

القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي وتطبيقاتها في

القضاء الشرعي الأردني

دراسة مقارنة

إعداد

محمد يونس فالح الزعبي

المشرف

الدكتور عباس أحمد الباز

المشرف المشارك

الدكتور زياد صبحي ذياب

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

كلية الدراسات العليا
الجامعة الأردنية

حزيران، ٢٠٠٥م

نموذج تفويض

أنا الطالب : محمد يونس فالح الزعبي ، أفوض الجامعة الأردنية بتزويد نسخ
من أطروحتي للمكتبات ، أو المؤسسات ، أو الهيئات ، أو الأشخاص عند طلبها.

التوقيع :

التاريخ :

The University of Jordan

Authorization Form

authorize the university ، Mohammad Younes Faleh Al-Zoubi ، I
of Jordan to supply copies of my thesis Dissertation to libraries or
establishments or individuals on request.

Signature :

Date:

الإهداء

إلى الجبل الأشم الذي ألهمني الصبر والعزم .
إلى نبع الحنان التي تفانت في الحب والعطاء .
إلى اللذين أوصاني بهما ربي إحسانا أبي وأمي.

إلى رفيقة دربي زوجتي .

إلى من أتمنى أن يكون لهما من اسميهما نصيب أبنائي
جهاد ، وعبادة .

إلى من أتمنى أن تكون لي سترأ من النار ابنتي وئام .

إلى جميع أهلي ، وأعزائي ممن كانوا دعائم صبري
وهمتي .

إلى أبناء الأمة العاملين بإخلاص لتعود لها عزتها
وكرامتها.

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين القائل: ﴿ وَمَنْ يَشْكُرْ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ ﴾^(١)، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين محمد ﷺ وعلى من سار على نهجه، واقتفى سنته إلى يوم الدين أما بعد :

فإنه بعد أن منّ الله عليّ بإتمام هذه الأطروحة فالشكر له أولاً وأخراً ؛ لأنه أجدد بالشكر وأولى ، وثانياً فإنني أرى لزاماً عليّ أن أسجل أمتناني ، وتقديري ، وشكري إلى كل من الدكتور عباس الباز ، والدكتور زياد ذياب على تفضلهما بقبول الإشراف على أطروحتي فكانت توجيهاتهما لآلئ أطروحتي ، وبلسم سطورها ، ونوراً أقتدي به في كتابة حروفها ، فجزاهم الله عني خير الجزاء .

كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى السادة أعضاء لجنة المناقشة ، الذين تجشّموا عناء قراءة هذه الأطروحة ، من أجل إثرائها بالملاحظات القيّمة ، والتوجيهات السديدة ، التي أعتزّ بها ، وأدين بالشكر لأهلها ، إقراراً بفضلهم ، واعترافاً بجميلهم ، حتى تخرج هذه الأطروحة بصورة مرضية.

كما لا يفوتني أن أشكر المعلم فؤاد المرزايق لمساهمته في تدقيق هذه الأطروحة لغوياً، ولا أنسى أن أشكر كل من ساهم في إتمام هذه الأطروحة سواء بإسداءه النصح ، والمشورة ، أو الكلمة الطيبة ، أو الدعاء الخالص ، فجزى الله الجميع خيراً ، وجعل جهدهم في ميزان حسناتهم يوم القيامة .

(١) سورة لقمان ، آية (١٢) .

المحتويات

الموضوع	الصفحة
قرار لجنة المناقشة	ب
الإهداء	ج
شكر وتقدير	د
المحتويات	هـ
الملخص باللغة العربية	ع
المقدمة :	١
أهمية الدراسة ومبرراتها	١
مشكلة الدراسة	٢
الدراسات السابقة	٣
منهجية البحث	٥
خطة البحث	٥
التمهيد : القواعد الفقهية ، مفهومها ، مصادرها ، أنواعها ، أهميتها :	٨
- المبحث الأول : القاعدة الفقهية ، مفهومها ، المصطلحات ذات الصلة :	٩
المطلب الأول : مفهوم القاعدة الفقهية :	٩
أولاً : معنى القاعدة لغة واصطلاحاً .	٩
ثانياً : معنى الفقه لغة واصطلاحاً .	١١
ثالثاً : معنى القاعدة الفقهية باعتبارها مركباً وصفيًا .	١٢
المطلب الثاني : المصطلحات ذات الصلة :	١٦
أولاً : الضابط الفقهي .	١٦
ثانياً : النظرية الفقهية .	١٨
ثالثاً : القاعدة الأصولية .	٢٠
- المبحث الثاني : القواعد الفقهية ، مصادرها ، حجيتها ، أهميتها :	٢٢
المطلب الأول : مصادر القواعد الفقهية .	٢٢
المطلب الثاني : حجية القواعد الفقهية .	٢٦
المطلب الثالث : أهمية القواعد الفقهية .	٣١

الفصل الأول : الحكم القضائي ، مفهومه ، مقوماته في الشريعة الإسلامية

- ٣٥ والقضاء الشرعي الأردني:
- ٣٦ - المبحث الأول : مفهوم الحكم القضائي:
- ٣٦ . المطلب الأول : الحكم لغة و اصطلاحاً .
- ٣٩ . المطلب الثاني : القضاء لغة واصطلاحاً .
- ٤١ . المطلب الثالث : مفهوم الحكم القضائي اصطلاحاً .
- ٤٦ - المبحث الثاني : مقومات الحكم القضائي:
- ٤٨ . المطلب الأول : الحاكم .
- ٥٥ . المطلب الثاني : المحكوم له .
- ٥٨ . المطلب الثالث : المحكوم عليه .
- ٦١ . المطلب الرابع : المحكوم فيه .
- ٦٤ . المطلب الخامس : المحكوم به .
- ٦٨ . المطلوب السادس : طريق الحكم .
- الفصل الثاني : القواعد الفقهية المختصة بالخصوم ، وتطبيقاتها في القضاء
- ٧٢ الشرعي الأردني :
- ٧٣ - المبحث الأول : القواعد الفقهية المختصة بالمدعي :
- ٧٤ القاعدة الأولى : المدعي من لا يجبر على الخصومة
- ٧٤ ١ - معنى القاعدة .
- ٧٤ ٢ - مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ٧٦ ٣ - أمثلة على القاعدة .
- ٧٧ ٤ - موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ٧٩ القاعدة الثانية : لا يحكم إلا بطلب :
- ٧٩ ١ - معنى القاعدة .
- ٧٩ ٢ - مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ٨١ ٣ - أمثلة على القاعدة .
- ٨١ ٤ - الاستثناءات الواردة على القاعدة
- ٨٢ ٥ - موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ٨٥ - المبحث الثاني : القواعد الفقهية المختصة بالمدعى عليه :

- القاعدة الأولى : المدعى عليه من يجبر على الخصومة : ٨٦
- ١- معنى القاعدة . ٨٦
- ٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها . ٨٦
- ٣- أمثلة على القاعدة . ٨٦
- ٤- موقف القضاء الشرعي الأردني . ٨٧
- القاعدة الثانية :الأصل براءة الذمة : ٨٩
- ١- معنى القاعدة . ٨٩
- ٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها . ٨٩
- ٣- أمثلة على القاعدة . ٩٠
- ٤- الاستثناءات الواردة على القاعدة . ٩٠
- ٥- موقف القضاء الشرعي الأردني . ٩١
- القاعدة الثالثة : القضاء يقتصر على المدعى عليه ولا يتعدى إلى غيره : ٩٢
- ١- معنى القاعدة . ٩٢
- ٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها . ٩٢
- ٣- الاستثناءات الواردة على القاعدة. ٩٣
- ٤- أمثلة على القاعدة. ٩٤
- ٥- موقف القضاء الشرعي الأردني . ٩٥
- المبحث الثالث : القواعد الفقهية المشتركة بين المدعي والمدعى عليه : ٩٦
- القاعدة الأولى :البينة على من ادعى واليمين على من أنكر . ٩٧
- ١- معنى القاعدة . ٩٧
- ٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها . ٩٧
- ٣- أمثلة على القاعدة . ٩٨
- ٤- الاستثناءات الواردة على القاعدة . ٩٨
- ٥- موقف القضاء الشرعي الأردني . ٩٩
- القاعدة الثانية : من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه : ١٠١
- ١- معنى القاعدة . ١٠١
- ٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها . ١٠١

- ١٠٢ ٣- أمثلة على القاعدة .
- ١٠٢ ٤- الاستثناءات الواردة على القاعدة .
- ١٠٣ ٥- موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ١٠٤ القاعدة الثالثة: من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه :
- ١٠٤ ١- معنى القاعدة .
- ١٠٤ ٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ١٠٤ ٣- أمثلة على القاعدة .
- ١٠٤ ٤- الاستثناءات الواردة على القاعدة .
- ١٠٦ ٥- موقف القضاء الشرعي الأردني .

القاعدة الرابعة : العبرة في تعيين القاضي الذي ترفع إليه الدعوى

- ١٠٧ هي لمكان إقامة المدعى عليه:
- ١٠٧ ١- معنى القاعدة .
- ١١٥ ٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ١١٢ ٣- أمثلة على القاعدة .
- ١١٢ ٤- الاستثناءات الواردة على القاعدة .
- ١١٣ ٥- موقف القضاء الشرعي الأردني .

الفصل الثالث : القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم فيه والمحكوم به

- ١١٧ **وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني:**
- المبحث الأول : القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم فيه:**
- ١١٨ **المطلب الأول : القواعد الفقهية المختصة بشروط المحكوم فيه :**
- ١١٩ القاعدة الأولى: أن يكون المدعى به معلوماً:
- ١١٩ ١- معنى القاعدة .
- ١١٩ ٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ١٢٠ ٣- أمثلة على القاعدة .
- ١٢١ ٤- الاستثناءات الواردة على القاعدة .
- ١٢٢ ٥- موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ١٢٤ القاعدة الثانية: أن يكون المدعى به محتمل الثبوت عقلاً وعادة:

- ١٢٤ -١- معنى القاعدة .
- ١٢٤ -٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ١٣٠ -٣- أمثلة على القاعدة .
- ١٣١ -٤- موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ١٣٣ القاعدة الثالثة : أن يكون المدعى به في ذاته مصلحة مشروعة:
- ١٣٣ -١- معنى القاعدة .
- ١٣٣ -٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ١٣٤ -٣- أمثلة على القاعدة .
- ١٣٥ -٤- الاستثناءات الواردة على القاعدة .
- ١٣٦ -٥- موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ١٣٧ المطلب الثاني : القواعد الفقهية التطبيقية المختصة بالمحكوم فيه :
- ١٣٨ القاعدة الأولى : الأمور بمقاصدها:
- ١٣٨ -١- معنى القاعدة .
- ١٣٨ -٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ١٤٠ -٣- أمثلة على القاعدة .
- ١٤٠ -٤- الاستثناءات الواردة على القاعدة .
- ١٤١ -٥- موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ١٤٣ القاعدة الثانية : الأصل بقاء ما كان على ما كان :
- ١٤٣ -١- معنى القاعدة .
- ١٤٥ -٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ١٤٥ -٣- أمثلة على القاعدة .
- ١٤٦ -٤- الاستثناءات الواردة على القاعدة .
- ١٤٧ -٥- موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ١٤٩ القاعدة الثالثة :الأصل في الأمور العارضة العدم:
- ١٤٩ -١- معنى القاعدة .
- ١٤٩ -٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .

- ١٥٠ -٣- أمثلة على القاعدة .
- ١٥٠ -٤- الاستثناءات الواردة على القاعدة .
- ١٥٢ -٥- موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ١٥٣ القاعدة الرابعة :الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته :
- ١٥٣ -١- معنى القاعدة .
- ١٥٣ -٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ١٥٤ -٣- أمثلة على القاعدة .
- ١٥٤ -٤- الاستثناءات الواردة على القاعدة .
- ١٥٦ -٥- موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ١٥٧ القاعدة الخامسة : العادة محكمة :
- ١٥٧ -١- معنى القاعدة .
- ١٥٨ -٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ١٦١ -٣- أمثلة على القاعدة .
- ١٦٩ -٤- الاستثناءات الواردة على القاعدة .
- ١٦٢ -٥- موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ١٦٤ القاعدة السادسة :الضرر يزال :
- ١٦٤ -١- معنى القاعدة .
- ١٦٥ -٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ١٦٦ -٣- أمثلة على القاعدة .
- ١٦٨ -٤- موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ١٧١ القاعدة السابعة : مراجعة الحق خير من التماذي في الباطل :
- ١٧١ -١- معنى القاعدة .
- ١٧١ -٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ١٧٥ -٣- أمثلة على القاعدة .
- ١٧٦ -٤- موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ١٨١ القاعدة الثامنة :الحق لا يسقط بتقادم الزمان :

- ١٨١ ١- معنى القاعدة .
- ١٨١ ٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ١٨٣ ٣- أمثلة على القاعدة .
- ١٨٣ ٤- الاستثناءات الواردة على القاعدة .
- ١٨٥ ٥- موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ١٨٧ القاعدة التاسعة :الأصل في الأبضاح التحريم :
- ١٨٧ ١- معنى القاعدة .
- ١٨٧ ٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ١٨٨ ٣- أمثلة على القاعدة .
- ١٨٩ ٤- الاستثناءات الواردة على القاعدة .
- ١٩٠ ٥- موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ١٩٢ القاعدة العاشرة :الغرم بالغنم :
- ١٩٢ ١- معنى القاعدة .
- ١٩٢ ٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ١٩٣ ٣- أمثلة على القاعدة .
- ١٩٤ ٤- موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ١٩٥ القاعدة الحادية عشرة : التابع تابع :
- ١٩٥ ١- معنى القاعدة .
- ١٩٥ ٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ١٩٧ ٣- أمثلة على القاعدة .
- ١٩٧ ٤- الاستثناءات الواردة على القاعدة .
- ١٩٩ ٥- موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ٢٠١ -المبحث الثاني : القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم به :
- ٢٠٢ القاعدة الأولى : الأصل في القضاء الرد إلى الكتاب ، والسنة ، والإجماع :
- ٢٠٢ ١- معنى القاعدة .
- ٢٠٢ ٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ٢٠٣ ٣- أمثلة على القاعدة .

- ٢٠٤ -٤ موقف القضاء الشرعي الأردني .
- القاعدة الثانية: يندب للقاضي العالم بالحكم مشورة أهل العلم وإن كان**
- ٢٠٥ **جاهلا تجب المشورة :**
- ٢٠٥ -١ معنى القاعدة .
- ٢٠٦ -٢ مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ٢٠٩ -٣ أمثلة على القاعدة .
- ٢١٠ -٤ موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ٢١٣ **القاعدة الثالثة: لامساغ للاجتهاد في مورد النص:**
- ٢١٣ -١ معنى القاعدة .
- ٢١٤ -٢ مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ٢١٦ -٣ أمثلة على القاعدة .
- ٢١٧ -٤ موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ٢١٩ **القاعدة الرابعة: الاجتهاد لا ينقض بمثله :**
- ٢١٩ -١ معنى القاعدة .
- ٢١٩ -٢ مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ٢٢٠ -٣ أمثلة على القاعدة .
- ٢٢٠ -٤ الاستثناءات الواردة على القاعدة .
- ٢٢١ -٥ موقف القضاء الشرعي الأردني .
- الفصل الرابع : القواعد الفقهية المختصة بالقاضي وحكمه وتطبيقاتها**
- ٢٢٣ **في القضاء الشرعي الأردني:**
- ٢٢٤ -المبحث الأول : القواعد الفقهية المختصة بالقاضي :
- ٢٢٥ القاعدة الأولى : الواجب على الكفاية واجب على الكل ويسقط بفعل ما يكفي:
- ٢٢٥ -١ معنى القاعدة .
- ٢٢٥ -٢ مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ٢٢٨ -٣ أمثلة على القاعدة .
- ٢٢٩ -٤ موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ٢٣١ القاعدة الثانية: يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها:

- ٢٣١ -١- معنى القاعدة .
- ٢٣٢ -٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ٢٣٣ -٣- أمثلة على القاعدة .
- ٢٣٣ -٤- الاستثناءات الواردة على القاعدة .
- ٢٣٤ -٥- موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ٢٣٨ القاعدة الثالثة :طالب الولاية لا يولى :
- ٢٣٨ -١- معنى القاعدة .
- ٢٣٨ -٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ٢٣٩ -٣- حكم طلب القضاء .
- ٢٤١ -٤- أمثلة على القاعدة .
- ٢٤١ -٥- الاستثناءات الواردة على القاعدة .
- ٢٤٢ -٦- موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ٢٤٤ القاعدة الرابعة : الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة :
- ٢٤٤ -١- أنواع الولاية .
- ٢٤٤ -٢- معنى الولاية .
- ٢٤٥ -٣- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ٢٤٦ -٤- أمثلة على القاعدة .
- ٢٤٦ -٥- الاستثناءات الواردة على القاعدة .
- ٢٤٧ -٦- موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ٢٥٠ القاعدة الخامسة :التصرف على الرعية منوط بالمصلحة :
- ٢٥٠ -١- معنى القاعدة .
- ٢٥٠ -٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ٢٥٢ -٣- أمثلة على القاعدة .
- ٢٥٣ -٤- موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ٢٥٦ القاعدة السادسة : التهمة تقدر بالتصرفات إجماعا :
- ٢٥٦ -١- معنى القاعدة .
- ٢٥٦ -٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .

- ٢٥٧ ٣- أسباب التهمة ومراتبها.
- ٢٥٨ ٤- أمثلة على القاعدة .
- ٢٥٩ ٥-موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ٢٦٢ القاعدة السابعة: لا ضمان على القاضي إذا أخطأ ما لم يكن متعمداً :
- ٢٦٢ ١-معنى القاعدة .
- ٢٦٢ ٢-مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ٢٦٤ ٣-شروط سقوط الضمان .
- ٢٦٥ ٤- أمثلة على القاعدة .
- ٢٦٦ ٥-موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ٢٦٨ -المبحث الثاني : القواعد الفقهية المختصة بالحكم القضائي :
- ٢٦٩ القاعدة الأولى : حكم الحاكم يرفع الخلاف :
- ٢٦٩ ١-معنى القاعدة .
- ٢٦٩ ٢-مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ٢٧٠ ٣-شروط الحكم الذي يرفع الخلاف .
- ٢٧١ ٤-أمثلة على القاعدة .
- ٢٧٢ ٥-موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ٢٧٤ القاعدة الثانية :حكم الحاكم لا يحيل الأمر عما هو عليه :
- ٢٧٤ ١-معنى القاعدة .
- ٢٧٤ ٢-مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ٢٨٤ ٣-أمثلة على القاعدة .
- ٢٨٥ ٤-موقف القضاء الشرعي الأردني .
- القاعدة الثالثة : الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم
- ٢٨٦ حلالاً أو أحل حراماً :
- ٢٨٦ ١-معنى القاعدة .
- ٢٨٦ ٢-مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ٢٩١ ٣-أمثلة على القاعدة .
- ٢٩٢ ٤-موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ٢٩٦ القاعدة الرابعة :المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً :

- ٢٩٦ ١- معنى القاعدة .
- ٢٩٦ ٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ٢٩٨ ٣- أمثلة على القاعدة .
- ٢٩٩ ٤- موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ٣٠٣ القاعدة الخامسة : لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان :
- ٣٠٣ ١- معنى القاعدة .
- ٣٠٥ ٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ٣٠٧ ٣- أمثلة على القاعدة .
- ٣٠٨ ٤- موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ٣١١ القاعدة السادسة : الحدود تدرأ بالشبهات :
- ٣١١ ١- معنى القاعدة .
- ٣١١ ٢- مستند القاعدة ، وآراء العلماء فيها .
- ٣١٤ ٣- أمثلة على القاعدة .
- ٣١٥ ٤- موقف القضاء الشرعي الأردني .
- ٣١٨ -الخاتمة
- ٣٢٢ -الاقتراحات والتوصيات .
- ٣٢٤ -المراجع والمصادر .
- الملاحق:
- ٣٤٥ ١- فهرس الآيات .
- ٣٤٧ ٢- فهرس الأحاديث .
- ٣٤٩ ٣- فهرس الأعلام الذين ترجم لهم .
- ٣٥٠ -الملخص باللغة الإنجليزية .

القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي وتطبيقاتها في

القضاء الشرعي الأردني - دراسة مقارنة

إعداد

محمد يونس فالج الزعبي

المشرف

الدكتور عباس أحمد الباز

المشرف المشارك

الدكتور زياد صبحي ذياب

ملخص

لقد تناولت هذه الدراسة موضوع (القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني) دراسة فقهية مقارنة ، هادفة إلى ذكر القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي ، ومدى تطبيقها في القضاء الشرعي الأردني، حيث احتوت الدراسة على مقدمة ، وتمهيد ، وأربعة فصول ، وخاتمة تضمنت النتائج والتوصيات ، وقائمة المصادر والمراجع ، على النحو التالي .

أشار الباحث في المقدمة إلى مشكلة الدراسة ، وأهميتها ، والدراسات السابقة التي تناولت الموضوع ، مع بيان المنهج الذي سار عليه الباحث في هذه الأطروحة . أما الفصل التمهيدي فقد ذكرت فيه لمحة عن القواعد الفقهية ، من حيث مفهومها، ومصادرها ، وحجتها، وأهميتها في الفتيا والقضاء .

وفي الفصل الأول تحدثت عن الحكم القضائي من حيث مفهومه ، ومقوماته مع ذكر موجز لهذه المقومات ، الحاكم ، المحكوم له ، والمحكوم عليه ، والمحكوم فيه ، والمحكوم به ، وطريق الحكم .

ثم جاء الفصل الثاني لأبين فيه القواعد المختصة بالخصوم ، حيث اشتمل على القواعد المختصة بالمدعي ، ثم المدعى عليه ، وأخيراً القواعد المشتركة بينهما .

وفي الفصل الثالث ذكرت أهم القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم فيه ، والتي ينبغي على القاضي مراعاتها ، وأخذها بعين الاعتبار، لما لها من أثر كبير في إعانة القاضي للوصول إلى الحق الذي ينشده ، كما ذكرت القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم به ، والتي من شأنها أن ترسم للقاضي مرجعيته في إصدار الأحكام .

وفي الفصل الرابع تحدثت عن القواعد الفقهية المختصة بالحاكم ، من حيث ذكر أهم الأمور المتعلقة بولاية القاضي ، ومدى صلاحيته في إصدار الأحكام ، وحدود مسؤوليته عن أحكامه .

كما تناولت أهم القواعد الفقهية المختصة بالحكم ، من حيث نفوذه ظاهراً وباطناً ، وما مدى تأثيره بتغيير الزمان والمكان ؟ وما أثر الشبهة عليه إذا كان الحكم متعلقاً بالحدود ، وهل يجوز للقاضي أن يصلح بين الخصوم ؟ هذا وقد تعرضت في كل فصل إلى موقف القضاء الشرعي الأردني ، ومدى تطبيق ذلك في المحاكم الشرعية .

وأخيراً فقد ذكرت خاتمة تضمنت أهم النتائج ، والتوصيات التي توصلت إليها خلال هذه الدراسة ، وقائمة المصادر والمراجع ، والملاحق التي اشتملت على فهرس للآيات ، و الأحاديث التي وردت في هذه الأطروحة ، وقائمة بأسماء الأعلام الذين ترجمت لهم ، وجاء في خاتمة البحث ، ملخص الأطروحة باللغة الإنجليزية .

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله الذي خلق الخلق ، وأنزل الحق ، أحمدته تعالى حمد الشاكرين ، واستغفراه استغفار المذنبين التائبين ، وأسأله معونة الصابرين ، والفوز بجنة النعيم ، وأصلي وأسلم على المبعوث رحمة للعالمين محمد عليه أفضل الصلاة والتسليم ، إمام القضاة وسيدهم ، حكم فعدل ، وقضى فما ظلم ، وعلى من سار على نهجه ، واقتفى سنته إلى يوم الدين ﴿ رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِّن لِّسَانِي يَفْقَهُوا قَوْلِي ﴾ (١) ، اللهم لا علم لنا إلا ما علمتنا ، إنك أنت العليم الحكيم ، أما بعد :

فلقد شرفنا الله تبارك وتعالى بالانتساب إلى دينه ، وحمل لوائه الذي فتح الله به أعيناً عمياً ، وأذناً صماً ، وقلوباً غلفاً ، أصبحنا سادة الأمم ، القوي فينا ضعيف حتى يؤخذ الحق منه والضعيف فينا قوي حتى يؤخذ الحق له ، لا فضل لعربي على أعجمي ، ولا لأبيض على أسود إلا بالتقوى ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ﴾ (٢) .

ولما كان القضاء من أجل العلوم قدراً ، وأشرفها ذكراً ، وهو مما لا غنى للناس عنه في حياتهم ، فيه تفصل الخصومات ، وترد الحقوق إلى أصحابها على ضوء نصوص من القرآن والسنة النبوية ، التي تنير للقاضي طريقه في الوصول إلى الحق الذي ينشده ، أخذاً بعين الاعتبار تلك الثروة الفقهية التي خلفها لنا علماء أجلاء ، وحكام أمناء جعلوا الحق غايتهم ، والعدل نصب أعينهم ، وتقوى الله في قلوبهم ، وفق قواعد وضوابط شرعية ساروا عليها في حكمهم ، فسعدوا بالدنيا والآخرة .

ولقد جاءت هذه الأطروحة لتتناول جانباً من جوانب القضاء ، وهي بعنوان : **القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني** ، جامعة بذلك بين علم القواعد الفقهية والقضاء ، وملاحظة مدى التطبيق العملي لذلك في القضاء الشرعي الأردني .

أهمية الدراسة ومبرراتها :

أولاً : أهمية الدراسة :

(١) سورة طه ، آية (٢٥-٢٨) .

(٢) سورة الحجرات ، آية (١٣) .

تبرز أهمية الدراسة في بيان الأمور التالية :

- ١- دراسة القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي، والتي من شأنها أن تكون ملكة عقلية فقهية قضائية قادرة على تحقيق الغاية المرجوة من القضاء .
- ٢- بيان أن النظام القضائي الإسلامي ذو تأصيل شرعي ، الأمر الذي يمكنه من تخريج الفروع على الأصول ، ومسايرة القضايا وحلها في كل زمان ومكان .
- ٣- خدمة أصحاب العلاقة العاملين بالقضاء الشرعي ، حيث ربطت هذه الدراسة بين الناحية الفقهية في دراسة القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي ، وبين الناحية التطبيقية العملية للواقع في القضاء الشرعي الأردني .
- ٤- إن هذه الدراسة تعتبر امتداداً لدراسة سابقة تناولت القواعد الفقهية المتعلقة بالإثبات ، فجاءت هذه الدراسة لتكتمل بها موضوعات القضاء من خلال دراسة القواعد الفقهية المتعلقة به.

ثانياً: مبررات الدراسة :

تتلخص مبررات هذه الدراسة فيما يلي :

- ١- رغبة الباحث في دراسة القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي ، وإفرادها بدراسة مستقلة يتسنى للباحثين في هذا المجال الإطلاع عليها والاستفادة منها .
- ٢- وضع دراسة بين يدي العاملين في القضاء الشرعي الأردني بحيث تجمع بين الناحية الفقهية النظرية لهذه القواعد ، وبين الواقع العملي ، وما استقر عليه اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية الأمر الذي يسهل عليهم في كثير من الأحيان عملهم والقيام به على أكمل وجه.

مشكلة الدراسة:

إن ما هو موجود من مصنفات في القواعد الفقهية يجعل من العسير أن يجد الباحث مصنفاً يجمع القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي ، وتطبيقاتها في الاجتهادات القضائية الأردنية، الأمر الذي دعاني للبحث في هذا الموضوع ، ومن هنا فإن مشكلة الدراسة تكمن في محاولة الإجابة عن الأسئلة التالية :

أولاً : ما مدى الاعتماد على القواعد الفقهية في القضاء الإسلامي ؟

ثانياً : ما مدى تطبيق ذلك في القضاء الشرعي الأردني ؟

الدراسات السابقة :

هناك مصنفات بحثت جوانب متعددة من القضاء كالدعوى ، ووسائل الإثبات ، والحكم القضائي في الشريعة والقانون ، كما أن هناك الكثير من المصنفات والقواعد الفقهية قديماً وحديثاً ، إلا أنه لا يوجد - حسب علمي - أية دراسة علمية جمعت بين القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي ، وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني ، ومن أهم الدراسات القريبة من هذه الدراسة ما يلي :

أولاً : نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون ، محمد نعيم ياسين ، وقد اشتمل الكتاب على معظم الأحكام المتعلقة بالدعوى ، دراسة فقهية مقارنة جامعة بين الشريعة والقانون ، حيث اشتمل في ثناياه على بعض من القواعد الفقهية التي سوف أتناولها في هذه الأطروحة .

ثانياً : نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون ، عبد الناصر موسى أبو البصل ، وقد اشتمل الكتاب على معظم الأحكام المختصة بمقومات الحكم القضائي مع إجراء دراسة مقارنة مع القانون ، حيث سيكون النواة التي انطلق منه لدراسة القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي .

ثالثاً : قواعد الإثبات في الشريعة الإسلامية ، وهي أطروحة علمية تقدم بها خالد محمود قرقور استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله في الجامعة الأردنية ، حيث تناول الحديث عن القواعد الفقهية المتعلقة بالإثبات في الشريعة الإسلامية كالإقرار، والشهادة ، واليمين ، والقرائن ، وعلم القاضي ، والكتابة وقد كانت أطروحته في ثمانية فصول ، حيث ابتدأ بتعريف وسيلة الإثبات ومشروعيتها ، ثم تحدث عن القواعد الفقهية المتعلقة بهذه الوسيلة .

وسأستفيد من هذه الرسالة في التبويب ، وفي طريقة البحث التي أعتمدها من حيث ابتدأه بذكر القاعدة ، وبيان معناها ، ورأي العلماء فيها وذكر مستندها ، مع ذكر بعض الأمثلة عليها وما يستنتى منها ، وأضيف على ذلك بيان مدى الاعتماد على القاعدة في القضاء الشرعي الأردني ، وذلك بذكر المواد القانونية التي تتعامل بها المحاكم الشرعية التي وردت هذه القاعدة فيها ، والتمثيل لهذه القواعد بذكر تطبيقاتها في اجتهادات علماء القضاء الشرعي الأردني ، الأمر الذي يتطلب مطالعة الاجتهادات القضائية لمحكمة الاستئناف الشرعية الأردنية ، بمعرفة مدى تطبيق هذه القواعد في قراراتها .

مما سبق يتضح أن أطروحتي ستتفق مع الأطروحة المذكورة من حيث المنهجية ولكنها مختلفة معها من حيث المضمون ، فأطروحتي ستكون عن القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي ، وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني ، في حين أن الرسالة المذكورة تتحدث عن القواعد الفقهية المتعلقة بالإثبات .

رابعاً: القواعد الفقهية لعلي أحمد الندوي ، وهو كتاب شامل يتحدث عن القواعد الفقهية بشكل عام حيث ذكر فيه عدداً كبيراً من القواعد الفقهية وقد قسم الموضوع إلى قسمين : كان الأول في بيان معنى القواعد الفقهية ، وبيان العلاقة بينها وبين القاعدة الأصولية ، والنظرية الفقهية ، والضابط الفقهي ، كما قدم بلمحة تاريخية عن نشأة القواعد الفقهية ، وأهم المؤلفات فيها في المذاهب الأربعة ، وأما القسم الثاني فقد كان في بيان هذه القواعد وقد جاء في الفصل الثاني منها تحت عنوان : (القواعد الفقهية وظيفتها ومكانتها في الإفتاء والقضاء) ، وفي هذا الفصل ذكر اثنتين وعشرين عبارة متعلقة بجميع أبواب القضاء ، بما في ذلك موضوع الإثبات ، وقال : "إن هذه العبارات بمثابة قواعد استعملها القضاة عند الفصل بين المتخاصمين وحسم النزاع "

خامساً: القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام ، إبراهيم محمد الحريري ، حيث اشتمل الكتاب على عشرة فصول تناول من خلالها القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بالنظام القضائي الإسلامي ، والذي حاولت الاستفادة منه في حصر القواعد المختصة بمقومات الحكم القضائي .

والفرق بين الدراستين السابقتين وبين أطروحتي ، هو أنني لن أتحدث عن جميع القواعد الفقهية ، بل سأكتفي بالقواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي ، إضافة لذلك فإنني سأضيف إلى ذلك بيان مدى الاعتماد على القاعدة في القضاء الشرعي الأردني ، وذلك بذكر المواد القانونية التي تتعامل بها المحاكم الشرعية وفق هذه القواعد ، والتمثيل لهذه القواعد بذكر تطبيقاتها في اجتهادات علماء القضاء الشرعي الأردني كما تقدم.

منهجية البحث :

سيتبع الباحث في دراسته المنهج الوصفي القائم على :

أولاً : الرجوع إلى كتب القواعد الفقهية ، وربطها بالفروع القضائية في كتب القضاء .

ثانياً : بحث القواعد الفقهية التي لها علاقة بمقومات الحكم القضائي من حيث :

١- معنى القاعدة وشرحها ، وبيان مستندها .

٢- ذكر آراء الفقهاء فيها ، وبعض الأمثلة عليها ، وذكر ما يستنتج منها إن وجد .

٣- ذكر ما مدى الاعتماد على القاعدة في التشريعات الأردنية وتطبيقاتها في القضاء

الشرعي الأردني ، وذلك بمطالعة قانون أصول المحاكمات الشرعية ، وقانون الأحوال

الشخصية ، وقرارات المحاكم الشرعية ، وخاصة محكمة الاستئناف الشرعية .

ثالثاً : تخريج الأحاديث بردها إلى مصادرها الأصلية ، والحكم عليها .

رابعاً : ترجمة بعض الأعلام الذين ورد ذكرهم في الأطروحة .

خطة البحث :

احتوى هذا البحث على مقدمة ، وتمهيد ، وأربعة فصول ، وخاتمة :

- أما المقدمة : فقد اشتملت على بيان أهمية الدراسة ومبرراتها ، ومشكلة الدراسة ، و

الدراسات السابقة في الموضوع مع بيان منهج الدراسة .

- التمهيد ، وقد تحدث الباحث فيه عن القواعد الفقهية ، مفهومها، مصادرها، حجيتها،

أهميتها ، ويحتوي على مبحثين :

المبحث الأول : القاعدة الفقهية ، مفهومها ، المصطلحات ذات الصلة ، وقد احتوى على المطالب التالية :

المطلب الأول : مفهوم القاعدة الفقهية .

المطلب الثاني : المصطلحات ذات الصلة .

المبحث الثاني : القواعد الفقهية ، مصادرها ، حجيتها ، أهميتها ، وقد احتوى على المطالب

التالية :

المطلب الأول : مصادر القواعد الفقهية .

المطلب الثاني : حجية القواعد الفقهية .

المطلب الثالث : أهمية القواعد الفقهية .

الفصل الأول : الحكم القضائي ، مفهومه ، مقوماته في الشريعة الإسلامية ، و القضاء

الشرعي الأردني ، ويحتوي على مبحثين :

المبحث الأول : مفهوم الحكم القضائي ، وقد احتوى على المطالب التالية :

- . **المطلب الأول :** الحكم لغة و اصطلاحا .
- . **المطلب الثاني :** القضاء لغة و اصطلاحا .
- . **المطلب الثالث :** مفهوم الحكم القضائي .

المبحث الثاني : مقومات الحكم القضائي ، وقد احتوى على المطالب التالية :

- . **المطلب الأول :** الحاكم .
- . **المطلب الثاني :** المحكوم له .
- . **المطلب الثالث :** المحكوم عليه .
- . **المطلب الرابع :** المحكوم فيه .
- . **المطلب الخامس :** المحكوم به .
- . **المطلب السادس :** طريق الحكم .

الفصل الثاني : القواعد الفقهية المختصة بالخصوم ، وتطبيقاتها في القضاء الشرعي

الأردني ، ويحتوي على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : القواعد الفقهية المختصة بالمدعي .

المبحث الثاني : القواعد الفقهية المختصة بالمدعى عليه .

المبحث الثالث : القواعد الفقهية المشتركة بين المدعي والمدعى عليه .

الفصل الثالث : القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم فيه ، والمحكوم به ، وتطبيقاتها في

القضاء الشرعي الأردني ، و يحتوي على مبحثين :

المبحث الأول : القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم فيه ، وقد احتوى على مطلبين :

- . **المطلب الأول :** القواعد الفقهية المختصة بشروط المحكوم فيه .
- . **المطلب الثاني :** القواعد الفقهية التطبيقية المختصة بالمحكوم فيه .
- . **المبحث الثاني :** القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم به .

الفصل الرابع : القواعد الفقهية المختصة بالقاضي ، وحكمه ، وتطبيقاتها في القضاء

الشرعي الأردني ، و يحتوي على مبحثين :

المبحث الأول : القواعد الفقهية المختصة بالقاضي .

المبحث الثاني : القواعد الفقهية المختصة بالحكم القضائي .

وأخيراً خاتمة احتوت على أهم النتائج ، والتوصيات ، وقائمة بأسماء المراجع والمصادر ،

وبعض الملاحق ، وملخص باللغة الإنجليزية

وفي الختام فإنني بشر ، ومن سمات البشر أنهم يخطئون ، فما كان في أطروحتي من صواب فالحمد لله تعالى الذي وفقني إليه ، ودلني عليه ، وإن كان من خطأ فرحم الله من أهدى إليّ عيوبي ، وصحح زلة قلبي ، والله أسأل لي الصواب ، والسداد ، وأن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه ، وأن ينتفع به ، وصدق الله إذ يقول ﴿ إِن أُرِيدُ إِلَّا الْإِصْلَاحَ مَا اسْتَطَعْتُ وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ ﴾ (١) .

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين
وصلّى الله على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين

(١) سورة هود ، آية (٨٨) .

الفصل التمهيدي :

القواعد الفقهية ، مفهومها ، مصادرها ، حجيتها ، أهميتها :

المبحث الأول : القاعدة الفقهية ، مفهومها ، والمصطلحات ذات الصلة :

المطلب الأول : مفهوم القاعدة الفقهية :

- أولاً : معنى القاعدة لغة ، واصطلاحاً .
- ثانياً : معنى الفقهية لغة ، واصطلاحاً .
- ثالثاً : معنى القاعدة الفقهية باعتبارها مركبا وصفيًا .

المطلب الثاني : المصطلحات ذات الصلة :

- أولاً : الضابط الفقهي .
- ثانياً : النظرية الفقهية .
- ثالثاً : القاعدة الأصولية .

المبحث الثاني : القواعد الفقهية ، مصادرها ، حجيتها ، أهميتها :

- المطلب الأول : مصادر القواعد الفقهية .
- المطلب الثاني : حجية القواعد الفقهية .
- المطلب الثالث : أهمية القواعد الفقهية .

المبحث الأول :

القواعد الفقهية مفهومها والمصطلحات ذات الصلة :

المطلب الأول :

مفهوم القواعد الفقهية :

القاعدة الفقهية مركب وصفي ، يتكون من القاعدة والفقه ، ولذا لابد لبيان معناها من معرفة المعنى اللغوي ، والاصطلاحي ، لكل منهما على حده ، ومن ثم معنى القاعدة الفقهية باعتبارها مركباً وصفياً على النحو التالي :

أولاً : معنى القاعدة لغة واصطلاحاً :

أ- معنى القاعدة لغة :

القاعدة لغة مصدر قَعَدَ يقعد قعوداً ، وجمعها قواعد^(١) ، وقد وردت في اللغة بعدة معان

أهمها :

١ - أصل الأس ، والقواعد الأساس وقواعد البيت أساسه^(٢) ، وفيها قوله تعالى: ﴿ وَإِذْ يُرْفَعُ

إِبْرَاهِيمَ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴾^(٣) ، قال الزمخشري : " القواعد جمع قاعدة ، وهي الأساس والأصل لما فوقه " ^(٤).

