

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

أصول الأحكام

الشرعية الجزائية

الدكتور

إمامة علي بن أبي طالب الرضا

تقديم الدكتور
نوح القضاة

إشراف الدكتور
محمد نعيم ياسين

دار الفائق
للنشر والتوزيع - الأردن

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

أصول الحاكيات
الشرعية الجزائية

رفع
عبد الرحمن العجوي
أسكنه الله الفردوس

حقوق الطب مع محفوظة

١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٥ م

الطبعة الأولى



دار النفايس

للنشر والتوزيع - الأردن

العبدلي مقابل عمارة جوهرة القدس

ص.ب: ٩٢٧٥١١ - عمان ١١١٩٠ الأردن

هاتف: ٥٦٩٣٩٤٠ ، فاكس: ٥٦٩٣٩٤١

بريد الكتروني: ALNAFAES@HOTMAIL.COM

أصول المحاكمات الشريعة الجزائية

الدكتور

إمامة علي مصطفى الفقيه الرابعة

تقديم الدكتور
نوح القضاة

إشراف الدكتور
محمد نعيم ياسين



دار الفقيه
للنشر والتوزيع - الأردن

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الأهداء

إلى :

- ✽ سيد الأولين وآخرين - صلى الله عليه وسلم -
- ✽ والدي العزيزين...
- ✽ مشايخي وأساتذتي الأجلاء...
- ✽ أهل بيتي المخلصين...
- ✽ إخوتي الأكارم...
- ✽ أولادي الأعزاء ...
- ✽ زملائي الأفاضل...

...أهدي هذا العمل راجياً من الله
تعالى القبول

تقريظ من سماحة الشيخ

الدكتور نوح القضاة حفظه الله ورعاه

الحمد لله الذي وفق من أحبهم إلى خدمة الإسلام، والصلاة والسلام على رسوله المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه الذي الذين بلغوا من بعده الرسالة، وأدوا الأمانة، ونصحوا للأمة اقتداء بمعلمهم الأول ﷺ وبعد:

فقد استنار المسلمون بنور الإسلام قروناً طويلة تحقق لهم فيها ما أمر الله تعالى به من عدل وإحسان، إذ كان الإسلام هو المنهاج المتبع في أمورهم الخاصة والعامة، فسعدوا به في الدنيا، ويسعدون به في الآخرة إن شاء الله تعالى.

وكانت الحرب متلاحقة بين المسلمين وأعدائهم ليميز الله بها الخبيث من الطيب ويتحقق ما أئذر به سبحانه فقال: ﴿ وَلَا يَزَالُونَ يُقَاتِلُونَكُمْ حَتَّى يَرُدُّوكُمْ عَن دِينِكُمْ إِنِ اسْتَطَاعُوا ﴾ وفي هذا العصر كان الغزو الثقافي والفكري أشد من الغزو العسكري لأنه صادف عهد ركود بين المسلمين فأراد إبعادهم عن الإسلام مصدر عزتهم وباعث نهضتهم، وجامع كلمتهم، ففشت بين الناس جهالة بالدين بسبب التعتيم على حقائق الإسلام ومصطلحاته، حتى صار بعض المثقفين يستقون كل شيء من الأعداء، ويظن أن الإسلام لم يعالج ولم ينظم القضايا العملية والاجتماعية والسياسية إذ هو - في نظره - علاقة بين الإنسان وربّه فقط، وغاب أو غيب عن الأذهان أن الدين الذي سير مركبة الحياة ثلاثة عشر قرناً سيرة سعيدة لا بد أن يحوي على أنظمة تفصيلية لكل نواحي الحياة.

وإذا كان أعداؤنا يريدون إطفاء نور الله بأفواههم وإعلامهم وثقافتهم، فإن الله يأبى إلا أن يتم نوره ليظل هدى للناس ورحمة وحجة عليهم أيضاً، فنشط علماء المسلمين في تقديم الإسلام وأنظمتها المختلفة بأساليب حديثة مما يألّفه الناس،

ومصطلحات جديدة جرت بها ألسنتهم، وتواطأ عليها مثقفوهم، أما الحقائق والمصادر فهي حقائق الإسلام ومصادره، وكتب في كل النظم الحياتية ما يسهل على المسلمين فهم دينهم ليسعوا بعد ذلك إلى تطبيقه في حياتهم.

وكانت لغة الكتابة لغة التحدي والاعتزاز والمقارنة ليظهر لكل منصف أن ما شرعه الله للناس لا يسمو إليه ما شرع الناس للناس.

ومن هذه المؤلفات الكتاب الذي أقدم له بهذه السطور فإن الناس إذا ذكرت لهم أصول المحاكمات الجزائية تذكروا أبنية المحاكم الحديثة، وإجراءاتها الجديدة وهيئاتها التي لم يقرؤوا عنها في التاريخ فظنوا أن المضمون أيضاً جديد، وأن المسلمين ما عرفوا مثل هذه الترتيبات التي يراد بها- كما يقول أصحابها- قمع الجريمة وتحقيق العدالة، وإنصاف المظلوم المعتدى عليه، وما دروا أن المهم هو المضمون، وأنه كان متحققاً على أفضل صورة في ظل الشريعة الإسلامية، وأن ما في الإسلام يجب أن يتقدم الناس للوصول إليه والعمل به.

وقد قام الدكتور أسامة الفقير- حفظه الله- بتجلية هذه الحقيقة فقدمها في ثوب جديد، وراعى الاصطلاحات الجديدة، وتبع الإجراءات التي شرعها الإسلام لمكافحة الجريمة، وكشف مرتكبها، ثم معاقبته وفقاً لإجراءات قضائية عادلة تجنب المجتمع ويلات الجريمة، ولا تظلم المجرم وإن كان قد فعل ما فعل، بل تردعه وتردع به غيره، فإن الله تعالى يقول: ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ ﴾ [الشورى: ٤٠].

والمحاكمة النزيهة تجنب المجرم أن يقع عليه ظلم فتزداد عدواته للمجتمع وحقده عليه، كما أن المحاكم ليست معصومة من الخطأ، فإذا ظهر الخطأ بصورة واضحة كان لا بد من تصحيح الوضع وفقاً لإجراءات دقيقة تمنع التلاعب بالقضاء.

كل هذا وغيره أوضحه الباحث وبين أصوله في المصادر الفقهية الإسلامية

فجزاه الله خيراً ونفع بعلمه، ووفقه للمزيد من البحوث النافعة للأمة والتي نرجو أن تجد طريقها إلى التنفيذ.

وقد ساعده على ذلك معرفته عن قرب بالإجراءات المتبعة الآن في هذا الموضوع كما ساعده على إنجاز هذا البحث القيم أنه من أسرة علمية معروفة، عرف فيها الكثير مما يحتاج إليه الباحث من مصادر وكتب وملاحظات علمية تؤخذ بالتلقي، فوالده سماحة الشيخ الدكتور علي الفقير من أهل العلم المعروفين في الأردن، وكذلك أعمامه وأخواله وجده من قبل، فكانت هذه الثمرة المباركة من تلك الشجرة الطيبة.

وقبل الختام أشير إلى حقيقة هي أن الإسلام وضع إجراءات تربوية واحتياطات اجتماعية ومسلكية تبعد الجريمة عن المجتمع، وتجعل المسلم يربأ بنفسه عنها، فهي معصية وخروج على أمر الله قبل أن تكون عدواناً على شخص أو جماعة، لكن الناس هم الناس يتنازعهم الخير والشر ولا بد من العقوبة والجزاء.

وإن القارئ لهذا البحث وأمثاله يشعر بأن حياة المسلمين لم تكن بدائية كما يظن البعض وبني على ذلك أن ما صلح للأمس لا يصلح لليوم، بل هي حياة متعددة الجوانب مرتبة مهذبة مقننة يشهد لهذا الإجراءات المتبعة لإحقاق الحق وإبطال الباطل، ولا يسع المتأمل إلا أن يقول: (في ديار المسلمين كانت دولة عظيمة متحضرة).

ونرجو الله تعالى أن يوفق الدكتور أسامة إلى مزيد من البحوث والإنتاج العلمي النافع الذي يساهم في صحوة المسلمين واستقلالهم الفكري والحضاري وتقدمهم نحو الإسلام.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

المُلخَصُ

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد:
فهذا كتاب بحث فيها الإجراءات الشرعية التي تحدد اختصاص السلطة القضائية ونشاطها في كل ما يفيد في نسبة الجرائم -التي لله فيها حق- إلى فاعلها ، والحكم عليه ، وتنفيذ الحكم ، وطرق الطعن في الحكم ، وإعادة المحاكمة ، وأثر المخالفة في ذلك كله .

يتناول الكتاب مراحل معالجة الجريمة منذ حصولها إلى أن يتم تنفيذ الحكم في فاعلها، وتبين أن الشريعة منحت عملية التقاضي في الجزائيات ضمانات حسن سير العدالة، ابتداءً بالتحقيق ، والتوكيل بالخصومة، ومكان المحاكمة، ووقتها، وعلايتها أو سريتها ، وتسهيل التقاضي، والمساواة بين الخصوم، وسيرة القاضي في الأحكام ، وانتهاءً بإبرام الأحكام ونقضها ، وأثر مخالفة أصول المحاكمات الشرعية الجزائية .

ويؤكد هذا الكتاب أن أصول المحاكمات الشرعية الجزائية نظام قائم بذاته ، وأنه متميز بالأصالة ، ومتفوق في سهولة التطبيق. وتؤكد أن مدى فعالية أي تشريع وأي قانون إنما هو مرهون ببقية الأنظمة والقوانين الشرعية الأخرى .

ويظهر هذا الكتاب مدى التوازن الذي حققته الشريعة بين حق الأمة في العقاب وحق الأفراد في الحرية، وبين المصلحة العامة ، والمصلحة الخاصة، وهذا ما لم تقدر عليه قوانين كثيرة، فمنها من أرادت حماية الفرد فأفسدت مصلحة الجماعة ، ومنها من أرادت تحقيق مصلحة الجماعة متناسية أهمية مصلحة الفرد وحقوقه .

وصدق الله العظيم إذ يقول : ﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا ﴾ [سورة المائدة، آية رقم ٣] .

والحمد لله رب العالمين

أسامة علي مصطفى الفقير الربابعة

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، وأفضل الصلاة وأزكى التسليم على سيد الأولين
والآخرين ، سيدنا وشفيعنا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه أجمعين ، وعلى
من سار على نهجه واستن بستته واهتدى بهديه إلى يوم الدين .

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده ، شهادة حق وصدق تنفعنا يوم نلقاه ، ولا
أبتغي بها أحداً سواه ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، وصفيه من خلقه وخليله ،
بلغ الرسالة ، وأدى الأمانة ، ونصح الأمة ، وكشف الغمة ، وأنار لنا الطريق ،
فجزاه الله خير ما جزى نبياً عن أمته ، وصلى عليه صلاة يرضى بها عنا بكرمه
وفضله ، اللهم آمين .

يقول عز من قائل : ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعهَا وَلَا تَتَّبِعْ
أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴿١٨٩﴾ إِنَّهُمْ لَن يُغْنُوا عَنْكَ مِنَ اللَّهِ شَيْئًا وَإِنَّ الظَّالِمِينَ بَعْضُهُمْ
أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمُتَّقِينَ ﴿١٩٠﴾ . [الجاثية : ١٨-١٩] .

أما بعد :

فإن الشريعة الإسلامية افتخرت على سائر الشرائع ، وساد بها المسلمون منذ
أقدم العصور ، حتى صارت مضرب المثل ، وسارت بذكرها الركبان حتى عمت
مشارك الأرض ومغاربها ، فحملت معها العدل للناس ، وأهدت لهم مع عدلها طريق
الخلاص ، فكسبوا نعيم الدنيا ، وحسن ثواب الآخرة بما هو المأمول عند الله تعالى .
وحق لكل ناهل من معينها الذي لا ينضب أن يفاخر الدنيا بما حصله منها ؛
لأنه سعادة في الدنيا ، ونجاة في الآخرة ، وهذا رجاؤنا بالله ، وأملنا بعفوه وكرمه ،
إنه سميع مجيب . ومن علوم الشريعة علم الفقه الذي أفاض العلماء في ذكره ،
ونقلوا النصوص في مدحه ، ويكفيها في هذا المقام ، قول رسول الله ﷺ : « من يرد
الله به خيراً يققه في الدين » ^(١) .

(١) (البخاري/العلم/باب من يرد الله به خيراً يققه في الدين/ح٧١) (مسلم/الزكاة/باب النهي عن
المسألة/ح١٠٣٧) (ابن ماجه/المقدمة/باب فضل العلماء والحث على طلب العلم/ح٢٢١)
(الدارمي/المقدمة/باب الاقتداء بالعلماء/ح٢٢٤) (مالك/الجامع/باب جامع ما جاء في أهل القدر/
ح١٦٦٧) (أحمد/عن معاوية رضي الله عنه/ح١٦٣٩٢) .

ومن فضله أن المسلم به يعرف الحلال من الحرام ، والصواب من الخطأ ،
فينجو المتقي المتبع ، ويهلك المجاهر المبتدع .

ولقد رتب الشرع على مخالفة أوامره عظيم العقوبة ، وفي الدنيا قبل الآخرة
ليذوق وبال أمره ، ويمجأى بشرُّ عمله .

وهذا هو موضوع هذه الرسالة في جانب من جوانبها ، فإنها تتعلق بالفقه
الجزائي من الشريعة الإسلامية .

وفقه الجزاء ينقسم إلى قسمين :

الأول : قسم يحدد الأفعال التي تعد جرائم ، سواء أكان الفعل إيجابياً أم
سلبياً ، ثم يحدد العقوبة الخاصة بكل فعل .

وهذا القسم هو ما يعرف بالجنايات أو العقوبات .

الثاني : قسم يحدد الإجراءات التي يتم من خلالها تطبيق الأحكام السابقة ،
وكيفية الوصول بالطرق الصحيحة الشرعية إلى أن ينال كل جان جزاءه ، وأن لا ينال
ذلك إلا الجاني ؛ حتى لا يؤدي الإخلال بالوسيلة إلى ظلم ، ولو كانت النتيجة صحيحة
أو موافقة للشرع ؛ لأن الوسيلة يجب أن تكون مشروعة كذلك . وهذا القسم هو ما
يعرف بأصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، أو أصول الإجراءات الجزائية الشرعية .

وهذا هو موضوع رسالتي هذه ، وقد بحثه العلماء في ثنايا كتبهم تحت أبواب
فقهية عديدة ، وأفاضوا في بحث هذه الموضوعات ، حتى ظننت أن بالإمكان جمع هذه
المادة العلمية في عنوان واحد هو :

(أصول المحاكمات الشرعية الجزائية)

والحاجة إن لم تكن ماسة في الزمن السابق إلى جمع هذه الأصول والإجراءات ،
إلا أن الحال قد تغير وتبدل ، وأصبح من الضرورة بمكان جمع هذه الأصول في
عنوان واحد .

وهي ذات الحاجة التي دفعت الفقهاء إلى بحث هذه الإجراءات ، مع أنها لم
تكن موجودة على هذا النحو في عصر النبي ﷺ . ويقول الإمام الكاساني أثناء
حديثه في شرعية بعض هذه الإجراءات : « فأما اليوم فقد فسد الزمان ، وتغير

الناس ، فهان العلم وأهله ، فوقعت الحاجة إلى هذه التكاليفات للتوسل إلى إحياء الحق وإنصاف المظلوم من الظالم» (١).

وقصد بهذه التكاليفات بعضاً من الإجراءات المتبعة في التقاضي مما لم يرد به نص أو أثر.

وعدم ورود النص ببعض جزئياتها لا يعني ارتفاع صفة الشرعية عنها، بل هي شرعية من حيث الأصل والفرع .

فإن كثيراً من الأصول الإجرائية مرتبطة بمقاصد الشريعة في الحفاظ على المصالح المشروعة وفي دفع المفسدات الممنوعة ، وبذا تكتسب شرعيتها من نبل غايتها وسلامة وسيلتها ، وفق أحكام الشريعة العامة .

وبذا لا يستقيم قول من قال : إن مثل هذه الأصول لم يتطرق إليها الفقهاء بحجة أنها متروكة لتقدير الحاكم بحسب زمانه ومكانه ؛ لأن الفقهاء وضعوا الضوابط والأصول اللازمة والقواعد العامة لهذا العلم . وهي مبنوثة في أبواب متعددة من كتب الفقه ، وهي الحدود والدعوى والقضاء والشهادات والإقرار والسياسة الشرعية أو الأحكام السلطانية .

ولعل هذا ما شكل صعوبة في جانب من جوانب هذا البحث ، وخصوصاً إذا ما قارنا مصادر البحث في الفقه الإسلامي ومصادره في القانون الوضعي من حيث اجتماع هذه المصادر في باب واحد أو كتاب واحد ، وهذا دافع من دوافع الكتابة في هذا البحث (٢) .

(١) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص١٢). وقد أورد ذلك في كتاب آداب القاضي ، وفي فصل بيان آداب القضاء .
(٢) وعن هذه الصعوبة يتحدث الدكتور عثمان عبد الملك يرجه الله في بحثه عن حق الأمن الفردي ، بعد أن أثبت وعورة المسلك في مثل هذه الأبحاث لأنها أرض بكر لم يتم الاعتناء بها بالشكل المطلوب ، حيث يقول : « وليس من نافلة القول أن نشير ونحن في هذا الصدد إلى أنه إذا كان من اليسير على من يريد وضع دراسة متكاملة عن هذا الموضوع في القانون الوضعي أن يجمع شتاته من كتب هذا القانون، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة لحق الأمن الفردي في الإسلام ، حيث تواجه الباحث صعوبات جمة بسبب تناثر حقائق هذا الموضوع في بطون العديد من أمهات كتب الفقه وعلم الأصول والحديث وشرحه والتفسير » . (عثمان عبد الملك/ حق الأمن الفردي/ ص ٢) .

هدف الدراسة ومبرراتها :

ولقد قصدت من اختيار هذا العنوان عدة أمور :

- ١- جمع المعلومات المتعلقة بأصول المحاكمات الشرعية الجزائية في عنوان واحد، تسهياً للرجوع إليها على الباحثين.
- ٢- الاطلاع على آراء العلماء والفقهاء في الموضوعات التي لها صلة بالعنوان، وجمعها ومعرفة آرائهم حولها ، واستدلالاتهم عليها ومناقشتهم لها ، للخروج بفائدة من جملة آرائهم ، والإثراء من أفكارهم واجتهاداتهم ، جزاهم الله خيراً .
- ٣- معرفة التوجه العام عند علماء الشريعة ، والذي يستتبط من جملة آرائهم ، وإبراز الخط التشريعي المتميز للفقهاء الإسلامي في معالجة الموضوعات المطروحة تحت هذا العنوان .
- ٤- تأكيد استقلالية الفقه الإسلامي ، كونه مؤثراً في غيره وليس العكس ، وإظهار صلاحيته للقيادة في كل زمان ومكان ، نظراً لاستمداده جملة الأحكام المتعلقة بالموضوع من نصوص القرآن العظيم والسنة النبوية المشرفة .
- ٥- استخلاص جملة من الضوابط والأصول والقواعد العامة لمفردات العنوان، ذلك أن كل مفردة تستحق أن تكون بمفردها بحثاً مستقلاً بذاته ، ولو أردت التفصيل في كل مسألة ما تم الأمر ولا أمكن حصزه ، إلا أن في ذكر الضوابط والأصول ما يغني في كثير من الأحيان عن التفصيل .

الدراسات السابقة :

أما الجهود السابقة التي لها تعلق بموضوع هذا الكتاب فهي عديدة ومفيدة ، إلا أن بعضاً منها اقتصر على جزء من مفردات العنوان ؛ كالاختصاص القضائي ، أو الحكم القضائي ، أو التنفيذ للأحكام القضائية ، وغيرها ، وليست أصول المحاكمات الشرعية الجزائية مقتصرة على هذه العناوين .

أما القسم الآخر من هذه الجهود فكان له اتصال بموضوع الكتاب من حيث التطرق إلى الأصل العام لنظرية أصول المحاكمات ، دون تمييز بين فروعها الثلاثة الجزائية والمدنية والأحوال الشخصية ، وسيتبين في هذا الكتاب أن للجزائية تميزاً

خاصاً عن غيرها في كثير من الجوانب ، بل وفي أهم هذه الجوانب .
ومن الكتب السابقة التي لها علاقة بموضوع البحث: وقفت على الكتب
التالية:

- ١- نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، د. محمد نعيم ياسين ، رسالة دكتوراه نوقشت في الأزهر ١٩٧٢م إشراف الدكتور عبد الغني عبد الخالق.
- ٢- شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي ، د. عبدالناصر أبو البصل ، رسالة ماجستير من الجامعة الأردنية ، نوقشت ١٩٨٨م.
- ٣- نظرية الحكم القضائي ، د. عبد الناصر أبو البصل ، رسالة دكتوراه ، تونس. نوقشت ١٤١٢هـ / ١٩٩١م ، وصدرت الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م عن دار النفائس للنشر والتوزيع - الأردن.
- ٤- تنفيذ العقوبة في الفقه الإسلامي والتشريع المصري العام / د. حامد محمد شمروخ / رسالة دكتوراه / نوقشت في ٤-٦-١٩٧٥ / إشراف د. خليل الجراحي.
- ٥- إجراءات التقاضي في الشريعة الإسلامية وأنظمة المملكة العربية السعودية / ناصر بن فنيخر الفريدي / رسالة دكتوراه / الجامعة الإسلامية / ١٤٠٥هـ الدراسات العليا الفقه
- ٦- تنازع الاختصاص بين المحاكم الشرعية والجهات القضائية في مصر / رسالة ماجستير / عبد الله سيد محمد الذكر / ١٩٧٣. / مصر
- ٧- إعادة المحاكمة ، خالد رضوان منور الوريكات / رسالة ماجستير / إشراف أ.د. علي الصوا / نسخة في الجامعة الأردنية تحت الرقم ٢١٦، ١ ر.ج

منهجية البحث :

- لقد اعتمدت في إعداد هذا الكتاب منهجية البحث العلمي من حيث:
- ١- التبع والاستقراء من المصادر الفقهية القديمة والحديثة لكل ما يتعلق بالموضوعات المطروحة ، وتكوين فكرة عامة عن مفردات الموضوع .
 - ٢- ذكر آراء الفقهاء الواردة في مفردات الكتاب ، مقتصرأً في أغلب الأحيان على

آراء العلماء من المذاهب الأربعة ، إلا أن بعض المسائل قد تحتاج إلى ذكر آراء العلماء من مذاهب أخرى ، فأوردها في مقامها ، وذلك بحسب الحاجة إليها .

٣- تحليل المعلومات والنصوص الفقهية ومقارنتها واستنباط الأصول العامة ، والخروج بتائج تفيد في مجال موضوع الكتاب ، وبذل الجهد المستطاع في التوفيق بين آراء العلماء المتعارضة ، فإن لم يمكن كان الترجيح والخروج برأي من جملة الآراء .

٤- مقارنة الشريعة في بعض صورها وجوانبها مع القوانين الوضعية عموماً ، ومع الفقه الوضعي كذلك^(١) ، والمقارنة في بعض الصور لما أخذت به القوانين الشرعية الجزائية في بعض الدول الإسلامية والتي يعتمد نظام القضاء فيها على أحكام الفقه وآراء الفقهاء^(٢) .

٥- عزو الآيات القرآنية ، و تخريج الأحاديث النبوية الشريفة .

أما الآيات فأذكر اسم السورة ثم رقم الآية .

وفي الحديث النبوي الشريف ، أرجع الحديث إلى المصادر التي أخذت منها ، فإن كان في الكتب التسعة عدا مسند الإمام أحمد ، فأذكر اسم المصدر الذي أخرجه ، وأتبعه باسم الكتاب ، ثم أشير إلى أنه من باب كذا ، وأتبعها برقم الحديث رامزاً للحديث بالحرف (ح) .

فإن كان في مسند الإمام أحمد ذكرته ، وذكرت رقم الحديث ، وذكرت اسم الصحابي الذي روى الحديث .

ثم إن كان الحديث في أحد الكتب المسندة الأخرى ، فأكتفي بذكر الجزء والصفحة ورقم الحديث إن وجد .

ثم إن كان الحديث في كتب الشروح والتخريج ، ورأيت أنه يحتاج إلى ذكر ، ذكرتها بعد الكتب المسندة لمن أراد الاستزادة حتى يتيسر للباحثين الرجوع إليها .

وراعيت في ترتيبها عند الذكر الترتيب الذي ذكرته الآن ، فالكتب التسعة ثم المسندة الأخرى ، ثم كتب الشروح والتخريج .

(١) الأصل أن لفظة الفقه خاصة بعلم الشريعة بحسب اصطلاح أهل الشريعة ، إلا أن الاستخدام هنا ورد

على أصل الكلمة في اللغة ، وهو بهذا يشمل الفقه الإسلامي والفقه الوضعي .

(٢) كما هو الحال في الإمارات العربية المتحدة ، والمملكة العربية السعودية .

٦- توثيق النصوص الواردة في الكتاب بذكر اسم المؤلف ابتداءً ويكون مختصراً قدر الإمكان ، مع الاحتفاظ بالألقاب والأوصاف العلمية ، مع تقديري واحترامي لكل من نقلت عنهم واستفدت من علمهم .
وبعد اسم المؤلف يأتي ذكر رقم الجزء ، ويرمز للجزء بـ (ج) ، وبعدها رقم الصفحة ويرمز لها بـ (ص) .

٧- ترجمة الأعلام الواردة في الكتاب ممن ليسوا من الصحابة الكرام ، أو من أصحاب المذاهب المشهورة الأربعة رضي الله عنهم أجمعين ، وكذلك رواة الأحاديث، خشية الإطالة . مع إلحاق الكتاب بمخلص باللغتين العربية والإنجليزية ، وفهارس للمراجع التي رجعت إليها في إعداد هذه الرسالة فهرس للموضوعات.

خطة البحث :

وقد جاءت خطة بحث هذا الكتاب مقسمة إلى خمسة فصول ومقدمة وخاتمة.

❖ المقدمة .

❖ الفصل الأول : مفهوم أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية .

❖ المبحث الأول : تعريف أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية لغة واصطلاحاً .

• المطلب الأول : أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية لغة .

• المطلب الثاني : أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية اصطلاحاً .

❖ المبحث الثاني : الألفاظ ذات الصلة بأصول المحاكمات الشرعية الجزائرية .

• المطلب الأول : أصول المحاكمات الشرعية المدنية في المعاملات

والأحوال الشخصية .

• المطلب الثاني : علم العقوبات الشرعية .

• المطلب الثالث : علم الشروط والوثائق .

• المطلب الرابع : نظام القضاء وأدب القضاء وعلم القضاء .

❖ المبحث الثالث : أهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية وأهمية تقنينها .

• المطلب الأول : أهمية أصل هذا العلم .

- المطلب الثاني : مظاهر أهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية.
- المطلب الثالث : أهمية تقنين أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية .

❖ الفصل الثاني : أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية السابقة للدعوى .

❖ المبحث الأول : ولاية الجرائم .

- المطلب الأول : ولاية الشرطة .
- المطلب الثاني : ولاية الحسبة .
- المطلب الثالث : ولاية المظالم .

❖ المبحث الثاني : التحقيق الابتدائي .

- المطلب الأول : البحث والكشف .
- المطلب الثاني : التفتيش .
- المطلب الثالث : الحبس بالتهمة .
- المطلب الرابع : الضرب بالتهمة .

❖ الفصل الثالث : أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية في رفع الدعوى .

❖ المبحث الأول : مفهوم الدعوى الجزائرية وأقسامها .

- المطلب الأول : تعريف الدعوى الجزائرية لغة واصطلاحاً وبيان مشروعيته.

- المطلب الثاني : أقسام الدعوى الجزائرية والآثار المترتبة عليها .

❖ المبحث الثاني : أركان وشروط الدعوى الجزائرية .

- المطلب الأول : أركان الدعوى الجزائرية .
- المطلب الثاني : شروط الدعوى الجزائرية .

❖ المبحث الثالث : أطراف الدعوى الجزائرية .

- المطلب الأول : التفريق بين المدعي والمدعى عليه .
- المطلب الثاني : المدعى عليه جزائياً .
- المطلب الثالث : التوكيل بالخصومة .

❖ المبحث الرابع : الادعاء الجزائري في حق الله الخالص والحق المشترك .

- المطلب الأول : وجود الدعوى الجزائية .
- المطلب الثاني : حق الادعاء الجزائي .
- ❖ الفصل الرابع : أصول المحاكمات الشرعية الجزائية في المحكمة ونظر الدعوى .
- ❖ المبحث الأول : تخصيص القضاء .
- المطلب الأول : مبدأ تخصيص القضاء .
- المطلب الثاني : تنازع الاختصاص عند الادعاء .
- المطلب الثالث : تنازع الاختصاص عند التعدد .
- المطلب الرابع : الشورى في القضاء .
- ❖ المطلب الخامس : درجات التقاضي .
- ❖ المبحث الثاني : أصول نظر الدعوى الجزائية .
- المطلب الأول : أصول المحاكمة الشكلية .
- المطلب الثاني : سيرة القاضي في الأحكام .
- المطلب الثالث : أعوان القضاء .
- ❖ المبحث الثالث : أصول البيئات الجزائية .
- المطلب الأول : الشهادة .
- المطلب الثاني : الإقرار .
- المطلب الثالث : اليمين .
- المطلب الرابع : الأصول المشتركة في كل البيئات .
- ❖ المبحث الرابع : إصدار الأحكام .
- المطلب الأول : تعريف الحكم وبيان شروطه وأنواعه .
- المطلب الثاني : ما يعتبر حكماً وما لا يعتبر .
- المطلب الثالث : الأحكام الشكلية في إصدار الأحكام .
- المطلب الرابع : الآداب المتعلقة بإصدار الأحكام .
- ❖ الفصل الخامس : أصول المحاكمات الشرعية الجزائية بعد المحاكمة .
- ❖ المبحث الأول : أصول إبرام الأحكام الشرعية الجزائية ونقضها .

- المطلب الأول : إبرام الأحكام القضائية .
- المطلب الثاني : نقض الأحكام القضائية .
- ❖ المبحث الثاني: أصول تنفيذ الأحكام الشرعية الجزائية .
- المطلب الأول : اقتصار التنفيذ على ما هو مطلوب .
- المطلب الثاني : الاتزان والاعتدال عند إقامة العقوبة .
- المطلب الثالث : الحفاظ على الحرمات .
- المطلب الرابع : تناسب الشدة في التنفيذ مع الجريمة .
- المطلب الخامس : أن يكون التنفيذ مشهوداً .
- المطلب السادس : أن يكون التنفيذ بإذن الإمام .
- ❖ المبحث الثالث : أثر مخالفة أصول المحاكمات الشرعية الجزائية .
- المطلب الأول : ما لا أثر له في حال المخالفة .
- المطلب الثاني : ما له أثر عند المخالفة .

❖ ثم الخاتمة ، وفيها أهم نتائج البحث .

وهذا الكتاب يلقي بعضاً من الضوء على ما كان يتمتع به القضاء في الإسلام مما يجعل المسلم في افتخار واعتزاز دائمين أنه ينتمي لهذه الأمة العظيمة ، وأنه من أتباع سيد البشر سيد الأولين والآخرين محمد ﷺ وعلى آله وصحبه أجمعين .

ومما زادني فخراً وتيهاً : وكدت بأخمصي أطأ الثريا

دخولي تحت قولك يا عبادي : وأن صيرت أحمد لي نبياً

وقد روي أن الخليفة المنصور وصل المدينة حاجاً ، فتظلم منه الحمالون ، فكتب إليه محمد بن عمران^(١) قاضي المدينة رسالة طلب فيها الحضور مع المتظلمين ، فأمر المنصور كاتبه أن ينادي : « أيها الناس إن أمير المؤمنين يقرأ عليكم السلام ،

(١) محمد بن عمران بن إبراهيم بن محمد بن طلحة التيمي ، وكنيته أبو سليمان ، ولي القضاء لبني أمية ، ثم لبني هاشم ، ومات وهو على القضاء بالمدينة سنة ١٥٤ هـ ، فبلغ موته أبا جعفر المنصور فقال: اليوم استوت قريش، وكان رجلاً مهيباً صارماً جليلاً . (ابن حبان/الثقات/ج٧ ص٣٦٨) (الرازي/الجرح والتعديل/ج٨ ص٤١).

ويقول لكم: قد دعيت إلى مجلس القضاء ، فلا يتبعني أحد منكم ولا يكلمني ولا يقوم إليّ إذا خرجت ، فحكم عليه محمد بن عمران ، فقال له : جزاك الله عن دينك وعن نفسك وعن خليفتك أحسن الجزاء ، وأمر له بعشرة آلاف درهم « (١) .

وهذه الأمثلة وغيرها صورة مشرفة يفتخر بها المسلم ، وأدعو الله عز وجل أن يعيد أيامنا إلى سابق عهدها ، إنه على كل شيء قدير ، وما ذلك على الله بعزيز .

وفي الختام ، الشكر أولاً وأخيراً لله رب العالمين على ما أنعم به وتفضل ، فألأوه كثيرة ونعمه عديدة ، يعجز العادون عن عددها ، ويقصر جهد الحاسبين عن إدراكها .

وأقدم بجزيل الشكر ووافر الامتنان وخالص المودة والاحترام لفضيلة شيعي وأستاذي الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين على ما بذله من جهد وما قدمه من نصح ، وعلى ما رأيت منه من لطف وما أسدى إليّ من معروف ، وهو الخبير في موضوع المادة والفضليح بمفرداتها ، مع ما حباه الله تعالى من سعة اطلاع ، وما منحه إياه في هذا العلم من طول باع .

ولم يبخل على هذا الكتاب من بداية وضع الخطوط الأولى له ، بأي مرجع يثري موضوع الرسالة ، فإن كان متوافراً أرشدني إلى تحصيله ، وإن لم يكن كان كفيلاً بتحصيل ذلك من مكتبته الخاصة . فكان خير أستاذ ، وخير ناصح ، وخير مرشد ، فجزاه الله كل خير ، وأجزل له المثوبة ، ومثلي يعجز عن الوفاء بحق مثله .

فأسأل القادر على كل شيء أن يسدّ عني هذا الدين ، إنه ولي ذلك والقادر عليه . كما أتقدم بجزيل الشكر وخالص الامتنان على فضيلة والدي العزيز الدكتور الشيخ علي الفقير الربابعة وفضيلة الخال العزيز الدكتور نوح القضاة على تشجيعهم المبكر على عنوان الكتاب ، وإسداء النصح أثناء كتابته وبعد إنجازه . ثم الشكر لأساتذتي ومشايخي في كلية الشريعة في الجامعة الأردنية على ما بذلوه من جهد وإرشاد ونصح . وأخص بالذكر الأستاذ الدكتور محمد عقله الإبراهيم والأستاذ الدكتور عبد المجيد الصلاحيين والأستاذ الدكتور محمد القضاة والأستاذ الدكتور علي

(١) (النباهي/ تاريخ قضاة الأندلس/ ص ٥١) .

الصوا والأستاذ الدكتور عمر الأشقر. فقد أجادوا وأفادوا في إبداء النصيحة الخالصة وهم أهل لذلك راجياً المولى عز وجل أن يثيبهم على فعلهم خير مثوبة وأن يجزل بخالص نيتهم أجزل عطاء، وأن يبارك بهم ويمد في أعمارهم خدمة للإسلام وأهله إنه على كل شيء قدير. والشكر لكل من ساعد وأسهم في إنجاز هذا العمل وأخص بالذكر والدتي العزيزة وزوجتي المخلصة الوفيه ولأبنائي ولسائر أخوتي فرداً فرداً فلهم كل الشكر والتقدير.

ثم الشكر لجامعة اليرموك ممثلة برئيسها ولكلية الشريعة والدراسات الإسلامية ممثلة بعميدها ولسائر الأخوة الزملاء أعضاء هيئة التدريس فيها. على دعمهم ومؤازرتهم وصالح دعائهم .

ومن بعدهم الشكر لكل من أسهم في إنجاز هذا العمل ولو بأقل التقليل . نسيت منهم من نسيت وذكرت منهم من ذكرت. فلهم كل الشكر وكل التقدير اللهم إن كنا عصيانك فقد تركنا من معاصيك أبغضها إليك ، وهو الإشرار بك ، وإن كنا قصرنا عن بعض طاعتك ، فقد تمسكنا بأحبها إليك وهو شهادة أن لا إله إلا أنت ، وأن محمداً عبدك ورسولك .

والحمد لله رب العالمين

اسامة علي مصطفى الفقير الربابعة

الْفَضْلُ الْأَوَّلُ

مفهومُ أصولِ المحاكماتِ الشرعيةِ الجزائيةِ

لأصول المحاكمات الشرعية الجزائية مفهومٌ محددٌ ، يتضح من خلاله حدود موضوعه ، فيظهر ما يدخل فيه وما هو خارج عنه ، وفي هذا الفصل أعرض لبيان هذا المفهوم لغةً واصطلاحاً ، مع بيان الفرق بين هذا المفهوم وغيره مما قد يتشابه أو يتداخل معه في بعض الجوانب ، وبيان أهمية هذه الأصول وفائدة تقنينها .

وبذا يتكون هذا الفصل من ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تعريف أصول المحاكمات الشرعية الجزائية لغةً واصطلاحاً .

المبحث الثاني : الألفاظ ذات الصلة بأصول المحاكمات الشرعية الجزائية .

المبحث الثالث : أهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائية وأهمية تقنينها .

المبحث الأول

تعريف أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية لغةً واصطلاحاً

إن معرفة هذا المصطلح الذي نحن بصدد دراسته تستلزم معرفة مفرداته عند أهل اللغة وعند الفقهاء ، فإن فقه هذه المفردات في ضوء اللغة يسهل من مهمة وضع تصور صحيح للمصطلح ، ومن بعدها يتيسر الحديث عن المعنى الاصطلاحي . ولذا جاء هذا المبحث على قسمين وضعتهما في مطلبين.

المطلب الأول : أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية لغة .

المطلب الثاني : أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية اصطلاحاً .
وتفصيل هذين المطلبين على النحو الآتي :

المطلب الأول

أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية لغةً

أتناول في هذا المطلب كل مفردة على حدة ، لبيان معناها في اللغة ، واقتضى هذا أفراد كل لفظة من ألفاظ المصطلح بفرع مستقل ، فجاءت على النحو التالي :

الفرع الأول : معنى كلمة أصول لغةً .

الفرع الثاني : معنى كلمة المحاكمات لغةً .

الفرع الثالث : معنى كلمة الشرعية لغةً .

الفرع الرابع : معنى كلمة الجزائرية لغةً .

وهذا هو بيانها ، ومن الله العون والهداية .

الفرع الأول : معنى كلمة أصول لغة :

الأصول جمع أصل ، والأصلُ أسفلُ كل شيء^(١) .
وأساس الحائظ أصله ، واستأصل الشيء : ثبت أصله وقوي ، والأصلُ يراد به الحسب، فيقال : فلان لا أصل له ولا فصل . فالأصلُ الحسب والفصلُ النسب^(٢) .
وفي حديث الأضحية : « أن النبي ﷺ نهى عن المُستأصَلَة »^(٣) ، وهي التي أخذَ قرنُها من أصلِها . واستأصل الله شأفته^(٤) : أي قلعها^(٥) .
ورأي أصيلٌ : له أصلٌ أو ثابت الرأي والعقل^(٦) . وتصغير الأصل أصيلا قال النابغة^(٧) :

وقفت فيها أصيلا لأسائلها .: عيت جواباً وما بالريع من أحد^(٨)

-
- (١) (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص ١٢٤٢) (الجرجاني/ التعريفات/ ص ٤٥) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ١١ ص ١٦) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص ١٦) (الناوي/ التعاريف/ ص ٦٩) .
ويُجمع على أصول وآصال ، وأصلان ، وأصائل . قال أبو ذؤيب الهذلي :
لعمري لأنت البيت أكرم أهله .: واقعد في أفياته بالأصائل
(٢) واستأصَلَه : أي قلعَه من أصوله أو بأصولِهِ . (الناوي/ التعاريف/ ص ٦٩) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ١١ ص ١٦) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص ١٦) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص ٨) .
(٣) (أحمد/ عن عتبة السلمي/ ح ١٧٢٠٠) ، (أبوداود/ كتاب الضحايا/ باب ما يكره من الضحايا/ ح ٢٨٠٣ بالإسناد نفسه) وفيه مجهولان .
(٤) الشافعة : قرحة تخرج بالقدم فكروى فتذهب . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ٩ ص ١٦٧) .
(٥) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ١١ ص ١٦)
(٦) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ١١ ص ١٦) . وتصغيره أصيلا وأصيلا على البدل . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ١١ ص ١٧)
(٧) هو الشاعر المعروف بالنابغة الذبياني ، واسمه زياد بن معاوية بن جابر بن ضياب بن يربوع ، يكنى أبا أمامة ، وقد قال فيه عمر رضي الله عنه : أشعر العرب النابغة ، وقد كان ينشد في عهد النعمان بن المنذر . (البخاري/ التاريخ الكبير/ ج ١ ص ٢١٤) (الإصابة/ ابن حجر/ ج ٦ ص ٣٩٢ ، ٤٤١) ، (البغدادي/ تكملة الإكمال/ ج ٢ ص ٦٧١) (الجمحي/ طبقات فحول الشعراء/ ج ١ ص ٥١) .
(٨) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ١١ ص ١٧) .

الريع : المنزل والدار بعينها والوطن متى كان وبأي مكان كان . وفي حديث أسامة قال له عليه الصلاة والسلام : « وهل ترك لنا عقيل من ريع » ، وريع القوم محلتهم ، أي المنزل ودار الإقامة . (انظر : ابن =

والأصل عند الفقهاء وعند أهل المنطق : هو ما يُبنى عليه غيره^(١) ، أو ما يتفرع عليه أو المحتاج إليه^(٢) .

وقالوا : أصل كل شيء ، ما يستند وجود ذلك الشيء إليه ؛ فالأب أصل للولد ، والنهر أصل للجدول^(٣) .

أو ما يفتقر إليه ولا يفتقر هو إلى غيره^(٤) .

وعند أهل المنطق : هو ما يبنى عليه غيره ، ولا يبنى هو على غيره ، والأصل ما يثبت حكمه بنفسه ، ويبنى عليه غيره^(٥) .

والملاحظ مما سبق أن المعنى المراد لموضوع البحث قد تطرق إليه العلماء؛ فالمقصود بالأصول في هذا البحث أنها القواعد العامة التي تبنى عليها هذه الأحكام ، والتي تنظم فروعها تحت خطوط عريضة ، تكون كالأساس لهذه الفروع ، وتحكم طرق تناولها ، وحدود موضوعاتها .

والفقهاء يستخدمون كلمة الأصول في مواطن كثيرة متعددة ، للدلالة على معانٍ متقاربة تشير مجملها إلى الأساس الذي يبنى عليه غيره^(٦) .

= منظور/ لسان العرب / ج ٨ ص ١٠٢ .

وأصل الماء : إذا تغير طعمه ، وأصل الرجل : جميع ماله . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ١١ ص ١٨)
(الفيروز أبادي/ القاموس المحيط/ ص ١٢٤٢) .

وقولهم : ما فعلته أصلاً ولا أفعله أصلاً ، بمعنى ما فعلته قط ، ولا أفعله أبداً ، وانتصابه على الظرفية ، أي : ما فعلته وقتاً من الأوقات ولا أفعله حيناً من الأحيان .

والأصيل : وقت ما بعد صلاة العصر إلى الغروب . (الفيومي/ المصباح المنير/ ص ١٦) (المتناوي/ التعاريف/ ص ٧٠) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ١١ ص ١٦) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص ٨) (البعلي/ المطلع/ ص ١٠٨) .

(١) (الجرجاني/ التعريفات/ ص ٤٥) (المتناوي/ التعاريف/ ص ٦٩) .

(٢) (البعلي/ المطلع/ ص ٢٤٢) .

(٣) (المتناوي/ التعاريف/ ص ٦٩) .

(٤) (الجرجاني/ التعريفات/ ص ٤٥) .

(٥) (الجرجاني/ التعريفات/ ص ٤٥) .

(٦) يطلق الفقهاء كلمة أصل على معانٍ متعددة ؛ منها :

=

ودلالة الأصول على الفروع قوية ، وقد قيل في ذلك :

وكم قد رأينا من فروع كثيرة . : تموت إذا لم تحيين أصول^(١)

ومنه قول عمر بن عبد العزيز^(٢) رضي الله عنه في أول خطبة خطبها لما

أفضي الأمر إليه قال : « أيها الناس إنما نحن من أصول قد مضت فروعها ، فما بقاء فرع بعد أصله »^(٣) .

الفرع الثاني : معنى كلمة المحاكمات لغة :

المحاكمات جمع محاكمة ، وأصلها حَكَمَ ، والحُكْمُ : العلم والفقهِ^(٤) .

ومنه قوله تعالى : ﴿ وَءَاتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا ﴾^(١) ، أي علماً وفقهاً^(٢) .

= (أ) الدليل في مقابلة المدلول (ب) القاعدة الكلية (ج) المستصحب (د) ما يقابل الأوصاف
(هـ) أصول الإنسان (و) المبدل منه في مقابلة البدل (ز) أصل القياس (المقيس عليه) (ح)
الأصول في البيوع كالأشجار والدور (غير المنقولة) (ط) أصول المسائل في الميراث (ي) رواية
الأخبار وهو الراوي أو النسخة المنقول منها في الكتب (ك) أصول كل علم (أي قواعد العامة التي
تستخدم في دراسته) . (الموسوعة الفقهية/ج ٥ ص ٥٥، ٥٦) .

(١) من قول حاجب بن ذبيان لأخيه زرارة ، ومنها قوله :

إلا يكن عظمي طويلاً فإنني . : له بالخصال الصالحات وصول

(أبو تمام/ ديوان الحماسة/ج ٢ ص ٤٠) .

(٢) عمر بن عبد العزيز : ابن مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية ، أمير المؤمنين ، أبو حفص القرشي،
الخليفة الزاهد ، أشج بني أمية ، خامس الخلفاء الراشدين ، ولد سنة ٦٣ هـ ، وتوفي سنة ١٠١ هـ في
رجب . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ج ٥ ص ١١٤) .

(٣) (أحمد زكي صفوت/ جمهرة خطب العرب/ج ٢ ص ٢٠٢) .

ومثلاً مروية عن أكرم بن صيفي يعزي عمرو بن هند في أخيه . (انظر : أحمد زكي صفوت / جمهرة
خطب العرب/ج ١ ص ٣٧ ، ٣٨) .

ومثله قول الأصمعي سمعت أعرابياً يقول : « إذا ثبتت الأصول في القلوب نطقت الألسنة بالفروع » .
(أحمد زكي صفوت/ جمهرة خطب العرب/ج ٣ ص ٢٩١) .

ومنه : « وهل العلوم بعد الأصول المحفوظة إلا خطرات الأوهام وتنتاج العقول » . (ابن قيس/ قرى
الضيف/ ص ٤٦٤) .

(٤) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص ٦٢) (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص ١٤١٥) (ابن منظور/ لسان

العرب/ج ١٢ ص ١٤١) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص ١٤٥) .

ومنه الحديث الشريف : « الخلافة في قريش ، والحكم في الأنصار »^(٣) ،
خصّهم بالحكم ؛ لأن أكثر فقهاء الصحابة فيهم^(٤) .

والعرب تقول : حَكَمْتُ وَأَحَكَمْتُ وَحَكَمْتُ بِمَعْنَى مَنَعْتُ وَرَدَدْتُ ، ولذا قيل
للمحاكم حاكماً ؛ لأنه يمنع الظالم من الظلم^(٥) .

والقضاء من معاني الحكم ، وجمعه أحكام ، وقد حكم عليه بالأمر بحكم حُكماً ،
أي قضى ، وَحَكَمَ لَهُ وَحَكَمَ عَلَيْهِ ، وقد خصّه البعض بالقضاء العادل دون غيره^(٦) .
وقد أنشد ابن بري^(٧) :

أقادت بنو مروان قيساً دماؤنا . : وفي الله أن لم يحكموا حُكْمَ عدل^(٨)

والحِكْمَةُ : العدل . ورجل حكيم : عادل . وَأَحَكَمَ الأَمْرَ : أتقنه^(٩) .

وَحَكَمَ الشَّيْءَ وَأَحَكَمَهُ : منعه من الفساد . وكل من منعه من شيء فقد
حَكَمْتُهُ وَأَحَكَمْتُهُ^(١٠) .

(١) (سورة مريم ، آية رقم ١٢) .

(٢) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ ص١٤٠ ، ١٤١) .

(٣) (أحمد / عن عتبة بن عبد/ ج٤ ص١٨٥ / ح١٧٦٩٠) (أبو بكر الشيباني/ الأحاد والمثاني/ ج٣
ص٣٧٧/ ح١٧٨٥) (الناوي/ فيض القدير / ج٣ ص٥٠٨) .

(٤) من فقهاء الصحابة من الأنصار : معاذ بن جبل ، وأبي بن كعب ، وزيد بن ثابت . (ابن منظور/ لسان
العرب/ ج١٢ ص١٤١) .

(٥) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ ص١٤١ ، ١٤٤) .

(٦) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢/ ١٤١ ، ١٤٢) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص٦٢) (الفيروزآبادي/
القاموس المحيط / ص١٤١٥) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص١٤٥) .

(٧) ابن بري : هو أبو محمد عبد الله بن بري بن عبد الجبار المقدسي ثم المصري النحوي الشافعي، ولد
٤٩٩ هـ ، وكان ثقة وديناً ، كان يحفظ من أشعار العرب ما لا يوصف ، وكان يتحدث ملحوناً ، ويتبرم
بمن يتفاح مع أنه إمام في اللغة . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٢٠ ص٥٧٩/ ج٢١ ص١٣٧) .

(٨) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ ص١٤٢) .

(٩) (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص١٤١٥) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ ص١٤٣) (الرازي/ مختار
الصحاح/ ص٦٢) .

(١٠) (الطبري/ المغرب/ ص١٤٥) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص١٤٥) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢
ص١٤٣) (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص١٤١٥) .

وَالْحَكْمَةُ : الْقَضَاءُ (١) .

وَالْمُحَاكَمَةُ : الْمُخَاصِمَةُ إِلَى الْحَاكِمِ (٢) .

وَحَكَمْتُ بَيْنَ الْقَوْمِ : فَصَلْتُ بَيْنَهُمْ ، فَأَنَا حَاكِمٌ وَحَكَمٌ (٣) .

وَفِي الْحَدِيثِ فِي صِفَةِ الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ : « وَهُوَ الذِّكْرُ الْحَكِيمُ » (٤) . أَيِ الْحَاكِمِ

لَكُمْ وَعَلَيْكُمْ ، أَوْ هُوَ الْمُحَكَّمُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ وَلَا اضْطِرَابَ (٥) .

وَأَمَّا عِنْدَ أَهْلِ الْمَنْطِقِ وَالْكَلَامِ ؛ فَالْحُكْمُ : إِسْنَادُ الْأَمْرِ لِأَخْرَجٍ إِيْجَابًا أَوْ سَلْبًا (٦) .

وَقِيلَ فِي تَعْرِيفِهِ : إِصَابَةُ الْحَقِّ بِالْعَمَلِ وَالْحِكْمَةُ مِنَ اللَّهِ مَعْرِفَةُ الْأَشْيَاءِ

وإيجادها على غاية الإحكام ، والحكمة من الإنسان معرفة الموجودات وفعل الخيرات ،

وَالْحُكْمُ كَذَلِكَ أَنْ يَقْضِيَ عَلَى شَيْءٍ بِشَيْءٍ فَيَقُولُ : هُوَ كَذَا أَوْ لَيْسَ بِكَذَا (٧) .

وَقَالُوا فِي مَعْنَى الْمَحْكَمَةِ : الْمَحْكَمَةُ يَسْتَفَادُ مِنْهَا مَا هُوَ الْحَقُّ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ بِسَبَبِ

طَاقَةِ الْإِنْسَانِ (٨) .

أَمَّا الْمَعْنَى الْمُرَادُ فِي هَذَا الْبَحْثِ مِنْ هَذِهِ الْكَلِمَةِ فَإِنَّهُ مِنْ ضَمَنِ الْمَعَانِي الْمَذْكُورَةِ

عِنْدَ أَهْلِ اللُّغَةِ ، فَيَشْمَلُ رَفْعَ الْأَمْرِ إِلَى الْحَاكِمِ لِرَفْعِ الْخِصُومَةِ ، وَيَشْمَلُ كَذَلِكَ

الْقَضَاءَ ، وَيَشْمَلُ كَذَلِكَ الْمَنْعَ مِنَ الْفَسَادِ .

(١) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ ص١٤٢) .

(٢) (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص١٤١٥) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص٦٢) (ابن منظور/ لسان

العرب/ ج١٢ ص١٤٢) .

(٣) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص١٤٥) .

(٤) (الترمذي/ فضائل القرآن/ باب ما جاء في فضل القرآن الكريم/ ج٢٩٠٦ ، وقال: حديث غريب)

(الدارمي/ فضائل القرآن/ باب فضل من قرأ القرآن/ ج٣٣٣١ ، ٣٣٣٢) .

(٥) (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص١٤١٥) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ ص١٤١) .

وَالْحَكْمَةُ : حديدية في اللجام تكون على أنف القرس وحنكه، تمنعه من مخالفة راجبه ، وَحَكَمَةُ الْإِنْسَانِ:

مقدّم وجهه ، ورفع الله حكمته ؛ أي رأسه وشأنه . (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص١٤١٥) (ابن

منظور/ لسان العرب/ ج١٢ ص١٤٤) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص١٤٥) .

(٦) (الجرجاني/ التعريفات/ ص١٢٣) (المنائي/ التعاريف/ ص٢٩١) .

(٧) (المنائي/ التعاريف/ ص٢٩١) (الجرجاني/ التعريفات/ ص١٢٣) .

(٨) (الجرجاني/ التعريفات/ ص١٢٣) .

وبالبحث في كتب الفقه وجدت في كثير من كلام الفقهاء استخدام هذه الكلمة ، وبالمعنى المراد منها في موضوعنا هذا .

ومنه قول الإمام العز بن عبد السلام^(١) رضي الله عنه :

« وكذلك تسوية الحكام بين الخصوم في المحاكمات »^(٢) .

وقول الإمام القرافي^(٣) رضي الله عنه :

« ولا يكون أحد منهم وكيلاً في المحاكمات على المسلمين »^(٤) .

الفرع الثالث : معنى كلمة الشرعية لغةً :

الشرعية نسبة إلى الشرع ، والشرع من شرع الوارد يشرع شرعاً : ورد الماء أو تناول الماء بفيه . والشرعية والشرع والمشرعة : المواضع التي يُنحدرُ إلى الماء منها^(٥) .

والشريعة والشرعية في كلام العرب : مِشْرَعَةُ الماء ، وهي مورد الشارية التي يشرعها الناس فيشربون منها ويستقون . والعرب لا تسميها شريعة حتى يكون الماء عدلاً^(٦) لا

(١) العز بن عبد السلام : عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن حسن السلمي ، سلطان العلماء ، وياثق الملوك ، ولد بدمشق ٥٧٧هـ ، وتوفي بالقاهرة ٦٦٠هـ ، من مؤلفاته : قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، الإمام في أدلة الأحكام ، وغيرها كثير . (ابن قاضي شعبة/ طبقات الشافعية/ ج٢ ص١٠٩) .

(٢) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ ص٥١/ ج١ ص١٧٣) (الزركشي/ المتثور في القواعد الفقهية/ ج٢ ص٦٤) .

(٣) القرافي : شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجي البهنسي المصري ، انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك ، وله مؤلفات غديدة منها : كتاب القواعد (الفروق) ، وله شرح التهذيب ، وشرح المحصول ، والتفريح في أصول الفقه ، والذخيرة . (ابن فرحون/ الديباج المذهب/ ص٦٢) .

(٤) (القرافي/ الفروق/ ج٣ ص١٥) . ومثله قول الإمام السبكي في فتاويه : « والقاضي إنما يتكلم في الأمور الشرعية وفصل المحاكمات » . (السبكي/ فتاوى السبكي/ ج١ ص١٨١) .

(٥) (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص٩٤٦) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ ص١٧٥) .

(٦) الماء العبد : الذي لا يقطع . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٣ ص٢٨٥) ، وفيه الحديث : « يا رسول الله لقد أقطعت الماء العد ، فترعها ﷺ عن أقطعها إياه » والذي أقطعها له هو أيض بن حال رضي الله عنه . أخرجه الترمذي وأبو داود وابن ماجه والدارمي .

انقطاع له، ويكون ظاهراً معيناً لا يسقى بالرشاء^(١) كما أن النهار^(٢) .

وفي المثل : « أهون السقي التشرية » ، وذلك لأن مُورد الإبل إذا ورد بها الشريعة لم يتعب في إسقاء الماء لها كما يتعب إذا كان الماء بعيداً^(٣) .

وفي الحديث : « فأشْرَعَ ناقته »^(٤) ؛ أي أدخلها في شريعة الماء .

والشريعة : الطريقة الظاهرة في الدين^(٥) . وسميت بذلك لوضوحها وظهورها، وجمعها شرائع ، وشرع الله لنا كذا يشرعه : أظهره وأوضحه . والشريعة والشريعة : ما سنَّ الله من الدين وأمر به ؛ كالصوم والصلاة والحج والزكاة وسائر أعمال البر^(٦) . ومنه قوله تعالى : ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعةٍ مِّنَ الْأَمْرِ ﴾^(٧) ، وقوله

(١) الرشاء : الحبل ، والجمع أرشية . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٤ ص٣٢٣) .

(٢) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ ص١٧٥) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص١٤١) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص٣١٠) (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص٩٤٦) .

والناس في هذا الأمر شَرَعٌ : أي سواء ، وشَرَعْتُ في الأمر أَشْرَعْتُ شروعاً : أخذت فيه . وشَرَعْتُ الماء أَشْرَعْتُهُ : أوردته الشريعة . وشَرَعُ الباب إلى الطريق شروعاً : اتصل به . وشَرَعْتُهُ أنا وَأَشْرَعْتُهُ : إذا فتحته وأوصلته . وطريقٌ شَارِعٌ : يسلكه الناس عامة . وَأَشْرَعْتُ الجناح إلى الطريق : وضعته . وَأَشْرَعْتُ الرمح : أملته . (الرازي/ مختار الصحاح ص١٤١) (الفيومي/ المصباح المنير ص٣١٠) (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص٩٤٦) .

وبيت شَارِعٌ : أي قريب من الشارع الذي هو طريق الناس عامة . (المطرزي/ المغرب/ ص٢٤٨) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص١٤١) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ ص١٧٦) .

واتخذ شريعةً على الفرات : أي موضع شروء في الماء . (النسفي/ طلبة الطلبة/ ص١٥٧) .

(٣) (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص٩٤٦) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ ص١٧٥) .

(٤) (انفرد به مسلم/ الزهد والرفائق/ باب حديث جابر الطويل وقصة أبي اليسر/ ج٣٠١٤) .

والشريعة كذلك موضع على شاطئ البحر تُشْرَعُ فيه الدواب .

وشَرَعُ الطريق : إذا تبين ، وشرعي هذا : أي حسي . (الرازي/ مختار الصحاح/ ص١٤١) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ ص١٧٥) (الجزجاني/ التعريفات/ ص١٦٧) (المطرزي/ المغرب/ ص٢٤٨) (زكريا الأنصاري/ الحدود الأنيقة/ ص٦٩) .

(٥) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص١٤١) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ ص١٧٦) (المطرزي/ المغرب/ ص٢٤٨) .

(٦) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ ص١٧٥) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص١٤١) .

(٧) (سورة الجاثية ، آية رقم ١٨) .

تعالى: ﴿ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ﴾^(١)؛ قيل في تفسيره: الشريعة الدين، والمنهاج الطريق، وقيل: الشريعة والمنهاج جميعاً الطريق. وقال ابن عباس رضي الله عنه: شريعة ومنهاجاً سبيلاً وستة، وقال قتادة^(٢) رحمه الله: شريعة ومنهاجاً الدين واحد والشريعة مختلفة. وقيل: على شريعة: على مثال ومذهب^(٣).

وفي التنزيل: ﴿ شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا ﴾^(٤)؛ أي أظهر، وشرع فلان: إذا أظهر الحق وقمع الباطل^(٥).

أما الفقهاء؛ فالشُرْعُ عندهم: تجويز الشيء أو تحريمه؛ أي جعله جائزاً أو حراماً^(٦).

أو أنه نهج الطريق الواضح، واستعير ذلك للطريقة الإلهية^(٧).

أما الشريعة عندهم فهي الالتزام بالتزام العبودية^(٨).

أما الشارح فهو مبين الأحكام الشرعية والطريقة في الدين. والمشروع ما أظهره الشرع.

والدين، وما ورد به الشرع من التعبد، ويطلق على الطاعة والعبادة والجزاء

(١) (سورة المائدة، آية ٤٨).

(٢) قتادة: أبو الخطاب قتادة بن دعامة بن قنادة السدوسي، وكان أعمى، ولد سنة ٦٠هـ، ومات سنة ١١٧هـ إمام حافظ وكان من أوعية العلم، ويضرب به المثل في قوة الحفظ. (الذهبي/سير أعلام النبلاء/ج ٥ ص ٢٦٩) (الشيرازي/طبقات الفقهاء/ص ٩٤).

(٣) (ابن منظور/لسان العرب/ج ٨ ص ١٧٦) (الفيروزآبادي/القاموس المحيط/ص ٩٤٦).

(٤) (سورة الشورى، آية رقم ١٣).

(٥) والشُرْعَةُ: العادة، والشُرْعَةُ: الوتر الرقيق، وقيل: هو الوتر ما دام مشدوداً على القوس. (ابن منظور/لسان العرب/ج ٨ ص ١٧٦) (الفيروزآبادي/القاموس المحيط/ص ٩٤٦).

وشرع في الأمر: أي خاض فيه. (الرازي/مختار الصحاح/ص ١٤١) (ابن منظور/لسان العرب/ج ٨ ص ١٧٥) (الفيومي/المصباح المنير/ص ٣١٠).

(٦) (زكريا الأنصاري/الحدود الأنيقة/ص ٦٩). والأصوب أن يقال الكشف عن جوازه أو حرمة.

(٧) (المنائي/التعاريف/ص ٤٢٨).

(٨) (الجرجاني/التعريفات/ص ١٦٧) (المنائي/التعاريف/ص ٤٢٨).

والحساب^(١) .

أما الشروعُ عندهم فهو الدخول في الشيء والتلبس بفعله ، وقال بعضهم :
هو التلبس بجزء بقصد تحصيل الأجزاء الباقية^(٢) .

مما سبق ؛ فإن المقصود بوصف أصول المحاكمات الجزائية بالشرعية ونسبتها
للشريعة ، بيان أنها الواردة على نهج الشريعة وطريق الدين ، وعلى سَنَنِ الأحكام
الشرعية التفصيلية أو الكلية حتى تتميز عن غيرها من أصول المحاكمات غير
الشرعية.

الفرع الرابع : معنى كلمة الجزائية لغةً :

الجزائية نسبة إلى الجزء ، يقال : أجزأه الشيء كفأه ، وجزاك فلان كافأك ، وجزأه
وجَازَاهُ^(٣) .

يقول الشاعر :

لقد آليتُ أغدر في جداع . : إن منيتُ أمات الرباع

لأن الغدر في الأقوام عار . : وإن المرء يجزأ بالكراع

أي يكتفي به^(٤) .

وفي الحديث : « ليس شيء يجزئ من الطعام والشراب إلا اللبن »^(٥) ، أي ليس

(١) (زكريا الأنصاري/الحدود الأنيقة/ص٧٠) .

(٢) (الناوي/التعاريف/ص٤٢٨) .

(٣) (ابن منظور/لسان العرب/ج١ص٤٦) (الرازي/مختار الصحاح/ص٤٣) (المطرزي/المغرب/ص٨١)

(الناوي/التعاريف/ص٢٤٠،٢٤١) (الفيروزآبادي/القاموس المحيط/ص١٦٤٠) .

(٤) (ابن منظور/لسان العرب/ج١ص٤٦) .

الجداع : سنة شديدة تجعد كل شيء . (الميداني/مجمع الأمثال/ج٢ص٣٧٧) .

والكراع : هو مستدق الساق العاري من اللحم من البقر والغنم . (ابن منظور/لسان العرب/ج٨ص٣٠٧) .

الرباع : ما ولد من الإبل في الربيع أو ما ولد في أول التاج ، وإحسان غذائها أن لا يستقصى حلب
أمهاتها إبقاءً عليها . (ابن منظور/لسان العرب/ج٨ص١٠٥) .

(٥) (الترمذي/الدعوات/باب ما يقول إذا أكل طعاماً/ح٣٤٥٥ ، وقال هذا حديث حسن) (ابن ماجه/

الأطعمة باب اللبن/ح٣٣٢٢) (أبو داود/الأشربة/باب ما يقول إذا شرب اللبن/ح٣٧٣٠) (أحمد/عن

ابن عباس/ح١٩٧٩، ٢٥٦٥) ، وطريق ابن ماجه أصح طريق في الباب ؛ فرواه ثقات .

يكفي^(١).

وفي حديث سهل^(٢): « ما أجزأ منا اليوم أحد كما أجزأ فلان »^(٣)، أي فعل
فعلًا ظهر أثره وقام فيه مقاماً لم يقمه غيره ، ولا كفى فيه كفايته^(٤).

وجزى عنه : أي قضى ؛ ومنه قوله تعالى : ﴿ لَا تَجْزِي نَفْسٌ عَنْ نَفْسٍ شَيْئًا ﴾^(٥).
ويقال : جزت عنه شاة^(٦). وفي الحديث : « تجزى عنك ولا تجزى عن أحد
بعدك »^(٧)، أي تقضي^(٨).

وبنو تميم يقولون أجزأت عنه شاة بالهمز ، وتجازى دينه أي تقاضاه ، فهو
متجاز أي متقاض^(٩).

(١) (المطرزي/المغرب/ص ٨١) (ابن منظور/لسان العرب/ج ١ ص ٤٦).

(٢) هو سهل بن سعد بن مالك الساعدي الأنصاري ، صحابي جليل . (انظر رواية مسلم/الإيمان/ح ١٢).

(٣) (البخاري/الجهاد والسير/باب لا يقول فلان شهيد/ح ٢٨٩٨) (مسلم/الإيمان/باب غلظ تحريم قتل
الإنسان نفسه/ح ١١٢) (أحمد/عن سهل بن سعد/ح ٢٢٣٠٦).

(٤) (ابن منظور/لسان العرب/ج ١ ص ٤٧).

وجزت الإبل : إذا اكتفت بالرطب عن الماء . (ابن منظور/لسان العرب/ج ١ ص ٤٦) (المطرزي/
المغرب/ص ٨١).

(٥) (سورة البقرة ، آية رقم ١٢٣).

(٦) (الرازي/مختار الصحاح/ص ٤٤) (الفيومي/المصباح المنير/ص ١٠٠).

(٧) (البخاري/كتاب الأضاحي/باب قسمة الإمام الأضاحي بين الناس/ح ٥٥٤٥ ، وللحديث أطراف في
الجمعة/ح ٩٥٥ ، ٩٦٥ ، ٩٦٨ ، ٩٨٣ والأضاحي/ح ٥٥٥٧ ، ٥٥٦٠ ، ٥٥٦٣) (مسلم/الأضاحي/باب

وقتها - الأضحية -/ح ١٩٦١) (النسائي/صلاة العيدين/باب الخطبة يوم العيد/ح ١٥٦٣) (الترمذي/
الأضاحي/باب ما جاء في الذبح بعد الصلاة/ح ١٥٠٨) (أبو داود/الضحايا/باب ما يجوز من السنن في

الأضاحي/ح ٢٨٠٠) (ابن ماجه/الأضاحي/باب النهي عن ذبح الأضحية/ح ٣١٥٤) (أحمد/عن البراء
بن عازب/ح ١٨٠١٢ ، ١٨٢١٦ ، ١٨٢١٨) (الدارمي/الأضاحي/باب الذبح قبل الإمام/ح ١٩٦٢).

(٨) (ابن منظور/لسان العرب/ج ١ ص ٤٧) (المطرزي/المغرب/ص ٨١).

(٩) (الرازي/مختار الصحاح/ص ٤٤).

والجزية : ما يؤخذ من أهل الذمة ، والجمع جزى . (الفيومي/المصباح المنير/ص ١٠٠ ، ١٠١)

(الفيرزآبادي/القاموس المحيط/ص ١٦٤٠) (الرازي/مختار الصحاح/ص ٤٤) (المطرزي/المغرب/
ص ٨١).

وجزى جزاءً مثل قضى قضاءً وزناً ومعنى . وفي الدعاء : جزاه الله خيراً، أي قضاه له وأثابه عليه ، وقد يستعمل أجزاً بالألف والهمز بمعنى جزى، والثلاثي من غير همز لغة أهل الحجاز ، والرباعي المهموز لغة تميم^(١) .
 وجازيته بذنبه : عاقبته عليه^(٢) .
 وقد يأتي الجزاء بمعنى العدل^(٣) . ومنه : يوم الدين يوم الجزاء ، أي يوم العدل^(٤) .

والجزاء يقصد به المجازاة في النفع والضرر كليهما ، بخلاف الأجر^(٥) .
 وفي علم الكلام قالوا : ما فيه الكفاية من المقابلة ، إن خيراً فخير ، وإن شراً فشر^(٦) .

والمعاني السابقة تفيدنا في موضوع دراستنا ؛ فالجزائية يقصد بها مكافأة الجاني على فعله، وهذا لا يتصور إلا في الشر ، والجاني بفعله للجناية استحق للأمة وللناس مثل فعله ليُقضى به، فيعاقب بمثل ما فعل كلما أمكنت المماثلة ، وكلها من معاني الجزاء .

(١) الفيومي / المصباح المنير / ص ١٠٠ (المطرزي / المغرب / ص ٨١) (الرازي / مختار الصحاح / ص ٤٤) .

(٢) الفيومي / المصباح المنير / ص ١٠٠ .

والجزء : الاستغناء بالشيء عن الشيء ، وكأنه الاستغناء بالأقل عن الأكثر ، فهو راجع إلى معنى الجزء، ويميزي هذا في هذا : أي كل واحد منهما يقوم مقام صاحبه ، وجزأ بالشيء وتمجزأ : قنع واكتفى به . (ابن منظور / لسان العرب / ج ١ ص ٤٦) .

(٣) (ابن منظور / لسان العرب / ج ١١ ص ٤٣٥) .

(٤) (ابن منظور / لسان العرب / ج ١٣ ص ١٦٩) .

(٥) (المتاوي / التعاريف / ص ٣٦) .

(٦) (المتاوي / التعاريف / ص ٢٤٠) .

المطلب الثاني

أصول المحاكمات الشرعية الجزائية اصطلاحاً

في هذا المطلب أتناول معنى أصول المحاكمات الشرعية الجزائية في الاصطلاح .
والذي أقصده من الاصطلاح ليس ما اتفق عليه الفقهاء في بيان معنى هذه
الجملة بالتحديد ، وإنما أقصد المعنى الموضوعي للعبارة بما يتوافق مع آراء العلماء
والفقهاء فيما اصططلحوه من معانٍ خاصة وألفاظ محددة ، لها مساس بالأحكام التي
يتم تناولها في هذا البحث.

ويقتضي ذلك تحديد مفهوم أصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، ثم ذكر
تعريفات مقترحة ، ثم التعريف المختار .

فناسب تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع :

الفرع الأول : تحديد مفهوم أصول المحاكمات الشرعية الجزائية .

الفرع الثاني : تعريفات مقترحة .

الفرع الثالث : التعريف المختار ومحتجزات قيوده .

وسأبدأ بذكرها على التوالي .

الفرع الأول : تحديد مفهوم أصول المحاكمات الشرعية الجزائية :

تُقسم قواعد الجزاء إلى قسمين :

القسم الأول : قواعد العقوبات .

القسم الثاني : قواعد أصول المحاكمات .

فالقسم الأول : يحدد التصرفات التي تعتبر جرائم ، ويحدد العقوبات المقررة

لهذه التصرفات . وليس من شأنه بيان التصرفات التي لا تعتبر جرائم أو التصرفات

المسموح بها^(١) ، إلا عن طريق مفهوم المخالفة ، فما نُصَّ عليه كان من الجرائم ، وما لم ينص عليه كان من الأفعال المسموح بها .
ومن هنا وصفوا هذه القواعد بأنها قانون المجرمين^(٢) ؛ لأنه يحدد الأفعال الإجرامية .

القسم الثاني : هي القواعد التي تتناول الإجراءات اللازمة لتطبيق قواعد العقوبات من ضبط الجريمة ، والتحقيق فيها ، والقبض على فاعليها ، ومحاکمتهم بعد إحالتهم للقضاء ، ثم تنفيذ العقوبة بحقهم ، وتحديد الجهات صاحبة الاختصاص في كل مرحلة من مراحل هذه الإجراءات .

ويسمى هذا القانون بقانون الشرفاء^(٣) ؛ لأنه يسعى لتحصيل الحق من الجاني فقط دون بقية الناس .

فقانون الجزاء يعتمد على هاتين الركيزتين وإحدهما موضوع بحثنا هذا .
ولما كان اعتناء الباحثين والدارسين منصباً على القواعد المقررة للعقوبات الشرعية ، فقد تُحدد مفهوم العقوبات وقواعده بما يمنع غيره من الدخول فيه .
أما الشق الثاني من قانون الجزاء الإسلامي فلم يكن له النصيب ذاته ؛ فقد اختلط مفهومه بغيره ، حتى أصبح بحاجة إلى مزيد إيضاح وتبيين .

فأصول المحاكمات الجزائية لها استقلالها ، وليست تابعة لأصول المحاكمات المدنية ، ولا لأصول المحاكمات الشرعية في الأحوال الشخصية ، بل جميعها يتبع النظرية العامة لأصول المحاكمات في الإسلام ، وهذا يعني اشتراك فروع النظرية (الجزائية والمدني والشرعي للأحوال الشخصية) في قواعد معينة ، ويعني كذلك افتراقها في أخرى .

(١) يقول د. محمد الزحيلي : « قوانين الموضوع : وهي تبين نوع التصرفات الجائزة والمنوعة » . (أصول المحاكمات الشرعية والمدنية/ ص٩٧) .

(٢) انظر : (مدوح البحر/ مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية/ ص٩) .

(٣) انظر : (مدوح البحر/ مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية/ ص٩) .

فالمشتركة هي القواعد التي لا تتغير من فرع إلى فرع ، فهي ذاتها في الفرع المدني كما هي في الجزائي وهكذا .

والمفترقة هي القواعد التي تتغير بحسب كل فرع ، مما يعطي كل فرع من فروع النظرية صفته وهيئته المستقلة .

واستقلالية أصول المحاكمات الشرعية الجزائية تمتد لتكون لنفسها أصلاً قائماً بذاته ، ومنهجاً مستقلاً عن كل مناهج القوانين الوضعية .

ولن أسلك في هذا البحث مسلك التطويع للنصوص فوق ما تحتمله ، أو لي أعناق النصوص حتى تدخل فيما لا طائل تحته ، بل سأبين أن هناك قانوناً للإجراءات الجزائية في الشريعة الإسلامية مستقلاً عن غيره ، دون تأثر بالقانون الفرنسي ولا الأردني ولا اللبناني ولا غيرها . حتى نؤكد الهوية الخاصة لهذا القانون ، ومن أجل ذلك وُصفت بالشرعية ؛ دلالة على منبعها الشرعي وأصلها الديني .

ومما يجدر ذكره في هذا المقام ، أنه وبالإطلاع على قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني تبين أنه مأخوذ عن القانون اللبناني ، والذي بدوره مأخوذ عن القانون الفرنسي بمخالفته^(١) .

ووجدت أن تقسيم هذا القانون كان غير منطقي ، وجاء كما يلي :

الكتاب الأول : الضابطة العدلية ووظائفها .

الكتاب الثاني : المحاكمات

الكتاب الثالث : أصول خاصة ببعض القضايا .

الكتاب الرابع : لم يرد له عنوان ، وإنما ابتداءً بذكر أبوابه ، فكان الباب الأول قوة الأحكام النهائية وسقوط الدعوى والعقوبة^(٢) .

وبالرجوع إلى القانون اللبناني والسوري وجدت أن عنوان هذا الكتاب

(١) انظر (مدوح البحر/ مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية/ ص٣٧) (فاروق الكيلاني/ محاضرات في

قانون أصول المحاكمات الجزائية/ ج١ ص٢٤) .

(٢) انظر (نقابة المحامين الأردنيين/ مجموعة التشريعات الجزائية/ ١٩٩٥/ ص٩٦) .

-الرابع- جاء كما يلي : (بعض الأمور المتعلقة بالمنافع العامة والأمن العام)، ويبدو أن عدم منطقيّة هذا العنوان مع مضمون الكتاب الرابع دفع بمن صاغ القانون الأردني إلى عدم ذكر هذا العنوان ، فجاء خلواً من عنوان ، ولم يكلف نفسه عناء إيجاد عنوان بديل له . وهذا يدل على عدم استقلالية هذه القوانين ، بل ويدل على تبعيتها المفرطة .

وتميز فقهاء الإسلامى يدفعنا إلى الاستقلال عما كتبه أهل القانون في أصول محاكماتهم ، ويدفعنا بالمقابل إلى توضيح معالم هذا الفقه العظيم .

وقد أفاض الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقاء -رحمه الله- في كتابه (المدخل الفقهي العام) في توضيح استقلالية الفقه الإسلامى عموماً ، وذكر بالتحديد القانون الجزائى الإسلامى ، وأيد ذلك بقرارات المؤتمرات التى عقدت وقررت هذه الأصالة^(١) .

وحتى عند أهل القانون ، فإنهم عند تقسيم الأنماط المختلفة لأصول المحاكمات الجزائية ، يجعلون نمطاً خاصاً بالتشريع الإسلامى ، ويجعلون له من المزايا ما يجعله متميزاً عن غيره من النظم الأخرى^(٢) .

وإنما وإن كان افتخارنا بهذا التشريع نابعاً من ذات التشريع ، لا بما يقوله الآخرون عنه ، وخصوصاً من غير الفقهاء المسلمين ، إلا أن بعضاً من الناس يستهويه مثل ذلك ، ويغرب لسماعه ، ولكن يكفيننا قول الله تعالى : ﴿ أَلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا ﴾^(٣) ، وكفيننا آراء

(١) (مصطفى الزرقاء/المدخل الفقهي العام/ج١ص٢٣٠،٢٢٩) (سمير عالية/ نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام / ص٢٤) .

(٢) وقد فعل هذا التقسيم جملة من الأساتذة في القانون . انظر (مدوح البحر/ مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني/ص٢٢، ٣٠) وانظر (فاروق الكيلاني/ محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية/ص٧٦) .

(٣) (سورة المائدة ، آية رقم ٣) .

علمائنا في ذلك؛ يقول الإمام ابن القيم^(١) رحمه الله : « ومن له ذوق في الشريعة واطلاع على كمالاتها وتضمنها لغاية مصالح العباد في المعاش والمعاد ، ومجيئها بغاية العدل الذي يفصل بين الخلائق ، وأن لا عدل فوق عدلها ، ولا مصلحة فوق ما تضمنته بمقاصدها ووضعها وحسب فهمه فيها ، لم يحتج إلى سياسة غيرها البتة »^(٢) .
وفي تحديد المفهوم لا بد من التطرق إلى مدى شكلية هذه الأصول أو موضوعيتها ، فهل هي شكلية أم موضوعية أم مختلطة بينهما ؟

إن الشائع عند كل من تطرق إلى الحديث عن أصول المحاكمات الجزائية القول بشكلية هذه الأصول ، ونفي علاقتها بالموضوعية من قريب أو بعيد ؛ ومن ذلك مقولة الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقاء حيث يقول عند ذكره للقوانين وأنها نوعان :

« الثاني : قوانين المراسم أو الأصول ، وهي التي ترسم وتبين الطرائق التي يجب سلوكها، والأشكال التي يجب أن يصدر العمل على وفقها ، وتسمى أيضاً القوانين الشكلية » ، ثم يتابع بعد ذلك بقليل قوله عن قوانين الأصول : « وإنما هي تتصل بسياسة التشريع ، وتنظيم تطبيقه أكثر ما تتصل بتلك المبادئ والقواعد ... ولذلك لم يأت التشريع الإسلامي في أصله بشيء من أحكام المراسم ، إلا ما اعتبر فيه مصلحة ثابتة دائمة » . ثم ضرب الشيخ -رحمه الله- لذلك مثلاً وهو التقادم فقال : « وقد يعينون للتقادم مدة ثم يرون المصلحة في زيادتها أو نقصها دون أن تتبدل أو تتغير المبادئ والنظريات الحقوقية التي تحكم في أصل الحق »^(٣) .

ومن سار على هذا النهج فضيلة الدكتور محمد الزحيلي في كتابه أصول المحاكمات الشرعية والمدنية ، حيث يقول : « وإن أنظمة المرافعات وقوانين أصول المحاكمات لا تمس العقيدة الإسلامية من قريب ولا من بعيد ، ولا تمس الشريعة

(١) ابن القيم : شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي الحنبلي ، الشهر بابين قيم الجوزية ، ولد ٦٩١ هـ وتوفي ٧٥١ هـ ، إمام فقيه أصولي محقق بارع مفسر متقن . (ابن تغري بردي/ النجوم الزاهرة/ ج ١٠ ص ٢٤٩) .

(٢) (ابن قيم الجوزية/ الطرق الحكمية/ ص ٥) .

(٣) (مصطفى الزرقاء/ المدخل الفقهي العام/ ص ٢٠٣) .

الغراء بسوء ، وإنما هي أمور تقتضيها ظروف الزمان وتطوره الحضاري والاجتماعي والاقتصادي»^(١).

وكذلك درس باحثون آخرون مدى الشكلية والموضوعية في قواعد أصول المحاكمات الجزائية ، واتفقوا كذلك ابتداءً على شكلية هذه القواعد^(٢) ، إلا أنهم وبعد حين يطرحون تساؤلات عن مدى موضوعية قاعدة من قواعد الإجراءات ، أو مدى شكليتها ؛ يقول د. محمد الفاضل : « وإذا كان الإجماع منعقداً^(٣) على اعتبار القوانين المتعلقة بالتنظيم القضائي وبالاختصاص وبإجراءات المحاكمات الجزائية شكلية ، فإن ثمة نصوصاً قانونية مختلفت على تحديد صفتها ؛ أهي شكلية أم أساسية أم موضوعية ، ومن هذا القبيل الأحكام التي تتعلق بسقوط الدعوى العامة ، كالتقادم والعمو العام وقوة القضية المحكوم بها ... »^(٤).

ولعل السبب في وجود هذا الاختلاف في بعض القواعد هو طريقة النظر إلى هذه القواعد ؛ فالناظر إلى من يطبقها ، ومتى يطبقها ، وأين يعمل بها ، وكيف يتم التعامل معها ، اعتبرها قواعد شكلية محضة لا علاقة لها بالموضوعية ، كما ذكر الشيخ الزرقا ، وضرب مثلاً على ذلك التقادم ، معلناً بذلك أنها قمة الشكلية وعدم الموضوعية ؛ لأنه نظر إلى تحديد المدة فيها .

أما الناظر إلى أثر هذه القواعد وهدفها وكيفية تقريبها وبحثها ، ربطها بالقواعد الموضوعية. فالتقادم الذي ضربه الشيخ الزرقاء مثلاً يقول فيه د. محمد الفاضل حول موضوعيته : « لأن التقادم الذي يحول دون إقامة الدعوى العامة ويمنع من ملاحقة المجرم يفضي في الحقيقة إلى محو الصفة الجرمية عن الواقعة الإجرامية ، ويؤول من

(١) (محمد الزحيلي/ أصول المحاكمات الشرعية والمدنية/ص٩٩).

(٢) انظر (فاروق الكيلاني/ محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية/ص١٩) (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ص٢٣) (علي محمد جعفر/ مبادئ المحاكمات الجزائية/ص٥٥، ٦) (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجزائية/ص٥٦) .

(٣) المقصود هنا الإجماع القانوني وليس الشرعي .

(٤) (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ص٢٣) .

حيث النتيجة إلى إفلات المجرم من كل عقاب»^(١)، ولذلك اعتبره بحسب هذا المفهوم من الأصول الموضوعية؛ لأنه نظر إلى هدفها ومضمونها .

والذي أخلص إليه في هذه المسألة ، أن الشكل والموضوع مرتبطان ارتباطاً وثيقاً لا غنى لأحدهما عن الآخر .

ففي الوقت الذي تعتبر فيه القواعد الموضوعية قواعد جامدة لا روح فيها ، كانت القواعد الشكلية هي التي تبث هذه الروح فتجعلها واقعا ملموساً حياً تتفاعل مع الأحداث والنشاط البشري^(٢) .

فاتصال قواعد أصول المحاكمات الشرعية الجزائية بالشكلية بالنظر إليها من جانب معين لا يقلل من أهميتها ، ولا يبخسها حقها . وقد أفردت لبيان أهميتها مطلباً خاصاً .

ويكفي لتقرير العنصر الموضوعي في هذه الإجراءات ، أن الشرط فيها حتى تكون مشروعة ، أن تحقق مصلحة شرعية ، بحيث تصبح غير شرعية إذا لم تحقق ذلك؛ لأنها عندئذ إما أن تكون ضارة ، وهو الأغلب ، بسبب ما تسهم فيه من التعطيل والتأخير ، وإما أن تكون نوعاً من العبث .

أما القول بأن هذه القواعد لا تستند إلى مبادئ الحقوق وقواعد العدل الثابتة كما ذكر البعض ، فهو كلام من المناسب إعادة صياغته ، فيقال عندها : إن من أصول المحاكمات ما لا يستند إلى مبادئ الحقوق وقواعد العدالة الثابتة ، فينطبق هذا

(١) محمد الفاضل/الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ص ٢٣ .

(٢) ينقل د. محمد الفاضل عن عالم القانون الوضعي (غارو) ما نصه : «إذا كان قانون العقوبات يتطوي على القواعد الموضوعية التي تنظم حق العقاب وهو في حالة سكون وجمود ، فإن أصول المحاكمات الجزائية تتضمن القواعد التي تنفخ الحياة في هذا الجماد ، وترجمها إلى وقائع وتنظم حتى العقاب وهو في حالة حركة ، فلولا قواعد الأصول لكنت قواعد قانون العقوبات نصواً مية جامدة ، واحكاماً لا حس فيها ولا حياة ، وقواعد الشكل هنا وسيلة لا بد منها ولا غنى عنها للتعبير عن قواعد الموضوع ورضعها موضع العمل والتفيذ» .

(٣) محمد الفاضل/الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ص ١٢ .

القول على بعض الإجراءات التي يمكن أن تتغير مع مرور الزمن دون خوف على قدسيته واحترامها - مع أن الثبات وعدم التغير ليس معياراً للشكالية والموضوعية - ومن هذه الإجراءات :

أ - المدة التي تحدد للتقادم .

ب - أو المدة التي يحق للقاضي أو لولي الأمر حبس المتهم .

ج - أو مكان انعقاد الجلسة للمحاكمة .

ولكن قواعد أصول المحاكمات ليست كلها من هذا القبيل ؛ فإن هناك

إجراءات أخرى لصيقة بالعدالة وقواعدها وبالحقوق ومبادئها ، ومن ذلك :

أ - مبدأ المساواة بين الخصمين .

ب - مبدأ الشورى في القضاء .

ج - مبدأ علنية القضاء وعلنية التنفيذ .

د - مبدأ الطعن في الأحكام القضائية .

فهل يمكن القول بأنها لا تتسم بالثبات أو القدسية أو الاحترام .

وإنني أتمس العذر لكل من لم يفرق بين قواعد أصول المحاكمات الجزائية، فإن

خطة الموضوع دخل فيها ما ليس منها ، وخرج عنها ما هو منها .

فدخل في الموضوع عندهم نظام القضاء مثلاً ، والذي يُعنى بإدارة القضاء،

كتعيين القضاة وشرائط تعيينهم وصفاتهم وطريقة عزلهم وأرزاقهم وغيرها من

الأمر التي لا دخل لها بأصول المحاكمات الجزائية الشرعية ، وهي مما يصح فيها

وصف القائلين بالشكالية .

وخرج من خطة الموضوع عندهم ما ذكرته من قواعد لها مساس بالعدل، وهي

الثوابت التي لها كل القدسية والاحترام ، حتى وإن ترك فيها هامش حرية القاضي في

التصرف ، إلا أن ذلك كله نابع من أصول راسخة وتعاليم واضحة، مدعمة

بالنصوص الشرعية الإلزامية القطعية ، فلا يصح عندئذ وصفهم فيها بأنها شكالية ،

أو أنها غير ثابتة ، أو أنها ليست مقدسة.

ويدل على ما سبق قول الدكتور الفاضل محمد الزحيلي في معرض إثباته عدم قدسية هذه القواعد الشكلية ، عندما قاسها على قواعد أخرى فقال : « وتخرج على مبدأ الاستحسان والاستصلاح أو المصالح المرسله ، وهذا ما دعا إليه الخليفة العادل أمير المؤمنين عمر بن الخطاب إلى إحداث الأنظمة المتعددة ؛ كإنشاء الديوان لإحصاء الجنود ، وإعطائهم الرواتب والأرزاق ، وتوزيع الغنائم والفيء عليهم ، ثم عمت الدواوين المصالح الأخرى »^(١) . فالملاحظ أنه يقصد عدم ورود النصوص في أصول المحاكمات ، حيث إن قواعد العدالة لا تفرضها ولا توجبها ، وإنما هي اجتهادات من الحاكم يحق له أن يغيرها أو يلغيها إذا رأى المصلحة في ذلك .

وليس هذا من ضمن حدود موضوع أصول المحاكمات الشرعية الجزائية إلا في جزء يسير منه كما سيوضح .

ويقودنا هذا إلى بيان حدود موضوع أصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، لبيان ما يخرج عن موضوعه ، فيتضح ما يدخل في مضمونه .

فأصول المحاكمات الشرعية الجزائية لها هدف تسعى إليه من خلال وسائل ، ويتضح ذلك بالمثل ؛ فالحالة تفترض حصول جريمة في المجتمع المسلم ، فما هي الإجراءات اللازمة من أجل التعامل مع الجريمة ، وعناصرها ، ومعرفة الفاعلين ، والكشف عنهم ، والتحقيق معهم ، وضبط المواد المتعلقة بالجريمة ، وأصول رفع الدعوى الجزائية ضدهم ، وتحديد الجهات المختصة في كل ذلك ، وإجراءات المحاكمة ، وتنفيذ الأحكام الصادرة بحق المذنبين ، وكيفية التعامل مع الأحكام القضائية اعتراضاً وإعادة طعناً وتنفيذاً ، وأثر المخالفة في ذلك كله .

وما عدا ذلك مما ذكر في كتب القضاء وأدبه ليس له علاقة بموضوع بحثنا .

ومن هذه الأمور الخارجة عن موضوع البحث :

١ - نظام القضاء ، ويقصد به كيفية اختيار القضاة ، وعزلهم ، ودفع أرزاقهم ،

(١) (محمد الزحيلي / أصول المحاكمات الشرعية والمدنية / ص ١٠٠) .

والفاظ توليتهم ... الخ .

٢- مهام القاضي خارج حدود الدعوى، مثل الإفتاء، والوصاية، والأوقاف، والولاية . فهذه كلها خارجة عن موضوعنا إلا فيما يتعلق بجانب يسير من الإفتاء في مسألة رُفِع إليه فيها دعوى ، فيمنع من الإفتاء فيها ، كما سنبين في موضعه إن شاء الله تعالى .

٣- ما يكون الاعتداء فيه واقعاً على حق آدمي محض ؛ كإنكار أمانة أو ودیعة، وغيرها من المنازعات المالية ، وبهذا تخرج السرقة .

٤- الصفات والأعمال المرغوبة في القاضي مما لا علاقة له بالدعوى الجزائية؛ كلباس القاضي وعمامته ولونها ، وغيرها من الشكليات التي تخرج عن حدود المحاكمات الجزائية .

٥- ما لا سلطة للقاضي فيه؛ كتأديب الصبيان فحق التأديب للمعلم، وتأديب الزوجة، فالحق فيه لزوجها ، وتأديب الولد ، فإنه لوأله .

٦- الدور الوقائي في علاج الجريمة في الشريعة ، فإنه ليس له مدخل إلى أصول المحاكمات الشرعية الجزائية ؛ ذلك أن أصول المحاكمات لا تعمل إلا بعد وقوع الجريمة لا قبلها .

وبذا يتضح المراد من أصول المحاكمات الشرعية الجزائية .

الفرع الثاني : التعريفات المقترحة :

لقد وضع الباحثون والدارسون -شريعون أو غير شريعين- تعريفات متعددة لأصول المحاكمات الجزائية ، إلا أن أكثر من عني به وتعريفه هم أساتذة المرافعات القانونية .

وبعد البحث لم أجد من بين هذه التعريفات ما يناسب أصول المحاكمات الشرعية الجزائية . ومع ذلك سنستأنس بآراء وأقوال هؤلاء الباحثين ، للاطلاع على أوجه التوافق مع النظرة الإسلامية لأصول المحاكمات الجزائية :

أولاً : عرف الأستاذ الدكتور محمد الزحيلي أصول المحاكمات بقوله :
« القواعد التي تنظم القضاء والتقاضي »^(١) .

وعرفها تعريفاً آخر فقال : « القواعد التي تبحث وتنظم الإجراءات الواجب اتباعها لتطبيق أحكام القانون »^(٢) .
ويتضح أن التعريفين لم يكونا خاصين بالجزائية من أصول المحاكمات الشرعية ، إلا أنه يمكن الاستفادة منهما .

ثانياً : عرفه آخر بقوله :

« مجموعة القواعد القانونية التي تنظم عمل السلطات العامة في مجال وقوع الجريمة ، ومن ثمّ تقصي أسبابها ، ودوافعها ، والكشف عن الفاعلين ، ومدى مسؤوليتهم الجزائية عنها ، وتحديد إجراءات محاكمتهم ، وتنفيذ العقوبات أو التدابير المتخذة بحقهم »^(٣) .

وهذا التعريف تُردُّ عليه جملة من الملاحظات منها :

أنه لا يتناسب مع أصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، وهو لم يُوضع لذلك أصلاً ، وأن التعريف فصلّ الأعمال التي تتطرق إليها أصول المحاكمات الجزائية ، ويقتضي هذا التفصيل عدم ترك ما يتوجب ذكره ، أو أن يجمل فيغنيه عن التفصيل ، فقد ترك ذكر طرق الطعن في الأحكام القضائية ، وهي من أصول المحاكمات بلا شك ، وليست مما يدخل تحت أي تفصيل ذكره التعريف ، حيث إن طرق الطعن ترد بعد الانتهاء من الحكم في القضية ، فوجب الإشارة إليها مستقلة .

وفي تأكيد استقلالية طرق الطعن يقول د. محمد الفاضل :

« إن أصول المحاكمات الجزائية تعنى أولاً وقبل كل شيء بتعيين السلطات القضائية المنوط بها أمر النظر في الدعاوى الجزائية وتحديد اختصاصاتها ، ثم هي تعنى

(١) (محمد الزحيلي/ أصول المحاكمات الشرعية والمدنية/ ص ٩٨) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) (علي محمد جعفر/ مبادئ المحاكمات الجزائية/ ص ٦) .

ثانياً بتحديد القواعد والإجراءات التي يجب مراعاتها في البحث عن الجرائم، وجمع أدلتها ، ومحاكمة فاعليها، وهي تعنى بعد ذلك كله ببيان سلطات الأحكام الجزائية ، وآثارها ، وطرق الطعن فيها «^(١).

فطرق الطعن ليست من المحاكمة ، وإنما بعد ذلك كله .

ثم إن التعريف تطرق إلى ما لا يدخل في أصول المحاكمات الجزائية عندما قال: «ومن ثم تقصّي أسبابها ودوافعها» ؛ فهذا مما لا يدخل في أصول المحاكمات ، بل هي من الأمور الفنية التي تمارسها السلطات العامة ، أو السلطات القضائية ، للكشف عن الجريمة ، وليست هذه الأمور الفنية من مشمولات الدراسة .

يقول الدكتور جلال ثروت في هذا :

« موضوع أصول المحاكمات الجزائية هو القاعدة القانونية الإجرائية بالذات ، وبهذا تخرج عن نطاقها القواعد الأخرى التي قد تلقي على القاعدة الإجرائية ضوءاً أو تسهم في نشأتها أو تساعد في رسم نطاقها ، ولكنها بالتأكيد لا تكون موضوع النظام القانوني للإجراءات الجنائية ، وأعنى بها قواعد العلوم المساعدة للقانون الجنائي عامة ، وقانون الإجراءات بوجه خاص ، كالقواعد الخاصة بعلم التحقيق الجنائي ، أو علم النفس الجنائي ، أو علم البوليس الفني »^(٢).

فإدخال « تقصي أسباب الجريمة ودوافعها » يدخل في باب علم التحقيق الجنائي ، فمن أجل الوصول إلى الفاعلين لا بد من معرفة الأسباب والدوافع ومعرفة المستفيد من حصول الجريمة . وهذا ليس من اختصاص أصول المحاكمات الجزائية .

ثالثاً : عرفها البعض بقوله :

« القواعد الشكلية التي تتخذ عند وقوع الجريمة بقصد ضبطها وتحقيقها

(١) (محمد الفاضل / الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص ١٢) .

(٢) (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجنائية/ ص ٥) .

والقبض على فاعلها ومحاكمته وتنفيذ العقوبة بحقه ، كما يعنى هذا القانون بتحديد السلطات المختصة بالقيام بهذه الإجراءات ، سواء أكانت سلطات تحقيق أم محاكم»^(١) .

فقد حدد هذا التعريف شكلية قواعد أصول المحاكمات الجزائية ، وهذا مثار خلاف كما سبق وأشارت عند الكلام على مفهوم أصول المحاكمات الجزائية ، ولذا كان من المناسب ترك هذا الوصف ، لكثرة الخلاف حوله ، ثم هي كلمة موهمة بعدم أهمية هذا العلم .

فالشكل في مسائل أصول المحاكمات الجزائية هام ، وهذا ما لا يدركه البعض ، فناسب عدم وصفها بالشكلية حتى لا توجد وهماً في غير مكانه .

أما قوله : « بقصد ضبطها وتحقيقها » ، فكان الأولى القول : والتحقيق فيها ، لا تحقيقها ؛ فالتحقيق في الجريمة يختلف عن تحقيقها ، فالأول بمعنى إظهار الحقيقة فيها ، والثاني بمعنى تحصيلها .

ثم يتضح خلو هذا التعريف من ذكر طرق الطعن في الأحكام ، وهي كما ذكرت سابقاً لا تدخل تحت أي عنوان مما سبق ذكره في التعريف .

رابعاً : تعريف آخر يقول :

« مجموعة القواعد والإجراءات التي تحكم الدعوى الجزائية من حيث إجراءات مباشرتها منذ لحظة وقوع الجريمة حتى الحكم فيها ، وكذلك الحقوق والواجبات الناشئة عن تلك الإجراءات سواء تعلقت بالادعاء الجزائي ، أو بالادعاء المدني التابع للدعوى الجزائية ، أو بإشكالات التنفيذ »^(٢) .

والملاحظ أن هذا التعريف لم يذكر من مهام هذه الأصول تحديد اختصاص السلطات المنفذة لقواعد هذا القانون ، وهو من أصول المحاكمات الجزائية .

(١) (فاروق الكيلاني/ محاضرات في أصول المحاكمات الجزائية/ص١٥) .

(٢) (مدوح البحر/ مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني/ص١٠) .

وقد خلا كذلك من ذكر طرق الطعن في الأحكام القضائية .
كما أنه حدد وقت إعمال هذه القواعد فقال : « منذ لحظة وقوع الجريمة حتى الحكم فيها » ، والطعن يأتي بعد الحكم ، وكذلك إعادة المحاكمة .
كما أنه في تقييد مجموعة القواعد والإجراءات بالدعوى الجزائية تضييقاً لنطاق أصول المحاكمات الجزائية ، وهي أعم من ذلك ؛ لأنها سابقة على الدعوى الجزائية ، بل ولا حقة لها أيضاً ؛ لأن انتهاء الدعوى لا يعني انتهاء العمل بأصول المحاكمات الجزائية .

خامساً : تعريف آخر يقول :

« مجموعة القواعد التي تحكم نشاط السلطة القضائية في كل ما يفيد في نسبة الجريمة إلى محدثها ، والعقاب عليها »^(١) .
ويخلو التعريف كسابقه من ذكر طرق الطعن ، أو شمولها بالفاظ التعريف ، وهي مستقلة كما أسلفنا . ولا يشمل هذا التعريف إعادة المحاكمة ، إذ إنها بعد الحكم .

سادساً : تعريف آخر يقول :

« مجموعة القواعد الواجبة الاتباع في استقصاء الجرائم ، وجمع أدلتها ، والكشف عن فاعليها ، وملاحقتهم ، ومحاكمتهم ، وتنفيذ العقاب بهم ، وتعيين السلطات والأجهزة المختصة في ذلك كله »^(٢) .
وهذا تعريف للقانون لا للعلم ، مع أنه وضع لتعريف العلم ؛ فقوله « واجبة الاتباع » تعني الإلزام ، والإلزام صفة قانونية .

أما القول « في استقصاء الجرائم وجمع أدلتها » فقد نسي ضبط الجرائم ليشمل بذلك التعريف الجرم المشهود ، فالجرم المشهود له قواعد خاصة في أصول المحاكمات

(١) (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجنائية/ص ١١) .

(٢) (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ص ١٢) .

الجزائية ، لا يشملها هذا التعريف ؛ إذ إن الجرم المشهود لا يحتاج إلى الاستقصاء ، بل يحتاج إلى الضبط . فناسب تفصيل الإجراءات ذكر الضابط ، أو أن يجمل فلا يحتاج إلى التفصيل .

والتعريف كذلك لا يتحدث عن طرق الطعن ولا يشملها ، مع أن واضعه ذكر أن الطعن في الأحكام وطرقه من صميم أصول المحاكمات الجزائية^(١) .

والملاحظ على التعريفات السابقة جميعها أن آياً منها لا يتطرق إلى أثر مخالفة هذه القواعد، مع أنه من صميم أصول المحاكمات الجزائية ، إذ لولاه لما كان لأصول المحاكمات أهمية ، ولكانت شكلاً دون مضمون . فاستلزم الإشارة إلى أثر المخالفة ليتم التعريف .

الفرع الثالث : التعريف المختار ومحترزات قيوده :

أما التعريف الذي اختاره لأصول المحاكمات الشرعية الجزائية فهو كما يلي :
« إجراءات^(٢) شرعية تحدد اختصاص السلطة القضائية ونشاطها في كل ما يفيد في نسبة الجرائم - التي لله فيها حق - إلى فاعلها ، والحكم عليه ، وطرق الطعن في الحكم ، وإعادة المحاكمة ، وأثر المخالفة في ذلك كله » .

ومحترزات القيود كما يلي :

- أما أنها إجراءات : فتميزاً لها عن علم العقوبات ، وخروجاً من الخلاف

(١) (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ص١٢) .

(٢) الإجراءات : من جرى الماء ، أي سال ، وجاراه مجارة جرى معه ، ومنه جري الفرس ، والماء الجاري هو التدافع في الخمدار أو استواء ، وجرى إلى كذا جرياً وجراً : قصدت وأسرعت ، يقول تعالى : ﴿ يَسْمُرُ اللَّهُ مَجْرَبَهَا وَمُتْرَسَنَهَا ﴾ (سورة هود، آية رقم ٤١) . والجري : الوكيل والرسول . انظر (الرازي/ مختار الصحاح/ ص٤٣) (القيومي/ المصباح المنير/ ص٩٧) (المطرزي/ المغرب/ ص٨٠ ، ٨١) . وقالوا الإجراء : العادة التي يجري عليها الإنسان . انظر (الناوي/ التعاريف/ ص٣٦) .

وأرى أن المقصود من هذه اللفظة له ميسر بالمعنى اللغوي ، فجرى الماء إذا جرت اتخذت مسيلاً وطريقاً ، وكذلك القضاء يتخذ وسيلة وطريقاً وسيلاً للوصول إلى الحق . وهذا معنى أصول المحاكمات الجزائية . فهو الطريق الذي يسلكه القضاء للوصول إلى الأحكام العادلة .

حول الشكلية أو الموضوعية في هذه الأصول ، ولأن موضوعنا حول الطرق التي يتم التعامل بواسطتها مع الجريمة منذ لحظة وقوعها إلى الانتهاء بالتنفيذ ، مع بيان طرق الطعن وإعادة المحاكمة . كما لم يتطرق التعريف إلى ذكر كلمة قواعد ؛ لأن للقواعد في الفقه الإسلامي مفهوماً غير الذي يشاع ذكره في أصول المحاكمات الجزائية .

- شرعية : نسبة هذه الإجراءات للشريعة تمييزاً لهذا العنوان عن غيره من

الأصول والإجراءات غير الشرعية ، والنسبة إلى الشرع ألزم صفة في هذه الأصول .

- السلطة القضائية : تشمل كل من له دور في تطبيق إجراءات هذا العلم ،

سواء أكان في ضبط الجريمة ، أو التحقيق فيها ، أو الكشف عن الفاعلين ، كما هو

حال المحتسب ، أو والي الجرائم ، كما ذكر العلماء وسيأتي في حينه بإذن الله تعالى .

أو كان في الحكم على فاعل الجريمة ، كما هو حال القاضي .

أو كان في تنفيذ الأحكام القضائية ، كما هو حال ولي السجن أو مأمور

التنفيذ .

في كل ما يفيد في نسبة الجرائم التي لله فيها حق إلى فاعلها : فإن ذلك يشمل

الضبط والتحقيق والكشف عن الفاعلين واستجوابهم وجسهم ورفعهم للمحكمة

المختصة وتوقيفهم من القاضي وغيرها . ويشمل الجرم المتلبس به وغير المتلبس به .

- أما وصف الجرائم بأن لله فيها حقاً : فلأن أصول المحاكمات الشرعية

الجزائية موجودة للدفاع عن حقوق الله تعالى على نحو معين . أما الحقوق التي هي

خالصة للإنسان فليست من ضمن موضوعنا ، وفي ذلك تمييز للجزائية عن الأصول

في الأحكام المدنية .

- وقولي: جرائم ، ولم أقل : حقوق الله تعالى ؛ لأن هناك من الأحكام ما هو

حق لله تعالى مع أنها ليست من الجرائم في شيء كالكفارة .

- وقد شمل التعريف تنفيذ الأحكام وطرق الطعن فيها وإعادة المحاكمة ، وأثر

مخالفة هذه الأصول .

وأختم هذا الفرع بمواضع ورود العبارات الدالة على أصول المحاكمات

الجزائية في كتب الفقه ، وقد جاءت بأسماء عديدة : منها الأصول مفردة . ومضافة ، كأصول القضاء ، وأصول الحكم ، وأصول المحاكمة ، وأصول المحاكمات .
 أ - يقول ابن عابدين^(١) في حاشيته : في باب الاختلاف في الشهادة :
 « مبنى هذا الباب على أصول مقررة ؛ منها أن الشهادة على حقوق العباد لا تقبل بلا دعوى بخلاف حقوقه تعالى »^(٢) .

وهذا القول يتناول قضية إجرائية هامة ، وهي أن حق الله تعالى تقبل فيه الشهادة حسبة ، بخلاف حق الأدميين ، لأن حق الله تعالى لا تشترط فيه الدعوى .
 ب - يقول ابن فرحون^(٣) في تبصرة الحكام :

« لما كان علم القضاء من أجل العلوم ... كان الاعتناء بتقرير أصوله وتحرير فصوله من أجل ما صرفت له العناية ، وحمدت عقباه في البداية والنهاية »^(٤) .

وهذا يدل على أن للقضاء أصولاً لا بد من تحريرها وتقريرها . وتبصرة الحكام بالتحديد من أدق ما كتب في أصول المحاكمات الشرعية بكل فروعها .

ج - يقول ابن القيم أيضاً بعد أن أورد رسالة سيدنا عمر لأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما : « وهذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول ، وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة ، والحاكم والمفتي أحوج شيء إليه وإلى تأمله والتفقه

(١) ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد بن عبد الرحيم بن نجم الدين، ولقب بابن عابدين لاتصال نسبه الشريف بالإمام زين العابدين علي بن الحسين رضي الله عنهم أجمعين . ولد ١١٩٨هـ في دمشق ، وتوفي ١٢٥٢هـ في دمشق ، إمام الحنفية في عصره ، مفسر أصولي ، حفظ القرآن وأتقن القراءات . من مؤلفاته : رد المحتار على الدر المختار ، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ، منحة الخالق حاشية على تفسير البيضاوي . (الزركلي / الأعلام / ج ٦ ص ٢٦٧) (مقدمة كتاب رد المحتار - الكتب العلمية / إحياء التراث العربي) .

(٢) (ابن عابدين / حاشية ابن عابدين / ج ٥ ص ٤٩٢) .

(٣) ابن فرحون : برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد بن محمد بن القاسم بن محمد بن فرحون البعمري المدني ، ويكنى أبا الوفاء ، ولد ٧٢٠هـ ، وتوفي ٧٩٩هـ ، علم من أعلام المالكية ، صاحب تبصرة الحكام ، والديباج المذهب ، ودرة الخواص في محاضرة الخواص ، وطبقات علماء المغرب . (حاجي خليفة / كشف الظنون / ج ١ ص ٣٣٩) (البخاري / أمجد العلوم / ج ٢ ص ٣٦٣) .

(٤) (ابن فرحون / تبصرة الحكام / ج ١ ص ١) .

د - يقول ابن خلدون^(٢) في صفات القاضي وما يتوجب عليه فعله :
« وأما المرافعات فيبحث عن صحتها سراً ويعمل بمقتضاها »^(٣) .

هـ - يقول الشيخ علي حيدر^(٤) : « كما أنه يلزم إعطاء نسخة من الإعلام إلى المحكوم عليه حتى يقف على كيفية المحاكمة والحكم ، وليتمكن من عرض الحكم المذكور على الفقهاء ليعلم إذا كان الحكم موافقاً لأحكام الشرع وأصول المحاكمة أو لم يكن موافقاً ، وليتمكن من استئناف أو تمييز الحكم إذا رغب في ذلك »^(٥) .

و - ورد في المادة ١٧٩٣ من مواد مجلة الأحكام العدلية :

« ينبغي أن يكون القاضي واقفاً على المسائل الفقهية وعلى أصول المحاكمات ، ومقتدراً على فصل وحسم الدعاوى الواقعة تطبيقاً لهما » .

ويقول الشيخ علي حيدر في شرحها : « وينبغي أن يكون القاضي واقفاً على المسائل الشرعية والفروع الفقهية وعلى أصول المحاكمات »^(٦) .

(١) (ابن قيم الجوزية/إعلام الموقعين/ج١ ص٨٦) .

(٢) ابن خلدون : ولي الدين أبو زيد عبد الرحمن بن محمد بن محمد بن الحسن الحضرمي الإشبيلي المالكي المعروف بابن خلدون ، ولد ٧٣٢هـ بمدينة تونس ونشأ بها ، وطلب العلم وقرأ القرآن على عبد الله ابن سعد بن نزال ، برع في العلوم ومهر في الأدب وولي كتابة السر بمدينة فاس ، ثم اعتقل نحو عامين ، وولي قضاء المالكية بالقاهرة . صنف التاريخ الكبير ، توفي ٨٠٨هـ . (العكري/شذرات الذهب/ج٤ ص٧٧) .

(٣) (ابن خلدون/مزيل الملام/ص١٩) .

(٤) علي حيدر ، ت ١٣٥٣هـ ، فقيه حنفي كان الرئيس الأول لمحكمة التمييز ، وأمين الفتيا ، ووزير العدلية في الدولة العثمانية ، ومدرس مجلة الأحكام العدلية بمدرسة الحقوق بالأستانة ، من مصنفاته : درر الحكام شرح مجلة الأحكام . (مقدمة درر الحكام) .

(٥) (علي حيدر/درر الحكام شرح مجلة الأحكام/ج٤ ص٦٦٢) .

(٦) (علي حيدر/درر الحكام شرح مجلة الأحكام/ج٤ ص٥٨٣) .

وأورد كلمة أصول المحاكمات في أكثر من موضع . انظر (ج١ ص٣٣٦) (ج٤ ص٥٧٩) (ج٤ ص٦٧٦) .

المبحث الثاني

الألفاظ ذات الصلة بأصول المحاكمات الشرعية الجزائية

بعد أن تحدد مفهوم أصول المحاكمات الشرعية الجزائية كان لزاماً بيان الفرق بين هذا المفهوم وغيره من المصطلحات التي لها صلة بهذا العلم .
وقد أفردت لكل مصطلح منها مطلباً ، فجاءت على النحو التالي :
المطلب الأول : أصول المحاكمات الشرعية في المعاملات والأحوال الشخصية .

المطلب الثاني : علم العقوبات الشرعية .

المطلب الثالث : علم الشروط والوثائق .

المطلب الرابع : نظام القضاء وأدب القضاء وعلم القضاء .

وجاء تفصيلها على النحو التالي :

المطلب الأول

أصول المحاكمات الشرعية في المعاملات والأحوال الشخصية

يعتقد بعض من بحث في أصول المحاكمات^(١) أن أصول المحاكمات المدنية لا تختلف عن أصول المحاكمات الجزائية أو عن أصول المحاكمات في الأحوال الشخصية . ويرجع السبب في ذلك إلى وجود العديد من نقاط الالتقاء بين قواعد العلمين، مما يجعل الناظر يظن أن أصلهما واحدٌ ، بل يعتقد البعض أن المدنية أصلٌ للكل ، وقد يكون السبب في حصول هذا الظن كون أصول المحاكمات المدنية سابقة

(١) انظر (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص ١٥) (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجنائية / ص ٦٥) .

في نشوتها وتقنينها على الأخرى .

والفقهاء يطلقون على أصول المحاكمات المدنية وأصول المحاكمات الجزائية وأصول محاكمات الأحوال الشخصية لفظة المرافعات^(١) ، فتجد أصول المحاكمات الجزائية مبثوثة هنا وهناك ، وفي كل باب من الأبواب التي يذكرون فيها المرافعات يخصون الحدود والعقوبات والقصاص والتعزيرات بأحكام خاصة تختلف عن المدنية وعن الأحوال الشخصية .

ولا تزال هذه الكلمة مستخدمة إلى الآن في عدد من الدول العربية^(٢) ، وتخص بها أصول المحاكمات المدنية ليس إلا .

(١) المرافعات : من رفع الأمر ، ورافعت فلاناً إلى الحاكم ، وترافعا إليه ، ورفعته إلى الحاكم رفعاً ورفُعتاً ورفِعتاً ورفِعتاً : قرّبه منه وقدمه إليه ليحاكمه . ورفعت قضّي : قدمتها . والمرافعة مصدر زافع ، أي خصمته إلى السلطان ، أي رفع كل واحد منهما صاحبه إليه ، بمعنى قرّبه . انظر (ابن منظور/لسان العرب/ج ٨ ص ١٣٠) (الفيومي/المصباح المنير/ص ٢٣٢، ٢٣٣) (المطرزي/المغرب/ص ١٩٤، ١٩٣) .
وفي حديث صفوان بن أمية في إخباره عن سارق ردائه قال : « فرفعناه إلى النبي ﷺ » ، كما في رواية أحمد ، وهي أقدم لفظة بهذا المعنى .

(النسائي/كتاب قطع السارق/ج ٤٨٧٨/بلفظ : فرفعه إلى النبي ﷺ) (أحمد/عن صفوان بن أمية/ح ١٤٨٨١، ١٤٨٨٦، ١٤٨٨٧، ٢٧٠٩٧) ، وأورد لفظة المرافعة الإمام مالك في (الموطأ/الطلاق/ باب أجل الذي لا يمس امرأته/ح ١٢٤٢) .

وفي سنن الترمذي أوردها الإمام الترمذي عقب حديثين (الحدود/ح ١٤٣٧/ قالوا : إذا اختصم أهل الكتاب وترافعوا إلى حكام المسلمين ...) (الحدود/ح ١٤٤٠/ قال بعضهم يرفع إلى السلطان ...) .

واستخدم لفظة المرافعات جملة من الفقهاء ، بل جلهم ، ومن ذلك على سبيل المثال : (السرخسي/البيسوط/ج ٥ ص ١٣، ٣٨) (السرخسي/شرح السير الكبير/ج ٥ ص ١٨٢٢) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج ٢ ص ٣١١) (ج ٦ ص ١٢) (ابن قدامة/المغني/ج ٨ ص ١٦١) (الحقق الحلبي/شرائع الإسلام/ج ٣ ص ٤٩) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج ٢ ص ١٧١) (الزرركشي/المشور/ج ٢ ص ١٤٠) (المرتضى/البحر الزخار/ج ٥ ص ٢٤) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج ٥ ص ٦٩) (ابن خلدون/مزيل الملام/ص ١٩) (خطاب/مواهب الجليل/ج ٣ ص ٢٨٣) (قليوبي وعميرة/حاشية قليوبي وعميرة/ج ٣ ص ٢٧٠) (البهوتي/كشاف القناع/ج ٥ ص ٢٧٩) (الصنعاني/التاج المذهب/ج ٤ ص ٣٩٤) وغيرها كثير .

(٢) انظر : (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ص ١٥) .

فالفروق القائمة بين فروع أصول المحاكمات كانت وليدة قرون طويلة من التطور التشريعي العالمي . والادعاء بأن فقهاء الشريعة الأقدمين لم يميزوا بين الإجراءات المدنية والجزائية والأحوال الشخصية غير صحيح ، ومن ذلك قول د. جلال ثروت : « خضعت مصر فترةً في قضائها الجنائي والمدني لأحكام الشريعة الغراء ، ولم يكن فقهاء الشريعة يميزون بين الإجراءات المدنية والإجراءات الجنائية ، ومن أجل هذا لم يكن لقانون الإجراءات الجنائية ذاتية مستقلة عن قانون المرافعات المدنية ، ومع ذلك فقد كانت هناك بعض النظم الخاصة بالمسائل الجنائية ؛ كنظام المحتسبين وقضاة المظالم ، وإن كانت هذه النظم لا تخضع لقواعد ثابتة وإنما متروكة في أغلب الأحيان لتقرير الحكام وأهوائهم ، مما دفع البعض منهم في أواخر عصر الإمبراطورية العثمانية وحكم المماليك إلى مباشرة إجراءات استبدادية مطلقة » (١) .

ويمكن الرد على هذه المقولة بما يلي :

١ - إن عدم التمييز الذي قد ينسب إلى علماء الشريعة إنما هو عدم الفصل بين فروع أصول المحاكمات ، من مدنية وجزائية وأحوال شخصية ، أما حقيقة التمييز فموجودة قبل الدولة العثمانية وقبل المماليك .

فقد وضع الفقهاء للدعوى الجزائية ضوابط خاصة لا تسري عليها غيرها ، والمطلع على كتب الفقهاء وأدب القضاء يلمس بوضوح هذا التمييز ، فبعد كل مسألة لها تعلق بأصول المحاكمات الجزائية تجدهم ينصّون على أن هذا الحكم لا ينطبق إلا على الحدود أو على الجنائيات ، وأن هذا الحكم لا ينطبق إلا على التعاملات المالية ، وهكذا ، فلو راجعنا قواعد النقص والإبرام للأحكام القضائية وإعادة المحاكمة والقبض والحبس وغيرها لوجدناهم يفرقون في كل مفصل من مفصلات الإجراءات بين الحدود وغيرها من أحكام مالية أو أحوال شخصية ، وكذلك الحال في القواعد التي تمس الأحوال الشخصية ، فإنها مبثوثة ضمن علم

(١) (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجنائية/ ص ٦٥) .

المرافعات ، ولكن كان الفقهاء على علم أن لهذه الأحكام سمة خاصة ، فيستثنونها تارة ويشملونها تارة أخرى .

فحقيقة التمييز حاصلة موجودة ، أما صورته في الظاهر فلم تكن موجودة ، وهذا هو شأن كل القوانين .

يقول د. محمد الفاضل : « فالدعوى الجزائية والمدنية كانتا في البدء مندجتين ولم تستقل قواعد الإجراءات في كل منهما عن الأخرى إلا بعد عصور مديدة »^(١) .
ومن أهداف هذه الدراسة إبراز التميّز الذي تتمتع به أصول المحاكمات الشرعية الجزائية.

٢ - أما قول الدكتور بأن نظام الحسبة أو نظام المظالم لا يخضع لقواعد ثابتة ، وإنما ترك لتقدير الحكام وأهوائهم ؛ فهذا يظهر النقص في التطبيق لا النقص في أصل التشريع ، وأرى أن هذا ما أراده القائل ، إلا أنه لم يبينه بشكل واضح ، إذ إن نظام الحسبة ونظام المظالم سبق المسلمون غيرهم فيهما على طريق تحقيق العدل بين الناس ، وقد بحثها العلماء في كتب خاصة وأحاطوها بالناية الفائقة ، وأصبحت عنواناً على إحقاق الحق وإبطال الباطل .

وكذلك حديث الدكتور عن الاستبداد المطلق ، فيتوهم السامع أن السبب المؤدي إلى هذا الاستبداد هو خلل في نظام الحسبة و المظالم ، وهذا لا يخفى عدم دقته .

فالأساس في مثل هذه القواعد القانونية من يطبقها ، ومن يتعامل معها ، فحتى أعظم قانون على وجه الأرض إذا وضع بيد من لا يراه عظيماً فلا بد أن يظلم ويجور .

وإتماماً لما سبق أبدأ بذكر مدى الاتفاق والافتراق بين فروع أصول المحاكمات ، وأبدأ بذكر أوجه الاتفاق بين هذه العلوم .

(١) (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص ١٦) .

(١) إن كل هذه الفروع تتبع من أصل واحد وهو النظرية العامة لأصول المحاكمات بفروعها المتعددة: أ - الشرعي الجزائي ب - الشرعي المدني ج - الشرعي للأحوال الشخصية.

وتسحب أحكام النظرية العامة على كافة الأعمال الإجرائية بمختلف أنواعها، ذلك أن هناك أفكاراً عامة مشتركة بين سائر الإجراءات^(١)، ولا يمكن أن تختلف لمجرد أن الإجراء فيها جنائي أو مدني أو أحوال شخصية .

ووحدة أصل هذه الفروع يعين في استخلاص قواعد لأحد هذه الفروع من الفروع الأخرى، كما هو الحال بين الجزائية والمدنية، فإن عدداً من المسائل الواردة في الجزائيات يمكن استنتاجها واستخلاصها من القواعد الواردة عند الفقهاء في أحكام التعاملات المالية .

ومن أمثلة هذه الأمور المشتركة : المساواة بين الخصوم، حجية الأحكام القضائية، وحفظ هيئة المجلس، ومبدأ التقاضي على أكثر من درجة، وضمان حق الدفاع أصالة أو وكالة.

(٢) إن كل فرع من فروع النظرية العامة لأصول المحاكمات ينظر إليه على أساس أنه جملة الأصول الإجرائية اللازمة لتطبيق قواعد العلم الذي يختص به^(٢) . فالجزائي قواعد إجرائية لازمة لقواعد فقه العقوبات .

والمدني قواعد إجرائية لازمة لقواعد فقه المعاملات المالية .

والشرعي للأحوال الشخصية قواعد إجرائية لازمة لقواعد فقه الأحوال الشخصية .

(١) انظر : (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص ٤٠، ٣٩) (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجنائية / ص ٦) .

(٢) انظر : (علي محمد جعفر/ مبادئ المحاكمات الجزائية/ ص ٨) (عمدوح البحر/ مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني/ ص ١٢) (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص ٣٩) .

أما أوجه الفرق بينها فكثيرة ، ومنها :

(١) خطورة الجزائية بالمقارنة مع المدنية أو الأحوال الشخصية .

وتتمثل الخطورة في عدة أمور : أهمها وأولها أن الجزائية تتعلق بجرائم تمس

دين الناس ودماءهم وأرواحهم وأعراضهم وأموالهم .

« وأهم قواعد الشرائع حماية الدماء من الاعتداء وحياطته بالقصاص كفاً

ورردعاً للظالمين والجائرين ، وهذا من القواعد التي لا تخلو عنها الشرائع والأصول

التي لا تختلف فيها الملل»^(١) .

وقد سبق وأن أشرت إلى خطورة الجزائيات في معرض الحديث عن مفهوم

أصول المحاكمات الشرعية الجزائية . وسيأتي ذكر ذلك أيضاً في المبحث القادم المعنون

بـ (أهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائية) .

والخطورة تكمن أيضاً -زيادة على ما سبق- في الإجراءات المتخذة بحق المشتبه

فيه ، وحق المتهم ، والإجراءات المتخذة في محاكمتهم .

والخطورة تكمن كذلك في خطورة العقوبات المترتبة على هذه الأفعال ؛ فلربما

آل الحكم فيها إلى إهدار حرية الفرد وكرامته ، بل وحياته أحياناً^(٢) .

يقول فضيلة الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين في معرض حديثه عن أهمية

الجزائيات ما نصه :

« فهذه الأمور عظمية الخطر ، حيث إنها توقع على النفس ، والفئات فيها لا

يعوض ، والخطأ فيها لا يستدرك ، فوجب الاحتياط في إثباتها واستيفائها »^(٣) .

أما أصول المحاكمات المدنية فتدور حول أمور أقل خطورة من الجزائية ؛ إذ

إنها تدور في أغلب الأحيان حول نزاع مالي ، ولا يؤول كل ذلك إلى أكثر من

(١) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٢ ص٨٨) .

(٢) انظر : (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص٤٣) .

(٣) (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص١٠٨) .

الانتقاص من ثروة الخصوم المادية^(١) .

وننتج عن هذا الاختلاف في مسألة الخطورة أحكام وقواعد خاصة بكل علم ؛ فإن العلماء ذكروا تفصيلات متعددة ومختلفة ، تتعدد وتختلف تبعاً للخطورة الناتجة عن المسألة ؛ لأن عدم مراعاة الخطورة الناتجة عن هذه الفروع سيؤدي إلى الظلم والجور في كثير من الأحكام.

(٢) إن كثيراً من الإجراءات والقواعد في أصول المحاكمات تختلف باختلاف الفرع الذي تتبعه ؛ فالجزائية تجب فيها حكماً ، وفي المدنية حكماً آخر ، وكذلك في الأحوال الشخصية .

ومن هذه الإجراءات :

أ- أن الشهادة في الجزائية تقبل بلا دعوى ، بل إن بعض العلماء لم يسمع الدعوى في حقوق الله تعالى خاصة ، وكذا في بعض مسائل الأحوال الشخصية ، وجعلوا طريق تحصيل الحق فيها الشهادة حسبةً لله تعالى^(٢) . نظراً لجسامة الجريمة الواقعة على حق الله تعالى . وأما في المدنية فإن هذه الشهادة لا تقبل ، ولا بد فيها من الادعاء .

ب- أن الجزائية لا تسقط الدعوى فيها بإسقاط صاحب الحق من البشر^(٣) ،

(١) انظر : (محمد الفاضل / الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص٤٣) .

(٢) انظر (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ ص٤٩٢) (الخطيب/ شرح الخطيب على متن أبي شجاع/ ج٤ ص٤٤٧، ٤٤٨) (ابن حجر الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص٢٣٧، ٢٣٨، ٢٣٩) (جلال الدين المحلي/ شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين/ ج٤ ص٣٢٣، ٣٢٤) (ابن تيمية/ السياسة الشرعية/ ص٥٥) (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٨ ص٣٤٠) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٢٠٣) (مناخسرو/ درر الحكام/ ج٢ ص٣٨٤) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ ص١٧٤) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٣٦١، ٣٨٨) .

(٣) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص٢) (الإمام مالك/ المدونة/ ج٤ ص٥٥٤، ٥٥٥) (الشافعي/ الأم/ ج٦ ص١٦٥) (الشافعي/ أحكام القرآن/ ج١ ص٣١٦، ٣١٥) (ابن حزم/ المحلى/ ج١١ ص١٨٠) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٩٥) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١٠ ص٦) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص٤٣١) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٢ ص١٨٦) .

لا يعفو ولا يصلح ، ولا يتدخل الإمام ، ولا بشفاعة ، إذا كانت من الحدود ، حتى في القصاص والذي تعتبر الجريمة الموجبة له من أخطر الجرائم ، فإن عفو ولي الدم عن الجاني لا يسقط العقاب بالكامل ، بل يبقى للإمام حق في التعزير في رأي جمهور العلماء^(١) .

ذلك أن كل جريمة في الجزائيات يكون لله فيها حق ، سواء أكان حق الله هو الغالب أم كان حق الأدمي هو الغالب .

أما المدنية وبعض من الأحوال الشخصية ، فإنها مما تسقط الدعوى فيه بالعفو أو الإبراء أو الصلح ، إذ إن الحقوق فيها للعبد ، ولا يوجد حق مباشر للأمة فيها ، وما شرع التخاصم فيها إلا حفاظاً على حق العبد ، فإذا أسقط العبد حقه زالت الحكمة من الإذن بالتخاصم وطلب إيقاع العقوبة ، أو التعويض . ويجوز للإمام أن يعفو ، وذلك بشروط معلومة منضبطة .

والدليل على هذا قول رسول الله ﷺ فيما يرويه عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أنه قال : « تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني من حد فقد وجب »^(٢) . فالأمر من رسول الله ﷺ بتعافي الحدود قبل بلوغ الإمام دلّ على عدم جواز التعافي بعده؛ لأنه صار حقاً لله تعالى .

(١) يرى هذا الرأي كل من الحنفية والمالكية ، وهو قول عند الشافعية وقول عند الحنابلة . ويقابله قول عند الشافعية وآخر عند الحنابلة .

انظر (الشافعي/ الأم/ ج٧ ص٣٤٩) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٢٩٨، ٣٢٢، ٣٢٣) (الإمام العز/ قواعد الأحكام/ ج١ ص١٩٥) (الكافي/ إحكام الأحكام/ ص٢٧٩) (الرحياني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ ص٥٨) (الجمال/ حاشية الجمل/ ج٥ ص١٦٥) (الميتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩ ص١٨٠، ١٨١) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٥ ص٥٢٦) .

لمزيد من التفصيل انظر : (أسامة الفقير/ رسالة الظروف المخففة/ ص٧٤) .

(٢) (النسائي/ قطع السارق/ باب ما يكون حرزاً وما لا يكون/ ح٤٨٨٥/٤٨٨٦) (أبو داود/ الحدود/ باب العفو عن الحدود ما لم تبلغ السلطان/ ح٤٣٧٦) . وتعارفوا : رويت بتشديد الفاء وتخفيفها .

أما حقوق العباد ، فالحال فيها مختلف ؛ إذ يجوز الإسقاط قبل بلوغ الإمام وبعده ، ومنه قول رسول الله ﷺ في قصة صفوان بن أمية عندما أراد العفو عن سارق رداؤه : « هلا كان قبل أن تأتيني به ، أيما حدٌ بلغني فقد وجب »^(١) .
ودل الحديث على أن المانع من قبول العفو هو بلوغه الإمام ، وإلا فلو كان قبله لجاز .

والحال مختلف في المدنية والأحوال الشخصية باتفاق العلماء^(٢) .

(٣) إن الجزائيات فيها حق لله تعالى ، سواء تمحض ذلك الحق أم لم يتمحض ، أما الأحوال الشخصية ، فمنها ما هو حق لله ، ومنها ما هو حق للعباد ، أما المدنية فالحق فيها متمحض للعباد .

يقول الإمام ابن نجيم^(٣) في كلامه عن الحدود : « فهي من حقوق الله تعالى ؛ لأنها شرعت لمصلحة تعود إلى كافة الناس ، فكان حكمها الأصلي الانزجار مما يتضرر به العباد وصيانة دار الإسلام عن الفساد »^(٤) .

(١) (أبو داود/الحدود/باب من سرق من حرز/ح ٤٢٢٩) (النسائي/الحدود/باب الرجل يتجاوز للسارق عن سرقته/ح ٤٨٨٢) (ابن ماجه/الحدود/باب من سرق من حرز/ح ٢٥٩٥) (موطأ مالك/الحدود/باب ترك الشفاعة للسارق إذا بلغ السلطان/ح ١٥٧٩) (الدارمي/الحدود/باب السارق يوهب منه السرقة بعدما سرق/ح ٢٢٩٩) (أحمد/عن عبدالله بن صفوان/ح ١٤٨٧٩، ح ٢٧٠٩٠، ٢٧٠٩٢، ٢٧٠٩٣) .

(٢) انظر : (مالك/المدونة/ج ٤ ص ٥٥٤، ٥٥٥) (الشافعي/الأم/ج ٦ ص ١٦٥) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج ٧ ص ٩٥) .

(٣) ابن نجيم : زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن أبي بكر ، وابن نجيم اسم لبعض أجداده ، ولد ٩٢٦ هـ ، وتوفي ٩٧٠ هـ بالقاهرة ، من مؤلفاته : الأشباه والنظائر ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، مشكاة الأنوار (في أصول الفقه) ، مختصر التحرير ، الفوائد الزينية (في الضوابط والاستثناءات) .

(الحموي/مقدمة كتاب غمز عيون البصائر/دار الكتب العلمية) (فريد بك/تاريخ الدولة العثمانية/ص ٥٤٩) (العكري/شذرات الذهب/ج ٤ ص ٣٥٨) (حاجي خليفة/كشف الظنون/ج ١ ص ٩٨) .

(٤) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج ٥ ص ٢) .

ومنه قول الإمام ابن تيمية^(١): « فالحكم بين الناس يكون في الحدود والحقوق، وهما قسمان ؛ فالقسم الأول : الحدود والحقوق التي ليست لقوم معينين بل منفعتها لمطلق المسلمين أو نوع منهم وكلهم محتاج إليها»^(٢).
ويستتبع الاختلاف بين ما هو حق لله تعالى وما هو حق للعبد جملة من الأحكام :

الأول- أن الأفراد خارج دائرة الخصومة في الجزائيات لهم في أغلب هذه الجرائم المباشرة في رفع الشكاية والإشهاد عليها بلا دعوى من صاحب الحق فيها ، فصارت دائرة الخصومة فيها أوسع وأشمل من تلك التي في المدنية أو الأحوال الشخصية .

الثاني- أن الجزائية لا بد في استيفائها من الرفع للإمام . يقول ابن فرحون:

« فالحدود تفتقر إلى حكم حاكم ، وإن كانت مقاديرها معلومة ؛ لأن تفويضها لجميع الناس يؤدي إلى الفتن والشحناء والقتل وفساد الأنفس والأموال ، وكذلك التعزيرات ؛ لأنها تفتقر إلى تحرير الجناية وحال الجاني والمجني عليه ، فلا بد فيها من الحاكم ، وكذلك ما جرى هذا المجرى كاستيفاء القصاص وكثير من الأحكام يطول تتبعها »^(٣).

(١) ابن تيمية : أبو العباس أحمد بن عبد الحلِيم بن عبد السلام بن عبد الله بن تيمية الحراني الدمشقي الحنبلي ، ولد في حران ٦٦١هـ ، وتوفي في دمشق ٧٢٨هـ ، إمام مجتهد فقيه أصولي محدث مفسر واعظ خطيب ، من مؤلفاته اقتضاء الصراط المستقيم ، فتاوى ابن تيمية ، الجواب الصحيح لمن بدل دين المسيح ، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية . (الذهبي/ المعين في طبقات المحدثين/ ص ٢٣٧) (صديق البخاري/ أجدد العلوم/ ج ١ ص ٣٥٨) (السيوطي/ طبقات الحفاظ/ ص ٥٢٠) .

(٢) (ابن تيمية/ السياسة الشرعية/ ص ٥٥) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ١١٢) .

بل إن استيفاء الحق دون الرفع فيها للإمام فيه الإثم وفيه التعزير^(١) ، ويسمى ذلك بالافتئات على الإمام .

أما المدينة ، فإنه متى ظفر العبد بحقه فله أن يأخذه وفق شرائط محددة ، ويسمى ذلك بالظفر بالحق^(٢) .

فالظفر في الجزائيات ممنوع ، وهو مسموح في التعاملات المالية ، على خلاف بين العلماء في تفصيلات ذلك ، وسيأتي ذكرها فيما بعد إن شاء الله تعالى .

والسبب في هذا التفريق كما يقول فضيلة الدكتور محمد نعيم ياسين :
« ١ - خطورة الجزائيات ، فوجب الاحتياط فيها إثباتاً واستيفاءً ووجب الرفع للإمام .

٢ - أن في الإذن للناس بأخذ حقهم بأيديهم ذريعة لتعدي بعض الناس على بعض ثم ادعائهم بأنهم يستوفون حقوقهم ، فيؤدي للفتنة والظلم والفساد .

٣ - أن كثيراً من العقوبات لا تنضبط إلا بحضرة الإمام ، سواء في مقدارها أو في شدة وقعها وإيلامها .

٤ - أن العقوبات يقصد منها الزجر ، وهذا لا يتحقق إلا بواسطة الحاكم والقيام به من قبله »^(٣) .

(١) انظر : (مالك/ المدونة/ ج٤ ص٦٠٧) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٢٩٣) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٥ ص٦٦٢) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص٢٩١) (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص٤٨٥) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٣٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص٨٩) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٢ ص٢٥٤) (داماد/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص٦٣٢) .

(٢) انظر : (الشافعي/ الأم/ ج٢ ص٤٢٧) (السرخسي/ المبسوط/ ج١١ ص١٠٧) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ ص١٧٦) (الحقق الحلبي/ شرائع الإسلام/ ج٤ ص١٠٠) (الزركشي/ المشور/ ج١ ص٣٥٦) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٧ ص٢٩٢) (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص٢٨١) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٣٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ ص١٩٢) (ابن عابدين/ تنقيح الفتاوى الحامدية/ ج٢ ص٢٢٣) (اطفيش/ شرح النيل وشفاء الغليل/ ج٩ ص٢٠٥) .

(٣) (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص١٠٨) .

ومما يلحق بهذا من أحكام ، أن التحكيم يمنع في الجزائية دون المدنية ؛ لأن السلطة في الجزائية للإمام وليست للأفراد^(١) .

كل ما سبق يؤكد أن أطراف الدعوى والخصومة في الجزائية تختلف عنها في المدنية والأحوال الشخصية ، ففي الأخيرة يكون طرف الدعوى والخصومة المتضرر ، في مقابلة المسؤول عن الضرر .

أما في الجزائية فالتهم من جهة والمجتمع كاملاً من جهة أخرى دفاعاً عن حق الله تعالى ، وهذا منطبق حتى في الجرائم التي يغلب فيها حق الأدمي .

٤) اختلافها من حيث الهدف ؛ فهدف الجزائية هو استيفاء حق الله تعالى وحق المجتمع في معاقبة الجاني ، أما المدنية والأحوال الشخصية فهدفها في الأغلب رفع الضرر عن المتضرر ، أو بعبارة أخرى : حماية مصالح خاصة للخصوم^(٢) .
فالهدف في الجزائية حق عموم الأمة ، والهدف في المدنية والأحوال الشخصية حق الأفراد.

وإذا أردنا أن نعرف الأهم من بين العلمين فيكفي أن ننظر إلى الحق الذي يحميه كل من العلمين ، ونعلم عندها أهمية الجزائية .

٥) ويمكن التفريق بينها كذلك في دور القاضي ؛ إذ إن القاضي في الجزائية له دور أكبر؛ لأنه يدافع عن حق الله تعالى ، أما المدنية فليست له هذه

(١) انظر : (الباجي/المنتقى شرح الموطأ/ج٥ ص٢٢٨) (السرخسي/المبسوط/ج١٦ ص١١١) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٢ ص١٢٤/١٢٥) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ ص١٣٧) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج٤ ص١٩٣) (الزيلعي/نصب الراية/ج٥ ص٦٠) (البابرتي/العناية/ج٧ ص٣١٨) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ ص٦٢، ٢٠) (المرتضى/البحر الزخار/ج٦ ص١١٤) (ابن الهمام/فتح القدير/ج٧ ص٣١٨) (المرداوي/الإنصاف/ج١١ ص١٩٧) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٧ ص٢٦، ٢٥) (الخطيب الشربيني/مغني المحتاج/ج٦ ص٢٦٧) (الدسوقي/حاشية الدسوقي/ج٤ ص١٣٦) .

(٢) انظر : (عبد الرحمن عياد/أصول علم القضاء/ص٧) (علي محمد جعفر/مبادئ المحاكمات الجزائية/ص٩) (مدوح البحر/مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية/ص١٣) (محمد الفاضل/الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية / ص١٥) .

الحرية أو هذا الدور ، فإنه مقيد بمحدود الدعوى التي رفعت إليه ، فلا يملك تقرير ما لا يطلبه المتضرر^(١) .

٦) ومن الفروق بين فروع أصول المحاكمات الثلاثة ، مدى النظر إلى شخص المتهم وشخص المدعي . يقول الدكتور محمد الفاضل:

« فالدعوى المدنية يمكن أن تسير وأن يبت فيها ، وتبلغ الغاية من إقامتها في ضوء الأسباب والإثبات والأدلة المنطقية الصرفة التي يدلي بها المتقاضون ، دون أن يعبا القاضي بأشخاصهم أو يعيرهم أي التفت ، وإنما يحصر همه في موضوع النزاع وفي المصالح المتضاربة فيه . والأمر على خلاف ذلك في الدعوى الجزائية ؛ ففي هذه الدعوى ينظر القاضي إلى الإنسان المتهم أكثر ما ينظر إلى الجريمة بشكلها الصوري الخارجي ، فهو يحاكم الذات الإنسانية في نمط معين من أنماط سلوكها ، وهو بالتالي لا يستطيع فصل الدعوى الجزائية ما لم يدرس - فضلاً عن الوقائع والبيئات - شخصية المتهم ، ويجدد بعد ذلك مقدار خطورته الإجرامية ، ثم يختار على ضوء ذلك العقوبة المناسبة »^(٢) .

المطلب الثاني

علم العقوبات الشرعية

العلاقة بين أصول المحاكمات الشرعية الجزائية وعلم العقوبات الشرعية شديدة الصلة. والذي يجمعهما في أصل واحد هو القواعد الجزائية أو علم الجزاء ، والذي ينقسم بدوره إلى قسمين :

١ - قواعد العقوبات الشرعية .

٢ - قواعد أصول المحاكمات الشرعية الجزائية .

(١) انظر : (سليمان عبد المنعم/ أصول الإجراءات الجزائية/ ص ١٥٥) .

(٢) (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص ١٥ ، ١٦) .

ويطلق البعض على القسم الأول : القواعد الموضوعية، وعلى الثاني : القواعد الشكلية، وقد تمّ بحث مدى الشكلية والموضوعية عند التطرق إلى مفهوم أصول المحاكمات الشرعية الجزائية^(١) .

فلكل من العلمين مميزات خاصة به تجعله مختلفاً عن غيره ، مستقلاً بذاته .

أما مواضع الاختلاف بينهما فهي كما يلي :

(١) أن قواعد العقوبات مختصة بوضع جزاء لكل فعل من الأفعال المحظورة شرعاً ، سواء تحددت هذه العقوبة بالنص الشرعي ، أو بالتحديد من قبل ولي الأمر ، كما في التعزير .

أما قواعد أصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، فمختصة بتطبيق هذه القواعد زماناً ومكاناً وأشخاصاً وكيفية واختصاصاً .

وبذا أصبح لكل واحد منهما مجالاً خاصاً به ، لا يتعداه إلى غيره ؛ فمجموعة القواعد القانونية التي تبين الأحوال التي ينشأ فيها للأمة حق العقاب عند ارتكاب الجريمة أو ينقضي فيها ذلك الحق أو يعدل ، تسمى بالعقوبات . ومجموعة القواعد التي تحدد نشاط السلطة القضائية في المسائل الجزائية وجهات الاختصاص في كل ما يفيد في نسبة الجرائم إلى أصحابها ، والحكم عليهم ، وتنفيذ الحكم ، وطرق الطعن في الحكم ، وإعادة المحاكمة ، وأثر المخالفة في ذلك كله ، هذا ما يعرف بأصول المحاكمات الجزائية .

(٢) أن قواعد وأحكام أصول المحاكمات الجزائية هي التي تجعل قواعد العقوبات ممكنة التطبيق ؛ فالنصوص والأحكام التي ينطوي عليها قانون العقوبات لا سبيل إلى تطبيقها ووضعها موضع العمل إلا بوساطة دعوى ترفع أمام المرجع القضائي المختص^(٢) .

(١) انظر (المبحث الأول/ من الفصل الأول / المطلب الثاني/ ص ٣٧) .

(٢) انظر : (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص ١٧، ١٨) (فاروق الكيلاني/ محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية/ ص ١٦، ١٧) .

٣) أن قواعد العقوبات هدفها حماية المجتمع من الإجرام ، وصيانة أمنه وحماية نظامه ، وهو بالتالي ضد الأفراد المجرمين .

أما أصول المحاكمات الجزائية فهي في أغلبها تحمي مصالح الأفراد الذين يتهمون باقتراف جريمة ما .

أي أن التوجه العام في أصول المحاكمات الشرعية الجزائية هو أن لا يتهم إلا المتهم ؛ وهو من قامت القرائن على إمكانية وقوع الجريمة منه ، أما في العقوبات فالمقصود بيان عقوبة من يفعل الأفعال المذكورة في أصوله وأحكامه .

ولذا يسمى البعض قانون العقوبات بقانون المجرمين ، وقانون أصول المحاكمات بقانون الشرفاء^(١) .

٤) ومن الفوارق بينهما : أن قواعد أصول المحاكمات الجزائية فورية التطبيق ، وليست كذلك قواعد العقوبات .

ففي حالة حصول جريمة فإن أولى القواعد تطبيقاً لإحتمال الحق هي قواعد أصول المحاكمات الجزائية ، بينما تحتاج قواعد العقوبات إلى وقت من أجل أن يصار إلى تطبيقها .

وحتى في حالة حصول الجريمة في مجلس القضاء وأمام القاضي ، فإنه يجوز للقاضي أن يوقع عقوبة عليه ، ولكن مع ذلك لا بد من إجراءات لذلك، كإثبات الواقعة بالشهود في محضر الجلسة ، ويصدر بعدها الحكم عليه فيها .

(١) انظر : (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص ٢٠) .

المطلب الثالث

علم الشروط والوثائق^(١)

يتضح الفرق بين علم أصول المحاكمات الشرعية الجزائية وبين علم الشروط والوثائق ، بذكر تعريف علم الشروط ؛ فقد عرّف علم الشروط بأنه :

« علم باحث في كيفية ثبت الأحكام الثابتة عند القاضي في الكتب والسجلات على وجه يصح الاحتجاج به عند انقضاء شهود الحال »^(٢).

وعرّفه آخرون بأنه :

« علم يبحث فيه عن إنشاء الكلمات المتعلقة بالأحكام الشرعية ، وعن كيفية سوق الأحكام الشرعية المتعلقة بالمعاملات في الرقاع والدفاتر ، ليحتج بها عند

(١) الوثائق : جمع وثيقة ، من وثق ، والوثيق المحكم ، وأوثقه في الوثائق : شدّه ، وقال تعالى : ﴿ فَشُدُّوا أَلْوَابِقَكُمْ ﴾ (سورة محمد ، آية رقم ٤) . والوثيقة في الأمر : إحكامه . والجمع وثائق ، وأنشد الفراء لعباض بن درة الطائي :

حى لا يجل الدهر إلا بإذننا . . . ولا نسل الأقوم عقد المياثق

وحدث كعب بن مالك : « ولقد شهدت مع رسول الله ﷺ ليلة العقبة حين تواقفنا على الإسلام . » أي تحالفنا وتعاهدنا . ومنه قوله تعالى : ﴿ وَبَيَّنَّفَهُ أَلَّذَى وَأَلْفَكُمْ بِهِ ﴾ (سورة المائدة ، آية رقم ٧) . انظر (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ١٠ ص ٣٧١) .

وتخريج الحديث : (البخاري/ المناقب/ باب وفود الأنصار إلى النبي ﷺ / ح ٣٨٨٩) (وفي المغازي/ باب حديث كعب بن مالك/ ح ٤٤١٨) (مسلم/ التوبة/ باب حديث توبة كعب بن مالك وصاحبيه/ ح ٢٧٦٩) (الترمذي/ تفسير القرآن/ باب من سورة التوبة/ ح ٣١٠٢) .

وعلم الوثائق هنا يختلف عن أحكام التوثيق في باب المعاملات كالرهن والكفالة وغيرها ، فليست هي المقصودة بعلم الوثائق هنا.

(٢) (الطليطلي/ المقنع في علم الشروط/ ص ٣) (حاجي خليفة/ كشف الظنون/ ج ٢ ص ١٠٤٥) (صديق البخاري/ أجد العلوم/ ج ٢ ص ٣٣٩) .

الحاجة» (١).

ويسمى علم الشروط كذلك بكتاب العهد ، والوثائق (٢) .

ويسمى بعلم السجلات (٣) .

ويسمى بعلم رسوم الأفضية (٤) .

وأسماء البعض بالمراسم الشرعية (٥) .

وموضوع هذا العلم : « هو تلك الأحكام -أي القضائية- من حيث الكتابة ، وبعض مبادئه مأخوذة من الفقه ، وبعضها من علم الإنشاء ، وبعضها من الرسوم والعادات ، والأمور الاستحسانية ، وهو من فروع الفقه من حيث كون ترتيب معانيه موافقاً لقوانين الشرع ، وقد يجعل من فروع الأدب والإنشاء باعتبار تحسين الألفاظ» (٦) .

(١) (طاش زاده/ مفتاح السعادة/ ج٢ ص٦٠٠) (التهانوي/ كشف اصطلاحات الفنون/ ج٣ ص٧٥٢) .

(٢) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٥ ص٢٨٤) (الفراهيدي/ العين/ ج٧ ص١٤٧) .

(٣) (صديق البخاري/ أجد العلوم/ ج٢ ص٣٣٩) .

(٤) رسم الأفضية : ألف فيه أبو نصر السمرقندي كتاباً وأسماء : رسوم القضاة ، وهو مطبوع ، وتوجد منه نسخة في مكتبة الجامعة الأردنية ٦ ، ٢١٦ سمر .

وورد هذا المصطلح أكثر ما ورد في كتب المالكية ، وهو أحد كتب الإمام ابن القاسم من المالكية . انظر (في كتاب الإمام المواق/ التاج والإكليل/ ج٣ ص٣١٦/ ج٥ ص١٧٦) (وفي كتاب الخطاب/ مواهب الجليل/ ج١ ص٥٠١/ ج٢ ص١٣١/ ج٣ ص٣٩٦/ ج٥ ص١٥٤) .

(٥) انظر : (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٥٥) ، يقول : « وذكرت مما اصطلاح عليه الحكام من المراسم الشرعية والوقائع الحكمية جملاً كثيرة وفوائد غزيرة يتفجع بها الحكام وتابعوهم من الكتاب والوكلاء والمتداعين المتناظرين » .

(٦) (صديق البخاري/ أجد العلوم/ ج٢ ص٣٣٩) (الطليطلي/ المقنع في علم الشروط/ ص٣) .

وقد أُلّف في الشروط^(١) والوثائق^(٢) جمع غفير من العلماء .
وفي فضله يقول الإمام السرخسي^(٣) :

(١) أول من صنف في علم الشروط هلال بن يحيى البصري الحنفي (ت ٢٤٥هـ) ، وقد أُلّف فيه جمهرة من العلماء ؛ منهم : أبو زيد أحمد بن زيد الشروطي الحنفي ، أُلّف ثلاثة كتب كبير وصغير ومتوسط ، ومنهم أبو جعفر أحمد بن عماد الطحاوي (ت ٣٢١هـ) وله الشروط الصغير في خمسة أجزاء ، والشروط الأوسط ، ومنهم أبو نصر الدبوسي ، ومنهم أبو نصر أحمد بن محمد السمرقندي (ت ٥٥٠هـ) ، ولأبي بكر الخصاص كتاب فيه ، ولظفر الدين حسن بن علي الميرغاني .

وللمزيد انظر (حاجي خليفة/ كشف الظنون/ ج ٢ ص ١٠٤٥ ، ١٨٠٩) (الطليطلي/ المقنع في علم الشروط/ ص ٣) (صديق البخاري/ أجد العلوم/ ج ٢ ص ٣٣٩) (القضاعي/ التكملة لكتاب الصلوة/ ج ٢ ص ٢٤ ، ٦٠) (أبو الوفاء القرشي/ طبقات الحنفية/ ص ١٦٨) (ابن قاضي شهبه/ طبقات الشافعية/ ج ٢ ص ١٩٥) (شهاب الدين المقدسي/ الروضتين في أخبار الدولتين النورية والصلاحية/ ج ٢ ص ٤٥٥) (القزويني/ التدوين في أخبار قزوين/ ج ٣ ص ٢٢٠) (ابن خلكان/ وفيات الأعيان/ ج ١ ص ٧١ ، ٧٢) (الذهبي، سير أعلام النبلاء/ ج ١٧ ص ٢٧٦) (العكري/ شذرات الذهب/ ج ٢ ص ١٩٢) (الذهبي/ العبر في خبر من غبر/ ج ٣ ص ١٠٥) (ابن الجوزي/ المنتظم/ من ٢٥٧هـ/ ج ١٠ ص ١٣٠) (ابن فرحون/ الديباج المذهب/ ص ٣٨ ، ١٤٩).

(٢) كتاب الوثائق للإمام المزني الشافعي . انظر : (الشيرازي/ طبقات الفقهاء/ ص ١٨٩) ، كتاب معتمد الخلائق في علم الوثائق للإمام عبد الله بن أبي أحمد الفرغاني المعروف بالعبري قاضي تبريز (ت ٧٤٣هـ) (حاجي خليفة/ كشف الظنون/ ج ٢ ص ١٧٣٢) ، الفائق في علم الوثائق للقاضي أمين الدين أبو علي الحسن بن مروان ، فرغ منه ٦٠٧هـ .

وكتب كثيرة غيرها . انظرها في : (باقوت الحموي/ معجم البلدان/ ج ١ ص ٥١١ ، ٥١٨) (ابن فرحون/ الديباج المذهب/ ص ٢٣١ ، ٢٥٤) (ابن النديم/ القهرست/ ص ٢٩٢ ، ٢٩٣) (العكري/ شذرات الذهب/ ج ٤ ص ٤٥) .

(٣) السرخسي : أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، نسبة إلى سرخس (في خراسان) ، حنفي المذهب ، توفي في ٤٨٣هـ في فرغة (من بلاد مرغينان - وراء النهر) ، فقيه أصول محدث ، وبعده الحنفية من المجتهدين في المسائل التي لا رواية فيها عن صاحب المذهب ، وأُلّف أكثر كتبه وهو سجين ، ومن مؤلفاته : المسبوط في الفقه ، أملاه على تلاميذه وهو سجين في الحب ، شرح السير الكبير ، شرح كتابي النفقات وأدب القاضي للخصاص . (الزركلي/ الأعلام/ ج ٦ ص ٢٠٨) (ابن أبي الوفا/ طبقات الحنفية/ ص ٢٨) .

« اعلم بأن علم الشروط من أكد العلوم وأعظمها صفة ؛ فإن الله تعالى أمر بالكتابة في المعاملات فقال عز وجل : ﴿ إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾^(١) . ورسول الله ﷺ أمر بالكتابة في المعاملة بينه وبين من عامله ، وأمر بالكتابة فيما قلد فيه عماله من الأمانة ، وأمر بالكتابة في الصلح فيما بينه وبين المشركين ، والناس تعاملوه من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا ، ولا يتوصل إلى ذلك إلا بعلم الشروط ، فكان من أكد العلوم »^(٢) .

وحكم تعلمه فرض على الكفاية ، كما ذكر الإمام الجصاص^(٣) إذ يقول :

« وقال تعالى : ﴿ وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ لَتُبَيِّنُنَّهُ لِلنَّاسِ وَلَا تَكْتُمُونَهُ فَنَبَذُوهُ وَرَاءَ ظُهُورِهِمْ ﴾^(٤) . وقال ﷺ : « من سئل عن علم فكتمه ألجم يوم القيامة بلجام من نار »^(٥) . فعلى هذا الوجه يلزم من عرف الوثائق والشروط بيانها لسائلها على حسب ما يلزمه بيان سائر علوم الدين والشريعة ، وهذا فرض لازم للناس على الكفاية ، إذا قام به بعضهم سقط عن الباقيين »^(٦) .

أما ما يفترق فيه هذا العلم عن أصول المحاكمات الشرعية الجزائية فهو :

١ (المطلع على حقيقة علم الشروط يجد أن تعلقه أكثر ما يكون في جانب

(١) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٨٢) .

(٢) (السرخسي/المبسوط/ج٣٠ص١٦٧) .

(٣) الجصاص : أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ، نسبة إلى عمله بالجص ، ولد ٣٠٥هـ ، وتوفي ٣٧٠هـ في بغداد ، انتهت إليه رئاسة المذهب في عصره ، وكان إماماً عظيم القدر ، من مؤلفاته : أحكام القرآن ، شرح مختصر الكرخي ، شرح مختصر الطحاوي ، الأصول في الفصول في أصول الفقه . (ابن أبي الوفا/طبقات الحنفية/ص٨٤) .

(٤) (سورة آل عمران ، آية رقم ١٨٧) .

(٥) (الترمذي/العلم/باب ما جاء في كتمان العلم/ح٢٦٤٩ ، وقال حديث حسن) (أبو داود/العلم/باب كراهية منع العلم/ح٣٦٥٨) (ابن ماجه/المقدمة/باب من سئل عن علم فكتمه/ح٢٦١ ، ٢٦٥) (أحمد/عن أبي هريرة في الأحاديث التالية : ٧٥١٧ ، ٧٨٨٣ ، ٧٩٨٨ ، ٨٣٢٨ ، ٨٤٢٤) .

(٦) (أبو بكر الجصاص/أحكام القرآن/ج١ص٦٦٢) .

المعاملات في الأحكام المالية . أما المعاملات في الأحكام الجزائية القضائية فنفهم أن له تعلقاً به من حيث إن حاجة الأحكام المالية إلى التوثيق هي ذات الحاجة التي يهتم بها أصول المحاكمات الجزائية الشرعية ، فكما أن التوثيق وتحديد الألفاظ في علم الشروط هام للمعاملات المالية ، فإنه هام للأحكام القضائية كذلك .

وما دام أن التوثيق يعتبر من الإجراءات التي تدخل في عمل السلطة القضائية، فهي في جزء منها جزء من أصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، أما الجزء الباقي فخارج عن حدود موضوعنا .

فبين العلمين عموم وخصوص ، فلا تستطيع القول إن كل قاعدة من قواعد علم الشروط والتوثيق هي قاعدة من قواعد أصول المحاكمات ، ولا العكس كذلك . (٢) أن علم الشروط والوثائق يدخل في كل مراحل التعامل مع الجريمة ، كما سنذكر في حينه بإذن الله تعالى .

فيدخل في ضبط الجرائم ، وتقييد أسماء المتهمين ، ورفعهم للقاضي بعد أخذ أقوالهم ، وكذلك توثيق ألفاظهم وكلامهم في المحكمة ، وتوثيق الأحكام الصادرة بحقهم في المحكمة وتدوينها ، وإعطاء المحكوم نسخة منها حتى يتمكن من التصرف حيالها ، إما بطعن أو طلب إعادة محاكمة ، أو عرضها على الفقهاء لمعرفة صحتها من عدمه .

المطلب الرابع

نظام القضاء وأدب القضاء

أما علم القضاء أو أدب القضاء أو علم الأقضية ، فهو علم يبحث عن آداب تختص بالقضاء^(١) .

وقد اعتنى العلماء بشأن القضاة فأفردوا أدب القضاء في تصنيف مستقل .

(١) (طاش زاده/ مفتاح السعادة/ ج٢ ص٦٠٠) .

وفي تعريفه يقول العلماء :

« ما ينبغي للقاضي أن يفعله وما عليه أن ينتهي عنه »^(١).

أو « الخصال الحميدة المندوبة أو المدعو إليها »^(٢).

ويسمى هذا العلم بأدب القضاء ، أو علم القضاء ، أو علم الأفضية ، أو أدب القاضي ، ومما يُظهر عدم التمييز بينها أنه ما من أحد من العلماء ألف في كتابه تحت عنوانين منها ، فهو إما أن يقول علم القضاء ، أو باب القضاء ، أو باب أدب القضاء ، أو أدب القاضي ، أو الأفضية^(٣) .

أما في التفريق بينه وبين علم أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية فنلاحظ ما

يلي :

(١) أن مشمولات علم القضاء وأدب القضاء لا يدخل بعضها ضمن أصول

المحاكمات الشرعية الجزائرية ، ومن ذلك :

أ - إدارة القضاء ، أو نظام القضاء ، وتشمل تعيين القضاة ، وصيغ توليتهم ، وصيغ عزلهم ، وأسباب العزل ، وشرائط التولية للقاضي ، والمحرام هذه الشرائط ، وتأثير ذلك على ولايته ، ويشمل أرزاق القاضي ، وراتبه ، وراتب أعوانه ، وكاتبه ، وحاجبه .

وكل ما كان على هذه الشاكلة فلا تأثير له على الدعوى الجزائرية ، ولا أثر له في نسبة الجرائم إلى فاعليها ، أو الحكم عليهم ، ولذا لا يدخل ضمن أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية .

ب - كيفية ابتداء القاضي لمهامه عند استلامها ، مثل كيفية دخول البلد ،

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٢٧٧) .

(٢) (القونوي/ أنيس الفقهاء/ ص٢٢٨) .

(٣) انظر مثلاً : (أدب القاضي/ المتوسط/ بدائع الصنائع/ فتح القدير) (القضاء/ الإنصاف/ الفروع/ منتهى الإيرادات كشاف القناع/ مطالب أولي النهى/ أسنى المطالب/ تحفة المحتاج/ مغني المحتاج/ مواهب الجليل/ حاشية الدسوقي/ تبين الحقائق) (الأفضية/ الأم/ التاج والإكليل) .

وأول ما يبدأ به المسجد ، وكيفية مركبه .

ج - مهام القاضي خارج حدود الدعوى وخارج حدود الجريمة والجرائم ، كالنظر في الأوقاف والوصاية والولاية والإفتاء ، عدا أن يستفتى القاضي في قضية معروضة بين يديه ، وستتطرق لها إن شاء الله تعالى .

فكل هذه الأمور لا تدخل في موضوع أصول المحاكمات الشرعية الجزائية، إلا من بعيد ، ولكنها داخلة في صلب أدب القضاء .

وكذلك فإن بعضاً من الأحكام الواردة في أصول المحاكمات الشرعية الجزائية

لا تدخل في علم أدب القضاء ، ومنها :

أ - اختصاصات والي الجرائم، والتي يتحدد فيها مهام والي الجرائم عند حصول الجريمة.

ب - عملية ضبط الجريمة ، والكشف عن الفاعلين ، والتحقيق في الجريمة ، وخصوصاً التحقيق الأولي ، فهذا ليس من اختصاص القاضي .

ج - تحديد أثر مخالفة أصول المحاكمات على الدعوى وعلى الأحكام القضائية ، ليس من اختصاص علم القضاء أو أدب القضاء ، بل هو من اختصاص أصول المحاكمات الجزائية .

٢) ومن الفروق بين أدب القضاء وأصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، أن الفقهاء عندما ألفوا الكتب في أدب القضاء ، إنما أرادوا في أغلب أحكام هذا العلم فض النزاعات في الأمور المالية والمادية ، وليس الأحكام الجنائية أو الجزائية . والذي يدل على ذلك ، أنهم يرتبون كتاب القضاء بعد الانتهاء من ذكر سائر المعاملات المالية ، وكثير منهم يبدأ كتاب القضاء بقوله : « لما كان أكثر المنازعات في الديون والبياعات ، والمنازعات محتاجة إلى قطعها ، أعقبها بما هو القاطع لها وهو القضاء »^(١) .

فالقارئ لكتب القضاء وأدب القضاء يجدها في أغلب أحيائها تتحدث عن

(١) انظر (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٢٧٦) (ابن الممام/ شرح فتح القدير/ ج٧ ص٢٥١) (البايرتي/ العناية/ ج٧ ص٢٥١) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ ص٣٥١، ٣٥٢) (داماد/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٠، ١٥١) (القونوي/ أنيس الفقهاء/ ص٢٢٧) .

المعاملات المالية ، ومع ذلك تجد نصوصاً تخص أصول المحاكمات الجزائية بشيء من التفصيل .

ولكل مؤلف منهم أسلوبه في التقليل من ذكر هذه النصوص المتعلقة بالجزائيات ، أو الإكثار منها، وذلك بحسب حاجة الكتاب لذلك ، أو ربما بحسب علمه واطلاعه .

وقد وجدت أن الكتب التي في اسمها ما يتعلق بالحكام ، فيها نصيب أكبر لأصول المحاكمات الشرعية الجزائرية ، مما هو في غيرها ، ومثاله :

أ - تبصرة الحكام لابن فرحون .

ب - تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام لمحمد بن عيسى ابن المناصف^(١) .

ج - الإتيان والإحكام في شرح تحفة الحكام (شرح ميارة)، لميارة الفارسي^(٢) .

د - معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، لعلاء الدين

الطرابلسي^(٣) .

هـ - الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام،

للإمام القرافي .

و - درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، علي حيدر .

(١) ابن المناصف : أبو عبد الله محمد بن عيسى بن المناصف القرطبي ، كان نجيباً مبرزاً ، تفنن في العلوم ،

ولي أكبر خطط القضاء مثل مرسية وبلنسية ، ت ٦٢٠هـ ، له : المذهب في الحلّى والشيات ، وله الدرّة

السنية في المعالم السنية ، وله الإنجاد في الجهاد . (القضاعي/ التكملة لكتاب الصلّة/ ج٢ ص ١٢٠)

(المقري التلمساني/ نفع الطيب/ ج٤ ص ٣-٥) .

(٢) ميارة : محمد بن أحمد بن محمد الفاسي ، الشهير بميارة الفاسي ، مالكي المذهب ، ولد بفاس ٩٩٩هـ ،

وتوفي سنة ١٠٧٢هـ . من مؤلفاته : الإتيان والإحكام في شرح تحفة الحكام لابن عاصم المعروف

بشرح ميارة، الرد الثمين في شرح منظومة المرشد المعين ، تنبيه المغترين على حرمة التفرقة بين المسلمين،

شرح لامية الفرقان . (الناصرى/ الاستقصا لأخبار دول المغرب الأقصى/ ج٢ ص ٦٠ ، ٨٥ ، ٩٣ ، ٩٦) .

(٣) الطرابلسي : أبو الحسن علاء الدين علي بن خليل الطرابلسي ، حنفي المذهب ، توفي ٨٤٤هـ ، كان

قاضياً بالقدس ، مؤلفاته : معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام . (حاجي خليفة/ كشف

الظنون/ ج٢ ص ١٧٤٥) (الزركلي/ الأعلام/ ج٥ ص ٩٧) .

المبحث الثالث

أهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائية وأهميتها

تقنينها

أعرض في هذا المبحث جملة من الأدلة المنقولة والمعقولة ، والتي تظهر أهمية هذا العلم ، وحاجة أهل الفقه والقضاء إليه . وذلك من خلال العناوين التالية :

- ١- أهمية أصل هذا العلم .
- ٢- مظاهر أهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائية .
- ٣- أهمية تقنين أصول المحاكمات الشرعية الجزائية .

أولاً : أهمية أصل هذا العلم :

أصل هذا العلم هو الفقه ، ومن بعده القضاء ، ويليه أصول المحاكمات ك نظرية عامة .

أما فضل الفقه ، فمعلوم بالاستفاضة أنه من أجل العلوم وأعلاها شأنًا ، وأرفعها مقامًا ، والأحاديث والآثار في ذلك كثيرة وفيرة^(١) .

وكذلك الحال في القضاء ، وقد أكثر العلماء في بيان فضل القضاء وعظيم خطره ، وجسيم أمره ، وفي ذلك يقول ابن أبي الدم^(٢) في أدب القضاء:

(١) ١ - منها قول رسول الله ﷺ : « من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين » . (البخاري/ كتاب العلم/ باب من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين/ ح ٧١) (ورواه مسلم والترمذي وابن ماجه ومالك والدارمي وأحمد) .

ب - ومنها قول رسول الله ﷺ حين دعا لابن عباس : « اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل » . (البخاري/ الوضوء/ باب وضع الماء عند الخلاء/ ح ١٤٣) (ورواه مسلم وابن ماجه والترمذي ومالك وأحمد والنسائي وأبو داود) .

(٢) ابن أبي الدم : شهاب الدين أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم بن علي بن محمد بن فاتك الهمداني الحموي ، ولد بمجمعة ٥٨٣هـ ، وتوفي ٦٤٢هـ . رحل إلى بغداد وتفقه بها وسمع وحدث بالقاهرة ، وولي قضاء بلده ، له شرح مشكل الوسيط ، وأدب القضاء ، وله كتاب في التاريخ في الفرق الإسلامية . (ابن قاضي شهبه/ طبقات الشافعية/ ج ٢ ص ٩٩) .

« وهذا العلم هو على الحقيقة كالعلاوة^(١) في بقية علم المذهب وغيره »^(٢).

ومن الأقوال الواردة في فضل القضاء قول ابن فرحون في التبصرة :

« اعلم أن خطة القضاء أعظم الخطط قدراً ، وأجلها خطراً ، وعلى القاضي مدار الأحكام ، وإليه النظر في جميع وجوه القضاء ، من القليل والكثير بلا تحديد »^(٣).

ثم يتابع بعد حين تصوير هذه الأهمية بقوله : « ولما كان علم القضاء من أجلّ العلوم قدراً ، وأعزها مكاناً ، وأشرفها ذكراً ؛ لأنه مقام عليّ ، ومنصب نبوي ، به الدماء تعصم وتسفح ، والأبضاع تحرم وتنكح ، ... وكانت طرق العلم به خفية المسارب ، مخوفة العواقب ، والحجاج التي يفصل بها الأحكام مهامة^(٤) يحار فيها القطا^(٥) ، ويقصر فيها الخطأ ، كان الاعتناء بتقرير أصوله ، وتحرير فصوله ، من أجلّ ما صُرِّفت له العناية ، وحمدت عقباه في البداية والنهاية »^(٦).

(١) العَلاوة : علاوة الشيء بالضم أرفعه . أو أعلاه ، وقيل : علاوة كل شيء ما زاد عليه . (ابن منظور/ لسان العرب / ج ١٥ ص ٨٩) .

(٢) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص ٥٥) ، ومثله ما ورد في أنيس الفقهاء للقونوي : « فإن القضاء بالحق من أقوى الفرائض بعد الإيمان ، وهو أشرف العبادات ... » ص ٢٢٧ . ومنه ما وصى به أبو عبد الله طاهر بن الحسين ولده فقال : « واعلم أن القضاء من الله بالمكان الذي ليس به شيء من الأمور ؛ لأنه ميزان الله الذي تعادل عليه الأحوال في الأرض ، وبإقامة العدل في القضاء والعمل تصلح الرعية ، وتأمين السبل ، ويتصف المظلوم ، ويأخذ الناس حقوقهم ، وتحسن المعيشة ، ويؤدى حق الطاعة ، ويرزق الله العافية والسلامة في الدين ، ونجري السنن والشرائع ، وعلى مجاريها يتجز الحق والعدل في القضاء » . (الطبري/ تاريخ الطبري/ ج ٥ ص ١٥٨) (أحمد زكي صفوت/ جمهرة خطب العرب/ ج ٣ ص ١٣٤، ١٣٤) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٩٣) .

(٤) المهامة : البعيدة ، أي الأرض البعيدة ، المغازة البعيدة ، واحدها المَهْمَة ، وهو الخرق الأملس الواسع ، ويقصد بها البرية القفرة . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ١٣ ص ٥٤٢) .

(٥) القطا : طائر معروف سمي بذلك لثقل مشيه ، ويقال في المثل : إنه لأدل من قطاة ؛ لأنها ترد الماء ليلاً من الفلاة البعيدة . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ١٥ ص ١٩٠) .

(٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ١) .

وبعد ذكر فضل القضاء - إذ لا مزيد على ما سطره العلماء في فضل الفقه والقضاء - أورد ما ذكروه في فضل علم أصول المحاكمات كأصل وكنظرية عامة ، إذ لا غنى للقاضي عن إدراكه ، والإحاطة به ، وعد العلماء ذلك من صفات القاضي ؛ يقول ابن أبي الدم في ذلك عند حديثه عن صفات القاضي وشروطه : « وتضلعه من علم الشروط والأفضية والحكومات ، فإنها أمر وراء الفقه »^(١).

بل واعتبر بعض العلماء أنه يتقدم في الأهمية على القضاء ذاته ، ومن ذلك قول ابن فرحون : « لأن علم القضاء يفتقر إلى معرفة أحكام تجري مجرى المقدمات بين يدي العلم بأحكام الوقائع الجزئيات ، وغالباً تلك المقدمات لم يجر لها في دواوين الفقه ذكر ، ولا أحاط بها الفقيه خبيراً ، وعليها مدار الأحكام ، والجاهل بها يخبط خبط عشواء^(٢) في الظلام »^(٣).

والقصد من قوله : مقدمات ، أي أنها ممهّدات ومهيئات ، وليس المقصود هو ذات التقديم الذي هو ضد التأخير ، فإن من هذه الأحكام ما يتعلق بمراحل عملية التقاضي الأخيرة ، ومع ذلك فهي من المقدمات ، فالقاضي يتوجب عليه العلم بهذا الفن من البداية ، ليمهد له كيفية القضاء من بداية التقاضي إلى نهايته .

وقد جعل العلماء تعلم الأصول واستقصاء صحتها من مهام القاضي ، ويقول ابن خلدون في رسالته للقضاة : « وأما المرافعات فيبحث في صحتها سراً ويُعمل بمقتضاها »^(٤).

(١) (ابن أبي الدم / أدب القضاء / ص ٨١) .

(٢) خبط عشواء : هي الناقة التي في بصرها ضعف ، تخبط إذا مشت لا تتوقى شيئاً . (ابن منظور / لسان العرب / ج ٧ ص ٢٨١) (الرازي / مختار الصحاح / ص ٧١) .

(٣) ابن فرحون / تبصرة الحكام / ج ١ ص ٢) .

ومن ذلك قول أبي الأصبغ بن سهل : « لولا حضوري مجلس الشورى مع الحكام ما دريت ما أقول في أول مجلس شاورني فيه ابن الأمير سليمان بن أسود ، وأنا يومئذ أحفظ المدونة والمستخرجة الحفظ المتقن » . (ابن فرحون / تبصرة الحكام / ج ١ ص ٢) .

(٤) (ابن خلدون / مزيل الملام / ص ١٣٦) .

وكذلك قول ابن أبي الدم في فضل هذا العلم، فبعد أن بين أهمية الفقه قال: «وأخصها بالأولوية علم الأفضية والأحكام المتداولة بين القضاة والحكام»^(١). فقوله: الأفضية والأحكام المتداولة بين القضاة والحكام، هو مفهوم أصول المحاكمات بشكل عام بحيث يشمل الجزائي والمدني والأحوال الشخصية.

وأختم الحديث في فضل هذا العلم بكلام الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا حيث يقول:

« وإن القوانين التي يمكن أن توجد لدينا أو لدى غيرنا هي نوعان: الأول: قوانين الأحكام، وهي التي توجب وتثبت لكل قول أو فعل موجه وحكمه.

والثاني: قوانين المراسم أو الأصول، وهي التي ترسم وتبين الطرائق التي يجب سلوكها، والأشكال التي يجب أن يصدر العمل على وفقها، وتسمى أيضاً القوانين الشكلية، ... ومن هذا القبيل أيضاً قانون "أصول المحاكمات" الذي يُسمى اليوم (قانون المرافعات)»^(٢).

بعد ذكر أهمية أصول المحاكمات عموماً، فلا بد من بيان أهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائية تحديداً، ذلك أن لها ما يميزها من الصفات والسمات، وهذا هو موضوع العنوان التالي.

ثانياً: مظاهر أهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائية:

إن لأهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائية مظاهر متعددة، وقد برزت هذه الأهمية من خلال المظاهر التالية:

أ- إن كون هذه الأصول متعلقة بالقسم الجزائي من الأحكام القضائية دون القسم المدني، أو قسم الأحوال الشخصية، يشير إلى مكانة هذه الأصول وخطورتها،

(١) (ابن أبي الدم / أدب القضاء / ص ٥٤).

(٢) (الزرقا / المدخل الفقهي العام / ج ١ ص ٢٠٢ / فقرة ٧٨).

ويؤكد ذلك أن جملة من النصوص الشرعية تبين خطورة هذه الأفعال ، وأنها تأتي في مرتبة مباشرة بعد الإشراك بالله عز وجل .

فقد روى ابن عمر رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال : « لن يزال المؤمن في فسحة من دينه ما لم يصب دماً حراماً »^(١).

فالحديث دال على أن آخر مرحلة تسبق الخروج من الملة هي إصابة الدم بالظلم والعدوان ، فإن استحل ذلك فقد خرج من الدين ، وإلا فذنبه عظيم جسيم . وفي بيان ذلك يقول الإمام السرخسي : « القتل بغير حق من أعظم الجنايات بعد الإشراك بالله تعالى ، قال الله تعالى : ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِعَتْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا ﴾^(٢) »^(٣) .
ولذلك عدّ النبي ﷺ هذه الجرائم من الكبائر السبعة التي تلي الشرك بالله عز وجل .

ومن ذلك أيضاً في تقديم الجزائيات على غيرها قول رسول الله ﷺ فيما يرويه ابن مسعود : « أول ما يُقضى بين الناس في الدماء »^(٤) .
فخطورة الدماء وعظيم شأنها عند الله تعالى قدّمها في المحاسبة على غيرها من

(١) (البخاري/الدييات/باب قول الله تعالى ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم ﴾ /ح٦٨٦٢) (أبو داود/الفتن والملاحم/باب في تعظيم قتل المؤمن/ح٤٢٧٠ / بلقظ « لا يزال المؤمن معتقاً صالحاً ما لم يصب دماً حراماً ، فإذا أصاب دماً حراماً بلح » . معتقاً : خفيف الظهر ، أي مسرعاً في الطاعة قليل الذنوب . بلح : انقطع من الإعياء ووقع في الهلاك والشقاء) (أحمد/عن عبد الله بن عمر /ح٥٦٤٨).

(٢) (سورة المائدة ، آية رقم ٣٢) .

(٣) (السرخسي/المبسوط/ج٢٦ص٥٩) .

(٤) (البخاري/الرقاق/باب القصاص يوم القيامة/ح٦٥٣٣) (مسلم/القصاص والمخاريب والقصاص والدييات/باب المجازاة في الدماء في الآخرة/ح١٦٧٨) (الترمذي/الدييات/باب الحكم في الدماء/ح١٣٩٦/١٣٩٧) (النسائي/باب تعظيم الدم/ح٣٩٩١، ٣٩٩٢، ٣٩٩٣، ٣٩٩٤، ٣٩٩٥، ٣٩٩٦) (ابن ماجه/الدييات/باب التغليب في قتل مسلم ظلماً/ح٢٦١٥، ٢٦١٧) (أحمد/عبد الله بن مسعود/ح٣٦٦٥، ٤١٨٨، ٤٢٠١) .

الاعتداءات ، وهذا تحويف من الاعتداء على الدماء ، وتطمين للمعتدى عليه ، إن أول ما يتحصل من الحقوق هو حقه ، حتى يكون ذلك أدعى للصبر والمواساة .

بل إن مهمة الأنبياء والمرسلين هي حقن الدماء ، فقد روى عمرو بن عبسة السلمي رضي الله عنه أنه جاء إلى رسول الله ﷺ فقال : « قلت له : ما أنت فقال : نبي . فقلت : وما النبي ؟ فقال : رسول الله . فقلت : ومن أرسلك ؟ فقال : الله عز وجل . قلت : بماذا أرسلك ؟ فقال : بأن توصل الأرحام ، وتحقن الدماء ، وتؤمن السبل ، وتكسر الأوثان ، ويعبد الله وحده لا يشرك به شيء ... » الحديث^(١) .

وقد كانت وصية الرسول ﷺ في خطبة الوداع الحفاظ على الدماء والأنفس ؛ فقد روى أبو بكر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « ألا إن دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومي هذا في شهري هذا في مقامي هذا »^(٢) .

يقول ابن العربي^(٣) في أحكام القرآن : « وأهم قواعد الشرع حماية الدماء عن الاعتداء ، وحياطته بالقصاص كفاً وردعاً للظالمين والجائرين ، وهذا من القواعد التي لا تخلو عنها الشرائع ، والأصول التي لا تختلف فيها الملل »^(٤) .

ثم دلت النصوص على أن هذه الجنايات والجزائيات لعظيم أمرها قد وكلت إلى السلطان دون غيره ، للدلالة على أنها من المسؤوليات الملقاة على عاتقه في

(١) (مسلم/ صلاة المسافرين وقصرها/ باب إسلام عمرو بن عبسة/ ح ٨٣٢) (أحمد/ عن أبي نجيح عمرو بن عبسة/ ح ١٦٥٦٨، ١٦٥٧١) .

(٢) (البخاري/ العلم/ باب قول النبي ﷺ : رب مبلغ أوعى من سامع/ ح ٦٧) (مسلم/ القسامة والمخارين والقصاص والديات/ باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال/ ح ١٦٧٩) (الدارمي/ المناسك/ باب في الخطبة يوم النحر/ ح ١٩١٦) (أحمد/ عن أبي بكر الثقفي/ ح ١٩٨٧٣، ١٩٨٩٤، ١٩٩٨٥) .

(٣) ابن العربي : أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعافري الإشبيلي المالكي ، ولد ٤٦٨هـ في إشبيلية ، وتوفي ٥٤٣هـ ودفن في فاس ، في منطقة باب المردق ، فقيه متبحر ، بلغ رتبة الاجتهاد ، من مؤلفاته : عارضة الأحوزي في شرح صحيح الترمذي ، العواصم من القواصم ، أحكام القرآن ، الإنصاف في مسائل الخلاف ، المحصول . (الزركلي/ الأعلام/ ج ٧ ص ١٠٦) .

(٤) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج ٢ ص ٨٨) .

تلافيها ، ورفع الضيم عن ابنتي بها ، وفي ذلك يقول رسول الله ﷺ: « أربع إلى السلطان : الصلاة ، والزكاة ، والحدود ، والتقصص »^(١).

فاقترانها بالصلاة والزكاة مع تقييد أمرها بالإمام دال على أهميتها ووجوب الاعتناء بأحكامها ، كما هو حال الصلاة والزكاة . والتشديد في العناية بأمرها دال على أنها عظمة القدر ، وقد قال العلماء في ذلك :

« إن الشيء إذا عظم قدره شدد فيه وكثرت شروطه »^(٢).

فالحفاظ على أرواح الناس ودمائهم وأموالهم وعقولهم هو من أعظم القربات وأجزل الطاعات ، فلا عجب أن تكون الطرق والمراسم المتبعة لتحقيق هذه الغاية من أهم ما يستحق العناية والدراسة والبيان .

ب - أن هدف هذه الأصول هو إقامة العدل، تحقيقاً لأمر الله تعالى بقوله سبحانه: ﴿ 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 ﴾^(٣).

والخطاب في الآية للولاية ، كما ذكر ذلك جملة من المفسرين^(٤) . فأراد بهم أمراء المسلمين في عهد رسول الله ﷺ ، ويندرج فيهم الخلفاء والقضاة وأمراء السرية وكل من ولي من أمر المسلمين شيئاً^(٥) .

(١) (مصنف ابن أبي شيبة/ح٢٨٤٣٨/٢٨٤٣٩/ وياكثر من رواية ، منها « الجمعة والحدود والزكاة والفيء إلى السلطان » ، ومنها : « السلطان ولي من حارب الدين وإن قتل أخا امرئ أو أباه » (البخاري / الكنى / ج ١ ص ٤٧) (الزيلعي / نصب الراية/ ج ٣ ص ٣٢٦ / وقال عنه غريب ، ورواه بياكثر من رواية) (ابن حجر/ الدراية في تخريج أحاديث الهداية/ ج ٢ ص ٩٩) .

(٢) (القرافي/ الفروق/ ج ٣ ص ١٤٤) .

(٣) (سورة النساء، آية رقم ٥٨) .

(٤) انظر : (القرطبي/ الجامع لأحكام القرآن/ ج ٢ ص ٢٠٦، ٢٠٥) (الثعالبي/ تفسير الثعالبي/ ج ١ ص ٢٨٤) (الطبري/ تفسير الطبري/ ج ٥ ص ١٤٦، ١٤٥، ١٤٤) بإسناد أنها نزلت في ولاية الأمور) (السيوطي/ الدر المنثور/ ج ٢ ص ٥٧١ بسند إلى زيد بن أسلم أنها في الولاية) (الألوسي/ روح المعاني/ ج ٥ ص ٦٤) .

(٥) انظر : (القرطبي/ الجامع لأحكام القرآن/ ج ٢ ص ٢٠٦، ٢٠٥) .

يقول صاحب روح المعاني : « وتصدير الكلام بإن الدالة على التحقيق ، وإظهار الاسم الجليل ، وإيراد الأمر على صورة الإخبار من الفخامة ، وتأكيده وجوب الامتثال ، والدلالة على الاعتناء بشأنه ما لا مزيد عليه » (١) .

بل إن إرسال الرسل وإنزال الكتب كان لأجل العدل وإقامة القسط ؛ قال تعالى : ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ﴾ (٢) .

فصار العدل مقصداً من مقاصد إنزال الكتب وإرسال الرسل ، بل هو مقصد لكل دين وملة صحيحة (٣) . وكان ذلك متعلقاً بالعامّة والخاصّة ، فهل ورد في شأن ولاية الأمر ما هو أوضح من هذا ؟

والجواب يأتي بالإيجاب ؛ فلقد قال رسول الله ﷺ فيما يرويه عنه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه : « إن أحب الناس إلى الله يوم القيامة وأدناهم منه مجلساً إمام عادل ، وأبغض الناس إلى الله وأبعدهم منه مجلساً إمام جائر » (٤) .

وعن جزاء العادلين منهم يوم القيامة يقول رسول الله ﷺ فيما يرويه أبو هريرة رضي الله عنه : « سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله : إمام عادل... » (٥) .

(١) (الألوسي/روح المعاني/ج٥ ص٦٤) .

(٢) (سورة الحديد ، آية رقم ٢٥) .

(٣) يقول الإمام ابن القيم : « قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط ، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست مخالفة له » . (الطرق الحكمية/ ص٣٩) .

(٤) (الترمذي/الأحكام/باب ما جاء في الإمام العادل/ح١٣٢٩) وقال حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه (أحمد/عن أبي سعيد الخدري/ح١٠٧٩٠ ، ١١١٣١) .

(٥) (البخاري/الأذان/باب من جلس في المسجد ينتظر الصلاة وفضل المساجد/ح٦٦٠) (مسلم/الزكاة/

باب فضل إخفاء الصدقة/ح١٠٣١) (الترمذي/الزهد/باب ما جاء في الحب في الله/ح٢٣٩١)

(النسائي/أدب القضاة/باب الإمام العادل/ح٥٣٨٠) (مالك/الجامع/باب ما جاء في المتحابين في

الله/ح١٧٧٧) (أحمد/عن أبي هريرة/ح٩٢٧٣) .

مما سبق يتضح مقام العدل عند الله تعالى ، وهو بذات المنزلة عند الأنبياء ومن
والاهم من العلماء والعقلاء ؛ إذ إن العدل هو السياج لحماية الأمة ، أفراداً
وجامعات ، سائلين ومسؤولين ، ومقولة عمير بن سعيد وهو والي عمر بن الخطاب
رضي الله عنهم أجمعين إلى حمص تؤكد هذا المعنى ؛ إذ يقول : «ألا إن الإسلام حائط
منيع ، وباب وثيق ، فحائط الإسلام العدل ، وبابه الحق ، فإذا نقض الحائط وحطم
الباب استفتح الإسلام ، فلا يزال الإسلام منيعاً ما اشتد السلطان ، وليس شدة
السلطان قتلاً بالسيف ، ولا ضرباً بالسوط ، ولكن قضاءً بالحق ، وأخذاً
بالعدل» (١).

وتظهر أهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائية في تحقيق العدالة من خلال
كونها العنوان على تحقيق العدالة أو انعدامها ؛ إذ إن التعامل مع قواعد التحاكم
الشرعية تسبق الأحكام القضائية وتتلوها ، ومن خلال ذلك يمكن معرفة ما إذا كان
القاضي منحازاً للعدالة أم أنه في جانب الظلم والحيث ، فإذا عدل في بداية التقاضي ،
-وهذا يعرف من خلال أصول هذه العملية- كان ذلك دليلاً على أنه في غيرها
أعدل ، ومتى ظلم في البداية ، كان ذلك دليلاً على أنه فيما وراء ذلك أظلم .

يقول ابن القيم رحمه الله : « إذا عدل الحاكم بين الخصمين في هذا ، فهو
عنوان عدله في الحكومة ، فمتى خص أحد الخصمين بالدخول عليه أو القيام له أو
بصدر المجلس والإقبال عليه والبشاشة له والنظر إليه ، كان عنوان حيفه وظلمه » (٢) .
ولذلك كانت هذه الأصول من بداية وقوع الجريمة إلى حين نسبة الجريمة إلى
فاعلها ، تسعى إلى العدالة في أن لا يتهم أحد دون وجه حق ، وهذا من أسس
العدالة وأهدافها .

وبعد هذه المرحلة ، وبعد أن يُعرف الفاعل ، ويُنسب الجرم إليه ، كان دور
أصول المحاكمات الشرعية الجزائية أن لا يؤخذ منه غير الحق . فما زاد عن الحق فهو

(١) (ابن سعد/ الطبقات الكبرى/ ج٤ ص٣٧٤) .

(٢) (ابن القيم/ إعلام الموقعين/ ج١ ص١٩) .

ظلم ، وما قصر عن بلوغه فهو ظلم . فلا يفلت الجاني بجنايته دون عقاب ، ولا يجازى فوق ما قدر الشرع أو بغير ما أمر الشرع .

وهذا هو دور-أصول المحاكمات الشرعية الجزائية بحسب مراحل الوصول إلى الحق والحقيقة .

ج - أن رسالة سيدنا عمر رضي الله عنه^(١) والتي تعتبر دستور القضاء ، حوت أربعة عشر توجيهاً لأبي موسى الأشعري ، وللقضاة والولاة من بعده ، وكان تسعة من هذه التوجيهات مختصة بأصول المحاكمات ، وفي هذا دلالة على أن تعلم هذه الأصول ومراعاتها واجب على القضاة ، حتى يتحقق العدل ويزهق الباطل ، ومن ذلك قوله : « آس بين الناس في مجلسك ووجهك وعدلك حتى لا يئس ضعيف من عدلك ، ولا يطمع شريف في حيفك ... لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس ثم راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق، فإن الحق ومراجعته خير من التماذي في الباطل ... وإياك والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر للخصوم في مواطن الحق التي يوجب الله بها الأجر ويحسن بها الذخر ... »^(٢).

وهي رسالة جليلة اعتنى بها العلماء ، وشرحها وتواصاها الفقهاء ، وأوردها كل من كتب وألف في القضاء^(٣) ، وتناولها نظماً الشعراء^(٤) . وسيأتي ذكرها في الفصل الرابع عند الحديث عن أصول المحاكمات الشرعية الجزائية في نظر الدعوى إن شاء الله تعالى .

(١) وتسمى هذه الرسالة بدستور القضاء ، سماها الإمام محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة «كتاب السياسة» ، أي السياسة القضائية، وقد شرح الرسالة شرحاً وافياً الإمام ابن القيم في كتاب (إعلام الموقعين) ج ١ ص ٨٥ ، وسنأتي على ذكر هذه الرسالة فيما بعد بالتفصيل .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٣٠) .

(٣) ذكرها كل من (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٣٠) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام على مأخذ الأحكام/ ص ٥٥) (ابن القيم/ إعلام الموقعين/ ج ١ ص ٨٥) (ابن حجر/ الدراية في تخريج أحاديث الهداية/ ج ٢ ص ١٧١) (الزليعي/ نصب الراية/ ج ٤ ص ٨١) (سالم السائلي/ هدي الفاروق/ ص ٥٧، بروايتين) . وسنذكر تخريجها في موضع آخر .

(٤) سطرها شعراً الشيخ سالم السائلي في كتابه (هدي الفاروق/ ص ١٣) .

