، علي بن أحمد، (ت٤٥٦هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، ط٢، تحقيق الشيخ أحمد شاكر، منشورات دار الأفق الجديدة، بيروت، ١٩٨٣م. ج٥، ص ١٦١.

الفرع الأول

إشارة القرآن الكريم إلى وقوع التقدير في قضاء ما قبل الإسلام

المراد مما سيأتي الحديث عنه في هذا المطلب هو بيان مشروعية مبدأ التقدير للقاضي في عصور ما قبل الإسلام، مما يري البحث ويكسبه قوة فيما يتجه إلى تقريره.

١- قال الله تعالى على لسان يوسف عليه السلام: "قَالَ هِيَ رَاوَدْتَنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ"^(١).

وجه الدلالة: إن المقصود بقوله "شهد" في الآية الكريمة هو: حكم، كما بين ذلك ابن العربي^(٢) حيث قال: وقد وردت - أي لفظة - "شهد" في كتاب الله بأنواع مختلفة^(٣)، قال: وتأتي بمعنى حكم قال الله تعالى: "وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا".

وكما ذكرت في المبحث الأول من أن تقدير القاضي ما هو إلا اجتهاد منه وإعمال لنظره، فنرى أن هذا المعنى يصدق على ما قام به من سماه الله تعالى في هذه الآية بالشاهد، لأنه بموقع القاضي وحيث لا بينة لأي من أي من الطرفين وكل منهما يتهم الآخر، فقد أعمل اجتهاده في تقدير الأدلة، ثم رأى أن يستند على القرينة المستفادة من قد القميص من قبل أو من دبر، ومدى تطابقها مع الواقع المطروح عليه.

قال القرطبي^(٤): (فشهد شاهد من أهلها: حكم حاكم من أهلها لأنه حكم منه وليس بشهادة)^(٥)

١- سورة يوسف: آية [٢٦، ٢٥].

٢- هو محمد بن عبد الله بن محمد المعافري الإشبيلي المالكي، أبو بكر ابن العربي، ولد في إشبيلية سنة ٤٦٨ هـ - قاض من حفاظ الحديث برع في الأدب وبلغ رتبة الاجتهاد في علوم الدين وولي قضاء إشبيلية وله مصنفات في الحديث والفقه والأصول والتفسير والأدب والتاريخ، ومن مصنفاته العواصم من القواصم، عارضة الأحوذ في شرح سنن الترمذي، أحكام القرآن والقبس في شرح الموطأ وغيرها، مات بقرب فاس سنة ٥٤٣ هـ. الزركلي، الأعلام ج٦، ص٢٣٠ وعمر كحالة، معجم المؤلفين ج١٠، ص٢٤٢.

٣- أورد ابن العربي معان عدة لكلمة شهد فقال: تأتي بمعنى قضى كما في قوله تعالى "شهد الله أنه لا إله إلا هو" وبمعنى أقر كما في قوله تعالى "والملائكة يشهدون" وبمعنى حلف كما جاء في اللعان وبمعنى علم كما في قوله تعالى "ولا نكتم شهادة الله" أي علم الله، وغيرها. ابن العربي، محمد بن عبد الله، (ت ٥٤٣ هـ) أحكام القرآن، ط١، ١٠، م١، تعليق محمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٨٨ م، أحكام القرآن ج٢، ص٢٣٥.

٤- محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي الأندلسي، أبو عبد الله القرطبي، من كبار المفسرين صالح متعبد، من أهل قرطبة، استقر في شمال أسبوط بمصر وتوفي فيها، من مؤلفاته، الجامع لأحكام القرآن، والتذكرة بأحوال الموتى وأحوال الآخرة، توفي سنة ٦٧١ هـ.

خير الدين الزركلي، الأعلام ج٥، ص٣٢٢، عمر كحالة، معجم المؤلفين ج٨، ص٢٣٩.

٥ - القرطبي، محمد بن أحمد ت (٦٧١ هـ)، الجامع لأحكام القرآن، ١٠، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت، ومكتبة الغزالي، دمشق. ج٩، ص١٧٢-١٧٤.

وهذا ما ذهب إليه ابن القيم^(١)، وذكره عن أصحاب مالك حيث قال: ومال أصحاب مالك^(٢) رحمه الله إلى التوصل بالإقرار بما يراه الحاكم، وذلك مستند إلى قوله تعالى "إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قَبْلِ فَصَدَقْتَ".

ومن هنا نرى أن ما قام به من سماه الله تعالى بالشاهد في الآية هو التقدير ذاته الذي نسعى لإثبات مشروعيته.

٢ - قوله تعالى "وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحَكْمِهِمْ شَاهِدِينَ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا"^(٣).

والقصة أنه دخل رجلان على داود عليه السلام، أحدهما صاحب حرث والآخر صاحب غنم، فقال صاحب الحرث: إن غنم هذا نفشت^(٤) حرثي وما أبقت منه شيئا فقال داود عليه السلام اذهب فإن الغنم لك، فخرجا فمرا على سليمان عليه السلام فقال كيف قضى بينكما؟ فأخبراه فقال لو كنت أنا القاضي لقضيت بغير هذا، فأخبر بذلك داود عليه السلام فدعاه وقال: كيف كنت تقضي بينهما؟ فقال: أدفع الغنم إلى صاحب الحرث فيكون له منافعها من الدر والنسل والوبر، حتى إذا كان الحرث من العام المستقبل كهيبته يوم أكل، دفعت الغنم إلى أهلها وقبض صاحب الحرث حرثه^(٥).

وجه الدلالة: إن هذه الآية تدل بمنطوقها على أن ثمة خصومة وقعت بين طرفين، وطلبا من نبي الله داود عليه السلام أن يقضي بينهما، ويفهم من الآية الكريمة أن القضية لم يكن يحكمها نص، كما أيد ذلك فريق من العلماء، إذ لو كانت كذلك لما اختلفا^(٦)، فأعمل داود عليه السلام اجتهاده وتقديره، فقضى على نحو خالفه فيه من بعده اجتهاد ابنه سليمان عليهما السلام، فكان كل منهما قد أعمل اجتهاده في المسألة.

١ - الطرق الحكمية ص ٤، وذكر ابن القيم أن أبا الوفا بن عقيل سئل عن هذه المسألة فقال: ليس ذلك حكما بالفراصة؟ بل هو حكم بالأمارات وإذا تأملت الشرع وجدتموه، ويجوز التعويل على ذلك.

٢ - مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث الأصبحي، أبو عبد الله إمام دار الهجرة، وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، وإليه تنسب المالكية، ولد سنة ٩٣هـ في المدينة، كان صلبا في دينه بعيدا عن الأمراء والملوك، وتعرض للتعذيب في زمن المنصور بسبب وشاية، صنف الموطأ، والمدونة، وله رسالة في الوعظ ورسالة في الرد على القدرية وغيرها وتوفي في المدينة سنة ١٧٩هـ. الزركلي، الأعلام ج ٢٥٧، ٥٠، كحالة، معجم المؤلفين ج ٨، ص ١٦٨.

٣ - سورة الأنبياء [٧٧-٧٩].

٤ - النفس: أن تنتشر الغنم بالليل بلا راع وهو قول جمهور المفسرين وقال بعضهم: أنه يجوز ذلك ليلا ونهارا.

٥ - الرازي، محمد بن عمر، (ت ٦٠٦ هـ)، التفسير الكبير، ٢٠م، المطبعة البهية المصرية ج ٢٢، ص ١٩٥، الجصاص، أحكام القرآن ج ٣، ص ٢٩٢.

٦ - ابن الجوزي، جمال الدين عبد الرحمن بن علي (ت ٥٩٧ هـ)، زاد المسير في علم التفسير، ط ١، تحقيق محمد بن عبد الرحمن، دار الفكر، ١٩٨٧م. ج ٥، ص ٢٥٨.

ويدل على هذا أن الله تعالى مدح كلا منهما على الفهم ولو كان ذلك على سبيل النص لم يكن في فهمه كثير مدح، إنما المدح على قوة الخاطر والحدائق في الاستنباط^(١).
ويدل هذا على أن أعمال القاضي لتقديره و اجتهاده مشروع ومأذون به، ويدل على ذلك قول الله تعالى بعد صدور الحكم منهما " وكنا لحكمهم شاهدين " ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكماً وعِلماً" إذ لو كان الاجتهاد ممنوعاً لما استحفا المدح، ويؤيد هذا ما ذكره الجصاص^(٢) إذ قال:
فلما مدحهما جميعاً بما وصفهما به من الحكم والعلم دل على تصويبه لهما في اجتهادهما^(٣).
قال الإمام الشافعي^(٤)(٥): قال الحسن ابن أبي الحسن^(٦): لولا هذه الآية لرأيت أن الحكام قد هلكوا ولكن الله تعالى حمد هذا بصوابه وأثنى على هذا باجتهاده، ثم ساق حديث رسول الله ﷺ

"إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد فأخطأ فله أجر"^(٧).

ومن خلال ما سبق أخلص إلى أن الاجتهاد وإعمال التقدير قد وقعا من نبيي الله جل وعلا في القضية المذكورة، وقد أوضح الصحابي الجليل عبد الله بن عباس هذا الأمر حيث ذكر أن داود عليه السلام اجتهد في المسألة فقدر الضرر بالكرم فساوى قيمة الغنم فرأى أن يزال الضرر بمثله من النفع ولهذا حكم بتسليم الغنم إلى المجني عليه... وأما اجتهاد سليمان عليه

- ١ - الرازي، التفسير الكبير ج٢٢، ص١٩٨. الجصاص، أحكام القرآن ج٣، ص٢٩٢
- ٢- أحمد بن علي الرازي الحنفي، المعروف بالجصاص أبو بكر، فقيه مجتهد، جاء بغداد في شبينته وتوفي فيها، من مؤلفاته، شرح مختصر الطحاوي الحنفي في فروع الفقه، أحكام القرآن.
خير الدين الزركلي، الأعلام ج١، ص١٧١، عمر كحالة، معجم المؤلفين ج٢، ص٧
- ٣- الجصاص، الفصول في الأصول ج٤، ص٣٠٧
- ٤- أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب القرشي المطلبى، يجتمع مع رسول الله في عيد منافع، ولد سنة ١٥٠هـ بمدينة غزة، كان كثير المناقب، جم المفاخر، منقطع القرين اجتمعت فيه العلوم بكتاب الله وسنة رسول الله وكلام الصحابة وأثارهم واختلاف أقاويل العلماء وغير ذلك من معرفة كلام العرب والشعر والقرآت، قال أحمد بن حنبل: ما أحد ممن بيده محبرة أو ورق إلا وللشافعي في رقبته منة، وكان من أحنق قريش بالرمي وهو أول من تكلم في أصول الفقه وهو الذي استنبطه وهو أثل من قرر ناسخ الحديث من منسوخه، له مصنفات منها كتاب الرسالة، وكتاب الأم، وتنقل في البلدان فزار بغداد ومصر ومكة وتوفي ٢٠٢هـ بالقرافة الصغرى.
- ابن خلكان، وفيات الأعيان ج٤، ص١٦٣-١٦٩، الزركلي، الأعلام ج٦، ص٢٦.
- ٥ - الشافعي، أحكام القرآن ج٢، ص١٢٢، الشافعي، الأم ج٧، ص٩٣.
- ٦- هو الحسن بن يسار، أبو سعيد، تابعي، إمام أهل البصرة وحبر الأمة في زمنه ولد سنة ٢١هـ بالمدينة وتربى في كنف على بن أبي طالب رضي الله عنه، قال الغزالي: كان الحسن البصري أشبه الناس كلاماً بكلام الأنبياء وأقربهم هدياً من الصحابة، وكان غاية في الفصاحة تتصيب الحكمة من فيه، له كتاب في فضائل مكة توفي في البصرة ١١٠هـ. الزركلي، الأعلام ج٢، ص٢٢٦.
- ٧- أخرجه البخاري، ج٤، ص٣٧٢، كتاب الاعتصام بالسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، حديث رقم (٧٣٥٢)، ورواه مسلم ج٣، ص١٣٤٢ كتاب الأفضية باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، حديث رقم (١٧١٦) وأخرجه الترمذي في الجامع الصحيح، ج٣، ص٦١٥ كتاب الأحكام، باب (٢) ما جاء في القاضي يصيب ويخطيء حديث رقم (١٣٣٠). والحديث لفظه للشيخين ولكنهما روياه بلفظ (ثم أصاب، ثم أخطأ)

السلام فقد أدى إلى أنه يجب مقابلة الأصول بالأصول والزوائد بالزوائد ورأى أن مقابلة الأصول بالزوائد غير جائز لأنه يقتضي الحيف والجور ولعل منافع الغنم في تلك السنة كانت موازية لمنافع الكرم فحكم به^(١).

أما مسألة الإصابة من كليهما أو من المصيب من المخطئ في الحكم في هذه القضية فقد اختلف العلماء فيها، وليس هاهنا محل مناقشة آراء العلماء لها^(٢)، والذي يعيننا هو أن الاجتهاد والتقدير قد وقعا من داود وسليمان عليهما السلام كما رجح ذلك جمهور العلماء الذين جوزوا وقوع الاجتهاد من الأنبياء عليهم السلام^(٣).

١ - الرازي، التفسير الكبير ج ٢٢، ص ١٩٨.
 ٢ - لمزيد من الاطلاع على المسألة راجع د. نادية العمري، الاجتهاد في الإسلام ص ١٤٢ وما بعدها.
 ٣ - البخاري، عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار، على أصول البزدوي، دار سعادت الحاج أحمد خلوصي، والحاج مصطفى درويش، وشركاهما، صحافية عثمانية ١٣٠٨هـ - ج ٤، ص ٢٢، الزركشي، المحيط، ج ٨، ص ٢١٤-٢١٥.

الفرع الثاني

من حيث إشارة القرآن الكريم إلى وقوع التقدير من القاضي في القضاء الإسلامي

جاء في العديد من نصوص القرآن الكريم ما يفيد مشروعية مبدأ التقدير للقاضي أو من يقوم مقامه في بعض المواقف كالحكم ، وفيما يأتي ذكر لأبرز هذه النصوص مع بيان لوجه الدلالة فيها :

١ - قال الله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمَّداً فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدِيًّا بِالْعِزَّةِ أَوْ كَفَّارَةً طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلٌ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ" (١).

وجه الدلالة: الشاهد على وجود سلطة التقدير للقاضي أو الحاكم في الآية الكريمة في قوله تعالى " يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ " ويحكم بمعنى: يقضي، قال الطبري (٢): يقضي بالجزاء ذوا عدل (٣). فالعمل الذي يقوم به العدلان، ما هو إلا تقدير ومقايسة ونظر ، بين ما أتلفه المحرم من الصيد وجزاؤه من النعم ، سواء أكان القصد منه الحكم بالمثل أم بالقيمة، ويؤيد هذا ما ذهب إليه ابن العربي في رفضه ما ذهب إليه مالك من أن صغير الهدى مثل كبيره كما أن صغير الأدمي مثل كبيره، فقال: وهذا غير صحيح فإن الدية مقدره جبرا وهذا مقدر نظرا يحكم به ذوا عدل منكم فافترقا (٤).

والعمل الذي يقوم به العدلان في هذه المسألة هو بمثابة عمل القاضي أو الحكم، وبتقديرهما يعرف قاتل الصيد ما يلزمه أدائه مما أوجبه الله عليه بسبب ما خالف فيه، وتقديرهما نافذ بحقه لقوله تعالى "يحكم به"، ومما لا شك فيه أن حكم العدلين أو تقديرهما نابع من اجتهادهما في المقايسة بين الحيوان المصيد والحيوان المجزئ عنه، وهذه المقايسة إنما هي من طريق الاجتهاد قال الجصاص: (ثم لا يخلو المثل المراد بالآية من أن يكون القيمة أو النظر من النعم، على

١ - سورة المائدة [آية: ٩٥].

٢ - هو محمد بن جرير بن يزيد الطبري، أبو جعفر المؤرخ المفسر المحدث المقرئ الإمام الفقيه الأصولي المجتهد، ولد بأمل بطبرستان سنة ٢٢٤هـ، واستوطن بغداد وتوفي بها وعرض عليه القضاء فامتنع، واختار لنفسه مذهباً في الفقه، من مؤلفاته: جامع البيان في تأويل القرآن، أخبار الرسل والملوك، يعرف بتاريخ الطبري، وتهذيب الآثار، واختلاف الفقهاء وتوفي سنة ٣١٠هـ. الزركلي، الأعلام ج٦، ص ٦٩، عمر كحالة، معجم المؤلفين ج ٩، ص ١٤٧.

٣ - الطبري، محمد بن جرير (ت ٣١٠ هـ)، تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق محمد شاكر، دار المعارف، مصر، ١٩٥٧م. ج ٧، ص ٤٧.

٤ - ابن العربي، أحكام القرآن ج ٢، ص ١٨٧.

حسب اختلاف الفقهاء فيه ، وأيهما كان فهو موكول إلى اجتهاد العدلين، وكذا أروش^(١) الجنائيات التي لم يرد في مقاديرها نص ولا اتفاق ولا تعرف إلا من طريق الاجتهاد^(٢).

٢- قال الله تعالى "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرُسُوا لَهُنَّ فَرِيضَةٌ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسَعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ"^(٣)

هذه الآية الكريمة تتحدث عن الحالة التي يطلق الرجل فيها زوجته قبل الدخول بها ولم يكن قد فرض لها مهرا في عقد الزواج، فالأصل أن يكون المهر مسمى في العقد، فإذا وقع الطلاق استحققت نصفه إلا أنه في الحالة التي يطلق الزوج زوجته ولم يكن قد سمى لها مهرا فقد أخبرت الآية استحقات الزوجة المتعة مع مراعاة حال الزوج يسرا وعسرا^(٤).

أما وجه الدلالة في الآية على وجود السلطة التقديرية للقاضي في قوله تعالى "ومتعوهن" فهذا الخطاب وإن كان موجها للأزواج إلا أنه في حالة عدم الاتفاق بينهما على مقدار المتعة فإن الأمر مرده للقاضي فيفرض متعة الزوجة باجتهاده وتقديره وهذا ما يسمى بسلطة القاضي التقديرية.

قال الأنصاري^(٥): (فلو تنازعا في قدرها فعلى حالهما من يساره وإعساره ونسبها وصفاتها تقدر بتقدير القاضي واجتهاده لقوله تعالى " وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسَعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ "^(٦) .

- ١ - بالضم، جمع أرش، وهو المال الواجب في الجناية على ما دون النفس، أو هو ما يعطى في الجراحات. الرملي، نهاية المحتاج ٤، ص ٤١، الموسوعة الفقهية ج ١٨، ص ٦٩.
- ٢- الجصاص، أحمد بن علي (ت ٣٧٠ هـ)، الفصول في الأصول، ط ١، تحقيق د. عجيل النشمي، منشورات وزارة الأوقاف الكويتية، ١٤٠٥ هـ. ج ٤، ص ٢٣٤.
- ٣- سورة البقرة [آية: ٢٣٦].
- ٤- ذهب جمهور الفقهاء إلى وجوب المتعة للزوجة فيما ذهب المالكية إلى الندب، وجدير بالذكر أن العلماء الجصاص، أحمد بن علي (ت ٣٧٠ هـ)، الفصول في الأصول، ط ١، تحقيق د. عجيل النشمي، منشورات وزارة الأوقاف الكويتية، ١٤٠٥ هـ.
- ٥- زكريا بن محمد بن أحمد زكريا الأنصاري، ولد سنة ٨٢٣ هـ، تعلم في القاهرة، نشأ فقيرا معدما، فلما ظهر فضله تتابعت إليه الهدايا والعطايا بحيث كان له كل يوم نحو ثلاثة آلاف درهم، له مؤلفات كثيرة منها: فتح الرحمن، تحفة البارقي على أخرج البخاري، وفتح الجليل، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب وتوفي سنة ٩٢٣ هـ. الزركلي، الأعلام ج ٣، ص ٤٦، كحالة، معجم المؤلفين ج ٤، ص ١٨٢.
- ٦- الأنصاري، زكريا بن محمد، أسنى المطالب شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي. ج ٣، ص ٥٣٧، الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ٤، م على متن منهاج الطالبين، للنووي (ت ٦٧٦ هـ) المكتبة الإسلامية، رياض الشيخ ج ٣، ص ٢٤٢.

وقد أكد الجصاص أن تقدير المتعة طريقه الاجتهاد فقال : (وإثبات المقدار على اعتبار حاله في الإسار واليسار طريقه الاجتهاد وغالب الظن ، ويختلف ذلك في الأزمان أيضا)^(١).

٣ - قال الله تعالى " وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا"^(٢).

قال ابن عباس: (هذا الرجل والمرأة إذا تفسد الذي بينهما، أمر الله أن تبعثوا رجلا صالحا من أهل الرجل ورجلا صالحا من أهل المرأة ، فينظران أيهما المسيء فإن كان الرجل هو المسيء حجبوا امرأته عنه وقسروه على النفقة وإن كانت المرأة هي المسيئة قسروها على زوجها ومنعوا النفقة، فإذا اجتمع لرايها على أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز)^(٣).

وجه الدلالة: من خلال النظر في الآية الكريمة نجد أن المولى جل وعلا أمر بالإصلاح بين الزوجين عندما تهب نار النزاع والعداوة بينهما، ثم أمر بأن يتولى عملية الإصلاح رجلان حكمان أحدهما من أهل الزوج والثاني من أهل الزوجة، لأنهما أقدر على معرفة أحوالهما، وإن تعذر ذلك جاز من غير الأهل^(٤)، والحكمان هنا على رأي بعض العلماء حاكمان وقاضيان وعلى رأي البعض الآخر وكيلان^(٥).

والذي يهمننا هو أن العمل الذي يقوم به كما وضح ذلك ابن عباس هو النظر إلى ما بدر من كل من كل من الزوجين، ويجتهدان في معرفة المسيء منهما، أو تقدير إساءة كل طرف إن كانت من كليهما، وهذا لا يتم إلا من خلال المقايسة والنظر، وهو الذي نهدف إلى إثباته من خلال النص الكريم وهو وجود السلطة التقديرية للحكمين، الذين يعتبر قرارهما الحكم الذي سيلزم القاضي به الزوجين، وتتجلى هذه السلطة في نظر الحكمين وتقدير حجم الإساءة والطرف الذي بدرت منه ليترتب على ذلك حكمهما بين الزوجين بالعدل.

١ - الجصاص، أحكام القرآن ج ١، ص ٥٢٥، الفصول في الأصول ج ٤، ص ٢٥.

٢ - النساء [آية: ٣٥].

٣ - جامع البيان، الطبري ج ٨، ص ٣٢٥.

٤ - تفسير الطبري ج ٨، ص ٣٢٥، الشوكاني، محمد بن علي، (ت ١٢٥٠هـ)، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، م ٥، دار إحياء التراث العربي، الناشر محفوظ العلي، بيروت، ج ١، ص ٤٦٣.

٥ - المرجع السابق، ابن الجوزي وزاد المسير ج ٢، ص ١٢٢، الطبري ج ٨، ص ٣٣٠، ابن كثير، عماد الدين إسماعيل، (ت ٧٧٤هـ)، تفسير القرآن العظيم، م ٤، دار المعرفة بيروت، ١٩٦٩ م. ج ١، ص ٤٩٣ ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، ج ٨، ص ١٦٧، ابن تيمية، كتب وفتاوى ورسائل في الفقه ج ٥، ص ٣٨٦، الشيرازي المهذب ج ٢، ص ٩٠، تكملة المجموع شرح المهذب ج ١٨، ص ١٠٠.

وتظهر سلطة القاضي التقديرية أيضا في حرите في بعث حكمين آخرين غير الأولين إن عجزا عن أن يجتمعا على شيء (١).

٤ - قال تعالى: " إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ " (٢).

اختلف الفقهاء فيما يجب على المحارب من العقوبة بحسب الآية فذهب الحنفية (٣) والشافعية (٤) والحنابلة (٥) إلى أن "أو" في الآية على ترتيب الأحكام وتوزيعها على ما يليق بها في الجنايات فمن قتل وأخذ المال قتل وصلب، ومن اقتصر على أخذ المال قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى، ومن أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ مالا نفي من الأرض، وقالوا: بهذا فسر ابن عباس الآية فقال: (المعنى أن يقتلوا إن قتلوا، أو يصلبوا مع القتل إن قتلوا وأخذوا المال، أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف إن اقتصروا على أخذ المال، أو ينفوا من الأرض إن أربوا ولم يأخذوا شيئا ولم يقتلوا، وحملوا "أو" على التوزيع لا على التخيير. وذهب المالكية إلى أن الآية تدل على التخيير بين الجزاءات الأربعة فإذا خرجوا لقطع الطريق وقدر الإمام عليهم خير بين أن يجري عليهم أي هذه الأحكام إن رأى فيه المصلحة وإن لم يقتلوا ولم يأخذوا مالا (٦).

قال القرافي في معرض حديثه عن تخيير الإمام في حد الحرابة ما معناه: أنه يجب عليه بذل الجهد فيما هو الأصلح للمسلمين، فإذا تعين له الأصلح وجب عليه ولا يجوز له العدول عنه إلى غيره، فإن كان المحارب صاحب رأي وجب عليه قتله وإن ظهر له في اجتهاده أنه لا رأي له بل له قوة وبطش، قطعه من خلاف فتزول مفسدته عن المسلمين بذلك، وإن كان يعرف من

١ - البجيرمي، سليمان بن عمر، حاشية البجيرمي، المسماة التجريد لنفع العبيد، على شرح منهج الطلاب، لأبي يحيى الأنصاري، دار الفكر العربي ج٣، ص٤٤٣.

٢ - سورة المائدة [آية: ٣٣].

٣ - السرخسي، شمس الدين أبو بكر، (ت ٤٩٠هـ)، المبسوط، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣م ج٩، ص١٩٥، ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار ج٤، ص١١٤.

٤ - الماوردي، الأحكام السلطانية، ج١، ص١٦٦، حاشية الباجوري ج٢، ص٢٤٧، الشربيني، مغني المحتاج ج٤، ص١٨٢، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ج٢، ص١٩٧.

٥ - ابن قدامة، موفق الدين عبد الله، الكافي في فقه الإمام المجل أحمد بن حنبل، ط١، منشورات المكتب الإسلامي، دمشق، ١٩٦٣م. ج٣، ص١٦٨-١٦٩.

٦ - القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق ج٢، ص٧٠٤.

حاله العفاف وإنما وقع ذلك منه على وجه القلّة والموافقة لغيره مع توقع الندم منه على ذلك فهذا يجب نفيه ولا يجوز له قتله ولا قطعه بل يفعل الأصلح للمسلمين^(١).

قال الباجي^(٢): (إذا ثبت أنه على التخيير فإنه تخيير متعلق باجتهاد الإمام ومصروف إلى نظره ومشورة الفقهاء بما يراه أتم للمصلحة وأذب عن الفساد... وليس ذلك على هوى الإمام ولكن على الاجتهاد يريد بقدر ما خبره)^(٣).

ومن هنا نستطيع القول: بأن الآية الكريمة ومن خلال فهم فقهاء المالكية، تدل على أن للإمام أو من ينوب عنه سلطة تقديرية في تحديد العقوبة الأنسب من بين العقوبات التي عرضتها الآية الكريمة، ويفهم هذا أيضاً من خلال ما قاله القرافي من وجوب بذل الإمام الجهد لتعيين العقوبة الأنسب للمحاربين بما يحقق الأصلح للمسلمين، ومما لا شك فيه أن هذا لا يكون

إلا إذا بذل الإمام أو من ينوب عنه أقصى ما في وسعه للتعرف على فعل المحارب ومدى خطره على المجتمع والحياة، ليتم بعدها تعيين العقوبة التي تعود على المجرم بالردع، ومن بعده على المجتمع بالأمن ثم العبرة، وهذا برأبي هو عينه الذي نسعى إلى إثباته وهو ما يعرف بسلطة القاضي التقديرية.

١ - القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق ج ٢، ص ٧٠٤.
 ٢ - أبو الوليد، سليمان بن خلف بن سعد التجيبي، القرطبي الباجي، ولد في سنة (٤٠٣هـ)، ولد في باجة بالأندلس من كبار فقهاء المالكية، ومن رجال الحديث، رحل إلى الحجاز سنة (٤٢٦هـ) ومكث فيها مدة ثلاثة أعوام وأقام في بغداد مثلها، ولي القضاء، في الأندلس، ومن مؤلفاته: السراج في علم الحجاج، أحكام الفصول في أحكام الأصول، المنتقى شرح الموطأ، وغيرها. الزركلي، الأعلام ج ٣، ص ١٢٥، شمس الدين الذهبي تذكرة الحفاظ ج ٣، ص ١١٧٨.
 ٣ - الباجي، سليمان بن خلف، (ت ٤٩٤ هـ)، المنتقى شرح الموطأ، دار الفكر العربي، ج ٧، ص ١٧١.

المطلب الثاني

مشروعية السلطة التقديرية في السنة النبوية

مما هو مسلم به عند كل مسلم أن محمدا ﷺ نبي الأمة وقائدها ورجل الإدارة الأول فيها ومفتيها وقاضيه والمرجعية لكل مسلم ومسلمة ومقصد قلوب المؤمنين، علاوة على كل وصف حميد يخطر على البال يوصف به صلوات الله وسلامه عليه ، ولما كان ﷺ قاضي الأمة نجده ﷺ قد أرسى قواعد مبدأ التقاضي وبيّن ما يجب لكل طرف وما ينبغي عليه ، وكذلك القاضي ما عليه من واجبات وما له من صلاحيات و بينت سنته المطهرة، القولية والعملية والتقريرية ما يدل على تمتع القاضي بسلطة التقدير، وعندما ننعم النظر في سنة النبي ﷺ التي تدل على ما نسعى إلى إثباته نجد أن هذه السلطة متنوعة بعضها يتجلى في الحرية الممنوحة للقاضي في استصدار الأحكام في مختلف القضايا التي يعوزها النص أو في تلك التي يكون النص فيها ظنيا ومحتملا في دلالاته، و بعضها يتجلى في حرية القاضي باستخدام الأسلوب الذي يراه مناسباً في إدارة الدعوى وباعتماد طرق الإثبات والتوسع فيها حسب ما يراه محققاً للعدالة وغيرها من الحرية التي كفلها الشرع للقاضي لضمان تحقيق العدالة .

ولما كان الغرض من هذا المطلب إثبات مشروعية السلطة التقديرية للقاضي في السنة النبوية الشريفة، نرى أنه لا بد من تقسيم هذا المطلب إلى ما يلي:

الفرع الأول: إثبات السلطة التقديرية للقاضي في أحاديث النبي ﷺ.

الفرع الثاني: إثبات السلطة التقديرية في أقضية النبي ﷺ.

الفرع الثالث: إثبات السلطة التقديرية في السنة التقريرية.

الفرع الأول

أدلة السلطة التقديرية للقاضي في الأحاديث النبوية الشريفة

١ - حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه، فروي أن رسول الله ﷺ لما أراد أن يبعث معاذ بن جبل قاضياً على اليمن قال له: "كَيْفَ تَصْنَعُ إِنْ عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ؟" قَالَ: أَقْضِي بِمَا فِي كِتَابِ اللَّهِ، قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ قَالَ: فَيَسْتَنْتِ رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ، ﷺ قَالَ: أَجْتَهُدُ رَأْيِي، لَا أَلُو، فَضَرَبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ صَدْرَهُ، وَقَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يَرْضِي رَسُولَ اللَّهِ^(١).

وجه الدلالة: إن النبي ﷺ رضي عن منهج معاذ رضي الله عنه في القضاء، وتدرجه في تتبع الحكم من الكتاب والسنة، ثم سلوكه مسلك الاجتهاد فيما لم يجد له حكماً نص عليه الشارع الحكيم، ودليل رضاه ﷺ على ذلك أنه حمد الله تعالى أن وفق رسول الله لما يرضي رسول الله تعالى ﷺ.

ولما كانت السلطة التقديرية للقاضي ضرب من الاجتهاد كما سبق وقررنا، فدل الحديث الشريف على مشروعية هذه السلطة للقاضي، فللقاضي أن يجتهد في الواقعة المعروضة عليه حتى يتوصل إلى الحكم المناسب لها فيما يغلب على ظنه أنه يحقق العدالة.

قال ابن القيم: (وقد اقر النبي ﷺ معاذاً على اجتهاده برأيه فيما لم يجد فيه نصاً عن الله ورسوله)^(٢).

١ - أخرجه الشيباني، أحمد بن حنبل، (ت ٢٤١ هـ)، المسند، المكتب الإسلامي، ج ٥، ص ٢٣٠، وأخرجه الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة، (ت ٢٩٧ هـ)، الجامع الصحيح، وهوسنن الترمذي، إعداد هشام البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٩٩٥، ج ٣، ص ٦١٦، كتاب الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي حديث رقم (١٣٣١). وقال ابن القيم وإن كان عن غير مسمين فهم أصحاب معاذ فلا يضره ذلك لأنه يدل على شهرة الحديث وأن الذي حدث به الحارث بن عمرو عن جماعة من أصحاب معاذ لا واحد منهم وهذا أبلغ في الشهرة من أن يكون عن واحد منهم لو سمي، كيف وشرف أصحاب معاذ بالعلم والدين والفضل والصدق بالمحل الذي لا يخفى ولا يعرف في أصحابه متهم ولا كذاب ولا مجروح بل أصحابه من أفاضل المسلمين وخيارهم. أعلام الموقعين ١، ص ٢٠٢. ونقل عن إمام الحرمين قوله إن هذا الحديث مدون في الصحاح متفق على صحته لا يتطرق إليه تأويل واستنكر السبكي عليه ذلك حيث نقل عن البخاري أنه قال لا يصح هذا الحديث وعن الترمذي قوله ليس إسناده عندي بمتصل. السبكي الإبهاج ج ٣، ص ١٤-١٥.

٢ - أعلام الموقعين ج ١، ص ٢٠٢.

قال السبكي^(١): (ونقل عن إمام الحرمين أنه قال: ولا يجوز أن يقال أراد بالرأي الاستنباط من الكتاب والسنة فإن ذلك لو كان على هذا الوجه لكان تمسكا بالكتاب والسنة)^(٢).
 وكان المقصود من كلام إمام الحرمين أن قول معاذ "أجتهد رأيي" أي: أعمل عقلي ونظري في المسألة بعد أن أكون قد بحثت في القرآن والسنة عن حكم لها ولم أجد فيهما، وبناء عليه يفهم من حديث معاذ أن القاضي أمامه النص، يبحث فيه فإن لم يجد كان أمامه سبيل آخر ليهتدي إلى الحكم المناسب وذلك من خلال الاجتهاد والنظر، هذا وقد بوب أبو داود^(٣) في سننه للحديث بقوله: الاجتهاد بالرأي في القضاء^(٤).

ومما يجدر ذكره أن الاجتهاد بالرأي هنا قطعاً ليس هو ذلك الذي وردت الآثار بزمه، ذلك الذي ينبع عن الهوى والمصلحة الخاصة، الذي حذر عمر رضي الله عنه بقوله: (إياكم وأصحاب الرأي، والذي قال عنه كثير من الصحابة: من قال في الشرع برأيه فقد ضل وأضل) وإنما المقصود به الرأي المحمود، كما في حديث معاذ، وكما في قول أبي بكر رضي الله عنه لما سئل عن الكلالة في قوله تعالى "وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً"^(٥) فقال: أقول فيها برأبي فإن يكن صواباً فمن الله، وإن يكن خطأ فمني، الكلالة قرابة غير الولد والوالد^(٦).

ومن هنا أستطيع القول: إن السلطة التقديرية للقاضي اجتهاد بالرأي يقوم على بذل الوسع وإعمال النظر لمعرفة وجه الحق في الواقع المطروح عليه.

-
- ١ - علي بن عبد الكافي بن تمام الأنصاري الخزرجي، والد التاج السبكي صاحب الطبقات، ولد في سبك سنة ٦٨٣هـ وانتقل إلى القاهرة ثم إلى الشام، عالم مشارك في الفقه والتفسير والنطق والقراءات والحديث والخلاف والأدب والنحو واللغة، تفقه على والده، من كتبه: الدر النظيم في التفسير، ومختصر طبقات الفقهاء وغيرها، والابتهاج في شرح المنهاج. توفي سنة ٧٥٦هـ.
 - الزركلي، الأعلام ج٤، ص٣٠٢، كحالة، معجم المؤلفين، ج٧، ص١٢٧.
 - ٢ - السبكي، علي بن عبد الكافي، (ت ٧٥٦هـ)، الإبهاج في شرح المنهاج، على منهاج الوصول إلى علم الأصول، للقاضي البيضاوي (ت ٦٨٥هـ)، ط١، تحقيق د. شعبان محمد إسماعيل، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٩٨١، ج٣، ص١٤، الشيرازي، إبراهيم بن علي، (ت ٤٧٦هـ)، التبصرة في أصول الفقه، شرحه وحققه محمد حسن هيتو، دار الفكر ١٩٨٠م. ج١، ص٣١٧.
 - ٣ - سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني، أبو داود، من سجستان ولد سنة ٢٠٢هـ إمام أهل الحديث في زمانه، له السنن وهو أحد الكتب الستة والمراسيل، والزهد، البيهقي، أخبار أبي داود وغيرها، وتوفي في البصرة سنة ٢٧٥هـ. الزركلي، الأعلام، ج٣، ص١٢٢، كحالة، معجم المؤلفين ج٤، ص٢٥٥.
 - ٤ - أخرجه أبو داود، سليمان بن الأشعث، (ت ٢٧٥هـ)، سنن أبي داود، علق عليها محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الحديث، ودار إحياء السنة النبوية. القاهرة ١٩٨٨. ج٣، ص٣٠٣.
 - ٥ - سورة النساء، آية [١٢].
 - ٦ - الدينوري، تأويل مختلف الحديث (٢٠/١)، ابن عبد البر، يوسف بن عبدالله (ت ٤٦٣هـ)، الاستذكار، ط٤، تحقيق حسان عبد المنان، مؤسسة النداء، ٢٠٠٣م. ج٥، ص١٩٦، العمري، نادية شريف، الاجتهاد في الإسلام، ط٣، مؤسسة الرسالة، ١٩٨٥م. ص٣٤.

٢ - قوله ﷺ "إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا اجْتَهَدَ فَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ وَاحِدٌ"^(١).

وجه الدلالة: يستدل من هذا الحديث على مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من خلال قوله ﷺ "إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ" فالإذن بالاجتهاد دليل على أن قسطاً وافراً من الحرية منحه الحاكم - أو من ينوب عنه - يمكنه من إعمال فكره ونظره للوصول إلى الحكم المناسب الذي يحقق العدل، ونسبة الاجتهاد للحاكم أو القاضي دليل على أن لهما مسلكين في الوصول إلى الحكم، كما مر في حديث معاذ بن جبل، الأول: من خلال النص عندما تكون دلالاته على الحكم قطعية واضحة والثاني: من خلال الاجتهاد، وذلك في حالة عدم النص، أو في الحالة التي تكون فيها دلالة النص على الحكم دلالة ظنية محتملة، فيجتهد القاضي ويبدل ما بوسعه للوصول إلى الحق والعدل فيما يغلب على ظنه وهذا هو صلب العمل التقديري للقاضي، فإن أصاب الحق فله أجران، أجر على اجتهاده، وأجر على إصابته الحق، وإن أخطأ فله أجر الاجتهاد والمحاولة، ولهذا قال ابن القيم: (وقد جوز النبي ﷺ للحاكم أن يجتهد رأيه وجعل له على خطئه في اجتهاده الرأي أجراً واحداً إذا كان قصده معرفة الحق واتباعه)^(٢).

وجه الدلالة: يظهر وجه الاستدلال على مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من خلال قوله ﷺ "وإن أنت اجتهدت فأخطأت فلك حسنة"، فسلطة التقدير للقاضي ما هي إلا اجتهاد من القاضي فيما يعرض عليه عندما يستدعي الموقف اجتهاداً منه بخاصة عند عدم النص أو عندما يكون النص محتملاً، وهاهو النبي يثيب على الخطأ بالاجتهاد بحسنة، مما يؤكد مشروعية هذا الأمر.

٣ - روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: "أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود"^(٣).

١ - ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن محمد، (ت ٨٥٢هـ)، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق عبد الله اليماني، المدينة المنورة، ١٩٦٤م. ج ٤، ص ١٨٠، كتاب القضاء، حديث رقم (٢٠٧٢) وقال ابن حجر: متفق عليه من حديث عمرو بن العاص وأبي هريرة.

٢ - ابن القيم، أعلام الموقعين ج ١، ص ٢٠٣.

٣ - أخرجه أحمد في المسند ج ٦، ص ١٨١، قال الشيخ شعيب الأرنؤوط: حديث جيد بطرقه وشواهده. وأخرجه الدارقطني في السنن، ج ٣، ص ٢٠٧، وأخرجه ابن حجر في تلخيص الحبير، (٨٠/٤) باب التعزير، وأخرجه الدارقطني في السنن ج ٣، ص ٢٠٧، كتاب الحدود والديات، وأبو الطيب أبادي، عون المعبود، حاشية وأخرجه أبو داود في سننه ج ٣، ص ٢٣٢ كتاب الحدود، باب الحد يشفع فيه.

قال الصنعاني^(١): (أقبلوا مأخوذ من الإقالة وهي موافقة البائع على نقض البيع، والمراد هنا موافقة ذي الهيئة على ترك المؤاخذة أو تخفيفها)^(٢).

أما المقصود بذوي الهيئات، فقد قيل بأنهم: (الذين لا يعرفون بالشر فيزل أحدهم الزلّة)^(٣) وقيل إنهم: (أهل القرآن والعلم والآداب الإسلامية لا المال والجاه، والمعتبر في الدنيا الجهل والجفاء والحماقة، فمن كان من أهل الشر ثقل عليه بالأدب ليزجر)^(٤).

ورفض ابن القيم أن يكون المراد بذوي الهيئات أنهم أهل القرآن والعلم لأن النبي ﷺ لا يعبر عن أهل التقوى والطاعة والعبادة بأنهم ذوو الهيئات، ولا عهد بهذه العبارة في كلام الله ورسوله ﷺ للمطيعين والمتقين، وقال: (هم ذوو الأقدار بين الناس من الجاه والشرف والسؤدد فإن الله تعالى خصهم بنوع تكريم وتفضيل على بني جنسهم، فمن كان مستورا مشهورا بالخير حتى كبا به جواده ونبا غضب صبره^(٥) وأدبل^(٦) عليه شيطانه فلا تسارع إلى تأنيبه وعقوبته، بل تقال عثرته ما لم يكن حدا، فإنه يتعين أخذه من الشريف كما يتعين أخذه من الوضيع)^(٧).

وإنني أرى أن يتسع المعنى ليشمل الذين لا يعرفون بالشر فيزل أحدهم الزلّة ، سواء أكانوا من أهل القرآن والعلم ، أو من أهل المال والجاه .

أما وجه الاستدلال في هذا الحديث على مشروعية السلطة التقديرية للقاضي، فيظهر من خلال المكنة التي حُوِّلتها من وجه الخطاب إليهم-الإمام ومن ينوب عنه- في العفو عن المتهم إن كان من ذوي الهيئات أو تقدير العقوبة الملائمة له خاصة ما لم تكن الجريمة حدا من الحدود فالأصل أن من قام بما يستوجب العقوبة أن يعاقب كائننا من كان ، إلا أن الشرع جعل الأمر للإمام من حيث مراعاة حال المتهم من حيث جرأته على المعاصي وتكررها منه أو عدم ذلك ومن حيث موقعه بين الناس ، فقد يكون ممن له مكانة رفيعة تفعل الكلمة أو النظرة بحقه فعل

١- محمد بن اسماعيل الكحلاني، الصنعاني، المعروف بالأمر ولد سنة ١٠٩٩هـ، محث، أصولي فقيه مجتهد، من أئمة اليمن، انتقل إلى صنعاء وأخذ من علمائها، ثم رحل إلى الحرمين، من مؤلفاته: سبل السلام في شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام لابن حجر العسقلاني، منحة الغفار، المسائل المرضية في بيان اتفاق أهل السنة والزيدية، توفي في صنعاء سنة ١١٨٢هـ. الزركلي، الأعلام ج٦، ص٨٣، كحالة، معجم المؤلفين ج٩، ص٥٦.

٢- الصنعاني، محمد بن إسماعيل، (ت١١٨٢هـ)، سبل السلام شرح بلوغ المرام، من جمع أدلة الأحكام لابن حجر العسقلاني، (ت٨٥٢هـ)، ط٤، ويليه متن نخبة الفكر في مصطلح الأهل الأثر، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، ١٩٦٠م. ج٤، ص٣٨.

٣- الهيثمي، تحفة المحتاج ج٩، ص١٧٦، الشريبي، مغني المحتاج ج٤، ص١٩١.

٤- ابن فرحون تبصرة الحكام ج٢، ص٢٢٥.

٥- العَضْبُ: السيفُ القاطع . وسَيْفٌ عَضْبٌ: قاطع، ومقصوده أن صبره أصبح غير نافذ ولا نافع . لسان العرب ج١، ص٦٠٩.

٦- يقال: أدبل لنا على أعدائنا أي نُصِرْنَا عليهم، والمقصود هنا: انتصر عليه شيطانه.

لسان العرب ج١١، ص٢٥٢.

٧- ابن القيم، محمد بن أبي بكر، (ت٧٥١هـ)، بدائع الفوائد، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ومكتبة العلم بجده. ص١٣٩

السياط أو أكثر بغيره فكان للقاضي أن يختار الأصلح له ، وقد يكون ذلك بالعفو عنه أو بتخفيف العقوبة.

٤ - روى الترمذي^(١) عن عائشة أن رسول الله قال: " أقبِلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود فإن كان له مخرج فخرجوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة"^(٢).

وجه الدلالة: يستدل على مشروعية السلطة التقديرية للقاضي في أمره ﷺ لمن بيده إقامة الحد - إماماً كان أو من قام مقامه- أن يدرأه عن اتهم به، بالبحث له عن مخرج ، والمخرج هو قيام الشبهة^(٣)، كما في بعض الروايات المنقولة في كتب الفقهاء^(٤) كما نسب ذلك إلى عدد من الصحابة رضوان الله عليهم: ادعوا الحدود بالشبهات^(٥)، فإذا قامت حول الحد شبهة ، فله -أي الإمام أو القاضي- أن يقدر وجود الشبهة من عدم وجودها ، وله أن يقدر إن كانت هذه الشبهة مما يصح درء الحد بها أم لا؟

ويظهر وجه الدلالة أيضا في قوله ﷺ " وإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة" إذ أن الخطأ نتيجة منطقية للاجتهاد، أما لو كان الاجتهاد مستبعدا لكان الخطأ ممنوعا وتحت طائلة المسؤولية وعهدة الإثم.

١ - أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى السلمي الترمذي الضريير، ولد سنة ٢٠٩ هـ، وهو أحد الأئمة الذين يقندى بهم في علم الحديث، تتلمذ على البخاري، صنف الجامع الكبير المعروف بصحيح الترمذي، والتاريخ، والعلل في الحديث، والشامل النبوية، وصفه السمعي في الأنساب بأنه إمام عصره بلا مدافعة. توفي سنة ٢٧٩ هـ. ابن العماد، شذرات الذهب ج٢، ص١٧٤-١٧٥، الزركلي، الأعلام ج٦، ص٣٢٢.

٢ - أخرجه الدار قطني في السنن ج٣، ص٨٤، وأخرجه الترمذي في الجامع الصحيح ج٤، ص٣٣، باب ما جاء في درء الحدود حديث رقم (١٤٢٨) وقد ضعفه الترمذي حيث قال: لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه وكيع عن يزيد بن زياد نحوه ولم يرفعه ورواية وكيع أصح. وشدد ابن حزم النكير عليه ونفى صحة الحديث وقال: فما جاء عن النبي ﷺ قط من طريق فيها خير ولا نعلمه أيضا جاء عنه عليه السلام لا مسندا ولا مرسلا وإنما هو قول روي عن ابن مسعود وعمر قط. ابن حزم، المحلى ج١١، ص١٥٣.

٣ - وللشبهة التي تدرأ بها الحدود صوراً ثلاث:
الأولى: شبهة في الواطئ وتعم الحدود والكفارات، كاعتقاد أن هذه الأجنبية امرأته أو مملوكته.
الثانية: شبهة في الموطوءة كالأمة المشتركة إذا وطئها أحد الشريكين فما فيها من نصيبه يقتضي عدم الحد، وما فيها من ملك غيره يقتضي الحد فيحصل الاشتباه، وهي عين الشبهة .
الثالثة: شبهة في الطريق: ككناح المتعة، فإن قول المحرم يقتضي الحد، وقول المبيح يقتضي عدم الحد، فحصلت الشبهة من الشبهتين. القرافي، الفروق في أنواع الفروق ج٤، ص١٣٠٧.

٤ - السرخسي المبسوط ج٢، ص٣٨٢، العناية شرح الهداية ج٥، ص٦-٧، ابن الهمام شرح فتح القدير ج٥، ص٦-٧، الشوكاني ، محمد بن علي ، (ت١٢٥٠ هـ) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ، ط١، تحقيق محمود زايد ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ج٤، ص٣١٦.

٥ - ابن حجر ، تلخيص الحبير ج٤، ص٥٦، كتاب حد الزنى، وابن الهمام، فتح القدير ج٥، ص٦-٧.

فينبغي على القاضي اعتماد اليقين ما أمكن في نسبة الجريمة إلى المتهم، وأن الشك مهما كانت نسبته ومهما كان محله ومهما كان طريقه فالواجب أن يفسر لصالح المتهم لدرء الحد عنه.

فسلطة القاضي التقديرية تظهر في درء الحد، بسبب وجود ما رأى القاضي أنه شبهة. قال الشاطبي: فإن الدليل يقوم هنالك مفيدا للظن في إقامة الحد، ومع ذلك فإذا عارضه شبهة وإن ضعفت غلب حكمها ودخل صاحبها في مرتبة العفو^(١).

ولعل الاستشهاد بهذا الأثر - على الأصح - يكون أكثر صوابا في معرض الحديث عن إثبات السلطة التقديرية للقاضي في أفعال وأقوال الصحابة رضوان الله عليهم وإن تناولته كتب الفقه على أنه حديث مرفوع إلى النبي ﷺ إلا أن المحدثين تكاد كلمتهم تجمع على أن هذا الأثر وارد عن عدد من الصحابة كعمر وأبي هريرة وابن مسعود وغيرهم وليس هو بحديث ومعلوم أنه في مثل هذا المقام يعول على ثبوت الحديث بما يقطع به المحدثون لا الفقهاء.

١ - الشاطبي، إبراهيم بن موسى (ت ٧٩٠ هـ)، الموافقات في أصول الشريعة، ضبط وترقيم، الأستاذ محمد عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، ج ١، ص ١٧٢.

الفرع الثاني

أدلة السلطة التقديرية في أقضية النبي ﷺ (السنة الفعلية)

١ - روى البخاري أن البراء رضي الله عنه قال: "لما اعتمر النبي في ذي القعدة فأبى أهل مكة أن يدعوه يدخل مكة، حتى قاضاهم على أن يقيم بها ثلاثة أيام، فلما كتبوا الكتاب كتبوا هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله قالوا: لا نقر لك بهذا، لو نعلم أنك رسول الله ما منعناك شيئاً ولكن أنت محمد بن عبد الله، فقال: أنا رسول الله، وأنا محمد بن عبد الله، ثم قال لعلي امح رسول الله، فقال علي: لا والله لا أمحوك أبداً، فاخذ رسول الله الكتاب - وليس يحسن يكتب - فكتب هذا ما قاضى محمد بن عبد الله لا يدخل مكة السلاح إلا السيف في القراب، لا يخرج من أهلها بأحد إن أراد أن يتبعه ولا يمنع من أصحابه أحداً إن أراد أن يقيم بها فلما دخلها ومضى الأجل أتوا علياً فقالوا: قل لصاحبك اخرج عنا فقد مضى الأجل، فخرج النبي فتبعته ابنة حمزة تنادي يا عم يا عم، فتناولها علي فأخذها بيدها وقال لفاطمة عليها السلام: دونك ابنة عمك حملتها فاختصم فيها علي وزيد وجعفر، قال علي: أنا أخذها وهي بنت عمي، وقال جعفر: ابنة عمي وخالتها تحتي، وقال زيد: ابنة أخي، فقضى بها النبي لخالتها وقال: الخالة بمنزلة الأم، وقال لعلي: أنت مني وأنا منك، وقال لجعفر: أشبهت خلقي وخلقي، وقال لزيد أنت أخونا ومولانا، وقال علي: ألا تتزوج بنت حمزة؟ قال: إنها ابنة أخي من الرضاعة"^(١).

موضع الاستدلال في هذا الحديث على مشروعية السلطة التقديرية للقاضي في قوله ﷺ

"الخالة بمنزلة الأم" وقضاؤه ﷺ بحضانة البنت لخالتها.

وجدير بالذكر أن خصومة نشبت في شأن حضانة ابنة حمزة رضي الله عنه بين علي وجعفر وزيد رضي الله عنهم أجمعين، وكان ذلك بين يدي النبي ﷺ وكلهم قد أدلى بسبب استحقاقه الحضانة، إلا أن النبي ﷺ رأى أين تكمن مصلحة البنت فقدر أنها عند خالتها التي هي بمنزلة أمها فقضى النبي ﷺ بالحضانة لجعفر لا على أساس قرابة البنت منه - فإن علياً له مثل تلك القرابة - بل على أساس أن زوجه خالة البنت، والخالة تعطف على البنت كما لو كانت أمها^(٢).

ولقائل أن يقول: هذا نص في المسألة، وسبق أن قررنا أن السلطة التقديرية تكون فيما لا

نص فيه، أو فيما كان النص فيه محتملاً، فأين السلطة التقديرية في ذلك؟

١ - أخرجه البخاري ج ٣، ص ١٤٤، كتاب المغازي باب عمرة القضاء حديث رقم (٤٢٥١).
٢ - يجدر بالذكر أن زيد بن حارثة طلب حضانة البنت بسبب أن النبي ﷺ كان قد أخى بينه وبين حمزة رضي الله عنه. أخرجه ابن حجر في تلخيص الحبير ج ٤، ص ٢٢.

فأقول: إن المقصود هنا هو مبدأ التقدير، وقد أرسى النبي هذا المبدأ من خلال هذا النص ويتلخص لدي مما سبق أن التقدير كان في اختيار الأحق بالحضانة في الحال التي اجتمع فيها أكثر من واحد يطالب فيها، ولكل منهم سببه القوي في طلب الحضانة.

٢- روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: عدا يهودي في عهد رسول الله ﷺ على جارية فأخذ أوضاعاً^(١) كانت عليها ورضخ رأسها فأتى بها أهلها رسول الله ﷺ وهي في آخر رفق وقد أصممت فقال لها رسول الله ﷺ من قتلك؟ فلان -غير الذي قتلها فأشارت برأسها أن لا قال فقال لرجل آخر - غير الذي قتلها - فأشارت أن لا فقال فلان - لفاتلها - فأشارت أن نعم فأمر به رسول الله ﷺ فرضخ رأسه بين حجرين^(٢).

وجه الدلالة: يستدل على مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من خلال أسلوب النبي ﷺ -وهو قاض في هذا المقام- في معرفة القاتل الحقيقي وذلك من خلال إيهام المجني عليها بسؤالها عن الجاني بذكر أسماء أشخاص آخرين غير الجاني الحقيقي ثم ذكر اسم الجاني حتى يعلم تيقنها من أنه الفاعل، فالرسول ﷺ قادر على أن يباشر بسؤالها عن الفاعل الحقيقي أهو الذي فعل أم لا؟ ثم يبني الحكم على إجابتها مباشرة، إلا أنه ﷺ ذكر لها أسماء أشخاص آخرين ليس لهم علاقة، بقصد التيقن من معرفتها الجاني ثم ذكر لها اسم الجاني فلما لم تومئ برأسها أن نعم إلا عندما سمعت اسمه دل ذلك على تيقنها من الفاعل إذ لو أومت على أول اسم ذكر لها فلا يكون ذلك دالا على تيقنها من شخص الفاعل، و نستطيع القول بأن الرسول ﷺ يمكن أن يكون قد عرف شخص الجاني من خلال الوحي، أو من خلال إخبار الجارية لأهلها، إذ يمكن أن تكون قد أخبرتهم عن الجاني ساعة وقوع الجريمة، فالحديث يشير إلى أنها بعد أن رضخ رأسها التقت بأهلها ثم توجه أهلها إلى النبي ﷺ وكانت في الرفق الأخير، ثم تيقن الرسول ﷺ من أن القاتل هو ذلك اليهودي عندما أحضر فاعترف كما تقول بعض روايات الحديث " فأخذ اليهودي فاعترف"^(٣).

ولقائل أن يقول أيضاً: أين سلطة التقدير في فعل النبي ﷺ إذا كان ما يصدر عنه نص في المسألة، وأنتم قلتم إن سلطة التقدير تكون حيث لا نص، أو فيما كان النص فيه محتملاً؟

١- الوَضْحُ: حَلَّى من فضة، والجمع أوضاع. ابن منظور، لسان العرب ج ٢، ص ٦٣٦.
٢- أخرجه البخاري ج ٣، ص ٤١١، كتاب الطلاق، باب الإشارة في الطلاق والأمور حديث رقم (٥٢٩٥) وكتاب الخصومات، ج ٢، ص ١٨٠ ما ذكر في الأشخاص والملازمة حديث رقم (٢٤١٣).
٣- أخرجه البخاري ج ٢، ص ٨٥٠، كتاب الخصومات، باب من رد أمر السفية والضعيف حديث رقم (٢٢٨٢).

أقول: الاعتراض في محله، ولكن وإن لم يدل الحديث على وجود السلطة التقديرية للقاضي بصورة خاصة، إلا أنه يدل على مشروعية مبدأ التقدير بصورة عامة، والتي من خلالها يمكن أن يستمد القاضي مشروعية سلطته التقديرية.

فلاحظ أن النبي ﷺ وهو المسدد بالوحي ضرب للقضاة مثلاً في الفطنة والذكاء وإعمال العقل والاجتهاد في سبيل الوصول إلى الحق وبين أن عمل القاضي ليس آلياً جامداً وإنما فيه من الحرية والسعة ما يكفي لتحقيق العدالة بما يراه مناسباً. ويفهم من خلال هذا الحديث الشريف أن للقاضي سلطة تقديرية في أسلوب التحقيق فله أن يستخدم ما يراه مناسباً من الأساليب المباحة لجعل المدعي أو المدعى عليه يقران بالحقيقة.

٣- روى مسلم أن سليمان بن بريدة عن أبيه قال: جاء ماعز بن مالك إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله طهرني فقال: ويحك ارجع فاستغفر الله وتب إليه ، قال فرجع غير بعيد ثم جاء فقال يا رسول الله طهرني فقال رسول الله ﷺ ويحك ارجع فاستغفر الله وتب إليه فرجع غير بعيد ثم جاء فقال يا رسول الله طهرني فقال النبي ﷺ مثل ذلك حتى إذا كانت الرابعة قال له رسول الله: فيم أطهرك فقال: من الزنى فسأل رسول الله ﷺ أبة جنون؟ فأخبر أنه ليس بمجنون فقال: أشرب خمرًا؟ فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمر، قال فقال رسول الله ﷺ أزنيت؟ فقال: نعم، فأمر به فرجم ، فكان الناس في فرقتين قائل يقول: لقد هلك، لقد أحاطت به خطيئته، وقائل يقول: ما توبة أفضل من توبة ماعز ، إنه جاء إلى النبي ﷺ فوضع يده في يده ثم قال: اقتلني بالحجارة، قال فلبثوا بذلك يومين أو ثلاثة، ثم جاء رسول الله ﷺ وهم جلوس فسلم ثم جلس فقال: استغفروا لماعز بن مالك، قال: فقالوا غفر الله لماعز بن مالك قال: فقال رسول الله ﷺ: لقد تاب توبة لو قسمت ببين أمة لوسعتهم ، قال ثم جاءت امرأة من غامد من الأزد فقالت: يا رسول الله : طهرني فقال: ويحك ارجعي فاستغفري الله وتوبي إليه فقالت أراك تريد أن تردني كما رددت ماعز بن مالك، قال: وما ذلك قالت إنها حبلى من الزنى فقال : أنت ؟ قالت: نعم ، فقال لها : حتى تضعي ما في بطنك، قال: فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت قال : فأتى النبي ﷺ فقال قد وضعت، فقال: إذا لا نرجمها وندع ولدها صغيراً ليس له من يرضعه، فقام رجل من الأنصار فقال: إلي رضاعه يا نبي الله قال: فرجمها^(١).

وفي صحيح مسلم: فجاءت الغامدية فقالت يا رسول الله إني زنيت فطهرني، وأنه ردها فلما كانت من الغد قالت: يا رسول الله لم تردني لعلك أن تردني كما رددت ماعزًا، فوالله إني لحبلى، قال: إما لا فاذهبي حتى تلدي، فلما ولدت أتته بالصبي في خرقة، قالت هذا وقد ولدته

١ - أخرجه مسلم ج٣، ص١٣٢١ كتب الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنى حديث رقم (١٦٩٥)

قال اذهبي فارضعيه حتى تقطميه فلما فطمته أته بالصبي وفي يده كسرة خبز، فقالت: هذا يا نبي الله قد فطمته وقد أكل الطعام ، فدفعت الصبي إلى رجل من المسلمين، ثم أمر فحفر لها إلى صدرها، وأمر الناس فرجموها...^(١).

وجه الدلالة: يظهر وجه الدلالة من الحديث الشريف على وجود سلطة القاضي التقديرية من ناحيتين:

الأولى: ما فعله النبي ﷺ مع ماعز عندما جاءه مقر بوقوع الزنى منه، فلم يقض النبي ﷺ عليه مباشرة بل قام برده أول الأمر كأنه يندبه للستر على نفسه لأنه لا بينة كاملة عليه، إذ لو كانت البينة كاملة ومستوجبة الحد لما وسع النبي ﷺ إلا أن يقيم عليه الحد، إلا أن النبي ﷺ قام بالسؤال عنه إن كان مجنوناً أم لا؟ ثم قام ﷺ بالتأكد من أنه تحت تأثير المسكر أم لا؟ ثم لما تحقق ﷺ من سلامة عقله وسلامة إقراره وتحقق شروط إقامة الحد عليه بعد استفساره ﷺ عن كل المسقطات أمر بإقامة الحد عليه، فدل ذلك من النبي ﷺ على أن للقاضي أن لا يباشر على الفور بالقضاء وإصدار الحكم على من جاء يقر على نفسه بما يستوجب عقوبته، خاصة إذا كان ذلك حداً من الحدود، بل له أن يستفسر عن كل المسقطات لتلك العقوبة، بل وله أن يلتفت لتلك المسقطات كما جاء ذلك في رواية البخاري "لعلك قبّلت أو غمزت أو نظرت"^(٢)، وهذا ما فهمه الكثير من العلماء وعبر عنه بعضهم بقولهم: إن للقاضي أن يستفسر عن المسقطات وأن يلتفتها للمتهم^(٣).

فلو كان عمل القاضي ألياً مجرداً من أي سلطة تقديرية لكان الواجب على القاضي أن يباشر تطبيق الحد على مستحقه لمجرد إقراره على نفسه، بغض النظر عن الظروف والملابسات التي تحيط بالجريمة، ولكن تخويل القاضي تلك السلطة دليل على أن قضاءنا الإسلامي يقوم على العدل والخير والرحمة.

الثانية: ونجد ملامح السلطة التقديرية للقاضي من خلال ما فعله النبي ﷺ مع الغامدية، إذ قام بردها أول الأمر كما فعل مع ماعز، كأنه صلوات الله عليه يندبها إلى ستر نفسها ما دامت البينة

١- أخرجه مسلم، ج٣، ص١٣٢٢، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، حديث رقم (١٦٩٥).
٢- أخرجه البخاري ج٤، ص٢٥٦، كتاب الحدود، باب هل يقول الإمام للمقر لعلك لمست أو غمزت حديث رقم (٦٨٢٥).

٣- الزيلعي، عبد الله بن يوسف، (ت ٧٦٢ هـ) نصب الرأية لأحاديث الهداية، تحقيق محمد يوسف البنوري، دار الحديث، ١٣٥٧ هـ. ج٣، ص١٦٧، الشوكاني، نيل الأوطار ج٧، ص١٠٥. الشوكاني، محمد بن علي، (ت ١٢٥٥ هـ) نيل الأوطار شرح منتقى سيد الأخبار من أحاديث سيد الأخبار، ط٣، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٦١ م

لم تقم عليها، مما يفهم منه أن للقاضي سلطة تقديرية في نذب المقر على نفسه بجريمة ما أن يستر على نفسه طالما أن لا بينة عليه وأن يحثه على أن يهرع إلى التوبة والاستغفار.

وتظهر هذه السلطة أيضا في تأخير تطبيق الحد على مستحقه مع أن شروط تطبيقه قد توفرت و ذلك مراعاة من القاضي لمصلحة شرعية متعلقة بالغير، كما فعل النبي ﷺ في تأخير إقامة الحد على الغامدية إلى أن وضعت حملها، ثم تأخيره إلى أن فطمت رضيعها وهذا بمثابة تشريع من النبي ﷺ للقاضي بأن له تأخير تنفيذ العقوبة - وإن أصبحت مستحقة - للوقت الذي يراه مناسبا وأكثر تحقيقا للعدالة، فتأخير الحد على الغامدية لا يلحق ضررا بأحد ولا يفوت معه مصلحة لأحد، أما لو أقام عليها الحد ساعة ثبوته عليها لترتب عليه فوات الحمل الذي لا وزر له أو هلاك الرضيع بهلاك أمه.

٤ - ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: دخل علي رسول الله ﷺ ذات يوم وهو مسرور فقال: يا عائشة ألم تري مجززا المدلجي دخل علي فرأى أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض^(١).

وجه الدلالة: يستدل من هذا الحديث على مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من خلال إقرار النبي ﷺ مجززا على ما فعله من نسبة أسامة إلى زيد بالقافة^(٢) وسروره بما فعل، والحديث وإن لم يكن في معرض ادعاء أو خصومة إلا أنه يفهم منه أن للقاضي الأخذ بأية وسيلة قوية لإثبات النسب - وهذه هي السلطة التقديرية للقاضي بعينها - لأن الدين الحنيف متشوف إلى إثبات الأنساب، فلا ينحصر ذلك بما عهد من طرق.

١ - أخرجه البخاري ج ٤، ص ٢٤٤، كتاب الفرائض باب القائف حديث رقم (٦٧٧١) و أخرجه مسلم ج ٢، ص ١٠٨١ كتاب الرضاع باب العمل بإلحاق القائف الولد حديث رقم (٣٥٧٥).

٢ - القائف لغة: من قاف قيافة، قاف الرجل الأثر قوفا: تبعه. الفيومي، المصباح المنير ج ٢، ص ١٧٩. وفي الشرع: القائف هو الذي يعرف الأشباه. النووي، شرح مسلم، ج ١، ص ١٥٧.

الفرع الثالث

أدلة السلطة التقديرية في السنة التقريرية

١ - روي أن قوما باليمن حفروا زبية^(١) لأسد فوقع فيها، فتكأب الناس عليه فوقع فيها رجل فتعلق بأخر، ثم تعلق الآخر بأخر، حتى كانوا فيها أربعة، فنتازعوا في ذلك حتى أخذ السلاح بعضهم لبعض فقال لهم علي رضي الله عنه أنقتلون مائتين في أربعة؟ ولكن سأقضي بينكم بقضاء لأول ربع الدية وللثاني ثلث الدية وللثالث نصف الدية وللرابع الدية، فلم يرضوا بقضائه فأتوا النبي ﷺ فقال: سأقضي بينكم بقضاء، قال فأخبر بقضاء علي رضي الله عنه فأجازه^(٢).

وجه الدلالة: يظهر وجه الدلالة على مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من خلال اجتهاد علي رضي الله عنه في هذه المسألة، فقد قدر رضي الله عنه أن التعويض للهالكين ينقص بقدر ما تسبب به أحدهم من إلحاق الهلاك بغيره، فقدر لأول ربع الدية، لأنه كان السبب في هلاك ثلاثة غيره، فأسقط من تعويضه ثلاثة أرباع الدية وقضى له بالربع فقط، وقضى للثاني بثلث الدية لأنه تسبب في إهلاك اثنين فأسقط ثلثي الدية وقضى له بثلثها، ثم قضى للثالث بنصف الدية لأنه تسبب في هلاك رجل واحد فأسقط نصف الدية عنه وقضى له بالنصف، أما الرابع فقضى له بالدية كاملة لأنه لم يتسبب بإهلاك غيره بل كان الوحيد الذي جُنِيَ عليه ولم يجن على أحد، فهذا اجتهاد وتقدير من علي رضي الله عنه في مسألة لم يرد بها نص في الكتاب ولا السنة وقد أقره النبي ﷺ على ذلك.

قال ابن القيم: (وهو مقتضى القياس والعدل وهذا يتبين بأصل وهو أن الجناية إذا حصلت من فعل مضمون ومهدر سقط ما يقابل المهدر واعتبر ما يقابل المضمون كما لو قتل عبداً مشتركاً بينه وبين غيره سقط ما يقابل حقه ووجب عليه ما يقابل حق شريكه)^(٣).

وقد يقال: بما أن الأمر انتهى إلى النبي ﷺ وأقره فقد أصبح في المسألة نص، فأين السلطة

التقديرية للقاضي؟

١ - الزبية: حفرة في موضع عال يصاد فيها الأسد ونحوه. الفيومي، المصباح المنير، ج١، ص٢٦٨.
٢ - أخرجه أحمد في المسند، ج١، ص١٢٨. قال الشيخ الأرنؤوط: إسناده ضعيف، وأخرجه البيهقي، أبي بكر أحمد بن الحسين، (ت٤٥٨هـ)، السنن الكبرى، ١٠م، تحقيق محمد عبد القادر عطا دار المعرفة بيروت، ١٩٩٢، وطبعة مكتبة دار الباز مكة المكرمة، ١٩٩٤م، ج٨، ص١١١ قال ابن حجر: رواه أحمد واليزار والبيهقي من حديث حنش بن المعتمر عن علي، وقال اليزار: لا نعلمه يروي إلا عن علي ولا نعلم له إلا هذا الطريق وحنش ضعيف. أخرجه ابن حجر في تلخيص الحبير ج٤، ص٣٠، وقال الشوكاني: وحنش ضعيف وقد وثقه أبو داود. نيل الأوطار ج٧، ص٢٣٤.

٣ - ابن القيم، أعلام الموقعين ج٢، ص٣٩.

أقول: إن الحكم الذي انتهى إليه علي رضي الله عنه، وإن أصبح من قبيل السنة التقريرية وهو نص في المسألة، بحيث لو تكررت الحادثة فيما بعد، سقنا لها الحكم نفسه، إلا أن غايتي من الاستدلال به هو أن النبي ﷺ قد أقر عليا على مبدأ التقدير في القضية التي عرضت عليه، ولم يكن أمامه إلا أحد أمرين:
الأول: أن يتوقف عن الحكم، نظرا لعدم النص، والثاني: النظر و التقدير، وهو ما قام به رضي الله عنه.

٢- ما روي عن علي رضي الله عنه أنه كان في اليمن فأتي بامرأة وطئها ثلاثة نفر في طهر واحد فسأل أتقران لهذا بالولد؟ فلم يقرأ بشيء ثم سأل اثنين حتى فرغ يسأل اثنين اثنين عن واحد فلم يقرؤا ثم أفرع بينهم ، فألزم الولد الذي خرجت عليه القرعة، وجعل عليه ثلثي الدية فرفع ذلك للنبي فضحك حتى بدت نواجذه^(١).

وفي رواية أخرى أنه رضي الله عنه أتى وهو باليمن في ثلاثة قد وقعوا على امرأة في طهر واحد فسأل اثنين فقال: أتقران لهذا بالولد؟ فقالا: لا، ثم سأل اثنين أتقران لهذا بالولد قالوا: لا فجعل كلما سأل اثنين أتقران لهذا بالولد قالوا: لا فأفرع بينهم، فألحق الولد بالذي أصابته القرعة وجعل عليه ثلثي الدية فذكر ذلك للنبي فضحك حتى بدت نواجذه^(٢).

وجه الدلالة: تظهر السلطة التقديرية للقاضي في هذا الحديث من خلال اجتهاد علي رضي الله عنه في الحكم بالمسألة المتنازع فيها أمامه، فالمدعون ثلاثة، والمدعى به واحد، وليس ثمة ما يقوي جانب أحدهم على الآخرين، ولا بد من فصل النزاع وليس من نص في المسألة ولم يسبق لها مثال، فقد رضي الله عنه أن فصل النزاع يكون بإعمال القرعة وألحق الولد بمن كانت القرعة له ثم رأى أن يعوض على الرجلين الآخرين المختصمين في الولد بثلثي الدية يدفعهما الأول.

وكما قررنا سابقا من أن السلطة التقديرية ما هي إلا اجتهاد من القاضي، فنلاحظ أن عليا رضي الله عنه اجتهد في الحكم بما رآه بريئه وقد أقره النبي ﷺ على ذلك بدليل قول الراوي

١ - أخرجه أحمد في المسند، ج٦، ص٣٧٣، ج١، ص٣٩٢. قال الشيخ الأرنؤوط : إسناده ضعيف لاضطرابه فقد رواه الشعبي واختلف عنه.

٢ - أخرجه ابن ماجة في سننه ج٢، ص٧٨٦، كتاب الأحكام، باب القضاء بالقرعة حديث رقم (٢٣٤٨) ومختصر سنن أبي داود، ج٣، ص١٧٦، كتاب الطلاق، باب من قال بالقرعة إذا تنازعا في الولد حديث رقم (٢١٧٥)، النسائي، السنن الصغرى، ج٦، ص١٨٢، كتاب الطلاق، باب القرعة إذا تنازعا في الولد، عون المعبود . ج٢، ص٢٤٨.

قال الشوكاني: وعلى هذا لم تخل كل من الروايتين من علة فالأولى فيها الأجلح ، قال المنذري: لا يحتج بحديثه والثانية معلقة بالإرسال، والمراد بالإرسال ها هنا الوقف . نيل الأوطار، ج٧، ص٧٨.

فضحك النبي ﷺ حتى بدت نواجذه، فلو كان فعله مجانباً للصواب لما أبدى النبي ﷺ سروره إذ لا يعقل أن يسر النبي ﷺ بأمر باطل فدل ذلك على صواب ما فعله علي رضي الله عنه.

وقد يقال كما ذكرت في الدليل السابق: بما أن الأمر قد انتهى إلى النبي ﷺ وأقره فقد أصبح في المسألة نص، فأين السلطة التقديرية للقاضي؟

أقول: إن الحكم الذي انتهى إليه علي رضي الله عنه، وإن أصبح من قبيل السنة التقريرية وهو نص في المسألة، بحيث لو تكررت الحادثة فيما بعد، سقنا لها الحكم نفسه، إلا أن الغاية من الاستدلال به هو أن النبي ﷺ قد أقر علياً رضي الله عنه على مبدأ التقدير في القضية التي عرضت عليه، حيث لم يكن أمامه إلا إجراء القرعة.

المطلب الثالث

السلطة التقديرية في أقضية الصحابة

إنه معلوم أنه كان من صحابة رسول الله ﷺ ومن التابعين لهم بإحسان، عدد من القضاة يرجع إليهم في فصل الخصومات وفض النزاعات، وكان أولئك القضاة متميزين بعلمهم وكفاءتهم وقدرتهم ومخافتهم لله تعالى، حتى كانوا محل ثقة الناس بهم من المسلمين وغير المسلمين.

وعندما نتتبع أقضية القضاة من الصحابة نلمس فيها بصورة جلية ملامح السلطة التقديرية للقاضي من خلال ممارساتهم في تلك الأقضية كما سنبين إن شاء الله تعالى، مما يعكس مدى فهمهم لطبيعة العمل المنوط بهم ومرونتهم، وعدم جمودهم، ولعل هذا الأمر من أهم عوامل النجاح في أي عمل كان، قضاء أو غيره، لأن إدراك الإنسان لطبيعة عمله، وما يجب عليه فيه وما يجب له أمر ضروري في غاية الضرورة، لأن ذلك فضلا عن كونه من أهم عوامل النجاح، فهو من الأمانة التي أمر بها الله عز وجل، إذ قال جل وعلا " إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا"^(١) وكما في قول رسوله ﷺ محذرا من العبث والتفريط بها حيث قال " إذا ضيعت الأمانة فانتظر الساعة قالوا: كيف إضاعتها يا رسول الله قال : إذا أسند الأمر إلى غير أهله فانتظر الساعة"^(٢).

وما يجدر ذكره أن ما سأسوقه من الآثار المروية عن الصحابة لإثبات السلطة التقديرية للقاضي، إما أنها تدل بصورة قوية وواضحة على معنى السلطة التقديرية للقاضي، وإما أنها تدل على معنى التقدير بصورة عامة، وإقراره من حيث المبدأ، وصدوره عن الصحابة رضوان الله عليهم، مما يعزز ما نحن بصددته من البحث.

وأذكر من هذه الآثار ما يأتي:

١ - روي أن أبا بكر قضى في الحاجب إذا أصيب حتى يذهب شعره بموضحتين^(٣): عشر من الإبل، وفي اللسان إذا قطع من أسلته^(٤) فتكلم صاحبه ففيه نصف الدية وفي ثدي الرجل إذا

١ - سورة النساء آية: [٥٨].

٢ - أخرجه البخاري، ج٤، ص١٩٠، كتاب الرقاق، باب رفع الأمانة حديث رقم (٦٤٩٦).

٣ - الموضحة: هي الشجة التي تبدي وضح العظم أي بياضه، و الموضحة التي فرض فيها خمس من الإبل ما كان في الرأس والوجه. ابن منظور لسان العرب ج٢، ص٦٣٥، الرازي مختار الصحاح ص٧٢٦.

٤ - أسلة اللسان: مستدق طرفه أو هي طرف اللسان. ابن منظور لسان العرب ج١، ص١٥.

ذهبت حلمته بخمس من الإبل، وقضى في ثدي المرأة بعشر من الإبل إذا لم يصب إلا حلمة ثديها، فإذا قطع من أصله، فخمسة عشرة من الإبل^(١).

٢- روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه لما سئل عن الكلاله في قوله تعالى "وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ"^(٢) فقال: أقول فيها برأبي فإن يكن صوابا فمن الله وإن يكن خطأ فمني ، الكلاله قرابة غير الولد والوالد"^(٣).

فنلاحظ مما ذكر من آثار عن أبي بكر رضي الله عنه أنها تتضمن معنى سلطة التقدير في ثنائياها، فنجده فيما يتعلق بالديات فيما لم يرد به نص يجتهد ويقدر الدية بما يراه مناسبا بالنظر إلى حجم الإصابة وما خلفته من ضرر على صاحبها وما يناسبها من التعويض.

وتظهر سلطة التقدير أيضا في مسألة الكلاله من خلال قوله رضي الله عنه: أقول فيها برأبي، فهو رضي الله عنه قد اجتهد فيها، وهي من المسائل الخلافية بين الصحابة رضوان الله عليهم، فلما رأى أن المتوفى إذا لم يكن له ولد وله أخت فهي ترث نصف ما ترك، فدل ذلك أن الكلاله ليس فقط أن يكون المتوفى خاليا عن الولد، بل والوالد إذ لو كان معنى الكلاله أن يكون الميت خاليا عن الولد فقط لما استحققت الأخت نصف التركة إذا كان من بين الورثة والوالد المتوفى فهو يحجبها عن الميراث حجب حرمان، فلما استحققت الأخت النصف دل ذلك على أن الكلاله قرابة غير الوالد والولد.

٣- ما روي عن عمر بن الخطاب في كتابه إلى أبي موسى الأشعري حينما ولاه قاضيا، بعث إليه كتابا جاء فيه: (أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، فافهم إذا أدلي إليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، وأس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك، حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا ييأس ضعيف من عدلك، البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا، ولا يمنعك قضاء قضيته أمس فراجعت اليوم فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل، الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب الله تعالى ولا سنة نبيه ثم اعرف الأمثال والأشباه وقس الأمور بنظائرها واجعل لمن ادعى حقا غائبا أو بينة

١- أخرجه ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، (ت٢٣٥هـ)، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، ط١ المطبعة السلفية - الهند، ١٩٨١م. ج٩، ص١٦١، الأثر رقم (٦٩٢١)، ج٩، ص١٧٨، رقم (٦٩٨٥)، ج٩، ص٣٣٢ رقم (٧٢٢٥).

٢- سورة النساء، آية [١٢].

٣- قال ابن حجر: رجاله ثقات إلا أنه منقطع. تلخيص الحبير ج٣، ص٨٩، كتاب الفرائض.

أمدا ينتهي إليه، فمن أحضر بيينة أخذت له بحقه، وإلا استحللت القضية عليه، فإن ذلك أنفى للشك وأجلى للعمى، والمسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا مجلودا في حد أو مجربا عليه شهادة زور، أو ظنينا في ولاء أو نسب، فإن الله عفا عن الأيمان ودرأ بالبينات وإياك والقلق والضجر والتأفف بالخصوم فإن الحق في مواطن يعظم الله به الأجر ويحسن به الذكر، والسلام^(١).

وجه الدلالة: يظهر وجه الدلالة على مشروعية السلطة التقديرية للقاضي في وصايا عمر إلى أبي موسى رضي الله عنهما من خلال النقاط الآتية:

أولا: في قول عمر رضي الله عنه (ولا يمنعك قضاء قضيته أمس فراجعت اليوم فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل)، فيفهم من هذا أن للقاضي الرجوع عن قضائه الأول عندما يراجع نفسه ويرى أن الحق في غير ما ذهب إليه، بمعنى أن مجرد صدور الحكم من القاضي لا يعني قطعيته وحتميته، فقد يتعجل بالحكم، أو قد لا يكمل تحري جميع مسوغاته، فيلحظ ذلك فيما بعد، فيعدل إلى ما فيه الحق بما غلب عليه ظنه واجتهاده، مبتغيا تحقيق مقصد الشارع.

ثانيا: في قوله رضي الله عنه (الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب الله ولا سنة نبيه ثم اعرف الأمثال والأشباه وقس الأمور بنظائرها)، ومقصود هذا القول أن القاضي ينبغي عليه أن يعمل نشاطه الذهني ويجتهد في القضايا التي يعوزها النص من الكتاب والسنة ويقيس الأمور ببعضها ليتوصل إلى الحكم الذي يراه محققا للعدل، والمقايضة التي يقوم بها القاضي هي التقدير ذاته، وقد سبق في تعريف التقدير في اللغة أن من معانيه المقايضة^(٢).

٤- روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى في امرأة توفيت وتركت زوجها وأمها وأخوتها لأبيها وأمها، وأخويها لأمها فأشرك عمر بين الأخوة الأشقاء والأخوة للأم في الثلث فقال له رجل إنك لم تشرك بينهم عام كذا وكذا، قال عمر: تلك على ما قضينا يومئذ وهذه على ما قضينا اليوم^(٣).

١ - أخرجه الدارقطني في السنن ج ٤، ص ٢٠٦، الصنعاني، سبل السلام ج ٤، ص ١١٩، الماوردي، علي بن محمد (ت ٤٥٠هـ)، الأحكام السلطانية، تحقيق د. عبد الرحمن عميرة، دار الاعتصام، ص ١٨٤.

٢ - راجع ص ١٧ من الرسالة.

٣- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج ١٠، ص ١٢٠، باب من اجتهد ثم تغير اجتهاده، وفي ج ٦، ص ٢٥٥ باب المشركة. قال الزيلعي: أخرجه البيهقي في السنن الكبرى وصححه. الزيلعي، كنز العمال، ج ١١، ص ٤٣.

وتظهر سلطة القاضي التقديرية في قضاء عمر رضي الله عنه في هذا الأثر من خلال عدوله عن قضائه الأول في المسألة^(١) والذي كان يتضمن إعطاء كل صاحب فرض فرضه ثم ما بقي فهو للعصبات، فلما لم يبق للعصبات شيء من التركة مع أنهم يرتبطون مع المتوفى بقرابة الأب وقرابة الأم، في حين أن من كان ارتباطه بالمتوفى أقل درجة وهم الأخوة لأم وقد ورثوا الثلث، فلما كان الحال كذلك عدل رضي الله عنه عن قضائه الأول، وجعل الثلث مشتركا بين الأخوة جميعا سواء أكانوا أخوة لأم، أم كانوا أخوة لأبوين، لأنه لما اشتكى إليه الأشقاء وأعاد النظر في المسألة، ونظر إلى مقصد الشارع من الميراث وأنه يقوم على توريث الأقرب فالأقرب إلى المتوفى، رأى أنه ليس من الشرع أن تكون قوة القرابة - والتي يجب أن تنفع صاحبها - سببا في حجب صاحبها من الإرث فقام رضي الله عنه باعتبار الأخوة كلهم أخوة لأم وقسم الثلث بينهم، فهو رضي الله عنه لم يمض المسألة على ظاهرها لأن ذلك لا يحقق مقصد الشرع وإنما التفت إلى ما يحقق ذلك متجاوزا ظاهر الحال بناء على ما له من سلطة تقديرية.

٥- روي أن عمر رضي الله عنه قضى فيمن قتل في الحرم بالدية وثلاث الدية^(٢).

٦- روي عن ابن عباس أنه قال: (يزاد في دية المقتول في الأشهر الحرم أربعة آلاف وفي دية المقتول في الحرم أربعة آلاف)^(٣).

فالأصل فيمن قتل أن يدفع الدية كاملة، بغض النظر عن المكان أو الزمان الذي جرى فيه القتل إلا أن عمر وابن عباس رضي الله عنهما رأيا تغليظ العقوبة على من يرتكب جريمة القتل في الحرم بدفع الدية وثلاثها، وهذا اجتهاد وتقدير منهما بأن في ذلك ردع للناس عن انتهاك حرمة المكان الذي جعله الله حرما آمنا للناس، وفيه إشعار بقدسية ذلك المكان وتميزه عن غيره.

٧- روي أن رجلا كان يقود أعمى فوقعا في بئر فخر البصير ووقع الأعمى فوقه فقتله، فقضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعقل البصير على الأعمى، فكان الأعمى يدور في الموسم

ينشد:

١ - هذه المسألة من المسائل المشهورة في علم الفرائض ولها أسماء عديدة والمشاركة لأن الأخوة الأشقاء اشتركوا في الثلث مع الأخوة لأم وتسمى اليمينية والحجرية والحمازية وذلك لأن الأخوة الأشقاء قالوا لعمر هب أن أبانا كان حمارا أو حجرا ملقى في البئر ألسنا من أم واحدة؟ وتسمى كذلك بالمنبرية وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، ص٤٦٦.

٢ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج٨، ص٧١، وأخرجه عبد الرزاق في المصنف ج٩، ص٣٠١. قال ابن حجر: وهو منقطع ورواية ليث بن أبي سليم ضعيف، وقال أيضا: قال البيهقي: وروى عكرمة عن عمر ما دل على التغليظ في الشهر الحرام وكذا قال ابن المنذر روي عن عمر بن الخطاب أنه من قتل في الحرم أو قتل محرما أو قتل في الشهر الحرام فعليه الدية وثلاث الدية. أخرجه ابن حجر في تلخيص الحبير ج٤، ص٣ وقال الشوكاني: منقطع وفي إسناده ليث بن أبي سليم وهو ضعيف. الشوكاني، نيل الأوطار ج٧، ص٢٤١.

٣ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج٨، ص٧١، وأخرجه وابن أبي شيبة في المصنف ج٥، ص٤٢١، وأخرجه ابن حجر في تلخيص الحبير ج٤، ص٣٤، كتاب الديات.

يا أيها الناس لقيت منكرا
هل يعقل الأعمى الصحيح المبصرا
خرًا معا كلاهما تكسرا^(١)

وتظهر السلطة التقديرية في هذا الأثر من خلال الاجتهاد الذي قام به عمر رضي الله عنه في هذه المسألة التي يعوزها النص، ورأى أن العقل - الدية - على الأعمى، لأن المبصر لم يمت بمجرد السقوط في البئر، وإنما بسقوط الأعمى عليه، فهو لم يحكم بالقصاص من الأعمى لانتهاء قصد القتل ولو قوعه خطأ، ولم يقض ببراءته لأن الوفاة حصلت بسببه، فكانت سلطة التقدير في الاجتهاد بالحكم في مسألة ليس فيها نص .

قال ابن القيم^(٢): (قال بعض الفقهاء: ليس على الأعمى ضمان البصير، لأنه الذي قاده إلى المكان الذي وقعا فيه، وكان سبب وقوعه عليه وكذلك لو فعله قصدا لم يضمنه بغير خلاف وكان عليه ضمان الأعمى).

ورد ابن القيم وقال: القياس حكم عمر رضي الله عنه لوجوه:

أحدها: أن قوده له مآذون فيه من جهة الأعمى وما تولد من مآذون فيه لم يضمن كضائره.
الثاني: قد يكون قوده له مستحبا أو واجبا ومن فعل ما وجب عليه أو ندب إليه لم يلزمه ضمان ما تولد منه.

الثالث: أنه قد اجتمع على ذلك الإذنان، إذن الشارع وإذن الأعمى فهو محسن بامتنال أمر الشارع ومحسن إلى الأعمى بقوده وما على المحسنين من سبيل وأما الأعمى فإنه سقط على البصير فقتله فوجب عليه ضمانه كما لو سقط إنسان من سطح على آخر فقتله فهذا هو القياس).
٧- روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها فأجله حولاً، فلما انقضى حول ولم يصل إليها خيرها، فاخترت نفسها ففرق بينهما عمر وجعلها تطلقه بائنة^(٣).

١ - أخرجه الدار قطني، علي بن عمر، (ت ٣٨٥هـ)، سنن الدارقطني، وبذيله التعليق المغني على الدار قطني، لأبي الطيب محمد أبادي، دار إحياء التراث العربي ١٩٩٣. ج ٣، ص ٩٨ كتاب الحدود والديات، الأثر رقم (٦٢)، وأخرجه الهندي، كنز العمال ج ١٥، ص ٤٨ الأثر رقم (٤٠٣١٨). قال ابن حجر: رواه الدارقطني والبيهقي من حديث موسى بن علي بن رباح عن أبيه وفيه انقطاع. أخرجه ابن حجر في تلخيص الحبير ج ٤، ص ٣٧

٢ - ابن القيم، أعلام الموقعين، ج ٢، ص ٤٣

٣ - الزيلعي، نصب الراية ج ٣، ص ٥٢٢، ابن الهمام فتح القدير ج ٤، ص ٢٩٨، البيهقي، السنن الكبرى ج ٧، ص ٢٢٦ باب أجل العنين، من طريق قتادة عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال في العنين: يؤجل سنة فإن قدر عليها وإلا فرق بينهما ولها المهر والعدة. ورواه ابن ليلي عن الشعبي عن عمر رضي الله عنه مرسلًا أنه كان يؤجل سنة وقال فيه لا أعلمه إلا من يوم يرفع إلى السلطان. قال الألباني: صحيح فقط عن ابن مسعود برواية أن العنين يؤجل سنة أما برواية سعيد بن المسيب عن عمر فهو مرسل. الألباني، إرواء الغليل ج ٦، ص ٣٢٢.

وجه الدلالة: يستدل على السلطة التقديرية للقاضي في هذا الأثر من خلال المدة التي ضربها عمر رضي الله عنه للعنين والتي رأى عمر رضي الله عنه وقدر أنها كافية للزوج لإبطال دعوى زوجته وذلك بالوصول إليها وكافية أيضا لإثبات عجز الزوج وعنته بمضيها كاملة دون وصول من الزوج إلى زوجته، وهذه المدة المضروبة هي محض اجتهاد من عمر رضي الله عنه.

علل بعض فقهاء الحنفية مدة السنة بقولهم: لان الامتناع إما لعلة معترضة أو لآفة أصلية، فإن كان لعلة معترضة فإما عن غلبة حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة، والسنة تشتمل على الفصول الأربعة فالصيف حار يابس والخريف بارد يابس وهو أبدأ الفصول والشتاء بارد رطب والربيع حار رطب فإن كان مرضه عن أحد هذه تم علاجه في الفصل المضاد له، أو من كيفيتين فيتم في مجموع فصلين مضادين، فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال فإذا مضت ولم يصل عرف أنه بأفة أصلية^(١).

٨- وروي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تنتظر أربعة أشهر وعشرا^(٢).

وجه الدلالة: لا يختلف القول في وجه الدلالة على السلطة التقديرية للقاضي في هذا الأثر عما قيل في وجه الدلالة في الأثر السابق، فتظهر من خلال المدة التي قضى بها عمر رضي الله عنه وهي الأربع سنين تنتظرها زوجة المفقود، وهذا اجتهاد من عمر وليس في المسألة نص من الكتاب ولا السنة فكان التقدير والنظر من عمر رضي الله عنه في تحديد المدة التي رآها كافية ليغلب على الظن أن المفقود لو كان بإمكانه العود لفعل، مما يرجح اليأس من عودته، وهو أيضا نظر إلى مصلحة زوجة المفقود التي سيلحق بها الضرر لو بقيت تنتظر عودة زوجها المفقود طيلة حياتها أو تنتظر وفاته^(٣).

١- حاشية ابن عابدين، ج٣، ص٤٩٧، الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود (ت٥٨٧ هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢، دار الكتب العلمية، ١٩٨٦ م، ج٢، ص٣٢٣.

٢- مالك بن أنس الموطأ، ج٢، ص٦٣٤، ابن عبد البر الاستنكار ج٦، ص٤١٦، أخرجه عبد الرزاق في المصنف، ج٧، ص٨٥، البيهقي، السنن الكبرى، ج٧، ص٤٤٥، ابن حزم، المحلى، ج٩، ص٣١٩. قال ابن حجر: ورواه عبد الرزاق عن ابن جريج عن يحيى ورواه أبو عبيد عن محمد بن كثير عن الأوزاعي عن الزهري عن سعيد عن عمر وعثمان ورواه البيهقي من طرق أخرى عن عمر، ورواه الدارقطني من طريق عاصم الاحول عن أبي عثمان. ابن حجر، تلخيص الحبير ج٣، ص٢٣٥. ومعلوم أن تعدد طرق رواية الحديث أو الأثر يقوي من نسبة ثبوتها ومن ثم ينعكس ذلك على موضوع الاحتجاج بهما.

٣- روي عن علي رضي الله عنه قال في امرأة المفقود: هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق. أخرجه عبد الرزاق في المصنف، ج٧، ص٩٠، الزيلعي نصب الرأية، ج٤، ص٣٨٢، وأخرجه ابن حجر في تلخيص الحبير، ج٣، ص٢٣٧، كتاب العدد.

٩- روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه رفع إليه رجل قالت له امرأته شبهني فقال: كأنك طيبة كأنك حمامة قالت لا أَرْضِي حتى تقول خلية طالق، فقال ذلك، فقال عمر رضي الله عنه: خذ بيدها فهي امرأتك^(١).

وجه الدلالة: نلاحظ أن الإمام عمر رضي الله عنه لم يرتب على تلفظ الزوج بلفظ الطلاق أي أثر، كإحلال عقد الزواج، ووقوع الطلاق، وهذا يدل على تمتعه بسلطة تقديرية خولته الالتفات إلى ما وراء ظاهر الأمر، خاصة وأنه رأى أن المرأة قصدت الاحتيال على زوجها^(٢). فلما رأى أن الزوج لم يقصد حقيقة الطلاق وإنما قصد الناقاة تكون معقولة ثم تطلق من عقالها وتخلي فهي خلية من العقال، وهي طالق لأنها قد طلقت منه، فأراد الرجل ذلك فأسقط عمر عنه الطلاق لنيته وهذا أصل لكل من تكلم بشيء يشبه الطلاق وبنوي غيره أن القول فيما بينه وبين الله تعالى وفي الحكم على تأويل مذهب عمر رضي الله عنه^(٣).

قال ابن القيم: وهذا هو الفقه الحي الذي يدخل على القلوب بغير استئذان وإن تلفظ بصريح لفظ الطلاق^(٤).

١٠- ما روي عن ابن مسعود أنه قضى في المفوضة^(٥) برأيه، فقد روي عنه روي عنه رضي الله عنه أتى برجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يفرض لها ولم يدخل بها فسئل عنها شهرا فلم يقل فيها شيئا ثم سأله فقال: أقول فيها برأيه، فإن يك خطأ فمني ومن الشيطان، وإن يك صوابا فمن الله، لها صدقة إحدى نساءها ولها الميراث وعليها العدة^(٦).

وجه الدلالة: يظهر وجه الاستدلال من هذا الأثر على مشروعية سلطة القاضي التقديرية بما فعله ابن مسعود وذلك بأن قضى للمفوضة برأيه وذلك عند عدم النص ودل على ذلك قوله:

- ١- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ج٧، ص٣٤١، باب من قال: أنت طالق فنوى اثنتين أو ثلاثا.
- ٢- وقد أدرك عمر ذلك من خلال طلبها من زوجها تسميتها خلية طالق فلما فعل رفعت الأمر إلى عمر أنه طلقها وظنت أن ستحصل على الطلاق بمجرد اللفظ ولكن عمر رضي الله عنه أسد عليها قصدها.
- ٣- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ج٧، ص٣٤١.
- ٤- ابن القيم، أعلام الموقعين، ج٣، ص٧٦.
- ٥- قال التفتازاني: المفوضة: هي التي أذنت لوليها أن يزوجه من غير تسمية المهر أو على أن لا مهر لها. التفتازاني، مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح، من منشورات مكتبة صبيح بمصر، ج١، ص٦٨.
- وقيل المفوضة: بكسر الواو هي التي فوضت بضعها إلى زوجها أي زوجته نفسها بلا مهر ومن روى بفتح الواو على معنى أن وليها زوجها بغير تسمية المهر. المطرزي، ناصر بن عبد السيد (ت٦١٠هـ)، المغرب، معجم لغوي، تحقيق محمود فاخوري وعبد الحميد مختار، مكتبة أسامة بن زيد، حلب، ج ٢، ١٥٢، النسفي، نجم الدين بن حفص، طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، ط١، تحقيق الشيخ خليل الميس، دار القلم بيروت، ١٩٨٦م، ص٩٧.
- ٦- أخرجه أحمد في المسند، ج٤، ص٢٧٩، قال الشيخ الأرنؤوط: إسناده صحيح على شرط مسلم. وله روايات بألفاظ قريبة، الصنعاني، عبد الرزاق بن همام، (ت٢١١هـ)، المصنف، ط١، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي للمنشورات، ج٦، ص٤٨٠، ابن أمير حاج، عون المعبود، ج٩، ص٣٧٢.

(أرى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط)^(١).

قال ابن القيم: (وخفي على ابن مسعود حكم المفوضة وترددوا إليه فيها شهرا فأفتاهم برأيه ثم بلغه النص بمثل ما أفتى به)^(٢).

أما النص الذي بلغه فهو أن رجلا من أشجع لما قضى ابن مسعود بذلك قام وقال: نشهد أن رسول الله ﷺ قضى في بروع بنت واشق بمثل ما قضيت به في هذه^(٣).

فما قام به ابن مسعود رضي الله عنه، ما كان ليقوم به لولا أنه يعلم أن القاضي مأذون له الاجتهاد والتقدير وأن عمله ليس عملا ألياً مجردا بل له مساحة حرة يتحرك بها في الأحوال التي تتطلب ذلك التحرك للوصول إلى الحكم المناسب، بما يحقق مقصد الشارع من تشريع القضاء وهو الوصول إلى الحق وتحقيق العدل بين الناس.

١١- روي أن غلاما خاصم أمه عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فجحدته، فسأله البينة فلم تكن عنده، وجاءت المرأة بنفر فشهدوا أنها لم تتزوج وأن الغلام كاذب عليها وقد قذفها، فأمر عمر بضربه، فلقيه على رضي الله عنه فسأل عن أمرهم فدعاهم، ثم قعد في مسجد النبي وسأل المرأة فجحدت فقال للغلام اجدها كما جحدتك ، فقال يا بن عم رسول الله إنها أُمِّي قال: اجدها وأنا أبوك والحسن والحسين أخواك ، قال جحدتها ، وأنكرتها فقال علي لأولياء المرأة : أمري في هذه المرأة جائز ؟ قالوا نعم ، وفيها أيضا فقال علي : أشهد من حضر أنني قد زوجت هذا الغلام من هذه المرأة الغربية منه ، يا قنبر ائتني بطينة فيها دراهم ، فاتاه بها فعد أربعمائة وثمانين درهما فدفعها مهرا لها ، وقال للغلام : خذ بيد امرأتك ولا تأتنا إلا وعليك أثر العرس ، فلما ولى قالت المرأة : يا أبا الحسن ،الله هو النار هو ابني ، قال : وكيف ذلك ؟ قالت : إن أباه كان زنجيا وإن أخوتي زوجوني منه فحملت بهذا الغلام وخرج الرجل غازيا فقتل ، وبعثت بهذا إلى حي بني فلان فنشأ فيهم ، وأنفت أن يكون ابني، فقال علي: أنا أبو الحسن وألحقه بها وثبت نسبه^(٤).

وجه الدلالة في هذا الأثر: نلاحظ أن الإمام على رضي الله عنه لم يقف عند ظاهر الدعوى كما فعل الإمام عمر رضي الله عنه، و رأى عدم الاكتفاء بظاهر الادعاء بل رأى استخدام طريقة ذكية أدت في نهاية المطاف إلى تكذيب المرأة نفسها والتراجع عن موقفها بل

١ - الوكس : النقص والشطط : الزيادة أو الجور . ،الرازي، مختار الصحاح، ج١، ص٣٠٥.
ومعنى قول ابن مسعود : أي أن لها مهر أمثالها من النساء من غير زيادة أو نقصان .
٢ - ابن القيم، أعلام الموقعين ج٢، ص٢٥٣.
٣ - ابن تيمية ، أحمد بن عبد الحلیم ، الفتاوى الكبرى ، دار الكتب العلمية ، ج٣، ص٤٩١.
٤ - ابن القيم الطرق الحكمية ص٥٣.

وإقرارها بأن الغلام ولدها، وهذا يدل على أن للقاضي أن يستخدم ما شاء من الأساليب المباحة مع الخصوم للوصول إلى الحق، وهذا هو بعينه السلطة التقديرية للقاضي، ونلاحظ أن الإمام علي ما عمد إليها إلا عندما رأى أنه لا سبيل للوصول إلى الحق إلا من خلالها، وإلا لفعل كما عزم عمر رضي الله عنه فعله وهو حد الغلام حد القذف وقوفا على ظاهر الخصومة.

وهذا ما ذهب إليه ابن القيم^(١)، وذكره عن أصحاب مالك حيث قال: ومال أصحاب مالك رحمه الله إلى التوصل بالإقرار بما يراه الحاكم، وذلك مستند إلى قوله تعالى " إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قَبْلِ فَصَدَقْتُ " ^(٢).

١٢ - روي أن رجلين من قريش دفعا إلى امرأة مائة دينار وديعة وقالوا: لا تدفعيها إلى واحد منا دون صاحبه، فلبثا حولا فجاء أحدهما فقال: إن صاحبي قد مات فادفعي إلي الدنانير فأبوت وقالت: إنكما قلتما لي: لا تدفعيها إلى واحد منا دون صاحبه فلست بدافعتهما إليك، فتقل عليها بأهلها وجيرانها حتى دفعتها إليه، ثم لبثت حولا آخر فجاء الآخر فقال: ادفعي إلي الدنانير فقالت: إن صاحبك جاءني فزعم أنك قد مت فدفعتها إليه فاختصما إلى عمر رضي الله عنه فأراد أن يقضي عليها، فقالت: ادفعنا إلى علي بن أبي طالب، فعرف علي أنهما قد مكرتا بها فقال: أليس قد قلتما: لا تدفعيها إلى واحد منا دون صاحبه؟ قال: بلى قال: فإن مالك عندها فاذهب فجيء بصاحبك حتى تدفعه إليكما^(٣).

وجه الدلالة في هذا الأثر: تظهر السلطة التقديرية للقاضي في هذه الحادثة من خلال ما فعله علي رضي الله عنه من عدم الحكم للمدعي، مع أن المدعى عليها - المرأة - أقرت على نفسها أنها دفعت الوديعة لأحد المودعين مع أن شرطهما عليها أن تدفعها لكليهما ويكون المدعي قد استحق عليها الجزاء الذي يترتب عليها جراء خرق الاتفاق ولكن عليا رضي الله عنه لما وقع في نفسه أنهما قد احتالا عليها تمسك لها بظاهر الاتفاق، الذي جرى بينهما، وأصر على حضور الاثنين معا حتى يقبضا وديعتهما، لأنه يعلم أنهما لن يحضرا معا وبذلك يكون قد كفى المرأة الطيبة مغرما ثقيلًا، فهذا الاجتهاد من علي رضي الله عنه في عدم الاكتفاء بظاهر الادعاء والاتفاقات إلى معان خفية هو بذاته ما نسميه بسلطة القاضي التقديرية.

١ - الطرق الحكيمة ص ٤ وذكر ابن القيم أن أبا الوفا بن عقيل سئل عن هذه المسألة فقال: أليس ذلك حكما بالأمارات وإذا تأملت الشرع وجدتموه، ويجوز التعويل على ذلك.

٢ - سورة يوسف آية [٢٦].

٣ - ابن القيم، الطرق الحكيمة ص ٣٦.

١٣- روى ابن القيم أن الأصمغ بن نباته^(١) قال: إن شابا شكأ إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه نفرا فقال: إن هؤلاء خرجوا مع أبي في سفر فعادوا ولم يعد أبي فسألتهم عنه فقالوا: مات، فسألتهم عن ماله فقالوا ما ترك شيئا - وكان معه مال كثير- وترافعنا إلى شريح فاستحلفهم وخلقى سبيلهم، فدعا علي بالشُرط فوكل بكل رجل رجلين وأوصاهم ألا يمكنوا بعضهم أن يدنو من بعضهم وأن لا يدعوا أحدا يكلمهم ودعا كاتبه ودعا أحدهم فقال: أخبرني عن أبي هذا الفتى في أي يوم خرج معكم؟ وفي أي منزل نزلتم؟ وكيف كان سيركم؟ وبأي علة مات؟ وكيف أصيب بماله؟ وسأله عن غسله ودفنه؟ ومن تولى الصلاة عليه؟ وأين دفن؟ ونحو ذلك والكاتب يكتب، ثم كبر علي فكبر الحاضرون، والمتهمون لا علم لهم إلا أنهم ظنوا أن صاحبهم قد أقر عليهم، ثم دعا آخر بعد أن غيب الأول عن مجلسه فسأله كما سأل صاحبه ثم الآخر كذلك حتى عرف ما عند الجميع، فوجد كل واحد منهم يخبر بصد ما أخبر به صاحبه، ثم أمر برد الأول فقال: يا عدو الله، قد عرفت غدرك وكذبك بما سمعت من أصحابك وما ينجيك من العقوبة إلا الصدق، ثم أمر به إلى السجن، وكبر معه الحاضرون فلما أبصر القوم الحال لم يشكوا أن صاحبهم أقر عليهم، فدعا آخر منهم فهده فقال: يا أمير المؤمنين والله لقد كنت كارها لما صنعوا ثم دعا الجميع فأقروا بالقصة، واستدعى الذي بالسجن وقيل له قد أقر أصحابك ولا ينجيك سوى الصدق فأقر بمثل ما أقر به القوم وأغرهمهم المال وأقاد منهم بالقتيل^(٢).

وتظهر سلطة القاضي التقديرية في أسلوب علي رضي الله عنه في طريقة سماع شهادة الشهود وهي التفريق بين الشهود حين أداء الشهادة حيث جعل كل واحد من المتهمين يلي بأقواله بمعزل عن الآخرين، ومن هنا يظهر لنا أنه يجوز للقاضي أن يحصل على شهادة الشهود بالطريقة والأسلوب المباحين الذين يراهما مناسبين للحصول على الحقيقة، وضمن عدم الكذب والتواطؤ فيها .

١- أصمغ بن نباتة الحنظلي المجاشعي الكوفي، روى عن علي وعمار وعنه ثابت البناني، قال أبو بكر بن عياش كذاب، وقال ابن معين: ليس بثقة، وقال مرة: ليس بشيء. الذهبي، محمد بن أحمد، (ت٧٤٨هـ)، ميزان الاعتدال، ط١، تحقيق علي محمد الجاوي، دار إحياء الكتب العربية، مطبعة عيسى الحلبي، مصر ١٩٦٣م. ، ج١، ص٢٧١، والمغني في الضعفاء، ج١، ص١٤١.

٢- ابن القيم، الطرق الحكمية ص٥٦.

المطلب الرابع

مشروعية السلطة التقديرية من المعقول

كما ثبتت مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من المنقول فكذلك المعقول يثبتها، فمن الأدلة العقلية على مشروعيتها:

أولاً: لما كان غرض الشارع من تشريع القضاء رفع التهاجر ورد النوائب وقمع الظالم ونصر المظلوم وقطع الخصومات والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر^(١)، ولما كان من الطبيعي أن تعرض للقاضي قضايا ووقائع ومستجدات يعوزها النص ولا بد فيها من تقدير القاضي، وإلا بقيت معطلة بذاتها معطلة لمصالح الأنام، كان من الواجب أن يتاح للقاضي سلطة التقدير لتخوله تحقيق مقصد الشارع الحكيم، إذ لا يصح أن تترك أمور العباد هملاً ولا يجوز أن يبقى نزاع معروض بلا حل من غير قضاء ولا فصل، فدل ذلك على صواب القول بمشروعية السلطة التقديرية للقاضي.

ثانياً: إن منح القاضي مثل هذا الدور الإيجابي - السلطة التقديرية - إنما يعني الثقة بالقاضي، وفي عدم منحه مثل هذا الدور افتراض قلة الفهم أو الإدراك لدى القاضي، وكذلك يكون من المجافاة للمنطق السليم أن يطلب من القاضي توسيع دائرة معارفه وأفق ثقافته ثم يطلب منه أن يقف موقفاً سلبياً من الدعوى، فالعلم المكتسب يتناسب طردياً مع قدرات القاضي على القياس والاستنباط واستقراء الظواهر من أجل الوصول إلى الحكم العادل في الدعوى^(٢).

ومن هنا كان فإن العقل يقضي بأن يمنح القاضي سلطة تقديرية في الأحوال التي يكون فيها على مفترق طرق إما أن يعمل نظره واجتهاده فيقدر ويحكم النزاع ويقطع الخصومة، وإما أن يقف مكتوف اليدين لا يلوي على شيء.

ثالثاً: إن منح القاضي هذه السلطة ضرورة ملحة من الناحية القانونية والناحية الاجتماعية، فهو من الناحية القانونية يقوم بحسم نزاع قائم معروض أمامه يتطلب منه أن يصدر حكماً فيه بحكم وظيفته القضائية، ومن الناحية الاجتماعية فهو يسهم في تحقيق الأمن الاجتماعي لأن الشخص إذا لم يصل إلى حقه عن طريق القانون، فإما أنه سيحاول أن يصل إليه بقوته الذاتية وهذا ما يؤدي إلى إحداث آثار سلبية تخل بالأمن الاجتماعي، وإما أنه سيشعر بأنه مظلوم ومغبون ومضطهد وهذان احتمالان أحلاهما مر^(٣).

١ - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج ١، ص ١٠.

٢ - جمال ذبيان، ضوابط صحة وعدالة الحكم القضائي ص ١٧٢

٣ - جمال ذبيان، ضوابط صحة وعدالة الحكم القضائي ص ١٧٣

المبحث الرابع

الحكمة من مشروعية السلطة التقديرية للقاضي

قال ابن فرحون المالكي في صدد الحديث عن حكمة القضاء: (وأما حكمته فرفع التهاجر ورد السنائب ، وقمع الظالم ، ونصر المظلوم ، وقطع الخصومات والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر)^(١).

فإذا كانت هذه هي الحكمة من تشريع القضاء بصورة عامة فإن هذه الحكمة أيضا تصدق على مشروعية السلطة التقديرية للقاضي، لأنها فرع من القضاء ولأنها ملازمة للعمل القضائي في جميع موضوعاته وأحواله.