وقال الزجاج : " القواعد أساطين البناء التي يعتمد عليها^(٥) ، ومنها قوله تعالى : ﴿ فَآتَى اللَّهُ

(١) ابن منظور ، محمد بن مكرم ، (ت ٦٣٠ هـ / ١٣١١ م) ، لسان العرب ، ط ١ ، ١٥ م ، دار صادر بيروت ، لبنان ، ج ٣ ، ص ٣٥٧ ، باب قعد ، ابن فارس ، أحمد ، (٣٩٥ هـ / ٩٨٢ م) ، معجم مقاييس اللغة ، ط ١ ، ٦ م ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٩١ م ، ج ٥ ، ص ١٠٨ ، الفراهيدي ، الخليل بن أحمد ، (ت ١٧٥ هـ / ٧٩١ م) ، العين ، ط ١ ، ٥ م ، (تحقيق : مهدي ، المخزومي / إبراهيم السامرائي) ، مكتبة الهلال ، ١٩٩٥ م ، ج ١ ، ص ١٤٣ ، باب قعد . الفيروز ابادي ، محمد بن يعقوب (ت ٨١٧ هـ / ١٤١٥ م) ، القاموس المحيط ، ط ١ ، ٤ م ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٣ م ، ج ١ ، ص ٣٢٨ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) سورة البقرة ، آية (١٢٧) .

(٤) الزمخشري ، محمود بن عمر ، (ت ٥٣٨ هـ / ١١٤٣ م) ، الكشف ، ط ١ ، ٤ م ، (تحقيق : عادل عبد الموجود / علي معوض) ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، ١٩٩٨ م ، ج ١ ، ص ٣٢١ .

(٥) ابن منظور ، لسان العرب ، باب قعد ، ج ٣ ، ص ٣٦١ .

بُنْيَانُهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ ﴿١﴾ أي : من جهة القواعد وهي الأساطين ، فأتى البنيان من الأساطين بأن ضَعَفَتْ فَسَقَطَ عَلَيْهِمُ السَّقْفُ ، وماتوا وهلكوا (٢) .

وعليه فإن المعنى اللغوي العام للقاعدة (٣) هو الأصل والإساس ، نظراً لإبتناء الأحكام عليها كابتناء الجدران على الإساس (٤) .

ب - معنى القاعدة اصطلاحاً :

عرّف العلماء القاعدة بصورة عامة ، بعدة تعريفات أهمها :

١ - عرفها السبكي (٥) بأنها : " الأمر الذي ينطبق على جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منه " (٦)

٢- وعرفها الجرجاني (٧) بأنها : " قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها " (٨) .

(١) سورة النحل ، آية (٢٦) .

(٢) النسفي ، عبد الله بن أحمد ، (ت ٧١٠ هـ / ١٣١٠ م) ، مدارك التنزيل وحقائق التأويل ، ط ١ ، ام ، دار المعرفة ، بيروت ٢٠٠٠م ، ص ٥٩٣ .

(٣) هناك معان أخرى للقاعدة ، منها الثبات ، والاستقرار في المكان ، فالقاعدة هي صفة غالبية ومعناها الثابتة الزمخشري ، الكشاف ، ج ١ ، ص ٣٦١ .

- ومنها القاعد من النساء ، وهي الكبيرة المسنة التي قعدت عن الولد ، والحيض ، والأزواج ومنها قوله

تعالى : ﴿ وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ ، (سورة النور آية ٦٠) ، القرطبي ، محمد بن أحمد ، (ت ٦٧١ هـ / ١٢٧٣ م) ، الجامع لأحكام القرآن ، ط ١ ، ١١ م ، (تحقيق : سالم مصطفى البديري) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠م ، ج ١٢ ، ص ٢٠٣ .

(٤) الباحثين ، يعقوب عبد الوهاب ، (١٩٩٨ م) ، القواعد الفقهية المبادئ والنظريات ، ط ١ ، ام ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ص ١٥ .

(٥) السبكي ، عبد الوهاب بن علي ، (٧٧١ هـ / ١٣٦٩ م) ، الأشباه والنظائر ، ٢م ، (تحقيق : عادل أحمد / علي عوض) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١م ، ج ١ ، ص ١١ .

(٦) السبكي هو : هو قاضي القضاة تاج الدين أبو النصر عبد الوهاب بن علي السبكي ، كان فاضل زمانه شديد الرأي ، قوي البحث ، يجادل المخالف في تقرير المذهب ، ويمتحن الموافق في تحريره ، تفقه على أبيه والذهبي ، وبرز حتى عدم مثله في عصره ، ومن مؤلفاته ، الأشباه والنظائر ، الشيرازي ، إبراهيم بن علي (ت ٤٧٦ هـ / ١٠٨٣) ، طبقات الفقهاء ، ام ، (تحقيق : خليل الميس) ، دار القلم ، بيروت ، ص ٢٧٥ .

(٧) الجرجاني هو : علي بن محمد المعروف بالشريف الجرجاني ، فيلسوف من كبار علماء العربية له نحو خمسين مصنفاً ، منها ، التعريفات ، مقاليد العلوم ، الزركلي ، خير الدين ، (١٩٩٢ م) ، الأعلام ، ط ١٠ ، ام ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ج ٥ ، ص ١٥٩ .

(٨) الجرجاني ، علي بن محمد ، (ت ٨١٦ هـ / ١٤١٣ م) ، التعريفات ، ط ١ ، ام ، (تحقيق : إبراهيم الأبياري) دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٤٠٥ هـ ، ص ٢١٩ .

٣ - عرفها التفتازاني بأنها : حكم كلي ينطبق على جزئياته ، لتعرف أحكامها منه (١) ، وهذه التعاريف كلها تشترك في معنى واحد وهي أنها قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها.

ثانياً : الفقه لغةً واصطلاحاً :

أ - الفقه لغةً :

الفقه من فقه بمعنى الفهم والعلم (٢) ، يقال : شَهِدْتُ عَلَيْكَ بِالْفَقْهِ أَي : بِالْفَهْمِ وَالْفِطْنَةِ ، وَفَقَّهْتُ فَلَانًا كَذَا وَكَذَا وَأَفْقَهْتَهُ إِيَّاهُ أَي : فَهَمَّمْتَهُ فَفَقَهْتَهُ وَتَفَقَّهَهُ (٣) ، وفي التنزيل قوله تعالى : ﴿ فَمَالِ هَؤُلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا ﴾ (٤) أَي : نَسَبَهُمْ إِلَى الْجَهْلِ وَعَدَمِ الْفَهْمِ (٥) ، وقال الله تعالى : حكاية عن قوم شعيب عليه السلام لنبيهم ﴿ مَا نَقَّهَ كَثِيرًا مِمَّا نَقُولُ ﴾ (٦) أَي لَا نَفْهَمُهُ كَمَا تَفْهَمُ الْأُمُورَ الْحَاضِرَةَ الْمَشَاهِدَةَ (٧) ، ومنها قوله ﷺ : " مَنْ أَرَادَ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يَفْقَهُهُ فِي الدِّينِ " (٨) .

(١) التفتازاني ، سعد الدين مسعود ، (ت ٧٩٢ هـ / ١٣٨٩ م) ، شرح التلويح على التوضيح لمتن التفتيح في أصول الفقه ، ط ١ ، ٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦ م ، ج ١ ، ص ٣٥ ، وعرفها الكفوي بأنها : قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها ، الكفوي ، أيوب الحسيني ، (ت ١٠٩٤ هـ / ١٦٥٣ م) ، الكليات ، ط ١ ، ١ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٢ ، ص ٧٢٨ ، وعرفها التهانوي بأنها : أمر كلي منطبق على جميع جزئياته تعرف أحكامها منه ، التهانوي ، محمد علي (١٩٩٦ م) ، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم ، ط ١ ، ٢ ، (تحقيق : علي دحرج) ، مكتبة ناشرون ، لبنان ج ٢ ، ص ١٧٠٣ .

(٢) الرازي ، محمد بن أبي بكر ، (ت ٦٦٦ هـ / ١٢٦٩ م) ، مختار الصحاح ، ط ١ ، ١ ، دار عمار ، الأردن ، ١٩٩٦ م ، ص ٢٥٢ .

(٣) الزمخشري ، محمد بن عمر ، (ت ٥٣٨ هـ / ١١٤٣ م) ، أساس البلاغة ، ط ١ ، ١ ، (تحقيق : عبد الرحيم محمود) ، مطبعة أورثا ند ، القاهرة ، ١٩٥٣ م ، ص ٣٤٦ .

(٤) سورة النساء ، آية (٧٨) .

(٥) الشوكاني ، محمد بن علي ، (ت ١٢٥٠ هـ / ١٨٣٤ م) ، فتح القدير ، ٥م ، دار الفكر ، بيروت ، ج ١ ، ص ٤٨٩ .

(٦) سورة هود آية (٩١) .

(٧) الأشقر ، محمد سليمان ، (٢٠٠٠ م) ، زبدة التفسير من فتح القدير ، ط ٤ ، ١ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ص ٢٩٨ .

(٨) البخاري ، محمد بن إسماعيل (ت ٢٥٦ هـ / ٨٦٩ م) ، صحيح البخاري ، كتاب العلم ، باب من يرد الله به خيراً ، ط ٣ ، ٨ ، (تحقيق : مصطفى البغا) ، دار ابن كثير ، اليمامة ، بيروت ، ١٩٨٧ م ، ج ١ ، ص ٣٩ مسلم ، أبو الحسين مسلم بن الحجاج ، (ت ٢٦١ هـ / ٨٧٤ م) ، صحيح مسلم ، كتاب الزكاة ، باب النهي عن المسألة ، ٥م ، (تحقيق : محمد عبد الباقي) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ج ٢ ، ص ٧١٩ ، واللفظ لهما .

ب- معنى الفقه اصطلاحاً :

عُرّف الفقه اصطلاحاً بعدة تعريفات أذكر أهمها :

الأول : " معرفة النفس ما لها وما عليها " (١) .

الثاني : " العلم الحاصل بجملة من الأحكام الشرعية الفرعية بالنظر والاستدلال " (٢) .

الثالث : " معرفة الأحكام الشرعية التي طريقها الاجتهاد " (٣) .

الرابع : " العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية بالاستدلال " (٤) .

وهذا التعريف الأخير هو الذي استقر عليه معنى الفقه اصطلاحاً ، لكونه جامعاً للمعاني

والقيود المطلوبة فيه مانعاً من دخول غيرها (٦) .

ثالثاً : معنى القاعدة الفقهية باعتبارها مركباً وصفيّاً :

اختلف العلماء في تحديد معنى القاعدة الفقهية باعتبارها مركباً وصفيّاً ، ومن أهم هذه

المعاني ما يلي :

١ - عرفها المقري (٧) بأنها : " كل كلي هو أخص من الأصول ، وسائر المعاني العقلية العامة ،

وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة " (٨) .

(١) صدر الشريعة ، عبد الله بن مسعود المحبوبي ، (ت ٧٤٧ هـ / ١٣٧٣ م) ، التنقيح في أصول الفقه ، ط ١ ،

٢م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٦ م ، ج ١ ، ص ١٦ .

(٢) الأمدي ، علي بن محمد ، (ت ٦٣١ هـ / ١٢٣٣ م) ، الإحكام في أصول الأحكام ، ط ١ ، ٤م ، (تحقيق :

سيد الجميلي) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٤ هـ ، ج ١ ، ص ٢٢ .

(٣) الشيرازي ، إبراهيم بن علي ، (ت ٤٧٦ هـ / ١٠٨٣ م) ، اللمع في أصول الفقه ، ط ١ ، ١م ، دار الكتب

العلمية بيروت ، ١٩٨٥ م ، ص ٦ .

(٤) السبكي ، علي بن عبد الكافي ، (ت ٧٥٦ هـ / ١٣٥٥ م) ، الإبهاج في شرح المنهاج ، ط ١ ، ٢م ،

(تحقيق :جماعة من العلماء) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٤ هـ ، ج ١ ، ص ٢٨ .

(٥) البعلي ، علي بن عباس ، (ت ٨٠٣ هـ / ١٤٠٠ م) ، القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من

الأحكام ، ١م ، (تحقيق: محمد حامد) ، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة ، ١٩٥٦ م ، ص ٤ .

(٦) انظر شرح التعريف في المرجع السابق ص ٤ .

(٧) المقري هو : محمد بن محمد أبو عبد الله القرشي التلمساني الشهير بالمقري من علماء المالكية له مؤلفات

منها : القواعد ، الحقائق والرفائق ، الزركلي ، الأعلام ، ج ٧ ، ص ٣٧ .

(٨) المقري ، محمد بن محمد ، (٧٥٦ هـ / ١٣٥٧ م) ، القواعد ، ط ١ ، ٤م ، دار الكتاب ، بيروت ، ج ١ ،

ولعلَّ الإمام المقرئ أراد بهذا التعريف ^(١) أن يخص القاعدة الفقهية ، دون غيرها فذكر أنها أخصُّ من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة ، وأعمُّ من العقود والضوابط الفقهية الخاصة ، فهي وسط بينهما .

- ٢- وعرفها الحموي : " بأن القاعدة هي عند الفقهاء غيرها عند النحاة والأصوليين ^(٢) ، إذ هي عند الفقهاء حكم أكثرى لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منها " ^(٣) .
- ٣- وعرفها الندوي بأنها: " حكم شرعي في قضية أغلبية، يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها " ^(٤) .
- ٤- وعرفها الباحثين بأنها: " قضية كلية فقهية جزئياتها قضايا كلية فقهية " ^(٥) .
- ٥- وعرفها شبير بأنها : " قضية شرعية عملية كلية تشتمل بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها " ^(٦) .

(١) ومما أخذ على هذا التعريف ما يلي : إن المقرئ قد استخدم في تعريفه للقاعدة الفقهية ما يتوقف فهم معناه على فهم معناها كالضابط مثلا، فهو عندهم: قاعدة فقهية لكنها تجمع فروعاً فقهية من باب واحد، فيكون في تعريفه دور ممتنع ، كما أن التعريف فيه نوع من الغموض والإبهام ، بدليل اختلاف العلماء في شرحه ، الباحثين ، القواعد الفقهية ص ٤٤ .

(٢) القاعدة عند الأصوليين والنحاة هي : حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته لتعرف أحكامها منه ، فمن أمثلة قواعد الأصوليين ، الأمر إذا تجرد عن القرائن أفاد الوجوب ، ومن أمثلة قواعد النحاة الفاعل مرفوع، والمفعول به منصوب ، السروكي ، محمد ، (٢٠٠م) ، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء ، ط١ ، ١م ، دار الصفاء ، الجزائر ، ابن حزم ، بيروت ، ص ٤٧ .

(٣) الحموي : أحمد بن محمد ، (ت ١٠٩٨هـ/١٦٥٧م) ، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر ط١ ، ٤م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٥م ، ج ١ ، ص ٥١ .

(٤) الندوي ، علي أحمد ، (١٩٩١م) ، القواعد الفقهية ، ط٢ ، دار القلم ، دمشق ، ص ٤٣ .

ويؤخذ على هذا التعريف أن فيه تكرار لا داعي له فقله حكم يغني عن قوله قضية ، بل إن كلمة القضية في اللغة مأخوذة من القضاء وهو الحكم فصار كأنه قال : حكم شرعي في حكم أغلبي ؟ كما أنه أدخل الثمرة في التعريف، وهي التعرف على الأحكام الشرعية ، والأصل في التعريفات أن تقتصر على ماهية المعرف ، الروكي ، نظرية التقعيد الفقهي ، ص ٤٨ ، الباحثين ، القواعد الفقهية ، ص ٥٠ .

(٥) الباحثين ، القواعد الفقهية ، ص ٥٤ ، ويؤخذ على هذا التعريف ، أنه وقع في التكرار الذي ينبغي الاحتراز عنه في التعريف .

(٦) شبير ، محمد عثمان ، (٢٠٠٠م) ، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية ، ط١ ، ١م ، دار الفرقان ، عمان ، ص ١٨ ، وهذا التعريف في غاية الوضوح والشمول .

رأي وتعقيب :

من خلال ما سبق بيانه يمكن للباحث أن يخلص إلى أهم الأمور التالية:

أولاً : إن جميع التعريفات السابقة ، تُجمع على أن ثمره القاعدة الفقهية هي معرفة الحكم الشرعي ، للجزئيات المندرجة تحتها .

ثانياً : التعريفات السابقة مجمعة على عموم القاعدة واتساعها بحيث ، لا تقتصر على جزئية محددة ، ولا فروع معدودة ، بل هي تشمل كل فرع أو جزئية تتحقق فيها معنى القاعدة ، وهذه أهم سمات القاعدة العموم والشمول^(١).

ثالثاً: إن الفقهاء قد اختلفوا في كون القاعدة الفقهية هل هي كلية أم أغلبية ؟ على اتجاهين :

الأول : يرى أن القاعدة كلية .

الثاني : يرى أن القاعدة أغلبية .

ومنشأ الخلاف بينهم ، هو أنّ من نظر إلى أصل القاعدة في كونها جامعة لكل الفروع التي تندرج تحتها رأى أنها كلية ، ومن نظر إلى أن أغلب القواعد فيها استثناءات تخرج عن القاعدة ، رأى أنها أغلبية^(٢) ، ويمكن القول بأن تقيد القاعدة بأنها أمر كلي ، أو أغلبي ليس لازماً ، حتى يكون سبباً للاختلاف في تعريف القاعدة ، لأن الأمر الكلي إذا ثبت فتخلف بعض الفروع عن مقتضاه لا يخرجها عن كونه كلياً^(٣)

(١) الكيلاني ، عبد الرحمن إبراهيم ، (٢٠٠٠م) ، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي ، ط ١ ، م ، دار الفكر ، دمشق ، ص ٢٧ .

(٢) ابن الوكيل ، محمد بن مكي ، (ت ٧١٦هـ / ١٣١٦م) ، الأشباه والنظائر ، ط ١ ، م ، (تحقيق : أحمد العنقري ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ١٩٩٣م ، ج ١ ، ص ١٨ .

(٣) قال الشاطبي في المسألة العاشرة في كتابه الموافقات : " لا اعتبار لمعارضة الجزئيات للكليات "وسرد بعض الأمثلة التي تخرج عن الكليات ، ثم قال : فكل هذا غير قادح في أصل المشروعية... وذلك لما يلي :

أولاً: أن الغالب الأكثر من معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي ، لأن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت .

ثانيا : لأن الأمر الكلي ، إذا ثبت كلياً، فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرجها عن كونه كلياً.

ثالثاً : أن الجزئيات المتخلفة ، قد يكون تخلفها لحكم خارجة عن مقتضى الكلي ، فلا تكون داخلة تحته

أصلاً و تكون داخلة لكن لم يظهر لنا دخولها ، أو داخلة عندنا لكن عارضها على الخصوص ما هو بها

أولى . الشاطبي ، إبراهيم بن موسى ، (ت ٧٩٠هـ / ١٣٨٨م) ، الموافقات في أصول الفقه ، ط ١

م ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٤م ، ج ٢ ، ص ٣٦٤ .

رابعاً: هناك فرق بين معنى القاعدة الفقهية ، وعلم القواعد الفقهية ، فعلم القواعد الفقهية : هو العلم الذي يُبحث فيه عن القضايا الفقهية الكلية ، التي جزئياتها قضايا فقهية كلية من حيث معناها ، وما له صلة بها ، وأركانها ، وشروطها ، ومصدرها ، وحجيتها ، ونشأتها، وتطورها وما تنطبق عليه من الجزئيات ، وما يستثنى منها^(١).

فمثلاً قاعدة " الأصل براءة الذمة " ^(٢): هي قاعدة فقهية كلية ، دراستها من حيث معناها ومصدرها ، وحجيتها ، وأهميتها ، وتطورها ... هي مواضيع خاصة بعلم القواعد الفقهية .
خامساً: إن التعريف المختار للقاعدة الفقهية : هي قضية شرعية أغلبية تشتمل على أحكام الجزئيات التي تدخل تحت موضوعها ^(٣) ^(٤) .

(١) طلافحه ، محمد محمود ، (٢٠٠١م) ، تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة ، ام ، رسالة

ماجستير ، جامعة اليرموك ، إشراف الدكتور إسماعيل أبو شريعة ، ص ٩ .

(٢) انظر: شرح هذه القاعدة ص ٨٩ من هذه الأطروحة.

(٣) انظر: تعريفاً قريباً من هذا لفضيلة الأستاذ الدكتور : محمد نعيم ياسين ، حيث عرفها " هي قضايا فقهية

كلية تشتمل على الأحكام الشرعية العملية للجزئيات التي تدخل تحت موضوعها " قرقور ، خالد محمد،

قواعد الإثبات في الشريعة الإسلامية ، ام ، رسالة دكتوراه ، الجامعة الأردنية ، إشراف الدكتور ماجد

أبو رقيه ص ١٨ .

(٤) قوله : قضية شرعية يخرج به القواعد المنطقية ، والنحوية ، والبلاغية ، وقوله : عملية يخرج به ،

القواعد الاعتقادية ، وقوله: أغلبية ، لبيان عموم القاعدة الفقهية وشمولها ، وبه نخرج من الخلاف السابق

في كون القاعدة كلية أم أغلبية ، وقوله: تشتمل على أحكام الجزئيات التي تدخل تحت موضوعها " أي أن

هذه القاعدة الفقهية تعطينا حكماً شرعياً عملياً للمسائل التي تدرج تحته

المطلب الثاني :

المصطلحات ذات الصلة :

هناك ألفاظ ذات علاقة وثيقة بالقاعدة الفقهية لا بد من ذكرها، والتعريف بها ، والوقوف على مدلولاتها ، وملاحظة الفرق بينها وبين هذه الألفاظ ، وفيما يلي بيان لذلك :

أولاً : الضابط الفقهي :

حتى ندرك العلاقة بين القاعدة الفقهية والضابط لا بد من معرفة المقصود من الضابط الفقهي بعد أن عرفنا معنى القاعدة ، وفيما يلي بيان لذلك .

* معنى الضابط^(١) اصطلاحاً:

اختلف العلماء في تعريف الضابط على قولين :

القول الأول : يرى أنه لا فرق بين القاعدة والضابط فقد عرّف الفيومي: القاعدة في الاصطلاح "بمعنى الضابط وهي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته " (٢) .

كما اعتبر التهانوي أن الضابط مرادف للقاعدة فقال :

بأن القاعدة في اصطلاح الفقهاء مرادفة للأصل ، والقانون ، والمسألة ، والضابط والمقصد وعرفها بأنها: " أمر كلي منطبق على جميع جزئياته تعرف أحكامها منه " (٣) .

كما أن بعض المصنفين من المتقدمين يعبرون عن القاعدة بالضابط ، فيطلقون لفظ : "القاعدة على ما هو ضابط مختص في باب معين من أبواب الفقه"^(٤) .

(١) الضابط لغةً : مأخوذ من ضبط الشيء ضبطاً أي : حفظه بالحزم حفظاً بليغاً ، وضبطت الأمر أحكمته وأتقنته ، وضبط البلاد قام بأمرها قياماً ليس فيه نقص ، والضبط لزوم الشيء وحبسه وحصره ، إبراهيم مصطفى وآخرون ، المعجم الوسيط ، المكتبة العلمية ، طهران ، ج ١ ، ص ٥٣٥ ، الرازي ، مختار الصحاح ، ص ١٨٩ ، ابن منظور ، لسان العرب ، ج ٢ ، ص ٥٠٩ ، الزمخشري ، أساس البلاغة ، ص ٢٦٥ .

(٢) الفيومي ، المصباح المنير ، ج ٢ ، ص ٥١٠ .

(٣) التهانوي ، كشف اصطلاحات الفنون والعلوم ، ج ٢ ، ص ١٢٩٥ ، الباحثين ، القواعد الفقهية ، ص ٥٩ .

(٤) علوان ، إسماعيل بن حسن ، (٢٠٠٠م) ، القواعد الفقهية الخمس الكبرى ، ط ١ ، ام ، دار ابن الجوزي السعودية ، ص ٢٦ .

القول الثاني : يرى أن ثمة فرقاً بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي ، فالقاعدة الفقهية تجمع فروعاً من أبواب شتى ، أما الضابط الفقهي فيجمعها من باب واحد ^(١) ، ولهذا قال السبكي : بعد أن عرّف القاعدة بأنها: " الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها، ومنها ما لا يختص بباب كقولنا ، "اليقين لا يرفع بالشك" ، ومنها ما يختص كقولنا : "كل كفارة سببها المعصية فهي على الفور" ، والغالب فيما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة ، أن يسمى ضابطاً" ^(٢) .

من خلال ما سبق يتضح أن هناك علاقة وثيقة بين القاعدة الفقهية ، والضابط الفقهي ، الأمر الذي حدا ببعض العلماء إلى إطلاق كل منهما على الآخر ^(٣) كما سبق بيانه ، ولكن هذا لا يمنع من إطلاق القاعدة الفقهية على الأمر الكلي الذي يجمع الجزئيات من أبواب شتى، وإطلاق الضابط الفقهي على الأمر الكلي الذي يجمع الجزئيات من باب واحد ، وإذا كان الأمر كذلك فإنه يمكن أن يلاحظ الفروق التالية بين القاعدة الفقهية ، والضابط الفقهي :

١- إن القاعدة الفقهية تكون أكثر شمولاً، واتساعاً للجزئيات ، والفروع المندرجة تحتها، لأنها لا تختص بباب واحد من الفقه بخلاف الضابط الفقهي، فإنه يختص بباب واحد فيكون أضيق وأقل اتساعاً للفروع المندرجة تحته .

٢- إن القواعد الفقهية يقع فيها استثناءات أكثر ؛ لأن الضوابط تضبط موضوعاً واحداً فلا يسمح فيها بكثرة الاستثناءات ^(٤) .

٣- القاعدة الفقهية تصاغ بعبارة موجزة ، وبألفاظ تدل على العموم والاستغراق ، أما الضوابط الفقهية فلا يشترط فيها ذلك ، فقد تصاغ في جمل ، أو فقرة ، أو أكثر من ذلك ^(٥) .

(١) ابن نجيم ، زين العابدين بن إبراهيم ، (٩٧٠هـ / ١٥٦٣م) ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، ١م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٣م ، ص ١٦٦ .

(٢) السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ١١ .

(٣) ولذا يقول الدكتور محمد الزحيلي : أن هذا التفريق ليس حتماً جازماً ، فقد يذكر كثير من العلماء قواعد فقهية وهي في حقيقتها مجرد ضابط ولا مشاحة في الاصطلاح ، الزحيلي ، محمد (١٩٩٩ م) ، القواعد الفقهية ، ط ١ ، ١م ، جامعة الكويت ، الكويت ، ص ٢٠ .

(٤) كامل ، عمر عبد الله ، (٢٠٠٠م) ، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية ، ط ١ ، ١م ، دار الكتب ، مصر ، ص ٣٨ .

(٥) شبير ، القواعد الكلية ، ص ٢٣ .

٤- إن القاعدة غالباً ما تكون محل اتفاق بين المذاهب ، وإن اختلف التفريع عليها ، أما الضابط فكثير ما يكون ضابطاً مذهبياً، بمعنى أنه مختص بمذهب دون آخر (١) .

ثانياً : النظرية الفقهية :

" بدأ الفقه الإسلامي بالفروع والجزئيات ، ثم انتقل إلى تفعيد القواعد الكلية والضوابط الفقهية ، وهذا التفعيد مرحلة مهمة لجميع المبادئ الأساسية ، والنظريات العامة في الفقه الإسلامي، فظهرت النظريات الفقهية ، كنظرية الظروف الطارئة ، ونظرية الملكية ، ونظرية العقد وغيرها" (٢) .

* معنى النظرية (٣) الفقهية :

أولاً : عرفها الأستاذ الزرقا بأنها: " تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حده نظاماً حقوقياً موضوعياً منبثاً في الفقه الإسلامي كانبثات أقسام الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني، وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام (٤) .

ثانياً: وعرفها الدكتور الندوي بأنها : " موضوعات فقهية ، أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية ، أو قضايا فقهية حقيقتها : أركان ، وشروط ، وأحكام ، تقوم بين كل منها صلة فقهية ، تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعاً (٥) .

* الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية :

أولاً: النظرية الفقهية هي أوسع نطاقاً وأرحب أفقاً من القاعدة الفقهية ؛ لأن النظرية قد يندرج تحتها كثير من القواعد الكلية ، والضوابط الفقهية ذات الصلة بموضوع النظرية ، فمثلاً نظرية

(١) علوان ، القواعد الفقهية الخمس الكبرى ، ص ٢٨ .

(٢) الدريني ، فتحي ، (١٩٩٠ م) ، النظريات الفقهية ، ط ٢ ، ام ، جامعة دمشق ، ص ١٠٣ ، ١٣٩ ، ٢٤٨ ، الزحيلي ، محمد ، (١٩٩٣ م) ، النظريات الفقهية ، ط ١ ، ام ، دار القلم ، دمشق ، دار الشامية ، بيروت ص ٥ ، وما بعدها .

(٣) النظرية : من نظر بمعنى تأمل الشيء بالعين ، ويقال :نظر في الكتاب تدبر وتفكر ، والنظرية : قضية تثبت ببرهان ، الرازي ، مختار الصحاح ، ص ٣٢٦ ، إبراهيم مصطفى ، المعجم الوسيط ، ج ٢ ، ص ٩٤ .

(٤) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ١ ، ص ٣٢٩ ، وعلى الرغم من وجاهته إلا أنه يمكن اختصاره بأنها :تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حده نظاماً حقوقياً منبثاً في الفقه الإسلامي وتكون حقيقتها أركان وشروط وأحكام تجمعها وحدة موضوعية .

(٥) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٥٤ وقد يدخل في هذا التعريف القواعد الفقهية .

التعسف في استعمال الحق ، يدخل فيها كثير من القواعد الفقهية مثل " الضرر يزال " ، " درء المفسد أولى من جلب المصالح " ، " وإذا تعارضت مفسدتان رُوعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما " (١).

ثانياً : النظرية الفقهية لا تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها ؛ لأنها مجرد هيكل عظمي ينظم مجموعة من القضايا المتجانسة في إطار ذلك الهيكل ، في حين أن القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها ويستند ذلك إلى أدلة شرعية من كتاب ، أو سنة صحيحة أو غير ذلك (٢).

ثالثاً : القاعدة الفقهية لا تشتمل على أركان وشروط ، بخلاف النظرية الفقهية فلا بد لها من ذلك (٣).

رابعاً: النظرية الفقهية تصاغ على شكل بحث أو كتاب مطول ، في حين أن القاعدة الفقهية تصاغ بعبارة موجزة دقيقة (٤).

(١) شبير ، القواعد الكلية، ص ٢٥ ، الروكي ، قواعد الفقه الإسلامي ، ص ١١٥ ، الدريني ، النظريات الفقهية نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص ٢٢٧ ، هذا وقد تكون القاعدة الفقهية أعم من النظرية الفقهية من ناحية أخرى فقد تكون القاعدة الفقهية ذات صلة بعدة نظريات فقهية ، لا يقتصر تطبيقها على موضوع فقهي واحد ، فنكون علاقة القاعدة الفقهية بالنظرية الفقهية العموم الخصوص الوجهي أي أن النظرية أعم من القاعدة من وجه ، وأخص منها من وجه آخر ، الكيلاني ، قواعد المقاصد ، ص ٤١ .

(٢) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٥٥ ، الكيلاني ، قواعد المقاصد ، ص ٤ ، الباحسين ، القواعد الفقهية ص ١٤٨ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ٢٦ ، الروكي ، نظرية التقييد الفقهي ، ص ٦٠ .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) شبير ، القواعد الكلية ، ص ٢٦ .

ثالثاً : القاعدة الأصولية :

لقد وضع العلماء القواعد الأصولية ، كأدوات لاستنباط الأحكام من أدلتها التفصيلية ، وأول من صنف فيها ووضعها في كتاب مستقل ، هو الإمام الشافعي في كتاب الرسالة^(١) .

* معنى القاعدة الأصولية^(٢) :

تعرّف القاعدة الأصولية بأنها: "حكم كلي تتبني عليه الفروع الفقهية ، مصوغ صياغة عامة ومجردة ومُحكمة"^(٣).

* الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية :

يظهر للنظر في كل من قواعد الأصول وقواعد الفقه لأول وهلة أنه لا فارق بينهما لأن غاية كل منهما معرفة الأحكام الشرعية لأفعال العباد ، إلا أنه في الحقيقة هنالك فوارق جوهرية بينهما^(٤) أهمها ما يلي :

١- إن النظر في القواعد الأصولية يختلف عنه في القواعد الفقهية ، إذ النظر في القواعد الأصولية خاص باللفظ من حيث تحققه في الفرع المراد إثبات الحكم الشرعي له ، وعدم تحققه فيه ، أما النظر في القواعد الفقهية فهو خاص بالمعنى من حيث تحققه في الفرع الذي يراد النظر في حكمه ، أو عدم تحققه فيه^(٥) .

٢- القواعد الأصولية لا يفهم منها أسرار الشرع وحكمه ، بينما يمكن أن نأخذ هذه الأسرار والحكم من القاعدة الفقهية.

٣- القاعدة الفقهية ليست أصلاً في إثبات حكم جزئياتها ، بل حكم القاعدة نفسها مستمد من حكم جزئياتها ، إذ نجد أن كل قاعدة فقهية إنما تكونت من المعنى الجامع بين جزئياتها ومن أجل ذلك

(١) هرموش ، محمود مصطفى ، (١٩٨٧ م) ، القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله وأثرها في الأصول ، ط ١ ، ام ، رسالة ماجستير ، جامعة الملك محمد بن سعود ، بإشراف الدكتور : محمد صدقي البورنو ، ص ٢٥ .

(٢) الأصول ، في اللغة جمع أصل وهو ما يبنى عليه غيره ، أو هو ما يفتقر إليه ولا يفتقر هو إلى غيره والصلة بين الأصول وبين القواعد أن القاعدة الكلية أصل لجزئياتها ، وزارة الأوقاف الكويتية ، الموسوعة الفقهية ، ج ٣٤ ، ص ٧٤ ، إبراهيم مصطفى ، المعجم الوسيط ، ج ١ ، ص ٢٠ .

(٣) المريني ، الجيلالي ، (٢٠٠٢ م) ، القواعد الأصولية وتطبيقاتها الفقهية عند ابن قدامة ، ط ١ ، ص ٢ ، دار ابن القيم ، الدمام ، دار ابن عفان ، الجيزة ، ج ١ ، ص ٣٥ .

(٤) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٤ .

(٥) المرجع السابق .

حُكِمَ عليها بهذا الحكم ، أما القاعدة الأصولية فهي أصل في إثبات حكم جزئياتها، فالأوامر الشرعية من صوم ، وصلاة ثبت لها الوجوب بنصوص الأوامر الخاصة بها ، وهذه النصوص جزئيات للقاعدة الكلية التي هي الأمر المطلق يفيد الوجوب^(١) .

٤- إذا حصل تعارض بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية ، فنقدم مقتضى القاعدة الأصولية على مقتضى القاعدة الفقهية^(٢) .

٥- القاعدة الأصولية تستمد من علوم ثلاثة : علم الكلام ، والفقه ، و اللغة العربية^(٣) ، وأما القواعد الفقهية ، فقد تكون نصاً شرعياً من كتاب أو سنة كما بينا سابقاً .

٦- القواعد الأصولية قواعد مطردة ، أي أن حكمها ثابت لجميع جزئياتها ، بحيث لم تتخلف أي جزئية منها في اندراجها تحت حكم القاعدة ، أما القاعدة الفقهية فإنها غير مطردة ، وحكمها على جزئياتها حكم الغالب ، فما من قاعدة فقهية إلا ولها استثناء^(٤) .

(١) الأشباه والنظائر ، السيوطي ، ج ١ ، ص ٥ .

(٢) المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٦ ، الكيلاني ، قواعد المقاصد ، ص ٣٨ .

(٣) الجويني ، عبد الملك بن عبد الله ، (ت ٤٧٨ هـ / ١٠٨٥ م) ، البرهان في أصول الفقه ، ط ٤ ، ص ٣ ،

(تحقيق : عبد العظيم محمود) ، دار الوفاء ، المنصورة ، مصر ، ١٤١٨ هـ ، ج ١ ، ص ٧٧ ،

الأمدي ، الأحكام ، ج ١ ، ص ٢٤ .

(٤) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٤ .

المبحث الثاني :

القواعد الفقهية ، مصادرها ، حجيتها ، أهميتها :

لابد لنا من إلقاء الضوء على مصادر القواعد الفقهية ، وحجيتها ، وأهميتها ، وذلك من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول :

مصادر القواعد الفقهية :

بعد أن تبين معنى القاعدة الفقهية ، وأهم المصطلحات ذات الصلة بها ، لابد لنا أن نبين مصادر هذه القواعد ومن أين تستقى منابعها ؟ لنتمكن من الرجوع إليها عند الحاجة ، وهذه المصادر هي : الكتاب ، والسنة ، وأثر الصحابة والتابعين ، والمقاصد العامة للشريعة ، وفيما يلي بيان لها^(١) :

أولاً: القرآن الكريم : " فقد جاء القرآن الكريم بمبادئ عامة ، وقواعد كلية وضوابط شرعية في آياته ونصوصه ، لتكون مناراً وهداية للعلماء في وضع التفاصيل التي تحقق أهداف الشريعة، وأغراضها العامة، وتتفق مع مصالح الناس ، وتطور الأزمان ، واختلاف البيئات"^(٢)، ولعل الحكمة في ذلك التأكيد على كمال هذا الدين ، وصدق الله ﷻ إذ يقول : ﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا ﴾^(٣) ، وبيان مرونة الشريعة الإسلامية وقدرتها على مواكبة التطورات وحاجات الناس، الأمر الذي يؤكد على صلاحيتها للتطبيق في كل زمان ومكان^(٤) .

ومن هنا كانت هذه المبادئ العامة في القرآن الكريم المعين الذي لا ينضب للفقهاء في

صياغة القواعد الفقهية ، ومن الأمثلة على ذلك ما يلي :

١- قوله تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾^(٥) .

٢- قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ﴾^(٦) .

(١) شبير ، القواعد الكلية ، ص ٤ .

(٢) الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٢٧ .

(٣) سورة المائدة ، آية (٣) .

(٤) الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٢٧ .

(٥) سورة الحج ، آية (٧٨) .

(٦) سورة البقرة ، آية (١٨٨) .

٣- قوله تعالى : ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ (١) .

٤- قوله تعالى : ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ (٢) .

٥- قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (٣) .

هذا والنصوص من الآيات القرآنية التي تدل على ذلك أكثر من أن تحصى ، فمنها ما هو

دال بنفسه ليكون قاعدة فقهية ، ومنها ما يكون مادة خصبة تستقى منها القواعد الفقهية (٤) .

ومن الأمثلة على ذلك : إن قاعدة الضرورات تبيح المحظورات " مستفادة من قوله تعالى :

﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ (٥) ، وغيرها كثير من الأمثلة التي سوف نشير إليها عند شرح القواعد الفقهية ، إن شاء الله .