د - أن هذه الأصول تحقق مقاصد شرعية عظيمة . وقد تقدم الحديث عن العدل ، وهو مقصد شرعي عظيم ، وظهر أن هذه الأصول مبتغاها العدل ونصرة المظلوم بالطرق الشرعية الصحيحة ، ومما يحققه هذا العلم من مقاصد : إزالة الخلاف بين أفراد الأمة بإظهار الحق ، فإن الحق إذا ظهر زال الخلاف ، وعرف الحق من المبطل . بل إن إظهار الحق بحد ذاته مقصد شرعي كما يقول ابن القيم رحمه الله : « فإن الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البيّنات التي هي أدلة عليه وشواهد له » (١) .

ولما كان لإظهار الحق طريق يستدل به عليه ، كان علم أصول المحاكمات الشرعية الجزائية هو الطريق في الجزائيات ، وكان هو الدليل المؤدي إلى إظهار الحق وإبطال الباطل .

وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، والعدل في القضاء لا يتحقق إلا بالعلم بأصول محددة ترسم طريق التقاضي وترشد الخصوم والشهود والقاضي، إلى طريقة استخراج الحقوق وإرجاعها لأصحابها .

هـ - أن هذه القواعد الإجرائية رديف للقواعد الموضوعية ، ولما كانت الأخيرة تعطي الحق لولي الأمر في تتبع الجرائم والمجرمين حيث إنه مسؤول عن ذلك أمام الله وأمام الناس ، فإن ولي الأمر يستطيع التدرع بخطورة هذه الجرائم وجسامة آثارها على المجتمع لإطلاق اليد في حقوق الناس ودمائهم وأبشارهم وأموالهم ، فترتكب المحرمات ، وتنتهك الحرمات ، ويؤذي العباد والبلاد .

عند هذا الحد نعلم أهمية وجود قواعد إجرائية تمنع مثل هذه التجاوزات، وتسمح لصاحب الحق جماعة كان أو فرداً بأخذ حقه ، دون أي اعتداء أو تجاوز أو ظلم .

« فطبيعة القواعد الشكلية أنها تقف بين الدولة خصماً والدولة حكماً ، ويباعد بين بطشها كسلطة تنفيذية وبين ضميرها كسلطة قضائية ، ويلتزم بين وسائلها

(١) (ابن القيم/إعلام الموقعين/ج ١ ص ٩٠) .

في الاتهام والتحقيق والمحكمة وبين غايتها في إدانة المجرم وفي تنفيذ العقاب» (١).

إلا أننا سنلاحظ ومن خلال البحث في أثر مخالفة أصول المحاكمات الشرعية الجزائية أن الشريعة الإسلامية لم تنجرف وراء الدعوة لحماية الأفراد مع إغفال النظر عن حق الجماعة - كما فعلت القوانين الغربية - ولكنها وازنت بين الأمرين ، فأعطت المجتمع حقه ، وكذلك المتهم أو المجرم أعطته ما يستحقه ، وهذا هو التوازن الذي يعتبر سمة من سمات هذا الدين وهذا الشرع العظيم .

« فالتحدي الحقيقي لكل نظام قانوني متحضر ورشيد هو كيفية تحقيق التوازن في استعمال هذه الدعوى بين حق المجتمع في إنزال غضبه وعقابه بالمدنب الحقيقي من ناحية ، وبين احترام الكرامة الإنسانية من ناحية أخرى ، وحماية حقوق وحرية الأفراد الذين قدر لهم أن يصبحوا طرفاً في هذه الدعوى ، فالإتهام ليس أصلاً ولا حتى قرينة ، لكنه محض افتراض عارض قابل لأن يتبدد بين لحظة وأخرى » (٢).

و - أن قواعد الإجراءات الجزائية تمنح المجتمع الوسائل اللازمة وبالقدر اللازم كذلك لاستقصاء الجرائم ، وجمع أدلتها ، والكشف عن الفاعلين ، وملاحقتهم ، ومحاکمتهم ، وتنفيذ العقاب بهم ، مع مراعاة الموضوعية في كل إجراء . ولولا وجود هذه الوسائل لتمكن الجاني أو الجناة من نشر الفساد في أوصال المجتمع دون حسيب أو رقيب تحت ذريعة الحرية الفردية .

وقد أثبتت التجربة أن قواعد قانون العقوبات وما تنطوي عليه من تهديد بإنزال أقصى العقاب لا تكفي وحدها لتوطيد النظام والأمن والتزام جانب الفضيلة والخلق القويم وصيانة أرواح الناس وأموالهم ، وإنما ينبغي أن يأخذ الشارع على عاتقه أيضاً سنّ القواعد التي تفضي إلى الكشف العاجل عن مقترف الجريمة حتى

(١) (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجنائية/ ص ٣) .

(٢) (سليمان عبد المنعم/ أصول الإجراءات/ ص ١٥١) .

يقضي عليهم بالعقاب الأكيد^(١) .

ز - ومن مظاهر أهمية هذه الأصول ما تبعته من الثقة عند الناس في القضاء ، لما تشتمل عليه من القواعد والإجراءات التي تمنع التلاعب أو المبالغة أو التساهل في عملية التقاضي . وهذا فيه تشجيع لصاحب الحق في أن يطالب بحقه واثقاً أنه لن يظلم ، وأنه لن يتأخر في الحصول على حقه.

ثالثاً : أهمية تقنين أصول المحاكمات الشرعية الجزائية :

وردت العديد من النصوص الدالة على أهمية حصول العلم عند الناس بما يحل لهم وما يحرم عليهم كقوله تعالى: ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾^(٢) ، وقوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ رِثْكَ مُهْلِكَ الْفَرْتِ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِيهَا رَسُولًا ﴾^(٣) ، وقوله تعالى: ﴿ لِأُنذِرْكُمْ بِهِ وَمَنْ بَلَغَ ﴾^(٤) ، وقوله تعالى: ﴿ وَلَوْ أَنَّا أَهْلَكْنَاهُمْ بِعَذَابٍ مِّن قَبْلِهِ لَقَالُوا رَبَّنَا لَوْلَا أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا فَتَتَّبِعَ آيَاتِكَ مِنْ قَبْلِ أَنْ نَذِلَّ وَنَخْزَىٰ ﴾^(٥) ، وقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ مِنْ أُمَّةٍ إِلَّا خَلَا فِيهَا نَذِيرٌ ﴾^(٦) .

ومنها ما يرويه المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « ... ولا أحد أحب إليه العذر من الله، ومن أجل ذلك بعث المبشرين والمنذرين ... » الحديث^(٧) .

(١) انظر : (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص ١٣) . ونقل قول صاحب كتاب روح الشرائع (مونتسكيو) : « لو بحثنا عن السبب الذي يكمن وراءه كل انحلال لما وجدناه في اعتدال العقوبات ، وإنما هو في إفلات المجرمين منها » .

(٢) (سورة الإسراء ، آية رقم ١٥) .

(٣) (سورة القصص ، آية رقم ٥٩) .

(٤) (سورة الأنعام ، آية رقم ١٩) .

(٥) (سورة طه ، آية رقم ١٣٤) .

(٦) (سورة فاطر ، آية رقم ٢٤) .

(٧) (البخاري/ التوحيد/ باب قول النبي : لا شخص أغير من الله/ ح ٧٤١٦) (مسلم/ اللعان/ الباب الأول بدون عنوان/ ح ١٤٩٩) (الدارمي/ النكاح/ باب في الغيرة/ ح ٢٢٢٧) (أحمد/ عن المغيرة بن شعبة/ ح ١٧٧٠٣) .

من خلال ذلك كله نعلم أن النص على الجرائم والعقوبات مهم ، ويمثله في الأهمية النص على الإجراءات المتبعة في الوصول إلى الحق .

ويتأكد ذلك إذا علمنا أن كلام العلماء يؤخذ بالقبول وكلام القضاة تسري إليه الظنون^(١)، فما كان هذا شأنه كان التقنين له دواءً وعلاجاً ، وكان التحديد والضبط له وقاية وسياجاً .

وفي أهمية التقنين يقول الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا يرحمه الله :

« ونخلص من هذا إلى رأي نراه ما بين الفقه الإسلامي والتقنين ، فنقول: إن قوانين المراسم ضرورة لا بد منها ؛ لأنها لا تستند إلى مبادئ الحقوق وقواعد العدالة الثابتة ، وإنما هي تتصل بسياسة التشريع وتنظيم تطبيقه أكثر مما تتصل بتلك المبادئ والقواعد. وهذا التنظيم حق من حقوق أولياء الأمور العامة، من صلاحيتهم الزمنية، يحولون ويبدلون من مجاربه دائماً على حسب ما يرون أنه أصلح وأضبط »^(٢).

ومما لا بد من ذكره أن التقنين مع تقدم الزمان أمسى من الضرورة بمكان؛ وبيان ذلك : أن القضاء في العصر الماضي كانت له عناصر تقوم به تختلف عما هي عليه في الزمن الحاضر ، فالعامة من الناس -وهم من تقع عليهم أحكام القضاء- كان لهم من الدين والأمانة ما يحول بينهم وبين مخالفة شرع الله تعالى في كل أمر ، سواء في الاعتداء على الناس ابتداءً أو في عملية التقاضي والمخاصمة انتهاءً .

وأما القاضي وهو المكلف بإصدار الأحكام القضائية فكان من النزاهة والاستقامة بحيث لا يحتاج معها إلى قوانين تقيده لضبط نزاهته ، وكان من العلم بحيث لا يحتاج معه إلى ما يذكره بقواعد الأحكام ، وكان له من العدل ما لا يحتاج معه إلى أن تسن له قوانين تريه كيفية العدل وطريقته .

وأما ولي الأمر وهو المراقب لعملية التقاضي بأجهزته ورجاله ، فكان له من

(١) انظر : (الخطيب الشريبي/ معني المحتاج/ ج٤ ص٣٧٢) .

(٢) (مصطفى الزرقا/ المدخل الفقهي العام/ ج١ ص٢٠٣) .

العلم والورع والتقوى ما يمنعه من أن يُعَيَّن في القضاء من لا يستحق ، ولو لقرابة أو عرق أو دم ، وكان له من العدل ما يمنعه أن يخيِّف على الناس ، فيخيف بعضهم على بعض ، وكان له من النزاهة ما يمنعه من أن يتدخل في القضاء ، بل كان يعلم الناس كيفية الاحترام للقضاء والقضاة بامثال أوامرهم وأحكامهم القضائية إذا حكموا بها ، فكانوا خير عون للقضاة على التزام العدل وتطبيقه في أحكامهم .

وكذا كان شأن أعوان القاضي ومن يتولى كشف الجرائم ، ويوثق الشهود فكانوا من الاستقامة بمكان يحول بينهم وبين الظلم والتجني .

أما وقد اختلف الزمان والمكان والأشخاص ، فإن اختلاف الحال مؤكد ولا مناص ، فكان لابد من وجود قانون يظهر العدل بكيفية ، ويقيّد الالتزام بالحق بصورة ، فيقيّد كل من كان فاعلاً في معالجة الجريمة ، بأصول يسيرون عليها من بداية وقوع الجريمة ، وانتهاء بتنفيذ العقاب في فاعليها ، وكل ذلك حتى يضمن ولو إلى حدٍّ معقول العدالة من القاضي ومن متولي كشف الجرائم ومن أعوان القاضي ومن الناس أنفسهم ومن ولي الأمر فوق ذلك كله .

مما سبق أستطيع القول إن المجتمع الإسلامي المثالي أقل المجتمعات حاجة لأصول المحاكمات تقنياً ، والقضاة العادلون كذلك أقل حاجة لأصول المحاكمات في قانون ؛ إذ إن من القضاة في عصرنا الحاضر من لا يعرف العدالة إلا لأنها مكتوبة في قانون يلزمه بسلك الطريق إليها .

ثم بعد ذلك لا يدعي مدّع أن في سنّ قانون لأصول المحاكمات الجزائية تحقيقاً للعدالة المرجوة ، فإنه ومع وجود قانون مرسوم لهذه الأصول إلا أن العدل قد يخترم والعدالة قد لا تحترم ، وهذا ما نلمسه من خلال نظرة سريعة على المحاكم والقضاة في هذا الزمن .

وهذا يقودنا بدوره إلى أمر آخر وحقيقة أخرى ، وهي أن قانون أصول

المحاكمات الجزائية دون عنصر الرقابة الذاتية^(١) لا محالة فاشل في تحقيق ما يرجى منه، فإنه وإن كان وجوده أقل ضرراً من انعدامه، إلا أنه لا يؤدي الدور المطلوب على وجهه الأكمل .

فانحسار الأمانة ونزولها في جذر قلوب الرجال كما أخبر المصطفى عليه الصلاة والسلام^(٢)، اقتضت أن يتأثر بها كل قطاعات المجتمع ومن ضمنها وعلى رأسها القضاء وعملية التقاضي، فإن الرقابة الذاتية المتمثلة في جوهر العقيدة، ومن ورائه سياج العبادة والتعامل الشرعي الصحيح، كانت لتوفر على الأمة كثيراً من الوقت والجهد والمال، أما وقد خبت أنوار هذه الجوهرة، وانهدم السياج، صدق فينا قول الله تعالى: ﴿ وَمَنْ أَعْرَضَ عَنْ ذِكْرِي فَإِنَّ لَهُ مَعِيشَةً ضَنْكًا وَنَحْشُرُهُ يَوْمَ الْقِيَمَةِ أَعْمَى ﴾ (٣) قَالَ رَبِّ لِمَ حَشَرْتَنِي أَعْمَى وَقَدْ كُنْتُ بَصِيرًا ﴿٢٥﴾ قَالَ كَذَلِكَ أَتَتْكَ آيَاتُنَا فَنَسِيَتْهَا كَذَلِكَ الْيَوْمِ تُنْسَى ﴿٣﴾ .

فإذا تصدع النظام القضائي وكذا العقابي، فأنتى لهذه القوانين أن تؤدي دورها بعيداً عن تلك الرقابة وذلك الدين؟

ثم إن القانون والتقنين سلطان على الناس، ولا قيمة للحق بلا سلطان، وهذا ما قرره العلماء في تفسيرهم لقول الله تعالى - حكاية عن نبيه ﷺ - : ﴿ وَاجْعَل لِّي مِن لَّدُنكَ

(١) مما يؤيد ذلك أن الله تعالى أعقب صفة السمع والبصر أمر ولي الأمر بالعدل فقال تعالى : ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾ فقال المفسرون : أي إن الله سميع وبصير بأقوالكم وأحكامكم وما تفعلون في الأمانات . (القرطبي / الجامع لأحكام القرآن/ ج٢ ص ٢٠٥) .

(٢) نصه في البخاري فيما يرويه حذيفة بن اليمان رضي الله عنه : « إن الأمانة نزلت في جذر قلوب الرجال ... » الحديث . (البخاري/ كتاب الرقاق/ باب رفع الأمانة/ ح١٤٣/ وفي ثلاثة كتب أخرى (مسلم/ كتاب الإيمان/ باب رفع الأمانة والإيمان من بعض القلوب وعرض الفتن على القلوب/ ح١٤٣) (الترمذي/ كتاب الفتن/ باب ما جاء في رفع الأمانة/ ح٢١٧٩) (ابن ماجه/ كتاب الفتن/ باب ذهاب الأمانة/ ح٤٠٥٣) (أحمد/ عن حذيفة بن اليمان/ ح٢٢٧٤٤) .

(٣) (سورة طه، آية رقم ١٢٤-١٢٦) .

سُلْطَنًا نَّصِيرًا ﴿١﴾ .

فقال المفسرون : « وكأنه ﷺ علم أنه لا طاقة له بهذا الأمر إلا بسلطان ، لأنه لا بد مع الحق من قهر لمن عاداه وناواه ، ولهذا يقول تعالى : ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ ﴾ (٢) . وفي الأثر : « إن الله لينزع بالسلطان ما لا ينزع بالقرآن » (٣) ، أي ليمنع بالسلطان عن ارتكاب الفواحش والآثام ما لا يمنع كثيراً من الناس بالقرآن وما فيه من الوعيد الأكيد والتهديد الشديد، وهذا هو الواقع » (٤) .

وأختم هذا الباب بقول لسيدنا عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه :
« سيحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور » (٥) .

وعلق الإمام القرطبي (٦) على ذلك بقوله : ولا نشك أن قضاة زماننا وشهودهم وولاتهم وأمناءهم لو كانوا في العصر الأول ما وُلُّوا ولا عرج عليهم ،

(١) (سورة الإسراء ، آية رقم ٨٠) .

(٢) (سورة الحديد ، آية رقم ٢٥) .

(٣) هذا الأثر لم يرد ذكره في أي من كتب السنة المطهرة بإسناد عن النبي ﷺ ، ولم يذكر أنه حديث سوى (ابن كثير/ تفسير ابن كثير/ ج٣ ص٦٠) و (الشوكاني/ فتح القدير/ ج٣ ص٢٥٢) . أما أنه أثر موقوف على صحابي ، فذكره أكثر من واحد (الخطيب/ تاريخ بغداد/ ج٤ ص١٠٧) أنه عن عمر بن الخطاب ، وفي (تفسير القرطبي/ ج٦ ص٣٢٥) و (ج١٣ ص١٦٨) أنه عن عثمان بن عفان رضي الله عنه ، بلفظ : « ما ينزع الإمام أكثر مما ينزع القرآن » ، وذكر مثله ابن عبد البر في (التمهيد/ ج١ ص١١٨) عن عثمان ابن عفان رضي الله عنه .

(٤) (الشوكاني/ فتح القدير/ ج٣ ص٢٥٢) (ابن كثير/ تفسير ابن كثير/ ج٣ ص٦٠) .

(٥) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص١٥٣) .

(٦) القرطبي : أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الأندلسي القرطبي ، المفسر ، كان من عباد الله الصالحين والعلماء العارفين الورعين الزاهدين ، له كتاب التذكرة بأمر الآخرة ، وكتاب شرح القصص ، وكتاب قمع الحرص بالزهد والقناعة ، ورد ذل السؤال بالكتب والشفاعة . (ابن فرحون/ الديباج المذهب/ ص٣١٧) .

وولاية هؤلاء في مثل ذلك العصر فسوق ، فإن خيار زماننا هم أراذل ذلك الزمان ، وولاية الأراذل فسوق ، فقد حسن ما كان قبيحاً ، واتسع ما كان ضيقاً ، واختلفت الأحكام باختلاف الأزمان^(١) . والقاعدة الشرعية تقول : « التكليف مشروط بالإمكان »^(٢) .

(١) (الطرابلسي / معين الحكام / ص ١٧٧) .

(٢) (الطرابلسي / معين الحكام / ص ١٧٧) .

الفصل الثاني

أصول المحاكمات الشرعية الجزائية السابقة

للدعوى

بعد أن تحدد مفهوم أصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، أبدأ بتفصيل هذه الأصول .

وقد سبق لنا القول بأن أصول المحاكمات الشرعية الجزائية تعالج الجريمة التي تقع في المجتمع المسلم للانتصار لحق الله تعالى من فاعلها ، وأن مراحل تطبيق أصول المحاكمات الشرعية الجزائية لا بد وأن تتماشى مع التسلسل المنطقي في التعامل مع الجريمة ، فناسب أن أبدأ بذكر الأصول التي تكون سابقة على الدعوى الجزائية ، وتليها الأصول اللازمة في رفع الدعوى ، ثم الأصول التي تعمل بها المحكمة أثناء المحاكمة ونظر الدعوى ، ثم الأصول التي تعقب إصدار الحكم .

فكان عنوان هذا الفصل: أصول المحاكمات الشرعية الجزائية السابقة للدعوى، ليشير إلى أن هناك إجراءات تسبق الدعوى وهناك من يقوم بهذه الإجراءات .
وإنه لمن الضرورة بمكان الإشارة إلى أن بعض الموضوعات التي سَطُرَ في هذا الفصل وربما في غيره لها ارتباط بواقعا مما يجعلها عرضة لأحكام مسبقة، أو ربما يكون لها انطباعٌ خاصٌ في نفس القارئ ، فلا بد من معرفة حقيقة هذه المواضيع في ضوء ما شرعت له وفيه ، ومن ذلك الشرطة ، والتوقيف ، وحبس التهمة ، وضرب التهمة .

فالذي يتبادر إلى الذهن صورة الواقع الذي نعيشه من اعتقال بالباطل وضرب بالتهمة بلا دليل ، بل وبلا تهمة ، وخصوصاً ضد أصحاب الرأي والفكر ، مما

تمارسه الجهات المكلفة أصلاً بمكافحة الجريمة ، والموصوفة بالأمنية. وكل ذلك بحجة أن هذا الفعل ممنوع أو محرّم .

فيقفز إلى ذهن القارئ حكمٌ بلزوم أن تمنع الشريعة ذلك -وهي بلا شك تمنعه على هذه الصورة- ، ثم يتفاجأ أن الشريعة لها فيه قول آخر -لكنه بصورة أخرى في واقع الحال- فيصير إلى نقد الشريعة والظعن في أحكامها .

والوقوع في الأحكام المسبقة نتيجة الواقع وقع فيه بعض العلماء السابقين في حديثهم عن الشرطة وأعوان الولاية ، فتجدهم يشنعون عليهم وينقمون منهم، ذلك أن واقعهم يفرض ذلك، وما استطاعوا أن ينفكوا من ربقة واقعهم ، فحكموا بفساد الشرطة وأنهم أراذل الناس، وأن مصيرهم إلى النار لا محالة . وسنورد أمثلة على ذلك خلال المبحث القادم إن شاء الله تعالى .

إلا أن المتمعن في الأمور يرى أن الشرطة وأعوان الولاية ضرورة لا بد منها لكل حاكم ، فلا يتصور وجود سلطة دونهم ، إذ إنهم يد الإمام ، وقوته في تنفيذ الأحكام ، وقد قال العلماء في ذلك: « لا بد مع الحق من قهر لمن عاداه وناوأه »^(١).

والذي لا بد من التنبيه عليه ، أن القانون الذي يُحبس بموجبه المتهم ، أو الذي تمارس الشرطة من خلاله دورها هو قانون الشريعة ، وقانون الشريعة أقصد به أعمال الشريعة في كل أمور الحياة ، حتى توجد جواً سليماً يبعث على الطمأنينة ، ويبعد احتمالية التجني والظلم .

أما في الأجواء الموبوءة ، فإن احتمالية العدالة بعيدة ، وإمكانية إحقاق الحق غير أكيدة .

وقد وجدت الإمام الماوردي رحمه الله يقول بخصوص هذا المعنى ما نصه:

« والحسبة من قواعد الأمور الدينية ، وقد كان أئمة الصدر الأول يباشرونها

(١) (الشوكاني/فتح القدير/ج٣ص٢٥٢) (ابن كثير/تفسير ابن كثير/ج٣ص٦٠) .

بأنفسهم لعموم صلاحها ، وجزيل ثوابها ، ولكن لما أعرض عنها السلطان ، وندب لها من هان ، وصارت عرضة للتكسب ، وقبول الرشا ، لان أمرها ، وهان على الناس خطرهما ، وليس إذا وقع الإخلال بقاعدة سقط حكمها»^(١).

فحصول الإخلال بقاعدة حفظ الأمن لا يسقط حكمها ؛ فالحديث يوضع في نصابه وهو أمة إسلامية وحكومة إسلامية وقانون إسلامي وشرطة إسلامية ونيابة إسلامية ، حتى تصح النظرة ، وتصيب الفكرة .

وقد جاء هذا الفصل في مبحثين :

المبحث الأول : ولاية الجرائم .

المبحث الثاني : التحقيق الابتدائي .

وفيما يأتي تفصيل هذين المبحثين .

(١) (المواردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٣٢٢) .

رَفَعُ

عبد الرحمن النخعي

أسكنه الله الفردوس

المبحث الأول

ولاية الجرائم

عند حصول الجريمة في المجتمع المسلم ، فإن جملة من الإجراءات يقوم بها ولي الأمر لمعرفة الفاعلين والقبض عليهم والتحقيق معهم ومعرفة أقوالهم وإفاداتهم بهذا الشأن.

وقد سُلِّطَ على ذلك أشخاص محدّدون ، وصفتهم النصوص الشرعية بوصف السلطان . وفهم الصحابة الكرام أنهم ليسوا فرداً بل هم جماعات ، كما ورد في الحديث الشريف : عندما جاء رجل إلى رسول الله ﷺ وقال : يا رسول الله ، أرأيت إن جاء رجل يريد أن يسرقني أو يأخذ مني ، ما تأمرني به؟ قال : « تعظم عليه بالله » ، قال : فإن فعلت فلم ينته . قال : « تستعدي السلطان » ، قال : فإن لم يكن بقربي منهم أحد؟ قال : « تجاهده أو تقاتله حتى تكتب في شهاد الآخرة أو تمنع مالك » (١).

فإن رسول الله ﷺ أمره أن يستعدي عليه السلطان ، واللفظ يحتمل الواحد وهو الإمام ، ويحتمل الجماعة وهم أعوان السلطان ، فكان فهم الصحابي أنهم كثير ، فقال : فإن لم يكن بقربي منهم أحد ، وكان ذلك بمحضر رسول الله ﷺ ، فكان إقراراً على فهمه . فدلّ على أن كل من له ولاية يصح أن يسمى سلطاناً . وتسمي كتب الفقه هؤلاء المسلطون على هذه الأعمال بالوالي ، والولاية.

(١) (النسائي/تحريم الدم/باب ما يفعل من تعرض لملكه/ح٤٠٨١) (أحمد/عن بخارق بن سليم الشيباني/ح٢٢٠٠٧، ٢٢٠٠٨) (النسائي/السنن الكبرى/ج٢ص٣٠٨/ح٣٥٤٤) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٤٦٨/ح٢٨٠٤٣) (مصنف عبد الرزاق/ج١٠ص١١٦/ح٢٨٥٧٢) (الطبراني/المعجم الأوسط/ج٢ص١٧٠/ح١٦١١) (الطبراني/المعجم الكبير/ج٢٠ص٣١٣، ٣١٤/ح٧٤٦، ٧٤٧).

وللولاية معان كثيرة ؛ منها : النصره ، أو الخطة ، أو الإمارة ، أو السلطان .
وشرعاً : « تنفيذ الحكم على الغير شاء أو أبى » (١) .

أو أنها : قوة شرعية يملك صاحبها التصرف في شؤون غيره (٢) .

أما الذي نقصده بالولاية في هذا المبحث فهو: « السلطة التي يمنحها الإمام للقيام بعمل ما » .

والقارئ في كتب الفقه يجد أن للولاية أنواعاً كثيرة ؛ يقول ابن العربي في أحكام القرآن :

« وقد رام بعض الشافعية أن يحصر ولايات الشرع ، فجمعها في عشرين ولاية، وهي الخلافة العامة ، والوزارة ، والإمارة في الجهاد ، وولاية حدود المصالح ، وولاية القضاء، وولاية المظالم، وولاية النقابة على أهل الشرف، والصلاة، والحج، والصدقات، وقسم الفيء، والغنيمة ، وفرض الجزية ، والخراج ، والموات وأحكامه ، والحمى ، والإقطاع ، والديوان ، والحسبة » (٣) .

(١) انظر : (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج ٥ ص ٤٦٥) (البايوتي/ العناية / ج ٣ ص ٢٠٠) (الفتازاني/ شرح التلويح على التوضيح/ ج ٢ ص ٢١) (ابن أمير الحاج/ التقرير والتحجير/ ج ٢ ص ١٨٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٣ ص ١١٧) (البخاري/ كشف الأسرار/ ج ٢ ص ٣٥٠) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج ١ ص ٤٥٥) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج ٣ ص ٥٥) .

(٢) (علي الشرقاوي/ الولايات وأحكام القضاء في الإسلام/ ص ٤، ٥) .

(٣) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج ٤ ص ٥٠) .

والملاحظ أنها تسعة عشر ولاية ، ولكن بعد الرجوع إلى الكتاب وإلى شرحه لهذه الولايات وجدت أن الولاية التي نسيها هي ولاية الحدود ، وهي مختلفة عن ولاية حدود المصالح . انظر (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج ٤ ص ٥) .

ولكن الولايات في الفقه أكثر من ذلك ، فهناك ما يُعرف بوالي البلد ، وقد ورد ذكره عند كثير من العلماء^(١) ، ويقصد به مالك أمرها^(٢) .

وورد في كتب المالكية وال اسمه والي المياه^(٣) ، ولهم في تفسيره قولان :

الأول : أنهم من أهل البوادي الذين يسكنون على المياه ، بخلاف أهل الأمصار^(٤) .

وهم بهذا نوع جديد من الولاية ، ممن يحكم عند بُعد الإمام عن البوادي ، فيكون رئيس العشيرة أو القبيلة والياً .

الثاني : أنهم جباة الزكاة ، وسُمُّوا بذلك لأنهم يخرجون عند اجتماع أهل الماشية على المياه ليأخذوا منهم الزكاة^(٥) .

وهم بهذا المعنى يماثلون والي الصدقات الذي ذكره ابن العربي .

(١) انظر : (ابن قدامة/ المغني/ ج٧ ص١٣) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص١٣٨) (البايجي/ المتقى/ ص١٣٧، ١٣٨) (النووي/ المجموع/ ج٨ ص٢٦٤) (ابن القسيم/ الطرق الحكمية/ ص١٢٣) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٤ ص٣١٧/ ج٥ ص١٧٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٢٧٤) (المرداوي/ الإنصاف/ ج٨ ص٧١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج١ ص٢٢١) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٢ ص٣٠٠) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج١ ص٤٨٩) .

(٢) انظر : (المطرزي/ المغرب/ ص٤٩٦) .

(٣) ترد عبارة والي المياه عند المالكية في مسألة زوجة المفقود وأحكامها .

انظر : (الفراوي/ الفواكه الدواني/ ج٢ ص٤١) (حطاب/ مواهب الجليل/ ج٤ ص٥٥) (العدوي/ حاشية العدوي/ ج٢ ص٦٤) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٥ ص٤٩٥) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٤ ص١٤٩) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٢ ص٤٧٩) (عليش/ فتح العلي المالك/ ج٢ ص٢٣) (عليش/ منح الجليل/ ج٤ ص٣١٧، ٣١٨) .

وفي مسألة من يتولّى الحجر . (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٥ ص٢٩٩) .

(٤) انظر : (حطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٣٧) .

(٥) انظر : (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٢ ص٤٧٩) (الفراوي/ الفواكه الدواني/ ج٢ ص٤١) (الدردير/ الشرح الكبير/ ج٢ ص٤٧٩) .

وهناك ولاية الإفتاء^(١) ، وولاية العهد كذلك . وكلها من أنواع الولايات الشرعية .

أما الغرض من هذه الولايات ، فهو كما يقول الإمام ابن تيمية :
« والمقصود الواجب بالولايات إصلاح دين الخلق الذي متى فاتهم خسروا خسراً مبيناً ، ولم ينفعهم ما نعموا به في الدنيا ، وإصلاح ما لا يقوم الدين إلا به من أمر دنياهم »^(٢) .

يقول سيدنا علي رضي الله عنه في ذلك : « لا بد للناس من إمارة برّة أو فاجرة . فقيل : يا أمير المؤمنين ، هذه البرّة قد عرفناها ، فما بال الفاجرة ؟ فقال : تقام بها الحدود ، وتأمين بها السبل ، ويجاهد بها العدو ، ويقسم بها الفيء »^(٣) .

أما الولاية التي تهمنا هنا فهي الولاية التي تختص بالكشف عن الجرائم ، وتحديد الفاعلين ، واستجوابهم ، وأخذ أقوالهم ، والتحقيق معهم ، ورفعهم للقضاء . وهذه الولاية وإن كانت في باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر - وهي مهمة كل مسلم ومكلف^(٤) - إلا أن الدولة الإسلامية وظفت من أفراد الأمة من يقوم بهذه المهمة وتحديد الجرائم ، وهي تابعة لوزير التنفيذ كما قسم العلماء

(١) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٢٨٣) (النووي/المجموع شرح المذهب/ج١ص٧٣) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٢٨٦) .

(٢) (ابن تيمية/السياسة الشرعية/ص٢٣) .

(٣) (الهيتمي/مجمع الزوائد ومنبع الفوائد/ج٥ص٢٢٢) عن عبد الله بن مسعود ، (الطبراني/المعجم الكبير/ج١٠ص١٣٢) عن عبد الله بن مسعود ، (البيهقي/سنن البيهقي الكبرى/ج٨ص١٨٤) عن علي رضي الله عنه ، وفي معناه ما روي في (مسند أبي يعلى/ج٣ص٥٧/ح١٤٨١) وفي (ج٧ص١٦٣/ح٤١٦٣) .

(ابن تيمية/السياسة الشرعية/ص٨٧) .

(٤) انظر : (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص١٨٠) (الهيتمي/الزواجر عن اقتراف الكبائر/ج٢ص٢٧٩) .

أما مصطلح ولاية الجرائم فقد اقتبسته من الإمام ابن فرحون عندما قال:
« الفرق بين نظر القاضي ونظر والي الجرائم »^(٢) .

ومثله عند الطرابلسي في معين الحكام ، إلا أنه مأخوذ عن ابن فرحون
بالحرف^(٣) .

ومصطلح والي الجرائم - كما فهمت من المهام الموكولة إليه - هو الذي وكل
إليه أمر النظر في الجرائم ، وهو ما يماثل مصطلح « الضابطة العدلية » أو « الضابطة
القضائية » في القانون الوضعي^(٤) ، على نحو أشمل وأوسع وأكثر سهولة في حل
المشكلات .

وقد أدرجت في ولاية الجرائم كل من له ولاية أو سلطة للتعامل مع الجرائم

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٢١) .

والوزارة : ولاية شرعية ، وهي عبارة عن رجل موثوق به في دينه وعقله يشاوره الخليفة فيما يعن له
من الأمور . (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٤ ص٥٠) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص١٤٩) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٥) .

(٣) كتاب ابن فرحون كتاب نقيس وصاحبه إمام عظيم قلّ مثيله وعز نظيره ، وقد نقل عنه بالحرف الإمام
علاء الدين الطرابلسي الحنفي في معين الحكام ، ولكنه لم يشر إلى صاحبه ، ولم يرد أنه نسبه لابن
فرحون أو للتبصرة ولو بالإشارة . والعجيب أنه قال في كتابه: « ولم أزل باحثاً عن أسرار العوالم
وحقائق الموجودات ومنعماً أحكام النظر في الحدود والبراهين القاطعات ، وصارفاً قواي العقلية نحو
المدارك الحقيقية غير مقلد إلا المعقولات اليقينية، ولم أقف على تأليف أغنى فيه باستيعاب الكشف عن
غوامض هذا الفن ودقائقه » . (معين الحكام/ ص٢١٣) .

فإذا علمنا أن الإمام ابن فرحون توفي في ٧٩٩هـ ، وأن الطرابلسي توفي في ٨٤٤هـ ، علمنا أن الأسبق
هو ابن فرحون ، وإذا قال ابن فرحون في كتابه . وقال في معين الحكام ، فإنه يقصد معين الحكام لابن
عبد الرفيع . انظر : (التبصرة ج٢ ص٢٨) فقد نص على ذلك في أكثر من موضع ، وفي بعض المواضع
يقول في معين الحكام فقط دون إشارة .

(٤) (نقابة المحامين/ عمان/ تشريعات المحاكم وأصول المحاكمات/ ص١٢٩) (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول

المحاكمات الجزائية/ ص٧١) .

كشفاً وملاحقة وتحقيقاً ، فوجدت أنهم ثلاثة أنواع ، وهم بهذا يمثلون جزءاً من السلطة القضائية الذين ورد ذكرهم في تعريف أصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، وهو « إجراءات شرعية تحدد اختصاص السلطة القضائية ونشاطها في كل ما يفيد في نسبة الجرائم - التي لله فيها حق - إلى فاعلها والحكم عليه وتنفيذ الحكم وطرق الطعن في الحكم وإعادة المحاكمة وأثر المخالفة في ذلك كله » .

وهذه الولاية هي :

١ - ولاية الشرطة .

٢ - ولاية الحسبة .

٣ - ولاية المظالم .

أما ولاية الحدود التي ذكرتها الكتب الفقهية^(١) فهي التي يقصد بها الفقهاء سلطة إقامة وتنفيذ الحدود ، وهي ليست لها علاقة بالكشف عن المجرمين أو إلقاء القبض عليهم أو التحقيق معهم ، وبذا تكون خارج حدود مبحثنا هذا .

والجرائم وإن كانت في حد ذاتها من المنكرات ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر - كما أسلفت - واجب على كل مسلم ومسلمة ، إلا أن من أنواع القيام بذلك ما يدعو إلى القهر والاستيلاء والعقوبة وإقامة الحدود ، وأشبه ذلك مما لا ينبغي أن يفعله إلا الولاة والحكام^(٢) .

فالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا يختص بهم ، إلا أنهم الأقدر عليه ، وقولهم فيه أنفذ^(٣) . والذي يظهر كذلك أن التعامل مع الجريمة لم يكن محمداً بجهة واحدة خاصة ، وإنما كان لأكثر من جهة . فالولايات التي ستحدث عنها من

(١) انظر : (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ ص١٦١) (الزبلي/ تبين الحقائق/ ج٣ ص١٧١) (ابن

العربي/ أحكام القرآن/ ج٤ ص٥٠، ٥٣) (العنسي/ التاج المذهب/ ج٤ ص٢٠٧) .

(٢) انظر : (ابن المصنف/ تنبيه الحكام على مأخذ الأحكام/ ص٣١٠) .

(٣) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٧٩) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/

ج٢ ص٢٧٨) .

اختصاصاتها التعامل مع الجريمة دفعاً ورفعاً.

والتعامل مع الجريمة - في المقام الأول - مهمة الولاية جميعاً ؛ فالولاية عند انفرادهم لهم الحق في إلقاء القبض على الفاعلين ، ولهم ضبط الجريمة ، وكل هذا بموجب ولايتهم ، ولو أنه منع من ذلك إلى حين وصول الوالي المختص ، فإنه يؤدي إلى ضياع الحقوق ، سواء بفقد الجاني أو فقد ما يدل عليه ، كأدوات الجناية التي يتعرف منها على وقائع الأفعال .

فالأصل الذي يجمع الولايات الإسلامية أن مقصودها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر^(١) . وهذا من واجب الولاية كذلك .

إلا أن لهؤلاء الولاية مراتب ودرجات في الأولوية في التعامل مع الجريمة عند اجتماعهم ، فإذا حضروا جميعاً كانت الأولوية للألصق بالجريمة موضوعاً ، وإذا غابوا فينوب أحدهم مكانهم جميعاً .

وهذا له شبه في نصوص أصول المحاكمات الجزائية الوضعية ، ومنها القانون الأردني حيث ورد في المادة التاسعة من أصول المحاكمات الجزائية فيه ما نصه :

« يساعد المدعي العام في إجراء وظائف الضابطة العدلية :

الحكام الإداريون ، مدير الأمن العام ، مدير الشرطة ، رؤساء المراكز الأمنية ، ضباط وأفراد الشرطة ، الموظفون المكلفون بالتحري والمباحث الجنائية ، المخاتير ، رؤساء المراكب البحرية والجوية .

وجميع الموظفين الذين خولوا صلاحيات الضابطة العدلية بموجب هذا القانون والقوانين والأنظمة ذات العلاقة »^(٢) .

وفي المادة العاشرة من القانون ذاته يقول :

« لنواطير القرى العموميين والخصوصيين وموظفي مراقبة الشركات ومأموري الصحة ومحافظي الجمارك ومحافظي الحراج ومراقبي الآثار ، الحق في ضبط المخالفات

(١) انظر : (ابن القيم/الطرق الحكيمة/ص١٩٩) .

(٢) (نقابة المحامين/عمان/تشريعات المحاكم وأصول المحاكمات/ص١٢٩، ١٣٠) .

وفقاً للقوانين والأنظمة المتوط بهم تطبيقها ، ويودعون إلى المرجع القضائي المختص المحاضر المنظمة بهذه المخالفة» (١).

وهؤلاء الولاة تختلف مهامهم عن القاضي ، وسيظهر ذلك في الحديث عن مهامهم فيما بعد .

وتسهيلاً لدور هؤلاء الولاة في الكشف عن الجريمة ومكافحتها ، فقد نص الفقهاء على عقوبة لمن تعرض للولاة ولرجال الولاية ؛ يقول ابن فرحون :
« فمن تكلم بكلمة لغير موجب في أمير من أمراء المسلمين لزمته العقوبة الشديدة ، ويسجن شهراً ، ومن خالف ما حكم به القاضي عوقب إذا لم يرض بالحكم ، إلا أن يتبين الجور في الحكم ، ومن خالف أميراً وقد كرر دعوته ، لزمته العقوبة بقدر اجتهاد الإمام » (٢).

« ومن استهان بدعوة القاضي أو الحاكم ولم يُجب ضرب أربعين » (٣).

واستدلوا على ذلك بقول النبي ﷺ في حادثة الإفك : « من يعذرني في رجل قد بلغ أذاه في أهل بيتي » (٤) ؛ ومعناه : من يقوم بعذري إن كافأته على قبيح فعله ولا يلمني ، وقيل معناه: من ينصرتني والعذير الناصر . وفيه اشتكاء ولي الأمر إلى المسلمين من يتعرض له بأذى في نفسه أو أهله أو غيره ، واعتذاره فيما يريد أن يؤديه به (٥).

أما إن رأى الإمام -لمصلحة يعلمها- أن العفو خير فله ذلك ؛ كما فعل النبي

(١) (نقابة المحامين/ عمان/ تشريعات المحاكم وأصول المحاكمات/ ص ١٢٩، ١٣٠) (نقابة المحامين/ عمان/

مجموعة التشريعات الجزائرية/ ص ٨-٩).

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ٢ ص ٣٠٢).

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ٢ ص ٣٠٢).

(٤) (البخاري/ الشهادات/ باب تعديل النساء بعضهن بعضاً/ ح ٢٦٦١) (مسلم/ التوبة/ باب في حديث الإفك

وقبول توبة القاذف/ ح ٢٧٧٠) (أحمد/ عن عائشة/ ح ٢٥٠٩٥) (الترمذي/ تفسير القرآن/ باب من سورة

النور/ ح ٣١٨٠).

(٥) (العراقي/ طرح التثريب/ ج ٨ ص ٦٠).

ﷺ مع من أساء الأدب بجمه ﷺ حين قال خصم الزبير : « أن كان ابن عمك »^(١)؛
فإن النبي ﷺ ترك تأديبه مع أنه يستحقه ، وعفا عن القائل : « إن هذه لقسمة ما أريد
بها وجه الله »^(٢) .

وذكر العلماء أنه يستحب لولاة الأمور التخلق بهذا ، فلا ينتقم لنفسه ولا
يهمل حق الله تعالى^(٣) .

أما الجرائم التي نقصدها بالتبع والاستقصاء فهي التي لله فيها حق ، ولها صفة
أخرى ، أنها مما أغلظ الشرع فيها العقوبة ، إما في الدنيا أو الآخرة أو كليهما معاً ؛
فيدخل في ذلك جميع عقوبات الحدود ، والقصاص ، ويدخل - مما سوى الحدود
والقصاص - ترك الصلاة ، والسُّحْر ، والربا ، والتجسس ، فهي جرائم من غير
الحدود ، وغيرها كثير ، يترك أمر تحديدها للشق الثاني من القواعد الجزائية .
ويمكن أن توصف كذلك بالكبائر ، التي أغلظ الشرع في الجزاء عليها في الدنيا
والآخرة .

وهذا كله يوضح معنى كلمة جزائيات الواردة في عنوان الرسالة ؛ فهذه
الجزائيات تجعل لولي الأمر الحق في الكشف عنها والتحقيق فيها وضبط الفاعلين لها
نيابة عن الأمة .

ولبيان دور كل ولاية في تعاملها مع الجريمة التي لله فيها حق ، فقد أفردت
لكل ولاية مطلباً تناولت فيها مفهومها ومشروعيتها ودورها ومهامها .

(١) (البخاري/ المساقاة/ باب سكر الأنهار/ ح ٢٣٦٠ - وفي كتاب العلم وتفسير القرآن) (مسلم/ الفضائل/
باب وجوب اتباعه ﷺ/ ح ٢٣٥٧) (الترمذي/ الأحكام/ باب ما جاء في الرجلين يكون أحدهما أسفل
من الآخر في الماء/ ح ١٣٦٣/ وقال حديث حسن صحيح) (النسائي/ آداب القضاة/ باب الرخصة
للمحاكم الأمين أن يحكم وهو غضبان/ ح ٥٤٠٧، ٥٤١٦) (أبو داود/ الأقضية/ باب في القضاء/
ح ٣٦٣٧) (ابن ماجه/ المقدمة/ باب تعظيم حديث رسول الله والتغليظ على من عارضه/ ح ١٥)
(أحمد/ عن ابن الزبير/ ح ١٤٢٢، ١٥٦٨٤) .

(٢) (البخاري/ فرض الخمس/ باب ما كان يعطي النبي ﷺ المؤلفه قلوبهم/ ح ٣١٥٠) (مسلم/ الزكاة/ باب
إعطاء المؤلفه قلوبهم/ ح ١٠٦٢) (أحمد/ عن عبد الله بن مسعود/ ح ٣٥٩٧، ٣٧٥٠، ٣٨٩٢، ٤١٣٧) .

(٣) (ابن مفلح/ الفروع/ ج ٦ ص ١٠٤) .

فكانت مطالب هذا المبحث كما يلي :

المطلب الأول : ولاية الشرطة .

المطلب الثاني : ولاية الحسبة .

المطلب الثالث : ولاية المظالم .

وتفصيل هذه المطالب فيما يأتي .

المطلب الأول

ولاية الشرطة^(١)

الشُرْطَة : وزان غُرْفَة ، ويفتح الراء توزن بـ رُطْبَة ، وهي لغة قليلة^(٢) .

وصاحب الشرطة : أميرهم أو الحاكم أو كبير الشرطة^(٣) .

(١) الأشرطة هي أوائل الأشياء ، ومنه أشرطة الساعة ، أي أوائلها ومقدّماتها . وشرطة كل شيء خياره ، وهم نخبة السلطان من جنده .

وأشراط فلان نفسه لكذا وكذا ، أعلمها له وأعدّها ، ومنه سمي الشرط ؛ لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها ، وقيل : هم أول كتيبة تشهد الحرب وتتهيأ للموت ، وفي حديث ابن مسعود : « وتشترط شرطة للموت لا يرجعون إلا غالين » وهم أول طائفة من الجيش تشهد الواقعة . (مسلم/الفتن وأشراط الساعة/باب إقبال الروم في كثرة القتل عند خروج الدجال /ح٢٨٩٩) (ابن حبان/الصحيح/ج١٥ ص١٩٢/ح٦٧٨٦) (أحمد/عن عبد الله بن مسعود/ح٤١٣٥) (المباركفوري/تحفة الأحوذ/ج١٠ ص٢٣٦) (الحاكم/المستدرک/ج٤ ص٥٢٣) (مسند الطيالسي/ص٥١/ح٣٩٢) . ومعنى تشترط شرطة للموت ، أي يتعاقدون على أن لا يفروا ولو ماتوا . انظر : (الشوكاني/نيل الأوطار/ج٨ ص٣١٣) . وانظر (الفراهيدي/العين/ج٦٢٣٥) (ابن منظور/لسان العرب/ج٧ ص٣٣٠) (المطرزي/المغرب/ص٢٤٨) (الفيومي/المصباح المنير/ص٣٠٩) (الشوكاني/نيل الأوطار/ج٨ ص٣١٢) .

(٢) (الفيومي/المصباح المنير/ص٣٠٩) (البهوتي/كشاف القناع/ج٦ ص٦٨) (الخرشي/شرح مختصر خليل/ج٦ ص٢٠١) .

وتجمع على شُرْطَ بوزن رُطْبَ ، والنسبة إلى الشرطة : شُرْطِي . (البهوتي/كشاف القناع/ج٦ ص٦٨) (ابن منظور/لسان العرب/ج٧ ص٣٣٠) (الفراهيدي/العين/ج٦ ص٢٣٥) .

(٣) (النسفي/طلبة الطلبة/ص١٣٤) (الفيومي/المصباح المنير/ص٣٠٩) (الشوكاني/نيل الأوطار/ج٨ ص٣١٢) (صديق البخاري/ظفر اللاضي/ص٨٨) .

وقيل : يراد به أمير البلدة^(١) . وقد يطلق عليه البعض قاضي الشرطة^(٢) .
إلا أن الأحسن هو صاحب الشرطة^(٣) ؛ تمييزاً له عن القاضي .
وقد ذكر الفقهاء أن سبب تسميتهم بذلك؛ كونهم لهم شُرط أي علامات
يتميزون بها^(٤) .

وتختلف العلامات من زمن إلى زمن، ومنها لبس السواد، كما ذكرت بعض
المصادر^(٥) .

وقد وردت لفظة الشرطي والشرطة والشرط في العديد من كتب الفقه ومن
شتى المذاهب الفقهية^(٦) .

أما الصورة التي ترسم لأفراد الشرطة غالباً فهي صورة سيئة ، ولعل السبب
في ذلك هو تاريخ الشرطة في مساندة الحكام المتجبرين الظالمين ، مما جعل الإنكار

(١) (المطرزي/المغرب/ص٢٤٨) .

(٢) (الخرشي/شرح مختصر خليل/ج٦ص٢٠١) .

(٣) (العدوي/حاشية العدوي/ج٦ص٢٠١) .

(٤) انظر : (الشوكاني/نيل الأوطار/ج٨ص٣١٣) (الخرشي/شرح مختصر خليل/ج٦ص٢٠١) (العنسي/
التاج المذهب/ج٤ص٢٨٦) . وفي التاج المذهب يقول : « إن المالك إذا أفرغ اللص بأن يلبس لباساً
منكراً مفزعاً ولو معتاداً لغيره كلبس الجندي أو الشرطي ... » ، فدل على أن للشرطي لباساً خاصاً
يتميز به ، وكذلك الجندي .

ومنه قول الإمام العدوي في حاشيته : « وشرطة : أي أمانة متعلقة بشرطة في ملبسهم ، أي علامة
يتميز بها عن غيرهم كالجوايش في مصر » . (العدوي/حاشية العدوي/ج٢ص١٤٣) .

(٥) انظر : (النسفي/طلبة الطلبة/ص١٣٤) .

(٦) انظر : (البهوتي/كشاف القناع/ج٦ص١٢٨) (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج١٠ص١٢٥) (حطاب/مواهب
الجليل/ج٦ص١٦٣) (البليخي/الفتاوى الهندية/ج٣ص٥٣٤) (الخرشي/شرح مختصر خليل/
ج٢ص١٤٣/ج٦ص٢٠١/ج٨ص٩٠) (العدوي/حاشية العدوي/ج٢ص٩٤) (الدسوقي/حاشية
الدسوقي/ج٤ص١٦١/ج٣ص٥١٦) (اطفيش/شرح النيل وشفاء الغليل/ج١٠ص١٩) (عليش/منح
الجليل/ج٨ص٢٥٥/ج٩ص٢٨٩) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص٦٧٦) (ابن عابدين/حاشية ابن
عابدين/ج٢ص١٤٢، ١٤٣) (الصاوي/حاشية الصاوي على الشرح الصغير/ج٣ص٦٨٠)
(البحيرمي/حاشية البحيرمي على المنهاج/ج٤ص٣٦٧) .

عليهم وعلى أفعالهم سمة بارزة وعلامة ظاهرة ؛ من ذلك ما يقوله ابن حجر الهيثمي (١) :

« والشرط : ولادة الشرطة ، وهم أعوان الولاية والظلمة الواحد منهم شرطي ، كلاب النار يوم القيامة » (٢) .

بل من العلماء من منع مبادأتهم بالسلام وحتى منع رد السلام عليهم (٣) .

إلا أن للشرطة صوراً مختلفة في أزمان مختلفة، وتحدّث عنها الفقهاء أيضاً؛ من ذلك ما يقوله ابن فرحون : « إن صاحب الشرطة إبراهيم بن حسين بن خالد (٤) أقام شاهد زور ... فضربه أربعين سوطاً ... وكان صاحب الشرطة هذا فاضلاً خيراً فقيهاً عالماً بالتفسير ، ولي الشرطة للأمين محمد ، وكان أدرك مطرف بن عبد الله (٥) صاحب مالك ، وروى عنه موطأه يومئذ ، وإن أفعاله يقتدى بها » (٦) .

(١) الهيثمي : أبو العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي السعدي الأنصاري ، ولقب بالهيثمي نسبة إلى محلة أبي الهيثم في مصر ، حيث ولد ٩٠٩ هـ وتوفي ٩٧٤ هـ في مكة المكرمة ، من مصنفاته : الفتاوى الفقهية الكبرى ، الزواجر عن اقتراف الكبائر ، تحفة المحتاج لشرح المنهاج ، الإمداد في شرح العباب . (حاجي خليفة/ كشف الظنون / ج٢ ص ٩٥٦) .

(٢) (الهيثمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ ص ٢٠٢) .

(٣) (اطفيش/ شرح النيل وشفاء الغليل/ ج٥ ص ٣٦٦) . وانظر (الفيومي/ المصباح المنير/ ص ٣٠٩) .

(٤) إبراهيم بن حسين بن خالد بن مرتيل ، كان فقيهاً ، يكنى أبا إسحاق ، عالم بالتفسير ، لقي مطرف وسحنون ، عالم بالفقه ، بصير بالحجة ، كان صلباً في حكمه ، عدلاً ، له تأليف في تفسير القرآن ، وكان يذهب إلى النظر وترك التقليد . توفي سنة ٢٤٠ هـ في رمضان . (ابن فرحون/ الديباج المذهب/ ص ٨٤) .

(٥) مطرف بن عبد الله بن مطرف اليساري الهلالي ، من كبار تبع الأتباع ، كنيته أبو مصعب ، أقام في المدينة وتوفي فيها سنة ٢٢٠ هـ ، وكان مولى ميمونة زوج النبي ﷺ ، وأمه أخت مالك ، روى عن خاله مالك بن أنس ، وكان به صمم . (البخاري/ التاريخ الكبير/ ج٧ ص ٣٩٧) (ابن حجر ، تهذيب التهذيب/ ج١٠ ص ١٥٨) .

(٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص ٣٠٦) .

ومثله ما رواه الشيزري^(١) إذ يقول :

« فقد ذكر أن أتاك سلطان دمشق طلب محتسباً ، فذكر له رجل من أهل العلم ، فأمر بإحضاره ، فلما نظره قال : إنني وليتك أمر الحسبة على الناس بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، قال : إن كان الأمر كذلك فقم عن هذه الطراحة^(٢) وارفع هذا المسند^(٣) ، فإنهما حرير، واخلع هذا الخاتم فإنه ذهب، وقد قال ﷺ : « إن هذان حرام على ذكور أمتي، حِلٌّ لإنائهم »^(٤)، قال : فنهض السلطان عن الطراحة، وأمر برفع المسند ، وخلع الخاتم من أصبعه ، وقال : ضمنت إليك النظر في أمور الشرطة ، فما رأى الناس محتسباً أهيب منه »^(٥).

ولفظه الشرطة يرادفها مصطلحات عديدة ؛ منها :

١- أعوان الأمير، أو أعوان الإمارة ، أو صاحب المعونة ، أو أهل المعونة ؛

-
- (١) الشيزري : عبد الرحمن بن نصر بن عبد الله الشيزري العدوي الشيرازي ، شافعي المذهب ، توفي ٥٨٩ هـ ، فقيه مفتي تولى وظيفة القضاء والحسبة في طبرية ، وكان معاصراً لصلاح الدين، من مؤلفاته : نهاية الرتبة في طلب الحسبة ، روضة القلوب ، المنهج السلوك في سياسة الملوك ، الإيضاح في أسرار النكاح ، خلاصة الكلام في تأويل الأحلام . (حاجي خليفة/ كشف الظنون/ ج٢ ص ١٩٨٧ / ج١ ص ٩٣١) (صديق البخاري/ أبعاد العلوم/ ج٢ ص ١٢٤) .
- (٢) الطراحة : ما يفرش تحت الإنسان ، وهذا يفهم من كلام السابقين ، وإلا فهذه اللفظة ليس لها في كتب اللغة وجود . انظر : (الجبرتي/ عجائب الآثار/ ج٣ ص ٦١٣) (ابن كثير/ البداية والنهاية/ ج١٣ ص ٧٨) .
- (٣) المسند : ما يستند إليه ، وجمعه المساند . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٣ ص ٢٢٠) .
- (٤) (الترمذي/ اللباس/ باب ما جاء في الحرير والذهب/ ح ١٧٢٠ ، وقال حديث حسن صحيح) (النسائي/ الزينة/ باب تحريم الذهب على الرجال/ ح ٥١٤٨ ، بآكثر من رواية) (أبو داود/ اللباس/ باب في الحرير للنساء/ ح ٤٠٥٧) (ابن ماجه/ اللباس/ باب لبس الحرير والذهب للنساء/ ح ٣٥٩٥ ، بآكثر من رواية) (أحمد/ عن علي / ح ٧٥٢ ، ٩٣٧/ عن أبي موسى الأشعري/ ح ١٩٠٢١) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ ص ١٥١/ ح ٢٤٦٤٥) (الطبراني/ المعجم الأوسط/ ج٨ ص ١٤/ ح ٧٨٠٩) .
- (٥) (الشيزري/ نهاية الرتبة في طلب الحسبة/ ص ٨) (ابن الأخواة القرشي/ معالم القرية في معالم الحسبة/ ص ١٢) .

٢- الشحنة^(٢) .

٣- الثؤثور أو الأترور^(٣) .

٤- الجلولاز^(٤) .

(١) ذكر الفقهاء أن من الأفراد من يعاون الأمير على أمره في إحضار الخصوم والهجوم عليهم والكشف عن أحوال الشهود وغيرها مما يختص بالشرطة ، ونص بعضهم على أن أعوان الأمير هم الشرطة كما في (الجهوتي/ كشف القناع/ ج٦ ص٦٨) وفي (الشوكتاني/ نيل الأوطار/ ج٨ ص٣١٣، وقال : والشرط : عون الأمير) وفي (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص٨٨، والشرط : أعوان الأمير) .

ومهامهم وردت في (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٦٩) (ج٢ ص١٤٩، ١٥٠) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٢٧٣) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٥) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ ص١٠٦) .
(٢) الشحنة : في البلد هم من فيهم الكفاية لضبطها من جهة السلطان والعداوة .

(الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص١٥٦٠) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٦ ص١٤١) (مناحسر و/ درر الحكام/ ج٢ ص١٢٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص١٧٣) .

وكان القائد صلاح الدين الأيوبي قد تولى وظيفة الشحنة لمدينة دمشق سنة ٥٤٩هـ/ ١١٥٤م .
(علي علي المصري/ وظيفة الشرطة في النظم الوضعية والشريعة الإسلامية/ ص٢٠) (الحموي/ غمزر عيون البصائر على الأشباه والنظائر/ ج٢ ص٢٠٩) (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج١٥ ص١١٧) (ابن بطوطة/ رحلة ابن بطوطة/ ج٣ ص٤٨٧) .

(٣) وردت الكلمتان بمعنى الشرطي في قول الدهناء :

والله لولا خشية الأمير : وخشية الشرطي والثؤثور

والثؤثور : الجلولاز . انظر (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٤ ص٩١) .

وقال آخر : أعوذ بالله وبالأمر : من عامل الشرطة والأترور

ومن فوائد الثؤثور تمكين أجهزة الشرطة من اختيار عناصر من جميع أوساط الجمهور ليكونوا بمثابة عيون ومرشدين لها حسب المفهوم السائد حالياً لغرض مكافحة الجريمة .

انظر (علي علي المصري/ وظيفة الشرطة في النظم الوضعية والشريعة الإسلامية/ ص٢٠) .

والثؤثور : علامات تجعلها الأعراب في باطن خف البعير . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٤ ص٦) .

(٤) وهو يرادف الشرطي والثؤثور ، والأصح أنه ينتمي إلى إحدى وحدات الشرطة التي خصصت لحفظ

النظام في مجال القضاء . وكان أحياناً يسمى صاحب المجلس ، وجمعه جلاويز (انظر : ابن نجيم/ البحر

الرائق/ ج٦ ص٢٧٦) وجلاوزة (انظر : المطرزي/ المغرب/ ص٨٧) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٧

ص٢٧٦) (البابرتي/ العناية/ ج٧ ص٢٧٦، ٢٧٥) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ ص٣٧٠

(البليخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٢١) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٥ ص٣٢٢) .

٥- ولاية الحرب^(١) .

٦- يسميه المالكية : حاكم السياسة أو والي السياسة^(٢) .

٧- ويسمى بالمغرب بالحاكم ، وفي الأندلس صاحب المدينة ، وفي تونس والقيروان بالعريف ، ويسمون كذلك بمقدمي الحارات ، وبعضهم صاحب العسس^(٣) .

٨- صاحب الأحداث ، وهو لقب أطلق على صاحب الشرطة في خلافة بني أمية^(٤) .

أما مشروعية اتخاذ الشرطة ؛ فقد روى البخاري بسنده عن أنس رضي الله عنه أنه قال : « إن قيس بن سعد بن عبادة كان يكون بين يدي رسول الله؛ بمنزلة صاحب الشرطة من الأمير »^(٥) . وزاد الترمذي : « لما يلي من أموره »^(٦) . فنصبه النبي

(١) وردت هذه التسمية عند الإمام ابن القيم حيث يقول : « فولاية الحرب في هذه الأزمنة من البلاد الشامية والمصرية وما جاورها تختص بإقامة الحدود من القتل والقطع والجلد ، ويدخل فيها الحكم في دعاوى التهم التي ليست فيها شهود ولا إقرار » . (ابن القيم/ الطرق الحكيمة/ ص ٢٠١) .
ولعل السبب أن متولي هذه الولاية كان يقوم بحروب داخلية ضد أراذل الناس ، وكان يأخذ بحقوق الله تعالى حفاظاً عليها .

(٢) انظر : (عليش/ منح الجليل/ ج ٤ ص ٣١٧) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج ٢ ص ٤٧٩) (المواق/ التاج والإكليل/ ج ٥ ص ٤٨٦) (العدوي/ حاشية العدوي/ ج ٢ ص ٩٤) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج ٤ ص ١٤٩) .

(٣) انظر : (الكتاني/ التراتيب الإدارية/ ج ١ ص ٢٩٢) .

والعس : الطواف بالليل لتتبع أهل الريب . (المرجع السابق) (التلمساني/ نفع الطيب/ ج ١ ص ٢١٨) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ٦ ص ١٣٩) .

(٤) ذكره الماوردي / الأحكام السلطانية/ ص ٢٧٣) .

(٥) (البخاري/ الأحكام/ باب الحاكم يمكن بالقتل على من وجب عليه دون الإمام الذي فوقه/ ح ٧١٥٥) (الترمذي/ المناقب/ باب مناقب قيس بن سعد بن عبادة/ ح ٣٨٥٠) (الهيثمي/ مجمع الزوائد/ ج ٩ ص ٣٤٥) (ابن حجر/ فتح الباري/ ج ١٣ ص ١٣٥) (الذهبي/ ميزان الاعتدال/ ج ٢ ص ٩٤) .

(٦) (الترمذي/ المناقب/ باب مناقب قيس بن سعد بن عبادة/ ح ٣٨٥٠) (المباركفوري/ تحفة الأحوذني/ ج ١ ص ٢٣٦) .

ﷺ ليحبس واحداً أو يضرب آخر ويأخذ ثالثاً^(١).

ثم إن سعد بن عبادة - والد قيس - سأل النبي ﷺ في قيس أن يصرفه عن الموضوع الذي وضعه فيه مخافة أن يقدم على شيء ، فصرفه عن ذلك^(٢) .
وذكر جملة من العلماء أن فيه الدليل على مشروعية اتخاذ الشرطة والأعوان لدفع ما يرد على الإمام والحاكم^(٣) .
وقال الكرمانى^(٤) : فائدة تكرار لفظ الكون (كان يكون) إرادة بيان الدوام والاستمرار^(٥) .

ومن الأدلة على جواز اتخاذ الأعوان ، قول رسول الله ﷺ : « واغد يا أنيس^(٦) إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها »^(٧) .
فدل على جواز توكيل الإمام غيره وإنابته له في بعض واجبات الإمام مما فيه

(١) (المباركفوري/ تحفة الأحوذى/ ج ١٠ ص ٢٣٦) .

(٢) ذكره الإسماعيلي . انظر (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج ٨ ص ٣١٢) (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج ١٠٣) .

(٣) انظر : (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج ٨ ص ٣١٣) (العراقي/ طرح الشريب/ ج ١ ص ٩٢) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص ٨٨) .

(٤) الكرمانى : شمس الدين أبو عبد الله محمد بن يوسف بن علي الكرمانى البغدادي ، ولد ٧١٧ هـ ، توفي راجعاً من الحج ٧٨٦ هـ ، وله شرح للبخاري في أربع مجلدات ، وله شرح على مختصر ابن الحاجب . (ابن قاضي شهبة/ طبقات الشافعية/ ج ٣ ص ١٨٠) .

(٥) (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج ٨ ص ٣١٢) (ابن حجر/ فتح الباري/ ج ١٣ ص ١٣٥) .

(٦) أنيس بن الضحاك الأسلمي ، وفي الحديث أن النبي ﷺ قال لرجل من أسلم اسمه أنيس ، وعلى هذا فهو المذكور في الحديث . انظر (ابن حجر/ الإصابة/ ج ١ ص ١٣٨) (ابن عبد البر/ الاستيعاب/ ج ١ ص ١١٤) (النووي/ تهذيب الأسماء/ ص ١٣٨) .

(٧) (البخاري/ الشروط/ باب الشروط التي لا تحمل في الحدود/ ح ٢٧٢٥) (وأخرجه في كتاب الصلح/ باب إذا اصطلحوها على صلح جور فالصلح مردود/ ح ٢٦٩٦) ، وفي أكثر من كتاب . (وأخرجه مسلم/ الحدود/ باب من اعترف على نفسه بالزنا/ ح ١٦٩٨) (الترمذي/ الحدود/ باب ما جاء في الرجم على الثيب/ ح ١٤٣٣) (السنائي/ آداب القضاة/ باب صون النساء عن مجلس الحكم/ ح ٥٤١٠) (أبو داود/ الحدود/ باب المرأة التي أمر النبي ﷺ برجمها/ ح ٤٤٤٥) (وأخرجه ابن ماجه ومالك في الموطأ والدارمي وأحمد بأكثر من رواية) .

حق لله تعالى ، وهذا هو مبدأ عمل الشرطي .

ومنها كذلك ؛ أمر النبي ﷺ الزبير بن العوام أن يعذب كنانة بن الربيع وهو عم حبي بن أخطب بعد غزوة خيبر في مال أخفاه^(١) .

ومنها أن النبي ﷺ كان يُحرس حتى نزل قول الله تعالى : ﴿ وَاللَّهُ يَتَعَصَمُكَ مِنَ النَّاسِ ﴾^(٢) ، فأخرج رسول الله ﷺ رأسه من القبة فقال لهم : يا أيها الناس انصرفوا فقد عصمني الله^(٣) .

ثم فعل الصحابة يدل على مشروعية اتخاذ الشرط ؛ فقد ذكر العلماء أن أول من شرط الشرط هو عمرو بن العاص رضي الله عنه^(٤) .

إلا أن عمر رضي الله عنه كان قبله ، فقد اتخذ العسس أو حراس الليل ، وكان هو أول من اتخذ هذا النظام^(٥) .

ثم نظمت الشرطة في عهد الإمام علي رضي الله عنه ، وسمي رئيسها صاحب الشرطة ، ثم لقب بصاحب الليل وصاحب المدينة^(٦) .

(١) (ابو داود/ الخراج والإمارة والفيء/ باب ما جاء في حكم أرض خيبر/ ج٣٠٠٦) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٩ ص١٣٧/ ح١٨١٦٨) (ابن حجر/ فتح الباري/ ج٧ ص٤٧٩) (الهيتمي/ موارد الظمان/ ص٤١٢) (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٢ ص٢٠٧) .
(٢) (سورة المائدة ، آية رقم ٦٧) .

(٣) (الترمذي/ تفسير القرآن/ باب من سورة المائدة/ ح٣٠٤٦) (الحاكم/ مستدرک الحاكم/ ج٢ ص٣٤٢/ ح٣٢٢١) (الهيتمي/ مجمع الزوائد/ ج٧ ص١٧) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٩ ص٨/ ح١٧٥٨) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج١١ ص٢٥٦/ ح١١٦٦٣) .

(٤) انظر : (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٧ ص٢٧٣) .

(٥) انظر : (البخاري/ التاريخ الكبير/ ج٢ ص١٧٨/ ح٢١٢٢) (الأصبهاني/ حلية الأولياء/ ج٤ ص٣٢٢) (ابن الجوزي/ صفوة الصفوة/ ج٢ ص٢٠٣) (ابن سعد/ الطبقات الكبرى/ ج٣ ص٢٨٥) (سمير عالية/ نظام الدولة والقضاء والعرف/ ص٦٨ ، ٦٩- نقلاً عن : صبحي الصالح/ النظم الإسلامية/ ص٣٣٤) (ظافر القاسمي/ السلطة القضائية / ص٦٣٢) (منير العجلاني/ عبقرية الإسلام في أصول الحكم/ ص٣٢٢) .

(٦) انظر : (سمير عالية/ نظام الدولة والقضاء والعرف/ ص٦٨-٦٩) .

فقد روي أن علياً رضي الله عنه بعث صاحب شرطته فقال : « أبعثك لما بعثني له رسول الله ﷺ : لا تدع قبراً إلا سوّيته ، ولا تمثالاً إلا وضعته »^(١) .
ومن ذلك أيضاً : أن علياً رضي الله عنه دعا الشرطة في جريمة وقعت بين طرفين ، فوكل بكل رجل منهم رجلين^(٢) . فدلّ على أن الشرطة كانت على عهد علي رضي الله عنه .

أما المهام التي تناط بالشرطة فقد ذكرها ابن خلدون في مقدمته بقوله :
« الشرطة ويسمى صاحبها لهذا العهد بإفريقية الحاكم ، وفي دول أهل الأندلس صاحب المدينة ، وفي دولة الترك الوالي ، وهي وظيفة مرؤوسة لصاحب السيف في الدولة ، وحكمه نافذ في صاحبها في بعض الأحيان ، وكان أصل وضعها في الدولة العباسية لمن يقيم أحكام الجرائم في حال استبرائها أولاً ، ثم الحدود بعد استيفائها ، فإن التهم التي تعرض في الجرائم لا نظر للشرع إلا في استيفاء حدودها ، وللسياسة النظر في استيفاء موجباتها بإقرار يكرهه عليه الحاكم إذا احتفت به القرائن لما توجه المصلحة العامة في ذلك ، فكان الذي يقوم بهذا الاستبراء وباستيفاء الحدود بعده إذا تنزه عنه القاضي يسمى صاحب الشرطة ، وربما جعلوا إليه النظر في الحدود والدماء بإطلاق ، وأفردوها من نظر القاضي ، ونزهوا هذه المرتبة وقلدوها كبار القواد وعظماء الخاصة من مواليهم ، ولم تكن عامة التنفيذ في طبقات الناس ، إنما كان حكمهم على الدهماء وأهل الريب والضرب على أيدي الرعاع والفجرة ، ثم

(١) (أخرجه مسلم/الجنائز/باب الأمر بتسوية القبر/ح٩٦١) واسم صاحب شرطته : أبو الهياج الأسدي ، وهو حيان بن حسين من التابعين .

(الترمذي/الجنائز/باب ما جاء في تسوية القبور/ح١٠٤٩ ، وقال حديث حسن) (أبو داود/الجنائز/باب في تسوية القبر/ح٣٢١٨) (النسائي/الجنائز/باب تسوية القبور إذا رفعت/ح٢٠٣١) (وأخرجه أحمد واللفظ له / عن علي رضي الله عنه/ح١٢٣٤ ، ٨٩١ ، ١٢٨٦ ، ٧٣٣ ، ١٠٦٧ ، ٦٨٥) .

(٢) (الشيبياني/العلل ومعرفة الرجال/ج١ص٤٣٠) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج٢ص١٤٥) (الطرابلسي/معين الحكام/ص١٧٣) .

عظمت نباهتها في دولة بني أمية بالأندلس ونوعت إلى شرطة كبرى وشرطة صغرى ،
وجعل حكم الكبرى على الخاصة ، وجعل له الحكم على أهل المراتب السلطانية
والضرب على أيديهم في الظلمات ، وعلى أيدي أقاربهم ومن إليهم من أهل الجاه .

وجعل صاحب الصغرى مخصوصاً بالعامّة والدمماء ، ونصب لصاحب

الكبرى كرسي بباب دار السلطان ، ورجال يتبوءون المقاعد بين يديه ، فلا يرحون
عنها إلا في تصريفه ، وكانت ولايتها للأكابر من رجالات الدولة حتى كانت ترشياً
للوزارة والحجابة ... يتخيرون لها من النظر بما يظهر منهم من الصلابة والمضاء في
الأحكام ، لقطع موارد الفساد ، وحسم أبواب الدعارة ، وتخريب مواطن الفسوق ،
وتفريق مجامعه مع إقامة الحدود الشرعية والسياسية كما تقتضيه رعاية المصالح العامة
في المدينة» (١) .

فهذه جملة من المهام الملقاة على عاتقهم ، إلا أن المهام التي ذكرها العلماء أكثر
من ذلك؛ وهذه المهام كما يلي :

أولاً : ما ليس له دخل في أصول المحاكمات الجزائية الشرعية ؛ ومنها :

١- له إقامة الصلوات عند فقد الحاكم والإمام الأكبر (٢) .

٢- وله أن يصلي الجمع ؛ لأن إقامة الجمعة من أمور العامة ، وقد فوض إلى
القاضي وصاحب الشرط ما هو من أمور العامة ، فنزلاً فيه منزلة الإمام من الإمامة
والاستخلاف (٣) .

(١) (ابن خلدون/ المقدمة/ ص ٢٥١ ، ٢٥٢) .

(٢) (النووي/ المجموع / ج ٤ ص ٤٥٠) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج ١ ص ١٤٥ ، ١٤٦) (ابن نجيم/ البحر

الرائق/ ج ٢ ص ١٥٥) (حطاب/ مواهب الجليل/ ج ٢ ص ٢٥١) (الزيلعي/ تبين الحقائق/ ج ١ ص ٢١٩)

(البابرتي/ العناية / ج ٢ ص ١١٧ ، ١١٨) (ابن المهام/ فتح القدير/ ج ٢ ص ٥٧ ، ٥٨) .

(٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج ٢ ص ١٤٢ ، ١٤٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج ٢ ص ٢٧) (الزيلعي/

تبين الحقائق/ ج ١ ص ٢١٩) (النووي/ المجموع / ج ٤ ص ٤٥٠) (ابن المهام/ فتح القدير/ ج ٢ ص ٥٨) .

٣- وله أن يصلي على الجنائز^(١) .

٤- وله أن يحكم في مسألة من فقدت زوجها في تحديد مدة عدتها متى تبدأ ، وهذا عند المالكية^(٢) .

٥- أما الفصل في الخصومات والقضاء فيها ، فللعلماء فيها قولان :
المالكية^(٣) : قالوا يجوز حكمه في كل المسائل إلا في أربع مسائل : التحجير ،
والحكم على الغائب ، وإقامة الحدود ، والقسم بين الصغار والكبار . وما عداها يجوز
حكمه فيها .

الشافعية^(٤) : قالوا بأنه لا يجوز له الحكم في هذه الأمور .
وعلى هذا فلو حكم في مسائل المعاملات سوى ما ذكره المالكية فهو نافذ ،
وحكمه لازم .

والتوفيق بين القولين أولى ؛ فإن الذي يقصده المالكية أن الذي يجوز حكمه هو
والي الشرطة وحاكمها ، وليس أفراد الشرطة الذين هم دون الوالي .
وبهذا يتفق قول المالكية مع الشافعية في أفراد الشرطة ، ويبقى والي الشرطة ؛
فإن الشروط التي اشترطها العلماء فيه^(٥) يستدل منها على أنه أهل للفصل في

(١) (حطاب/ مواهب الجليل/ ج٢ ص٢٥١) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٢ ص١٤٣) (ابن نجيم/ البحر
الرائق/ ج٢ ص١٥٥) (العدوي/ حاشية العدوي/ ج٢ ص١٤٣) (البليخي/ الفتاوى الهندية/ ج١
ص١٤٥، ١٤٦) (الباجي/ المنتقى/ ج٢ ص١٩) (النووي/ المجموع/ ج٤ ص٤٥٠) (الزيلعي/ تبين
الحقائق/ ج١ ص٢٣٨) (البابرتي/ العناية/ ج٢ ص١١٧، ١١٨) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٣ ص٧٣)
(ابن اتمام/ فتح القدير/ ج٢ ص٥٧، ٥٨) .

(٢) انظر : (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٤ ص١٤٩) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٢ ص٤٧٩)
(عليش/ منح الجليل/ ج٤ ص٣١٧) (العدوي/ حاشية العدوي/ ج٢ ص٨٤) (المواق/ التاج والإكليل/
ج٥ ص٤٩٦) .

(٣) انظر : (النفراوي/ الفواكه الدواني/ ج٢ ص٢١٩) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٢ ص١٤٣)
(عليش/ منح الجليل/ ج٨ ص٢٥٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٩٤) .

(٤) انظر : (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص١٢٤) .

(٥) انظر : (ابن أبي الربيع/ سلوك المالك في تدبير الممالك/ ص٣٢٦، ٣٢٧) في ذكره لشروط الشرطة .

الخصومات، والنظر في الأقضية، مما لا يبلغ الحدود ولا يتجاوز إلى الدماء والنفوس .
وهذا يدخل في باب الحسبة كما سنأتي على ذكره في المطلب التالي .

٦- وأما ولايته في التزويج ؛ فقد اختلف فيها الحنابلة على قولين :

الأول : يرى منع ذلك ؛ إذ إن القاضي يقضي في الفروج والحدود والرجم ،
وصاحب الشرطة إنما هو مسلط في الأدب والجناية^(١) .

الثاني : أنه جعل له ذلك^(٢) .

والجمع بينهما ممكن كذلك ؛ في حالة إذا لم يوجد في موضع ولاية الشرطي
قاضي ، فصار إذن الحاكم له بأمور ولايته يشمل ما يفعله القاضي ، وهذا مما يحق
للقاضي فعله .

وهو ما ذكرناه سابقاً من أن الولايات عند الانفراد ينوب بعضها عن بعض ،
تسهيلاً على الناس ورفعاً للمشقة عنهم .

٧- أما إقامة الحدود ؛ فإن كان المقصود منها النظر فيها وفي أدلتها وفي
الشهادات التي يذكرها الشهود وتقدير هذه الأدلة والحكم على المتهم ، فهذا باتفاق
ليس من شأن الشرطة ولا حتى واليها .

وهذا ما يقصده المالكية من منع الشرطة من إقامة الحدود^(٣) .

وإن كان المقصود منها تنفيذ الأحكام المتعلقة بالحدود^(٤) ، فهذا أيضاً من مهام
الشرطة، وربما يشترك غيرهم معهم فيه .

(١) (ابن قدامة/ المغني/ ج٧ ص١٣) .

(٢) (ابن قدامة/ المغني/ ج٧ ص١٣) .

(٣) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٩٤) .

(٤) انظر : (ابن خلدون/ المقدمة/ ص٢٢٢) .

٨- واتفق الفقهاء^(١) على أنه ليس من شأن الشرطة أن يقسم في المشترك من الأموال ؛ فإنه لا تصح قسمته ، لأن القسمة لم تفوض إليه ، وإنما فوض إليه أمر الجنايات والآداب .

ثانياً : ما له دخل في أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية

وسأذكرها ذكراً ؛ لأن تفصيلها سيأتي في المبحث الثاني .

- ١- البحث والكشف والاستبراء والتجسس والتحسس والتحري .
- ٢- التفتيش للأماكن والهجوم عليها .
- ٣- التفتيش للأشخاص وإلقاء القبض عليهم .
- ٤- الحبس بالتهمة أو حبس ما قبل العقوبة .
- ٥- الضرب بالتهمة أو ضرب ما قبل العقوبة .

وهي الإجراءات التي وكلت إليه في حفظ النظام ، وقد حدد الفقهاء حرية المسؤول عن مباشرتها بأن جعلوه ضامناً لكل تصرف من هذه التصرفات ؛ فنصوا على أن من تضرر بسبب هيئة السلطان من شرطة ونحوه فإن الضامن بذلك هو السلطان ؛ يقول الفقهاء :

« ومن أسقطت بطلب سلطان أو تهديده سواء كان طلبها لحق الله تعالى أو لحق غيره ، أي لكشف حد الله أو لأدمي ، أو ماتت بوضعها من الفرع ، أو ماتت من غير وضع فرعاً ، أو ذهب عقلها من ذلك الفرع ، أو استعدى بالشرطة إنسان عليها السلطان بأن طلب منه إحضارها فأحضرها ، فحصل لها شيء مما سبق ، ضمن السلطان ما كان بطلبه ابتداءً »^(٢) .

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٨ ص١٧٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٩٤) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٣ ص٥١٦) (الصاوي/ حاشية الصاوي / ج٣ ص٦٨٠) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٦ ص٢٠١) (ميارة الفارسي/ شرح ميارة/ ج٢ ص٦٢) (عليش/ منح الجليل/ ج٧ ص٣١٥) .
(٢) (البهوتي/ كشف القناع/ ج٦ ص١٦) (الرحباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ ص٩٢) .

واستدلوا على ذلك بأن عمر رضي الله عنه بعث إلى امرأة مغيبية^(١) كان رجل يدخل إليها ، فقالت : يا ويلها ما لها ولعمر ؟ فبينما هي في الطريق إذ فزعت ، فضربها الطلوق فألقت ولداً ، فصاح الصبي صيحيتين ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبي ﷺ ، فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء إنما أنت وال مؤدّب ، وصمت علي رضي الله عنه ، فأقبل عليه عمر فقال: ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال : إن كانوا قالوا برأيهم فأخطأ رأيهم ، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك ، إن ديتك عليك لأنك أفرعتها فألقتك ، فقال عمر : أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك^(٢) .

فحصول الهلاك كان بسببه ، فوداه علي رضي الله عنه .

وهذا فيه دلالة على أن هذه الإجراءات ليس لوالي الشرطة مطلقاً الحق في تحديد الكيفية للتعامل مع الناس ، بل إن هذا الحكم بالضمان يُشعر بأن هناك مانعاً -ولو أنه مادي- من إطلاق اليد في مثل هذه الإجراءات .

ولو أخذ القانون الوضعي بهذه الفكرة لحفظت أعراض الناس وأموالهم ودمائهم .

(١) المغيبية : غاب عنها بعلها أو أحد من أهلها وهي مغيبية بالتشديد . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١ ص٦٥٥) (الفرهيدي/ العين/ ج٨ ص٤٥٥) (الجزري/ النهاية في غريب الحديث/ ج٢ ص٣٩٧) (ابن سلام/ غريب الحديث/ ج٣ ص٣٥٣) (ابن الجوزي/ غريب الحديث/ ج٢ ص١٦٨) .

(٢) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٦ ص١٢٣/ ح١١٤٥٢) (ابن حجر/ تلخيص الخبير/ ج٤ ص٣٦) (الزيلعي/ نصب الراية/ ج٤ ص٣٩٨) (ابن حزم/ المحلى بالآثار/ ج١١ ص٢٤) (الصنعاني/ مصنف عبد الرزاق/ ج٩ ص٤٥٨ ، ٤٥٩) (ابن حجر/ الدراية في تخريج أحاديث الهداية/ ج٢ ص٢٨٨/ ح١٠٥٢) .

المطلب الثاني
ولاية الحسبة

الحسبة : بالكسر ، واحتسبت بالشيء اعتدت به ، وفلان حسن الحسبة في الأمر ، أي حسن التدبير والنظر فيه ^(١) . وحسبت المال : عددته ^(٢) .
ومنه : احتسب عند الله خيراً ، إذا قدمه ، ومعناه : اعتده فيما يدخر عند الله تعالى ^(٣) .

وفي الاصطلاح : أمر بمعروف إذا ظهر تركه ، ونهي عن منكر إذا ظهر فعله ^(٤) .

وهي ولاية متوسطة بين ولاية الشرطة وولاية المظالم من حيث تعلقها بأصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، ولذا توسط بينهما في ترتيب المطالب .
والاحتساب نوعان : تطوعي وإلزامي ؛ فالتطوعي هو ما يفعله كل المسلمين من أمر بمعروف أو نهي عن منكر دون طلب الوالي منهم ذلك . وهو واجب ديباني على كل مسلم . يقول ابن حجر الهيثمي :

« ولا يختص الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بمسموع القول ، بل على كل مكلف أن يأمر وينهى وإن علم بالعادة أنه لا يفيد ، وإن كان الأمر والناهي غير ممثل ولا مأذون له من جهة الإمام ، وعليه أن يأمر نفسه وغيره ، فإذا اختل أحدهما

(١) انظر : (الفيومي/المصباح المنير/ص ١٣٥) (المطرزي/المغرب/ص ١١٤) .

(٢) انظر : (الفيومي/المصباح المنير/ص ١٣٥) (ابن منظور/لسان العرب/ج ١ ص ٣١١) (المطرزي/المغرب/ص ١١٤) (القراهيدي/العين/ج ٣ ص ١٤٩) .

(٣) انظر : (المطرزي/المغرب/ص ١١٤) (ابن منظور/لسان العرب/ج ١ ص ٣١٤) ، ومنه قول عمر رضي الله عنه : « يا أيها الناس احتسبوا أعمالكم ، فإن من احتسب عمله كتب له أجر عمله وأجر حسبته » .
(الفائق في غريب الحديث / ج ١ ص ٢٨٢) .

(٤) (الماوردي/الأحكام السلطانية/ص ٢٩٨-٢٩٩) (ابن العربي/أحكام القرآن/ج ٤ ص ٥٣) (ابن الأخوة/معالم القربة/ص ٧) (الشيذري/نهاية الرتبة/ص ٦) .

لم يسقط الآخر»^(١).

أما الإلزامي : فهو من أذن له الإمام بممارسة الاحتساب وصار ملزماً بالقيام بحقه ، وهذا هو النوع الذي يهمننا في موضوع أصول المحاكمات الجزائية الشرعية ، فمن كانت وظيفته الاحتساب وجب عليه الالتزام بقواعد محددة ، وأصول ثابتة في التعامل مع الجرائم حتى لا تكون أفعاله مخالفة للشرع .

وسلطة المحتسب دون سلطة القاضي ، ودون سلطة والي المظالم ، ولذا قيل : النظر في المظالم موضوع لما عجز عنه القضاة ، والنظر في الحسبة لما رفه عنه القضاة^(٢) . ولكنه في مجال المحافظة على الشعائر الدينية يستطيع الإنكار على القاضي وعلى والي المظالم ، بل وعلى الإمام الأعظم كما ذكر العلماء^(٣) .

والحسبة باب عظيم في الدين ، ذكره العلماء في مؤلفاتهم ، ومنهم من أقر له مؤلفاً خاصاً به^(٤) ، تنبيهاً على أهميته وعظيم شأنه .

(١) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ ص٢٧٩) .

(٢) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣٠٢) .

(٣) انظر : (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ ص٢٧٩) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٨٠) .

(٤) من هذه المؤلفات استرعى انتباهي مؤلفين ؛ الأول : نهاية الرتبة الظرفية في طلب الحسبة الشريفة ، للإمام عبدالرحمن الشيزري الشافعي . والثاني : معالم القرية في معالم الحسبة ، للإمام ضياء الدين محمد ابن أبي زيد المعروف بابن الأخوة القرشي .

وهما كتابان متشابهان إلى حد بعيد ؛ ولا بد أن أحدهما أخذ عن الآخر ، وبالنظر إلى تاريخ ميلاد العالين ووفاتهما وجدت أن الشيزري توفي عام ٥٨٩هـ أي ١١٩٣م ، أما ابن الأخوة القرشي فامتدت حياته من ٦٤٨هـ - ٧٢٩هـ أي ١٢٥٠هـ - ١٣٢٩م ، وبذا يكون الشيزري توفي قبل أن يولد ابن الأخوة بسبعة وخمسين عاماً ، فصار الأمر إلى أن ابن الأخوة هو الذي أخذ عن الشيزري .

وقد ذكر الشيزري أنه كُلف بكتابة كتاب عن الحسبة ، وهذا ما دعاه لتأليفه ، ولم يذكر ابن الأخوة هذا ، ثم بحث في كتاب ابن الأخوة فلم أجده قد ذكر كتاب نهاية الرتبة ولو مرة واحدة ، وقد نسب في مسألة حركة المذبوح القول إلى الإمام في النهاية ، ولم أجد لها ذكراً عند الشيزري ، فعلمت أنه قصد كتاباً آخر ، والأرجح أنه كتاب نهاية المطلب في دراية المذهب للإمام الجويني ، وهو سابق لهما (٤١٩هـ-٤٧٨هـ) ، ثم دل على ذلك قول الإمام وهو من ألقاب إمام الحرمين الجويني ، والله أعلم .

ودليل مشروعيتها : قوله تعالى : ﴿ وَتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ ﴾^(١).

يقول المفسرون في معناها : « لتوجد منكم أمة داعية إلى الخير ، وتوجيه الخطاب إلى الكل مع إسناد الدعوة إلى البعض لتحقيق معنى فرضيتها على الكفاية ، ولأنها من عظام الأمور وعزائمها التي لا يتولاها إلا العلماء بأحكامه تعالى ، ومراتب الاحتساب وكيفية إقامتها. فإن من لا يعلمها يوشك أن يأمر بمنكر وينهى عن معروف ، ويغلظ في مقام اللين ، ويلين في مقام الغلظة »^(٢).

ومن أدلة مشروعية الحسبة قوله تعالى : ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ ﴾^(٣).

فإن من لوازم ولاء المؤمنين بعضهم بعضاً الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهو موضوع الحسبة، وقبل هذه الآية عاب رب العالمين على غير المؤمنين عدم أمرهم بالمعروف ونهيهم عن المنكر، بل وجعلها علامة النفاق وعدم الإيمان، فقد قال تعالى : ﴿ الْمُنَافِقُونَ وَالْمُنَافِقَاتُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمُنْكَرِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمَعْرُوفِ وَيَقْبِضُونَ أَيْدِيَهُمْ نَسُوا اللَّهَ فَنَسِيَهُمْ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾^(٤).

ومن أدلتها قول رسول الله ﷺ : « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الإيمان »^(٥).

(١) (سورة آل عمران ، آية رقم ١٠٤) .

(٢) (أبو السعود/ تفسير أبي السعود/ ج٢ ص ٦٧) .

(٣) (سورة التوبة ، آية رقم ٧١) .

(٤) (سورة التوبة ، آية رقم ٦٧) .

(٥) (مسلم/ الإيمان/ باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان/ ح ٤٩) (الترمذي/ الفتن/ باب ما جاء في تغيير المنكر باليد أو باللسان أو بالقلب/ ح ٢١٧٢) (النسائي/ الإيمان وشرائعه/ باب تفاضل أهل الإيمان/ ح ٥٠٠٨ / ٥٠٠٩) (أبو داود/ الصلاة/ باب الخطبة يوم العيد/ ح ١١٤٠) (الملاحم/ باب =

وفي الحديث بيان لدرجات الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وهو موضوع الحسبة .

ومنها ما روي عن النبي ﷺ أنه مرَّ على صُبرة طعام ، فأدخل يده فيها ، فنالت أصابعه بللاً ، فقال : « ما هذا يا صاحب الطعام ؟ قال : أصابته السماء يا رسول الله . قال : « أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس ؟ من غشّ فليس منا »^(١) .

وفيه أن النبي ﷺ مارس الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وتفحص وبحث وأمر ونهى وأدب ، وهذا من مهام المحتسب ومن واجباته .

بل إن النبي ﷺ أزال المنكر بيده ، ومن ذلك ما روي أن النبي ﷺ مرَّ وهو يطوف بالكعبة بإنسان ربط يده إلى إنسان بسير أو نجيط أو بشيء غير ذلك ، فقطع النبي ﷺ الخيط بيده ثم قال : « قُدّه بيده »^(٢) .

وفيه إزالة المنكر باليد ، بل وقبل أن يبين له فساد فعله أو يحدد له توجيهاً فيه .

وأخيراً حديث رسول الله ﷺ : « مثل القائم على حدود الله والواقع فيها

= الأمر والنهي/ح/٤٣٤٠) (ابن ماجه/ إقامة الصلاة والسنة فيها/باب ما جاء في صلاة العيدين/ح/١٢٧٥) (وباب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر/ح/٤٠١٣) (أحمد/عن أبي سعيد الخدري/ح/١٠٦٨٩، ١٠٧٦٦، ١١٠٦٨، ١١١٠٠، ١١١٢٢، ١١٤٦٦).

(١) (مسلم/الإيمان/باب قول النبي ﷺ من غشّ فليس منا/ح/١٠١/ح/١٠٢) (الترمذي/اليبوع/باب ما جاء في كراهية الغش في اليبوع/ح/١٣١٥، وقال حديث حسن صحيح) (أبو داود/اليبوع/باب النهي عن الفتن/ح/٣٤٥٢) (ابن ماجه/التجارات/باب النهي عن الغش/ح/٢٢٢٥/٢٢٢٥) (الدارمي/اليبوع/باب في النهي عن الغش/ح/١٥٤١) (أحمد/عن ابن عمر/ح/٥٠٩٢/عن أبي بردة بن نيار/ح/١٥٤٠٦) .

(٢) (البخاري/الحج/باب الكلام في الطواف/ح/١٦٢٠/١٦٢١) (وباب إذا رأى سيراً قطعه/ح/١٦٢١) وفي (الأيمان والنذور/باب النذر فيما لا يملك وفي معصية/ح/٦٧٠٢) (النسائي/مناسك الحج/باب الكلام في الطواف/ح/٢٩٢٠/٢٩٢١) وفي (الأيمان والنذور/باب النذر فيما لا يراد به وجه الله/ح/٣٨١٠/٣٨١١) (أبو داود/الأيمان والنذور/باب من رأى عليه كفارة إذا كان في معصية/ح/٣٣٠٢) (أحمد/عن ابن عباس/ح/٣٤٣٢) .

كمثل قوم استهموا^(١) على سفينة ، فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها ، فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم ، فقالوا : لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا ، فإن يتركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً ، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً»^(٢).

أما مهام المحتسب فكثيرة عديدة ، تجعل للمحتسب التدخل في كل ما يراه مخالفاً للقواعد والأصول الشرعية ، سواء أكانت هذه المخالفة جريمة من الجرائم أم لا .

ويقول الإمام الشيرزي في حصر مهام المحتسب ما نصه :

« ولو شرعت أذكر جميع ما ينبغي للمحتسب أن يفعله من أمور الحسبة لطال كتابي ، ولم يقع عليه حصر ، ولكنني قد وضعت أصولاً وقواعد يقيس عليها المحتسب ما يجانسها .

ولعمري إن الضابط في أمور الحسبة هو الشرع المطهر ، فكل ما نهت الشريعة عنه يكون محظوراً ، ووجب على المحتسب إزالته ، والمنع من فعله ، وما أباحته الشريعة أقره على ما هو عليه»^(٣).

وهذا يوضح مهمة المحتسب وطبيعة الحسبة ، فإن مقصدها في المقام الأول والأخير هو إشاعة الطمأنينة ، وإظهار البيئة الإسلامية النقية ، وإخفاء المنكرات والشوائب ، حتى لا يكون ظهور الفاحشة مساعداً على تجرؤ الغير على فعله ، وهذه صورة زماننا هذا ، فقد تجرأ على الباطل أهله ، وتشجع على فعله من ليسوا

(١) استهموا : اقرعوا . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ ص٣١٤) .

(٢) (بخاري/ الشركة/ باب هل يقرع في القسمة والاستهام فيه/ ح٢٤٩٣ ، واللفظ له) (الترمذي/ الفتن/ باب ما جاء في تغيير المنكر باليد أو باللسان أو بالقلب/ ح٢١٧٣ ، وقال حديث حسن صحيح) (أحمد/ عن النعمان بن بشير/ ح١٧٨٩٧/ ١٧٩٠٤) (ابن حبان/ صحيح ابن حبان/ ج١ ص٥٣٢/ ح٢٩٧) (سنن البيهقي الكبرى/ ج١٠ ص٢٨٨/ ح٢١١٩٩) (مسند البزار/ ج٨ ص٢٣٧/ ح٣٢٩٨) .

(٣) (الشيرزي/ نهاية الرتبة/ ص١١٨) .

بأهله ، مع تشجيع من وسائل الإعلام المتعددة ، حتى أصبحت الفاحشة معلنة ،
والبذاءة مشتهرة ، فألفتها النفوس ، وتلققتها بالقبول ، وأصبح من ينكر المنكر فعُلهُ
منكراً ، وهذا من علامات الساعة وأشراتها كما أخبر المصطفى ﷺ ، ولا حول ولا
قوة إلا بالله العلي العظيم .

ومما لا بد من ذكره في أمر الحسبة ، أن اتساع نطاق مهام المحتسب في مجالات
عمله قد ضُبط من جانب آخر ، وهو أنه متخصص فيما يظهر من المنكرات
الشرعية^(١) ، كما هو واضح من تعريف الحسبة . أما ما خفي فليس من حدود
اختصاصه ، وهذا هو الفارق بين ولاية الحسبة وولاية الشرطة ؛ فالجريمة المشهودة
وإن لم يكن التعامل معها حكراً على المحتسب وحده بل يحق للشرطي ولسوالي المظالم
وللقاضي وللحاكم أن يتعامل معها ، إلا أن الذي لا يحق له التعامل إلا معها فهو
المحتسب فقط دونهم ، أما غيره فله التعامل مع الظاهر منها والخفي .

ويمكن تصنيف الأعمال بالنسبة للمحتسب إلى نوعين :

الأول : ما له التدخل فيه .

الثاني : ما يمنع من التدخل فيه .

الأول : ما له التدخل فيه : وهي أمور متعددة وأجملها فيما يلي :

١ - من مهام المحتسب الإشراف على أرباب الصنائع والمهن والأسواق ، وقد
فصّل العلماء تفصيلات دقيقة ووضعوا حدوداً لكل صناعة و مهنة ؛ فتكلموا عن
الحسبة على الخبازين ، والقصابين ، والشوائين ، وقلائي السمك ، والحلوانيين ،
والعطارين ، والحاكة ، والصباعين ، والصيافة ، والصاغة ، والأساكفة ، والبيطرة ،
والأطباء ، والصيدلة ، والوعاظ، ومؤدبي الصبيان ، والتجارين ، والبنائين ،

(١) انظر : (المواردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٣٠٠ ، ٣٠١) (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج٤
ص ١٨٠) (ابن الأخوة/ معالم القرية/ ص ٧ ، ١٠) .

والدباغين ، وغيرهم ، بتفصيلات كثيرة عجيبة^(١) نعلم من خلالها أية حضارة كان عليها المسلمون ، وأي ضياع في الابتعاد عنها يعيشون .

٢- يأمر الناس بالمحافظة على الفرائض والسنن^(٢) ، ولا يعترض عليهم في التأخير عن أول الوقت لاختلاف العلماء فيه^(٣) ، فاخصاصه إنما فيما لا اختلاف فيه .

ويأمر الأولياء بإنكاح الأكفاء ، والنساء بإيفاء العِدَد ، والسادة بالرفق بالممالك ، وأصحاب البهائم بتعهدتها والرفق بها^(٤) .

٣- وينهى الناس عن المنكرات الظاهرة^(٥) في كل الأحكام ، فينكر على من أسرَّ في جهرية أو عكس ، أو زاد في الأذان أو نقص^(٦) ، وينكر على أئمة المساجد المطروقة إن طوّلوا في الصلاة للاتباع^(٧) ، وله أن يمنع الخونة من معاملة النساء^(٨) ، ويمنع أرباب السفن من حمل ما لا تسعه ويخاف منه غرقها ، ويمنعهم من المسير عند اشتداد الريح ، وإذا حمل فيها الرجال والنساء حجز بينهم بمائل^(٩) .

(١) انظر : (الشيذري/نهاية الرتبة/ص٢٧، ٣٣، ٤٢، ٧٢) (ابن الأخوة/معالم القرية/ص٩١، ٩٢، ١١، ١٤١) (المرتضى/البحر الزخار/ج٦ص٤٦٦، ٤٦٧) (علي حيدر/درر الحكام/ج١ص٤٠/مادة ٢٦) .

(٢) (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج٩ص٢١٨) (الماوردي/الأحكام السلطانية/ص٣٠٩) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص١٧٩) (الهيتمي/الزواجر عن اقتراف الكبائر/ج٢ص٢٧٩) .

(٣) (الماوردي/الأحكام السلطانية/ص٣٠٩) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص١٧٩) (الهيتمي/الزواجر عن اقتراف الكبائر/ج٢ص٢٧٩) .

(٤) انظر : (الهيتمي/الزواجر عن اقتراف الكبائر/ص٢٧٩) (الماوردي/الأحكام السلطانية/ص٣٢٠) .

(٥) (الهيتمي/الزواجر عن اقتراف الكبائر/ص٢٧٩) (الماوردي/الأحكام السلطانية/ص٣٠٩، ٣١٢) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص١٨٠) (ابن الأخوة/معالم القرية/ص٧، ١٠) .

(٦) (الهيتمي/الزواجر عن اقتراف الكبائر/ج٢ص٢٧٩) .

(٧) المرجع السابق .

(٨) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص١٧٩) (الهيتمي/الزواجر عن اقتراف الكبائر/ج٢ص٢٧٩) .

(٩) (الماوردي/الأحكام السلطانية/ص٣٢٠) .

وينكر على من امتنع عن إخراج زكاته^(١) ، وينكر على من تعرض للمسألة وهو ذو جلد وقوة^(٢) ، وينكر على من تصدى لعلم الشرع وليس من أهله من فقيه أو واعظ^(٣) ، وينكر على من خرق الإجماع كذلك ، ورفع أمره للسلطان إن لم يتته^(٤) .

ويجب إنكار الصغيرة كالكبيرة^(٥) ، ولو رأى معصية ترتكب لكنها ليست كذلك بحق الفاعل. وجب الإنكار ؛ كما لو رأى غير مكلف يزني أو يشرب الخمر، فيلزمه منعه من ذلك^(٦) .

وله الإنكار باليد ، ثم إن عجز فباللسان ، فلا يكفي الوعظ ممن أمكنه إزالته ، ولا كراهة القلب لمن قدر على النهي باللسان ، ويرفق في التغيير بمن يخاف شره ، وبالجاهل ، فإن ذلك أدعى إلى قبول قوله ، وإزالة المنكر ، ويستعين عليه بغيره إن لم يخف فتنة في إظهار سلاح وحرب ولم يمكن الاستقلال ، فإن عجز عن اليد واللسان رفعه للوالي ، فإن عجز أنكره بقلبه^(٧) .

٤- وللمحتسب أن يسمع الدعاوى ؛ فأجاز العلماء الاستعداد إليه في حقوق الأدميين وجعلوه خاصاً بثلاثة أنواع من الدعاوى .

« أ - فيما يتعلق ببخس وتطفيف في كيل أو وزن .

ب - ما يتعلق بغش أو تدليس في مبيع أو ثمن .

(١) (المواردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٣٠٩) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج ٤ ص ١٧٩) (المواردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٣١٠) .

(٤) (المواردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٣١٠) .

(٥) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج ٢ ص ٢٧٩) .

(٦) المرجع السابق .

(٧) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج ٢ ص ٢٨٠) .

ج - فيما يتعلق بمطل وتأخير لدين مستحق مع المكنة «^(١) .
 ففي الدعاوى الثلاث يجوز له إلزام المدعى عليه بالخروج من الحق الذي
 عليه^(٢) ، وهذا في حالة ظهور الأدلة على مرتكب الظلم .
 وذلك راجع إلى أن ثبوت الحق على المدعى عليه مع يساره ومماطلته منكر
 ظاهر يجب إزالته ، وهذا من اختصاص المحتسب كما أسلفنا .
 ٥- وللمحتسب أن يتعرض لتصفح ما يأمر به من المعروف^(٣) ، فله النظر في
 أعماله واختصاصاته دون وجود دعوى ، فلا يتوقف عمله على وجود شكاية أو
 دعوى من أحد .

وينهى عن المنكر وإن لم يحضره خصم مستعد^(٤) .

ثانياً : ما يمنع من التدخل فيه :

- ١ - إنشاء الأحكام وتنفيذها في عقود الأنكحة والمعاملات^(٥) ؛ فهذا من
 صلاحيات القضاء ، وما عداها فله إنفاذ الحكم وإنشاؤه .
- ٢ - ليس له الاستماع إلى الدعوى - فيما سوى ما ذكرناه سابقاً- كما في
 الحدود والقصاص ولا أية جناية من الجنايات الكبرى ، مما يستلزم تقدير البيئات
 والنظر في الحجج . بل مهمته فيها أن يمهد السبيل أمام القاضي فقط^(٦) .
 وليس له أن ينظر في كل ما يدخله التجاحد والتناكر ، فلا يسمع بينة على

٩

(١) انظر : (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٣٠١) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج ٢ ص ٢٧٩)
 (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج ٤ ص ١٧٩) .
 (٢) انظر : (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٣٠١) (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص ٥٢٨) .
 (٣) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج ٤ ص ١١٢) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٣٠٣) .
 (٤) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٣٠٢) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج ٤ ص ١١٢) .
 (٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ١٩) .
 (٦) انظر : (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص ٣٣) .

إثبات حق ولا يحلف يمينا على نفي حق^(١) .

٣ - ليس له أن يجبس ولا أن يضرب المتهم^(٢) .

٤ - ليس له أن يتدخل بعد انقضاء المعصية إلا بوعظ ، بل يسن له أن يستر^(٣) .

٥ - ليس له أن ينكر فيما اختلف فيه العلماء ، ولكن له أن ينصح بالخروج من الخلاف إن لم يقع فيه خلاف آخر وترك سنة ثابتة^(٤) .

٦ - ليس له أن يتجسس أو أن يبحث أو أن يقتحم داراً بظن ، إلا إذا كان الأمر واقعاً في انتهاك حرمة يفوت تداركها ؛ كأن أخبره أحد أن رجلاً خلا بامرأة ليزني بها ، أو بشخص ليقته ، لزمه أن يقتحم له الدار وأن يتجسس ، أو أن يعلم هو به كأن سمع صوت الملاهي أو القينات^(٥) أو النسكاري ، دخل وكسر الملاهي وأخرج القينات^(٦) .

مما سبق نلاحظ أن دور المحتسب في أصول المحاكمات الجزائية يتمثل في الجرائم الواقعة ساعة قيام المحتسب بواجبه ، وهو ما يعرف بجالة الجرم المشهود ، أما خارج حدود ما يشاهده المحتسب ، فإنه ليس له أن يتدخل فيه ، وإنما ذلك عائد إلى ولاية أخرى كوالي الشرطة كما أسلفنا .

وليس للمحتسب أن يحاكم الفاعلين ، ولا أن يسمع أقوال الخصوم وأدلتهم ، وإنما له ضبطهم وإلقاء القبض على الفاعلين ، ورفع ذلك إلى الجهة المختصة بأخذ الحق لأصحابه ، إلا أنه في مسائل محددة وعلى نطاق معين ، يستطيع أن يمارس صلاحيات القاضي في إصدار الأحكام ؛ وذلك في المنكرات الظاهرة التي لله فيها

(١) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٤ ص١١٢) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣٠١، ٣٠٢).

(٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٨٠) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ ص٢٧٩).

(٣) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣٠٩) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ ص٢٧٩).

(٤) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ ص٢٧٩، ٢٨٠).

(٥) القينات : الإماء المغنيات ، وتجمع على قيان ، وهذا في الاستعمال ، وإلا فالقينة هي الأمة غنت أو لم

تغن . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٣ ص٣٥٢) .

(٦) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ ص٢٨٠) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣١) .

حق، أو التي لأدمي فيها حق ، ما لم تبلغ العقوبة فيها عقوبة الحدود .
فإن وجد من يترك الصلاة على سبيل المثال ، كان له أن يعظه وأن يعاقبه ، أو
أن يحكم عليه بالحبس تأديباً له ، ولا ينتظر فيه حكم القاضي ، بل ولا يرفعه إلى
القضاة ابتداءً .

ذلك أن ترك الصلاة منكر ، وثبت عند المحتسب أن هذا الإنسان يترك الصلاة،
فلا يحتاج معها إلى رفع للقضاء ليحكم ، بل يحكم عليه هو .

وهذا في حدود ما ذكره العلماء من شروط المحتسب مقبول بل ومطلوب؛ إذ
إن المحتسب في هذه الحالة يصبح هو القاضي الخاص بالنظر في هذه القضايا، ولا يمنع
ذلك من نظر غيره فيها ، فالقاضي له ذلك والشرطي له ذلك . وهذا يعني أن
الولايات الشرعية في بعض جوانبها تغطي الحالات القضائية المستعجلة التي لا
يناسبها التأخير .

وهذا فيه إراحة للقضاء من التدخل في أمور ظاهرة لا طائل من المماطلة فيها،
ولن يتغير الحكم إذا رفع الأمر فيها للقضاء .

ولو نظرنا إلى المحاكم اليوم وما تغص به من قضايا تبدو محسومة إلى حد كبير ،
لعلمنا ضرورة وجود مثل هذا القضاء المستعجل الذي يمارسه المحتسب .

أما إن كانت القضية من الخطورة بحيث تحتاج معه إلى معرفة في البيئات بالنظر
الدقيق ، والعلم بالحجج بالفهم العميق ، رفعت للقاضي ، ولا يصح نظر المحتسب
فيها ؛ لأنها فوق طاقته وقدرته .

والمحتسب في مجال تخصصه قوي ، وله فيما انطبقت عليه شروط عمله أن
يمارس هذا العمل على كل مواطن في الدولة ، فله أن ينكر على الشرطي وعلى
القاضي وعلى والي المظالم وعلى الإمام الأعظم كذلك ، وهذا يبين أهمية هذا
المنصب في الحفاظ على أحكام الشريعة ظاهرة ، وعلى ما يخالف الشريعة مكنوناً
مستوراً .

المطلب الثالث

ولاية المظالم^(١)

المظالم : جمع مظلمة ، وهي من الظلم ، أي وضع الشيء في غير موضعه^(٢) .
وفي الاصطلاح ؛ تعرف المظالم بأنها :

« الحكم في كل ما يعجز عنه القاضي لمن هو أقوى منه يداً »^(٣) .

أو أنه : « قود المتظالمين إلى التناصف بالرهبة وزجر المتنازعين عن التجاحد
بالمهية »^(٤) .

وفلسفة ولاية المظالم ومبرر وجودها شرحها العلماء بقولهم : « إن التنازع إن
كان بين ضعيفين - وهذا هو الغالب - قام القاضي بعقوبة أحدهما ، وهو الذي بجانبه
الحق ، وإذا كان بين قوي وضعيف ، أو بين قويين ، وكانت القوة في أحدهما بولاية

(١) والمظلمة : اسم ما أخذ منك ، والمظلمة بكسر اللام : ما تظلمه الرجل . والظلم بمعنى النقص ، ومنه
قوله تعالى : ﴿ ولم تظلم منه شيئاً ﴾ (سورة الكهف، آية رقم ٣٣) أي ولم تنقص . وأصل الظلم : الجور
ومجاوزة الحد .

(الرازي/ مختار الصحاح/ ص ١٧٠) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ١٢ ص ٣٧٣ ، ٣٧٥) (الفيروزآبادي/
القاموس المحيط/ ص ١٤٦٤) (الماوي/ التعاريف/ ص ٤٩٢) .

وفي الحديث الشريف : « يخلص المؤمنون من النار فيحسبون على قنطرة بين الجنة والنار فيقص
لبعضهم من بعض مظالم كانت بينهم في الدنيا حتى إذا هذبوا ونقوا أذن لهم في دخول الجنة » الحديث .
(البخاري/ الرقاق/ باب القصاص يوم القيامة/ ح ٦٥٣٥) (وله في كتاب المظالم والغصب/ باب قول الله
تعالى ﴿ الا لعنة الله على الظالمين ﴾ / ح ٢٤٤٠) (أحمد/ عن أبي سعيد الخدري/ ح ١٠٧١١ ، ١١٢٠٩ ،
١١٣٠٩) (عن عبد بن حميد / ص ٢٩١/ ح ٩٣٥) (البيهقي/ شعب الإيمان/ ج ١ ص ٣٠٤/ ح ٣٤٥) (ابن
منده/ الإيمان/ ج ٢ ص ٨١٤/ ح ٨٣٧ ، ٨٣٨) (الطبري/ تفسير الطبري/ ج ١٤ ص ٣٧/ ج ٢٦ ص ٤٤) (ابن
حزم/ المحلى/ ج ١٠ ص ٤٧٣) .

(٢) (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص ١٤٦٤) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ١٢ ص ٣٧٣) .

(٣) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج ٤ ص ٥١) .

(٤) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٩٧) (أبو يعلى الفراء/ الأحكام السلطانية/ ص ٥٨) .

وغيرها ، فهذا يحتاج إلى والي المظالم »^(١) ؛ حتى يقوي الضعيف بالحق ، ويضعف القوي للحق ، فتتحصل العدالة .

أما مشروعية ولاية المظالم ، فإن بعضاً من العلماء يرى أن ولاية المظالم مستحدثة ولا سند لها من فعل رسول الله ﷺ .

ولا يعني هذا منعها عندهم أو أنها منهي عنها ، إنما أرادوا أن النبي ﷺ لم يعين والياً للمظالم ، فلا يصح نسبة مشروعيتها إلى رسول الله ﷺ ؛ يقول ابن العربي : « وأما ولاية المظالم فهي ولاية غريبة أحدثها من تأخر من الولاة لفساد الولاية وفساد الناس »^(٢) .

ويرى البعض الآخر أن ولاية المظالم والنظر في المظالم مسنونة منذ عهد رسول الله ﷺ ، وقد رأى ذلك الإمام الماوردي^(٣) في الأحكام السلطانية ، وتبعه جم غفير من المتأخرين^(٤) .

واستشهدوا على ذلك بالنزاع الذي وقع بين الزبير بن العوام ورجل من الأنصار ، فقال النبي ﷺ للزبير : « اسق يا زبير ثم أرسل إلى جارك » ، فغضب

(١) (ابن العربي/أحكام القرآن/ج٤ ص٥١) .

(٢) (ابن العربي/أحكام القرآن/ج٤ ص٥١) .

(٣) الماوردي : أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب القاضي ، ت ٥٤٥ هـ ، ولي القضاء ببلدان شتى ، وله مصنفات كثيرة في الفقه والتفسير وأصول الفقه ، ولم يبرز منها شيئاً في حياته ، وأوصى رجلاً من أصحابه إذا حضره الموت أن يضع يده في يده ، فإن رآه قبض على يده فلا يخرج من مصنفاته شيئاً ، وإن رآه بسط يده فليخرجها ، فبسطها ، وكان من تصانيفه : الحاوي ، والأحكام السلطانية ، وغيرها كثير . (ابن قاضي شهاب/طبقات الشافعية/ج٢ ص٢٣٠) .

(٤) يقول الإمام الماوردي : « نظر رسول الله ﷺ المظالم في الشرب الذي تنازعه الزبير بن العوام رضي الله عنه ورجل من الأنصار » . انظر (الأحكام السلطانية ص٩٧) .

وتبعه كل من : (حامد أبو طالب/التنظيم القضائي الإسلامي/ص١٨) (عبد المنعم الجيرة/نظام القضاء في المملكة العربية السعودية/ص٩١) (علي علي المصري/وظيفة الشرطة في النظم الوضعية والشريعة الإسلامية/ص٣٢) (صبري الغريبي/منهج الخلفاء في النظر في المظالم/بحث مقدم لمجلة جامعة صدام للعلوم الإسلامية/ع٧٦ ص٢٥٣) .

الأَنْصَارِي ثُمَّ قَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَنْ كَانَ ابْنُ عَمَّتِكَ ؟ فَتَلُونُ وَجْهَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ثُمَّ قَالَ لِلزَّبِيرِ : « اسْقِ يَا زَبِيرُ ثُمَّ احْبَسِ الْمَاءَ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى الْجَدْرِ ... » (١) . فَقَالُوا إِنَّهُ أَوَّلُ النَّظَرِ فِي الْمَظَالِمِ .

إِلَّا أَنْ الَّذِي يَظْهَرُ مِنْ هَذِهِ الْحَادِثَةِ لَا يَدُلُّ عَلَى مَفْهُومِ وِلَايَةِ الْمَظَالِمِ ؛ فَإِنَّا لَمْ نَرِ طَرَفًا ضَعِيفًا وَآخَرَ قَوِيًّا كَوَالِ أَوْ أَمِيرٍ وَنَحْوَهُمَا ، بَلْ هِيَ مَسْأَلَةٌ قِضَاءٍ بَيْنَ اثْنَيْنِ مِمَّا يَتَوَلَّاهُ الْقِضَاءُ فِي كُلِّ زَمَانٍ وَمَكَانٍ .

أَمَّا الْمَظَالِمُ فَاهُمْ صِفَةٌ فِيهَا أَنَّهُا تَتَخَصَّصُ فِيمَا عَجَزَ عَنْهُ الْقِضَاءُ .

وَالَّذِي يَظْهَرُ لِي أَنَّ وِلَايَةَ الْمَظَالِمِ لَمْ تَعْرِفْ فِي زَمَنِ الرَّسُولِ ﷺ بِالْمَعْنَى الَّذِي يَتَنَاولُهُ الْفُقَهَاءُ الْمُتَأَخَّرُونَ عَنْ قُرُونِ الْخَيْرِيَّةِ مِنْ وَجُودِ مُتَخَصَّصٍ لِهَذَا الْمَنْصَبِ . وَلَمْ تَعْرِفْ كَذَلِكَ فِي عَهْدِ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ .

أَمَّا إِنْ كَانَ الْمَقْصُودُ مِنَ الْمَظَالِمِ هُوَ الْحُكْمُ عَلَى الْمُتَنَفِّذِينَ - مِنَ الْوَلَاةِ وَغَيْرِهِمْ - وَأَخَذَ الْحَقُوقِ مِنْهُمْ سِوَاءَ أَكَانَتْ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى أَمْ حَقًّا لِلْأَفْرَادِ ، فَهَذَا مَوْجُودٌ مِنْذُ عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ؛ فَقَدْ وَبَّخَ النَّبِيُّ ﷺ عَامِلَهُ عَلَى الصَّدَقَةِ وَهُوَ ابْنُ اللَّتْبِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَا لَا حَقَّ لَهُ فِيهِ ، فَإِنَّهُ قَدْ بَعَثَهُ ﷺ إِلَى بَنِي سَلِيمٍ جَابِيًا ، فَلَمَّا عَادَ قَالَ : هَذِهِ أَمْوَالُكُمْ ، وَهَذِهِ هُدَايَا أَهْدَيْتَ إِلَيَّ ، فَسَاءَ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَقَالَ : « مَا بَالُ الرَّجُلِ نَسْتَعْمَلُهُ عَلَى الْعَمَلِ مِمَّا وَلَانَا اللَّهُ ، فَيَقُولُ هَذِهِ لَكُمْ وَهَذَا أَهْدَيْتَ إِلَيَّ ، فَهَلَّا جَلَسَ فِي بَيْتِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ فَيَنْظُرُ أَيُّهُدَى إِلَيْهِ أَمْ لَا ؟ وَالَّذِي نَفْسُ مُحَمَّدٍ بِيَدِهِ لَا يَأْخُذُ مِنْهُ شَيْئًا إِلَّا جَاءَ بِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يَحْمِلُهُ عَلَى كَتْفِيهِ ، إِنْ كَانَ بَعِيرًا لَهُ رِغَاءٌ ، أَوْ بَقْرَةً لَهَا خَوَارٌ ، أَوْ شَاةٌ تَعِيرٌ ، ثُمَّ رَفَعَ يَدَيْهِ حَتَّى رُمِّيَ بِيَاضٍ يُبْطِئُهُ قَاتِلًا : اللَّهُمَّ هَلْ بَلَغْتَ ، اللَّهُمَّ هَلْ بَلَغْتَ ، اللَّهُمَّ هَلْ بَلَغْتَ » (٢) .

(١) سبق تخريجه . انظر ص ١٠٩ .

(٢) (البخاري/الهبه/باب من لم يقبل الهدية لعله/ح ٢٥٩٧) (وأخرجه في الزكاة ، والأيمان والنذور ، والحيل ، والأحكام) (مسلم/الإمامة/باب تحريم هدايا العمال/ح ١٨٣٢) (أبو داود/الخراج والإمارة والفيء/باب هدايا العمال/ح ٢٩٤٦) (الدارمي/الزكاة/باب ما يهدى لعمال الصدقة لمن هو/ح ١٦٦٩) (أحمد/عن عبد الرحمن بن سعد (أبو حميد الساعدي)/ح ٢٣٠٨٧) .

وهذا التعزير لابن اللثبية يليق بحاله ، وكان من حكم النبي ﷺ على الولاية .
ثم إن مبدأ أخذ الحق من القوي للضعيف أقره النبي ﷺ وأقر منع الظالم من
ظلمه إذا كان سبب هذا الظلم قوة في الظالم وضعفاً في المظلوم ، وذلك بقوله ﷺ :
« لقد شهدت في دار ابن جدعان حلف الفضول ، أما لو دعيت إليه في الإسلام
لأجبت » (١) .

وقصة هذا الحلف أن رجلاً قدم مكة بتجارة ، فباعها من العاص بن وائل
السهمي ، فمطله بها وغلبه ، فحمله ذلك على أن أشرف على جبل أبي قبيس بمكة
حين أخذت قريش مجالسها ، ثم أنشأ يقول :

يال فھر لمظلوم بضاعته .: . بيطن مكة نائي الأهل والنفر
ومحرم أشعث لم يقض عمرته .: . أمسى يناشد حول الحجر والحجر
هل مخفر من بني سهم يقول لهم .: . هل كان فينا حلالاً مال معتمر
إن الحرام لمن تمت حرامته .: . ولا حرام لثوب الفاجر الفدر

فلما سمعت قريش ذلك تحالفوا حلف الفضول على أن لا يظلم بين
ظهرانيتهم مظلوم إلا أخذوا الحق له (٢) . فقال النبي ﷺ ما قال .

« وهذا وإن كان فعلاً جاهلياً دعتهم إليه السياسة ، فقد صار بحضور رسول
الله ﷺ له ، وما قال في تأكيد أمره حكماً شرعياً وفعلاً نبوياً » (٣) .

وهو يصلح أن يكون دليلاً على مفهوم المظالم ورفعها ؛ لأن فيه طرفاً منع الحق
بقوته عن الطرف الآخر ، وفيه أخذ الحق من القوي بالغلبة والقوة والسطوة . وهذا هو
مفهوم ولاية المظالم .

(١) (أحمد/ عن عبد الرحمن بن عوف/ ١٦٧٩/ ١٦٥٨) (سنن البيهقي الكبرى/ ج ٦ ص ٣٦٧/
ج ١٢٨٥٩) (البخاري/ التاريخ الكبير/ ج ١ ص ٢٩٤/ ٩٤٦) (الفاكهي/ أخبار مكة/ ج ٥ ص ١٩١/
ج ١٢٥) .

(٢) (المواردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٩٩، ١٠٠) (أبو المحاسن الحنفي/ مختصر المختصر/ ج ٢ ص ٣٧٦)
(الفاكهي/ أخبار مكة/ ج ٥ ص ١٩٠/ ١٢٦) .

(٣) (المواردي/ الأحكام السلطانية/ ص ١٠٠) .

والمظالم بهذا المفهوم فعلها الخلفاء الراشدون ، وأقرّوا مبادئها ، من ذلك في عهد أبي بكر رضي الله عنه ؛ فإنه قد خطب خطبة شهيرة قال فيها :

« يا أيها الناس ، الضعيف فيكم قوي عندي حتى أرجع عليه حقه إن شاء الله ، والقوي فيكم ضعيف عندي حتى آخذ الحق منه إن شاء الله »^(١) .

وفي عهد عمر رضي الله عنه أيضاً مارس هذا الدور ؛ فقد خطب خطبته الشهيرة حيث قال : « يا أيها الناس ، إني والله ما أرسل عمالي إليكم ليضربوا أبشاركم ويأخذوا أموالكم ، ولكن أرسلهم إليكم ليعلموكم دينكم وستكم ، وليقضوا بينكم بالحق ويحكموا بينكم بالعدل ، فمن فعل به شيء سوى ذلك فليرفعه إليّ ، فوالذي نفس عمر بيده لأقصنه منه »^(٢) .

ومارس ذلك عملياً ؛ فقد حكم على عمرو بن العاص وابنه في ظلامة القبطي في القصة المشهورة ، وأذن لأربع من أتباع المغيرة بن شعبة^(٣) أن يشهدوا عليه في قصة اتهامه بأم جميل بنت الأفقم ، وقام بعزل سعد بن أبي وقاص لشكاية عليه ، وعزل عمّار بن ياسر عندما شكاه أهل الكوفة بأنه لا يحسن الإدارة ولا يجيد السياسة^(٤) .

كل هذه الصور والأحداث دلت على أن مفهوم ولاية المظالم كان معمولاً به

(١) (سنن البيهقي الكبرى/ج٦ص٣٥٣/ح١٢٧٨٨) (معمربن راشد/الجامع/ج١١ص٣٣٦/ح٢٠٧٠٢) (الطبري/ تاريخ الطبري/ج٢ص٢٣٨) (ابن هشام/السيرة النبوية/ج٦ص٨٢) (ابن كثير/البداية والنهاية/ج٥ص٢٤٨) (السيوطي/تاريخ الخلفاء/ج١ص٦٩) (الطبري/الرياض النضرة/ج٢ص٢١٣) .

(٢) (أبو داود/الديات/باب القود من الضربة وقص الأمير من نفسه/ح٤٥٣٧) (أحمد/مسند عمر بن الخطاب/ح٢٨٦ ، ٢٨٨) (الحاكم/المستدرک/ج٤ص٤٨٥/ح٨٣٥٦) (سنن البيهقي الكبرى/ج٨ص٤٨/ح١٥٧٩٦) (ج٩ص٢٩/ح١٧٦٢٦) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٦ص٤٦١/ح٣٢٩٢١) (معمربن راشد/الجامع/ج١١ص٣٣٦/ح٢٠٧٠١) .

(٣) الأربعة هم : أبو بكر ، ونافع بن كلفة ، وزیاد بن عبيد (زياد بن أبيه) ، وشبل بن معبد . انظر : (الطبري/تاريخ الطبري/ج٢ص٤٩٣) (ابن حجر/الإصابة/ج٢ص٣٣) .

(٤) انظر : (الذهبي/سير أعلام النبلاء/ج١ص١١٧) .

في عصر النبي ﷺ ، وفي عصر الخلفاء الراشدين .

ذلك أن أحداً من الولاة لم يكن بحصانة من ولي الأمر مهما بلغت رتبته ومنزلته ، فهو عند طلب الحق منه شأنه شأن بقية الناس . وهذا هو مقصد ولاية المظالم .

أما إن كان المقصود بولاية المظالم أن تجعل منصباً محددًا في خطة الحكم ويسمى باسمها ويوصف بوصفها ، فهذا لم يوجد إلا في عصور متأخرة عن العهد النبوي ، فيصدق قول الماوردي : إن الخلفاء الأربعة لم يتدبوا أحداً للمظالم إذ كانوا يفعلونه بأنفسهم^(١) .

ويُذكر أن أول من جلس للمظالم عبد الملك بن مروان^(٢) ، فجعل لنفسه هذا المنصب ، ثم ردّه بعد ذلك إلى قاضيه أبي إدريس^(٣) ، ثم جلس له عمر بن عبد العزيز وردّ المظالم من بني أمية إلى المظلومين ، ثم سارت سنة فصار بنو العباس يجلسون لها^(٤) .

وكان خير من قام بحق هذا المنصب الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز رحمه الله ورضي الله عنه ؛ فقد خطب في الناس قائلاً بعد أن حمد الله وأثنى عليه : « أيها الناس ، الحقوا ببلادكم فياني أذكركم في بلادكم وأنساكم عندي ، ألا وأني قد استعملت عليكم رجالاً لا أقول هم خياركم ولكنهم خير ممن هو شر منهم ، فمن

(١) (الماوردي/الأحكام السلطانية/ص٩٨) .

(٢) عبد الملك بن مروان بن الحكم ، ولي الخلافة أربعة عشر سنة ، وكان قبلها ناسكاً عابداً ، ت ٨٦هـ .
بويح بالشام وهو أول من ضرب الدنانير وكتب عليها القرآن .

(الذهبي/سير أعلام النبلاء/ج٤ص٢٤٧) (البخاري/التاريخ الكبير/ج٥ص٤٢٩) (الربيعي/مولد العلماء ووفياتهم/ج١ص١٨٠) .

(٣) أبو إدريس الخولاني، ولد عام الفتح ، قاضي دمشق وواعظها ، ت ٨٠هـ .

(الذهبي/سير أعلام النبلاء/ج٤ص٢٧٢) (البيهقي/مشاهير علماء الأمصار/ج١ص١١٢) (ابن كثير/البدية والنهاية/ج٨ص٢٦٠) (خليفة بن خياط/تاريخ خليفة بن خياط/ج١ص٢٩٦) .

(٤) انظر : (ابن العربي/أحكام القرآن/ج٤ص٥١) .

ظلمه عامله بمظلمة فلا إذن له علي حتى أقصه منه « (١) .

وروي أنه لما ولي عمر بن عبد العزيز بدأ بلحمته وأهل بيته ، فأخذ ما بأيديهم ، وسمى أموالهم مظالم (٢) .

والذي يظهر من تاريخ المظالم أنها كانت بأيدي القضاة ، إلا أن الخلافة لما دنت من الملك العضوض خشي الولاة سطوة القضاة ، فأضعفوا القضاة حتى لا يتمكنوا من النظر في المظالم لمسيس علاقتها بهم ، وجعلوا ذلك لأنفسهم لينظروا في المظالم بحسب ما يرونه ، وهذا في عصور متأخرة عن قرون الخيرية الأولى .
يقول ابن العربي في ذلك :

« المظالم في أصل وضعها داخلة في القضاء ، ولكن الولاة أضعفوا الخطة القضائية ليمكنوا من ضعف الرعية ، ليحتاج الناس إليهم ، فيقعدها عنهم ، فبقى المظالم مجالها » (٣) .

أما المهام التي كانت لوالي المظالم ؛ فإنه أوسع الولايات اختصاصاً :

١- فله أن ينظر فيما لا يقدر القاضي على النظر فيه ، وهذا هو الأساس الذي تنبني عليه ولاية المظالم ؛ إذ إن له من القوة والهيبة ما ليس للقضاة ، فهو أفسح مجالاً وأوسع مقالاً (٤) .

٢- له أن يستعمل من الإرهاب وكشف الأشياء بالأمارات الدالة وشواهد الأحوال اللائحة مما يؤدي إلى ظهور الحق (٥) .

٣- له أن يسمع شهادات المتخاصمين وسماع الدعوى ، وله النظر في الحجج ،

(١) (ابن سعد/ الطبقات الكبرى/ ج٥ ص٣٤٣ ، ٢٨١) (ابن الجوزي/ المنتظم/ ج٧ ص٤٢) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٩٨) .

(٢) انظر : (السيوطي/ تاريخ الخلفاء/ ص٢٣٢) .

(٣) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٤ ص٥١) .

(٤) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص١٤٧) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص١٠٤ ، ١٠٥ ، ٣٠٢) (ابن الأخوة/ معالم القربة/ ص١٠ ، ١١) .

(٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص١٤٧) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص١٠٥) .

وله تقديرها وتقييمها وتنفيذها وإبطالها وإعمالها ، وله تحليف الشهود^(١) .

٤- له أن يبتدئ باستدعاء الشهود وسؤالهم عما عندهم دون أن يطلب المدعي منه ذلك^(٢) ، وله التبع والاستقصاء عن حالات تجاوز الولاية والمسؤولين دون طلب أو شكاية^(٣) . ويشمل بأحكامه هذه الجباة والولاية والشرطي والمحتسب وكتاب الدواوين والقضاة أنفسهم ، بل والإمام الأعظم .

٥- له النظر في تعدي الولاية على الرعية وأخذهم بالعسف في السيرة ، وله النظر في جور العمال فيما يجبونه من الأموال فيرجع فيه إلى القوانين العادلة ، وله أن يتصفح أحوال كتاب الدواوين فيما وكلوا فيه ، ويرجع مظالمهم إلى أصحابها ، وله النظر في تظلم المسترزقة من نقص أرزاقهم أو تأخرها عنهم ، وله النظر في رد الغصوب ، لأنه متلق بالأيدي القوية فيرجعها لأصحابها ، وله مشاركة الوقوف العامة والخاصة ، وله تنفيذ ما وقف القضاة من أحكامها لضعفهم عن إنفاذها ، وله النظر فيما عجز عنه الناظرون من الحسبة في المصالح العامة ، وله النظر في مراعاة العبادات الظاهرة ، وله النظر بين المتشاجرين والحكم بين المتنازعين^(٤) .

مما سبق نستنتج أن اختصاص والي المظالم إنما هو في الجرائم التي يعجز عن الحكم فيها الشرطي والمحتسب والقاضي ، وهذه أهم صفة فيه .

وبالمفهوم المعاصر ؛ فإن ولاية المظالم تشكل أعلى سلطة قضائية في بلاد المسلمين ؛ ولذا يتوكل بها الخليفة نفسه في الأزمان السابقة أو لمن ينوب عنه فيها من الثقات الأقوياء .

ومن المعلوم أن الجريمة لا يقتصر فعلها على فئة معينة من الناس ، بل إن الولاية والأمراء ممن قد يقعون فيها. وقد يحول هذا دون وصول الحق لأصحابه،

(١) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص١٤٧) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص١٠٣) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) انظر : (الكتاني/ التراتيب الإدارية/ ج١ ص٢٦٦) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص١٠٢) .

(٤) انظر : (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص١٠١، ١٠٢، ١٠٣، ١٠٤) .

ويحول دون أن تأخذ الأمة حقها من هذا القوي ، من هنا كانت ولاية المظالم سداً لهذا الباب ، وليكون أولى مهامه مراقبة فئة الولاة والأمراء في المجتمع .

وله أن يحكم على كل ذي سطوة ممن هو دونه ، بل ومن هو فوقه إن كان فوقه أحد ، حتى لا يبقى أحدٌ من الناس بعيداً عن الالتزام بقواعد الشريعة وقوانينها.

وما يهمننا في هذه الدراسة من مهامه ، قدرته على تطبيق النصوص الشرعية بخصوص الجرائم التي يرتكبها من لا سلطة للقاضي عليه ، سواء بالحكم عليهم فيها، أو في إنفاذ أحكام غيره عليهم .

ويكفي النظام الإسلامي فخراً معرفته هذه الأنظمة وتفصيله فيها قبل أن تعرفها النظم الغربية بأمد بعيد . بل إن النظام الإسلامي في صورته أكثر إشراقاً من النظام الفرنسي ، وذلك قبل أن يولد النظام الأخير بأكثر من ألف عام^(١) .

ويعتقد البعض أن النظام الإسلامي هو ذاته ما عرف بنظام محكمة العدل العليا أو ما يسمى عند البعض بالقضاء الإداري .

إلا أن المدقق يجد غير ذلك ، وإن كان بينهم من الشبه الكثير ، إلا أن نظام الشريعة هو الأميز ، وذلك من وجوه :

١- أن محكمة العدل العليا يقتصر نظرها على المنازعات المرفوعة من قبل الأفراد على الحكومة أو رجالها ، سواء وقع النزاع أثناء تأدية العمل أو بسببه .

أما قاضي المظالم فإن اختصاصاته تشمل هذا وتزيد عليه مما لا يدخل في اختصاصات محكمة العدل العليا ؛ كالنظر في مظالم الإمام الأعظم أو أفراد الأسرة الحاكمة ، والنظر في رد الغصوب أو مشاركة الوقوف أو مراعاة العبادات الشرعية .

٢- أن نظام المظالم لا يتوقف عمله في كثير من أحواله وأحيانه على إقامة الدعوى كما هو شأن محكمة العدل العليا ، فإن والي المظالم في إمكانه البحث بنفسه

(١) انظر : (عبد المنعم الجيرة/ نظام القضاء في المملكة العربية السعودية/ ص ٩٠) .

عن المخالفات الشرعية والمظالم الواقعة على الرعية ، فيرجع الحقوق لأصحابها
ويقيم ميزان العدل دون طلب .

أما في القضاء الإداري أو محكمة العدل العليا لا يبحث القاضي عن المظالم ،
بل لا بد من مدعٍ يرفع الدعوى حتى يباشر العمل للنظر فيها .

٣- أن محكمة العدل العليا أو القضاء الإداري لا يملك سلطة التنفيذ ، وإن
كان لها اختصاص القضاء على الإدارة .

أما ناظر المظالم فإن عمله قضائي تنفيذي ، فيعالج الأمور الواضحة بالعلم أو
بالعمل الودّي أو بالتنفيذ راداً الحق لصاحبه ، وليس ذلك للقضاء الإداري^(١) .

ويظهر مما سبق أن بعضاً من اختصاصات والي المظالم يدخل في أصول
المحاكمات الشرعية الجزائية ، وبعضها لا يدخل فيها ، ومما لا يدخل فيها : القضاء
على الخصوم ، وتقدير الأدلة والعقوبات ، وهي من ضمن قواعد العقوبات .

أما ما يدخل فيها ، فإن له التقصي والبحث عن الجرائم ، وله أن يأمر بإلقاء
القبض على الفاعلين وعقد المحاكمة له ، والسماع لأقوالهم ، وتنفيذ الأحكام بحقهم .
وهذه من أصول المحاكمات الشرعية الجزائية .

كما أن اختصاصه لا يقتصر على الجزائيات ، بل يشمل غيرها من الأحكام
المالية والأحوال الشخصية .

(١) انظر : (عبد العزيز بديوي/ القضاء في الإسلام/ ص ٢٠) .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

المبحث الثاني

التحقيق الابتدائي

بعد أن ذكرت في المبحث السابق من يقوم بالتعامل مع الجرائم ، فإن لهؤلاء الولاية عدة إجراءات سمح الشرع لهم بالقيام بها دفعاً للجريمة ورفعاً ، إلا أن هذا الإذن من الشرع مضبوط محدود بأصول شرعية ونصوص خاصة ، في إطار من تحقيق العدالة وموافقة لمقاصد الشريعة .

وفي هذا المبحث سأتناول هذه الإجراءات دراسة وتمحيصاً للخلوص منها بفهم الإسلام لهذه الإجراءات وكيفية تعامله معها .

وهذا الباب من أبواب السياسة الشرعية العادلة^(١) ، والذي يهدف إلى القيام على أمر الجرائم بما يرفع فسادها ليصلح المجتمع .

يقول الإمام الماوردي :

« الجرائم محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بجد أو تعزير ، ولها عند التهمة حال استبراء تقتضيه السياسة الدينية ، ولها عند ثبوتها وصحتها حال استيفاء توجبه الأحكام الشرعية »^(٢) .

ويقول الإمام ابن فرحون :

(١) ساس الأمر سياسة ، أي قام به ، والسوس الطبع والخلق ، يقال : الفصاحة من سوسه أي طبعه وخلقه ، والمراد بالسياسة كذلك القانون الموضوع لرعاية الآداب والمصالح وانتظام الأموال . انظر (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ٧٦) .

ويرى أستاذنا الدكتور محمد نعيم ياسين أن السياسة الشرعية اصطلاحاً هي : تدبير الإمام المسلم - بنفسه أو بالنيابة عنه - شؤون الرعية على مقتضى المقاصد الشرعية . (من محاضرات مادة السياسة الشرعية لطلبة الدراسات العليا، عام ١٩٩٨م) .

(٢) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٢٧٣) .

« فالسياسة الشرعية في هذا الباب - أي باب الجرائم - تخرج الحق من الظالم، وتدفع كثيراً من المظالم، وتردع أهل الفساد، ويتوصل بها إلى المقاصد الشرعية، فالشرعية توجب المصير إليها والاعتماد في إظهار الحق عليها، وهي باب واسع ... وإهماله يضيع الحقوق، ويعطل الحدود، ويجري أهل الفساد، ويعين أهل العناد، والتوسع فيه يفتح أبواب المظالم الشنيعة، ويوجب سفك الدماء، وأخذ الأموال بغير الشريعة .

وبهذا سلكت فيه طائفة مسلك التفريط المذموم، فقطعوا النظر عن هذا الباب إلا فيما قل ظناً منهم أن تعاطي ذلك منافٍ للقواعد الشرعية، فسدّوا من طرق الحق سبيلاً واضحة، وعدلوا إلى طريق العناد فاضحة؛ لأن في إنكار السياسة الشرعية والنصوص الشريفة تغليظاً للخلفاء الراشدين .

وطائفة سلكت في هذا الباب مسلك الإفراط فتعدّوا حدود الله تعالى، وخرجوا عن قانون الشرع إلى أنواع من الظلم والبدع والسياسة، وتوهموا أن السياسة الشرعية قاصرة عن سياسة الخلق ومصالحة الأمة، وهو جهل وغلط فاحش، فقد قال عز من قائل: ﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ ﴾^(١)، فدخل في هذا جميع مصالح العباد الدينية والدنيوية على وجه الكمال . وقال رسول الله ﷺ: « تركت فيكم ما إن تمسكتم به لن تضلوا كتاب الله وسنتي »^(٢).

وطائفة توسطت وسلكت فيه مسلك الحق وجمعوا بين السياسة والشرع،

(١) (سورة المائدة، آية رقم ٣) .

(٢) هذا الحديث بهذا اللفظ لم يروه أحد من أصحاب الكتب الستة، ورواه مالك في موطنه مرسلأ (كتاب الجامع/باب النهي عن القول بالقدر/ح١٦٦٦) (والحاكم في مستدرکه/ج١ ص١٧٢/ح٣١٨، ٣١٩) (البيهقي/الاعتقاد/ج١ ص٢٢٨) (المروزي/السنة/ج١ ص٢٦/ح٦٨) (الحسيني/البيان والتعريف/ج٢ ص١١) (ابن حزم/الأحكام/ج٦ ص٢٤٣) (البيهقي/سنن البيهقي الكبرى/ج١٠ ص١١٤/ح٢٠١٢٣/٢٠١٢٤) (المنذري/الترغيب والترهيب/ج١ ص٤١/ح٦٦) (ابن عبد البر/التمهيد/ج٢٤ ص٣٣١/ح١٢٨) .

واللفظ الوارد في الصحاح: « تركت فيكم ما إن تمسكتم بهما لن تضلوا بعدي، كتاب الله وعترتي أهل بيتي » .

فقمعوا الباطل ودحضوه ، ونصبوا الشرع ونصروه ، والله يهدي من يشاء إلى صراط مستقيم»^(١).

وهذا القول من الإمام ابن فرحون - رحمه الله - يوضح مشكلة البحث في هذا الباب ، ويوضح أهمية التعامل بالسياسة الشرعية فيما تمس إليه الحاجة في معالجة الجرائم وكيفية التعامل معها ، وكان حديثه هذا مقدمة لبيان أنواع السياسة التي يمارسها الحاكم أو الوالي في موضوع الجرائم والحدود .

وتابع نقل كلام ابن فرحون في بيان مشروعية هذا الباب من أبواب السياسة الشرعية في الجرائم ؛ إذ يقول :

« واعلم أن التوسعة على الحكام في الأحكام السياسية ليس مخالفاً للشرع، بل تشهد له الأدلة المتقدمة ، وتشهد له أيضاً القواعد من وجوه :

أحدها : أن الفساد قد كثر وانتشر بخلاف العصر الأول ، ومقتضى ذلك اختلاف الأحكام بحيث لا تخرج عن الشرع بالكلية ؛ لقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار»^(٢) ، وترك هذه القوانين يؤدي إلى الضرر ، ويؤكد ذلك جميع النصوص الواردة بنفي الحرج .

وثانيها : أن المصلحة المرسلة قال بها مالك رضي الله عنه ، وجمع من العلماء ، وهي المصلحة التي لا يشهد الشرع باعتبارها ولا بإلغائها ، ويؤكد العمل بالمصالح المرسلة أن الصحابة رضوان الله عليهم عملوا أموراً مطلقاً المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار ؛ نحو كتابة المصحف ، ولم يتقدم فيه أمر ولا تسطير ، وولاية العهد في أبي بكر لعمر رضي الله عنهما ، ولم يتقدم فيهما أمر ولا تسطير ... وغير ذلك كثير جداً

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص١٣٧) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٦٩) .

(٢) (مالك/ الموطأ/ الأفضية/ باب القضاء في المرفق/ ح١٤٦١) (ابن ماجه/ الأحكام/ باب من بنى في حقه ما يضر مجاره/ ح٢٣٤٠، ٢٣٤١) (أحمد/ عن ابن عباس/ ح٢٨٦٢/ عن عبادة بن الصامت/ ح٢٢٢٧٢) (الحاكم/ المستدرک/ ج٢ ص٦٦/ ح٢٣٤٥، وقال صحيح على شرط مسلم، وقال ابن الصلاح : حسن) (الهيثمی/ مجمع الزوائد/ باب لا ضرر ولا ضرار/ ج٤ ص١١٠) (الدارقطني/ السنن/ ج٣ ص٧٧/ ح٢٨٨) (مسند الشافعي/ ص٢٢٤) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج٢ ص٨٦/ ح١٣٨٧) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٦ ص٦٩/ ح١١١٦٦) .

فعل المطلق المصلحة ... فلذلك ينبغي أن يراعى اختلاف الأحوال والأزمان فتكون المناسبة الواقعة في هذه القوانين السياسية مما شهدت لها القواعد بالاعتبار ... فظهر أن هذه القوانين لا تخرج عن أصول القواعد ، وليست بدعاً عما جاء به الشرع المكرم»^(١).

بعد هذه المقدمة في بيان موقع هذه الأحكام في الشريعة ، نتطرق إلى توضيح هذه الإجراءات وبيان حكم الشريعة فيها من آيات الكتاب العزيز ومن نصوص السنة النبوية الشريفة ، ومن أفعال الخلفاء والصحابة الكرام والتابعين من بعدهم . وقد وجدت أن هذه الإجراءات التي بحثها العلماء والفقهاء كانت كما يلي :

١- البحث والكشف .

٢- التفتيش .

٣- الحبس بالتهمة .

٤- الضرب بالتهمة .

وقد أفردت لكل مسألة مطلباً توضيحاً لمفهومه وبياناً لحكم الشرع فيه . والله المستعان .

المطلب الأول

البحث والكشف

أتناول في هذا المطلب إجراءات الكشف والبحث التي يمارسها والي الجرائم وأعوانه من أجل حماية المجتمع من مفاسد الجرائم . وهذه الجرائم يشترك المسلمون جميعاً في واجب حماية المجتمع المسلم منها ، إلا أنها في حق والي الجرائم وأعوانه أكد وأوجب ؛ فإن هؤلاء مكنوا من التغيير الأعلى وهو اليد بوجوب الطاعة لهم والامثال ، وبسطوة الولاة والسلطان ، ودل عليه قوله

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص١٥٣، ١٥٤، ١٥٥) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٧).

عز وجل : ﴿ الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَّهُمْ فِي الْأَرْضِ ... ﴾ الآية^(١) . وأيضاً فإن من أنواع القيام بذلك ما يدعو إلى القهر والاستيلاء والعقوبة وإقامة الحدود وأشباه ذلك مما لا ينبغي أن يفعله إلا الولاية والحكام^(٢) .

فالحديث مسلط على والي الجرائم دون غيره ؛ لأن أحكام النهي عن المنكر والأمر بالمعروف كثيرة متشعبة .

وتفحص المنكرات من شؤون والي الجرائم حتى وإن لم تنه إليه ، ولذا كان الستر واجباً على الناس إلا على الإمام والوالي وأحد الشهود الأربعة في الزنا ، كما ذكر الفقهاء^(٣) .

وهذا التفحص مقصده تضييق الخناق على من أراد فعل المعصية ، فيعلم أن هناك من يترصده ليأخذه بالزلة والشبهة كما سنيين بعد قليل .

وقد ذكر العلماء أن على ولي الأمر أن يتابع اللصوص وقطاع الطريق ، فيتفحص أماكن وجودهم ، ويطلبهم في مظانهم ، وأن يفعل ذلك دفعاً لشركهم وإبعاداً لضررهم عن المجتمع .

وقد بلغ المسلمون في عصر من العصور درجة في الاستتباب الأمني قل مثيلها وعز نظيرها ، وبلغوا درجة كبيرة في محاربة الجريمة ، حتى إن كُتب التاريخ تنقل أن المسلمين أوجدوا نظام المرشدين والمخبرين ، وكانوا في بعض الأحيان يختارونهم من أصحاب السوابق بعد أن يتوبوا ، وذلك لسابق اختلاطهم بالمجرمين ، وكانوا يسمون بالتوابين نسبة إلى توبتهم ، ومنهم من وصل إلى منصب صاحب الشرطة في بغداد في العصر العباسي ، ومن أمثالهم : الطقطقي وعلي الزبيق^(٤)^(٥) .

(١) (سورة الحج ، آية رقم ٤١) .

(٢) انظر : (ابن المناصف/ تبيين الحكام/ ص ٣١٠ ، ٣١١) .

(٣) انظر : (ابن المناصف/ تبيين الحكام/ ص ٣٢٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ٢ ص ١٨٧) .

(٤) علي بن محمد الطقطقي وعلي الزبيق ، كانا أصحاب الفتنة بين السنة والشيعة عام ٤٤٤هـ؛ إذ حدثت فتنة وامتنع الضبط وانتشر العيارون ، وتسلبوا وجبوا الأسواق ، وكان على مقدمتهم الطقطقي والزبيق . (ابن الأثير/ الكامل في التاريخ/ ج ٨ ص ٣١٠) .

(٥) انظر : (المسعودي/ مروج الذهب/ ج ٤ ص ٢٢٨) .

وحكم الفقهاء كذلك بضرورة أن يتعاهد السلطان من اشتهر بالمعضية كشرب خمر أو سفه فيتعهده السلطان ويتعاهد الكشف عن بيته^(١) ، مما يدل على نظام أممي متقدم مبني على أحكام الشريعة العادلة .

يقول في ذلك ابن المناصف : « وينبغي للقاضي إذا خاف أن تتعذر عليه الإحاطة بمحفظ الحوائز^(٢) والأسواق وشوارع المسلمين ومجتمعاتهم من وقوع المناكر... أن يختار أمناء عدولاً عارفين في ذلك ، يتفقدون ما جعل إليهم من الحوائز والمواضع ، ويرفعون إليه ما يتعذر عليه النظر فيه من ذلك ، وإن أفرد لكل سوق وحومة^(٣) أميناً منها ينظر في ذلك فعل بحسب اجتهاده وحاجة الناس إلى ذلك ، ووجود القائم به ، فإن ذلك من التعاون على الخير الواجب على كل منهم ، لقوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾^(٤) .

وأول هذه الإجراءات التي يفعلها من إليه أمر الجرائم هو البحث والكشف . ولقد بحثه العلماء في مواضع متعددة وتحت أسماء عديدة ؛ كحكم التجسس^(٥) ، والتحسس^(٦) ،

-
- (١) (ابن فرحون/تصرة الحكام/ج٢ص١٨٦) .
(٢) جمع حوزة ، وفي الحديث : « فحمت حوزة الإسلام » أي حدوده ونواحيه ، والحوزة فعلة ، منه سميت بها الناحية . (ابن منظور/لسان العرب/ج٥ص٣٤٢) .
(٣) الحومة : حومة كل شيء أكثره أو معظمه ، والحومة أكثر موضع في البحر ماءً وأغمزه ، وكذلك في الحوض . (ابن منظور/لسان العرب/ج١٢ص١٦٢) .
(٤) (سورة المائدة ، آية رقم ٢) .
(٥) التجسس : التفتيش عن مواطن الأمور في الشر غالباً ، وقيل : البحث عن العورات أو طلب معرفة الأخبار الغائبة والأحوال . ولتفريقه عن التحسس فإنه ما تطلبه لغيرك . انظر (ابن مفلح/الآداب الشرعية/ج١ص٢٤٣) (الخصامي/بريقة محموديه/ج٣ص٢٥٥) (السفاري/غذاء الألباب/ج١ص٢٦٢) (شرح النووي على مسلم/ج١٦ص١١٩) .
(٦) التحسس : الاستماع لحديث القوم ، ومنه قوله تعالى في سورة يوسف على لسان يعقوب عليه السلام : ﴿ فتحسسوا من يوسف وأخيه ﴾ (سورة يوسف ، آية رقم ٨٧) ، أي اطلبوا خبرهما خفية بالاستماع إلى أقوال الناس ، أو أنه التفتيش عن الأمور لنفسك ، أو أنه طلب معرفة الأخبار الغائبة والأحوال ، أو أنه طلب الشيء بالحاسة كاستراق السمع أو الاستماع للحديث ، وأصله من الحس ؛ لأنه يتبعه بحسه ، ومنه استراق السمع على دار غيره يستمع صوت الأوتار ، أو يتعرض للشم ليدرك رائحة الخمر ، أو أن يس ما قد ستر بثوب ليعرف شكل الزمار ، أو أنه الاستخبار بواسطة الجيران ليخبر بما جرى . وقيل : التحسس كل أمر إذا فتشت عنه ثقل على صاحبه علمك به . انظر : (شرح النووي على مسلم/ج١٦ص١١٩) (العظيم آبادي/عون المعبود/ج١٣ص١٧٧) (السفاري/غذاء الألباب/ج١ص٢٦٢) - (٢٦٤) (المنائي/فيض القدير/ج٣ص١٢٢) (الهيتمي/الزواجر عن اقتراف الكبائر/ج٢ص٢٨٠) .

والاستبراء^(١)، والكشف^(٢)، والبحث^(٣)، والتفتيش^(٤)، واستراق السمع^(٥)، والتنقيح^(٦)، وكلها تؤدي إلى أمر واحد وهو البحث بوسائل خفية .

وهذا الذي نقصده بكلمة البحث والكشف ، أي البحث بوسائل خفية عن الجرائم والمجرمين .

أما عن حكم هذا الإجراء فقد وجدت أن الحكم يختلف باختلاف القرينة الدالة على وقوع الجريمة ، فإما أن تكون ظنية ، وإما أن تكون بغلبة الظن ، وإما أن تكون بالعلم القاطع ، ولكل حالة منها حكم خاص ، وجعلت لكل منها فرعاً خاصاً لتوضيحها .

الفرع الأول : البحث والكشف بمجرد الظن :

ذكرت فيما سبق أن دور أصول المحاكمات الشرعية الجزائية علاجي لا وقائي، فهو يتعامل مع الجريمة بعد وقوعها لا قبله . وحديثنا في هذا الفرع قد يفهم منه أنه قبل وقوع الجريمة ، وبالتالي فهو خارج عن حدود الموضوع .

إلا أن الذي يجب توضيحه وبيانه أن البحث والكشف من والي الجرائم إنما يراد به أن يستقصى عن جرائم وقعت قبل حصول علمه بوقوعها ، فهي بالنظر إلى علم الوالي غير موجودة ، إلا أنها في الواقع قد تكون موجودة . ولذلك يقوم ولي

(١) الاستبراء : استبرأت الشيء إذا طلبت آخره لتعرفه وتقطع الشبهة ، وهو أيضاً طلب البراءة ، أو أنه التصرف والتبصر احتياطاً . انظر (المطرزي/المغرب/ص٣٨) (المنائوي/التعاريف/ص٥٤) .

(٢) الكشف : هو بمعنى البحث والفحص والتفتيش والطلب ، وهو رفعلك شيئاً عما يواريه ويغطيه ، وهو الاطلاع على ما وراء الحجاب من المعاني الطبيعية والأمور الحقيقية وجوداً وشهوداً . (المنائوي/التعاريف/ص١١٥) (الفراهيدي/العين/ج٥ص٢٩٧) (الجزجاني/التعاريف/ص٢٣٧) .

(٣) البحث: بحث عن الأمر ، استقصى ، وهو سؤالك مستخبراً ، وهو الفحص والتفتيش ، أو إثبات النسبة الإيجابية أو السلبية بين الشئتين بطريق الاستدلال . (المنائوي/التعاريف/ص١١٦) (الفراهيدي/العين/ج٣ص٢٠٧) (الجزجاني/التعاريف/ص٦١) .

(٤) بمعنى البحث والكشف ، وهو الطلب والبحث . (ابن منظور/لسان العرب/ج٦ص٣٢٥) (الرازي/مختار الصحاح/ص٢٠٥) .

(٥) استراق السمع : نوع من أنواع طلب المعلومة بواسطة السمع ، وعلى أن يكون خفية .

(٦) التنقيح : التفتيش ، ورجل نقار ومنقر ، وهو بمعنى البحث والاستقصاء . (ابن منظور/لسان العرب/ج٥ص٢٣٠) (الجزري/النهاية في غريب الحديث/ج٥ص١٠٤) .

الأمر بالكشف والبحث والتحرّي لأجل التأكد من عدم وقوع جرائم لم يعلم بها ،
أو أن يكشف عما لم يبلغه من الناس بخصوصها فيقوم بواجبه نحوها .

أما حكم البحث والكشف بمجرد الظن ؛ فقد اتفق الفقهاء^(١) على منع
البحث والكشف والتجسس لمجرد الظن ، ونصوا على أنه : ليس لأحد البحث
والتجسس واقتحام الدور بالظنون^(٢) .

ويستوي في هذا الحكم كل الأشخاص سواء أكانوا متطوعين أم ملزمين
بالبحث والكشف عن الجرائم ، كما يستوي في هذا الحكم الجرائم التي تمس حق الله
تعالى أو التي تمس حقاً مشتركاً ، فما دام الحدث في صورة الظن والشك ، فليس
البحث والكشف والتجسس لأحدٍ كائناً من كان .

وأستطيع الاستدلال على ما قاله الفقهاء بجملة من الأدلة ، أجمالها فيما يلي :

١- عن أبي أمامة رضي الله عنه ، أن رسول الله ﷺ قال : « إن الأمير إذا
ابتغى الريبة في الناس أفسدهم »^(٣) .

(١) (المهتسي/تحفة المحتاج/ج٩ص٢١٩) (الجمل/حاشية الجمل/ج٥ص١٨٢) (الرملي/نهاية
المحتاج/ج٨ص٤٨، ٤٩) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص١٨٠) (الماوردي/الأحكام
السلطانية/ص٣١٤) (ابن دقيق العيد/إحكام الأحكام/ج٢ص٢٤٤) (المواق/التاج والإكليل/
ج٤ص٥٣٩) (الفراوي/الفواكه الدواني/ج٢ص٢٩٩) (السفاريني/غذاء الألباب/ج١ص٢٦٢) (ابن
المناصف/تنبيه الحكام/ص٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٦) (الخادمي/بريقة محمودية/ج٣ص٢٥٥) (الخصاص/
أحكام القرآن/ج٣ص٦٠٥، ٦٠٦) (الباجي/المنتقى/ج٧ص٢١٦) (الزرقاني/شرح الزرقاني/ج١
ص٣٦٠/ج٤ص٣٣١) (الشرواني/حواشي الشرواني/ج٩ص٢١٩) (شرح زيد ابن رسلان/ج٤
ص٢١) (النووي/روضة الطالبين/ج١٠ص٢٢٠) (الخطيب الشربيني/ج٤ص٢١١) .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) (سنن أبي داود/الأدب/باب في النهي عن التجسس/ج٤٨٨٩) (سنن البيهقي الكبير/ج٨
ص٣٣٣/ج١٧٤٠٢) (الحاكم/المستدرک/ج٤ص٤١٩/ج٨١٣٧) (أحمد/عن أبي أمامة الباهلي/
ج٢٣٣٠٣/ورواية عن المقداد بن الأسود) (الطبراني/المعجم الأوسط/ج٨ص٥٩/٧٩٦٠)
(الشيخاني/الأحاد والمثاني/ج٥ص٣٠٣/ج٢٨٣٢/٢٨٣٤/٢٨٣٥) (الطبراني/المعجم الكبير/ج٨
ص١٠٨/ج٧٥١٥/ج١٧ص١٢٢/ج٣٠٢/ج٢٧٥/ج٦٥١/ج٢٧٦/٦٥٣) .

والحديث دلالة واضحة على أن الريبة وهي من الظن والشك تفسد الناس إذا سار الحاكم بالناس على هذا النحو ، والكلام في هذا الحديث موجه إلى ولاية الأمور ، وهو موضع بحثنا ، ولذا كل ما أدى إلى الفساد فاسد ، وكل ما أدى إلى البطلان باطل ، والسير بالناس بالريبية مفسد ، فهو فاسد بنص الحديث الشريف .

٢- عن معاوية رضي الله عنه ، أن رسول الله ﷺ قال : « إنك إن اتبعت عورات الناس أفسدتهم أو كدت أن تفسدهم »^(١) .

ومعنى (كدت أن تفسدهم) أي قاربت أن تفسدهم^(٢) .

وقد تولى شراح الحديث بيان السبب في أن تتبع عورات الناس يؤدي إلى فساد الناس ، ومن ذلك يقول صاحب فتح الودود ما نصه : « أي إذا بحثت عن معائبهم وجاهرتهم بذلك فإنه يؤدي إلى قلة حياتهم منك فيجتريئون على ارتكاب أمثالها مجاهرة »^(٣) .

وهذا الشرح لا يستقيم مع الواقع ؛ فإن تشديد الإمام على الناس بالأخذ بالريبية وكشف المستور عن الناس وتببع العورات لا يوصل إلى مجاهرة الناس بها أمام الناس ، فإن الإمام الذي هذا حاله سيفه أمضى فيما لم يحتج معه إلى بحث وكشف وتجسس ، ذلك أن المجاهرة بحد ذاتها معصية فوق المعصية التي يعاقب عليها ، فإن كان يأخذ بما خفي ، فكيف حاله بما ظهر ؟ وإن كان عقابه أليماً فيما غاب ، فكيف أمره مع ما حضر ؟

فإن كان الحديث يؤكد على وجود فساد ، فلا أراه إلا إفساد الرعية على

(١) (سنن أبي داود/ الأدب/ باب في النهي عن التجسس/ ح٤٨٨٨) (صحيح ابن حبان/ ج١٣/ ص٧٢/ ح٥٧٦٠) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٣٣٣/ ح١٧٤٠١) (مسند أبي يعلى/ ج١٣ص٣٨٢/ ح٧٣٨٩) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج١٩/ ص٣٦٥/ ح٨٥٩/ ج١٩/ ص٣٧٩/ ح٨٩٠) (المهشمي/ موارد الظمان/ ص٤٥٩/ ح١٤٩٥) (الطبراني/ مسند الشاميين/ ج١ص٢٧٢) (البيهقي/ شعب الإيمان/ ج٦ص٤٤/ ح٧٤٥٢/ ج٧ص١٠٧/ ح٩٦٥٩) .

(٢) (الخادمي/ بريقة محمودية/ ج٣ص٢٥٥، ٢٥٦) .

(٣) (العظيم أبادي/ عون العبد/ ج١٣ص١٥٩) .

الراعي في الطاعة ؛ فإن الإمام الذي يجاسب الناس بالتهمة ويأخذ الناس بالظنون ، لن يستقيم له الناس بالطاعة ؛ لأنه تكليف للناس بما لا يقدرُونَ ، وما من إنسان إلا ويقف من المواقف دون قصد منه ولا دراية ما لو حوسب عليه لاعتقد أن هذا الحاكم ظالم غاشم ، ولا يستقيم الملك مع الظلم ولا يدعن الناس مع الغبن .
وقد قال بعض الشراح لهذا الحديث : إن مقصود الحديث حث الإمام على التغافل وعدم تتبع العورات^(١) .

أما عدم تتبع العورات ، فهذا صحيح وظاهر من لفظ الحديث ، أما التغافل فليس بمقصود من الحديث ولا هو مفهوم منه ؛ إذ إن التغافل يعني أن يغض الإمام الطرف عما علمه من حال الناس ، وهذا مما لا يحل له أن يتغافل عنه ، فإن لم يكن بالعقاب والأدب فلربما كان بالوعظ والزجر بالقول ، إلا في حالة واحدة قد يصلح فيها التغافل وهي في أن يغض الطرف عن ذوي الهيئات بعد أن يعلم الفاعل أن الإمام قد اطلع عليه وغض الطرف عنه ، فإن ذلك من درجات التعزير ، فمن التعزير الإعراض عن الفاعل ، فإنه يعلم عندها أنه ما أعرض عنه إلا لحسن ظن الإمام به ، فيسعى لزيادة حسن الظن به عن طريق ترك ما كان عليه .

٣- عن ابن عباس رضي الله عنهما ، أن رسول الله ﷺ قال : « من استمع إلى حديث قوم وهم له كارهون صب في أذنه الآنك^(٢) يوم القيامة »^(٣) .

(١) (الناوي/فيض القدير/ج٣ص٣٢٣) (العظيم آبادي/عون المعبود/ج١٣ص١٥٩) .

(٢) (الآنك : الرصاص المذاب . (ابن الجوزي/غريب الحديث/ج١ص٤٦) .

(٣) (البخاري/التعبير/باب من كذب في حلمة/ح٧٠٤٢) (الترمذي/اللباس/باب ما جاء في المصورين/ح١٧٥١ ، وقال حديث حسن صحيح) (أبو داود/الأدب/باب ما جاء في الرؤيا/ح٥٠٢٤) (الدارمي/الرقائق/باب من حفظ السمع/ح٢٧٠٨) (أحمد/عن ابن عباس/ح١٨٦٩ ، ٣٣٧٣ ، ٣٣١٤) عن أبي هريرة/ح١٠١٧١) (صحيح ابن حبان/ج١٣ص٤٢١/ح٦٠٥٧) (سنن البيهقي الكبير/ج٧ ص٢٦٩/ح١٤٣٤٩) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٢٦٧/ح٢٥٩٦٤) (معمر بن راشد/الجامع/ج١٠ص٣٩٩/ح١٩٤٩١) (مسند الحميدي/ج١ص٢٤٣/ح٥٣١) (الطبراني/المعجم الكبير/ج١١ ص٢٤٨/ح١١٦٣٧ ، وبأكثر من رواية) .

وهذا الحديث دلالة واضحة في منع الاستماع لمن لا يريد ولا يجب أن يستمع إليه أحد، والتجسس من صفاته أنك تستمع لمن يكره ذلك منك إن علمه ، والدليل على أنه ممنوع محرّم تشديد العقوبة على فاعله يوم القيامة ، بأن يُصب في أذنيه رصاص مذاب ليبيان عظيم جرمه وجسيم أمره .

٤- وعن ابن عمر رضي الله عنهما ، وعن عدد من الصحابة الكرام ، أن رسول الله ﷺ قال : « من تتبع عورة أخيه المسلم ، تتبع الله عورته ، ومن تتبع الله عورته يفضحه ولو في جوف رحله » (١) .

والتجسس بالظنون إنما هو متبع للعورات ، ويستحق بذلك الوعيد الشديد الذي ذكره النبي ﷺ .

كل هذه الأدلة شاهدة على منع أخذ الناس بالظنون كشفاً وبحثاً وتجسساً ، فما لم يظهر من المحظورات فليس للقائم بالأمر أن يتجسس عنها ولا أن يهتك الأستار حذراً من الاستتار بها (٢) .

وأستطيع القول بعد سرد هذه الأدلة أن مجرد الظن لا يبيح أي إجراء من إجراءات التحقيق ؛ فإنه لا يسمح للوالي أن يكشف أو يتجسس أو يفتش أو يحبس أو يضرب أو يأخذ إنساناً مهما كان ، إن كان دافعه نحو ذلك مجرد الشك والظن ؛ إذ القاعدة الشرعية تقول : (الأصل براءة الذمة) (٣) . وهذا الأصل هو الثابت بالأدلة الشرعية القطعية ، والحكم على الإنسان بالبراءة ابتداءً مانع لرفع هذا الحكم بدون

(١) (الترمذي/ البر والصلة/ باب ما جاء في تعظيم المؤمن/ ح ٢٠٣٢ ، وقال حديث غريب) واللفظ له (ابن ماجه/ الحدود/ باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات/ ح ٢٠٣٢) (أحمد/ عن أبي برزة الأسلمي/ ح ١٩٣٠٢/ عن ثوبان/ ح ٢١٨٩٦) (صحيح ابن حبان/ ج ١٣ ص ٧٥/ ح ٥٧٦٣) (الهيثمي/ موارد الظمان/ ص ٣٥٩/ ح ١٤٩٤) (مسند الروياني/ ج ١ ص ٢١٩/ ح ١٣١٢) (مسند أبي يعلى/ ج ٣ ص ٢٣٧/ ح ١٦٧٥) (ج ١٣ ص ٤١٩/ ح ٧٤٢٣) (الهيثمي/ مجمع الزوائد/ ج ٦ ص ٢٤٦) .

وجوف الرجل : أي جوف بيته ، فالرجل : منزل الرجل ومسكنه وبيته . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ١١ ص ٢٧٥) .

(٢) انظر : (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٣١٤) .

(٣) (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص ٥٣) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج ١ ص ٢٠٣) .

دليل ، إذ إن الرافع لا بد أن يداني المرفوع قوة حتى نجيز رفعه ، وليس الظن كذلك مقارنة مع اليقين وهو براءة الذمة .

وقد قال الفقهاء : (لا عبرة بالظن البين خطؤه)^(١) ، و(لا عبرة للتوهم)^(٢) .
(والعبرة بالكثير من الأمور لا بالقليل ولا بالشاذ)^(٣) .

فالظن بالمسلمين فعلاً حراماً إنما هو توهم طارئ على أصل ثابت مستصحب وهو البراءة، فلا يؤثر فيه ولا يغير من حكم البراءة .

والحاكم الذي يجعل للظن قوة ترفع حكم البراءة ناقض الشارع في أحكامه ، ويخالف الشريعة في نسقها ومنهجها ، وكل من ناقض الشريعة فعمله في المناقضة باطل^(٤) ، كما قال الإمام الشاطبي^(٥) رحمه الله .

فإذا أراد الإمام تعقب الجرائم والمجرمين فليس له من سبيل إلى ذلك إلا بوجود علامات وقرائن تدل بغلبة الظن على أن حرمة من حرّمات الله تنتهك الآن أو أنها قد انتقضت وانتهت ، فعندها يصح تدخله ويحمد له زجر فاعله وعقابه كذلك . أما قبل العلامات والقرائن فإن حرمة الإنسان وحقه في حريته الشخصية مقدم على شك الحاكم أو ظنه البعيد عن المؤيدات والأدلة، وقد قال رسول الله ﷺ :
« إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث »^(٦) .

(١) (جمعية المجلة/مجلة الأحكام العدلية/ص ٧٥/٧٢٥م) (الزركشي/المشور/ج ٢ ص ٣٥٣) .

(٢) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج ٥ ص ٥٨) .

(٣) (أطفيش/شرح النيل وشفاء الغليل/ج ٨ ص ٦٧٢) .

(٤) (الشاطبي/المواقفات/ج ٢ ص ٣٣٣) .

(٥) الشاطبي : أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي ، محقق فقيه أصولي مجتهد ، ت ٧٩٠هـ ، من مؤلفاته : الاعتصام ، وكتاب المجالس ، وعنوان الاتفاق في علم الاشتقاق . انظر :
(مقدمة كتاب المواقات/تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد/ص ٦) .

(٦) (البخاري/النكاح/باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع/ح ٥١٤٤) (مسلم/البر والصلة والأداب/باب تحريم الظن والتنجس والتنافس والتناجش ونحوها/ح ٢٥٦٣) (الترمذي/البر والصلة/باب ما جاء في ظن السوء/ح ١٩٨٨ ، وقال حديث حسن صحيح) (مالك/الجامع/باب ما جاء في المهاجرة/ح ١٦٨٤) (أحمد/عن أبي هريرة/ح ٧٢٩٢ ، ٧٧٩٨ ، ٢٧٣٣٤ ، ٨٢٩٩ ، ٩٦٧٥ ، ٩٧٢٨ ، ٩٨٨٩ ، ١٠١٧٥ ، ١٠٣٢٣ ، ١٠٥٦٦) .

يقول الإمام الجصاص في هذا الحديث :

« فهذا الظن المحذور ، وهو ظنه بالمسلم سوءاً من غير سبب يوجبه ، وكل ظن فيما له سبيل إلى معرفته مما تعبد بعلمه فهو محذور ؛ لأنه لما كان متعبداً تعبد بعلمه ونصب له الدليل عليه ، فإن لم يتبع الدليل وحصل على الظن كان تاركاً للمأمور به ، وأما ما لم ينصب له عليه دليل يوصله إلى العلم به وقد تعبد بتنفيذ الحكم فيه ، فالإقتصار على غالب الظن وإجراء الحكم عليه واجب »^(١).

وإياكم كلمة للتحذير والزجر ، وفيه تهديد بالعقوبة عند الله تعالى ؛ إذ إن أعمال الظن والشك دون دليل يقويه فيه إفساد لعلائق الناس بعضهم ببعض ، ومقصد الشريعة توثيق عرى التواصل بين الناس ، فمن عمل بضده فهو يخالف الشريعة .

يقول الإمام الماوردي : « فإن كان حاكماً رفع إليه رجل قد اتهم بسرقة أو زناً ، لم يكن للتهمة بها تأثير عنده ، ولم يجوز أن يجسه لكشف ولا استبراء ، ولا أن يأخذه بأسباب الإقرار إجباراً ، ولم يسمع الدعوى عليه في السرقة إلا من خصم مستحق لما قرف ، وراعى ما يبدو من إقرار المتهم أو إنكاره »^(٢).

الفرع الثاني : البحث والكشف بغلبة الظن :

إن حصل عند ولي الأمر ظن غالب بأن هناك من يفعل جرماً يعاقب عليه الشرع ، لم يبلغ درجة العلم والقطع ولم يجاهر به حتى يُعلم ، وكان الظن لقرينة ظاهرة كإخبار ثقة^(٣) ، أو بعلامات تدل على وقوع المنكر ، إلا أنها دون العلم بوقوعها . فاختلف العلماء في حكم التجسس والبحث والكشف عنها بحسب الحق

(١) (الجصاص/ أحكام القرآن/ ج٣ ص٦٠٥) .

(٢) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٢٧٣) .

(٣) انظر : (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩ ص٢١٩) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ ص٤٩) (الجميل/ حاشية الجمل/

ج٥ ص١٨٢) .

الذي تسمه هذه الجريمة .

فإنه إما أن يكون حقاً خالصاً لله تعالى ، أو أن يكون حقاً مشتركاً ، ولكل حالة حكم خاص .

أولاً : فإن كان الحق الذي يغلب على الظن أنه ينتهك لله خالصاً ، مما لا يؤثر في فعله إلا على فاعله ، فالعلماء فيه على قولين :

القول الأول : لا يجوز لولي الأمر أن يتجسس عليه ولا أن يكشف الأستار عنه ، ولا أن يتعمق في البحث عن فعله ، وإن هذا الفعل محرم .
وأصحاب هذا القول هم : الحنفية^(١) والحنابلة^(٢) ، وفي قول عند المالكية^(٣) ،
والشافعية^(٤) .

وقد انقسم هذا الفريق إلى قسمين بخصوص جواز وعظه والإنكار عليه
بالقول:

- فريق يرى منع الوعظ وقال هو حرام ؛ لأنه فيه إساءة الظن بالمسلم^(٥) .
وفريق يرى جواز إنكار ذلك عليه بالوعظ دون رفعه للإمام^(٦) .
واستدل القائلون بمنع الكشف والبحث في هذه الحالة بما يلي :
- ١- أن فيه -أي الكشف والبحث- هتك ستر للمسلم وهذا ممنوع^(٧) .

(١) (الخادمي/ بريقة محمودية/ ج٣ ص٢٥٥) .

(٢) (السفاريني/ غداء الألباب شرح منظومة الآداب/ ج١ ص٢٦٤) .

(٣) (النغراوي/ الفواكه الدواني/ ج٢ ص٢٩٩) (خطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٦٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص١٨٦) .

(٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٨٠) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣١٤) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ ص٢٧٩) .

(٥) انظر : (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ ص٢٧٩) .

(٦) (السفاريني/ غداء الألباب/ ج١ ص٢٦٤) ، ونقل هذا القول عن ابن الجوزي .

(٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص١٨٦) .

٢- واستدلوا بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، أنه دخل على قوم يتعاقرون على شراب^(١) ، ويوقدون في أخصاص^(٢) ، فقال : نهيتكم عن المعاقرة فعاقرتم ، ونهيتكم عن الإيقاد في الأخصاص فأوقدتم ، فقالوا : يا أمير المؤمنين ، قد نهاك الله عن التجسس فتجسست ، ونهاك عن الدخول بغير إذن فدخلت ، فقال عمر رضي الله عنه : هاتان بهاتين ، وانصرف ولم يتعرض لهم^(٣) .

ووجه الاستدلال وإن لم يبينوه ، إلا أنه واضح ؛ فالجريمة من حقوق الله تعالى ، وضررها على فاعلها لا يتجاوزها إلى المجتمع ، ثم هو مستتر على نفسه بذلك ولم يجاهر بها ، فلا يحق للإمام أن يبحث أو يكشف عن أمثالهم ، وهذا ما فطن له سيدنا الفاروق ، فانصرف ولم يتعرض لهم ، ولو كان الإنكار سائغاً - والحالة هذه - لما تركهم وانصرف رضي الله عنه .

والظاهر من حالهم أنهم كانوا مستترين ، وحصول العلم عند سيدنا عمر كان بغلبة الظن في الابتداء ثم انقلب إلى علم في الانتهاء .

القول الثاني : يجوز لمن له الولاية وغلب على ظنه حصول منكر يعاقب عليه الشرع أن يتجسس ويبحث ويكشف عن الفاعلين وعن جرميتهم .
وهذا قول عند المالكية^(٤) ، وقول عند الشافعية^(٥) .

واستدلوا على هذا بالمصلحة ، وأن ذلك داخل في ولاية الإمام ، فله أن يكشف عن مرتكبي المعاصي وأن يكشف شرهم .

(١) يتعاقرون : أي يشربون ، ومعاقرة الخمر من يدمن على الشرب ، مأخوذ من عقر الحوض لأن الإبل تلازمه . (ابن الجوزي/ غريب الحديث/ ج٢ ص١١٣) .

(٢) الخص : بيت يعمل من الخشب والقصب ، وجمعه خصاص وأخصاص ، وسمي به لما فيه من الخصاص ، وهي الفرج والأنقاب . (الجزري/ النهاية في غريب الحديث/ ج٢ ص٣٧) .

(٣) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ ص٣٣٣/ ح١٧٤٠٣) (مصنف عبد الرزاق/ ج١٠ ص٢٣١/ ح١٨٩٤٢) (تاريخ الطبري/ ج٢ ص٥٦٧) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣١٤ ، ٣١٥) .

(٤) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٢٤) .

(٥) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ ص٤٩) (الجمال/ حاشية الجمل/ ج٥ ص١٨٢) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩

الراجع بين القولين :

أما الذي أراه راجحاً بين القولين فهو -والله أعلم- قول من قال بعدم جواز التجسس والبحث والكشف عن من يستتر بجرم هو من حق الله تعالى الخالص ، إذا غلب على ظن الإمام أو الوالي أن فلاناً يفعل هذا الفعل ؛ كأن يغلب على ظن الإمام أن فلاناً الآن يغلق الباب دون الناس وهو يشرب الخمر أو قد شربها وانتهى ، أو أنه سيشربها (وكل ذلك إن كان بغلبة الظن) ، إلا أنه له أن يعظه ويذكره بالله إن كان لا يحدث بذلك مفسدة أعظم . وليس في ذلك شيء من إساءة الظن بالمسلم ؛ لأن من يقف مواقف التُّهْمِ الأثَمِّ ، فمن غلب على ظن الناس أنه يشرب الخمر ما كان لهم ذلك إلا بأمارات وعلامات منه على فعله ذلك ، ومن يقف هذه المواقف حَقَّ لوالي الجرائم محتسباً كان أو شرطياً أن يمنعه وأن يعظه وأن يهدده ، ولكن يسن له الستر عليه وعدم رفع الأمر للقاضي .

أما الدليل على ما تم ترجيحه ؛ فعلاوة على ما ذكره من أدلة ، أسوق من الأدلة مأيّود قوهم ورأيهم :

١- النصوص الشرعية المانعة للتجسس عموماً كقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَجَسَّسُوا ﴾^(١) ، فإنه يشمل كل المخاطبين ولاة أمر أو غيرهم ، والنهي للتحريم كما ذكر العلماء ، إذ لا صارف له إلى الكراهية .

أما الذي يؤيد هذا الاستدلال من منع التجسس على من يرتكب ما نهى الله عنه ، وكان هذا المنكر مما يتعلق بحق الله وغلب على ظن الإمام أنه يفعله ، ما رواه الحاكم في مستدركه عن عبد الرحمن بن عوف ، أنه حرس مع عمر بن الخطاب رضي الله عنهما ليلة بالمدينة ، فبينما هم يمشون شب^(٢) لهم سراج في بيت ، فانطلقوا

(١) (سورة الحجرات ، آية رقم ١٢) .

(٢) شب : أشب لي الرجل إشباباً إذا رفعت طرفك فرأيت في غير أن ترجوه أو تحتسبه . (ابن منظور/لسان العرب/ ج١ ص٤٨٢) .

يؤمنونه^(١) حتى إذا دنوا منه، إذا باب مجاف^(٢) على قوم لهم فيه أصوات مرتفعة ولغظ^(٣)، فقال عمر رضي الله عنه وأخذ بيد عبد الرحمن : أتدري بيت من هذا ؟ قلت : لا . قال : هذا بيت ربيعة بن أمية بن خلف ، وهم الآن شرب ، فما ترى ؟ قال عبد الرحمن : قلت : أرى أنا قد أتينا ما نهى الله عنه ﴿ وَلَا تَجَسَّسُوا ﴾^(٤)، فقد تجسسنا ، فانصرف عنهم عمر رضي الله عنه وتركهم^(٥) .

فإن الذي غلب على ظن ولي الأمر أنهم يفعلون منكراً يتعلق بحق الله تعالى وهو شرب الخمر ، ففهم كلاهما رضي الله عنهما أنه مشمول بالنهاي الوارد في الآية الكريمة من منع التجسس ، فانصرف ولم يؤنبهم ولا عاقبهم .

فهذا الفهم من الصحابة الكرام دال على أن العموم الوارد في الآية شامل لهذه الحالة ، وهذا كافٍ في تقرير ما ذهبنا إليه .

٢- ما رواه أبو داود في سننه ، أن ابن مسعود قيل له : هل لك في فلان تقطر لحيته خمراً ؟ قال : إن الله عز وجل نهانا عن التجسس ، وإن يظهر إلينا شيئاً أخذناه^(٦) .

وهذا يدل كذلك على موطن النزاع ؛ فالحق من حقوق الله الخالصة ودرجة علم الإمام بذلك هي غلبة الظن ، ولذلك قال : وإن يظهر إلينا شيئاً أخذناه . فكان

(١) يؤمنونه : أم يؤمه ، إذا قصده . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ ص٢٢) .

(٢) مجاف : أجفت الباب ، إذا رددته . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٩ ص٣٥) .

(٣) اللغظ : الأصوات المبهمة المختلطة والجلية لا تفهم . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٧ ص٣٩١) .

(٤) (سورة الحجرات ، آية رقم ١٢) .

(٥) (الحاكم/ المستدرک/ ج٤ ص٤١٩/ ح٨١٣٧) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ ص٣٣٣/ ح١٧٤٠٣) (مصنف

عبد الرزاق/ ج١٠ ص٢٣١/ ح١٨٩٤٣) (الثقات/ ابن حبان/ ج٤ ص٢٦٧/ ح٢٨٥٢) .

(٦) (أبو داود/ الأدب/ باب في النهي عن التجسس/ ح٤٨٩٠) (السنن الكبرى للبيهقي/ ج٨ ص٣٣٢/

ح١٧٤٠٤) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ ص٣٤٧/ ح٢٦٥٦٨) (مصنف عبد الرزاق/ ج١٠ ص٢٣٢/

ح١٨٩٤٥) (مسند البزار/ ج٥ ص١٧٤/ ح١٧٦٩) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج٩ ص٣٥٠/ ح٩٧٤١)

(البيهقي/ شعب الإيمان/ ج٦ ص٩٩/ ح٧٦٠٤/ ج٧ ص١٠٨/ ح٩٦٦١) .

الفعل قبل الإظهار، فجاء الحكم أن هذا مما نهى الله عنه وهو التجسس .

٣- أن الجرائم المتعلقة بحق الله تعالى إنما توجب نقصاً على الفاعل لا يتعداه إلى غيره في مثل هذه الصورة من عدم مجاهرة وعدم استخفاف بالشرع ، ولذلك وجدنا الشرع في نصوصه مانعاً من تتبع العورات ، ولقد قال رسول الله ﷺ ، فيما يرويه أبو هريره رضي الله عنه : « لو أن امرأة أطلع عليك بغير إذن ، فحذفته بحصاة ففقت عينه ، لم يكن عليك جناح »^(١) .

فإن كانت الجرائم التي هي حق لله من قبيل العورات الخاصة بالإنسان لعدم تعلق حق الغير بها ، فإنها مما يجب عدم البحث عنه ، ولزوم الستر عليه .

أما الأدلة التي تأمر بالستر على صاحب المعصية ، فإنها بعد حصول العلم بوقوع الجرم ، ولهذا موضع آخر نبهته بعد قليل إن شاء الله تعالى .

٤- إن هناك جملة من الأدلة على الندب إلى الستر ، كقول رسول الله ﷺ فيما يرويه ابن عمر رضي الله عنهما : « من نكس عن مسلم كربة من كرب الدنيا ، نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة ، ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة ، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه »^(٢) .

والحديث الذي رواه عقبة بن عامر ، أن رسول الله ﷺ قال : « من رأى عورة

(١) (البخاري/الديات/باب من اطلع في بيت قوم ففقتوا عينه فلا دية له/ح٦٩٠٢) (مسلم/الأداب/باب تحريم النظر في بيت غيره/ح٢١٥٨) (النسائي/القسامة/باب ما اقتص وأخذ جقه دون السلطان/ح٤٨٦١) (أبو داود/باب الاستئذان/ح٥١٧٢) (أحمد/عن أبي هريرة/ح٧٢٧١، ٧٥٦١، ٨٧٧١، ٩٠٩٦، ٩٢٤١، ١٠٤٤٥) .

(٢) (البخاري/المظالم/باب لا يظلم المسلم المسلم/ح٢٤٤٢) (مسلم/البر والصلة/تحريم الظلم/ح٢٥٨٠) (الترمذي/الحدود/باب ما جاء في الستر على المسلم/ح١٤٢٦) ، وقال حديث حسن صحيح (أبو داود/الأدب/باب المؤاخاة/ح٤٨٩٣) (أحمد/مسند عبد الله بن عمر/ح٥٦١٤، ٧٣٧٩) و مسند أبي هريرة/ح١٠٢٩٨، ١٠٣٨٢، ١٦٥١١) (ابن ماجه/المقدمة/باب فضل العلماء والحث على طلب العلم/ح٢٢٥) .

فسترها كان كمن أحيأ موءودة»^(١) ، والعورة ما يخلص الإنسان من النقائص .

وقصة رواية عقبه بن عامر رضي الله عنه للحديث ، كما أوردها أبو داود في سننه : أن كاتباً له اسمه دخين^(٢) قال كان لنا جيران يشربون الخمر ، فنهيتهم فلم ينتهوا ، فقلت لعقبه بن عامر : إن جيراننا هؤلاء يشربون الخمر وإني نهيتهم فلم ينتهوا ، فأنا داع لهم الشرط ، فقال : دعهم ، ثم رجعت إلى عقبه مرة أخرى فقلت : إن جيراننا قد أبوا أن ينتهوا عن شرب الخمر ، وأنا داع لهم الشرط ، قلل : ويحك دعهم فإني سمعت رسول الله ﷺ ، فذكر معنى الحديث .

والحديث يدل على أن الجريمة كانت من حق الله الخالص ، وكان فعلهم لهذه الجريمة بدون مجاهرة ، وإنما حصل العلم لدخين بغلبة الظن ، إما من رائحة أو صوت وغيرهما ؛ لأن المجاهرة لا يجوز السكوت عنها باتفاق العلماء ، كما سيأتي . وفي حديث نعيم بن هزال الذي رواه عقبه بن عامر ، عندما جاء ماعز إلى النبي ﷺ وكان هزال قد أمر ماعزاً أن يأتي النبي ﷺ ، فقال عليه الصلاة والسلام لهزال : « لو سترته بثوبك كان خيراً لك »^(٣) .

(١) (أبو داود/الأدب/باب الستر على المسلم/ح٤٨٩١) (الحاكم/المستدرک/ج٤ص٤٢٦/٤١٦٢) (سنن البيهقي الكبرى/ج٨ص٣٣١/١٧٣٨٧) (مسند الطيالسي/ص١٣٥/ح١٠٠٥) (المهشمي/مجمع الزوائد/ج٦ص٢٤٧) (الطبراني/المعجم الأوسط/ج٢ص١٣٢/ح١٤٨١) (النسائي/السنن الكبرى/ج٤ص٣٠٧/٧٢٨١) (المهشمي/موارد الظمان/ص٣٥٩/ح١٤٩٣) (الطبراني/المعجم الكبير/ج١٧ص٣١٢/ح٨٦٤/ج١٧ص٣١٩/ح٨٨٣) (مسند الشهاب/ج١ص٢٩٦/ح٤٨٨) .

(٢) دخين : هو دخين بن عامر الحجري ، أبو ليلي المصري ، روى عن عقبه بن عامر وكان كاتبه ، ذكره ابن حبان في الثقات ، روى له البخاري والنسائي وأبو داود وابن ماجه ، توفي ١٠٠ هـ . (ابن حجر/تهذيب التهذيب/ج٣ص١٨٠) .

(٣) (أبو داود/الحدود/باب في الستر على أهل الحدود/ح٤٣٧٧) (موطأ مالك/الحدود/باب ما جاء في الرجم/ح١٥٥٣) (أحمد/عن نعيم بن هزال/ح٢١٣٨٣، ٢١٣٨٤، ٢١٣٨٥، ٢١٣٨٦، ٢١٣٨٧، ٢١٣٨٨) (الحاكم/المستدرک/ج٤ص٤٠٣/ح٨٠٨٠) (سنن البيهقي الكبرى/ج٨ص٣٣٠/ح١٧٣٨٣) (النسائي/السنن الكبرى/ج٤ص٣٠٦/ح٧٢٧٥) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٥٤٠/ح٢٨٧٨٤) (مصنف عبد الرزاق/ج٧ص٣٢٣/ح١٣٣٤٢) (الطبراني/المعجم الكبير/ج٢٢ص٢٠١/ح٥٣٠) .

وفي حديث صفوان بن أمية عندما أمسك باللص وجاء به إلى رسول الله ﷺ ، فلما أخذوه ليقطعوه، قال : هو صدقة يا رسول الله ؟ فقال الرسول ﷺ : « هلاً كان قبل أن تأتي، أيما حدٌ بلغني فقد وجب » (١).

ولقد خاطب النبي ﷺ صاحب المعصية أمراً إياه بالستر على نفسه خوفاً من اطلاع الناس عليه ، فعن زيد بن أسلم ، أن النبي ﷺ قال : « من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستر بستر الله، فإنه من يُبدل لنا صفحته ، نقم حد الله تعالى عليه » (٢). كل هذه الأحاديث تدل على أن من ارتكب معصية في حق الله تعالى ، فإن الأولى له الستر ، سواء أن يستر الفاعل على نفسه ، أو أن يستر الغير على الفاعل .

وهذا توجيه نبوي شريف إلى أن هذه المعاصي ما دامت في حقوق الله تعالى ، وكان أذاها يقتصر على الفاعل ، فإن الستر فيها أولى وأحسن .

فحري بولي الأمر أن يستر على الناس ، بل أن لا يسعى بمحرم لتحصيل أمر مكروه ، والمحرم هو التجسس ، والمكروه هو كشف الستر عن الإنسان المسلم . وهذا الحكم لا يتعارض مع وجود زمرة من الأعوان تحفظ الأمن والاستقرار ، تمارس عملها بالليل والنهار ، فإن تسيير الشرط والعسس وولاية الجرائم للمحافظة على أمن المجتمع لا يتعارض مع ما قلناه من حرمة للتجسس وكراهية لكشف الستر عن المسلمين .

فإن الممنوع هو التجسس والكشف والبحث بغلبة الظن . أما الحصول على ما يفيد في نسبة الجرائم لأصحابها دون تجسس ودون انتهاك حرمة الإنسان فإنه مشروع

(١) سبق تحريجه . انظر ص ٦٤ .

(٢) (مالك/الحدود/باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا/ح١٥٦٢ ، واللفظ له) (الحاكم/المستدرک/ج ٤ ص ٢٧٢/ح٧٦١٥ ، ٨١٥٨/ج ٤ ص ٢٢٥) (سنن البيهقي الكبرى/ج ٨ ص ٣٢٦/ح ١٧٣٥٢ ، ١٧٣٧٣ ، ١٧٣٧٩) (مصنف عبد الرزاق/ج ٧ ص ٣٦٩/ح ١٣٥١٥) (الطبراني/المعجم الكبير/ج ٩ ص ١٨٤/ح ٨٩٠٦) (البيهقي/شعب الإيمان/ج ٧ ص ١١١/ح ٩٦٧٤) .