ومن هنا يمكن القول بأن الحكمة من مشروعية السلطة التقديرية هي ذاتها الحكمة من مشروعية القضاء، ذلك لأن تحقق الحكمة من مشروعية القضاء يتوقف في كثير من الأحوال على تخويل القاضي سلطة تقديرية، وإلا تركت قضايا الناس بلا حل ومن غير قضاء ولا فصل.

قال د. محمد نعيم ياسين: (ثم إنه -أي القضاء - أرقى مظاهر الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهو الذي به كانت أمة الإسلام خير أمة أخرجت للناس ، ولأنه به يرفع الظلم وهذا مما يدعو إليه عقل كل عاقل لأن الظلم سبب انحلال الأمم بما يورثه من الضغائن ولأحقاد وانحطاطها وتأخرها لما يؤدي إليه من وضع الحقوق والمناصب في غير أهلها ، وإهدار حرمتها ، مما يربي في الناس حب الكسل والعزوف عن تحصيل المنافع ، فيقل الإنتاج في جميع المجالات فتؤول إلى الاضمحلال والخراب)^(٢).

ولما كانت سلطة القاضي التقديرية لازم من لوازم العمل القضائي فإن أهميتها لا تقل عن أهمية القضاء بصفة عامة ويتحقق بها ما يحققه القضاء.

ولا يخفى ما في تشريع السلطة التقديرية للقاضي من توسيع أفقه، بحيث جعلت المساحة التي يتحرك فيها القاضي من السعة ما يمكن القاضي من القدرة على التصدي لأي أمر قد يشكل عليه أثناء المراحل التي تمر بها الدعوى، وهذا ينعكس على العمل القضائي سواء أكان فصلا في الخصومة أم عملا ولائيا، بالمرونة والقدرة على مواجهة الظروف الطارئة والمستجدة.

١- ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج ١، ص ١٠.

٢- ياسين ، محمد نعيم ، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية ، ط ١ ، وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النفائس ، عمان ، ١٩٩٩ م ، نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون ص ٤٠

المبحث الخامس

الضوابط التي تحكم عمل القاضي في سلطته التقديرية

بعد أن تم لنا الكلام في مشروعية سلطة القاضي التقديرية، وثبت أن الشارع الكريم قد اعتبر هذه السلطة للقاضي ومنحه إياها ليتسنى له تحقيق الحكمة التي من أجلها شرع القضاء، فإن من الضروري تحديد الضوابط التي تضبط عمل القاضي التقديري لضمان سلامة سير العمل القضائي، على الطريق الذي يحقق المقصد الشرعي من تشريع القضاء بصفة عامة، وسلطة القاضي التقديرية بصفة خاصة، حتى لا يظن أن هذه السلطة التقديرية للقاضي، تحكيمية مزاجية يحكمها الهوى والمصلحة الخاصة.

يرى أهل القانون أن السلطة التقديرية للقاضي نابعة من إرادته، ولما كان لكل إرادة باعث نفسي يحركها ويحدد اتجاهها نحو غاية معينة فإن هذا الباعث يختلف من إرادة لأخرى، وإذا كان فحوى النشاط التقديري ينبع من شخص القاضي واتجاه إرادته باختيار النشاط الذهني الذي يهدف منه إلى حل النزاع المطروح عليه، فإن ذلك ليس معناه أن إرادة القاضي تملأ عليه إجراء نشاط ذهني دون ضابط فهذه الإرادة تنقيد بمحل هذا النشاط، سواء كان هذا المحل هو الوقائع، أو كان قواعد قانونية، لذا وجب أن يكون باعث هذه الإرادة يهدف إلى تحقيق الغاية الموضوعية للقانون من خلال التقيد بوقائع النزاع المطروح^(١).

ولما كان لإرادة القاضي الحيز الأكبر في عملية التقدير كان لا بد من القول بانضباطها بضوابط تتأى بها عن فروض التحكم والتشهي.

وليس ببعيد رأي القانون من رأي الفقه الإسلامي، فيقول د. محمد الدريني: لما كانت سلطة ولي الأمر في الإسلام واسعة وتقديرية فهي مظنة التعسف والانحراف بها عن الحق والعدل ومجافاة مقصد الشارع في استعمالها لذا أوجب الشريعة عليه أن يصدر في تصرفه عن باعث لا يناقض مقصد الشارع، وبات من المقررات الشرعية أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة، إذ استعمال السلطة في غير مصلحة تشهيا أو انتقاما أو لتحقيق أغراض غير مشروعة لا تتعلق بحراسة الدين وسياسة الدنيا على مقتضى من روح الشريعة وقواعدها تعسف وظلم^(٢).

١ - أحمد محمود سعد ، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ص ٣٩١

٢ - محمد الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص ١٠٦

ولما كان القاضي يتولى القضاء نيابة عن الحاكم، فإن ما يصدق القول عليه في سلطة الحاكم التقديرية يصدق أيضا على سلطة القاضي التقديرية، وحتى لا تكون سلطة قائمة على التشهي أو الانتقام أو لأغراض غير مشروعة فإنه لا بد فيها من أن تكون منضبطة بالأمر الآتية:

أولاً: أن لا يكون التقدير مع وجود النص القاطع في ثبوته ودلالته، لأن ذلك يمنعه القاعدة الفقهية المشهورة: لا مساغ للاجتهاد في مورد النص^(١)، ولأن الحكم الشرعي حاصل بالنص فلا حاجة لبذل الوسع في تحصيله، ولأن الاجتهاد ظني والحكم الحاصل به ظني، بخلاف الحاصل بالنص فإنه يقيني ولا يترك اليقيني للظني^(٢).

وللقاضي أن يجتهد فيما لا نص فيه، وينبغي أن لا يدع الاجتهاد في موضعه لخوف الخطأ فإن ترك الاجتهاد في موضعه، بمنزلة الاجتهاد في غير موضعه^(٣).

فإذا أعمل القاضي تقديره والحالة تلك كان عمله باطلا، فالنبي ﷺ لما جاءه هلال بن أمية يقذف زوجته بشريك بن سحماء ولم يكن له بينة، ثم أنزل الله تعالى آيات اللعان، وبعد أن تلاعن هلال وزوجه فقد قال النبي ﷺ: "أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الأليتين^(٤) خدلج الساقين^(٥) فهو لشريك بن سحماء، فجاءت به كذلك فقال لها: لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن^(٦)."

فنلاحظ أن النبي لم يقض بالواقعة بما أوصله إليه نظره وتقديره - وهو مؤاخذه زوجة هلال لوقوع الشبه بين طفلها وشريك - بل أجرى الحكم على ما جاء به النص وهو اللعان، لأن دليل اللعان أقوى وأثبت من قرينة الشبه.

ومثله ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني، فاقبضه، قالت: فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص وقال: ابن أخي، قد عهد إلي فيه، فقام عبد بن زمعة فقال: أخي وابن وليدة أبي، ولد

١- منلا خسرو درر الحكام شرح غرر الأحكام، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقيهية ص ١٤٧، عزت الدعاس، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز ص ٢٩.

الشرنبلالي، على درر الحكام في شرح غرر الحكام، ج ٢، ص ١٦٨، علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ٣٢.

٢- أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقيهية ص ١٤٧.

٣- السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٦٩.

٤- أي ألبناه تامتان وعظيمنتان، والآلية بالفتح العجيزة للناس وغيرهم. لسان العرب، ج ١٤، ص ٤٢.

٥- أي ضخم الساقين. الفيومي، المصباح المنير، ج ١، ص ١٧٧.

٦- أخرجه البخاري، ج ٣، ص ٢٦٤، كتاب التفسير، سورة النور، باب ويدراً عنها العذاب، ج ٤، ص ١٧٧٢، رقم (٤٤٧٠)، وأخرجه مسلم، ج ٢، ص ١١٣٤، كتاب اللعان، حديث رقم (١٤٩٦).

عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فقال رسول الله ﷺ: هو لك يا عبد بن زمعة، ثم قال النبي ﷺ: الولد للفراش وللعاهر الحجر، ثم قال لسودة بنت زمعة زوج النبي ﷺ على فراشه فتساوقا إلى النبي ﷺ فقال سعد: يا رسول الله، ابن أخي كان قد عهد إلي فيه، فقال ﷺ: احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة، فما رآها حتى لقي الله^(١).

فنلاحظ أن النبي ﷺ على الرغم من ملاحظته الشبه بين وليدة زمعة وعتبة بن أبي وقاص، إلا أنه قدم النص "الولد للفراش" على إعمال قرينة الشبه -القائمة على التقدير - مما يدل على أنه لا يصح للقاضي أن يعمل تقديره طالما أن المسألة يحكمها النص الثابت، القاطع بدلالته. ومن هنا فإذا كان النص قطعياً في ثبوته وقطعياً في دلالاته على الحكم، كما ونوعاً وزماناً، فلا مجال للقول بتمتع القاضي بسلطة تقديرية آنذاك.

أما في حالة ما إذا كان الكم القضائي للعقوبة - مثلاً - يتمثل في تحديد المشرع حداً أدنى وحداً أعلى للعقوبات التي تقبل طبيعتها التبعية، فيترك حينئذ للقاضي سلطة تقدير العقوبة بين هذين الحدين^(٢).

وفي حالة ما إذا كان نظام العقوبات يعطي القاضي حرية الاختيار في الحكم على المجرم بإحدى عقوبتين مختلفتي النوع أو بكليهما، فيكون للقاضي سلطة تقديرية في تحديد نوع العقوبة وكذا الحال إذا كان المشرع لم يلزم القاضي بزمن محدد لتنفيذ الحكم القضائي، فيكون للقاضي عندئذ سلطة تقديرية في تأخير التنفيذ إذا رأى ما يبرر ذلك، وله أيضاً سلطة تقديرية بتحديد الزمان الذي يراه مناسباً لتنفيذ الحكم أو القرار، كما فعل النبي ﷺ في تأخير إقامة الحد على الغامدية إلى ما بعد وضع الحمل والرضاع.

ثانياً: أن يكون عمل القاضي التقديري محققاً لمقصد الشارع الحكيم، ومنسجماً مع روح التشريع ومبادئه التي تنادي بالعدالة وإنصاف المظلومين، ويكون عمل القاضي التقديري كذلك كلما كان متفقاً أو موافقاً للكتاب والسنة، والقواعد والمبادئ الشرعية.

يقول د. الدريني - في معرض الحديث عن تدخل ولي الأمر لتحقيق العدل والمصلحة -: (فدرء التعسف في استعمال السلطة يعتمد على أمرين وذكر منهما: طهارة الباعث وشرف النية حتى

١ - أخرجه البخاري، ج ٢، ص ٧٢٤، كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، حديث رقم (١٩٤٨).
٢ - إبراهيم، أكرم نشأت، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، دراسة مقارنة، دار ومطابع الشعب، العراق ١٩٦٥. ص ٦٧.

لا يناقض قصد السلطة في استعمالها قصد الشرع في منحها إياها، وذلك بأن يعبث الهوى أو المصلحة الخاصة في تصرفه على الرعية^(١).

وإذا كان هذا يصدق على سلطة ولي الأمر فمن باب أولى أن يصدق على سلطة القاضي التقديرية فهو من نواب الإمام وأعوانه، ويقوم بمهمة القضاء بالنيابة عنه، لأنه لا يستطيع أن ينهض وحده بأعباء الحكم ومسؤولياته والوفاء بواجباته، فإذا ترك للقاضي حرية التقدير دون انضباطه بهذا الضابط، فلا شك أن الهوى والمصلحة الخاصة سيؤثران على نزاهته مما لا يحقق مقصود الشارع.

ولعل من نافلة القول التذكير بضرورة أن يكون القاضي عالماً وواعياً ومدركاً لمقصد الشارع الحكيم من تشريع القضاء بصورة عامة ومن تخويله سلطة تقديرية بصورة خاصة حتى يبقى هاجساً له يسعى إلى تحقيقه بكل ما أوتي من علم وخبرة.

قال ابن القيم: (فالحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات، ودلائل الحال، ومعرفة شواهد، وفي القرائن الحالية والمقالية، كفقهاء في جزئيات وكليات الأحكام: أضاع حقوقاً كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس بطلانه ولا يشكون فيه، اعتماداً منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله)^(٢).

ثالثاً: أن يقوم القاضي بذكر سبب الحكم الذي اتخذ بناء على تقديره، وهذا ينسجم وعادة الشارع الحكيم الذي يذكر العلل والأوصاف المؤثرة والمعاني المعتمدة في الأحكام القدرية والشرعية والجزائية ليدل بذلك على تعلق الحكم بها أين وجدت واقتضائها لأحكامها وعدم تخلفها عنها لمانع يعارض اقتضاءها ويوجب تخلف أثرها عنها^(٣).

والنبي ﷺ قد علل الأحكام والأوصاف المؤثرة فيها من أجل التدليل على ارتباطها بها وتعديتها بتعدي أوصافها وعللها، ولذا فإن الشارع لا يمانع من أن يقوم القاضي بتسبب أحكامه سواء نتيجة للإجماع أو القياس أو الاجتهاد، خاصة وأن القضاء مظهر لا مثبته حيث إن المحكوم به أصله ثابت والقضاء يظهره^(٤).

ولكن الفقهاء لم يشترطوا في كتبهم ذكر أسباب الحكم التي يبني عليها، وإنما ورد في بعض الكتب الفقهية أنه يستحب للقاضي أن يبينها للمحكوم عليه، ويجدر بالذكر أن النظم

١ - الدريني؛ محمد فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط٣، مؤسسة الرسالة بيروت، ١٩٨٤م ص ١١٠.

١- ابن القيم، الطرق الحكيمة ص ٥.

٣ - ابن القيم، أعلام الموقعين، ج ١، ص ١٩٦.

٤ - سويدان، مفيدة سعد، نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي، ١٩٨٥م ص ٦٣٦.

الوضعية تعلق أهمية كبيرة على تسبیب الأحكام، وتجعله من شروط صحتها، وترتب البطلان على إغفالها^(١).

ولقد أوجب أهل القانون تسبیب الأحكام ليضمن عدم تحيز القضاة في قضائهم، وليضمن عنايتهم في تقدير ادعاءات الخصوم وفي فهم ما أحاط بها من مسائل قانونية، وليمكن محكمة النقض من مراقبة أحكام المحاكم حتى تشرف على تطبيق القانون، هذا فضلا على أن القضاء المسبب يضيف الاطمئنان إلى نفوس المتقاضين^(٢).

فإذا كان التسبیب مشروط للحكم القضائي الصادر عن القاضي من غير تقدير، فاشتراطه في الحكم القضائي النابع من سلطة القاضي التقديرية من باب أولى، فالأول وقد كان القاضي مقيدا في سبل الوصول إليه قد اشترط له ذكر السبب، فالثاني الذي ترك للقاضي الحرية في اختيار سبل الوصول إليه اشترط ذكر السبب له من باب أولى. فالتسبیب له دور فعال وأثر واضح بالنسبة للأدلة التي بني عليها الحكم لمعرفة صحتها من عدمه^(٣).

وجدير بالذكر أن اشتراط التسبیب مقترن بالحكم القضائي، أما القرار الولائي أو الأوامر على العرائض فلا يشترط فيها التسبیب، إلا إذا صدر الأمر خلافا لأمر آخر سبق صدوره، إذ يجب أن يذكر القاضي في هذه الحالة الأسباب التي دعت له لمخالفة الأمر الأول^(٤).

رابعا: أن لا تكون الوسيلة التي انتهى نظر القاضي واجتهاده إليها غير مباحة شرعا، أو عرضة للقدح، فلا يصح أن يكون تقديره مستندا إلى وسيلة محرمة كالسحر والشعوذة، أو أن يكون قائما على الحدس والتخمين، وأن لا تكون العقوبة التي انتهى تقديره إلى إيقاعها، منهي عنها شرعا كالمثلة بجذع الأنف.

فإن استخدام الوسائل المحرمة للوصول إلى الأحكام الشرعية والوقائع القضائية مناقض لإرادة الشارع الحكيم، لأنه لما منع من اتخاذ الوسائل المحرمة، إنما كان ذلك بسبب ما تقضي إليه من مفساد عظيمة ترجح على تلك المصالح المتوقع حصولها فيما لو استخدمت تلك

١ - محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى ص ٦٥١، محمد عيد الغريب، حرية القاضي الجنائي في الاقتناع اليقيني وأثره في تسبیب الأحكام الجنائية ص ١٥١، أحمد أبو الوفا المرافعات المدنية والتجارية ص ٨٣٥

٢ - أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية ط ٨، دار المعارف، ١٩٦٥ م ٠ ص ٨٣٤.

٣ - مفيدة سويدان، نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي ص ٦٣٧.

٤ - عبد الناصر أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص ٨٧ و محمود التحيوي، نطاق سلطة القاضي في إصدار الأمر الجنائي ص ٣١.

الوسائل، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه ربما اتخذ ذريعة للوصول إلى مقارفة المحرمات بحجة إقامة الشرع والوصول إلى الحق وتحقيق العدالة وهذا أيضا فيه مناقضة لمقصد الشارع^(١).

خامسا: أن يكون الحكم الذي وصل إليه القاضي بناء على تقديره يفيد الظن الراجح في نظره على أقل تقدير، فالأصل أن يكون الحكم في القضية المتنازع فيها يفيد العلم اليقيني، فإذا تعذر ذلك فليس أقل من أن يفيد الظن الراجح، أما الاعتماد على مجرد الظن، فلا يصلح للقضاء، بل يعد الاعتماد عليه في الأحكام، موجبا للاثم لأنه قائم على الظن والله تعالى يقول " **إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ**"^(٢) ويقول " **وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ**"^(٣).

قال القرطبي: (للظن حالتان، حالة تعرف وتقوى بوجه من وجوه الأدلة، فيجوز الحكم بها وأكثر أحكام الشريعة مبنية على الظن كالقياس وخبر الواحد وغير ذلك من قيم المتلفات وأروش الجنایات، والحالة الثانية: أن يقع في النفس شيء من غير دلالة فلا يكون ذلك أولى من ضده، فهذا هو الشك فلا يجوز الحكم به وهو المنهي عنه)^(٤).

سادسا: إذا كان تقديره يتوقف على شهادة العدول من أهل الخبرة والاختصاص، فينبغي عليه حينئذ أن يستعين بخبرتهم وأن يستنير برأيهم امتثالا لأمر الله تعالى " **فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ**"^(٥).

١ - أيمن العمر، المستجدات في وسائل الإثبات ص ١٠.
 ٢ - سورة الحجرات آية [١٢].
 ٣ - سورة الأعراف آية [٣٣].
 ٤ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ج ١٦، ص ٣٣٢.
 ٥ - سورة الأنبياء آية: [٧].

الفصل الثاني

مجالات السلطة التقديرية للقاضي في نظام القضاء الإسلامي

يتناول هذا الفصل الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في الأعمال الولائية، في نظام القضاء الإسلامي، ولكن لما كان مفهوم الأعمال الولائية غير متداول في الفقه الإسلامي في لفظه، إلا أنه كان متداولاً في مضمونه، ولما كان هذا المفهوم مشهوراً عند أهل القانون، فإنني رأيت أن أخرج على تعريف أهل القانون له، وبيان طبيعته عندهم، وبعدها بيانه في فقه القضاء الإسلامي وبيان ما للقاضي فيها من سلطة تقديرية.

المبحث الأول

السلطة التقديرية للقاضي في الأعمال الولائية^(١)

المطلب الأول

تعريف الأعمال الولائية

إن المتأمل في أعمال القضاة من حيث طبيعتها، لا يجدها ذات طبيعة واحدة، فبعضها له طبيعة قضائية بحتة، وتلك هي الأعمال الأساسية للقضاة، حيث تصدر في صورة أحكام^(٢) فوظيفة القضاء الأساسية هي فصل الخصومات وحل النزاعات، ولكن أضيفت لهذه الوظيفة اختصاصات أخرى اقتضت الحاجة أن تضاف إليها، كالإذن للقاصرين أو التصديق على القرارات وغيرها وقد أطلق على هذه الأعمال اسم الأعمال الولائية، أو الأعمال التفضيلية، لأن القضاء يقوم بها تفضيلاً منه، أو إرادياً لأن الأفراد يطلبون من القضاء القيام بها بمحض إرادتهم غالباً^(٣).

وقد سبق وأن ذكرت تعريف الأعمال الولائية بأنها : عمل يتخذ في ظاهره شكل الحكم من حيث صدوره من قاض منوط به إصدار الأحكام القضائية، ولكنه في أساسه عمل إداري يميزه عن العمل القضائي خلوه من تلك المميزات التي يتميز بها العمل القضائي^(٤).

وعرفت كذلك بأنها: أعمال لا تدخل حسب طبيعتها في ولاية القضاء الأصلية، أي أنها أعمال لا تتعلق بنزاع معين، وبالتالي فهي أعمال من الممكن أن يقوم بها القضاة أو رجال الإدارة،

١ - سميت هذه الأعمال بالولائية، لأن القاضي يقوم بها بما له من حق الولاية، إذ مصدر سلطة القاضي في ممارسة هذه الأعمال هو ولايته العامة، باعتباره واحداً من الحكام أو ولاية الأمر الذين يملكون توجيه الناس والسيطرة عليهم تحقيقاً لما فيه مصلحتهم ومصلحة المجتمع الذي ينتمون إليه، ومن هنا جاءت التسمية بالولائية، فهي تستند إلى ولاية القاضي .محمد عبد الخالق، قانون المرافعات ، نقله عنه د.أبو البصل، نظرية الحكم القضائي ص٦٧.

٢ - أحمد مليجي، أعمال القضاة ص٤.
٣ - عبد الناصر أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص ٧٩ ، و محمود التحيوي ،نطاق سلطة القاضي في إصدار الأمر الجنائي ص١٥.

٤ - وهذه المميزات هي:
أولاً: أنها- الوظيفة القضائية- تقوم بوظيفتها كحكم بين الخصوم فلا تتدخل إلا في خصومة تنشأ وترفع إليها بالطرق القانونية وعليها أن تقضي في حدود ما يطلبه الخصوم فليس لها أن تقضي بأكثر منه حتى ولو بدا لها وجه الحق في ذلك.

ثانياً: أنها لا تملك وضع قواعد عامة تتبع في كل الخصومات التي ترفع إليها وإنما تقتصر سلطتها على وضع المبدأ لتطبيقه في الخصومة القائمة أمامها .

ثالثاً : أن وظيفة القضاء ينبغي أن يعهد بها إلى المحاكم فلا يملك ولي الأمر مباشرة القضاء بنفسه ولو كانت الأحكام تصدر باسمه وذلك حتى لا تتجمع في يديه السلطات جميعها .

محمد العشماوي ،عبد الوهاب العشماوي ، قواعد المرافعات ص ٢٣٠ .

ويستند القاضي في عمله الولائي إلى ولايته كموظف عام ، أما في العمل القضائي فهو يستند إلى سلطة القضاء^(١).

ويباشر القاضي هذه الأعمال بما له من حق الولاية إذ مصدر سلطة القاضي في ممارسة هذه الأعمال هو ولايته العامة باعتباره واحداً من الحكام أو ولاية الأمر، ممن يملكون توجيه الناس والسيطرة عليهم تحقيقاً لما فيه مصلحتهم ومصلحة المجتمع الذي ينتمون إليه ، ومن هنا كانت تسمية هذه الأعمال بالأعمال الولائية، فهي تستند إلى ولاية القاضي^(٢).

ولقد سبق الفقه الإسلامي إلى تقرير ذلك، وتحدث عن هذه الأعمال وإنباطها بالقضاء، فقد ذكر الماوردي أن ولاية القاضي خاصة وعامة، فإذا كانت ولايته عامة مطلقة التصرف في جميع ما تضمنته، فنظره مشتمل على عشرة أحكام، وذكر منها فصل المنازعات وقطع التشاجر والخصومات، واستيفاء الحقوق ممن مطل بها، وثبوت الولاية على من كان ممنوع التصرف بجنون أو صغر، والنظر في الأوقاف بحفظ أصولها وتنمية فروعها ، وتنفيذ الوصايا على شروط الموصي فيما أباحه الشرع ولم يحظره، وتزويج الأيامي بالأكفاء إذا عد من الأولياء ودُعين إلى النكاح، وإقامة الحدود على مستحقيها والنظر في مصالح عمله من الكف عن التعدي في الطرقات والأفنية وإخراج ما لا يستحق من الأجنحة والأبنية وتصفح شهوده وأمنائه واختيار النائبين عنه...^(٣).

فنلاحظ أن الماوردي لم يقصر صفة العمل القضائي على فصل الخصومات والنزاعات بل جعلها تتعدى لما أصبح يعرف فيما بعد بالعمل الولائي .

وقد وضع ابن خلدون^(٤) بما يشبه كلام الماوردي طبيعة الأعمال الولائية ، فقد جاء في مقدمته: إلا أن القاضي إنما كان له في عصر الخلفاء الفصل بين الخصوم فقط ثم دفع له بعد ذلك أمور أخرى على التدرج بحسب اشتغال الخلفاء والملوك بالسياسة الكبرى، واستقر منصب القضاء آخر الأمر على أنه يجمع مع الفصل بين الخصوم استيفاء بعض الحقوق العامة للمسلمين بالنظر في أموال المحجور عليهم من المجانين واليتامى والمفلسين وأهل السفه وفي

١ - نقله أبو البصل عن محمد عبد الخالق عمر، قانون المرافعات المدنية ص ٦٧.

٢ - أحمد مليجي، أعمال القضاء ص ١٠٦، محمود التحيوي، نطاق سلطة القاضي في إصدار الأمر الجنائي ص ١٦

٣ - الماوردي، الأحكام السلطانية، ج ١، ص ١٨٢-١٨٤.

٤ - عبد الرحمن بن محمد بن محمد بن خلدون أبو زيد ، من ولد وائل بن حجر ، الفيلسوف المؤرخ، ولد بتونس سنة ٧٣٢هـ ونشأ فيها، وتوجه إلى مصر فأكرمه سلطانها ، وولي فيها قضاء المالكية ، كان فصيحاً وسيماً صادق اللهجة، اشتهر بكتابه: العبر وديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب و العجم والبربر، وأولها المقدمة التي من أصول علم الاجتماع، توفي فجأة في القاهرة سنة ٨٠٨هـ .
الزركلي، الأعلام، ج ٣، ص ٣٣٠ ، كحالة، معجم المؤلفين ، ج ٥، ص ١٨٨ .

وصايا المسلمين وأوقافهم وتزويج الأيامي - على رأي من رآه - والنظر في مصالح الطرقات والأبنية وتصفح الشهود والأمناء والنواب واستيفاء العلم والخبرة فيهم والعدالة والجرح ليحصل له الوثوق بهم وصارت هذه كلها من تعلقات وظيفته وتوابع ولايته^(١).

والذي يستخلص مما ذكر أن الأصل في وظيفة القضاء هو فصل الخصومات والمنازعات وهذا ما يدخل تحت ولاية القاضي الخاصة، وما زاد على ذلك مما اصطحح على أنها أعمال ولائية فيدخل تحت ولايته العامة، وكله يصدق عليه وصف العمل القضائي بحسب كلام الفقهاء.

أما بالنسبة لطبيعة هذه الأعمال، من حيث كونها أعمالاً قضائية، أو أعمالاً إدارية: فإن أهل القانون^(٢) قد اختلفوا في طبيعة هذه الأعمال وما زالت محل جدل بينهم، فهناك من ذهب إلى اعتبارها أعمالاً إدارية من الممكن أن يقوم بها القضاة، أو رجال الإدارة وإنما تسند للقضاة نظراً لحياضهم وكفاءتهم وهي في حقيقتها أعمال إدارية، فلا اختلاف في الطبيعة بين هذه الأعمال والأعمال الإدارية، وأن قيام القضاء بها لا يغير من صفتها شيئاً وهذا هو الاتجاه التقليدي ورأي معظم أهل القانون^(٣).

فالقاضي في نظرهم حيال هذه الأعمال لا يعدو كونه موظفاً من موظفي الدولة يتخذ من التدابير الإدارية ما يتلاءم مع وظيفته طبقاً لمقتضيات هذه الوظيفة.

والنتيجة العملية لهذا الاتجاه أن الأعمال الولائية لا تخضع للنظام القانوني للأعمال القضائية، بل تخضع بصفة أساسية للنظام القانوني للأعمال الإدارية، فلا تخضع الأعمال الولائية لنظام الطعن في الأحكام ويجوز سحبها أو تعديلها ولا تتمتع بحجية الشيء المقضي، ويجوز رفع دعوى بطلان أصلية ضدها، وكل ذلك يتفق وطبيعتها الإدارية البحتة^(٤).

وهناك من ذهب إلى أن الأعمال الولائية تعتبر أعمالاً قضائية، إذ لا يوجد خلاف جوهري بين هذه الأعمال والأعمال القضائية، فهي جميعاً أعمال قضاء، وإن كان هناك ثمة اختلاف بين العمل الولائي والعمل القضائي فإن هذا الاختلاف ليس اختلافاً جذرياً في الطبيعة، بل هو اختلاف في الدرجة، ولا يمكن تشبيهه القاضي عند ممارسته للأعمال الولائية بالموظف الإداري، لأن القاضي لا يكون له الحرية ولا التلقائية التي تكون للموظف الإداري عند ممارسته لعمله،

١ - ابن خلدون، المقدمة ج ٢، ص ٧٤٠.

٢ - فتحي والي، مبادئ قانون القضاء المدني ص ٣١.

٣ - مليجي، أحمد أعمال القضاة، الأعمال القضائية، والأعمال الولائية، والأعمال الإدارية مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة. ص ١٢١.

٤ - المرجع السابق ص ١٢٢.

بل هو مقيد بتطبيق القانون وبضرورة الالتجاء إليه، فالأعمال الولائية تتعلق بحقوق ومصالح الأفراد وهي صورة من صور الحماية القضائية ولا مانع من إخضاعها لنظام الأعمال القضائية^(١)، ولكن وفقا لهذا الرأي فإنه لا يعني تمتع الأعمال الولائية بالطبيعة القضائية أنها تتطابق تماما مع الأعمال القضائية بل هما نوعان مختلفان من أعمال الوظيفة القضائية ويتمتعان بالصفة القضائية ويترتب على تمتع الأعمال الولائية بالطبيعة القضائية أن الأعمال الولائية تخضع بصفة أساسية للنظام القانوني للأعمال القضائية ولكنها رغم ذلك تتميز بإجراءات خاصة ومن الممكن أن تخضع لقواعد مختلفة مثل جواز الطعن فيها بالبطلان بطريق الدعوى الأصلية لأنها لا تحوز حجية الأمر المقضي^(٢).

وهناك رأي ثالث ذهب إلى أن العمل الولائي ذو طبيعة مختلطة، طبيعة إدارية وطبيعة قضائية، فهو ليس عملا إداريا كما أنه لا يعتبر قضاء، بل هو مزيج من القضاء و الإدارة، إذ هو ينتسب للعمل الإداري بموضوعه، بينما ينتمي للعمل القضائي بشكله ومصدره^(٣) ذلك أن النظام القانوني للعمل الولائي لا يماثل تماما النظام القانوني للأعمال القضائية كما أنه لا يماثل تماما النظام القانوني للأعمال الإدارية ونظرا لذلك كانت لهذه الأعمال تلك الطبيعة الخاصة المختلطة^(٤).

والذي أميل إليه: هو ما ذهب إليه الاتجاه الثالث من أهل القانون والمتضمن وصف العمل الولائي بالطبيعة المشتركة بين العمل الإداري والعمل القضائي، فبالإضافة إلى ما علل به أصحاب هذا الاتجاه يمكن القول بأن أحدا لا يمكنه أن ينفي عن العمل الولائي صفة العمل القضائي، لأنه من ضمن أعمال الوظيفة القضائية، ويصدر عن القاضي فلا يصح تجاهل هذه الصفة فيه، فهو وإن لم يتطابق مع العمل القضائي بمعناه الخاص - الذي هو فصل الخصومات - إلا أنه يتطابق معه بالمعنى الواسع الذي يدخل تحت مسمى الولاية العامة للقاضي كما في كلام الماوردي سابقا، كما أنه ليس لأحد أن ينفي عن العمل الولائي صفة العمل الإداري من حيث موضوعه فهو قطعاً ليس الفصل في الخصومات كما ذكر ابن خلدون حيث قال: (واستقر منصب القضاء آخر الأمر على أنه يجمع مع الفصل بين الخصوم استيفاء بعض الحقوق العامة للمسلمين بالنظر في أموال المحجور عليهم من المجانين واليتامى والمفلسين وأهل السفه...).

ولذا فإن هذه الأعمال ذات طبيعة قضائية وإدارية في الوقت نفسه، قضائية باعتبار الشكل

والمصدر وإدارية باعتبار الموضوع .

١ - المرجع السابق ص ١٢٧ د. محمود التحيوي، نطاق سلطة القاضي في إصدار الأمر القضائي ص ٢٤.

٢ - أحمد مليجي، أعمال القضاة ص ١٣٠.

٣ - والي، فتحي، مبادئ قانون القضاء المدني، ط، دار النهضة العربية، ١٩٧٥ م. ص ٣٢، أحمد مليجي، أعمال القضاة ص ١٣٠ وما بعدها.

٤ - أحمد مليجي، أعمال القضاة ص ١٣٤.

المطلب الثاني

نطاق الأعمال الولائية في الفقه الإسلامي

أما بالنسبة لنطاق الأعمال الولائية عند فقهاء المسلمين فهو على النحو الآتي^(١):

أولاً: عقد العقود: كالبيع والشراء في أموال اليتامى والغائبين، والمفقودين، والمدنين وتزويج من لا ولي لها من النساء وغيرها.

ثانياً: إثبات الصفات عند الحاكم: كثبوت العدالة والجرح، وأهلية الأم للحضانة، أو أهلية الوصي ونحو ذلك.

ثالثاً: تقدير المطالبات بعد ثبوت أسبابها^(٢): كتقدير قيم المتلفات، و تقدير النفقة للزوجة والأقارب، و تقدير أجره المثل، وتقدير مهر المثل وتقدير المتعة للمطلة قبل الدخول ولم يسم لها مهر.

رابعاً: إثبات أسباب الأحكام الشرعية: نحو رؤية الهلال لإثبات أول رمضان، وأول شوال وذو الحجة وغيرها.

خامساً: تنفيذ القاضي حكم غيره من القضاة: كأن يقدم للقاضي حكماً صادراً عن قاض آخر فقال القاضي: ثبت عندي أنه ثبت عند فلان من الحكام كذا وكذا ثم قام بتنفيذ الحكم.

أما نطاق هذه الأعمال عند أهل القانون، فلقد حدد أهل القانون الأعمال الولائية وبيّنوا نطاقها، وقد لا يختلف الحال من حيث الشكل في هذا الجانب فيما هو عليه في المحاكم النظامية، عما هو عليه الحال في المحاكم الشرعية^(٣).

وجدير بالذكر أنه في عصرنا الحاضر أصبحت المحاكم الشرعية الابتدائية في المملكة الأردنية الهاشمية أصبحت على نوعين :

الأول: وينظر في القضايا التي من شأنها رفع الخصومات، وأنهاءها ببيّن المتخاصمين كقضايا الشقاق والنزاع، وقضايا النفقات والمخالفات وغيرها.

الثاني: محاكم يقتصر عملها على القيام بالأعمال الولائية من توثيقات وإصدار الحجج والأدونات .

١ - نقل ابن فرحون عن القرافي أنه ذكر أنواعاً كثيرة من تصرفات الحكام مما لا يعد أحكاماً بل يصدق عليها تسميتها بالأعمال الولائية . ابن فرحون، تبصرة الحكام ج١، ص٨٠، د. عبد الناصر أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص٦٨.

٢ - مما أورده العلماء من الأعمال التي تدخل في العمل القضائي مما هو ليس أصلاً من عمله - الذي هو الفصل في الخصومات- مما عرف لاحقاً بالأعمال الولائية ثبوت أسباب المطالبات واختلفوا في مدى اعتبارها أحكاماً، ولكن في هذا البحث الذي يبحث عن وجود السلطة التقديرية للقاضي في الأعمال الولائية يكون موضوع البحث هو تقدير المطالبات بعد ثبوت أسبابها، الذي هو من صميم سلطة القاضي التقديرية.

٣ - فتحي والي، مبادئ قانون القضاء المدني ٣٦، أحمد مليجي أعمال القضاة ص١١٨، محمد وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات ص٢٣٠، أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية ص٨٦٥.

المطلب الثالث

السلطة التقديرية للقاضي في الأعمال الولائية في الفقه الإسلامي.

بعد أن سبق لنا الحديث عن نطاق الأعمال الولائية، نأتي لتتبع السلطة التقديرية للقاضي ضمن النطاق الذي حدده الفقهاء لهذه الأعمال.

أما ما يتعلق في عقد العقود، فيقصد به ما يقع من القاضي من بيع وشراء في أموال اليتامى والغائبين والمدنين، أو تزويج من لا ولي لها من النساء، وتدخل هذه التصرفات تحت مسمى الولاية المتعدية العامة للقاضي، وهي تلك الولاية التي تثبت للسلطان أصالة وللقضاة نيابة عنه بصفتهم حكاما لا بصفتهم الشخصية^(١).

وجدير بالذكر أن ولاية القاضي على هؤلاء الأشخاص تثبت له من قبيل الولاية العامة التي تثبت للسلطان أو الإمام ابتداء، ثم للقاضي باعتباره نائبا عن الإمام ، شريطة أن لا يكون لهؤلاء الناس ولي خاص ، ولهذا لا يتصرف القاضي في أموالهم مع حضور الولي الخاص ذي الأهلية ، فلا يحق له - أي القاضي - أن يتصرف بمال اليتيم الذي عليه وصي ، ولا أن يزوج اليتيم أو اليتيمة عند وجود الولي ، للقاعدة الفقهية التي تقضي بأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة^(٢).

والحاصل أنه إذا وجدت الولاية الخاصة في شيء فلا تأثير للولاية العامة فيه، ولا عمل لصاحبها وأن تصرف الولي العام عند وجود الولي الخاص غير نافذ^(٣).

ومن هنا نأتي للحديث عن السلطة التقديرية للقاضي عندما تثبت له الولاية على أي من الأشخاص السابق ذكرهم وهي على النحو الآتي:

١- والمقصود بالولاية في اصطلاح الفقهاء القدرة على إنشاء العقود والتصرفات نافذة من غير توقف على إجازة أحد، والولاية تنقسم إلى ولاية قاصرة وهي ولاية الشخص على نفسه وماله وتثبت للشخص الكامل الأهلية وولاية متعدية وهي ولاية الشخص على غيره ولا تكون إلا لمن تثبت له ولاية على نفسه والمتعدية تنقسم إلى أصلية ونيابية وكذلك تنقسم إلى عامة وخاصة. بدران أبو العنين بدران الفقه المقارن للأحوال الشخصية ص ١٣٤.

٢- أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية ص ٣١١.

٣- علي حيدر، درر الحكام ج ١، ص ٥٨، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٣٤٤.

الفرع الأول

سلطة القاضي التقديرية في العقود

المقصود بسلطة القاضي التقديرية في العقود هو ما يقوم به القاضي من التعاقدات المختلفة رعاية لمصالح فئات معينة من الناس ، اقتضت حالتهم وظروفهم إلى تولي شؤونهم من قبل أمين يعمل على ما فيه تحقيق مصالحهم ويرعاها لهم ويحفظها عليهم ، حتى لا تكون عرضة للضياع أو الاستغلال البشع من قبل الغير ، وتتمثل هذه الرعاية من خلال القيام بالأمر الآتية:

أولاً: النظر في مال الغائب .

للقاضي سلطة تقديرية في التصرف بمال الغائب فيما يؤدي إلى حفظه^(١)، وله أن يقدر الأسلوب الأمثل الذي يحفظ به مال الغائب، فإذا رأى حفظه في بيت المال فله ذلك، وإذا رأى أن يودعه عند أمين يحفظه فله ذلك، وإذا رأى إقراضه فله ذلك، وإذا رأى أسلوباً غير ذلك يحفظ به المال فله ذلك أيضاً.

وله سلطة تقديرية في التصرف بمال الغائب، فله بيع منقول مال الغائب - كحيوانه - إذا خاف عليه التلف أو الهلاك أو الغصب^(٢) بشرط عدم العلم بمكان الغائب ، أما إذا علم مكانه بعث إليه لأنه يمكنه ذلك، بمعنى أن للقاضي أن يبعث مال الغائب إليه إذا خاف عليه التلف^(٣). وله إذا خاف على مال الغائب من جائر ولم يمكن أن يخلصه منه إلا بالبيع جاز له بيعه، لوجوب حفظه^(٤) وله الإذن في بيع شيء باعه مالكة لرجل وغاب المشتري، وله إجازة بيت الغائب لو خيف خرابه لو لم يسكن ، وله الإذن ببيع وديعة خيف فسادها وربها غائب^(٥). وتتجلى سلطة القاضي التقديرية فيما ذكر في تقديره لمدى وجود الضرر وتحققه وإحاطته بمال الغائب.

وللقاضي بيع مال من لا ترجى معرفته، وصرف ثمنه في المصالح.

قال الأزرعي^(٦): والأحوط في هذه الأعصار صرفه في المصالح لا حفظه، لأنه يعرضه

١- الفتاوى الهندية، ج٥، ص١٤٨.

٢- زكريا الأنصاري ، أسنى المطالب ج٤، ص٣٢٩، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج٦، ص٢٩٢.

٣- ابن نجيم البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٦، ص٢٩٢، الفتاوى الهندية، ج٣، ص٣٤٥.

٤- الهينمي ، تحفة المحتاج، ج١٠، ص١٨٠.

٥- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٦، ص٤٥٨.

٦- أحمد بن حمدان بن أحمد بن عبد القادر بن عبد الغني ، شهاب الدين الأزرعي ، نسبة إلى أزرعات ناحية الشام ، شافعي المذهب ولد سنة ٧٠٧هـ وتفقّه بدمشق قليلاً ، وناب في بعض النواحي في الحكم ثم تحول

للنهب ومد أيدي الظلمة إليه^(١).

وللقاضي بيع مال الغائب الذي مات ولا يعلم له وارث ، فله أن يبيع داره حتى ولو علم بموضع الوارث ، ويكون ذلك من باب الحفظ لماله^(٢).

وللقاضي أيضا إقراض مال الغائب من ثقة ليحفظه بالذمة^(٣)، وله إجارة مال الغائب إن أمن عليه، لأن المنافع تقوت بمضي الوقت^(٤) وإذا كان مال الغائب دابة للقاضي الإذن بإجارتها وعلفها من أجرتها.

وله أن يودع مال الغائب^(٥).

وتقدير القاضي ههنا يظهر في التحقق من وجود مصلحة في الإقراض و الإجارة أو عدم ذلك، بمعنى أن ذلك راجع لتقديره ونظره أين تكون المصلحة.

وللقاضي أن يأذن بالإنفاق على مال الغائب وزوجته وأولاده وأصله من ماله، وله إيفاء ديون الغائب بما له بالحصص، وبيع ماله لإيفاء دينه إذا كان دينه ثابتا عنده، وله أن يقبض دين غائب من محبوسه، وله نصب وكيل في جمع غلات المفقود سواء طلب الوارث أم لم يطلب^(٦).

ثانيا: النظر في مال اليتيم:

للقاضي سلطة تقديرية في النظر في مال اليتيم الذي لا وصي له ، لعجزه عن النظر لنفسه^(٧)، فالله تعالى يقول "يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَابْخُوا نَكْمًا"^(٨)، والإصلاح الذي تضمنته الآية إنما يعلم من طريق الاجتهاد وغالب الظن^(٩)، فدل ذلك على أن لولي اليتيم أن يتصرف بمال اليتيم بما يعود عليه بالخير والإصلاح ، فإذا ثبت ذلك للولي فهو ثابت أيضا للقاضي عند عدم وجود الولي، فله أن يزوجه ويتصرف بماله على وجه الإصلاح.

= إلى حلب، ثم أقبل على الاشتغال والتصنيف والفتوى وجمع الكتب ، له مؤلفات منها: القوت على المنهاج، والمتوسط والفتح بين الروضة والشرح، توفي في حلب سنة ٧٨٣هـ. ابن العماد، شذرات الذهب، ج٣، ص٨.

١ - الشريبي، مغني المحتاج، ج٤، ص٤١٨، ابن قدامة المغني والشرح الكبير، ج٦، ص٣٢، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٣٧٨.

٢ - ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٦، ص٢٩٢.

٣- الصدر الشهيد، عمر بن عبد العزيز (ت٥٣٦هـ)، شرح أدب القضاء للخصاف، ط١، (ت٢٦١هـ)، تحقيق محي الدين هلال السرحان، الدار الوطنية للتوزيع والإعلان بغداد، مطبعة الإرشاد ١٩٧٨م، ج٣، ص٧٧.

٤ - النووي، روضة الطالبين، ج١١، ص١٩، الشريبي، مغني المحتاج، ج٤، ص٤١٨.

٥ - ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٢٩٢.

٦ - ابن نجيم البحر الرائق، ج٦، ص٤٥٨.

٧ - السرخسي ، المبسوط ج٢٢، ص٢٠.

٨- سورة البقرة، آية [٢٢٠]

٩ - الجصاص ، أحكام القرآن، ج١، ص٤٠٠.

وتثبت للقاضي ولاية الإقراض في مال اليتيم لتمكنه من الاسترداد متى شاء^(١)، وإنما كان له ذلك لكثرة اشتغاله، فلا يمكن أن يباشر الحفظ بنفسه، فلا بد له من الدفع لغيره، والدفع بالقرض يكون لمن يعرفه بالأمانة والديانة^(٢).

قال القاضي السمناني^(٣): (وللقاضي أن يقرض أموال الأيتام على الثقات ويكتب عليهم بذلك، فهو أحوط من الودائع وأمن من العواقب)^(٤).

والإقراض يكون في حالة عدم الوصي، وعدم من يقبل مال اليتيم مضاربة، فإن وجد من يضارب به فهو أولى من الإقراض، لأن المضاربة أنفع لمال اليتيم من القرض^(٥). فإذا قيل إن مال المضاربة أمانة غير مضمونة، فيكون الإقراض أولى، فهو مدفوع بأن المضاربة فيها ربح بخلاف القرض^(٦).

وللقاضي بيع مال أحد اليتيمين من الآخر^(٧) وله بيع مال اليتيم لنفقته بنهاية ما دفع فيه وإن رخص لضرورته^(٨) وله أيضا أن يودع مال اليتيم^(٩) وله أيضا سلطة نزع مال اليتيم ممن هو تحت يده وتسليمه لأمين غيره يباشر الإنفاق عليه بالمعروف اللائق به^(١٠).

ثالثا : النظر في مال المدينين

للقاضي سلطة تقديرية في التصرف في مال المدينين ولا يخلو حال المدينين من أحد أمرين:
الأول: أن يكون المدينون غائبا.

الثاني: أن يكون المدينون حاضرا.

أما إذا كان المدينون غائبا وله عروض فللقاضي بيع عروض المدينين بدينه على رأي صاحبين، بخلاف ما رآه الإمام أبو حنيفة من عدم جواز ذلك، أما عقار المدينين فليس للقاضي

-
- ١ - السرخسي، المبسوط ٢١ ج، ص ١٠٣.
 - ٢ - ابن نجيم البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٧، ص ٣٩.
 - ٣ - علي بن محمد بن أحمد أبو القاسم الرحبي المعروف بابن السمناني، من فقهاء الحنفية، ولد برحبة مالك بين حلب وقرقيسيا، له تصانيف في الفقه والتاريخ منها: روضة القضاة وطريق النجاة، في أدب القضاء، وحاشية على مقامات الحريري، والعروة الوثقى في الشروط توفي سنة ٤٩٩ هـ.
 - ٤ - السمناني، علي بن محمد، روضة القضاة وطريق النجاة، ط ٢، تحقيق المحامي، صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة بيروت، دار الفرقان عمان، ١٩٨٤ م. ج ١، ص ١٦٠.
 - ٥ - حاشية ابن عابدين ج ٥، ص ٤١٧-٤١٨.
 - ٦ - حاشية ابن عابدين ج ٥، ص ٤١٧.
 - ٧ - البغدادي، مجمع الضمانات ص ٤١٠.
 - ٨ - حاشية البجيرمي على الخطيب، ج ٣، ص ٣٥٥، الهيتمي، نهاية المحتاج ج ٤، ص ٣٢٣.
 - ٩ - البغدادي مجمع الضمانات ص ٤١٨.
 - ١٠ - الهيتمي، تحفة المحتاج ج ٦، ص ٣٥٠.

أن يبيعه على رأي الأمام والصاحبين في الظاهر وفي رواية عنهما أن للقاضي بيع عقار المدين كعروضه^(١)، وله أن يقسم مال المديون الغائب بين الغرماء بالحصص إذا كانت الديون ثابتة عنده^(٢).

الثاني: أن يكون المديون حاضرا، فللقاضي بيع مال المديون عليه على رأي الصاحبين، مخالفين بذلك رأي الإمام الذي يرى عدم جواز ذلك إلا برضى المديون^(٣)، وفي حال امتناعه عن أداء دينه بعد حلوله فللقاضي بيع عرضه وعقاره ليوفي دينه على الراجح عند الحنفية وهو الذي عليه الفتوى^(٤).

وللقاضي أن يبيع مال المديون في الدين والنفقة على رأي الصاحبين خلافا للإمام الذي رأى أن القاضي لا يبيع، ولكن يأمر ملاكها ببيعها^(٥).

وإذا طلب صاحب الدين بيع مال مخصوص من أموال المدين الممتنع، فللقاضي أن يبيع غيره بالمصلحة^(٦).

وللقاضي سلطة تقديرية بعد ثبوت الدين أن يقسطه على المديون، ويقدر قيمة القسط ويحدد مدة الوفاء.

جاء في منح الجليل: (وللمدين طلب الحكم بتقسيط الدين بقدر وسعه بعد ثبوت عسره وحلفه عليه وإن لم يطلبه غريم)^(٧).

رابعاً: تزويج النساء في بعض الأحوال

الأصل أن يزوج المرأة وليها، ولكن هناك حالات تنتقل فيها ولاية التزويج إلى صاحب الولاية العامة، وهو السلطان أو من ينوب عنه كالقضاة مثلاً.

والحالات التي تنتقل فيها ولاية التزويج لأصحاب الولاية العامة:

- ١- حالة عضل الولي.
- ٢- حالة غيبة الولي.
- ٣- حالة عدم وجود ولي للمرأة.

١ - ابن عابدين، منحة الخالق على البحر الرائق ج٦، ص٢٩٠، الطرابلسي معين الحكام ص٦٠
 ٢ - البابرقي، العناية شرح الهداية ج٩، ص٢٧٨.
 ٣ - الفتاوى الهندية ج٥، ص٦١.
 ٤ - ابن عابدين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ج٢، ص١٤٩.
 ٥ - الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٦، ص٢٢٠.
 ٦ - حاشية الجبرمي على الخطيب ج٣، ص٣٨.
 ٧ - عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل ج٦، ص٢٠.

أما الحالة الأولى وهي حالة عضل الولي ، أي منعه موليته من الزواج ، فقد نهى الله تعالى عنه بقوله : " فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ " (١) ، وإذا عضل الولي موليته فإن انتقال الولاية منه إلى القاضي محل خلاف بين الفقهاء ، فذهب أبو حنيفة (٢) وأحمد في رواية عنه إلى أنها تنتقل إلى الولي الأبعد (٣) (٤) ، فيما ذهب الشافعي وأحمد في رواية ثانية إلى القول بانتقال الولاية إلى السلطان (٥) ، واتفق الفقهاء على انتقال الولاية إلى السلطان إذا عضل الأولياء جميعهم موليتهم من تزويجها (٦) .

وهذا استثناء من الأصل الذي يقضي بعدم التزويج من صاحب الولاية العامة مع وجود الولي الخاص، إلا أن الولي الخاص في هذه الحالة عندما يتمتع من تزويج من في ولايته بدون سبب مقبول يعد ظالماً، وولاية رفع المظالم تعود للقاضي (٧) .

أما سلطة القاضي التقديرية في هذا الأمر فتتجلى في اعتبار القاضي ما قام به الولي عضلاً أو عدم اعتباره كذلك، فقد ترفع المرأة أمرها إليه تشكو منع وليها من تزويجها ممن تقدم لخطبتها، ثم يأتي الولي فيزعم أن الزوج غير كفاء ولا مصلحة لها في هذا الزواج، فيأتي عمل القاضي هنا بالنظر والتحقيق وترجيح إن كان الزوج كفاء أم لا، وترجيح إن كان في ذلك الزواج مصلحة للمرأة أم لا .

أما الحالة الثانية وهي غيبة ولي المرأة في الزواج فهي لا تخلو من حالين:

الأول: أن يغيب الولي الأقرب ولها ولي غيره يتعذر حضوره، ووجد خاطب كفاء لا ينتظر حضور الولي الأقرب، وكان في انتظاره فوات مصلحة المخطوبة، فيرى جمهور الفقهاء (٨) من الحنفية والمالكية والحنابلة وقول عند الشافعية أن الولاية تنتقل إلى الولي الأبعد، أما الراجح عند

١ - سورة البقرة آية : [٢٣٢] .

٢- النعمان بن ثابت بن زوطي الكوفي، أبو حنيفة ولد سنة ٨٠هـ ، إليه المنتهى في الفقه والرأي وغوامضه والتدقيق، عني بطلب الآثار وارتحل في ذلك، قال الشافعي: الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة ، وقال يزيد بن هارون ما رأيت أروع ولا أعدل من أبي حنيفة توفي سنة ١٥٠ هـ. سير أعلام النبلاء، ج٦، ص ٣٩٠-٤٠٣، ابن العماد، شذرات الذهب ج١، ص٢٢٧-٢٢٩ .

٣ - ابن قدامة، المغني ج٧، ص٣٦٨ .

٤ - وهناك من الحنفية من ذهب إلى أن القاضي هو الولي الأبعد فقد جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية... (لأن الأبعد في كلام الخلاصة والبرزازية هو القاضي لأنه آخر الأولياء). ابن عابدين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ج١، ص٢١ .

٥ - الشافعي الأم ج٨، ص٢٢٢ ، ابن قدامة المغني ج٧، ص٣٦٨ .

٦ - الكاساني، بدائع الصنائع ج٢، ص٢٥١ ، حاشية ابن عابدين، ج٣، ص٨٢ ، الشريبي، مغني المحتاج، ج٣، ص ١٦٨ ، ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٣٦٩ ، الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص١٨٦ ، ونقل هذا الاتفاق ابن تيمية، الفتاوى الكبرى ج٣، ص٨١ .

٧ - بدران أبو العين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية ص١٤٨ .

٨ - ابن الهمام فتح القدير ج٣، ص٢٨٩ ، ابن رشد بداية المجتهد ج٢، ص١٧ ، البهوتي، كشف القناع ج٥، ص٥٥

الشافعية أنها تنتقل إلى القاضي^(١).

الثاني: أن يغيب ولي المرأة ولا ولي لها غيره، وفي هذه الحالة تنتقل الولاية إلى القاضي باتفاق العلماء وذلك لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا نكاح إلا بولي والسلطان ولي من لا ولي له"^(٢).

أما السلطة التقديرية للقاضي في الحالة الأولى وهي عند غيبة الولي عند من يقول بانتقال الولاية للقاضي وكذا في الحالة الثانية وهي التي لا يكون معها للمرأة ولي، فتتجلى في أن للقاضي أن يزوج المرأة بنفسه.

وله سلطة تقديرية في استتابة رجل في مجلسه لزوجها^(٣).

ونلاحظ من خلال ما سبق الحديث عنه من سلطة تقديرية للقاضي فيما مضى من الأعمال الولاية مدى انسجامه مع تعريفنا للسلطة التقديرية للقاضي، فنلاحظ أن هذه الأمور التي سبق الحديث عنها لا نص للشارع الحكيم فيها، وهي مظنة الاجتهاد، الذي هو محض العمل التقديري للقاضي ونلاحظ أن القاضي يتغيا فيها مقصد الشارع.

١ - الشريبي، مغني المحتاج ج٣، ص١٥١.

٢ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج٧، ص١٠٦، باب لا نكاح إلا بولي. أخرجه أحمد في المسند، ج١، ص٢٥٠ قال الشيخ الأرنؤوط: حديث حسن لغيره، أخرجه الهيتمي في مجمع الزوائد ج٤، ص٥٢٥ وقال : رواه الطبراني وفيه الحجاج بن أرطأة وهو مدلس وبقية رجاله ثقات، وصححه الألباني، إرواء الغليل، ج٦، ص٢٤٧

٣ - ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى ج٤، ص٣١١، باب القضاء.

الفرع الثاني

السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بإثبات الصفات في الذوات .

المقصود بإثبات الصفات هو تحقق وجود صفات معينة في أشخاص معينين لتمكينهم من ممارسة حق شرعي، أو حجبهم عنه عند عدم ثبوتها، كثبوت العدالة أو الجرح في الشهود، وأهلية الأم للحضانة وعدالة الحكّمين وقدرتهما على الإصلاح بين الزوجين في حال الشقاق والنزاع، وعدالة الحكّمين في تقدير جزاء الصيد، وغيرها.

أما سلطة القاضي التقديرية في هذا الجانب فتظهر في أن للقاضي أن يستند على علمه بتعديل الشهود أو تجريحهم^(١) وأما ما عداه فقد شدد الإمام مالك في منع استناده لعلمه والحكم به، ووجه استناده لعلمه في التعديل أو التجريح أنه لو لم يجز ذلك إلا بيينة لاحتاج إلى تعديل النية وتعديل معدلهم إلى ما لا نهاية له فاضطر إلى الحكم بعلمه في ذلك^(٢). وكذلك له سلطة في حال عدم رضى الخصم بالشاهدين إذا عدلا أن يحكم بعدالتهما و إنفاذ شهادتهما، وكذلك في التجريح^(٣).

وللقاضي أن يستظهر برجل آخر إذا أتاه الأول بشيء من أمر الشهود فيدفع أسماء الشهود للآخر ويأمره بالسؤال عنهم، ولا يعلمه بما جاءه به الأول فإن اتفقا أخذ به وأمر الطالب أن يأتي بقوم يعدلونهم في العلانية فإذا فعل ذلك أحضر الخصم والشهود ثم يسأل المعدلين عن رجل من الشهود عن اسمه واسم أبيه وعدالته فإذا بينوا ذلك أخذ بشهادتهم^(٤).

وللقاضي سلطة في تقدير مدة التوبة لقبول شهادة الفاسق التائب، وقد اختلف فقهاء الحنفية في هذه المسألة فقال بعضهم لا تقبل شهادة الفاسق التائب إلا بعد مضي فترة من الزمن قدرها بعضهم بستة أشهر وقدرها بعضهم بمضي سنة، وقال آخرون إن ذلك مفوض إلى رأي القاضي، وذهب رأي إلى القول بأنه لو كان عدلا فشهد بزور ثم تاب فشهد تقبل شهادته من غير مدة^(٥).

والذي أرجحه الرأي الذي فوض الأمر إلى القاضي ، فهو الذي يقدر إن كان ذلك التائب قد أثبتت الأيام اعتدال حاله وبعده عن الفسق أم لا ، وللقاضي تقدير المدة التي بمضيها تقبل

١ - حاشية العدوي على الخرشي ج٧، ص١٦٨.

٢ - محمد الفاسي، شرح ميارة ج١، ص٣٠، باب القضاء مسائل من القضاء.

٣ - حاشية العدوي على الخرشي ج٧، ص١٣٨.

٤ - السمناني روضة القضاة وطريق النجاة ج١، ص٢٢٨.

٥ - الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤، ص٢٤٢.

شهادة ذلك التائب، وقد تختلف من شخص لآخر، فقد تطول بحق شخص وتقصّر بحق شخص آخر وفي ترك تقدير ذلك للقاضي سد الطريق في وجه من يتخذ طريق الصلاح لأجل حتى ينظلي حاله على الناس وهو في الحقيقة ليس من أهل العدالة والصلاح.

ومن ثبتت عدالته وشهد في قضية ثم أراد أن يشهد في قضية أخرى، فهل يعتمد القاضي التعديل السابق أم يشتغل بتعديل جديد؟ فإن كان العهد قريباً لا يشتغل بتعديله وإن كان بعيداً يشتغل به وفي الحد الفاصل بينهما قولان: الأول أنه مقدر بستة أشهر والثاني: أن ذلك مفوض إلى رأي القاضي^(١).

وما قيل بحق الشاهدين يقال بحق الحكمين.

أما ما يتعلق بحضانة الصغير^(٢) ومدى سلطة القاضي التقديرية فيها، فللقاضي عند تعدد أصحاب حق الحضانة الذين هم في درجة واحدة اختيار الأصلح منهم والأكثر رعاية للصغير حسب نظره وتقديره، وله أن يجعل الحضانة في غير محارم المحضون عند عدم وجود من هو أهل لها منهم لفساد خلق أو لعدم إمكانيته تدبير شؤون الصغير ونحو ذلك.

وللقاضي سلطة تقديرية في تخبير المحضون بين أبويه إن صلحا للحضانة إذا كان مميزاً، ويعتبر في تمييزه أن يكون عارفاً بأسباب الاختيار، فإن لم يعرف ذلك أخره - أي القاضي - إلى حصول ذلك وهو - أي تقدير الحصول - موكول إلى القاضي^(٣).

١ - الطرابلسي، معين الحكام ص ٨٧.

٢ - الحضانة: هي حفظ من لا يستقل بنفسه وتربيته حتى يستقل بنفسه. المرادوي، الإنصاف ج ٩، ص ٤١٦.

٣ - حاشية الجبرمي على الخطيب ج ٤، ص ٤٨٠.

الفرع الثالث

سلطة القاضي في تقدير المطالبات بعد ثبوت أسبابها

المقصود بالمطالبات تلك الأمور التي يتعين على القاضي تقدير قيمها أو تحديد مقاديرها بعد ثبوتها عند قيام النزاع فيها، كتقدير قيم المتلفات، والنفقة للزوجة والأقارب، وأجرة المثل، كأجرة المثل في الرضاع، ومهر المثل، وتقدير المتعة للزوجة التي طلقت قبل الدخول ولم يسم لها مهر .

ويلاحظ في هذه الأمور أن تدخل القاضي وإعماله لسلطته التقديرية يكون في حال وقوع النزاع بين الخصوم في تقدير قيمها أو مقاديرها، كالخلاف في قيمة المال المتلف، فكل طرف يدعي خلاف الآخر، فالمتلف يدعي العوض الأقل، وصاحب المال يدعي العوض الأكثر، فيأتي تقدير القاضي بما يراه عدلاً فيرفع الخلاف .

وجدير بالذكر أن تقدير النفقات من الأمور التي لا يتوصل إليها إلا بالاجتهاد ويكون مبيناً على جهة الظن الغالب وأكثر الرأي، إذ كان ذلك معتبراً بالعادة، وكل ما كان مبنيًا على العادة فسبيله الاجتهاد وغالب الظن، إذ ليست العادة مقصورة على مقدار واحد لا زيادة عليه ولا نقصان وهو من جهة أخرى مبني على الاجتهاد وهو اعتبار حاله - أي المنفق - في إعساره ويساره^(١) ومقدار الكفاية والإمكان لقوله تعالى " لا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا "^(٢) وقوله تعالى " عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ "^(٣) واعتبار الوسع مبني على العادة^(٤).

يقول ابن حجر الهيتمي^(٥) في بيان نوع الطعام في النفقة: (ويقدره قاض عند تنازعهما باجتهاده معتبراً في قدره وجنسه وزمنه ما يليق ببساره وإعساره وتوسطه... إذ لا توقيف فيه^(٦)).

ومسألة تقدير النفقة بحسب حال الزوج أو الزوجة محل خلاف بين الفقهاء^(٧).

١ - ابن قدامة المغي ج ٨، ص ١٥٧، الكاساني بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٢٤، السرخسي المبسوط، ج ٥، ص ١٨٢ .

٢ - سورة البقرة، آية: [٢٣٣]

٣ - سورة البقرة، آية: [٢٣٦]

٤ - الجصاص، أحكام القرآن ج ١، ص ٥٥١ .

٥ - أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي ، السعدي الأنصاري ، ولد سنة ٩٠٩ هـ فقيه ، باحث مصري ، ولد في محلة أبي الهيثم من إقليم الغربية في مصر ، أزهرى ، وانتقل حيث مات هناك له مؤلفات منها : مبلغ الأرب في فضائل العرب ، الجوهر المنظم ، شرح الأربعين نووية ، تحفة المحتاج لشرح المنهاج ، الفتاوى الهيتمية ، وغيرها . توفي سنة ٩٧٤ هـ الزركلي ، الأعلام ج ١، ص ٢٣٤ ، وكحالة ، معجم المؤلفين ج ٤، ص ١٦٦ .

٦ - تحفة المحتاج ج ٨، ص ٣٠٩، وحواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج، ج ٨، ص ٣٠٩ .

٧ - من الفقهاء من قال تقدر النفقة بحسب حال الزوجين جميعاً فإن كانا موسرين فلها عليه نفقة الموسرين وإن كانا معسرين كان لها عليه نفقة المعسرين وإن كانا متوسطين كان لها عليه نفقة المتوسطين وإن كان

ونلاحظ من خلال ما سبق أن تقدير النفقة يحكمه أمران:

الأول: الاجتهاد وقد يكون من القاضي أو من أهل الخبرة عند الاستعانة بهم .

الثاني: العرف أو العادة .

ولما كان هذا شأنها- أي تقدير النفقة- كان للقاضي فيها سلطة تقديرية، إذ إن سلطة التقدير محض اجتهاد، وهذا يدل على أن للقاضي سلطة تقديرية في تحديد مقدار النفقة ، لأنه لا سبيل إلى تعيينها إلا بالاجتهاد .

والقاضي عندما يفرض النفقة يراعي فيها تحقيق الكفاية وذلك بما تندفع به الحاجة من المأكل والمشرب والملبس والسكنى والرضاع إن كان رضيعا ، لأن وجوبها للكفاية والكفاية تتعلق بهذه الأشياء^(١) .

ومما هو جدير بالذكر أنه في حالة فرض القاضي نفقة للزوجة ثم بعد ذلك تراضى الزوجان وتصالحا على شيء صالح للنفقة غير الذي فرضه القاضي، فإن ذلك يعد مبطلا لتقدير القاضي^(٢) .

وفي نفقة الأولاد يدفع القاضي النفقة للأم، فإن قال الزوج: تضيق عليهم ولا تتفق عليهم لم يسمع قوله، وإذا طلب الزوج من القاضي أن يسأل جيرانها فالقاضي يسألهم احتياطا، فإن أخبر جيرانها بما قال الأب زجرها القاضي ومنعها عن ذلك نظرا لهم ، وللقاضي أن يدفع النفقة إلى ثقة يدفعها إليها صباحا أو مساء ولا يدفعها إليها جملة، وإن شاء أمر غيرها أن ينفق على الأولاد^(٣) .

=أحدهما موسرا والآخر معسرا فلها نفقة المتوسطين سواء كان هو الموسر أم هي ، وهذا هو المفتى به عند الحنفية والمعتمد عند المالكية ومذهب الحنابلة ، ومن الفقهاء من ذهب إلى أن النفقة تقدر بحال الزوج وحده لقوله تعالى "لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها" وهذا مذهب الشافعي وقول عند المالكية وظاهر المذهب عند الحنفية، وهناك من ذهب إلى أنها تقدر بحسب حال الزوجة أخذاً بدلالة قوله تعالى "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف" وبحديث "رسول صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"، البخاري ج ٣، ص ٤٧ ، كتاب النفقات، باب خدمة الرجل في أهله، حديث رقم (٥٣٦٤)، وهذا قول عند الحنفية وهو مروى عن الإمام السرخسي، المبسوط ج ٥، ص ١٨٢، الكاساني بدائع الصنائع ج ٤، ص ٢٤ ، ابن قدامة المغني ج ٩، ص ٢٣٠، الشربيني مغني المحتاج ج ٣، ص ٤٢٦ ، الدسوقي والشرح الكبير ج ٢، ص ٥٠٩ .

وعلى هذا فإن كان الزوج معسرا وهي مثله فعليه نفقة المعسرين ، وإن كانت موسرة وهو معسر فعلى القول الأول عليه نفقة المتوسطين ، وعلى الثاني عليه نفقة المعسرين ، وعلى الثالث عليه نفقة الموسرين والذي أرجحه القول بأنها تقدر بحسب حال الزوج .

١ - الكاساني، بدائع الصنائع ج ٤، ص ٢٣ .

٢ - ابن نجيم، البحر الرائق ج ٤، ص ٣٢٠ .

٣ - ابن نجيم، المرجع السابق ج ٤، ص ٣٤٢ .

ومن السلطة التقديرية للقاضي مراعاة الأوضاع الاقتصادية من حيث غلاء الأسعار أو رخصتها فيقدر القاضي النفقة على حسب اختلاف الأسعار وغلاء ورخصا رعاية للجانبين^(١).
وللقاضي عند الطلب من الزوج أن ينقص من النفقة إذا رخصت الأسعار وكذلك العكس^(٢) وللقاضي في فرض النفقة أن يجعلها أصنافا، أو يقومها بالنقد فيجعلها صنفا واحدا^(٣).
ويمكن ملاحظة السلطة التقديرية للقاضي في تقدير قيم المتلفات، من خلال تحديد القاضي القيمة المطلوب التعويض بها عند تخاصم الفرقاء، ومن سلطته التقديرية الاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص إذا رأى حاجة في الأمور التي تتطلب ذلك.
ومن سلطة القاضي التقديرية استعانتة بالعرف السائد و العادات المتبعة في كل مجتمع، فقد يقع التخاصم بين أهل الحرف والصناعات في تقدير متلف، أو في تقدير أجر العامل، فيلجأ القاضي إلى تقدير الأجر، مستعينا برأي أهل الصنعة، ومستتيرا برأي أهل الخبرة والاختصاص.

١ - الكاساني ، بدائع الصنائع ج٤، ص٢٣.

٢ - حاشية ابن عابدين ٣، ص٥٨٣

وجدير بالذكر أن بعض قوانين الأحوال الشخصية قيدت ذلك بعد مضي سنة وبعضها قيدها بسنة أشهر ، فلا ينظر في طلب الزوج أو الزوجة بالزيادة أو الإنقاص قبل مضي تلك المدة وسيأتي بيان ذلك في الباب الثاني من الرسالة إن شاء الله.

٣ - المرجع السابق ج٣، ص٥٨٣

أما فيما يتعلق بتقدير مهر المثل، فالحديث عن السلطة التقديرية للقاضي يتعلق بتحديد قدر مهر المثل في الحالات التي تستحق فيها الزوجة مهر المثل^(١).

والمهر نوعان^(٢): مهر مسمى، ومهر المثل.

أما المسمى: فهو ما اتفق عليه العاقدان في العقد وسمي تسمية صحيحة.

وأما مهر المثل: فهو مهر امرأة تماثل الزوجة من أسرة أبيها كأختها أو عمته أو بنت أخيها أو بنت عمها، ولا يعتبر مهر المثل بمهر أمها ولا خالتها إذا لم تكونا من قوم أبيها.

والمماثلة المعتبرة، تكون في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر والبركة والثبوبة والعلم وكمال الخلق والأدب وكونها ذات ولد أو ليست كذلك^(٣).

وتتجلى سلطة القاضي التقديرية في مسألة مهر المثل في الحالات التي يجب فيها مهر المثل بتحديد مقداره، فينظر القاضي بمدى تساوي هذه الزوجة بالصفات المعتبرة في المماثلة مع قريباتها لأبيها ثم يقرر بعدها المهر الذي تستحق.

١- وهذه الحالات هي:

- في العقد المستوفي شروطه وأركانه ولكنه خلا من تسمية المهر.
 - في حالة اتفاق الزوجين على أن لا مهر للزوجة ودخل بها أو اختلى بها خلوة صحيحة .
 - إذا فوضت الزوجة أمرها لوليها وتزوجت وسكتت عن المهر أو على أن لا مهر لها ولم يدخل بها الزوج وحصل طلاق فلها المتعة وهي نصف مهر المثل .
 - إذا سمي المهر في العقد وكانت التسمية غير صحيحة بأن كان المسمى لا يصلح أن يكون مهرا إما لكونه ليس مالا كالميتة وحب القمح ، أو كان المسمى مالا غير متقوم كخمر أو خنزير ، فلها مهر المثل.
 - إذا خلا العقد من تسمية المهر أو اتفق الزوجان على أن لا مهر للزوجة ومات أحدهما قبل الفرض وقبل الدخول .
 - في نكاح الشغار وهو أن يزوج الرجل ابنته لرجل على أن يزوجه الآخر ابنته وتكون إحداهما مهرا للأخرى فلها على رأي بعض الفقهاء مهر المثل .
 - إذا سمي للزوجة مهر كتعليم القرآن أو قرينة من القرب فلها على رأي بعض الفقهاء مهر المثل .
 - إذا كان العقد فاسدا وتسمية المهر صحيحة ودخل الزوج بالزوجة فلها الأقل من مهر المثل أو المسمى .
- د. محمود السرطاوي شرح قانون الأحوال الشخصية، ص ١٧٨-١٨٢، وبدران أبو العنين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية ص ١٩٢.

٢- بدران أبو العنين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية ص ١٩٠-١٩١

٣- ابن الشحنة ، لسان الحكام ج١، ص ٣٢٠.

الفرع الرابع

السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بإثبات أسباب الأحكام الشرعية

هناك بعض الأحكام الشرعية التي ربط الشارع الحكيم ثبوتها بأسباب مادية كزوال الشمس ورؤية الهلال مما يترتب عليه الصوم، أو وجوب الفطر، أو فعل النسك أو دخول وقت العبادة، ونحو ذلك ويمكن تقسيم هذه الأسباب من حيث الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي فيها إلى قسمين:

الأول: ما لا مجال للسلطة التقديرية للقاضي فيها، وهي تلك التي لا يتوقف ثبوتها على شهادة الشهود عند الحاكم أو القاضي، كوقت الزوال أو علامات دخول الصلوات.

الثاني: ما كان للقاضي فيها سلطة تقديرية، وسلطة القاضي التقديرية هنا ليست في ذات تلك الأسباب، فهي علامات كونية مقدرة بتقدير الله تعالى، وإنما هي في وسائل إثبات تلك الأسباب فقد ربطها الشارع الحكيم برؤية الأهلة، والرؤية عمل بشري يصيب ويخطئ، وصاحبها بشر قد يصدق وقد يكذب، وقد يخفى حاله على القاضي، ومعلوم أن شهادته ينبنى عليها أحكام شرعية تلحق جماعة المسلمين، فلذا كان الاحتياط والتثبت في قبولها واجبا شرعيا لا يقبل التفسير لما يترتب عليه من الإثم الكبير لأنه يتعلق بالمسلمين جميعا.

ومن هنا كان دور القاضي في هذا الشأن التثبت من الشاهد، والتأكد من عدالته لقول الله تعالى: "إِنَّنَا نَوْا عَدْلَ مِثْنَكُمْ"^(١)، وكونه ممن قال الله تعالى عنه: "مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ"^(٢).

قال الجصاص: (إن أمر التعديل وتزكية الشهود وكونهم مرضيين مبني على اجتهاد الرأي وغالب الظن لاستحالة الإحاطة بغيب أمور الناس، فالقاضي لا يركن إلى ما يدعيه الشاهد لنفسه من الصلاح والأمانة، فلا يغتر بالظاهر فالله تعالى يقول: "وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا"^(٣) ثم أخبر عن مغيب أمره وحقيقة حاله "إِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ"^(٤) والله تعالى وصف الشهود المقبولين بصفتين: إحداهما: العدالة... والأخرى: أن يكونوا مرضيين....وقد يكون عدلا غير مرضي في الشهادة وهو أن يكون غمرا

١ - سورة المائدة، آية: [١٠٦].

٢ - سورة البقرة، آية: [٢٨٢].

٣ - سورة البقرة، آية: [٢٠٤].

٤ - سورة البقرة، آية: [٢٠٥].

مغفلا يجوز عليه التزوير والتمويه فقله ممن ترضون من الشهداء قد انتظم الأمرين من العدالة والتيقظ وذكاء الفهم وشدة الحفظ^(١).

وقد أكد الغزالي هذا في معرض حديثه عما يشترط في الشاهد بقوله : (والضابط في ذلك فيما جاوز محل الإجماع أن يرد إلى اجتهاد الحاكم ، فما دل عنده على جرائته على الكذب رد الشهادة به وما لا فلا)^(٢).

ولما كان هذا الأمر مبنيا على الاجتهاد وغالب الرأي كان للقاضي سلطة تقديرية فيه، لأن الأمر المبني على الاجتهاد والنظر هو من صلب العمل التقديري للقاضي.

١ - الجصاص، أحكام القرآن ج٢، ص٢٣٨.
٢ - الغزالي، المستصفى ص١٢٥

المطلب الخامس

السلطة التقديرية للقاضي في نماذج من الأعمال الولائية عند أهل القانون وما يماثلها في القضاء الشرعي المعاصر

أما من حيث وجود السلطة التقديرية للقاضي في الأعمال الولائية، فقد ذهب بعض أهل القانون إلى أنه في المسائل الولائية يتمتع القاضي بسلطات أوسع من تلك التي يتمتع بها في المسائل القضائية، فدوره في الأولى كدور الموظف الإداري يتمتع بسلطة كبيرة، ويظهر هذا في أن القاضي عندما يصدر عملاً ولائياً فإنه لا يلتزم بإجراء تحقيق، أو الاعتماد على الوقائع التي تقدم إليه بواسطة الخصوم، أما عند إصداره عملاً قضائياً فإنه يجب عليه إجراء تحقيق في الوقائع، كما لا يجوز له أن يعتمد على غير ما يقدم إليه بواسطة الخصوم^(١).

وذهب قسم آخر منهم إلى أن القاضي في إصداره للعمل الولائي لا يتمتع بسلطة تقديرية مماثلة للسلطة التي يتمتع بها عند إصداره للعمل القضائي^(٢).

وذهب آخرون إلى أنه قد تتعدم سلطة القاضي عند إصداره لبعض الأعمال الولائية، كما هو الحال في الأعمال التوثيقية البحتة^(٣).

وبالرجوع إلى الأعمال الولائية بحسب تصنيف أهل القانون لها، نجد أنها ليست سواء من حيث تمتع القاضي بسلطة تقديرية فيها، فبعضها لا مجال للسلطة التقديرية للقاضي فيها والبعض الآخر نجد للقاضي فيها سلطة تقديرية.

ففي أعمال التصديق والتوثيق البحتة كضبط الإشهاد، وإثبات إقرار ذي الشأن، وإثبات الصلح الذي تم في الخصومة بين الطرفين، وإعلان حدوث الوفاة، وإعلان الغياب، فالحديث عن السلطة التقديرية فيها يكاد يكون معدوماً، كما أشار إلى ذلك بعض القانونيين.

أما أعمال التصديق والتوثيق سواء ما قد تم في مجلس القضاء - كعقد الزواج وحجج الطلاق وحجج الرجعة وحجج الوصايا وحجج الوكالات العامة والخاصة - أم ما كان قد تم خارج مجلس القضاء وبحاجة إلى تصديق وتسجيل - كتسجيل حجج الإقرار بالطلاق وتسجيل حجج التصديق على الزواج وتسجيل حجج العزوبة وحجج خلو الموانع - فلا مجال للحديث

١ - فتحي والي، مبادئ قانون القضاء المدني. ص ٣٤.

٢ - محمود التحيوي، نطاق سلطة القاضي في إصدار الأمر القضائي ص ٦٢.

٣ - فتحي والي المرجع السابق. ص ٣٤.

عن سلطة تقديرية للقاضي فيها، لأن دور القضاء في هذه الأعمال هو دور الموثق على حد سواء.

فالعمل القضائي هاهنا مقتصر على إثبات ما أقر به أصحاب الشأن، أو ما اتفقا عليه دون تدخل من القاضي^(١).

وفي أعمال التعيين نجد أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تعيين الخبراء^(٢) والاستعانة بهم باعتبارهم من أعوان القاضي^(٣).

وللقاضي أن يستعين بخبير بالنسبة لأي فرع من فروع المعرفة التي لا يفترض فيه العلم بها^(٤) وهو الذي يقدر مدى حاجته إلى الاستعانة بخبير، ولهذا فإن الالتجاء إلى الخبرة يرجع إلى تقديره، وهو يقرر ندب خبير أو أكثر، سواء أكان ذلك من تلقاء نفسه أم بناء على طلب أي من الخصوم وإذا قدم طلب من الخصوم فإن للقاضي رفضه، إذ تدخل مسألة الاستعانة بالخبراء في سلطته التقديرية^(٥).

وللقاضي سلطة مطلقة في تقدير قيمة العمل المطروح تقديره أمامه دون الرجوع إلى رأي خبير وهو وإن عين خبيراً فلا يكون مقيداً بتقريره بل له الحرية المطلقة في الأخذ بتقريره أو زيادته أو نقصه إلا في حالة ما إذا كان ندب الخبير هو الوسيلة الوحيدة للخصم في إثبات ما ادعاه، فلا يجوز للقاضي رفضه بغير سبب مقبول، كما لو ادعى ناظر وقف أن الربيع في السنين التي يطلب المستحق حقه فيها يضيق عن أن يسع دفع هذا الاستحقاق كاملاً وقدم للمحكمة حساب تلك السنين وهو حساب معتمد من لجنة معينة وطلب تعيين خبير لفحصه للتثبت من صحة ادعائه^(٦).

- ١ - عبد الناصر أبو البصل، نظرية الحكم القضائي ص ٨٢.
- ٢ - وهم أفراد ذوو معارف فنية تستعين بهم المحاكم في الوصول إلى الحقيقة التي تمكنها من الفصل في النزاع عندما تعرض مسائل فنية دقيقة لا يستطيع القضاة استيعابها بأنفسهم. محمد وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات ص ١٩٢.
- ٣ - عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٥٩، وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني ص ٢١١، أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية ص ١٤٨، ١٢٧.
- ٤ - كالطب والهندسة والمحاسبة والخطوط. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية ص ٧٦٧.
- ٥ - المرجع السابق ٧٦٧، فتحي والي مبادئ قانون القضاء المدني ص ٤٩٦.
- ٦ - إلا أن الأمر قد يختلف بعض الشيء في المحاكم الشرعية في بعض المسائل، كمسائل النفقات، فتقديرها يكون من خلال الخبراء، والقانون هو الذي يفرض على القاضي ذلك، ولكن في المحصلة أقول إن عمل الخبراء يعتبر بنظري امتداد لعمل القاضي وما يتمتعون به من سلطة تقديرية اعتبره امتداد لسلطة القاضي التقديرية، لأنهم يقومون بأمره، وبناء على طلبه.
- ٦ - أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية ص ٧٦٥.

ونجد أيضا أن للقاضي سلطة تقديرية في تعيين القيم والوصي والمصفي^(١) فيأذن للوصي بالقيام بأي تصرف قانوني نيابة عن القاصر، وكذا الموافقة على الحساب المقدم من الوصي ، وكذا إجازة أعمال المصفي^(٢).

أما فيما يتعلق بولاية القاضي في إعطاء الإذن والإجازة، كالإذن للوصي بالقيام بتصرف قانوني نيابة عن القاصر، والموافقة على الحساب المقدم من الوصي، وإجازة أعمال المصفي والإذن بالحجز التحفظي وغيرها، كإعطاء الإذن للقاصر في التجارة، أو الإذن للبكر بتزويج نفسها عند غياب الولي في القضاء الشرعي، ففي هذه الأعمال تكون سلطة القاضي التقديرية في النظر والاجتهاد للتحقق من صلاحية المأذون لهم من القيام بما أذن لهم فيه ومدى تحقيقهم المصلحة المرجوة من تلك الأعمال.

١ - هو الشخص الذي يعهد إليه بتصفية الشركة وهو يقوم بهذا العمل لحساب الشركة التي تبقى شخصيتها المعنوية في فترة التصفية ويكون المصفي نائبا ووكيلا عن الشركة لا عن الشركاء فيدفع الديون لدائني الشركة ويستوفي حقوقها دون الشركاء من مديني الشركة ويظل قائما بعمله إلى انتهاء أعمال التصفية. وهبة الزحيلي ، العقود المسماة ص١٧٩.

٢ - فتحي والي مبادئ قانون القضاء المدني ص٣٦.

المبحث الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في الأعمال القضائية

تتنوع الأعمال القضائية التي يمارسها القاضي في نظام القضاء الإسلامي، وبالنظر في أنواع العمل القضائي، نجد أن بعضه لا يدخل في صميم عملية المحاكمة وإنما يتعلق بشكل الدعوى، وما يصدر عنه لا يسمى حكماً وإنما يكون قراراً وقد بان لنا الفرق فيما سبق من الحديث وكذا عند شرح تعريفنا للسلطة التقديرية .

ومن الأعمال القضائية ما يتعلق بوسائل إثبات الدعوى، سواء كانت تلك الوسائل المنفق عليها بين الفقهاء أو تلك التي جرى الخلاف بينهم فيها.

ومن الأعمال القضائية أيضاً ما يتعلق في العقوبات من حيث إيجابها وتحديدها وغيرها من الأمور، وسيأتي بيان ذلك كله إن شاء الله تعالى في المطالب الآتية:
المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بإدارة الدعوى.
المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في وسائل الإثبات.
المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بالجرائم والعقوبات.

المطلب الأول

السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بإدارة الدعوى

الدعوى في اللغة: اسم من الادعاء ، وهي اسم لما يدعى، ولها معان عدة: منها التمني والطلب، والإخبار^(١) والدعاء والزعم وغيرها^(٢).

وفي الاصطلاح : قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء، يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله أو حمايته^(٣).

يتميز هذا المبحث عن الذي سبقه -والذي تناولت فيه الحديث عن الأعمال الولائية للقاضي ومدى تمتعه بسلطة تقديرية فيها- بأن موضوع إدارة الدعوى إنما هو من صلب العمل القضائي في حين أن العمل الولائي مختلف في طبيعته بين العلماء كما مر سابقا، إضافة إلى أن الدعوى لها شكل ومضمون وكلاهما يدخل تحت مسمى عمل القاضي الذي هو في مبتدئه فصل للخصومة، ويتمخض عنه في نهاية الأمر حكم قضائي في حين أن ما يتمخض عن العمل الولائي مختلف بين الفقهاء فيه من حيث اعتباره حكما أم غير ذلك^(٤).

والحديث عن إدارة الدعوى، يعني الحديث عن الجانب المتعلق بشكل الدعوى أو إجراءات الخصومة بعيدا عن أصل الحق المدعى به ويقابله الجانب المتعلق بموضوع الدعوى الذي يتناول ذات الحق المدعى به.

والحديث عن السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بإدارة الدعوى يتضمن الفروع الآتية:

- ١- الفيومي، المصباح المنير ج ١، ص ٢٠٩.
- ٢- ابن منظور، لسان العرب ج ١٤، ص ٢٥٧، ٢٦١.
- ٣- محمد نعيم ياسين ، نظرية الدعوى ص ٨٣.
- ٤- للاطلاع على هذه المسألة راجع عبد الناصر أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ص ٦٨-٧٥.

الفرع الأول

سلطة القاضي التقديرية في تحديد مكان التقاضي

وزماته و تقدير المهل والآجال

الأصل أن جميع الأمكنة والأزمنة صالحة لتلقي المتنازعين والنظر في خصوماتهم شرعا، وليس منها شيء يحرم فيه ذلك إلا إذا ترتب عليه إهدار واجب، أو فعل محرم من المحرمات كما لو شرع القاضي ينظر في القضية في وقت صلاة الجمعة، أو كما لو استخدم ملك إنسان محرم من أجل القيام بإجراءات التقاضي فيه من غير الحصول على إذنه^(١).

ومن الجدير ملاحظته أنه ينبغي التمييز في هذا الأمر بين العصور السالفة والعصر الحاضر، الذي أصبح للقضاء فيه مكانا خاصا فيه يسمى دار المحكمة، لا يصح نظر الخصومات إلا فيها.

والفقهاء قديما لم يعينوا مكانا يجلس فيه القاضي لنظر الخصومات، ولما كان بعض القضاة في العصور السالفة يتخذون المساجد أماكن للتقاضي، فقد اختلف الفقهاء في جواز اتخاذ المسجد مكانا للقضاء^(٢).

١ - محمد نعيم ياسين ، نظرية الدعوى ص ٢٠٠.

٢- ذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه يجوز للقاضي الجلوس في المسجد للقضاء بين الناس مستدلين بما ورد عن النبي ﷺ من أنه قضى بين الخصوم في المسجد وكذا فعل قضاة الصحابة والتابعين من بعده واستدلوا بأن القضاء عبادة فيجوز إقامتها في المسجد كالصلاة واستلوا بحديث "إنما بنيت المساجد لذكر الله والحكم" سنن البيهقي ج ١٠، ص ١٠٣، ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية ج ٢، ص ١٨٦، الزيلعي، نصب الراية ج ٤، ص ٧٠، قال الزيلعي: حديث غريب بهذا اللفظ، وأخرجه مسلم وليس فيه لفظ الحكم، وردوا على قول الشافعية بأن المشرك قد يدخل المسجد وكذا الحائض، فقالوا إن المشرك نجاسته في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع دخوله وقد ثبت أن النبي ﷺ كان ينزل الوفود في المسجد، أما الحائض فتخبر بحالها فيخرج القاضي لها أو إلى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة . أما المالكية فتعدد الرأي عندهم فروي عن الإمام مالك أنه قال باستحباب القضاء في المسجد وفي رواية أخرى أن المستحب الجلوس في رحاب المسجد للقضاء ليصل إليه المسلم والكافر والحائض، ولقوله ﷺ: "جنبوا مساجدكم مجانينكم ورفع أصواتكم وخصوماتكم". أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج ١٠، ص ١٠٣، باب التثبث في الحكم، أخرجه عبد الرزاق في المصنف ج ١، ص ٤٤١، باب البيع والقضاء في المسجد وما يجنب المسجد حديث(١٧٢٦)، والمنائي، فيض القدير ج ٣، ص ٣٥١، الألباني، ضعيف الجامع ج ٣، ص ٨٠ وقال حديث ضعيف . أما الشافعية فذهبوا إلى القول بكراهة القضاء في المسجد لأن مجلس القاضي لا يخلو عن اللغط وارتفاع الأصوات وقد يحتاج لآحضر المجانين والصغار والحيض والكفار والدواب، والمسجد يمان عن ذلك، واستدلوا بما رواه مسلم أنه صلى الله عليه وسلم حين سمع من يتشد ضالته في المسجد قال : "إن المساجد لم تبن لهذا إنما بنيت لما بنيت له " وإن اتفقت قضية أو قضايا وقت حضوره في المسجد لصلاة أو غيرها فلا بأس بفصلها وعلى ذلك يحمل ما جاء عنه ﷺ وعن خلفائه في القضاء في المسجد . أخرجه مسلم ج ١، ص ٣٩٧، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن نشد الضالة في المسجد حديث رقم (٨١).

وما جاء في كتب الفقهاء من الحديث حول هذا الموضوع كان أكثره يتناول الصفات والخصائص التي ينبغي توافرها في مجلس القضاء ، كأن يكون في موضع بارز في وسط البلد ليتساوى أهل المدينة فيه ولا يشق على بعضهم قصده ، ويصل إليه كل واحد، وأن يجعله في موضع بارز للناس فسيح^(١) وأن يتوفر فيه الاستقرار النفسي والراحة الجسدية للناس الذين يقصدونه للتقاضي وغيرها من الصفات.

أما سلطة القاضي التقديرية في هذا الأمر فتمثل في حرية القاضي في الجلوس للقضاء في أي موضع يقدر فيه على نظر الخصومة ، وله إن رأى ، أن يتخذ من داره مجلساً للقضاء بين الناس ويأذن للناس بالدخول إليها ، وله أن يقعد للقضاء على الطريق ، إذا كان لا يضيق بالمارة^(٢).

وذهب ابن حبيب^(٣) من المالكية إلى عدم جواز الحكم في الطريق إلا في أمر استغيث به فيه ، فلا بأس أن يأمر وينهى ويسجن، فأما الحكم الفاصل فلا^(٤).

هذا كما ذكرت سابقاً كان في العصور السابقة عندما لم يكن للقضاء مكان خاص به ، فلذا فصل الفقهاء في هذا الأمر وتوسعوا ، أما في زماننا وقد تغير الحال وأصبح للقضاء مكان خاص به لا يصح نظر الخصومات إلا فيها فذلك يجعلنا نتجاوز عن الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في هذا الأمر في زماننا .

و مما له صلة بهذا الموضوع أن للقاضي أن يجلس معه في مجلسه قوماً من أهل الفقه والكرامة^(٥) والأمانة ، وله أن يتخذ في مجلسه رجلاً يمنع الناس عن التقدم في غير وقتهم ويمنعهم من إساءة الأدب ويقال له صاحب المجلس^(٦) وينبغي أن يكون أميناً غير طماع حتى لا يرتشي ، فلا يميل إلى بعض الخصوم ، ولا يترك تأديبه إذا أساء الأدب .

=ولمزيد من الإطلاع على آراء الفقهاء، راجع البابرتي، العناية شرح الهداية ج٧، ص٢٧١، الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي للخصاف ج١، ص٢٩٧، الخرشي على مختصر خليل ج٧، ص١٤٧، حاشية العدوي، على الخرشي، ج٧، ص١٤٧ ، الشربيني مغني المحتاج ج ٤ ، ص٣٩٠ ، ابن قدامة، المغني ج١١، ص٣٨٨.

١- ابن قدامة، المغني ج١١، ص٣٨٨.

٢- الفتاوى الهندية ج٣، ص٣٢١.

٣- عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون السلمي الألبيري القرطبي ، أبو مروان، عالم الأندلس ، أصله من طليطلة، من بني سليم ، ولد سنة ١٧٤هـ ، ونشأ في قرطبة كان فقيهاً من فقهاء المالكية ، عالماً بالتاريخ والأدب ، له مصنفات كثيرة ، قيل تزيد على ألف ، منها :حروب الإسلام ، الواضحة في السنن والفقه ، تفسير موطأ مالك ، مصابيح الهدى ، الهدى ، الغاية والنهاية ، وغيرها ، وتوفي سنة ٢٣٨هـ .

الزركلي، الأعلام ج٤، ص١٥٧، كحالة ،معجم المؤلفين ج٦، ص١٨١.

٤- ابن فرحون ، تبصرة الحكام ج١، ص٣٢.

٥- الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي للخصاف ج١، ص١٩٣.

٦- وصاحب المجلس له أسام أخرى : الشرطي والعريف والجلواز .

وللقاضي إذا رأى من المصلحة ، أن يأمر صاحب المجلس ليقوم ببعد منه حتى لا يعرف ما يدور بين الخصمين وبين القاضي^(١) .

أما فيما يتعلق بسلطة القاضي التقديرية بخصوص تحديد زمان النظر في الأفضية ، فكما سبقت الإشارة إلى أن الأصل جواز القضاء في كل وقت حيث ليس في الشرع من نص يمنع ذلك ، إلا إذا كان في وقت منهي عنه كوقت صلاة الجمعة ، إلا أن هناك من الفقهاء من ذهب إلى عدم جواز القضاء في بعض الأوقات ، كوقت السحر وما بين المغرب والعشاء وأيام العيدين ويوم عرفة والأيام التي تكون للناس أيام سرور أو حزن .

وأجاز أشهب^(٢) من المالكية جلوسه بين المغرب والعشاء وبعد أذان الظهر، وبعد صلاة الصبح، ما لم يكن مجلسا يجبر عليه العامة،^(٣) .

ويمكن القول: إن القضاء جائز في كل الأوقات جريا على الأصل، إلا أن للقاضي في بعض الأحوال أن يجعل للقضاء أوقاتا معينة يراعي فيها ظرفه أو ظرف المتقاضين أو الظروف المحيطة بهم ، لأنه ليس من الواجب على القاضي أن يسخر كل وقته للفصل بين الناس ، بل يجعل شيئا منه لقضاء مصالحه ويرجع ذلك لسلطته التقديرية .

قال السمناني: (وللقاضي أن يخص نفسه بزمان يصرفه في مصالحه وحوائجه ويعين للقضاء يوما يكون قد صرف إليه وسعه، وليس عليه صرف زمانه أجمع إلى القضاء)^(٤) .

ومثل ما قيل في مكان التقاضي يمكننا القول في زمانه، فقد جعل للقاضي أوقات عمل معلومة يلتزم بها من باب النظام العام ، فيبدا عمله كل يوم من الساعة الثامنة صباحا وحتى الثانية ظهرا باستثناء أيام الجمعة والسبت وأيام العطلة الرسمية والأعياد التي قررت الدولة تعطيل الدوائر الرسمية فيها.

أما سلطة القاضي التقديرية فيما يتعلق بتقدير المهل والأجال فيمكن القول بأن هناك بعض الأجال لا اجتهاد للحاكم فيها، كأجل المعترض^(٥) وهو مدة سنة من يوم رفعه إن كان حرا، وكذا أجل المجنون جنونا حادثا، ويعزل عن زوجته سنة، فإن صح رفع العزل، وإلا فرق بينهما.

١ - الفتاوى الهندية ج٣، ص٣٢٠.

٢- أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي ، الجعدي ، ولد سنة ١٤٥هـ فقيه الديار المصرية في عصره ، كان صاحب الإمام مالك ، قال الشافعي : ما أخرجت مصر أفقه من أشهب ، لولا طيش منه ، قيل اسمه مسكين ، وأشهب لقب له ومات بمصر سنة ٢٠٤هـ . الزركلي ، الأعلام ج١، ص٣٣٢.

٣- ابن فرحون ، تبصرة الحكام ج١، ص٣٢.

٤- روضة القضاة وطريق النجاة ج١، ص١٦١.

٥- الزوج العاجز عن إتيان أهله لعله فيه كالعنة .

وأجل المفقود خبره إذا رفعت زوجته أمرها إلى الحاكم فيؤجل الحر أربع سنين والعبد سنتين منذ يعجز عن خبره بعد البحث^(١) .

إلا أن هناك بعض المسائل ضرب الأجل فيها مصروف إلى اجتهاد القضاة، بحسب حسن النظر في أمر الخصمين، وليس فيه حد محدود لا يتجاوز إنما هو الاجتهاد^(٢) .
فللقاضي الحق في تقدير المهل والأجال التي يطلبها أحد الخصمين ليستكمل حجته أو دفاعه أو طعنه، ولم يجعل ذلك لأحد من الخصوم منعا للمماطلة وتطويل الوقت الذي قد يبعث على الملل مما قد يصد بعض الناس عن المطالبة بحقوقهم^(٣) .

قال ابن عاصم^(٤) : ولاجتهاد الحاكم الأجال موكولة حيث لها استعمال بمعنى أن الأجال حيث تستعمل فإنها موكولة في قدرها وجمعها وتفريقها إلى نظر الحاكم^(٥) ، كما أن كل ما يرجع للفرض و التقدير من نفقة وكسوة وإسكان وما يلتحق بذلك فإنه موكول إلى اجتهاد القاضي، فيجتهد به بحسب جنس القوت وقدره بحسب عين ما فرض له أو عليه وباعتبار السعر من رخاء وغلاء وباعتبار الزمان من شتاء وصيف وباعتبار المكان في عادة أهله وكذلك الكسوة يلاحظ فيها هذه الاعتبارات و، والمسكن كذلك^(٦) .

وكذلك للقاضي أن يُكره من يماطل من الخصوم في الجواب عن دعوى خصمه، وذلك بسجنه وتأديبه فإن أصر بعد ذلك اعتبر مقرا بما يدعيه عليه الطرف الآخر، وكذلك جعل للقاضي - من أجل اختصار أمد التقاضي - الحق في طلب تصحيح الدعوى التي ظهر فيها فساد ثانوي، من غير أن يجبر رافع الدعوى أو فاعل الإجراء على القيام به من بدايته، وإنما يطلب منه إكمال النقص الذي تسبب به خطأ الفاعل أو نسيانه^(٧) .

١ - ابن فرحون ، تبصرة الحكام ج١، ص١٤٩ .

٢ - ابن فرحون تبصرة الحكام ج١، ص١٤٦ .

٣ - محمد نعيم ياسين ، نظرية الدعوى ص٤٩٢ .

٤ - محمد بن محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي ، أبو بكر ، فقيه ، أصولي ، مقريء ، فريقي ، ناظم ، ولد سنة ٧٦٠ هـ ، من مؤلفاته : نظم أراجيز تحفة الأحكام ، أرجوزة تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام ، الأمل المرقوب في قراءة يعقوب ، وغيرها ، توفي سنة ٨٢٩ هـ .

الزركلي ، الأعلام ج٧، ص٤٥، كحالة ، معجم المؤلفين ج١١، ص٢٩٠ .

٥ - شرح ميارة ج١، ص٣٦ .

٦ - شرح ميارة ج١، ص٣٧ ، ج١، ص٢٦١ .

ونقل ميارة عن العاصمي قوله :

وكل ما يرجع لافتراض موكل إلى اجتهاد القاضي

بحسب الأقوات والأعيان والسعر والزمان والمكان

٧ - محمد نعيم ياسين ، نظرية الدعوى ص٤٩٢ .

وعلى الرغم من الأصل الذي يوجب على القاضي الحكم بمقتضى الدعوى عند قيام البينة عليها وبعد وجود شرائط الحكم، إلا أن له أن يؤخر الحكم في حالات ثلاث^(١):

الأولى: رجاء الصلح بين الأقارب.

الثانية: استمهال المدعي.

الثالثة: إذا كان عند القاضي ريبة في الشهود.

وأضاف صاحب درر الحكام حالة رابعة وهي: إذا استفتى القاضي علماء بلدته في مسألة ولم يعتمد على الفتوى التي أفتوها واستفتى من علماء بلدة أخرى فله تأخير الحكم حتى ترد إليه الفتوى^(٢).

ويلحق بما ذكر ما لو أشكل على القاضي الحكم في مسألة، إذا كان الإشكال لتعارض بينات ونحوها، لا إن جهله القاضي مع كونه ظاهراً في نفسه فعندها للقاضي أن يدعو الخصمين إلى الصلح ويؤخر الحكم، أما إذا ظهر له وجه الحكم، فذهب المالكية إلى أنه على القاضي أن يحكم من غير مبالاة من عدل عادل ولا خيفة من لومة لائم فلا يدعو للصلح، إلا إذا خاف بتنفيذ الحكم على صميم الشرع حصول فتنة أو وقوع الشحناء بين أولي الأرحام وذوي الفضل، فإنه يأمرهم بالصلح ويحضهم عليه وعلى القناعة ببعض الحق^(٣).

وللقاضي أن يؤخر الحكم في القضية إذا أشكل عليه شيء ورأى أن يسأل من هو أفقه منه^(٤)، ولا يسعه إلا ذلك، لقوله تعالى: "فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون"^(٥) ولقوله ﷺ "هلا سألوه إذا لم يعرفوه، إنما شفاء العي السؤال"^(٦).

ومن سلطة القاضي التقديرية أن يجعل أيما مخصوصة للنساء، ولو كانت خصومتهم مع رجال، لأنه أستر لهن^(٧) وله أن يجعل للنصارى يوماً أو وقتاً من الأيام، بقدر قلتهم وكثرتهم^(٨).

١- الحموي غمز عيون البصائر ج ٢، ص ١٤١، حاشية ابن عابدين ج ٥، ص ٤٢٤.

٢- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ٤، ص ٦٦٤.

٣- محمد الفاسي شرح ميارة ج ١، ص ٢٧.

٤- السرخسي، المبسوط ج ٩، ص ١٠٣.

٥- سورة النحل، آية [٤٣]

٦- أخرجه الحاكم في المستدرک ج ١، ص ٢٨٥، كتاب الطهارة، وأخرجه عبد الرزاق في المصنف ج ١، ص ٢٢٣، باب إذا لم يجد ماء، سنن البيهقي ج ١، ص ٢٢٨، باب المسح على العصائب، وأخرجه ابن حجر، تلخيص الحبير ج ١، ص ١٤٧، كتاب التيمم، وقال ابن حجر: حديث ضعيف. قال الألباني: حسن دون قوله "إنما كان يكفي" أخرجه أبو داود في سننه ج ١، ص ١٤٥. وقال أيضاً: ضعفه البيهقي والعسقلاني وغيرهما لكن له شاهد من حديث ابن عباس يرتقي به إلى درجة الحسن. الألباني، تمام المنة في التعليق على فقه السنة ج ١، ص ١٣١.

٧- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤، ص ١٤٣.

٨- عليش، محمد بن أحمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، ٩م، دار الفكر ج ٨، ص ٣٠٧.

وللقاضي سلطة تقديرية في تأخير الحكم - أو تأجيل الجلسة - إذا طلب المشهود عليه ذلك ليجيء بدافع، ويمهله ثلاثة أيام، فإن لم يجيء بالدافع قضى عليه^(١).

وللقاضي في كل مسألة لم يتضح له أمرها أن يؤخر الحكم فيها حتى يتضح، وله سلطة تقديرية في تقدير المدة التي تتقدم^(٢) بها الشهادة على الحدود الخالصة لله تعالى كالزنى والشرب والسرقة^(٣) فقد رأى أبو حنيفة رحمه الله - خلافا لجمهور الحنفية - أن الأمر في تحديد وتقدير المدة التي تتقدم بها شهادة الشاهد على الحدود الخالصة لله تعالى، موكول إلى القاضي يقدرها بما يراه^(٤).

وروي عن أبي يوسف أنه قال: (جهدت بأبي حنيفة كل الجهد فأبى أن يؤقت في التقادم وقتا، وهذا لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس في البعد من القاضي والقرب، وباختلاف عادة القاضي في الجلوس، والتوقيت لا يكون بالرأي بل بالنص، فلما لم يجد فيه نصا أبى أن يؤقته بشيء وجعله موكولا إلى رأي القاضي)^(٥).

أما عدم منع تأثير التقادم على الشهادة في حد الفذف فلأن فيه حق العبد، لما فيه من دفع العار عنه وإن كان الغالب فيه حق الله تعالى ولهذا تقبل دعواه^(٦).

وجدير بالذكر أن مسألة تأثير التقادم على الشهادة في الحدود الخالصة لله تعالى كالزنى والشرب والسرقة قد اختلف فيها الحنفية مع جمهور الفقهاء، فقد ذهب الحنفية إلى القول بأن التقادم في الشهادة يمنع سماعها على الحدود الخالصة لله تعالى إلا إذا كان التأخير لعذر، كبعد مسافة أو مرض، فالشاهد في الأصل مخير بين أداء الشهادة وبين الستر، فإذا أصر الشاهد شهادته حمل ذلك على أنه أثر الستر، فإذا أقدم عليه بعد ذلك فسر على أنه ما أقدم على ذلك إلا لعداوة حركته، فأراد أن يضر بالمشهود عليه وإن لم يكن التأخير للستر، كان فاسقا بذلك أيضا للتأخير، فوجد المانع من قبول شهادته في الحاليين^(٧).

في حين ذهب جمهور الفقهاء إلى أن التقادم في الشهادة على الحدود لا يؤثر في الشهادة^(٨)

١ - ابن عابدين ، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ج٣، ص٥٦٥.

٢ - التقادم : هو مرور الزمن على وقوع الحادثة .

الزحيلي ، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ج٢، ص٧٧٦.

٣ - ابن الهمام فتح القدير ج٥، ص٢٨٠، الكاساني ، بدائع الصنائع ج٦، ص٢٨١.

٤ - قدر فقهاء المذهب مد التقادم فقال بعضهم مدته سنة وقال آخرون مدته ستة أشهر ونقل عن الصحابين أنهما قدرا ذلك بشهر . السرخسي المبسوط ج٩، ص٧٠، ابن الهمام فتح القدير ج٥، ص٢٨٠.

٥ - السرخسي، المبسوط ج٩، ص٧٠، البابر تي، العناية شرح الهداية ج٥، ص٢٨٣.

٦ - احمد إبراهيم إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص٣٤٨، د. أحمد الحصري، علم القضاء ص ٥٠٩.

٧ - السرخسي، المبسوط ج٩، ص٧٠، البابر تي، العناية شرح الهداية ج٥، ص٢٨٣.

٨ - الرخسي، المبسوط، ج٦، ص١١٩، راجع المسألة مفصلة في وسائل الإثبات للزحيلي ج٢، ص٧٧٦.

الفرع الثاني

سلطة القاضي التقديرية في إعطاء أولوية النظر لدعوى متأخرة

على دعوى متقدمة

الأصل أن القاضي ينظر في الدعاوى بحسب ترتيبها الزمني من حيث أقدمية طلب نظرها من قبل أصحابها، وهذا مما يقتضيه مبدأ العدل، إلا أن بعض الظروف لبعض المدعين قد تتطلب من القاضي أن يراعي أحوالهم فيضطر إلى تقديم النظر في دعاوهم على دعاوى أسبق منها.

قال ابن فرحون في معرض حديثه عن سيرة القاضي مع الخصوم: (أن يحكم بين الخصوم الأول فالأول، ويقدم المسافرين والمضرورين... فإن كان يشق عليه معرفة الأول فالأول، فإنه يأمر من يكتب أسماءهم على ترتيب وصولهم ويدعو الأول فالأول)^(١).

وقد نصت المجلة في المادة (١٨١٠): يجب على القاضي أن يراعي الأقدم فالأقدم، ولكن إذا كانت الحال والمصلحة تقضي بتعجيل دعوى وردت مؤخرا يقدم رؤيتها.

قال علي حيدر: (يجب على القاضي أن يراعي الأقدم فالأقدم في رؤية الدعوى، يعني يرى دعوى من جاء أولا ودعوى من جاء ثانيا بعد ذلك ويجب عليه مراعاة هذا الترتيب، فلذلك يأمر القاضي أحد أمنائه ليعلم بواسطته ترتيب حضور أصحاب المصالح إلى المحكمة، وهذا الأمين يحرر من جاء أولا وثانيا وثالثا ويدخل حين المحاكمة من جاء أولا كما أنه يدخل من جاء ثانيا وهلم جرا)^(٢).

١ - ابن فرحون، تبصرة الحكام ج١، ص٣٨.

٢ - علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج٤، ص٦١٨.

الفرع الثالث

سلطة القاضي التقديرية في تأجيل المحاكمة

إن للقاضي سلطة تقديرية في تأجيل النظر في المحاكمة إلى الأجل الذي يراه، إذا رأى أن في ذلك مصلحة، سواء أكان داعي ذلك التأجيل طلب الخصوم أم القاضي من تلقاء نفسه. فقد يطلب أحد الخصوم مهلة ليتمكن من إحضار بيينة، أو لتوكيل محام، أو قد يرى القاضي أن بعض الأمور في القضية غامضة تحتاج إلى دراسة وبحث وتدقيق، فله في مثل هذه الأحوال أن يؤجل المحاكمة بناء على ما له من سلطة تقديرية في ذلك.

وقد جاء في كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما: (ومن ادعى حقا غائبا أو بيينة فاضرب له أمدا ينتهي إليه، فإن جاء بيينة أعطيته بحقه، فإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية، فإن ذلك أبلغ في العذر وأجلى للعمى)^(١).

١ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج ١٠، ص ١٥٠، باب شهادة النساء لا رجل معهن في الولادة.

الفرع الرابع

سلطة القاضي التقديرية في إجراء المحاكمة بصورة سرية

الأصل في المرافعة أن تكون علنية مسموعة لكل الأطراف، ويجوز لمن يرغب من عامة الناس حضور مجلس القضاء لمشاهدة ذلك، ومكان مجلس القضاء المسجد على رأي كثير من الفقهاء، كما مر سابقا، والمسجد محل عام يحضره من شاء من الناس للتعبد فيه^(١) وهذا الذي كان عليه قضاء رسول الله ﷺ والخلفاء من بعده والشواهد على ذلك كثيرة^(٢).