ثانياً: السنة النبوية :

فإن الله سبحانه وتعالى بعث محمداً ﷺ بجوامع الكلم ، وخصه ببدايع الحكم ، كما في

الصحيحين عن أبي هريرة ؓ عن النبي ﷺ قال : " بعثت بجوامع الكلم " (٦) أي أن النبي ﷺ

أعطى ملكة اقتدر بها على إيجاز اللفظ مع سعة المعنى ، بنظم لا تعقيد فيه يعثر الفكر في طلبه،

ولا التواء يحار الذهن في فهمه ، ولذا نجد كثيراً من كلامه ﷺ يخرج مخرج القاعدة الكلية

والمبدأ العام الذي يندرج تحته جزئيات كثيرة ويجمع فروعاً شتى ، ومن الأمثلة على ذلك :

١- قوله ﷺ: " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى " (٧) ، فهذا الحديث أصل للقاعدة

الكلية "الأمور بمقاصدها" ، وهو من جوامع كلم النبي ﷺ وعليه عمدة الدين ، قال ابن رجب (٨):

(١) سورة البقرة ، آية (٨٦) .

(٢) سورة البقرة ، آية (٢٨٠) .

(٣) سورة المائدة ، آية (١) .

(٤) الروكي ، محمد ، (١٩٩٨م) ، قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف

ط ١ ، ام ، دار القلم ، دمشق ، ص ١٣٠ .

(٥) سورة البقرة ، آية (١٧٣) .

(٦) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الجهاد والسير ،باب قول النبي ﷺ نصرت بالرعب مسيرة شهر ، ج ٣

، ص ١٠٨٧ ، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، ج ١ ، ص ٣٧١ ، واللفظ لهما .

(٧) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب بدء الوحي ،باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ ، ج ١ ، ص ٣ .

(٨) ابن رجب هو : أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي ، من علماء الحديث ، ولد في بغداد ،

وتوفي في دمشق له مؤلفات منها جامع العلوم والحكم ،كتاب القواعد ، الزركلي ،الأعلام ، ج ٣ ، ص ٢٩٥ .

في شرحه " لما ذكر ﷺ أن الأعمال بحسب النيات ، وأن حظ العامل من عمله نيته من خير أو شر ، وهاتان كلمتان جامعتان ، وقاعدتان كليتان لا يخرج عنهما شيء (١) .

٢- وقوله ﷺ : " البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه " (٢) ، وهذا الحديث قاعدة من أهم القواعد التي يقوم عليها القضاء في الإسلام (٣) .

٣- وقوله ﷺ " الخراج بالضمان " (٤) ، وقوله : " لا ضرر ولا ضرار " (٥) .
وسوف يتبين من خلال هذه الدراسة ، أن كثيراً من القواعد الفقهية إما أن تكون نص نبوي شريف ، أو أنها ترجع في أصلها واستنباطها إلى الحديث النبوي الشريف .

ثالثاً : آثار الصحابة والتابعين :

١- لقد تأثر السلف الصالح من الصحابة، والتابعين بمنهج النبي ﷺ، في فهم نصوص الشريعة وبيان مقاصدها ، والتعبير عنها بعبارات موجزة واضحة تخرج مخرج القاعدة الكلية ، وذلك

(١) ابن رجب ، عبد الرحمن بن أحمد ، (ت ٧٩٥ هـ / ١٣٩٣ م) ، جامع العلوم والحكم ، ام ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٧ م ، ص ١٧ .

(٢) البيهقي ، أبو بكر أحمد بن الحسين ، (ت ٤٨٥ هـ / ١٠٦٥ م) ، سنن البيهقي الكبرى ، ١٠ م ، (تحقيق : محمد عبد القادر عطا) ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، ١٩٩٤ م ، ج ١ ، ص ٢٥٢ ، الترمذي ، سنن الترمذي ، كتاب الأحكام باب ما جاء في أن البينة على المدعى ، واليمين على المدعى عليه ، ج ٣ ، ص ٦٢٦ ، وصححه الصنعاني ، محمد بن إسماعيل ، (ت ١١٨٢ هـ / ١٨٦٥ م) ، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ، ط ٤ ، ٢ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٦٠ م ، ج ٤ و ص ١٣٢ ، الحديث صحيح ، واللفظ لهم .

(٣) انظر : ص ٩٧ من هذه الأطروحة .

(٤) ابن الجارود ، أبو محمد عبد الله بن علي ، (ت ٣٠٧ هـ / ٩١٩ م) ، المنتقى من السنن المسندة ، كتاب البيوع ، باب أبواب القضاء في البيوع ، ط ١ ، ام ، (تحقيق : عبدالله البارودي) ، مؤسسة الكتاب الثقافية ، بيروت ، ١٩٩٨ م ، ص ١٥٩ ، الترمذي ، سنن الترمذي ، وقال : هذا حديث حسن صحيح ، ج ٣ ، ص ٥٨١ ، الحديث صحيح ، واللفظ لهما .

(٥) الحاكم ، أبو عبد الله محمد بن عبد الله ، (ت ٤٠٥ هـ / ١٠١٤ م) ، المستدرک على الصحيحين ، ط ١ ، ٤ م ، (تحقيق : مصطفى عطا) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٠ م ، وقال : حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ، ج ٢ ، ص ٦٦ ، الألباني ، محمد ناصر الدين ، (١٩٨٥ م) ، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، ط ٢ ، ٨ م ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، وقال : حديث صحيح ، ج ٣ ، ص ٤٠٨ ، الحديث صحيح ، واللفظ لهما .

لأنه كلما كان عهد الإنسان بالرسول ﷺ أقرب ، كان أعلم بالمعقول والمنقول (١) ، ويؤيد ذلك قوله ﷺ : " إن خيركم قرني ، ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم " (٢) .

وقد ترك السلف الصالح آثاراً كثيرة في مجال القواعد والضوابط الفقهية ، مما يعد مصدراً في هذا المجال ومن هذه الأقوال ما يلي:

" لا عفو في الحدود عن شيء منها بعد أن تبلغ الإمام ، فإن إقامتها من السنة " (٣)

٢- " ليس على صاحب العارية ضمان " (٤).

٣- " لا يقضى على غائب " (٥) .

٤- " كل قرض جر منفعة فهو ربا " (٦) .

٥- " كل شيء لا يقاد منه فهو على العاقلة " (٧) .

رابعاً: مقاصد الشريعة العامة :

تعد مقاصد الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر القواعد الفقهية، ومن الأمثلة على ذلك: إن من مقاصد الشريعة الإسلامية رفع الحرج والمشقة على الناس ، وإلى هذا المقصد ترجع القاعدة الفقهية "المشقة تجلب التيسير" (٨) ، كما أن من مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ الضرورات الخمس ، وإلى هذا المقصد ترجع القاعدة الفقهية "الضرورات تبيح المحظورات" (٩).

(١) شبير ، القواعد الكلية ٤٤ .

(٢) مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب فضائل الصحابة ، باب فضل الصحابة ، ج ٤ ، ص ١٩٦٤ .

(٣) هذا قول عمر بن الخطاب ﷺ ، ابن أبي شيبة ، عبد الله بن محمد ، (ت ٢٣٥ هـ / ٨٤٩ م) ، المصنف في الأحاديث والآثار ، ط ١ ، ٧ م ، (تحقيق : كمال يوسف الحوت) ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ١٤٠٩ هـ ، ج ٦ ، ص ٤٤٦ .

(٤) هذا قول علي بن أبي طالب ﷺ ، عبد الرزاق ، أبو بكر عبد الرزاق بن همام ، (ت ٢١١ هـ / ٨٢٦ م) ، مصنف عبد الرزاق ، ط ٢ ، ١١ م ، (تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي) ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٤٠٣ ، ج ٨ ، ص ١٧٩ .

(٥) هذا قول شريح القاضي ، المرجع السابق ، ج ٨ ، ص ٣٠٨ .

(٦) هذا قول إبراهيم النخعي ، ابن أبي شيبة ، المصنف في الأحاديث والآثار ، ج ٤ ، ص ٣٢٧ .

(٧) هذا قول قتادة ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص ٤٠٤ .

(٨) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ١٥٧ .

(٩) المرجع السابق ، ج ١ ، ص ١٦٨ ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٧٥ .

المطلب الثاني :

حجية القواعد الفقهية :

تبين فيما سبق ، مصادر القواعد الفقهية ، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يمكن الاعتماد على القواعد الفقهية كدليل شرعي مستقل ؟ أم أن القاعدة الفقهية لا ترتقي لأن تصبح دليلاً شرعياً ؟ بل يكفي بالاستئناس بها ، في الاستدلال على الأحكام الشرعية في الفتيا والقضاء ؟

للإجابة عن هذه الأسئلة فإن القاعدة الفقهية التي قد تكون نصاً من كتاب أو سنة ، فإن مثل هذه القواعد تعتبر دليلاً شرعياً يحتج بها ، وهذا أمر يتفق عليه الفقهاء ؛ لأن حجية القاعدة جاءت من الدليل الشرعي الذي لا يستطيع أحد أن ينكر حجتيه ، فمثلاً : قاعدة "الضرر يزال" ، يشهد لها حديث النبي ﷺ " لا ضرر ولا ضرار " ، وهكذا الأمر في سائر القواعد التي لها أصل من كتاب أو سنة ، وما سوى ذلك فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : يرى أن القاعدة الفقهية ، لا ترتقي إلى مستوى الدليل الشرعي المستقل والمعتبر ، فهي لا تعدو كونها شواهد للاستئناس وتنبية القرائح ، لا معالم للاستدلال وبناء الأحكام على وفق مضامينها ^(١) ، وبه قال الجويني وابن نجيم وابن دقيق العيد ^(٢) .

- (١) الكيلاني ، عبد الرحمن إبراهيم ، (١٩٩٩م) ، حجية القاعدة الفقهية ، مجلة مؤتته ، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية ، جامعة مؤتته ، العدد الأول ، ص ٨٣ ، الباحثين ، القواعد الفقهية ص ٢٦٥ .
- (٢) ابن دقيق العيد هو : الإمام الفقيه الحافظ المحدث شيخ الإسلام أبو الفتح محمد بن علي بن وهب القشيري ولد في شعبان سنة (٦٢٥هـ) ، وكان من أذكى زمانه ، واسع العلم ، ساكناً وقوراً ، وصاحب تصانيف منها : شرح العمدة ، الإمام في الأحكام ، توفي سنة (٧٠٢هـ) ، السيوطي ، أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر ، (ت ٩١١هـ / ١٥٠٥م) ، طبقات الحفاظ ، ط ١ ، ام ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٣هـ ، ص ٥١٦ .
- أما الجويني فيفهم هذا من قوله : " وأنا الآن اضرب من قاعدة الشرع مثلين يقضي الفطن العجبَ منهما وغرضي بإيرادهما تنبيه القرائح لدرك المسلك الذي مهدته في الزمان الخالي ، ولست أقصد الاستدلال بهما ، فإن الزمان إذا فرض خالياً عن التقاريع والتفاصيل لم يستند أهل الزمان إلا إلى مقطوع به ٠٠٠٠ " ، الجويني ، عبد الملك بن عبد الله ، (ت ٤٧٨هـ / ١٠٨٧م) ، غياث الأمم في التياث الظلم ط ٢ ، ام ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٣م ، ص ٢٢٩ .
- أما ابن نجيم فيفهم هذا من قوله : إنه لا يجوز الفتوى بما تقتضيه القواعد والضوابط لأنها ليست كلبية بل أغلبية " ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٣٧١ .
- أما ابن دقيق العيد فيفهم هذا من رده على ابن بشر المالكي لاستنباطه أحكام الفروع من قواعد =

هذا وقد استدلت أصحاب هذا القول بما يلي :

١- إن القاعدة الفقهية كلية ، أي منطبقة على جميع جزئياتها ، ولا يقدر في كليتها وجود استثناءات (١) .

٢- إن حجية القاعدة وصلاحيتها للاستدلال استفيد من مجموع الأدلة الجزئية التي نهضت بمعنى تلك القاعدة فإن كان كل دليل جزئي هو حجة بذاته ، ويصح الاستدلال به ، فمن باب أولى أن تتحقق هذه الحجية في القاعدة التي أرشدت إليها مجموع الأدلة (٢).

٣- إن تتبع اجتهادات الأئمة الأعلام ، ليرشد إلى اعتبارهم لهذه القواعد واعتمادهم عليها للكشف عن الحكم الشرعي المناسب للوقائع والمستجدات التي لم يرد فيها نص ، الأمر الذي يبين لنا أن هذه القواعد راسخة في أذهان المجتهدين (٣) .

القول الثاني : يرى أن القواعد الفقهية تصلح لأن تكون دليلاً تُعرف بها أحكام المسائل المستجدة والنوازل الطارئة ما لم يعارضها أصل مقطوع به من كتاب ، أو سنة ، أو إجماع (٤) ، وبه قال الغزالي ، والقرافي ، والشاطبي (٥) وغيرهم :

= أصول الفقه وقال : إنها غير مخلصه وإن الفروع لا يطرد تخريجها على القواعد الأصولية ، ابن فرحون إبراهيم بن علي ، (٤٧٨هـ / ١٠٨٥م) ، الديباج المذهب ، ١م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص ٨٧ .

(١) انظر ص ١٤ من هذه الإطروحة

(٢) الكيلاني ، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي ، ص ١٠٨ .

(٣) الكيلاني ، حجية القاعدة الفقهية ص ٨٥ ، وفي ذلك يقول الشيخ الزرقا رحمه الله : لأن تلك القواعد الكلية على مالها من قيمة واعتبار هي كثيرة المستثنيات ، فهي دساتير للتفقيه لا نصوص للقضاء ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ٩٦٧

(٤) الكيلاني ، حجية القاعدة الفقهية ، ص ٨٣ .

(٥) أما الغزالي فيفهم ذلك من قوله : " كل معنى مناسب للحكم مطرد في أحكام الشرع لا يرد أصل مقطوع به من كتاب ، أو سنة ، أو إجماع ، فهو مقول به ، وإن لم يشهد له أصل معين ، الغزالي ، محمد بن محمد ، (ت ٥٠٥هـ / ١١١١م) ، المنحول ، ط ٢ ، ص ٣٦٤ ، ١م ، (تحقيق: محمد حسن هيتو) ، دار الفكر ، دمشق ، ١٤٠٠هـ ، ص ٣٦٤ .

- أما القرافي ، فقد صرح بأن حكم القاضي يُنقض إذا خالف قاعدة من القواعد السالمة عن المعارض ، ومثل لذلك : "ما لو قضى القاضي باستمرار عصمة من لزمه الطلاق بناء على المسألة السريجية (وهي ما لو قال الرجل لزوجته أن تزوجتك فأنت طالق قبله ثلاثا ، وسميت بذلك نسبة إلى أبي عباس أحمد بن سريج الشافعي الذي أفتى بعدم وقوع الطلاق) ، نقضناه لكونه على خلاف قاعدة أن الشرط قاعدته صحة اجتماعه مع المشروط وشرط السريجية لا يجتمع مع مشروطه أبداً ، فإن تقدم الثالث لا يجتمع مع لزوم =

هذا وقد استدلت أصحاب هذا الرأي بما يلي :

١- إن القواعد الفقهية أغلبية وليست كلية ، فترد عليها الاستثناءات فتضعف من رتبها ومكانتها ، وتوهن من حجيتها وصلاحتها للاستدلال بها ^(١) ، كما أن من المحتمل أن يكون الفرع المراد استنباط حكمه من القاعدة من ضمن المستثنيات ^(٢) .

٢- إن هذه القواعد ثمرة للفروع المختلفة ، وجامع ورباط لها ، وليس من المعقول أن يُجعل ما هو جامع ورباط للفروع دليلاً من أدلة الشرع ^(٣) .

٣- إن القواعد والضوابط الفقهية لا تستند إلى نصوص شرعية ، وإنما تستند إلى استقراء ناقص للفروع الفقهية ، وبالتالي فهي لا تقيد اليقين ، والبعض الآخر منها يستند إلى الاجتهاد ، وهو يحتمل الخطأ فتعميم حكم القاعدة على جميع الفروع فيه نوع من المجازفة ^(٤) .

القول الثالث : يرى ضرورة التفصيل في المسألة على النحو التالي ^(٥) :

أولاً : إن القواعد التي هي نصوص شرعية سواء كانت صياغتها واحدة أم مع تغير الصياغة ،

= الطلاق بعدها" . القرافي ، أبو العباس أحمد بن إدريس ، (ت ٦٨٤هـ / ١٢٨٥م) ، الفروق ، ط ١ ، م ٤ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨م ، ج ٤ ، ص ٩٨ .

- أما الشاطبي فيقول : كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين ، وكان ملائماً لتصرفات الشرع ومأخوذاً معناه من أدلته ، فهو صحيح يُبنى عليه ويرجع إليه ، إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به ، الشاطبي ، الموافقات ، ج ١ ، ص ٣٧ .

(١) شبير ، القواعد الكلية ، ص ٨٤ .

(٢) البورنو ، محمد صدقي ، (٢٠٠٠م) ، موسوعة القواعد الفقهية ، ط ٢ ، م ٦ ، مكتبة التوبة ، دار ابن حزم ، ج ١ ، ص ٤٥ ، الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٢٩٤ .

(٣) الباحثين ، القواعد الفقهية ، ص ٢٧٢ .

(٤) الكيلاني ، حجية القواعد الفقهية ص ٨٦ .

(٥) هذا وقد ذهب شارح مجلة الأحكام العدلية إلى أن الأصل في القاعدة الفقهية عدم اعتبارها دليلاً شرعياً مستقلاً في استنباط الأحكام ما لم تكن القاعدة الفقهية نصاً صريحاً من الكتاب ، أو السنة الصحيحة ، فعندها تعتبر دليلاً شرعياً يجب الأخذ به ، ولذا جاء في تقرير لجنة إعداد المجلة بأن المقالة الثانية من المقدمة هي : عبارة عن القواعد التي جمعها ابن نجيم ، ومن سلك مسلكه من الفقهاء - رحمهم الله تعالى - فحكماء الشرع ما لم يقفوا على نص صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد " .

حيدر ، علي (١٩٩١م) ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، ط ١ ، م ٤ ، دار الجيل ، بيروت ج ١ ، ص ١١ .

بحيث لا تؤثر في المعنى ، تعتبر حجة ودليلاً تستنبط منه الأحكام الشرعية ، أو يَرَجَّح بعضها على بعض ، شأنها في ذلك شأن النصوص نفسها عامة كانت أو خاصة (١) .

ثانياً: أما القواعد المستنبطة فيفرق هنا بين أمرين :

الأمر الأول: أن تكون هذه القواعد مستفادة من استقراء النصوص الشرعية ، فهذا يلحق بالقسم الأول ، أي يأخذ حكم القواعد المستنبطة من النصوص الشرعية (٢) ، وذلك نظراً لكثرة الأدلة التي تنهض بمعناه .

الأمر الثاني: أن تكون هذه القواعد مستفادة من استقراء تراث العلماء الفقهي ، أي أن دليلها لا يعدو مجرد كونه فروعاً فقهية واردة في أبواب الفقه ، وهنا قد اختلف أصحاب القول الثالث على قولين :

القول الأول: يرى عدم اعتبارها دليلاً شرعياً (٣) .

القول الثاني: يرى أن المعيار الذي ينبغي الاحتكام إليه في صلاح القاعدة ، أو عدم صلاحها للاستدلال ، هو مدى سلامة المعنى وصحة المضمون ، الذي عبرت عنه القاعدة الفقهية ، وحددته وضبطته ، ثم النظر في مدى تحقق ذلك المعنى في الوقائع والجزئيات التي يراد الكشف عن حكمها الشرعي ، وتتم دراسة المعنى والمضمون على ضوء الدليل الذي أرشد إليها (٤) .

* المناقشة والترجيح :

أولاً: مناقشة أصحاب القول الأول :

١- فإن القول بعدم حجية القاعدة الفقهية مطلقاً ، قول يحتاج إلى إعادة نظر ، ذلك أنه ظهر فيما سبق بيانه عند الحديث عن مصادر القواعد الفقهية أن منها ما يرجع إلى نصوص القرآن الكريم، والسنة النبوية الصحيحة ، فكيف يستقيم القول هنا بعدم حجية القاعدة الفقهية مطلقاً ؟ وقد تكون هذه القاعدة نصاً من القرآن ، أو من السنة الصحيحة .

٢- أما القول بأن القواعد الفقهية أغلبية وليست كلية فقد سبق أن أشرنا إلى ذلك ، وذكرنا توجيه الإمام الشاطبي لهذا الأمر (٥)، وتبين أن خروج بعض الجزئيات عن القاعدة لا يقدر في كليتها.

(١) الكيلاني ، حجية القواعد الفقهية ، ص ٨٦ .

(٢) الكيلاني ، حجية القواعد الفقهية ص ٨٦ ، الباحسين ، القواعد الفقهية ، ص ٢٧٨ .

(٣) الباحسين ، القواعد الفقهية ، ص ٢٧٩ .

(٤) الكيلاني ، حجية القواعد الفقهية ، ص ٩٧ .

(٥) انظر : ص ١٤ من هذه الأطروحة .

٣- أما القول بأنه ليس من المعقول أن يجعل ما هو جامع و رابط للفروع دليلاً من أدلة الشرع ، فإن الحق هو العكس تماماً ، فإذا كان الدليل الجزئي هو حجة بذاته ، ويصح الاستدلال به فمن باب أولى أن تتحقق هذه الحجية في القاعدة الفقهية التي أرشدت إليها مجموع الأدلة .

ثانياً : مناقشة أصحاب القول الثاني :

فإنه على الرغم من وجاهة هذا القول ، إلا أن إطلاق القول بحجية القواعد الفقهية وجعلها دليلاً شرعياً ، يستنبط منه الأحكام الشرعية قول يحتاج إلى تفصيل ومزيد نظر ، ذلك أن هذا يصدق إذا كانت القاعدة الفقهية مستمدة من القرآن الكريم ، أو السنة الصحيحة ، أما أن تكون القاعدة الفقهية مستفادة من الفروع التي ذكرها الفقهاء في كتبهم دون أن يؤيدها دليل ، فإن هذه القاعدة لا ترتقي لأن تصبح دليلاً شرعياً ، ولكن يُستأنس بها في الترجيح بين الآراء وتفريع الأحكام وتخريجها .

إذا تقرر ما سبق فإنه يمكن الجمع، بين الأقوال السابقة ، فالقول الأول يمكن حمله على القواعد الاجتهادية المختلف فيها بين الفقهاء ، والتي لم يكن أصلها نصاً من كتاب ، أو سنة أو لم تكن تستند إلى أدلة صريحة من كتاب، أو سنة ، فإنه لا يعقل لعالم أن يرد آية ، أو سنة صحيحة ، وإن كان على صورة قاعدة فقهية ، وأما القول الثاني فيمكن حمله على القواعد الفقهية التي أصلها آية ، أو سنة صحيحة ، أو أنها تستند إلى أدلة صريحة من القرآن ، أو السنة وعليه فإن الرأي الراجح هو أن القاعدة الفقهية التي تستند إلى دليل من الكتاب ، أو السنة الصحيحة هي قواعد يمكن الاحتجاج^(١) بها مع ملاحظة أن الحجة تكون للدليل وليست للقاعدة^(٢) بمعنى أنه لولا وجود النص الشرعي لما كان للقاعدة حجة ، وأما القواعد الفقهية التي لا تستند إلى نص صريح فيمكن الاستئناس بها في الفتيا والقضاء والله أعلم .

(١) الكيلاني ، حجية القاعدة الفقهية ، ص ٩٨ .

(٢) الصلاحيين ، عبد المجيد ، (٢٠٠٣م) ، مذكرة في القواعد الفقهية ، غير منشورة ، محاضرات ألقاها على طلبة الدراسات العليا ، الجامعة الأردنية ، كلية الشريعة ، ص ٦ .

المطلب الثالث :

أهمية القواعد الفقهية :

إن دراسة القواعد الفقهية من أهم العلوم التي ينبغي لطالب العلم أن يحرص عليها ولذا فإنني سوف أورد بعض أقوال أهل العلم في بيان أهمية دراسة القواعد الفقهية ومن أهم هذه الأقوال :

١- يقول القرافي: " وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع بقدر الإحاطة بها ، يعظم قدر الفقيه ويشرف ويظهر رونق الفقه ويُعرف ، وتتضح مناهج الفتاوى وتكشفُ فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء ، وحاز قصب السبق من فيها برع " (١) .

٢- ويقول السبكي : حقّ على طالب العلم التحقيق ، ومن يتشوق إلى المقام الأعلى في التصور والتصديق أن يحكّم قواعد الأحكام ، ليرجع إليها عند الغموض ، وينهض بعبء الاجتهاد أتم نهوض ، ثم يؤكد بالاسكتثار من حفظ الفروع ، لترسخ في الذهن مثمرة عليه بفوائد غير مقطوع فضلها ولا ممنوع ، أما استخراج القوى وبذل المجهود في الاقتصار على حفظ الفروع من غير معرفة أصولها ونظم الجزئيات بدون فهم مأخذها ، فلا يرضاه لنفسه ذو نفس أبيه ولا حامله من أهل العلم بالكلية (٢) .

٣- ويقول السيوطي : " إعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم ، به يطلع على حقائق الفقه ، ومداركه ومأخذه وأسراره ويتمهر في فهمه واستحضاره ، ويقندر على الإلحاق والتخريج ، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة ، والحوادث ، والوقائع التي لا تتقضي على مر الزمان ، ولهذا قال بعض أصحابنا : الفقه معرفة النظائر (٣) .

وهنا يرى الباحث أن هذه النقول عن العلماء هي غيض من فيض في بيان أهمية القواعد

الفقهية وفوائدها (٤) ، ولذا فإن أهمية القواعد الفقهية تظهر في النقاط التالية:

١- إنها تُسهّل على الفقيه حفظ وضبط الفروع الفقهية المتناثرة ، ومعرفة أحكامها والإلمام بها

(١) القرافي ، الفروق ، ج ١ ، ص ٦ .

(٢) السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ١٠ .

(٣) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٩ .

(٤) الشال ، إبراهيم علي ، (٢٠٠١م) ، القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في المعاملات ، رسالة

ماجستير ، الجامعة الأردنية ، إشراف الدكتور عمر الأشقر ، ص ٣٢ .

حيث أنه يصعب على الفقيه معرفة جميع المسائل ، وذلك لكثرتها وتشعبها ^(١) ، ولذا يقول القرافي :ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات ، لاندراجها في الكليات ^(٢) .
ويقول الزركشي : " فإن ضبط الأمور المنتشرة المتعددة في القوانين المتحدة هو أوعى لحفظها ، وأدعى لضبطها " ^(٣) .

٢- تكون لدى طالب العلم ملكة فقهية تتير أمامه الطريق لدراسة أبواب الفقه الواسع ومعرفة الأحكام الشرعية في المسائل المعروضة عليه ، واستتباط الحلول للقوائم المتجددة والمشاكل المتكررة ، والحوادث الجديدة ^(٤) ، وفي ذلك يقول ابن رجب: إنها تضبط للفقيه أصول المذاهب ، وتطلع على مآخذ الفقه على ما كان عنده قد تغيب ، وتنظم له منثور المسائل في سلك واحد ، وتقيد له الشوارد وتقرب عليه كل متباعد ^(٥) .

٣- المحافظة على وحدة المنطق العام للفقه الإسلامي ودفع التناقض عنه ، ولذا قال القرافي : " ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت ، وتزلزلت خواطره فيها واضطربت ، ومن ضبط الفقه بقواعده ، استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات ، لاندراجها في الكليات واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب ، فبين المقامين شأو بعيد وبين المنزلتين تفاوت شديد " ^(٦) ، وعليه فإن دراسة القواعد الفقهية ورد الجزئيات إلى الكليات يحافظ على وحدة المنطق العام للفقه ، ويدفع التناقض عنه ، فالواجب على الفقيه أن لا ينظر إلى الجزئيات منفردة دون ربطها بالكليات ^(٧) ، ولذا يقول الشاطبي : "فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات بهذه الكليات ، إذ محال أن تكون الجزئيات مستغنية عن كلياتها" ^(٨) .

(١) علوان ، القواعد الفقهية ص ٣٣ ، الباحثين ، القواعد الفقهية ص ١٥ ، الروكي ، قواعد الفقه الإسلامي

ص ٣٣ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٢٥ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ٩٦٧ .

(٢) القرافي ، الفروق ، ج ١ ، ص ٧ .

(٣) الزركشي ، محمد بن بهادر ، (٧٩٤ هـ / ١٣٩٣ م) ، المنثور في القواعد ، ص ٣ ، (تحقيق : تيسير أحمد) ،

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، ١٩٨٥ م ، ج ١ ، ص ٦٥ .

(٤) الزحيلي ، القواعد الفقهية ص ٢٦ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ٧٦ .

(٥) ابن رجب ، عبد الرحمن الحنبلي ، (ت ٧٩٥ هـ / ١٣٩٣ م) القواعد ، ط ١ ، م ، مطبعة الصدق الخيرية

مصر ، ١٩٩٣ م ، ص ٣ .

(٦) القرافي ، الفروق ، ج ١ ، ص ٧ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ج ٢ ، ص ٩٦٨ .

(٧) شبير ، القواعد الكلية ، ص ٧٩ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ص ٢٦ .

(٨) الشاطبي ، الموافقات ، ج ٢ ، ص ٧ .

٤- إنَّ القواعد الكلية تُسهَّل على رجال التشريع غير المختصين بالشريعة فرصة الإطلاع على الفقه بروحه ، ومضمونه ، وأساسه ، وأهدافه ، وتقدم العون لهم ، لاستمداد الأحكام منه ومراعاة الحقوق والواجبات فيه ^(١) ، وهذا ما حققته القواعد الفقهية في مجلة الأحكام العدلية ، والتي انتقلت إلى العديد من القوانين المعاصرة ^(٢) .

٥- إنَّ دراسة القواعد الفقهية يتيح الفرصة للفقهاء للإطلاع على الكثير من مقاصد التشريع وحكمه ، فمثلاً : قاعدة " الضرر يزال " ، وقاعدة " المشقة تجلب التيسير " ، تدل على مقصد رفع الحرج في الشريعة الإسلامية السمحة ^(٣) ، وقس على ذلك بقية القواعد الفقهية المختلفة.

٦- معرفة القواعد الفقهية يسهل على العالم بها ، إبطال دعوى أولئك الذين يغمضون الفقه الإسلامي حقه ، وينقصونه قدره ، ويرمون به بأنه حلول جزئية ، وليس قواعد كلية ^(٤) ، فالقواعد والضوابط الفقهية مرحلة ممهدة لصياغة النظريات الفقهية ، ومن ذلك مثلاً نظرية التعسف في استعمال الحق وغيرها ^(٥) .

٧- إن دراسة القواعد الفقهية ، يوفر على الباحث الوقت والجهد في معرفة أحكام المسائل الفرعية التي تندرج تحت هذه القاعدة .

ومن هنا يرى الباحث أن دراسة القواعد الفقهية تحتل مكانة مرموقة ، ومنزلة رفيعة في الفقه الإسلامي . يجب على طالب العلم أن يخوض في أعماقه ، ليستخرج منه اللؤلؤ والمرجان فيعظم قدره ويرتفع شأنه في الدنيا والآخرة .

(١) الصابوني ، محمد علي ، (١٩٨٤م) ، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ، ط٤ ، ٢م ، جامعة دمشق ، دمشق ، ج ١ ، ص ٢٩٦ .

(٢) الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٢٦ .

(٣) علوان ، القواعد الفقهية الخمس الكبرى ، ص ٣٢ .

(٤) كامل ، القواعد الفقهية الكبرى ، ص ٦٠ .

(٥) الزحيلي ، النظريات الفقهية ، ص ٢٠١ .

أهمية القواعد الفقهية في الإفتاء والقضاء :

القاعدة الفقهية التي لا تستند إلى نص صريح من القرآن ، أو السنة ، أو الإجماع لا تصلح لأن تكون دليلاً شرعياً مستقلاً ، وإنما هي شواهد للاستئناس ، وتنبية القرائح ، لا معالم للاستدلال وبناء الأحكام وفق مضامينها ^(١) ، ومع ذلك ينبغي لمن ينصب للقضاء والفتيا أن يكون ملماً بها، حتى يتمكن من الإحاطة بكثير من الفروع الفقهية القضائية ^(٢) .

ولذا فقد اتجهت عناية المفتين والقضاة أن يذكروا هذه القواعد ويقرنوها بفتاواهم أو قضاياهم عند الفصل بين المتخاصمين ، وحسم النزاع ، إلى جانب النصوص الفقهية والشواهد التي يستندون إليها ، حتى إذا نظرت إلى ما روي عن القضاة في مسائل وقضايا وجدت كثيراً منها موجهة بقاعدة من القواعد ^(٣) ، ومن ذلك على سبيل المثال :

ما ذكره الماوردي في شروط ولاية القضاء : "...فإن امتنع هذا المنفرد بشروط القضاء من الإجابة إليه ، أجبره الإمام عليه ، لتعين فرضه "، ثم قال : "ومن تعين عليه فرض أخذ به جبراً " ^(٤) .

فكان ذلك بمثابة قاعدة وضعها الماوردي ، ومن تبعه في ذلك في باب القضاء ، حتى يسان حقوق الناس عن الضياع، ويتولى مثل هذا المنصب الرفيع الخطير من هو أهل لذلك ^(٥).

(١) الكيلاني ، حجية القواعد الفقهية ، ص ٨٣ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ١٧ .

(٢) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٢٩٦ .

(٣) انظر هذه الأمثلة في المرجع السابق ، ص ٢٩٩ .

(٤) الماوردي ، أبو الحسن علي بن حبيب ، (ت ٤٥٠ هـ / ١٠٨٥ م) ، أدب القاضي ، ط ١ ، ص ٢ ، (تحقيق :

محيي هلال السرحان) ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، ١٩٧١ م ، ج ١ ، ص ١٤٣ .

(٥) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٣٠٢ .

الفصل الأول :

الحكم القضائي ، مفهومه ، مقوماته في الشريعة الإسلامية
والقضاء الشرعي الأردني:

المبحث الأول : مفهوم الحكم القضائي :

- . المطلب الأول : الحكم لغة واصطلاحاً .
- . المطلب الثاني : القضاء لغة واصطلاحاً .
- . المطلب الثالث : مفهوم الحكم القضائي .

المبحث الثاني : مقومات الحكم القضائي :

- . المطلب الأول : الحاكم .
- . المطلب الثاني : المحكوم له .
- . المطلب الثالث : المحكوم عليه .
- . المطلب الرابع : المحكوم فيه .
- . المطلب الخامس : المحكوم به .
- . المطلب السادس : طريق الحكم .

الفصل الأول :

الحكم القضائي ، مفهومه ومقوماته :

المبحث الأول :

مفهوم الحكم القضائي :

الحكم القضائي مركب من صفة ، وموصوف وحتى ندرك مفهومه لا بد من معرفة كل من الحكم والقضاء لغة واصطلاحاً ، ومن ثم الخروج بتعريف للحكم القضائي ، ولذا يمكن تقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول :

مفهوم الحكم لغة ، واصطلاحاً:

أولاً : مفهوم الحكم لغة :

الحُكْم بضم الحاء وسكون الكاف مصدر فعله حَكَمَ ، وله في اللغة العربية معانٍ متعددة أهمها :

١ - المنع : يقال حكمت وأحكمت بمعنى منعت ، ومن هنا قيل : للحاكم بين الناس حاكم ؛ لأنه يمنع الظالم من الظلم (١) ، كما سميت الحديدية التي تحيط بحنكي الدابة حكمة اللجام ؛ لأنها تمنعه من الجري الشديد ، ومخالفة راحته (٢) .

وحكمتُ السفية ، وأحكمته إذا أخذت على يديه وبصرته ما هو عليه (٣) ، ولذا قال جرير (٤) :

أبني حنيفة أحكموا سفهاءكم
إني أخاف عليكم أن أغضبا

أي ردوهم وكفوهم وامنعوهم من التعرض لي (٥) وقيل : " حَكَمَ اليَتِيمَ كما تحكَّم ولدك " أي امنعه من الفساد ، وأصلحه كما تصلح ولدك ، وكما تمنعه من الفساد (٦) .

(١) ابن منظور: لسان العرب ،باب حكم ،ج١٢، ص ١٤١ ، الكفوي، الكليات ، ص٣٨٠ ، الفيومي ، المصباح المنير، ج١، ص١٤٥ .

(٢) ابن منظور : لسان العرب ،ج٢، ص١٤٤ ، الفيومي ، المصباح المنير، ج١، ص١٤٥ .

(٣) الزمخشري ، أساس البلاغة ، ص٩١ ، ابن منظور ، لسان العرب ، ج١٢ ، ص ١٤٤ .

(٤) ابن منظور ، لسان العرب ، باب الحكم ، ج ١٢ ، ص١٤٤ .

(٥) ابن منظور، لسان العرب ، باب حكم ، ج١٢، ص ١٤٣ ، الزمخشري ، أساس البلاغة ، ص ٩١ .

(٦) القوتوي ، قاسم بن عبد الله (ت ٩٧٨ هـ/١٥٧٠م) ، أنيس الفقهاء ، ط١ ، ام ، (تحقيق :أحمد بن عبد

الرزاق)، دار الوفاء ، جده ، ١٤٠٦هـ ، ص٢٣٢ ، ابن منظور ، لسان العرب ، باب حكم ، ج١٢ ،

ص١٤١ ، الرازي ، مختار الصحاح ، ص٨٠ .

٢ - القضاء : الحكم مصدر قولك حكم فيهم يحكم أي قضى ، وحكم له وحكم عليه ، وفيه قال الذبياني (١):

واحكم كحكم فتاة الحيّ إذ نظرت إلى حمام سراع وارد التمد (٢)
والحاكم منفذ الحكم والجمع حكام ، والمحاكمة المخاصمة إلى الحاكم ، وحكمت بين القوم فصلت بينهم ، فأنا حاكم (٣) .
وهناك معان أخرى كثيرة للحكم ، ذكرها أهل اللغة في كتبهم لا داعي لذكرها ، ومن أراد المزيد فليرجع إليها (٤) .

(١) الذبياني : زياد بن معاوية ، (١٩٦٠م) ، ديوان النابغة الذبياني ، ١م ، (تحقيق : أكرم البستاني) ، دار صادر ، بيروت ، ص ٣٠ .

(٢) معناه كن حكيمًا كفتاة الحي أي: إذا قلت فأصب كما أصابت هذه المرأة إذا نظرت إلى الحمام فاحصتها ولم تخطئ عددها : ابن منظور لسان العرب ، باب حكم ، ج ١٢ ، ص ١٤١ .

(٣) ابن منظور ، لسان العرب ، باب حكم ، ج ١٢ ، ص ١٤٢ .

(٤) منها: العلم ، والفقه ، والحكمة ، وبلوغ النهاية ، والإتقان ، والإحكام ، انظر هذه المعاني في: ابن منظور لسان العرب ، باب حكم ، ج ١٢ ، ص ١٤١ ، الفيومي ، المصباح المنير ج ١ ، ص ١٤٥ ، السرازي ، مختار الصحاح ، ص ٨٠ .

ثانياً: مفهوم الحكم اصطلاحاً :

إن تحديد مفهوم الحكم اصطلاحاً يختلف بحسب العلم الذي يستخدم هذا المصطلح^(١) فالأصوليون مثلاً^(٢) ، يريدون بالحكم غير ما يريده الفقهاء^(٣) ، وما يهمنا هنا هو بيان معنى الحكم في القضاء بالمعنى الذي سيتضح معنا فيما بعد إن شاء الله تعالى^(٤) .