مرغوب ، كأن يراقب أفعاله الظاهرة ويوكل به من يعرف أمره فيما ظهر منه ، حتى إذا علم بحصول ما يمنعه الشرع مما يمس حق الله تعالى مما لا يؤثر على الناس ، فمتى علم ذلك بظهوره جاز له أن يتدخل وأن يمنعه من ذلك .

وقد كان عمر رضي الله عنه يعس في شوارع المدينة المنورة ليلاً يتسقط أخبار المسلمين لمعرفة أحوالهم ، ويعين ذا الحاجة فيهم ، ويرفع الظلم عن المظلوم^(١) . وقال الفقهاء : « إن المحتسب يلازم الأسواق والدروب في أوقات الغفلة عنه ، ويتخذ له فيها عيوناً يوصلون إليه الأخبار وأحوال السوق »^(٢) .

ثانياً : أن يكون الحق الذي غلب على ظن الإمام أنه يرتكب حقاً مشتركاً : كأن يخبره ثقة أن رجلاً خلا برجل ليقنته ، أو امرأة ليزني بها ، فهل يحق للإمام أن يتجسس وأن يبحث ويكشف عن حاله .

فالعلماء متفقون على جواز التجسس إذا كان الحال على ما ذكر^(٣) ؛ وذلك خوفاً من فوات ما لا يستدرك من انتهاك المحارم .

وهناك قول ذكره الشافعية أنه يجب على الإمام التجسس^(٤) ؛ وذلك خوفاً من تمكن الفاعل من جريمته .

والذي أراه أن التجسس يصبح والحالة هذه واجباً ، وكذلك الحال إذا غلب على ظنه أن رجلاً قد قتل آخر وانتهى من جريمته ، فإن التجسس عليه للكشف عن حاله واجب ؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، وإن من أوجب الواجبات

(١) انظر : (ابن كثير/ تفسير ابن كثير/ ج٣ ص٢٩٤) (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص٦٢) .

(٢) (الشيزري/ نهاية الرتبة/ ص١٠) .

(٣) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٨٠) (الجمال/ حاشية الجمل/ ج٥ ص١٨٢) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ ص٤٩) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣١٤) (السفاريني/ غذاء الألباب/ ج١ ص٢٦٤) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩ ص٢١٩) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص١٨٧) .

(٤) انظر : (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ ص٢٨٠) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٨٠) .

حماية الأرواح والدماء وحفظها ، ولا يتوصل إلى ذلك في مثل هذه الأحوال إلا بما ذكرنا من تجسس وبحث وتنقير ، فصار واجباً .
والتعير بالوجوب أكثر دقة ، وإلا فالكل جائر .

وله أن يوكل به من يلازمه ، كما أجاز الفقهاء ملازمة الغريم غريمه ، وهذا الجاني غريم الأمة ، فوجب على الإمام أن يلازمه ويتعهد بالكشف والبحث حتى لا يهيئ له فرصة ارتكاب الجرائم أو الفرار منها حال ارتكابها .

والفرق بين الملازمة في الديون والملازمة في الجرائم ؛ أنها في الديون تكون ظاهرة ، وأمام الغريم، أما في الجرائم فالملازمة تصح بالخفاء ليعلم حال الجاني لعله يستفيد في نسبة الجريمة إلى فاعلها .

يقول ابن الماجشون^(١) في اللصوص وقطاع الطريق : أرى أن يطلبوا في مظانهم ويعان عليهم حتى يقتلوا أو ينفوا من الأرض بالهرب^(٢) .

الفرع الثالث : البحث والكشف بالعلم :

وذلك أن يعلم الإمام حصول جريمة أو أن يعلم أنها تحصل الآن ، أو يعلم أنها ستحصل بعد زمن ، فهل للإمام الكشف والبحث؟
للمسألة تفصيل بحسب الحق الذي تتعدى عليه هذه الجرائم ، وبحسب المجاهرة في هذا الفعل .

ولم أبحث المجاهرة في الفرع السابق ؛ لأن المجاهرة يلزم منها يقين العلم بحصول المعصية ، وهو موضوع هذا الفرع . ولذا مجتث المسألة في صورتين :
الصورة الأولى : أن يكون غير مجاهر بالمعصية ، بل مستتراً عن أعين الناس وعلم الوالي بنفسه أو بأعوانه بالقطع أن فلاناً فعل أو يفعل أو سيفعل معصية .
فإنها لا تخرج عن إحدى حالتين :

(١) ابن الماجشون : عبد الملك بن عبد العزيز الماجشوني المدني ، وهو مفتي المدينة ، وكان ضريراً عمي في آخر زمانه . (الذهبي/ سير اعلام النبلاء/ ج ١٠ ص ٣٦٠) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ٢ ص ١٨٧) .

أولاً : أن يكون حقاً لله خالصاً.

وثانياً : أن يكون حقاً مشتركاً.

أما الأول : كأن يعلم بقاطع العلم أن فلاناً شرب الخمر مستتراً ، أو أنه سيشرّب الخمر مستتراً ، أو أنه يشرّبها الآن مستتراً . فهل للوالي أن يتجنس وأن يكشف ويبحث بنفسه أو بأعوانه ؟ للعلماء في المسألة قولان :

القول الأول : يزي جواز التجسس والكشف والبحث ، وهو قول عند المالكية^(١) وقول عند الشافعية^(٢) .

ودليلهم : أن من واجب الولاية منع المنكرات ، ومنع أصحابها من فعلها ، بحسب ما يفهم من أقوالهم في هذه المسألة .

القول الثاني : أنه لا يجوز له التجسس ، وهو قول جمهور العلماء^(٣) . إلا أنه يحق له أن يعظه وينكر ذلك عليه دون أن يرفعه للإمام^(٤) .

أما حد المستر من الجاهر ، فقالوا : إن المستر هو من يفعل الفعل في موضع لا يعلم به غالباً غير من حضره ويكتمه ولا يحدث به ، وأما من فعله في موضع يعلم به جيرانه ولو في داره فإنه معلن مجاهر غير مستر^(٥) .

وقالوا : إن من تستر بالمعصية في داره وأغلق بابه لم يجوز أن يتجنس عليه إلا أن يظهر ما يعرفه ؛ كأصوات المزامير والعيذان^(٦) .

والراجع منهما هو قول من قال بأنه لا يجوز التجسس ، إنما يسن له الوعظ

(١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٣٢٤، ٣٢٥) .

(٢) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج ٨ ص ٤٩) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج ٩ ص ٢١٩) (الجمال/ حاشية الجمل/ ج ٥ ص ١٨٢) .

(٣) انظر : (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج ٢ ص ٢٧٩) (السفاري/ غذاء الألباب/ ج ١ ص ٢٦٢، ٢٦٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ص ٣٢٦) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٣١٤) .

(٤) انظر : (السفاري/ غذاء الألباب/ ج ١ ص ٢٦٤) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٣١٤) .

(٥) (السفاري/ غذاء الألباب/ ج ١ ص ٢٦٣) .

(٦) (السفاري/ غذاء الألباب/ ج ١ ص ٢٦٣) .

والإرشاد والنصيحة ، ما لم يظهر ، فإذا أظهر وبالمعصية جهر ، فالحد والعقوبة من شأنه ومصيره ، وهذا إذا انتهت جريمته وانقضت .

والدليل على ذلك :

١- أن الذي استتر بمعصيته دون الناس كان فعله في حق نفسه عيباً ونقصاً فيه ، وعلاج العيب والنقص بالوعظ لا بالرفع للإمام ، وهذا ملحوظ في نصوص الشريعة الأمرة بالستر والنادبة إليه ، فإن كل هذه النصوص تتحدث عن جرائم لا تعلق للآدمي فيها ، ثم إن صاحبها أسرها حتى لا يعلمها غيره ، وقد سبق أن ذكرت هذه الأدلة في الفرع السابق .

يقول العلماء : يحرم التجسس إذا تستر بفسقه ، ويحرم التعرض لمنكر فعل خفية أو ماضٍ بعيد ، وقيل يجهل فاعله ومحلّه^(١) .

وقالوا : إن في كشف المستتر إشاعة للمنكر بما لا فائدة فيه ولا عود على الإسلام ، وإنما هو عيب ونقص فينبغي كفه ونسيانه دون إذاعته وإعلانه^(٢) .

٢- أن رسول الله ﷺ قال : « من رأى عورة فسترها كان كمن أحيى موءودة »^(٣) .

فالحديث يتحدث عن الذي يرى المعصية أو الذنب من أخيه المسلم ، وهذا يعني علمه بمعصية أخيه علماً قاطعاً ، إلا أن الستر له فضل عظيم ؛ يقول صاحب عون المعبود شارح سنن أبي داود : « إن من علم خصلة قبيحة من أخيه المؤمن ولو معصية قد انقضت ولم يتجاهر بفعلها وسترها كان ثوابه كثواب من أحيى موءودة . ووجه الشبه أن الساتر دفع عن المستور الفضيحة بين الناس التي هي كالموت ، فكأنه

(١) انظر : (العظيم آبادي/ عون المعبود/ ج١٣ ص١٦١) (المهتدي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢

ص٢٧٩) (السفاري/ غناء الألباب/ ج١ ص٢٦٣) .

(٢) (السفاري/ غناء الألباب/ ج١ ص٢٦٣) .

(٣) سبق تخريجه . انظر ص ١٦٢ .

أحياء كما دفع الموت عن المؤودة إذ أخرجها من القبر قبل أن تموت» (١).

وهذه الأحكام راجعة إلى إشاعة جو الفضيلة في أهل الإسلام ، فإن ذلك هدف من أهداف الشريعة ، ولذلك يقول تعالى : ﴿ إِنَّا الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ ءَامَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ ۗ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾ (٢).

وقد قال أحد الوزراء الصالحين لبعض من يأمر بالمعروف : اجتهد أن تستر العصاة ، فإن ظهور معاصيهم عيب في أهل الإسلام (٣).

وكل هذا فيمن علم دون مجاهرة بمعصية تتعلق بحق الله المحض ، إلا أن الملاحظ من جميع النصوص الواردة في الستر ندباً واستحباباً أنها تتعلق بالجريمة بعد وقوعها وانقضائها ، أما إن كان الجرم يقع الآن وعلم بذلك علماً جازماً - الوالي أو من يعاونه - فلا يحل له تركه ، وإنما وجب نهيه وزجره ، كأن يعلم أن فلاناً يشرب الخمر بعلم جازم برؤية ، أو أنه يزني ، فلا يحل له أن يتركه بل لا بد أن يمنعه من فعله وإتمامه .

وأما في رفع أمره للقاضي ، فإنه يرفع أمره للقاضي لينظر في شأنه ، وليس من الواجب على القاضي إقامة الحد عليه إلا إذا توفرت شروطه ، وقد يكتفى بما هو دون الحد من التأديب والزجر ، فالحد هو الذي دفع العلماء للقول بأنه لا يرفعه للإمام خوفاً منه ، إلا أن الحد في كثير من الصور لا يلزم ، لاختلال شرط من شروط تحصيله .

أما الحالة الثانية : أن يكون حقاً مشتركاً ويعلمه الإمام بالجزم أنه حصل أو يحصل أو سيحصل ، ولكن دون مجاهرة من فاعله ؛ كأن يعلم الإمام أن فلاناً يقتل فلاناً أو قتله أو سيقتله دون مجاهرة ، أو أنه سيزني بامرأة أو زنى أو أنه يزني ، وكله

(١) (العظيم آبادي/ عون المعبود/ ج ١٣ ص ١٦٠).

(٢) (سورة النور ، آية رقم ١٩).

(٣) (السفاريني/ غذاء الألباب/ ج ١ ص ٢٦٤).

مشروط فيه التعدي ، بأن يكون ذلك غصباً لا برضا المزنّي بها ، فإن رضاه بالفعل يسقط حقها في المطالبة ، إما في التعدي فتصبح الحالة من الحقوق المشتركة .

أما رأي الفقهاء في هذه المسألة فقد اتفقوا على جواز البحث والكشف والتجسس^(١) ، وأن يرفعه للإمام حتى ينظر فيه^(٢) .

وعبر بعضهم بالوجوب ، وهو الأصوب .

وبذا نقول : إن والي الجرائم يحق له الكشف والبحث والتجسس إذا علم أن حقاً مشتركاً يعتدى عليه إن ماضياً أو حاضراً أو مستقبلاً ، فيقوم بهذا الإجراء وجوباً ، وله أن يتابع معه الإجراءات التي تلي عملية البحث والكشف .

الصورة الثانية : أن يكون مجاهراً بالمعصية ، بأن يقول ذلك أو يفعله أمام الناس ، بأن شرب الخمر أو شيشربه ، أو أنه زنى أو سيفعله ، أو قتل أو سيقتل ، فهذا تستوي فيه الحقوق في الكشف والبحث . فلولي الأمر أن يبحث ويكشف ويتجسس على مثله ، وهذا باتفاق الفقهاء^(٣) .

وبعضهم أيضاً - كما في المسائل السابقة - عبر بالوجوب ، والبعض الآخر بالجواز ، إلا أن الأصوب هو القول بالوجوب ، وقد تعذر الإمام زكريا الأنصاري^(٤)

(١) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٣١٢) (حاشية الطبلاوي على تحفة المحتاج/ ج ٩ ص ٢١٩) (الهيتمي/ الزواجر عن اقرار الكبائر/ ج ٢ ص ٢٨٠) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٣٢٢) (السفاريني/ غداء الألباب/ ج ١ ص ٢٦٢) (الحادمي/ بريقة محمودية/ ج ٣ ص ٢٥٥) (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج ٤ ص ١٦٨) (الجويني/ الغيائي/ ص ٢٢٧) .

(٢) انظر : (حاشية الطبلاوي على تحفة المحتاج/ ج ٩ ص ٢١٩) .

(٣) انظر : المراجع السابقة .

(٤) زكريا الأنصاري : أبو يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري السنيكي المصري الشافعي ، ولد ٨٢٣ هـ ، وتوفي ٩٢٦ هـ ، فقيه شافعي قاضٍ مفسر نحوي أصولي ، من مؤلفاته : أسنى الطالب شرح روضة الطالب ، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية ، منهج الطلاب ، تحفة الباري على صحيح البخاري . (حاجي خليفة/ كشف الظنون/ ج ٢ ص ١٥٧٠ ، ١٦٣٥ ، ١٧٩٩ ، ١٨٩٦ ، ١١٤٧ ، ١٢٦٥) .

لمن قال بالجواز بقوله : « والغزالي^(١) ومن تبعه عبّروا بالوجوب وهو لا ينافي تعبير المصنف كالأصحاب بالجواز ؛ إذ ليس مرادهم أنه غير فيه بل إنه جائز بعد امتناعه قبل ارتكاب ذلك ، وهو صادق بالواجب »^(٢) .

والأدلة على ذلك هي كما يلي - كما ذكرها أصحاب هذا الرأي :

١- قول رسول الله ﷺ : « كل أمي معافى إلا المجاهرين ، وإن من الإجهار أن يعمل العبد بالليل عملاً ثم يصبح وقد ستره الله عز وجل ، فيقول : يا فلان عملت البارحة كذا وكذا ، وقد بات يستره ربه عز وجل ، ويصبح يكشف ستر الله عز وجل عنه »^(٣) .

ودلالة الحديث واضحة، فإن حكم المجاهر يختلف عن حكم المستتر، والحديث يشير بلفظه إلى الحكم الأخروي، وربما يحتمل الحكم في الدنيا بقوله عليه الصلاة والسلام « معافى » فقد جاءت على صورة تحتمل الدنيا والآخرة ، فمن جاهر فلا يعفى عنه لا في الآخرة ولا في الدنيا .

٢- يقول ابن المناصف في بيان حكم المجاهر والمستتر :

« والفرق بينهما أن من تعرض بالمجاهرة واستخف باطلاع المسلمين على فواحشه قد حاول خرم قانون الحق ، واستباح همى آداب الشرع ، وذلك منكر آخر أفحش مما وقع فيه ، فيجب تغييره عليه ، لأن انتهاك معالم الشرع بإبداء الفواحش وإعلانها كبيرة ، غير موقعة المعصية نفسها ، فوجب أن ينتهى فيمن فعل إلى حكم

(١) الغزالي : حجة الإسلام أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي ، ولد بطوس سنة ٤٥٠هـ ذكر له السبكي في الطبقات الكبرى ترجمة طويلة ، من تصانيفه : البسيط ، والوسيط ، والوجيز ، وإحياء علوم الدين ، والمستصفى وغيره كثير . (ابن قاضي شهبة/ طبقات الشافعية/ ج٢ ص٢٩٣) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج٤ ص١٦٨) (الخطيب الشريفي/ مغني المحتاج/ ج٤ ص١٩٦) .

(٣) (البخاري/ الأدب/ باب ستر المؤمن على نفسه/ ح٦٩٦) (مسلم/ الزهد والرقائق/ باب النهي عن هتك الإنسان ستر نفسه/ ح٢٩٩٠) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ ص٣٢٩/ ح١٧٣٧٧) (الطبراني/ المعجم الصغير/ ج١ ص٣٧٨/ ح٦٣٢) (الطبراني/ المعجم الأوسط/ ج٤ ص٣٨٣/ ح٤٤٩٨) (البيهقي/ شعب الإيمان/ ج٧ ص١١/ ح٩٦٧٣) .

قوله ﷺ : «من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستر بستر الله ، فإنه من يُبد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله»^(١) ، فدلّ أمره ﷺ بالاستتار على أن المجاهرة بالمعصية معصية أخرى ، ودل قوله ﷺ «من يُبد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله» أنه لا ينبغي تركه ، بخلاف المستتر بذلك»^(٢) .

ولعل مما يمكن الاستدلال لهم على هذا الحكم ، ما ذكرناه من قصة ابن مسعود رضي الله عنه عندما قيل له : هل لك في فلان تقطر لحيته خمراً ، قال : إن الله عز وجل نهانا عن التجسس ، وإن يظهر إلينا شيئاً أخذناه»^(٣) .

فإن المجاهرة بالمعصية توجب كشف حال الفاعل وعدم الستر عليه ، ولذلك قال الفقهاء إن المجاهر لا يحرم التجسس عليه ؛ لأنه قد ألقى جلباب الحياء عن وجهه^(٤) . وأجازوا كذلك أن يكون التجسس عليه وكشف حاله بلا إذن إذا ظهر المنكر^(٥) .

وفي معنى هذه الأحكام نذكر ما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنه ، أن رسول الله ﷺ قال : «المجالس بالأمانة إلا ثلاثة مجالس : سفك دم حرام ، أو فرج حرام ، أو اقتطاع مال بغير حق»^(٦) .

فالحديث يعالج مسألة المجاهر ، إذ إنه يفعل ذلك الفعل في مجلس الناس ، أو في مجلسه الخاص لكن بحضور الناس ، ومن كان هذا حاله فإنه لا أمان لمجلسه ،

(١) سبق تخريجه . انظر ص ١٦٣ .

(٢) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٣٢٦ ، ٣٢٧) .

(٣) سبق تخريجه . انظر ص ١٦٠ .

(٤) انظر : (السفاري/ غداء الألباب/ ج ١ ص ٢٦٢) .

(٥) انظر : (الخادمي/ بريقة محمودية/ ج ٣ ص ٢٥٥) .

(٦) (أبو داود/ الأدب/ باب في نقل الحديث/ ح ٤٨٦٩) (أحمد/ عن جابر بن عبد الله/ ح ١٤٢٨٣) (سنن

البيهقي الكبرى/ ج ١٠ ص ٢٤٧/ ح ٢٠٩٥١) (معمر بن راشد/ الجامع/ ج ١١ ص ٢٢/ ح ١٩٧٩١)

(مسند الشهاب/ ج ١ ص ٣٧/ ح ٣) (الدبلي/ الفردوس بمأثور الخطاب/ ج ٤ ص ٢١٥/ ح ٦٦٥٠)

(البيهقي/ شعب الإيمان/ ج ٧ ص ٥٢١/ ح ١١١٩٤) .

فيصح نقل ما حدث للإمام أو لولي الجرائم ليكشف عنه ويعاقبه .

خلاصة هذا المطلب :

وخلاصة هذا المطلب تتمثل في أن الشريعة منحت الأفراد في الدولة الإسلامية حماية من التجسس والبحث والكشف ، فوق ما تمنحه أكثر القوانين الوضعية تطوراً .

يقول د. عثمان عبد الملك في قصة عمر رضي الله عنه مع السكاري :

« وما لا شك فيه أن تصرف عمر في هاتين الحالتين يفوق في رعاية حرمة

المساكن والأشخاص ما تحرص الدساتير الحديثة والقوانين الوضعية على تأكيده ، ذلك أنه من الجائز أن تعد هاتان الحالتان من قبيل التلبس في القوانين الحديث مما يميز التفتيش والضبط »^(١) .

إلا أنه يجب ملاحظة أن عمر رضي الله عنه انصرف وتركهم وشأنهم ؛ لأن المعصية التي هم عليها من حق الله تعالى ، وإلا لو كان فعلهم هذا فيه زناً بامرأة ، أو قتل إنسان ، أو اعتداء عليه بالضرب ما انصرف ولا تركهم .

ويذا يصح القول بأن حفظ حرمة المساكن في هذا الجانب فاق ما عليه القانون الوضعي آياً كان مصدره .

إلا أن هذه الحماية ليست على إطلاقها ، وإنما لها حدود وضوابط تم ذكرها أثناء المطلب ، وعند تجاوز هذه الحدود تصبح الحماية مؤدية لمفسدة أعظم من المصلحة المتحققة للفرد من وجودها ، فيمنع الإسلام عندها استمرار هذه الحماية ، وينتقل إلى حكم آخر وهو جواز التجسس والكشف والبحث ، إلا أن هذا التجسس وهذا البحث له ضمانات لتحقيق التوازن بين حق الشخص من الخصوصية وصيانة الأسرار ، وحق الدولة في تتبع الجرائم والحصول على أدلة الإدانة^(٢) .

(١) عثمان عبد الملك/ حق الأمن الفردي في الإسلام/ ص ٢٩ .

(٢) انظر : عثمان عبد الملك/ حق الأمن الفردي في الإسلام/ ص ٢٩ .

و ضمانات هذه المرحلة ما يلي :

١- أن لا يكون البحث بمجرد الظن دون وجود دليل ؛ لأنه لا عبرة بالتوهم ، وسواء أكان الحق الذي يظن أنه ينتهك هو حق الله تعالى أم حق مشترك ، حتى يبلغ مرحلة الظن الغالب ، فيسمح بالتجسس ضمن ضوابط أخرى .

٢- أن يتم التفريق بين خالص حق الله وبين الحق المشترك ؛ فإن كان الأول فلا تجسس ولا بحث ، سواء أكان بظن غالب أم بعلم أكيد ، ما دام الفعل مستتراً ولم يجاهر به .

وإن كان الثاني فيجوز التجسس والبحث بغلبة الظن وبالعلم الأكيد القاطع ، سواء أجاهر أم لم يجاهر .

٣- أن يكون البحث والكشف بإذن من ولي الأمر^(١) ، أما الأفراد فليس لهم البحث ولا الكشف بهدف استقصاء الجرائم .

إلا إذا كان الفعل مجاهراً به ، فسواء أكان من حقوق الله أم من الحقوق المشتركة ، فإن كل مسلم يحق له أن يمنع فاعلها من الاستمرار سواء أكان مأذوناً له بذلك أم لا ، أما إن كان قد مضى وانتهى فهو للحاكم دون غيره ، وإن كان سيقع فهو للحاكم إلا إذا خاف الناس فوات ذلك بالتأخير لحين وصول والي الجرائم المكلف بذلك .

يقول ابن نجيم : « لكل مسلم إقامته حال مباشرة المعصية ، أما بعد الفراغ منها ، فليس ذلك لغير الحاكم »^(٢) .

(١) عثمان عبد الملك/ حق الأمن الفردي في الإسلام/ ص ٢٨ .

(٢) ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ٤٥ .

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الفردوس
المطلب الثاني
التفتيش

في هذا المطلب أتناول الإجراء الثاني من إجراءات ولاية الجرائم في معالجة الجريمة التي تقع في المجتمع المسلم ، وهذا الإجراء هو التفتيش .
وبالاطلاع على كتب الفقه وجدت أن التفتيش أحد نوعين :

الأول : تفتيش الأماكن .

الثاني : تفتيش الأشخاص .

ولبيان كلا النوعين أفرد لكل منهما فرعاً .

الفرع الأول : تفتيش الأماكن :

في هذا الفرع أتناول حكم تفتيش الأماكن ، أو دخول المنازل ، أو الهجوم على دار المطلوب على حد تعبير الفقهاء .

لقد قررت الشريعة حرمة المساكن كأصل يعمل به في الشريعة ، وقد قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَىٰ أَهْلِهَا ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ لَعَلَّكُمْ تُذَكَّرُونَ ﴿٢٤﴾ فَإِن لَّمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّىٰ يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِن قِيلَ لَكُمْ آرْجِعُوا فَآرْجِعُوا هُوَ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴿٢٥﴾ .

إلا أن هذه الحرمة ليست على إطلاقها ، بل قد تحتاج الدولة أن تباشر إجراءات تحصيل أدلة الإدانة بجريمة وقعت لاستيفاء حق الأمة في العقاب ، فأذن الشرع بذلك وفق ضوابط وشروط^(٢) .

وهي شروط و ضمانات تهدف إلى منع التعسف والاستبداد في اتخاذ إجراءات

(١) (سورة النور ، آية رقم ٢٧-٢٨) .

(٢) انظر : (عثمان عبد الملك/ حق الأمن الفردي/ ص ٢٦ ، ٢٧) .

التفتيش وتحقيق التوازن بين حق الشخص في الخصوصية وصيانة الأسرار ، وحق الدولة في تتبع الجرائم والحصول على أدلة الإدانة^(١) .

وهذه الضمانات تتفق ونظرة الفقهاء إلى الموازنة بين المقصدين الشرعيين ؛
الأول : الحفاظ على حرمة المساكن ، والثاني : استيفاء حق الأمة في العقاب ، وهذه الضمانات كما يلي :

١- أن تكون الجرائم التي يُهجم فيها أحدَ أمرين : إما أنها من حقوق الله الخالصة وتكون ظاهرة غير مستترة ، أو أن تكون من الحقوق المشتركة وتكون ظاهرة ، أو يغلب على الظن حصولها إما في الماضي أو الحاضر أو المستقبل .

ومما يدل على اشتراط الظهور لجواز الهجوم ، ما روي أن عمر رضي الله عنه كان يعس ليلة مع ابن مسعود رضي الله عنه ، فاطلع من خلل^(٢) باب فإذا شيخ^(٣) بين يديه شراب ، فتسورا ، فقال عمر : ما أقبح شيخاً مثلك ، فقام إليه فقال : يا أمير المؤمنين : أنا عصيت بواحدة ، وأنت بثلاث ؛ تجسست وقد قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَجَسَّسُوا ﴾^(٤) ، وتسيورت وقد قال الله تعالى : ﴿ وَكَيْسَ الْبِرِّ أَنْ تَأْتُوا الْبُيُوتَ مِنْ ظُهُورِهَا ﴾^(٥) ، إلى أن قال ﴿ وَأْتُوا الْبُيُوتَ مِنْ أَبْوَابِهَا ﴾^(٦) ، ودخلت بغير إذن وقد قال الله تعالى : ﴿ لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَىٰ أَهْلِهَا ﴾^(٧) ، فقال عمر : صدقت ، فهل أنت غافر لي ، فقال : غفر الله لك ، فخرج عمر باكياً وقائلاً : ويلٌ لعمر إن لم يغفر الله له ، يجد الرجل يختفي بهذا عن أهله وولده والآن

(١) (عثمان عبد الملك/ حق الأمن الفردي/ ص ٢٧) .

(٢) الخلل : الفرجة أو الثقب الصغيرة . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ١١ ص ٢١٣) .

(٣) الشيخ : الذي استبان فيه السن وظهر عليه الشيب ، وهو من خمسين إلى آخر . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ٣ ص ٣١) .

(٤) (سورة الحجرات ، آية رقم ١٢) .

(٥) (سورة البقرة ، آية رقم ١٨٩) .

(٦) (سورة البقرة ، آية رقم ١٨٩) .

(٧) (سورة النور ، آية رقم ٢٧) .

يقول : رأني أمير المؤمنين^(١) .

فالجرمة التي هجم عليها سيدنا عمر رضي الله عنه وابن مسعود رضي الله عنه هي مما توجب نقصاً وعبياً في الفاعل لا يتعداه لغيره ، واستغفار عمر رضي الله عنه وبكاؤه دليل على عدم مشروعية فعله ، وهذا ما يشكل أول ضمانات تفتيش المنازل .

٢- أن يكون هذا التفتيش بإذن الإمام أو الوالي أو القاضي ، وهذا مستفاد من نصوص الفقهاء من أن الذي يأمر بالهجوم هو القاضي أو الحاكم أو الأمير .
يقول ابن المناصف عن حالة التلبس :

« وهذا النوع ؛ فالأولى رفعه إلى الإمام أو إلى أحد الحكام ، ليكون ذلك عن إذنه وبأمره ، لما يتوقع في نوعه من الفتنة بغير أمر السلطان ما لم يكن في موضع لا يمكن فيه الاستئذان إلا وقد فات فعل ذلك المنكر ، فتجرب مبادرته والسعي في صرفه^(٢) . فالخوف من فوات المنكر نتيجة طلب الإذن ، يجعل الإذن موجوداً في تلك الحالة ، دون الحاجة لتجديده من الحاكم كما سيتبين بعد قليل .

٣- أن يتأكد أن المطلوب موجود في المكان الذي يهجم عليه ، أو يطلبه فيه ، فلا يهجم بلا تأكيد^(٣) ، ويكفي فيه غلبة الظن . يقول ابن فرحون في تبصرة الحكام :
« أو بغلبة ظن بأن يطمع به في المكان »^(٤) .

٤- أن الهجوم أجازة العلماء للضرورة ، وإلا فهو ممنوع ، إلا أن هذه الضرورة تقدر بقدرها ، فيمنع كشف النساء وهتك الحرمات وإشهار العورات ، بل يقوم به المكلفون بأقل الأضرار الممكنة ، وذلك مأخوذ من الكيفية التي ذكرها العلماء

(١) (الخدومي/ بريقة محمودية/ ج٢ ص٢٧٩، ٢٨٩) (عليش/ منح الجليل/ ج٩ ص٣٥٧) .

(٢) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٢٣) .

(٣) انظر : (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ ص٢٦٦) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٣٢٣)

(الشرواني/ حواشي الشرواني/ ج١٠ ص١٩١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٦٩) .

(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٦٩) .

للهجوم، والتي سترد بعد قليل.

٥- أن يكون الهجوم بمحض من العدول أو الرجال الثقات حتى يشرفوا على العمل من ناحية ، وحتى يكونوا شهوداً على ما حصل أثناء الهجوم إذا سأل القاضي عن ذلك .

٦- إذا كانت الجريمة من حقوق الله تعالى الخالصة وكان فاعلها مستتراً فلا يصح الهجوم بناء على تجسس ، أما إن كانت بخلاف ذلك فجاز الهجوم بالتجسس . وقد ذكر د. عثمان عبد الملك في بحثه (حق الأمن الفردي) أن الإذن بالتفتيش لا يكون جائزاً إذا كان نتيجة لتجسس وسرد أدلة منع التجسس^(١) .

إلا أن الكلام يجب أن يقيد بالضوابط التي ذكرتها سابقاً ؛ فإن المسلم إذا علم ولو بطريق التجسس أن شخصاً سيقتل آخر فهل يتمتع دخول الدار لأجل هذا ؟ وهل نقول إن ضبطه للفاعل باطل شرعاً ؟! والجواب بالنفي لزوماً .

وهذا سنراه في الفصل الخامس عند الحديث عن أثر مخالفة أصول المحاكمات الجزائية ، وسنعلم أنه لا يحق إبطال هذا التصرف وتبرئة المتهم لأجل هجوم باطل ، أو تفتيش غير صحيح ، بل لمن فعل ذلك عقوبات أخرى وتدابير يتخذها الحاكم المسلم .

أما تفصيل أحكام الهجوم عند الفقهاء ، فأوردها فيما يلي :

الهجوم : إتيان الشيء على غفلة^(٢) .

أو أنه : الإتيان بغتة والدخول من غير استئذان^(٣) .

وللهجوم عند الفقهاء صورتان :

الأولى : ليس لها تعلق بأصول المحاكمات الشرعية الجزائية ؛ وذلك بأن يكون

(١) عثمان عبد الملك/حق الأمن الفردي في الإسلام/ص٢٨ .

(٢) (الناوي/التعاريف/ص٧٣٩) .

(٣) (المطرزي/المغرب/ص٥٠١) (الصنعاني/التاج المذهب/ص٤٧٤) .

لرجل ذينّ على رجل آخر ، فيتوارى المديون في منزله ، ويظهر ذلك للقاضي ، فيأمر بالهجوم عليه^(١) .

الثانية : لها تعلق بموضوعنا ؛ بأن يعلم والي الجرائم أن حقاً -مما يحق له التدخل فيه- يتهك على وجه من الوجوه المذكورة في المطلب السابق ، فيهجم على الفاعلين .

وقد قرر العلماء ابتداءً منع هذا الإجراء إذا كان بالظن -كما أسلفنا- فقالوا :
« وليس لأحد التجسس والكشف ودخول الدور بالظنون »^(٢) .

ويفهم من كلام الإمام النووي^(٣) أن الدليل على هذا الحكم ما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه ، أن النبي ﷺ قال : « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه . وذلك أضعف الإيمان »^(٤) .

وجه الدلالة منه : أن الأمر ورد بتغيير المنكر ويكون هذا التغيير باليد أو باللسان أو بالقلب . إلا أن هذا الأمر من النبي ﷺ متعلق بالرؤية ، وهو منافي

(١) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٣٧) .

(٢) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٤ ص٥٣٩) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩ ص٢١٩) (الجملة/ حاشية الجملة/ ج٥ ص١٨٢) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ ص٤٩) (النفراوي/ الفواكه الدواني/ ج٢ ص٢٩٩) (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج٤ ص١٨٠) (السفاريني/ غذاء الألباب/ ج١ ص٢٦٤) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ ص٢٨٠) (النووي/ روضة الطالبين/ ج١٠ ص٢٢٠) (الرملي/ شرح زيد ابن رسلان/ ص٢١) (الملياري/ فتح المعين/ ج٤ ص١٨٣) .

(٣) النووي : أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن حزام النووي الدمشقي، ولد ٦٣١هـ ، كان عالماً فقيهاً محققاً حافظاً لحديث رسول الله ﷺ ، ولم يتزوج ، مات ببغداد نوى بعد ما زار الخليل والقدس في رجب ٦٧٧هـ ، ودفن بنوى ، من تصانيفه : الروضة ، والمنهاج ، وشرح المهذب ، ورياض الصالحين ، والإيضاح والإيجاز ، وغيرها كثير . (ابن قاضي شهبة/ طبقات الشافعية/ ج٢ ص١٥٣) .

(٤) (مسلم/ الإيمان/ باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان/ ج٤٩) (الترمذي/ الفتن/ باب ما جاء في تغيير المنكر باليد أو باللسان أو بالقلب/ ج٢١٧٢) ، وقال حديث حسن صحيح (النسائي/ الإيمان وشرائعه/ باب تفاضل أهل الإيمان/ ج٥٠٠٨) (أبو داود/ الصلاة/ باب الخطبة يوم العيد/ ج١١٤٠) (ابن ماجه/ إقامة الصلاة والسنة فيها/ باب ما جاء في صلاة العيدين/ ج١٢٧٥) (أحمد/ عن أبي سعيد الخدري/ ١٠٦٨٩، ١٠٧٦٦، ١١٠٦٨، ١١١٠٠، ١١١٢٢، ١١٤٦٦) .

للظن؛ لأن الرؤية تعني حصول العلم ، وطريقه ليس الظن ، ولذلك منع العلماء البحث والكشف والتجسس بمجرد الظن .

أما من له حق الهجوم ، فهو مقصور على أهل الولايات ، ويمنع غيرهم من ذلك^(١) ، إلا إذا كان مما يخاف فواته بالتأخير ، فيستوي فيه أهل الولاية مع غيرهم^(٢) .

يقول ابن نجيم عن إنكار المنكر : « فلكل مسلم إقامته حال مباشرة المعصية ، وأما بعد الفراغ منها فليس ذلك لغير الحاكم»^(٣) .

وبالاطلاع في كتب الفقه نجد أن الهجوم يقصد منه أحد أمرين :

الأول : رفع لمنكر يقع وقت الهجوم ، وهو الجرم المشهود .

الثاني : إمساك فاعل لمنكر قد مضى وانتهى .

أما الأول :

فذكر العلماء باتفاق أنه لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين^(٤) . وهذا في

المجاهر كما ذكرت سابقاً . وبجسب الشروط التي تحددت فيما سبق .

والدليل على ذلك عندهم ما يلي :

١- روي أن عمر رضي الله عنه هجم على نائحة في منزلها ، ثم ضربها بالدرّة

حتى سقط خمارها ، فقبل له : يا أمير المؤمنين قد سقط خمارها ، فقال : « إنها لا

(١) (الصنعاني/التاج المذهب/ج٤ص٤٧٤) .

(٢) (الصنعاني/التاج المذهب/ج٤ص٤٧٤) .

(٣) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص٤٥) .

(٤) انظر : (ابن عابدين/حاشية ابن عابدين/ج٤ص٦٥) (داماد أفندي/مجمع الأنهر/ج٢ص٤٧٠)

(البلخي/الفتاوى الهندية /ج٣ص٣٣٧) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص٢٣٧) (زكريا الأنصاري/

أسنى المطالب/ج٤ص١٩٦ ، ١٦٨) (حاشية الطبلاوي على تحفة المحتاج/ج٩ص٢١٩) (الخادمي/بريقة

عمودية/ج٣ص٢٥٥) (المهشمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ج٢ص٢٨٠) (السفاريني/غذاء

الألباب/ج١ص٢٦٤) (ابن المناصف/تنبيه الحكام/ص٣٢٤) .

حرمة لها» (١) .

وقالوا في تفسير قوله : « لا حرمة لها » : أنها لما اشتغلت بما لا يحل في الشرع، فقد أسقطت بما صنعت حرمتها والتحقت بالإماء (٢) .

٢- كما استدل الفقهاء كذلك بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه هجم على بيت رجلين أحدهما قرشي والآخر ثقيفي ، بلغه أن في بيتهما شراباً فوجد في بيت أحدهما دون الآخر (٣) .

ووجه الدلالة من هذا : أنه يجوز الهجوم على من يفعل المنكر إزالةً له ، وإلا لما فعله عمر رضي الله عنه .

وربما يتوجه على هذه الرواية أنه أنكر الأمر عليهما في بيتهما ، وهما مستتران بذلك .

فأقول : إن الاستار لا دليل عليه ، بل الأثر يدل على أنهما مجاهران ؛ فإنه بلغه من الناس ممن حولهم أنهم يشربون ، وقد سبق القول إن من أظهر فعله بصوت أو رائحة ، فعلم الناس أنه يفعل منكراً ، فإنما هو مجاهر ، وخصوصاً ممن يتكرر منه ذلك ، فإن الشكاية تحصل في مثل هذه الأمور إذا تكررت الجريمة ، وبذا يكون المنكر مجاهراً به ممن يُظهر فسقه ويعلنه ، فجاز الهجوم كما ذكرنا في الفرع السابق .

٣- أن المجاهر بإظهاره للمنكر أسقط حرمة مسكنه ، فجاز الهجوم عليه والدخول دون إذن . يقول ابن عابدين : « إنه لما أسمع الصوت فقد أسقط حرمة داره » (٤) .

وقد أوجب الفقهاء الهجوم إذا كان لمنع منكر يفوت تداركه ؛ كالزنا

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص٢٣٨) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ ص٦٥) . لم أقف على

تجريح لهذا الأثر

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص٢٣٨) .

(٣) انظر : (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٣٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٤) .

(٤) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ ص٦٥) .

والقتل، فله أن يقتحم الدار وجوباً ، أما إن لم يكن فيه انتهاك حرمة فلا اقتحام^(١) .
أي أن الجريمة شديدة الخطورة ، والمجرم متلبس بها ، أو أنه يشرع في فعلها فيتدخل
ولي الأمر لرفع المنكر دون حاجة إلى إذن .

وقولهم : يفوت تداركه ، يعني أن الوقت لا يسمح باتخاذ إجراءات الإذن
بالمهجوم ، فإنه إن طلب ذلك وسعى فيه فات الجاني بجنايته وانتهكت الحرمة
وضاعت الحقوق ، فأعطى الشارع الإذن مسبقاً لمن يجد هذه الحالة أمامه بأن يدخل
ويهجم ويضبط ويمنع .

وهذا الإذن مأخوذ من النصوص الأمرة بمنع المنكر والأخذ على يد فاعله ؛
ومنه قول النبي ﷺ ، فيما يرويه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه : « من رأى منك
منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف
الإيمان »^(٢) .

وصيغة الأمر الواضحة تدل على وجوب التغيير وخصوصاً عند رؤية وقوع
المنكر .

ومن الأحاديث الدالة على ذات المعنى مما يختص بالرؤية ، ما رواه أبو بكر
الصديق رضي الله عنه ، عن النبي ﷺ أنه قال : « إن الناس إذا رأوا الظالم فلم
يأخذوا على يده ، أوشك أن يعمهم الله بعقاب منه »^(٣) .

والنص على عموم العقاب دليل على حرمة الفعل المنهي عنه ، وبضده يكون
الواجب وهو الأخذ على يد الظالم ، فصار الأمر إلى أن الشرع أذن بإزالة المنكر إذا
وقع على هذه الحالة .

(١) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٨٠) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢
ص ٢٨٠) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣١٤) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩ ص٢١٩) .

(٢) سبق تخريجه . انظر ص١٧٨ .

(٣) (الترمذي/ الفتن/ باب ما جاء في نزول العذاب إذا لم يغير المنكر/ ح٢١٦٨ ، وقال حديث صحيح) (أبو
داود/ الملاحم/ باب الأمر والنهي/ ح٤٣٣٨) (ابن ماجه/ الفتن/ باب الأمر بالمعروف والنهي عن
المنكر/ ح٤٠٠٥) (أحمد/ عن أبي بكر الصديق/ ح٣٠ ، ١ ، ١٧ ، ٥٤ ، ٣١) .

الثاني : أن يكون المقصد من الهجوم هو الإمساك بفاعل المنكر مضي وانتهى .
وقد ذكره الفقهاء في إحصار المطلوب للقضاء ، وخصوصاً في معاملة مالية ،
وقد اختلفوا في جوازه ^(١) .

وليس هذا موضوع بحثنا ، إنما المطلوب الهجوم على فاعل المنكر إن كان المنكر
من الجرائم التي هي حق لله أو فيها حق مشترك .
وفي هذه الصورة حصل خلاف بين الفقهاء .
الفريق الأول : وهو رأي جمهور العلماء ^(٢) ، أنه يجوز الهجوم على من فعل
جريمة أو جناية بقصد طلبه وإلقاء القبض عليه .
وصورة ذلك عندهم كما يلي :

أن يشترك في هذا الهجوم عدة أشخاص يتمثلون بـ :

١- الأعوان ^(٣) ؛ أي أعوان الإمارة ، وهم إما ملحقون بالقاضي دائماً ، وإما
أن يطلبهم القاضي لذلك ويكلفهم بهذه المهمة .

٢- نساء ^(٤) ؛ أي أن يكون في هذا الهجوم مجموعة من النسوة ، ولهن دور يتم

(١) أجازته المالكية والشافعية ، وقول عند الحنفية وقول عند الخنابلة ، وقد فعله أبو يوسف في قضائه .

انظر : (حاشية البجيرمي على المنهج/ ج٤ ص٣٦٧) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٣٧)
(المرداوي/ الإنصاف/ ج١ ص٣٠٢، ٣٠٣) .

ومنعه الحنفية وهو قول عند الخنابلة . (ابن أبي اليمن/ لسان الحكام/ ص٢٢١) (البلخي/ الفتاوى
الهندية/ ج٣ ص٣٣٧) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١ ص٣٠٢، ٣٠٣) .

(٢) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٣) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٣٧) (ابن
فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٦٩) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ ص١٠٧) .

(٣) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٣) (البلخي/ حاشية البجيرمي على المنهج/ ج٤ ص٣٦٧)
(الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٣٢٣) (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج٤ ص٣٢٦) (ابن
فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٦٩) .

(٤) انظر : (ابن أبي اليمن/ لسان الحكام/ ص٢٢١) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٣٧) (حاشية
البجيرمي/ ج٤ ص٣٦٧) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ ص٢٦٦) (الخطيب الشربيني/ مغني
المحتاج/ ج٦ ص٣٢٣) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ ص١٠٧) (الشرواني/ حواشي الشرواني/ ج١٠
ص١٩١) (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج٤ ص٣٢٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١
ص٣٦٩) .

إيضاحه بعد قليل .

٣- خدم أو غلمان أو خصيان^(١) ؛ يتم الاستعانة بهم في هذا الهجوم .

٤- وجود مبعوث من القاضي للإشراف على عملية الهجوم ، ويعبر عنهم بأمناء القاضي^(٢) . وذكر البعض أنه يرسل معهم رجلين عدلين ، كما ذكره ابن القاص^(٣) وغيره .

وقد فصل العلماء كيفية الهجوم على النحو الآتي :

أن يرسل القاضي أميين من أمنائه أو رجلين عدلين ومعهما جماعة من أعوان القاضي أو أعوان الإمارة ، ومن النساء ، ومن الخدم أو الخصيان إلى منزل المطلوب بغتة حتى يهجموا على منزله ، ويقف الأعوان بالباب وحول المنزل وعلى السطح حتى لا يمكن الهرب ، ثم تدخل النساء المنزل من غير استئذان وحشمة ، فيأمرون حرم المطلوب حتى يدخلن في زاوية ، ثم يدخل الأعوان ويفتشون الدار غرفها وما تحت السرر حتى إذا وجدوه أخرجوه ، وإذا لم يجده يأمرون النساء حتى يفتشن النساء ، وربما تزيا بزى النساء^(٤) .

(١) المراجع السابقة .

(٢) انظر : (البيجرمي/ حاشية البيجرمي/ ج٤ ص٣٦٧) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٣٢٣) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٣٢٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٦٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٣) .

(٣) انظر : (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٣٢٣) (الشرواني/ حواشي الشرواني/ ج١٠ ص١٩١) . وابن القاص هو أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري البغدادي ، شيخ الشافعية في زمانه ، وله مؤلفات عديدة ؛ منها : المفتاح ، وأدب القاضي ، وكتاب المواقيت ، وسمي بابن القاص نسبة لأبيه كان يقص على الناس ويرغبهم في الجهاد ، ودخل بلاد الروم غازياً وبينما هو يقص لحقه وجد وغشية ، فمات . أما ابنه وهو ابن القاص فقد توفي مرابطاً بطرسوس عام ٣٣٥ هـ .

(٤) انظر : (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٣٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٣) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ ص٢٦٩) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٣٢٣) (الشرواني/ حواشي الشرواني/ ج١٠ ص١٩١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٣٢٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٦٩) .

ونلاحظ هنا أن الفقهاء ضبطوا حتى هذه الكيفية خوفاً من تجاوز الولاية فيما يمس حرية الناس وحقوقهم في حرمة المساكن وعدم الاطلاع على الأسرار.

والملاحظ كذلك مراعاة الأحكام الشرعية والآداب الإسلامية في عملية الاقتحام والتفتيش ، من منع الرجال من تفتيش النساء ، ومن دخول النساء أولاً خوفاً من كشف الرجال للنساء ، ولعل هذا يشير إلى جواز استخدام النساء في مثل هذه الأعمال بشروطها الشرعية ، وآدابها الإسلامية .

وقد استدل هذا الفريق على رأيهم بالاستحسان فقالوا :

١- إن القياس يمنع مثل هذا ، إلا أنه جائز استحساناً . يقول ابن نجيم : « وأصحابنا لم يجوزوا الهجوم ... وهذا هو القياس ، وفعله عمر رضي الله عنه والصالحون من بعده ، وتركوا فيه القياس »^(١) .

فاستدلوا بالاستحسان على جوازه ، ووجهوا الاستحسان بفعل عمر رضي الله عنه والصالحين من بعده .

ووجه القياس المانع : أن حرمة المسلم وحرمة بيته عظيمة ، وقد وردت النصوص بحمايتهما . أما وجه الاستحسان : فهو ترجيح المصلحة العامة بحفظ الأمن ومنع الاعتداء على الغير ، على المصلحة الخاصة لفاعل المنكر بجرمة بيته ومسكنه .
الفريق الثاني : أنه لا يجوز الهجوم في الحدود إلا في حد قاطع الطريق وهذا إذا كان الجرم قد مضى وانتهى . وقال به الشافعية^(٢) .

وبذا يكون رأي الشافعية في الهجوم أنه جائز في إحدى حالتين :

١- خوف فوات الحق ؛ كالجرمة المتلبس بها أو التي يجاهر بها صاحبها . وهذا شامل لكل معصية سواء أكانت حقاً لله أم حقاً مشتركاً ، و نصوا على وجوب

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٣) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ ص٢٦٦) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٣٢٣)

(الشرواني/ حواشي الشرواني/ ج١٠ ص١٩١) (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج٤ ص٣٢٦)

(المهتبي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص١٩١) (الجمال/ حاشية الجميل/ ج٥ ص٣٦٩) .

٢- أن يكون الجرم قطع الطريق أو الخرابة ، فيصح الهجوم فيه ، سواء أكان الفعل متلبساً به أم قد انتهى فعله ومضى ، وكان قبل التوبة .

واستثناءهم لقاطع الطريق يدل على خصوصية في هذا الحد ، ولعل وجه الخصوصية فيه أنه أفحش أنواع الحدود ؛ لأنه يشملها كلها ، ففيه اعتداء على الأنفس وعلى الأعراض وعلى الأموال .

ثم إن صفة الشوكة والقوة والغلبة توجب مقاومة هذا الجرم بكل صورة وبكل وسيلة .

وأمر آخر ، أن المحارب مجاهر بفعله أمام الله وأمام الناس ، وعند الشافعية يجوز الهجوم حالة المجاهرة .

والأمر الأخير ، أن المحاربة جريمة مستمرة بخلاف غيرها من الجرائم ، فمن قتل يكون قد انقضى فعله بإزهاق روح الأدمي ، والسارق يتبني جرمه بأخذ مال غيره دون علمه خفية ، ومثلهما القاذف وشارب الخمر والزاني ، أما الخرابة فما دام أنه يقطع الطريق فيبقى محارباً حتى لو أنه انتهى من السرقة أو القتل أو هتك الأعراض ، ما لم يتب ، وحتى لو أن الزمن طال بين سرقاته ، فإنه يبقى بينها محارباً .

وهذا يحقق الشرط عند الشافعية في جواز الهجوم وهو التلبس بالجريمة ؛ فإن المحارب يبقى متلبساً بالجريمة ولو ألقى القبض عليه بعد انقضائها بزمن طويل ما لم يتب .

وبهذا يكون الشافعية منسجمين مع أصلهم القائل بجواز الهجوم حالة التلبس وحالة المجاهرة .

والراجع من بين القولين ، قول الجمهور ؛ لأن تخصيص الشافعية لحد الخرابة لا دليل عليه ، وبناءً على رأيهم لو أن إنساناً سرق أو قذف أو زنى أو شرب الخمر ، وادعى عليه إنسان بذلك وطالب القاضي بالهجوم عليه ، فالهجوم عندهم ممنوع .

(١) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج٤؛ ص١٨٠) .

فإن قالوا : إن المقصود درء الحد . قلنا : الحراة أولى ، وهي من الحدود .
وإن قالوا : إنه له مطالب من الأدمين . نقول : السرقة والقذف كذلك لها
مطالب من الأدمين .

ولم أجد الشافعية فرقوا الحراة عن باقي الحدود إلا في هذا الموضع .
وقد يرد على الرأي الذي تم ترجيحه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما
أنه أخذ سارقاً فأرسله ، وقال : أستره لعل الله يستر علي^(١) .

وروي مثله عن عمار بن ياسر رضي الله عنهما أيضاً أنه فعل مثل ذلك^(٢) .
فقد يقال إن هذا من الحقوق المشتركة وأنه ستر عليه بعد أن أخذه ، فكيف
يستقيم الإذن بالهجوم مع هذه الروايات ؛ فالهجوم مضاد للستر فلا يلتقيان .
والجواب عليه :

أن السرقة فيها تعدُّ على حق الله وحق الأفراد ، فهو من الحقوق المشتركة ،
ولكن رغبة الصحابي الجليل في الستر عليه يعني إسقاط حقه الشخصي فيما سرق ،
فهو محمول على أن الذي سرق منه هو نفس الآخذ وهذا ما تؤكد الروايات^(٣) ،
وإلا لو كان المسروق منه آخر غيره ، لما ساغ له إرساله حتى لو أسقط صاحب الحق
حقه ، لأنه يصبح وقتها واجب الإقامة ، أما إن كان قبل الرفع للإمام فيسن له
الستر عليه ، وهذا ما فعله رضي الله عنه .

ودليله ما حصل مع صفوان بن أمية عندما سرق رداءه سارق ، فقد حثّه
الرسول ﷺ على الستر ، وهذا يعني حثّه على إسقاط حقه الشخصي فقال له : « هلاً

(١) (ابن أبي شيبة/المصنف/ج٥ص٤٧٤/ح٢٨٠٨٣) (مصنف عبد الرزاق /ج١٠ص٢٢٦/ح١٨٩٢٩)
(ابن حجر/ فتح الباري/ج١٢ص٨٨) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج٢ص١٨٧) .
(٢) المراجع السابقة .

(٣) وهو كذلك في مصنف ابن أبي شيبة : « إن الذي سُرِقَ إنما هو عمار نفسه » (ج٥ص٤٧٤/
ح٢٨٠٨٣) . وكذلك في (التمهيد/لابن عبد البر/ج٢٣ص١٣١) (الشوكاني/ نيل الأوطار/ج٧
ص٢٧٦) .

كان قبل أن تأتيني»^(١).

الضرع الثاني : تفتيش الأشخاص :

كما هو الحال في تفتيش الأماكن ، فإن الأصل في الإنسان حرمة تفتيش ثوبه بالظنون ، وذلك أن حرمة مسكنه من حرمة شخصه .

فما دامت حرمة المسكن مصادرة ، فإن حرمة الأشخاص تكون مصادرة من باب أولى ؛ ذلك أن حصانة المسكن وما في حكمه مستمدة من حصانة الشخص ذاته ، وهي إحدى مظاهر الحرية الشخصية ، فليس من المنطق في شيء أن يقال بتقرير حصانة مسكن الشخص دون حصانة الشخص نفسه^(٢).

بل لقد فاق الشرع هذا الحد ، بأن منع المسلم من الاطلاع على كتاب أخيه وهو ما يسمى بجرمة المراسلات^(٣) . وهذا فيه تقرير لحصانة الأشخاص فيما يخصهم ويلزمهم .

وقد روى أبو داود في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما ، أن رسول الله ﷺ قال : « من اطلع في كتاب أخيه دون أمره فإنما اطلع في النار »^(٤).

ويقول ابن المناصف في منع التفتيش بالظن :

« وكذلك لو رأى أحداً معروفاً بالفسق ، وقد أخفى شيئاً تحت ثوبه ، فلا يجب كشفه يتعرف هل هو خمر أو آله هو أو غير ذلك من أصناف المنكرات، فلعله ليس كما ظن ، وفي ذلك أذى للمظنونين والله تعالى يقول : ﴿ إِنَّكَ بَعْضَ الظَّنِّ

(١) سبق تخريجه . انظر ص ٦٤ .

(٢) انظر : عثمان عبد الملك/حق الأمن الفردي/ص ٢٦ .

(٣) انظر : المرجع السابق .

(٤) (أبو داود/الصلاة/باب الدعاء/ح ١٤٨٥) وقال عنه أبو داود : « إنه أمثل طرقه إلا أنه ضعيف » (الحاكم/المستدرک/ج ٤ ص ٣٠٠، ٧٧٠٧، ٧٧٠٦) (الطبراني/مسند الشاميين/ج ٢ ص ٣٢٨/ح ١٤٣٢) (مسند عبد بن حميد/ص ٢٢٥/ح ٦٧٥) (الطبراني/المعجم الكبير/ج ١٠ ص ٣٢٠/ح ١٠٧٨١) (مسند الشهاب/ج ١ ص ٢٨٤/ح ٤٦٤) (الزليعي/نصب الراية/ج ٣ ص ٦٢) .

إِثْمًا^(١) ، فترك التعرض لمن يستتر ولم يظهر عليه شيء من دلائل تلك المعصية واجب وإن ظنت به «^(٢) .

ومما يدل على جواز تفتيش الأشخاص ما يلي :

١- ما رواه البخاري عن علي رضي الله عنه، قال: « بعثني النبي ﷺ والنزير والمقداد بن الأسود وكلنا فارس قال : انطلقوا حتى تأتوا روضة خاخ ، فإن بها ظعينة^(٣) ومعها كتاب ، فخذوه منها ، فانطلقنا نعادي بنا خيلنا حتى انتهينا إلى الروضة ، فإذا نحن بالضعينة ، فقلنا : أخرجي الكتاب . فقالت: ما معي من كتاب . فقلنا : لتخرجن الكتاب أو لنلقين الثياب^(٤) ، فأخرجته من عقاصها^(٥) ، فأتينا به رسول الله ﷺ ... » الحديث^(٦) .

وفي لفظه أخرى للبخاري في كتاب المغازي قال : « فقلنا : الكتاب . فقالت : ما معنا كتاب ، فأخذناها ، فالتمسنا فلم نر كتاباً ، فقلنا : ما كذب رسول الله ﷺ ، لتخرجن الكتاب أو لتجردنك^(٧) .

(١) (سورة الحجرات ، آية رقم ١٢) .

(٢) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٣٢٤) .

(٣) (الظعن : الركوب للسفر ، والظعينة : المرأة في السفر . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ١٣ ص ٢٧١) .

(٤) وفي رواية : « أو لتجردنك » ، وفي أخرى : « أو لكشفنك » .

(٥) (العقيفة : ضفيرة الشعر . وأصل العقص اللَّي وإدخال أطراف الشعر . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ٧ ص ٥٦) .

(٦) (البخاري/ الجهاد والسير/ باب الجاسوس/ ح ٣٠٠٧) (مسلم/ فضائل الصحابة/ باب فضائل أهل بدر وقصة حاطب/ ح ٢٤٩٤) (الترمذي/ تفسير القرآن/ باب من سورة الممتحنة/ ح ٣٣٠٥) (أبو داود/ الجهاد/ باب في حكم الجاسوس إذا كان مسلماً/ ح ٢٦٥٠) (أحمد/ عن علي/ ح ٦٠١ ، ٨٢٩ ، ١٠٨٦ ، ١٠٩٣) .

ورواه كل من ابن حبان في صحيحه ، والحاكم في مستدركه ، وأبيهيقي، والشافعي في مسنده ، والبخاري والحميدي، وأبو يعلى ، وعبد بن حميد .

(٧) (البخاري/ المغازي/ باب فضل من شهد بدرًا/ ح ٣٩٨٣) (الترمذي/ تفسير القرآن/ باب ومن سورة الممتحنة/ ح ٣٣٠٥) .

فهذا الحديث دل على عدة أمور :

أ - أن التفتيش كان بأمر رسول الله ﷺ ، ويدل هذا الأمر على قول النبي ﷺ لعلي ومن معه « انطلقوا » ، وفي رواية : « اتوا روضة خاخ ، فإن بها طعينة ومعها كتاب فخذوه منها » ، فأمرهم بأخذ الكتاب منها ، وبإقراره فيما بعد على فعلهم .

ب - أن الإذن بالتفتيش كان بعلم قاطع أن المرأة معها كتاب وليس بالظن والشك . ولذلك قال علي رضي الله عنه : « ما كذب رسول الله ﷺ » .

ج - أنه متعلق بقضية أمنية تمس كل الناس ؛ لأنه فيه إفشاء أسرار الدولة إلى الأعداء ، فلذلك أذن النبي ﷺ بالتفتيش .

د - أن التفتيش قد وقع من الصحابة حيث إن الرواية تؤكد أنهم التمسوا الكتاب في رحلها ، ومعنى التمسوا أي فتشوا وبحجوا^(١) .

٢- ما أخرجه الترمذي عن عطية القرظي رضي الله عنه أنه قال : « عرضنا على

النبي ﷺ يوم قريظة ، فكان من أنبت قتل ، ومن لم ينبت خلي سبيله ، فكننت ممن لم ينبت فخلي سبيلي »^(٢) .

والحديث يدل على عدة أمور :

أ - أن التفتيش على الأشخاص جائز :

(١) انظر : (العظيم آبادي/ عون المعبود/ ج٧ ص٢٢٤) .

(٢) (الترمذي/ السير/ باب ما جاء في النزول على الحكم/ ح١٥٨٤ ، وقال حديث حسن صحيح) (النسائي/ الطلاق/ باب متى يقع طلاق الصبي/ ح٣٤٣٠ ، وفيه يقول : وكان ينظر فمن خرج شعرته قتل ، ومن لم تخرج استحي ولم يُقتل ، ورواه كذلك في كتاب قطع السارق/ باب حد البلوغ/ ح٤٩٨١) (أبو داود/ الحدود/ باب في الغلام يصيب الحد/ ح٤٤٠٤ ، وبلغف : كانوا ينظرون ، فمن أنبت الشعر قتل ، ومن لم ينبت لم يقتل) (ابن ماجه/ الحدود/ باب من لا يجب عليه الحد/ ح٢٥٤٢) (أحمد/ عن عطية القرظي/ ح١٨٢٩٩ ، ١٨٩٢٨ ، ٢٢١٥٢ ، ٢٢١٥٣) (الدارمي/ السير/ باب حد الصبي متى يقتل/ ح٢٤٦٤) .

وأخرجه كل من أبي عوانة في مسنده ، والبيهقي في سننه ، والنسائي في الكبرى ، وابن أبي شيبة ، وعبد الرزاق في مصنفهما ، وابن الملقن في خلاصة البدر المنير .

ب - اشتراط الإذن في التفتيش ؛ لأن ذلك كان بأمر النبي ﷺ .

أما ضمانات هذا التفتيش ، فأستطيع تلخيصها بما يلي :

١- أنه لا بد من الإذن في التفتيش للأشخاص كما هو الحال في التجسس والبحث والكشف وفي تفتيش الأماكن .

ودل على ذلك النصوص التي أوردتها عن النبي ﷺ وأقوال العلماء في اشتراط الإذن .

وقد ذكر الإمام الدسوقي^(١) أن القاضي يأمر بالتفتيش في الجيب والكُم والكيس إذا سأل المدعي ذلك لأنه أمر خفيف^(٢) .

٢- أنه لا يجل إتلاف ما يتم تفتيشه ؛ إذ إن التفتيش مقصده ضبط الجريمة أو أدواتها ليشهد بها على الفاعل أمام القضاء ، ويحصل المقصود بلا إتلاف . فإن تجاوز هذا المقصد فأتلف فله حالتان :

أ - أن يكون بإذن الإمام سواء أكان الإذن ضمناً كما في حالة التلبس ، أو صريحاً ، فإن ضمان التلف على الإمام .

ب - أن يكون التفتيش بدون إذن الإمام ، فيضمنه المفتش من ماله .

٣- أن التفتيش تراعى فيه الآداب الشرعية ، فلا يفتش النساء إلا النساء ، وعلى هذا اجتمعت كلمة الفقهاء ، ومن هذه النصوص :

(١) الدسوقي : أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي الأزهرى ، نسبته إلى دسوق مصر حيث ولد ، فقيه محقق عالم باللغة وعلومها ، من مصنفاته : الحدود الفقهية ، حاشية على مغني اللبيب ، حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل ، توفي ١٢٣٠هـ في القاهرة ، وصلى عليه في الأزهر ، ودفن في تربة المجاورين . (الزركلي/الأعلام/ ج ٣) .

(٢) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٣ ص٢٨٠)

يقول ابن قدامة^(١) : « ويتفقد النساء النساء »^(٢) .

ويقول ابن فرحون : « أمر السلطان امرأة تعرفها بالتفتيش عليها »^(٣) .

ويقول أيضاً : « ثم يدخل النساء إلى منزل الحرم فيفتشنه »^(٤) .

يقول صاحب الفتاوى الهندية : « وإذا لم يجدوه يأمرون النساء حتى تفتشن

النساء »^(٥) .

وغير ذلك كثير مما يؤيد احترام الآداب الشرعية في كل مجال .

وقد يرد عليه أن حديث الطعينة الذي رواه علي رضي الله عنه من أنهم

أرسلوا لأخذ الكتاب من المرأة ، أنه يسمح بتفتيش الرجال للنساء .

فأقول : إن هذا ليس على إطلاقه ، والرد عليه :

أن المرأة المطلوبة كانت خارج حدود المدينة وكانت مسافرة إلى مكة ، ولذا لا

يتناسب الموقف مع إرسال النساء ليفتشنها ويخرجن ما معها .

ذلك أن المنطقة التي وصلت إليها هي روضة خاخ وهي قرية من حمراء الأسد

بين مكة والمدينة ، وهي للمدينة أقرب^(٦) ، إلا أن قربها في زمننا ليس كما هو في

زمنهم ، فإن روضة خاخ كان يستخدمها النبي ﷺ للنفي في بعض الأحيان ، وقد

ورد ذلك في قصة أحد المخنثين واسمه هيثم وكان قد وصف امرأة بسوء ، فنفاه

(١) ابن قدامة : أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدم بن نصر بن عبد الله

المقدسي الصالح الحنبلي ، ولد ٥٤١هـ في جماعيل (إحدى قرى نابلس) توفي في ٦٢٠هـ بدمشق ،

ودفن بجبل قاسيون . كان إمام الحنابلة بجامع دمشق ، له تصانيف عديدة منها : المغني ، الكافي ، المقنع ،

العمدة ، التوايين ، القدر . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٢٢ ص١٦٥) .

(٢) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ ص١٠٧) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ص٣٦٩) .

(٤) المرجع السابق .

(٥) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٣٧) .

(٦) (ابن عساكر/ معجم البلدان/ ج٢ ص٣٣٥) .

النبي ﷺ إلى روضة خاخ^(١) ، وكان ذلك بمحضر من أم سلمة رضي الله عنها^(٢) .
والدليل على أنها بعيدة نسبياً أن علياً رضي الله عنه قال : وكلنا فارس . فدلّ
على أن مثل هذه المهمة لا يصلح لها إلا الفارس السريع .
ثم لا بد من ملاحظة التدرج في تحصيل المقصود ، فإن كان يحصل بأهون
الأسباب كقول أو إشارة أو كتاب ، فلا يصح تجاوزه إلى ما فوقه ، فإن تعدّر حصوله
بما سبق ، زاد بمقدار ما يتناسب مع الحادثة إما بتهديد ووعيد أو بالإغلاظ بالقول ،
فإن لم يحصل المقصود كان له أن يتحرز على المرأة إلى أن يجد من يفتشها من النساء ،
وبذا يحافظ على الحرمات ويحقق الواجبات .

المطلب الثالث

الحبس بالتهمة^(٣)

وهذا الإجراء من الإجراءات الماسة بجرمة الإنسان ، وله ضوابط وشروط
حددها العلماء حفاظاً على القاعدة الشرعية القائلة : (إن الأصل في الإنسان
الحرية)^(٤) . وهي مما ذكره الفقهاء للدلالة على أن الأصل منع الحبس .

وتعريف الحبس بالتهمة :

« هو تعويق لشخص أسند إليه فعل ممنوع بناء على دلائل معتبرة ، ومنعه من
التصرف بنفسه مدة زمنية معينة ممن له ذلك »^(٥) .

(١) (السهيلي/الروض الأنف/ج٤ص٢٥٧) (ابن حجر/الإصابة/ج٦ص٥٦٣) .

(٢) حديثه مع أم سلمة رواه البخاري ومسلم وأبو داود وابن ماجه ومالك وأحمد . إلا أنه لم يرد فيها النبي
إلى روضة خاخ بالتحديد ، وإنما نفاه فقط .

(٣) اللفظ المعاصر عند أهل القانون : الحجز المؤقت ، أو التوقيف . وبهذا الاسم يوجد بحث لفضيلة
الأستاذ الدكتور علي الصوا ، منشور في مجلة دراسات ، الصادرة عن الجامعة الأردنية .

(٤) (زكريا الأنصاري، أسنى المطالب/ج٤ص٣٩٤) .

(٥) (علي الصوا/الحجز المؤقت/ص٤٧) .

فالحبس الذي نتحدث عنه هنا ليس منه سجن العقوبة ، وإنما هو الحبس بتقييد الحرية مؤقتاً لأجل جمع الدلائل وأخذ الأقوال في جريمة وقعت. ويقصد منه جمع أكبر قدر ممكن من الأدلة التي تساعد في معرفة الفاعلين .
وما يدل على أن الحبس بالتهمة عند الفقهاء يختلف عن حبس العقوبة ما يلي:

١- تصريح العلماء بذلك ؛ يقول ابن القيم : « وقولكم الشاهدان لا يجبان ليس المراد هنا السجن الذي يعاقب به أهل الجرائم ، وإنما المراد به إمساكهما لليمين بعد الصلاة »^(١).

ويقول في موضع آخر : « وفيه دليل على أن الحبس على ضربين حبس عقوبة وحبس استظهار ، فالعقوبة لا تكون إلا في واجب ، وأما ما كان في تهمة ، وإنما يستظهر بذلك ليستكشف به عما وراءه »^(٢).

ويقول الشوكاني^(٣) : « وفيه -أي الحديث- دليل على أن الحبس كما يكون عقوبة به ، يكون حبس استظهار في غير حق لينكشف به بعض ما وراءه »^(٤).

٢- ذكر الفقهاء أن هناك حبساً للوالي ، وحبساً للقاضي ، وعبروا عن حبس الوالي كذلك بحبس صاحب الشرطة^(٥).

وذكروا أن هناك حبساً للمجرمين من اللصوص ، وحبساً للمتهمين .

(١) (ابن القيم/الطرق الحكيمة/ص١٥٩) .

(٢) (ابن القيم/التهديب/ص٢٣٧) .

(٣) الشوكاني : محمد بن علي بن محمد الشوكاني الصنعاني ، ولد ١١٧٢هـ ، توفي ١٢٥٠هـ في هجرة شوكان ، مجتهد كان يرى حرمة التقليد ، له مؤلفات عديدة ، منها : نيل الأوطار شرح منتهى الأخبار ، أدب الطلب ومنتهى الأرب ، وله التفسير الكبير المسمى فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من التفسير ، وله در السحابة في مناقب القراية والصحابة ، وله إرشاد الفحول ، وغيرها كثير .
(صديق البخاري/أمجد العلوم/ج٣ص٢٠٣) .

(٤) (الشوكاني/نيل الأوطار/ج٧ص٣٣٠) .

(٥) (الحموي/غمز عيون البصائر/ج٣ص٨٠، ٨١) .

يقول ابن عابدين : « ينبغي أن لا يجاب لو طلب حبسه في مكان اللصوص ونحوه »^(١) .

ويقول ابن نجيم : « وإذا خيف أنه يفر من السجن يحول إلى سجن اللصوص »^(٢) .

وقرروا أن حبس النساء كذلك مختلف عن حبس الرجال . فقالوا : « فيجعل للنساء سجن على حدة نفيًا لوقوع الفتنة »^(٣) .
وينطبق هذا على السجن كعقوبة ، أو كوسيلة للحفاظ لغاية أخرى غير العقوبة .

أما في حكم الحبس ؛ فإن الفقهاء اتفقوا في مسائل واختلفوا في أخرى ، ونبدأ بذكر ما اتفقوا عليه :

أولاً : اتفقوا على منع الحبس إذا كانت التهمة بالظنون^(٤) .

فلا بد حتى يجوز الحبس أن يكون ظناً غالباً أو علماً مؤكداً .

يقول الإمام العز في ذلك : « لا يليق بالشريعة السهلة السمحة أن يخلد المسلم في الحبس بظن ضعيف »^(٥) .

أما إن قويت التهمة وزاد الظن إلى أن أصبح غالباً فللإمام الحبس .

يقول ابن عاصم^(٦) في تحفته :

(١) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج ٥ ص ٣٧٩) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٦ ص ٣٠٨) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج ٣ ص ٤١٤) .

(٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج ٥ ص ٣٧٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٦ ص ٣٠٨) .

(٤) انظر : (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص ١٢١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ٦) (العز/ قواعد الأحكام/ ج ١ ص ١٢٠) .

(٥) (العز/ قواعد الأحكام/ ج ١ ص ١٢٠) .

(٦) ابن عاصم : أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم المالكي القيسي ، قاضي الجماعة ، ولد ٧٦٠هـ ، وله

مرتقى الوصول للأصول ، وله إيضاح المعاني في القراءات الثماني ، وله تحفة الحكام في نكت العقود

والأحكام ، وشرحها العديد من فقهاء المالكية ، توفي ٨٢٩هـ في شهر شوال . (حاجي خليفة/ كشف

الظنون/ ج ١ ص ٣٦٥) (التلمساني/ نفح الطيب/ ج ٥ ص ٢١) .

وحيث تقوى تهمة في المدعى .: عليه فالسجن له قد شرعاً^(١)
ويقول الشيخ ميارة شارح التحفة : « يعني أن من اتهم بالقتل وقويت التهمة
عليه بذلك ولم تنته إلى حد اللوث الموجب للقسامة ، فإنه يسجن حتى يستبرأ
أمره »^(٢) .

ثانياً : اتفقوا على منع الحبس إذا لم يكن للحبس فائدة .
يقول سيدنا علي رضي الله عنه : « إنما الحبس حتى يتبين للإمام ، فما حبس
بعد ذلك فهو جور »^(٣) .

وما ذاك إلا لخلوه عن الفائدة المطلوبة من الحبس ؛ فالحبس وسيلة لتحقيق
غرض ، وليس هو غرضاً بحد ذاته .

وذكر العلماء لانعدام الفائدة صوراً منها :

١- إذا كان الإنسان محكوماً بالحد وكان ثابتاً ومتمكناً منه فلا يحل حبسه
طويلاً ، بل ينفذ فيه الحكم دونما إبطاء .

قال عطاء^(٤) فيمن حكم عليه بالقصاص : وليس للإمام أن يضربه ولا أن
يحبسه ، إنما هو القصاص ، ما كان الله نسياً ، لو شاء لأمر بالسجن والضرب^(٥) .

٢- إذا كان الإنسان معسراً وكان مطلوباً بمال ، وكان إعساره ثابتاً ، فلا يحل
حبسه لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾^(٦) .

وكان أبو بكر وعمر رضي الله عنهما يستحلان المعسر بالله ما تجدهما تقضيه

(١) (اللكاني/إحكام الأحكام/ص٢٧٩) (ميارة الفاسي/شرح ميارة/ج٢ص٢٧٩) .

(٢) (ميارة الفاسي/شرح ميارة/ج٢ص٢٧٩) .

(٣) (سنن البيهقي الكبرى/ج٦ص٥٣/ح١١٠٧٤) . وانظر (الشافعي/الأم/ج٦ص١٨١) .

(٤) عطاء بن أبي رباح ، ولد في خلافة عثمان ، ونشأ بمكة ، كان ثقة فقيهاً عالماً ، كثير الحديث ، وكان

أسود اعور أشل ، شلّ في محنة ابن الزبير . (الذهبي/سير أعلام النبلاء/ج٥ص٧٨) .

(٥) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٦ص٤٣٢) .

(٦) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٨٠) .

من عَرَضٍ ولا قرضٍ أو قال ناض^(١) ، ولئن وجدت من حيث لا يعلم لتقضينه ثم يخليان سبيله^(٢) .

٣- إذا أمكن استيفاء المطلوب منه دون حبس فلا يحل حبسه ، يقول ابن فرحون في ذلك : « ولا يجوز الحبس في الحق إذا تمكن الحاكم من استيفائه »^(٣) .

ومثل الفقهاء له بأن يمتنع عن دفع الدين وكان الحاكم يعرف ماله ، فإنه يأخذ منه مقدار الدين ولا يجوز حبسه^(٤) .

بل ذهبوا أبعد من هذا دفعاً للحبس وتحصيلاً للمطلوب ، فقالوا :

إذا رأى الحاكم على الخصم في الحبس من الثياب والقماش ما يمكن استغناؤه عنه أخذه من عليه قهراً ، وباعه فيما عليه ولا يحبسه تعجلاً لرفع الظلم وإيصال الحق لمستحقه بسبب الإمكان^(٥) .

ثالثاً : اتفقوا على أنه لا يحبس بالتهمة أهل الفضل إن كان المتهم لهم من أهل الشر والردالة^(٦) .

يقول ابن عاصم في تحفة الأحكام رجزاً :

ومدع على امرئ أن سرقه . : . ولم تكن دعواه بالمحققة

فإن يكن مدعياً ذاك على . : . من حاله في الناس حال الفضلا

(١) النضض : إسالة الماء (ومنه السيولة التقديية)، والنضض : الدرهم الصامت ، والناضض في المتاع ما تحول ورقاً أو عيناً. (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٧ ص٢٣٧) .

(٢) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٦ ص٥٣/ ح١١٠٧٢) (الإمام مالك/ المدونة/ ج٤ ص٦٠) .

(٣) (القرافي/ الفروق/ ج٤ ص٨٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٣١٢) .

(٤) (القرافي/ الفروق/ ج٤ ص٨٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٣١٢) .

(٥) (القرافي/ الفروق/ ج٤ ص٨٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٣١٢) .

(٦) انظر : (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص١٢١) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص٢٦١) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ ص٥٧٢، ٥٧٣) (الرصاص/ شرح حدود ابن عرفة/ ص٤٧٠) .

فليس من كشف لحاله ولا .: يبلغ بالدعوى عليه أملاً^(١)

رابعاً : اتفقوا على الحبس بالتهمة لمن عرف بالشر والخيانة^(٢) .

يقول ابن عاصم :

وان يكن مطالباً من يتهم .: فمالك بالضرب والسجن حكم^(٣)

خامساً : اختلفوا في حبس المتهم إن كان مستور الحال غير معروف لا بفضل

ولا بفسق .

فهل يجوز حبسه وتقييد حركته بالتوقيف والحجر ؟ للعلماء في المسألة قولان :

الرأي الأول : وهو رأي جمهور العلماء^(٤) أنه يجوز حبس المتهم حتى يتمكن

الوالي أو القاضي من الكشف والاستبراء والبحث حوله .

واستدل هذا الفريق بعدة أدلة وهي :

١- ما رواه الترمذي والنسائي وغيرهما عن معاوية بن حيدّة القشيري ، أن

رسول الله ﷺ حبس رجلاً في تهمة دم ... ، وفي رواية : ساعة من نهار ثم خلّى

(١) (الكافي/إحكام الأحكام شرح تحفة الأحكام/ص٢٧٤) .

(٢) انظر : (ابن تيمية/ الفتاوى الكبرى/ج٣ص٣٩٢) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ج٢ص١٦٩) (ابن

عابدين/ حاشية ابن عابدين/ج٤ص٨٧، ٨٨) (الماوردي/الأحكام السلطانية/ص٢٧٤) (الطرابلسي/

معين الحكام/ص١٧٥) (ابن القيم/ الطرق الحكيمة/ص١٤) (ابن القيم/إعلام الموقعين/ج٤ص٢٨٤)

(ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج٢ص١٥٧) .

(٣) (الكافي/إحكام الأحكام/ص٢٧٤) .

(٤) انظر : (الماوردي/الأحكام السلطانية/ص٢٧٣، ٢٧٤) (ابن القيم/ الطرق الحكيمة/ص١٢١) (صديق

البخاري/ ظفر اللاضي/ص٢٦١، ٢٦٢) (ابن نجيم/الأشباه والنظائر/ج٣ص٨١) (الحموي/ غمز

عيون البصائر/ج٣ص٨١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج٢ص٣١٠) (ابن نجيم/ البحر

الرائق/ج٥ص٥٧) (الطرابلسي/معين الحكام/ص١٧٦) (الكافي/إحكام الأحكام/ص٢٧٤، ٢٧٩)

(ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ج٥ص٣٧٦) (ابن الشاطي/ إدرار الشروق/ج٤ص١٣٦) (ابن

العربي/أحكام القرآن/ج٢ص٢٤٢) .

سبيله (١).

ومن وردت عنده الرواية دون ذكر الدم وأنه حبسه في تهمة قال بأن الحبس بالتهمة يستوي فيه أن يكون في دم أو مال أو غيره ، فكله حبس بالتهمة .
يقول الشوكاني في ذلك : « وقد حبس النبي ﷺ في التهمة ولا فرق بين تهمة وتهمة » (٢).

والنص واضح الدلالة على مقصودهم من أن النبي ﷺ حبس قبل العقوبة وبعد التهمة ، وهذا موطن الشاهد من جواز الحبس بالتهمة .

٢- واستدلوا كذلك بما رواه أبو داود في سننه عن زبيب بن ثعلبة التميمي ، في حديث طويل يقول فيه : « فدعتني أمي فقالت : هذا الرجل أخذ زريقتي (٣) . فانصرفت إلى النبي ﷺ ، يعني فأخبرته ، فقال لي : احبسه ، فأخذت بتلبيسه (٤) ، وقمت معه مكاننا ، ثم نظر إلينا نبي الله ﷺ قائمين فقال : ما تريد بأسيرك ... » الحديث (٥).

(١) (الترمذي/الديات/باب ما جاء في الحبس في التهمة/ح١٤١٧ ، وقال حديث حسن وأسنده له من طريق آخر) (النسائي/قطع السارق/باب امتحان السارق بالضرب والحبس/ح٤٨٧٥، ٤٨٧٦) (أبو داود/الأقضية/باب الحبس في الدين وغيره/ح٣٦٣٠) (السنن الكبرى للبيهقي/ج٦ص٥٣/ح١١٠٧٣/ج٦ص٧٧/١١١٩٦) (الحاكم/المستدرک/ج١ص٢١٢/ح٤٣٢/ج٤ص١١٤/ح٧٠٦٣ وزاد في روايته : استظهاراً واحتياطاً) (ابن الجارود/المتقى/ص٢٥١/ح١٠٠٣) (النسائي/السنن الكبرى/ج٤ص٣٢٨/ح٧٣٦٢) (الطبراني/المعجم الأوسط/ج١ص٥٦/ح١٥٤) (الشوكاني/نيل الأوطار/ج٨ص٣٤٩) (ابن حجر/التلخيص الحبير/ج٣ص٩٠، ٩١). وقال الحاكم: صحيح الإسناد.

(٢) (صديق البخاري/ظفر اللاضي/ص٢٦١) .

(٣) الزرية : البساط ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وزرابي مبثوثة ﴾ [الغاشية : ١٦] .

(٤) أخذ بتلبيسه : التلبيس ما في موضع اللب من الثياب ، ولبب الرجل وأخذ بتلبيسه ، جعل ثيابه في عنقه وصدره في الخصومة ، ثم قبضه وجره . (ابن منظور/لسان العرب/ج١ص٧٣٣) .

(٥) (أبو داود/الأقضية/باب القضاء بالشاهد واليمين/ح٣٦١٢) (سنن البيهقي الكبرى/ج٦ص٥٢/ح١١٠٦٨) (الشيخاني/الأحاديث والمثاني/ج٢ص٤١٢/ح١٢٠٨) (الطبراني/المعجم الكبير/ج٢٢ص٧٨٣/٧٨٣) (العظيم آبادي/عون المعبود/ج١٠ص٤٢) .

٣ - واستدلوا كذلك بما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن عراك بن مالك، أن رجلين من غفار أقبلا يريدان الإسلام ، حتى إذا كانا قريباً من المدينة أمسيا فباتا وأتى أناس بظهر^(١) لهم إلى المدينة فباتوا قريباً منها ، فلما كان في السحر قاموا ليذهبوا ففقدوا قرنين من الإبل ، فاتهموا الغفاريين ، فأخذوهما ، فأتوا بهما رسول الله ﷺ ، فحبس الواحد وأرسل الآخر يطلب ، فوجدوهما قريباً من المكان الذي باتوا فيه ، فأتوا بهما ، فقال الغفاريان ، والله يا رسول الله إن كانا لبراء ، فقال لهما رسول الله ﷺ : استغفرا لي ، فقال أحدهما : غفر الله لك ، فقال رسول الله ﷺ : ولك يغفر الله وقبلك في سبيله^(٢) . وقال للآخر : استغفر لي ، فقال : والله إن كنا لبراء ، فقال له الناس : استغفر لرسول الله ويحك ، فقال : غفر الله لك ، فسكت رسول الله ﷺ^(٣) .

فالحديث نص في المسألة ، فإن الحبس كان من النبي ﷺ لهما بالتهمة ، وهذا هو موطن النقاش .

٤ - واستدلوا بما رواه أبو داود في سننه عن معاوية القشيري ، أن رجلاً قام إلى النبي ﷺ فقال : جبراني بم أخذوا ؟ فأعرض عنه مرتين لكونه كلمه حال الخطبة، ثم ذكر شيئاً فقال النبي ﷺ : « خلوا له عن جبرانه »^(٤) . وهذا يدل على أنهم كانوا

(١) الظهر : الركاب تحمل الأثقال في السفر . (الفراهيدي/ العين/ ج٤ ص٣٧) .

(٢) وفي رواية : « وقتلك في سبيله وقتل يوم اليمامة » . (مصنف عبد الرزاق/ ج١٠ ص٢١٧/ ج٢١٨٩٢) .

(٣) (مصنف عبد الرزاق/ ج١٠ ص٢١٧/ ج١٨٨٩٢) (ابن حجر/ الدرية في تخريج أحاديث الهداية/ ج٢ ص٩٥/ ح٦٤١) (الزيلعي/ نصب الرابة/ ج٣ ص٣١١) (ابن حزم/ المحلى/ ج١٢/ ص٢٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص١٤٠) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٠) (الزيلعي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص١٥٢) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٥ ص٢١٨) .

(٤) (أبو داود/ الأفضية/ باب في الحبس في الدين وغيره/ ح٣٦٣١) (أحمد/ مسند معاوية القشيري/ ج١٩٥١٢، ١٩٥٢٥، ١٩٥٣٨) (الحاكم/ المستدرک/ ج١ ص٢١٤/ ح٤٣٢) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج١٩ ص٤١٤/ ح٩٩٦، ٩٩٧، ٩٩٨) (مسند الروياني/ ج٢ ص١١٨/ ح٩٣٣) (مصنف عبد الرزاق/ ج١٠ ص٢١٦/ ح١٨٨٩١) .

محبوسين ، وأن الحبس كان في تهمة^(١) .

ورود في رواية أحمد وعبد الرزاق والطبراني أن الراوي قال : « أخذ النبي ﷺ ناساً من قومي في تهمة » .

٥- استدلوا بما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن يزيد بن رومان أن النبي ﷺ أتى بسارق فقال : احبسوه ، فإن مات صاحبه فاقتلوه^(٢) .

فكان محبوساً لتهمة عقوبتها إن حصل الموت لصاحبه القتل ، وهذا هو حبس التهمة .

٦- واستدلوا أخيراً بالمعقول ، فقالوا : إن حضور مجلس الحاكم من جنس الحبس لما فيه من التعويق عن التصرف في مصالح المطلوب ؛ لأن الحاكم يطلب الغريم للمدعي بخواتم أو رسول إليه كان في موضعه أو فيما قرب منه ، فيحصل للغريم تعويق عن مصالحه ، ثم إذا حضر مجلس الحاكم فقد يكون الحاكم غير جالس للخصوم في ذلك الوقت ، وربما كان مشغولاً عنه بغيره ، فلا يزال معوقاً حتى يتفرغ القاضي للفصل بينه وبين غريمه^(٣) .

وهم بهذا يقررون أن من قال بمنع الحبس بالتهمة يقول بجواز هذه الصورة ، وهي بمعنى الحبس وبمفهومه ، فيقاس عليها الحبس بالتهمة .

(١) (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٨ ص٣٤٩) (المرتضى/ البحر الزخار/ ج٦ ص٢١١) (الحاكم/ المستدرک/ ج١ ص٢١٤) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج١٩ ص٤١٤/ ح٩٩٦، ٩٩٧، ٩٩٨) .
(٢) (الصحيح أنه أتى بساحر لا بسارق ، كما ذكر ابن العربي في (إحكام الأحكام/ ج٢ ص٢٤٢) . وانظر: (مصنف عبد الرزاق/ ج١٠ ص١٨٤/ ح١٨٧٥٤) .
(٣) انظر : (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص٨٩) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٣١١) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٩٧) .

الرأي الثاني : رأي ابن حزم^(١) القائل بمنع الحبس للتهمة^(٢) .

واستدل على ذلك بعدة أدلة :

١- أن الله تعالى يقول : ﴿ فَأَمْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ ﴾^(٣) .

ووجه الدلالة أنه لا يحل لأحد أن يمنع مسلماً من المشي في الأرض بالسجن
بغير حق أوجبه قرآن أو سنة ثابتة^(٤) .

٢- واستدل بقوله تعالى : ﴿ إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً ﴾^(٥) . وأن

الحبس بالتهمة من قبيل الظن ، وهو لا يغني من الحق شيئاً .

٣- أن الله تعالى افترض حضور الجمعة والجماعات^(٦) ، والحبس ينافيهما .

فصار الحبس ممنوعاً لأنه يؤدي إلى الممنوع .

٤- أن عبد الله بن سهل رضي الله عنه قتل وهو من أفاضل الصحابة رضي

الله عنهم فيما بين أظهر شر أمة وهم اليهود^(٧) لعنهم الله ، فما استجاز عليه السلام

(١) ابن حزم : أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن خلف بن سفيان بن يزيد ، ظاهري

المذهب ، ولد في قرطبة ٣٨٤هـ ، توفي ٤٥٦هـ في بلدة تدعى أونييه غرب الأندلس ، من مصنفاته :

المحلى ، الفِصَل في الملل والأهواء والنحل ، جهرة الأنساب ، الناسخ والمنسوخ ، جوامع السيرة ،

الإحكام لأصول الأحكام . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج ١٨ ص ١٨٤) .

(٢) (ابن حزم/ المحلى/ ج ١٢ ص ٣٩) (ج ٦ ص ٤٧٩/ ج ١٢ ص ٢٣ ، ٢٦١)

(٣) (سورة الملك ، آية رقم ١٥) .

(٤) (ابن حزم/ المحلى/ ج ١٢ ص ٣٩) .

(٥) (سورة يونس ، آية رقم ٣٦) .

(٦) (ابن حزم/ المحلى/ ج ٦ ص ٤٧٦) .

(٧) (البخاري/ كتاب الجزية والموادعة/ باب إذا قالوا صبأنا ولم يحسنوا أسلمنا/ ح ٣١٧٣) (مسلم/ القسامة

والمحاربين والقصاص والديات/ باب القسامة/ ح ١٦٦٠) (الترمذي/ الديات/ باب ما جاء في القسامة/

ح ١٤٢٢) (النسائي/ القسامة/ باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين/ ح ٤٧١٣) (أبو داود/ الديات/ باب القتل

بالقسامة/ ح ٤٥٢٠) .

سجنهم ، فكيف أن يسجن في تهمة قوماً من المسلمين ؟ ^(١) .

٥- واستدل بما روي عن أبي سعيد الخدري قال : أصيب رجل في ثمار ابتاعها في عهد رسول الله ﷺ ، فكثر دينه ، فقال رسول الله ﷺ : تصدقوا عليه ، فتصدق الناس عليه ، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه ، فقال رسول الله ﷺ لغرمائه : خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك ^(٢) .

٦- واستدل بقول رسول الله ﷺ : « إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث » ^(٣) . وهو بمعنى سابقه .

٧- أن المنافقين في عهد رسول الله ﷺ كانوا متهمين بالكفر ، إلا أن النبي ﷺ ما حبس أحداً منهم ^(٤) .

٨ - استدل بما رواه عبد الله بن عامر قال : انطلقت في ركب حتى إذا جئنا ذا المروة سرت عيبة ^(٥) لي ومعنا رجل متهم ، فقال أصحابي : يا فلان اردد عليه عيبته . فقال : ما أخذتها ، فرجعت إلى عمر بن الخطاب فأخبرته ، فقال : من أنتم ؟ فعددتهم ، فقال : أظنها صاحبها ، للذي اتهم ، فقلت لقد أردت يا أمير المؤمنين أن تأتي به مصفداً ، فقال عمر : أتأتي به مصفوداً بغير بينة ، لا أكتب لك

(١) (ابن حزم/المحلى/ج٦ص٤٧٧) .

(٢) (مسلم/المساقاة/باب استحباب الوضع من الدين/ح١٥٥٦) (الترمذي/الزكاة/باب ما جاء من تحل له الصدقة/ح٦٥٥) (النسائي/البيوع/باب وضع الجوائح/ح٤٥٣٠، ٤٦٧٨) (أبو داود/البيوع/باب في وضع الجائحة/ح٣٤٦٩) (ابن ماجه/الأحكام/باب تقليص المعدم/ح٢٣٥٦) (أحمد/عن أبي سعيد الخدري/ح١٠٩٢٤، ١١٥٧) (صحيح ابن حبان/ج١١ص٤٠٩/ح٥٠٣٣) (الحاكم/المستدرک/ج٢ص٤٧/ح٢٢٧٥) (مسند أبي عوانة/ج٣ص٣٣٦/ح٥٢١١) (سنن البيهقي الكبرى/ج٥ص٣٠٥/ح١٠٤٠٧) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص١٣/ح٢٣٢٥١) (مسند عبد بن حميد/ص٣٠٦/ح٩٩٢) .

(٣) سبق تخريجه ، انظر ص١٥٥ .

(٤) (ابن حزم/المحلى/ج١٢ص٢٥) .

(٥) العيبة: مستودع الثياب ، ويخبأ فيها أجود الثياب . (ابن الجوزي/غريب الحديث/ج٢ص١٣٧) .

فيها ولا أسألك عنها ، وغضب وما كتب لي فيها ولا سأل عنها. فأنكر عمر رضي الله عنه أن يصفد أحدًا بغير بينة^(١) .

ثم ردّ على أدلة القائلين بالجواز من حيث ضعف الإسناد في رواياتهم .
وفي حديث الرجلين الغفاريين ؛ قال ابن حزم بعد أن طعن في صحته : ولو صح لكان فيه الدليل على المنع من الحبس لاستغفار رسول الله ﷺ في ذلك^(٢) .

الرأي الراجح :

بالنظر إلى أدلة الفريقين يظهر أن أدلة الفريق الأول صحيحة الإسناد ، وأنها قوية الدلالة على جواز الحبس بالتهمة ؛ لأنها تتناول حبس ما قبل الحكم، أو حبس غير العقوبة .

ومما يستدل للجمهور على ما قالوه ، ما يلي :

روى مسلم والترمذي وغيرهما عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قتل رجل على عهد رسول الله ﷺ ، فدفن القاتل إلى وليه ، فقال القاتل : يا رسول الله ، والله ما أردت قتله ، فقال رسول الله ﷺ : أما إن كان قوله صادقاً فقتلته دخلت النار ، فخلى عنه الرجل . قال : وكان مكتوفاً بنسعه^(٣) ، قال : فخرج يجرّ نسعته . قال : فكان يسمى فيما بعد ذا النسعة . قال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح ،

(١) (ابن حزم/المحلى/ج١٢ص٢٤) (مصنف عبد الرزاق/ج١٠ص٢١٧/ح١٨٨٩٣) .

وسنده عن عبد الرزاق عن ابن جريح عن ابن أبي مليكة عن عبد الله بن أبي عامر ، ورواته ثقات إلا أن ابن جريح هو عبد العزيز بن جريح القرشي فيه لين ، وأخرج له الترمذي والنسائي وأبو داود وأحمد وابن ماجه ، وثقه ابن حبان ، وقال البخاري : لا يتابع حديثه ، وقال الدارقطني : مجهول يترك حديثه ، وقال العقيلي : لا يتابع على حديثه .

(٢) (ابن حزم/المحلى/ج١٢ص٢٥) .

(٣) النسعة: حبل من جلد مظفور، أو هو سيرٌ يضفر على هيئة أعنة النعال تشد به الرحال . (ابن منظور/لسان العرب /ج٨ص٣٥٢) .

والنسعة الحبل^(١) .

فإن الرجل كان مقيداً مأسوراً محبوباً عند ولي الدم ، وكل ذلك قبل أن تنتهي محاكمته إن جاز التعبير ، ثم طرح بحجة جديدة وهي يمينه أنه ما أراد قتله ، وإنما قتله خطأ . ولعدم وجود مرجح يؤكد صدق يمينه من كذبها ، أخبر المصطفى ﷺ ولي المقتول أنه إن قتله وكان قوله صادقاً دخل النار ، ففك وثاقه وأنهى حبسه ، وهذا الربط نوع من الحبس في زمن رسول الله ﷺ .

فدلّ هذا الحديث على جواز الحبس بالتهمة .

ومما يستدل به للجمهور ما رواه النسائي في سننه ، أن النعمان بن بشير رضي الله عنه رفع إليه نفر من الكلاعيين ، أن حاكة سرقوا متاعاً فحبسهم أياماً ، ثم خلى سبيلهم ، فأتوه فقالوا : خليت سبيل هؤلاء بلا امتحان ولا ضرب ، فقال النعمان : ما شئتم إن شئتم أضربهم ، فإن أخرج الله متاعكم فذاك ، وألا أخذت من ظهوركم مثله . قالوا : هذا حكمك ؟ قال : هذا حكم الله عز وجل ورسوله ﷺ^(٢) .

والحديث دلالة واضحة في جواز الحبس بالتهمة ، ثم إن النعمان بن بشير رضي الله عنه صرح برفعه لرسول الله ﷺ فقال : هذا حكم الله عز وجل ورسوله ﷺ .

(١) (مسلم/القسامة والمخربين والقصاص والديات/باب صحة الإقرار بالقتل وتمكين ولي القتل من القصاص واستحباب طلب العفو منه/ح١٦٨٠) (الترمذي/الديات/باب ما جاء في حكم ولي القتل في القصاص والعفو/ح١٤٠٧) (أبو داود/الديات/باب الإمام يأمر بالعفو في الدم/ح٤٠٠١ ، ٤٤٩٨ ، ٤٤٩٩) (ابن ماجه/الديات/باب العفو عن القاتل/ح٢٦٩١ ، ٢٦٩٠) (النسائي/القسامة/باب القود/ح٤٧٢٣ ، ٤٧٢٤ ، ٤٧٢٦ ، ٤٧٢٧ ، ٤٧٣٠) (الدارمي/الديات/باب من يعفو عن قاتله/ح٢٣٥٩) . ورواه أبو عوانة في مسنده ، والنسائي في السنن الكبرى ، وابن أبي شيبة في مصنفه .

(٢) (النسائي/قطع السارق/باب امتحان السارق بالضرب والحبس/ح٤٨٧٤) (أبو داود/الحدود/باب في الامتحان بالضرب/ح٤٣٨٢) (النسائي/السنن الكبرى/ج٤ص٣٢٧/ح٧٣٦١) (الطبراني/مسند الشاميين/ج٢ص١٠٩/ح١٠٠٧) (العظيم آبادي/عون المعبود/ج١٢ص٣٢) .

ويمكن الاستدلال بآية قرآنية دلت على جواز الحبس ، بل صرحت به ؛ فقد قال تعالى في حق الشاهدين : ﴿ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ ﴾^(١) ؛ فإن ذلك دليل على حبس من وجب عليه الحق^(٢) .

والمحبوس بالتهمة غلب على الظن أن عنده حق للأمة فجاز حبسه . يقول ابن القيم في معنى الحبس الوارد في الآية : « ليس المراد هنا السجن الذي يعاقب به أهل الجرائم ، وإنما المراد به إمساكها لليمين بعد الصلاة ، كما يقال : فلان يصبر لليمين ، أي يمك لها »^(٣) .

وهذا هو المقصود بالحبس بالتهمة ، فإنه إمساك لأجل إثبات الحق ، والآية نص فيه .

أما أدلة الفريق الثاني ؛ فالرد عليها كما يلي :

١- أما الاستدلال بالعموميات ، فلا يستقيم ، وإذا أردنا أن نأخذ العام ونترك الخاص ، لعطلنا قسماً كبيراً من كتاب الله ، وقسماً أكبر من السنة النبوية ، والأصل أن ما ثبت خصوصه لا يصح الاحتجاج بعمومه^(٤) . وأدلة الفريق الأول تخصص هذا العام ، ولا يصح الطعن في سندها جميعاً ؛ لأن منها ما هو ثابت في الصحاح .

وكذلك الحال في الاستدلال بالأدلة المانعة للظن ، وقد سبق وأن قلنا إن الظن الذي لم يترجح بمرجح هو الذي يمنع الحبس به ، ونقلت اتفاق الفقهاء على ذلك ، أما الظن الغالب فإنه مما يصح الحبس فيه ويصح الأخذ به ، حتى قبل ثبوت الجرم عليه ، وقبل صدور الحكم بحقه .

(١) (سورة المائدة ، آية ١٠٦) .

(٢) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج ٢ ص ٢٤١) .

(٣) (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص ١٥٩) .

(٤) انظر : (الخصاص/ أحكام القرآن/ ج ٢ ص ٦٠٢) .

٢- أما أن النبي ﷺ لم يحبس يهود ؛ فإن عبد الله بن سهل رضي الله عنه لم يكن يعرف قاتله ، وقد قتل في حي اليهود ، ولو أن التهمة توجهت لأحدهم لعاقبه مباشرة دون حاجة إلى أن يحكم عليهم بالقسامة ، وقد كان الأمر في خيبر والرسول ﷺ في المدينة ، وكان ذلك وقت صلح معهم بعد أن فتحها النبي ﷺ . ثم إن دم الصحابي لم يهدر ، بل وداه النبي ﷺ من إبل الصدقة ، ولو كانت التهمة قوية على أحد لم يكن رسول الله ﷺ ليديه من بيت المال دون تحقق من هذه التهمة والتأكد منها والسعي في معرفة حقيقة هذه التهمة ، فإن خرجنا عن حدود التهمة لم يكن للدليل الوارد أي وجه فيما يقولون به .

٣- أما ما رواه أبو سعيد الخدري عن الرجل الذي أصيب في ثمار ابتاعها ؛ فإنه أراد بقوله ﷺ : « ليس لكم إلا ذلك » ، أنه لا يصح الحبس .

فالحديث ورد في باب الجوائح^(١) ، وصورة المسألة أن الذي اشترى الثمر أصيب ثمره بجائحة ، وهذا الثمر يستحق ثمنه لأصحابه على من اشتراه ، إلا أنه عجز عن الدفع بسبب الجائحة ، فكان أن طلب النبي ﷺ العون من الآخرين ، إلا أن الذي جمع لم يكن ليكفي لسداد المبلغ الذي تم التعاقد عليه في بيع هذه الثمار ، فأعطى النبي ﷺ ما جمعه لأصحاب الثمر قائلاً : « ليس لكم إلا ذلك » .

والسؤال الذي يرد هنا : ما هي التهمة التي تريدون النبي ﷺ أن يحبس فيها صاحب الثمر ؟ ونحن نعلم أن الذي يحبس بتهمة المماثلة من أجل أن يدفع ما عليه يجب أن يكون غنياً مماًطلاً ، وهذا الصحابي شهد على إعساره النبي ﷺ والصحابة الكرام . وقد أثبتنا في بداية المبحث اتفاق الفقهاء على أن الحبس الذي لا فائدة فيه ممنوع ؛ لأن الحبس وسيلة لا غاية ، فما الفائدة من حبس من أصابته الجائحة ، وما الغاية التي تحققه هذه الوسيلة ؟

(١) الجوائح : جمع جائحة ، وهي الشدة والنازلة العظيمة . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ٢ ص ٤٣١) .

ثم على القول الراجح في موضوع الجائحة ، وهو القول بالصلح على الأوسط ، والذي يسمى اليوم بتعديل الالتزامات -وقد ذكر هذا القول ابن عابدين رحمه الله في رسالته المرقومة بـ تنبيه الرقود على مسائل النقود^(١)- فإن الصحابة أصحاب الشجر قد أخذوا حقهم وافيأ ؛ لأنهم لم يأخذوا ما تم الاتفاق عليه في أصل العقد ، وإنما تم تقدير الخسارة في الجوائح على الطرفين ، فيكون ما دفعه صاحب الثمر كافياً لسداد نصيب أصحاب الشجر من الثمن منقوصاً منه مقدار ما يتحملونه من خسارة ، ولذلك قال النبي ﷺ : « ليس لكم إلا ذلك » .

٤- أما حادثة عبد الله بن أبي عامر ، فإنها ليست دليلاً على ما يقولونه ؛ فالإتهام فيه لم يكن له قرينة في الحالة المشهودة حتى يترجح اتهامه فيحجز ويصفد ، اللهم إلا أنه ذو سابقة لم يعتبرها عمر رضي الله عنه كافية لتوقيفه بسبب دعوى الإتهام ، ومع ذلك فلم ينكر أصل التصفيد ، وإنما أنكر فعله من غير دلالة كافية عليه . وهذا دليل على جوازه بالجملة ، بل الحادثة متضمنة مشروعية التوقيف؛ يظهر ذلك من خلال المطالبة بحجز المتهم بناء على سوابقه، ولو كان مستنكراً عندهم لما طالبوا بذلك أصلاً^(٢) .

٥- أما استدلالهم بكف النبي ﷺ عن قتل المنافقين مع قيام تهمة الكفر ، فهذا غير مسلم ؛ لأن قتلهم يفضي إلى مفسدة أكبر من مصلحة قتلهم ، إذ إنه ذريعة إلى القول : بأن محمداً يقتل أصحابه . وقد ورد ذلك على لسانه ﷺ ، وهذا من شأنه أن يُطمع الكافرين بالمؤمنين ، ومن شأنه أن يبعد الطمأنينة عن مردي الإسلام ، وهذا أشد خطراً وضرراً من مصلحة قتلهم -وهي مصلحة ولا شك- ومبنى هذه المسألة على اعتبار المصالح والمفاسد ومآلات الأفعال ، والمآلات معتبرة في أصل المشروعية^(٣) .

(١) انظر : (ابن عابدين/مجموعة رسائل ابن عابدين/ص٥٦ وما بعدها) .

(٢) (علي الصوا/الحجز المؤقت/مجلة دراسات/ص٥٦) .

(٣) المصدر السابق .

أما مدة الحبس للتهمة:

فقد طرح العلماء فكرة تحديد مدة الحبس للتهمة ، فقسم منهم يرى توقيته بشهر .

يقول ابن فرحون : « وأما تعجيل حبس المتهم للاستبراء والكشف ومدته شهر ، فذلك أيضاً للقاضي »^(١) .

وقال أبو عبد الله الزبيري^(٢) من الشافعية: « يتقدر الحبس بشهر للاستبراء والكشف »^(٣) .

ويرى البعض أنه يقدر بيومين وحتى ثلاثين يوماً .

يقول ابن فرحون أيضاً : « إن كان المدعي متهماً أطال في حبسه خمسة عشر يوماً إلى ثلاثين ، وإن كان غير متهم فاليومين أو نحوهما »^(٤) .

أما المالكية^(٥) والشافعية^(٦) فقالوا : بأنه موقوف على رأي الإمام واجتهاده ، وهذا أشبه^(٧) .

فإن لم تقم عليه بينة وتمادى على حالة واحدة أطلق بعد الشهر^(٨) .

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص١٥٠) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٥) .

(٢) أبو عبد الله الزبيري : هو الزبير بن أحمد بن سليمان ، يصل نسبه إلى الزبير بن العوام ، أحد أئمة الشافعية ، وكان أعمى ، ت قبل ٣٢٠ هـ ، وأرخ الذهبي وفاته ٣١٧ هـ . (ابن قاضي شهبة/ طبقات الشافعية/ ج٢ ص٩٤) .

(٣) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٢٧٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٣٢٢) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٥) .

(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص١٥١) .

(٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٣٢٢) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٥ ، ١٧٦) .

(٦) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٢٧٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٣٢٢) .

(٧) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٢٧٤) .

(٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٣٢٢) .

والصحيح أن ذلك موكول لرأي الإمام ، كلُّ في زمانه ومكانه ؛ فإن له أن يضع نصوصاً محددة يبين فيها كل تهمة وقدّر ما يحبس فيها وغيرها مما يلزم من إجراءات في تحديد المدة .

يقول ابن فرحون : « وحبس من ادعي عليه بحد من الحدود وقام عليه شاهد واحد مقدار ما يرى الحاكم في ذلك من تأجيل المدعي لتكميل النصاب ، وكذلك إن قام عليه شاهدان وبقي النظر في عدالتهما ، فإنه يحبس بقدر ما يجتهد الحاكم للمدعي في تأجيله ، وحبس السارق قدر ما يكشف عن البينة ، وكذلك حبس المتهمين بالجنايات بقدر ما يكشف عن حالهم ، وبقدر ما نسب إليهم من الجرأة في الشر واستحلال ما لا يجوز »^(١) .

والملاحظ أن الحبس طلباً للكشف والبحث كانت تتحكم في مدته عوامل عدة؛ ومنها وسائل الاتصال والمواصلات ، فإن الزمن الذي يتحدث فيه الفقهاء عن حبس لمدة شهر غير الزمن الذي نحن فيه ، فكانوا يطيلون الحبس بغية التوصل إلى أطراف القضية ، وربما كانوا في منطقة نائية عن بلد القاضي ، وربما بغية التوصل إلى شاهد له علاقة بالقضية لا يعلم عن أمره وعن حاله موجود في محله أم مسافر ، بينما في عصرنا الحاضر، صار كل ذلك سهلاً، فبالإمكان أن يصل في يومه من مسافة آلاف الأميال ، وصار بالإمكان الاستعلام عن فلان من الناس إن كان مسافراً خارج البلد أم أنه داخلها ، بمجرد وضع اسمه على جهاز الحاسوب . إلى غير ذلك من وسائل التقنية الحديثة التي تساعد في الحصول على المعلومات المطلوبة ، فالحبس في زمنهم كان مفيداً في إطلاته ، والحبس في زماننا غير مفيد إطلاته ، واتفقنا على أن الحبس بما لا يفيد ممنوع شرعاً . فلزم القول بترك ذلك لولي الأمر المسلم العادل ليضع في كل زمان ما يليق بحاله وفي كل مكان ما يدبر أمره .

وإن من نافلة القول أن نؤكد جواز تمديد الحبس إذا ظهر من الأسباب ما يؤكده ويؤيده .

(١) المصدر السابق .

يقول ابن فرحون : « فإن قويت التهمة بسبب أو لطح^(١) زيد في حبسه »^(٢).

ويقول : « فإن أتى طالب الدم في داخل المدة بسبب قوي سقط هذا الحكم ووجبت الزيادة في حبسه على ما يراه »^(٣).

أما صفة الحبس :

فإن علماء الحنفية تطرقوا إلى صفة الحبس وذكروا له صفات عديدة^(٤) ، إلا أن صفة الحبس يحددها الغرض المقصود من الحبس .

فإن كان مطلوباً إضجار المحبوس ، فنذكر عندها المواصفات التي قالها الحنفية ، وإن كان المطلوب هو التثبيت والتأكد مما نسب إلى المحبوس المتهم ، فلا يصح عندها شيء مما ذكره الحنفية، فقد منعوا الفراش ، ومنعوا دخول الناس عليه إلا لأقاربه وجيرانه ، وغيرها من المواصفات ، معللين ذلك بقولهم : « ليضجر قلبه ويوفي ما عليه »^(٥).

يقول ابن القيم رحمه الله : « اعلم أن الحبس الشرعي ليس هو السجن في مكان ضيق ، وإنما هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه حيث شاء ، سواء كان في بيت أو في مسجد أو كان بتوكيل نفس الغريم أو وكيله عليه وملازمته له »^(٦).

وهذا ما كان عليه الحبس في عهد النبي ﷺ ، فقد كان الحبس في أكثر من موضع ؛ فقد حبس في المسجد وربط الأسير بسارية من سواريه ، وأذن بالزام الغريم

(١) اللطح : ما يرمى به الإنسان . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٣ ص٥١) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٣٢٢) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٦) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص١٥١) .

(٤) انظر : (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ ص٣٧٧، ٣٧٨) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٨)

(داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٦٠، ١٦٣) (الزيلعي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص١٨٢) .

(٥) المراجع السابقة .

(٦) (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص٨٩، ٩٠) ، ومثله عند (ابن الشاط/ إدرار الشروق/ ج٤ ص١٣٥) (ابن

فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٣٠٩) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص١٧٥) .

غريمه كما في حديث الهرماس بن حبيب عن أبيه ، عن جده قال : أتيت النبي ﷺ
بغريم لي . فقال لي : « إلزمه » ثم مر بي آخر النهار فقال : « ما فعل أسيرك يا أخا
بني تميم »^(١) .

وحَبَسَ بالدهلزي^(٢) ، و حَبَسَ بالربط كذلك^(٣) . وفي زمن أبي بكر ، استمر
الحال على ذلك .

أما في زمن عمر رضي الله عنه ، فإنه أرسل نافع بن عبد الحارث وكان عاملاً
لعمر على مكة ليشتري له داراً للسجن بمكة من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم،
واتخذها سجناً ، وهذا الذي يقال له سجن عارم^(٤) .

أما أول من بنى سجناً ، فكان علي رضي الله عنه ، وسمى السجن نافعاً ، ولم
يكن حصيناً ؛ كونه من القصب ، فنقبه اللصوص وانفلتوا منه ، فبنى سجناً من
مدر^(٥) وأسماه مخيساً^(٦) ، وقال فيه شعراً :

(١) (البخاري/ التاريخ الكبير/ ج٨ ص٢٤٧/ ح٢٨٨٤)، (أبو داود/ الأفضية/ باب في الدين هل يحبس به/
ح٣٦٢٩) ، (ابن ماجه/ الصدقات/ باب الحبس في الدين والملزمة/ ح٢٤٢) ، الشوكاني/ نيل الأوطار/
ج٩ ص١٨٢) .

(٢) الدهليز : فارسي معرب ، ما بين الباب والدار ، والجمع الدهاليز . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٥
ص٣٤٩) .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٤ ص١٧٩) (ابن الشاط/ إدرار الشروق/ ج٤ ص١٣٦) (صديق البخاري/
ظفر اللاصي / ص١٧٥) (الزيلعي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص١٧٩) .

(٤) أخرجه البخاري تعليقاً في كتاب الخصومات/ في باب الربط والحبس في الحرم، قال: واشترى نافع بن
عبدالحارث داراً للسجن بمكة من صفوان بن أمية ... الخ . وقد وصله (ابن حجر/ تغليق
التعليق/ ج٣ ص٣٢٦) .

(٥) المدر : قطع الطين اليابس . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٥ ص١٦٢) .

(٦) المخيس : موضع التخيس وهو التذليل . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٦ ص٧٤) .

ألا تراني كيساً مكيساً .: بنيت بعد نافع مخيساً
باباً حصيناً وأميناً كيساً^(١)

المطلب الرابع

الضرب بالتهمة

بعد ذكر الحبس بالتهمة ، يرد السؤال عن مدى جواز الضرب بالتهمة .

وقد اختلف العلماء في جوازه على قولين :

القول الأول : وهو قول الجمهور ؛ بأن الضرب جائز للمتهم^(٢) .

واستدلوا على ذلك بعدة أدلة :

١- أن النبي ﷺ لما أجلى يهود بني النضير من المدينة على أن لهم ما حملت الإبل من أموالهم غير الحلقة^(٣) ، أي: السلاح ، كان لابن أبي الحقيق مالٌ عظيم بلغ مسك ثور^(٤) أي ملء جلد ثور من ذهب وحلي وآنية مصوغة ، فلما فتح رسول الله ﷺ خيبر حاصر الحصن الذي فيه ابن أبي الحقيق ، فنزل فصالح على حقن دماء

(١) (السرخسي/المبسوط/ج٢٠ص٨٨) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٢٧٥/ح٢٦٠٣٤) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج٤ص١٨٠) (البكري/معجم ما استعجم/ج٤ص١١٩) (ابن الهمام/فتح القدير/ج٧ص٢٧٨) (القرطبي/تفسير القرطبي/ج١٠ص١١٢) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٣٠٨) (السيوطي/شرح سنن ابن ماجه/ص١٧٥) (السرخسي/المبسوط/ج٢ص٨٨) (الحدادي/الجوهرة النيرة/ج١ص٢٤٥) .

(٢) انظر : (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج٢ص١٤١، ١٤٢) (ج٢ص١٥١) (الطرابلسي/معين الحكام/ص١٧١) (ابن القيم/الطرق الحكمية/ص٨٨) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص٧٥، ٥٦) (صديق البخاري/ظفر اللاضي/ص١٧٦) (الكافي/إحكام الأحكام/ص٢٧٤) (المارودي/الأحكام السلطانية/ص٢٧٤) (ابن جزري/القوانين الفقهية/ج١ص٢٠٣) (الخرشي/شرح مختصر خليل/ج٨ص٨٢) .

(٣) الحلقة بسكون اللام: السلاح عاماً ، وقيل : هي الدروع خاصة ، وفي حديث صلح خيبر عند أبي داود (٣٠٠٦) : ولرسول الله ﷺ الصفراء والبيضاء والحلقة . وانظر (ابن منظور/لسان العرب/ج١٠/٦٥) .

(٤) المسك : الجلد ، وخص بعضهم به جلد السخلة . (ابن منظور/لسان العرب/ج١٠ص٤٨٦) .

من في حصنهم من المقاتلة والذرية ، على أن يخرجوا بذرارهم ويخلوا بين رسول الله ﷺ وبين ما كان لهم من مال وأرض ، وعلى ترك البيضاء^(١) والصفراء^(٢) والكرع^(٣) ، إلا ثوباً على ظهر إنسان ، فقال رسول الله ﷺ : « وبرئت ذمة الله وذمة رسوله منكم إن كنتموني شيئاً ، فصالحوه على ذلك ، فقال رسول الله ﷺ لكنانة ابن الربيع عم حبي بن أخطب : « ما فعل مسك حبي الذي جاء به من النضير ؟ » فقال : أذهبت النفقات والحروب ، فقال رسول الله ﷺ : « العهد قريب والمال كثير ، أرأيت إن وجدناه عندك أقتلك ؟ قال : نعم . فجاء رجل من اليهود إلى رسول الله ﷺ فقال له : إني رأيت كنانة يطوف بهذه الخربة كل غداة ، فأمر رسول الله ﷺ بالخربة فأخرج منها بعض كتزهم ، ثم سأله عما بقي ، فأبى أن يؤديه ، فأمر به الزبير ابن العوام ، فقال : عذبه حتى تستأصل ما عنده ، وكان الزبير يقده بزند^(٤) في صدره حتى أشرف على نفسه ، ثم دفعه رسول الله ﷺ إلى محمد بن مسلمة ، فضرب عنقه بأخيه محمود بن مسلمة^(٥) .

فدَلَّ ذلك على جواز الضرب لمن اتهم ، وجواز تعذيبه .

٢- وما استدلوا به أن رسول الله ﷺ وجد في بعض غزواته رجلاً ، فاتهمه بأنه جاسوس للعدو ، فعاقبوه حتى أقر^(٦) .

(١) البيضاء : الفضة . (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص ٨٢٢) .

(٢) الصفراء : الذهب للونها . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ٤ ص ٤٦٠) .

(٣) الكراع : اسم يجمع الخيل والسلاح . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ٨ ص ٣٠٧) .

(٤) الزند : العود الذي يقده به النار . (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص ٣٦٤) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص ١١٦) .

(٥) (صحيح ابن حبان/ ج ١ ص ٦٠٧) (سنن البيهقي الكبرى/ ج ٩ ص ١٣٧/ ح ١٨١٦٨) (الميثمي/ موارد الظمان/ ص ٤١٢/ ح ١٦٩٧) (ابن حجر/ فتح الباري/ ج ٧ ص ٤٧٩/ ح ٣٩٧٤) (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج ٨ ص ٢٠٧) (الزبلي/ نصب الراية/ ج ٣ ص ٣٩٩) .

(٦) الغزوة هي غزوة هوازن . (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج ٨ ص ١٥٥) .

والحديث مروى في البخاري ومسلم وأبي داود وأحمد ، إلا أنه ليس في أي منها أنه ضربه .

(ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ٢ ص ١٤٢) (اطفيش/ شرح النيل وشفاء الغليل/ ج ١٧ ص ١٣٥) .

٣- واستدلوا كذلك بقصة ضرب علي رضي الله عنه الجارية التي تسمى بريرة عندما دعاها النبي ﷺ ليسألها في قضية الإفك ، فإنه قام إليها علي رضي الله عنه وضربها ، وجعل يقول : اصدقي رسول الله ﷺ ، فتقول : والله لا أعلم إلا خيراً ، وما كنت أعيب على عائشة ، إلا أنني كنت أعجن العجين فأمرها أن تحفظه فتنام عنه ، فتأتي الشاة فتأكله ، أو الداجن في رواية^(١) .

وهذا من ضرب السياسة ، فضربها لتقر بما عندها^(٢) . وكذلك يجوز ضرب المتهم ليقر بما عنده .

والفريق الثاني : ويرى هذا الفريق منع الضرب للمتهم^(٣) .

وقد قال به أصبغ^(٤) من المالكية ، وعطاء ، ويروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه^(٥) .

واستدلوا على ذلك بعدة أدلة :

١- قوله تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا ﴾^(٦) ، ولو شاء الله لأمر بالسجن

(١) الحديث مروى في الصحاح إلا أن قصة الضرب وردت بصور مختلفة ؛ ففي (مسلم/ التوبة/ باب في حديث الإفك / ح/ ٢٧٧٠) قال : فانتهرها بعض أصحابه ، فقال : اصدقي رسول الله ، حتى أسقطوا لها به ، أي صرحوا .

ورواه الترمذي بالانتهاز كذلك/ تفسير القرآن/ باب من سورة النور/ ح/ ٣١٨٠ (وأحمد/ مسند عائشة/ ح/ ٢٣٧٩٦) (وفي مجمع الزوائد: أنه هدها/ ج/ ٩ ص/ ٢٣٣) .

(٢) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج/ ٢ ص/ ١٤٠) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص/ ١٧١) .

(٣) انظر : (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص/ ٩٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج/ ٢١٥٩) (ميارة الفاسي/ شرح ميارة/ ج/ ٢ ص/ ٢٦٦) .

(٤) أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع ، يكنى أبا عبد الله ، سكن القسطنطينية ، وهو من الطبقة الأولى من المالكية ممن انتهى إليهم فقه مالك ، سمع بمالك فدخل إليه في المدينة فدخلها يوم مات . (ابن فرحون/ الديباج المذهب/ ص/ ٩٧) .

(٥) (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص/ ٩٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج/ ٢ ص/ ١٥٩) .

(٦) (سورة مريم ، آية رقم ٦٤) .

والضرب^(١) . واستدل بهذا عطاء رحمه الله .

٢- أن الضرب خلاف الشرع ، فلم يرد أن النبي ﷺ ضرب أحداً في تهمة ولو وقع لنقل إلينا .

٣- ما يرويه يحيى الغساني^(٢) قال : لما ولاني عمر بن عبد العزيز الموصل قدمتها فوجدتها من أكثر البلاد سرقة ونقباً ، فكتبت إليه أعلمه حال البلد وأسأله : آخذ الناس بالظنة وأضرب على التهمة ، أو آخذهم بالبينة وما جرت عليه السنة ؟ فكتب إلى أن آخذ الناس بالبينة وما جرت عليه السنة ، فإن لم يصلحهم الحق فلا أصلحهم الله . قال يحيى : ففعلت ذلك ، فما خرجت من الموصل حتى كانت من أصلح البلاد وأقلها سرقة ونقباً^(٣) .

والراجع من بين القولين والله أعلم ، قول من قال بجواز الضرب بالتهمة ، لكن بشروط وحدود خاصة ، وترجيح القول الأول إنما هو لقوة الأدلة النقلية الواردة في مجال الخلاف ، ويمكن الاستدلال لهم بما يلي :

١- مما رواه النسائي في سننه ، من أن النعمان بن بشير رضي الله عنه رفع إليه نفر من الكلاعيين : أن حاكة سرقوا متاعاً ، فحبسهم أياماً ثم خلى سبيلهم ، فأتوه فقالوا : خليت سبيل هؤلاء بلا امتحان ولا ضرب ، فقال النعمان : ما شئتم ، إن شئتم أضربهم ، فإن أخرج الله متاعكم فذلك ، وإلا أخذت من ظهوركم مثله .

(١) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٤٥٥/ح٢٧٩٢٦) (مصنف عبد الرزاق/ج٩ص٤٥٢/ح١٧٩٨٣) .

(٢) يحيى الغساني : يحيى بن يحيى قيس بن حارثة بن عمرو بن زيد بن عبد مائة بن الخشخاش الغساني ، أبو عثمان الشامي ، استعمله عمر بن عبد العزيز على قضاء الموصل ، كان عالماً بالفقهاء والقضاء ، كان أبوه على شرطة مروان بن الحكم . وذكره ابن جبان في الثقات ، ت ١٣٣ هـ . (ابن حجر/تهذيب التهذيب/ج١١ص٢٦١) .

(٣) (السيوطي/تاريخ الخلفاء/ص٢٣٧، ٢٣٨) (ابن حجر/تهذيب التهذيب/ج١١ص٢٦١) (الغساني/أخبار وحكايات/ص٣١) (ابن حزم/الإحكام/ج٦ص٢٦٤) (الأصبهاني/حلية الأولياء/ج٥ص٢٧١) .

قالوا : هذا حكمك ، قال : هذا حكم الله عز وجل ورسوله ﷺ (١) .

وهذا النص وإن لم يرد فيه أن النعمان رضي الله عنه ضرب أحداً ، إلا أنه أجازته من حيث المبدأ ؛ فإن أصحاب الحق طلبوا الضرب لعلمهم بجوازه ، وإلا لامتنعوا عن طلبه . وهذا يدل على جواز الضرب .

ثم إن النعمان أخبرهم بأنه إن ضربهم فأخرج الله متاعهم فذاك ، أي أن الذي يتهم بالسرقه فيضرب فيعترف بالسرقه فيخرجها ، لا تبعة على طالب الحق في الضرب الذي طلبه ، مع العلم أنه زائد عن حقه . أما إن ضرب بلا إخراج متاع ، أي بأن يظهر أنه بريء ، فإنه سيأخذ من ظهورهم بالقود مثل ما ضرب به البريء .

ونسب كل ذلك إلى حكم الله عز وجل ورسوله ﷺ .

فإن قيل : إن الضرب لو كان مشروعاً لفعله .

فالجواب عليه أن الضرب قد يكون مشروعاً ويمتنع عن فعله لعدم تحقق شرطه .

ومما يدل على مشروعيته - كما أسلفنا - طلب أصحاب الحق ، ولو كان ممنوعاً لقال لهم إنه مما لم يأذن به الله ورسوله .

وعدم ضربهم له توجيهات متعددة ، ومن أهمها :

أن التهمة كانت موجهة لمجموعة من الناس ، ولم يكن السارق معروفاً أو محدداً من بينهم ، ولإظهار السارق منهم حبسهم . والحبس هنا في تهمة ، فلما تمادوا على حالة واحدة ولم يظهر ما يسمح بمزيد حبس أو ضرب ، منع ضربهم وأخلى سبيلهم . فإن الحبس والضرب وسائل ، فإن لم تحقق غاياتها سقطت بسقوط غايتها .

فإن ظهر ما يزيد في قوة التهمة المنسوبة إليه جاز زيادة حبسه وضربه لإقراره ، كما سبق وأن تقرر .

(١) سبق تخريجه . انظر ص ٢٠٤ .

ومن الأدلة على رأي الجمهور ، ما رواه أنس بن مالك عن رسول الله ﷺ في حديث طويل : « ... فتدب رسول الله ﷺ الناس ، فانطلقوا حتى نزلوا بدرأ ، ووردت عليهم روايا^(١) قريش ، وفيهم غلام أسود لبني الحجاج ، فأخذوه ، 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 ، فإذا قال ذلك ضربوه ، فقال : نعم ، أنا أخبركم هذا أبو سفيان ، فإذا تركوه فسألوه ، فقال : ما لي بأبي سفيان علم ... ورسول الله ﷺ قائم يصلي ، فلما رأى ذلك انصرف ، قال : والذي نفسي بيده ، لتضربوه إذا صدقكم ، وتتركوه إذا كذبكم ... » الحديث^(٢) .

ووجه الدلالة أن الصحابة استخدموا الضرب وسيلة لاستخراج الحق من الخادم ، ومع ذلك لم ينكر النبي ﷺ الضرب ، إلا أنه وجههم أن ضربهم غير ذا فائدة معه ؛ لأنه بالضرب يكذب ، وبدونه يصدق ، والمطلوب الصدق .

٢- أن أدلة الفريق الثاني لا تدل على ما نحن بصدده .

أما العموميات فقلنا سابقاً إنها لا تصلح للاستدلال مع وجود ما يخصها .

وأما أدلة النفي فلا تصلح أن تكون أدلة إثبات ، فقولهم إنه لم يثبت أن النبي ﷺ ضرب أحداً بتهمة ، فهذا ينفي الوقوع ، فلا يصلح لإثبات منع الضرب بالتهمة ، كيف وقد نقل أن النبي ﷺ أذن بالضرب بالتهمة ، كما استدل الفريق الأول ، فلم يبق لدليل النفي حجة ؛ لأنه معارض بدليل إثبات .

أما ما روي عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه ، فإن الذي أراه في هذه الرواية إنما هو لظرف خاص حكم به عمر رضي الله عنه ، وتفصيل ذلك :

(١) روايا : الراوية : الإبل التي يستقى عليها ، أو الحوامل للماء . (ابن منظور/لسان العرب/ ج ١٤ ص ٣٤٦) .

(٢) (مسلم/الجهاد والسير/باب غزوة بدر/ح ١٧٧٩) (أبو داود/الجهاد/باب في الأسير ينال منه ويضرب ويفرر/ح ٢٦٨١) (أحمد/عن أنس/ح ١٢٧٧٣، ١٣٢٩٢) .

أ - أن الإمامة مسؤولية جسيمة وخطيرة ، ومن عرف عواقبها في الدنيا والآخرة حسب لها كل حساب. ومن الأئمة الذين بلغ شعورهم بهذه المسؤولية القمة عمر بن عبد العزيز ، فقد كان من الورع والخوف من الله تعالى لدرجة أنه يخشى أن تناله معرفة من إذنه بمثل هذه التصرفات ، وهو يفعل ذلك اقتداء برسول الله ﷺ ، ولهذا قال الراوي : فكتب إليّ أن آخذ الناس بالبينة وما جرت عليه السنة .

وباستقراء أفعال النبي ﷺ نجد أن هذه هي سنته ﷺ ، ولولا أنه في مقام التشريع ما ضرب أحداً بتهمة ؛ لأنه من الورع بمنازل يفوق فيها سائر خلق الله تعالى ، ولعل فعله ﷺ لم يبلغ عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه ، فقال إنها السنة ، من خلال استقراءه لأحكامه وأفعاله ﷺ .

ب - أن فساد الناس من فساد حكامهم ومن يسوسهم ، فإن سرق الإمام كان الناس أسرق ، وإن خان الأمانة فهم للأمانة أخون ، ولن يصلحهم عندئذ لا ضرب ولا سجن .

أما إن كان الإمام يسير بالناس بالسوية كان قدوة لهم ، وكانوا على خير حال ، فإن جاء بعد أن صلح الحال بالإمام من اتهم بالجرائم وعلم ولي الأمر أنه لا يخرج الحق منه إلا بالضرب ، كان الضرب علاجاً وطريقاً نحو بلوغ المراد .

ولقد جاء سيدنا عمر رضي الله عنه وكان الناس في شر حال بالمقارنة مع عهد النبوة والخلافة الراشدة ، فعلم أن الضرب في الناس غير مصلح بل هو مفسد . وقد سبق القول أن هذه الإجراءات وسائل لا غايات ، تسقط بسقوط مقصودها ، فلما سقط المقصد من الضرب سقط الضرب ذاته .

ولذلك كان رضي الله عنه حريصاً على إصلاح الرعية أولاً بعد أن فسدوا بفساد ولاة أمرهم .

يدلك على ذلك أن توصية عمر رضي الله عنه أتت أكلها ؛ يقول عامله: فما

خرجت من الموصل حتى كانت من أصلح البلاد وأقلها سرقة ونقياً ، فتحقق المقصود دون الضرب ، فما الحاجة للضرب إذاً ، خصوصاً إذا علمنا أن التعذيب والضرب كان سمة من سمات الحكم في العهود السابقة لحكم عمر بن عبد العزيز عدا الخلافة الراشدة والنبوة ، فكيف يأتي ليقرر أمراً حاربه سنوات طوال من خلال معارضته سياسة التعذيب والتنكيل .

ومن هنا ، فإننا نقول : إن زماننا كثر فيه التعذيب والضرب بلا مبرر وبتهمة وبلا تهمة ، وناسب هذا الزمان القول بمنع الضرب ورفعته حتى يصلح حال الناس بإمام عادل .

فإن تحقق الإمام العادل وبقي مع ذلك من يفعل الجرائم فقد أعذر الإمام فيه ، فله أن يضربه وفق الضوابط الشرعية السائغة ، ومنها :

١- أن يكون الضرب هو الوسيلة الوحيدة الموصلة للحق ، أما إن وجدت الوسائل الكفيلة بإيصال الحق والوصول إليه دون ضرب ، فنقرر منع الضرب عندها ، وهذا أيضاً في زماننا ممكن ؛ فإن وسائل الكشف تغيرت وتعددت ، وصار الضرب علامة الجهل والتخلف ، ووجدت وسائل حديثة يعرف من خلالها من فعل الفعل ، ومتى فعله ، وكيف فعله ، ولماذا فعله كذلك ؟ فما الحاجة إلى الضرب بعدها .

٢- أنها حاجة مقيدة في حدود ضيقة ؛ كأن لا يكون الوقت يسمح باستخدام هذه الوسائل الحديثة، وثبت أن في عدم استخدام الوسائل العاجلة كالضرب ما يفوت روحاً أو عضواً أو فائدة عضو ، فعندها يجوز استخدام الضرب ، بل يصبح واجباً . والله تعالى أعلم .

٣- ثم لا بد من تقييد هذا الضرب المسموح بحقوق الأدميين كقتل أو جرح ومال في السرقة ومهر في الزنا . فهذه حقوق عباد مبنية على المشاحة فتستوفى دونها اعتبار لشبهة الضرب .

أما حقوق الله تعالى فمبنية على الدرع والمساحة ، فلا يجوز الضرب فيها؛ لأن الضرب يعتبر بحد ذاته شبهة في إقرار هذه الجرائم . يدل على هذا :

أ- يقول سيدنا عمر رضي الله عنه : « ليس الرجل بأمين على نفسه إن أجمعه أو أخفته أو حبسته »^(١) . فدلّ هذا على منع الضرب في حقوق الله .

فالأقوال المأخوذة تحت الضرب والأذى لا يصح الاحتجاج بها ، كما ذكر العلماء ، وعلى هذا اتفاقهم^(٢) .

ب- ويدل عليه ما قاله عمر بن عبد العزيز : « من أقرّ بعدما ضرب سوطاً واحداً فهو كذاب »^(٣) .

ج- وما روي عن شريح أنه قال : « القيد كره ، والسجن كره ، والوعيد كره »^(٤) .

د- وما روي عن طارق الشامي أنه أتى برجل في سرقة ، فضربه ، فأقر ، فبعث إلى ابن عمر يسأله عن ذلك ، فقال له ابن عمر : « لا تقطعه ، فإنه إنما أقرّ بعد ضربك إياه »^(٥) .

هـ- وما روي عن أبي مجلز أنه قال : « المحنة^(٦) في الصفة أن يوعد ويطلب

(١) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٤٩٣/ح٢٨٣٠٣) (سنن البيهقي الكبرى/ج٧ص٣٥٨/ح١٤٨٨٤)
(مسند الربيع ورواه عن ابن مسعود/ص٣٠١/ح٧٩٥) (مصنف عبد الرزاق/ج٦ص٤١١/
ح١١٤٢٤) .

(٢) انظر : (الشافعي/الأم/ج٣ص٢٤١) (ابن قدامة/المغني/ج٩ص٦٣) .

(٣) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٤٩٣/ح٢٨٣٠٠) .

(٤) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٤٩٣/ح٢٨٣٠٢) (سنن البيهقي الكبرى/ج٧ص٣٥٩/ح١٤٨٨٥)
(مصنف عبد الرزاق/ج٦ص٤١١/ح١١٤٢٣) .

(٥) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٤٩٣/ح٢٨٣٠٦) .

(٦) المحنة : الأختبار ، امتحنته ، أي اختبرته . (الفيروزآبادي/القاموس المحيط/ص١٥٩٢) .

عليه، وإن ضربته سوطاً واحداً فليس اعترافه بشيء» (١).

و- وما روي أن عمر رضي الله عنه أتى بسارق فاعترف ، قال : « أرى يد رجل ما هي بيد سارق » ، فقال الرجل : والله ما أنا بسارق ، ولكنهم تهددونني ، فخلى سبيله ولم يقطعه (٢).

ز- وروي عن الزهري أنه قال : « لا يجوز الاعتراف بعد عقوبة في حد ولا غيره » (٣).

وكل هذه النصوص شاهدة على منع إقامة الحد مع شبهة الحبس أو الضرب أو حتى التهديد . وقد نقل غير واحد من العلماء الاتفاق على منع إقامة الحد إذا أقر الرجل بإكراه (٤).

أما حقوق الأدميين فتثبت مع الضرب والحبس والتهديد ، ولكن بشروطه المشروحة المذكورة سابقاً .

(١) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٤٩٣/ح٢٨٢٩٩).

(٢) (مصنف عبد الرزاق/ج١٠ص١٩٣/ح١٨٧٩٣) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٥٢٠/ح٢٨٥٧٩) (الزيلعي/نصب الراية/ج٤ص٧٧).

(٣) (مصنف عبد الرزاق/ج١٠ص١٩٢/ح١٨٧٨٦).

(٤) انظر : (ابن قدامة/المغني/ج٩ص٦٣) (السرخسي/المبسوط/ج٩ص١٨٤، ١٨٥) (ابن مفلح/الفروع/ج٦ص٤٨١).

الفصل الثالث

أصول المحاكمات الشرعية الجزائية في رفع

الدعوى

يتناول هذا الفصل المرحلة الثانية من مراحل التعامل مع الجرائم الواقعة في المجتمع والمتمثلة في رفع الدعوى الجزائية إلى من له النظر فيها .
ورفع هذه الدعوى يعتبر مدخلاً لعملية التقاضي ، وهي كذلك الطريق الذي يوصل الأمة إلى تحصيل حقها من الجاني ، وهو الذي أقض منسجعها وأقلق أمنها بفعله ما نهى الله تعالى عن فعله .

ويقتضي الحديث عن الدعوى بيان مفهومها ، وذكر أركانها وشروطها ، وبيان أقسامها ، ثم الحديث عن أطراف النزاع في عملية رفع الدعوى ، وهما المدعي والمدعى عليه ، توضيحاً لدورهما ، وبياناً لأحكامهما ، تحصيلاً للأمر على وجه المشروع المقبول .

وقد جاء هذا الفصل موزعاً على أربعة محاور جعلتها مباحث لهذا الفصل .

المبحث الأول : مفهوم الدعوى الجزائية وأقسامها .

المبحث الثاني : أركان وشروط الدعوى الجزائية .

المبحث الثالث : أطراف الدعوى الجزائية .

المبحث الرابع : الادعاء الجزائي في حق الله الخالص والحق المشترك .

المبحث الأول

مفهوم الدعوى الجزائية وأقسامها

في هذا المبحث أتناول تعريف الدعوى الجزائية لغةً واصطلاحاً ، وبيان مشروعيتها ، ثم الحديث عن أقسام الدعوى الجزائية ، والآثار المترتبة عليها .
وبذا يتكون هذا المبحث من مطلبين هما :

المطلب الأول : تعريف الدعوى الجزائية لغة واصطلاحاً وبيان مشروعيتها.

المطلب الثاني : أقسام الدعوى الجزائية والآثار المترتبة عليها .

المطلب الأول

تعريف الدعوى الجزائية لغة واصطلاحاً وبيان مشروعيتها

للدعوى تعريفات متعددة في اللغة ، إلا أن ما يهمننا أنها تعني الطلب والتمني ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وَلَهُمْ مَا يَدْعُونَ ﴾^(١) ، ويقول النبي الكريم ﷺ : « ما بال دعوى الجاهلية »^(٢) ؛ لأنهم كانوا يدعون بها عند الأمر الشديد بعضهم بعضاً ، وهي قولهم : يا لفلان^(٣) .

(١) (سورة يس ، آية رقم ٥٧) .

(٢) (البخاري/ المناقب/ باب ما ينهى من دعوة الجاهلية/ ح٣٥١٨) (مسلم/ البر والصلة والآداب/ باب نصر الأخ ظالماً أو مظلوماً/ ح٢٥٨٤) (الترمذي/ تفسير القرآن/ باب من سورة المنافقين/ ح٣٣١٥) (أحمد/ عن جابر بن عبد الله/ ح١٤٨٠١، ١٤٧٠٩، ١٤٢٢١، ١٤٠٥٨) .

(٣) انظر: (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٤ ص٢٥٩) (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص١٦٥٥) .

ومن معاني الدعوى الزعم ، وهو أن يزعم الإنسان أن له حقاً سواء أكان محقاً أم مبطلاً ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وَقِيلَ هَذَا الَّذِي كُنْتُمْ بِهِ تَدْعُونَ ﴾^(١) ، أي تزعمون و تكذبون^(٢) .

إلا أن هذا المعنى لا يتناسب مع الدعوى الصادقة كما أخبر بذلك الفقهاء ؛ يقول الإمام السرخسي ما نصه : « إلا أن إطلاق اسم المدعي في عرف اللسان يتناول من لا حجة له ولا يتناول من له حجة ، فإن القاضي يسميه مدعياً قبل إقامة البينة ، فأما بعد إقامة البينة يسميه محقاً لا مدعياً ، ويقال لمسلمة مدعي النبوة ، ولا يقال لرسول الله ﷺ يدعي النبوة ؛ لأنه قد أثبتته بالمعجزة ، فعرفنا أن إطلاق الاسم على من لا حجة له عرفاً »^(٣) .

وقد ورد في كتب الفقه تعريف للدعوى بأنها : « قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره »^(٤) . وهذا التعريف أورده الخنيفة . وعند الخنابلة : « إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً »^(٥) .

= ومن معانيها اللغوية : الدعاء ، وهي اسم لما يدعيه الإنسان ، وهي كذلك اسم لما تدعو إليه من طعام أو شراب . وجمع على دعاوى بفتح الواو وكسرهما ، كفتاوى ، وقال البعض : إن الكسر أولى ، وجزم به البعض ، وقال آخرون : قراءتها بالفتح أو الكسر سيان .
واسم فاعله : مدع ، واسم مفعوله : مدعى عليه ، والحق المطلوب : مدعى به ، ونصده : الادعاء .
انظر : (ابن منظور/لسان العرب/ج ١٤ ص ٢٥٩) (الفيروزآبادي/القاموس المحيط/ص ١٦٥٥) (الفراهيدي/العين/ج ٢ ص ٢٢٢) .

(١) (سورة الملك ، آية رقم ٢٧) .

(٢) (ابن منظور/لسان العرب/ج ١٤ ص ٢٦١) (الفراهيدي/العين/ج ٢ ص ٢٢١) .

(٣) (السرخسي/المبسوط/ج ١٧ ص ٢٩) . وانظر : (داماد أفندي/مجمع الأنهر/ج ٢ ص ٢٥٠) .

(٤) (البايرتي/العناية/ج ٨ ص ١٥٢) (ابن الهمام/فتح القدير/ج ٨ ص ١٥٢) (السرخسي/المبسوط/ج ١٧ ص ٢٩) (منلاخسرو/درر الحكام/ج ٢٣٢٩) (ابن عابدين/حاشية ابن عابدين/ج ٥ ص ٥٤١) (داماد أفندي/مجمع الأنهر/ج ٢ ص ٢٤٩) (العبادي/الجوهرة النيرة/ج ٢ ص ٢٠٩) (علي حيدر/درر الحكام/ج ٤ ص ١٧٣) .

(٥) (البهوتي/كشاف القناع/ج ٦ ص ٣٨٤) (المرداوي/الإنصاف/ج ١١ ص ٣٦٩) (ابن قدامة/المغني/ج ١٠ ص ٢٤١) .

ونسبوا هذه التعريفات إلى اللغة ، إلا أن التعريفين الأخيرين ليس لهما ذكر عند أهل اللغة ، بل هو عند أهل المنطق والكلام^(١) .

أما في الشرع والاصطلاح ؛ فإن للدعوى تعريفات متعددة ، سأوردها لئتمكن من الخروج بتعريف للدعوى الجزائية موضوع بحثنا .

١- الدعوى هي : طلب أحدٍ حقه من آخر في حضور المحاكم^(٢) .

وقد قام بعض الفقهاء بوضع تعريف أكثر تفصيلاً لهذا التعريف فقالوا :

طلب أحد حقه حال المنازعة في حضور القاضي أو في المحكمة بلفظ يدل على الجزم ، مضيفاً إياه لنفسه أو إلى موكله^(٣) .

٢- الدعوى قول مقبول يقصد به طلب حقه قبّل غيره ، أو دفعه عن حق نفسه^(٤) .

٣- أنها طلب حق من خصم عند حاكم وإخباره باستحقاقه وطلبه منه^(٥) .

٤- أنها مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته^(٦) .

٥- أنها إخبار عن وجوب حق للمخبر على غيره عند حاكم ليلزمه به^(٧) .

(١) انظر : (الجزائني/التعريفات/ص١٣٩) (القونوي/أنيس الفقهاء/ص٢٤١) (الناوي/التعاريف/ص٣٣٨) .

(٢) (علي حيدر/درر الحكام/ج١ص٧٥/ج٤ص١٧٣/م١٦١٣) .

(٣) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص٢٩١) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج٤ص٢٩٠) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٧ص١٩١) .

(٤) (ابن عابدين/حاشية ابن عابدين/ج٥ص٥٤١) .

(٥) (المرداوي/الإنصاف/ج١١ص٣٦٩) .

(٦) (البابرتي/العناية/ج٧ص٤٣٢/ج٨ص١٥٢) (ابن الهمام/فتح القدير/ج٨ص١٥٢) .

(٧) وهو تعريف الشافعية . انظر : (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج١٠ص٢٨٥) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/

ج٤ص٣٨٦) (الرملي/نهاية المحتاج/ج٨ص٣٣٣) (الخطيب الشربيني/مغني المحتاج/ج٦ص٣٩٩)

(الجلل/حاشية الجمل/ج٥ص٤٠٧) (البجيرمي/حاشية البجيرمي على الخطيب/ج٤ص٤١٢)

(البجيرمي/حاشية البجيرمي على المنهج/ج٤ص٣٩٣) .

- ٦- أنها إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته^(١) .
- ٧- أنها إخبار عن سابق حق أو باطل للمخبر على غيره بمجلس الحكم^(٢) .
- ٨- أنها إخبار خصم باستحقاق شيء معين أو مجهول كوصية ، وإقرار عليه ، أو عنده ، له أو لموكله ، أو توكيله ، أو لله حسبة ، يطلبه منه عند حاكم^(٣) .
- ٩- أنها إخبار يتعدى حكمه لغير قائله ويكون للمخبر فيه نفع^(٤) .
- ١٠- أنها قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله أو حمايته^(٥) .

وبالنظر إلى التعريفات السابقة ، نلاحظ أن قسماً منها لا يكفي أن يكون تعريفاً للدعوى بشكل عام ، فضلاً عن أن يكون تعريفاً للدعوى الجزائية بشكل خاص ، وذلك واضح بالنظر إلى ردود العلماء بعضهم على بعض في ضبط حدود تعريف الدعوى ، وليس هذا مجال بحثنا فليراجع في مكانه^(٦) .

ثم يمكن ملاحظة وجه الشبه بين هذه التعريفات ، مما يدل على اتفاق العلماء في بعض مفردات التعريف واختلافهم في الأخرى ، ويدل على اطلاع العلماء على

(١) وهو تعريف للحنابلة. انظر : (البهوتي/ كشف القناع/ ج٦ ص٣٨٤) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ ص٢٤١) (المرداوي/ ج١١ ص٣٦٩) .

(٢) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١١ ص٢٨٥) .

(٣) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ ص٣٦٩) .

(٤) وهذا التعريف استخلصته من أقوال المالكية في تحديد معنى الدعوى ، إذ يقولون :

« الإقرار والدعوى والشهادة كلها إخبارات ، والفرق بينها أن الإخبار إن كان حكمه يقتصر على قائله فهو الإقرار ، وإن لم يقتصر فيما أن لا يكون للمخبر فيه نفع وهو الشهادة ، أو يكون وهو الدعوى » .

انظر : (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٥ ص٢١٦) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٦ ص٨٦) (عليش/ منح الجليل/ ج٦ ص٤٢٠) .

وقد استخلصت هذا التعريف من هذا النص بعد أن بحث فلم أجد للدعوى عندهم تعريفاً محدداً .

(٥) (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص١٠١) .

(٦) انظر : المرجع السابق .

تعريفات الآخرين والاستفادة منها في ضبط التعريف .

ولعل أشمل تعريف للدعوى بشكل عام هو الأخير من بينها . إلا أن الدعوى الجزائية تحتاج إلى تعريف خاص بها .

وبعد دراسة جوانب الدعوى الجزائية ، أستطيع القول أن الدعوى الجزائية :

(وسيلة طلب حق جزائي عام أو مشترك أمام من وكل إليه النظر فيه).

- أما أنها وسيلة ، فإن الدعوى بذاتها وسيلة ، أما مقصود هذه الوسيلة فهو طلب الحق ، ، وسواء قلت إخبار ، أو قول وما يقوم مقامه ، فإنها كلها وسائل ، والتعبير بالوسائل يشملها وغيرها .

- أما أن مقصدها هو طلب حق ، فإن هذا القيد ضروري ؛ لأنه المقصود من الدعوى ، ولذلك من قال بأن الدعوى إخبار ، ولم يقيد ذلك بطلب الحق ، كان تعريفه ناقصاً ؛ فالإخبار وحده لا يلزم منه مطالبة بحق .

- أما تقييد الحق بالجزائي ، فذلك تفريقاً بين الدعوى الجزائية والدعوى المدنية ، والدعوى في الأحوال الشخصية .

- أما التقييد بالعام والمشارك ، فهو إخراج لما تمحض حقاً لأدمي ، فإنه ليس من الدعوى الجزائية وإنما يدخل في غيرها .

- أما قولي : « أمام من وكل إليه النظر فيه » ؛ أي في الحق ، ووكل إليه : أي أمر تحصيله دون تخصيص بقاضٍ ونحوه ، فقد يكون من وكل إليه الأمر غير القاضي، وإن كان الغالب أنه الذي وكل إليه أمر تحصيل الحقوق ، إلا أن هذا لا يمنع أن يوكل الأمر إلى غيره . ومن الممكن التعذر لمن حدده بلفظ القاضي بأن كل من يوكل إليه أمر النظر في الحقوق هو قاضٍ .

فأقول إنه كلام صحيح ، إلا أن التقييد بمن وكل إليه الأمر أبعد للشبهة أو الالتباس ؛ فإن الأمر قد يوكل لوالي المظالم في بعض الجزائيات ، وقد يوكل للأمير أو والي البلد ، فيكونون جميعاً في سبيل الاستيفاء للحقوق قضاءً وإن لم يتسموا بذلك، فالعبرة في المعاني لا في الألفاظ والمباني.

يقول الإمام زكريا الأنصاري :

« وقوله (يشترط الرفع إلى القاضي) فالقاضي مثل ، فالمحكم كذلك ، والمنصوب للمظالم من جهة الإمام والوزير والمحتسب ونحوهم إذا تضمنت ولاياتهم ذلك »^(١).

ويقول الإمامان قليوبي^(٢) وعميرة^(٣) :

« وقوله (إلى قاضي) ومثله أمير ونحوه ممن يرجى الخلاص على يده ، والمقصود عدم الاستقلال »^(٤). أي الاستقلال باستيفاء الحقوق .

وأوضح عبارة كانت لابن تيمية إذ يقول :

« الدعاوى التي يحكم فيها ولاية الأمور ، سواء سموا قضاة أو ولاية أو تسمى بعضهم في بعض الأوقات ولاية الأحداث أو ولاية المظالم أو غير ذلك من الأسماء العرفية الاصطلاحية ، فإن حكم الله تبارك وتعالى شامل لجميع الخلائق ، وعلى كل من ولي أمر الأمة أو حكم بين اثنين أن يحكم بالعدل والقسط ، وأن يحكم بكتاب الله وسنة رسوله ، وهذا هو الشرع المنزل من عند الله »^(٥).

وقد بحث العلماء الدعوى الجزائية في مباحث متعددة منها :

- دعوى التهمة : وهو أن يدعي فعلٌ محرّم على المطلوب يوجب عقوبته ، مثل قتل أو قطع طريق أو سرقة^(٦).

(١) (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج٤ ص٣٨٦) .

(٢) قليوبي : أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة قليوبي ، أحد أئمة الشافعية ، له حواشٍ وشروح ورسائل ، من مصنفاته : تحفة الراغب ، وفضائل مكة والمدينة وبيت المقدس ، حاشية على جمع الجوامع ، حاشية على شرح الجلال المحلي على منهاج النووي . (الزركلي/ الأعلام/ ج١ ص٨٨) .

(٣) عميرة : شهاب الدين أحمد البرلسي المصري ، الملقب بعميرة ، علامة محقق ، كان فقيهاً أصولياً زاهداً ورعاً حسن الأخلاق، انتهت إليه رئاسة المذهب الشافعي ، له حاشية على شرح جمع الجوامع للسبكي . (عمر كحالة/ معجم المؤلفين/ ج٨ ص١٣) (العكري/ شذرات الذهب/ ج٤ ص٣١٦) .

(٤) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٣٦) .

(٥) (ابن تيمية/ كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية/ ج٣٥ ص٣٨٩) (ابن القيم/ الطرق الحكيمة/ ص٨٢) .

(٦) (ابن القيم/ الطرق الحكيمة/ ص٨٢) .

- دعوى الحسبة : وهو أن يدعي ما ليس له فيه مصلحة خاصة احتساباً
للأجر عند الله تعالى ، ومثله شهادة الحسبة^(١) .

إلا أن دعوى الحسبة ليست مقتصرة على الدعوى الجزائية بالمعنى الذي
ذكرت ، فهي تشمل جملة من الحقوق الخالصة لله تعالى مما لا يدخل في باب
الجزائيات ، كما في الطلاق والرضاع والنكاح وغيرها .

وقبل الحديث في أركان الدعوى وشروطها لا بد من التعرّيج على
مشروعيتها؛ فقد ذكر العلماء أن الادعاء بشكل عام مشروع وثابت بالكتاب والسنة
وإجماع الأمة^(٢) .

والأدلة على مشروعيتها كثيرة ومنها:

- ما رواه البخاري ومسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما ، أن النبي ﷺ
قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين
على المدعى عليه »^(٣) .

والحديث يشير إلى وجود مدع ومدعى عليه ، وطرف ثالث يعطي الحق
لصاحبه ، وبذلك حدد طريقة الحكم وأسلوب القضاء ، و حدد المطلوب من كل
طرف من أطراف القضية ، ويشمل هذا الدعوى في الدماء و في الأموال .

- ومنها ما أخرجه الترمذي في سننه عن عبد الله بن عمرو بن العاص ، أن

(١) المرجع السابق .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ ص١٩٣) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص٢٤٩) (البايرتي/ العناية/
ج٨ ص١٥٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص١٧٠-١٧١) .

(٣) (البخاري/ تفسير القرآن/ باب « إن الذين يشتركون بعهد الله » الآية/ ح٤٥٥٢) (مسلم/ الأفضية/ باب
اليمين على المدعى عليه/ ح١٧١١) (النسائي/ آداب القضاة/ باب عظة الحاكم على اليمين/ ح٥٤٢٥)
(ابن ماجه/ الأحكام/ باب البيعة على المدعي واليمين على المدعى عليه/ ح٢٣٢١) (أحمد/ عن ابن
عباس/ ح٣١٧٨، ٣٢٨٢، ٣٤١٧) (ورواه ابن حبان وأبو عوانة والبيهقي والدارقطني والنسائي في السنن
الكبرى وعبدالرزاق والطبراني وأبو يعلى).

النبي ﷺ قال : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »^(١).

قال العلماء : والمعنى فيه أن جانب المدعي ضعيف ، فدعواه خلاف الأصل ، فكلف الحجة القوية ، وجانب المنكر قوي ، فاكتفي منه بالحجة الضعيفة^(٢).

وقد بين الفقهاء أن المقصود من شرعيتها ليس ذاتها - فهي وسيلة كما ذكرت في تعريفها - بل من حيث انقطاع الخصومة بها ، لما في امتداد الخصومة من الفساد ، والله تعالى لا يحب الفساد^(٣).

وهم بهذا يدللون على مشروعيتها عقلاً ، فإن قطع الخصومة مقصد شرعي ، وتحصيله أمر واجب ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، ويتصور ذلك عند تعيين القضاء طريقاً لرفع الخصومة والخلاف .

المطلب الثاني

أقسام الدعوى الجزائية والآثار المترتبة عليها

قبل الحديث في أقسام الدعوى الجزائية لا بد من الإشارة إلى أن الدعوى بشكل عام تقسم إلى قسمين :

أ - دعوى غير تهمة : وهي كأن يدعي عقداً من بيع أو قرض أو رهن أو ضمان أو غير ذلك ، وهي تتعلق بحق الآدمي الخالص ، ويتبعها أنواع عديدة من

(١) (الترمذي/الأحكام/باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه/ح١٣٤٢، ١٣٤١)
(سنن البيهقي الكبرى/ج١٠ ص ٢٥٢/ح٢٠٩٩٠) (سنن الدارقطني/ج٤ ص ١٥٧/ح٨) (مسند الشافعي/ص ١٩١) (مسند الربيع/ص ٢٣٤/ح٥٩٢) (ابن الملقن/خلاصة البدر المنير/ج٢ ص ٢٨٧/ح٢٣١٩) . (ويوب البخاري له في كتاب الرهن والشهادات وتفسير القرآن) (ومسلم في الأفضية) .
(٢) (الرملي/نهاية المحتاج/ج٨ ص ٣٣٣) (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج١٠ ص ٢٨٦) (الصنعاني/سبل السلام/ج٢ ص ٥٨٨) .

(٣) انظر : (السرخسي/المبسط/ج١٧ ص ٢٨) (البابرتي/العناية على الهداية/ج٨ ص ١٥٢) (علي حيدر/درر الحكام/٤ ص ١٧١) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٧ ص ١٩٢) .

الدعاوى ، كدعوى الدّين ودعوى النسب ودعوى الاستحقاق وغيرها^(١) .

ب- دعوى تهمة : وهي أن يدعي فعل محرم على المطلوب يوجب عقوبة مثل قتل أو قطع طريق أو سرقة أو غير ذلك من صور العدوان .

وهي إما أن تتعلق بما هو من حق الله الخالص ، أو يتعلق بما يتضمن الأمرين^(٢) .

وثمرّة التفريق بين دعوى غير التهمة ودعوى التهمة يظهر من خلال بيان الحق الذي تحميه كل منهما ، فدعوى غير التهمة تحمي حقاً خاصاً للمتخاصمين لا يتعداهم إلى غيرهم ، إلا بصورة غير مباشرة ، أما دعوى التهمة فتحمي حقاً لله أولاً ، ثم حقاً للأدّمين .

وهذا يستتبع جملة من الفروق بينهما ، ومن هذه الفروق كيفية التعامل مع المدعى عليه في مراحل معالجة الواقعة ، وفي تحديد المدعي في كل خصومة ، إذ إن دعوى غير التهمة دوماً يكون المتضرر هو الخصم المواجه للمدعى عليه ، ويمارس حقه في المخاصمة بنفسه أو بوكيله أو بوليّه .

أما في دعوى التهمة فنلاحظ أن المدعي قد يكون شخصاً خارج حدود العلاقة المباشرة بالمصلحة الناتجة عن التقاضي .

وللدعوى الجزائية أقسامٌ متعددة باعتبارات مختلفة .

فمن حيث وجوب سماعها تنقسم إلى :

أولاً : دعوى مسموعة : وهي الصحيحة التي توافرت شروطها^(٣) .

(١) انظر : (الجمال/حاشية الجمل/ج٥ص٤١٦) (ابن الشاط/إدراج الشروق/ج٤ص١٢٠) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٧ص١١٧) (ابن القيم/الطرق الحكمية/ص٨٢) (الزبيلي/نصب الراية/ج٤ص٢٣٤) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص٢٤٢) .

(٢) انظر : (ابن القيم/الطرق الحكمية/ص٨٢) .

(٣) انظر : (عليش/منح الجليل/ج٨ص٣٠٩) (ميّاره الفاسي/شرح ميّاره/ج١ص١٨) (المواق/التاج والإكليل/ج٨ص١٢٠) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص١٥٢، ١٥١) (القراقي/الفروق/ج٤ص١١٥) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص٢٩٢) .

وقد قسمها ابن فرحون إلى قسمين :

١- ما يسمع الحاكم الدعوى به ويمكن المدعي من إقامة البينة على دعواه ، ولا يلزم الحاكم المدعى عليه بالجواب . ومثاله : الدعوى على الصغير والسفيه ؛ إذ إن وليهما هو الذي يجب ، وكذلك وصيهما^(١) .

٢- ما يسمعه الحاكم ويمكن المدعي من إقامة البينة على دعواه ، ويلزم المدعى عليه بالجواب ، وهي الدعوى الصحيحة المستجمعة لشروطها^(٢) .

ثانياً : الدعوى غير المسموعة ، وتنقسم إلى :

١- الدعوى الباطلة : وهي التي لحق الفساد بأصلها لا بوصفها^(٣) ، وهذه الدعوى لا يبنى عليها شيء ، ولا قيمة لها شرعاً ؛ ذلك أن ما يبنى على الباطل باطل .

٢- الدعوى الفاسدة : وهي التي لحق الفساد بوصف من أوصافها^(٤) ، وهي التي اختل شرط من شروطها ، ولا يعود الإخلال بهذا الشرط على أصل الدعوى أو على أحد أركانها ، وبذا يمكن تصحيحها بخلاف الباطلة .

وقد قسم ابن فرحون الدعوى غير المسموعة إلى :

١- ما لا يسمعه الحاكم ولا يلزم المدعي بسبب ما ادعاه شيئاً ، وهي الدعوى التي يكذبها العرف والعادة^(٥) .

وواضح أن السبب في عدم سماع هذه الدعوى اختلال شرط من

(١) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١٥٢، ١٥١) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١٥٢) .

(٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٢٩٢) (القرافي/ الفروق/ ج٤ ص٧٢) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٨ ص١٥٢، ١٥٣) .

(٤) المراجع السابقة .

(٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١٥٢) .

الشروط المتعلقة بركن من أركان الدعوى وهو المحل . وسنأتي على ذكر هذه الشروط فيما بعد بإذن الله تعالى .

٢- ما لا يسمعه الحاكم ولا يقبله ، لكنه يؤدب المدعي بسبب ما ادعاه ، كالدعوى على أهل الدين والصلاح بما لا يليق بهم^(١) .
والحديث هنا عن الدعوى التي تخلو عن البيئة ، فيكون الاتهام مجرداً عن أي دليل ، وهي بهذا قريبة من المثال السابق ؛ لأن العرف والعادة تكذب أن يكون المشتهرون بالعدالة والتقوى محل اتهام ، فإن أثبت اتهامه بالبيئة قُبلت دعواه ، فإنه لا حصانة لأحد في أحكام الشرع كما سيظهر فيما بعد .

وتقسم الدعوى الجزائية كذلك من حيث تأكيد المدعي نسبة الفعل للمتهم إلى:

١- دعوى تحقيق : وهي التي يكون فيها نسبة الفعل للمتهم محققة ومؤكدة من طرف المدعي ، وذلك بأن يقول : أنا متأكد ومتحقق بأنه تعدى أو فعل كذا ، فلا يكون في صيغة الادعاء شك أو ظن^(٢) .

٢- دعوى غير محققة : وهي ما يسميها المالكية دعوى اتهام^(٣) ، فتكون نسبة الفعل للمتهم غير مؤكدة في صيغة الادعاء ، بأن يقول : أنا أتهمه في كذا ، أو أن يكون في صيغة الادعاء شك أو ظن .

أما الآثار المترتبة على الدعوى ، فقد ذكر العلماء جملة من الآثار تترتب على رفع الدعوى ، منه ما يخص الجزائية ، والآخر يشمل كل دعوى .

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١٥٢) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص٤٣٧) .

(٢) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ ص١٥٤/ ج٦ ص١٥٥) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ ص١٤٤)

(عليش/ فتح العلي الملك/ ج٢ ص١٨٥) .

(٣) المراجع السابقة .

١- وجوب الجواب على المدعى عليه^(١) . وهذا يشترك فيه كل نوع من الدعاوى .

وقالوا : إن قطع الخصومة والمنازعة واجب ، ولا يمكن قطع الخصومة والمنازعة إلا بالجواب ، فكان واجبا^(٢) .

٢- وجوب السؤال من الحاكم^(٣) لينكشف له وجه الحكم ، وهو ما يعني بدء إجراءات السلطة القضائية نحو القضية المرفوعة كشفاً وبحثاً ؛ لأن القضاء بالعدل طريقه الكشف والبحث ، فلا يكتفى بما يقوله الخصم على خصمه ، بل لا بد من البحث عن كل ما يساعد في إحقاق الحق وإزهاق الباطل .

وهذا السؤال من الحاكم لا يعني إيجاب شيء للمدعي على المدعى عليه ؛ لأن القاعدة تقول : « الأصل أن المدعي لا يعطى شيئاً بمجرد الدعوى »^(٤) ، لقوله ﷺ : « لو يعطى الناس بدعواهم لذهب دماء قوم وأموالهم ... » الحديث^(٥) ، فتكون الدعوى هي بداية الطريق نحو الوصول إلى الحق .

وهذا الأثر يشمل (الدعويين) المدنية والجزائية على حد سواء .

٣- أما في الجرائم والجنايات ، فإن للدعوى أثراً خاصاً ، ذلك أن الدعوى إذا احتضت بقرينة تدل على صدق المدعي وكان الجرم من الحدود التي لا عفو ولا إسقاط فيها ، جاز للقاضي أن يجبس المدعى عليه أو يمنعه من المغادرة للمدينة أو البلد حتى يأتي المدعي على دعواه بما يثبت ، ومثله القصاص .

يقول الإمام ابن فرحون : « إذا ترفع رجلان إلى القاضي ، فقال أحدهما :

(١) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٦ص٢٢٤) (زكريا الأنصاري/شرح البهجة/ج٥ص٢٣٢) .

(٢) المرجعين السابقين .

(٣) (البابوتي/العناية/ج٨ص١٦٧) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج٤ص٢٩٤) .

(٤) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٣ص٢١٦) (الباجي/المنتقى/ج٥ص٢٠٤) (المرداوي/الإنصاف/ج٩

ص٤٥٢) (السرخسي/المبسوط/ج٧ص٦٦/ج١٧ص٢٩) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج٤ص٣٢٨

(العبادي/الجوهرة النيرة/ج٢ص٢١٦) .

(٥) سبق تخريجه ، انظر ص١٦٩ .

قال لي هذا : يا زانٍ ، وأنكر الآخر ، فإن كان المدعى عليه ممن هو أهل أن يقول هذا القول ، سجنه القاضي حتى يقيم الآخر البينة» (١).

وهذا الأثر وإن كان في بعض الحالات يميزه بعض الفقهاء في الدعوى المدنية ، إلا أنه يرد في العقوبات بصورة أكثر وضوحاً ، وباتفاق أكثر بين الفقهاء على جوازه ، نظراً لخطورتها وجسامة أثرها على المجتمع .

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٣٥) .

المبحث الثاني

أركان وشروط الدعوى الجزائرية

بعد الحديث عن مفهوم الدعوى الجزائرية وبيان أقسامها ، يأتي الحديث عن أركان وشروط هذه الدعوى .

وقد تتعلق هذه الشروط بذات الدعوى ، وقد تتعلق بأطرافها ، ولا بد من توضيح وبيان ما اشترطه الفقهاء في الدعوى الجزائرية .

وقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين .

المطلب الأول : أركان الدعوى الجزائرية .

المطلب الثاني : شروط الدعوى الجزائرية .

المطلب الأول

أركان الدعوى الجزائرية

أما أركان الدعوى الجزائرية ، فإن تفصيلها كالاتي :

أما عند الجمهور ، فلم يصرحوا بأركان الدعوى ، إلا أن المتبع لمصنفاتهم يلحظ قيام الدعوى على أربعة أركان :

١- المدعي .

٢- المدعى عليه .

٣- المدعى به .

٤- القول الصادر عن المدعي^(١) .

(١) انظر : (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص٢٤١) (المواق/التاج والإكليل/ج٨ص٢٥٢، ٢٥٣) (قليوبي

وعميرة/حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص٣٣٥، ٣٣٦) (الجملة/حاشية الجملة/ج٥ص٤٠٧، ٤٠٨) .

ويمكن استخلاص هذه الأركان من كل أنواع المعاملات ، طرفين وعمل وصيغة .

وأما الحنفية فقد صرحوا بأركان الدعوى ، فقالوا :
إذا قال الرجل : لي على فلان أو قبل فلان كذا ، فقد تم الركن^(١) .
وقالوا : الركن هو إضافة الحق إلى نفسه ، أو من ناب منابه عند النزاع^(٢) .
وقالوا كذلك : الركن هو ما يقوم بالشيء ، والدعوى إنما تقوم بإضافة المدعي
إلى نفسه ، فكان ركناً^(٣) .

وقالوا كذلك : ركنها إضافة الشيء مطلقاً^(٤) .
وخلاصة أقوالهم : أن الركن هو الصيغة الدالة على إرادة رفع الدعوى ؛ لأن
أقوالهم كلها تستلزم ذلك .

والذي أراه أن الخلاف في تحديد أركان الدعوى شكلي لا حقيقي ، كما هو
شأن اختلاف الحنفية مع الجمهور في أركان سائر المعاملات ، فهي عندهم الصيغة ،
وهي ما يدل على الإرادة ، وعند الجمهور طرفان ومحل وصيغة .
فالقول بالصيغة يستلزم طرفين ومحلاً ولفظاً ، وإلا فلا يتم الركن عند الحنفية
ولا عند الجمهور .

فالمدعي هو الذي يقول القول ، ولولاه لما كان القول ، وكذا كل ما يقوم مقام
القول .

والمدعى عليه هو الذي يتوجه عليه القول ، أو مقصود القول ، وهو طلب الحق .
والمحل وهو ما يتناوله القول ويقصد تعلق المطالبة به .

واللفظ أو ما يقوم مقامه هو الدال على إرادة ذلك كله ، وإلا فلا تنشأ
الدعوى بالنيات المجردة عن الأقوال .

(١) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ ص٢٢٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ ص١٩١) (منلاخسرو/ درر
الحكام/ ج٢ ص٣٢٩) .

(٢) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ ص٥٤٣) (منلاخسرو/ درر الحكام/ ج٢ ص٣٢٩) .

(٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص١٧١) .

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ ص١٩١) .

المطلب الثاني

شروط الدعوى الجزائية

والشروط التي ذكرها العلماء متعددة ، ويمكن تصنيفها إلى نوعين :

- ١- شروط تتعلق بالدعوى .
 - ٢- شروط تتعلق بأطراف الدعوى .
- وتفصيل هذه الشروط كما يلي :

أولاً : ما يشترط في الدعوى :

فقد اشترط العلماء جملة من الشروط ، وتفصيلها كما يلي :

- ١- أن يكون المدعى به معلوماً ؛ لأن الشهادة بالمجهول والقضاء به أمر متعذر^(١) .
وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء . فلو أن أحدهم قال لمن ينظر في
الدعوى : أدعي على فلان جريمة فيها حد أو تعزير ولا أعلمها ، لم تقبل دعواه
حتى يكون المدعى فيه معلوماً .
أو كأن يقول : فلان سبني أو شتمني أو قذفني ، فلا بد من تحديد اللفظ الذي
شتمه به حتى يتميز عن غيره من الألفاظ ، إذ ليس كل سب وشتم يوجب الحد^(٢) .
وقد اتفق الفقهاء على أن شرط المعلوماتية يقتضي تفصيل ما يدعيه المدعي ،
بأن يذكر هل كان القتل عن عمد أو عن خطأ أو شبه عمد أو انفراد أو شراكة ، وأنه

(١) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج١٧ ص٦٣) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ ص٢٢٢) (القرافي/
الفروق/ ج٤ ص٧٢) (الزيلي/ تبيين الحقائق/ ج٤ ص٢٩١) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ ص٤٦٠) (علي
حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص١٧٩) (ابن رجب/ القواعد/ ص٢٣٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١
ص١٤٥) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ ص٢٧٢) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص١٢١) (زكريا
الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٣٩٠) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص٢٩٣-٢٩٤) (مبارة الفاسي/
شرح مباره/ ج١ ص١٧) .

(٢) انظر : (ابن الشاط/ إدرار الشروق/ ج٤ ص١١٥) .

إذا لم يفصل فإن القاضي يسأله مستفهماً . وليس هذا من قبيل التلقين ؛ لأن التلقين هو أن يقول له : قل إنه عمد أو خطأ أو شبه عمد ، وإنما الاستفهام هنا هو بقوله : هل كان القتل خطأ أم عمداً أم شبه عمد . فليس فيه شيء من التلقين^(١) .

ومثله في السرقة ، فإنه يشترط ذكر القيمة ليعلم أنه بلغ النصاب أم لا^(٢) .
وسبب اشتراط هذا التفصيل في مثل هذه الجرائم :

« أن الفائم بالقتل ونحوه من الجنایات لا يعوض ، وقد يحكم بشيء لا يمكن رده بعد الحكم . ولأن الأحكام الصادرة في هذه الدعاوى تتعلق بالأسس التي جاء الإسلام لحفظها ، وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال ، فلا يجوز التهاون في أمرها ، ثم إن هذه الأمور تدفع بالشبهات وعدم التفصيل في دعاوها يورث شبهة فلا تقبل »^(٣) .

ولعل السؤال الذي يرد هنا أن الشاهد حسبة هل يطلب منه مثل هذا التفصيل؟

فلو شهد أن فلاناً قتل ، فهل يشترط حتى يقبل قوله أن يبين أن القتل كان عن عمد أو خطأ أو شبه عمد ؟

ولعل العلماء لم يجيبوا على هذا السؤال ؛ ذلك أن الشهادة ليست داخلية في ضمن الدعوى كما سنبين فيما بعد ، وإنما هي تابعة لباب الشهادة .

والذي يظهر أن الادعاء يقتضي أن المدعي وهو المتضرر المباشر من الجريمة يجب أن يكون على علم بماهية الاعتداء ، ذلك أنه الذي وقع الاعتداء عليه ، ولذلك طلب منه بيان تفصيل ما يدعيه .

أما شاهد الحسبة فإنه لا يشهد لخالص حقه ، وليس هو الذي وقع عليه الجرم

(١) انظر : (المهتني/ تحفة المحتاج/ ج٩ ص٤٧) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٥ ص٣٧٨) (زكريا

الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٩٦) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ ص١٩٧) .

(٣) (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص٣٦٤) .

حتى يُسأل عن كل هذه التفصيلات ، ولذا أرى أن القاضي يسمع شهادة الشاهد ثم يتحقق ، فإن وجد أن اعتداءً على حق الله قد وقع ، سعى في إزالته وتحصيل حق الله من الفاعل ، وإن لم يجد فلا شيء على الشاهد ، إلا أن يثبت أنه مُعرضٌ بشهادته ، فله أن يعززه ويؤدبه بما يليق .

٢- كون الدعوى محتملة الثبوت ^(١) :

أي أن لا يكون الادعاء فيما يكذبه الحس ^(٢) .

وقالوا : لا تسمع الدعوى بقتل أو غيره على جمع لا يتصور وقوعه منهم ؛ لأنه دعوى محال ، فإن أمكن تصور وقوعه منهم سمعت ^(٣) .

وضربوا لذلك أمثلة ؛ منها قول الإمام العز : « كما لو ادعى السوقة ^(٤) على الخليفة أنه استأجره لكنس داره وسياسة دوابه » ^(٥) .

فيرى أنها لا تسمع ؛ لأن الحس يكذبها .

إلا أن فريقاً من الشافعية ضرب مثلاً شبيهاً به ، وأثبت له حكماً مخالفاً ، فقالوا : « لو ادعى دعوى يشهد الظاهر بكذبها ، مثل أن ادعى كئاس على قاضٍ أنه استأجره لكنس داره تسمع » ^(٦) .

والذي يمكن بيانه في هذا الشرط عدة أمور :

منها أن المدعي إذا ادعى ما يستحيل حصوله عقلاً فلا تسمع دعواه ؛ لأن في

(١) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٦ص٢٢٤) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص١٠٧) (العز/قواعد الأحكام/ج٢ص١٢٥)
(ابن القيم/الطرق الحكيمة/ص٩٦) (المواق/التاج والإكليل/ج٧ص٣٠٩) (زكريا الأنصاري/أسنى الطالب/
ج٤ص٩٦) .

(٢) (زكريا الأنصاري/أسنى الطالب/ج٤ص٣٩١) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص١٤٨) (البيهوتي/
شرح منتهى الإرادات/ج٣ص٣٣١) .

(٣) (زكريا الأنصاري/أسنى الطالب/ج٤ص٩٦) .

(٤) السوقة : من الناس ، الرعية ، ويقصد بهم عامة الناس . (ابن منظور/لسان العرب/ج١٠ص١٧٠) .

(٥) (العز/قواعد الأحكام/ج٢ص١٢٥) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص١٧٩) .

(٦) (الحطيب الشرييني/مغني المحتاج/ج٦ص٤٠٧) (الزرکشي/المنثور في القواعد/ج٣ص٦٠، ٦١) .

سماح مثله عبث ؛ كأن يدعي إنسان أن فلاناً الثابت وجوده في مكان بعيد عن مكان الجرم قد قام بارتكاب هذا الجرم ، فإن العقل يجزم باستحالة وجود الإنسان في مكانين مختلفين وفي زمان واحد .

ومثله كذلك ما يستحيل حصوله عادةً ، فلا تسمع دعواه فيها ؛ لأنه ضرب من العبث ؛ كادعاء أحد على آخر أنه زنا البارحة بامرأة وهي قد ثبت موتها قبل عام ، فالعادة تحيل ذلك فلا يقبل إدعاؤه ، وإن كان العقل لا يكذبه لاحتماله ، إلا أن العادة تمنعه .

ومن الأمثلة التي ضربها العلماء : إذا جرح شخص آخر ثم شفي المجرع من جرحه تماماً وعاش مدة ثم توفي ، فادعى ورثته بأنه من الجائر أن يكون مورثهم مات بتأثير الجرح ، فلا تسمع دعواهم^(١) .

ثم يتدرج من له النظر في الدعوى في تحديد قدر احتمالية حصول ذلك ، فإن كان مما قارب هذه المستحيلات فلا ينظر فيه ، وإن ابتعد عنها جاز له النظر فيها وسماعها ، وقد قال العلماء : « لا عبرة بالتوهم »^(٢) .

ومما يناسب هذا المقام القول أن من أراد أن يسمح بالادعاء فيما يكذبه الظاهر، وجب أن يضبط ذلك من جهة العقوبة لمن يظهر كذبه . فإن كان الإذن بسماع الدعوى خوفاً من حصول هذا الممكن مع ظهور كذبه ، فإنه وجب الاحتياط له بتشديد العقوبة على من يظهر كذبه ؛ لأن فتح باب التداعي لا يحسن فعله ، فكان ضبطه بما ذكرت .

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج١ ص٧٤) .

(٢) (البارتي/ العناية/ ج٥ ص٢٨٣) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج١ ص١٩٠) (ابن الممام/ فتح القدير/ ج٥ ص٢٨٣) (جمعية المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص٢٥/ م٧٤) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج١ ص٧٣) .

٣- عدم التناقض في الدعوى^(١) :

كأن يسبق منه ما يناقض دعواه لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه^(٢)، فقالوا: كل قولين متناقضين صدرا من المدعي عند الحاكم فإن أمكن التوفيق قبل وإلا لم يقبل ، كما إذا صدر من الشهود ، وكل ما أثر في قبح الشهادة أثر في منع استماع الدعوى^(٣) .

ومثال التناقض في الدعوى الجزائية : لو ادعى على شخص انفراده بالقتل ، ثم ادعى على آخر الشركة أو الانفراد في ذات الجريمة ، لم تسمع الثانية ؛ لأن الأولى تكذبها^(٤) .

وقد وسع الشافعية من شرط منع التناقض ، فقالوا : بأن الفرع إذا ناقض أصله بما ادعاه فدعواه لا تسمع .

وقالوا : كل من كان فرعاً لغيره لم تسمع دعواه بما يكذب أصله .

فمنه : لو ثبت إقرار رجل بأنه من ولد العباس بن عبد المطلب ، ومات ، فادعى ولده أنه من نسل علي بن أبي طالب ، لم تسمع دعواه^(٥) .

وقد جعلها الشافعية قاعدة عندهم ، مما يعني انطباقها على كل أنواع الدعاوى^(٦) .

(١) (السرخسي/المبسوط/ج٩ص١٩١، ١٩٢) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٦ص٢٢٣) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ ج١ص١٨٨) (المرادوي/الإنصاف/ج١٠ص١٤٢) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٢ص٢٩٤) (المخطاب/ مواهب الجليل/ج٦ص٢٢١) (الرحياني/مطالب أولي النهى/ج٦ص٥٠٧) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص١٧٩) (الخرشي/شرح مختصر خليل/ج٦ص١٠٠) .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٧ص٤١) .

(٤) (قليوبي وعميرة/حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص١٦٥) (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج٩ص٤٩) .

(٥) (السيوطي/الأشبه والنظائر/ص٥٠٧) (الرملي/فتاوى الرملي/ج٢ص٢٤٣) .

(٦) انظر : (السيوطي/الأشبه والنظائر/ص٥٠٧) .

٤- أن لا تكون الدعوى مما سبق بها حكم حاكم^(١) :

فإذا ثبت أن ذات القضية مرفوعة سابقاً أمام القضاء ، وقد صدر بها حكم من القاضي ، فلا يصح أن يرفع دعوى ثانية على ذات الأمر ، إلا أن يكون المدعي يطالب بنقض الحكم السابق وإعادة المحاكمة ، فهذا يبحث في الفصل الخامس عند الحديث عن إبرام الأحكام القضائية ونقضها .

وقد يكون مثله كذلك منع الاستماع للدعوى إذا كانت مرفوعة في ذات الوقت عند قاضٍ آخر ، وعلم القاضي الثاني بذلك ، فلا يستمع للدعوى ؛ كونها مرفوعة إلى جهة مختصة فيمتنع عليه الحكم فيها .

٥- أن تكون الدعوى في مجلس القضاء^(٢) :

لأن الدعوى خارجه قد لا يقصد منها إرادة المخاصمة .

واشترط العلماء ذلك يفترض أن المدعي إذا أخبر القاضي بدعواه خارج مجلس العقد لا تسمع حتى يكون ذلك في مجلسه ، حتى وإن كان يقصد حقيقة المخاصمة ورفع الدعوى .

وفي زماننا الحاضر صار متعارفاً أن الدعوى لا بد أن ترفع في المحكمة ، ولا تقبل خارجها، وهو إجراء تنظيمي ؛ لأن الدعوى تسجل ، ولا يقبل تسجيل خارج المحكمة .

وذكر الفقهاء أنه يجوز تخصيص القاضي بمكان وزمان واختصاص وأشخاص، وعندها يمتنع تجاوز هذا الاختصاص ؛ لأنه خارج الاختصاص لا يكون قاضياً . فإذا

(١) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٣٩١) .

(٢) (الزليعي/تبيين الحقائق/ج٤ص٢٩٠، ٢٩١) (ابن الهمام/فتح القدير/ج٨ص١٥٣) (المرداوي/الإنصاف/ج١١ص٣٦٩) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٣٨٦) (قليوبي وعميرة/حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص٣٣٦) (الرحياني/مطالب أولي النهى/ج٦ص٥٠٢) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص١٧٩) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص١٢٢) (المرتضى/البحر الزخار/ج٦ص١٣٢) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٦ص٢٢٢) .

رفع دعوى مدنية أمام محكمة جزائية فلا يصح ، وكذا الدعوى الجزائية أمام قاض يحكم في الأحوال الشخصية .

ويقول الإمام زكريا الأنصاري :

« وأن تكون صادرة في محل عمل الحاكم »^(١) ؛ حتى تكون له ولاية فيها^(٢) .

٦- ألا تكون الدعوى في حق من حقوق الله تعالى^(٣) :

فإن كانت في حق من حقوقه سبحانه فلا تسمع الدعوى ؛ كالزنا وشرب

الخمير .

وسأتي على بيان هذا الشرط في مبحث الادعاء الجزائي في حق الله الخالص

والحق المشترك ؛ لكون الخلاف قد حصل بين العلماء فيه .

ولا يتوهم أنه لا سبيل إلى تحصيل حق الله تعالى ، بل هناك ما يسمى بشهادة

الحسبة ، ولها تفصيل في المباحث القادمة ، وهي أقوى في تحصيل حق الله تعالى من

الدعوى .

٧- شرط المصلحة فيما يدعيه المدعي :

وهذا يعني أن الذي يطالب به المدعي يشترط أن يكون مصلحة مشروعة ،

وشرط المصلحة في الدعوى الجزائية يقتضي أمرين :

أ - أن يكون المدعى به مصلحة ، سواء أكانت مصلحة مادية أم معنوية ، ما

دام أنها تنفيذ في حفظ الأركان الخمسة : الدين والعقل والنفس والنسل

والمال .

ب - أن تكون هذه المصلحة محمية من قبل الشارع ، بأن يكون قد رتب جزاء

(١) (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج٤ ص٣٩١) . حيث يقول : « وشرطها - أي الدعوى - أن تكون

غير مناقضة لما قبلها ، وأن تكون جازمة ... وأن تكون صادرة في محل عمل الحاكم ، وأن تكون في غير حدود الله تعالى » .

(٢) (الدمياطي/ إعانة الطالبين/ ج٣ ص٣١٨) .

(٣) (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج٤ ص٣٩١) . وانظر تفصيل هذا الشرط في : المبحث الرابع .

مؤيداً لها^(١).

وهذا الشرط وإن لم يصرح الفقهاء بذكره ، إلا أنه مفهوم من نصوصهم .
وسياتي الحديث عن هذه النصوص في مبحث الادعاء الجزائي في حق الله الخالص
والحقوق المشتركة .

٨- اشتراط عدم التقادم :

هذا الشرط من الشروط المختلف فيها . ولييان آراء العلماء فيه أبداً بما تم
الاتفاق عليه:

أ - اتفقوا على أن حق الآدمي لا يشترط في تحصيله هذا الشرط ، وصاغوا
قاعدة فقهية تنص على أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان^(٢) .

وورد في رسالة سيدنا عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه
أن « الحق قديم لا يبطله شيء »^(٣) .

ب - اتفقوا على أن كل الحقوق لا يؤثر التقادم على الإقرار بها .

فلو أن مرتكب حد لله تعالى جاء يقرّ على نفسه بعد مدة طويلة من الزمن ،
فإن التقادم لا يؤثر على إقراره ؛ لأنه لا شبهة في تقادم الزمن بحقه ، وإنما الشبهة إذا
شهد غيره^(٤) .

(١) انظر : (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص ٣٠٣) .

(٢) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج ٢ ص ٣٣٧) (علي حيدر/ درر الحكماء/ ج ٤ ص ٣٣٧) .

(٣) انظر : (سنن البيهقي الكبرى/ ج ١٠ ص ١١٩ ، ١٥٠ ، ١٥٩ ، ٢٠١٥٩ ، ٢٠٣٢٤) (سنن الدارقطني/ ج ٤
ص ٢٠٦/ ج ١٥ ، ١٦) .

وقد ورد عن القاضي شريح قوله : « الحق جديد لا يبطله طول الترك » . انظر : (مصنف ابن أبي
شيبه/ ج ٤ ص ٥٥٣/ ج ٥٥٣) (٢٣٠٧٣) .

وقد يعني أن القديم من الحق جديد ، فكما أن الجديد لا يبطل بالترك ، فكذلك الحق فإنه لا يبطل
بالترك ، أو كأن الحق يتجدد فهو وإن كان قديماً ، إلا أنه يعامل كالجديد .

(٤) انظر : (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج ٥ ص ٤٢٠) (علي حيدر/ درر الحكماء/ ج ٤ ص ٣١٨)
(السرخسي/ المبسوط/ ج ٩ ص ٩٧) (الزليعي/ تبيين الحقائق/ ج ٣ ص ١٨٧) .

ولم يخالف في هذا سوى الإمام زفر ، فقال : لا يقبل إقراره^(١) .
ج - اتفقوا أن حق الديانة لا يبطله التقادم^(٢) ، فإن الإثم يلحق بفاعل المنكر حتى ولو لحقه التقادم فأبطل الشهادة عليه .

أما الخلاف الذي حصل بين العلماء ، فكان في الدعوى أو الشهادة التي يشهد بها إنسان على آخر ، بما يوجب عقوبة ، ورفعت هذه الدعوى أو الشهادة بعد مرور زمن طويل على حصول الفعل .

وقد جاءت أقوال العلماء باتجاهين :

الفريق الأول : يرى هذا الفريق أن الدعوى والشهادة لا تسمع في حال تقادم الزمان إن تعلقت بمحدود الله تعالى^(٣) .

إلا إذا كان التأخير لعذر ، كمرض أو بُعد مسافة أو سفر ، فلا يكون التقادم مانعاً^(٤) .
وقالوا : إنه إذا كان الحد حد السرقة ، فيقضى بالمال لا بالحد ، وإن كان زناً فيقضى بالصداق لا بالحد كذلك ؛ لأنها من حقوق العباد فلا يلحقها التقادم^(٥) .
واستثنوا حد القذف ؛ لأن فيه حق العبد ، وفيه دفع العار عنه^(٦) .
وهذا هو قول الحنفية وبعض الشافعية^(٧) .

(١) (الزيلي/ تبين الحقائق/ ج٣ ص١٨٧) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٩٧) .

(٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٣١٩) .

(٣) (الزيلي/ تبين الحقائق/ ج٣ ص١٨٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص٢١، ٢٢) (الجمال/ حاشية الجملة/ ج٥ ص ١٠٣) (الشافعي/ الأم/ ج٧ ص١٣٠) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٩٧، ١٧١، ١٧٦، ١٤٢) .

(٤) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٤٧) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ ص١١٦/ ج٥ ص٤٢٠) .

(٥) (الشافعي/ الأم/ ج٧ ص١٣٠) .

(٦) انظر : (الميرغيباني/ الهداية/ ج٢ ص١٠٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص٣٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ ص٣١) (البابرتي/ العناية/ ج٥ ص٢٨٠) .

(٧) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٣١٩) (الزيلي/ تبين الحقائق/ ج٣ ص١٨٧) (السرخسي/ المبسوط/

ج٩ ص٩٧، ١٧١، ١٧٦، ١٤٢) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ ص٣١، ١١٦/ ج٣ ص١٠/ ج٥

ص٤٢٠) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٥ ص٢٧٨) (العبادي/ الجوهرة النيرة/ ج٢ ص١٥٣، ١٥٤) (ابن

نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص٢١، ٢٢) (الجمال/ حاشية الجملة/ ج٥ ص١٠٣) (الحموي/ غمز عيون

البصائر/ ج٢ ص٣٣٨) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٤٧) .

ثم قرروا كذلك أن شاهد الحسبة إذا أّخر شهادته بلا عذر يفسق ولا تقبل شهادته^(١) .

ومدة التقادم عند الحنفية إن كانت دعوى في الحدود خمس عشرة سنة^(٢) ،
وشأنها في ذلك شأن دعوى الحقوق الخالصة للآدمي ، وتعتبر فيها السنة القمرية
العربية وليست السنة الشمسية^(٣) .

أما إن كانت شهادة في حق الله الخالص كشرب الخمر والزنى بالرضا ، فمدة
التقادم فيه تختلف بحسب الجرم ، فإن لم يكن شرب خمر ، فرأي الحنفية في مدته على
قولين :

الأول : ستة أشهر^(٤) .