ولقد سبق وذكرت أن للقاضي أن يجلس في مجلسه من أهل العلم من يشاء ليتمكن من مشاورتهم فيما يعرض عليه من القضايا، مما يوقع في نفوس الخصوم الطمأنينة لما يصدر عنه من أحكام، وهذا يؤكد مبدأ علنية المحاكمة.

فالقضاء كان يجري في جلسات علنية، حتى تكون الدعوى معلومة، فيدخل في الخصومة من يجد أنها تتعدى إليه، أو له بها علاقة، وحتى يحصل الاطمئنان لدى الخصوم والزجر لدى الحاضرين^(٣).

إلا أن للقاضي - ومن قبيل سلطته التقديرية - أن يجري المحاكمة بصورة سرية خلافا للأصل إذا رأى ذلك، كأن يكون مراعاة للأداب أو محافظة على الأعراض، أو تحقيقا لسلامة وأمن بعض الأشخاص في الدعوى، أو إذا رأى القاضي أن المصلحة الشرعية تقتضي ذلك، أو إذا طلب الخصوم ذلك ورأى القاضي أن طلبهم سائغ، كأن يخشى الخصوم فشو أسرارهم الشخصية التي يكره الإنسان بطبيعته اطلاع غيره عليها، وأيا كان السبب الذي من أجله جعل القاضي المحاكمة سرية، فإن ذلك ينبغي أن يكون لتحقيق المصلحة الشرعية ومراعاة مقصد الشارع كما قررنا في تعريف السلطة التقديرية للقاضي.

وموضوع جعل المحاكمة سرية، يفهم من خلال كلام بعض الفقهاء فقد جاء في الفتاوى الهندية: (وإذا جلس الخصمان بين يدي القاضي ورأى القاضي أن يأمر صاحب المجلس ليقوم ببعده منه حتى لا يعرف ما يدور بين الخصمين وبين القاضي)^(٤).

١ - عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص ١٤١.

٢ - كما ورد في قصة ماعز، عندما جاء يقر على نفسه بالزنى بين يدي الرسول ﷺ سأله الرسول ﷺ أبك جنون؟ ثم سأل الحاضرين أن يستكفوه. انظر ص ٥٦ من الرسالة.

٣ - محمد سلام مذكور، القضاء في الإسلام ص ٤٩.

٤ - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية ج ٣، ص ٣٢٠.

وقال السمناني: (وإن كان الجلواز^(١) ثقة فلا بأس أن يقف يسمع، وبعده أولى لأن الخصومة تكون في أمور ربما كانت شناعة بين الرجال والنساء أو مضحكة لا يؤمن أن يؤدي إلى ما يكره)^(٢).

فإذا جاز إبعاد الجلواز أو صاحب المجلس - وهو من أعوان القاضي - عن حضور الجلسة ومرافعاتها خشية سماعه ما يكره الخصوم إذاعته وانتشاره، فمن باب أولى جواز منع العامة من حضور المرافعة إذا رأى القاضي المصلحة الشرعية تقتضي ذلك، أو طلبها الخصوم ورأى القاضي أن طلبهم مقبول^(٣).

١- الجلواز عند الفقهاء أمين القاضي أو الذي يسمى صاحب المجلس وفي اللغة الشرطي والجمع جلاويز وجلاويزة. المطرزي المغرب ج ١، ص ١٥٢.

٢- السمناني، روضة القضاة ج ١، ص ٣٤، الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي للخصاف ج ٢، ص ٨٣.

٣- عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص ١٤٢.

الفرع الخامس

سلطة القاضي التقديرية في مراقبة أحوال الخصوم عند الإدلاء بالحجج

إن من السلطة التقديرية للقاضي أثناء سماعه لدعوى الحقوق وعند الإدلاء بالحجج أن يراقب أحوال الخصوم في ذلك، ويتفرس في وجوههم، ويراقب طريقة كلامهم ومدى ثقتهم واطمئنانهم بما صدر عنهم.

قال ابن فرحون: (فإن توسم في أحد الخصمين أنه أبطن شبهة أو اتهمه بدعوى الباطل، إلا أن حجته في الظاهر متجهة، وكتاب الحق الذي بيده موافق لظاهر دعواه، فليتلطف القاضي في الفحص والبحث عن حقيقة ما توهم فيه، فإن الناس اليوم كثرت مخادعتهم واتهمت أمانتهم فإن لم ينكشف له ما يقدر في دعواه، فحسن أن يتقدم إليه بالموعظة إن رأى لذلك وجهًا ويخوفه الله سبحانه وتعالى... فإن أناب وإلا أمضى الحكم على ظاهره، وإن تزايدت عنده بسبب الفحص عن ذلك شبهة فليقف، ويوالي الكشف ويردده الأيام ونحوها، ولا يعجل في الحكم مع قوة الشبهة، وليجتهد في ذلك بحسب قدرته حتى يتبين له حقيقة الأمر في تلك الدعوى أو تنتفي عنه الشبهة^(١).

١- ابن فرحون، تبصرة الحكام ج١، ص٤٣.

الفرع السادس

سلطة القاضي التقديرية في منع أحد طرفي الخصومة من مباشرتها

وأمره بتوكيل موكل في بعض الأحوال

الأصل أن يباشر المدعي أو المدعية الدعوى بنفسه، إلا أن القاضي قد يرى في بعض الأحوال أن يمنع المدعية من مباشرة الخصومة بنفسها ويأمرها بتوكيل وكيل يباشر القضية نيابة عنها.

قال ابن فرحون: (للقاضي أن يمنع ذات الجمال والمنطق الرخيم أن تباشر الخصومة، ويأمرها أن توكل وكيلا، ونقل عن المازري^(١) أنه قال: إذا كانت الدعوى على امرأة شابة ذات جمال، وخاف عليها إن تكلمت أن يؤدي سماع كلامها إلى الشغف بها، فإنها تؤمر أن توكل ولا يكون من حق الخصم أن يؤتى بها إلى مجلس القضاء، وإن احتيج أن يبعث إليها وهي بدارها تخاطب من وراء سترها من بعثه القاضي إليها ممن يؤمن في دينه فعل ذلك، ويكلف القاضي من يثق بدينه وورعه النظر في أمرها وسماع حكومتها. وقد أحضرت الغامدية إلى النبي ﷺ حتى أقرت بالزنى وقال عليه السلام في المرأة الأخرى: " واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها" قال ابن فرحون: (فلم يأمر بإحضارها لسماع ذلك منها، ولعلها كانت على حال لا يحسن إحضارها وخطابها بمحضر الناس)^(٢).

وجدير بالذكر أن هذا الحكم كان مقررا في الفقهاء الإسلامي، في أيام كانت الدولة الإسلامية مهابة الجانب عصرية على أعداءها، وعلى المروجين لهم، فكان الحاكم ونوابه، قديما، يحرصون على سلامة المجتمع وامنه الأخلاقي، فكانت لهما الصدارة في الرعاية والصيانة . ولم يبق الأمر على ما كان عليه في السابق، إذ لم يعد من صلاحية القاضي ولا غيره من منع ذات الجمال أو التبرج من الحضور إلى مجلس القضاء كما كان مقررا في العصور السابقة، وذلك خشية التعرض إلى النقد والاعتراض من قبل جهات تزعم أنها حريصة على حقوق المرأة، وكان حقوق المرأة لا تحفظ إلا إذا تركت تعيث في الأرض فسادا وتهدد أمن المجتمع الأخلاقي، وتعرضه للفتن.

١- محمد بن علي بن عمر التميمي المازري، أبو عبدالله، ولد سنة ٤٥٣هـ من مازر بجزيرة صقلية، محدث، فقيه مالكي، من مصنفاته: العلم بفوائد مسلم، في الحديث، والتلقين في الفروع، والكشف والأنباء في الرد على الإحياء للغزالي، إيضاح المحصول في الأصول، وغيرها، ومات في المهديّة سنة ٥٣٦هـ.

الزركلي، الأعلام ج٦، ص٢٧٧، كحالة، معجم المؤلفين ج١١، ص٣٢.

٢- ابن فرحون، تبصرة الحكام ج١، ص٤٠.

الفرع السابع

سلطة القاضي التقديرية في موعظة الخصمين قبل البدء بالمرافعة

للقاضي أن يتقدم من الخصمين بالنصح والوعظ، وتعريفهما بأن من خصم في باطل فإنه خائن في سخط الله تعالى، ومن حلف ليقتطع مال أخيه بيمين فاجرة فليتبوأ مقعده من النار^(١).

الفرع الثامن

سلطة القاضي التقديرية في أسلوب تقرير المتهم واستجوابه

عندما يمثل الخصمان بين يدي القاضي، و يتأكد من صحة الدعوى وتحديد المدعي من المدعى عليه، ومعرفة المتهم وصاحب الحق، فهل يكتفي القاضي بعد ذلك بمجرد سؤال المتهم ثم بناء الحكم على إجابته؟ أم يكتفي في حال إنكار المتهم بتحليله ثم يطلقه، ونحن نعرف ما يعترى النفوس من قلة الوازع الديني الأمر الذي لا يستبعد معه كذب المتهم أو تدليسه هرباً من الحكم عليه، فهل يكتفي القاضي بذلك؟ أم أن له أن يستخدم أساليب أخرى كتخويف المتهم، أو إيهامه^(٢)، أو حبسه أو ضربه، أو ما شابه ذلك، بغية الوصول إلى إقراره بالحقيقة؟

يمكن القول بأن الأمر يختلف باختلاف نوع الدعوى، وقد قسم فقهاء المالكية وابن تيمية^(٣) وتلميذه ابن القيم من الحنابلة، الدعوى - كما سيأتي لاحقاً - بحسب المدعى به إلى قسمين^(٤):
الأول: دعاوى التهمة، وهي دعوى الجناية والأفعال المحرمة مثل دعوى القتل وقطع الطريق والسرقة والعدوان على الخلق بالضرب وغيره^(٥) أو: هي الدعاوى التي يكون المدعى فيه فعلاً محرماً يستوجب فاعله العقاب شرعاً^(٦).

- ١- ابن فرحون، تبصرة الحكام ١، ص ٤٠.
- ٢- المقصود بالإيهام: سبق القلب إلى شيء مع إرادة غيره. الفيومي المصباح المنير ج ٢، ص ٣٥٢، ابن منظور لسان العرب ج ١٢، ص ٦٤٤.
- ٣- أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم النميري، الحراني، ولد في حران سنة ٦٦١ هـ، وانتقل إلى دمشق واعتقل فيها، وأطلق ثم أعيد ثم مات معتقلاً في قلعة دمشق، كان كثير البحث في فنون الحكمة، آية في التفسير والأصول، فصيح اللسان، له تصانيف كثيرة منها: الجوامع في السياسة الشرعية، والفتاوى، والإيمان، ومنهاج السنة وغيرها، توفي سنة ٧٢٨ هـ.
- الزركلي، الأعلام ج ١، ص ١٤٤، وكحالة، معجم المؤلفين ج ١، ص ٢٦١.
- ٤- ابن فرحون تبصرة الحكام ج ٢، ص ١٥٦، مجموع فتاوى ابن تيمية ج ٣٥، ص ٣٩٦، ابن القيم الطرق الحكمية ص ١٠١.
- ٥- مجموع فتاوى ابن تيمية ج ٣٥، ص ٣٩٦.
- ٦- محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى ص ٢٣٥.

الثاني: دعاوى غير التهمة، وهي الدعاوى التي يدعي المدعي فيها عقداً من بيع أو قرض أو رهن أو ضمان أو غير ذلك^(١).

أما دعاوى غير التهمة فإن أقام المدعي حجة شرعية على مدّعه وإلا فالقول قول المدعي عليه مع يمينه^(٢) لحديث ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه"^(٣).

وأما دعاوى التهمة فقد أجاز كثير من الفقهاء في حق المتهم أساليب من الإجراءات لا يجوز اتخاذها في الدعاوى الأخرى، وذلك كحبس المتهم أو تعزيره إذا كان ممن تلحقهم التهمة المنسوبة إليه، أو كان مجهول الحال^(٤).

وبناء عليه فالحديث عن سلطة القاضي التقديرية فيما يتعلق باستجواب المتهم وتقريره سيكون عن القسم الأول من الدعاوى، وهو دعاوى التهمة.

وقبل التعرف على ما للقاضي من سلطة تقديرية في فيما سبق ذكره من أمور تأتي على المقصود بتقرير المتهم.

التقرير في اللغة: يقال قرره غيره بالحق حتى أقر به، وقرره بالشيء حمّله على الإقرار به^(٥) وأقر بالشيء: اعترف به^(٦).

المتهم لغة: من التهمة وأصلها الواو لأنها من الوهم، والتهمة بسكون الهاء وفتحها الشك والريبة وأتهم الرجل اتهاماً، واتهمته: ظننت به سوءاً^(٧).

وفي الاصطلاح: من ادعى عليه فعل محرم يوجب عقوبته من عدوان يتعذر إقامة البينة عليه^(٨). وبالرجوع إلى سيرة النبي ﷺ وفعل الصحابة وقضاة المسلمين ونصوص الفقهاء نجد ما يدل على جواز استخدام القاضي أساليب كالمذكورة أنفاً في التحقيق مع المتهم.

أما بالنسبة لتخويف المتهم فقد روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: "بعثني رسول الله أنا والمقداد والزبير فقال: انطلقوا حتى تأتوا روضة خاخ"^(٩) فإن بها طعينة معها كتاب فخرجنا

١- ابن القيم، الطرق الحكمية ص ٨٢.

٢- ابن القيم، الطرق الحكمية ص ٨٢.

٣- أخرجه مسلم ج ٣، ص ٣٦، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه، حديث رقم (١٧١١).

٤- محمد نعيم ياسين نظرية الدعوى ص ٢٣٥.

٥- الرازي، مختار الصحاح ج ١، ص ٢٢١.

٦- الفيومي، المصباح المنير ج ٢، ص ١٥٤.

٧- الفيومي، المصباح المنير ج ١، ص ٨٦.

٨- حسن صبحي أحمد، المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية ج ٢، ص ١٥ بحث من منشورات المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض ١٤٠٦هـ.

٩- موضع بين مكة والمدينة النهاية ج ٢، ص ٨٦.

تعدى بنا خيلنا فإذا نحنُ بالظعينة^(١) فقلنا لها: أخرجي الكتاب فقالت: ما معي كتاب، فقلنا: لتخرجن الكتاب أو لتلقين الثياب فأخرجته من عقاصها^(٢) فأتينا به رسول الله ﷺ فإذا فيه من حاطب بن أبي بلتعة إلى ناس من المشركين ممن بمكة يخبر ببعض أمر النبي ﷺ...^(٣).

فيلاحظ من خلال هذا الحديث الشريف أن الصحابة الثلاثة رضي الله عنهم، قد هددوا المرأة وخوفوها بنزع ثيابها كي يصلوا إلى اعترافها وإخراجها كتاب حاطب، وقد أدى ذلك بها إلى الاعتراف بالحقيقة بعد أن أنكرت أول الأمر كما تفيد الرواية، ولم ينكر عليهم النبي ﷺ ذلك. فالموقف هذا وإن لم يكن في معرض خصومة، وإن كان حقيقة وليس تهمة - لأنه وحي - إلا أنه يفهم منه جواز استخدام مثل هذا الأسلوب مع المتهمين، ويدل على هذا أن النبي ﷺ، قد أناب أصحابه بتلك المهمة، فقاموا مقامه ﷺ وأقرهم على ما كان منهم، فصح ذلك الفعل منهم.

ومن هنا يمكن القول بأن للقاضي سلطة تقديرية في اتخاذ مثل هذا الأسلوب إذا رآه مجدياً في الوصول إلى اعتراف المتهم بالحقيقة لأن هذا الأمر إذا جاز لغير القاضي بغية الوصول إلى الحق فجوازه للقاضي من باب الأولى لأنه المعني بفصل الخصومات وإيصال الحقوق إلى أهلها، علاوة على أنه ليس في الشرع ما يمنع منه، أما جاء من النهي عن ترويع المسلم، في قوله ﷺ "لا يحل لمسلم أن يروع مسلماً"^(٤) فلا يدخل فيه ما نحن بصدده لسببين:

الأول: لأن الترويع أو التخويف هاهنا ليس مقصوداً لذاته، وإنما المقصود به إحقاق الحق، ويؤيد هذا حديث رسول الله ﷺ "من نظر إلى مسلم نظرة يخيفه فيها بغير حق أخافه الله يوم القيامة"^(٥)، فيدل المفهوم المخالف من الحديث أن الترويع لو كان بحق فلا يشمل الوعيد المذكور.

-
- ١- يقال للمرأة ظعينة: على وزن فعيلة بمعنى مفعولة، لأن زوجها يظعن بها، والظعينة المرأة في هودجها، الظعينة المرأة في الهودج، ثم قيل للهودج بلا امرأة وللمرأة بلا هودج ظعينة.
 - ٢- عقاصها: أي ضفائرها. لسان العرب ٧، ٥٦.
 - ٣- أخرجه البخاري ج ٤، ص ٢٨٣، كتاب استنابة المرتدين والمعاندين وقتالهم، باب إذا اضطر الرجل إلى النظر في شعور أهل، حديث رقم (٦٩٣٩)، أخرجه مسلم ج ٤، ص ١٩٤١ كتاب فضائل الصحابة، باب من فضائل أهل بدر، حديث رقم (٢٤٩٤).
 - ٤- أخرجه الترمذي في الصحيح الجامع ج ٤، ص ٤٦٢، باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروع مسلماً، وأخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد ج ٦، ص ٤٦٢ قال الهيثمي: حديث ضعيف فيه عبد الكريم أبو أمية وهو ضعيف.
 - ٥- أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد ٦/٣٨٥ حديث رقم (١٠٥٢٤) وأخرجه المتقي الهندي في كنز العمال ج ١٥، ص ٢٧ حديث رقم (٤٠١٢٧) كتاب القصاص والديات. قال المناوي: قال ابن الجوزي: حديث لا يصح، وقال المنذري ضعيف، وقال الهيثمي: رواه الطبراني عن شيخه أحمد بن عبد الرحمن بن عقيل وضعفه أبو عروبة. المناوي، فيض القدير. ج ٦، ص ٢٣٣.

الثاني: أن المصلحة المتحققة من تخويف المتهم بقصد الوصول إلى إقراره بما اتهم به، أكبر بكثير من المفسدة المترتبة على إخافته.

أما بالنسبة لإيهام المتهم من قبل القاضي كأسلوب من أساليب الاستجواب أو التقرير ففي السنة الشريفة شواهد على ذلك، منها ما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: "عدا يهودي في عهد رسول الله ﷺ على جارية فأخذ أوصاحا كانت عليها ورضخ رأسها فأتى بها أهلها رسول الله ﷺ وهي في آخر رمق وقد أصممت فقال لها رسول الله ﷺ من قتلك؟ فلان - لغير الذي قتلها فأشارت برأسها أن لا قال فقال لرجل آخر - غير الذي قتلها - فأشارت أن لا فقال فلان - لقاتلها - فأشارت أن نعم فأمر به رسول الله ﷺ فرضخ رأسه بين حجرين^(١).

فطريقة النبي ﷺ بسؤاله الجارية وذكره متعمدا لأسماء أشخاص آخرين غير الجاني الحقيقي، إنما أراد ﷺ من ذلك التأكد من تيقن الجارية من الفاعل الحقيقي، وهو في الحقيقة تمويه، فإذا جاز استخدام ذلك الأسلوب مع المجني عليها - وهي صاحبة الحق - ابتغاء معرفة الحقيقة والتحقق من تيقن المجني عليها من شخص الجاني ، فجواز ذلك مع المتهم يكون من باب الأولى.

وكذلك للقاضي أيضا أن يأمر بتفتيش المتهم ، إذا كان مجهول الحال ، أو كان مشهورا بالفساد والفجور إذا طلب المدعي ذلك، وكان المتهم قد ادعى الفلس، أو ادعى أن المال المسروق ليس معه.

قال ابن القيم: (وعلى هذا إذا ادعى الخصم الفلس وأنه لا شيء معه ، فقال المدعي للحاكم: المال معه ، وسأله تفتيشه ، وجب على الحاكم إجابته إلى ذلك ، ليصل صاحب الحق إلى حقه، وقد كان الأسرى من قريظة يدعون البلوغ فكان الصحابة يكشفون عن مآزرهم بأمر رسول الله ﷺ فيعلمون بذلك البالغ من غيره)^(٢).

وأقول إن الأمر مرده للقاضي، فإذا طلب المدعي تفتيش المتهم، وترجح للقاضي - بسبب ما احتف بالمتهم من قرائن - إجابة طلب المدعي فعل، وإلا فلا.

١ - سبق تخريجه ص ٥٠.

٢ - الطرق الحكمية ص ١١، الرحيباني ، مطالب أولي النهى ج ٣، ص ٣٧٣ .
وقد رفض الدردير إجابة طلب المدعي تفتيش بيت المتهم، أما جيبه وكمه وكيسه فيجاب طلبه لأنه أمر خفيف. الدردير، الشرح الكبير ج ٣، ص ٢٨٠.

أما بالنسبة **لحبس المتهم** - كأسلوب من أساليب التقرير^(١) - ومدى سلطة القاضي التقديرية في ذلك، فجدير قبل الحديث عن سلطة القاضي التقديرية في هذا الأمر، أن نتعرف على معنى الحبس من خلال أنواعه كما أشار إليها بعض الفقهاء^(٢)، حيث قالوا إن الحبس نوعان^(٣):

الأول: وهو حبس العقوبة، أي ما كان بقصد العقوبة، وسيأتي الحديث لاحقاً عن هذا النوع عند الحديث عن سلطة القاضي التقديرية في العقوبات.

الثاني: حبس الاستيثاق أو الاستظهار - وهو موضوع الحديث في هذا الفرع - فيعرف بأنه تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه حيث شاء سواء كان ببيت أو في المسجد أو كان بتوكل نفس الغريم أو وكيله عليه وملازمته له^(٤).

فهذا النوع من الحبس لا على سبيل العقوبة - لأن المدعى به لم يثبت بعد على المتهم ولم يصدر بحقه حكم حتى يستحق العقوبة، وقد تكون العقوبة غير الحبس أصلاً - وإنما هو حبس على سبيل الاستيثاق والاستظهار أو ما يسمى بالحبس الاحتياطي الذي هو إجراء من إجراءات تحقيق الدعوى يتحفظ القاضي بموجبه على المتهم حتى تستوفى تلك الإجراءات^(٥).

أما بخصوص حبس المتهم فإن الفقهاء كما أشرت سابقاً - قد فرقوا في ذلك بحسب نوع الدعوى، فدعوى غير التهمة إذا أقام المدعي حجة شرعية على مدعاه حكم له بموجبها، وإلا فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لحديث ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه"^(٦).

أما دعوى التهمة فقد قسم بعض الفقهاء - كابن تيمية وابن فرحون - حال المدعى عليه فيها إلى ثلاثة أقسام^(٧):

الأول: أن لا يكون المتهم من أهل تلك التهمة، ومعروف بالصلاح.

الثاني: أن يكون المتهم مجهول الحال لا يعرف حاله بصلاح ولا فساد.

١ - موضوع حبس المتهم هنا ليس المقصود به حبس العقوبة وإنما المقصود حبس الاستظهار، فالنوع النوع الأول لا يكون إلا في واجب وسبب تناوله في معرض الحديث عن سلطة القاضي التقديرية في العقوبات التعزيرية، أما حبس الاستظهار فهو ما كان في تهمة ويستظهر به ليستكشف به ما وراءه. الشوكاني نيل الأوطار ج٧، ص١٦٠.

٢ - الشوكاني نيل الأوطار ج٧، ص١٦٠، القرطبي الجامع ج٦، ص٣٥٣.

٣ - الشوكاني نيل الأوطار ج٧، ص١٦٠ الموسوعة الفقهية ج١٦، ص٢٨.

٤ - ابن فرحون، تبصرة الحكام ج٢، ص٣١٠.

٥ - أحمد بهنسي، الخصومة في الفقه الجنائي الإسلامي ص٨١.

٦ - أخرجه مسلم ج٣، ص١٣٣٦، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه حديث رقم (١٧١١).

٧ - ابن فرحون تبصرة الحكام ج٢، ص١٢٨، مجموع فتاوى ابن تيمية ج٣٥، ص٣٩٦ وما بعدها.

الثالث: أن يكون المتهم فاجرا مشهورا بالفساد، ومن أهل تلك التهمة.

فإذا كان المتهم برا من أهل الصلاح، وليس من أهل التهمة والفجور لم تجز عقوبته بحبس أو ضرب، بالاتفاق^(١)، إلا إذا ثبتت إدانته ببينة قاطعة. وزيادة في حفظ حقوق أهل البر والصلاح فقد ذهب المالكية إلى تعزيز المدعي، صيانة لتسلط أهل الشر والعدوان على أعراض الناس^(٢).

أما إذا كان المتهم مجهول الحال لا يعرف ببر أو فجور فقد قال ابن فرحون: المتهم مجهول الحال والوالي لا يعرفه ببر ولا فجور فهذا يحبس حتى ينكشف حاله هذا حكمه عند عامة علماء الإسلام^(٣)، والمنصوص عليه عند أكثر الأئمة أنه يحبس القاضي والوالي، هكذا نص عليه مالك وأصحابه^(٤)، وذكره أصحاب أبي حنيفة^(٥) ونص عليه الإمام أحمد، وأصحابه^(٦). قال ابن حبيب: سألت مطرفا عن رجل سرق متاعه فاتهم به رجلا من جيرانه أو رجلا غريبا لا يعرف حاله أترى الإمام يحبس حتى يسأل عنه ويتبين؟ قال: نعم أرى ذلك على الأمام وأرى ألا يطيل حبسه، لأن النبي ﷺ حبس رجلا اتهمه المسروق منه بسرقة وقد صحبه في السفر^(٧). قال ابن حبيب: (وقد قاله ابن الماجشون^(٨) وأصبغ^(٩) وابن عبد الحكم^(١٠) (١١)، وذهب ابن عابدين إلى تقييد جواز حبس المتهم مجهول الحال بوجود مسوغات تدعو إلى حبسه

- ١- ابن فرحون تبصرة الحكام ج٢، ص١٢٨ الطرابلسي، معين الحكام ص١٧٦ المغربي، مواهب الجليل. ج٥، ص٢٧٦ كتب مجموع فتاوى ابن تيمية ج٣٥، ص٣٩٦ وما بعدها، ابن القيم الطرق الحكمية ص١١٨.
- ٢- ابن فرحون، تبصرة الحكام ج٢، ص١٣١.
- ٣- المرجع السابق ج٢، ص١٣١.
- ٤- الخطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن (ت ٩٥٤ هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٧ هـ. ج٥، ص١٧٦.
- ٥- حاشية ابن عابدين ج٤، ص٨٨، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج٧، ص٥٣.
- ٦- الطرق الحكمية ص١١٨.
- ٧- روى أبو داود في سننه من حديث معاوية بن حيدة أن النبي ﷺ حبس في تهمة. وزاد الترمذي والنسائي ثم (خلى عنه) قال الترمذي: حديث حسن ٤، ٢٨، كتاب الديات، باب ما جاء في الحبس في التهمة، وأخرجه الحاكم في مستدركه ج٤، ص١٠٢ وقال صحيح الإسناد. الزيلمي، نصب الراية ج٣، ص٣١٠-٣١١.
- ٨- عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله أبو مروان ابن الماجشون، فقيه مالكي، فصيح، دارت عليه الفتيا في زمانه، وعلى أبيه من قبله، له كتاب كبير في الفقه، أضر في آخر عمره. توفي سنة ٢١٢ هـ- الزركلي، الأعلام ج٤، ص١٦٠، كحالة، معجم المؤلفين ج٦، ص١٨٤.
- ٩- أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع، فقيه من كبار المالكية بمصر، قال ابن الماجشون: ما أخرجت مصر مثل أصبغ، وكان كاتب بن وهب، وله مؤلفات منها: تفسير غريب الموطأ، الأصول، آداب الصيام، توفي سنة ٢٢٥ هـ. الزركلي، الأعلام ج١، ص٣٣، وكحالة، معجم المؤلفين ج٢، ص٣٠٢.
- ١٠- عبد الله بن عبد الحكم بن أعين بن ليث المصري، أبو محمد، فقيه مؤرخ، ولد بالاسكندرية وسمع مالك، وروى عن ابن وهب وابن القاسم وأشهب كثيرا من رأي مالك، من مؤلفاته: المختصر الكبير، والقضاء في البنين والناسك والأهوال وسيرة عمر بن عبد العزيز وتوفي في رمضان سنة ٢١٤ هـ.
- الزركلي، الأعلام ٤، ٩٥، كحالة، معجم المؤلفين ج٦، ص٦٧.
- ١١- ابن فرحون، تبصرة الحكام ج٢، ص١٣١.

كأن يأتي المدعي بشاهد عدل واحد، أو بشاهدين مستورين، قال ابن عابدين: (... فإن لم يعرف عدالتهما حبسهما القاضي حتى يسأل عنهما، وكذا لو أقام شاهدا واحدا عدلا وادعى أن الثاني في المصر حبسه يومين أو ثلاثة)^(١).

وخالف ابن حزم^(٢) ما ذهب إليه عامة العلماء ورد الأحاديث التي استدلوها بها بالتضعيف^(٣). وأما تحديد مدة حبس المتهم فموكول إلى اجتهاد الوالي أو القاضي^(٤) وهذا يعني أن للقاضي فيها سطة تقديرية يقدرها بما يراه مناسباً.

أما إذا كان المتهم معروفاً بالفجور مثل المتهم بالسرقة إذا كان معروفاً بها قبل ذلك، والمتهم بقطع الطريق إذا كان معروفاً به، والمتهم بالقتل، أو كان أحد هؤلاء معروفاً بما يقتضي ذلك، فإذا جاز حبس المجهول فحبس المعروف بالفجور أولى^(٥).

قال ابن تيمية: (وما علمت أحداً من أئمة المسلمين المتبعين من قال: إن المدعي عليه في جميع هذه الدعاوى يحلف ويرسل بلا حبس، ولا غيره من جميع ولاية الأمور، فليس هذا على إطلاقه مذهب أحد من الأئمة ومن زعم أن هذا على إطلاقه وعمومه هو الشرع فهو غلط غلطاً فاحشاً مخالفاً لنصوص رسول الله ﷺ وإجماع الأئمة)^(٦).

ومما سبق نخلص إلى النقاط الآتية:

أولاً: عدم جواز حبس المتهم إذا كان من أهل التقوى والصلاح وليس من أهل التهمة والفجور، إلا إذا ثبتت إدانته بدليل من أدلة الإثبات المعتمدة شرعاً، وبالتالي لا سلطة تقديرية للقاضي في هذا الجانب.

ثانياً: المتهم مجهول الحال يسوغ للقاضي حبسه استيثاقاً واحتياطاً، وكذا المتهم المشهور بالفساد والفجور - من باب أولى - إلى أن تتم إجراءات الدعوى وتترجح إدانتهما أو براءتهما، والدليل على ذلك:

- ١- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ج ٤، ص ٤٥.
- ٢- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب الظاهري، أبو محمد، فقيه، أصولي، محدث، حافظ متكلم أديب، أصله من فارس، ولد في قرطبة سنة ٣٨٤هـ، كان يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة، انتقد كثيراً من العلماء والفقهاء، فأجمع هؤلاء على تضليله، وحذروا أرباب الحل والعقد من فتنته، من مؤلفاته: المحلى بالآثار، الإحكام لأصول الأحكام، إبطال القياس والرأي، وجوهرة الأنساب، وطوق الحمامة، توفي سنة ٤٥٦هـ. الزركلي، الأعلام ج ٤، ص ٢٥٤، كحالة، معجم المؤلفين ج ٧، ص ١٦.
- ٣- ابن حزم المحلى ج ١٢، ص ٢٤.
- ٤- الباجي، شرح الموطأ ج ٧، ص ١٦٦ ابن فرحون تبصرة الحكام ج ٢، ص ١٢٩ الطرابلسي، معين الحكام ص ١٧٩ ومحمد الفاسي، شرح ميارة ج ٢، ص ٢٦٧.
- ٥- ابن فرحون تبصرة الحكام ج ٢، ص ١٢٩، مجموع فتاوى ابن تيمية ج ٣٥، ص ٣٩٦ وما بعدها.
- ٦- مجموع فتاوى ابن تيمية ج ٣٥، ص ٤٠٠.

١- ما رواه أبو داود في سننه مرفوعاً، أن النبي ﷺ حبس في تهمة. وزاد الترمذي والنسائي ثم (خلى عنه) (١).

٢- ما رواه الحاكم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ حبس في تهمة يوماً وليلة استظهاراً واحتياطاً (٢).

وذكره الشوكاني (٣) من حديث عراك بن مالك عن أبيه عن جده وأضاف: "وطلبنا لإظهار الحق بالاعتراف" (٤).

٣- ما رواه أبو داود في سننه، أن قوماً من الكلايين (٥) سرق لهم متاع فاتهموا أناساً من الحاكة (٦) فأتوا النعمان بن بشير صاحب النبي ﷺ فحبسهم أياماً ثم خلى سبيلهم فأتوا النعمان فقالوا خليت سبيلهم بغير ضرب ولا امتحان، فقال النعمان ما شئتم، إن شئتم أن أضربهم فإن خرج متاعكم فذاك وإلا أخذت من ظهوركم مثل ما أخذت من ظهورهم فقالوا هذا حكمك؟ فقال: هذا حكم الله ورسوله ﷺ. فقال أبو داود: إنما أرهبهم بهذا القول، أي لا يجب الضرب إلا بعد الاعتراف (٧) (٨).

٤- ما ذكره ابن فرحون (٩) عن ابن حبيب أنه روى عن مطرف أنه قال: حدثنا مالك بن أنس عن يحيى بن سعيد عن أبي مالك الغفاري أن رجلين من غفار أقبلا يريدان الإسلام حتى إذا كانا قريباً من المدينة أمسياً، فباتا وأتى أناس يظهرهم إلى المدينة فباتوا قريباً منها فلما كان من السحر قاموا ليذهبوا فقعدها قريباً من الإبل فاتهموا الغفاريين، فأخذوهم فأتوا بهما رسول الله ﷺ فحبس الواحد وأرسل الآخر فوجدهما قريباً من المكان الذي باتوا فيه فأتوا بهما فقال الغفاريان: والله يا رسول الله إن كنا لبراء فقال لهما رسول الله: استغفرا لي فقال أحدهما: غفر الله لك

١- قال الترمذي: حديث حسن ج٤، ص٢٨، كتاب الديات، باب ما جاء في الحبس في التهمة، وأخرجه الحاكم في مستدركه ج٤، ص١٠٢ وقال صحيح الإسناد. الزيلعي، نصب الرابة ج٣، ص٣١٠-٣١١.

٢- أخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين ج٤، ص١٠٢ كتاب الأحكام.

٣- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، ولد بهجرة شوكان سنة ١١٧٣هـ ونشأ في صنعاء، وكان فقيهاً مجتهداً من كبار علماء اليمن، ولي قضاء صنعاء، كان يرى تحريم التقليد من مؤلفاته: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، والبدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، إتحاف الأكابر، فتح القدير، إرشاد الفحول وغيره، مات في صنعاء سنة ١٧٦٠هـ.

الزركلي، الأعلام ج٦، ص٢٩٨، وكحالة، معجم المؤلفين ج١١، ص٥٣.

٤- الشوكاني، نيل الأوطار ج٨، ص٣١٥.

٥- نسبة إلى ذي كلاع بفتح كاف وخفة لام وهي قبيلة من اليمن. محمد شمس الحق أبادي، عون المعبود ج٤، ص٢٣٥.

٦- من الحاكة: أي من النساجين. لسان العرب ج١٠، ص٤١٨.

٧- قال المنذري: وأخرجه النسائي، وفي إسناده بقية بن الوليد، وفيه مقال. محمد شمس الحق أبادي، عون المعبود ج٤، ص٢٣٥.

٨- أخرجه أبو داود في سننه ج٤، ص١٣٥، محمد شمس الحق أبادي، عون المعبود ج٤، ص٢٣٥.

٩- تبصرة الحكام ج٢، ص١١٧.

فقال رسول الله ﷺ : ولك يغفر الله ، وقبلك الله في سبيله، وقال للأخر: استغفر لي: فقال: والله إن كنتا لبراء فقال له الناس: استغفر لرسول الله ويحك فقال غفر الله لك، فسكت رسول الله ﷺ^(١).

٥- روى ابن ماجة^(٢) أن الهرماس بن حبيب^(٣) عن أبيه عن جده قال: أتيت النبي ﷺ بغريم لي فقال: الزمه، ثم مر بي لآخر النهار فقال: ما فعل أسيرك يا أبا بني تميم^(٤).

قال ابن القيم: وكان هذا هو الحبس على عهد النبي ﷺ وأبي بكر الصديق ولم يكن له محبس معد لحبس الخصوم ولكن لما انتشرت الرعية في زمن عمر بن الخطاب ابتاع بمكة دارا وجعلها سجنا يحبس فيه^(٥).

من مجموع هذه الأدلة يتبين لنا أن حبس المتهم مشروع، ونلاحظ أنه حبس احتياطي لا حبس عقوبة، ونلاحظ أنه قد يأخذ معنى الملازمة كما كان ذلك في عهد النبي ﷺ وعهد أبي بكر الصديق رضي الله عنه، و قد يأخذ معنى تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه كما مر سابقا في تعريف حبس الاستيثاق.

ثالثا: للقاضي سلطة في تقدير مدة الحبس الاحتياطي، فهو الذي يقدرها بحسب الظروف والملابسات التي تحيط في القضية، ويختلف ذلك من قضية لأخرى^(٦).

قال ابن فرحون: (وحبس من ادعي عليه بحد من الحدود قام عليه شاهد واحد مقدار ما يرى الحاكم في ذلك من تأجيل المدعي لتكميل النصاب، وكذلك إن أقام عليه شاهدان وبقي النظر في عدالتهما، فإنه يحبس بقدر ما يجتهد الحاكم للمدعي في تأجيله، وحبس السارق قدر ما

١- أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ج ١٠، ص ٢١٦ بالرواية الآتية: أقبل رجلان من بني غفار حتى نزلا منزلا بضجان من مياه المدينة وعندها ناس من غطفان عندهم ظهر لهم فأصبح الغطفانيون قد أضلوا قرينتين من إبلهم فاتهموا الغفاريين فأقبلوا بهما إلى النبي ﷺ وذكروا له أمرهم فحبس أحد الغفاريين وقال للأخر اذهب فالتمس فلم يكن إلا يسيرا حتى جاء بهما فقال النبي ﷺ لأحد الغفاريين قال حسبت أنه قال المحبوس عنده استغفر لي قال غفر الله لك يا رسول الله فقال رسول الله ﷺ وقلتك في سبيله قال فقتل يوم اليمامة.

٢- محمد بن يزيد الربيعي القزويني، أبو عبد الله بن ماجة، أحد الأئمة في الحديث، من أهل قزوين، ولد سنة ٢٠٦هـ تنقل بين البصرة والحجاز والري ومصر والشام، وصنف كتابه ابن ماجة، وكتاب تاريخ قزوين، وتفسير القرآن، توفي سنة ٢٧٣هـ. الزركلي، الأعلام. ج ٧، ص ١٤٤، كحالة، معجم المؤلفين. ج ١٢، ص ١١٥.

٣- قال المنذري: سأل ابن أبي حاتم أحمد بن حنبل ويحيى بن معين عن الهرماس بن حبيب العنبري فقال لا نعرفه، وقال: سألت أبي عن الهرماس بن حبيب فقال: هو شيخ أعرابي لم يرو عنه غير النضر بن شميل ولا يعرف أبوه ولا جده. المنذري، مختصر أخرجه أبو داود في سننه ج ٥، ص ٢٣٧، باب الحبس في الدين، محمد أبادي، عون المعبود ج ٣، ص ٣٤٩.

٤- أخرجه ابن ماجة في سننه ج ١، ص ٨١١، كتاب الصدقات، باب الحبس في الدين والملازمة، حديث رقم (٢٤٢٨). قال الألباني: ضعيف السند

٥- ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ١١٩.

٦- قال ابن القيم: واختلفوا في مقدار الحبس في التهمة، هل هو مقدر أو مرجعه إلى اجتهاد الوالي والحاكم على قولين ذكرهما الماوردي وأبو يعلى وغيرهما، فقال الزبيري: هو مقدر بشهر، وقال الماوردي: غير مقدر الطرق الحكمية ص ١٢٠.

يكشف عن البينة ، وكذلك حبس المتهمين بالجنايات بقدر ما يكشف عن حالهم، ويقدر ما نسب إليهم من الجرأة والشر واستحلال ما لا يجوز^(١).

وقال أيضا: (فحبس التعزير راجع إلى اجتهاد الحاكم بقدر ما يرى أنه ينزجر به)^(٢)، وقال القرافي: (وفي التلقين وفي الجواهر: مدة الحبس غير مقدرة بل لاجتهاد الحاكم)^(٣)، وقال ابن نجيم الحنفي: (وتقدير مدة الحبس راجعة إلى تقدير الحاكم كما لا يخفى)^(٤).

أما فيما يتعلق **بضرب المتهم**^(٥) للتوصل إلى إقراره ففيه تفصيل بحسب حال المتهم: فإذا كان من أهل التقوى والصلاح، فإن لم يجز حبه كما مر سابقا - مع أنه أقل إهدارا لكرامته - لم يجز ضربه الذي فيه إهدار أكبر لكرامته - من باب الأولى باتفاق الفقهاء كما مر سابقا. وأما إذا كان المتهم مجهول الحال، فهذا إذا جاز حبه للاستيثاق، فلا يعني جواز ضربه، لأن هذا النوع من المتهمين لم تثبت عليه التهمة ولم تنتف عنه، ولأجل ذلك كان للقاضي حبه حتى تستكمل إجراءات الدعوى، ويستقر الأمر على ثبوت براءته مما اتهم به، أو ثبوت إدانته بوجه مشروع.

أما النوع الثالث من المتهمين وهو الذي اشتهر بما اتهم فيه، وكان من أهل الفجور والفساد، فقد اختلف الفقهاء في مسالة جواز ضربه حيث انقسم الرأي بينهم في هذه المسألة على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: ويرى أصحابه عدم جواز ضرب المتهم، واعتبار إقراره تحت الضرب إكراها على الإقرار، والإقرار مع الإكراه لا يصح لقوله تعالى "إِنَّمَا مِنْ أَمْرِهِ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ"^(٦) فإذا أسقط الإكراه حكم الكفر فمن الأولى أن يسقط ما سواه ويؤكد ذلك قوله ﷺ "تجاوز الله عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"^(٧).

وقد ذهب إلى هذا الرأي بعض الفقهاء من الحنفية و المالكية و الشافعية وابن حزم الظاهري^(٨).

١- ابن فرحون، تبصرة الحكام ج٢، ص٢٤١.

٢- المرجع السابق، ج٢، ص٢٤٠.

٣- القرافي، الذخيرة ج٨، ص٢٠٦.

٤- ابن نجيم، البحر الرائق ج٥، ص٧١.

٥- يطلق الفقهاء لفظة الجلد لما يتعلق بالحدود ولفظة الضرب لما يتعلق بغير الحدود.

٦- سورة النحل، آية [١٠٦].

٧- أخرجه الحاكم في المستدرک على الصحيحين ١٩٨،٢ كتاب الطلاق ، حديث رقم (٢٨٠١).

قال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين ، ولم يخرجاه ، أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج٦، ص٨٤ كتاب الإقرار ، باب من لا يجوز إقراره حديث رقم (١١٢٣٦) ، وأخرجه الألباني وصححه بلفظ " وضع " ، صحيح الجامع الصغير وزيادته ج٣، ص١٧٩ .

٨- السرخسي، المبسوط. ج٢٤، ص٧٠، الباجي، المنتقى، شرح الموطأ، ج٧، ص١٦٦، الشربيني، مغني المحتاج،

جاء في المبسوط: (ولم ينقل عن أحد من المتقدمين من أصحابنا صحة الإقرار مع التهديد بالضرب والحبس في حق السارق وغيره إلا شيء روي عن الحسن بن زياد رضي الله عنه أن بعض الأمراء بعث إليه وسأله عن ضرب السارق ليقر فقال: ما لم يقطع اللحم أو يبين العظم ثم ندم على مقالته وجاء بنفسه إلى مجلس الأمير ليمنعه من ذلك فوجده قد ضربه حتى اعترف وجاء بالمال فلما رأى المال موضوعا بين يدي الأمير قال: ما رأيت ظلما أشبه بالحق من هذا...) وقال أيضا: (ولو أن قاضيا أكره رجلا بتهديد أو ضرب أو حبس أو قيد حتى يقر على نفسه بحد أو قصاص كان الإقرار باطلا لأن الإقرار متمثل بين الصدق والكذب وإنما يكون حجة، إذا ترجح جانب الصدق على جانب الكذب، والتهديد بالضرب والحبس يمنعان رجحان جانب الصدق، على ما قال عمر رضي الله عنه: ليس الرجل على نفسه بأمر، إذا ضربت أو وثقت^(١)).

وقال أصبغ من المالكية: (وإذا كان متهما لا يعذب وظاهره نفي الضرب)^(٢)، وقال الأذرعي من الشافعية: (الولاية في هذا الزمان يأتيهم من يتهم بسرقة أو قتل أو نحوهما فيضربونه ليقر بالحق ويراد بذلك الإقرار بما ادعاه خصمه، والصواب أن هذا إكراه سواء أقر في حال ضربه أم بعد وعلم أنه إن لم يقر بذلك لضرب ثانيا)^(٣). وقال الزركشي من الشافعية^(٤): والظاهر ما اختاره النووي^(٥) من عدم قبول إقراره في الحالين^(٦) وهو الذي يجب

-
- = ج ٣ ص ٢٧٣ زكريا الأنصاري أسنى المطالب ج ٢ ص ٢٩١، ابن حزم، المحلى بالآثار ج ١٢ ص ٣٩.
- ١- السرخسي، المبسوط ج ٢٤ ص ٧٠.
 - ٢- الباجي، المنتقى شرح الموطأ ج ٧ ص ١٦٦.
 - ٣- الشربيني مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٧٣.
 - ٤- محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، أبو عبد الله، تركي الأصل، مصري المولد والوفاة ولد سنة ٧٤٥ هـ، كان عالما بفقهاء الشافعية والأصول، أدبيا فاضلا، له مصنفات كثيرة منها: الإجابة لإيراد ما استدركته عائشة على الصحابة، ولقطة العجلان، صنف تكملة شرح المنهاج للإسنوي، وخدام الشرح والروضة، وخرج أحاديث الرافي، توفي سنة ٧٤٩ هـ.
 - ابن قاضي شهبة ج ٣ ص ١٦٧، شذرات الذهب، ج ٦ ص ٣٣٥.
 - ٥- يحيى بن شرف بن المري بن حسن بن الحسين الحزامي النووي الحوراني الدمشقي الشافعي ولد سنة ٦٣١ هـ في نوى نشأ على العلم والتقوى حفظ القرآن صغيرا وحفظ التنبيه في أربعة أشهر ونصف، وكان يقرأ كل يوم اثني عشر درسا على مشايخه شرحا وتصحيحا، له مؤلفات كثيرة في الفقه والحديث والتاريخ، منها: شرح مسلم، رياض الصالحين، الأذكار، المجموع شرح المهذب، وتهذيب الأسماء والصفات واللغات، وله رسائل إلى الظاهر ببيرس في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، توفي مرض في سنة ٦٧٦ هـ. السبكي، طبقات فقهاء الشافعية ج ١ ص ٥٢ ابن العماد، شذرات الذهب ج ٥ ص ٣٥٤-٣٥٦.
 - ٦- المقصود بالحالين: الحال الذي يضرب فيه المتهم ليقر والحال الذي يضرب فيه المتهم ليصدق، فالزركشي يرى ما اختاره النووي من عدم قبول الإقرار في الحالين، في حين ذهب بعض الشافعية إلى التفريق بين الحال الأول والثاني فقالوا إذا ضرب المتهم ليقر لا يعتد بإقراره، أما الذي يضرب ليصدق فإن هذا يعتد بإقراره وصورته أن يسأل فلا يجيب بشيء نفيًا ولا إثباتًا، فيضرب حينئذ ليتكلم بالصدق فإذا أجاب بشيء نفيًا أو إثباتًا حرم التعرض له بعد ذلك والكلام في الإقرار، وأما الضرب فحرام مطلقا.
 - حاشية الجبرمي على الخطيب ج ٣ ص ٤٧٣.

اعتماده في هذه الأمصار مع ظلم الولاة وشدة جرائعهم على العقوبات (١).

وذهب ابن حزم الظاهري (٢) أيضا إلى القول بعدم جواز ضرب المتهم وساق قولاً وعزاه إلى علي رضي الله عنه أنه قال: (لا يحل الامتحان في شيء من الأشياء بضرب ولا بسجن ولا بتهديد لأنه لم يوجب ذلك قرآن ولا سنة ثابتة ولا إجماع، ولا يحل أخذ شيء من الدين إلا من هذه الثلاثة النصوص، بل قد منع الله تعالى من ذلك على لسان رسوله ﷺ بقوله " إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام " (٣) فحرم الله تعالى البشر والعرض، فلا يحل ضرب مسلم ولا سبه إلا بحق أو جبه القرآن أو السنة الثابتة).

وأنكر على بعض الحنفية قولهم: الإكراه بضرب سوط أو سوطين أو حبس يوم ليس إكراها فقال: هذا تقسيم فاسد لأنه لم يأت بقرآن ولا سنة، ولا معقول، والضرب كله سوط ثم سوط إلى مائة ألف أو أكثر (٤).

الرأي الثاني: ويرى أصحابه جواز ضرب المتهم من قبل الوالي أو القاضي، وذلك لأن القاضي نائب عن الوالي، وقد ذهب إلى هذا الرأي الحنابلة وبعض المالكية منهم أشهب (٥).

قال ابن تيمية: (الصنف الثالث وهو الفاجر الذي قد عرف منه السرقة قبل ذلك أو عرف بأسباب السرقة مثل أن يكون معروفاً بالقمار والفواحش التي لا تتأتى إلا بالمال وليس له مال ونحو ذلك فهذا لوث (٦) في التهمة ولهذا قالت طائفة من العلماء: إن مثل هذا يمتحن بالضرب، يضربه الوالي والقاضي كما قال أشهب صاحب مالك وغيره حتى يقر بالمال (٧).

وقال أشهب: (وإذا كان متهماً يمتحن بالسجن والأدب ويجلد بالسوط مجرداً) (٨)، وقال أيضاً: (فأما ضرب المتهم إذا عرف أن المال عنده وقد كتمه وأنكره، ليقر بمكانه فهذا لا ريب فيه، فإنه ضرب ليؤدي الواجب من التعريف بمكانه ليؤدي ما عليه من المال الذي يقدر على وفائه).

١- الأنصاري، أسنى المطالب ج٢، ص٢٩١.

٢- ابن حزم، المحلى ج١٢، ص٣٩.

٣- أخرجه البخاري، ج٦، ص٢٥٩٣، كتاب الفتن، باب قول النبي ﷺ لا ترجعوا بعدي كفاراً يضرب بعضهم رقاب بعض.

٤- ابن حزم، المحلى ج٧، ص٢١٢.

٥- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى ج٣، ص٤١، ابن القيم الطرق الحكمية ١٥٠، ١، الباجي، المنتقى شرح الموطأ ج٧، ص١٦٦.

٦- اللوث: شبه الدلالة، ولا يكون بينة تامة. لسان العرب ج٢، ص١٨٥.

٧- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى ج٣، ص٤١.

٨- الباجي، المنتقى شرح الموطأ ج٧، ص١٦٦.

وقد دل على ذلك حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قاتل أهل خيبر حتى الجأهم إلى قصرهم، فغلب على الأرض والزرع والنخل، فصالحوه على أن يجلو منها ولهم ما حملت ركابهم ولرسول الله ﷺ الصفراء والبيضاء^(١)، ويخرجون منها، واشترط عليهم أن لا يكتموا ولا يغيبوا شيئاً فإن فعلوا فلا ذمة لهم ولا عهد، فغيبوا مسكا^(٢) فيه مال وحلي لحبي بن أخطب، كان احتمله معه إلى خيبر حين أحليت النضير فقال رسول الله ﷺ لعم حبي ما فعل مسك حبي الذي جاء به من النضير فقال أذهبتة النفقات والحروب فقال العهد قريب والمال أكثر من ذلك فدفعه رسول الله ﷺ إلى الزبير فمسه بعذاب...^(٣).

وقال ابن القيم: (ويسوغ ضرب المتهم كما أقر النبي ﷺ الزبير بتعذيب المتهم الذي غيب ماله حتى أقر به وقال أيضا: ومن تأمل الشريعة وقضايا الصحابة وجدها طافحة بهذا ومن سلك غير هذا أضاع على الناس حقوقهم، ونسبه إلى الشريعة التي بعث الله بها رسوله ﷺ)^(٤).

الرأي الثالث: ويرى أصحابه جواز ضرب المتهم، ولكن ذلك للوالي دون القاضي، وقد ذهب إليه بعض أصحاب الشافعي وأحمد والقاضيان الماوردي وأبو يعلى^(٥)، ووجه هذا القول: أن الضرب المشروع هو ضرب الحدود والتعزيرات وذلك إنما يكون بعد ثبوت أسبابها وتحققها، فيتعلق ذلك بالقاضي، وموضع ولاية الوالي المنع من الفساد في الأرض وقمع أهل الشر والعدوان، وذلك لا يتم إلا بالعقوبة للمتهمين المعروفين بالإجرام بخلاف ولاية الحكام^(٦)، أو بعبارة أخرى يرى أهل هذا الرأي أن الوالي يضرب المتهم ويحبسه دون القاضي لأن الضرب المشروع - كعقوبة - بعد ثبوت الأسباب وتحقق الإدانة يكون من صلاحية القاضي بخلاف ضرب المتهم وحبسه لقمع أهل الشر فيكون من صلاحيات الوالي.

ويمكن القول إن آراء الفقهاء في مسألة ضرب المتهم تتلخص في رأيين:

الأول: عدم جواز ضرب المتهم. الثاني: جواز ضرب المتهم.

١- الصفراء والبيضاء: هي الذهب والفضة. ابن منظور لسان العرب. ج٤، ص٤٦٠.

٢- المسك: الجلد، والمراد به جلد ثور كما في بعض الروايات.

٣- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج٩، ص١٣٧. قال ابن حجر: ما أخرجه البيهقي بإسناد رجاله ثقات من حديث ابن عمر. ابن حجر، فتح الباري. ج٧، ص٤٧٩. ورواه ابن حبان من حديث ابن عمر، وقال الشيخ الأرنؤوط معقبا: إسناده صحيح. صحيح ابن حبان. ج١١، ص٦٠٧.

٤- ابن القيم، الطرق الحكيمة ج١، ص١٥٠.

٥- محمد بن الحسين بن محمد بن خلف البغدادي الحنبلي بن الفراء، أبو يعلى، شيخ الحنابلة، عالم عصره في الأصول والفروع وأنواع الفنون، محدث فقيه أصولي مفسر، من أهل بغداد ولد سنة ٣٨٠ هـ، ارتفعت مكانته الخلفاء وولي قضاء دار الخلافة والحريم وحلوان وغيرها، له مؤلفات كثيرة منها: الأحكام السلطانية، الكفاية في أصول الفقه، أحكام القرآن. توفي سنة ٤٥٨ هـ. الزركلي، الأعلام. ج٦، ص١٠٠، حالة معجم المؤلفين. ج٩، ص٢٥٤.

٦- ابن فرحون، تبصرة الحكام. ج٢، ص١٦١.

الأدلة والترجيح:

أدلة القائلين بعدم جواز ضرب المتهم^(١).

استدل القائلون بعدم جواز ضرب المتهم شرعا بالأدلة الآتية:

١- ما روي في كتب الصحاح والسنن أنه جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ فقال الحضرمي: يا رسول الله إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي وفي يدي، أزرعها، ليس له فيها حق، فقال رسول الله ﷺ للحضرمي: ألك بيعة؟ قال: لا، قال: فلك يمينه، قال: يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء، قال: ليس لك منه إلا ذلك، فقال رسول الله ﷺ لما أدبر: أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض^(٢).

وجه الدلالة: كما يلاحظ من منطوق الحديث ومن خلال قول النبي ﷺ للحضرمي ليس لك منه إلا ذلك - أي اليمين - فلو جاز التعذيب للوصول إلى إقرار الكندي لما قال النبي ﷺ للحضرمي ذلك، ودل ذلك على أنه ليس على المدعى عليه إلا اليمين.

٢- ما رواه أبو داود في سننه أن قوما من الكلاعيين سرق لهم متاع فاتهموا أناسا من الحاكة فأتوا النعمان بن بشير صاحب النبي ﷺ فحبسهم أياما ثم خلى سبيلهم فأتوا النعمان فقالوا خليت سبيلهم بغير ضرب ولا امتحان، فقال النعمان ما شئتم، إن شئتم أن أضربهم فإن خرج متاعكم فذاك وإلا أخذت من ظهوركم مثل ما أخذت من ظهورهم فقالوا هذا حكمك؟ فقال: هذا حكم الله ورسوله ﷺ. فقال أبو داود: إنما أرهبهم بهذا القول، أي لا يجب الضرب إلا بعد الاعتراف^(٣).

وجه الدلالة: يستدل من الأثر على عدم مشروعية ضرب المتهم من خلال رفض الصحابي النعمان بن بشير ضرب المتهمين ليقرؤا، وخلى سبيلهم بعد أن حبسهم أياما وأنه نسب حكمه ذلك إلى الله تعالى ورسوله ﷺ.

٣- ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه قال: جاءت جارية إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقالت: إن سيدي اتهمني فأقعدني على النار حتى احترق فرجي فقال عمر رضي الله عنه: هل رأى ذلك عليك؟ فقالت: لا، قال: فاعترفت له بشيء، قالت: لا، قال عمر رضي الله عنه: عليّ به، فلما رأى عمر رضي الله عنه الرجل قال: أتعذب بعذاب الله؟ قال: يا أمير المؤمنين

١- محمد أبو الليل في بحث المعاقبة على التهمة في الفقه الإسلامي ص ٥٤ من منشورات المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض.

٢- أخرجه مسلم ج ١، ص ١٢٣، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار حديث رقم (٢٢٣).

٣- سبق تخريجه ص ١٢٠.

أتهمتها في نفسها، قال: رأيت ذلك عليها؟ قال الرجل: لا، قال: فاعترفت لك بذلك؟ قال: لا، قال: والذي نفسي بيده لو لم اسمع رسول الله ﷺ يقول: لا يقاد مملوك من مالكة ولا ولد من والده لأقذتها منك. فبزه وضربه مائة سوط ثم قال: اذهبي فأنت حرة لوجه الله وأنت مولاة الله ورسوله (١).

وجه الدلالة: أن عمر رضي الله عنه ضرب الرجل لأنه عاقب الجارية على مجرد التهمة فدل ذلك على أن ضرب المتهم لمجرد التهمة غير مشروع.

٤ - ما استدل به ابن حزم (٢):

- قوله جل وعلا "فَامشُوا فِي مَنَاجِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ" (٣) إذ قال: فلا يحل لأحد أن يمنع مسلماً من المشي في الأرض بالسجن بغير حق أو جبه قرآن أو سنة.

- قوله ﷺ: "إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام" (٤) إذ قال: فحرم الله تعالى البشر والعرض، فلا يجوز ضرب المسلم ولا سبه إلا بحق أو جبه القرآن والسنة.

قال: (وله القود مع ذلك على من ضربه - السلطان كان أو غيره - لأنه ضربه ظالماً له دون أن يجب ضرب وهو عدوان وقد قال الله تعالى "فَمَنْ اَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَى عَلَيْكُمْ" (٥) وليس ظلمه وما وجب عليه من حد الله تعالى أو لغيره بمسقط حقه عند غيره في ظلمه له بل يؤخذ منه ما عليه ويعطى هو من غيره) (٦).

ثانياً: أدلة القائلين بجواز ضرب المتهم (٧).

استدل أصحاب الرأي القائل بجواز ضرب المتهم بالأدلة الآتية:

١ - حديث ابن عمر أن النبي ﷺ لما صالح أهل خيبر على الصفراء والبيضاء سأل زيد بن سعنة عم حبي بن أخطب فقال: أين كنز حبي بن أخطب فقال: يا محمد أذهبت النفايات والحروب، قال: العهد قريب والمال أكثر من ذلك، فدفعه النبي ﷺ إلى الزبير فمسه الزبير بعذاب، ففعل فدلهم على مكانه في خربة وكان حلياً في مسك ثور (٨).

١ - أخرجه الحاكم في المستدرک على الصحيحين. ج ٤، ص ٣٦٨ كتاب الحدود، كتاب العتق. ج ٢، ص ٢١٦، سنن البيهقي. ج ٨، ص ٣٦ باب ما روي فيمن قتل عبده أو مثل به. أخرجه أبو داود في سننه، ج ٢، ص ٥٤٠، قال الالباني: حديث حسن.

٢ - ابن حزم، المحلى بالآثار. ج ١٢، ص ٣٩.

٣ - سورة الملك آية، [١٥].

٤ - أخرجه مسلم ج ٢، ص ٨٨٩ كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ حديث رقم (١٢١٨).

٥ - سورة البقرة، آية: [١٩٤].

٦ - ابن حزم، المحلى بالآثار. ج ١٢، ص ٤٠.

٧ - هذه الأدلة استدلت بها القائلون بجواز ضرب المتهم سواء أكان ذلك للوالي على قول الرأي الثاني أم للقاضي على قول الرأي الثالث.

٨ - سبق تخريجه ص ١٢٥.

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أقر الزبير على ضربه زيد بن سعية عم حبي، فدل ذلك على جواز ضرب أهل التهم.

٢- حديث الإفك، والذي جاء فيه أن النبي ﷺ استشار علي بن أبي طالب رضي الله عنه فأشار عليه أن يسأل الجارية فإنها ستصدقه فدعاها ليسألها، فقام إليها علي فضربها ضربا شديدا وجعل يقول: اصدقني رسول الله ﷺ فتقول: والله لا أعلم إلا خيرا وما كنت أعيب على عائشة إلا أني كنت أعجن العجين فأمرها أن تحفظه فتنام عنه فتأتي الشاة فتأكله...^(١).

وجه الدلالة: يدل الحديث دلالة صريحة على استخدام علي رضي الله عنه الضرب مع الجارية، فدل ذلك على جواز تعذيب المتهم لحمله على الإقرار.

٣- روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: "بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا والمقداد والزبير فقال: انطلقوا حتى تأتوا روضة خاخ فإن بها طعينة معها كتاب فخرجنا تعادى بنا خيلنا فإذا نحن بالطعينة فقلنا لها: أخرجي الكتاب فقالت: ما معي كتاب، فقلنا: لتخرجن الكتاب أو لتلقين الثياب فأخرجته من عقاصها فأتينا به رسول الله ﷺ فإذا فيه من حاطب بن أبي بلتعة إلى ناس من المشركين ممن بمكة يخبر ببعض أمر النبي ﷺ"^(٢).

وجه الدلالة: قال أصحاب هذا الرأي: إن تهديد الصحابيِّين للجارية، إنما هو عقوبة لها على تهمة إخفاء الكتاب وإنكارها له، وفي هذا دليل على جواز عقوبة المتهم^(٣).

٤- روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: "عدا يهودي في عهد رسول الله ﷺ على جارية فأخذ أوضاحا كانت عليها ورضخ رأسها فأتى بها أهلها رسول الله ﷺ وهي في آخر رمق وقد أصممت فقال لها رسول الله ﷺ من قتلك؟ فلان - لغير الذي قتلها فأشارت برأسها أن لا قال فقال لرجل آخر - غير الذي قتلها - فأشارت أن لا فقال فلان - لقاتلها - فأشارت أن نعم فأمر به رسول الله ﷺ فرضخ رأسه بين حجرين"^(٤).

قال ابن القيم: (وهذا يدل على جواز أخذ المتهم إذا قامت قرينة التهمة والظاهر أنه لم تقم عليه بينة و لا أقر اختيارا منه للقتل، وإنما هدد أو ضرب فأقر وسلك أصحابه وخلفاؤه من بعده ما هو معروف لمن طلبه)^(٥).

١- هذه الرواية في سيرة ابن هشام ج٣، ص٣٨٨ أما الرواية التي عند البخاري فقد وردت من غير ذكر ضرب الجارية ج٣، ص٢٦٦ حديث رقم (٤٧٥٠).

٢- سبق تخريجه ص١٢٠.

٣- محمد أبو الليل، المعاقبة على التهمة في الفقه الإسلامي ص ٦٥.

٤- سبق تخريجه ص٥٠ من الرسالة.

٥- الطرق الحكمية ص١٧-١٨.

٥- روي عن أنس أن رسول الله ﷺ شاور حين بلغه إقبال أبي سفيان قال: فتكلم أبو بكر فأعرض عنه ثم تكلم عمر فأعرض عنه، فقام سعد بن عبادة فقال: إيانا تريد يا رسول الله والذي نفسي بيده لو أمرتنا أن نخيضها البحر لأخضناها ولو أمرتنا أن نضرب أكبادها إلى برك الغماد لفعلنا، قال: فندب رسول الله ﷺ الناس فانطلقوا حتى نزلوا بدرًا ووردت عليهم روايا قریش وفيهم غلام أسود لبني الحجاج فأخذه فكان أصحاب رسول الله ﷺ يسألونه عن أبي سفيان وأصحابه فيقول: ما لي علم بأبي سفيان، ولكن هذا أبو جهل وعتبة وشيبة وأمّية بن خلف في الناس، فإذا قال ذلك ضربوه فقال نعم أنا أخبركم هذا أبو سفيان، فإذا تركوه فسألوه فقال: ما لي بابي سفيان علم، ولكن هذا أبو جهل وعتبة وشيبة وأمّية بن خلف في الناس فإذا قال هذا أيضًا ضربوه ورسول الله ﷺ قائم يصلي، فلما رأى ذلك انصرف قال: والذي نفسي بيده لتضربوه إذا صدقكم وتتركوه إذا كذبكم، قال: فقال رسول الله ﷺ هذا مصرع فلان، قال: ويضع يده على الأرض هاهنا وهاهنا، قال: فما ماط أحدهم عن موضع يد رسول الله ﷺ^(١).

وجه الدلالة: إن ضرب الصحابة لغلام بني الحجاج ليخبرهم عن أبي سفيان، دليل على جواز تعذيب المتهم ليصدق في كلامه وينكشف أمر تهمته^(٢)، وقد جرى ذلك في حضرة النبي ﷺ ولم ينكر عليهم، فإذا جاز ذلك للحاكم جاز للقاضي بما له من ولاية مستمدة من الحاكم.

مناقشة الأدلة:

أجاب المانعون لضرب المتهم على أدلة المجيزين بما يأتي:

١- حديث ضرب عم حبي بن أخطب لما أنكر كنز حبي فيمكن أن يجاب عنه بأن الموقف لا يتضمن اتهامًا أو ظنا، وإنما يتضمن حقيقة^(٣) مستندها الوحي فكان ذلك بمثابة عقوبة لذلك الرجل على كذبه، لعلمه ﷺ بكذبه في زعمه أن الكنز أهلكته الحروب، وليس من باب الضرب له من أجل حمله على الاعتراف.

ويجاب عنه أيضا بأن الحادثة وقعت مع اليهود وفي ظروف الحرب فهي متعلقة بأمر الجهاد والحرابة بين المسلمين وغيرهم فلا يقاس عليها تعامل المسلمين بعضهم مع بعض^(٤).

٢- أما حديث الإفك بالرواية التي ذكرها القائلون بجواز تعذيب المتهم فيجاب عنها بأن

١- أخرجه مسلم ج٣، ص١٤٠٤ كتاب الجهاد والسير، باب غزوة بدر حديث رقم (١٧٧٩).

٢- بندر السويلم، المتهم معاملته وحقوقه في الفقه الإسلامي ص ١١١.

٣- البوطي، محمد سعيد، فقه السيرة، دراسات منهجية علمية لسيرة المصطفى عليه السلام وما تتطوي عليه من عظات ومبادئ وأحكام، دار الفكر، الطبعة الثامنة ١٩٨٠م، ص٣٦٧.

٤- المرجع السابق، ص ٣٦٧.

البخاري روى الحديث ولم يذكر فيه ضرب الجارية وإنما فيها أنه انتهرها بعض أصحابه^(١). وعلى فرض صحة هذه الرواية فهل الجارية في هذه الحادثة متهمة؟ وما تهمتها؟ أم أنها مطلوبة للشهادة؟ فإذا كانت شاهدة، فهل ثبت لعلي رضي الله عنه أنها شاهدة زور حتى يضربها؟

وإذا كانت كذلك فهل يرضى النبي ﷺ في موقف كذلك الموقف البالغ الصعوبة والحرص شهادة شاهدة زور؟ وهل يقبل ﷺ أصلاً أن تكون هذه الجارية في رفقة أم المؤمنين رضي الله عنها؟ ثم إذا كانت شاهدة عدل فهل يصح ضرب الشاهد شرعاً؟ فهذا لم يقل به أحد من العلماء إلا إذا كان شاهد زور، فكل هذا يرجح ما جاء في رواية البخاري التي مفادها انتهار الجارية لا ضربها والانتهاز شيء والضرب شيء آخر.

وأما خبر الطعينة فليس فيه دلالة على مشروعية تعذيب المتهم لسببين^(٢):

الأول: ليست تلك المرأة مجرد متهمة بما ووجهت به بل هي حقيقة ثابتة دل عليها خبر أصدق الناس ﷺ وهو أقوى في دلالاته من بيينة الاعتراف والإقرار فكيف يقاس من حامت حوله التهم لمجرد ظنون وشكوك من أناس غير معصومين على من أخبر الوحي عنه؟

الثاني: ليس إلقاء الثياب للتفتيش عن الكتاب كأمر التعذيب أو الحبس، فالفرق بينهما كبير.

وأما خبر غلام بني الحجاج فيمكن أن يجاب عنه بمثل ما أجيب عن خبر كنز حيي بن أخطب الحادثة وقعت مع المشركين وفي ظروف الحرب فهي متعلقة بأمر الجهاد والحرابة بين المسلمين وغيرهم فلا يقاس عليها تعامل المسلمين بعضهم مع بعض^(٣).

وأحاب المجيزون لضرب المتهم على أدلة المانعين بما يأتي:

أما حديث النعمان بن بشير مع الكلايين وخبر الحضرمي فيجاب عنهما بأن المتهمين مجهولو الحال غير معروفين بالتهم والذي يجوز تعذيبه هو المتهم المعروف بالشر والعدوان^(٤).

أما ما استدل به ابن حزم فعمومات تخصصها أدلة جواز التعذيب، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لا تعدو عن كونها وقوفاً على ظواهر تلك النصوص دون الالتفات إلى الفقه المقاصدي الذي يستند إليه الشرع الحنيف.

١- أخرجه البخاري ج٣، ص٢٦٦ حديث رقم (٤٧٥٠) سبق تخريجه ص١٢٨.

٢- محمد البوطي، فقه السيرة ص٣٦٨.

٣- المرجع السابق ص٣٦٨.

٤- بندر السويلم، المتهم معاملته وحقوقه في الفقه الإسلامي ص ١١٣.

وقفه مع أدلة الفريقين:

بعد النظر في أدلة الفريقين نلاحظ أن أدلة القائلين بعدم جواز ضرب المتهم ، صحيحة وصريحة في عدم جواز تعذيب المتهم ، ولكن نلاحظ من خلال هذه الأدلة أن المتهم حسبما ورد فيها لم تثبت إدانته بالبينة الثابتة على الوجه المشروع ، ويعتبر من المتهمين مجهولو الحال، ولذلك جاء فيها عدم مشروعية ضرب المتهم ، فمجهولو الحال لا يعذبون ليحملوا على الإقرار، وإنما للقاضي حسبهم أو استخدام أي أسلوب يراه مجديا سوى الضرب والتعذيب.

وبالنظر في أدلة القائلين بمشروعية ضرب المتهم نجد أن تلك الأدلة أباحت ضرب المتهم إذا كان مشهورا بفساده وفجوره وغلب على الظن اقتراه ما اتهم به وهو من الصنف الثالث من المتهمين الذين يجوز بحقهم ما لا يجوز مع غيرهم.

وبناء عليه يترجح لدي أن المتهم الذي يعرف بفجوره ويعرف أن المال بحوزته، أو المتهم الذي اشتهر عنه شرب الخمر أو اقتراف الزنى أو القتل فيجوز ضربه حتى يقر، أما المتهم الذي لم يثبت بحقه شيء من ذلك وغاية ما في الأمر مجرد ظنون فلا يجوز ضربه، ولكن ليس هناك ما يمنع حبسه.

أسباب الترجيح:

١ - إن مسألة ضرب المتهم تخرج عن ضوابط المصلحة إلى شواهد السنة، وأن الشاهد الذي اعتمد في السرقة لا يصح تعميمه على أي متهم، وإنما قناعة القاضي، ومعرفة سلوك المتهم وقرائن الأحوال^(١).

٢ - إن القول بإباحة تعذيب المتهم لمجرد أنه متهم -دون أن يكون مشهورا بالفجور والفساد ودون أن يحتف به شيء من القرائن والأمارات، ودون أن يكون مصرا على الإنكار - غير سائغ لأنه يجر إلى ألوان من الظلم والتجروء على العباد وامتهان كرامتهم - التي حث المولى جل وعلا على صيانتها واحترامها - بخاصة في هذا الزمان الذي أهدرت فيه حقوق الإنسان، وألقيت مخافة الله وراء الظهور وأصبح استحداث الأساليب الغريبة العجيبة في التعذيب - والتي لا تخطر على البال - ضربا من الفنون وعلمنا من العلوم ، الشيء الذي لا يدع مجالاً للمتهم في كثير من الأحوال إلا أن يقر على نفسه ولو بالباطل ،حتى يتخلص من ألوان العذاب.

ولكن ومن باب الاحتياط -حتى لا يقع القاضي في الظلم - يمكن القول بأن على القاضي أن يستنفذ جميع الوسائل التي يمكن أن تحمل المتهم على الإقرار قبل اللجوء إلى أسلوب الضرب

١ - البوطي، ضوابط المصلحة ص ٣٣٧ .

كإيهام المتهم واستخدام الحيلة معه و أسلوب المفاجئة بالسؤال والتخويف والتهديد بالحبس وبالحبس الفعلي كما قال بذلك بعض الفقهاء، وبالاستعانة بالقرائن كما في كلام ابن القيم.

وخلاصة القول: إن للقاضي سلطة تقديرية في ضرب المتهم وتعذيبه لحمله على الإقرار بعد تحقق الأمور الآتية:

١- لا بد أن يكون هناك قرائن وأمارات قوية ضده علاوة على كون المتهم مشهورا بالفساد والفجور، فقد يكون في تلك القضية بريئا.

٢- أن يبقى المتهم - على الرغم من شهرته بما اتهم به، وعلى الرغم من القرائن القوية التي قامت حوله- مصرا على إنكاره، أو يلزم جانب الصمت، وقد استنفد معه كل الوسائل والحيل التي ذكرنا سابقا، دون أن تجدي نفعاً، ظنا منه أنه يفلت بذلك من قبضة الحكم عليه، أو أنه سيحلف في نهاية الأمر ثم يخلى سبيله.

المطلب الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في وسائل الإثبات^(١)

تمهيد: التعريف بوسائل الإثبات.

الوسائل جمع وسيلة، والوسيلة: مصدر وسل، وهي ما يتقرب به إلى الغير، والجمع الواسيل والوسائل^(٢) ومن معانيها : المنزلة عند الملك، والدرجة، والقربة، وتوسل إليه بوسيلة: إذا تقرب إليه بعمل، وتوسل إليه بكذا: تقرب إليه بحرمة أصرة تعطفه عليه^(٣)، ويقال: وسلت إلى الله بالعمل أسل، من باب وعد بمعنى رغبت وتقربت^(٤).

أما الإثبات في اللغة: مصدر ثبت، وثبت الشيء دام واستقر فهو ثابت، وثبت الأمر: صح، وقيل للحجة ثبت، ورجل ثبت: إذا كان عدلا ضابطا^(٥) ويقال: لا أحكم إلا بثبت - بفتح الباء - أي بحجة^(٦).

وللإثبات في الاصطلاح تعريفات، منها:

١ - ذهب عالم القانون عبد الرزاق السنهوري، إلى نفي السلطة التقديرية للقاضي في الإثبات، ونسب ذلك إلى الفقه الإسلامي وأهله، ووصف المنهج الإسلامي في الإثبات بالمذهب القانوني أو المقيد، ذلك الذي يرسم القانون فيه طرقا محددة تحديدا دقيقا لإثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية، ويجعل لكل طريق قيمته ويتقيد بذلك الخصوم والقاضي، وهذا المذهب على ما فيه من دقة حسابية تكفل ثبات التعامل، يباعد ما بين الحقائق الواقعية والحقائق القضائية، فقد تكون الحقيقة الواقعية ملء السمع والبصر، ولكنها لا تصبح حقيقة قضائية إلا إذا استطيع إثباتها بالطرق التي حددها القانون، ثم يقول: وقد يغلب في الفقه الإسلامي المذهب القانوني في الإثبات ويضرب مثلا فيقول: فيجب في الإثبات بالبينة شهادة شاهدين، ولا يكتفى بشاهد واحد إلا في حالات استثنائية، وإذا توافر نصاب الشهادة وجب الأخذ بها دون أن يكون للقاضي حرية في التقدير، ويتفاوت نصاب الشهادة من واقعة لأخرى في حدود مقدرة تقديرا يكاد يكون حسابيا.

ولم ينح من حكم الأستاذ السنهوري إلا قلة قليلة من فقهاء المسلمين، كابن القيم وساق كلامه (فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله). ويرى السنهوري أن ابن القيم خلافا لمعظم الفقهاء يتبع المذهب الحر أو المطلق في الإثبات، ثم يذكر السنهوري بعد ذلك أن المذهب المختلط وهو الذي يجمع بين الإثبات المطلق والإثبات المقيد ويكون الإثبات فيه حرا، ويتلمس القاضي وسائل الإقناع فيه من أي دليل يقدم إليه، شهادة كانت أو قرينة، أو كتابة أو أي دليل آخر، ثم ينتهي على هذا المذهب ويصفه بأنه خيرا من المذاهب كلها بما فيها الإسلامي.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، ط٢، دار النهضة العربية، ١٩٨٢م. ج٢ ص٤٠ وما بعدها.

ولاشك، بعد أن أثبت ما أثبت من مجالات السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي فيما سبق، وفيما سيأتي الحديث عنه إن شاء الله تعالى، فيه الرد الشافي على ما تبناه السنهوري، ولا يفوتني الإشارة إلا أن د. عبد الرحمن شرفي رد على الأستاذ السنهوري ردا شافيا أيضا في رسالته "تعارض البينات القضائية في الفقه الإسلامي" ص٤٤٢ وما بعدها.

٢- الرازي، مختار الصحاح ج١، ص٣٠٠.

٣- ابن منظور، لسان العرب. ج١١، ص٧٢٤.

٤- الفيومي، المصباح المنير. ج٢، ص٣٣٦.

٥- الفيومي، المصباح المنير. ج١، ص٨٨.

٦- الرازي مختار الصحاح ج١، ص٣٥، ابن منظور لسان العرب. ج٢، ص٢٠.

منها: إقامة الحجة مطلقا سواء كان ذلك على حق أم على واقعة وسواء كان عند التنازع أم قبله حتى أطلقوه على توثيق الحق وتأكيد عند الإثبات^(١). وهذا هو المعنى العام للإثبات .

ومنها: إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية^(٢). وهذا هو المعنى الخاص للإثبات.

وهو عند القانونيين قريب مما هو عليه عند الفقهاء فهو : إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة نظاما على وجود واقعة متنازع عليها^(٣) .

وتنقسم وسائل الإثبات إلى قسمين :

الأول: وسائل الإثبات المتفق عليها وتشمل : الإقرار والشهادة واليمين .

الثاني: وسائل الإثبات المختلف في الأخذ بها كأدلة إثبات ، كالقرائن والفراسة والقرعة والقيافة والخط والكتابة وغيرها .

وسبب هذا التقسيم هو أن الفقهاء اختلفوا في مبدأ حصر هذه الوسائل، كنتيجة طبيعية لاختلافهم في مفهوم البينة لديهم فقد ذهب قلة من الفقهاء إلى القول بعدم حصر هذه الوسائل ، لأن البينة عندهم تفيد كل ما يبين به الحق ، ومن ثم فإن كل ما يبين الحق ويظهره يكون مأذونا فيه شرعا كوسيلة من وسائل الإثبات ، ولما كان الأمر كذلك فإن معنى البينة لا يقتصر على معنى الشهادة، وهم يرون أن هذه الوسائل ليست تعبدية ، إنما هي اجتهادية وقد تترتب على هذا أن عرف كل اتجاه البينة بما يناسب تصوره لها^(٤) .

رأى غالبية الفقهاء، أن وسائل الإثبات في الشريعة مقيدة ومحصورة^(٥) بما دلت عليه صريح النصوص التي بينت ذلك، والتي تشير إلى معنى الشهادة كتلك التي نصت على طلب البينة وقصد بها الشهود، كقوله ﷺ "شاهدك أو يمينه"^(٦) وكقوله ﷺ " البينة على المدعي واليمين على من أنكر"^(٧) وغيره ، ومن ثم تمخض عن هذا التصور أن طرق أو وسائل الإثبات توقيفية

١- الزحيلي، وسائل الإثبات. ج ١، ص ٢٢.

٢- الزحيلي، وسائل الإثبات. ج ١، ص ٢٣، الترهوني، محمد أحمد ضو، حجية القرائن والإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط ١، دراسة مقارنة في ضوء الفقه والقضاء، منشورات جامعة قان يونس بنغازي، ١٩٩٣ م. ص ٢٨.

٣- السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني. ج ٢، ص ١٩.

٤- ابن فرحون تنصرة الحكام. ج ١، ص ١٧٢، ابن تيمية، مجموع الفتاوى . ج ٣٥، ص ٣٩٢، ابن القيم، الطرق الحكمية ص ١٤، أعلام الموقعين، ج ١، ص ٩٠.

٥- القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق. ج ٤، ص ١٢٢٧، أيمن العمر، المستجدات في وسائل الإثبات، رسالة جامعية ص ٢٧.

٦- أخرجه مسلم ج ١، ص ١٢٣، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة، حديث رقم (٢٢١).

٧- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج ١٠، ص ٢٥٢، كتاب الدعوى والبيانات حديث رقم (٢٠٩٩٠)، أخرجه الدارقطني في السنن ج ٤، ص ٢١٧ ورواه بزيادة " إلا في القسامة " باب في المرأة تقتل إذا ارتدت. قال الألباني : حديث صحيح . إرواء الغليل ، ج ٦، ص ٣٥٧، الجامع الصحيح وزياداته ، ج ١، ص ٥٢١.

تعبدية غير معقولة المعنى ولا مجال للاجتهاد فيها .

قال ابن القيم : فهي - أي البينة - أعم من البينة في اصطلاح الفقهاء حيث خصوها بالشاهدين أو الشاهد واليمين^(١) .

و يمكن القول: إن سبب الخلاف بين الفقهاء يرجع إلى أمرين^(٢):

الأول: اختلافهم في معنى البينة في لسان الشرع، هل يراد بها الشهادة؟ أم أن البينة اسم لكل ما يبين يظهر الحق ويبينه؟

الثاني: اختلافهم في تصور طبيعة هذه الوسائل، هل هي تعبدية توقيفية غير معقولة المعنى ولا معلومة العلة؟ أم أنها اجتهادية معقولة المعنى ويمكن القياس عليها؟

فمن قصر معنى البينة على الشهادة حمل جميع النصوص الواردة بطلب البينة على طلب الشهادة ولم يسوغ للقاضي الاجتهاد في الاعتماد على وسائل أخرى في الإثبات، وأما من رأى أن معنى البينة لا يقتصر على الشهادة، رأى أنه يتسع ليشمل كل ما يبين الحق ويظهره، شهادة كانت أم إقراراً، أم قرائن أم غيرها؟ وترتب على هذا أن من قال: إن معنى البينة مقصور على ما ورد في لسان الشرع من أنها الشهادة رأى أن الوسائل محصورة تعبدية لا مجال للاجتهاد فيها وليس للقاضي اعتماد أية وسيلة رآها.

وأما من رأى أن البينة لا تقتصر على معنى الشهادة فقد رأى أن الإثبات يصح بكل وسيلة من شأنها أن تظهر الحق وتبينه.

وما يهمنا هنا هو الحديث عن سلطة القاضي التقديرية في موضوع البينات، ونبدأ أولاً بالوسائل المتفق على الأخذ بها في الإثبات، ثم يلي ذلك الحديث عن الوسائل المختلف فيها.

١- ابن القيم، أعلام الموقعين ج١، ص٩٠.

٢- أيمن العمر، المستجدات في وسائل الإثبات، رسالة جامعية ص٢٦-٢٧.

الفرع الأول

السلطة التقديرية للقاضي في وسائل الإثبات المتفق على اعتبارها في الإثبات

سأتناول في هذا المطلب - إن شاء الله تعالى - الحديث عن السلطة التقديرية في وسائل الإثبات

المتفق عليها، الإقرار والشهادة واليمين ويشمل الفروع الآتية:

أولاً: سلطة القاضي التقديرية فيما يتعلق بالإقرار.

ثانياً: سلطة القاضي التقديرية فيما يتعلق بالشهادة.

ثالثاً: سلطة القاضي التقديرية فيما يتعلق باليمين

أولاً: سلطة القاضي التقديرية فيما يتعلق بالإقرار

تعريف الإقرار:

في اللغة: الإذعان للحق والاعتراف به يقال: أقر بالحق: أي اعترف به^(١). وفي الاصطلاح: الإخبار بحق للغير على النفس^(٢)، أو إخبار عن حق سابق، ويسمى اعترافاً^(٣). وقد ثبتت مشروعية الإقرار بالقرآن والسنة والإجماع والمعقول^(٤). وإذا كان موضوعنا عن سلطة القاضي التقديرية فيما يتعلق بالإقرار، فيلزم الإشارة إلى أن الأصل - كما رأى ابن حزم - أنه إذا أقر المكلف طائعا مختارا بحق عليه للعباد أو لله تعالى، وكان الإقرار تاما ولم يصله بما يفسده، فإن إقراره صحيح ويلزمه، ولا رجوع له فيه بعد ذلك، فإن رجع لم ينتفع برجوعه، وقد لزمه ما أقر به على نفسه من دم أو حد أو مال^(٥). ولكن الشارع الحكيم جعل للقاضي مساحة كافية يتحرك فيها لصالح المقر دون أن يخرج عن قواعد الشرع، وهو من باب السلطة التقديرية للقاضي، وتظهر هذه السلطة في موضوع الإقرار من خلال الأمور الآتية:

١ - للقاضي سلطة تقديرية في تلقين المقر ليتبين له مدى وعيه لمضمون ما أقر به على نفسه كما أفهمت هذا قصة ماعز بن مالك الأسلمي، عندما جاء إلى النبي ﷺ يقر بالزنى على نفسه، والنبي ﷺ يستوضح منه ويسأله ويبين له، كما جاء ذلك في رواية البخاري "لعلك قبلت أو غمزت، أو نظرت"^(٦)، وكما في سؤاله ﷺ للحاضرين عن حاله من إصابته بجنون أو خبل، أو سكر، كما جاء في القصة: فسأل رسول الله ﷺ: "أبه جنون؟ فأخبر أنه ليس بجنون فقال: أشرب خمرا؟ ومن هنا فهم بعض الفقهاء أن للقاضي أن يستفسر عن كل المسقطات، لصالح المتهم فقالوا: إن للقاضي أن يستفسر عن المسقطات وأن يلقتها للمتهم^(٧).

١ - ابن منظور لسان العرب. ج ٥، ص ٨٨، الرازي، مختار الصحاح. ج ١، ص ٢٢١ الفيومي، المصباح المنير. ج ٢، ص ١٥٤.

٢ - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٧، ص ٩٤، ابن الهمام، فتح القدير. ج ٨، ص ١٦١.

٣ - الأنصاري، أسنى المطالب. ج ٢، ص ٢٨٨.

٤ - القرافي، الذخيرة. ج ٩، ص ٢٥٧، الدماطي، إعانة الطالبين ج ٣، ص ١٨٧، الشربيني، الإقناع ج ٢، ص ٣٢٤ الشربيني، مغني المحتاج ج ٢، ص ٢٣٨، ابن قدامة المغني ٥، ٢٧١، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ج ٣، ص ٥٦٩.

٥ - ابن حزم المحلى. ج ٨، ص ٢٥٠.

٦ - أخرجه البخاري. ج ٦، ص ٢٥٠٢، كتاب المحاربيين من أهل الكفر والردة، باب هل يقول الإمام للمقر لعلك لمست أو غمزت حديث رقم (٦٤٣٨).

٧ - المرتضى، البحر الزخار. ج ٦، ص ١٥٣، الصنعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب. ج ٤، ص ٢١٩.

قال ابن فرحون: (لا بأس أن يلقن أحدهما حجة عمي عنها، وإنما كره له أن يلقنه حجة الفجور، وصورة ذلك أن يقول لخصمه: يلزمك على قولك كذا وكذا، فيفهم خصمه حجته، ولا يقول لمن له المنفعة: قل له: كذا)^(١).

وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن عمل القاضي لا يكون عملاً ألياً مجرداً، خالياً من الحكمة وبعد النظر وتوخي مصالح العباد، بل إنه عمل مقاصدي يتحرى به صالح المتهم حتى يتبين له قيمة الدليل ومدى حجبه ليتسنى له الوصول إلى الحق وإقامة العدل.

٢ - للقاضي سلطة تقديرية في نذب المقر على نفسه إلى ستر نفسه، إذا كان قد اقترف ما يستوجب حداً من الحدود أو ما دونه ولم تقم عليه البيينة الشرعية، ويستدل على هذا من خلال ما جاء في قصة معز سابقة الذكر، حيث ورد في مطلعها: جاء معز بن مالك إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله طهرني فقال: ويحك ارجع فاستغفر الله وتب إليه، قال: فرجع غير بعيد ثم جاء فقال: يا رسول الله طهرني، فقال رسول الله ﷺ ويحك، ارجع فاستغفر الله وتب إليه، فرجع غير بعيد ثم جاء فقال يا رسول الله طهرني فقال النبي ﷺ مثل ذلك حتى إذا كانت الرابعة قال له رسول الله: فيم أطهرك فقال: من الزنى...^(٢)، فرد النبي ﷺ لماعز في المرة الأولى والثانية الثالثة يحمل على أنه قد نذبه إلى ستر نفسه حيث أن البيينة لم تقم عليه. وجدير بالذكر أن القاضي يذكر المقر على نفسه بضرورة إعادة الحقوق إلى أصحابها إذا كان ما قد أقربه على نفسه يتعلق بحق من حقوق العبادة.

٣ - وللقاضي سلطة تقديرية في حال إقرار الأخرس، أن يسأل إخوانه أو أصدقاءه عن المقصود من تلك الإشارة.

جاء في درر الحكام: (الإشارة المعهودة تكون بأعضائه، كاليد والحاجب، وفي هذه الصورة إذا كان القاضي واقفاً على معنى إشارة الأخرس، وإلا يسأل إخوان الأخرس أو أصدقاءه الذين يعرفون ما المقصد من تلك الإشارة وهؤلاء يوضحون ويفسرون بحضور القاضي مقصد الأخرس ويجب أن يكون هؤلاء عدولاً وممن يقبل قولهم)^(٣).

١ - ابن فرحون، تبصرة الحكام. ج ١، ص ٣٨.

٢ - سبق تخريجه ص ٥١.

٣ - علي حيدر، درر الحكام. ج ٤، ص ٧٠.

وفي زمننا الحاضر أصبح للأخرس لغة تستخدم فيها الإشارة باليدين وحركات الأصابع ، ولا يقتصر تعلمها على الأخرس ، بل يتعلمها الناطقون لغايات الترجمة والتفسير بينهم وبين الأخرس .

٤ - للقاضي سلطة تقديرية في إبطال الإقرار - بمعنى إلغاء الأثر المترتب عليه - وإبطال القاضي الإقرار صوراً متعددة منها:

أ- إبطال الإقرار عند اقترانه بما يفسده، واعتبار المقر كأنه لم يقر بشيء .
قال ابن حزم: (إن أقر الرجل بحق الله أو للعبد، ووصل إقراره بما يفسده، بطل كله ولم يلزمه شيء لا مال ولا قود ولا حد، مثل أن يقول: لفلان علي مائة دينار وقد قضيتها إياه، أو يقول: قذفت فلانا وأنا في غير عقلي أو يقول: قتلنا فلانا لأنه أراد قتلي ولم أقدر على دفعه عن نفسي أو يقول: زنييت وأنا في غير عقلي، ونحو ذلك، فإن هذا كله يسقط الإقرار، ولا يلزمه شيء والحر والعبد والذكر والأنثى ذات الزوج، والبكر ذات الأب واليتيمة في كل ما تقدم سواء، وإنما هذا كله إذا لم تكن بينة، فإن كانت البينة فلا معنى للإقرار) (١).
أقول: الأولى أن يقول إن اتصال الإقرار بما يفسده في الحدود والقصاص يورث الشبهة التي تسقط الحد، ولكنها لا تمنع من المؤاخذة بما هو دون الحد.

واستدل على هذا بما يأتي:

- روي عن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق، أن رجلاً استضاف ناساً من هذيل فأرسلوا جارية تحتطب فأعجبت الضيف، فتبعها، فأرادها فامتعت فعاركها فانفلتت فرمته بحجر فقضت كبده فمات، فأنت أهلها فأخبرتهم، فأتوا عمر بن الخطاب فأخبروه، فقال عمر: (قتيل الله لا يودى والله أبدا) (٢).

وهذا الأثر يدل على حصول الاعتراف إلا أنه قد وصل بما يفسده ، واعتبر الاعتراف لاغ، ولم يلزم المرأة بشيء لا دية ولا قوداً (٣).

- ما روي عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال : أتيت وأنا باليمن بامرأة فسألتهما ؟ فقالت : ما تسأل عن امرأة حبلى ثيب من غير بعل، أما والله ما خاللت خليلاً ولا خادنت خدناً (٤)

١- ابن حزم ، المحلى . ج ٨، ص ٢٥٠.

٢- أخرجه عبد الرزاق في المصنف . ج ٩، ص ٤٣٥، الأثر رقم (١٧٩١٩) وقد ساق آثاراً أخرى عن بعض الصحابة كعلي وعثمان رضي الله عنهما . ابن حزم ، المحلى . ج ٨، ص ٢٥٠.

٣- أحمد الحصري، علم القضاء ص ٧٩.

٤- الخدن: الصديق، لسان العرب . ج ١٣، ص ١٣٩.

منذ أسلمت، ولكن بينما أنا نائمة بفناء بيتي فوالله ما أيقظني إلا الرجل حين ركبني وألقى في بطني مثل الشهاب، فقال: فكتبت فيها إلى عمر بن الخطاب، فكتب إلي أن وافني بها وبناس من قومها فوافيته بها في الموسم، فسأل عنها قومها، فأثنوا خيرا وسألها فأخبرته كما أخبرتني، فقال عمر: شابة تهامية تنومت، فمارها عمر وكساها وأوصى بها قومها خيرا^(١).

وتظهر سلطة القاضي التقديرية فيما قرره ابن حزم من خلال تقدير القاضي لما اتصل بالإقرار من أمور فأفسدته، ومدى اقتناعه به، أخذًا بعين الاعتبار القرائن والأمارات المحتفة به. ب- للقاضي سلطة تقديرية في إبطال الإقرار الصادر عن المقر وعدم اعتباره، إذا كان مكرها عليه بغير حق، فلو أن إنسانا، أكره وعذب من قبل إنسان آخر - بغير حق - ليقر بشيء فأقر لم يؤأخذه القاضي بإقراره، لانتهاء الاختيار منه ، فيشترط لقبول إقراره أن يكون طائعا مختارا راضيا بما يقول، وهذا على ما قال به عامة فقهاء المذاهب^(٢).

وتجدر الإجابة عن تساؤل قد يرد هنا ومفاده: أنه مر سابقا أن للقاضي حمل المتهم على الاعتراف إذا كان من أهل التهمة والفجور بمسه بشيء من العذاب، وهنا نقول إن للقاضي إبطال الإقرار الصادر عن المقر بالإكراه، فكيف التوفيق بين القولين ؟

أقول: إن ما سبق تقريره من أن للقاضي ضرب المتهم ليقر، يختلف عن الحالة الثانية التي قلنا فيها إن للقاضي أن يبطل الإقرار الصادر عن إكراه، ففي الحالة الأولى، جعل للقاضي سلطة إجبار المتهم على الاعتراف لَمَّا كان حاله من التهمة والفجور علاوة على القرائن التي تؤيد اقتراه لما اتهم به وإصراره على الإنكار، فمثل هذا يسوغ إكراهه على الإقرار - وإلا ضاعت الحقوق وتجراً أهل الباطل على أهل الحق - أما الحالة الثانية فالأمر فيها مختلف، فالإكراه على الإقرار وقع بغير حق ومن غير القاضي وبدون إذنه ، فلو جاز ذلك وأخذ المقر بإقراره، لتجرأ العباد على بعضهم ولاتخذ الإكراه طريقا لأخذ حقوق الناس بالباطل .

ج- للقاضي سلطة تقديرية في إبطال الإقرار وعدم قبوله إذا كان المقر متهما في إقراره، بأن يقصد من إقراره إخفاء الحقيقة^(٣)، أو نفي المسؤولية عن غيره، فعندئذ على القاضي أن ينتهت ويستطلع الأمر ويتروى فيه، ولا يستعجل في ترتيب الحكم فورا لمجرد الإقرار .

١- هذه روايه ابن حزم في المحلى ج٨، ص٢٥١ وقد أخرج ابن أبي شيبة في المصنف ج٩، ص٥٦٨ والبيهقي في السنن ج٨، ص٤١٠ أثرا شبيها بهذا مرويا عن النزال بن سبرة، ورجال السنن فيه ثقات.

٢- المرادوي، الإنصاف ج١٢، ص١٣٣ حاشية ابن عابدين ج٥، ص٦٢٧، المغربي، مواهب الجليل ج٥، ص٢١٦ الشوكاني، السيل الجرار. ج٤، ص١٧١، الشريبي، مغني المحتاج. ج٢، ص٢٤٠، ابن حزم، المحلى ج٨، ص٢٥١

٣- بندر السويلم، المتهم معاملته وحقوقه في الفقه الإسلامي، ص١٨٤.

قال ابن القيم: (فإن الإقرار إذا كان لعلة اطلع عليها الحاكم لم يلتفت إليها أبداً، ولذلك ألغينا إقرار المريض مرض الموت بمال لوارثه، لانعقاد سبب التهمة)^(١).

وقال السرخسي^(٢): (لأن التهمة تخل برجحان الصدق على جانب الكذب في إقراره، لأن إقرار الإنسان على نفسه شهادة، قال الله تعالى "يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ"^(٣) والشهادة على نفسه إقرار دل أن الإقرار شهادة وأنها ترد بالتهمة)^(٤).

١ - الطرق الحكيمة ص ٦.

٢ - محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، أبو بكر، فقيه أصولي، مجتهد متكلم مناظر، من مؤلفاته: شرح السير الكبير، المبسوط، صفة أشراط الساعة، شرح الجامع الكبير للشيباني، توفي سنة ٤٩٠ هـ.

الزركلي، الأعلام. ج ٤، ص ٣٢٩، كحالة، معجم المؤلفين. ج ٨، ص ١٨٠.

٢ - سورة النساء، آية: [١٣٥].

٤ - الكاساني، بدائع الصنائع. ج ٧، ص ٢٢٣.

ثانيا: سلطة القاضي التقديرية فيما يتعلق بالشهادة.

تمهيد: تعريف الشهادة:

في اللغة: من الفعل شهد بفتح الشين وكسر الهاء ، وقد جاءت على معان عديدة :
 منها الاطلاع والمعاينة، والإخبار، والحضور، والخبر القاطع، والحلف، والإدراك^(١).
 وفي الاصطلاح: هي إخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم^(٢)، أو هي إخبار عن
 عيان بلفظ الشهادة في مجلس القاضي بحق للغير على آخر^(٣) أو هي الإخبار بلفظ الشهادة -
 يعني بقول أشهد - بإثبات الحق الذي هو في ذمة الآخر، في حضور الحاكم ومواجهة
 الخصمين^(٤).

وقد ثبتت مشروعية الشهادة في القرآن والسنة والإجماع والمعقول^(٥).

أما سلطة القاضي التقديرية فيما يتعلق بموضوع الشهادة فتظهر في الأمور الآتية:

١ - سلطة القاضي في مناقشة الشهود ومحاورتهم للتأكد من سلامة الشهادة وصحتها
 ومطابقتها لمضمون الدعوى.

سبق وأن ذكرنا: أن عمل القاضي ليس عملا آليا مجردا من الحكمة وحسن النظر والتقدير، بل
 إنه عمل يقوم على حسن الفهم والتثبت ووزن الأمور، كل ذلك وأكثر من أجل الوصول إلى
 العدل والحق، وإنصاف المظلوم، تلك الغاية التي ينشدها كل قاض عادل .
 ومن هنا وتحقيقا لتلك الغاية السامية، يتصرف القاضي بكل حكمة ووعي في موضوع شهادة
 الشهود، فلا يقتصر دوره على مجرد سماع شهادة الشهود ثم بناء الحكم عليها مباشرة، دون
 أي تفحص وتدقيق، ودون تأكد من صحتها وسلامتها، ومدى مطابقتها لمضمون الدعوى، بل
 يحاور الشهود ويسألهم الأسئلة التي يراها مناسبة للتحقق من صدقهم ومطابقة شهادتهم للدعوى.
 قال ابن نجيم الحنفي: (وفي الهداية: وينبغي أن يسألهم الإمام عن كيفية السرقة، وماهيتها
 وزمانها، ومكانها، لزيادة الاحتياط... وقال أيضا: وزاد في الكافي: فالسؤال عن الكيفية،

١ - الفيومي، المصباح المنير. ج ١، ص ٣٤٨، الرازي، مختار الصحاح ج ١، ص ١٤٧، الجرجاني، علي بن محمد،
 (ت ٨١٦ هـ)، التعريفات، ط ١، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت ١٤٠٥ هـ .
 ج ١، ص ١٧٠.

٢ - حاشية البجيرمي عل الخطيب، ج ٤، ص ٤١٣.

٣ - الجرجاني، التعريفات. ج ١، ص ١٧٠.

٤ - علي حيدر، درر الحكام. ج ٤، ص ٣٤٦.

٥ - الشربيني، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٤٢٦، ابن قدامة، المغني ج ١٢، ص ٢، البهوتي، شرح منتهى الإرادات
 ج ٣، ص ٥٣٤.

لا احتمال أنه سرق على كيفية لا يقطع معها ، كأن نقب الجدار وأدخل يده فأخرج المتاع فإنه لا يقطع^(١).

وفي مختصر الخرشي^(٢): (يستحب للحاكم أن يسأل شهود الزنى كيف رأيتموه ؟ وهل كانت على ظهرها ؟ أو على بطنها ؟ أو غير ذلك)^(٣) .
وإذا كان سؤال الشهود على النحو المذكور في الأوضاع الطبيعية ، يعتبر من سلطة القاضي التقديرية ، فإن له ذلك من باب الأولى في حالة الريبة من الشهود .
وللقاضي أيضا أن يطلب من الشاهد إعادة مضمون شهادته الخطية ليتحقق من صدق الشاهد ووثوقه بما يشهد به .

قال ابن فرحون : (وأداء الشهادة على نوعين: الأول: عبارة باللسان يصرح بها الشاهد عند الحاكم، فيتلقى الحاكم منه الشهادة بحسب لفظه، والثاني: رفع شهادات قد ارتسمت في كتاب والشاهد ميت أو غائب، وفي كلا النوعين أمور ينبغي التنبيه لها)^(٤) .

٢ - سلطة القاضي التقديرية في تفريق الشهود أثناء أدائهم الشهادة عند الريبة بهم.

الأصل في طريقة استماع القاضي لشهادة الشهود أن تكون بحضور أطراف الخصومة ومن شاء أن يحضر من المسلمين - لأن نظر الخصومات كان أكثر ما يكون في المسجد، قبل أن يصبح للقضاء دار خاصة به - فيسمع ويرى الشهود بعضهم بعضا، وكذلك الحاضرون، ولكن القاضي إذا وقع في نفسه الريبة من الشهود ولم يطمئن لهم فله - ومن باب السلطة التقديرية التي منحها الشارع له - أن يفرق بين الشهود وقت أدائهم الشهادة، فيستمع لشهادة كل واحد على حدة، ثم يرى مدى تطابق الشهادات بعضها مع بعض، فيكون ذلك أهدى إلى الحكم بالحق.

قال الشافعي رحمه الله: (وأحب له إن كان الشهود ليسوا ممن يعرف بالحال الحسنة المبرزة والعقل معها أن يفرقهم ، ثم يسأل كل واحد منهم على حدته عن شهادته ، واليوم الذي شهد فيه والموضع الذي شهد فيه ، ومن حضره ، وهل جرى ثم كلام ؟ ثم يثبت ذلك كله ، وهكذا أحب

١- ابن نجيم، البحر الرائق. ج٥، ص٨٨، الخرشي ، شرح مختصر خليل ج٧، ص١٩٩، العدوي، علي، حاشية العدوي ، مطبوع مع شرح مختصر سيدي خليل للخرشي ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة ، ج٧، ص١٩٩
٢- محمد بن عبد الله الخرشي ، نسبة إلى قرية أبو خراش من البحيرة بمصر، المالكي نسبة إلى مذهب مالك، أبو عبد الله كان فقيها ، ونحويا ، فاضلا ورعا من كتبه : الشرح الكبير على متن خليل في فقه المالكية، منتهى الرغبة في حل ألفاظ النخبة ، والفرائد السننية شرح المقدمة السنوسية، توفي سنة ١١٠١هـ .
الزركلي ، الأعلام. ج٦، ص٢٤٠-٢٤١، كحالة معجم المؤلفين. ج٩، ص٢٧٨.

٣- الخرشي ، محمد بن عبد الله ، شرح مختصر سيدي خليل ، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة .. ج٧، ص٢٠٠.

٤- ابن فرحون، تبصرة الحكام. ج١، ص٢٠٧.

إن كان ثم حال حسنة ولم يكن سديد العقل ، أن يفعل به هذا ، ويسأل من كان معه في الشهادة على مثل حاله عن مثل ما يسأل ليستدل على عورته إن كانت في شهادته أو اختلاف إن كان في شهادته وشهادة غيره ، فيطرح من ذلك ما لزمه طرحه ويلزم ما لزمه إثباته^(١).

قال ابن تيمية: (فإن الحاكم يفعل ذلك - أي تفريق الشهود - عند الريبة ، ولا يجب فعله في كل شهادة)^(٢).

وقال ابن فرحون: (ولا ينبغي للقاضي أن يفرق بين الشهود إلا عن تهمة، ويفعله في رفق كشفا رقيقا عن كل ما يريد حتى تصح له براءتهما من التهمة، أو تحقق الريبة عليهما فيبطل شهادتهما)^(٣).

وذهب الحنفية في قول عندهم إلى القول بالتمييز بين الرجال والنساء في مسألة التفريق بين الشهود ، فإذا كان ذلك يجوز مع الرجال فإنه لا يجوز مع النساء لقوله تعالى : " أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى "^(٤)، قال صاحب درر الحكام : ومع أن المستحب للقاضي أن يفرق بين الشهود إذا اشتبه فيهم إلا أنه يفهم من هذا أنه يجب أن يستثنى النساء في التفريق بين الشهود ، ولكن ليس هذا هو المذهب^(٥).

وذهب ابن القاسم من المالكية إلى القول: (بعدم التفريق بين الشهود إذا كانوا عدولا إلا في الزنى فإنهم يفرقون ويسألون، وخالفه أشهب في ذلك إذ قال بعدم التفريق بين الشهود في حد ولا غيره إلا أن يستراب من شهادتهم فله أن يستدل على صحة ذلك بالتفرقة بينهم)^(٦).

والذي أراه راجحا في هذه المسألة أن للقاضي أن يفرق بين الشهود عند الريبة بهم فقط، وليس على الإطلاق ، فليس له أن يفرق بينهم عند ثبوت عدالتهم حتى في الشهادة على الزنى، لأن التفريق بين الشهود العدول فيه انتقاص لعدالتهم، وإلا فيماذا يفسر ذلك؟ فإذا كان القاضي يثق بالشهود ويطمئن لهم فما الداعي للتفريق بينهم؟ فإذا قيل: إن القاضي يفعل ذلك احتياطاً، قلنا قلنا ذلك تغليب للظن على اليقين، أو على الظن الراجح على أقل تقدير - وهو عدالة الشهود - أما عند الريبة بالشهود فيصح ذلك إذا رأى القاضي أن التفريق بينهم يوصل إلى الحق، وعدم إمكانية التواطؤ بينهم، لا فرق بين الرجال والنساء ولا فرق بين حد وآخر، وله ذلك ما دام ليس في الشرع ما يمنعه.

١- الشافعي، الأم. ج٦، ص٢٠٤.

٢- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى ج٥، ص٥٦٣.

٣- ابن فرحون، تبصرة الحكام ج٢، ص١٧٢.

٤- سورة البقرة، آية [٢٨٢].

٥- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج١، ص٤٣٥.

٦- ابن فرحون، تبصرة الحكام ج٢، ص١٧٢.

٣ - سلطة القاضي التقديرية في رد الشهادة للتهمة في الشاهد.

المقصود بالتهمة في الشاهد بأن يقع الشك في صحة شهادته على وجه يترجح كذبه^(١) ومما لا شك فيه أن كشف ذلك لا يتأتى للقاضي إلا بعمق النظر ودقة التحري. فإذا ترجح للقاضي أن ثمة منفعة يقصد الشاهد جرّها لنفسه أو للمشهود له، أو ثمة مضرة يقصد دفعها عن نفسه أو عن المشهود له، أو يقصد إلحاقها بالمشهود عليه، كان للقاضي أن يبطل شهادته أو يرفضها من الأساس. والتهمة التي لأجلها ترد الشهادة قد تكون جلب منفعة، أو عدواة، أو قرابة، أو زوجية، أو شراكة.

فمن شهد على مورثه المحصن بالزنى ليرجم فيموت فيرثه، كان للقاضي أن يرد شهادته لوجود التهمة وهي منفعة الشاهد بموت المشهود عليه ليرثه، ومثل هذا يقال في من له دين على مفلس، فيشهد للمفلس أن له ديناً على آخر، ليتوصل إلى دينه^(٢) ومستند القاضي في هذا ما روي عن النبي ﷺ أن قال: "لا شهادة لجارّ المغنم ولا لدافع المغرم"^(٣) فتتجلى سلطة القاضي التقديرية في هذا الأمر في تقديره لتلك الشهادة ومدى كفايتها والنظر في أبعادها، والتحقق من دوافع الشاهد لها وفي إثبات أن هذه الشهادة قُصد بها جر مغنم أو دفع مغرم. وكذلك لو ظهر للقاضي من خلال التحري والتدقيق في كلام الخصمين والشهود أن ثمة عدواة وبغضاء بين الشاهد وبين المشهود عليه فله رد تلك الشهادة للتهمة^(٤). والشهادة التي يردّها القاضي لتهمة العدواة هي تلك التي كانت لعدواة دنيوية^(٥)، لأن العدواة لأجل الدنيا حرام فمن ارتكبها لا يؤمن من النقول عليه، أما إذا كانت العدواة دينية فإنها لا تمنع لأنها تدل على كمال دين الشاهد وعدالته، لأن المعادة قد تكون واجبه بأن رأى فيه منكراً شرعاً ونهاه فلم ينته^(٦).