-
- (١) أبو البصل ، عبد الناصر موسى ، (٢٠٠٠م) ، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون ، ط ١ ، م ، دار النفائس ، الأردن ، ص ١٩ .
- (٢) فالحكم عندهم : هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالافتضاء ، أو التخيير ، أو الوضع . صدر الشريعة التنقيح في أصول الفقه ، ج ١ ، ص ٢٢ .
- (٣) فهو عندهم : خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين كالوجوب والحرمة وغيرهما .
- عبد المنعم ، محمود عبد الرحمن ، معجم مصطلحات الألفاظ الفقهية ١م ، دار الفضيلة ، القاهرة ، ص ٨٥ .
- (٤) انظر معنى الحكم القضائي ، ص ٤١ من هذه الأطروحة .

المطلب الثاني :

مفهوم القضاء لغة واصطلاحاً :

أولاً : مفهوم القضاء لغة :

القضاء ^(١) مصدر فعله قضى ، وهو في اللغة يأتي على معان متعددة ^(٢) ، أهمها: الحكم ومنه قوله تعالى: (وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴿٣﴾) أي أمر ربك وحتم ^(٤) .

والقاضي معناه في اللغة : القاطع للأمور المحكم لها ، واستقضى فلان أي جعل قاضياً يحكم بين الناس ، وقاضيته أي حاكمته ، وقضى يقضي قضاء ، فهو قاض إذا حكم وفصل ^(٥) .

(١) القضاء أصله قضاى لأنه من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت والجمع أقضيه .

- ابن منظور ، لسان العرب ، باب قضى ، ج ١٥ ، ص ١٨٦ ، القوتوي ، أنيس الفقهاء ، ص ٢٢٩ .
- النفراوي ، أحمد بن غنيم (ت ١١٢٥ هـ / ١٦٤٣ م) ، الفواكه الدواني ، ٢ ، دار الفكر ، بيروت ١٤١٥ هـ ، ج ٢ ، ص ٢١٩ .

(٢) والقضاء في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه ، ومنها : التقدير ، والخلق قال تعالى:

" قَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ " (فصلت آية ١٢) أي خلقهن ، ومنها الفراغ تقول : قضيت حاجتي ، أي فرغت

منها ، ومنها الأداء تقول : قضيت الحج والدين أي أدبته ومنها قوله تعالى: " فَإِذَا قَضَيْتُمْ مَنَاسِكَكُمْ " (البقرة

آية ٢٠٠) أي أدبتموه ، ومنها الإعلام والتبيين قال تعالى: " وَقَضَيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ " (الإسراء آية ٤)

انظر هذه المعاني وغيرها : ابن منظور ، لسان العرب ، باب قضى ، ج ١٥ ، ص ١٨٦ ، وما بعدها ،

الرازي ، مختار الصحاح ، ص ٢٦٧ ، الفيومي ، المصباح المنير ج ٢ ، ص ٥٠٧ ، إبراهيم مصطفى ،

المعجم الوسيط ، ج ٢ ، ص ٧٤٩ ، الكفوي ، الكليات ، ص ٧٠٥ .

(٣) سورة الإسراء آية (٢٣) .

(٤) ابن منظور ، لسان العرب ، باب قضى ، ج ١٥ ، ص ١٨٦ .

(٥) المرجع السابق ، الفيومي ، المصباح المنير ، ج ٢ ، ص ٥٠٧ .

ثانياً: مفهوم القضاء اصطلاحاً :

أما مفهوم القضاء اصطلاحاً فقد عرفه الفقهاء بتعاريف كثيرة أهمها :

- ١ - " فصل الخصومات وقطع المنازعات " (١) .
 - ٢ - " الحكم بين الناس بالحق والحكم بما أنزل الله ﷻ " (٢) .
 - ٣ - " الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام " (٣) .
 - ٤ - " فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى " (٤) .
 - ٥ - " الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات " (٥) .
- ويلاحظ أن هذه التعريفات تكاد تتفق على النقاط التالية (٦) :

- ١ - القضاء هو الإخبار عن حكم الله تعالى في القضية، وإظهار الحق المدعى به بين الخصمين .
 - ٢ - القضاء فيه إلزام للطرفين .
 - ٣ - هدف القضاء هو فصل الخصومة وقطع النزاع .
- ولذا يمكن أن نختار تعريفاً للقضاء يجمع بين هذه المعاني بأنه : "فصل الخصومات بإظهار حكم الشارع فيها على سبيل الإلزام" (٧) .

(١) ابن الشحنة، إبراهيم بن أبي اليمن، (ت ٨٨٢هـ/٤٧٧م) ، لسان الحكام في معرفة الأحكام ، ط٢ ، ام مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، ١٩٧٣ م ، ج١ ، ص٢١٨ .

- الزيلعي ، عثمان بن علي ، (ت ٧٤٣هـ / ٣٤٢م) ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ط١ ، ١٧م (تحقيق: أحمد عناية) ، دار الكتب العلمية بيروت ، ٢٠٠٠م ، ج٥ ، ص٨١ .

(٢) الكاساني ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود ، (ت ٥٨٧هـ / ١١٩١م) ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط٢ ، ٦م ، (تحقيق : محمد درويش) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٨م ، ج٥ ، ص٤٣٨ .

(٣) الخطاب ، محمد بن عبد الرحمن ، (ت ٩٥٤هـ / ١٥٤٧م) ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ط٢ ، ٦م ، دار الفكر بيروت ، ١٣٩٨هـ ، ج٦ ، ص٨٦ .

(٤) الشربيني ، محمد بن أحمد الخطيب ، (ت ٩٧٧هـ / ١٥٦٩م) ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، ٤م دار الفكر ، بيروت ، ج٤ ، ص٣٧١ .

(٥) البهوتي ، منصور بن يونس ، (ت ١٠٥١هـ / ١٦٤١م) ، كشف القناع عن متن الإقناع ، ط١ ، ٦م ، (تحقيق: أبو عبد الله محمد حسن) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ج٦ ، ص٣٦٢ .

(٦) الزحيلي ، محمد ، (٢٠٠٢م) ، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ، بيروت ، ط٢ ، ام ، دار الفكر ، دمشق ، ص٦١ .

(٧) ياسين ، محمد نعيم ، (١٩٩٩م) ، نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون ، ط١ ، ام ، دار النفائس ، الأردن ، ص٢٨ .

المطلب الثالث :

مفهوم الحكم القضائي :

اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم الحكم القضائي ، وانقسموا في ذلك إلى فريقين :

الفريق الأول : جعل القضاء والحكم بمعنى واحد، ولم يجعل لكل واحد منهما تعريفاً خاصاً به^(١) وذلك لأن القضاء في حقيقته يدور على معنى الفصل بين المتخاصمين^(٢) ، فضلاً عن أن اللغويين يطلقون الحكم على القضاء والقضاء على الحكم كما مر سابقاً .

الفريق الثاني : أفرد تعريفاً خاصاً بالحكم القضائي ، بالإضافة لتعريف القضاء نفسه ومن هذه التعريفات :

عرفه ابن الغرس الحنفي : " بأنه الإلزام في الظاهر على صفة مختصة بأمر ظن لزومه في الواقع شرعاً " ^(٣) .

وعرفه القرافي : " بأنه إنشاء إطلاق ، أو إلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا " ^(٤) .

وعرفه ابن عرفة : " بأنه جزم القاضي بحكم شرعي على وجه الأمر به " ^(٥) .

(١) القاري ، أحمد بن عبد الله (ت ١٣٥٩ هـ / ١٩٤٤ م) ، مجلة الأحكام الشرعية ، ط١ ، ام ، (تحقيق : عبد الوهاب أبو سليمان / محمد إبراهيم) ، مطبوعات تهامة ، السعودية ، ١٩٨١ م ، ص ٥٩٠ ، حيث نصت المادة (٢٠٠٩) القضاء والحكم هو الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومة بتبينه .

(٢) أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٣٤ .

(٣) انظر: شرح هذا التعريف ، ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص ٧ .

- ومما يتجه على هذا التعريف : أنه لم يتعرض لحقيقة الحكم القضائي والتي هي في الأصل فصل الخصومة ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي، ص ٣٧ .

(٤) القرافي ، شهاب الدين أحمد بن إدريس ، (ت ٦٨٤هـ / ١٢٨٥م) ، الإحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ، ط١ ، ام ، مطبعة الأنوار ، مصر ، ص ٢ ، ومما يتجه على هذا التعريف أنه جعل الإطلاق في مقابل الإلزام في حين يكون الإطلاق متضمناً للإلزام ، وبالتالي يكون الاقتصار على الإلزام كافياً في التعريف، ثم إنه يتحدث عن الحكم الذي يحوز الحجية المطلقة لا مطلق الحكم ، فالحكم من حيث ماهية قد يوجد ، ولكنه يعتبر باطلاً غير معتد به ، فالحكم المخالف للإجماع لا يدخل في تعريف القرافي ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٤١ .

(٥) الرصاع ، أبو عبد الله محمد الأنصاري ، (ت ٨٩٤هـ / ٤٨٩م) ، شرح حدود ابن عرفة ، ط١ ، م٢ ، (تحقيق : محمد أبو الأجنان/الطاهر المعموري) ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٩٣م ، ج ٢ ، ص ٥٦٨ ، ومما يتجه على هذا التعريف : أنه وسع من نطاق الحكم بحيث يدخل فيه كل الأحكام الشرعية في حين أن =

وعرفه الدردير : "بأنه الإعلام على وجه الإلزام" (١) .
 وعرفه ابن حجر الهيتمي : " بأنه ما يصدر من متولٍ عموماً وخصوصاً راجعاً إلى عام من
 الإلزامات السابقة له في القضاء على وجه مخصوص" (٢) .
 وعرفه البهوتي : " بأنه فصل الخصومات" (٣) .
 سادساً: تعريف مجلة الأحكام العدلية :
 " الحكم هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها " (٤) .

= الحكم القضائي مقتصر على فصل ما يقع فيه النزاع والخصومة ، كما أنه لا يشمل على حكم المحكم ، ولم
 يتطرق إلى أهم ما يميز الحكم القضائي ، وهو فصل الخصومة ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ص ٤٢
 (١) الدردير ، أبو البركات سيدي أحمد ، (ت ١٢٠١هـ/١٧٨٧م) ، الشرح الصغير ، ٤م ، (تحقيق: مصطفى
 كمال) ، منشأة المعارف ، مصر ، ج ٤ ، ص ١٨٧ ، ومما يتجه على هذا التعريف ، عدم إيراد فصل
 الخصومة ، وهي الأصل في الأحكام القضائية ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٤٥ .
 (٢) الهيتمي ، أحمد بن حجر ، (ت ٩٧٦هـ/١٣٩١م) ، الفتاوى الفقهية الكبرى ٤م ، دار الكتب العلمية ،
 بيروت ، ١٩٨٣م ، ج ٢ ، ص ١٩٨ .
 ومما يتجه على هذا التعريف أنه يصدق على معظم أعمال القضاء وإن لم تتضمن أحكاماً ، كما أنه قد
 خلا عن أهم ما يميز الحكم القضائي ، وهو فصل الخصومة ، وألفاظه يكتنفها الغموض فتحتاج إلى الشرح
 والتفصيل ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٤٧ .
 (٣) البهوتي ، منصور بن يونس (١٠٥١هـ / ١٦٤١م) ، شرح منتهى الإرادات ، ط ٢ ، ٣م ، عالم الكتب ،
 بيروت ، ١٩٩٦م ، ج ٣ ، ص ٤٨١ .
 ومما يتجه على هذا التعريف أنه لم يشتمل على الإلزام التي هي ما يميز الحكم القضائي .
 (٤) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٥٧٣ ، المادة (١٧٨٦) .
 هذا وقد أضاف شارح المجلة علي حيدر قيماً جديداً في التعريف فقال الحكم هو: عبارة عن قطع القاضي
 المخاصمة وحسمه إياها على الوجه المخصوص وذلك لإخراج الصلح الذي يجري بين الخصمين لأن
 الوجه المخصوص هو لفظ القاضي ألزمت ، أو حكمت ، أو نفذت عليك القضاء ، درر الحكام ، ج ٤ ،
 ص ٥٧٤ ، ومما أخذ على هذا التعريف أنه لا يشمل الحكم الصادر من المحكم ، أبو البصل ، نظرية الحكم
 القضائي ، ص ٣٩ .

• تعريف بعض المعاصرين للحكم القضائي :

- أولاً: تعريف محمد زيد الأبياني بأنه: " الحكم هو الإلزام" (١).
- ثانياً: تعريف علي قراعه بأنه: " ما يصدر من القاضي لإفادة لزوم الحق وثبوته " (٢).
- ثالثاً: تعريف الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي بأنه: " فصل الخصومة وحسم النزاع بقول أو فعل يصدر عن القاضي بطريق الإلزام" (٣).
- رابعاً: تعريف الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين بأنه " فصل الخصومة بقول أو فعل ،يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام" (٤) .
- خامساً : تعريف الأستاذ الدكتور عبد الناصر أبو البصل بأنه : ما يصدر عن القاضي ومن في حكمه ، فاصلاً في الخصومة متضمناً إلزام المحكوم عليه بفعل ،أو بالامتناع عن فعل أو إيقاع عقوبة على مستحقها أو تقرير معنى في محل قابل له (٥) .

(١) الأبياني : محمد زيد ، (ت١٣٥٤هـ/١٩٣٩م) ، مباحث المرافعات الشرعية ، ط٣ ، ١م ، ١٩٢م ، ص١٧٦ ومما أخذ على هذا التعريف أنه ذكر صفة واحدة من صفات الحكم القضائي وهي الإلزام، وبذلك فهو لا يتميز عن غيره فالحكم الشرعي ملزم وحكم السلطان ملزم ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٤٩ .

(٢) قراعه ، علي ، (١٩٢٥م) ، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية ، ط٢ ، ١م ، مطبعة النهضة ، مصر ، ص ٢٨١ . ومما أخذ على هذا التعريف أنه لم يذكر صفة الحكم الأصلية ، وهي فصل الخصومة كما أنه لا يشمل حكم المحكم ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٤٩ .

(٣) الزحيلي ، وهبة مصطفى ، (١٩٨٤م) ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ط١ ، ٨م ، دار الفكر ، دمشق ، ج٦ ، ص ٧٨٥ .

(٤) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٦٤٣ . ومما أخذ على هذا التعريف أنه لا يشمل الحكم الضمني ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٥٢ ، ولكن يمكن القول بأن قيد فصل الخصومة مطلق فيشمل الحكم الضمني وغيره .

(٥) أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٥٢ .

وقد يؤخذ على التعريف الإطالة والتكرار فقولهُ فاصلاً في الخصومة يعني عن قوله متضمناً إلزام المحكوم عليه بفعل

التعريف المختار :

من خلال ما سبق من تعريفات للحكم القضائي فإن التعريف المختار من بين هذه التعريفات هو " فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام" (١) .

وذلك لأن هذا التعريف يشمل عناصر الحكم القضائي وهي :

أولاً: فصل الخصومة ، وهي تبين ماهية الحكم القضائي ، فالقضاء ما وجد إلا لفصل الخصومات ، وقد يكون الحكم بالقول أو الفعل .

ثانياً: أن يصدر الحكم عن القاضي ومن في حكمه ، يشمل كل شخص تتوافر فيه شروط إصدار الحكم القضائي كالقاضي والمحكم .

ثالثاً: الإلزام وهذا أهم ما يميز الحكم القضائي عن غيره كالفتوى مثلاً ، إذ لا معنى للقضاء ما لم يكن ملزماً .

(١) ياسين ، محمد نعيم ، (١٩٨٤) ، حجبة الحكم القضائي ، ط١ ، ام ، دار الفرقان ، عمان ، ص٨ ، نظرية الدعوى، ص٦٤٣ .

تعريف الحكم القضائي عند علماء القانون :

عُرِّفَ الحكم القضائي عند علماء القانون بعدة تعريفات أذكر أهمها :

أولاً : هو القرار الصادر عن محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً في منازعة معينة ، بما لها من سلطة قضائية ، بحيث يكون من شأنه حسم النزاع فيها بما يتفق وحقيقة مراكز الخصوم ، بحيث يبين حقوق كل منهم ، وذلك وفق إجراءات معينة حددها القانون (١) .

ثانياً : هو القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً ، ومختصة في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات ، سواء أكان صادراً في موضوع الخصومة أم في شقٍّ منها ، أو في مسألة متفرعة عنه (٢) .

ثالثاً : " كل إعلان لفكر القاضي في استعماله لسلطته القضائية ، وذلك أياً كانت المحكمة التي أصدرت الحكم ، وأياً كان مضمونه " (٣) .

رابعاً : " هو القرار الصادر عن سلطة قضائية مؤلفة قانونياً ، ومضافاً لقواعد الأصول " (٤) .
ومما يمكن ملاحظته ومن خلال المقارنة بين تعريف الفقهاء وبين تعريف علماء القانون للحكم القضائي نجد أن تعريف الحكم القضائي لدى الفقهاء أكثر وضوحاً بحيث اشتمل على عناصر الحكم القضائي .

(١) شوشاري ، صلاح الدين ، (٢٠٠٢م) ، الوافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية ، ط ١ ، ام ، دار المناهج للنشر والتوزيع ، الأردن ، ص ٣٣٠ .

(٢) أبو الوفا ، أحمد ، (١٩٨٩م) ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، ط ٦ ، ام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص ٣٢ .

(٣) والي ، فتحي ، (١٩٧٧م) ، قانون القضاء المدني الكويتي ، ام ، مطبعة جامعة الكويت ، ص ٣٥٨ .

(٤) القضاة ، أحمد مفلح ، (١٩٩٢م) ، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي الأردني ، ط ٢ ، ام ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ص ٣٠٣ .

المبحث الثاني

مقومات الحكم القضائي :

يقصد بمقومات ^(١) الحكم القضائي أطرافه ، وما يستلزمه من أمور ، بحيث لو انعدم واحد منها لما وجد الحكم ، أو يكون عرضةً للنقض والإبطال ^(٢) .

هذا ومن خلال الإطلاع على كتب الفقهاء التي تناولت هذا الموضوع ، فإنهم قد انقسموا في تسمية هذه المقومات إلى قسمين :

الأول : أركان القضاء أو الحكم ^(٣) .

الثاني : أطراف القضاء أو الحكم ^(٤) .

ولعل تسمية أطراف القضاء أصوب وذلك لما يلي :

أولاً : لأن المراد بالقضاء الحكم ، والحكم أحد هذه المقومات الستة المذكورة ^(٥) ، فيلزم أن يكون ركناً لنفسه ؟ وهذا لا يصح .

(١) مقومات من قومٍ قومٍ وهو لما يقام به الشيء ويحصل ، الكفوي ، الكلبيات ، ص ٧٣١ .

(٢) قراعه ، الأصول القضائية ، ص ٢٨٠ ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٩٩ .

(٣) الحصكفي ، محمد بن علي (ت ١٠٨٨هـ / ١٧٦٠ م) ، الدر المختار ، ط ١ ، م ، (تحقيق : عبد المنعم خليل)

دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٢م ، ص ٤٦٣ ، علي حيدر ، درر الحكام ج ٤ ، ص ٥٧١ .

- ابن فرحون ، أبو الوفاء إبراهيم بن محمد ، (ت ٧٩٩هـ / ١٣٩٦ م) ، تبصرة الحكام في أصول

الأقضية ومناهج الأحكام ، م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١م ، ج ١ ، ص ٢١ .

- السبكي محمود محمد ، (ت ١٣٥٢ هـ / ١٩٣٦ م) ، فصل القضية في المرافعات وصور التوثيقات

والدعوى الشرعية ، ١٩١٢م ، ص ٥٤ ، القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ص ٥٩٠ ، مادة (٢٠١١) .

- ، البهوتي ، كشف القناع ، ج ٦ ، ص ٢٨٥ ، الأبياني ، مباحث المرافعات ، ص ١٧٦ .

(٤) الملاح ، محيي الدين بن حسن ، (ت ١٣٤٦ هـ / ١٩٣٠ م) ، عمدة الحاكم ومن يتردد إلى المحاكم ، م ،

مطبعة التضامن الأخوي ، مصر ، ص ١٥ .

- ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص ٥ ، علي قراعه ، الأصول القضائية ، ص ٢٨٠ .

(٥) إشارة إلى قول ابن الغرس :

أطراف كل قضية حكمية ست يلوح بعدها التحقيق

حكم ومحكوم له وبه ومحكوم عليه وحاكم وطريق

ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص ٥ .

ثانياً: ثم إن الركن معناه هو ما كان داخلاً في ماهية الشيء^(١) ، ولذلك صرح كثير من الفقهاء بأن ركن الحكم هو : ما يدل عليه من قول ، أو فعل^(٢) .
وعليه فإنه يمكن تقسيم مقومات الحكم القضائي إلى العناصر التالية :

- الأول : الحاكم
- الثاني : المحكوم له
- الثالث : المحكوم عليه
- الرابع : المحكوم فيه
- الخامس : المحكوم به
- السادس : طريق الحكم

وفيما يلي بيان لكل واحد من هذه المقومات :

(١) الجرجاني ، التعريفات ، ص ١٤٩ ، التفنازاني ، شرح التلويح ، ج ٢ ، ص ٢٧٣ ، صدر الشريعة ، التنقيح في أصول الفقه ، ج ٢ ، ص ١٧٣ ، هذا عند الحنفية ، أما الجمهور فالركن هو : ما يتوقف عليه أساساً وجود الشيء وإن كان خارجاً عن ماهية ، الجرجاني ، التعريفات ، ص ١١٧ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ١ ، ص ٣٢١ .

(٢) الجارم ، محمد صالح بن عبد الفتاح ، المجاني الزهرية على الفواكه البدرية ، ١م ، مطبوع بهامش الفواكه البدرية ، مطبعة النيل ، مصر ، ص ٥ ، النسفي ، البحر الرائق ، ج ٦ ، ص ٢٧٧ ، علي قراعه ، الأصول القضائية ، ص ٢٩٦ .

المطلب الأول :

الحاكم (القاضي)

تعريفه ، حكم تنصيبه ، شروطه ، آدابه :

أولاً : تعريفه :

" القاضي هو الذات الذي نُصَّبَ وعُيِّنَ من قبل السلطان ، لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس ، توفيقاً لأحكامها المشروعة " (١) :

قوله هو الذات الذي نُصَّبَ وعُيِّنَ من قبل السلطان يستفاد منه ما يلي :

أولاً : خروج المحكم لأن للمحكم أن يفصل الدعوى ، أو المخاصمة ولكنه لم يكن منصوباً من طرف السلطان ، بل هو منصوب من قبل الطرفين المتخاصمين .

ثانياً : إذا حكم السلطان العادل في دعوى حسب الأحكام المشروعة ، فيصح حكمه وينفذ ؛ لأن نفاذ حكم القاضي هو ناشئ لكونه مأموراً بالحكم من طرف السلطان ، ولكونه وكيلاً عنه فنفاذ حكم السلطان بطريق الأولى .

ثالثاً : إن نصب قاض من قبل موظف غير مأذون من السلطان بنصب القضاة كالوالي، والعامل غير صحيح، ولا ينفذ حكم ذلك القاضي .

أما قوله لأجل فصل وحسم الدعوى ٠٠٠٠ يستفاد منه الاحتراز عن المولى لا لفصل الدعوى كالولاية ، والمتصرفين .

أما قوله توفيقاً للأحكام المشروعة ، يستفاد منه أن الحكم إذا لم يوافق الشرع يكون حكماً بخلاف الحق وهو الجور (٢) .

(١) مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٧٨٥ .

- هذا وقد نصت مجلة الأحكام الشرعية في المادة (٨٠ الفقرة الثانية) على أن القاضي : هو الشخص الذي ولاه الإمام لفصل الخصومات بين الناس وإلزامهم بالأحكام الشرعية ، القاري ، مجلة الأحكام الشرعية، ص ٥٩٠ .

(٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٥٧٢ .

مفهوم القاضي في النظام القضائي الشرعي الأردني :

لم يُعرّف قانون تشكيل المحاكم الشرعية الأردني ما المقصود بالقاضي إلا أن مدلول كلمة " قاضي " في هذا القانون واسع ، بحيث لا يقتصر على قضاة المحاكم الابتدائية الشرعية والاستئناف ، بل يشمل كذلك مدير الشرعية ، ومفتش المحاكم الشرعية ، وبذلك يكون أعضاء المجلس القضائي الشرعي الخمسة قضاة ، ولا تشمل كلمة " قاضي " منصب قاضي القضاة^(١) .

ولذلك نصت المادة^(٢) من القانون على ما يلي :

" تعني كلمة قاضي أو قضاة : رئيس وأعضاء محكمة الاستئناف الشرعية ومدير الشرعية ، ومفتش المحاكم الشرعية ، وأي قاضٍ من قضاة المحاكم الابتدائية الشرعية " .

(١) أبو البصل ، عبد الناصر موسى ، (١٩٩٩م) ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص٢٩ - ٣١ .

ثانياً: حكم تنصيب القاضي :

اتفق الفقهاء على أن القضاء من فروض الكفاية ^(١) ، كما أنهم اتفقوا على أن تنصيب القضاة في الأمصار للحكم بين الناس في منازعاتهم فرض عين على الإمام ^(٢) ، وذلك لأن الخليفة قد نُصَّب في الإسلام من أجل ضمان تحقيق فروض الإسلام في دولته ، والقضاء من أقوى الفرائض ، وأشرف العبادات ^(٣) ، المطلوب تحقيقها من المسلمين ، وبما أن الخليفة نائب عنهم في ذلك وهو لا يستطيع أن يقوم بفصل الخصومات وقطع المنازعات بنفسه في جميع أنحاء البلاد ، فوجب عليه أن يعتمد إلى نصب القضاة في كل بلد ليحكموا بين الناس بشرع الله ﷻ ^(٤) ، فتصل الحقوق إلى أصحابها ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

-
- (١) الموصلي ، عبد الله بن محمود ، (ت ٦٠٦هـ / ١٢٠٧م) ، الاختيار لتعليل المختار ، ط ٣ ، ص ٢ ، دارالمعرفة ، بيروت ، ج ٢ ، ص ٨٢ .
- ابن جزري ، محمد بن أحمد ، (ت ٧٤١هـ / ١٣٤٠م) ، القوانين الفقهية ، ط ١ ، ص ١ ، المكتبة العصرية بيروت ، ٢٠٠٠م ، ص ٣١٥ .
- النووي ، محيي الدين بن شرف ، (ت ٦٧٦هـ / ١٢٧٧م) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، ط ٢ ، ص ١٢ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٥م ، ج ١١ ، ص ٩٢ .
- الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي ، (ت ٤٧٦هـ / ١٠٨٣م) ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، ط ١ ، ص ٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥م ، ج ٣ ، ص ٣٧٦ .
- ابن قدامة ، عبد الله بن أحمد ، (ت ٦٣٠هـ / ١٢٣٢م) ، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، ط ١ ، ص ١٠ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٥هـ ، ج ١٠ ، ص ٨٩ .
- (٢) القنوجي ، صديق بن حسن ، (٢٠٠١م) ، ظفر اللاضي بما يجب في القضاء على القاضي ، ط ١ ، ص ١ ، (تحقيق: أبو عبد الرحمن بن عيسى) ، دار ابن حزم ، بيروت ، ص ٣٤ .
- البعلي ، عبد الرحمن بن عبد الله ، (ت ١١٩٢هـ / ١٧٧٨م) ، كشف المخدرات ، ط ١ ، ص ٢ ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ٢٠٠٢م ، ج ٢ ، ص ٨١٨ .
- الشوكاني ، محمد بن علي ، (ت ١٢٥٥هـ / ١٨٣٩م) ، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار ، ط ١ ، ص ٤ ، دار الفكر ، بيروت ، ج ٩ ، ص ١٤٦ .
- (٣) الموصلي ، الاختيار ، ج ٢ ، ص ٨٢ .
- (٤) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٥٤ .

تعيين القاضي في القضاء الشرعي الأردني :

أما في النظام القضائي الشرعي الأردني فالذي يملك صلاحية تعيين القضاة هو المجلس القضائي الشرعي ، حيث نصت المادة (٤) من قانون تشكيل المحاكم الشرعية على : " تجري التعيينات والتنقلات والترفيعات في وظيفة القضاء بقرار من المجلس وإرادة سنوية تنشر في الجريدة الرسمية ويُقسم القضاة عند تعيينهم ، وقبل مباشرتهم وظائفهم أمام رئيس محكمة الاستئناف الشرعية اليمين التالية : أقسم بالله العظيم أن أكون مخلصاً للملك ، وأن أحكم بين الناس بالعدل ، وأن أحترم القوانين ، وأؤدي وظائفني بكل إخلاص ، وأن ألتزم سلوك القاضي الصادق الشريف " (١) .

وهذا المجلس القضائي يتكون كما نصت المادة (١٤) من قانون تشكيل المحاكم الشرعية على ما يلي (٢) :

" يتألف المجلس القضائي برئاسة رئيس محكمة الاستئناف الشرعية في عمان

وبعضوية كل من :

- ١ - مدير الشرعية .
- ٢ - أقدم عضوين في محكمة الاستئناف .
- ٣ - المفتش الأقدم في هيئة التفتيش .

(١) قانون تشكيل المحاكم الشرعية ، المادة (٤) ، الظاهر ، راتب عطا الله ، (١٩٩٩م) ، التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ، ١م ، مطابع الدستور التجارية ، الأردن ، ص ٢٨ .

(٢) قانون تشكيل المحاكم الشرعية ، المادة (١٤) ، ولكنني أرى ضرورة تعديل هذه المادة خاصة بعد استحداث محكمة استئناف شرعية في اربد ، وذلك للأسباب التالية :

أ - تحقيقاً للعدالة فمن حق أعضاء محكمة استئناف اربد الشرعية المشاركة في المجلس القضائي أسوة بزملائهم في محكمة استئناف عمان .

ب - في حالة غياب رئيس محكمة الاستئناف الشرعية في عمان ، نص القانون على أنه يحل محله مدير

الشرعية ، وأرى أن الأولى في ذلك هو رئيس محكمة استئناف اربد الشرعية لاتحاد المسمى

والوظيفة فضلاً عن أن منصب مدير الشرعية هو منصب إداري .

ثالثاً : شروط القاضي وآدابه :

مما لا شك فيه أن منصب القضاء في الدولة الإسلامية من أجل المناصب وأرفعها ولذا لا بد فيمن يتولى هذا المنصب أن تتوافر فيه شروطاً معينة ذكرها الفقهاء في كتبهم أذكرها على سبيل الإجمال دون التفصيل :

أولاً: الشروط المتفق عليها :

اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة تولية القاضي أن يكون مسلماً، بالغاً، عاقلاً وعليه فلا تصح تولية غير المسلم القضاء على المسلمين ، كما لا تصح ولاية الصبي والمجنون .

ثانياً: الشروط المختلف فيها :

اختلف الفقهاء فيما سوى ذلك من الشروط كالذكورة، والحريّة والاجتهاد، والعلم بالأحكام الشرعية، والعدالة، وسلامة الحواس ٠٠٠ غيرها .
وبغض النظر عن تفصيل أقوال العلماء في هذه الشروط -لأن المقام ليس مكان بحثها هنا - فإن الواجب على إمام المسلمين أن يختار لهذا المنصب المهم، والعمل الجليل من تتوافر فيه الصفات والشروط التي تؤهله للقيام بهذه المهمة الجسيمة على أكمل وجه، حتى تتحقق الغاية المرجوة من القضاء .

(١) ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر ، (ت ١٢٥٢ هـ / ١٨٣٦م) ، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ٨م ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٢م ، ج ٥ ، ص ٣٥٤ ، ابن الهمام ، محمد بن عبد الواحد السيواسي ، (ت ٦٨١هـ / ١٢٨٢م) ، شرح فتح القدير ، ٧م ، دار إحياء التراث العربي ، ج ٦ ، ص ٣٥٧ ، الحطاب ، مواهب الجليل ، ج ٦ ، ص ٨٧ ، عليش ، محمد بن أحمد ، (ت ١٢٩٩هـ / ١٨٨١م) تقارير عليش ، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي ، ج ٦ ، ص ٣ ، الشريبي ، مغني المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٧٦ الرملي ، محمد بن أحمد ، (ت ١٠٠٤ هـ / ١٥٩٥م) ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ط ٨ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ج ٨ ، ص ٢٢٦ ، الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج ٢٠ ، ص ٢٢٠ ، الشيرازي ، المهذب ، ج ٢ ، ص ٢٨٩ ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ، ص ٤٦٤ ، ابن قدامه ، عبد الله بن أحمد ، (ت ٦٣٠ هـ / ١٢٣٢م) ، عمدة الفقه ، ١م ، (تحقيق: عبد الله العيدلي / محمد العنبي) ، مكتبة الطرفين ، الطائف ، ص ١٥٩ ابن حزم ، علي بن أحمد بن سعيد ، (ت ٤٥٦ هـ / ١٠٦٣م) المحلى بالآثار ، ١٢م ، (تحقيق : عبد الغفار البنداري) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج ٨ ، ص ٤٢٧ ، الصنعاني ، سبل السلام ، ج ٤ ، ص ١١٦ ، الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج ٩ ، ص ١٥٥ .

وعلى القاضي أن يتأدب بجملة من الآداب ذكرها الفقهاء ^(١) ، ويسن للقاضي أن يكون قوياً بلا عنف ، ليناً بلا ضعف ، حليماً متأنياً متقناً عفيفاً ورعاً ونزهاً ، بعيداً عن الطمع ، صدوق اللهجة ، بصيراً بأحكام الحكام قبله ، يخاف الله ويراقبه ، لا يؤتى من غفلة ، ولا يخدع من غرة ، عالماً بلغات أهل ولايته ، لا يهزل ، ذا رأي ومشورة ، لكلامه لينٌ إذا قرب ، وهيبه إذا بعد ، ووفاء إذا وعد ، لا جباراً ولا عسوفاً ^(٢) .

(١) والأصل في آداب القاضي هو كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه " أما بعد : فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة ، فافهم إذا أدب إليك ، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له أسـ الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يبأس ضعيف من عدلك...." ، البيهقي ، سنن البيهقي الكبرى ، ج ١٠ ، ص ١٣٥ ، ابن القيم ، محمد بن أبي بكر ، (ت ٧٥١ هـ / ١٣٥٠ م) ، أعلام الموقعين عن رب العالمين ، ٤م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج ١ ، ص ٦٨ .

(٢) ابن يوسف ، مرعي ، (ت ١٠٣٣ هـ / ١٦٢٣ م) ، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى ، ط ١ ، ٣م ، مؤسسة دار السلام للطباعة والنشر ، دمشق ، ج ٣ ، ص ٤٣٦ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٥٧٩ ، القاري مجلة الأحكام الشرعية ، ص ٦٠٢ ، ابن جزري ، القوانين الفقهية ، ص ٣١٧ ، السمرقندي ، تحفة الفقهاء ج ٣ ، ص ٦٤١ ، الشيرازي ، المهذب ، ج ٣ ، ص ٣٩٣ .

شروط تعيين القاضي في القضاء الشرعي الأردني :

فقد نصت المادة (٣) من قانون تشكيل المحاكم الشرعية على ما يلي :^(١)

أ- يشترط فيمن يتولى القضاء الشرعي ما يلي :

- ١- أن يكون مسلماً أردنياً متمتعاً بالأهلية الشرعية والمدنية الكاملة ، وسليم الحواس والجسم.
 - ٢- أن يكون قد أكمل الثامنة والعشرين من عمره على الأقل .
 - ٣- أن يكون حاصلًا على الشهادة الجامعية الأولى على الأقل في الشريعة الإسلامية .
 - ٤- أن يكون قد مارس الأعمال الكتابية لدى المحاكم الشرعية مدة لا تقل عن ثلاث سنوات بعد حصوله على الشهادة الجامعية الأولى ، أو مارس وهو أستاذ مهنة المحاماة الشرعية مدة لا تقل عن ست سنوات .
 - ٥- أن يكون حسن السيرة والسمعة ، وأن لا يكون قد حكم عليه بأي جنائية ، أو جنحةٍ عدا الجرائم السياسية ، وأن لا يكون محكوماً من محكمة ، أو مجلس تأديبي ، لأمر مخل بالشرف ، ولو ردَّ إليه اعتباره ، أو شمله عفو عام .
- ب- مع مراعاة أحكام الفقرة (أ) من هذه المادة لا يجوز تعيين أي شخص في وظيفة قاضٍ لأول مرة إلا بعد اجتيازه المسابقة القضائية ، ويكون القاضي في هذه الحالة معيناً تحت التجربة لمدة ثلاث سنوات ، وللمجلس بعد ذلك تثبيته ، أو إعادته إلى وظيفته الكتابية ، أو الاستغناء عن خدمته حسب مقتضى الحال^(٢) .

(١) قانون معدل لقانون تشكيل المحاكم الشرعية ، قانون مؤقت رقم (٨٣) ، لسنة ٢٠٠١م ، نشر بالعدد رقم (٤٥٢٤) من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ ٢٠٠١/١٢/٣١م ، الظاهر، التشريعات الخاصة ، ص ٨ .

(٢) كما يشترط على القاضي أن يقسم اليمين الذي سبقت الإشارة إليه ، انظر :ص ٥١ من هذه الأطروحة . ومما ينبغي ملاحظته هنا أن المدة التي كان القاضي فيها يخضع للتجربة في القانون القديم هي سنة، ولكنها في هذه المادة عدلت إلى ثلاث سنوات ، وهذا من وجهة نظري أفضل ، وذلك حتى نستوثق من كفاءة هذا القاضي فيسعى جاهداً للارتقاء بنفسه واثبات كفاءته .

المطلب الثاني :

المحكوم له :

" تعريفه ، شروطه "

أولاً : تعريف المحكوم له :

" هو من صدر الحكم لصالحه ^(١) ، ويسمى المقضي له ، والمحكوم له قد يكون الشرع وذلك إذا كان المحكوم به من حقوقه المحضة ، أو التي غلب فيها حقه وهو ما يسمى اليوم بالحق العام .

وقد يكون العبد إذا كان المحكوم به من حقوقه المحضة ، أو غلب فيه حقه ^(٢) ، وهو ما يسمى بالحق الشخصي .

ثانياً : شروط المحكوم له :

تختلف شروط المحكوم له بحسب كونه للعبد أم للشرع على النحو التالي :

أ- إذا كان المحكوم له العبد فيشترط فيه ما يلي :

- ١ - يشترط في المقضي له أن يكون ممن تقبل شهادته للقاضي ، فإن كان المقضي له لا تقبل شهادته للقاضي فلا يقبل قضاء القاضي له لأن في قضاء القاضي مظنة التهمة ^(٣) .

(١) قوله : من يشمل كل حالات المحكوم له سواء كان للشرع أم للعبد ، وقيد من صدر الحكم لصالحه فقد وضع ليشمع المدعي في حالة الحكم له بما يدعيه وكذلك المدعى عليه إذا أصدر القرار من القاضي بأن لا وجه لإقامة الدعوى ، أو الحكم بردها لعدم الخصومة " أبو البصل " نظرية الحكم القضائي ، ص ١٥٤ .