الثاني : أنه شهر واحد . وهو الراجح عند الحنفية^(٥) .

وهذا مع الأخذ بعين الاعتبار الشروط الواجب توافرها ليعمل التقادم عمله .

أما إن كان شرب خمر ، فاختلّفوا في مدة التقادم فيه على قولين كذلك :

فيرى أبو حنيفة وأبو يوسف^(٦) : أن الحد هو بزوال الرائحة .

(١) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ ص٤٢٥) .

(٢) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ ص٣٣٧) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٣١٩) (ابن عابدين/

حاشية ابن عابدين/ ج٥ ص٤١٩) .

(٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٢٩٧) .

(٤) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٥ ص٢٨٢) .

(٥) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ ص٤٣) (الزليعي/ تبين الحقائق/ ج٣ ص١٨٧) (ابن الهمام/ فتح

القدير/ ج٥ ص٢٨٢) .

(٦) أبو يوسف : يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن حبّيش بن سعد بن بجير بن معاوية الأنصاري الكوفي ،

وسعد بن بجير له صحبة . ولد أبو يوسف سنة ١١٣هـ ، صحب أبا حنيفة سبعة عشر عاماً ، ثم أصبح

قاضي القضاة ووزير الرشيد ، وزميله في حجه ، توفي ١٨٢هـ . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٨

ص٥٣٥) .

وعند محمد بن الحسن^(١) : أن الحد إنما هو بمضي مدة الشهر ، كما في بقية الحدود^(٢) .

وقال الإمام محمد مستدلاً لرأيه : إن التأخير يتحقق بمضي الزمن ، والرائحة قد تكون من غيره ، كما قال الشاعر :

يقولون لي أنكه شربت مدامة^(٣) . : فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا^(٤)

أما أبو حنيفة وأبو يوسف فيُستدل لهما بقول ابن مسعود فيمن شرب الخمر : « تلتلوه^(٥) ومزمزوه^(٦) ، ثم استنكهوه ، فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه »^(٧) .

وعن عمر رضي الله عنه أنه أتى برجل قد شرب الخمر بعدما ذهب رائحتها واعترف به ، فقررته ولم يحده^(٨) .

وقالوا : إن مقام الأثر من أقوى دلائله على الشرب ، فيقدر به بخلاف غيره

(١) محمد بن الحسن : أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني ، مولى لبني شيبان ، حضر مجلس أبي حنيفة سنين ، ثم تفقه على أبي يوسف ، وصف الكتب الكثيرة ، ونشر علم أبي حنيفة ، قال الشافعي : حملت من علم محمد بن الحسن وقر بعير . مات بالرّي سنة ١٨٧ هـ هو والكسائي ، فقال الرشيد : دفنت الفقه والعربية بالرّي .

(الشيرازي/طبقات الفقهاء/ص١٤٢) .

(٢) (ابن الهمام/فتح القدير/ج٥ص٢٨٢) (ابن عابدين/حاشية ابن عابدين/ج٤ص٤٣) (الزليعي/تبيين الحقائق/ج٣ص١٨٨، ١٩٦) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص٣٠) .

(٣) المدامة : الخمر ، لإدامتها في الدن زماناً حتى سكنت بعدما فارقت . (ابن منظور/لسان العرب/ج١٢ص٢١٤) .

(٤) (الزليعي/تبيين الحقائق/ج٣ص١٩٧) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص٣٠) .

(٥) تلتلوه : وروي ترتروه ، ومعنى الكلمتين : التحريك ، أي حركوه ليستنكه هل يوجد منه ربح الخمر أم لا . (ابن منظور/لسان العرب/ج٤ص٩١) .

(٦) مزمزوه : أن يحرك تحريكاً عنيفاً لعله يفتيق من سكره ويصحو وليعلم شربها أم لا . (ابن منظور/لسان العرب/ج٥ص٤١٠) .

(٧) (الزليعي/تبيين الحقائق/ج٣ص١٩٧) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص٣٠) (ابن عابدين/حاشية ابن عابدين/ج٤ص٤٣) (ابن الهمام/فتح القدير/ج٥ص٢٨٢) .

(٨) المراجع السابقة .

من الحدود لعدم الأثر فيها ، فيتعذر اعتباره ، والرائحة يشترط وجودها عند التحمل حتى لو أخذوه وريحها يوجد فيه ، ثم انقطعت قبل أن يتتهوا به إلى الإمام لبعده مسافة ، فإن الحد يجب ^(١) .

وقرروا كذلك أنه لا يقبل إقراره واعترافه وهو سكران ، للأثر المروي عن عمر رضي الله عنه .

ومذهب الحنفية هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أنهم صححوا قول محمد من جهة المعنى، وقالوا : «الحاصل أن المذهب قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، ألا أن قول محمد أرجح من جهة المعنى» ^(٢) .
أما شروط إعمال التقادم فعديدة ومنها :

١- أن يتم ترك الدعوى أو الشهادة مدة التقادم ^(٣) ؛ فلو ادعى في أثناء المدة لا يمنع ، بل تسمع دعواه ثانياً ما لم يكن بين الأولى والثانية هذه المدة ^(٤) .

وخالف في ذلك بعض الحنفية فقالوا : «بل يكفي رفعها مرة واحدة ، فإن لم يفصل القاضي الدعوى ، ومضت المدة المزبورة ^(٥) تسمع ؛ لأنه صدق عليه أنه لم يتركها عند القاضي» ^(٦) .

٢- واشتروا لها أن تكون في مجلس القضاء ، فلو ادعى مراراً خارج القضاء ، ثم رفع بعد مدة التقادم ، لا تسمع دعواه ^(٧) .

أما أدلة هذا الفريق على قوله فأجملها فيما يلي :

١- بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : «أبما قوم شهدوا

(١) المراجع السابقة .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ٢٨ ، ٣٠) .

(٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج ٥ ص ٤٢١) .

(٤) المرجع السابق .

(٥) المزبورة : المكتوبة . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ٤ ص ٣١٥) .

(٦) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج ٥ ص ٤٢١) .

(٧) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج ٥ ص ٤٢١) .

على حدّ لم يشهدوا عند حضرة ذلك، فإنما شهدوا على ضغن، فلا شهادة لهم»^(١).
 وقالوا: المراد الحدود التي هي محض حق الله تعالى، والشهادة عليها بطريق
 الحسبة من غير أن تنبني على خصومة في الحد، كالزنا والسرقه وشرب الخمر، وأما
 حد القذف فالشهادة عليه تنبني على الدعوى والخصومة في الحد، فلا يمتنع قبولها
 بتقادم العهد^(٢).

٢- واستدل الحنفية بالأثر السابق على الإجماع؛ لعدم المنكر^(٣).

٣- واستدلوا بالمعقول كذلك، ووجهه أن التأخير والحالة هذه يورث تهمة،
 ولا شهادة للتهمة على لسان رسول الله ﷺ. وقالوا: إن الشاهد إذا عاين الجريمة
 فهو مخير بين أداء الشهادة حسبه لله تعالى؛ لقوله عز وجل: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾^(٤)
 وبين التستر على أخيه المسلم؛ لقوله ﷺ: «من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه
 في الآخرة»^(٥)، فلما لم يشهد على فور المعاينة حتى تقادم العهد، دل ذلك على
 اختياره جهة الستر، فإذا شهد بعد ذلك دل على أن الضغينة حملته على هذه
 الشهادة فلا تقبل^(٦).

الفريق الثاني: يرى هذا الفريق أن التقادم لا يؤثر في الادعاء أو الشهادة في

(١) (الشافعي/الأم/ج٧ص١٣٠) (سنن البيهقي الكبرى/ج١٠ص١٥٩/ح٢٠٣٨٤، وقال: فيه انقطاع)
 (مصنف عبد الرزاق/ج٧ص٤٣٢/ح١٣٧٦٠).

(٢) (السرخسي/المبسوط/ج٩ص١٣٩) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٧ص٤٦).

(٣) المرجعين السابقين.

(٤) (سورة الطلاق، آية رقم ٢).

(٥) (مسلم/الذكر والدعاء/باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر/ح٢٦٩٩) (أبو داود/
 الأدب/باب باب في المعونة للمسلم/ح٤٩٤٦) (ابن ماجه/المقدمة/باب فضل العلماء والحث على
 طلب العلم/ح٢٢٥) (الترمذي/البر والصلة/باب ما جاء في السترة على المسلم/ح١٩٣٠) (أحمد/عن
 أبي هريرة/ح٧٣٧٩).

(٦) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٧ص٤٦).

حدود الله تعالى . وهو قول الجمهور من مالكية وشافعية وحنابلة وزيدية ، وهو قول ابن أبي ليلى^(١) (٢) .

فقال المالكية : لا يسقط الحد بالتوبة ولا بصلاح الحال ولا بطول الزمان^(٣) .
وقال الشافعية : لا يشترط في الشهادة قرب عهد الزنا ، بل تقبل الشهادة به وإن تطاول الزمان^(٤) .

وقال الحنابلة : تقبل الشهادة بحد قديم على الصحيح ؛ لأنها شهادة بحق ، فجازت مع تقادم الزمان^(٥) .

واستدلوا على هذا القول بما يلي :

١- بعموم الآيات التي توجب الحدود ، وقالوا : إنه حق يثبت على الفور ، ويثبت بالبينة بعد تطاول الزمان كسائر الحقوق^(٦) .

وأما ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فقالوا : إنه مرسل ، ومرسل غير قوي .

٢- أن التأخير عن الشهادة بالحد يجوز أن يكون لعذر أو غيبة ، والحد لا

(١) ابن أبي ليلى : أبو عيسى عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري الكوفي ، وقيل : أبو محمد ، ولد في خلافة الصديق ، وقيل في خلافة عمر . استعمله الحجاج على القضاء ثم عزله وضربه ليسب أبا تراب رضي الله عنه ، كان يعلم القرآن ، وله في بيته مصاحف ، فما يتفرق الدارسون عنه إلا لطعام ، توفي سنة ٨٢ هـ . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٤ ص٢٦٢) .

(٢) زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٣٢ (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص٤٢٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٢٤٧) (الشافعي/ الأم/ ج٧ ص١٣٠) (البهوتي/ شرح منتهى الإرادات/ ج٣ ص٥٧٧) (ابن مفلح/ الأداب الشرعية/ ج١ ص٢٥٨) (الرحياني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ ص٥٩٤) (المرتضى/ البحر الزخار/ ج٦ ص١٩٢ ، ١٥٩/ ج٤ ص٢١١) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ ص٧٠) .

(٣) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص٤٢٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٢٤٧) .

(٤) زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٣٢) .

(٥) (الرحياني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ ص٥٩٤) .

(٦) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ ص٧٠) .

يسقط بمطلق الاحتمال ، فإنه لو سقط بكل احتمال لم يجب الحد أصلاً^(١) .

٣- إن الشهادة إنما صارت حجة باعتبار وصف الصدق ، وتقادم العهد لا يجل بالصدق ، فلا يخرج من أن يكون حجة كالإقرار وحقوق العباد^(٢) .

خلاصة القول حول هذا الشرط :

إن موضع الخلاف في هذه المسألة هو حالة التقادم التي تعتري شهادة الحسبة أو الادعاء في حقوق الله الخالصة أو الحقوق المشتركة التي ليس لها ولي من الأدميين . وما عدا ذلك من الجزائيات فالاتفاق حاصل بين الفريقين فيه . فالادعاء في حقوق العباد لا يمنعه التقادم ، والإقرار لا يبطله التقادم في جميع الحقوق .

والصورة المختلف فيها في الشهادة أن يتأخر الشاهد مدة التقادم بلا مبرر وبدون عذر حتى يخرج الوقت ثم يأتي ليشهد بعد ذلك ؛ كأن يطلع على شرب خمر فعله فلان من الناس أو حادثة زنى ثم لم يشهد ، وبعد مرور وقت كان يكفيه أن يأتي للحاكم ولكنه لم يفعل حينها ، ثم جاء ليشهد بالحد أمام القاضي ، فما هو الدافع وراء شهادته في هذا الوقت بالذات ؟

فهو إما أنه جاء ليشهد حفاظاً على حق الله أو لحظ في نفسه ؛ فلو أنه جاء ليشهد لحق الله لكان السؤال الموجه إليه : ولماذا حصل التأخير ؟ فلو كان مقصده حق الله لبادر للشهادة على الفور ، فبقي أنه فعلها لحظ نفسه ، ومثل هذه الشهادة لا تقبل .

ويؤيد ذلك قول عمر رضي الله عنه ، ويؤيده أيضاً أن الأصل أن جانب شاهد الحسبة قزي ؛ لأن حظ النفس عنده ضعيف إن لم يكن منعداً ، ولأجل ذلك اعتبرت منه الشهادة .

أما في هذه الحالة فقد صار حظ نفس الشاهد قوياً ، فلا تعتبر شهادة الحسبة

(١) (ابن قدامة/المغني/ج٩ ص٧٠) .

(٢) المرجع السابق .

منه لقوة الشبهة في قوله ، وحقوق الله تعالى لا تقام مع الشبهة ، أما إن ادعى بحق الله تعالى وجاء على دعواه بالعدد اللازم من الشهود ، فعندها تقبل دعواه مهما طال الزمان ؛ لأن إخبار المدعي لا تؤثر الشبهة في قبوله ، بخلاف الشهادة . أما منع الحنفية لسماع الدعوى بعد مرور وقت معين فهو بناءً على تقييد ولي الأمر ، فإن كان تعليلهم ذلك في الأموال الحفاظ على استقرار التعاملات بين الناس ، فإن استقرارها في الجزائيات إنما هو بتحصيلها لا بإسقاطها .

ثانياً : شروط أطراف الدعوى الجزائية :

اشترط العلماء والفقهاء في أطراف الدعوى الجزائية عدة شروط ، وهي كما يلي :

١- التكليف ، ويقصد به البلوغ والعقل :

ويختلف الحكم إن كان مجنوناً عنه لو كان صبياً ، على التفصيل الآتي :
فإن كان مجنوناً فقد منع الفقهاء أن يكون المجنون طرفاً في الدعوى الجزائية من حيث الأصل ، إلا أنهم اختلفوا في تفصيلات ادعاء المجنون والادعاء عليه .
ومما اتفقوا عليه أن لا يكون المدعى عليه مجنوناً . فاشترطوا في المدعى عليه أن يكون عاقلاً باتفاق الفقهاء^(١) .

أما في حالة أن يكون مدعياً ، فالجمهور على منعه أيضاً ، أي اشترطوا العقل في الادعاء^(٢) .

(١) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٦ص٢٢٢) (مناخسرو/درر الحكام/ج٢ص٣٣٠) (المرداوي/الإنصاف/ج١١ص٣٧١/ج١٠ص١٤٢) (البهوتي/كشاف القناع/ج٦ص٣٨٤) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٩٦) (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج٩ص٤٩) (الرملي/نهاية المحتاج/ج٧ص٣٨٨) (الصاوي/حاشية الصاوي/ج٤ص٢٨١) (قليوبي وعميرة/حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص١٦٤) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٧ص١٩١) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص١٧٩) .

(٢) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٦ص٢٢٢) (ابن مفلح/الفروع/ج٦ص٤٧) (المرداوي/الإنصاف/ج١١ص٣٧١) (البهوتي/كشاف القناع/ج٦ص٣٨٤) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٩٦) (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج٩ص٤٩) (الرملي/نهاية المحتاج/ج٧ص٣٨٨) (الخطيب الشربيني/مغني المحتاج/ج٦ص٣١٠) .

وخالف المالكية ، فلم يشترطوا في المدعي أن يكون رشيداً أو بالغاً^(١) .
والرشيد ضد السفه ، ولم يفرقوا بين الدعوى الجزائية والدعوى المدنية ، إلا أن
أصولهم تقتضي منع سماع الدعوى في الجزائيات من المجنون .
أما غير المميز ، فلا تصح منه الدعوى ، سواء أكان مدعياً أم كان مدعىً عليه ،
باتفاق العلماء بما فيهم المالكية^(٢) . وهذا شامل لكل أنواع الدعاوى .
أما الصبي المميز ، فالجمهور على أنه لا يصح رفع الدعوى لا منه ولا عليه^(٣) ،
من حيث الأصل ، وأجاز الحنفية سماع الدعوى عليه^(٤) ، دون سماعها منه .
وأجاز المالكية سماع الدعوى منه^(٥) ، دون سماعها عليه .
وأجاز الشافعية^(٦) و الحنابلة^(٧) . في حالة واحدة أن يكون الصبي أو المجنون
مدعىً عليه ، وهي ما إذا كان للمدعي بينة ثابتة ، فتقبل دعواه عليهما ، فقال
الحنابلة :

(١) (الصاوي/ حاشية الصاوي/ ج٤ ص٢٨٦) .

(٢) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ ص٢٢٢) (المرادوي/ الإنصاف/ ج١١ ص٣٧١) (البهوتي/ كشف
القناع/ ج٦ ص٣٨٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج٤ ص٩٦) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩
ص٤٩) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٣ ص٣١٢) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٤ ص٢) (علي
حيدر/ درر الحكام/ ج٢ ص٣٣٠، ٦٩١/ ج٤ ص١٧٩م/ ٩٧٢م، ١٦١٦) . (الصاوي/ حاشية الصاوي/
ج٤ ص٢٨٦)

(٣) (المرادوي/ الإنصاف/ ج١١ ص٣٧١) (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج٤ ص٩٦) (الهيتمي/ تحفة
المحتاج/ ج٩ ص٤٩) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٧ ص٣٨٨) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦
ص٣١٠) (البهوتي/ كشف القناع/ ج٦ ص٣٨٤) .

(٤) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٣ ص٣١٤) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٤ ص٢) (علي حيدر/ درر
الحكام/ ج٢ ص٣٣٠، ٦٩١/ ج٤ ص١٧٩م/ ٩٧٢م، ١٦١٦) .

(٥) (الصاوي/ حاشية الصاوي/ ج٤ ص٢٨٦) .

(٦) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٠٩) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٥ ص٣٥٤/ ج١٠
ص١٦٤) .

(٧) (المرادوي/ الإنصاف/ ج١١ ص٢٩٨) .

« وإن ادعى على غائب أو مستتر في البلد أو ميت أو صبي أو مجنون وله بيعة، سمعها الحاكم وحكم بها ، وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب ، وليس تقدم الإنكار هنا شرطاً ، ولو فرض إقراره فهو مقرب له لثبوته بالبيعة . قال في الترغيب وغيره : لا تفتقر البيعة إلى جحود»^(١).

وهم بذلك يفرقون بين الدعوى الثابتة بالبيعة القاطعة والدعوى التي تفتقر إلى ذلك .

فهم يرون أن البيعة الثابتة لا تحتاج إلى تحليف المدعى عليه وأخذ أقواله وحجته ، ولو كانت تحتاج لما سمحوا بذلك ؛ لأنها لا تقبل من الصبي والمجنون ، فهما كالغائب الذي لا يفهم قوله ولا يقبل ، فلما كانت البيعة الثابتة لا تحتاج إلى أي جهد من المدعى عليه لكونها ثابتة ، كانت كافية ، وتغني عن قولهما وتسد مكانه ، ولذلك قالوا : إنه كالمقر على نفسه لوجود البيعة.

وأوجبوا على المدعي في هذه الحالة أن يحلف يميناً يسمونها يمين استظهار ، وهي يمين مقوية لبيئته ، ولا ينقض الحكم بدونها ، فيحلف أنه صادق في دعواه^(٢) .

٢- أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه معلوماً معيناً^(٣) :

فلو قال المدعي : لي على أحد من أهل القرية الفلانية أو على ناس من أهلها حق بدون تعيين المدعى عليه ، لا تصح دعواه ، ويلزم عليه تعيين المدعى عليه .

ذلك أن فائدة الدعوى الإلزام والحكم فيما إذا ثبتت الدعوى بأحد أسباب الحكم ، والحال إذا كان المدعى عليه مجهولاً فلا يتحقق الإشهاد والإلزام^(٤) .

(١) (المرداوي/الإنصاف/ج١١ص٢٩٨) .

(٢) (الخطيب الشريبي/مغني المحتاج/ج٦ص٣١٠) .

(٣) (ابن قدامة/المغني/ج٨ص٣٨٣) (ابن مفلح/الفرع/ج٦ص٥٢٥) (ابن الهمام/فتح القدير/ج١٠

ص٣٨٧) (زكريا الأنصاري/أسنى الطالب/ج٤ص٩٦) (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج٩ص٤٨) (علي

حيدر/درر الحكام/ج٤ص١٧٩) (الخطيب الشريبي/مغني المحتاج/ج٥ص٣٧٨) .

(٤) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص١٨١/١٦١٧م) .

وضربوا مثلاً كذلك فقالوا : لو ادعى ولي القتل على خمسة أشخاص قائلاً
أن اثنين من هؤلاء قد أطلقا بندقية وأصابا إحدى الرصاصات مورثي ، وقد قتل
من نتيجة ذلك ، إلا أنني أجهل من منهما أطلق الرصاص ، وأجهل رصاصة من التي
أصابا المقتول ، فلا تسمع دعواه وشهوده على ذلك^(١) .

إلا أن بعض الحنابلة استثنى من هذا الشرط القتل ، فلو أنه قال : يحتمل من
قتل أبي أحد هؤلاء الخمسة ، أنه يسمع للحاجة ، لوقوعه كثيراً^(٢) . إلا أن المذهب
هو اشتراط العلم والتعيين .

ولا يلزمه لتحقيق هذا الشرط أن يكون عالماً باسم المدعى عليه ، فلذلك لا
تبطل بجهله باسم المدعى عليه^(٣) ، فلو عرفه بأوصافه أو بالشهود لجهله بالاسم
صحت دعواه .

وقد تكون الدعوى على أكثر من واحد ، وقد تكون على عشرة أشخاص ،
وربما تكون على عموم أهل القرية ، أو عموم أهل المدينة ، إذا اشتركوا في جرم في
حالات معينة^(٤) .

٣- أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه ملتزماً^(٥) :

ومعنى ذلك : أن يكون ملتزماً بأحكام الشريعة ، وهذا ينطبق على المسلم
وعلى الذمي وعلى المستامن .

يقول في مغني المحتاج : « أن يكون مكلفاً ملتزماً للأحكام »^(٦) .

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٤١٨/ ١٦١٧م) .

(٢) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ ص٤٦١) .

(٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٤١٨/ ١٦١٦م) .

(٤) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٤١٨/ ١٦١٦م/ وأحال للمادة ١٦٤٤) .

(٥) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٣٩١) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص٢٩٣) .

(٦) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٣١٠) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١٠ ص٢٩١) (زكريا

الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٣٩١) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩ ص٤٩) .

ويقول في نهاية المحتاج : « والمعاهد والذمي ملتزمان ببعض الأحكام »^(١) .
وبذا لا يشترط أن يكون مسلماً ، وإنما ملتزماً بأحكام الإسلام .

٤- أن يكون المدعى عليه حاضراً^(٢) :

وحضوره بنفسه أو وكيله أو وليه أو وصيه أو المتولي .

وهذا الشرط عند بعض العلماء دون البعض الآخر ، وسيكون موضع بحثه في
مبحث المدعى عليه القادم إن شاء الله تعالى .

هذه جملة الشروط التي اشترطها الفقهاء في طرفي الدعوى ، وقد تركت بعضاً
منها ؛ لأنه لا يدخل في باب الدعوى الجزائية^(٣) .

أما اشتراط العقل والبلوغ في الدعوى فهو منطبق على الدعوى الجزائية ،
وبشكل أكثر فعالية ، فالصحيح أنه لا تقبل دعوى المجنون والصبي في الأمور الجزائية
ولا الدعوى عليه ؛ « فإن أفعال الصبي والمجنون مهملة »^(٤) .

فإن كان كلام الصبي والمجنون لا يقبل فيما لا تبعة فيه ، فكيف يقبل فيما فيه
تبعة قد تصل إلى الرجم أو السجن أو الجلد .

أما إن كانت الدعوى من طرف وليهما أو وصيهما أو وكيلهما فيجوز ،
والقاعدة تقول : « كل فعل يمكن الصبي فعله فلا يفعله الولي عنه »^(٥) .

وكل فعل لا يمكن الصبي فعله ، فللولي أو الوصي فعله .
أما استثناء الشافعية والحنابلة حالة امتلاك المدعي بينة قاطعة ثابتة على الصبي

(١) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٧ ص٣٨٨) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩ ص٤٩) .

(٢) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ ص٢٢٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص١٧٩، ١٨٢) .

(٣) ومنها أن يكون المدعى عليه منكراً ، وهذا عند الشافعية ، وقالوا : لا تقبل الدعوى إن كان مقراً ،
وهذا لا يتصور في الجزائية ، فلو ادعى إنسان على آخر بالسرقة ، فأقر السارق ، فإن الدعوى تسمع
والسارق يقطع .

انظر هذا الشرط : (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج٤ ص٣١٦، ٣٩١) .

(٤) (ابن الشاطئ/ إدرار الشروق/ ج ص١٢٦) .

(٥) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٢ ص٤٨٢) .

أو المجنون، فلم يوضحوا منع ذلك حال كونه مدعياً ، وإلا فالعلة واحدة ، فإن امتلك بيته ثابتة فإنه لا يحتاج إلى كلام أو تصرف من الصغير أو المجنون ، وتكون دلالتها على صدق دعواه قاطعة .

أما في الدعوى الجزائية فلا تقبل دعواه ولا الدعوى عليه ، وإنما يفعله عنهما من يقوم مقامهما ، وهذا يحفظ لهما حقهما سواء أكانا طالبين أم مطلوبين ، فحفظ الحقوق مقرر ، لكن طريقه بغير ادعاء الصغير والمجنون أو الادعاء عليهما .
ثم لا بد من مراعاة كون الحق لله تعالى أو حقاً مشتركاً ، فإن حقوق الله تعالى تدرأ بالشبهة ، ولا شبهة أكبر من كلام المجنون والصبي .

٥- شرط الصفة :

«وهو يعني أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه ذا شأن في القضية التي أثرت حولها الدعوى ، وليس المقصود أي شأن ، وإلا فإن كل فرد في الأمة له شأن في كل قضية من قضاياها ، وخصوصاً في مثل مجتمع الدولة الإسلامية ، حيث المسلمون كالبنيان يشد بعضه بعضاً ، وإنما المقصود شأن-يعترف به-المشروع ، ويراها كافيّاً لتحويل المدعي حق الادعاء ، ولتكليف المدعى عليه بالجواب والمخاصمة»^(١) .
وهذا الشرط وإن لم ينص عليه الفقهاء بهذه الصورة ، إلا أنه مفهوم من نصوصهم وأقوالهم ، وسيأتي بيان المقصود بهذا الشرط عند الحديث عن الادعاء الجزائي في حق الله الخالص والحق المشترك ، حيث إن للدعوى الجزائية ما يميزها في هذا الجانب عن غيرها .

(١) (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص ٢٧٨) .

المبحث الثالث

أطراف الدعوى الجزائية

للدعوى الجزائية طرفان ، وهما المدعي والمدعى عليه ، ومن الضرورة بمكان الاطلاع على كيفية تمييز العلماء بين الطرفين ، وذلك لاختلاف أحكام كل واحد منهما عن الآخر ، حتى إذا تميزا كان الحديث عن المدعى عليه جزائياً ، وذلك لمعرفة مدى سريان النصوص الجزائية على الأشخاص ، لمعرفة جواز رفع الدعوى والحكم على الغائب في الجزائيات .

وقد جاء هذا المبحث مقسماً إلى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : التفريق بين المدعي والمدعى عليه .

المطلب الثاني : المدعى عليه جزائياً .

المطلب الثالث : التوكيل بالخصومة .

المطلب الأول

التفريق بين المدعي والمدعى عليه

يُعرف علماء الشريعة المدعي والمدعى عليه تعريفات متعددة ، ومقصدهم من هذه التعريفات في الأساس هو توضيح الفارق بين المدعي والمدعى عليه .

ذلك أن معرفة الفرق بينهما من أهم ما تبنى عليه مسائل الدعوى^(١) . بل إن

من العلماء من جعل علم القضاء دائراً على معرفة المدعي من المدعى عليه^(٢) .

واستدلوا على ضرورة معرفتهما بقول رسول الله ﷺ : « البينة على المدعي ،

(١) (الزبلي/ تبين الحقائق/ ج٥ ص١٤٠) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ ص١٩٣) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١٤٠) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص٥٣) .

واليمين على من أنكر»^(١)؛ فقالوا : لا بد من معرفتهما^(٢)؛ لأن الحديث نص على المغايرة بينهما^(٣)، وهذا يقتضي معرفة ما يميز كل منهما عن الآخر .
ويذكر أن القاضي شريح^(٤) كان يقول : ولت القضاء وعندني أني لا أعجز عن معرفة ما يتخاصم إليّ فيه ، فأول ما ارتفع إليّ خصمان أشكل عليّ من أمرهما من المدعي ومن المدعى عليه .
ويعلق ابن فرحون على ذلك بقوله : « وبهذه الوجوه وما أشبهها صعب علم القضاء ودق »^(٥) .

والفائدة من تمييز المدعي عن المدعى عليه تظهر في أن لكل واحد منهما طريقاً خاصاً بإثبات ما يدافع عنه ، فإن الشارع جعل عبء إثبات الدعوى بالبينة على المدعي ، وعبء دفعها باليمين على المدعى عليه ، وهذا الدفع في حقيقة أمره إثبات لما يدافع عنه ويكافح عنه المدعى عليه ، فكلا الطرفين يثبت بينته شيئاً ، وعلى كل واحد منهما عبء في إثبات ما يقوله .

والعبء الأول أثقل من العبء الثاني، فلو أخطأ القاضي في التمييز بينهما لحل المطلوب بالعبء الأخف وهو المدعى عليه بعبء أثقل مما جعله عليه الشارع ، فيكون ظلماً كبيراً ؛ لأنه حكم بما لم يأمر به الله^(٦) .
وقد اختلف الفقهاء في كيفية ضبط الفارق بينهما ، وهم متفقون في الوقت نفسه على ما يلزم كل واحد منهما .

(١) سبق تحريجه . انظر ص ٢٣١ .

(٢) (البابرتي/ العناية / ج ٨ ص ١٥٣) .

(٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج ١٧ ص ٢٩) .

(٤) القاضي شريح : هو أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم ، ويقال : شريح بن شراحيل ، ويقال له : له صحبة ولم يصح ، بل هو عن أسلم في حياة النبي ﷺ ، ولاء عمر قضاء الكوفة ، ويقال له قاضي المصريين ؛ لأنه قضى بالبصرة والكوفة . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج ٤ ص ١٠٠) .

(٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ١٤٢) .

(٦) (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص ١٧٦) .

فعلى المدعي البينة إذا أنكر المدعى عليه ، وأن على المدعى عليه اليمين إذا لم تقم البينة^(١) .

وقبل البدء بذكر أقوال العلماء في التفريق بينهما ، لا بد من الإشارة إلى أن تفريقهم يشمل الدعوى الجزائية والدعوى المدنية ، إلا أنهم كانوا أقرب إلى الدعوى المدنية في التمييز ، وهذا ملحوظ في كيفية تفريقهم بينهما ، وواضح من الأمثلة المطروحة في توضيح كل فرق من الفروق .

وسيكون الاقتصار في الرد على ما له علاقة بالدعوى الجزائية دون غيرها .
وفيما يأتي بعض تعريفات العلماء لكل من المدعي والمدعى عليه ، ومن خلالها يتضح الفرق بينهما :

١- أن المدعي من إذا سكت ترك ، والمدعى عليه من إذا سكت لم يترك .
وعبر عنها البعض بقوله : « المدعي من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها ، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب يجبر عليه »^(٢) .

وقيد البعض هذا الفرق بإمكانية صدق المدعي ، فقال : « المدعي من إذا سكت ترك مع إمكان صدقه »^(٣) .

وهذا التفريق بين أطراف الدعوى ربما يورث إشكالاً في كلمة الترك ؛ فإن كان المقصود منها ترك الدعوى ، فيكون تفريقهم صحيحاً على أساس أن المدعي إذا ترك الادعاء فإنه لا يلزم بمتابعة دعواه .

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١٤٢) (القرافي/ الفروق/ ج٤ ص٧٥) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١٤١) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ ص٢٢٤) (البهوتي/ كشف القناع/ ج٦ ص٣٨٤) (البابرتي/ العناية/ ج٨ ص١٥٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ ص٥٤٢) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ ص٣٦٩) .

وذكر صاحب الإنصاف أنه مذهب الخنابلة وعليه جماهير الأصحاب ، ونسبه جزماً للهداية المذهب والخلاصة والمحرر والنظم والوجيز ، وقدمه المغني والشرح والرعائيتين والحاوي والفروع .

(٣) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ ص٣٧٠) .

وهذا ما حاول البعض التصريح به فقالوا : المدعي من إذا ترك الخصومة لا

يجبر عليها .

إلا أن هذا الترك لا يمنع القاضي من متابعة الخصومة في بعض الصور والحالات ؛ ذلك أن حق الله تعالى يبقى محفوظاً من الإسقاط ، حتى لو ترك المدعي الخصومة ، فهو وإن لم يجبر - عندها - على متابعة الخصومة ، إلا أن الخصومة لا تنتهي بسكوته ، كما حصل مع صفوان بن أمية ، فإنه لما رفع سارق رده إلى النبي ﷺ ، أمر النبي ﷺ بقطعه ، فلما أراد صفوان رضي الله عنه ترك المخاصمة وأظهر ذلك بأن وهب السارق الرداء ، أجاب المصطفى ﷺ بقوله : « هلاً كان قبل أن تأتيني ، أيما حد بلغني فقد وجب » (١) .

أما إذا كان المقصود من الترك ترك المدعي مطلقاً ، فهذا يرد عليه اعتراض آخر ، وهو أن إطلاق الترك لا يستقيم مع بعض حالات الدعوى الجزائية ، فإن المدعي لو سكت بعد أن ادعى ، لم يكن ليترك بعد أن ادعى ما ادعاه . ومثاله الزنى ؛ فلو ادعى على أحد بالزنا ، ثم ترك دعواه ، وجب عليه حد القذف ، وهذا فيه مخالفة لإطلاق الترك .

ومثله السرقة وغيرها من الجرائم ، فإن المدعي فيها ربما يعزر ؛ لأنه يكون قد أضر بالآخرين وسبب لهم إزعاجاً نفسياً ومادياً كذلك .

وقد تنبه لهذا المعنى بعض الحنابلة (٢) ، فقال : « قولهم : المدعي من إذا سكت ترك ، ينبغي أن يقيد ذلك : إن لم تتضمن دعواه شيئاً إن لم يثبت لزمه حد أو تعزير ، كمن ادعى على إنسان أنه زنى بابنته أو أنه سرق له شيئاً ، وأنه قاذف في الأولى وثالب لعرضه في الثانية ، فإن لم يثبت دعواه ، لزمه القذف في الأولى والتعزير في الثانية » (٣) .

(١) سبق تخريجه . انظر ص ٦٤ .

(٢) صاحب هذا الرأي هو ابن نصر الله في حواشي الفروع . انظر : (المرداوي/الإنصاف/ج ١١ ص ٣٧٠) .

(٣) (المرداوي/الإنصاف/ج ١١ ص ٣٧٠) .

وقد حاول بعض الخنابلة الرد على هذا الملمح الدقيق فقالوا : إنه متروك من حيث الدعوى مطلوب بما تضمنته ، فهو متروك مطابقة مطلوب تضمناً^(١) .

وهذا الرد يؤكد أن المقصود من الترك خاص بالدعوى وليس مطلق الترك ؛ فلو كان مطلق الترك هو المقصود لكان الاعتراض في محله ؛ لأنه لو كان تقييد الترك بالمطابقة أو التضمن لازماً للزم ذكر أحدهما في التفريق .

وأن المدعي على غيره بالزنا لو أراد الاحتجاج بتفريق هذا الفريق بينه وبين المدعي عليه وطالب بتركه لصح احتجازه ؛ لأن اللفظ عام يدخل فيه كل ما يفيد الترك . والمؤاخذة تعارض الترك .

ولذا كانت العبارة التي نصت على ترك الخصومة أصوب وأكثر دقة .

٢- المدعي هو الطالب ، والدافع المنكر هو المطلوب ، أي المدعي عليه^(٢) .

ومما يؤخذ على هذا التفريق : أنه وصف المدعي عليه بالدافع المنكر ، وقد درج على هذا التعبير كثير ممن عرفوا المدعي عليه .

وهذا لا يصلح معياراً لتمييز المدعي عليه ؛ ذلك أن الحاجة للتمييز بين أطراف الدعوى مرتبط ببداية الدعوى ، ولكن صفة الإنكار والدفع قد لا تظهر من بداية رفع الدعوى ، وقد لا يحصل الإنكار أصلاً ، أو قد يحصل الإنكار في جزء ولا يحصل في جزء مما ادعى به ، ولذلك لزم معرفة المدعي عليه قبل أن ينكر ، فالمدعي عليه يسمى كذلك حتى قبل أن يظهر رأيه بإنكار أو إقرار .

وهذا يصلح ضابطاً لأغلب حالات الإدعاء لا كلها، والأصل أن يعم الضابط كل حالات وصور الإدعاء . ولذا لو جاء إلى القاضي من يطالب بحق الله تعالى أو حق مشترك وكان يدعي ما يخالف الأصل والظاهر فهو مدع ، والذي حدده جهة مطلوبة هو المدعي عليه ، سواء أنكر أم أقر ، فإنه بمجرد وجود المدعي يوجد المدعي

(١) (المرداوي/الإنصاف/ج١١ص٣٧١) .

(٢) انظر : (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص١٤٠) (المرداوي/الإنصاف/ج١١ص٣٧٠) (البهوتي/كشاف القناع/ج٦ص٣٨٤) (ابن الشاط/إدراك الشروق/ج٤ص١١٨) .

عليه .

وحتى لو كان في ذات الجلسة وادعى أحدهما على الآخر ، فالطالب هو المدعي ، والذي حدده مطلوباً هو المدعى عليه قبل أن يعلم إنكاره أو إقراره . ثم إن المدعى عليه من أركان الدعوى ، فإن قيدنا معرفته بحصول الإنكار ، وجاء المدعي وادعى وعلمنا أنه المدعي ، ولم نعلم إنكار المطلوب أو عدم إنكاره ، وسمينا فعل المدعي دعوى ، فكأننا نقول : إن الدعوى قامت وليس ثمة مدعى عليه ، وهذا لا يصح لأنه ركن عند الجمهور ، ولذا لا يمكن قبول هذا الضابط إلا في حالة واحد وهي أن يكون الإنكار هنا مفترضاً لا واقعاً ، بمعنى أن يفترض أن كل من ادعى عليه يمثل هذه الدعوى أنه ينكر ما نسب إليه ، ومن هنا كان اسمه منكراً ، فعلى هذا يصح الضابط ويسلم من المعارضة .

٣- أن المدعي من قال قد كان ، والمدعى عليه من قال لم يكن^(١) :

وقد نظمه ابن عاصم فقال :

وقيل من يقول قد كان ادعاً . : - ولم يكن لمن عليه يدعى^(٢)

وهذا الضابط شبيه بسابقه ، بل إن السابق أكثر دقة ؛ لأن المدعي إذا قال قد كان ، فإن قوله قد يكون مخالفاً للظاهر وقد لا يكون ؛ لأن القول هنا عام وهو يشمل ما يخالف الظاهر وغيره . والحقيقة أن المدعي هو من يدعي خلاف الظاهر ، وأي قول منه آخر لا يعتبر ادعاءً .

وكذلك الحال بالنسبة للمدعى عليه ، فإنه يسمى كذلك قبل أن يقول ، فلا

(١) (ابن الشاطئ/إدراج الشروق/ج٤ص١١٨) (الرصاع/شرح حدود ابن عرفة/ص٤٧١) (الكاساني/

بدائع الصنائع/ج٦ص٢٢٤) (البارتي/العناية/ج٨ص١٥٦) .

وقد نقل هذا التعريف عن ابن المسيب رحمه الله . أبو محمد سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب

المخزومي ، ولد لستين من خلافة عمر رضي الله عنه ، وتوفي بالمدينة سنة ٩٢ وقيل ٩٣ هـ ، قال فيه

ابن عمر : لو رأى رسول الله ﷺ هذا لسره . (الشيرازي/طبقات الفقهاء/ص٣٩) .

(٢) (الكافي/إحكام الأحكام/ص١٥) .

يصلح هذا ضابطاً لتمييز أطراف الدعوى ، والله أعلم .

٤- المدعي من يدعي أمراً باطناً خفياً ، والمنكر من يدعي أمراً ظاهراً جلياً^(١) :

أو أن المدعي من يتمسك بغير الظاهر ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر^(٢) .
وقد أورد العلماء عدة تعريفات كلها تصب في معنى واحد ، وهو أن المدعي يدعي خلاف الظاهر أو الأصل أو العرف ، أما المدعى عليه من يتمسك بالظاهر أو الأصل أو العرف^(٣) .

يقول ابن عاصم في تحفته :

فالمدعي من قوله مجرد . : من أصل أو عرف بصدق يشهد

والمدعى عليه من قد عضدا . : مقاله عرف أو أصل شهدا^(٤)

وهذا الضابط هو من أكثر الضوابط دقة ؛ ذلك أن كل مدعٍ إنما يدعي أمراً خلاف الظاهر وخلاف الأصل ، فمن ادعى على إنسان حقاً سواء أكان حقاً لله تعالى أم لأدمي أم مشتركاً ، فإن ادعاه خلاف للظاهر ، وخلاف للأصل ، وخلاف للعرف ؛ لأن الظاهر والأصل والعرف تشهد جميعها أن الإنسان بريء الذمة ، ولهذا السبب كُلف المدعي الحجة القوية ليدل على صدق ما يدعيه ، ولذات السبب كُلف المدعى عليه الحجة الضعيفة ؛ لأن الأصل يعضده .

فمن ادعى على إنسان أنه سرق منه ، أو زنى ، أو شرب الخمر ، كان الظاهر والعرف يدلان على أن قول هذا المدعي مخالف لأصل براءة الإنسان ، ويدلان

(١) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ ص٣٧٠) (البابرتي/ العناية/ ج٨ ص١٥٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١٤١).

(٢) (البابرتي/ العناية/ ج٨ ص١٥٥) .

(٣) انظر : (علي حيدر/ درر الحكام/ ج١ ص٧٥) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ ص٣٦٩) (البابرتي/ العناية/ ج٨ ص١٥٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١٤٠) (الرصاص/ شرح حدود ابن عرفة/ ص٤٧٠) (السدوقي/ حاشية السدوقي/ ج٤ ص١٤٣) (القرافي/ الفروق/ ج٤ ص٧٤، ٧٥) (الكافي/ أحكام الأحكام/ ص١٥) .

(٤) (الكافي/ أحكام الأحكام/ ص١٥) .

كذلك على أن قول المدعى عليه هو الموافق للأصل وللظاهر .
وقد يتوجه على هذا الضابط ما توجه على الذي سبقه ، حيث إن المدعى عليه يسمى بهذا الاسم قبل أن يعرف إن كان قوله موافقاً لأصل أو عرف أو ظاهر ، إلا على اعتبار أن تمسكه بالظاهر مفترض ، فيصح عندها .
وكان من المناسب القول إن المدعي هو من يدعي خلاف الظاهر ، والمدعى عليه من نسب إليه هذا المخالف .
وبناء على هذا الضابط يعرف أطراف الدعوى ، ويتميز أحدهما عن الآخر ، وعندها يتم تحديد عبء الإثبات على المدعي ، ويكون على المدعى عليه اليمين .

المطلب الثاني

المدعى عليه جزائياً

تم تعريف المدعى عليه سابقاً ، وتمييزه عن المدعي ، وذكرت شروطه كذلك ، وبقي من مسأله معرفة أمرين :
الأول : مدى سريان النصوص الجزائية على الأشخاص .
الثاني : الدعوى الجزائية على الغائب ، وهل من شروط المدعى عليه أن يكون حاضراً .
وقد جعلت لكل منهما فرعاً ، فجاء هذا المطلب على فرعين :

الفرع الأول : سريان النصوص الجزائية على الأشخاص :
وهذا الفرع يحاول الإجابة على عدة أسئلة ، وكلها تصب في عنوان الفرع ؛ فهل هناك من أحد لا تنطبق عليه في المجتمع الإسلامي النصوص الجزائية ؟
وهل هناك من أحد لا يسمح برفع الدعوى عليه جزائياً في المجتمع الإسلامي ؟
وهل هناك من يتمتع بحصانة تحميه من ادعاء الآخرين عليه ؟
كلها أسئلة يبحثها عنوان واحد هو سريان النصوص الجزائية على

الأشخاص.

أما عامة الناس فتسري عليهم أحكام النصوص الجزائية دون استثناء ، وبلا خلاف

بين العلماء.

لكن ما الحكم إذا كان الذي خالف النصوص الشرعية الجزائية والياً من الولاية ، أو قاضياً ، أو وزيراً ، أو من أهل الحل والعقد ، أو نائباً للإمام الأعظم ، أو كان الإمام الأعظم ذاته ، أي الخليفة ، فهل لأحد منهم حصانة تمنع رفع الدعوى عليه ؟

أما من ذكرت من أصحاب المراكز العالية في الدولة عدا الخليفة ، فالعلماء متفقون على تطبيق النصوص الجزائية عليهم دون تفریق بين واحد منهم . سواء أكان الحق الذي انتهكه أحدهم من خالص حق الله تعالى أم من الحقوق المشتركة ، فإذا رفع للإمام وجب إقامة العدل وإحقاق الحق فيهم . يقول ابن نجيم عند حديثه عن الإمام الذي لا يقام عليه الحد : « والمراد بالخليفة الإمام الذي ليس فوقه إمام ، وقيد به احترازاً عن أمير البلدة ، فإنه يقام عليه الحدود بأمر الإمام »^(١).

وقد اقتصر بحث إسقاط الحد عند بعض العلماء على الإمام الذي ليس فوقه إمام ، وهذا يدل على أن من دونه يقام عليه الحد ولا يسقط عنه .

والأصل في استيفاء الحقوق من ولاية الأمر أنها إلى القاضي ، ولكن إذا كان المدعى عليه ممن لا يقدر القاضي على إنفاذ الحكم عليهم ، كان الأمر إلى والي المظالم ، حيث إن اختصاصه النظر فيما لا يقدر القاضي على استيفائه وإنفاذه .

ولقد ذكرت في باب المظالم - عند ذكر الإجراءات السابقة للدعوى - أن ولاية المظالم مستقرة شرعاً ، وقد فعلها النبي ﷺ ، فقد حاكم ولاته وحاسبهم وأوقع العقوبة على بعضهم تعزيراً ، وبفعله ﷺ اقتدى الخلفاء الراشدون ، وفي ذلك دلالة على أن أحكام الشرع واجبة الاحترام من الكبير قبل الصغير ، ومن المسؤول قبل

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ٢١) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج ٤ ص ٣١) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج ١ ص ٥٩٧) .

السائل (والسائل هو الإنسان العادي) ، وأنه لا تمنح الحصانة لأحد في الدولة الإسلامية من شرع الله ؛ لأن الحصانة يبطل لأحكام الشريعة بحق من أعطيت له ، وهذا لا يقبل في شرع الله .

وإن مما تعارف عليه الناس في هذه الأيام منح الحصانة لمن يتصف بصفة تمثيل الناس أمام السلطات الحاكمة ، فيما يعرف بالمجالس الشعبية أو المجالس الوطنية أو مجلس الأمة أو البرلمان ، وهي في الأصل حصانة لأجل منح هذا الممثل حرية إبداء الرأي في كل ما يراه من أحوال الأمة، ثم تمددت هذه الحصانة لمنع المسائلة فيما يمكن أن يُسأل عنه لو كان في غير موضعه هذا^(١) .

وهذا في الشرع غير وارد ؛ ذلك أن حرية إبداء الرأي محفوظة لكل من له صفة المواطنة في دولة الإسلام ، فله أن يقول ما يريد قوله وفق حدود الشرع بلا قذف ولا شتم أو سب أو قذح ، وله أن يسأل ويستفسر ويحاجج ويقول رأيه كما يريد ، بل إن للذمي الكافر حق إبداء الرأي لكونه مواطناً في الدولة الإسلامية ، لكن بحدود الشرع كذلك ، إذ إنه يلتزم بأحكامها .

أما ما نراه في مجالس ممثلي الأمة -إن كانوا كذلك- من قذح وتشهير واستغلال للحصانة الممنوحة ، حتى وصل إلى حد القذف ، فهذا خارج عن أصول الشريعة وقواعدها ، ولا يقبله لا الذوق ولا العقل السليم .

فإن أهل الحل والعقد في الشريعة ليسوا معفيين من عقوبة القذف إن قالوها ، ولا من عقوبة الذم والتحقير والتشهير إن فعلوا ذلك ، وليس لأحد الاحتجاج بالحصانة .

أما الإمام الأعظم وهو الخليفة الذي ليس فوقه إمام ، فقد اتفق العلماء على

(١) ومن ذلك استباحة بعض ممثلي الأمة لحرمات الله جهاراً نهاراً لائثاً بالحصانة التي تمنح أياً كان مساءته أو أخذ الحق منه ، وكم منهم من يقطر في رمضان على سبيل المثال ، ولا يجزؤ أحد على منعه لتمتعه بالحصانة .

أنه يؤاخذ بالقصاص والحقوق المالية^(١).

وبعبارة أخرى :

كل ذنب كان الاستيفاء فيه إلى غيره جاز أن يؤخذ به ، باتفاق الفقهاء ، وكل ذنب كان الاستيفاء فيه إليه فقد حصل خلاف بين العلماء فيه ، وجاءت آراؤهم على قولين :

القول الأول : لا يقام عليه الحد الذي لله . كما لو شرب الخمر أو زنى أو سرق وهذا هو قول الحنفية والزيدية^(٢) .
واستدلوا على ذلك بعدة أدلة :

١- أن استيفاء الحد إلى الإمام ، وهو الإمام ، فلا يملك إقامة الحد على نفسه ؛ لأن الشرع ما جعل من عليه نائباً عنه في الاستيفاء من نفسه .
فإن إقامته بطريق الخزي والعقوبة ، ولا يفعل الإنسان ذلك بنفسه ، ومن هو دونه نائبه لا يمكنه أن يقيم ، فانعدم المستوفي ، وفائدة الوجوب الاستيفاء ، فإذا انعدم المستوفي قلنا إنه لا يجب^(٣) .

(١) (السرخسي/المبسوط/ج٩ ص١٠٤، ١٠٥) (الكرائيسي/الفروق/ج١ ص٢٩٧) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج٣ ص١٨٧) (البايرتي/العناية/ج٥ ص٢٧٧) (ابن الهمام/فتح القدير/ج٥ ص٢٧٧) (الزيلعي/نصب الراية/ج٤ ص١٤٨) (منلاخسرو/درر الحكام/ج٢ ص٦٧) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ ص٢١) (البغدادي/مجمع الضمانات/ ص ٤٥٠) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج٢ ص١٥١) (داماد أفندي/مجمع الأنهر/ج١ ص٥٩٧) (ابن عابدين/حاشية ابن عابدين/ج٤ ص٣١) (الصنعاني/التساج المذهب/ج٤ ص٢٠٧) (الخطيب الشريبي/مغني المحتاج/ج٥ ص٤٥٤).

(٢) مراجع الحنفية والزيدية السابقة .

(٣) انظر : (داماد أفندي/مجمع الأنهر/ج١ ص٥٩٧) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ ص٢١) (البايرتي/العناية/ج٥ ص٢٧٧) (ابن الهمام/فتح القدير/ج٥ ص٢٧٧) (السرخسي/المبسوط/ج٩ ص١٠٤، ١٠٥) (الكرائيسي/الفروق/ج١ ص٢٩٨، ٢٩٧) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج٣ ص١٨٧) .
ويقصد الحنفية بقولهم « لأن الشرع ما جعل من عليه نائباً عنه في الاستيفاء من نفسه » ، أي أن الشرع لم يجعل من على إقامة الحدود نائباً عن الإمام في الاستيفاء من نفسه .

٢- أن القصد من العقوبة الانزجار ، ولا ينزجر بمعاقبة نفسه ، إذ لا يخاف من نفسه ولا يبالي بها فلا يفيد ، فإن لم يقد فلا يشرع ؛ لأن الأسباب إنما تشرع لأحكامها ، فإذا لم تقد أحكامها لا تكون مشروعة^(١) .

٣- لأن إمامته تبطل بأول الفعل ، فوقع زناه في غير زمن الإمام^(٢) .
وسبب بطلان إمامته الفسق ، فصار كما لو زنى في دار حرب^(٣) ، فكأنهم قاسوا زنى الإمام على من زنى في دار الحرب ، بجامع انعدام الولاية فيهما وانعدام المستوفي .

القول الثاني : أنه يقام عليه الحد ، وهو قول جمهور العلماء^(٤) .
وكيفيته بأن يجتمع العلماء من المسلمين على رجل ليقيم عليه ذلك الحد ، أو أن يقيمه من ولي الحكم عنه ، كما قال القفال^(٥) .
واستدلوا بعموم الآيات الأمرة بإقامة الحدود ، وبعدم ورود ما يخصها^(٦) .

الرأي المختار :

بعد أن ذكرت أقوال العلماء في المسألة لا بد من ذكر بعض من النصوص والأدلة التي ترسم الطريق في هذه المسألة ، ومنها:

١- ثبت أن النبي ﷺ أقاد من نفسه ، فيما أخرجه النسائي عن أبي سعيد

(١) (الزليعي/تبيين الحقائق/ج٣ص١٨٧) (البابرتي/العناية/ج٥ص٢٧٧) (ابن الهمام/فتح القدير/ج٥ص٢٧٧) (مناخسرو/درر الحكام/ج٢ص٦٧) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص٢١) (ابن عابدين/حاشية ابن عابدين/ج٤ص٣١) .

(٢) (الصنعاني/التاج المذهب/ج٤ص٢٠٧) (الكرائسي/الفروق/ج١ص٢٩٧) .

(٣) (الكرائسي/الفروق/ج١ص٢٩٧) (السرخسي/المبسوط/ج٩ص٩٩) .

(٤) (الخطيب الشريبي/مغني المحتاج/ج٥ص٤٥٤) (السرخسي/المبسوط/ج٩ص١٠٥) .

(٥) القفال : محمد بن علي بن إسماعيل أبو بكر الشاشي القفال ، ولد ٢٩١هـ ، وهو أول من صنف الجدل الحسن من الفقهاء ، وعنه انتشر فقه الشافعي في ما وراء النهر ، وكان كثير الرحلة في طلب

العلم . (ابن قاضي شعبة/طبقات الشافعية/ج٢ص١٤٩) .

(٦) (الزليعي/تبيين الحقائق/ج٣ص١٨٢) (المغني/ج٩ص٢٤٨) .

الخدري رضي الله عنه قال : بينا رسول الله ﷺ يقسم شيئاً ، أقبل رجل^(١) فأكب عليه فطعنه رسول الله ﷺ بعرجون^(٢) كان معه ، فصاح الرجل ، فقال رسول الله ﷺ : تعال فاستقد ، قال : بل قد عفوت يا رسول الله^(٣) .

وفي رواية أبي داود عن أسيد بن حضير ، كان يحدث عن رجل من الأنصار قال : بينما هو يحدث القوم وكان فيه مزاح ، بينا يضحكهم فطعنه النبي ﷺ في خاصرته بعود ، فقال : أصبرني^(٤) ، فقال : اصطر^(٥) ، قال : إن عليك قميصاً ، وليس عليّ قميص ، فرفع النبي ﷺ عن قميصه فاحتضنه وجعل يقبل كشحه^(٦) . قال : إنما أردت هذا يا رسول الله^(٧) .

٢- وفيما أخرجه أبو داود عن عمر بن الخطاب أنه خطب فقال : « إني لم أبعث عمالي ليضربوا بأشاركم ولا ليأخذوا أموالكم ، فمن فعل به ذلك فليرفعه إلى أقصه منه ، قال عمرو بن العاص : لو أن رجلاً أدب بعض رعيته أنقصه منه ؟ قال :

(١) قيل إن الرجل هو سواد بن غزية ، كما ورد في (سيرة ابن هشام / ج٣ ص١٧٤) .

(٢) العرجون : عود أصفر فيه أغصان عذق النخل . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٣ ص٢٨٤) .

(٣) (النسائي/ القسامة/ باب القود في الطعنة/ ح٤٧٧٣ ، ٤٧٧٤) (أبو داود/ الديات/ باب القود من الضربة وقص الأمير من نفسه/ ح٤٥٣٦) (أحمد/ عن أبي سعيد الخدري/ ح١٠٨٤٥) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ ص٤٣/ ح١٥٧٦٧) (السنن الكبرى للنسائي / ج٤ ص٢٢٦/ ح٦٩٧٥) (مصنف عبد الرزاق/ ج٣ ص١٨٤/ ح٥٢٤٨) .

(٤) أصبرني : أي مكّتي من القصاص . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٤ ص٤٤٠) .

(٥) اصطر : اقتص ، أي : أنه أمره بالقصاص . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٤ ص٤٤٠) .

(٦) الكشع : ما بين الخاصرة إلى الضلع الأقصر من أضلاع الجنب ، وقيل : هو الخصر . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٢ ص٥٧٢) .

(٧) (أبو داود/ الأدب/ باب في قبلة الجسد/ ح٥٢٢٤) (الحاكم/ المستدرک/ ج٣ ص٣٢٧/ ح٥٢٦٢) (المقدسني/ الأحاديث المختارة/ ج٤ ص٢٧٦/ ح١٤٧١) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٧ ص١٠٢/ ح١٣٣٦٤/ ج٨ ص٤٩/ ح١٥٨٠٠) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج١ ص٢٠٥/ ح٥٥٦، ٥٥٧) (ابن حجر/ الدارية في تخریج أحاديث الهداية/ ج٢ ص٢٣٢) (الزبيعي/ نصب الراية/ ج٤ ص٢٥٩) .

إني والذي نفسي بيده أقصه ، وقد رأيت رسول الله ﷺ أقص من نفسه» (١) .

٣- وفيما أخرجه النسائي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : رأيت رسول الله ﷺ يُقَصُّ من نفسه (٢) .

وهذه الأدلة وغيرها تؤكد أن الإمام الأعظم ليس بمعزل عن استيفاء الحقوق ، إلا أن هذه الأدلة وغيرها مما فعله الخلفاء الراشدون لا تشير إلى محل النزاع إلا بالإشارة ، ومحل النزاع أن يفعل الإمام الأعظم ما يستوجب حداً لله تعالى ، وهذا لا يتصور لا في حق النبي ﷺ وهو المعصوم ، ولا في حق الصحابة الكرام من الخلفاء الراشدين ، وهم من المبشرين بالجنة ، المشهود لهم بالفضل والتقدم على سائر الأمة . وهذه الأدلة تشير إلى أن لا حصانة في الإسلام للإمام الأعظم ، وليس من أحد منزه عن العقوبة ، وليس من أحد فوق القانون .

وهذا هو أول مبدأ من مبادئ سريان النصوص الجزائية على الأشخاص ، ومن باب أولى أن لا حصانة لمن هو دونه ، وهذا القدر يتفق فيه جميع الفقهاء حتى فقهاء الحنفية .

أما أدلة الحنفية فيما ذهبوا إليه مما يعارض هذا الأصل ؛ فالملاحظ أنها أدلية عقلية لا نقل فيها ، وجانب العقل فيها لا يشير إلى علة في ذات الإمام الأعظم تمنع من إقامة الحد عليه ، فليس الأمر مرتبطاً لا بشرف منصبه أو عظيم جاهه أو رفيع قدره ، وليس لكل ذلك سبب في منع الحد .

ولذلك لم يقولوا منعنا عنه الحد لعظيم قدره ، أو لشرف نسبه ، أو لعراقة أصله ، وإنما عللوا ذلك بعدم وجود الوسيلة المناسبة لتحصيل ذلك ، فقالوا : إنه ولي أمر الحدود ، فإذا فعل ما يوجب الحد فكيف يقيمه على نفسه ، وأنه لا يتحقق الزجر بإقامته على نفسه .

(١) سبق تخريجه . انظر ص ١٣٨ .

(٢) (النسائي/القسامة/باب القصاص من السلاطين/ح ٤٧٧٧) (السنن الكبرى للنسائي/ج ٤ ص ٢٢٨/ح ٦٩٧٩) (مسند الزوار/ج ١ ص ٢٠٧/ح ٢٨٥) .

ولما كان العقل هو دليلهم ، فالجواب عليه سيكون بالنقل و العقل .

١ - فقد ثبت أن رسول الله ﷺ قال فيما أخرجه أبو داود عن عائشة أم

المؤمنين رضي الله عنها : « أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود » (١) .

ووجه الاستدلال أن الإمام الأعظم من ذوي الهيئات بلا خلاف ، وذوو

الهيئات هم كما يقول الإمام الشافعي : « الذين لا يعرفون بالشر ، فيزل أحدهم الزلة » (٢) .

وقيل : إنهم من لهم علم وشرف (٣) .

والإمام الأعظم - ومن خلال المواصفات المشروطة فيه - من ذوي الهيئات

يقيناً ، فيكون النص شاملاً له ولغيره من ذوي الهيئات .

ولا يصح استثناءه لا بعقل ولا بتوهم انعدام وسيلة لإقامة الحد عليه .

وقد أخرج البخاري في صحيحه عن عائشة رضي الله عنها ، أن النبي ﷺ

قال : « إنما أهلك من قبلكم إذا سرق الشريف فيهم تركوه ، وإذا سرق فيهم

الضعيف أقاموا عليه الحد ، والذي نفس محمد بيده لو أن فاطمة بنت محمد سرقت

لقطعت يدها » (٤) .

وهذا الحديث وإن كان التقيد فيه موجهاً لمن يتخذ سنة حتى يشمل كل

(١) (أبو داود/الحدود/باب في الحد يشفع فيه/ح٤٣٧٥) (أحمد/عن عائشة رضي الله عنه/ح٢٤٩٤٦)

(سنن البيهقي الكبرى/ج٨ص١٦١، ٢٦٧، ٣٣٤/ح١٦٤٢٣، ١٧٠٠٦، ١٧٤٠٦) (الدارقطني/سنن

الدارقطني/ج٣ص٢٠٧/ح٣٧٠) (السنن الكبرى للنسائي/ج٤ص٣١٠/ح٧٢٩٤) (ابن حزم/

المحلى/ج١١ص٤٠٤) .

(٢) (الشافعي/الأم/ج٦ص١٥٧) (زكريا الأنصاري/شرح البهجة/ج٥ص١٠٩) (الخطيب الشربيني/مغني

المحتاج/ج٥ص٥٢٣) .

(٣) (ابن حزم/المحلى/ج١٢ص٤٢٧) .

(٤) (البخاري/الحدود/باب إقامة الحد على الشريف والوضيع/ح٦٧٨٧) (مسلم/الحدود/باب قطع

السارق الشريف وغيره/ح١٦٨٨) (النسائي/قطع السارق/خبر المخزومية التي سرقت/ح٤٨٩٥)

(الترمذي/الحدود/كراهية أن يشفع في الحدود/ح١٤٥٥) (أبو داود/الحدود/باب الحد يشفع فيه/

ح٤٢٠٧) (ابن ماجه/الحدود/باب الشفاعة في الحدود/ح٢٥٤٧) .

شريف في الترك، وكل ضعيف في الإقامة ، إلا أن النهي يتحقق بالمرة الواحدة ، وهو يدل على تحريمه ، فلا يحل إعفاء الشريف ولا صاحب المنصب ، ولا حتى الإمام الأعظم ؛ لأن المصير بذلك هو الهلاك والعقوبة من الله تعالى .

فإذا اتفق السادة الحنفية مع هذا القول من أن إسقاط الحد لا يرتبط بشرف منصب الإمام ورددوا ذلك إلى فقد الوسيلة لتحصيل الحد .

فالجواب عندها أن الحججة تلزمهم إذا تحصلت الوسيلة لإقامته . وهذا ما سأدلل عليه .

فقد اتفق الحنفية مع الجمهور على أن الإمام إذا قتل فإنه يقتل بذلك ، وإذا ضرب يضرب ، وإذا شج يشج ، فالسؤال عندها : فما الوسيلة إلى ذلك ؟

قالوا بأن الوسيلة إليه بتمليك ذلك لولي الدم ولصاحب الحق .

فأقول : وإن أبي الإمام ؟

قال الحنفية عندها : بالاستعانة بمنعة المسلمين^(١) .

فأقول عندها : ما دام أن الحق في أصله للمسلمين ، فكل ما لا يقدر الإمام على فعله من الحدود ، فإنه يرجع للمسلمين ومنعة المسلمين . وهذا تطبيق عملي لفكرة أن الإمام إنما هو وكيل عن الأمة في تحقيق حقوقها ومصالحها ، فإن عجز الوكيل عن تحقيق المطلوب منه ، كان حق التصرف لمن أوكله وهي الأمة في هذه الحالة ؛ فللأمة أن تقرر بعلمائها وأهل الحل والعقد فيها وسيلة إقامة الحد على الإمام ، وينص عليه إما بدستور أو قانون يوضح الكيفية ، ويبين الوسيلة ، وينص فيه على تشكيل هيئة خاصة لتحصيل ذلك ممن يؤمن معهم انعدام الفتنة وتحصيل المنعة وضبط الأمور .

(١) (السرخسي/المبسوط/ج٩ص١٠٤، ١٠٥) (الكرائيسي/الفروق/ج١ص٢٩٧) (الزليعي/تبيين الحقائق/ج٣ص١٨٧) (السايرتي/العناية/ج٥ص٢٧٧) (ابن الهمام/فتح القدير/ج٥ص٢٧٧) (متلأخسر/درر الحكام/ج٢ص٦٧) (داماد أفندي/مجمع الأنهر/ج١ص٥٩٧) (ابن عابدين/حاشية ابن عابدين/ج٤ص٣١) .

ثم إذا كان الحنفية يشملون بمنعهم إقامة الحد كل ما كان حقاً لله ، فما القول إذا تجسس الإمام أو خان الأمة وصار عميلاً للعدو ، ألا يقام التعزير عليه لحق الله تعالى ؟

فإن قالوا : لا يقام ، فلا بقاء للأمة ، ولا استقرار بوجوده جاسوساً عميلاً ، وقد يكون أحدث في الأمة من الضرر ما لا يمكن تداركه .

وإن قالوا نعم يقام ، فكيف السبيل إلى ذلك ؟ وبمثله فليكن الحكم في حدود الله تعالى .

ومن الصواب ألا يقيم هو الحد على نفسه ، ولكن من الصواب كذلك ألا نهمل حد الله تعالى إذا لم يقمها بنفسه ، فيقيمها غيره عليه .

أما دليل الحنفية المتعلق بقصد الانزجار ، وهو قصد الشارع من العقوبة ، فإنه حاصل بتولية إقامة الحد إلى غيره .

أما انعدام الفائدة ، فليست بمانع من العقوبة ، فلو صرح صاحب حد من الحدود أنه لا يتوب حتى بإقامة الحد عليه ، فلا يقول أحد بسقوط الحد عنه ، وكذلك الإمام ، فلا يسقط عنه لانعدام الفائدة .

أما من قال بأن الإمام ينعزل بفسقه فلا يقام عليه ، فالجواب عليه : أن انعزال الإمام بالفسق مختلف فيه ، ثم إنه لو قتل أو جرح ، فهل ينعزل بفسقه ؟

وجوابهم لا بد وأن يكون بالإيجاب ، وإلا اختلفوا في حكم واحد في حالتين .

والسؤال عندها : لماذا أجزتم إقامة القصاص عليه ؟

فكان جوابهم : لأن له ولياً ، وهو وليّ الدم أو الجرح .

فنقول : إنكم التقيتم مع القائلين بانعدام الوسيلة ، وقد ذكرت من الوسائل

لتحصيل حق الله تعالى منه ، فلا حجة بعدئذ مع وجود الوسيلة .

ثم إن الحنفية قاسوا هذه الصورة بحالة ما لو زنى إنسان في دار حرب بجماع

أن لا ولاية للإمام فيهما ، فكما أنه لا ولاية له في إقامة الحد على نفسه ، فلا ولاية

له في إقامتها خارج حدود دار الإسلام ، فانعدم المستوفي عندهما فيهما ، وانعدام

الولاية من الإمام في إقامتها خارج دار الإسلام يشابه عندهم انعدام الولاية في إقامتها على نفسه ، أو إقامة غيره الحد عليه .

وهم مع ذلك لا يقولون بانعزال الإمام بأول فسقه ، وأن حصول الجرم منه

وقع في غير زمن الولاية ، وقد نص على ذلك الإمام السرخسي إذ يقول :

« وأهل الزبغ يعللون في هذه المسألة ويقولون إنه بالزنا قد انعزل ، فكان زناه

في وقت لا إمام فيه ، ولو زنى في مكان لا إمام فيه وهو دار الحرب لا يلزمه الحد ،

وكذلك إذا زنى في زمان لا إمام فيه ، وهذا قول باطل عندنا ، لما قلنا إنه بالفسق لا

ينعزل »^(١) .

فبقي الأمر دائراً على انعدام المستوفي أو وسيلة الاستيفاء ، وقد تقدم الجواب

عن الوسائل الممكنة للوصول إلى حق الأمة في إقامة حدود الله تعالى الخالصة .

وفيما يخص وقوع الجرم في دار الحرب يقول الإمام الشافعي رحمه الله عن

وسيلة تحصيل الحد منه : « ومن أصاب حداً في المصر ولا والي للمصر يوم يصيب

الحد ، كان للوالي الذي يلي بعدما أصاب أن يقيم الحد ، فكذلك عامل الجيش إن

ولي إقامة الحد أقامه ، وإن لم يول الحد ، فأول من يليه يقيمه عليه »^(٢) .

والذي يدل كذلك على أن المانع من إقامة الحد إنما هو انعدام وسيلة

الاستيفاء ، أنهم يعتقدون أن هذا الفعل محرّم ، وأن فاعله آثم ، ويقول في ذلك ابن

العربي : « توهم قوم أن ابن الماجشون لما قال : إن من زنا في دار الحرب مجرّبة لم

يحد ، أن ذلك حلال ، وهو جهل بأصول الشريعة وماخذ الأدلة ، قال الله تعالى :

﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأَعْتَابِهِمْ حَقِظُونَ ﴿١٠٠﴾ إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاهِهِمْ ؕ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴿١٠١﴾ ۝ فـلـا

يباح الوطاء إلا بهذين الوجهين ، ولكن أبا حنيفة يرى أن دار الحرب لا حد فيها ،

ينازع بذلك ابن الماجشون معه ، فأما التحريم فهو متفق عليه ، فلا تسترلنكم الغفلة

(١) (السرخسي/المبسوط/ج٩ص١٠٥) .

(٢) (الشافعي/الأم/ج٧ص٣٧٥) .

(٣) (سورة المؤمنون ، آية رقم ٥ ، ٦) .

في تلك المسألة» (١).

ومما يدل على ذلك عند الحنفية ، أنهم في الجرائم الموجبة للقصاص والقطع حكموا بالدية وبالغرم على قدر المال المسروق ، رغم قولهم بسقوط القصاص والحد عنهم (٢).

كل ما سبق يؤكد أنهم جعلوا انعدام الوسيلة شبهة لإسقاط الحد .
والراجع أن انعدام الوسيلة غير مؤكد ، بل من الممكن إيجاد الوسائل اللازمة لذلك وفق حدود الشرع ، بما يحفظ للشرع حقوقه .

الفرع الثاني : الادعاء والحكم جزائياً على الغائب :

السؤال الذي يحاول هذا الفرع الإجابة عليه هو هل من شروط المدعى عليه أن يكون حاضراً ؟ وما هو الحال إذا كان غائباً ؟ وكيف يمكن أن يؤخذ منه حق الله تعالى ؟ أو حق الآدميين ؟

وكل هذه الأسئلة يجب الإجابة عنها في إطار الجزائيات خاصة دون المعاملات المالية ، حيث إن الفقهاء يجعلون للجزائيات أحكاماً خاصة تختلف عن الأموال ، نظراً لخطورتها وجسامتها عاقبتها ؛ فالمال له عوض وإن كان قيمياً ، أما الأنفس والدماء فلا يعوضها شيء في حقيقة أمرها ، فالشرع وإن أوجب الدية على القاتل خطأً ، إلا أن ذلك ليس بثمن للمقتول ولا هو عوض عنه ، وإنما بعض عوض عنه ، وهو جزاء للقاتل .

وأبدأ بذكر جملة من الثوابت في هذه المسألة لتكون مدخلاً للموضوع :
أولاً- أن الغائب له حد وضابط ذكره العلماء (٣) كل حسب عرفه ووقته

(١) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج ١ ص ٦٤٩) .

(٢) انظر : (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج ٧ ص ١٣٢) (البايرتي/ العناية/ ج ٥ ص ٢٦٦) .

(٣) انظر أقوال العلماء في حد الغائب : (الخطيب الشريفي/ مغني المحتاج/ ج ٦ ص ٣٢٣) (ابن فرحون/ تبصرة

الحكام/ ج ١ ص ٥٠) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج ٨ ص ٢٧٩) (ابن مفلح/ الفروع/ ج ٦ ص ٤٨٤) (المواقف/ التاج والإكليل/ ج ٨ ص ١٥١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج ٤ ص ١٨٢) .

ومكانه ، فما كان بعيداً في زمن يكون قريباً في زمن آخر ، ومن كان غائباً في وقت ومكان كان حاضراً في وقت ومكان آخر .

وكذلك الحال في زماننا ومكاننا ، فإن ضابط الغيبة والحضور بالنظر إلى الزمان والمكان ووسائل الاتصالات قد تغير ، ولولي الأمر أن يحدد ضابط ذلك بما يراه مناسباً بحسب أهل كل منطقة وبحسب الأعراف السائدة .

ولا طائل من ذكر اختلافات العلماء في تحديد المسافات ؛ لأنه سيكون خالياً من الواقعية، ويبقى في إطاره النظري الخالي من الفائدة .

ثانياً- أن الغائب الذي يدور حوله الحديث له مواصفات وشروط ، حتى يصح أن يسمى معها غائباً :

١- إذا وجد من يحضر عنه كان كالحاضر بذاته ، فلا يكون الحكم عليه حكماً على الغائب^(١) .

وضرب الفقهاء لذلك أمثلة ، ومنها المخدرة من النساء ، وهي التي تلازم خدرها ، بخلاف البرزة وهي التي تبرز لحوائجها^(٢) ، فإن المخدرة توكل غيرها في الحضور ، إلا في حالات خاصة ألزم الفقهاء فيها المخدرة بالحضور ، وسيأتي ذكرها فيما بعد .

٢- أن الغائب الذي تحدث عنه الفقهاء هو الذي لم يتبلغ بالحضور ، فإنه متى تمّ إبلاغه بالحضور -وبأي وسيلة كان الإبلاغ^(٣)- وجب حضوره ، فإن

(١) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٦ص٢٢٣) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص١٨٢) (قليوبي وعميرة/حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص٣١٤) (البابرتي/العناية/ج٧ص٣٠٨) .

(٢) (ابن المهام/فتح القدير/ج٧ص٥٠٩) (المواق/التاج والإكليل/ج٨ص٢٧٠) (زكريا الأنصاري/شرح البهجة/ج٥ص٢٦١) (المرداوي/الإنصاف/ج١١ص٢٣٥) .

(٣) ذكر العلماء وسائل متعددة لتبليغ المطلوب للقضاء ، وقالوا بأن المدعي هو الذي يبلغه تارة ، وأن القاضي يرسل له من يطلبه تارة أخرى ، ويكون في الحالين مع المرسل ما يثبت أنه مبعوث من القاضي، كان يحمل معه طينة مختومة ، أو ورقة عليها ختم القاضي ، فإن لم يعثر عليه أبلغ أهله بذلك ، فإن عرف موضعه وعلم أنه ممتنع يرسل إليه من يهجمون عليه ، وذلك بمواصفات وشروط محددة سبق ذكرها في الحديث عن تفتيش الأماكن .

لم يحضر كان متمرداً ممتنعاً .

والمتمرد المستتر يرى أغلب العلماء جواز الحكم عليه ، وهذا الحكم منهم في الجزائيات مفهوم من كلامهم دون تصريح به ، ويستوي عندهم الغائب المتمرد والحاضر المتمرد^(١) .

وبعض المالكية اشترط لجواز الحكم على الغائب المتمرد شروطاً محددة ، ومنها :

أ - أن يكون قد استتر وتمرد بعد طرح الحجج ، وكان غيابه هرباً من القضاء وخوفاً من ثبوت الحق عليه ، فقالوا : إن من هذا حاله فإنه يقضى عليه في كل خصومة وإن كان فراره قبل إتمام الحجج ، فإن حكم القاضي أيضاً ينفذ ، لكن بعد التلوم والتأني له من غير قطع لما يأتي به من الحجة^(٢) . وتعميم الحكم على من هذا حاله شامل للجزائيات والأموال كذلك .

يقول ابن عاصم في تحفته :

ومن ألد في الخصام وانتهج ∴ نهج الفرار بعد إتمام الحجج
ينفذ الحكم عليه الحكم ∴ قطعاً لكل ما به يختصم
وغير مستوف لهما إن استتر ∴ لم تتقطع حجته إذا ظهر
لكنما الحكم عليه يمضي ∴ بعد تلوم له من يقضي^(٣)

ب - أن تكون غيبته بعيدة ، فلا تكون متوسطة أو قريبة ، بحسب تقسيمهم للغبية ، فهم لا يجيزون القضاء على الغائب غيبة متوسطة أو قريبة في بعض الأموال ،

= انظر فيما سبق : (الخطيب الشربيني/ معني المحتاج/ ج٦ ص٣٢٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٥٠) .

(١) انظر : (البابرتي/ العناية/ ج٧ ص٣٠٨) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ ص٢٨٠) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص١٩٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٩٩) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ ص١٣٩) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٩٩) (ميارة الفاسي/ شرح ميارة/ ج١ ص٣٣) .

(٣) (ميارة الفاسي/ شرح ميارة/ ج١ ص٣٣) .

فأن يكون ممنوعاً في الجزائيات أولى ؛ لأنها أشد خطراً ، وهذا مفهوم من نصوصهم^(١) .

أما إذا كانت الغيبة بعيدة ولم يتم طرح الحجج ، فإن نصوصهم تدل على منع القضاء عليه فيما سوى الأموال ، يقول الشيخ عليش^(٢) ما نصه : « وإن بعدت غيبته وانقطعت كالعِدوة من الأندلس ، ومكة من إفريقية ، حكم عليه في كل شيء من حيوان وعروض ودين والرباع^(٣) والأصول ، ورجيت حجته في ذلك ، وهذا مع أمن الطريق وكونها مسلوكة^(٤) .

فقوله : (كل شيء) يتقيد بالأموال ؛ لأن الأمثلة تبين أنه قصد ذلك .

أما الشافعية فقد اشترطوا في الأرجح عندهم في حالة التمرد أن يحلف المدعي يمين استظهار ، وذلك احتياطاً للحكم^(٥) .

ونقل بعض العلماء من الحنفية أن محمد بن الحسن لا يجيز القضاء على المتمرد

الممتنع في الأموال^(٦) ، فيمتنع القضاء عليه في الجزائيات من باب أولى .

(١) انظر : (عليش/منح الجليل/ج٨ص٣٧٢) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٩٨) (الصاوي/حاشية الصاوي/ج٤ص٢٣١) (المواق/التاج والإكليل/ج٨ص١٥١) (الخرشي/شرح مختصر خليل/ج٧ص١٧٢) (الدسوقي/حاشية الدسوقي/ج٤ص١٦٢) .

(٢) الشيخ عليش : أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد ، المعروف بالشيخ عليش ، ولد في القاهرة ١٢١٧هـ ، وتوفي فيها ١٢٩٩هـ ، مارس التدريس بالجامع الأزهر ، وتولى مشيخة السادة المالكية ، ووظيفة الإفتاء بالديار المصرية ، من مؤلفاته : منح الجليل على مختصر خليل ، وفتح العلي المالك حاشية على رسالة الصبان . (الزركلي/الإعلام/ج٦ص٢٤٤) .

(٣) الرباع : بكسر الراء جمع رُبْع ، وهو ما ولد من الإبل في الربيع ، وقيل : ما ولد في أول التاج . (ابن منظور/لسان العرب/ج٨ص١٠٥) .

(٤) (عليش/منح الجليل/ج٨ص٣٧٢) .

(٥) انظر : (الرملي/نهاية المحتاج/ج٨ص٢٨٠) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٣٢٥) .

ويمين الاستظهار تقوي حجة المدعي ، إلا أنها ليست كيمين القضاء ، فالقصد منها مزيد تأكيد واحتياط ، ويرد ذكرها غالباً في الحكم على الغائب .

(٦) (السرخسي/المبسوط/ج١٧ص٤٠) .

إلا أن الشيخ علي حيدر نقل خلاف ذلك فقال : « إن جميع فقهاء الحنفية يقولون بجواز الحكم غياباً على الخصم المتواري »^(١).

٣- اتفق العلماء على أن الادعاء على الغائب جائز فيما لو ادعى على الغائب في بلده وأراد أن يوثق حكم القاضي في بلده في كتاب يرسله إلى قاضٍ آخر في مكان آخر يوجد الغائب فيه ، وكانت الدعوى في حق الله أو حق الأدمي^(٢) .

والحنفية وهم المانعون للقضاء على الغائب ، أجازوا هذه الصورة وقالوا : « فلا تسمع الدعوى أو البينة إلا على خصم حاضر ، إلا إذا التمس المدعي بذلك كتاباً حكماً للقضاء به ، فيجيبه القاضي إليه ، فيكتب إلى القاضي الذي الغائب في بلده بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضي عليه »^(٣) .

ثالثاً- ذكر الحنفية حالة اشتراك حاضر مع غائب في جرم واحد ، وذكروا أنه لزم أخذ الحق من الحاضر ، وتقبل البينة على الحاضر ، ولا يعتبر الحاضر خصماً عن الغائب^(٤) .

وهذا - وإن لم ينص عليه فقهاء المذاهب الأخرى - متفق مع أصولهم في هذه الصورة ؛ لأننا لو قلنا بمنع الاستيفاء من واحد من الجناة بسبب غيبة الآخر لسد باب القصاص وباب الاستيفاء ، وهذا فيه إضرار بصاحب الحق مع غلبة أن يهرب

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٧٧) في شرحه للمادة ١٨٣٤ ، وقد نصت المادة على جواز القضاء على الممتنع المتواري .

(٢) انظر : (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ ص٢٢٢) (الزيلعي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص١٩٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص١٨٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ ص١٩٢) (ابن تيمية/ الفتاوى الكبرى/ ج٥ ص٥٦٧) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص١٧٥) .

(٣) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ ص٢٢٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ ص١٩٢) (الزيلعي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص١٩٢) .

(٤) (السرخسي/ المبسوط/ ج٢٦ ص١٧٩) (البابرتي/ العناية/ ج٥ ص٤٠٩) .

المطلوبون للقضاء وأن لا يظفر بهم ، ومع أن في انتظار حضورهم احتمال أن يكون مع الغائب ما يكون شبهة لنفسه أو لصاحبه ، إلا أنه وهم ، ولا عبرة بالتوهم^(١) .

وقالوا : إن مثله كذلك ما لو مات الغائب أو فقد فلم يظهر ، فإن توهم وجود شبهة لا يعتبر شبهة^(٢) ، فلا يمنع ذلك من أخذ الحق من الحاضر رغم غياب الغائب . والحنفية وهم أكثر المذاهب أخذاً بدرء الحد بالشبهة لم يدرؤوا الحدود والقصاص في مثل هذه الحالة ، وهذا يفهم منه أنه قول بقية المذاهب .

بعد ذكر الخطوط المتفق عليها ، يأتي الكلام حول ما اختلف فيه الفقهاء ؛ فقد اختلف الفقهاء في حكم القضاء على الغائب في الجزائيات إذا كان بعيداً ولم يتم تبليغه بالحضور إلى مجلس القضاء ، ولا توكل من يخاصم عنه .

ولهم في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

القول الأول : أنه لا يجوز القضاء على الغائب سواء أكان في حق من حقوق الله تعالى أم في حق مشترك . وهذا هو قول الحنفية^(٣) .

فالحنفية وإن كان قولهم في القضاء على الغائب عموماً فيه اضطراب واختلاف^(٤) ، إلا أنهم في مسألة العقوبات كان موقفهم موحداً ولا اضطراب فيه .

واستدلوا على هذا القول بما يلي :

١- ما روي عن النبي ﷺ أنه قال لعلي رضي الله عنه : « إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض للأول منهما حتى تسمع كلام الآخر ، فسوف تدري كيف

(١) (السرخسي/ المبسوط/ ج٢٦ ص١٧٩) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) (البايرتي/ العناية/ ج٥ ص٢٨٣ ، ٤٠٩) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ ص٢٢٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج٢٦ ص١٧٨) .

(٤) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ ص١٧ وما بعدها) ، فقد أثبت وجود الاضطراب في رأي الحنفية في هذه المسألة . وانظر تحليل أقوال الحنفية في هذه المسألة (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص٥٢٧) .

تقضي « ، قال علي : فما زلت قاضياً بعد^(١) .

ووجه الدلالة أن في القضاء على الغائب قضاءً لأحد الخصمين وحده ، فلم
يجز^(٢) .

٢- أن الغائب قد يكون له ما يبطل البينة ويقدم فيها ، فلم يجز الحكم
عليه^(٣) .

٣- أن الحدود والقصاص لا يثبتان إلا بالإقرار أو الشهادة، ولا عبرة بالإقرار
خارج مجلس القضاء ، ولا تجوز الشهادة على الغائب في الحدود والقصاص^(٤) .
القول الثاني : أنه يجوز القضاء على الغائب فيما هو حق لأدمي ، ويمنع
القضاء عليه فيما هو حق لله تعالى .

وأصحاب هذا القول هم المالكية^(٥) ، وهو الأظهر عند الشافعية^(٦) ، وهو مذهب
الحنابلة^(٧) . على خلاف بينهم فيما هو حق لله تعالى وما هو حق للأدمي ، كما هو مشهور
عندهم .

وعند الشافعية يجوز القضاء على الغائب في القصاص والقذف دون بقية

(١) (الترمذي/الأحكام/باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما/ح١٣٣١)
(أبو داود/الأفضية/باب كيف القضاء/ح٣٥٨٢) (أحمد/عن علي/ح٦٣٧، ٦٦٨، ٦٩٢، ١١٤٩،
١٢١٥، ١٢٨٣، ١٢٨٧، ١٣٤٤) (ابن ماجه/الأحكام/باب ذكر القضاة/ح٢٣١٠) (ابن حبان/ج١١
ص٤٥١/ح٥٠٦٥) (الحاكم/المستدرک/ج٤ص١٠٥/ح٧٠٢٥) (سنن البيهقي الكبرى/ج١٠
ص٨٦/ح١٩٩٤٠) (السنن الكبرى للنسائي/ج٥ص١١٧/ح٨٤٢٠) (ورواه البزار ، والطيالسي،
وأبو يعلى ، والطبراني) .

(٢) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٦ص٢٢٣) .

(٣) (البايرتي/العناية/ج٥ص٤٠٩) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص١٣٨) .

(٤) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج٤ص٢) (علي حيدر/درر الحکام/ج٤ص١٨٢) .

(٥) (مالك/المدونة/ج٤ص٦٦٤) (ابن فرحون/تبصرة الحکام/ج١ص٩٨) .

(٦) (زكريا الأنصاري/أسنى الطالب/ج٤ص٣١٦) (قليوبي وعميرة/حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص١٩٨)
(الرملي/نهاية المحتاج/ج٨ص٢٨٠) .

(٧) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص١٣٨) (المرداوي/الإبصار/ج١١ص٢٩٩) (البهوتي/كشف القناع/ج٦
ص٣٥٤) (الرحبياني/مطالب أولي النهى/ج٦ص٥٢٨) .

العقوبات سواء أكانت من الحدود أم من التعزير^(١) .
 واستثنى البُلقيني^(٢) من القذف أن من له إسقاط حد القذف باللعان لا يجوز
 القضاء عليه لتمكته من إسقاطه ، والقاضي إنما يقضي بالأمر اللازم ، وهذا ليس
 بلازم^(٣) .

أما ما فيه حقان كالسرقة فالشافعية لهم فيه ثلاثة أقوال :

الأول : أنه يقضي فيه بالمال لا القطع .

والثاني : جواز القضاء مطلقاً بالأموال .

والثالث : منع القضاء مطلقاً لخطر الدماء ، والحد يسعى في دفعه ولا يوسع
 بابه ، وحقوقه تعالى المالية كحقوق الأدميين على المذهب^(٤) .

وعند الحنابلة : أنه يقضى عليه في الأموال المسروقة ؛ لأنها حق لآدمي ،
 وكذلك المهر في الزنا ، أما حق الله تعالى فلا يقضى عليه فيه^(٥) . وهم بهذا يرون أن
 القصاص يقضى فيه مع الغيبة لأنه عندهم حق لآدمي .

واستدل هذا الفريق بما يلي :

١- أن النبي ﷺ حكم على العرنين الذين قتلوا الرعاة وكانوا غائبين^(٦) .

(١) انظر : (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٣١٦) (الرملي/نهاية المحتاج/ج٨ص٢٨٠) .

(٢) البُلقيني : عمر بن رسلان بن نصير ، شيخ الإسلام سراج الدين أبو حفص الكشاني البُلقيني ، ولد في
 ٧٢٤هـ ، ولي قضاء الشام ، ثم استعفى وتفرغ للتدريس ، ورجع لمصر وبنى مدرسة بالقاهرة ، ت
 ٨٠٥هـ ، ودفن بالمدرسة التي بناها . انظر : (ابن قاضي شعبة/طبقات الشافعية/ج٤ص٣٦) .

(٣) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٣١٦) .

(٤) (الرملي/نهاية المحتاج/ج٨ص٢٨٠) .

(٥) (المرادوي/الإنصاف/ج١١ص٢٩٩) (الرحياني/مطالب أولي النهى/ج٦ص٥٢٨) (البهوتي/كشف
 القناع/ج٦ص٣٥٤) .

(٦) (البخاري/الجهاد والسير/باب إذا حرق المشرك المسلم هل يحرق/ح٣٠١٨) (مسلم/القسامة والمحاربن
 والقصاص والديات/باب حكم المحاربن والمرتين/ح١٦٧١) (الترمذي/الطهارة/باب ما جاء في بول
 ما يؤكل لحمه/ح٧٢) (النسائي/الطهارة/باب بول ما يؤكل لحمه/ح٣٠٥) (أبو داود/الحدود/باب ما
 جاء في المحاربة/ح٤٣٦٤) (ابن ماجه/الحدود/باب من حارب وسعى في الأرض فساداً/ح٢٥٧٨) (أحمد/عن أنس بن مالك/ح١١٦٣١، ١٢٢٢٨، ١٢٢٥٧) .

٢- أن النبي ﷺ حكم على أهل خيبر بأن يقسم أولياء عبد الله بن سهل ،
وأنهم كانوا غائبين^(١) .

٣- أن حق الله تعالى مبني على المسامحة والدرء لاستغناؤه سبحانه ، بخلاف
حق الآدمي^(٢) ، وأن النبي ﷺ يقول : « ادرؤوا الحدود بالشبهات ما استطعتم »^(٣) .

٤- أن القصاص والقذف حقوق للآدمي ، فأشبهه المال^(٤) .

(١) (البخاري/الديات/باب القسامة/ح٦٨٩٩) (مسلم/القسامة والمحاربن والقصاص والديات/باب القسامة/ح١٦٦٩) (الترمذي/الديات/باب ما جاء في القسامة/ح١٤٢٢) (أبو داود/الديات/باب القتل بالقسامة/ح٤٥٢٠) (ابن ماجه/الديات/باب القسامة/ح٢٦٧٧) (الدارمي/الديات/باب في القسامة/ح٢٣٥٣) (أحمد/عن سهل بن أبي حثمة وعن رافع بن خديج/ح٢٧٧٥١، ١٦٨٢٥) (مالك/القسامة/باب تبذئة أهل الدم في القسامة/ح١٦٣٠) .

(٢) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٣١٦) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص١٣٨) (الرحبياني/مطالب أولي النهى/ج٦ص٥٢٨) (الرملي/نهاية المحتاج/ج٨ص٢٨٠) .

(٣) (الترمذي/الحدود/باب ما جاء في درء الحد/ح١٤٢٤، بلفظ : « ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة » . قال أبو عيسى : حديث عائشة لا تعرفه مرفوعاً إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ ، ورواه وكيع عن يزيد بن زياد نحوه ولم يرفعه ، ورواية وكيع أصح ، وقد روي نحوه هذا عن غير واحد من أصحاب النبي ﷺ أنهم قالوا مثل ذلك ، ويزيد بن زياد الدمشقي ضعيف في الحديث ، ويزيد بن أبي زياد الكوفي أثبت من هذا وأقدم) (ابن ماجه/الحدود/باب التسر على المؤمن ودفن الحدود بالشبهات/ح٢٥٤٥ ، بلفظ : « ادفعوا الحدود ») (سنن البيهقي الكبرى/ج٨ص٢٣٨/ح١٦٨٣٤ ، بأكثر من رواية ، وذكر المنقطع منها والمتصل) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٥١١/ح٢٨٤٩٣، ٢٨٤٩٤، ٢٨٤٩٦، ٢٨٤٩٧، ٢٨٤٩٨، ٢٨٥٠٢) ، وكلها روايات موقوفة على الصحابة والتابعين يرحمهم الله .

يقول المباركفوري في تحفة الأحوذى : « وما في الباب وإن كان فيه المقال المعروف ، فقد شدَّ عضده ما ذكرناه ، فيصلح بعد ذلك للاحتجاج به على مشروعية درء الحدود بالشبهات المحتملة لا مطلق الشبهات » . (مباركفوري/ تحفة الأحوذى/ج٤ص٥٧٤) .

(٤) (مالك/المدونة/ج٤ص٦٦٤) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٩٨) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٣١٦) (الرملي/نهاية المحتاج/ج٨ص٢٨٠) .

القول الثالث : يجوز القضاء على الغائب سواء أكان حقاً لله تعالى أم حقاً للعبد . وهو قول ابن حزم الظاهري^(١) .

وذكر أدلة عديدة كثيرة ، وأقتصر منها على ما يمكن أن يفيد فيما نحن فيه من القضاء على الغائب في الجزائيات :

١- استدلل بعمومات النصوص الواردة بالأمر بالعدل وإقامة الحدود وإرجاع الحقوق لأصحابها ، ومنها قوله تعالى : ﴿ كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ ﴾^(٢) . ولم يخص تعالى حاضراً من غائب^(٣) .

وقوله تعالى : ﴿ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾^(٤) . ولم يخص تعالى حاضراً من غائب ، فصح وجوب الحكم على الغائب ما هو على الحاضر^(٥) .

٢- أن النبي ﷺ حكم على العرنيين الذين قتلوا الرعاء وسلموا أعينهم ، وفروا ، فأتبعهم بقائف^(٦) وهم غيب حتى أدركوا واقتص منهم^(٧) .

٣- أن النبي ﷺ حكم على أهل خيبر وهم غيب بأن يقيم الحارثيون أولياء عبد الله بن سهل رضي الله عنه البينة ، أو يحلف خمسون منهم على قاتله من أهل خيبر ويسلم إليهم ، أو يؤدوا ديته ، أو يحلف خمسون من يهود أنهم ما قتلوه ويرؤون^(٨) .

٤- ما روي أن رجلاً كان مع أبي موسى الأشعري ، وكان ذات صوت ونكاية في العدو ، فغنموا ، فأعطاه أبو موسى الأشعري بعض سهمه ، فأبى أن

(١) (ابن حزم/المحلى/ج٨ص٤٣٤) .

(٢) (سورة النساء ، آية رقم ١٣٥) .

(٣) (ابن حزم/المحلى/ج٨ص٤٣٨) .

(٤) (سورة الطلاق ، آية رقم ٢) .

(٥) (ابن حزم/المحلى/ج٨ص٤٣٨) .

(٦) القائف : الذي يقوف الأثار ويتبعها . (الخطابي/غريب الحديث/ص٧٠٠) .

(٧) سبق تخريجه . انظر ص ٢٨٥ .

(٨) سبق تخريجه . انظر ص ٢٨٦ .

يأخذ إلا جميعاً ، فضربه عشرين سوطاً وحلق رأسه ، فجمع شعره ورحل إلى عمر ، فدخل عليه . قال جرير بن عبد الله : وأنا أقرب الناس مجلساً من عمر ، فأخرج شعره فضرب به صدر عمر ، وقال : أما والله لولا . فقال عمر : لولا ماذا ؟ صدق والله ، لولا النار . فقال : كنت ذا صوت ونكاية في العدو ، ثم قص قصته على عمر ، فكتب عمر إلى أبي موسى أن فلاناً قدم علي فأخبرني بكذا وكذا ، فعزمت عليك إن كنت فعلت به ذلك في ملأ من الناس لما جلست له في ملأ من الناس حتى يقتص منك ، وإن كنت فعلت به ذلك في خلاء لما جلست له في خلاء حتى يقتص منك ، فقال له الناس : اعف عنه . فقال : لا والله لا أدعه لأحد ، فلما قعد أبو موسى للقصاص رفع رأسه إلى السماء ، وقال : اللهم قد عفوت عنه (١) .

الرأي الراجح :

بعد عرض أقوال العلماء في هذه المسألة ، يظهر أن الرأي القائل بمنع القضاء على الغائب في الجزائيات هو الراجح ، والله أعلم ؛ وذلك أن الأدلة التي استدلت بها أصحاب هذا القول أقوى سنداً وامتناً في الدلالة على موضوع الخلاف (٢) .
وأبدأ بمناقشة الأدلة المتشابهة عند الفريق الثاني والثالث .

أما ما روي في قصة حكم النبي ﷺ على العرنيين ، فهي رواية صحيحة ،

(١) (ابن حزم/ المحلى/ ج٨ ص٤٣٩ ، ٤٤٠) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ ص٥٠/ ح١٥٨٠٦) (مصنف ابن

أبي شيبة/ ج٧ ص٦/ ح٢٣٨٢٦) .

(٢) حاول ابن حزم أن يطعن في صحة الأحاديث الواردة في المنع ، كحديث الترمذي ، فذكر أن فيه سماك ابن حرب ، وقال إنه يقبل الثلقين ، إلا أن جملة من العلماء وثقوه ، وقد روى عنه مسلم وابن خزيمة وابن حبان والترمذي والدارمي وأبو داود والنسائي وابن ماجه والحاكم في مستدركه ، وسائر مصنفات السنن .

وخلاصة القول فيه ما ذكره العجلي إذ يقول : « سماك بن حرب البكري الكوفي ، تابعي جائز الحديث ، وكان له علم بالشعر ، وكان فصيحاً ، إلا أنه كان في حديث عكرمة ربما وصل الشيء عن ابن عباس ، وربما قال : قال رسول الله ﷺ ، وكان سفيان الثوري يضعفه بعض الضعف ، وكان جائز الحديث لم يترك حديثه أحد ، ولم يرغب عنه أحد » . (العجلي/ معرفة الثقات/ ج١ ص٤٣٦) .

والخبر فيها صحيح ، إلا أن الاستدلال بها على القضاء على الغائب في العقوبات ليس في مكانه ، ففي رواية البخاري وفي كثير من الروايات التي أوردتها كتب السنة جاءت الحادثة مروية على النحو التالي :

« أن رهطاً من عكل ، ثمانية قدموا على النبي ﷺ فاجتروا^(١) المدينة ، فقالوا : يا رسول الله أبغنا رسلاً^(٢) . قال : ما أجد لكم إلا أن تلحقوا بالذود^(٣) ، فانطلقوا فشربوا من أبوالها وألبانها حتى صحوا وسمنوا ، وقتلوا الراعي واستاقوا الذود وكفروا بعد إسلامهم ، فأتى الصريخ^(٤) النبي ﷺ ، فبعث الطلب ، فما ترجل النهار^(٥) حتى أتى بهم فقطع أيديهم وأرجلهم ، ثم أمر بمسامير فأحيت ، فكحلهم بها وطرحهم بالحرة يستسقون فما يسقون ، حتى ماتوا ، قال أبو قلابة : قتلوا وسرقوا وحاربوا الله ورسوله ﷺ وسعوا في الأرض فساداً^(٦) .

فقد أثبتت الروايات الصحيحة أن النبي ﷺ بعث وراءهم من يأتي بهم ، فأتى بهم فأقام عليهم العقوبة ، فكيف يستدل أصحاب القول الثاني والثالث بها على جواز الحكم على الغائب ؟

فإن قالوا : إن هناك روايات أخرى لم تذكر أنه أتى بهم .
كان الجواب : أن المثبت مقدم على النافي ، وتقديم المثبت على غير النافي من باب أولى ، وإعمال النص أولى من إهماله ، فهذه زيادة في الصحاح وجب الأخذ بها . وكذلك الحال في حكم النبي ﷺ على أهل خيبر ، وهو حديث صحيح ، إلا

(١) اجتروا : أصابهم الجوى ، وهو داء البطن إذا تطاول ، فيفسد الجوف . (ابن منظور/لسان العرب/ ج١ ص٥٣) .

(٢) الرُّسُل : القطيع من كل شيء ، والجمع أرسال . (ابن منظور/لسان العرب/ ج١ ص٢٨١) .

(٣) الذود : ما بين الثلاثة إلى العشرة من الإبل . (الفيروزآبادي/القاموس المحيط/ ص٣٥٩) .

(٤) الصريخ : صوت المستغيث . (ابن منظور/لسان العرب/ ج٣ ص٣٣) .

(٥) ترجل النهار : ارتفع . وكذا ارتجل النهار . (ابن منظور/لسان العرب/ ج١ ص٢٧٢) .

(٦) سبق تحريجه . انظر ص ٢٨٥ . وفي حديث عند مسلم أن ﷺ إنما سمل عيونهم لأنهم سملوا أعين

الرعاء . انظر مسلم / القسامة/ باب حكم المحاربين والمرتدين/ ح (١٦٧١)

أن بعض الروايات الصحيحة أثبتت زيادة على ما احتج به المجيزون للقضاء على الغائب في العقوبات .

ففي رواية البخاري أن النبي ﷺ لما جاءه الأنصار قال لهم : « بمن تظنون ، أو من ترون قتله ؟ قالوا : نرى أن اليهود قتلته ، فأرسل إلى اليهود فدعاهم ، فقال : أنتم قتلتم هذا ؟ قالوا : لا ... » الحديث^(١) .

فقد أثبتت الرواية أن النبي ﷺ دعا اليهود ، فكيف يكون حكماً على الغائب . وفي رواية عند البخاري ومسلم وأبي داود وابن ماجه ومالك ، أن النبي ﷺ كتب إلى اليهود بذلك ، فكتبوا : إنا والله ما قتلناه ، فقال النبي ﷺ ما قاله

فهذه الروايات تعارض ما يحتج به هذا الفريق ، فإن دعوتهم كما هو في الرواية الصحيحة أو حتى الكتابة إليهم في الروايات الأخرى سائلاً عن قولهم فيما نسب إليهم لا يعتبر قضاءً على الغائب . ومثله كذلك قصة أبي موسى الأشعري ، فإن عمر رضي الله عنه كتب إليه ولم يحكم عليه ، بل ترك أمر الإثبات في الواقعة على أبي موسى نفسه ، وأقسم عليه بالله ، لعلمه أنه يصدقه في ادعاء هذا المدعي ، ولو أن أبا موسى أنكر لما كان لعمر رضي الله عنه أن يحكم عليه دون سماعه من الطرف المدعى عليه ، فقد يكون المدعي كاذباً ، فكيف يصح القضاء على المدعى عليه مع احتمال كذب المدعي .

أما قولهم : إن حق الله تعالى مبني على المسامحة وحق الأدمي مبني على المماحكة والمشاحة ، فإنه قول صحيح ، وتطبيقاً لهذا القول وجب الاحتياط لحق العبد المدعى عليه في أن تكون له حجة غائبة أو شبهة تدفع عنه العقوبة .

وكذلك الأمر في القصاص والقذف ، فإنهما لا يتمحضان حقاً للعبد ، وإنما فيهما حق لله تعالى ، وإن أردنا تطبيق المسامحة في حق الله كان لازم ذلك أن يسقط الحد ، ويبقى حق العبد ليحكم به ، إلا أنهم لا يقولون بهذا .

(١) سبق تخريجه . انظر ص ٢٨٦ .

أما ترجيح منع الحكم على الغائب في حق الله تعالى وحق الأدميين في العقوبات؛ فإن ذلك راجع إلى أمر آخر ، وهو أن الحكم القضائي إذا صدر في محله موافقاً لشرطه ، كان غير قابل للنقض .

فلو حكمنا على الغائب بما هو عقوبة ، ثم جاء الغائب وأراد أن ينقض الحكم الصادر بحقه ، لما وسعه ذلك ، إلا أن يكون النقض من جهة أخرى غير كونه غائباً وقت الحكم عليه . وعندها يصبح ملزماً بنتيجة الحكم ، وقد يكون فيه ظلم .

أما إن قلنا بأنه لا يقضى على الغائب في العقوبات ، فإن حق صاحب الحق يبقى موجوداً ، وحق المدعى عليه يبقى كذلك . ما دام أنه يسلك طريق الدعوى في طلب الحق لا طريق الشهادة .

أو أن يقبل الحكم عليه مع غيابه ، لكن إذا ظهر أو حضر فإننا نترك له المجال للطعن في الحكم بسبب الغيبة ، لاحتمال الشبهة .

أما إن كان حضور الغائب مائلاً لعدم حضوره ، فيجوز الحكم عليه حتى في العقوبات . ومن ذلك على سبيل المثال : أن يكون مع غيابه مقراً بما حصل ، ومشهداً على ذلك بالشهود العدول ، وكان يتابع إقراره بإقرار ، ومجاهرته بمجاهرة ، فيحكم عليه حتى ولو كان الأمر متعلقاً بعقوبة .

ومثله من ينعدم محل إنكاره عقلاً ، فيحكم عليه كذلك .

ومع ذلك فإذا حضر وأراد إظهار حجة دافعة لما اتهم به ، كان له ذلك ، ويرفع إلى من له النظر في حكم القاضي الأول ليرى مكانة ما جاء به من حجج .

المطلب الثالث
التوكيل بالخصومة

التوكيل بالخصومة من حيث الأصل جائز عند الفقهاء ، إلا أن أحكام هذا التوكيل مختلفة من مذهب إلى مذهب .

وليس المقصود هنا استقصاء مباحث التوكيل بالخصومة ، فهي عديدة وكثيرة^(١) ، وإنما المقصود التطرق إلى بعض الحالات التي لها علاقة بموضوعنا .

وأبدأها بمدى جواز التوكيل بالخصومة في الحدود والقصاص والتعازير .

وبدايةً إن التعزير يجوز التوكيل فيه إثباتاً واستيفاءً ، غائباً كان الموكل أو حاضراً ، باتفاق^(٢) .

أما الحدود والقصاص ، فإن كان الموكل حاضراً ، فإن التوكيل كذلك جائز باتفاق في الإثبات ، ولا خلاف في جوازه ؛ لأن كلام الوكيل يتقل إلى الموكل عند حضوره ، فصار كأنه متكلم بنفسه^(٣) . ومثله كذلك الاستيفاء ، لا خلاف في جوازه^(٤) .

أما الخلاف فحصل في التوكيل في الحدود والقصاص حال كون الموكل غائباً .

(١) ومنها : توكيل المدعي وتوكيل المدعى عليه ، وتوكيل الحاضر أو الغائب أو المعذور ، وتوكيل المدعى عليه الحاضر أو الغائب أو المعذور ، أو التوكيل في الحدود وما هو حق لله ، أو التوكيل في القصاص والقفذ وما هو حق للآدمي في الغالب ، والتوكيل في كل ذلك إثباتاً أو استيفاءً ، وتداخل هذه المسائل فيما بينها ليس من صلب الموضوع .

(٢) انظر : (البابرتي/العناية/ج٧ص٥٠٤) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج٣ص٥٦٤) (ابن المناصف/تبيين الأحكام/ ص٢٧٧) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج٤ص٢٥٥) .

(٣) (ابن فرخون/تبصرة الأحكام/ج١ص١٧٩) (البابرتي/العناية/ج٧ص٥٠٤) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج٤ ص٢٥٥) .

(٤) (العبادي/الجوهرة النيرة/ج١ص٢٩٨) (البابرتي/العناية/ج٧ص٥٠٤) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج٤ ص٢٥٥) .

فأجازها فريق ، وهم المالكية والحنابلة وقول أبي حنيفة ، وقول عند الشافعية^(١) .
مستدلين بما يلي :

١- أنه ليس كل واحد يهتدي إلى وجوه الخصومات ، فقد لا يحسن
الخصومة^(٢) .

٢- أن خصومة الوكيل تقوم مقام خصومة الموكل^(٣) .

٣- أن الخصومة شرط محض ؛ لأن الوجوب مضاف إلى الجناية ، والظهور إلى
الشهادة ، والشرط المحض حق من الحقوق ، يجوز للموكل مباشرته ، فيجوز التوكيل
به كسائر الحقوق ؛ لقيام المقتضى وانتفاء المانع .

ولا يقال المانع - وهو الشبهة - موجود كما في الاستيفاء ، والشهادة على
الشهادة ؛ ذلك لأنها في الشرط لا يصلح مانعاً ، لعدم تعلقه بالوجوب ، والظهور
والوجود بخلاف الاستيفاء ، فإنه يتعلق به الوجود ، وبخلاف الشهادة على الشهادة ،
فإنه يتعلق بها الظهور^(٤) .

أما الفريق الآخر ، وهو أبو يوسف من الحنفية وقول عند الشافعية^(٥) ؛ فيرى
أنه لا يجوز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص حالة الغيبة .
واستدلوا على ذلك بأنها نيابة ، فيتحرز عنها في هذا الباب كالشهادة على
الشهادة ، فهي كالشبهة لا يجوز إقامة الحد معها^(٦) .

ويبدو أن الراجح من بينهما من قال بجواز ذلك ؛ لقول الفريق الأول إن

(١) (البايرتي/العناية/ج٧ص٥٠٤) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج٤ص٢٥٥) (زكريا الأنصاري/أسنى
المطالب/ج٢ص٢٦٢) .

(٢) (البايرتي/العناية/ج٧ص٥٠٤) .

(٣) (البايرتي/العناية/ج٧ص٥٠٤) .

(٤) (البايرتي/العناية/ج٧ص٥٠٤) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج٤ص٢٥٦) .

(٥) (العبادي/الجوهرة النيرة/ج١ص٢٩٨) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٢ص٢٦٢) (الزيلعي/

تبيين الحقائق/ج٤ص٢٥٥) (ابن المناصف/تنبيه الحكام/ص٢٧٧) .

(٦) المراجع السابقة .

التوكيل في ذلك لا يعني الوجوب ولا الظهور ولا الوجود ، ذلك أن التوكيل بالخصومة من الغائب لا تعني إقامة الحد أو القصاص ، وإنما هي بداية عملية التخاصم ، ثم متابعة ما يلزم موكله سواء أكان إثباتاً أم نفيّاً ، ولا يثبت بهذا التوكيل حكم على الموكل كما هو في الشهادة على الشهادة ، ولا يوصف بأنه شبهة حتى تدرأ بها الحدود ؛ لأن التوكيل غير البينة وغير الإقامة .

ثم لا بد من بيان أن ذلك كله في توكيل المدعى عليه غيبياً لمن يقدر على الحضور ولم يحضر ولا عذر له في ذلك ، ثم إن ذلك في الحقوق المشتركة من الجزائيات ما لم تكن حداً ، فإن كان حداً من حدود الله تعالى ، وكان الموكل غيبياً مدعياً ، فالصحيح عند جمهور الفقهاء أنه لا تصح الوكالة فيه ، لأنها مبنية على الدرء^(١) . إلا أن الشافعية أجازوا ذلك تبعاً لا أصالةً ، كأن يقذف شخص آخر فيطالبه بحد القذف ، فله أن يدرأه عن نفسه بإثبات زناه بالوكالة وبدونها ، فإذا ثبت أقيم عليه الحد^(٢) .

أما التوكيل بالخصومة ، فهل يشترط في قبولها أن يرضى الخصم بهذه الوكالة؟ لقد اختلف العلماء فيها كذلك على قولين :

القول الأول : وهو قول الجمهور^(٣) ، أنه لا يشترط رضا الخصم بقبول توكيل خصمه غيره .

واستدلوا على ذلك بأن التوكيل بالخصومة صادف حق الموكل ، فلا يقف على رضا الخصم ، كالتوكيل بأي حق آخر ، فالدعوى حق المدعي ، والإنكار حق المدعى عليه ، فقد صادف التوكيل من المدعي والمدعى عليه حق نفسه ، فلا يقف

(١) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٢ص٢٦٢) .

(٢) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٢ص٢٦٢) .

(٣) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٦ص٢٢) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج٣ص٦١٥) (العبادي/الجوهرة النيرة/ج١ص٢٩٨) (الحمل/حاشية الحمل/ج٣ص٤٠٤) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٢ص٢٦٢) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٧ص١٤٤) .

على رضا خصمه ، كما لو كان خاصمه بنفسه^(١) .

القول الثاني : وهو قول أبي حنيفة ؛ فقد اشترط رضا الخصم ، إلا أن يكون مريضاً أو مسافراً ، فلم يشترطه . وقد خالفه صاحبه وكانا مع الجمهور^(٢) .

أما دليله : فهو أن الحق هو الدعوى الصادقة والإنكار الصادق ، ودعوى المدعي خبر يحتمل الصدق والكذب والسهو والغلط ، وكذا إنكار المدعي عليه ، فلا يزداد الاحتمال في خبره بمعارضة خبر المدعي ، فلم يكن كل ذلك حقاً ، فكان الأصل أن لا يلزم به جواب ، إلا أن الشرع ألزم الجواب لضرورة فصل الخصومات ، وقطع المنازعات المؤدية إلى الفساد وإحياء الحقوق الميتة ، وحق الضرورة يصير مقضياً بجواب الموكل ، فلا تلزم الخصومة عن جواب الوكيل من غير ضرورة ، مع ما أن الناس في الخصومات على التفاوت ، بعضهم أشد خصومة من الآخر ، فربما يكون الوكيل ألحن بحجته فيعجز من يخاصمه عن إحياء حقه ، فيتضرر به ، فيشترط رضا الخصم ليكون لزوم الضرر مضافاً إلى التزامه ، وإذا كان الموكل مريضاً أو مسافراً فهو عاجز عن الدعوى وعن الجواب بنفسه ، فلو لم يملك النقل إلى غيره بالتوكيل لضاعت الحقوق وهلكت ، وهذا لا يجوز^(٣) .

والراجع من بينهما قول الجمهور ، وذلك من عدة وجوه :

١- أما ما يتخوفه الفريق المانع فيمكن تداركه بإجازة التوكيل بالخصومة للطرف المقابل، وبذا إن خاف من وكيل خصمه ، كان له توكيل من يشاء في خصومته .

وبهذا أخذت مجلة الأحكام العدلية إذ نصت في المادة (١٥١٦) : « لكل من

(١) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٦ص٢٢) .

(٢) (الجمال/حاشية الجمل/ج٣ص٤٠٤) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج٣ص٦١٥) (زكريا الأنصاري/أسنى

المطالب/ج٢ص٢٦٢) .

(٣) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٦ص٢٢) .

المدعي والمدعى عليه أن يوكل من شاء بالخصومة ولا يشترط رضا الخصم»^(١) .
 ٢ - ما روي عن عبد الله بن جعفر -رضي الله عنهما- أن سيدنا علياً كرم الله وجهه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول : « إن لها قُحماً^(٢) يحضرها الشياطين » ، فجعل الخصومة إلى عقيل رضي الله عنه ، فلما كبر ورق (عقيل) حولها إليّ ، وكان يقول كرم الله وجهه : « ما قضي لوكيلي فلي ، وما قضي على وكيلي فعلي »^(٣) .

وقد أراد الحنفية الجواب عن أبي حنيفة رحمه الله في هذا الأثر ، فقالوا : إن الرضا بوكالته في الخصومة معلومة مسبقاً ، فليس هناك من يعترض على هذه الوكالة^(٤) ، إلا أن النص أعم من ذلك ولا يمكن معرفة الرضا من الخصم قبل حصول الخصومة .

ثم إن الفقهاء الذين قالوا بقول أبي حنيفة أخذوا يتوسعون في الصور التي تلحق بالمرض والسفر ، والتي يجوز معها التوكيل بالخصومة ، وقالوا منها :

أ - المرأة المخدرة : وهي التي لم تجر عاداتها بالبروز ومخالطة الرجال ، وبضدها المبرزة التي تخرج لحوائجها ، فقالوا : إن المخدرة يكون لها وكيل في الخصومة ولا يمنع الزوج الخصم أن يطالب وكيل امرأته ، واستوى في ذلك أيضاً كون المرأة بكرةً أو ثيباً^(٥) .

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٣ ص٦٣٣) (لجنة المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص٢٩٤) .

(٢) الفحم : الأمور العظيمة الشاقة ، وقيل المهالك . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ ص٤٦٣) .

(٣) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ ص٢٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٩ ص٣) (البايرتي/ العناية على

الهداية/ ج٧ ص٤٠٥) (الزليعي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص٢٥٥) (العبادي/ الجوهرة النيرة/ ج١ ص٢٩٨) .

(٤) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ ص٢٢) (البايرتي/ العناية على الهداية/ ج٧ ص٥٠٤) (الزليعي/ تبين

الحقائق/ ج٤ ص٢٥٥) .

(٥) (الزليعي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص٢٥٥) (العبادي/ الجوهرة النيرة/ ج١ ص٢٩٨) (ابن نجيم/ البحر

الرائق/ ج٧ ص١٤٤) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٦١٥) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٥

ص١٨٦) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٧) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ ص٢٢) .

ب - وبعض الفقهاء صرح بوجود التوكيل لا بجوازه ؛ لأنهم نصوا على منعها من مباشرة الخصومة حالة أن تكون ذات منظر أو ذات منطلق رخيماً^(١) .

ج - المرأة الحائض : إذا كان الحكم في المسجد ، إلا إذا أخرها الطالب لحين خروج القاضي من المسجد ، فقالوا لا توكل^(٢) .

د - الرجل المحبوس : فإنه عذر يجوز معه التوكيل ، إلا أن يكون محبوساً في سجن القاضي ، فلا يوكل ، فيجيب عن الدعوى ثم يعاد ، وإن كان مدعياً يدعي إن لم يؤخر دعواه ثم يعاد^(٣) .

هـ - الرجل ذو الهيئة : فقد كره مالك الخصومة لذوي الهيئات من الرجال^(٤) .

و - الرجل الحاضر الذي لا يقدر على إظهار حجته ، فله أن يوكل . إلا أن بعض الفقهاء اشترط ألا يكون قد قعد مع خصمه ثلاثة مجالس ، فإن فعل لم يكن له بعد ذلك أن يوكل إلا برضاً الخصم ، إلا أن يمرض أو يسافر ويعرف ذلك ، واختلفوا في تحليفه على ذلك ، والسبب في هذا التحديد أن اللدد فيه ظاهر ، وأن المراد أن يحدث ما فيه تشغيب^(٥) .

فبعد هذه الاستثناءات لم يبق إلا القليل ، ويمكن اجتناب المحذور عندهم بما ذكرت من السماح للخصم بتوكيل من يشاء .

أما باقي أحكام الوكالة في الخصومة ، فهي أن الوكالة في الخصومة تتخصص بالتخصيص ، ويمكن أن تكون عامة كذلك^(٦) .

(١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٥٠) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٣٤) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ ص١٤٤) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٦١٥) (العبادي/ الجوهرة النيرة/ ج١ ص٢٩٨) .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ ص١٤٤) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٦١٥) .

(٤) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٨) .

(٥) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٥ ص١٨٥) .

(٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ ص١٤٤) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ ص٢٢) .

ولو وكله بكل حق هو له وبمخصومته في كل حق له ولم يعين المخاصم به والمخاصم فيه جاز^(١) . ولو قام الوكيل بالإقرار عنه فلا يصح إقراره^(٢) . وهذا في الأموال ، فكيف بالحدود والجنايات .

ونص الشافعية على أن الوكيل ينعزل إذا أقر بالمدعى به^(٣) ، وذلك حالة إطلاق لفظ التوكيل؛ وكل ذلك لأن فيه شبهة عدم الأمر به ، وقد أخذت المجلة برأي الشافعية في هذا^(٤) .

أما إن كانت الوكالة نصت على الإقرار صحّ إقراره . وأرجع الحنفية والمالكية ذلك إلى لفظ التوكيل ، فإن نص على الإقرار جاز إقراره ، وإن وكله بالخصومة ولم يذكر سوى ذلك ، فإنه يصير وكيلاً في الإقرار إلا في حدٍّ أو قصاص^(٥) .

الخلاصة في التوكيل بالخصومة :

نما سبق علمنا أن العلماء سمحوا بالتوكيل بالخصومة من حيث الأصل ، وما اشترطوه في هذا التوكيل له علته وحججه وأدلته . إلا أن معظم الحالات التي يناقشها العلماء تتحدث عن خصمين ، طالب ومطلوب ، ويكون ذلك بناء على وجود مصالح للطرفين ، يوكل أحدهما غيره لتحصيلها أو للحفاظ عليها.

(١) (البهوتي/كشاف القناع/ج٣ص٤٨٢) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٧ص١٤٤) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٦ص٢٢) .

(٢) (الجمال/حاشية الجمل/ج٣ص٤٠٤) (البهوتي/كشاف القناع/ج٣ص٤٨٣) (علي حيدر/درر الحكام/ج٣ص٦٣٧، ٦٣٨) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٢ص٢٧٣) (ابن قدامة/المغني/ج٥ص٥٨) (ابن المناصف/تنبيه الحكام/ص٢٧٧) (البابرتي/العناية/ج٧ص٥٠٦) .

(٣) (الجمال/حاشية الجمل/ج٣ص٤٠٤) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٢ص٢٧٣) .

(٤) (علي حيدر/درر الحكام/ج٣ص٦٣٧) . مادة (١٥١٨) نصت: أنه ينعزل إذا أقر أمام الحاكم دون إذن.

(٥) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج٣ص٦١٥) (الخرشي/شرح مختصر خليل/ج٦ص٦٩) (ابن المناصف/تنبيه الحكام/ص٢٧٧) .

ويسبب هذه المصالح المتضاربة منع الفقهاء عدة أمور ، ومنها : توكيل أكثر من واحد للخصومة ، وكذلك توكيل الوكيل غيره ، وكذا كل ما يؤدي إلى الإضرار بالموكل أو بطرف الخصومة الآخر ، وليس مجال بحثنا التطرق إليها .

إلا أن من أهم أسباب التوكيل بالخصومة هو العجز عن المخاصمة ، سواء بغياب الموكل أو بعدم قدرته على إظهار حجته ، ولذلك منعوا المخدرة من الخروج للقضاء ، فإنها لو حضرت لم يمكنها أن تنطق بمقها لحياتها^(١) ، ولذلك لم يفرقوا بين البكر والثير ؛ لأن صفة التخدير فيها تمنعها من الكلام في الحالين .

وقد نص الفقهاء على هذا السبب ، فقالوا : إنه قد يكون عاجزاً عن إثبات حقه بنفسه . أو أن يكون قليل الهداية ، وإن القاضي إذا علم أن الموكل عاجز عن البيان في الخصومة بنفسه فإنه يقبل منه التوكيل^(٢) .

ومع علمنا بأن الناس يتفاوتون في الخصومة ، فكان في التوكيل بالخصومة مخرجاً من هذا التفاوت ، وقد قال النبي ﷺ في الحديث المشهور : « ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضي له على نحو ما أسمع ... » الحديث^(٣) . فقد أثبت الحديث القدرة عند بعض الناس في إظهار الخصومة دون الآخر ، ولذلك كان التوكيل في مثل هذه الحالة سبيلاً إلى إظهار العدل وإحقاق الحق .

وفي الحدود والقصاص تبدو الحاجة لذلك بصورة أكبر ؛ ذلك أن عدم قدرة الخصم على إثبات الحجة وإظهار الدليل قد يؤدي إلى فوات نفس أو عضو ، فكان

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ ص١٤٤) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ ص٢٢) .

(٢) (البليخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٦١٥) (البايرتي/ العناية على الهداية/ ج٧ ص٥٠٤) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٩ ص٤/ ج٢٦ ص١٧٣) .

(٣) (البخاري/ الحيل/ باب إذا غضب جارية فزعم أنها ماتت/ ح٦٩٦٧) (مسلم/ الأفضية/ باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة/ ح١٧١٣) (النسائي/ آداب القضاة/ باب الحكم بالظاهر/ ح٥٤٠١) (أبو داود/ الأفضية/ باب في قضاء القاضي إذا أخطأ/ ح٣٥٨٣) (ابن ماجه/ الأحكام/ باب قضية الحكام لا تحل حراماً ولا تحرم حلالاً/ ح٢٣١٧) (أحمد/ عن أم سلمة/ ح٢٥٩٥٢ ، ٢٦٠٧٨ ، ٢٦٠٨٦ ، ٢٦١٧٧) (مالك/ الأفضية/ باب ما جاء في الشهادات/ ح١٤٢٤) .

من الضروري للخصم أن يوكل غيره ليرشده إلى كيفية التقاضي أمام القاضي .
وهذه الصورة وإن لم تكون معهودة في السابق كما هو الآن ، إلا أن هناك ما
يؤشر أن القاضي كان يتدخل لإرشاد المدعى عليه وخصوصاً في الجزائيات مما هو
حق لله ، فقد لقن النبي ﷺ ماعزاً حجته ، فقال له : « لعلك قبلت أو غمزت أو
نظرت » ^(١) ، وقوله ﷺ لمن جاءه يقر بالسرقة ، فقال له : « ما إخالك سرقت » ^(٢) .
وكذلك ما روي عن أبي الدرداء أنه أتى بجارية قد سرقت ، فقال لها :
أسرقت ؟ قولي لا . فقالت : لا ، فخلى سبيلها ^(٣) .

وكل هذا نوع من الإرشاد ، وقد أخذ منه الشافعية حكماً وهو أن المدعى
عليه إذا سكت عن الجواب لدهشة أو غباوة وجب على القاضي أن يشرح له الحال ،
وكذا لو نكل ولم يعرف ما يترتب على النكول ، يجب أن يشرح له ، ثم يحكم عليه
بعد ذلك ^(٤) .

أما التوكيل بالخصومة في أيامنا هذه في القضايا الجزائية وغيرها ، إنما هو مما
يغضب وجه الله تعالى ، فبادئ ذي بدء نسمع قول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ

(١) (البخاري/الحدود/باب هل يقول الإمام للمقر لعلك لست أو غمزت/ح٦٨٢٤) (مسلم/الحدود/
باب من اعترف على نفسه بالزنى/ح١٦٩٣) (أبو داود/الحدود/باب رجم ماعز بن مالك/ح٤٤٢١،
٤٤٢٥، ٤٤٢٦) (الترمذي/الحدود/باب ما جاء في التلقين في الحد/ح١٤٢٧) (أحمد/عن ابن
عباس/ح٢٤٢٩، ٢٦١٢، ٢٩٩١، ٢١٣٠، ٢٢٠٣، ٢٨٦٩، ٣٠٢٠) .

(٢) (النسائي/قطع السارق/باب تلقين السارق/ح٤٨٧٧) (أبو داود/الحدود/باب في التلقين في الحد/
ح٤٣٨٠) (ابن ماجه/الحدود/باب تلقين السارق/ح٢٥٩٧) (سنن الدارقطني/ج٣ص١٠٣/ح٧٢)
(مصنف عبد الرزاق/ج٧ص٣٨٩/ح١٣٥٨٣) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٥٢٠/مع٢٨٥٧٧)
(سنن البيهقي الكبرى/ج٨ص٢٧٦/ح١٧٠٥٣) .

(٣) (سنن البيهقي الكبرى/ج٨ص٢٧٦/ح١٧٠٥٥) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٥١٩/ح٢٨٥٧٤)
(مصنف عبد الرزاق/ج١٠ص٢٢٥/ح١٨٩٢٢) (مسند ابن الجعد/ص١٦٩/ح١١٠٢) .

(٤) (زكريا الأنصاري/شرح البهجة/ج٥ص٢٩٠) (البيهقي/حاشية البجيرمي/ج٤ص٣٩٨) (الخطيب
الشربيني/مغني المحتاج/ج٦ص٤١٠) (الجمال/حاشية الجمل/ج٥ص٤١٧، ٤٢٤) (البيهقي/مغني
البيهقي/ج٤ص٤١٦) .

خَصِيمًا^(١) ، قال المفسرون في هذه الآية إنه يحرم على المرء أن يخاصم عن الخائن الظالم الذي ينتهك حرمة الله تعالى^(٢) . ونصوا على أن الوكالة لا تصح ممن علم ظلم موكله في الخصومة .

بل قالوا : لا يجوز لأحد أن يخاصم عن غيره في إثبات حق أو نفيه وهو غير عالم بحقيقة أمره^(٣) .

وقد روى أبو داود عن ابن عمر ، أن رسول الله ﷺ قال : « من خاصم في باطل وهو يعلم ، لم يزل في سخط الله حتى يتزع^(٤) » .

وفي لفظ آخر : « من أعان على خصومة بظلم فقد باء بغضب من الله »^(٥) .
وهذا الذم الشديد له شرطان :

(١) أن تكون المخاصمة في باطل .

(٢) أن يعلم أنه باطل .

فإن اختل أحد الشرطين فلا وعيد^(٦) ، وهذا هو الصحيح .

(١) (سورة النساء ، آية رقم ١٠٥) .

(٢) (الثعالبي/ تفسير الثعالبي/ ج١ ص٤١٠) (الطبري/ تفسير الطبري/ ج٥ ص٢٦٤) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج١ ص٦٢٦) .

(٣) (البهوتي/ كشف القناع/ ج٣ ص٤٨٣) (المرداوي/ الإنصاف/ ج٥ ص٣٩٥) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٥ ص١٨٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١٨٥) .

(٤) يتزع : يترك . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ ص٣٤٩) .

(٥) (أبو داود/ الأفضية/ باب فيمن يعين على خصومة من غير أن يعلم أمرها/ ح٣٥٩٧) (أحمد/ عن ابن عمر/ ح٥٣٦٢) (الطبراني/ المعجم الأوسط/ ج٦ ص٣٠٩/ ح٦٤٩١) (ابن ماجه/ الأحكام/ باب من ادعى ما ليس له وخصم فيه/ ح٢٣٢٠) .

وترجم البخاري باباً في كتاب المظالم والغصب ، فقال : باب إثم من خاصم في باطل وهو يعلمه .

(أحمد/ عن ابن عمر/ ح٥٥١٩) (معجم أبي يعلى الموصلي/ ح٩٤) (الحاكم/ المستدرک/ ج٢ ص٣٢/ ح٢٢٢٢) (عج/ ص١١١/ ح٧٠٥١) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٦ ص٨٢/ ح١١٢٢٣) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٧ ص٢١٨/ ح٣٥٤٨١) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج١٢ ص٣٨٨/ ح١٣٤٣٥) .

(٦) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص٨٤) .

وفي الطبراني عن أوس بن شرحبيل ، أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : « من مشى مع ظالم ليعينه وهو يعلم أنه ظالم ، فقد خرج من الإسلام » (١) .

وفي رواية أبي داود ، عن عبد الله بن عمر ، أن النبي ﷺ قال : « من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضاّد الله في أمره ، ومن توكل في خصومة لا علم له بها لم يزل في معصية الله حتى ينزع » (٢) .

كل هذه النصوص وغيرها يحكم على ما نشاهده من صور التوكيل بالخصومة في هذا الزمن ؛ فقد صار في عرفنا أن التوكيل المرغوب للخصومة من حسنت مجادلتها ، وطال لده ، وعرف بمحايلته ، واشتهر باختراق القضاء ، وبرز في إطالة الخصومة ، حتى قطع رجاء خصومه في الوصول إلى حقهم ، وصار ذلك كله معياراً للمحامي القدير ، والوكيل بالخصومات الشهير . وصارت حججهم في ذلك : انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً بالمفهوم الجاهلي لا بالمفهوم النبوي . فالجاهلي يقول :

وما أنا إلا من غزية إن غوت . : غويت وإن ترشد غزية أرشد
والنبوي يقول : إن كان مظلوماً بأن تأخذ الحق له ، أما إن كان ظالماً بأن تردعه عن ظلمه (٣) .

(١) (الشيواني/ الأحاد والثاني/ ج٤ ص٢٤٩/ ح٢٢٥٢) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج١ ص٢٢٧/ ح٦١٩)

(المندري/ الترغيب والترهيب/ ج٣ ص١٣٨/ ح٣٤٠١) وذكر أنه ضعيف .

(٢) (أبو داود/ الأفضية/ باب فيمن يعين على خصومة من غير أن يعلم أمرها/ ح٣٥٩٧) (أحمد/ عن ابن

عمر/ ح٥٣٦٢ ، ٥٥١٩) (مستدرک الحاكم/ ج٢ ص٣٢/ ح٢٢٢٢) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٦ ص٨٢/

ح١١٢٢٣) (مسند الربيع/ ص٣٧٢/ ح٩٧٩) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ ص٤٧٣/ ح٢٨٠٧٩)

(الجامع لمعمر بن راشد/ ج١١ ص٤٢٥/ ح٢٠٩٠٥) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج١٢ ص٢٧٠/

ح١٣٠٨٤) .

(٣) (البخاري/ المظالم والغصب/ باب عن أخاك ظالماً أو مظلوماً/ ح٢٤٤٣) (الترمذي/ الفتن/ باب ما جاء

في النهي عن سب الرياح/ ح٢٢٥٥) (أحمد/ عن الحسن البصري/ ح١١٥٣٨ ، ١٢٦٦٦) (صحيح ابن

حبان/ ج١١ ص٥٧٠ ، ٥٧١/ ح٥١٦٦) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٦ ص٩٤/ ح١١٢٨٩/ ج١٠ ص٨٩/

ح١٩٩٦٤) .

وتعمق المفهوم الجاهلي في حياتنا ، حتى نمت هذه المفاهيم المخالفة لشرع الله تعالى ، حتى وقعنا في المحذور .

ومن كان هذا حاله من الوكلاء بالخصومة ، فقد منعه الفقهاء في الشريعة من التوكل في القضايا أمام القاضي ، فقالوا : كل من ظهر منه عند القاضي لدد^(١) أو تشغيب^(٢) في خصومة ، فلا ينبغي له أن يقبله في وكالة ، ولا يحل إدخال اللدد على المسلمين .

وقال ابن سهل^(٣) : والذي ذهب إليه الناس في القديم والحديث قبول الوكلاء ، إلا من ظهر منه تشغيب ودد ، فذلك يجب على القاضي إبعاده ، وأن لا يقبل له وكالة على أحد^(٤) .

فهذا فقهننا ، وهذا هو قول علمائنا ، وهذا هو ديننا .
ولننظر إلى الجاهلية القديمة الحديثة ، عندما تحاكننا إلى قوانين الغرب وحياتهم ومفهومهم ونظرتهم للحياة ، فصرنا إلى ما صاروا إليه ، ونسينا أن شرعنا عظيم ، وديننا هو القويم ، واعتقادنا هو السليم ، ولهنا وراء كل مدعٍ للحضارة والتحضر ، ونسينا أية حضارة أضعنا ، وأي ثروة فقدنا ، ونسألهم ما يسألهم الله تعالى : ﴿ أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْتَغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنْ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾^(٥) .

(١) اللدد : شدة الخصومة ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وَهُوَ الَّذِي الْخَصَمَ ﴾ [سورة البقرة ، آية رقم ٢٠٤] . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٣ ص٣٩١) .

(٢) التشغيب : تهيج الشر . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١ ص٥٠٤) .

(٣) ابن سهل : عيسى أبو الأصمغ بن سهل بن عبد الله الأسدي ، كان جيد الفقه ، مقدماً في الأحكام ، له في الأحكام كتاب حسن سَمَاءَ : الإعلام بنوازل الأحكام ، ولي بقرطبة الشورى . ت ٤٨٦ هـ .

(٤) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٥ ص١٨٦) (عليش/ فتح العلي المالك/ ج٢ ص٣٢٨) (عليش/ منح الجليل/ ج٦ ص٣٦٣) .

(٥) (سورة المائدة ، آية رقم ٥٠) .

المبحث الرابع

الادعاء الجزائي في حق الله الخالص والحق المشترك

بعد تمييز الدعوى الجزائية عن غيرها ، وتمييز أطرافها ، وبعد ذكر الأحكام المتعلقة بهذه الأطراف ، يأتي دور الحديث في ذات الدعوى الجزائية ، وعن رأي العلماء فيها ، ثم الحديث عن يتولى عملية الادعاء أمام القاضي .

وبذا يكون هذا المبحث موزعاً على مطلبين :

المطلب الأول : وجود الدعوى الجزائية .

المطلب الثاني : حق الادعاء الجزائي .

المطلب الأول

وجود الدعوى الجزائية

من المباحث السابقة يتأكد وجود الدعوى الجزائية عند الفقهاء . وقد سبق أن تم تعريفها وبيان ما يتعلق بأطرافها من أحكام .

إلا أن هذا التأكيد مقصور على الادعاء في الحقوق المشتركة كالقتل والسرقة ، فإن الفقهاء اتفقوا على وجود الدعوى الجزائية في مثل هذه الأنواع من الحقوق .

أما حق الله الخالص ، فإن القارئ في كتب الفقه يرى أن جمهور العلماء لم يقولوا بالادعاء فيها ، وصرحوا بمنع الادعاء في بعض المواضع ، وقصروا حقوق الله تعالى على شهادة الحسبة .

وقبل ذكر آراء السادة العلماء في هذه المسألة لا بد من توضيح الفارق بين الدعوى وبين الشهادة حسبةً .

١- إن الدعوى تقبل ممن له الحق^(١) ، فإن ادعى من لا حق له فيما يدعي به ، كانت دعواه غير مسموعة وغير صحيحة ، أما الشهادة حسبةً فتقبل من غير من له الحق .

وهذا يعيدنا إلى شرط الصفة في المدعي ، وشرط المصلحة في المدعى به ؛ فإن جاء من له صفة الادعاء فادعى ، قبلت دعواه ، وإلا فلا . وإذا جاء يشهد حسبةً من لا مصلحة له فيما يشهد به قبلت شهادته .

يقول صاحب مواهب الجليل : « قاعدة : الإقرار والدعوى والشهادة كلها إخبارات ، والفرق بينها أن الإخبار إن كان يقتصر على قائله فهو الإقرار ، وإن لم يقتصر ، فإما أن لا يكون للمخبر فيه نفع وهو الشهادة ، أو يكون وهو الدعوى »^(٢) .

٢- أن المدعي إذا تأخر في رفع دعواه لا يبطل حقه بالتقادم ، إلا ما قاله الحنفية من تقادم الدعوى ، أما الشاهد حسبةً إذا تأخر من غير عذر فلا تقبل شهادته للتقادم^(٣) .

وهذا موافق لقول عمر رضي الله عنه : « أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته ، فإنما شهدوا عن ضغن ولا شهادة لهم »^(٤) .

فالشهادة التي يتناولها الأثر هي شهادة الحسبة ؛ لأنها على حد من حدود الله تعالى ، فالشاهد مخير بين أمرين ؛ إما أن يستر على أخيه المسلم ، وإما أن يشهد بما رآه ، فإن تأخر عن أداء الشهادة دون عذر ، دل على أنه اختار الستر ، فإذا عاد

(١) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ ص٤٢٥) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص١٣٩) .

(٢) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٥ ص٢١٦) .

(٣) انظر : (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٤٦) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٨٤) (الحموي/

غمز عيون البصائر/ ج٢ ص٤٢٥) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص١٣٩) .

(٤) سبق تخريجه . انظر ص ٢٥١ .

وشهد بعد مدة ، دل على أن الضغينة حملته على ذلك فلا تقبل شهادته^(١) .

٣- أن الشاهد حسبة لا تتأثر شهادته بتكذيب صاحب الحق لشهادته^(٢) ، أما في الدعوى فإن تكذيب صاحب الحق للدعوى مؤثر ، كما لو ادعى وكيل بالخصومة بجرمة يشترط فيها وجود الدعوى كالسرقة ، فكذبه صاحب الحق الأصيل فيما ادعاه ، فلا تعتبر دعوى الوكيل .

أما لو كان شاهد حسبة ، فلو كذبه صاحب الحق فلا تأثير .

٤- أن المدعى عليه في شهادة حسبة لا يصح تحليفه ، بخلاف الدعوى^(٣) ؛ لأن الدعوى فيها حق آدمي ، فمن أجل تحصيل هذا الحق أجاز العلماء تحليف المدعى عليه من قبل المدعي ، بأن يطلب من المدعى عليه أن يحلف على ما ينكره .

أما شهادة حسبة فليس للشاهد أن يطلب من المدعى عليه الخلف ؛ لأنه لا مصلحة له يحميها حتى نسمح له بالخلف ، فافتقرت شهادة حسبة عن الدعوى .

يقول الإمام زكريا الأنصاري ما نصه : « ولا تسمع دعوى في حد الله تعالى وتعزيره ، لما مرّ في الشهادات من الكلام على دعوى حسبة ، فلا يأتي في ذلك حلف . نعم لو تعلق به حق آدمي كأن قذفه غيره فطالبه بالحد ، فله تحليفه أنه ما زنى ، كما مرّ في الباب الأول ، فإن حلف ، حدّ القاذف »^(٤) .

أما طريق تحصيل حق الله الخالص في الجزائيات ، فقد اختلف فيه العلماء على

قولين :

(١) انظر : (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٧ص٤٦) .

(٢) انظر : (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٣٥٤)

(٣) انظر : (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٤٠٢) (ابن أبي الدم/أدب القضاء/ص٤٣٤) (ابن

عابدين/حاشية ابن عابدين/ج٤ص٤١٠) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج٤ص٢٩٦، ٢٩٧) (ابن مفلح/

الفروع/ج٦ص٥٢٤) (السرخسي/المبسوط/ج١٧ص٣٠) (المواردي/الأحكام السلطانية/ص٢٧٣)

(المرداوي/الإنصاف/ج١٢ص١١٥) (البهوتي/كشاف القناع/ج٦ص٣٣١) .

(٤) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٤٠٢، ٤٠٣) .

الفريق الأول : يرى جمهور الفقهاء أنه لا تسمع الدعوى ولا تقبل في حق من حقوق الله تعالى .

وهو القول الراجح عند الحنفية^(١) ، والقول الراجح عند الشافعية^(٢) ، والقول الراجح عند الحنابلة^(٣) ، وقول عند المالكية^(٤) .

وأضافوا لحق الله تعالى حق آدمي غير معين ، كمقتول لا ورثة له ، فإنه يصبح من حق الله ، وكذلك قذفه ، وكذلك قاطع الطريق الذي لم يتب قبل القدرة عليه .

وتفضيل أقوالهم في هذه المسألة كما يلي :

يرى الحنفية في الراجح عندهم أن الدعوى لا تسمع من غير من له الحق ، وقالوا : إن الدعوى حسبة لا تجوز ، وإن الشهادة حسبة بلا دعوى جائزة في مواضع محددة ، ومن بينها حد الزنا وحد الشرب^(٥) .

وهذا تفريق واضح منهم بين الشهادة والدعوى ، وبناء على هذا الأصل عندهم قالوا : إن حد القذف تقبل فيه الدعوى ولا تقبل فيه شهادة الحسبة^(٦) .

(١) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ ص٤٢٥) (السرخسي/ المبسوط/ ج٦ ص١٤٥) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٤٦) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ ص٤٩٢) (ابن عابدين/ تنقيح الفتاوى الحامدية/ ج٢ ص٢٦) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج٤ ص٣٧٦ ، ٤٠٢) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ ص٣٣٣) (الجمال/ حاشية الجمل/ ج٥ ص٤٠٩) (المهتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص٢٣٧ ، ٢٨٦) (الرملي/ فتاوى الرملي/ ج٤ ص١٧٨ ، ١٧٩) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٣٥) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٤٣٣) (الشرواني/ حاشية الشرواني/ ج١٠ ص٢٣٧) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٣٦٠) .

(٣) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ ص٥٢٤) (الرحبياني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ ص٤٩٩) (البهوتي/ كشف القناع/ ج٦ ص٣٣١) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ ص٢٤٦) .

(٤) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٦٢ ، ١٦٣ ، ١٦٤) (مالك/ المدونة/ ج٤ ص٤٨٩) (الصاوي/ حاشية الصاوي/ ج٤ ص٢٣٧) .

(٥) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ ص٤٢٥) .

(٦) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٤٦) .

إلا أن الحنفية واجهوا مشكلة -على حد تعبيرهم- في فهم تخلف بعض الحدود كالسرقة في مسائل الدعوى والشهادة حسبةً عن بقية الحدود .

وبيان ذلك أنهم عندما فرقوا بين الدعوى والشهادة ، بأن التقادم مانع من الشهادة وليس مانعاً من الدعوى ، وضربوا لذلك مثلاً في الزنا وشرب الخمر مقارنةً بالقذف ، فقالوا : إن التأخير في الشهادة بالزنا وشرب الخمر يدل على الضغينة ، أما حد القذف فإن التأخير لا يدل على الضغينة والتهمة ، وعللوا ذلك بأن الدعوى في القذف شرط ، فاحتمل أن التأخير كان لتأخير الدعوى من المدعي ، أما الدعوى فإنها ليست بشرط في الزنا والخمر .

وعندها تساءلوا عن السرقة ، فإن الدعوى فيها شرط ، ومع هذا فإن التقادم مانع من قبول الشهادة فيها عندهم ، وقد اختلفت عبارات فقهاء المذهب في توجيه ذلك ، ومن هذه التوجيهات :

أ - أن معنى الضغينة والتهمة حكمة المنع من قبول الشهادة .

والسبب الظاهر هو كون الحد خالص حق الله تعالى ، والحكم يدار على السبب الظاهر لا على الحكمة ، وقد وجد السبب الظاهر في السرقة ، فيوجب المنع من قبول الشهادة^(١) .

ويرد الإمام الكاساني^(٢) على هذا التوجيه بقوله : « وهذا ليس بسديد ؛ لأن الأصل تعليق الحكم بالحكمة ، إلا إذا كان وجه الحكمة خفياً لا يوقف عليه إلا مجرح ، فيقام السبب الظاهر مقامه وتجعل الحكمة موجودة تقديراً ، وههنا يمكن الوقوف عليه من غير حرج ، ولم توجد في السرقة ، فيجب أن تقبل الشهادة بعد

(١) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٧ص٤٦) .

(٢) الكاساني : أبو بكر علاء الدين مسعود بن أحمد الكاساني ، يعرف بملك العلماء ، نسبته إلى كاسان بلدة كبيرة في تركستان ، حنفي المذهب ، ولد في حلب وتوفي فيها ، في ٥٨٧هـ ، شرح تحفة الفقهاء للسمرقندي ، وتزوج ابنته ، له بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، وله السلطان المبين في أصول الدين . (ابن أبي الوفاء/طبقات الحنفية/ ص٢٤٤) .

ب- أن الشهادة لا تقبل في السرقة بعد التقادم ؛ لأن دعوى السرقة بعد التقادم لم تصح، لأن المدعي في الابتداء مخير بين أن يدعي السرقة ويقطع طمعه عن ماله احتساباً لإقامة الحد، وبين أن يدعي أخذ المال سترأً على أخيه المسلم، فلما أخر دل تأخيره على اختيار جهة السر والاعراض عن جهة الحسبة، فلما شهد بعد ذلك فقد قصد الإعراض عن جهة السر، فلا يصح إعراضه ولم يجعل قاصداً جهة الحسبة ؛ لأنه قد كان أعرض عنها عند اختياره جهة السر، فلم تصح دعواه السرقة، فلم تقبل الشهادة على السرقة ؛ لأن قبول الشهادة يقف على دعوى صحيحة فيما تشرط فيه الدعوى، فبقي مدعياً أخذ المال لا غير، فتقبل الشهادة حسبةً ؛ إذ التقادم لا يمنع قبول الشهادة على الأموال، بخلاف حد القذف ؛ لأن المقذوف ليس بمخير بين بدل النفس وبين إقامة الحد بالدعوى، بل الواجب عليه دفع العار عن نفسه ودعوى القذف فلا يهتم بالتأخير، فكانت الدعوى صحيحة منه (٢).

وهذا التوجيه يقصد تقسيم الحقوق في السرقة إلى نوعين : حق الله تعالى والمتمثل في قطع يد السارق، وحق العبد والمتمثل في إرجاع المال لأصحابه .
ولو أنهم قالوا إن الحق في حد السرقة مشترك لما وقعوا في هذا الإشكال، فكونه مشتركاً يعني أن التقادم مؤثر في إسقاط حق الله تعالى لوجود التهمة، أما في حق العبد فلا يؤثر التقادم في إسقاطه ؛ لأن حقوق العباد مبنية على المشاحة .

ج- إن عادة السراق الإقدام على السرقة في حالة الغفلة وانتهاز الفرصة في موضع الخفية وصاحب الحق لا يطلع على من شهد ذلك ولا يعرفهم إلا بهم ويجبرهم، فإذا ائتموا أثموا، فكانوا في سعة من تأخيرها، وقد يعلم المدعي شهوده

(١) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٤٦).

(٢) انظر جميع ما سبق : (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٤٦، ٤٧).

في غير ذلك من الحقوق ويطلبها إذا احتاج إليها فافتراقاً^(١) .

وهذا التوجيه أيضاً لا يخلو من النقد ؛ أما إن الشاهد إذا كتم شهادته أثم ، فهذا يتعارض مع النصوص النادرة للستر، كقوله ﷺ لهزال: « هلا سترته بثوبك »^(٢) في حديث ماعز .

وقوله ﷺ لصفوان بن أمية : « هلا كان قبل أن تأتيني »^(٣) في حديث سارق الرداء ، وكلها تحت على الستر . فكيف يقال إن كتمان الشهادة إثم ، وخصوصاً أن الصورة تفترض المبادرة للشهادة ممن عاين الجريمة ، وليس الكتمان هنا متعلقاً بما يطلب الحاكم من الشاهد أداءه على وجه الوجوب ؛ لأنه في هذه الحالة يصبح واجباً ويأثم بالتخلف ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾^(٤) .

وهذه الشهادة ليست موضع الخلاف ، وإنما الخلاف فيما لو تأخر الشاهد من تلقاء نفسه عن الإدلاء بشهادته التي لم يلزمه أحد على أدائها . ولهذا سميت هذه الشهادة شهادة حسبة ، فإنه يحاسب الأجر بها عند الله تعالى ، فأقدم على الشهادة دون طلب .

أما بقية الشهداء ممن يطلبهم القاضي للحكم والشهادة ، فلا يسمى أحد منهم شاهد حسبة .

وخلاصة القول في هذه التوجيهات : أن السرقة فيها حق مشترك ، أما حق الله تعالى فالتقادم يبطل الشهادة به ، وأما حق العباد فالتقادم لا يبطل الادعاء به ؛ لأنه لا شهادة حسبة في حقوق العباد .

وهذا الإشكال الذي وقع فيه الحنفية لا بد أن تقع فيه بقية المذاهب ؛ لأن

(١) انظر : الكاساني/بدائع الصنائع/ج٧ص٤٧) .

(٢) سبق تخريجه . انظر ص ١٦٣ .

(٣) سبق تخريجه . انظر ص ٦٤ .

(٤) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٨٣) .

السرقه عندهم جميعاً حق خالص لله . وهذا ما أشكل على الحنفية .
فالقول بأن السرقه حق خالص لله يتصادم مع القول بأن التقادم في الدعوى فيها لا
يطل الدعوى ؛ لأن التقادم يورث شبهة فيما هو حق لله فيسقطه ، وأما حق العبد فلا يطل
بالتقادم .

وقد وجدت من النصوص عند الفقهاء ما يؤيد وجود اختلاف في بعض الحدود
عن بعضها ، ومنها عبارة الشافعية : « وتقبل شهادة الحسبة في حقوق الله تعالى
كالحدود ، والمستحب سترها ... وكذا تقبل في أبلوغ والإسلام والكفر وقطع الطريق
والسرقه » (١) .

فذكر الحدود ثم ذكر القطع للطريق والسرقه ، ليدلل على اختلاف القطع
والسرقه عن بقية الحدود ، وأن الحق فيهما حق مشترك .
إلا أن الإمام زكريا الأنصاري شارح الروض يقول بعد ذكر قطع الطريق
والسرقه : « وهذان مكرران لدخولهما في الحدود » (٢) .

والصحيح أنهما غير مكررين ؛ لأن الحكم يختلف بحسب النظر إلى الحق الذي
في السرقه ، وهذا مفهوم من نصوصهم (٣) .

ويؤكد جميع ما سبق عند الشافعية أنهم نصوا على أن شهادة الحسبة تقبل في
العفو عن القصاص ، مع أن القصاص حق لآدمي عندهم وعند كل الفقهاء ،
والشهادة على حصول العفو في القصاص مسقطه للقصاص ، إلا أنهم عللوا ذلك
بقولهم : « لما في قبولها فيه من سلامة النفس » (٤) .

أما رأي الشافعية في الدعوى الجزائية وكيفية تحصيل حق الله تعالى ، فقد نقلوا

(١) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٣٥٤) . والعبارة من كلام الروض لابن المقرئ .

(٢) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٣٥٥) .

(٣) انظر : (الخطيب الشربيني/مغني المحتاج/ج٦ص٣٦١) . إذ يقول : « وكذا حد السرقه على الصحيح ...
والثاني لا يتعلق حق الآدمي فيه » .

(٤) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٣٥٥) .

الخلاف في هذه المسألة ابتداءً .

يقول الإمام زكريا الأنصاري : « فتقبل شهادة الحسبة ولا يحتاج لدعوى الحسبة ، بل في سماعها خلاف »^(١) .

إلا أنهم أيضاً اختلفوا في تفسير عبارة الرافعي^(٢) في شرح الوجيز إذ يقول عن حق الله تعالى : « لا تسمع فيه الدعوى » .

فقال البعض بالمنع ، وهو الراجح عندهم ، وقال البعض بالجواز .

وفي تحفة المحتاج : « أن كل ما تقبل فيه شهادة الحسبة لا يحتاج فيه لدعوى ، بل لا تسمع . فجزم بعدم السماع ، وليس أنه لا حاجة لسماعها »^(٣) .

وفي نهاية المحتاج : « وكل ما تقبل فيه شهادة الحسبة لا يتوقف على دعوى »^(٤) .

ومنهم من قال إن معنى « لا تسمع فيه الدعوى » أن المقصود أنه لا حاجة لسماعها ، لا أنه لا يجوز سماعها^(٥) .

ومنهم من قصر سماع الدعوى احتساباً في غير حدود الله تعالى ، أما فيها فلا تسمع^(٦) .

ومنهم من قال إنه لا يتوقف استيفاء الحق على سماع الدعوى ، ولا يشترط

(١) زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٣٨٦ .

(٢) الرافعي : إمام الدين أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل بن الحسين بن الحسن القزويني الرافعي ، أحد أعلام الشافعية ، تفقه على والده ، وسمع الحديث من جماعة ، صنف شرح الوجيز ، وصنف شرحاً لمسند الشافعي ، توفي ٦٢٣هـ في قرزوين . (ابن قاضي شهبة/طبقات الشافعية/ج٢ص٧٥) .

(٣) (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج١٠ص٢٨٦) .

(٤) (الرملي/نهاية المحتاج/ج٨ص٣٣٤) .

(٥) انظر : (الجمال/حاشية الجمل/ج٥ص٤٠٩) .

(٦) انظر المرجع السابق .

وهذه النقولات تؤكد وجود اضطراب في الدعوى احتساباً من حيث جوازها أو منعها عندهم .

وثمره الخلاف ، أن الدعوى إذا كانت لا تسمع لأنها باطلة كان كل ما يترتب عليها باطلاً ، وأما إن كانت تسمع لكن لا حاجة إلى سماعها ، فهي صحيحة إن وجدت وما يترتب عليها صحيح كذلك ؛ ولأن نصوص الشافعية أكدت أن الادعاء حسبة باطل ، ففهم أن الراجح هو قول من قال إنها لا تسمع لأنها باطلة .

ومع ذلك فقد فسر الفريق الآخر كلمة البطلان بأن المقصود أنها تصبح كأنها غير موجودة ، ولا يعني ذلك بطلان ما يترتب عليها ، فيكون الحكم صحيحاً ، وكأنه لم توجد دعوى حسبة حتى يبنى عليها شيء من الأحكام .

يقول الهيتمي صاحب تحفة المحتاج : « فهل الحكم المترتب عليها باطل ، لأن المترتب على الباطل باطل ، أو لا ، لأن بطلانها أوجب أنها كما لو لم تذكر ، فكأنه حكم بغير دعوى وهو صحيح ، كل محتمل ، والأوجه الثاني »^(٢) .

ويرى الفريق المانع لدعوى الحسبة أن ألفاظ الدعوى تختلف عن ألفاظ الشهادة ، فقالوا: لا تسمع شهادة الحسبة حتى يقول شهودها ابتداءً للقاضي تشهد بكذا على فلان فأحضره لشهد عليه . أما إن قالوا ابتداءً فلان زنى فهم قذفة . نعم إن وصلوا شهادتهم به ، قال الزركشي^(٣) : فالظاهر أنهم ليسوا بقذفة ، لكن كلام

(١) انظر : (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ ص٤٠٩) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص٢٨٧) .

(٢) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص٢٣٧) .

(٣) الزركشي : أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ، ويلقب بالنهاجي ؛ لأنه حفظ كتاب منهاج الطالبين للإمام النووي ، شافعي المذهب ، ولد بالقاهرة ٧٤٥هـ ، وتوفي ودفن فيها ٧٩٤هـ . من مصنفاته : البحر المحيط ، البرهان في علوم القرآن ، خبايا الزوايا ، المنشور في القواعد الفقهية . (ابن قاضي شعبة/ طبقات الشافعية/ ج٣ ص١٦٧) .

الروائي^(١) يقتضي أنه لا فرق^(٢) .

والصحيح أن تقديم لفظ الشهادة أو تأخيرها بعد الاتهام بالزنا لا يترتب عليه فرق كبير ، مع أن الدقة تقتضي تقديم لفظ الشهادة ، إلا أن هذه الدقة لا تلتبس عند العامة ، والشهادة مأذونٌ بها لعموم الناس ، فناسب مراعاة أحوال الشهود ، بل وللقاضي أن يلقنهم أن هذه شهادة حسبة حتى لا يتلبسوا بجد القذف دون علم^(٣) .
وقد فرق الشافعية في بعض الأقوال عندهم بين الحدود والتعزير . وهذا التفريق لم يتطرق إليه العلماء في المذاهب الأخرى . وجاءت أقوال الشافعية في التعزير على قولين :

الأول : أن ما كان حقاً لله والتعزير عقوبته ، فإن حاله كحال ما هو حق لله والحد عقوبته ، وصرحوا بذلك وقالوا : « لا تسمع دعوى في حد لله تعالى أو تعزير وجب له سبحانه »^(٤) .

الثاني : أن التعزير إن كان حقاً لله تعالى ، فتسمع فيه الدعوى إن تعلق بمصلحة عامة^(٥) .

يقول صاحب حاشية الجمل : « ما يوجب تعزيراً لحق الله تعالى تسمع فيه الدعوى إن تعلق بمصلحة عامة ، كطرح حجارة بطريق »^(٦) .

(١) الروائي : أبو المحاسن فخر الإسلام عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد بن محمد الروائي الطبري ، برع في المذهب الشافعي ، وكانت له الرياسة والوجاهة ، كان يقول : لو احترقت كتب الشافعي لأمليتها من حقيقي ، وكان يقال له : شافعي زمانه ، ولي القضاء بطبرستان . ولد ٤١٥ هـ ، توفي ٥٠١ أو ٥٠٢ هـ . وله : البحر والكافي والحلية والمنتدي . (ابن قاضي شهبة/ طبقات الشافعية/ ج ٢ ص ٢٨٧) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج ٤ ص ٣٥٥) .

(٣) انظر : (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج ٦ ص ١٦٥) ، حيث نص على أن العوام يتساعمون في مثل هذا ، فينبغي أن يعذروا به .

(٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج ٤ ص ٤٠٢) .

(٥) انظر : (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج ٨ ص ٣٣٣) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج ١٠ ص ٢٨٦) (الجمل/ حاشية

الجمل/ ج ٥ ص ٤٠٩) (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج ٤ ص ٤٠٢) .

(٦) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج ٥ ص ٤٠٩) .

ويقول الإمام زكريا الأنصاري : « ما يوجب التعزير تسمع فيه الدعوى إذا تعلق بالأمر العامة من مصالح المسلمين » (١).

وعند الحنابلة ، اختلفت الروايات في سماع الدعوى حسبةً ، إلا أنهم كانوا أكثر وضوحاً في التفريق بين ما هو حق لله وما هو حق لأدمي ، وما هو حق مشترك. فإن كان حقاً لأدمي معين ، فلا تسمع الشهادة قبل الدعوى ، على الصحيح من المذهب ، وأجاز البعض سماعها ، وقيده البعض بأن يكون صاحب الحق غير عالم بما يشهد به الشاهد (٢).

وإن كان الحق لله تعالى ، لم تصح الدعوى به ، بل ولا تسمع ، وتسمع البينة من غير تقدم دعوى ، وأنه المذهب وعليه جماهير الأصحاب (٣).
وإن كان حقاً يشمل حق الله وحق الأدمي ، كسرقة ، فتسمع الدعوى في المال ، ويحلف منكرٌ ، ولو عاد إلى مالكه أو ملكه سارقه ، لم تسمع لتمحض حق الله ، ومثله الزنا بأمته (٤).

وهذا في إشارة لموقف الحنابلة من الزنى غضباً ، فقد سبق أن نقلنا عنهم أنهم يقولون بثبوت المهر في الزنى غضباً لحق الأدمي فيه .

وإن كان الحق لأدمي غير معين ، فلا تصح الدعوى ولا تسمع ، وتسمع البينة قبل الدعوى ، ومنها عقوبة كذاب مفتر على الناس والتكلم فيهم (٥).
أما أدلة الحنفية والشافعية والحنابلة المانعين من سماع الدعوى فيما فيه حق لله تعالى ، فهي كما يلي :

(١) زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٤٠٢ .

(٢) انظر (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ ص٢٤٥ ، ٢٤٦) .

(٣) انظر : (البهوتي/ كشف القناع/ ج٦ ص٣٣١) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ ص٢٤٦) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ ص٥٢٤) .

(٤) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ ص٢٤٧) .

(٥) انظر : (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ ص٢٤٨) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ ص٥٢٤) (البهوتي/ كشف

القناع/ ج٦ ص٣٣١) .

١- أن المدعي فيها لا حق له فيها ، ومن له الحق لم يأذن في الطلب ، بل هو مأمور بالإعراض والدفع ما أمكن^(١) ، وأن الحق فيها لا يثبت لواحد بعينه ، وإنما هي لجميع المسلمين^(٢) .

وهذا منهم على أصلهم القائل بأن الدعوى لا بد أن يكون لمدعيها حظ فيما يدعيه ، وأن تكون له مصلحة فيما يدعيه ، فإذا انتفت المصلحة فلا تسمع الدعوى ، وإنما تسمع الشهادة ، على التفريق السابق بين الدعوى والشهادة .

٢- أن سماع الدعوى لا فائدة فيه زيادة على ما في شهادة الحسبة من فائدة ، فلا يحتاج إلى دعوى الحسبة مع وجود الشهادة فيها^(٣) .
أما حق الأدمي فلا تكفي فيه شهادة الحسبة^(٤) .

وقد رد بعض الشافعية ممن قالوا بالقول الثاني بأن البيئة قد لا تساعد ويراد استخراج الحق بإقرار المدعى عليه ، فيحصل المقصود بوجه أقوى ، وكفى بهذا حاجة^(٥) .

الفريق الثاني : أجاز هذا الفريق سماع الدعوى في حق الله تعالى ، وكذلك سماع الشهادة فيها ، فكانوا متفقين مع الفريق الأول في الشهادة ومختلفين في الدعوى .

(١) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ ص٣٣٣) (الجمال/ حاشية الجمل/ ج٥ ص٤٠٩) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص٢٨٦) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٣٦٠) (الرملي/ فتاوى الرملي/ ج٤ ص١٧٩) (الشرواني/ حواشي الشرواني/ ج١٠ ص٢٣٧) (البجيرمي/ حاشية البجيرمي/ ج٤ ص٣٩٤) .

(٢) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص٢٨٦) (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج٤ ص٣٨٦) (البهوتي/ كشف القناع/ ج٦ ص٣٣١) .

(٣) انظر : (البجيرمي/ حاشية البجيرمي/ ج٤ ص٣٩٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج٤ ص٣٥٥) (الجمال/ حاشية الجمل/ ج٥ ص٤٠٩) .

(٤) (البجيرمي/ حاشية البجيرمي/ ج٤ ص٢٢٦) .

(٥) (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج٤ ص٣٥٥) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٤٣٤) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ ص٢٤٨) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص٢٣٧) .

وهذا هو قول المالكية ، وقولٌ عند الحنفية ، وقولٌ عند الشافعية ، وقولٌ عند الحنابلة^(١) .

فالمالكية يقررون أن الشهادة تكفي لتحصيل حق الله ، إلا أن ذلك لا يدل على منع الدعوى فيها^(٢) .

ومع الدعوى أجازوا الشهادة حسبةً شرط أن لا يرد ما يدل على خصومة ، فقالوا : إذا شهد أربعة بالزنا على رجل جازت شهادتهم ، وإن كانوا هم القائمين بذلك مجتمعين جاؤوا أو متفرقين إذا كان افتراقهم قريب بعضه من بعض . ووجه ذلك أنه لما كان ما فعلوا من قيامهم عليه مباحاً لهم - وإن كان الستر أفضل - لم يكونوا خصماء ، إذ لم يقوموا لأنفسهم ، وإنما قاموا لله^(٣) . ومعنى القيام به أن يبادر بذلك دون طلب منه ، كما يفهم من نصوصهم .

وأغلب النصوص وردت عندهم مطلقة لا تفرق بين حالة وحالة ، مما جعل البعض من المتأخرين يجري النصوص على إطلاقها ، وينسب إلى المذهب أنه قال بجواز المخاصمة في حقوق الله مطلقاً ، إلا أن المحققين في المذهب كان لهم رأي آخر ، وسيأتي تفصيله بعد قليل .

يقول ابن فرحون : « من كانت عنده شهادة ، فلا يحل له أن يكتمها ، ويلزمه إذا دعي أن يقوم بها ، وإن لم يدع فهو على وجهين ، إما أن يكون حقاً لله ، وإما أن يكون حقاً لأدمي ، فالأول على قسمين ؛ ما لا يستدام فيه على التحريم ، وما يستدام فيه ؛ فالأول كالزنا والشرب وشبهه ، فلا يضر ترك إخباره بالشهادة ؛ لأن

(١) انظر : (الصاوي/ حاشية الصاوي/ ج٤ ص٢٣٨، ٢٣٩، ٢٤٧، ٢٤٨) (مالك/ المدونة/ ج٤ ص٤٨٨، ٤٩٩) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٦٢، ١٦٣، ١٦٤) (اللسوقي/ حاشية اللسوقي/ ج٤ ص١٧٤) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ ص٤١٧) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ ص٥٢٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٣٨٦) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٤٣٤) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص٢٣٧) (الجميل/ حاشية الجمل/ ج٥ ص٤٠٩) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ ص٤١٠) .

(٢) انظر (الصاوي/ حاشية الصاوي/ ج٤ ص٢٣٩) .

(٣) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٦٣) .

ذلك ستر عليه ، وأشار ابن رشد^(١) إلى أن هذا في حق من يندر منه ، وأما من كثر منه فينبغي أن يشهد عليه، وإن علم الإمام بذلك فقد قال ابن القاسم^(٢) في المجموعة: يكتمون الشهادة ولا يشهدوا بذلك إلا في تجريح إن شهد على أحد ، والثاني كالتق والطلاق والخلع والرضاع والعفو عن القصاص وتملك الأحباس والقناطر وشبهه ، فيلزمه أن يخبر بشهادته ويقوم بها عند الحاكم ، فإن لم يخبر بشهادته سقطت ؛ لأن سكوته عن ذلك جرحه ، إلا أن يثبت أن لهم عذراً في عدم القيام^(٣) .

وقد تشدد المالكية في قبول شهادة الحسبة فيما لم يتشدد فيه غيرهم ، فإنهم يمنعون قبول الشهادة لأدنى تصرف يوهم حرص الشاهد على شهادته ، أو يوهم وجود مصلحة له فيما فعله أو فيما يشهد به ، بل منعوا الشهادة في مخالفة ما هو أهون من هذين ؛ كأن يأتي الشاهد ويقول : رأيت يزنني ، فيقال له : أتت بأربعة شهداء سواك ، وإلا ضربت الحد ؛ لأنه صار قاذفاً ، ويحد الحد إن لم يأت بأربعة شهداء سواه^(٤) .

وهم بهذا يردون شهادته ويجعلونه مدعياً ؛ لأن لفظه لفظ القاذف ، إلا أن يأتي بأربعة شهداء سواه ، فيقام على المشهود عليه الحد ، وهذا يشبهه قول الشافعية.

(١) ابن رشد : محمد بن أحمد بن رشد المالكي ، أبو الوليد القرطبي ، زعيم فقهاء وقته ، سار في القضاء بأحسن سيرة ثم استعفى منه ، عاش سبعين سنة ، له البيان والتحصيل ، وله كتاب المقدمات ، ولي قضاء الجماعة بقرطبة ، ت ٥٢٠ هـ . (ابن فرحون/الديباج المذهب/ص ٢٧٩) (الذهبي/سير أعلام النبلاء/ج ١٩ ص ٥٠٢) .

(٢) ابن القاسم : أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة ، انفرد بصحبة مالك رضي الله عنه ، وكان من كبار الفقهاء والحفاظ ، وروايته للمدونة أرجح الروايات في مذهب مالك ، قيل فيه : إنه أقعد الناس في مذهب مالك ، وأنه كان أمن الناس على فقه مالك ، توفي بمصر في صفر ١٩١ هـ .

(ابن فرحون/الديباج المذهب/ص ١٤٧) .

(٣) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج ١ ص ٢٤٦) .

(٤) انظر : (المدونة/ج ٤ ص ٤٨٩) .

ومن الأمثلة على هذا التشدد ، ما نص عليه ابن القاسم أن صاحب السوق^(١) إذا أخذ سكراناً فسجنه وشهد عليه وآخر معه ، فقال : لا أرى أن تجوز شهادته ؛ لأنه قد صار خصماً حين سجنه ، ولو رفعه إلى غيره قبل أن يسجنه وشهد مع الرجل جازت شهادته عليه . قال محمد بن رشد : إنما جازت شهادته عليه وإن أخذه فرفعه ما لم يسجنه ؛ لأن ما فعل من أخذه ورفع له من أجل أنه موكل بالمصلحة ، ولو لم يكن صاحب السوق موكلاً بالمصلحة فأخذ سكراناً فرفعه إلى غيره لم تجز شهادته عليه^(٢) .

ومنهم من يرى أن سجن الشارب كان مخالفاً لأصول التعامل معه ؛ لأن الواجب عليه أن يرفعه ، فلما خالف منعت الشهادة عليه وتقبل الدعوى ، وعليه أن يأتي بشاهد آخر يحل محله ؛ لأن شهادته لا تقبل .

ومثال آخر يشهد على تشدد المالكية في شهادة الحسبة ؛ يقول ابن القاسم في أربعة نفر شهدوا على رجل بالزنا فتعلقوا به ، فأتوا به إلى السلطان وشهدوا عليه ، قال : لا أرى أن تجوز شهادتهم ، وأراهم قذفة . وقال محمد بن رشد : إنما لم تجز شهادتهم لأن ما فعلوه من أخذه وتعلقهم به ورفعهم إياه إلى السلطان لا يلزمهم ولا يجب عليهم ، بل هو مكروه لهم ، لأن الإنسان مأمور بالستر على نفسه وغيره ، قال رسول الله ﷺ : « من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستر بستر الله ، فإنه من يُبد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله »^(٣) .

وقال لهنزال : « يا هنزال لو سترته بردائك لكان خيراً لك »^(٤) .

فلما فعلوا ذلك صاروا ظالمين له ومدعين الزنا عليه وقذفةً له ، فوجب عليهم الحد له ، إلا أن يأتوا بأربعة شهداء سواهم على معاينة الفعل كالمرود في المكحلة ،

(١) وهو الخنثب أو صاحب الشرطة أو أحد أفرادهما .

(٢) انظر : (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج ٦ ص ١٦٢) .

(٣) سبق تخريجه . انظر ص ١٦٣ .

(٤) سبق تخريجه . انظر ص ١٦٢ .

ولو كانوا أصحاب شرطة موكلين بتغيير المنكر ورفع أو أحدهم ، فأخذوه أو أخذه، فجاؤوا به ، فشهدوا عليه ، لقبلت شهادتهم ؛ لأنهم فعلوا في أخذه ورفع ما يلزمهم^(١) .

فمنعهم لهذه الشهادة إنما كان لمخالفة الشهود ما يجب عليهم ؛ لأن التعلق بالمشهود عليه ليس من شأنهم ولا يلزمهم ، فلما تعلقوا به لم تقبل شهادتهم .

فهم- وإن نصوا على وجوب المبادرة لحفظ حقوق الله تعالى في بعض المواضع وخصوصاً إذا كان الفعل مما يستدام التحريم فيه ، إلا أنهم كانوا يسقطون الشهادة لأدنى تهمة^(٢) .

ويرى المالكية كذلك أن خاصمة الشهود في حقوق الله مسقطه لشهادتهم ؛ لأن خصامهم يدل على شدة الحرص على إنفاذ شهادتهم والحكم بها ، وشدة الحرص قد تحمل على تحريفها أو زيادة فيها^(٣) .

وخلف البعض وقالوا : إن شهادتهم تلزمه ؛ لأنه في أمور الآخرة ، وقد قدمنا أن العداوة في حق الله لا تؤثر في الشهادة^(٤) .

وخلاصة القول في هذه المسائل ينقلها صاحب مواهب الجليل بقوله :

« وحاصل ما تقدم أن ما حكاه ابن رشد عن بعض المتأخرين الذي هو ظاهر كلام المؤلف ، هو ظاهر إطلاقات أهل المذهب ، ولا شك في ظهور الفرق بين وجوب رفع الشهادة وسقوطها بكون الشاهد هو المدعي ، فرغ الشهادة عند الحاكم والإخبار بها من غير مخاصمة فيما يستدام فيه التحريم واجب غير مسقط للشهادة... »

(١) انظر- (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٦٢ ، ١٦٣) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص١٨٦) .

(٢) انظر : (اللدسوقي/ حاشية اللدسوقي/ ج٤ ص١٧٤) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ ص٤١٧) (الصاوي/

حاشية الصاوي / ج٤ ص٢٤٧ ، ٢٤٨) .

(٣) انظر (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٦٣) .

(٤) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٦٣) .

وأما إن كان الرافع هو المخاصم فتسقط الشهادة»^(١) .

وقال متأخرو الحنفية ممن أيدوا القول بدعوى الحسبة : « ولا يخفى أن شاهد الحسبة لا بد أن يدعي ما يشهد به إن لم يوجد مدعٍ آخر ، وعلى هذا فكل ما تقبل فيه الشهادة حسبة يصدق عليه أنه تقبل فيه الدعوى حسبة »^(٢) .

وقد ردوا على عبارة ابن نجيم في الأشباه إذ قال : « وليس لنا مدع حسبة إلا في دعوى الموقوف عليه » .

فقال ابن عابدين : « قد يكون مراده أنه لا يسمى مدعياً ، أو أن مدعي الحسبة لا يحلف له الخصم عند عدم البينة ، فلا يتحقق بدون الشهادة ، فلذا نقاه »^(٣) .

وأدلة هذا الفريق على إجازة الدعوى والشهادة ، كما يفهم من نصوصهم : أن الدعوى مماثلة للشهادة في تحصيل حق الله تعالى ، فأية وسيلة أمكن تحصيل حق الله بها جازت .

وهذا وإن لم ينصوا عليه ، إلا أنه مفهوم نصوصهم وأمثلتهم .

الرأي الراجح :

بعد الاطلاع على آراء العلماء في دعوى الحسبة وشهادة الحسبة ، يمكن الخلوص إلى النتائج التالية :

١- أن الذي ينتهك حرمةً من حرمت الشرع ، وحقاً من حقوق الله تعالى ، لا يفلت من العقاب ولا من المسؤولية . وهذا متفق عليه بين الفريقين . فليس من آثار هذا الاختلاف رفع المسؤولية عن الجاني في أية صورة أو أية حالة .

يقول الشيخان قليوبي وعميرة -وهما من الفريق الأول القائل بمنع سماع

(١) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٦٤) .

(٢) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ ص٤١٠) .

(٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ ص٤١٠) .

الدعوى حسبةً - : « واعلم أن عقوبة الله تعالى لا بد فيها من الرفع إلى القاضي أيضاً، غاية الأمر أنها لا يدعى فيها »^(١).

ومثله ما ورد في بقية كتب الشافعية حيث قالوا : « أما ما هو عقوبة له تعالى ، فهو وإن توقف على القاضي أيضاً ، لكن لا تسمع فيه الدعوى »^(٢).

٢- أن الفريقين يجيزان شهادة الحسبة في حقوق الله تعالى ، فقالوا : الطريق في إثباتها شهادة الحسبة^(٣).

ومعنى شهادة الحسبة هي أن يؤدي الشاهد شهادة تحملها ابتداءً لا يطلب طالب ، ولا بتقدم دعوى مدع ، ومعنى حسبة ، أي احتساباً لله تعالى^(٤) .
وقد ورد في فضلها قول رسول الله ﷺ : « ألا أخبركم بخير الشهداء ، الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها »^(٥).

وحكم الشهادة فيها يختلف بحسب الحال ، فقد يكون مستحباً ، وقد يكون جائزاً ، وقد يكون واجباً ، وذلك إذا تعين طريقاً للحق^(٦) .

(١) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٣٦) .

(٢) (البجيرمي/ حاشية البجيرمي على الخطيب/ ج٤ ص٤١٤) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص٢٨٦) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ ص٣٣٣) (الجمال/ حاشية الجمال/ ج٥ ص٤٠٩) (البجيرمي/ البجيرمي على المنهج/ ج٤ ص٢٩٤) .

(٣) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ ص٣٣٣) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص٢٨٦) (الجمال/ حاشية الجمال/ ج٥ ص٤٠٩) (البجيرمي/ حاشية البجيرمي على المنهج/ ج٤ ص٣٩٤) .

(٤) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٤٣٢) .

(٥) (مسلم/ الأفضية/ باب بيان خير الشهود/ ج١٧١٩) (الترمذي/ الشهادات/ باب ما جاء في الشهداء أيهم خير/ ح٢٢٩٥ ، ٢٢٩٧ ، وقال حديث صحيح) (مالك/ الموطأ/ الأفضية/ باب ما جاء في الشهادة/ ح١٤٢٦) (أبو داود/ الأفضية/ باب في الشهادات/ ح٣٥٩٦) (ابن ماجه/ الأحكام/ باب الرجل عنده الشهادة ولا يعلم بها صاحبها/ ح٢٣٦٤) (أحمد/ عن زيد بن خالد/ ح١٦٥٩٢ ، ١٦٥٩٩ ، ١٦٦١٤ ، ٢١١٧٥ ، ٢١٦٥) .

(٦) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٤٣٥) (جلال المحلي/ شرح جلال المحلي على منهاج الطالبين/ ج٤ ص٣٢٣) .

أما قول رسول الله ﷺ فيما يرويه البخاري عن عمران بن حصين : « خير أمي قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم » ، قال عمران : فلا أدري أذكر بعد قرنه قرنين أو ثلاثة ، « ثم أتى من بعدهم قوم يشهدون ولا يستشهدون ، ويخونون ولا يؤتمنون ، وينذرون ولا يوفون ، ويظهر فيهم السمن »^(١). فقد ذكر العلماء أن هذا الحديث لا يتعارض مع سابقه ، فإنه محمول على حق آدميين ، أما الحديث الأول فمحمول على الشهادة في حق الله تعالى ، ونقياً للتعارض بين حديثين صحيحين ، قال العلماء : إن الحديث الثاني يتعلق بما لا تقبل فيه شهادة الحسبة لورود الخبر الأول^(٢) .

٣- أن الخلاف في دعوى الحسبة راجع إلى الفروق الخفية الدقيقة بين الدعوى والشهادة، مع أن كليهما إخبار .

والذي فهمته من أقوال العلماء أن القول بشهادة الحسبة وتحصيل حقوق الله تعالى بوساطتها فيه حفظ لهذه الحقوق بصورة أكبر ، ولكن المتبادر إلى ذهن القارئ -خلاف ذلك ، فيسأل كيف تمنع الدعوى حسبةً لله ، ثم يكون في هذا المنع حفظ أكبر لحق الله تعالى ؟

والجواب على ذلك :

أن الفقهاء يرون أن الدعوى عبارة عن وسيلة يطلب من خلالها المدعي

(١) (البخاري/الشهادات/باب لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد/ح٢٦٥١ ، وذكره بعدة كتب) (مسلم/فضائل الصحابة/باب فضل الصحابة/ح٢٥٣٣) (الترمذي/الفتن/باب ما جاء في القرن الثالث/ح٢٢٢١) (النسائي/الأيمان والنذور/الوفاء بالنذر/ح٣٨٠٩) (ابن ماجه/الأحكام/باب كراهية الشهادة لمن لم يشهد/ح٢٣٦٢) (أحمد/عن عبد الله بن مسعود/ح٣٥٨٣ ، ٣٩٥٣ ، ٤١١٩ ، ٤١٦٢ ، ٤٢٠٥ /وعن أبي هريرة/ح٩٠٦٣ ، ٩٨٥٤ /وعن النعمان بن بشير/ح١٧٨٨٤ ، ١٧٩٦٠ ، ١٧٩٧٩ .

(٢) انظر : (الزرکشي/البحر المحیط/ج٨ص١٤٩) (الخرشي/شرح مختصر خليل/ج٧ص١٨٧) (الخطاب/مواهب الجليل/ج٦ص١٦٦) (البجيرمي/حاشية البجيرمي على المنهج/ج٤ص٣٧٩) (البجيرمي/حاشية البجيرمي على الخطيب/ج٤ص٤٣٥) .

تحصيل حق من الحقوق، وهذا الطلب يتعلق بمصلحة الطالب أو المدعي .
ونتيجة لوجود مصلحة يدافع عنها المدعي كان في كلامه شبهة المحاباة لنفسه ،
ولذلك كان ادعاؤه مساوياً لادعاء المدعي عليه أنه بريء مما نسب إليه . ومن هنا كان
لا بد لإثبات ما يدعيه من شهود يؤكدون صدقه ، وأنه على حق فيما قاله ، ولم يقبل
قول المدعي في هذه الدعوى كشاهد على ما حصل ، بل لا بد من شاهدين آخرين
يؤكدان صحة ما قاله وما ادّعا.

وهذا الفهم مستطرد ومتتابع في جميع الأحكام ، فقالوا : إن شهادة الشاهد إذا
كانت تجرّ له نفعاً فلا تجوز^(١) ، وإن الخصومة تورث شبهة ولا شهادة مع الشبهة ،
وقد قال النبي ﷺ : « لا تقبل شهادة ذي غمر^(٢) على أخيه »^(٣) .

وهذا في كل الحقوق ، فكيف بحق الله تعالى المبني على المسامحة والمبني على
الدرء ، فالقول بسقوط الحد مع هذه الشهادة أولى .

أما في شهادة الحسبة فإن الشاهد لا يطالب بحق لنفسه ، وإنما بحق الله تعالى ،
فانتفاء المصلحة في رفعه مثل هذه الدعوى يقوي دعواه وشهادته ؛ لأن مصلحة
وفائدة الشهادة لا يرجع إلى شخصه ، بل هو عائد إلى مجموع الأمة ، فصار الشاهد
نائباً عن الأمة في المطالبة بحمها .

(١) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٦٨) .

(٢) الغمر : الشحنة والعداوة ، والضغن والحد . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٥ ص٣٠) .

(٣) (أبو داود/ الأفضية/ باب من ترد شهادته/ ح٣٦٠٠) (الترمذي/ الشهادات/ باب ما جاء فيمن لا تجوز
شهادته/ ح٢٢٩٨ ، وصرح بأن فيه يزيد بن زياد الدمشقي ، وهو ضعيف) (ابن ماجه/ الأحكام/ باب
من لا تجوز شهادته/ ح٢٣٦٦ ، بطريق غير طريق الترمذي) (أحمد/ عن عبد الله بن عمرو بن
العاص/ ح٦٨٦٠ ، ٦٩٠١ ، ٦٦٥٩ ، ٧٠٦٢) (سنن البيهقي الكبرى/ ج١٠ ص١٥٥/ ح٢٠٣٥٥)
(الدارقطني/ ج٤ ص٢٤٤/ ح١٤٤ ، ١٤٦ ، ١٤٧) (مصنف عبد الرزاق/ ج٨ ص٣١٩/ ح١٥٣٦٢) . وله
أسانيد قوية ، كما نص على ذلك الشوكاني في (نيل الأوطار/ ج٩ ص٣٠١) ، وروى مالك في موطنه
أثراً موقوفاً على عمر رضي الله عنه أنه قال : « لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين » . (مالك/
الأفضية/ باب ما جاء في الشهادات/ ح١٤٢٧) .

المطالب بحق خاص نسبة التهمة إليه كبيرة ؛ لأنه يريد نفع نفسه ، وهي مماثلة
نسبة التهمة عند الخصم ؛ لأنه يريد دفع الضرر عن نفسه ، فاستويا ، فكانت هذه
هي الدعوى .

أما المطالب بحق الله تعالى ، فنسبة التهمة له قليلة ، وهي أدنى من نسبة التهمة
عند الخصم ؛ لأن المطالب يريد نفع الأمة ولا تهمة في هذا ، أما الخصم فيريد دفع
الضرر عن نفسه ، فافتقرا ، وصار الشاهد بمنزلة أعلى من المدعي ، فكانت شهادة
الحسبة .

يقول الفقهاء في ذلك : « وتقبل شهادة المدعي فيه - أي في حق الله تعالى -
لأنه لا يجير إلى نفسه نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً »^(١).

فإذا علمنا أن صفة الادعاء أو الشهادة يلصقها القاضي على من جاء بخبر عن
غيره فعلاً محرماً ، فإن الذي يحدث أن هذا الفعل هو دعوى أم شهادة ليس ذات
المخبر ، وإنما الحاكم أو القاضي .

فإذا جاء للقاضي من يخبره عن فعل محرّم ، ينظر هل في قوله تهمة أو شبهة ،
فإن كان كذلك جعلها دعوى وأمره بأن يأتي بالشهود بحسب العدد المطلوب في
أمثال هذه القضية .

وإذا لم يجد فيها تهمة ولا شبهة ، اعتبره شاهداً في القضية ، وأمره بأن يكمل
الشهود بحسب العدد المطلوب في أمثالها . وبذا أراحه من عبء إحضار شاهد آخر
غيره .

والمثال يوضح المقصود .

فإن جاء من يخبر عن رجل أنه قد شرب الخمر ، فينظر هل في حاله ما يوجب
الشبهة ، كحرص على إقامة العقوبة ، أو حرص على تنفيذ مقتضى ما أخبر به ، فإن

(١) (البهوتي/ كشف القناع/ ج٦ ص٣٣١) (الشيرازي/ المهذب/ ج٢ ص٣٢٩) (ابن بليان/ أخصر
المختصرات/ ص ٢٦٧) (المالكي/ كفاية الطالب/ ج٢ ص٤٥١) (النفراوي/ الفواكه الدواني/ ج٢
ص ٢٢٦) .

وجدت الشبهة والتهمة ، جعله القاضي مدعياً ، وأمره بأن يأتي على ما يدعيه بشاهدين آخرين ، وهذا القرار من القاضي ينبع أن هذا المخبر وإن جاء على هيئة شاهد ، إلا أن هناك أمراً خفياً يرغبه في إقامة الحد على المشهود عليه ، وهذا يعني وجود مصلحة في المبادرة بشهادته ، فلا تقبل شهادته ، ويعامل معاملة المدعي الذي يحمي بدعواه مصلحته الخاصة .

أما إذا لم يلحظ القاضي مثل هذه التهمة ، فإنه يقبل منه شهادته ، ويأمره القاضي بأن يأتي بشاهد آخر يؤكد فيها صدق دعواه .

وبهذه الحالة لم يكلف القاضي الشاهد بأن يأتي بشاهدين وإنما بشاهد واحد ؛ لأنه هو الشاهد الثاني .

وهذا هو الفارق بين الدعوى والشهادة .

والأمر قد يستتبع أحكاماً خطيرة كما في الزنا ، فإن اعتبره القاضي مدعياً ألزمه بتحصيل أربعة غيره ليشهدوا على ما يقوله ، فإن تعذر تحصيل الرابع أقيم الحد عليهم لأنهم قذفة .

فالقول على هذا بأن دعوى الحسبة وشهادة الحسبة متشابهتين غير صحيح ، بل الفارق بينهما له خطورته وأهميته .

وهذا يرد على الفريق الأول القائل بأنه لا تسمع الدعوى فيما هو حق لله ، معللين ذلك أنه لا حاجة لدعوى الحسبة . وهذا غير صحيح .

فإن القاضي إذا لم يقبل شهادة الحسبة انقلبت على الفور إلى دعوى الحسبة ، واستتبع ذلك جملة الفروق بين الدعوى والشهادة .

ومما يدل على هذا الاستنتاج ما ذكرته كتب السنن من آثار تدل على أن القاضي هو الذي يحدد أن المخبر خصم أو أنه شاهد ، ومن ذلك ما رواه البيهقي في سننه ، أن عمر رضي الله عنه 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 فسكراً ، وإنني رأيت حداً من حدود الله حقاً عليّ أن أرفعه

إليك ، فقال عمر رضي الله عنه : من شهد معك؟ قال : أبو هريرة ، فدعا أبا هريرة فقال : بم تشهد؟ فقال : لم أره شرب ، ولكني رأيته سكران نقيء ، فقال عمر رضي الله عنه : لقد تنطعت في الشهادة ، قال : ثم كتب إلى قدامة أن يقدم عليه من البحرين ، فقدم ، فقام إليه الجاورد ، فقال : أقم على هذا كتاب الله ، فقال عمر رضي الله عنه : أخصم أنت أم شهيد؟ قال : بل شهيد ، قال : فقد أدبت الشهادة ، فصمت الجاورد حتى غدا على عمر فقال : أقم على هذا حد الله ، فقال عمر رضي الله عنه : ما أراك إلا خصماً ، وما شهد معك إلا رجل واحد ، فقال الجاورد : إنني أنشدك الله ، فقال عمر : لتمسكن لسانك أو لأسوءنك ، قال 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 : إنني حادك فقال : لو شربت كما يقولون ، ما كان لكم لتجلدونني ، فقال عمر رضي الله عنه : لم؟ قال قدامة : قال الله عز وجل : ﴿ لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوا ﴾ الآية^(١) . قال عمر رضي الله عنه : أخطأت التأويل ، إن اتقيت الله اجتنبت ما حرم عليك ، قال : 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 يلقي الله عز وجل تحت السياط ، أحب إليّ من أن يلقاه وهو في عنقي ، اتنوني بسوط تام ، فأمر عمر رضي الله عنه بقدامة ، فجلد^(٢) .

(١) (سورة المائدة ، آية رقم ٩٣) .

(٢) (سنن البيهقي الكبرى/ ج ٨ ص ٣١٥ ح ١٧٢٩٣ ، ١٧٢٩٤ ، وله متابعات ذكرها) (مصنف عبد الرزاق/ ج ٩ ص ٢٤١ ح ١٧٠٧٦) (ابن سعد/ الطبقات الكبرى/ ج ٥ ص ٥٦٠) (الشياني/ الأحاد والمثاني/ ج ٣ ص ٢٦٢ ح ١٦٣٦) (البخاري/ التاريخ الصغير/ ج ١ ص ٤٣ ح ١٥٠) وقد ذكرها تعليقاً في الصحيح كما سبق وتم تحريجه .