- ١ - عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص ١٨١.
- ٢ - ابن جزوي، محمد بن أحمد (ت ٧٤١ هـ)، القوانين الفقهية، مجلد واحد. ص ٢٠٣.
- ٣ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ج ٨، ص ٣١٩ أخرجه الدارقطني في السنن ج ٤، ص ٢٤٤، وأخرجه ابن ماجة في صحيحه، ج ٢، ص ٤٤.
- ٤ - ذكر القرطبي عن ابن بطلال بن سفيان أنه قال: أجمع العلماء على أنه لا تجوز شهادة العدو على عدوه في شيء وإن كان عدلاً، إلا أنه ثمة خلاف بين الفقهاء في ذلك فقد ذهب أبو حنيفة إلى قبول شهادة العدو على عدوه، وخالف جمهور الفقهاء في ذلك. الجامع لأحكام القرآن ج ٤، ص ١٨١، حاشية ابن عابدين ج ٥، ص ٣٥٨، ابن رشد، بداية المجتهد ج ٢، ص ٤٦٧.
- ٥ - حاشية ابن عابدين ج ٧، ص ١٤٢، تقي الدين الحسيني، كفاية الاخيار ج ١، ص ٥٥٦.
- ٦ - أحمد إبراهيم إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٣٣٠.

وقد استدلت بعض الفقهاء^(١) على رد الشهادة بسبب العداوة بقوله ﷺ "لا تجوز شهادة خائن قال لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر"^(٢) لأخيه ولا محدث في الإسلام ولا محدثة"^(٣). قال ابن القيم: (لئلا يتخذ ذلك ذريعة إلى بلوغ غرضه من عدوه بالشهادة الباطلة)^(٤).

والسلطة التقديرية للقاضي في هذا الجانب تكون في التحقق من وجود العداوة بين الشاهد والمشهود عليه، وتأثيرها على مصداقية الشاهد، وذلك يتطلب منه الاجتهاد في استخدام أسلوب السؤال والاستجواب الذي يكفل له الكشف عن ذلك.

وللقاضي أيضا أن يرد الشهادة لتهمة القرابة بين الشاهد والمشهود له، إذا ترجح للقاضي أن المقصود من الشهادة جر منفعة للمشهود له أو دفع مغرم عنه، أما إذا كانت الشهادة بين الأقارب بعيدة عن التهمة قبلها القاضي ولا شك أن ذلك أمر ليس بالهين، ويتطلب من القاضي جهدا للتحقق من وجوده بين الشاهد والمشهود عليه^(٥).

وللقاضي أيضا رد شهادة الزوج لزوجته، والزوجة لزوجها إذا رأى في تلك الشهادة تهمة^(٦).

ومثل ما قيل فيما سبق يقال في أي شهادة يترجح للقاضي وجود تهمة في الشاهد بجر مغرم أو دفع مغرم كما بينا سابقا.

وخلاصة القول: إن تقدير الشهادة ومعرفة وجه التهمة فيها موكول إلى القاضي فيرد من الشهادة ما فيه تهمة ويقبل منها ما يراه بريئا منها، ما كان بعيدا عن التهمة^(٧).

٤ - سلطة القاضي التقديرية في قبول شهادة الفاسق في بعض الأحيان.

الأصل أن يتوفر شرط العدالة في الشاهد، وأن القاضي يتحقق من هذا الشرط فيه، وإذا فقد

١ - الكاساني، بدائع الصنائع ج٦، ص٢٧٢.

٢ - الغمُرُ، والغَمَرُ: الحقد والغُلُ. لسان العرب. ج٥، ص٣٢.

٣ - أخرجه ابن ماجة في سننه، ٢٠٧٩٢، باب من لا تجوز شهادته، حديث رقم (٢٣٦٦). أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ج١٠، ص١٥٥، باب من قال لا تقبل شهادته حديث رقم (٢٠٣٥٥) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ج٨، ص٣٢٠، باب لا يقبل متهم ولا جار إلى نفسه ولا ظنين، حديث رقم (١٥٣٦٣).

٤ - ابن القيم، أعلام الموقعين ج٣، ص١٥٦.

٥ - اختلف الفقهاء في قبول شهادة القريب لقريبة، فمنهم من أجاز شهادة القريب لقريبه مطلقا وهو مذهب أهل الظاهر، ومنهم من منع شهادة الأصول للفروع والفروع للأصول، وهو مذهب مالك والشافعي وأحمد. السرخسي، المبسوط ج١٦، ص٦٤، الإمام مالك، المدونة ج١٣، ص٥٥، الشافعي، الأم ج٧، ص٤٦، ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، ج١٠، ص١٨٦، المرادوي، الإنصاف ج١٢، ص٦٦، ابن حزم المحلى ج٩، ص١٥٥. أما شهادة الأخ لأخيه فقد قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن شهادة الأخ لأخيه جائزة. البهوتي، شرح منتهى الإرادات. ج٣، ص٥٥٣.

٦ - اختلف الفقهاء أيضا في مسألة شهادة الزوجين أحدهما على الآخر، فذهب أبو حنيفة إلى القول برد شهادة الزوجين أحدهما للآخر، وأجازها الشافعي وأبو ثور والحسن وقال ابن أبي ليلى تقبل شهادة الزوج لزوجته ولا تقبل شهادتها له وبه قال النخعي. ابن رشد بداية المجتهد ج٢، ص٤٦٧.

٧ - أحمد إبراهيم إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص٣٣٥.

هذا الشرط فيه، لم يقبل القاضي شهادته، إلا أن للقاضي - ومن باب السلطة التقديرية - أن يقبل شهادة الفاسق في الأحوال الآتية:

أ- إذا قامت قرائن تدل على صدق الشاهد فيما شهد به، وظهر ذلك من خلال تحري القاضي، وهذا مذهب الحنفية خلافا للجمهور^(١).

جاء في بدائع الصنائع : (حتى إن القاضي لو تحرى الصدق في شهادة الفاسق ، يجوز له قبول شهادته، ولا يجوز القبول من غير تحر بالإجماع، وقال أيضا : إن الصدق لا يقف على العدالة، فإن من الفسقة من لا يبالي بارتكابه أنواعا من الفسق ويستتكف عن الكذب)^(٢).

وقد أيد ابن القيم قبول شهادة من كان فسقه بغير الكذب فقال: (إذا علم صدق لهجة الفاسق وأنه من أصدق الناس - وإن كان فسقه بغير الكذب - فلا وجه لرد شهادته وقد استأجر النبي ﷺ هاديا يده على طريق المدينة وهو مشرك على دين قومه، ولكن لما وثق بقوله أمنه، ودفع إليه راحلته وقبل دلالته).

وقال أيضا: (والصواب المقطوع به أن العدالة تتبع بعض، فيكون الرجل عدلا في شيء فاسقا في شيء، فإذا تبين للحاكم أنه عدل فيما شهد به قبل شهادته، ولم يضره فسقه في غيره)^(٣).

يقول د. عبد الكريم زيدان: إن إسقاط شهادة الفاسق إنما تكون لكون الفسق مظنة الكذب، فإذا علم كونه صادقا فقد انتفت مظنة كذبه التي هي العلة في منع قبول شهادته، وإنما يعلم كونه صادقا مع فسقه بوجود قرائن تدل على ذلك وتبعث على الاطمئنان على أنه صادق، أما تقدير القرائن الدالة على صدق الفاسق، فأمر متروك إلى القاضي حسب تقديره واجتهاده^(٤).

أقول: ولو أن القضاة في هذا الزمان أعملوا شرط العدالة في الشاهد على ما قرره الفقهاء قديماً، لأصبح إثبات الحقوق بالشهادة أمراً عزيزاً ونادراً.

ب- سلطة القاضي تقديرية في قبول شهادة غير العدول في البلد الذي لا يوجد فيه العدول.

ذهب بعض فقهاء المالكية إلى جواز قبول شهادة غير العدول، في الموضع الذي لا عدول

فيه فتقبل شهادة أمثلهم وأقلهم فجوراً وفساداً ، وقد استقر عليه عمل المتأخرين من فقهاء

١- الكاساني، بدائع الصنائع ج٦، ص٢٧٠، السمرقندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٨٤م ج٣، ص٣٦٣، العبدري، محمد بن يوسف (ت٨٩٧هـ)، التاج والإكليل، ط٢، دار الفكر، ١٣٩٨هـ - ج٦، ص١٣٦ المرادوي، الإنصاف ج١٢، ص٤٧ ابن قدامة، المغني ج١٠، ص١٧٦.
٢- الكاساني، بدائع الصنائع ج٦، ص٢٧٠ السمرقندي، تحفة الفقهاء ج، ص٣٦٣.
٣- الطرق الحكمية، ص٢٠٥-٢٠٦.
٤- عبد الكريم، زيدان القضاء في الإسلام ص١٨١.

المذهب^(١).

ونقل ابن فرحون عن القرافي في كتابه "الذخيرة" قوله : (... أنا إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورا للشهادة ، ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم فلا تضييع المصالح، قال : وما أظن أحدا يخالفه في هذا فإن التكليف شرط في الإمكان وهذا كله للضرورة لئلا تنهدر الدماء وتضيع الحقوق وتتعلط الحدود)^(٢) .

وقال أيضا: (ولا نشك أن قضاة زماننا وشهودهم وولاتهم وأمناءهم لو كانوا في العصر الأول ما ولوا ولا عُرِّج عليهم ، وولاية هؤلاء في مثل ذلك العصر فسوق ، فإن خيار زماننا هم أراذل ذلك الزمان ، وولاية الأراذل فسوق، فقد حسن ما كان قبيحا واتسع ما كان ضيقا واختلفت الأحكام باختلاف الأزمان)^(٣) .

وروي عن سحنون^(٤) قوله : (تجوز الشهادة على السارق ممن لقيه من الناس السيارة على الطريق من المسافرين، والنساء، والصبيان، والرعاء، إذا عرفوه وقالوا رأينا فلانا سرق دابة فلان أو رأينا فلانا في حوزة كذا أو في مراعي بني فلان ، وتجوز عليه شهادة السيارة سواء كانوا عدولا أو غير عدول وأكثر ما يكون هذا في البرابر^(٥) ، وليس قول من قال لا تجوز عليهم إلا شهادة العدول بشيء عندنا ، وقد سئل الإمام مالك رضي الله عنه عن مثل هذا في لصوص أهل الحجاز وبرابر بركة فقال : تجوز عليهم شهادة من لقيهم من الناس ، قيل له إنهم غير عدول ، قال : وأين توجد العدول على السارق واللص ؟ وإنما يقصد اللص والسارق مواضع الخلوات التي ليس فيها العدول)^(٦) .

ونلاحظ أن فقهاء المالكية قد نظروا إلى هذه المسألة نظرة مصلحية مقاصدية ففي عدم قبول شهادة غير العدول عند عدم العدول تضييع للحقوق وانتشار للجريمة وشيوع للفساد وتعطيل للمعاملات ولاشك أن المفسدة المترتبة على عدم قبول شهادة غير العدول أكبر من ضرر قبول شهادة غير العدول خاصة إذا كانوا من أصلحهم وأقلهم فجورا وفسادا وغلب على الظن صدقهم

١ - ابن فرحون، تبصرة الحكام ج٢، ص٢٥

٢ - المرجع السابق ج٢، ص٢٥

٣ - ابن فرحون تبصرة الحكام ج٢، ص١٢٧ والحطاب مواهب الجليل ج١، ص٩١

٤ - عبد السلام بن سعيد بن حبيب التتوخي الملقب بسحنون ، شامي الأصل ، ولد سنة ١٦٠ هـ قاض، وفقه، انتهت إليه رئاسة العلم في المغرب ، كان زهيدا لا يهاب سلطانا في حق يقوله ، ولي القضاء في القيروان، حتى مات ، روى المدونة في فروع الفقه المالكي ، توفي سنة ٢٤٠ هـ . الزركلي، الأعلام، ٥، ٤ ، كحالة ، معجم المؤلفين ج٥، ص٢٢٤ .

٥ - البربر: جيل من الناس يقال إنهم من ولد بر بن قيس بن عيلان، و البربرة: الجماعة: منهم. لسان العرب ج٤، ص٥٦ .

٦ - عيش ، منح الجليل شرح مختصر خليل ج٨، ص٣٨٨

فكما شهدوا به وكانوا عددا كما يفهم من قولهم : شهادة السيارة ، شهادة من لقيهم من الناس ، وغيرها مما يدل على أن عددهم أكبر من نصاب الشهادة في الأحوال العادية التي يكون فيها الشهود عدولا^(١).

٥ - سلطة القاضي التقديرية في تحليف الشهود^(٢).

الأصل أن الشاهد إذا توفرت فيه شروط الشهادة، يدلي بشهادته، ولا يحلف ، إلا أنه للقاضي في حالة الارتباب من الشاهد أن يحلفه للتحقق من صدقه .

ونقل ابن فرحون إن ابن عاصم قال: (للقاضي تحليف الشاهد بالطلاق- وفي رواية ولو بالطلاق- إن اتهمه^(٣) لقاعدة: "تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور" وهو من كلام عمر بن عبد العزيز^(٤)، واستحسنه مالك، لأن من قواعد مذهبه مراعاة المصالح العامة)^(٥). وإلى مثل ذلك ذهب ابن القيم من الحنابلة فقال: (وإذا كان للحاكم أن يفرق بين الشهود إذا ارتاب بهم، فأولى أن يحلفهم إذا ارتاب بهم)^(٦).

ومن هنا فللقاضي سلطة تقديرية في اختيار تحليف الشاهد إذا ارتاب بحاله، ليتيقن من صدقه، وهذا يدل على سعة المساحة التي يتحرك فيها القاضي في عمله القضائي، فهو يجتهد ويقدر ثم يختار الأسلوب الأمثل والأكثر تحقيقا لمقصد الشارع الحكيم من تشريع القضاء. وفي الوقت الحاضر، نجد أن القضاة، الشرعيين والنظاميين، يحلفون الشهود في كل القضايا ويطلبون منهم الحلف بصيغة اشتهرت في معظم المحاكم في مختلف البلاد وهي: (أقسم بالله العظيم أن أقول الحق ولا شيء غيره) ويغلطون هذه الأيمان لكل الناس وفي كل القضايا وفي كل الأحوال عند الريبة وغيرها ويطلبون من المسلم أن يضع يده على المصحف أثناء الحلف، ومن غير المسلم كالنصراني وضع يده على كتابه المقدس، ولعل هذا بسبب كثرة الفساد

١- يطلق فقهاء المالكية على هذا النوع من الشهادة شهادة اللفيف . القرافي الذخيرة ج١٢، ص٢٩١.

٢- ذهب فقهاء الحنفية إلى القول بعدم جواز تحليف الشاهد، الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ٤،٣٠١، ابن نجيم، البحر الرائق ج٧، ص٣٤٨.

وعللوا ذلك بأن الله تعالى أمر بإكرام الشهود وقد حث رسوله على ذلك واستدلوا بحديث " أكرموا الشهود، فإن الله تعالى يحيي بهم الحقوق "ابن الجوزي، العلل المتناهية ٢،٢٧٤ قال ابن الجوزي : قال البغدادي: تفرد بروايته عبد الصمد بن موسى وقد ضعفه، وأخرجه المناوي، فيض القدير ج٢، ص٩٤ الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ٤،٣٠١، ابن نجيم، البحر الرائق ج٧، ص٣٤٨.

٣- الدردير، الشرح الكبير ج٤، ص١٧٤، حاشية العدوي على الخرشي ج١٨٧، حاشية الدسوقي ج٤، ص١٧٤
٤- عمر بن عبد العزيز بن مروان الحكم الأموي القرشي، أبو حفص الخليفة الصالح والملك العادل، ولد سنة ٦١هـ وهو من خلفاء الدولة الأموية، نشأ بالمدينة وولي إمارتها في عهد الوليد، واستوزره سليمان بن عبد الملك بالشام ، ثم ولي الخلافة سنة ٩٩هـ كان يلقب أشج بني أمية، استمرت خلافته مدة سنتان ونصف، ومات سنة ١٠١هـ. الزركلي، الأعلام ج٥، ص٥٠.

٥- ابن فرحون ، تبصرة الحكام ج١، ص١٥٨.

٦- الطرق الحكمية ص١٦٨.

وقلة الموازع الديني عند كثير من الناس، أو تماشياً مع ما عليه الحال في القضاء عند غير المسلمين.

٦ - سلطة القاضي التقديرية في رد شهادة المغفل كثير الغلط.

الغفلة في اللغة: غيبة الشيء عن بال الإنسان وعدم تذكره له^(١)، وقد استعمل فيمن تركه إهمالاً وإعراضاً كما في قوله تعالى "وَهُمْ فِي غَفْلَةٍ مُّعْرِضُونَ"^(٢).

وفي الاصطلاح: هو الذي له قوة التنبه ولم يستعمل قوته^(٣) أو هو من له إمكانيات التيقظ في سماع الشهادة وفي أدائها ولكنه لا يستعمل هذه الإمكانيات ويصر على أن يجعلها راحة دون فعالية فتمضي عليه الحيل^(٤).

فإذا كان الشاهد مغفلاً وكثير الغلط فإن للقاضي سلطة تقديرية في رد شهادته، وهذا ما ذهب إليه عامة العلماء^(٥).

قال النووي: (ولا تقبل شهادة المغفل الذي لا يحفظ ولا يضبط . وقال أيضا : ولا تقبل شهادة من كثر غلظه ونسيانه، وأما الغلط اليسير فلا يقدح في الشهادة لأنه لا يسلم منه أحد، قال الإمام - أي الشافعي - : ومعظم شهادات العوام يشوبها جهل وغرة فيحوج إلى الاستفصال)^(٦). وروي عن محمد بن الحسن أنه سئل عن رجل أعجمي صوام قوام مغفل يخشى عليه أن يلحق فيؤخذ به ؟ قال : هذا شر من الفاسق في الشهادة^(٧) .

وتتجلى سلطة القاضي التقديرية في تحديد كون الغلط الواقع من الشاهد غلطا فادحا يقدح في صحة الشهادة ، من كونه غلطا يسيرا لا يؤثر في صحة الشهادة .

٧ - سلطة القاضي التقديرية في تلقين الشاهد في غير موضع التهمة على رأي أبي يوسف من الحنفية، فقد قال أبو يوسف^(٨): (لا أرى بأساً أن يقول - أي القاضي - أتشهد بكذا وكذا).

١ - الفيومي، المصباح المنير ج ٢، ص ١٠٣.

٢ - سورة: الأنبياء آية [١].

٣ - الخرشي، شرح خليل مختصر الخرشي ج ٧، ص ١٧٩.

٤ - محمد التجكاني، النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي ص ٢٣١.

٥ - الشيرازي، المذهب ج ٢، ص ٤١٤ روضة الطالبين ج ١١، ص ٢٤١، حاشية ابن عابدين ج ٥، ص ٤٧٧ ابن الهمام، شرح فتح القدير ج ٤١١، ص ٧، البهوتي كشاف القناع ج ٦، ص ٤١٨، الخرشي، شرح مختصر خليل ج ٧، ص ١٧٩.

٦ - النووي، روضة الطالبين ج ١١، ص ٢٤١.

٧ - ابن نجيم البحر الرائق ج ٧، ص ١٣٢.

٨ - يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الكوفي البغدادي، أبو يوسف، صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه، أول من نشر مذهبه، ولد في الكوفة سنة ١١٣ هـ، كان فقيها حافظا للحديث من علماء الرأي، ولي القضاء في زمن المهدي والهادي والرشيد، أول من لقب بقاضي القضاة، من مؤلفاته: الخراج، الآثار، وهو مسند أبي حنيفة،

قال السرخسي: (وإنما قال هذا حين ابتلي بالقضاء ، فرأى ما بالشهود من الخبر عند أداء الشهادة بالحق، فإن لمجلس القضاء هيبية وللقاضي حشمة، ومن لم يعتد التكلم في مثل هذا المجلس يتعذر عليه البيان إذا لم يعنه القاضي على ذلك، وأداء الشهادة بالحق من باب البر... وهذا القدر من التلقين يرجع إلى إكرامه، بأن يذكر ما يسمع منه فيقول أتشهد بكذا لما لم يسمع منه)^(١) .

٨ - سلطة القاضي التقديرية في تزكية الشهود في السر .

والمقصود بتزكية الشهود بالسر: أن يسأل القاضي عن حال الشهود في السر مع أن الأصل أن التزكية تكون بالعلن .

قال السرخسي: (نقل عن ابن شبرمة تزكية السر، وتزكية السر إنما أحدثها شريح، فإنه قيل له: أحدثت، فقال: أحدثتم فأحدثنا، يريد بذلك أن في الابتداء كانت التزكية في العلانية، لأنه كان لا يخاف البعض من البعض في أن يبين منه ما يعلم منه، وأنتم أحدثتم الخوف والامتناع عن بيان ما تعلمون من بعضهم ، فأحدثت تزكية السر)^(٢) .

٩ - سلطة القاضي في تقدير مدة التوبة لقبول شهادة الفاسق التائب، وقد اختلف فقهاء الحنفية في هذه المسألة فقال بعضهم لا تقبل شهادة الفاسق التائب إلا بعد مضي فترة من الزمن قدرها بعضهم بستة أشهر وقدرها غيرهم بمضي سنة وقال آخرون إن ذلك مفوض إلى رأي القاضي، وذهب صاحب الخلاصة إلى القول بأنه لو كان عدلاً فشهد بزور ثم تاب فشهد تقبل شهادته من غير مدة^(٣) وعند بعض الشافعية تقبل شهادة الفاسق بعد مضي مدة يظن فيها صدق توبة الفاسق^(٤) وتقبل عند الحنابلة بمجرد التوبة، لأشهادة الكافر تقبل بمجرد الإسلام وكذلك الكافر^(٥) .

١٠ - سلطة القاضي التقديرية في الكشف عن وجه امرأة ذات علاقة بالخصومة .

قد يكون أحد طرفي الخصومة امرأة أو قد يكون أحد الشهود في القضية امرأة تستر وجهها بالنقاب، فهل للقاضي سلطة تقديرية في طلب الكشف عن وجهها ليتحقق من شخصها؟

=النوادر، أدب القاضي، الأمالي في الفقه، وغيرها، وتوفي سنة ١٨٢هـ. الزركلي، الأعلام ج٨، ص١٩٣، وكحالة، معجم المؤلفين ج١٣، ص٢٤٠.

١ - السرخسي، المبسوط ج١٦، ص٨٨، الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤، ص١٧٩ الكاساني بدائع الصنائع ج٧، ص١١ البابرسي، العناية شرح الهداية ج٧، ص٢٧٦ حاشية ابن عابدين ج ٥، ص٣٧٦ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج٤، ص٣٧٢.

٢ - حسام الدين البخاري، شرح أدب القاضي للخصاف ج٣، ص٢٤.

٣ - البحر الرائق، ج٧، ص٢١٤، الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤، ص٢٤٢.

٤ - حاشية البجيرمي ج٥، ص٣٧٨.

٥ - البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت ١٩٨٣م. ج٦، ص٤٢٥.

قال ابن عبد الحكم من المالكية: (وإن احتاج - القاضي - لكشف وجه امرأة ليعرف بها أو ليشهد شهودها على عينها، كشفه بين أيدي العدول ويأمر بتحيةة غيرهم)^(١).
ويفهم من هذا القول عند المالكية أن للقاضي سلطة تقديرية في هذا الأمر ، ليتحقق هو من أن هذه المرأة هي ذات العلاقة ، أو ليتأكد له أن الشهود متأكدون من شخصها ، وفي ذلك إشارة إلى فطنة القاضي في إبطال حيلة انتحال الشخصية التي يمكن وقوعها من أحد الخصوم أو الشهود .

١ - عليش، منح الجليل، شرح مختصر خليل ٣٠٦/٨.

ثالثاً: سلطة القاضي التقديرية في ما يتعلق بالإثبات باليمين .

تعريف اليمين:

في اللغة: لها معان عديدة، حيث تطلق على الجهة والجارحة ، والقوة والشدة والحنف والقسم ، وسمي الحلف يمينا لأن المتعاقدين كانوا إذا تحالفوا ضرب كل واحد منهم يمينه على يمين صاحبه فسمي الحلف يمينا مجازا ، وتجمع على أيمن وأيمان ^(١) .
وفي الاصطلاح : تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى أمام القاضي ^(٢) .
واليمين وسيلة من وسائل الإثبات، التي ثبتت مشروعيتها في الكتاب، والسنة، والإجماع والمعقول ^(٣) .

أما عن سلطة القاضي التقديرية فيما يتعلق باليمين فتتجلى في الأمور الآتية:

١ - في تصوير اليمين ^(٤) .

المقصود بتصوير اليمين: وضع اليمين على الصورة أو الصفة التي تبين بدقة الوقائع المراد الحلف عليها بما يخدم المعنى الذي قصده طالب اليمين .
فللقاضي أن يعين صيغة اليمين التي سيحلف بها من وجهة إليه ويحددها، كما أن له أن يغير الصيغة التي طلب طالب التحليف أن يحلف بها خصمه، وذلك لأن المراد باليمين هو حصول الثقة لكل من القاضي الذي أصدر الحكم والخصم الذي له مصلحة في اليمين ^(٥) .
وإن سلطة القاضي التقديرية في التدخل بصيغة اليمين لا تخرجها عن المعنى الذي قصده طالب اليمين، وإنما تكون لخدمة غرض طالبها، بحيث تكون موضحة للواقعة المطلوب الحلف عليها لأن القاضي لا يملك تغيير هذه الصيغة تغييرا يؤثر في مدلولها ومعناها ^(٦) .
وهذا مؤيد بفعل النبي ﷺ حيث أملى على الحالف صيغة اليمين فقال له : " احلف بالله الذي لا إله إلا هو ماله عندي شيء" ^(٧) وبقوله ﷺ : " اليمين على نية المستحلف " ^(٨) ، إلا أن

١- الرازي، مختار الصحاح ج١، ص٣١٠، لسان العرب ج١٣، ص٤٦٣، والفيومي، المصباح المنير ج٢، ص٣٥٩

٢- الزحيلي، وسائل الإثبات ج١، ص٣١٩ .

٣- ابن قدامة المغني والشرح الكبير ج١١، ص١٦٠ .

٤- من معاني التصوير في اللغة يقال : تصورت الشيء أي مثلت صورته وشكله في الذهن ، وقد تطلق الصورة ويراد بها الصفة كقولهم : صورة الأمر كذا أي : صفته ، وصورة المسألة كذا : أي صفتها .

الفيومي المصباح المنير ج١، ص٣٧٦ .

٥- محمد ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي ص٢٧٠

٦- د.مفلح القضاة ، البيئات في المواد المدنية والتجارية ص١٧٥، أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ص١٥٠

٧- أخرجه النسائي في السنن الكبرى ج٣، ص٤٨٩ ، كتاب اليمين ، وذكر اختلاف ألفاظ الناقلين للخبر ، الشوكاني، السيل الجرار ج٤، ص١٦٤ وقد اعترض ابن حزم على هذا الحديث ورده . قال الألباني:

ضعيف الغسناد . مختصر إرواء الغليل . جج١، ص٥٣٥

٨- أخرجه مسلم ج٣، ص١٢٧، كتاب الأيمان، باب يمين الحالف على نية المستحلف حديث رقم (١٦٥٢)

المستحلف قد يغفل عن مكر وخديعة الحالف، الذي من الممكن أن يستخدم التورية^(١) في اليمين فيحلف على شيء ويكون قصده شيئاً آخر، فيوهم المستحلف أنه حلف على ما طلبه، فيأتي دور سلطة القاضي التقديرية في صياغة اليمين على ما يرى هو بما يخدم الحق، ليقطع على الحالف أي نية مكر وخديعة .

وقد ذكر ابن القيم أن القاضي إياس بن معاوية^(٢) اختصم إليه رجلان ، استودع أحدهما صاحبه وديعة ، فقال صاحب الوديعة : استحلفه بالله مالي عنده وديعة ، فقال إياس : بل استحلفه بالله مالك عنده وديعة ولا غيرها .

قال ابن القيم:(وهذا من أحسن الفراسة، فإنه إذا قال: ماله عندي وديعة، احتمل النفي واحتمل الإقرار، فينصب ماله بفعل محذوف مقدر، أي: دفع ماله إلي، وأعطاني ماله، أو يجعل (ما)موصولة، والجار والمجرور ووديعة خير عن (ما) فإذا قال: ولا غيرها تعين النفي)^(٣).

٢ - تغليظ اليمين .

تغليظ اليمين: أي تشديدها و توكيدها ^(٤) وغلظت عليه في اليمين تغليظاً: شددت عليه وأكدت، وغلظت اليمين تغليظاً: أي قويتها وأكدها^(٥) ويكون توكيد اليمين وتشديدها بتعظيم المقسم به، وتغليظ اليمين يكون بثلاثة أمور^(٦):

الأول- تغليظ ألفاظ اليمين، وهو إما أن يكون بحق المسلم، أو بحق الكافر.

ففي حق المسلم: يكون بذكر الحالف أسماء وصفات لله في صيغة اليمين، بمعنى زيادة على ما جاء في صيغة الحلف غير المغلظة بذكر أسماء وصفات لله، بقصد تخويف الحالف وثنيه عن اليمين إذا كان كاذباً .

١- التورية: أن يريد المتكلم بكلامه خلاف ظاهره مثل أن يقول في الحرب : مات إمامكم وهو ينوي به أحد المتقدمين. الجرجاني، التعريفات ص ٩٧.

٢- إياس بن معاوية بن قرّة المزني، أبو وائلة ، ولد سنة ٤٦هـ، كان قاضي البصرة وأحد أعاجيب الدهر في الفطنة والذكاء، يضرب المثل بذكائه وزكته (أي فراسته)، قال الجاحظ : إياس من مفاخر مضر ومن مقدمي القضاة، كان صادق الحدس، نقاباً، عجيب الفراسة، ملهماً، وجيهاً عند الخلفاء.

الزركلي، الأعلام ج ٢، ص ٣٣.

٣- الطرق الحكمية ص ٣٦-٣٧.

٤- لسان العرب ج ٧، ص ٤٤٩.

٥- الفيومي، المصباح المنير ج ٢، ص ١٠٤.

٦- بعض علماء المالكية قالوا: إن التغليظ يكون في ستة أشياء: باللفظ وبالتكرار وبالمصحف وبالحال وبالمكان وبالزمان. ابن العربي، أحكام القرآن ج ٢، ص ٢٣٤.

أما ألفاظ اليمين غير المغلظة فهي: بالله الذي لا إله إلا هو، وذلك أخذاً من حديث اللعان في قوله ﷺ لهلال بن أمية: "أحلف بالله الذي لا إله إلا هو إني لصادق"^(١) ومن حديث ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال لرجل حلفه: "أحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما له عندك شيء"^(٢).

وأما ألفاظ اليمين المغلظة فمن صورها كأن يقول الحالف: والله عالم السر والخفايا، الرحمن الرحيم، بأنني غير مدين لهذا المدعي، أو يقول والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية^(٣).

أو يقول: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور^(٤).

ولم ير المالكية وبعض الحنابلة التخليط باللفظ، فقد جاء في تبصرة الحكام: (إن الحلف يكون بالله الذي لا إله إلا هو، لا يؤمر بأكثر من ذلك في الحقوق والدماء واللعان، وكل ما كان فيه اليمين على المسلمين و النصارى واليهود و المجوس، غير أن كل هؤلاء غير المسلمين إنما يحلفون حيث يعظمون من كنائسهم ومواضع عبادتهم ويرسل القاضي في ذلك رسولا يحلفهم بالله)^(٥).

وقال الباجي: (واتفق أصحابنا على أن الذي يجزئ من التخليط باليمين: والله الذي لا إله إلا هو فإن قال: والذي لا إله إلا هو أو قال: والله فقط، فقد قال أشهب: لا يجوز ذلك حتى يقول: والله الذي لا إله إلا هو)^(٦).

وعند من يرى التخليط في اليمين، يكون التخليط للموسوي - اليهودي - بحلف: والله الذي أنزل التوراة على موسى، وللعيسوي - النصراني - والله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام^(١).

١- أخرجه الحاكم في المستدرک على الصحيحين ج٢، ص٢٠٢. قال الحاكم صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه بهذه السیاقه، إنما أخرجا حديث هشام بن حبان عن عكرمة مختصراً، وقال الذهبي في التلخيص على شرط البخاري. كتاب الطلاق، أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج٧، ص٣٩٥ باب من يلاعن من الأزواج ومن لا يلاعن.

٢- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج١٠، ص١٨٠ باب يحلف المدعي عليه في حق نفسه على البيت وفيما غاب عنه على نفي العلم. أخرجه أبو داود في سننه، ج٣، ص٣١١، قال الألباني: ضعيف الإسناد. المنذري، مختصر أسنن أبي داود ج٥، ص٢٣٤، باب كيف اليمين.

٣- الكاساني، بدائع الصنائع ج٦، ص٢٢٨.

٤- البهوتي، شرح منتهى الإرادات ج٣، ص٥٦٨، الهيتمي، تحفة المحتاج ج١٠، ص٣١٣.

٥- ابن فرحون، تبصرة الحكام ج١، ص١٥٧.

٦- الباجي، المنتقى شرح الموطأ ج٥، ص٢٣٣.

أما المجوسي، فيغلظ عليه بالله الذي خلق النار هذا على رأي محمد بن الحسن، أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فيحلف بالله فقط لأن تغليظ اليمين بغير الله لا يجوز، إلا أنه في حق النصراني واليهودي نُص على ذلك لما روي عن البراء بن عازب رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ دعا رجلا من علماء اليهود فقال أنشدك بالذي أنزل التوراة على موسى^(٢).
قال ابن عاصم^(٣):

منزل التوراة للتشديد وبعضهم يزيد في اليهود
النصارى منزل الإنجيل كما يزيد فيه للتثقل على

أما أهل الشرك فيحلفون بالله فقط ولا يحلفون بالله الذي خلق الصنم والوثن، لأن في تغليظ اليمين بالصنم تعظيما له من وجهٍ وقد أمرنا بإهانتها، لأن بعض الناس اتخذها إلها ولم يؤمر بإهانة النار^(٤)، ورفض بعض الحنفية تحليف غير اليهودي والنصراني، بما يعظمون، كالتحليف بخالق النار، لأن ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيم لها، فلا ينبغي أن تذكر، بخلاف الكتابيين، لأن كتب الله تعالى معظمة، ويستحلف الوثني بالله تعالى خاصة، ولا يستحلف بالله الذي خلق الوثن^(٥).

أما بالنسبة لسلطة القاضي التقديرية في تغليظ ألفاظ اليمين فقد اتفق جمهور الفقهاء على أن للقاضي ذلك ويقدره بحسب أحوال الناس^(٦).

قال السرخسي: (إن الرأي للقاضي إن شاء اكتفى باليمين بالله، وإن شاء غلظ بالصفات لأن أحوال الناس تختلف، فمنهم من يمتنع إذا غلظ عليه اليمين، و يتجاسر إذا حلف بالله فقط، وإذا كان الأمر كذلك فالرأي في ذلك إلى القاضي، إن شاء اكتفى باليمين بالله، وإن شاء غلظ عليه بالصفات لما في حديث أبي هريرة أن الذي حلف بين يدي رسول الله ﷺ فقال: والله الذي لا إله إلا هو الرحمن الرحيم، الذي أنزل عليك الكتاب... " قال: فعرفنا أن تغليظ اليمين بذكر الصفات حسن بعد أن لا يحلفه أكثر من يمين واحدة)^(٧).

-
- ١- الكاساني، بدائع الصنائع ج٦، ص٢٢٨ علي حيدر درر الحكام ج٤، ص٤٩٥.
 - ٢- أخرجه مسلم ج٣، ص١٣٢٧، كتاب الحدود، باب رجم أهل الذمة في الزنى، حديث رقم (١٧٠٠).
 - ٣- محمد الفاسي، شرح ميارة ج١، ص٩٩.
 - ٣- الطرابلسي، معين الحكام ص٦٦.
 - ٤- العبادي، الجوهرة النيرة ج٢، ص٢١٧.
 - ٥- السرخسي، المبسوط ج١٦، ص١١٩، الكاساني بدائع الصنائع ج٦، ص٢٢٨، الحطاب مواهب الجليل شرح مختصر خليل ج٦، ص٢١٧، الأنصاري، أسنى المطالب ج٤، ص٣٩٩، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ج٣، ص٥٦٨، المرادوي الإنصاف ج١٢، ص١٢٠، الشوكاني، نيل الأوطار ج٨، ص٣٢٢.
 - ٦- السرخسي، المبسوط ج١٦، ص١٩، الكاساني بدائع الصنائع ج٦، ص٢٢٨.

وقال القاضي حسين^(١): (إن التعليل باللفظ موكول في القليل والكثير إلى رأي القاضي)^(٢) وفي الإنصاف: (وإن رأى الحاكم تغليظها بلفظ أو زمن أو مكان جاز وهو المذهب)^(٣).
 وذهب بعض فقهاء الحنفية إلى أن للقاضي تحليف المدعى عليه بالطلاق والعتاق عند إباح
 الخصم، وعند البعض أن ذلك للقاضي إذا مست الضرورة^(٤).
 وإنني أرى أن التحليف بالطلاق ليس من حق طالب اليمين ولا القاضي، بخلاف الحلف
 بالعتاق، لسببين:

الأول: لأن من لا يخاف من عاقبة الحلف بالله كذبا، قد لا يخاف من الحلف بالطلاق وقد لا
 يكثر بعاقبة ذلك.

الثاني: أن الحلف بالطلاق قد يمتد أثره إلى أطراف أرباء لا شأن لهم بالخصومة كالزوجة والأولاد
 وليس من عادة الشرع أن يحرص على حفظ حق طرف على حساب الطرف الآخر، خاصة إذا
 كان الطرف الآخر لا شأن له بالخصومة، بخلاف العتاق، فالحلف فيه وإن كان يمتد إلى طرف
 خارج عن الخصومة، إلا أن له منفعة، ولا ضرر عليه، وقد ندب الشرع إلى العتق بخلاف الحلف
 بالطلاق فقد نهى الشرع عنه، ويصيب أثره الزوجة والأولاد.

وخلاصة القول في تغليظ ألفاظ اليمين: إن للقاضي سلطة تقديرية في ذلك، وهو الذي يقدر
 الأحوال التي يغلظ فيها ألفاظ اليمين، بحسب حال الأشخاص ومعتقداتهم ومدى تأثير تغليظ اليمين
 فيهم.

الثاني والثالث: تغليظ اليمين بالزمان والمكان.

فالتغليظ بالزمان: هو أن يطلب القاضي^(٥) ممن طلبت منه اليمين حلف اليمين في وقت جعل له
 الشارع خصوصية ورتب على الكذب فيه عقوبة مغلظة في الآخرة^(٦).

١- حسين بن محمد بن أحمد المرورودي وقيل المرودي، قاض من كبار فقهاء الشافعية، كان صاحب وجوه
 غريبة في المذهب، كان غواصا في الدقائق، ولقب بحبر الأمة كما قال الراجعي، واعتبر شيخ الشافعية في
 زمانه، له مؤلفات منها: التعليق الكبير، أسرار الفقه، الفتاوى، شرح فروع بن الحداد، قال ابن الأهدل: متى
 أطلق القاضي في فروع الشافعية فهو هو وفي كتب الأصول فهو الباقلاني. حلية العلماء ج ١، ص ٩٤،
 شذرات الذهب ج ٣، ص ٣١٠، وفيات الأعيان ج ٢، ص ١٣٤.

٢- الأنصاري، أسنى المطالب ج ٤، ص ٣٩٩.

٣- المرادوي الإنصاف ج ١٢، ص ١٢٠.

٤- ابن الهمام فتح القدير ج ٨، ص ١٩٧، علي حيدر درر الحكام ج ٢، ص ٣٣٦، الطرابلسي معين الحكام
 ص ١٧٦.

٥- هذا على رأي الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية حيث قالوا: إن الأمر بتغليظ اليمين موكول إلى رأي
 القاضي، بينما ذهب المالكية والشافعية إلى القول: بأن التغليظ حق للخصم فإن طلب الخصم التغليظ
 غلظت، فإن أبي من وجهت إليه اليمين عد ناكلا. السرخسي، المبسوط ج ١٦، ص ١٩، الكاساني بدائع
 الصنائع ج ٦، ص ٢٢٨ الأنصاري، أسنى المطالب ج ٤، ص ٣٩٩، المرادوي الإنصاف ج ١٢، ص ١٢٠.

٦- يستفاد هذا من قوله ﷺ: ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا يزكاهم ولهم عذاب أليم، رجل حلف على سلعة
 أعطي بها أكثر مما أعطي وهو كاذب، ورجل حلف على يمين كاذبة بعد العصر ليقطع بها مال رجل

والمقصود بتغليظ اليمين بالمكان : بأن يطلب القاضي ممن طلبت منه اليمين حلف اليمين في مكان يعظمه الحالف ويتوقى الكذب فيه غالبا.

والتغليظ بالزمان والمكان قد يكون في حق غير المسلم وقد يكون في حق المسلم، فالأول وإن كان محل اتفاق بين الفقهاء إلا أن الثاني ليس محل اتفاق بين الفقهاء.

فالحنفية لا يرون وجوب تغليظ اليمين بالزمان ولا بالمكان في حق المسلم^(١)، وذهب المالكية والشافعية على تفصيل عندهم إلى القول بتغليظ اليمين بالزمان والمكان بحق المسلم، على تفاوت بالرواية عنهم بين استحباب ذلك وبين وجوبه^(٢) وكذلك اختلفوا فيما بينهم في مقدار المدعى به الذي يلزم به التغليظ^(٣).

وذهب بعض فقهاء الحنابلة إلى استحباب تغليظ اليمين بالزمان والمكان، قال المرادوي^(٤): هو المذهب، ورأى ابن تيمية استحباب ذلك إذا رآه الحاكم مصلحة.

وذهب أبو البركات^(٥) إلى عدم استحبابه وخالفهم ابن قدامة^(٦) حيث رأى أن التغليظ لا يجوز

=مسلم، ورجل منع فضل ماء، فيقول الله: اليوم أمنعك فضلي كما منعت فضل ما لم تعمل يداك. صحيح البخاري ج٢، ص١٦٦ كتاب الشرب والمساقاة، باب من رأى أن صاحب الحوض والقربة أحق بمائه، حديث رقم (٢٣٦٩).

- ١- الكاساني بدائع الصنائع ج٦، ص٢٢٨ البابر تي، العناية شرح الهداية ج٨، ص١٩٨، العبادي، الجوهرة النيرة ج٢، ص٢٢١، ابن الهمام، فتح القدير ج٨، ص١٩٩.
- ٢- قال ابن فرحون: اختلف في التغليظ بالزمان، ففي كتاب ابن سحنون من رواية ابن كنانة يكون تغليظ اليمين بالزمان في المال العظيم وفي الدماء واللعان فيتحرى القاضي الساعات التي يحضر الناس فيها بالمساجد ويجتمعون للصلاة وما سوى ذلك من مال وحق ففي كل حين. وقال مطرف وابن الماجشون بذلك في الدماء واللعان فقط وقاله ابن القاسم وأصبغ، وعن مالك في غير المدونة أن اللعان يكون بائرا كل صلاة أحب إلي، وذكر فقهاء الشافعية: بعد صلاة عصر كل يوم إن كان طلب المدعي حثيثا لأن اليمين الفاجرة بعد العصر أغلظ عقوبة، فإن لم يكن الطلب حثيثا فبعد صلاة عصر يوم الجمعة، لأن ساعة الإجابة فيها.
- ابن فرحون تبصرة الحكام ج١، ص١٥٨، الخطاب مواهب الجليل ج٦، ص٢١٨، النووي، روضة الطالبين ج٨، ص٣٥٤ الشريبي، الإفتاح ج٢، ص٤٦٢، الغزالي، الوسيط ج٦، ص١٠٣.
- ٣- ذهب الإمام مالك إلى القول بالتغليظ بالمكان إذا كان المدعى به ثلاثة دراهم فصاعدا ويكون ذلك في المسجد الجامع، فإذا كان مسجد النبي فعند المنبر وإذا كان في غيره من المساجد فعنه روايتان: إحداهما: حيث اتفق من المسجد، والأخرى: عند المنبر. أما الشافعي: فقال يحلف في المدينة عند المنبر وفي مكة بين الركن والمقام وفي سائر البلدان يحلف عند المنبر، ابن رشد، بداية المجتهد ج٢، ص٤٧٠ مختصر المزني، ص٣٠٨.
- ٤- علي بن سليمان بن أحمد الدمشقي، فقيه حنبلي، ولد مرده قرب نابلس سنة ٨١٧هـ وانتقل في كبره إلى دمشق، من كتبه: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، وتحرير المنقول، في أصول الفقه، وتوفي سنة ٨٨٥هـ. الزركلي، الأعلام ج٤، ص٢٩٢ كحالة، معجم المؤلفين ج٧، ص١٠.
- ٥- عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد بن تيمية الحراني، أبو البركات مجد الدين، جد الإمام ابن تيمية المعروف، محدث، مفسر، ولد بحران، وحدث بالحجاز والعراق ثم بحران، كان متميزا في معرفة المذهب الحنبلي، من كتبه: تفسير القرآن العظيم، النتنقى في أحاديث الأحكام، المحرر. الزركلي، الأعلام ج٤، ص٦، كحالة، معجم المؤلفين ج٥، ص٢٢٧.
- ٦- عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، ولد سنة ٥٤١هـ فقيه من أكابر الحنابلة، له مؤلفات كثيرة منها: المغني، شرح به مختصر الخرقي في الفقه، وروضة الناظر في أصول الفقه، المقنع، والبرهان في علوم القرآن، وتوفي سنة ٦٢٠هـ. الزركلي، الأعلام ج٤، ص٦٧ كحالة، معجم المؤلفين ج٦، ص٣٠.

بحق المسلم بلفظ ولا بزمان ولا بمكان^(١).

وبعد هذا العرض لأراء الفقهاء، يمكن القول بأنها تتلخص في ثلاثة أراء:

الأول: لا يرى وجوب تغليظ اليمين بالزمان والمكان بحق المسلم وهم الحنفية.

الثاني: لا يرى جواز تغليظ اليمين مطلقا لا بلفظ ولا بزمان وهو ابن قدامة من الحنابلة.

الثالث: يرى وجوب أو استحباب تغليظ اليمين بالزمان وهم المالكية والشافعية على تفصيل عندهم وبعض الحنابلة.

أدلة الفريقين:

أدلة أصحاب الرأي الأول^(٢):

١- حديث " البينة على المدعي واليمين على من أنكر" ^(٣)

٢- ما روي عن أبي وائل عن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: " من حلف على يمين يستحق بها مالا هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان" ثم ذكر نحو حديث الأعمش غير أنه قال كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر فاختمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال شاهدك أو يمينه^(٤).

وجه الدلالة: قالوا إن الحديثين لم يتحدثا عن تغليظ بزمان ولا بمكان، فيقتصر على ما دل عليه ظاهره.

٣- ما روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه اختصم في دار مع ابن مطيع إلى مروان بن الحكم، ففضى على زيد بن ثابت باليمين عند المنبر، فقال له زيد: أخطأ له مكاني، فقال له مروان لا والله إلا عند مقاطع الحقوق، فجعل زيد يحلف أن حقه لحق، ويأبى أن يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب من ذلك^(٥).

وجه الدلالة: قالوا: لو كان ذلك لازما لما احتل أن يأباه زيد بن ثابت.

٤- قالوا إن تخصيص التحليف بمكان وزمان، تعظيم غير اسم الله تبارك وتعالى وفيه معنى الإشراف في التعظيم.

١- المرادوي الإنصاف ج ٣، ص ٦١٥، ابن قدامة والشرح الكبير ج ١٢، ص ١١٦، ابن تيمية الفتاوى الكبرى ج ٥، ص ٥٧١ ابن مفلح، الفروع ج ٥، ص ٥١٢.
٢- البابرقي، العناية شرح الهداية ج ٨، ص ١٩٨، العبادي، الجوهرة النيرة ج ٢، ص ٢١٧.
٣- سبق تخريجه ص ١٣٤.
٤- أخرجه البخاري ج ٤، ص ٢٢٤، كتاب الأيمان والنذور، باب اليمين الغموس، حديث رقم (٦٦٧٦)، وفي كتاب الشرب والمساقاة، باب الخصومة في البئر والقضاء فيها، حديث رقم (٢٣٥٦)، أخرجه مسلم ج ١، ص ١٢٣ كتاب الأيمان، باب وعيد من اقتطع حق المسلم بيمين فاجرة بالنار، حديث رقم (٢٢٠).
٥- مالك، الموطأ ج ٣، ص ٧٢٨، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج ١٠، ص ١٧٧، باب تأكيد اليمين بالزمان والحلف على المصحف.

٥- قالوا: إن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك، وفي إيجاب ذلك حرج على القاضي، حيث يكلف حضورها وهو مدفوع.

واستدل ابن قدامة بالأدلة الآتية^(١):

١- بقوله تعالى: " فَأَخْرَانِ يَفُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلِيَانِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتَيْهِمَا وَمَا اعْتَدَيْنَا إِنَّا إِذَا لَمِنَ الظَّالِمِينَ " ^(٢).

وجه الدلالة: قال: فلم يذكر الله تعالى مكانا ولا زمنا ولا زيادة في اللفظ، ويفهم من قول ابن قدامة أنه لا يرى تغليظ اليمين مطلقا لا بلفظ ولا بزمان ولا بمكان.

٢- استدل بما روي أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته ثم أتى رسول الله ﷺ فقال: "أني طلقت امرأتي البتة والله ما أردت إلا واحدة فقال رسول الله ﷺ: والله ما أردت إلا واحدة؟ فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة فردها إليه" ^(٣).

قال ابن قدامة: (ولم يغلظ يمينه بزمن ولا مكان ولا زيادة لفظ)^(٤).

٣- بما روي عن عمر أنه حلف لأبي حين تحاكما إلى زيد في مكانه، وكانا في بيت زيد، وقال عثمان لعمر: تحلف بالله لقد بعته وما به من داء.

قال ابن قدامة: وفيما ذكره تقييد لمطلق هذه النصوص ومخالفة الإجماع^(٥).

واستدل أصحاب الرأي الثالث - القائلون بتغليظ اليمين بالزمان والمكان - بأدلة هي:

١- ما جاء في حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: "ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر إليهم ولا يزكّيهم ولهم عذاب أليم: رجل على فضل ماء بالفلاة يمنعه من ابن السبيل، ورجل بايع رجلا بسلعة بعد العصر فحلف له بالله لأخذها بكذا وكذا فصدقه وهو على غير ذلك، ورجل بايع إماما لا يبایعه إلا لدنيا فإن أعطاه منها وفي وإن لم يعطه منها لم يف" ^(٦).

وجه الدلالة: ذكر النبي ﷺ من بين الأمور التي تستوجب العقوبة المغلظة يوم القيامة الحلف بعد العصر لاقتطاع مال رجل مسلم، فدل ذلك أن وقت ما بعد العصر هو وقت مقصود

١- ابن قدامة المغني والشرح الكبير ج ١٢، ص ١١٦.

٢- سورة المائدة، آية [١٠٧].

٣- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج ١٠، ص ١٨١، باب ما جاء في قول الله تعالى وأتيناها، وأخرجه الترمذي بلفظ "أتيت النبي ﷺ فقلت يا رسول الله إني طلقت امرأتي البتة، فقال: ما أردت به؟ قلت واحدة، قال: والله؟ قلت: والله، قال فهو ما أردت. أخرجه الترمذي في الجامع الصحيح ج ٣، ص ٤٨٠، كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في الرجل يطلق امرأته البتة حديث رقم (١١٧٩)، وقال أبو عيسى: هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه.

٤- ابن قدامة، المغني والشرح الكبير ج ١٢، ص ١١٦.

٥- ابن قدامة، المرجع السابق.

٦- أخرجه مسلم ١، ١٠٣، كتاب الإيمان، باب بيان غلظ تحريم إسبال الإزار... وبيان الثلاثة الذين لا يكلمهم الله يوم القيامة... حديث رقم (١٧٣).

شرعا لحلف الأيمان ، إذ خصه النبي ﷺ بالذكر وقرن الحلف بها ، والحلف في ذلك الوقت كذبا يستوجب أغلظ العقوبة لأنه يمين فاجرة .

٢- ما رواه أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: "لا يحلف عند هذا المنبر عبد ولا أمة على يمين أئمة ولو على سواك رطب إلا وجبت له النار" (١).

٣- ما روي عن جابر عن النبي ﷺ قال: "لا يحلف أحد على منبري كاذبا، إلا تبوأ مقعده من النار" (٢).

وجه الدلالة: يدل منطوق الحديثين على أن اليمين تغلظ على الحالف بالمكان ،لقوله ﷺ "لا يحلف عند هذا المنبر "أو" على منبري هذا" ، ولو كانت لا تغلظ بالمكان ، لما كان هناك فرق بين مكان وآخر، ولاقترن الوعيد بمجرد اليمين ، لا بالمكان .

٤- ما روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه اختصم في دار مع ابن مطيع إلى مروان بن الحكم ، ففضى على زيد بن ثابت باليمين عند المنبر فقال له زيد: أحلف له مكاني، فقال له مروان لا والله إلا عند مقاطع الحقوق ، فجعل زيد يحلف أن حقه كحق، وأبى أن يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب من ذلك .

وجه الدلالة: قول مروان بن الحكم لزيد بن ثابت: لا والله إلا عند مقاطع الحقوق وإصراره على ذلك يدل على أنه ما أصر إلا على أمر مشروع ومعلوم، وأكد ذلك عجبه من زيد لما أصر على الحلف في مكانه لا عند المنبر .

٤- وقال الشافعي بلغني أن عمر حلف على المنبر، في خصومة كانت بينه وبين رجل وأن عثمان ردت عليه اليمين على المنبر فافتدى منها وقال أخاف أن توافق قدر بلاء (٣).

المناقشة والترجيح:

بعد النظر في أدلة الفريقين أرى أن الخلاف بينهم في الظاهر، فالحنفية قالوا بعدم وجوب تغليظ اليمين بالزمان والمكان وهذا لا ينفي المشروعية فيبقى الأمر في دائرة الجواز، والأدلة التي ساقوها تحمل على عدم الوجوب لا على عدم الجواز، وفرق بين الأمرين، وهي عمومات هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن عدم النص في هذه الأدلة على التغليظ في اليمين لا يعني

١- سنن ابن ماجة ج٢، ص٧٧٩، باب اليمين عند مقاطع الحقوق، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج٧، ص٣٩ باب أين يكون اللعان، الحاكم ، المستدرک ج٤، ص٢٩٧، كتاب الأيمان والنذور، وقال: صحيح عل شرط الشيخين ولم يخرجاه.

٢- أخرجه أحمد في المسند ج٣، ص٣٤٤.

٣- شرح الزرقاني ج٤، ص٢.

عدم مشروعيته، فالأدلة التي استدلت بها القائلون بالتغليظ تدل على مشروعية ذلك وهي خاصة، فيحمل العام على الخاص.

أما القول بأن تغليظ اليمين بالزمان والمكان يلزم منه تعظيم غير الله، فهذا القول لا يسلم به، فالله تعالى ميز بين الأزمان والأماكن في احتساب السيئات ولا يعني ذلك تعظيم لتلك الأزمان والأمكنة من دون الله تعالى.

أما القول بأن المقصود هو تعظيم الله تعالى وهو حاصل بالحلف، فلا حاجة للتغليظ بالزمان أو المكان، فيجاب عنه بأن المقصود هو حصول الرهبة، لأن الحالف قد يستهين الحلف بالله، فإذا قرن ذلك بزمان مقصود للشارع أو مكان كذلك، أحجم عن اليمين أو حمله ذلك على الصدق في يمينه.

أما ما قاله ابن قدامة من أن ما ذكره المجيزون تقييد لمطلق هذه النصوص ومخالفة للإجماع فلا يسلم له لأن الآثار التي استدلت بها لا تدل إلا على شق من المسألة لا على شقيها، بمعنى أن التغليظ موكول إلى القاضي إن رأى التغليظ فعل وإلا فلا .

وما استدلت به ابن قدامة من الآثار يحمل على حالات كان الأنسب فيها عدم التغليظ ، أما ما استدلت به الجمهور ، فيحمل على الحالات التي كان الأنسب فيها التغليظ ، وبهذا تكتمل المسألة بشقيها.

أما أدلة الجمهور فأجيب على الأحاديث التي استدلت بها المجيزون بأن غاية ما تقيده هو الدلالة على عظم ذنب الحالف على منبر النبي ﷺ، أو بعد العصر ولكنها لا تدل على أنه يجب على الحالف أن يجيب من طلب منه أن يحلف على المنبر أو بعد العصر^(١).

ومن هنا يمكن الجمع بين الرأيين بأن يكون أمر تغليظ اليمين بالزمان موكول إلى اجتهاد القاضي وتقديره، فإن رأى تغليظ اليمين على من طلبت منه اليمين غلظها وإلا فلا، ويؤيد هذا ما جاء على لسان بعض الفقهاء، فقد جاء في الإنصاف: وإن رأى الحاكم تغليظها بلفظ أو زمن أو مكان جاز وهو المذهب وجاء في الفتاوى الكبرى : ويستحب - أي تغليظ اليمين بالزمان والمكان - إذا رآه الحاكم مصلحة^(٢).

والحاكم أو القاضي يقدر الأنسب والأوجه من التغليظ أو عدمه، مراعيًا أحوال الناس، فمنهم من يشكل تغليظ اليمين له تأثيرًا على النفس والوجدان، مما يشكل رادعا له عن الإقدام

١- الشوكاني، نيل الأوطار ج٨، ص٣٢٢.

٢- المرادوي ، علي بن سليمان ، (ت٨٨٥ هـ) ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، ط١، تحقيق محمد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٩٥٧م . ج١٢، ص١٢٠

على الحلف والتجرؤ عليه بالباطل ، فيترك تقدير ذلك للقاضي من باب السلطة التقديرية ، فيكون الأمر له فإذا رأى استعماله فعله وإلا فلا .

وفي الوقت الحاضر نجد أن القضاة الشرعيين والنظاميين يغلطون اليمين على الحالف بوضع يده على المصحف الشريف أثناء أداء اليمين إذا كان مسلماً ، وللنصراني بوضع يده على الكتاب المقدس عندهم ، وكأنهم في ذلك يلجأون إلى الأمور المعنوية ، التي تعتمد إلى تحكيم ذمة الخصم^(١) ومدى تأثيرها في النفس عندما يتذكر الحالف ما للقرآن من قدسية ومهابة باعتباره كلام الله ، مما قد يجعله يحجم عن الحلف بالباطل أو عن شهادة الزور .

ولعل هذا مستند إلى ما جاء عند الشافعية من استحباب ذلك حيث جاء عندهم : واستحب الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم أن يقرأ على الحالف " إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً " ويحضر المصحف ويوضع في حجر الحالف ، وقد ذكر الشافعي أن بعض قضاة اليمن كانوا يحلفون بالمصحف^(٢) .

ومما يجدر ذكره و الإشارة إليه في مقام الحديث عن سلطة القاضي التقديرية في تغليظ اليمين أن تغليظ اليمين بتكرارها كما في القسمات واللعان لا يدخل في سلطة القاضي التقديرية ، لأن التغليظ بتكرار أيمان اللعان والقسمات فيه نص وليس للقاضي سلطة تقديرية في طلب ذلك أو عدم طلبه ، بل لا يسع القاضي أن يكتفي بيمين واحدة من الزوج في اللعان ، ولا يقال إن تغليظ أيمان اللعان بتكرارها كان بناء على ما رآه القاضي .

٣- سلطة القاضي التقديرية في عظة الحالف قبل الحلف وتخويله من الحلف الباطل.

عندما يترتب اليمين على أحد الخصمين، فيحكم بناء عليه لأحدهما، أو عندما يحلف الزوجان أيمان اللعان^(٣) فيترتب على أيمانها أحكام غليظة، وأثار سلبية من فضيحة وتشهير وغيرها، ولما كانت اليمين عند عدم البينة هي المخرج الذي يلجأ إليه طالبها- بقصد الاحتكام إلى الوازع الديني فيه- ويتعين بها إثبات الحقوق أو نفيها فقد حذر الشارع الحكيم من الحلف الباطل لاقتطاع حقوق الغير وتوعد من يفعل ذلك أشد أنواع الوعيد كما جاء في أحاديث كثيرة كقوله ﷺ "من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار وحرم عليه الجنة، فقال له

١- نشأت، أحمد ، رسالة الإثبات ، أركان الإثبات ، عبء الإثبات ، طرق الإثبات ، الكتابة شهادة الشهود . والكتاب بدون معلومات عن النشر . ج٢، ص٧٢

٢- الشربيني، مغني المحتاج ج٤، ص٤٧٣

٣- اللعان: وهو حلف الزوج على زنا زوجته أو نفيه حملها اللازم له ، وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض، أو هو اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة ، سمي بذلك لوجود اللعان في الخامسة. شرح حدود ابن عرفة ص٢١١ والزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٣، ص١٤ .

رجل وإن كان شيئاً يسيراً يا رسول الله؟ قال: وإن قضيباً من أراك^(١) وقوله ﷺ من حلف على يمين يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان^(٢) وغيرها من الأحاديث التي تتوعد من يحلف على الباطل.

ولما كانت اليمين على تلك الدرجة الكبيرة من الخطورة فهل يطلب القاضي ممن تعينت عليه اليمين الحلف دون ما تذكير وتخويف بالله وتحذير من عاقبة ذلك؟ أم يمارس سلطته بتخويف الحالف من الحلف وتذكيره بالله؟

لاشك أن القاضي له ذلك، ثم من كان محقاً فليحلف ولا إثم عليه، ومن كان مبطلاً فقد برئت ذمة القاضي من التقصير في نصحه وتحذيره من الإقدام على الحلف بالباطل.

قال السناني: وإذا أراد الاستحلاف فينبغي للقاضي أن يعظ الخصم^(٣) ويقرأ " إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ " ^(٤) وحديث ابن مسعود أن النبي ﷺ قال " من حلف على يمين يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان".

٤ - سلطة القاضي التقديرية في التحليف على الحاصل و التحليف على السبب.

المقصود بالحاصل: بقاء العقد المثبت للحق أو عدم بقائه، و المقصود بالسبب: وقوع سبب الحق المدعى به أو عدم وقوعه، ولقد تفرد الحنفية بتقسيم الحلف إلى: حلف على السبب، و حلف على الحاصل، وجعلوا التحليف على السبب مفوضاً إلى رأي القاضي وهو من باب السلطة التقديرية للقاضي.

قال البزدوي^(٥): وينبغي أن يفوض الأمر إلى رأي القاضي إن رأى المصلحة في التحليف على السبب، يحلفه عليه أو على الحاصل حلفه عليه^(٦).

١- أخرجه مسلم ج ١، ص ١٢٢، كتاب الأيمان، باب وعيد من اقتطع حق المسلم بيمين فاجرة، حديث رقم (١٣٧).
٢- هذا جزء من حديث الأشعث بن قيس قال كان بيني وبين رجل خصومة في بئر فاختمنا إلى رسول الله ﷺ فقال شاهدك أو يمينه فقلت: إذا يحلف ولا يبالي فقال من حلف على يمين يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان". أخرجه البخاري ج ٢، ص ١٦٣ باب الخصومة في البئر والقضاء، حديث رقم (٢٣٥٦ - ٢٣٥٧)، وفي كتاب الخصومات ج ١، ص ١٨١، باب كلام الخصوم بعضهم في بعض، حديث رقم (٢٤١٦ - ٢٤١٧)، أخرجه مسلم ج ١، ص ١٢٢، باب وعيد من اقتطع حق المسلم بيمين الفاجرة وغيرها من كتب السنن.

٣- روضة القضاة وطريق النجاة ج ١، ص ٢٨١، الشريبي، مغني المحتاج ج ٤، ص ١١٥، ابن قدامة المغني ج ١٠، ص ٣٦.

٤- سورة التوبة، آية [١١١].

٥- محمد بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم، أبو اليسر صدر الإسلام البزدوي، فقيه بخارى، ولد سنة ٤٢١ هـ ولي القضاء بسمرقند وانتهت إليه رئاسة الحنفية فيما وراء النهر، من مؤلفاته: أصول الدين، توفي سنة ٤٩٣ هـ. الزركلي، الأعلام ج ٧، ص ٢٢، وكحالة، معجم المؤلفين ج ١١، ص ٢١٠.

٦- الحموي غمزيون البصائر ج ٢، ص ٣٧٣، أحمد إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٢٥٤.

أما مثال الحلف على السبب: فكما لو ادعى العبد المسلم العتق على مولاه فأنكر المولى ، حلفه القاضي على السبب، فيقول: بالله ما أعتقته، وذلك لأن الرق لا يتكرر على العبد المسلم إذ لا يقبل منه إلا الإسلام أو يقتل إذا ارتد أو لحق بدار الحرب ، بخلاف الأمة والعبد غير المسلم، فإن الرق يتكرر عليهما بالردة بالنسبة للأمة المسلمة ، والالتحاق بدار الحرب بالنسبة للعبد والأمة غير المسلمين ، فالتحليف هنا يكون على السبب بالإجماع لأنه لا يرتفع برافع^(١) .

وأما مثال الحلف على الحاصل : فيكون في الأشياء التي تقع ثم قد ترتفع برافع كالنكاح والطلاق والغصب ، فيحلف على الحاصل فيقول له قل : بالله ما بينكما نكاح قائم ، وبيع قائم ، وما يجب عليك رده ، وما هي بائن منك الآن ، - أي إلى الآن - ولا يقول له: قل بالله ما تزوجت، ولا: بالله ما بعث ، ولا: بالله ما غصبت ، ولا : بالله ما أبنت ، وذلك لأن هذه الأشياء قد تقع ثم ترتفع برافع كالطلاق لرفع النكاح ، والإقالة لرفع البيع والهبة أو البيع للمغصوب فيرتفع الغصب والنكاح الجديد لرفع البيونة ، فلو حلفه على السبب تضرر المدعى عليه إذا كان السبب قد حصل ثم ارتفع فلأجل هذا يحلفه على الحاصل^(٢) .

وفي الفتاوى الهندية: إذا ادعى دينا ولم يذكر له سببا، يحلف على الحاصل بالله ما لهذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه ، وهو كذا وكذا ، ولا شيء منه ، وكذا إذا ادعاه ملكا أو حقا في عين حاضر مطلقا ولم يذكر له سببا ، يحلف على الحاصل ، فيحلف بالله : ما هذا العين لفلان ابن فلان، ولا شيء منه يجمع بين الكل والبعض احتياطا^(٣) .

وعلى القاضي أن يكون دقيق الملاحظة متيقظا لما قد يضره الخصم من نوايا قد تضر بخصمه، فمثلا لو ادعت المرأة المطلقة طلاقا باتا، نفقة على زوجها والزوج لا يراها -أي النفقة- (بأن يكون شافعيًا) فالأصح أن لا يحلفه القاضي على السبب بل يحلفه على الحاصل فلا يطلب منه أن يقول: بالله ما أبنتها وإنما يقول بالله ما تستحق علي نفقة، لأنه لو حلف بالله ما أبانها كان صادقا باعتبار مذهبه، بمعنى لو أوقع الطلاق بلفظ من ألفاظ الكناية وكان بعد الدخول وعلى غير مال ودون الثلاث، فإنه يقع رجعيًا على مذهبه، فلو حلف بالله ما أبانها كان صادقا باعتبار مذهبه، لأن طلاقه وقع رجعيًا لا بائنًا باعتبار مذهبه فينبغي استفسار المدعي ثم تحليف المدعى عليه على السبب أو الحاصل بحيث لا يتضرر المدعي^(٤) .

١ - أحمد إبراهيم إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٢٥٤.

٢ - المرجع السابق ص ٢٥٤.

٣ - البلخي ، الفتاوى الهندية ج ٤، ص ١٧.

٤ - أحمد إبراهيم إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٢٥٤-٢٥٥.

٥ - سلطة القاضي التقديرية في توكيل شخص لحضور اليمين نيابة عن طالبها عند غيابه .

إذا طلبت اليمين من الخصم، ثم تغيب طالبها فإن من سلطة القاضي التقديرية توكيل شخص يحضر اليمين نيابة عنه، وقد نص على ذلك بعض المالكية حيث قالوا: من وجبت له يمين على رجل فتغيب عن قبضها ، فالقاضي يوكل من يتقاضى عنه اليمين إذا ثبت مغيب من وجبت له اليمين وشهد على ذلك من نظره (١) .

٦ - وللقاضي سلطة تقديرية إذا كانت الدعوى على امرأة وطلب الخصم أن تحلف بمحضره وكانت من أهل الشرف والقدر فللقاضي أن يبعث إليها من يحلفها ، لأنه صيانة لها ، ولا مقال للخصم ، لأن من له إحلافها فليس له ابتذالها (٢) .

٧ - سلطة القاضي التقديرية في تحليف المدعي .

الأصل أن اليمين تطلب من المدعي عليه كما جاء في الحديث الشريف الذي رواه ابن عباس لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ولكن البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه " (٣) ، إلا أن القاضي ومن باب السلطة التقديرية ، له أن يوجه اليمين للمدعي في بعض الأحوال ، كما لو كان المدعي على ميت ، أو على غائب وتحليفه هنا ليس لإكمال البينة وإنما هو شرط للقضاء بها .

وهذه اليمين التي يحلفها المدعي تسمى يمين الاستظهار ، فيرى جمهور الفقهاء (٤) من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية-الذين يجيزون الحكم على الغائب- أنه إذا ادعى شخص على آخر وكان المدعي عليه لا يمكنه الدفاع عن نفسه بنفسه إما لوفاته أو لغيبته، وكان مع المدعي بينة بما يدعيه وكانت حاضرة لديه بين يدي القاضي فإن القاضي لا يحكم له إلا بعد أن يحلفه يميناً احتياطية، سماها بعض الفقهاء يمين الاستظهار (٥) ويذكر فيها : أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره ولا أبراه من ذلك ولا أحاله المدعي عليه على غيره ونحو ذلك (٦) .

١- الخطاب ، مواهب الجليل ج٦، ص١٣٠ ، وابن فرحون ، تبصرة الحكام ج١، ص٢٢٣ .

٢- الخطاب ، مواهب الجليل ج٦، ص١٣٠ .

٣- أخرجه البيهقي في السنن ج١٠، ص٢٥٢ كتاب الدعوى والبيّنات

٤- حاشية الدسوقي ، الشرح الكبير ج٤، ص١٦٣ ، الخرشي ، شرح مختصر خليل ج٤، ص١٩٩ ، العدوي ، حاشية على الخرشي ج٤، ص١٩٩ ، الشريبي، مغني المحتاج ج٤، ص٤١٤، ابن مفلح ، الفروع ج٦، ص٤٢١ ابن حزم ، المحلى ٨، ٤٣٥ .

٥- وسماها البعض يمين القضاء أو يمين الاستبراء والحق أن هذه اليمين تختلف عن يمين القضاء والاستبراء حيث أنهما يتوقف عليهما الحكم في حين أن يمين الاستظهار مقوية للحكم ولا يتوقف عليها الحكم ولا ينقض بدونها، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤، ص١٦٢

٦- محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى ص٢٧٦ ، ومحمد الحبيب التجكاني ، النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية ص٣٠٦ ،

ومن صور هذه اليمين، تحليف القاضي الزوجة الطالبة لمهرها المؤجل في تركة زوجها المتوفى، على النحو الآتي: والله العظيم إنني لم أستوفي مبلغ كذا وهو مهري المؤجل المثبت في قسيمة الزواج رقم كذا

ومن الأمثلة على هذه الحالة: إذا ادعى أحد حقا في تركة وأثبتته فالأجل الاحتياط يحلفه القاضي على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه من الوجوه ولا أبراه ولا أحاله على غيره ولا استوفاه من طرف أحد نيابة عن المتوفى ، وليس للميت في مقابلة هذا الحق رهن عند المدعى .

وكذا لو غاب رجل عن زوجته، ولم يترك لها نفقة وأرادت فراقه، فإنها تؤجل شهرا، فإذا انقضى الشهر خيرت في البقاء والطلاق ، فإن اختارته فإنها تطلق عليه بعد يمينها أنه لم يترك لها نفقة، ولا بعث بها ووصلتها، وعلى كونها خيرت فاخترت الطلاق^(١) .
ويمين الاستظهار لا نص على وجوبها لعدم الدعوى على الحالف بما يوجبها ، إلا أن أهل العلم رأوا ذلك على سبيل الاستحسان نظرا للميت والغائب ، واحتياطا له وحفظا لماله للشك في بقاء الدين عليه^(٢) .

٨- سلطة القاضي التقديرية في تكرار طلب اليمين من الناكل^(٣) .

المذهب عند الحنفية أنه لو قضى القاضي بالنكول بعد العرض - أي عرض اليمين - لمرة جاز، إلا أن الخصاف^(٤) من فقهاء المذهب قال: للقاضي ومن باب الاحتياط والمبالغة في إبطال العذر أن يكرر عرض اليمين على الناكل ثلاث مرات فيقول له : إني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعى عليك^(٥) ، فإذا كررها عليه ثلاثا وأصر على النكول قضى عليه بالنكول على رأي من يقول بذلك من الفقهاء .

ومن هنا نرى أن للقاضي سلطة تقديرية في إعادة طلب اليمين من الناكل، ويكون ذلك بحسب نظره وتقديره، فله أن ينتقل إلى الخطوة التي تلي نكول الحالف، وهي القضاء على الناكل، وله أن يعيد طلب الحلف من الناكل مرة ثانية ومرة ثالثة.

=والصادر من محكمة كذا الشرعية بتاريخ كذا وهو الحق المدعى به، أو أي مقدار منه قليلا أو كثيرا بنفسه أو بغيره بطريق الوكالة أو بطريق الأمر بالاستيفاء، ولا أبرأته من كل ذلك أو من بعضه، ولم أحله به على أحد كله أو بعضه، ولا قبلت حوالة منه على غيره، في كل الدين أو بعضه، ولا أدى لي كله أو بعضه من طريق أحد وليس له عندي مقابل هذا الحق أو بعضه رهنا أو وديعة، والله على ما أقول شهيد.

١- شرح ميارة ج١، ص٢٦٥.

٢- الطرابلسي ، معين الحكام ص٩٣.

٣- من النكول وهو في اللغة: نكل عن اليمين امتنع عنها. الفيومي، المصباح المنير ج٢، ص٢٩٦ وهو في الاصطلاح لا يختلف عن المعنى اللغوي.

٤- أحمد بن عمر بن مهير الشيباني، أبو بكر المعروف بالخصاف، فرضي، فقيه، كان مقدما عند الخليفة المهتدي بالله، له مؤلفات : أحكام الأوقاف، الحيل، الوصايا، الشروط، الرضاع، النفقات وغيرها وشرح أدب القاضي، وغيرها، توفي سنة ٢٦١هـ الزركلي، الأعلام ١، ١٨٥، كحالة، معجم المؤلفين ج٢، ص٣٥.

٥- الزيلعي، نصب الراية ج٥، ص١٥١ البابرتي، العناية شرح الهداية ج٨، ص١٨٠، ابن الهمام، فتح القدير ج٨، ص١٨٠.

الفرع الثاني

سلطة القاضي التقديرية في وسائل الإثبات

المختلف في اعتبارها في الإثبات^(١)

سبق وأن ذكرت أن الفقهاء لم يتفقوا على مشروعية كل وسائل الإثبات ،ذلك أن طائفة منهم^(٢):كابن فرحون وابن تيمية وابن القيم والشوكاني ذهبوا إلى التوسع في مشروعية الوسائل استنادا إلى أن الأصل فيها بحسب رأيهم،أنها اجتهادية معقولة المعنى غير محصورة^(٣). ولما كانت هذه الوسائل غير محصورة على رأي هؤلاء الفقهاء^(٤)، أرى أن أتناول بعضا منها كالقرائن والفراسة والقرعة والقسمة على سبيل المثال، مع العلم بأن بعض الوسائل الأخرى صورت فقها على أنها قرائن ، ومن ثم يكون البحث في القرائن بصورة عامة مما يشملها - كالنكول عن اليمين والقيافة- تجنباً للإطالة و حتى لا تخرج هذه الدراسة عن موضوعها إذ ليس المقصود منها الاستفاضة بالحديث عن مشروعية وسائل الإثبات المختلفة، وإنما المقصود منها تلمس سلطة القاضي التقديرية في الإثبات بتلك الوسائل.

-
- ١- هذه الوسائل هي : القضاء بالشاهد ويمين المدعي، والقضاء بشهادة امرأتين ويمين المدعي ، والقضاء بالشاهد الواحد والقضاء بشهادة امرأتين بانفادهما ، والقضاء بشهادة المرأة الواحدة ، والقضاء بشهادة الصبيان والقضاء بالكتابة والنكول وبالقرائن وبالقيافة وبالفراسة ويعلم القاضي وبالعرف وبالعادة ويقول أهل المعرفة وبالقرعة وغيرها . محمد الترهوني ، حجية القرائن في الإثبات الجنائي ص ٥٠ .
 - ٢- ابن فرحون ، تبصرة الحكام ١٧٢،١، ابن القيم ، الطرق الحكمية ص ١٤ .
 - ٣- هامش ص ٢٨ من الرسالة.
 - ٤- هناك وسائل إثبات مستجدة تدخل تحت مسمى القرائن أو بعبارة أخرى التكييف الشرعي لها أنها قرائن ومنها: التصوير الفوتوغرافي والتصوير بالفيديو والتسجيل الصوتي والبصمات بأنواعها :بصمات الأصابع وبصمة الصوت وبصمة العين وبصمة الكف وبصمة العرق وبصمة السن وبصمة هيئة المشي ، والطب الشرعي ودوره في إثبات شرب الخمر واقتراف الزنى والقتل والسرقة وغيرها .

أولاً: السلطة التقديرية للقاضي في الإثبات بالقرائن

تمهيد: تعريف القرائن :

القرائن: جمع قرينة، فعيلة بمعنى مفعولة، وهي من الاقتران، يقال: واقترن الشيطان وتقارنا وجاءوا قرانى أي: مقترنين، وقارن الشيء بالشيء مقارنة وقرانا: أي اقترن به وصاحبه، واقترن الشيء بغيره وقارنته قرانا: صاحبه^(١)

أما في الاصطلاح : فقد تنوعت تعريفات العلماء للقرينة ،حيث جاء في المادة ١٧٤١ من المجلة ، القرينة القاطعة :هي الأمانة البالغة حد اليقين^(٢).

وعرفها الأستاذ مصطفى الزرقا بأنها: (كل أمر ظاهر يصاحب أمراً خفياً فيدل عليه وجوداً وعدمًا)^(٣).

وعند القانونيين عرفت بأنها: ما يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم، للدلالة على أمر مجهول^(٤)، أو: هي استنباط الشارع أو القاضي لأمر مجهول من أمر معلوم^(٥).

وعرفها القانون المدني الفرنسي في المادة (١٣٤٩) بأنها: (الاستنتاجات التي يستنتجها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة)^(٦).

ومن خلال النظر في التعريفات السابقة نجد تقارباً فيما بينها في الدلالة على معنى القرينة.

ويمكن التمثيل للقرائن بالصور الآتية:

رائحة الخمر وتقيؤه كقرينة على شربه مما يستوجب حد الجلد، والحيل في من لا زوج لها ولا سيد، كقرينة على وقوع الزنى الذي يستوجب حد الرجم أو الجلد، ووجود المال المسروق في حوزة المتهم، كقرينة على السرقة التي تستوجب حد القطع، ووجود المتهم على مقربة من القتل وبسيده السلاح الذي استعمل في الجريمة، كقرينة على وقوع القتل منه مما يستوجب القصاص، ووجود البصمات^(٧) في مكان الجريمة، وكالتصوير والتسجيل الصوتي والطب الشرعي وغيرها.

١- لسان العرب ج١٣، ص٣٣٦.

٢- علي حيدر، درر الحكام ج٤، ص٤٨٥.

٣- الزرقا، المدخل الفقهي ج٢، ص٩١٨.

٤- مفلح القضاة البيّنات في المواد المدنية والتجارية ص١٩٥.

٥- أحمد نشأت رسالة الإثبات ج٢، ص١٨٦.

٦- المرجع السابق. ج٢، ص١٨٦.

٧- هي الخطوط البارزة التي توازيها خطوط أخفض منها والتي تتخذ أشكالاً مختلفة على جلد باطن أصابع اليدين والكفين وأصابع وباطن القدمين. الخضري، الطب الشرعي والبحث الجنائي ص٢٣٠.

القرينة المعتبرة في الإثبات.

وبعد التعرف على معنى القرينة عند الفقهاء والقانونيين ، وقبل الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بالإثبات بالفرائض ، فإنه مما ينبغي الإشارة إليه أن القرينة التي هي محل بحثنا في هذا المطلب، والتي تناول الفقهاء قديما وحديثا البحث في جواز الاعتماد عليها في الإثبات، ليست أية قرينة فالقرائن أقسام^(١)، فمن حيث قوة القرينة وضعفها تنقسم إلى:

القرينة القاطعة: وهي التي تصير الأمر في حيز الثابت يقينا والمقطوع به، كحمل المرأة غير المتزوجة، وغير ذات السيد، قرينة قاطعة على الزنى.

القرينة الضعيفة: وهي التي تكون دلالتها على الأمر ضعيفة محتملة، وغير قاطعة، كما لو تنازع زوجان شيئا من متاع البيت، فكون الزوج يختص باستعمال هذا الشيء دون المرأة قرينة قوية تقوي جانبه ويحكم له به لأن جانبه تقوى باليد والاختصاص بالاستعمال.

القرينة الكاذبة: وهي التي لا دلالة لها وإنما هي محض توهم وتخمين ولا تفيد شيئا من العلم أو تكون لها دلالة ما ولكن يأتي دليل قاطع من النقل أو العقل مبينا كذب هذه الدلالة، كادعاء إخوة يوسف عليه السلام، أكل الذئب ليوسف عليه السلام وقد جاءوا بقرينة على صدق دعواهم، وهي

١- وتنقسم باعتبار مصدرها وطرق استنباطها إلى:
قرائن نصية: وهي التي نص عليها الكتاب والسنة كما في قوله تعالى " إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قَبْلِ " .
سورة يوسف، آية [٢٦].

قرائن فقهية: وهي التي استنبطها الفقهاء من النظر في الحوادث والمعاملات وجعلوها أدلة على أمور أخرى ومنها: أن تصرفات المفلس الضارة بالدائنين مردودة لقيام القرينة على سوء قصده ولو ظاهرا.
قرائن قضائية: وهي التي يستنبطها القاضي من النظر في ملابس الدعوى وظروفها ومن كلام الشهود ويتخذها دليلا في تمحيص الوقائع وإثباتها ويعود إليه تقدير دلالتها. عدنان عزيزة، حجية القرائن في الشريعة الإسلامية ص ٤٠.

وتنقسم بحسب النسبة بين القرينة ومدلولها إلى:
قرينة عقلية: وهي التي تكون النسبة بينها وبين مدلولها ثابتة لا تتبدل، كدلالة وجود المسروقات عند شخص على أنه السارق.

قرينة عرفية: وهي التي تكون النسبة بينها وبين مدلولها قائمة على عرف أو عادة تتبعها دلالتها وجودا وعدما وتتبدل بتبدلها كسواء المسلم شاة قبيل عيد الأضحى فإنها قرينة على قصد الأضحى.
الشيخ مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام ج ٢، ص ٩٣٦.
وهناك من قسمها إلى: قرائن إقناعية وهي ما يترك تقديرها للقاضي يستنتج منها ما يطابق عقله ويرتاح إليه ضميره.

وقرائن قانونية: وهي التي يلزم الشارع القاضي بها ليستنتج منها دائما نتيجة معينة، ولا يجوز للقاضي أن يرى غير ذلك كاشتراط سن معينة للتمييز، فكل شخص يبلغ هذه السن يعتبر مميزا ومن لم يبلغها يعتبر غير مميز، وهذه القرائن القانونية تنقسم إلى قرائن مؤقتة وقرائن قطعية أو مطلقة، فالأولى هي ما تقبل إثبات العكس ولكنها تبقى قائمة إلى أن يقوم الدليل على عكسها كوجود أجنبي في بيت مسلم في المحل المخصص للحريم فإنه يعتبر قرينة على الزنى ولكن يجوز للمتعمد أن يثبت أن وجوده كان لسبب آخر، والثانية وهي ما لا يقبل إثبات العكس كحالة السن فإنه مهما ثبت تمييز الشخص الذي لم يبلغ سبع سنين فإنه لا يمكن أن يعاقب. أحمد فتحي بهنسي، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي ص ١٩١-١٩٢.

البكاء والحزن والدم على القميص قال تعالى: " وَجَاءُوا أَبَاهُمْ عِشَاءً يَبْكُونَ ^(١) وقوله تعالى: " وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ " ^(٢) فبين الله تعالى أن دليلهم المادي على أكل الذئب ليوسف عليه السلام، وهو الدم على القميص، إنما هو محض كذب وافتراء فضلا عن كذب الحال وهو البكاء المصطنع .

ومن هنا يمكن القول بأن القرينة القاطعة هي القرينة المقصودة في كلام الفقهاء أما القرينة الضعيفة، فلا تستقل بالإثبات بل تكون مرجحة لجانب على جانب، و أما القرينة الكاذبة فلا يلتفت إليها في شيء ^(٣).

سلطة القاضي التقديرية في الإثبات بالقرائن ^(٤)

للحديث عن سلطة القاضي التقديرية في الإثبات بالقرائن من ناحية فقهية، لا بد أولاً من الإشارة إلى أن القرائن التي تناول الفقهاء الحديث عنها في كتبهم من حيث جواز الاعتماد عليها في الإثبات كرائحة الخمر وتقيئه كقرينة على شربه مما يستوجب حد الجلد، والحبل لمن لا زوج لها ولا سيد، كقرينة على الزنى الذي يستوجب الرجم أو الجلد، وغيرها من القرائن، فهذه ليست محل اتفاق بينهم، فقد اختلفوا في جواز الاعتماد عليها في الإثبات، وهناك قرائن حادثة أو مستجدة، أفرزتها العلوم الحديثة كالتصوير والتسجيل الصوتي والطب الشرعي وغيرها، تناولها بعض الباحثين المعاصرين من حيث جواز الاعتماد عليها في الإثبات وجرى ذات الاختلاف فيها من حيث جواز الاعتماد عليها في الإثبات.

ويمكن تلخيص آراء الفقهاء في مشروعية الإثبات بالقرائن على النحو الآتي.

تناول الفقهاء قديما موضوع الإثبات بالقرائن فيما يتعلق بالحدود، فإذا جاز الاعتماد على القرائن في إثبات الحدود جاز فيما دونها، ولقد كانت آراء الفقهاء في مسألة الإثبات بالقرائن على النحو الآتي ^(٥):

الأول: وهو الرأي القائل بعدم جواز الاعتماد على القرائن في إثبات الحدود وقد ذهب إليه أبو حنيفة والشافعي وأحمد في رواية وبعض المالكية ^(٦).

١ - سورة يوسف آية [١٦].

٢ - سورة يوسف آية [١٨].

٣ - عزازية، عدنان حسن ، حجية القرائن في الشريعة الإسلامية ، ط١، دار عمار، عمان ١٩٩٠م. ص٣٨-٣٩.

٤ - بحث هذه المسألة بحثا مقارنا د. أيمن العمر، المستجدات في وسائل الإثبات ص١٦٣ وما بعدها.

٥ - أيمن العمر، المستجدات في وسائل الإثبات ص١٦٥.

٦ - السرخسي، المبسوط ج٢٤، ص٣١ ابن الهمام، فتح القدير ج٥، ص٣٠٩ الشربيني، مغني المحتاج ج٤، ص١٩٠ الرملي نهاية المحتاج ج٨، ص٧ البهوتي، كشف القناع ج٦، ص١١٩.

الثاني: وهو الرأي الفائل بجواز الاعتماد على القرائن في إثبات الحدود، كأن يثبت حد الزنى بظهور الحبل في امرأة غير متزوجة أو لا يعرف لها زوج ، وهي مقيمة ، أو كثبوت حد شرب الخمر بوجود رائحته في الفم أو تقيئه، أو كثبوت حد السرقة بوجود أثر المتهم في موضع السرقة مع وجود المال المسروق عند المتهم، وهو مذهب المالكية ورواية عن أحمد ، ومذهب ابن تيمية وابن القيم وغيرهم^(١).

قال ابن فرحون : (وقد جاء العمل بها - أي القرائن - في مسائل اتفقت عليها الطوائف الأربعة ، وبعضها قال بها المالكية خاصة)^(٢) .

وحتى لا تخرج الرسالة عن هدفها وهو بيان السلطة التقديرية للقاضي ، وتجنبنا للإطالة، علاوة على أن موضوع مشروعية الإثبات بالقرائن قد بحث قديما وحديثا ، لذا فإنني أكتفي بذكر ما أرجحه من بين تلك الآراء، ومن ثم بيان ما يترتب عليه، من ثبوت أو عدم ثبوت سلطة تقديرية للقاضي في الإثبات بالقرائن.

فالذي يترجح لدي:

١ - أنه ليس للقاضي أن يعتمد على القرائن في إثبات الحدود وكذا القصاص ، لما ورد من حرص الشرع على درئهما بالشبهة قدر المستطاع، وتفسير الشبهة لصالح المتهم ، وذلك لأن الفأنت بالحد أو القصاص لا سبيل لتعويضه ، ويؤيد هذا قوله ﷺ: "ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة"^(٣). فالخطأ في العفو ممكن التدارك أما الخطأ في العقوبة الحدية فلا سبيل لتداركه ، وكذا الخطأ في القصاص، لا سبيل لتداركه بعد وقوعه، سواء أكان في النفس أم فيما دونها ، وكذلك فإنه لم يثبت عنه ﷺ أنه أقام الحد معتمدا على القرينة وحدها ، ومن هنا فإنه ليس للقاضي سلطة تقديرية في الاعتماد على القرائن في الحدود والقصاص.

٢ - إن للقاضي سلطة تقديرية في الاعتماد على القرائن في أمور أخرى، كتوجيه التهمة لمن حفت به القرائن والأمارات حول ارتكابه حدا من الحدود ، أو جريمة تستوجب القصاص أو ما دونه ، ويظهر هذا في قصة عمر رضي الله عنه مع قدامة بن مظعون^(٤) ، فالبينة لم تقم على قدامة ولكن

١- ابن فرحون تبصرة الحكام ج٢، ص١٠٤ الطرابلسي معين الحكام ص١٦٦، القرطبي الجامع الكبير ج٩، ص١٤٩ العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، في مصالح الأنام ج٢، ص١٠٧ ابن القيم الطرق الحكيمة ص٤-٥ ابن نجيم، البحر الرائق ج٧، ص٣٥٠.

٢ - ابن فرحون تبصرة الحكام ج٢، ص١٠٤.

٣ - سبق تخريجه ص ٤٧ من الرسالة.

٤ - روي أن عمر رضي الله عنه أنه استعمل قدامة بن مظعون على البحرين وهو خال حفصة وعبد الله بن عمر فقدم الجارود سيد عبد القيس على عمر فقال يا أمير المؤمنين إن قدامة شرب فسكرك ، وإني رأيت حدا من حدود الله حقا علي أن أرفعه إليك، فقال عمر رضي الله عنه: من شهد معك؟ قال أبو هريرة، فدعا أبا هريرة فقال: بم تشهد فقال: لم أره يشرب، ولكني رأيتك سكران بقيء، فقال عمر رضي الله عنه: لقد

عمر رضي الله عنه استند إلى القرينة التي لاحظها أبو هريرة - وهي رؤيته يقيؤها - في توجيه التهمة إلى قدامة، ثم إقامة الحد عليه بناء على إقراره كما تفيد الرواية. وله أيضا سلطة تقديرية في تعزيز ذلك المتهم وتقدير العقوبة التي يراها مناسبة بحقه كما سنبين ذلك فيما سيأتي إن شاء الله تعالى^(١) واتخاذ إجراءات معينة بحقه كما بينا سابقا، كالحبس الاحتياطي والضرب ضمن ضوابط بينهاها سابقا.

٣- أما التصوير والتسجيل الصوتي، فلا يصح اعتمادهما في إقامة الحدود والقصاص، نظرا لما يعتريهما من شبهات كالنزوير والتزييف والشبه^(٢)، فلا يعدو كونهما قرينتان تصلحان لدعم موقف القاضي من اتخاذ إجراءات معينة، كتوقيف المتهم، وتوجيه الاتهام، والحبس الاحتياطي وغيرها من الإجراءات التي بينهاها سابقا، فعندما يواجه المجرم بهذه التسجيلات لا شك أن ذلك يقود إلى الوصول إلى اعترافه بما اقترفت يده.

=تنطعت في الشهادة، قال: ثم كتب إلى قدامة أن يقدم عليه من البحرين، فقدم، فقام إليه الجارود فقال: أقم على هذا كتاب الله، فقال عمر رضي الله عنه: أخصم أنت أم شهيد؟ قال: بل شهيد، قال: فقد أدبت الشهادة، فصمت الجارود حتى غدا على عمر فقال: أقم على هذا حد الله، فقال عمر رضي الله عنه: ما أراك إلا خصما، وما شهد معك إلا رجل، فقال الجارود: اني أنشدك الله، فقال عمر: لتمسكن لسانك أو لأسوعنك، فقال أبو هريرة: إن كنت تشك في شهادتنا فأرسل إلى ابنة الوليد فاسألها، وهي امرأة قدامة، فأرسل عمر إلى هند بنت الوليد ينشدها، فأقامت الشهادة على زوجها، فقال عمر لقدامة: إني حادك، فقال: لو شربت كما يقولون، ما كان لكم لتجلدونني، فقال عمر رضي الله عنه: لم؟ قال قدامة: قال الله عز وجل: "ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا" الآية، قال عمر رضي الله عنه: أخطأت التأويل، إن اتقيت الله اجتنبت ما حرم الله عليك، قال: ثم أقبل عمر رضي الله عنه على الناس فقال: ماذا ترون في جلد قدامة؟ قالوا لا نرى أن تجلده ما كان مريضا، فسكت عن ذلك أياما، ثم أصبح يوما وقد عزم على جلده فقال لأصحابه: ما ترون في جلد قدامة؟ فقال القوم: ما نرى أن تجلده ما دام وجعا، فقال عمر رضي الله عنه: لأن يلقى الله عز وجل تحت السباط، أحب إلي من أن يلقاه وهو في عنقي، انتوني بسوط تام، فأمر عمر رضي الله عنه بقدامة، فجلد فغاضب عمر رضي الله عنه قدامة فهجره، فحج وحج قدامة معه مغاضبا له، فلما قفلا من حجهما، ونزل عمر بالسقيا واستيقظ عمر من نومه فقال: عجلوا علي بقدامة فأتوني به، فوالله إني لأرى أن أتيا أتاني فقال: سالم قدامة، فإني أخوك، فعجلوا إلي به، فلما أتوه أبي أن يأتي، فأمر به عمر رضي الله عنه إن أبي أن يجر إليه حتى كلمه واستغفر له. أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج. ٨، ص ٣١٥، وأخرجه عبد الرزاق في المصنف ج ٩، ص ٢٤١. قال ابن حجر: ولم يذكر البخاري القصة لكونها موقوفة ليست على شرطه. فتح الباري، ج ٧، ص ٣٢٠.

١- سيأتي الحديث مفصلا عن التعزير في المطلب الثالث إن شاء الله تعالى .

٢- أيمن العمر، المستجدات في وسائل الإثبات ص ١٧٤.

ثانياً: السلطة التقديرية للقاضي في الإثبات بالفراسة

تمهيد: تعريف الفراسة.

في اللغة: الفراسة بكسر الفاء: الاسم من قولك تفرست فيه خيراً، وهو يتفرس: أي ينتبث وينظر، وتفرس فيه الشيء توسمه، وفي الحديث "اتقوا فراسة المؤمن فإنه ينظر بنور الله"^(١)، وقيل: أفرس الناس: أي أجودهم، وأصدقهم فراسة ثلاثة: امرأة العزيز في يوسف، وابنة شعيب في موسى، وأبو بكر في تولية عمر^(٢).

وفي الاصطلاح: هي الاستدلال بالأمور الظاهرة على الأمور الخفية. وهي أيضاً ما يقع في القلب بغير نظر وحجة^(٣). أو هي مكاشفة اليقين ومعاينة الغيب^(٤).

وقد ورد ذكر الفراسة والمتفرسين في القرآن والسنة في بعض المواضع في معرض المدح، فقد قال الله تعالى: "إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّلْمُتَّوَسِّمِينَ"^(٥)، وقال جل وعلا: "وَلَوْ نَشَاءُ لَأَرَيْنَاكُمْ فَلَعَرَفْتَهُمْ بِسِيمَاهُمْ وَلَيَعْرِفَنَّهُمْ فِي لَحْنِ الْقَوْلِ"^(٦)، وقد قال الرسول ﷺ "اتقوا فراسة المؤمن فإنه ينظر بنور الله"^(٧) وقال ﷺ: "إن لله عبداً يعرفون الناس بالتوسم"^(٨) فمن هذه النصوص وغيرها، استند بعض الفقهاء في قولهم بجواز الاعتماد على الفراسة في الإثبات، ومن هؤلاء الفقهاء القاضي شريح وابن القيم^(٩) والقاضي إياس بن معاوية والقاضي أبو حازم^(١٠).

قال ابن القيم: (ولم يزل حذاق الحكام والولاء يستخرجون الحقوق بالفراسة والأمارات فإذا ظهرت لم يقدموا عليها شهادة تخالفها ولا إقراراً)^(١١).

١- أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد ج ١٠، ص ٢٦٨ باب ما يشتهيه الفقير ولا يقدر عليه. والترمذي الجامع الصحيح ج ٥، ص ٢٩٨ قال أبو عيسى: هذا حديث غريب إنما نعرفه من هذا الوجه وقد روي عن بعض أهل العلم، والمتقي الهندي كنز العمال ج ١١، ص ١٣٠ حديث رقم (٣٠٧٣٠).

٢- لسان العرب ج ٦، ص ١٦٠ ومختار الصحاح ج ١، ص ٢٠٨.

٣- محمد عميم الإحسان، قواعد الفقه ٤٠٨.

٤- الجرجاني، التعريفات ج ١، ص ٢١٢.

٥- الحجر، آية: [٧٥].

٦- محمد، آية: [٣٠].

٧- أخرجه الترمذي في الجامع الصحيح، ج ٥، ص ٢٩٨، قال أبو عيسى: حديث غريب إنما نعرفه من هذا الوجه، أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد ج ١٠، ص ٤٧٣. قال الهيثمي: رواه الطبراني وإسناده حسن.

٨- مجمع الزوائد ج ١٠، ص ٢٦٨ باب ما جاء في الفراسة، وأخرجه المتقي الهندي في كنز العمال ج ١١، ص ٤١ حديث رقم (٣٠٧٢٩).

٩- ابن القيم، الطرق الحكمية ص ١٥، ٢٩ وما بعدها.

١٠- سلمة بن دينار المخزومي أبو حازم يقال له الأعرج عالم المدينة وقاضيها وشيخها، فارسي الأصل كان زاهداً عابداً بعث إليه سليمان بن عبد الملك ليأتيه فقال إن كانت له حاجة فليأت وأما أنا فمالي إليه حاجة قال عبد الرحمن ابن زيد بن أسلم ما رأيت أحداً الحكمة أقرب إلى فيه من أبي حازم، أخباره كثيرة ولد سنة ١٠٠هـ وتوفي ١٤٠هـ. الزركلي، الأعلام ج ٣، ص ١١٣.

١١- ابن القيم، الطرق الحكمية ص ٢٨.

إلا أن جمهور فقهاء المذاهب لم يعتمدوا الفراسة كوسيلة من وسائل الإثبات ، لأن الأصل أن تثبت الأحكام بالدليل القاطع الجازم أو الغالب على الظن على أقل تقدير ، لا أن تبنى على الظن والاحتمال ، والفراسة يتطرق لها الاحتمال والتخمين والظن ، فلا يجوز الاعتماد عليها في الإثبات^(١).

وقد استدلل القائلون بجواز الاعتماد على الفراسة في الإثبات بالأدلة الآتية:

١ - قوله جل وعلا: "إن في ذلك لآيات للمتوسمين".

وجه الدلالة: إن الله تعالى جعل أعمال قوم لوط وموقفهم من نبيهم ثم إهلاكهم بالصيحة والحجارة دلائل وعلامات للمتفكرين والناظرين الذين يستنبطون مغزاها ويعتبرون بها، وهذه العلامات هي القرائن التي لا تدرك إلا بالتأمل والتفكير والنظر^(٢).

قال الطبري: (وقوله إن في ذلك لآيات للمتوسمين يقول إن في الذي فعلنا بقوم لوط من إهلاكهم وأحللنا بهم من العذاب لعلامات ودلالات للمتفرسين المعتبرين بعلامات الله وعبره على عواقب أمور أهل معاصيه والكفر به)^(٣).

٢ - روي عن الرسول ﷺ أنه قال: "اتقوا فراسة المؤمن فإنه ينظر بنور الله" وقوله ﷺ "إن لله عبادا يعرفون الناس بالتوسم".

وجه الدلالة من قوله تعالى: "إن في ذلك لآيات للمتوسمين" والحديث: قال ابن القيم في بيانه لمعنى المتوسمين: (هم المتفرسون الأخذون بالسما وهي العلامة، وقد مدح الله الفراسة وأهلها في مواضع من كتابه)^(٤).

وقال: (ولم يزل حذاق الحكام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة والأمارات فإذا ظهرت لم يقدموا عليها شهادة تخالفها ولا إقرارا)^(٥).

ويفهم من كلام ابن القيم أن الفراسة تصلح للاعتماد عليها في إثبات الحقوق كلها، وهو يساوي بين الفراسة والقرينة في المعنى.

٣ - روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أتته امرأة فقالت يا أمير المؤمنين زوجي خير الناس يصوم النهار ويقوم الليل والله إنني لأكره أن أشكوه وهو يعمل بطاعة الله عز وجل والسلام عليكم ورحمة الله. فقال كعب بن سور: ما رأيت كاليوم شكوى أشد ولا عدوى أجمل

١ - ابن فرحون، تبصرة الحكام ج٢، ص١١٥، الخرشي، شرح مختصر خليل، ج٧، ص١٤٢.

٢ - محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ج٢، ص٥٥٤.

٣ - تفسير الطبري ج١٤، ص٤٥.

٤ - ابن القيم، الطرق الحكمية ص١٥.

٥ - ابن القيم، الطرق الحكمية ص٢٨.

فقال عمر: ما تقول؟ قال: تزعم أنه ليس لها من زوجها نصيب قال: فإذا فهمت ذلك فاقض بينهما قال: يا أمير المؤمنين أحل الله من النساء مثتى وثلاث ورباع فلها من كل أربعة أيام يوم يفطر ويقيم عندها ومن كل أربع ليال ليلة يبيت عندها^(١).

وجه الدلالة: إن عمر رضي الله عنه أمر كعب بن سور أن يقضي بين المرأة وزوجها بعد أن رأى بفراسته أنها جاءت تشكو من شيء من زوجها مع أن ظاهر حالها لا يدل على ذلك فقد جاءت مادحة له، ولكن كعبا بفراسته أدرك أن المرأة جاءت تشكو انقطاع زوجها عنها بذكر خصال طيبة فيه، فهم كعب من خلالها أنه منقطع عنها مما جعل المرأة لا تذكر ذلك، لأن حياءها منعها من التصريح بما تجد.

٤- روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أتى يوما بفتى أمرود وقد وجد قتيلا ملقى على وجه الطريق، فسأل عمر عن أمره واجتهد، فلم يقف له على خبر، فشق ذلك عليه فقال: اللهم أظفرني بقاتله، حتى إذا كان على رأس الحول وُجد صبي مولود ملقى بموضع القتيل، فأتى به عمر فقال: ظفرت بدم القتيل إن شاء الله تعالى، فدفع الصبي إلى امرأة وقال لها: قومي بشأنه وخذي منا نفقته، وانظري من يأخذه منك، فإذا وجدت امرأة تقبله وتضمه إلى صدرها فأعلميني بمكانها، فلما شب الصبي جاءت جارية فقالت للمرأة: إن سيدتي بعثتني إليك لتبعثني بالصبي لتراه وترده إليك، قالت: نعم، اذهبي به إليها وأنا معك، فذهبت بالصبي والمرأة معها، حتى دخلت علي سيدتها فلما رآته أخذته فقبلته وضمته إليها، فإذا هي ابنة شيخ من الأنصار من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأنت عمر فأخبرته، فاشتمل على سيفه، ثم أقبل إلى منزل المرأة فوجد أباهم متكئا على باب داره فقال له: يا فلان ما فعلت ابنتك فلانة قال: جزاها الله خيرا يا أمير المؤمنين، هي من أعرف الناس بحق أبيها مع حسن صلاتها والقيام بدينها، فقال عمر: قد أحببت أن أدخل إليها فأزيدها رغبة في الخير وأحثها عليه، فدخل أبوها ودخل عمر معه فأمر عمر من عندها فخرج وبقي هو والمرأة في البيت، فكشف عمر عن السيف وقال: اصدقيني وإلا ضربت عنقك، وكان لا يكذب، فقالت: على رسلك، فوالله لأصدقن: إن عجوزا كانت تدخل علي فأتخذها أما، وكانت تقوم من أمري بما تقوم به الوالدة، وكنت لها بمنزلة البنت حتى مضى لذلك حين، ثم إنها قالت: يا بنية إنه قد عرض لي سفر، ولي ابنة في موضع أتخوف عليها فيه أن تضيع وقد أحببت أن أضمها إليك حتى أرجع من سفري، فعمدت إلى ابن لها شاب أمرود فهبأته كهيئة الجارية، وأنتني به لا أشك أنه جارية، فكان يرى مني ما ترى الجارية من الجارية، حتى اغتفلني يوما وأنا نائمة، فما شعرت حتى علاني وخالطني،

١- أخرجه عبد الرزاق في المصنف ج٧، ص١٤٩، باب حق المرأة على زوجها وفي كم تشتاق.

فمددت يدي إلى شفرة كانت إلى جانبي فقتلته ، ثم أمرت به فألقى حيث رأيت، فاشتملت منه على هذا الصبي ،فلما وضعته ألقىته في موضع أبيه، فهذا والله خبرهما على ما أعلمتك ، فقال: صدقت ثم أوصاها ودعا لها وخرج وقال لأبيها: نعمت الابنة ابنتك ثم انصرف^(١).

٥- روي عن عمر بن الخطاب وعلى رضي الله عنهما أن رجلين من قريش دفعا إلى امرأة مائة دينار وديعة وقالوا: لا تدفعيها إلى واحد منا دون صاحبه ،فلبثا حولا، فجاء أحدهما فقال: إن صاحبي قد مات فادفعي إليّ الدينارين ،فأبت وقالت :إنكما قلتما لي لا تدفعيها إلى واحد منا دون صاحبه، فلست بدافعتها إليك ،فثقل عليها بأهلها وجيرانها حتى دفعتها إليه ، ثم لبثت حولا آخر فجاء الآخر فقال: ادفعي إليّ الدينارين فقالت: إن صاحبك جاعني فزعم أنك قدمت، فدفعتها إليه فاختصما إلى عمر رضي الله عنه، فأراد أن يقضى عليها، فقالت: ادفعنا إلى علي بن أبي طالب فعرف علي أنهما قد مكررا بها فقال: أليس قد قلتما لا تدفعيها إلى واحد منا دون صاحبه ؟ قال بلى، قال : فإن مالك عندها، فاذهب فجئ بصاحبك حتى تدفعه إليكما^(٢).

فيلاحظ هنا أن عليا رضي الله عنه أدرك بفراسته أن المرأة وقعت فريسة لاحتيال الرجلين، وأصبحت في موقف المتهممة المقصرة بحفظ الأمانة، وظاهر الحال يقضي بوجوب دفعها الأمانة للرجل الآخر، فكانت فطنة علي وفراسته هي المخرج الوحيد لها من ذلك الموقف العصيب.

٦- ساق ابن القيم عددا من الأمثلة على القضاء بالفراصة عند بعض القضاة المشهورين كالقاضي إياس بن معاوية، لينتصر لما ذهب إليه^(٣).

أما أدلة جمهور الفقهاء القائلين بعدم جواز الاعتماد على الفراسة في الإثبات فهي:

١- استدل معظم فقهاء المذاهب الأربعة^(٤) الذين لا يرون جواز الاعتماد على الفراسة في الإثبات، بأن الفراسة لا تصلح أن تكون دليلا من أدلة الإثبات التي يجوز الاعتماد عليها في بناء الأحكام القضائية، لأن الأحكام تبنى على الجزم واليقين لا على الظن والتخمين، والفراسة يتطرق إليها الشك والاحتمال، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال^(٥).

١- ابن القيم الطرق الحكمية ص٣٣-٣٤.

٢- ابن القيم الطرق الحكمية ص٣٦.

٣- المرجع السابق ص٣٦.

٤- ابن فرحون ، تبصرة الحكام ج٢، ص١١٥.

٥- محمد الترهوني، حجية القرائن في الإثبات الجنائي ص١٠٤.

ال ابن فرحون: والحكم بالفراصة مثل الحكم بالظن والحزر والتخمين، وذلك فسق وجور من الحاكم، والظن يخطئ ويصيب، وإنما أجزيت شهادة التوسم^(١) في محل مخصوص للضرورة^(٢).
 ٢- إن الفراسة لا تعتمد على حجج ظاهرة محسوسة، بل تقوم على اعتبارات غيبية مستترة لا يعرفها إلا المتفرس، والقضاء يجب أن يبنى على الأدلة الظاهرة الواضحة، ولو كان الحكم بها جائزا لحكم بمقتضاها أعظم المتفرسين ﷺ، ولكنه اقتصر حكمه على الأدلة الظاهرة المنضبطة^(٣) كما في قوله ﷺ: "إنما أنا بشر، إنكم تختصمون إلي، فلعن بعضكم أن يكون أبغ من بعض، فأحسب أنه صادق فأقضي له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو فليتركها"^(٤).

المناقشة والترجيح :

بعد النظر في أدلة الفريقين يمكن مناقشتها بما يأتي:

أولا: بالنسبة لأدلة القائلين بجواز الاعتماد على الفراسة في الإثبات وهي أدلة من القرآن والسنة فتعارضها أيضا أدلة من القرآن والسنة، فمن القرآن قول الله تعالى: "وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا"^(٥).

قال الجصاص: (لا نقل: سمعت ولم تسمع ولا رأيت ولم تر، ولا علمت ولم تعلم ، وقد اقتضى ذلك نهى الإنسان عن أن يقول في أحكام الله ما لا علم له به على جهة الظن والحسبان، وأن لا يقول في الناس من السوء ما لا يعلم صحته ودل على أنه إذا أخبر عن غير علم فهو آثم في خبره، كذبا كان خبره أو صدقا، لأنه قائل بغير علم وقد نهاه الله عن ذلك)^(٦).

ومن السنة ما جاء فيها مما يدل على أن الحكم للظاهر والله يتولى السرائر كما في الحديث "إنما أنا بشر وإنه يأتيني الخصم فلعن بعضكم أن يكون أبغ من بعض فأحسب أنه صادق فأقضي له بذلك فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو فليتركها".

١- هي شهادة أهل القافلة بعضهم لبعض عند حاكم القرية أو البلدة التي حلوا بها أو مروا بها. شرح ميارة ج١، ص٤١.

٢- ابن فرحون، تبصرة الحكام ج٢، ص١١٥.

٣- د. أنور محمود دبور، القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي ص١٤، عبد الحافظ عابد، الإثبات الجنائي بالقرائن ص٤١٢ وما بعدها.

٤- أخرجه البخاري ج٤، ص٣٣٨ كتاب الأحكام، باب من قضى له بحق أخيه فلا تأخذه، حديث رقم (٧١٨١). باب ما يحله حكم الحاكم وما لا يحله أخرجه النسائي في السنن الكبرى ج٣، ص٤٦٨ أخرجه أبو داود في سننه ج٣، ص٣٠١ باب كيفية القضاء وأخرجه ابن ماجة في سننه ج٢، ص٧٧٧ باب قضية الحاكم لا تحل حراما ولا تحرم حلالا. أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج١٠، ص١٤٣.