- هذا فقد نصت المادة (١٧٨٩) ، من مجلة الأحكام العدلية " المحكوم له هو الذي حكم له " ومما يؤخذ على هذا التعريف أنه أدخل المعرف في التعريف وهذا يلزم منه الدور والتسلسل فالتعريف لم يأت بجديد ، ولم يحدد لنا من هو المحكوم له ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ١٥٣ ، علي حيدر ، مجلة الأحكام ، ج ٤ ، ص ٥٧٧ - ومنهم من عرف المحكوم له بأنه " المدعي " وهذا قد يصح في بعض الحالات التي يصدر فيها الحكم لصالحه بينما لا يصدق هذا التعريف إذا صدر الحكم للمدعى عليه ، ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص ٦٣ .

(٢) السبكي ، فصل القضية في المرافعات الشرعية ، ص ٥٥ .

(٣) هذا هو الأصل ، وفي المسألة تفصيل فمن الفقهاء من جوز الحكم لمن لا تقبل شهادته القاضي له أنظر : هذه المسألة : ابن أبي الدم ، إبراهيم بن عبد الله ، (ت ٦٤٢ هـ / ١٢٤٤ م) ، أدب القضاء ، ط ٢ ، م ، (تحقيق : محمد الزحيلي) ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٢ م ، ص ١٥٩ ، الحسام الشهيد ، عمر بن عبد العزيز ، (ت ٥٦٣ هـ / ١١٦٧ م) شرح أدب القاضي ، ط ١ ، م ، (تحقيق : أبو الوفا الأفغاني / محمد الهاشمي) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤ م ، ص ٣٧٠ ، الموصلي ، الاختيار ، ج ٢ ، ص ٨٦ =

وعليه فلا يجوز القاضي أن يقضي لنفسه ولا لأبويه وإن علوا ولا لزوجته ولا لأولاده وإن سفلوا^(١) .

٢- أن يدعي المحكوم له ، وذلك بأن يتقدم بدعوى لدى القاضي يطالب فيها بحقه ،بمعنى أنه لا يحكم بدون سبق دعوى منه ^(٢) .

٣- حضوره مجلس الحكم بالذات ، أو حضور وكيله ،أو نائبه ، كوليّه ، أو وصيه إذا كان محجوراً عليه لأنه لا يجوز الحكم للغائب ^(٣) .

ب- أما إذا كان المحكوم له الشرع فلا يشترط سبق الدعوى ^(٤) ، لأنها تعتبر من باب الحسبة ، والتي يحق لكل مسلم أن يطالب بها .

= القنوجي ، ظفر اللاضى ، ص٢٣٤ ، البعلي ، كشف المخدرات ، ج٢ ، ص٨٢٤ ، ابن جزى ، القوانين الفقهية، ص٣١٨ ، ياسين ، حجبة الحكم القضائي ص٤٨ ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص١٥٧ .
^(١) السمرقندي ، محمد بن أحمد ، (ت ٥٣٩هـ/١١٤٥م) ، تحفة الفقهاء ، ط٢ ، م٣ ، (تحقيق : محمد زكي) إدارة إحياء التراث الإسلامي ، قطر ، ج٣ ، ص٦٣٩ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٦١٤ ، مادة (١٨٠٨) .

^(٢) أبو فارس ، محمد عبد القادر ، (١٩٩١م) ، القضاء في الإسلام ، ط٣ ، م١ ، دار الفرقان ، الأردن ، ص٣٣ علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٦٦٥ ، مادة (١٨٢٩) .

^(٣) هذا هو الأصل وزعم ابن الغرس الإجماع على عدم جواز القضاء للغائب ، ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص٦٥ ، القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ، ص٥٩٧ ، مادة (٢٠٤٤) ، ولكن في المسألة تفصيلاً ، انظر : أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص١٥٨ .

^(٤) علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٥٧٧ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

أولاً: فقد نصت المادة (١٢٥) ، من قانون أصول المحاكمات الشرعية^(١) ، على ما يلي :

يحق لكل من المدعى والمدعى عليه أن يقدم إلى رئيس محكمة الاستئناف الشرعية استدعاء على نسختين ، يطلب فيه تنحية القاضي من رؤية الدعوى لأي سبب من الأسباب التالية منها :

- ١ - أن يكون للقاضي منفعة مالية في الدعوى المقامة لديه رأساً ، أو بسببها .
- ٢ - إذا كان القاضي من أصل ، أو فرع أحد الخصمين ، أو بينه وبين أحدهما قرابة مصاهرة من الدرجة الثانية ، أو الثالثة^(٢) .

ثانياً: كما نصت المادة (١١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على أنه يجب أن تقدم لائحة الدعوى مشتملة على اسم كل الفرقاء ، وشهرته ، ومحل إقامته ، وعلى الإدعاء والبيانات التي يستند إليها وتُبلَّغ صورة عن اللائحة إلى كل من المدعى عليهم .

ثالثاً: كما نصت المادة (٥٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على أن المحكمة تسقط الدعوى :

- ١- إذا لم يحضر أحد من الغرماء .
 - ٢- إذا لم يحضر المدعي وحضر المدعى عليه وطلب الإسقاط^(٣) .
- من خلال ما سبق يتضح لنا مدى التوافق بين الفقه وقانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني في اعتبار الشروط السابقة الذكر في المحكوم له .

(١) الظاهر ، التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ، ص١٠٣ ، ص٦٦ ، ص٧٨ .

(٢) فيفهم من هذه المادة أن من شروط المدعي أن لا يكون ممن تقبل شهادته للقاضي ، وإلا كان سبباً لطلب رد القاضي عن رؤية الدعوى ، داود ، أحمد علي ، (١٩٩٨م) ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى ، ط١ ، ص٢ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، انظر: القرارات الاستئنافية المتعلقة ببرد القضاة ، ص٤٣٥-٤٦٢ .

(٣) وعليه فإنه يفهم من هذه المادة أنه يشترط حضور المدعي بالذات ، أو وكيله ، أو نائبه كوكيله ، أو وصيه ، وإلا كان سبباً لسقوط الدعوى لأنه لا يحكم للغائب .

المطلب الثالث :

المحكوم عليه :

تعريفه ، شروطه

أولاً : تعريف المحكوم عليه :

" نظراً لأن المحكوم عليه يكون في مقابل المحكوم له ، فإن تعريف المحكوم عليه يكون من صدر الحكم القضائي في غير صالحه " (١) .

ثانياً : شروطه :

يشترط في المحكوم عليه ما يلي :

- ١ - أن يكون المحكوم عليه ممن تقبل شهادة الحاكم عليه .
- وعليه فإذا كان بين القاضي والمحكوم عليه عداوة دنوية (٢) ، فإن القاضي يمنع من الحكم .
- ٢ - أن يكون المحكوم عليه معيناً معلوماً ، وذلك لأنه لا سبيل إلى الوصول إلى الهدف من مشروعية الدعوى إلا به ؛ لأنه لا يمكن في هذه الحال أن يفصل في النزاع ، ولا إصدار حكم على مجهول (٣) ، لعدم إمكانية استيفاء الحق منه .
- ٣ - وقد اشترط بعض الفقهاء أن يكون المقضي عليه حاضراً ، فلا يقضى على غائب (٤) .

(١) وهذا التعريف يشمل جميع حالات المحكوم عليه سواء أكان مدعياً ولم يثبت دعواه أم لم يحكم له فهو محكوم عليه ، أو كان مدعى عليه وثبتت الدعوى عليه وحكم للمدعي بما يدعيه فهو محكوم عليه ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ١٩٤ .

- ونصت المادة (١٧٨٨) من مجلة الأحكام العدلية على : أن المحكوم عليه هو الذي حكم عليه ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٥٧٦ ، وما قيل سابقاً في شأن المحكوم له يقال هنا ، انظر : ص ٥٥ من هذه الأطروحة .
- وعرفه ابن فرحون " بأنه كل من توجه عليه حق " ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ج ١ ، ص ٧٥ .

(٢) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٣٥٦ ، ابن جزري ، القوانين الفقهية ، ص ٣١٨ ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٩٣ ، البعلي ، كشف المخدرات ، ص ٨٢٤ ، القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ، ص ٦٠٠ ، المادة (٢٠٥٩) .

(٣) النووي ، روضة الطالبين ، ج ١١ ، ص ١٨٣ ، القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ، ص ٦١٣ ، مادة (٢١٠٩) :
" يلزم تعيين المدعى عليه ، فإن كان حاضراً كفت الإشارة إليه ، وإن كان غائباً لزم ذكر الاسم ، والنسب حتى يتميز " ، السبكي ، فصل القضية ، ص ١٤ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٩٩ .

(٤) هذا ما ذهب إليه الحنفية ، بينما يرى فقهاء المذاهب الأخرى جواز القضاء على الغائب في حقوق العباد دون حقوق الله ﷻ والمسألة تحتاج إلى تفصيل وليس هنا محل بحثها ولذا ينظر تفصيلها في =

موقف القضاء الشرعي الأردني :

أولاً: فقد سبقت الإشارة إلى المادة (١٢٥) من قانون أصول المحاكمات الشرعية والتي تنص على أسباب رد القضاة ومنها^(١): أن يكون بين القاضي وبين أحد الخصمين عداوة ظاهرة .
ثانياً: كما نصت المادة (١١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية السابقة الذكر أنه يجب أن تقدم لائحة الدعوى مشتملة على اسم كل الغرماء وشهرتهم ومحل إقامتهم^(٢).
ثالثاً: أما بالنسبة للحكم على الغائب :

فقد أجاز قانون أصول المحاكمات الشرعية الحكم عليه بشرط أن يتم تبليغه تبليغاً صحيحاً ، حيث أوجبت المادة (١١) السابقة الذكر وجوب تبليغ المدعى عليه صورة من لائحة دعوى المدعى .

رابعاً: ونصت المادة (١٢) في الفقرة الثانية من القانون نفسه على أنه ينظم كاتب المحكمة مذكرة الحضور ويعدُّ نسخاً عنها بعدد نسخ لائحة الدعوى ويُبَلِّغ المدعى عليه نسخة منها مع نسخة من لائحة الدعوى .

كما نصت المادة (١٣) من القانون على أن تتضمن مذكرة الحضور تكليف المدعى عليه الحضور في وقت معين ، وتقديم دفاع خطي ضد لائحة الدعوى التي قدمها المدعي خلال عشرة أيام من تاريخ تبليغه إذا شاء ذلك في دعاوى محددة ... ، وفي هذه الحالة يجب أن لا تقل الفترة الفاصلة بين الميعاد المضروب لحضور المدعى عليه وتاريخ صدور المذكرة عن عشرين يوماً^(٣) .

= المراجع التالية: ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص٤٠٩ ، ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٦ ، ص٤٠٠ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٧٦ ، ابن رشد ، محمد بن أحمد ، (ت٥٩٥هـ/١١٩٨م) ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج٢ ، (تحقيق : حازم القاضي) ، مكتبة نزار الباز ، الرياض ، مكة ، ١٩٩٥ م ، ج٢ ، ص٨٤١ ، ابن حجر الهيتمي ، (ت٩٧٢هـ/١٥٦٤م) ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، ط١ ، ص٤ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠م ، ج٤ ، ص٣٧٥ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص٢٧٨ ، الشريبي ، مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٤٠٦ ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٣ ، ص٤٩٧ ، البعلي ، كشف المخدرات ، ج٢ ، ص٨٣١ ، ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج٨ ، ص٤٣٤ ، علي قراعه ، الأصول القضائية ، ص٢٨٩ ، الأبياني ، مباحث المرافعات الشرعية ، ص١٩٠ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٥٢١ ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٢٠٠ .

(١) انظر : ص ٥٧ من هذه الأطروحة .

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١١) .

(٣) المرجع السابق ، المادة (١٣) .

وعليه فإذا تم تبليغ المدعى عليه وفق القانون ولم يحضر المدعى عليه المبلّغ موعد الجلسة ، فإنه يجوز للمحكمة أن تسير بمحاكمته غيابياً ، وإصدار الحكم عليه ، وإن كان غائباً بشرط طلب المدعي ، ويجوز للمحكمة من نفسها أن تقرر محاكمة المدعى عليه غيابياً إذا كان موضوعها مما تُقبل فيه الشهادة حسباً^(١).

ومما ينبغي ملاحظته هنا أن قانون أصول المحاكمات الشرعية وإن أجاز القضاء على الغائب^(٢) - أخذاً بقول جمهور الفقهاء- وذلك على أساس اعتبار الغائب حاضراً حكماً بعد تبليغه وفق أحكام القانون، فقد ضمن حقه من وجوه :

الأول: وجوب تبليغه الحكم^(٣) .

الثاني : منحه حق الاعتراض على الحكم الغيابي خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه^(٤).
كما منحه القانون حق استئناف الحكم الغيابي خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه الحكم الغيابي^(٥) .

(١) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٥٠/الفقرة الثانية) .

(٢) داود ، أحمد محمد علي ، (٢٠٠٤ م) ، أصول المحاكمات الشرعية ، ط ١ ، ٢ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ج ١ ، ص ٢٩٩ .

(٣) نصت المادة (١٠٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على أنه يعتبر الحكم وجاهياً، إذا صدر بمواجهة الطرفين ، أو إذا حضر المدعى عليه جلسة من جلسات المحاكمة ، أو أكثر وتخلف بعد ذلك عن الحضور وفيما عدا ذلك يكون الحكم غيابياً، ويشترط في ذلك أنه إذا صدر الحكم على شخص أو أشخاص لم يكونوا حاضرين جلسة الحكم فيجب تبليغ إعلام الحكم إليه أو إليهم، حتى تبدأ مدة الاستئناف من تاريخ التبليغ، كما اعتبر القانون الحكم ملغياً بعد مضي مدة سنة من تاريخ صدوره إذا لم يبلغ المحكوم عليه الحكم واستثنى من ذلك حالتين :

الأولى : إذا راجع المحكوم له ودفع الرسم للتبليغ خلال مدة السنة ومضت المدة قبل أن تنتهي معاملة التبليغ.

الثانية : إذا كان الحكم مما يتعلق به حق الله تعالى، قانون أصول المحاكمات الشرعية المادة (١١٤) .

(٤) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المواد المتعلقة بالاعتراض ، (١٠٦ - ١١٤) .

(٥) المرجع السابق ، المادة (١٣٦) .

المطلب الرابع :

المحكوم فيه :

المحكوم فيه هو جميع الحقوق ، وقد اتفق الفقهاء على أن القاضي يحكم في كل حق من الحقوق سواء كان حقاً لله تعالى أم حقاً للأدميين ، وأنه نائب عن الإمام الأعظم في هذا المعنى^(١)، ولذا يقول القاضي أبو الأصبع بن سهل^(٢): "إعلم أن خطة القضاء من أعظم الخطط قدراً وأجلها خطراً ، وعلى القاضي مدار الأحكام وإليه النظر في جميع وجوه القضاء من القليل والكثير بلا تحديد ٠٠ ، ويختص القاضي بوجوه لا يشاركه فيها غيره من الحكام وذلك مثل الوصايا والأحباس"^(٣) .

وقال الإمام السمناني^(٤) : "قأما الكلام في المقضي فيه فيشتمل على أبواب كثيرة ومعانٍ جمّة فيها أقوال وفيها أفعال"^(٥) .

من خلال ما سبق يتبين لنا أن القاضي في الشريعة الإسلامية يتمتع بصلاحيّة الحكم في كل المنازعات التي ترد إليه من الخصوم بدون استثناء ، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يجوز تخصيص القضاء ببعض الحقوق دون غيرها ؟

وقد اتفق الفقهاء على أن القضاء يقبل التخصيص بالزمان وبالمكان وببعض الخصومات وباستثناء بعض الأشخاص ، والعمل بقول مجتهد في المسائل الخلافية^(٦) ، وذلك لأن القاضي

(١) ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج ٢ ، ص ٨٢٣ .

(٢) القاضي أبو الأصبع هو: عيسى بن سهل الأسدي المالكي، ولي قضاء غرناطة ، وصنف في الأحكام كتاباً حسناً ، توفي سنة (٤٨٦هـ) ، وله من العمر (٧٣ سنة) ، الذهبي ، سير أعلام النبلاء ، ج ١٩ ، ص ٢٦ .

(٣) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ٧٣ ، عبد الرفيع ، معين الحكام ، ج ٢ ، ص ٦١٠ .
- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت ، (١٩٩٥م) ، الموسوعة الفقهية الكويتية ، ط ١ ، ص ٤٠١ ، مطابع الصفاة للطباعة والنشر والتوزيع ، الكويت ، ج ٣٣ ، ص ٣٢٧ .

(٤) السمناني هو أبو القاسم علي بن محمد الرحبي ، ولد برحبة ، وورد على قاضي القضاة الدامغاني ، فقرأ عليه مذهب أبي حنيفة ، توفي سنة (٤٩٩هـ) ، من مؤلفاته: روضة القضاة ، أبو الوفاء القرشي ، طبقات الحنفية ، ص ٣٧٦ .

(٥) السمناني ، روضة القضاة ، ج ١ ، ص ٤٧ .
(٦) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٥٩٨ ، وهذا وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه فإن فعل بطل الشرط ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج ٦ ، ص ٣٧١ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ص ٩٦ ، ويمكن أن يحمل هذا القول على الحالة التي يكون فيها القاضي مجتهداً فعندها يجب عليه أن يقضي بما أداه إليه اجتهاده ، أما إذا كان القاضي غير مجتهد - كما هو الحال في زماننا - فيجوز تقيده بالالتزام بقول عالم من العلماء ، والله أعلم .

وكيل من قبل السلطان لإجراء المحاكمة والوكالة تنقيد بالقيود والشرط الذي يقيدها الموكل^(١) ولذا فلو ولاية الحاكم القضاء سنة مثلا لم يصح حكمه قبل حلولها ، ولا بعد مرورها ، ولو ولاية القضاء ببعض المعاملات أو بقدر من المال لا يتجاوزه فلا ينفذ حكمه فيما سوى ذلك وهكذا الأمر في جميع صدر التخصيص^(٢) .

(١) علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٥٩٨ .

(٢) انظر هذه المسألة في : السمناني ، روضة القضاة ج ١ ، ص ٧٢ ، الملاح ، عمدة الحاكم ، ص ١٦ ، النووي ، روضة الطالبين ، ج ١١ ، ص ١٢٠ ، الشيرازي ، المهذب ، ج ٣ ، ص ٣٧٩ ، ابن أبي الدم ، أدب القاضي ، ص ٩٥ ، الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص ٦٧ ، البهوتي ، كشف القناع ، ج ٦ ، ص ٣٦٩ ، البعلي ، كشف المخدرات ، ج ٢ ، ص ٨١٩ ، الفراء ، محمد بن الحسين ، (ت ٤٥٨ هـ / ١٠٩٣ م) الأحكام السلطانية ام ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ص ٦٨ ، وزارة الأوقاف الكويتية ، الموسوعة الفقهية ج ٣٣ ، ص ٢٩٨ ، القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ، ص ٥٩٩ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٥٩٧ ، مادة رقم (١٨٠١) .

(٣) زيدان ، عبد الكريم ، (٢٠٠٠م) ، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ، ط ٣ ، ام ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ص ٦٢ ، وما بعدها ، " وذكر صور التخصيص منها : تخصيص القضاء من حيث المكان والزمان ، والأشخاص ، ونوع من الخصومات ، وبخصومة معينة ، ومن جهة مرور الزمن ٠٠٠٠ " .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

نصت المادة (١٠٦) من الدستور الأردني في الفصل السادس الذي بين فيه أحكام السلطة القضائية على ما يلي :

" تطبق المحاكم الشرعية في قضائها أحكام الشرع الشريف "

هذا وقد حددت المادة (١٠٥) من الدستور الأردني صلاحية المحاكم الشرعية بالنظر وحدها في الأمور التالية :

(١) مسائل الأحوال الشخصية .

(٢) قضايا الدية إذا كان الفريقان كلاهما مسلماً ، أو كان أحدهما غير مسلم ، ورضي الفريقان أن يكون حق القضاء في ذلك للمحاكم الشرعية (١) .

(٣) الأمور المختصة بالأوقاف الإسلامية .

ولذلك يفهم من هذه المادة أنه لا يحق للمحاكم الشرعية النظر في غير هذه القضايا، وأن ما سوى هذه الأمور هو خارج عن وظيفتها واختصاصها (٢) .

هذا وقد الزم المشرع الأردني المحاكم الشرعية تطبيق كل من :

١- قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩ م ، وقد نشر في العدد رقم (١٤٤٩) من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ ١ / ١١ / ١٩٥٩م ، وهو مكون من (١٦٠) مادة (٣)

٢ - قانون الأحوال الشخصية رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦م ، وقد نشر في العدد رقم (٢٦٦٨) من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ ١ / ١٢ / ١٩٧٦ م ، وهو مكون من (١٨٧) مادة (٤) .

هذا وقد نصت المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي :

" ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة " (٥) .

(١) ويرى الباحث ضرورة تعديل هذه المادة ، وذلك بأن يعطى حق الاختيار - إن كان ولا بد- للطرف

الغير مسلم أما الطرف المسلم فإنه لا خيار له في ذلك ، لأنه مأمور بالتحاكم إلى شرع الله .

(٢) انظر: القرارات الاستئنافية المتعلقة بالصلاحية ، داود ، القرارات الاستئنافية ، ج ٢ ، ص ٥٥٧- ٥٨٨ .

(٣) انظر: تعديلات هذا القانون ، الظاهر ، التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ، ص ٦٠ .

(٤) انظر: تعديلات هذا القانون ، المرجع السابق ، ص ١١٨ .

(٥) انظر: القرارات الاستئنافية المتعلقة بالرجوع إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة ، عمرو ، عبد الفتاح عايش ،

(١٩٩٠م) ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ط ١ ، ١م ، دار يمان للنشر والتوزيع ، عمان ،

ص ٣٠ ، ١١١ ، ١٣٤ ، ٢٤٥ ، ٣١٨ ، وغيرها .

المطلب الخامس :

المحكوم به :

المحكوم به : هو الشرع الذي يجب على الحاكم تطبيقه على الخصوم والدعاوى المعروضة عليه فالقاضي حتى يقوم بمهمته خير قيام لا بد له من تشريع يرجع إليه في كل النزاعات التي ترفع إليه ليوصل الحق إلى أصحابه ، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا إذا عرضت قضية بين يدي القاضي فبماذا يقضي ؟ وما مرجعيته التي يستقي منها أحكامه ؟ .

بما أن الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق في جميع مجالات الحياة ، فإنه يجب على القاضي أن يحكم في كل حادثه تعرض عليه بما ثبت عنده من كتاب الله ﷻ وسنة نبيه ﷺ ، فإن لم يجد فيما أجمع عليه الصحابة الكرام ، فإن لم يجد يُعمل ذهنه ويجتهد برأيه إن كان أهلاً للاجتهاد ، وإلا سأل أهل العلم واستشارهم وأخذ برأي من يثق بدينه وخلقه ويتفق مع قواعد الشريعة العامة ، ومقاصدها الأساسية (١) .

وهذا ما سار عليه سلفنا الصالح ولعل حديث معاذ ﷺ عنه يرشدنا إلى ذلك حين سأله النبي ﷺ - لما بعثه إلى اليمن - " كيف تصنع إن عرض لك قضاء ؟ قال : أقضي بكتاب الله ، قال : فإن لم يكن في كتاب الله ؟ قال : فيسنة رسول الله ، قال : فإن لم يكن في سنة رسول الله ؟ قال : أجتهد رأيي ولا آلو ، (أي لا أقصر) ، فضرب رسول الله على صدري ، وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى الله ورسوله " (٢) .

(١) الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي، ص١٧ ، السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج٣ ، ص٦٣٦ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٥١ ، الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص٦٦ ، وزارة الأوقاف الكويتية ، الموسوعة الفقهية ، ج٣٣ ، ص٣٢٦ ، الزحيلي ، التنظيم القضائي ، ص١٠٥ .
- الحميضي ، عبد الرحمن إبراهيم ، (١٩٨٩ م) ، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة ، ط١ ، أم ، جامعة أم القرى ، مكة ، ص٣٢١ .

(٢) أبو داود ، سليمان بن الأشعث ، (ت ٢٧٥هـ / ٨٨٨م) ، سنن أبي داود ، ٤م ، (تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد) ، دار الفكر ، بيروت ، ج٣ ، ص٣٠٣ ، البيهقي ، السنن الفقهية الكبرى ، ج١٠ ، ص١١٤ ، واللفظ لهما ، قال ابن الملقن في خلاصة البدر المنير : إسناده ضعيف ، ابن الملقن ، عمر بن علي ، (ت ٨٠٤هـ / ١٤٠١م) ، خلاصة البدر المنير ، ط١ ، ٢م ، (تحقيق : حمدي عبد المجيد السلفي) ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ج٢ ، ص٤٢٤ ، ومع أن الحديث في إسناده ضعف إلا أن العمل عليه .

وهذا ما كان يفعله أبو بكر رضي الله عنه ^(١) وعمر بن الخطاب رضي الله عنه ^(٢) وبقية الصحابة رضي الله عنهم جميعاً ^(٣) ، فكلما عرضت عليهم قضية نظروا في كتاب الله ، فإن لم يجدوا ، بحثوا عنها فيما صح من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وسألوا من يعرف حديثاً عن النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الموضوع ، فإن لم يجدوا اجتهدوا ، فإن اتفقت آراؤهم وكان إجماعاً ، وإن اختلفوا أخذ الإمام أو القاضي بالراجح ^(٤) .

هذا إذا كان القاضي مجتهداً أما اليوم فإن إيجاد قاضٍ مجتهد أمر متعذر ^(٥) ، ومن هنا أصبحت الحاجة ملحة إلى تقنين الأحكام الشرعية على شكل مواد قانونية يلتزم بها القضاة في أحكامهم ، ومن هنا ظهرت فكرة مجلة الأحكام العدلية في الدولة العثمانية وجرى العمل بها في جميع المحاكم التابعة للدولة العثمانية ^(٦) ولذلك يقول الأستاذ الدكتور الزحيلي : " والأفضل

(١) فقد روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه إذا ورد عليه أمر نظر في كتاب الله تعالى ، فإن وجد فيه ما يقضي به قضي به بينهم ، وإن لم يجد في الكتاب نظر هل كانت من النبي صلى الله عليه وسلم فيه سنة ، فإن علمها قضي بها ، وإن لم يعلم خرج فسأل المسلمين فقال : أتاني كذا وكذا فنظرت في كتاب الله وفي سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم أجد في ذلك شيئاً ، فهل تعلمون أن نبي الله قضي في ذلك ؟ فربما قام إليه الرهط ، فقالوا : نعم قضي بكذا وكذا ، " ، البيهقي ، سنن البيهقي الكبرى ، ج ١٠ ، ص ٢٥٢ ، ابن القيم ، أعلام الموقعين ج ١ ، ص ٥٢٥ .

(٢) وهذا ما فعله عمر بن الخطاب في رسالته المشهورة في القضاء إلى أبي موسى الأشعري ، انظر : ص ٥٣ من هذه الأطروحة .

(٣) قال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه (أيها الناس ٠٠٠٠ فمن عرض له منكم قضاء بعد اليوم فليقض بما في كتاب الله صلى الله عليه وسلم ، فإن أتاه أمر ليس في كتاب الله عز وجل ، فليقض بما في سنة رسول صلى الله عليه وسلم فإن جاءه أمر ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فليقض بما قضي به الصالحون ، فإن أتاه أمر ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يقض به الصالحون فليجتهد رأيه " ، ابن أبي شيبة ، المصنف في الأحاديث والآثار ، ج ٤ ، ص ٥٤٤ .

(٤) الزحيلي ، محمد مصطفى (١٩٨٩م) ، أصول المحاكمات الشرعية والمدنية ، ١م ، دار الكتاب ، دمشق ، ص ٥٨ .

(٥) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٥٨٣ ، وجاء في نهاية المادة (١٨٠١) من المجلة : " ... وكذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصومة لما أن رأيه بالناس أرفق ، ولمصلحة العصر أوفق فليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهد آخر منافٍ لرأي ذلك المجتهد ، وإذا عمل لا ينفذ حكمه ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٥٩٨ .

(٦) وكذلك ما فعله القاضي أحمد القاري قاضي المحكمة الشرعية الكبرى بمكة المكرمة المتوفى (١٣٥٩هـ) ، فقد وضع مجلة الأحكام الشرعية في المذهب الحنبلي والتي طبعت في السعودية ، سنة ١٩٨١ م .

بسبب تعدد آراء الفقهاء وضع تقنين معين موحد للأحكام الشرعية كمجلة الأحكام العدلية^(١) ، ويقول الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين بعد أن عرض آراء العلماء في جواز تقييد القاضي بمذهب معين ومن ثم جواز تقييد القاضي بقانون مأخوذ من الفقه الإسلامي^(٢) يقول :

" ولا شك أن الزمان الذي فسد قلوب أهله ، ويشح فيه العلم ، ويندر فيه وجود مجتهد يركن إليه في استنباط الأحكام هو أولى الأزمنة في أخذ الناس بقانون واحد ، يجمعه أكابر علماء الأمة في فترة من الفترات فيتخيرون من اجتهادات الأئمة السابقين الأرجح في تقديرهم ، والأقرب إلى تحقيق مصالح الأمة ، هذا في المسائل التي يمكن أن يتطرق إليها الاجتهاد ، وأما تلك التي تناولتها النصوص القاطعة والإجماع فلا ينبغي فيها اتباع رأي أحد من الناس ، وإنما ينص عليها كما وردت ، وعندئذ يجب على القضاة أن يلتزموا بما يتفق عليه علماء الأمة ، أو يتفق عليه أكثرهم"^(٣) .

(١) الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج ٦ ، ص ٧٤٧ .

(٢) انظر: آراء العلماء في هذه المسألة :علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٥٩٨ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص ٩٦ ، الشيرازي ، المهذب ، ج ٣ ، ص ٣٧٨ ، الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص ٦٨ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ٥٢ ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج ٦ ، ص ٣٧١ ، وزارة الأوقاف الكويتية ، الموسوعة الفقهية ، ج ٣٣ ، ص ٣٠٠ ، ياسين ، حجية الحكم القضائي ، ص ٦٦ .

(٣) "واعتبر تلك الأحكام التي تخالف ذلك القانون ليس لها حجة ، وإن استندت إلى أحد آراء الفقهاء السابقين ما دام هذا الرأي قد استبعد من القانون الموحد" ، ياسين ، حجية الحكم القضائي ، ص ٦٨ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

يتفق النظام القضائي الأردني مع الشريعة الإسلامية في جواز تخصيص بعض المحاكم بنوع معين من الحقوق دون غيرها- مع ضرورة التأكيد على أن الحاكمة يجب أن تكون لشرع الله في كل هذه المحاكم - ولذلك وجدت المحاكم المدنية ، والمحاكم الجنائية ، والمحاكم الشرعية ، والمحاكم الخاصة ٠٠٠

ولذلك نصت المادة (٩٩) من دستور المملكة الأردنية الهاشمية (٥) ، على أن المحاكم

ثلاثة أنواع:

١- المحاكم النظامية .

٢- المحاكم الدينية - المحاكم الشرعية - مجالس الطوائف الدينية الأخرى .

٣- المحاكم الخاصة .

ثم بين بعد ذلك في المواد التالية اختصاص كل من هذه المحاكم ، وقد نصت المادة

(١٠٥) على أن :

" للمحاكم الشرعية وحدها حق القضاء وفق قوانينها الخاصة في الأمور التالية :

١- مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين .

٢- قضايا الدية إذا كان الفريقان كلاهما مسلمين ، أو كان أحدهما غير مسلم ورضي الفريقان أن يكون حق القضاء في ذلك للمحاكم الشرعية .

٣- الأمور المختصة بالأوقاف الإسلامية .

هذا وقد حدد قانون أصول المحاكمات الشرعية في الفصل الأول أهم أحكام الوظيفة

والصلاحية (١) للمحاكم الشرعية ، وبين صلاحية كل محكمة ، وأين ترفع كل دعوى ، ومنع

هذا القانون أي محكمة النظر في أية قضية لا تدخل ضمن اختصاصها الوظيفي (٢) .

(١) راتب الظاهر ، التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص ١١ .

(٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المواد (٢ - ٩) .

(٣) داود ، القرارات الاستئنافية المتعلقة بالصلاحية ، ج ٢ ، ص ٥٥٧ - ٥٨٨ ، القرارات الاستئنافية المتعلقة

بالوظيفة ص ٦٠٥ - ٦٤٨ .

المطلب السادس : طريق الحكم :

يقصد بطريق الحكم : تلك الأدلة والبيانات التي يستند إليها القاضي في فصل النزاع بين الخصوم ، والقضاء في الإسلام جاء لإحقاق الحق وردع الظالم ، وإعطاء كل ذي حق حقه ، ولذا فعلى القاضي وهو يسعى لتحقيق هذه الغاية المنشودة أن يتحرى العدل في أحكامه مستنداً في ذلك على الأدلة الشرعية والحجج الصحيحة ، فلا يحكم بالهوى ، ولا بالتشهي وإنما يسير وفق طريق واضح بيّن ، ولذا يقول ﷺ : " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه " (١) ، ومن هنا فإن الحق الذي يريد القاضي إقامته يتيه بين الأفراد ، وكل خصم يدعي أنه صاحبه (٢) ، ولذلك لا بد من أدلة وبيانات يستند إليها صاحب الحق لإثبات حقه أمام القاضي ، وإلا ضاع الحق وادعى رجال على غيرهم ما لا حق لهم فيه ، ولذا جاءت النصوص الشرعية مبينة جملة من هذه البيانات التي ينبغي للقاضي أن يحكم بها بالإقرار والشهادة ، واليمين ، وغيرها ، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هل وسائل الإثبات التي جاءت في هذه النصوص هي على سبيل الحصر؟ فلا يحق للقاضي أن يحكم بغيرها ؟ أم أنها على سبيل المثال ؟ وللقاضي أن يعتمد على وسائل أخرى للإثبات ؛ لأن البيئة هي اسم لكل ما بين به الحق .

اتفق الفقهاء على أن الإقرار ، والشهادة ، واليمين حجج شرعية ، وطرق معتمدة في الإثبات ، يمكن للقاضي أن يعتمد عليها في إصدار أحكامه القضائية (٣) .
وختلفوا فيما سوى ذلك من وسائل الإثبات كالكتابة ، والقرائن ، والخبرة

(١) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب التفسير ، باب إن الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ، ج٤ ، ص١٦٥٦ ، مسلم ، صحيح مسلم وكتاب الأفضية ، باب اليمين على المدعى عليه ، ج٣ ، ص١٣٣٦ ، واللفظ لمسلم .
(٢) الزحيلي ، التنظيم القضائي ، ص١٩ .
(٣) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص٣٥٤ ، السبكي ، فصل القضية ، ص١٨ ، ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص٧٩ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٨٣ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٢٢٥ ، جعيط ، الطريقة المرضية ، ص٨١ ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٤٨٨ ، الماوردي الحاوي ، ج٢٠ ، ص٣٨٣ ، البعلی ، كشف المخدرات ، ج٢ ، ص٨٢٧ ، ابن القيم ، محمد بن أبي بكر (ت٧٥١هـ/١٣٥٠م) ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، ام ، (تحقيق : محمد حامد الفقي) ، ١٩٥٣م ، ص١٠٨ ، وما بعدها ، القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ص٥٩٣ ، مادة (٢٠٢١) .

والمعاينة ، وعلم القاضي ، وغيرها (١) .

ولعل سبب الخلاف بين الفقهاء في ذلك يعود إلى أمرين (٢) :

الأول : اختلافهم في معنى البيينة في لسان الشارع : فهل يراد بها الشهادة ؟ أم أن البيينة اسم يتناول كل ما يظهر الحق ويبيئه ؟ .

فمن قال بالمعنى الأول حمل النصوص الواردة بطلب البيينة على طلب الشهادة ، وقال بالاختصار على موضع النص في طرق الإثبات ، ولا يجوز للقاضي أن يجتهد في استنباط طرق أخرى (٣) .

أما من قال بالمعنى الثاني ، فلم يقصر البيينة على الشهادة فحسب ، بل قال ، أن كل ما يبين به الحق ، ويظهره هو طريق مشروع يسوغ للقاضي الاستناد عليه في إثبات الحقوق وفض المنازعات (٤) .

(١) السروجي ، أبو العباس أحمد بن إبراهيم ، (ت ٧١٠هـ / ١٣١٠م) ، أدب القاضي ، ط ١ ، م ، (تحقيق : صديقي بن محمد ياسين) ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ١٩٩٧ ، ص ١١١ ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص ٢٩٠ ، السماني ، روضة القضاة ، ج ١ ، ص ٣١٥ ، ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص ٨٢ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ٢٦٥ ، ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ١٠٨ ، القنوجي ، ظفر اللاضي ، ص ٢٧٤ ، ابن حزم ، المحلى ، ج ٩ ، ص ٤٢٦ .

- الزحيلي ، محمد مصطفى ، (١٩٧١م) ، وسائل الإثبات في الشريعة والقانون ، ط ١ ، م ، دار البيان ، ج ١ ، ص ٩٩ ، وما بعدها .

(٢) العمر ، أيمن محمد ، (٢٠٠٢ م) ، المستجدات في وسائل الإثبات ، م ، رسالة دكتوراه ، الجامعة الأردنية ، كلية الدراسات العليا ، إشراف الأستاذ الدكتور علي الصوا ، ص ١٦ .
- قاسم ، عبد الرحمن عبد العزيز ، (١٩٧٣ م) ، النظام القضائي الإسلامي ، ط ١ ، م ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، ص ٣٥٧ .

(٣) الجصاص ، أحمد بن علي الرازي ، (ت ٣٧٠هـ / ٩٨٠م) ، أحكام القران ، م ، (تحقيق : محمد الصادق قمحاوي) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٠٥هـ ، ج ٢ ، ص ٢٣٢ .

- ابن مفلح ، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد ، (ت ٨١٦هـ / ٤١٣م) ، المبدع في شرح المقنع ، م ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٤٠٠هـ ، ج ٣ ، ص ٣٤٨ .

(٤) ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ١٢ ، حيث قال : " وبالجملة فالبيينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره " ، أعلام الموقعين ، ج ١ ، ص ٧١ ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ، ص ٥٢٥ ، ابن حزم ، المحلى ، ج ٩ ، ص ٤٢٦ ، الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج ٩ ، ص ١٧٦ ، وما بعدها .

الثاني : اختلافهم في اعتبار طرق الإثبات هل هي تعبدية أم اجتهادية ؟ فمن قال بأن طرق الإثبات تعبدية وقف عند النص ولم يجز الاجتهاد فيها ، ومنع قياس غيرها عليها ، ومن قال أنها اجتهادية معقولة المعنى توسع في اختيار طرق الإثبات ، وأجاز قياس غيرها عليها إذا حققت الغاية وهي إظهار الحق وإثباته (١) .

ولست هنا بصدد مناقشة آراء الفقهاء في هذه المسألة حتى لا تخرج الدراسة عن مقصودها ، ولكنني أستطيع القول ومن خلال الاطلاع على آراء الفقهاء في هذه المسألة أن التوسع في طرق الإثبات ، والذي يتيح للقاضي مجالاً أوسع للوصول إلى الحق هو الذي يتفق مع روح الشريعة ومقاصدها ، لاسيما إذا ضببطت هذه الوسائل بضوابط واضحة وقواعد عامة لا تترك مجالاً لكي يكون الأمر عرضة لأهواء القضاة ورغباتهم الشخصية (٢) ، خاصة في زماننا هذا الذي تقدم فيه العلم وتطورت فيه وسائل الإثبات كالبصمة الوراثية ، والطب الشرعي ، وتحليل فصائل الدم (٣) ، وغيرها من العلوم التي أصبحت الآن في زماننا تلعب دوراً كبيراً في كشف الحقائق والوقوف على ملابسات غامضة حاول أصحابها إخفاءها حتى لا تأخذ العدالة مجراها ، ولذا نجد المحاكم في زماننا تستعين بالطب الشرعي (٤) في كثير من القضايا التي تقف عاجزة أمامها للوصول إلى العدالة المنشودة .