وهذه الرواية تؤكد الفرق بين المدعي والشاهد ، فإن الجارود رضي الله عنه عندما جاء إلى عمر رضي الله عنه وأخبره بمخبر قدامة ، قبل شهادته ابتداءً ، ولذلك طلب منه شاهداً آخر يؤكد ما يقوله، فكان الشاهد أبا هريرة رضي الله عنه ، فلما شهد أبو هريرة قبل شهادته ، ولذلك أمر قدامة بالحضور ، أما تأخير إقامة الحد على قدامة حتى ذكره الجارود بها فقد ذكر البيهقي عقب روايته أن السبب هو عدم اجتماعهما على شرب الخمر ، فكانت شهادة أبي هريرة فيها بعض الخلاف عن شهادة الجارود^(١) ، ثم بعد أن أظهر الجارود رضي الله عنه الحرص على إقامة الحد على قدامة شك عمر رضي الله عنه في وجود نفع في شهادة الجارود على قدامة ، فذكره أن هذا الحرص علامة على أنه خصم وليس بشاهد ، فسأله أخصم أم شهيد؟ فأجاب أنه شهيد لا نفع له فيما يشهد . وهذا فيه دلالة على التفريق بين الدعوى والشهادة .

ثم طلب الجارود ثانية إقامة الحد على قدامة ، فقال عمر رضي الله عنه : ما أراك إلا خصماً ، فزاد شك عمر رضي الله عنه أن هناك تهمة نفع فيما يقوله ، فقال له : ما أراك إلا خصماً ، وما شهد معك إلا رجل . وهذا يدل على أن التهمة قد زادت .

عندها أرشده أبو هريرة بعد أن لمس من عمر أنه يشك في شهادتهما أن يرسل إلى زوجة قدامة ، فأرسل إليها وجاءت ، فشهدت بصدق ما ذكر في حق زوجها ، فصار عمر رضي الله عنه إلى إقامة الحد على قدامة .

ويقول زوجة قدامة قطع الشك عنده بيقين ، فعلم أن قدامة شرب الخمر ، وهو بهذا لم يحكم بشهادة المرأة ، وإنما بشهادة الجارود وأبي هريرة رضي الله عنهم أجمعين ؛ لأن شهادة المرأة في الحدود لا تقبل ، فلو لم يكن من الشهود إلا زوجة قدامة ومعها شاهد آخر لما حده ، إلا أنه هنا أخذ بقولها مزيلاً للشك الحاصل عنده ،

(١) انظر : (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ ص٣١٥/ ح١٧٢٩٣) .

وهذا جائز ، كما فعل النبي ﷺ حين سأل الجارية في قضية الإفك ، وقد قال له علي رضي الله عنه : « سل الجارية تصدقك » ، فسألها : « هل رأيت من شيء يريبك » ؟ قالت : « ما رأيت أمراً أكثر من أنها جارية حديثة السن ، تنام عن عجيب أهلها فتأتي الداجن فتأكله » (١) .

فإن شهادة المرأة يجوز التوثق بها ، حتى وإن كان في حد من حدود الله تعالى . وهذا من باب الاستئناس بقولها . وهذا هو شأن عمر رضي الله عنه في امرأة قدامة ، فإنه بعد أن شك أرشده أبو هريرة إلى أنه يمكنه التوثق بشهادة زوجة قدامة .

ويدل على ذلك قول أبي هريرة : « إن كنت تشك في شهادتنا ... » الخ ، وفي رواية ابن سعد في كتاب الطبقات : أن عمر رضي الله عنه لما هدد الجارود ، قال الجارود : « والله لولا الله ما هممت بذلك » ، فأراد التأكيد على نفي التهمة عن نفسه بوجود نفع من شهادته ، وأوردت الرواية تصديق عمر حيث قال له : « صدقت والله إنك لتنتحي الدار (٢) كثير العشيرة»

ثم أمر بإقامة الحد على قدامة (٣) .

وهذا يؤكد أن حكمه كان بشهادة الجارود وليس بشهادة المرأة .

وبذا يتضح أن ما يسميه البعض دعوى الحسبة كقرين لشهادة الحسبة ليس دقيقاً ؛ لأن طرق ثبوت الأحكام في تحصيل حقوق الله أحد أمرين ، إما دعوى وإما شهادة حسبة .

أما الدعوى فهي وإن كان المطالب فيها يطالب بحق الله تعالى ، إلا أن إلزام القاضي له بسلوك طريق الدعوى لحصول تهمة النفع لما يشهد به يجعلها دعوى كبقية الدعاوى ، ولا فائدة في تسميتها دعوى الحسبة مطلقاً ؛ لأنها لا تختلف عن الدعاوى

(١) سبق تخريجه . انظر ص ٢١٥ .

(٢) منتحي الدار : نحا نموه ، إذا قصده ، والنحو القصد نحو الشيء ، يريد بذلك أن داره مقصودة دلالة على كرمه وإغائته الملهوف . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ١٥ ص ٣٠٩) .

(٣) انظر : (ابن سعد/ الطبقات الكبرى/ ج ٥ ص ٥٦١) .

الأخرى في شيء ، حتى في المصلحة التي يرجو المدعي حمايتها ، فإن إلزام القاضي له بالدعوى دليل على أنه أراد نفعاً خاصاً ، فلم يقبل شهادته ، فبقي أن يثبت دعواه بما تثبت به بقية الدعاوى .

فإن سميت دعوى حسبة أو دعوى فقط ، فإنه لا فرق بينهما مطلقاً .

أما الشهادة فإن القاضي إذا قبل من المخبر قوله وخبره ، وانتفت التهمة عنده في المخبر ، أصبحت الطريق مختلفة عن طريق الدعوى في كل ما تفرق فيه الشهادة عن الدعوى ، ولذا صح أن تسمى شهادة الحسبة .

ويكون القاضي يقبل هذه الشهادة أكد أن المخبر يريد بقوله هذا وجه الله تعالى ، فقبل منه شهادته .

وهذا الفصل لم يتحصل عند بعض الفقهاء ، ولذلك نص البعض على أن شهادة الحسبة هي ذاتها دعوى الحسبة^(١) .

والسبب الذي جعل الفريق الأول يمنع سماع الدعوى في حقوق الله أنه أمكن تحصيلها بما هو أقوى وأعلى من الدعوى وهي الشهادة ، فمنعوا سماع الدعوى ، وهم بهذا يحافظون على منزلة من قام يدافع عن حق الله ، فرفعوه درجة فوق المدعي العادي ؛ لأن الأخير ينازع عن مصطلته الخاصة .

وقرروا أنه لا فائدة من الدعوى وهي الأدنى ما دام حق الله محفوظاً بالشهادة وهي الأعلى ، ويبدو أن منعهم للدعوى كان خوفاً من أن يترتب على المدعي في حقوق الله تعالى ما يضر به ، كحد قذف إذا ادعى على إنسان بالزنا ، فإن ثبوت براءة المدعي عليه يعني إقامة حد القذف على من ادعى عليه بالزنا .

إلا أن هذه النظرة لا تستقيم مع بعض الشهود ؛ ذلك أن فتح باب قبول الشهادة في حق الله مطلقاً سيؤدي إلى استغلاله ممن له غرض شخصي فيما يشهد به ، كالكيد بإنسان ما أو الانتقام منه أو غيرها من الدوافع الخاصة المخالفة للشريعة . ولذا كان للقاضي أن يحدد أن هذه الشهادة هي حسبة لله أم أنها لمصلحة خاصة ،

(١) انظر : (ابن مفلح/ الفروع/ ج١٢ ص١١٥) ، وقد نقله عن صاحب التعليق .

فيعاملها معاملة الدعوى ، حتى لا يفتح باب الشهادة في حق الله فيما لم توجد الشهادة لأجله ، ولا أن يغلق باب الشهادة فلا يردع المنتهكين لحرمة الله رادع ، بل الواجب أن يوازن بين الأمرين .

والقاضي بعد أن يتبلغ الشهادة حسبةً لله تعالى ، يصبح هو المسؤول عن تحصيل حق الله تعالى ، وينتهي دور الشاهد عن حدود التبليغ ، وهذا واضح من قول عمر رضي الله عنه للجارود بعد أن سأله خصم أم شهيد، وبعد أن أجابه أنه شهيد فقال له: « فقد أديت الشهادة » ، وهذا يعني أن الواجب الذي يلزمك هو التبليغ ، أما بقية الإجراءات والأحكام فهذا أصبح من شأن القاضي ؛ لأنه موكل بتحصيل حقوق الله تعالى ، ولا يحق للشاهد المطالبة بالإسراع مثلاً في تحصيل حق الله ، أو أن يطلب من القاضي أن يتشدد مع المشهود عليه ليظهر وجه الحق ؛ لأن هذا شأن المدعي بحق خاص ، ولا يستقيم مع حال الشاهد لحق الله تعالى .

المطلب الثاني

حق الادعاء الجزائي

في هذا المطلب أتناول حق الادعاء الجزائي ، لمعرفة من يملكه ومن يمثل حق الله تعالى في التقاضي .

أما الحقوق الخالصة لله تعالى كشراب الخمر ، والزنا بغير تعدد ، والتجسس ، ودعوى القتل لمن لا وارث له ، ودعوى قذف من لا وارث له^(١) ، وقاطع الطريق الذي لم يتب وقبل أن يقدر عليه^(٢) ، فهي مما لاحق مباشر للعبد فيها ، أو كان له حق فأسقطه بموافقته ، كحالة الزنا ، فإنها تارة تكون حقاً خالصاً لله ، وهذا هو المتداول عند الفقهاء ، وتارة يكون حقاً مشتركاً .

مثال الأول : قول ابن عابدين فيما تقبل فيه الشهادة حسبة :

(١) (ذكرى الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٣٨٦) .

(٢) المرجع السابق .

«الوقف للفقراء أو للمسجد ونحوه ، وطلاق الزوجة ، وتعليق طلاقها ، وحرية الأمة وتدبيرها ، والخلع ، وهلال رمضان ، والنسب ، وحد الزنى ، وحد الشرب ، والإيلاء ، والظهار ، وحرمة المصاهرة ، ودعوى المتولي نسب العبد ، والشهادة بالرضاع» (١) .

فالزنى هنا اعتبره حقاً خالصاً لله ، وهذا يرضا الطرفين .
ومثال الثاني : ما يسميه الفقهاء اغتصاباً ، وخصوصاً المالكية (٢) ، وقد جعلوا له باباً خاصاً باسمه في كتبهم .

يقول ابن عاصم في تحفته في فصل الاغتصاب :

وواطئ لحرمة مغتصباً .: صدق مثلها عليه وجباً

إن ثبت الوطاء ولو ببينة .: بأنه غاب عليها معلنة

وقيمة النقص عليه في الأمة .: هبها سوى بكر وغير مسلمة

والولد استرق حيث علما .: والحد مع ذلك عليه فيهما (٣)

وقال في الشرح : « الاغتصاب هو أن يغصب امرأة ويكرهها على الزنا ، وزنى بها مكرهة » (٤) .

وقد جعلوا عقوبة على من فعل ذلك الحد والصداق ، لكونه فيه حقان ؛ حق الله وحق العبد . وهذا عند المالكية والشافعية (٥) .

(١) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ ص٤٠٩) .

(٢) (العدوي/ حاشية العدوي/ ج٢ ص١٢٥) (مالك/ المدونة/ ج٤ ص١٥٨) (الزرقاني/ شرح الزرقاني/ ج٤ ص٢١) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٥ ص٣٨) (ابن عبد البر/ التمهيد/ ج٢١ ص٢٥٧) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٤ ص١٦٥) .

(٣) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج٢ ص٢٦٠) .

(٤) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج٢ ص٢٦٠) .

(٥) (الباجي/ المتقى شرح الموطأ/ ج٥ ص٢٦٩) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٣٢) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩ ص١١٥) (عليش/ منح الجليل/ ج٧ ص١٢٤) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ ص٨٣، ٨٤) (البغدادي/ مجمع الضمانات/ ص٢٠٢) (البليخي/ الفتاوى الهندية/ ج٢ ص١٥٠) (الرحياني/ مطالب أولي النهى/ ج٤ ص٣٥) .

وخالفهم في هذا أبو حنيفة والثوري^(١)(٢).

يقول في المبسوط: «فأما إذا زنا بمكرهه يلزمه الحد دون المهر عندنا، وعند الشافعي رحمه الله تعالى يجب المهر لها»^(٣).

ولقد ذكر بعض الحنابلة حالة الزنا بالإكراه في باب الغصب في المعاملات^(٤)، وذلك إذا زنى بجارية بالإكراه، فكأنها متاع، فناسب جعلها في باب اغتصاب الأعيان.

كل ما سبق يدل على أن الزنا نوعان:

زنا المطاوعة، وزنا الإكراه.

فالأول من حقوق الله الخالصة، وذلك أنها رضيت بسقوط حقها، ورضاها في ذلك معتبر، والثاني من الحقوق المشتركة، وهو ما يشبه بقية الحقوق المشتركة كالقتل والقذف والسرقه والزنى بالإكراه.

وقد حصل خلاف في القذف؛ أما من حيث الأصل فإن فيه حقاً لله وحقاً للآدمي، وإنما الخلاف في أيهما أغلب، يقول ابن نجيم عن القذف: «ولا خلاف في أنه فيه حق الشرع وحق العبد، فإنه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي يتتفع به على الخصوص، فمن هذا الوجه حق العبد، ثم إنه شرع زاجراً ومنه سمي حداً، والقصد من شرع الزواجر إخلاء العالم عن الفساد، وهذا آية حق الشرع، وبكل ذلك تشهد الأحكام»^(٥).

(١) الثوري: أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري، ولد في خلافة سليمان بن عبد الملك

٩٦هـ، ومات في خلافة المهدي سنة ١٦٦هـ، فقيه عالم محدث، قال فيه ابن عينية: ما رأيت رجلاً

أعلم بالحلال والحرام من سفيان الثوري. (الشيرازي/طبقات الفقهاء/ص ٨٥).

(٢) (السرخسي/المبسوط/ج ٩ ص ٥٣) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج ٢ ص ١٥٠) (البغدادي/مجمع الضمانات/

ص ٢٠٢).

(٣) (السرخسي/المبسوط/ج ٩ ص ٥٣).

(٤) (المرداوي/الإنصاف/ج ٦ ص ١٦٨) (الرحبياني/مطالب أولي النهى/ج ٤ ص ٣٥).

(٥) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج ٥ ص ٣٩).

ولنبداً بتفصيل الأحكام لكل حق .

فإذا كان الحق مشتركاً ، فمن هو صاحب الحق في رفع الدعوى لتبدأ بذلك

الخصومة ؟

يقرر الفقهاء عدم قبول شهادة الحسبة فيما فيه حق للآدمي ؛ فقالوا : « وتقبل

شهادة الحسبة في حقوق الله تعالى لا في حق آدمي »^(١) .

وقالوا : « تشرط الدعوى فيما لا تسمع فيه شهادة الحسبة »^(٢) .

وعللوا ذلك كما ذكر سابقاً بأن صاحب الحق لم يطالب بحقه ، فبأي حق

يطالب هذا الشاهد !؟

وهذا يختلف عما لو رفع الأمر للقضاء ثم حصل العفو ، فهل للإمام أن

يعاقب أم لا ؟ فيه خلاف ، ورأي الجمهور أنه يصح تعزيره لحق الله ، وأنه متروك

للإمام إن شاء عزز ، وإن شاء أسقط ، أما قبل الرفع فالحق للآدمي تحديداً .

يقول ابن قدامة : « الحقوق على ضربين ؛ أحدهما : حق للآدمي معين ،

كالهقوق المالية والنكاح وغيره من العقود ، والعقوبات كالتقصاص وحد القذف

والوقف على آدمي معين ، فلا تسمع الشهادة فيه إلا بعد الدعوى ؛ لأن الشهادة فيه

حق للآدمي فلا تستوفى إلا بعد مطالبته وإذنه ، ولأنها حجة على الدعوى ودليل لها ،

فلا يجوز تقدمها عليها »^(٣) .

ويقول صاحب تحفة المحتاج : « إن من يدعي حقاً لغيره وليس وكيلاً ولا ولياً ،

لا تسمع دعواه »^(٤) .

(١) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٣٥) (اليهوتي/ كشف القناع/ ج٦ ص٣٣١)

(المهتبي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص٣١٠) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ ص٣٣٣) (الرحباني/ مطالب أولي

النهي/ ج٦ ص٤٩٩) .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ ص٢٠٢، ٢٠٣) .

(٤) (المهتبي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص٣١٠) .

فاتفقوا على أن حق المطلب في هذه الحقوق لأصحابها ، ونقل الاتفاق غير واحد من العلماء^(١) .

وقالوا : إن له مباشرة الادعاء وبذل الحجج والدفاع عن حقه^(٢) .

وإن كان الحق مشتركاً لأكثر من واحد ، فيكتفى بطلب واحد منهم^(٣) .

ولو أردت استخلاص قاعدة في رفع الدعوى الجزائية في الحقوق المشتركة

لأمكن القول:

(إن كل حق لأدمي عفا عنه صاحبه أو لم يؤخذ به ، فليس للغير أن يؤخذ

به).

ويرفع الدعوى يكون المدعي قد بدأ إعلان المطالبة بالحق والخصومة ،

فالدعوى سابقة للخصومة ، وهذا يعني أن الخصومة ممنوعة قبل الدعوى ، فلو أن

القاضي حكم في حق لأدمي دون وجود دعوى ، كان حكمه باطلاً ؛ لأنه لم يوافق

محلّه .

أما إن كان الحق لأدمي ولم نعلم عفو صاحبه عنه ولو بالقرينة ، فإن للغير أن

يؤخذ به .

ومثال الأول : سُرِقَ مال لإنسان وعلم المسروق منه ، ولم يرفع للإمام فيه مع

قدرته على ذلك ، فلا يجوز للغير أن يؤخذ السارق به ، أي بهذه السرقة ، سواء

أكان هذا الغير قاضياً عن طريق الحكم عليه ، أو كان عن طريق ثالث يشهد عليه

حسباً ؛ ذلك أن العادة القاضية بطلب الحق والشكوى في مثل هذه الحالة قيده عفو

صاحب الحق ، ويفهم ذلك إما صراحة أو بالقرائن .

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ٣٧، ٣٩) (عبد القادر عودة/ التشريع الجنائي الإسلامي/ ج ٢ ص ٤٨٠).

(٢) (مالك/ المدونة/ ج ٤ ص ٥٣٣) (الشافعي/ الأم/ ج ٦ ص ٢٤٧) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطلب/

ج ٤ ص ٤٠٢) .

(٣) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج ٦ ص ٣٧) (الجمال/ حاشية الجمل/ ج ٣ ص ٣١٦) (البجيرمي على المنهج/

ج ٢ ص ٤١٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج ٣ ص ١٣١) .

ومثال الثاني : إنسان مسافر وله بيت ، وتعرض بيته للسرقة ، ولم نعلم عفو صاحب البيت ولا إرادة المؤاخذة ، فيحق لأحد العامة أن يرفع الأمر للقضاء حتى يحقق في الأمر ويفتش عن الفاعل ، وذلك تغليياً للعادة أنه في مثل هذه الحالة سيدعي ويشتكى ، ولا نكون قد فقدنا الفاعل بتوهم العفو .

وليس في هذا ما يناقض أقوال الفقهاء ؛ ذلك أن عامة الفقهاء عندما منعوا الادعاء في حق الأدمي كانوا يستحضرون الحق الخالص للأدمي كالديون والأموال^(١) ، أما الحقوق المشتركة فالقاعدة فيها ما ذكرت ، والله أعلم . وفي هذه المسألة يظهر لي وجه شبه ووجه فرق بين الشريعة والقانون الوضعي .

أما وجه الشبهة ؛ فالشريعة تمنع في الحقوق المشتركة الرفع أمام القضاء قبل حصول ادعاء أو طلب أو شكوى من صاحب الحق ، فإن لم توجد الشكوى فلا دعوى على التفصيل الذي ذكرت قبل قليل .

أما في القانون الوضعي ، فإنه يمنع أحد من تحريك الدعوى قبل الشكوى والطلب^(٢) .

وبذلك تكون حرية النيابة وهي الممثلة لحق المجتمع مقيدة ، فلا يجوز لها أن تتخذ أي إجراء من إجراءات التحقيق إلا بعد رفع الدعوى ، فإذا باشرت تحقيقاً قبل الدعوى ، فإنه يعتبر باطلاً قانوناً ، ولو تم تقديم الشكوى بعد ذلك ، ولا يصح هذا الإجراء الباطل إلا إعادة التحقيق من جديد^(٣) .

أما أوجه الفرق ، فإنها من عدة وجوه :

(١) يقول الشيخ علي حيدر : « يشترط سبق الدعوى في قبول الشهادة بحقوق الناس » . (درر الحكام/

ج٤ ص٣٨٨ / ١٦٩٦م) . وذلك يدل على أن مقصدهم في هذه الحقوق ، الحقوق الخالصة .

(٢) وتحريك الدعوى عندهم يختلف عن رفع الدعوى ، فإن رفع الدعوى هو البداية ، ثم تحريك الدعوى

بلي الرفع . انظر (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجنائية/ ص١٣٢) .

(٣) انظر : (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجنائية/ ص١٣٢) .

١- أن الشريعة فرقت بين حق الله والحق المشترك في الجزائيات ، وأعطت لكل حالة حكماً، وهذا يقتضي دقة أكبر في إعطاء كل حالة حكمها، ويظهر مرونة القانون الشرعي.

أما القانون الوضعي ، فلم يفرق بين حق الله أو الحق العام ، والحق المشترك من حيث تمييز الحق المعتدى عليه ، بل اعتبر كل الجرائم اعتداءً على حق المجتمع ، وفرق بين أنواع الجرائم من حيث شدة العقوبة^(١) .

٢- أن القانون وإن اعتمد في تحريك الدعوى الجزائية على شكوى أو طلب من المجني عليه ، إلا أنه وبعد أن يرفع الطلب ويقدم الشكوى ، لا يحق لاه ولا لغيره أن يحرك هذه الدعوى إلا من النيابة العامة ، وهذا ما يعرفه أهل القانون الوضعي باحتكار النيابة العامة لوظيفة الاتهام ، وبالتالي استئثارها بحق استعمال الدعوى الجزائية ومباشرتها^(٢) .

وهذا الاحتكار أدى في حقيقة الأمر إلى جملة من المشاكل طرحها شراح قانون أصول المحاكمات الجزائية ، وأفاضوا في شرحها وتبيينها ، كحالة تعدد الجرائم ، وحالات الارتباط البسيط والوثيق ، وحالة تعدد المتهمين ، وحالة تعدد المجني عليهم^(٣) .

ولو أنهم أخذوا بالنظام الشرعي لما وقعوا فيما وقعوا فيه ؛ فالنظام الشرعي يسمح بازدواجية تحريك الدعوى ، ولا يسمح باحتكارها ، فالمجني عليه يمارس دوره في عملية المحاكمة وطرح الحجج ، ولولي الأمر أن يسخر له من يعاونه ويساعده في إبراز حججه ودعمها .

(١) انظر : (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجنائية/ ص ١٣٠) ، حيث إن السرقة عندهم كالقتل والزنا ، وتسمى بالجنايات .

(٢) انظر : (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجنائية/ ص ٨٢) .

واستثنى القانون من حالة الاحتكار حالة واحدة وهي إذا أساء المتهم للمحكمة ، فللقاضي الحق في الاتهام والتحقيق والحكم ، وذلك حفاظاً على هبة المحكمة .

(٣) انظر : (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجنائية/ ص ٨٨، ١٢٦، ١٣٠، ١٣١) .

يقول صاحب درر الحكام : « يجب على المدعي أن يكون عالماً قبلاً بشروط الدعوى ثم يدعي ، فلذلك للقاضي إذا وجد المدعي غير قادر على تصوير دعواه كما ينبغي أن يأمر أحداً بتعليمه الدعوى والخصومة »^(١).

ويقول ابن نجيم : « إن المدعي إذا كان جاهلاً ، فإن القاضي يسأل المدعي عليه بدون طلب المدعي ... ويجوز للقاضي أن يأمر رجلاً يعلم المدعي الدعوى والخصومة إذا كان لا يقدر عليها ولا يحسنها »^(٢).

والملاحظ أن الذي يعلم كيفية الدعوى هو طرف ثالث يكلفه القاضي بذلك ، ولا يسمح للقاضي بذلك خوفاً من التهمة ، فإنه لا يصح للقاضي أن يعلم المدعي كيفية الدعوى ؛ لأن التهمة في ذلك قوية^(٣) ، فكان لا بد من طرف ثالث .

ويقول في درر الحكام : « معاونة القاضي للمدعي في تصحيح دعواه فيه تهمة للقاضي وانكسار لقلب الطرف الآخر ، إلا أنه إذا أمر القاضي أحداً من أهل العلم أن يعلم المدعي -الذي لا يعلم الدعوى والخصومة- الخصومة وعلمه ، فهو جائز عند أبي يوسف ؛ لأن القاضي منصوب للنظر في أمور العباد ، والنظر في هذا الأمر هو إحياء للحقوق »^(٤).

فمقصد النيابة عندنا إحياء الحقوق ، فإذا أدت إلى موتها فهي باطلة ؛ لأن الأمور بمقاصدها ومآلاتها .

ثم إن السبب في منح الحرية للمجني عليه ليمارس دوراً في عملية التقاضي ، كون الإجراءات في الشريعة سهلة ميسورة ، بعكس القوانين الوضعية .

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص١٧٩) ، ومثله : (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ ص٣٧٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ ص٢٠٢) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٤٨٥) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ ص٢٠٢) .

(٣) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ ص٢٦٢) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص١٥٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٥٩٣ ، ٥٩٤) .

(٤) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٢٥) .

ثم إن خطأ المجني عليه في بعض إجراءات الدعوى في الشريعة لا يترتب عليه الأثر المترتب على الخطأ في إجراءات الدعوى في القانون الوضعي ، فالخطأ عندهم قد يبطل القضية وليس هذا حال الشريعة على ما سنبينه في الفصل الخامس إن شاء الله .

ثم إن في احتكار النيابة للخصومة وحرمان المجني عليه من حق ممارسة الخصومة ، وحصره كشاهد على القضية ، فيه تضييع لحقوقه الأصلية المشروعة ، فالاعتداء وقع عليه ابتداءً ثم على الأمة انتهاءً ، فكيف تنقلب الموازين ليصبح دوره ثانوياً ، بينما دور النيابة هو الأصيل ، وكما يقال : ليست النائحة كالثكلى . فإن كان بالإمكان تفهم ذلك حالة الشهادة حسبةً فلا يمكن تفهمه حالة الإدعاء بحق الأدمي أمام القضاء .

بل إنه في الأنظمة القضائية الغربية يمكن للنيابة عقد صفقات مع الجاني لتحقيق مصلحة ما ، ويضيق نتيجة لذلك بعضاً من حق المجني عليه ، وهذا كله نتيجة احتكار الخصومة من النيابة العامة .

أما في الشريعة فالنيابة تساعد المدعي أو المجني عليه على إظهار حقه ، خصوصاً وأن المدعي ليس لديه من الوسائل اللازمة للتحري ما يقدر عليه القاضي وأعوانه بما وضع تحت أيديهم مما يمكنهم كشف الحقائق وتقصي الواقع^(١) . وهذا في الحالة التي تكون النيابة طرفاً منظماً ، فلا تعتبر خصماً في الدعوى ، وإنما تتدخل في دعوى مرفوعة من المدعي لإبداء الرأي فيها ، معاونتاً للقضاء ، وإذا كانت المحكمة لا تتقيد برأيها ، إلا أن لهذا الرأي قيمة أدبية باعتباره رأياً محايداً .

أما في حالة أخرى ، فتكون النيابة طرفاً أصلياً في الدعوى ، كما في حالة قذف من لا وارث له وقتله ، فإن النيابة عندها تكون طرفاً أصلياً ، وتكون خصماً حقيقياً لها كل ما للخصوم من حقوق وما عليهم من واجبات^(٢) . وهذا يقودنا إلى السؤال

(١) انظر (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص ١٠٨) .

(٢) انظر (عبد الرحمن عياد/ أصول علم القضاء/ ص ١٠٢، ١٠٣) .

التالي :

إذا كان الحق لله ، فمن له حق الرفع ؟

يقول ابن قدامة : « الضرب الثاني : ما كان حقاً لأدمي غير معين ... كالحدود الخالصة لله تعالى ... فلا تفتقر الشهادة به إلى تقدم الدعوى ؛ لأن ذلك ليس له مستحق معين من الأدميين يدعيه ويطلب به »^(١).

فسواء قلنا شهادة حسبة أو دعوى ، فلا بد من حصول الخصومة ، فمن يتولاها ؟
أما الشهادة فهي لكل واحد من المسلمين ؛ فقد قال الفقهاء :
وشهادة الحسبة تكون إلى كل واحد من الناس ، ويكتفى بطلب واحد من العامة^(٢) ، وسواء أكان مسلماً أو ذمياً أو عبداً أو حراً^(٣) ، والصبي والمجنون يشترط أن يكون من وليهما .

أما الخصومة فيما هو حق لله تعالى ، فقال العلماء فيها :
لأن ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد به ، ولا كذلك عكسه ،
لأنه لا ولاية للعبد في استيفاء حق الشرع إلا نيابة^(٤) .
ومن المقرر فقهاً اختلاف حق الله تعالى في الطلب والاستيفاء عن حق العبد ،
فما هو حق لله لم يثبت توليته إلا للولاية ، سواء أكان حراً أم تعزيراً^(٥) .
والسبب راجع إلى أن هذه الجرائم تفتقر إلى تحرير الجنائية ، وذلك لا بد فيه
من خصم يدافع عن حق الأمة .

-
- (١) (ابن قدامة/الغني/ج١٠ص٢٠٣) (ابن مفلح/الفروع/ج٦ص٥٢٤) (المرداوي/الإنصاف/ج١١ ص٢٤٨) (البهوتي/شرح منتهى الإرادات/ج٣ص٥١٢) (البهوتي/كشف القناع/ج٦ص٣٣١) (الرملي/فتاوى الرملي/ج٤ص١٧٨) (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج١٠ص٢٨٦) (الرحياني/مطالب أولي النهى/ج٦ص٤٩٩) (قليوبي وعميرة/حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص٣٣٥، ٣٣٦) .
(٢) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج٦ص٣٧) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص٢٥٨) .
(٣) (الحموي/غمز عيون البصائر/ج٢ص١٠١) .
(٤) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص٣٩) .
(٥) (ابن عابدين/حاشية ابن عابدين/ج٤ص٦٥) .

يقول صاحب درر الحكام : « يتتصب أحد العامة عن الباقيين من العامة في المحال التي منفعتها عائدة إلى العموم »^(١).

ويشهد لذلك جميعاً ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن عمر بن عبد العزيز قال : « السلطان ولي من حارب الدين ، وإن قتل أخا امرئ أو أباه »^(٢).

ونقل القرطبي الإجماع على هذا^(٣).

فالآثر وإن كان يتناول حد الحرابة ، إلا أن المعنى فيه أن اجتماع الحقين في حد واحد يجعل حق الولاية في المطالبة بدم المقتول أو مال المسروق للسلطان ، ذلك أنه من الحدود التي لا يسقطها العفو بعد الرفع ، فصار السلطان هو الذي يتولى تحصيل الحق ، كما لو أنه كان أخا المقتول أو أباه ، وصار السلطان هو الذي يخاصم المتهم ، لأنه الولي ، وهذا هو مفهوم النيابة عن الأمة في تحصيل حقوقها ممن اعتدى عليها .

وما روي عن العبادلة الثلاثة موقوفاً ومرفوعاً : « أربعة إلى الولاية : الحدود والصدقات والجمعات والفياء »^(٤).

ويقول الإمام الزيلعي في توضيحه : « لأنه حق الله تعالى ؛ إذ المقصود من شرعه إخلاء العالم عن الفساد ، ولهذا لا يسقط بإسقاط العباد ، فتكون الولاية مستفادة بالنيابة من الله تعالى »^(٥).

ولذلك يقتصر دور الفرد المطالب بحق الله تعالى عند حد الرفع أو الشكوى ، وينتهي عندها دوره فلا يعدّ خصماً ، ولا تكون له حقوق الخصم ولا واجباته ، فتقوم النيابة بدور الخصم باعتبار أن دعوى الحسبة تتعلق بمصلحة الجماعة ، ويترتب

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٢٢٧، ٢٩٣).

(٢) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ ص٥٠٦/ ح٢٨٤٤١/ ج٦ ص٣/ ح٢٩٠١٢) رواه موقوفاً على عمر بن عبد العزيز (مصنف عبد الرزاق/ ج١٠ ص١١١/ ح١٨٥٥٤) (السنن للخلال/ ج١ ص١٥٠/ ح١٢٢).

(٣) (القرطبي/ تفسير القرطبي/ ج٦ ص١٥٦).

(٤) سبق تخريجه . انظر ص ٨٥ .

(٥) (الزيلعي/ تبين الحقائق/ ج٣ ص١٧١).

على ذلك أنه لا يقبل من رافع الدعوى للحسبة التنازل عنها ، وأن المحكمة لا تتقيد في حكمها بطلبات المدعي^(١) .

ثم إن هذه الحقوق شرعت لمصلحة تعود إلى كافة الناس لا لأحد بعينه ، يقول ابن تيمية ما نصه :

« فالقسم الأول الحدود والحقوق التي ليست لقوم معينين بل منفعتها لمطلق المسلمين أو نوع منهم ، وكلهم محتاج إليها ، وتسمى حدود الله وحقوق الله ، مثل حد قطاع الطريق والسراق والزناة ونحوهم ، فهذا القسم يجب على الولاية البحث عنه وإقامته من غير دعوى أحد به »^(٢) .

ومما يدل على أن مصلحتها عائدة إلى الناس جميعاً ، أنها إذا بلغت الإمام فلا عفو ولا إسقاط ولا شفاعة .

وقد عبّر بعض العلماء عن المتعدين على حق الله بأنهم غرماء للإمام ونائبة ؛ يقول الإمام العراقي صاحب طرق التثريب :

« وذكر أصحابنا في الأعذار في الجمعة والجماعات من له غريم يخاف فوته ، والظاهر أن أرباب الجرائم في حق الإمام و نائبة كالغرماء »^(٣) .

والذي يهمنا هو المعنى ، أما الصورة بوجود نيابة متخصصة باختصاصات محددة ، فهذه إجراءات شكلية تنظيمية ليس مكانها هنا ، فلتراجع في مكانها .

وعند الفقهاء قد تعدد أشكال النيابة عن الأمة في الخصومة ، فقد تكون موزعة على أصحاب الاختصاص بحسب نوع الخصومة .

وقد سئل ابن تيمية يرحمه الله حول معاملة من ارتد ثم أسلم ، فهل يفتقر

(١) انظر : (عبد الرحمن عياد/ اصول علم القضاء/ ص ١٥٤) .

(٢) (ابن تيمية/ السياسة الشرعية/ ص ٥٥) .

(٣) (العراقي/ طرح التثريب/ ج ٢ ص ٣١٣) .

حكم الشافعي إلى حضور خصم من جهة بيت المال أم لا^(١) ؟ مما يؤكد أن بيت المال يوكل أحداً يخاصم عنه في تحصيل حقه . وهذا هو مفهوم النيابة .^(٢) .
مما سبق نعلم أنه من حق الإمام أن يوكل من يخاصم عن الأمة لتحصيل حقوقها وخاصة فيما ليس له خصم من البشر ، كالحدود الخالصة لله سبحانه وتعالى .
ولقد راجعت التشريعات التي تطبق الأحكام الشرعية في أحكامها الجزائية ، ووجدتها قد أخذت بمبدأ المخاصمة عن الأمة ، ومن ذلك قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ ، وقانون الإجراءات الجزائية لعام ١٩٩٢ ، إذ ورد أن إجراءات تحريك الدعوى الجزائية من النظام العام ، وللمحكمة أن تتصدى لذلك بناء على طلب الدفاع أو من تلقاء نفسها^(٣) .

(١) (ابن تيمية/الفتاوى الكبرى/ج٣ص٥١٨/ج٥ص٢٩٢) .

وعلاقة بيت المال بمال المرتد ، أنه إذا ارتد أهدر دمه ، وأصبح ماله ملكاً لبيت المال . وكان جواب ابن تيمية يشير إلى أن بيت المال يصير أحداً من القاتمين عليه خصماً في المحاكمات الشرعية ، لتحصيل حق بيت المال .

(٢) أما النصوص التي ترد عند بعض الفقهاء والتي تنص على « أن النيابة لا تجري في الخصومة في الحدود » . فالقصد منها أن ينوب أحد عن المدعى عليه الغائب ، فإنه في الحدود ممنوع كما ظهر في محاكمة الغائب ، وليس هذا موضوع بحثنا هنا . (السرخسي/المبسوط/ج٩ص١٧٠) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج٣ص٢٣٠) .

(٣) انظر : (حسن أحمد الحمادي/قضاء الحدود والقصاص والدية/ص٣٢٣) .

الفصل الرابع

أصول المحاكمات الشرعية الجزائية في نظر

الدعوى

موضوع هذا الفصل مخصص لأصول المحاكمات الشرعية الجزائية التي لها اتصال بالمحاكمة ونظر الدعوى ، وهي من المواضيع التي بحثها الفقهاء واستفاضوا في بحثها ، وفيها رسالة سيدنا عمر إلى أبي موسى الأشعري ، والتي يتناسب ذكرها هنا مقدمة لهذا الفصل ، وكنت قد وعدت بإيرادها سابقاً ، فقد احتذاها قضاة الإسلام ، وذكرها كثير من العلماء وصدروا بها كتبهم ، ونصها كما يلي :

« بسم الله الرحمن الرحيم ، من عمر أمير المؤمنين ، إلى أبي موسى الأشعري ، سلام عليك ، فإني أحمد الله الذي لا إله إلا هو .

أما بعد : فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة ، فافهم إذا أدلي إليك ، وانفذ إذا تبين لك ، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ، آس بين الناس في مجلسك ووجهك وعدلك ، حتى لا ييأس الضعيف من عدلك ، ولا يطمع الشريف في حيفك ، البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ، لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس ثم راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق ، فإن الحق ومراجعتة خير من الباطل والتمادي فيه ، الفهم فيما تلجلج في صدرك مما لم يبلغك من الكتاب والسنة ، اعرف الأمثال والأشباه ، وقس الأمور عندك ، واعمد إلى أحبها إلى الله تعالى وأشبهها بالحق فيما ترى ، واجعل للمدعي حقاً غائباً أو بينة ، أجلاً ينتهي إليه ، فإن أحضر بينته أخذ بحقه ، وإلا وجهت عليه القضاء ، فإن ذلك أجلى للعمى ، وأبلغ في العذر

. والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حدٍّ أو مُجرباً عليه شهادة الزور أو ظنياً في ولاء أو نسب ، فإن الله تعالى تولى منكم السرائر ودرأ عنكم بالبينات والأيمان ، وإياك والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر للخصوم في مواطن الحق التي يوجب الله بها الأجر ، ويحسن بها الذخر، فإنه من يصلح ما بينه وبين الله ولو على نفسه يكفيه الله ما بينه وبين الناس ، ومن تزين للناس بغير ما يعلم الله منه ، شأنه الله ، فما ظنك بثواب الله تعالى في عاجل رزقه وخزائن رحمته ، والسلام» (١).

وتعتبر هذه الرسالة من أهم النصوص الواردة في موضوع بحثنا هذا كماً ونوعاً، وقد وصف العلماء هذه الرسالة : بكتاب السياسة والقضاء وتدبير الحكم (٢).

ويلمس القارئ فيها عظمة الشريعة في أحكامها ومبادئها ، ويعلم أن ما عجز المتأخرون عن تحقيقه وخصوصاً أهل القانون ، كان واقعاً ملموساً في الشريعة .

ويصدق في هذه الشريعة قول الشهيد عبد القادر عودة :

« هي الشريعة التي استطاع علماء القانون الوضعي أن يتخيلوها ، ولكنهم لم يستطيعوا أن يوجدوها » (٣).

فأي رقيٍّ تحويه الشريعة ، وأي تفوق حازته أحكامها ، وأي سبق سجله فقهاؤها وحكامها وقضاتها .

وموضوع هذا الفصل يتحدث عن جملة مما ورد في خطاب سيدنا عمر رضي الله عنه ، وكلها متعلقة بالإجراءات والأصول المتبعة في المحاكمة ونظر الدعوى ؛ من تخصيص للقضاء ، وبيان حكم التنازع فيه ، ثم المساواة بين الخصوم ، مع جملة من

(١) (سنن البيهقي الكبرى/ ج ١٠ ص ١٣٥ ، ١٤٩/ ح ٢٠٢٤٧ ، ٢٠٣٢٤) (سنن الدارقطني/ ج ٤ ص ٢٠٧ / ح ١٥٠١٦) (الزليعي/ نصب الراية/ ج ٤ ص ٨١) (ابن حجر/ الدرر الكامنة في تاريخ أحداث الهداية/ ج ٢ ص ١٧١ ، ١٧٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٣٠) (وقد شرح الرسالة شرحاً وافياً ابن القيم في إعلام الموقعين/ ج ١ ص ٨٥) .

(٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج ١٦ ص ٦٠) .

(٣) (عبد القادر عودة/ التشريع الجنائي الإسلامي/ ج ١ ص ١٦) .

الإجراءات اللازمة أو المندوبة للتحاكم ، ثم الأصول المتعلقة بالحجج والأدلة والبيانات، ويليها جميعاً إصدار الأحكام الجزائية.

ويأتي هذا الفصل في أربعة مباحث لتوضيح هذه الأصول :

المبحث الأول : تخصيص القضاء .

المبحث الثاني : أصول المحاكمة .

المبحث الثالث : أصول البيانات الجزائية .

المبحث الرابع : إصدار الأحكام .

المبحث الأول

تخصيص القضاء

يتناول هذا المبحث أصول تخصيص القضاء لمعرفة مبدأ التخصيص في القضاء، ويبحث كذلك حالة تنازع الاختصاص في حالة الادعاء، وتنازع الاختصاص عند التعدد، ويتطرق كذلك إلى تقييد القاضي بالشورى، ومعرفة مبدأ تدرج التقاضي في الفقه الإسلامي.

فهذا المبحث يحاول الإجابة على جملة من الأسئلة المتعلقة بالتخصيص في القضاء. وقد تناولت الإجابة على هذه الأسئلة من خلال خمسة مطالب:

المطلب الأول: مبدأ تخصيص القضاء.

المطلب الثاني: تنازع الاختصاص عند الادعاء.

المطلب الثالث: تنازع الاختصاص عند التعدد.

المطلب الرابع: الشورى في القضاء.

المطلب الخامس: درجات التقاضي.

وتفصيل هذه المطالب فيما يأتي.

المطلب الأول

مبدأ تخصيص القضاء

الأصل أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق ، سواء أكان حقاً لله أم حقاً للآدميين ، وأنه نائب عن الإمام الأعظم في هذا المعنى^(١) .

وقد عدّد الفقهاء اختصاصات القاضي ، حتى إن بعضهم بلغ بهذه الاختصاصات مبلغاً عظيماً ، فجعل إليه النظر في كل الأمور التي ينظرها نائب الإمام^(٢) .

وبالنظر إلى القضاء في عهد رسول الله ﷺ وعهد الخلفاء الراشدين ، نجد أن الإمام الأعظم هو الذي كان يتولى القضاء بنفسه ، فإن كان الإمام بعيداً كان يتولى القضاء الولاية ، وكان القضاء عملاً من أعمال الولاية ، وبقي الأمر كذلك إلى خلافة عمر رضي الله عنه .

وحتى ذلك العهد لم ينفصل القضاء عن الولاية . ويرجع ذلك إلى حجم عمل القاضي في هذا العهد ؛ فقد كان قليلاً نظراً لما كان عليه الناس من ورع وصلاح وتسامح ، يمنعون من التشاحن والتباغض ؛ فيروى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما أسند إليه أبو بكر رضي الله عنه قضاء المدينة ، بقي سنة لا يأتيه متخاصمان^(٣) .

(١) انظر : (ابن رشد/ بداية المجتهد/ ج ٢ ص ٤٢٢) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٨٩ ، ٩٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ١٧ ، ٩٤) .

(٢) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ١٨) .

وقد نقل ابن فرحون أن القاضي أبا العباس عبد الله بن أحمد بن طالب ، قاضي إفريقية كان إليه النظر في القضاء ، وفي الولاية ، وفي الجباية ، والحدود والقصاص ، والعزل والولاية .

(٣) انظر : (حامد أبو طالب/ التنظيم القضائي الإسلامي/ ص ٣٢) . وقد ذكر أن سيدنا عمر بقي سنتين لا يأتيه متخاصمان . والذي تذكره المصادر أنه بقي سنة . انظر (سنن البيهقي الكبرى/ ج ١٠ ص ٨٧/ ح ١٩٩٤٣) (الطبري/ تاريخ الطبري/ ج ٢ ص ٣٥١) (أحمد بن حنبل/ العلل ومعرفة الرجال/ ج ٣ ص ٤٩١) .

وعند اتساع رقعة الدولة الإسلامية في عهد عمر رضي الله عنه واختلاط العرب بغيرهم من سكان البلاد التي دخلت في الإسلام حديثاً ، زادت أعباء الولاية ، فاحتاج الأمر إلى فصل القضاء عن الولاية ، فعين عمر رضي الله عنه للقضاء في بعض الولايات رجالاً يخصصون للقضاء^(١) .

ثم تتابع التخصيص في العصور التالية ، إلا أنه كان يقع بين مدّ وجزر بحسب كل إمام وكل وال .

وقد قرر الفقهاء في تخصيص القضاء قاعدة ذكرها الإمام الكرايسي في كتابه الفروق فقال: « القضاء مما إذا خُصَّ اختُصَّ به »^(٢) .

وقرروا أنه يصح تخصيصه بزمان ومكان ونوع وشخص^(٣) .
وأنه يصح تعليقه وإضافته وتقييده^(٤) .
وأنه يصير قاضياً بحدود ما قيّد به^(٥) .

والمعتمد في كل هذا العُرف . يقول ابن فرحون : « واعلم أن الذي ينبغي أن يعول عليه في ذلك العرف »^(٦) . ثم نقل كلام ابن القيم عندما قال :

« واعلم أن عموم الولايات وخصوصها وما يستفيده المتولي بالولاية يتلقى من الأنفاظ والأحوال والعرف ، وليس لذلك حد في الشرع ، فقد يدخل في ولاية

(١) انظر : (حامد أبو طالب/التنظيم القضائي الإسلامي/ص٣٢) .

(٢) (الكرايسي/الفروق/ج٢ص١٦٤) (ابن عابدين/تنقيح الفتاوى الحامدية/ج١ص٣٠١) (ج٢ص٥) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص٦٠٠) (الحموي/غمز عيون البصائر/ج٢ص٣٧١) (عليش/منح الجليل/ج٨ص٢٨٠، ٢٨١) .

(٣) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٢٨٧) (ابن عابدين/حاشية ابن عابدين/ج٥ص٣٥٤) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص٦٠٠) (الكرايسي/الفروق/ج٢ص١٦٤/١٦٣) .

(٤) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٢٨٢) (الطرابلسي/معين الحكام/ص١٣) (المرادوي/الإنصاف/ج١١ص١٧٦) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج٣ص٣١٥) .

(٥) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص٦٠٠) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٢٨٢) .

(٦) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص١٨) .

القضاء في بعض الأمكنة وفي بعض الأزمنة ما يدخل في ولاية الحرب ، وقد تكون في بعض الأمكنة والأزمنة قاصرة على الأحكام الشرعية فقط ، فيستفاد من ولاية القضاء في كل قطر ما جرت به العادة واقتضاه العرف» (١).

أما التخصيص بالمكان فيعني تقييد حدود ولاية القاضي بمكان معين.

وقد فعله النبي ﷺ؛ فقد روى البخاري في صحيحه عن أبي بردة قال : بعث النبي ﷺ أبا موسى (٢) ومعاذ بن جبل إلى اليمن ، قال : وبعث كل واحد منهما على خلاف (٣) ، قال : واليمن مخلافان ، ثم قال : « يسرا ولا تعسرا ، وبشرا ولا ثنفا » ، فانطلق كل واحد إلى عمله (٤) .

وهذا يدل على أن التخصيص بمكان وجد منذ عهد رسول الله ﷺ ، وفيه الدليل على جوازه .

والعقل كذلك يجيزه ؛ فإن حاجة المسلمين لا تندفع إلا به .

وقد يصل إلى حد الوجوب ؛ إذ ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

وقد تحدّث الفقهاء عن التخصيص بالمكان ؛ فقال الإمام الماوردي :

« ويجوز أن يكون القاضي عام النظر خاص العمل ، فيقلد النظر في جميع الأحكام في أحد جانبي البلد أو في محلة منه ، فينفذ جميع أحكامه في الجانب الذي قلده والمحلة التي عينت له ، وينظر فيه بين ساكنيه وبين الطارئين إليه ؛ لأن الطارئ

(١) (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص ٢٠١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ١٨) (ج ٢ ص ١٤٦ ، ١٦١).

(٢) أبو موسى الأشعري ، الصحابي المعروف .

(٣) المخلاف : خاص بأهل اليمن ، كالإقليم لغير أهل اليمن . (ابن حجر/ مقدمة فتح الباري/ ص ١٨٦) .

(٤) (البخاري/ المغازي/ باب بعث أبي موسى ومعاذ إلى اليمن قبل حجة الوداع/ ح ٤٣٤١ ، ٤٣٤٢)

(مسلم/ الجهاد والسير/ باب في الأمر بالتيسير وترك التفتير/ ح ١٧٣٣/ بدون لفظة المخلاف)

(النسائي/ تحريم الدم/ باب الحكم في المرتد/ ح ٤٠٦٦) (أبو داود/ الحدود/ باب الحكم فيمن

ارتد/ ح ٤٣٥٤) (الدارمي/ الأشربة/ باب ما قيل في المسكر/ ح ٢٠٩٨) (أحمد/ عن أبي موسى

الأشعري/ ح ١٩١٧٤) (عن عبد الله ابن قيس/ ح ١٩٢٠٠ ، ١٩٢٤٣) (البيزار/ مسند البيزار/

ج ٨ ص ١٣٩/ ح ٣١٥٣) .

إليه كالساكن فيه ، إلا أن يقتصر على النظر بين ساكنيه دون الغريبين والطارئين إليه فلا يتعداهم» (١).

وقد نص ابن أبي الدم على أن تجاوز القاضي لمكان اختصاصه يمنع نفوذ حكمه (٢).

وأجاز العلماء كذلك تقييده بالدار أو بالمسجد ، فلا يجوز له أن يحكم في غير الموضع الذي حُدِّد له ؛ لأنه جعل ولايته مقصورة على من ورد إلى داره أو مسجده وهم لا يتعينون إلا بالورود إليها ، فلذلك صار حكمه فيها شرطاً (٣).

أما التخصيص بزمان ؛ فيعني أن يحدد ولي الأمر للقاضي أياماً معلومة للنظر فيها ، فإن تجاوزها منع من النظر فيها ، مع بقاء ولايته ، إلا أن يجعل ولايته مؤقتة بذلك . يقول الإمام الماوردي : « فلو لم يعين الخصوم وجعل النظر مقصوراً على الأيام وقال : قلدتك النظر بين الخصوم في يوم السبت وحده ، جاز نظره فيه بين الخصوم في جميع الدعاوى ، وتزول ولايته بغروب الشمس منه ، ولو قال : قلدتك النظر في كل يوم سبت ، جاز أيضاً ، وكان مقصور النظر فيه ، فإذا خرج يوم السبت لم تزل ولايته لبقائها على أمثاله من الأيام ، وإن كان ممنوعاً من النظر فيما عداه » (٤).

أما التخصيص بالأشخاص ؛ فهو أن يوكل إليه النظر في قضايا أشخاص محددين ؛ كالصغار أو النساء ، أو العسكر والجند ، أو بالعجم دون العرب ، أو العكس ، أو أن يمنع ولي الأمر سماع دعوى فلان ، أو أن لا تسمع دعوى فلان

(١) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٩٢) .

(٢) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص ١٠٠) .

(٣) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٩٣) .

(٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج ٤ ص ٢٨٧) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص ١٣) (الماوردي/

الأحكام السلطانية / ص ٩٤) .

لفترة معينة من الزمن^(١) .

ويشترط في ذلك أن يكون للملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة^(٢) .

يقول ابن أبي الدم : « ولو فوض إلى واحد منهما الحكم بين الرجال دون النساء وبالعكس ، تقيد بما خص به ، ولا ينفذ حكمه إذا تعدّاه إلى غيره »^(٣) .

ويقول صاحب صبح الأعشى عن قاضي العسكر : « وكذلك إن كان قاضي عسكر وصي بنحو ما يوصى به القاضي ، وأن يتخذ معه كاتباً يكتب للناس ، وأن يقبل من الجند من كان ظاهره العدالة ... وأن يكون مستعداً للأحكام التي يكثُر فصلها في العسكر ؛ كالغنائم والشركة والقسمة والمبيعات والرد بالعيب ، وأن يسرع في فصل القضاء بين الخصوم ؛ لئلا يكون في ذلك تشاغل عن مواقع الحرب ومقدماته »^(٤) .

ومن حالات التخصيص بالأشخاص « أن يحدد -الإمام- ولاية القاضي بأهل ولايته حيث كانوا ، ويمنعه من الحكم بين غير أهل ولايته حيثما كان ، فيكون الأمر على ما أذن الإمام فيه لأنه صاحب الولاية ، أو على ما منع منه الإمام لأنه ذو الولاية ، فتراعى كيف صدرت »^(٥) .

أما التخصيص بالنوع^(٦) ؛ فهو تحديد ولايته بمجرائم معينة أو بقضايا

(١) انظر : (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص ١٠٠) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٧ ص ١٩٣) (البلخي/

الفتاوى الهندية/ ج ٣ ص ٤٤٦) (علي حيدر/ درر الحكم/ ج ٤ ص ٦٠٠، ٦٠٢) (الرملي/ نهاية المحتاج/

ج ٨ ص ٢٤٣) .

(٢) (علي حيدر/ درر الحكم/ ج ٤ ص ٦٠٠) .

(٣) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص ١٠٠) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج ٨ ص ٢٤٣) .

(٤) (الفلقشندي/ صبح الأعشى/ ج ١١ ص ٩٦) .

(٥) (البهوتي/ كشف القناع/ ج ٦ ص ٣٦٤) .

(٦) من التخصيص بالنوع ؛ تحديد قيمة المبلغ المتنازع عليه ، فإن زاد عليه خرج عن اختصاصه ، وفي ذلك

يقول سيدنا عمر رضي الله عنه لأحد قضاة : ردّ عني الناس في الدرهم والدرهمين . (الهيتمي/ مجمع

الزوائد/ ج ٤ ص ١٩٦) (الطبراني/ المعجم الأوسط/ ج ٧ ص ٢٩/ ح ٦٧٥٦) (الطبراني/ المعجم

الكبير/ ج ٧ ص ١٥٠/ ح ٦٦٦٢) .

محددة؛ كأن يقيد به بالنظر في الأموال أو الأحوال الشخصية أو الجزائيات دون بقية القضايا ، أو بنوع خاص من الجزائيات كالحدود أو القصاص دون بقية الجزائيات ، أو بنوع خاص من القضايا كالتجنس -مثلاً- دون غيرها .

يقول الشيخ عليش : « ويجوز أن ينفرد القاضي بخطة المناكح فيولاها على حدة ، وكان هذا يحدث في بلاد تونس قديماً وحديثاً من تخصيص أحدهما بالمناكح ومتعلقاته ، والآخر بما سوى ذلك » (١) .

بل وله أن يخصصه بقضية واحدة فلا ينظر في سواها ؛ يقول الإمام الماوردي : « أن تكون ولاية القاضي مقصورة على حكومة معينة بين خصمين ، فلا يجوز أن ينفذ النظر بينهما إلى غيرهما من الخصوم ، وتكون ولايته على النظر بينهما باقية ما كان الشاجر بينهما باقياً ، فإذا بت الحكم بينهما زالت ولايته ، وإن تجددت بينهما مشاجرة أخرى لم ينظر بينهما إلا بإذن مستجد » (٢) .

ويمكن أن يلحق بهذه الأنواع من التخصيص نوع آخر بأن يكون التخصيص متعدداً ؛ فيكون مقيداً بمكان ثم في زمان ثم في نوع ثم في أشخاص ؛ كأن يكون قاضياً لأهل عمان شرقها لمدة عام واحد ، ويكون نظره في أربعة أيام من الأسبوع في قضايا جزائية متعلقة بالنساء دون الرجال . ويكون هذا التعدد بمثابة قيود على ولاية هذا القاضي .

وبالجملة فإن التخصيص فيه من الفوائد ما لا يخفى ؛ فيزداد القاضي خبرة

= يقول الماوردي : « فأما النظر الخاص ، فهو أن يقلد النظر في نصاب مقدر في المال لا يتجاوزه ، فهذا جائز ، ويكون مقصور النظر على ما قلد . قال أبو عبد الله الزبيري : لم يزل الأمراء عندنا بالبصرة برهة من الدهر يستقصون على المسجد الجامع قاضياً يسمونه قاضي المسجد ، يحكم في مائتي درهم وعشرين ديناراً فما دونها ، ويفرض النفقات ، ولا يتعدى بها موضعه ولا ما قدر له » . (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٩٣) . ومثله في (ابن قدامة/ المغني/ ج ١٠ ص ١٣٥) .

(١) (عليش/ منح الجليل/ ج ٨ ص ٢٨١) .

(٢) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٩٣) .

فيما وُكِّل إليه أمره ، ويجعله متدرّباً على كشف حقائق الأمور وخفاياها ، ومطلعاً على جزئيات وخفايا هذا الاختصاص ، فيكون أقدر على تحديد الحكم العادل أكثر ممن لم يتخصص أو يتمرّس ، ويكون أصلح في مواجهة ما يستجد من أحوال وظروف تتعلق بهذه الجريمة .

وجميع الأنواع السابقة من الاختصاصات لا خلاف بين الفقهاء على جوازها ، ما دامت لا تفضي إلى التنازع ، فالقاعدة في تجويز مثل هذه الاختصاصات هو عدم التنازع ، فكل وجه لا يرى فيه الفقهاء تنازحاً أجازوه ، وكل وجه يراه الفقهاء مفضياً للتنازع منعه . ولذلك وجدناهم ينصّون على ضرورة الاستقلال ، ويعلمون الجواز في هذه التخصيصات بعدم المنازعة^(١) .

وصور التنازع التي طرحها الفقهاء على بساط البحث هي :

١- تنازع الاختصاص عند الادعاء .

٢- تنازع الاختصاص عند التعدد .

وهي موضوعات وعناوين المطالب القادمة .

المطلب الثاني

تنازع الاختصاص عند الادعاء

وهذه الصورة تفترض وجود قاضيين في مكانين أو في مكان واحد ، وأراد المدّعي الرفع إلى قاضٍ منهما ، وأراد المدعى عليه الرفع إلى الآخر ، فإلى أيهما يكون الرفع ؟ ومن الذي يفصل الحكم في المسألة ؟

لقد بحث العلماء هذه المسألة من منظور وجود خلاف على أمور مالية مادية ، إلا أن ذلك التنازع يتصور كذلك في المسائل الجزائية ، وخصوصاً في الجرائم التي تقع

(١) انظر : (الرملي/نهاية المحتاج/ج٨ص٢٤٣) ، ومثله (الخطيب الشربيني/مغني المحتاج/ج٦ص٢٦٩) (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج١٠ص١١٩) .

على الأدمي ، أو يكون له فيها حق غالب .

والذي يفهم من أقوال العلماء فيما له علاقة بالجزائيات وجود اتجاهين في هذه المسألة^(١):

الاتجاه الأول : أن الخصام يكون حيث أراد المدعى عليه ، فيكون القاضي الذي أراد المدعى عليه هو الذي يفصل في الخصومة .

وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية ، ورجحه ابن القاسم وأصغ ومطرف وابن حبيب^(٢) من المالكية^(٣) .

واختلف الحنفية فيما إذا كان رأي محمد بن الحسن هو المذهب عندهم أم لا ، ففي حين ذكر ابن عابدين قول محمد ونقله عن ابن نجيم وتبناه^(٤) ، إلا أن ابن نجيم كان يرجح قول أبي يوسف^(٥) ، وعلل المرجحون لقول محمد النصوص الواردة في المذهب الحنفي والتي تشير إلى أن المدعى عليه يجبر على الخصومة ، بأن المقصود أنه يجبر على أصل الخصومة ، وليس أن المدعي هو صاحب الحق في تحديد القاضي الذي يدعى عنده .

(١) هناك اتجاه ثالث ، إلا أنه متعلق بالمنازعات المالية لا الجزائية ، حيث إنه يفترض وجود عين متنازع عليها . وهذا الاتجاه تبناه ابن الماجشون وابن كنانة وسحنون ، ويرون أن الخصام حيث الشيء المدعى فيه .

انظر : (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٢٠٩ ، ٢١٠) .

(٢) ابن حبيب : أبو مروان عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن مرداس السلمي ، شيخ المالكية بإفريقية ، كان فقيهاً مفتياً محباً لغويّاً نسبة إخبارياً عروضياً شاعراً مؤلفاً ، وله عدة كتب منها : الواضحة في السنن ، وفضائل الصحابة ، وغريب الحديث ، وطبقات الفقهاء ، وغيرها كثير . (ابن فرحون/ الديباج المذهب/ ص ١٥٥) .

(٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج ٥ ص ٥٤٢) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج ٣ ص ٤٤٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٧ ص ١٩٣) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٢٠٩) .

(٤) انظر : (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج ٥ ص ٥٤٢) .

(٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٧ ص ١٩٣) . وانظر (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج ٥ ص ٥٤٢) (ابن عابدين/ تنقيح الفتاوى الحامدية/ ج ١ ص ٣٠١/ ج ٢ ص ٢٩) .

أما ابن نجيم فذكر أن قول محمد هو الراجح في صورة واحدة ، وهي إذا كان قاضيان كل واحد منهما في محلة وأمر كل منهما أن يحكم على أهل محله فقط^(١) .
وسببه أنه إذا ثبت الحق للمدعي فسيحكم على المدعى عليه ، والحكم من قاضي المدعي على المدعى عليه في هذه الصورة غير صحيح ؛ لأنه واقع في غير محله ، بينما حكم قاضي المدعى عليه على المدعى عليه صحيح كونه واقعاً في محله .
وبالتالي يكون قول الحنفية في غير هذه الصورة هو قول أبي يوسف ؛ يقول

ابن نجيم :

« أما إذا كان كل منهما مأذوناً بالحكم على أي من حضر عنده ، فينبغي تصحيح قول أبي يوسف ؛ لأن المدعي هو الذي له الخصومة ، فيطلبها عند أي قاضي أراد »^(٢) .

ومن أصحاب هذا الاتجاه أيضاً المالكية ؛ يقول ابن عاصم :
والحكم في المشهور حيث المدعى . : عليه في الأصول والمال معاً^(٣)

أما أدلة أصحاب هذا الاتجاه ، فهي كما يلي :
أن المدعى عليه دافع للخصومة فيعتبر قاضيه^(٤) ؛ فالدافع يطلب سلامة نفسه والأصل براءة ذمته ، فأخذه إلى من ياباه لرؤية ثبتت عنده وتهمة وقعت له ربما يوقعه في إثبات ما لم يكن ثابتاً في ذمته ، واعتباره أولى ؛ لأنه يريد الدفع عن نفسه وخصمه يريد أن يوجب عليه الأخذ بالمطالبة ، ومن طلب السلامة أولى بالنظر ممن طلب ضدها^(٥) .

-
- (١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ ص١٩٤) (ابن عابدين/ تنقيح الفتاوى الحامدية/ ج١ ص٣٠١) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ ص٥٤٢) .
(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ ص١٩٤) . وانظر كذلك (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ ص٥٤٢) .
(٣) (مبارة الفاسي/ شرح ميارة/ ج١ ص٢٢) .
(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ ص١٩٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ ص٥٤٢) .
(٥) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ ص١٩٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٠٨) .

الاتجاه الثاني : يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التخاصم إنما يكون عند من أراده صاحب الحق وهو المدعي أو الطالب .

وقد قال به الإمام أبو يوسف من الحنفية^(١) ، وهو الراجح عندهم كما ذكر ابن نجيم^(٢) .

وقول عند المالكية^(٣) ، وقال به الشافعية^(٤) والحنابلة كذلك^(٥) .

واستدلوا على قولهم : بأن المدعي منشئ للخصومة فيعتبر قاضيه^(٦) .

وأن المدعي من إذا تَرَكَ تُرِكَ فهو منشئ فيتخير إن شاء إنشاء الخصومة عند قاضي محلته، وإن شاء أنشأها عند محلة خصمه^(٧) .

واعتبروا أن الدعوى حق للمدعي ، فيطلبها هو لا خصمه^(٨) .

الرأي المختار :

كما ذكرت سابقاً فإن مكان الرفع ليس ذا أثر كبير في الجزائيات ؛ ذلك أن بعضاً من الدعاوى الجزائية يرفعها شاهد حسبة دون علم المدعى عليه بأنه سيشهد عليه في ذلك .

(١) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج٣ص٤٤٦) (ابن عابدين/حاشية ابن عابدين/ج٥ص٥٤٣) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٧ص١٩٣) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص٦٠٨) .

(٢) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٧ص١٩٤) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص٦٠٨) .

(٣) (الخرشي/شرح مختصر خليل/ج٧ص١٤٥) (الدسوقي/حاشية الدسوقي/ج٤ص١٣٥) (الخطاب/منح الجليل/ج٨ص٢٨٢) .

(٤) (الرملي/نهاية المحتاج/ج٨ص٢٤٣) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٢٨٧) .

(٥) (المردائي/الإنصاف/ج١١ص١٦٨) (الرحياني/مطالب أولي النهى/ج٦ص٤٦٥) (ابن رجب/القواعد/ص٣٦٣) .

(٦) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٧ص١٩٣) (ابن عابدين/حاشية ابن عابدين/ج٥ص٥٤٢) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص٦٠٩) .

(٧) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٧ص١٩٣) .

(٨) (الرحياني/مطالب أولي النهى/ج٦ص٤٦٤) (البهوتي/شرح منتهى الإرادات/ج٣ص٤٩١) .

وهذا يعني أن النسب الذي جعل الفريق الأول يقول إنه حيث المدعى عليه غير متحقق في شهادة الحسبة ، ذلك أن الشاهد لا يدافع عن حقه الخاص ولا عن مصلحته الخاصة ، وإنما هو قام بذلك نيابة عن الأمة ، وبذا يستوي عنده الأمران سواء أكان الرفع في مكان المدعي أم كان في مكان المدعى عليه .

إلا أن في تكليف من هذا شأنه مشقة الانتقال إلى حيث يريد المدعى عليه مع أنه متبرع يتبغي الأجر من الله تعالى ظلم، وقد سبق أن قلنا إنه لا يستوي مع خصمه من حيث حظ النفس في رفع الخصومة ، فلا يستويان في اختيار من يترافع عنده ، فيكون للأفضل منهما وهو المدعي في هذه الصورة .

ولذا أجد أن الأدلة تتجه في هذه الصورة إلى تقديم إرادة المدعي دون المدعى عليه ، فرفع المدعي حيث شاء وتبقى متابعة هذه الدعوى مهمة من مهام القاضي ، فإما أن يدعو المدعى عليه للحضور ، وإما أن يرسل القاضي لقاضي البلد الذي فيه المدعى عليه كتاباً يدون فيه شهادة الشاهد ويرسل معه الحجج والبراهين ، ويصبح الشأن بعدها شأن القاضي المرسل إليه ، ويكون المدعي قد برئت ذمته والقاضي الأول كذلك .

ومن الممكن أيضاً القول إن بعض القضايا يجب تجاهل إرادة المتخاصمين في تحديد القاضي المختص ، واعتبار القاضي الذي وقعت الجريمة ضمن حدود اختصاصه ، هو القاضي المختص بالنظر في هذه القضية .

وذلك تسهيلاً على القاضي في الفحص والكشف ، وتيسيراً لعملية التقاضي في إحضار البيئات المادية والشهود .

وعند المالكية ما يشبه هذا القول وهو مذكور في المنازعات المالية ، ويقضي أن التخاصم يكون حيث الشيء المدعى فيه ، سواء أكان عقاراً أم منقولاً . ومن المالكية

من قيده بالعقار ، ويقول بالقول الأول كل من ابن الماجشون وابن كنانة^(١) وسحنون^(٢) (٣) .

إلا أن صورة الخلاف مع هذا قد لا تنتهي ، وذلك عندما يكون في مكان وقوع الجريمة أكثر من قاضٍ واحد ، فمن هو الذي يتم التقاضي عنده ؟ فإن كان من حقوق الله فالجواب هو ما سبق . أما إن كان الحق المتنازع حقاً بين آدميين ، وأراد كل من طرفي الخصومة أن يتقاضى عند قاضٍ مختلف ، فإن الرأي أن لا يترك اختيار القاضي لأحد الخصمين ؛ لأن كلاً من الخصمين متهم في اختياره لقاضٍ من القضاة ، وهذا الاتهام يمنع الطرف الآخر من تقبل الحكم الصادر منه . مهما كان ، والقضاء مع التهمة ممنوع ، فكان اللجوء إلى اختيار ثالث يقضي بينهما ، ويترك أمر اختياره إلى ولي الأمر ، أو أن يقرع بين القضاة ممن لم يختاره أحدهما . والأنسب هو أن يحدد ولي الأمر وظيفة خاصة بتوزيع المتخاصمين على القضاة لتنتفي التهمة . وهذا ما يجري عليه القضاء في زماننا ، فلا يترك الاختيار في تحديد القاضي للمتنازعين ، وإنما يتم توزيعهم بصورة سرية في أغلب الأحيان دون علم الأطراف بذلك ، وبذا تدارك ما نبه عليه أصحاب الاتجاه الأول من خوف إخفاق المدعى عليه في طرح حجته ، إذا اختار المدعى من يقضي بينهما .

(١) ابن كنانة: عثمان بن عيسى بن كنانة، أحد أصحاب الإمام مالك، وهو الذي جلس في حلقة مالك بعد وفاته، توفي بعد مالك بستين، وكان مالك يحضره لمناظرة أبي يوسف عند الرشيد. (الشيرازي/طبقات الفقهاء/ص١٥٢) .

(٢) سحنون : عبد السلام بن سعيد التبوخي ، أبو عبد الله ، من فقهاء المالكية ، ولد سنة ١٦٠هـ ، موصوف بالعقل والديانة التامة والورع ، وقيل إنه اجتمعت فيه عدة صفات : الفقه البارع ، والورع الصادق ، والصرامة في الحق ، والزهادة في الدنيا ، توفي ٢٤٠هـ عن ثمانين عاماً . (الذهبي/سير أعلام النبلاء /ج١٢ ص٦٣) .

(٣) انظر : (ابن المناصيف/تنبيه الحكام/ص٢٠٩، ٢١٠) .

المطلب الثالث

تنازع الاختصاص عند التعدد

الصورة الثانية من صور التنازع عندما تتقاطع دوائر اختصاص القضاة ،
فيسري في نفس المكان ولاية قاضيين أو أكثر ، وهذا يسمى بتعدد القضاة .
وللتعدد صورتان هما :

- ١- أن يتعدد القضاة في البلد الواحد دون التعدد في القضية الواحدة .
- ٢- أن يتعدد القضاة في ذات القضية على وجه الاشتراك .

فما قول العلماء في هاتين الصورتين ؟

أما الأولى : بأن يكون لكل منهما الاستقلال في أحكامه ، فهذا مما أجازته
جمهور العلماء^(١) ، وقالوا : « وجاز تعدد قاضٍ مستقل عام منفرد بالحكم في جميع
مملكة الإمام الذي ولاه وجميع أنواع المعاملات ، أو تعدد مستقل خاص بناحية ، أي
جهة من مملكة من ولاه ، أو تعدد مستقل خاص بنوع من أنواع الفقه كالنكاح أو
البيع »^(٢) .

ونقل الإمام الباجي^(٣) إجماع الأمة على هذا القول ، إلا أن الشيخ عليش من
المالكية وابن أبي الدم من الشافعية نقلوا خلافاً بين العلماء في ذلك .
يقول الشيخ عليش : « ومنعه بعض الناس بمقتضى السياسة خوف تنازع

(١) (الرملي/نهاية المحتاج/ج٨ص٢٤٤) (عليش/منح الجليل/ج٨ص٢٨٠، ٢٨١) (الباجي/المنتقى شرح
الموطأ/ج٥ص١٨٣) (الماوردي/الأحكام السلطانية/ص٩٣) (ابن مفلح/الفروع/ج٦ص٤٢٠)
(السيوطي/الأشباه والنظائر/ص٥٢٧) .

(٢) (عليش/منح الجليل/ج٨ص٢٨١) .

(٣) (الباجي/سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي ، أبو الوليد ، وأصله من بطليوس ،
وينسب إلى باجة ، ولد ٤٠٣هـ ، وتوفي ٤٧٤هـ في مصر ، وله : السراج في علم الحجاج ، واختلاف
الموطآت ، والمنتقى .

(ابن فرحون/الديباج المذهب/ص٤٠) .

الخصوم فيمن يحكم بينهم ، ومقتضى أصول الشرع جوازه ؛ لأن لذي الحق استتابة من شاء على حقه ولو تعدد « (١) .

وذكر ابن أبي الدم أن الجواز هو الأصح ، وأن العمل عليه في الأمصار (٢) .

أما الصورة الثانية ، فتفترض وجود قاضيين في قضية واحدة ولا يكون لأحدهما الانفراد بالنظر في القضية ، ولا قبول بيته ، ولا انفراد بإنفاذ حكم . وقد حصل خلاف بين العلماء في هذه الصورة .

الاتجاه الأول : يرى أصحابه منع هذه الصورة . وهو قول ابن رشد الجدل .

والباجي من المالكية (٣) ، وقول لبعض الشافعية (٤) .

واستدلوا على هذا القول بما يلي :

١- أن المنع إنما لخوف التناقض ؛ إذ لا يتصور إضافة الحكم إليهما إلا مع

اتفاقهما ، وقد لا يكون (٥) .

وما دام أنه مظنة للاختلاف والتناقض ، فإن التعليل بالمظنة لا يبطل بانتفاء

مظنونها في بعض الصور على ما ذكره الأصوليون (٦) .

٢- أن الحاكم لا يجوز أن يكون نصف حاكم ، فلا يجتمع اثنان فيكونان جميعاً

حاكماً في قضية واحدة (٧) .

(١) (عليش/منح الجليل/ج٢ص٢٨١) .

(٢) (ابن أبي الدم/أدب القضاء/ص١٠٠) .

(٣) (المواق/التاج والإكليل/ج٨ص٦٣) (عليش/منح الجليل/ج٨ص٢٨١) (الخطاب/مواهب الجليل/

ج٦ص٩٠) (الباجي/المتقى/ج٥ص١٨٢) (الرصاص/شرح حدود ابن عرفة/ص٤٤٠، ٤٤١)

(الخرشي/شرح مختصر خليل/ج٧ص١٤٤) .

(٤) (الرملي/نهاية المحتاج/ج٨ص٢٤٤) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٢٨٧) .

(٥) (الرصاص/شرح حدود ابن عرفة/ص٤٤٠) (عليش/منح الجليل/ج٨ص٢٨٢) .

(٦) المرجعين السابقين .

(٧) (عليش/منح الجليل/ج٨ص٢٨١) (الباجي/المتقى/ج٥ص١٨٢) (الخرشي/شرح مختصر خليل/ج٧

ص١٤٤) (الدسوقي/حاشية الدسوقي/ج٤ص١٣٤) .

٣- أنه لم ينقل عن رسول الله ﷺ أنه أشرك بين قاضيين في زمن من الأزمان ولا بلد من البلدان^(١) .

٤- أن المذاهب مختلفة والأغراض متباينة ، ولا يصح أن يتفق رجلان في كل شيء حتى لا يرى أحدهما خلاف ما يراه الآخر ، وإذا أشرك بين الحاكمين دعا ذلك إلى اختلافهما في المسائل ، ويوقف نفوذها كالإمامة^(٢) .

٥- أن اختلاف اجتهادهما يوجب توقف الأحكام وتضييعها ، والغالب اختلاف المجتهدين ، وإن كانا مقلدين فولاية المقلد ممنوعة^(٣) .

الاتجاه الثاني : يرى أصحاب هذا الرأي أنه يصح هذا التعدد وأنه جائز . وهو قول الحنفية^(٤) ، وقول عند المالكية^(٥) قاله القاضي عياض^(٦) والمازري^(٧) ، وهو الراجح عند الشافعية^(٨) ، واستثنى الشافعية حالة أن يشترط الإمام إجماعهما

(١) (الباجي/المنتقى/ج٥ص١٨٣) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) (عليش/منح الجليل/ج٨ص٢٨١) (ابن العربي/أحكام القرآن/ج٢ص١٨٥) (الرملي/نهاية المحتاج/ج٨ص٢٤٤) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٢٨٧) .

(٤) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج٣ص٣١٧) .

(٥) (عليش/منح الجليل/ج٨ص٢٨٢) (الرصاص/شرح حدود ابن عرفة/ص٤٤٠) (الباجي/المنتقى/ج٥ص١٨٣) .

(٦) القاضي عياض : أبو الفضل عياض بن موسى بن عمرو بن موسى اليحصبي الأندلسي السبتي المالكي ، إمام وقته ، ومتفق على جلالاته وعلمه ، من مؤلفاته : الشفا بالتعريف بمحقوق المصطفى . (الذهبي/سير أعلام النبلاء/ج٢٠ص٢١٥) .

(٧) المازري : محمد بن علي بن عمر التميمي المازري ، يكنى أبو عبد الله ، ويعرف بالإمام ، أصله من مازر مدينة في جزيرة صقلية ، شرح كتاب مسلم ، وكتاب التلقين ، وشرح البرهان للجويني وسماه إيضاح المحصول من برهان الأصول ، توفي ٥٣٦هـ ، عن ثمانين عاماً ونيفاً . (ابن فرحون/الديباج المذهب/ص٢٧٩) .

(٨) (ابن العربي/أحكام القرآن/ج٢ص١٨٥) (الرملي/نهاية المحتاج/ج٨ص٢٤٤) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٢٨٧) .

على حكم ، فإن شرط ذلك كان باطلاً قطعاً^(١) .

واستدل أصحاب هذا الاتجاه بما يلي :

١- أن الله تعالى يقول في محكم كتابه : ﴿ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾^(٢) .
فدلّ على جواز أن يتولى فصل القضاء رجلاً^(٣) ، وأن الآية أثبتت الحكم
لها لا لأحدهما^(٤) ، فكان نصاً في موطن النزاع .

وقد ناقش أصحاب القول الأول ذلك فقالوا : لا يلزم على القول بالمنع
الحكمان بين الزوجين والحكمان في جزاء الصيد ؛ لأنهما يحكمان في قضية واحدة
وليس بولاية ، وإن اتفقا نفذ حكمهما ، وإن اختلفا لم ينفذ حكمهما ، وحكم
غيرهما ، فلم يكن في ذلك مضرة ، وهذا ينافي الولاية ؛ لأن من ولي القضاء لا
يمكن الاستبدال به عند المخالفة ، فيؤدي ذلك إلى توقف الأحكام وامتناع نفوذها^(٥) .

٢- أن مانع التعدد إنما هو خوف تناقضهما ، ولذا يجب عند انتفاء هذا المانع
أن يكون قضاؤهما جائزاً ، فإن وجد الاتفاق يجب الإمضاء به ، وإن فقد فقد
الحكم^(٦) .

٣- بالقياس ، فإن العلماء أجازوا تولية الواحد مع بقاء حكم الإمام معه^(٧) ،
فكذا يجوز تولية اثنين ابتداءً .

ورد عليه الفريق الآخر بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن رفع التنازع عند اختلاف

(١) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ ص٢٤٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٢٨٧) .

(٢) (سورة المائدة ، آية رقم ٩٥) .

(٣) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٢ ص١٨٥) .

(٤) (الزيعلي/ تبين الحقائق/ ج٢ ص٦٤) .

(٥) (الباجي/ المتقى/ ج٥ ص١٨٣) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ ص٢٨١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١
ص٢٠) .

(٦) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ ص٢٨٢) (الرصاص/ شرح حدود ابن عرفة/ ص٤٤١) .

(٧) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ ص٢٨١) .

الإمام مع القاضي يسير ، وهو بعزل الإمام قاضيه ، أما في القاضيين فيتعذر عزل أحد القاضيين الآخر^(١) .

٤- أن الضرورة قد تدعو إليه ، وقد يحقق ذلك مصلحة ، كأن تنزل نازلة ويرى الإمام أنها لا ترتفع التهمة والريبة إلا بقضاء رجلين فيها ، فإن اختلف نظرهما فيها استظهر بغيرهما^(٢) .

٥- أن الصحابة ومن بعدهم تعارفوا ذلك من غير نكير ، ومن ذلك أن علياً ومعاوية رضي الله عنهما فعلا ذلك ، فقد حكّمأبأ موسى وعمرو بن العاص رضي الله عنهم أجمعين ، ولولا جوازه ما فعلوه^(٣) .

ونقل أنه ولي في بعض بلاد الأندلس ثلاثة قضاة على هذه الصفة ولم ينكرها من كان بذلك البلد من فقهاء^(٤) .

الرأي المختار :

بعد الاطلاع على أدلة أصحاب القولين ، وجدت أن الراجح هو القول بجواز تعدد القضاة في القضية الواحدة والمحكمة الواحدة ، مع ضرورة وضع ضوابط لذلك .

وقبل الحديث عن أسباب الترجيح في المسألة فإن ثمة ملاحظات على الأدلة التي طرحها الفريقان للاستدلال على أقوالهم .

١- أما أنه لم ينقل عن رسول الله ﷺ أنه أشرك قاضيين في قضية واحدة في زمن من الأزمان ولا بلد من البلدان ، فهذا دليل نفي لا دليل إثبات ، ولا يصح الاستدلال به على منع التعدد للقضاة .

ولا بد من معرفة أن هذه المعاملات المتعلقة بالقضاة تعييناً وعزلاً وتعدداً من

(١) (عليش/منح الجليل/ج٨ص٢٨١) (الخطيب الشريبي/مغني المحتاج/ج٦ص٢٦٩) .

(٢) (عليش/منح الجليل/ج٨ص٢٨١، ٢٨٢) .

(٣) (الرصاص/شرح حدود ابن عرفة/ص٤٤١) (عليش/منح الجليل/ج٨ص٢٨٢) .

(٤) (عليش/منح الجليل/ج٨ص٢٨٢) .

الأمر المباحة في أصلها حتى يرد المانع ، ولا ينطبق عليها ما ينطبق على العبادات والعقائد في منع الأصل حتى يرد المبيح . وهذا في الراجح عند العلماء ، وينطبق على التعدد ما ينطبق على جملة أصول في التقاضي أجازها الفريق المانع للتعدد هنا بلا أثر ولا مستند هناك ، وإنما بناء على أن الأصل في المعاملات الإباحة ، فيقاس عليها التعدد في القضية الواحدة .

٢- وأما قولهم أن المانع من التعدد هو خوف التناقض وخوف الاختلاف ، فإن زوال الذي يخافونه مؤذن بجواز التعدد ؛ لأنه إذا زال المانع عاد الممنوع ، وزواله متصور بأن يجعل الوالي القضاء إلى ثلاثة من القضاة بدلاً من اثنين ، فإما أن يجمعوا ، وإما أن يختلفوا ، فيكون الحاصل أن يترجح رأيان على رأي ، فيزول المانع . وهذا ما أشار إليه الشيخ عليش في القضاة الثلاثة الذين تولوا القضاء في الأندلس .

أما إن لم يزل المانع فالقول قولهم ؛ لأن الأحكام لا تستقر بغير هذا الشرط . وقد طرح الفقهاء صوراً متعددة لا يكون فيها خلاف ولا تنازع ، ومنها :

أ - أن يقطع الإمام اختلافهما فيجوز التعدد^(١) ، سواء بنفسه أو بغيره . فإذا فوض إليهما معاً الحكم في قضية واحدة ، فلا شك في الجواز ، فإن اتفقا على حكم فذاك وإلا فيرفعانها إلى من ولاهما . ومنه كذلك أن يجعل القطع في خلافهما لثالث^(٢) . وكذلك إذا اقتضى ذلك مصلحة ودعت إليه ضرورة في نازلة رأى الإمام أنه لا ترتفع التهمة والريبة إلا بقضاء رجلين فيها ، فإن اختلف نظرهما فيها استظهر بغيرهما^(٣) .

ب - إذا شرط الإمام عليهما أنه متى حكم أحدهما فعلى الآخر تنفيذه ، جاز

(١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٢٨٧) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٢٨٧) .

(٣) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ ص٢٨١ ، ٢٨٢) .

- ج - إذا كان التعدد في المسائل المتفق عليها فيقطع بالجواز^(٢) .
 د - إذا كان القاضيان مقلدين لإمام واحد ، فكذلك يجوز ، لانتفاء الخلاف ،
 لأنهما يقلدان قول إمامهما^(٣) .

وقد أكد بعض المحققين من العلماء السابقين أن القائلين بالمنع إنما منعوا صورة
 تولية قاضيين بولاية عامة لكل منهما ثم يشترط المولي عليهما أن يقضيا سوية في كل
 قضية .

أما إن كان في مسألة واحدة دون عموم الولاية ، فذكروا أن المانعين للتعدد
 يجيزون هذه الصورة .

يقول الشيخ عlish : « ومنع الباجي وابن شعبان^(٤) إنما هو في تولية قاضيين
 ولاية مطلقة لا في مسألة جزئية »^(٥) .

ويقول الإمام زكريا الأنصاري عن الوجه الممنوع في التعدد : « أن يكون فيما
 إذا عمم ولايتهما ، وأما إذا فوض إليهما معاً الحكم في قضية واحدة فلا شك في
 الجواز »^(٦) .

وهذا يدل على أن العلة في المنع هو حصول الضرر والتنازع وامتناع الفصل ،
 فإن زال ذلك كله جاز .

٣- أن أدلة النقل تشهد للفريق الثاني القائل بالجواز ، ومنها قوله تعالى :

(١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٢٨٧) .

(٢) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ ص٢٤٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٢٨٧) .

(٣) المرجعين السابقين .

(٤) ابن شعبان : أبو إسحاق محمد بن القاسم بن شعبان بن محمد بن ربيعة العماري المصري، من ولد عمار
 ابن ياسر، ويعرف بابن القرطي ، من مصنفاته : كتاب الزاهي في الفقه ، وكتاب أحكام القرآن ،
 ومناقب مالك الكبير ، توفي في جمادى الأولى ٣٥٥ هـ . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج١٦ ص٧٩) .

(٥) (عlish/ منح الجليل/ ج٨ ص٢٨٢) .

(٦) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٢٨٧) .

﴿يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾^(١)؛ فقد نسب الباري سبحانه وتعالى الحكم لاثنتين ،
والحكم في الصيد أو بين الزوجين قضية اجتهادية ولا شك ، ولا بد فيها من الخروج
بحكم واحد لا حكمين . فإن حصل خلاف بينهما كيف يكون التوفيق ؟ فجواب
هذا السؤال يحدد كيفية العمل إذا اختلف الحكمان والقاضيان .

وقد اتفق الفقهاء على أن القضاء يدخل فيه حكم الحكمين في جزاء الصيد
وفي شقاق الزوجية^(٢) .

ومما يدل على أن هذه الآية فيها معنى الحكم القضائي ، ما روي أن عمر
رضي الله عنه وضع رداءه على عود في دار الندوة ، فأطار حماماً فقتله وهو محرم ،
فقال لعثمان ونافع بن عبد الحارث : احكما عليّ ، فحكما بعناق^(٣) بئبة^(٤) عفرأ^(٥) ،
فأمر بها عمر رضي الله عنه^(٦) .

ومنها كذلك ما روي أن محرماً قتل ظيباً ، فسأل عمر رجلاً إلى جنبه ، ثم أمره
بذبح شاة وأن يتصرف بلحمها . قال قبيصة^(٧) : فلما قمنا من عنده قيل له : أيها

(١) (سورة المائدة ، آية رقم ٩٥) .

(٢) انظر : القرافي/ الفروق/ ج٤ ص٩٢ (الرضاع/ شرح حدود ابن عرفة/ ص٤٣٩) (الخطاب/ مواهب
الجليل/ ج٦ ص٨٦) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ ص٢٥٥) .

(٣) العناق : الأنتى من الماعز . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٠ ص٢٧٥) .

(٤) البئبة من المعز التي استكملت السنة الثانية ودخلت في الثالثة. (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٤ ص١٢٣) .

(٥) العفرأ : من العفرة وهو التراب ، أما الماعز فإذا قيل عفرأ ، أي خالصة البياض . (ابن منظور/ لسان
العرب/ ج٤ ص٥٨٥) .

(٦) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٣ ص١٧٨ ، ح١٣٢٢٠) (مصنف عبد الرزاق/ ج٤ ص٤١٥/ ح٨٤٦٨) (ابن
حجر/ فتح الباري/ ج٤ ص٤٦) (ابن حجر/ تلخيص الحبير/ ج٢ ص٢٨٥) (الشافعي/ الأم/ ج٢
ص١٩٥) (الجصاص/ أحكام القرآن/ ج٢ ص٦٦٥) .

(٧) قبيصة : هو قبيصة بن جابر الأسدي ، أسد خزيمية ، وكان يعدّ من الفصحاء ، مات في إمارة مصعب
ابن الزبير ، وله إدراك وصحب عمر بن الخطاب ، وهو في الطبقة الأولى من فقهاء الكوفة . (ابن
حجر/ الإصابة/ ج٥ ص٥٢٢) (العجلي/ معرفة الثقات/ ج٢ ص٢١٤) (ابن بشكوال/ غوامض الأسماء
المبهمة/ ج٢ ص٥٧٠) .

المستفتي ابن الخطاب : إن فتيا ابن الخطاب لم تغن عنك من الله شيئاً ، فانحر ناقتك وعظم شعائر الله ، فوالله ما علم ابن الخطاب ما يقول حتى سأل الرجل الذي إلى جانبه ، فقامت إلى عمر . وإذا عمر قد أقبل ومعه الدرّة على صاحبي صفعاً وهو يقول : قاتلك الله ، أتقتل الحرام وتعدي الفتيا ، وتقول ما علم عمر حتى سأل من إلى جنبه ، أما تقرأ : ﴿ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾^(١) .

ومن أدلة النقل قوله تعالى : ﴿ وَذَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴾^(٢) .

فإن الآية نسبت الحكم إليهما وفي قضية واحدة عندما نفست الغنم في الحرث ، وهذا دليل على جوازه .

والذي يظهر أن القضايا الجزائية من المسائل الخطيرة ، ذات الأثر البالغ على النفس وعلى المجتمع ، وأن إقرار تعدد القضاة بما لا يعطل أحكامهم أو يمنع نفوذها هو أمر سائغ شرعاً ، فالحكم الذي يستند إلى نظرين - مما يصح الاجتهاد فيه - أصوب من الذي يستند إلى نظر واحد .

فمن مزايا تعدد القضاة : أنه يحقق ضمانة أساسية للعدالة ، وخاصة في الوقت الحاضر الذي تعقدت فيه المنازعات وتنوعت وتزايدت حيل الخصوم في طمس الحقيقة وإخفائها ، واهترت فيه الضمانات مما بات معه الأمر ملحاً في إتاحة الفرصة لبحث الخصومات من أكثر من وجهة نظر حتى يأتي الحكم الصادر فيها نتيجة خبرة مشتركة من أعضاء المحكمة ، وبعد مناقشة وبحث جماعي منهم ، بدلاً من صدوره بناء

(١) (سورة المائدة ، آية رقم ٩٥) .

(سنن البيهقي الكبرى/ج٥ص١٨١/ح٩٦٤٢) (مصنف عبد الرزاق/ج٤ص٤٠٨/ح٨٢٤٠)
 (الحاكم/المستدرک/ج٣ص٣٥٠/ح٥٣٢٢) (الطبراني/المعجم الكبير/ج١ص١٢٧/ح٢٥٨)
 (الطبري/تفسير الطبري/ج٧ص٤٨) (ابن كثير/تفسير ابن كثير/ج٢ص١٠٠) (الخصائص/أحكام القرآن/ج٢ص٦٦٥) .

(٢) (سورة الأنبياء ، آية رقم ٧٨) .

على بحث وتفكير وخبرة قاضٍ واحدٍ ، مما يجعله عرضة للخطأ . كما أن تعدد القضاة يبعث في نفس القاضي الطمأنينة ، ويبعده عن مجال التأثر بأي مؤثر خارجي ، كخشية النقد أو رهبة الخصوم ، إذ يصدر الحكم من المحكمة بكامل هيئتها . ثم إن نظام تعدد القضاة يضعف احتمال التحيز ، وذلك أنه إذا افترضنا إمكان تحيز فرد ، فإن تحيز هيئة من القضاة أمر بعيد الاحتمال ، وإذا ما عن لأحد الأعضاء أن يتحيز كان في غيره من الأعضاء خير رقيب عليه ^(١) .

ومثل هذه الضمانات وجودها هام للغاية في المحاكمات الجزائية ؛ لأنها أخطر من غيرها - كما سبق ذكره - وأنها مما لا يتدارك بفواته ، بخلاف غيرها من القضايا . وهذا ما أخذت به الأنظمة الجزائية التي تطبق الشريعة الإسلامية في أحكامها ؛ ومنها : نظام القضاء في المملكة العربية السعودية الصادر في ١٤ / ٧ / ١٣٩٥ هـ ، فقد نص على تشكيل المحكمة العامة من ثلاثة قضاة عند نظر قضايا القتل والرجم والقطع ، والقضايا الأخرى التي يحددها النظام ^(٢) .

وألحقت قضايا الخطف والسطو بها ، في ٥ / رمضان / ١٤٠٢ هـ ، فصار ينظرها ثلاثة قضاة كذلك .

وأما محكمة التمييز ، فتصدر الأحكام من ثلاثة قضاة ، ما عدا قضايا القتل والرجم والقطع ، فتصدر من خمسة أعضاء ، وألحقت بها قضايا الخطف والسطو .
وأما مجلس القضاء الأعلى فيشكل من أحد عشر عضواً ، عندما ينعقد بهيئته العامة ، كما تشكل الهيئة الدائمة من خمسة أعضاء ^(٣) .

ويلاحظ التمسك بالرقم الفردي الذي يضمن أغلبية في كل حالات الاختلاف .

(١) (عبد المنعم جيرة/ نظام القضاء في المملكة العربية السعودية/ ص ٦٧ ، ٦٨) .

(٢) (عبد المنعم جيرة/ نظام القضاء في المملكة العربية السعودية/ ص ٧٢) (جمال المرصفاوي/ نظام القضاء في الإسلام - مؤتمر - / ص ٩٦) .

(٣) المصدرين السابقين .

المطلب الرابع
الشورى في القضاء

من الأمور المقيّدة لاختصاص القضاة ، أن يؤمّر بالاستشارة ، أو أن يندب إليها ، فوجود رأيين أفضل من واحدٍ جزماً ، كما ذكرت في حالة التعدد ، ولذلك قال العلماء بالمشاورة .

إلا أن الفارق بين التعدد والشورى ، أن التعدد فيه إلزام القاضي باعتبار قول من يحكم معه ، أما الشورى فلا إلزام للقاضي باعتماد واعتبار قول من يشاوره ، فهو مخير بين الأخذ به وعدمه. فإن ألزمناه برأي من يشاوره صار تعدداً، أما المشاورة دون إلزام فهي موضوعنا في هذا المطلب.

والشورى فضلها عظيم ، ويكفيها فضلاً أنها بين إحدى الحسينين : صواب يفوز به ، أو خطأ يشارك في مكروهه ، كما قيل^(١) .

وقد اتفق العلماء على فضل المشورة وأهميتها للقاضي ، وخاصة في الأمور الجزائية لخطورتها وعظيم أمرها^(٢) .

وابتدئ بالحديث عن مشروعية الشورى في القضاء .

١ - يقول تعالى : ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ ﴾^(٣) .

(١) (القلعي/تهذيب الرياسة وترتيب السياسة/ص ١٨٤) .

(٢) (ابن قدامة/المغني/ج ١٠ ص ١٠٠) (ابن خلدون/رسالة ابن خلدون للقضاة/ص ١١٩) (ابن نجيم/

البحر الرائق/ج ٦ ص ٣٠٣) (ابن قدامة/عمدة الفقه/ص ١٥٩) (السرخسي/المبسوط/ج ٩ ص ١٠٣)

(الكاساني/بدائع الصنائع/ج ٧ ص ١٢) (الإمام مالك/المدونة/ج ٤ ص ٤٨٦) (الشافعي/الأم/ج ٦

ص ٢١٩) (ابن عابدين/حاشية ابن عابدين/ج ٥ ص ٣٦٦) (ابن المناصف/تنبيه الحكام/ص ١٩٦)

(الشافعي/أحكام القرآن/ج ٢ ص ١١٩) (داماد أفندي/مجمع الأنهر/ج ٢ ص ١٥٧) (البلخي/الفتاوى

الهندية/ج ٣ ص ٣٢٠) (البهوتي/كشاف القناع/ج ٦ ص ٣١٥) .

(٣) (سورة آل عمران ، آية رقم ١٥٩) .

يقول الحسن البصري^(١) في الآية : كان النبي ﷺ مستغنياً عنها ، ولكن أراد أن
تصير سنة للحكام^(٢) .

فالآية موجهة إلى رسول الله ﷺ وقد كان الحاكم والقاضي والمنفذ ، وكما
أخبر الإمام البصري ، فإن النبي ﷺ كان أغنى الناس عن الناس وعن مشاورتهم ،
ومع ذلك كان أكثر الناس مشاورة لأصحابه ، يريد بذلك أن يقتدي به الحكام
والقضاة ، ولو فعلوا لأفلحوا في الدنيا والآخرة .

٢- أن الاستشارة في القضاء كان من دأب الصحابة الكرام ، فقد شاور عمر
ابن الخطاب رضي الله عنه في دية الجنين^(٣) ، فقد استشار رضي الله عنه الصحابة في
إملاص المرأة ، أي إسقاط جنينها^(٤) عندما طلب امرأة لشبهة فأسقطت جنينها من
الخوف ، وأخذ برأي علي رضي الله عنه .

٣- ومن ذلك أيضاً أن عمر رضي الله عنه شاور في حدّ الخمر ، فقال له علي
ابن أبي طالب رضي الله عنه : نرى أن تجلده ثمانين ، فإنه إذا شرب سكر ، وإذا
سكر هذى ، وإذا هذى افتري ، فجلد عمر في الخمر ثمانين^(٥) .

(١) هو الحسن بن أبي الحسن البصري ، أبو سعيد ، إمام أهل البصرة ، وخير أهل زمانه ، ولد لستين بقينا
في خلافة عمر ، وقال ابن سعد في طبقاته : كان جامعاً عالماً رفيعاً فقيهاً حجة مأموناً عابداً ناسكاً ،
كثير العلم ، فصيحاً جميلاً . (ابن العماد/شذرات الذهب/ج١ ص١٣٦-١٣٧) .

(٢) (الخطيب الشربيني/مغني المحتاج/ج٦ ص٢٨٦) (الشافعي/أحكام القرآن/ج٢ ص١١٩ ، ١٢٠)
(الغزالي/الوسيط/ج٧ ص٣٠٣) (البيهقي/حاشية البيهقي على الخطيب/ج٤ ص٣٩٠) .

(٣) سبق تخريجه ، انظر ص ١٢٢ .

(٤) (البخاري/الديات/باب جنين المرأة/ح٦٩٠٦) (مسلم/القسماء والمخاريق.../باب دية الجنين
ووجوب الدية في قتل الخطأ/ح١٦٨٣) (أبو داود/الديات/باب دية الجنين/ح٤٥٧٠) (ابن ماجه/
الديات/باب دية الجنين/ح٢٦٤٠) (أحمد/عن المغيرة بن شعبة/ح١٧٦٧٠ ، ١٧٧٤٨) (الدارمي/
المقدمة/باب الرجل يفتي بشيء ثم يبلغه عن النبي ﷺ فيرجع إلى قول النبي ﷺ/ح٦٤٢) .

(٥) (الموطأ/الأشربة/باب الحد في الخمر/ح١٥٨٨) (أبو داود/الحدود/باب إذا تتابع في شرب الخمر/ح
٤٤٨٩) (أحمد/عن أنس بن مالك/ح١٢٤٤٤ ، ١٢٣٩٤ ، ١٣٤٦٨) (الدارمي/الحدود/باب في حد
الخمر/ح٢٣١١) (الحاكم/المستدرک/ج٤ ص٤١٧/ح٨١٣١) (سنن البيهقي الكبرى/ج٨ ص٣٢٠ / =

٤- وروي أنه رضي الله عنه استشار في رجلين استبا ، فقال أحدهما للآخر :
والله ما أبي بزان ولا أمي بزانية ، فاستشار عمر رضي الله عنه ، فقال قائل : مدح
أباه وأمه ، وقال آخر : وقد كان لأبيه وأمه مدح غير هذا ، نرى أن تجلده الحد ،
فجلده عمر الحد ثمانين^(١) .

٥- أن عمر رضي الله عنه كان يكون عنده جماعة من أصحاب رسول الله
ﷺ ؛ منهم عثمان وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف ، إذا نزل به الأمر شاورهم
فيه ، ولا يخالف في استحباب ذلك^(٢) .

٦- أن أبا بكر رضي الله عنه كان يحضر عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم مجلس
قضائه^(٣) .

٧- أن ابن عمر رضي الله عنهما عندما أراد عثمان رضي الله عنه أن يوليئه
القضاء ، استعفاه . فقال له : إن إياك كان يقضي ! قال : إن أبي لو أشكل عليه شيء
سأل رسول الله ﷺ ، وإن أشكل على رسول الله ﷺ سأل جبريل عليه السلام ، وإني
لا أجد من أسأله ، فأعفاه^(٤) .

= ح ١٧٣١٧ (الدارقطني/ ج ٣ ص ١٥٧/ ح ٢٢٣) (الشافعي/ مسند الشافعي/ ص ٢٨٦) (النسائي/ السنن
الكبرى/ ج ٣ ص ٢٥٣/ ح ٥٢٨٩) (مصنف عبد الرزاق/ ج ٧ ص ٣٧٨/ ح ١٣٥٤٢) .
(١) (الموطأ/ الحدود/ باب الحد في القذف والنفي والتعريض/ ح ١٥٦٩) (سنن البيهقي الكبرى/ ج ٨
ص ٢٥٢/ ح ١٦٩٢٤) (الدارقطني/ ج ٣ ص ٢٠٩/ ح ٣٧٦) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج ٥ ص ٥٠٠/
ح ٢٨٣٧٦) (مصنف عبد الرزاق/ ج ٧ ص ٤٢٥/ ح ١٣٧٢٥) (الزيلعي/ نصب الراية/ ج ٣ ص ٣٥٣) (ابن
حزم/ المحلى/ ج ١١ ص ٢٣٧) (ابن قدامة/ المغني/ ج ٩ ص ٨٩) (الزرقاني/ شرح الموطأ/ ج ٤ ص ١٨٧) .
(٢) (ابن قدامة/ المغني/ ج ١٠ ص ١٠٠) . والأثر سبق تخريجه .
(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٦ ص ٣٠٣) . والأثر سبق تخريجه .
(٤) (ابن قدامة/ المغني/ ج ١٠ ص ١٣٥) (ابن خلدون/ رسالة ابن خلدون للقضاة/ ص ١١٩) .

٨- أن التابعين رضي الله عنهم كانوا يفعلونه ، فلما ولي سعد بن إبراهيم^(١) قضاء المدينة كان يجلس بين القاسم^(٢) وسالم^(٣) يشاورهما . وولي محارب بن دثار^(٤) قضاء الكوفة فكان يجلس بين الحكم^(٥) وحماد^(٦) يشاورهما^(٧) .

وكل هذه الآثار دالة على أهمية الشورى للقاضي ، وخصوصاً في باب الجزئيات .

وأكد الفقهاء أن المشورة تساعد القاضي في اجتهاده ، وأنها تقرّبه إلى الصواب^(٨) . «وأنه ينتبه بالمشاورة ويتذكر ما نسيه بالذاكرة ، لأن الإحاطة بجميع

(١) سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف ، قاضي المدينة ، رأى ابن عمر وجابراً وأنس ابن مالك وأبا أمامة ، يذكر مع الزهري ويحيى بن سعيد الأنصاري ، مات عن اثنتين وسبعين سنة ، ت ١٢٥هـ ، وقيل : ١٢٦هـ ، وقيل : ١٢٧هـ . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٥ ص٤٢٠) .

(٢) قاسم بن محمد : ابن أبي بكر الصديق ، ولد في خلافة الإمام علي ، وربى في حجر عمته عائشة وتفقه منها . قال عنه عمر بن عبد العزيز : لو كان إليّ من هذا الأمر شيء ما عصبت إلا بالقاسم بن محمد . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٥ ص٥٧) .

(٣) سالم : أبو عبد الله سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهم ، مات سنة ١٠٦هـ . وقال ربيعة : كان الأمر إلى سعيد بن المسيب ، فلما مات ، أفضى الأمر إلى القاسم وسالم . وهو من فقهاء المدينة السبعة . (الشيرازي/ طبقات الفقهاء/ ص٤٥) .

(٤) محارب بن دثار بن كردوس السدوسي الكوفي الفقيه ، قاضي الكوفة ، كان ثقة حجة ، توفي سنة ١١٦هـ . قال سفيان : ما يجئ إليّ أنبي رأيت أحداً أفضله على محارب بن دثار . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٥ ص٢١٨) .

(٥) الحكم بن عتيبة ، الإمام الكبير ، عالم أهل الكوفة ، من أقران إبراهيم النخعي ، قال سفيان بن عيينة : ما كان بالكوفة مثل الحكم وحماد بن أبي سليمان ، وكان صاحب عبادة وعلم . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٥ ص٢٠٩) .

(٦) حماد بن أبي سليمان ، أبو إسماعيل بن مسلم الكوفي ، مولى إبراهيم بن أبي موسى الأشعري ، توفي سنة ١١٩هـ ، وقيل : ١٢٠هـ . من تلاميذه : أبو حنيفة وسفيان الثوري وشعبة بن الحجاج وحماد بن سلمة . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٥ ص٢٣٢) (الشيرازي/ طبقات الفقهاء/ ص٨٤) .

(٧) (البهوتي/ كشف القناع/ ج٦ ص٣١٥) (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٥ ص٢١٨) (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٥ ص٢١٠) .

(٨) انظر : (البهوتي/ كشف القناع/ ج٦ ص٣١٥) .

العلوم متعذرة ، وقد ينتبه لإصابة الحق ومعرفة الحادثة من هو دون القاضي ، فكيف بمن يساويه أو يزيد عليه «^(١) .

ويقتصر دور المستشار على إبداء الرأي ، فإن حكم القاضي لم يكن لأحد من المستشارين الاعتراض على حكمه ؛ لأن ذلك افتيات عليه ، وإن كان حكمه مخالفاً لاجتهاد من استشاره ، إلا أن يحكم بما يخالف نصاً من كتاب أو سنة ظاهرة أو آحاداً أو إجماعاً .

وقد جعل العلماء للشورى ضوابط ، حتى تؤدي دورها على أحسن وجه ، ومن ذلك :

١- أن لا يكون الأمر الذي يشاور فيه له تعلق بنص أو إجماع أو قياس جلي .
فإن كان معلوماً بواحدة منها لم يحتج القاضي إلى رأي غيره^(٢) .

وهذا الضابط يصح فهمه إذا لم يكن تنزيل الحكم على الواقعة يحتاج إلى اجتهاد ؛ لأن القضاء يعتمد على معرفة الحكم الشرعي في الواقعة نظرياً ، ثم فهم ذات الواقعة عملياً وملاساتها ، ثم تنزيل الحكم على الواقعة ، فإن كانت الواقعة منطبقة فلا يحتاج معها إلى اجتهاد ، أما إن كان التنزيل بحاجة إلى اجتهاد ، وعجز عنه القاضي ، أو أراد تسديد حكمه ووجهة نظره جاز له أن يستشير .

ويدل على ذلك ما نقلته من نصوص في الاستشارة ، فكان الصحابة الكرام يستشيرون في الوقائع لا في الأحكام ، أي ينظرون هل تنطبق هذه الأحكام على هذه الوقائع ، كاستشارة عمر رضي الله عنه في حد شارب الخمر وفي القذف ، ليس لأنه لا يعلم حكم الشارب أو القاذف ، وإنما أراد الاجتهاد في تكييف القضية وتخريجها الترخيب المناسب .

وهذا ما أقصده من تنزيل الحكم على الواقعة .

(١) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص١٠٠) .

(٢) (الشافعي/الأم/ج٦ص٢١٩) .

٢- وذكروا من أحكام القاضي المستشار أنه يشاور الموافقين والمخالفين من الفقهاء ويسألهم عن حججهم لاستخراج الأدلة^(١). فلا يكفي بمن يوافقه عمن يخالفه. لأن معرفة آراء الآخرين لا تؤخذ إلا من المخالف.

٣- أن لا تكون المشاورة في الحكم أمام الناس^(٢). وإنما يذاكرهم خفية^(٣)؛ فإن المشاورة أمام الناس تذهب هيبة المجلس، ويتهمه الناس بالجهل^(٤).

فيقيم الناس عن المجلس ثم يشاورهم، أو يخرج الناس من غرفة المحاكمة ومجلسها^(٥).

إلا أن هذا الضابط لم يكن منطبقاً على أفعال الخلفاء الراشدين والصحابية في القضاء، والمتبع لأخبار قضائهم يجد أنهم كانوا يستشيرون أمام الملأ، وأمام المتخاصمين، ولعل ذلك كون التهمة بالجهل لا تلحق أمثالهم لاشتغال علمهم وفضلهم وورعهم، ولتفرد ذلك الجيل بالخيرية حاكمين ومحكومين.

وقد لا يخلو زمانهم عن خروج عن القاعدة المعروفة والأصل العام، فقد وجد في زمن سيدنا عمر من يحصل عنده شك في حكم عمر لكونه شاور، أو أخذ برأي إنسان آخر، كما في قصة المحرم الذي قتل ظلياً، التي سبق ذكرها، فقد قال قائل: أيها المستفتي ابن الخطاب، إن فتيا ابن الخطاب لم تغن عنك من الله شيئاً، فانحر ناقتك وعظم شعائر الله، فوالله ما علم ابن الخطاب ما يقول حتى سأل الرجل

(١) انظر: (البهوتي/كشاف الفناع/ج٦ص٣١٥) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص١٠٠) (المهتدي/تحفة المحتاج/ج١٠ص١٣٦).

(٢) (داماد أفندي/مجمع الأنهر/ج٢ص١٥٧) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٣٠٣) (ملاخسرو/درر الحكام/ج٢ص٤٠٦) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٧ص١٢) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج٣ص٣٢٠) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص٦٢٤).

(٣) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٣٠٣).

(٤) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٧ص١٢) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج٣ص٣٢٠) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٣٠٣).

(٥) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص٦٢٤) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٣٠٣).

الذي إلى جانبه^(١). وهذا هو الذي يحذر منه العلماء في المشاورة؛ فإن ابن الخطاب رضي الله عنه وأرضاه قد اتهم بذلك، فكيف بمن هو دون ابن الخطاب بمراتب ودرجات، وسيدنا عمر وإن لم يشاور خفية، فإن قول ذلك القائل لا ينقص من قدر علمه واشتهار عدله بين الناس، وإنما هو نقص في القائل، ولذلك أدبه سيدنا عمر رضي الله عنه وعنهم أجمعين.

٤- ألا يكون في جلوسهم عند القاضي ضرر عليه، كأن يعجز عن الكلام أمامهم^(٢)، أو يشتغل قلبه بهم، كأن يحذر منهم^(٣) أو يتهيب منهم. فعندها لا يجلسون عنده، وإنما يعبت إليهم ويسألهم إذا أشكل عليه شيء من الأحكام^(٤).

٥- أن يكون من يشاوره أميناً عالماً^(٥).

ولم يشترط العلماء فيه شروط تولية القضاء؛ لأنه ليس المقصود من ذلك توليته القضاء، وإنما الإصابة في الحكم. والوسيلة إلى الإصابة في الحكم لها وجهان: مادي ومعنوي.

فالأول: يعني موافقة أقوال العلماء وآراءهم واجتهاداتهم، مع العلم بالنصوص الشرعية الخاصة بالموضوع، وهذا وسيلته العلم.

والثاني: يعني سلامة النية وصفاء الجوهر مع تقوى الله عز وجل في الحكم، تحقيقاً للعدل وإرضاءً لله سبحانه وتعالى، والوسيلة إليه الأمانة. ولذلك قال العلماء: إن المستشار يجمع بين العلم والأمانة^(٦).

وبذا يتحقق المطلوب وهو أن يكون الحكم أقرب ما يكون إلى الصواب.

(١) سبق تحريجه. انظر ص ٣٦٩.

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٦ ص ٣٠٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٤٢) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص ١٩).

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٦ ص ٣٠٣).

(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٤٢).

(٥) (الشافعي/ الأم/ ج ٦ ص ٢١٩/ ج ٧ ص ١٠٠) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ١٩٦).

(٦) (الشافعي/ الأم/ ج ٦ ص ٢١٩) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ١٩٦).

وقال بعض الشعراء :

خصائص من تشاوره ثلاث .∴ فخذ منها لنفسك بالوثيقة

وداد خالص ووفور عقل .∴ ومعرفة بحالك في الحقيقة

فمن تخلص له هذه المعاني .∴ فتابع رايه والزم طريقه^(١)

٥- أن الأصل في المشاورة أنها مستحبة ، أما إذا أشكل الحكم على القاضي فتصير المشاورة واجبة^(٢). وكذا إن كان القاضي ليس من أهل الاجتهاد^(٣).

وبيان ذلك ، أن فصل الخصومات واجب بعد أن رفعت للقضاء ، ولا وسيلة إليه إلا بالمشاورة ، فكان واجباً^(٤).

وهذا الوجوب يشبه إلى حد كبير تعدد القضاة ، التي بُحثت سابقاً ، إلا أن الفارق بينهما أن القاضي في التعدد ملزم بالأخذ بقول غيره ، أما في المشاورة فلا يلزم ، وإنما يستأنس بآراء غيره دون إلزام برأي .

المطلب الخامس درجات التقاضي

من الصلاحيات التي يملكها ولي الأمر في تخصيص القضاء ، أن يجعل للقضاء مراتب في ذات الاختصاص ، أو ما يُسمى بدرجات التقاضي .. والذي يعني أن يتم تحديد القضاة في مراتب معينة تختلف المراتب بينهم بحسب كفاءة القاضي وخبرته ، وبحسب جسامة الجرم ، ومدى خطورة ما يترتب عليه من نتائج .

والأصل في الشريعة أن التقاضي يكون على درجة واحدة ، إلا أن هناك نصوصاً تتعلق بأنواع خاصة من الجرائم تدل على وجود أكثر من درجة ومرتبة

(١) (القلعي/ تهذيب الرياسة وترتيب السياسة/ص١٨٧) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ج٥ص٢٢٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج١ص٦٥) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج١ص٦٥) .

(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج١ص٦٥) .

للتقاضي فيها .

والحديث هنا عن التخصيص في هذه المراتب وليس عما ينتج عنها من آثار
لتنقض الأحكام أو إبرامها والمصادقة عليها ؛ لأن لها موضعاً آخر في الفصل القادم
بإذن الله تعالى .

أما إعمال مبدأ تدرج القضاء في كل قضية دون ضابط ، فإنه يجعل من أدنى
مراتب هذا السلم حالة عبثية لا أهمية لوجودها ، ولا نفع من ورائها ؛ ذلك أن كل
من يحكم عليه في هذه المرتبة سيستخدم الدرجة التالية للتقاضي ، سواء أكان محقاً أم
غير محق ، وذلك طمعاً في تغير الحكم لصالحه ، والوصول إلى مراده ومبتغاه .
ولذلك وجدنا كتب الفقه تركز على درجة واحدة من التقاضي لا تتبعها
مرحلة ثانية في الأعم الأغلب .

إلا أن هذه الكتب وفي نصوص أخرى تخلت عن هذا المبدأ في بعض المواطن ،
ومنها :

ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه نهى الولاية عن القتل إلا بإذنه^(١) .

وهذا النهي يدل على حصر إعادة النظر في القضايا التي عقوبتها القتل في
الإمام الأعظم، ومعلوم أن المقصود بذلك منع ما لا يتدارك بفواته قبل فواته ، حتى
يكون فعله وإتيانه على الوجه الصحيح ، وليس مقصود سيدنا عمر رضي الله عنه

(١) روى ابن أبي شيبة في مصنفه عن النزال بن سبرة : « بينما نحن بمنى مع عمر ، إذ امرأة ضخمة على
حمار تبكي ، قد كاد الناس أن يقتلوا من الزحام ، يقولون : زنت ، فلما انتهت إلى عمر قال : ما
بيكيك ؟ إن امرأة ربما استكرهت ، فقالت : كنت امرأة ثقبلة الرأس ، وكان الله يرزقني من صلاة
الليل ، فصليت ليلة ثم نمت ، فوالله ما أيقظني إلا الرجل قد ركبني ، فرأيت إليه مقفياً ما أدري من هو
من خلق الله ، فقال عمر : لو قتلت هذه خشيت على الأخشيين النار ، ثم كتب إلى الأمصار : ألا
تقتل نفس دونه » . (مصنف ابن أبي شيبة/ ج ٥ ص ٥١٢ / ح ٢٨٥٠١) (وبرواية أخرى في المصنف/
ج ٥ ص ٥١١ / ح ٢٨٤٩٥) (وبرواية أخرى في المصنف/ ج ٥ ص ٥١٢ / ح ٢٨٥٠٠) (مصنف عبدالرزاق/
ج ٧ ص ٤٠٩ / ح ١٣٦٦٤ ، ١٣٦٦٦) (ابن قدامة/ المغني/ ج ٩ ص ٧٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/
ج ١ ص ١٨) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص ١١) .

في ذلك مجرد الإجراء الشكلي المتمثل بالتصديق على الحكم والتوقيع ، وإنما إعادة النظر في القضية ليعلم دقة القاضي في الحكم ودرجة إصابته الحق فيه ؛ لأنه نهى عن القتل إلا بإذنه ، ولا يكون فعل القتل أو الإذن به إلا بحكم ، ولا حكم إلا بالنظر في القضية .

فالمراد أن الوالي بعد أن يحكم على المتهم ، وبعد أن يجد أن عقوبته القتل ، فإنه يرفع القضية للإمام ليعيد النظر في القضية ، فإما أن يقره على حكمه ، وإما أن لا يقره .

وهذا الإجراء هو من قبيل التحرز في القتل ؛ لأنه من أخطر الأمور وأصعبها . وقد سبق هذا الإجراء في الشريعة إجراءات أخرى نص عليها العلماء ؛ احتياطاً في النفوس والدماء ، ومنها : أنه لا يوكل أمر النظر في الجرائم الخطيرة لأي قاضٍ أو لأي والٍ ، بل للإمام أن يخصص من يقوم بذلك ومن يحكم فيه ، ثم بعد أن يحكم ، له أن يعيد النظر في القضية مرة ثانية .

وكل هذا من باب السياسة الشرعية ، فإنه لا يصلح الحفاظ على النفوس مع ضعف القضاة وخوف الجور منهم إلا هذا ، فمثل هذه الأحكام خطيرة ، والإثم فيها كبير في الجور والظلم . يقول الإمام العز في تعليقه على قول ابن الحاجب^(١) : (ولا يقيم الحدود إلا الحاكم) : « هذا هو الأصل أنه للخلفاء وللقضاة ، والقتل لا يكون لكل القضاة ، وبالجملته فإن إقامة الحدود لا تكون لكل أحد ، بل ولا لكل والٍ ، لما تؤدي إليه المسارعة إلى إقامة الحدود في غيرهم من الفتنة والتهارج »^(٢) .

وعلق الإمام ابن فرحون على ما روي عن عمر رضي الله عنه بقوله :

(١) ابن الحاجب : أبو عمرو عثمان بن عمر بن أبي يونس ، المعروف بابن الحاجب ، لأن أباه كان حاجباً لعز الدين موسك الصلاحي ، فقيه من أئمة المالكية ومن كبار العلماء بالعربية ، كردي الأصل ، وهو الذي مزج النحو بعلم البيان ، ولد في أسنا بالصعيد ، ونشأ في القاهرة ، وسكن دمشق ، وتوفي بالإسكندرية ، له مؤلفات : مختصر الفقه ، ومنتهى السؤل والأمل من علم الأصول والجدل ، توفي سنة ٦٤٦ هـ . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج ٢٣ ص ٢٦٦) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ١٨) .

« وأيضاً فإنه يلزم على إقامة الحدود أحكام من فسق المحدود وغير ذلك ، فيجب التحوط لها بقصرها على بعض الولاية »^(١) .

وهذه القضايا وإن قصرت على بعض الولاية ، إلا أن ذلك لا يمنع الإمام أن يعيد النظر فيها ثانية ، إما بذاته ، وإما بغيره ممن ينيبه على هذا العمل ، وذلك خوف الحيف والظلم .

والملاحظ أن إعادة النظر هنا من سيدنا عمر إجبارية لا اختيارية ، فهو استئناف بحكم القانون ، ولا يترك الخيار فيه للمدعى عليه .

(١) المرجع السابق .

المبحث الثاني

أصول نظر الدعوى الجزائية

في هذا المبحث يتركز الحديث حول الأصول التي تضبط جلسة الحكم ؛ فبعد الحديث عن تخصيص القضاء ، جاء الوقت للحديث في أصول شرعية تضبط عملية التحاكم في القضايا الجزائية .

ويتناول المبحث مواضيع ذات أهمية بالغة في التحاكم ؛ كالمساواة ، وحفظ هيبة المجلس ، وعلانية المحاكمة ، ومكانها ، وكيفية توثيقها ، وضرورة تسهيلها وتيسيرها ، وغير ذلك من التفاصيل التي تناولتها كتب الفقه .

وهي إجراءات أكد الفقهاء على أهمية مراعاتها ، لأنها تشكل جزءاً من الأساس الذي بني عليه القضاء في الإسلام ؛ وهو إحقاق الحق وإزهاق الباطل ، وإقامة العدل ونبذ الظلم ، إرضاءً لوجه الله تعالى ابتداءً ، وإسعاداً للمسلمين انتهاءً .

وجاء تفصيل هذا المبحث لمعالجة هذه الأصول في ثلاثة مطالب .

المطلب الأول : أصول المحاكمة الشكلية .

المطلب الثاني : سيرة القاضي في الأحكام .

المطلب الثالث : أعوان القضاء .

وتفصيل هذه المطالب يأتي فيما يلي :

المطلب الأول أصول المحاكمة الشكلية

لابد في المحاكمة الجزائية من تحديد مكانها ووقتها ، والنظر في علانيتها وسريتها ، وكذلك في الإجراءات التي تضمن تسهيل عملية التقاضي ، ثم في توثيق وتدوين ما يجري في المحاكمة .

والملاحظ أنها إجراءات تتسم بالشكلية ، ولها اتصال من جوانب أخرى بالموضوعية كما سبق وأن بيّنا علاقة الشكل بالموضوع .
ولمعالجة هذه العناوين أفردت لكل منها فرعاً .

الفرع الأول : مكان المحاكمة ووقتها :

تحدث الفقهاء في كتب الفقه عن مكان إجراء المحاكمة الجزائية وغير الجزائية على حدّ سواء ، وجعلوا للمكان الذي تنعقد فيه جلسة الحكم ضوابط تؤدي الغرض المنشود منه .

وأستطيع أن أجمل هذه الضوابط بما يلي :

١- أن يجلس القاضي في موضع بارز ، والبروز هنا إما أنه بروز القاضي للخاصين جلسة الحكم . وفيه يقول الفقهاء : ينبغي ارتفاع محل جلوسه كدكة^(١) ونحوها^(٢) ، أو البروز بمعنى اشتهار المكان لكل الناس ولكل من أراد التخاصم ، وقد نص البعض على أن مكان القضاء يكون في وسط البلد وفي السوق، وقال البعض الآخر أن يكون في أشهر الأماكن ، ويستحب أن يكون في مجامع الناس^(٣) .

(١) الدكة : بناء يسطح أعلاه ، وهو الذي يقعد عليه . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٠ ص٤٢٥) .
(٢) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ ص٢٢٦) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص١٣٥) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٢٨٦) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٠٣) .
(٣) انظر في ذلك : (الشافعي/ الأم/ ج٦ ص٢١٤ ، ٢٣٢) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٧) (ابن فرحون/ بصرة الحكام/ ج١ ص٣٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٢) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ ص٢٢٦) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٠٣) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٢٨٥) (الزيلعي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص١٧٨) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ ص٩٦) (الشيرازي/ المهذب/ ج٢ ص٢٩٣) (ابن قدامة/ الكافي/ ج٤ ص٤٤٣) .

يقول ابن رسلان^(١) صاحب متن الزيد :

ويستحب كاتباً ويدخل .: بكرة الاثني ووسطاً ينزل

ومجلس الحكم يكون بارزاً .: متسعاً من وهج حرّ حاجزاً^(٢)

٢- أن يكون مأذوناً فيه لكل الناس على العموم ، ولا يمنع منه أحد ؛ لأن

لكل أحد حقاً في مجلسه^(٣) .

ونص بعض الفقهاء على ألا يكون على بابه حاجب ولا بواب ، وأنه

الأفضل^(٤) .

والمقصود من ذلك أن البواب والحاجب إذا كان لمنع الناس من الدخول لمطلق

المنع ، فهذا منهي عنه ، أما إن كان للترتيب وخوف التشغيب على القاضي ،

فمستحب ، كما سيأتي في مطلب أعوان القضاء .

٣- أن يكون المجلس سهلاً للناس غير شاق عليهم ، سواء في الوصول إليه أم

في الجلوس فيه^(٥) .

فإن الرفق بالناس من الأسس التي بني عليها القضاء في الإسلامي ، كما

سيأتي في فرع تسهيل القضاء .

(١) ابن رسلان : أحمد بن حسين بن حسن بن رسلان ، ولد برملة فلسطين ٧٧٣هـ ، شرح البخاري وسنن

أبي داود ومنهاج البيضاوي والفة العراقية وجمع الجوامع ، توفي في شعبان ٨٤٤هـ . (حاجي

خليفة/ كشف الظنون/ ج ١ ص ٥٩٦ ، ٦٢٦/ ج ٢ ص ١٠٥٤) (من مقدمة شرح متن الزيد/ ص ٣) .

(٢) (ابن رسلان/ متن الزيد/ ص ٣١٦) (الرملي/ شرح زيد ابن رسلان/ ص ٣٢٤) .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٦ ص ٣٠٢) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج ٢ ص ١٥٧) (ابن الهمام/ فتح

القدر/ ج ٧ ص ٢٧٠) (البابرتي/ العناية/ ج ٧ ص ٢٧٠ ، ٢٧١) .

(٤) (الشافعي/ الأم/ ج ٦ ص ٢١٤/ ج ٨ ص ٤٠٧) (الزيلعي/ تبين الحقائق/ ج ٤ ص ١٧٨) (ابن نجيم/ البحر

الرائق/ ج ٦ ص ٣٠٢) .

(٥) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج ٣ ص ٣٢٠) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج ٤ ص ٣٠٣) (ابن

نجيم/ البحر الرائق/ ج ٦ ص ٣٠٢) (ابن فرحون/ بصرة الحكام/ ج ١ ص ٣٩) (زكريا الأنصاري/ شرح

البهجة/ ج ٥ ص ٢٢٦) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج ٦ ص ٢٨٥) (الباجي/ المتقى شرح الموطأ/

ج ٥ ص ١٨٢) (الزيلعي/ تبين الحقائق/ ج ٤ ص ١٧٨) .

ومن صور التيسير في المجلس أن يكون المجلس فسيحاً^(١)، وأن يكون مصوناً من أذى حرٍّ وبردٍ وريحٍ وغبارٍ ودخانٍ، وأن يليق بالوقت من صيفٍ وشتاءٍ^(٢). بل وفوق ذلك يندب أن يكون ذا نزهة كخضرة في الربيع، وذا ناء في الصيف، وذا كين^(٣) في الشتاء، أو أن يكون في الصيف في مهب الريح، وفي الشتاء في مكان دافئ^(٤).

يقول ابن رسلان في متن الزبد :

ومجلس الحكم يكون بارزاً .: متسعاً من وهج حرٍ حاجزاً^(٥)
وذلك لتأمين الجو المناسب للقاضي وللخصوم لإتمام عملية التقاضي على خير وجه .

٤- ألا يؤدي المكان إلى ملل القاضي^(٦) .

على اعتبار أن الملل قد يؤثر في الحكم فيرغب بالخلوص من المكان بالاستعجال، فمنعه الفقهاء .

(١) (البهوتي/كشاف القناع/ج٦ص٣١٢) (زكريا الأنصاري/شرح البهجة/ج٥ص٢٢٦) (قليوبي وعميرة/حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص٣٠٣) (الخطيب الشربيني/مغني المحتاج/ج٦ص٢٨٥) (الشيرازي/المهذب/ج٢ص٢٩٣) (ابن مفلح/الفروع/ج٦ص٤٤٣) (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج١٠ص١٣٤) .

(٢) انظر : (النووي/منهاج الطالبين/ص١٤٩) (زكريا الأنصاري/شرح البهجة/ج٥ص٢٢٦) (قليوبي وعميرة/حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص٣٠٣) (الخطيب الشربيني/مغني المحتاج/ج٦ص٢٨٥) (الخطيب الشربيني/الإقناع/ج٢ص٦١٦) (النووي/روضة الطالبين/ج١١ص١٣٨) .
(٣) الكين : كل شيء وقى شيئاً، فهو كينه وكيناه، واكتئت المرأة : سترت وجهها . (الفراهيدي/العين/ج٥ص٢٨١) .

(٤) (قليوبي وعميرة/حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص٣٠٣) (الخطيب الشربيني/مغني المحتاج/ج٦ص٢٨٥) (النووي/روضة الطالبين/ج١١ص١٣٨) (الرملي/شرح زيد ابن رسلان/ص٣٢٤) (الخطيب الشربيني/الإقناع/ج٢ص٦١٩) .

(٥) (ابن رسلان/متن الزبد/ص٣١٦) .

(٦) انظر : (الشافعي/الأم/ج٦ص٢١٤) (زكريا الأنصاري/شرح البهجة/ج٥ص٢٢٦) .

٥- ألا يكون في المكان ما يورث التهمة^(١) ؛ كأن يكون بيت أحد الخصمين أو أقربائه .

٦- أن يكون المكان محققاً لحفظ هيئة القضاء^(٢) ؛ كأن يكون في مكان لا يأنف منه أحد ، ولا يتأذى بدخوله أحد . وضربوا له مثلاً المسجد ، وسيأتي حكم القضاء في المسجد بعد قليل .

٧- ألا يكون المكان مما لا يستجمع رأيه معه فينشغل ذهنه فيه ؛ فقالوا : لا يقضي وهو ماشٍ أو راكب^(٣) ؛ لأن الرأي لا يجتمع وهو مشغول بالمشي^(٤) .
وسمحو بأن يقضي في الطريق ، بشرط أن لا يضيق على المارة^(٥) .
وأن يكون أمراً مستعجلاً استغث به ، فلا بأس أن يأمر وينهى ويسجن . أما الحكم الفصل فلا^(٦) .
وأجاز ذلك كله أشهب^(٧) من المالكية^(٨) .

٨- أن الضرورة إذا دعت إلى تعدد مجالسه فيعده ، ويجعله في أكثر من موضع ، كثلاثة مواضع ؛ للرجال وللنساء والخنثى^(٩) .

(١) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٨) (الزيلي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص١٧٨) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٢) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ ص٢٢٦) (قليوبي

وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٠٣) (الزيلي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص١٧٨) .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٢) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٧) (الزيلي/ تبين

الحقائق/ ج٤ ص١٧٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥٢) .

(٤) (الزيلي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص١٧٨) .

(٥) (الزيلي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص١٧٨) (ابن حجر/ فتح الباري/ ج١٣ ص١٣١) .

(٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٤٠) .

(٧) أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم ، أبو عمر القيسي العامري ، من الطبقة الوسطى من

أصحاب مالك . قال الشافعي : ما رأيت أفقه من أشهب ، وعدد كتب سماعه عشرون (١٤٠-

٢٠٤هـ بعد الشافعي بثمانية عشر يوماً . (ابن فرحون/ اللباج المذهب/ ص٩٨) .

(٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٤٠) .

(٩) زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ ص٢٢٦) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٠٣) .

وأما القضاء في مكان معين كالدار أو المسجد فقد تناوله الفقهاء كذلك ،
واتفقوا على الدار بشروط ، واختلفوا في المسجد .

أما الدار ، فعبارات الفقهاء تشير إلى وجود فريقين .
فالحنفية والشافعية وقول عند المالكية قالوا : ويجوز أن يقضي في داره
بشروط^(١) :

- ١- أن يكون في وسط البلد^(٢) .
 - ٢- ألا يكون له حاجب ولا بواب ، فيأذن للناس بالدخول عليه ، ولا يمنع
أحدًا من الدخول فيه^(٣) .
 - ٣- وأن يجلس معه من كان يجلس معه في المجلس ، ولا يجلس وحده ؛ لأنه
يورث التهمة^(٤) .
- واستدلوا على ذلك بأن عمل القضاء لا يختص بمكان^(٥) ؛ فالحكم عبادة ولا
تختص العبادة بمكان^(٦) .

وهذا باستثناء ما إذا خصصه الإمام بذلك ، فقد سبق نقل اتفاق العلماء عليه .
أما المالكية فذكر بعضهم منع القضاء بالدار إلا إن دعتهم لذلك ضرورة^(٧) ؛

-
- (١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٢) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٧) (البلخي/ الفتاوى
الهندية/ ج٣ ص٣٢٠) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٠٣) (الخطيب الشربيني/ مغني
المحتاج/ ج٦ ص٢٨٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٨) .
 - (٢) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٢٠) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٢) (داماد أفندي/ مجمع
الأنهر/ ج٢ ص١٥٧) (مبارة الفاسي/ شرح مباره/ ج١ ص١٤) (الزليعي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص١٧٨) .
 - (٣) (الزليعي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص١٧٨) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٢) (داماد أفندي/ مجمع
الأنهر/ ج٢ ص١٥٧) .
 - (٤) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٧) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٥٠) (الزليعي/ تبين
الحقائق/ ج٤ ص١٧٨) .
 - (٥) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٢٠) .
 - (٦) (الزليعي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص١٧٨) .
 - (٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٣) .

فاشترطوا لجوازه شروطاً :

١- أن يفتح أبوابها .

٢- أن يجعل سبيلها سبيل المواضع المباحة لذلك ، فلا يجعل حجاباً ولا مانعاً^(١) .

واستدلوا على ذلك بأن عمر رضي الله عنه أنكر على أبي موسى الأشعري قضاءه في داره ، وأمر بإضرام داره عليه ناراً ، فاستقال^(٢) ولم يعد إلى ذلك^(٣) .

وبالرغم من اختلاف الفريقين إلا أن الاختلاف بسيط ، حيث إن المالكية يشترطون الضرورة ، وهذا ما لم يشترطه الجمهور ، وكل من الفريقين حريص على تسهيل التقاضي ، ويكفي هذا جامعاً بينهما .

أما المسألة التي فيها الخلاف فهو القضاء في المسجد . وكان الفقهاء فيها على قولين :

القول الأول : جواز القضاء في المسجد .

وأصحاب هذا القول هم الحنفية والمالكية والحنابلة^(٤) . على اختلاف بينهم في كونه جائزاً أم مندوباً أم واجباً .

في حين أن الحنفية يرون الجواز مطلقاً ، وكذلك الحنابلة ، إلا أن المالكية قالوا بالندب والاستحباب حيناً ، ونقل بعضهم الوجوب ، إلا أن المفتى به عندهم الاستحباب ، وقد يفسر القول الآخر بالندب المؤكد اقتداءً بالسنة والآثار الصحاح . وقال الحنفية : إن هذا الحكم يشمل المسجد الجامع وغيره ، لكن الجامع أولى

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٣) .

(٢) فاستقال : أي طلب إقالة عثرته . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١١ ص٥٨٠) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٣) .

(٤) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣١٩) (الزيلعي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص١٧٨) (ابن نجيم/ البحر

الرائق/ ج٦ ص٣٠٢) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٧) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص١٠٣)

(ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٨) (البهوتي/ كشف القناع/ ج٦ ص٣١٢) (ابن المناصف/ تنبيه

الحكام/ ص٤٢) (الكافي/ أحكام الأحكام/ ص١٤) (ميانه الفاسي/ شرح ميانه/ ج١ ص١٣) .

لأنه أشهر^(١)، ولأنه غير خفي على الغرباء وغيرهم^(٢).

واشترطوا أن يكون الجامع في وسط البلد، أما إن كان في الطرف فلا؛ لزيادة المشقة^(٣).

وكذلك أن يجلس بهيئة يعلم الناس أنه جلس لفصل الخصومات لا لعبادة أخرى^(٤).

أما المالكية فقالوا: إن القضاء في المسجد من الأمر القديم وهو الحق والصواب^(٥)، وذكروا استحباب القضاء فيه؛ يقول ابن عاصم في التحفة:

وحيث لاق^(٦) للقضاء يقعد .: وفي البلاد يستحب المسجد^(٧)

وذكر بعض المالكية أنه ينبغي أن يكون القضاء في المسجد^(٨).

أما الحنابلة، فذكروا أنه يشترط أن يصونه عما يكره فيه من لفظ ونحوه^(٩).

واستدل هذا الفريق بعدة أدلة وهي:

١- قوله تعالى: ﴿وَقُلْ أَنتَ نَبِيُّ الْخَصْمِ إِذْ تَسُوْرُوا الْمِحْرَابَ﴾^(١٠).

فدل على أن الحكومة وقعت عنده في مسجده عليه السلام^(١١). وهذا نص في

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٢) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٧).

(٢) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٧) (الزيلي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص١٧٨).

(٣) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٢).

(٤) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٧).

(٥) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص١٠٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٨) (الباجي/ المتقى/ ج٥ ص١٨٢).

(٦) لاق: من يليق، بمعنى يناسب أو استغنى به. فإن القاضي يقضي في أي مكان يليق بالقاضي والقضاء.

(ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٠ ص٣٣٤).

(٧) (ميانه الفاسي/ شرح ميانه/ ج١ ص١٣) (الكافي/ إحكام الأحكام/ ص١٤).

(٨) (الباجي/ المتقى شرح الموطأ/ ج٥ ص١٨٢) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٢).

(٩) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ ص٣١٢).

(١٠) (سورة ص، آية رقم ٢١).

(١١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٨) (الباجي/ المتقى شرح الموطأ/ ج٥ ص١٨٢).

موطن النزاع .

٢- أن النبي ﷺ حكم بين المتلاعنين في المسجد^(١) ؛ وذلك في قصة من اتهم امرأته بشريك بن سحماء . وجاء النص أن النبي ﷺ أمرهما بالتلاعن وكان في المسجد . فدل على جوازه من فعله ﷺ .

٣- أن النبي ﷺ قال للمديون : قم فاقضه ، بعد أن أمر الدائن بوضع الشطر ، وكانا في المسجد وقد ارتفعت أصواتهما^(٢) .

٤- أن النبي ﷺ أمر بإقامة الحد وهو في المسجد^(٣) . وهذا حكم وقضاء منه ﷺ ، وإن لم يوجد الخصوم .

وأن هذا شأنه ﷺ ، فقد كان يفصل الخصومات في معتكفه ، وأنه فعل الخلفاء الراشدين من بعده^(٤) .

٥- أن النبي ﷺ قال : « إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم »^(٥) .

(١) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٣٠٢) (داماد أفندي/مجمع الأنهر/ج٢ص١٥٧) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٣٨) (الباجي/المتقى/ج٥ص١٨٢) .

والحديث أخرجه (البخاري/الطلاق/باب التلاعن في المسجد/ح٥٣٠٩) (مسلم/اللعان/باب رقم ١/ح١٤٩٢) (الدارقطني/سنن الدارقطني/ج٣ص٢٧٤/ح١١٢) (مصنف عبد الرزاق/ج٧ص١١٦/ح١٢٤٤٦) (أبو داود/الطلاق/باب في اللعان/ح٢٢٥٣) . والحديث مروى في مسانيد أخرى ، إلا أنني اقتصر على ما فيه ذكر للمسجد منها ، وهي المذكورة في التخريج .

(٢) (البخاري/الصلاة/باب التفاضي والملازمة في المسجد/ح٤٥٧) (مسلم/المساقاة/باب استحباب الوضع من الدين/ح١٥٥٨) (النسائي/آداب القضاة/باب حكم الحاكم في داره/ح٥٤٠٨) (أبو داود/الأقضية/باب في الصلح/ح٣٥٩٥) (ابن ماجه/الأحكام/باب الحبس في الدين والملازمة/ح٢٤٢٩) (أحمد/عن كعب بن مالك/ح١٥٣٣٩، ١٥٣٦٤، ٢٦٦٣٢) (الدارمي/اليبوع/باب في إنظار المعسر/ح٢٥٨٧) .

(٣) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٣٠٢) .

(٤) (الزليعي/تبيين الحقائق/ج٤ص١٧٨) .

(٥) (داماد أفندي/مجمع الأنهر/ج٢ص١٥٧) (الزليعي/تبيين الحقائق/ج٤ص١٧٨) .

وفي نصب الراية قال : غريب بهذا اللفظ ، وما أخرجه مسلم ليس فيه الحكم ، وإنما لذكر الله والصلاة وقراءة القرآن . (الزليعي/نصب الراية/ج٤ص٧٠) .

والقضاء من الحُكم ، فتكون محلاً للقضاء .

٦- أن عمر رضي الله عنه لاعن عند منبر رسول الله ﷺ ، كما رواه البخاري^(١) .

٧- أن القضاء في المسجد أنفى للتهمة عن القاضي ، وأسهل للناس للدخول عليه^(٢) ، وأبعد للاشتباه على الغرباء وبعض المقيمين^(٣) .
وأن المسجد أقرب على الناس في شهودهم ، ويصل إليه الضعيف والمرأة ، ولأنه يرضى فيه بالدون من المجلس^(٤) .

و أن الحكم عبادة ، فيجوز إقامتها في المسجد كالصلوات^(٥) .
وأن المسجد وحرمة محلّ التواضع والإخبات ، ومقر لتساوي العموم وذوي الهيئات ، وأنه لا يتأذى أحد بالثول فيه أمامه ، بخلاف غيره من المواضع التي لها صدر وأطراف مما يشق النزول فيها على الكبراء والأشراف^(٦) .

القول الثاني : ويرى أصحاب هذا القول كراهية القضاء في المسجد .
وهو قول الشافعية^(٧) . يقول ابن رسلان في متن الزبد :

يكره بالمسجد حيث قصدا .∴ حكم خلاف مالك وأحمد^(٨)

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٢) . (وأخرجه البخاري تعليقا/ الأحكام/ باب من قضى ولاعن في المسجد) .

(٢) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٨) (الزيلعي/ تبين الحقائق / ج٤ ص١٧٨) .

(٣) المرجع السابق .

(٤) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص١٠٣ ، ١٠٤) (الباجي/ المتقى/ ج٥ ص١٨٢) (مياره الفاسي/ شرح

مياره/ ج١ ص١٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٨) .

(٥) (الزيلعي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص١٧٨) .

(٦) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٢) .

(٧) (الشافعي/ الأم/ ج٦ ص٢١٤) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ ص٢٢٦) (الخطيب الشربيني/ مغني

المحتاج/ ج٦ ص٢٨٥) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٠٣) (ابن فرحون/ تبصرة

الحكام/ ج١ ص٣٩) .

(٨) (ابن رسلان/ متن الزبد/ ص٣١٧) .

بجلاف الفتوى وتعليم القرآن والعلم فإنه لا يكره^(١) .
ويقصد الشافعية بالمتع ، أن يتخذ المسجد مجلساً للقضاء . أما إن تفرقت
الحوادث واتفقت له وقت حضوره في المسجد لصلاة أو غيرها ، فلا يكره للاتباع^(٢) .
وعليه يحمل فعل النبي ﷺ والخلفاء من بعده^(٣) .
فإذا احتاج للقضاء في المسجد ، فإنه يمنع الخصوم من الخوض فيه بالمخاصمة
والمشاقمة ونحوهما ، بل يقعدون خارجه وينصب من يُدخل عليه خصمين خصمين^(٤) .
واستدل الشافعية على هذا القول بما يلي :

١- أن الله تعالى يقول : ﴿ فِي بُيُوتٍ أُذِنَ لِلَّهِ أَنْ تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ ﴾^(٥) .
فبيوت الله وجدت ليذكر فيها اسمه تعالى ، وليس في القضاء في المسجد إلا
إهانة المسجد وخصوصاً المساجد الثلاثة ، وقد جاء عن عائشة رضي الله عنها أنها
قالت لرجل دقّ مسماراً في حائط المسجد : لقد آذيت رسول الله ﷺ^(٦) .
واحترامه بعد موته ﷺ واجب كما كان في حياته^(٧) .

٢- أن النبي ﷺ قال : « جَنَّبُوا مَسَاجِدَكُمْ رَفَعَ أَصْوَاتَكُمْ وَخُصُومَاتِكُمْ »^(٨) .

(١) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ ص٢٢٦) .

(٢) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٠٣) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٢٨٥)

(زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ ص٢٢٦) .

(٣) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٢٨٥) (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج٤ ص٢٩٧) .

(٤) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٢٨٥) (النووي/ روضة الطالبين/ ج١١ ص١٣٩) (الدمياطى/

إعانة الطالبين/ ج٤ ص٢٢٨) (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج٤ ص٢٩٧) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/

ج١٠ ص١٣٥) .

(٥) (سورة النور ، آية رقم ٣٦) .

(٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٩) .

(٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٩) .

(٨) (ميارة الفاسي/ شرح ميارة/ ج١ ص١٤) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ ص٢٢٦) (قليوبي

وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٠٣) .

فيجب صون المساجد عن ارتفاع الأصوات واللغط^(١) . وقد يدخل بعض العوام المسجد ورجله فيها بلبل ، وربما كانت غير طاهرة ، وقد يحتاج لإحضار المجانين والصغار^(٢) . وهذا ما يكتنف القضاء ؛ فإنه ترتفع فيه الأصوات ، وربما السباب والشتم ، ولذا تصان المساجد عن مثله حتى لا تمتهن .

٣- روي أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى أحد قضاة^(٣) أن لا يقضي في المسجد^(٤) .

٤- أن فيه تضييقاً على الناس ؛ فمنهم الحائض والجنب وأهل الذمة^(٥) .
والذمي والمشرک نجس لقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا ﴾^(٦) .

٥- أن المساجد إنما بنيت للعبادة لا للقضاء ، ويدل على ذلك قول رسول الله

= والحديث أخرجه (ابن ماجه/ المساجد والجماعات/ باب ما يكره في المساجد/ ح ٧٥٠) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج ٨ ص ١٣٢/ ح ٧٦٠١) (الهيتمي/ مجمع الزوائد/ ج ٢ ص ٢٦، وقال : فيه العلاء بن كثير، وهو ضعيف ، إلا أن رواية ابن ماجه ليس فيها العلاء) (سنن البيهقي الكبرى/ ج ١٠ ص ١٠٣/ ح ٢٠٠٥٥) . وقال فيه ابن الجوزي : هذا حديث لا يصح عن رسول الله ﷺ ، إذ إن فيه العلاء بن كثير وهو متروك (العلل المتناهية/ ج ١ ص ٤٠٢) .

(١) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج ٥ ص ٢٢٦) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج ٤ ص ٣٠٣) (ميانه الفاسي/ شرح ميانه/ ج ١ ص ١٤) .

(٢) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج ٦ ص ٢٨٥) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج ٥ ص ٢٢٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٣٩) (الشافعي/ الأم/ ج ٦ ص ٢١٤) .

(٣) القاضي هو القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهم أجمعين ، قاضي الكوفة ، ولد في صدر خلافة معاوية ، توفي سنة ١١٦ هـ ، كان ثقة حافظاً عدلاً مأموناً . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج ٥ ص ١٩٦) .

(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٣٩) (ابن حجر/ فتح الباري/ ج ١٣ ص ١٥٦) .

(٥) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج ٥ ص ٢٢٦) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج ٦ ص ٢٨٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٣٩) .

(٦) (سورة التوبة ، آية رقم ٢٨) .

ﷺ حين سمع من يشد ضالته في المسجد : « إن المساجد لم تبن لهذا ، وإنما بنيت لما بنيت له »^(١) .

وقد ردّ الفريق الأول على أدلة الشافعية :

أما إن المشرك لا يدخل المسجد لأنه نجس ، فإن نجاسته نجاسة اعتقاد ، والقول بالنجاسة إنما هو على معنى التشبيه^(٢) . وهذا ردّ الحنفية .

أما ردّ المالكية ؛ فقالوا : بأنه يقضي في رحبة المسجد لا في نفس المسجد . وهو أولى وأورع ، خوفاً من التشويش والمشغبة^(٣) .

وذكروا أن سحنون اتخذ بيتاً في المسجد الجامع ليقضي فيه^(٤) .

وكان هذا رد المالكية كذلك بالنسبة للحائض . أما عند الحنفية فقالوا : إنها

تخبر مجالها ليخرج إليها القاضي أو يرسل نائبه فتقطع خصومتها في باب المسجد^(٥) .

الرأي المختار :

والذي يظهر لي من جملة الأدلة والمناقشات السابقة أمور عدة :

١ - أن القضاء في المسجد لا يراد لذات المسجد ، إذ لو كان كذلك لورد

(١) (الخطيب الشربيني/مغني المحتاج/ج٦ص٢٨٥) .

والحديث (أخرجه مسلم/المساجد/باب النهي عن نشد الضالة في المسجد/ح٥٦٩) (ابن ماجه/المساجد والجماعات/باب النهي عن نشد الضوال في المسجد/ح٧٦٥) (أحمد/عن بريدة بن الحصيب/ح٢٢٥٣٥) (صحيح ابن خزيمة/ج٢ص٢٧٢/ح١٣٠١) (صحيح ابن حبان/ج٤ص٥٣٠/ح١٦٥٢) .

(٢) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٣٠٢) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج٤ص١٧٨) (داماد أفندي/مجمع الأنهر/ج٢ص١٥٧) .

(٣) (الباجي/المنتقى/ج٥ص١٨٢) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٣٨) (ابن المناصف/تنبيه الحكام/ص٤٢) .

(٤) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٣٨) (ابن المناصف/تنبيه الحكام/ص٤٢) (الباجي/المنتقى/ج٥ص١٨٢) .

(٥) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٣٠٢) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج٣ص٣٢٠) (داماد أفندي/مجمع الأنهر/ج٢ص١٥٧) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج٤ص١٧٨) .

النص عليه بآية أو سنة شأن كل العبادات ، ولم يوجد .

ثم لو كان لذاته لمنع القائلون بجواز القضاء فيه الخروج عنه ، إلا أنهم أجازوا الخروج في حالات معينة ، كالذمي والحائض .

إذاً القول بالقضاء في المسجد لغير ذات المسجد ، فالمعنى فيه ليس تعبدياً لا يدرك ولا يقاس عليه ، بل مما يمكن إدراكه والقياس عليه ، ولذلك التمس القائلون بجواز القضاء فيه معان يمكن القياس عليها ، مثل قولهم إنه أقرب على الناس ، وإنه أسهل للوصول إليه ، وإنه أنفى للتهمة عن القاضي .، وهذا يعني أن توفر هذه الصفة في غيره مؤذن بجواز القضاء فيه .

٢- أن القضاء في الإسلام لا يتقيد بالمكان من حيث الأصل ، إلا إذا خصصه الإمام بمكان ومنعه من القضاء خارجه ، فيصح المنع منه والتخصيص .

وبناء على هذا الأصل أجاز العلماء القضاء في الطريق وفي الدار وفي المسجد بضوابط تقدم ذكرها بداية الفرع . وهذا ما كان على عهد رسول الله ﷺ وعهد الخلفاء الراشدين ، فكانوا يقضون في المسجد وفي البيت وفي الطريق وغير ذلك .

٣- أن اختلاف المكان لا يعني شيئاً بالنسبة للأحكام ونفاذها ، فإن قضى في المنزل أو المسجد أو الطريق ولم يكن محددًا بمكان منها ، فإن أحكامه تنفذ وإن لم تستوف هذه الأحكام الصفات المرغوبة في مجلس القضاء .

٤- أن تحديد مجلس القضاء مما يتأثر بالزمان والمكان ، فما يكون صالحاً لزمان قد لا يصلح لغيره ، وما يصلح لمكان قد لا يصلح لغيره .

٥- أن موطن الخلاف بين الفريقين هو في اتخاذ المسجد لهذه الغاية ، أما إن وافق وجود القاضي مع الخصوم في المسجد فحكم بينهما دون اتخاذ للمسجد داراً للحكم فجائز عند الطرفين .

وفي تحرير الأصوب من القولين ، أجد أن أدلة الفريق الأول تدل على الجواز ولا تدل على الاتخاذ ، وخصوصاً الأدلة النقلية ، وهي صحيحة في الجملة ، إلا أن أقصى ما تدلّ عليه هو جواز القضاء في المسجد ، وليس اتخاذه مكاناً للقضاء .

ويدل على ذلك كذلك أن الجمهور القائل بجواز القضاء في المسجد استثنوا منه ما ذكره الشافعية ؛ فقالوا : إن الخصمين إن كان أحدهما ذمياً أو امرأة حائضاً فيقضي في رحبة المسجد وليس في داخله ، فصاروا إلى قول الشافعية في ذلك .

ثم إن الزمان الذي كان فيه النبي ﷺ والخلفاء الراشدون من بعده يختلف عن الأزمنة التالية ، فإن عدد القضايا التي كانت ترد على رسول الله ﷺ قليل وعزيز جداً ، وكذا في عهد الخلفاء الراشدين ، فعندما ولي عمر رضي الله عنه القضاء لأبي بكر رضي الله عنه مكث سنة لم يجد خصمين .

فتقول إن كان عدد القضايا يمثل هذه الحدود فلا بأس باتخاذ المسجد داراً للقضاء ، وهو الأولى والأحسن للاتباع . أما إن لم يكن فلا بد من مكان آخر حفاظاً على المساجد .

ويكفي أن يلقي المرء نظرة واحدة على المحاكم ويتصور الذي يجري فيها يقع في المساجد ليعلم قدر الفساد الذي يجره على المساجد بقوله باتخاذ المساجد دوراً للقضاء .

ومما يجدر ملاحظته أن قضاء النبي ﷺ في المسجد كان الأولى والأنسب ؛ لأن المسجد هو المكان الوحيد الذي يحقق المعاني المطلوبة والمرغوبة في مجلس القضاء الواردة في مقدمة هذا الفرع ، سواء من اتساع أو تيسير على الناس ، أو اشتهاً ، أو عموم دخول فيه ، أو توسط ، أو انعدام تهمة - وإن كانت غير متصورة في حقه ﷺ - أو غير ذلك من الصفات .

وهو المكان الوحيد الذي له صفة العموم مما يعتبر من أملاك الدولة ، ومثله بيت المال . أما ما عداها فكانت مرافق خاصة .

وحتى أن البعض يؤكد أن القضاء في عهد رسول الله ﷺ لم يكن داخل المسجد ، وإن حصلت بعض الصور داخله ، إلا أن النبي ﷺ كان يقضي خارجه وفي رحبته .

يقول ابن فرحون نقلاً عن ابن حبيب : « وما كان من مضى يجلسون إلا في رحاب المسجد خارجاً منه ، إما عند موضع الجنائز - يريد بالمدينة المنورة - وهو الآن

الموضع المعروف بمصلى الجنائز خارج باب جبريل ، وإما في رحبة دار مروان وهي التي تسمى رحبة القضاء . وقد جعل ذلك في هذا الوقت ميضأة^(١) ، وهي على باب السلام^(٢) .

ولذلك كان الأنسب والأولى تخصيص القضاء بدار خاصة ، فإن اتساع خطة القضاء في هذا الزمان يؤكد على ضرورة ذلك ، فالقضاء يحتاج إلى موظفين من الأعوان وغيرهم ، وإلى مستلزمات لعملية القضاء من مكاتب وخزائن لحفظ السجلات والقيود ، ولو وجدت هذه في المساجد لخرجت المساجد عن صورتها الموضوعية لها ، والتي بنيت لأجلها ، وهي العبادة .

أما قول الجمهور-: إن القضاء عبادة كالصلاة ، فليست كل عبادة لائقة بالمسجد ، وخصوصاً أن في القضاء خصومة ونزاعاً وجدالاً وصخباً ، كما ذكر الشافعية .

أما المعنى المتحصل من القضاء في المسجد من هيبة الله سبحانه وتعالى تدفع الشاهد لقول الصدق ، فإن هذا مما يمكن الحصول عليه بغير اتخاذ المساجد داراً للقضاء ، كأن نحلفه اليمين في المسجد ، وهذا من تغليظ اليمين بالمكان ، وسيأتي ذكره في المبحث القادم إن شاء الله تعالى .

واعتباراً بما سبق ، أخذ فريق من العلماء بقول يجمع بين هذين القولين ، بأن يتخذ القاضي داراً للقضاء قرب المسجد تحقيقاً للمعاني المطلوبة في المسجد وابتعاداً عن المعاني المرهوبة من القضاء فيه^(٣) .

(١) الميضة : المطهرة ، وهي التي يتوضأ منها ، أي : الإداوة فيها ماء يتوضأ به ، أو فيها ، أي : الموضع الذي يتوضأ فيه ، وهو المقصود هنا . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١ ص١٩٥) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٩) .

(٣) منهم ابن حبيب من المالكية . انظر (مبارة الفاسي/ شرح مباره/ ج١ ص١٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٩) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص١٠٤) .

وهذا هو ما أيده أستاذنا الدكتور محمد نعيم ياسين فيما ذهب إليه في رسالته (نظرية الدعوى . انظر ص٢٠٩) .

فيحدد ولي الأمر القضاء بمكان فلا يخرج عنه حتى تؤدي قواعد التقاضي عملها على أكمل وجه ، فلا يعقل أن يلحق الكاتب والمزكي بالقاضي تارة في داره وتارة في مسجده ، وتارة في مجلسه ، ليؤدوا أعمالهم فيما يوكل إليهم .

ولا بد في مكان القضاء أن يكون معلوماً للجميع حتى يأتوه ، فإن القاضي يأتيه المتخاصمون ولا يذهب هو إليهم ؛ لقول سيدنا عمر رضي الله عنه : « في بيته يؤتى الحكم » ، فعندما تخاصم مع أبي بن كعب عند زيد بن ثابت رضي الله عنهم أجمعين ، أتياه فضربا عليه الباب ، فخرج زيد ، فقال : يا أمير المؤمنين ، ألا أرسلت إليّ حتى آتيك ؟! فقال له عمر رضي الله عنه : « في بيته يؤتى الحكم »^(١) . وهذا فيه دلالة على أن القاضي يؤتى ولا يأتي . وهذا القول من الأمثال القديمة^(٢) ، فليس المقصود منه ذات البيت ، وإنما المقصود أن القاضي حيث يكون فالتخاصمون يأتون إليه ولا يأتهم هو .

ومما يدل عليه كذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾^(٣) . قال المفسرون : « دلّ على أن الشاهد هو الذي يمشي إلى الحاكم ، وهو أمر بني عليه الشرع ، وعمل به في كل زمان ومكان ، وفهمته كل أمة »^(٤) .

(١) (سنن البيهقي الكبرى/ج١٠ص١٤٤/ح٢٠٢٩٧/ج١٠ص١٣٦/ح٢٠٢٥٠) (ابن حزم/المحلى/ج٩ ص٣٨١) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص١٢٠) (ابن حجر/تلخيص الخبير/ج٤ص١٨٦) .

(٢) ذكرت العرب أنه مما ورد على السنة البهائم : أن الأرنب التقطت ثمرة فاختلسها الثعلب فأكلها ، فلطمه الأرنب ، فانطلقا يختصمان إلى الضب ، فقالت الأرنب : يا أبا الحسل ، فقال : سمياً دعوت ، قالت : أنتناك لنختصم إليك ، قال : عادلاً حكمت ، قالت : فاخرج إلينا ، قال : في بيته يؤتى الحكم ، قالت : إني وجدت ثمرة ، قال : حلوة فكليها ، قالت : فاختلسها الثعلب ، قال : لنفسه بغى الخير ، قالت : فلطمته ، قال : بحق أخذت ، قالت : فلطمني ، قال : حر انتصر ، قالت : فافضي بيننا ، قال : قد قضيت . فذهبت أقوالها كلها أمثالاً .

انظر : (النيسابوري/مجمع الأمثال/ج٢ص٧٢) (العسكري/جمهرة الأمثال/ج١ص٣٦٨) (الزمخشري/المستقصى من أمثال العرب/ج٢ص٦١) .

(٣) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٨٢) .

(٤) (القرطبي/تفسير القرطبي/ج٣ص٣٩٩) .

أما وقت القضاء :

فقد جعل العلماء للوقت كذلك ضوابط كما يستشف من أقوالهم ، ومن هذه

الضوابط:

١- أن يكون جلوسه للقضاء في أوقات معلومة^(١) .

وله أن يجلس طرفي النهار ، أو ما طاق من ذلك .

وطرفي النهار أولى لعدّة اعتبارات كما ذكر المالكية ، فإن القضاء عبادة ، ويقول تعالى : ﴿ وَأَقِمِ الصَّلَاةَ طَرَفَيِ النَّهَارِ ﴾^(٢) ، فمن باب التشبه بالصلاة . ثم لأن اعتدال حال المزمع يكون في طرفي النهار عادةً ، أو ما طاق من ذلك ؛ لأن الطاعة بحسب الطاقة^(٣) .

وهذا القياس على الصلاة مع الفارق ، لقوله تعالى بعد الآية التي استشهدوا بها: ﴿ وَزُلْفًا مِّنَ اللَّيْلِ ﴾^(٤) ، إلا أنهم ذكروه على سبيل الاستئناس لا على سبيل الاستدلال .

٢- ألا يستغرق الجلوس للحكم أوقاته كلها ، حتى يكون كالمستأجر^(٥) .

ولا يتعب نفسه في طول الجلوس ؛ لأنه بذلك يزول حال الاعتدال عن القاضي ، وربما يضر بفساد بصره على بعض الخصوم .

ويقول سيدنا علي كرم الله وجهه : « إن النفس تمل كما تمل الأبدان ، فابتغوا

(١) (المواق/التاج والإكليل/ج٨ص١٠٤) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٤٠) (مياره الفاسي/شرح

مياره/ج١ص١٤) (السرخسي/المبسوط/ج١٦ص٧٩، ٨٠) .

(٢) (سورة هود ، آية رقم ١١٤) .

(٣) (مياره الفاسي/شرح مياره/ج١ص١٤) (المواق/التاج والإكليل/ج٨ص١٠٤) (ابن فرحون/تبصرة

الحكام/ج١ص٤٠) (السرخسي/المبسوط/ج١٦ص٨٠) .

(٤) (سورة هود ، آية رقم ١١٤) .

(٥) (مياره الفاسي/شرح مياره/ج١ص١٤) (ابن المناصف/تنبيه الحكام/ص٥٢) .

لها ظرائف الحكمة» (١).

وقد كان ابن عباس رضي الله عنهما إذا ملّ من بيان أنواع العلم قال لأصحابه : أحضوا، أي خوضوا في ديوان العرب ، فتذكروا شيئاً من الملح (٢) .

ونقل عن مالك أنه قال لرجل كان يلي أمر السوق بالمدينة ، وكان يقضي بين الناس : لا تكثر فتخطى ، واجعل لجلوسك للقضاء ساعات يعرفها الناس منك ، فيأتوك فيها ، وخفف عن نفسك بالنظر في غير ذلك (٣) .

٣- ألا يجلس بين المغرب والعشاء ، فإن القضاة لم يفعلوه ، إلا أنه يمكنه أن يأمر وينهى فيه ، وله أن يرسل الشرطي ، أما الحكم فلا (٤) .

ولا أن يتكرر للخصومة قبل طلوع الشمس ، فقد كان شريح رحمه الله إذا ابتكروا قبل حضوره ، قال : أتتظلمون بالليل ، فعرفنا أن ذلك غير محمود للقاضي (٥) .

وأجاز أشهب جلوسه بين المغرب والعشاء ، وبعد أذان الظهر ، وبعد صلاة الصبح ما لم يكن مجلساً يجبر عليه العامة (٦) .

٤- ألا يجلس في أيام العيد وعند خروج الحاج وما أشبه ذلك ، وعند المطر

(١) وقد رواه البعض عن رسول الله ﷺ ، وهذا خطأ ، وإنما هو عن علي كرم الله وجهه . (البغدادي/ الجامع لأخلاق الراوي وآداب السامع/ ج٢ ص١٢٩/ ح١٣٨٩) (السمعاني/ أدب الإملاء والاستملاء/ ص٦٨) (السيوطي/ تدريب الراوي/ ج٢ ص١٣٨) (الناوي/ فيض القدير/ ج٤ ص٤١) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ ص٧٩، ٨٠) (الناوي/ فيض القدير/ ج٤ ص٤٥٩) (صديق البخاري/ أبعاد العلوم/ ج١ ص٣٣٨) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٤٨) .

(٤) (ميّاره القاسي/ شرح ميّاره/ ج١ ص١٤) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ ص٨٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٤٠) .

(٥) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ ص٨٠) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥٢) .

(٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٤٠) .

والطين والوحدل^(١) . وجامعها عموم ما يحدث من سرور أو ضرر^(٢) .
 أما يوم الجمعة فقال البعض لا بأس أن يترك النظر فيه^(٣) .
 وقال البعض إنه مما ينبغي له أن لا يفرد لنفسه يوماً في الجمعة لا يقضي فيه ؛
 لأن ذلك ليس له ، لتعلق حقوق الناس به ، إلا لعذر^(٤) .
 ٥ - ألا تكون الأوقات التي يجلس فيها ، فيها تضيق على الناس أو ضرر
 عليهم^(٥) .

الفرع الثاني : علانية المحاكمة :

ذكرنا من شروط المجلس أن يكون مأذوناً فيه للناس على العموم^(٦) .
 وهذا يشمل ما إذا كان الداخل طرفاً في الخصومة أو لم يكن ، ونص الفقهاء
 على أنه يأذن للناس على العموم ولا يمنع أحداً ؛ لأن لكل أحد حقاً في مجلسه^(٧) .
 وأنه يجب ألا يكون على بابة حاجب أو بواب^(٨) لمنع الناس من الدخول ،
 وهذا إن كان لمجرد المنع ، ويجوز إذا كان المنع لأجل الترتيب ، وعدم تشويش

(١) (مياره القاسي/ شرح مياره/ ج١ ص١٤) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥١) (الخطاب/ مواهب
 الجليل/ ج٦ ص١١٤) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص١٠٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٤٠)
 (الدردير/ الشرح الكبير/ ج٤ ص١٣٨) .

(٢) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١١٤) .

(٣) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١١٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٤٠) .

(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٩) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥١) .

(٥) (مياره القاسي/ شرح مياره/ ج١ ص١٤) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص١٠٤) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/
 ص٥٢) .

(٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٢) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٧) .

(٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٢) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٧) (البلخي/ الفتاوى

الهندية/ ج٣ ص٣٢٠) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٢٣) .

(٨) (الشافعي/ الأم/ ج٦ ص٢١٤) (الزيلي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص١٧٨) (ابن نجيم/ البحر الرائق/

ج٦ ص٣٠٢) .

القاضي ، كما سيأتي في أعوان القضاء .

وأنة يجب في المجلس أن يكون في أشهر الأماكن ومجامع الناس^(١) .

وأنة يجوز القضاء في المسجد عند العلماء ، واختلفوا في الاتخاذ .

كل ذلك يؤكد أنه لا سرية في المحاكمات الشرعية الجزائية وغير الجزائية .

وقد وردت أحكام عند الفقهاء تدل على أنه لا يكتفى بعدم سرية المحاكمة ،

بل لا بد من إعلانيتها ؛ ومنها :

١ - نص الفقهاء على أن القاضي لا يجلس وحده ، سواء أفضى في مجلسه أم

في داره^(٢) ؛ وذلك لأن جلوسه وحده تهمة^(٣) . ونصوا على أنه يُجلس معه في داره

من يجلس معه في المجلس^(٤) .

وحدّدوا مهمة من كان يجلس معه ، وفائدة جلوسه ، فقالوا : إن ذلك لإثبات

حكم القاضي لدى الإيجاب ، فيكون شهود منهم عند اللزوم^(٥) .

٢ - أن الفقهاء ندبوا للقاضي أن يشاور بصورة عامة ، وفي بعض الحالات

أوجبوا المشورة ، كما لو أشكل الحكم على القاضي . ثم إن المشاورة في صورتها

عند الفقهاء تقتضي حضور المستشار لجلسات الحكم ، ذلك أنهم نصوا على أنه لا

(١) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ ص٢٢٦) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٧) (الشافعي/

الأم/ ج٦ ص٢٣٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٨)

(قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٠٣) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٢٨٥)

(الزليعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ ص١٧٨) .

(٢) وهذا إن لم يقيد ويخصه الإمام بمكان معين، فعندها لا يصح قضاؤه في بيته ولا في أي مكان خارج

المخصص.

(٣) (الزليعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ ص١٧٨) .

(٤) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٧) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٢٠) (الزليعي/ تبيين

الحقائق/ ج٤ ص١٧٨) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٢٣) .

(٥) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٢٣) .

يقيمهم من مجلسه إلا عند المشاورة ، فلا يشاورهم أمام الناس عند إصدار الأحكام ، وذلك حفاظاً على سمعته وخوفاً من اتهامه بالجهل . وقد سبق إيراد ذلك في مطلب الشورى في القضاء^(١) . ومن الأدلة التي سبق إيرادها ، أن عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربعة من الصحابة^(٢) ، وكذلك مشاورات سيدنا عمر رضي الله عنه العديدة^(٣) .

« وهذا النوع من العلانية والمراقبة أجدى نفعاً من مراقبة العوام ، فإن اللحن في الحجج والالتواء في الاستنتاج غدا في أيامنا هذه أيسر طرقاً وأوسع مجالاً وأكثر وسائل من أي وقت مضى ، خصوصاً بعدما أصبحت مهنة المحاماة من أرباح المهن ، ولم يعد الهدف المقصود بها إظهار الحق وإزهاق الباطل ، وإنما جمع الأموال وكسب الشهرة ولو أدى ذلك إلى عكس المقصود بالقضاء وهو حماية الحقوق وردها إلى أهلها ، وإن إتاحة الفرصة للعلماء من الأمة لمراقبة القضاة والمحامين أفضل من مراقبة الناس كافة ؛ فهم أقدر من غيرهم على اكتشاف أغراضهم وفنونهم في الالتواء والتأويل »^(٤) .

ومفهوم علانية المحاكمة أصبح يعني في العصر الحاضر : أن يتم نظر الدعوى والمرافعة فيها في جلسات مفتوحة للجميع ، يكون لكل شخص الحق في حضورها ، وأن يصدر الحكم في جلسة علنية ، وأن يسمح بنشر ما يحدث في الجلسات من مناقشة ، وأن يسمح بنشر الأحكام التي تصدر^(٥) .

والمقصود من ذلك ضمان حق الناس في الاطلاع على ما يدور داخل المحاكم ،

(١) انظر ص

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٦ ص ٣٠٣) .

(٣) انظر تلك المشاورات ص

(٤) (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص ٤٥٢) .

(٥) انظر (حامد أبو طالب/ التنظيم القضائي الإسلامي/ ص ٤٩) (جمال المرصفاوي/ نظام القضاء في

الإسلام/ ص ١١١) (عبد المنعم جيره/ نظام القضاء في المملكة/ ص ١٢١) .

وذلك لبعث الطمأنينة في نفوس الناس على عدالة القضاء ، ولحث القضاة على الاهتمام والعناية بأعمالهم . ومن حيث المبدأ فإن الشريعة تقر هذا كله ، وتسمح به وتندب إليه ، وفي بعض الحالات توجبه . إلا أن ضمانات العدالة في الشريعة لا تقف عند هذا المبدأ كما هو حال القانون الوضعي في أغلب الأحيان^(١) .

فالقانون الوضعي يتفاخر بالعلانية في الجلسات ، وينسى أن القاضي ليس بعدل ، والمحامي ليس بثقة ، والخصوم سحبت الأمانة من قلوبهم ، ونزلت في جذر قلوبهم ، ثم يتباهى بالشفافية وعلانية المرافعة .

وهذا ما يؤكد ما ذكرناه بداية الرسالة من أن إصلاح جزء من النظام لا يعني صلاح النظام كله ، فإذا أردنا للنظام أن يؤدي دوره على أكمل وجه فلا بد من تظافر عدة جهات منها الاقتصاد والتربية والموعظة والجو الإسلامي الذي يحث على الخير وينبذ فاعل السوء ، وكلها عوامل تؤيد وجود وحصول القضاء العادل .

ولو تجاهلنا ذلك كله واعتمدنا على العلنية في المرافعات لوصلنا إلى ما نحن فيه ؛ أحكام يتلاعب بها ويستهزأ بها على عقول الناس تحت اسم العلانية ، وعامة الناس لا يفقهون من أمور القانون وخفاياه شيئاً .

أما في الشريعة ، فضمانة العدل لا تقف عند هذا المبدأ - وإن كان هذا المبدأ هاماً في وجوده- وإنما تعدته إلى ما هو أبعد أثراً وأعمق تأثيراً . ويكفي أن ننظر إلى الشروط التي اشترطها العلماء في القاضي -باعتباره أساس عملية التقاضي- ، وكم شدد الفقهاء فيها خوفاً من الجور ، واشترطوا التشاور مع العلماء فيما يشكل على القاضي . كل ذلك جعل القاضي يضرب أروع الأمثلة فيما مضى من حيث العدالة والنزاهة .

أما في عصرنا الحاضر ، فالعدول قلة ، والثقات أقل ، والعدالة نائمة ، والنزاهة في غفوة ، ومن الناس من يقول لعن الله من أيقظها . على الرغم من أن

(١) ذلك أن هناك ضمانات أخرى للعدالة ، إلا أن أبرزها هو العلانية .

العلائية مقررة ومنصوص عليها في بنود القانون .

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على ضمان مبدأ العلانية، حيث ورد في المادة (١٨١٥): «يجري القاضي المحاكمة علناً، ولكن لا يفشي الوجه الذي سيحكم به قبل الحكم»^(١).

وقال شارحها: «يجري القاضي المحاكمة بين الخصمين علناً، أي أنه لا يمنع الأشخاص الذين يحضرون المحاكمة لسماعها من الحضور»^(٢).

إلا أن مبدأ العلانية هذا قد تستثنى منه حالات - بحسب مفهومه الذي تم ذكره - ، من هذه الحالات :

١- أن يكون أحد أطراف النزاع امرأة لا تظهر على الرجال ، وهي المرأة المخدّرة .

٢- أن يكون للقضية آثار سيئة في علانيتها على الأسرة ، أو على الأطفال أصحاب العلاقة في المحاكمة ، مستقبلاً^(٣) .

٣- أن يكون لها آثار سيئة على المجتمع ، كالأمر الخادشة للحياء العام التي تتأذى منها الفضيلة^(٤) .

٤- أن يكون في الإعلان أثرٌ سيئٌ على الدولة بما يمس أمنها وسلامتها .
وعندها يتجاوز الضرر من علانيتها الضرر من سريتها ، وبموازنة الضررين ندفع أعظمهما بارتكاب أخفهما .

إلا أن ذلك لا يعني السرية التامة ، وإنما المقصود منه منع العوام من الدخول دون أهل الاستشارة من العلماء ، وكذلك الشهود على ما يحصل في المحكمة ، وكذلك لا يمنع من تدوين وتسجيل ما فيها لحين الحاجة .

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٢٣) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) (عبد المنعم جيره/ نظام القضاء في المملكة/ ص١٢١) .

(٤) (عبد المنعم جيره/ نظام القضاء في المملكة/ ص١٢١) .

ثم إن السرية قد لا تشمل كل جلسات المحاكمة ، وإنما قد تتعلق السرية بجلسة أو اثنتين ، ويشار إلى ما جرى فيهما بعد ذلك بالأرقام والرموز دون تفصيله أمام الجمهور ، فيقال : الدليل الأول والدليل الثاني ، أو الواقعة الأولى ، أو الحادث الأول ، وهكذا . مما يبقي السرية في إطار الحاجة إليها فقط .

ويمكن إضافة مبدأ شفوية المرافعة إلى مبدأ العلانية ، بأن يطرح المدعي مرافعته ومطالبته وأدلتها شفويًا وكذلك المدعى عليه ، ويقصد منه كذلك تحقيق العدالة ونفي التهمة ، ومثله قول الفقهاء : إن الشاهد لا تقبل شهادته على خطه في إفادته ، بل لا بد من تصريحه بما شهد به^(١) . وهذا موافق للمصلحة الشرعية .

وفي حال انتفاء المصلحة واستحباب أن تكون المرافعة مكتوبة ، لا يمنع المستشارون من النظر فيما كتب ، تحقيقاً للنزاهة وضماناً للعدل . وقد أخذت الأنظمة التي تطبق الشريعة في أحكامها الجزائية بالعلانية ، ونصت على حالات تكون فيه المحاكمة سرية وفق شروط محددة ؛ كما في المملكة العربية السعودية^(٢) ، والإمارات العربية المتحدة ، حيث نص قانون الأخيرة على أن محاكمة الحدث تكون سرية لا علنية^(٣) .

الفرع الثالث : تسهيل التقاضي :

من مبادئ القضاء -بشكل عام- في الإسلام تسهيل التقاضي ومنع التعقيد ونفيه .

ومن خلال ما عرفناه في مجلس الحكم ، وجدنا العلماء نصوا على أن يكون في مكان يسهل على الناس الوصول إليه دون مشقة^(٤) ، ولذلك ذكروا المسجد لأنه

(١) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص ٣٨٥) .

(٢) (عبد المنعم جيره/ نظام القضاء في المملكة/ ص ١٢٥) .

(٣) (حسن الحمادي/ قضاء الحدود والقصاص والدية/ ص ٤١٥) .

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٦ ص ٣٠٢) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج ٥ ص ٢٢٦) (الخطيب

الشريبي/ مغني المحتاج/ ج ٦ ص ٢٨٥) (الباجي/ المتقى/ ج ٥ ص ١٨٢) (الزليعي/ تبين الحقائق/ ج ٤

ص ١٧٨) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج ٤ ص ٣٠٣) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج ٣

ص ٣٢٠) .

الأسهل ، ولأن السنة وردت به ، وأنه إذا لم يكن الوصول و التعرف إليه سهلاً ، فلا يقضي فيه ، كما لو كان بطرف البلد .

ومن خلال وقت الجلوس للحكم ، بأن يكون معلوماً^(١) ، وألا يكون في أوقات يضيق فيها الحال على الناس^(٢) ، كأيام العيد أو دخول الحاج وخروجه^(٣) ، أو يوم طين ووحل ومطر^(٤) ، نعلم أن تسهيل التقاضي أمر مطلوب شرعاً .

ومن الصور التي نص عليها العلماء لتسهيل التقاضي ما يلي :

١- أوجب العلماء على المحتسب أن ينكر على القضاة إن احتجوا عن الخصوم أو قصرُوا في النظر في أمورهم^(٥) . وعدّوا ذلك من مهام المحتسب .

يقول الإمام الماوردي في ذلك : « وإذا كان في القضاة من لا يجيب الخصوم إذا قصدوه ويمتنع من النظر بينهم إذا تحاكموا إليه ، حتى تقف الأحكام ويستضر الخصوم ، فللمحتسب أن يأخذه مع ارتفاع الأعذار بما ندب له من النظر بين المتحاكمين وفصل القضاء بين المتنازعين . ولا يمنع علو مرتبته من إنكار ما قصر فيه ، وقد مرّ إبراهيم بن بطحاء^(٦) والي الحسبة بجاني بغداد بدار أبي عمر بن حماد^(٧) ، وهو يومئذ قاضي القضاة ، فرأى الخصوم جلوساً على بابه ينتظرون جلوسه للنظر

(١) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ ص١٤) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص١٠٤) .

(٢) المرجعين السابقين .

(٣) المرجعين السابقين .

(٤) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ ص١٤٨) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص١٠٤) .

(٥) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ ص٢٧٩) .

(٦) إبراهيم بن بطحاء : هو إبراهيم بن محمد بن علي بن بطحاء المحتسب ، ويكنى أبا إسحاق . انظر

(المديني/ نزهة الحفاظ/ ص٤٣ ، ١٠٣) .

(٧) أبو عمر بن حماد : أبو عمر محمد بن يوسف بن يعقوب بن إسماعيل بن عالم البصرة حماد بن زيد ، ولد في البصرة ٢٤٣هـ ، كان عاقلاً حكيماً وحليماً لشدة حلمه ، يقال : لو أني أبو عمر القاضي ما صبرت .

(الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج١٤ ص٥٥٦) .

بينهم ، وقد تعالى النهار^(١) وهجرت الشمس^(٢) ، فوقف واستدعى حاجبه وقال :
 تقول لقاضي القضاة الخصوم جلوس على الباب ، وقد بلغتهم الشمس ، وتأذوا
 بالانتظار ، فيما جلست لهم ، أو عرفتهم عذرك فيصرفوا ويعودوا^(٣) .
 ومما يستدل لذلك قول رسول الله ﷺ : « من ولّاه الله شيئاً من أمور المسلمين
 فاحتجب دون حاجتهم وفقرهم ، احتجب الله دون حاجته » ونحوه عند الترمذي :
 « ما من إمام يغلّق بابه دون ذوي الحاجة والخلة والمسكنة ، إلا أغلق الله تعالى أبواب
 السماء دون خلته وحاجته ومسكنته »^(٤) .

٢- نص العلماء على أنه يجب على الإمام أن ينصب قضاة على الكور^(٥)
 فيما دون مدة السفر احترازاً عن مشقة الإعداء^(٦) .

٣- منع العلماء تأخير القضية بلا سبب وبلا عذر^(٧) .
 بل واعتبره البعض مقصداً من مقاصد الشريعة ، أن يتم التعجيل بإيصال

(١) تعالى النهار: إذا ارتفع، أي صارت الشمس مرتفعة، وهو وقت الضحى. (ابن منظور/لسان العرب/
 ج١٤ ص٤٧٥) .

(٢) هجرت الشمس : إذا انتصف النهار ، وهو كناية عن شدة الحر . (ابن منظور/لسان العرب/ج٥
 ص٢٥١) .

(٣) (الماوردي/الأحكام السلطانية ص٣١٩ ، ٣٢٠) .

(٤) (الترمذي/الأحكام/باب ما جاء في إمام الرعية/ح١٣٣٢ ، ١٣٣٣) (أبو داود/الخراج والإمارة
 والفيء/باب فيما يلزم الإمام من أمر الرعية/ح٢٩٤٨) (الحاكم/المستدرک/ج٤ ص١٠٦/ح٧٠٢٨)
 (الطبراني/ المعجم الكبير/ج٢٢ ص٣٣١/ح٨٣٢) (أحمد/عن عمر بن مرة/ح١٧٥٧٢ ، ٢١٥٧١)
 (الخلال/ السنة/ج٢ ص٤٤٩/ح٦٩٥) (مسند أبي يعلى/ج٣ ص١٣٤/ح١٥٦٥ ، ١٥٦٦) (مسند عبد
 ابن حميد/ص١١٩/ح٢٨٦) (الصنعاني/سبل السلام/ج٤ ص١٢٣) (المنائي/فيض القدير/ج٥
 ص٤٧٠) .

(٥) الكور : جمع كورة ، وهي القرية أو المدينة أو الصقع . (ابن منظور/لسان العرب/ج٥ ص١٥٦) .

(٦) الإعداء : أي طلب العداوة، أو طلب إزالتها، ومنه: استعدى عليه، أي استعان بالسلطان فانصفه .
 (ابن منظور/لسان العرب/ج١٥ ص٣٩) .

(٧) (الماوردي/الأحكام السلطانية ص٩٦) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ ص٢٨١) .

الحقوق لأصحابها ؛ لأن الإبطاء في إيصال الحق إلى صاحبه عند تعيينه بأكثر مما يستدعيه تتبع طريق ظهوره يثير مفاسد كثيرة ؛ منها حرمان صاحب الحق من الانتفاع بحقه ، وذلك إضرار به ، ومنها إقرار غير المستحق على الانتفاع بشيء ليس له ، وهو ظلم للمستحق ، ومنها استمرار المنازعة بين المحق والمحتق ، وفي ذلك فساد حصول الاضطراب في الأمة ، ومنها تطرق التهمة إلى الحاكم في تربيته بأنه يريد إملال المحق حتى يسأم متابعة حقه فيتركه ، فيتفجع المحقوق ببقائه على ظلمه ، فتزول حرمة القضاء من نفوس الناس ، وزوال حرمة من النفوس مفسدة عظيمة^(١) .

ولذا قال العلماء : « القاضي بتأخير الحكم يأثم ويعزل ويعزر »^(٢) .

بل زاد البعض في ذلك أنه إذا أخر القضاء بعد إقامة البينة يفسق ، وإن أنكره يكفر^(٣) .

ونصت مجلة الأحكام العدلية : « وينبغي للقاضي أن لا يوقع الأمور في عقدة التأخير »^(٤) .

أما إذا كان التأخير لأسباب معقولة ، فإنه يقبل ؛ كرجاء الصلح بين الأقارب^(٥) ، أو استمهال المدعى عليه لغرض إحضار حجته^(٦) ، أو أن يكون التأخير للتشاور عند اشتباه الأمر^(٧) .

فقد روي أن عمر رضي الله عنه كانت ترفع إليه القضية وربما يتأمل في ذلك شهراً ويستشير أصحابه^(٨) .

(١) (ابن عاشور/ مقاصد الشريعة/ ص ٣٧٦) .

(٢) ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٦ ص ٢٨١) .

(٣) المرجع السابق .

(٤) (لجنة المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص ٣٦٩) .

(٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٦ ص ٢٨١) (السرخسي/ المبسوط/ ج ١٦ ص ٨٤) .

(٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٦ ص ٢٨١) (السرخسي/ المبسوط/ ج ١٦ ص ٨٤) .

(٧) (السرخسي/ المبسوط/ ج ١٦ ص ٨٤) .

(٨) المرجع السابق .

وحديث ابن مسعود رضي الله عنه في المفوضة عندما ردّهم شهراً ، ثم قال :
« أقول فيه برأيي ، فإن يك صواباً فمن الله ورسوله ، وإن يك خطأ فمني ومن
الشیطان » (١) .

وعلاجاً للتأخير وضع بعض العلماء حلولاً تساعد في رفع التأخير؛ كقول ابن
فرحون إن القاضي إذا شعر بأن الخصومة قد طالت وكثر التشغيب فيها فلا بأس
للقاضي أن يحرق كتبهم إذا رجا بذلك تقارب أمرهم ، ويفسخ ما بأيديهم من
الحجج ويأمرهم بابتداء الحكومة (٢) .

وهذا يدل صراحة على أن التطويل في الخصومة ممنوع شرعاً إذا كان لغير
عذر أو سبب ؛ ذلك أن الإطالة فيها مشقة على الأطراف مادياً ومعنوياً واجتماعياً ،
فهي تديم الخصومة والتزاع بين الطرفين على خلاف ما لو فصل بينهما على عجل ،
فقد يكون لمرور الزمن بعد القضاء ما يعيد العلائق .

ثم إن إطالة القضية في المسائل الجزائية قد ينسي المجتمع أثر الجريمة ، ويقلل
من حدّتها وبشاعتها ، مما يجعل للقاضي العذر في تسهيل الأحكام وتخفيفها بما لا
يجل شرعاً .

ومن مساوئ الإطالة كذلك تبيس صاحب الحق من الحصول على حقه ،
وفيه تشجيع صاحب الجرم على الأمل بالنجاة من فعلته وعواقبها ولو بالتخفيف أو
بالتأجيل ، وهذا فيه من الفساد ما لا يخفى على عاقل ، مما يُترك معه التطويل ،
ويُمنع لأجله التأجيل .

(١) (الأمدي/إحكام الأحكام/ج٤ص١٩٣) (ابن الهمام/شرح فتح القدير/ج٣ص٣٢٥) (السرخسي/
المبسوط/ج١٦ص٨٤) .

(الترمذي/النكاح/باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها/ح١١٤٥) (أبو
داود/النكاح/باب فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات/ح٢١١٤) (النسائي/النكاح/باب إباحة
التزوج بغير صداق/ح٣٣٥٥، ٣٣٥٦، ٣٣٥٨، ٣٥٢٤) (ابن ماجه/النكاح/باب الرجل يتزوج ولا
يفرض لها فيموت على ذلك/ح١٨٩١) (الدارمي/النكاح/باب الرجل يتزوج المرأة فيموت قبل أن
يفرض لها/ح٢٢٤٦) .

(٢) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج٢ص١٤٨) .

إلا أن هذه المبررات لا تعني استعجال الأحكام قبل التأكد من أدلتها وبيناتها ، وقد يفوت من الأدلة ما يجعل الحكم الصادر دونها ظلماً ومجاف للعدالة . فالقاضي لا يقضي إلا بعدما يتبين له الحق ^(١) .
فالمقصود أن لا تطول القضية فيملّ المدعي ، أو تقصر فيضيع حق المدعى عليه .

٤- ومن صور التسهيل أنه ينبغي للقاضي أن يسهل إذن البيّنات ولا يمتطهم فيتفرقوا ، فيعسر جمعهم ، وربما أدّى ذلك إلى ضجر صاحب الحق ، فيترك حقه أو بعضه بالمصالحة عنه لما يدركه من المشقة . قال ابن سَهْل : « ولهذا رأيت بعض القضاة يأمر أول جلوسه بإدخال البيّنة ويسمع منها ... فإذا حضروا آنسهم وقربهم ويسطهم وسألهم عن شهادتهم ، فإذا كانت تامة قيدها ، وإن كانت ناقصة سألهم عن بقيتها ، وإن كانت جملة سألهم عن تفسيرها ، وإن كانت غير عاملة أعرض عنها إعراضاً جميلاً ، فأعلم المدعي أنه لم يأت بشيء » ^(٢) .

الفرع الرابع : التوثيق بالكتابة ^(٣) :

وهذا الفرع يتناول عملية التوثيق لأحداث المحاكمة ، كتابة وتدويناً ، ويقاس عليها سائر وسائل التوثيق الحديثة .
أما مشروعيته فمأخوذة من نصوص التوثيق العامة الواردة في الشريعة ، ومنها:

قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ^(٤) .

(١) انظر : (الشافعي/ الأم/ ج٦ ص٢٣٢) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٥٤) .

(٣) توجد رسالة جامعية بهذا العنوان للأخ نزار عبد القادر إسماعيل في مكتبة الجامعة الأردنية ، نوقشت

عام ١٩٩٣ م ، بإشراف : أ.د. محمد نعيم ياسين .

(٤) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٨٢) .

فإن الآية نصت على التوثيق بالكتابة ، دلالة على أهميته في فصل الخصومات والنزاعات ، كما تحدثت عن ذلك آية الدين ، وهي أطول آية في كتاب الله تعالى ، وقد كان موضوعها وسائل الإثبات والتوثيق ؛ فإن كان الأمر كذلك في دين بين اثنين ، فكيف بالحقوق التي هي فوق الديون .

يقول المرحوم عبد القادر عودة حول هذه الآية : « وظاهر من النص الذي فرض الكتابة أنه نص عام ومرن إلى حد بعيد ، وأنه يصلح للتطبيق اليوم كما كان صالحاً من ثلاثة عشر قرناً ، وكما سيكون صالحاً للمستقبل البعيد ، وهذه إحدى مميزات الشريعة التي هيأتها لتكون غير قابلة للتعديل والتبديل ، ويوم نزل هذا النص على رسول الله ﷺ كان العرب أميين يعيشون في أعماق البادية وفي خشونة من العيش ، وأمثال هؤلاء تقل بينهم المعاملات بحيث لا تحتاج إلى تشريع خاص . ولو أن الشريعة كانت كالقانون تأتي على قدر حاجة الناس ، لما جاء بها شيء خاص بإثبات الالتزامات ، أو لجاء بها من الأحكام ما يتفق مع أمة العرب وجهالتهم ، أما أن تحيء الشريعة على هذا الوجه فتفرض على الأميين كتابة الصغير والكبير ، فذلك هو السمو الذي تتميز به الشريعة الكاملة الدائمة »^(١).

وورد في الآية ذاتها الأمر بالكتابة في مواضع مختلفة؛ فقد قال سبحانه وتعالى : ﴿ وَليَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ﴾^(٢). وفيه أمر لمن تولى كتابة الوثائق بين الناس أن يكتبها بالعدل بينهم .

وقال سبحانه وتعالى : ﴿ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ﴾^(٣) .
وقد أضاف الله تعالى تعليم ذلك إلى نفسه تعظيماً له^(٤).

(١) (عبد القادر عودة/ التشريع الجنائي الإسلامي/ ج١ ص٥٥، ٥٦) .

(٢) (سورة البقرة ، آية ٢٨٢) .

(٣) (سورة البقرة ، آية ٢٨٢) .

(٤) (السرخسي/ المبسوط/ ج٣٠ ص١٦٨) .