٥- سورة الإسراء آية: [٣٦].

٦- أحكام القرآن ج٥، ص٢٩.

ثانياً : ما أورده ابن القيم من قصة المرأة التي جاءت تمدح سلوك زوجها ، نجد أن عمر رضي الله عنه وهو شيخ المتوسمين، لم يدرك مراد المرأة من كلامها، حتى أدركه كعب بن سور، وطلب منه عمر أن يتولى القضاء بينهما وقال له إنك فطنت إلى ما لم أفطن له، وكذا في قصة المرأة التي دفعت الأمانة إلى أحد المؤتمنين ، فأراد عمر أن يقضي عليها، إلا أنها طلبت أن يحال الأمر إلى علي الذي أدرك أن المرأة وقعت ضحية احتيال الرجلين، فتعامل معهما بما أفسد عليهما مقصودهما، فهذا يدل على أن الفراسة ليست منضبطة حتى في الرجل الواحد، ومن البديهي أن تكون وسيلة الإثبات مدركة ومنضبطة وهذا ما لا يتوفر في الفراسة، ويحمل ما جاء في الآثار المروية عن عمر وعلي رضي الله عنهما أن ذلك من باب الاستعانة بالفراسة على توجيه التهمة لمن قامت حوله الأمارات، والقيام بالإجراءات التي تخدم القضية.

ومن هنا يمكن القول بأن ليس للقاضي سلطة تقديرية في الاعتماد على الفراسة في الإثبات، إلا أن له سلطة تقديرية في الاعتماد عليها في توجيه التهمة وفي ترجيح البينات وفي الإجراءات التي يرى القاضي أنها تصب في خدمة القضية ومصحة المتقاضين.

ثالثاً: سلطة القاضي التقديرية في إنهاء النزاع عند تعذر الترجيح بين البيئات

المتعارضة.

إذا تعذر الترجيح^(١) بين البيئات المتعارضة^(٢) بسبب تساويها من حيث الحجية والقوة، كالشاهدين مع الشاهدين، أو أن تكون لكل من الخصمين يد على المدعى به، أو أن لا يكون لأي من الطرفين بيئة فهل يترك القاضي الموقف بينهما على ما هو عليه^(٣)؟ أم له أن يستعمل وسائل أخرى للفصل بين المتخاصمين كالقرعة والقسمة وغيرهما بين المتخاصمين لفصل النزاع بينهما؟ هذا ما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

١ - الفصل بين المتنازعين باستعمال القرعة في الإثبات.

تعريف القرعة:

في اللغة: تقارع القوم واقترعوا، والاسم القرعة وأقرعت بينهم إقراعا: هياتهم للقرعة على شيء، والمقارعة المساهمة يقال قارعه قارعه فقرعه إذا أصابته القرعة دونه^(٤).

وفي الاصطلاح: هي فعل ما يعين حظ كل شريك مما بينهم بما يمتنع علمه حين فعله^(٥).

أراء الفقهاء في استعمال القاضي القرعة في الإثبات.

قد يصل الأمر لدى القاضي -كما أسلفت - إلى عدم القدرة على الفصل بين المتنازعين بموجب ما بين يديه من حججه وبراهينهم على صدق مدعاهم نظرا لتساويها في القوة، كأن يتخاصم اثنان في دابة ويدعي كل واحد منهما أنها نتاج دابته واستويا بالحجة ووضع اليد، أو تكون بيد ثالث لا يدعيها لنفسه، ويدعيها كل من المتنازعين لنفسه، فماذا يفعل القاضي؟ وكذا لو اجتمع اثنان فأكثر من أهل الحضانة وكانوا قد استوتوا في الدرجة والاستحقاق فماذا يفعل القاضي؟ هل يقضى لأحدهما على حساب الآخر دون أن يكون له ما يستند إليه في قضائه؟ فإذا

١ - الترجيح في اللغة: رجحت الشيء: فضلته وقويته، وفي الاصطلاح: تقوية إحدى الإمارات على الأخرى بما ليس ظاهرا، وهو مأخوذ من رجحان الميزان. الزركشي، البحر المحيط ج٨، ص١٤٥.

٢ - التعارض المقصود والذي هو محل البحث هو التعارض السلبي وهو تعارض البيئتين بحيث تشتمل كل منهما على ما ينافي الأخرى وتكون البيئة الأولى تتأقض الأخرى بالإيجاب والسلب في محل واحد. أما التعارض الإيجابي وهو: أن تلتقي وسيلتان من وسائل الإثبات على أمر واحد، بحيث تثبت كل منهما ما تثبته الأخرى، وذلك بأن يكون محل الإثبات والجهة واحدة، وإنما يأتي التعارض من اختلاف طبيعة كل وسيلة عن الأخرى، بأن يجتمع الإقرار والبيئة على شيء واحد، كأن يقر المدعى عليه بعد إقامة البيئة عليه. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات ج٢، ص٨٠٤.

٣ - ذهب الإمام الشافعي في المذهب القديم إلى القول بالقرعة في مثل هذه الحالات وقال: القرعة أشبه، وفي الجديد قال: هذا مما أستخير الله فيه وأنا فيه واقف، ثم قال: لا يعطى واحد منهما شيئا ويقف حتى يسطلحا. الأم ج٦، ص٢٤٤.

٤ - الرازي، مختار الصحاح ج١، ص٢٢٢، الفيومي، المصباح المنير ج٢، ص١٥٧.

٥ - شرح حدود ابن عرفة ص٣٧٨.

فعل ذلك كان ظالما متحيزا مخلا بواجبه، وإذا ترك الأمر بينهما دون قضاء، استمر النزاع والخصام بينهما ولم يؤد القضاء الغاية التي شرع من أجلها، فهل للقاضي أن يستعمل القرعة بين المتخاصمين؟

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى جواز استعمال القاضي القرعة للفصل بين المتخاصمين عند تكافؤ البيئات بينهما وعدم إمكانية الجمع بينهما أو عند عدمها^(١).

قال الشافعي: فلا تكون القرعة - والله أعلم - إلا بين قوم مستوين في الحجة^(٢).

وقال القرافي: (اعلم أنه متى تعينت المصلحة أو الحق في جهة لا يجوز الإقراع بينه وبين غيره لأن في القرعة ضياع ذلك الحق المتعين أو المصلحة المتعينة ومتى تساوت الحقوق أو المصالح فهذا هو موضع القرعة عند التنازع دفعا للضغائن والأحقاد، والرضا بما جرت به الأقدار، وقضى به الملك الجبار فهي مشروعة بين الخلفاء إذا استوت فيهم الأهلية للولاية، والأئمة والمؤذنين إذا استووا، والتقدم للصف الأول عند الازدحام وتغسيل الأموات عند تزاحم الأولياء، وتساويهم في الطبقات وبين الحاضنات والزوجات في السفر والقسمة والخصوم عند الحكام، وفي عتق العبيد إذا أوصى بعقبتهم أو بثلثهم في المرض ثم مات، ولم يحملهم الثلث عتق مبلغ الثلث منهم بالقرعة، ولو لم يدع غيرهم عتق ثلثهم أيضا بالقرعة)^(٣).

ونقل ابن القيم عن بعض الحنابلة قولهم: من قال بغير القرعة فقد خالف رسول الله ﷺ في سنته التي قضى بها وقضى بها أصحابه بعده والقرعة حكم رسول الله ﷺ وقضاؤه وفعله^(٤).
 وذهب الحنفية^(٥) والعز بن عبد السلام^(٦) من الشافعية إلى القول بعدم جواز استعمال القاضي القرعة في الإثبات.

- ١- القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق ج ٤، ص ١٢٧٣، ابن فرحون تبصرة الحكام ج ٢، ص ٩٨، الشافعي، الأم ج ٨، ص ٣، المرادوي، الإنصاف ج ٨، ص ٨٧، ابن حزم، المحلى ج ١١، ص ٤٢.
- ٢- الأم ج ٨، ص ٣ وهذا كما أسلفت قوله في القديم أما في الجديد فقد ذهب إلى التوقف وقال: هذا مما أستخير الله فيه وأنا فيه واقف لا نعطي واحدا منهما شيئا يوقف حتى يصطلحا. الأم ج ٦، ص ٢٤٤.
- ٣- القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق ج ٤، ص ١٢٧٣، ابن فرحون تبصرة الحكام ج ٢، ص ٩٨.
- ٤- الطرق الحكيمة ص ٣٣٩.
- ٥- الكاساني، بدائع الصنائع ج ٦، ص ٢٣٦.
- ٦- عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن حسن بن محمد السلمي، أحد الأئمة الأعلام، ولد سنة ٥٧٨ أو ٥٧٧ هـ، إمام عصره بلا مدافعة، اشتهر بالورع والزهد، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وكان مطلع على حقائق الشريعة وغوامضها، وبرع في الفقه واللغة، قال عنه ابن دقيق العيد: سلطان العلماء، وولي الخطابة والإمامة بالجامع الأموي، له مؤلفات عديدة منها: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، شجرة المعارف، ومختصر أخرجته مسلم وغيرها توفي سنة ٦٦٠ هـ. السبكي، طبقات الشافعية ج ٨، ص ٢٠٩ وما بعدها، ابن العماد، شذرات الذهب ج ٥، ص ٣٠١-٣٠٢، الكتبي، فوات الوفيات ج ١، ص ٥٩٤.
- ٧- قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج ٢، ص ٤٥.

قال السرخسي: (لهذا لم يجوز علماءنا استعمال القرعة في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق، ثم هذا في معنى الاستقسام بالأزلام الذي كان بعبادة أهل الجاهلية وقد حرم الله تعالى ذلك ونص على ذلك أنه رجس وفسق)^(١).

قال الكاساني: (وإن كان السبب هو الشراء فنقول لا تخلو إما أن تكون الدار في يد ثالث وإما أن تكون في يد أحدهما وكل ذلك لا يخلو إما أن ادعى الشراء من واحد وإما إن ادعياه من اثنين فإن كانت في يد ثالث وادعى الشراء من واحد فإن كان صاحب اليد وأقاما البينة على الشراء منه بثمن معلوم ونقد الثمن مطلقا عن التاريخ وذكر القبض يقضى بينهما نصفين عندنا)^(٢).

وقال العز بن عبد السلام: (فإذا تعارضت بينتان ولم نجد ظنا لتساويهما من كل وجه فقد اختلف في ذلك والأصح ما ذكرناه من سقوطهما فان القرع بينهما لا يفيد رجحان أحدهما بالقرعة، وإذا لم يرجح أحدهما حكما بالشك، والحكم بالشك غير جائز، والقرعة في الشرع لتعيين أحد المتساويين وهاهنا لا يعين رجحانه والشك بعد وجودها مثله قبل وجودها إذ لم يفد رجحانا في الظن ولا بيانا فيه)^(٣).

أدلة الفريقين

أدلة القائلين بجواز استعمال القرعة في الإثبات.

١- قول الله تعالى: "وَإِنَّ يُونُسَ لَمِنَ الْمُرْسَلِينَ، إِذْ أَبَقَ إِلَى الْفُلِّ الْمَشْحُونِ، فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ"^(٤).

معنى الآية: إن السفينة تلعبت بها الأمواج من كل جانب وأشرف من عليها على الغرق فساهموا على من تقع عليه القرعة يلقي في البحر لتخف بهم السفينة، فوقعت القرعة على نبي الله يونس عليه الصلاة والسلام ثلاث مرات وهم يظنون به أن يلقي من بينهم فتجرد من ثيابه ليلقي نفسه وهم يأبون عليه ذلك...^(٥).

وجه الدلالة: تدل الآية الكريمة على مشروعية القرعة بدليل ما حكته عما جرى مع نبي الله تعالى يونس، وهذا يدل على أن العمل بالقرعة مشروع وقد كان معروفا عند الناس منذ القدم وقد حكاه الله تعالى عنهم في أكثر من موضع من القرآن الكريم، فلو لم تكن مشروعة لما صح فعلها من نبي من أنبياء الله عليهم صلوات الله تعالى أجمعين.

١- السرخسي، المبسوط ج ١٥، ص ٥ الكاساني، بدائع الصنائع ج ١٤، ص ٩٧.

٢- الكاساني، بدائع الصنائع ج ١٤، ص ٩٧.

٣- قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج ٢، ص ٤٥.

٤- سورة الصافات، الآيات [١٣٩، ١٤٠، ١٤١].

٥- تفسير ابن كثير ج ٤، ص ٢١.

٢- قول الله تعالى : "وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُ أَفْلَاهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ" (١) .

وجه الدلالة: تدل الآية على وقوع القرعة بين المتخاصمين على كفالة مريم عليها السلام، وكان من بينهم نبي من أنبياء الله تعالى، فلو كان العمل بالقرعة غير مشروع لما جاز ذلك من نبي الله عليه السلام.

٣- ما روي عن عمران بن حصين أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثا ثم أفرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولا شديدا (٢) .

وجه الدلالة: يدل الحديث دلالة واضحة وصريحة على جواز استعمال القرعة في القضاء، فالرجل أعتق رقيقه ولم يكن له مال سواهم، فكان بمعنى الوصية، والوصية تكون في حدود الثلث، فيسري العتق في حق ثلثهم، وعين النبي ﷺ ذلك الثلث بالقرعة.

٤- ما روي عن زيد بن أرقم قال: بينما نحن عند رسول الله ﷺ إذ أتاه رجل من اليمن وعلي بها فجعل يحدث النبي ﷺ ويخبره قال: يا رسول الله، أتى عليا ثلاثة نفر فاختصموا في ولد، كلهم زعم أنه ابنه، وقعوا على امرأة في طهر واحد، فقال علي: إنكم شركاء متشاكسون، وإني مفرع بينكم، فمن قرع فله الولد وعليه ثلثا الدية لصاحبيه، قال: فأقرع بينهم فقرع أحدهم فدفع إليه الولد، وجعل عليه ثلثي الدية، فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى بدت نواجذه أو أضراسه (٣) .

وجه الدلالة: يدل الحديث دلالة واضحة على جواز استعمال القرعة في الإثبات ويدل على ذلك إقرار النبي ﷺ عليا على قضائه، وعدم إنكاره عليه وضحكه ﷺ حتى بدت نواجذه، فلو كانت غير مشروعة فكيف يبدي النبي ﷺ سروره من قضاء علي لو كان باطلا؟ فحاشا لرسول الله ﷺ أن يسر لباطل؟

١- سورة آل عمران، آية [٤٤].

٢- أخرجه مسلم ج٣، ص١٢٨٨ باب من أعتق شركا له في عبد، أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج١٠، ص٢٨٥ باب عتق العبيد لا يخرج من الثلث وغيرها من كتب السنن.

٣- أخرجه ابن أبي شيبه في المصنف ج٧، ص٣٨٧.

قال الشوكاني: في إسناده يحيى بن عبدالله الكندي المعروف بالاجلح قيل لا يحتج بحديثه وثقة يحيى بن معين والعجلي وقال ابن عدي مستقيم الحديث وضعفه النسائي، ورواه مراسلا في رواية أخرى وصوبه . السيل الجرار ج٢، ص٣٣٠.

قال ابن حزم: وهذا خبر مستقيم السند نقلته كلهم ثقات والحجة به قائمة ولا يصح خلافه، ورد على من وضعفه . المطلى ج١٠، ص١٥٠.

٥- ما روي عن أبي هريرة أن رجلين ادعيا دابة ولم تكن لهما بينة فأمرهما النبي ﷺ أن يستهما على اليمين^(١).

٦- ما روي عن أبي هريرة أن رجلين تداريا في بيع وليست بينهما بينة فأمرهما رسول الله ﷺ أن يستهما على اليمين أحبا أو كرها^(٢).

٧- ما روي عن سعيد بن المسيب قال: اختصم رجلان إلى رسول الله ﷺ في أمر فجاء كل واحد منهما بشهداء عدول على عدة واحدة فأسهم بينهما ﷺ وقال اللهم أنت تقضي بينهم ففضى للذي خرج له السهم^(٣).

وروي عن سليمان بن يسار أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ فأتى كل واحد منهما بشهود وكانوا سواء، فساهم بينهم رسول الله ﷺ.

قال ابن القيم: فهذا مرسل قد روى من وجهين مختلفين وهو من مراسيل ابن المسيب وتشهد له الأصول التي ذكرناها في القرعة والمصير إليه متعين^(٤).

وجه الدلالة: إن النبي ﷺ أفرع بين الرجلين لما تساوت بينة كل منهما مع بينة الآخر.

٨- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: " لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول ثم لم يجدوا إلا أن يستهما عليه لاستهماوا...^(٥).

وجه الدلالة: يدل قول النبي ﷺ "لاستهماوا عليه" على مشروعية القرعة من حيث المبدأ، إذ لا يعقل أن يصف عليه السلام استهم الناس أي أعمالهم القرعة - حال النداء والصف الأول - بشيء منكر أو غير مشروع، ولما كان هذا الأمر مشروعاً للممتاز عين في النداء والصف الأول كوسيلة للتعيين فدل ذلك على جواز الاقتراع في المنازعة عند استواء الحجة وعدم تمييز الحقوق^(٦).

١- أخرجه ابن ماجة في سننه ج٢، ص٧٨٠، وأخرجه أبو داود في سننه ج٢، ص٣٣٥ قال الألباني: صحيح لغيره. وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج٣، ص٤٨٧، وأخرجه الدارقطني في السنن ج٤، ص٢١١، ابن حزم، المحلى ج٩، ص٤٣٧.

٢- أخرجه أحمد في المسند، ج٢، ص٤٨٩، ٤، قال الأرنؤوط إسناده صحيح على شرط مسلم، رجاله ثقات رجال الشيخين غير خلاس فمن رجال مسلم.. أخرجه النسائي في السنن الكبرى ج٣، ص٤٨٧. ورواه أبو داود، ج٢، ص٣٣٢، بألفاظ قريبة وصححه الألباني.

٣- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج١٠، ص٢٥٩، قال البيهقي، وأخرجه أبو داود في المراسيل عن قتيبة عن الليث ولهذا شاهد آخر.

٤- الطرق الحكمية ص٣٧٨ وقد أورد ابن القيم عددا من الأدلة على جواز القرعة في مختلف الحالات.

٥- وتتمة الحديث "...ولو يعلمون ما في التهجير لاستبقوا إليه ولو يعلمون ما في العتمة والصبح لأتوهما ولو حبوا". أخرجه البخاري ج٢، ص٩٥٥، باب القرعة في المشكلات، أخرجه مسلم ج٣، ص٣٢٥، باب تسوية الصفوف وإقامتها، صحيح ابن خزيمة ج٣، ص٢٥، باب فضل الصف الأول والمبادرة إليه، أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج١٠، ص٢٨٨، باب من يعتق بالملك، سنن النسائي ج١، ص٢٦٩، باب الرخصة في أن يقال للعشاء العتمة.

٦- عبد الرحمن شرفي، تعارض البيئات القضائية في الفقه الإسلامي ص٤٩٣.

٩ - دليل المعقول:

إذا تساوى الخصمان في البينة وتعذر الجمع والترجيح بينهما، فترجيح أحدهما بدون مرجح لا يسوغ فلم يبق إلا المصير إلى ما فيه التسوية بين الخصمين وهو القرعة، وهذا نوع من التسوية المأمور بها بين الخصوم^(١).

أدلة القائلين بعدم جواز استعمال القرعة في الإثبات.

١ - ما روي عن تميم بن طرفة قال اختصم رجلان إلى النبي ﷺ في بعير كل واحد منهما أخذ برأسه فجاء كل واحد منهما بشاهدين فجعله بينهما نصفين^(٢).

٢ - ما روي عن أبي هريرة: أن رجلين ادعيا دابة فأقام كل واحد منهما شاهدين فقضى بها رسول الله ﷺ بينهما نصفين^(٣).

٣ - ما روي عن محمد بن كثير عن حماد بن سلمة عن قتادة عن النضر بن أنس عن أبي بردة عن أبي موسى: أن رجلين ادعيا دابة وجداها عند رجل فأقام كل واحد منهما شاهدين أنها دابته فقضى بها النبي ﷺ بينهما نصفين^(٤).

وجه الدلالة: تدل الأحاديث دلالة صريحة على عدم جواز القرعة عند استواء الأدلة والبيانات وإنما المعول عليه في فصل النزاع في مثل هذه الحالة هو القسمة لا القرعة، وفعل النبي ﷺ يدل على ذلك فلو كانت القرعة مشروعة لقضى بها النبي ﷺ.

٣ - قالوا: ما روي من استعمال القرعة فقد كان في وقت كان القمار فيه مباحا ثم انتسخ ذلك بحرمة القمار كما في قوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجَسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ "^(٥) لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون قمارا فكذلك تعيين المستحق، بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضي هنا ولاية التعيين من غير قرعة وإنما يقرع تطيبيا لقلوبهما ونفيا لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار^(٦).

١ - الشوكاني، نيل الأوطار ج ٨، ص ٣١٣.

٢ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ج ١٠، ص ٢٥٨، باب المتداعيين يتداعيان ما لم يكن في يد واحد. قال البيهقي: هذا الحديث مرسل.

٣ - أخرجه ابن حبان في صحيحه، ج ١١، ص ٤٥٧، قال الأرنؤوط: إسناده صحيح على شرط مسلم. والزليعي، نصب الراية ج ٤، ص ١٠٩، باب ما يدعيه الرجلان.

٤ - أخرجه النسائي في السنن الكبرى ج ٣، ص ٤٨٧. قال أبو عبد الرحمن: محمد بن كثير هذا هو المصيصي وهو صدوق إلا أنه كثير الخطأ.

٥ - سورة المائدة، آية [٩٠].

٦ - السرخسي، المبسوط ج ١٧، ص ٤٢.

٤ - من المعقول:

قالوا: إن التساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في الاستحقاق ولا تتحقق هذه التسوية الواجبة إلا بالقسمة^(١).

المناقشة والترجيح:

بعد النظر في أدلة الفريقين يتبين لي قوة أدلة أصحاب القول الأول في الدلالة على جواز استعمال القرعة في الإثبات وفصل الخصومات، حيث بينت تلك الأدلة أن الله تعالى أذن بإجراء القرعة لأنبيائه، وبينت السنة النبوية قضاء النبي ﷺ فيها.

قال ابن القيم: (وقال أصحاب القرعة: قد شرع الله ورسوله ﷺ القرعة وأخبر بها عن أنبيائه ورسله مقررًا لحكمها غير ذام لها وفعلها رسول الله ﷺ وأصحابه من بعده وقد صانهم الله سبحانه عن القمار بكل طريق فلم يشرع لعباده القمار قط ولا جاء به نبي أصلاً فالقرعة شرعه ودينه وسنة أنبيائه ورسله)^(٢).

وقال أيضاً: (وإنها - أي القرعة - تفويض إلى الله ليعين بقضائه وقدره ما ليس لنا سبيل إلى تعيينه والله أعلم)^(٣).

ونقل أيضاً عن الإمام أحمد بن حنبل قوله: من ادعى أنها منسوخة فقد كذب وقال الزور، القرعة سنة رسول الله ﷺ، وأجاب رحمه الله على من قال إن القرعة قمار: قوم جهلوا، فيها عن النبي ﷺ خمس سنن^(٤).

أما حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، فلم يسلم من المقال في إسناده فقد روي من طريقين عن قتادة رواهما أحدهما: عن سعيد بن أبي بردة والثانية: عن النضر بن أنس عن أبي بردة وقد ضعف العلماء رواية قتادة عن سعيد^(٥) ويمكن تلخيص الروايات بما يأتي:

من مجموع روايات الأحاديث نجد أنها تنحصر في أربع روايات:

أحدها: أن رجلين ادعيا في حق وأقام كل واحد منهما بينة فقاضى بها الرسول ﷺ بينهما نصفين.

الثانية: أن رجلين ادعيا في حق وليس لأي منهما بينة فأقرع النبي ﷺ بينهما.

الثالثة: أن رجلين ادعيا في حق وليس لأي منهما بينة فقسما النبي ﷺ بينهما نصفين.

١ - عبد الرحمن شرفي، تعارض البيئات القضائية في الفقه الإسلامي ص ٤٩٨.

٢ - الطرق الحكمية ص ٣٥٤-٣٥٥.

٣ - المرجع السابق ص ٣٥٥.

٤ - المرجع السابق ص ٣٣٨.

٥ - فقد قال فيه النسائي: ومحمد بن كثير هذا هو المصيصي وهو صدوق إلا أنه كثير الخطأ خالفه سعيد بن أبي عروبة في إسناده وفي منتهى السنن الكبرى ج ٣، ص ٤٨٧.

الرابعة: أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في أمر فجاء كل واحد منهما ببينة فأقرع بينهم وبعد التدقيق في مجموع طرق الحديث وجدت أن الروایتين الثالثة والرابعة تناولها العلماء بالتضعيف، فقد قال البيهقي^(١) عن الرواية الثالثة: والحديث معلول عند أهل الحديث مع الاختلاف في إسناده^(٢) ومنهم من صححها كما يفهم من كلام ابن القيم^(٣) والرواية الرابعة من مراسيل سعيد بن المسيب^(٤).

والذي أراه من مجموع الروايات أن القاضي مأمور بالقسمة في حالة ما إذا كان الخصمان متساويين في البينة واليد فظاهر الحال يدل على أن كلا منهما له حق في هذا المدعى به بموجب بينته ويده، فتجعل نصفين بينهما من قبيل أن قبول البينة لكل طرف يعني قبول البينة من كل منهما على ما في يده وإلغاؤها بحقه عما في يد صاحبه، فيكون توفيق القاضي بينهما بالقسمة، أما في حالة ما إذا كان الخصمان متساويين في البينة من غير أن يكون لأي منهما يد أو في حالة عدم البينة لأي منهما يكون القاضي حرا في اختيار الأسلوب الذي يفصل في النزاع بموجبه فإن رأى القرعة فله ذلك وإن رأى القسمة فله ذلك ويرجع ذلك لتقديره ونظره.

وبأي أسلوب ينتهي إليه تقدير القاضي يكون ملزما بحق المتخاصمين وليس لأي منهما الاعتراض على ذلك حرصا على هيبة الأحكام القضائية واستقرار القضاء.

١- أحمد بن الحسين بن علي، أبو بكر البيهقي من أئمة الحديث ولد في خسروجرد سنة ٣٨٤هـ من قرى بيهق بنيسابور، ورحل بين الكوفة وبغداد ومكة في طلب العلم، محدث، فقيه قال إمام الحرمين: ما من شافعي وللشافعي فضل عليه إلا البيهقي، فإن له المنة والفضل على الشافعي لكثرة تصانيفه وفي نصرته مذهبه وبسط موزجه وتأييد آرائه، وقال الذهبي: لو شاء البيهقي أن يعمل لنفسه مذهباً يجتهد فيه لكان قادراً على ذلك لسعة علومه ومعرفته بالاختلاف، من مؤلفاته: كتاب السنن الكبرى في الحديث، والجامع المصنف في شعب الإيمان، ودلائل النبوة توفي ٤٥٨هـ.

الزركلي، الأعلام ج ١، ص ١١٦، وكحالة، معجم المؤلفين ج ١، ص ٢٠٦.

٢- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج ١، ص ٢٥٧.

٣- ابن القيم، الطرق الحكيمة ص ٣٧٨.

٤- وقد أورد ابن القيم كلاماً في الحديث المروي عن أبي موسى فقال: ولكن للحديث علل منها: أن هماماً قال عن قتادة "فبعث كل منهما شاهدين" وقال سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن سعيد بن أبي بردة عن أبيه عن أبي موسى: "أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في بعير ليس لواحد منهما بينة ففضى به رسول الله ﷺ بينهما نصفين" وهكذا رواه يزيد بن زريع ومحمد بن بكر وعبد الرحيم بن سليمان عن سعيد وكذلك روى عن سعيد بن بشر عن قتادة وقد رواه أيضاً همام عن قتادة كذلك فهذان وجهان عن همام في إرساله واتصاله والمشهور عنه اتصاله وشذ عنه عبد الصمد فأرسله ورواه شعبة فأرسله قال أحمد في مسنده: حدثنا محمد بن جعفر حدثنا شعبة عن قتادة عن سعيد بن أبيه "أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ في دابة ليس لواحد منهما بينة فجعلها بينهما نصفين" وكان رواية شعبة أنه ليس لواحد منهما أولى بالصواب لأن سعيد بن أبي عروبة قد تابعه عن قتادة على هذا اللفظ ورواه عنه روح وسعيد بن عامر ويزيد بن زريع وغيرهم وكذلك رواه سعيد بن بشر عن قتادة فهؤلاء ثلاثة حفاظ أحدهم أمير المؤمنين في الحديث شعبة وسعيد بن أبي عروبة وسعيد بن بشر اتفقوا عن قتادة في أنه ليس لواحد منهما بينة فقد اضطرب حديث أبو موسى كما ترى. الطرق الحكيمة ص ٣٨٠.

شروط إعمال القرعة عند القائلين بها^(١):

أولاً: استواء الخصمين بالحجة واليد.

قال الشافعي رحمه الله تعالى: (فلا تكون القرعة والله أعلم إلا بين قوم مستويين في الحجة)^(٢).

ثانياً: أن يكون المدعى به مما يوقن أنه ليس للمتخاصمين جميعاً.

فإذا كان من الممكن أن يكون المدعى به للمتخاصمين جميعاً وصحت البيئتان بها فيوفى القاضي بينهما بالقسمة، ولا يصار إلى القرعة، أما في إشكال الحالة مع التيقن بأن المدعى به ليس لهما فعندئذ يصار إلى القرعة.

ثالثاً: أن تكون المخاصمة فيما يجوز فيه التنازل.

ومعنى ذلك أن يكون الحق المتنازع فيه مما يجوز فيه التراضي، ونقل الحق بالتنازل عنه، فالبيع لا يصار فيه إلى القرعة لأن الحق في البيع^(٣) لا يقبل النقل، ويتحقق ذلك عندما تكون المنازعة في المال أو ما يقصد به المال وغيرها مما لا يتعلق به حق الله تعالى.

المواضع التي تكون فيها القرعة:

ذكر ابن فرحون المواضع التي شرعت فيها القرعة وأذكر منها ما يتعلق بالقضاء^(٤):

أولاً: بين الخلفاء إذا استوت فيهم الأهلية للولاية .

ثانياً: في الحضانة .

ثالثاً: في باب القسمة بين الشركاء في الأصول والحيوان ، والعروض والنقود والمصاغ إذا استوى فيه الوزن والقيمة ، وفي ذلك تفصيل واختلاف محله كتب الفقه .

رابعاً: بين الخصوم في التقدم إلى الحاكم في الحكم.

خامساً: بين الخصمين فيمن تكون محاكمتها عنده.

سادساً: في عتق العبيد إذا أوصى بعتقهم أو بثلثهم في المرض ثم مات، ولم يحملهم الثلث عتق مبلغ الثلث منهم بالقرعة.

سابعاً: إذا زحم اثنان على اللقيط، فالسابق أولى وإلا فالقرعة.

١ - عبد الرحمن شرفي، تعارض البيئات القضائية في الفقه الإسلامي ص ٤٩٥-٤٩٦ .

٢ - الأم ج ٨، ص ٣.

٣- البيع: والبيع يطلق على عقد النكاح والجماع معاً، وعلى الفرج الجزري، النهاية في غريب الأثر ج ٤، ص ١٣٣

٤ - ابن فرحون، تبصرة الحكام ج ٢، ص ٩٨-٩٩ .

ثامنا: إذا اختلف المتبايعان وقلنا: إنهما يتحالفان ويتفاسخان، واختلف فيمن يبدأ باليمين فيه أقوال: أحدها: أنه يقرع بينهما.

تاسعا: إذا اجتمع الخصوم عند القاضي وفيهم مسافرون ومقيمون، وخاف المسافرون فوات الرقعة.

رابعاً: التوفيق بين المتخاصمين بقسمة المدعى به

القسمة في اللغة: القسّمُ بالفتح مصدر قَسَمَ الشيء وقسمته قسماً من باب ضرب فرزته أجزاء فانقسم^(١).

وفي الاصطلاح: تَصْيِيرُ مُشَاعٍ مِنْ مَمْلُوكٍ مَالِكِينَ فَأَكْثَرَ مُعَيَّنًا وَلَوْ بِاخْتِصَاصٍ تَصَرُّفٍ فِيهِ بِقِرْعَةٍ أَوْ تَرَاضٍ^(٢).

وعرفتها المجلة بأنها: عبارة عن إفرار للملك والمنفعة الثابتة للشريكين قبل القسمة^(٣). أما بالنسبة لأراء الفقهاء في الترجيح بين المتنازعين بالقسمة عند تساوي البيئات واليد، فقد ذهب معظم فقهاء المذاهب إلى مشروعية الترجيح أو التوفيق بين المتنازعين بقسمة المدعى به بين المتخاصمين^(٤).

وخالف في ذلك العز بن عبد السلام من الشافعية فقال بعدم جواز الجمع بالقسمة. فقد قال: ومن قسم بين المتداعيين فقد خالف موجب البيئتين في نصف ما شهدت به لأن كل واحدة منهما شاهدة بالجميع ولا يجوز أن يجعل تعارض البيئتين المتساويتين كاجتماع اليدين على العينين لأن كل واحدة من اليدين مفيدة للظن غير مكذبة لصاحبها والبيئتان ههنا متكادبتان لا يحصل من واحدة منهما ظن والبيئة ما فيه بيان فإذا لم يكن في كل واحدة منهما بيان كان الحكم بغير بيئة على خلاف الشرع ومن ذهب إلى وقف البيئتين إلى إصلاح الخصمين فما ابعده ولكنه يؤدي إلى تعطيل الحكم إلى اتفاق الإصلاح^(٥).

أما بالنسبة لأدلة فقهاء المذاهب على جواز القضاء بالقسمة فقد ذكرتها في المطلب السابق في معرض سرد أدلة القائلين بعدم جواز القضاء بالقرعة، إذ استدلووا بأحاديث تفيد جواز القسمة لا الاقتراع، ولا أرى إعادة سردها تجنباً للتكرار.

والذي أراه من مجموع الأدلة في المسألتين السابقتين، - الإثبات بالقرعة، والإثبات بالقسمة - أنه يفهم منها جواز القسمة وجواز القرعة، وأفهم من مجموع هذه النصوص أن هناك بعض الحالات تكون القسمة أولى من القرعة، كما لو كان لكل من المتخاصمين بيئة وكان لكل منهما يد على المدعى به، فظاهر الحال يدل على أن كلا منهما له حق في المدعى به بموجب

١- الفيومي، المصباح المنير ج٢، ص١٦١ مختار الصحاح ج١، ص٢٢٣.

٢- شرح ميارة ج٢، ص٥٨، الحطاب مواهب الجليل، ج٥، ص٣٣٤.

٣- علي حيدر درر الحكام ج٣، ص٩٨.

٤- السرخسي المبسوط ج٨، ص١٠٢ المرغيناني، الهداية شرح البداية ج٣، ص١٦٨، والمدونة ج١٣، ص١٨٧ القرافي، الذخيرة ج١٠، ص١٧٨ الشافعي، الأم ج٦، ص٢٤٥ البهوتي، شرح منتهى الإرادات ج٦، ص٥٧٣، الرحيباني، مطالب أولي النهى ج٤، ص١٩٨ ابن حزم المحلى ج٩، ص٤٣٧.

٥- قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج٢، ص٤٥.

بينته ويده، فتجعل نصفين بينهما من قبيل أن قبول البينة لكل طرف يعني قبول البينة من كل منهما على ما في يده وإلغائها بحقه عما في يد صاحبه، فيكون توفيق القاضي بينهما بالقسمة أولى من القرعة.

قال ابن حزم: (فالقسمة بينهما حيث هو في أيديهما لأنه لهما بظاهر اليد والقرعة حيث لاحق لهما ولا لأحدهما ولا لغيرهما فيه)^(١).

وكما أسلفت فإن الذي أراه في من مجموع الروايات أن القاضي مأمور بالقسمة في حالة ما إذا كان الخصمان متساويين في البينة واليد فظاهر الحال يدل على أن كلا منهما له حق في هذا المدعى به بموجب بينته ويده، فتجعل نصفين بينهما من قبيل أن قبول البينة لكل طرف يعني قبول البينة من كل منهما على ما في يده وإلغائها بحقه عما في يد صاحبه، فيكون توفيق القاضي بينهما بالقسمة.

أما في حالة ما إذا كان الخصمان متساويين في البينة من غير أن يكون لأي منهما يد أو في حالة عدم البينة لأي منهما يكون القاضي حرا في اختيار الأسلوب الذي يفصل في النزاع بموجبه فإن رأى القرعة فله ذلك وإن رأى القسمة فله ذلك ويرجع ذلك لتقديره ونظره.

وبأي أسلوب ينتهي إليه تقدير القاضي يكون ملزما بحق المتخاصمين وليس لأي منهما الاعتراض على ذلك حرصا على هيبة الأحكام القضائية واستقرار القضاء.

١- ابن حزم، المحلى ج ٩، ص ٤٣٧

المطلب الثالث

السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بالجرائم والعقوبات

تمهيد:

إن مما تتميز به الشريعة الإسلامية، أن الجزاء فيها - بشقيه الثواب والعقاب - دنيوي وأخروي، والأصل في الجزاء أنه أخروي، إلا أن ضرورات الحياة ومتطلباتها، وتفاوت النفوس من حيث الالتزام، تحتم أن يكون الجزاء دنيويا أيضا حتى تستقر أمور الحياة وتستقيم النفوس وترتدع، وهذا الجزاء الدنيوي وبخاصة العقاب، منه ما يكون حدا يعاقب به المجرم، ومنه ما يكون قصاصا في النفس، أو فيما هو دونها، أو يكون تعويضا ماليا، ومنه ما يقدره ولي الأمر أو من ينوب عنه، ومعلوم بالضرورة أن المرء إذا أفلت من عقوبة الدنيا فإنه مؤاخذ بها في الآخرة.

ولما كان مقصدنا في هذا المطلب التعرف على سلطة القاضي التقديرية في مجال العقوبات، كان من الضروري أولا التعرف على الجرائم والعقوبات من حيث معناها وأنواعها ثم بيان ما للقاضي فيها من سلطة تقديرية فيها.

تعريف الجرائم والعقوبات.

تعريف الجرائم:

في اللغة: جمع جريمة، الجُرْمُ والجَرِيْمَةُ: الذنب تقول منه جَرَمَ وأجْرَمَ واجْتَرَمَ^(١)، وجرم جرما: أذنب واكتسب الإثم^(٢).

وفي الاصطلاح: محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير^(٣).

أو هي: إتيان فعل محرم معاقب على فعله، أو ترك فعل محرم الترك معاقب على تركه^(٤). والمحظورات الشرعية: هي مخالفة الأوامر والنواهي المشروعة، أي إتيان فعل منهي عنه، أو ترك فعل مأمور به، وقد وصفت المحظورات بأنها شرعية إشارة إلى أنه يجب في الجريمة أن تحظرها الشريعة^(٥).

١- مختار الصحاح ج ١، ص ٤٣.

٢- المصباح المنير ج ١، ص ١٠٦.

٣- الماوردي، الأحكام السلطانية ج ٢، ص ٤٥١.

٤- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي ج ١، ص ٦٦.

٥- المرجع السابق ج ١، ص ٦٦.

تعريف العقوبات:

في اللغة: جمع عقوبة، والعقابُ و المُعاقبة أن تجزي الرجلَ بما فعل سُوءاً؛ والاسمُ العُقوبة، وعاقبه بذنبه مُعاقبة وعقَاباً: أخذَه به^(١).

وفي الشرع: هي الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع^(٢).

وتنقسم الجرائم إلى الأقسام الآتية^(٣):

الأول: جرائم الحدود.

الثاني: جرائم القصاص والدية.

الثالث: جرائم التعازير.

وتنقسم العقوبة من حيث نص الشارع الحكيم عليها إلى قسمين:

الأول: عقوبات مقدرة، نص عليها الشارع الحكيم، وتشمل الحدود والقصاص وبعض هذه العقوبات يغلب فيها حق الله تعالى كالحدود، وبعضها يغلب فيها حق العبد كالقصاص والديات.

الثاني: عقوبات غير مقدرة، بمعنى أن الشارع الحكيم لم ينص عليها، وترك تقديرها لولي الأمر أو نائبه، ويدخل تحتها التعزيرات.

قال ابن القيم نقلاً عن شيخه ابن تيمية، أن واجبات الشريعة ثلاثة أقسام: (عبادات كالصلاة والزكاة والصيام وعقوبات: إما مقدرة وإما مفوضة، وكفارات)^(٤).

وسياتي فيما يلي التعريف بهذه الجرائم والعقوبات وأنواعها، ثم سيأتي بعدها إن شاء الله

تعالى الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي فيها، وسأتناول التعريف بكل نوع من الأنواع السابقة، ثم بيان ما للقاضي فيها من سلطة تقديرية، ثم أنتقل للنوع الثاني على النحو نفسه، ثم النوع الثالث...

١- ابن منظور، لسان العرب ج١، ص٦١٩.

٢- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي ج١، ص٦٠٩.

٣- هناك أقسام أخرى للجرائم باعتبارات أخرى:

باعتبار قصد الجاني: جرائم مقصودة: وهي التي يتعمد الجاني فيها إتيان الفعل المحرم وجرائم غير مقصودة: وهي التي لا ينوي فيها الجاني إتيان الفعل المحرم ولكن يقع منه نتيجة الخطأ. وباعتبار وقت كشفها: جرائم التلبس: وهي التي تكشف وقت ارتكابها أو عقب ذلك ببرهة يسيرة، وجرائم لا تلبس فيها وهي التي لا تكشف وقت ارتكابها أو يمضي زمن غير يسير بين ارتكابها وبين كشفها. وباعتبار الإيجابية والسلبية: جرائم إيجابية كإتيان فعل منهى عنه كالسرقة وجرائم سلبية: كالامتناع عن أداء الزكاة.

وباعتبار كيفية ارتكاب الجريمة: جرائم بسيطة وهي التي تتكون من فعل واحد كالسرقة، وجرائم اعتيادية: وهي التي تتكرر من صاحبها. وهناك جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة، وجرائم ضد الأفراد وجرائم ضد الجماعة، وجرائم عادية وجرائم سياسية. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي ج١، ص٧٨-٩٩.

٤- الطرق الحكمية ص٣١٧.

الفرع الأول

السلطة التقديرية للقاضي في متعلقات الحدود

قبل الحديث عن سلطة القاضي التقديرية في الحدود لا بد من بيان معنى الحدود وأنواعها، ثم الحديث عما للقاضي من سلطة تقديرية فيها.
تعريف الحدود وبيان أضرارها.

في اللغة: جمع حد و الحدُّ: الحاجز بين الشيئين وحد الشيء منتهاه، وهو المنع ومنه قيل للبواب حدًّا وللسجان أيضا لأنه يمنع عن الخروج و حدُّه أقام عليه الحد من باب رد أيضا، وإنما سمي حدا لأنه يمنع من المعادة^(١).

وهو الفصل أيضا ومنه قول الشاعر: وجاعل الشمس حدا لا خفاء به، ومنها الحدود المقررة في الشرع: لأنها تمنع من الإقدام^(٢).

وفي الإصطلاح: هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى^(٣).

وقد فصل الماوردي الحدود فقال^(٤): أما الحدود ف ضربان :

أحدهما: ما كان من حقوق الله تعالى

الثاني: ما كان من حقوق الأدميين.

وهذه الحدود سواء ما كان منها لحق الله تعالى وما كان منها لحق العبد هي:

حد الردة^(٥)، وحد الزنى^(٦) وحد القذف^(٧)، وحد شرب الخمر، وحد السرقة^(٨)، وحد قطع الطريق (الحرابة)^(٩).

١- الرازي، مختار الصحاح ج١، ص٥٣.

٢- الفيومي، المصباح المنير ج١، ص١٢٩.

٣- المرغيناني، الهداية شرح البداية ج٢، ص٩٤ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٥، ٢١٢ الشربيني، مغني المحتاج ج٤، ص١٥٥ ابن نجيم، البحر الرائق ج٥، ص٣ الكاساني، بدائع الصنائع ج٧، ص٣٣ الجرجاني، التعريفات ج١، ص١١٣.

٤- الماوردي، الأحكام السلطانية ج٢، ص٤٥٥ وما بعدها.

٥- والمرتد هو الذي جرى بالكفر لسانه مخبرا عما انشرح به من الكفر صدره.

ابن العربي، أحكام القرآن ج٣، ص١٥٩.

٦- الزنى: هو إيلاج الذكر بفرج محرم لعينه خال عن الشبهة مشتبهى يوجب الحد.

الذووي، المنهاج مطبوع مع مغني المحتاج للشربيني، ج٤، ص١٤٣.

٧- القذف هو: نسبة المحصن إلى الزنى صريحا أو دلالة. أو هو: الرمي بالزنى على جهة التعبير أو نفي ولد.

حاشية ابن عابدين ج٤، ص٤٣، الشربيني، مغني المحتاج ج٣، ص٣٦٧.

٨- أخذ مال الغير على وجه الخفية وإخراجه من حرزه. الحسيني، كفاية الأخيار ج١، ص٤٨٣.

٩- قطع الطريق: هو الخروج على المارة لأخذ المال على سبيل المغالبة على وجه يمتنع المارة عن المرور وينقطع الطريق سواء أكان القطع من جماعة أو من واحد بعد أن يكون له قوة القطع وسواء أكان القطع بسلاح أو غيره من العصا. الكاساني، بدائع الصنائع ج٧، ص٩٠.

أما سلطة القاضي التقديرية في الحدود فتظهر فيما يأتي :

لعل المتبادر إلى الذهن للوهلة الأولى عند سماع كلمة الحدود، أن القاضي لا يتمتع بأي سلطة تقديرية فيها، كيف يكون له ذلك وهي عقوبات مقدرة بنصوص القرآن الكريم ، والسنة النبوية الصحيحة، ولعل هذا ما حدا ببعض أهل العلم من نفي أي سلطة تقديرية للقاضي في الحدود، قال الأستاذ عبد القادر عودة : (من حيث سلطة القاضي في جرائم الحدود إذا ثبتت الجريمة وجب على القاضي أن يحكم بعقوبتها المقررة، لا ينقص منها شيئاً ولا يزيد عليها شيئاً، وليس له أن يستبدل بالعقوبة المقررة عقوبة أخرى، ولا أن يوقف تنفيذ العقوبة، فسلطة القاضي في جرائم الحدود قاصرة على النطق بالعقوبة المقررة للجريمة)^(١).

أقول: أتفق مع العالم الجليل بأن القاضي لا يتمتع بأي سلطة تقديرية في الحدود من حيث المقدار أو الإلغاء بعد ثبوتها، وكذا من حيث استبدالها بعقوبة أخرى كما تبين لنا مما سبق لأنها عقوبات مقدرة وثابتة بالنص ولا يصح الزيادة فيها ولا الإنقاص منها، إلا أن ما ذكر ليس فقط هو كل ما يتعلق بالحد، فهناك أشياء تتصل بموضوع الحدود، أرى أن للقاضي فيها سلطة تقديرية، وهذا يقودني إلى أن القول بعدم تمتع القاضي بسلطة تقديرية في الحدود على إطلاقه جانبا للصواب، ولا أتفق فيه مع العالم الجليل ، وفيما يأتي بيان الأحوال التي يتمتع القاضي فيها بسلطة تقديرية فيما يتعلق بالحدود على النحو الآتي:

أولاً: سلطة القاضي التقديرية في نذب المقر على نفسه بما يستوجب عقوبة حدية، ستر نفسه ما لم تقم البينة عليه.

ولعل في قصة معاذ بن مالك الأسلمي دلالة واضحة على ما نقول، فعندما جاء يقر بالزنى على نفسه كيف أن النبي ﷺ نذبه لأن يستر على نفسه، ويظهر ذلك من خلال ما دار بينه وبين النبي ﷺ، لكن لما شهد معاذ على نفسه بالزنى أربع مرات، أقام النبي ﷺ عليه الحد، فقد روي أنه جاء معاذ بن مالك إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله طهرني فقال : ويحك ارجع فاستغفر الله وتب إليه قال فرجع غير بعيد ثم جاء فقال يا رسول الله طهرني فقال رسول الله ﷺ ويحك ارجع فاستغفر الله وتب إليه فرجع غير بعيد ثم جاء فقال يا رسول الله طهرني فقال النبي ﷺ مثل لك حتى إذا كانت الرابعة قال له رسول الله: فيم أطهرك فقال: من الزنى فسأل رسول الله ﷺ أبه

١- عبد القادر عودة التشريع الجنائي الإسلامي ج١، ص٨٢.

جنون؟ فأخبر أنه ليس بمجنون فقال: أشرب خمرا؟ فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمر، قال فقال رسول الله ﷺ أزنيت؟ فقال: نعم فأمر به فرجم^(١).

ومثل هذا جرى مع الغامدية، فقد جاء في قصتها أنها قالت: يا رسول الله إني زنيت وإني أريد أن تطهرني وأنه ردها فلما كانت من الغد قالت: يا نبي الله لم تردني فلعلك تريد أن تردني كما رددت ماعز بن مالك، فوالله إني لحبلى، قال إما لا فاذهبي حتى تلدي...^(٢).

فهذا تشريع للقاضي المسلم، وهو يدل على رغبة الشرع الحنيف بالستر على العباد، ما لم يتحتم إقامة الحد عندما تتوفر جميع شروطه وأركانه، فعندها لا يسع القاضي إلا أن يطبق شرع الله تعالى، وليس له ولا لغيره الحيلولة دون إقامة الحد، لما فيه من معصية الله، فقد روي عن عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ: "من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضاد الله في أمره"^(٣).

وما فعله النبي ﷺ مع ماعز عندما جاءه مقرا بوقوع الزنى منه، فلم يقض النبي ﷺ عليه مباشرة بل قام برده أول الأمر، كأنه يندبه للستر على نفسه لأنه لا بينة عليه.

ثانيا: سلطة القاضي التقديرية في تلقين المقر على نفسه بحد من الحدود من المسقطات ما يدرأ به الحد عن نفسه.

ليس من الشرع في شيء أن يقوم القاضي على الفور بالحكم مباشرة على من جاء يقر على نفسه بجريمة ما، ولا سيما إذا كانت حدية، دون أن يسأله ويتأكد منه أنه مدرك لما يقول، أو أنه ليس تحت تأثير أمر ما قد أفقده الإرادة والاختيار فيما هو مقدم عليه، بل من الشرع أن يستفسر عن كل المسقطات لتلك العقوبة، ليس ذلك فحسب، بل وله أن يلقنه تلك المسقطات كما جاء ذلك في رواية البخاري لحديث ماعز "لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت"^(٤)، بمعنى أن النبي ﷺ أراد أن يتحقق من أن ماعزا متيقن من أن الفعل الذي قام به هو الزنى الذي يستوجب التطهير الذي جاء يسأله، وربما ظن أن لمس المرأة الأجنبية أو تقبيلها أو ما شابه ذلك هو

١ - سبق تخريجه ص ٥١.

٢ - الموضوع السابق من الرسالة

٣ - أخرجه أبو داود في سننه، ج ٢، ص ٧٠ قال الأرنؤوط: إسناده صحيح، رجاله ثقات رجال الصحيح غير يحيى بن راشد وهو أحد رواته. البيهقي السنن الكبرى، ٣٣٢/٨ باب ما جاء في الشفاعة بالحدود الحاكم النيسابوري، أخرجه الحاكم في المستدرک على الصحيحين ٣٢/٢، قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ج ١٣، ص ٥٧٦ كتاب الزهد، حديث (١٧٣٣٠).

٤ - سبق تخريجه ص ٥٢.

الزنى الذي يستوجب الحد، فسأله عن تلك المسقطات ولقنه إياها، وبناء على هذا قال بعض العلماء : إن للقاضي أن يستفسر عن المسقطات وأن يلقتها للمتهم^(١).

فلو كان عمل القاضي عملاً آلياً خالياً من الحكمة مجرداً من أي سلطة تقديرية لكان الواجب على القاضي أن يأمر بتطبيق الحد على من جاء يعترف به لمجرد إقراره على نفسه بغض النظر عن الظروف والملابسات التي تحيط بالجريمة، ولكن الناظر في شرعنا الحنيف والمتفهم لمنطقه القويم، يجد أن الأولى والمقدم هو رعاية المكلف وصيانة عرضه ونفسه وماله وحرمة، حتى في الأوضاع التي يكون فيها محل اتهام ، ويظهر هذا في جوانب عديدة منها:
أن المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته جرياً مع الأصل الذي يقضي ببراءة الذمة إلى أن يثبت انشغالها كما تنص القاعدة الفقهية^(٢).

وكذلك جعل الخطأ في العفو خيراً من الخطأ في العقوبة لأن الفائت بالعقوبة وبخاصة إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود أو القصاص لا سبيل لتعويضه، وفي الحديث: "ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة"^(٣).

ثالثاً: سلطة القاضي في اعتبار الشبهة مما يصلح درء الحد بها أم لا؟

مما هو مقرر شرعاً أن الحدود تدرأ بالشبهات، ولما كانت الشبهة تعرف بأنها: ما لم يتيقن كونه حراماً أو حلالاً^(٤) فتكون مهمة القاضي منصبة على التأكد والتحقق من كون هذه الشبهة مما يصلح درء الحد بها أم لا؟

فقد يسرق رجل، وبعد ثبوت الحد عليه، يزعم أنه لم يسرق، لأنه يعتبر أن ما أخذه من مال الغير، له حق به، وذلك لأن الله تعالى قال: "وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ * لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ"^(٥) وهو من المحرومين ، وله حق بهذا المال الذي سرقه فالقاضي يعمل فكره ونظيره في اعتبار ما استند إليه السارق شبهة أم لا؟ وهناك شاهد من عمل الصحابة على هذا، وهو أن عمر بن الخطاب لما رفع إليه أمر قدامة بن مظعون وشهد الجارود عليه بشرب الخمر وأنه رآه يشربها، وأشهد أبا هريرة... القصة^(٦) فلما سأل عمر رضي الله عنه زوجة قدامة عن التهمة التي وجهت إليه أقامت الشهادة على زوجها، فقال عمر لقدامة: إني حادك، فقال: لو

١ - البحر الزخار ج٦، ص١٥٣، الصنعاني التاج المذهب لأحكام المذهب ج٤، ص٢١٩.

٢ - السيوطي، الأشباه والنظائر ج١، ص٥٣.

٣ - سبق تخريجه ص٤٧ من الرسالة.

٤ - الجرجاني، التعريفات ج١، ص١٦٥.

٥ - سورة المعارج، آية: ٢٤-٢٥.

٦ - سبق ذكرها في هامش ص١٧٢ من الرسالة.

شربت كما يقولون ، ما كان لكم لتجلدونني، فقال عمر رضي الله عنه: لم؟ قال قدامة: قال الله عز وجل: "لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوا" (١) الآية ، فقال عمر رضي الله عنه: أخطأت التأويل، إن اتقيت الله اجتنبت ما حرم الله عليك، ثم أقبل عمر رضي الله عنه على الناس فقال: ماذا ترون في جلد قدامة؟ قالوا لا نرى أن تجلده ما كان مريضاً، فسكت عن ذلك أياماً، ثم أصبح يوماً وقد عزم على جلده فقال لأصحابه: ما ترون في جلد قدامة؟ فقال القوم: ما نرى أن تجلده ما دام وجعاً، فقال عمر رضي الله عنه: لأن يلقى الله عز وجل تحت السياط، أحب إلي من أن يلقاه وهو في عنقي، ائتوني بسوط تام، فأمر عمر رضي الله عنه بقدامة، فجلد.

فالذي يلاحظ في هذه القضية أن أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه لم يعتبر ما برر به قدامة فعله شبهة دائرة للحد.

ومن هنا نرى أنه ليس بالضرورة أن تكون كل شبهة صالحة لدرء الحد، ولا شك أن الذي يقدر صلاحها أو عدم صلاحها هو القاضي، وله في حال أشكل الأمر عليه أن يستعين بأهل مشورته، من باب السلطة التقديرية الممنوحة له.

رابعاً: سلطة القاضي التقديرية في تأجيل إقامة الحد بعد استحقاقه مراعاة لمصلحة شرعية.

الأصل عندما تتوفر سائر الشروط المعتبرة في إقامة الحد أن يأمر القاضي بتنفيذه على مستحقه، ويكون ذلك بمحضر من الناس، لتحدث العبرة والموعظة كما في قوله تعالى "وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ" (٢)، وكما في السنة الشريفة، فقد روي أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ فقال أحدهما: اقض بيننا بكتاب الله، وقال الآخر وهو أفقههما: أجل يا رسول الله فاقض بيننا بكتاب الله وأذن لي أن أتكلم قال: تكلم، قال: إن ابني كان عسيفاً على هذا - قال مالك: والعسيف: الأجير - فزنى بامرأته فأخبروني أن على ابني الرجم فافتديت منه بمائة شاة وبجارية لي، ثم إنني سألت أهل العلم فأخبروني أن ما على ابني جلد مائة وتغريب عام، وإنما الرجم على امرأته فقال رسول الله ﷺ: أما والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله، أما غنمك وجارياتك فرد عليك، ووجد ابنه مائة وغرابة عاماً، وأمر أنيسا الأسلمي أن يأتي امرأة الآخر، فإن اعترفت أن يرحمها، فاعترفت فرجمها (٣).

١- سورة المائدة ، آية [٩٣].

٢- سورة النور ، آية: [٢].

٣- القصة في صحيح مسلم ج ٢، ص ١٣٢٥، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، حديث رقم (١٦٩٧-١٦٩٨).

إلا أن للقاضي سلطة تقديرية في تأخير إقامة الحد بعد قيام موجبات إقامته ، إذا رأى القاضي ذلك مراعاة لتحقيق مصلحة شرعية ، ويدل على ذلك فعل النبي ﷺ في تأخير إقامة الحد على الغامدية إلى أن وضعت حملها ، ثم تأخيره إلى أن فطمت رضيعها وهذا بمثابة تشريع من النبي ﷺ للقاضي بأن له تأخير تنفيذ العقوبة - وإن أصبحت مستحقة- للوقت الذي يراه مناسبا وأكثر تحقيقا للعدالة ، فتأخير الحد على الغامدية لا يلحق ضررا بأحد ولا يفوت معه مصلحة لأحد ، أما لو أقام عليها الحد ساعة ثبوته عليها فلترتب عليه فوات الحمل الذي لا وزر له ، أو لترتب هلاك الرضيع بهلاك أمه .

وكذا فعل عمر رضي الله عنه في قضية قدامة بن مظعون ، حيث قال ماذا ترون في جلد قدامة؟ قالوا لا نرى أن تجلده ما كان مريضا، فسكت عن ذلك أياما .

ولقائل أن يقول: بما أن هذا الأمر قد ثبت بالسنة فأين سلطة القاضي فيه؟

أقول: إن سلطة القاضي التقديرية تتجلى في مراعاته للمصلحة الشرعية المترتبة على تأخير تنفيذ الحد في كل ما يعرض عليه، وقياس أية حالة لم ينص عليها على ما ورد فيه النص، كما فعل عمر رضي الله عنه، وما السلطة التقديرية إلا اجتهاد ونظر يقوم بهما القاضي فيما يعرض عليه .

خامسا: مدى سلطة القاضي التقديرية في استبدال العقوبة الحدية بعقوبة أخرى؟

قد يسأل سائل: هل للقاضي أن يستبدل العقوبة المستحقة على من ارتكب حدا بعقوبة أخرى غير المقدره شرعا؟

في الواقع هناك صورتان لاستبدال العقوبة:

الأولى: وهي استبدال العقوبة الحدية بعقوبة أخرى لا تؤول إلى ما تؤول إليه العقوبة الحدية، كأن تستبدل عقوبة السارق بالسجن مدة من الزمن، أو تستبدل عقوبة الفذف بغرامة مالية كتعويض للمقذوف وهكذا.

ومما لا يحتاج إلى إثبات، القول ببطلان مثل هذا الاستبدال، لما فيه من تقديم هوى النفس على شرع الله الحكيم الخبير، الذي خلق كل شيء بقدر، الأعلم بما يصلح البشرية، فليس لقاض ولا حاكم أن يستبدل عقوبة حدية بعقوبة حدية أخرى لأن أقل ما يمكن قوله أنه اعتراض على حكم الله جل وعلا.

الثانية: استبدال العقوبة الحدية بعقوبة أخرى لكنها تؤول إلى ما تؤول إليه العقوبة الحدية ، كأن تستبدل عقوبة الزاني المحصن بالإعدام بدلا من الرجم .

أما هذه الصورة وإن كانت العقوبة البدل تؤول إلى ما تؤول إليه العقوبة الأصلية، إلا أن ذلك لا يعني القول بصحة ذلك الفعل ويمكن تأييد هذا بما يأتي:

١- أن النبي ﷺ لما طلب من الصحابة والمسلمين رجم الزناة، كان يعرف السيف، وكان يعرف كل الوسائل التي تزهق بها الروح من غير الرجم، ولكنه لم يخالف ما أوحى إليه، ونفذ ما أوحى إليه ربه.

٢- إن ما يخشاه دعاة التغيير والاستبدال، لما في عقوبة الرجم من القسوة ليس صحيحا ونقول لهم: إن الرجم هو القتل وإن قوانين الدول تبيح القتل في بعض الجرائم، ولا فرق بين من يقتل شنقا أو ضربا بالسيف أو رميا بالرصاص فكل هؤلاء مقتول ولكن الاختلاف في وسائل القتل.

وإذا كانت الغاية من القتل بوسيلة أخرى هو تجريد الموت من الألم والعذاب، كان الموت من أتعفه العقوبات، وأكثر الناس اليوم إذا اتجه تفكيرهم للموت فكروا فيما يصحبه من ألم وعذاب، فهم لا يخافون الموت في ذاته وإنما يخافون العذاب الذي يصحب الموت وإذا كان العذاب لا قيمة له مع المحكوم عليه بالموت فإن قيمته يجب أن تظل محفوظة للزجر والتخويف، وليس من مصلحة المجتمع في شيء أن يفهم أفراده أن العقوبة هينة لينة لا تؤلم ولا تدعو للخوف، وقد أبلغت آية الزنى في إبراز هذا المعنى حيث جاء فيها "وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ" ^(١) وجاء فيها "وَلَيْشَهِدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ" ^(٢) ذلك أن الرأفة بالمجرمين تشجع على الإجرام والعذاب الذي يصحب العقوبة هو الذي يؤدب من أجرم ويزجر من لم يجرم ^(٣).

قال السيوطي: (وتعين الحجر في قتل الزاني المحصن، لأن المقصود التمثيل به والردع عن هذه الفاحشة فلا يجوز قتله بالسيف) ^(٤).

سادسا : سلطة القاضي التقديرية في الجمع مع العقوبة الحدية عقوبة تعزيرية .

فقد ذهب بعض الفقهاء إلى جواز تعليق يد السارق في عنقه بعد قطعها، قال ابن قدامة:

(ويسن تعليق اليد في عنقه ^(٥) وقد استند في ذلك على ما روي عن النبي ﷺ "أنه أتى بسارق

قطعت يده ثم أمر بها فعلقته في عنقه) ^(٦) .

١- سورة النور، آية [٢].

٢- سورة النور، آية [٢].

٣- بتصرف عن عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي ج ١، ص ٦٤٣-٦٤٤.

٤- الأشباه والنظائر ج ١، ص ٥٣٢.

٥- ابن قدامة، المغني والشرح الكبير ج ١٠، ص ٢٢٦.

٦- أخرجه الترمذي في الصحيح الجامع، ج ٤، ص ٥١، قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث عمر بن علي المقدميين الحجاج بن ارطأة وبد الرحمن بن محيريز . وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨، ٢٧٥، باب ما جاء في تعليق اليد في عنق السارق ، وأخرجه أبو داود في سننه ٤، ١٤٣، باب في

الفرع الثاني

سلطة القاضي التقديرية فيما يتعلق بالقصاص والديات

تعريف القصاص

في اللغة: القصاص: بفتح القاف وكسرهما: القود وقد اقصَّ فلانا من فلان إذا اقتصَّ له منه فجرحه مثل جرحه أو قتله قوداً^(١)، و القصاصُ والقصاصُ والقصاصُ والقصاصُ: القودُ وهو القتل بالقتل أو الجرح بالجرح^(٢)، والقصاص أيضا: قتل القاتل وجرح الجراح وقطع القاطع^(٣). وفي الاصطلاح: إتلاف نفس بنفس من غير مجاوزة لمقدار الفعل^(٤)، أو: أن يفعل بالفاعل مثل ما فعل^(٥)، أو: أن يعاقب المجرم بمثل فعله فيقتل كما قتل ويجرح كما جرح^(٦). وقد ثبتت مشروعية القصاص والديات في الكتاب والسنة والإجماع والمعقول^(٧). وبما أن القصاص معاقبة المجرم بمثل فعله فيقتل كما قتل ويجرح كما جرح ومن هنا يمكن القول بأن القصاص من حيث حجم الجرم نوعان:

الأول: القصاص في الاعتداء العمد على النفس، كما في القتل العمد، ويكون بالمماثلة، لقوله تعالى: "أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ"^(٨).

الثاني: القصاص في الاعتداء العمد على ما دون النفس، وهي الجراح التي لا تؤدي إلى فوات النفس، وإنما تؤدي إلى تلف في العضو المصاب، وقد قال الله تعالى: "وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا"^(٩).

والقصاص منه ما هو ممكن صورة ومعنى ومنه ما لا يمكن القصاص فيها إلا معنى. والمقصود بالقصاص صورة ومعنى: أن يؤخذ الجاني بمثل جريمته أخذا ماديا، فيقتل إن كانت جريمته القتل، وتنفق عينه إن كانت جريمة فقء عين، وتخلع سنه إذا كانت جريمة خلع

= تعليق يد السارق في عنقه، وأخرجه الدارقطني في السنن ج ٣، ص ٢٠٨ كتاب الحدود والديات وغيره. وقال الشوكاني: رواه الخمسة إلا أحمد وفي إسناده الحجاج بن ارطأة وهو ضعيف. نيل الأوطار ج ٧، ص ٣١٠

- ١- مختار الصحاح ج ١، ص ٢٢٥.
- ٢- لسان العرب ج ٧، ص ٧٦.
- ٣- الفيومي المصباح المنير ج ٢، ص ١٦٥.
- ٤- الجصاص، أحكام القرآن ج ١، ص ١٩٨.
- ٥- الجرجاني، التعريفات ج ١، ص ٢٢٥.
- ٦- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي ج ١، ص ٦٦٢.
- ٧- الشربين، مغني المحتاج ج ٤، ص ٢، ٥٣، ابن قدامة، الكافي ج ٣، ص ٥٦.
- ٨- سورة المائدة، آية [٤٥].
- ٩- سورة المائدة، آية [٤٥].

سن، هذا كله مع توفر شروط معينة لوجوب القصاص، كأن تكون الجريمة المستحقة لهذا النوع من العقاب من عاقل بالغ، وأن يكون قد قصد العدوان، وكان متعمدا للجريمة... (١).

والمقصود بالقصاص معنى: هو عدم إمكان القصاص بالمماثلة، ويكون في الأطراف والجروح ولا يكون بالنفس، فلو ضرب الجاني ضربة ترتب عليها شلل في يد المجني عليه، فإن القصاص في الصورة والمعنى يقتضي أن يحدث بالجاني شلل في يده بمقدار الشلل الذي أصاب المجني عليه ولكن ذلك غير ممكن، إذ أن الضربة ربما تحدث الشلل وربما لا تحدثه، وإن أحدثته فقد يكون مساويا للأول وربما لا يكون مساويا، ولهذا كان القصاص بالمماثلة صورة ومعنى غير ممكن، وكان لا بد من أن ينتقل إلى التقدير، وهو القصاص في المعنى وهو الدية (٢) أو الأرش (٣).

تعريف الدية :

في اللغة : والديَّةُ واحدة الديَّاتُ والهَاءُ عوض من الواو و وَدَيْتُ القَتِيلَ أَدِيَّةٌ دِيَّةٌ أُعْطِيَتْ دَيْتَهُ وَادَّيْتُ أُخَذْتُ دَيْتَهُ وَإِذَا أَمَرْتُ مِنْهُ قَلْتُ أَدُ فُلَانًا وَلِلثَلَاثِينَ دِيًّا وَلِلْجَمَاعَةِ دُؤَا فُلَانًا (٤).
وودى القاتل القتل يديه دية إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس وفاؤها محذوفة والهَاءُ عوض والأصل ودية مثل وعدة. وفي الأمر (د) القتل بدال مكسورة لا غير فإن وقفت قلت ده ثم سمي ذلك المال دية تسمية بالمصدر والجمع ديات مثل هبة وهبات وعدة وعدات واتدى الولي على وزن افتعل إذا أخذ الدية ولم يثار بقتيله (٥).

وفي الشرع: اسم للمال الذي هو بدل للنفس، والأرش اسم للواجب فيما دون النفس (٦).

أو: هي مال وجب على حر بجناية في نفس أو غيرها (٧).

ونلاحظ أن الفقهاء بعضهم قد جعل الدية قصرا على ما يكون تعويضا عن النفس والأرش على التعويض بما دون النفس، والبعض الآخر جعل القصاص والأرش بنفس المعنى. وثبتت مشروعتها في كتاب الله جل وعلا في قوله " وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَّةٌ

١- محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ص ١١٢.

٢- المرجع السابق ص ١٠٣.

٣- الأرش هو أسم للمال الواجب على ما دون النفس . الجرجاني ، التعريفات ج ١، ص ٣١.

٤- مختار الصحاح ج ١ ، ص ٢٩٨.

٥- المصباح المنير ج ٢، ص ٣٢٩.

٦- حاشية ابن عابدين ج ٦، ص ٥٧٤.

٧- الهيثمي، تحفة المحتاج ج ٨، ص ٤٥٢ والحطاب ، مواهب الجليل ج ٦، ص ٢٥٧.

مُسَلَّمَةً إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا " (١).

وفي السنة النبوية في قوله: "من قتل له قتيلاً فهو بخير النظرين إما أن يودي وإما أن يقاد" (٢).
وتجب الدية في القتل الخطأ وشبهه الخطأ وفي القتل العمد إذا وقع ممن فقد شرطاً من شروط التكليف، ومثله إذا صار أولياء الدم إليها عوضاً عن القصاص (٣).

سلطة القاضي التقديرية في القصاص والدية

أولاً: سلطة القاضي التقديرية في درء القصاص بالشبهة .

كما أن الحدود تدرأ بالشبهات، فإن القصاص يدرأ بالشبهات أيضاً لما ينطوي عليه من عقوبة خطيرة.

جاء في الجوهرة النيرة: (وكل عمد سقط فيه القصاص بشبهة فالدية في مال القاتل، يعني في ثلاث سنين، كما إذا قتل الأب ولده أو ولد ولده أو عشرة قتلوا رجلاً وأحدهم أبوه، فإن القصاص يسقط عنهم جميعاً عندنا، ويجب على جميعهم دية واحدة، على كل واحد عشرها وذلك العشر في ثلاث سنين) (٤).

وقال الشيخ أبو زهرة: (وحيث سقط القصاص صورة ومعنى، وجب القصاص الذي يحل محله) (٥).

ولما كانت الشبهة مما يسقط بها القصاص، ولا قصاص مع الشبهة، فإن من صميم عمل القاضي التقديرية التحقق من الشبهة وكونها تصلح لدرء القصاص، فأى إنسان يعتدي على غيره بما يستوجب القصاص، فالغالب أنه يعمد بعد ذلك إلى تبرير فعله لعله يبعد شبح القصاص عن نفسه، فيأتي دور القاضي عندئذ لتأكيد صحة تلك الشبهة المزعومة أو بطلانها.

فقد يقتل إنسان إنساناً آخر ويدعي القاتل أنه كان في حالة دفاع عن النفس، أو دفاعاً عن العرض، أو دفاعاً عن المال أو غيرها من صور القتل بحق، أو أن المجني عليه كان صائلاً (٦)

١- سورة النساء، آية [٩٢].

٢- أخرجه البخاري، ج ٤، ص ٢٦٨ كتاب الديات، باب من قتل له قتيلاً فهو بخير النظرين، حديث رقم (٦٨٨٠).

٣- محمد حسن أبو يحيى، القصاص في النفوس في الشريعة الإسلامية ص ٩٩.

٤- العبادي، الجوهرة النيرة ج ٢، ص ١٣٤، السرخسي، المبسوط ج ١٠، ص ٢١٩، الزيلعي، تبين الحقائق ج ٦، ص ١٧٧.

٥- محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ص ١٠٣.

٦- صالٌ على قرئته صولاً و صيبالاً و صوؤولاً و صولاناً و صالاً و مصالاً: سطا، الصوؤول من الرجال: الذي يضرب الناس ويتطاول عليهم؛ لسان العرب ج ١١، ص ٣٨٧. وفي الشرع: الصائل هو من قصد غيره بشر سواء أكان الصائل مسلماً أم ذمياً أم عبداً أم حراً أم صيباً أم مجنوناً أم بهيمة، فيجوز دفعه عن كل = معصوم من نفس، أو طرف، أو منفعة، وعن البضع، ومقدماته، وعن المال، وإن قل، مع رعاية التدرج في كيفية الدفع بأن يبدأ بالأهون، فإن لم يمكنه دفعه إلا بقتله قتله. الموسوعة الفقهية ٧، ٢١.

والجاني دفعه، فيكون العمل التقديري للقاضي في هذا الحال منصب على إثبات تلك الشبهة لدرء القصاص بها، أو ردها لإثبات القصاص.

ثانياً: سلطة القاضي التقديرية في اعتبار الجرح مما لا يمكن المماثلة فيه وتعذر القصاص.

إن القصاص هو عقوبة للقتل العمد والجرح العمد، وإن الحكم به مقيد بإمكانه وتوفر شروطه^(١) فإذا لم يكن ممكناً ولم تتوفر شروطه امتنع الحكم به ووجب الحكم بالدية ولو لم يطلب المجني عليه أو وليه الحكم بها، لأن الدية عقوبة لا يتوقف الحكم بها على طلب الأفراد، وليس في الشريعة ما يمنع في حالة عدم إمكان الحكم بالقصاص من معاقبة الجاني بعقوبة تعزيرية مع الدية إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة^(٢).

قال ابن تيمية: (وإذا تعذر القصاص عدل إلى الدية وكانت الدية بدلاً لتعذر المثل)^(٣).

ثالثاً: سلطة القاضي التقديرية في الاعتماد على القرينة في توجيه التهمة في جرائم القصاص.

سبق وأنذكرت عقب الحديث عن مشروعية القرائن في إثبات الحدود، أن ليس للقاضي أن يعتمد على القرائن في إثبات الحدود، ويمكن أن ينسحب هذا الحكم على القصاص، لما ورد من حرص الشرع على درء الحد بالشبهة قدر المستطاع، وتفسير الشبهة لصالح المتهم، وذلك لأن الفأنت بالحد أو القصاص لا سبيل لتعويضه، ويؤيد هذا قوله ﷺ: "ادرعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة". فالخطأ في العفو ممكن التدارك أما الخطأ في العقوبة الحدية فلا سبيل لتداركه، وكذا الخطأ في القصاص، لا سبيل لتداركه بعد وقوعه سواء كان في النفس أو فيما دونها، وكذلك فإنه لم يثبت عنه ﷺ أنه أقام حداً أو قصاصاً معتمداً على القرينة وحدها.

وإن للقاضي سلطة تقديرية في الاعتماد على القرائن في أمور أخرى كتوجيه التهمة لمن حفت به القرائن والأمارات حول ارتكابه جريمة من جرائم القصاص، أو ما دون ذلك، وله

-
- ١- وشروط القتل العمد الذي يوجب القصاص هي:
أولاً: أن يكون القاتل مختاراً ومباشراً للقتل.
ثانياً: أن يكون القاتل قد تعمد القتل تعمداً محضاً ليس فيه شبهة.
ثالثاً: ألا يكون المقتول جزءاً من القاتل.
رابعاً: أن يكون المقتول معصوم الدم مطلقاً.
خامساً: أن يكون المقتول دمه مكافئاً لدم المقتول.
سادساً: أن لا يكون الجاني مكرهاً على القتل.
عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي ج٢، ص١١٥ وما بعدها. محمد حسن أبو يحيى، القصاص في النفوس في الشريعة الإسلامية ص٢٨.
 - ٢- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي ج١، ص٦٦٧-٦٦٨.
 - ٣- مجموع فتاوى ابن تيمية ج٢٠، ص٣٥٢.

أيضا سلطة تقديرية في تعزير^(١) ذلك المتهم وتقدير العقوبة التي يراها مناسبة بحقه كما سنبين ذلك فيما سيأتي إن شاء الله تعالى واتخاذ إجراءات معينة بحقه كما بينا سابقا كالحبس الاحتياطي والضرب ضمن ضوابط بينها سابقا.

رابعاً: سلطة القاضي التقديرية في تحديد العقوبة البديلة للجاني في حال كون المماثلة تفضي إلى ارتكاب حرام.

الأصل أن يقتصر ولي الدم من الجاني بمثل ما أوقعه الجاني على المجني عليه من الجناية، فإن قتل قتل وإن قطع قطع وإن جرح جرح، إلا أنه في بعض الحالات تكون المماثلة في الفعل ممنوعة شرعاً، كما لو قتل إنسان إنساناً آخر بأن سقاه المسكر إلى أن مات، أو فعل به اللواط، وما إلى ذلك فهنا لا يحل شرعاً المماثلة في الفعل لما يترتب على ذلك من ارتكاب محرم، ويكون للقاضي في هذه الحالة العدول إلى وسيلة أخرى للقصاص كالضرب بالسيف.

لكن للقاضي أن يستعمل وسيلة أخرى غير السيف تكون أسرع بالإزهاق وأقل إيلاً وقد نقل الأستاذ عبد القادر عودة عن لجنة الفتوى بالأزهر بجواز اتخاذ أداة أسرع من السيف وأقل إيلاً كالمقصلة لأنها من قبيل السلاح المحدد، والكرسي الكهربائي، لأنه لا يتخلف عنه الموت ولا يترتب عليه تمثيل بالقاتل^(٢).

خامساً: سلطة القاضي التقديرية في الاقتراع بين مستحقي القصاص عند تعددهم.

قد يكون للمقتول أولياء عدة وكلهم يستحق القصاص، ومهما تعدد المستحقون فلن يستوفيه في آخر الأمر إلا واحد منهم يوكلونه عنهم، شريطة أن يكون قادراً على تطبيق القصاص بإتقان، فإن لم يكن فيهم من يحسن القصاص، أو لم يتفقوا على واحد منهم، فللقاضي أن ينيب من يراه يحسن ذلك^(٣).

ويرى الشافعية أنه في حالة إصرار أكثر من واحد من أولياء الدم على استيفاء القصاص فللقاضي أن يجري القرعة بينهم إذا كانوا جميعاً يحسنونه، فمن وقعت عليه القرعة قام بالاستيفاء.

وقد ذكر النووي أنه حكى عن الإمام الشافعي أنه قال : (أحببت أن يقرع بينهم ولو رضوا بتقديم واحد بلا قرعة جاز فإن بدا لهم ردوا إلى القرعة)^(٤).

١ - سيأتي الحديث مفصلاً عن التعزير في المطلب الثالث إن شاء الله تعالى.

٢ - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي ج ٢، ص ١٥٤.

٣ - المرجع السابق ج ٢، ص ١٥٤.

٤ - النووي، روضة الطالبين ج ٩، ص ٢١٩.

وجاء في حاشيتي قليوبي وعميرة: (وإن لم يتفقوا على مستوف بأن أراد كل منهم أن يستوفيه بنفسه ففرعة بينهم فمن خرجت له تولاه بإذن الباقيين)^(١).

سادسا : سلطة القاضي التقديرية في تحديد الأرش غير المقدر.

قلنا سابقا إن بعض الفقهاء أطلق لفظة الأرش على ما يجب دفعه إلى المجني عليه في جرائم الاعتداء على ما دون النفس، وبعضهم ساوى بين الأرش و الدية في المعنى، والأرش من حيث تقدير الشارع الحكيم له على نوعين:

الأول: الأرش المقدر: وهو ما حدد الشارع مقداره كأرش اليدين والرجلين، ففي اليدين مثلا

تجب الدية لما روى معاذ عن النبي ﷺ أنه قال: "في اليدين الدية"^(٢).

الثاني: الأرش غير المقدر وهو الذي لم يرد فيه نص وترك للقاضي تقديره، ويسمى هذا النوع من الأرش عند الفقهاء حكومة، أو حكومة العدل^(٣).

ومعنى الحكومة: أن تقدر قيمة المجني عليه باعتباره سليما قبل الجرح، ثم تقدر قيمته بعد الجرح والبراء منه ثم تعرف نسبة النقص في القيمة ثم يؤخذ من الدية بنسبة هذا النقص، فذلك ما يستحقه المجني عليه، بشرط أن لا تبلغ الحكومة أرش جرح مقدر^(٤)، أو بعبارة أخرى يمكن القول بأنها: الفرق بين قيمة الشيء سليما وقيمته معيبا.

فهنا للقاضي سلطة تقديرية في تقدير الحكومة، ومن تمام هذه السلطة أن له الاستعانة برأي ذوي عدل من أهل الخبرة لتقدير الواجب على الجاني^(٥).

سابعا: سلطة القاضي التقديرية في تأخير القصاص مراعاة لمصلحة شرعية.

عندما تتوفر جميع الشروط الواجبة لاستيفاء القصاص، ويتفق أولياء الدم على واحد منهم يتقن القصاص لتنفيذه، لا يبقى أمام الحاكم أو من يقوم مقامه إلا تمكين الولي من التنفيذ، إلا أن الشرع جعل للحاكم أو القاضي سلطة تقديرية في تأجيل تنفيذ القصاص المدة التي يراها كافية في بعض الأحوال والتي يقصد فيها من التأجيل مراعاة مصلحة شرعية غايتها عدم التعدي إلى غير القاتل.

فإذا وجب القصاص على امرأة حامل فلا يقتص منها إلا بعد أن تضع حملها ويستغني عنها، وذلك لما روى معاذ بن جبل رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "إذا قتلت المرأة

١- قليوبي وعميرة ج٤، ص١٢٣.

٢- الزيلعي، نصب الراية ج٤، ص٣٧١، كتاب الديات.

٣- عبد القادر غودة، التشريع الجنائي ج٢، ص٢٨٥.

٤- المرجع السابق ج٢، ص٢٨٥.

٥- المرجع السابق ج٢، ص٢٨٦.

عمدا لم تقتل حتى تضع ما في بطنها إن كانت حاملا ، وحتى تكفل ولدها ، وإن زنت لم ترجم حتى تضع ما في بطنها وحتى تكفل ولدها"^(١).

ولما ورد في قصة الغامدية ، حيث أجل النبي ﷺ تأخير إقامة الحد على الغامدية إلى أن وضعت حملها، ثم أجله ﷺ إلى أن فطمت رضيعها، وهذا بمثابة تشريع من النبي ﷺ للقاضي بأن له تأخير تنفيذ العقوبة حدا كانت أو قصاصا-وإن أصبحت مستحقة- للوقت الذي يراه مناسبا وأكثر تحقيقا للعدالة والمصلحة .

فتأخير الحد والقصاص لتحقيق مصلحة طرف آخر ، لا يلحق ضررا بأحد ولا يفوت معه مصلحة لأحد، فالقاضي له سلطة تقديرية في تأجيل تنفيذ القصاص في النفس وكذا فيما دونها قياسا عليها، فلو رأى أن القصاص في الجرح قد يؤدي حمل الجانية، أو كان الجاني مريضا ، والقصاص منه يقطع طرف من أطرافه يؤدي إلى تفاقم مرضه ويضعفه أكثر، أو قد يؤدي بحياته، فله والحالة تلك أن يؤجل القصاص المدة التي يراها مناسبة للبرء من مرضه، ثم إقامة القصاص، وذلك حتى لا يجتمع على الجاني نوعان من الألم ، ألم المرض وألم القصاص، إذ ليس مقصود الشارع التكيل بالعباد .

ثامنا: سلطة القاضي التقديرية في تقدير عقوبة تعزيرية على الجاني عند سقوط القصاص في بعض الأحوال.

قد يسقط القصاص عن الجاني لأحد الأسباب الآتية^(٢):

الأول: اختيار ولي الدم العفو عن الجاني وطلب الدية.

الثاني: قيام شبهة تدرأ القصاص عن الجاني كما في الحدود.

الثالث: إرث حق القصاص، فإذا ورثه من ليس له القصاص فإنه يسقط.

الرابع: رجوع الشاهد عن شهادته بشروط .

فإذا سقط القصاص عن الجاني مثلا لعفو ولي الدم أو لقيام شبهة فهل للإمام أم أو من يقوم

مقامه من ولاية وقضاة أن يقدروا عقوبة تعزيرية على الجاني أم ليس لهم ذلك ؟

وكثير من الفقهاء على أن القاتل المعفو عنه لا تلحقه عقوبة تعزيرية إلا أن يعرف بالشر

فيؤدبه الإمام على قدر ما يرى، قال ابن قدامة : (وإذا عفا عن القاتل مطلقا صح ولم تلزمه

عقوبة وبهذا قال الشافعي وإسحاق وابن المنذر وأبو ثور) .^(٣)

١- ابن قدامة ،الكافي في فقه ابن حنبل ج٤، ص٣٩ ،البهوتي ،كشاف القناع ج٥، ص٥٣٥ .

٢- عبد الغفار إبراهيم صالح ، القصاص في النفس في الشريعة الإسلامية ص٤٦٢ .

٣- ابن قدامة ، المغني والشرح الكبير ج٩، ص٤٦٧ .

قال الشافعي : (إن كان إذا عفا عن القاتل ، لم يكن له شيء لم يكن للعافي أن يتبعه ، ولا على القاتل شيء يؤديه بإحسان) (١) .

في حين ذهب الإمام مالك - في حال سقوط القصاص عن الجاني أو امتناعه - إلى القول بجلده مائة جلدة وحبسه عاما، فقد قال: (كل من قتل عمدا فعفي عنه وكان القتل ببينة أثبتت عليه أو بقسامة استحق بها الدم قبله عمدا فعفي عنه، قال مالك : يضرب مائة ويحبس عاما) (٢) .
أقول: وعلى الرغم من عدم استناد قول مالك إلى نص شرعي، إلا أنني أرجحه من حيث المبدأ ولا أرى ما ذهب إليه الجمهور، وإن كنت لا أرى تقييد العقوبة التعزيرية بما ذهب إليه الإمام مالك ، إلا أنني مع رأيه من حيث المبدأ ، والذي أراه أن يترك أمر العقوبة للحاكم أو القاضي بسبب عدم وجود نص، يقدرها بما يراه مناسبا، وأكثر إصلاحا، وردعا للجاني، وأحفظ لحق المجتمع الذي اهتزت صورة الأمن فيه بفعل ذلك القاتل الذي أخاف الناس وأرعبهم، فكان من حقهم على الإمام ومن يقوم مقامه من قضاة وولاة أن يردوا له اعتباره ويعيدوا له الأمن والثقة.

تاسعا: سلطة القاضي التقديرية في الجمع مع القصاص عقوبة تعزيرية .

قال ابن فرحون في معرض ذكر العقوبات المقدرة وغير المقدرة : (ومنها ما يجب فيه القصاص والأدب، وهو الجراح عمدا يقتص منه ويؤدب) (٣) .

١ - أحكام القرآن ج١، ص٢٨٠ .
٢ - المدونة الكبرى ج١٦، ص٤٠٣ .
٣ - تبصرة الحكام ج٢، ص٢١٨ .

الفرع الثالث

السلطة التقديرية للقاضي في التعزير

تمهيد

سبق وأن ذكرت أن العقوبة تنقسم من حيث نص الشارع الحكيم لها إلى قسمين :
الأول :عقوبات مقدرة، نص عليها الشارع الحكيم، وتشمل الحدود والقصاص ومن هذه العقوبات ما يغلب فيها حق الله تعالى كبعض الحدود مثل حد الردة وشرب الخمر، ومنها يغلب فيها حق العبد كالقصاص والديات ومنها ما يظهر فيها الحقان معا كحد السرقة والحراية والقذف .

الثاني :عقوبات غير مقدرة ، بمعنى أن الشارع الحكيم لم ينص عليها، وترك تقديرها لوليا الأمر أو من يقوم مقامه، ومثل ذلك العقوبات التعزيرية، التي قد تكون عقوبة أصيلة على جرائم معينة أو تكون عقوبات بديلة لجرائم الحدود والقصاص ، التي امتنعت إقامتها بسبب عدم توفر شروطها .

فمن أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة، كمباشرة الأجنبية فيما دون الفرج ، وسرقة ما دون النصاب ، أو السرقة من غير حرز، أو القذف بغير الزنى ، أو الجناية التي لا قصاص فيها ، وما أشبه ذلك من المعاصي عزر على حسب ما يراه السلطان^(١) .

ولما كانت العقوبات التعزيرية غير مقدرة ، وغير محصورة ولا متناهية ، ولما كانت مفوضة إلى رأي الحاكم أو من يقوم مقامه فإن الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي فيها من البدهي والمسلم به ، إذ هي أوسع المجالات التي يتمتع فيها القاضي المسلم في ظل نظام القضاء الإسلامي بالسلطة التقديرية ،ولذلك سيكون الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي من خلال الجوانب الآتية:

الأول: تعريف التعزير ودليل مشروعيته.

الثاني: ماهية العقوبات التعزيرية .

الثالث:الشروط الواجب توفرها في العقوبة التعزيرية.

الرابع: سلطة القاضي التقديرية في العقوبات التعزيرية .

١- الشيرازي ، المهذب ج٢،ص٣٦٩.

أولاً: في تعريف التعزير وبيان مشروعيته

تعريف التعزير :

في اللغة : التَّعْزِيرُ : التَّوْقِيرُ والتَّعْظِيمُ وهو أيضا التَّأْدِيبُ ومنه التعزير الذي هو الضرب دون الحد^(١)، وأصل التَّعْزِيرِ: التَّأْدِيبُ، ولهذا يسمى الضرب دون الحد تَعْزِيراً ، يقال : عَزَّرْتُهُ و عَزَّرْتُهُ، فهو من الأضداد، و عَزَّرَهُ: فَخَّمَهُ وَعَظَّمَهُ، فهو نحوُ الضدِّ ، و العَزْرُ: النَّصْرُ بالسيف وعَزَّرَهُ عَزْرًا وَعَزَّرَهُ: أَعَانَهُ وَقَوَّاهُ وَنَصَرَهُ . قال الله تعالى: " وَتُعْزِّرُوهُ وَتُقِرُّوهُ " ^(٢) جاء في التفسير: أي لِنَتَّصِرُوهُ بالسيف، ومن نصر النبي ﷺ ، فقد نَصَرَ اللهُ عزَّ وجل . ويجوز تَعْزِرُوهُ، من عَزَّرْتُهُ عَزْرًا بمعنى عَزَّرْتَهُ تَعْزِيراً . و التعزير في كلام العرب: التوقير و التَّعْزِيرُ: النَّصْرُ باللسان والسيف^(٣).

وفي الشرع : عقوبة غير مقدرة، شرعت في كل معصية ليس فيها عقوبة مقدرة ولا كفارة غالبا ^(٤) .

أو : زاجر عن ذنوب لم تشرع فيها حدود ولا كفارات، وهي متفاوتة بتفاوت الذنوب في القبح والإيذاء^(٥) .

أو هي : تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود ويختلف حكمه باختلاف فاعله^(٦) .

وقد ثبتت مشروعية التعزير في القرآن والسنة ، بأدلة كثيرة منها : قوله جل وعلا: "وَالَّذِينَ تَخَافُونَ سُوءَ ظَنِّهِمْ فَعَبَّوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرَبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا " ^(٧) .

ويظهر وجه الدلالة في الآية على مشروعية التعزير من خلال النهج الذي رسمته للزوج في تتبع ثلاث مراحل قبل أن يلجأ إلى الطلاق ، وهذه المراحل تحمل في ثناياها التعزير للمرأة الناشز ، فمن موعظة وإرشاد ، إلى هجر في المضجع ، إلى الضرب غير المبرح كله من باب التعزير^(٨) .

١- مختار الصحاح ج ١ ، ص ١٨٠

٢- سورة الفتح ، آية [٩]

٣- ابن منظور، لسان العرب ج ٤ ، ص ٥٦٢

٤- مطيع الله اللهيبي ، العقوبات التفويضية وأهدافها في ضوء الكتاب والسنة ص ٦٢ . محمد حسن أبو يحيى ، القصاص في النفوس في الشريعة الإسلامية ص ١٩

٥- العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج ١، ص ١٦٥

٦- الماوردي ، الأحكام السلطانية ج ٢، ص ٤٧٧

٧- سورة النساء ، آية : [٣٤]

٨- فقه العقوبات ، من منشورات جامعة القدس المفتوحة ص ٣٩٢

وفي قوله جل وعلا: " وَعَلَى الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ خَلَفُوا حَتَّىٰ إِذَا ضَاقَتْ عَلَيْهِمُ الْأَرْضُ بِمَا رَحُبَتْ وَضَاقَتْ عَلَيْهِمْ أَنفُسُهُمْ وَظَنُّوا أَنْ لَا مَلْجَأَ مِنَ اللَّهِ إِلَّا إِلَيْهِ ثُمَّ تَابَ عَلَيْهِمْ لِيَتُوبُوا إِنَّ اللَّهَ هُوَ التَّوَّابُ الرَّحِيمُ " (١) ، فهجر النبي ﷺ للصحابه الثلاثة (٢) الذين تخلفوا عن غزوة تبوك بدون عذر وأمره ﷺ المسلمين بهجرهم ومقاطعتهم ما هو إلا عقوبة تعزيرية لا حد فيها ولا كفارة .
 وقد ثبتت مشروعية التعزير في السنة النبوية في أحاديث عديدة منها : ما رواه أبو بردة الأنصاري قال سمعت النبي ﷺ يقول : لا تجلدوا فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله (٣)
 وغيرها من الأحاديث التي تدل على أن النبي ﷺ حبس في تهمة وضرب وغرب وقد سبق ذكرها في معرض الحديث عن سلطة القاضي التقديرية في أسلوب استجواب المتهم .

١- سورة التوبة ، آية [١١٨]

٢- والصحابه الذين تخلفوا هم : كعب بن مالك ، ومرارة بن الربيع ، وهلال بن أمية .

٣- أخرجه البخاري ج٤، ص٢٤٦ ، كتاب الحدود ، باب الضرب بالجريد والنعال ، حديث رقم (٦٧٧٥) .

ثانياً: أنواع العقوبات التعزيرية

يمتاز التشريع الجنائي الإسلامي بأنه لا يفرض لكل جريمة من جرائم التعزير عقوبة معينة كما تفعل القوانين الوضعية، لأن تقييد القاضي بعقوبة معينة يمنع العقوبة أن تؤدي وظيفتها ويجعلها غير عادلة في كثير من الأحوال، وفاقة للغاية التي شرعت من أجلها، لأن ظروف الجرائم والمجرمين تختلف اختلافاً بينا، وما قد يصلح مجرماً بعينه قد يفسد مجرماً آخر، وما يردع شخصاً عن جريمة، قد لا يردع غيره.

يقول د. عبد القادر عودة: (ومن أجل هذا وضعت الشريعة لجرائم التعازير عقوبات متعددة مختلفة تتسلسل من أبسط العقوبات إلى أشدها، وتركت للقاضي أن يختار من بينها العقوبة التي يراها كفيلة بتأديب الجاني واستصلاحه وبحماية الجماعة من الإجرام، وللقاضي أن يعاقب بعقوبة واحدة أو بأكثر منها، وله أن يخفف العقوبة أو يشدها، إن كانت العقوبة ذات حدين، وله أن يوقف تنفيذ العقوبة إن رأى في ذلك ما يكفي لتأديب الجاني وردعه واستصلاحه)^(١).

قال ابن تيمية مبيناً أنواع العقوبات التعزيرية: (والتعزير أجناس، فمنه ما يكون بالتوبيخ والزجر بالكلام، ومنه ما يكون بالحبس ومنه ما يكون بالنفي عن الوطن، ومنه ما يكون بالضرب، فإن كان ذلك لتترك واجب مثل الضرب على ترك الصلاة أو ترك أداء الحقوق الواجبة مثل ترك وفاء الدين مع القدرة عليه أو على ترك رد المغصوب أو أداء الأمانة إلى أهلها فإنه يضرب مرة بعد مرة حتى يؤدي الواجب ويفرق الضرب عليه يوماً بعد يوم وإن كان الضرب على ذنب ماض جزاء بما كسب ونكالا من الله له ولغيره فهذا يفعل منه بقدر الحاجة فقط وليس لأقله حد)^(٢).

وقال ابن فرحون: (والتعزير لا يختص بالسوط واليد والحبس، وإنما ذلك موكول إلى اجتهاد الحاكم)^(٣).

وقال الزيلعي^(٤): (قد يكون بالحبس وقد يكون بالصنع وبتعريك الأذان وقد يكون بالكلام العنيف أو بالضرب وقد يكون بنظر القاضي إليه بوجه عبوس وليس فيه شيء مقدر وإنما هو مفوض إلى رأي الإمام على ما تقتضي جناباتهم فإن العقوبة فيه تختلف باختلاف الجناية)^(٥).

١- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي ج ١، ص ٦٨٦.

٢- مجموع فتاوى ابن تيمية ج ٢٨، ص ١٠٧.

٣- ابن فرحون، تبصرة الحكام ج ٢، ص ٢١٩.

٤- عثمان بن علي بن محجن وقيل محجر، فخر الدين الزيلعي، أبو عمر فقيه حنفي، درس في القاهرة وأفتى فيها، من مؤلفاته: تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق، بركة الكلام على أحاديث الأحكام، شرح الجامع الكبير، وغيرها توفي في القاهرة ٧٤٣هـ. الزركلي، الأعلام ج ٤، ص ٢١٠ كحالة، معجم المؤلفين ج ٦، ص ٢٦٣.

٥- الزيلعي، تبين الحقائق ج ٣، ص ٢٠٧.

والذي يمكن استخلاصه من كلام الفقهاء قديما وحديثا ، أن العقوبات التعزيرية متنوعة وغير محصية، ويمكن ذكر أشهرها على النحو الآتي (١) :

الأولى : التعزير بالوعظ والإرشاد لقوله تعالى : " **وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ** " (٢) .

الثانية : التوبيخ باللفظ ، لقول النبي ﷺ لأبي ذر رضي الله عنه لما عير رجلا بأمه: إنك امرؤ فيك جاهلية " (٣) .

الثالثة : التعزير بالهجر ، لقوله تعالى : " **وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ** " (٤) ، ولهجر النبي ﷺ الثلاثة الذين تخلفوا عن غزوة تبوك من غير عذر .

الرابعة : التعزير بالتشهير وهو الإعلان عن جريمة المحكوم عليه (٥) .

ويمكن استنتاج هذا من قوله ﷺ : " من غش فليس مني " فقد روى أبو هريرة رضي الله عنه ، أن رسول الله ﷺ مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها ، فنالت أصابعه بللا فقال : ما هذا يا صاحب الطعام ؟ قال: أصابته السماء يا رسول الله ، قال: "أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس ؟ من غش فليس مني " (٦) .

الخامسة : بالحرمان من بعض الحقوق المقررة شرعا ، لما روي عن عوف بن مالك رضي الله عنه قال : قتل رجل من حمير رجلا من العدو ، فأراد سلبه ، فمنعه خالد بن الوليد وكان واليا عليهم فأتى رسول الله ﷺ عوف بن مالك فأخبره فقال لخالد : ما منعك أن تعطيه سلبه ؟ قال : استكثرته يا رسول الله ، قال : ادفعه إليه ، فمر خالد بعوف فجر بردائه فقال : هل أنجزت لك ما ذكرت لك من رسول الله ﷺ ؟ فسمعه رسول الله ﷺ فاستغضب فقال : لا تعطه يا خالد لا تعطه يا خالد هل أنتم تاركو لي أمرائي ... الحديث ، قال النووي : وهذا الحديث قد يستشكل من حيث أن القاتل قد استحق السلب فكيف منعه إياه ؟ ويجاب عنه بوجهين أحدهما لعله أعطاه

١- ذكرها عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ج١، ص٦٨٦ ، مطيع الله اللهيبي ، العقوبات التفويضية وأهدافها في ضوء الكتاب والسنة ص١٨٢ ، عبد الكريم زيدان ، مجموعة بحوث فقهية ص٤٢١

٢- سورة النساء ، آية [٣٤]

٣- أخرجه البخاري ج٤، ص٩٩ ، كتاب الأدب ، باب ما ينهى من السباب واللعن ، حديث رقم (٦٠٥٠) .

٤- سورة التوبة ، آية [٣٤]

٥- عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ج١، ص٧٠٤ .

٦- أخرجه مسلم ج١، ص٩ ، كتاب الإيمان ، باب قول النبي ﷺ : من غشنا فليس منا " حديث رقم (١٦٤) ، فهذا يدل على أن النبي ﷺ شهر بفعل ذلك الرجل وأعلنه للناس بدليل سماع الناس له من النبي ﷺ ومن ثم تداوله إلى أن بلغنا وأستبعد أن يكون النبي ﷺ قد قال ذلك ولم يسمعه إلا الرجل المعني لسببين :

الأول : أن ذلك تشريع من النبي ﷺ لأمته بالنهي عن الغش والتحذير منه .

الثاني : ويستبعد أن يكون كذلك ثم يأتي الرجل ويفضح نفسه فيما بعد ، إذ الأولى والأحب للنفس أن تستر على ما بدر منها .

بعد ذلك للقائل وإنما أخره تعزيراً له^(١).

السادسة : التعزير بالعقوبات المالية ، لما روي عن النبي قال في حق مانع الزكاة : " فإننا أخذوها وشطر ماله"^(٢).

وقد ذهب إلى القول بالتعزير بالمال فقهاء المالكية ، وبعض فقهاء الشافعية وابن تيمية وابن القيم وخالفهم فقهاء الحنفية بدعوى أنه منسوخ ، وأكثر الحنابلة بدعوى عدم ورود شيء من الشرع عمن يقتدى بهم^(٣).

قال الشوكاني : (وقد استدل به على أنه يجوز للإمام أن يعاقب بأخذ المال وإلى ذلك ذهب الشافعي في القديم من قوليه ثم رجع عنه وقال إنه منسوخ وهكذا قال البيهقي وأكثر الشافعية وتعقبه النووي فقال : الذي أدعوه من كون العقوبة كانت بالأموال في أول الإسلام ليس بثابت ولا معروف ودعوى النسخ غير مقبولة مع الجهل بالتاريخ)^(٤).

قال ابن القيم : (ومن قال إن العقوبات المالية منسوخة وأطلق ذلك فقد غلط على مذاهب الأئمة نقلاً واستدلالاً فأكثر هذه المسائل سائغ في مذهب أحمد وغيره وكثير منها سائغ عند مالك وفعل الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة لها بعد موته ﷺ مبطل أيضاً لدعوى نسخها والمدعون للنسخ ليس معهم كتاب ولا سنة ولا إجماع يصح دعواهم إلا أن يقول أحدهم مذهب أصحابنا عدم جوازها فمذهب أصحابه عيار على القبول والرد وإذا ارتفع عن هذه الطبقة ادعى أنها منسوخة بالإجماع وهذا غلط أيضاً فإن الأمة لم تجمع على نسخها ومحال أن ينسخ الإجماع السنة ولكن لو ثبت الإجماع لكان دليلاً على نص ناسخ)^(٥).

والذي أراه أن ما رد به النووي وابن القيم كاف للرد على دعوى النسخ ، وما تمسك به المانعون من عدم ورود شيء من الشرع في ذلك فمردود أيضاً ، لأدلة كثيرة منها قوله ﷺ : "فإننا أخذوها وشطر ماله " .

وقد يكون التعزير بالمال بتمليك المال محل العقوبة للغير ، لما روي عن سعد عن النبي ﷺ من إباحتها سلب الذي يصيد صيد المدينة الطرق^(٦) وقد يكون التعزير بالمال ، بإتلافه لما

١- شرح النووي على أخرجه مسلم ج١٢، ص٦٤

٢- الطحاوي ، شرح معاني الآثار ج ٤، ص١٩٦ .

٣- ابن فرحون ، تبصرة الحكام ج٢، ص٢٢١ ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى ج٥، ص٥٣١ ، حاشية ابن عابدين ج٤، ص٦١ والرحيبياني ، مطالب أولي النهى ٦، ٢٢٤، الجويني ، الغياثي ص٢٨٨ ابن القيم ، الطرق الحكمية ص٣١٢

٤- الشوكاني ، نيل الأوطار ج٤، ص١٣١

٥- الطرق الحكمية ص٣١٤

٦- الطحاوي ، شرح معاني الآثار ج٤، ص١٩١ ، باب صيد المدينة .

روي عن أبي طلحة أنه قال : يا نبي الله إني اشتريت خمرا لأيتام في حجري ، قال : أهرق الخمر واكسر الدنان^(١) .

السابعة : التعزير بالنفي والتغريب ، وهو إبعاد الجاني عن بلده المقيم به عقوبة له إذا تعددت أفعاله الإجرامية بحيث يخشى استقطابه غيره إليه ، والفقهاء متفقون على مبدأ التغريب كعقوبة تعزيرية لما روي عن النبي ﷺ أنه أمر بالهجر وعزر بالنفي كما أمر بإخراج المخنثين من المدينة وفيهم، كذلك الصحابة من بعده كما فعل عمر رضي الله عنه بالأمر بهجر صبيغ ونفي نصر بن حجاج^(٢) ، ولكنهم اختلفوا في مقدار مدة التغريب ، ونقل الماوردي عن الحنفية والمالكية أنهم جعلوا تحديد مدة التغريب إلى القاضي بحسب ما يراه^(٣) .
والذي أراه أن النفي والإبعاد مرده للقاضي فهو الذي يقدر مدته ووجهته، آخذا بعين الاعتبار الآثار المترتبة على الإبعاد، من حيث استغلال بعض الأشخاص فرصة إبعادهم في جمع المارقين أمثالهم ومناوأة الدولة الإسلامية والتحريض على الفتن.

الثامنة : التعزير بالحبس لما روي عن النبي ﷺ أنه حبس في تهمة^(٤) وقد مر الحديث عن عقوبة الحبس في معرض الحديث عن سلطة القاضي التقديرية في حبس المتهم احتياطاً ، وللقاضي أيضاً أن يختار عقوبة الحبس لأي جريمة من جرائم التعزير^(٥) .

التاسعة : التعزير بالجلد^(٦) وهو من العقوبات المقررة في الحدود والتعازير ، ففي الحدود لما بينا سابقاً ، وفي التعازير فلما روى أبو بردة الأنصاري عن النبي ﷺ أنه قال : "لا تجلدوا فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله"^(٧) ولما رواه النعمان بن بشير عن رسول الله ﷺ قال : "من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين"^(٨) .

١ - سنن الترمذي ج ٣، ص ٥٨٨.

٢ - الطرق الحكمية ص ٣١٢

٣ - الماوردي، الأحكام السلطانية ج ٢، ص ٤٧٨.

٤ - سبق الحديث عن مسألة حبس المتهم ص ١١٧ وما بعدها

٥ - وأقل مدة الحبس يوماً وقد اختلف الفقهاء في أكثر مدته ، فجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة لم يقدرها حداً أعلى للحبس بقصد التعزير، وفوضوا ذلك إلى القاضي، فيحكم بما يراه مناسباً لحال الجاني لأن التعزير - والحبس فرع عنه - مبني على ذلك ، فيجوز للقاضي استدامة حبس من تكررت جرائمه وكذا أصحاب الجرائم الخطيرة . وللشافعية ثلاثة أقوال : أحدها للزبير ، وقدر أكثر الحبس بستة أشهر . والقول الثاني : وهو مشهور المذهب : سنة ، تشبيهاً للحبس بالنفي المذكور في الحد . والقول الثالث لإمام الحرمين : وافق فيه الجمهور في عدم تحديد أكثر المدة . وقد أجاز بعض الشافعية العمل بمذهب الجمهور على أن يكون الحامل على ذلك المصلحة لا التثني والانتقام . عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ١، ٦٩٤، الموسوعة الفقهية ج ١٦، ص ٢٨٨

٦ - سبق الحديث عن مسألة ضرب المتهم ص ١٢٧ وما بعدها .

٧ - سبق تخريجه ص ٢١١ .

٨ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج ٨، ص ٣٢ باب ما جاء في التعزير وإنه لا يبلغ به الأربعين .

وقد اختلف الفقهاء في أكثر ما ينتهي إليه الضرب في التعزير^(١) بناء على ما جاء في الحديثين الشريفين السابقين .

وإنني أرى أن الحد الأعلى لعقوبة الجلد في التعزير متروك لتقدير القاضي، وإن القول بتقدير ضرب التعزير دون عشر جلادات، أو دون الحد كما ذهب بعض الفقهاء^(٢) إنما هو إخراج للعقوبة التعزيرية من حيز العقوبات غير المقدره إلى حيز العقوبات المقدره، وهذا يلغي فكرة وجود نوعين من العقوبات مقدره وغير مقدره^(٣).

العاشرة : التعزير بعقوبة القتل، على ما ذهب إليه كثير من الفقهاء استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بعدم جواز القتل لقوله ﷺ : " لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى : ثلاث النفس بالنفس ، والثيب الزاني ، والمفارق لدينه التارك للجماعة"^(٤).

والاستثناء يكون إذا اقتضت المصلحة العامة تقرير عقوبة القتل ، أو كان فساد المجرم لا يزول إلا بقتله، كقتل الجاسوس والداعية إلى البدعة والضلالة ، ومعناد الجرائم الخطيرة^(٥) ويمكن الاستدلال لهذا الاستثناء بما روي عن عرفة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: "إنه ستكون هنات وهنات ، فمن أراد أن يفرق أمر هذه الأمة وهي جميع فاضربوه بالسيف ، كائنا من كان"^(٦) .
وجدير بالذكر أن التعزير بالقتل من صلاحية الحاكم المسلم ومن أنابه الحاكم .

الحادية عشرة : التعزير بالتهديد، على أن يكون التهديد صادقاً ومجدياً ومؤثراً في إصلاح الفرد لا أن يكون كاذباً غير مؤثر ولا منتج.

١- الماوردي ج٢، ص٤٧٩، السرخسي المبسوط ٣٧، ٢٤ ، ابن قدامة ، المغني والشرح الكبير ج٩، ص١٤٨ .
٢- المراجع السابقة .

٣- ضعف البيهقي في السنن الكبرى ج٨، ص٣٢٧ الحديث الثاني والذي جاء فيه " من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين" فقال إنه مرسل، فيبقى الحكم للحديث الأول الذي رواه البخاري "لا تجلدوا فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله" إلا أن بعض العلماء حمل ما جاء فيه على أنه خاص في زمن النبي ﷺ وإني أؤيد ما ذهبوا إليه ﷺ فقد كان الناس على درجة من الصلاح والاستقامة في عصر النبي ﷺ تكفي لردع المذنب منهم الجلدة والجلدتان ، بل وقد كانوا يبادرون بأنفسهم للعقوبة حتى ولو كانت تتعلق بفوات حياتهم كما فعل ماعز، إلا أنه بعد عصر النبي ﷺ وبخاصة بعد ظهور الفساد والفتن، احتاج ذلك إلى أحكام أكثر شدة، كما رأينا في أفعال عمر رضي الله عنه ، وإلا فيماذا يفسر فعل عمر رضي الله عنه _ أي في الضرب زيادة على عشر جلادات ، بل وزيادة على الحد كما روي عنه أنه ضرب الذي نقش على خاتمه، مائة_ ؟ الطرابلسي، معين الحكام ص١٩٦، وبماذا يفسر عدم قول أي عالم بعدم جواز الزيادة على العشر جلادات في العقوبات التعزيرية ؟

٤- أخرجه مسلم ج٣، ص١٣٠٢ ، كتاب القسامة ، باب ما يباح به دم المسلم ، حديث رقم (١٦٧٦) .

٥- عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ج١، ص٦٨٨ .