(١) العمر ، المستجدات في وسائل الإثبات ، ص ٢٩ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٣١ .

(٣) انظر: حكم الاعتماد على هذه الوسائل في الإثبات في المرجع السابق ، ص ١٤١ ، ١٥١ ، ١٦٦ .

(٤) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٩٠) .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

يتفق القضاء الشرعي الأردني مع الفقه الإسلامي في اعتبار وسائل الإثبات ، وهي نفسها التي أقرها القانون المعمول به في المحاكم الشرعية الأردنية^(١) ، والتي تتمثل في الوسائل التالية^(٢) :

أولاً : الإقرار .

ثانياً : البينة الشخصية (الشهادة) .

ثالثاً : البينة الخطية (الإثبات بالكتابة) ، وقد قسمها القانون إلى قسمين : مستندات رسمية وهي التي ينظمها موظفون من اختصاصهم تنظيمها كوثيقة الزواج ، وشهادة الميلاد ، وغيرها ، وهي بيئة قاطعة على ما نظمت لأجله ، ومستندات عرفية ينظمها أصحابها بخطهم وتوقيعهم وعلى القاضي أن يتحقق منها مستعيناً بأهل الخبرة^(٣) .

رابعاً : اليمين .

خامساً : النكول .

سادساً : الإثبات بالقرائن .

سابعاً : الإثبات بالخبرة .

ثامناً : الإثبات بالمعاينة .

ومما يجدر ذكره هنا أن على القضاء الشرعي الأردني أن لا يقتصر على هذه الوسائل فحسب ، بل عليه أن يتيح المجال أمام القاضي الشرعي أن يستند في حكمه على كل ما يبين به الحق ويظهر ، وفق ضوابط شرعية تضمن تحقيق الغاية المرجوة من القضاء ، وهي إيصال الحقوق إلى أصحابها .

(١) قانون المحاكمات الشرعية ، المواد (٥٦ - ٩٠) ، القانون المدني الأردني ، المادة (٧٢) .

(٢) الهندي ، محمد أمين كامل ، (١٩٩٥ م) ، دعوى التفريق للشقاق والنزاع أمام المحاكم الشرعية الأردنية ، ط ١ ، ام ، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية ، الأردن ، ص ٨٧ .

(٣) انظر : القرارات الاستئنافية المتعلقة بذلك ، داود ، القرارات الاستئنافية المتعلقة بالبينة ، ص ١٢٩ - ١٨٦ بالشهادة ص ٤٩١ - ٥٥٦ ، بالإقرار ص ١٠٥ - ١٢٨ ، باليمين ، ص ٦٩٥ - ٧٤٠ ، المتعلقة بالخبرة والقرائن ، ص ٢٤١ - ٢٧٠ .

الفصل الثاني :

القواعد الفقهية المختصة بالخصوم ، وتطبيقاتها

في القضاء الشرعي الأردني :

سبقت الإشارة إلى ^(١) أن من مقومات الحكم القضائي المحكوم له ، والمحكوم عليه ، وهذان في الأصل المدعي والمدعى عليه ، وقد ذكر الفقهاء لهما قواعد عامة في القضاء ينبغي معرفتها والإلمام بها ، لما لها من أثر كبير في تحقيق الغاية المرجوة من القضاء ، والأخذ بها يسهل على القاضي مهمته في التمييز بين المدعي والمدعى عليه ، ومعرفة من تصح منه الدعوى ، ومن يقع عليه عبء الإثبات ؟ ومن يطالب باليمين ؟ وغيرها من الأمور التي لا غنى للقاضي عنها ، وفيما يلي أهم القواعد الفقهية المختصة بالخصوم ، ندرسها وفق المباحث التالية :

المبحث الأول : القواعد الفقهية المختصة بالمدعي .

المبحث الثاني : القواعد الفقهية المختصة بالمدعى عليه .

المبحث الثالث : القواعد الفقهية المشتركة بين المدعي والمدعى عليه .

هذا وسوف أتحدث عن كل قاعدة من حيث معناها ، ومستنداتها ، وآراء الفقهاء فيها، وذكر بعض الأمثلة عليها، والاستثناءات الواردة عليها إن وجدت ، ومدى تطبيق هذه القاعدة في القضاء الشرعي الأردني .

(١) انظر: ص ٤٧ من هذه الأطروحة .

المبحث الأول :

القواعد الفقهية المختصة بالمدعي :

للمدعي في القضاء الإسلامي بعض القواعد الفقهية التي تخصه ، ومن أهم هذه القواعد

ما يلي :

القاعدة الأولى : المدعي من لا يجبر على الخصومة .

القاعدة الثانية : لا يحكم إلا بطلب من المدعي .

القاعدة الأولى :

المدعي^(١) من لا يجبر على الخصومة^(٢) :

معنى القاعدة :

بما أن الدعوى تصرف إرادي صادر من طرف المدعي يقوم به باختياره^(٣) ورضاه ، لذا فإن المدعي يملك الرجوع عن هذا التصرف فلا يجبر على الخصومة^(٤) ، ومواصلة الدعوى إذا تركها ، فالدعوى حقه ويملك التنازل عن هذا الحق .

و تكمن أهمية القاعدة في أنها تعتبر حداً واضحاً في التمييز بين المدعي والمدعى عليه الذي هو مدار القضاء وعموده ، فإذا تميز للقاضي كل منهما مع معرفة الدعوى فقد عرف الطالب من المطلوب ، ومن يطالب بالبينة ومن يطالب باليمين ، والدعوى التي يطالب المدعى عليه بالجواب عنها^(٥)، فإن الخصم لا يُسأل إلا عن دعوى صحيحة ، ولذلك قال سعيد بن المسيب^(٦): "أيما رجل عرف المدعي من المدعى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم بينهما"^(٧) .

(١) المدعي : من ادعى الحق على غيره إذا طلبه لنفسه ، الفيومي ، المصباح المنير ، ص ٢٦٥ .

(٢) وهناك عبارات أخرى لهذه القاعدة منها : إن المدعي من إذا ترك ترك ، ومنها المدعى من إذا سكت يخلى وسكوته ، ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٣١٨ ، ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص ٦٣ ابن ضويان ، إبراهيم بن محمد ، (ت ١٣٥٣هـ/ ١٩٣٤م) ، منار السبيل ، ط ٢ ، ص ٣ ، (تحقيق : عصام القلجعي) مكتبة المعارف ، الرياض ، ١٤٠٥هـ ، ج ١ ، ص ٤٢٢ ، الشريبي ، مغني المحتاج ، ج ٤ ، ص ٤٦٤ .

(٣) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ١٧٧ .

(٤) الخصومة من خصم والخصم المنازع وخاصمه مخاصمة وخصاماً والخصومة الاسم من التخاصم والاختصاص ، والخصم الشديد الخصومة ، وخصمك الذي يخاصمك أي : الذي يرفع أمرك إلى القضاء ، ابن منظور ، لسان العرب ، ج ١٢ ، ص ١٨ ، الرازي ، مختار الصحاح ، ص ٩٤ .

(٥) قالوا: "وذلك كالطبيب والمريض فإن الطبيب إذا عرف علة المريض ، سهل عليه معرفة الدواء الموافق لذلك المرض ، وإذا جهل العلة لا يهتدي إلى دواء " ، ميارة ، محمد بن أحمد ، (ت ١٠٧٢هـ/ ١٦٦١م) ، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام ، ط ١ ، ص ٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠م ، ج ١ ، ص ٢٦ .

(٦) سعيد بن المسيب المخزومي القرشي كان من أوسع التابعين علماً ، رجلاً صالحاً ، فقيهاً ، لا يأخذ العطاء ، وكانت له بضاعة يتجر بها في الزيت ، توفي سنة (٩٤هـ) ، وله من العمر (٧٥ سنة) ، العسقلاني : أحمد بن علي بن حجر ، (ت ٨٥٢هـ/ ٤٤٩م) ، تهذيب التهذيب ، ط ١ ، ص ١٤ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٤م ، ج ٤ ، ص ٧٦ .

(٧) ابن جزري ، القوانين الفقهية ، ص ٩٧ .

ويمكن الاستدلال لهذه القاعدة ، بأنها تشكل مبدأ من أهم المبادئ التي استقر عليها القضاء ، ذلك أن الدعوى حق المدعي ، والإنسان لا يجبر على المطالبة بحقه ، بل له الحرية في المطالبة بهذا الحق ، أو التنازل عنه شأنه في ذلك شأن بقية حقوقه الخاصة به .

هذا وقد اختلف العلماء في تحديد المدعي والمدعى عليه على عدة أقوال (١) ، اذكر أهمها:
القول الأول : المدعي هو : من يدعي حقاً يخالف الظاهر (٢) ، والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر وبه قال الشافعية (٣) .

القول الثاني : المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها ، والمدعى عليه خلافه ، وهو الراجح عند الحنفية (٤) والحنابلة (٥) . هذا وقد رجح الإمام ابن حجر العسقلاني الرأي الثاني ، وقال : "إن الرأي الأول أشهر إلا أن الرأي الثاني أسلم " (٦) .

(١) انظر: تفصيل هذه المسألة وأقوال العلماء ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ١٧٧ ، الزحيلي ، وسائل الإثبات ج ٢ ، ص ٦٤٩ ، شرقي ، عبد الرحمن محمد ، (١٩٩٩م) ، تعارض البيئات القضائية في الفقه الإسلامي ، ط ٢ ، ام ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ص ٧٦ .

(٢) يقصد بالظاهر أحد أمرين ، العرف ويسمى بالمعهود والغالب والعادة ، والثاني القرائن وظواهر الحال ، ياسين ، نظرية الدعوى ص ١٨٣ .

(٣) النووي ، أبو زكريا يحيى بن شرف ، (ت ٦٧٦ هـ / ١٢٧٧م) ، منهاج الطالبين ، ام ، دار المعرفة بيروت ، ج ١ ، ص ١٥٥ ، البجيرمي ، سليمان بن عمر ، ، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ، ٤م ، المكتبة الإسلامية ، ديار بكر ، تركيا ، ج ٤ ، ص ٣٩٣ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص ١٨٥ ، أما المالكية فقالوا : المدعي من تجردت دعواه عن أمر يصدقه أو كان أضعف المتداعين أمراً في الدلالة على الصدق ، عبد الحفيظ ، ملك المغرب ، (١٣٢٧هـ) ، ياقوتة الحكام في مسائل القضاء والأحكام ، ط ١ ، ام ، المطبعة المولوية بفاس العليا المحمية ، ص ٤ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ١٠٥ ، المغربي ، مواهب الجليل ، ج ٦ ، ص ١٢٤ ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٦ ، ص ٢٥ ، القرافي ، الفروق ، ج ٤ ، ص ١٦٠ .

(٤) يقول الزيلعي : وهو حد صحيح لكونه جامعاً للمحدود ، مانعاً من دخول غيره فيه ، الزيلعي ، تبين الحقائق ج ٥ ، ص ٣١٨ ، السرخسي ، المبسوط ، ج ١٧ ، ص ٣١ ، ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ص ٥٤١ ، ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص ٦٣ .

(٥) المرادوي ، الإنصاف ، ج ١١ ، ص ٣٦٩ ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج ٦ ، ص ٣٨٤ ، سالم ، موسى بن أحمد المقدسي ، (ت ٦٩٠ هـ / ١٢٩١م) ، زاد المستنقع ، ام ، (تحقيق : علي محمد الهامدي) ، مكتبة النهضة ، الحديثة ، مكة المكرمة ، ، ج ١ ، ص ٢٥٣ .

(٦) وقد أورد على الأول بأن المودع إذا ادعى الرد أو التلف ، فإن دعواه تخالف الظاهر ، ومع ذلك فالقول قول ابن حجر ، أحمد بن علي ، (ت ٨٥٢ هـ / ١٤٤٨م) ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ١٣ ، =

ونقل المرداوي عن بعض الفقهاء أنه ينبغي تقييد هذه القاعدة بأن لا تتضمن دعواه شيئاً إن لم يثبت لزمه حدٌ أو تعزير ، كمن ادعى على إنسان أنه زنى بابنته ، أو أنه سرق له مالا ، فإنه قاذف في الأولى ثالب لعرضه في الثانية ، فإن لم يثبت دعواه لزمه حد القذف في الأولى والتعزير في الثانية^(١).

ولكن قد يجب عن ذلك بأن هذا القيد لا ضرورة له ، وذلك لأنه لو ادعى على فلان بأنه زنى بابنته ثم ترك الدعوى ، فإن هذا المعيار يصدق عليه ، ذلك أنه يترك من حيث هذه الدعوى ، ولكنه يطالب بما تضمنته^(٢) في دعوى جديدة تقام عليه من قبل المدعى عليه في الدعوى الأولى .

ولكن لا بد من تقييد القاعدة بأن المدعي من لا يجبر على الخصومة فيما عدا حقوق الله، فإنه يجبر عليها ولا يترك إذا تركها ، فلو ادعى رجل أن زوجته هي أخته من الرضاعة مثلاً ، ثم ترك هذه الدعوى فإنه لا يترك ، ويجبر عليها ، ويقيم القاضي مدعياً باسم الحق العام ، ويتحقق من الأمر حسب الأصول .

من الأمثلة على القاعدة :

- ١- لو ادعى شخص على آخر ديناً ثم ترك المطالبة به ، فإنه لا يجبر على الخصومة ، لأن الدين حقه وقد تنازل عنه .
- ٢- لو ادعت الزوجة عدم قبض المهر أو جزء منه ، ثم تركت المطالبة به فإنها لا تجبر على الخصومة ؛ لأن المهر حقه ، وقد تنازلت عن المطالبة به .

= (تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي/ محب الدين الخطيب)، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٧٩هـ، ج٥، ص٢٨٣، الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج٩، ص٢٠٢، ولعل الواقع العملي يكشف أن القولين السابقين يؤيدان في كثير من الفروع إلى نتائج واحدة اللهم إلا في بعض الفروع المعودة التي ذكروا منها : مسألة الزوجين الكافرين اللذين أسلما قبل الوطء فقال الزوج :أسلما معاً ، فالنكاح باق بيننا، وقالت المرأة: بل أسلما بالترتيب ، فلا نكاح بيننا قالوا : ما قاله الزوج خلاف الظاهر المستفاد من الغالب لأن الغالب وقوع إسلامهما مرتباً ، لا معاً فهو المدعي بناءً على المعيار الذي تبناه جمهور المالكية والشافعية ، ولكنه لو سكت لأجبر على الخصومة ، فهو المدعي عليه بناءً على المعيار الذي تبناه جمهور الحنفية ، فعلى الأول تحلف المرأة ويرتفع النكاح، وعلى الثاني يحلف الزوج ويبقى النكاح ، المرداوي ، الإنصاف ، ج ١١ ، ص ٣٩٧ ، الأنصاري ، زكريا بن محمد ، (ت ٩٢٦هـ/١٥٢٠م) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ، ط ١ ، ٢م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨ هـ ، ج ٢، ص ٣٩٧ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ١٩١ .

(١) المرداوي ، الإنصاف ، ج ١١ ، ص ٣٧١ .

(٢) المرجع السابق .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

للتفريق بين المدعي والمدعى عليه في القضاء الشرعي الأردني، فإنه يفرق بين أمرين: أولاً: في بداية الدعوى فإن المدعي هو: من يقدم لائحة الدعوى ، والمدعى عليه من يكلف بالجواب عنها (١) .

ثانياً: في أثناء المحاكمة فقد يختلط الأمر فيصبح المدعي مدعى عليه ، والمدعى عليه مدعياً فيكون التمييز بينهما على أساس أن المدعي من لا يجبر على الخصومة ، والمدعى عليه من يجبر على ذلك ، ومن مظاهر تطبيق القاعدة في القضاء الشرعي الأردني ما يلي :

أولاً: قانون أصول المحاكمات الشرعية :

نصت المادة (٥٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على ما يلي (٢) :

تسقط المحكمة الدعوى :

١- إذا لم يحضر أحد من الفرقاء (٣) .

٢- إذا لم يحضر المدعي وحضر المدعى عليه وطلب الإسقاط .

أما إذا حضر المدعي ولم يحضر المدعى عليه بعد تبليغه الموعد المعين حسب الأصول فتقرر المحكمة سماع الدعوى والاستمرار في المحاكمة بحقه غيابياً بناء على طلب المدعي ، ويجوز للمحكمة من نفسها محاكمة المدعى عليه غيابياً إذا كان موضوعها مما تقبل فيه شهادة الحسبة .

(١) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١٣ و١١) .

(٢) المرجع السابق ، المادة (٥٠) .

(٣) أما إذا حضر الطرفان وأبدى المدعي عدم الرغبة في الاستمرار بدعواه ، وهو حق من حقوقه المشروعة فسألت الخصم عنه فإن لم يطلب شيئاً ، أو لم يوافق على طلب المدعي قررت المحكمة ترك السير بالدعوى وعدم متابعة النظر فيها وليس إسقاطها ، وهو ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة (عمان) الاستئنافية ، انظر: القرار رقم (١٧٣٠٠) ، لأن ما يترتب على ترك الخصومة في الدعوى من آثار يختلف عما يترتب على إسقاطها إذ أن ترك الخصومة بمعناه العام هو تنازل الخصم عن الدعوى ويترتب عليه إلغاء جميع إجراءات الخصومة فيها بما في ذلك لائحة الدعوى ، وبالتالي عدم تجديدها ، انظر أصول المرافعات ، محمد العشماوي ، وعبد الوهاب العشماوي ، ج ٢ ، ص ٤٣٧- ٤٤٧ ، في حين أن إسقاط الدعوى - وهذا ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة (أي عمان) الاستئنافية - لا أثر قضائياً له على قرارات وإجراءات المحكمة قبل إسقاطها وبعد تجديدها يسار فيها من النقطة التي توقفت عندها بمعنى أن الدعوى تبقى قائمة وكذلك الإجراءات والقرارات التي تمت فيها قبل الإسقاط ، انظر: القرارات الاستئنافية ذوات الأرقام التالية: (١١٥٧٦) ، (٢٠٥٣) ، قرار محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٥٨٧٤١) ، بتاريخ ٢١/٨/٢٠٠٣ م .

وهذه المادة جاءت تطبيقاً للقاعدة الفقهية السابقة : المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها ، فالعبرة في إسقاط الدعوى هي غياب المدعي ، وكأنه بغيبابه قد تنازل عن حقه فلا يجبر على الخصومة .

ثانياً: محكمة الاستئناف الشرعية :

فإن الناظر في قرارات محكمة الاستئناف الشرعية ^(١)، يجدها تنص صراحة على هذه القاعدة الفقهية ومنها :

أولاً : " المدعي من إذا ترك ترك إنما يكون فيما إذا كانت الدعوى بحق شخصي ليس فيها حق عام شرعي " ^(٢) .

ثانياً : " للمدعي الحق بأن يسير في الدعوى أو يتركها ، ولا يحق للمحكمة أن تجبره على الاستمرار في الادعاء ، وإذا تعلق بالدعوى حق الله تعالى فلها أن تقيم مدعياً باسم الحق العام الشرعي يدعي عليه بذلك " ^(٣) .

ثالثاً : " والدفع دعوى ، والدعوى لا بد من فصلها حتى إذا لم يطلب الخصم إسقاط الدفع ، ينبغي على المحكمة أن توقف السير في الدفع ؛ لأن المدعي من إذا ترك ترك " ^(٤) .

(١) أما محكمة الاستئناف الشرعية في ، اريد فقد نصت على هذه القاعدة الفقهية في قراراتها الاستئنافية أيضاً ومنها : " عملاً بالقاعدة الشرعية في تعريف المدعي أنه من إذا ترك ترك " ، محكمة الاستئناف الشرعية اريد ، قرار رقم ، (١٤٧) ، تاريخ ٢٠٠٤/٣/١ م ، وكذلك قرار رقم (٣١٨) ، تاريخ ٢٠٠٤/٥/٥ م وقرار رقم ، (٢٧٠) ، تاريخ ٢٠٠٤/٤/٢١ م .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٣٣٤١) ، تاريخ ١٣/١٢/١٩٨٢ م ، داود ، أصول المحاكمات الشرعية ، ج ١ ، ص ٢٤٨ .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٧٩٦٧) ، عباينه ، علي إبراهيم مصطفى ، (٢٠٠٠ م) ، ايضاحات في قانون أصول المحاكمات الشرعية بقرارات محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية ، ط ١ ، ام ، مطبعة الروزنا ، اريد ، ص ٢٣٦ ، " ومثاله أن يدعي شخص أنه طلق زوجته ثم ترك الدعوى فإنه لا يترك بل على المحكمة أن تقيم مدعياً باسم الحق العام الشرعي وتتحقق من وقوع الطلاق أو عدمه ، ويصبح الزوج مدعى عليه " ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (١١٩١٤) ، تاريخ ١٩٦٢/١/٢٩ م ، داود ، أحمد محمد ، (١٩٩٩ م) ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ط ١ ، م ٢ ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ج ٢ ، ص ٧٧٥ .

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٣٧١٨٠) ، تاريخ ١٩٩٤/٥/٥ م ، وقرار رقم (١٥٠٣٨) ، تاريخ ١٩٦٧/١/١٣ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ٢ ، ص ١٠٠٤ .

القاعدة الثانية:

لا يحكم إلا بطلب من المدعي^(١):

معنى القاعدة :

تدل هذه القاعدة على أنه لا بد للمدعي أن يطلب من القاضي أن يحكم له بالحق الذي يدعيه على المدعى عليه ، كأن يقول المدعي في دعواه: "وأنا أطلبه به ، أو مره ليعطيني حقي أو بأية عبارة تدل على ذلك " (٢) .

و أهمية هذه القاعدة تكمن في أنها تشكل ضماناً أساسية من ضمانات تحقيق العدالة القضائية التي هي الغاية من القضاء ، ذلك أن القول بها يؤدي إلى حياد القاضي فلا يحكم القاضي إلا بطلب ، كما أنها تدفع أي تهمة عنه تشكك في مصداقيته ، ونزاهته .

هذا وقد اختلف الفقهاء في اعتبار هذه القاعدة على قولين :

القول الأول : يرى أنه لا يكفي أن يحضر المدعي إلى القاضي ، ويذكر له دعواه ، بل لا بد أن يطلب المدعي من القاضي أن يحكم له بحقه الذي يدعيه على خصمه ، فلو قال المدعي : لي عليه (أي المدعى عليه) عشرة دراهم ولم يزد على ذلك (٣) ، أو قال ادعى أن لي قبله كذا واقتصر على ذلك لا تقبل الدعوى حتى يتم فيقول: وأطلبه ، أو أوريد أخذه منه ، أو أن يؤديه إليّ (٤) ، أو يأتي بلفظ آخر يدل على ذلك وبه قال جمهور الفقهاء من الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة(٥) .

(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٧ ، ص٤٢٦ ، ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص١٠٦ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٣٣ ، السبكي ، فصل القضية ، ص١٣ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٦٦٥ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص١٩١ ، البهوتي ، كشف القناع ، ج٦ ، ص٤٢٢ ، البهوتي شرح منتهى الإرادات ، ج٣ ، ص٥١٤ ، القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ، ص٦١٢ ، حيث نصت المادة (٢١٠٧) على ما يلي : يلزم في الدعوى التصريح بالطلب فلو ذكر أن له كذا ولم يقل وأنا أطلبه ، أو ما في معنى ذلك لم تكن الدعوى صحيحة ، الأبياني ، مباحث المرافعات ، ص٩ ، علي قراعه ، الأصول القضائية ، ص٢٨٩ ،

(٢) ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص١٠٦ .

(٣) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٧ ، ص٤٢٦ .

(٤) ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص١٠٦ .

(٥) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٧ ، ص٤٢٦ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص١٩١ ، البهوتي ،

كشف القناع ، ج٦ ، ص٤٢٢ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٤١٨ .

القول الثاني : يرى عدم اشتراط المطالبة من قبل المدعي ، بل يكفي في ذلك تقديم دعواه ، وبه قال أصحاب الفتاوى من الحنفية ^(١) ، وهو قول عند الشافعية و الحنابلة ^(٢) .

أدلة الفريقين :

أولاً : أدلة أصحاب القول الأول :

١ - أن حق الإنسان إنما يجب إيفاءه بطلبه ، فالقاضي لا يعلم حقوق الناس حتى يحكم بينهم دون طلبهم ^(٣) .

٢ - الحكم حق المدعي فيجوز أن يكون غير طالب له ، وإنما ذكر القضية على سبيل الحكاية فإذا طلبه تبين للقاضي غرضه ^(٤) .

٣ - ولأن القاضي تُصَّب لقطع الخصومات ، لا لإنشائها فإذا طلب المدعي القضاء له بحقه أجابه إلى طلبه ، وإن سكت سكت ، فإن نظر في الدعوى من غير طلب للحق من قبل المدعي كان منشئاً للخصومة ، ومؤججاً لها ، وهو ما لم يجعل القضاء لأجله ^(٥) .

ثانياً : أدلة أصحاب القول الثاني :

استدلوا بأن المقدمات ودلالة الحال تشير إلى أن المدعي لا يقصد بدعواه إلا الحكم له بحقه وإعطاءه إياه ، وكون المدعي يقول ذلك حكاية واستفتاءً بعيد جداً ؛ لأن مجالس القضاء لم تنشأ لهذا الغرض ^(٦) .

والراجح فيما أرى - والله أعلم - هو القول الأول لقوة أدلتهم ، وضماناً لحياد القاضي فإن القاضي قد نصب لقطع الخصومات لا لإنشائها ، فإذا بين المدعي طلبه أجابه وإلا فلا، ثم إن صاحب الحق قد يدعي الحق أمام القاضي دون أن يطالبه بالحكم ثم يترك الدعوى تنازلاً عن حقه ، وقد تقرر سابقاً أن المدعي من لا يجبر على الخصومة ، وبالتالي فإنه لا يحكم إلا بطلب.

ومما ينبغي ذكره هنا أن هذا الشرط إنما يطلب إذا كان موضوع الحكم في حقوق العباد.

(١) وذهبوا إلى اعتبار هذا الشرط ضعيفاً ، بخلاف أصحاب المتون الذين جعلوه شرطاً ، والقول الراجح عندهم

هو قول أصحاب الفتاوى ، ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٧ ، ص ٤٢٧ .

(٢) الماوردي ، الحاوي ، ج ٢ ، ص ٣١٦ ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ص ٥١٤ .

(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٣٣٣ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٦٦٥ .

(٤) الأبياني ، مباحث المرافعات الشرعية ، ص ٨ .

(٥) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٤١٧ ، نقلاً عن أحمد إبراهيم ، موجز في المرافعات الشرعية ، ص ١١ .

(٦) المرجع السابق .

أما إذا كان الحكم في حقوق الله فلا يشترط فيها الطلب ؛ لأن دعوى الحسبة يستطيع كل مسلم أن يطالب بالحكم بها لأن متعلق النفع بها عام (١) .

من الأمثلة على القاعدة :

أولاً : لو ادعى رجل على آخر مبلغ ألف دينار أمام القاضي ، فلا بد أن يقول في دعواه حتى يحكم له القاضي بهذا المبلغ : وأنا أطلبه به ، أو أية عبارة أخرى تفيد ذلك .

ثانياً : أن تدعي امرأة على زوجها عدم النفقة أمام القاضي ، فلا بد أن تطالب القاضي أن يحكم على زوجها بالنفقة .

ثالثاً : لو ادعت زوجة أن زوجها طلقها ثلاثاً، ثم تركت الدعوى ، فعلى القاضي هنا أن لا يترك الدعوى ، بل عليه أن يقيم مدعياً باسم الحق العام ويسير في الدعوى وفق الأصول .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

يستثنى من هذه القاعدة الحكم الضمني (٢) ، فلا يشترط فيه سبق الدعوى والخصومة ومن أمثلة ذلك (٣) :

أولاً: إذا شهد الشهود على خصم بحق ، وذكروا اسمه ، واسم أبيه وجده ، وقضى بذلك الحق كان قضاءً بنسبه ضمناً ، وإن لم يكن في حادثة النسب .

ثانياً : لو شهد شهود بأن فلانة زوجة فلان ، وكَلَّت زوجها فلانا في كذا ، على خصم منكر ، وحكم القاضي بتوكيلها ، كان قضاءً بالزوجية بينهما .

فالقاضي قد حكم بالنسب في المثال الأول ، وبالزوجية في الثاني من غير طلب ، فكان حكم القاضي بالحق المحكوم به قصداً ، وحكم بالنسب أو الزوجية ضمناً (٤).

(١) أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٣٣٢ .

(٢) الحكم الضمني هو: الحكم الذي يكون المحكوم فيه غير مقصود ، بل هو داخل ضمن الحق المدعى المحكوم به قصداً ، ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص ٥٣ ، جعيط ، الطريقة المرضية ، ص ٢٧٨ ، ياسين ، نظرية الدعوى ص ٦٦٥ ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ص ٤٧٥ .

(٣) الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ٢ ، ص ٣٨٤ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٦٦٦ ، ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص ٥٣ ، علي قراعه ، الأصول القضائية ، ص ٢٩٧ ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٤٧٦ .

(٤) المرجع السابق ، ص ٤٧٦ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القضاء الشرعي لا يكتفي بأن يحضر المدعي إلى القاضي ويذكر دعواه ، بل لا بد أن يطلب المدعي من القاضي أن يحكم له بحقه الذي يدعيه ، وهذا ما عليه العمل في المحاكم الشرعية الأردنية ، حيث أصبح من المقرر أنه لا يحكم إلا بطلب^(١) ، ومن مظاهر تطبيق هذه القاعدة في القضاء الشرعي الأردني ما يلي :

أولاً : في قانون أصول المحاكمات الشرعية :

١- نصت المادة (١١) من هذا القانون على ما يلي :

يجب أن تقدم لائحة الدعوى مشتملة على اسم كل من الفرقاء وشهرته ، ومحل إقامته ، وعلى الادعاء ، والبيانات التي يستند إليها ، وتبلغ صورة عن اللائحة إلى كل من المدعي عليهم^(٢) ، فالادعاء هو موضوع الدعوى كطلب النفقة أو التفريق أو الحضانة وغيره^(٣) .

٢ - اشترط قانون أصول المحاكمات الشرعية على المحاكم الشرعية ألا تقوم بعمل بعض الإجراءات ، إلا بناءً على طلب ومن أهمها^(٣) :

(١) هذا إذا كان الحق المدعى به حقاً خاصاً ، فقد نصت محكمة الاستئناف الشرعية في عمان ، بقرارها رقم (٢١٧٤٠) ، " لا يجوز الحكم بالحقوق الخاصة بدون طلب " ، عيابه ، إيضاحات في أصول المحاكمات الشرعية ، ص ٢٢٩ ، أما الحق العام فعلى القاضي أن يستدعي أحد الموظفين ، أو غيرهم للإدعاء باسم الحق العام الشرعي حتى تكون الخصومة ، ويوجد مدعي ومدعى عليه ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (٩٠٧٦) ، تاريخ ١٩٥٦/٢/٢٧ م ، داود ، أصول المحاكمات الشرعية ، ج ١ ، ص ٢٤٥ (٢) أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص ١٥٢ ، وقال بعد أن ذكر أهم الأمور التي يجب ذكرها في اللائحة ، ولكن لا يشترط في الادعاء الطلب بالحكم بشيء مبدئياً ، فلو كتب في اللائحة اسم الموضوع لكفى ، ولكن تقوم المحكمة في الجلسة الأولى بإلقاء بعض الأسئلة على المدعي ليوضح دعواه ، ومطالبه ، ثم تسير في الدعوى حسب الأصول ، فالنتيجة كما يرى الباحث أنه لا يحكم إلا بطلب ، وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف الشرعية في كثير من قراراتها منها : " أن مجرد تقديم استدعاء الدعوى إلى المحكمة بغير الادعاء بمضمونه ، أو تكراره في مجلس الحكم لا يشكل دعوى بالوجه الشرعي ؛ لأن الدعوى شرعاً حسب نص المادة (١٦١٣) ، من المجلة (هي طلب واحد حقه من آخر في حضور القاضي) وهذا هو المعبر عنه شرعاً : الادعاء بالدعوى ، وهو واجب أيضاً عند السير في الدعوى بعد إسقاطها ، وتجديدها حسب الأصول ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٢٤٥٠) ، تاريخ ١٩٨١/١٠/١ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ١ ، ص ٣٢٤ .

(٣) انظر: مثل هذه الإجراءات في المواد التالية من القانون : ٣٦ ، ٤٩ ، ٥٢ ، ٨٤ ، ٧٦ ، ٩٦ ، ١١٣ ، وغيرها .

أ - الحكم في دعوى الدفع ، حيث نصت المادة (٣ / الفقرة ٧) ، على أنه تحكم المحكمة في دعوى الدفع بناء على طلب الدافع .

ب- إسقاط دعوى المدعي ، حيث نصت المادة (٥٠ / الفقرة ٢) ، تسقط المحكمة الدعوى ، إذا لم يحضر المدعي ، وحضر المدعى عليه وطلب الإسقاط (١) .

ج- رد أهل الخبرة حيث نصت المادة (٨٧) " ، يقدم طلب الرد إلى المحكمة التي تنتظر الدعوى ، مشتملاً على الأسباب التي يعتمد عليها طالب الرد في طلبه " .

٣- أن قانون أصول المحاكمات الشرعية اعتبر أن الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم ، أو بأكثر مما طلبوه (٢) ، سبب لأن يطلب المحكوم عليه إعادة المحاكمة ، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن القاضي يجب عليه ألا يحكم إلا بطلب ، وأن يلتزم بحدود ما طلبه الخصوم دون زيادة أو نقصان حسب الأصول .

ثانياً : في قانون الأحوال الشخصية الأردني :

فقد نص هذا القانون في كثير من الإجراءات التي تقوم بها المحاكم الشرعية: أن لا تتم هذه الإجراءات إلا بطلب من الخصوم ، ومن أهمها ما يلي (٣) :

١- فقد نصت المادة (٢٣) من القانون : " للقاضي عند الطلب ، فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج ، ما لم تحمل الزوجة من فراشه ، أما بعد الحمل فلا يفسخ الزواج .

٢- فسخ عقد الزواج بسبب عدم الالتزام بالشرط الذي في العقد من الطرف الآخر ، فقد نصت المادة (١٩ / فقرة ٢، ١) على ما يلي : " فإن لم يف به الزوج فسخ العقد ، ولها المطالبة بسائر حقوقها الزوجية " ، " فإن لم تف به الزوجة فسخ النكاح بطلب من الزوج وأعفي من مهرها المؤجل ومن نفقة عدتها " .

ثالثاً : محكمة الاستئناف الشرعية :

فإن المتتبع لقرارات محكمة الاستئناف الشرعية (٤) ، يجدها تنص صراحة على هذه

(١) لا يجوز للمحكمة أن تسقط الدعوى إذا غاب المدعي عن دعواه ، وحضر المدعى عليه ولم يطلب إسقاطها وإنما طلب تأجيلها ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٨٩٨٠) ، عباينه ، إيضاحات في قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص ٩١ .

(٢) القانون المعدل لقانون أصول المحاكمات الشرعية ، رقم (٨٤) لسنة ٢٠٠١م ، المادة (١٠) .

(٣) انظر : مثل هذه الإجراءات في المواد التالية من قانون الأحوال الشخصية : ٢١ ، ٢٢ ، ٢٣ ، ٤٩ ، ٥٣ ، ٦٧ ، ٧٦ ، ٧٧ ، وغيرها كثير .

(٤) أما محكمة الاستئناف الشرعية في اربد ، فقد نصت صراحة على ذلك بقرارها رقم (٤٠٨) ، بتاريخ ٢٠٠٤/٦/٦م ، " لا يجوز الحكم بدون طلب " .

القاعدة ومنها :

أولاً : " لا يجوز الحكم بالحقوق الخاصة بدون طلب " (١) .

ثانياً : " بما أن المحكمة الابتدائية حكمت على المستأنف بنفقة تعليم للبنات ، مع أن المستأنف عليها لم تطالب بها في لائحة الدعوى ، فيكون الحكم بتلك النفقة حكماً بغير طلب ، فتقرر فسخه (٢) .

ثالثاً : " ... أصدرت المحكمة الابتدائية حكمها بفسخ عقد النكاح ، دون أن يسبق هذا الحكم ادعاء بفساد العقد من قبل مدع ، وكما هو معلوم قضائياً ، لا يحكم بدون طلب وادعاء (٣) . ويرى الباحث أن استثناء الحكم الضمني من القاعدة ، يرد أيضاً في القضاء الشرعي الأردني ، ومثال ذلك :

- ١- إذا شهد الشهود على خصم بحق وذكروا اسمه ، واسم أبيه ، واسم جده وحكم القاضي بعد ذلك بالحق ، كان حكماً بنسبه ضمناً ، وإن لم يكن في حادثة النسب (٤) .
- ٢- وإذا شهد الشهود أن فلانة زوجة فلان ، قد وكلت زوجها في الأمر الفلاني في الدعوى المقامة على الخصم المنكر ، وحكم القاضي بالتوكيل فيكون حكماً ضمناً بالزوجية بينهما (٥) .
- ٣- ولو أن الزوجة رفعت دعوى نفقه على زوجها ، وحكم القاضي لها بالنفقة فيكون حكماً ضمناً بالزوجية بينهما .

(١) سبق ذكره انظر ص ٨٢ من هذه الأطروحة .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم ، (٥٩٣٩٩) ، بتاريخ ٢٣/١١/٢٠٠٣م ، عيابه ، إيضاحات في قانون أصول المحاكمات الشرعية ، القرارات رقم ، (١٥٠٣٨ ، ١٨٩٨٠ ، ١١٩٢٩ ، ١٢١٥٢ ، وغيرها) ، ص ٩١-٩٢ .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (١٨٧٤٥) ، بتاريخ ١٩٧٦/١/٤م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ١، ص ٢١٨ ،

(٤) داود ، أصول المحاكمات الشرعية ، ج ٢ ، ص ٧٤٦ ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٢٢٩٤) ، تاريخ ١٩٨١/٧/٢٦م ، حيث جاء فيه : " ولا بد أن تكون الدعوى مشتملة على موضوع الخصومة الحقيقي ، والنسب يثبت ضمن إثبات الحق المترتب عليه " ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ٢ ، ص ١٠٦١ .

(٥) داود ، أصول المحاكمات الشرعية ، ج ٢ ، ص ٧٤٦ .

المبحث الثاني :

القواعد الفقهية المختصة بالمدعى عليه :

كما أن للمدعي قواعد فقهية ذكرها الفقهاء فإن للمدعى عليه أيضاً قواعد ينبغي على القاضي مراعاتها ، ومن أهم هذه القواعد ما يلي :

القاعدة الأولى : المدعى عليه من يجبر على الخصومة .

القاعدة الثانية : الأصل براءة الذمة .

القاعدة الثالثة : القضاء يقتصر على المقضي عليه ، ولا يتعداه إلى غيره .