وقال سبحانه : ﴿ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ ﴾^(١) .

وقال سبحانه : ﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيَمْلِكْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ ﴾^(٢) .

وقد فعل هذا التوثيق رسول الله ﷺ مع العداء بن خالد بن هوزة^(٣) ، وكان ﷺ يكتب عندما يقلد عماله وولاته^(٤) ، وكذلك أمر بكتابة الصلح بينه وبين مشركي مكة ، وكذا عهده لنصارى أيلة^(٥) بخط علي بن أبي طالب رضي الله عنه^(٦) .
وفوائد هذه الوثائق في الأحكام والمحاکمات عديدة لا تحصى ، عند استكمال شروطها ومنها :

١- أنها تصيح حجة فيما كتبت فيه لا يحتاج معها إلى غيرها في إثبات ما أثبتته، وبها تقطع الخصومة^(٧) .

٢- أن القاضي يسترشد بها في المحاكمة كل وقت وكل حين ، وهذا مما يعينه

(١) (سورة البقرة ، آية ٢٨٢) .

(٢) (سورة البقرة ، آية ٢٨٢) .

(٣) كتب فيه النبي ﷺ بواسطة كاتبه : « هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوزة من محمد رسول الله ﷺ ، اشترى منه عبداً أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبئة ، بيع المسلم من المسلم » . (السرخسي/المبسوط/ ج ٣٠ ص ١٦٩) .

(ورواه البخاري/الخيال/باب احتيال العامل ليهدي له/ح ٦٩٨٠ ، معلقاً) (الترمذي/اليبوع/باب ما جاء في كتابة الشروط/ح ١٢١٦) (ابن ماجه/التجارات/باب شراء الرقيق/ح ٢٢٥١)

(٤) (الجمل/حاشية الجمل/ج ٥ ص ٣٤٤) (السرخسي/المبسوط/ج ٣٠ ص ١٦٨) .

(٥) ومنها أنه ﷺ كتب لعمر بن حزم لما بعثه إلى اليمن . (النسائي/القسامة/باب عقل الأصابع/ح ٤٨٤٦) .

(٥) أيلة : مدينة على ساحل بحر القلزم مما يلي الشام ، وهي مدينة صغيرة عامرة بها زرع يسير (العقبة) . (الحموي/معجم البلدان/ج ١ ص ٢٩٢) .

(٦) (حاجي خليفة/كشف الظنون/ج ٢ ص ١٠٤٦) (صديق البخاري/أجد العلوم/ج ٢ ص ٣٤٠) .

(٧) (السرخسي/المبسوط/ج ٣٠ ص ١٦٨) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج ٤ ص ١٧٧) .

على إصابة الحق في حكمه ؛ فبواسطتها يعرف أطراف القضية ، ويطلع على تاريخهم في المنازعات إن كانوا كثيري الخصومة أم ليسوا كذلك ، أو أنهم من أرباب الجنايات والسوابق ، ويعين كذلك في معرفة من كثر لدهه وتمرده ، والعديد من المواصفات والمعلومات المسبقة التي توضح جزءاً هاماً من القضية بالكشف عن أطرافها بمعرفة أحوالهم .

وفي ذلك يقول ابن المناصف : « ومن استحق من أهل الكبائر المظهور عليهم كشاهد الزور ونحوه أن يسجل على جرحته في ديوان القضاء فعل »^(١) .

٣- أن القاضي يعرف من خلاله من تمت محاكمتهم سابقاً ، وبأي ذنب ، ومدة حبسهم ، وسواء أكان ذلك في عهده أم في عهد من سبقه .

يقول ابن المناصف : « ثم يعتمد لنفسه على اتخاذ زمام^(٢) يقيده فيه مساجينه بأسمائهم وجناياتهم وتاريخ القبض عليهم وحطهم في السجن ، ليعلم حقيقة ما يريد من ذلك متى وقف عليه ، ويعرف قدر ما يطول عليهم من ذلك أو يقصر بحسب اجتهاده ، وقدر الجنايات ، وعليه أن يتفقد زمامه ومساجينه كل أسبوع ، أو على حسب ما يرى لذلك وجهاً ووقت احتياج ، ولا يغفل عن ذلك ، فإنه ربما سجن في الحقوق والجنايات من لا ولي له ولا من يذكر أمره ، فمتى غفل القاضي مع ذلك عن هذا التقييد والتفقد أو شك أن يطول سجن هذا مثل هذا ، وربما هلك ... وكذلك إن كان السجن في تهمة بدم أو نحو ذلك من الجنايات في غير الأموال ، فما لم يثبت من ذلك وانقضى أمد سجنه بحسب الاجتهاد فيه ، خلى سبيله إن شاء الله تعالى ، وكذلك فليعتمد تقييد كل شيء حكم فيه مما له بال وعاقبته متوقعة أو خصام متناول ... فلا غنى به عن ضبط مثل ذلك بالتقييد والحكم والإشهاد عليه ، لئلا يضيع أموال الناس وحقوقهم ، وكذلك يستحب فيما كان من

(١) (ابن المناصف/تبيينه الحكام/ص٦٦) .

(٢) الزمام : ما تربط به الناقة للتقييد ، واستعير للتقييد في الوثائق . (ابن منظور/لسان العرب/ج١٢ ص٢٧٢) .

تعديل وتجريح وتسفيه وترشيد وما في بابه ، فإن في التحفظ بمثل ذلك نظراً صالحاً
بحول الله تعالى» (١).

والتوثيق والتدوين في المحاكمات قديم (٢) ، وهو جزء من علم الوثائق
والشروط (٣) ، وقد مجته العلماء كذلك عند الحديث عن الدواوين (٤) والسجلات (٥)
والمحاضر (٦) والخرائط (٧) .

وقد ذكر الفقهاء نماذج من الوثائق والمحاضر والسجلات والكتب الحكمية تغي

(١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ٦٧، ٦٨) .

(٢) يذكر أن أول من فعل ذلك سليم بن عتر التجبي ، الذي تولى القضاء في مصر لمعاوية بن أبي سفيان
رضي الله عنهما ، وعزل عنه سنة ٦٠ هـ ، وقصة أول تدوينه للحكم أنه قضى بين خصوم في ميراث ،
ثم تناكروا الحكم وعادوا مرة ثانية ، فحكم بينهم ودون الحكم في سجل خاص . (الذهبي/ سير أعلام
النبلاء/ ج٤ ص١٣٢) .

(٣) علم الوثائق وعلم الشروط تم تعريفهما في مبحث الألفاظ ذات الصلة في الفصل الأول فليراجع .

(٤) الديوان : لغة جريدة الحساب ، ثم أطلقت على الحاسب ، ثم أطلق على موضع الحساب ، وهو
معرب ، والأصل : ديوان ، فأبدلت من إحدى المضعفين ياء بالتخفيف ، ولهذا يرد في الجمع إلى أصله ،
فيقال : دواوين ، وفي التصغير دويوين . ويقال إن عمر رضي الله عنه أول من دون الدواوين في العرب ،
أي رتب الجرائد للعمال وغيرها . (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٢٩٩) (ابن منظور/ لسان العرب/
ج١٣ ص١٦٦) .

(٥) السجلات : جمع سجل ، وهو لغة كتاب القاضي ، وهي الكتب التي تجمع المحاضر وتزيد عليها بتنفيذ
الحكم وإمضائه ، ومنه قوله تعالى : ﴿ كُتِبَ السَّجَلُ لِلْكَتُبِ ﴾ . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١١
ص٣٢٦) .

(٦) المحاضر : جمع محضر ، وهو ما كتب فيه خصومة المتخاصمين عند القاضي ، وما جرى بينهما من
الإقرار من المدعى عليه أو الإنكار فيه ، والحكم بالبينة أو النكول على وجه يرفع الاشتباه .
وفي العرف الآن : السجل ما كتبه الشاهدان في الواقعة وبقي عند القاضي وليس عليه خط القاضي ،
والحجة ما نقل من السجل من الواقعة وعليه علامة القاضي أعلاه وخط الشاهدين أسفله وأعطى
للخصم . (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٢٩٩) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٤ ص٢٠٠) .

(٧) الخرائط : جمع خريطة ، وهي شبه كيس يشرح من أديم وخرق ، وهو مجاز ؛ لأن الديوان نفس
السجلات والمحاضر لا الكيس . (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٢٩٩) (ابن منظور/ لسان العرب/
ج١ ص٧٣) .

المطلع عليها في كل حالة وكل واقعة . فيكتب على منوال النموذج المذكور . وفي ذلك يقول ابن أبي الدم : « ونحن إن شاء الله تعالى نذكر مثلاً من كل نوع من أنواع هذه الحجج يكون أمودجاً لغيره ... يستدل به الفقيه على أمثاله » (١) .

ثم ذكر نماذج متعددة من المحاضر والكتب الحكمية (٢) .
والكتابة وإن لم تكن حتماً وكانت ندباً وإرشاداً إلى الأحوط ، فإنه متى كتب ،
وجب أن يكون على شرائط مخصوصة ، كشرائط سائر النوافل وشرائط سائر
المعاملات ، فإنها وإن لم تكن واجبة إلا أنه عند فعلها لا بد في فعلها من شروط ،
ومن هذه الضوابط والشرائط التي ذكرها العلماء :

١- أن تكون الكتابة بإذن القاضي ، فإن لم يكن ، فلا تجوز كتابته وتعتبر
باطلة ، ولا تقوم به للقائم حجة ، إلا إذا أجازها القاضي . وكذلك تعديل الكتابة
تكون بإذن صاحبها (٣) .

٢- أن يتصف الكاتب بكل ما يساعد في أداء مهمته على أكمل وجه ؛ فيكون
كاتباً صالحاً عفيفاً ، لا ذمياً ولا عبداً ولا صبيماً ، ولا من لا تجوز شهادته (٤) .
٣- أن يكون الكاتب بعيداً عن العبارات المحتملة للمعاني والألفاظ المشتركة ،
وأن يتحرى تحقيق المعاني بالألفاظ مبينة خارجة عن حد الشركة والاحتمال ، والتحرز
من خلاف الفقهاء ما أمكن (٥) .

٤- أن يكتب الكاتب نسختين ، إحداهما في يد القاضي لاحتمال الحاجة
إليها ، والأخرى في يد الخصم ، وما في يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير بزيادة أو
نقصان (٦) .

(١) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص ٤٩٤) .

(٢) انظر (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص ٥٥١ وما بعدها) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٦٠ ، ٦١) .

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٦ ص ٣٠٣) .

(٥) (الخصاص/ أحكام القرآن/ ج ١ ص ٦٦١) .

(٦) (الزيلعي/ تبين الحقائق / ج ٤ ص ١٧٧) .

وهذا من قبيل التحرز والاحتياط ، وهو أشد تأكيداً في الحدود والقصاص لخطورتها ، حفظاً للحقوق ، سواء حق الخصوم أو حق القاضي .

٥- أن يكون الكلام فيه متصلاً حتى آخر سطر في الرقعة ، فلا يدع فرجة ، خوفاً من أن يثبت السائل فيها غرضاً له ضاراً ، وإذا رأى في الورقة بياضاً في أثناء بعض الأسطر أو آخرها خط عليه وشغله ؛ لأنه ربما قصده أحد بسوء^(١) .

وهذا يدل على اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع التزوير في الكتب الحكمية ، ونصوا على أن تكون كتابته ذات خط واضح ، وأن يقارب بين سطوره وأقلامه وخطه ، لتلا يزور أحد عليه^(٢) .

٦- أن التعريف في التوثيق يجب أن يكون بما يزيل الالتباس والاشتباه . وقال أبو يوسف : يكون هذا بذكر اسم الإنسان واسم أبيه ، واكتفى بهذا القدر .

أما أبو حنيفة ومحمد فقالا : لا يتم التعريف إلا بذكر اسمه واسم أبيه واسم جده ، أو اسم أبيه وذكر قبيلته^(٣) .

واحتج أبو يوسف بالأدلة التالية :

١- بما روي في صلح الحديبية أنه كُتب في الوثيقة : « هذا ما صالح محمد بن عبد الله وسهيل بن عمر على أهل مكة »^(٤) .

(١) (النووي/ آداب الفتوى/ ص ٥٤) (ابن الصلاح/ أدب المفتي والمستفتي/ ص ١٣٧) (ابن الصلاح/ الفتاوى/ ٧٣)

(٢) المراجع السابقة .

(٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج ٣٠ ص ١٦٩) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج ٧ ص ٤٧٤) .

(٤) (البخاري/ الشروط/ باب ما يجوز من الشروط في الإسلام/ ح ٢٧١٣) (أبو داود/ الجهاد/ باب في صلح الحديبية/ ح ٢٧٦٥) (مسلم/ الجهاد والسير/ باب صلح الحديبية في الحديبية/ ح ١٧٨٤) (الترمذي/ المناقب/ باب مناقب علي/ باب في صلح النبي يوم الحديبية/ ح ٢٥٠٧) . رضي الله عنه/ ح ٣٧١٥) (أحمد/ عن أنس بن مالك/ ح ١٣٤١٥/ عن ابن عباس/ ح ٦٥٨، ٢٧٠٢) (الدارمي/ السير/ باب في صلح النبي ﷺ يوم الحديبية/ ح ٢٥٠٧) .

فقد اكتفى بذكر اسم الأب^(١)

٢- و بالمعقول ، فإن التعريف يتم بما يمتاز به عن غيره ، وبمجرد اسمه لا يحصل ذلك ؛ فالمسمى بذلك الاسم كثير في الناس ، فإذا ضم إلى اسمه اسم أبيه يحصل المقصود باعتبار الظاهر ، فإنه لا يتفق اسم رجلين واسم أبيهما إلا نادراً ، فلا يعتبر ذلك النادر لبقاء ذلك مع ذكر اسم الجد ، فإنه كما يتوهم اتفاق اسمين يتوهم اتفاق آسام ثلاثة ، ويسقط اعتبار ذلك ؛ لأنه مخالف للعادة^(٢) .

واستدل أبو حنيفة ومحمد بالأدلة التالية :

١- روي أن رسول الله ﷺ كتب : « هذا ما اشترى محمد رسول الله ﷺ من العداء بن خالد بن هوزة »^(٣) ، ففي هذا دليل على أن من كان مشهوراً يكتفى في تعريفه بذكر اسمه ونعته ، كما ذكر -ﷺ- في حق نفسه ، وإن لم يكن معروفاً فإتمام تعريفه بذكر اسم أبيه واسم جده ، كما ذكر في حق العداء .

ولا يعارض هذا حديث صلح الحديبية ؛ لأن الصلح ما كان في ذلك الوقت إلا واحداً ، فكان لا يقع الالتباس فيه^(٤) .

٢- أن ذكر الاسم وحده قد يمنع الالتباس ، كما فعل النبي ﷺ لأكيدر بن عبد الملك ؛ فقال : « هذا ما كتب محمد رسول الله ﷺ لأكيدر ، حين أجاب إلى الإسلام ، وخلع الأنداد والأصنام »^(٥) . ثم أتم الكتاب ؛ لأنه ما كان يقع الاشتباه من ذلك ، فاكتفى بذكره^(٦) .

(١) (السرخسي/المبسوط/ج٣٠ص١٦٩) .

(٢) (السرخسي/المبسوط/ج٣ص١٦٩) .

(٣) سبق ترجمته . انظر ص٤١٣ .

(٤) (السرخسي/المبسوط/ج٣٠ص١٦٩) .

(٥) (مسند أبي عوانة/ج٤ص٢٧٥/٦٧٤٢) (أحمد/عن أنس بن مالك/ح١١٩٤٧) (ابن حجر/

الإصابة/ج١ص٢٤٤) (ابن سعد/الطبقات الكبرى/ج١ص٢٨٨) (الحموي/معجم البلدان/ج٢ص٤٨٨) .

(٦) (السرخسي/المبسوط/ج٣٠ص١٦٩) .

والذي يظهر لي ، أن المقصد من التعريف بالأب والجد هو حصول التمييز ، فكل ما كان لازماً لحصول التمييز كان واجباً فيه ، وأن أتعرف في ذلك محكم ؛ ففي صلح الحديبية كان التمييز يحصل بما ذكره ﷺ^(١) .

ثم إن واقع الحال كذلك يدل على أن ما ذكر فيه كان كافياً ، فقد شهد عليه جموع المسلمين كما ذكرت نصوص السنة .

وفي حالات أخرى قد لا يحصل التمييز بما ذكره أحد الفريقين من اسم أب أو جد أو عشيرة ، فإن كثرة الناس في زماننا والزمن القادم - إن بقي زمن - تستدعي وتستلزم التمييز بذكر ما لم يذكره ، كاسم الأم ، أو زمرة الدم ، أو بصمة العين^(٢) ، والشرع لا يمنع من ذلك شيئاً إن كان دفعاً للالتباس أو الاشتباه بين الناس .

٧- أن القاضي يضع القمطر^(٣) أو السجل إلى جانبه عن يمينه ؛ لأن فيه انحياز والصكوك ، فيجب أن يكون معداً بين يديه ، ويجلس كاتبه في ناحية عنه حيث يراه حتى لا ينجذع بالرشوة فيزيد في ألفاظ الشهادة أو ينقص^(٤) .

٨- يجب جمع الوثائق في سجل واحد ، حفظاً لها وتيسيراً لإخراجها عند

الحاجة .

(١) ومعلوم أن سهيل بن عمرو كان يعترض على كل ما يكتب ، ويحاول بذلك إظهار قوته في التفاوض ،

ولو كان في ذكر الاسمين ما يشكل لاعتراض عليه ، سيما وأنه اعترض على النص في اسم النبي ﷺ

أنه رسول الله في الوثيقة ، ومن ثم تغييره إلى محمد بن عبد الله -ﷺ- .

(٢) خصوصاً وأن تطور العلم في علم الجينات والوراثة صار بارزاً وواقعاً ملموساً ، فقد ينتج من التوائم

المتشابهة ما لا يتم التعرف معه على التوائم إلا ببصمة عين أو أي وسيلة يستحدثها العلم ، كبصمة

الصوت وغيرها .

(٣) القمطر : والقمطرة ما تصان فيه الكتب ، والجمع قماطر . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٥ ص١١٧) .

وأول من جعل ذلك محمد بن مسروق ، وكان يجتمها وتودع ، فإذا جلس أحضرت ، وقد ولي القضاء

بمصر زمن هارون الرشيد ، وكان القضاة يضعون السجلات في خرائط وتحتم بتختم القاضي حفظاً لها .

(ابن أبي الوفاء/ طبقات الحنفية/ ص١٣٣) .

(٤) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٢٠) .

ونص الفقهاء على أنه يكتب الخصومة ويجعلها في قمطرة ، ويجعل لكل شاهد قمطراً ، وأنه إذا كثرت النسخ جعلها إضبارة^(١) وكتب على رأسها خصومات أسبوع كذا من شهر كذا من سنة كذا^(٢) .

ونص المادة (١٨١٤) من مجلة الأحكام العدلية : « يضع القاضي في المحكمة دفترًا للسجلات ويقيّد ويحرر في ذلك الدفتر الإعلّامات والسندات التي يعطيها بصورة منتظمة سالمة عن الحيلة والفساد ، ويعتني بالدقة بحفظ ذلك الدفتر ، وإذا عزل سلم السجلات المذكورة إلى خلفه ، إما بنفسه أو بواسطة أمينه »^(٣) .

٩- إذا تغير القاضي وجاء القاضي الجديد ، فيجب إتمام عملية الاستلام والتسليم بالطرق الصحيحة ؛ فقال الفقهاء : إن المولى يرسل اثنين أو واحداً مأموناً ليقبضها من المعزول أو أمينه ، ويسألان منه شيئاً فشيئاً ، ويجعلان كل نوع في خريطة ليكون أسهل للتناول ... ثم إذا قبضاه ختماً عليه خوفاً من التغيير^(٤) .

وأكد الفقهاء أن هذه الوثائق ليست ملكاً للقاضي بصفته الشخصية ، وإنما بصفته الوظيفية ؛ فيقول الإمام الزيلعي^(٥) :

« فلا إشكال في وجوب تسليمها إلى الجديد ؛ لأنها إنما كانت في يد الأول لعمله ، وقد انتقل العمل إلى غيره ، فلا معنى لتركها في يده بعد العزل »^(٦) .

(١) الإضبارة : الحرقّة من الصحف وهي الإضمامة ، ويقال : إضبارة من صحف أو سهام ، أي حزمة .
(ابن منظور / لسان العرب / ج ٤ ص ٤٧٩) .

(٢) (زكريا الأنصاري / شرح البهجة / ج ٥ ص ٢٢٤) (ابن نجيم / البحر الرائق / ج ٦ ص ٣٠٣ ، ٣٠٤) .

(٣) (لجنة المجلة / مجلة الأحكام العدلية / ص ٣٦٩) .

(٤) (ابن نجيم / البحر الرائق / ج ٦ ص ٣٠٠) (الزيلعي / تبين الحقائق / ج ٤ ص ١٧٧) .

(٥) الزيلعي : أبو عمر عثمان بن علي بن محجن فخر الدين الزيلعي ، من أهل زيلع (الصومال) ، قدم القاهرة وتوفي بها ٧٤٣هـ ، فقيه حنفي ، درس وأفتى ونشر الفقه واشتغل بالنحو والفرائض ، من مصنفاته : تبين الحقائق ، وبركة الكلام على أحاديث الأحكام ، وشرح الجامع الكبير للشيباني .
(الزركلي / الإعلام / ج ٤ ص ٣٧٣) (حاجي خليفة / كشف الظنون / ص ١٥١٥) .

(٦) (الزيلعي / تبين الحقائق / ج ٤ ص ١٧٧) .

المطلب الثاني

سيرة القاضي في الأحكام

هذا المطلب يتناول جملة من الأصول المتعلقة بالقاضي والأحكام التي تضمن حسن سير العدالة مما له علاقة بشخص القاضي . وهي جملة أصول نص عليها الفقهاء تُظهر مدى رقي القضاء في الإسلام .

وإن من أهم مبادئ القضاء في الإسلام مما له علاقة بشخص القاضي ، هو أن يساوي بين أطراف النزاع ، وقد أفردت له فرعاً خاصاً ، فجاء هذا المطلب على فرعين :

الفرع الأول : الأصول الخاصة بالقاضي :

أورد العلماء الأصول التي تتعلق بالقاضي ، وهي في معظمها لا خلاف فيها ، إذ إنها من القواعد العامة التي تدخل في كل أنواع المحاكمات ، وهي في الجزائيات أكد وأكثر ندباً ، نظراً لحساسية ما تعالجه ، وخطورة ما تنتجه .

ثم سيكون الاقتصار على ما له علاقة بالدعوى وما له أثر عليها أو على الحكم فيها .

وهذا هو سبب إيراد هذا الفرع وإن لم يكن خاصاً بالجزائيات ، إلا أن مخالفة هذه الأصول له أثر كبير على المحاكمة الجزائية .

وهذه الأصول هي :

- ١- أن يحافظ القاضي على سمعته وهيئته ، وذلك من خلال عدة إجراءات :
- أ - اجتناب التجارة ؛ فهي وإن كانت في أصلها مباحة ، إلا أنها تصير مكروهةً لغيرها لا لذاتها^(١).

(١) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ ص١٥) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٥٠) .

ومثل التجارة كذلك ، التماس الحوائج .

ب - لا يقبل هدية إلا من قريبه أو ممن جرت عادته بذلك^(١)، لأن الأولى صلة رحم وردّها قطيعة وهو حرام . والثانية ليست لأجل القضاء ، وإنما هي جري على العادة ، فلا يتوهم فيهما الرشوة ، فيكون من الغلول كغيرها . وعلى هذا كان الصحابة رضي الله عنهم^(٢) .

ومثلها كذلك الدعوة الخاصة^(٣) ؛ لأنها جعلت لأجله^(٤) .

ج - إذا أراد أن يعود مريضاً، فإن كان له عنده خصومة فلا يعوده، وإلا فليعدّه^(٥) .

د - أن يكون في هيئته وصفته على أحسن حال من ملبس ومنظر وزينة، فلا يخرج إلا في أحسن ثيابه^(٦) .

هـ - أن يكون في مجلسه مستقبلاً القبلة لأنه من السنة^(٧) ، ويكون

(١) انظر : (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٤٩، ٥٠) (الزليعي/ تبين الحقائق / ج ٤ ص ١٧٨) . قريبه :

يقصد به ذو الرحم المحرم . (المرجعين السابقين)

(٢) (الزليعي/ تبين الحقائق / ج ٤ ص ١٧٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٤٩، ٥٠) (الشافعي/ الأم/ ج ٦ ص ٢٣١) .

(٣) الدعوة الخاصة : قيل إنها التي يتخذها صاحبها للقاضي ، فإن لم يحضر لم يتخذها ، وقيل : كل دعوة اتخذت في غير العرس والختان فهي خاصة . وأرى أن الأول أولى . (الزليعي/ تبين الحقائق/ ج ٤ ص ١٧٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٥٠) .

(٤) (الزليعي/ تبين الحقائق / ج ٤ ص ١٧٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٥٠) .

(٥) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص ١٦) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج ١ ص ١٥) .

(٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٦ ص ٣٠٣) .

(٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٣٨) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج ١ ص ١٤) (زكريا الأنصاري/

شرح البهجة/ ج ٥ ص ٢٢٦) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج ٦ ص ١١٤) .

متربعاً^(١) أو محتبياً^(٢)^(٣). وأما الاتكاء فكرهه الشافعية^(٤)، وأجازته المالكية والحنفية^(٥) وقالوا لا بأس به؛ لأنه يزيد في الرأي لزيادة الراحة فيه^(٦)، ثم قالوا الأولى أن يأتي ما فيه تعظيم وهيبة للقضاء، ورووا عن أبي يوسف أنه استفتي في مسألة وهو متكئ، فاستوى وارتمى وتعمم، ثم أفتى تعظيماً لأمر الفتيا^(٧). فكيف بالقضاء.

وكل هذه الإجراءات حفاظاً على هيئته وسمعته، فعلى القاضي أن يراعيها.
٢- ألا يفتي في مسألة فيها خصومة^(٨).

يقول ابن عاصم في تحفته:

ومنع الإفتاء للحكام .: في كل ما يرجع للخصام^(٩)

وذلك أن الخصمين إذا لم يعلما ما عنده في المسألة كان أشد لتوقيهما من التحريف، وأبعد في الإدلال^(١٠) الذي سببه التعريض^(١١).

(١) متربعاً: ترعب في جلوسه وجلس الأربعة، وهي ضرب من المجلس (جمع جلسة). (ابن منظور/لسان العرب/ج ٨ ص ١١٠).

(٢) محتبياً: هو أن يضم الإنسان رجله إلى بطنه بثوب يجمعهما به مع ظهره ويشد عليه. (ابن منظور/لسان العرب/ج ١٤ ص ١٦١).

(٣) (ميانه الفاسي/شرح مياره/ج ١ ص ١٤) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج ١ ص ٤٠).

(٤) (زكريا الأنصاري/شرح البهجة/ج ٥ ص ٢٢٦) (قليوبي وعميرة/حاشية قليوبي وعميرة/ج ٤ ص ٣٠٣).

(٥) (ميانه الفاسي/شرح مياره/ج ١ ص ١٤) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج ٦ ص ٣٠٣) (داماد أفندي/مجمع الأنهر/ج ٢ ص ١٥٧) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج ٤ ص ١٧٨) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج ١ ص ٤٠).

(٦) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج ٤ ص ١٧٨).

(٧) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج ٤ ص ١٧٨).

(٨) (ابن المناصف/تبيين الحكام/ص ٤٩) (الكافي/إحكام الأحكام/ص ١٨).

(٩) (الكافي/إحكام الأحكام/ص ١٨).

(١٠) الإدلال: يقال فلان عليك دالة وتدلل وإدلال، وفلان يدل عليك بصحبته إدلالاً ودالة، أي يجترئ عليك. (ابن المناصف/تبيين الحكام/ص ٤٩).

(١١) (ابن المناصف/تبيين الحكام/ص ٤٩).

وقال مالك : لا يفتي القاضي في مسائل القضاء ، وأما في غير ذلك فلا بأس به^(١) ؛ كأن يكون رجل يعلم أنه متفقه يسأل على جهة التعليم^(٢) .

٣- أن يخلي ذهنه مما يشغله ، فيكون على حالة الاعتدال ويبعد كل ما يشوش فهمه^(٣) . ومن ذلك :

أ - الغضب^(٤) : لقوله ﷺ : « لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان »^(٥) .
والنهي عن الحكم حالة الغضب لما يحصل بسببه من التغير الذي يختل به النظر ، فلا يحصل استيفاء الحكم على الوجه ، فيتجاوزه إلى غير الحق^(٦) .

وقد عدّى الفقهاء هذا المعنى إلى كل ما يحصل به تغير الفكر ، وإلى سائر ما يتعلق به القلب تعلقاً يشغله عن استيفاء النظر ، وهو قياس مظنة على مظنة ، وكأن الحكمة في الاقتصار على ذكر الغضب لاستيلائه على النفس وصعوبة مقاومتها^(٧) .

ويقول ابن القيم : « من قصر النهي على الغضب وحده دون الهم المزعج والخوف المقلق والجوع والظم الشديد وشغل القلب المانع من الفهم ، فقد قلّ فقهه وفهمه ، والتعويل في الحكم على قصد المتكلم ، والألفاظ لم تقصد لنفسها ، وإنما هي مقصودة للمعاني المتوسل بها إلى معرفة مراد المتكلم ، ومراده يظهر من عموم لفظه

(١) المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق .

(٣) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ ص١٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ ص٦٤) .

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٣) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٠٣) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص٨١) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ ص١٤) .

(٥) (البخاري/ الأحكام/ باب هل يقضي القاضي أو يفتي وهو غضبان/ ح٧١٥٨) (مسلم/ الأفضية/ باب كراهة قضاء القاضي وهو غضبان/ ح١٧١٧) (الترمذي/ الأحكام/ باب ما جاء لا يقضي القاضي وهو غضبان/ ح١٣٣٤) (النسائي/ آداب القضاة/ باب ذكر ما ينبغي للحاكم أن يجتنبه/ ح٥٤٠٦) (أبو داود/ الأفضية/ باب القاضي يقضي وهو غضبان/ ح٣٥٨٩) .

(٦) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص٨١) .

(٧) المرجع السابق .

تارة ، ومن عموم المعنى الذي قصده تارة، وقد يكون فهمه من المعنى أقوى ، وقد يكون من اللفظ أقوى ، وقد يتقاربان « (١) .

ب - الجوع المفرط^(٢) : فالجائع يسرع إليه الغضب وسوء الخلق ، وقد روي فيه : « لا يقضي القاضي إلا وهو شبعان ريان »^(٣) ، إلا أن هذا الحديث ضعيف ، بل شديد الضعف^(٤) .

ج - العطش المفرط^(٥) : ودليله مثل ما ذكر في الجوع .

د - الشبع المفرط : لأن الشبع يبعد نظره ويقل فطنته^(٦) .

هـ - النوم والنعاس^(٧) .

و - الكسل^(٨) .

ز - الجزع^(٩) .

ح - الحزن والههم^(١٠) .

-
- (١) (ابن القيم/إعلام الموقعين/ج١ص١٦٦) (صديق البخاري/ظفر اللاضي/ص٨٣) .
(٢) (مياره الفاسي/شرح مياره/ج١ص١٤) (ابن المناصف/تنبيه الحكام/ص٥١) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٣٠٣) (قليوبي وعميرة/حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص٣٠٣) .
(٣) (سنن البيهقي الكبرى/ج١٠ص١٠٥/١٠٥/٢٠٠٦٩) (الدارقطني/ج٤ص٢٠٦/١٤) (الطبراني/المعجم الأوسط/ج٥ص٣٦/٤٦٠٣) (الهيتمي/بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث/ج١ص٥١٩/٤٦١) .
(٤) إذ فيه القاسم العمري ، وهو متروك . وذكره ابن عدي في الكامل في الضعفاء (ج٦ص٣٤/ح١٥٧٧) .
(٥) (مياره الفاسي/شرح مياره/ج١ص١٤) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٣٠٣) (ابن المناصف/تنبيه الحكام/ص٥١) .
(٦) (قليوبي وعميرة/حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص٣٠٣) (صديق البخاري/ظفر اللاضي/ص٨١) (ابن المناصف/تنبيه الحكام/ص٥١) .
(٧) (مياره الفاسي/شرح مياره/ج١ص١٤) (الإمام مالك/المدونة/ج٤ص١٣) (صديق البخاري/ظفر اللاضي/ص٨١) (ابن المناصف/تنبيه الحكام/ص٥١) .
(٨) (ابن المناصف/تنبيه الحكام/ص٥١) (مياره الفاسي/شرح مياره/ج١ص١٤) .
(٩) (مياره الفاسي/شرح مياره/ج١ص١٤) (السرخسي/المبسوط/ج١٦ص٦٤) .
(١٠) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٣٠٣) (مياره الفاسي/شرح مياره/ج١ص١٤) (السرخسي/المبسوط/ج١٦ص٦٤) .

- ط - أن يكون حاقناً^(١) .
 ي - الفرح الشديد^(٢) .
 ك - البرد الشديد^(٣) .
 ل - الحرّ الشديد^(٤) .
 م - المرض المؤلم^(٥) .
 ن - الخوف المزعج^(٦) .

س- إن كان شاباً فيقضي وطره من أهله ثم يجلس للقضاء^(٧) .
 ع - أن لا يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس فيه^(٨) .
 وذكر العلماء أن من وجد من ذلك شيئاً فليقم عن مجلسه ، أو يدفع الناس عنه^(٩) .

أما حكم قضاء من اعترته هذه العوارض ؛ فإن الحنفية عدّوها من الآداب ، فإن جرى الحكم فلا يؤثر مثلها في الحكم ، لأن الحكم صحيح^(١٠) .
 أما المالكية والشافعية^(١١) فيرون كراهية ذلك ، وهذا يعني نفاذ قضائه .

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٣) .

أحقن الرجل بولّه إذا حبسه، والحاقن الذي حُبس بولّه (ابن الأثير/ النهاية/ ج١ ص٤٠٧، مادة : حقن)، والحاقن : الذي له بول شديد . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٣ ص١٢٦) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٣) .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق .

(٥) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٠٣) .

(٦) المرجع السابق .

(٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٣) .

(٨) المرجع السابق .

(٩) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٤١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٣) .

(١٠) (السمرقندي/ تحفة الفقهاء/ ج٣ ص٣٧٣) .

(١١) (الشريبي/ الإقناع/ ج٢ ص٦٢٠) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٣ ص٤٠٢) .

أما الحنابلة ، وهو قول عند المالكية : أنه يجرم ذلك ، إلا إذا وافق الحق^(١) .
 دليل الجمهور : أن قضاء الغضبان نافذ ، وكذا كل ما كان في حكمه ؛ لأن
 النبي ﷺ قضى للزبير على الأنصاري مع غضبه ﷺ^(٢) .
 ودليل الحنابلة : أن الحديث نهى عن الحكم في هذه الحالة ، فقيس غيرها عليها ،
 والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ، فكان الحكم فاسداً غير مقبول^(٣) . إلا إذا وافق حكمه
 الصواب والحق ، فإنه يكون قد وقع في محله . أما بغير ذلك فإن الغضب ربما حمل على
 الجور في الحكم^(٤) .

والذي أراه أن إثبات مثل هذه العوارض أثناء الحكم أو أثناء النظر أمر عسير
 جداً ، فكيف يعلم الخصمان أن القاضي جائع أو عطش أو حاقن أو أنه شارد
 الذهن لحزن أو هم أصابه ، فكل ذلك لا يعلمه إلا القاضي من نفسه ، ولذلك كان
 القول قول الجمهور من أن قضاءه ينفذ ، إلا أنه يائمه بذلك ، لأنه خالف أمر النبي
 ﷺ فيؤاخذ بذلك ديانة ولا يفسد حكمه ، فإن ثبت أنه قضى على هذه الحال كأن
 يقر هو بذلك ، فالقول قول الحنابلة وبعض المالكية أنه لا ينفذ إلا إذا وافق الحق .
 ثم يجب الإشارة إلى أن الغضب المنهي عنه هو الغضب الشديد الذي يفقد حد
 الاتزان ، وكذا كل عارض من العوارض السابقة ، حتى يائمه بالمخالفة .

ثم أن يكون الغضب خارجاً عن حدود القضية ، فإن كان الغضب من القضية
 المعروضة أمامه فحكم ، فإنه حكم صحيح كذلك ولا يائمه بالمخالفة ، ومنها أن
 يكون الغضب مؤثراً في زيادة الحكم أو نقصانه ، فإن أتى برجل قد زنا ، وثبتت
 جنايته بالدليل القاطع وغضب القاضي فحكم عليه بالحد ، فالحكم صحيح ولا يائمه ؛
 لأنه لم يخالف ، لأن الغضب في حالتها لا يزيد ولا ينقص في الحكم ، لأنه حدٌ محدود
 وقدّر مقدور .

(١) (البهوتي/كشاف القناع/ج٣ص٣٨٩) .

(٢) (الخطاب/مواهب الجليل/ج٣ص٤٠٢) .

(٣) (ابن قدامة/الكافي في فقه ابن حنبل/ج٤ص٤٤٢) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص٩٩) .

(٤) (البهوتي/كشاف القناع/ج٦ص٣٠٦) .

ويؤكد كل ما سبق ما ورد عن رسول الله ﷺ عندما قضى وهو غضبان ، عندما قال الأنصاري الذي تخاصم مع الزبير : أن كان ابن عمك . فتلون وجه النبي ﷺ ثم قال : « اسق يا زبير حتى يبلغ الماء الجدر ، ثم أرسل الماء إلى جارك » (١) . فهذا غضب غير مؤثر في الحكم ، ولا يعارض نهى النبي ﷺ عن القضاء حالة الغضب من وجوه :

أ - أن القاضي هنا هو المعصوم عليه الصلاة والسلام ، فلا يتخيل في حقه الجور في الحكم ، حتى مع الغضب .

ب - أن الغضب لم يبلغ الحد الذي ينهى معه عن الحكم .

ج - أن الغضب لأجل القضية وليس لأمر خارج عنها .

وبذا كان غير متعارض مع النهي الوارد في القضاء حالة الغضب .

٤ - ألا يكون أحد أطراف النزاع ذا قرابة أو نسب للقاضي (٢) .

فإن كان أحد الخصوم قريباً للقاضي بولاء أو نسب ، منع من القضاء بينه وبين خصمه ، ويحق لطرف الخصومة الآخر الطعن في قضائه شكلاً لهذا السبب .

والدليل على رفض قضائه لمن هم بهذه الصفة منه ، أن ولاية القضاء فوق ولاية الشهادة، فإذا لم تجز شهادته لهؤلاء فإن قضاءه لهم لا يجوز من باب أولى (٣) .

ثم هو أولى بالرد من الشهادة ؛ لأن فوق الشاهد من ينظر عليه ، فيضعف

(١) سبق تحريجه . انظر ص ١٠٨ .

(٢) (البيجرمي/ حاشية البيجرمي على المنهج/ ج ٤ ص ٣٥٤) (السرخسي/ المبسوط/ ج ١٦ ص ١٠٧) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٩٦) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج ٦ ص ١٣٤) (القرافي/ الفروق/ ج ٤ ص ٤٣) (الزليعي/ تبيين الحقائق/ ج ٤ ص ١٩٤) (البارتي/ العناية على الهداية/ ج ٧ ص ٣٢٠) (العز/ قواعد الأحكام/ ج ٢ ص ٣٧) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج ٧ ص ١٦٢) (العبادي/ الجوهرة النيرة/ ج ٢ ص ٢٤٦) (عليش/ منح الجليل/ ج ٨ ص ٣٢٦) .

(٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج ١٦ ص ١٠٧) (القرافي/ الفروق/ ج ٤ ص ٤٣) .

إلا أن جملة من الأسئلة ترد على تعليل الفقهاء منع القضاء في هذه الحالة ، وهي :

إن كانت الجريمة في حق الله تعالى ، وجاء الشاهد وكان ذا قرابة للقاضي وشهد بذلك حسبةً ، فهل يمنع القاضي من الحكم في هذه القضية ؟ أو إن كان الطرف الذي يريد القضاء عليه ممن ليس هو بقرابة له مقررًا بالجرم ، فهل يصح قضاؤه عليه بإقراره ؟

أو إن كان طرفا القضية بنفس مرتبة القرابة من القاضي ، فهل يمنع قضاؤه بينهما؟ كأن يكون الخصمان أولاده أو جدّيه أو خاليه أو عمّيه ، أو والد وولده . فالذي يظهر من تعليل الفقهاء لمنع القضاء لهم ، أنه يجوز كل ذلك لانتفاء التهمة ، وهذا هو الذي أراه .

وقد أجاز الفقهاء في بعض الأحكام قضاء القاضي على من هو قرابة له أو ذو نسب ، لانتفاء التهمة ، ومنها : أن يحكم على قرابته لا له ، فقالوا : « إن قضاء يُقبل ؛ لأن شهادته عليهم تقبل ، ثم لأن التهمة منتفية »^(٢) .

ومنها إذا أقر المدعى عليه ، فأجازوا القضاء عليه ، ثم نصّوا على أن الإقرار حجة بنفسه ، ودور القاضي فيه أنه مظهر لا مثبت ، وأنه ليس بمنشئ للحكم فيه^(٣) . وأجازوا كذلك أن يحكم لعدوه لا عليه ، وقد رووا عن النبي ﷺ : « لا يحكم عدو على عدوّه »^(٤) ، وهو لا يصح ، وإنما قد يقاس على منع الشهادة عليه .

أما إن كان من الحدود ، كقطع يد سارق أو زنا أو شرب خمر ، فأرى جواز حكمه فيه ، وقد فعله أبو بكر رضي الله عنه ، فإنه حكم بقطع يد السارق الذي سرق

(١) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٣٤) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ ص١٦٢) (القراني/ الفروق/ ج٤ ص٤٣) .

(٢) (الجبيري/ الجبرمي على المنهج/ ج٤ ص٣٥٤) (العبادي/ الجوهرة النيرة/ ج٢ ص٢٤٦) .

(٣) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ ص١٦٢) .

(٤) وهذا لم يرد فيه أثر عن رسول الله ﷺ ، وإنما النصوص الواردة في المنع إنما هي في الشهادة .

عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقة^(١) . فهو من الحدود أولاً ، ثم فيه اعتراف من السارق ثانياً. فالتهمة بهذا منتفية

٥- الموعظة قبل بدء الخصومة ، وقبل بدء الشاهد أداء شهادته^(٢) .

وهو أصل متعلق بشخص القاضي في بداية جلسات المحاكمة ، وكذا في أثنائها، ومقصوده التذكير بالله عز وجل ، والتذكير بفضل الصلح ، وتنمية عامل المراقبة عند الخصوم والشهود .

إلا أن الموعظة لها ضوابط وأصول :

أ - أن يكون في الأمر إشكال وشبهة ، أما إن علم الحق أو كان الحق متيناً لأحدهما ، فيمضي الحكم دون موعظة^(٣) .

والوعظ مقصده ترك الخصومة ؛ وتركها في بعض الأحوال ظلم وفيه ضياع الحقوق على أصحابها ، وخصوصاً إذا كان حقاً عاماً للأمة في جريمة خطيرة ، فلا يتصور فيه الموعظة لترك الخصومة . أما إن كانت الموعظة للتذكير بإثم الكذب والافتراء ، فلا بأس بها عندئذ .

يقول ابن عاصم في تحفته :

والصلح يستدعي له إن أشكلا . ∴ حكم وأن تعين الحق فلا^(٤)

(١) (مالك/ الحدود/ باب جامع القطع/ ح ١٥٨١) (سنن البيهقي الكبرى/ ج ٨ ص ٤٩، ٢٨٣/ ح ٧٨٠٣، ١٧٠٤٠) (سنن الدارقطني/ ج ٣ ص ١٨٣/ ح ٣٠١) (مسند الشافعي/ ص ٣٣٦) (مصنف عبد الرزاق/ ج ١٠ ص ١٨٩/ ح ١٨٧٧٤) .

(عليش/ منج الجليل/ ج ٨ ص ٣٣٦) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج ٧ ص ١٦٢) .

(٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج ١٦ ص ٦١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٥٣) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص ٢١٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٥٤) (ابن خلدون/ رسالة ابن خلدون للقضاة/ ص ١١٦) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج ٢ ص ١٥٨) (ابن قدامة/ المغني/ ج ١٠ ص ١٠١) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٤٣) (ابن قدامة/ المغني/ ج ١٠ ص ١٠١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٤٦، ٥٣) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج ٢ ص ١٥٨) .

(٤) (الكافي/ أحكام الأحكام/ ص ١٨) .

ب - أن يكون في الحكم فتنة من قطعة رحم^(١) وشجار وشدة وقية .
فقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : « رددوا القضاء بين ذوي الأرحام
حتى يصطلحوا ، فإن فصل القضاء يورث الضغائن^(٢) »^(٣) . يقول ابن عاصم في
استحباب الصلح بين المتخاصمين :

ما لم يخف بفاخذ الأحكام . : . فتنة أو شحناً أولي الأرحام^(٤)
ج - ألا يكون في الموعظة ما يؤدي إلى تحليل حرام ولا تحريم حلال ولا إكراه
تخجيل^(٥) .

د - أن تكون الموعظة بالتذكير لا بالأمر والزجر أو التوعذ والتهدد^(٦) . فلا
يلح عليه بالصلح - وقال مالك : ولا أرى للوالي أن يلح على أحد الخصمين أو
يعرض عن خصومته لأجل أن يصلح . وقال بعض العلماء : لا ينبغي للقاضي أن
يردهم أكثر من مرتين إن طمع بالصلح بينهم^(٧) .
ويكون تقدير الموقف للقاضي ، فإن كانا من خواصه فله نهرهما بما لا يقدر
عليه مع غيرهم ، وقد روي أن سحنون أقام رجلين من صالحي جيرانه من بين يديه ،
وقال : استرا على أنفسكما ولا تطلعاني على سركما^(٨) .

(١) (ابن قدامة/المنقي/ج١٠ص١٠١) (داماد أفندي/مجمع الأنهر/ج٢ص١٥٨) (ابن المناصف/تبيه
الحكام/ص٤٦) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٤٣) .

(٢) الضغائن : جمع ضغينة ، وهي الأحقاد . (ابن منظور/لسان العرب/ج١٣ص٢٥٥) .

(٣) (سنن البيهقي الكبرى/ج٦ص٦٦/ح١١١٤٢) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٤ص٥٣٤/ح٢٢٨٩٦)
(مصنف عبد الرزاق/ج٨ص٣٠٣/ح١٥٣٠٤) .

(سنن البيهقي الكبرى/ج٦ص٦٦/ح١١١٤٣) ، ويلفظ : ردوا الخصوم لعلهم أن يصطلحوا ، فإنه أبرأ
للصدق وأقل للحنات) .

(٤) (الكافي/إحكام الأحكام/ص١٨) .

(٥) (ابن خلدون/رسالة ابن خلدون للقضاة/ص١١٦) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٤٣) .

(٦) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٤٣) (داماد أفندي/مجمع الأنهر/ج٢ص١٥٨) .

(٧) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٤٣) .

(٨) المرجع السابق .

بعد كل هذه الضوابط ، فإما أن تكون الموعظة عند ابتداء النزاع ، أو تكون أثناء الخصومة والنزاع ، ولكل منهما كيفية معينة .

(١) عند ابتداء النزاع وقبل طرح الحجج والأدلة ، فيسن للقاضي موعظتهم وتذكيرهم بالله تعالى ، وتعريفهم بأن من خاصم في باطل فإنه خائض في سخط الله تعالى^(١) . فيذكرهم بقول رسول الله ﷺ : « إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلي ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، وأقضى له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذ ، وإنما أقطع له قطعة من النار »^(٢) .

(٢) أثناء النزاع ، وذلك عند إبداء الحجج من شهود أو أيمان ، وكذا إذا أحس القاضي أن أحدهما حجته قوية إلا أنه يبطل .

يقول ابن فرحون : « فإن توسم في أحد الخصمين أنه أبطن شبهة أو اتهمه بدعوى الباطل إلا أن حجته في الظاهر متجهة وكتاب الحق الذي بين يديه موافق لظاهر دعواه ، فليتلف القاضي في الفحص والبحث عن حقيقة ما توهم فيه ... فإن لم ينكشف له ما يقدح في دعواه فحسن أن يتقدم إليه بالموعظة إن رأى لذلك وجهاً ، ويخوفه بالله سبحانه وتعالى »^(٣) .

ومن ذلك ما رواه مسلم في الرجل الذي جاء من حضرموت مع رجل من كندة وتحاصما على أرض ، فقال له النبي ﷺ : « ألك بينة » ؟ قال : لا . قال : « فلك يمينه » ، قال : يا رسول الله ، الرجل فاجر لا يبالي ما حلف عليه ، وليس يتورع من شيء . قال : « ليس لك منه إلا ذلك » ، فلما أدبر الرجل ليحلف ، قال رسول الله ﷺ : « أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقين الله وهو عنه » .

(١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٥٢) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص ٢١٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٥٣) .

(٢) (البخاري/ الخيل/ باب إذا غضب جارية/ ح ٦٩٦٧) (مسلم/ الأفضية/ باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة/ ح ١٧١٣) (أبو داود/ الأفضية/ باب في قضاء القاضي إذا أخطأ/ ح ٣٥٨٣) (ابن ماجه/ الأحكام/ باب قضية الحاكم لا تحمل حراماً ولا تحرم حلالاً/ ح ٢٣١٧) (مالك/ الأفضية/ باب الترغيب في القضاء بالحق/ ح ١٤٢٤) (أحمد/ عن أم سلمة/ ح ٢٥٩٥٢ ، ٢٦٠٧٨ ، ٢٦٠٨٦ ، ٢٧١٧٧) .

(٣) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص ٢١٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٥٣) .

معروض « (١) .

ومن ذلك ما رواه الأشعث بن قيس قال : كان بيني وبين رجل حكومة في بئر ، فاختصمنا إلى النبي ﷺ ، فقال : « شاهدك أو يمينه » ، فقلت : إذا جلف ولا يبالي . فقال : « من حلف على يمين صبر (٢) يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر ، لقي الله وهو عليه غضبان » (٣) .

وكل ذلك دال على أن للموعظة دوراً في التذكير بالله واليوم الآخر ؛ لأن الإنسان ساعة الخصومة قد يغفل قلبه عن الله ، فكانت الموعظة . وقد كان شريح القاضي يقول لمن يشهد عنده : « إنني لم أدعكما ، وإن ذهبتما لم أردكما ، وإنما يقضي على هذا المسلم أتتما بشهادتكما ، وإنني متق بكما من النار ، فاتقيا الله والنار » (٤) .

٦- التقييد بحدود الدعوى المرفوعة : فمن الأصول المتعلقة بالقاضي إلزامه بالتقييد بحدود الدعوى المرفوعة ، وقد ذكر العلماء ذلك ، وبينوا أن القاضي ليس حراً في إطلاق حدود الدعوى ، بل هو مقيد بموضوع الدعوى وحدود المطلوب منها .

(١) (مسلم/الإيمان/باب وعيد من أقطع حق مسلم بيمين فاجرة/ح١٣٩) (الترمذي/الأحكام/باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه/ح١٣٤٠) (أبو داود/الأيمان والندور/باب فيمن حلف يميناً ليقطع بها مالا لأحد/ح٣٢٤٥) (أحمد/عن وائل بن حجر/ح١٨٣٨) (صحيح ابن حبان/ج١١ص٤٦٣/ح٥٠٧٤) (مسند أبي عوانة/ج٤ص٤٨/ح٥٩٨١) (سنن البيهقي الكبرى/ج١٠ص١٤٣/ح٢٠٢٩١) .

ورواه الدارقطني والنسائي في السنن الكبرى والطبراني في الكبير .

(٢) يمين صبر : أي ألزم بها وحُسن عليها ، وكانت لازمة لصاحبها من جهة الحكم . (الجزري/النهاية في غريب الحديث /ج٣ص٨) .

(٣) (البخاري/تفسير القرآن/باب ﴿ إن الذين يشتركون به عهد الله ﴾/ح٤٥٥٠) (مسلم/الإيمان/باب وعيد من أقطع حق مسلم .../ح١٣٨) (الترمذي/تفسير القرآن/باب ومن سورة النساء/ح٣٠٢٠) (أحمد/عن عبد الله بن مسعود/ح٤٢٠٠، ٣٥٦٦، ٣٥٨٦، ٣٩٣٦، ٤٠٣٩، ٤٢٨١) . ورواه ابن حبان والحاكم في مستدركه وأبو عوانة والبيهقي وابن أبي شيبه وعبد الرزاق في مصنفه والبخاري .

(٤) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٥٤) (ابن المناصف/تنبيه الحكام/ص٥٥) .

وهذا واضح في حالة ما إذا كان الحق لأدعي محض ؛ لأن صاحب الحق له ألا يرفع للقضاء أصلاً ، فإذا رفع فیتقيد القاضي بحدود ما رفع فيه ، ثم إن القاضي ليس بوكيل عن صاحب الحق في حقه ليكون له تقدير مصلحة المدعي أين تكون .

أما إذا كان الحق لله تعالى ، فهل يتقيد بحدود الدعوى ، أو كان الحق مشتركاً فهل نلزمه بحدود الدعوى المرفوعة ؟ كأن يدعي إنسان على آخر ما فيه حق له وحق لله تعالى ، وكان ادعاؤه بوصف لا ينطبق على الواقعة ، كأن ادعى القتل ولم يكن كذلك ، بل كان شروعاً في القتل .

فالذي أراه أن القاضي لا يتقيد بحدود الدعوى ؛ لأن السير فيها على وصف المدعي سيؤدي لسقوط الحق ، ولو مؤقتاً ، فكان للقاضي أن يعدل صفة الدعوى ، ويمكنه أن يفهم المدعي سبب تعديل الوصف ، ويكون هذا من باب إرشاد الخصم لا تلقينه الحجة كما سبق ذكره .

أما إن كان حقاً من حقوق الله الخالصة ، فللقاضي تعديل صفة الدعوى وحدود الدعوى المرفوعة بناء على علمه وفقهه لصورة المسألة ، مع مراعاة أن تكون الحادثة التي يتم وصفها من قبل القاضي هي ذات الحادثة التي تم رفع الدعوى فيها ، فلا يضيف بتوصيفه وتكييفه أركاناً مادية غير موجودة في الدعوى ، بل ينظر في الحادثة كما وردت ، ويعطيها وصفها اللائق بها ، وخصوصاً أن القاضي في الإسلام فقيه عالم ، وله من الصفات الشخصية والعلمية ما يؤهله لإضفاء الوصف المناسب . وقد اتخذ القانون الإجرائي الجزائري في دولة الإمارات العربية المتحدة مثل هذا الموقف وقرر أن محكمة الموضوع غير مقيدة بالوصف الذي ترفع به الدعوى ، وأن من حقها رد الواقعة بعد تمحيصها إلى ما ترى أنه الوصف القانوني الصحيح دون لفت نظر الدفاع ، ما دامت الواقعة المادية هي بذاتها التي اتخذت أساساً للوصف الجرمي^(١) .

(١) (حسن حمادي/ قضاء الحدود والقصاص والدية/ ص ٣٣٦) .

٧- حفظ هيئة المجلس . ذلك أن لمجلس القضاء والحكم حرمة ، وقد ذكر العلماء صوراً من الأحكام التي يحفظ القاضي من خلالها هيئة المجلس وحرمة .
أ - إذا نهى القاضي أحد الخصمين عن الكلام ، فلم يفعل وأتى بالحجج ليخلط على صاحبه ويمنعه من الكلام ويكثر معارضته في كلامه ، أمر القاضي بأدبه^(١) .

وكذا إذا امتنع الخصم من الإجابة لا بإقرار ولا بالإنكار ، فيؤدبه القاضي ، والعقوبة في مثل هذه الحالة أمثل من العفو^(٢) .

ب - إذا قال الخصم للشهود ما يؤذيهم دون حاجة ، فله عقابه . كأن يقول : أنت شاهد زور ، أو أنك كاذب ، أو يوبخه أو يعنته . أما إن قال : إن الذي شهد به على باطل ، لم يعاقب^(٣) .

وإذا جاء الشهود لأداء الشهادة يأمر القاضي الخصمين بالسكوت وأن لا يتعرضوا للشهود وإلا أديهما^(٤) .

ج - إذا أساء إلى أعوان القاضي ، فإن له أن يؤدبه ، كضربه عشرة أسواط^(٥) .

د - إذا شتم أحد الخصمين صاحبه ، زجره بعقوبة ؛ لأن فيه انتهاكاً لحرمة مجلس القاضي وحكمه ، وأن ذلك لم يكن محض حقهما حتى يتكافأ فيه^(٦) . أما إن كانت فلتة من ذي مروءة ، فينهاه^(٧) .

وكذلك إذا لم يكن قصده الإهانة ، بل الدفاع عن نفسه ، كأن يقول له :

(١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٤٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٤٩) .

(٢) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٤٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٥١) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٤٩) .

(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٤٩) .

(٥) المرجع السابق .

(٦) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٤٥) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج ٤ ص ٣٧٩) (ابن نجيم/ البحر

الرائق/ ج ٥ ص ٤٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٤٩) .

(٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ٤٠) .

كذبت^(١) . ولا يقول : يا كاذب يا فاجر^(٢) .

ويدل على ذلك ما روي أن النبي ﷺ جاءه رجل من حضرموت مع رجل من كندة ، فاختمهما في أرض ، وليس معه بيعة ، فقال له النبي ﷺ : « فلك يمينه » ، فقال : يا رسول الله ، الرجل فاجر لا يبالي ما حلف عليه ، وليس يتورع في شيء ، فقال : « ليس لك منه إلا ذلك ... » الحديث^(٣) .

فقد وصف القاتل الرجل بما يعتبر قدحاً وذمماً في غير الخصومة ، إلا أنه أقره كونه في مقام طرح الأدلة والحجج ، وردّ حجة خصمه قبل أدائها . ولكن لو ادعى أثناء النزاع على خصمه ما يوجب العقوبة فيما لو ثبت ، فهل يعتبر ادعاءً أم لا ؟

لقد اتفق العلماء أن ذلك ليس بدعوى .

يقول الإمام زكريا الأنصاري في شرح البهجة : « ادّعت امرأة بين يدي الحاكم أن فلاناً نزل إليها ليلاً وراودها ، فلا شيء عليه ، وإن لم يثبت ذلك بخلاف ما لو نسبته لذلك لا بين يدي الحاكم فيعزّر »^(٤) .

هـ - إذا لمز أحد الخصمين القاضي ، بقوله له ظلمتني ، فليعزره .

أما إذا صرّح بالإساءة إلى القاضي فيجب فيها تأديب القاتل . وقال العلماء : ينبغي له أن يعزّر لنفسه ، لئلا يستهان به ، وليخف الناس بلزوم الحق واتباعه^(٥) .

يقول ابن عاصم في التحفة :

ومن جفا القاضي فالتأديب . : أولى وذا لشاهد مطلوب

(١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٤٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ٤٧) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج ٤ ص ٣٧٩) .

(٣) سبق تخريجه . انظر ص ٤٣٣ .

(٤) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج ٤ ص ٣٧٩) .

(٥) (السرخسي/ المبسوط/ ج ١٦ ص ٦٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٥١) (ابن المناصف/ تنبيه

الحكام/ ص ٤٦) (ابن قدامة/ المغني/ ج ١٠ ص ٩٥) .

وفلقة من ذي مروءة عشر : في جانب الشاهد مما يقتصر^(١)
 أما إن قال له : اتق الله أو اذكر الله ، فينبغي أن لا يضيق ويكبر ذلك عليه ،
 وليثبت ويجاوبه بما يليق عن ذلك ، مثل أن يقول : رزقنا الله التقوى ، وأهملنا الله
 المصلحة^(٢) .

و - أن يمنع رفع الصوت عنده ، فإن ذلك مما يبرمه ويضجره ويجيره^(٣) .
 ز - ألا يتضحك في مجلسه ويلزم العبوس من غير غضب ، وأن يقل من
 المزاح والدعابة والخوض فيما لا يصلح لمثله^(٤) .

وقالوا : إنه ينبغي له أن يباذ الخصمين كليهما ، ويترك الاسترسال معهما
 بمجالسة أنس أو محادثة سر أو انبساط لا في مجلس الحكم ولا غيره ، مجتمعين كانا أو
 مفترقين ، ولا أن يكاتبهما أو أحدهما في شيء ما دام الخصام قائماً بينهما ، فإن
 ذلك إن فعله معهما اجترأ عليه وأطمعهما بقربه وأنسه فيما لديه ، وما جرّ إلى
 التهاون بمحدود الله فممنوع^(٥) .

ح - ومنها كذلك أن يتخذ درة ، كما نص بعض الفقهاء ، وذلك للتأديب ،
 كما اتخذها سيدنا عمر رضي الله عنه ، وكانت درته من نعل رسول الله ﷺ .
 وقد منع ابن دقيق العيد^(٦) الضرب بالدرة في زمانه لذوي الهيئة ؛ لأنه يعير به
 ذرية المضروب^(٧) .

(١) (مبارة الفاسي/ شرح مباره/ ج١ ص٣١) .

(٢) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٥) .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٤٠، ٥٥) (ابن المناصف/
 تنبيه الحكام/ ص٤٨) .

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٧) (مبارة الفاسي/ شرح مباره/ ج١ ص١٥) (ابن المناصف/ تنبيه
 الحكام/ ص٤٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٤٠) .

(٥) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٩) .

(٦) ابن دقيق العيد : تقي الدين أبو الفتح بن الشيخ مجد الدين القشيري ، المعروف بابن دقيق العيد ، ولد
 ٦٥٧هـ ، ناب في الحكم والده ، كان فاضلاً ذكياً ، انقطع في القرافة مدة ، توفي في شهر رمضان
 ٧١٦هـ ، ودفن عند أبيه . (ابن قاضي شهبة/ طبقات الشافعية/ ج٢ ص٢٢٦) .

(٧) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٠٣) .

والمقصود من الدرّة على كل حال هو وجود وسيلة للتأديب حال التجاوز من أحدٍ في مجلسه ، ويحصل ذلك بالدرّة كما في زمن سيدنا عمر رضي الله عنه ، وبغيره من حبس وغرامة وغيرهما .

ط - ومن صور حفظ هيبة المجلس وهيبة القاضي ، أن القاضي إذا دخل لا يسلم على الخصوم ولا يسلمون عليه .

وقيل : بل يسلم ولا يسعه الترك . وهذا إذا كان عند دخول القاضي المسجد ، أما إذا جلس في ناحية المسجد للفصل فلا يسلم ولا يسلمون ، وإذا سلموا عليه فلا بأس أن يردّ عليهم السلام ، ولا يجب عليه رد السلام ، فيتخير ، إن شاء ردّ ، وإن شاء لم يرد ، وأنه إذا أراد الجواب فينبغي ألا يزيد على قوله « وعليكم » ، أما الشاهد فيسلم ويرد عليه^(١) .

ي - وآخر صورة لحفظ هيبة المجلس تتحدث عن كيفية الجلوس في مجلس الحكم، فقالوا:

يجلس الخصمان بين يدي القاضي ، ولا يتربعان^(٢) ولا يقعيان^(٣) ولا يجتبيان^(٤) ، ولو فعلا منعهما تعظيماً للحكم ، ويكون حالهما حال الجالس للتعلم بين يدي المعلم .

ويكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحو ذلك^(٥) .

٨- ومن الأصول المتعلقة بالقاضي ، أن يمنع الدخول عليه كثيراً ، ويمنع الركوب معه ، أو من يحف به من غير حاجة كانت لهم قبل ذلك ، إلا أن يكونوا

(١) انظر: (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٢٠، ٣٢١) (مبارة الفاسي/ شرح مباره/ ج١ ص١٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٣) .

(٢) التربع : ضرب من المجلس ، جمع جلسه . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ ص١١٠) .

(٣) الإقعاء : يقال ألقى الرجل في جلوسه ، تساند إلى ما وراءه ، وقد يقعي الرجل كأنه متساند إلى ظهره . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٥ ص١٩٢) .

(٤) الاحتباء : هو أن يضم الإنسان رجله إلى بطنه بثوب يجمعهما به مع ظهره ويشده عليه . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٤ ص١٦١) .

(٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٦، ٣٠٧) .

أهل أمانة ونصيحة وفضل ، فلا بأس بذلك ، وإذا كانوا على غير هذا الوجه كبرت نفسه وعظم عنده سلطانه .

ويكفي القاضي في معرفته قبح حال الرجل أن يصحبه في غير حاجة ولا دفع مظلمة ولا خصومة ، وحق عليه أن يمنعه من ذلك ؛ لأنهم إنما يلزمون ذلك لاستشكال أموال الناس، لأنهم يُروون الناس أن لهم عند القاضي منزلة ، ولهذا قالوا: من تردد إلى القاضي ثلاث مرات في غير حاجة ، فذلك جرحه في عدالته ، وأن يمنع من يجلس في دهليزه^(١) لغير حاجة ؛ لأن ذلك مأكلة للناس ، وحيلة عليهم ، ولا يبيع مجلسه لمن يريد أن يتزين بمجالسته ، أو يتعلم أحكامه ، فإن ذلك من خلق المستأكلين، وإنما يجالس الفقهاء والعدول الذين يحتاج إلى فقههم وشهادتهم^(٢) .

٩- أن يعتذر للمقضي عليه ، فبعد أن يظهر له وجه الحق ويحكم ، فإنه يعتذر للمقضي عليه ويبين له وجه قضائه ، ليكون ذلك أدفع لشكايته للناس ونسبته إلى أنه جار عليه ، وربما يفسد العامة عرضه وهو بريء^(٣) .

الفرع الثاني : المساواة :

وهذا من أهم المبادئ التي يجب أن تكتنف عملية التقاضي ، وهو من الأسس التي يقوم عليها القضاء في الإسلام ، ويقوم عليها كل صور الحكم . ولقد بلغ القضاء الإسلامي درجة ليس يفوقه فيها أحد في تحصيل هذا المبدأ .
ولقد نص على أهمية المساواة ووجوبها على القاضي كل العلماء ، فهو مما أجمع عليه العلماء^(٤) .

(١) الدهليز : فارسي معرب وهو ما بين الباب والدار ، والجمع دهاليز . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٥ ص٣٤٩) .

(٢) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٧) .

(٣) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٧، ١٥٨) .

(٤) (العز/ قواعد الأحكام/ ج١ ص١٧٣) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٩) (الزركشي/ المنشور في

القواعد الفقهية / ج٢ ص٦٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٦) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠

ص ١٢٠) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٤) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص٨٣) (السرخسي/

المبسوط/ ج١٦ ص٦١) .

أما الأدلة الشرعية على أهمية المساواة في القضاء ، فهي ما يلي :

١ - قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ ﴾^(١) .

فقال المفسرون في هذه الآية : أي وأن تحكموا بالإنصاف والسوية إذا قضيتم بين من ينفذ عليه أمركم . والآية خطاب لكل من ولي من أمر المسلمين شيئاً^(٢) ، وعلى رأسهم القاضي بعد الإمام الأعظم .

٢ - قوله تعالى : ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ﴾^(٣) .

فالكتاب والميزان كما قال المفسرون : هو العدل^(٤) ؛ وذلك كان من مهمة الأنبياء والرسل ، فعظم هذه المهمة من عظم المرسل والرسول والرسالة ، والمساواة مقصدها العدل ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، ولا عدل في القضاء إلا بالمساواة .

٣ - قول رسول الله ﷺ : « من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظة وإشارته ومقعده ومجلسه ، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين ما لا يرفع على الآخر »^(٥) .

٤ - وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى أهل اليمن، فقلت: يا رسول الله ، إنك ترسلني إلى قوم ولا علم لي بالقضاء ، فوضع يده

(١) (سورة النساء ، آية ٥٨) .

(٢) (القرطبي/ تفسير القرطبي/ ج ٢ ص ٢٠٥) (السيوطي/ الدر المنثور/ ج ٢ ص ٥٧١) (الطبري/ تفسير الطبري/ ج ٥ ص ١٤٤) .

(٣) (سورة الحديد ، آية رقم ٢٥) .

(٤) (الواحدي/ تفسير الواحدي/ ج ٢ ص ١٠٧١) (البغوي/ تفسير البغوي/ ج ٤ ص ٢٩٩ ، ٣٠٠) .

(٥) (سنن البيهقي الكبرى/ ج ١٠ ص ١٣٧ ، ٢٠٢٤٤ ، ٢٠٢٤٥ ، ٢٠٢٤٦) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج ٢٣ ص ٣٨٦ / ح ٩٢٣) (ج ٢٣ ص ٢٨٤ / ح ٦٢٢) (الزيلعي/ نصب الرتبة/ ج ٤ ص ٧٣) (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج ٩ ص ١٨١ ، قال : وفي إسناده عباده بن كثيرة وهو ضعيف) .

على صدري ، فقال : إن الله عز وجل سيهدي قلبك ويثبت لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضي للأول حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يبين لك القضاء . قال علي رضي الله عنه : فما زلت قاضياً أو ما شككت في قضاء بعد^(١) .

والحديث لا يستفاد منه جواز قضاء من ليس عنده علم ؛ لأن سيدنا علي رضي الله عنه لم يكن كذلك ، وإنما كان مراده من ذلك القول أنه لم يجرب سماع المرافعات بين الخصوم ، ولا كيفية هذه المرافعات ، ولا يعرف مكر الخصوم وحيلهم . ولا شك أنه لما بعثه كان عالماً بالكتاب والسنة كمعاذ رضي الله عنه^(٢) .

٥ - وقول عمر رضي الله عنه في رسالته المذكورة بداية هذا الفصل ، فإنه قال فيها : « آس بين الناس في مجلسك ووجهك » ، ومعناه سوّ بين الخصمين ، والتآسي من التسوية^(٣) .

٦ - ومن الأدلة كذلك أن علياً كرّم الله وجهه استعدى عليه رجل إلى عمر ابن الخطاب ، وكان علي جالساً في مجلس عمر بن الخطاب ، فالتفت عمر إلى علي ، وقال : قم يا أبا الحسن فاجلس مع خصمك ، فقام علي فجلس مع خصمه فنناظرا وانصرف الرجل ورجع علي إلى مجلسه فجلس فيه ، فتبين عمر التغير في وجهه ، فقال له : يا أبا الحسن ما لي أراك متغيراً ؟ أكرهت ما كان ؟ قال : نعم يا أمير المؤمنين . قال : ولم ؟ قال : لأنك كنتي بحضرة خصمي ، فهلا قلت لي : قم يا

(١) (الترمذي/الأحكام/باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما/ح١٣٣١)
(أبو داود/الأحكام/باب كيف القضاء/ح٣٥٨٢) (أحمد/عن علي رضي الله عنه/ح٧٤٧) (الزبلي/
نصب الرابة/ج٤ص٦٠) (المقدسي/الأحاديث المختارة/ج٢ص٣٨٨) (ابن سعد/الطبقات الكبرى/
ج٢ص٣٣٧) .

(٢) انظر : (العظيم آبادي/عون المعبود/ج٩ص٣٦١) .

(٣) (السرخسي/المبسوط/ج١٦ص٦١) .

يقول المطرزي في المغرب : ومعناه شارك بينهم في نظرك والتفاتك ، وقيل سوّ بينهم ، ومن روى آس من التآسية التعزية ، فقد أخطأ . (المطرزي/المغرب/ص٢٦) .

علي فاجلس مع خصمك ، فأخذ عمر برأس علي فقبل بين عينيه ، ثم قال : بأبي أتم ، بكم هدانا الله ، وبكم أخرجنا من الظلمات إلى النور^(١) .

٧ - وروي أن عمر رضي الله عنه تقدم إليه خصمان فأقامهما ، ثم عادا فأقامهما ، ثم عادا ففصل بينهما ، فقيل له في ذلك ، فقال : تقدما إليّ فوجدت لأحدهما ما لم أجد لصاحبه ، فكرهت أن أفصل بينهما على ذلك ، ثم عادا فوجدت بعض ذلك له ، ثم عادا وقد ذهب ذلك ، ففصلت بينهما^(٢) .

٨ - أن أبا هريرة رضي الله عنه كان يقضي ، فجاء الحارث بن الحكم^(٣) فجلس على وسادته التي يتكئ عليها ، فظن أبو هريرة أنه لحاجة غير الحكم حضر ، فجاءه رجل وجلس بين يدي أبي هريرة ، فقال له : مالك ؟ قال : استأدى^(٤) علي الحارث ، فقال أبو هريرة للحارث - وهو الأمير - : قم فاجلس مع خصمك ، فإنها سنة أبي القاسم عليه السلام^(٥) .

٩ - وفي مخاصمة عمر مع أبي بن كعب إلى زيد بن ثابت ، فأقسم عمر : لا يدرك زيد باب القضاء حتى يكون عمر ورجل من عرض المسلمين عنده سواء^(٦) .

أما آثار من بعد الصحابة فكثيرة لا تعد كثرة^(٧) ، واستقصاؤها صعب المثال .

(١) (ابن أبي جراحة/ بغية الطلب في تاريخ حلب/ ج٤ ص١٧١٠) .

(٢) (القرطبي/ تفسير القرطبي/ ج١٥ ص١٨٩) (الحكيم-الترمذي/ نوادر الأصول في أحاديث الرسول/ ج٢ ص١٨٠) .

(٣) الحارث بن الحكم الضمري ، ذكره ابن حبان في الثقات ، وذكر أنه من أهل المدينة .

(٤) استأدى عليه : استعدى . (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص١٦٢٥) .

(٥) الهيثمي/ بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث/ ج١ ص٤٦٠) .

(٦) سبق تخريجه ، انظر ص٣٩٨ .

(٧) منها ما روي عن المهدي أمير المؤمنين مع قاضي البصرة عبيد الله بن حسن العنبري ، لما رأى القاضي أمير المؤمنين مقبلاً لمجلسه في خصومة ، فأطرق القاضي إلى الأرض حتى جلس مع خصومه مجلس المتحاكمين ، فلما انقضت الحكومة قام القاضي فوقف بين يديه ، فقال المهدي : والله لو قمت حين دخلت إليك لعزلتك .

ومنها أن قاضي المهدي وكان اسمه عافية (وهو عافية بن يزيد)، وكان عالماً زاهداً ، فطلب من المهدي أن يعفيه ، فسأله عن السبب ، فقال : كان يتقدم إلي خصمان موسران وجيهان منذ شهرين =

أما مظاهر احترام هذا المبدأ في الأحكام القضائية ، فتظهر فيما يلي :

- ١- أن ينصف الخصمين في المدخل عليه^(١) حتى لا يتهم بالجور .
- ٢- أن ينصفهما في الاستماع منهما ، وأن ينصت لكل واحد منهما حتى تنفذ حجته^(٢) .

وقد ورد في رسالة سيدنا عمر : « فافهم إذا أدل إليك الخصمان » ؛ فقيل :
معناه اسمع كلام كل واحد من الخصمين وافهم مراده^(٣) .

فإن لم يفعل فقد ارتكب حراماً ؛ يقول الإمام الشوكاني : « فإذا قضى قبل السماع من أحد الخصمين ، كان حكمه باطلاً ، فلا يلزم قبوله ، بل يتوجه عليه نقضه ، ويعيده على وجه الصحة ، أو يعيده حاكم آخر »^(٤) .

ولا يخفى ما في ذلك من استواء الحكم على سوقه ، فإن القاضي وجد ليحكم بين خصمين ، فإن سمع من أحدهما على صورة لم يسمعها من الآخر ، كان ذلك قضاءً في غير محله ؛ لأن محل القضاء ما يسمعه من كلام الخصوم ، فإن اختل السماع من أحدهما وقع قضاؤه في غير محله .

وقد روي أن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه جاءه رجل قد فقتت عينه ، فقال له عمر : تحضر خصمك ، فقال له : يا أمير المؤمنين ، أما بك من الغضب إلا

= في قضية مشككة ، وكل يدعي بينة وشهوداً ، ويدلي بمجج تحتاج إلى تأمل وتثبت ، فوقف أحدهما من خبري على أنني أحب الرطب السكر ، فعمد إلى جمع الرطب ، ورشا بوابي على أن يدخل الطبق إلي ، فلما دخل إلي أنكرت ذلك وطردت بوابي برد الطبق ، فلما كان اليوم تقدم إلي مع خصمه ، فما تساوي في قلبي ولا في عيني ، فأقلني أقالك الله واعفني ، فأعفاه .
(ابن الجوزي/المنتظم/ج٩ ص٥٢) .

(١) (الشافعي/الأم/ج٦ ص٢٣١) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ ص٤٦) (الخرقي/مختصر الخرقبي/ص١٤٤) (ابن قدامة/عمدة الفقه/ص١٥٩) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ ص١١٩) .

(٢) (الشافعي/الأم/ج٦ ص٢٣١) .

(٣) (السرخسي/المبسوط/ج١٦ ص٦٠) .

(٤) (العظيم آبادي/عون المعبود/ج٩ ص٣٦٢) .

ما أرى ، فقال له عمر : فلعلك فقأت عيني خصمك معاً ، فحضر خصمه قد فقئت عيناه معاً ، فقال رضي الله عنه : إذا سمعت حجة الآخر بان القضاء^(١) .

٣- أن يسوي بينهما في حسن الإقبال عليهما ، فلا يخص واحداً منهما بإقبال دون الآخر^(٢) .

٤- ألا يميل إلى أحدهما بالسلام فيخصه به ، ولا بالترحيب^(٣) .

٥- لا يسأل أحدهما عن حاله ولا عن خبره ولا عن شيء من أمورهما في مجلسهما ذلك^(٤) .

٦- لا يرفع صوته على أحدهما دون الآخر ، ولا ينهر أحدهما دون الآخر^(٥) ، إلا أن يكون أحدهما مستحقاً بذنب أو سوء أدب .

٧- لا يكلم أحدهما بلسان لا يعرفه الآخر^(٦) .

٨- لا يضيف أحدهما دون الآخر^(٧) .

وقد جاء رجل إلى علي رضي الله عنه فأضافه ، فلما فرغ قال : إنني أريد أن أخاصم ، قال له : تحوّل ، فإن النبي ﷺ نهانا أن نضيف الخصم إلا ومعه خصمه^(٨) .

٩- ألا يزور أحدهما دون الآخر ، حتى وإن كان مريضاً^(٩) .

ذلك أن عيادة المريض سنة ، إلا أن الحفاظ على نزاهة القاضي وسمعة القضاء

(١) (ابن حزم/المحلى/ج٨ص٤٣٦) .

(٢) (الشافعي/الأم/ج٦ص٢٣١) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٤٦) .

(٣) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٤٦) .

(٤) المرجع السابق .

(٥) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٧ص٩) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٣٠٧) (الشافعي/الأم/ج٦ص٢٣١) .

(٦) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٧ص٩) .

(٧) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٧ص٩) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٤٦) (الشافعي/الأم/ج٦ص٢٣١) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٣٠٧) .

(٨) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٣٠٧) .

(٩) (الشافعي/الأم/ج٦ص٢٣١) .

أولى وهو واجب .

١٠- أن يسوي بينهما في النظر .

إلا أن يتعدى أحدهما ، فلا بأس أن يسوء نظره إليه تأديباً له ، وهذا إذا علم الله تعالى منه أنه لو كان ذلك من صاحبه فعل به مثل ذلك^(١) .

١١- أن يسوي بينهما في الخلوة ، فلا يخلو بأحدهما في منزله^(٢) .

١٢- أن يسوي بينهما في الإشارة^(٣) .

١٣- أن يستوي عنده الشريف والوضيع ، والحاكم والمحكوم .

حتى إنه إذا خاصم السلطان مع رجل ، فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ، فينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ، ويقعد هو على الأرض ، ثم يقضي بينهما^(٤) .

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال : « إن الله لا يقدر أمة لا يأخذ الضعيف حقه من القوي وهو غير متعتع »^(٥) .

١٤- ألا يزيد لأحدهما في جلوسه على الآخر شيئاً ؛ كوسادة ونحوها^(٦) .

وقد روي أن عمر خاصم أبي بن كعب عند زيد بن ثابت ، فألقى زيد لسيدنا

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٤٦) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٩) .

(٢) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٩) .

(٣) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٩) .

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٦) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٤) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٩) .

(٥) (الحاكم/ المستدرک/ ج٣ ص٢٨٧/ ح٥١١٧) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٦ ص١٤٥/ ح١١٥٨١) (ج١٠ ص٩٣/ ح١٩٩٨٨/ ج١٠ ص٩٤/ ح١٩٩٩٠) (مسند الشافعي/ ص٣٨١) (الطبراني/ المعجم الأوسط/ ج٥ ص١٦٣/ ح٤٩٤٩) (ابن حجر/ تلخيص الحبير/ ج٣ ص٦٣/ ح١٢٩٩) (ج٤ ص١٨٣، ١٨٤/ ح٣٠٧٧) (الهيتمي/ مجمع الزوائد/ ج٤ ص١٩٧/ ح٥٠٨، ٢٠٩/ وقال : رواه الطبراني ورجاله ثقات ، وقال : رواه أبو يعلى ورجاله رجال الصحيح ...) المتعتع: الذي يتردد في كلامه بالفاء وتسمى فافاه (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص٩١٣)

(٦) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٩) .

عمر وهو أمير المؤمنين يومئذ بوسادة، فقال عمر رضي الله عنه: « هذا أول جورك، وجلس بين يديه »^(١).

١٥- بل إن معاني المساواة زادت عن الحد الظاهر إلى الباطن ، فنص العلماء على أن القاضي يدني الضعيف حتى يشتد قلبه وينبسط لسانه^(٢) . وليس هذا تقديم للضعيف على القوي ظلماً وزوراً ، وإنما المراد هو حقيقة المساواة ؛ فالقوي يدنو بنفسه لقوته ، والضعيف لا يتجاسر على ذلك ، والقوي يتكلم بحجته وربما يعجز الضعيف عن ذلك ، فعلى القاضي أن يدني الضعيف ليساويه بخضمه حتى يقوى قلبه وينبسط لسانه فيتكلم بحجته .

١٦- وآخر مظاهر المساواة أن يسوي بين الخصمين في المجلس^(٣) .

وقد روي أن النبي ﷺ قضى أن الخصمين يقعدان بين يدي الحاكم^(٤) . ويقول الشوكاني في معنى هذا ، إن هذه الهيئة مشروعة لذاتها لا لمجرد التسوية ، فإن التسوية ممكنة بدون القعود بين يديه ، كأن يقعد أحدهما عن يمينه والآخر عن شماله^(٥) ، ووجه المشروعية فيها ... قصد إعزاز الشريعة المطهرة، والرفع من منارها، وتواضع المتكبرين لها^(٦) .

إلا أن خلافاً حصل بين العلماء في المساواة بين الخصمين إذا كان أحد الخصمين ذمياً والآخر مسلماً ، فهل يسوى بينهما في المجلس ، وكان خلافهم على

(١) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٩) . والأثر سبق تخريجه ص٣٩٨ .

(٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ ص٦٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٤٦) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٤ ، ٤٥) .

(٣) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٩) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص١١٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٤٦) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٤) .

(٤) (أبو داود/ الأفضية/ باب كيف يجلس الخصمان بين يدي القاضي/ ج٣٥٨٨) (مستدرك الحاكم/ ج٤ ص١٠٦/ ح٧٠٢٩) (سنن البيهقي الكبرى/ ج١٠ ص١٣٥/ ح٢٠٢٤٣) (أحمد/ عن عبد الله بن الزبير/ ح١٥٦٧٢) .

(٥) إلا أن القعود على هذه الهيئة ليس فيه تسوية ؛ فاليمين أفضل قطعاً ، يقال : جعل فلان على يمينه ، ونص العلماء أنه إذا جلسهم على هذه الصفة لم يكن قد سوى بينهما . (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٦) .

(٦) (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٩ ص١٨١) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص١١٦ ، ١١٧) .

قولين :

القول الأول : أنه لا يسوي بينهما ، بل يرفع موقف المسلم على موقف الكافر . وبه قال المالكية^(١) .

وذكر بعض المالكية أنهما يجلسان جميعاً بين يديه ، ويتقدمه المسلم بالشيء اليسير . وبه قال اللخمي^(٢) .

واستدل هذا الفريق بما يلي :

١- أن علياً رضي الله عنه تخاصم مع يهودي ذمي عند شريح ، وجلس مجلساً غير مجلس الذمي ، فقال علي رضي الله عنه : « لو كان خصمي من المسلمين لتساويته في المجلس ، لكن ستمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا تساووهم في المجلس »^(٣) .

٢- أن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه^(٤) .

(١) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٤٦) (ابن المناصف/تنبيه الحكام/ص٤٤) (صديق البخاري/ظفر اللاضي/ص١١٧) .

(٢) (ابن المناصف/تنبيه الحكام/ص٤٤) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٤٦) .
واللخمي : أبو الحسن بن محمد الربعي ، فقيه مالكي ، توفي ٤٧٨هـ ، له كتب متعددة أحسنها تعليقه على المدونة ، أصله من قبروان ، ونزل صفاقس ، وتوفي بها ، وهو أحد الأئمة الأربعة المعتمدة ترجيحاتهم في مختصر خليل .

(٣) (ابن حجر/لسان الميزان/ج٢ص٣٤٢) (الشوكاني/نيل الأوطار/ج٩ص١٨١) (الصنعاني/سبل السلام/ج٤ص١٢٥) (ابن الجوزي/العلل المتناهية/ج٢ص٨٧١) (ابن حجر/تلخيص الحبير/ج٤ص١٩٣/٢١٠٥) .

وقال أبو نعيم : غريب من حديث الأعمش عن إبراهيم ، تفرد به حكيم ، ورواه أولاد شريح عنه عن علي نحوه ثم ساقه بإسناده من طريق علي بن عبد الله بن معاوية بن ميسرة عن شريح وعلي بن عبد الله . ذكره الذهبي في (الميزان/ج٢ص٣٥٣) ، وذكر له قصة ثم قال : قال أبو حاتم الرازي : كتبت هذا لا يسمعه من هذا الشيخ ثم تركته لأنه موضوع . وذكره الذهبي في الميزان في ترجمة أبو سمير حكيم بن خذام وقال إنه متروك الحديث ، وقال البخاري : منكر الحديث ، وقال الشوكاني بعد أن ذكره : منكر ، وقال ابن الصلاح : لم أجده له إسناداً ثابتاً .

انظر : (تخريج أحاديث ظفر اللاضي/ص١١٥) . ورواه ابن الجوزي في العلل ، وقال : لا يصح .

(٤) (صديق البخاري/ظفر اللاضي/ص١١٧) .

القول الثاني : أنه يسوي بينهما في المجلس . وهو قول الجمهور^(١) .

فإن أبي ذلك المسلم وهو الطالب ، فلا يحكم له ولا ينظر في أمره حتى يتساويا في المجلس ويرضى بالحق . وإن كان هو المطلوب قال القاضي للمسلم : إما تساويه في المجلس وإلا نظرت له ولم ألتفت إليك ولم أسمع منك ، فإن فعل نظر له^(٢) .

إلا أنه لا يجب عليه التسوية بينهما بالقلب^(٣) .

واستدل هذا الفريق بما يلي :

١- أن رسول الله ﷺ قضى أن الخصمين يقعدان بين يدي الحاكم^(٤) . ولا

تخصص .

٢- أن النصوص الواردة بالمساواة عامة ولا تخصص^(٥) .

٣- أن قول عمر : « آس بين الناس في مجلسك » ، يشمل صاحب كل ملة ،

فاسم الناس يتناول الكل^(٦) .

٤- أن أبا يوسف رحمه الله قال في مناجاته عند موته : « اللهم إن كنت تعلم

أنني ما تركت العدل بين الخصمين إلا في حادثة واحدة ، فاغفرها لي » ، قيل : وما

تلك الحادثة ؟ قال : « ادعى نصراني على أمير المؤمنين دعوى فلم يمكنني أن آمر

الخليفة بالقيام من مجلسه والمحابة مع خصمه ، ولكنني رفعت النصراني إلى جانب

البساط بقدر ما أمكنني ، ثم سمعت الخصومة قبل أن أسوي بينهما في المجلس ، فهذا

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ج٦ص٣٠٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج١ص٤٦) (السرخسي/ المبسوط/

ج١٦ص٦١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ص٤٤) .

(٢) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ص٤٤) (السرخسي/ المبسوط/ج١٦ص٦١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ج٦

ص٣٠٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج١ص٤٦) .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ج٦ص٣٠٦) .

(٤) سبق تحريجه . انظر ص٤٤٦ .

(٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ج٦ص٣٠٦) .

(٦) (السرخسي/ المبسوط/ج١٦ص٦١) .

كان جورى « (١) .

الرأى المختار :

لا بد بداية من التأكيد على أن المشركين نجس كما ذكر الله تعالى ، ونجاستهم نجاسة اعتقاد وهي أخطر وأقوى من نجاسة الأبدان ، وهم يجمعون بينهما . وهذا مما لا يقبل النقاش ولا الجدل .

ولو تظافر مع هذا المعنى نص يؤكد عدم المساواة في مجلس القضاء لكان الاختيار بين القولين واضحاً ، إلا أن هذا النص مفقود .

فما روى عن سيدنا علي لا يصح الاحتجاج به سنداً ، في البداية ، لما نقلت من أقوال العلماء فيه ، فإسناده ضعيف ، بل وساقط .

إلا أنه مع افتراض صحته ، يحوي نصاً عاماً قد يشمل مجلس القضاء وقد لا يشمل ، وقد خصص بفهم سيدنا علي رضي الله عنه ، فهو اجتهاد منه ، إلا أن هذا الاجتهاد معارض بأدلة أخرى . ولا بد من التوفيق بينها ، ولضعف الأثر المنقول فلا حاجة للتوفيق .

ولذا كان القول الثاني هو الأصح نقلاً وعقلاً ، إلا أن قولهم إنه لا يجب عليه التسوية بينهما بالقلب ، لا يعني ذلك أن يظلم الذمي لحساب المسلم ، وإنما المقصود والله أعلم : أن الميل القلبي عند القاضي لا بد وأن يكون للمسلم فطرة ، فإن أوجبنا عليه أن يسوي فيما لا يملكه ، كان الإيجاب في غير محله ، ولذا قالوا : لا يجب عليه التسوية بالقلب بينهما .

أما قول الفريق الأول : إن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ، فهذا ليس فيه دلالة على ما نختلف فيه ؛ فإن مساواة الخصمين أمام القضاء حتى وإن كان أحدهما ذمياً ، لا يعني أن الإسلام قد علاه شيء ، فيصح استدلالهم ولو جزئياً إن قلنا إن الذمي يعلو المسلم ويرتفع فوقه ، ولكننا لم نقل به ، وإنما هي المساواة ، ثم إن العلو لا يفسر

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٦) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ ص٦١) .

بظاهره ، وإنما المقصود حقيقة العلو ، إذ لو كان الظاهر مراداً لمنعنا الذمي من صعود جبل أو شجر ؛ لأنه يخلو على مسلم قطعاً ، وهذا باطل .

ثم إن الموطن الذي نتكلم بالمساواة بينهما فيه هو في مجلس القضاء ، ومجلس القضاء له خصوصية في كل شيء حفاظاً على العدل ، ويبان ذلك أن النصوص جعلت للناس منازل كالعلماء والأئمة والولاة ، إلا أن هذه القاعدة تركت في القضاء لخصوصية هذا المجلس .

وكذلك أن القاعدة العامة أن المسلم له على أخيه المسلم حقوق كعيادة مريض والسلام عليه ورد السلام كذلك وغيرها ، إلا أنها تركت في القضاء لخصوصية هذا المجلس .

والأمثلة على ذلك تترى في أن مجلس القضاء جاء بخصوصية منصوص عليها ، والمقصد من هذه الخصوصية ضمان العدل واتباع الحق ، ولا يكون ذلك بعدم المساواة بين المسلم والذمي في المجلس ، فمن خصوصية مجلس القضاء أن يتساوى فيه من ليسوا بسواء خارجه .

وأخيراً ، فإن مقصد القضاء إرجاع الحقوق لأصحابها ، ووسيلة ذلك الحجج والبراهين ، ومنع الفقهاء كل ما يؤدي إلى منع الخصم من طرح حجته سواء منعه عن الكلام ، أو إيدائه بكلام أو نظرة أو صياح أو غيرها ، فكيف يمكن للخصم أن يطرح حجته بطلاقة دون وجل أو خوف ، وهو يرى خصمه متقدماً عليه ، فسيعلم عندها أن القضاء متحيز من بداية التحاكم ، وأنه سيؤدي إلى الظلم في نهايته . والظلم ممنوع حتى لو كان المظلوم ذمياً .

وسيدنا عمر يقول : « حتى لا يطمع شريف في حيفك ، ولا ييأس ضعيف من عدلك » ؛ فما ينبغي أن يطمع المسلم لشرف دينه في حيف القاضي في إجلاسه متقدماً ، وما ينبغي أن ييأس الذمي لخساسة دينه من عدل القاضي في إجلاسه متأخراً .

المطلب الثالث

أعوان القضاء

أعوان القضاء : مجموعة من أهل الاختصاص والخبرة فيما يوكل إليهم من أمور لها تعلق بعملية التقاضي ، ووظيفتهم مساعدة القاضي ومساندته ومعاونته على حسن سير العملية ، للوصول إلى العدل المنشود .

وقبل الحديث في أنواع هؤلاء الأعوان ، لا بد من التعرّيج على مواصفاتهم العامة ، والفائدة من وجودهم .

فقد اشترط العلماء في مجموع الأعوان الثقة والأمانة ، خوف الخيانة ، كرشوة أو استغلال الحاجات ، وحفاظاً كذلك على الأعراض في حالة مخاصمة النساء^(١) . والأعوان للقاضي كالبطانة للحاكم ، فعليه تجنب بطانة السوء ، فإن أكثر ما يؤتى عليهم من ذلك^(٢) .

ونصب الأعوان هو من وسائل الوسائل كما ذكر الإمام العز رحمة الله^(٣) . والحاجة داعية إلى وجودهم ، ينفذون على من أبي وعلى من ألدّ أمر القاضي ونهيه ، ويردعون من تعرض له ، ويزجرون من ينبغي زجره من المتخاصمين ، ويكونون له عوناً على ما يهيم به ويأمر فيه من تمشية الحق ، والأخذ على يد الظالم ، والسعي في مسائل الخصوم إذا احتيج إلى ذلك^(٤) .

وقد كان الحسن البصري^(٥) رحمه الله ينكر على القضاة اتخاذ الأعوان ، فلما

(١) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص ١٠٥) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٥٩) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٣٦) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٣٥) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص ١٠٥) .

(٣) (العز/ قواعد الأحكام/ ج ١ ص ٥٠) .

(٤) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٥٩) .

(٥) (الحسن البصري: الحسن بن يسار البصري ، حبر الأمة في زمانه ، تابعي جليل ، وأحد العلماء الفقهاء الفصحاء النساك ، توفي ١١٠ هـ . (الزركلي/ الأعلام/ ج ١ ص ٢٢٦) .

ولي القضاء وشوش عليه ما يقع في الناس عنده قال : « لا بد للسلطان من وزعة »^(١) .

وخلو الزمان الأول منهم لا يعني امتناع وجودهم وجوازه فيما بعد ؛ يقول الإمام الكاساني : « وروي أن سيدنا عمر رضي الله عنه كان يقضي في المسجد ، فإذا فرغ استلقى على ظهره وتوسد بالحصى ، وما كان ينقص ذلك من حرمة ... والناس يهابونه غاية المهابة ، فأما اليوم فقد فسد الزمان وتغير الناس ، فهان العلم وأهله ، فوَقعت الحاجة إلى هذه التكاليفات للتوسل إلى إحياء الحقوق وإنصاف المظلوم من الظالم »^(٢) . وكان هذا القول منه في معرض بيان الحاجة إلى الأعوان .

ولا يعني قول الإمام الكاساني هذا أن القاضي لم يكن له أعوان؛ بل كان، والنصوص التي أوردتها من صور للقضاء في العهود المتقدمة تدل على وجود الأعوان ، إلا أن الذي يقصده هو توظيفهم بهذه الوظيفة ، فالانحياز لم يكن معروفاً كما في الزمن الحاضر، إلا أن الحاجة في زماننا تدعو إليه على نحو أكثر من أي زمن آخر .

وقد ذكر العلماء أن الأعوان لهم مكان في مجلس القضاء ، فيكونون بعيدين عن القاضي؛ لأنهم وُجدوا لأجل الهيبة ، وهذا أهيب^(٣) . وهذا فيمن وجد لحفظ النظام في مجلس القاضي ، أما غيرهم فلكل موضعه الذي يناسب وظيفته . وفي ضبط سلوكهم ذكر العلماء أنهم مأمورون بأن لا يعاملوا الناس بشيء من الجفاء والشراسة من قول ولا فعل ، بل ينزلون كل واحد منزلته ويرفقون بالضعيف والمرأة ، ويبادرون إلى قضاء حوائجهم ، ويظهرون الشفقة عليهم^(٤) .

(١) (ابن المناصف/ تبيين الحكام/ ص ٥٩) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٣٦) .

(٢) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج ٧ ص ١٢) .

(٣) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج ٤ ص ١٧٨) .

(٤) (ابن المناصف/ تبيين الحكام/ ص ٦٠) . ويقول ابن المناصف في هذا الصنف : « وما أقل وجود هؤلاء

الآن ، وإن أحوال هذا الصنف كلها عكس ما وصف ، فعلى القاضي التماس من غلب عليه الخير منهم ، ووجدت فيه أكثر هذه الصفات » .

أما أنواع هؤلاء الأعوان ، فكما يلي :

١- البواب والحاجب . فللقاضي أن يتخذ بواباً وحاجباً، يمنع الخصوم من الازدحام^(١)، والهدف من وجوده ليس منع دخول الناس ، فإن كان لذلك فلا يحل اتخاذه^(٢) .

أما الحديث المروي في منع الاحتجاب ، وهو برواية أبي داود ، أن النبي ﷺ قال : « من ولّاه الله شيئاً من أمر المسلمين فاحتجب دون حاجتهم وخلتهم وفقرهم ، احتجب الله عنه دون حاجته وخلته وفقره »^(٣) . فالحديث يدل على منع الحاجب إن كان لمنع الوصول لا لترتيب الوصول . فقد استحب العلماء الحاجب لترتيب الخصوم ومنع المستطيل منهم ودفع الشر ، والقاضي لو أنه لم يحتجب لدخل عليه الخصوم وقت طعامه وشرابه وخلوه بأهله وصلاته الواجبة ، وجميع أوقات ليله ونهاره^(٤) .

ووسيلة الترتيب متروكة لكل زمان ومكان ، إلا أن العلماء ذكروا نماذج من هذه الوسائل ؛ منها : أن يجعل ببابه من يرقم الواصلين من الخصوم الأول فالأول ، ثم يدعوهم إلى مجلس حكمه كل خصمين على حدة^(٥) .

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٣) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٢٠) (الزليعي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص١٧٨) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٠٣) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص١٠٣) .

(٢) يقول أحمد بن عبد ربه - صاحب كتاب العقد - :

ما بال بابك محجوب يسواب .: تحميه من طارق يأتي ومتاب
لا تحجب وجهك المقورت من أحد .: فالملت يحجبه من غير حجاب
واعزل عن الباب من قد ظل يجرسه .: فإن وجهك ظلم على الباب

انظر : (القلعي/ تهذيب الرياسة وترتيب السياسة/ ص٢٥١، ٢٥٢) .

(٣) سبق تحريجه . انظر ص٤٠٨ .

(٤) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص١٠٣) .

(٥) (الشافعي/ الأم/ ج٦ ص٢٣٢) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٢١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٤٨) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص١٠٥) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٧) .

ومنها : أن تكتب أسماؤهم في بطائق وتنظم في خيط على ترتيب وصولهم ، فإذا شرع في النظر ابتداءً من الطرف الذي فيه الأول ثم استخراجها كذلك على الترتيب ، وكان سحنون يفعل هذا^(١) .

وقال البعض : إن الترتيب يكون بحسب القرعة ، فتجمع البطائق سوياً ، ثم تخلط ، فمن خرجت بطاقته بدئ به^(٢) .

وهذا ليس من العدل ، إلا أن يكون الخصوم قد أتوا سوياً دون معرفة الأول بينهم ، فهذا صحيح ؛ لأن الفقهاء نصوا أنه لا يقدم رجلاً جاء قبله غيره^(٣) .

٢- صاحب المجلس . أو الشرطي ، وهو من يحفظ الأمن والنظام في جلسة المحكمة ، وله أسماء عديدة ، ومنها الجلواز والشرطي والعريف ، وأشهرها صاحب المجلس .

ويكون معه سوط الأدب ، ويمنع الناس من التقدم بين يديه في غير وقتهم ، ويمنعهم من إساءة الأدب^(٤) .

٣- للقاضي أن يتخذ من يعتمد عليه في إخباره بأحواله وتعريفه بسيرته^(٥) ، ليجتنب بذلك ما ينبغي اجتنابه ، وهو نوع من أنواع التقييم الذي يمارسه القاضي ليتدارك ما وقع فيه وما فاتته من الزلات .

٤- الكاتب : وينبغي أن يكون صالحاً عفيفاً ، لا ذمياً ولا عبداً ولا صينياً ، ولا ممن لا تجوز شهادته ، ويقعده بحيث يراه أهلاً للشهادة .

وإن اضطر إلى غير عدل نظر فيما يكتب ولا يكله إليه . ونص البعض أن

(١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٤٧) .

(٢) (المرجع السابق) . وذكر أنه إذا تعدد خصوم الشخص الواحد فيقدم في خصامه مع واحد فقط ، إلا في سائر مطالبه مع الخصوم . (الشافعي/ الأم/ ج ٦ ص ٢٣٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٤٨) .

(٣) (الشافعي/ الأم/ ج ٦ ص ٢٣٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٦ ص ٣٠٣) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص ١٠٥) .

(٤) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج ٣ ص ٣٢١) .

(٥) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٦١) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج ١ ص ١٤) .

ذلك شأنه معه حتى وإن كان عدلاً ، فإنه ينظر إلى ما يكتبه^(١) .

٥- المزكون : فيختار القاضي من يزكي عنده الشهود ، وأنه ينصب لذلك رجلين يسألان له عن الشهود ، ويكون كشفهم في السر^(٢) .

وقد نذب العلماء أن لا يعرف الناس من ينصبه القاضي لذلك ، ضماناً للحصول على المعلومات المطلوبة دون زور أو باطل .

وأن هؤلاء المزكين لا يسألون واحداً أو اثنين ، بل أكثر من ذلك ، وذلك تحسباً من أن يزكيه أهل مودته ، أو أن يجرحه أهل عداوته .

وذكروا أنه إذا أعلم المكشف أو المزكي القاضي بما صح عنده من عدالة أو جرح قبله وعمل به إن كان واحداً ؛ لأنه ليس من باب الشهادة ، وإنما هو وكيل له .
والاثنين أولى^(٣) .

أما صورة التزكية :

« فإنه يأمر بكتابة أسمائهم وكنائهم ونسبهم ، ويرفعون فيها بما يتميز به عن غيرهم ، ويكتب صنائعهم ومعاشيهم وموضع مساكنهم وصلاتهم ، ليسأل عن جيرانهم وأهل سوقهم ومسجدهم ومحلتهم ونخلتهم ، فيكتب أسود أو أبيض أو أنزع أو أغم أو أشهل أو أكحل ، أقتى الأنف أو أفضس أو رقيق الشفتين أو غليظهما ، طويل أو قصير أو ربعة ، ونحو هذا ، ليميز ولا يقع اسم على اسم ، ويكتب اسم المشهود له والمشهود عليه وقدر الحق ، ويكتب ذلك كله لأصحاب مسائله لكل واحد رقعة »^(٤) .

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٦ ص ٣٠٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٣٥) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٣٦/ ج ٢ ص ١٥٠) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٥٦) (ابن

قدامة/ المغني/ ج ١٠ ص ١٠٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ٦) .

(٣) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٥٧) (ابن قدامة/ المغني/ ج ١٠ ص ١٠٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥

ص ٦) .

(٤) (ابن قدامة/ المغني/ ج ١٠ ص ١٠٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ٦) .

وما ذكره كان من صفات الإنسان ؛ الأنزع : الذي انحسر الشعر عن أعلى جبينه ، والأغم : الذي يأخذ الشعر جميع وجهه ، الأشهل : يشوب سواد عينيه زرقة وقيل حمرة ، الأكحل : شديدة السواد ، أقتى الأنف : من احدودب وسط أنفه مع سبوغ طرفه ، الأفضس : من انبطح أصل أنفه إلى وسط =

٦- أن يتخذ مترجماً : ويشترط فيه العدالة والصلاح التام .
قال مالك : « وإذا اختصم إليه من لا يتكلم بالعربية ولا يفهم عنه ، فليترجم عنه ثقة مسلم مأمون »^(١) . ويجوز أن تكون امرأة عدل إن لم يجد من أرجال من يترجم له^(٢) .

وهل يكفي الواحد أم لا بد من الاثنين ؟ فيه خلاف :
فمن قال إن المترجم شاهد اشترط اثنين كسائر الشهود ، ومن قال إنه مخبر لم يشترط الاثنين ، بل قال يكفي الواحد والاثنين أحسن ؛ لأن الإخبار لا يحتاج إلا إلى ثقة مأمون حتى يقبل .

وقال بالأول الحنفية^(٣) و المالكية^(٤) .

وقال بالثاني الشافعية^(٥) وبعض الحنفية^(٦) .

واستتبع ذلك عند الشافعية ومن وافقهم عدم قبول ترجمة الوالد والولد ، ولا المرأة في الحدود والمناكح ؛ لعدم قبول شهادتهم في ذلك^(٧) .

= أنفه، الربعة : من ليس بالطويل ولا بالقصير . انظر كل هذه الصفات وغيرها في (السمرقندي/رسوم القضاة/ص١٢٩ وما بعدها) .

(١) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٣٦) (البهوتي/كشاف القناع/ج٦ص٣١٠) .

(٢) (محمد بن الحسن/الجامع الصغير/ص٤٠١) (الدردير/الشرح الكبير/ج٢ص٤٩٧) .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٣٦) .

(٥) (الشريبي/الإقناع/ج٢ص٦٤٠) (الشرواني/حواشي الشرواني/ج١٠ص١٣٤) (الغزالي/الوسيط/ج٧ص٣٠٠) .

(٦) (محمد بن الحسن/الجامع الصغير/ص٤٠١) (الدردير/الشرح الكبير/ج٢ص٤٩٧) .

(٧) (الشريبي/الإقناع/ج٢ص٦٤٠) (الشرواني/حواشي الشرواني/ج١٠ص١٣٤) (الغزالي/الوسيط/ج٧ص٣٠٠) .

المبحث الثالث

أصول البيئات الجزائية

هذا المبحث ليس المقصود منه حصر البيئات الجزائية أو بيان جميع أحكامها ، لأنه خارج عن موضوع البحث ، إلا أن المقصود منه إنما هو بيان الأصول المتعلقة بالبيئات الجزائية .

وتختلف هذه الأصول بحسب نوع البيئة ، فمنها ما يشمل جميع هذه البيئات ، ومنها ما يختص بنوع دون بقية الأنواع .

ونظراً لخطورة الأحكام الصادرة في الجزائيات ، تشدد الشارع في البيئات الجزائية ، ويظهر هذا التشدد أكثر ما يظهر في حدود الله تعالى وحقوقه ، سعياً لدرء الحدود عن عباد الله؛ لقول النبي ﷺ : « ادروا الحدود بالشبهات »^(١) .

إلا أن مبدأ الدرء لا يعني انعدام العقوبة ، بل لا بد من التعزيز ، وعلى ذلك جمهور العلماء كما سبق وأن ذكرنا ، وبه أخذت قوانين الإجراءات الجزائية في الدول التي تحكم بالشرعية^(٢) .

وقد جاء هذا المبحث موزعاً على المحاور التالية :

المطلب الأول : الشهادة .

المطلب الثاني : الإقرار .

المطلب الثالث : اليمين .

المطلب الرابع : الأصول المشتركة لكل البيئات الجزائية .

(١) سبق تخرجه . انظر ص ٢٨٦ .

(٢) انظر : (حسن حمادي/ قضاء الحدود والقصاص والديات/ ص ٣٩٦) .

المطلب الأول الشهادة

الشهادة وسيلة من وسائل إثبات الحقوق ، سواء أكان الحق لله أم لأدمي ، أم كان الحق مشتركاً . وموضوع الشهادة باب مستقل في القضاء ، إلا أن الذي يهمننا منها بعض الإجراءات التي تدخل ضمن أصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، وخصوصاً الإجراءات التي يبحثها الفقهاء بصفة خاصة لأنها تتعلق بالحدود والقصاص^(١) ، وهذه الأصول كما يلي :

اشترط العلماء في الأشخاص الذين يشهدون في الحدود والقصاص على وجه التحديد عدة شروط ، وستلمح اختلافاً حتى بين أنواع الجرائم ، فما هو حق الله يختلف في وسائل إثباته عما هو حق مشترك ، وهذا ما أخذت به كذلك القوانين الحديثة في الإجراءات الجزائية الشرعية^(٢) . ومن هذه الشروط :

١ - اشتراط الذكورة في شاهد الحدود والقصاص :

فيرى جمهور الفقهاء أن شهادة المرأة في الحدود والقصاص لا تقبل ، ولا حتى اشتراكاً مع الرجال ، وسواء أكنّ قليلاً أم كثيرات^(٣) .

(١) ومن هذه الأصول : حكم شهادة الأعمى ، وشهادة كثير اللهو ، والعييد ، والأخرس ، والطفل غير البالغ دون الصبي ، والكافر ، والفاسق ، وحد العدالة ، والوالد لولده ، والأصول للفروع ، والفروع للأصول ، والعدو على عدوه ، والزوج لزوجته ، والزوجة لزوجها . فكلها أصول اختلف العلماء حولها ، وأكثر ما أوردها الفقهاء في الخلافات المالية . انظر : (محمد الطاهر / متطلبات الشهادة على المشهود عليه / مع تحقيق رسالة نعوت الشاهد لأبي القاسم عظم) .

(٢) انظر : (حسن الحمادي / قضاء الحدود والقصاص والدية / ص ٣٩٦) .

ومن هذه الأصول أن أدلة الزنى بالإكراه ليست ذات الأدلة في الزنى بغير إكراه ؛ لأن الأول حق مشترك ، والآخر حق لله تعالى خالص .

(٣) انظر : (الكاساني / بدائع الصنائع / ج ٧ ص ٤٦) (ابن نجيم / البحر الرائق / ج ٥ ص ٣٢) (ابن رشد / بداية المجتهد / ج ٢ ص ٤٢٥) (صديق البخاري / ظفر اللاضي / ص ١٢٩) (الزيلعي / تبين الحقائق / ج ٤ ص ٢٠٩) (البابرتي / العناية / ج ٧ ص ٣٦٩) .

وخالف أهل الظاهر ومعهم الشيعة الإمامية^(١)، وقالوا: تقبل إذا كان محهن رجل، وكانت النساء أكثر من واحدة.

وعند الإمامية إذا شهد ثلاثة رجال وامرأتان فإنه يرجم ويجلد بشهادتهم، أما إذا شهد رجلان وأربع نساء، فلا تقبل هذه الشهادة في الرجم وتقبل في الجلد^(٢).
واستدلوا بظاهر الآية الآمرة بقبول الشهادة في الحدود^(٣).

أما الجمهور فاستدلوا بعدة أدلة:

أ - بقوله تعالى: ﴿فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ﴾^(٤).

وقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمَّا تَوَأَمَّا بَارَبَعَةَ شُهَدَاءَ﴾^(٥).

فالآيتان نص في العدد ونص في الذكورة، لقوله شهداء، ولقوله أربعة^(٦).
فالظاهر أنهم أرادوا أن الأول جمع للمذكر، والثاني عدد مؤنث لمعدود مذكر، وهم الشهود. وهذا كله يثبت الذكورة^(٧).

ثم إن لفظ الأربعة محدد، ولو أننا أشركنا النساء في الشهادة ما أمكن أن يكون الشهود أربعاً في أي حال؛ فإن رسول الله ﷺ يقول: «أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل...» الحديث^(٨). فإن شهدت امرأتان مع ثلاثة رجال

(١) (ابن حزم/المحلى/ج٨ص٤٨٥) (المحقق الحلبي/شرائع الإسلام/ج٤ص١٢٥) (الجبلي/الروضة البهية/ج٣ص١٤٠).

(٢) (المحقق الحلبي/شرائع الإسلام/ج٤ص١٢٥) (الجبلي/الروضة البهية/ج٣ص١٤٠).

(٣) انظر: (ابن رشد/بداية المجتهد/ج٢ص٤٢٥) (ابن حزم/المحلى/ج٨ص٤٨٥).

(٤) (سورة النساء، آية رقم ١٥).

(٥) (سورة النور، آية رقم ٤).

(٦) (البايرتي/العناية/ج٧ص٣٦٩) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص٥٥).

(٧) انظر: (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص٥٥).

(٨) (البخاري/الحيض/باب ترك الحائض الصوم/ح٣٠٤) (مسلم/الإيمان/باب بيان نقصان الإيمان بنقص الطاعات/ح٨٠) (الترمذي/الإيمان/باب ما جاء في استكمال الإيمان وزيادته ونقصانه/ح٢٦١٣) (أبو داود/السنة/باب الدليل على زيادة الإيمان ونقصانه/ح٤٦٧٩) (ابن ماجه/الفتن/باب فتنة النساء/ح٤٠٠٣) (الدارمي/الطهارة/باب الحائض تسمع السجدة فلا تسجد/ح١٠٠٧) (أحمد/عن ابن عمر/ح٥٣٢١/وعن أبي هريرة/ح٨٦٤٥).

كانوا خمسة ، وإن شهدت أربع نسوة مع رجلين كانوا ستة ، فكانت الآية نصاً في الذكورة .

ب - ما روي عن الزهري أنه قال : « مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده ، أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص »^(١) .

ج - أن في شهادة المرأة شبهة البدلية ، لقيامها مقام شهادة الرجال في غير الحدود ، فلا تقبل فيما يندرى بالشبهات^(٢) .

وقولهم شبهة البدلية ؛ لأن شهادتهن مقبولة عند الحنفية مع إمكان وجود الرجلين .

والراجح هو رأي الجمهور في ذلك ، إلا أنه لا بد من التنبيه على أن هذا الحكم خاص بما هو حق لله ، أما إن كان فيما هو حق للعبد من مهر للمزني بها ، ومن غرم المسروق ، فإن حكمه كالأموال ، فتشهد المرأتان بدلاً من رجلٍ واحدٍ .

٢- اشتراط البلوغ في شاهد الجراح :

اختلف العلماء في قبول شهادة الصبي غير البالغ في الجراح . على فريقين :

الفريق الأول : يرى منع ذلك . وهو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية ، وهو رأي ابن عباس والقاسم وسالم وعطاء^(٣) ومكحول^(٤) وابن أبي

(١) (السرخسي/المبسوط/ج٩ص٦٦) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٥٣٣/ح٢٨٧١٤) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٦ص٢٧٩) (الطرابلسي/معين الحكام/ص٩٢) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج٤ص٢٠٨) (ابن الهمام/فتح القدير/ج٧ص٣٦٩) (البابرتي/العناية/ج٧ص٣٦٩) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص٥) .

(٢) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج٤ص٢٠٩) (البابرتي/العناية/ج٧ص٣٦٩) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص٥) .

(٣) عطاء : ابن أبي رباح القرشي .

(٤) مكحول : أبو عبد الله مكحول بن عبد الله ، كان مولياً لامرأة من بني قيس ، وكان سيندياً لا يفصح .

توفي سنة ١١٣هـ ، وقيل ١١٦هـ ، وكان معلماً الأوزاعي ، وعده الزهري من العلماء المشهورين .

(الشيرازي/طبقات الفقهاء/ص٧٠) .

ليلي، والأوزاعي^(١) والثوري^(٢) وإسحاق^(٣) وأبو عبيد^(٤) وأبو ثور^(٥)^(٦). واستدلوا بما يلي :

أ - أن الله تعالى يقول : ﴿ وَأَشْهَدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾^(٧) .
وقال تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾^(٨) ، وقال تعالى : ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾^(٩) . والصبي ليس برجل ولا يوصف بالعدالة، ولا هو ممن يرضى من الشهداء^(١٠) .

ب - أن الله تعالى يقول : ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آتِمٌ قَلْبُهُ ﴾^(١١) .

(١) الأوزاعي : عبد الرحمن بن عمر بن محمد الأوزاعي ، ويكنى بأبي عمر ، إمام أهل الشام ، قيل إنه أجاز في سبعين ألف مسألة ، توفي سنة ١٧٥هـ في بيروت . (ابن خلكان/وفيات الأعيان/ج ٣ ص ١٢٧) .

(٢) الثوري : الإمام سفيان بن سعيد الثوري .

(٣) إسحاق : إسحاق بن أبي الحسن إبراهيم ، أبو يعقوب بن راهويه ، جمع بين الحديث والفقہ ، أحد الأئمة الأعلام ، ولد سنة ١٦١هـ ، ت سنة ٢٣٧هـ . صاحب السبعين ألف حديث . (ابن خلكان/وفيات الأعيان/ج ١ ص ١٩٩) .

(٤) أبو عبيد : القاسم بن سلام البغدادي ، صاحب التصانيف ، قال ابن راهويه : الحق يجب لله ، أبو عبيد أفتق مني وأعلم . وقيل : إنه أول من صنف في غريب الحديث ، وله كتاب الأمثال ، وكتاب الأموال . ولد في ١٥٤هـ ، وتوفي ٢٢٤هـ .

(٥) أبو ثور : إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي ، من فقهاء بغداد ، أخذ الفقه عن الإمام الشافعي . قال عنه الإمام أحمد : هو عندي كسفيان ، وهو أحد أئمة الدنيا فقهاً وعلماً ، توفي سنة ٢٤٠هـ .

(٦) انظر : (ابن قدامة/المغني/ج ١٠ ص ١٦٦) (المواق/التاج والإكليل/ج ٨ ص ١٣٩) (علي حيدر/درر الحكام/ج ٤ ص ٤٧٥) (ابن رشد/بداية المجتهد/ج ٢ ص ٤٢٤) .

(٧) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٨٢) .

(٨) (سورة الطلاق ، آية رقم ٢) .

(٩) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٨٢) .

(١٠) (ابن قدامة/المغني/ج ١٠ ص ١٦٧) .

(١١) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٨٣) .

فأخبر سبحانه وتعالى أن الشاهد الكاتم لشهادته آثم ، والصبي لا يأثم ، فدلَّ على أنه ليس بشاهد ، ثم إن مثله لا يتحرز من الكذب ، فلا يحصل الوثوق بقوله^(١) .

ج - أن الصبي لا يقبل قوله على نفسه في الإقرار ، فلا تقبل شهادته على غيره من باب أولى^(٢) .

الفريق الثاني : وهو قول مالك ، ورواية عن أحمد رضي الله عنهما ، أن شهادة الصبي تقبل في الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحالة التي تجارحوها عليها ؛ لأن الظاهر صدقهم وضبطهم ، فإن تفرقوا لم تقبل شهادتهم ؛ لأنه يحتمل أن يلقنوا^(٣) .

وروي عن الزهري قوله : « إن شهادتهم جائزة ، ويستحلف أولياء المشجوج » .

وروي عن علي كرم الله وجهه ، أن شهادة بعضهم تقبل على بعض ، وروي أن ذلك قول شريح والحسن والنخعي^(٤) .

وروى الإمام أحمد بإسناده عن مسروق قوله : « كنا عند علي فجاءه خمسة غلمة فقالوا : إنا كنا ستة غلمة نتغط^(٥) ، ففرق منا غلام ، فشهد الثلاثة على الاثنين أنهما أغرقاه ، وشهد الاثنان على الثلاثة أنهم أغرقوه ، فجعل على الاثنين

(١) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص١٦٧) .

(٢) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص١٦٧) .

(٣) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص١٦٧) (ابن رشد/بداية المجتهد/ج٢ص٤٢٤) .

(٤) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص١٦٧) .

والنخعي : أبو عمران إبراهيم بن يزيد النخعي الكوفي ، من أكابر التابعين صلاحاً وحفظاً للحديث ، رأى عائشة رضي الله عنها ، توفي ٩٦ هـ . وكان مخفياً من الحجاج . (ابن خلكان/وفيات الأعيان/ج١ص٢٥) .

(٥) تتغط : مأخوذ من الماء الغاط وهو الكثير ، أي أنهم كانوا يسبحون في ماء كثير ويفغيون فيه . انظر :

(ابن منظور/ج١٥ص١٣٠) (الفيروزآبادي/القاموس المحيط/ص٨٧٨) .

ثلاثة أخماس الدية ، وجعلى على الثلاثة خمسيها « (١) .

والذي يظهر أن الخلاف في حالة محصورة جداً ، كما يفهم من الشروط التي اشترطها الفريق الثاني ، ويضاف لشروطهم شرط آخر وهو أن تكون هذه الحقوق من حقوق الأدميين ، لا من الحقوق الخالصة لله تعالى ، وبذا يلتقي الفريقان على منع شهادة الصبي في حقوق الله تعالى الخالصة .

وبقي صورة المسألة المختلف فيها ، والظاهر قبول شهادتهم بالشروط التي ذكرها الفريق الثاني ، ويضاف إليها كذلك أن تشهد القرائن بصدق أقوالهم ، فإن علياً كرم الله وجهه لا يخفى عليه ما نزل في كتاب الله تعالى بخصوص الشهود ، إلا أن قرائن الأحوال جعلت من كلام الصبية موضع صدق يعتمده القاضي ، ويستأنس به في حكمه ، وخاصة إذا كان في ترك شهادتهم تضييع لحق آدمي .

أما إن خلت القرائن عن التصديق لأقوالهم ، فلا يؤخذ بها ولا تعتمد . والله أعلم .

٣- اشتراط أربعة شهود في الزنا :

لقلوه تعالى : ﴿ وَالَّتِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ ﴾ (٢) .

وقوله تعالى : ﴿ ثُمَّ لَمَّا تَوَأَمُوا بَرِيعَةَ شُهَدَاءَ ﴾ (٣) .

ولفظ أربعة نص في العدد (٤) .

(١) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص١٦٧) (ابن مفلح/الفروع/ج٦ص١١) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٤٤٨/ح ٢٧٨٧٣) (الشافعي/الأم/ج٧ص١٨٦) (الخصاص/أحكام القرآن/ج١ص٦٧٨) (ابن حزم/المحلى/ج٨ص٥١٣) .

(٢) (سورة النساء ، آية رقم ١٥) .

(٣) (سورة النور ، آية رقم ٤) .

(٤) (البابرتي/العناية/ج٧ص٣٦٩) (القرافي/الفروق/ج٤ص١٤٠) (الزبيلي/تبيين الحقائق/ج٣ص١٦٥) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص٥) .

٤- اتحاد المجلس لصحة الشهادة في الزنا :

واشترط هذا الشرط الحنفية وبعض المالكية حتى لو شهدوا متفرقين لا تقبل شهادتهم ، لقول عمر رضي الله عنه : « لو جاؤوا مثل ربيعة ومضر فرادى لجلدتهم »^(١) ، فإن جاؤوا فرادى وقعدوا مقعد الشهود وقام إلى القاضي واحداً بعد واحد قبلت شهادتهم^(٢) .

ولم يشترط بقية العلماء ذلك ، وإنما أجازوا مجيئهم مجتمعين أو متفرقين ؛ لأن الشهادة في الزنى خالفت الحقوق في أعداد الشهود لا في غير ذلك من أحوالهم ، فإذا استوفي العدد ثبت الحق^(٣) .

٥- الأصالة في الشهادة على الحدود والتقصاص :

أي ألا تكون شهادة على شهادة . وهذا عند الحنفية والحنابلة^(٤) .

واستدل الحنفية على ذلك بقولهم :

أ - أن الشهادة عبادة بدنية يلزم على الأصل إيفاؤها ولا تجزي في ذلك النيابة .

ب - أن احتمال الكذب في الشهادة على الشهادة زائد . وهذا الاحتمال يعتبر شبهة تدرأ معها ما يندري بالشبهة^(٥) .

أما الشافعية فلمهم فيها ثلاثة أقوال ، وأصحها عندهم : أنه يفرق بين القصاص والقذف ، فتقبل فيهما ، وبين حد الزنا والخمر والسرقة وقطع الطريق ، فلا

(١) (الزليعي/ تبين الحقائق / ج٣ ص١٦٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص٥٥) .

(٢) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص٥٥) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص١٣٦) .

(٣) انظر : (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص١٣٦) .

(٤) (انظر : ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص٣٢) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٤٦) (ابن قدامة/

المغني/ ج١٠ ص١٩٧) (المرادوي/ الإنصاف/ ج١٢ ص٨٩) (البهوتي/ كشف القناع/ ج٦ ص٤٣٨) .

(٥) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص٣٢) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٤٦) (علي حيدر/ درر

الحكام/ ج٤ ص٤٧٥) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٣٩٩) (البهوتي/ كشف القناع/ ج٦ ص٤٣٨) .

تقبل فيها ، وهو كما يلاحظ يتعلق بنوع الحق ، فإن كان لله فلا تقبل فيه ، وإن كان للعبد فيها حق ولو مشتركاً، فإنها تقبل فيه^(١). وللتحمل عند الشافعية صور متعددة، ومنها الاسترعاء^(٢) ، ومنها أن تكون في مجلس الحكم وتكون شهادة مقبولة ، ومنها أن يسمع الشاهد الأصل يخاطب الفرع بقوله : أشهد على شهادتي ، فيشهد السامع الثالث على هذه الشهادة ، وهو جائز عندهم^(٣) .

وعند المالكية تجوز الشهادة على الشهادة في الزنى وفي سائر الحدود ، بل وفي كل شيء^(٤) .

٦- اشتراط لفظ الزنا في الشهادة على الزنا :

لأنه هو الدال على الفعل الحرام ، لا لفظ الوطء ولا الجماع ، ولا يقوم لفظ مقام لفظ الزنا .

فإن شهدوا أنه وطئها وطئاً محرماً فلا يثبت به^(٥) . ويشترط المالكية والشافعية أن يتقدم لفظ الشهادة على لفظ الزنا ، حتى لا يكون قذفاً^(٦) .

٧- أن تكون الشهادة بلفظ الشهادة :

وبغيرها لا تقبل شهادته ، وهذا عام في كل الشهادات حداً كانت أو قصاصاً أو تعزيراً ، وحتى في الأموال ؛ لأن النصوص ناطقة بالاستشهاد ، فلا يقوم مقامها

(١) انظر : (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص ٣٩٩) .

(٢) الاسترعاء : هو أن يقول أشهد على شهادتي أنني أشهد بكذا . وكأنه يقول أقبل على رعاية شهادتي وتحملها . (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص ٣٩٩) .

(٣) انظر : (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص ٣٩٩) .

(٤) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج ٤ ص ٢٠٤) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج ٧ ص ٢١٩) (المواق/ التاج والإكليل/ ج ٨ ص ٢٣٩) (عليش/ منح الجليل/ ج ٨ ص ٤٩٦) .

(٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ٥) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج ٢ ص ١٥٨) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج ٤ ص ٧) .

(٦) (الرملي/ فتاوى الرملي/ ج ٤ ص ١٥٢) .

غيرها ، لما فيها من زيادة توكيد ، ولأنها من ألفاظ اليمين ، فيكون معنى اليمين ملاحظاً فيها ، وامتناعه عن الكذب بهذا اللفظ أشد .

ثم لأن الشهادة فيها إلزام الحاكم الحكم ، وثبت ذلك على خلاف القياس ، فيراعى جميع ما ورد به النص^(١) ؛ يقول تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَرْئِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ ﴾^(٢) ، وقوله تعالى : ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾^(٣) ، وقوله تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾^(٤) .

وعند الشافعية أن باب الشهادة مائل إلى التعبد ، فالقياس دخيل فيه في بعض المواضع^(٥) .

٨- أن تكون الشهادة أمام القاضي وفي مجلسه^(٦) :

ولا يشترط أن تكون بحضور المشهود له أو المشهود عليه ، وإذا طلب المشهود عليه عرض شهادتهم عليه ، فيلزم القاضي ذلك^(٧) . وهذا شرط عام في كل شهادة .

٩- إذا كانت الجنائية متعلقة بحق من حقوق الله تعالى ، فلا يشترط تقدم دعوى لقبول الشهادة ، وإذا كانت متعلقة بحق مشترك فلا بد من دعوى لقبول الشهادة^(٨) .

(١) انظر : (الزليعي/ تبين الحقائق / ج٤ ص٢٠٩ ، ٢١٠) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٣٨٣) (علي

حيدر/ درر الحكم/ ج٤ ص٤٧٥) .

(٢) (سورة الطلاق ، آية رقم ٢) .

(٣) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٨٢) .

(٤) (سورة البقرة ، آية-رقم ٢٨٢) .

(٥) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٣٨٣) .

(٦) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٣٨٣) (علي حيدر/ درر الحكم/ ج٤ ص٤٧٥) .

(٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكم/ ج١ ص٥٧) .

(٨) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٣٨٣) (علي حيدر/ درر الحكم/ ج٤ ص٤٧٥) .

١٠- ندب الفقهاء القاضي أن يكتب شهادة الشاهد :

وأن يكتب معها اسمه ونعته وقبيلته ومسكنه ومسجده الذي يصلي فيه ،
والسنة والشهر الذي شهد فيه ، ثم يرفع ذلك عنده في ديوانه ، فقد يحتاج إلى شهادته
يوماً ، سواء أكانت الحاجة للمشهد له أو المشهود عليه ، أو لذات الشاهد ، فقد يزيد
فيها أو ينقص منها^(١) .

١١- شرط عدم التقادم في شهادة الحسبة :

فإن تقادم العهد على تحمل الشهادة ولم يحصل الأداء إلا متأخراً، كان ذلك
شبهة يمتنع معها قبول الشهادة، وقد تم بحث موضوع التقادم في الفصل الثالث ، في
شروط الدعوى الجزائية، فليراجع^(٢) .

١٢- تزكية الشهود :

والتزكية نوعان :

أ - تزكية السر . ب - تزكية العلن .

أما تزكية السر ، فذكرت مجلة الأحكام العدلية صفتها ، فجاء فيها ما يلي :

« التزكية السرية تجري بورقة يعبر عنها بالمستورة في اصطلاح الفقهاء ،
والقاضي يكتب في تلك الورقة اسم المدعي والمدعى عليه والمدعى به ، واسم
الشهود وشهرتهم وصنعتهم وأشكالهم ومحلهم وأسماء آبائهم وأجدادهم ، وإذا كانوا
معروفين يجرر أسماءهم وشهرتهم فقط . والحاصل أن يعرفهم ويبينهم بوجه يميزون
به عن غيرهم ، وبعد وضعها في غلاف وختمه يرسلها إلى المنتخبين للتزكية ، ثم عند
وصول المستورة إلى المزكين يفتحونها ويقرؤونها ، فإن كان الشهود المحررة أسماءهم

(١) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٥٦ ، ٩٩) (الزرکشي/ خبايا الزوايا/ ص٤٧٠/ مسألة ٥٦٣).

(٢) انظر : الفصل الثالث ، المبحث الثاني ، ص ٢٤١ .

فيها عدولاً ، كتبوا تحت اسم كل منهم عبارة عدول ومقبولو الشهادة ، وإن لم يكونوا عدولاً كتبوا عبارة ليسوا بعدول ، ووقعوا إمضاءاتهم وختموا فوق الغلاف وأعادوها للقاضي بدون أن يطلعوا من أتى بالمستورة ولا غيره على مضمونها «^(١) .

وذكرت المجلة كذلك صفة تزكية العلن ، فجاء فيها ما يلي :

« التزكية علناً تجري على الوجه الآتي : وهو أن يجلب المذكون إلى مجلس حضور القاضي حال حضور المترافعين وتزكى الشهود أو يرسل الشهود والمترافعان مع نائب التزكية إلى محل المذكين ، وتزكى الشهود علناً «^(٢) .

ولم يوجب أبو حنيفة تزكية الشهود ، حملاً لحال المسلمين على الصلاح ، أما إذا كان في الحدود والقصاص فإنه يسأل عنهم احتيالياً للدرء ، وقد أمر بدرء الحدود؛ لأن الحدود إن وقع فيها غلط لا يمكن تداركه ، ويظاهر العدالة لا تنتفي الشبهة ، ففيما يندرى بالشبهات لا يكتفى بذلك «^(٣) .

وروى الحنفية أن أبا حنيفة يرى أن القاضي يسأل عن الشهود وإن لم يطعن الخصم فيهم ، إذا كان متعلقاً بقضاؤه بالحدود والقصاص ، أما في غيرها فلا يسأل ، إلا إذا طعن الخصم في الشاهد «^(٤) .

أما عند أبي يوسف ومحمد ، فلم يستثنيا الحدود والقصاص ، فألزموا القاضي بالسؤال ، وسواء أكان في حق لله أم حق لأدمي ، وأن يكون هذا السؤال بالسر والعلانية «^(٥) .

(١) (لجنة المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص ٣٤٨م / ١٧١٨) . وأول من أحدث تزكية السر القاضي شريح ، وهو الذي خدم القضاء سبعين عاماً ، وقد قيل له : أحدثت يا أبا أمية ، فأجاب : أحدثتم فأحدثت . (علي حيدر/ درر الحكام/ ج ٤ ص ٤٤٦) .

(٢) (لجنة المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص ٣٤٩م / ١٧٢٠) .

(٣) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج ١٦ ص ٨٨) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج ١ ص ٢٦٤) .

(٤) (السرخسي/ المبسوط/ ج ١٦ ص ٨٨) .

(٥) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج ١ ص ٢٦٤) (السرخسي/ المبسوط/ ج ١٦ ص ٨٨) .

وقال المتأخرون بترك تزكية العلن والأخذ بتزكية السر ، كي لا ينجذع المزكي أو يخوف^(١) .

والخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه إنما هو اختلاف عصر وزمان ، فعصر أبي حنيفة رضي الله عنه من قرون الخيرية الثلاث ، وكانت الغلبة للعدول ، فكان يكتفي بظاهر العدالة ، أما عصر الصحابين فكانت الغلبة لغير العدول ، فقالا لا بد للقاضي أن يسأل الشهود^(٢) .

وعند المالكية : أن القاضي يسأل في الحدود التي هي لله وفي القصاص عن الشهود ، ولم يفرقوا بين السر والعلانية ، ونقل عن مالك أنه قال يسأل عنهم ، فإن زكوا أجاز شهادتهم ، ولا أبالي في السر سألت عنهم أو في العلانية^(٣) .

أما عدد المزكين عند المالكية ، فإنهم اشترطوا في شهود الزنا أن يكون المعدلون أربعة لكل واحد ، وهو مروى عن مالك رضي الله عنه . وعن ابن الماجشون يجوز في تعديلهم ما يجوز في تعديل غيرهم ، اثنان على كل واحد أو أربعة لجمعهم^(٤) .

وعند الشافعية والحنابلة ، أن التزكية حق لله تعالى ، يطلبها الحاكم وإن سكت عنها الخصم^(٥) .

وينبغي على التفريق بين القول بأنها حق لله أو حق للمشهود عليه ، أن القول بأنها حق للمشهود عليه ، أنه لو أقر بالعدالة حكم عليه بدون طلب التزكية ، وإن كانت من حق الله تعالى ، فلو أقر بأنه عدل فلا بد من طلب التزكية^(٦) ، على اعتبار

(١) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج١ ص٢٦٢) .

(٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ ص٨٨) .

(٣) (مالك/ المدونة/ ج٤ ص٥٤٦ ، ٥٤٧) .

(٤) (الباجي/ المنتقى/ ج٥ ص١٦٤) .

(٥) (المرادوي/ الإنصاف/ ج١١ ص٢٨٩) (الزرزقي/ المشور/ ج١ ص٣٦٠) .

(٦) المرجعين السابقين .

أن ما كان حقاً للخصم أمكن أن يتنازل عنه بإقراره ، أما ما هو حق لله فلا يتنازل عنه بإقراره ؛ لأن الحق ليس له حتى يتنازل عنه .

ولذا لو شهد جماعة على إنسان بالسرقة ، فعدّل المشهود عليه الشهود وقال : هم عدول ، فإن كانت التزكية حقاً للعبد قطعت يده ؛ لأنه تنازل عن التزكية بإقراره ، وإن كانت حقاً لله تعالى فلا تقطع وإن أقر بعد التهم حتى يسأل القاضي عن الشهود ويتأكد أنهم مزكون .

المطلب الثاني الإقرار

النوع الثاني من البيّنات هو الإقرار ، وهو أبلغ من الشهادة في الدلالة على مضمونة ، ولذا يسأل القاضي عنه قبل السؤال عن الشهود .

أما دليل قبوله حجة ؛ فقوله تعالى : ﴿ كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ ﴾ ^(١) ، وقوله تعالى : ﴿ فَلْيَكْتُِبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ ﴾ ^(٢) .

فالآية الأولى دلت على أن إقامة القسط والعدل تكون بشهادة المرء على نفسه وعلى غيره ، والأول هو الإقرار والثاني هو الشهادة .

والآية الثانية أمرت من عليه الحق أن يمل هو ، ولو لم يقبل إقراره لما كان لإملائه معنى ^(٣) .

وإجماع العلماء منعقد على أن الإقرار حجة في الحدود والقصاص ، وهو

(١) (سورة النساء ، آية رقم ١٣٥) .

(٢) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٨٢) .

(٣) انظر : (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج ٥ ص ٣) (البجيرمي/ البجيرمي على المنهج/ ج ٣ ص ٧١) (الزركشي/ المنثور في القواعد / ج ١ ص ١٨٧) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص ٢٧٩) (العز/ قواعد الأحكام/ ج ٢ ص ٤٩) .

والإملاء : من أمّل الشيء قاله فكُتِبَ ، وأملاه كامله على تحويل التضعيف . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ١١ ص ٦٣١) .

كذلك فيما دونهما من باب أولى ، فقد جاء ماعز إلى النبي ﷺ يقر بأنه قد زنى ، فرجحه ﷺ^(١) . وكذلك أرسل أنيساً وقال له : « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها »^(٢) . وعلق الرجم على مجرد الاعتراف^(٣) .

ووجه قبول الإقرار أن المقر غير متهم فيما أقر به على نفسه غالباً ، والحجج يعمل بها عند انتفاء التهمة . ولذا سمي الإقرار بسيد الحجج^(٤) ، أو كما يقال في زماننا : بأنه سيد الأدلة .

إلا أن الإقرار لا بد من توفر شرائط ومواصفات فيه حتى يكون سيد الأدلة في الجزئيات ، وهذه الشروط والمواصفات كما يلي :

١ - يشترط في الإقرار أن يكون صريحاً^(٥) .

فإن أقر وقال فيما أحسب وأظن فليس بإقرار^(٦) .

واشترط الشافعية مع الصراحة التفسير ، كالشهادة ، وذلك احتياطاً للحد ، وسعياً في ستر الفاحشة ما أمكن ، ويستأنس له بقصة ماعز^(٧) .

والحديث المروي في قصة ماعز يوضح صورةً من صور صراحة الإقرار ومعنى التفسير عند الشافعية ، فقد روى البخاري عن ابن عباس ، أنه لما أتى ماعز بن مالك إلى النبي ﷺ قال له النبي ﷺ : « لعلك قبلك ، أو غمزت ، أو نظرت » ، قال : لا يا

(١) سبق تخريجه . انظر ص ٣٠٠ .

(٢) سبق تخريجه . انظر ص ١١٥ .

(٣) انظر : (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج ٤ ص ١٣١) (علي حيدر/درر الحكام/ج ٤ ص ٨٣) (الزليعي/تبيين الحقائق/ج ٥ ص ٣) (البيجرمي/البيجرمي على المنهج/ج ٣ ص ٧١) .

(٤) انظر : (عليش/منح الجليل/ج ٦ ص ٤١٨) (علي حيدر/درر الحكام/ج ٤ ص ٨٣) .

(٥) (ابن أبي الدم/أدب القضاء/ص ٢٠٧) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج ٥ ص ٧) (ابن الشاط/إدراك الشروق/ج ٤ ص ١٦٠) (البيجرمي/البيجرمي على المنهج/ج ٣ ص ٧٢) (البخاري/كشف الأسرار/ج ٢ ص ٢٠٩) .

(٦) (البيجرمي/البيجرمي على المنهج/ج ٣ ص ٧٢) .

(٧) انظر : (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج ٤ ص ١٣١) .

رسول الله . قال : « أنكتهما » لا يكتني ، قال : فعند ذلك أمر برجمه (١) .

فالنبي ﷺ لم يكن بالزنا ، بل ذكره بعبارة واضحة لا تحفى ، وكذلك في كل إقرار لا بد أن يكون صريحاً واضحاً .

٢- أن يكون الإقرار بالحد عند القاضي - إذا كان حقاً لله تعالى - ، ولا يعتبر إن كان عند غيره ؛ لأن هذا الغير لا ولاية له في إقامة الحدود (٢) .

ولا تقبل الشهادة بذلك عليه عند الجمهور ، وإن شهدوا عليه أنه أقر أربع مرات في الزنا أو مرتين فيما سواه (٣) .

وأجازها المالكية إن أقر على نفسه بالزنا ، ولكن اختلفوا في عدد الشهود ، فهل يشترط فيها أربعة شهود ، أو يكفي فيها رجلان (٤) ؟

٣- ألا يكذبه الآخر في الزنا أو السرقة ، فإن أقر بالزنا فكذبه فلا حد عليها ودرئ الحد عن الرجل سواء قالت إنه تزوجني ، أو قالت : لا أعرفه أصلاً (٥) .

أما إن أقرت المرأة وكذبها الرجل ، فعند أبي حنيفة لا حدّ عليها ، خلافاً لأبي يوسف ومحمد .

والأصل فيه أن الحد متى لم يجب على المرأة أصلاً أو تعذر استيفاؤه عليها ، لا يجب على الرجل بالإجماع ، ومتى لم يجب على الرجل أصلاً ، لم يجب على المرأة بالإجماع . أما إن انعقد فعله موجباً للحد ، لكن بطل الحد عنه لمعنى عارض لا يمنع الوجوب على المرأة عنده ، خلافاً لهما (٦) .

وفي السرقة كذلك ، كأن قال المسروق منه : هذه العين له ، أي للشارق ، أو

(١) سبق تخريجه . انظر ص ٣٠٠ .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ٨) .

(٣) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ٨) .

(٤) انظر : (ابن الشاط/ إدرار الشروق/ ج ٤ ص ١٤٠) .

(٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ٧) .

(٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ٧) .

أنه شريك فيهما ، وغير ذلك ، فإنه لا يقطع .

٤- تكرار الإقرار أربعاً في الزنا .

اشترط الحنفية والحنابلة أن يتكرر الإقرار من المقر أربع مرات^(١) .

وشرط الحنفية فوق ذلك أن يكون هذا الإقرار في مجالس مختلفة ؛ لأن لاتحادها أثراً في جمع المتفرقات ، وعندها تتحقق شبهة الاتحاد فيه^(٢) .

والعبرة عندهم إنما هو في مجلس المقر^(٣) دون مجلس القاضي ، فلو دخل المقر أربع مرات على القاضي وهو في مجلسه الواحد ، كانت المجالس مختلفة .

وفسر محمد بن الحسن المجالس المتفرقة بأن يذهب المقر بحيث يتوارى عن بصر القاضي^(٤) .

ولو أقر كل يوم مرة أو كل شهر مرة ، فإنه يُحد^(٥) .

واستدل هذا الفريق بما حصل لما عزر عند النبي ﷺ ، فإن النبي ﷺ أحر إقامة

الحد عليه إلى أن تم إقراره أربع مرات في أربعة مجالس^(٦) .

وخالف المالكية والشافعية ، فقالوا : إنه يؤخذ بالإقرار ولو مرة واحدة^(٧) .

وردوا على دليل الفريق الأول بأن النبي ﷺ كرر على ماعز لأنه شك في

عقله ، ولهذا قال له : « أبك جنون »^(٨) ؟

والذي أراه أن المقر لا بد أن يكرر الإقرار في الزنا ، وكذا في كل حد هو من

(١) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ٧) (ابن الشاط/ إدرار الشروق/ ج ٤ ص ١٤٠) .

(٢) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ٧) .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق .

(٥) المرجع السابق .

(٦) سبق تحريجه ص ٣٠٠ .

(٧) انظر : (ابن الشاط/ إدرار الشروق/ ج ٤ ص ١٤٠) (عليش/ منح الجليل/ ج ٩ ص ٢٥٥) (زكريا الأنصاري/

أسنى المطالب/ ج ٤ ص ١٣١) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج ٤ ص ١٩٧) .

(٨) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج ٤ ص ١٣١) (عليش/ منح الجليل/ ج ٩ ص ٢٥٦) .

حدود الله تعالى بعدد ما تقبل فيه من الشهادات .

وذلك من باب التلقين له بالرجوع ، وقد فعله النبي ﷺ في قصة ماعز ، وفي قصة السارق كذلك ، فيما يرويه أبو داود من أن النبي ﷺ أتى بلص قد اعترف اعترافاً ، ولم يوجد معه متاع ، فقال رسول الله ﷺ : « ما إخالك سرقت » ؟ قال : بلى . فأعاد عليه مرتين أو ثلاثاً ، فأمر به فقطع وجيء به ، فقال : « استغفر الله وتب إليه » ، فقال : أستغفر الله وأتوب إليه ، فقال : « اللهم تب عليه » ثلاثاً^(١) .

فالنص أثبت تكرار الاعتراف مراراً ، وهذا النص وإن كان يخالفه نصوص أخرى لم يرد فيها التكرار ، إلا أن القاعدة تقول : إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما . وهذا الدليل مثبت والنصوص الأخرى ليست نافية ، والمثبت مقدم على النافي ، فكيف بما لا يفيد نفيًا ولا إثباتًا .

يقول الطحاوي^(٢) في شرح معاني الآثار : « فني هذا الحديث أن رسول الله ﷺ لم يقطعه بإقراره مرة واحدة حتى أقر ثانية ، فهذا أولى من الحديث الأول ؛ لأن فيه زيادة على ما في الأول »^(٣) .

والآثار عن الصحابة الكرام تدل على التكرار في الإقرار في السرقة .
فقد روي أن رجلاً أقر عند علي بن أبي طالب رضي الله عنه بسرقة مرتين ، فقال : شهدت على نفسك شهادتين . قال : فأمر به فقطع وعلقها في عنقه^(٤) .
ومثله كذلك ما روي عن الحسن بن علي رضي الله عنه ، أنه أتى برجل أقر بسرقة ،

(١) سبق تحريجه . انظر ص ٣٠٠ .

(٢) الطحاوي : أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري الطحاوي الحنفي ، نُسبته إلى قرية طحا من صعيد مصر ، ولد ٢٣٩هـ ، توفي ٣٢١هـ ، دفن بالقاهرة . من مصنفاته : مشكل الآثار ، شرح معاني الآثار ، أحكام القرآن ، الشروط الكبير والأوسط والصغير ، المختصر في الفقه . (الشيرازي / طبقات الفقهاء / ص ١٤٨) .

(٣) (الطحاوي / شرح معاني الآثار / ج ٣ ص ١٦٩) .

(٤) (مصنف ابن أبي شيبة / ج ٥ ص ٤٨٣ / ح ٢٨١٩٠) (مصنف عبد الرزاق / ج ١٠ ص ١٩١ / ح ١٨٧٣٣) (الطحاوي / شرح معاني الآثار / ج ٣ ص ١٧٠) (ابن حزم / المحلى / ج ١١ ص ٣٤٠) .

فقال له الحسن : فلعلك اختلسته ؟ لكي يقول لا . حتى أقرّ عنده مرتين أو ثلاثاً ، فأمر به فقطع^(١) .

وهذا فيه دلالة على أن الإقرار يكرر .

٥- أن الرجوع عن الإقرار في الحدود والقصاص مؤثر في العقوبة التي هي حق لله ، إن لم يكن هناك دليل سوى الإقرار ، ويستوي أن يكون الرجوع بنسبة أو بمحض التكذيب لنفسه بلا شبهة ولا اعتذار ، وسواء أكان الرجوع في الحد أم قبله^(٢) .

والدليل عليه في قصة ما عزر أنه لما أذلقته الحجارة ، فزع إلى الحرة ، فلحقه الناس ، فأدركوه ، فقال النبي ﷺ : « هلا تركتموه »^(٣) .

أما حقوق العباد ؛ كالقذف والقصاص ، فإنه إذا أقر بها فلا يصح الرجوع عنها^(٤) . ومثله لو أقر إنسان على نفسه أنه سرق ، فإن رجوعه يقبل في حق الله فلا تقطع يده ، ولا يقبل رجوعه في حق الأدمي ، فيغرم المسروق .

٦- قصور حجية الإقرار على المقر^(٥) ، ولا تتعداه إلى غيره ؛ لأن الإقرار على نفسه لا تهمة فيه ، بخلاف إقراره على غيره ، فلا بد من شاهد آخر على صحة قوله . ودليله أن النبي ﷺ جاءه رجل يقر على نفسه بالزنى بامرأة سماها ، فأرسل

(١) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج ٥ ص ٤٨٣ ، ٥٢٠/ ح ٢٨١٩١ ، ٢٨٥٧٨) (الطحاوي/ شرح معاني الآثار/ ج ٣ ص ١٧٠) (الزيلعي/ نصب الرابة/ ج ٤ ص ٧٨) .

(٢) انظر : (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج ٧ ص ٦١) (عليش/ منح الجليل/ ج ٩ ص ٢٥٦) (ابن الشاط/ إدرار الشروق/ ج ٤ ص ١٦١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ٥٦) .

(٣) سبق تخريجه ص ٣٠٠ .

(٤) انظر : (ابن الشاط/ إدرار الشروق/ ج ٤ ص ١٦١) (عليش/ منح الجليل/ ج ٩ ص ٢٥٦) (الكاساني/ بدائع الصنائع / ج ٧ ص ٦١) .

(٥) انظر : (المرغيناني/ الهداية شرح البداية/ ج ٣ ص ١٤٧) (السرخسي/ المبسوط/ ج ٩ ص ٤٩) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج ٥ ص ٢) (البابرتي/ العناية/ ج ٨ ص ٣٢١) (الزركشي/ المنثور في القواعد/ ج ١ ص ١٨٧) (السيوطي/ الأشباه والنظائر / ص ٤٦٥) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج ٣ ص ٥٠) .

النبي ﷺ إلى المرأة فدعاها ، فسألها عما قال ، فأنكرت ، فحذّه وتركها^(١) .

المطلب الثالث اليمين

والوسيلة الثالثة من وسائل الإثبات في الجزائيات هي اليمين .
وقد اشترط العلماء في قبول اليمين عدّة شروط ، ووضعوا لها أصولاً تحكمها .
وليس مقصدنا هنا بحث ما إذا كانت اليمين حجة أم غير حجة عند انعدام
البينة ، أو عند ردها إلى المدعي حال نكول المدعى عليه ، فهذا خارج عن موضوع
البحث ، وإنما المراد هي الشروط والأصول الخاصة بالأيمان ، وهي في قسمها الأكبر
تتشارك مع الدعوى المدنية .

وهذه الأصول والشروط كما يلي :

١- أن تكون اليمين بألفاظ محددة :

وقد اختلف الفقهاء في تحديد هذه الألفاظ ، وثمره مثل هذا الاختلاف تؤدي
إلى أن الحالف إن خالفها فإنه يعتبر ناكلاً^(٢) ، مع أن النكول لا يحكم به في الحدود
إلا أنه قد يحكم به في التعزيرات .

ومن ألفاظها : بالله الذي لا إله إلا هو^(٣) .

وفي القسامة يقول : بالله الذي أحيا وأمات^(٤) .

أما إذا كان الحالف يهودياً أو نصرانياً ، فيحلف بالله ، ويزيد اليهودي : الذي

(١) (أبو داود/الحدود/باب رجم ماعز بن مالك/ح٤٤٣٧، ٤٤٦٦) (أحمد/عن سهد بن سعد/

ح٢٢٣٦٨). وهي قصة ماعز بن مالك ، حيث إنه أقر على نفسه بالزنى .

(٢) انظر : (ابن أبي الدم/أدب القضاء/ص٢١٨، ٢٥٤) (ابن المناصف/تنبيه الحكام/ص٢٢٦) .

(٣) (ابن رشد/بداية المجتهد/ج٢ص٤٢٧) (ابن المناصف/تنبيه الحكام/ص٢٢٦) (مالك/المدونة/

ج٤ص٥) .

(٤) (ابن المناصف/تنبيه الحكام/ص٢٢٦) .

أنزل التوراة على موسى ، والنصراني : الذي أنزل الإنجيل على عيسى (١) .
ولا يحلفهم بألفاظهم ، كقولهم : لا هيا شراهما ، ولا بالعشر كلمات (٢) .
يقول ابن عاصم في تحفته :

وبعضهم يزيد لليهودي .: منزل التوراة للتشديد

كما يزيد فيه للتثقيل .: على النصراني منزل الإنجيل (٣)

والذي يظهر لي أن كل ما حدده الفقهاء من ألفاظ إنما هو من قبيل الاجتهاد ،
ولكن يشترط في أي يمين أن تكون بالله العظيم ، أو باسم من أسمائه الحسنی .
ولولي الأمر أن يحدد صيغة اليمين التي تقبل ، حتى إذا تجاوزها الحالف لا
تعد يمينا ؛ لأن اقتران الصيغة بأمر الإمام يجعلها واجبة بعد أن كانت جائزة .

٢- أن تغلظ الأيمان ، وتغليظها يكون بعدة وسائل :

أ- في المكان : وذكر العلماء الحلف في أحد المساجد الثلاثة إن كان قريبا منها
ثم في المسجد الجامع ثم في أي مسجد (٤) .

وذلك بحسب الجناية التي يحلف لها ، وكل صاحب ملة يحلف حيث يعظم من
الأماكن (٥) .

أما في المسجد فيحلف عند المنبر إن كان في المسجد النبوي ، وعند الركن إن
كان في المسجد الحرام ، وعند الصخرة إن كان في بيت المقدس ، وفي بقية المساجد

(١) انظر : (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢٦٩) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٢٢٨) .

(٢) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢٦٩) .

(٣) (الكافي/ إحكام الأحكام/ ص٤٨) .

(٤) انظر : (ابن رشد/ بداية المجتهد/ ج٢ ص٣٢٧) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٢٢٧) (ابن أبي الدم/
أدب القضاء / ص٢٥٤) (الزركشي/ خبايا الزوايا/ ص٤٦٢/ مسألة ٥٥٢) .

(٥) انظر : (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢٧٠ ، ٢٧١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٢٢٨) (مالك/
المدونة / ج٤ ص٥) .

يخلف فيما له بال في المسجد دون تحديد^(١) .

وخالف الحنفية الجمهور في التغليظ بالمكان ، وكان خلافهم في الوجوب لا في الجواز ، كما يظهر من أقوالهم ، والأثر الذي اختلفوا فيه هو قول رسول الله ﷺ : « من حلف على منبري آثماً تبوأ مقعده من النار »^(٢) .

فحصل الخلاف هل الحلف على المنبر للوجوب أم للجواز ؛ فالجمهور قالوا : يجب أن يخلف على هذه الصورة لأنه عمل الرسول ﷺ ، وعمل الخلفاء من بعده ، ولم يزل العمل عليه بالمدينة ومكة^(٣) .

أما الحنفية فقالوا : إن الآثار لا تدل على الوجوب ، وإنما كانت الحكومات في عهد رسول الله ﷺ عند المنبر ؛ لأنه كان يجلس هناك^(٤) .

فالفريقان متفقان من حيث المبدأ على أن الأيمان تغلظ بالمكان ، إلا أن الخلاف في الوجوب .

وقد نص الحنفية على أن الحاكم إذا رأى تغليظ اليمين بالمكان جاز ذلك وصار واجباً^(٥) .

ب - التغليظ بالزمان في القسامة واللعان عند مالك ، فيكون التحليف بعد العصر^(٦) .

(١) (ابن رشد/ بداية المجتهد/ ج٢ ص٤٢٧) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢٥٤) .

(٢) (أبو داود/ الأيمان والندور/ باب ما جاء في تعظيم اليمين عن منبر النبي/ ح٣٢٤٦) (ابن ماجه/ الأحكام/ باب اليمين عند مقاطع الحدود/ ح٢٣٢٥) (أحمد/ عن جابر بن عبد الله/ ح١٤٢٩٦ ، ١٤٦٠٦) (صحيح ابن حبان/ ج١٠ ص٢١٠/ ح٤٣٦٨) (موطأ مالك/ الأفضية/ باب ما جاء في الخنث على منبر النبي ﷺ/ ح١٤٣٤) (الحاكم/ المستدرک/ ج٤ ص٣٢٩/ ٧٨١٠) .

(ورواه أبو عوانة ، والبيهقي ، والشافعي في مسنده ، والنسائي في سننه الكبرى ، وعبد الرزاق في مصنفه ، وأبو يعلى) .

(٣) (ابن رشد/ بداية المجتهد/ ج٢ ص٤٢٧) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢٥٤) .

(٤) (الخصاص/ أحكام القرآن/ ج٢ ص٦٩٢) .

(٥) (الخصاص/ أحكام القرآن/ ج٢ ص٦٩٢) .

(٦) (ابن رشد/ بداية المجتهد/ ج٢ ص٤٢٨) .

يقول ابن عاصم في تحفته :

وما كمثل الدم واللعان .: فيه تحري الوقت والمكان

وهي بين تهمة أو القضا .: أو منكر أو مع شاهد رضا^(١)

واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ ﴾^(٢) ، فدلّ على أن اليمين

تغلظ بالزمان . وروي عن ابن سيرين^(٣) وقادة : استحلفا بعد العصر ، وإنما

استحلفا بعد العصر تغليظاً لليمين في الوقت المعظم^(٤) .

واختلف في كونه واجباً أم مستحباً^(٥) .

ج - التغليظ باللفظ . وهو بزيادة الفاظ من أسماء الله تعالى أو صفاته^(٦) .

والدليل على التغليظ باللفظ قول رسول الله ﷺ لرجل حلفه فقال له :

« احلف بالله الذي لا إله إلا هو ما له عندك شيء ... » الحديث^(٧) ؛ فإن اليمين

يُحصل بقوله : « بالله » ، إلا أن الزيادة دلت على جواز التغليظ باللفظ .

وكذا يصح التغليظ على النصارى واليهود ، فإن النبي ﷺ عندما حلف اليهود

قال : « أذركم بالله الذي نجاكم من آل فرعون ، وقطعكم البحر ، وظلل عليكم

(١) (مياره القاسمي/ شرح مياره/ ج١ ص٩٩) .

(٢) (سورة المائدة ، آية رقم ١٠٦) .

(٣) ابن سيرين : أبو بكر محمد بن سيرين مولى أنس بن مالك ، سمع أباهزيمة وابن عمر وابن الزبير

وغيرهم ، ولد لستين من خلافة عثمان ، وولد له ثلاثون ولداً من امرأة واحدة ، كان فقيهاً في الورع

ورعاً في الفقه ، توفي في شوال ١١٠ هـ . (الشيرازي/ طبقات الفقهاء/ ص٩٣) .

(٤) (الخصاص/ أحكام القرآن/ ج٢ ص٦٩١) .

(٥) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢٥٦) .

(٦) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢٥٣ ، ٢٦٣) .

ومن هذه الألفاظ : بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الطالب الغالب المدرك المهلك الذي

يعلم من السر ما يعلم من العلانية .

(٧) (أبو داود/ الأفضية/ باب كيف اليمين/ ح٣٦٢٤ ، ٣٦٢٠ ، ٣٢٧٥) (أحمد/ عن ابن عباس/ ح٢٢٨٠ ،

٢٦٠٨ ، ٥٣٥٦ ، ٢٦٩٠ ، ٢٩٥١) (مسند البيهقي الكبرى/ ج١٠ ص٣٧/ ح١٩٦٦١ ، ١٩٦٦٣) (مصنف

عبد الرزاق/ ج٨ ص٥٢١/ ح١٦١٣٦) (مسند البزار/ ج٦ ص١٣٥/ ح٢١٧٧) .

الغمام ، وأنزل عليكم المن والسلوى ، وأنزل التوراة على موسى »^(١) .

ففيه الدليل على التغليظ بالإيمان من حيث الألفاظ ؛ لأن الذي يقول بعد ذلك كله : « والله » ، فكأنه حلف على كل ما ذكره المحلّف وهو رسول الله ﷺ .
ومما يستأنس به كذلك ما رواه البخاري ، عن النبي ﷺ : « أن عيسى عليه السلام حلّف سارقاً ، فحلف ، وقال : قل والله الذي لا إله إلا هو »^(٢) .

د - ومنه التغليظ بالهيئة .

وروي ذلك عن مالك أنه يقام ويستقبل القبلة ، وعند الشافعية القيام دون استقبال القبلة ، وخصه بعضهم باللعان .

وفي القسامة أن يكون على رؤوس الناس وفي دبر الصلوات^(٣) .

هـ - ومنه التغليظ بالمصحف .

وقال الشافعي : « كان ابن الزبير يستحلف به ، ورأيت مطرفاً قاضي صنعاء

يستحلف به ، وهو حسن »^(٤) .

(١) (مسلم/الحدود/باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنى/ح/١٧٠٠) (أبو داود/الحدود/باب في رجم اليهوديين/ح/٤٤٤٧، ٤٤٤٨، ٤٤٥٠) (ابن ماجه/الحدود/باب رجم اليهودي واليهودية/ح/٢٥٥٨) (أحمد/عن البراء بن عازب/ح/١٨٠٥٤) (الطبراني/المعجم الكبير/ج١٢/ص٢٥٧/ح/١٣٠٣٣) (مسند الحميدي/ج٢/ص٥٤١/ح/١٢٩٤) .

(٢) (البخاري/كتاب أحاديث الأنبياء/باب قوله الله ﴿ واذكر في الكتاب مريم ﴾/ح/٣٤٤٤) (مسلم/الفضائل/باب فضائل عيسى عليه السلام/ح/٢٣٦٨) (ابن ماجه/الكفارات/باب من حلف له بالله فليحلف/ح/٢١٠٢) (ورواه أحمد) .

(٣) (ابن المانصاف/تنبيه الحكام/ص٢٢٨) (ابن أبي الدم/أدب القضاء/ص٢٥٧) .

(٤) (ابن أبي الدم/أدب القضاء/ص٢٥٦) .

المطلب الرابع

الأصول المشتركة في كل البيئات

في هذا المطلب يكون الحديث عن أصول تشترك فيها جميع البيئات ، وهي :
الأجال ، وتلقين الخصوم الحجة ، والإعذار .
وجعلت لكل منها فرعاً .

الفرع الأول : الأجال :

ورد في رسالة سيدنا عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري أنه قال :
« واجعل للمدعي حقاً غائباً أو بينة ، أجلاً ينتهي إليه ... فإن ذلك أجلى للعمى ،
وأبلغ في العذر »^(١) .

فالخصم قد يطلب الأجل لإحضار البينة ، فيضرب القاضي له الأجل اللازم
لذلك حتى إن لم يأت بحجته حكم عليه .

وقد قام بعض العلماء بذكر المدد اللازمة في بعض القضايا ، ومنها عند
الشافعية القذف بين الزوجين ، فإما أن يأتي بحجته في يوم أو يومين ، أو يلاعن^(٢) .

وكذلك في حقوق الآدميين من غير الجزائيات ، فقد حددوا ثلاثة أيام ، وفرق
البعض بين المدة الممنوحة للمدعي والمدة الممنوحة للمدعى عليه^(٣) ، بناء على أن
المدعي من إذا ترك ترك كما سبق وأن ذكرت إلا أن الأجال في الديون والأموال ،
لا يقاس عليها الأجال في الحدود والقصاص ؛ لأن الحدود والقصاص قد تحتاج إلى
وقت أطول في الإثبات .

وتقدير الوقت وسيلة من وسائل تحصيل مقاصد شرعية ، وليس لذاتها أي

(١) انظر الرسالة في مقدمة الفصل الرابع ص ٣٤٥ .

(٢) (الشافعي/ الأم/ ج ٦ ص ٢) .

(٣) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص ٢٢٤) (الزركشي/ خبايا الزوايا/ ص ٤٨٧) .

معنى ، وإنما القصد منها غيرها . وللآجال في البيئات ارتباط بالتسهيل في المعاملة كما ذكرت سابقاً ، وتقديرها بالجملة راجع إلى القاضي ، فلا بد من منحه سلطة تقديرية تخوله تقدير هذا الوقت بما يراه مصلحة .

ونص الفقهاء على أن الاجتهاد من القاضي في تقدير الأجل لازم .
يقول الخرشي^(١) : « (المحكوم عليه) سواء كان مدعياً أو مدعى عليه (إذا قال لي حجة فإن القاضي ينظرها) لأجل الإتيان بها (باجتهاده) ثم يحكم عليه بعد ذلك »^(٢) .

ويقول الإمام ابن القيم في تعليقه وشرحه على قول سيدنا عمر رضي الله عنه : « هذا من تمام العدل ، فإن المدعي قد تكون حجته أو بيته غائبة ، فلو عجل عليه بالحكم بطل الحق ، فإذا سأل أمدأ تحضر فيه حجته أجيب إليه ، ولا يتقيد ذلك بثلاثة أيام ، بل بحسب الحاجة »^(٣) .

ويقول ابن عاصم في التحفة :

ولاجتهاد الحاكم الآجال .: موكولة حيث لها استعمال^(٤)

إلا أن هذا الاجتهاد من القاضي جعل له الفقهاء ضوابط ترسم له كيفية تقدير هذا الوقت ، ومن هذه الضوابط :

١- أن الأجل جعل لأجل فائدة ، فإذا انتفت هذه الفائدة فلا أجل ، ومن

صور ذلك في كتب الفقهاء :

(١) الخرشي : أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي ، نسبة إلى قرية يقال له أبو خراش من البحيرة بمصر ، من فقهاء المالكية ، ولد ١٠١٠ هـ ، توفي ١١٠١ هـ في القاهرة ، فقيه مجتهد ، انتهت إليه الرئاسة في مصر ، وهو أول من تولى مشيخة الأزهر . من مصنفاته : الشرح الكبير على متن خليل المعروف بشرح الخرشي ، وله الشرح الصغير على متن خليل ، والفوائد السنوية في شرح المقدمة السنوية . (الجبرتي/ عجائب الآثار/ ج ١ ص ١١٣) .

(٢) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج ٧ ص ١٥٩) .

(٣) (ابن القيم/ إعلام الموقعين/ ج ١ ص ٨٦) .

(٤) (الكافي/ إحكام الأحكام/ ص ٢٣) .

« وكذلك إن ظهر عناد طالب الأجل ومدافعتة للحاكم ، لا يضرب له أمداً بل يفصل الحكومة ، فإن ضرب هذا الأمد إنما كان لتمام العدل ، فإذا كان فيه إبطال للعدل لم يجب إليه الخصم »^(١).

فالأجل إنما هو لتحقيق العدل بإحضار الحجة ؛ لأن الحكم دونها ظلم ، فقد يوجد في هذه الحجة ما يغير الحكم . أما إن كان مقصد طالب الأجل مخالفاً لذلك ؛ بأن أراد ظلماً بتأخير خصمه عن نيل مراده ، كان الأجل - والحالة هذه - معدوم الفائدة . بل صار ضرره محققاً ، فيمنع .

ومثل هذه الصورة من انعدام الفائدة ، ما لو قال المدعى عليه ليس لي حجة ، فإن القاضي يحكم عليه دون تأجيل^(٢) ؛ لأن تأجيله لإحضار حجة موهومة - لا يطلب الخصم - مناقض للعدالة . وقد يائس القاضي في مثل هذا التأخير والتأجيل .

٢- أن يراعي القاضي المساواة بين الطرفين حتى في الأجل في إحضار البيّنات والحجج . فليس من العدل أن يطيل القاضي المدة لأحدهما دون أن يعامل خصمه بنفس المعاملة . فالقاضي من عدالته أن يسوي بين الخصمين في هذه الأجال ، فإن أعطى أحدهما أجلاً أن يكون في قرارة نفسه أن خصم الطالب لو أنه طلب في ظل الظروف التي طلب فيها الطالب كان الأجل واحداً .

وهذا الضابط وإن كان موكولاً إلى أمانة القاضي ونزاهته ، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من معرفة ظهور الخلل فيه بواسطة القرائن ودلائل الأحوال .

ومن نصوص الفقهاء الدالة على هذا الضابط يقول الإمام السرخسي :

« إن القاضي عليه أن يمهل كل واحد من الخصمين بقدر ما يتمكن من إقامة الحجة فيه حتى إذا قال المدعي بينتي حاضرة ، أمهل ليأتي بها ، فربما لم يأت بها في المجلس الأول بناء على أن الخصم لا ينكر حقه لوضوحه ، فيحتاج إلى مدة ليأتي بها ، وبعدها أقام البيّنة إذا ادعى الخصم الدفع أمهله القاضي ليأتي بدفعه ، فإنه مأمور

(١) المرجع السابق .

(٢) (الخرشي/شرح مختصر خليل/ج٧ص١٥٩) (السرخسي/المبسوط/ج١٦ص٦٣) .

بالتسوية بينهما في عدله « (١) .

٣- أن يقارن القاضي بين الضرر المترتب على إطالة المدة وبين الضرر المترتب على تقصيرها ، فإن إطالة المدة في قضية لا تحتاج إلى كل هذا التطويل فيه ضرر أكبر من عدم التطويل ، والعكس صحيح في تقصير المدة .
وهذه المقارنة لها أيضاً ضوابط شرعية في معرفة الأضرار ، وأبها أعظم من الآخر .

وليس كل التقدير متروكاً للقاضي . يقول الإمام السرخسي حول هذا الضابط:

« وليكن إمهاله على وجه لا يضر بخصمه ، فإن الاستعجال إضرار بمدعي الدفع ، وفي تطويل مدة إمهاله إضرار بمن أثبت حقه ، وخير الأمور أوسطها » (٢) .

الفرع الثاني : تلقين الخصوم الحجة :

ورد في تلقين الخصوم الحجة نصوص عديدة ، واختلف العلماء في المراد من هذه النصوص .

وفيما يلي أورد هذه النصوص :

١- أن النبي ﷺ عندما جاءه ماعز مقرأً بالزنى ، أعرض عنه ، ثم قال له بعد أن أعاد الاعتراف : « لعلك قبلت ، لعلك لمست ، لعلك غمزت » (٣) .

٢- أن النبي ﷺ أتى بلص اعترف اعترافاً ولم يوجد معه متاع ، فقال له رسول الله ﷺ : « ما إخالك (٤) سرت » ، قال : بلى . قال : « اذهبوا به فاقطعوه ، ثم

(١) (السرخسي/المبسوط/ج١٦ص٦٣) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) سبق تخريجه . انظر ص ٣٠٠ .

(٤) ما إخالك : أي ما أظنك ، وهو بالكسر . (ابن منظور/لسان العرب/ج١١ص٢٢٦) .

جئنا به « ، فقطعوه ثم جاؤوا به ، فقال له : « قل-أستغفر الله وأتوب إليه » . فقال :
أستغفر الله وأتوب إليه . قال : « اللهم تب عليه » (١) .

٣- أن أبا الدرداء أتى بامرأة قد سرقت ، فقال لها : سلاماً ، أسرقت ؟ قولي
لا (٢) .

٤- أن ابن مسعود أتى برجل سرق ، فقال : أسرقت ؟ قل : وجدته . قال :
وجدته ، فخلى سبيله (٣) .

٥- أن أبا هريرة أتى بسارق وهو يومئذ أمير ، فقال : أسرقت ، أسرقت ؟ قل :
لا ، قل : لا ، مرتين أو ثلاثاً (٤) .

٦- وروي أن الحسن بن علي أتى برجل أقر بسرقة ، فقال له الحسن : لعلك
اختلست ، لكي يقول لا (٥) .

٧- وروي أن عمر أتى بسارق قد اعترف ، فقال عمر : إنني لأرى يد رجل ما
هي بيد سارق ، قال الرجل : والله ما أنا بسارق ، فأرسله عمر ولم يقطعه (٦) .

٨- وعن عطاء أنه كان يقول : كان من مضى يؤتى بالسارق ، فيقول :
أسرقت ؟ قل : لا . ولا أعلم إلا سمي أبا بكر وعمر (٧) .

٩- وروي عن علي أنه أتى برجل وامرأة وجددا في خربة ، فقال له علي :
أقربتها ؟ فجعل أصحاب علي يقولون له : قل لا . فقال : لا . فخلى سبيله (٨) .
والملاحظ أن تلقين الخصوم الحجة له عدة حالات وعدة صور :

(١) سبق تحريجه . انظر ص ٣٠٠ .

(٢) سبق تحريجه . انظر ص ٣٠٠ .

(٣) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ ص٥١٩/ح٢٨٥٧٥) (مصنف عبد الرزاق/ج١٠ ص٢٢٤/ح١٨٩٢١) .

(٤) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ ص٥٢٠/ح٢٨٥٧٦) .

(٥) سبق تحريجه . انظر ص ٤٧٥ .

(٦) سبق تحريجه . انظر ص ٢٢٢ .

(٧) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ ص٥٢٠/ح٢٨٥٨٠) (مصنف عبد الرزاق/ج١٠ ص٢٢٤/ح١٨٩١٩) .

(٨) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ ص٥٢٠/ح٢٨٥٨١) .

١- أن يكون بلفظ (ارجع) ، أو أن يكون بلفظ (لعلك) ، و(ما إخالك) ، وهو تعريض بالرجوع .

٢- أن يكون الجرم ثابتاً بإقرار ، أو أن يكون ثابتاً بشهود .

٣- أن يكون الجرم في حق من حقوق الله الخالصة ، أو في حق مشترك .
والظاهر أن التلقين ممنوع اتفاقاً فيما يتعلق بحق الأدميين^(١) . ونص العديد من الفقهاء على حرمة^(٢) .

أما إن كان في حد من الحدود وكان التلقين بلفظ ارجع ، أو قل لا ، فمنعه الشافعية ، وهو ممنوع كذلك في حقوق العباد من باب أولى^(٣) .

والحنفية أجازوا-مثل هذا التلقين في الحدود وفيما هو حق مشترك ، ولكن أن يكون ذلك بإقرار المتهم ، دون سائر البيئات^(٤) .

أما التعريض فإن له صوراً متعددة وصيغاً متعددة ذكرها العلماء^(٥) .

ومنها : لعلك غضبت ، في السرقة ، أو لعلك أخذت بإذن المالك ، أو لعلك أخذت من غير حرز ، أو لعلك اختلسته .

وفي الزنا : لعلك لامست ، أو لعلك قبلت ، أو لعلك فأخذت ، أو لعلك وطئت بشبهة ، أو لعلك تزوجتها .

وفي شرب الخمر : لعلك ما علمته خمرأ ، أو لم تعلمه مسكرأ .

(١) انظر : (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٤٧) .

(٢) (الشافعي/الأم/ج٧ص٥٥) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص١٥١) (قليوبي وعميرة/حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص١٩٧) .

(٣) (الشافعي/الأم/ج٧ص٥٥) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص١٥١) (قليوبي وعميرة/حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص١٩٧) .

(٤) انظر (السرخسي/المبسوط/ج٩ص١٤١) .

(٥) (قليوبي وعميرة/حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص١٩٨) (زكريا الأنصاري/ج٤ص١٥١) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص٨) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٤٧) .

ومن هذه الصيغ أن يقول له : يلزمك على قولك كذا وكذا^(١) .

أما إن كان الجرم ثابتاً بغير الإقرار ، كأن يأتي به شهود على فعله ، فهل يعرض له بالرجوع ؟

يرى الشافعية^(٢) ابتداءً أن الفعل إن كان ثابتاً بغير الإقرار وليس لرجوعه أثر في إسقاط الحد عنه ، فإنه لا يلقنه ؛ لأنه لا فائدة من تلقينه . وهذا ولا شك حكم في محله ؛ لأن كل النصوص السابقة تدل على أن في رجوع المقر أو المتهم أثراً على العقوبة . ولذا إن عدت هذه الفائدة وهذا الأثر فلا حاجة لتلقيه . ولكن العلماء مع ذلك أجازوا للقاضي أن يعرض للشهود بنسب الستر ، وذلك سعياً لإسقاط الحد عن الفاعل^(٣) .

وقيد الشافعية ذلك فقالوا إنه يعرض بالستر للشهود، إلا إذا كان في رجوعهم حد على الغير^(٤) .

أما الجمهور فلم يفرقوا بين الحالتين .

واستدلوا على قولهم بفعل عمر رضي الله عنه ، عندما شهد الأربعة على المغيرة ، فلما جاء زياد وكان رابعهم قال له : عندك يا سلح العقاب^(٥) ، فصاح به ، فلم يشهد بصريح الزنا، ففرح عمر رضي الله عنه^(٦) .

ونهاية الحادثة أن حدّ ثلاثة من الشهود على شهادتهم ، فهنا عرض للرابع بالرجوع وكان في رجوعه حد ثلاثة ، ألا أن حدّ الثلاثة أخف من رجم المحصن حتى الموت .

(١) المراجع السابقة .

(٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٥١) .

(٣) (البهوتي/ كشف القناع/ ج٦ ص٤٠٦) .

(٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٥١) .

(٥) سلح العقاب : أي يا قدر العقاب ، وهو ما يخرج العقاب من الفضلات . انظر : (ابن منظور/ لسان

العرب/ ج١ ص٦٤/ ج٤ ص٥٥٤) .

(٦) (البهوتي/ كشف القناع/ ج٦ ص٤٠٢) . سبق تخريجه .

أما إن جاء المتهم مقراً وتعلق فعله بمجد من حدود الله تعالى الخالصة ، أو التي فيها حق لآدمي ، فإن آراء العلماء تدل على الجواز عموماً ، وصرح بعضهم أنه يندب التلقين .

فقد قال الحنفية : إن القاضي يندب له التعريض إن كان في الإقرار ، وأن له الاحتيال لدرء الحد وتلقين المقر الرجوع . وله أن يزجره ويظهر الكراهة لفعله وإقراره ويأمر بتنحيته^(١) .

وأما الشافعية فقالوا : إن للقاضي فعل ذلك ، ونصوصهم تدل على الجواز لا الندب .

وهذا إذا كان حقاً لله وكان بعد الإقرار ، أما إن كان قبل الإقرار ، فيندب له أن يعرض له ، ومنعوا التعريض إن كان فيه فوات المال في السرقة ، فإن خيف إنكار المال لم يحل التعريض؛ لأن فيه إسقاط حق الغير^(٢) .

وما أجاز الشافعية فيه التعريض إذا كان المتهم لا يعلم أن له الرجوع ، وإن علم فلا يعرض له إذا كان حقاً لله تعالى ، ففي القذف مثلاً لا يحل له أن يعرض له؛ لأنه حق لآدمي^(٣) .

والحنابلة قالوا بجواز التعريض في السرقة والزنا ، وقال أحمد : لا بأس بتلقين السارق يرجع عن إقراره^(٤) .

(١) (السرخسي/المبسوط/ج٩ص١٤١) (ابن عابدين/حاشية ابن عابدين/ج٤ص٨٩) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٧ص٦١) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج٢ص١٤٤) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص٨، ٥٧) .

(٢) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص١٥١) (قليوبي وعميرة/حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص١٩٧) (الشافعي/الأم/ج٧ص٥٥) .

(٣) (قليوبي وعميرة/حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص١٩٧) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص١٥١) .

(٤) انظر : (البهوتي/كشف القناع/ج٦ص٤٠٦) (ابن قدامة/المغني/ج٩ص١٢٠) .

خلاصة الرأي في التلقين :

بمراجعة النصوص الشرعية والأقوال الفقهية نلمح جملة من الملاحظات :

١- أن مبدأ التلقين هدفه تحقيق الأمر الشرعي بدرء الحدود بالشبهات ، وأن هذا التلقين لا يشترط أن يكون من شخص محدد ، فقد لاحظنا أن القاضي والإمام كان يفعله ، وأن من حضروا جلسة الحكم فعلوه كذلك . وفي زماننا هذا تقل الحاجة للتلقين من القاضي ؛ لأن الخصوم يدخلون إلى جلسة الحكم وهم ملقنون من وكلاء خصومتهم ومن يرشدهم إلى كيفية التخاصم ، إلا أن ذلك لا يمنع القاضي من أن يلقن الخصم حتى يطمئن قلبه أنه فعل جهده في درء الحد بالشبهة ، واقتداءً بالنبي ﷺ وبالسلف الصالح .

٢- أن حقوق الأدميين لا يحل التلقين فيها من القاضي ؛ لأنه بذلك يساند أحد الخصمين ضد الآخر ، وهذا ممنوع في القضاء ؛ لأنه يمس بالحيادية التامة المطلوبة منه في مثل هذه القضايا ، كما هو في القتل العمد . والقاعدة في ذلك : أن ما يجوز فيه الرجوع يصح فيه التلقين .

ولذلك لم أجد نصاً واحداً من العلماء يميز مثل هذا التلقين .

٣- أن التلقين إنما يكون عند احتمال وجود الفائدة منه ، فإن انتفت الفائدة فلا تلقين . كان يكون الجرم ثابتاً بيينة غير الإقرار ؛ لأن كل النصوص التي ذكرت في التلقين أثبتت فائدة من التلقين إما بالرجوع أو باحتمالية الرجوع . فإن لم يوجد للرجوع فائدة فلا فائدة من التلقين وقتها .

وحتى لو كان الحق ثابتاً بشهود ، فإنه يجوز للقاضي التعريض للشهود بالرجوع . وهذا التعريض يكون لأجل إسقاط الحد عن المتهم .

٤- أن كل النصوص الواردة تحدثت عن جرائم ذات نطاق محدود ، فهي إما سرقة من شخص ، أو زنى ، أو شرب خمر ، وكلها ذات أثر محصور . لذلك فإن الشريعة نذبت إلى التلقين لكن بما لا يسقط حقوق العباد ، إلا أن هناك جرائم لها أثر أكبر من مجرد السرقة والزنى وشرب الخمر ، وهي من حقوق الله تعالى ، لكن لا

يتعلق بها تلقين أو تعريض ، كالتجسس مثلاً ، فلا يتصور أن يلحق القاضي المتهم بحجته وإن كان الحق من حقوق الله تعالى .

ولعل ذلك عائد إلى أن الحدود لها عقوبة محددة لا يحل للقاضي أن ينزل عنها متى وجبت، فلذلك لم يكن له من خيار إلا أن يلحق أو يعرض للمتهم بالرجوع ، بعكس عقوبات التعزير .

ولذا لو جاء من يقر بكونه جاسوساً للعدو ، فإن القاضي له أن يقدر العقوبة المناسبة له في ضوء إقراره . أما في الزنا والسرقه وشرب الخمر ، فليس للقاضي أن يقدر العقوبة المناسبة لأنها مقدره من الله تعالى .

ولذا لم يكن لمن رفض التلقين أو الأخذ بالتعريض إلا أن تقام عليه العقوبة المنصوص عليها شرعاً ؛ لأن تخفيفها ليس بوارد إلا ضمن شروط شرعية خاصة محددة .

الفرع الثالث : الإعذار :

هو لغة : المبالغة في العذر ، يقال : أعذر الرجل ، أي أتى بعذر صحيح^(١) . ويقصد به الفقهاء أن القاضي عند إرادته الحكم على من توجه عليه يقول له : أبقيت لك حجة تدفع ما ثبت عليك^(٢) .

وإصطلاحاً : سؤال الحاكم من توجه عليه الحكم ببينة ، هل عنده ما يجرح هذه البينة أم لا^(٣) ؟

والإعذار برسمه عرفه المالكية ، أما في معناه فهو موجود في بقية المذاهب . ودليله الآيات التي تنفي المؤاخذه بغير بيان وبغير عذر ؛ كقوله تعالى : ﴿ وَمَا

(١) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٤ ص٥٤٥) . وقد ألف في الإعذار محمد بن داود الظاهري كتاباً وأسماه

الإعذار . انظر : (ابن خلكان/ وفيات الأعيان/ ج٤ ص٢٦١) .

(٢) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص١٣٠) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ ص٣٢٤) .

(٣) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٣١) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص١٣٠) (عليش/ منح الجليل/

ج٨ ص٣٢٤) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ ص١٥٨) .

كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى تَتَّبِعَ رَسُولًا ﴿١﴾ .

وقوله تعالى على لسان سليمان : ﴿لَأُعَذِّبَنَّكَ عَذَابًا شَدِيدًا أَوْ لَأَأَذِيبَنَّكَ أَوْ لِيَأْتِيَنَّكَ بِسُلْطَانٍ مُّبِينٍ ﴿٢﴾ .

وقوله تعالى : ﴿وَلَوْ أَنَّا أَهْلَكْنَاهُمْ بِعَذَابٍ مِّن قَبْلِهِ لَقَالُوا رَبَّنَا لَوْلَا أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا ﴿٣﴾ .

وقوله تعالى : ﴿لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ ﴿٤﴾ .

ويستدل لهم بقول سيدنا عمر في رسالته لأبي موسى الأشعري : « فإن ذلك أجلى للعمى وأبلغ في العذر » . فإن القاضي يطلب منه أن يعذر الطرفين بإحضار الحجة ؛ لأن قضاءه دون ذلك مشوب بالعيب . وفيه أيضاً أن القاضي بعد ذلك يكون معذوراً فيما يحكم به .

ويقول الإمام السرخسي في تعليقه وشرحه على هذه العبارة :

« أي أنه أبلغ في العذر للقاضي عند من توجه القضاء عليه ؛ لأنه إذا وجه القضاء عليه بعدما أمهله حتى يظهر عجزه عن الدفع ، انصرف من مجلسه شاكراً له ساكناً ، وإذا لم يمهله انصرف شاكياً منه يقول : مال إلى خصمي ولم يستمع حجتي ، ولم يمكني من إثبات الدفع عنده»^(٥) .

وهذا يدل على أن المذاهب الأخرى أخذت بالإعذار ، إما معنى وإما رسماً ، ومن الرسم قول ابن عابدين : « وسئل أيضاً هل يشترط لقاضي الشرع الإعذار للخصم ، وإن أعذر إليه فسوف من وقت إلى وقت آخر ، ما الحكم فيه؟ » فأجاب :

(١) (سورة الإسراء ، آية رقم ١٥) .

(٢) (سورة النمل ، آية رقم ٢١) .

(٣) (سورة طه ، آية رقم ١٣٤) .

(٤) (سورة النساء ، آية رقم ١٦٥) .

(٥) (السرخسي/المبسوط/ج ١ ص ٦٣) .

« إذا شهد الشهود بحق وزكوا ، والخصم لم يُبدِ دافعاً ، حكم القاضي ، وإن طلب المشهود عليه أن يؤخر الحكم ليجيء بالدفع ، يمهل ثلاثة أيام ، فإن لم يجيء بالدافع قضى عليه » (١).

إلا أن معنى الإعذار عند المالكية أكثر تفصيلاً ودقة منه عند بقية المذاهب .
وفائدته عندهم أنه لا تقبل حجة بعد إنفاذه (٢) ، وجعلوه شرطاً في صحة الحكم .

أما شروط الإعذار عند المالكية فهي :

١- أن يشهد القاضي على الإعذار ، فإن كان بواحد جاز ، وإن تعدد كان أفضل (٣) .

٢- أن يكون في الإعذار فائدة ، فإن خلا عنها فلا إعذار . وضربوا مثلاً بأن يقر المدعى عليه في مجلس القاضي مع وجود شهود عدول على إقراره ، فلا فائدة عندها من الإعذار (٤) .

٣- إذا وجه القاضي من يسمع الدعوى من المريض أو المرأة ، فلا يحق للخصم أن يطلب العذر فيهما ، ذلك أن القاضي أقامهم مقام نفسه ، وهو لا يعذر في نفسه (٥) .

٤- أن الخصم إذا كان يريد الإعذار لأجل خبر يتعلق بمزكي السر الذي يخبر القاضي سراً بعدالة الشهود ، فلا إعذار فيه ، وكذا بمجردهم ، وليس على الحاكم

(١) (ابن عابدين/ تنقيح الفتاوى الحامدية/ ج١ ص٣٠٢) .

(٢) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٣١) .

(٣) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٣٢) . (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص١٣٠) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ ص٣٢٤) .

(٤) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ ص١٤٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١٩٦) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ ص٣٢٤) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ ص١٥٨) .

(٥) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ ص٣٢٤) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ ص١٤٨) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ ص١٥٨) .

تسميته . ولو سئل عمن عدل أو جرح لم يلتفت إليه^(١) .

٥- المبرز في العدالة لا يصح الإعذار فيه ، ما لم تكن هناك عداوة بينه وبين المشهود عليه أو قرابة^(٢) . وذلك لأن طلب الإعذار فيه ليس في مكانه ؛ لأنه لن يجد غير العدالة ، لكونه مبرزاً . أما من كان دون ذلك ، فيحق له طلب الإعذار فيه .

٦- إذا خشي القاضي ضرراً على بينة شهدت على الخصم أو جرحت بيته ، فلا إعذار إليه فيها ، بل لا تسمى له^(٣) .

٧- أن الإعذار يصح طلبه من المدعي والمدعى عليه ، كما في المدونة وغيرها من كتب المالكية ، إلا أن بعضاً منها نص أنه للمدعى عليه . ورجح المتأخرون أنه لكليهما ، فيقول القاضي أبقيت لكما حجة ، فالحكم يتوجه تارة على الطالب وتارة على المطلوب^(٤) .

٨- أن مدة الإعذار متروكة لاجتهاد الحاكم وهو الأدرى بما تقدر به . وقد ضرب ابن فرحون كذلك أمثلة من الأجال في الإعذار^(٥) ، إلا أنه ليس واحد منها له علاقة بالجزائيات ، وإنما كلها في الأموال . وقد جمع ابن عاصم شروط الإعذار وأحكامه فقال:

- وقبل حكم يثبت الإعذار .: بشاهدي عدل وذا المختار
وشاهد الإعذار غير معمل .: في شأنه الأعدار للتسلسل
ولا الذي وجهه القاضي إلى .: ما كان كالتحليف منه بدلا
ولا الذي بين يديه قد شهد .: ولا اللفييف في القسامة اعتمد
ولا الكثير فيهم العـدول .: والخلف في جميعها منقـول^(٦)

(١) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ ص١٤٩) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ ص٣٢٥) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ ص١٥٧) .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٣١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١٩٤) .

(٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٢٠١-٢٠٣) .

(٦) (الكافي/ إحصاء الأحكام/ ص٢٥) .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

المبحث الرابع

إصدار الأحكام

بعد انتهاء المرافعة ووضوح الصورة أمام القاضي ، واستعداده لإصدار الأحكام الخاصة بالقضية المرفوعة أمامه ، يأتي دور الحديث عن أصول إصدار هذه الأحكام كما يراها الفقهاء .

وتتعلق آراؤهم بما يصدر عن القاضي من تصرفات فعلية أو قولية ، ربما يكون لها علاقة في تحديد المحكوم له والمحكوم عليه وماهية الحكم ، ولكن اختلف في اعتبارها أحكاماً قضائية .

وكذلك حدد الفقهاء كيفية محددة لإصدار الأحكام ، تؤدي إلى قطع المنازعة ، وحفظ الحقوق ، ورفع هيبة وسمعة القضاء ، مع مراعاة صورتها العامة أمام الناس .
وذكروا كذلك آداباً تتعلق بإصدار الأحكام ، وتركوها للقاضي ؛ لأن قسماً منها لا يطلع عليه أحد سواه .

ولتوضيح إصدار الأحكام في الشريعة ، جاء هذا المبحث في ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الحكم وبيان شروطه وأنواعه .

المطلب الثاني : ما يعتبر حكماً وما لا يعتبر .

المطلب الثالث : الأصول الشكلية في إصدار الأحكام .

المطلب الرابع : الآداب المتعلقة بإصدار الأحكام .

المطلب الأول

تعريف الحكم وبيان شروطه وأنواعه

الحكم في اللغة : القضاء والمنع والرد والعلم والفقه^(١) .
إلا أن الحكم يختلف في اصطلاح الفقهاء عن القضاء ؛ فالحكم تتسع دائرته
أكثر من القضاء ليشمل أقوال وأفعال من ليس بقاضٍ ، بينما القضاء يختص بمن هو
قاضٍ . فالحكم مدلوله أعم من القضاء .

يقول الإمام القرافي : « للإمام أن يقضي وأن يفتي وأن يفعل ما ليس بفتيا ولا
قضاء ، كجمع الجيوش ، وإنشاء الحروب ، وحوز الأموال ، وصرفها في مصارفها ،
وتولية الولاية ، وقتل الطغاة ، وهي أمور كثيرة تختص به لا يشاركه فيها القاضي ولا
المفتي ، فكل إمام قاضٍ ومفتٍ ، والمفتي والقاضي لا يصدق عليهما وصف
الإمامة »^(٢) .