٦- أخرجه مسلم ج٣، ص١٤٧٩، كتاب الإمارة ، باب حكم من فرق أمر المسلمين وهو مجتمع ، حديث

ومن التهديد أن يقول له القاضي : إذا عدت لما فعلت فسأعاقبك بالجلد ، أو بالحبس ، أو أن يحكم القاضي بالعقوبة ويوقف تنفيذها إلى مدة معينة^(١) .

وهناك عقوبات تعزيرية أخرى تصدر من جهات مختلفة ، كالأب والزوج والسيد والمعلم ورب العمل وغيرهم ، ولكن الذي يعنينا في هذا البحث هو الحديث عن العقوبات التعزيرية التي يقدرها القاضي المسلم ، ذلك لأنها هي محل البحث، وحتى أتجنب التفصيل فيما ليس من صلب الموضوع .

رقم (١٨٥٢) .

١ - عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ج١، ص٧٠٣ .

ثالثا : الضوابط التي تحكم عمل القاضي في تقدير العقوبة التعزيرية.

حتى لا يظن أن القاضي يضع العقوبة التعزيرية جزافا - لأن ذلك سلطة تقديرية له - أو أنه ربما يتعسف أو يبطش أو يظلم بتلك العقوبة ، فحتى لا يظن ذلك كان لا بد من بيان الشروط التي يجب على القاضي المسلم في نظام القضاء الإسلامي أن يراعيها ويتقيد بها لضمان صواب مسلكه وعدم حيدته عن الطريق المستقيم الذي نهايته تحقيق غاية مثلى يرضاها الله تعالى ورسوله ﷺ .

وهذه الشروط هي :

أولا : أن يكون تقدير القاضي للعقوبة التعزيرية فيه مراعاة لمقصد الشارع الحكيم من تشريع العقوبة ، ومحققا للمصلحة، ومنسجما مع روح التشريع ومبادئه التي تتنادى بالعدالة وإنصاف المظلومين ، ويكون عمل القاضي التقديري كذلك ما كان متفقا أو موافقا للكتاب والسنة ، والقواعد والمبادئ الشرعية .

يقول د.محمد الدريني- في معرض الحديث عن تدخل ولي الأمر لتحقيق العدل والمصلحة- (فدء التعسف في استعمال السلطة يعتمد على أمرين وذكر منهما :طهارة الباعث وشرف النية حتى لا يناقض قصد السلطة في استعمالها قصد الشرع في منحه إياها ، وذلك بأن يعبث الهوى أو المصلحة الخاصة في تصرفه على الرعية)^(١).

ثانيا : أن يكون الباعث على العقوبة حماية المصالح الإسلامية المقررة ، لا حماية الأهواء والشهوات سواء أكانت هذه الأهواء أهواء الحاكم نفسه، أم أهواء حاشيته أم أهواء الناس، فإن الهوى والمصلحة لا يجتمعان، وقد حددت المصالح التي تجب حمايتها بالعقوبات بحدود محكمة وإن القياس الضابط للترقية بين ما هو هوى للحاكم أو أتباعه أو غيرهم ، وبين ما هو مصلحة هو مقدار النفع والضرر، فما يدفع أكبر ضرر وما يجلب أكبر نفع يكون الحكم به تابعا للمصلحة ، وما ليس كذلك يعد هوى^(٢) .

ثالثا : أن تكون العقوبة التي قدرها القاضي ناجعة وحاسمة لمادة الشر أو مخففة للشر على أقل تقدير، وإلا يترتب على العقوبة ضرر مؤكد أو فساد أشد فتكا بالجماعات^(٣) .

١ - محمد الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص ١١٠ .
٢ - محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ج ٢، ص ٧٠.
٣ - المرجع السابق، ج ٢، ص ٧٠ .

قال ابن تيمية : (ويكون قصده- أي الإمام- رحمة الخلق بكف الناس عن المنكرات لا شفاء غيظه وإرادته العلو على الخلق، بمنزلة الوالد إذا أدب ولده فإنه لو كف عن تأديب ولده كما تشير به الأم رقة ورأفة لفسد الولد وإنما يؤديه رحمة به وإصلاحا لحاله مع أنه يود ويؤثر أن لا يحوجه إلى تأديب، وبمنزلة الطبيب الذي يسقى المريض الدواء الكريه، وبمنزلة قطع العضو المتآكل، والحجم وقطع العروق بالفصاد ونحو ذلك، بل بمنزلة شرب الإنسان الدواء الكريه وما يدخله على نفسه من المشقة لينال به الراحة^(١) .

وهذا الكلام وإن كان في حق الإمام ، فإنه في حق القاضي أيضا ، لأنه مقصد الناس ومحل ثقتهم فيكون رحيمًا بهم أسوة بمن هو نائب عنه .

رابعًا: أن لا تكون العقوبة التي انتهى نظر القاضي واجتهاده إلى تقديرها بناء على سلطته التقديرية عقوبة غير مباحة شرعًا، فلا يصح أن تكون العقوبة محرمة منهيًا عنها شرعًا، كالمثلة بجذع الأنف أو تسخيم الوجه أو بالسب أو أية عقوبة فيها هدر للكرامة الإنسانية. فالأصل أن تكون العقوبة رادعة ومريية، ولا يمنع ذلك من أن تكون باقية على كرامة الإنسان .

فإذا قال قائل : إن عمر بن الخطاب حلق رأس نصر بن حجاج ونفاه من المدينة لما خشي فتنة النساء به ، وهذا فيه هدر لكرامة نصر بن حجاج ، نجيب على ذلك أن الإمام عمر رضي الله عنه لم يهدر كرامة ذلك الشخص وإنما أراد إظهاره بمظهر أكثر رجولة وخشونة لأن الفتنة به كانت في شكله ومظهره ، ولا علاج لذلك إلا بازالة مظاهر النعومة وإظهار مظاهر الرجولة فقدر تلك العقوبة التعزيرية .

خامسًا : أن تكون هناك مناسبة وملاءمة بين العقوبة والجريمة ، فلا يسرف في عقاب ولا يستهين بجريمة وإذا كانت العقوبة مناسبة للجريمة أحس المجرم بعدالتها ، فيخضع لها بحكم الترقب لها قبل وقوعها ، وليس التناسب بين ذات الفعل والعقوبة دائمًا ، بل يلاحظ فيها معنى التناسب بين الفعل والعقوبة إذا كان الاعتداء على حق من حقوق العباد كالاغتصاب ، وأن يكون التناسب بين الأثر والعقوبة في غير ذلك^(٢) .

يقول د. الدريني عن العقوبة التعزيرية : (يشترط أن يكون ما تقضي إليه من خير ونفع يربو على ما يترتب على إيقاعها من ضرر ، لأن هذا هو الأصل العام الذي يقوم عليه وضع

١- مجموع فتاوى ابن تيمية ج٢٨، ص٣٢٩.

٢- محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ج٢، ص٧١

المشروعات، فما غلب نفعه شرع ، وما غلب ضرره لا يشرع ، فالحكم إيجابا وسلبا ، منوط بما غلب واقعا وعملا^(١) .

وحتى يتحقق التناسب بين الجريمة والعقوبة فعلى القاضي أن ينظر في الظروف التي ارتكب الجاني فيها جريمته ، وأن ينظر في حال الجاني ومدى تجرئه على الفعل ومدى تكرره منه ، فقد يصدر الفعل ذاته من شخصين فيقدر القاضي عقوبة بدنية قاسية على الأول ، في حين قد يكتفي بتوبيخ الثاني، لأنه يعلم أن من في مكانته يكون وقع الكلام في نفسه أشد إيلا من وقع السياط في ظهر غيره، والقاضي بذلك يأتمر بأمر النبي ﷺ: "أقبلوا ذوي الهيئات زلاتهم"^(٢) .

فلو فرض أن القاضي قضى بالجلد على كلا المستحقين لكان متجاوزا في حق الثاني ، ولو أنه قضى بالتوبيخ في حقهما لكان متهاونا في حق الأول، فيكون عمله عندئذ النظر والتقدير والعمل على أن تكون العقوبة مناسبة للجريمة مع مراعاة أحوال الجناة وظروفهم .

١- الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله. ج٢، ص٩٥.
٢- سبق تخريجه ص٤٥.

رابعاً: سلطة القاضي التقديرية في العقوبات التعزيرية

للتعرف على مدى سلطة القاضي في تقدير العقوبات التعزيرية، لا بد من تصور ما يعرض على القاضي من جرائم ليس لها عقوبات مقدرة من جرائم حدود أو جرائم قصاص ودية، فقد يرفع إليه جريمة تتعلق بعبادة، كالمجاهرة بالإفطار في نهار رمضان، أو قد تكون عقوبة حدية لم تستكمل شروط إقامتها وغيرها من الجرائم التي تتعلق بحقوق الله تعالى، أو قد تكون عقوبة تتعلق بحق العبد، كقذف بغير الزنى أو شتم وتحقير، أو عقوبة على جريمة استغلال المال العام بغير حق، وغيرها من الجرائم التي لا يتصور حصرها، نظراً لتجدد الحوادث والمستجدات في الحياة، فتحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور كما قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه.

وقد ذكر ابن تيمية من الجرائم التي تستوجب عقوبات تعزيرية فقال: (وأما المعاصي التي ليس فيها حد مقدر ولا كفارة كالذي يقبل الصبي والمرأة الأجنبية، أو يبائر بلا جماع، أو يأكل ما لا يحل كالدم والميتة، أو يقذف الناس بغير الزنى، أو يسرق من غير حرز، ولو شيئاً يسيراً أو يخون أمانته كولاية أموال بيت المال، أو الوقوف، ومال اليتيم ونحو ذلك، إذا خانوا فيها وكالكلاء والشركاء إذا خانوا، أو يغش في معاملته كالذين يغشون في الأطعمة والثياب، ونحو ذلك أو يطفف المكيال والميزان، أو يشهد بالزور، أو يلغن شهادة الزور، أو يرتشي في حكمه أو يحكم بغير ما أنزل الله، أو يعتدي على رعيته، أو يتعزى بعزاء الجاهلية، أو يلبى داعي الجاهلية، إلى غير ذلك من أنواع المحرمات، فهؤلاء يعاقبون تعزيراً وتثقيلاً وتأديباً بقدر ما يراه الوالي على حسب كثرة ذلك الذنب في الناس وقتله، فإذا كان كثيراً زاد في العقوبة، بخلاف ما إذا كان قليلاً وعلى حسب حال المذنب، فإذا كان من المدمنين على الفجور زيد في عقوبته، بخلاف المقل من ذلك وعلى حسب كبر الذنب وصغره، فيعاقب من يتعرض لنساء الناس وأولادهم بما لا يعاقب من لم يتعرض إلا لمرأة واحدة أو صبي واحد)^(١).

وقال ابن فرحون: (التعزير لا يختص بالسوط واليد والحبس، وإنما ذلك موكول إلى اجتهاد الإمام)^(٢).

ومن خلال ما سبق من أقوال العلماء ذكره، تقسيم العقوبات التعزيرية إلى قسمين:
الأول: ما كان منها لحق الله تعالى بسبب الاعتداء، وذلك بأن يكون الفعل فيه اعتداء على حق من حقوق الله تعالى من غير أن يكون هناك حد في موضوع الاعتداء، أو بأن يكون هناك حد

١- مجموع فتاوى ابن تيمية. ج ٢٨، ص ٣٤٤.
٢- ابن فرحون، تبصرة الحكام. ج ٢، ص ٢١٩.

ولكنه سقط بالشبهة، فيكون مقدار التعزير تابعا لمقدار الشبهة، فإذا كانت الشبهة قوية كان التعزير غير شديد، وإذا كانت الشبهة ضعيفة كان التعزير شديدا^(١).
الثاني: ما كان منها لحق العبد.

وجدير بالذكر أن القاضي يقدر العقوبات التعزيرية على أصحاب الجرائم المستحقة، إما بموجب الدعوى المرفوعة إليه من قبل خصومهم الذين يدعون عليهم بحقوق شخصية، أو بموجب شهادات الحسبة^(٢) التي يؤديها أصحابها لا على أن لهم حقوقا شخصية عند المدعى عليه ولكن بما للمجتمع بأسره من حق وهو ما يعرف بحق الله تعالى.

وفيما يلي نماذج من الجرائم التي تستوجب العقوبة التعزيرية يليها بيان السلطة القاضي التقديرية فيها :

١ - للقاضي سلطة تقدير عقوبة من ينتهك حرمة من حرّمات الله تعالى ، كمن يجاهر بترك عبادة مفروضة دون أن ينكر وجوبها ، وكمن يتهرب من أداء الزكاة، أو يجاهر بالفطر في رمضان، أو يتعمد فوات الصلاة ثم يقضيها، أو ما شابه ذلك .

٢ - للقاضي سلطة تقدير عقوبة من كل من ارتكب عقوبة حدية سقطت بالشبهة، كمن طلق زوجته طلاقة مكملة للثلاث، ثم تزوجها ودخل بها، فزواجه باطل، ودخوله محرم، إلا أن الحد يسقط عنه لشبهة العقد، ولكن ذلك لا يعفيه من العقوبة التعزيرية التي ترك تقديرها للقاضي، حتى لا يتجرأ هو وغيره على التعدي على حدود الله تعالى، وكذا سرقة ما لا قطع فيه، وكذا الخلو بالأجنبية، ومثل ذلك من قذف غيره بغير الزنى فهو وإن لم يجب عليه الحد إلا أن التعزير في حقه واجب، فيقدر له القاضي عقوبة مناسبة تكون رادعة له.

٣ - للقاضي سلطة تقدير عقوبة أهل البدع والدعاة إليها، والمشككين في الحقائق الإسلامية، ومروجي الأخبار المكذوبة على رسول الله ﷺ^(٣).

٤ - للقاضي سلطة تقدير عقوبة المروجين للفسق والفجور والمجون، أولئك الذين يجمعون الرجال على النساء ويهيئون لهم ظروف ارتكاب المعاصي^(٤).

١ - محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ج ٢، ص ٧٢.
٢ - وهي ما لا يتعلق بحقوق الأدميين المختصة بهم محضا ويدخل في الحسية مما يتعلق بحق الله أو فيه شائبة، منه العتاق والوقف والوصية العامة والعدة والطلاق والحدود ونحو ذلك. الشوكاني، نيل الأوطار ج ٨، ص ٣٠٩.
٣ - محمد أبو زهرة، المرجع السابق ج ٢، ص ٧٤.
٤ - الشوكاني، نيل الأوطار ج ٨، ص ٣٠٩.

٥ - للقاضي سلطة تقدير عقوبة الذين يتجرون بالمحرمات كالخمر والمخدرات وإن لم يكونوا يتعاطونها ، لما يترتب على ترويجها من إشاعة الفساد والإفساد، وتخريب العقول وتحطيم الأسر والأشخاص.

٦- للقاضي سلطة تقدير عقوبة الحالف على اليمين الغموس والشاهد إذا ثبت لديه أنه شهد زورا فيعاقبه بما يراه مناسبا.

قلنا سابقا: إن الأصل في الشاهد أن يكون عدلا صادقا بما شهد به ، إلا أنه إذا تبين للقاضي أن الشاهد شاهد زور- وهو من شهد بغير ما يعلم عمدا ولو طابق الواقع^(١) - سواء تبين له ذلك بإقرار الشاهد أو بعد سؤال القاضي ،فإن القاضي يرد شهادته كما بينا سابقا، وله أيضا سلطة تقديرية في اتخاذ العقوبة التي يراها مناسبة في حقه^(٢).

وروي عن شريح القاضي أنه كان يبعث إلى قوم شاهد الزور فيقول : إن شريحا يقرئكم السلام ويقول : إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وعن الصحابين : أن شاهد الزور يشهر^(٣).

٧- للقاضي سلطة في تقدير عقوبة المحتكر والمرابي والغاش في الصنعة والمرتشي والمقامر والمراهن وكذا المزور للأموال والصناعات ومن يترك قضاء الدين وأداء الأمانات وهضم الودائع وأموال الأيتام وغلات الأوقاف وما شابه ذلك.

٨- للقاضي سلطة في تقدير عقوبة الذين يتجسسون على حرمان الغير ويسترقون السمع لما يدور في بيوتهم، لأن ذلك من انتهاك حرمان الناس التي أمر الله تعالى بحفظها على أصحابها، فقد جاء في الحديث الشريف: "...بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه"^(٤).

٩- للقاضي سلطة في تقدير عقوبة الجاني بجريمة من جرائم القصاص سواء أكانت في النفس أو فيما دون النفس، إذا امتنع القصاص أو تعذر استيفاؤه لقيام شبهة مثلا، فامتناع القصاص أو تعذره لا ينفي حق المجني عليه والمجتمع بأسره من عقوبة الجاني.

١٠- للقاضي سلطة في تقدير عقوبة الجاني على الشروع في الجريمة وإن لم تتم ، الأمر لم يكن في تقدير الجاني، فيقدر القاضي عقوبة للجاني تأديبا له وردعا لغيره.

١- الخطاب، مواهب الجليل، في شرح مختصر خليل ج٦، ص١٢٣ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤، ص١٤.

٢- البائرتي العناية شرح الهداية ٤٧٧،٧، العبادي ، الجوهرة النيرة . ج ٢، ص٢٣٧.

٣- المرجع السابق.

٤- أخرجه مسلم ج٤، ص١٩٨٦ ، كتاب البر والصلة والآداب ، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره حديث رقم (٢٥٦٤).

وتظهر السلطة التقديرية للقاضي في العقوبات المذكورة آنفا من خلال الأمور الآتية:

١ - اختيار العقوبة المناسبة والتي تعمل على إصلاح المذنب، فقد يرى الجلد أنفع وأصلح وأكثر صونا للمذنب من الحبس الذي يمكن أن يجر معه من المفاسد وسوء الأخلاق الشيء الكثير. وقد يوبخ شخصاً بكلمة أو نظرة، في حين قد يجلد أو يحبس على ذات الجرم شخصاً آخر وليس ذلك من قبيل التمييز وعدم العدل، وإنما من باب ما يراه القاضي أكثر إصلاحاً وأجدي نفعاً.

٢ - للقاضي أن يجمع العقوبة التعزيرية إلى غيرها من العقوبات الحدية أو القصاص. فقد ذهب بعض الفقهاء إلى جواز تعليق يد السارق في عنقه بعد قطعها، قال ابن قدامة: (ويسن تعليق اليد في عنقه^(١)) وقد استند في ذلك على ما روي عن النبي ﷺ "أنه أتى بسارق قطعت يده ثم أمر بها فعلق في عنقه^(٢)".

قال ابن فرحون: (ومنها ما يجب فيه القصاص والأدب، وهو الجراح عمداً، يقتص منه ويؤدب)^(٣).

٣ - للقاضي أن يجمع بين عقوبتين تعزيريتين إذا رأى أن إحدى العقوبتين لا تكفي وحدها، كأن يجمع بين الضرب والحبس، فيجوز بعض الفقهاء أن يضرب القاضي الجاني العقوبة التي قدرها ثم له أن يحبسه بعد ذلك المدة التي يراها كافية لجزره^(٤).

٤ - للقاضي عند تقديره العقوبة التعزيرية أن يفاوت فيها بين شخص وآخر، وهذا يدل على أن العقوبات التعزيرية ليست على درجة واحدة وليست كلها بذات المستوى والقاضي يراعي فيها شخص الجاني وظروفه ومدى تكرار الفعل منه، ومدى تجرئه على الجناية التي قام بها، فيقدر العقوبة بناء على ذلك، بخلاف العقوبات المقدره من حدود وقصاص، فلا ينظر فيها إلى شخص الجاني وإنما ينظر فيها إلى الجريمة ومدى توافر سائر شروط إقامة العقوبة الخاصة بها.

قال ابن فرحون: (والتعزير يكون بحسب الجاني والمجني عليه والجناية، فإن كان القول عظيماً من ذي الشر مخاطباً به لرفيع القدر بولغ في الأدب، وإن كان على العكس فالعكس، ففي سنن أبي داود عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: "أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود"، فإذا تقرر أن فاعل ذلك يؤدب، فإن كان رفيع القدر فإنه يخفف أدبه

١ - ابن قدامة، المغني والشرح الكبير ج ١٠، ص ٢٢٦.

٢ - سبق تخريجه في ص ١٩٧.

٣ - تبصرة الحكام ج ٢، ص ٢١٨.

٤ - الطرابلسي، معين الحكام ص ١٩٦، المرادوي، الإنصاف ج ١٢، ص ١٧٠.

ويتجافى عنه، وكذلك من صدر منه ذلك على وجه الفتنة، لأن القصد بالتعزير الزجر عن العودة ، ومن صدر ذلك منه فلتنة يظن به أن لا يعود إلى مثلها وكذلك الرفيع^(١).
قال الأستاذ الزرقا: (فقد صرح فقهاء الحنفية بأن أدنى التعزير نظرة شزر من الحاكم إلى المذنب، أو أن يقول له: بلغني عنك كذا، إذا كان الذنب هفوة صغيرة والمذنب من ذوي الشرف والمروات الذين يكفيهم للردع هذا القدر، وأن أعلى عقوبة التعزير هو الإعدام إذا كان الجرم خطيرا وتحتاج سياسة قمعه بين الناس إلى هذه الشدة كما في المتاجرة بتهريب المخدرات اليوم)^(٢).

فالقاضي قد يمثل أمامه شخصان في جريمة واحدة ، ولنفرض أنها جريمة سرقة ما لا يوجب القطع وإنما يوجب التعزير، وبعد النظر في حال المتهمين وظروف كل منهما، وجد أن أحدهما قد مرد على السرقة، والآخر قد استزله الشيطان ولم يسبق له أن سرق، وما فعل ذلك إلا في ساعة ضعف، فالقاضي في هذه الحالة، لا يقدر لهما العقوبة ذاتها، بل يراعي شخصيهما فقد يحكم على الأول بعقوبة مشددة، ويحكم على الثاني بعقوبة مخففة، لأن في ذلك تشجيعا له على الرجوع إلى طريق الحق والاستقامة، فلو عومل الثاني بذات العقوبة التي عومل بها الأول لرأى نفسه بمستواه ولا يتميز عنه بشيء، فيتجرأ على المداومة على السرقة، وفي ذلك إضاعة وإفساد له.

١ - ابن فرحون، تبصرة الحكام . ج ٢، ص ٢٢٥
٢ - الزرقا، المدخل الفقهي العام. ج ٢، ص ٦٩٠

المطلب الرابع^(١)

سلطة القاضي التقديرية في إسقاط العقوبة عن المجرمين

مر معنا فيما سبق أن العقوبات متنوعة بتتوع الجرائم، فمنها عقوبات مقدرة بنصوص قاطعة في ثبوتها ودلالاتها، ذات درجة واحدة، لا حد أعلى ولا أدنى لها كالحدود والقصاص، ومنها عقوبات غير مقدرة من قبل الشارع الحكيم، ترك تقديرها لولي الأمر ونوابه، ولعل في إسناد الشارع الحكيم هذه العقوبات للحاكم والقضاة يقدرونها بحسب المصلحة الشرعية مراعين بذلك ظروف الجريمة والجاني، لعل في ذلك حكما رأها ومصالح توخاها، تهدف في نهاية الأمر إلى تحقيق العدل وإنصاف العباد.

وبناء على طبيعة كل عقوبة من العقوبات الأنفة الذكر نجد أنها ليست سواء في نظر الشارع الحكيم من حيث إمكان إسقاط العقوبة والعفو عن المذنبين.

ففي جرائم الحدود والقصاص والديات لا مجال للقاضي في العفو عن المجرمين إذا ما توافرت شروط إقامتها، إلا إذا أسقط صاحب الحق حقه كما في عقوبات القصاص والديات، وقد دل على ذلك النصوص الشرعية من الكتاب والسنة .

ففي حد الزنى على سبيل المثال، يأمر المولى جل وعلا بإقامة الحد على الزانيين، وينهى عن الرأفة بهما، فقال تعالى: "الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشَهِدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ"^(٢)، فإذا كانت الرأفة في حق الزانيين محرمة فكيف إسقاط الحد عنهما من غير مسقط؟

وفي حد الحرابة تكلم المولى جل وعلا عن مبدأ العفو عن المحاربين قبل القدرة عليهم كما في قوله: "إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ"^(٣) لكن بعد القدرة عليهم لا مجال للحديث عن العفو.

ويقول الرسول ﷺ "من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضاد الله في أمره"^(٤)

أما في القصاص فترك للناس فرصة العفو والمسامحة، فقد قال جل وعلا "فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ

١ - النصوص الشرعية في هذا المطلب سبق تخريجها في المباحث السابقة .

٢ -سورة النور، آية [٢].

٣ -سورة المائدة، آية [٣٤].

٤ - سبق تخريجه ص ٢٠١.

أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ " (١).

فنلاحظ أن الأصل في الحدود والقصاص عدم العفو والاستثناء هو العفو، في حين أن العقوبات التعزيرية يتسع مجال الحديث عن العفو فيها بصورة أكبر، وجعل ذلك للحاكم والقاضي، لا على التشهي، وإنما بناء على ما يرانه أكثر إصلاحاً لحال المذنب. والحديث عن العفو يعلو صوته في التعازير عندما يكون الجاني من ذوي الهيئات، فالشارع الحكيم قد ندب إلى مراعاتهم كما جاء في قوله ﷺ "أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم" (٢)، فلو رأى القاضي العفو عن رجل من ذوي الأقدار بعد توجيهه ونصححه كان له ذلك إذا رآه أكثر جدوى من العقوبة.

١ - سورة البقرة آية [١٧٨].

٢ - سبق وأن ذكرت أن بعض الفقهاء فسروا ذوي الهيئات بأهل الطاعة والتقوى ورفض ابن القيم أن يكون المراد بذوي الهيئات ما ذهب إليه الفقهاء لأن النبي ﷺ لا يعبر عن أهل التقوى والطاعة والعبادة بأنهم ذوو الهيئات ولا عهد بهذه العبارة في كلام الله ورسوله ﷺ للمطيعين والمتقين، وقال: هم ذوو الأقدار بين الناس من الجاه والشرف والسؤدد فإن الله تعالى خصهم بنوع تكريم وتفضيل على بني جنسهم. راجع الرسالة ص ٢٨.

الباب الثاني

تطبيقات

السلطة التقديرية للقاضي

في

التشريعات الخاصة بالمحاكم

الشرعية

تمهيد:

جاء في الفصل السادس من دستور المملكة الأردنية الهاشمية، بيان أحكام السلطة القضائية، ونص فيه على مبدأ استقلال القضاة وتعيينهم وأنواع المحاكم النظامية والدينية والمحاكم الخاصة واختصاص هذه المحاكم جميعها.

وبناء على ما جاء في الدستور الأردني، فإن المحاكم في الأردن على ثلاثة أنواع:

النوع الأول: المحاكم النظامية، وتختص في النظر بالدعاوى المدنية والجزائية.

النوع الثاني: المحاكم الدينية وهي على نوعين:

الأول: المحاكم الشرعية، وتختص في النظر في دعاوى الأحوال الشخصية والوقف والديات.

الثاني: مجالس الطوائف الدينية الأخرى، وتختص بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية الداخلة في صلاحية المحاكم الشرعية عندما يكون المتداعون مسلمين بقدر ما تسمح به قواعد الطائفة الدينية ذات الشأن عدا بعض المسائل استثناء القانون وأناط بالمحاكم النظامية النظر فيها^(١).

النوع الثالث: المحاكم الخاصة، وتعتبر استثناء من مبدأ المساواة أمام القضاء، ولا تتبع النظام القضائي العام، وتختص في النظر بقضايا تتعلق بأمن الدولة وهي تتبع أنظمة خاصة بها.

ولما كانت المحاكم التي تعمل بموجب الشرع الحنيف هي المحاكم الشرعية، وغيرها من المحاكم تعمل بموجب قوانين وضعية على الغالب، جاءت هذه الدراسة تبحث في السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات الخاصة في المحاكم الشرعية، وأبرز هذه التشريعات التي سأتناول الحديث عن سلطة القاضي التقديرية فيها هما: قانوني أصول المحاكمات الشرعية وقانون الأحوال الشخصية، ومما يجدر الإشارة إليه أن التشريعات القضائية الشرعية تناولت في الغالب لفظ المحكمة، ويقصد به القاضي الشرعي.

وقد خصص هذا الباب للحديث عن تطبيقات السلطة التقديرية في التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية الأردنية من خلال قانوني أصول المحاكمات الشرعية وقانون الأحوال الشخصية، وبعض التشريعات الأخرى، وينقسم الحديث فيه إلى الفصول الآتية:

الفصل الأول: السلطة التقديرية للقاضي في قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في قانون الأحوال الشخصية الأردني.

الفصل الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في مسائل متفرقة من مختلف التشريعات القضائية.

الفصل الرابع: التدقيق على السلطة التقديرية للقاضي.

١- عبد الناصر أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ص ٢٤.

الفصل الأول

السلطة التقديرية للقاضي في قانون أصول المحاكمات الشرعية

تمهيد: تعريف قانون أصول المحاكمات الشرعية :

جاء في تعريف قانون أصول المحاكمات المدنية : بأنه القانون الذي يتولى وضع القواعد الإجرائية التي تبين كيفية نشوء الحق في الدعوى وكيفية الالتجاء إلى القضاء وتحديد الأدوات الإجرائية التي يستعملها القانونيون أمام المحاكم وتحديد شكل وكيفية استعمال هذه الأدوات وكيفية سير الإجراءات وكيفية إصدار الأحكام وكيفية الطعن فيها^(١).

وما قيل في تعريف المحاكمات المدنية، يقال في تعريف المحاكمات الشرعية، لأن المراد في كل منهما، القواعد الإجرائية التي تنظم عملية التقاضي من بدايتها حتى نهايتها وما يتخللها من أدوات إجرائية.

والحديث عن موضوع السلطة التقديرية للقاضي في قانون ما ، يبقى يدور ضمن ما تسمح به المادة القانونية ولا يقبل تجاوزها، وإذا حصل ذلك فإنه يعطي للخصم أو وكيله حق الطعن في الحكم المبني على ذلك التجاوز، ولذلك سنرى أن السلطة التقديرية تبقى رهن ما تسمح به المادة القانونية، وما تحتمله، ولكن بدون الخروج عن مقتضى المادة أو تجاوزها.

وسيكون الحديث إن شاء الله في هذا الفصل عن المباحث الآتية:

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بشكل الدعوى.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بموضوع الدعوى .

المبحث الثالث: السلطة التقديرية لهيئة لاستئناف.

المبحث الأول

السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بشكل الدعوى

يتناول هذا المبحث الحديث عن سلطة القاضي التقديرية في الدعوى من حيث الجانب الشكلي كموضوع الوظيفة^(١) والصلاحية^(٢) للنظر في الدعوى، وموضوع التبليغات القضائية وإدارة الدعوى وغيرها من الموضوعات التي تعتبر من متعلقات الدعوى ولا تعد من قبيل فصل الخصومة ، الذي هو صلب العمل القضائي.

وما سأتناول الحديث عنه في هذا المبحث إن شاء الله يتعلق بجوانب تعتبر من العمل القضائي بالمفهوم العام لا المفهوم الخاص الذي هو فصل الخصومة ، وسأبين هذه الجوانب من خلال المطالب الآتية:

١- المقصود بالوظيفة هو الاختصاص الوظيفي وهو ما يتعلق بوظيفة المحاكم وسلطتها في نظر منازعات معينة ينص القانون عليها . عبد الناصر أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ص ٨٩ .

٢- مصطلح الصلاحية انحدر من قانون أصول المحاكمات العثماني ، وكانت تعني قواعد الاختصاص الوظيفي والمحلي معا ، ولكن الفقه وتبعه التشريع قيذا هذا المصطلح بالمعنى الثاني وهو الاختصاص المكاني أو المحلي فقط ، والأولى أن نستخدم مصطلح الاختصاص المكاني كبديل عن الصلاحية لأنه تعبير أدق من الصلاحية . عبد الناصر أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ص ١٠٠ .

المطلب الأول

سلطة القاضي التقديرية في ما يتعلق بالوظيفة والصلاحيّة

أولاً : نصت المادة (٢) على ما تنظره المحاكم الشرعية وما يقع ضمن دائرة اختصاصها، تلمح السلطة التقديرية للقاضي في الفقرات الآتية:

جاء في الفقرة (١): (الوقف^(١) وإنشأؤه من قبل المسلمين وشروطه والتولية عليه واستبداله وما له علاقة بإدارته الداخلية وتحويله المسقفات والمستغلات الوقفية للإجارتين وربطها بالمقاطعة)^(٢).

ومعلوم أن قصد القانون بقوله تنظر المحاكم والذي جاء في مطلع المادة (٢): أي القضاة في المحاكم، وهذه المادة وإن كانت تبين وظيفة وصلاحيّة المحاكم الشرعية، إلا أننا نلمح ما جعله القانون من سلطة تقديرية للقاضي في تعيين القيم على الوقف فيرى الأصلح لذلك، وكذا له سلطة تقديرية في استبدال الوقف إذا رأى مصلحة في ذلك أيضاً ، ومستند هذا النص القانوني من مذهب الحنفية، يوضحه قول ابن عابدين : (اعلم أن الاستبدال على ثلاثة وجوه:

الأول: أن يشترطه الواقف لنفسه أو لغيره أو لنفسه وغيره فالاستبدال فيه جائز على الصحيح وقيل اتفاقاً.

والثاني: أن لا يشترط سواء شرط عدمه أو سكت لكن صار بحيث لا ينتفع به بالكلية بأن لا يحصل منه شيء أصلاً أو لا يفي بمؤنته فهو أيضاً جائز على الأصح إذا كان بإذن القاضي ورأى المصلحة فيه .

والثالث : أن لا يشترطه أيضاً ولكن فيه نفع في الجملة وبدله خير منه ريعاً ونفعاً وهذا لا يجوز استبداله على الأصح المختار)^(٣).

وتلمح سلطة القاضي التقديرية أيضاً فيما جاء في الفقرة (٤) حيث نصت على: (الولاية والوصاية والوراثة). باعتبار النظر فيها من وظيفة القاضي وصلاحيته، ولما كان النظر في الوصاية والولاية من اختصاص القاضي، فبالرجوع إلى مذهب الحنفية ، نجد أن للقاضي سلطة

١- الوقف هو : هو حبس العين على ملك الواقف عند الإمام أو على حكم ملك الله تعالى عندهما والتصديق بالمنفعة .

حاشية ابن عابدين ج٢، ص٣١٩.

٢- المقصود المقاطعة : العقار الذي يكون عرصته(ساحته التي لا بناء عليها) وقفاً وتكون الأبنية والأشجار والكروم التي عليها العرصّة ملكاً ويدفع من المتصرف فيها إجارة مقطوعة سنوياً لجانب الوقف وتسمى هذا أيضاً إجارة الأرض . علي حيدر ، درر الحكام ج٤، ص٣٠٠، وسليم باز ، شرح المجلة ص٨٤٣.

والمقصود بالإجارتين: أن يحكر الوقف أرضاً عليها بناء في حاجة إلى الإصلاح مقابل دفع مبلغ معجل من المال مساو لقيمة البناء يصرف بمعرفة المتولي على عمارة الوقف وأجرة سنوية للأرض مساوية لأجر المثل. القانون المدني الأردني المادة ١٢٦٤ الفقرة (١).

٣- حاشية ابن عابدين ج٤، ص٣٨٤.

تقديرية في الولاية على الصغير في نفسه وماله، عند عدم الأب أو وصيه والجد أو وصيه، فالوصاية للقاضي عليهما، أو يولي على الصغير غيره إن رأى المصلحة في ذلك.

جاء في البحر الرائق: (الولاية في مال الصغير إلى الأب ووصيه ثم وصي وصيه ثم إلى أب الأب ثم إلى وصيه ثم إلى القاضي ثم إلى من نصبه القاضي)^(١).

وفي الفقرة (٦) حيث جاء فيها (نصب القيم والوصي وعزلهما) وكذا والفقرة (١٤) وقد جاء فيها (الإذن للولي والوصي والمتولي والقيم ومحاسبتهم والحكم بنتائج هذه المحاسبة) وبما أن هذه الأعمال تعد من أعمال القاضي الشرعي الولاية، فإننا نجد أن للقاضي سلطة تقديرية فيها، وقد سبق بيان سلطة القاضي التقديرية في هذا الأمر عند الحديث عن سلطة القاضي التقديرية في الأعمال الولاية.

وفي الفقرة (٧) وقد جاء فيها: (المناكحات والمفارقات والمهر والجهاز وما يدفع على حساب المهر والنفقة والنسب والحضانة)، وسيأتي ما للقاضي من سلطة تقديرية عند الحديث سلطته في قانون الأحوال الشخصية.

ثانياً: لو أن المحكوم عليه غيبياً، والصادر بحقه حكم ما، دفع الدعوى الاعتراضية لعدم الصلاحية المكانية، فلا يقبل دفعه إلا إذا كان تخييه عن الدعوى الأصلية لعذر شرعي، والقاضي يقدر مدى شرعية ذلك العذر، مما يترتب عليه في حال اعتباره عذراً شرعياً، في هذا المثال أن يفسخ الحكم الذي صدر بحقه، وفي حال عدم قناعة القاضي بعذر المحكوم عليه، فيبقى الحكم الصادر بحقه على ما هو عليه.

جاء في المادة (٦): (الاعتراض على الصلاحية الشخصية دفع شكلي)^(٢) لا يقبل بعد الإجابة على موضوع الدعوى حضورياً ولا بعد فصلها غيبياً ما لم يكن تخلف المحكوم عليه عن حضور المحاكمة الغيبية لمعذرة شرعية).

وقد جاء القرار الاستئنافي رقم (١٣٤٤١) يؤكد ما تفهمه هذه المادة، وسلطة القاضي التقديرية هنا في اعتبار العذر الذي تقدم به المحكوم عليه عذراً صالحاً مقنعاً يعسر على المحكوم عليه الحضور إلى المحاكمة مع وجوده، كما لو كان مريضاً، أو مسافراً، أو مسجوناً.

١- ابن نجيم، البحر الرائق ج٧، ص٣٠١.

٢- الدفع الشكلي: هو ما يستعينه الخصم من وسائل يطعن بمقتضاها في صحة إجراءات الخصومة دون أن يتعرض لأصل الحق الذي يزعمه خصمه فينفادى بها مؤقتاً الحكم عليه بمطلوب خصمه. نظرية الدفع، أحمد أبو الوفا ص١٧. أو هو الدفع الذي يثار في الدعوى دون دخول في موضوعها بهدف إنهاء الخصومة أو تأخير البت فيها. ذياب، زياد صبحي علي، الدفع الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون، بدون معلومات عن النشر. ص١٢.

قال علي حيدر: (وتكون معذرة مشروعة في عدم الحضور إلى مجلس القاضي كأن تكون من مخدرات النساء)^(١).

١ - علي حيدر، درر الحكام ج٤، ص٤٩٦. أي البيت. الفيومي، المصباح المنير ج١، ص١٧٧. والمرأة المخدرة: وجارية مُخَدَّرَةٌ إذا لزمَت الخدر، أي البيت. الفيومي، المصباح المنير ج١، ص١٧٧.

المطلب الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في التبليغات القضائية

التبليغ: هو الوسيلة الرسمية التي يبلغ الخصم بها واقعة معينة، وتمكينه من الاطلاع عليها وتسليمه صورة عنها^(١).

وتظهر السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بالتبليغات القضائية في قانون أصول المحاكمات على النحو الآتي:

أولاً: جعل القانون للقاضي سلطة تقديرية في جعل الأمر للقاضي في تبليغ المدعى عليه الذي يقيم في منطقة محكمة أخرى، بأحد طريقين:

الأول: إذا رأى القاضي أن يرسل أوراق القضية إلى المحكمة التي يقع محل المدعى عليه ضمن اختصاصها، فله ذلك.

الثاني: أن للقاضي أن يرسل أوراق القضية مباشرة إلى الهيئة المسؤولة عن تبليغه^(٢) وذلك بدلا من إرسالها إلى محكمة المنطقة التي يقطنها المدعى عليه، ويكون تقدير ذلك للقاضي الذي يرى أين تكمن المصلحة، ويقدر الأنفع للقضية والأكثر اختصارا للوقت على سبيل المثال. جاء في المادة (١٨) الفقرة (٢):

(وإذا كان المطلوب تبليغه يقيم في منطقة محكمة أخرى ترسل الأوراق إلى تلك المحكمة لتتولى تبليغها ثم تعيدها إلى المحكمة التي أصدرتها مرفقة بمحضر يفيد ما اتخذته بشأنها من الإجراءات، على أنه يحق^(٣) للمحكمة التي أصدرت التبليغ أن ترسل الأوراق القضائية مباشرة إلى الهيئات التي نص القانون على إجراء التبليغ بمعرفتها ولو كانت خارج منطقة المحكمة).

١- مفلح القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن ص ٢٠٣، و صلاح الدين شوشاري، الوافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية ص ١٥١

٢- وهذه الهيئات قد تكون الموظف المسؤول عن المحل المعتقل فيه المراد تبليغه، كما في المادة (٢٧) أو رئيس المكتب أو الدائرة التابع لها الموظف المراد تبليغه، كما في المادة (٢٨) الفقرة (١) أو سكرتير الشركة التي يعمل بها المدعى عليه كما في المادة (٢٨) الفقرة (٢)

٣- هذا الحق هو استثناء لقواعد الاختصاص المكاني في التبليغ وهو من باب تقسيم العمل في التبليغ، وهو على نوعين، الأول: وهو الأصل بأن يكون التبليغ بواسطة المحضر بحسب الاختصاص المكاني بواسطة المحضر.

الثاني: التبليغ بواسطة الهيئات، ويكون بمخاطبة الهيئة المسؤولة عن المراد تبليغه، مباشرة وليس عن طريق المحضر ولو ورد التبليغ لمحكمة أخرى من المحكمة التي تنظر القضية، فليس للأخرى أن تقوم بتبليغ المدعى عليه بنفسها، بل تقوم بمخاطبة الهيئة المسؤول.

ثانياً: جاء في المادة (٢١): (يجب على من بلغ الأوراق القضائية أن يوقع على نسخة منها إشعاراً بحصول التبليغ، فإذا لم يوقع واقتتعت المحكمة بأنه قد تمتع عن التوقيع تقرر أن التبليغ قد تم وفق الأصول).

تركت هذه المادة للقاضي اعتبار كون التبليغ قدتم وأن الشخص المراد تبليغه قد امتنع عن توقيع ورقة التبليغ، وتحصل هذه القناعة للقاضي من مجريات واقعة التبليغ التي أخبر عنها المحضر في التقرير الذي ينظمه عقب عملية التبليغ، وقد لا يقتنع القاضي بأن التبليغ قد جرى وفق الأصول كأن يكون المحضر قد سلم الأوراق القضائية لأحد أبناء المدعى عليه وترجح للقاضي تواطؤ ذلك الابن مع والدته المدعية نظراً لمرافقته لها.

ثالثاً : و للقاضي أيضاً سلطة تقديرية في عدم قبول التبليغ إذا اقتنع أن المحضر لم يقم بعملية التبليغ وفق الأصول كما لو لم يذكر أنه لم يعثر على أي شخص يمكن تبليغه بعد بذل الجهد، أو كانت المدة غير كافية بين موعد الجلسة وتاريخ التبليغ، فله إعادة التبليغ إذا لم يقتنع بجريان التبليغ الأول وفق الأصول.

جاء في الفقرة (١) من المادة (٢٣): إذا اقتتعت المحكمة بأنه لا سبيل لإجراء التبليغ وفق الأصول المتقدمة، لأي سبب من الأسباب، يجوز لها أن تأمر بإجراء التبليغ على الوجه التالي:
أ- بتعليق نسخة من الورقة القضائية على موضع بارز من دار المحكمة، ونسخة أخرى على جانب ظاهر للعيان من البيت المعروف أنه آخر بيت كان يقيم فيه المراد تبليغه أو المحل الذي كان يتعاطى فيه عمله إن كان له بيت أو محل كهذا، أو:
ب- بنشر إعلان في إحدى الصحف المحلية اليومية.

فتظهر السلطة التقديرية للقاضي فيما عبرت عنه المادة بقولها: (إذا اقتتعت المحكمة).

وكذا جاء في الفقرة (٣) من المادة نفسها: إذا كان الشخص المراد تبليغه مقيماً في المملكة، فيجري تبليغه وفق أحكام التبليغ في المواد (٢١، ٢٢، ١٨، ١٩) والفقرتين (١، ٢) من هذه المادة من هذا القانون أما إذا كان مقيماً خارج المملكة واقتتعت المحكمة بتعذر تبليغه عن طريق الجهات الرسمية المختصة، فيجوز لها أن تبلغه عن طريق النشر في إحدى الصحف المحلية، شريطة أن تذكر المحكمة قناعتها بعدم إمكانية التبليغ بالطرق العادية.

فلاحظ أن للقاضي سلطة تقديرية في اعتبار التبليغ قد جرى وفق الأصول بأن تتكون لديه قناعة في ذلك، من خلال ما قام به المحضر والمشروعات التي ضمنها تقريره .

وكذا ما جاء في المادة (٢٥): (بعد أن تعاد الأوراق القضائية إلى المحكمة مبلغاً على أحد الوجوه المبينة في أية مادة من المواد السابقة، تسير في الدعوى إذا رأت أن التبليغ موافق للأصول، وإلا تقرر إعادة التبليغ).

ثالثاً: وقد جعل القانون للقاضي سلطة تقديرية في جلب^(١) المدعى عليه في الحال، استثناء من الأصل الذي يقضي استدعاه بطرق بينها القانون وذلك في الأمور المستعجلة^(٢)، والتي لا تحتمل انتظار مرور تبليغ المدعى عليه بالمراحل التي بينها القانون، والتي قد تأخذ وقتاً، وذلك بهدف حماية الحق مؤقتاً حتى يفصل في النزاع.

ومعلوم أن القاضي عندما ترك له القانون جلب المدعى عليه في الأمور المستعجلة، فإن ذلك يتطلب منه توخي العدالة لكلا الطرفين، فكما أنه يحرص على حفظ حق المدعى، كذلك ينبغي أن يحرص على عدم الإضرار بالمدعى عليه، كأن لا يعطل سفره لأمر تافه أو لمصلحة موهومة، بل ينبغي عليه أن يوازن بين الطرفين فيراعي مصلحتيهما ما أمكن.

وقد نص القانون على موضوع سلطة القاضي التقديرية في ما جاء في المادة (٣١):

(للمحكمة أن تجلب في الحال، المدعى عليه في المواد التي ترى المحكمة أنها مستعجلة).

١- يقصد بالجلب، إحضار المدعى عليه بواسطة رجال السلطة التنفيذية، أو رجال الأمن.
 ٢- الأصل أن القاضي هو الذي يقوم بتقدير توافر عنصر الاستعجال، ومن صور المسائل المستعجلة: تقرير نفقة واجبة شرعاً للزوجة والصغير. د. نبيل اسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية ص ٤٣١
 ومن الأمور المستعجلة سماع الشاهد الذي يخشى فوات فرصة الاستشهاد به على موضوع لم يعرض بعد على القضاء، وكذا ما يخشى عليه من فوات الوقت. صلاح الدين شوشاري، الوافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية ص ٢٩٨، مفلح القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن ص ٧٦.

المطلب الثالث

السلطة التقديرية للقاضي في توحيد الدعوى عند تعدد الخصوم

قد ترفع أمام المحكمة عدة دعاوى، فينظر القاضي بمضمون ادعاء كل واحدة منها، فيرى أن بعضها يرتبط ببعضها الآخر من حيث الموضوع، أو السبب أو الأشخاص وأن الفصل في واحدة منها متوقف على الفصل في الأخرى، أو في حكم الفصل في الأخرى، فللقاضي أن يقرر ضم هذه الدعاوى بعضها إلى بعضها، واعتبارها قضية واحدة، والحكمة من جعل ذلك للقاضي، توفير الجهد عليه، وتوفير النفقات والإجراءات على الخصوم وتلافي صدور أحكام متناقضة أو أحكام يصعب التوفيق بينها^(١).

فمثلاً قد يدعي الزوج، ويطلب تخفيض نفقة الزوجة والأولاد بناء على حكم سابق قد صدر بحقه، ثم قامت الزوجة بالادعاء على الزوج تطلب فيه زيادة نفقتها ونفقة أولادها، فقد يصدر قراران أحدهما بزيادة النفقة والآخر بإنقاصها، وكل منهما يعترض على الحكم الذي صدر ضده، فللقاضي عندئذ أن يجمع بين الادعاءين قبل النظر في أي منهما لارتباطهما ببعضهما ببعض، والتعامل معهما على أنهما دعوى واحدة.

حاء في المادة (٣٣): (إذا ظهر للمحكمة أن هناك ارتباطاً بين دعويين أو أكثر، وكان الفصل في إحدهما متوقفاً على الفصل في الأخرى أو في حكم الفصل للأخرى، يجوز لها أن تقرر توحيدهما وتفصل فيهما حسبما تقتضيه الحالة).

وعلى النقيض مما جاء في المادة المذكورة جاء في المادة (٣٤): (إذا اشتمل الادعاء على مواضيع مختلفة لا ارتباط بينها في الحكم يجوز للمحكمة أن تقرر رؤية كل منها على حدة في قضية مستقلة).

ففي هذه المادة، على فرض أن الادعاء اشتمل على أكثر من موضوع، ولم يكن بينها أي ارتباط، كأن ترفع الزوجة على زوجها دعوى نفقة، وتطلب في الادعاء نفسه ما بقي لها في ذمة زوجها من مهرها المعجل، فللقاضي أن يقرر اعتبار كل موضوع قضية مستقلة، ومن ثم النظر في كل قضية على حدة).

١- عبد الناصر أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ص ١٨٣.

المطلب الرابع

السلطة التقديرية للقاضي في المحاكمات

المحاكمات مفردها محاكمة والمقصود بها هنا إدارة الدعوى ، والحديث عن إدارة الدعوى يعني الحديث عن الجانب المتعلق بشكل الدعوى، أو إجراءات الخصومة بعيدا عن أصل الحق المدعى به.

ويمكن الحديث عن سلطة القاضي التقديرية في المحاكمات بما يأتي:

الأصل في المرافعة أن تكون علنية مسموعة لكل الأطراف، ويجوز لمن يرغب من عامة الناس حضور مجلس القضاء لمشاهدة ذلك ومكان مجلس القضاء على رأي كثير من الفقهاء المسجد كما ذكرنا سابقا، والمسجد محل عام يحضره من شاء من الناس للتعبد فيه^(١) ، ثم تغيير الأمر بعد ذلك فأصبح للقضاء أماكن خاصة به تعرف بدور المحاكم، يحضر إليها القضاة وأعوانه، والمتخاصمون.

وما جاء في القانون يؤكد ما قرره الفقه، من عدم اقتصار حضور المحاكمة على الخصمين ومن له علاقة بالخصومة، وأحقية أي شخص حضور المحاكمة، وذلك تأكيدا لمبدأ العدالة ونزاهة القضاء ، وحصول الاطمئنان في نفوس المتقاضين، ودفع القضاة إلى مزيد من الدقة والأناة^(٢).

إلا أنه قد يرد على هذا الأصل - مبدأ علنية المحاكمة - بعض الاستثناءات، كإجراء المحاكمة بصورة سرية، إذا طلب الخصوم ذلك من القاضي، أو إذا رأى القاضي ذلك من تلقاء نفسه، بمعنى أن للقاضي سلطة تقديرية بإجراء المحاكمة بصورة سرية، إذا رأى أن ذلك فيه محافظة على النظام ومراعاة للأداب العامة، أو مراعاة لحرمة الأسرة، وذلك بأن تكون هناك أسرار ليس من صالح الزوجين أو من له قرابة بهما ذبوعها، وعلى رجال الأمن الموكول إليهم حفظ الأمن والنظام في المحكمة تهيئة ذلك بناء على طلب القاضي.

جاء في المادة (٤٦) : (تجري المحاكمة في المحاكم الشرعية بصورة علنية، إلا في الأحوال التي تقرر المحكمة إجرائها سرا سواء كان ذلك من تلقاء نفسها أم بناء على طلب أحد الخصوم محافظة على النظام العام أو مراعاة للأداب أو حرمة الأسرة، وعلى دائرة الأمن أن تخصص أحد مأموري الضابطة العدلية لتنفيذ ما يأمر به القاضي، لحفظ النظام بصورة دائمة أو مؤقتة عندما يطلب القاضي)^(٣).

١- عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص ١٤١.
٢- مفلح القضاة ، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن ص ٥٠.
٣- وقد جاءت هذه المادة موافقة للفقرة (٢) من المادة (١٠١) من الدستور الأردني ، وموافقة أيضا للفقرة (١) من المادة (٧١) من قانون أصول المحاكمات المدنية.

المبحث الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في ما يتعلق بموضوع الدعوى

يتناول هذا المبحث الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بالدعوى من حيث جوهرها وما له علاقة بفصل الخصومة الأمر الذي يعد أسُّ العمل القضائي، ومن المواضيع التي سأتناول الحديث عنها، البيئات ومدى كفايتها والأحكام الغيابية واعتراض الغير على الدعوى وغيرها من الأمور، وفيما يلي الحديث عن هذه الأمور من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

السلطة التقديرية للقاضي في البينات

سبق تعريف البينات وأنواعها المتفق عليه والمختلف فيه منها في الباب الأول من الرسالة، وفي هذا المطلب سيكون الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في النظر في البينات الشخصية^(١) والبنات الكتابية^(٢) - كما درجت القوانين على تقسيمها - وبيان مدى كفايتها لما سيقت إليه.

الفرع الأول

السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بالبنات الشخصية

أولاً: جاء في المادة (٥٧): (إذا عجز الخصم عن إحضار شهوده في اليوم الذي تعينه المحكمة للمرة الثانية دون عذر مقبول، ولم يطلب إحضارهم بواسطة المحكمة، فللقاضي أن يعتبره عاجزاً).

تظهر سلطة القاضي التقديرية في هذه المادة في جعل الحكم بعجز الخصم عن إحضار شهوده للقاضي، فلم يوضح القانون الحالات التي يعتبر فيها الخصم عاجزاً، فلذلك ترك تحديد ذلك للقاضي.

ثانياً: جاء في الفقرة (١) من المادة (٦٦): (للمحكمة في أي دور من أدوار الدعوى، أن تلقي على الشاهد ما تراه ملائماً من الأسئلة كما لها في أي وقت أن تستدعي أي شاهد سمعت شهادته من قبل لاستجوابه ثانية).

تظهر السلطة التقديرية للقاضي في هذه المادة في أمرين:

الأول: أن للقاضي في أي مرحلة من مراحل الدعوى، قبل مرحلة صدور الحكم أن يوجه للشاهد ما يراه من الأسئلة ويساعد على تجلية الحق وإظهاره، والقاضي هو الذي يقدر طبيعة الأسئلة ومدى ملاءمتها وصلتها بالموضوع محل النزاع.

الثاني: أن للقاضي سلطة في إعادة استدعاء الشهود لسماع شهادتهم مرة أخرى إذا رأى أنه بحاجة لذلك، كأن يظهر للقاضي بعد مرور القضية في مراحل معينة أنه قد فاتته التحري عن بعض الأمور من الشاهد، فيرى أن استدعاء الشاهد ضروري لذلك.

١- المقصود بالبينة الشخصية الشهادة.

٢- الأول: مستندات رسمية: وهي التي ينظمها موظفون يختصون بتنظيمها، كوثيقة عقد الزواج وشهادة الميلاد، وسندات التسجيل، والثاني: السندات العرفية: وهي المستندات التي تشتمل على توقيع من صدر منه أو على خاتمه أو بصمة إصبعه، وليس لها صفة السند الرسمي. عبد الناصر أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ص ١٤٤.

ثالثاً : جاء في المادة (٦٧) : (إذا اقتضت المحكمة بشهادة الشهود حكم بموجبها ، وإلا ردتها دون حاجة إلى إجراء تزكية مع بيان أسباب ذلك في الحالتين ، بناء على تحقيقات المحكمة)^(١) .
 وسلطة القاضي التقديرية في هذه المادة تظهر في جعل الأخذ بشهادة الشهود منوطة بقناعة القاضي فليس كل شهادة يدلي بها صاحبها تلقى القبول من القاضي ، فمعلوم أن الكلام في مجلس القضاء ليس كالكلام فيما سواه ، فقد يترتب على كلام الشاهد براءة المشهود له أو إدانته، فلما كانت الشهادة بتلك الخطورة والتأثير كان على القاضي أن يتحرى ويتأكد من مصداقية الشهود ،ومستند القاضي في هذا ما روي عن النبي ﷺ أن قال : "لا شهادة لجارّ المغنم ولا لدافع المغرم"^(٢) فتتجلى سلطة القاضي التقديرية في تقديره لتلك الشهادة ومدى كفايتها والنظر في أبعادها ، والتحقق من دوافع الشاهد لها .

رابعاً : جاء في المادة (٦٩) : (يجوز استماع شهادة الشهود المقيمين خارج دائرة قضاء المحكمة بإنابة قاضي المحل الموجودين فيه لاستماع شهادتهم ، وحينئذ يرسل القاضي كتاب الإنابة متضمناً أسماء الشهود وهويتهم والجهات والخصوصات التي يشهدون بها مع بيان أن المدعي قد استعد لإحضارهم إلى المحكمة المنابة بنفسه أو بواسطة المحكمة المذكورة خلال المدة التي تعينها المحكمة المنابة بعد دفع النفقات ... الخ) .

نلاحظ أن هذه المادة أفادت تمتع القاضي بسلطة تقديرية في مسألة إنابته القاضي الذي يقيم الشاهد ضمن دائرة اختصاص محكمته، في سماع شهادته، فالقاضي الذي ينظر القضية له أن يستدعي الشاهد إلى محكمته لأداء شهادته، وله أن ينيب غيره كما أسلفت إذا رأى أن في ذلك مصلحة كتوفير الوقت والنفقات.

ومثل ما ذكر في هذه المادة يقال في ما جاء الفقرة (٢) من المادة (٧٢) حيث جاء فيها:
 (إذا كان الشخص الذي وجهت إليه اليمين يقيم خارج منطقة القاضي الذي يرى الدعوى، فللقاضي أن ينيب في تحليفه قاضي المحل الذي يقيم فيه، بكتاب يتضمن صورة اليمين واسم الشخص الذي يوكله طالب التحليف بحضور الخصم، وللقاضي المناب أن ينظم الضبط متضمناً أداء اليمين أو النكول عنه وبعد ختمه وتوقيعه، يرسله إلى القاضي المنيب).

فمن وجهت إليه اليمين وكان يقيم خارج دائرة اختصاص المحكمة التي تنظر القضية، فللقاضي تلك المحكمة أن ينيب قاضي المحكمة التي يقيم ضمن دائرة اختصاصها من وجهت

١- ويتفق مع ما جاء في هذه المادة، ما جاء في القرار الاستئنافي رقم (١١٨٤٦) داود ، أحمد محمد علي ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٩م. ج٢، ص٥٧٨ .

٢- سبق تخريجه ص ١٤٥ .

إليه اليمين في تحليفه تلك اليمين، بعد أن يبعث إليه كتاب الإنابة متضمنا صورة اليمين واسم الشخص الذي يوكله طالب التحليف وقت أداء اليمين^(١).

خامسا: للقاضي سلطة تقديرية في مباشرة بعض الأعمال بنفسه أو إنابة غيره في القيام بها، كإجراء الكشف على بيت الزوجية في دعوى الطاعة، أو انتخاب الخبراء، فله أن يباشرها بنفسه، كما له أن ينيب أحد كتبة محكمته للقيام بذلك، فلم يلزم القانون القاضي بمباشرة تلك الأمور بنفسه.

وجدير بالذكر أن الكاتب الذي ينيبه القاضي ينظم تقرير الكشف وليس له تقرير النتيجة المترتبة على الكشف، كما أفادت المادة.

جاء في المادة (٧٣): (للقاضي أن يعين أحد كتبة المحكمة نائبا عنه في المسائل التي يرى ضرورة إجرائها خارج المحكمة، كإجراء الكشف وانتخاب الخبراء، وليس للمناوب تقرير النتيجة المترتبة على هذا الإجراء).

١- و مثل ذلك جاء في المادة المذكورة القرار الاستئنافية رقم (٣٤٠١١) والقرار رقم (٢٧٣٠٨)، احمد داود، القرارات الاستئنافية، في أصول المحاكمات الشرعية. ج٢، ص٨٠٦.

الفرع الثاني

السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بالبيانات الكتابية

قسم قانون أصول المحاكمات الشرعية البيانات الكتابية إلى نوعين:

الأول: مستندات رسمية وقد عرفت المادة (٧٥) بأنها: (المستندات الرسمية التي ينظمها موظفون من اختصاصهم تنظيمها، كوثيقة الزواج، وشهادة الميلاد الصادرة أثر الولادة، والوثائق التي ينظمها كاتب العدل، وسندات التسجيل).

الثاني: المستندات العرفية: وهي التي تشتمل على توقيع من صدر منه أو على خاتمه أو بصمة إصبعه، و ليس لها صفة السند الرسمي، وهي تختلف عن السند الرسمي الذي ينظمه الموظف المختص بالتوثيق كالقاضي وكاتب العدل، بأن السند الرسمي أقوى حجة من العرف، فلا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير فقط على خلاف الآخر الذي يطعن فيه بالتزوير و الإنكار^(١).

وتظهر السلطة التقديرية للقاضي في البيانات الكتابية من خلال المواد الآتية:

جاء في المادة (٩٠): (يثبت الجنون والعتة والأمراض التي توجب فسخ النكاح في دعوى الحجر وفسخ النكاح بتقرير الطبيب المؤيد بشهادته أمام المحكمة، وإذا لم يكن مأل التقرير مع شهادة الطبيب باعثا على الطمأنينة، يحال الأمر إلى طبيب آخر أو أكثر).

فبناء على ما سبق يعتبر تقرير الطبيب من المستندات العرفية التي لا تحظى بقوة السند الرسمي، ولكن القانون جعل للقاضي الاعتماد على هذا التقرير في دعوى إثبات الجنون والعتة والأمراض التي توجب فسخ عقد النكاح إذا اقتنع به واطمأن له، فالذي يقرر حصول الطمأنينة لتقرير الطبيب وشهادته ومدى التوافق بينهما هو القاضي، وهذا راجع إلى نظره وقناعته الذي هو من صلب عمله التقديري، وهذا يؤكد أن عمل القاضي ليس عملا آليا بل فيه من المرونة الشيء الكثير وفيه مساحة واسعة للقاضي يتحرك فيها لخدمة الحق والعدالة.

في دعوى تفريق بلغ المحضر المدعى عليه بالتعليق، حيث لم يجده بشخصه ولم يجد من يبلغه من أهل بيته، وأشهد على ذلك، ولم يقتنع القاضي بصحة التبليغ، وطلب من المحضر إعادة التبليغ، فلما ذهب المحضر للتبليغ وجد أن مسكن المدعى عليه وهو آخر محل إقامة له قد هدم، فسارت المحكمة بالتبليغ بالنشر بالصحف اليومية، ثم سارت بالدعوى، وسألت أحد الشاهدين عن مدى علمه بانهدام مسكن المدعى عليه، فأجاب: بأنه قد جرى ذلك منذ سنة وقضت المحكمة بالتفريق لصالح المدعية، ولما رفعت القضية للاستئناف، لاحظت محكمة

١- عبد الناصر أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ص ١٤٥.

الاستئناف الشرعية أن الشاهد في القضية هو ذاته الشاهد على التبليغ، ووجدت أن الشاهد قد تناقض في شهادته، حيث كانت الشهادة على التبليغ تفيد بأن الهدم كان منذ تسعة أشهر وهو قد شهد بالقضية على أن الهدم قد مضى عليه عام، فردت محكمة الاستئناف القضية لعدم الطمأنينة لشهادة الشاهد.

المطلب الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في محاكمة المدعى عليه غيابيا

أولاً: و للقاضي سلطة تقديرية في اعتبار العذر الذي تقدم به المحكوم عليه غيابيا عذرا مقبولا، أو عدم اعتبار ذلك العذر عذرا مقبولا، فليس كل عذر يقدمه المدعى عليه بين يدي القاضي لتبرير غيابه ، يفترض بالقاضي قبوله، بل إن ذلك متروك للقاضي للنظر فيه، والتأكد من أنه بالفعل حال بين المدعى عليه وبين الحضور، وأن ليس قصد المدعى عليه المماثلة بقصد إطالة زمن المحاكمة لتحقيق مصلحة خاصة فيه، فبعد تحقق القاضي من ذلك فله قبول ذلك العذر ومن ثم يعلم المدعى عليه بما جرى في غيابه.

فمثلا لو ادعت الزوجة على زوجها بمهرها المؤجل، ثم دفع الزوج بدفعه ، وتغيب عن الجلسة التي تلتها ، والتي يفترض فيها إثبات دفعه ،ثم حضر بعد ذلك، فينظر القاضي في سبب تغيبه ويقدر إذا كان عذره مشروعا أم لا، فإذا رأى أن تغيبه كان لعذر مقبول ومشروع كما لو أصابه يوم الجلسة حادث سير وعطله عن الحضور فإن من تأمين العدالة إعادة المحاكمة من المرحلة التي غاب عنها وإعادة بحث دفعه.

جاء في المادة (٥٣) : (إذا حضر المدعى عليه الذي تجري محاكمته غيابيا جلسة من الجلسات التالية، وقدم عذرا مقبولا عن تغيبه تقرر المحكمة قبوله وتعلمه بالإجراءات التي جرت في غيابه، ولها أن تكرر هذه الإجراءات في حضوره إذا رأت أن ذلك ضروري لتأمين العدالة) . فمسألة العذر المقبول، مسألة تقديرية تعود لقناعة القاضي نفسه - ولا رقابة عليه فيها من محكمة الاستئناف- وقد يقرر عدم قبوله، إذا كانت الدعوى مهيأة لإصدار الحكم^(١).

وجدير بالذكر أن أنه في حالة عدم قبول المعذرة من المدعى عليه فإن ذلك لا يمنعه من حضور المحاكمة والاستمرار فيها، كما لو قبلت معذرتة، إلا أن الأثر يختلف في الحالتين، ففي حالة عدم قبول المعذرة، فليست المحكمة ملزمة بإعلامه الإجراءات التي سبقت، ولا أن تكررهما في حال حضوره.

وللقاضي إذا رأى أن من العدالة أن يعيد ما سبق من الإجراءات ويكررها ،في حضور المدعى عليه فله ذلك ويرجع إلى تقديره وقناعته، وله إذا رأى أن حق المدعى عليه لا يتأثر فيما لو استمرت المحاكمة من غير إعادة لما جرى في مراحلها التي تغيب المدعى عليه فيها، كما لو تم الاستماع إلى إشهاد الشهود وكانت في صالحه، فللقاضي حينئذ الاستمرار بالمحاكمة دون إعادة لما سبق فيها من المراحل .

١ - عبد الناصر أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ص ١٨٠

المطلب الثالث

السلطة التقديرية للقاضي في اتخاذ بعض الإجراءات رعاية لمصالح الغير

الفرع الأول

سلطة القاضي التقديرية في إدخال الشخص الثالث^(١) في الدعوى

الشخص الثالث كما جاء في المادة (٩١): (هو من له علاقة في الدعوى المقامة بين طرفين ويتأثر من نتيجة الحكم فيها)^(٢).

جاء من ضمن المادة (٩١): (كما يجوز للمحكمة إدخال أي شخص آخر ترى أن إدخاله ضروري لتحقيق العدالة).

ومثال إدخال الشخص الثالث في الدعوى ، كما في قضية نفقة صغار على الأقارب- نظرا لوفاة والدهم -رفعتها أهمهم الفقيرة على جد الصغار ، على اعتبار أنه الوارث الأقرب لهم ، لأن الشرع يقضي بعد عجز الأب أو غيبته أو وفاته بفرض النفقة على وارث طالب النفقة ذكرا كان أم أنثى، ثم تبين للمحكمة إعسار الجد وعدم قدرته على النفقة المطلوبة للصغار ، ففي هذه الحالة الأصل أن تقوم المحكمة برد دعوى الأم على جد الصغار لثبوت إعساره ، ولكن لما كان للقاضي ولاية عامة على القاصرين ، فله أن يدخل أقرب الناس إرثا للصغار بعد جدهم -كالأعمام - ويتحرى عن الموسر منهم ، ثم يدخله شخصا ثالثا، ويلزمه بالنفقة على الصغار، ويكون ما دفعه من نفقة ديناً على أم الصغار وجدهم كل بحسب حصته الإرثية.

فقد جعل القانون للقاضي سلطة تقديرية في إدخال أي شخص يرى أن إدخاله ضروري لتحقيق العدالة^(٣) ، ومسألة التأثر بنتيجة الحكم في الدعوى وعلاقة أي شخص من غير الفرقاء بالدعوى أمر موضوعي ، يعود تقديره إلى المحكمة^(٤).

- ١- هو شخص يتأثر من نتيجة الحكم في دعوى مقامة بين طرفين ، فهو في الأصل ليس من الخصوم في الدعوى ولا من أطرافها. د. عبد الناصر أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ص ١٢٩
- ٢- وهذا الشخص الثالث قد يدخل مدعياً، أو إلى جانب المدعي بناء على طلب المدعي نفسه، أو يدخل إلى جانب المدعى عليه ويقف ضد المدعي بناء على طلب المدعى عليه، أو يدخل ضد الطرفين، المدعي والمدعى عليه فيخاصمهما معاً، أو قد تدخله المحكمة من تلقاء نفسها إلى جانب أحد الطرفين. عبد الناصر أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ص ١٣٠.
- ٣- وجاءت هذه المادة موافقة لما جاء في الفقرة (٢) من المادة (١١٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.
- ٤- عبد الناصر أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ص ١٢٩.

وما جاء في القرار الاستئنافي رقم (١٠٢٨٤) يؤكد ما أفهمته المادة المذكورة : (إذا ادعى الزوج أنه أوصل وكيل زوجته بالعقد والقبض باقي مهرها المعجل وطلب إدخاله في المحاكمة، فعلى المحكمة أن تلبي طلبه لأنه إن أقر تبرأ ذمة الزوج ، وإن أنكر حلفته المحكمة اليمين على عدم التسلم بالطلب)^(١) .

وكذا ما جاء في القرار الاستئنافي رقم (٣٦٨٠٥) : (إذا أقيمت الدعوى من المحكوم عليه على أم الصغير طالبا قطع نفقته لبلوغه وتكسبه ، فعلى المحكمة إدخال الصغير المدعى بلوغه وتكسبه، شخصا ثالثا في الدعوى لسؤاله عنها من جهة البلوغ والتكسب)^(٢) .

وهذا يؤكد الاعتداد بدور القاضي في الخصومة بإعطائه سلطة كبيرة في توجيه الدعوى وإدارة حركتها بما يحقق مصلحة العدالة وإظهار الحقيقة^(٣) .

١- أحمد داود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية . ج١، ص٥٤٩ .
 ٢- أحمد داود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية. ج٢، ص٥٥٣ .
 ٣- القضاة، مفلح عواد، البيئات في المواد المدنية والتجارية، ط١، دراسة مقارنة ، المطابع التعاونية ، عمان ، ١٩٩٠م. ص٢٥١ .

الفرع الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في تأجيل الدعوى

أولاً: إن للقاضي سلطة تقديرية في تأجيل النظر في المحاكمة إلى الأجل الذي يراه، إذا رأى في ذلك مصلحة، سواء أكان داعي ذلك التأجيل طلب الخصوم أم القاضي من تلقاء نفسه. فقد يطلب الخصم مهلة ليتمكن من إحضار بينة، أو لتوكيل محام، أو يطعن في مستند بالتزوير، أو قد يرى القاضي أن بعض الأمور في القضية غامضة تحتاج إلى دراسة وبحث وتدقيق، فله في مثل هذه الأحوال أن يؤجل المحاكمة بناء على ما له من سلطة تقديرية في ذلك^(١) كذلك للقاضي رؤية القضية في مكان آخر غير الذي كانت تنظر فيه إذا رأى مصلحة في ذلك أو ضرورة، كأن يراعي أمن وسلامة المتخاصمين.

جاء في المادة (٤٨): (يجوز للمحكمة أن تؤجل المحاكمة من وقت لآخر أو تقرر رؤيتها في مكان آخر يقع ضمن منطقة اختصاصها إذا رأت ذلك ملائماً تحقيقاً للعدالة مع تدوين الأسباب).
ثانياً: جعل القانون لمحاكمة المدعى عليه غيابياً حالتين:

الأولى: بطلب من المدعي، في حال تغيب المدعى عليه بعد تبليغه الموعد المعين حسب الأصول، وفي هذه الحالة لا سلطة للقاضي. الثانية: إذا كان موضوع الدعوى يتعلق بحق من حقوق الله تعالى، أي مما يقبل الشهادة حسبة، كما لو كانت دعوى رضاع صحيحة، فللقاضي أن يسير بالمحاكمة في حال غياب المدعى عليه -ولو لم يطلب المدعي السير في الخصومة- إذا رأى القاضي أن المصلحة الشرعية تقتضي ذلك.

جاء بعد الفقرة (٢) من المادة (٥٠) والتي تحدثت عن الأحوال التي تسقط فيها المحكمة الدعوى: (أما إذا حضر المدعي ولم يحضر المدعى عليه بعد تبليغه الموعد المعين حسب الأصول فتقرر المحكمة سماع الدعوى والاستمرار في المحاكمة بحقه غيابياً بناء على طلب المدعي، ويجوز للمحكمة من نفسها أن تقرر محاكمة المدعى عليه غيابياً إذا كان موضوعها مما تقبل فيه الشهادة حسبة).

وسلطة القاضي التقديرية في المادة تظهر في قولها: (ويجوز للمحكمة من نفسها أن تقرر محاكمة المدعى عليه غيابياً، إذا كان موضوعها مما تقبل فيه الشهادة حسبة).

١- وقد نص على سلطة القاضي في التأجيل القراران الاستئنافيان رقم (٢٢٨٧٠) ورقم (٣٦٦٨٠).

الفرع الثالث

السلطة التقديرية للقاضي في المنع من التصرف

أولاً: جاء في المادة (١٠): (الحجر على السفه لا يكون إلا ضمن دعوى شرعية على أن للقاضي منعه من التصرف إلى نتيجة الدعوى إذا رأى من ظروف القضية ما يستدعي ذلك). وتظهر السلطة التقديرية للقاضي في المادة المذكورة من خلال ترك تقدير أمر منع السفه مؤقتاً إلى أن تظهر نتيجة الدعوى إلى القاضي.

وقد أخذ القانون برأي أبي يوسف فهو يرى أنه يقتضي لعد السفه محجوراً أن يحجر القاضي عليه أما أبو حنيفة فقال بعدم جواز الحجر على السفه مطلقاً، لأن الحجر على العاقل هو استلاب لأدميته وإحاقه بالبهائم وهذا أشد ضرراً من التبذير وأقوى منه^(١).

ثانياً: وللقاضي سلطة تقديرية من خلال اقتناعه بصدق ما جاءت به بينات المدعي من إرادة المدعى عليه السفر لتجنب محاكمته، أو نيته التصرف بأمواله للإضرار بالمدعي، فللقاضي أن يصدر مذكرة إحضار من أجل جلب المدعى عليه في الحال حتى يقدم كفالة لضمان دفع ما قد يحكم به عليه، أو لضمان عدم مغادرته المملكة إذا تأكد واقتنع بأن المدعى عليه قد يتصرف بأمواله تصرفاً مضرراً بالمدعي خاصة وأن حقه يتعلق بذلك المال، أو يريد السفر خارج المملكة.

وقد لا يجيب القاضي المدعي لطلبه إذا لم يقتنع بالأسباب التي تقدم بها من أجل جلب المدعى عليه في الحال، لأن مسألة المنع من السفر ليست بالأمر اليسير فقد يتضرر المدعى عليه وتتعطل مصالحه أو تفوت عليه، فمراعاة مصالح المدعي ليست أولى من مراعاة مصالح المدعى عليه .

جاء في المادة (٥٤): (إذا قدمت لائحة الدعوى، واقتنعت المحكمة بناء على ما قدم إليها من بينات، بأن المدعى عليه على وشك مغادرة المملكة، أو أنه ينوي التصرف بأمواله، أو تهريبها للخارج، رغبة منه في تأخير دعوى الخصم أو في تجنب إجراءات المحكمة أو في عرقلة تنفيذ أي قرار يحتمل أن يصدر في حقه، فعلى المحكمة أن تصدر مذكرة إحضار من أجل جلبه في الحال، وأن تمنع سفره، حتى يقدم كفالة لضمان دفع ما قد يحكم به عليه، أو لضمان عدم مغادرته المملكة، مضي عشرة أيام من تاريخ صدور الحكم قطعياً)^(٢).

١- علي حيدر، درر الحكام ج٢، ص٦٦٩.

٢- هذه المادة بعد التعديل الأخير رقم قانون مؤقت رقم (٨٤) لسنة ٢٠٠١.

الفرع الرابع

السلطة التقديرية للقاضي في تعجيل تنفيذ الحكم^(١) أو تأخير تنفيذه .

أولاً: السلطة التقديرية للقاضي في تعجيل تنفيذ الحكم.

جعل القانون للقاضي سلطة تقديرية في تعجيل تنفيذ الحكم بعد صدوره مباشرة - قبل أن يأخذ صفة القطعية، وذلك لاعتبارات مختلفة، تقتضيها ظروف القضية^(٢)، فقد جاء في الفقرة (أ) من المادة (٩٧): (إذا كانت الدعوى تستند إلى سند رسمي، أو إلى سند اعترف به المدعى عليه، أو إلى حكم سابق لم يستأنف، أو كان المدعى به من المواد التي يخشى عليها من التلف أو كان في تأخر الحكم الذي سيصدر في الدعوى ضرر للمحكوم له كالنفقة، يجوز للقاضي عندما يصدر حكمه أن يقرر تعجيل التنفيذ بناء على طلب المدعي، وذلك بالرغم من قيام المحكوم عليه باستئناف الحكم، على أن يقدم المحكوم له كفالة أو تعهداً أو تأمينات يوافق عليها القاضي، فإذا تخلف أو امتنع عن ذلك يحصل المبلغ المحكوم به بالطرق القانونية ويحفظ أمانة لدى المحكمة إلى أن تقدم تلك الكفالة أو التأمينات).

فلاحظ أن القانون قد جعل للقاضي سلطة تقديرية في تعجيل التنفيذ تتمثل في النظر في طلب المدعي والتحقق من مدى احتياجه لتعجيل تنفيذ الحكم، ومعلوم أن تعجيل التنفيذ خلاف للأصل الذي يقضي بتنفيذ الحكم بعد اكتسابه صفة القطعية وبعد استنفاد المحكوم عليه حقه بالطعن والاستئناف، أو بمرور المدة التي إذا تجاوزها المحكوم عليه من دون استئناف، يصبح الحكم بعدها قطعياً.

إلا أن القانون قد جعل للقاضي سلطة تقديرية في تجاوز هذا الأصل إذا رأى أن المدعى به يخشى عليه من التلف^(٣) إذا أحرّ التنفيذ، أو إذا كان المحكوم له يتضرر من انتظار صدور الحكم بصفته القطعية، كما في زوجة بحاجة ماسة للنفقة، وكذا في الحالة التي تستند فيها

١- المقصود بتعجيل التنفيذ: هو تنفيذ الحكم فور صدوره دون انتظار إلى أن يصبح غير قابل للطعن، أو هو تنفيذ قرار معين تصدره المحكمة بصورة عاجلة أثناء نظر الدعوى، وذلك لاعتبارات عملية وإنسانية تقتضيها ظروف القضية المعروضة أمام القضاء. د. عبد الناصر أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ص ٢٠٠.

٢- وهذا استثناء من الأصل الذي يقضي عدم تنفيذ الأحكام إلا بعد تدقيقها من قبل محكمة الاستئناف، وقد نصت على ذلك المادة (١٣٩) من الأصول المحاكمات الشرعية.

٣- كما لو ادعى شخص بأحقّيته أعياناً موجودة في تركة الميت، وكانت مما يسارع إليه التلف، ومثال ذلك لو أن رجلاً اشترى مائة صندوق من الخضار، ودفع ثمنها وغاب عن البائع ليحضر سيارة، فلما رجع، وجد الرجل قد مات، فهو يدعي تلك الأعيان التي تعلق بها حقه ولا يستطيع الانتظار حتى صدور الحكم، فينطبق عليها الحكم المذكور وينبغي أن لا يظن أن هذه الحالة من اختصاص المحاكم النظامية فقط.

الدعوى إلى سند أو سند عرفي اعترف به المدعى عليه، أو سند رسمي كعقد زواج مثلا، كما لو ادعت المطلقة المنتهية عدتها على مطلقها بالمهر المؤجل، واستندت في دعواها إلى عقد الزواج، فإذا طلبت من القاضي بعد صدور الحكم لها بتعجيل تنفيذ الحكم للقاضي أن يجيب طلبها ولما منح القاضي هذه السلطة للحفاظ على حق المدعي وصونه عما يؤذيه ويلحق به الضرر، فإنه ولذات الغرض كلفه القانون أن يأخذ كفالة من المحكوم له أو تعهدا أو تأمينات ترك له تقديرها بما يضمن حق المحكوم عليه فيما لو انتهى حكم القضية لصالحه.

ويلاحظ أن المادة القانونية بينت الأمور التي يجوز طلب تعجيل تنفيذ الحكم بها، وأن الأمر ليس على إطلاقه.

وجاء في الفقرة (ب) من المادة نفسها: (أما إذا كانت الدعوى تتعلق بالمطالبة بنفقة لم يسبق أن صدر بها حكم قطعي، وطلب المدعي تقدير النفقة وتعجيلها، فعلى القاضي فور تقديم الطلب أن ينظر فيه، فإن اقتنع به يصدر قرارا معجل التنفيذ، بتقدير نفقة شهرية محسوبة من أصل النفقة التي قد يحكم بها في الدعوى، على أن يقدم المحكوم له كفالة، أو تعهدا، أو تأمينات، يوافق عليها القاضي)^(١).

وما جاء في هذه الفقرة تأكيد من لما ورد في الفقرة الأولى، وتأكيد على أهمية مسألة النفقة لما يترتب عليها من مخاطر عند عدم توفيرها لمن هو بحاجتها، قريب كان أو زوجة، وجعل القانون للقاضي سلطة تقديرية في إصدار قرار معجل التنفيذ، بعد أن يقتنع بما عرض المدعي في دعواه، ويأخذ القاضي على المدعي كفالة أو تأمينا بالمبلغ الذي سيدفعه المحكوم عليه ضمنا لحق هذا الثاني فيما إذا انتهى الحكم لصالحه.

وتجدر الإشارة إلى أن الفرق بين القرار معجل التنفيذ وتعجيل التنفيذ أن الأول يصدره القاضي والدعوى جارية ولم يصدر فيها حكم، بينما تعجيل التنفيذ يكون هناك حكم قد صدر لصالح المحكوم له ويطلب من القاضي أن يعجل له التنفيذ، ولو لم يأخذ الحكم صفته القطعية.

وجاء في الفقرة (د) من المادة نفسها: إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب الحضانة أو الضم أو المشاهدة، فعلى القاضي عند الضرورة وبعد قناعته وأخذ الضمانات الكافية إصدار قرار معجل التنفيذ قبل إصدار الحكم القطعي)^(٢).

١ - جاء القرار الاستئنافي رقم (٤٧٣٠٠) مؤكدا لما جاء في هذه الفقرة، وهذا القرار وإن كان قد فسخ حكم القاضي بضم الصغير إلى المستأنف عليها على الرغم من قناعة القاضي من قرار الضم إلا أن سبب الفسخ هو أن القاضي غفل عن قيد بينته الفقرة (أ) من المادة (٩٧) وهو أن يكون قرار التعجيل مقترنا بالحكم الصادر في القضية بعد إجراء المحاكمات، ولكن القاضي لم يمكن المستأنف من إبداء دفعه ولم يجري محاكمة حسب الأصول. احمد داود، القرارات الاستئنافية، في أصول المحاكمات الشرعية ج٢، ص٩٦٣.

٢ - هذه الفقرة أضيفت إلى المادة (٩٧) في التعديل الأخير، قانون مؤقت رقم (٨٤) لسنة ٢٠٠١.

ويلاحظ أن القانون قد أضاف هذه الفقرة، وجعل للقاضي سلطة تقديرية فيها من حيث إصدار قرار معجل التنفيذ وقبل صدور الحكم النهائي في قضية طلب حضانة صغير وكذا في طلب ضم صغير أو مشاهدته، فالقاضي بعد النظر والتحقق من طلب المدعية واقتناعه بطلبها كأن يظهر للقاضي من خلال ما بينه طالب الحضانة أن من بيده الصغير غير مؤتمن عليه نظرا لأنه يسكن الصغير بين أناس لا يؤمن على الصغير منهم، أو نظرا لكثرة أشغاله وانقطاعه عن رعايته، فيصدر القاضي قرار تعجيل تنفيذ الحضانة أو الضم أو المشاهدة، ولكن بعد أن يأخذ الضمانات الكافية.

ثانيا : السلطة التقديرية للقاضي في تأخير تنفيذ الحكم بناء على اعتراض الغير^(١)

الأصل أن دعوى اعتراض الغير لا تؤخر تنفيذ الحكم المعترض عليه، إلا أن القانون جعل للقاضي في حال أن ثبت له أو اقتنع من وقوع ضرر على الغير من تنفيذ الحكم أن يصدر قرارا بتأخير التنفيذ بالقسم الذي له علاقة بحقوق المعترض.

فمثلا لو أن امرأة ادعت دينا على تركة زوجها والتي هي عبارة عن أسهم في محل تجاري أو شركة، فدعوى الزوجة تكون بمواجهة أحد الورثة، ويسري الحكم فيها على البقية، وبعد المرافعة حكم القاضي لها بالدين المدعى به، ثم بعد ذلك جاء أحد الورثة واعتراض على الحكم الصادر، وقال بأن المدعية قد استوفت الدين المدعى به، فكلفه القاضي بالإثبات، ولكن لما كان الإثبات قد يأخذ مدة من الزمن، وقد تكون المحكوم لها قد تصرفت بالمال أو استحوذت على النصيب الأكبر من الأسهم مما يجعل لها القرار ويسلبه من بقية الورثة وهذا فيه ضرر على المدعي، فطلب من القاضي تأخير تنفيذ الحكم بما يتعلق بحصته هو فقط من التركة، ويكون هنا للقاضي أن يؤخر تنفيذ الحكم الأول إلى أن يصدر الحكم الثاني.

وكذا في دعوى الأب ضم ولده الصغير بسبب زواج أمه من غير محرم وصدر حكم للأب بالضم فقامت جدة الصغير لأمه واعترضت على الحكم بأنها أولى من الأب، فدفع الأب دعواها بأنها غير أمينة على الصغير، فطلب القاضي منه إثبات دفعه، فطلبت الجدة تأخير تنفيذ الحكم للأب وبقاء الصغير مع أمه إلى أن يفصل في دفع الزوج، فللقاضي أن يؤخر تنفيذ الحكم بناء على طلبها.

١- اعتراض الغير هو طريق غير عادي للطعن في الأحكام يهدف إلى إلغاء الحكم أو تعديله لمصلحة الشخص الثالث والذي يسمى المعترض، فهو يطرح النزاع مجددا بالنسبة إلى المسائل التي يتناولها الاعتراض للفصل فيها من جديد. شوشاري، صلاح الدين، الوافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ط١ دار المناهج، ٢٠٠٢م ص٤١١.

وقد أكدت المادة (١١٨) على هذا، فقد جاء فيها: (دعوى اعتراض الغير لا تؤخر تنفيذ الحكم المعارض عليه، على أنه إذا ثبت وقوع ضرر من تنفيذه فللمحكمة أن تصدر قراراً بتأخير التنفيذ بالقسم الذي له علاقة بحقوق المعارض).

الفرع الخامس

السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بالحجز الاحتياطي^(١)

أولاً : جاء في الفقرة (٣) من المادة (١٢١): (عندما يراد إيقاع حجز على مال ما يجب أن يكون مقدار الدين معلوماً ومستحق الأداء ، وغير مقيد بشرط ، وإذا كان مقدار الدين غير معلوم تعين المحكمة مقداره بقرارها على وجه التخمين)^(٢).

الذي تفهمه هذه المادة أن مقدار الدين الذي بسببه يراد الحجز على مال المدين يجب أن يكون معلوماً حتى لا يكون الحجز جائراً بأن يقع على مال أكثر بكثير من الدين، مما يلحق الضرر البالغ بالمدين، فلذا اشترطت هذه المادة هذا الشرط، وفي حال عدم معلومية الدين، فقد أعطى القانون للقاضي سلطة تقدير ذلك الدين على وجه التخمين والتقريب ، بدافع عدم الإضرار بالمدين وهذا من باب تحقيق العدالة لطرفي الخصومة ، فكما أن الحجز الاحتياطي شرع احتياطاً لحق الدائن، فكذا تقدير القاضي لمقدار الدين شرع لعدم الإضرار بالمدين .

ثانياً : جاء في المادة (١٢٢) : تستثنى الأموال التالية من الحجز^(٣):

الفقرة (١): الألبسة الضرورية للمدين وعياله والفرش الضرورية لهم.

الفقرة (٢): بيت السكن الضروري.

الفقرة (٣): أواني الطبخ ، وأدوات الأكل الضرورية للمدين وعياله .

الفقرة (٤): ... والأمتعة اللازمة لمهنة المدين، أو لحرفته، أو تجارته .

الفقرة (٥): مقدار المؤونة اللازمة للمدين وعائلته، مدة لا تتعدى موسم البيدر ومقدار البذور التي تكفي لبذر الأرض التي اعتاد زراعتها إذا كان مزارعاً .

الفقرة (٦) : الحيوانات اللازمة لزراعته ومعيشته، إذا كان مزارعاً .

فنلاحظ في هذه المواد أن القانون قد نص على استثناء بعض الأموال من الحجز نظراً

لحاجة المدين لها وعبر القانون عن ذلك بقوله (الضرورية) ، والقاضي هو الذي يقدر ما كان

١- ويقال له الحجز التحفظي وهو وضع مال المدين تحت يد القضاء لمنع صاحبه من التصرف فيه تصرفاً يضر بحقوق الدائن الحاجز. التكروري، عثمان، الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، رقم ٣ لسنة ٢٠٠١، الجزء الأول، الاختصاص، الدعوى، الخصومة، طباعة ومونتاج إسلام محمد عطية، ٢٠٠٢م. ص ٧٤.

٢- وصورة الدعوى التي يكون فيها دائن ومدين فيما تنظره المحاكم الشرعية ، كما لو كان للزوجة نفقة على زوجها، أو جزء من المهر، فتطلب الزوجة الحجز على أموال زوجها حتى لا يعتمد التصرف فيها بما يعود عليها بالضرر، وهو عدم تحصيلها لحقها الثابت في ذمة زوجها.

وقد وافقت هذه المادة ما جاء في الفقرة (٣) من المادة (١٤١) من قانون أصول المحاكمات المدنية.

٣- وقد وافقت هذه المادة ما جاء في المادة (١٤٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية.

منها ضروريا من غير ذلك، فمن المؤكد أن يعهد القانون في ذلك للقاضي ، وإلا كان النص على ذلك مفرغا من مقصوده.

ثالثا: جاء في المادة (١٢٤): (يجوز للمحكمة أن تضيع الأشياء والأموال المنقولة المحجوزة تحت يد شخص أمين للمحافظة عليها، أو إدارتها حتى نتيجة المحاكمة، وتقرر الأجرة التي يطلبها هذا الأمين لقاء عمله هذا من قبل المحكمة)^(١).

والسلطة التقديرية للقاضي في هذه المادة واضحة كما في المواد السابقة، فقد ترك القانون للقاضي حفظ الأشياء والأموال المنقولة، التي وقع عليها الحجز لصالح الدائن، تحت يد شخص أمين إذا رأى أن من المصلحة فعل ذلك، وجعل للقاضي أيضا تقدير الأجر الذي يستحقه ذلك الأمين لقاء الجهد الذي بذله في سبيل حفظ تلك المحجوزات أو إدارتها إذا كانت بحاجة إلى إدارة.

١ - وقد وافقت هذه المادة ما جاء المادة (١٤٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية .

المطلب الرابع

السلطة التقديرية للقاضي في تصوير اليمين

سبق وأن بينت معنى تصوير اليمين في الباب الأول، وقلت إنه صياغة الحثيات التي يراد التحليف بها بألفاظ معبرة عنها، إلى من وجهت إليه اليمين، بناء على موضوع الدعوى . ويجدر بالذكر أن تصوير اليمين حق للقاضي وليس لطالب التحليف ، وبناء عليه فلا يحق للقاضي أن يكلف طالب التحليف بتصوير اليمين، وليس لطالب التحليف أن يطلب ذلك من القاضي^(١).

وعند النظر في نصوص القانون نجد أن الأصل في القانون عدم تحديد الصيغة التي يحلف بها القاضي^(٢)، إلا في حالات معينة نص القانون عليها، كما في المادة (٧٦) حيث جاء فيها (... يقدر القاضي نفقتها من يوم الطلب بناء على البيئة التي تقيمها الزوجة على قيام الزوجية بينهما، بعد أن يحلفها اليمين على: أن زوجها لم يترك لها نفقة، وعلى أنها ليست ناشزة، ولا مطلقة انقضت عدتها) وكذا نص القانون على صيغة اليمين في المادة (١٧٦) في الحالة التي تفرض فيها النفقة للأقارب وكان المفروض عليه النفقة غائبا، فيحلف المفروض له اليمين: على أنه لم يستوف النفقة سلفا).

فلما كانت الحالات التي طلب القانون فيها التحليف باليمين الشرعية من غير نص على صيغة تلك اليمين- نظرا لاختلافها باختلاف موضوع الدعوى- كثيرة وكانت التي نص على صيغة اليمين فيها قليلة، فإن ذلك يعني أن القانون قد جعل للقاضي سلطة تقديرية في تصوير اليمين المطلوب الحلف بها، القاضي ينظر بعرق إلى موضوع الدعوى، ومن ثم يحصر الحثيات التي يريد أن يحلف عليها من وجهت إليه اليمين، ومن ثم يصيغ اليمين، ويطلب الحلف بها.

١- القرار الاستئنافي رقم (١٨٩٠٦) ، احمد داود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ج٢، ص٨٠٤.

٢- كما في المادة (٦٥) والمادة (٥٨) والمادة (١١٥) والمادة (١٢٤) والمادة (١٢٥)، ففي هذه المواد لم تحدد صيغة اليمين وإنما اكتفى القانون بذكر: بعد التحليف باليمين الشرعية، وهذا يعني أن القاضي يعين صيغة اليمين.

المبحث الثالث

السلطة التقديرية لهيئة الاستئناف^(١)

يعرف الاستئناف بأنه : تظلم من حكم صادر بصورة ابتدائية، يرفع إلى محكمة أخرى هي أرقى منها درجة توصلًا إلى إصلاح ما فيه من خطأ^(٢).

والاستئناف يعتبر رخصة مقررة لمن خسر دعواه من طرفي الخصومة، والغرض من تقرير هذه الرخصة والحق في الاستئناف، توكيد حسن سير العدالة^(٣).

وعمل محكمة الاستئناف يماثل عمل محكمة التمييز في القضاء النظامي، ولا يشبهه عمل محكمة الاستئناف النظامية.

وعند النظر في مواد القانون المتعلقة بالاستئناف، نجد أن القانون قد جعل لهيئة الاستئناف سلطة تقديرية، ومن ذلك:

أولاً: ما جاء في الفقرة (١) من المادة (١٤٣): (تفصل محكمة الاستئناف في القضايا المستأنفة تدقيقاً دون حضور الطرفين، إلا إذا قررت المحكمة الاستئنافية سماع الاستئناف مرافعة)^(٤).

فنلاحظ أن المادة نصت على الأصل في عمل قاضي الاستئناف وهو التدقيق في القضايا المستأنفة من حيث تطبيق القانون، ما يؤكد أن محكمة الاستئناف محكمة قانون لا محكمة موضوع، إلا أن القانون قد جعل لهيئة الاستئناف في بعض الحالات أن يستمع لقضية ما مرافعة إذا رأى حاجة لذلك، أو كان ذلك أكثر تحقيقاً للعدالة، أو إذا طلب أحد طرفي الخصومة ذلك كما نصت الفقرة (٢) من المادة المذكورة، ورأى قاضي الاستئناف مسوغاً لقبول ذلك الطلب.

ثانياً: جاء في المادة (١٤٥): (لا يجوز للمستأنف أن يضمن لائحته أموراً واقعية، لم تكن مدار بحث في القضية المستأنفة كما لا يسمح للمستأنف عليه أن يقدم أثناء المرافعة أسباباً لم

١- قلنا هيئة الاستئناف لأن محكمة الاستئناف الشرعية في الأردن تتألف من رئيس وعدد من القضاة، وتتعقد من رئيس وعضوين، أي من ثلاثة قضاة، فإذا اجتمع اثنان من قضاة محكمة الاستئناف، فإن المحكمة لا تتعقد إلا بحضور قاضٍ ثالث، والتشكيل من ثلاثة قضاة يكون في الأحوال العادية، إلا أن القانون أوجب على محكمة الاستئناف أن تتشكل من خمسة قضاة في حالة كون المسألة الفقهية أو القانونية التي يبنى عليها الفصل في أية قضية مستأنفة قد سبق صدور أحكام استئنافية بشأنها، يخالف بعضها البعض الآخر وكان من رأيها أي محكمة الاستئناف العدول عن اتباع مبدأ تقرر في أحكام سابقة، ويصدر قرارها بالأكثرية. عبد الناصر أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ص ١١٢.

٢- العمروسي أنور، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ٢٠٠٥ م. ص ٩٠٦.

وجدبر بالذكر أن محكمة الاستئناف محكمة قانون وليست محكمة موضوع إلا في بعض الأحوال فهي تنظر في القضايا المرفوعة إليها للتدقيق في مدى مراعاة تطبيق المحكمة الابتدائية لقانون المحاكمات الشرعية.

٣- صلاح الدين الناهي، مبادئ التنظيم القضائي ص ١٥٩.

٤- هذه المادة مأخوذة بالنص من قانون أصول المحاكمات المدنية المادة رقم (١٨٢) الفقرة (١) و(٢).

يذكرها في اللائحة ما لم تسمح له المحكمة بذلك بناء على أسباب كافية ، وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة الاستئنافية أن تسمع البينة الإضافية وتطلب أية وثيقة أو مستند لم يكن مبرزاً في القضية^(١).

عند إنعام النظر في نص هذه المادة نرى أن القانون قد جعل لهيئة الاستئناف فيها سلطة تقديرية من خلال الخروج على الأصل، الذي أوضحته المادة في مطلعها والذي يقضي بعدم جواز تضمين المستأنف لائحته أمورا لم تكن مدار بحث في القضية المستأنفة، كما لا يسمح للمستأنف عليه أن يقدم أثناء المرافعة أسبابا لم يذكرها في اللائحة، إلا إذا رأت هيئة الاستئناف وبناء على أسباب كافية مقنعه، السماح بتضمين اللائحة تلك الأمور، ولها أيضا سلطة تقديرية، في طلب أي مستند أو وثيقة ترى أنها تخدم القضية وتحقق العدالة، ويضمنهما ملف القضية.

ثالثا: جاء في المادة (١٤٨): (في حالة فسخ الحكم المستأنف كله أو بعضه كما ورد في المادة (١٤٦) وكانت القضية صالحة للفصل، تكمل محكمة الاستئناف المحاكمة من الجهة التي فسخت الحكم بسببها وتتم الإجراءات، ومن ثم تحكم في أساس القضية أو تعدل حكم المحكمة الابتدائية دون أن تعيد القضية إلى المحكمة المذكورة إلا إذا كانت هناك أسباب ضرورية، أو كان القرار المستأنف مما ورد في المادة (١٣٧) من هذا القانون).

فقد جعل القانون لهيئة الاستئناف حرية تقدير إكمال المحاكمة وإتمام الإجراءات، ومن ثم الحكم أو تعديل الحكم في القضية، أو إعادة القضية إلى المحكمة الابتدائية لإتمام الإجراءات إذا اقتنع القاضي بأن هناك أسباب موضوعية تدعو إلى ذلك.

ثالثا: جاء في المادة (١٣٠): (يجوز لمحكمة الاستئناف الشرعية أن تقرر نقل الدعوى من محكمة لأخرى لأسباب تتعلق بالأمن العام، بناء على طلب من النائب العام بعد التباحث مع قاضي القضاة، على أن يحق للمحكمة استدعاء طالب النقل للتحقق من موجباته بحضور الطرفين).

وهذا الإجراء الذي تقوم به محكمة الاستئناف، هو حالة استثنائية تقوم به محكمة الاستئناف لأسباب تتعلق بالأمن، لأن إخراج الدعوى من ولاية محكمة وإدخاله في ولاية محكمة أخرى - وهو ما يعبر عنه بالقانون الوضعي بالإحالة - ليس من عمل المحاكم الشرعية، وإنما هو من عمل المحاكم النظامية^(٢).

١- هذه المادة مأخوذة من قانون أصول المحاكمات المدنية المادة رقم (١٨٤).

٢- زياد صبحي نيا، الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون ص ٤٢.

الفصل الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في قانون الأحوال الشخصية

تمهيد :

يراد بالأحوال الشخصية ، الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته وما يترتب على هذه الأوضاع من آثار حقوقية والتزامات أدبية أو مادية ، وهذا اصطلاح حقوقي حديث أطلق في مقابلة الأحوال المدنية التي تنظم علاقات الإنسان بأفراد المجتمع خارج حدود أسرته^(١) .

ولم تكن الأحكام التي تنظم الأسرة ومتعلقاتها ، تعرف باسم الأحوال الشخصية ، ولم يكن لها قانون يجمع شتات أحكامها ، وإنما كانت أحكامها مبنوثة في الكتب في مباحث خاصة بها كالنكاح ، والمهر والطلاق والنفقة وغيره ، وكان القضاء فيها جزءا من القضاء في سائر الأحكام الشرعية ، إذ كان القاضي في الدولة الإسلامية يحكم في مختلف القضايا المالية والجزائية والتجارية وغيرها ، واستمر الأمر على ذلك إلى أن دبّ الخلل في جسم الإمبراطورية العثمانية وتأثرت الحياة الاجتماعية الإسلامية بالحياة الغربية وأصبح القضاء قائما على أساس الفصل بين قضايا الأحوال الشخصية وغيرها ، وكان في أواخر القرن الثالث عشر الهجري أن وضعت الدولة العثمانية ما عرف بمجلة الأحكام العدلية وهي القانون المدني للدولة تخيرت فيه الراجح من آراء المذهب الحنفي، وبعض الآراء المرجوحة في المذهب^(٢) .

وقد صدر أول قانون للأحوال الشخصية في البلاد العربية والإسلامية عام ١٩١٧ وسمي بقانون حقوق العائلة، وفي عام ١٩٢٧ صدر قانون حقوق العائلة في إمارة شرق الأردن في عهد أميرها عبد الله بن الحسين، ثم في عام ١٩٤٧ بعد أن أصبحت الإمارة مملكة صدر قانون جديد سمي بقانون حقوق العائلة المؤقت وفي عام ١٩٥١ صدر قانون حقوق العائلة وبقي العمل به إلى عام ١٩٧٦ فألغي القانون القديم وصدر قانون جديد سمي بقانون الأحوال الشخصية المؤقت وهو المعمول به حتى الآن، وقد طرأت على القانون تعديلات كان آخرها قانون مؤقت رقم (٨٢) قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية وقد بلغ عدد مواد هذا القانون (١٨٧) مادة.

وسيكون الحديث عن هذا الفصل في المباحث الآتية:

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بأحكام الزواج.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بمسائل النفقات.

المبحث الثالث: السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بفرق النكاح.

١- مصطفى السباعي الأحوال الشخصية ج١، ص٨.

٢- المرجع السابق، عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص١٢٨.

المبحث الأول

السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بأحكام الزواج

عرف قانون الأحوال الشخصية الزواج في المادة (٢) بأنه : عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما .
و يمكن الحديث عن سلطة القاضي التقديرية من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول

السلطة التقديرية للقاضي في الإذن بزواج من لم يتم الثامنة عشرة

جعل القانون للقاضي ومن باب السلطة التقديرية، الإذن بزواج من لم يكمل الثامنة عشرة ، شريطة أن يكمل الخامسة عشرة من العمر، وكان له مصلحة في مثل هذا الزواج، جاء في المادة(٥) : (يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين ، وأن يكون كل منهما قد أتم الثامنة عشرة سنة شمسية ، إلا أنه يجوز للقاضي أن يأذن بزواج من لم يتم منهما هذا السن إذا كان قد أكمل الخامسة عشرة من عمره ، وكان في مثل هذا الزواج مصلحة تحدد أسسها بمقتضى تعليمات يصدرها قاضي القضاة لهذه الغاية)^(١).

فقد اشترطت هذه المادة سن الزواج للخطبين وهو سن الثامنة عشرة ، وأوجب الالتزام به، ولكن جعل القانون للقاضي سلطة تقديرية في الإذن لمن هو دون السن التي حددها إذا كان له مصلحة أم لا ، ويقرر بناء على ذلك الموافقة على ذلك الزواج أم عدم الموافقة.

١ - هذه المادة معدلة للمادة (٥) من قانون (٦١) لسنة ١٩٧٦ وكان سن الزواج فيها للخطاب ستة عشرة سنة وللخطوبة خمسة عشرة سنة .

المطلب الثاني

السلطة التقديرية للقاضي تزويج البكر عند عضل الولي^(١)

جاء في الفقرة (أ) من المادة (٦) : (للقاضي عند الطلب حق تزويج البكر التي أتمت الخامسة عشرة من عمرها من الكفاء ، في حال عضل الولي غير الأب أو الجد من الأولياء بلا سبب مشروع) .

وفي الفقرة (ب): (أما إذا كان عضلها من قبل الأب أو الجد ، فلا ينظر في طلبها إلا إذا كانت أتمت ثمانية عشر عاما ، وكان العضل بلا سبب مشروع) يلاحظ من خلال هذه المادة أن القانون جعل للقاضي سلطة في تزويج البكر إذا عضلها الولي ، عن الزواج ورفعت أمرها إلى القاضي ، سواء كان العضل من الأب أو الجد ، أو كان من غيرهما من الأولياء ، وكان العضل بلا سبب مشروع .

وإجابة القاضي لطلب البكر مشروط بأن تكون قد تجاوزت الخمس عشرة سنة إذا كان العضل من غير الأب والجد ، أما إذا كان منهما فلا يسمع طلبها إلا إذا تجاوزت الثماني عشرة سنة ، وكان السبب غير مشروع .

وسلطة القاضي التقديرية تظهر في اعتبار السبب الذي من أجله امتنع الولي من تزويج موليته سببا مشروعاً أم لا وذلك من خلال النظر في ذلك السبب ، ومن خلال التحقق من كفاءة الخاطب أو عدمها .

جاء في المادة (٧) : (يمنع إجراء العقد على امرأة لم تكمل ثماني عشرة سنة ، إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين عاما ، إلا بعد أن يتحقق القاضي رضائها واختيارها ، وإن مصلحتها متوفرة في ذلك)^(٢) .

جعل القانون أمر الموافقة على زواج من لم تكمل ثماني عشرة سنة من خاطبها الذي يكبرها بأكثر من عشرين عاما ، للقاضي ، فإذا تحقق القاضي من رضائها واختيارها ، وأن مصلحتها متوفرة في ذلك ، أذن بذلك الزواج ، وإلا فلا .

١- العضل : هو منع المرأة من التزويج من الكفاء وبمهر المثل إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه . محمود السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ص ٩٦

٢- وقد أيد القراران الاستثنائيان (١٣٠٨١) و (٩٦٦١) ما أفهمته المادة المذكورة حيث جاء فيهما : إذا اعترف الزوجان بأن الزوجة لم تكمل السنة السابعة عشرة من عمرها ، وأن زوجها يكبرها بأكثر من عشرين سنة ، ولم تؤخذ موافقة وليها حين الزواج ، ولم يؤذن لها بالزواج من قبل المحكمة ، يكون العقد فاسدا ويلزم فسخه .

وقد يثار تساؤل حول هذه المادة والتعديل الأخير الذي حدد سن الزواج للخاطبين بثمانية عشرة سنة، وهو هل بقي داع لهذه المادة مع وجود التعديل؟
أقول لما ترك القانون للقاضي سلطة تقديرية في الإذن بزواج من هي دون هذا السن ، فقد يكون خاطبها يكبرها بعشرين سنة، فيكون لقاضي الموافقة أو عدم الموافقة على ذلك الزواج بحسب ما بينته المادة من التحقق من رضائها ومصحتها.
ويفهم من هذه المادة أنه إذا كان عمرها أكثر من ثمانية عشرة سنة، وكان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين عاما، فإنه يصح زواجها دون الحاجة إلى أن يتحقق القاضي من رضاها واختيارها، وليس لهذا الحكم مستند إلا السياسة الشرعية^(١) التي تبيح للحاكم أن يمنع بعض الأفعال المباحة إذا ترتب عليها ضرر^(٢).

١- تدبير شؤون الأمة في الداخل والخارج وفق المصلحة العامة، وبما يتفق مع مقاصد الشريعة العامة والخاصة. محمد خالد منصور، السياسة الشرعية وقواعدها فيما لا نص فيه، بحث منشور في مجلة دراسات، ج٢٥، ص٤١٠.

٢- محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية ص١٤٠.

المطلب الثالث

السلطة التقديرية للقاضي في تزويج المجنون^(١) والمعتوه^(٢)

جعل القانون للقاضي سلطة تقديرية في تزويج أصناف من الناس على النحو الآتي:

الأول: جعل القانون أمر الموافقة على زواج المجنون والمعتوه راجع لتقدير القاضي، وهذا استثناء مما نصت عليه المادة (٥) من اشتراط أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين، وذلك مراعاة لمصلحتهما، فصحة العقد معلقة على إذن القاضي، وهذا جعل للقاضي من باب السلطة التقديرية. الثاني: للقاضي الاستعانة برأي أهل الخبرة والاختصاص من أهل الطب، لإبداء رأيهم في مدى نفع الزواج لهذين الصنفين من الناس، ومدى وجود المصلحة لهم في ذلك، وعلى تلك الجهة المختصة، بيان ذلك من خلال تقرير طبي، يشرح الحالة ويظهر مدى إمكانية انتفاع المريض بالزواج من عدمه، وسلطة القاضي التقديرية ليست في الاستعانة برأي أهل الخبرة والاختصاص، لأن هذا الأمر وجوبي على القاضي وليس له فيه اختيار، إلا من حيث تعيين الطبيب، أما سلطته التقديرية فتكمن في قناعته بمضمون التقرير.

جاء في المادة (٨): (للقاضي أن يأذن بزواج من به جنون أو عته، إذا ثبت بتقرير طبي أن في زواجه مصلحة له).

فالقانون لما جعل موافقة القاضي على زواج المجنون منوطاً بوجود مصلحة، إنما فعل ذلك لما قد يقوم به الولي في بعض الأحيان من تزويج من به جنون أو عته، لا لمصلحة لهما وإنما للعاطفة غير المحكومة بميزان العقل، أو لمصلحة نفسه مراعي اعتبارات خاصة به^(٣).

وأرى أنه كان على القانون أن ينص صراحة على وجوب تحقق القاضي من رضا مخطوبة المجنون أو المعتوه وعلمها بحالته، لا أن يكون همه فقط التحقق من وجود مصلحة للمجنون أو المعتوه، لأن عقد الزواج عقد شراكة بين الطرفين، ولما كان الطرف السليم هو الذي سيقع على عاتقه جل أعباء العقد ومتطلباته، كان لا بد من النص على وجوب علمه بحال من هو مقدم على التعاقد معه، تماشياً مع مبدأ الرضاية في العقود^(٤).

١- الجنون: اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً. الجرجاني، التعريفات ج١، ص١٠٧.

٢- المعتوه: هو الذي اختل شعوره بان كان فهمه قليلاً، وكلامه مختلطاً، وتدبيره فاسداً. باز، سليم رستم، شرح المجلة، ط٣، دار العلم للجميع، بيروت، ١٩٩٨. ص٤٦٣.