القاعدة الأولى :

المدعى عليه من يجبر على الخصومة^(١) :

معنى القاعدة :

بما أن الدعوى تصرف إرادى يقوم به المدعى باختياره ورضاه ، ولكن الجواب عن هذه الدعوى هو أثر من أثار الدعوى الصحيحة^(٢) ، التي يجب على المدعى عليه الإجابة عنها " وإذا سكت عن الجواب لم يترك ، بل يقال إن أجبت ، وإلا جعلتك ناكلاً وقضيت عليك " ^(٣) .
وهذه القاعدة من أهم المبادئ الأساسية في القضاء ، إذ لا يمكن أن نتصور فصل النزاع، وإيصال الحقوق إلى أصحابها ، إذا لم يجبر المدعى عليه على الخصومة ، ومن هنا فإن الشرع والعقل يستلزمان القول بهذه القاعدة ، والعمل بها ، ذلك أن الناظر في جميع الأفضية سلفاً وخلفاً يجد أنها قائمة على هذه القاعدة ؛ لأن الجواب عن الدعوى أثر من أثار الدعوى الصحيحة التي يجب على المدعى عليه الإجابة عنها ، وعليه فإنه يجبر على الخصومة ليؤدى حق صاحبه إذا ثبت عليه ، " كما أن الشبهة قد قامت حول براءة ذمة المدعى عليه ، وأن التهمة أثيرت حول الحق المتنازع عليه ، فلا يستطيع أن يترك الخصومة باختياره ، ويحبر عليها لأنه أصبح خصماً في النزاع بغير إرادته للدفاع عن نفسه ، أو لأداء الحق إلى صاحبه " ^(٤) .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي :

١- لو ادعت امرأة على رجل بأنها زوجته ومدخولته بالعقد الشرعي ، فإن الرجل هنا وهو المدعى عليه يجبر على الخصومة بالإجابة عنها ، إذا كان حاضراً أما إذا كان غائباً ، أو لم يحضر بعد تبليغه حسب الأصول ، تكلف الزوجة بإثبات دعواها ، ويحكم عليه ، فالمدعى عليه هنا يجبر على الخصومة بخلاف المدعي .

٢- لو ادعى رجل على آخر مبلغاً من المال ، فإن المدعى عليه يجبر على الخصومة ، ولا يملك تركها حتى يقضى عليه ، أو يثبت براءة ذمته .

(١) هذه القاعدة يذكرها الفقهاء مع قاعدة المدعي من لا يجبر على الخصومة ، ولذا فإنني سأكتفي هنا بذكر معناها ، وبعض الأمثلة عليها ، أما أقوال العلماء فيها ومراجعهم فليُنظر إلى التفصيل السابق عند الحديث عن قاعدة المدعي من لا يجبر على الخصومة ، انظر : ص ٧٤ من هذه الأطروحة .

(٢) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ١٧٧ .

(٣) البهوتي ، كشاف القناع ، ج ٦ ، ص ٤٨٨ .

(٤) الزحيلي ، وسائل الإثبات ، ج ٢ ، ص ٦٥٠ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

لقد تقرر فيما سبق أن المدعي في القضاء الشرعي الأردني من لا يجبر على الخصومة، وأنه إذا ترك ترك^(١)، وعليه فإن المدعى عليه يكون إذن من يجبر على الخصومة، وإذا تركها لم يُترك، وهذا الذي عليه العمل في المحاكم الشرعية الأردنية ومن مظاهر ذلك ما يلي :

أولاً: قانون أصول المحاكمات الشرعية :

١- نصت المادة (٣١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على أن: " للمحكمة أن تجلب في الحال المدعى عليه في المواد التي ترى المحكمة أنها مستعجلة "

و هذه المادة تدل على أن : المدعى عليه من يجبر على الخصومة ، ولا يترك إذا تركها بدليل أنه يجلب في الحال في القضايا المستعجلة .

٢- أوجب القانون على المحكمة أن تقوم بتبليغ المدعى عليه تبليغاً صحيحاً حسب الأصول، وأن تحدد موعداً مناسباً للمحاكمة^(٢)، فإذا حضر المدعى عليه باشرت المحكمة بالمحاكمة حسب الأصول ، وإذا تغيب المدعى عليه ولم يحضر فقد نصت المادة (٥٠) من القانون على أنه : " إذا لم يحضر المدعى عليه بعد تبليغه الموعد المعين حسب الأصول فتقرر المحكمة سماع الدعوى والاستمرار في المحاكمة بحقه غيابياً بناءً على طلب المدعي ، ويجوز للمحكمة من نفسها أن تقرر محاكمة المدعى عليه غيابياً ، إذا كان موضوعها مما تقبل فيه الشهادة حسبة " .

وهذه المادة تدل دلالة واضحة على أن المدعى عليه من يجبر على الخصومة ، بدليل أنه إذا غاب يحاكم غيابياً^(٣) بخلاف المدعي .

(١) انظر : ص ٧٧ من هذه الأطروحة .

(٢) انظر : المواد الخاصة بالتبليغ في قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المواد (١٨ - ٣٠) .

(٣) مع أن قانون أصول المحاكمات الشرعية أجاز الحكم على المدعى عليه غيابياً إلا أنه قد ضمن له حقه من خلال ما يلي :

أ- أوجب على المحكمة تبليغ المدعى عليه بالحكم الغيابي ، قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١١٤)
ب- منحه حق الاعتراض على هذا الحكم الغيابي خلال خمسة عشرة يوماً من تاريخ تبليغه، المرجع السابق ، المادة (١٠٦).

ج- منحه حق استئناف الحكم الغيابي خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه ، المرجع السابق، المادة (١/١٣٦) .

ثانياً: عمل محكمة الاستئناف الشرعية :

قبل بيان أهم قرارات محكمة الاستئناف الشرعية المتعلقة بموضوع القاعدة لا بد من بيان ما عليه العمل في المحاكم الشرعية بالنسبة لمحاكمة المدعى عليه بعد تبليغه تبليغاً صحيحاً، وذلك من خلال ما يلي :

أولاً: في حالة حضور المدعى عليه المحاكمة ، فالمدعى عليه إما أن يقر ، وإما أن ينكر، أو يسكت ، وإما أن يدفع الدعوى^(١) :

- ١- فإذا أقر بالدعوى حكم القاضي عليه بذلك ؛ لأن الإقرار حجة على المقر .
- ٢- أما إذا سكت ، أو أنكر ما جاء في دعوى المدعي ، فيطلب القاضي من المدعي البينة ، ويمهله القاضي لإحضارها إذا طلب ذلك ، فإذا أثبت صحة دعواه بعد اتباع الإجراءات الخاصة بالإثبات المقررة لكل وسيلة منها ، حكم القاضي له بناءً على بينته .
- ٣- أما إذا أتى المدعى عليه بدفع فإن عبء الإثبات ينتقل عليه غالباً^(٢) ، لإثبات دفعه فإذا أثبتته ردت الدعوى ، وإذا لم يثبتته نرجع إلى الدعوى الأصلية .

فإذا لم يستطع المدعي إثبات دعواه يعتبر عاجزاً عن الإثبات ويبقى له الحق في تحليف المدعى عليه اليمين الشرعية ، بعد أن يفهمه القاضي أن له الحق في ذلك ، فإذا طلب ذلك كلف القاضي المدعى عليه حلف اليمين ، ويصور له القاضي اليمين الشرعية ، فإذا حلف ردت الدعوى ، وإذا نكل حكم عليه .

ثانياً: في حالة غياب المدعى عليه ، فإن المدعى عليه في هذه الحالة يُنزل منزلة المنكر ، وعلى المدعي إثبات دعواه حسب الأصول ، وإلا اعتبر عاجزاً عن الإثبات ورددت الدعوى.

وبناءً عليه فإن جميع القرارات الاستئنافية المتعلقة بالخطوات السابقة هي تطبيق عملي لهذه القاعدة^(٣) .

(١) أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص ١٧٢ ، محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم (٩٧١٣) ، عبابنه ، إيضاحات في قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص ٢٣٥ .

(٢) لأنه يستثنى من ذلك بعض الصور : فمثلاً من شروط صحة دعوى نفقة الأقارب الإدعاء بيسار المدعى عليه ، فلو دفع المدعى عليه دعوى نفقة أولاد بالإعسار، فإن مدعي اليسار هو الذي عليه عبء الإثبات ، لأن بينة اليسار مقدمة على بينة الإعسار ، قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٧٤) ، حمزه ، الطريقة الواضحة إلى البينة الراجعة ، ص ١٨ .

(٣) داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية المتعلقة بالإقرار ، ص ١٠٥ - ١٢٨ ، بالبينة، ص ١٢٩ - ١٨٦ ، بالدفع ، ص ٤٠٣ - ٤٣٤ ، باليمين ، ص ٦٩٥ - ٧٤٠ .

القاعدة الثانية :

الأصل براءة الذمة (١) :

معنى القاعدة :

الأصل أن تكون ذمة (٢) كل شخص بريئة ، أي غير مشغولة بحق الغير؛ لأن الشخص يولد وذمته بريئة ، وشغلها يحصل بالمعاملات التي يجريها فيما بعد ، فكل شخص يدعي خلاف هذا الأصل يطلب منه أن يبرهن على ذلك (٣) .

ويمكن الاستدلال على القاعدة بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : " البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه " (٤) .

وجه الدلالة : يدل الحديث على أنه لما كان جانب المدعي ضعيف ، لأنه يدعي خلاف الأصل (وهو براءة الذمة بالنسبة للمدعي عليه) كلف الحجة القوية وهي: البينة ، وأما المدعي عليه (المنكر) ، فكان جانبه أقوى ، (لتمسكه بالأصل) فاكتفي منه بالحجة الضعيفة ، وهي: اليمين (٥) ، فأعطى الشارع أقوى الحجتين لأضعف الجانبين ، وأضعف الحجتين لأقوى الجانبين، ليجبر الضعيف بالقوي ليحصل المعادلة بينهما (٦) .

وتكمن أهمية القاعدة في أنها أصل من الأصول القضائية التي لا خلاف فيها بين الفقهاء(٧)،

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٥٩ ، السبكي ، الأشباه والنظائر ، ص ٢١٨ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ج ١ ، ص ١٢٠ ، محمد عميم الإحسان ، (١٩٨٦ م) ، قواعد الفقه ، ط ١ ، م ، ص ٥٨ ، الزرقا ، أحمد محمد ، (١٩٨٩ م) ، شرح القواعد الفقهية ، ط ٢ ، م ، دار القلم دمشق ، ص ١٠٥ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ١٣٥ ، الجزائري ، عبد المجيد جمعه (١٤٢١ هـ) ، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب أعلام الموقعين ، ط ١ ، م ، دار ابن القيم ، الدمام ، دار ابن عفان الخيرية ، ص ٢١٨ .

(٢) الذمة لغة : العهد ، واصطلاحاً : وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب له أو عليه ، النووي ، يحيى بن شرف (ت ٦٧٦ هـ / ١٢٧٧ م) ، تحرير ألفاظ التنبيه ، ط ١ ، م ، (تحقيق : عبد الغني الدقر) ، دار القلم ، دمشق ، ١٤٠٨ هـ ، ص ٣٤٣ ، الجرجاني ، التعريفات ، ص ١٤٣ .

(٣) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٢٥ ، المحاسني ، محمد سعيد ، (١٩٢٧ م) ، شرح مجلة الأحكام العدلية ، ٣ م ، مطبعة الترقى ، دمشق ، ج ١ ، ص ٣٦ ، المادة (٨) .

(٤) سبق تخريجه ، انظر : ص ٢٤ من هذه الأطروحة .

(٥) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٤ ، ص ٤٦١ ، ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص ٣٢٠ .

(٦) البحراني ، مفلح الضميري ، (١٩٩٩ م) ، غاية المرام في شرح شرائع الإسلام ، ط ١ ، م ، (تحقيق : جعفر العاملي) ، دار الهادي ، بيروت ، ج ٤ ، ص ٢٥١ .

(٧) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٤٠١ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ١٠٥ ، الشربيني ، معني المحتاج ، ج ٤ ، ص ٤٦١ ، البهوتي ، كشف القناع ، ج ٦ ، ص ٤٢٧ .

وهي تدخل في أبواب كثيرة ومهمة في الفقه : كالقضاء والحدود ^(١) ، ويتفرع عنها قاعدة أخرى وهي : " الذمة إذا عمرت بيقين فإنها لا تبرأ إلا بيقين " ^(٢) من الأمثلة على القاعدة :

أولاً: لو أقرض إنسان آخر ثم اختلف هو والمستقرض في مبلغ القرض ، فالقول للمستقرض ^(٣) .
ثانياً: لو ادعى الملتقط أخذ اللقطة لتعريفها ، وادعى المالك أنه أخذها ليذهب بها ، فالقول قول الملتقط ^(٤) .

ثالثاً: إذا أتلف إنسان مال آخر واختلفا في مقداره ، فإن القول للمتلف بيمينه ؛ لأنه ينكر ثبوت الزيادة في ذمته ، والأصل براءة الذمة ، والبيينة على صاحب المال لإثبات الزيادة ، وكذا لو غصب إنسان شيئاً وهلك في يده ، ثم اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب ، فالقول للغاصب ، وعلى المالك إثبات الزيادة ^(٥) .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

ذكر فقهاء الحنفية أنه قد يستثنى من هذه القاعدة مسألة ما لو ادعى المدين ، أن الدائن أبرأه ، أو أنه أوفى الدين ، فالقول للدائن مع اليمين ، مع أن الدائن يدعي شغل ذمة المدين ، والمدين يدعي براءة ذمته ، فكان الواجب حسب هذه القاعدة أن يكون القول للمدين ^(٦) .
ولكن قد يجاب عن ذلك : أن الدائن والمدين هنا متفقان على ثبوت الدين ، وباتفاقهما على ذلك ، أصبح شغل الذمة أصلاً ، والبراءة خلاف الأصل ، فالمدين يدعي الإيفاء ، أو الإبراء الذي هو خلاف الأصل ، والدائن ينكر ذلك فعلى هذا أصبح القول للدائن ^(٧) .

(١) شبير ، القواعد الكلية ، ص ١٤٦ .

(٢) الونشريسي ، أحمد بن يحيى (ت ٩١٤ هـ / ١٤٠٦ م) ، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ، ط ١ ، م ، (تحقيق : عبد الرحمن الغريبي) ، منشورات كلية الدعوة الإسلامية ، طرابلس ، ١٩٩١ م ، ص ٧٦ ، ومثالها : إذا شك الإنسان في أداء الدين ، فإن انشغال الذمة به متيقن ، فلا تفرغ ذمته بمجرد الشك ، بل لابد من اليقين ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ١٤٦ .

(٣) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ١١٤ .

(٤) القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ، ص ٦٦ ، المادة (٢٣١٥) ، حيث نصت على أن : " الأصل براءة الذمة ولو ادعى الملتقط ... " .

(٥) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ٥٩ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ١١٤ .

(٦) علي ، حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٢٥ .

(٧) المرجع السابق .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

هذه القاعدة من أهم القواعد التي يعتمد عليها القضاء الشرعي الأردني^(١)، وهي أصل من أصوله ، ذلك أن الأصل في المدعى عليه براءة ذمته وعلى من يدعي خلاف ذلك إثباته ويمكن أن ندرك مظاهر تطبيق هذه القاعدة من خلال ما يلي :

أولاً: قانون أصول المحاكمات الشرعية :

حيث كلف المدعي إثبات دعواه إذا أنكرها المدعى عليه أو كان غائباً^(٢) ، وما هذا إلا تطبيق لهذه القاعدة حيث يفهم من ذلك أن القانون قد اعتبر أن الأصل براءة المدعى عليه ، ولذا طلب من المدعي إثبات دعواه ، واكتفى من المدعى عليه بالتمسك بالأصل ، وهو براءة ذمته .

ثانياً: عمل محكمة الاستئناف الشرعية :

تفترض محكمة الاستئناف الشرعية دائماً أن الأصل في المدعى عليه براءة ذمته ، وعلى من يدعي خلاف ذلك ، أن يثبت ذلك بالبينة ، ولذا نجدها نصت على هذه القاعدة في كثير من القرارات الاستئنافية الصادرة عنها^(٣) .

(١) حيث نصت المادة (٨) من المجلة : "على أن الأصل براءة الذمة " ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٢٥ ، كما نصت المادة (٧٣) من القانون المدني الأردني: "الأصل براءة الذمة ، وعلى الدائن أن يثبت حقه وللمدين نفيه" ، نقابة المحامين (١٩٩٢م) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ط ٣ ، ص ٢ ، مطبعة التوفيق عمان ، ج ١ ، ص ٨٥ .

(٢) حيث نصت المادة (١١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على أنه: " يجب أن تقدم لائحة الدعوى مشتملة على اسم كل من الفرقاء ، وشهرته ، ومحل إقامته ، وعلى الادعاء ، والبيانات التي يستند إليها ... " فهذه المادة اعتبرت أن الأصل براءة الذمة ولذا طلبت من المدعي أن يذكر في دعواه البيانات التي يستند إليها خلافاً لهذا الأصل .

(٣) "... وللعجز عن إثبات الدعوى ولكون الأصل في الإنسان البراءة تقرر تصديق هذا الحكم برد دعوى المدعية" ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٥٧٥١٧) ، تاريخ ٢٤/٤/٢٠٠٣ م ، وفي دعوى ديه " ... وعلماء الشريعة ذكروا أن الأصل براءة الذمة ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٦١٣٥) ، تاريخ ٢/١٠/١٩٦٩م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ٦١٤ .

القاعدة الثالثة :

القضاء يقتصر على المقضي عليه ، ولا يتعدى إلى غيره (١) :

معنى القاعدة :

الأصل في الحكم القضائي أنه جزئي من حيث الأثر (٢) ، فلا يلزم بالحكم غير المحكوم عليه (المقضي عليه) ، ولهذا قال ابن القيم رحمه الله : " أما الحاكم فحكمه جزئي خاص ، لا يتعدى إلى غير المحكوم عليه وله ... ، والقاضي يقضي قضاء معيناً على شخص معين ، فقضاؤه خاص ملزم " (٣) .

ويمكن الاستدلال لهذه القاعدة بما يلي :

أولاً : قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه في المشتركة (٤) بإسقاط الأخوة من الأبوين ، ثم شرك بينهم بعد ذلك ، فسئل عن ذلك فقال : تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا " (٥) .

وجه الدلالة أن قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، في المسألة الثانية وإعطاءها حكماً جديداً يدل على أن الحكم القضائي يقتصر على المحكوم عليه ، ولا يتعدى إلى غيره وإلا لصح إعطاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه المسألة الثانية حكم المسألة الأولى دون النظر فيها أصلاً .

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٢١٩ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ٢ ، ص ٣١٨ .

(٢) من ناحيتين : الأولى من حيث الخصوم ، الثانية من حيث الواقعة المحكوم بها يقتصر حكم القاضي في تلك الواقعة عليها فقط ، ولا يتعدى لما ماتلها من الوقائع وعليه أن يجتهد في كل مرة على حده وفي ذلك يقول ابن فرحون : " إعلم أن القاضي إذا حكم بفسخ نكاح ، أو بيع ، أو إجارة ، وشبه ذلك ، بموجب من موجبات الفسخ ، وذلك في مسألة مختلف فيها... ، فإن حكم الحاكم لا يتعدى ذلك الفسخ ، فلو حدثت قضية أخرى مثل القضية التي حكم فيها بالفسخ ، ورفعت إليه فإنها تحتاج إلى إنشاء نظر آخر من القاضي ... ، وسبب ذلك أن حكم القاضي لا يتعلق إلا بالجزئيات دون الكلليات ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ص ٧٩ ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٦ ، ص ٤٨ ، النووي ، روضة الطالبين ، ج ١١ ، ص ١٠٠ ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٤٤٣ .

(٣) " وفتوى العالم عامة غير ملزمة ، فكلاهما أجره عظيم ، وخطره كبير " ، ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج ١ ، ص ٣١ .

(٤) المسألة المشتركة هي : زوج وأم وإخوة لأم ، وأخ شقيق ، فلزوج النصف ولأم السدس ، ولإخوة لأم الثلث ، ويشاركهم الأخ الشقيق ، الدمياطي ، إعانة الطالبين ، ج ٣ ، ص ٢٢٧ .

(٥) ابن قدامه ، المغني ، ج ١٠ ، ص ١٠٤ .

ثانياً: القضاء لا يمكن أن يكون شرعاً عاماً يطبق على كل جزئية ، وإنما هو تطبيق للشرع في جزئية معينة (١) ، وذلك لأن كل جزئية لها ظروفها، وملابساتها التي تختلف عن الأخرى .
 ثالثاً: ثم إن القضاء من فعل البشر ، وهو عرضة للخطأ ، فلا يصح أن يمتد أثره إلى كل جزئية وواقعة (٢) ، فلربما يتدارك القاضي ما وقع منه من خطأ في المسائل المشابهة الأخرى (٣) .
 رابعاً: لأن معظم ما ينظر القاضي فيه يحتاج إلى بينة ، والبينة إنما تشهد بما رأته ، أو شافهته وذلك أمر جزئي ، يقتصر على الواقعة بعينها دون غيرها .
 والأصل في الحكم القضائي اقتضاره على المقضي عليه وعدم جواز تعديه إلى غيره (٤)
 ولكن استثنى فقهاء لحنفية والمالكية بعض الصور التي يتعدى فيها القضاء إلى غير المقضي عليه (٥) ، هي :

- ١- الحكم بالحرية الأصلية حكم على الكافة ، حتى لا تسمع بعد الحكم دعوى أحد عليه بأنه عبد ، أما الحكم بالحرية العارضة أي الإعتاق فليس حكماً على كافة الناس بل هو حكم جزئي.
- ٢- الحكم بثبوت النكاح ، فإذا حكم القاضي بالزوجية بين رجل وامرأة ، فإنه لا تسمع دعوى رجل آخر بأنها زوجته .
- ٣- الحكم بالنسب ، فإذا حكم القاضي بثبوت نسب فلان من أبيه فلا تسمع الدعوى بخلاف ذلك.
- ٤- الحكم بالوقف ، فقد اختلف فيه ، فقيل القضاء بالوقف يقتصر ولا يتعدى إلى الكافة فتسمع الدعوى في الوقف المحكوم به؛ لأن القضاء بالوقف بمنزلة استحقاق الملك، وقيل القضاء

(١) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٦٧٦ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) كما قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في المسألة المشتركة .

(٤) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٤ ، ص ٣٤٤ ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٢١٩ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ٢ ، ص ٣١٨ ، الحطاب ، مواهب الجليل ، ج ٦ ، ص ١٣٩ ، جعيط ، الطريقة المرضية ، ص ٢٤٩ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٦٧٦ ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٤٤٣ .
 (٥) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٢١٩ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ٢ ، ص ٣١٨ ، ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص ٦٦ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٥٧٧ ، واستثنى المالكية ثلاثة مواضع يكون الحكم فيهن كلياً ، وهي الحكم بالتصفيق ، والحكم بالصحة ، والحكم بالفساد ، انظر: شرح هذه الأحكام ، جعيط ، الطريقة المرضية ، ص ٢٤٩ .

بالوقف كالقضاء بالعتق في عدم سماع الدعوى بعد قضاء القاضي بالوقفية ؛ لأن الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يبطل إلا في مواضع مخصوصة (١) .
من الأمثلة على القاعدة ما يلي :

- ١- ما فعله عمر بن الخطاب رضي الله عنه في المسألة المشتركة .
- ٢- لو حكم قاض على زوج بنفقة معينة ، فقامت زوجته الأخرى برفع دعوى نفقة ، فعلى القاضي أن ينظر في دعوى النفقة الجديدة ، ويصدر حكمه فيها بناءً على ظروفها وملابساتها، بغض النظر عن الدعوى الأولى .

(١) والحاصل أن القضاء بالوقفية ليس قضاء على الكافة، النسفي، البحر الرائق، ج ٥ ، ص ٢٠٧ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٥٧٧ ، كما استثنوا الحكم بالعتق في ملك مطلق وهو بمنزلة حرية الأصل ، والقضاء به قضاء على كافة الناس ، أما القضاء بالعتق المؤرخ ، وهو قضاء على كافة الناس من وقت التاريخ ، ولا يكون قضاء قبله ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٢١٩ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

إن الناظر في أحكام المحاكم الشرعية في المملكة الأردنية الهاشمية ليدرك أن الحكم القضائي في القضاء الشرعي يقوم على أساس أنه جزئي الأثر من ناحيتين (١) :

الأولى : من حيث موضوع الدعوى فإن الحكم القضائي الصادر في أية دعوى لا يتعدى إلى ما يماثلها من قضايا جديدة ، بل على القاضي أن ينظر من جديد ، ويصدر حكمه وفق أحداث وملابسات القضية الجديدة ، وذلك لأن لكل قضية ظروفها الخاصة بها ، والتي لا يصح أن تنسحب على غيرها من القضايا (٢) .

الثانية : من حيث أطراف الدعوى ، فإن الأصل في الحكم القضائي أنه لا يلزم إلا المحكوم له أو عليه ، ولا يتعداهم إلى غيرهم (٣) ، لكن إذا صدر حكم في دعوى وكان يمس حقاً لشخص لم يكن طرفاً في الدعوى فإنه يحق له أن يعترض على الحكم اعتراض الغير (٤) .

كما أجاز القضاء الشرعي الأردني لمن له علاقة في الدعوى المقامة بين طرفين ويتأثر من نتيجة الحكم فيها ، أن يطلب إدخاله شخصاً ثالثاً في الدعوى ، وبعد أن تتحقق المحكمة من علاقته ، تقرر قبوله كما يجوز للمحكمة إدخال أي شخص ترى أن إدخاله ضروري لتحقيق العدالة (٥) .

(١) إلا أنه يستثنى من ذلك ما سبقت الإشارة إليه عند الحديث عن هذه القاعدة حيث جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية : " القضاء يقتصر على المقضي عليه ولا يتعدى إلى غيره إلا في خمسة " ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٤١٧٣) ، تاريخ ١٠/٣١/١٩٨٣ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ٨٨ .

(٢) فلو ادعت زوجة على زوجها دعوى نفقه في إحدى المحاكم الشرعية حسب الأصول وحكم لها القاضي بذلك ، فإن هذا الحكم يقتصر على هذه القضية ولا يتعداها إلى غيرها ، فلو جاءت زوجته الأخرى ورفعت دعوى نفقة على الزوج نفسه فعلى القاضي أن ينظر فيها من جديد .

(٣) وهناك بعض الصور التي يسري فيها الحكم على الغير مثل دعوى دين على تركة ، أو دعوى تصحيح إرث فإن أقيمت مثل هذه الدعوى على أحد الورثة فإنها تسري على غيره من الورثة ، وقد جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية ، في قرار (٣٤٦٢٧) ، تاريخ ٨/٤/١٩٩٢ م ، ما يلي : " دعوى دين على تركة تقام في مواجهة أحد الورثة فيسرى الحكم فيها على الورثة الآخرين " ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ١٧٩ .

(٤) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١١٥) .

(٥) المرجع السابق ، المادة (٩١) .

المطلب الثالث :

القواعد المشتركة بين الخصوم :

ذكر الفقهاء قواعد فقهية مشتركة بين المدعي والمدعى عليه ومن أهم هذه القواعد ما

يلي :

القاعدة الأولى : البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر .

القاعدة الثانية : من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه .

القاعدة الثالثة : من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه .

القاعدة الرابعة : العبرة في تعيين القاضي الذي ترفع إليه الدعوى هي لمكان إقامة

المدعى عليه .

وفيما يلي بيان لهذه القواعد ، مع بيان موقف القضاء الشرعي الأردني منها :

القاعدة الأولى :

البينة (١) على المدعي واليمين (٢) على من أنكر (٣):

معنى القاعدة :

هذه القاعدة من القواعد الفقهية التي يركز عليها القضاء الإسلامي ، ومفادها أن المدعي إذا ادعى حقاً له على غيره فإنه يكلف بإثبات دعواه ، بكل ما يبين به الحق إذا كان المدعى عليه منكرًا ، فإن عجز المدعي عن إثبات دعواه بالبينة ، فإن له الحق في تحليف المدعى عليه . وهذه القاعدة من الأصول المهمة التي يركز عليها القضاء ، ولولاها لوقع القضاة في حرج شديد ، واستعصى عليهم حسم النزاع ، وفصل الخصومات ، واشتد التظالم بين الناس (٤) . ويمكن الاستدلال على هذه القاعدة بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال ، وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه " (٥) .

وجه الدلالة : إن النبي ﷺ وضع قاعدة محكمة يلجأ إليها الحاكم أو القاضي عند فض الخصومات ، ورد الحقوق إلى أربابها (٦) ، وهي : أن على المدعي البينة ، واليمين على المدعى عليه إذا أنكر ، وعجز المدعي عن إثبات دعواه بالبينة ، وذلك لأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه .

هذا وقد اجمع الفقهاء على أن البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه (٧) ،

(١) انظر: معنى البينة ، ص ٦٩ من هذه الأطروحة .

(٢) اليمين: من يمن وله معان في اللغة منها: اليد اليمنى ، القسم والحلف ، الفيومي ، المصباح المنير، ص ٩٣٩ واصطلاحاً: تأكيد الحكم بذكر معظم على وجه مخصوص ، البعلی ، علي بن عباس ، (ت ٨٠٣هـ / ١٤٠٠م) المطلع على أبواب المقنع ، ط ١ ، ام ، المكتب الإسلامي ، بيروت ١٩٦٥م ، ص ١٦٥ ، الجرجاني ، التعريفات ، ص ٣٣٢ .

(٣) القرافي ، الفروق ، ج ٣ ، ص ٢٧٧ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ج ٢ ، ص ٤٧٢ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٧٤ ، المادة (٧٦) ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٣٦٩ ، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج ٣ ، ص ١٣٣ .

(٤) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٣٦٢ ،

(٥) سبق تخريجه ، انظر : ص ٦٨ من هذه الأطروحة .

(٦) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٢٤٢ .

(٧) ابن المنذر ، محمد بن إبراهيم (ت ٣١٨هـ / ٩٣٠م) ، الإجماع ، ط ٢ ، ١ م ، (تحقيق : صفر أحمد) ، مكتبة الفرقان ، عمان ، ١٩٩٩م ، ص ٨٦ ، العثماني ، محمد بن عبد الرحمن ، (ت ٧٨٥هـ / ١٣٧٨م) =

والحكمة في ذلك أن جانب المدعي ضعيف ، لأنه يقول بخلاف الظاهر، فكلف الحجة القوية وهي البينة ؛ لأنها لا تجلب لنفسها نفعاً ، ولا تدفع عنها ضرراً ، فيقوى بها ضعف المدعي ، وأما جانب المدعى عليه فهو قوي لأن الأصل فراغ ذمته ، فاكتفي منه باليمين ، وهي حجة ضعيفة ؛ لأن الحالف يجلب لنفسه النفع ويدفع عنها الضرر فكان ذلك في غاية الحكمة (١) .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي :

فلو ادعى رجل على آخر ألف دينار، فأنكر المدعى عليه فعلى المدعي إثبات دعواه بالبينة فإذا عجز عن ذلك فله الحق في تحليف المدعى عليه اليمين ، فإن حلف ترد الدعوى ، وإن نكل يحكم عليه بالمبلغ .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

ذكر الفقهاء عدة استثناءات على هذه القاعدة أهمها (٢) :

أولاً: اللعان : فيحلف المدعي أولاً ثم المدعى عليه .

ثانياً: القسامة: يحلف المدعي مع اللوث في الدماء دون تحليف المدعى عليه .

ثالثاً: يحلف المدعي مع الشاهد الواحد دون تحليف المدعى عليه بدليل أن النبي ﷺ : " قضى بالشاهد و باليمين " (٣) .

رابعاً: ترد اليمين على المدعي حين نكول المدعى عليه(٤) .

= رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ، ط ١ ، ام ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٧ م ، ص ٣٣٢ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٣٣٧ ، القرافي ، الفروق ، ج ٣ ، ص ٢٧٧ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ٢ ، ص ٤٧٢ ، ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ٧٤ . إلا أن الإمام مالك رحمه الله - اشترط لتوجيه اليمين على المدعى عليه وجود الخلطة بينهما ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٦ ، ص ٢٨ .

(١) الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج ٩ ، ص ٢٠٢ .

(٢) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ٢ ، ص ٤٧٣ ، قرقور ، قواعد الإثبات ، ص ١٧٤ .

(٣) أحمد ، بن حنبل ، (ت ٢٤١ هـ / ٨٥٥ م) ، مسند الإمام أحمد بن حنبل ، ٦ م ، مؤسسة قرطبة ، مصر ، ج ١ ، ص ٣١٥ ، ابن حجر ، أحمد بن علي ، (ت ٨٥٢ هـ / ١٤٤٨ م) ، الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، ٤ م ، (تحقيق : عبد الله هاشم اليماني) ، دار المعرفة ، بيروت ، ج ٤ ، ص ١٩٢ ، **حديث صحيح** ، **واللفظ لهما** وبه قال جمهور الفقهاء ، خلافاً للحنفية ، الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج ٥ ، ص ٣٢٥ ، علي حيدر ، درر الحكام ج ١ ، ص ٧٥ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ٧٤ ، الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٧٠ ، ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ١٣٢ .

(٤) ويستثنى أيضاً لو ادعى رجل بدين على ميت ، أو على غائب ، فإن المدعي يحلف يمين الاستظهار ،

أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ص ٣٨٨ ، زيدان ، نظام القضاء ص ١٧٢ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

يقوم القضاء الشرعي الأردني على أساس أن الأصل في الإنسان براءة ذمته ، ولذلك يطالب من يدعي خلاف هذا الأصل ، بإثبات دعواه بالبينة^(١) ، فالمدعي إذن هو الذي يطالب بإثبات دعواه إذا أنكر المدعى عليه ، وإذا عجز المدعي عن الإثبات ، فإن له الحق في تحليف المدعى عليه ، ومن مظاهر تطبيق القاعدة ما يلي :

أولاً: قانون أصول المحاكمات الشرعية :

* فقد أوجب القانون على المدعي إثبات دعواه بالبينة^(٢) والتي قسمها إلى قسمين :

١- البينة الشخصية : حيث نصت المادة (٥٦) ، على أنه : " إذا استند المدعي في دعواه إلى البينة الشخصية ، يجب عليه أن يحصر شهوده^(٣) عندما يُطلب منه ذلك ... ، ولا يجوز تسمية شهود آخرين إلا إذا كان موضوع الدعوى تقبل فيه الشهادة حسبة " .

٢- البينات الكتابية وتقسم إلى قسمين :

أ- " المستندات الرسمية التي ينظمها موظفون من اختصاصهم تنظيمها ، كوثيقة الزواج ، وشهادة الميلاد ، والوثائق التي ينظمها كاتب العدل ، وسندات التسجيل تعتبر بينة قاطعة على ما نظمت لأجله ، ولا يقبل الطعن فيها إلا بالتزوير " ^(٤) .

ب- " المستندات العرفية : وهي المستندات التي تشتمل على توقيع من صدر منه ، أو على خاتمه، أو بصمة إصبعه، وليس لها صفة السند الرسمي، وبالتالي يطعن فيها بالتزوير والإنكار"^(٥).
* كما اعتمد قانون أصول المحاكمات الشرعية على رأي أهل الخبرة في تقدير النفقة مثلاً^(٥) وفي إثبات الجنون ، والعتة ، والأمراض التي توجب فسخ النكاح ، بتقرير الطبيب المؤيد بشهادته أمام المحكمة^(٦) .

(١) وهذا ما نص عليه القانون المدني الأردني ، المادة (٧٧) ، على أن : " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " ، كما نصت مجلة الأحكام العدلية ، المادة (٧٦) ، على أن : " البينة للمدعي واليمين على من أنكر " علي حيدر، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٧٤ ، المادة (٧٦) .

(٢) سبق أن أشرنا إلى وسائل الإثبات المعمول بها في المحاكم الشرعية، انظر: ص ٧١ من هذه الأطروحة .

(٣) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة ، رقم (٧٥) ، انظر : القرارات القضائية الاستئنافية المتعلقة بالشهود ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ٢ ، ص ٤٩١-٥٥٦ .

(٤) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٧٧) .

(٥) المرجع السابق ، المادة (٨٤) .

(٦) المرجع السابق ، المادة (٩٠) .

وتجدر الإشارة هنا أن على المحكمة قبل أن تكلف المدعي إثبات دعواه ، أن تسأل المدعي عليه عن الدعوى ، فإن أقر بها ثبتت الدعوى ، وإن أنكرها يكلف المدعي إثبات الدعوى ، وإن عجز عن الإثبات يفهم المدعي بأن له الحق في تحليف المدعي عليه اليمين الشرعية على نفي الدعوى (١) .

ثانياً: عمل محكمة الاستئناف الشرعية :

أولاً: النص على هذه القاعدة صراحة في بعض القرارات ، ومن ذلك ما يلي :

١- " القاعدة العامة في الدعاوى " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " (٢) .

٢- "...علا بالقاعدة الشرعية " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " (٣) .

٣- "... القاعدة الشرعية أن على المدعي إثبات دعواه (البينة على المدعي) " (٤) .

ثانياً: التطبيق العملي لهذه القاعدة في قرارات محكمة الاستئناف الشرعية والتي يصعب حصرها ، لأن قاعدة "البينة على المدعي واليمين على من أنكر" هي الأساس الذي تبنى عليه الكثير من أحكام المحاكم الشرعية ، فهي أصل من الأصول القضائية التي استقر عليها العمل لدى النظام القضائي الشرعي .

(١) عباينه ، إيضاحات في قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص ٢٣٥ ، قرار رقم ، (٩٧١٣) ، القرارات القضائية الاستئنافية المتعلقة ، باليمين ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ٢ ، ص ٦٩٥-٧٤٠ ، ومما ينبغي ملاحظته أن المدعي قد يحلف اليمين ويسمى يمين الاستظهار في حالة ما إذا ادعى على شركة ميت ، أو حكم له على غائب ، قرار رقم ، (١٥٠٢٥ ، ١٤٩٠٠ ، ٨٦٤٦) ، عباينه ، إيضاحات في قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص ١٣٠-١٣٧ .

(٢) عمرو ، عبد الفتاح عمرو ، (١٩٩٠م) ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ط ١ ، م ، دار يمان ، عمان ، ص ٨٣ .

(٣) داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ٢ ، ص ٧٠٧ .

(٤) المرجع السابق ، ج ١ ، ص ١٧٩ .

القاعدة الثانية :

من استعجل (١) الشيء قبل أوانه (٢) عوقب بحرمانه (٣) :

معنى القاعدة :

تدخل هذه القاعدة في باب السياسة الشرعية في سد الذرائع ، وذلك لأنها تغلق الباب أمام كل من يحاول أن يحصل على شئ قبل حلول وقته ، وأوانه الذي حدده الشرع ، فيعاقب بنقيض مقصوده ، ويحرم من هذا الأمر الذي كان يستحقه لو لم يتعجل (٤) ، وتكمن أهمية القاعدة في أنها تصون حقوق الناس ، وتمنع الاعتداء عليها .

ويمكن الاستدلال لهذه القاعدة بقول النبي ﷺ : " ليس لقائل ميراث " (٥) .

وجه الدلالة : فالأصل فيمن مات مورثه أن يرثه ولكن بين هذا الحديث أن الوارث إذا

(١) استعجل الشيء : سارع قبل حصوله ليأخذه بسرعة ، الفيومي ، المصباح المنير ، ص ٥٣٩ .

(٢) أوان الشيء : وقت حصوله الطبيعي وسببه العام ، المرجع السابق ، ص ٣٨ .