إلا أن المقصود بالحكم في هذا المطلب وما بعده إنما هو الحكم القضائي
بالتحديد ، فليس الحديث عن الإمامة العظمة ، وإنما عن القضاء تحديداً .
ويمكن تعريفه اصطلاحاً بأنه : « فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن
القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام »^(٣) .

أما شروط الحكم :
فقد اشترط الفقهاء جملة من الشروط حتى يكون الحكم صحيحاً منتجاً لآثاره
الشرعية ، وتفصيل هذه الشروط كما يلي :

(١) انظر : تعريف الحكم في الفصل الأول في مبحث أصول المحاكمات الشرعية الجزائية لغة واصطلاحاً .

انظر : (الرازي/ مختار الصحاح/ ص ٦٢) (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص ١٤١٥) (ابن منظور/

لسان العرب/ ج ١٢ ص ١٤١) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص ١٤٥) .

(٢) (القرافي/ الفروق/ ج ٤ ص ٧٩) .

(٣) (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص ٦٤٣) .

١- أن يسبق الحكم دعوى صحيحة^(١) :

فإن حَكَمَ القاضي دون وجود الدعوى الصحيحة ، كان حكمه واقعاً في غير محله .

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على هذا الشرط ، حيث ورد في المادة ١٨٢٩ ما نصه :

« يشترط في الحكم سبق الدعوى وهو أنه يشترط في حكم القاضي في خصوص متعلق بحقوق الناس ادعاء أحد على الآخر في ذلك الخصوص في أول الأمر ، ولا يصح الحكم الواقع من دون سبق دعوى^(٢) .

وعلل الفقهاء اشتراط هذا الشرط بأمرين :

أ - أن القاضي لا يعلم حقوق الناس فكيف يطالب بها^(٣) .

ب - أنه لا يملك القدرة على إجبار الناس على استيفاء حقوقهم ، وللناس أن يطالبوا بحقوقهم أو أن يتركوها ، وليس للقاضي حق التدخل في ذلك^(٤) .
ومن خلال السببين السابقين أمكن استثناء بعض الأحكام من هذا الشرط ، وأولها وأهمها : الحكم بما هو حق لله تعالى ، فإنها لا يشترط في استيفائها والحكم بها سبق الدعوى فيها ، وإنما يكفي أن يشهد شاهد بها .

يقول الفقهاء : « أما حقوق الله تعالى فلا يشترط فيها تقدم دعوى وخصومة ، لأنها واجبة الإقامة على كل أحد فكان كل واحد خصماً في إثباته، فصار كأن

(١) انظر (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٦٥) (الزيلعي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص٢٢٩) (الزركشي/ المشور/ ج١ ص٣٠٧) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٣ ص١٨) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٤ ص١٩٢) (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص٦٤٦) .

(٢) (لجنة المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص٣٧٢م/ ١٨٢٩م) .

(٣) انظر : (الزيلعي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص٢٢٩) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٦٥) .

(٤) انظر : المرجعين السابقين .

الدعوى موجودة ، ولأنه تعالى لما أمر بإقامتها كان طالباً لها ، فلم يبق إلا إقامتها» (١).

وهذا بناء على ما تم إقراره سابقاً من أن هذه الحقوق ليست لأحدٍ معيّن لغلبة حق الله تعالى فيها ، ولضرورة دفع خطرها وعظيم أمرها لم يشترط إقامة دعوى من أحدٍ فيها ، ولذا يصح حكم القاضي فيها وإن لم يسبق حكمه دعوى صحيحة .

ومن المستثنيات على هذا الشرط الحكم الضمني^(٢) ؛ لأن الحكم الضمني تابع ، والحكم القصدي هو المتبوع ، وإنما كانت الدعوى مرفوعة لنيل الحكم القصدي لا الضمني ، ومن هنا لم يصح نقض الحكم الضمني ؛ لأنه ليس مقصود الحاكم بالحكم ، ومثاله كما أسلفنا : لو حكم القاضي بالرجم على أحدٍ من الناس ، كان هذا الحكم متضمناً للحكم بإحصائه ؛ لأن الرجم لا يقام إلا على المحصن . ومثل هذا الحكم الضمني صحيح ، ولو لم يتقدم الحكم به دعوى صحيحة ، خلافاً للحكم الصريح .

ومما استثناه العلماء كذلك الحكم الفعلي ، فقالوا : إنه لا يشترط سبق الدعوى فيه والخصومة^(٣) ، على اختلاف بين العلماء فيما يعتبر من الأفعال حكماً وما لا يعتبر .

فالحكم الفعلي الذي لم يسبق دعوى ، كتزويج الصغيرة لا يبطل بفوات شرط الدعوى^(٤) .

٢- اشتراط حضور الخصمين حين الحكم أو حضور من ينوب عنهما^(٥) :

وهذا الشرط صرح به فقهاء الحنفية المتأخرون ، وذلك في مجلة الأحكام

(١) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ ص٢٢٩) .

(٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٦٥) .

(٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٦٥) .

(٤) انظر : (الرحبياني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ ص٤٨٦) .

(٥) انظر : (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٦٧) .

العدلية في المادة ١٨٣٠ ، حيث ورد ما نصه : « يشترط حضور الطرفين حين الحكم ، يعني يلزم حضور الطرفين عند النطق بالحكم في مجلسه بعد المحاكمة والمواجهة »^(١) .
ونص شارحو المجلة على أن حضور النائب كافٍ لتصحيح الحكم^(٢) .
وقد سبق الحديث عن آراء العلماء في الحكم على الغائب ، فليراجع .

٣- اشتراط وضوح الحكم^(٣) :

والوضوح متعلق بالمحكوم به والمحكوم له والمحكوم عليه ، فلا بد أن يكون حكمه تجاهها واضحاً .

فإن الحكم كما تم تعريفه سابقاً إنما هو فصل الخصومة وحسم النزاع ، وهو لا يكون كذلك إذا كان مبهماً ، حيث إنه إن كان كذلك لم يمكن تنفيذه ولم يكن رافعاً للخلاف بين المتنازعين^(٤) ، وإذا صدر الحكم على هذه الصفة من الإبهام كان الحكم باطلاً .

يقول الإمام العز : « فإن الإبهام في المحكوم به والمحكوم له والمحكوم عليه مبطل للدعاوى والشهادات والأحكام »^(٥) .

٤- أن يكون الحكم بصيغة صحيحة :

وهذا له صفات :

- أ - أن تدل الصيغة على الإلزام .
- ب - أن توافق مذهب القاضي .
- ج - أن تكون دلالتها على إنشاء الحكم صريحة .

(١) (لجنة المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص ٣٧٢/ م ١٨٣٠) .

(٢) انظر (علي حيدر/ درر الحكام/ ج ٤ ص ٦٦٨) .

(٣) انظر : (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص ٦٥٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ١٢٦)

(الطرابلسي/ معين الحكام/ ص ٤٩) .

(٤) (المراجع السابقة) .

(٥) (العز/ قواعد الأحكام/ ج ٢ ص ١٥٣) .

أما الإلزام ، فإن العلماء فرقوا بين القضاء وغيره كالإفتاء فقصروا الإلزام على القضاء ، واتفقت كلمتهم على ذلك^(١) .

فإذا فقد الإلزام فقد الحكم قوته وصار حاله حال الفتوى ، والفتوى غير ملزمة . ومعنى حكم القاضي بالأمر إنما هو إلزامه لكل أحد^(٢) .

أما موافقة مذهب القاضي فيقصد بها أن تكون صحيحة في مذهب القاضي بالنسبة لموضوع النزاع ، لاختلاف المذاهب في الصيغ .

وقد نص على هذا الشرط ابن فرحون وجعله من شروط الحكم ، بأن يكون صحيح الصيغة في مذهب القاضي^(٣) .

أما دلالة الصيغة فيشترط أن تكون صريحة على إنشاء الحكم ، وفي ذلك يقول الإمام العز : « لأن اللفظة المترددة بين أمرين إذا صدرت من حكم أو غيره لم يجب حملها على أحد الأمرين ، إلا أن تكون ظاهرة فيه لا يفهم منه عند الإطلاق غيرها »^(٤) .

إلا أن العلماء اختلفوا فيما يحقق هذه الشروط من الصيغ ، وسنذكرها فيما يعتبر حكماً وما لا يعتبر .

٥- اشترط المالكية أن يسبق الحكم الإعدان ، وقد تم ذكره سابقاً^(٥) .

أما أنواع الحكم :

فقد ذكر الفقهاء أنواعاً متعددة وباعتبارات مختلفة ، وسأقتصر في ذكر ما يفيد في الأحكام الجزائية قدر المستطاع . ومن هذه الاعتبارات :

(١) انظر : (ابن الشاط/إردار الشروق/ج٤ص٨٩) (قليوبي وعميرة/حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص٢٩٧)

(ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٢٧٧) (الخطيب الشربيني/مغني المحتاج/ج٦ص٢٩١) (ابن فرحون/

تبصرة الحكام/ج١ص١١٧) .

(٢) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص١١٨) .

(٣) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص١١٨) .

(٤) (العز/قواعد الأحكام/ج٢ص٤٦) .

(٥) انظر : ص٥٠٩ .

أولاً : من حيث الحكم بصحة المحكوم به أو موجبه :

وهو نوعان :

١- الحكم بالموجب .

٢- الحكم بالصحة .

أما الحكم بالموجب ، فهو إظهار المتولي قضاءه بأمر ثبت عنده أو بالإلزام بما يترتب على ذلك الأمر منه على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعاً^(١) .

أما الحكم بالصحة ، فهو « إظهار المتولي قضاءه بنحو حكمت في أمر ثبت عند وجوده بشرائطه الممكن ثبوتها ، أن ذلك الأمر صدر من أهله في محله على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعاً »^(٢) .

وفي توضيح الفرق بينهما يقول الإمام السبكي^(٣) :

« إن الموجب هو الأمر الذي يوجبه ذلك اللفظ ، والصحة كون اللفظ بحيث يترتب عليه ذلك الأثر ، وهما مختلفان ، والأول حكم شرعي ، والثاني شرعي ، وقيل : عقلي »^(٤) .

وحصر الإمام السيوطي^(٥) الفرق بينهما بعدة أمور ، وهي :

(١) (الهيتمي/الفتاوى الفقهية الكبرى/ج٢ص١٩٩) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص١١٩) .

(٢) (الهيتمي/الفتاوى الفقهية الكبرى/ج٢ص١٩٨) .

(٣) السبكي : تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي الأنصاري الخزرجي ، أبو الحسن ، ولد في مصر في ٦٨٣هـ ، وتوفي في ٧٥٦هـ ، ودفن بالقاهرة . من مؤلفاته : مجموعة فتاوى ، الابتهاج في شرح المنهاج ، مختصر طبقات الفقهاء ، المسائل الحلبية وأجوبتها . (حاجي خليفة/كشف الظنون/ج١ص٣ ، ٧) (السيوطي/طبقات الحفاظ/ص ٥٢٥) .

(٤) (السبكي/فتاوى السبكي/ج١ص٣٧٤) .

(٥) السيوطي : أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد سابق الدين الحضيري السيوطي جلال الدين ، ولد في القاهرة ٨٤٩هـ ، وتوفي فيها ٩١١هـ ، إمام شافعي فقيه حافظ مؤرخ أديب نحوي مفسر أصولي ، بلغ رتبة الاجتهاد ، مصنفاته بلغت ٩٠٠ مصنف ، منها : الإتيان في علوم القرآن ، الدر المنثور ، الأشباه والنظائر ، تدريب الراوي ، وغيرها الكثير . (حاجي خليفة/كشف الظنون/ج٢ص٢٠٤٧) (العكري/شذرات الذهب/ج٤ص٥١) .

« الأول : أن الحكم بالصحة منصب إلى إنفاذ ذلك الصادر من بيع ووقف ونحوهما ، والحكم بالموجب منصب إلى أثر ذلك الصادر .
الثاني : أن الحكم بالصحة لا يختص بأحد ، والحكم بالموجب يختص بالمحكوم عليه بذلك .

الثالث : أن الحكم بالصحة يقتضي استيفاء الشروط ، والحكم بالموجب لا يقتضي استيفاء الشروط ، وإنما مقتضاه صدور ذلك الحكم ، والحكم على المصدر بما صدر منه « (١) .

أما في الجزائيات فقد نص الفقهاء على أن الحكم بالصحة لا يتناولها ، وإنما الذي يرد فيها إنما هو الحكم بالموجب ، ويتضح هذا من أمرين :

١- ضربوا السرقة والزنا مثلاً فيما لا يكون حكماً بالصحة بحال ، وإنما هو حكم بالموجب (٢) .

٢- قالوا : إن كل دعوى كان فيها إلزام المدعى عليه بما أقر به أو قامت البينة به ، كان الحكم حينئذ بالإلزام وهو الموجب ، ولا يكون الحكم بالصحة ، ولكن يتضمن الحكم بالموجب الحكم بصحة الإقرار ونحوه (٣) .

كما سبق يتضح أن الأحكام الجزائية تقع في باب الحكم بالموجب ، لا الحكم

(١) (السيوطي/الأشباه والنظائر/ص٥٢٩) .

وقد جمع الإمام الهيثمي في فتاويه كل الأقوال المتعلقة بالنوعين ، وسائر ما ذكر بينهما من فروق ، ورد على بعضها ووافق في البعض الآخر ، وجاء كلامه مستوعباً لصور النوعين . انظر : (الهيتمي/الفتاوى الفقهية الكبرى/ج٢ ص١٩٨ وما بعدها) .

(٢) انظر : (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج١٠ ص١٤٣) (البهوتي/كشاف القناع/ج٦ ص٣٢٤) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ ص١٢٠) .

ذكرت بعض الكتب أن الحكم بالسرقة والربا هو حكم بالموجب ، والصحيح أنه الزنا وليس الربا . انظر : (الخطيب الشربيني/مغني المحتاج/ج٦ ص٢٩٢) (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج١٠ ص١٤٣) .

(٣) (الهيتمي/الفتاوى الفقهية الكبرى/ج٢ ص٢٠٨) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ ص١٢٠) .

ثانياً : من حيث كون الحكم مستقلاً أم ضمناً ، أي مقصوداً أو ضمناً :

والحكم بهذا الاعتبار نوعان :

١- الحكم الصريح المستقل أو القصدي^(١) . فيكون حكم القاضي منصباً على الحق المدعى به المطلوب الحكم به ، ويصح أن يقال الحكم المباشر ؛ لأن قول القاضي حكمت ، يتعلق به مباشرة ، وينصرف الذهن إليه .

ومثاله : أن يحكم القاضي أن فلاناً زنى ، وأن عقابه الرجم ، فالحكم بالرجم ثبت استقلالاً ؛ لأن الحكم متوجه إليه مباشرة .

٢- الحكم الضمني^(٢) . وهو الحكم الذي لا يتوجه إلى المحكوم به مباشرة ، بل يكون غير مقصود .

ومثاله في الحالة السابقة : إذا حكم برجم فلان الزاني ، فإنه حكم بإحصانه ، مع أن صيغة الحكم لم تشر إلى هذا ، لكنه مفهوم تضمناً ؛ لأن الرجم لا يكون إلا للمحصن .

وقد فصل الإمام ابن فرحون في ذكر الأمثلة على النوعين ، وليس من بينها ما هو داخل في الجزائيات^(٣) .

والفائدة المترتبة على هذا التقسيم^(٤) :

١- يشترط في الحكم القصدي أن تسبقه دعوى صحيحة وخصومة ، بينما لا يشترط ذلك في الحكم الضمني .

٢- يتساهل في الحكم الضمني بما لا يتساهل في الحكم القصدي أو المستقل ،

(١) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١١٤) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٦٦) .

(٢) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١١٤) .

(٣) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١١٤) .

(٤) انظر : (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص٦٦٦) .

من حيث إنهم لم يشترطوا لصحته نفس الشروط المطلوبة لصحة الحكم القصدي .
ولذلك تجد العلماء ينصون على ذلك بقولهم : « وهم يغتفرون في الضمنيات
ما لا يغتفرون في القصديات »^(١) .

ثالثاً : من حيث الاستحقاق والترك :

وهو نوعان :

١- حكم الاستحقاق أو قضاء الاستحقاق أو قضاء الإلزام أو الحكم
الإيجابي^(٢) .

وقد ورد في مجلة الأحكام العدلية ما نصه :
« الحكم هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها ، وهو على
قسمين :

القسم الأول : هو إلزام القاضي المحكوم به على المحكوم عليه بكلام ، كقوله
حكمت ، أو أعط الشيء الذي ادعى به عليك ، ويقال له قضاء الإلزام وقضاء
الاستحقاق »^(٣) .

٢- حكم الترك أو الحكم السلبي أو قضاء الترك^(٤) .

وورد تعريفه في مجلة الأحكام العدلية كما يلي :

« والقسم الثاني : هو منع القاضي المدعي عن المنازعة بكلام ، كقوله : ليس
لك حق ، أو أنت ممنوع عن المنازعة ، ويقال لهذا : قضاء الترك »^(٥) .

وقد فرّق الشيخ علي حيدر في شرحه لمجلة الأحكام العدلية بين قضاء
الاستحقاق وقضاء الترك من خلال التعريف ، فذكر أن الحكم إذا كان لصالح

(١) الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٢٩٢ (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٢ ص٣٩٢)

(الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج١ ص٣٦٨) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٢ ص٢٩٠) .

(٢) انظر : (العبادي/ الجوهرة النيرة/ ج٢ ص٢١٧) (علي حيدر/ درر الحكم/ ج٤ ص٥٧٤) .

(٣) جمعية المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص٣٦٤م/ ١٧٨٦م .

(٤) انظر : (علي حيدر/ درر الحكم/ ج٤ ص٥٧٤) .

(٥) جمعية المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص٣٦٥م/ ١٧٨٦م .

المدعي فهو قضاء استحقاق ، وإذا كان لصالح المدعى عليه فهو قضاء الترك^(١) .

ثم وضع فروقاً بين النوعين فقال :

« ١- أن المقضي عليه بقضاء الاستحقاق لا يجوز أن يقضي له في تلك

الحادثة، أما في قضاء الترك فيجوز ذلك .

٢- إذا ادعى الشخص الثالث أن المال المحكوم به هو ماله فلا تسمع هذه

الدعوى في قضاء الاستحقاق ، وتسمع في قضاء الترك^(٢) .

رابعاً : من حيث وسيلة التعبير عن الحكم :

ويقسم إلى نوعين :

١- الحكم القولي : وهو الذي يعبر عنه بقول يصدر عن القاضي ، كقوله :

حكمت أو ألزمت أو قضيت .

٢- الحكم الفعلي^(٣) : وهو الذي يعبر عنه بفعل يصدر عن القاضي ، وسيأتي

الحديث عما يعتبر حكماً من الأفعال الصادرة عن القاضي^(٤) .

خامساً : من حيث حضور المحكوم عليه أو غيابه :

ويقسم إلى نوعين :

١- الحكم الوجيهي : وهو أن يكون المحكوم عليه حاضراً وبواجه بإصدار

الحكم عليه .

٢- الحكم الغيابي : وهو أن يكون المحكوم عليه غائباً .

وهذا التقسيم لم يتطرق إليه من الفقهاء أحد - في حدود علمي - سوى الشيخ

علي حيدر في شرحه لمجلة الأحكام العدلية^(٥) .

(١) انظر (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٨٢) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ ص٣٥٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٦٦) .

(٤) انظر : ما سبق : (محمد نعيم باسين/ نظرية الدعوى/ ص٦٦٧) .

(٥) انظر : (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٨٢) .

المطلب الثاني ما يعتبر حكماً وما لا يعتبر

ذكر الفقهاء جملة من التصرفات التي قد يفعلها القاضي ، والتي قد يشتبه في أمرها هل هي حكم أم ليس بحكم ، سواء أكانت أقوالاً أم أفعالاً .

والفائدة من معرفة ما يعتبر حكماً وما لا يعتبر ، هو أن الحكم له طريقة خاصة في التعامل ، بخلاف بقية التصرفات ، كالنقض مثلاً ؛ فإذا اعتبرنا تصرفاً ما من التصرفات التي يمارسها القاضي حكماً ، فإنه يستتبع إجراءات خاصة وشروطاً خاصة ، حيث يتم نقض هذا الحكم ، أما إن لم يكن كذلك فلا حاجة لنقضه ؛ لأنه ليس بحكم .

ومن الفروق بين الحكم وغيره : أن الحكم يلزم تنفيذه ، وما لم يكن كذلك فلا ينفذ .

أما تفصيل هذه التصرفات فكما يلي :

١- إذا قال القاضي : حكمت بكذا ، فهو حكم .

وجاز بكل لفظ آخر يقوم مقامه ، كأن يقول : ألزمت ، وقضيت ، أو علمت ، أو ظهر عندي ، أو أمضيت ، أو أنفذت عليك^(١) .

أما إن قال : لا أرى لك حقاً في كذا ، فليس بحكم . وإن قال : أظن ، فإنه ليس بحكم^(٢) .

٢- أن يقول القاضي ثبت عندي كذا وكذا ، أو أن يقول ظهر عندي أو صح عندي ، فهل هذا حكم ؟

(١) انظر : (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ ص٣٥٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٢٧٧ ، ٢٧٨)

(ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص١٢٨) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ ص٣٩٢) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٢٧٨) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ ص٣٩٢) .

أما جمهور العلماء فيرون أن الثبوت ليس بحكم ، وصرحوا بذلك ^(١) .
أما إذا بلغ هذا الثبوت لغيره من القضاة في كتاب أو غيره ، فقالوا إنه إذا
قامت الحجة عند القاضي وتوافرت الشروط اللازمة للحكم وانتفتت الموانع المانعة
للحكم ، فعندها يعتبر حكماً ^(٢) .

وقد عدد ابن فرحون عشرين حالة من الثبوت لا تعتبر أحكاماً في الراجح
عنده ^(٣) ؛ كإثبات الصفات في الذوات ، وإثبات العدالة أو الجرح ، وإثبات أسباب
المطالبات ، وثبوت قيمة المتلف ، ويقاس عليها قيمة مهر المزني بها عند عدم الحد ،
فلا يعتبر حكماً .

واستدل الجمهور على أن الثبوت ليس بحكم ، فقالوا : إن الثبوت يوجد في
المواطن التي لا حكم فيها ، كالعبادات ؛ كصلاة الجمعة وثبوت الهلال ، فإذا وجد
الثبوت بدون حكم كان أعم منه ، والأعم من الشيء غيره بالضرورة ^(٤) .

ويرى الحنفية في الراجح عندهم أن الثبوت حكم ، فإذا قال ثبت عندي أو
ظهر عندي أو صح عندي أو علمت ، فهذا كله حكم ، وأنه لا يشترط قوله حكمت
أو قضيت ^(٥) .

واعتبروا هذه الألفاظ كقوله حكمت وقضيت ، إلا أن الأولى أن يبين أن
الثبوت بالبينة أو بالإقرار ؛ لأن حكم القاضي بالبينة يخالف الحكم بالإقرار ^(٦) .

وذهب الإمام السبكي من الشافعية وبعض المالكية إلى التفصيل بين أن يثبت

(١) (الرصاع/ شرح حدود ابن عرفة/ ص ٤٣٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ١١٩) .

(٢) (الرصاع/ شرح حدود ابن عرفة/ ص ٤٣٧) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ١٠٤ ، ١١٩) .

(٤) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ١٣٠) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص ٥١) (القرافي/

الفروق/ ج ٤ ص ٤٨) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج ٤ ص ٢٩٧) .

(٥) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص ٥١) (ابن أبي اليمن/ لسان الحكام/ ص ٢٢٢) (ابن عابدين/ تنقيح

الفتاوى الحامدية/ ج ١ ص ٣٠٢) .

(٦) (ابن أبي اليمن/ لسان الحكام/ ص ٢٢٢) .

الحق أو السبب ، « فإن أثبت السبب كقوله : ثبت عندي أن زيداً وقف هذا ، فليس بحكم ؛ لأنه بعد ذلك يتوقف على نظر آخر ، هل ذلك الوقف صحيح أو باطل ... وإن أثبت الحق ، كقوله : ثبت عندي أن هذا وقف على الفقراء ، فهو في معنى الحكم ؛ لأنه تعلق به حق الموقوف عليه ولا يحتاج إلى نظر آخر»^(١) .

٣- إجازة القاضي حكم غيره ، كأن قضى فضولي بمجلس الحكم ، فإن الحنفية اعتبروه من الأحكام^(٢) . ولم ينص على هذا غيرهم .

٤- أمر القاضي: اختلف العلماء في أمر القاضي هل هو من الأحكام أم لا ؟ وقد نص الحنابلة وبعض الحنفية على أن أمر القاضي حكم ، كأن يأمر بإقامة النبيذ ، وقالوا : إنه يرفع الخلاف ، وبذا فهو من الأحكام^(٣) .

وخالف الشافعية وبعض الحنفية ، فقالوا : إن أمر القاضي لا يعتبر من الأحكام ، فلو أمر القاضي المحكوم له بأخذ حقه من الآخر ، كأن يقول لولي المقتول: اقتل القاتل ، فإنه لا يكون حكماً^(٤) .

٥- التنفيذ ، هل هو حكم ؟

اختلف الفقهاء في اعتبار التنفيذ حكماً من الأحكام . والتنفيذ المقصود هنا هو فعل القاضي ما يفيد قطع الخلاف^(٥) . وبذا اعتبره بعض الفقهاء من الأحكام .

(١) (السبكي/ فتاوى السبكي/ ج٢ ص٤٤١) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٢٨٢) .

(٣) (البهوتي/ كشف القناع/ ج٦ ص٣٢١) (الرحياني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ ص٤٨٥) (ابن نجيم/ الأشباه والنظائر/ ج٢ ص٣٩٢) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ ص٣٥٣/ ٤٢٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٢٧٨) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ ص٣٩٢) .

(٤) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص١١٨، ١١٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٢٧٨) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ ص٣٩٢) .

(٥) يقول الإمام البهوتي وبعض الحنفية : ومعنى التنفيذ أن يحصل من الخصم منازعة عن قاضٍ آخر ، ويرفع إليه حكم الأول فيمضيه وينفذه ، ولزمه العمل بمقتضاه . وأما التنفيذ المتعارف الآن المستعمل غالباً فمعتناه إحاطة القاضي الثاني علماً بحكم القاضي الأول على وجه التسليم ، وأنه غير معترض =

وهذا التنفيذ في الصورة التي أوردتها الفقهاء إنما تحصل من قاضٍ ثانٍ غير القاضي الذي أصدر الحكم . وبذا يكون الحديث عن تنفيذ القاضي قضاء غيره . فأجازه الشافعية والحنابلة ، وقالوا : إنه من باب التأكيد للحكم الأول ، واشترط الشافعية له شروط الحكم لقبوله^(١) .

أما الحنفية والمالكية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة فمنعوه ، وصرحوا أن التنفيذ لا يعتبر في هذه الحالة من الأحكام^(٢) .

يقول ابن فرحون في ذلك : « فالتنفيذ غير الثبوت والحكم ؛ فالثبوت هو الرتبة الأولى ، والحكم هو الرتبة الوسطى ، والتنفيذ هو الرتبة الثالثة ... وأما قوة التنفيذ فأمر زائد على كونه حكماً »^(٣) .

واستثنى من ذلك حالة واحدة ، وهي أن يقول الحاكم : حكمت بما حكم به الأول ، وألزمت بموجبه ومقتضاه^(٤) .

وبذا يكون في معنى ما ذكرناه سابقاً من إجازة القاضي حكم غيره . واستدل الحنابلة على أنه ليس بحكم بقولهم : إن أقصى ما فيه أنه يتضمن الحكم بصحة الحكم المنفذ^(٥) ، والحكم بصحة الحكم المنفذ لا يقصد منه الحكم بالصحة الذي ذكرناه بداية المطلب ، فهو في هذه الصورة حكم بصحة حكم الغير من خلال التنفيذ ، فهو ضمني لا صريح . أما الحكم بالصحة الذي سبق ذكره فهو

= عنده ، ويسمى اتصالاً . انظر (البهوتي/ كشف القناع/ ج٦ ص٣٢٣) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص٥٢) (الرحياني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ ص٤٨٧) .

(١) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ ص٢٥٨) (الرحياني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ ص٤٨٧) (البهوتي/ كشف القناع/ ج٦ ص٣٢٣) .

(٢) انظر المراجع السابقة وانظر (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص٥٢) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١٣٢) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص٥٢) (القرافي/ الفروق/ ج٤ ص٩٨) .

(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١٣٢) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص٥٢) .

(٥) (البهوتي/ كشف القناع/ ج٦ ص٣٢٣) (الرحياني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ ص٤٨٧) .

أن يصرح القاضي الذي ترفع أمامه القضية بصحة التصرف ، وهذا ليس المقصود في الحكم بصحة الحكم المنفذ .

٦- فتوى القاضي : اتفق العلماء على أن فتوى القاضي ليست بحكم^(١) ، وأنه إذا أفتى في مسألة ثم حكم غيره بغير ما أفتى به ، لم يكن ذلك نقضاً لحكمه^(٢) . والفرق بين الفتوى والحكم ، أن الفتوى لا إلزام فيها ، وأنها لا تتعرض للنقض ولا للإبطال ؛ لانعدام الإلزام فيها . أما الحكم فإنه ينتقض ، والذي ينتقض فيه إنما هو الإلزام الناشئ منه ، وبذا خالف الفتوى .

٧- سكوت القاضي هل هو حكم ؟

اختلف العلماء في ذلك ؛ فمنهم من اعتبر سكوته من باب الحكم ، والبعض الآخر لم يعتبره كذلك .

أما إن كان السكوت دالاً على الإقرار ، فهو عند الجمهور ليس من الأحكام ، مع اختلافهم فيما يعتبر إقراراً وما لا يعتبر . واستدلوا على ذلك بأن الإقرار إنما هو عدم التعرض وليس حكماً^(٣) .

أما عند المالكية ، فذكروا أن الإقرار حكم^(٤) .

والسبب في ذلك عند المالكية أنه يرفع الخلاف ، فإن كان لا يرفع الخلاف فليس بإقرار ، ولا يكون حكماً كذلك^(٥) ، وأن القاضي يملك الإنشاء ، فله أن يملك الإقرار^(٦) .

(١) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ ص٣٥٦) (الرحياني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ ص٤٨٦) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ ص٨٥) .

(٢) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ ص٣٥٦) (الرحياني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ ص٤٨٦) .

(٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ ص٣٥٢) (البهوتي/ كشف القناع/ ج٦ ص٣٢٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٢٨١) (الرحياني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ ص٤٨٨) .

(٤) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ ص٣٥٦) .

(٥) المرجع السابق .

(٦) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ ص٤٧) .

وعند الشافعية ، الإقرار بالشيء إن كان على جهة الحكم كان حكماً ، وإن لم يكن بأن كان في معرض الحكايات والإخبار عن الأمور المتقدمة لم يكن حكماً^(١) .

وبالتالي كان اختلافهم فيما يعتبر إقراراً وما لا يعتبر .

أما مجرد السكوت فالخلاف فيه أوسع . ومن أمثلة السكوت أن يقيم المدعي شاهداً على القتل ورفعه لمن لا يرى القسامة فلم يحكم بها ، فهل لغيره الحكم على اعتبار أن سكوت الأول عن الحكم ليس بحكم ، أم أنه ليس بحكم لأن سكوته إقرار ، وبذا يكون حكماً ؟

ومنها كذلك : أن يُفعل أمام القاضي فعل يرجع فيه الحق لصاحبه ، ثم يسكت القاضي ، فهل هو حكم ؛ لأن سكوت القاضي في معرض الحاجة إلى بيان بيان ، أم أن السكوت يعني عدم التعرض للفاعل وليس هذا بحكم كما قال الحنابلة^(٢) ؟

خلاصة القول في هذا المطلب :

والذي يمكن قوله في هذا الموضوع : إن لولي الأمر أن يقيد القاضي بالفاظ خاصة تعتبر عندها الأحكام ، وحتى لو كان ذلك متعلقاً بتصرفات غير قوله تصدر عن القاضي ، فيلزمه الإمام بقرنها بالفاظ ترفع الخلاف وتزيل الالتباس .

فإن الذي جعل العلماء يبحثون ما يعتبر حكماً وما لا يعتبر في بعض المسائل ، عدم وجود ما يلزم القاضي بالفاظ خاصة وأصول محددة في إصدار الأحكام .

فإن وجدت ارتفع الخلاف بوجودها ؛ وصار القضاة ملزمين بهذه الألفاظ ، بحيث لا يعتبر ما سواها من الأحكام .

(١) (السيوطي / الأشباه والنظائر / ص ٥٤) .

(٢) (البهوتي / كشف القناع / ج ٦ ص ٣٢٣) (الرحياني / مطالب أولي النهى / ج ٦ ص ٤٨٨) .

المطلب الثالث

الأحكام الشكلية في إصدار الأحكام

نص العلماء على العديد من الأحكام الشكلية المتعلقة بإصدار الأحكام ،

وهي:

- ١- أن يدون الحكم ويسجله مع ذكر الأسباب الموجبة للحكم^(١) :
والأسباب الموجبة : هي المسألة الشرعية التي بني عليها الحكم والشهادة أو الإقرار أو اليمين أو النكول عن اليمين المبتنى عليه الحكم الواقع^(٢) .
ونصت المادة (١٨٢٧) من مجلة الأحكام العدلية على أنه : « بعدما يتم القاضي المحاكمة يحكم بمقتضاها ، ويفهم الطرفين ذلك ، وينظم إعلاماً حاوياً للحكم والبينة مع الأسباب الموجبة له ، فيعطيه للمحكوم له ، ويعطي لئدى الإيجاب نسخة منه للمحكوم عليه أيضاً »^(٣) .
ويرى الشيخ علي حيدر أن ضرورة بيان الأسباب الموجبة هو « أن يقف المحكوم عليه على تلك الأسباب ، فلا يظهر أن القاضي قد جار عليه وظلمه ، فيتظلم للناس من القاضي ؛ لأن من يسمع يخل ، والعامه كثيراً ما تخل بشرف القاضي ونزاهته ، مع كونه يكون بريء الذمة »^(٤) .

- ٢- أن يسلم الحكم المسجل للمحكوم له وللمحكوم عليه :
وقد نصت مجلة الأحكام على ذلك كما هو في البند السابق .
وذكر الشارح لمجلة الأحكام السبب في تسليم هذه النسخ ، وهي :
« أ - أن لا ينسى الحكم المذكور بطول الزمن ومرور الأوان .

(١) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٨١) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص٦٦١) .

(٢) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص٦٦٢) .

(٣) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص٦٥٨) .

(٤) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص٦٦١) .

ب - ليتمكن المحكوم له من إبراز الحكم للموظف كي يجري الحكم .
فلو ذهب المحكوم له أو عليه إلى بلدة قاضٍ آخر فيجب إجراء ذلك الحكم من قاضٍ آخر ولا يمكن لهذا القاضي أن يجري الحكم ما لم يطلع على الإعلام»^(١) .
« أما المحكوم عليه فيعطى نسخة من الحكم المذكور حتى يقف على كيفية المحاكمة والحكم ، وليتمكن من عرض الحكم المذكور على الفقهاء ليعلم إذا كان الحكم موافقاً لأحكام الشرع وأصول المحاكمة ، أو لم يكن موافقاً ، وليتمكن من استئناف أو تمييز الحكم إذا رغب في ذلك »^(٢) .
« ويشمل الإعلام الذي ذكر فيه الحكم على :

دعوى المدعي : إذا سرد المدعي مدعياته في جلسات عديدة يرفق القاضي في جميعها ويطوي :

أ - المكررة منها ، فإنه لا فائدة من ذكر المكرر ، بل إنه يوجب الصعوبة والتشويش حين تدقيق الإعلام استئنافاً أو تمييزاً .

ب - يخرج الإفادات غير اللازمة في الدعوى ؛ لأن ذكر إفادات غير مقيدة في الدعوى اشتغال بالعبث ، ويوجب الإشكال عند تدقيق الإعلام استئنافاً أو تمييزاً .

ج - يكتب إفادات المدعي التي بينها في الجلسات العديدة في محل واحد .
ويجوز أن تؤلف نماذج بكيفية تنظيم وتحرير الإعلام الشرعية ، وتطبع وتشر على القضاة وتربط صورة تنظيمها بقواعد منتظمة »^(٣) .

٣- التصريح بأسماء الشهود في الحكم :

« وهذا إذا كان الحكم على غائب ، وذلك ليعرف الغائب من يشهد عليه .
وكذا ينبغي أن يفعله في كل ما ينبغي فيه إعدار »^(٤) .

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٦٢) .

(٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٦٢) .

(٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٦٣) .

(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٩٩) .

وهذا عند المالكية ؛ لأن المدعى عليه قد يحتاج إلى معرفة أسمائهم ليطلب بناء على ذلك الإعذار لأجل الطعن فيهم وإثبات عكس ما أثبتوه عن طريق الطعن في شهادتهم .

وعند الحنفية يشترط ذكر أسماء الشهود إذا ثبتت الدعوى بطريق الشهادة على الشهادة^(١) .

٤- حضور الشهود بالحكم :

فلا يصح الحكم إلا بوجود الشهود^(٢) ، والمقصود بالشهود هنا من يشهد على حصول الحكم والنطق به ، لا الشهود الذين تم الاعتماد على أقوالهم في الحكم ؛ لأنه لا يشترط حضورهم ، ويصح الحكم بدونهم .

يقول الإمام الدسوقي : « وأيضاً الحكم إنما يتم بالشهود ، وإنما نكر لثلاثاً يتوهم مع التعريف أنه لا بد من إحضار الشهود المقامين عنده مع أن المطلوب إحضار مطلق شهود »^(٣) .

مما سبق ، فإن صدور الحكم على وجه محدد له أهداف يجب مراعاتها عند الإصدار .

وقد أخذت التشريعات الجزائية في الدول الإسلامية التي تطبق الشريعة في أحكامها بذلك ؛ فنصت على أن حكم الإدانة يجب أن يشتمل على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة بياناً كافياً تتحقق به أركان الجريمة والظروف التي وقعت فيها ، والأدلة التي استخلصت منها المحكمة ثبوت وقوعها من المتهم^(٤) .

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٦٤) .

(٢) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ ص٣١٩) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ ص١٣٩) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٢٩٨) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ ص٣٥٤) .

(٣) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ ص١٣٩) (الدردير/ الشرح الكبير/ ج٤ ص١٣٩) .

(٤) (حسن حمادي/ قضاء الحدود والقصاص والدية/ ص٤١٩) .

المطلب الرابع
الآداب المتعلقة بإصدار الأحكام

يلزم القاضي معرفة جملة من الآداب الشرعية التي لا يعلمها أحد منه إلا الله تعالى ، ولذلك عدت من قبيل الآداب :

١- أن يؤسس الحاكم أموره على النية الصالحة في أحكامه^(١) .

٢- ألا يختلف حكمه لاختلاف المحكوم عليه فقط ، وذلك تحقيقاً لغرض شخصي أو مكسب دنيوي ؛ لأن ذلك من الكبائر .

وصورة الأمر : أن يكون في المسألة قولان ، أحدهما فيه تشديد ، والآخر فيه تخفيف ، فيقضي على العامة بالتشديد ، وعلى الخاصة من ولاة الأمور بالتخفيف ، فذلك قريب من الفسوق والخيانة في الدين والتلاعب بالمسلمين ، وذلك دليل فراغ القلب من تعظيم الله تعالى ، وإجلاله وتقواه ، وعمارته باللعب وحب الرياسة ، والتقرب إلى الخلق دون الخالق^(٢) .

٣- أن يكون إصدار الأحكام بعد الثبوت والروية والأناة، ما دام التأيي فيه منفعة^(٣) . وفي الحديث الشريف: « إذا تأنيت -وفي رواية: تثبت- أصبت أو كدت تصيب ، وإذا استعجلت أخطأت أو كدت تخطئ »^(٤) .

ويكون التأيي لغرض مراجعة الكتب المعتمدة حتى يتضح الحال أمامه ، ويجد

(١) (ابن خلدون/ رسالة ابن خلدون للقضاة/ ص ١٠٣) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٧٤) (الخصاص/ أحكام القرآن/ ج ٢ ص ٣٩٣) .

(٣) (ابن خلدون/ رسالة ابن خلدون للقضاة/ ص ١٢٣) .

(٤) (سنن البيهقي الكبرى/ ج ١٠ ص ١٠٤/ ح ٢٠٠٥٨) (العجلوني/ كشف الحفاء/ ج ١ ص ٨٨، ٣٥٠) ، وفي سننه سعيد بن سماك وهو متروك .

ويشهد له قول النبي ﷺ لأشجع عبد القيس : « إن فيك خصلتان يجبهما الله ؛ الحلم والأناة » . (الناوي/ فيض القدير/ ج ٣ ص ٣٧٨) .

٤- أن يعلم أن غلبة الظن في الحكم كافية ، وأنه غير ملزم بالقطع بالصواب ؛ لأن إلزامه بذلك تعطيل للأحكام ، أما إن كان دون غلبة الظن فعليه بالتوقف التزاماً بقوله تعالى : ﴿ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهْلَةٍ فَتُصْحِرُوا عَلَيَّ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ ﴾^(٢) ، والتوقف أسهل من اقتحام الخطر^(٣) .

٥- أن يعتذر القاضي للمحكوم عليه ، فيذكر وجه الحكم عليه^(٤) ، ويفهمه الأسباب الموجبة للحكم ، حتى يعلم صحة قضاء القاضي فيه ، وينقطع العذر في اتهامه بالحيف والظلم .

(١) (ابن خلدون/ رسالة ابن خلدون للقضاة/ ص ١٢٠) .

(٢) (سورة الحجرات ، آية رقم ٦) .

(٣) (ابن خلدون/ رسالة ابن خلدون للقضاة/ ص ١٢٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٦ ص ٢٧٧ ، ٢٨٨) .

(٤) (علي حيدر/ درر الأحكام/ ج ٤ ص ٦٦١) .

الفصل الخامس

أصول المحاكمات الشرعية الجزائية بعد المحاكمة

بعد أن تصدر الأحكام من القاضي في القضايا المنظورة أمامه ، تأتي المرحلة الأخيرة من الأصول الشرعية التي تحكم عملية التقاضي ، فإن إصدار الأحكام لا يعني انتهاء هذه العملية ، بل بداية لإجراءات جديدة لا تحصل إلا بعد النطق بالحكم ، كالإبرام والتقض والتنفيذ ، وهي مضبوطة بأصول محددة ، ذكرها الفقهاء يرحمهم الله .

وبالنظر إلى الفصول السابقة ، فإن المحاكمة الشرعية الجزائية تجري وفق أصول وأسس لا بد من مراعاتها إلزاماً في كثير من الحالات ؛ إلا أن هذه المراعاة قد لا تحصل فتقع المحاكمة دون الأخذ بهذه الأصول الإجرائية الخاصة ، مما يؤدي إلى التأثير على المحاكمة بصورة عامة ، وعلى الحكم بصورة خاصة . فكان لزاماً النظر في مدى أثر مخالفة أصول المحاكمات الشرعية الجزائية على المحاكمة الجزائية . ويعتبر تقرير هذا الأثر من أخطر مراحل التعامل مع أصول المحاكمة الجزائية ، لاعتبارات عديدة تذكر في حينها .

وقد جاء هذا الفصل موزعاً على المباحث التالية :

- المبحث الأول : أصول إبرام الأحكام الشرعية الجزائية ونقضها .
- المبحث الثاني : أصول تنفيذ الأحكام الشرعية الجزائية .
- المبحث الثالث : أثر مخالفة أصول المحاكمات الشرعية الجزائية .

المبحث الأول

أصول إبرام الأحكام الشرعية الجزائية ونقضها

يتناول هذا المبحث الأحكام القضائية الجزائية إبراماً ونقضاً .
فالقاضي إما أنه مصيب فيبرم حكمه ، وإما أنه مخطئ فينقض ، ولكل ذلك
قواعد وأصول .

وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين وهما :

المطلب الأول : إبرام الأحكام القضائية .

المطلب الثاني : نقض الأحكام القضائية .

المطلب الأول

إبرام الأحكام القضائية

نظراً لمبدأ حجية الحكم القضائي^(١) ، فإن الأحكام القضائية إذا صدرت
موافقة لشروط صحتها ووجودها ، كانت مبرمة . والفائدة من معرفة أن هذا الحكم
مبرم أو غير مبرم تظهر في مسؤولية من ينفذ مثل هذا الحكم ؛ فالحكم المبرم إذا نفذ
كان تنفيذه في محله ، وانتفت المسؤولية عن منفذه ، بخلاف الحكم غير المبرم ، فإنه لا
يصح تنفيذه حتى يكتسب هذه الصفة بإجراءات خاصة محددة .

والأحكام نوعان فيما يتعلق بالإبرام - كما يظهر من أقوال الفقهاء - من ناحية

الموضوع:

النوع الأول : أن يكون الحكم غير قابل للنقض موضوعياً ، وهو ما يمكن

(١) لمزيد من الاطلاع على حجية الأحكام القضائية يوجد بحث قيم لفضيلة الأستاذ الدكتور محمد نعيم
ياسين بعنوان: « حجية الأحكام القضائية » .

تسميته الإبرام المطلق .

النوع الثاني : أن يكون الحكم غير قابل للنقض شكلياً نظراً لتوافر شروط خاصة فيه .

أما النوع الأول: وهو الحكم غير القابل للنقض موضوعياً. وهذا له صورتان:

- الصورة الأولى : أن يكون الحكم مستنداً إلى نص قطعي الدلالة من قرآن ، أو سنة صحيحة ، أو إجماع ، أو قياس جلي ظاهر^(١) .

فهذا النوع وهو المستند لهذه الأدلة القطعية في دلالتها على المراد منها بحيث لا يقبل الخلاف فيها مع وجود مثلها ، إنما هو حكم لا يقبل النقض . ويستدل على منع نقضه من قوله تعالى : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِيهِ أُنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾^(٢) .

فالنقض مناقض للتسليم ، والتسليم شرط لتحصيل الإيمان بنص الآية ، والآية خطاب للنبي ﷺ ، فيفهم أن قبول حكم النبي ﷺ واجب ظاهراً وباطناً ، وأن القبول لا بد أن يقترن بالتسليم ، فكان التسليم مؤكداً بالمفعول المطلق زيادة في توكيد التسليم .

وسبب نزول الآية كما ذكر المفسرون أنها نزلت في الأنصاري الذي تخاصم مع الزبير بن العوام رضي الله عنه إلى النبي ﷺ ، فاعترض على حكم النبي ﷺ^(٣) .

والأدلة على حجية الحكم الصادر من كتاب الله وسنة النبي ﷺ كثيرة عديدة ، وتؤكد أن حجيتها مطلقة ، ومنها :

(١) انظر : (ابن قدامة/المغني/ج ١٠ ص ١٠٣) (ابن تيمية/الفتاوى الكبرى/ج ٥ ص ٥٥٩) .

(٢) (سورة النساء ، آية رقم ٦٥) .

(٣) انظر : (تفسير الطبري/ج ٥ ص ١٥٨) (ابن كثير/تفسير ابن كثير/ج ١ ص ٥٢١) (الشافعي/أحكام

القرآن/ج ١ ص ٣٠) .

قوله تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُمِئِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ﴾ (١) .

وطلب النقض نوع من الخيرة التي نفتها الآية عن المؤمنين ، وفيه دليل على أن قضاء الله عز وجل وحكمه ، وكذلك قضاء النبي ﷺ وحكمه رافع للخصام بصورة قاطعة ، ولا يحل الاعتراض على حكم الله وعلى حكم رسوله ﷺ ، وهذا شأن القرآن قطعي الدلالة ، وشأن السنة الصحيحة قطعية الدلالة .

وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَّسُولٍ إِلَّا لِيُطَاعَ بِإِذْنِ اللَّهِ ﴾ (٢) .

وقوله تعالى : ﴿ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا ﴾ (٣) .

وقوله تعالى : ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ ﴾ (٤) .

وهذه الآيات دالة على حجية أحكام النبي ﷺ مطلقاً ، فهي أمرة بالطاعة وجوباً فيما أمر النبي ﷺ وما نهى ، ومعارضة الأحكام الصادرة منه ﷺ فيه مناقضة لقصد الشارع من إرسال الرسل ، وفيه مخالفة للطاعة التي أمرنا بها .

والذي ينبغي الإشارة إليه أن منع نقض مثل هذه الأحكام المتصفة بهذه الصفات لا يمكن الوصول إليه ومعرفته إلا بقبول المطالبة بالنظر فيها ؛ لأن الذي يقرر أن هذا الحكم يمنع نقضه أو لا يمنع ، إنما هو المتخصص في الأحكام الشرعية ، والوسيلة لمعرفة ذلك تقتضي قبول طلب الطعن في الحكم الذي هذه صفته ، ثم بعد نظر المختص بالنظر ، يحكم بأن مثل هذا الحكم لا يحل نقضه ، ولا التعرض له ، إلا أن الحكم قبل النظر وبعده يكتسب صفة الإبرام ، لحصوله ووقوعه في محله غير قابل للنقض .

(١) (سورة الأحزاب ، آية رقم ٣٦) .

(٢) (سورة النساء ، آية رقم ٦٤) .

(٣) (سورة الحشر ، آية رقم ٧) .

(٤) (سورة النساء ، آية رقم ٥٩) .

- الصورة الثانية : أن يكون الحكم اجتهادياً لا يعارض نصاً أو إجماعاً أو قياساً ظاهراً أو قاعدة كلية .

فإذا صدر الحكم وكان مستوفياً لشرائطه الشرعية ، وكان مما يقبل فيه الاجتهاد، وصدر الحكم على هذه الصفة ، فإن الحكم يكون مبرماً ، ولا يحل نقضه . إلا أن الذي يمكن أن يتعرض للحكم الصادر على هذا الوصف هو أحد شخصين ، إما أن يكون غير القاضي الذي حكم به ، وإما أن يكون القاضي نفسه الذي اجتهد فيه .

أما الأول فقد اتفق العلماء على امتناع نقضه ، وأما الثاني فالجمهور على منع نقضه خلافاً للمالكية . وتفصيل هاتين الحالتين كما يلي :

الحالة الأولى : أن يكون المتعرض للحكم غير القاضي :

اتفق الفقهاء على أن غير القاضي ليس له أن ينقض حكماً صدر على هذه الصفة^(١)؛ لأن القاعدة أن الاجتهاد لا ينقض بمثله^(٢) . ونصوا على أن كل مجتهد في الفروع مصيب ، والمصيب وإن كان واحداً بين المختلفين إلا أنه غير متعين^(٣) .

ويستدل على ذلك بأمثلة كثيرة من أفعال السلف رحمهم الله تعالى ، وأما

الأدلة التي استدل بها العلماء فهي كما يلي :

١- الإجماع : فإن أبا بكر رضي الله عنه حكم في مسائل باجتهاده وخالفه عمر رضي الله عنه ، ولم ينقض أحكامه ، وعثمان رضي الله عنه خالف عمر رضي الله عنه في اجتهاده فلم ينقض أحكامه ، وخالفهما علي رضي الله عنه فلم ينقض

(١) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٢٨١) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٣٨) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٤ ص٥٣٩) (الزركشي/ المنثور في القواعد/ ج١ ص٩٣) (ابن تيمية/ الفتاوى الكبرى/ ج٥ ص٥٥٩) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٨٦) (ابن أبي اليمن/ لسان الحكام/ ص٢٢١) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ ص١٠٣) .

(٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٨٦) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ ص٨٤) .

(٣) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٤ ص٥٣٩) (الزركشي/ المنثور في القواعد/ ج١ ص٩٣) .

أحكامهما^(١) . وهذا لا يخالف له من الصحابة ، فكان إجماعاً .

٢- روي أن عمر رضي الله عنه لقي رجلاً فقال : ما صنعت ؟ قال : قضى عليّ وزيدٌ بكذا . قال : لو كنت أنا لقضيت بكذا . قال : فما منعك والأمر إليك . قال : لو كنت أردك إلى كتاب ، الله وإلى سنة نبيه ﷺ لفعلت ، ولكنني أردك إلى رأي والرأي مشترك^(٢) . ولم ينقض قول عليّ وزيد .

٣- ما روي أن علياً رضي الله عنه جاءه وفد من نجران ، وأرادوا رد كتاب أمضاه عمر رضي الله عنه ، فقالوا لعلي رضي الله عنه : يا أمير المؤمنين شفاعتك بلسانك ، وخطك بيمينك ، وإملاء رسول الله ﷺ ، فقال رضي الله عنه : يا أهل نجران ، إن هذا لآخر كتاب كتبه بين يدي رسول الله ﷺ ، فقالوا : فأعطنا ما فيه . قال : سأخبركم عن ذلك ، إن الذي أخذ منكم عمر رضي الله عنه خيراً مما أعطاكم ، والله لا أرد شيئاً مما صنعه عمر رضي الله عنه ، إن عمر رضي الله عنه كان رشيد الأمر^(٣) .

وهذا فيه دلالة على امتناع رد الاجتهاد باجتهاد مثله .

٤- وروي أن رجلاً^(٤) قال له بنو عمه ، وبنو عم امرأته : إن امرأتك لا تحبك ، فإن أحببت أن تعلم ذلك فخيرها ، فقال : يا برزة بنت الحر اختاري ، فقالت : ويحك اخترت ولست بخيار . قال ذلك ثلاث مرات ، فقالوا : حرمت عليك ، فقال

(١) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص١٠٤) .

وكانت هذه الأحكام المختلفة في مسألة واحدة وهي مسألة العطاء ، فقد سوى أبو بكر في العطاء بين الناس وأعطى العبيد ، وخالفه عمر ففاضل بين الناس ، وخالفهما علي فسوى بين الناس وحرّم العبيد ، ولم ينقض واحد منهم ما فعله من قبله ، رضي الله عنهم أجمعين . انظر : (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص١٠٤) .

(٢) (ابن القيم/إعلام الموقعين/ج١ص٦٥) .

(٣) (سنن البيهقي الكبرى/ج١٠ص١٢٠/ح٢٠١٦٢، ٢٠١٦٣) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٦ص٣٥٧/ح٣٢٠٠٤) .

(٤) الرجل هو العباس بن خرشة الكلابي ، كما ورد في بعض الروايات .

كذبتهم ، فأثنى علياً رضي الله عنه ، فذكر ذلك له فقال : لئن قربتها حتى تنكح زوجاً غيرك لأغيبنك بالحجارة ، أو قال : لأرضحنك بالحجارة . قال : فلما استخلف معاوية رضي الله عنه أتاه فقال : إن أبا تراب^(١) فرّق بيني وبين امرأتي بكذا وكذا . قال : قد أجزنا قضاءه عليك ، أو قال : ما كنا لنرد قضاءً قضاه عليك^(٢) . وذلك أن الاجتهاد من علي رضي الله عنه كان في محله ، فلم ينقضه معاوية رضي الله عنه .

٥- روي أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أتى برجل من قريش وجد مع امرأة في ملحفتها^(٣) ولم تقم البينة على غير ذلك ، فضربه أربعين ، وأقامه للناس ، فغضب قومه مع هذا ، وانطلقوا إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فقالوا : فُضِّحَ مِنَّا رجلاً . فقال عمر لعبد الله : بلغني أنك ضربت رجلاً من قريش . قال عبد الله : أجل ، أتيت به قد وجد مع امرأة في ملحفتها ولم تقم البينة على غير ذلك ، فضربته أربعين وعرفته للناس . قال عمر : رأيت ذلك ؟ قال عبد الله : نعم . قال عمر : نعم ما رأيت . فقال الشاكون : جئنا نستعديه عليه فاستفتاه^(٤) .

فالأثر واضح الدلالة على منع نقض الأحكام الاجتهادية من الغير .

٦- أن العقل يمنع نقض الأحكام الاجتهادية للأسباب التالية :

أ - أنه لو نقض الحكم الاجتهادي بالحكم الاجتهادي لنقض بغيره ؛ لأنه ما من اجتهاد إلا ويجوز أن يتغير ويتسلسل ، فيؤدي إلى أن لا تستقر الأحكام ، ويؤدي إلى أن لا يوثق بقضاء أحد بعد ذلك ، وهو ضرر شديد^(٥) .

(١) أبو تراب : لقب أطلقه النبي ﷺ على علي رضي الله عنه ، حين وجده نائماً على الأرض وقد الصق خده بالتراب ، فقال له : قم أبا تراب .

(٢) (سنن البيهقي الكبرى/ج ١٠ ص ١٢٠/ح ٢٠١٦٤) .

(٣) الملحفة: اللباس الذي فوق سائر اللباس من دثار البرد ونحوه، وكل شيء تغطيت به فقد التحفت به.

(ابن منظور / لسان العرب/ج ٩ ص ٣١٤) .

(٤) (مصنف ابن أبي شيبة/ج ٥ ص ٤٩٦/ح ٢٨٣٣١) .

(٥) (الزركشي/المنتور في القواعد/ج ١ ص ٩٣) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج ١ ص ٨٠ ، ٨١) .

ب - أن الاجتهاد الأول تأيد بالقضاء والحكم ، فهو يرجح على اجتهاد القاضي الثاني ؛ لأن الأصل أنه لا رجحان لاجتهاد على اجتهاد إلا أن اقتران الأول بالحكم صيره راجحاً ، ولا ينتقض الراجح بالمرجوح^(١) .
فصار القضاء الثاني في حكم الشك الطارئ على اليقين ، ولا يزول اليقين بالشك . ومن هنا قالوا : « إن القضاء والحكم يجب أن يُحمل على الصحة بقدر الإمكان ، فلا ينتقض بالشك »^(٢) .

ج - أن القاضي الأول منصوب للقضاء من قبل السلطان ، وللسلطان ولاية على كافة الناس ، فليس لأحد نقض حكمه ؛ لأن القاضي الثاني هو أحد كافة الناس ، فليس له صلاحية في نقض حكم القاضي الأول^(٣) .

الحالة الثانية : أن يكون المتعرض للحكم هو ذات القاضي :

وهو أن يقضي القاضي باجتهاد في مسألة ثم يرى رأياً غيره أصوب من الرأي الأول ، فهل ينتقض حكمه الأول أم يمضيه ؟ للعلماء فيه قولان :

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٨٦) .

(٢) انظر (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٨٦) .

(٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٨٦) .

وهذا الاحتجاج في شقه الأول صحيح ، والذي يعني أن للأحكام القضائية حجية لاقتها بامر السلطان ، فهذا صحيح . أما الشك الثاني فغير دقيق ؛ فإن القاضي الثاني ليس أحد كافة الناس ، وذلك أن القاضي الثاني حكمه له حجته بموجب ولايته من السلطان، وحتى لو تعلق حكمه بما لا يحق له الحكم فيه كتنقض حكم اجتهادي من قاضي آخر ، إلا أن ذلك لا يعني أن قوله في النقض يمثل هذا الحكم كقول غيره من الناس ؛ لأن النقض الصادر منه لا بد من نقضه ، بينما كلام غيره من الناس لا يحتاج إلى نقض ، والسبب هو الولاية والنيابة من السلطان؛ فالقاضي هو قاضي في الحالين سواء أكان ناقضاً لحكم غيره أم متقوضاً حكمه من غيره .

وافتراق القاضي الناقض لما هو مجتهد فيه عن جملة الناس ، أن جملة الناس ليس لهم نقض أي حكم من القاضي حتى لو كان واجب النقض ، فهم لا حجية في قولهم ولا حكمهم ، بينما القاضي الثاني لأقواله وأحكامه حجية وإن كانت مؤقتة؛ لأن ولايته قد تزول ، ولأن أحكامه قد تنتقض ، لكن حتى يحصل واحدٌ منها يبقى لحكمه حجية ملزمة .

القول الأول : وهو قول جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة ، وهو قول بعض المالكية ، حيث قالوا : لا يحق للقاضي نفسه نقض حكمه الذي حكم به إذا كان مجتهداً فيه^(١) . وهذا إذا كان مستوفياً لشرائطه الأخرى ، أما إذا تجدد له مثلها فلا يعمل إلا بالقول الثاني الذي رجح عنده متأخراً^(٢) .

واستدل هذا الفريق بالأدلة الماضية المانعة لنقض القضاء فيما هو مجتهد فيه ؛ وذلك أنه لا فرق بين أن يكون النقض من ذات القاضي أو من غيره . واستدلوا بزيادة على ذلك مما هو واقع في محل النزاع بما يلي :

١- روي أن النبي ﷺ كان يقضي بالقضاء فينزل عليه القرآن بخلافه فيمضي ما قضى به ويستأنف القضية^(٣) .

فإن النبي ﷺ وهو القاضي في هذه الصورة ، لم يكن لينقض حكمه فيما سبق وإن اجتهد فيه . وهذا أثر في محل النزاع .

٢- ما روي أن عمر رضي الله عنه راجعه البعض في قضاء قضاه ، وحكم فيه بحكمين مختلفين ، فقال رضي الله عنه : « تلك على ما قضينا ، وهذه على ما نقضي »^(٤) .

فهو وإن اختلف اجتهاده في مسألة واحدة ، إلا أن اقتران الحكم القضائي بالأولى منع نقضها بما هو مثلها ، فكان الحكم في السابقة على ما قضى فيها ، والحكم في اللاحقة على ما قضى فيها .

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٢٨١) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ ص٨٤) (الزركشي/ المشور/ ج١ ص٩٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٨٠) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٣٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٠٤) (الصدر الشهيد/ شرح أدب القاضي/ ج١ ص١٧٨) .

(٢) انظر : (الزركشي/ المشور في القواعد/ ج١ ص٩٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ ص٨٤) .

(٣) (مسند الربيع/ ص٢٨/ ج١٦) (أبو داود/ المراسيل/ ص٢٨٥/ ج٣٩٣) .

(٤) (مصنف عبد الرزاق/ ج١٠ ص٢٤٩/ ج١٩٠٠٥) (سنن البيهقي الكبرى/ ج١٠ ص١٢٠/ ج٢٠١٦) .

(ابن حجر/ القول المسدد/ ج١ ص١٢٠) (السمعاني/ قواطع الأدلة في الأصول/ ج٢ ص٣٣١) (ابن حجر/ تلخيص الحبير/ ج٣ ص٨٦) .

٣- قول الشعبي^(١) رحمه الله : حفظت عن عمر رضي الله عنه في الحد سبعين قضية لا يشبه بعضها بعضاً^(٢) .

وهذا يدل على أنه لو نقض حكماً واحداً لاشتبهت أحكامه وأقضيته ، لكنه لم يفعل .

٤- وروي أن شريحاً كان يقضي بالقضاء ثم يبدو له فيرجع عنه ، ولا يرجع فيما كان يقضي به ، يعني في المجتهدات ، وكان إذا تحول رأيه بنى فيما يستقبل على ما أدى إليه اجتهاده ولم ينقض ما كان قضى به^(٣) .

٥- وروي عن ابن سيرين أن عمر رضي الله عنه قال : إنني قضيت في الحد قضايا مختلفة لم آل فيها عن الحق^(٤) .

وهذا يدل على أن القاضي إذا تغير رأيه فيما قضى به يبني فيما يستقبل من الزمان ولا ينقض قضاءه السابق .

القول الثاني : وهو القول الراجح عند المالكية ، وبه قال أكثرهم^(٥) . من أن القاضي له أن ينقض اجتهاده إذا تغير اجتهاده لا لمعارضته نصاً أو مما هو قطعي ، بل إن ظهر أن غيره أصوب .

(١) الشعبي : أبو عمرو عامر بن شراحيل بن عبد الشعبي ، من همدان رضي الله عنه ، ولد لست سنين خلت من خلافة عثمان رضي الله عنه ، عالم بالسنة والفقه ، وأحد أعلم أربعة في زمانه ، وكان بالكوفة .

(الشيرازي/ طبقات الفقهاء / ص ٨٢) .

(٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج ١٦ ص ٨٤) .

(٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج ١٦ ص ٨٥) .

(٤) (مصنف عبد الرزاق/ ج ١٠ ص ٢٦٢/ ح ١٩٠٤٥ ، واللفظ له) (سنن البيهقي الكبرى/ ج ٦ ص ٢٤٥/ ح ١٢١٩٣) (ابن حجر/ تغليق التعليق/ ج ٥ ص ٢١٩) .

(٥) انظر : (البايجي/ المنتقى/ ج ٧ ص ١٤٠) (المواق/ التاج والإكليل/ ج ٨ ص ١٣٧) (الخرشي/ شرح مختصر

خليل/ ج ٧ ص ١٦٦) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج ٤ ص ١٥٥) (عليش/ منح الجليل/ ج ٨ ص ٣٤٧ ،

٣٥٠) (ابن فرحون/ بصرة الحكام/ ج ١ ص ٨٠) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٣٠٤) (مالك/

المدونة/ ج ٤ ص ٥١٩) .

واشترط مطرف وابن الماجشون أن يكون القاضي باقياً على ولايته حالة النقض ، فلو قضى بقضاء اجتهادي ثم عزل ثم عاد وتولى ، فلا يحق له نقض اجتهاده قبل العزل ، وكذا الحال إذا مات ، فإن قضاءه يصبح مبرماً ، فهو لا يقدر على نقضه ولا غيره كذلك^(١) .

وإليك بعضاً من نصوصهم في هذا القول .

يقول صاحب التاج والإكليل : « ونقضه هو فقط إن ظهر أن غيره أصوب »^(٢) .

ويقول الخرخشي في شرح المختصر : « ثلاث مسائل لا ينقضها إلا حاكمها

فقط... »

الأولى: إذا حكم بحكم ثم ظهر أن غيره أصوب منه ، وسواء كان باقياً على ولايته أو عزل ثم ولي مرة أخرى ، خلافاً لمطرف وابن الماجشون من أنه ليس له نقضه فيما إذا عزل وولي ثانياً .

الثانية : إذا حكم بحكم ثم ظهر له أنه خرج فيه عن رأيه بأن كان مجتهداً ، ويحمل على السهو ، فإنه ينقضه ويحكم بما رآه .

الثالثة : إذا حكم المقلد للمذهب في قضية وهو يرى أنه مذهب إمامه فحكم بغيره غلطاً ، فإنه ينقضه هو فقط »^(٣) .

واستدل هذا الفريق بما يلي :

١ - أن عثمان رضي الله عنه أتى بامرأة قد حملت لستة أشهر فأمر برجمها ، فأخبره سيدنا علي رضي الله عنه أن الحمل قد يكون لستة أشهر لقوله تعالى : ﴿ وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾^(٤) ، ولقوله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ

(١) انظر : (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٣٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٨٠) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٠٤) .

(٢) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص١٣٧/ ج٨ ص١٤١) .

(٣) (الخرخشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ ص١٦٦) .

(٤) (سورة الأحقاف ، آية رقم ١٥) .

حَوَّلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴿^(١)﴾ . فأمر عثمان رضي الله عنه بالمرأة فوجدها قد رجعت ^(٢) . وفي رواية البيهقي : أنه خلى عنها ثم ولدت ^(٣) .

يقول الباجي في هذا الأثر : « وهذا يقتضي أن للحاكم أن يرجع عن حكمه حكمه به إلى ما هو عنده أصوب » ^(٤) .

٢- أن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه فعله ^(٥) ، ولم يفصلوا فعل عمر بن عبد العزيز - رحمه الله - في ذلك .

الراجع من بينهما :

أما الراجع فهو قول الجمهور ، وذلك أن أدلتهم لم يكن لتناقضها أو تدافعها أدلة الفريق الثاني .

وقد وجدت كتب المالكية تحيل إلى المدونة وليس فيها ما يدل على ما قالوا من نقض الاجتهاد بالاجتهاد من ذات القاضي بعد الحكم بالقضية .

يقول في المدونة : « قلت : رأيت القاضي إذا قضى بقضية ثم تبين له أنه قد أخطأ فيها ، أترى له أن يردها أم لا ؟ قال : نعم يردها وينقض قضيته تلك ويبتدئ النظر فيها ، قال : قال مالك : وقد فعل ذلك عمر بن عبد العزيز » ^(٦) .

فالملاحظ أن الخطأ المنسوب للقاضي في الحكم الأول عام ، ويشمل الخطأ في الأمر الاجتهادي وهو محل النزاع ، والخطأ فيما لا اجتهاد فيه ، وليس هذا بمحل للنزاع . والأثر الوارد عن سيدنا عمر بن عبد العزيز حيث نقض حكمه فلم ترد من

(١) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٣٣) .

(٢) (سنن البيهقي / ج ٧ ص ٤٤٢ / ح ١٥٣٢٦) (الخراساني / السنن / ج ٢ ص ٩٣ / ح ٢٠٧٤) (مصنف عبد

الرزاق / ج ٧ ص ٣٥٠ / ح ١٣٤٤٤) (وذكره مالك معلقاً في الحدود بعد باب ما جاء في الرجيم) (الباجي / المنتقى / ج ٧ ص ١٤٠) .

(٣) (سنن البيهقي / ج ٧ ص ٤٤٢ / ح ١٥٣٢٦) .

(٤) (الباجي / المنتقى / ج ٧ ص ١٤٠) .

(٥) (الخطاب / مواهب الجليل / ج ٦ ص ١٣٨) (مالك / المدونة / ج ٤ ص ٥١٩) .

(٦) (مالك / المدونة / ج ٤ ص ٥١٩) .

بين الروايات في كتب الآثار رواية في نقض عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه سوى ما ذكر من نقضه حكمه لمخالفته حديث رسول الله ﷺ : « الخراج بالضمان »^(١) ، مما يقوي الاحتمال أن هذا الأثر هو مقصود الإمام مالك رحمه الله ، ومعلوم أن هذا الأثر عنه رضي الله عنه ليس في موطن النزاع الذي رفع إليه ، وهذا النقض متفق عليه بين العلماء كما سيتبين فيما بعد .

ومما يؤكد أن رأي الإمام مالك هو مع الجمهور ما ورد في المدونة : « قلت : هل كان مالك يرى للقاضي إذا قضى بقضية ثم تبين له أن غير ما قضى به أصوب مما قضى به ، أله أن يرد قضيته ويقضى بما رأى بعد ذلك ، وإن كانت قضيته الأولى مما قد اختلف فيها العلماء ؟ قال : إنما قال مالك : إذا تبين له أن الحق في غير ما قضى به رجح فيه ، وإنما الذي لا يرجع فيما قضت به القضاة مما اختلف الناس فيه »^(٢) . فقولته : « أن الحق في غير ما قضى به » ، يعني أن قضاءه كان باطلاً ؛ لأنه غير الحق الذي عناه ، وليس هذا بموضع للنزاع ، وإنما النزاع أن يكون حكمه الأول حقاً ، إلا أن الحكم الثاني أصوب .

أما الدليل بفعل سيدنا عثمان عندما نقض حكمه ، وقد كان ذلك منه رضي الله عنه نقضاً لحكمه ؛ لأن الحكم الأول كان صحيحاً في محله بحسب اجتهاده ، فهذا الفعل بالنقض لا يكون نقضاً لاجتهاد باجتهاد منه رضي الله عنه ، ولا باجتهاد من سيدنا علي رضي الله عنه ، وإنما هو بالقرآن الكريم بنص قطعي الدلالة على المراد منه ، ذلك أنه يشير إلى أوقات محددة ، والوقت المحدد لا مجال للاجتهاد في تقديره ؛ إذ هو منصوص عليه .

فإن قال الله تعالى : ﴿ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ ، كان المراد من الآية مفهوماً باتفاق لا

(١) (الترمذي/اليبوع/باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً/ح١٢٨٥ ، وقال /حديث حسن صحيح) (النسائي/اليبوع/باب فيمن اشترى عبداً فاستغله ثم وجد به عيباً/ح٣٥٠٨) (ابن ماجه/التجارات/باب الخراج بالضمان/ح٤٢٤٢) .

(٢) (مالك/المدونة/ج٤ص١٣) .

خلاف في تقديره ولا تأويل في معناه ، كما هو قوله تعالى : ﴿ تَمَّتْ جَلْدَةٌ ﴾ ، فما من أحد يقدر على الاجتهاد في تقدير عدد الجلدات ؛ لأن رقم ثمانين دال على المراد منه بدون تكلف ولا حاجة لاجتهاد ، وكذلك الرقم ثلاثين دال على المراد بلا اجتهاد أيضاً ، وما بقي فهو عملية طرح من الرقمين ، فتكون المحصلة ستة أشهر وهي مدة الحمل . فكان الكشف عن ذلك من ذكاء علي رضي الله عنه . من هنا كان نقضاً لاجتهاده بنص قطعي الدلالة . وهذا أيضاً لا اختلاف بين العلماء في صحته ، فكان الرأي الموافق للمنقول والمعقول هو رأي الجمهور .

أما النوع الثاني : وهو أن يكون الحكم غير قابل للنقض إجرائياً ،

نظراً لضرورة استقرار التعاملات بين المسلمين :

وهذا النوع يمكن تصوره في الشريعة الإسلامية ، ولكن في حدود ضيقة ، ويقصر على بعض العقوبات التعزيرية . أما إن كانت المخالفة متعلقة بنص ظاهر أو إجماع - كما هو شأن الحدود- الفقهاء يفهم من كلامهم أنه لا يوجد إجراء يمنع من نقض مثل هذا الحكم ؛ لأن الباطل الذي هذه صفته لا يصبح حقاً بمرور الزمن ، ولذلك تجدد نصوص الفقهاء مطلقة عند الحديث عن نقض هذه الأحكام المخالفة . بل إن في حديث عمر رضي الله عنه ما يؤكد أن الحق قديم ، وأن طول الترك لا يؤثر في بقاء الحق حقاً .

فلو حكم قاض بما هو باطل ، فإن الحق كله في نقض هذا الباطل ، فلو تقادم الزمان واستمر الباطل موجوداً ، ما أثر ذلك في كونه باطلاً وفي وجوب إزالته . أما إن كان البطلان في الحكم متعلقاً بما هو أدنى من هذه المرتبة ، أمكن تصور منع نقض الحكم إجرائياً .

ومن ذلك أن يخالف القاضي أثناء النظر في القضية إجراءً من الإجراءات غير المبطله كلياً للأحكام ، ثم تمضي مدة زمنية يعلم من خلالها أن صاحب الحق في طلب الطعن أمكنه بالحكم والعلم بأن له نقضه ولم ينقض ولم يتعرض لهذا الحكم ،

فَعِنْدَهَا وَبِمَرُورِ الْمُدَّةِ الزَّمَنِيَّةِ الْمَحْدُودَةِ يَصْبِحُ الْحُكْمُ مَبْرَماً ، وَهَذَا عَلَى افْتِرَاضِ سَلَامَةِ بَقِيَّةِ الشُّرُوطِ اللَّازِمَةِ لِلْحُكْمِ الصَّحِيحِ ، فَعِنْدَهَا يَمْنَعُ هَذَا الشَّخْصَ مِنَ الطَّعْنِ فِي الْحُكْمِ ؛ لِاِكْتِسَابِهِ صِفَةَ الْقَطْعِيَّةِ بِمَرُورِ الزَّمَنِ .

المطلب الثاني نقض الأحكام القضائية

الصورة العامة الملحوظة في القضاء ، أن عملية التقاضي تجري على مستوى واحد من التقاضي . وهذا له أسبابه في الشريعة سنذكرها بعد قليل ، إلا أن المتفحص للكتب الفقهية يلمح بكل وضوح أن هذه الصورة لها ما يخصصها في بعض الحالات ، مما يجعل عملية التقاضي تجري على أكثر من مستوى واحد .
إلا أن هذه المستويات المتعددة من التقاضي لها أصول وضوابط ، ولا بد في البداية من معرفة المختص بنقض الأحكام القضائية ، ثم موجبات نقض الأحكام القضائية ، ثم كيفية نقض الأحكام القضائية .

وقد أفردت لكل منها فرعاً ، فجاء هذا المطلب في ثلاثة فروع :

الفرع الأول : المختص بنقض الأحكام القضائية .

الفرع الثاني : موجبات نقض الأحكام القضائية .

الفرع الثالث : كيفية نقض الأحكام القضائية .

الفرع الأول : المختص بنقض الأحكام القضائية :

الأصل في الأحكام أنها إذا صدرت كانت نافذة لازمة مبرمة ، وذلك على افتراض صحتها وعدم مخالفتها للأصول الموضوعية في الأحكام ، أو الأصول الإجرائية فيها ، ولذلك قال العلماء : « يحمل القضاء على الصحة ما لم يثبت الجور »^(١) .

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٨٣) .

إلا أن هذا الحكم قد لا يستصحب في كل قضية وفي كل حادثة ، مما يستدعي ما يصحح سير عملية التقاضي ويسددها .
ويتنازع هذا التصحيح والتسديد عاملان :

العامل الأول : وهو الذي يقضي بسرعة البت في الخصومات لإزالة أسباب الخلاف بين أفراد المجتمع ، أو لإعطاء كل صاحب حق حقه ، وأخذ الحق من كل معتدٍ على حق غيره ، وكذلك لضرورة استقرار التعاملات ، وعدم نقض الأحكام لأي سبب كان ؛ لأن من مقاصد الشريعة استقرار التعامل بين الناس .

وليس من المصلحة الشرعية في شيء ، ولا من مصلحة الجماعة أن تبقى تعاملات الناس فيما بينهم متعرضة للتغيير والتبديل ، إلا في حالات خاصة يكون منع التغيير والتبديل فيه من الضرر ما هو أكبر من التغيير ، فيدراً الأشد بالأخف .

العامل الثاني : وهو الذي يقضي بعدم إجازة الخطأ وعدم قبوله ، ووجوب تصويب ما يقع من هذه الأخطاء ؛ لأن الأصل في القضاء إحقاق الحق ، وفي إجازة الظلم ظلم ، فلا بد من رفعه .

والتشريع الذي يقرر مبدأ وجود درجات للتقاضي لا بد أن يراعي هذين العاملين دون أن يقدم أحدهما على حساب الآخر .

وكان هذا حال التشريع الإسلامي ، فقد جاء متميزاً عن القوانين الوضعية في عدة مجالات ؛ فكان معتمداً في الأصل على حجية الأحكام القضائية ولم ينقضها إلا لسبب وجيه . إلا أن الشريعة - وكما هو شأنها - كلُّ متكامل ، فهي وإن كانت أقرت تعدد درجات التقاضي لأنها تحقق العدل والعدالة ، إلا أنها لم تعتمد في تحقيق العدالة على هذا الأمر كلياً ، فالإسلام يرى أن العدالة لا بد من تحقيقها ، وأن الحق لا بد من إيصاله لأصحابه ، إلا أن وسائل الإسلام تعددت في ذلك ، ومن هذه الوسائل :

١- شخصية القاضي . فقد حرصت الشريعة على تحقق شروط خاصة في

القاضي تعينه على الوصول إلى الصواب والحق والعدل ، وتمنعه قدر الإمكان من الوقوع في الخطأ والجور .

وابتدأت هذه الشروط بسلامة النية وحسن العقيدة ، ومخافة الله عز وجل ، وحسن مراقبته تعالى ، وانتهت بتحصيل العلم والاطلاع الواسع ، مع القدرة على الاجتهاد والتفكير فيما ينظر من أحوال وقضايا . وليس المقصود من الاجتهاد هو الاجتهاد المطلق ، وإنما المراد أن يعرف كيفية تنزيل الواقعة على الحكم والحكم على الواقعة ، فيعرف توصيف الأفعال بإعطائها الأوصاف القانونية الفقهية اللازمة . وهذه الشروط تعتبر الضمانة الأولى نحو الوصول إلى الأحكام العادلة ، وهي بدورها تقلل نسبة الجور في الأحكام ، وتقل الحاجة إلى وجود درجات أخرى من القضاء .

٢- الشورى في القضاء ، وإجلاس الفقهاء مع القاضي للاطلاع على كيفية حكمه ، وتصويب ما يحتاج إلى تصويب . وقد ذكرت هذه الوسيلة فيما سبق ، وهي الوسيلة الثانية التي تقل بواسطتها الأحكام الجائرة .

٣- تعدد القضاة في القضية الواحدة ، وخصوصاً في قضايا الحدود والقصاص ، وهذا له دوره في تحصيل العدالة والعدل .

٤- جملة من الإجراءات المسددة للحكم نحو العدل ؛ كالتسوية بين الخصوم ، وعلانية المحاكمة ، ومنع القضاء إذا كان فيه تهمة للقاضي ، كعدو أو أصل أو فرع ، ومنها منعه من الحكم حتى يفهم من الخصمين ، وأن في إقدامه على الحكم دون تحقق الفهم إنما يقدم على محرم ، وأن عليه في مثل هذه الحالة أن يجيل القضية إلى قاضٍ آخر يحتمل أن لا يشكل عليه الحكم في القضية المنظورة أمامه^(١) .

فهذه الوسائل جعلت الحكم أقرب ما يكون إلى الصواب ، وما دام أن تعدد درجات القضاء مقصدها العدل ، فالشريعة سعت في تحقيق هذا المطلب قبل أن يقرر

(١) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٤٣) .

بوجود درجات للتقاضي ؛ لأنه إذا ترك هذه الوسائل السابقة ، لم يكن في إقراره لدرجات التقاضي كبير أثر في تحقيق الغاية المرجوة والمقصد المنشود ، وهو العدل .

وهذا الذي قرره الشريعة سبقت فيه كل التشريعات الأخرى التي وقعت في الظلم ، فكان الخروج من هذا الظلم بإيجاد محاكم للاستئناف أو التمييز ، إلا أن وجود هذه المحاكم كذلك لا يضمن العدل ؛ لأنه صار أقرب للشكل منه للمضمون ؛ فالقاضي بشخصيته غير المنتقاة جيداً قد تجعله قاضياً في محاكم الاستئناف أو التمييز ، فيتكرر الظلم ، لكنه بصورة مبرمة غير قابلة للنقض- هذه المرة .

لذا علمنا أن وجود درجة أخرى للتقاضي هدفها العدل ، والعدل لا يتقرر بصورة واحدة ، بل لا بد من جملة وسائل تساعد في الوصول إليه . وهذا الذي تتميز به الشريعة ؛ لأنها نظام متكامل ، مصدرها واحد ، يمتنع عليها التناقض والفساد .

واختتمت الشريعة هذه الوسائل بوسيلة احتياطية أخيرة جعلتها بعد النطق بالحكم ؛ لأن الملاحظ في كل الوسائل السابقة أنها متقدمة على النطق بالحكم . فلو أن القاضي نطق بما يفيد حكماً ، كقوله : حكمت بكذا ، فظهر أن الحكم فيه ظلم ، إما بمخالفة نص قطعي الدلالة أو إجماع للعلماء أو غير ذلك ، فهل تفيد الوسائل السابقة في منع الظلم ؟ الجواب بالنفي . فكان من الضروري وجود درجة أخرى من القضاء تبطل الحكم السابق .

فالوسائل السابقة لا تلغي الأخطاء والجور في الأحكام القضائية ، مع أنها في أقل معدلات الجور ، فسمح الإسلام بوجود درجة أخرى من التقاضي ، ولكن في إطار مضبوط محدود ، حتى لا تصبح كل الأحكام قابلة للانتقال إلى هذه الدرجة ، ذلك أن السماح بالانتقال للدرجة الثانية من القضاء في كل قضية يجعل الدرجة الأولى ضرباً من العبث ، فكل من حكم عليه في الدرجة الأولى سيسعى إلى تغيير النتيجة لصالحه في الدرجة الثانية سواء بالإبطال أو التخفيف .

ولذا حرصت الشريعة على وضع ضوابط خاصة بالدرجة الثانية من التقاضي ، وهذا ما سنبحثه في المباحث القادمة ، إن شاء الله تعالى .

بعد أن اتضحت الغاية من تعدد درجات القضاء ، تنتقل إلى الحديث عمن يملك حق نقض الأحكام القضائية .

لقد ذكرت كتب الفقه من له نقض الأحكام القضائية ، دون أن تحدد لذلك شخصاً بعينه، بحيث لا يخرج نقض الأحكام عنه . كما بينت كتب الفقه أن القاضي يحتل مرتبة معروفة في القضاء ، إلا أن هناك من هو فوقه ، ومهمة الذي فوقه إما أن تكون مهمة إدارية ، وإما أن تكون مهمة قضائية للإشراف على الأحكام القضائية الصادرة عن القاضي .

فقد لا يقدر القاضي على الحكم في المسألة لمانع شرعي كقرابة أو عداوة ، فقالوا بأنه يرفعها إلى من فوقه ويكون شاهداً فيها^(١) .

وليس هناك ما يمنع من تخصيص جهة للنظر في أحكام القضاة ومعرفة ما يصح منها وما لا يصح ، وهذا من باب السياسة الشرعية عندما يرى الإمام المصلحة في ذلك ، إلا أن من المهم الأخذ بعين الاعتبار الوسائل التي تسبق النطق بالحكم التي تصوب الحكم نحو العدل .

أما من يملك نقض الأحكام في الشريعة ، فهم كما يلي :

١ - القاضي ذاته :

ذكر الفقهاء أن القاضي نفسه الذي حكم في القضية يستطيع نقض حكمه بنفسه ، ونص على ذلك كل الفقهاء^(٢) .

(١) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٩٧) .

(٢) انظر : (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٣٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٠٤) (مالك/ المدونة/ ج٤ ص٥١٩) (الشافعي/ الأم/ ج٦ ص٢٢٠) (ابن حزم/ المحلى/ ج٨ ص٥٢٧) (الباجي/ المنتقى/ ج٧ ص١٤٠) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ ص٦٢) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٣ ص٢٦٦) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٥) (السبكي/ فتاوى السبكي/ ج٢ ص٢١) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١٢ ص١٠٥) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص١٣٠) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٣٥٩) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٢٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٨٠) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص٢٩) .

ومن الأدلة على أن القاضي ينقض حكم نفسه قول عمر رضي الله عنه في رسالته لأبي موسى : « لا يمنعك قضاء قضيت به بالأمس ثم راجعت نفسك فيه اليوم فهديت لرشدك أن تراجع فيه الحق ، فإن الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل » (١).

ومنها كذلك جملة من الآثار الروية عن الصحابة الكرام رجعوا فيها عن أفضيتهم وأحكامهم عند ظهور الحق والصواب ؛ فقد روي عن عثمان رضي الله عنه أنه أتى بامرأة قد ولدت في ستة أشهر ، فأمر بها أن ترحم ، فقال له علي بن أبي طالب رضي الله عنه : ليس ذلك عليها ، إن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه العزيز : ﴿ وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ (٢) ، ويقول تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ (٣) . فالحمل يكون ستة أشهر فلا رجم عليها . فخلّى سبيلها وقيل : وجدها قد رجعت (٤) .

وروي أن سعد بن إبراهيم قضى على رجل بقضية برأي ربيعة بن أبي عبد الرحمن (٥) ، فأخبره ابن أبي ذئب عن النبي ﷺ بخلاف ما قضى به ، فقال سعد : يا ربيعة هذا ابن أبي ذئب وهو عندي ثقة يخبرني عن النبي ﷺ بخلاف ما قضيت به ، فقال له ربيعة : قد اجتهدت ومضى حكمك ، فقال سعد : واعجباً ، أنفذ قضاء سعد بن أم سعد ، وأرد قضاء رسول الله ﷺ ، بل أردّ قضاء سعد بن أم سعد ، وأنفذ قضاء رسول الله ﷺ . فدعا سعد بكتاب القضية فشقه ، وقضى للمقضي عليه (٦) .

(١) سبق تخريجه . انظر مقدمة الفصل الرابع ، ص ٣٤٥ .

(٢) (سورة الأحقاف ، آية رقم ١٥) .

(٣) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٣٣) .

(٤) سبق تخريجه . انظر ص ٥٢٨ .

(٥) ربيعة بن عبد الرحمن ، أبو عثمان بن أبي عبد الرحمن فروخ مولى تيم بن مرة ، ويعرف بريعة الرأي ، وأدرك من الصحابة أنس بن مالك ، كان يحضر مجلسه أربعون معتمداً ، وعنه أخذ مالك ، مات

١٣٦هـ ، وروي في فضله الكثير . انظر : (الشيرازي / طبقات الفقهاء / ص ٥٠) .

(٦) (السبكي / فتاوى السبكي / ج ٢ ص ٢١) (الذهبي / سير أعلام النبلاء / ج ٥ ص ٤١٩) .

وروى ابن أبي ذئب قال : أخبرني مخلد بن خفاف ، قال : ابتعت غلاماً فاستغللته ، ثم ظهرت منه على عيب ، فخاصمته فيه إلى عمر بن عبد العزيز ، فقضى لي برده ، وقضى عليّ برد غلته ، فأتيت عروة بن الزبير ، فأخبرته ، فقال : أروح إليه العشية فأخبره أن عائشة أخبرتني أن رسول الله ﷺ قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان^(١) ، ففعلت إلى عمر فأخبرته بما أخبرني عروة عن عائشة عن النبي ﷺ ، فقال عمر بن العزيز : فما أيسر علي من قضاء قضيته الله يعلم أنني لم أرد فيه إلا الحق ، فبلغتني فيه سنة عن رسول الله ﷺ ، فأردّ قضاء عمر ، وأنفذ سنة رسول الله ﷺ ، فراح إلى عروة فقضى لي أن آخذ الخراج من الذي قضى به علي له^(٢) .

وقول عمر بن العزيز رضي الله عنه يعتبر قاعدة في التعامل مع الأحكام القضائية المخالفة للنصوص الشرعية .

وقد نص الفقهاء على أن القاضي يجب عليه أن يحاسب نفسه قبل أن يقوم من مجلسه ويتأمل ما حكم فيه من وقائع جرت في ذلك اليوم ، وإذا رأى فيها خللاً يبادر إلى استدراكه أول زمان إمكان الاستدراك قبل أن يفوته ذلك^(٣) .

وقد كان القضاة فيما مضى يحاسبون أنفسهم أشد المحاسبة ، وذلك خوفاً من الله تعالى ، ومنهم من كان يأمر الخصوم بإعادة القضية أمامه بعد أن يحكم ، خوف أن يكون قد جار أو ظلم أحدهما ، ومن ذلك ما روي أن أبا الدرداء رضي الله عنه كتب إلى سلمان الفارسي رضي الله عنه : أن هلمّ إلى الأرض المقدسة ، فكتب إليه سلمان : إن الأرض لا تقدر أحداً ، إنما يقدر الإنسان عمله ، وقد بلغني أنك جعلت طبيياً تدوي ، فإن كنت تبرئ فنعماً لك ، وإن كنت متطيباً^(٤) فاحذر أن تقتل أحداً فتدخل

(١) سبق تخريجه ص ٥٢٩ .

(٢) (السبكي/تناوي السبكي/ج ٢ ص ٢١) .

(٣) انظر : (ابن خلدون/رسالة ابن خلدون للقضاة/ص ١٢٥) .

(٤) المتطيب : هو الذي يتعاطى علم الطب ولا يعرفه معرفة جيدة . (ابن منظور/لسان العرب/ج ١

ص ٥٥٤) .

النار ، فكان أبو الدرداء رضي الله عنه إذا قضى بين اثنين ثم أدبرا عنه ، نظر إليهما وقال : متطبب والله ، ارجعا إليّ فأعيدا عليّ قضيتكما^(١) .

بهذه الأخلاق وهذا الإحساس المرهف بالمسؤولية والخوف من الله تعالى ، كان القضاء في الإسلام يضرب الأمثلة تلو الأمثلة على رفعة شأنه واستقامة أمره ، فاستقر العدل وألقى بجرانه في أرض الإسلام ، فنعم الناس بنعمته وتفيؤوا وارف ظلاله .

فمع اتفاق العلماء على جواز نقض القاضي حكم نفسه إلا أن نقضه لا يتعلق بمخالفة الاجتهاديات ، وإنما بمخالفة القطعيات .

٢- الإمام :

نص الفقهاء على أن الإمام له نقض أحكام القاضي^(٢) ، وأنه يحق له التفتيش على أعمال قضاة ، ويحق لأطراف الخصومة رفع الشكوى إليه لرفع الظلم أو لإعادة النظر في القضية تحقيقاً للعدل . والإمام إما أن يكون الإمام الأعظم وهو الخليفة ، أو إمام المدينة أو المنطقة التي يقع فيها اختصاص القاضي .

وقد ورد في السنة ما يؤكد جواز استئناف الأحكام إلى من هو فوق القاضي ؛ فروى أحمد في مسنده عن علي رضي الله عنه أنه قال « بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن ، فانتبهنا إلى قوم بنوا زبية^(٣) للأسد ، فبينما هم كذلك يتدافعون إذ سقط رجل ، فتعلق بآخر ، ثم تعلق رجل بآخر ، حتى صاروا فيها أربعة ، فجرحهم الأسد ، فانتدب له رجل بحربة فقتله ، وماتوا من جراحتهم كلهم ، فقام أولياء الأول إلى

(١) (مالك/الأقضية/باب جامع القضاء وكرهيته/ح١٥٠٠) (ابن أبي عاصم/الزهدي/ص١٥٤)
(الأصبهاني/حلية الأولياء/ج١ص٢٠٥) .

(٢) انظر : (الخطاب/مواعظ الجليل/ج٦ص١٣٨) (ابن المناصف/تنبيه الحكام/ص٣٦) (الرملي/فتاوى
الرملي/ج٤ص١٧٧) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٨٧) .

(٣) الزبية : الحفرة تحفر للأسد ، وسميت بذلك لارتفاعها عن المسيل . (ابن منظور/لسان العرب/
ج١٤ص٣٥٣) .

أولياء الآخر فأخرجوا السلاح ليقتلوا ، فاتاهم علي رضي الله عنه على تفيئة^(١) ذلك فقال : تريدون أن تقاتلوا ورسول الله ﷺ حي ؟ إني أقضي بينكم قضاء إن رضيتم فهو القضاء ، وإلا حجز بعضكم عن بعض حتى تأتوا النبي ﷺ ، فيكون هو الذي يقضي بينكم ، فمن عدا بعد ذلك فلا حق له ، اجمعوا من قبائل الذين حفروا البئر ربع الدية وثلث الدية ونصف الدية والدية كاملة ، فلأول الربع ؛ لأنه هلك من فوقه ، وللثاني ثلث الدية ، وللثالث نصف الدية ، وللرابع الدية كاملة . فأبوا أن يرضوا ، فاتوا النبي ﷺ وهو عند مقام إبراهيم ، فقصوا عليه القصة ، فقال : أنا أقضي بينكم ، واحتبى ، فقال رجل من القوم : إن علينا قضي فينا ، فقصوا عليه القصة ، فأجازه رسول الله ﷺ^(٢) .

وقول علي رضي الله عنه : « إن رضيتم فهو القضاء » ، فيه ما يشبه الاستئناف بحكم القانون ، فهو في الابتداء سمح لهم بذلك حتى قبل أن يعلموا نتيجة حكمه ، وهذا متصور في مثل هذه القضية لما فيها من خطورة كونها متعلقة بالقتل ، ولكونها حادثة جديدة لم يسبق فيها نص من القرآن أو سنة عن النبي ﷺ .

والأمثلة من الآثار على جواز رفع القضية المحكوم بها أمام قاضٍ من القضاة إلى الإمام كثيرة ، وسترده في المبحث القادم إن شاء الله تعالى .

وسلطة الإمام في النقض ليست مطلقة ، بل لها ضوابط وحدود ، وأوردتها في مبحث النقض . فسلطته قبل النقض لها حدود ، وقد نص الفقهاء على أن القاضي إذا ابتدأ النظر وتبين للقاضي وجه الحق وأمره الإمام بالتوقف وترك النظر ، فحق عليه أن ينفذ له حكمه ولا ينظر في قول الأمير أو الإمام ، إلا أن يعزله رأساً ، أما إذا كان ذلك قبل أن يتبين الحق لأحدهما فنهاه الأمير ، فينتهي ويدعهما . وهذا يعني

(١) على تفيئة ذلك : على أثر ذلك . (ابن منظور/لسان العرب/ج١ص١٢٧) .

(٢) (أحمد/عن علي /ج٥٧٤، ١٠٦٦، ١٣١٢) (سنن البيهقي الكبرى/ج٨ص١١١/ح١٦١٧٥) (مصنف ابن أبي شيبة /ج٥ص٤٤٨/ح٢٧٨٧٢/ج٦ص١٣/ح٢٩٠٩٦) (مسند الطيالسي/ص١٨/ح١١٤) .

أن الإمام أو الأمير ليس له أن يصرف القضية من الحاكم إلى حاكم آخر بعد تمام نظر الأول^(١).

٣- قاضي القضاة :

أو قاضي المسلمين ، أو قاضي الأقضية ، أو قاضي القضاة ، ويسمى في المغرب بقاضي الجماعة^(٢).

وكلها تشير إلى أكبر القضاة منزلة ، أو هو الذي يكون متولياً في جميع الأحكام ، أو أنه القاضي الجامع لأحكام القضاء ، أو هو الذي يتصرف في شأن القضاة تقليداً وعزلاً وإشراقاً^(٣).

وقاضي الجماعة قد يراد به ما يقابل قاضي البغاة ، فيكون هو قاضي الجماعة التي بُغي عليها^(٤).

والملاحظ أن هذا القاضي هو أعلى القضاة منزلةً ، ومن مهامه وواجباته أن يتفقد القضاة ويتفقد أفضيتهم^(٥).

ويعتبر كذلك مرجعاً قضائياً مختصاً ، فقال الفقهاء : إذا أشكل أمر على

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٥٩).

(٢) وقد تسمى بهذا الاسم جماعة من العلماء ، منهم أبو يوسف صاحب أبي حنيفة ، ومنذر بن سعيد ، وأبو الوليد بن رشد ، ومحمد بن بشير ، وغيرهم كثير . انظر : (القرافي/ الفروق/ ج٤ ص١٢٧) (ابن دقيق العيد/ إحكام الأحكام/ ج٢ ص٣٢١) (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص١٢١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٢٠١) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج١ ص٥).

ونهى البعض عن هذه التسمية قياساً على التسمية بملك الأملاك. وردّ البعض على ذلك بقول النبي ﷺ : « أفضاكم علي » ، فلا حرج أن يسمى بأعلم القضاة ، أو أفضى القضاة ، أو قاضي القضاة . (العراقي/ طرح الشريب/ ج٨ ص١٥٢).

(٣) انظر : (العراقي/ طرح الشريب/ ج٨ ص١٥١) (الصاوي/ حاشية الصاوي/ ج٤ ص١٨٨) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٥ ص٢٦٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٨٧) (ابن المناصف/ تبيينه الحكم/ ص٣٦) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٢٤) (البابرتي/ العناية/ ج٧ ص٣٠٠).

(٤) انظر : (الجصاص/ أحكام القرآن/ ج٣ ص٦٠٠).

(٥) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٨٧).

القاضي ، فله أن يكتب إلى قاضي الجماعة يسأله عن الأمر ، ويطلب منه إرشاده فيه (١) .

فإن رفع الأمر إليه قبل الحكم فيه كان مستشاراً ، وإن رفع الأمر إليه بعد الحكم كان ناقضاً أو مجيزاً .

ونص الفقهاء على أنه ينقض أحكام القضاة بشروط النقص المعمول بها (٢) ؛ يقول ابن عابدين في ذلك : « ثم ترفعوا لدى قاضي القضاة ، فألغى حكم الحنبلي المذكور » (٣) .

٤- مجموعة من القضاة :

وهم مجموعة مشهود لهم بالعلم والكفاءة من القضاة أو الفقهاء ، يكون إليهم أمر النظر في الأقضية ، وقد روي في زمن التابعين أن الأمر كان ينتهي إلى فقهاء المدينة السبعة ، فلا يحكم قاضٍ في مسألة حتى يتفقوا على الحكم فيها (٤) . وقد نقل

(١) المرجع السابق .

(٢) انظر : (المواق/التاج والإكليل/ج٨ص٥٩٣) .

(٣) (ابن عابدين/تنقيح الفتاوى الحامدية/ج٢ص١٤) .

(٤) والسبعة هم : سعيد بن المسيب ، وعروة بن الزبير ، والقاسم بن محمد بن أبي بكر ، وخارجة بن زيد ابن ثابت الأنصاري ، وسليمان بن يسار الهلالي ، وعبيد الله بن عبيد الله بن مسعود ، والسابع قيل إنه : أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام ، وقيل : أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف ، وقيل : سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب ، وقد قال العراقي فيهم نظماً :

في الكبار الفقهاء السبعة .: خارجة القاسم ثم عروة

ثم سليمان عبيد الله .: سعيد والسابع ذو اشتباه

إما أبو سلمة أو سالم .: أو فأبو بكر خلاف قائم

انظر : (العراقي/طرح التثريب/ج٣ص٥٢) (مالك/المدونة/ج٢ص١٠٣) (مياره الفاسي/شرح مياره/ج/شرح مياره الفاسي/شرح مياره/ج٢ص١٩٣) (الطحطاوي/شرح معاني الآثار/ج١ص٢٩٦) (الخطاب/مواهب الجليل/ج١ص٤٠) .

ونقل الخطاب في مواهب الجليل ما نصه :

ألا كل من لا يقتدي بأئمة .: فقسمة ضيزى عن الحق خارجه

العلماء اتفقتهم في عدة مسائل ؛ كالدية ، فقد جعلوها على أهل الذهب ألف دينار^(١) .

وروي أنه في زمن دولة الأمويين بالأندلس تحتم على القضاة أن يعملوا بما تراه دار الشورى في قرطبة ، أو دار شورى القضاء ، وكان أعضاؤها من كبار العلماء ، وكان يرجع إليهم في تقرير الأحكام^(٢) .

واجتماع مثل هذه المجموعة من العلماء ، إما أن يكون بصورة مستمرة للنظر في كل قضية ترفع إليهم من أفضية مَنْ دونهم من القضاة ، وإما أن يكون بصورة منفردة للنظر في قضية بعينها ، وذلك بتكليف من الإمام في الحالين . وسبق ذكر رأي العلماء في تخصيص القاضي في قضية واحدة بعينها تزول سلطته بعدها^(٣) .

٥- والي المظالم :

وكما ذكر في مطلب والي المظالم ، فإن سلطة والي المظالم ممتدة لكل صاحب سطوة وسلطان ، وعنهم القضاة ، فكان لوالي المظالم الاستماع للشكاوى الواردة على القضاة ، سواء أكانت الشكاوى تتعلق بأشخاصهم أم تتعلق بأحكامهم . وقد أكد الفقهاء أن والي المظالم أوسع مجالاً من القضاة^(٤) ، ولذلك لو كان هناك قاضيان وحكم أحدهما ولم يقدر الآخر على نقض حكمه ، فإن والي المظالم ينقضه .

= فخذهم عبيد الله عروة قاسم .: سعيد أبو بكر سليمان خارجه

(الخطاب/ مواهب الجليل/ ج ١ ص ٤٠) .

(١) انظر : (ابن حزم/ المحلى/ ج ١٠ ص ٢٨٦) .

(٢) كانت دار الشورى خطة مستقلة ، وكانت تُمنح للثقات من أهل الفقه العلماء ، ومن جعل فيها كان ينظر إليه أن له شأناً عظيماً . انظر ذلك في : (ياقوت الحموي/ معجم البلدان/ ج ١ ص ٣٢٥) (ابن

فرحون/ الديباج المذهب/ ص ٣٩، ٤٥) (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج ٢١ ص ٣٩٩) .

(٣) انظر ص ٣٥٤ .

(٤) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ٢ ص ١٤٦) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص ١٣) .

وهذا يجب إن يكون مفهوماً من كلام العلماء وإن لم ينصوا عليه في كتبهم .
ومما يفهم منه ذلك أن ولاية المظالم لها أنواع ، فمنها ما يكون عاماً ، وعندئذ
يدخل فيه نقض القضاء ، ومنها ما يكون خاصاً بأن تقصر ولايته على النظر فيما
عجز القضاة عن تنفيذه ، فيتعلق فعله بالتنفيذ لا بالنظر ، وهذا إذا كان غير أهل
للنظر ، وهذا الأخير لا يقدر على نقض الأحكام لانعدام النظر منه^(١) .

٦- كل من تقلد القضاء له نقض أحكام قاضٍ آخر^(٢) ، ما لم تكن أحكامه غير
قابلة للنقض :

فالفقهاء عند حديثهم عن نقض الأحكام القضائية يجيزون لكل قاضٍ نقض
ما يحل نقضه من أحكام القضاة الآخرين .

والعذر في إقرار مثل هذا التصور قلة عدد القضاة في الزمن الماضي ، فكان لا
يوجد في المدينة سوى القاضي الواحد أو القاضيين ، ومع عموم ولاية كل واحد
منهما كان يحق له النظر في أحكام القاضي الآخر فقط إذا رفعت إليه شكاية من أحد
أطراف النزاع ، لأنه لا يملك التفتيش عن أحكامه ، ولا له أن يتعقبه فيها بدون
شكاية أو دعوى من أحد ، وذلك لانعدام السلطة له عليه .

٧- القاضي الجديد :

وهو الذي يخلف القاضي المعزول ، فعند الفقهاء أول مهمة من مهام تسلمه
المنصب الجديد تفقد أحكام من سبقه وتصفحها^(٣) ، ووسيلته إلى ذلك تفقد الديوان

(١) انظر : (الماوردي/الأحكام السلطانية/ص٩٧) .

(٢) انظر : (السرخسي/المبسوط/ج١٦ص٨٤، ١١١) (ابن المناصف/تبيين الأحكام/ص٣٠٤) (الكاساني/
بدائع الصنائع/ج٧ص١٤) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص١٠٣) (القرافي/الفروق/ج٤ص٤١) (ابن
القيم/إعلام الموقعين/ج٣ص٢٢٤) (السبكي/فتاوى السبكي/ج٢ص٥٢٩-٥٣١) (الطرابلسي/معين
الحكام/ص٣٠) .

(٣) (داماد أفندي/مجمع الأنهر/ج٢ص١٥٦) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج٣ص٣٤٦) (ابن مفلح/الفروع/
ج٦ص٤٥٢) (زكريا الأنصاري/شرح البهجة/ج٥ص٢٢١) (المواق/التاج والإكليل/ج٨ص١٣٧)
(الخطاب/مواهب الجليل/ج٦ص١٣٨) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٢٩٩، ٣٠٠) .

وتفقد الحبس .

أما تفقد الديوان ، فذكر سابقاً بأن القاضي يرسل من يثق بهم فيستلم أوراق الديوان ويتحفظ عليها ، ثم يتأكد مما فيها من أقضية وأحكام ، وينفذ ما يوافق الشرع وينقض ما يخالفه^(١) .

أما تفقد الحبس ، فهو أيضاً من أول مهام القاضي الجديد ، فقالوا : لا يشتغل بشيء حتى يفتش عن المحبوسين ، فيبعث القاضي ثقة يحصيهم ويكتب أسماءهم وأخبارهم وسبب حبسهم ومن حبسهم^(٢) .

وهذا التفقد وإن كان متفقاً على جوازه ، إلا أن الخلاف حصل في وجوبه وفي وسيلته ، فقال البعض بأنه جائز ولا يجب أن يتفقد ؛ لأن الظاهر من أحكام من سبقه الصحة^(٣) . وهو الظاهر عند الشافعية ، إلا أن بعض الشافعية حدد وسيلة هذا التفقد بالتظلم دون التعقب^(٤) ، فلا يتعقب الجديد أحكام من سبقه ، وإنما إذا رفع إليه فيها ظلامة نظر فيها .

(١) المراجع السابقة .

(٢) انظر : (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٦) (الرحياني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ ص٥٣٢) (الغزالي/ الوسيط/ ج٧ ص٢٩٨) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٠) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ ص٣٦٩) (التوي/ روضة الطالبين/ ج١١ ص١٣٢) (ابن مفلح/ المبدع/ ج١٠ ص٤٥) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ ص٩٧) (الزيلعي/ تبين الحقائق/ ج٤ ص١٧٧) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ ص٤٥٢) (مناخسرو/ درر الحكام/ ج٢ ص٤٠٦) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص٢٠) (البابرتي/ العناية/ ج٧ ص٢٦٦) (العبادي/ الجوهرة النيرة/ ج٢ ص٢٤١) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١١٤) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٠٢) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٢٧٩) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٤٧) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ ص٣٢٠) (البكري/ إعانة الطالبين/ ج٤ ص٢٢٧) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٧ ص٢٦٦) (الزيلعي/ نصب الراية/ ج٥ ص٤٨) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ ص١٣٨) (الشافعي/ الأم/ ج٦ ص٢٠٨) .

(٣) انظر : (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ ص١٣٨) (الشافعي/ الأم/ ج٦ ص٢٠٨) (الزني/ مختصر الزني/ ج٥ ص٢٤٢) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص١٢٤) .

(٤) انظر : (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص١٢٥) .

وقد يرد سؤال في مجال التعقب : أن المتولي الجديد هل ينظر في أحكام من سبقه فقط ، أم ينظر في أحكام كل من سبقه ؟
والذي يظهر من كلام الفقهاء أنه يبحث في أحكام الذي سبقه وحده ، إلا أن مقتضى كلامهم عن الديوان والحبس يقتضي خلاف ذلك ؛ لأن في الحبس قد يكون من الذي سبقهما وهو مأمور بالنظر في الحبس لمعرفة أسباب حبسهم ، وقد يتعلق ذلك بحكم قاضٍ غير الذي عزل ، مما يعني جواز نقض أحكام السابقين للمعزول كذلك .

الفرع الثاني : موجبات نقض الأحكام القضائية :

نقض الأحكام بعد صدورها إما أن يكون خطأ في الحكم ، وإما أن يكون في طريقة الوصول إلى الحكم .

وفي هذا الفرع أتناول الخطأ في الحكم ذاته ، وذلك لنستكمل الحديث في الأحكام القضائية ، لتحدث فيما بعد في تنفيذ هذه الأحكام .

أما الحالات التي يصح فيها نقض الأحكام خطأً فيها فهي كما يلي :

أولاً: مخالفة نص ثابت أو إجماع أو قياس ظاهر ، بشرط أن يكون سالماً عن المعارض:

فإن وقع الحكم مخالفاً على هذه الصورة نقضه القاضي نفسه ، وغيره له كذلك نقضه ، وسواء اهتدى إلى موضع الخلل بنفسه أو بغيره ، وهذا باتفاق الفقهاء^(١) .

(١) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٢٨١) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٣٨) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ ص١٠٣) (ابن تيمية/ الفتاوى الكبرى/ ج٥ ص٥٥٩) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ ص٧٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٧٨) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص٢٤١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٠٤) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٨٦، ٦٨٧) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٧ ص٣٠٤) (ابن القيم/ إعلام الموقعين/ ج١ ص٦٥) .

والدليل على نقضه كل النصوص القرآنية السابقة الدالة على تقدم حكم الله تعالى وحكم رسوله ﷺ على كل الأحكام ، والتي يستدل منها على أن كل حكم خالف النصوص الثابتة القطعية أو الإجماع أو القياس الظاهر مع اشتراط أن تكون سالمة عن المعارضة ، فهو باطل يتوجب نقضه وإبطاله .

ومما يضاف لهذه الأدلة كذلك جملة أخرى من أفعال الصحابة وأقوال العلماء في هذا الموضوع ، منها :

١- ما روي أن عمر رضي الله عنه لقي رجلاً فقال : ما صنعت ؟ قال : قضى علي وزيد بكذا . قال : لو كنت أنا لقضيت بكذا ، قال : فما منعك والأمر إليك ، قال : لو كنت أردك إلى كتاب الله وسنة نبيه ﷺ لفعلت ، ولكنني أردك إلى رأي ، والرأي مشترك^(١) . فلم ينقض ما قال علي وزيد رضي الله عنهم أجمعين .

وهذا يدل على أن الحكم منهما لو خالف كتاب الله عز وجل أو سنة من قول النبي ﷺ مما لا اجتهاد فيه ، لنقضه عمر رضي الله عنه ، ولكنه كان اجتهاداً منهما ، فلا يجوز نقضه بعد صدور الحكم فيه .

٢- أن القاضي نائب الشرع، ولذلك لا يصح منه الحكم بغير حكم الشرع^(٢) ، لأنه يقع خارج حدود النيابة .

٣- أن العلماء مجمعون على أنه لا اجتهاد في مورد النص^(٣) ، ونصوا على ذلك في كتبهم بما يدل على أن مثل هذه الأحكام باطل في أصله ؛ لأنه اجتهاد في غير محله ، وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة الرابعة عشر على أنه « لا مساغ للاجتهاد في مورد النص »^(٤) .

(١) سبق تخريجه . انظر ص ٥٢٢ . وقد استدل بهذا الدليل كل من (ابن القيم/إعلام الموقعين/ج ١ ص ٦٥) و(ابن الهمام/فتح القدير/ج ٧ ص ٣٠٤) .

(٢) (السبكي/فتاوى السبكي/ج ٢ ص ٤٣٦) .

نسم : (ابن نجيم/البحر الرائق/ج ٦ ص ٢٧٧) (علي حيدر/درر الحكام/ج ٤ ص ٦٨٧) .

ة الأحكام العدلية/ص ١٧/م ١٤٤) .

وذكر الفقهاء أن القضاء بما يخالف مثل هذه الأدلة القطعية لم يصادف شرطه ، فوجب نقضه ؛ لأن شرط الحكم بالاجتهاد عدم النص ، بدليل خبر معاذ ، ولأنه إذا ترك الكتاب والسنة فقد فرط ، فوجب نقض حكمه^(١) . فهذه الأدلة يعرف منها أن القضاء على هذه الصفة مخالف للشريعة ويكون حكمه الإبطال .

ويقصد بمخالفة النصوص القطعية أن يكون الحكم مصادماً مخالفاً لما ورد به النص ، أما إن حكم بما لا دليل عليه من الكتاب والسنة ، فلا يعد مخالفاً لهما ، إذ لا يشترط في كل مسألة أن يرد فيها نص من النصوص القطعية .

وحدد الإمام القرافي معنى أن يكون الحاكم مصادماً ومخالفاً لهذه النصوص القطعية ، فاشترط أن يكون النص سالماً عن المعارض ، فقد يكون النص معارضاً بما هو راجح عليه^(٢) . وهذا يتصور عند جمهور الفقهاء عندما قالوا إن هناك أحكاماً جاءت على خلاف الأصل ، وأنها على خلاف القواعد والأقيسة ، إلا أنها معسودة بالإجماع ، فتصير راجحة بالإجماع .

وضربوا لذلك أمثلة بالقراض والمساقاة والسلم والحوالة ؛ فهي كما يقول جمهور الفقهاء جاءت على خلاف الأصل ، فهل يعني هذا أنه يجوز نقض الحكم القضائي الذي يحكم بها ؟

الجواب بالنفي ؛ لأن هذه الأحكام ثبتت بطريق آخر ، وهو الإجماع .

إلا أن ابن تيمية وابن القيم يرحمهما الله يرون أنه ليس في الشرع شيء ثابت على خلاف الأصل وعلى خلاف القياس ، وأن ما ثبت بالإجماع صار أصلاً بنفسه^(٣) .

ولكن الفريقين يتفقان على أن المراد بالأصل هنا هو الأصل العام ، والمراد بالقياس كذلك إنما هو القياس العام ، ولا خلاف بين الفريقين في أن الحكم المخالف للنصوص الشرعية القطعية أو الإجماع ينقض .

(١) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ ص١٠٣) .

(٢) (القرافي/الفروق/ج٤ ص٤٠) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ ص٧٩) .

(٣) (ابن القيم/إعلام الموقعين/ج١ ص٢٨٩) .

أما القول بنقض الأحكام المخالفة للقياس الظاهر ، فهو رأي الجمهور^(١) .
وقد خالف الحنابلة وقالوا بعدم إبطال الحكم المخالف للقياس الجلي^(٢) .

أما القول بنقض الأحكام المخالفة للقواعد فقد نقله القرافي وأخذ به ،
واشترط أن تكون القاعدة كذلك سالمة عن المعارض^(٣) .

إلا أن القول بحجية القواعد أمر مختلف فيه ؛ ففي حين ينقل الإمام القرافي
هذا الرأي ، نجد جملة من العلماء يعارضون اتخاذ القواعد الفقهية حجة ، أو دليلاً
يصلح لاستنباط الأحكام الشرعية منه ، ويمكن مراجعة هذا الاختلاف في كتب
القواعد^(٤) .

إلا أنه من الملاحظ أن الإمام القرافي لم يقل بالحجية مطلقاً ، وإنما قيد ذلك
بعدم المعارض ، وهذا ينطبق على عدد من القواعد دون بقية القواعد الأخرى ،
وأكثر القواعد التي هذه صفتها غالباً ما تكون مستندة إلى نص قطعي أو إجماع أو
حتى تكون بذاتها نصاً شرعياً ، كقاعدة : « الخراج بالضمنان » فهو حديث عن
رسول الله ﷺ^(٥) .

وبذا تكتسب حجيتها بالنظر لما تستند إليه ، لا باعتبارها قاعدة فقهية .

ثانياً : أن يظهر أن الشهود ممن لا تقبل شهادتهم :
بأن كان أحدهم عبداً أو كان غير عدل^(٦) ، فإن تخلف صفة الشهادة
وشروط الشاهد عن الشهادة في الحدود مؤذن بجواز نقض الحكم المبني عليه . وهذا

(١) انظر : (الرصاص/شرح حدود ابن عرفة/ص٤٤٢) (النووي/روضة الطالبين/ج١١ص١٥١) (المواق/

التاج والإكليل/ج٨ص١٣٨) (الحرشي/شرح مختصر خليل/ج٧ص١٦٣) .

(٢) انظر : (المرداوي/الإنصاف/ج١١ص٢٢٤) (ابن مفلح/المبدع/ج١٠ص٤٩) .

(٣) (القرافي/الفروق/ج٤ص٤٠) .

(٤) انظر : (علي الندوي/القواعد الفقهية/ص٣٢٩) .

(٥) سبق تخريجه . انظر ص٥٢٩ .

(٦) انظر : (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٢٨١) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٨١) (السبكي/

فتاوى السبكي/ج٢ص٤٣٦) .

فيما يتعلق بحق الله الخالص .

ويرى العلماء أن الحكم المستند إلى مثل هذه الشهادة إنما بني على سبب غير موجود ، ويظن القاضي وجوده ، فإذا انكشف ذلك ينقض^(١) .

ونقض الحكم في بعض المواضع يجمع عليه الفقهاء والبعض الآخر مختلف فيه^(٢) . وليس موضوعنا التطرق لهذه المواضع .

ولقد فرق الإمام السبكي بين صورتين من صور عدم قبول الشهادة ، فاعتبر أن صورة من صور الشهادة المرفوضة راجع إلى عدم حصول الفعل في الحقيقة في المشهود عليه ، وهذا يمكن أن يسمى بالنقض الموضوعي ، ومثل له بشهادة الزور ، فإن شاهد الزور بعدما تبين زور شهادته علمنا قطعاً أن المشهود عليه لم يفعل ما نسب إليه ذلك الشاهد ، وبذلك ينقض الحكم موضوعياً .

أما الصورة الأخرى فالتعن لم يلحق بموضوع الشهادة ، وإنما بالطريق الذي حصلت به ، مع احتمال أن يكون الشاهد صادقاً . ومثل لذلك بشهادة الكافر ؛ فإن شهادته لا تقبل ، لانعدام العدالة فيه ، فإذا ظهر للقاضي أن أحد الشهود كان كافراً ، نقض الحكم ، لا لأن المشهود عليه لم يفعل ذلك الفعل المنسوب إليه ، وإنما لأن الطريق الموصلة للخبر غير مقبولة شرعاً ، وإلا فإن الكافر قد يكون صادقاً ، ويعلم عندئذ أن المشهود عليه قد فعل الفعل ، إلا أن طريقة الحصول على الشهادة كان غير مقبول شرعاً^(٣) .

(١) انظر : (السبكي/ فتاوى السبكي/ ج٢ ص٤٣٦) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) انظر : (السبكي/ فتاوى السبكي/ ج٢ ص٤٣٦) .

ثالثاً : أن يكون القاضي قد نسي أو جهل أو أخطأ أو كان معروفاً بجوره أو بفسقه وانعدام عدالته^(١) :

أما نسيانه أو غلظه أو جهله ، فلا يعرف إلا من قوله^(٢) .

أما جوره وفسقه ، فيعرف من غير ذلك .

وقد بحث العلماء حكم من قضى وهو على هذه الصفة ، فكان من أحكامه ما هو صواب ، وكان منها ما هو خطأ بين واضح .

فمن العلماء من أخذ بأحكامه إلا ما ظهر خطأها^(٣) .

ومنهم من رفض أحكامه إلا ما ظهر صوابها^(٤) .

ومنهم من رفض أحكامه كلها صوابها وخطأها ؛ لأنه لا يؤمن حيفه^(٥) .

ومن العلماء من رفض أحكامه كلها إلا ما تحقق فيه سلامة الظاهر والباطن ، وقالوا : « إن اطلع على حكمه فكان صواباً والباطن عنده صحيح مستقيم ، وشهد بذلك من عرف القضية وعرف كيف شهد فيها من أهل العدل ، فإنه يُمضى ولا يُرد؛ لأنه إذا رُدَّ وقد ماتت البينة وانقطعت الحجة ، كان ذلك إبطالاً للحق »^(٦) .

(١) انظر : (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٣٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٨٠) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٨٠) .

(٣) انظر : (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٨ ، ٨٤) .

(٤) انظر : (ابن تيمية/ الفتاوى الكبرى/ ج٥ ص٥٥٩) .

(٥) انظر : (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ ص٤٤٧) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٨) (السبكي/ فتاوى السبكي/ ج٢ ص٤٣٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٨٢) .

(٦) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٨٣) .

ويرى اللخمي^(١) : أن القاضي إن كان قد حكم برأيه من غير مطالعة أهل العلم ، فإرد من أحكامه ما كان مختلفاً فيه ، وعلل ذلك بأنه كان منه تخميناً وهدساً ، والقضاء بمثل ذلك باطل^(٢) .

والذي يظهر -والله أعلم- أن الحق لا يعرف بالرجال ، وإنما الرجال يُعرفون به^(٣) ، فصدور القضاء صحيحاً صائباً ممن هو جاهل أو جائر أو ناسٍ لا يلغي كونه حقاً وصاباً ، كما لو صدر الظلم من عادل عالم ، فإنه يلغى ويبطل لأنه ظلم ، ولا يقال بصحته لصدوره ممن هو أهل للعلم والعدالة ، فإن كل قاضٍ مجتهد فيما يعرض عليه من أفضية ، وكل مجتهد -بعد رسول الله ﷺ- معرض للخطأ ، وثبتت احتمالية الخطأ منه بنص حديث رسول الله ﷺ إذ يقول : « إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر »^(٤) .

ولذا كان الذي يحكم على صحة الحكم القضائي هو قربه من الصواب أو بعده عنه ، فالعدل عدل وإن صدر من جائر ، والجور جورٌ وإن صدر من عادل ، ويقول الإمام الشوكاني في ذلك : « وأما إذا كان القاضي المتولي للحكم غير متأهل للقضاء فحكمه باطل من أصله ؛ لأنه صادر عن غير حاكم ، لكنه إذا وافق الحق

(١) اللخمي : علي بن محمد الربيعي اللخمي ، أبو الحسن ، قيرواني الأصل ، نزل صفاقس ، صنف كتباً كثيرة مفيدة ، من أحسنها تعليق على المدونة ، سماه التبصرة ، أورد فيها آراءً خرج بها عن المذهب ، وله فضائل الشام ، توفي سنة ٤٧٨ هـ . (ابن فرحون/الديباج المذهب/ص ٢٠٣) .

(٢) ابن المتأصف/تنبيه الحكام/ص ٣٨) .

(٣) وهو قول علي رضي الله عنه للحارث بن حوط ، يا حارث : إنه ملبوس عليك إن الحق لا يعرف بالرجال ، اعرف الحق تعرف أهله . (القرطبي/تفسير القرطبي/ج ١ ص ٣٤٠) (المناري/فيض القدير/ج ١ ص ٢١٠) (صديق البخاري/أمجد العلوم/ج ١ ص ٨٦) .

وبمثلهم قالوا : لا تنظر إلى من قال ، وانظر إلى ما قال . (صديق البخاري/أمجد العلوم/ج ١ ص ٨٦) .

(٤) (البخاري/الاعتصام بالكتاب والسنة/باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ/ج ٣ ص ٧٣٥٢) (مسلم/الأفضية/باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ/ج ١ ص ١٧١٦) (ابوداود/الأفضية/باب في القاضي يخطئ/ج ٣ ص ٣٥٧٤) (ابن ماجه/الأحكام/باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق/ج ٤ ص ٢٣١٤) (أحمد/عن عبد الله بن عمرو بن العاص/ج ٦ ص ٦٧١٦ ، ١٧٣٢٠ ، ١٧٣٦٠) .

فقبوله واجب من حيث كونه حقاً ، لا من حيث كونه صادراً من غير من يصلح للقضاء ؛ لأن الحق حق في نفسه لا يخرج بحكم من ليس بمتأهل للقضاء عن كونه حقاً ، وإن كان القاضي الذي ليس بمتأهل آتماً ، لأنه قضى بالحق وهو لا يعلم به ، فهو أحد قاضي النار ... إذا تقرر هذا عرفنا أن لزوم حكم الحاكم ووجوب امثاله وتحريم نقضه يرجع إلى كونه مطابقاً للحق ، وعدم لزومه ، وجواز نقضه يرجع إلى كونه مخالفاً للحق « (١) .

فليس من المقبول ربط صحة الأحكام بالأشخاص سلباً أو إيجاباً ، إلا لمن هو معصوم ، فعندها تنسب أحكامه كلها للصحة جزماً وقطعاً ، وهذا ليس لأحد بعد رسول الله ﷺ ، « فكل يؤخذ من كلامه ويرد عليه إلا المصطفى ﷺ » (٢) . وليس لما سبق علاقة بما ذكره العلماء من ضرورة تعقب أحكام القاضي الجائر ، ومنع هذا التعقب في حق القاضي العالم العادل ، والذي سيأتي ذكره بعد قليل في كيفية نقض الأحكام .

رابعاً : نقض الأحكام المخالفة لأصول الإجراءات الشرعية :

وهذا موضوع البحث الرابع .

خلاصة القول في هذا البحث :

كما يجدر ملاحظته في هذا البحث ما يلي :

- ١- أن إبرام الأحكام ونقضها يخضع لأصول ثابتة عند الفقهاء يتم الموازنة من خلالها بين حاجة المعاملات إلى الاستقرار ، وحاجة الأحكام الباطلة إلى النقض .
- ٢- أن قول العلماء بمنع نقض الأحكام حال كونها موافقة للنصوص الثابتة أو الإجماع أو القياس الظاهر ، لا يعني عدم جواز رفع القضية إلى قاضٍ آخر للنظر

(١) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص ٢٤٠ ، ٢٤١) (الشوكاني/ السيل الجرار/ ج ٤ ص ٣٠٣) ..

(٢) من كلام الإمام مالك رضي الله عنه . انظر : (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج ٨ ص ٩٣) .

في مدى مطابقة هذا الحكم للنصوص الشرعية .

فالعلماء قالوا إن الحكم الذي هذه صفته يمتنع نقضه ، إلا أنه لا بد من وسيلة لمعرفة كون الحكم جاء على هذه الصورة أو مخالفاً لها ؛ لأن الذي يحكم على الحكم بأنه موافق أو مخالف للشرعية لا بد وأن يكون عالماً . من هنا كان دور أصول المحاكمات الشرعية الجزائية ليقرر أن طلب إعادة النظر في حكم قاضٍ من القضاة يجب أن يقبل إذا رأى أحد أطراف النزاع ذلك ، وخصوصاً في باب الجزائيات ، لخطورة العقوبات فيها ، فإن وجد الحكم موافقاً للأوصاف الشرعية صادق عليه وأنفذه ، وإن وجده مخالفاً نقضه وأعاد الحكم فيه .

ولا يصح قياس سلطة الأحكام القضائية في الجزائيات على الأموال ، فإن الحكم بإعدام إنسان قصاصاً ليس كالحكم بما يوجب نقصاً في مال منقول أو عقار ، ويجب مراعاة كل زمان لظروفه ، ولقضاته ولأفراده .

فمتى كان القضاة دون مرتبة الاجتهاد ودون التحصيل المطلوب من الأحكام والعلوم الشرعية ، استوجب وجود مرتبة أخرى من التقاضي حفاظاً على الحقوق وخاصة أنها حقوق تتعلق بالأرواح والدماء .

وكان من المناسب في الأحكام التي تؤدي إلى فوات نفس أو عضو أن يكون الاستئناف فيها بقوة القانون ، ويستأنس لهذا بقصة سيدنا علي في حياة النبي ﷺ في الذين وقعوا في الحفرة فجرحهم الأسد ، كما تم ذكرها سابقاً^(١) . فهو وإن كان قاضي اليمن ، إلا أنه أخبرهم أن لهم استئناف الحكم عند رسول الله ﷺ .

ومن ذلك كذلك ما روي أن سيدنا عمر رضي الله عنه أمر الولاة بأن يرفعوا إليه كل ما كان محكوماً عليه بالقتل ليعيد النظر فيه^(٢) ، وهذا هو الأصوب والأسلم حفاظاً على ما لا يتدارك بفواته .

وقد أخذت القوانين التي تطبق إجراءات المحاكمة الشرعية الجزائية بذلك في

(١) انظر القصة في ص ٥٣٩ .

(٢) سبق ترجمته . انظر ص ٣٧٩ .

أحكامها . وقد ورد في قرار محكمة النقض في الإمارات العربية المتحدة ما يلي : « إن وظيفة محكمة النقض في شأن قضايا الإعدام ذات طبيعة خاصة تقتضيها أعمال رقابتها على عناصر الحكم كافة موضوعية وشكلية غير مقيدة في ذلك بمحدود أوجه الطعن أو مبنى الرأي الذي تعرض به النيابة العامة تلك الأحكام ، ذلك أن الحكم الصادر بعقوبة الإعدام يعتبر مطعوناً فيه بقوة القانون أمام المحكمة الاتحادية العليا ، وموقوفاً لتنفيذه لحين الفصل في الطعن ، سواء قدمت النيابة العامة مذكرة برأيها أو لم تقدم ، وسواء قدمت هذه المذكرة قبل فوات الميعاد المحدد للطعن أو بعده ، وسواء طعن المحكوم عليه بالإعدام أو لم يطعن ، وسواء كان طعنه مقبولاً أو غير مقبول »^(١).

٣- أن القول بأن الأحكام الموافقة للنصوص الشرعية مبرمة ، والأحكام المخالفة يجب نقضها ، يقتضي مراعاة اجتهاد القاضي في تطبيق النصوص على الوقائع ، وهو ما يعرف بالتكييف القانوني للحالة المعروضة .

فإن قلنا إن الحكم مبرم لأنه حكم مؤيد بنص من كتاب الله تعالى ، فلا يحل نقضه، فإننا لا بد أن نقول إن اجتهاد القاضي في تقدير الوصف للواقعة قد لا يصادف شرطه ، لاختلال صفة الاجتهاد أو القدرة عليه عند هذا القاضي . فيجب النظر في كون الواقعة مما ينطبق عليها النص أم لا ، فإن الحكم شيء والواقعة شيء ، وتطبيق الحكم على الواقعة شيء ثالث .

يؤيد ما سبق قول الإمام ابن القيم :

« لا يتمكن المفتي أو الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم ، أحدهما فهم الواقع واستنباط حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات ، حتى يحيط به علماً ، والنوع الثاني فهم الواجب في الواقع ، وهو فهم حكم الله في كتابه

(١) (حسن حمادي/ قضاء الحدود والقصاص والدية/ ص ٤٦٠) (قرار محكمة النقض/ الطعن ٨٦ لسنة ١٣/ جزائي شرعي/ جلسة ١٦/ ٥/ ١٩٩٢) .

أو على لسان رسوله ﷺ في هذا الواقع ، ثم تطبيق أحدهما على الآخر ... فالحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الإمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهدة وفي القرائن الحالية والمثالية كفقهاء في كليات الأحكام ، أضعاف حقوقاً كثيرة على أصحابها ، وحكم بما يعلم الناس بطلانه لا يشكون فيه ، اعتماداً منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله ، فهاهنا نوعان من الفقه لا بد للحاكم منهما ، فقه في أحكام الحوادث الكلية ، وفقه في نفس الوقائع وأحوال الناس يميزه بين الصادق والكاذب والمحق والمبطل ، ثم يطابق بين هذا وهذا ، فيعطي الواقع حكمه من الواجب ، ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع « (١) .

ومما يدل على أن القضاة في الزمان السابق كانوا يتمتعون بهذه الصفة من القدرة على النظر والقدرة على الاجتهاد ، أن الفقهاء لم يلزموا القاضي برأي غيره ابتداءً عند النظر ، ولم ينقضوا حكمه انتهاءً إن خالف غيره ، أما وقد تبدل حال القضاة حتى على فرض أنهم قضاة شرعيون في بلد إسلامي ، إلا أن نظرهم يحتاج إلى إعادة نظر ، وخصوصاً في الجزئيات .

٤- أن تعدد الناقضين في الفقه الإسلامي لا يعني بأن الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية مبنية على افتراض الخطأ ابتداءً حتى يثبت العكس ، بل الصحيح أنها صحيحة إلى أن يدل الدليل على أنها ليست كذلك .

وإنما يجب فهم كثرة الناقضين مقترناً بقلّة القضايا القابلة للنقض مع مراعاة شخصية القاضي وعلمه ، فإذا أخرجنا الأحكام التي لا تقبل النقض علمنا أن القليل من الأحكام يمكن نقضها مقارنة مع القانون الوضعي .

فنادراً ما يخالف القاضي نصاً أو إجماعاً أو قياساً ظاهراً أو إجراءً من إجراءات المحاكمة ، ومبرر ذلك - إن حصل في الزمن الأول - هو عدم بلوغ الأحاديث والآثار إلى مسامع القضاة لصعوبة الاتصال حينها . أما في زماننا فلا يبقى من عذر أمام

(١) (ابن القيم/الطرق الحكمية/ص٤) .

القاضي لتخلفه عن العلم بهذه النصوص إلا الجهل . فالأحكام المخالفة قليلة في زمانهم ، وتفصيلهم للحالات التي ينقض فيها الحكم المخالف إنما كان احتياطاً وافتراساً لا وصفاً لواقع قضائهم في ذلك الزمن .

وكثرة الناقضين كذلك مقصده تسهيل التقاضي بين الناس في ذلك الوقت ، والإسراع في إرجاع الحقوق لأصحابها ، مع ملاحظة أن تعدد القضاة في المكان الواحد لم يكن بأكثر من قاضيين في ذات البلد ، وربما بلغوا ثلاثة ، كما ذكرنا سابقاً . ولذا لا يصح في زماننا هذا مع كثرة القضاة ومع سهولة الاتصال القول بجواز نقض الأحكام من أي قاضٍ له ولاية القضاء ، بل لا بد أن يكون مضبوطاً ومحددأ حتى تتحقق المصلحة المرجوة من إعادة النظر في القضايا المعترض عليها أمام القضاء .

الفرع الثالث : كيفية نقض الأحكام :

تحدث الفقهاء عن وسيلتين يتم من خلالهما البدء بالنظر في الطعون المقدمة بحق الأحكام القضائية ، وهاتان الوسيلتان هما :

١ - الطلب من أحد أطراف الخصومة^(١) :

بأن يتقدم بشكاية إلى من يحق له نقض الأحكام القضائية ، فتبدأ الإجراءات بإعادة النظر في القضية التي رفعت سابقاً .

ومن الواجب ملاحظته أن المشتكي في هذه الحالة لا يصبح مدعياً في القضية الجديدة ، بل يبقى المدعي هو المدعي في القضية الأولى ، وكذلك يبقى المدعى عليه هو نفسه كما في القضية الأولى ، وهذا يعني أن دور المشتكي مقصور على طلب إعادة النظر في القضية المحكوم بها أمام قاضٍ آخر .

والأمثلة على هذه الوسيلة كثيرة ، سترد بعد قليل عند الحديث عن إبرام الأحكام ونقضها .

(١) انظر : (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٣٨) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص١٢٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٨٩) .

ولقد نصت مجلة الأحكام العدلية على هذه الوسيلة في المادة (١٨٣٨) :
« إذا ادعى المحكوم عليه بأن الحكم الذي صدر في حق الدعوى ليس موافقاً
لأصوله المشروعة ، ويبين جهة عدم موافقته ، وطلب استئناف الدعوى ، فيحقق
الحكم المذكور ، فإن كان موافقاً لأصوله المشروعة يصدق ، وإلا يستأنف »^(١).

٢- أن يكون بغير طلب من أحد :

ويكون ذلك بالتفتيش المستمر على القضاة ، وهذا يصلح أن يكون من
الإمام ، ومن قاضي القضاة ، أو لجماعة معينين من القضاة ، وكذلك قد يكون
التفتيش من القاضي نفسه بحثاً عن مواطن الخلل في أحكامه ، وقد يكون من المتولي
الجديد بالنظر في الديوان والسجن .

أما تفتيش الإمام ومن له سلطة على القاضي ، فإن التفتيش يكون لعدة
أغراض ، ومنها مراقبة سيرته ومتابعة سائر عمله ، وكذلك مراقبة أحكامه ، ويكون
التفتيش سرياً وعلنياً ، فإذا ظهر فساد حاله ينظر في أحكامه وأقضيته كلها ، فما
وافق الحق أمضاه ، وما خالفه فسخه^(٢) .

والتفتيش على القضاة باعتبارهم أحد ولاية الأمور في الدولة الإسلامية كان
سمة الخلفاء؛ وقد روي أن عمر رضي الله عنه قال : رأيتم إن استعملت عليكم خير
من أعلم ثم أمرته بالعدل ، أفضيت ما عليّ ؟ قالوا : نعم . قال : لا حتى أنظر في
عمله أعمل بما أمرته أم لا^(٣) .

فقوله هذا وإن كان عاماً لكل الولاية ، إلا أن الثابت أن الإمام كان يفتش على
قضاته وعلى سائر أعمالهم ؛ لأنه أحد الولاية .

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٨٦) (لجنة المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص٣٧٤) .

(٢) انظر : (ابن فرحون/ بصره الحكام/ ج١ ص٨٧) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص١١ ، ١٢٥) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص٣٢) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص١٠٣) (الخطاب/ مواهب الجليل/
ج٦ ص١٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٠) .

(٣) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ ص١٦٣/ ح١٦٤٣٢) (معمربن راشد/ الجامع/ ج١١ ص٣٢٦/ ح٢٠٦٦٥) (البيهقي/ شعب الإيمان/ ج٦ ص٢٤/ ح٧٣٩٥) .

وقد يستتبع ظهور فساد أحكام القاضي أن يعزل إذا كثر ذلك ، وعرف منه فساد حاله ، وإن عرف منها أنها زلة فلا يعزله ، وإنما يتبع أحكامه وينقض المخالف منها .

والحال كذلك إذا كثرت الشكاية عليه - كما نص الفقهاء - فإن كان غير عدل فلا خلاف في وجوب عزله ، وإن كان عدلاً فاختلف في جواز عزله ، ومن قال بعدم عزله قال : إن الإمام يتعقب أحكامه ، فما وافق الحق أمضاه ، وما لم يوافق رده وحمل ذلك على الخطأ منه^(١) .

أما إن كان القاضي عدلاً مشتهراً بذلك واتصف بالعلم مع العدالة ، فلا يفتش أحد عن أعماله ولا تتصفح أحكامه ، إلا إن احتيج إلى ذلك بطلب من الخصوم أو أحدهم ، فعندها ينظر في حكمه ، لكن لا على وجه الكشف والتعقب^(٢) .
وصورة البحث عن الأخطاء في الأحكام القضائية ليست مقصورة على الإمام أو قاضي القضاة أو غيرهم ، بل نص الفقهاء على أن القاضي نفسه يفتش عن الأحكام التي مضت بالنظر في الديوان والبحث في السجن^(٣) ، خوفاً من أن يكون قد سها أو نسي ما يؤثر في تغيير الأحكام .

وكما تحدث الفقهاء عن وسيلة البدء بالنظر في الطعون المقدمة بحق الأحكام القضائية ، تحدثوا عن الصيغة التي يجب أن يصدر بها النقض لاعتماده واعتباره .
فالتنقض له قوة الحكم الأصلي المنقوض قبل أن ينقض ، ولذلك قالوا :
« يشترط قوله : نقضت أو فسخت أو أبطلت ، ولا يكفي عند البعض أن يقول : هذا باطل أو ليس بصحيح »^(٤) .

(١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٣٦ ، ٣٧) .

(٢) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج ٦ ص ١١٤) (المواق/ التاج والإكليل/ ج ٨ ص ١٣٧) .

(٣) انظر : (ابن خلدون/ مزيل الكلام/ ص ١٣١ ، ١٣٢) . ويقول ابن خلدون في رسالته ما نصه : « والنظر في السجن لا يقتصر على تعقب أحكامه ، بل يفقد المساجين كل جمعة ويجتهد في خلاصهم بإرضاء خصومهم أو سماع بيعة إيسارهم أو قضاء ما عليهم من سهم الغارمين ونحو ذلك » .

(٤) (الخطيب الشريبي/ مغني المحتاج/ ج ٦ ص ٢٩٤) .

وذكر المالكية شرطاً في نقض القاضي حكم نفسه ، وهو أن يفسر الوجه الذي فسخ حكمه به ، وسبب ذلك أنهم يميزون للقاضي فسخ حكم نفسه حتى لو كان الحكم الماضي يحتمله الاجتهاد ، وكان له وجه ودليل ، فمجرد استحسان القاضي رأياً فوجده أصوب من الذي قضى به ، يسمح له بنقض حكمه السابق . وبناء على ذلك كان عليه أن يفسر ؛ لأن الرأي الأول له وجه صواب ، واكتفى البعض منهم بالإشهاد على الفسخ^(١) .

ومما اشترطه العلماء في الحكم الناقض أن يسجل بالنقض كما سجل بالحكم ، ليكون التسجيل الثاني مبطلاً للأول ، كما صار الثاني ناقضاً للحكم الأول . أما إن لم يكن قد سجل بالحكم لم يلزمه التسجيل بالنقض ، إلا أن تسجيله أولى على كل حال^(٢) .

(١) انظر : (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٣٠٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ ص ٨١) .

(٢) انظر : (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج ٦ ص ٢٩٤) .

المبحث الثاني

أصول تنفيذ الأحكام الشرعية الجزائية

يكون الحديث في هذا المبحث عن الأصول التي فهمها علماء الشريعة من النصوص والآثار فيما يتعلق بعملية إتمام تنفيذ الأحكام الشرعية الجزائية ، وهي الفصل الأخير من عملية التقاضي الجزائية .

وهذه الأصول لها خصوصيتها في الجزائيات عما هو في سائر المحاكمات . والسبب راجع إلى طبيعة الأحكام المترتبة على القضايا الجزائية ونوعيتها ، مما جعلها مختلفة عن بقية الأحكام .

والحديث عن هذه الأصول لن يتطرق إلى ما قدره الشرع من مقادير محددة في العقوبات، ولا إلى ما يجب تقديره في التعازير ؛ لأن هذا من شأن القاضي في التقدير، وهو تابع للشق للعقابي من الجزائيات .

أما ما نتحدث عنه فهو من شأن الأصول الإجرائية والنظام العام للعقوبات الشرعية في كيفية الاستيفاء والتحصيل .

وقد جاءت هذه الأصول على النحو التالي :

المطلب الأول : اقتصار التنفيذ على ما هو مطلوب .

المطلب الثاني : الاتزان والاعتدال عند إقامة العقوبة .

المطلب الثالث : الحفاظ على الحرمات .

المطلب الرابع : تناسب الشدة في التنفيذ مع الجريمة .

المطلب الخامس : أن يكون التنفيذ مشهوداً .

المطلب السادس : أن يكون التنفيذ بإذن الإمام .

المطلب الأول
اقتصار التنفيذ على ما هو مطلوب

ويقصد بذلك أن لا يلحق المحكوم عليه من خلال طريقة التنفيذ أكثر مما يستحقه .

ويظهر هذا الفهم والقصد من خلال جملة من الأحكام ذكرها الفقهاء ، وهي :

أولاً : أن يتقي في التنفيذ للجلد الوجه والمذاكير^(١) :

وهذا باتفاق الفقهاء^(٢) . وسبب المنع أن مثل هذا الضرب فيه احتمال الإتلاف ، فيمنع ؛ فإن ذلك يؤدي إلى ما لا يستحقه المحكوم عليه .

وفي ضرب الوجه جاء النهي عنه لسبب آخر غير الإتلاف ؛ فإن النبي ﷺ نهى عنه وكان الحد مهلكاً ، فقال ﷺ عندما رجم الغامدية : « ارموها واتقوا الوجه »^(٣) ، فقال الحنفية : فلما منع من ضرب الوجه في موضع كان الإتلاف مستحقاً ، ففي موضع لم يستحق الإتلاف أولى^(٤) .

وسبب النهي عنه في الحد غير المهلك أن الوجه موضع الحواس ، وفي الضرب عليه إذهاب بعض الحواس عنه ، وهو استهلاك حكماً^(٥) .

(١) المذاكير : منسوبة إلى الذكر . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٤ ص٣١١) .

(٢) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٣٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص١٠) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٧٢) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ ص١٤١) (ابن تيمية/ السياسة الشرعية/ ص١٥٧ ، ١٥٨) .

(٣) (أبو داود/ الحدود/ باب المرأة التي أمر النبي ﷺ بوجها/ ح٤٤٤٣) (أحمد/ عن نفيع بن الحارث/ ح١٩٩٢٣) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ ص٢٢١/ ح١٦٧٤٤) .

(٤) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٧٢) .

(٥) المرجع السابق .

وقالوا « إن الوجه مجمع المحاسن ، فيعظم أثر شينته ^(١) » ^(٢) .

ومثل الوجه والمذاكير ، مواضع القتل كنفرة النحر ، فالقصد ردعه لا قتله ^(٣) .
وحصل خلاف في الرأس ؛ ففي حين يرى الجمهور أن الرأس يشبه الوجه
والمذاكير ومواضع القتل ^(٤) ، إلا أن بعضاً من العلماء أجازوا ضرب الرأس ، ومنهم
بعض الشافعية وأبو يوسف من الخنفية ، وكان يقول بقول الجمهور ، إلا أنه عدل
عنه وقال : يضرب الرأس ضربة واحدة . وهو قول ابن أبي ليلى ^(٥) .

واستدل هذا الفريق بما روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال : « اضربوا
الرأس ، فإن الشيطان في الرأس » ^(٦) .

واستدل الجمهور بقول عمر رضي الله عنه للجلاد : « إياك أن تضرب الرأس
والفرج » ^(٧) .

وقالوا : إن الرأس موضع الحواس ، فيخشى فوات بعضها ، وليس هو
المقصود ^(٨) .

وردوا على أدلة الفريق الآخر ، بأن خبر أبي بكر ضعيف ، وأن فيه المسعودي

(١) الشين : القبيح ، وهو خلاف الزين ، ويعني أيضاً العيب . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٣ ص٢٢٤) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٦٠) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص١٠) .

(٣) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٦٠) .

(٤) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٦٠) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٧٣) (ابن قدامة/

المغني/ ج٩ ص١٤١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص١٠) .

(٥) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٧٢، ٧٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص١٠) (ابن قدامة/

المغني/ ج٩ ص١٤١) .

(٦) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٦ ص٥/ ح٢٩٠٣٣) . قال ابن حجر : وفيه ضعف وانقطاع (ابن حجر/

تلخيص الحبير/ ج٤ ص٧٨) ، وقال الزيلعي : المسعودي ضعيف . (الزيلعي/ نصب الراية/ ج٣

ص٣٢٤) .

(٧) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ ص٥٢٩/ ح٢٨٦٧٥) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ ص٣٢٧/ ح١٧٣٥٩)

(مصنف عبد الرزاق/ ج٧ ص٣٧٠/ ح١٣٥١٧) .

(٨) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٧٣) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ ص١٤١) .

كما قاله الزركشي^(١). وعلى تقدير ثبوته ، فهو معارض بقول علي رضي الله عنه . وعلى افتراض صحته أيضاً ، فإن تأويله أن أبا بكر قالها فيمن أبيح قتله ، ونقل أنه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة ، وكان الإهلاك فيه مستحقاً^(٢) .

والراجح : أنه يتجنب الرأس ؛ لأنه مركز من مراكز الأعصاب في الجسم ، وحصول ضرب على أي جزء فيه قد يؤدي إلى خلل في جسم الإنسان ، وهذا لم يشرع مع الحد المقدر . وحتى إن كان المقصود هو الحد المهلك ، فلا يضرب على الرأس للحديث الشريف الوارد في هذا المقام للاتباع .

ثانياً : عدم إقامة الحد على الحامل سواء أكان الحد مهلكاً أم غير مهلك :

ومثلها المرضع والنفساء ، فيما هو ليس بمهلك ، إن وجد من يكفل وليدها أو رضيعها^(٣) .

والأدلة على امتناع إقامة الحد على الحامل ما يلي :

١ - قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾^(٤) .

فالآية تدل على منع أخذ نفس بجريرة غيرها ، وفي إقامة الحد على الحامل والمرضع قتلٌ للأُم بما فعلته ، وقتلٌ للطفل بما لم يفعله ، وهي تستحق القتل وجنينها لا يستحقه . والزيادة على ما هو واجب في الحدود يمنع إقامتها حتى تستوفى على وجهها وحدها الصحيح .

ولذا يجب القول بتأخير إقامة الحد حتى تضع ، أما تركها حتى يستغني عنها

(١) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص١٦٠) .

(٢) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص١٠) .

(٣) انظر : (الماوردي/الأحكام السلطانية/ص٢٨٠) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص١٣٣) (ابن

نجيم/البحر الرائق/ج٥ص١١) .

(٤) (سورة الأنعام ، آية رقم ١٦٤) .

ولدها ، فقد قاله العلماء خوفاً من ضياع حق الطفل في الرعاية ، وذلك في الوقت الذي هو أحوج ما يكون إليها ، فإن أقمنا الحد رغم ذلك ، فإننا نكون قد عاقبنا الرضيع بجناية أمه ، فيمنع ذلك . أما إذا استغنى عنها صار الإضرار به ضرراً محتملاً ، فلا يتأخر الحد لأجله .

٢- قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِرِوَالِهِ سُلْطَنًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا ﴾ (١) .

يقول صاحب المذهب : « وفي قتل الحامل إسراف في القتل ؛ لأنه يقتل من قتل ولم يقتل » (٢) .

٣- ما رواه مسلم عن بريدة بن الحصيبي ، « أن امرأة أتت النبي ﷺ وقالت : يا رسول الله ، طهرني . قال : وما ذاك ؟ قالت إنها حبلت من الزنا . قال : أنت ؟ قالت : نعم . فقال لها : ارجعي حتى تضعي ما في بطنك . قال : فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت ، قال : فأتى النبي ﷺ فقال : قد وضعت الغامدية ، فقال : لا نرجمها وندع صغيراً ليس له من ترضعه ، فقام رجل من الأنصار ، فقال : إلي إرضاعه يا نبي الله ، فرجمها » (٣) .

٤- ما رواه ابن ماجه عن جملة من الصحابة أن النبي ﷺ قال : « المرأة إذا قتلت عمداً لا تقتل حتى تضع ما في بطنها إن كانت حاملاً ، وحتى تكفل ولدها ،

(١) (سورة الإسراء ، آية رقم ٣٣) .

(٢) (الشيرازي/المذهب/ج٢ص١٨٥) .

(٣) (مسلم/الحدود/باب فيمن اعترف على نفسه بالزنى/ح١٦٩٥) (أبو داود/الحدود/باب المرأة التي أمر النبي ﷺ بوجعها من جهينة/ح٤٢٧٦) (النسائي/الجنائز/باب الصلاة على المرجوم/ح١٩٥٧) (الترمذي/الحدود/باب الرجم على الثيب/ح١٤٦٢) وقال الترمذي/ هذا حديث صحيح (أحمد/عن بريدة بن الحصيبي/ح٢٢٤٣٣، ٢٢٤٤٠) (الدارمي/الحدود/باب الحامل إذا اعترفت بالزنا/ح٢٣٢٤) .

وإن زنت لم ترجم حتى تضع ما في بطنها وحتى تكفل ولدها» (١).

٥- وروي أن عمر رضي الله عنه أمر بقتل امرأة بالزنا وهي حامل ، فقال معاذ بن جبل رضي الله عنه : « إن كان لك سبيل عليها فليس لك سبيل على ما في بطنها ، يعني حملها ، فترك عمر قتلها ، وقال : كاد النساء أن يعجزن أن يلدن مثلك يا معاذ » ، وروي عن علي رضي الله عنه مثله (٢) .
والأدلة على ذلك كثيرة وعديدة .

وقد اتفق الجمهور على أن العقوبة إن كانت رجماً فلا يقام عليها حتى تسقيه اللب (٣) ؛ لأن الولد لا يعيش سليماً إلا به ، ثم إن كان له من يرضعه فيقام عليها الرجم ، وإلا تركت وأجلت حتى تقطم ابنها (٤) .

ثالثاً : عدم إقامة الحد على المريض (٥) :

فرق العلماء في الأحكام بين من يُرجى برؤه من المرض ومن لا يُرجى برؤه ، وفرقوا بين من عقوبته الحد المهلك ، ومن عقوبته حد غير مهلك ، وفرقوا بين من يثبت جرمه بالإقرار وبين من ثبت جرمه بالبيّنة .

وخلاصة ما يقال في هذا إن كل زيادة تحصل للمريض بسبب مرضه عن الحد

(١) (ابن ماجه/الدييات/باب الحامل يجب عليها القود/ح٢٦٩٤) (مالك/العقول/باب عقل الجنين وإذا قتلت المرأة رجلاً أو امرأة عمداً والتي قتلت حامل لم يقد منها حتى تضع حملها) (الطبراني/المعجم الكبير/ج٧ص٢٨٠/ح٧١٣٨) . وفي مصباح الزجاجة للكناني قال : « هذا إسناد فيه ابن أنعم وهو ضعيف ، وكذا الراوي عنه عبد الله بن لهيعة » . (الكناني/مصباح الزجاجة/ج٣ص١٣٨) .

(٢) (سنن البيهقي الكبرى/ج٧ص٤٤٣/ح١٥٣٣٥) (سنن الدارقطني/ج٣ص٣٢٢/ح٢٨١) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٥٤٣/ح٢٨٨١٢) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٧ص٣٥٤/ح١٣٤٥٤) .

(٣) اللب : هو الحليب الذي ينزل من الأم عقب الولادة ، وهو غني بكل ما يغني الطفل عن طعام غيره . (ابن منظور/لسان العرب/ج١ص١٥١) .

(٤) (ابن قدامة/المغني/ج٩ص٤٨) (ابن مفلح/الفروع/ج٥ص٦٦١) (البهوتي/شرح منتهى الإرادات/ج٣ص٢٧٤) .

(٥) للمزيد انظر : (إسامة الفقير/رسالة الظروف المخففة للعقوبة في الفقه الإسلامي/ص١٠٩) .

الواجب في الحدود يمنع إقامتها ، على اختلاف بينهم فيما يزيد وما لا يزيد .

ومن ذلك : لو أن المريض كان يُرجى برؤه ، وكانت عقوبته القتل ، فهل يؤخر القتل حتى يشفى ؟ اتفق العلماء على أنه يقام إذا ثبت الجرم بالبيينة^(١) . أما إن ثبت بالإقرار فالجمهور على أنه يقام أيضاً^(٢) ، وخالف بعض الشافعية^(٣) .

فالجمهور يرون أنه لا فائدة من التأخير ، مع أن هنا فائدة في التأخير الأول ذكرها الفريق الآخر ، وهي : أن فيه نوع تعذر ، كما تعذر النبي ﷺ لماعز بقوله : « لعلك لمست ، لعلك قبلت »^(٤) ، فهو أمل بالرجوع منه .

والفائدة الثانية : أنه لو بدأنا بتنفيذ العقوبة عليه وأراد الرجوع ، وهو جائز له أن يرجع ، فإننا نكون قد بلغنا منه من الأذى ما قد يؤدي لقتله ، لأنه مريض ، فلا يتحقق بذلك الفائدة من رجوعه عن إقراره^(٥) .

والدليل على أن المريض يراعى حاله في إقامة الحد ، ما رواه أبو داود من أن رجلاً اشتكى حتى أضنى^(٦) ، فدخلت عليه امرأة ، فهش^(٧) لها فوقع بها ، فسئل له رسول الله ﷺ ، فأمر رسول الله ﷺ أن يأخذوا مائة شمراخ^(٨) من عثكال^(٩)

(١) انظر : (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ ص١٣٣) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ ص١١) .

(٢) انظر : المرجعين السابقين .

(٣) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ ص١٣٣) .

(٤) سبق تخريجه . انظر ص ٣٠٠ .

(٥) (أسامة الفقير/الظروف المخففة للعقوبة في الفقه الإسلامي/ص ١١١) .

(٦) أضنى : أصابه الضنى ، وهو شدة المرض وسوء الحال حتى ينسل بدنه ويهزل . (ابن منظور/لسان

العرب/ج١٤ ص٤٨٦) .

(٧) هش : من الهشاشة وهو الارتياح والخفة للمعروف ، وهش : فرح واشتهى . (ابن منظور/لسان

العرب/ج٦ ص٣٦٥) .

(٨) الشمراخ : الغصن الدقيق من النخل الذي عليه البسر . (ابن منظور/لسان العرب/ج٣ ص٣١) .

(٩) العثكال : العذق ، قطف التمر ، وتلفظ بالهمز فيقال : إنكال . (ابن منظور/لسان العرب/ج١١

ص ١١) .

فيضربوه ضربة واحدة^(١) .

وقد اتفق جمهور الفقهاء على أن المريض يضرب بحسب حاله ، واشترطوا في ضرب الشماريخ أن يضرب بها ولا يكفي أن توضع عليه ، وقالوا : إنها إن لم تمسه ولا انكبس بعضها على بعض لم يسقط الحد ، بل يقام عليه الممكن ويغلى سبيله^(٢) .
وقد أنكر المالكية جمع الشماريخ ؛ لأن الله تعالى يقول : ﴿ قَاجِلِدُوا كُلَّ وَحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةً جَلْدَةً ﴾^(٣) . وهذه جلدة واحدة^(٤) .

والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور ؛ لأن الذي لا يرجى برؤه واقع بين أمرين ؛ إما أن يترك حدّه بالكلية وهذا ممنوع ، أو أن يقتل بما لا يوجب القتل وهذا ممنوع . فيؤتى الفعل على قدر الإمكان .

رابعاً : إذا اجتمعت حدود الله عز وجل ولم تتداخل يبدأ بأحدها^(٥) ،
ولا يوالى بينها بل يمهل^(٦) :

على خلاف بين العلماء فيما يبدأ به ، هل هو الأشد أم الأخف ، وهل يبدأ بما الحق الغالب فيه لله ، أم الحق الغالب لأدمي .
والسبب في عدم الموالاة هو أنه بعد الحد الأول يصبح ضعيف الحال والجسم كالمريض ، فربما يؤدي إقامة الحد الثاني إلى ما يزيد على مقدار الحد كالموت أو

(١) (أبو داود/الحدود/باب الحد على المريض/ح٤٤٧٢) (ابن ماجه/الحدود/باب الكبير والمريض يجب عليه الحد/ح٢٥٧٤) (أحمد/عن سعيد بن سعد بن عبادة/ح٢١٤٢٨) (سنن البيهقي الكبير/ج٨ ص٢٣٠/ح١٦٧٨٦) (السنن الكبرى للنسائي/ج٤ ص٣١٣/ح٧٣٠٩) (الطبراني/المعجم الكبير/ج٦ ص٦٣/ح٥٥٢١) .

(٢) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ ص١٣٣) .

(٣) (سورة النور ، آية رقم ٢) .

(٤) (المواق/التاج والإكليل/ج٨ ص٣٩٨) .

(٥) انظر : (المواق/التاج والإكليل/ج٨ ص٣٢٦) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ ص١٥٧) .

(٦) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ ص١٥٧) .

كعاهة أو تلف عضو وغيرها . فلذلك قالوا إنه يؤجل الحد الثاني حتى يبرأ من الأول .

فإن كان الحد واحداً ، فيوالي الضرب فيه بحيث يحصل بما يقام عليه من الحد الزجر والتكجيل ، فلا يفرق الحد على الأيام والساعات لعدم الإيلام والزجر^(١) . فمن كانت عقوبته مائة جلدة، فلا يضرب كل يوم خمس جلدات أو كل ساعة جلدتين؛ لأن ذلك خال من الزجر والإيلام ، وهذا يعني خلو الحد عن الفائدة منه .
- أما إن ضرب في اليوم خمسين ضربة متوالية ، وفي اليوم الثاني خمسين جاز ، لحصول الإيلام والزجر بذلك^(٢) .

خامساً : تجنب إقامة الحد في البر والحر الشديدين :

فإنه قد يزداد بسبب شدة الحر فيموت ، وليس المطلوب موته^(٣) . واستثنى الماوردي والرويانى ما لو كان ببلاد لا ينفك حرها أو بردها ، فإنه لا يؤخر ، ومنعوا نقله إلى بلاد معتدلة ؛ لأن فيه تأخير حد ، ولخوف المشقة^(٤) .

سادساً : لا يمدّ في شيء من الحدود والتعزير^(٥) :

والمد له معان وصورٌ متعددة ذكرها الفقهاء :

« أ - إما أن المراد به مد جسده بأن يرمى ويُلقى على الأرض .
ب - أو أن الجلاد يفصل عضده عن إبطه ، أو يمد يده فوق رأسه .
ج - أو أن السوط بعد أن يقع على بدن المجلود يسحبه على جسده »^(٦) .

(١) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٦١) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٣٣) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ ص١٣٥) .

(٤) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٣٣) .

(٥) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٧٢) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص٤٣٦) (ابن قدامة/ المغني/

ج٩ ص١٤١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٢٦٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص١٠) .

(٦) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٧٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص١٠) .

وسبب منع ذلك على أية صفة كان ؛ أنه زيادة مبالغة لم يستحق عليه ذلك ، وربما يؤدي إلى التلف ، والتحرز عن ذلك واجب شرعاً في موضع لا يستحق الإلتلاف شرعاً^(١) .

ونقل ابن قدامة اتفاق العلماء عليه ، ونقل قول ابن مسعود رضي الله عنه : « ليس في ديننا مد ولا قيد ولا تجريد »^(٢) ، وأن أصحاب رسول الله ﷺ جلدوا فلم ينقل عن أحد منهم مد ولا قيد ولا تجريد^(٣) .

سابعاً : عدم الضرب في موضع واحد في الجلد :

وإنما يتعدد مكانه ؛ وذلك خوفاً من التلف ، سواء تلف النفس أو تلف العضو المضروب^(٤) .

ونصوا على أنه يكثر من الضرب في مواضع اللحم كالألتين والفخذين^(٥) .

ثامناً : حسم يد السارق بعد القطع :

وقد أمر به النبي ﷺ ؛ وذلك تحرزاً عن الإلتلاف^(٦) ، وهو لا يستحق التلف في البدن وإنما يستحق إلتلاف العضو فقط .

(١) (السرخسي/المبسوط/ج٩ص٧٢) .

(٢) (ابن قدامة/المغني/ج٩ص١٤٢) .

(٣) المرجع السابق .

(٤) انظر : (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص٣١) (السرخسي/المبسوط/ج٩ص٧٢) (ابن قدامة/المغني/ج٩ص١٤١) (ذكرى الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص١٣٣-١٦٠) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج٢ص٢٦٦) .

(٥) (ابن تيمية/السياسة الشرعية/ص١٥٧) (ابن قدامة/المغني/ج٩ص١٤١) .

(٦) (السرخسي/المبسوط/ج٩ص٧٢) .

تاسعاً : أن يختار الإمام رجلاً عدلاً لإقامة الحدود على أهلها ، عارفاً
بوجوه ذلك :

لما لله تعالى في ذلك من حق ، فقد كان علي رضي الله عنه يقيم الحدود لأبي بكر وعمر رضي الله عنهما في خلافتهما ، وأن النبي ﷺ جعل إقامة الحد لعلي ولمحمد بن مسلمة رضي الله عنهما ^(١) .

واختيار مثل هذا العدل إنما هو احترازٌ من الزيادة في الحد أو العقوبة المحددة ، حتى وإن كانت تعزيراً ؛ لأنه لا يجوز الزيادة على ما حكم به الحاكم .

وأما إذا كانت العقوبة قصاصاً ، وأراد صاحب الحق في القصاص أن يستوفي بنفسه ، فاشتراط العلماء أن يأمن من المستوفي عدم الزيادة على الحد المطلوب ، فإن لم يأمن فلا يجوز له الاستيفاء بنفسه ، وإن فعل وزاد على المطلوب كان ضامناً ^(٢) .

ومن هنا أجاز العلماء استيفاء القصاص بالنفس ؛ لأنه محدود مضبوط ، غاية معلومة ومقدور على استيفائها ، إذ لا مزيد على الموت . أما الجروح فمنع العلماء استيفاءها ؛ لأنه لا يضمن أن يعدل وأن لا يحيف ، وقالوا : إن الحيف لا يؤمن مع قصد التشفي ^(٣) .

يقول الإمام السيوطي في ذلك : « ما افترق فيه جناية النفس والأطراف : افترقا في أمور؛ الأول : لمستحق النفس الاستيفاء بنفسه دون مستحق الطرف ؛ لأنه قد يردد الحديد فيزيد في الإيلام ، بخلاف إزهاق النفس ، فإنه مضبوط » ^(٤) .

(١) انظر : (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٤ ص٥٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٢٦٦) (الزرکشي/ خبايا الزوايا/ ص ٤٠٧) .

(٢) (المهيمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص٢٨٦) (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص٥٢٦) .

(٣) انظر : (الرحياني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ ص٥٠) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٥ ص٥٣٧) (ابن قدامة/ المغني/ ج٨ ص٢٥٢، ٢٤٣) .

(٤) (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص٥٢٦) .

ومنع العلماء كذلك خوفاً من الزيادة على المطلوب أو النقص منه ، تفويض إقامة الحدود والقصاص فيما دون النفس إلى عدو أو قرابة ؛ لأنه لا يؤمن معهما الحيف^(١) .

عاشراً : أن يكون تنفيذ الجروح والقصاص تحت إشراف طبي ،
يضمن عدم الزيادة عن الحد المستحق من العقوبة :

فقال الفقهاء : « وإذا اقتصر للناس في جراحاتهم ، فیدعی طبيب رفیق یقتص لهم ، وأجرته على المقتصر له »^(٢) .

حادی عشر : أن المرأة تختلف في الضرب عن الرجل :

فيكون ضربهن دون ضرب الرجال ، ويكون ذلك بسوط دون سوط الرجال^(٣) .

وسبب ذلك : أن الضرب المتوسط للمرأة يماثل الضرب الشديد للرجل لرقة جلدها وخشونة جلده ، ولو مائلنا ضربهما كان الضرب الذي على المرأة أشد ، والحد واحد في حقهما ، فلا يزداد على أحدهما دون الآخر ، ومثلها الرجل المسن .

إلا أن بعض العلماء لم يأخذ بهذا المعنى ، فنصوا على أن ضرب الشاب والشيخ سواء في الإجماع^(٤) .

(١) انظر (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ ص١٩٨) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٢٦٦) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٢٦٥) .

(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٢٦٦، ٢٩٧) .

المطلب الثاني

الاتزان والاعتدال عند إقامة العقوبة

وقد تحدث الفقهاء عن هذا الاعتدال والاتزان من خلال عدة أحكام وهي :

أولاً : في الآلة :

بداية فقد اتفقوا على أن الضرب في الحدود الموجبة للجلد يكون بالسوط^(١) ،
واختلفوا في حد الخمر ، فقال البعض إنه يجوز أن يكون بالثياب والنعال ، وسنأتي
على ذلك بعد قليل .

فالسوط خاص بالحدود ، ولا يجوز أن يكون بالدرة ولا بالقضيب ولا
الشراك^(٢) .

فقد كان عمر رضي الله عنه يؤدب بالدرة، فإن جاءت الحدود دعا بالسوط^(٣) .

والسوط صفته أن يكون غير خَلِقٍ وغير جديد ، وأن يكون معتدل الحجم بين
القضيب والعصا ، وأن يكون معتدل الرطوبة ، فلا يكون رطباً فيشق الجلد بثقله ،
ولا شديد اليبوسة فلا يؤلم لخشته، وأن تكسر ثمرته، وثمره السوط عقدة في طرفه^(٤) .
وقد روي أن رجلاً اعترف عند رسول الله ﷺ بالزنا ، فدعا له رسول الله ﷺ
بسوط ، فأتي بسوط مكسور ، فقال فوق هذا ، فأتي بسوط جيد لم تكسر ثمرته ،

(١) (ابن دقيق العيد/إحكام الأحكام/ج٢ص٢٤٩) (ابن تيمية/السياسة الشرعية/ص١٥٧) (ابن فرحون/

تبصرة الحكام/ج٢ص٢٦٦) (المواق/التاج والإكليل/ج٨ص٤٣٥) .

(٢) (المواق/التاج والإكليل/ج٨ص٤٣٥) .

والشراك : سير النعل . (ابن منظور/لسان العرب/ج١٠ص٤٥١) .

(٣) (ابن تيمية/السياسة الشرعية/ص١٥٧) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج٢ص٢٦٦) .

(٤) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص١٠) (ابن قدامة/المغني/ج٩ص١٤١) (ابن تيمية/السياسة الشرعية/

ص١٥٧) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج٢ص٢٦٥، ٢٦٦) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤

ص١٦٠) .

فقال : بين هذين^(١).

أما في الخمر ، فكان الخلاف في التعامل مع الحديث الوارد فيه ، وهو حجة عند الطرفين ، فقد أتى النبي ﷺ برجل^(٢) قد شرب ، فقال : « اضرِبوه ، قال : فمنا الضارب بيده ، والضارب بنعله ، والضارب بثوبه »^(٣).

إلا أنه قد روي عن النبي ﷺ أنه قال : « من شرب الخمر فاجلدوه »^(٤) ، والجلد يفهم منه أنه بالسوط^(٥).

والذي يرجح بينهما أن فعل الخلفاء الراشدين كان الجلد ، فقد جلدوا بالسياط ، وقد تتابع ذلك فيهم ، وقد صح أن النبي ﷺ جلد أربعين ، وجلد أبو بكر أربعين ، وجلد عمر ثمانين^(٦).

وقد روي أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه جلد الوليد بن عقبة أربعين^(٧).

وأن عمر رضي الله عنه جلد قدامة بن مظعون ، وقال عمر حين أراد جلدته : « اتتوني بسوط ، فجاءه أسلم مولاه بسوط دقيق صغير ، فأخذ عمر فمسحه بيده ،

(١) (موطأ مالك/ الحدود/ باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا/ ح ١٥٦٢) (سنن البيهقي الكبرى/ ج ٨ ص ٣٢٦ / ح ١٧٣٥٢) (مصنف عبد الرزاق/ ج ٧ ص ٣٦٩ / ح ١٣٥١٥).

(٢) الرجل : هو نعيمان الأنصاري ، وكان كثير المزاح ، وكان يضحك منه رسول الله ﷺ.

(٣) (البخاري/ الحدود/ باب الضرب بالجريد والنعال/ ح ٦٧٧٧) (أبو داود/ الحدود/ باب الحد في الخمر/ ح ٤٤٧٧) (أحمد/ عن أبي هريرة/ ح ٧٩٢٦) (سنن البيهقي الكبرى/ ج ٨ ص ٣١٢ / ح ١٧٢٧١).

(٤) (الترمذي/ الحدود/ باب ما جاء من شرب الخمر فاجلدوه ومن عاد في الرابعة فاقتلوه/ ح ١٤٤٤) (أبو داود/ الحدود/ باب إذا تتابع في شرب الخمر/ ح ٤٤٨٢) (ابن ماجه/ الحدود/ باب من شرب الخمر

مراراً/ ح ٢٥٧٣) (أحمد/ عن معاوية بن أبي سفيان/ ح ١٦٤٠٥ ، ١٦٤١٧ ، ١٦٤٢٧ ، ١٦٤٨٠).

(٥) انظر : (ابن قدامة/ المغني/ ج ٩ ص ١٤٢).

(٦) (مسلم/ الحدود/ باب حد الخمر/ ح ١٧٠٦ ، ١٧٠٧) (أبو داود/ الحدود/ باب الحد في الخمر/ ح ٤٤٧٩ ، ٤٤٨٠) (أحمد/ عن أنس بن مالك/ ح ١١٧٢٩ ، ١٣٧١ ، ١٣٤٦٨) (ابن ماجه/ الحدود/ باب حد

السكران/ ح ٢٥٧١).

(٧) (مسلم/ الحدود/ باب حد الخمر/ ح ١٧٠٧) (أبو داود/ الحدود/ باب الحد في الخمر/ ح ٤٤٨٠) (أحمد/

عن علي رضي الله عنه/ ح ٦٢٥ ، ١١٨٨ ، ١٢٣٤) (ابن ماجه/ الحدود/ باب حد السكران/ ح ٢٥٧١) (الدارمي/ الحدود/ باب في حد الخمر/ ح ٢٣١٢).

ثم قال: لأسلم : أنا أحدثك أنك ذكرت قرابته لأهلك ، اتني بسوط غير هذا ، فاتاه به تاماً ، فأمر عمر بقدامة فجلد « (١) .

وأما حديث أبي هريرة في الضرب بالثياب والنعال ، فكان في بادئ الأمر ، ثم جلد النبي ﷺ واستقرت الأمور (٢) .

ومن الاعتدال والتوسط في الآلة : الحجارة التي يرمى بها المرجوم ، فقال الفقهاء : أن تكون متوسطة لا صغيرة ولا كبيرة ، فإذا أمر الإمام بالرجم تعين الرجم بالأحجار المعتادة ، فلا يجوز بالصخور-ولا بالحصىات الصغار (٣) .
وقالوا في صفتها : أن تكون ملء الكف (٤) .

ومنعمهم الحجارة الصغيرة يقصد به أن يفعل ذلك طوال الرجم ، فلو تناول الإمام حصاة لبدأ غيره بالرمي جاز ، ويكون فعله كرمز للبدائية ، وقد فعله النبي ﷺ مع ماعز (٥) .

وهل يقتصر في الرجم على الحجارة أم يجوز إزهاق روحه بما سوى ذلك ؟
الراجح عند الفقهاء أنه لا يعدل بالحجارة أي شيء ؛ لأن القصد هو التنكيل به بالرجم (٦) .

أما إن كانت عقوبته القتل تعزيراً ، فإنه يقتل بما يُقتل ؛ لأن القصد قتله ، ويجوز بأي وسيلة .

أما في القصاص فالصحيح أنه يشترط فيه المماثلة ، فإن كان بالسيف فبه ، وإن

(١) (سنن البيهقي الكبرى/ج٨ص٣١٥/ح١٧٢٩٣) (مصنف عبد الرزاق/ج٩ص٢٤٠/ح١٧٠٧٥ ،
١٧٠٧٦) (ابن سعد/الطبقات الكبرى/ج٥ص٥٦١) .

(٢) (ابن قدامة/المغني/ج٩ص١٤٢) .

(٣) انظر : (العز/قواعد الأحكام/ج٢ص١٣٥) (المواق/التاج والإكليل/ج٨ص٣٩٥) (زكريا الأنصاري/
أسنى المطالب/ج٤ص١٣٣) .

(٤) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص١٣٣) .

(٥) سبق تحريجه . انظر ص ٣٠٠ .

(٦) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص١٣٣) .

كان بإطلاق النار فيه . فإن تعذر ، فيكون بكل ما يؤدي إلى موته .
وقد أخذت التشريعات الإجرائية الجزائرية في بعض الدول الإسلامية بذلك^(١) .

ثانياً : الاعتدال في ثياب من يقام عليه العقوبة إن كانت جلداً^(٢) :

فلا يكون ثوبه ثخيناً ولا رقيقاً صفيقاً ، ويمنع تجريده من باب أولى .
فالثوب الثخين يجعل العقوبة كأن لم تكن ، والصفيق يجعل العقوبة كأنها
تتضاعف ، وقال العلماء : لو تركت عليه ثياب الشتاء ما بالى بالضرب^(٣) .

وقال الإمام العز عن الجلد: « وإن كان أصل الوضع يدل على ذلك ، فإن
معنى جلده ضرب جلده ، إلا أنه صار يعرف الاستعمال محمولاً على الحائل ، ويدل
عليه قوله تعالى : ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾^(٤) ، مع
انعقاد الإجماع على أن المرأة لا تتجرد ، فيستعمل اللفظ فيهما استعمالاً واحداً ،
فكأنه قيل فاضربوا جلد كل واحد منهما فوق ثوبه »^(٥) .

وخالف المالكية وقالوا : إن الرجل يجرد من ثيابه ؛ لأن الأمر بجلده يقتضي
مباشرة جسمه^(٦) .

وعند الحنفية أن سائر الحدود تقام في إزار^(٧) ، إلا القذف فيقام عليه ثيابه ، إلا
أن يكون حشواً أو فرواً^(٨) .

(١) انظر : (عبد القادر عودة/ التشريع الجنائي الإسلامي/ ج٢ ص١٥٤) (حسن حمادي/ قضاء الحدود
والقصاص والدية/ ص٤٧٥) .

(٢) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٧٢) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ ص١٤٢) (العز/ قواعد الأحكام/
ج٢ ص١٣٥) (ابن تيمية/ السياسة الشرعية/ ص١٥٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص١٠) .

(٣) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ ص١٤٢) .

(٤) (سورة النور ، آية رقم ٢) .

(٥) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ ص١٣٥) .

(٦) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص٤٣٥) .

(٧) الإزار : الملقحة تقطي الحقوين فما دونهما . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٤ ص١٦) .

(٨) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٧٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص١٠) .

وعن محمد بن الحسن : أن حد الشرب مثل حد القذف؛ لقول علي : « إذا شرب هذى، وإذا هذى افترى » (١).

وسبب ذلك عندهم : أن حد القذف أخف من جميع الحدود والذنوب الأخرى ، لاحتمال صدق ما أخبر به مع عدم شهود ثلاثة على قوله ، فيقام عليه مع صدقه (٢).

ثالثاً : الاتزان بتوزيع الضربات على كل البدن :

وقالوا : إن الذي يقيم الحد يعطي كل عضو حظه من الضرب ، مع مراعاة ما ذكرناه من الابتعاد عن الرأس والوجه والمذاكير ، وهذه هو رأي الجمهور (٣).
وخالف مالك فقال : لا يضرب إلا الظهر فقط . وقال غيره من المالكية :
الظهر والكتفين دون غيرهما (٤).
ودليل الجمهور :

١- قول علي رضي الله عنه : « لكل موضع في الجسد حظ -يعني في الحد- إلا الوجه والفرج » (٥).

٢- لأنه قد نال اللذة في كل عضو ، فلا بد أن يذوقه ألماً ، إلا ما فيه تلف (٦).

٣- الخوف من التلف حالة الضرب على عضو واحد (٧).

(١) سبق تحريجه . انظر ص ٣٧٢ .

(٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج ٩ ص ٧١) .

(٣) انظر : (ابن قدامة/ المغني/ ج ٩ ص ١٤١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ٢ ص ٢٦٦) (ابن تيمية/ السياسة

الشرعية/ ص ١٥٧) (السرخسي/ المبسوط/ ج ٩ ص ٧١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج ٤

ص ١٣٣ ، ١٦٠) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ١٠) .

(٤) انظر : (المواق/ التاج والإكليل/ ج ٨ ص ٤٣٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ٢ ص ٢٦٥) .

(٥) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج ٤ ص ١٦٠) (ابن قدامة/ المغني/ ج ٩ ص ١٤١) .

(٦) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج ٩ ص ٧٢) .

(٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ١٠) (السرخسي/ المبسوط/ ج ٩ ص ٧٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/

ج ٢ ص ٢٦٦) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج ٤ ص ١٣٣) .

وهذا هو الأولى في نظري ؛ لأن المقصود بالحد الإيلام دون إتلاف ، وفي طريقة الجمهور يمكن تحصيل ذلك على أتم صورة ولو احتمالاً . أما على طريقة المالكية فتزيد احتمالية التلف ، فيعدل عنها إلى غيرها .

رابعاً : الاعتدال في الضرب^(١) :

فلا يرفع اليد فيكون شديداً ، ولا يخفضها فيكون خفيفاً .
وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه قال : « ضرب بين ضربين وسوط بين سوطين »^(٢) ، فقالوا : الضرب يكون وسطاً لا شديداً فيقتل ولا ضعيفاً فلا يردع^(٣) .
فلا يرفع باعه كل الرفع ولا يحطه فلا يؤلم ، ونصوا على أنه لا يبدي إبطه في شيء من الحدود^(٤) .

ويقول الإمام العز : « إذن الإمام للجلاد في جلد الحدود والتعزيرات فإنه يحمل على حزب بين حزبين لسقوط بين سقوطين في زمن بين زمانين »^(٥) .
والناظر في كتب المالكية يرى أنهم خالفوا الجمهور ، فقد روي عن الإمام مالك قوله : « أنه يرفع يده بالسوط ، وأن يضرب الضرب الوجيع »^(٦) .

وروى ابن حبيب بسنده عن إبراهيم بن سعد عن أبيه عن جده قال : لما جلد أبو بكر أمرت أمه بشاة فذبحت ، ثم جعلت جلدها على ظهره ، قال إبراهيم : فكان أبي يقول : ما ذاك إلا من ضرب شديد ، قال : وكان أبي يرى أن ضرب الحد

(١) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٦٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٢٦٦) (ابن تيمية / السياسة الشرعية/ ص١٥٧) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ ص١٤٢) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ ص١٣٥) .

(٢) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ ص١٣٥) .

(٣) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٦٠) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ ص١٤٢) .

(٤) انظر : المرجعين السابقين .

(٥) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ ص١٣٥) .

(٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٢٦٥) .

شديد^(١) .

إلا أن قولهم إن الضرب يكون شديداً لا يفهم منه أنه يكون مبرحاً . فإذا انتفى قولهم هذا كانوا مع الجمهور ؛- لأن الجمهور يرون أنه دون المبرح . ويقول صاحب التاج والإكليل عن الضرب: « ويكون متوسطاً لا بالمبرح ولا بالخفيف »^(٢) .

خامساً : الاتزان فيمن ينفذ الحد :

فلا يتولى ضرب الحد القوي ولا الضعيف ، ولكن يكون متوسطاً بين الرجال^(٣) ، حتى لا ينقص أو يزيد عن المطلوب نظراً لقوته أو ضعفه .

سادساً : التوسط والاعتدال في القرب والبعد من المرجوم :

فقالوا : بأن يكون موقف الرامي منه بحيث لا يبعد عنه فيخطئه ولا يدنوا منه فيؤلمه^(٤) .

المطلب الثالث

الحفاظ على الحرمات

وهذا مما يجب النظر إليه والاحتياط فيه ، ويعتبر هذا من أصول تنفيذ الأحكام- الجزائية ، وذكر العلماء لذلك جملة من الأحكام .

أولاً : الحضر للمرأة في الرجم :

اختلف العلماء في الحضر للمرأة في الرجم ، فبينما يرى فريق أنه مندوب إليه ،

(١) المرجع السابق .

(٢) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص٤٣٤) .

(٣) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص٤٣٥) .

(٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطلب/ ج٤ ص١٣٣) .

وأن تركه لا يضر ، يرى فريق آخر أنه ليس بمندوب ، فنصوا على أنه لا يحفر لها ، وفريق ثالث يرى أنه يفرق بين البينة والإقرار .

والفريق الأول هم الحنفية والمالكية والشافعية وقول عند الحنابلة^(١) .

فقالوا : إن مبنى المرأة على الستر ، والحفر أستر لها ؛ لأنها تضطرب إذا مستها الحجارة فربما ينكشف شيء من عورتها ، ومع هذا فإن الحفر ليس من الحد في شيء فلا يضر تركه^(٢) .

واستدلوا أن النبي ﷺ لما أمر برجم الغامدية أمر بأن يحفر لها إلى قريب من السرة أو إلى ثنودتها^(٣) ، فجعلت فيها ، فلما رجموها وماتت أمر بإخراجها وصلى عليها^(٤) .

وأن علياً رضي الله عنه حفر لشراحة الهمذانية إلى قريب من السرة ثم لفها في ثيابها ، وجعلها فيها ثم رماها ، وكان مصيب الرمية ، فأصاب أصل أذنها^(٥) .

والفريق الثاني وهو ظاهر قول الإمام أحمد أنه لا يحفر لها لعدم النص^(٦) .

والفريق الثالث وهو الراجح عند الحنابلة أنه يفرق بين من ثبتت جنائته بإقرار أو بينة ، فإن كان بإقرار لم يحفر ، وإن كان بيينة فيحفر لها إلى الصدر^(٧) . ذلك أن المقر

(١) (السرخسي/المبسوط/ج٩ص٥٢، ٧٣) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص١٠) (ابن قدامة/المغني/ج٩ ص٤٠) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص١٦١) (المواق/التاج والإكليل/ج٨ص٤٣٥) .

(٢) (السرخسي/المبسوط/ج٩ص٥٢) (ابن قدامة/المغني/ج٩ص٤٠) .

(٣) التندوة : هي اللحم الذي حول الثدي ، والتندوة للرجل بمنزلة الثدي للمرأة ، وهي مغرز الثدي . (ابن منظور/ لسان العرب/ج١ص٤١) .

(٤) (مسلم/الحدود/باب من اعترف على نفسه بالزنى/ح١٦٩٥) (أبو داود/الحدود/باب المرأة التي أمر النبي برجمها/ح٤٤٤٢) (أحمد/عن بريدة بن الحصيب/ح٢٢٤٤٠/عن نقيع بن الحارث/ح١٩٨٦٥، ١٩٩٢٣) (الدارمي / الحدود/باب الحامل إذا اعترفت بالزنا/ح٢٣٢٤) .

(٥) (السرخسي/المبسوط/ج٩ص٥٢) .

(٦) انظر : (ابن قدامة/المغني/ج٩ص٤٠) .

(٧) (ابن قدامة/المغني/ج٩ص٤٠) .

يسمح له بالرجوع ، والهرب منه رجوع فيوقف الحد عنه ، بخلاف البيعة^(١) .
وقالوا : إن النبي ﷺ لم يحفر للجھنية ولا لما عز ولا لليھوديين ، أما الغامدية
فإنها بإقرارها . وهذا ليس محل الخلاف^(٢) .

أما الحفر للرجل ، فباتفاق أنه لا يحفر له ولا يربط بشيء ولا يمسك ، ولكن
ينصب قائماً للناس فيرجم^(٣) .

والدليل عليه ما قاله أبو سعيد الخدري رضي الله عنه إذ يقول في حادثة ماعز:
لما أمر رسول الله ﷺ برجم ماعز خرجنا به إلى البقيع ، فوالله ما حفرنا له ولا
أوثقناه ، ولكنه قام لنا^(٤) . قال العلماء : إن ماعزاً هرب ، ولو كان محفوراً له لما
أمكنه ذلك^(٥) .

وقال بعض العلماء إن الحفر له ودفنه هو نوع عقوبة ، فوجب أن لا تثبت^(٦) .
وهذا استدلال غير مستقيم مع الأحاديث التي دلت على الحفر للغامدية ، فلم
يكن الحفر عقوبة ولا هو بقصد مزيد من الألم ، بل لأغراض أخرى كالستر .

ثانياً : لا تجرد المرأة لإقامة الحد والتعزير عليها :

لأنها عورة مستورة ، وكشف العورة حرام ، فيتبرك عليها ما يواربها ولا

(١) المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق .

(٣) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ١٠) (السرخسي/ المبسوط/ ج ٩ ص ٥٢) (زكريا الأنصاري/
أسنى الطالب/ ج ٤ ص ١٦١) (ابن قدامة/ المغني/ ج ٩ ص ٤٠ ، ٤١) (المواق/ التاج والإكليل/ ج ٨
ص ٤٣٥) .

(٤) (مسلم/ الحدود/ باب من اعترف على نفسه بالزنى/ ج ١٦٩٤) (أبو داود/ الحدود/ باب رجم ماعز بن
مالك/ ج ٤٤٣١) (أحمد/ عن أبي سعيد الخدري/ ج ١١١٩٥) (الدارمي/ الحدود/ باب الحفر لمن يراد
رجمه/ ج ٢٣١٩) .

(٥) (السرخسي/ المبسوط/ ج ٩ ص ٥٢) (ابن قدامة/ المغني/ ج ٩ ص ٤٠ ، ٤١) .

(٦) (ابن قدامة/ المغني/ ج ٩ ص ٤٠) .

يصفها ولا يجبهها من الضرب^(١) .

وأنة يتزع عنها الحشو والفرو ليخلص الألم إلى بدننها ، ولأن ستر العورة يحصل باللبوس عادة فلا حاجة إلى بقاء الحشو والفرو عليها^(٢) .

وهم بهذا وازنوا. بين مزيد من الستر بالحشو والفرو ، وهو مندوب ، وبين إقامة الحد وضرورة الإيلام ، وحكمه الوجوب ، فقدم الواجب على المندوب .

ثالثاً : إن كان العقاب جلدأ فتضرب المرأة وهي قاعدة كأستر ما يكون^(٣) :

وهذا باتفاق الفقهاء ، ولم يخالف سوى ابن أبي ليلى ، فروي أنه كان يضرب المرأة الحد وهي قائمة كالرجل^(٤) .

واستدل الجمهور بقول عمر رضي الله عنه حيث قال : « يضرب الرجل قائماً، والمرأة قاعدة »^(٥) .

وقالوا : إن مبنى حال الرجل على الانكشاف والظهور، ومبنى حال المرأة على الستر^(٦) .

واختلف في الرجل هل يقام أم أنه يقعد ؟

فعند الجمهور كذلك يضرب قائماً ، وخالف مالك وقال جالساً ؛ لأن الله

(١) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٧٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص١٠) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص٤٣٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص١٨٣) .

(٢) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٧٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص١٨٣) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص٤٣٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص١٠) .

(٣) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٧٣) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ ص١٤١، ١٤٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب / ج٤ ص١٦١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص١٠) .

(٤) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٧٣) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ ص١٤٣) .

(٥) الصحيح أنه عن علي رضي الله عنه. (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ ص٣٢٧/ ح١٧٣٦٠)، والأثر ضعيف الإسناد كما ذكر ابن حجر . (ابن حجر/ الدراية في تحريج أحاديث الهداية/ ج٢ ص٩٨) .

(٦) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٧٣) .

تعالى لم يأمر بالقيام ، وأنه مجلود في حد فأسبه المرأة^(١) .
 ومجمل الأدلة في هذا الباب مع الجمهور ، فإن رواية أبي سعيد الخدري عن
 رجم ماعز أثبتت أنه كان قائماً^(٢) ، وكذلك الآثار الواردة عن الصحابة تدل على
 ذلك ، وسبق ذكرها .

رابعاً : شد ثياب المرأة عليها في الرجم كي لا تنكشف^(٣) :

فإن ذلك أستر لها^(٤) ، وأن الخنثى كالمرأة في ذلك^(٥) .

وروى أبو داود عن عمران بن حصين قال : « فأمر بها النبي ﷺ فشدت عليها
 ثيابها »^(٦) .

المطلب الرابع

تناسب الشدة في التنفيذ مع الجريمة

يرى بعض العلماء أن شدة الجلد والضرب في الحدود تختلف من حد إلى حد ،
 وتختلف عن التعزير ، في حين أن المالكية والشافعية لا يرون ذلك ، وقرروا في كتبهم
 أن الحد صفته واحدة في جميع الحدود ؛ يقول المالكية : صفة الضرب في الزنا
 والشرب والفرية والتعزير واحد ، ضرب بين ضربين ليس بالمبرح ولا بالخفيف^(٧) .

(١) (عليش/منح الجليل/ج٩ص٣٥٤) .

(٢) انظر رواية أبي سعيد ص ٦٠٥ .

(٣) انظر : (ابن قدامة/المغني/ج٩ص٤٠) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج٢ص١٨٣) .

(٤) (ابن قدامة/المغني/ج٩ص٤٠) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص١٦١) .

(٥) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص١٦١) .

(٦) وفي رواية : « فشكت عليها ثيابها » (مسلم/الحدود/باب من اعترف على نفسه بالزنى/ح١٦٩٦)

(النسائي/الجنائز/باب الصلاة على المرجوم/ح١٩٥٧) (الترمذي/الحدود/باب تريض الرجم بالحبل)

حتى تضع/ح١٤٣٥) (أبو داود/الحدود/باب المرأة التي أمر النبي ﷺ برجمها/ح٤٤٤٠) (ابن ماجه/

الحدود/باب الرجم/ح٢٥٥٥) (أحمد/عن عمران بن حصين/ح١٩٣٦٠، ١٩٤٠٢، ١٩٤٢٤) .

(٧) (المواق/التاج والإكليل/ج٨ص٤٣٥) (الخرشي/شرح مختصر خليل/ج٨ص١٠٩) (الصاوي/حاشية

الصاوي/ج٤ص٥٠٢) .