٣- الأشقر، عمر سليمان، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ط٢، دار النفائس ٢٠٠١م. ص٥٣.

٤- عالج القانون مسألة وجود عيب في الزوج بدون علم الزوجة بفسخ العقد بطلب الزوجة بسبب جنون الزوج، إلا أن هذا العلاج يأتي بعد حدوث الزواج، والأولى كما ذكرت أن ينص القانون على تأكد القاضي من رضی الزوجة بالزواج من المجنون حسماً للنزاع وتجنيباً للزوجة من زواج محكوم عليه بالفشل مسبقاً.

وقد أخذ القانون بما ذهب إليه المذهب الشافعي، فقد قال النووي^(١): ويزوج للحاجة - أي المجنون- بأن تظهر رغبته فيهن بدورانه حولهن وتعلقه بهن ونحو ذلك، أو بأن يحتاج إلى من يخدمه ويتعهدده، ولا يجد في محارمه من يحصل هذا، وتكون مؤنة النكاح أخف من ثمن الجارية- الخادمة - أو بأن يتوقع شفاؤه بالنكاح، وإذا جاز تزويجه تولاه الأب، ثم الجد، ثم السلطان، دون سائر العصابات^(٢).

١- النووي، روضة الطالبين ج٧، ص٩٤.
 ٣- العصابات: عصابة الرجل قرابته من جهة أبيه، وهو كل من حاز جميع التركة إذا انفرد، أو حاز جميع ما أبقتة أصحاب الفرائض، وهي نوعان: نسبية وسببية. محمد نسيب البيطار، الفريضة في حساب الفريضة. ص٣٧.

المطلب الرابع

السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بالولاية على الزواج

جعل القانون - من باب الحرص على مصلحة الأنتى خاصة والمجتمع عامة - للقاضي سلطة تقديرية في مسألة الولاية على الأنتى في الزواج على النحو الآتي:

الأول : تقدير مصلحة المخطوبة، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال النظر في حال المخطوبة وظروفها ومدى حاجتها لهذا الزواج، ومدى تضررها من فواته، وبخاصة إذا كان الزوج كفئاً، أما لو رأى القاضي أن الزواج ليس من مصلحة الزوجة، أو لا تتضرر الزوجة من فوات مثل هذا الزواج، فيما لو انتظر حضور الولي الأقرب والخاطب موافق على انتظار الولي، أو كانت الغيبة قصيرة، لا يفوت معها الزواج، أو أمكن الاتصال به بوسائل الاتصال الحديثة، فإن القاضي يقرر انتظار حضوره^(١).

الثاني: في نقل الولاية للذي يلي الولي الأقرب الغائب، وتحديد من يكون، وبخاصة إذا كانوا أكثر من واحد وكلهم متساوون في حق الولاية، وللقاضي أيضاً سلطة في نقل الولاية لنفسه إذا رأى أن أخذ رأي الولي الذي يلي الولي الأقرب الغائب متعذر وهو الذي يحدد معيار ذلك التعذر.

ولقد استند القانون فيما ذهب إليه إلى رأي جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة وقول عند الشافعية^(٢).

جاء في المادة (١٢): (إذا غاب الولي الأقرب وكان في انتظاره تفويت لمصلحة المخطوبة، انتقل حق الولاية إلى من يليه، فإذا تعذر أخذ رأي من يليه في الحال، أو لم يوجد انتقل حق الولاية إلى القاضي).

١ - عمر الأشقر، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ص ٧٩.
٢ - حاشية ابن عابدين ج ٣، ص ٨٢، ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٧، ابن قدامة، المغني والشرح الكبير ابن قدامة المغني، ج ٧، ص ٣٦٨، ابن مفلح الفروع، ج ٥، ص ١٨٠.

المطلب الخامس

السلطة التقديرية للقاضي في اعتبار مسكن الزوجية شرعياً

الواجب شرعاً على الزوج أن يهيئ مسكناً ليقوم فيه هو وزوجته ليتمكن من تحقيق المقصود من عقد الزواج، والمسكن كما تنص المادة يكون بحسب حال الزوج من اليسار والإعسار، لأن الله تعالى قال " أَسْكِنُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ " ^(١)، و "الْوَجْدُ وَالْوَجْدُ" اليسار والسعة ^(٢)، وسواء كان المسكن ملكاً أم مستأجراً أم مستعاراً ^(٣).

وموضع سلطة التقدير للقاضي هنا يكون في أمرين:

الأول: في تقدير ما يجب أن يتوفر في المسكن من الأعيان الواجب توفرها، فللقاضي أن يقدره بنفسه بحسب الزمان والمكان، وبما نص عليه الفقهاء، والقاضي بعد الكشف يقرر ما يجب أن يكون وما لا يجب، أما التناسب مع حال الزوج يسراً وعسراً فهو من عمل الخبراء، الذي يعتبر في المحصلة امتداد لعمل القاضي.

الثاني: في ما يقوم به الخبراء من التقدير ومراعاة حال الزوج يسراً وعسراً، وأرى أن هذا التقدير من عمل القاضي في نهاية الأمر، لأن كل ما يقوم به الخبراء قد جرى بموافقة القاضي وبناء على طلبه، فأرى أن التقدير الواقع منهم هو امتداداً لسلطة القاضي التقديرية.

جاء في المادة (٣٦): (يُهيئ الزوج المسكن المحتوي على اللوازم الشرعية حسب حاله،

وفي محل إقامته).

١- سورة الطلاق، آية [٦].

٢- ابن منظور، لسان العرب، ج٣، ص٤٤٥.

٣- كما نص على ذلك القرار الاستئنافي (٩٠٩٥) وغيرهما، احمد داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية. ج١، ص٦٨٢.

المطلب السادس

السلطة التقديرية للقاضي في تعيين مهر المثل والمتعة^(١)

لقد حدد الفقهاء وتبعهم القانون الحالات التي يجب فيها مهر المثل للزوجة، وقد سبق الحديث عن هذه الحالات^(٢) وكذا المتعة^(٣) وليس للقاضي سلطة تقديرية في الزيادة على هذه الحالات أو الإنقاص منها، وإنما تتجلى سلطة القاضي التقديرية في مسألة مهر المثل في الحالات التي يجب فيها مهر المثل بتحديد مقداره، فينظر القاضي بمدى تساوي هذه الزوجة بالصفات المعتمدة في المماثلة مع قريباتها لأبيها ثم يقرر بعدها المهر الذي تستحق، وكذا في الأحوال التي لا يكون للزوجة قريبات من جهة أبيها، ويضطر القاضي النظر في مهر نساء محلتها أو بلدتها كما جاء في المادة (٤٤) من قانون الأحوال الشخصية.

وكذا في تقدير المتعة، فمرجع التقدير فيها إلى الاجتهاد في ضوء ما تعارف الناس عليه، وهذا مما يختلف باختلاف الأشخاص والعصور والبلاد^(٤) وقد أوجب القانون على القاضي في تقديره للمتعة حدا لا يصح أن تتجاوزه المتعة وهو نصف مهر المثل الذي يجب للمطلقة التي سمي لها مهر وطلقها زوجها قبل الدخول، وهذا لأن النكاح الذي سمي فيه المهر أقوى، فإذا لم يجب في الأقوى أكثر من نصف المهر، لا يجب في الأضعف بطريق أولى^(٥).

جاء في المادة (٥٤): (إذا لم يسم المهر^(٦) في العقد الصحيح، أو تزوجها على أنه لا مهر لها أو سمي المهر وكانت التسمية فاسدة يلزم مهر المثل).

وجاء في المادة (٥٥): (إذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر وقبل الدخول والخلو الصحيحة فعندئذ تجب المتعة، والمتعة تعين حسب العرف والعادة بحسب حال الزوج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل).

١- مال يدفعه الرجل للمرأة عند مغادرة بيت الزوجية لطلاق أو تفريق، ولا فرق بين أن يكون المال نقداً أو ثياباً. مصطفى السباعي، الأحوال الشخصية ج١، ص٢٢٢.

٢- راجع ص ٨٠ من الرسالة.

٣- راجع الحالات التي تجب فيها المتعة للزوجة عند محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية ص ٢٠٤ وما بعدها.

٤- عمر الأشقر، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ص١٨٣.

٥- ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار ج٣، ص١٠٢.

٦- المهر هو المال الذي يدفعه الرجل للمرأة رمزاً لرغبته في الاقتران بها في حياة شريفة توفر الاطمئنان والسعادة لأسرتهم. السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ط٥، دمشق ١٩٦٢م.

ج١، ص٢٠٩.

وجاء في المادة (٥٧) : (إذا وقع خلاف في تسمية المهر ، ولم تثبت التسمية يلزم مهر المثل، ولكن إذا كان الذي ادعى التسمية هي الزوجة فالمهر يجب أن لا يتجاوز المقدار الذي ادعته، أما إذا كان المدعي هو الزوج فالمهر لا يكون دون المقدار الذي ادعاه).

وجاء في المادة (٥٥): إذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر ، وقبل الدخول والخلوة الصحيحة، فعندئذ تجب المتعة، والمتعة تعين حسب العرف والعادة بحسب حال الزوج على أن لا يزيد عن نصف مهر المثل).

وبقي التذكير بأن القانون قد أخذ برأي الإمام أحمد، في اعتبار المتعة بحسب حال الزوج وهو وجه عند الشافعية^(١).

١ - ابن قدامة، المغني والشرح الكبير ج٨، ص٥٢ ، الشربيني ، مغني المحتاج ج٣، ص٢٤٢ ، وابن مفلح ، الفروع ج٥، ص٢٩٠.

المبحث الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في مسائل النفقات (١)

سيكون الحديث - إن شاء الله تعالى - عن السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بمسائل النفقات من خلال المطالبين الآتيين:

المطلب الأول

السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بنفقة الزوجة

أولاً : فرض النفقة للزوجة يكون بأحد طريقتين:

الأول: بالتراضي بين الزوجين.

الثاني: بحكم القاضي، وذلك في حال عدم التراضي بين الزوجين على مقدار النفقة، أو باتفاق الزوجين على أن يقدرها القاضي، والقاضي عندئذ يحيل الأمر إلى أهل الخبرة الذين يعينهم. والذي يعيننا هنا هو الطريق الثاني، الذي هو تقدير النفقة من قبل القاضي، وتقدير الواجب من النفقة على قدر الكفاية بالمعروف مرده إلى تقدير الخبراء الذين يعينهم القاضي، وبالتالي تعتبر سلطتهم في تقدير النفقة امتداداً لسلطة القاضي التقديرية لأن عملهم كما أسلفت إنما هو بإذن القاضي، وبالتالي يقومون بتقدير النفقة أخذين بعين الاعتبار حال الزوج من اليسر والعسر وغلاء الأسعار والمعيشة، وغلاء العلاج والدواء.

ويلجأ القاضي من - خلال الخبراء - إلى التحري والسؤال وهو ما يعرف بشهادة الاستكشاف، في تقدير النفقة بحسب حال الزوج^(٢)، في حال عدم تراضي الزوجين، وكذا عندما يفوض الطرفان القاضي في تقديرها، أو في حالة اختلاف الطرفين في مقدار دخل الزوج أو في الأعباء العائلية، ولا يلزم في شهادة الاستكشاف، تحليف الشهود اليمين، بل يكفي مجرد الإخبار بما يوثق به^(٣).

١- النفقة : عرفها ابن عرفة بأنها: ما به قوام معتاد حال الأدمي دون سرف . فخرج به ما ليس معتاد الأدمي، ومعتاد غير الأدمي وما هو سرف ، فلا يسمى شيء من ذلك نفقة شرعا . شرح الزرقاني ج ٤، ص ٤٣٧ .

٢- مقدار النفقة التي يقدرها أهل الخبرة خمسة أنواع:

الأول: نفقة اليسار وتكون عندما يكون الزوج موسرا.

الثاني: نفقة التوسط : و تكون عندما يكون حال الزوج ما بين اليسار والإعسار .

الثالث: نفقة الكفاية وهي ما يكفي لمعيشة الزوجة.

الرابع: نفقة الضرورة: وهي ما لا يدخل فيها عناصر الترف كالخادم والمبالغة في الكساء والفرش وغيرها.

الخامس: نفقة الفقراء (الإعسار) وهي الحد الأدنى لنفقة الفقير المعسر .

عثمان التكروري ، شرح قانون الأحوال الشخصية ص ١٤٠ .

٣- المرجع السابق، ص ١٤٠ .

جاء في الفقرة (أ) من المادة (٦٦) : (نفقة الزوجة تشمل الطعام والكسوة والسكنى بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خدم) .
وجاء في المادة (٧٠) : (تفرض نفقة الزوجة بحسب حال الزوج يسرا وعسرا، وتجوز زيادتها ونقصها تبعا لحالته، على أن لا تقل عن الحد الأدنى من القوت والكسوة الضروريين للزوجة، وتلزم النفقة إما بتراضي الزوجين على قدر معين أو بحكم القاضي، وتسقط نفقة المدة التي سبقت التراضي أو الطلب من القاضي)^(١).

إن المادة (٦٦) قد بينت الأصناف التي تشملها نفقة الزوجة ولم تبين قدرها وإنما اكتفت بالقول بأنها بالقدر المعروف^(٢)، أما المادة (٧٠) فقد بينت أن القاضي يفرض النفقة مراعى حال الزوج من اليسار والإعسار، على أن لا تقل عن الحد الأدنى من القوت والكسوة الضروريين للزوجة.

وقد نصت المادة (٧٣) على حالة أخرى يقدر فيها القاضي النفقة فقد جاء فيها: (إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته، وطلبت النفقة، يقدر القاضي نفقتها اعتبارا من يوم الطلب ، ويأمر بدفعها سلفا للأيام التي يعينها).

وكذا في المادة (٧٦) : (إذا تغيب الزوج، وترك زوجته بلا نفقة أو سافر إلى محل قريب أو بعيد أو فقد، يقدر القاضي نفقتها من يوم الطلب بناء على البيينة التي تقيمها الزوجة على قيام الزوجية بينهما بعد أن يحلفها اليمين على أن: زوجها لم يترك لها نفقة، وعلى أنها ليست ناشزة ولا مطلقة انقضت عدتها).

ومن هنا تظهر لنا سلطة القاضي التقديرية في تعيين النفقة للزوجة، فهو الذي يقرر أن هذه النفقة نفقة بالمعروف، وهو الذي يعين أصنافها من طعام ولباس وغيرها.
ثانيا: ومن سلطته التقديرية أيضا الزيادة في النفقة المفروضة، كما لو طلبت الزوجة ذلك، ورأى القاضي أن ظروف طارئة، وطوارئ استثنائية، كارتفاع حاد في الأسعار، يستدعي تلك الزيادة، وقد أكدت ذلك المادة (٧١) حيث جاء فيها: (لا تسمع دعوى الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على فرضها، ما لم تحدث طوارئ استثنائية، كارتفاع الأسعار)^(٣).

١- وقد أيد القراران الاستثنائيان رقم (٢٤٥٢٣) ورقم (٢٠٤٣١) ما جاء في المادة المذكورة وقد جاء فيهما:

أن نفقة الزوجة تفرض حسب حال الزوج يسرا وعسرا.

٢- المقصود بالنفقة بالمعروف: ما كانت فوق التقدير ودون الإسراف. السرخسي، المبسوط ج٥، ص١٨١.

٣- وقد أيدت القرارات الاستثنائية رقم (٢٨٦٥٥) ورقم (٢٤٥٧٦) ورقم (١٩٤٣٨) ما جاء في المادة المذكورة. فقد جاء فيها: (إذا ادعى الزوج أن النفقة المفروضة لم تعد تتناسب مع حاله ، حيث أن دخله قد قل وانخفض بعد فرض النفقة، تسمع دعواه ولو كانت قبل مرور ستة أشهر).

ومن سلطته التقديرية أيضا إنقاص تلك النفقة، عند الطلب، إذا ثبت له أن ظرف الزوج المالي قد تغير للأسوأ، مما يجعله غير قادر على دفع النفقة المقررة سابقا، على أن لا تقل عن الحد الأدنى، وتتجلى سلطة القاضي التقديرية في قبول طلب تعديل النفقة، قبل مضي المدة التي نص القانون، وهي ستة أشهر إذا اقتنع بالسبب الداعي لذلك، والقاضي يكون حريصا على مصلحة الزوجة بأن لا يقل قدر النفقة عن الحد الأدنى الكافي للقيام بالأمور الضرورية، كما كان حريصا على مصلحة الزوج في الإنقاص من قدر النفقة مراعاة لحاله وظرفه.

وقد استند القانون - في اعتماده حال الزوج عسرا ويسرا في تقدير النفقة - إلى رأي الشافعية وبعض الحنفية^(١) وإلى رأي المالكية باعتبار قدر كفاية الزوجة^(٢).

ثالثا : جعل القانون للقاضي سلطة تقديرية في فرض نفقة الزوجة على من تجب عليه نفقتها على فرض أنها غير متزوجة، وذلك عندما يكون الزوج معسرا، ويكون لذلك الولي الذي كلف بالنفقة حق الرجوع بما أنفق على الزوج عند يساره.

وقد جعل القانون للقاضي سلطة الإذن للزوجة - التي فرض لها نفقة على زوجها المعسر وقدرها لها من حين طلبها- أن تستدين ما يعادل النفقة المقدرة، ويكون ذلك دينا في ذمة الزوج، فقد جاء في المادة (٧٤): (إذا عجز الزوج عن الإنفاق على زوجته وطلبت الزوجة نفقة لها، يقدرها القاضي من يوم الطلب، على أن تكون دينا في ذمته، ويأذن للزوجة أن تستدين على حساب الزوج).

وجاء في المادة (٧٥): (إذا حكم للزوجة بنفقة على الزوج، وتعذر تحصيلها منه يلزم بالنفقة من تجب عليه نفقتها فيما لو فرضت غير ذات زوج، ويكون لها حق الرجوع بها على الزوج)^(٣). ويلاحظ على القانون أنه رتب المادتين المذكورتين فقدم موضوع استدانة الزوجة، على موضوع فرض النفقة على الولي، والأولى بنظري أن جعل فرض النفقة على الولي في حالة عجز الزوج، مقدما على الاستدانة، لأن أهل الزوجة وأقاربها أولى برعايتها من الغرباء، فإذا لم يتوفر من أوليائها من يقوم بنفقتها عندها تلتجئ إلى الاستدانة، إذ لم يبق أمامها سبيل غير ذلك، وقد راعى قانون الأحوال الشخصية السوري هذا^(٤).

١- الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي للخصاف ج ٤، ص ٢٣٣.
٢- السرخسي، المبسوط ج ٥، ص ١٨٢، الكاساني، بدائع الصنائع ج ٤، ص ٢٤، النووي، روضة الطالبين ج ٩، ص ٤٠، الشرييني، مغني المحتاج ج ٣، ص ٤٣٠، تفسير القرطبي ج ١٨، ص ١٧٠.
٣- وقد استند القانون فيما ذهب إليه إلى رأي الحنفية . السرخسي، المبسوط ج ٥، ص ١٨٧.
٤- راجع المادة (٨٠) من قانون الأحوال الشخصية السوري الفقرتين الأولى والثانية.

كما ويلاحظ على قانون الأحوال الشخصية أنه لم ينص في أي مادة من مواد أحكام النفقة، أن للقاضي الاستعانة برأي أهل الخبرة ، كما فعل القانون السوري^(١)، إلا أن قانون أصول المحاكمات الشرعية في المادة (٨٤) نص على ذلك.

ثالثاً: يقدر القاضي نفقة المعتدة كما الحال في النفقة الزوجية، ويراعي فيها حال الزوج يسراً وعسراً، ويقدرها بالمعروف، وما قيل في تقدير النفقة الزوجية، يقال في نفقة المعتدة ، وقد جاء في المادة (٨٠): (نفقة المعتدة كنفقة الزوجية، ويحكم بها من تاريخ وجوب العدة إذا لم يكن للمطلقة نفقة زوجية مفروضة، فإن كان لها نفقة فإنها تمتد إلى انتهاء العدة على أن لا تزيد مدة العدة عن سنة،...)^(٢).

رابعاً: جاء في المادة (٧٨): (أجرة القابلة والطبيب الذي يستحضر لأجل الولادة عند الحاجة إليه وثمان العلاج والنفقات التي تستلزمها الولادة على الزوج بالقدر المعروف حسب حاله سواء كانت الزوجية قائمة أو غير قائمة)^(٣)، وفي الفقرة (١) من المادة (٦٦): (أن النفقة تشمل التطبيب بالقدر المعروف).

وتبدو السلطة التقديرية للقاضي في هذه المادة من خلال قولها: (القدر المعروف حسب حاله) فالقانون جعل من النفقة الواجبة للزوجة على زوجها نفقة التطبيب وأجرة القابلة والطبيب وثمان العلاج وجميع النفقات التي تتطلبها حالة الولادة لأنها بسبب منه، وهي داخلة في عموم المعاشرة بالمعروف الواجبة للزوجة على زوجها^(٤).

وتقدير القاضي لتلك النفقات يكون من خلال أهل الخبرة بما هو متعارف عليه بين الناس، وبحسب حال الزوج، وذلك في حالة عدم اتفاق الأطراف عليها بالتراضي.

فلو ولدت الزوجة في مستشفى خاص، وطالبت بالنفقات، فإن القاضي ومن خلال أهل الخبرة أيضاً يقدر لها أجرة نفقات ولادة المثل، إذا طلب منها الولادة في مستشفى حكومي وولدت في مستشفى خاص^(٥).

١- راجع المادة (٨١) من قانون الأحوال الشخصية السوري.

٢- وقد أكد القرار الاستئنائي رقم (٩١٥٠) ما جاء في المادة المذكورة ، فقد جاء فيه : أن النفقة الزوجية تستمر إلى انتهاء العدة فيما لو وقع الطلاق بعد الفرض ، وقريباً منه جاء في القرار الاستئنائي رقم (٢٨١٧٣).

٣- وقد أيدت قرارات استئنافية عديدة ما جاء في المادة المذكورة ،كما في القرارات (٩٠٥٨) و (٩٢١٠) و (١٥٢٣١).

٤- القرار الاستئنائي رقم (١٥٢٣١).

٥- القرار الاستئنائي رقم (٢٧٨٩٥).

وقد أخذ القانون بخلاف رأي غالبية الفقهاء^(١) الذين ذهبوا إلى عدم وجوب أجره الطبيب والأدوية على الزوج، وعللوا ذلك بأن الزوجة تريد من ذلك إصلاح الجسم فلا يلزمه كما لا يلزم المستأجر عمارة الدار المستأجرة، وإنما يجب عليها في مالها. وبقي التذكير بأن للقاضي سلطة تقديرية في تعجيل حكم النفقة بناء على طلب الزوجة إذا كان في انتظار الحكم النهائي إضرار بها^(٢).

خامساً: جعل القانون للقاضي سلطة تقديرية في اعتبار الزوجة غير مستحقة للنفقة، وذلك إذا نشزت، واعتبارها ناشرا يتطلب من القاضي النظر في السبب الذي لأجله قد تعتبر ناشرا، فقد يكون ظاهر الأمر يدل على نشوزها إلا أنه بعد النظر والتدقيق يتبين له أنها غير ناشر. جاء في المادة (٦٩): (إذا نشزت الزوجة فلا نفقة لها، والناشر هي التي تترك بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي، أو تمنع الزوج من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقلة إلى بيت آخر ويعتبر من المسوغات المشروعة لخروجها من المسكن إيذاء الزوج لها بالضرب أو سوء المعاشرة).

ونصت المادة (٨١): (على أنه ليس للمطلقة في نشوزها نفقة عدة). ذكرت هذه المادة مثالا على ما يعتبر من المسوغات المشروعة لخروج المسكن وعدم اعتبار ذلك نشوزا، وهذا لا على سبيل الحصر، ومن هنا فإن للقاضي سلطة تقديرية في اعتبار ما تقدمت به الزوجة من أسباب لترك بيت زوجها، مسوغا شرعيا أم لا، وبناء على ذلك يقدر إن كانت ناشرا غير مستحقة للنفقة، أم أنها محقة ومستحقة للنفقة. وبعبارة أخرى، فإن سلطة القاضي التقديرية في موضوع النشوز لا تكون في ذات النشوز وإنما تكون في طرق إثباته، كشهادة الشهود ومدى القناعة بها، وتصوير اليمين.

١- ابن نجيم البحر الرائق ج٤، ص٢٩٣، حاشية ابن عابدين ج٣، ص٥٧٥، العبدري، التاج والإكليل ج٤، ص١٨٤، والنوي، روضة الطالبين ج٩، ص٥٠، ابن قدامة، المغني ج٨، ص١٥٩. وقد أخذ القانون بقول في المذهب الزيدي.
٢- راجع الرسالة ص ٢٥٢.

المطلب الثاني

السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بنفقة الأقارب

لقد سبق الحديث عن تقدير نفقة الزوجة ومثل ذلك الحديث عن تقدير نفقة الأقارب ، فالمبدأ الذي يحكم عملية التقدير في كل منهما هو مراعاة حال من وجبت عليه النفقة بحسب حاله يسرا وعسرا، وكذا كون النفقة بالمعروف، فلا إسراف فيها ولا تقتير، ولكن برغم كل الظروف لا تقل النفقة عن مقدار الكفاية.

ويمكن الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في تقدير نفقة الأقارب من خلال:

أولا : ما جعله القانون للقاضي من سلطة تقديرية في تقدير نفقة الأولاد، بحسب حال الأب يسرا وعسرا أو في حدود الكفاية، وذلك من خلال الخبراء كما سبق وذكرت باعتبار أن عمل الخبراء إنما هو امتداد لعمل القاضي.

وتشمل النفقة أيضا نفقة التعليم والعلاج، وله - ومن باب رعاية المصلحة - أن يلزم غير

الأب الإنفاق على الأولاد في الحالات التالية :

الأولى: يلزم الأم إذا كانت موسرة أن تنفق عليهم في حال كان الأب معسرا، على أن تكون دينا على الأب ترجع بها عليه حين اليسار، أو في حال كان الزوج غائبا ويتعذر تحصيل النفقة منه. الثانية: يلزم القريب الغني الذي تجب عليه النفقة على الأولاد، فيما لو كان الأبوان معسرين، على أن تكون دينا على الأب يرجع بها عليه حين اليسار، وتشمل المعالجة والتعليم .

جاء في المادة (١٦٩): (الأولاد الذين تجب نفقتهم على أبيهم الموسر يلزم بنفقة تعليمهم أيضا في جميع المراحل العلمية، إلى أن ينال الولد أول شهادة جامعية، ويشترط في الولد أن يكون ناجحا وذا أهلية للتعليم، ويقدر ذلك كله بحسب حال الأب عسرا ويسرا على أن لا تقل النفقة عن مقدار الكفاية).

وجاء في الفقرة (٢) من المادة (١٧٠): (إذا كان الأب معسرا لا يقدر على أجره الطبيب أو العلاج أو نفقة التعليم، وكانت الأم موسرة على ذلك تلزم بها على أن تكون دينا على الأب ترجع بها عليه حين اليسار، وكذلك إذا كان الأب غائبا يتعذر تحصيلها منه).

وجاء في الفقرة (٣) من المادة نفسها: (إذا كان الأب والأم معسرين، فعلى من تجب عليه النفقة عند عدم الأب، نفقة المعالجة أو التعليم، على أن تكون دينا على الأب، يرجع المنفق بها عليه حين اليسار).

ثانياً: وللقاضي سلطة في تحليف طالب النفقة اليمين، وهذه اليمين جعلها القانون للاستيثاق خوفاً من التدليس على القاضي كما سبق وبيننا، وقد نصت المادة (١٧٦): (إذا كان المفروض عليه النفقة من الأصول أو الفروع أو الأقارب غائباً، أو حضر المحاكمة، وتغيب قبل الإجابة عن موضوع الدعوى، يحلف طالب النفقة اليمين على أنه لم يستوف النفقة سلفاً).

ثانياً: جعل القانون للقاضي سلطة تقديرية في تحديد السن الذي تنتهي عنده نفقة الغلام على أبيه فيقدر القاضي بعد النظر والتحقق، إن كان الغلام قد بلغ العمر التي يستقل فيها أمثاله عن نفقة آبائهم، ما لم يكن الغلام طالب علم، فتستمر النفقة كما بينا سابقاً.

جاء في الفقرة (ب) من المادة (١٦٨): (تستمر نفقة الأولاد إلى أن تتزوج الأنثى التي ليست موسرة بعملها وكسبها، وإلى أن يصل الغلام إلى الحد الذي يتكسب فيه أمثاله ما لم يكن طالب علم).

المبحث الثالث

السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بفرق النكاح

المقصود بفرق النكاح كما وردت في القانون : الطلاق ، والمخالعة ، والتفريق بحكم قضائي، وفيما يأتي بيان ما للقاضي سلطة تقديرية فيها ، من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول

السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بالطلاق^(١)

يعتبر الطلاق حلا لعقد الزواج بين الزوجين بإرادة منفردة، وهي إرادة الزوج و لا اعتبار لإرادة الطرف الثاني في العقد، وهي الزوجة، ويمكن الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي، فيما يتعلق بالطلاق في المواد التي تحدثت عنه في قانون الأحوال الشخصية بما يأتي:

أولا: جاء في المادة (٨٣): (يكون الزوج أهلا للطلاق إذا كان مكففا) ، وجاء في الفقرة (١) من المادة (٨٨): (لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش^(٢) ولا المكره ولا المعتوه ولا المغمى عليه ولا النائم).

هذه المادة تتعلق بالحالة التي ترفع الزوجة أمرها للقاضي تدعي على زوجها بأنه طلقها، وقد قصد القانون من المادتين السابقتين، أن القاضي يقوم بالتحقق من أهلية الزوج لإيقاع الطلاق، وهذا يتطلب منه فعل ما يراه مناسباً للتحقق من ذلك، مما يدل على أن عمله ليس عملا آليا جامدا فليس بمجرد أن تأتيه زوجة تدعي على زوجها وتطلب تطليقها أنه يجيبها إلى ذلك، لا، بل يسألها ويسأل الزوج، ويتحقق من أن أهلية الزوج لإيقاع الطلاق لا تشوبها شائبة، سواء أكان ذلك في مجلسه، أو خارج مجلسه^(٣).

فنلاحظ أن القانون قد جعل للقاضي سلطة تقديرية في إيقاع الطلاق أو عدم إيقاعه بناء على حالة الزوج^(٤).

١- الطلاق: هو حل العصمة المنعقدة بين الأزواج بألفاظ مخصوصة. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ج٣، ص ١٢٦.

٢- عرفت الفقرة (ب) من المادة المذكورة المدهوش بأنه: الذي فقد تمييزه من غضب أو وله أو غيرهما، فلا يدري ما يقول .

٣- جاء في القرارات الاستئنافية ما يؤكد ما أفهمته المادة (٨٨) كالقرار رقم (٨٩١٤) و(٩٦٦٦) و(٩٨٤٤). احمد داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ج٢، ص٧٦١- ٧٦٣ .

٤- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية ص١٧٨ .

وقد يؤجل القاضي الزوجين الذين حضرا إلى مجلسه راغبين بالطلاق فترة من الزمن رجاء الصلح بينهما.

ثانياً: جاء في المادة (٩١): (إذا طلق الزوج زوجته لدى القاضي طائعا مختارا وهو في حالة معتبرة شرعا، أو أقر بالطلاق وهو بتلك الحالة فلا تسمع منه الدعوى بخلاف ذلك).
وسلطة القاضي التقديرية هنا تتجلى في التأكد من أن حالة الزوج حالة معتبرة من خلال النظر إليه وسماع قوله والتأكد من إرادته لما هو مقدم عليه، وللقاضي التحقق من ذلك بتوجيه العديد من الأسئلة للزوج ولو على انفراد، كل ذلك ليتحقق من أنه في حالة معتبرة، فإذا لم يكن كذلك فإن القاضي لا يعتبر الطلاق قد وقع، وهذا ما تقيده المادة.

ثالثاً: جاء في المادة (٩٥): (يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة، وما اشتهر استعماله عرفا دون الحاجة إلى نية، ويقع بالألفاظ الكنائية، وهي التي تحتل معنى الطلاق وغيره بالنية).
إن سلطة القاضي التقديرية في هذه المادة تتجلى فيما يقوم به القاضي من النظر في اللفظ الذي استعمله الزوج في التطبيق ومدى اعتباره من صريح ألفاظ الطلاق أو كنياته، وبخاصة إذا كان اللفظ مستعملا عرفا، لا شرعا، وللقاضي أن يستأنس برأي غيره في هذه المسألة.

رابعاً: جعل القانون للقاضي سلطة تقديرية في اعتبار الطلاق تعسفيا^(١) غير معقول السبب، أو اعتباره مبررا قد اضطر المطلق إليه، ولا شك أن ذلك يرجع إلى اجتهاد القاضي في الوقوف على أصل الخلاف بين الطليقين، والنظر في الأدلة التي يقدمها المطلق^(٢)، وتقدير ما إذا كان متعسفا في طلاقه أم لا؟ كما لو كان طلاق الزوج لزوجته بسبب عقمها، أو ضعف كلامها، أو ضعف سمعها، أو ما شابه ذلك^(٣).

وجعل القانون للقاضي أيضا سلطة في تقدير تعويض المطلقة عن طلاق تعسفي، وسلطته تتجلى في تقدير ذلك التعويض من خلال الخبراء كما ذكرت سابقا وبحسب حال الزوج يسرا وعسرا، ولئن جعل القانون للتعويض سقفا أعلى وحدا أدنى، إلا أن ذلك لا ينفي سلطة القاضي في تقدير ذلك التعويض، وليس بالضرورة أن يكون التعويض متساويا أو متماثلا بين كل

١- التعسف: هو إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير . د. مصطفى السباعي، الأحوال الشخصية ج١، ص٢٧٠.

٢- لا تكلف الزوجة بإثبات التعسف في الطلاق، وإنما الذي يكلف بالإثبات هو المطلق إذا ادعى لطلاقه سببا معقولا وهذا بناء على ما جاء في القرار الاستئنائي رقم (١٩٨٥٩). احمد داود، القرارات الاستئنافية، في الأحوال الشخصية ج١، ص٢١١.

٣- جاء في القرار الاستئنائي رقم (٢٢٢٩٩): طلاق الزوج لزوجته بسبب عقمها أو ضعف كلامها أو ضعف سمعها، أو بلهها يعتبر طلاقا تعسفيا، تستحق بسببه المطلقة التعويض. احمد داود. القرارات الاستئنافية، في الأحوال الشخصية ج١، ص٢١٣.

المطلقات طالبات التعويض، فقد يقدر القاضي لواحدة منهن بالحد الأدنى للتعويض، وقد يقدره لأخرى بحدده الأعلى وقد يجعله لثالثه بين الحدي.

ولا يغيب عنا أن للقاضي أيضا سلطة في تقدير النفقة الواجبة على الزوج بحسب حاله عسرا ويسرا، كما سبق وأوضح، فهو ابتداء يقدر النفقة التي تجب على الزوج، ثم يأتي التعويض على أساسها، كما ما بينت آنفا^(١).

جاء في المادة (١٣٤)^(٢): (إذا طلق الزوج زوجته تعسفا، كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض، حكم لها على مطلقها بتعويض لا يقل عن نفقة سنة، ولا يزيد على نفقة ثلاث سنوات، ويراعى في فرضها حال الزوج يسرا وعسرا، ويدفع جملة إذا كان الزوج موسرا، أو أقساطا إذا كان معسرا، ولا يؤثر ذلك على حقوقها الزوجية الأخرى)^(٣).

ويمكن تلخيص ما للقاضي من سلطة تقديرية في هذه المادة بالنقاط الآتية :

- ١- اعتبار الزوج متعسفا في طلاقه أم لا؟
- ٢- تكليف الخبراء بتقدير النفقة الواجبة على الزوج بحسب حاله يسرا وعسرا لتتخذ أساسا للتعويض.
- ٣- تقدير التعويض -ومن خلال الخبراء أيضا - الذي تستحقه المطلقة بناء على النفقة بما يراه القاضي مناسبا.
- ٤- إلزام الزوج بدفع التعويض جملة أو أقساطا بحسب حاله.

١- كما جاء أيضا في القرار الاستئنافي رقم (٢٤٠٣٥) ورقم (٣١٤١٤)، احمد داود. القرارات الاستئنافية، في الأحوال الشخصية (٢١٤، ٢١٥/١).

٢- هذه المادة معدلة بالتعديل الأخير للقانون المؤقت رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠١.

٣- وقد أيد ما جاء في المادة المذكورة، القرارات الاستئنافية رقم (٢٩٦٦١). احمد داود. القرارات الاستئنافية، في الأحوال الشخصية ج١، ص٢١٥.

المطلب الثاني

السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بالمخالعة^(١)

تعتبر المخالعة وسيلة من وسائل حل الرابطة الزوجية بين الزوجين، ولكن بإرادة كل منهما، بخلاف الطلاق الذي هو قائم على إرادة الزوج وحده، ويمكن الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي فيما جاء في قانون الأحوال الشخصية عن موضوع المخالعة بما يأتي :

جاء في المادة (١٠٩) : (إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجره إرضاع الولد أو حضانتها، أو اشترط إمساكها له بلا أجر مدة معلومة، أو إنفاقها عليه، فتزوجت أو تركت الولد، أو ماتت، يرجع عليها بما يعادل أجره إرضاع الولد وحضانتها ونفقته عن المدة الباقية، أما إذا مات الولد فليس للأب الرجوع عليها بشيء من ذلك عن المدة الواقعة بعد الموت).

عندما يطالب الزوج بأجرة المدة المتبقية لرضاع الطفل أو حضانتها، نظرا لزواج أمه أو تركها له أو وفاتها، فإن من سلطة القاضي التقديرية أن يقوم بتقدير تلك الأجرة من خلال الخبراء عن المدة المتبقية، بشرط أن تكون المدة محددة.

١ - يقال خَلَع امرأته خُلِعًا وخَالَعها مخالعة واختلعت هي منه فهي خَالِع وأصلُ من خَلَع الثَّوبُ، والخُلَع أن يُطَلَّق زوجته على عَوْضٍ تَبْدُلُهُ له. ابن الجزري، النهاية، ج ٢، ص ٦٥.

المطلب الثالث

السلطة التقديرية للقاضي في التفريق بين الزوجين

يختلف التفريق بين الزوجين عن الطلاق، فالطلاق يقع من الزوج باختياره وإرادته، أما التفريق فيقع بحكم القاضي، والحديث عن السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بالتفريق بين الزوجين سيكون إن شاء الله في الفروع الآتية :

الفرع الأول

سلطة القاضي التقديرية في التفريق للعلل

تنقسم العلل بحسب ما تناولها قانون الأحوال الشخصية الأردني إلى قسمين:
 الأول: علل جنسية تمنع من الدخول ، منها ما هو بالرجل كالعنة^(١)، والخصاء^(٢)، والجَب^(٣)، ومنها ما هو في المرأة، كالرتق^(٤) والقرن^(٥).
 الثاني: علل غير جنسية، ولا تمنع من الدخول والاستمتاع، ولكنها منفرة بحيث يترتب الضرر على المقام مع من وجدت فيه، كالبرص^(٦) والجذام^(٧) والجنون وما شابه ذلك.
 وفيما يأتي، الحديث عن سلطة القاضي التقديرية في كل منهما:
 بالنظر إلى المواد التي بينت أحكام التفريق بين الزوجين للعلل، نجد أنها جعلت للقاضي سلطة تقديرية في الأمور الآتية:

١- للقاضي سلطة في الاستعانة برأي أهل الخبرة من أهل الطب، للوقوف على حقيقة العلة التي أصيب بها الزوج، إذا كانت مما يقبل الزوال والشفاء أم لا، فإذا لم تكن العلة مستحكمة، وكان يمكن البرء منها لم يجب القاضي الزوجة إلى طلبها، كالعنة فقد أعطاه القانون حكماً

-
- ١- العُنِينُ: الذي لا يأتي النساء، ولا يريدهن . لسان العرب ج ١٣، ص ٢٩١.
 - ٢- الخصي من سلت خصيتاه ، يقال خصيت العبد أخصيه خصاء : سللت خصيته فهو خصي. المصباح المنير ج ١، ص ١٨٤.
 - ٣- المجبوب: من قطع ذكره وخصيتاه . لسان العرب ج ١، ص ٢٤٩.
 - ٤- الرتقاء : هي التي التصق ختاؤها فلم تُثَلِّ لارتئاق ذلك الموضع منها، فهي لا يُسْتَطَاع جماعها. لسان العرب ج ١٠، ص ١١٤.
 - ٥- القرن: لحم ينبت في الفرج في مدخل الذكر كالغدة الغليظة، وقد يكون عظيماً . المصباح المنير ج ٢، ص ١٥٨.
 - ٦- داءٌ معروف، وهو بياض يقع في الجسد. لسان العرب ج ٧، ص ٥.
 - ٧- الجذم : القطع ، وجذم الإنسان : إذا أصابه الجذام : لأنه يقطع اللحم ويسقطه . المصباح المنير ج ١، ص ١٠.

مغايرا للعيوب الأخرى، فجعل من حق الزوجة - ولو بعد علمها بوجود هذا العيب - أن تطلب التفريق.

٢- وكذا من سلطته التقديرية اعتبار المرض الذي أصيب به أحد الزوجين من الأمراض التي تمنع من المعاشرة بين الأزواج أم من الأمراض المنفرة أم المعدية وهكذا، فينظر ويتحقق ويستعين بأهل الخبرة والاختصاص، ومن ثم يبني على ذلك احتساب أو عدم احتساب فترة المرض من المهلة التي أعطيها الزوج^(١).

٣- وكذلك تتجلى سلطة القاضي التقديرية في الاستعانة بالثقات من النساء دون الرجال، لإثبات صدق ادعاء الزوج من كذبه في إتيانه زوجته وانقضاء عنته^(٢).

ويشترط لما سبق خلو الزوجة من أي مرض يحول دون الاستمتاع - كالترقق - ولو رفض الزوج الطلاق، طلق القاضي عليه.

جاء في المادة (١١٥): (إذا راجعت الزوجة القاضي، وطلبت التفريق لوجود عيب ينظر، فإن كانت العلة غير قابلة للزوال يحكم بالتفريق بينهما في الحال، وإن كانت قابلة للزوال كالعنة يمهل الزوج سنة من يوم تسليمها نفسها له، أو من وقت براء الزوج إن كان مريضاً، وإذا مرض أحد الزوجين أثناء الأجل مدة قليلة كانت أو كثيرة، بصورة تمنع من الدخول، أو غابت الزوجة، فالمدة التي تمر على هذا الوجه لا تحسب من مدة الأجل، لكن غيبة الزوج أيام الحيض تحسب، فإذا لم تزل العلة في هذه المدة، وكان الزوج غير راض بالطلاق، والزوجة مصرة على طلبها، يحكم القاضي بالتفريق، فإذا ادعى في بدء المرافعة أو في ختامها الوصول ينظر إليها، فإذا كانت الزوجة ثيباً فالقول قول الزوج مع اليمين، وإن كانت بكرًا فالقول قولها بلا يمين).

وللقاضي سلطة في تقدير طبيعة المرض الذي يقطع المدة، وله أن يستعين بالخبراء لتقدير ذلك. واستعانة القاضي برأي أهل الخبرة لتحديد العلة كما سبق، وإن لم تنص عليها هذه المادة إلا أن المادة التي تلتها نصت عليه بصراحة، فقد جاء في المادة (١١٦): (... والقاضي بعد الاستعانة بأهل الخبرة والفتن ينظر، فإن كان لا يوجد أمل بالشفاء يحكم بالتفريق بينهما في الحال...) فالقاضي لا يفترض فيه أن يكون خبيراً بكل شيء يعرض عليه، فلا بد له من الاستعانة والاستئناس برأي أهل الخبرة والفتن، ليكون حكمه على بصيرة.

١- الفترة التي يضربها القاضي للزوج هي سنة، ولم يحدد القانون هل هي سنة شمسية أم قمرية، بخلاف القانون المصري الذي حددها بسنة قمرية. أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية ص ٥٩٣.
٢- وقد أثبت القرار الاستئنائي رقم (١١٩٧٧) هذه السلطة للقاضي فجاء فيه: في دعوى التفريق للجنة تعرض الزوجة للتأكد من البكارة على النساء، وليس على الطبيب فعلى المحكمة أن تجري الكشف من امرأة موثوقة أو امرأتين. احمد داود. القرارات الاستئنافية، في الأحوال الشخصية ج ١، ص ٣٣١.

والمادة (١١٦) أعطت للقاضي سلطة وصلاحيه في التفريق بين الزوجين في الحال، بناء على طلب الزوجة، إذا تحقق لديه أن العلة في الزوج لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر، ولا أمل للشفاء منه بحسب رأي أهل الخبرة والفن، مؤيدا بتقارير طبية، كأن يكون مجنوما، أو أبرص أو مصابا بالسل أو الزهري.

وإذا انقضت المدة ولم يشف الزوج، فلا يفرق القاضي بين الزوجين إلا إذا أصرت الزوجة على طلبها، كما في المادة (١١٦): (إذا ظهر للزوجة قبل الدخول أو بعده، أن الزوج مبتلى بعلّة أو مرض لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر، كالجدام، أو البرص، أو الزهري، أو طرأت مثل هذه العلل والأمراض، فلها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق، والقاضي بعد الاستعانة بأهل الخبرة والفن ينظر، فإن كان لا يوجد أمل بالشفاء يحكم بالتفريق بينهما في الحال، وإن كان يوجد أمل بالشفاء أو زوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة، فإذا لم تزال بظرف هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق، وأصرت الزوجة على طلبها، يحكم القاضي بالتفريق أيضا، أما وجود عيب كالعمى والعرج في الزوج فلا يوجب التفريق).

الفرع الثاني

سلطة القاضي التقديرية في التفريق لغيبة الزوج وفقده^(١)

قد يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة أو قصيرة، لعمل، أو دراسة، أو تجارة، أو سياحة أو غير ذلك، فتنضرر الزوجة من ذلك أشد الضرر، وتكون في تلك المدة التي غاب فيها عنها مثارا للشكوك والأوهام، وقد لا يكون معها في البيت من يؤنسها ويدفع عنها وحشة الانفراد، كما أنها قد تخشى على أخلاقها وعفتها من الانحراف والانخراط في ردهات الرذيلة والوقوع في الزنى^(٢).

ولذلك جعل القانون للزوجة أن تطلب إلى القاضي التفريق بينها وبين زوجها الغائب. والمقصود بالغيبة هنا غيبة الزوج عن زوجته في بلد آخر، وتكون هذه الغيبة بصورة مستمرة، وليست غيبته عن مسكن الزوجية مع الإقامة مع الزوجة في بلد واحد، تسوغ طلب التفريق^(٣). ومن الغيبة بعذر، غياب الزوج في بعثة علمية لا يمكن أن تكون الزوجة معه فيها^(٤) وكذا إذا أذنت الزوجة لزوجها بالسفر خارج البلاد، إلا إذا حصل ما يلغي هذا الإذن^(٥). وعندما تطلب الزوجة من القاضي التفريق بينها وبين زوجها لغيبته عنها وضررها من تلك الغيبة التي طالمت مدة سنة فأكثر، فينظر القاضي في صدق أقوالها ويتحقق من سبب الغيبة، إن كانت بعذر أم بدون عذر، وإذا كانت الغيبة بعذر، يقدر إن كان العذر مقبولا أم غير مقبول وكون الزوج معروف محل الإقامة.

ويتحقق القاضي أيضا- من كون الضرر محقق، وليس مجرد ضرر احتمال أو متوقع الحصول^(٦) فالقانون لم يبين متى تكون الغيبة مقبولة ومتى لا تكون، وترك للقاضي تقدير ذلك والنظر فيه^(٧).

- ١- المفقود : غائب لم يدر أحي هو أم ميت وأهله في طلبه يجدون وقد انقطع عنهم خبره وخفي عليهم أثره. الأيباني شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشرعية، ج٢، ص٣٤٧.
- ٢- الغندور، أحمد، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ط١، مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، مكتبة الفلاح، ١٩٧٢م ص٥٢١
- ٣- راجع القرار الاستئنافي رقم (٧٥٥٩) و(٨٦٠١)، أحمد داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ج١، ص٢٢٦.
- ٤- أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ص٤٧٨.
- ٥- القرار رقم (٩٤٨٤)، أحمد داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ج١، ص٢٢٦.
- ٦- العمروسي، أصول المرافعات الشرعية ص٦١٠
- ٧- لكن بينت بعض القرارات الاستئنافية ما يكون عذرا مقبولا لغيبة الزوج فقد جاء في القرار رقم (٩٤٨٤): أن من الأعدار المقبولة إذن الزوجة للزوج بالسفر خارج البلاد وفي القرار (١٧٥٤٧) حيث جاء فيه إذا ادعت المدعية أن المدعى عليه يقيم في الضفة الغربية المحتلة، وأنها حضرت إلى الأردن وأقامت فيه، فعلى المحكمة الاستيضاح عن كيفية غياب زوجها، هل حضر معها إلى الأردن ثم غاب عنها وعاد إلى

جاء في المادة (١٢٣): (إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها أو هجره لها سنة فأكثر بلا عذر مقبول، وكان معروف محل الإقامة، جاز لزوجته أن تطلب من القاضي تطليقها باننا إذا تضررت من بعده عنها، أو هجره لها، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه).
وقد أخذ القانون برأي المالكية في مدة الغياب، و فيما يؤول إليه التفريق من طلاق بائن^(١)، و برأي الحنابلة في التفريق بسبب الغيبة بعذر أو بدون عذر^(٢).

ولكن هناك تساؤل: إذا كانت الحكمة التي من أجلها أجاز القانون التفريق بين الزوجة وزوجها الغائب، هي تضررها في المقام بعيدا عنه - وإن ترك لها مالا تنفق منه - وخشيتها من وحشة الانفراد، كما أنها قد تخشى على أخلاقها وعفتها من الانحراف، أقول: ليس ذلك الضرر، وتلك المخاوف تنطبق أيضا على ما إذا كانت الغيبة أيضا بعذر وبصورة متكررة؟ فلم لم يجعل القانون للمرأة حق طلب التفريق للغيبة والضرر، إذا كانت غيبة زوجها بعذر وبصورة متكررة، مراعاة للحكمة ذاتها.

ثانياً جاء في المادة (١٢٤): (إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إذا لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا، فرق القاضي بينهما بطلقة بينهما بطلقة بائنة بعد تحليفها (اليمين)

وقد جعل القانون للقاضي سلطة تقديرية في هذه المادة من جانبين:

الأول: تقدير القاضي إمكان أو عدم إمكان وصول الرسائل للزوج الغائب، وذلك من خلال التحقيق وسؤال الزوجة عن وجهته، فإذا رأى إمكان وصول الرسائل إليه، لم يحكم بالتفريق في الحال.

الثاني: ضرب الأجل الذي يراه مناسبا للزوج الغائب الذي يمكن وصول الرسائل إليه، للحضور إلى زوجته للإقامة معها أو نقلها إليه، أو تطليقها.

=الصفة الغربية، أم أنها تركته في الصفة الغربية وحضرت للإقامة في الأردن، لأن هذا الاستيضاح لا بد منه لصحة سير الدعوى. احمد داود، القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية ج١، ص٢٢٧. والذي يفهم من هذا القرار أن استيضاح القاضي يفيد في معرفة ما إذا كان قد تعذر على الزوج الخروج من الصفة الغربية في الوقت الذي تمكنت هي من الحضور، لأن ظروف الصفة الغربية ليست ظروفًا طبيعية، فوقعها تحت الاحتلال الغاشم، يجعل العدو يتحكم بحريات الناس فيها، فقد يكون منع الزوج من الخروج بقرار من سلطات الاحتلال، يفيد ذلك في اعتبار عدم حضوره لعذر.

١- ابن قدامة، المغني ج٧، ص٢٣٢، فصل والوطء واجب على الرجل.

٢- مواهب الجليل ج٣، ص٤١٠.

وهذا الأجل لم يحدده القانون، وإنما ترك تقديره إلى القاضي بما يراه مناسباً ، وكافياً لوصول الخبر إلى الزوج ، ليقوم بما ذكر سابقاً.

ثالثاً : جاء في المادة (١٢٥): (إذا كان الزوج غائباً في مكان معلوم، ولا يمكن وصول الرسائل إليه، أو كان مجهول محل الإقامة، وأثبتت الزوجة دعواها بالبينة، وحلفت اليمين وفق الدعوى، طلق القاضي عليه بلا إعدار وضرب أجل، وفي حالة عجزها عن الإثبات أو نكولها عن اليمين ترد الدعوى).

يلاحظ أن القانون قد جعل للقاضي سلطة تقديرية في هذه المادة في الأمور الآتية:
الأول: جعل للقاضي سلطة تقدير إمكان أو عدم إمكان وصول الرسائل للزوج الغائب في مكان معلوم.

الثاني: جعل للقاضي سلطة تقديرية في إيقاع التطليق على الغائب بلا إمهال في حالة ما إذا تعذر إيصال الرسائل إليه، أو في حالة ما إذا كان مجهول محل الإقامة وأثبتت الزوجة بالبينة أن الزوج غائب عنها سنة فأكثر.

الثالث : للقاضي سلطة تقديرية في تصوير اليمين التي ستحلفها الزوجة، وقد جعل تصوير اليمين حقاً للقاضي وليس حقاً للخصم^(١).

ما سبق الحديث عنه كان عن غيبة الزوج عن زوجته ، أما بالنسبة لما قد يتعرض له الزوج من الفقد، كأن يغيب الزوج عن زوجته بحيث لا يعرف مكانه ، ولا يعرف إن كان حياً أو ميتاً، وقد تتضرر الزوجة من غيبته تلك، ففي هذه الحالة قد جعل القانون للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها، وقد جعل للقاضي سلطة تقديرية من خلال المادة (١٣١) حيث جاء فيها: (إذا راجعت زوجة المفقود القاضي وكان زوجها الغائب قد ترك لها مالا من جنس النفقة، وطلبت منه تفريقها منه لتضررها من بعده عنها، فإذا يئس من الوقوف على خبر حياته أو مماته بعد البحث والتحري عنه يؤجل الأمر أربع سنوات من تاريخ فقده ، فإذا لم يمكن أخذ خبر عن الزوج المفقود، وكانت مصرة على طلبها، يفرق القاضي بينهما في حالة الأمن وعدم الكوارث، أما إذا فقد في حالة يغلب على الظن هلاكه فيها، كفقده في معركة أو أثر غارة جوية أو زلزال، أو ما شابه ذلك، فللقاضي التفريق بينهما بعد مضي مدة لا تقل عن سنة، من تاريخ فقده، والبحث والتحري عنه).

١ - القرار الاستئنافي (١٨٩٠٦)، احمد داود،القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ج٢،ص٨٠٤.

ويمكن بيان ما للقاضي من سلطة تقديرية فيما يأتي:

أولاً: جعل القانون للقاضي سلطة في تقدير متى يكون قد يئس من الوقوف على خبر حياة أو ممات المفقود، وذلك يتطلب من القاضي البحث والتحري في أي جهة يمكن أن يكون الزوج المفقود قد توجه إليها، حتى يصل القاضي بعد استنفاد كل الطرق الممكنة إلى الاقتناع بأنه لا أحد يعرف إن كان الزوج المفقود حيا أو ميتا.

ثانياً: جعل القانون للقاضي في حالة طلب الزوجة التفريق لفقد زوجها، أن ينظر في حال غيبة الزوج والجهة التي يغلب على الظن أنه فقد بها، فإذا كان قد فقد في جهة آمنة خالية من الكوارث، فللقاضي تأجيل طلب الزوجة مدة أربع سنين من تاريخ فقده، ومن الجدير بالذكر أن القاضي يقدر بعد التحري والتثبت إن كانت الجهة التي فقد فيها الزوج جهة آمنة وعدم كوارث، أم غير ذلك.

ثالثاً: جعل القانون للقاضي إجابة طلب الزوجة التفريق، بعد مضي سنة على فقده، بعد البحث والتحري فيما إذا كان الزوج قد فقد في حالة يغلب على الظن هلاكه فيها، كفقده في معركة، أو أثر غارة جوية أو زلزال، أو غرق سفينة أو سقوط طائرة ولم يخبر عن نجات أحد من الركاب. واعترض د. محمود السرطاوي على ما ذهب إليه القانون من ضرب مدة أربع سنوات للتفريق في حالة الأمن والكوارث فقال: (وأرى أن في المدة التي ضربها القانون للتفريق في حالة فقد الزوج زمن الأمن والكوارث، هي مدة طويلة، وإذا كان القانون أراد الأخذ باجتهد سيدنا عمر رضي الله عنه، فإنه ينبغي أن ينظر إلى أن الظروف قد اختلفت، فقد تقدمت وسائل الاتصال بحيث يمكن الوصول إلى غلبة الظن في مدة زمنية أقل، ولذا أرى أن تكون المدة في كل الأحوال لا تزيد عن سنة)^(١).

وإنني أخالف ما ذهب إليه د. السرطاوي، فإنه وإن كان قد حصل تقدم في وسائل الاتصال، إلا أن ذلك لا يعني إمكانية الوقوف على خبر المفقود في مدة السنة فما دونها دائماً، فقد يقع المفقود في أسر عدو غاشم لا يخاف الله تعالى، يعتمد عدم البوح بوجود الشخص المفقود بمعتقلاته، وعندها فماذا يغير تقدم وسائل الاتصال من الواقع؟ وقد يفقد الشخص في جهة لا وجود لوسائل الاتصال الحديثة فيها إلا بصورة محدودة، ولذا أرى أن الأفضل لو كان الرأي بأن يترك الأمر إلى تقدير القاضي، بحيث تكون مدة تأجيل النظر في دعوى التفريق ذات حدين في كل الأحوال، حداً أدنى قدره سنة، وحداً أعلى قدره أربع سنين وعندئذ فقد يقدر القاضي المدة في حالة عدم الأمن والكوارث، بسنة أو بسنتين أو بثلاث، أو غير ذلك، بحيث

١ - محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية ص ٤٧٠.

يغلب على ظنه في كل قضية، أن المدة التي ضربها، مدة كافية وعادلة ومنسجمة مع الواقع والمؤشرات، ويكون هذا الرأي قد جمع بين الفقه القديم وفقه الواقع^(١).

رابعاً: وللقاضي سلطة تقديرية في جعل الوكيل الذي بيده مال المفقود خصماً في وجه زوجة المفقود، إذا ادعت موته، أو إذا ادعاه ورثته أو غيرهم من أرباب الحقوق، وأقيمت البينة على ذلك، وفي حالة عدم وجود وكيل، فللقاضي تنصيب قيم تقبل عليه البينة، لإثبات دعوى موته^(٢).

خامساً: ومما له صلة بموضوع سلطة القاضي التقديرية في أحكام المفقود، ما جعله القانون مفوضاً لأمر القاضي من تقدير المدة التي يحكم بموت المفقود فيها.

وكذا له سلطة تقديرية في الوسائل التي يستخدمها القاضي في التحري.

جاء في المادة (١٧٧): (المفقود الذي فقد في جهة معلومة، ويغلب على الظن موته، يحكم بموته بعد مرور أربع سنين من تاريخ فقدته، ما لم يكن فقدته أثر كارثة، كزلزال، أو غارة جوية، أو في حالة اضطراب الأمن وحدث الفوضى، وما شابه ذلك، فيحكم بموته بعد سنة من فقدته أما إذا فقد في جهة غير معلومة ولا يغلب على الظن هلاكه فيفوض أمر المدة التي يحكم بموته فيها إلى القاضي، على أن تكون تلك المدة كافية في أن يغلب على الظن موته، وفي كل الأحوال لا بد من التحري عليه بالوسائل التي يراها القاضي كافية للتوصل إلى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً).

١- جعل قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة (١٤٦) والقانون الإماراتي في المادة (١٤٣) مدة أربع سنين في الحالة التي يغلب عليها الهلاك وترك للقاضي تقدير المدة في جميع الأحوال الأخرى، وهذا يعني أن القاضي يمكن أن يؤجل طلب التفريق لمدة تقل عن السنة في حالة عدم الكوارث.

أما القانون التونسي في الفصل (٨٢) من الكتاب الثامن من الأحوال الشخصية فقد جعل المدة في حالة عدم الأمن والكوارث سنتين، وفي غيرها جعل الأمر متروكاً إلى الحاكم بعد التحري بكل الطرق الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً.

٢- المادة (٥٨١) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ص ١٥٦، والقرار الاستثنائي رقم (٧٤٩٠) ورقم (٨٠٠١). ورقم (٨٠٢٢) ورقم (٨٢١٦) ورقم (٩٧٥٧)، احمد داود، القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية ج ٢، ص ٩٢٢.

الفرع الثالث

سلطة القاضي التقديرية في التفريق لامتناع الزوج عن النفقة

إن نفقة الزوج على زوجته واجب شرعي، فإذا قصر الزوج أو تجاهل أو امتنع عن الإنفاق عليها، كان لها حق طلب الطلاق منه، وقد أعطى قانون الأحوال الشخصية الأردني هذا الحق للزوجة واستند فيه إلى رأي جمهور الفقهاء^(١)، من المالكية والشافعية والحنابلة الذين ذهبوا إلى جواز التفريق بين الزوجين لعجز الزوج عن النفقة وطلب الزوجة لذلك، مراعيًا بذلك مصلحة الزوجة ووضعا الحد لعدم قيام الزوج بمسؤولياته المالية وتهاونه في الإنفاق على زوجته. ولكن جدير بالذكر أن المواد التي أعطى فيها القانون للقاضي سلطة التفريق بين الزوجين بسبب عجز الزوج أو امتناعه عن النفقة، فإنه إذا ثبت ذلك لدى القاضي، فإنه لا سلطة تقديرية له في ذلك، لأن من واجبه في هذه الحالة أن يوقع التفريق بناء على طلب الزوجة، ويكون على ضربين:

الأول: التطليق على الزوج في الحال دون إمهال.

الثاني: التطليق على الزوج بعد الإمهال.

أما الحالات التي يوقع فيها الطلاق في الحال فهي:

- ١ - في حالة امتناع الزوج المحكوم بالنفقة، عن الإنفاق على زوجته ولم يكن له مال، ولم يقل إنه معسر أو موسر.
 - ٢ - في حالة امتناع الزوج المحكوم بالنفقة، عن الإنفاق على زوجته، مع أنه أقر بأنه موسر ولكنه مصر على عدم الإنفاق.
 - ٣ - في حالة ادعاء الزوج العجز عن الإنفاق ولم يثبت ذلك الادعاء.
- أما الحالة التي يوقع فيها القاضي الطلاق بعد الإمهال فهي: فيما إذا أثبت الزوج عجزه عن الإنفاق، فيمهله القاضي مدة جعل لها القانون سقفا أعلى وحدا أدنى، هي من شهر إلى ثلاثة أشهر، وتتمثل سلطة القاضي التقديرية في تحديد المهلة بما يراه مناسباً وكافياً ضمن ما حدده القانون.

١- العبدري، التاج والإكليل ج٣، ص٥٠٢، الشيرازي، المهذب ج٢، ص٢٠٩، الشربيني، مغني المحتاج ج٣، ص٤٤٢. المرادوي، الإنصاف ٩، ص٣٨٣، ابن قدامة، المغني ج٧، ص٢٠١.

وقد نصت المادة (١٢٧) على ما ذكرنا فقد جاء فيها: (إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بعد الحكم عليه بنفقتها، فإن كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه^(١)، نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ولم يقل إنه معسر أو موسر، أو قال إنه موسر ولكنه أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال، وإذا ادعى العجز فإن لم يثبت طلق عليه حالا، وإن أثبتته أمهله مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر، فإن لم ينفق، طلق عليه بعد ذلك).

وأرى أن القانون قد وقف موقف حق في هذه المسألة فيما سوى الحالة الأولى، فهو لم يجعل الحكم بالتطليق، إلا إذا تبين له أن الزوج قاصد عدم الإنفاق ومصر عليه، أو عاجز عنه حتى بعد الإمهال.

إلا أنني أرى أن الحالة الأولى، كان الأولى بالقانون لو جعل الإمهال بدل التطليق في الحال، فالزوج الممتنع عن الإنفاق وليس له مال ظاهر ولم يصرح بأنه معسر أو موسر، قد يراجع نفسه في مدة الإمهال - لو فرضت له - إذ قد يكون له مال غير ظاهر، فينفق على زوجته منه، ومما جعله القانون للقاضي أيضا، تحليف الزوجة اليمين الشرعية وتصويرها^(٢). وللقاضي في الحالة التي يطلب فيها البينة من الزوج على عجزه عن النفقة، ويحضر الزوج شهودا، ولكن شهادتهم لم تتضمن أن المدعى عليه عاجز عن النفقة، فللقاضي استدعاء الشهود مرة أخرى لأداء الشهادة حول ما ذكر، ويستشهد كلا منهم بعد أداء القسم مرة ثانية^(٣).

ثانيا: وقد جعل القانون للقاضي سلطة تقديرية في الأمور الآتية:

- ١- تقدير الغيبة واعتبارها قريبة^(٤)، بحيث يسهل الوصول إليه، أو بعيدة بحيث لا يسهل الوصول إليه، ويكون ذلك بناء على ما أخبرت به الزوجة.
- ٢- للقاضي سلطة في تقدير الأجل المضروب للزوج الغائب، بما يراه مناسبا وكافيا ليرسل الزوج مالا لزوجته لتنفق منه على نفسها.
- ٣- للقاضي بعد اقتناعه بأن غيبة الزوج بعيدة بحيث لا يسهل الوصول إليه، أو كان مجهول محل الإقامة، وأنه لا مال له تنفق منه الزوجة، ولم يرسل مالا لتنفق الزوجة منه، أن يطلق على الزوج بلا إعدار وضرب أجل.

١- الذي يقدر إمكانية التنفيذ من عدمه هو مأمور الإجراء ورئيسه، ويستند القاضي الشرعي إلى قرارهما.
٢- كما نص على ذلك القرار الاستئنافي (٧٥١٧)، أحمد داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ج١، ص٣٠٥.

٣- القرار الاستئنافي رقم (٤٢٠٨٤) المرجع السابق ص١، ص٣٢٢.

٤- ذكر العمروسي أنه تعتبر غيبة الزوج قريبة، إذا كان في مكان يمكن إيصال الإعلان إليه في مدة لا تزيد على تسعة أيام وتعتبر بعيدة إذا كانت خلاف ذلك. أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية ص٥٨٦.

جاء في المادة (١٢٨): (إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة، فإن كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه، نفذ حكم النفقة في ماله، وإن لم يكن له مال أعذر إليه القاضي وضرب إليه أجلا، فإن لم يرسل ما تتفق منه الزوجة على نفسها، أو لم يحضر للإِنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد الأجل، وإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه، أو كان مجهول المحل، وثبت أنه لا مال له تتفق منه الزوجة طلق عليه القاضي بلا إعدار وضرب أجل، وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر النفقة).

الفرع الرابع

سلطة القاضي التقديرية في التفريق للنزاع والشقاق .

الأصل أن تكون الحياة بين الزوجين قائمة على أساس من المودة والرحمة والطمأنينة، لقول الله جل وعلا: "وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً"^(١)، ولكن ولما كان من المتوقع في بعض الأحيان وعند بعض الأزواج، أن لا تجري الحياة بينهما وفق ذلك الأصل، خاصة عندما تسود حياتهما الشحناء والبغضاء، وعندما لا يجعل أحدهما الله رقيبا على أقواله وأفعاله، فقد شرع للزوجين أو للمتضرر منهما - من الاستمرار بتلك الحياة العقيم - أن يرفع أمره إلى القاضي لطلب التفريق.

وقد راعى قانون الأحوال الشخصية الأردني هذا الأمر بدقة وعناية متوخيا ما فيه خير الزوجين من نديهما إلى الإصلاح، إلى توسيط حكمين بينهما، إلى كل ما فيه رأب ذلك الصدع الذي اعترى حياتهما، حتى إذا كان الحل الأنسب بينهما هو الفرقة قضي بينهما بها. فقد جاء في الفقرة (أ) من المادة (١٣٢): (إذا كان طلب التفريق من الزوجة، وأثبتت إضرار الزوج بها، بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح أُنذر الزوج بأن يصلح حاله معها، وأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر، فإذا لم يتم الإصلاح بينهما أحال الأمر إلى الحكمين).

ولما كان الحديث عن سلطة القاضي التقديرية، فإننا نرى أن القانون قد جعل في هذه الفقرة سلطة تقديرية في أمرين:

الأول: في بذل القاضي جهده في الإصلاح ، وبذل الجهد يكون بعد أن يقف القاضي على أسباب الشقاق والنزاع بين الزوجين، بعد ثبوت الدعوى ،فيتدخل القاضي بأسلوبه ومعرفته بينهما، واعظا ومرشدا ومرغبا لهما في تجاوز هذه العقبة التي اعترضت طريق حياتهما. ولما كان الإضرار واقعا من الزوج في الحالة المذكورة، تتاوله القاضي بتذكيره بما أوجبه الله تعالى عليه من حقوق تجاه زوجته ، وتلا عليه الآيات التي تحث على عدم التهاون والتفريط في حق المرأة، وكذا الأحاديث التي تحث على إكرام المرأة وأن يستوصي بزوجته خيرا^(٢).

١- سورة الروم ، آية [٢١].

٢- الهندي ، محمد أمين كامل ، دعوى التفريق للشقاق والنزاع أمام المحاكم الشرعية الأردنية ، ط١، مطابع

وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية ، ، الأردن ، ١٩٩٥ م ص١٤١.

الثاني: جعل للقاضي سلطة تقديرية في تأجيل الدعوى المدة التي يراها مناسبة، فالقانون وإن جعل لها حدا أدنى قدره بشهر، إلا أنه لم يجعل لها حدا أعلى، وترك الأمر للقاضي، يقدر المدة التي يراها كافية ليراجع الزوجان نفسيهما، ويتجاوزا تلك المحنة. ومعلوم بالضرورة أن القاضي لا يؤجل الدعوى مدة طويلة أو مبالغ بها، لأنه يعلم طبيعة حال الحياة بين الزوجين.

وعلى فرض أن الزوجة حضرت بعد انتهاء مدة التأجيل، ولم يحضر الزوج، وأخبرت القاضي بأن الصلح بينها وبين زوجها لم يتم، فالقاضي يحلفها اليمين الشرعية على عدم حصول الصلح بينهما وله أن يصور اليمين بما يراه مناسباً^(١).

وجاء في الفقرة (ب): (إذا كان المدعي هو الزوج وأثبت وجود النزاع والشقاق بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما، فإذا لم يكن الإصلاح أجل القاضي دعواه مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة، وبعد انتهاء الأجل إذا أصر على دعواه، ولم يتم الصلح، أحال القاضي الأمر إلى حكيمين).

والقانون قد جعل للقاضي اختيار الحكيمين العدلين - القادرين على الإصلاح، الفاهمين لظروف الزوجين - من أهل الخبرة ممن لهما القدرة على التوفيق والإصلاح، وذلك في حالة عدم تيسر تعيين حكيمين من أهلها، وقد نصت الفقرة (ج) من المادة على هذا فجاء فيها: (يشترط في الحكيمين أن يكونا رجلين عدلين قادرين على الإصلاح، وأن يكون أحدهما من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج إن أمكن، وإن لم يتيسر ذلك حكم القاضي رجلين من ذوي الخبرة والقدرة على الإصلاح).

وجعل القانون للقاضي سلطة تقديرية في تعيين حكيمين غير الحكيمين الأولين إذا اختلفا، وله أن يضم لهما حكماً ثالثاً ليرجح في نهاية الأمر رأي الأكثرية.

وجعل القانون أيضاً للقاضي سلطة تقديرية في تحديد فترة معينة للحكيمين، فلا يصدران قرارهما بعد مضي تلك المدة، وعلى فرض حصول ذلك فلا عبرة له، ولا يجوز تنفيذه ولا تصديقه^(٢)، وذلك استناداً للمادة (١٨٤٦) من المجلة والتي جاء فيها: إذا تقيّد التحكيم بوقت يزول بمروره، فالحكم المنصوب ليحكم من اليوم الفلاني إلى شهر، ليس له أن يحكم إلا في مدة ذلك الشهر، فلا يجوز أن يحكم بعد انقضائه، وإذا فعل لا ينفذ حكمه^(٣).

١- محمد الهندي، دعوى التفريق للشقاق والنزاع أمام المحاكم الشرعية الأردنية ص ١٤١، وأحمد داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ج ١، ص ٢٧٨، قرار رقم (٣١٦٠١) الفقرة (٢٩).

٢- أحمد داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ج ١، ص ٢٥٤، قرار رقم (١٦٢٩٥) الفقرة (٢).

٣- سليم رستم باز، شرح المجلة ص ١٠٢٣.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون قد أخذ برأي فقهاء المالكية^(١)، ولما كان مذهب مالك يعتبر أن الحكّمين حاكمان لا وكيلان، فهذا يعني أن ما جعله القانون لهما من حرية التقدير يعتبر من قبيل السلطة التقديرية للقاضي، لأن عملهما في هذه الحالة إنما هو امتداد لعمل القاضي لأنه هو الي يعينهما، وحكهما لازم لا تصح مخالفته إذا وافق الأصول القانونية الشرعية.

ومن هنا نرى أن القانون قد جعل للحكّمين تقدير العوض الذي يريانه على النحو الآتي:

١- جعل القانون لهما تقدير العوض الذي يريانه للزوج على أن لا يقل عن المهر وتوابعه، فيما إذا تبين أن الإساءة جميعها للزوجة.

٢- وإذا تبين لهما أن نتيجة التحقيق تفيد بأن الإساءة كلها من الزوج، فلهما أن يفرقا بين الزوجين بلا عوض يأخذانه من الزوجة، وقد نصت الفقرة (هـ) على ذلك فجاء فيها: (إذا عجز الحكّمان عن الإصلاح، وظهر لهما أن الإساءة جميعها من الزوجة، قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه على أن لا يقل عن المهر وتوابعه...).

٣- ولهما إذا كانت الإساءة من الزوجين كليهما، أن يفرقا بينهما على قسم من المهر بنسبة إساءة كل منهما، وإذا لم يتمكن من تقدير نسبة الإساءة من كل من الزوجين، فلهما التفريق بينهما على العوض الذي يريان أخذه من أيهما.

وهذا ما تناولته الفقرة (و) من المادة المذكورة، فقد جاء فيها: (إذا ظهر للحكّمين أن الإساءة من الزوجين، قررا التفريق بينهما على قسم من المهر بنسبة إساءة كل منهما، وإن جهل الحال ولم يتمكن من تقدير نسبة الإساءة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريان أخذه من أيهما).

٤- ولهما أن يزيدا في قيمة العوض على ما قبضته الزوجة، وما تستحقه من المهر، إذا رأى الحكّمان أن ذلك يتناسب مع ما تتحمّله من أسباب الإساءة^(٢).

١- الدردير، الشرح الكبير ج٢، ص٣٤٥.

٢- محمد الهندي، دعوى التفريق للشقاق والنزاع أمام المحاكم الشرعية الأردنية ص١٩٠.

الفصل الثالث

في مسائل متفرقة من مختلف التشريعات القضائية

يضم هذا الفصل عددا من المباحث والمطالب المختلفة ، من مختلف التشريعات القضائية، ورأيت الحديث عنها مجموعة في هذا الفصل وتحت هذا المسمى لعدم صلاحية ضمها إلى أي فصل من الفصول السابقة.

المبحث الأول

سلطة القاضي التقديرية في تقدير الأجور والمصاريف والأتعاب

يتناول هذا المبحث الحديث عن سلطة القاضي التقديرية في تحديد الأجور لمستحقيها في أحوال معينة ، وتحديد المصاريف المترتبة بناء على طلبات الخصوم، وكذا تحديد أتعاب المحاماة وبخاصة عندما يحصل خلاف بين الوكيل والموكل على مقدار الأجرة ، وفيما يلي بيان ذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول

سلطة القاضي التقديرية في تقدير أجره الرضاع

يقول الله تعالى: "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنَ كَامِلَيْنَ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ"^(١) لقد جعل الله تعالى لبن الأم أهم غذاء للطفل ، ولا غنى له عنه، لما فيه غذاء متكامل ، ومن تقوية لجهاز المناعة، وغيرها من الفوائد. وبما أن الرضاع حق للولد على أمه وأبيه ، فقد بين الشارع الحكيم أحكامه ، من حيث متى يجب على الأم إرضاع ولدها؟ ومتى تستحق الأجرة على الرضاع؟ ومتى يجب على الوالد استئجار مرضعة لولده، كل ذلك حفظا لحق المولود.

وقد نظم قانون الأحوال الشخصية هذه الأحكام أيضا، ولما كان الموضوع يتعلق بسلطة القاضي التقديرية، وبعد النظر في مواد القانون المتعلقة بالرضاع، فإن المادة التي جعل القانون فيها للقاضي سلطة تقديرية هي المادة (١٥٣)، وسلطة القاضي فيها تتجلى في تقدير الأجرة المستحقة للأم على إرضاع ولدها من خلال الخبراء، فقد جاء فيها: (الأم أحق بإرضاع ولدها، ومقدمة على غيرها بأجرة المثل المتناسبة مع حال المكلف بنفقته، ما لم تطلب أجرة أكثر، ففي

١ - سورة البقرة ، آية [٢٣٣]

هذه الحالة لا يضر المكلّف بالنفقة، وتقرض الأجرة من تاريخ الإرضاع إلى إكمال الولد سنتين إن لم يطم قبل ذلك^(١).

ويجدر بالذكر أن الحالة التي ذكرتها المادة من وجوب أجرة الرضاع للأم، تكون في حالة عدم قيام الزوجية، أو في عدة البائن وبعدها^(٢).

وقد جعل القانون للأم في الحالات التي لا تجب فيها الرضاعة عليها^(٣)، الأولوية في إرضاع الطفل بأجرة المثل مع، مراعاة حال الزوج يسرا وعسرا، وكذا بالنسبة للمرضعة بحسب مثيلاتها من المرضعات، أو بعبارة أخرى يراعى فيها حال من يدفع الأجرة على مثل من يأخذ الأجرة، بخلاف النفقة، فتقدر بحسب الدافع فقط بشرط أن لا تقل عن نفقة الكفاية.

قال شارح المجلة سليم باز: عند تقرير أجر المثل ينبغي أن ينظر إلى ثلاثة أمور^(٤):

الأول: إذا كانت الإجارة واردة على المنفعة يجب أن ينظر إلى الشيء الذي تساوي منفعته منفعة المأجور.

الثاني: إذا كانت الإجارة واردة على العمل فيلزم أن ينظر إلى الشخص المماثل للأجير بذلك العمل.

الثالث: أن ينظر إلى زمان الإيجار ومكانه لأن الأجرة تتفاوت بتفاوت المنفعة والعمل والزمان والمكان.

ثم نقل عن الفتاوى الخانية: (لو كان أجر المثل مختلفا بين الناس منهم من يستقصي ومنهم من يتساهل فيجب الوسط منه).

١- القرار الاستئنافي رقم (٢٤٨٢٥). احمد داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ج١، ص٣٠.

٢- وقد نصت المادة (١٥٢) على ذلك فقد جاء فيها: لا تستحق أم الصغير حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي أجرة على إرضاع ولدها وتستحقها في عدة الطلاق البائن وبعدها.

٣- الرضاعة واجبة على الأم ديانة، وتجب قضاء في الحالات الآتية:
الأولى: عند عدم توفر مرضعة غيرها، فإن وجدت مرضعة أخرى وكانت الأم مفارقة للزوج، فلا تجبر على إرضاعه.

الثانية: أن لا يقبل الطفل غير ثدي أمه .

الثالثة: أن لا يكون للولد ولا لأبيه مال لاستئجار مرضعة، فيجب عليها الرضاعة.

د.مصطفى السباعي، الأحوال الشخصية ج١، ص٣٠٧، د. محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية ص٥٥٢.

٤- سليم باز، شرح المجلة ص٢٠١.

والأم لها الأحقية بإرضاع ولدها ما لم تطلب أجره أكثر من أجره المثل ، فإذا طلبت الأم أجره رضاع أكثر من أجره المثل ، فللقاضي جعل الإرضاع لامرأة تطلب أجر المثل ، وذلك مراعاة لحال الزوج، ولتلا يضار بولده^(١).

١- أكدت المادة (٣٦٩) من الأحكام الشرعية لمحمد قنري ، على ما نصت عليه المادة (١٥٣) من قانون الأحوال الشخصية: (إذا أرضعت الأم ولدها من زوجها بعد عدة الطلاق البائن، أو فيها وطلبت أجره على إرضاعه، فلها الأجره).
وكذا في المادة (٣٧٠): (الأم أحق بإرضاع ولدها بعد العدة ، ومقدمة على الأجنبية ما لم تطلب أجره أكثر منها، ففي هذه الحالة لا يضار الأب، وإن رضيت الأجنبية إرضاعه مجاناً أو بدون أجره المثل، والأم تطلب أجره المثل، فالأجنبية أحق منها بالإرضاع ، وترضعه عندها)، محمد قنري ، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ص ١٠٦.

المطلب الثاني

سلطة القاضي التقديرية في تقدير المصاريف والأتعاب

مصاريف الدعوى: هي مجموع الرسوم القضائية، والمصاريف الرسمية التي استلزمها رفع الدعوى والحكم فيها^(١).

أولاً : جاء في المادة (٩٢) : (للمحكمة أن تفصل في جميع المسائل المتعلقة بالمصاريف بين الشخص الثالث وسائر الفرقاء في الدعوى، وأن تصدر القرارات التي تقتضيها العدالة في ذلك الشأن)^(٢).

وسلطة القاضي في هذه المادة تظهر في أمرين:

الأول: في تقدير قيمة المصاريف ويعود ذلك كله إلى رأي المحكمة، مع مراعاة أحكام القوانين الأخرى، كنظام رسوم المحاكم الشرعية وقانون المحامين الشرعيين.

الثاني: في جعل المصاريف على المدعي و المدعى عليه، أو بمشاركة الشخص الثالث.

ثانياً : جاء في المادة (٩٣): (يرجع الحكم بمصاريف أية دعوى أو إجراءات إلى رأي المحكمة، مع مراعاة أحكام أي قانون أو نظام آخر، بيد أن مصاريف أي طلب معين، أو جلسة معينة، يجوز الحكم بها أثناء المحاكمة إلى أي فريق من الفرقاء دون أن يؤثر في ذلك أي قرار قد يصدر فيما بعد بشأن المصاريف)^(٣).

فسلطة القاضي التقديرية في هذه المادة تظهر في ناحيتين:

الأولى: أن الحكم بمصاريف الدعوى عند إصدار الحكم النهائي يرجع للقاضي، وهو الذي يقدر تلك المصاريف بما له من سلطة في ذلك.

الثانية: جعلت للقاضي تقدير أية مصاريف أثناء المحاكمة والحكم بها، كمصاريف أي طلب أو جلسة معينة بإلزام أي من الخصوم أداءها إلى الطرف الآخر، ومثال ذلك إلزام الخصم بدفع نفقات الخبرة التي تجري أثناء المحاكمة إذا ما طلب ذلك، دون أن يؤثر في ذلك أي قرار قد يصدر فيما بعد بشأن المصاريف^(٤).

١ - العسماوي، قواعد المرافعات ج٢، ص٧٠٤.

٢ - جاءت هذه المادة قريبة من المادة (٤٦) من أصول المحاكمات المدنية.

٣ - وهذه المادة موافقة لما جاء في المادة (١٦١) من القانون المدني.

٤ - صلاح الدين شوشاري ، الوافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية ص٣٤١.

ثالثاً: جاء في المادة (٩٤): (عند الانتهاء من فصل الدعوى تقدر المحكمة أجره المحاماة التي تراها عادلة، على أن يؤخذ بعين الاعتبار موضوع الدعوى والجهود التي بذلت في سبيل ذلك، وأن لا تتجاوز هذه الأجرة خمسة وعشرين ديناراً، إلا في حالات استثنائية جداً توضح في قرار المحكمة، وتحكم بها المحكمة مع الرسوم والمصاريف، كما تحكم برسوم ومصاريف الدعوى المتقابلة^(١) بالصورة التي يحكم بها في الدعوى الأصلية)^(٢).

وجاء في الفقرة (١) من المادة (٤) من قانون المحامين الشرعيين لسنة (٥٢) :

١- يجوز للمحامي أن ينظم اتفاق خطياً مع موكله بأجرة أتعابه ، يبين فيها مقدار تلك الأجر ، وكيفية دفعها، وإذا وقع نزاع بين الموكل ووكيله بهذا الخصوص ينفذ مضمون ذلك الاتفاق ، إلا إذا رأت المحكمة أنه غير عادل ولا معقول فيجوز لها أن تقرر المبلغ الذي تعتبره كافياً بعد النظر في جميع ظروف تلك القضية .

وجاء في الفقرة (٢) من المادة نفسها:

٢- إذا لم يكن بين الموكل ومحاميه اتفاق خطي بشأن أتعاب المحاماة ، ولم يكن قد وضع نظاماً للأجور الواجب استيفاؤها عن هذه الأتعاب جاز للمحامي أن يطلب من المحكمة الشرعية أن تقدر له الأجر الذي تراه عادلاً ومعقولاً والمقدار الذي تحكم به المحكمة ، يحصل بالطريقة التي تحصل بها الديون المحكوم بها .

ويمكن استخلاص السلطة التقديرية للقاضي في المادتين المذكورتين على النحو الآتي:

جعل القانون للقاضي سلطة تقدير أجره المحامي التي يراها عادلة، بناء على طلب المحامي في حالة عدم وجود اتفاق بينه وبين الموكل على أجره المحاماة، وكذا في حالة النزاع بينهما على الرغم من وجود اتفاق خطي بينهما بذلك، فينظر القاضي إلى الدعوى وموضوعها ومقدار الجهد المبذول فيها، ويحرص القاضي على أن يكون التقدير عادلاً بحق الطرفين، وقد يكون النزاع بينهما بسبب رؤية الموكل أن المبلغ المتفق عليه فيه غبن له، ولا يتناسب مع ما بذله المحامي من جهد، أو يكون بسبب رؤية المحامي، أن المبلغ المتفق عليه فيه هضم لحقه، بالنظر إلى ما قدمه من جهد لصالح الموكل، فيأتي دور القاضي هنا في تقدير أتعاب المحامي، بحسب ما يراه منصفاً لكلا الطرفين.

١- هي الدعوى التي يحدثها المدعى عليه عند نظر الدعوى الأصلية، وتكون متولدة عنها وبينهما تناسب واضح . عبد الناصر أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ص ١٨٢.

٢- جاءت هذه المادة موافقة للمادة (١٦٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية .

رابعاً: جعل القانون للقاضي سلطة في تقدير طلب المدعى عليه، تقديم المدعى تأميناً أو كفالة على ما ينفقه - أي المدعى عليه - بسبب أن الدعوى قد تحسم لصالحه، والمصاريف في نهاية الدعوى يتكبدها الطرف الخاسر^(١)، والقاضي ينظر في طلب المدعى عليه، فإذا رأى وجهاً ومنطقاً في ذلك الطلب واقتنع به، أجابه لطلبه ذلك.

جاء في الفقرة (١) من المادة (٩٦): (للمحكمة بناء على طلب المدعى عليه أن تأمر المدعى بأن يعطي تأميناً، إما نقداً أو كفالة على دفع كل ما ينفقه المدعى عليه من المصاريف وتمهله مدة معينة لتقديم هذا التأمين، إذا استصوبت ذلك وقنعت بصحة طلب المدعى عليه).

خامساً: جاء في المادة (٥٩): (على الفريق الذي يطلب إصدار مذكرة حضور إلى شاهد ما، أن يدفع إلى المحكمة قبل إصدار مذكرة الحضور، وخلال المدة التي تعين لذلك، المبلغ الذي تراه المحكمة كافياً لتسديد مصاريف السفر وغيرها من النفقات التي يتحملها الشاهد في ذهابه وإيابه. وسلطة القاضي التقديرية هنا تكون في تقدير المصاريف اللازمة لحضور الشاهد والنفقات التي سيتحملها الشاهد ذهاباً وإياباً).

فالقانون لم يحدد ذلك المبلغ نظراً لاختلاف مصاريف حضور الشاهد من قضية لأخرى، فقد يكون حضور الشاهد في قضية ميسورا وتكلفته زهيدة، ويكون في قضية أخرى أمراً أكثر كلفة، فالقاضي هو الذي يقدر ذلك.

سادساً: جاء في المادة (٦١) (إذا ظهر للمحكمة أن المبلغ المدفوع لا يكفي لتسديد نفقات الشاهد والتعويض عليه، يجوز لها أن تقرر دفع أي مبلغ آخر يكفي لهذا الغرض، وينفذ هذا القرار عن طريق دائرة الإجراء^(٢)، إذا لم يدفع المبلغ في الحال).

إن الذي تفهمه هذه المادة، أن للقاضي سلطة تقديرية في دفع مبلغ آخر للشاهد، سواء رأى من تلقاء نفسه أن المبلغ الأول لا يكفي لتسديد النفقات، أم كان ذلك بناء على طلب الشاهد، لأن عبارة المادة (إذا ظهر للمحكمة) يحتمل الحالتين المذكورتين.

١- نبيل اسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية ص ١١٢٠، صلاح الدين شوشاري، الوافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية ص ٣٤٠.

٢- دائرة الإجراء: هي الدائرة المختصة بتنفيذ الأحكام القضائية.

المبحث الثاني

سلطة القاضي التقديرية فيما يتعلق بالحضانة (١)

أولاً: جاء في المادة (١٥٥): (يشترط في الحاضنة أن تكون بالغة عاقلة لا يضيع الولد عندها لانشغالها عنه قادرة على تربيته وصيانته، وأن لا تكون مرتدة، ولا متزوجة بغير محرم للصغير، وأن لا تمسكه في بيت مبغضيه).

هذه المادة تنص على الشروط والأوصاف الواجب توفرها في الحاضنة، من كونها بالغة عاقلة قادرة على صيانة الصغير أو الصغيرة ورعايته، والقيام بشؤونه على خير وجه، وكونها غير مشغلة بما يحول بينها وبين رعاية المحضون، وكونها غير عاجزة لكبر، وكونها أمينة بحيث لا يضيع الولد عندها (٢) وكونها سليمة من أي مرض يخشى على حياة الطفل منه، وكونها ذات خلق ودين، وأن لا تكون متزوجة بأجنبي، أو بغير ذي رحم محرم للصغير وغيرها من الشروط .

وبما أن الحديث عن سلطة القاضي التقديرية، فإن سلطته تتجلى في التحقق من توفر هذه الشروط في الحاضنة، وذلك من خلال التحري والسؤال.

فعندما يتقدم الأب بدعوى نزع حضانة ولده من أمه لسوء تصرفها وذلك لعدم تربيته على دين الإسلام، حيث وضعته في مدرسة تبشيرية تلقنه تعاليم تتنافى مع تعاليم الإسلام، فالقاضي ينظر في هذا السبب الذي تقدم به الأب، ويقدر ما إذا كان يستوجب نزع الحضانة من الأم أم لا؟ ومن ثم فإن فناعة القاضي في وجاهة السبب تعد سلطة تقديرية له، يحكم بناء عليها إجابة طلب الأب أم رده (٣).

ولو أن الأب رفع دعوى على الأم الحاضنة يطلب فيها انتزاع حضانتها لتأذي ولدها الصغير البالغ من العمر سنة، بسبب الحكم عليها بالسجن بقضية شيك من غير رصيد، ولم ينفذ الحكم بعد، عندها فللقاضي تقدير وجاهة هذا السبب لإسقاط الحضانة من الأم أم لا؟ فقد يرى

١- الحضانة: هي القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه. النووي، روضة الطالبين ج٩، ص٩٨.

٢- تكون الحاضنة أمينة على المحضون بحيث لا يضيع الولد عندها بسبب اشتغالها عنه بالخروج إلى ملاهي الفسوق، بأن تكون مغنية أو نائحة أو متهتكة تهتكاً يترتب عليه ضياع الولد. محمد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ج٢، ص٦٧.

٣- أكد هذا القرار الاستئنافي رقم (١١٤١١) والمادتان (٣٨١) و(٣٨٢) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية. احمد داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ج١، ص٥٠٠، ومحمد قدرى الأحكام الشرعية ص١٠٩.

القاضي أن الولد لا يزال في سن صغيرة لا يدرك معها معنى السجن وكون الأم محكوما عليها بالحبس، وبالتالي لا يرى طلب الأب وجيها، ولا يحكم بانتزاع الحضانة من الأم. والقاضي يقدر إذا كان العمل مما يسقط أهلية الحاضنة، أم لا يؤثر فيها؟ فليس مجرد كون قيام الحاضنة بحرفة أو عمل يسقط أهليتها للحضانة^(١).

جاء في المادة (١٥٧): (إذا تعدد أصحاب حق الحضانة الذين هم في درجة واحدة، فللقاضي حق اختيار الأصلح للمحضون)^(٢).

إن اختيار الأصلح من طالبي الحضانة عند تعددهم يكون للقاضي - كأخوات أو كخالات - أ و أخوة أشقاء أو أبناء أخوة - عند عدم الحاضنات - ، وذلك عند عدم المحارم من النساء وقد يتطلب ذلك منه ما ذكرت سابقا من التحري والسؤال، لأنه لا يتصور أن يحكم بصلاح فلان، وعدم صلاح فلان من غير اطلاع ولا معرفة^(٣).

ثانيا: جعل القانون للقاضي سلطة في تقدير أجره المثل للحاضنة، من خلال الخبراء الذين يعينهم وذلك في حالة عدم الاتفاق على أجر معين^(٤)، ويدفعها المكلف بنفقة الصغير، ولكن على أن لا تزيد عن قدرة المنفق، وجدير بالإشارة أن هذا في حالة ما إذا كان المحضون لا مال له، أما إذا كانت المحضون غنيا، فأجره حضانته واجبة في ماله، و لا يلزم الأب بشيء منها.

ثالثا: جعل القانون للقاضي سلطة في تقدير وجود مصلحة للمحضون من سفر الحاضن أم عدم وجود مصلحة له في ذلك، ومدى تأثير السفر على الصغير إيجابا وسلبا، وقد فرق القانون بين السفر أو التنقل في داخل المملكة، وبين ما إذا كان السفر إلى خارج المملكة، فقد يسافر الحاضن ويصطحب معه المحضون، داخل المملكة من منطقة إلى أخرى، عند ذلك يقدر القاضي ما إذا كان المحضون يتضرر من ذلك السفر، أم لا، أو كان له به مصلحة أم لا، فإذا رأى القاضي أن المحضون لا يتضرر من سفر الحاضن داخل المملكة، أو قد يكون له به مصلحة فإنه يقرر أن ذلك لا يمنع الحاضن من الحضانة، والعكس صحيح.

١- القرار الاستئنائي رقم (١٢٢٥٦) . احمد داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ج١، ص٥٠٢ محمود السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ص٥٧٥.

٢- جاء في القرار الاستئنائي رقم (٨١٣٠): (... إن طالبي الضم، إذا تساوا ويرجح أصلحهم، وأورعهم، ثم أكبرهم). المرجع السابق ج١، ص٤٩٥.

٣- جاء في القرار الاستئنائي رقم (٥٦٨٩): (النصوص الشرعية صريحة في أن مدار الحضانة على نفع الصغير ، وأنه إذا علم القاضي أن للعاصب أولادا يخشى على البنات منهم ، الفتنة لسكناها معهم، لا يحل له نزع المحضونة من أمها) المرجع السابق. ج١، ص٤٩٥

٤- المادة (٤١٤) من مجلة الأحكام العدلية، سليم باز، شرح المجلة ص٢٠١ وكذا القرار الاستئنائي رقم (١٤٠٦٧) احمد داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ج١، ص١٥.

وقد نصت على ذلك المادة (١٦٤) إذ جاء فيها: (لا يؤثر سفر الولي أو الحاضنة بالصغير إلى بلد داخل المملكة على حقه في إمساك الصغير، ما لم يكن لهذا السفر تأثير على رجحان مصلحة الصغير معه، فإن ثبت تأثير السفر على مصلحة الصغير، يمنع سفر الصغير ويسلم للطرف الآخر).

وللقاضي سلطة تقديرية في زيادة أجره الحضانة بناء على طلب الحاضنة، ولكن بعد تكليفها بإثبات موجب الزيادة^(١).

أما إذا كان السفر بالمحضون إلى خارج المملكة، فقد جعل القانون أيضا للقاضي سلطة التحقق من وجود مصلحة للصغير من ذلك السفر، ولو وافق الولي عليه. وقد جاء ذلك في المادة (١٦٦): (لا يسمح للحاضنة أن تسافر بالمحضون خارج المملكة إلا بموافقة الولي، وبعد التحقق من تأمين مصلحته).

يقول د. محمود السرطاوي: (وقد أحسن القانون حيث أعطى القاضي صلاحية التحقق من تأمين مصلحة الصغير، حتى لو كان السفر برضاء كل من الحاضنة والولي)^(٢).

وللقاضي أيضا سلطة تقديرية في غير ما ذكر من الأمور، ومن ذلك: أن يحكم بالحضانة للأم التي تطلب أجره حضانة، ولو مع وجود حاضنة بالمجان، ولكنها ليست أهلا للحضانة^(٣).

وللقاضي جعل الحضانة لغير الأم إذا وجدت حاضنة متبرعة، وكان الولد موسرا ووالده معسرا أو كانا موسرين، ولكن بعد أن يخيرها بين حضانته بالمجان وبين إعطائه للحاضنة المتبرعة والأهل للحضانة، لأن الأجرة في هاتين الحالتين لازمة في مال الصبي، وبما أنه ينبغي المحافظة على مال الصغير، ولا يصرف إلا لحاجة، والحاجة إلى التربية قد اندفعت بوجود المتبرعة، فلا يدفع إلى الأم شيء من مال الولد، بل تخير الأم مراعاة لمصلحته المالية^(٤).

وله سلطة تقديرية في جعل الحضانة لابن عم المحضونة، في الحالة التي لم يكن لها إلا هو، فيكون الاختيار للقاضي، إن رآه صالحا ضمها إليه، وإلا سلمها لامرأة ثقة أمينة^(٥).

١- احمد داود، القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية ج١، ص١٣، القرار رقم (٩٠٤٦).

٢- محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية ص٥٨٠.

٣- احمد داود، القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية ج١، ص١٣، القرار رقم (١٠٠٥٨).

٤- محمد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ج٢، ص٧٦.

٥- جاء هذا في آخر نص المادة (٣٨٦) من الأحكام الشرعية، في الأحوال الشخصية، محمد قذافي ص١١١.

وله سلطة تقديرية في إجبار الحاضنة الممتعة عن حضانة الصغير ، إذا تعينت لها بأن لم يوجد للطفل حاضنة غيرها من المحارم أو وجدت من دونها وامتنعت، إذا لم يكن لها زوج أجنبي^(١).

جاء في الفقرة (أ) من المادة (١٦٥) : (للولي المحرم أن يضم إليه الأنتى البكر إذا كانت دون الأربعين من العمر، والثيب إذا كانت غير مأمونة على نفسها، ولم يقصد بالضم الكيد والإضرار بها).

فقد جعل القانون للقاضي سلطة تقديرية فيما يتعلق بالضم في حال تعدد طالبي الضم، إذا تساوا في الاستحقاق، باختيار أصلحهم وأورعهم ثم أكبرهم^(٢).

١- المادة (٣٨٧) المرجع السابق.
٢- القرار الاستئنافي رقم (٨١٣٠) ، احمد داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ج١، ص٤٩٥.

المبحث الثالث

سلطة القاضي في تقدير عقوبة الحبس أو الغرامة المالية في بعض الأحوال

المطلب الأول

سلطة القاضي في تقدير عقوبة من يجري عقد نكاح من غير إذن المحكمة

لقد حدد قانون الأحوال الشخصية وقانون العقوبات الأردني عقوبة من يجري عقد النكاح أو يشارك فيه من زوجين وولي وشهود، وكذا عقوبة من المأذون الذي لا يسجل عقد الزواج بعد استيفاء الرسم، وجعل لتلك العقوبة سقفاً أعلى وحداً أدنى، فقد جاء في الفقرة (ج) من المادة (١٧): (وإذا جرى الزواج بدون وثيقة رسمية، فيعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني، وبغرامة على كل منهم لا تزيد عن مائة دينار).

وفي الفقرة (د): وكل مأذون لا يسجل العقد في الوثيقة الرسمية بعد استيفاء الرسم يعاقب بالعقوبتين المشار إليهما في الفقرة السابقة مع العزل من الوظيفة).

وقد نصت المادة (٢٧٩) من قانون العقوبات الأردني على: (يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر، كل من أجرى مراسم زواج أو كان طرفاً في إجراء تلك المراسيم، بصورة لا تتفق مع قانون حقوق العائلة، أو أي قانون آخر، أو شريعة أخرى ينطبق أو تنطبق على الزوج أو الزوجة مع علمه بذلك).

فنلاحظ من مجموع النصوص المذكورة أن القانون قد جعل للقاضي سلطة عقوبة من يجري عقد زواج أو يشارك فيه بشهادة، بدون إذن القاضي، وكذا المأذون الذي لا يسجل عقد الزواج بعد استيفاء رسمه، وجعل له سلطة في تقدير العقوبة في التحرك في تقدير العقوبة بين سقفها الأعلى وحدها الأدنى، بما يراه مناسباً وأكثر ردها، سواء أكانت الحبس أم الغرامة المالية، فعندما ترك مقدار العقوبة يتردد بين حدين، ففهم من ذلك أن القاضي يقدر تلك العقوبة ضمن ما حدده القانون، وليس بالضرورة أن تكون العقوبة هي ذاتها في كل حالة ترفع إلى القاضي من هذا النوع.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تقدير عقوبة من يطلق ولم يسجل طلاقه لديه

جاء في المادة (١٠١): (يجب على الزوج أن يسجل طلاقه أمام القاضي ، وإذا طلق زوجته خارج المحكمة ، ولم يسجله فعليه أن يراجع المحكمة الشرعية لتسجيل الطلاق خلال خمسة عشر يوماً، وكل من تخلف عن ذلك يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني، وعلى المحكمة أن تقوم بتبليغ الطلاق الغيابي للزوجة خلال أسبوع من تسجيله). ونصت المادة (٢٨١) من قانون العقوبات الأردني على: (من طلق ولم يراجع القاضي أو من ينييه عنه خلال خمسة عشر يوماً بطلب تسجيل هذا الطلاق كما يقضي بذلك قانون حقوق العائلة ، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على شهر واحد ، أو بغرامة لا تزيد على خمسة عشر ديناراً).

كما سبق وذكرت، فإن القانون قد جعل للقاضي سلطة في التحرك في تقدير العقوبة بين سقفها الأعلى وحدها الأدنى، سواء أكانت الحبس أم الغرامة المالية، عندما ترك مقدار العقوبة يتردد بين حدين، ففهم من ذلك أن القاضي يقدر تلك العقوبة ،ضمن ما حدده القانون.

المطلب الثالث

سلطة القاضي في تغريم الشاهد الممتنع عن الشهادة

جاء في المادة (٦٣):

١- يجب على كل من بُلِّغَ مذكرة حضور لأداء شهادة أو إبراز مستند، أن يحضر إلى المحكمة في الزمان والمكان المعينين لذلك في المذكرة، وإذا تخلف عن الحضور وكان في اعتقاد المحكمة أن أداء الشهادة أو إبراز المستند هو أمر جوهري في الدعوى، وأنه لم تكن لذلك الشاهد معذرة مشروعة في تخلفه أو أنه تجنب التبليغ عمداً، يجوز لها أن تصدر مذكرة إحضار بحقه على أن تتضمن تفويض الشرطة إخلاء سبيله بكفالة لحين المحاكمة.

٢- إذا حضر الشاهد ولم تفتتح المحكمة بمعذرتة، يجوز لها أن تفرض عليه غرامة لا تزيد عن خمسة دنانير، ويكون أمرها قطعياً.

فقد جعل القانون للقاضي سلطة تقديرية في هذه المادة من خلال الأمور الآتية:

الأول: أن القاضي هو الذي يقدر ومن ثم يقرر إذا كان حضور شخص لأداء شهادة أو لإبراز مستند ضرورياً ويمس جوهر الدعوى أم لا، فإذا رأى أن حضور الشاهد متوقف عليه الحكم، أو رأى أن المستند الذي بيد الشاهد يخدم القضية بصورة قوية، فإن له أن يقرر إحضار الشاهد ولو بواسطة الشرطة بعد سيق تبليغه.

الثاني: أن القاضي يقدر إذا كان عدم حضور الشاهد لمعذرة مشروعة أم لا كما سبق بيان ذلك. الثالث: بناء على قناعة القاضي في المعذرة التي تقدم بها الشاهد، فللقاضي أن يقرر تغريم الشاهد الممتنع عن أداء الشهادة بغرامة مالية حداً الأعلى خمسة دنانير، وله هنا أن يجعل تلك الغرامة بحدها الأعلى أو بحدها الأدنى^(١).

١- جاء في القرار الاستئنائي رقم (١١٩٦٥) والقرار رقم (٧١١١٥٢) ما يؤكد ما جاء في المادة المذكورة إلا أن القرار يبين أن سلطة القاضي في التغريم غير صحيحة قبل حضور الشاهد أمام المحكمة وإبداء معذرتة ومن ثم عدم قناعة القاضي بتلك المعذرة.

المطلب الرابع

سلطة القاضي في عقوبة من ينتهك حرمة المحكمة

جاء في المادة (٤٧) : (كل من أتى بعمل أو قول يعتبر انتهاكا لحرمة المحكمة فللمحكمة حينئذ أن تأمر بحبسه فوراً لمدة أقصاها أسبوع أو بغرامة لا تتجاوز الخمسة دنانير دون أن يكون له حق الاعتراض والاستئناف، ويكتفي بإدراج هذا الحكم في ضبط القضية ولا تؤثر العقوبة المنصوص عليها في هذه المادة على أحكام قانون المحامين).

وقد أشار إلى مسألة هيئة القاضي الفقهاء المسلمون، وصلاحيته في إيقاع العقوبة على من يتجرأ على القاضي في مجلسه، قال ابن رشد: إن للقاضي الفاضل العدل أن يحكم لنفسه في العقوبة على من تناوله بالقول وأذاه بأن نسب إليه الظلم والفجور، ومواجهة بحضرة أهل مجلسه (١).

فقد جعل القانون للقاضي سلطة في تقدير العقوبة التي يستحقها كل من يتجرأ على هيئة القاضي من خصوم أو محامين .

والعقوبة وإن حددها القانون إلا أنه جعلها متنوعة، وسلطة القاضي التقديرية تكون في اختيار العقوبة، أو جعلها بحددها الأدنى كما في الحبس، فله أن يحبس لمدة يوم، وله أن يحبس لمدة أسبوع، وفي كل ما يختاره القاضي يكون حكمه قطعياً غير قابل للاعتراض ولا للاستئناف (٢).

١- محمد الفاسي، شرح ميارة ج ١، ص ٣٢.

٢- اختلفت العقوبة في قانون أصول المحاكمات المدنية في المقدار عما جاءت عليه في قانون الأصول الشرعية فقد جاء في الأصول المدنية في الفقرة (٢) من المادة (٧٣): وللرئيس أن يخرج من الجلسة كل من يخل بنظامها، فإن لم يمثل كان للمحكمة أن تحكم على الفور بحبسه مدة لا تتجاوز الثلاثة أيام أو بتغريمه عشرة دنانير ويكون حكمه قطعياً.

المطلب الخامس

سلطة القاضي في تقدير عقوبة المحامي إذا صدر منه ما يستوجب العقوبة

جعل قانون المحامين الشرعيين رقم (١٢) لسنة ١٩٥٢ للمجلس التأديبي المؤلف من أحد قضاة محكمة الاستئناف الشرعية وأحد قضاة المحاكم الشرعية وأحد المحامين الشرعيين في الحالة التي يعزى فيها إلى محام تصرف شائن يمس شرف مهنته، أو إدانته من قبل أية محكمة من المحاكم بجرم أخلاقي، أن يأمر المحامي بالحضور في المكان والزمان الذين يعينهما المجلس للإجابة عن الأسئلة التي توجه إليه، ثم يقرر بعد ذلك الإجراء المناسب بحقه، وقد يكتفي المجلس بالتوبيخ أو بمنعه من تعاطي مهنة المحاماة لأية مدة، أو حذف اسمه من سجل المحامين.

جاء في المادة: (١٥):

١- إذا عزي إلى محام تصرف تصرف شائن أو احتيالي أو تصرف يمس شرف مهنته أو أدين من قبل أية محكمة من المحاكم بجرم أخلاقي ترفع الشكوى المتعلقة بذلك إلى قاضي القضاة الذي عليه أن يحقق فيها، وبعدئذ يحيلها إلى المجلس التأديبي، أو يأمر بحفظها حسبما يظهر له بنتيجة التحقيق.

٢- يؤلف قاضي القضاة المجلس التأديبي من رئيس وعضوين، على أن يكون الرئيس أحد قضاة محكمة الاستئناف الشرعية، ويكون أحد الأعضاء قاضي شرع والعضو الآخر محامياً شرعياً.

وجاء في المادة (١٦): للمجلس التأديبي أن يأمر المحامي بالحضور أمامه في المكان والزمان اللذين يعينهما للإجابة عن الأسئلة التي توجه إليه، وللمجلس أن يستدعي أي شخص لسؤاله حول موضوع الشكوى.

وجاء في الفقرة (١) من المادة (١٧): يجوز للمجلس التأديبي بعد الانتهاء من التحقيق أن يقرر إنذار المحامي، أو توبيخه، أو منعه من تعاطي مهنة المحاماة لأية مدة، أو حذف اسمه من سجل المحامين.

والسلطة التقديرية هنا تتجلى في اختيار نوع العقوبة، وجدير بالذكر أن وجود عضو في المجلس التأديبي من غير القضاة، لا ينفي ما ذهبنا إليه إذ أن هناك قاضيان في ذلك المجلس، يمارسان تلك السلطة.

وجدير بالذكر أن العقوبة التي يختارها المجلس التأديبي يتوقف نفاذها على تصديق قاضي
القضاة^(١) وهذا لا يتنافى مع السلطة التقديرية للمجلس في تقدير العقوبة.

١- راجع الفقرة (٢) من المادة (١٧) من قانونين المحامي رقم (١٢) لسنة ١٩٥٢

المبحث الرابع

سلطة القاضي التقديرية فيما يتعلق بالتركات وأموال الأيتام

أولاً : جعل قانون الأيتام للقاضي سلطة تقديرية في مسألة ضبط التركة بنفسه أو بواسطة أحد موظفي المحكمة، بمعنى أنه ترك الخيار للقاضي في مسألة ضبط التركة، إما بنفسه أو بإنابة غيره، فقد نصت المادة (٦) من قانون الأيتام لسنة ١٩٥٣ على أنه: (للقاضي أن يضبط التركة بنفسه أو بواسطة أحد موظفي المحكمة في الحالات والكيفية التي توضح في نظام خاص يوضع لهذه الغاية).

والقرار الذي يصدر بضبط التركة لا يخضع للاستئناف، لأنه قرار ولائي من المحكمة الابتدائية بما لها من وظيفة في ذلك^(١).

ثانياً: في الحالة التي تقرر المحكمة بيع التركة، فللقاضي سلطة تقديرية في تقدير مدى حاجة القاصرين لاستبقاء بعض موجودات التركة من أمتعة ومؤونة تحت أيديهم، أو تسليمها إليهم، بعد تقدير قيمتها، لاحتسابها من حصصهم الإرثية، بعد أخذ كفالة منهم لضمان استردادها أو استرداد قيمتها إذا ما تبين أن التركة مدينة بدين يستغرقها.