ويقول الشافعية في صفة الحدود : « وتستوي في ذلك الحدود كلها »^(١) .
 إلا أن الحنفية والحنابلة خالفوا وقالوا : إن لكل عقوبة درجة من الشدة .
 فعند الحنفية : إن التعزير ضربه أشد من ضرب الزنا ، والزنا أشد من شرب
 الخمر ، والخمر أشد من القذف^(٢) .
 واستدلوا على ذلك بما يلي :

١- أن التعزير مقصوده الزجر ، وقد دخله التخفيف من حيث نقصان العدد ،
 فإن قلنا بتخفيف الضرب فات المقصود^(٣) .

٢- أن حد الزنا يتلى في القرآن ، وقد سماه الله تعالى عذاباً بقوله تعالى :
 ﴿ وَلِيَشْهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾^(٤) ، وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ
 فِي دِينِ اللَّهِ ﴾^(٥) ، وحد الشرب لا يتلى في القرآن^(٦) .

٣- أن دعاء الطبع إلى الزنا عند غلبة الشبق أكثر منه إلى الشرب^(٧) ، فناسب
 تشديد العقوبة حتى يكون أكثر زجراً عن ارتكاب المحرم .

٤- أما أن حد الشارب أشد من القاذف ؛ فلأن جريمة الشارب متيقن بها ،
 بخلاف جريمة القاذف ، فالقذف خبر محتمل بين الصدق والكذب ، وقد يعجز عن
 إقامة أربعة شهداء مع صدقه ، فكان حد القذف أخف من حد الشرب^(٨) .

أما الحنابلة فقالوا : إن أشد الضرب الزنا ، ثم القذف ، ثم الشرب ، ثم

(١) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٣ ص٣٣٤) .

(٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٧١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص٣٣) .

(٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٧١) .

(٤) (سورة النور ، آية رقم ٢) .

(٥) (سورة النور ، آية رقم ٢) .

(٦) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٧١) .

(٧) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٧١-٧٢) .

(٨) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص٣٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٧٢) .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

١- أن الله تعالى خص الزاني بمزيد تأكيد بقوله سبحانه : ﴿ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ ﴾^(٢) ، فافتضى ذلك مزيد تأكيد فيه ، ولا يمكن ذلك في العدد ، فتعين جعله في الصفة^(٣) .

٢- أن ما دون حد الزنا أخف منه عدداً ، فلا يجوز أن يزيد عليه في إيلامه - ووجعه ؛ لأنه يفضي إلى التسوية بينهما أو زيادة القليل على الكثير^(٤) .

وبالنظر إلى أدلة الفريقين يمكن القول إنه لا يوجد نص شرعي يفرق في شدة الضرب بين حدٍّ وحدٍّ ، بل إن النصوص تجمع عند الحديث عن الجلد والضرب بين كل أنواع العقوبات، سواء أكانت من الحدود أم من التعزير .
ودليل ذلك ما يلي :

١- ما أخرجه البخاري عن أبي بردة رضي الله عنه قال : كان النبي ﷺ يقول : « لا يجلد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله »^(٥) .

فالحديث ذكر جلدأً واحداً وعقوبتين ، وهما ما يكون حدأً وما لا يكون ، وفرق بينهما في العدد ، ولم يفرق بينهما في الصفة . وهذا فيه إشارة إلى أن الجلد في العقوبات المختلفة واحد، وإنما التفاوت في العدد .

ومما يؤكد على أن الجلد في العقوبة واحد ، أن النبي ﷺ وصف جلد العقوبة

(١) (ابن قدامة/المغني/ج٩ص١٤٣) .

(٢) (سورة النور ، آية رقم ٢) .

(٣) (ابن قدامة/المغني/ج٩ص١٤٣) .

(٤) (ابن قدامة/المغني/ج٩ص١٤٣) .

(٥) (البخاري/الحدود/باب كم التعزير والأدب/ح٦٨٤٨) (مسلم/الحدود/باب قدر أسواط التعزير/

ح١٧٠٨) (الترمذي/الحدود/باب ما جاء في التعزير/ح١٤٦٣) (أبو داود/الحدود/باب في التعزير/

ح٤٤٩١) (ابن ماجه/الحدود/باب في التعزير/ح٢٦٠١) (أحمد/عن أبي بردة/ح١٥٤٠٥ ، ١٦٠٥١)

(الدارمي/الحدود/باب التعزير في الذنوب/ح٢٣١٤) .

بوصف واحد ، فقال : « فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع ، وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة وجلدات نكال »^(١). وفي رواية أحمد : « فيها ثمنها مرتين وضرب نكال » .

وهذا يدل على أن ضرب العقوبة يسمى باسم واحد ، إما جلد النكال ، وإما ضرب النكال .

وإذا قرأنا قوله تعالى : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾^(٢) ، علمنا أن كل أنواع العقوبات توصف بالنكال، سواء أكانت حداً كالسرقة ، أم تعزيراً كما ورد في الحديث الشريف . وما دامت العقوبة جلدأ في الحالين ، فبقي التفوات في العدد .

ثم إن في حد الجلد - حتى عند القول بعدم تدرج شدة التنفيذ - تفاوتاً بين جلاد وجلاد ومجلود ومجلود . وقد حاول الفقهاء ضبط ذلك ليكون متساوياً بين المحدودين قدر الإمكان .

فإذا قلنا بتدرج الشدة بين عقوبة وأخرى ، زاد التفاوت وصعب الضبط .

أما أدلة الحنفية والحنابلة ، فالرد عليها بما يلي :

أن المساواة في شدة التعزير مع الحد لا يعني زيادة التعزير على الحد من حيث التتيحة ، ولا حتى مساواة التعزير للحدود ؛ لأن نقصان العدد يبقى هو الفاصل بينهما ، ويبقى مع الزجر موجوداً في الحد وفي التعزير .

(١) (النسائي/قطع السارق/باب الثمر يسرق بعد أن يؤوبه الجرين/ح٤٩٥٩، واللفظ له) (أبو داود/

الحدود/باب ما لا قطع فيه/ح٤٣٩٠) (الترمذي/البيوع/باب ما جاء في الرخصة في أكل الثمرة للمار

بها/ح١٢٨٩، وقال حديث حسن) (ابن ماجه/الحدود/باب من سرق من الحرز/ح٢٥٩٦) (أحمد/

عن عبد الله بن عمرو بن العاص/ح٦٦٤٥، ٦٧٠٧، ٦٨٥٢، ٦٨٩٧) .

والجرين : موضع يجمع فيه التمر ويجفف . (ابن منظور/لسان العرب/ج١٣ص٨٧) .

والجن : الدرع الواقي للمقاتل وكان ثمنه ربع دينار . (ابن منظور/لسان العرب/ج١٣ص٤٠٠) .

النكال : العقوبة . (ابن منظور/لسان العرب/ج١١ص٦٧٧) .

(٢) (سورة المائدة ، آية رقم ٣٨) .

أما اتفاقهما على أن الزنا أشد من غيره لمزيد تأكيد الله تعالى على عقوبته ، فإن بقية العقوبات تحصل لها من التأكيد على عقوبتها ما يماثل الزنا ؛ فقد قال تعالى في حق السارق : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ (١) .

فقد أثبت سبحانه وتعالى صفة النكال ، ولم يثبتها إلا في السرقة .

وفي القاذف قال تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ (٢) .

ويقول سبحانه وتعالى : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَنَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ (٣) .

فقد وصفه الله تعالى بأوصاف لم يوصف بها غيره من أهل العقوبات ، دلالة على بشاعة فعله وسوء جريمته ، وليس في وصف الزنى هذا الوصف ، دلالة على تشديد العقوبة عليه دون غيره .

وليس السبيل إلى إثبات وصف في عقوبة محددة إلا بنص ، والنص مفقود ، فبقيت العقوبة على حالها . وإذا أردنا الأخذ بالمعقول ، فإن معقول الحنفية مشابه لمعقول الحنابلة ، وتساوي أدلتهما دليل على أن العقوبات متساوية في الشدة ، فما يحتاج به الحنفية يقابله ما يستدل به الحنابلة ، والعكس صحيح كذلك .

(١) (سورة المائدة ، آية رقم ٣٨) .

(٢) (سورة النور ، آية رقم ٤) .

(٣) (سورة النور ، آية رقم ٢٣) .

المطلب الخامس أن يكون التنفيذ مشهوداً

والشهود إما أن يكون الإمام أو القاضي الذي حكم على المحكوم عليه ، وإما أن يكون حضور الشهود الذين شهدوا على المحكوم عليه ، وإما أن يكون حضور عامة الناس تنفيذ العقوبة ، وتقسيما كالتالي :

١- حضور الإمام أو القاضي :

اشترط الحنفية حضور الحاكم وقالوا : « لا يجوز إلا بحضور من حكم برجمه ، وذلك لينكشف للناس أنه لم يقصر في أمر القضاء بأن لم يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد ، فإذا امتنع حيثئذ ظهرت أمارات الرجوع »^(١) . وهذا القول من الحنفية خاص بالرجم .

أما في الحدود في اشتراط الحضور في الرجم متحققة في بقية العقوبات ، وذلك ليظهر للناس أنه لم يقصر في قضائه ، إلا أنهم يجعلون للرجم صفة خاصة ؛ لأن فيه إزهاق للنفس ، بخلاف سائر العقوبات^(٢) .

وأجاز الشافعية عدم حضور من حكم عليه ، ومثل قولهم قول الخنابلة ، إلا أنهم اتفقوا على أنه مندوب^(٣) . واستدلوا بأن النبي ﷺ قال : « واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها »^(٤) .

وأن علياً رضي الله عنه قال : « الرجم رجمان ، فما كان منه بإقرار فأول من يرمم الإمام ثم الناس ، وما كان بينة فأول من يرمم البينة ثم الناس »^(٥) .

(١) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٧ص٥٧) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص٩) .

(٢) انظر : المرجعين السابقين .

(٣) (الماوردي/الأحكام السلطانية/ص ٢٨٠) (ابن العربي/أحكام القرآن/ج٤ص٥٣) (ابن قدامة/المغني/

ج٩ص٤٠) .

(٤) سبق تخريجه . انظر ص ١١٥ .

(٥) (ابن قدامة/المغني/ج٩ص٤٠) .

وأنكر المالكية حضور الإمام والشهود ، وقال مالك : مئذ أقامت الأئمة الحدود فلم نعلم أحداً منهم تولى ذلك بنفسه ولا ألزم ذلك البيه^(١) .
والذي أراه أنه يحضر ، إما بنفسه أو بمن ينييه ، وخصوصاً في عقوبة الرجم والقتل قصاصاً؛ ليشرف بنفسه على تنفيذ ذلك ، وقد فعل النبي ﷺ ذلك عند رجم الغامدية ، فابتدأ رجمها بحصاة كالحمصة ورماها بها ، وقال للناس : « ارموها واتقوا الوجه »^(٢) ، فدل على أن النبي ﷺ حاضرٌ وقت التنفيذ ، وقد وجه الحضور لكيفية التنفيذ .

فالعقوبة وإن كانت مهلكة ، إلا أن لتنفيذها طرقاً وأصولاً شرعية حرصت الشريعة على تحديدها وتوضيحها .

٢- حضور الشهود :

اشترط الحنفية وبعض الشافعية حضور الشهود تنفيذ الحد^(٣) .
والشهود هنا هم الذين شهدوا على المحدود أو المحكوم عليه ، واشترطوا أن يكونوا أول من يرميه إن كان رجماً ، وقالوا : إنه على وجه الشرط ولو بحصاة صغيرة ، كما روي عن علي ابن أبي طالب رضي الله عنه^(٤) .
وسبب ذلك أن الشاهد قد يتجاسر على الأداء ثم يستعظم المباشرة ، فيرجع ، فكان في بدايته احتيالياً للدرء^(٥) .

وهذا من نظرة الحنفية الموسعة إلى درء الحدود بالشبهات .
وأجاز الشافعية والحنابلة عدم حضور الشهود ، وقال الحنابلة : إن السنة أن

(١) (المواق/ التاج والإكليل/ ج ٨ ص ٣٩٧) .

(٢) سبق تحريجه . انظر ص ٥٦١ .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ٨ ، ٥٧) (المواردي/ الأحكام السلطانية/ ص ٢٨٠) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج ٤ ص ١٣٣) .

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ٨) .

(٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ٨) .

يحضر الشهود ، إلا أن الحضور ليس بشرط^(١) .

وقالوا : إن فعل ذلك أبعد لهم من التهمة من الكذب عليه^(٢) .

وأنكر المالكية بداءة البينة والشهود^(٣) ، كما هو الحال في حضور الحاكم .

٣- حضور عموم الناس إقامة العقوبات :

يقول تعالى : ﴿ وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾^(٤) .

فقد اتفق الفقهاء على الأخذ بهذه الآية، سواء في الرجم أم في بقية الحدود^(٥) .

واختلفوا في فهم الأمر الوارد فيها .

فقال الحنفية والشافعية : إنه للاستحباب^(٦) .

وقال المالكية والحنابلة : إنه للوجوب^(٧) .

واختلفوا أيضاً في العدد بناء على تفسير كلمة « طائفة » الواردة في الآية ؛

فمنهم من قال: رجل واحد أو رجلان فصاعداً أو ثلاثة فصاعداً أو أربعة ، بحسب

عدد الشهود في الزنا ، أو عشرة رجال .

وقال بعض المحققين : الطائفة جماعة يستفيض الخبر بها ويشيع فيردع الناس

(١) (الملاوردي/الأحكام السلطانية/ص ٢٨٠) (ابن قدامة/المغني/ج ٩ ص ٤٠) .

(٢) (ابن قدامة/المغني/ج ٩ ص ٤٠) .

(٣) (المواق/التاج والإكليل/ج ٨ ص ٣٩٥) .

(٤) (سورة التور ، آية رقم ٢) .

(٥) انظر : (ابن نجيم/البحر الرائق/ج ٥ ص ٩ ، ١٠) (الشافعي/الأم/ج ٥ ص ١٣٨) (ابن قدامة/المغني/

ج ٩ ص ٤٠ ، ٤٩) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج ٤ ص ١٣٣) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج ٢

ص ١٨٣ ، ٢٦٥) (الخطاب/ مواهب الجليل/ج ٦ ص ٢٩٥) (الخطيب الشربيني/مغني المحتاج/ج ٥

ص ٤٥٥) (ابن مفلح/الفروع/ج ٦ ص ٥٩) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج ٢ ص ١٤٦) .

(٦) انظر : (ابن نجيم/البحر الرائق/ج ٥ ص ٩) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج ٢ ص ١٤٦) (الخطيب الشربيني/

مغني المحتاج/ج ٥ ص ٤٥٥) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج ٤ ص ١٣٣) .

(٧) انظر : (الخطاب/ مواهب الجليل/ج ٦ ص ٢٩٥) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج ٢ ص ٢٦٥) (ابن

قدامة/المغني/ج ٩ ص ٤٦) (ابن مفلح/الفروع/ج ٦ ص ٥٩) .

عن مثله ؛ لأن الحدود موضوعة للزجر والردع^(١) .

واختلفوا كذلك في كيفية الحضور في الرجم ، فمنهم من قال : إن السنة أن يدور الناس حول المرجوم^(٢) ، ومنهم من قال أن يصطف الناس للرجم كصفوف الصلاة ، وكلما رجم قوم تأخروا وتقدم غيرهم فرجموا^(٣) .

وذكروا أنه يرجم في الفضاء ، لحديث البخاري : « أن ماعزاً رجم بالمصلى »^(٤) ، وفي مسلم : « فانطلقنا به إلى بقيع الغرقد »^(٥) . والمصلى كان به ، وهو مصلى الجنائز^(٦) .

ومنع الفقهاء باتفاق التنفيذ في المسجد^(٧) ، صيانة له وحفاظاً على نظافته .
والتعزير مثل الحدود ومثل الرجم ، فيعزر أهل الفسق رجلاً أو نساءً مع إشهار ذلك التعزير ، ونص البعض على كشف وجه المرأة الفاسقة عند إقامة التعزير عليها^(٨) .

وقد اشترطت قوانين الإجراءات في الدول المطبقة للشريعة حضور أولياء الدم عند تنفيذ القصاص ، وذلك لمظنة العفو أو الصلح عن دم العمد^(٩) .

(١) انظر : (الخصاص/ أحكام القرآن/ ج٣ ص٣٩٠) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٣٣) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ ص٤٠) .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص١٠) .

(٤) (البخاري/ الحدود/ باب الرجم بالمصلى/ ح٦٨٢٠) (الترمذي/ الحدود/ باب درء الحد عن المعترف إذا رجع/ ح١٤٢٩) (أبو داود/ الحدود/ باب رجم ماعز بن مالك/ ح٤٤٣٠) (أحمد/ عن جابر بن عبد الله/ ح١٤٠٥٣) ، وقال الترمذي/ حديث حسن صحيح .

(٥) (مسلم/ الحدود/ باب من اعترف على نفسه بالزنى/ ح١٦٩٤) (أبو داود/ الحدود/ باب رجم ماعز بن مالك/ ح٤٤٣١) (أحمد/ عن أبي سعيد الخدري/ ح١١١٩٥) (الدارمي/ الحدود/ باب الحضرمين يراد رجمه/ ح٢٣١٩) .

(٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص٨) .

(٧) انظر : (الشافعي/ الأم/ ج٦ ص٢١٤) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٢٠) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٢٨٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص٤٣) .

(٨) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص١٨٣) .

(٩) انظر : (حسن الحمادي/ قضاء الحدود والقصاص والدية/ ص٤٧٣) .

المطلب السادس أن يكون التنفيذ بإذن الإمام

الأصل في العقوبات كلها حصر الاستيفاء في الإمام أو من ينيبه الإمام .
وقال الفقهاء : « فإن كان عقوبة فلا يستوفىها بنفسه ، بل لا بد من الحاكم ،
فلا يضرب من ضربه ، ولا يجرح من جرحه ، ولا يسب من سبه » (١) .
وصرح الفقهاء أن هذا الحكم خاص بالعقوبة ، فقالوا : « إن الإنسان إن قدر
على شيئه فله أخذه إن يكن غير عقوبة » (٢) .
وعللوا ذلك بخطورة العقوبات على ما سواها ، فقالوا : « أما القصاص فإنه
لا يستوفى إلا بحضور الإمام ؛ لأن الانفراد باستيفائه محرك للفتن ، ولأنها عظيمة
الخطر » (٣) .

ونصوا كذلك على خطورة الحدود مقارنة بغيرها ، كالمعاملات المالية (٤) .
ويقصد العلماء من إسناد إقامة العقوبة للإمام أنها تكون بإذنه ؛ لأن الإمام
يتنزه عن إقامته بنفسه ، يقول الإمام العراقي (٥) في طرح الشريب :
« الأولى للإمام التنزه عن إقامة الحدود والتعازير بنفسه ، بل يقيم لها من

(١) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ ص١٩/ ج٨ ص٢٤٣) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٥٧) (الصاوي/ حاشية
الصاوي/ ج٤ ص٣١٠) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٢ ص١٢٤) .

(٢) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ ص٢٣٥) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ ص٢٣٢) (عليش/
منح الجليل/ ج٨ ص٥٥٠) (القراقي/ الفروق/ ج١ ص٢٠٧) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٧ ص٢٩٢) .

(٣) (زكريا الأنصاري/ آسنى المطالب/ ج٤ ص٣٨٦) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ ص١٩٨) .

(٤) انظر : (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ ص٥٣) .

(٥) العراقي : أبو الفضل الزين عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن العراقي ، من فقهاء الشافعية ، ولد
٧٢٥هـ ، توفي في القاهرة ٨٠٦هـ ، كان شيوخ عصره يبالغون في مدحه والثناء عليه ؛ كالسبكي وابن
كثير وغيرهم . من مصنفاته : المغني عن حمل الأسفار في الأسفار ، طرح الشريب في شرح التقریب ،
تقریب الأسانيد وترتيب المسانيد . (الزركلي/ الأعلام/ ج٤ ص١١٩) (ابن قاضي شعبة/ طبقات
الشافعية/ ج٢ ص٢٠٠) .

يتعاطاها ، وعلى ذلك عمل الخلفاء رحمهم الله»^(١) .

أما الدليل على إسناد تنفيذ العقوبة للإمام ، فهو ما يلي :

١- الأثر المروي: « أربع إلى الولاة ... » وذكر منها الحدود ، وروي مرفوعاً^(٢) ، وروي موقوفاً : « إلى السلطان الزكاة والجمعة والحدود »^(٣) ، وروي موقوفاً كذلك : « الجمعة والحدود والزكاة والفيء إلى السلطان »^(٤) .

وروي عن رجل من أصحاب رسول الله ﷺ اسمه أبو عبد الله ، كان ابن عمر يقول : خذوا منه ، كان يقول : « أربع إلى السلطان ؛ الجمعة والفيء والزكاة والحدود »^(٥) .

وعن الحسن البصري : « أربعة إلى السلطان : الصلاة والزكاة والحدود والقضاء »^(٦) .

وكل هذه الآثار تفيد معنى واحداً هو أن الحدود للإمام ، وأنها لا تقام إلا بإذنه .

٢- استقراء أفعال النبي ﷺ وأفعال الخلفاء الراشدين من بعده يدل على أن إقامة الحدود كانت إليهم وبإذنتهم^(٧) .

إلا أن هذا الأصل ورد عليه استثناءان ، حيث حصل خلاف بين العلماء فيهما ، ولا بد من بحثهما توضيحاً لرأي العلماء فيهما .

(١) (العراقي/ طرح الشرب/ ج٧ ص٢٠٩) .

(٢) (الزيلعي/ نصب الراية/ ج٣ ص٣٢٦) ، وذكر أنه مرفوع إلى النبي ﷺ ، وقال عنه : غريب . انظر تخريجه ص ٨٥ .

(٣) وهو مروي عن عطاء الخراساني موقوفاً عليه . (الزيلعي/ نصب الراية/ ج٣ ص٣٢٦) .

(٤) وهو مروي عن عبد الله بن محبريز موقوفاً عليه . (الزيلعي/ نصب الراية/ ج٣ ص٣٢٦) .

(٥) (البخاري/ الكنى/ ج١ ص٤٧/ ج٤١٠) (ابن عبد البر/ الاستيعاب/ ج٤ ص١٧٠٧/ رقم ٣٠٦٩) (ابن حجر/ الإصابة/ ج٧ ص٢٥٨/ رقم ١٠١٩٧) .

(٦) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ ص٥٠٦/ ح٢٨٤٣٨) .

(٧) انظر : (العراقي/ طرح الشرب/ ج٧ ص٢٠٩) .

الحالة الأولى : إذا ظفر صاحب الحق بحقه في الجزائيات ، فهل له أن يستوفيه .
الحالة الثانية : إقامة السيد الحد على عبده .
وتفصيل هاتين الحالتين كما يلي :

الحالة الأولى : ما نقل سابقاً يؤكد منع العلماء استيفاء صاحب الحق حقه في الجزائيات بنفسه بدون إذن الإمام ، إلا أنهم سمحوا بهذا الاستيفاء في بعض الصور والحالات ، وجعلوا لها مع ذلك ضوابط تحددها وتقيدها .
وقد أكد العلماء أن من أخذ حقه دون رفع للإمام فقد وقع الموقع ، إلا أن الإمام يعزره عقوبة له على افتتاته عليه ، وكان هذا باتفاق الفقهاء^(١) .

يقول ابن شاس^(٢) : « لا ينبغي للمستحق أن يستقل بالاستيفاء دون الرفع إلى السلطان، فإن فعل عزر ووقع الموقع »^(٣) .

إلا أن الحنفية منعوا تعزير من أخذ حقه في القصاص ولو بدون دعوى وبدون قضاء قاضٍ وبدون إذن إمام ، ولم يعزروه إلا في حالة واحدة وهي إذا استوفى حقه بغير السيف .

وبذا يكون منعهم إياه من الاستيفاء وتعزيره إن فعل ، إنما إذا أخذ حقه بغير آلة القصاص وهي السيف ، وليس لتعديه على حق الإمام .

(١) (البهوتي/كشاف القناع/ج٥ص٥٣٧) (الرحياني/مطالب أولي النهى/ج٦ص٥٠) (المبتمى/تحفة المحتاج/ج١٠ص٢٨٦) (مالك/المدونة/ج٤ص٦٦٠) (عليش/منح الجليل/ج٩ص٨) (الشافعي/الأم/ج٦ص٦٥، ٦٦) (المواق/التاج والإكليل/ج٨ص٢٩١) (ابن مفلح/الفروع/ج٥ص٦٣٦) (مياره الفاسي/شرح مياره/ج٢ص٢٧٦) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج٢ص٢٥٤) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٣٧) (الدسوقي/حاشية الدسوقي/ج٤ص٢٣٩) (ابن قدامة/المغني/ج٨ص٢٤٣) .

(٢) ابن شاس : جلال الدين أبو محمد عبد الله بن نجم بن شاس ، مصنف كتاب الجواهر الثمينة في فقه أهل المدينة ، درس بمصر وأفتى وتخرج ، مات غازياً بغير دمياط سنة ٦١٦ هـ في رجب . (الذهبي/سير أعلام النبلاء/ج ص .)

(٣) (المواق/التاج والإكليل/ج٨ص٣٢٥) (ابن قدامة/المغني/ج٨ص٢٤٣، ٢٢، ٩٨) .

يقول ابن نجيم : « قتل الرجل عمداً وله ولي ، له أن يقتصر بالسيف ، قضى به أو لا ، ويضرب علاوته ، ولو رام قتله بغير سيف منع ، وإن فعل عزر لكن لا يضمن لاستيفائه حقه » (١) .

وهذا خاص عندهم بالقصاص ، أما ما عداه فإنه يمنع ، وإن فعل يُعزَّر ، فقالوا :

ضرب غيره بغير حق وضربه المضروب أيضاً ، أنها يعزران ، ويبدأ بإقامة التعزير بالبادئ منهما ؛ لأنه أظلم والوجوب عليه أسبق (٢) .
ومنها أيضاً الحدود ، وما للعبء فيها حق كالقذف ، فقالوا :

فإن كان الحق حد قذف ، فلا يستوفيه بنفسه ؛ لأن فيه حق الله تعالى اتفاقاً ، والأصح أن الغالب فيه حقه تعالى فلا يستوفيه إلا من يقيم الحدود ، ولكن بطلب المقدوف (٣) .

وإن كان دون القذف من شتم وغيره ، فلصاحب الحق أن يقول لخصمه القول الذي قاله له ، والأولى ألا يقوله (٤) .

أما الشافعية فقالوا كقول الحنفية من أن حد الحرابة والقاتل الذي لا وارث لمن قتله ، فإن للإمام ولولي الدم قتله دون مراجعة الآخر ، وصرح به الماوردي (٥) .
وهذا يتضمن عدم تعزير الفاعل لذلك ، كونه يفعله دون مراجعة الإمام ،

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ ص١٩٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص١٧١ ، ١٧٢/ ج٤ ص١٧١ ،

٧٢) (البغدادي / مجمع الضمانات/ ص١٦٩) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٨٣) .

والعلاوة : أعلى كل شيء علاوته ، ومنه علاوة القوم أي رؤوسهم . وعلاوته : أي رأسه ، ومنه قولهم إن عمر رضي الله عنه علاه بالدرة ، أي ضرب علاوته وهو الرأس . انظر : (الزيلعي/ تبين الحقائق/ ج٦ ص١٩) .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ ص١٩٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص١٧٢) .

(٥) (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص٤٨٦) .

وذلك كون المحارب معتدياً على مجموع الأمة ، وكونه غير مقدور عليه ، فقد يفوت على من تمكن منه - قتله إذا أراد رفعه للإمام فيقتله دون رفعه .

ومن الصور التي سمح العلماء فيها باستيفاء صاحب الحق حقه في الجزائيات ، صورة انعدام الحاكم ، ولهذا الانعدام صور :

١- أن يكون الإمام بعيداً^(١) . وتقدير البعد بأن لا ينسب إليه الافتيات^(٢) .

٢- أن يعلم ولي المقتول أن الإمام لا يقتل القاتل ، وفي هذه الحالة لا يترتب عليه تعزير عند المالكية^(٣) .

٣- أن يكون باب الحاكم فاسداً^(٤) ، أي لا يحق الحق ولا يبطل الباطل .

٤- أن يتوقف الرفع إلى الإمام على غرم دراهم^(٥) .

٥- أن ينفرد بحيث لا يرى ، وعجز عن إثباته فلا يمنع من القود^(٦) .

إلا أن استيفاء صاحب الحق يجب أن يكون مضبوطاً بضابط أمن الفتنة والرديلة ، وهو ضابط نص عليه أكثر الفقهاء^(٧) .

وقالوا : إذا علم ولي المقتول أن الإمام لا يقتل القاتل فلا أدب عليه في قتله ولو غيلة ، ولكن يراعي فيه أمن الفتنة والرديلة^(٨) .

أما المقصود بأمن الفتنة والرديلة ، فقد بينه الفقهاء كذلك فقالوا :

(١) (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج١٠ص٢٨٦) .

(٢) انظر : (الخرشي/شرح مختصر خليل/ج٨ص٤) .

(٣) (قليوبي وعميرة/حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص٣٣٦) (زكريا الأنصاري/أسنى الطالب/ج٤ص٣٨٧) .

(٤) (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج٥ص٨٤) (الرملي/نهاية المحتاج/ج٤ص٢٧٥) .

(٥) (العز/قواعد الأحكام/ج٢ص١٩٨) (زكريا الأنصاري/أسنى الطالب/ج٤ص٣٨٦) (زكريا

الأنصاري/شرح البهجة/ج٥ص٢٣٢) (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج١٠ص٢٨٦) (الجمال/حاشية الجمل/

ج٥ص٤٠٩) .

(٦) انظر : (الخرشي/شرح مختصر خليل/ج٨ص٥) (الدسوقي/حاشية الدسوقي/ج٤ص٢٢٥) (عليش/

منح الجليل/ج٨ص٥٥٠) (زكريا الأنصاري/أسنى الطالب/ج٤ص٣٨٦) .

(٧) (الدسوقي/حاشية الدسوقي/ج٤ص٢٢٥) (الخرشي/شرح مختصر خليل/ج٨ص٥) .

(٨) انظر : (الدسوقي/حاشية الدسوقي/ج٤ص٢٢٥) .

أمن الفتنة : أي أن يأمن وقوع فتنة من قتال أو ضرب أو جرح ونحو ذلك .
وأمن الرذيلة : أي أن يأمن حصول عار ينسب إليه ؛ كسرقة ونصب أو
خيانة^(١) .

ومن معاني أمن الفتنة كذلك : أن يأمن عدم تسلسل أخذ الحقوق والتردد
فيها ؛ كأن يقوم المقتصر منه باعتداء آخر على المقتصر ، ويقوم أهل الأخير برد
الاعتداء ، وتدور الأحداث على هذا النحو .

فأمن الفتنة يعني أن يعلم أن أخذه لحقه فيه ضرر أقل أو مواز للضرر المترتب
على الرفع للإمام ، فإن زاد امتنع استيفاؤه حقه بيده .

الحالة الثانية : إقامة السيد الحد على عبده .

استثناءً من الأصل العام المانع من استيفاء الحق وإقامة الحد بدون إذن الإمام ،
أجاز جمهور الفقهاء إقامة السيد الحد على عبده وأتمته ، ما لم يكن سرقةً ، بشرط أن
يعلم كفيته وشروطه . وقال بهذا القول كل من المالكية والشافعية والحنابلة^(٢) .

وعند المالكية شرطان لإقامة حد الزنا على المملوك :

١- أن يكون المملوك خالياً من الزواج .

٢- أن يثبت الزنا بإقراره أو بظهور حمل أو بشهادة أربعة ذكور أحرار غير

السيد^(٣) .

واستدل هذا الفريق بالحديث الصحيح المروي عن رسول الله ﷺ ، والذي

(١) (الخرشي/شرح مختصر خليل/ج٨ص٤) .

(٢) (مالك/المدونة/ج٤ص٥١٩) (الشافعي/الأم/ج٦ص١٤٦) (ابن العربي/أحكام القرآن/ج١ص٥١٨)

(ابن قدامة/المغني/ج٩ص٥١) (المواق/التاج والإكليل/ج٨ص٣٩٩) (زكريا الأنصاري/أسنى

المطالب/ج٤ص١٣٤) (الخطاب/مواهب الجليل/ج٦ص٢٩٧) (قليوبي وعميرة/حاشية قليوبي

وعميرة/ج٤ص١٨٣) (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج٩ص١١٦) (الخرشي/شرح مختصر خليل/ج٨ص٨٤)

(السيوطي/الأشباه والنظائر/ص٤٨٥) .

(٣) (الخرشي/شرح مختصر خليل/ج٨ص٨٤) .

ورد فيه : « إذا زنت أمة أحدكم فتبين زناها ، فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ، ثم إن زنت فليجلدها الحد ولا يثرب عليها، ثم إن زنت الثالثة فتبين زناها فليبيعها ولو يجبل من شعر» ، وفي رواية : « ولو بصفير »^(١) .

ويستدل لرأيهم بمجملته من الآثار ، ومنها :

١- ما روي أن أنس بن مالك رضي الله عنه كان إذا زنى مملوكه ضربه

الحد^(٢) .

٢- ما روي أن فاطمة حدّت جارية لها ، ومثلها زيد^(٣) .

٣- وعن إبراهيم قال : « كانوا يرسلون إلى خدمهم إذا زنين يجلدوهن في

المجالس »^(٤) .

٤- وعن نافع عن ابن عمر أنه كان يضرب أمته إذا فجرت^(٥) .

٥- وعن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال : « أدركت أشياخ الأنصار إذا زنت

الأمة يضربونها في مجالسهم »^(٦) .

٦- وروي في أثر موقوف : « لا تظفر الحد إلا ما ملك يمينك »^(٧) .

٧- وأن هذا مما اتفق عليه فقهاء المدينة السبعة الذين ينتهي إلى قولهم من أهل

(١) (البخاري/اليبوع/باب يبيع المدير/ح٢٢٣٤) (مسلم/الحدود/باب رجم اليهود أهل الذمة في

الزنى/ح١٧٠٣) (الترمذي/الحدود/باب إقامة الحد على الإمام/ح١٤٤٠) - (أبو داود/الحدود/باب في

الأمة تزني ولم تحصن/ح٤٤٦٩) (ابن ماجه/الحدود/باب إقامة الحد على الإمام/ح٢٥٦٥)

(الدارمي/الحدود/باب في المالك إذا زنوا/ح٢٣٢٦) (أحمد/عن أبي هريرة/ح٧٣٤٧، ٩١٧٤/

وعن زيد بن خالد وشبل بن حامد/ح١٦٥٩٥، ١٦٦٠٩/وعن عائشة/ح٢٣٨٤٠) .

(٢) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ ص٤٩٠/ح٢٨٢٧٤) (سنن البيهقي الكبرى/ج٨ ص٢٤٥/ح١٦٨٨٥) .

(٣) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ ص٤٩١/ح٢٨٢٧٨، ٢٨٢٧٩) (سنن البيهقي الكبرى/ج٨ ص٢٤٥/

ح١٦٨٨٤) (مصنف عبد الرزاق/ج٧ ص٣٩٤/ح١٣٦٠٢) .

(٤) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ ص٤٩١/ح٢٨٢٨١) .

(٥) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ ص٤٩١/ح٢٨٢٨٢) .

(٦) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ ص٤٩١/ح٢٨٢٨٤) (سنن البيهقي الكبرى/ج٨ ص٢٤٥/ح١٦٨٨٧) .

(٧) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ ص٤٩٢/ح٢٨٢٨٦) .

المدينة ، فقالوا : لا ينبغي لأحد أن يقيم شيئاً من الحدود دون السلطان ، إلا أن للرجل أن يقيم حد الزنا على عبده وأمه^(١) .

وكل هذه الآثار دالة على أن الحديث الصحيح المروي في الصحاح ، عليه العمل عند أهل العلم .

وخالف الحنفية في هذه المسألة وقالوا : « لا يجد عبده إلا بإذن إمامه »^(٢) . بل إن السيد إذا أقام الحد على عبده لم يكن ذلك كافياً ؛ لأن ركنه عندهم إقامة الإمام^(٣) .

واستدل الحنفية بالأدلة السابقة التي تجعل إقامة الحد من حق الإمام ، وزادوا على ذلك بما يلي :

١- أن الحد حق الله تعالى ، إذ المقصود من شرعه إخلاء العالم عن الفساد ، ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد ، فتكون الولاية مستفادة بالنيابة من الله تعالى ، والإمام هو المتعين لها في استيفاء حقوق الله تعالى ، فأما المولى فولايته بالملك لا يصلح أن يكون نائباً لله تعالى ، وأن المرأة لا تصلح لذلك وإن كانت مالكة ، وكذا الذمي والمكاتب^(٤) .

٢- أن الحدود إنما تجب باعتبار الآدمية ، والمولى يملك ماليته لا غير ، فكان أجنبياً عنه ، فصار كالحر في حقه ، ولهذا يصح إقراره بالحدود دون الأموال^(٥) .

٣- أن ولاية إقامة الحدود ثابتة للإمام بطريق التعيين لمصلحة العباد ، وهي

(١) (سنن البيهقي الكبرى/ج٨ص٢٤٥/ح١٦٨٩٠) .

(٢) انظر : (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج٣ص١٧١) (البايرتي/العناية/ج٥ص٢٣٥) (العبادي/الجوهرية النيرة/ج٢ص١٥٢) (مناخسرو/درر الحكام/ج٢ص٦٣) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص١٠) (ابن عابدين/حاشية ابن عابدين/ج٤ص١٣) .

(٣) (ابن عابدين/حاشية ابن عابدين/ج٤ص١٣) .

(٤) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج٣ص١٧١) (البايرتي/العناية/ج٥ص٢٣٥) (مناخسرو/درر الحكام/ج٢ص٦٣، ٦٤) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص١٠) .

(٥) (الزيلعي/تبيين الحقائق/ج٣ص١٧٢) .

صيانة أنفسهم وأمواهم وأعراضهم ؛ لأن القضاة يمتنعون من التصرف خوفاً من إقامة الحد عليهم ، والولي لا يساوي الإمام في هذا المعنى ؛ لأن ذلك يقف على الإمامة ، والإمام قادر على الإقامة لشوكته ومنعته وانقياد الرعية له قهراً وجبراً ، ولا يخاف تبعة الجناة وأتباعهم ، لانعدام المعارضة بينهم وبين الإمام . وتهمة الميل والمحابة والتواني عن الإقامة منتفية في حقه ، فيقيمها على وجهها ، فيحصل الغرض المشروع له الولاية بيقين ، بخلاف الولي^(١) .

وأما ردّهم على أدلة الجمهور فكان من وجوه :

١- أن المراد بما روي إنما هو التسبب بالمرافعة إلى الحكام لا المباشرة بغير إذن الإمام ، وهذا كما يقال : قتل الأمير فلاناً ، ونادى الأمير في الناس ؛ والمباشر للقتل والنداء غيره ، وإنما نسب إليه بالتسبب بالأمر بذلك ، وهذا المعنى هو الظاهر ؛ لأنه ﷺ خاطب الموالي كلهم بذلك ، وكلهم لا يملكون المباشرة بالإجماع ، أو يكون ذلك إذناً منه عليه الصلاة والسلام للموالي بأن يقيموا الحدود عليهم ، وعندنا تجوز إقامته للمولى بإذن الإمام^(٢) .

٢- وردّوا بأنه يحتمل أن يكون خطاباً لقوم معلومين ، علم عليه الصلاة والسلام منهم من طريق الوحي أنهم يقيمون الحدود من غير تقصير ، مثل الأمير والسلطان ، ويحتمل أن يكون ذلك خطاباً للأئمة في حق عبيدهم ، والتخصيص للترغيب لإقامة الحد ، لأن الأئمة والسلاطين لا يباشرون الإقامة بأنفسهم عادة ، بل يفوضونها إلى الحكام والمحتسبين ، وقد يجيء منهم في ذلك تقصير ، ويحتمل الإقامة بطريق التسبب بالسعي لرفع ذلك إلى الإمام بطريق الحسبة وتخصيص المولى للترغيب لهم في الإقامة ، لاحتمال الميل والتقصير في ذلك ، ويحتمل أن يكون المراد من الحد المذكور في الحديث التعزير لوجود معنى الحد فيه ، وهو المنع ، فلا يصح

(١) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٧ص٥٧) .

(٢) (الزليعي/تبيين الحقائق/ج٣ص١٧٢) .

الاحتجاج به مع الاحتمال^(١) .

وبالنظر إلى أقوال الفريقين ، أرى أن الحديث المؤذن بالإقامة واضح وصريح ، ولكن يجب أن يوضع في مكانه ، فالإقامة إنما هي للحدود ، والحدود الخالصة لله تعالى ، ويكون ذلك فيما ثبت بالإقرار لا بالبينة ؛ لأن من الأولياء من لا يقدر على مقارنة الحجج ، وإن قدر عليه فإنه ليس له ، وإنما هو للإمام .

وفوق ذلك أن يكون العقاب جلدًا لا رجماً ، لثبوته كذلك بنص الحديث . وأيضاً أن يكون الولي ضابطاً لتنفيذ العقوبة ، وأن يعرف أنه لا يزيد فيها ولا ينقص منها .

أما أدلة الحنفية فإنها عامة ودليل الجمهور خاص ، والخاص مقدم على العام ، وحتى الأدلة العقلية لا تصلح أن تكون ناسخة للآثار العديدة في هذه المسألة . وبقي أن ننظر إلى تفسير الحنفية للنصوص والآثار الواردة ، وخصوصاً الحديث المتفق عليه .

أما إن المقصود هو التسبب بالرفع إلى الحكام لا المباشرة ، فإن النص لا يحتمل هذا التوجيه ؛ لأن النبي ﷺ يقول : « فليجلدها » ، والحديث موجه للأولياء لقوله ﷺ : « أمة أحدكم » ، ولو كان المقصود التسبب لقال عليه الصلاة والسلام : « فليقم » ، مع بقاء اللفظ محتملاً لإقامته بيده .

أما قوله ﷺ « فليجلدها » فلا يحتمل التسبب بالرفع .

أما الاحتمالات التي أوردها الإمام الكاساني في تحديد مفهوم الحديث ، فمتعارضة مع فعل الصحابة وفهمهم لكلام النبي ﷺ ، فكل الآثار التي أوردتها سابقاً تدل على أن فعل الصحابة مستقر على إقامة السيد الحد على عبده ، ودون أن يرفع للإمام ، فكانت هذه الاحتمالات مجردة عن الدليل ، والاحتمال المجرد عن الدليل لا يصلح مانعاً من الأخذ بحديث صحيح ، ولو أردنا أن نوقف الأخذ

(١) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٧ص٥٧) .

بالأحاديث الصحيحة بالاحتمال ، لما استقام لنا نص نبوي ولا حتى آية قرآنية ، فإن الاحتمال يجب أن يعضده ما يؤيده ويسنده ، أما الاحتمال المجرد فلا عبرة فيه .

أما تخوف الحنفية من عدم ضبط السيد للحد ، فإن اشتراطه لازم وضروري ، فإن لم يكن السيد عالماً بكيفية الإقامة فإنه يمنع منها ، ولا أظن أن أحداً يخالف هذا الشرط ؛ لأنه قيد ضروري للتنفيذ .

وبذا يكون القول قول جمهور الفقهاء بأن السيد يقيم الحد على عبده ، ولكن بالشروط السابق ذكرها ، حفاظاً على حق الله تعالى وعلى حقوق العباد . والله أعلم .

المبحث الثالث

أثر مخالفة أصول المحاكمات الشرعية الجزائية

يلمس القارئ من خلال الفصول والمباحث السابقة أن هناك إجراءات هامة لا بد من مراعاتها في المحاكمات الشرعية الجزائية ، ولا بد من وجود آثار مرتبة على مخالفة هذه الإجراءات ؛ لأن خلو المخالفة عن أثر يفقدها الأهمية ، ويجعلها في إطار من السلوكيات الأدبية غير الملزمة التي يستحب ويندب فعلها متى تسنى ذلك .

وعندما تحدث الفقهاء عن النقص كما مرّ في المباحث السابقة ، كانوا يتحدثون عن النقص حالة مخالفة الأصول الموضوعية ، أما الأصول الإجرائية فلم تبحث في باب واحد أو تحت عنوان واحد ، وإنما تحدثوا عنها كل في مكانها ، مما اقتضى التتبع والاستقراء لمعرفة هذه الآثار ، سواء على الأحكام ، أم على المحاكمة الجزائية ، أم على فاعل تلك المخالفة .

وتتنوع الآثار المترتبة على حصول المخالفات ، ولعل أشمل أثر هو الأثر الديني أو المسؤولية الدينية أمام الله تعالى ، وهو أثر له دوره ومكانته العالية في التشريع الإسلامي ، وربما يشمل كل الإجراءات حالة حصول المخالفة عمداً ، إلا في إطار ضيق جداً محدود في بعض الإجراءات .

وعندما يولد قانون أصول المحاكمات الشرعية الجزائية في بيئة إسلامية نعلم مدى تأثير هذا البعد الديني على كل عملية التقاضي في شقيها العقوبات وأصول المحاكمات .

أما الأثر المقصود في هذا المبحث فهو الأثر الدنيوي لا الأخروي ، ولا يمنع هذا من التطرق إلى الأثر الأخروي ، لإلقاء الضوء على طبيعة التشريع الإسلامي الذي يبنى جانباً كبيراً من أحكامه على مراقبة الله عز وجل .

أما الأثر الديني فيشتمل عدة أمور ؛ إما إبطال الحكم القضائي ، أو تعزير المخالف جزائياً ، أو عزله ، أو تضمينه ، أو إبطال الإجراء ذاته وإعادةه .

والمخالف في هذه الحالة قد يكون القاضي وقد يكون غيره ؛ كوالي الجرائم أو أحد أفراد ولايته أو المنفذ .

ومما يجدر ذكره في بداية هذا المبحث أن مخالفة قاعدة إجرائية أو أصل من أصول المحاكمات الشرعية الجزائية يظهر بوضوح أكثر من مخالفة قاعدة من قواعد العقوبات ، مما دفع القانونيين إلى تناول آثار مخالفة أصول المحاكمات أكثر من مخالفة قواعد العقوبات .

ومثال هذا الوضوح والغموض ؛ أن مخالفة القاضي بالقضاء خارج مكان الاختصاص المكاني يظهر للعيان ويعرفه القاضي والداني ، ولا يحتاج إلى جهد للاطلاع عليه ومعرفة وتقريره ، ومثله الاختصاص النوعي والزماني ، أو مخالفة إجراءات جلسة المحاكمة وغيرها .

أما مخالفة قاعدة موضوعية فيحتاج في كشفه إلى جهد وإلى تدقيق وتمحيص ؛ كما لو استند القاضي في حكمه في تقرير عقوبة ما إلى آية قرآنية أو حديث شريف ، وطعن بقضائه أمام غيره من القضاة ممن هو مثله أو أعلى منه ، كان لا بد من التدقيق وبذل الجهد في تحديد المخالفة من عدمها ، وخصوصاً إذا كان النص محتملاً لأكثر من معنى ، وحتى لو كان النص قطعياً . فيبقى النظر في اجتهاد القاضي في تكييفه للواقعة وتنزيل الحكم عليها هل هو صحيح أم لا .

وبالنظر إلى ترتب الأثر على المخالفة وعدم ترتب الأثر ، قسمت هذا المبحث

إلى مطلبين:

المطلب الأول : ما لا أثر له حال المخالفة .

المطلب الثاني : ما له أثر عند المخالفة .

وتفصيلها كالتالي :

المطلب الأول
ما لا أثر له حال المخالفة

وجدت عند الفقهاء جملة من الإجراءات في المحاكمات الجزائية لا أثر دنيوي في مخالفتها؛ ذلك أنها تعدّ من المندوبات والمرغوبات في كثير من الأحيان ، وهذه الإجراءات ما يلي :

١- الشورى :

على الرغم من أهمية الشورى ، إلا أن القاضي إذا لم يشاور فإن الحكم لا يتأثر بعدم المشورة ، وذلك إذا كان القاضي عالماً ولم يشكل عليه شيء في الحكم ، فلا يحق لأحد الخصوم الطعن بعدم المشاورة .

فالعلماء نصوا على أن الشورى في حق القاضي مستحبة^(١) ، ودل ذلك على أن عدم المشورة يفوت عليه ثواب الفضيلة^(٢) .

ويدل على ذلك كذلك ، أن القاضي لو شاور غيره ، فإنه لا يلزم بنتيجة الحكم الذي يتوصل إليه من استشاره ، بل إن الاعتراض لا يقبل من المستشار نفسه ، فكيف يقبل من أطراف الخصومة ، واعتبر العلماء الاعتراض من قبل المستشار افتياتاً

(١) انظر: (المبسوط/ السرخسي/ ج٩ ص١٠٣) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص١٢) (الشافعي/ الأم/ ج٦ ص٢١٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٣) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص١٩٦) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ ص٣١٥) .

(٢) يرى بعض العلماء أن المشاورة واجبة حتى على العالم ، وأن القاضي إن لم يشاور فإنه يُعزل . وهذا خلاف الراجح ؛ لأن وجوب المشاورة لا يعني وجوب الأخذ بقول من شاوره ، فمعنى المشاورة أن يستمع من العلماء لحكمهم في المسألة المطروحة أمامه ، إلا أن الحكم من اختصاص القاضي لا المستشار ، فصارت الاستشارة غير ملزمة . ولذا القول الراجح أن المشاورة مستحبة في حق القاضي . انظر : (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١١٧) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ ص٢٩٤) (الفراوي/ الفواكه الدواني/ ج٢ ص٢١٩) .

على القاضي ، إلا أن يكون الاعتراض منه لمخالفة نص أو أي ناقض آخر^(١) .
ويتبع هذا جميع الأصول الخاصة بالشورى التي نص عليها الزهاء ، كالمشاورة
خفية^(٢) ، ومشاورة الأمين العالم^(٣) ، فلو شاور مجاهرة أو شاور جاهلاً قليل الأمانة ،
فلا يؤثر ذلك على حكمه من باب أولى ، ولا يحق لأحد الطعن في هذه المخالفة .
أما إذا أشكل عليه الحكم أو كان القاضي جاهلاً ، فنص العلماء على أن
المشورة تصبح واجبة^(٤) ، وهذا يعني جواز الطعن بالمخالفة وقتها .
يقول الإمام الخرخشي : « وتنبذ أحكام القاضي الجاهل الذي لم يشاور
العلماء »^(٥) .

أما إن كان يشاور أهل العلم فإن أحكامه تتعقب ، فما كان منها صواباً فيبقى
ولا يتبد ، وما كان جوراً فينبذ^(٦) .
وسبب نبذ أحكامه مع أنه يشاور ، هو الجهل ، وهذا الجهل قد يكون في
طريق الحكم لا في ذاته ، وهذه هو معنى مخالفة أصول المحاكمات الشرعية .
يقول الخرخشي : « ولا يقال كيف تتعقب أحكامه مع المشاورة ؛ لأننا نقول قد
يعرف عين الحكم ولا يعرف الطريق إلى إيقاعه ، إذ القضاء صنعة دقيقة لا يعرفها
كل أحد ، بل ولا أجل العلماء »^(٧) .

إلا أن الذي يصعب إثباته حيثئذ هو إشكال الحكم على القاضي ، فما من
وسيلة يعلم منها أن الحكم أشكل عليه ، ولو علم ذلك لأمكن الطعن في الحكم

(١) انظر : (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج١٠ص١٠٠) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص١٠٠) (البهوتي/كشاف
القناع/ج٦ص٣١٥) .

(٢) انظر : (داماد أفندي/مجمع الأنهر/ج٢ص١٥٧) (مناخسرو/درر الحكام/ج٢ص٤٠٦) .

(٣) انظر : (الشافعي/الأم/ج٦ص٢١٩/ج٧ص١٠٠) (ابن المناصف/تبيين الحكام/ص١٩٦) .

(٤) انظر : (زكريا الأنصاري/شرح البهجة/ج٥ص٢٢٤) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٦٥) .

(٥) (الخرخشي/شرح مختصر خليل/ج٧ص١٦٣) .

(٦) انظر : المرجع السابق .

(٧) (الخرخشي/شرح مختصر خليل/ج٧ص١٦٣) .

الذي لا يشاور فيه .

ولعدم إمكان معرفة ذلك منه ، يبقى هذا الوجوب وجوباً دينياً أدبياً لا قضائياً ، فإن حكم وهو على هذه الحال كان آثماً وبلا خلاف ؛ لأن القضاء حال الإشكال حرام ، والوسيلة لرفع الحرام - مع أنها غير متعينة - هي الشورى ، فإن تم القضاء دون إزالة الإشكال فقد فعل محرماً وخالف واجباً ، إلا أن المؤاخذة لا تتجاوز حد الديانة ، وكفى به رادعاً عند القاضي المسلم .

أما إذا صدر الحكم من هذه حاله ، فخالف كتاباً أو سنةً ، فينقض حكمه لا لأنه لم يشاور ، بل لمخالفة أخرى .

وإذا قضى الجاهل ولم يشاور أو من أشكل عليه ولم يشاور فأصاب في حكمه موضوعياً وشكلياً ، فلا ينتقض حكمه ولا يطعن فيه ؛ لأنه حصل المقصود وهو إصابة الحق بحسب ما تم ترجيحه سابقاً .

٢- مكان المحاكمة :

اشترط العلماء جملة شروط في المكان الذي تجري فيه المحاكمة ، كأن يكون في موضع بارز ، مأذوناً فيه لكل الناس ، سهلاً لهم ، فسيحاً ، مصنوعاً من أذى حرّ وبرد وريح وغبار ودخان لاثقاً بالصيف والشتاء ، لا يؤدي إلى ملل القاضي ، وأن يحفظ هيبة القضاء ، وأن يجلس في مكانه مستقبلاً القبلة ، وأن يكون متربعاً لا متكئاً...^(١) . فكل هذه الشروط إذا تخلفت فلا يحق لأحد الطعن أمام القضاء بمخالفة هذه الأصول ، فهي من باب المندوبات والمستحبات .

إلا أنه يجب ملاحظة ما يلي في ترك المندوب ، وهو أن العلماء وإن اتفقوا على أن تارك المندوب لا يأثم بتركه ، إلا أن خسارة التارك بتركه للمندوب عظيمة ، تكاد تبلغ الإثم ، ذلك أن التارك لو علم ما في المندوب من أجر وفضل ، لعلم أنه بتركه فات عليه الشيء العظيم ، والذي يترك الفضل العظيم والأجر الكبير يشابه

(١) انظر تفصيل ذلك في ص ٣٨٥ .

الخاسر ، إلا أنه لا يحاسب على ما فاته، بينما التارك للواجب فإنه فوق خسارته يحاسب على تركه له .

فهما من حيث الخسارة متقاربان ، إلا أنهما بحسب المواخذة مختلفان .

٣- زمان المحاكمة :

فقد اشترط العلماء لها شروطاً خاصة في الزمان ، من أن يكون الزمن معلوماً ، وألا يستغرق جلوسه كل وقته ، وألا يجلس بين المغرب والعشاء أو أيام العيد ، أو في أي وقت يكون فيه تضيق على الناس .

فإن خالف وقضى ، فقضاؤه صحيح ، ما لم يقترن به أمر ولي الأمر ، فإن اقترن به أمر ولي الأمر صار محمداً ينقض قضاؤه حال المخالفة .

٤- التوثيق :

إن مخالفة أعمال التوثيق سواء فيما يتعلق بالديوان أو كتابة المحاضر أو السجلات أو القماطر، لا تسمح بنقض الحكم ، وينطبق على التوثيق سائر الأحكام المنطبقة على المندوبات. وهذا مفهوم من كلام العلماء حول التوثيق .

٥- الأصول المتعلقة بالقاضي :

من منع متاجرة ، وعبادة مريض ، أو هيئة لباس ، أو إفتاء في مسائل الخصومة، أو غضب ، أو جوع ، أو حزن وهم ، أو حر شديد ، أو برد شديد ، أو كسل ، أو شبع مفرط ، أو موعظة قبل الخصومة وعند أداء الشهادة ، وإجراءات حفظ هيئة المجلس ، والاعتذار للمقضي عليه بعد اتضاح الرؤية وقبل الحكم .

فكل هذه الإجراءات من المندوبات ، أما فيما يتعلق بالغضب وما يقاس عليه، فقد خلصت عند بحثها أن إثبات مثل هذه العوارض من الصعوبة بمكان ، فكان الرأي أنه يأنم لمخالفة النص ، إلا أن قضاءه ينفذ ما لم يخالف شيئاً آخر . فإن ثبت بإقرار أو قرينة ، فإن قضاءه فيها لا ينفذ كما رجحنا سابقاً .

٦- التقيد بحدود الدعوى المرفوعة في حقوق الله تعالى :

إذا خالف القاضي التقيد في حدود الدعوى المرفوعة أمامه ، وكان الحق فيها لله تعالى ، لم يتمكن أحد من طلب نقض الحكم محتجاً بعدم التزام القاضي بحدود الدعوى ، سواء رفعت من قبل أي مواطن ، أم من النيابة العامة .

أما إن كان الحق من الحقوق المشتركة كالقتل ، فالأصل أن القاضي يتقيد بحدود الدعوى؛ لوجود حق للآدمي فيما يدعيه ، إلا أن الحفاظ على حق الله يجعل للقاضي الحرية في توصيف الدعوى بما يراه صحيحاً ، خوفاً من سقوط حق الله تعالى بسقوط حق الآدمي تبعاً للتوصيف غير الصحيح ، أو خوفاً من تأخير تحصيل حق الله تعالى حالة إعادة النظر بناء على وصف جديد يجده المدعي ، لذا كان المناسب أن يشارك المدعي المتضرر من يرشده في توصيف الحادثة بما لا يضيع الحقوق أو يؤخر في تحصيلها .

٧- المساواة :

أمر الشرع بالمساواة بين الخصوم في المدخل والاستماع وحسن الاستقبال ورفع الصوت والتضييف والكلام مع الخصوم والنظر إليهما والخلوة والإشارة والمجلس ، فلا يرفع أحدهما على الآخر .

فإن خالف القاضي أحد هذه الأمور فهو آثم باتفاق العلماء ، إن علم بذلك ، أما تأثر الحكم بالمخالفة في المساواة فلم يقل به أحد من العلماء . والأمثلة والآثار الواردة عن الصحابة تدل على عدم نقض الحكم ، فعندما نادى سيدنا عمر سيدنا علي رضي الله عنهما ، وقال له : قم يا أبا الحسن^(١) ، ولم يكن خصمه ، فإن عمر رضي الله عنه لم ينقض الحكم لانعدام المساواة في مثل هذا ، مع احتجاج سيدنا علي على ذلك ، وعلم سيدنا عمر أنه لم يسو بينهما ، إلا أنه لم ينقض الحكم .

(١) سبق تخريجه . انظر ص ٤٤٢ .

ومثله في اختصاص سيدنا عمر مع أبيّ بن كعب أمام زيد بن ثابت^(١) ، فإن زيدا لم يسو بينهما في بعض الأحكام ، ولم يتعرض أحد لحكمه بالنقض ، مع أنه تعرض للنقد .

إلا أن هناك حالة استثنائية ، وهي عدم التسوية في السماع ، بأن لا يفسح القاضي المجال لأحدهما بطرح رأيه وقوله مع علم القاضي بإمكان أن يفيد ذلك القول منه في القضية ، فنص العلماء على أن حكم القاضي في هذه الحال ينقض ولا ينفذ ، وقالوا : « إذا قضى قبل السماع من أحد الخصمين كان حكمه باطلاً ، فلا يلزم قبوله ، بل يتوجه عليه نقضه ويعيده على وجه الصحة ، أو يعيده حاكم آخر »^(٢) .

٨- أعوان القاضي :

يفهم من أقوال العلماء في أعوان القضاء أن انقضاء المحكمة دونهم لا ينقض الحكم بسببه^(٣) ، إلا أن يكون وجود أحدهم ضرورياً لفهم القضية ، كالترجم ، فإن انعدامه وعدم فهم القاضي لما يقوله أحدهم حكمه كحكم عدم السماع ، فينقض الحكم بدونه ، لا لعدم وجود مترجم ، وإنما لعدم سماع قول أحد الخصمين ، ويصح أن يسمع قول الخصم بأي وسيلة أخرى غير المترجم ، كآلات الترجمة الفورية ، وأجهزة الحاسب الآلي وغيرها .

٩- التغليظ في اليمين :

لو ترك التغليظ في اليمين لم ينقض حكمه ؛ لأنه يقتضي تحصيل وصف زائدة على مجرد اليمين ، فلو كانت المخالفة تتعلق بأصل اليمين التي تثبت بها الأحكام لكان الخلف فيها مؤثراً ، أما الوصف الزائد كالتغليظ بالمكان أو الزمان أو الهيئة أو

(١) سبق تخريجه . انظر ص ٤٤٢ .

(٢) (العظيم آبادي/ عون المعبود/ ج ٩ ص ٣٦٢) .

(٣) انظر : (العز/ قواعد الأحكام/ ج ١ ص ٥٠) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج ٧ ص ١٢) .

اللفظ أو بالمصحف. فلا يؤثر .

وليس في مخالفته إثم؛ لعدم وجود نص يأمر أو ينهى فيه، والنص الوارد إنما يفيد

الجواز.

١٠- التلقين بالرجوع :

فعندما يقر المقر بذنبه وكان ذنبه فيه حق لله ، فإن القاضي يلقيه سعيًا لدرء الحد عنه ، والتلقين سنة من فعل رسول الله ﷺ ، وتكرر فعلها فصارت مندوباً إليها، فإن اقترنت بأمر ولي الأمر صارت لازمة ، وللمدعى عليه أن ينقض الحكم بانعدامها ومخالفتها . إلا أنها دون ذلك تبقى غير مؤثرة في حكم القاضي .

ويستحسن اشتراط الشافعية في هذه الحالة ، فقد اشترطوا أن لا يعلم المقر أن

له الرجوع^(١) .

أما صورة قبول النقض ، بأن يكون المدعى عليه غير عالم أن له الرجوع عن إقراره وبعدها يحكم عليه ، فيعلم أن له الرجوع ، فيحق له طلب النقض ؛ لانعدام شرط إجرائي بموجب أمر ولي الأمر بذلك ، وكل ذلك إنما هو احتيال لدرء الحدود عن أصحابها ، وخصوصاً ما يتعلق منها بحق الله تعالى ، وعندما يدرأ الحد تثبت أية عقوبة أخرى مكانه أخف منه .

١١- الأحكام الشكلية في إصدار الأحكام :

الحكم بصدوره صحيحاً يصبح لازماً نافذاً ، أما الأحكام الشكلية المتعلقة بالحكم من تسجيل وتوثيق ، وتسليم نسخة للمحكوم له والمحكوم عليه ، والتصريح بأسماء الشهود في الحكم على الغائب ، والإشهاد على الحكم ، كلها لا تؤثر حال تخلفها على صحة الحكم ، ولم يرتب العلماء على فقدها أثراً ، مع أنها تدخل في

(١) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص١٩٧) (زكريا الأنصاري/ أسنى الطالب/ ج٤

وكذلك الحال بالنسبة للأدب المرافقة لإصدار الأحكام ، فإنها من المندوبات ، وهي مما لا يمكن لأحد الاطلاع عليه ، فهي بين القاضي وربه عز وجل .
يقول ابن فرحون : « فإن لم يصرح عن الشهود فيه (في الحكم) نفذ الحكم ولم يكن لغيره أن يتقضه » (١) .

ويقول كذلك : « فإن وقع الحكم مسجلاً ولم يكشف عن أسماء الشهود ، فليس ينقض الحكم وهو تام ، ويكره له ذلك إن لم يفعله » (٢) .

إلا أن بعض المالكية استثنى من عدم النقض حالة واحدة ، وهي أن يكون القاضي الذي فعل ذلك ليس مشهوراً بالعدل والفضل ، فعندها يجوز لمن بعده أن يتعقب الحكم (٣) .

والملاحظ أن هذا الاستثناء لا يرجع إلى الإجراء بحذ ذاته ، إذ لو كان كذلك ، لجاز تعقب حكم العادل إذا خالفه . فالسبب راجع إلى نفس القاضي ، فهو في الحالة التي أجازوا التعقب فيها جعلوا مخالفة الإجراء قرينة على فساد الحكم ، فلذلك أجازوا تعقب الحكم فيه .

١٢- العديد من إجراءات التنفيذ :

لا أثر لها حال المخالفة ، ومنها ضرب الوجه والرأس والمذاكير في الحدود ، فلا يتأثر الحد بمثله ، وكذلك أن يمد الحدود أو أن يضرب في موضع واحد ، وفيه قول عند المالكية أنه لا يضرب إلا الظهر (٤) .

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص ٩٩) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص ٩٧) . يقول ابن فرحون : « فإن لم يصرح بأسمائهم وكان الحاكم ليس مشهوراً بالعدل والفضل ، فإن ذلك مما يبيح لمن بعده أن يتعقب ذلك الحكم ؛ لأن هذا مما لا يمضي إلا من الحاكم العدل ، فإن قدم هذا الغائب فأراد رد القضاء عنه وأن يتدعى الخصومة ، كان ذلك من حقه إذا تعلل من شهادة الشهود وقال : لو علمت من شهد عليّ لرددت شهادته عني » .

(٤) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص ٤٣٥) .

وكذلك أن يكون التنفيذ تحت إشراف طبي ، وكذا عدم مساواة المرأة الرجل في شدة الضرب ، فلا يؤثر حال مخالفته ، ومن ذلك مخالفة الآلة كأن يضرب بحجارة كبيرة جداً أو صغيرة . أما السوط فلا تؤثر المخالفة فيه ، إلا بأن يكون غير مؤلم ، فإن الحد عندها يعاد ولا شيء على السلطان فيما مضى من الضرب ، كما ذكر العلماء^(١) .

ومن إجراءات التنفيذ عدم رفع اليد لدرجة رؤية الإبط ، وأن لا يتولى إقامة الحد من هو ضعيف أو من هو قوي ، وأن لا يقترب كثيراً من المرجوم ، وأن لا يتعد عنه ، وأن يحفر للمرأة في الرجم ، فكل ذلك لا أثر له في مخالفته^(٢) .
ومما لا يؤثر ، مخالفة القعود في الجلد وشد الثياب ، وكل ذلك للمرأة .
ومنها مخالفة التشديد في بعض الحدود دون البعض ، فلم يذكر العلماء فيه أثراً ، وكذلك مخالفة حضور الناس تنفيذ العقوبات ، فإنه لا تأثير للمخالفة فيه .
وهذه الإجراءات ثبتت بالسنة ندباً ، وهي مما لا يؤاخذ بتركه في الدنيا ، إلا أن اقترانها بأمر ولي الأمر يصيرها لازمة التنفيذ ، مما يترتب على مخالفتها أثر دنيوي كالتعزير أو الضمان ، فإن لم تقترن بالأمر ، فتبقى في حدود الآداب الشرعية والمسئوليات النبوية .

(١) انظر : (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص٣١٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٢٦٦) .
(٢) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٦٠) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ ص٤٠ ، ١٤٢) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ ص١٣٥) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٥٢) .

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
المطلب الثاني
ما له أثر حال المخالفة

فيما يلي الإجراءات التي يترتب على مخالفتها أثر دنيوي ، وهي كما يلي :

١- البحث والكشف والتجسس بالعلم وغلبة الظن، والحبس والضرب بالتهمة :

وقد اتفق العلماء على إثم من يخالف ذلك ، وقالوا : ليس لأحد البحث والتجسس بمجرد الظنون ^(١) .

ويترتب على قولهم هذا تقرير عقوبة تعزيرية إن رأى الإمام ذلك . وهذا مفهوم من أقوال العلماء أنه حرام وأن فاعله آثم ، والسبب في وجوب التعزير تعلق حق الغير به ، فلا بد من أثر لمن خالف ذلك . ويمكن الاستدلال على ما أقول بقول الرسول ﷺ فيما يرويه عنه أبو أمامة : « إن الأمير إذا ابتغى الريبة في الناس أفسدهم » ^(٢) .

وقول النبي ﷺ فيما يرويه أبو داود عن معاوية رضي الله عنه : « إنك إن اتبعت عورات الناس أفسدتهم أو كدت أن تفسدهم » ^(٣) . والشارع يعاقب من سعى في إفساد الناس ، فإن كان فعلاً منفرداً فيعاقب فاعله ، وإن كان بأمر من مسؤول فلا بد أن يسأل المسؤول عن ذلك ويعاقب أيضاً بما يناسب حاله ، ولأجل هذا وجد التعزير .

أما أثر المخالفة في هذا على الحكم فإنه لا تأثير يذكر يسببه حصول الكشف

(١) انظر : (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج٩ص٢١٩) (الجمل/حاشية الجمل/ج٥ص١٨٢) (المواق/التاج والإكليل/ج٤ص٥٣٩) (النفاوي/الفواكه الدواني/ج٢ص٢٩٩) (السفاري/غذاء الألباب/ج١ص٢٦٢) (ابن المناصف/تنبيه الحكام/ص٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٦) .

(٢) سبق تخريجه . انظر ص ١٥١ .

(٣) سبق تخريجه . انظر ص ١٥٢ .

والبحث دون علم قاطع أو غلبة ظن .

فلو أن أحد أفراد ولاية الجرائم كشف وتجنس وبحت بمجرد الظن فاكتشف جرمًا يعاقب عليه الشرع ، فرجع ذلك -بموجب صلاحياته - للقضاء وبعد الحكم على المقبوض عليه طعن بالحكم ؛ لأنه تم كشفه مع أنه حريص على الاستتار ، مما يدل على أن الكشف كان بالظن ، فلا يقبل طعنه ذلك ؛ لأن هذا الفعل المخالف له جزاؤه في الشريعة ولكن بمحدود الشرع ، فلا يغالي في معاقبة المخطئ ولا يتهاون في حماية حقوق الآخرين . وهذا أيضاً مفهوم من أقوال العلماء .

وفي الحبس والضرب بالتهمة ؛ إذا ثبت أن إجراءات التحقيق جرت مخالفة لأحكام الشريعة ؛ كالحبس بلا تهمة والضرب بلا تهمة ، فهل يحق الطعن في الحكم بناء على ثبوت المخالفة ؟

الجواب عند العلماء بالنفي ، إلا أن ذلك لا يعني انتفاء مسؤولية من فعل هذه المخالفة ، وأول ما يؤخذ بفعله الفاعل لهذه المخالفة الإثم العظيم من الله تعالى ؛ لأنه انتهاك حرمة مسلم بغير حق .

أما الثاني ، فإنه الضمان لكل ضرر مادي ومعنوي يلحق المعتدى عليه ، فإن تعويض الضرر في الشريعة أمر لازم للقاعد الشرعية « الضرر يزال »^(١) .

فالدولة من حقها الكشف عن المجرمين ، ولكن بوسائل مشروعة ، ومن حقها أن تأخذ حق المجتمع من المجرم ، ولكن بالطرق المتبوعة ، وأية مخالفة تحدث فإنها تستوجب المسؤولية المدنية ، وقد تصل إلى المسؤولية الجزائية ، بأن يعاقب ولي الأمر من فعل ذلك بالاقتصاص منه إن كان ضرباً ، أو بالعقوبة ، أو بحسب ما يراه مناسباً .

وقد قال العلماء : « ومن أسقطت بطلب سلطان أو تهديده سواء كان طلبها لحق الله تعالى أو لحق غيره ، أي لكشف حد ، أو لآدمي ، أو ماتت بوضعها من

(١) (جمعية المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص١٨/ ح٢٠) (المجددي/ قواعد الفقه/ ص٨٨) (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص٨٣) .

الفرع ، أو ماتت من غير وضع فرعاً ، أو ذهب عقلها من ذلك ، أي من الفرع ، أو استعدى إنسان عليها إلى السلطان بأن طلب منه إحضارها فأحضرها ، فحصل لها شيء مما سبق ، ضمن السلطان ما كان بطلبه ابتداءً « (١) .

ويستدل على ذلك بقصة دية الجنين التي استشار فيها سيدنا عمر الصحابة ، فإن المرأة أسقطت بطلب عمر رضي الله عنه ، فأشار عليه سيدنا علي رضي الله عنه بالدية ، فجعلها على عاقلته (٢) .

وقال الفقهاء بأن والي الشرطة أو أحد أفرادها إذا فعل ما يوجب الضمان وكان هذا الفعل بلا طلب من الحاكم فضمانه عليه ، أما إن كان بطلب من السلطان ، فعلى السلطان (٣) .

ومما يؤثر فيه الحبس والضرب عدم قبول إفادة من حبس أو ضرب ، ولو كان ذلك إقراراً ، يقول الإمام الشافعي : « فلو قال المشهود عليه أقررت لغمّ الحبس أو لإكراه السلطان ، فالقول قوله مع يمينه » (٤) .

ويقول رضي الله عنه : « فإذا خاف سقط عنه حكم ما أكره عليه من قول ما كان القول شراء أو بيعاً أو إقراراً لرجل بحق أو حد أو إقرار بترك أو عتق أو طلاق أو إحداث واحد من هذه وهو مكره ، فأبي هذه أحدث هو مكره لم يلزمه » (٥) .

٢- مخالفة الشروط الواجب توافرها في الدعوى :

سواء في المدعى أو المدعى عليه أو المدعى به ، فيسمح بنقض الحكم والاعتراض على الحكم الصادر على هذه الصورة . كأن يقبل الدعوى ممن اختل فيه

(١) (البهوتي/كشاف القناع/ج٦ص١٦) .

(٢) سبق تخريجه . انظر ص٧٩ .

(٣) (الرحيبياني/مطالب أولي النهى/ج٦ص٩٢) .

(٤) (الشافعي/الأم/ج٣ص٢٤١) .

(٥) (الشافعي/الأم/ج٣ص٢٤٠) .

شرط التكليف أو أن يكون المدعى به غير معلوم ، فكلها شروط لازمة لقبول الدعوى ، فإن قبلت بدونها كان الحكم مبنياً على باطل ، فجاز نقضه^(١) .

ومن هذه الشروط شرط المصلحة وشرط الصفة ، وهي مما يجوز الدفع بعدم توافرها في الدعوى^(٢) ، فإن يصح النقض بسبب تخلفها أولى .

وشرط المصلحة يمكن تصوره في الادعاء في الجرائم التي تتعلق بحق مشترك ، أما الجرائم التي هي اعتداء على حق الله تعالى ، فيحق لكل مواطن في الدولة له الأهلية لرفع الدعوى أن يرفعها ، مع أنه لا مصلحة له في رفع الدعوى ، إلا أن تكون مصلحة غير مباشرة ، ولا تصح الدعوى ممن له مصلحة غير مباشرة .

أما في شهادة الحسبة ، فإن شرط المصلحة المباشرة ليس معتمداً ؛ لأنه يرفع في حق للأمة ، ولأي أحد أن يقوم بالرفع لحقها .

ومثله شرط الصفة ، ففي شهادة الحسبة يعتبر كل مواطن في الدولة ذا صفة تؤهله للمطالبة بهذا الحق .

أما مخالفة شرط المصلحة والصفة فله أثر في الجرائم التي تعتدي على حق مشترك ؛ كالسرقة ، فإذا سرق إنسان وعلمنا أنه علم بذلك قطعاً أو بقرينة ولم يتحرك لرفع الدعوى على الفاعل مع قدرته ، فإن هذا مشعر بعفو صاحب الحق قبل الرفع للإمام ، وهذا مانع من عدم المعاقبة ، ولو كان ذلك بالقرينة ؛ لأن القرائن قد تدل على المراد أشد وضوحاً من التصريح ، وفي مثل هذه الحال لو أراد أي مواطن رفع دعوى السرقة على هذا السارق ، فإن دعواه لا تقبل .

يقول ابن قدامة : « الحقوق على ضريين ؛ أحدهما : حق لآدمي ، كالحقوق المالية والنكاح وغيره من العقود ، والعقوبات كالتقصاص وحد القذف والوقف على آدمي معين ، فلا تسمع الشهادة فيه إلا بعد الدعوى ؛ لأن الشهادة فيه حق لآدمي فلا تستوفى إلا بعد مطالبته وإذنه ، ولأنها حجة على الدعوى ودليل لها ، فلا يجوز

(١) انظر : (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٩٠) .

(٢) انظر : (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص٢٧٨ ، ٣٠٣) .

تقدمها عليه» (١).

ويقول الهيتمي : « إن من يدعي حقاً لغيره وليس وكيلاً ولا ولياً لا تسمع دعواه » (٢). وهذا باتفاق الفقهاء (٣).

من هنا فإن قضاء القاضي بما يخالف هذا الشرط مما يصح نقضه ، لتخلف شرط المصلحة المباشرة والصفة المباشرة في مثل هذه الدعوى .

أما إن كان وكيلاً أو ولياً أو وصياً ، فإن صفته على هذا النحو تسمح له برفع الدعوى ، ويكون تحقق الشرط فيه أمراً واقعاً .

وشرط الصفة مشروط في طرفي الدعوى كليهما (٤) ، وتختلفه فيهما أو في أحدهما ينتج نفس الآثار ؛ فإذا رفعت الدعوى ممن لا صفة له أو لا مصلحة له ، نقض الحكم ، وإذا رفعت الدعوى على من لا صفة له ، نقض الحكم ذلك .

٣- الحكم على الغائب :

إذا حكم القاضي على غائب في القضايا الجزائية ، ثم حضر الغائب ، فإن له أن يطلب نقض الحكم ويرفعه إلى من هو فوق القاضي ، كما ذكر الفقهاء (٥) ؛ لأن حق الله تعالى لا يستوفى مع الشبهة ، ولا شبهة أكبر من غياب المحكوم عليه ، فقد يأتي الغائب بما يبطل بينة خصمه ، أو يبطل التهمة من أصلها (٦) .

ويمكن أن يكون نقض الحكم في مثل هذه الحالة بقوة القانون ، بأن يمتنع تنفيذ الحكم حتى تعاد المحاكمة ، نظراً لخطورة الأحكام في القضايا الجزائية .

(١) (ابن قدامة/المغني/ج ١٠ ص ٢٠٢، ٢٠٣) .

(٢) (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج ١٠ ص ٣١٠) .

(٣) انظر : (ابن نجيم/البحر الرائق/ج ٥ ص ٣٧، ٣٩) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج ٦ ص ٣٧) (الجمال/حاشية الجمل/ج ٣ ص ٣١٦) (البجيرمي/البجيرمي على المنهج/ج ٢ ص ٤١٢) (علي حيدر/درر الحكام/ج ٣ ص ١٣٠، ١٣١) .

(٤) انظر : (محمد نعيم ياسين/نظرية الدعوى/ص ٢٧٨) .

(٥) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج ١ ص ٩٧) .

(٦) (ابن قدامة/المغني/ج ١٠ ص ١٣٨) (البابرتي/العناية على الهداية/ج ٥ ص ٤٠٩) .

٤- الشهادة بحق من حقوق الله تعالى بعد تقادم الزمن دون عذر معقول مقبول :

فإن حكم القاضي على الرغم من هذا التقادم بعقوبة حدية يعتبر مشوباً بالعيب الذي يؤول الحكم للنقض .

لأن تأخر الشاهد حسبة عن الشهادة فيما هو حق خالص لله يورث تهمة ما دام أن التأخير لغير عذر من سفر أو مرض ونحوهما ، والحدود لا تقام مع الشبهات .

أما لو حكم بتعزير ، فالحكم في محله ؛ لأن القول بسقوط الحدود لا يعني سقوط العقوبة بالكلية ، بل ينتقل إلى التعزير .

أما الادعاء بالحقوق المشتركة فلا يلحقه التقادم ، كما سبق وأن بيّنا في شروط الدعوى .

٥- مخالفة الاختصاص :

قال العلماء : إن القضاء مما إذا خص اختصاص به ^(١) .

فإن خالف القاضي وحكم خارج حدود اختصاصه كان قضاؤه في غير محله ، وسواء أكان الاختصاص زماناً أم مكاناً أم أشخاصاً أم متعدداً ، وجاز نقض قضاؤه بناء على هذه المخالفة .

وقال الفقهاء : إنه بصير قاضياً بحدود ما قيد به ^(٢) . مما يعني أنه خارج الحدود الموضوعة له يصبح كبقية الناس ؛ لانتفاء صفة القضاء عنه ، وبذا لا يكون لقوله حجية أو قوة إلزامية كما هو الحال في حدود اختصاصه .

ومن صور الاختصاص : أن يخصص الإمام أكثر من قاضٍ واحدٍ في قضية

(١) (الكرائيسي/الفروق/ج٢ص١٦٤) (ابن عابدين/تنقيح الفتاوى الحامدية/ج١ص٣٠١) (الحموي/

غمز عيون البصائر/ج٢ص٣٧١) (عليش/منح الجليل/ج٨ص٢٨٠) .

(٢) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٢٨٢) (علي حيدر/درر الحكام/ج٤ص٦٠٠) .

واحدة . وقد نص الفقهاء على أن قضاء أحدهما لا ينفذ دون الآخر^(١) .
والخلاصة أن مخالفة الاختصاص مبطلّة لقضاء القاضي وتجعله غير نافذ ،
وهذا باتفاق الفقهاء^(٢) .
وقد أخذت التشريعات الجزائية الإسلامية بهذا ، وحكمت بنقض الأحكام
الخارجة عن حدود الاختصاص^(٣) .

٦- النقض بسبب التهمة المنسوبة للقاضي :

فالقاعدة الشرعية تقول : « التهمة تقدر في التصرفات إجماعاً »^(٤) .
ومنها قضاء القاضي لنفسه ، وقد نقل بعض العلماء الإجماع على منع قضاء
القاضي لنفسه ، ولا لمن لا تجوز شهادته له^(٥) .
وعلى اختلاف بين العلماء فيما وراء ذلك مما يعد تهمة أو لا يعد تهمة .
والصحيح أنها مراتب كما ذكر القرافي إذ يقول : « فأعلى رتب التهمة معتبر
إجماعاً كقضائه لنفسه ، وأدنى رتب التهم مردود إجماعاً كقضائه لجيرانه وأهل
صقعه^(٦) وقبيلته ، والمتوسط من التهم مختلف فيه »^(٧) .

(١) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣١٧) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ ص٢٨٢) (الرصاص/ شرح حدود ابن
عرفة/ ص٤٤٠) (الباجي/ المتقى/ ج٥ ص١٨٣) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ ص٢٤٢) (زكريا
الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٢٨٧) .

(٢) انظر : (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص١٠٠) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٩٢، ٩٣) (زكريا
الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٢٨٧) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٣) (البهوتي/ كشف القناع/
ج٦ ص٣٦٤) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٢٤٦) (علي حيدر/ ذرر الحكام/ ج٤ ص٦٠٠) .

(٣) انظر : (حسن الحمادي/ قضاء الحدود والقصاص والدية/ ص٣٢٧) .

(٤) (القرافي/ الفروق/ ج٤ ص٤٣) .

(٥) انظر : (العراقي/ طرح الشريب/ ج٧ ص٢١٠) .

(٦) الصقع: ناحية الأرض، فلان من أهل هذا الصقع، من أهل هذه الناحية. (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨
ص٢٠٣) .

(٧) (القرافي/ الفروق/ ج٤ ص٤٣) .

وقد نص العلماء على أن القضاء إذا تم مع وجود تهمة معتبرة ، فإن القضاء ينقض ، وقالوا : « للقاضي فسخ حكم قاضٍ حكم على من بينه وبينه عداوة ، أو بين أبويهما ، أو بين الحاكم وأبي المحكوم عليه ، ولا ينفذ حكمه عليه »^(١).

والعداوة المقصودة هنا هي العداوة الدنيوية دون الدينية^(٢).

ومن هذه التهمة إثبات الرشوة عليه ، بأن يثبت أنه دفع رشوة للحاكم ليجعله قاضياً ، فإنها تهمة تجعل أحكامه غير نافذة^(٣).

وقال الفقهاء : « وإذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضياً ... ولو قضى لم ينفذ »^(٤).

ومثله لو أعطى الرشوة للحاكم ليعزل القاضي ليتولى مكانه^(٥).

أما إذا أخذ الرشوة وقضى ، فحكمه باطل إجماعاً فيما ارتشى فيه^(٦).

وهل ينفذ قضاؤه فيما سواه ، فيه خلاف ، وخلاف أيضاً في توبته هل تقبل ؟

وما أثرها على أحكامه ، فلترجع في مكانها^(٧).

(١) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٣٨) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٢٨٣) (ابن العربي/ أحكام

القرآن/ ج٢ ص١٩٥) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٩ ص٢٩) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٩٣).

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٢٨٤) (ابن المناصف/ تبيين الحكام/ ص٣٠٢).

(٣) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٣، ٢٨٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١٥).

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٢٨٤).

(٥) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١٥).

(٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٢٨٥).

(٧) يقول أبو حنيفة رحمه الله : « لو قضى القاضي زماناً بين الناس ثم علم أنه مرتش ، ينبغي للقاضي

الذي يختصمون إليه أن يبطل كل قضاياه » ... وقال : « ولو أن كاتبه أو حاجبه أو أي واحد من

أعدائه ارتشى وعلم به ورضي ، فكأنما ارتشى بنفسه » . (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٢٨٥).

ويقول ابن فرحون : « فإن تاب فيصح قضاؤه ، واشتروا أن تكون توبته قبل الولاية » . (ابن

فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١٥).

٧- العلانية :

الأصل أن القاضي يجري المحاكمة علناً ، فإذا خالف وحكم سراً بين اثنين ، فلا مانع شرعاً من ذلك ، ولا يائم بالمخالفة ، ولا ينقض حكمه لأجل ذلك ، وهذا من حيث الأصل .

أما إذا نص الإمام على العلانية واشترطها في الحكم صارت لازمة بشرط الإمام لها ، ومما يدل على جواز اشتراط الإمام مثل هذا الشرط نص العلماء على أن في جلوس القاضي وحده مع الخصمين والحكم فيها يورث تهمة^(١) .

وسبق أن أشرت إلى القاعدة القائلة بقدرح التهمة في التصرفات .

فإذا اقترن اشتراط العلانية مع أمر ولي الأمر ، وقام القاضي بمخالفة هذا الأمر قويت التهمة في حقه لدرجة أن الحكم يطعن في صحته عندئذ .

وقد أخذت التشريعات الجزائرية في الدول المطبقة للشريعة بهذا الحكم ، فأجازت النقض في حالتي مخالفة العلانية، ومخالفة السرية التي اشترطوها في بعض القضايا، كقضايا الأحداث^(٢) .

٨- أصول البينات الجزائرية :

كأن يقضي القاضي في العقوبات التي لله فيها حق بشهادة النساء أو الصبيان الذين لم يبلغوا حد التمييز ، فإنه يصح نقض حكمه^(٣) .

ومن ذلك العدد في الشهود على الزنا ، فإن خالفه فقد خالف نصاً صريحاً في

(١) انظر (الزيلعي/ تبين الحقائق / ج٤ ص١٧٨) .

(٢) انظر : (حسن الحمادي/ قضاء الحدود والقصاص والدية/ ص٤١٥) .

(٣) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٤٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص٣٢) (ابن رشد/ بداية المجتهد/

ج٢ ص٤٢٥) (الزيلعي/ تبين الحقائق / ج٤ ص٢٠٩) (البابرتي/ العناية/ ج٧ ص٣٦٩) (صديق

البخاري/ ظفر اللاضي / ص١٢٩) .

القرآن لقوله تعالى : ﴿ وَالَّتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ﴾^(١) .

وقوله تعالى : ﴿ ثُمَّ لَمَّا تَأْتُوا بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ ﴾^(٢) .

ومن ذلك اشتراط اتحاد المجلس لصحة قبول الشهادة في الزنا عند الحنفية وبعض المالكية^(٣) .

وزاد الحنفية عن المالكية فقالوا : « لو أن المحبوس في سجن القاضي إذا أقر أنه حبس بسبب عقوبة خالصة كالزنا وشرب الخمر فقال : إنني أقررت عند القاضي المعزول أربع مرات في الزنا ولم يقم علي الحد ، فإن القاضي لا يقيمه عليه ؛ لأن ما كان منه في مجلس المعزول بطل »^(٤) .

فعندهم لو أن القاضي حكم بإقرار الزاني عند غيره جاز الطعن في الحكم لمخالفة هذا الشرط عندهم ، وعندهم ما يفوق ذلك من أن حدّ الخمر لا يحد فيه من هذا حاله سواء ثبت بيينة أو إقرار^(٥) .

أما عند الشافعية فإنه لا بد من إعادة الحجج ثانية^(٦) .

ومن ذلك اشتراط الأصالة في الشهادة على الحدود والقصاص ، فإنه يصح نقض الحكم عند من اشترطه ، بخلاف من لم يشترطه .

ومنه اشتراط لفظ الزنا في الشهادة ، فإن خالفه ينقض حكمه عند الجمهور^(٧) .

(١) (سورة النساء ، آية رقم ١٥) .

(٢) (سورة النور ، آية رقم ٤) .

(٣) (الزليعي/تبيين الحقائق /ج٣ص١٦٥) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص٥) (ابن المناصف/تبيين الأحكام/ص١٣٦) .

(٤) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٣٠٠) .

(٥) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٣٠٢) .

(٦) انظر : (الشافعي/الأم/ج٦ص٢٢٠) .

(٧) انظر : (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص٥) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج٢ص١٥٨) (ابن عابدين/

حاشية ابن عابدين/ج٤ص٧) .

ومنها أن تكون الشهادة باللفظ الخاص بالشهادة ، لا بقوله علمت أو ظهر لي ؛ لأن باب الشهادة مائل للتعبد كما قال الشافعية ، فالقياس دخيل فيه في بعض المواضع (١) .

ومنها أن تكون الشهادة في مجلس القاضي وأمامه .

ومنها الصراحة بالإقرار بقوله أقرّ ، فإن قضى بخلاف ذلك نقض حكمه (٢) .

ومنها تكرار الإقرار أربعاً في الزنى عند من اشترطه ، وكذلك تفرق مجالس الإقرار (٣) .

ومنها تعدية إقرار المقر إلى غيره ، فهو مما ينتقض به ؛ لأن الإقرار حجة قاصرة (٤) .

ومنها مخالفة اليمين الألفاظ المخصصة لها ، ومخالفة الصيغة يجعل اليمين غير معتمدة . وإن كان الخالف هو المدعى عليه اعتبره العلماء ناكلاً حال المخالفة (٥) .

ومنها مخالفة الآجال في البيئات ، فإن لم يمنح أحد أطراف الخصومة الوقت اللازم لإحضار الحجة ، فإن الحكم ينتقض ؛ فإن أساس التحاكم هو بذل الحجج ، وبإلغاء الأجل فيما ينبغي لحصوله وجود الأجل ، فهو كمنع الخصم من إبداء قوله ، فينتقض الحكم .

ويكون تحديد الوقت من قبل ولي الأمر رافعاً للنزاع في تقدير المدة اللازمة لإحضار الحجة .

(١) انظر : (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص ٣٨٣) .

(٢) (البيهقي/ حاشية البيهقي على المنهج/ ج ٣ ص ٧٢) .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج ٥ ص ٧) .

(٤) (المرغيناني/ الهداية/ ج ٣ ص ١٤٧) (السرخسي/ المبسوط/ ج ٩ ص ٤٩) (الزركنشي/ المنشور في القواعد/ ج ١

ص ١٨٧) (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص ٤٦٥) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج ٣ ص ٥٠) .

(٥) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص ٢١٨ ، ٢٥٤) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٢٢٦) .

ومنها مخالفة الإعذار عند المالكية^(١) ، مع كونه شرطاً شكلياً ، إلا أنهم جعلوه شرطاً في صحة الحكم ، بحيث ينقض حكم القاضي إن لم يعذر الخصوم .
وعند الحنفية يعدّ ترك الإعذار تهمة للقاضي بأنه مال لأحد الخصمين ، ومنع أحد المتخاصمين في إثبات حجته عنده أو دفع حجة خصمه .
يقول الإمام السرخسي : « لأنه إذا وجه القضاء عليه بعد ما أمهله حتى يظهر عجزه عن الدفع انصرف من مجلسه شاكراً له ساكناً ، وإن لم يمهل انصرف شاكياً منه يقول : مال إلى خصمي ولم يستمع حجتي ولم يمكّني من إثبات الدفع عنده »^(٢) .
وهذه التهمة إذا اقترنت بأمر ولي الأمر وحصلت المخالفة فيها قويت التهمة ، مما يؤذن بنقض الحكم .

٩- تخلف صيغة الحكم عما هو محدد لها^(٣) :

فإن طالب القاضي بإنفاذ ما لا يعتبر حكماً لصيغته المخالفة لما هو مشروط بجعل أمره في غير محله .

وكذا لو طالب المحكوم له بإنفاذ قرار القاضي بدون لفظ الحكم المحدد ، يسمح بالمطالبة بنقض هذا القرار لمخالفته للأصول الشرعية .

١٠- تخلف شرط من شروط النقض :

إذا قضى القاضي بقضاء وكان قضاءً صحيحاً ، ثم جاء غيره ونقض هذا الحكم بلا سبب مشروع ، فإنه يحق لقاضي ثالث أن ينقض النقض ، ويعيد للحكم الأول اعتباره .

(١) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٣١) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ ص٣٢٤) (الخرشي/ شرح مختصر

خليل/ ج٧ ص١٥٨) (ابن فوحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٩٦) .

(٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ ص٦٣) .

(٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ ص٣٥٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٢٧٧ ، ٢٧٨) (ابن أبي

الدم/ أدب القضاء/ ص١١٨) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ ص٣٩٢) .

ومثله أن ينقض أحد القضاة قضاء قاضٍ لأن اجتهاد الأول كان مخالفاً لاجتهاده ، فإن نقض الناقض باطل ، فينقض ؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله إجماعاً ، فيكون القضاء الناقض مخالفاً للإجماع فينقض^(١) .

وقد قال الفقهاء : « إن مما ينقض نقض ما لا ينقض ، فإذا قضى قاضٍ بأن ينقض حكم الأول وهو مما لا ينقض ، نقض الثالث حكم الثاني ؛ لأن نقضه خطأ ، ويقرّ الأول »^(٢) .

١١- مخالفة أصول التنفيذ :

بعض أصول التنفيذ أثبت العلماء لها آثاراً حالة المخالفة ، ومنها :

أ - إقامة الحد على الحامل ، فإن في إقامة الحد عليها وهي حامل تعدّ على جنينها ، وتقضي الأصول الشرعية أن تدفع الدية من بيت المال ، قياساً على دية الجنين الذي أسقط بسبب الطلب ، وهو أولى بالاعتبار منه .

ومثله إقامة الحد على المريض والنفساء ، وكذلك الموالاة في إقامة الحدود إذا تعددت ، لأن الأصل أن لا تتوالى ، وكذلك حسم يد السارق .

فإن لم يفعل الحاكم ذلك وتسبب في ضرر يفوق ما قدر للحد ، فإنه يضمن في بيت المال؛ لأنه بحكم الخطأ المضمون على بيت المال .

أما إن قام بالحد على الصورة المطلوبة فهلك أو زاد على المطلوب ، فهو هدر لحدوثه صحيحاً ، ولم يقل أحد من العلماء بأنه يضمن .

ب- مخالفة الآلة ، فإن كان السوط خفيفاً لا يؤلم ، فإن الحد يعاد على المحدود، وقد نص عليه العلماء^(٣) .

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٨٨) .

(٢) (القراي/ الفروق/ ج٤ ص٤١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٨٨) .

(٣) (الخطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص٣١٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٢٦٦) .

ج- ومنها مخالفة الموضع عند المالكية في الضرب ، فلو تجاوزه وضرب غير الظهر ، فلا يجزئ عن الحد ، ولكنهم قالوا لا شيء على السلطان في مثل هذا التجاوز ؛ لأنه مما لا عقل فيه^(١) .

د- ومنها مخالفة الاعتدال في الثياب ، فلو كان يلبس حشواً أو قراءً ، فيعاد لنص العلماء على منعه^(٢) ، ولأنه مانع للألم ، ويقصد من إقامة الحدود الإيلام .

هـ- ومنها مخالفة عدم تجريد المرأة في الحدود ؛ فإن العلماء اتفقوا على أن تجريدها حرام^(٣) .

وبهذا فإن المخالف لما اتفق عليه العلماء يعاقب ويعزر بحسب حاله ، إلا أن هذه المخالفة لا تؤثر على الحكم أو على صحته ، فيبقى صحيحاً .

و - ومنها حضور الإمام أو الذي حكم على المحكوم عليه ، وحضور الشهود كذلك ، فإنه شرط عند الحنفية ، بحيث إذا لم يحضروا ولم يبدووا بالرمي كان ذلك رجوعاً ، فلا يقام الحد . وكذا الحال في التنفيذ بإذن الإمام فهو شرط ، فإن لم يكن فلا ينفذ^(٤) .

خلاصة القول في أثر مخالفة أصول المحاكمات الشرعية الجزائية :

إن مفهوم وموضوع أثر مخالفة أصول المحاكمات في الشريعة يختلف عنه في القانون الوضعي في بعض الجوانب . كما هو الحال في الإجراءات الماسة بحقوق الأفراد وحررياتهم .

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٢٦٥) .

(٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ ص٧٢) (ابن تيمية/ السياسة الشرعية/ ص١٥٧) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ ص١٣٥) .

(٣) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص١٠) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص٤٣٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص١٨٣) .

(٤) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٥٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص٩) .

وأساس هذا الاختلاف إنما يرجع إلى مدى أبعد من مجرد الخلاف الظاهري ،
من أن هذا الإجراء يُبطل الحكم في القانون ولا يُبطله في الشريعة أو العكس .

فالاختلاف له جذوره ، وأساس هذا الخلاف إنما هو في نظرة الطرفين إلى مدى
تقييد سلطة الدولة ، وبالمقابل مدى إطلاق الحرية الفردية .

فالمعتقين لمبدأ إطلاق الحرية الفردية حتى لو كان على حساب الجماعة ،
منعوا كل تصرف يخالف مبدأ الحرية الفردية ، وليتهم وقفوا عند هذا الحد ، بل
أرخوا العنان لإبطال الأحكام لأدنى شك في صحة الإجراءات .

فإن كان القبض غير صحيح أو التفتيش أو غيرها ، فإن الحكم المبني على
أساسها يجوز نقضه ، إما إلى أن تعاد المحاكمة على الوجه الصحيح أو ربما لا تعاد
لتعذر تصحيح الخطأ لفوات الوقت على إمكان إعادة مثل هذه الإجراءات .

وهم بهذا يظنون أنهم يحمون حق الفرد مطلقاً دون الموازنة مع حماية حق
المجتمع ، وجعلوا بذلك الأحكام القضائية في مهب الريح ، لاختلاف أي شرط أو
أي صورة من صور أصول الإجراءات الجزائية ، ليكون المجرم بعدها طليقاً مستهزئاً
بالنظام القضائي بأكمله .

ومن الدوافع لذلك عندهم حمل السلطات العامة على عدم التجرد على
المساس بحقوق الأفراد ، وأن فيه حملاً للجهات المختصة بالتعامل مع الجرائم على
مراعاة القوانين ، وهو نوع جزاء للسلطات العامة على مخالفتها القواعد الإجرائية ،
وهي وإن كانت أهداف نبيلة في ظاهرها ، إلا أن وسيلتها غير صحيحة ، مما دعا
وكلاء الخصومة وهم المحامون في هذا الوقت إلى إساءة استخدام هذه الوسائل ،
وصاروا يطعنون في الأحكام لأبسط الإجراءات ، حتى بلغت حدّاً من الإخلال
بالنظام القضائي الذي يفترض فيه تحقيق العدالة ، أبعد ما يمكن أن يتصوره عاقل .

من ذلك ما يرويه أحد المحامين في كتابه إذ يقول : « كنت أجلس وزميلتي في
غرفة المحكمة ، محكمة الاستئناف ، ينتظر كلُّ منا دوره ليترافع في قضيته الاستئنافية ،
وطلب رئيس المحكمة من مباشر المحكمة أن ينادي على زميلتي المحامي ، فنهض هنا

المحامي وقال : أنا هنا يا صاحب الشرف ، فرد عليه رئيس المحكمة : إنك لست هنا لأنك لا تلبس صاقاً أسود ، وأصدر الرئيس قراراً ببرد الاستئناف لتغيب المستأنف « (١) .

فالسؤال : هل يحق أن يفقد صاحب الحق حقه أو حتى أن يتأخر في الوصول لحقه لعدم لبس اللباس الخاص بالمحاكمة ؟

ففي النظام الشرعي لا مانع من اتخاذ إجراء بحق من يخالف أوامر ولي الأمر ، حتى لو كان لباساً خاصاً على فرض أنه أمر به ، لكن الجزاء يجب أن يكون متوازناً مع الفعل .

وهذه نظرة الشريعة للأمر ، فهي توازن بين مصلحة الفرد والجماعة ، فلا تسمح للسلطات العامة بإطلاق اليد بغية الكشف عن الجرائم ، بل لا بد من ضوابط وشروط محددة للتعامل معها . وفوق ذلك لم يخلُ الإجراء المخالف من أثر وأوله الأثر الديني ، وثانيه الضمان لكل ما ينتج عن مثل هذه المخالفات إن أدى إلى ضرر ، وقد يصل إلى العقوبة إذا كان الفعل يستوجب ذلك .

أما أن نسقط الأحكام القضائية وحقوق الله لمخالفة بسيطة أو لمخالفة لها عقاب غير النقض ، فهذا إخلال بالتوازن ، وفيه إضاعة للحقوق ، فالشريعة تجعل لكل فعل مسؤوليته وأثره المناسبين ، وهذا هو معنى التوازن .

ومن ناحية ثانية ، فإن السبب الذي دفع القانونيين إلى إبطال كل إجراء مخالف ، وإبطال الأحكام في كثير من الحالات ، أن القانون الوضعي ينقص عن الشريعة بخاصية ، وهي النظرة الدينية الروحية لكل حكم من الأحكام الشرعية . وهو الذي يسد كثيراً من الحاجة إلى إيجاد تقنين يعاقب المخالف ، بل إن العقوبة الأخروية الموعودة كافية في أغلب الأحيان في منع حصول التجاوز ابتداءً . بينما لا يؤمن القانون الوضعي بذلك ، فيقوم بتغطية ذلك بإبطال الأحكام الخطيرة

(١) (أنس الخمره/ الدعوى من البداية إلى النهاية/ ص ٦) .

إلا أن نظرة جديدة بدأت بالظهور تدعو إلى تحقيق التوازن . وأنقل هنا ما دعا

إليه بعض شراح القانون الوضعي للمرافعات ، وبه أختتم هذا الفصل :

« يتعين على المشرع أن يعمل على تفادي الحكم بالبطلان إذا كان من الممكن معالجة الحال وإزالة الضرر الذي نتج من المخالفة ، بأن ينص على قاعدة عامة بمقتضاها يخول للمحكمة أن تأمر باتخاذ الإجراءات لاستيفاء النقص أو إصلاح الخطأ، فإن كان لا بد من شكلية الإجراءات ، وإذا كان لا بد من وضع جزاء على مخالفة الأوضاع التي ينص عليها القانون بالحكم بالبطلان حتى تحترم تلك الأوضاع ، فمن الواجب أن يمنع المشرع من اتخاذ هذا الجزاء للكيد والمساكسة والإضرار بالحقوق ، ويتعين عليه إذن ألا يبيح الحكم بالبطلان في كل الأحوال ، إلا إذا استحالت إزالة الضرر الناتج عن المخالفة ، ويتعين عليه في كل الأحوال التي يمكن فيها إزالة الضرر أن يبيح للمحكمة أن تأمر باتخاذ الإجراءات التي من شأنها استيفاء النقص أو إصلاح الخطأ »^(١).

(١) (أحمد أبو الوفا/ نظرية الدفوع/ ص ٣٠٩) .

الخاتمة

وفيها أهم نتائج البحث

بعد أن كنا مع أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية طيلة خمسة فصول ، كانت النتيجة الخروج بجملة من النتائج الهامة والمفيدة في مجال الدراسة ، وأجعلها خاتمة لهذه الرسالة ، وأخصها فيما يلي :

١- أن أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية نظام قائم بذاته ، له أسسه الراسخة في كتب الفقه والقضاء والسياسة الشرعية ، وأنه متميز بالأصالة ومتفوق في سهولة التطبيق ، وأنه نظام شامل موحد المصدر ، تسير أحكامه على نسق واضح ، لا ترقيع فيه ولا تشويه ، بل هو وحدة متكاملة تكمل أجزاءه بعضها بعضاً ، وأن الفقهاء ما تركوا منه شاردة ولا واردة إلا ولهم فيها مقال ، وهم أسبق من أي قانون في شرح وتفصيل أصول المحاكمات بتفاصيل مدهشة تدل على رقي هذا الفقه الإسلامي .

٢- أن مدى فعالية العمل بأصول شرعية جزائية في المحاكمات مرهون بفعالية الأنظمة الشرعية الأخرى ، فإن هذه الأصول حتى لو طبقت تبقى محتاجة إلى تفعيل الشريعة في كل مجالات الحياة حتى تؤتي ثمارها المرجوة ، وأهدافها المرغوبة .

٣- أن أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية منها ما هو موضوعي ومنها ما هو شكلي ، وحتى الأصول الشكلية منها تحقق مصالح شرعية مطلوبة ، وذلك بالنظر إلى مآلاتها ومقاصدها .

٤- أن أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية لها تعلق بالعقوبات الشرعية ويعلم القضاء بأصول المحاكمات المدنية ، إلا أن هذا التعلق لا يلغي الصفة الخاصة

بأصول المحاكمات الشرعية الجزائرية ، وبذا تبقى لها استقلاليتها وصورتها الواضحة .

٥- أهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية نابعة من أهمية الحق الذي تحميه، والهدف الذي تسعى إليه ، وجسامة ما يترتب عليها من أحكام دنيوية .

٦- أن ولاية الأمور مأمورون بإبقاء المجتمع المسلم نظيفاً من الجريمة وخالياً من الفساد ، وأن كل والٍ مأمور بذلك في مجال عمله ، وأن المجتمع المسلم ضرب أروع الأمثلة على مجتمع المثالية الذي تتناقص فيه نسب الجريمة إلى أدنى مستوياتها .

٧- أن المجتمع كلما ازداد إيماناً ورقياً ورفعةً ، كلما قل احتياجه للضوابط والأوامر والمقيدات ، وكلما نقصت هذه المعاني زاد احتياجه للمقيدات والقوانين ، وهذا يفسر تطور أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية مع سائر الأحكام الأخرى ذات العلاقة على مر الزمان ، حتى وصلت إلى ما نحن عليه نتيجة نقص الإيمان والأمانة .

٨- أن وسائل التحقيق من بحث وكشف وتفتيش وحبس وضرب ، إنما هي وسائل لغايات ، فإذا فقدت الغايات سقطت الوسائل ، وأن لها من الضوابط الشرعية والأوامر المرعية ما يحول دون اتخاذها وسيلة للقهور والظلم وخدمة الأهواء الشخصية ، وولاية الأمر بين متساهل فيها ومتشدد ، والصحيح إعطاء كل ذي حق حقه بما لا يضيع الحقوق ولا ينتهك الحرمات .

٩- أن طريقة تحصيل الحق الجزائي إنما هي بأحد أمرين ، إما الدعوى وهي ما يعرف بدعوى التهمة ، وإما الشهادة وهي ما يعرف بشهادة الحسبة ، ولا يصح قول من قال بدعوى الحسبة ؛ لأنه لا فرق بين هذه الدعوى وغيرها من الدعوى . أما الحسبة فلا تضاف إلا إلى الشهادة ، والفرق بينهما في المصلحة التي يحميها الطالب ؛ فالقاضي بقبول شهادة الشاهد يقرر أن المصلحة التي

يحاول الطالب حمايتها إنما هي المصلحة العامة فاعتبره شاهداً لا مدعياً ، وكان أمر الادعاء من شأن القاضي نفسه .

أما إذا لم يقبل شهادة الشاهد فإنه يقرر بهذا أن المصلحة التي يحاول حمايتها هذا الطالب إنما هي مصلحة خاصة ، فاعتبره مدعياً لا شاهداً ، وكان أمر الادعاء موكولاً لذات الطالب دون القاضي .

ومن هذا الجانب قال الفقهاء إن حقوق الله تعالى لا يدعى فيها ، وإنما السبيل إلى تحصيلها إنما هو شهادة الحسبة .

١٠- الشريعة تمنح لكل مواطن في دولة الإسلام حصانة من أن يؤخذ بالظنة ، وحصانة في إبداء رأيه كما يريد بحدود الشرع ، وحصانة للمحافظة على حرمة الشخصية ، ولا فرق في هذه الحصانة بين إنسان وإنسان ، حتى إذا تعدى على حدود الشرع ألغيت الحصانة عن كل فاعل ، حتى لو كان والياً أو وزيراً ، بل إن الأدلة تؤيد عدم وجود حصانة للخليفة (الإمام الأعظم) من حقوق الله تعالى ، فتقام عليه شأنه في ذلك شأن بقية الناس ، ولكن بوسيلة تختلف عن سائر الوسائل .

١١- الحدود الشرعية تؤثر فيها الشبهة بصورة قوية ؛ لأنها لا تقام مع وجود الشبهة ، على خلاف بين العلماء فيما يعتبر شبهة وما لا يعتبر ، لكن منع قيام الحدود لا يعني أن تصبح الأفعال الإجرامية مباحة أو تنتفي عن فاعلها كل أنواع المسؤولية ، وإنما غاية الأمر أن الحد يسقط إلى عقوبة أخرى حفاظاً على حرمة الله وحفاظاً على حقوق الأدميين في بعض الجرائم الحديثة كالسرقة والزنا بالإكراه .

١٢- تمنح الشريعة عملية التقاضي في الجزائيات وغيرها ضمانات حسن سير العدالة ، ابتداءً بالتوكيل في الخصومة ومكان المحاكمة ووقتها وعلانياتها وسريتها وتسهيل التقاضي والمساواة بين الخصوم وسيرة القاضي في

الأحكام، وانتهاءً بنقض الأحكام وأثر مخالفة أصول المحاكمات الشرعية الجزائية .

١٣- أن تنفيذ الأحكام الجزائية يتميز بالبساطة والعدل والاعتدال والانضباط، مع المحافظة على الحرمات الشرعية ، وفوق ذلك كله فإنه يؤدي دوره في زجر الفاعل وردع المشاهدين لتنفيذها عن حرمات الله تعالى .

١٤- أن أصول المحاكمات الشرعية الجزائية منها ما له أثر حال المخالفة، ومنها ما ليس له أثر حالة المخالفة ، والمقصود بالأثر إنما هو الدنيوي .

أما الأثر الأخروي فهو شامل لمعظم حالات المخالفة ، وهذا يبين أهمية عامل المراقبة لله تعالى في سائر مراحل التحاكم إلى الشريعة في الجزائيات .

١٥- أن بيان أثر مخالفة أصول المحاكمات الشرعية الجزائية يوضح مدى التوازن الذي حققته الشريعة بين حق الأمة في العقاب وحق الأفراد في الحرية ، أو بين المصالح الخاصة والمصلحة العامة ، وهذا ما فشلت في تحقيقه بقية القوانين التي أرادت حماية الفرد ، فأفسدت مصلحة الجماعة ، وكذلك القوانين التي أرادت حماية مصلحة الجماعة متناسية أهمية مصلحة الفرد وحقوقه .

وبذا نفهم معنى قوله تعالى :

﴿ أَفَلَا يَتَذَكَّرُونَ الْقُرْآنَ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ

اٰخْتِلاَفًا كَثِيْرًا ۗ ﴾^(١) . صدق الله العظيم .

(١) (سورة النساء ، آية رقم ٨٢) .

التوصيات

يوصي الباحث بجملة من التوصيات والمقترحات:

١- إعادة صياغة قانون أصول المحاكمات الجزائية على أساس أحكام الشريعة الغراء، وتطبيق القضاء الشرعي الإسلامي في الجزائيات وعلى وجه الخصوص في الحدود ، ليكتسب صفة الشرعية مع مراعاة أن يكون ذلك ضمن عودة شاملة لأحكام الشريعة في كل قطاعات الحياة ، لتكوين الصورة الإسلامية المتكاملة. مع مراعاة تحقيق التوازن بين حق الأفراد وحق الجماعة .

٢- اعتماد الأسس الشرعية في التحقيق والتفتيش والبحث والكشف وفي رفع الدعوى والنظر فيها ، وأصول البنات الجزائية والإبرام والنقض والتنفيذ . واتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لضمان حسن سير عملية التقاضي في الجزائيات من تعدد القضاة ، وعلانية المحاكمة، والمساواة أمام القضاء. والتوكيل بالخصومة بشروطها الشرعية اللازمة.

٣- تفعيل الولايات الشرعية ومنها إنشاء هيئة للأمر بالمعروف إذا ظهر تركه ، وللنهي عن المنكر إذا ظهر فعله ، ويوكل الأمر فيها للمؤهلين شرعياً وتربوياً وإدارياً ، مما يساعد في إشاعة الفضيلة ومنع الرذيلة ، وإبقاء الجريمة في أدنى مستوياتها.

٤- تخصيص مساقات لأصول المحاكمات الشرعية بكل فروعها في كليات الشريعة والحقوق وفي كافة المستويات التعليمية الجامعية . مع عقد دورات للقضاة تدرس فيها هذه الأصول .

قائمة المصادر

القرآن الكريم وعلومه

- (١) القرآن الكريم .
- (٢) الألوسي، محمود، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار إحياء التراث العربي - بيروت .
- (٣) البغوي، الحسين بن مسعود، معالم التنزيل، تحقيق : خالد العك و مروان سوار، دار المعرفة - بيروت، ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م .
- (٤) البيضاوي، عبد الله بن عمر الشيرازي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل (تفسير البيضاوي)، وبهامشه حاشية أبي الفضل القرشي الصديقي الخطيب الشربيني/ معني المحتاج/ ج المشهور بالказرونني، مؤسسة شعبان للنشر والتوزيع - بيروت .
- (٥) الثعالبي، عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات - بيروت .
- (٦) الجصاص، أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، دار الفكر - بيروت.
- (٧) ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي، زاد المسير في علم التفسير، المكتب الإسلامي - بيروت، ط ٣ - ١٤٠٤هـ .
- (٨) حجازي، محمد محمود، التفسير الواضح، دار الكتاب العربي - بيروت، ط ١ - ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م .
- (٩) السيوطي، عبد الرحمن بن الكمال، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، دار الفكر - بيروت، م ١٩٩٣ .
- (١٠) الشافعي، محمد بن إدريس، أحكام القرآن، تحقيق : د. عبد الغني عبد الخالق، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٠٠هـ .
- (١١) الشوكاني، محمد بن علي، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار الفكر - بيروت .
- (١٢) القاضي، عبد الفتاح، أسباب النزول عن الصحابة والمفسرين، دار المصحف (شركة مكتبة ومطبعة عبد الرحمن محمد) - بيروت، ط ١ .
- (١٣) القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق : أحمد عبد العليم البردوني، دار الشعب - القاهرة، ط ٢ - ١٣٧٢هـ .
- (١٤) ابن كثير، إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، دار الفكر - بيروت، ١٤٠١هـ .

(١٥) النسفي، عبد الله بن أحمد بن محمود، تفسير النسفي، دار الكتاب العربي - بيروت، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م .

(١٦) الواحدي، علي بن أحمد، الوجيز في تفسير الكتاب العزيز (تفسير الواحدي)، تحقيق : صفوان عدنان الداودي، دار القلم - دمشق/الدار الشامية - بيروت، ١٤١٥هـ .

الحديث النبوي الشريف

(١٧) ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق : كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض، ط ١ - ١٤٠٩هـ .

(١٨) الأزدي، معمر بن راشد، الجامع، تحقيق : حبيب الأعظمي، (ملحق بكتاب المصنف للصنعاني)، المكتب الإسلامي - بيروت، ط ٢ - ١٤٠٣هـ .

(١٩) الأصبهاني، أحمد بن عبد الله بن أحمد، مسند الإمام أبي حنيفة، تحقيق : نظر محمد الفارياي، مكتبة الكوثر - الرياض، ط ١ - ١٤١٥هـ .

(٢٠) الباغندي، محمد بن محمد بن سليمان، مسند أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز، تحقيق : محمد عوامة، مؤسسة علوم القرآن - دمشق، ١٤٠٤هـ .

(٢١) البخاري، محمد بن إسماعيل، الأدب المفرد، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، دار البشائر الإسلامية - بيروت، ط ٣ - ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م .

(٢٢) البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح المختصر، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير/اليمامة - بيروت، ط ٣ - ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م .

(٢٣) البزار، أحمد بن عمرو، البحر الزخار (مسند البزار)، تحقيق : د. محفوظ الرحمن زين الله، مؤسسة علوم القرآن - بيروت/مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، ط ١ - ١٤٠٩هـ .

(٢٤) البيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الصغرى، تحقيق : د. محمد ضياء الرحمن الأعظمي، مكتبة الدار - المدينة المنورة، ط ١ - ١٤١٠هـ/١٩٨٩م .

(٢٥) البيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، تحقيق : محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م .

(٢٦) البيهقي، أحمد بن الحسين، شعب الإيمان، تحقيق : محمد السعيد بسيوني زغلول، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١ - ١٤١٠هـ .

(٢٧) الترمذي، محمد بن علي بن الحسن، نوادر الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق : د. عبد الرحمن عميرة، دار الجليل - بيروت، ط ١ - ١٩٩٢م .

(٢٨) الترمذي، محمد بن عيسى، الجامع الصحيح (سنن الترمذي)، تحقيق : أحمد شاکر وآخرون، دار إحياء التراث العربي - بيروت .

- (٢٩) ابن الجعد، علي بن الجعد، مسند ابن الجعد، تحقيق : عامر أحمد حيدر، مؤسسة نادر- بيروت، ط١ - ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م .
- (٣٠) ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي، العلل المتناهية في الأحاديث الواهية، تحقيق : خليل الميس، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤٠٣هـ .
- (٣١) ابن حبان، محمد بن حبان، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق : شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط٢ - ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م .
- (٣٢) ابن حجر، أحمد بن علي، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق : عبد الله هاشم اليماني المدني، المدينة المنورة، ١٣٨٤هـ/ ١٩٦٤م .
- (٣٣) ابن حجر، أحمد بن علي، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق : السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة - بيروت .
- (٣٤) ابن حجر، أحمد بن علي، تغليق التعليق على صحيح البخاري، تحقيق : سعيد عبد الرحمن موسى القزقي، المكتب الإسلامي - بيروت، دار عمار - عمان، ط١ - ١٤٠٥هـ .
- (٣٥) ابن خزيمة، محمد بن إسحاق، صحيح ابن خزيمة، تحقيق : د. محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي - بيروت، ١٣٩٠هـ/ ١٩٧٠م .
- (٣٦) الخلال، أحمد بن محمد بن هارون، السنّة، تحقيق : د. عطية الزهراني، دار الراجية - الرياض، ط١ - ١٤١٠هـ .
- (٣٧) الدارقطني، علي بن عمر، العلل الواردة في الأحاديث النبوية، تحقيق : د. محفوظ الزحمن زين الله السلفي، دار طيبة - الرياض، ط١ - ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م .
- (٣٨) الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدارقطني، تحقيق : السيد عبد الله هاشم يماني، دار المعرفة - بيروت، ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦م .
- (٣٩) الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمن، سنن الدارمي، تحقيق : فواز أحمد زمرلي، وخالد السبع العلمي، دار الكتاب العربي - بيروت، ط١ - ١٤٠٧هـ .
- (٤٠) أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر .
- (٤١) الديلمي، شيرويه بن شهردار، الفردوس بمأثور الخطاب، تحقيق : السعيد ابن بسيوني زغلول، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٩٨٦م .
- (٤٢) ابن راهويه، إسحاق بن إبراهيم بن مخلد، مسند إسحاق بن راهويه، تحقيق : د. عبدالغفور بن عبد الحق البلوشي، مكتبة الإيمان - المدينة المنورة، ط١ - ١٤١٢هـ/ ١٩٩١م .
- (٤٣) الربيع، الربيع بن حبيب بن عمر، الجامع الصحيح مسند الإمام الربيع بن حبيب، تحقيق : محمد إدريس وعاشور بن يوسف، دار الحكمة - بيروت/ مكتبة الاستقامة - سلطنة عمان، ط١ - ١٤١٥هـ .

- (٤٤) الروياني، محمد بن هارون، مسند الروياني، تحقيق : أيمن علي أبو يماني، مؤسسة قرطبة - القاهرة، ط١ - ١٤١٦هـ .
- (٤٥) الزليعي، عبد الله بن يوسف، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق : محمد يوسف البنوري، دار الحديث - مصر، ١٣٥٧هـ .
- (٤٦) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي، تحقيق : عبد الوهاب عبد اللطيف، مكتبة الرياض الحديثة - الرياض .
- (٤٧) الشاشي، الهيثم بن كليب، المسند، تحقيق : د. محفوظ الرحمن زين الله، مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، ط١ - ١٤١٠هـ .
- (٤٨) الشافعي، محمد بن إدريس، مسند الشافعي، دار الكتب العلمية - بيروت .
- (٤٩) الشيباني، أحمد بن عمرو بن الضحاك، الأحاد والمثاني، تحقيق : د. باسم فيصل الجوابرة، دار الراجعية - الرياض، ط١ - ١٤١١هـ/ ١٩٩١م .
- (٥٠) الشيباني، عمرو بن أبي عاصم الضحاك، السنة، تحقيق : محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي - بيروت، ط١ - ١٤٠٠هـ .
- (٥١) الصنعاني، عبد الرزاق بن همام، المصنف، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي - بيروت، ط٢ - ١٤٠٣هـ .
- (٥٢) الطبراني، سليمان بن أحمد، الروض الداني (المعجم الصغير)، تحقيق : محمد شكور محمود الحاج أمرير، المكتب الإسلامي - بيروت/ دار عمار - عمان، ط١ - ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م .
- (٥٣) الطبراني، سليمان بن أحمد، المعجم الأوسط، تحقيق : طارق بن عوض الله، وعبدالمحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين - القاهرة، ١٤١٥هـ .
- (٥٤) الطبراني، سليمان بن أحمد، المعجم الكبير، تحقيق : حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة العلوم والحكم - المنوعسل، ط٢ - ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٣م .
- (٥٥) الطبراني، سليمان بن أحمد، مسند الشاميين، تحقيق : حمدي بن عبد المجيد السلفي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط١ - ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٤م .
- (٥٦) الطيالسي، سليمان بن داود، مسند أبي داود الطيالسي، دار المعرفه - بيروت .
- (٥٧) العجلوني، إسماعيل بن محمد، كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على السنة الناس، تحقيق : أحمد القلاش، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط٤ - ١٤٠٥هـ .
- (٥٨) أبو عوانة، يعقوب بن إسحاق، مسند أبي عوانة، تحقيق : أيمن عارف الدمشقي، دار المعرفة - بيروت، ط١ - ١٩٩٨م .
- (٥٩) القضاعي، محمد بن سلامة، مسند الشهاب، تحقيق : حمدي بن عبد المجيد السلفي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط٢ - ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٦م .

- ٦٠) الكناني، أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل، مصباح الزجاجاة في زوائد ابن ماجه، تحقيق: محمد المتتقى الكشناوي، دار العربية - بيروت، ط ٢ - ١٤٠٣هـ .
- ٦١) ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر - بيروت .
- ٦٢) المقدسي، محمد بن عبد الواحد، الأحاديث المختارة، تحقيق : عبد الملك بن عبد الله ابن دهيش، مكتبة النهضة الحديثة - مكة المكرمة، ط ١ - ١٤١٠هـ .
- ٦٣) ابن الملقن، عمر بن علي، خلاصة البدر المنير في تخريج كتاب الشرح الكبير للرافعي، تحقيق : حمدي عبد المجيد السلفي، مكتبة الرشد - الرياض، ط ١ - ١٤١٠هـ .
- ٦٤) ابن منده، محمد بن إسحاق، الإيـمان، تحقيق: د. علي بن محمد بن ناصر الفقيهي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط ٢ - ١٤٠٦هـ .
- ٦٥) ابن منصور، سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، تحقيق : د. سعد ابن عبد الله آل حميد، دار العصيمي - الرياض، ط ١ - ١٤١٤هـ .
- ٦٦) النسائي، أحمد بن شعيب، السنن الكبرى، تحقيق : د. عبد الغفار البنداري وسيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١ - ١٤١١هـ / ١٩٩١م .
- ٦٧) النسائي، أحمد بن شعيب، المجتبى من السنن، تحقيق : عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامي - حلب، ط ٢ - ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م .
- ٦٨) النسائي، أحمد بن شعيب، عمل اليوم والليلة، تحقيق : د. فاروق حمادة، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط ٢ - ١٤٠٦هـ .
- ٦٩) النيسابوري، محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١ - ١٤١١هـ / ١٩٩٠م .
- ٧٠) النيسابوري، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت .
- ٧١) الهيثمي، علي بن أبي بكر، بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث، تحقيق : د. حسين أحمد صالح الباكري، مركز خدمة السنة والسيرة النبوية - المدينة المنورة، ط ١ - ١٤١٣هـ / ١٩٩٢م .
- ٧٢) الهيثمي، علي بن أبي بكر، مجمع الزوائد ومنيع الفوائد، دار الريان للتراث - القاهرة/ دار الكتاب العربي - بيروت، ١٤٠٧هـ .
- ٧٣) الهيثمي، علي بن أبي بكر، موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان، تحقيق : محمد عبد الرزاق هزرة، دار الكتب العلمية - بيروت .
- ٧٤) أبو يعلى، أحمد بن علي، مسند أبي يعلى، تحقيق : حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث - دمشق، ط ١ - ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م .

أحاديث الأحكام وشروح الحديث.

- (٧٥) ابن دقيق العيد، محمد بن علي بن وهب، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، تقديم: محمد زاهد الكوثري، مكتبة الثقافة الإسلامية، ط ١ - ١٣٧١هـ/١٩٥١ م .
- (٧٦) ابن دقيق العيد، محمد بن علي بن وهب، عمدة الأحكام، دار الكتب العلمية - بيروت .
- (٧٧) ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، دار المعرفة - بيروت، ط ١ - ١٤٠٨هـ .
- (٧٨) ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب، ١٣٨٧هـ .
- (٧٩) ابن قتيبة، عبد الله بن مسلم، تأويل مختلف الحديث، تحقيق: محمد زهري النجار، دار الجيل - بيروت، ١٣٩٣هـ/١٩٧٢ م .
- (٨٠) أبو الخاسن، يوسف بن موسى الحنفي، المعتصر من المختصر من مشكل الآثار، عالم الكتب - بيروت/مكتبة المتنبي - القاهرة .
- (٨١) الباجي، سليمان بن خلف، المتقى شرح الموطأ، دار الكتاب الإسلامي .
- (٨٢) البغدادي، أحمد بن علي بن ثابت الخطيب، الجامع لأخلاق الراوي وآداب السامع، تحقيق: د. محمود الطحان، مكتبة المعارف - الرياض، ١٤٠٣هـ .
- (٨٣) ابن حجر، أحمد بن علي، هدي الساري مقدمة فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ومحب الدين الخطيب دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩هـ .
- (٨٤) ابن حجر، أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب، دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩ .
- (٨٥) الزرقاني، محمد بن عبد الباقي، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١ - ١٤١١هـ .
- (٨٦) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، تنوير الحوالك شرح موطأ مالك، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، ١٣٨٩هـ/١٩٦٩ م .
- (٨٧) الشافعي، محمد بن إدريس، اختلاف الحديث، تحقيق: عامر أحمد حيدر، مؤسسة الكتب الثقافية - بيروت، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥ م .
- (٨٨) الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار شرح متقى الأخبار، دار التراث .
- (٨٩) الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ١٣٧٩هـ .
- (٩٠) الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار الحديث .
- (٩١) الطحاوي، أحمد بن محمد، شرح معاني الآثار، دار المعرفة .

- ٩٢) الطحاوي، أحمد بن محمد، مشكل الآثار، دار الكتب العلمية، ١٩٩٥ م .
- ٩٣) العراقي، عبد الرحيم بن الحسين، طرح الشريب في شرح التقريب، دار الفكر العربي .
- ٩٤) العظيم آبادي، محمد شمس الحق، عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار الكتب العلمية - بيروت، ط٢ - ١٤١٥ هـ .
- ٩٥) المياركفوري، محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، دار الكتب العلمية - بيروت .
- ٩٦) المروزي، عبد الله بن المبارك، الزهد وويله الرقائق، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي، دار الكتب العلمية - بيروت .
- ٩٧) المناوي، عبد الرؤوف، فيض القدير شرح الجامع الصغير، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، ١٣٥٦ هـ .
- ٩٨) النوي، يحيى بن شرف، صحيح مسلم بشرح النووي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط٢ - ١٣٩٢ م .

الفقه الحنفي

- ٩٩) الأنصاري، يعقوب بن إبراهيم، الآثار، تحقيق : أبي الوفا، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٣٥٥ هـ .
- ١٠٠) البابرتي، محمد بن محمود، العناية على الهداية، دار الفكر، ط٢ - ١٩٧٧ م .
- ١٠١) البغدادي، غانم بن محمد، مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي .
- ١٠٢) البلخي، نظام، الفتاوى الهندية لجماعة من علماء الهند، (وبهامشه فتاوى قاضيخان للإمام فخر الدين الأوزجندی القرغاني الحنفي)، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط٣ - ١٤٠٠ هـ/ ١٩٨٠ م .
- ١٠٣) جمعية المجلة، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق : نجيب هوايني، نشر : كارخانه تجارت كتب .
- ١٠٤) حيدر، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ترجمة : فهمي الحسيني، دار الجليل - بيروت، ١٩٩١ م .
- ١٠٥) داماد أفندي، عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي - القاهرة، ١٩٩٠ م .
- ١٠٦) الدهلوي، أحمد بن عبد الرحيم ولي الله، الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف، تحقيق : عبد الفتاح أبو غدة، دار النفائس - بيروت، ط٢ - ١٤٠٤ هـ .
- ١٠٧) الزيلعي، عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، (وبهامشه حاشية الإمام السلمي)، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت، ط٢، أعيد طبعه بالأوفست، الطبعة الأولى ١٣١٣ هـ بالمطبعة الكبرى الأميرية ببلاط .

- (١٠٨) السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت.
- (١٠٩) السرخسي، محمد بن أحمد، شرح السير الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني، الشركة الشرقية للإعلانات .
- (١١٠) السغددي، علي بن الحسين، التنف في الفتاوى، تحقيق: د. صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة - بيروت/ دار الفرقان - عمان، ط٢ - ١٤٠٤هـ.
- (١١١) السمرقندي، محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤٠٥هـ .
- (١١٢) الشرنبلالي، حسن الوفايي، نور الإيضاح ونجاة الأرواح، دار الحكمة - دمشق، ١٩٨٥م.
- (١١٣) الشيباني، أحمد بن عمرو، الديانات، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشي، ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م .
- (١١٤) الشيباني، محمد بن الحسن، السير، تحقيق: مجيد خدوري، الدار المتحدة للنشر - بيروت، ط١ - ١٩٧٥م .
- (١١٥) الطحاوي، أحمد بن محمد، مختصر اختلاف العلماء، تحقيق: د. عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامي - بيروت، ط٢ - ١٤١٧هـ .
- (١١٦) الطحطاوي، أحمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل، حاشية على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، مكتبة البابي الحلبي - مصر، ط٣ - ١٤١٨هـ .
- (١١٧) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، دار المعرفة .
- (١١٨) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المختار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، (ويليه تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده - مصر، طبعة ثانية، ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦م .
- (١١٩) العبادي، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية .
- (١٢٠) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، دار المعرفة - بيروت .
- (١٢١) ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، فتح القدير شرح الهداية، (ومعه شرح العناية على الهداية للبابرتي، وحاشية سعد الله المشهود بسعدي جلبي)، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط أولى - ١٣٨٩هـ/ ١٩٧٠م .
- (١٢٢) الغزنوي، عمر، الغرة المتينة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، تحقيق: محمد زاهد الكوثري، مكتبة الإمام أبي حنيفة - بيروت، ط٢ - ١٩٨٨م .
- (١٢٣) الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي - بيروت، ط٢ - ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م .
- (١٢٤) المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية - بيروت .

١٢٥) المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد-الجليل، بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، تحقيق :
حامد إبراهيم كرسون ومحمد عبد الوهاب مجري، مطبعة محمد علي صبيح - القاهرة، ط ١
- ١٣٥٥هـ .

١٢٦) مئلاخسرو، محمد بن فراموز، درر الحكام في شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية .

الفقه المالكي

١٢٧) الأصححي، مالك بن أنس، المدونة، (ومعه تزيين الممالك بمناقب سيدنا الإمام مالك
للسيوطي، ومناقب سيدنا الإمام مالك للشيخ عيسى الزواوي)، دار الكتب العلمية -
بيروت، ط ١ - ١٤١٥هـ/١٩٩٤م .

١٢٨) الثعلبي، عبد الوهاب بن علي، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق : محمد ثالث سعيد الغاني،
المكتبة التجارية - مكة المكرمة، ط ١ - ١٤١٥هـ .

١٢٩) ابن جزري، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، بدون اسم وتاريخ النشر .

١٣٠) ابن الحاج، محمد بن محمد العبدري المالكي، المدخل، دار التراث .

١٣١) الخطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، (وبهامشه التاج
والإكليل لمختصر خليل للمواق)، دار الفكر - القاهرة، ط ٣ - ١٤١٢هـ/١٩٩٢م .

١٣٢) الخرشبي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، (وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي)،
دار صادر - بيروت .

١٣٣) ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر - بيروت .

١٣٤) الدردير، سيدي أحمد، الشرح الكبير، تحقيق : محمد عيش، دار الفكر - بيروت .

١٣٥) الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق : محمد
عlish، دار إحياء الكتب العربي/ دار الفكر - بيروت .

١٣٦) الرصاع، محمد بن قاسم الأنصاري، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة
الوافية (شرح حدود ابن عرفة)، المكتبة العلمية .

١٣٧) السنوسي، أبو عبد الله، متن السنوسية . بدون اسم وتاريخ النشر .

١٣٨) الصاوي، أحمد بن محمد الخلوئي، بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على
الشرح الصغير)، دار المعارف - مصر .

١٣٩) العدوي، علي الصعيدي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، دار الفكر .

١٤٠) عlish، محمد بن أحمد، فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب الإمام مالك، (وبهامشه
تبصرة الحكام للإمام ابن فرحون اليعمرى المالكي)، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي -
مصر، الطبعة الأخيرة - ١٣٧٨هـ/ ١٩٥٨م .

١٤١) عlish، محمد بن أحمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر .

- ١٤٢) الفاسي، محمد بن أحمد ميارة، الإقتان والإحكام في شرح تحفة الحكام (شرح ميارة)، دار المعرفة .
- ١٤٣) القيرواني، صالح عبد السميع الأبي الأزهري، الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية - بيروت .
- ١٤٤) القيرواني، عبد الله بن أبي زيد، رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر - بيروت .
- ١٤٥) الكافي، محمد بن يوسف، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، (على منظومة فيما يلزم القضاة من الأحكام في مذهب الإمام مالك بن أنس، للعلامة أبي بكر محمد بن محمد ابن عاصم الأندلسي الغرناطي، شرح وتعليق : مأمون ابن محيي الدين الجنان، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١ - ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م .
- ١٤٦) المالكي، أبو الحسن، كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، تحقيق: الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر - بيروت .
- ١٤٧) المالكي، خليل بن إسحاق بن موسى، مختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة، تحقيق : أحمد علي حركات، دار الفكر - بيروت، ١٤١٥هـ .
- ١٤٨) المواق، محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية .
- ١٤٩) النفراوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر - بيروت، ١٤١٥هـ .
- ١٥٠) الوادياشي، عمر بن علي بن أحمد، تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، تحقيق : عبد الله بن سعاف اللحياني، دار حراء - مكة، ط ١ - ١٤٠٦هـ .

الفقه الشافعي

- ١٥١) ابن الأخوة، محمد بن محمد بن أحمد، معالم القرية في معالم الحسبة، عني بنقله وتصحيحه : روبن ليوي، مطبعة دار الفنون - كمبردج .
- ١٥٢) الأنصاري، زكريا، أسنى المطالب شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي .
- ١٥٣) الأنصاري، زكريا، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، المطبعة الميمنية .
- ١٥٤) الأنصاري، زكريا، منهج الطلاب، دار المعرفة - بيروت .
- ١٥٥) الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١ - ١٤١٨هـ .
- ١٥٦) البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر، التجريد لنفع العبيد (حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ١٣٦٩هـ / ١٩٥٠م .
- ١٥٧) البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر، تحفة الحبيب على شرح الخطيب (حاشية البجيرمي على الخطيب)، دار الفكر - بيروت .

- ١٥٨) الجاوي، محمد بن عمر بن علي، نهاية الزين في إرشاد المبتدئين، دار الفكر - بيروت، ط ١ .
- ١٥٩) ابن جماعة، بدر الدين، تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام، تحقيق : د. فؤاد عبد المنعم أحمد، طبع مؤسسة الخليج للنشر والطباعة - قطر، إشراف: رئاسة المحاكم الشرعية والشؤون الدينية - قطر، ط ٢ - ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م .
- ١٦٠) الجمل، الشيخ سليمان، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب (حاشية الجمل على شرح المنهج)، دار الفكر، دار إحياء التراث العربي - بيروت .
- ١٦١) الجويني، عبد الملك بن عبد الله، الاجتهاد من كتاب التلخيص، تحقيق : د. عبد الحميد أبو زينيد، دار القلم - دمشق/ دار العلوم الثقافية - بيروت، ط ١ - ١٤٠٨هـ .
- ١٦٢) الجويني، عبد الملك بن عبد الله، غياث الأسم في التياث الظلم (الغيثاني)، تحقيق: د. عبد العظيم الديب، طبع على نفقة الشؤون الدينية بدولة قطر، ط ١ - ١٤٠٠هـ .
- ١٦٣) الحضرمي، عبد الله عبد الرحمن بافضل، المقدمة الحضرمية (مسائل التعليم)، تحقيق : ماجد الحموي، الدار المتحدة - دمشق، ط ٢ - ١٤١٣هـ .
- ١٦٤) الدمياطي، السيد البكري بن السيد محمد شطا، حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرّة العين، دار الفكر - بيروت .
- ١٦٥) ابن رسلان، أحمد بن رسلان، متن الزيد في علم الفقه على مذهب الإمام الشافعي، دار الفكر - بيروت، ط ١ - ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م .
- ١٦٦) الرملي، أحمد بن حمزة، فتاوى الرملي، المكتبة الإسلامية .
- ١٦٧) الرملي، محمد بن أحمد، غاية البيان شرح زيد ابن رسلان، دار المعرفة - بيروت .
- ١٦٨) الرملي، محمد بن أحمد، نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج، (ومعه حاشية أبي الضياء نور الدين الشبراملسي، وحاشية المغربي الرشيد)، دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ / ١٩٩٣م .
- ١٦٩) السبكي، تقي الدين علي بن عبد الكافي، فتاوى السبكي، دار المعارف .
- ١٧٠) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، تقرير الاستناد في تفسير الاجتهاد، تحقيق : د. فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة - الإسكندرية، ط ١ - ١٤٠٣هـ .
- ١٧١) الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، تحقيق : محمد زهري النجار، دار المعرفة - بيروت، ١٩٩٠م .
- ١٧٢) الشافعي، محمد بن إدريس، جماع العلم، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١ - ١٤٠٥هـ .
- ١٧٣) أبو شجاع، أحمد بن الحسين بن أحمد، التذهيب في أدلة متن الغاية والتقريب، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا، دار الإمام البخاري - دمشق، ط ١ - ١٣٩٨هـ / ١٩٨٧م .
- ١٧٤) الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات بدار الفكر، دار الفكر - بيروت، ١٤١٥هـ .

- (١٧٥) الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق: علي محمد معروض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط١ - ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م .
- (١٧٦) الشرواني، عبد الحميد، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار الفكر - بيروت .
- (١٧٧) الشيرازي، إبراهيم بن علي، التتبيه في الفقه الشافعي، تحقيق: عماد الدين أحمد حيدر، علم الكتب - بيروت، ط١ - ١٤٠٣هـ .
- (١٧٨) الشيرازي، إبراهيم بن علي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر - بيروت .
- (١٧٩) الشيزري، عبد الرحمن بن نصر، نهاية الرتبة في طلب الحسبة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، قام على نشره: السيد الباز العريني، إشراف: محمد مصطفى زياده - القاهرة، ١٣٦٥هـ / ١٩٤٦م .
- (١٨٠) الغزالي، محمد بن محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر، دار السلام - القاهرة، ط١ - ١٤١٧هـ .
- (١٨١) الففال، محمد بن أحمد الشاشي، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، تحقيق: د. ياسين درادكة، مؤسسة الرسالة - بيروت/ دار الأرقم - عمان، ط١ - ١٤٠٠هـ .
- (١٨٢) القلعي، محمد بن علي، تهذيب الرياسة وترتيب السياسة، تحقيق: إبراهيم يوسف مصطفى عجو، مكتبة المنار - الزرقاء، ط١ - ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م .
- (١٨٣) قلوبوي وعميرة، شهاب الدين القلوبوي والشيخ عميرة، حاشيتا قلوبوي وعميرة على شرح الحلى على المنهاج، دار إحياء الكتب العربية .
- (١٨٤) الماوردي، علي بن محمد حبيب، أدب الدنيا والدين، دار مكتبة الحياة .
- (١٨٥) الماوردي، علي بن محمد حبيب، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٩٨٢م .
- (١٨٦) الماوردي، علي بن محمد حبيب، الإقناع، بدون اسم وتاريخ النشر .
- (١٨٧) المليباري، زين الدين بن عبد العزيز، فتح المعين بشرح قرّة العين، دار الفكر - بيروت .
- (١٨٨) النووي، يحيى بن شرف، آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، تحقيق: بسام عبد الوهاب الجابري، دار الفكر - دمشق، ط١ - ١٤٠٨هـ .
- (١٨٩) النووي، يحيى بن شرف، المجموع شرح المذهب، حققه وعلق عليه وأكمله بعد نقصانه: محمد بحيث المطيعي، مطابع المختار الإسلامي/ دار السلام - القاهرة / مكتبة الإرشاد - جدة، ١٩٨٠م .
- (١٩٠) النووي، يحيى بن شرف، دقائق المنهاج، تحقيق: إياد أحمد الغوج، المكتبة المكية - مكة المكرمة، ط١ - ١٩٩٦م .

- ١٩١) النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي - بيروت، ط ٢ - ١٤٠٥ هـ .
- ١٩٢) النووي، يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المعرفة - بيروت .
- ١٩٣) الهيثمي، أحمد بن محمد بن حجر، الفتاوى الفقهية الكبرى (فتاوى ابن حجر)، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م .
- ١٩٤) الهيثمي، أحمد بن محمد بن حجر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي .

الفقه الحنبلي

- ١٩٥) البعلبي، محمد بن أبي الفتح، المطلع على أبواب الفقه، تحقيق: محمد بشير الأدلي، المكتب الإسلامي - بيروت، ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م .
- ١٩٦) ابن بلبان، محمد بن بدر الدين، أخصر المختصرات في الفقه على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل، تحقيق: محمد ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامي - بيروت، ط ١ - ١٤١٦ هـ .
- ١٩٧) البهوتي، منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستنقع، مكتبة الرياض الحديثة - الرياض، ١٣٩٠ هـ .
- ١٩٨) البهوتي، منصور بن يونس، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى (شرح منتهى الإرادات)، عالم الكتب - بيروت، ط ٢ - ١٤١٦ هـ / ١٩٩٦ م .
- ١٩٩) البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي ومصطفى هلال، دار الكتب العلمية/ دار الفكر - بيروت، ١٤٠٢ هـ .
- ٢٠٠) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، مكتبة ابن تيمية .
- ٢٠١) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، الفتاوى الكبرى، تحقيق وتعليق: محمد عبد القادر عطا، ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٩٨٧ م .
- ٢٠٢) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، شرح العمدة في الفقه، تحقيق: د. سعود العطيشان، مكتبة العبيكان - الرياض، ط ١ - ١٤١٣ هـ .
- ٢٠٣) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، تحقيق: عبد الرحمن محمد قاسم العاصمي النجدي، مكتبة ابن تيمية .
- ٢٠٤) ابن تيمية، عبد السلام بن عبد الله، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف - الرياض، ط ٢ - ١٤٠٤ هـ .
- ٢٠٥) الخرقى، عمر بن الحسين، مختصر الخرقى من مسائل الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - بيروت، ط ٣ - ١٤٠٣ هـ .

- (٢٠٦) الرحيباني، مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي - دمشق، ط ١ - ١٣٨٠هـ/١٩٦١ م .
- (٢٠٧) السفاريني، غذاء الألباب شرح منظومة الآداب، مطبعة الحكومة - مكة المكرمة، ١٣٩٣هـ .
- (٢٠٨) ضويان، إبراهيم بن محمد، منار السبيل في شرح الدليل، تحقيق: عصام القلعجي، مكتبة المعارف - الرياض، ط ٢ - ١٤٠٥هـ .
- (٢٠٩) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، الكافي في فقه الإمام المجل أحمد بن حنبل، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - بيروت، ط ٥ - ١٤٠٨هـ/١٩٨٨ م .
- (٢١٠) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني، دار الفكر - بيروت، ط ١ - ١٤٠٥هـ .
- (٢١١) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، عمدة الفقه، تحقيق: عبد الله سفر العبدلي ومحمد دغليبي العتيبي، مكتبة الطرفين - الطائف .
- (٢١٢) ابن القيم، محمد بن أبي بكر الزرعي، أحكام أهل الذمة، تحقيق: يوسف أحمد البكري - وشاكر توفيق العاروري، رمادي للنشر - الدمام/ دار ابن حزم - بيروت، ط ١ - ١٤١٨هـ/١٩٩٧ م .
- (٢١٣) ابن القيم، محمد بن أبي بكر الزرعي، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية .
- (٢١٤) ابن القيم، محمد بن أبي بكر الزرعي، الطرق الحكمية، مكتبة دار البيان .
- (٢١٥) الكرمي، مرعي بن يوسف، دليل الطالب على مذهب الإمام المجل أحمد ابن حنبل، المكتب الإسلامي، - بيروت، ١٣٨٩هـ .
- (٢١٦) ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي - بيروت، ١٤٠٠هـ .
- (٢١٧) ابن مفلح، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، الآداب الشرعية والمنح المرعية، مؤسسة قرظبة - القاهرة .
- (٢١٨) ابن مفلح، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، الفروع، إشراف وضبط: عبد اللطيف محمد السبكي، عالم الكتب - بيروت، ط ٣ - ١٣٧٩هـ/١٩٦٠ م .
- (٢١٩) المرادوي، علاء الدين بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تصحيح وتحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠ م .

المذاهب الأخرى

- (٢٢٠) اطفيش، محمد بن يوسف بن عيسى، شرح النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد - جده، ١٣٢٢هـ/١٩١٤ م .
- (٢٢١) ابن حزم، علي بن أحمد، المحلى، تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨ م .

٢٢٢) ابن حزم، علي بن أحمد، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، دار الكتب العلمية - بيروت .

٢٢٣) الشوكاني، محمد بن علي، الأدلة الرضية لمتن الدرر البهية في المسائل الفقهية، تحقيق : محمد صبحي الخلاق، دار الندى - بيروت، ط١ - ١٤١٣هـ .

٢٢٤) الشوكاني، محمد بن علي، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق : محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤٠٥هـ .

٢٢٥) الصنعاني، أحمد بن قاسم، التاج المذهب لأحكام المذهب، مكتبة اليمن الكبرى .

٢٢٦) العاملي، زين الدين بن علي بن أحمد العاملي، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، دار العالم الإسلامي .

٢٢٧) المحقق الحلبي، جعفر بن الحسن بن يحيى، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، مؤسسة مطبوعاتي اسماعيليان .

٢٢٨) المرتضى، المهدي لدين الله أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، دار الكتاب الإسلامي .

أصول الفقه وقواعده

٢٢٩) الأمدي، علي محمد، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق : د. سيد الجميلي، دار الكتاب العربي - بيروت، ط١ - ١٤٠٤هـ .

٢٣٠) ابن أمير الحاج، محمد بن محمد بن محمد بن حسن، التقرير والتحجير في شرح التحرير، الطبعة الكبرى الأميرية، ط١ - ١٣١٦هـ ط٢ - ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م .

٢٣١) البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي .

٢٣٢) ابن بدران، عبد القادر، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد، تحقيق : د. عبدالله ابن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط٢ - ١٤٠١هـ .

٢٣٣) البصري، محمد بن علي بن الطيب، المعتمد في أصول الفقه، تحقيق : خليل الميس، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤٠٣هـ .

٢٣٤) البورنو، محمد صديق أحمد، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط٥ - ١٤١٩هـ / ١٩٩٨م .

٢٣٥) الفتزاني، سعد الدين مسعود بن عمر، التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح - مصر .

٢٣٦) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق : محمد حامد الفقي، دار المعرفة - بيروت، ١٣٩٩هـ .

- (٢٣٧) الجويني، عبد الملك بن عبد الله، البرهان في أصول الفقه، تحقيق : د. عبد العظيم محمود الديب، الوفاء - المنصورة، ط ٤ - ١٤١٨ هـ .
- (٢٣٨) ابن حزم، علي بن أحمد، النبذة الكافية في أحكام أصول الدين، تحقيق : محمد أحمد عبد العزيز، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١ - ١٤٠٥ هـ .
- (٢٣٩) الحموي، أحمد بن محمد الحنفي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية .
- (٢٤٠) الرازي، محمد بن عمر بن الحسين، المحصول في علم الأصول، تحقيق : طه جابر العلواني، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض، ط ١ - ١٤٠٠ هـ .
- (٢٤١) ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد، القواعد، دار المعرفة .
- (٢٤٢) الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه : مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم - دمشق، ط ٢ - ١٤٠٩ هـ / ١٩٨٩ م .
- (٢٤٣) الزركشي، محمد بن بهادر، البحر المحيط، دار الكتبي .
- (٢٤٤) الزركشي، محمد بن بهادر، المشور في القواعد، تحقيق : د. تيسير فائق أحمد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، ط ٢ - ١٤٠٥ هـ .
- (٢٤٥) الزنجاني، محمود بن أحمد، تخريج الفروع على الأصول، تحقيق : د. محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة - بيروت، ١٣٩٨ هـ .
- (٢٤٦) السرخسي، محمد بن أحمد، أصول السرخسي، تحقيق : أبي الوفاء الأفغاني، دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٢ هـ .
- (٢٤٧) السلمي، عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلمية - بيروت .
- (٢٤٨) السلمي، عبد العزيز بن عبد السلام، الإمام في بيان أدلة الأحكام، تحقيق : رضوان مختار بن غريبة، دار البشائر الإسلامية - بيروت، ط ١ - ١٤٠٧ هـ .
- (٢٤٩) السلمي، عبد العزيز بن عبد السلام، الفوائد في اختصار المقاصد (القواعد الصغرى)، تحقيق : إياد خالد الطباع، دار الفكر المعاصر/ دار الفكر - دمشق، ط ١ - ١٤١٦ هـ .
- (٢٥٠) السمعاني، منصور بن محمد، قواطع الأدلة في الأصول، تحقيق : محمد حسن محمد، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١ - ١٩٩٧ م .
- (٢٥١) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١ - ١٤٠٣ هـ .
- (٢٥٢) الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي، الموافقات في أصول الفقه، تحقيق : عبد الله دراز، دار المعرفة - بيروت .
- (٢٥٣) الشاشي، أحمد بن محمد، أصول الشاشي، دار الكتاب العربي - بيروت، ١٤٠٢ هـ .

- (٢٥٤) الشافعي، محمد بن إدريس، الرسالة، تحقيق : أحمد محمد شاكر، القاهرة، ١٣٥٨هـ - ١٩٣٩م .
- (٢٥٥) الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، تحقيق : محمد سعيد البدري، دار الفكر - بيروت، ط ١ - ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م .
- (٢٥٦) ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق ودراسة : محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، ط ١ - ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م .
- (٢٥٧) العالم، عبد السلام محمد الشريف، نظرية السياسة الشرعية الضوابط والتطبيقات، منشورات جامعة قارونوس - بنغازي/ ليبيا، ط ١ - ١٩٩٦م .
- (٢٥٨) العطار، حسن بن محمد بن محمود، حاشية العطار على شرح المحلي على جمع الجوامع، (وبهامشه تقرير للإمام عبد الرحمن الشربيني على جمع الجوامع، وهامش الشيخ محمد علي بن حسين المالكي)، دار الكتب العلمية.
- (٢٥٩) العلاتي، خليل بن كيكليدي، إجمال الإصابة في أقوال الصحابة، تحقيق : د. محمد سليمان الأشقر، جمعية إحياء التراث الإسلامي - الكويت، ط ١ - ١٤٠٧هـ .
- (٢٦٠) الغزالي، محمد بن محمد، المستصفى في علم الأصول، تحقيق : محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١ - ١٤١٣هـ .
- (٢٦١) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، روضة الناظر وجنة المناظر، تحقيق : د. عبدالعزيز عبد الرحمن السعيد، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض، ط ٢ .
- (٢٦٢) القرافي، أحمد بن إدريس، أنوار البروق في أنواع الفروق، عالم الكتب - بيروت .
- (٢٦٣) الكرابيسي، أسعد بن محمد بن محمد بن الحسين، الفروق، تحقيق : د. محمد طوموم، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، ط ١ - ١٤٠٢هـ .
- (٢٦٤) المجددي، محمد عميم الإحسان، قواعد الفقه، نشر : الصدف بيلشرز - كراتشي، ط ١ - ١٤٠٧هـ / ١٩٨٦م .
- (٢٦٥) ابن النجار، محمد بن أحمد الفتوحي، شرح الكوكب المنير، مطبعة السنة المحمدية .
- (٢٦٦) الندوي، علي أحمد، القواعد الفقهية، دار القلم - دمشق، ط ٥ - ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م .
- (٢٦٧) النووي، يحيى بن شرف، الأصول والضوابط، تحقيق : د. محمد حسن هيتو، دار البشائر الإسلامية - بيروت، ط ١ - ١٤٠٦هـ .

كتب القضاء

- (٢٦٨) ابن أبي الدم، إبراهيم بن عبد الله، أدب القضاء (الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات)، تحقيق : د. محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر المعاصر - بيروت/ دار الفكر - دمشق، ط ٢ - ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م .

- (٢٦٩) ابن أبي اليمن، إبراهيم، لسان الحكام في معرفة الأحكام، البايي الحلبي، القاهرة، ط ٢ - ١٣٩٣هـ/١٩٧٣ م.
- (٢٧٠) الأسيوطي، محمد بن أحمد المنهاجي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١ - ١٩٩٦ م.
- (٢٧١) أبو الأصبح، عيسى بن سهل الأندلسي، وثائق في أحكام القضاء الجنائي في الأندلس (مستخرجة من مخطوط الأحكام الكبرى)، تحقيق: د. محمد عبد الوهاب خلاف، مراجعة: د. محمود علي مكي، المركز العربي للدول للإعلام - القاهرة / المطبعة العربية الحديثة - القاهرة.
- (٢٧٢) البخاري، صديق بن حسن خان القنوجي، ظفر اللاضي بما يجب في القضاء على القاضي، تحقيق: أبو عبد الرحمن بن عيسى الباتني، دار ابن حزم - بيروت، ط ١ - ١٤٢٢هـ/٢٠٠١ م.
- (٢٧٣) ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد، رسالة ابن خلدون للقضاة (مزيل الملام عن حكام الأنام)، تحقيق: المستشار الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الوطن - الرياض / توزيع مؤسسة الجريسي للتوزيع والإعلان - الرياض، ط ١ - ١٤١٧هـ.
- (٢٧٤) السماطي، سالم بن محمود بن شامس السيابي، هدى الفاروق، وزارة التراث القومي والثقافة - سلطنة عمان، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣ م.
- (٢٧٥) السمرقندي، أبو نصر أحمد بن محمد، رسوم القضاة، تحقيق: محمد جاسم الحديثي، دار الحرية للطباعة - بغداد، منشورات وزارة الثقافة والإعلام - الجمهورية العراقية، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥ م.
- (٢٧٦) السمناني، علي بن محمد بن أحمد، روضة القضاة وطريق النجاة، تحقيق: المحامي د. صلاح الدين الناهي، مطبعة أسعد - بغداد، ١٣٨٩هـ/١٩٧٠ م.
- (٢٧٧) الطرابلسي، علاء الدين علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر.
- (٢٧٨) ابن الطلاع، محمد بن فرج المالكي القرطبي، أفضية رسول الله ﷺ، عناية وتعليق: د. محمد عبد الشكور، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية - حيدر آباد/الهند، ط ١ - ١٤٠٣هـ/١٩٨٣ م.
- (٢٧٩) الطليطلي، أحمد بن مغيث، المقنع في علم الشروط، دار الكتب العلمية، ط ١ - ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠ م.
- (٢٨٠) ابن فرحون، إبراهيم بن علي اليعمري، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية.
- (٢٨١) القرافي، أحمد بن إدريس، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، مراجعة وتصحيح: عزت العطار، مطبعة الأنوار، ط ١ - ١٩٣٨هـ/١٣٥٧ م.

(٢٨٢) المظلوم، بلقاسم بن محمد مرزوق، رسالة نعوت المشهور عليه التي يعتمدها الشاهد في شهادته عليه، تحقيق : د. محمد الطاهر الرزقي، مكتبة الرشد - الرياض، ط ١ - ١٤١٩ هـ / ١٩٩٨ م .

(٢٨٣) ابن المناصف، محمد بن عيسى، تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام، أعده للنشر : عبد الحفيظ منصور، دار التزكي للنشر - تونس .

كتب عامة وحديثة في الشريعة

- (٢٨٤) إسماعيل، نظار عبد القادر محمود، التوثيق بالكتابة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، ١٩٩٣ م، إشراف أ.د. محمد نعيم ياسين، الجامعة الأردنية .
- (٢٨٥) الباز، سليم رستم، شرح المجلة، دار الكتب العلمية - بيروت، طبعة ثالثة مصححة ومزودة .
- (٢٨٦) بديوي، عبد العزيز خليل، القضاء في الإسلام وحماية الحقوق، دار الفكر العربي/ دار الاتحاد العربي للطباعة، ١٩٨٠ م .
- (٢٨٧) أبو البصل، د. عبد الناصر موسى، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي، دار الثقافة، ط ١ - ١٩٩٩ م .
- (٢٨٨) أبو البصل، د. عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، دار النفائس - عمان، ط ١ - ١٤٢٠ هـ / ٢٠٠٠ م .
- (٢٨٩) أبو حسان، محمد، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة، مكتبة المنار - الزرقاء، ط ١ - ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٧ م .
- (٢٩٠) الحمادي، حسن أحمد علي، قضاء الحدود والقصاص والدية (مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الاتحادية العليا منذ إنشائها وحتى الآن)، المجمع الثقافي - الإمارات العربية المتحدة / أبو ظبي، ط ٢ - ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م .
- (٢٩١) الدريني، محمد فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، ط ١ - ١٤١٤ هـ / ١٩٩٤ م .
- (٢٩٢) الدريني، محمد فتحي، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط ٢ - ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م .
- (٢٩٣) الدغمي، محمد راكان، التجسس وأحكامه في الشريعة الإسلامية، جمعية عمال المطابع التعاونية - عمان، ط ١ - ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤ م .
- (٢٩٤) ذياب، زياد صبحي علي، الدفع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون، ١٩٩٤ م .
- (٢٩٥) الربابعة، أسامة على مصطفى الفقير، الظروف المخففة للعقوبة في الفقه الإسلامي، رسالة جامعية، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، ١٩٩٦ م .

- ٢٩٦) الرحيلي، رويحي بن راجح، فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه موازناً بفقهاء أشهر المجتهدين، جامعة أم القرى - مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي/ دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط١ - ١٤٠٣هـ .
- ٢٩٧) الزحيلي، محمد مصطفى، أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، مؤسسة الوحدة، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م .
- ٢٩٨) الزحيلي، محمد مصطفى، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية، دار الفكر - دمشق، ط١ - ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م .
- ٢٩٩) الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، مطبعة الإنشاء/ مطبعة جامعة دمشق - دمشق، ١٣٨٥هـ/ ١٩٦٥م .
- ٣٠٠) الزلمي، مصطفى إبراهيم، المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية، مطبعة أسد - بغداد .
- ٣٠١) أبو زيد، بكر بن عبد الله، التقنين والإلزام، مطابع دار الهلال للأوفست - الرياض، ط١ - ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م .
- ٣٠٢) زيدان، عبد الكريم، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، مكتبة القدس/ مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م .
- ٣٠٣) زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة/ دار البشير، ط٣ - ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م .
- ٣٠٤) السرحاني، محمد فهمي، أحكام السرقة في التشريع الإسلامي، المكتبة التوفيقية، ط١ - ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م .
- ٣٠٥) أبو سعد، محمد شتا، أصول النظام القضائي في المملكة العربية السعودية، ط١ - ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م .
- ٣٠٦) الشرقاوي، علي البدري أحمد، الولايات وأحكام القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية - القاهرة .
- ٣٠٧) الصالح، عثمان عبد الملك، حق الأمن الفردي في الإسلام، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، بحث مقدم إلى ندوة حقوق الإنسان في الإسلام - جامعة الكويت - كلية الحقوق والشريعة، ١٩٨٠م .
- ٣٠٨) أبو طالب، حامد محمد، التنظيم القضائي الإسلامي، مطبعة السعادة، ط١ - ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م .
- ٣٠٩) العالم، عبد السلام محمد الشريف، نظرية السياسة الشرعية، الضوابط والتطبيقات، منشورات جامعة قارونس - بنغازي/ ليبيا، ط١ - ١٩٩٦م .
- ٣١٠) عالية، سمير، نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلامي، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت، ط١ - ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م .

(٣١١) عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي - بيروت .

(٣١٢) عوض، إبراهيم نجيب محمد، القضاء في الإسلام تاريخه ونظامه، مطبوعات مجمع البحوث الإسلامية - الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، ١٣٩٥هـ/ ١٩٧٥م .

(٣١٣) الغامدي، ناصر بن محمد بن مشري، الاختصاص القضائي في الفقه، مع بيان التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد - الرياض، ط١ - ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م .

(٣١٤) الغريبي، صبري أحمد لافي، منهج الخلفاء في النظر في مظالم الرعية، مجلة جامعة صدام للعلوم الإسلامية - الجامعة المستنصرية/ كلية التربية، ع٧ - ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م ص٢٤٦ .

(٣١٥) الققير، علي مصطفى محمد، الإمام العز بن عبد السلام وأثره في الفقه الإسلامي، مطابع القوت المسلحة الأردنية، ط١، عمان، الأردن، ١٩٧٧م .

(٣١٦) القطان، مدوح عبد الكريم، القضاة والولاة، جمعية عمال المطابع التعاونية - الأردن، ١٣٨٧هـ/ ١٩٦٧م .

(٣١٧) الموسوعة الفقهية الكويتية، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت / مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر - مصر، ط٤ - ١٩٩٣م .

(٣١٨) نظام القضاء في الإسلام، من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الإسلامي - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - ١٣٩٦هـ أشرف على الطباعة : إدارة الثقافة والنشر بالجامعة، ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٣م، صادر عن المجلس العلمي في جامعة الإمام محمد بن سعود، ع ٢٢ .

(٣١٩) ياسين، محمد نعيم، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين والوضعية، دار الفرقان/ جمعية عمال المطابع التعاونية، ط١ - ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م .

(٣٢٠) ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفائس - عمان، ط٢ - ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م .

السيرة والتاريخ والتراجم

(٣٢١) ابن إسحاق، محمد بن إسحاق، سير ابن إسحاق المسماة بكتاب المبتدأ والمبعث والمغازي، تحقيق : محمد حيد الله، معهد الدراسات والأبحاث للتعريب .

(٣٢٢) الإسماعيلي، أحمد بن إبراهيم بن إسماعيل، المعجم عن أسامي شيوخ أبي بكر الإسماعيلي، تحقيق : د. زياد محمد منصور، مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، ط١ - ١٤١٠هـ .

(٣٢٣) الأصبهاني، أحمد بن عبد الله، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، دار الكتاب العربي - بيروت، ط٤ - ١٤٠٥هـ .

(٣٢٤) الأصفهاني، عماد الدين، البرق الشامي، تحقيق : د. فالح حسين، مؤسسة عبد الحميد شومان - عمان، ط١ - ١٩٨٧م .

- (٣٢٥) الأنصاري، عمر بن علي بن أحمد، غاية السؤل في خصائص الرسول ﷺ، تحقيق: عبد الله بحر الدين عبد الله، دار البشائر الإسلامية - بيروت، ط١ - ١٩٩٣ م.
- (٣٢٦) البخاري، محمد بن إسماعيل، التاريخ الكبير، تحقيق: السيد هاشم الندوي، دار الفكر .
- (٣٢٧) البخاري، محمد بن إسماعيل، الكنز، تحقيق: السيد هاشم الندوي، دار الفكر - بيروت .
- (٣٢٨) البغدادي، أحمد بن علي الخطيب، تاريخ بغداد، دار الكتب العلمية - بيروت .
- (٣٢٩) الجبرتي، عبد الرحمن بن حسن، تاريخ عجائب الآثار في التراجم والأخبار، دار الجيل - بيروت .
- (٣٣٠) الجرجاني، عبد الله بن عدي بن عبد الله، الكامل في ضعفاء الرجال، تحقيق: يحيى مختار غزوي، دار الفكر - بيروت، ط٣ - ١٤٠٩ هـ/١٩٨٨ م .
- (٣٣١) الجمحي، محمد بن سلام، طبقات فحول الشعراء، تحقيق: محمود محمد شاكر، دار المدني - جدة .
- (٣٣٢) ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي، المنتظم في تاريخ الملوك والأمم، دار صادر - بيروت، ط١ - ١٣٥٨ هـ . طبعة أخرى: تحقيق: عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤١٢ هـ/١٩٩٢ م .
- (٣٣٣) ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي، صفوة الصفوة، تحقيق: محمود فاخوري، ود. محمد رواس قلججي، دار المعرفه - بيروت، ط٢ - ١٣٩٩ هـ/١٩٧٩ م .
- (٣٣٤) ابن حجر، أحمد بن علي، تهذيب التهذيب، دار الفكر، ط١ - ١٤٠٤ هـ/١٩٨٤ م .
- (٣٣٥) ابن حجر، أحمد بن علي، لسان الميزان، تحقيق: دائرة المعارف النظامية - الهند، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات - بيروت، ط٣ - ١٤٠٦ هـ/١٩٨٦ م .
- (٣٣٦) ابن حجر، أحمد بن علي، نزهة الألباب في الألقاب، تحقيق: عبد العزيز السديري، مكتبة الرشد - الرياض، ط١ - ١٩٨٩ م .
- (٣٣٧) الخضير، عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد، الشمائل الشريفة، تحقيق: محمد عبدالرؤوف بن تاج العارفين المناوي، دار طائر العلم - جدة .
- (٣٣٨) الخطيب، أحمد بن حسن بن علي، كتاب الوفيات، تحقيق: عادل نويهض، دار الآفاق الجديدة - بيروت، ط٢ - ١٩٧٨ م .
- (٣٣٩) ابن خلكان، أحمد بن محمد، وفيات الأعيان وأنباء الزمان، تحقيق: د. إحسان عباس، دار الثقافة - بيروت، ١٩٦٨ م .
- (٣٤٠) ابن خياط، خليفة بن خياط، تحقيق: د. أكرم ضياء العمري، دار القلم - دمشق/ مؤسسة الرسالة - بيروت، ط٢ - ١٣٩٧ هـ .

- (٣٤١) الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان، العبر في خبر من غير، تحقيق : د. صلاح الدين المنجد، مطبعة حكومة الكويت - الكويت، ط٢ - ١٠٤٨م (مصورة) .
- (٣٤٢) الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان، المعين في طبقات المحدثين، تحقيق : د. همام عبد الرحيم سعيد، دار الفرقان - عمان، ط١ - ١٤٠٤هـ .
- (٣٤٣) الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان، سير أعلام النبلاء، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ومحمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط٩ - ١٤١٣هـ .
- (٣٤٤) الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، تحقيق : علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٩٩٥م .
- (٣٤٥) الرازي، عبد الرحمن بن أبي حاتم، الجرح والتعديل، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط١ - ١٢٧١هـ/١٩٥٢م .
- (٣٤٦) الربيعي، محمد بن عبد الله بن أحمد، تاريخ مولد العلماء ووفياتهم، تحقيق : د. عبد الله أحمد سليمان الحمد، دار العاصمة - الرياض، ط١ - ١٤١٠هـ .
- (٣٤٧) الزهري، محمد بن سعد بن منيع، الطبقات الكبرى، دار صادر - بيروت .
- (٣٤٨) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، ربح السريرين فيمن عاش من الصحابة بعد ١٢٠هـ .
- (٣٤٩) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، طبقات الحفاظ، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤٠٣هـ .
- (٣٥٠) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، كفاية الطالب اللبيب في خصائص الحبيب، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٩٨٥م .
- (٣٥١) الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف، طبقات الفقهاء، تحقيق : خليل الميس، دار القلم - بيروت .
- (٣٥٢) طاش كبري زاده، العقد المنظوم في ذكر أفاضل الروم، دار الكتاب العربي - بيروت، ١٣٩٥هـ .
- (٣٥٣) الطبري، أحمد بن عبد الله بن محمد، الرياض النضرة في مناقب العشرة، تحقيق : عيسى عبد الله محمد مانع الحميري، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط١ - ١٩٩٦م .
- (٣٥٤) الطبري، محمد بن جرير، تاريخ الأمم والملوك، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤٠٧هـ .
- (٣٥٥) ابن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق : علي محمد البجاوي، دار الجليل - بيروت، ط١ - ١٤١٢هـ .
- (٣٥٦) العكري، عبد الحي بن أحمد، شذرات الذهبي في أخبار من ذهب، دار الكتب العلمية - بيروت .

- (٣٥٧) الفاكهي، محمد بن إسحاق بن العباس، أخبار مكة في قديم الدهر وحديثه، تحقيق : د.عبدالمكك عبد الله دهيش، دار خضر - بيروت، ط ٢- ١٤١٤هـ.
- (٣٥٨) ابن فرحون، إبراهيم بن علي، اللديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، دار الكتب العلمية - بيروت .
- (٣٥٩) فريد بك، محمد فريد بك المحامي، تاريخ الدولة العلية العثمانية، تحقيق : د. إحسان حقي، دار الفنائس - بيروت، ١٤٠٣هـ .
- (٣٦٠) ابن قاضي شهبة، أبو بكر بن أحمد بن محمد، طبقات الشافعية، تحقيق : د. الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب - بيروت، ط ١ - ١٤٠٧هـ .
- (٣٦١) ابن قانع، عبد الباقي، معجم الصحابة، تحقيق : صلاح بن سالم المصراطي، مكتبة الغرباء الأثرية - المدينة المنورة، ط ١ - ١٤١٨هـ .
- (٣٦٢) القزويني، عبد الكريم بن محمد الرافعي، التدوين في أخبار قزوين، تحقيق: عزيز الله العطاردي، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٩٨٧م .
- (٣٦٣) القضاعي، أبو عبيد الله محمد بن عبد الله بن أبي بكر القضاعي البلنسي، التكملة لكتاب الصلة، تحقيق : د. عبد السلام الهراس، دار الفكر - بيروت، ١٩٩٥م .
- (٣٦٤) ابن القيسراني، محمد بن طاهر بن علي، تذكرة الحفاظ، تحقيق : حمدي عبد المجيد السلفي، دار الصميعي - الرياض، ط ١ - ١٤١٥هـ .
- (٣٦٥) ابن القيم، محمد بن أبي بكر الزرعي، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق : شعيب الأرنؤوط، وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة - بيروت/ مكتبة المنار الإسلامية - الكويت، ط ١٤ - ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٦م .
- (٣٦٦) الكتاني، عبد الحي، نظام الحكومة النبوية المسمى التراتيب الإدارية، دار الكتاب العربي - بيروت .
- (٣٦٧) الكتاني، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، ذيل تاريخ مولد العلماء ووفياتهم، تحقيق : د.عبد الله أحمد سليمان الحمد، دار العاصمة - الرياض، ط ١ - ١٤٠٩هـ .
- (٣٦٨) ابن كثير، إسماعيل بن عمر، البداية والنهاية، مكتبة المعارف - بيروت .
- (٣٦٩) المقدسي، عبد الرحمن بن إسماعيل، الروضتين في أخبار الدولتين التورية والصلاحية، تحقيق : إبراهيم الزبيق، مؤسسة الرسالة - بيروت، ١٩٩٧م .
- (٣٧٠) المقرئ، أحمد بن محمد، نفع الطيب من غصن الأندلس الرطيب، تحقيق : د. إحسان عباس، دار صادر - بيروت، ١٩٦٨م .
- (٣٧١) الناصري، أحمد بن خالد، الاستقصا لأخبار دول المغرب الأقصى، تحقيق : جعفر الناصري، ومحمد الناصري، دار الكتاب - الدار البيضاء، ط ١ - ١٩٩٧م .
- (٣٧٢) ابن هشام، عبد الملك بن هشام، السيرة النبوية، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد، دار الجليل - بيروت، ط ١ - ١٤١١هـ .

(٣٧٣) أبو الوفاء، عبد القادر بن أبي الوفاء، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، مير محمد كتب خانه كراتشي .

(٣٧٤) الواعظ، عمر بن أحمد، تاريخ أسماء الثقات، تحقيق : صبحي السامرائي، الدار السلفية - الكويت، ط ١ - ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م .

اللغة والمصطلحات

(٣٧٥) الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، تحقيق : د.مازن المبارك، دار الفكر المعاصر - بيروت، ط ١ - ١٤١١هـ .

(٣٧٦) البخاري، صديق بن حسن القنوجي، أجمد العلوم الوشي المرقوم في بيان أحوال العلوم، تحقيق : عبد الجبار زكار، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٩٧٨هـ .

(٣٧٧) البستي، أبو حاتم محمد بن حبان، روضة العقلاء ونزهة الفضلاء، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٣٩٧هـ / ١٩٧٧م .

(٣٧٨) البكري، أبو عبيد عبد الله بن عبد القدير، فصل المقال في شرح كتاب الأمثال، تحقيق: د. إحسان عباس و د.عبد المجيد عابدين، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط ٣ - ١٩٨٣م .

(٣٧٩) البكري، أبو عبيد عبد الله بن عبد القدير، معجم ما استعجم من أسماء البلاد والمواضع، تحقيق : مصطفى السقا، عالم الكتب - بيروت، ط ٣ - ١٤٠٣هـ .

(٣٨٠) أبو تمام، ديوان الحماسة، بشرح العلامة التبريزي، دار القلم - بيروت، ط ١ .

(٣٨١) التهانوي، محمد علي بن علي، كشف اصطلاحات الفنون .

(٣٨٢) الجرجاني، علي بن محمد بن علي، التعريفات، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي - بيروت، ط ١ - ١٤٠٥هـ .

(٣٨٣) الجزري، المبارك بن محمد، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق : طاهر أحمد الزاوي و محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م .

(٣٨٤) الجياني، محمد بن عبد الملك بن مالك، الألفاظ المختلفة في المعاني المؤتلفة، تحقيق : د.محمد حسن عواد، دار الجليل - بيروت، ط ١ - ١٤١١هـ .

(٣٨٥) حاجي خليفة، مصطفى بن عبد الله القسطنطيني الحنفي، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤١٣هـ / ١٩٩٢م .

(٣٨٦) الحموي، ياقوت بن عبد الله، معجم البلدان، دار الفكر - بيروت .

(٣٨٧) الخطابي، حمد بن محمد بن إبراهيم، غريب الحديث، تحقيق : عبد الكريم إبراهيم العزباوي، جامعة أم القرى - مكة المكرمة، ١٤٠٢هـ .

(٣٨٨) الدينوري، عبد الله بن مسلم بن قتيبة، غريب الحديث، تحقيق : د. عبد الله الجبوري، مطبعة العاني - بغداد، ط ١ - ١٣٩٧هـ .

- (٣٨٩) الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م .
- (٣٩٠) الزمخشري، محمود بن عمر، الفائق في غريب الحديث، تحقيق: علي محمد الجاوي ومحمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعرفة - لبنان، ط ٢ .
- (٣٩١) الزمخشري، محمود بن عمر، المستقصى في أمثال العرب، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ٢ - ١٩٨٧م .
- (٣٩٢) السمعاني، عبد الكريم بن محمد بن منصور، أدب الإملاء والاستملاء، تحقيق: ماكس فايسفايلر، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١ - ١٤٠١هـ/١٩٨١م .
- (٣٩٣) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، المزهرة في علوم اللغة وأنواعها، تحقيق: فؤاد علي منصور، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٩٩٨م .
- (٣٩٤) صفوت، أحمد زكي، جمهرة خطب العربي في عصور العربية الزاهرة، المكتبة العلمية - بيروت .
- (٣٩٥) طاش كبري زاده، أحمد بن مصطفى، مفتاح السعادة ومصباح السيادة .
- (٣٩٦) أبو عبيد، القاسم بن سلام الهروي، غريب الحديث، تحقيق: د. محمد عبد المعيد خان، دار الكتاب العربي - بيروت، ط ١ - ١٣٩٦هـ .
- (٣٩٧) العسكري، أبو هلال، كتاب جمهرة الأمثال، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، وعبدالمجيد قطامش، دار الفكر، ط ٢ - ١٩٨٨م .
- (٣٩٨) الفراهيدي، الخليل بن أحمد، كتاب العين، تحقيق: د. مهدي المخزومي، ود. إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال .
- (٣٩٩) الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط ١ - ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م .
- (٤٠٠) الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية .
- (٤٠١) القلقشندي، أحمد بن علي، صبح الأعشى في صناعة الإنشاء، تحقيق: د. يوسف علي طويل، دار الفكر - دمشق، ط ١ - ١٩٨٧م .
- (٤٠٢) القونوي، قاسم بن عبد الله بن أمير علي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق: د. أحمد بن عبد الرزاق الكيسي، دار الوفاء - جدة، ط ١ - ١٤٠٦هـ .
- (٤٠٣) ابن قيس، عبد الله بن محمد بن عبيد، قرى الضيف، تحقيق: عبد الله بن حمد المنصور، أضواء السلف - الرياض، ط ١ - ١٩٩٧م .
- (٤٠٤) المطرزي، ناصر بن عبد السيد بن علي، المغرب في ترتيب المعرب، دار الكتاب العربي .
- (٤٠٥) المناوي، محمد عبد الرؤوف، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق: د. محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر - بيروت/ دار الفكر - دمشق، ط ١ - ١٤١٠هـ .

- (٤٠٦) ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر - بيروت، ط ١ .
- (٤٠٧) الموصلي، نصر الله بن محمد بن محمد بن عبد الكريم، المثل السائر في أدب الكاتب والشاعر، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية - بيروت، ١٩٩٥ م.
- (٤٠٨) الميداني، أبو الفضل أحمد بن محمد النيسابوري، مجمع الأمثال، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار المعرفة - بيروت .
- (٤٠٩) ابن النديم، محمد بن إسحاق، الفهرست، دار المعرفة - بيروت، ١٣٩٨هـ/١٩٧٨ م .
- (٤١٠) النسفي، عمر بن أحمد بن إسماعيل، طلبة الطلبة، دار الطباعة العامر، برخصة من نظارة المعارف الجليلة، ١٣١١هـ أعادت طبعه بالأرغفة مكتبة المثني ببغداد .
- (٤١١) النووي، يحيى بن شرف، تحرير الفاظ التبيين، تحقيق: عبد الغني الدقر، دار القلم - دمشق، ط ١ - ١٤٠٨هـ .
- (٤١٢) النيسابوري، أحمد بن محمد الميداني، مجمع الأمثال، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار المعرفة - بيروت .
- (٤١٣) الهروي، محمد بن أحمد بن الأزهر الأزهرى، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، تحقيق: د. محمد جبر الأنفي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، ط ١ - ١٣٩٩هـ .

كتب القانون

- (٤١٤) إمام، محمد عبد الواحد، الشرطة من منظور إسلامي، الدار العربية الليتانية - القاهرة، ط ١ - ١٤١٩هـ/١٩٩٨ م .
- (٤١٥) البحر، ممدوح خليل، مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط ١، ١٩٩٨ .
- (٤١٦) باقر، طه، مقدمة في تاريخ الحضارات القديمة، بغداد، ١٩٧٣ م .
- (٤١٧) ثروت، جلال، نظم الإجراءات الجنائية، الجامعة الأردنية، ١٩٩٧ م .
- (٤١٨) الجراح، شفيق، دراسات في تاريخ الحقوق لمؤسسات الحقوق في بابل، جامعة دمشق - دمشق، ط ٢ - ١٩٧٥ م .
- (٤١٩) جعفر، علي محمد، مبادئ المحاكمات الجزائية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط ١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤ م .
- (٤٢٠) جيره، عبد المنعم عبد العظيم، نظام القضاء في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة/ إدارة البحوث، ١٤٠٩هـ/١٩٨٨ م .
- (٤٢١) الدواليبي، محمد معروف، المدخل إلى التاريخ العام للقانون، مطبعة جامعة دمشق، ط ١ - ١٣٨٠هـ/١٩٦١ م .

- (٤٢٢) أبو رحمة، إبراهيم وآخرون، مجموعة التشريعات الجزائية، إعداد المكتب الفني في نقابة المحامين - عمان، مطبعة التوفيق عمان، ١٩٩٥ م .
- (٤٢٣) سليمان، عامر، القانون في العراق القديم، دراسة تاريخية قانونية مقارنة، كلية الآداب - جامعة الموصل، ١٩٧٧ م .
- (٤٢٤) عبد السلام، فاروق، الشرطة ومهامها في الدولة الإسلامية، دار الصحوة للنشر، ط ١ - ١٤٠٨هـ/١٩٨٧ م .
- (٤٢٥) عبد المنعم، سليمان، أصول الإجراءات الجزائية في التشريع والقضاء، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت، ١٤١٧هـ/١٩٩٧ م .
- (٤٢٦) العبودي، عباس، شريعة حمورابي، دراسة قانونية مقارنة مع التشريعات الحديثة، مطبعة التعليم العالي بالموصل، ١٩٩٠ م .
- (٤٢٧) عياد، عبد الرحمن، أصول علم القضاء (قواعد المرافعات في التنظيم القضائي والدعوى والاختصاص)، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبأنظمة المملكة العربية السعودية، مطابع معهد الإدارة العامة، ١٤٠١هـ/١٩٨١ م .
- (٤٢٨) الفاضل، محمد، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، مطبعة جامعة دمشق، ط ٣ - ١٣٨٥هـ/١٩٦٥ م .
- (٤٢٩) الكيلاني، فاروق، محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن، شركة المطبوعات الشرقية دار المروج - بيروت، ط ٣ - ١٩٩٥ م .
- (٤٣٠) المصري، علي علي صالح، وظيفة الشرطة في النظم الوضعية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بين اليمن ومصر، دار النهضة العربية، ط ١ - ١٤١٨هـ/١٩٩٨ م .
- (٤٣١) أبو الوفا، أحمد، نظرية الدفع في قانون المرافعات، دار المعارف، مطبعة معهد دون بوسكو - الإسكندرية، ط ٤ - ١٩٦٧ م .

In the name of ALLAH, the Compassionate, the Merciful

ABSTRACT

THE PRINCIPLES OF THE CRIMINAL PROCEDURES LAW IN ISLAMIC SHARIA'H

By

OsamaH Ali Alfakeer

Supervisor

Prof. Mohammed Naeim Yaseen

This thesis deals with "The Principles of the Criminal Law In Islamic Sharia'h" which can be defined as "Legal Procedures which define the jurisdiction of the judiciary and its responsibilities in what can be useful in relating crimes, in which ALLAH has right in, to their perpetrators and make judgement, how to challenge the verdict and go for retrial, and the effect of violating such procedures.

I have begun with an introduction, which explains the importance of this subject, the need for it, reasons for choosing it, methods of treatment, plan of the study, and previous studies related to the issue.

The thesis consists of five chapters, as follows:

1st chapter: The concept of the The shar'ite Criminal Procedures principles

It contains definitions of terms and vocabulary used in this subject. I also identify the importance of the The shar'ite Criminal procedures Principles and need to put laws and legislation for this branch of knowledge.

2nd chapter: The shar'ite Criminal procedures principles prior to the lawsuit

In this chapter I identify those who have the right to deal with crimes committed in the Moslem community who I called "Custody on Crimes" I then pointed out procedures which those involved in this custody can practice. These procedures include searching, checking, spying, inspection, and thereafter, imprisonment or beating for the charges.

3rd chapter: How to raise a lawsuit according to The shar'ite criminal procedures Principles

In this chapter, I studied the concept of a criminal lawsuit, its contents, bases, conditions, parties, the difference between the plaintiff and defendant, validity of criminal texts on people, and opinions of Islamic scholars in rights purely related to God, in connection with criminal prosecution.

4th chapter: The shar'ite Criminal procedure principles Hearings

In this chapter I studied how to distinguish between canonists and judges, and different cases of disputes over their mandates, the status of "Shura" in jurisdiction and the notion of phased prosecution. I also discuss formal and objective procedures which should be adopted during trial, whether related to the parties of the lawsuit, the judge, or the time and place of trial. This chapter also deals with the principle of open courts, easing of trying procedures, and trial documentation. I also discuss the equality principle of equality and its applications, and aides to the judges, and the power of attorney. I then discussed evidence such as testimonial, confession, oath, as well as common procedures of various kinds of evidence. Thereafter comes final step of hearing, which is ruling, and how it should be taken, and what is considered a "verdict" and what is not, and formalities, and ethics that should be adopted in making a judgment.

5th Chapter: Post-trial principles of Shar'ite criminal procedures.

Here, I discuss the notion of phased prosecution in jurisdiction, what does it mean, and who has the right to cassate the rulings, and how cassation should be conducted, principles of ruling, cassation, and execution of criminal verdicts and also discussed. Then I tackled the effects of violating the procedures of Shar'ite criminal trials in all its phases.

I wrapped up my study with the conclusions and findings.

The reader will notice that Islamic canonists and jurists had preceded all thinkers and jurists of human laws in laying firm procedures and foundations to achieve justice in a shorter and, more secured and safe way, while protecting man's life, properties, honour, and rights. It is the difference between the man-made and the divine-made, Islamic Shar'ite had surpassed all man-made laws that have been the dream of legislators and philosophers throughout history.

Hence, God says in the Holy Quran:

"This day, have I perfected your religion for you, completed my favor upon you, and have chosen for you Islam as your religion."

Praise be Allah, the Cherisher and the Sustainer of the worlds.

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع
٥	الشكر
٧	تقرير سماحة الشيخ د. نوح القضاة
١١	الملخص
١٣	المقدمة
٢٥	الفصل الأول : مفهوم أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية
٢٦	المبحث الأول: تعريف أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية لغة واصطلاحاً
٢٦	المطلب الأول : أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية لغة
٢٧	الفرع الأول : معنى كلمة أصول لغة
٢٩	الفرع الثاني : معنى كلمة المحاكمات لغة
٣٢	الفرع الثالث : معنى كلمة الشرعية لغة
٣٥	الفرع الرابع : معنى كلمة الجزائرية لغة
٣٨	المطلب الثاني : أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية اصطلاحاً
٣٨	الفرع الأول : تحديد مفهوم أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية
٤٧	الفرع الثاني : تعريفات مقترحة
٥٢	الفرع الثالث : التعريف المختار ومحترزات قيوده
٥٦	المبحث الثاني : الألفاظ ذات الصلة بأصول المحاكمات الشرعية الجزائرية

٥٦	المطلب الأول : أصول المحاكمات الشرعية المدنية في المعاملات والأحوال الشخصية
٦٨	المطلب الثاني : قواعد العقوبات الشرعية
٧١	المطلب الثالث : علم الشروط والوثائق
٧٥	المطلب الرابع : نظام القضاء وأدب القضاء وعلم القضاء
٧٩	المبحث الثالث : أهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائية وأهمية تقنينها
٧٩	أولاً: أهمية أصل هذا العلم
٨٢	ثانياً: مظاهر أهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائية
٩١	ثالثاً : أهمية تقنين أصول المحاكمات الشرعية الجزائية
٩٧	الفصل الثاني : أصول المحاكمات الشرعية الجزائية السابقة للدعوى
١٠٠	المبحث الأول : ولاية الجرائم
١٠٩	المطلب الأول : ولاية الشرطة
١٢٣	المطلب الثاني : ولاية الحسبة
١٣٤	المطلب الثالث : ولاية المظالم
١٤٤	المبحث الثاني : التحقيق الابتدائي
١٤٧	المطلب الأول : البحث والكشف
١٥٠	الفرع الأول : البحث والكشف بمجرد الظن
١٥٦	الفرع الثاني : البحث والكشف بغلبة الظن
١٦٥	الفرع الثالث : البحث والكشف بالعلم
١٧٤	المطلب الثاني : التفتيش
١٧٤	الفرع الأول : تفتيش الأماكن
١٨٧	الفرع الثاني : تفتيش الأشخاص
١٩٢	المطلب الثالث : الحبس بالتهمة

- ٣٧١ المطلب الرابع : الشورى في القضاء
- ٣٧٨ المطلب الخامس : درجات التقاضي
- ٣٨٢ المبحث الثاني : أصول نظر الدعوى الجزائية
- ٣٨٣ المطلب الأول : أصول المحاكمة الشكلية
- ٣٨٣ الفرع الأول : مكان المحاكمة ووقتها
- ٤٠١ الفرع الثاني : علانية المحاكمة
- ٤٠٧ الفرع الثالث : تسهيل التقاضي
- ٤١٢ الفرع الرابع : التوثيق بالكتابة
- ٤٢١ المطلب الثاني : سيرة القاضي في الأحكام
- ٤٢١ الفرع الأول : الأصول الخاصة بالقاضي
- ٤٣٩ الفرع الثاني : المساواة
- ٤٥١ المطلب الثالث : أعوان القضاء
- ٤٥٧ المبحث الثالث : أصول البيئات الجزائية
- ٤٥٨ المطلب الأول : الشهادة
- ٤٧٠ المطلب الثاني : الإقرار
- ٤٧٦ المطلب الثالث : اليمين
- ٤٨١ المطلب الرابع : الأصول المشتركة في كل البيئات
- ٤٨١ الفرع الأول : الأجال
- ٤٨٤ الفرع الثاني : تلقين الخصوم الحجة
- ٤٩٠ الفرع الثالث : الإعذار
- ٤٩٤ المبحث الرابع : إصدار الأحكام
- ٤٩٥ المطلب الأول : تعريف الحكم وبيان شروطه وأنواعه
- ٥٠٥ المطلب الثاني : ما يعتبر حكماً وما لا يعتبر
- ٥١١ المطلب الثالث : الأحكام الشكلية في إصدار الأحكام

٥١٤	المطلب الرابع : الآداب المتعلقة بإصدار الأحكام
٥١٧	الفصل الخامس : أصول المحاكمات الشرعية الجزائية بعد المحاكمة
٥١٨	المبحث الأول : أصول إبرام الأحكام الشرعية الجزائية ونقضها
٥١٨	المطلب الأول : إبرام الأحكام القضائية
٥٣١	المطلب الثاني : نقض الأحكام القضائية
٥٣١	الفرع الأول : المختص بنقض الأحكام القضائية
٥٤٥	الفرع الثاني : موجبات نقض الأحكام القضائية
٥٥٦	الفرع الثالث : كيفية نقض الأحكام
٥٦٠	المبحث الثاني: أصول تنفيذ الأحكام الشرعية الجزائية
٥٦١	المطلب الأول : اقتصار التنفيذ على ما هو مطلوب
٥٧٢	المطلب الثاني : الاتزان والاعتدال عند إقامة العقوبة
٥٧٨	المطلب الثالث : الحفاظ على الحرمات
٥٨٢	المطلب الرابع : تناسب الشدة في التنفيذ مع الجريمة
٥٨٧	المطلب الخامس : أن يكون التنفيذ مشهوداً
٥٩١	المطلب السادس : أن يكون التنفيذ بإذن الإمام
٦٠٢	المبحث الثالث : أثر مخالفة أصول المحاكمات الشرعية الجزائية
٦٠٤	المطلب الأول : ما لا أثر له في حال المخالفة
٦١٣	المطلب الثاني : ما له أثر عند المخالفة
٦٣١	الخاتمة
٦٣٥	التوصيات
٦٣٧	فهرس المصادر والمراجع
٦٦٧	المحتويات