جاء في المادة (١٦) من نظام التركات وأموال الأيتام لسنة ١٩٥٥ : (ما يحتاج إليه القاصرون أو الورثة الآخرون من أمتعة بيتية ومؤونة، يجوز للقاضي أن يقرر استبقائها تحت أيديهم أو تسليمها إليهم بعد تقدير قيمتها، وعلى أن يجري حساب القيمة من حصصهم الإرثية وذلك كله بعد أخذ الكفالة اللازمة لتأمين استردادها أو استرداد قيمتها إذا تبين أن على التركة ديونا مستغرقة أو أية حقوق أخرى).

ثالثاً: عندما تقرر المحكمة بيع الأشياء المضبوطة، فإن ذلك يتم بالمزاد العلني للحصول على أفضل ثمن، تحقيقاً لمصلحة القاصرين، ولكن قد يطلب بعض الورثة عدم البيع بالمراد العلني، فللقاضي سلطة تقديرية في عدم بيعها بالمزاد العلني بعد أن يتحقق من عدم تضرر القاصرين من ذلك.

كذلك للقاضي سلطة تقديرية في اختيار المحل الذي يراه مناسباً لبيع موجودات التركة، إذا رأى أن أقرب سوق للمحل الذي فيه موجودات التركة غير مناسب.

١- القرار الاستئنافي رقم (٢٣٦٣٦) ورقم (٣٥٥٠٩)، احمد داود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ج١، ص١٨٠.

جاء في المادة (١٨): (يجري البيع بطريق المزاد العلني إلا إذا طلب الورثة خلاف ذلك وتحققت المحكمة أنه لا يصيب القاصرين ضرر من عدم بيعها بالمزاد العلني. وتجري المزايدة في الأشياء المضبوطة في أقرب سوق للمحل الذي كانت فيه، وللمحكمة أن تختار محلا آخر للبيع تقتضيه ماهية تلك الأشياء، وتطبق أحكام قانون الإجراء في جميع مراحل المزايدة إلى أن يتم بيع التركة واستيفاء أثمانها).

رابعاً: جعل القانون للقاضي سلطة تقديرية في الاستعانة بلجنة أو أكثر من أهل الخبرة في شؤون التركة وبيعها، وفيما يتعلق بقيمة موجودات التركة، وكذا احتساب ما على التركة من ديون، وللقاضي عند افتتاعه بصحة القيود والمستندات التي اعتمدت عليها اللجنة في تقريرها أن يلزم التركة بالديون ما لم يعترض أحد من الورثة على ذلك.

جاء في المادة (٢٢): للمحكمة في التركات ذات الشأن أن تعين لجنة أو أكثر من أهل الخبرة والأمانة لتستعين بها في شؤون التركة وبيعها، ويجوز أن يعتمد على تقرير اللجنة في إلزام التركة بالديون المستندة إلى قيود أو مستندات معتبرة، إذا اقتنعت المحكمة بصحتها ولم يعترض على ذلك أحد من الورثة، أو ذوي العلاقة على أن لا يتعارض هذا مع المادة (١٠) من قانون الأيتام.

خامساً: للقاضي سلطة في تقدير النفقات الضرورية اللازمة للحراسة التي تعين لحفظ موجودات التركة، وكذا ما يستحقه أهل الخبرة من أجور، ويعرض ذلك على مجلس الأيتام^(١) وكذا ما يستحقه الموظفون الذين يعملون خارج المحكمة في غير أوقات الدوام الرسمي لغايات ضبط التركة وتعرض المكافأة المقدرة لقاضي القضاة للموافقة عليها.

جاء في المادة (٢٨): (تقدر المحكمة بموافقة مجلس الأيتام النفقات الضرورية اللازمة للحراسة وأهل الخبرة على أن يراعى في ذلك الاقتصاد التام، ويجوز أن يقدر للموظفين الذين يعملون خارج المحكمة وفي غير وقت الدوام الرسمي في سبيل ضبط التركة مكافأة يوافق عليها قاضي القضاة).

سادساً: عندما يكون في التركة محل تجاري أو مصنع أو مزرعة، وتقدم الورثة بطلب إلى المحكمة من أجل استمرار العمل فيها، ووافق الوصي على ذلك فقد جعل القانون للقاضي سلطة تقديرية في إجابة ذلك الطلب إذا رأى أن فيه مصلحة تعود على التركة، كأن يكون المحل أو

١- نصت المادة (١١) من قانون الأيتام لسنة ١٩٥٣ على أنه ينشأ في مركز كل قضاء ولواء يختاره قاضي القضاة مجلس للأيتام مؤلف من القاضي رئيساً ومن مدير الأيتام ومحاسب المالية المسلم إن وجد وإلا فأحد موظفي المالية المسلمين عضوين طبيعيين يضم إليهما عضوان ينتخبهما القاضي ويوافق على هذا الانتخاب قاضي القضاة.

المصنع ذا دخل ومردود اقتصادي، ويعرف ذلك بسؤال أهل الخبرة، ويأمر بتدوين محتويات المحل أو المصنع ويقدر قيمتها.

وكذا إذا اقتنعت المحكمة بإخبار أهل الخبرة قبل بيع الشركة أن في تسليم أعيان الشركة إلى الولي أو الوصي ليتوليا إدارتها وتنميتها، مصلحة للقاصر فلها أن تسلمها لهما بعد أخذ الضمانات الكافية وبعد تقدير تلك الأعيان، وتسليم الورثة البالغين ما يخصهم منها. وقد نصت المادة (٣٠) على ذلك فجاء فيها:

١- إذا كان في الشركة محل تجاري أو مصنع أو مزرعة أو نحو ذلك، وطلب الورثة استمرار العمل فيها، ووافق الوصي على ذلك فللمحكمة أن تقرر استمرار العمل في ذلك المحل بعد أن تدون محتويات المحل وتقدر قيمته وتتحقق من أهل الخبرة توفر المصلحة.

٢- إذا ثبت للقاضي الشرعي بإخبار أهل الخبرة قبل بيع الشركة أن في تسليم أعيان الشركة إلى الولي أو الوصي مصلحة للقاصر ومنفعة متوخاة، فيجوز له تسليمها بعد تقدير القيمة وتسليم الورثة البالغين إن وجدوا ما يخصهم أعياناً أيضاً، وفي الحاليتين المشار إليهما، لا بد من أخذ الضمانات الكافية بالنسبة لحصة القاصر، وإعطاء القرار على ذلك من مجلس الأيتام وموافقة قاضي القضاة.

المبحث الخامس

سلطة القاضي في الرسوم

أولاً: جعل القانون للقاضي سلطة تقديرية في تخفيض رسم عقد الزواج المكرر^(١) إذا كان زواجه مبرراً، كأن تكون الزوجة الأولى عقيماً، أو تكون مريضة، أو مسنة، أو ما شابه ذلك، وتقدير كون الزواج مبرراً أو غير مبرر متروك للقاضي من خلال تفهمه لأحوال الزوج وظروفه.

جاء في المادة (٢٠) من نظام رسوم المحاكم الشرعية رقم (٥٥) لسنة ٩٨٣ : يستوفى عن كل عقد زواج أو تصادق على زواج مهما كان مقدار المهر وتوابعه رسم مقطوع مقداره خمسة عشر ديناراً، ويشترط في ذلك أنه إذا جرى عقد نكاح شخص متزوج بزوجة على قيد الحياة من غير أن يوجد مبرر للزواج الآخر يرفع هذا الرسم إلى ستين ديناراً في كل زواج مكرر...^(٢).

ثانياً: جعل القانون لقاضي القضاة - المرجع الإداري - إعفاء أفراد العشائر الرجل من دفع رسم عقد الزواج المذكور، ولو كان الزواج مكرراً.

وقد نصت المادة المذكورة سابقاً في نهايتها على هذا فجاء فيها: (..على أنه يجوز لقاضي القضاة إعفاء أفراد العشائر الرجل من دفع رسم عقد الزواج المذكور ولو كان مكرراً). وجاء في المادة (٤٠): (يدفع للعائد المأذون خمسة دنانير أجره له عن كل عقد نكاح يجريه، ولقاضي القضاة إعفاء أفراد العشائر الرجل من أجره العائد المنصوص عليها في هذه المادة). ويفهم من هذه المادة أن الإعفاء لا يشمل رسم العقد كله وإنما أجره المأذون فقط.

١- وهو أن يعقد الزوج على زوجة وعنده زوجة واحدة سابقة على قيد الحياة وعلى عصمته أو في العدة الشرعية من طلاقه.

٢- عدلت هذه الرسوم، فأصبح رسم العقد العادي غير المكرر ثمانية وعشرون ديناراً ومائة فلس بما فيها أجره المأذون، وعقد الزواج المكرر ثلاثة وسبعين ديناراً ومائة فلس بما فيها أجره المأذون.

الفصل الرابع

التدقيق على السلطة التقديرية للقاضي

يتناول هذا المبحث الحديث عن التدقيق على السلطة التقديرية للقاضي، وهذا التدقيق على

نوعين:

الأول: وهو تدقيق محكمة الاستئناف الشرعية، على أحكام القضاة وقراراتهم، والذي يعيننا من هذا الجانب ما يتعلق بالتدقيق على السلطة التقديرية للقاضي.

الثاني: رقابة المرجع الإداري المتمثل بقاضي القضاة، على قرارات القاضي الولائية.

المبحث الأول

تدقيق محكمة الاستئناف الشرعية على السلطة التقديرية للقاضي

سبق التعريف بمحكمة الاستئناف الشرعية، والغاية من تشكيلها، ونأتي للحديث عن العمل الذي تقوم به هذه المحكمة، حيث تنظر هذه المحكمة في القضايا المستأنفة تدقيقاً دون حضور الطرفين، إلا إذا قررت رؤية القضية مرافعة في أحوال استثنائية، فلها ذلك، ويدخل ضمن سلطتها التقديرية كما سبق وبينت ذلك.

ومحكمة الاستئناف الشرعية، هي محكمة قانون وليست محكمة موضوع، - أي تراقب تطبيق القضاة للقانون - إلا في حالات معينة، والأصل أنها لا تتدخل في قناعة القاضي فيما يصدره من قرارات، وتراقب موافقة الحكم والإجراءات للشرع والأصول^(١).

وحرى بالذكر، أن الاستئناف على نوعين^(٢):

الأول: جوازي، وهو يشمل جميع الأحكام، حيث يجوز للخصوم أن يتقدموا بطلب استئناف الأحكام، أو القرارات التي تخصهم أمام محكمة الاستئناف، ذلك لأن لهم مصلحة في الطعن من حيث تأثر حقوقهم وعدم تأثرها.

الثاني: الاستئناف بقوة القانون، ويخص الأحكام التي لها تعلق بحق الله وجوباً، حتى ولم يرفعها الخصوم، فتقوم محكمة الاستئناف بنظر الجزء المتعلق بحق الله فقط، لأن الخصوم لم يطلبوا شيئاً ولهم التنازل عن حقوقهم، أما حق الله تعالى فلا يملك أحد التنازل عنه.

ومما هو جدير بالذكر، أن القانون قد جعل لمرجع أعلى يتمتع بالخبرة الواسعة والفهم الدقيق لمسائل القضاء سلطة التدقيق على ما يصدر عن القاضي من أحكام وقرارات بناء على سلطته التقديرية، لضمان سلامة العمل القضائي من الحكم بالهوى، وتجنباً لتعسف بعض القضاة من استعمال حقهم في تلك السلطة.

أما من حيث دور هذه المحكمة في التدقيق على السلطة التقديرية للقاضي، فأذكر منها بعض النماذج في المطالب الآتية:

١- عبد الناصر أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ص ٢١٦. ولكن عند النظر في واقع عمل محكمة الاستئناف الشرعية، نجد أنها تتدخل في التدقيق على ما يصدر عن القاضي بناء على قناعته، مع أن الأصل أن تدقيقها ينبغي أن يكون على العناصر المادية والتحقق من موافقة الحكم والإجراءات للشرع والأصول، إلا أن الذي يجري يفسر على أنه توسع في صلاحيات محكمة الاستئناف، وهو بحاجة إلى إعادة النظر فيه.

٢- المرجع السابق ص ٢١٨.

المطلب الأول

تدقيق محكمة الاستئناف الشرعية على قناعة المحكمة بمطابقة الشهادة للدعوى وكذا قناعتها بالشهود

١- في قضية رفعت إلى محكمة الاستئناف لتدقيقها، كان الزوج -المستأنف عليه- قد ادعى أنه قد أوفى ما عليه لوالد زوجته، وجاءت شهادة الشهود، تفيد بأن الإيفاء كان من الزوج للزوجة نفسها، وكانت المحكمة قد أبدت موافقتها على مطابقة الشهادة للدعوى إلا أن محكمة الاستئناف رأت عدم مطابقة الشهادة للدعوى، فأبطلتها، وقد جاء ذلك في القرار الاستئنافي رقم (١١٣٧٠) (... وبما أن الإيفاء فعل، وقد نسبه المستأنف عليه بأنه حصل منه لوالد الزوجة، وشهوده نسبه بأنه حصل من الزوج للزوجة مباشرة، وهذا يمنع مطابقة الشهادة للدعوى، ويمنع اعتماد الشهادات، ولا يقال إن الشهود شهدوا أيضا على إقرار الزوجة بأنه لم يبق لها شيء، لأن الشهادة إذا بطل بعضها بطل كلها)^(١).

فنلاحظ أن محكمة الاستئناف قد اعترضت على قناعة المحكمة بمطابقة الشهادة للدعوى على النحو الذي ذكر، وأبطلت الشهادة وردت الدعوى.

وقد استندت محكمة الاستئناف في قرارها إلى ما جاء في المادة (١٧٠٦) من مجلة الأحكام العدلية (تقبل الشهادة إن وافقت الدعوى، وإلا فلا، وقد جاء في شرحها لعلي حيدر : إن الموافقة عبارة عن اتحاد الدعوى والشهادة في عشرة أشياء، أي: نوعا وكما وكيفا ومكانا وزمانا وفعلا وانفعالا ووصفا وملكا ونسبة)^(٢).

وفي قضية من القضايا المرفوعة إلى محكمة الاستئناف الشرعية للتدقيق، رأت المحكمة أن المطابقة بين شهادة من شهد من الشهود والدعوى غير حاصلة، وردت الدعوى إلى المحكمة الابتدائية لتعيد المحاكمة وسماع شهادة الشهود جميعهم من جديد.

فجاء في القرارين الاستئنافيين رقم (٣٢٦٩٢) ورقم (٣٨٩٥٢): (أن شهادة الشهود المستمعة تبين أنها غير مطابقة لدعوى المستأنف عليه، خلافا لما رأت المحكمة الابتدائية، وبما أن المستأنف عليه صرف النظر عن سماع باقي شهوده بعد الاكتفاء بشهادة من شهد اكتفاء معللا بالمطابقة فإن له والحالة هذه طلب سماع باقي شهوده).

١ - احمد داود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ج٢، ص٥٦٥.

٢- المرجع السابق، ج٢، ص٥٦٥.

وقد بينت محكمة الاستئناف الشرعية، أن سماع المحكمة الابتدائية للشهود وقرارها بقناعتها بشهادة الشاهدين، ومطابقتها للدعوى ، وعدم سؤالها المشهود عليه عن رأيه بشهادة الشهود غير صحيح ويستوجب فسخ الحكم .

ومن الجدير بالذكر أن قرار القنعة بالشهادة لا يستأنف استقلالا- أي مستقلا عن الدعوى - وإذا استؤنف رد شكلا^(١)، وإنما تستأنف الدعوى بكاملها ويشمل تدقيق محكمة الاستئناف مجريات الدعوى ومن ضمنها الشهادة ومدى مطابقتها لدعوى^(٢).

ومما يخضع لتدقيق محكمة الاستئناف الشرعية، فيما يتعلق بقنعة قاضي المحكمة الابتدائية بشهادة الشهود، ذكر القاضي الأسباب في حالة القنعة بالشهادات أو عدم القنعة بها، فرأي المحكمة بعدم القنعة بشهادة الشاهدين دون بيان الأسباب يخالف القانون^(٣).

٢- في دعوى تفريق للغيبة والضرر، دقت محكمة الاستئناف في شهادات الشهود- بعد تأكدها من عناصر الدعوى: الزوجية والدخول وغيبة المدعى عليه عن زوجته المدعية إلى جهة مجهولة منذ أكثر من سنة بدون عذر مقبول وتضررها من هذه الغيبة - فوجدتها مطابقة للدعوى من حيث المعنى والمدلول، وإن لم تكن مطابقة من حيث اللفظ، في حين كان قاضي الموضوع قد قرر قناعته بعدم المطابقة بين الشهادات والدعوى ، في حين رأت محكمة الاستئناف أن المطابقة بين الشهادة والدعوى في المعنى تكفي لإثباتها.

فالشهود كلهم شهدوا بالزوجية والدخول، وغيبة المدعى عليه إلى جهة مجهولة أو في مدينة جنين منذ أكثر من سنة ،بدون عذر مقبول، وتضررها من ذلك، وبعضهم شهد بالغيبة سنة وثلاثة أشهر وبعضهم شهد بالغيبة سنة وثمانية أشهر، فرأت محكمة الاستئناف أن الغيبة سنة فأكثر وهو الحد المطلوب في المادة(١٢٣) متفق مع الدعوى، فلا تناقض بالنسبة لما هو المطلوب، ولا يتنافى ما شهد به الشهود وإن لم يتفق في اللفظ مع المطلوب ومضمون الدعوى.

ومن ناحية أخرى رأت محكمة الاستئناف أن شهادة من شهد بأن المدعى عليه في جنين تتفق مع الشهادة بأنه مجهول محل الإقامة ، لأن الأثر المترتب على كل منهما وهو عدم إمكانية الإعذار إليه واحد في مؤدى الشهادات ، لأن من هو في جنين في هذه الحالة بعد احتلال العدو، هو مثل مجهول محل الإقامة، في أن كلا منهما يتعذر الإعذار إليه، فالدعوى والشهادة متفقتان بهذا المعنى والمدلول.

١- القرار الاستئنافي رقم (٢٢٤١٠) ، احمد داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ج٢، ص٥٧٨.

٢- المرجع السابق، ج٢، ص٥٧٨ .

٣-القرار الاستئنافي(١١٨٤٦)، داود،القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ج٢، ص٥٨٧.

ولهذا كان رأي محكمة الاستئناف أن شهادة الشهود متطابقة مع الدعوى في القدر الذي يجب أن يحصل فيه التطابق، وهو غيبة الزوج عن الزوجة أكثر من سنة، وهذا القدر هو حقيقة الدعوى وجوهرها، فبناء عليه رأت محكمة الاستئناف أن قرار المحكمة الابتدائية بعجز المدعية (المستأنفة) عن إثبات دعواها وردّها غير صحيح وسابقاً لأوانه، وقررت فسخه وإعادته لإجراء الإيجاب^(١).

٣- في قضية ادعت الزوجة أن زوجها الداخل بها بصحيح العقد الشرعي قد طلقها منذ ثلاث سنوات بقوله لها: (أنت طالق من عصمتي بالثلاث المحرمات، وخالعك من رقبتي) وأنها افترقت عنه ولم يرجعها بعد ذلك.

لكن الزوج أنكر دعوى الزوجة وادعى بقاء الزوجية بينهما، فكلفت المحكمة الزوجة إثبات دعواها، فأحضرت الزوجة شاهدين، شهد أحدهما بأن المدعى عليه طلقها طلاقاً واحداً بقوله: (روحي طالق) وشهد الثاني بأن الزوج طلقها بقوله لها: (بالثلاث المحرمات كل ما حلّيتي علي تحرمي، وكونك حلّيتي لي مثل ما يحلّ لي والدي وأمي، وإنك طالق مني طلاقاً شرعياً). فالمحكمة الشرعية الابتدائية رأت الأخذ بشهادة الشاهدين المذكورين، وقناعتها بمطابقتها للدعوى، والحكم بوقوع طلاق رجعية آلت إلى براءة لعدم الرجعة خلال العدة بين المتداعيين.

إلا أن محكمة الاستئناف الشرعية رأت عدم المطابقة بين شهادة الشهود والدعوى، لأن أحد الشاهدين شهد بوقوع طلاق، وأن الثاني شهد بوقوع أكثر من طلاق لأن قول الزوج (كل ما حلّيتي علي تحرمي) كناية يقع بها طلاق ولا يحتاج إلى نية لأن قصد الطلاق هنا واضح لصدوره عنه في معرض إيراد الطلاق ووروده معه وبعده مباشرة في صيغة واحدة، حيث أتبعه بالطلاق الصريح الثاني في قوله (وإنك طالق مني)، وبناء على هذا قررت محكمة الاستئناف عدم قبول الشهادتين المذكورتين لوقوع الخلاف بينهما في عدد التطبيقات، واعتبرت ما ذهب إليه المحكمة الابتدائية مخالف للوجه الشرعي، وفسخت الحكم وأعادته للمحكمة لإجراء الإيجاب الشرعي^(٢).

٤- في قضية ما قررت المحكمة الابتدائية عدم قناعتها بالشهود، وسببت ذلك بأنها لاحظت ملازمة الشهود للمدعية أثناء أدوار الدعوى، وبعد عرض القضية على محكمة الاستئناف الشرعية رأت أن قرار المحكمة الابتدائية بعدم قناعتها بالشهود للسبب المذكور لا تسبب جرحاً

١- القرار الاستئنافي (٢١٠٦٤)، احمد داود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ج٢، ص٥٩.

٢- القرار الاستئنافي (١٧٢٤٦)، احمد داود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ج٢، ص٦٠٩. والقرار رقم (١٤٣١٨) ورقم (٢٢١٦٩) ج٢، ص٦١٢، ٦١٣.

شرعيا بالشاهد، خصوصا أن المدعية امرأة، وملازمة أقربائها من محارمها وذوي رحمها إليها
لا يسبب رد شهادتهم^(١).

١ - القرار الاستئنافي (٩٤٢٣)، احمد داود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ج٢، ص٦٢٠.

المطلب الثاني

تدقيق محكمة الاستئناف الشرعية على تصوير القاضي لليمين

سبق بيان معنى تصوير اليمين، وأنها حق للقاضي وليس لطالب التحليف، أن يطلب تصويرها، وقلت إن الأصل أن القانون لم ينص على صور الأيمان إلا في بعض الحالات، وترك للقاضي سلطة تقديرية في ذلك، وتختلف صور اليمين من دعوى لأخرى.

وكذا تختلف صورة اليمين التي يصورها القاضي فيما إذا كانت على فعل النفس أو فيما إذا كانت على فعل الغير^(١)، ففي الأولى يحلفه القاضي بما يعرف بيمين البت والقطع سواء أكان نفياً أم إثباتاً، وهو الحلف بالله ماله عليه شيء، أو ليحلف بالله أن له عليه شيء أو فيما إذا كانت على فعل الغير، ويحلفه القاضي بما يعرف بيمين نفي العلم، وهو أن يحلف بالله أنه لا يعلم كذا، كأن يقول والله لا أعلم أن مورثي استدان من هذا^(٢).

إلا أن لمحكمة الاستئناف التدقيق على تصوير القاضي لليمين، وتراقب مدى صواب التصوير بأن يكون قد تضمن الحثيات التي يجب الحلف عليها وعدم إدخال ما ليس له علاقة في الادعاء فيها، والتأكد من عدم إغفال حثيات كان لابد من تضمين اليمين لها.

ويمكن من خلال الأمثلة الآتية توضيح تدقيق محكمة الاستئناف على تصوير القاضي لليمين:

١- في قضية ادعت الزوجة أن زوجها طلقها بتاريخ ٩٤/٥/٢٣ وأرسل الطلاق، بأن قال لها: (طالقة طالقة بالثلاثة محرمة علي مثل أختي)، وأقر الزوج بذلك، إلا أنه ادعى أنه زاد عليه عبارة (إذا بتظلي عندي اليوم) وقصد بذلك خروجها من الدار، وخرجت فعلاً وصادقته الزوجة على الخروج وأنكرت الزيادة، فكلفت المحكمة الابتدائية كل طرف إثبات مدعاه، فعجز وحلف كل طرف على نفي دعوى الآخر، وردت المحكمة دعوى المدعية أن المدعى عليه طلقها بالصيغة المذكورة وبالتاريخ المذكور.

ولما رفعت القضية إلى محكمة الاستئناف الشرعية، رأت أن ما قامت به المحكمة من تحليف المدعى عليه على نفي دعوى المدعية غير صحيح، وإنما كان على المحكمة الابتدائية في تلك الحالة أن تحلف المدعى عليه على أن الطلاق المدعى به صدر منه معلقاً بالصيغة التي

١- محمد الزحيلي، وسائل الإثبات ج١، ص٣٤٤.

٢- القرار الاستئنافي رقم (٢٣٥١٤) أحمد داود. القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ج٢، ص٨١٤.

ادعاها، ولم يكن منجزا كما ادعت الزوجة، وبناء عليه فقررت فسخ الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية وإعادته لإجراء الإيجاب^(١).

فنلاحظ هنا أن محكمة الاستئناف لما رأت أن اليمين التي صورها القاضي ليحلف بها المدعى عليه لم تكن وفق ما ينبغي أن تكون عليه، وفقررت رد الدعوى.

٢- في قضية رفعتها زوجة إلى المحكمة تطلب فيها فسخ عقد نكاحها مع زوجها بسبب الرضاع، كان من بين المآخذ التي أخذتها محكمة الاستئناف الشرعية على المحكمة الابتدائية، أن اليمين التي حلفتها المحكمة للمستأنف عليه (الزوج) لم تتضمن اعتقاده الجازم بعدم وجود رضاع بينه وبين المدعية، لأن شكه في وجود رضاع محرم بينه وبين المستأنفة يؤثر على صحة العقد بينهما وحل معاشرته لها، ولما لم تفعل المحكمة الابتدائية ذلك، إضافة لأموال أخرى^(٢) فقد اعتبرت محكمة الاستئناف أن سير المحكمة الابتدائية في الدعوى وحكمها بردها سابق لأوانه ومخالف للوجه الشرعي، فقررت فسخ الحكم وإعادته للمحكمة الابتدائية لإجراء الإيجاب^(٣).

٣- وفي قضية طلب فيها المطلق قطع نفقة العدة عن معتدته، وادعى انقضاء عدتها الشرعية برؤية الحيض ثلاث مرات خلال ثلاثة أشهر، فقضت له المحكمة بقطع نفقة العدة بعد توجيه اليمين للمعتدة الغائبة، التي لم تحلف، واستأنفت المعتدة الحكم، فرأت محكمة الاستئناف الشرعية أن صيغة اليمين الموجهة إلى المستأنفة والمبلغة أن تحضر لحلفها - وإلا تعد ناكلة - لم تكن وفق الدعوى فيما يتعلق بما ادعاه المستأنف عليه من كيفية انقضاء عدتها الشرعية برؤية الحيض ثلاث مرات خلال ثلاثة أشهر المبتدئة بتاريخ الطلاق ١٦/٨/٨٧ حتى تاريخ انتهائها ١٦/١١/٨٧ وهو ما لا بد منه لاعتبار النكول وترتب أثره عليه، وحتى على فرض حصول ذلك فإن المستأنف عليه لم يحلف اليمين التي تلحق بالنكول في مثل هذه الحالة، ولذا فلقد قررت محكمة الاستئناف فسخ حكم قطع نفقة العدة^(٤).

وهناك أمثلة أخرى غير المذكورة سابقا، تدل على تدقيق محكمة الاستئناف الشرعية

لتصوير قاضي المحكمة الابتدائية لليمين الشرعية^(٥).

١- القرار الاستئنافي رقم (٣٧٤٢٦) أحمد داود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية، ج٢ ص ٨٢٥
٢- ومن المآخذ التي أخذتها محكمة الاستئناف على المحكمة الابتدائية في هذه القضية أن دعوى المستأنفة خلت من الادعاء بأن رضاع المستأنف عليه من أمها كان في سن الرضاع المحرم، وهذا لا بد منه لصحة الدعوى.

٣- القرار الاستئنافي رقم (١٦٢٠٧) أحمد داود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ج٢، ص ٨٢٨

٤- القرار الاستئنافي رقم (١٠١٣٥) أحمد داود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ج٢ ص ٨١٠

٥- القرار الاستئنافي رقم (٤١٠٠٣) داود، القرارات الاستئنافية في الأصول الشرعية ج٢ ص ٨٣٤ والقرار الاستئنافي رقم (١٥٨٣٧)، ج٢ ص ٨٣٥، والقرار رقم (٣١٧٠٣)، ج٢ ص ٨٣٦، والقرار رقم (٢٧٢٣٣) ج٢ ص ٨٤٠.

المطلب الثالث

تدقيق محكمة الاستئناف الشرعية على قناعة المحكمة الابتدائية بالتبليغ

إن تبليغ المدعى عليه أوراق القضية هو من باب كفالة حق الدفاع له، وتفعيل لمبدأ المواجهة بين الخصمين، لأن الأصل أن يكون الحكم بمواجهة المحكوم عليه، إلا إذا تعذر ذلك وكان قد بلغ حسب الأصول الشرعية، فإنه يحكم غيابيا، وإذا جرى إخلال بإجراءات التبليغ، وبأن فسادة كانت النتيجة المترتبة على ذلك بطلان التبليغ، ومن ثم فسخ الحكم المبني عليه. وعند النظر في القرارات الاستئنافية الصادرة عن محكمة الاستئناف الشرعية، نجد أنها ردت كثيرا من القضايا، وفسخت كثيرا من الأحكام التي صدرت عن المحكمة الابتدائية، وذلك بسبب عدم صحة التبليغ، ومن الأمثلة على ذلك:

١- قد تبدي المحكمة الابتدائية قناعتها بالتبليغ الذي قام به المحضر، ثم يتبين فيما بعد أن التبليغ لم يكن بحسب الأصول، ففي قضية ما قامت المحكمة بتبليغ الأوراق القضائية لضرة المدعى عليها التي تسكن معها، ومن ثم سارت المحكمة بإجراءات المحاكمة على اعتبار صحة التبليغ، وبعد أن رفعت القضية إلى محكمة الاستئناف الشرعية لتدقيقها، وجدت محكمة الاستئناف أن التبليغ بواسطة الضرة غير صحيح، وإن كانت تسكن مع الزوجة في المسكن نفسه، واعتبر ذلك مخالفا لما نصت عليه المادة (٢٠) من الأصول الشرعية حيث جاء فيها:

(إذا تعذر تبليغ المدعى عليه بالذات، يجوز إجراء التبليغ في محل إقامته لأي فرد من أفراد عائلته يسكن معه، وتدل ملامحه على أنه بلغ الثامنة عشرة من عمره)، ولم تعتبر محكمة الاستئناف الشرعية أن الضرة من أفراد عائلة ضررتها، وإن كانتا معا، فاعتبرت التبليغ مخالفا للأصول وفسخت الحكم^(١).

٢- عندما يكون المدعى عليه المراد تبليغه سجيناً، فإن أوراقه القضائية ترسل إلى الموظف المسؤول عن المحل المعتقل ليتولى تبليغه إياها، ويجب على السلطة المختصة أن تحضر السجين أو المعتقل إلى المحكمة في الموعد المقرر إذا رغب في الدفاع عن نفسه، وإذا لم يرغب في الحضور فعلى السلطة المختصة أن تشعر المحكمة بذلك^(٢).

١- القرار الاستئنافي رقم (٢٥٠٥٨) احمد داود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ج١، ص٢١٨.

٢- هكذا نصت المادة (٢٧) من الأصول الشرعية.

وفي دعوى تفريق بسبب الحبس، رفعتها الزوجة على زوجها المسجون، قررت المحكمة الابتدائية محاكمة المدعى عليه-السجين في مركز الإصلاح والتأهيل - بالتطبيق عليه غيابيا بسبب السجن واعتبرته متبعا لجلسة الحكم ، وبعد أن رفعت القضية إلى محكمة الاستئناف الشرعية للتدقيق، وجدت المحكمة أن المدعى عليه لم يكن حاضرا لجلسة المحاكمة، ولم يطلب من السلطة المختصة إحضاره في الموعد المقرر لرؤية الدعوى إذا رغب في الحضور ليدافع عن نفسه، وكذلك لم تشعر السلطة المحكمة بأن المدعى عليه النزيل لديها لا يرغب في الحضور أمام المحكمة في اليوم الذي عينته للمرافعة ونظر القضية ، وبناء على ذلك قررت عدم اعتبار التبليغ كما رأت المحكمة الابتدائية ، ومن ثم فسخت الحكم الغيابي بالتطبيق للسجن^(١) .

٣- في قضية تفريق للغيبة والضرر ذكرت المدعية الزوجة، أن المدعى عليه زوجها، مجهول محل الإقامة، ولم تذكر إن كان مجهول محل الإقامة داخل المملكة أو خارجها، مع أنها ذكرت آخر محل إقامة له، وقامت المحكمة بتبليغ المدعى عليه بواسطة التعليق على آخر محل إقامة له، وعلى لوحة إعلانات المحكمة، وسارت المحكمة في الدعوى واعتبرت أن التبليغ قد تم بحسب الأصول الشرعية، وحكمت بالتفريق بين المدعية وزوجها المدعى عليه.

وبعد أن رفعت القضية لمحكمة الاستئناف للتدقيق وجدت أن المحكمة الابتدائية لم تستوضح من المدعية عما إذا كان الزوج مجهول محل الإقامة في المملكة أو خارجها ، ليتضح الوجه القانوني في تبليغه الحضور والسير في الدعوى ، وبناء عليه قررت محكمة الاستئناف أن التبليغ الذي تم سابق لأوانه وكان الحكم بالتفريق بين المدعية وزوجها المدعى عليه غير صحيح ومخالفا للأصول فقررت فسخ الحكم وإعادته لإجراء الإيجاب^(٢) .

٤- في قضية ما ادعت الزوجة على زوجها أنه طلقها طلاق رجعية واحدة آلت إلى بائة، وقامت المحكمة الابتدائية بتبليغ المدعى عليه (الزوج) الذي تبين أنه مجهول محل الإقامة، وبلغ الحضور لجلسة ٩٦/٥/٢٧ بالنشر في الجريدة يوم ٩٦/٥/٢٦ أي قبل الجلسة بيوم واحد ، وبلغ جلسة الحضور لحلف اليمين المعينة يوم ٩٦ /٥/٣٠ بالنشر بتاريخ ٩٦ ٥/٢٨ ، أي قبل الجلسة بيومين، وبعد التبليغ على الصورة المذكورة سارت المحكمة بالدعوى وحكمت بوقوع طلاقة رجعية واحدة من المدعى عليه على المدعية آلت إلى بائة.

١- القرار الاستئنافي رقم (١٩٥١٦، و ٣٨٧٧٠، و ٣٩٦١٠) احمد داود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ج١، ص٢١١، والقرار رقم (٤٢٥٥٩) ج١، ص٢٢٥.

٢- القرار الاستئنافي رقم (٢٧٤١٩) احمد داود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ج١، ص٢٢٢-٢٢٣.

وبعد نظر محكمة الاستئناف الشرعية في القضية، رأيت أن الحكم المذكور غير صحيح، ومخالفا للأصول، لأن التبليغ بالصورة المذكورة لم يحصل القصد القضائي منه، والأمور بمقاصدها، ومن الأصول والمعقول أن يكون هناك متسع من الوقت بين التبليغ والجلسة لمن كان مجهول محل الإقامة كما في هذه الدعوى، حتى يتمكن من الاطلاع على التبليغ أو يصله الخبر به وهو ما لم يتحقق من هذه التبليغات، فلذا قررت محكمة الاستئناف فسخ الحكم، وإعادة القضية لمصدرها لإجراء الإيجاب^(١).

وهناك أمثلة أخرى غير المذكورة سابقا، تدل على تدقيق محكمة الاستئناف الشرعية على التبليغات القضائية^(٢).

١- القرار الاستئنافي رقم (٤١٠٤٨) احمد داود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ج١، ص٢٢.

٢- القرار الاستئنافي رقم (٤٧٠٢٧) احمد داود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ج١، ص٢٢، والقرار رقم (٤٤٩١١) ج١، ص٢٢٦، والقرار رقم (٣٠٥٠١) ج١، ص٢٢١.

المبحث الثاني

رقابة المرجع الإداري على القرارات الولائية الصادرة عن القاضي بناء على سلطته التقديرية

المقصود بالمرجع الإداري للقاضي الشرعي هو قاضي القضاة وهو أعلى مرجع قضائي في نظام القضاء الشرعي.

وقاضي القضاة له رقابة على القرارات الولائية الصادرة عن قاضي المحكمة الابتدائية، وسبق وأن ذكرنا أن القرارات الولائية تصدر عن القاضي الشرعي بموجب ولايته، ولنا إن هذه القرارات ليست أحكاماً ، لأن الأحكام تأتي في عقب المحاكمات، ويكون الغرض منها فصل الخصومة وإنهاء النزاع، بخلاف العمل الولائي، فليس طبيعته فصل الخصومة، ويسمى ما يترتب عليه قراراً.

وقد جعل القانون لقاضي القضاة باعتباره المرجع الإداري لقضاة الشرع، رقابة على ما يصدر عن القضاة من أعمال ولائية ، وأذكر فيما يأتي بعض الأمثلة على ذلك:

أولاً: طلبات الإذن المقدمة من الأولياء أو الأوصياء بخصوص عقارات وأموال القاصرين، فقد يتقدم الولي أو الوصي على أموال القاصرين إلى القاضي الشرعي بطلب بيع عقار من عقارات القاصرين للنفقة على تعليمهم، حيث كان مورثهم يحرص على تعليمهم في مدارس خاصة تعنتي بهم بصورة متميزة، فينظر القاضي في الطلب، ويتحقق من حاجتهم لذلك، ويتحقق من قيمة العقار والتمن المدفوع فيه، ومدى مصلحة القاصرين في ذلك، ثم قبل أن يأذن للولي أو للوصي في بيع مال القاصرين يرفع الأمر إلى قاضي القضاة لدراستها وإبداء الرأي فيها قبل الموافقة عليها من قبل قاضي المحكمة الابتدائية.

جاء في بعض التعميمات الصادرة عن ديوان قاضي القضاة رقم ٥٤٧١/٨/٨ بتاريخ ٦ /جمادى الأولى /١٤١٥ هـ الموافق ١١/تشرين الأول /١٩٩٤م:

أرجو أن ترفع أوراق المعاملات المبينة بأدناه إلى ديواني مع تنسيب فضيلتكم اعتباراً من تاريخ ٢٠ / ١٠ / ١٩٩٤، وذلك لدراستها وإبداء الرأي فيها قبل الموافقة عليها من قبلكم أو رفضها وهي:

طلبات الإذن المقدمة من الأولياء أو الأوصياء بخصوص عقارات وأموال القاصرين ، وإنني إذ أطلب من أصحاب الفضيلة القضاة الشرعيين التقيد بما جاء في هذا التعميم ، لأرجو أن تؤكد لهم تقني بمقدرتهم ونزاهتهم .

فلاحظ أن المرجع الإداري طلب من القاضي قبل الإذن بما يتعلق بأموال القاصرين أن يعرضه عليه بعد إبداء رأيه فيه.

ثانياً : حجج الإسلام : فقد يأتي رجل أو امرأة من غير الدين الإسلامي إلى القاضي الشرعي يريدان الدخول في الدين الإسلامي ، فموجب تعليمات قاضي القضاة ، ينبغي على القاضي قبل تسجيل حجة إعلان إسلام- أو شهادة إسلام- أن يرسل إلى دائرة قاضي القضاة لتدقيقها قبل تسجيلها، وأن يرفق بها الضبط المنظم ، حسب الأصول .

جاء في التعميم الصادر عن ديوان قاضي القضاة رقم ٨ / ٨ / ٨١٤٠/ بتاريخ ١٢/١٤/٢٠٠٣ تأكيداً لكتابي رقم ٨ / ٨ / ٤٨٨٢/٨ تاريخ ٢٩/٧/٢٠٠٣ وتنظيماً للعمل، وحفاظاً للحقوق وصوناً للحجج الصادرة عن المحاكم الشرعية، وحفاظاً على الروابط الأسرية والاجتماعية، أرجو التحقق والتنثبت من الأمور التالية قبل تسجيل أي حجة إسلام لأي شخص كان ذكراً أم أنثى، ومن داخل أو خارج المملكة:

- ١- عدم وجود دعوى قضائية مقامة منه أو عليه لدى أية محكمة شرعية أو نظامية أو كنسية.
- ٢- عدم وجود مصلحة دنيوية مهما كان نوعها.
- ٣- أن تكون الغاية من إشهار الإسلام هي اعتناق الدين الحنيف عن قناعة تامة وعقيدة راسخة، وأن يكون الشخص الراغب في اعتناق الإسلام مطلعاً على أركان الإسلام وتعاليمه.
- ٤- رفع كافة المعاملات المتعلقة بطلب تسجيل حجة إعلان إسلام أو شهادة إلى هذه الدوائر لتدقيقها قبل تسجيلها لديكم، وأن يرفق بها الضبط المنظم حسب الأصول^(١).

وفي التعميم الصادر عن قاضي القضاة رقم ٨/٨/٨٣٨١ والذي جاء فيه: تأكيداً لبلاغي رقم ٨ / ٨ / ٤٨٨٢/٨ تاريخ ٢٩/٧/٢٠٠٣:

ما زالت بعض المحاكم الشرعية مقصرة بواجبها تجاه من يرغبون في اعتناق الدين الإسلامي الحنيف، حيث أن الكثير منهم يلجأون إلى المحاكم الشرعية ويطلبون تسجيل حجج الإسلام لهم بغية الوصول إلى أهداف دنيوية منها التهرب من الأحكام التي تصدر عليهم من المحاكم الكنسية، أو الرغبة في الزواج أو الطلاق، وبعد تحقيق الهدف يعمل الكثير منهم على ترك الدين الإسلامي مرتداً عنه، وحيث لا يجوز بحال أن يكون الدين الإسلامي مطية ليستغل لأهداف دنيوية، لا بد من وضع حد لمثل هذه التصرفات التي تؤثر في واقعنا الاجتماعي وحفظ

١- أرى أن ما جاء في هذه التعليمات وبخاصة في البنود ٢، ٣، ٤ في غاية الصعوبة ، إذ كيف يتسنى للقاضي أن يتحقق من صدق نية من أراد الدخول في الإسلام ، وأن ذلك عن عقيدة راسخة إلى غير ذلك من الشروط الواجب التحقق منها، فهذه الأمور لا يعلمها إلا الله ، وكان ذلك يجعل من الصعوبة قبول دخول أحد في الإسلام .

للحقوق، وصونا للحجج الصادرة عن المحاكم الشرعية وحفاظا على الروابط الأسرية والاجتماعية. ثم ذكر الأمور السابقة والتي على القاضي أن يتحقق منها.

ثالثاً: معاملات الزواج أو التصديق إذا كان الطرفان أو أحدهما ممن لا يحملون الجنسية الأردنية. فهذه المعاملات بناء على تعليمات قاضي القضاة، يجب أن ترفع إلى ديوان قاضي القضاة لدراستها وإبداء الرأي فيها قبل الموافقة عليها من قبل قاضي المحكمة الابتدائية. جاء في بعض التعميمات الصادرة عن ديوان قاضي القضاة رقم ٥٤٧١/٨/٨ بتاريخ ٦/جمادى الأول/١٤١٥ هـ الموافق ١١/تشرين الأول/١٩٩٤م:

أرجو أن ترفع أوراق المعاملات المبينة بأدناه إلى ديواني مع تنسيب فضيلتكم اعتباراً من تاريخ ٢٠/١٠/١٩٩٤، وذلك لدراستها وإبداء الرأي فيها قبل الموافقة عليها من قبلكم أو رفضها وهي:

معاملات الزواج أو التصديق، إذا كان الطرفان أو أحدهما ممن لا يحملون الجنسية الأردنية. وجاء في تعميم رقم ٥٤٩٤/٩/٣ بتاريخ ٢١/جمادى الأول/١٤٢١ هـ الموافق ٢٧/١١/١٩٩١م: أعلمني عدد من القناصل الممثلين لدولهم في الأردن أن بعض الفتيات يتم إجراء عقد زواجهن من شخص آخر وهي لا تزال في ذمة الغير.

أرجو بعد الآن عدم إجراء عقود الزواج لرعايا الدول المبينة أدناه، الذكور منهم والإناث، إلا بعد تكليفهم بإحضار موافقة من سفارات أو قنصليات دولهم بعدم الممانعة بعد تصديقها من الجهات الرسمية المختصة بالإضافة إلى الإجراءات التي تقوم بها محكماتكم بالتثبت من خلو الخاطب والمخطوبة من الموانع الشرعية والقانونية قبل الموافقة على إجراء معاملة عقد الزواج. والدول هي: المملكة العربية السعودية، الجمهورية اليمنية، الجمهورية التونسية، الجمهورية العراقية، جمهورية مصر العربية، الكويت، الفلبين، سيرالونكا.

رابعاً: كذلك نص تعميم صادر عن قاضي القضاة، جاء فيه أرجو أن ترفع أوراق المعاملات المبينة بأدناه إلى ديواني، وذلك لدراستها وإبداء الرأي فيها قبل الموافقة عليها من قبلكم أو رفضها وذكر منها طلبات تسجيل الطلاق الثلاث البائن بينونة كبرى.

وخلاصة القول في هذا المبحث إن هذه الأمور المذكورة يقوم بها القاضي ويعد الضبط الكامل فيها، ويبيدي رأيه، ثم يرفعها إلى المرجع الإداري، ولا يعطي إذناً فيها، ولا يسجل الحجة ولا الإذن، إلا بعد موافقة المرجع الإداري.

النتائج والتوصيات

الحمد لله حمدا كثيرا كما أمر وأشهد أن لا إله إلا الله إقرارا بربوبيته وإرغاما لمن جحد به وكفر، وأشهد أن حبيبنا وقرّة أعيننا محمدا عبده ورسوله النبي المعتبر اللهم صلي على محمد ما اتصلت عين نبأ أو سمعت أذن بخبر، وبعد، فإنه وبعد أن من الله تعالى علي بإنجاز هذا البحث بما أمدني الله تعالى من قوة وعزم ، وبما هبني لي من العلم وأهله، أعرض بين يدي القارئ الكريم أهم النتائج التي استخلصتها من هذا البحث وهي:

أولاً: إن السلطة التقديرية للقاضي مصطلح جديد في تسميته ولكنه قديم في تطبيقاته ولئن كان أهل القانون الوضعي أسبق من أهل الفقه في استخدام هذا المصطلح، إلا أن أهل الفقه أسبق في تقرير هذا المفهوم من غيرهم وأقدم في تطبيقه في واقع الحياة.

ثانياً: إن السلطة التقديرية للقاضي تفيد بمعناها التمكين، كما هو أحد معني السلطة في اللغة، ومن هنا فإن الشارع الحكيم أعطى للقاضي هذه المكنة ليتدبر أمره أثناء ممارسته القضاء، فيكون أوسع أفقا، وأكثر مرونة في التعامل مع ما يعرض عليه بعيدا عن الجمود والعجز.

ثالثاً: بين البحث أن وقوع التقدير من القاضي، أو بعبارة أخرى مبدأ التقدير كان معروفا في قضاء ما قبل الإسلام، وفي القضاء الإسلامي، كما تبين ذلك من خلال النصوص القرآنية والأحاديث النبوية، وأقضية الصحابة ومشاهير قضاة المسلمين.

رابعاً: تبين من خلال البحث أن السلطة التقديرية تارة تكون ضربا من الاجتهاد يكون واقعا على الناحية التطبيقية للنص، وتارة نجدها صورة من صور السياسة الشرعية، وتارة تكون اجتهادا في التشريع كما في الحالات التي ترك الشارع الحكيم فيها لولي الأمر أمر التقدير، كما في العقوبات التعزيرية، فلاحظت أن للقاضي فيها سلطة تقديرية واسعة.

خامساً: تبين من خلال البحث أن السلطة التقديرية للقاضي تكون في الأحوال التي تفنقر الواقعة فيها إلى نص، أو يكون النص ظنيا في دلالاته ومحتملا وجها عديدة، أو سكت عن أمور يفهم من سكوته عنها أن الأمر متروك لنظر القاضي فيها.

سادساً: إن الغاية من تشريع السلطة التقديرية للقاضي هو تحقيق مقصد الشارع الحكيم من تشريع القضاء ابتداء، وهو فصل الخصومة بين الناس وإحفاق العدل وإعطاء كل ذي حق حقه، والسلطة التقديرية تهدف إلى تحقيق هذا المقصد.

سابعاً: تبين لي من خلال هذا البحث أن السلطة التقديرية للقاضي تكسب القاضي ثقة في النفس، وتوسع له الآفاق، وتخرجه من دائرة العمل الآلي المجرد، إلى دائرة إعمال النظر والتفكير والمقايسة وما شابه ذلك مما يؤتي ثمارا طيبة تتعكس على العمل القضائي بشكل عام.

تبين من خلال هذا البحث أن السلطة التقديرية للقاضي تشمل جميع جوانب العمل القضائي بمفهومه الواسع الذي لا يقتصر على فصل الخصومة بل يتعداها إلى ما يعرف بالعمل الولائي، كما بينا ذلك في أثناء البحث.

ثامنا: إن الذي يتضح من خلال ما تم لنا استعراضه في هذا البحث، أن معظم الفقهاء قديما وحديثا يقولون بمشروعية السلطة التقديرية للقاضي، وإن المخالفين وهم قلة لا تكاد تذكر، قد سهل دحض مدعاهم وإبطال ما زعموا.

تاسعا: إن السلطة التقديرية للقاضي لا يؤثر فيها المزاج والهوى، لأنها منضبطة بضوابط تكفل نزاهة الحكم القضائي أو الإجراء المتخذ وبعدهما عما يقدر بهما.

عاشرا: كانت النفقة في السابق يفرضها القاضي بما يراه مناسبا وله أن يستعين بأهل الخبرة إذا رأى حاجة لذلك، في حين تقلصت هذه السلطة في الوقت الحاضر وأصبح القانون يلزم القاضي بتقدير النفقة من خلال أهل الخبرة، ولكن يمكن القول بأن تقرير الخبراء يعتبر من ضمن عمل القاضي لأن الإلزام بما أوجبه الخبراء لا يكون إلا بأمر القاضي فكان عملهم امتداد لعمل القاضي.

حادي عشر: تبين من خلال البحث أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في متعلقات الحدود والقصاص، فإنه وإن كانت سلطة القاضي في الحدود مقيدة بما أفاده النص من قدر العقوبة، إلا أن للقاضي سلطة في تأخير التنفيذ مراعاة لمصلحة وغيرها من الأمور المتعلقة بالحدود وكذا القصاص.

ثاني عشر: اتضح للباحث أن القرائن لا يصح للقاضي الاعتماد عليها في إثبات الحدود أو القصاص، إلا أنه ومن باب السلطة التقديرية للقاضي أن يعتمد على ما ترجح لديه من القرائن في توجيه التهمة إلى المتهم، وكذا اتخاذ بعض الإجراءات في حقه كالحبس، والضرب إذا كان من أهل الفجور والفساد.

ثالث عشر: تبين من خلال البحث أن للقاضي الاعتماد على الوسائل الحديثة في الإثبات كالبصمات والتصوير والتسجيل وغيرها، في توجيه التهمة إلى المتهم، وكذا اتخاذ بعض الإجراءات في حقه كالحبس، والضرب إذا كان من أهل الفجور والفساد.

رابع عشر: تبين للباحث السلطة التقديرية للقاضي مجالها أوسع في التعازير، فمتروك له تقدير العقوبة مراعاة مع جسامه الجرم، وكذا جعلها متفاوتة من شخص لآخر، وله سلطة تقديرية في العفو عن العقوبة التعزيرية مراعيًا بذلك ما فيه المصلحة.

خامس عشر: تبين للباحث أن للقاضي سلطة تقديرية في استعمال بعض الوسائل للفصل بين المتخاصمين في حال تساوي البيئات لهم وعدم القدرة على الترجيح ، كاستخدام القرعة وقسمة المدعى به.

سادس عشر: بين هذا البحث أن للقاضي سلطة تقديرية في التشريعات القضائية الشرعية المعمول بها في المحاكم الشرعية التي تتولى الفصل بين الخصوم بموجب أحكام الشرع الحنيف في المواضيع التي جعلت من اختصاص قضاة الشرع الحنيف وهذه السلطة وإن كانت حدودها أضيق مما كانت عليه في العصور السابقة، إلا أنها ثابتة للقاضي وليس كما يظن البعض من أنها معدومة لأن القاضي محكوم بنصوص القانون.

سابع عشر: تبين من خلال هذا البحث أن السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية الشرعية قد تكون من قبيل الاجتهاد في تطبيق النص بحيث تركت صياغة المادة القانونية سلطة تقديرية للقاضي في الموضوع الذي جاءت بصدده.

ثامن عشر: تبين من خلال هذا البحث، أن السلطة التقديرية للقاضي قد تكون أيضا من باب الحكم بالقناعة المسببة والمنضبطة بالضوابط التي تكفل لها مجافاة الهوى والمزاج.

تاسع عشر: إن عملية التدقيق على السلطة التقديرية للقاضي لم تكن موجودة في السابق لأن ما كان يصدر عن القاضي بناء على سلطته التقديرية كان يندرج تحت اجتهاد القاضي، أما بعد أن أصبح التقاضي على درجات، وبعد أن أصبح القاضي ينصاع لنصوص ومواد القانون، تقلصت هذه السلطة من جانب، ومن جانب آخر كان هناك تدقيق على العمل القضائي في بعض الأحيان، بخاصة في الأحكام التي تكون مبنية على قناعة القاضي، ورقابة أخرى من المرجع الإداري (قاضي القضاة) على ما يصدر في بعض الأحيان عن القاضي من قرارات ولأئمة.

أما التوصيات فأجملها بالنقاط الآتية:

أولاً: أرى أن تعمل دائرة قاضي القضاة على المزيد من غرس الثقة في نفس القاضي والاعتماد عليه ، وتحريره مما رسخ في ذهنه سابقا، من أن القاضي محكوم بنص القانون لا يحيد عنه قيد أنملة، مما يجعله مكبل اليدين في كثير من الأوقات التي يكون أحوج ما يكون فيها إلى أعمال نظره والتعامل مع الموقف بصورة مرنة.

ثانياً : أن تخف رقابة محكمة الاستئناف على الأحكام الصادرة من القاضي بناء على قناعته، بخاصة في الأحوال التي يفسخ فيها حكم القاضي الابتدائي المبني على الاجتهاد والتقدير من قبل هيئة الاستئناف والتي قد تستند أيضا في حكمها إلى الاجتهاد والتقدير ، فليس الاجتهاد الثاني

أولى من الأول في الأخذ إلا إذا كان القاضي قد تجاوز الضوابط التي ينبغي مراعاتها في العمل التقديري.

ثالثاً: ليس هناك ما يمنع من أن تعقد دائرة قاضي القضاة دورات وورشات عمل للقضاة وبخاصة للذين دخلوا في سلك القضاء حديثاً وتتقصهم الخبرة، فيتم توعيتهم وتعريفهم بما يتمتعون به من سلطة تقديرية، وبيان تلك الأحوال التي لهم ممارسة تلك السلطة فيها، مما ينعكس على العمل القضائي بالمرونة، ومراعاة مقاصد الشارع الحكيم وحفظ مصالح الناس عليهم .

رابعاً: أرى أن يشتهر رأي الفقه الإسلامي ويعلن فيما يتعلق بموضوع السلطة التقديرية للقاضي ومشروعيتها وتمتع القاضي بها، حتى لا يظن خطأ أن القانون الوضعي هو الذي يمنح قضاته مثل هذه السلطة فحسب، ومعلوم كما سبق وأشرت في مطلع هذه الرسالة أن الفقه الإسلامي كان سباقاً إلى تقرير مثل هذه السلطة .

المصادر والمراجع

• القرآن الكريم

التفسير وعلوم القرآن

- الجصاص، أحمد بن علي (ت ٣٧٠هـ)، أحكام القرآن، م، ضبط نصه وخرج آياته عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م
- ابن الجوزي، جمال الدين عبد الرحمن بن علي (ت ٥٩٧هـ)، زاد المسير في علم التفسير، ط ١، تحقيق محمد بن عبد الرحمن، دار الفكر، ١٩٨٧م .
- الرازي، محمد بن عمر، (ت ٦٠٦ هـ)، التفسير الكبير، ٢٠م، المطبعة البهية المصرية
- الشوكاني، محمد بن علي، (ت ١٢٥٠هـ)، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، م، دار إحياء التراث العربي، الناشر محفوظ العلي، بيروت.
- الطبري، محمد بن جرير (ت ٣١٠ هـ)، تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق محمد شاكر، دار المعارف، مصر، ١٩٥٧م.
- ابن العربي، محمد بن عبد الله، (ت ٥٤٣هـ)، أحكام القرآن، ط ١، ١٠م، تعليق محمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٨٨م.
- القرطبي، محمد بن أحمد ت (٦٧١هـ)، الجامع لأحكام القرآن، ١٠م، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت، ومكتبة الغزالي، دمشق.
- ابن كثير، عماد الدين إسماعيل، (ت ٧٧٤هـ)، تفسير القرآن العظيم، ٤م، دار المعرفة بيروت، ١٩٦٩م .

الحديث الشريف وعلومه

- البخاري، محمد بن إسماعيل، (ت ٢٥٦هـ)، صحيح البخاري، ٤م، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، المكتبة السلفية ١٤٠٠ هـ.
- البخاري، محمد بن إسماعيل، (ت ٢٥٦هـ)، الجامع الصحيح المختصر، ط ٣، تحقيق مصطفى البغا، دار ابن كثير، ١٩٨٧م.
- البيهقي، أبي بكر أحمد بن الحسين، (ت ٤٥٨هـ)، السنن الكبرى، ١٠م، تحقيق محمد عبد القادر عطا دار المعرفة بيروت، ١٩٩٢م، وطبعة مكتبة دار الباز مكة المكرمة ١٩٩٤م.

- الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة، (ت٢٩٧هـ)، الجامع الصحيح ، وهوسنن الترمذي، إعداد هشام البخاري، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ١٩٩٥.
- الجزري، مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد (ت٦٠٦هـ)، النهاية في غريب الحديث و الأثر، تحقيق محمود الطناحي، دار إحياء الكتب العربية، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه.
- ابن حجر العسقلاني ، أحمد بن علي بن محمد، (ت٨٥٢هـ)، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، تحقيق عبد الله اليماني ، المدينة المنورة ، ١٩٦٤م.
- الحاكم ،محمد بن عبد الله، (ت٤٠٥هـ)،المستدرک على الصحيحين، وبذيله تلخيص المستدرک، مكتبة النصر الحديثة، الرياض.
- ابن خزيمة، محمد بن إسحاق، (ت٣١١هـ)، صحيح ابن خزيمة، ط١، ٤م ، تحقيق د. محمد الأعظمي، المكتب الإسلامي ، ١٩٧١.
- الدار قطني، علي بن عمر، (ت٣٨٥هـ) ، سنن الدارقطني، وبذيله التعليق المغني على الدار قطني، لأبي الطيب محمد أبادي، دار إحياء التراث العربي ١٩٩٣.
- الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمن (ت٢٥٥هـ) ، سنن الدارمي ، طبع بعناية الشيخ عبد الله هاشم اليماني، طبعة المدينة المنورة ، ١٩٦٦ .
- أبي داود، سليمان بن الأشعث،(ت٢٧٥هـ) ، سنن أبي داود، علق عليها محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الحديث، ودار إحياء السنة البوية. القاهرة ١٩٨٨.
- الزيلعي، عبد الله بن يوسف، (ت ٧٦٢ هـ)، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق محمد يوسف البنوري، دار الحديث ، ١٣٥٧ هـ.
- الشافعي،محمد بن إدريس (ت٢٠٤هـ) مسند الشافعي، م١، دار الكتب العلمية بيروت.
- الشوكاني، محمد بن علي،(ت١٢٥٥هـ) نيل الأوطار شرح منتقى سيد الأخبار من أحاديث سيد الأخبار، ط٣، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٦١ م .
- الشيباني، أحمد بن حنبل، (ت ٢٤١ هـ) ، المسند ، المكتب الإسلامي.
- ابن أبي شيبة ،عبد الله بن محمد ، (ت٢٣٥هـ) ،الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، ط١ المطبعة السلفية -الهند ، ١٩٨١م.
- الصنعاني،عبد الرزاق بن همام، (ت٢١١هـ) ، المصنف ،ط١، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي للمنشورات.

- الصنعاني، محمد بن إسماعيل، (ت ١١٨٢هـ)، سبل السلام شرح بلوغ المرام ، من جمع أدلة الأحكام لابن حجر العسقلاني، (ت ٨٥٢هـ)، ط ٤ ، ويليه متن نخبة الفكر في مصطلح الأهل الأثر، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، ، ١٩٦٠م.
- الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب، (ت ٣٦٠هـ) المعجم الأوسط ، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان، المكتبة السلفية، المدينة المنورة ١٩٦٨ .
- الطحاوي، أحمد بن محمد بن سلامة، (ت ٣٢١هـ) ، شرح معاني الآثار ، ضبط وتحقيق محمد زهري النجار ، مطبعة الأنوار المحمدية.
- العظيم أبادي، محمد شمس الحق، سنن أبي داود مع حاشية عون المعبود ، دار الكتاب العربي ، بيروت .
- ابن القيم، محمد بن أبي بكر، (ت ٧٥١ هـ)، بدائع الفوائد، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ومكتبة العلم بجده.
- ابن القيم، محمد بن أبي بكر (ت ٧٥١ هـ)، زاد المعاد في هدي خير العباد ، ط ٢، تحقيق شعيب الأرنؤوط، وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، مكتبة المنار الإسلامية، ، ١٩٨١م.
- الألباني، محمد ناصر الدين، (١٩٦٩) صحيح الجامع الصغير وزياداته ، (الفتح الكبير)، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى.
- الألباني، محمد ناصر الدين، (١٩٧٢م) سلسلة الأحاديث الصحيحة، ط ١، المكتب الإسلامي، بيروت.
- الألباني، محمد ناصر الدين، (١٩٧٩م) ضعيف الجامع الصحيح، المكتب الإسلامي، ط ٢، بيروت.
- ابن ماجة، محمد بن يزيد، (ت ٢٧٥هـ) ، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى الحلبي وشركاة.
- المتقي الهندي، علي بن حسام الدين ، (ت ٩٧٥هـ)، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، ط ١، تحقيق محمود عمر الدمياطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨م.
- المناوي، عبد الرؤوف محمد بن علي، (١٩٣٨م) فيض القدير شرح الجامع الصغير، ط ١ على كتاب الجامع الصغير للحافظ جلال الدين السيوطي، المكتبة التجارية الكبرى، .
- المنذري، عبد العظيم بن عبد القوي ، (ت ٦٥٦هـ) ، مختصر سنن أبي داود، تحقيق أحمد شاکر، المكتبة الأثرية، باكستان، الطبعة الثانية ١٩٧٩م.
- النسائي، أحمد بن شعيب (ت ٣٠٣ هـ) ، سنن النسائي، بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، وحاشية الإمام السندي، (ت ١١٣٨ هـ) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت

- النسائي، أحمد بن شعيب، (ت ٣٠٣هـ)، سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي (ت ١١٣٨هـ)، دار إحياء التراث العربي بيروت.
- النسائي، أحمد بن شعيب، (ت ٣٠٣هـ) السنن الكبرى، ط١، تحقيق د. عبد الغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩١م.
- النووي، يحيى بن شرف، (ت ٦٧٦هـ)، صحيح مسلم بشرح النووي، المطبعة المصرية ومكنتها، القاهرة .
- الهيتمي، علي بن أبي بكر، (ت ٨٠٧هـ)، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ١٩٨٨.

أصول الفقه

- التفتازاني، مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح، من منشورات مكتبة صبيح بمصر.
- الجصاص، أحمد بن علي (ت ٣٧٠ هـ)، الفصول في الأصول، ط١، تحقيق د. عجيل النشمي، منشورات وزارة الأوقاف الكويتية، ، ١٤٠٥ هـ.
- ابن حزم، علي بن أحمد، (ت ٤٥٦هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، ط٢، تحقيق الشيخ أحمد شاكر، منشورات دار الأفق الجديدة ، بيروت، ١٩٨٣م.
- الدريني، فتحي، (١٩٨٥م) المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، ط٢، الشركة المتحدة للتوزيع، سوريا.
- الزركشي، محمد بن بهادر، (١٩٩٠م) البحر المحيط في أصول الفقه، ط١، قام بتحريره د. عبد الستار أبو غدة، من منشورات وزارة الأوقاف الكويتية .
- السبكي، علي بن عبد الكافي، (ت ٧٥٦هـ)، الإبهاج في شرح المنهاج، على منهاج الوصول إلى علم الأصول، للقاضي البيضاوي (ت ٦٨٥هـ)، ط١، تحقيق د. شعبان محمد إسماعيل، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٩٨١م.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى (ت ٧٩٠هـ)، الموافقات في أصول الشريعة، ضبط وترقيم، الأستاذ محمد عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت.
- الشوكاني، محمد بن علي (١٢٥٠هـ)، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول ، تحقيق أبي مصعب البدري، المكتبة التجارية ، مصطفى الباز ١٩٩٣.
- العمري، نادية شريف، (١٩٨٥م) الاجتهاد في الإسلام، ط٣، مؤسسة الرسالة.

- الغزالي ، محمد بن محمد ت (٥٠٥هـ) **المستصفى في علم الأصول** ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٦م.
- الغزالي ، محمد بن محمد (ت ٥٠٥هـ)، **الوسيط** ، ط١، تحقيق أحمد محمود إبراهيم و محمد محمد تامر ، دار السلام ، القاهرة ١٤٢٧ هـ.
- الفيروزآبادي، إبراهيم بن علي، (ت ٤٧٦ هـ)، **التبصرة في أصول الفقه**، شرحه وحققه محمد حسن هيتو، دار الفكر ١٩٨٠م.

الفقه الحنفي

- البابرتي، محمد بن محمد، **العناية شرح الهداية**، بهامش شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي.
- باز، سليم رستم، (١٩٩٨م) **شرح المجلة**، ط٣، دار العلم للجميع، بيروت.
- البخاري، عبد العزيز بن أحمد، (١٣٠٨هـ) **كشف الأسرار**، على أصول البزدوي، دار سعادت الحاج أحمد خلوصي، والحاج مصطفى درويش، وشركاهما، صحافية عثمانية
- البغدادي ، غانم بن محمد، (١٣٠٨هـ) **مجمع الضمانات** ، ط١، المطبعة الخيرية.
- الحموي، أحمد بن محمد، **غمز عيون البصائر**، ط٤، دار الكتب العلمية.
- حيدر، علي، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، ، ط١، دار الجيل، بيروت.
- خسرو، منلا، **درر الحكام في شرح غرر الأحكام**، وبهامشه حاشية العلامة أبي الإخلاص الشيخ حسن بن عمار الشرنبلالي، مرجع خاص، مكتبة الجامعة الأردنية.
- الزيلعي، عثمان بن علي، (ت ٧٤٣ هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، ط١، دار الكتاب الإسلامي.
- السمرقندي، علاء الدين، **تحفة الفقهاء**، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٨٤م.
- السرخسي، شمس الدين أبو بكر، (ت ٤٩٠هـ)، **المبسوط** ، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣م.
- السمناني، علي بن محمد، (١٩٨٤م) **روضة القضاة وطريق النجاة** ، ط٢، تحقيق المحامي ، صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة بيروت، دار الفرقان عمان.
- ابن عابدين، محمد أمين،، (١٤٢١هـ) **حاشية ابن عابدين دار الفكر للطباعة**، بيروت.
- الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود (ت ٥٨٧ هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط٢، دار الكتب العلمية، ١٩٨٦م.

- المرغيناي، علي بن أبي بكر (ت ٥٩٣هـ)، الهداية شرح بداية المبتدي، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٩٠
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم (ت ٩٧٠هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط ١، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه، الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٩٧م.
- الشيخ نظام، وجماعة من علماء الهند، (١٩٩١م) الفتاوى الهندية، وبهامشه فتاوى قاضيخان و الفتاوى البزازية، ط ٢، دار صادر، بيروت.
- ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، (ت ٦٨١هـ) شرح فتح القدير، وبهامشه العناية شرح الهداية، دار إحياء التراث العربي.

الفقه المالكي

- الباجي، سليمان بن خلف، (ت ٤٩٤ هـ)، المنتقى شرح الموطأ، دار الفكر العربي.
- الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن (ت ٩٥٤ هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط ٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٧هـ.
- الخرشي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة.
- الدردير أبو البركات، سيدي أحمد، الشرح الكبير، تحقيق، محمد عlish، دار الفكر
- الدسوقي، محمد عرفة (ت ١٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لأبي البركات (ت ١٢٠١ هـ)، معه تقارير للعلامة محمد عlish ت ١٢٩٩ هـ، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه.
- ابن رشد، محمد بن أحمد (ت ٥٩٥هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط ١، دار العلم، بيروت، ١٩٨٨م.
- الأصبحي، مالك بن أنس (ت ١٧٩هـ)، المدونة الكبرى، ط ١، مطبعة السعادة، ١٣٢٣هـ
- الأصبحي، مالك بن أنس (ت ١٧٩هـ)، الموطأ، ط ٢، تحقيق د.بشار معروف، ومحمود خليل، مؤسسة الرسالة، ١٩٩٣م.
- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله (ت ٤٦٣هـ)، الاستذكار، ط ٤، تحقيق حسان عبد المنان، مؤسسة النداء، ٢٠٠٣م.
- العبدري، محمد بن يوسف، (ت ٨٩٧هـ)، التاج والإكليل، ط ٢، دار الفكر، ١٣٩٨هـ

- العدوي ، علي ، **حاشية العدوي** ، مطبوع مع شرح مختصر سيدي خليل للخرشي ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة .
- عيش ، محمد بن أحمد ، **منح الجليل شرح مختصر خليل** ، ٩م ، دار الفكر .
- الفاسي ، محمد بن أحمد ، **شرح ميارة** ، ٢م ، دار المعرفة .
- القرافي ، أحمد بن إدريس ، (٢٠٠١م) **أنوار البروق ، في أنواع الفروق** ، ط١ ، دراسة وتحقيق ، د. محمد سراج ، د. علي جمعه محمد ، دار السلام .
- القرافي ، أحمد بن إدريس ، (١٩٩٤م) **الذخيرة** ، تحقيق محمد حجي ، دار الغرب ، بيروت .

الفقه الشافعي

- الأنصاري ، زكريا بن محمد ، **أسنى المطالب شرح روض الطالب** ، دار الكتاب الإسلامي .
- الباجوري ، إبراهيم ، **حاشية الباجوري على ابن قاسم الغزي** ، على متن أبي شجاع في مذهب الشافعي ، دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي ، مصر .
- البجيرمي ، سليمان بن عمر ، **حاشية البجيرمي** ، المسماة التجريد لنفع العبيد ، على شرح منهج الطلاب ، لأبي يحيى الأنصاري ، دار الفكر العربي .
- البجيرمي ، سليمان بن محمد ، (ت ١٢٢١هـ) ، **تحفة الحبيب على شرح الخطيب** ، ط١ ، المعروف بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني ت ٩٧٧هـ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ١٩٩٦م .
- الحسيني ، أبي بكر بن محمد (ت ٨٢٩ هـ) ، **كفاية الأختار في حل غاية الاختصار** ، إدارة الطباعة المنيرية ١٣٤٧هـ .
- الرملي ، محمد بن أبي العباس ، الشهير بالشافعي الصغير (ت ١٠٠٤هـ) ، **نهاية المحتاج ، إلى شرح المنهاج** ، الطبعة الأخيرة ، دار الفكر بيروت ، ١٩٨٤م .
- السيوطي ، عبد الرحمن بن أبي بكر ، (ت ٩١١هـ) **الأشباه والنظائر** ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٣ هـ .
- الشافعي ، محمد بن إدريس (ت ٢٠٤ هـ) ، **الأم** ، ط٢ ، أشرف على طبعه وباشر تصحيحه ، محمد زهري النجار ، دار المعرفة بيروت ، ١٩٧٣م .
- الشربيني ، محمد الخطيب ، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج** ، ٤م على متن منهاج الطالبين ، للنووي (ت ٦٧٦ هـ) المكتبة الإسلامية ، رياض الشيخ .

- الشربيني ، محمد بن أحمد ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، وبهامشه تقرير الشيخ عوض وبعض تقارير الشيخ الباجوري ، دار المعرفة بيروت .
- الشرواني ، عبد الحميد ، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج للهيتمي (ت ٩٧٢ هـ) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .
- الشيرازي ، إبراهيم بن علي ، (١٩٧٦م) المذهب في فقه الإمام الشافعي ، ط ٢، وبذيله النظم المستعذب في شرح غريب المذهب ، لمحمد بن بطلال الركبي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي .
- العبادي ، أحمد بن القاسم ، (ت ٩٧٢ هـ) ، حواشي العبادي على تحفة المحتاج للهيتمي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .
- القفال ، محمد بن أحمد ، (ت ٥٠٧ هـ) حلية العلماء ، ط ١ ، تحقيق د. ياسين درادكة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٨٠م .
- القليوبي ، أحمد سلامة ، وعميرة ، أحمد ، حاشيتا قليوبي وعميرة ، دار إحياء الكتب العربية .
- الماوردي ، علي بن محمد ، (ت ٤٥٠ هـ) ، الأحكام السلطانية ، ، تحقيق د. عبد الرحمن عميرة ، دار الاعتصام .
- المزني ، إسماعيل بن يحيى ، (١٩٧٣م) مختصر المزني ، ط ٢ ، دار المعرفة ، بيروت .
- المطيعي ، محمد نجيب ، تكملة المجموع ، شرح المذهب للشيرازي ، دار عالم الكتب الرياض ، ٢٠٠٣م .
- النووي ، يحيى بن شرف (ت ٦٧٦ هـ) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، ط ٣ ، إشراف زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي ، ١٩٩١م .
- الهيتمي ، أحمد بن محمد ، (ت ٩٧٢ هـ) الفتاوى الفقهية الكبرى ، المكتبة الإسلامية .

الفقه الحنبلي

- البهوتي ، منصور بن يونس ، (١٩٨٣م) كشف القناع عن متن الإقناع ، عالم الكتب ، بيروت .
- البهوتي ، منصور بن يونس ، (ت ١٠٥١ هـ) ، عالم الكتب ، بيروت .
- المرادوي ، علي بن سليمان ، (ت ٨٨٥ هـ) ، الإصناف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ، ط ١ ، تحقيق محمد الفقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ١٩٥٧م .

- ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله ، (٩٦٣ م) الكافي في فقه الإمام المجلد أحمد بن حنبل ، ط١، منشورات المكتب الإسلامي ، دمشق .
- ابن تيمية ، أحمد بن عبد الحليم ، الفتاوى الكبرى ، دار الكتب العلمية .
- الرحيباني ، مصطفى السيوطي ، (ت١٢٤٣هـ) ، مطالب أولي النهى ، المكتب الإسلامي ، دمشق ، ١٢٤٣ هـ .
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمود (ت٦٣٠هـ) ، المغني ويلييه الشرح الكبير، بعناية جماعة من العلماء، دار الكتاب العربي، بيروت ، ١٩٧٢ م .
- ابن مفلح المقدسي، محمد بن مفلح (ت٧٦٢ هـ) ، الفروع ، تحقيق أبو الزهراء حزم القاضي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ١٤١٨ هـ .

المذهب الظاهري

- ابن حزم ، علي بن أحمد ، (ت٤٥٦هـ) المحلى ، تحقيق د. عبد الغفار البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت .

المذهب الزيدي

- العنسي الصنعاني ، أحمد بن قاسم ، التاج المذهب لأحكام المذهب ، مكتبة اليمن .
- المرتضى، أحمد بن يحيى ، (ت٨٤٠ هـ) البحر الزخار ، وبهامشه كتاب جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار ، محمد الصعدي ت٩٥٧ هـ ، مراجعة عبد الله الصديق وعبد الحفيظ عطية، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة .

كتب فقهية عامة

- بدران ، بدران أبو العنين ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ، دار النهضة العربية ، بيروت .
- الأبياني ، محمد زيد ، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، مكتبة النهضة، بيروت - بغداد .
- البوطي، محمد سعيد، فقه السيرة، دراسات منهجية علمية لسيرة المصطفى عليه السلام وما تتطوي عليه من عظات ومبادئ وأحكام، دار الفكر، الطبعة الثامنة ١٩٨٠ م .
- ابن جزيء ، محمد بن أحمد (ت٧٤١ هـ) ، القوانين الفقهية، مجلد واحد .
- الدريني ، محمد فتحي ، (٩٦٧ م) نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ط١ مؤسسة الرسالة ، بيروت .

- الدريني ، محمد فتحي ، (١٩٨٤م) نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ط٤ مؤسسة الرسالة ، بيروت .
- الدريني ، محمد فتحي ، (١٩٨٤م) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، ط٣ ، مؤسسة الرسالة بيروت . .
- الدريني ، محمد فتحي ، (١٩٩٤م) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ، ط١ ، مؤسسة الرسالة .
- الدعاس ، عزت عبيد، (١٩٦٥م) القواعد الفقهية ، المذكورة في أول المجلة ، ط١ ، مكتبة دار الدعوة، حمص .
- الزحيلي، وهبة، (٢٠٠٢م) العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر ، سورية.
- الزرقا ، أحمد بن محمد ، (١٩٩٨م) شرح القواعد الفقهية ، ط٥، دار القلم دمشق .
- الزرقا ، مصطفى أحمد، (٢٠٠٤م) المدخل الفقهي العام ، ط٢، دار القلم ، دمشق .
- زيدان ، عبد الكريم، بحوث فقهية ، مؤسسة الرسالة - مكتبة القدس .
- زيدان ، عبد الكريم ، (١٩٩٨م) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، ط١٥ ، مؤسسة الرسالة، مكتبة القدس ، .
- السباعي ، مصطفى ، (١٩٦٢م) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ط٥ ، دمشق .
- السرطاوي، محمود علي، (١٩٩٧م) شرح قانون الأحوال الشخصية، ط١، دار الفكر، عمان، .
- الأشقر، عمر سليمان، (٢٠٠١م) الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ط٢، دار النفائس.
- الشوكاني ، محمد بن علي ، (ت ١٢٥٠هـ) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ط١، تحقيق محمود زايد ، دار الكتب العلمية، بيروت .
- الغندور، أحمد، (١٩٧٢م) الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ط١، مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، مكتبة الفلاح، .
- فقه العقوبات، منشورات جامعة القدس المفتوحة، ط١، برنامج التربية، رقم المقرر ٥٤٣٢ .
- قدري ، محمد ، (١٩٨٥م) الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ، منشورات دار الحكمة ، دمشق .
- محمد عميم الإحسان، (١٩٨٦م) قواعد الفقه ، ط١، الصدف ببلشرز ، كراتشي ، .

- ملحم، أحمد سالم، (١٩٩٨م) الشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية الأردني ، ط ١ ، مكتبة الرسالة الحديثة،
- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، (١٩٨٦م) الموسوعة الفقهية ، ط ١ .
- أبو يحيى، محمد حسن، (١٩٨٩م) القصاص في النفوس في الشريعة الإسلامية، ط ١ دارعمار .

كتب السياسة الشرعية

- الجويني ، عبد الملك بن عبد الله ، (١٤٠١هـ) الغياثي، غياث الأمم في التياث الظلم، ط٢، تحقيق د. عبد العظيم الديب، المكتبات الكبرى.
- خلاف، عبد الوهاب، (١٣٥٠هـ) السياسة الشرعية أو نظام الدولة الإسلامية في الشؤون الدستورية والخارجية والمالية، المكتبة السلفية، القاهرة.
- ابن القيم ، محمد بن أبي بكر، (ت ٧٥١هـ)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المؤسسة العربية للطباعة والنشر، ١٩٦٦م.
- القرضاوي، يوسف ، (١٩٩٨م) السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، ط ١ مكتبة وهبة، مصر.
- قرعوش، كايد يوسف، (١٩٨٧م) طرق انتهاء ولاية الحكام ، ط ١، في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- الدريني، فتحي ، (١٩٨٢م) خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم ، ط ١ ، مؤسسة الرسالة.
- منصور، محمد خالد، (١٩٩٨م) السياسة الشرعية وقواعدها فيما لا نص فيه، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٢٥، العدد ٢ .

كتب القضاء الشرعي

- أحمد فتحي، (١٩٨٣م) نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي ، ط ٤، دار الشروق بيروت.
- أحمد ،حسن صبحي ، عقوبة المتهم في الفقه الإسلامي ، بحث منشور مجلة المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب ، الرياض .

- إبراهيم ، أحمد إبراهيم ، (١٣٤٧هـ) طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بما جاء في القوانين الوضعية وما عليه العمل اليوم في المحاكم الشرعية ، المطبعة السلفية ومكتبتها ، القاهرة .
- أبو البصل، عبد الناصر موسى، (٢٠٠٠م) نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، ط١، دار النفائس، عمان.
- أبو البصل ، عبد الناصر موسى ، (١٩٩٩م) شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي ، ط١، دار الثقافة.
- بهنسي ، أحمد فتحي ، (١٩٨٣ م) الجرائم في الفقه الإسلامي ، ط٥، دراسة فقهية مقارنة ، دار الشروق بيروت .
- بهنسي ، أحمد فتحي، (١٩٨٧م) الخصومة في الفقه الحنائي الإسلامي ، ط١، دار الشروق.
- بهنسي ، أحمد فتحي، (١٩٨٣م) نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، ط٤، دار الشروق.
- التجكاني ، محمد الحبيب ، النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات في القانون الوضعي ، دار الشؤون القضائية العامة ، بغداد ، دار النشر المغربية .
- الترهوني، محمد أحمد ضو، (١٩٩٣ م) حجية القرائن والإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط١، دراسة مقارنة في ضوء الفقه والقضاء، منشورات جامعة قان يونس بنغازي.
- الحصري، أحمد، (١٩٧٩م) علم القضاء ، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي ، الشهادة، الإقرار اليمين، المستندات الخطية الخبرة ، المعاينة ، مكتبة الكليات الأزهرية.
- الحميضي، عبد الرحمن إبراهيم، (١٩٨٩م) القضاء نظامه في الكتاب والسنة ، ط١ ، جامعة أم القرى معهد البحوث العلمية و إحياء التراث الإسلامي ، مكة المكرمة.
- داود ، أحمد محمد علي ، (١٩٩٩م) القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- داود ، أحمد محمد علي ، (١٩٩٧م) القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- دبور، أنور محمود، (١٩٨٢م) القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي ، بحث مقارن، دار الثقافة العربية.

- نياب، زياد صبحي علي ، الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون ، بدون معلومات عن النشر .
- الزحيلي ، محمد ، (١٩٩٤م) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ، في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ط٢، مكتبة المؤيد، الرياض، مكتبة دار البيان، دمشق .
- الزحيلي، محمد مصطفى، (١٩٨٢م) أصول المحاكمات الشرعية والمدنية ، جامعة دمشق ، مؤسسة الوحدة .
- أبو زهرة، محمد، (١٩٦٩م) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي .
- الصدر الشهيد ، عمر بن عبد العزيز (ت ٥٣٦هـ) ، شرح أدب القضاء للخصاف، ط١، (ت ٢٦١هـ)، تحقيق محي الدين هلال السرحان ، الدار الوطنية للتوزيع والإعلان بغداد، مطبعة الإرشاد ١٩٧٨م .
- زيدان، عبد الكريم، (١٩٨٤م) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ، ط١، مطبعة العاني .
- السويلم ، بندر بن فهد ، (١٩٨٧م) المتهم ، معاملته وحقوقه في الفقه الإسلامي ، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض .
- ابن الشحنة، ابراهيم بن محمد، لسان الحكام في معرفة الأحكام، منشورات دار الفكر .
- شرفي، عبد الرحمن محمد، (١٩٨٦م) تعارض البيئات القضائية في الفقه الإسلامي ، دراسة فقهية قانونية تطبيقية مقارنة، مكتبة الكملابي ، القاهرة .
- صالح، عبد الغفار إبراهيم ، (١٩٨٩م) القصاص في النفس في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، ط١، مكتبة النهضة المصرية .
- الطرابلسي، علاء الدين علي بن خليل ، (ت ٨٤٤هـ) ، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، ويليه لسان الحكام في معرفة الأحكام ، لأبي الوليد إبراهيم المعروف بابن الشحنة ، منشورات دار الفكر .
- عثمان، محمد رأفت ، (١٩٨١م) سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بالأمر التي تمنع الاستمتاع، دار الكتاب الجامعي، دار الأنصار ، مصر .
- عزايزة ، عدنان حسن ، (١٩٩٠م) حجية القران في الشريعة الإسلامية ، ط١، دار عمار ، عمان .
- العمروسي ، أنور، (٢٠٠٥م) أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية .
- عودة، عبد القادر، (١٩٩٢م) التشريع الجنائي الإسلامي ، مقارنة بالقانون الوضعي ، ط١١ ، مؤسسة الرسالة، بيروت .

- ابن فرحون، إبراهيم بن محمد، (٢٠٠١م) تبصرة الحكام، في أصول الأفضية ومناهج الأحكام خرج أحاديثه وعلق عليه، الشيخ جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الكردي، أحمد الحجي، بحث مقارن بين الشريعة الإسلامية والمسيحية واليهودية، والقوانين العربية، دار اليمامة.
- أبو الليل، أحمد، المعاقبة على التهمة في الفقه الإسلامي، بحث منشور مجلة المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض.
- اللهيبي، مطيع الله دخيل الله سليمان الصرهيد، (١٩٨٣م) العقوبات التفويضية وأهدافها في الكتاب والسنة، ط١، جدة.
- ابن معجوز، محمد، (١٩٨٤م) وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، ط١، دار الحديث الحسنية.
- هاشم، محمود محمد، (١٤٠٨هـ) القضاء و نظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية مطابع جامعة الملك سعود.
- الهندي، محمد أمين كامل، (١٩٩٥م) دعوى التفريق للشقاق والنزاع أمام المحاكم الشرعية الأردنية، ط١، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، الأردن.
- ياسين، محمد نعيم، (١٩٩٩م) نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية، ط١، وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفائس، عمان.

كتب القانون

- أحمد، محمود مطلوب، و الجميلي خالد رشيد، الفقه الجنائي، جامعة بغداد.
- إبراهيم، أكرم نشأت، (١٩٦٥م) الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، دراسة مقارنة، دار ومطابع الشعب، العراق.
- إسماعيل، محمد عبد الشافي، (١٩٩٢م) مبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع، ط١، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار المنار.
- البرزنجي، عصام عبد الوهاب، (١٩٧١م) السلطة التقديرية للإدارة والرقابة الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- التحيوي، محمود السيد عمر، (١٩٩٩م) نطاق سلطة القاضي في إصدار الأمر القضائي وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

- التكروري، عثمان، (٢٠٠٢م) الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، رقم ٣ لسنة ٢٠٠١، الجزء الأول، الاختصاص، الدعوى، الخصومة، طباعة ومونتاج إسلام محمد عطية.
- الجبوري، أبو اليقضان عطية، (١٩٨٦م) اليمين والأثار المترتبة عليه، ط٢، دار الندوة الجديدة بيروت .
- جمال الدين، سامي، (١٩٩٢م) قضاء الملازمة والسلطة التقديرية للإدارة، دراسة تحليلية مقارنة للسلطة التقديرية للإدارة في إصدار القرارات الإدارية والرقابة القضائية عليها دار النهضة العربية، القاهرة .
- جمال الدين، سامي، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية .
- الخصري، الطب الشرعي والبحث الجنائي، بدون معلومات عن النشر.
- الحلو، ماجد راغب (١٩٨٨م)، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، فرنسا، مصر، لبنان، دار الجامعة، بيروت.
- ذيبان، جمال مولود، (١٩٩٢م) ضوابط صحة وعدالة الحكم القضائي في الدعوى المدنية، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد.
- زكي، محمود جمال الدين، (٢٠٠١م) المبادئ العامة في نظرية الإثبات في القانون الخاص المصري، مطبعة جامعة القاهرة .
- أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي.
- سعد، أحمد محمود، (١٩٨٨م) السلطة التقديرية للقاضي المدني، ط١، ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة .
- سلامة، مأمون محمد، (١٩٧٥م) حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، دار الفكر العربي.
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، (١٩٨٢م) الوسيط في شرح القانون المدني، ط٢، دار النهضة العربية .
- سويدان، مفيدة سعد، (١٩٨٥م) نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي.
- شقفة، محمد فهد، (١٩٨٩م)، الإثبات بالبينة الشخصية في القضايا المدنية والتجارية والشرعية والجزائية في ضوء القانون والفقهاء والإجتهاد، ط١، مطبعة زيد بن ثابت، دمشق .
- شوشاري، صلاح الدين، (٢٠٠٢م)، الوافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ط١، دار المناهج .

- العشماوي ، محمد وعبد الوهاب ، (١٩٥٧م)، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن ، المطبعة النموذجية ، مكتبة الآداب ومطبعتها بالجماميز .
- عمر ، نبيل اسماعيل ، (١٩٨٤م)،سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ط١، منشأة المعارف،الاسكندرية .
- عمر ، نبيل اسماعيل ، (١٩٨٦م)، أصول المرافعات المدنية والتجارية ، ط١،التنظيم القضائي ، اختصاص المحاكم ،نظرية الدعوى ، نظرية الطلبات القضائية ، نظرية الدفوع ،منشأة المعارف ، الاسكندرية.
- أبو العنين ، عبد الفتاح محمد ، الإسلام والأسرة ، دراسة مقارنة في ضوء المذاهب الفقهية وقوانين الأحوال الشخصية ، بدون معلومات عن النشر .
- الغريب، محمد عيد ، (١٩٩٦-١٩٩٧م)، حرية القاضي الجنائي في الإقتناع اليقيني وأثره في تسبيب الأحكام الجنائية، دار النهضة العربية .
- فتيان، فريد،(١٩٨٦م)، شرح قانون الأحوال الشخصية مع تعديلات القانون وأحكام محكمة التمييز، ط٢، دار واسط.
- فهمي ، وجدي راغب،(١٩٧٧م)، الموجز في مبادئ القضاء المدني ، ط١، دار الفكر العربي .
- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.قانون اتحادي لسنة١٩٧٢م.
- قانون الأحوال الشخصية الكويتي.لم تذكر المذكرة القانونية رقم القانون وسنته.
- قانون الأحوال الشخصية التونسي،قانون مؤرخ عام ١٩٥٧م.
- القانون المدني الأردني ،قانون مؤقت رقم(٤٣)لسنة١٩٧٦، ط٥، المكتب الفني بإدارة المحامي إبراهيم أبو رحمة،عمان١٩٩٤م
- القضاة، مفلح عواد،(١٩٩٠م)، البيئات في المواد المدنية والتجارية، ط١،دراسةمقارنة ، المطابع التعاونية ، عمان.
- مرقس، سليمان ، شهادة الشهود والقرائن وحجية الشيء المحكوم فيه والمعانية والخبرة في تقنينات البلاد العربية ، معهد البحوث والدراسات العربية ، المنظمة العربية للتربية والعلوم .
- مليجي،أحمد أعمال القضاة ، الأعمال القضائية ، والأعمال الولائية ، والأعمال الإدارية مكتبة دار النهضة العربية ، القاهرة .
- محمد ، فاضل زيدان،(١٩٩٩م)،سلطات القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ، ط١، مكتبة دار الثقافة،عمان.

- الناهي، صلاح الدين، (١٩٨٣م)، مبادئ التنظيم القضائي والتفاضي والمرافعات في المملكة الأردنية الهاشمية، ط١، دارالمهد.
- نشأت، أحمد، رسالة الإثبات، أركان الإثبات، عبء الإثبات، طرق الإثبات، الكتابة شهادة الشهود. والكتاب بدون معلومات عن النشر.
- والي، فتحي، (١٩٧٥م)، مبادئ قانون القضاء المدني، ط١، دار النهضة العربية.
- أبو الوفا، أحمد، (١٩٦٥م)، المرافعات المدنية والتجارية ط٨، دار المعارف.
- أبو الوفا، (١٩٦٧م)، أحمد، نظرية الدفوع في قانون المرافعات ط٤، دار المعارف الاسكندرية.

كتب اللغة والمعاجم والتعريفات

- أنيس، إبراهيم وآخرون، (١٩٧٢م)، المعجم الوسيط، أشرف على طباعته، حسن على عطيه، ومحمد شوقي أمين، الطبعة الثانية، القاهرة.
- البستاني، عبد الله، (١٩٨٠م)، معجم وسيط اللغة العربية، مكتبة لبنان.
- الجرجاني، علي بن محمد، (ت ٨١٦ هـ)، التعريفات، ط١، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت ١٤٠٥ هـ.
- الجوهري، إسماعيل، (١٩٩٩م)، الصحاح، أو تاج اللغة وصحاح العربية، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ذبيان، سامي، (١٩٩٠م)، قاموس المصطلحات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ط١، وآخرون، الناشر رياض الريس للكتب والنشر.
- الرازي، محمد بن أبي بكر، (١٩٩٨م)، مختار الصحاح، ط١، تحقيق يحيى خالد توفيق، مكتبة الآداب.
- ابن فارس، أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، ط١، وضع حواشيه إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٩٩م.
- الفيومي، أحمد بن محمد (ت ٧٧٠ هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المطبعة الأميرية، مصطفى السقا ١٩٣١م.
- الكرمي، حسن، (١٩٩١م)، الهادي إلى لغة العرب، ط١، دار لبنان للطباعة والنشر، بيروت.
- كورنو، جيرار، (١٩٨٨م)، معجم المصطلحات القانونية، ط١، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.

- الكيالي ، عبد الوهاب ، (١٩٨٣م) ، **موسوعة السياسة** ، ط١ ، المؤسسة العربية للدراسات والنشر .
- ابن منظور ، محمد بن مكرم ، (ت ٧١١هـ) ، **لسان العرب** ، ط١ ، دار صادر ، بيروت ، ١٩٥٦م .
- اللجمي ، أديب ، (١٩٩٥م) ، **معجم اللغة العربية** ، ط١ ، أحدث موسوعة باللغة العربية بالتسلسل الأبجدي ، عالم المعرفة ، .
- مجمع اللغة العربية ، **المعجم الوجيز** ، من منشورات المعجم ، الطبعة الثانية ، مصر .
- المرسي ، علي بن إسماعيل ، (٢٠٠١ م) ، **المحكم والمحيط الأعظم** ، ط١ ، تحقيق عبد الحميد هنداوي ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- المطرزي ، ناصر بن عبد السيد (ت ٦١٠هـ) ، **المغرب** ، معجم لغوي ، تحقيق محمود فاخوري وعبد الحميد مختار ، مكتبة أسامة بن زيد ، حلب .
- النسفي ، نجم الدين بن حفص ، (٩٨٦م) ، **طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية** ، ط١ ، تحقيق الشيخ خليل الميس ، دار القلم بيروت ، .
- نخلة ، موريس وآخرون ، (٢٠٠٢ م) ، **القاموس القانوني الثلاثي** ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، .

كتب التراجم والسير

- ابن خلكان ، أحمد بن محمد ، **وفيات الأعيان** ، تحقيق الدكتور إحسان عباس ، دار الثقافة ، بيروت .
- الذهبي ، محمد بن أحمد ، (ت ٧٤٨هـ) ، **ميزان الاعتدال** ، ط١ ، تحقيق علي محمد البجاوي ، دار إحياء الكتب العربية ، مطبعة عيسى الحلبي ، مصر ١٩٦٣ م .
- الذهبي ، محمد بن أحمد (ت ٧٤٨هـ) ، **المغني في الضعفاء** ، ط١ ، تحقيق أبي الزهراء حازم القاضي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م .
- الذهبي ، محمد بن أحمد ، **تذكرة الحفاظ** ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- الذهبي ، محمد بن أحمد بن عثمان ، (١٤٢١هـ) ، **سير أعلام النبلاء** ، ط١ ، مؤسسة الرسالة .
- الزركلي ، خير الدين ، (١٩٨٤م) ، **الأعلام** ، ط٦ ، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين ، دار العلم للملايين ، بيروت .
- السبكي ، عبد الوهاب بن علي ، (ت ٧٧١هـ) ، **طبقات الشافعية الكبرى** ، ط١ ، تحقيق محمود الطناجي ، وعبد الفتاح الحلو ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، ١٩٦٤م .

- ابن العماد الحنبلي، عبد الحي، (١٩٧٩م)، *شذرات الذهب في أخبار من ذهب*، ط٢، دار المسيرة، بيروت.
- ابن قاضي شهبة، أبي بكر بن أحمد، (ت٨٥١هـ)، *طبقات الشافعية*، تحقيق عبد الحلیم خان، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، الهند ١٩٧٨م.
- الكتبي، محمد بن شاكر، *فوات الوفيات*، مكتبة النهضة المصرية، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد.
- كحالة، عمر رضا، *معجم المؤلفين*، تراجم مصنفی الكتب العربية، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

الرسائل الجامعية والأبحاث

- بركات، محمود محمد ناصر، (٢٠٠٤م)، *السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي*، رسالة دكتوراة، غير منشورة، جامعة دمشق. دمشق، سوريا.
- العمر، أيمن محمد، (٢٠٠٢م)، *المستجدات في وسائل الإثبات*، رسالة دكتوراة، غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.
- الكيلاني، عبد الله إبراهيم، (١٩٩٤م)، *السلطة العامة وقيودها في الدولة الإسلامية*، رسالة دكتوراة، غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

الملاحق

فهرس الآيات

الصفحة	السورة والآية	الآية
		سورة البقرة
٣٨	البقرة ٢٣٦	لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ
٨٣	البقرة ٢٢٠	يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ
٩٠	البقرة، ٢٣٣	لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا
٩٠، ٣٨	البقرة، ٢٣٦	عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ
٩٤	البقرة ٢٠٤	وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا
٩٥	البقرة ٢٠٥	إِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ
٩٥	البقرة ٢٨٢	مَنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ
١٢٨	البقرة ١٩٤	فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ
١٤٤	البقرة، ٢٨٢	أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى
٢٢٦	البقرة ١٧٨	فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أُخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ
٢٩٥	البقرة ٢٣٣	وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ

سورة آل عمران

١٨٣	آل عمران ٤٤	وَمَا كُنْتُمْ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَفَلَمَأْهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ
-----	-------------	--

سورة النساء

٣٩	النساء ٣٥	وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا
----	-----------	--

٥٧	النساء ٥٨	إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ
٥٨،٤٤٤	النساء ١٢	وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ
١٤١	النساء ١٣٥	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ
٢٧٥	النساء ٩٢	وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا
٢١٣،٢١٠	النساء ٣٤	وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ

سورة المائدة

٣٧	المائدة ٩٥	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيِّدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ
٣٩	المائدة ٣٣	إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ
٩٤	المائدة ١٠٦	اِثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ
١٦٠	المائدة ١٠٧	فَأَخْرَانِ يَوْمَئِذٍ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلِيَانِ
١٨٥	المائدة ٩٠	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ
١٩٨،١٧٣	المائدة ٩٣	لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوا
٢٠١	المائدة ٤٥	وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ
٢٢٦،٣٩	المائدة ٣٤	إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ
٢٣٣	المائدة ٣٢	وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا
٧٤	الأعراف ٣٣	وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ

سورة التوبة

١٦٤،١٦٣	التوبة ١١١	إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا
٢١١	التوبة ١١٨	وَعَلَى الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ خَلَفُوا حَتَّىٰ إِذَا ضَاقَتْ عَلَيْهِمُ الْأَرْضُ

سورة يوسف

٣٣	يوسف ٢٦،٢٥	قَالَ هِيَ رَاوَدْتَنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ
----	------------	--

يوسف ٢٦ ١٧٠،٦٤،٣٤،٣٣ "إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قَبْلِ فَصَدَقْتَ"

يوسف ١٦ ١٧١ وَجَاءُوا آبَاهُمْ عَشَاءً يَبْكُونَ

يوسف ١٨ ١٧١ وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ يَدَمٍ كَذِبٍ

سورة الحجر

الحجر ٧٥ ١٧٥،١٧٤ إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّلْمُتَوَسِّمِينَ

سورة النحل

النحل ٤٣ ١٠٥،٧٤ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ

النحل ١٠٦ ١٢٣ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ

سورة الإسراء

الإسراء ٧٠ ١ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ

الإسراء ٣٦ ١٧٨ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ

سورة الأنبياء

الأنبياء ٧٨ ٣٤ وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَمُّ الْقَوْمِ

الأنبياء ٧٩ ٣٥ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا

الأنبياء ٧ ٧٤ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ

الأنبياء ١ ١٤٥ وَهُمْ فِي غَفْلَةٍ مَّعْرُضُونَ

سورة النور

النور ٢ ٢٢٦،٢٠٠،١٩٨ وَلَيَسْهَدُ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ

النور ٢ ٢٢٦،٢٠٠ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ

النور ٢ ٢٢٦ الزَّانِيَةَ وَالزَّانِيَ فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ

سورة الروم

الروم ٢١ ٣٠٤،٢٩٢ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا

سورة الصافات

الصافات ١٣٩،١٤٠،١٤١ ١٨٢ وَإِنَّ يُونُسَ لَمِنَ الْمُرْسَلِينَ، إِذْ أَبَقَ إِلَى الْفُلْكِ

سورة محمد

محمد ٣٠ ١٧٨،١٧٤ لِأَرْبَابِكُمْ فَلَعَنَ قَتْنَهُمْ بِسِيمَاهُمْ وَلِنَعْرِفَنَّهُمْ فِي لَحْنِ الْقَوْلِ

سورة الفتح

وَتُعَزَّرُوهُ وَنُوَقِّرُوهُ ٢ الفتح ٢١٠

سورة الحجرات

إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ ١٢ الحجرات ٧٤

سورة الملك

فَامْتَنُوا فِي مَنَاقِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ ١٥ الملك آية ١٢٨

سورة المعارج

وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ * لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ ٢٤-٢٥ المعارج ١٩٧

فهرس الأحاديث والآثار

١ سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله

١ والله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها "

١٢ فاقدروا قدر الجارية الحديثة السن

٢٥ كان بنو إسرائيل يسوسهم أنبياءهم

٤٣ كيف تصنع إن عرض لك قضاءً

٤٤ "إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران

٤٥ اقض بينهما يا عمرو ، فقال: أنت أولى بذلك

٢٢٧،٢٢٥،٤٧،٤٥ أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود

٤٩ لما اعتمر النبي في ذي القعدة

١١٦،٥٠ عدا يهودي في عهد رسول الله ﷺ على جارية

١٩٥،١٣٨،٥١ جاء معز بن مالك إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله طهرني

١٩٦،٥١ جاءت الغامدية فقالت يا رسول الله إني زنيت وإني أريد أن تطهرني

- ١٩٦،١٣٧٥٢ لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت
- ٥٣ دخل علي رسول الله ﷺ ذات يوم وهو مسرور
- ٥٤ أن قوما باليمن حفروا زبية لأسد فوقع فيها فتكأب الناس
- ٥٥ أنه كان في اليمن فأتي بامرأة وطئها ثلاثة نفر في طهر واحد
- ٥٧ إذا ضيعت الأمانة فانتظر الساعة
- ٥٨ فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلي إليك
- ٥٧ عن أبي بكر قضى في الحاجب إذا أصيب حتى يذهب شعره بموضحتين
- ٥٩ عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى في امرأة توفيت وترك زوجها
- ٦٠ روي عن ابن عباس أنه قال : يزداد في دية المقتول في الأشهر الحرم
- ٦٠ أن رجلا كان يقود أعمى فوقعا في بئر فخر البصير ووقع الأعمى
- ٦١ أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها
- ٦٢ أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو
- ٦٢ أنه رفع إليه رجل قالت له امرأته شبهني
- ٦٣ قال في المفوضة أقول فيها برأيي
- ٦٣ أن غلاما خاصم أمه عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فجحدته
- ١٧٧،٦٥ أن رجلين من قريش دفعا إلى امرأة مائة دينار وديعة
- ٦٦ إن شابا شكأ إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه نفرا
- ٧٠ أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الألبتين خدلج الساقين
- ٧٠ كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص
- ١٠١ إنما بنيت المساجد لذكر الله والحكم

- ١٠١ جنبوا مساجدكم مجانينكم ورفع أصواتكم وخصوماتكم
- ١٠١ إن المساجد لم تبن لهذا إنما بنيت لما بنيت له
- ١٠١ هلا سألوه إذا لم يعرفوه ، إنما شفاء العي السؤال
- ١٠٨ ومن ادعى حقا غائبا أو بينة فاضرب له أmdا ينتهي إليه
- ١٧٢ واغد يا أنيس على امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها
- ١١٨،١١٤ لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم
- ١٢٩،١١٥ بعثني رسول الله أنا والمقداد والزبير فقال: انطلقوا حتى تأتوا روضة خاخ
- ١١٥ لا يحل لمسلم أن يروع مسلما
- ١١٥ من نظر إلى مسلم نظرة يخيفه فيها بغير حق
- ١١٨ حبس رجلا اتهمه المسروق منه بسرقة وقد صحبه في السفر
- ٢١٥،٢١١،١٢٠،١١٨ أن النبي ﷺ حبس في تهمة.
- ١٢٠ حبس في تهمة يوما وليلة استظهارا واحتياطاً
- ١٢٧،١٢٠ أن قوما من الكلاعيين سرق لهم متاع فاتهموا أناسا من الحاكة
- ١٢١ أن رجلين من غفار أقبلا يريدان الإسلام حتى إذا كانا قريبا من المدينة أمسيا
- ١٢١ أتيت النبي ﷺ بغريم لي فقال : الزمه
- ١٢٣ تجاوز الله عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه
- ١٢٨،١٢٤ إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام
- ١٢٥ أن رسول الله ﷺ قاتل أهل خيبر حتى الجأهم إلى قصرهم ، فغلب على الأرض
- ١٢٦ يا رسول الله إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي
- ١٢٧ إن سيدي اتهمني فأقعدني على النار حتى احترق فرجي فقال عمر رضي الله عنه

- ١٢٨ لما صالح أهل خيبر على الصفراء والبيضاء
- ١٦٤،١٥٩،١٣٤ شاهداك أو يمينه
- ١٣٣ أن رجلا استضاف ناسا من هذيل فأرسلوا جارية تحتطب
- ١٣٩ قتل الله لا يودي والله أبدا
- ١٣٩ أتيت وأنا باليمن بامرأة فسألته؟ فقالت: ما تسأل عن امرأة حبلى ثيب
- ٢٤٢،١٤٥ لا شهادة لجارّ المغنم ولا لدافع المغرم
- ١٥٣ احلف بالله الذي لا إله إلا هو ماله عندي شيء
- ١٥٣ اليمين على نية المستحلف
- ١٥٥ احلف بالله الذي لا إله إلا هو ما له عندك شيء
- ١٥٦،١٥٥ دعا رجلا من علماء اليهود فقال أنشدك بالذي أنزل التوراة على موسى
- ١٦٦،١٥٩،١٣٤ البينة على المدعي واليمين على من أنكر
- ١٦٤،١٥٩ من حلف على يمين يستحق بها مالا هو فيها فاجر لقي الله
- ١٦١،١٥٩ اختصم في دار مع ابن مطيع إلى مروان بن الحكم
- ١٦٠ أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته ثم أتى رسول الله ﷺ فقال أني طلقت امرأتي
- ١٦٠ عمر أنه حلف لأبيّ حين تحاكما إلى زيد في مكانه ، وكانا في بيت زيد
- ١٦٠ لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر إليهم ولا يزكّيهم ولهم عذاب أليم
- ١٦١ لا يحلف عند هذا المنبر عبد ولا أمة على يمين آثمة ولو على سواك
- ١٦١ لا يحلف أحد على منبري كاذبا ، إلا تبوأ مقعده من النار
- ١٧٢ استعمل قدامة بن مظعون على البحرين وهو خال حفصة وعبد الله بن عمر
- ١٧٥،١٧٤ اتقوا فراسة المؤمن فإنه ينظر بنور الله

- ١٧٥،١٧٤ إن الله عبادا يعرفون الناس بالتوسم
- ١٨٤ أنه أتته امرأة فقالت يا أمير المؤمنين زوجي خير الناس يصوم النهار
- ١٧٦ عنه أنه أتى يوما بفتى أمرد وقد وجد قتيلا ملقى على وجه الطريق
- ١٧٨ إنما أنا بشر ، إنكم تختصمون إلي ، فلعل بعضكم أن يكون أبلى من بعض
- ١٨٣ أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم
- ١٨٣ بينما نحن عند رسول الله ﷺ إذ أتاه رجل من اليمن وعلي بها
- ١٨٤ أن رجلين ادعيا دابة ولم تكن لهما بينة فأمرهما النبي ﷺ أن يستهما على اليمين
- ١٨٤ أن رجلين تداريا في بيع وليست بينهما بينة فأمرهما رسول الله ﷺ أن يستهما على اليمين
- ١٨٤ اختصم رجلان إلى رسول الله ﷺ في أمر ف جاء كل واحد منهما بشهداء عدول
- ١٨٧،١٨٤،١٧٨ أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ فأتى كل واحد منهما بشهود
- ١٨٤ لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه
- ١٨٥ اختصم رجلان إلى النبي ﷺ في بغير كل واحد منهما آخذ برأسه
- ١٨٥ أن رجلين ادعيا دابة فأقام كل واحد منهما شاهدين ف قضى بها رسول الله
- ١٩٨ اقض بيننا بكتاب الله ، وقال الآخر وهو أفقههما أجل يا رسول الله
- ٢٢٤،٢٠٠ أنه أتى بسارق قطعت يده ثم أمر بها فعلق في عنقه
- ٢٠٣ من قتل له قتيلا فهو بخير النظرين إما أن يؤدي وإما أن يقاد
- ٢٠٤،١٩٧،١٧٢ ادعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله
- ٢١٦،٢١٥،٢١١ لا تجلدوا فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله
- ٢١٣ من غش فليس مني
- ٢١٣ قتل رجل من حمير رجلا من العدو ، فأراد سلبه

- ٢١٤ فإننا أخذوها وشطر ماله
- ٢١٥ يا نبي الله إني اشتريت خمرا لأيتام في حجري
- ٢١٦، ٢١٥ من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين
- ٢١٦ إنه ستكون هنات وهنات، فمن أراد أن يفرق أمر هذه الأمة
- ٢٢٣ بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم
- ٢٢٣ إن شريحا يقرئكم السلام ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه

THE PERSONAL JUDICIAL AUTHORITY OF THE JUDGE IN ISLAMIC JURISDICTION AND ITS APPLICATION IN ISLAMIC SHARIA COURTS

**By
Mohammad Al- Omari**

**Supervisor
Dr. Diab Aql Maharmeh**

ABSTRACT

This dissertation tackles the personal judicial authority of the judge and its application in Islamic Sharia courts, a topic which has often been visited by Muslim Jurisprudents “Faqihs” both in the past and in the present times – though under different names such as “the independent judgment of the judge”, the discernment of the judge, “the assessment of the judge”, the viewpoint of the judge”, etc. The dissertation defines the concept of the personal judicial authority and studies its nature, boundaries, legitimacy, controlling factors, rationale and fields.

The dissertation also examines the aspects of this authority according to the type of judicial work and illustrates all cases where the judge enjoys personal judicial authority. It substantiates every case by invoking the viewpoint(s) of jurisprudents from different authentic schools of thought. It also attempts to examine these viewpoints and pieces of evidence, and identifies the most relevant and accurate point of view, and therefore, shows whether or not the judge enjoys personal judicial authority in that case.

The dissertation is made up of two parts. The first part casts light on the judge’s authority whether it relates to that authority directly or indirectly.

The second part deals with the application aspect of the judge’s personal judicial authority in contemporary judicial system through judicial laws such as the origins “usual” of Sharia trials, personal statute, etc.

At the end of the dissertation, I conclude that the judge used to enjoy broader personal authority in the centuries when jurisprudence laws were not yet written, and that this authority began to be restricted more and more when these laws were written. In the past, the judge’s authority was not questioned as is the case nowadays. It is appropriate to conclude that this personal judicial authority of the judge is indispensable and not primarily in the interest of the judge; rather, it is in the interest of truth and justice.