(٣) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٥٩ ، الوئشريسي ، إيضاح المسالك إلى قواعد مالك ، ص ١١٥ ، المنجور ، أحمد بن علي ، (٩٩٥ هـ / ١٥٨٨ م) ، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ، م ، (تحقيق: محمد الأمين) ، دار عبد الله الشنقيطي ، ص ٤٨١ ، الزركشي ، المنثور ، ج ٣ ، ص ١٨٣ ، السيوطي ، عبد الرحمن بن أبي بكر ، (٩١١ هـ / ١٥٠٥ م) ، الأشباه والنظائر في الفروع ، م ، مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، ١٩٣٦ م ، ص ١٠٣ ، ابن رجب ، تقرير القواعد وتحريم الفوائد ، ج ٢ ، ص ٤٠٤ ، هذا وقد ذكر الفقهاء هذه القاعدة بصيغ أخرى ، أهمها : " الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد " ، " ومن تعجل حقه أو ما أبيح له قبل وقته على وجه محرم عوقب بحرمانه " ، وغيرها ، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج ٢ ، ص ١٥٠ ، هذا وقد ذهب الشيخ الزرقا ، إلى القول: بأن روح القاعدة يقتضي حماية الأحكام الشرعية من أن يتلاعب بها المكلف ، فيحولها عن مقاصدها التي شرعت لأجلها ، ويسيء بذلك لغيره ، ومن هنا فإن صياغتها جاءت قاصرة عن هدفها التشريعي الشامل ولذا اقترح أن تكون القاعدة : " يعامل سيء النية في التصرف بنقيض قصده " ، أو " من قصد بتصرفه غرضاً غير مشروع عومل بنقيض مقصوده " ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ١٠٥٩ .

(٤) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٧١ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٣٧٨ ، الحصري ، القواعد الفقهية ، ص ٢٤١ ، الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٣٨٣ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ٣٥٩ ،

(٥) ابن ماجة ، محمد بن يزيد ، (٢٧٥ هـ / ٨٨٨ م) ، سنن ابن ماجة ، م ٢ ، (تحقيق : محمد عبد الباقي) ، دار الفكر ، بيروت ، كتاب الديات ، باب الميراث من الدية ، ج ٢ ، ص ٨٨٤ ، الزيلعي ، عبد الله يوسف ، (ت ٧٦٢ هـ / ١٣٦٠ م) ، نصب الراية ، (تحقيق : محمد يوسف) ، دار الحديث ، مصر ، وقال حديث منقطع ، ١٣٥٧ هـ ، ج ٤ ، ص ٣٢٩ ، الحديث ضعيف ، واللفظ لهما .

استعجل حصوله على الميراث قبل موت مورثه بصورة طبيعية ، وذلك بقتله عمداً فإنه يعامل بنقيض مقصوده فيحرم من الميراث .

من الأمثلة على القاعدة :

١- إذا أوصى شخص لآخر بمال ، فقتل الموصى له الموصى ، فإنه يحرم من المال الموصى به .

٢- ولو طلق الرجل زوجته طلاقاً بائناً بلا رضاها ، وهو في مرض موته ثم مات ، وهي في العدة فإنها ترثه (١) .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

استثنى الفقهاء من هذه القاعدة مسائل عدة من أهمها (٢) :

١- لو قتل الدائن مدينه حل دينه .

٢- لو أمسك زوجته عنده وحبسها ليرثها فماتت ورثها .

٣- لو أساء الرجل عشرة زوجته حتى ضجرت ، وافتدت بالخلع فإنه نافذ .

٤- لو باع المال قبل الحول فراراً من الزكاة صح ، ولم تجب الزكاة .

ولعل وجه الاستثناء في هذه المسائل أن هذه الأعمال مرتبطة بنية صاحبها ، والقاضي المسلم له الظاهر ويحكم به ، والله يتولى السرائر ، ولكن الواجب على المسلم أن يراقب الله سبحانه وتعالى في كل أعماله وتصرفاته ، فهو سبحانه يعلم السر وما أخفى ويؤاخذ المرء على نيته وينظر إلى مال الأقوال والأعمال ، ومن هنا فإن المسلم مطالب بأن يكون ظاهره كباطنه ، وأن يجعل تقوى الله نصب عينيه .

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٥٩ .

(٢) قال السيوطي : " إن الصور الخارجة عن القاعدة أكثر من الصور الداخلة فيها " ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ٢ ، ص ٣٣١ ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٥٩ ، ابن الوكيل ، الأشباه والنظائر ، ص ١٤١ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٩٩ ، باز ، شرح المجلة ، ص ٦٣ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٧١ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٣٨٠ .

موقف القضاء الشرعي الأردني:

لم يجد الباحث في القضاء الشرعي الأردني نصاً صريحاً على هذه القاعدة ، ومع ذلك يمكن القول أن محكمة الاستئناف الشرعية تعمل بمضمون هذه القاعدة وذلك لما يلي :

أولاً: أن كثيراً من الأحكام التي تفسخها محكمة الاستئناف الشرعية وخاصة تلك التي تم التبليغ فيها مخالفاً للأصول التي نص عليها قانون أصول المحاكمات الشرعية ، وما استقر عليه العمل في محكمة الاستئناف الشرعية ، أنها تقول: في نهاية الحكم مثلاً "... تبليغ المدعى عليه بالنشر لكونه مجهول محل الإقامة غير صحيح ؛ لأن المحكمة لم تتحقق من ذلك ، ولهذا كان حكم المحكمة الابتدائية غير صحيح ، وسابقاً لأوانه فتقرر فسخه " (١) .

ومن هنا يرى الباحث أن محكمة الاستئناف الشرعية تطبق هذه القاعدة ، على كل محكمة تسرعت في إصدار الحكم ، قبل أن تتحقق من صحة التبليغ حسب الأصول ، فتعاقب هذه المحكمة بفسخ الحكم وإعادته إليها للنظر فيه من جديد .

ثانياً: ففي دعوى رفعت لدى محكمة الاستئناف الشرعية موضوعها " طلب تصحيح إرث وحرمان من الميراث " ، وهذه المسألة لم ينص عليها قانون الأحوال الشخصية فيرجع فيها إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة (٢) ، ولذا فإن هذه المحكمة الاستئنافية عليها أن تعود في المسألة المذكورة إلى النصوص الشرعية في المذهب المذكور ، ولدى الرجوع إلى المراجع الفقهية في المذهب تبين أن الراجح في المذهب أن حرمان الميراث جزاء مباشرة القتل المحظور (٣) .

فإن إيراد عبارة " أن حرمان الميراث جزاء مباشرة القتل المحظور " في هذا القرار الاستئنافي ما هو إلا تطبيق لهذه القاعدة .

(١) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (٥٩٣٢٤) ، بتاريخ ١٦/١١/٢٠٠٣ م .

المرجع السابق ، قرار رقم ، (٥٩٣٣٤) ، بتاريخ ١٩٦/١٠/٢٠٠٣ م .

المرجع السابق ، قرار رقم ، (٥٩٣٦٥) ، بتاريخ ٢٩/١٠/٢٠٠٣ م .

داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ١ ، ص ١٩١ .

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردنية ، المادة (١٨٣) .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (٢٦٦٧٨) ، تاريخ ٧/٧/١٩٨٦ م ، داود ، القرارات

الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ٩٢ .

القاعدة الثالثة :

من سعى في نقض^(١) ما تم من جهته فسعيه مردود عليه^(٢) :

معنى القاعدة:

من أراد إبرام أمر بإرادته واختياره ، ثم أراد نقض ما تم من جهته ، فلا يقبل منه ذلك ويكون سعيه مردوداً عليه ؛ لأنه والحالة هذه يكون متناقضاً في سعيه بذلك مع ما كان أتمه وأبرمه والدعوى المتناقضة لا تسمع^(٣) .

ويمكن الاستدلال على هذه القاعدة بأن المرء البالغ العاقل مؤاخذ بما يصدر عنه من أقوال أو أعمال ، ويتحمل التبعات المترتبة على ذلك ، فإذا أراد أن يتراجع عن ذلك وينقض ما صدر عنه ، فإن ذلك لا يقبل منه خاصة إذا تعلق بما صدر عنه أولاً حقوقاً للغير فالأصل في المسلم أن يلتزم بما يصدر عنه .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي :

- ١- لو بادر شخص إلى اقتسام التركة مع الورثة ، ثم ادعى بعد القسمة أن المقسوم ماله ، فإنه لا تسمع دعواه ؛ لأن إقدامه على القسمة فيه اعتراف منه بأن المقسوم مشترك^(٤) .
- ٢- لو تصالح الرجل مع زوجته على مقدار النفقة ثم طلبت الزوجة زيادتها بعد ذلك بفترة وجيزة ، فإن طلبها لا يسمع .

الاستثناءات الواردة على القاعدة^(٥) :

- ١- إذا كان العقد الذي تم من جهته له مساس بحق قاصر ، أو وقف ، فيجوز له نقضه ، كما إذا باع الأب ، أو الوصي ، أو المتولي مال الصغير القاصر ، أو الوقف ، ثم ادعى وقوع غبن فاحش فيه فإن دعواه تسمع^(٦) .
- ٢- يقبل ادعاء المشتري بعقار بأن البائع قبل بيعه منه كان قد اتخذ مسجداً ، أو مقبرة ، أو أن

(١) نقض : النقص إفساد ما أبرمت من عقد أو بناء ، ابن منظور، لسان العرب ، ج٧ ، ص٢٤٢ ، باب نقض .

(٢) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٢٣٠ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٢ ، ص٣٧٤ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٩٩ ، الباز ، شرح المجلة ، ص١٢١ .

(٣) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٧٥ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٤٥٨ .

(٤) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٢٣٠ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٢ ، ص٣٧٤ .

(٥) أما إذا كانت القسمة جبراً عن المدعي ، فتسمع دعواه ولا يكون ذلك تناقضاً ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٢٨٢ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٧٥ .

(٦) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٢٣٠ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٢ ، ص٣٧٤ .

البائع وقفه على مسجد من المساجد ، وينقض البيع بعد إقامة البينة ^(١) ، ولعل السبب في ذلك أن الضرر هنا لا يتعدى إلى الغير حتى نعمل القاعدة بل الضرر هنا يرجع إليه وهو المؤاخذ فكأننا بقينا على أصل القاعدة ولم نخرج عنها

٣- لو اشترى العين المأجورة ، أو العين المرهونة ، دون إذن المستأجر ، أو المرتهن عالماً بأنها مأجورة ، أو مرهونة ، فإنه يبقى على خياره كما هو الصحيح الذي عليه الفتوى ، إن شاء فسخ ، وإن شاء انتظر انتهاء مدة الإجارة ، أو فكاك الرهن ، فهو في صورة اختيار فسخ البيع ساع في نقض ما تم من جهته ولم يرد عليه ^(٢) .

٤- لو ادعى أحد المبايعين بعد وقوع البيع بوجود فساد ما في المبيع ، وهو غير عالم به حين البيع فإن ادعاه يكون مقبولاً ^(٣) ، وذلك لأن الأصل سلامة المبيع وهو هنا يتمسك بالأصل .

(١) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٩٩ ، الباز ، شرح المجلة ، ص ١٢١ .

(٢) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٧٧ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٦١ .

(٣) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ١٠٠ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

لعل هذه القاعدة الفقهية من أكثر القواعد الفقهية استعمالاً في القضاء الشرعي الأردني^(١)، وذلك لكثرة النص عليها في القرارات الاستئنافية ومن الأمثلة على تطبيقات هذه القاعدة ما يلي :

أولاً: في دعوى زيادة أجره حضانة، بعد ما تم الاتفاق على المبلغ من قبل الطرفين طلبت المدعية زيادة أجره الحضانة فجاء في القرار: " ... لا تسمع دعواها بذلك ؛ لأن هذا نقض لما تم من جهة المدعية ، وكل من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه " (٢) .

ثانياً: في دعوى أجره مسكن ، بعدما تم الاتفاق على مبلغ محدد من قبل الطرفين ، رفعت الزوجة دعوى تطلب فيها زيادة أجره مسكن ، فجاء نص القرار : " ... ولا تسمع دعواها ؛ لأن هذا نقض لما تم من جهتها ، ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه " (٣) .

ثالثاً: في دعوى زيادة أجره حضانة ، بعد ما تم الاتفاق على المبلغ من قبل الطرفين طلبت المدعية زيادة أجره حضانة فجاء القرار ، " ... لا تسمع دعواها ؛ لأن هذا نقض لما تم من جهة المدعية ، ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه " (٤) .

رابعاً: " ... من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ، لذا فالمحكمة الابتدائية لا تقبل رجوع المحامي إلى الدعوى ، بعد الانسحاب إلا بوكالة جديدة " (٥) .

خامساً: تم الاتفاق بين الزوجين على تقسيط المهر المؤجل ، " بأن يُدفع للمستأنفة مبلغ ثلاثة آلاف دينار مقسطاً على الوجه الذي تم عليه التراضي ، فتقرر تصديق الحكم ورد الاستئناف ؛ لأن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه " (٦) .

(١) مجلة الأحكام العدلية ، المادة ، (١٠٠) ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص ٩٩ .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (٣٤١٦٦) ، تاريخ ١٩٩٢/٤/٩ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ١٧ .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (٢٠٩٠٢) ، تاريخ ١٩٧٩/٨/١ م ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٣٧ .

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (٢٠٨٨٥) ، عمرو ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ص ١٨ .

(٥) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (٢١٤٤٢) ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ٢ ، ص ٦٥٧ .

(٦) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٥٩٣٦٧) ، تاريخ ٢٠٠٣ / ١١ / ٢٣ م .

القاعدة الرابعة :

العبرة في تعيين القاضي الذي ترفع إليه الدعوى

هي لمكان إقامة المدعى عليه^(١) :

معنى القاعدة :

سبقت الإشارة إلى أن القضاء من فروض الكفاية^(٢) ، ومن الواجب على الدولة أن تحقق هذه الكفاية ، بتعيين من يكفي من القضاة في مختلف مناطقها ، الأمر الذي يترتب عليه تعدد القضاة ، وتعدد مجالسهم ، فجاءت هذه القاعدة لتحديد القاضي المختص بنظر دعوى المتخاصمين ، وهو من يقيم المدعى عليه ضمن دائرة اختصاص محكمته ، وأن غيره من القضاة لا يحق له النظر في هذه الدعوى ؛ لأنه يعتبر معزولاً عن النظر فيها ، فالقاعدة تحدد الاختصاص المكاني لنظر الدعوى .

لا خلاف بين الفقهاء على أنه إذا كان في البلد قاض واحد يختص بالطرفين فإنه هو الذي ترفع إليه الدعوى^(٣) ، ولكن الخلاف بينهم يكمن في تعدد القضاة ، واستقلال كل واحد منهما بمحلة ، بحيث يختص بالنظر في خصوماتها ، ولا يتعدى إلى غيرها ، فقد اختلفوا في ذلك على أربعة أقوال ، على النحو التالي^(٤) :

القول الأول : يرى أن الدعوى ترفع لدى القاضي الذي يختاره المدعي ، وهو قول الإمام أبو يوسف من الحنفية ، وجمهور الفقهاء من الشافعية ، والحنابلة^(٥) .

(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٥٤٢ ، ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٧ ، ص ١٩٣ ، ابن الشحنة لسان الحاكم ، ج ١ ، ص ٢٢٢ .

(٢) انظر : ص ٥٠ من هذه الأطروحة .

(٣) الأبياني ، مباحث المرافعات الشرعية ، ص ٢٢ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٢١٣ .

(٤) المرجع السابق ، ص ٢١٤ .

(٥) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٥٤٢ ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٨٠ ، الشرواني حواشي الشرواني ، ج ١ ، ص ١١٩ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص ١٠١ ، الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص ٧٣ ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج ٦ ، ص ٣٧١ ، شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ، ص ٤٩١ أبو يعلى ، الأحكام السلطانية ، ص ٦٩ ، هذا إذا كان أحدهما يطالب الآخر ، أما إذا لم يكن طالب مع مطلوب بأن كان كل واحد يطالب صاحبه ، كان القاضي المختص بنظر الدعوى من سبق رسوله لمن لم يأتيه من المتداعيين ، فإن تساويا اعتبر أقرب القاضيين إليهما ، فإن تساويا أقرع بينهما ، المراجع السابقة .

واحتجوا بأن المدعي هو المنشئ للخصومة ، فيطلبها قبل أي قاض أراد ^(١) ، وهذا يتفق مع تعريف المدعي بأنه من لا يجبر على الخصومة وإذا تركها ترك ^(٢) .

القول الثاني : يرى أن الحق في تعيين القاضي الذي ينظر الدعوى يكون للمدعى عليه ، وهو قول الإمام محمد من الحنفية ، وهو المفتى به في المذهب الحنفي ^(٣) ، واحتج بأن المدعى عليه ، دافع للخصومة ، فهو يطلب السلامة لنفسه ، ومن طلب السلامة أولى بالنظر والاعتبار والأصل براءة ذمته ، فأخذه إلى من يأباه لربيه ثبتت عنده ربما يوقعه في إثبات ما لم يكن ثابتاً في ذمته ، وهذا ما ينبغي الاحتراز عنه ، فكان لا بد من مراعاة جانبه بالنظر إليه واعتبار اختياره ^(٤) ، كما أن العدالة القضائية تقتضي أن لا سلطة للمدعي على المدعى عليه قبل إثبات دعواه ، وعليه فليس له طلبه إلى القاضي الذي ليس في محل إقامة المدعى عليه ، لما يلزم من ذلك تعطيل أشغاله وصرف أمواله ^(٥) ، فكان الأولى أن نعطي الخيار في تحديد القاضي المختص لنظر الدعوى إلى المدعى عليه .

ومع أن الفتوى في المذهب الحنفي على رأي الإمام محمد - رحمه الله - إلا أن فقهاء الحنفية قد اختلفوا في فهمه على النحو التالي :

الفهم الأول : يرى أن العبرة في تعيين القاضي المختص بنظر الدعوى هي لمكان المدعى عليه ^(٥) .

(١) هذا في حالة وجود قاضيان وكان كل منهما في محلة ، وقد خص بالقضاء بين أهل محلته فقط ، أما إذا

كان كل منهما مأذوناً بالحكم على أي من حضر عنده ، فقد اختلف فقهاء الحنفية على قولين :

الأول : يرى تصحيح مذهب أبي يوسف لموافقته لتعريف المدعي .

الثاني : يرى أن لا فرق بين الحاليين وأن العبرة لقول المدعى عليه في جميع الحالات ، فالعلة في اعتبار المدعى عليه متوفرة في كلا الحاليتين ، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا ، ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٥٤٢ ، ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٧ ، ص ١٩٣ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٦٠٨ .

(٢) انظر ص ٧٤ من هذه الأطروحة .

(٣) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٥٤٢ ، ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٧ ، ص ١٩٣ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٦٠٨ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٢١٥ .

(٤) المرجع السابق ، ص ٢٢٣ .

(٥) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٥٤٢ ، ابن الغرس ، الفواكة البدرية ، ص ٧٦ .

الفهم الثاني: يرى أن العبرة في تعيين القاضي المختص بنظر الدعوى هي لاختيار المدعى عليه^(١) .

القول الثالث : وهو للمالكية وقد فرقوا بين أمرين :

الأول : في حالة تعدد القضاة في نطاق البلد الواحد ، فإن العبرة في تعيين القاضي المختص بنظر الدعوى هي لاختيار المدعي ، وهم بذلك يتفقون مع أصحاب الرأي الأول^(٢) .

الثاني : في حالة تعدد القضاة وتعدد البلاد فقد فرقوا بين دعاوى الدين ودعاوى العين ، على النحو التالي :

١- أما دعاوى الدين ، أو مال ، أو حق مما يكون في ذم الرجال ، فقد اتفقوا على أن المدعي يخاصم المدعى عليه في الموضوع الذي تعلق به فيه^(٣) .

٢- أما دعاوى العين ، كالعقار ونحوه ، فيفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : إذا كان المتداعيان من بلدين وكلاهما من ولاية قاض واحد ، فالدعوى ترفع بمحل القاضي، سواء أكان في بلد المدعي أم المدعى عليه، أم كان المدعى به بمحل أحدهما أم لا.

الحالة الثانية : إذا كان كل منهما في ولاية قاض ، فقد اختلفوا في ذلك على قولين^(٤) :

(١) حيث نصت المادة (١٨٠٣) من المجلة إذا طلب أحد الخصمين المرافعة في حضور قاض، وطلب آخر المرافعة في حضور قاض آخر في البلدة التي تعدد قضاتها ، ورفع الاختلاف بينهما على هذه الوجه يرجح القاضي الذي اختاره المدعى عليه ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٦٠٨ ، هذا وقد رجح ابن عابدين، الفهم الأول حيث قال: والصحيح أن العبرة لمكان المدعى عليه ، حاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص٥٤٢ ، بينما رجح الدكتور محمد نعيم ياسين : الفهم الثاني ؛ لأن هذا الفهم ينسجم مع التعليل الذي ذكره لرأي الإمام محمد ، فهذه العلة تقتضي جعل الدعوى من اختصاص القاضي الذي يثق فيه المدعى عليه فيختاره ، نظرية الدعوى ، ص٢١٧ ، ولكن الباحث يرى وخاصة في زماننا أن ترجيح الفهم الأول أولى ؛ لأن في ذلك أكثر ضبطاً للعملية القضائية ، فلا يبقى حائرين تحت رحمة المدعى عليه حتى يحدد القاضي الذي يختاره إذ قد يكون المدعي محققاً في دعواه ، وإذا قلنا بأن العبرة لاختيار المدعى عليه قد يؤدي ذلك إلى إبطاء إيصال الحق إلى صاحبه ، كما أنه يصعب على المدعي وخاصة في زماننا أن يذهب إلى المدعى عليه ، ويقول له : أريد أن أرفع عليك دعوى فاختر القاضي الذي تريد ؟ وعليه فإن الباحث يرى في جعل العبرة في اختيار القاضي لمكان المدعى عليه ، يحقق مصلحة الجانبين .

(٢) الدردير ، الشرح الكبير ، ج٦ ، ص١٢ ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٦ ، ص١٢ ، الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٦ ، ص١٤٦ ، جعيط ، الطريقة المرضية ، ص٣٠ .

(٣) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٧٤ ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٦ ، ص٥٩ .

(٤) المرجع السابق ، ج٦ ، ص٥٨ .

القول الأول : يرى أن القاضي المختص برفع الدعوى إليه ، هو القاضي الذي يوجد الشيء المدعى فيه ضمن ولاية اختصاصه ، وبه قال ابن الماجشون من المالكية ^(١) .

القول الثاني : يرى أن القاضي المختص برفع الدعوى إليه حيث يكون المدعى عليه ، ولا يلتفت إلى موضع الشيء المدعى فيه ، وهو قول مطرف ^(٢) ، وأصبغ ^(٣) ، من علماء المالكية ، وهو الراجح عندهم ^(٤) .

القول الرابع : يرى منع الخصوم من التقاضي حتى يتفقا على قاض معين وهو قول في المذهب الحنبلي ^(٥) .

المناقشة والترجيح :

يتضح للباحث من خلال ذكر أقوال العلماء ، وما استند إليه من أدلة تدعم موقف كل منهما ، أن مسألة تعيين القاضي المختص بنظر الدعوى هي مسألة اجتهادية ليس فيها نص من كتاب أو سنة ، وغاية ما استدل به أصحاب كل قول هي أدلة عقلية ، وعليه فإن الترجيح بين هذه الأقوال ينبغي أن يقوم على أساسين ^(٦) :

الأول : قوة الدليل العقلي لكل رأي من تلك الآراء .

الثاني : مقدار تحقيق أي من تلك الآراء لمقصود القضاء ، وهو تحقيق العدل ، وإعطاء كل ذي حق حقه .

وبناء على ما سبق فإنه يترجح لدى الباحث بناءً على الأساس الأول القول الثاني الذي يرى أن العبرة في تعيين القاضي المختص يرجع إلى المدعى عليه ^(٧) بصورة عامة ، ولكن الباحث يرى أيضاً وبناءً على الأساس الثاني ترجح قول ابن الماجشون في دعاوى العين

(١) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ٧٤ ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٦ ، ص ٥٨ .

(٢) مطرف ، أبو سعيد مطرف بن عبد الرحمن ، فقيه مالكي ، سمع من سحنون وابن حبيب ، كان بصيراً بالنحو واللغة والشعر ، ذا زهد وورع ، مراد ، يحيى ، (٢٠٠٤ م) ، معجم تراجم أعلام الفقهاء ، ط ١ ، ام ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص ٣١٥ .

(٣) أصبغ بن الفرغ بن سعد بن نافع ، من أهل الفسطاط ، فقيه من كبار المالكية بمصر ، رحل إلى المدينة إلى الإمام مالك ليأخذ عنه فدخلها يوم مات ، المرجع السابق ، ص ٢٥ .

(٤) الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٦ ، ص ٥٨ ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٦ ، ص ٥٨ .

(٥) أبو يعلى ، الأحكام السلطانية ، ص ٦٩ .

(٦) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٢٢١ .

(٧) هذا وقد رجح الباحث فيما سبق ، أن العبرة في تعيين القاضي المختص بنظر الدعوى ، هي لمكان إقامة المدعى عليه وليس لاختياره .

وخاصة العقار ، والذي يرى فيه أن العبرة في تعيين القاضي المختص بنظر الدعوى يرجع إلى القاضي الذي يوجد الشيء المدعى به ضمن ولاية اختصاصه ، وذلك مظنة تحقيق فائدتين :

الأولى : الاهتداء إلى جهة الحق وإصابته بسبب اتصال القاضي بظروف القضية ^(١) ، فهو الأقرب إلى موضوع النزاع والأقدر على الإحاطة بملابسات القضية وإصدار الحكم المناسب .
الثاني : توفير وقت القضاء وتخفيف مؤونة البحث والتحقيق ^(٢) ، وذلك لأن مثل هذه الدعاوى تحتاج إلى الكشف على موضوع النزاع كالعقار مثلاً ، فإقامة الدعوى لدى القاضي الذي يوجد العقار ضمن ولاية اختصاصه يوفر الوقت ، والجهد والتكلفة ، بخلاف ما لو كانت الدعوى لدى قاضٍ آخر ، فإن ذلك يتطلب مزيداً من الوقت ، والجهد والتكلفة ، وتأخير الحق عن صاحبه ، وهذا يتنافى مع الغاية المرجوة من القضاء .

أما القول الأول : والذي يرى أصحابه أن العبرة في تعيين القاضي المختص بنظر الدعوى هي للمدعي وذلك لأنه هو المنشئ للخصومة ، فيملك إقامتها عند إي قاضٍ أراد فيجاب عن ذلك بما يلي :

أولاً : نسلم بصحة القول بأن المدعي هو المنشئ للخصومة ، ولكني أرى أن لا تلازم بين القول بأن المدعي هو المنشئ للخصومة ، وبين إقامتها عند أي قاضٍ أراد ، فالمدعي له الحق في إنشاء الخصومة أو تركها ، ولكنه لا يملك إقامتها عند أي قاضٍ أراد ، وذلك لأنه يمس حق المدعي عليه ، فهو يدعي خلاف الظاهر ، والأصل في المدعي عليه براءة ذمته ، وقد يكون المدعي مبطلاً في دعواه ، فتكليف المدعي عليه الحضور إلى حيث أراد المدعي يترتب على ذلك إلحاق الضرر به ، وتعطيل مصالحه الأمر الذي ينبغي الاحتراز عنه فالمدعي ملزم بإثبات دعواه ، والمدعي عليه يدافع عن نفسه ، ويطلب السلامة لها ، فكان الأولى بالاعتبار في تحديد القاضي المختص بنظر الدعوى هو المدعي عليه ، وليس المدعي .

ثانياً : أن الشارع الحكيم قد راعى جانب المدعي عليه ، وقدمه على جانب المدعي حيث قبل قول المدعي عليه بيمينه ، إن عجز المدعي عن إثبات دعواه ، فدل ذلك على أنه أولى بالاعتبار والنظر من المدعي ، فيكون القول بجعل الاختيار بتعيين القاضي المختص بنظر الدعوى من حق المدعي عليه أقرب لروح الشريعة ، وأكثر انسجاماً مع اتجاه الشارع ^(٣) .

(١) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٢٢١ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق .

أما القول الرابع : والذي يرى أصحابه منع الخصوم من التقاضي حتى يتفقا على قاض معين ، فإنه لا يخفى على أحد ضعف هذا القول ، وذلك لأن القضاء إنما جعل لفصل الخصومات، وقطع المنازعات ، وإيصال الحقوق إلى أصحابها ، وأن تعليق القضاء على تحقق اتفاق إرادة الخصوم في تعيين القاضي المختص بالنظر في الدعوى يطيل من أمد الخصومة ، ويمنع إيصال الحق إلى صاحبه ، والغالب عدم الاتفاق بين الخصوم ؛ لأن مصلحة أحدهما تقتضي عدم رفع الأمر إلى القاضي ، ومصلحة الآخر تقتضي ذلك فتعارضت المصالح ، وتعذر الاتفاق فظهر ضعف هذا القول .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي :

- ١- لو أقام مدع مقيم في جرش ، دعوى دين على مدعى عليه مقيم في عمان ، فإن القاضي المختص هو من يقيم المدعى عليه ضمن دائرة اختصاصه وهي هنا محكمة عمان .
- ٢- لو أقام مدع دعوى على مدعى عليه ، وكان كل منهما يقيم ضمن دائرة اختصاص قاض واحد ، فإن الدعوى ترفع إليه، ولو كان في المحكمة أكثر من قاض ، وكان كل منهما مأذوناً بالحكم على أي من حضر عنده ، فللمدعي أن يختار القاضي الذي يريد منهما .
- ٣- لو كان موضوع الدعوى يتعلق بعقار ، فإن الدعوى ترفع لدى القاضي الذي يقع العقار ضمن دائرة ولايته .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

يستثنى من القاعدة السابقة دعاوى العين وخاصة العقار فإنها ترى في محكمة المحل الذي يقع الشيء المدعى به ضمن اختصاصها ، وذلك لأن هذه المحكمة هي الأقدر على الإحاطة بملايسات القضية وإصدار الحكم المناسب ، كما أن الأمر قد يتطلب إجراء كشف على هذا العقار ، فتكون المحكمة التي يقع فيها هذا العقار هي الأنسب لذلك توفيراً للوقت والجهد .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

المحاكم الشرعية منتشرة في مختلف مناطق المملكة الأردنية الهاشمية^(١)، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا، هل يجوز رفع الدعوى لدى أية محكمة من هذه المحاكم ؟ أم أن الأمر يتعلق بإرادة المدعي ؟ أو بمكان إقامة المدعى عليه ؟ للإجابة عن ذلك لابد من بيان الاختصاص المكاني لكل محكمة من هذه المحاكم ، وذلك من خلال ما يلي :

أولاً : قانون أصول المحاكمات الشرعية :

١- تعيين المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى :

لقد وضّح القانون معالم الاختصاص المكاني لكل محكمة شرعية تابعة له ، فقرر كقاعدة عامة أن كل دعوى ترفع في محكمة المحل الذي يقيم فيه^(٢) المدعى عليه ضمن حدود المملكة فإن لم يكن للمدعى عليه محل إقامة في المملكة، فالدعوى ترفع أمام المحكمة التي يقيم فيها المدعي ضمن حدود المملكة^(٣) .

(١) انظر : ص ٢٢٩ من هذه الأطروحة .

(٢) لقد نص القانون المدني الأردني في المادة (٣٩) ، على أن الموطن هو: المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن ، وإذا لم يكن للشخص مكان يقيم فيه عادة يعتبر بلا موطن ، وعليه فإن للشخص حالات ثلاث هي : الأولى : أن يكون للشخص مكان يقيم فيه عادة ، ولا يشترط أن يكون فيه دائماً بل يكفي أن يكون له نية الاستقرار ، ويتحقق ذلك بمكان السكن أو مكان العمل كالتجارة مثلاً ، الثانية : أن يكون للشخص أكثر من موطن وتتحقق هذه الحالة بأن يكون له موطن كإقامته بالسكن في مكان معين ، ثم يتخذ حرفة أو تجارة في مكان آخر يتردد إليه يومياً ، فيجوز للمدعي أن يقيم الدعوى في موطنه الأصلي بالنسبة للدعوى المتعلقة بشخصه ، ويجوز له أن يقيمها في موطنه الثاني بالنسبة للدعوى التي تتعلق بتجارته أو مهنته ، الثالثة : أن لا يكون للشخص موطن فقد نص القانون على أنه : إذا لم يكن للمدعى عليه محل إقامة فالدعوى ترفع أمام المحكمة التي يقيم فيها المدعي ضمن حدود المملكة ، أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات ، ص ١٠٢ ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٥٨٢٤) ، تاريخ ١٩٦٧/١٢/٢٣ م ، حيث نص على أن محل الإقامة هو: المكان الدائم الذي يقيم فيه المدعى عليه عادة ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات ، ج ٢ ، ص ٥٦٥ ، هذا وقد استقر اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في عمان ، على أن الذي يوجد في مناطق محتلة من قبل العدو هو في حكم مجهول محل الإقامة ، ولذا تقام الدعوى عليه لدى المحكمة التي يقيم فيها المدعي ، قرار رقم (٣١٠٣٥) ، تاريخ ١٩٩٠/١/٢٧ م ، المرجع السابق ، ج ٢ و ص ٥٨٧ .

(٣) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٣) .

ومع أن القانون جعل القاعدة العامة في الاختصاص المكاني هي حيث يقيم المدعى عليه ضمن حدود المملكة ، إلا أنه قد استثنى من هذه القاعدة دعاوى معينة لاعتبارات " منها : وجود علاقة بين المحكمة التي حددها القانون وبين الدعوى ، الأمر الذي يجعلها الأقدر على رؤية مثل هذه الدعوى ، ومنها : حماية لمن وضع الاستثناء لأجله ، والمحافظة عليه ، ومنها : اعتبارات إنسانية تقتضيها ظروف الحال كضعف من وضع الاستثناء لأجله ، ومنها : التيسير على الناس في قضاء مصالحهم بأقصر طريق وأقل جهد " (١) ، وهذه الاستثناءات هي (٢) :

١- الدعاوى المتعلقة بالأوقاف غير المنقولة (٣) ، ترى في محكمة المحل الموجود فيه ذلك الوقف ، وهذا يتفق مع ما رجحه الباحث ، من أن دعاوى العين وخاصة العقار ترى في محكمة المحل الذي يوجد فيه العقار ؛ لأنها الأقدر على الفصل في الدعاوى المتعلقة به أكثر من غيرها من المحاكم الأخرى ؛ لأن الفصل في الدعوى قد يحتاج إلى الكشف على العقار ومعاينته، وهذا الأمر يسهل على القاضي إذا كان العقار ضمن دائرة اختصاصه بخلاف ما لو كان ضمن دائرة اختصاص محكمة أخرى .

٢- الدعاوى المتعلقة بمداينات أموال الأوقاف، لا ترى إلا في محكمة المحل الذي جرى فيه العقد.

٣- دعوى الوصية ، تقام في محكمة إقامة المتوفى ، أو في محل وجود التركة .

٤- تجوز رؤية دعوى النكاح في محكمة المدعى عليه ، أو المحكمة التي جرى في منطقتها العقد ، وتجوز دعوى الافتراق في المحكمتين المذكورتين ، وفي محكمة المحل الذي وقع فيه الحادث .

٥- لمحكمة إقامة المدعي أو المدعى عليه (٤) ، حق تقدير النفقة للأصول والصغار ، وفاقدي الأهلية و الزوجات ، وطلب الحضانة ، وتقدير أجره الرضاع ، والمسكن .

(١) أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص ١٠٥ .

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٣/٣) فقره ١-٧) .

(٣) ويرى الباحث هنا أن من الأفضل تعديل هذه المادة لتشمل العقارات بصورة عامة الموقوفة وغير الموقوفة

(٤) قانون معدل لقانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٣) ، أما المادة الأصلية فقد نصت على أن لجميع

المحاكم ، ويرى الباحث أن التعديل هو الأفضل والأنسب حتى لا يتعسف المدعي في استعمال حقه في رفع

الدعوى لدى جميع المحاكم ، وإنما يبقى الأمر مقتصرأ على محكمة إقامة المدعي والمدعى عليه .

٦- إذا تعدد المدعى عليهم ، وكان الحكم على أحدهم حكماً على الباقيين ، أو كان موضوع الدعوى واحداً تقام الدعوى في محكمة أحدهم ، وإذا أقيمت في محكمة امتنع على غيرها رؤية الدعوى ما لم تكن من الدعاوى المستثناة في هذا القانون .

٧- تحكم المحكمة في دعوى الدفع بناءً على طلب الدافع (١) .

هذا وقد نص قانون أصول المحاكمات الشرعية على أن تعيين الحصص الإرثية من اختصاص محكمة إقامة المتوفى (٢) ، ويجوز للمحكمة التي يقيم فيها بعض الورثة تعيين الحصص الإرثية ، إذا كان محل إقامة المتوفى خارج حدود المملكة (٣) ، كما نص على أن لمحكمة محل إقامة الصغار ، وفاقد الأهلية تعيين الأوصياء والقوام ، وللمحكمة التي في منطقتها العقار إعطاء الإذن لهم (٤) .

٢- مزايا الاختصاص المكاني :

لقد نص قانون أصول المحاكمات الشرعية على بعض مزايا الاختصاص المكاني والتي يجب مراعاتها عند النظر في الدعاوى ومنها ما يلي :

أ- لقد فرق القانون بين الاختصاص الوظيفي والاختصاص المكاني بحيث جعل الأول من النظام العام الذي يجب على المحكمة أن تتعرض له ، ولو لم يثره الخصوم ، بينما لم يعتبر الثاني من النظام العام ، وبالتالي ليس للمحكمة أن تتعرض له، إلا بناءً على طلب من الخصوم أنفسهم (٥)

(١) لعل ورود هذه الفقرة هنا تثير تساؤلاً ما علاقتها بالموضوع ؟ ولكن الباحث يرى بما أن الدفع دعوى فحتى لا يخيل لأحد بأن الدفع يقام في محكمة المدعى عليه ، فجاءت هذه الفقرة لتبين أن الدفع يرى في المحكمة التي ترى الدعوى الأصلية بناءً على طلب الدافع .

(٢) هذا وقد رأته محكمة الاستئناف الشرعية في عمان ، أن منح محكمة إقامة المتوفى تعيين الحصص الإرثية لا يمنع غيرها من المحاكم القيام به ، وقد جرت المحاكم الشرعية في هذه المملكة الأردنية على القيام بتسجيل الوراثات ، وبيان سهام الورثة لأشخاص غير مقيمين في قضائها إذا دعت الحاجة إلى ذلك ولم يكن هناك نزاع على الإرث ، أما في حالة وجود نزاع ، فإن المحاكم جميعها تمنع عن التسجيل حجج الورثة ويكلف من يطالب بذلك إقامة الدعوى لدى المحكمة المختصة ، وفق ما نص عليه قانون أصول المحاكمات الشرعية ، قرار رقم (١٨٦١١١) ، تاريخ ١٧/٩/١٩٧٥ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ٢ ، ص ٨٦ .

(٣) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٤ فقرة ١) .

(٤) المرجع السابق المادة (٤ فقرة ٢) .

(٥) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٥) ، وعلى هذا اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان حيث جاء في قراراتها "لا يجوز للمحكمة التعرض للصلاحيات ما لم يعترض الخصم عليها" =

ب- اعتبر القانون أن الاعتراض على الصلاحية دفع شكلي ، لا يقبل بعد الإجابة على موضوع الدعوى حضورياً ، ولا بعد فصلها غيابياً، ما لم يكن تخلف المحكوم عليه عن حضور المحاكمة الغيابية لمعذرة مشروعة (١) .

ج - كما اعتبر القانون أن الدعوى التي لأكثر من محكمة الصلاحية لرؤيتها إذا أقيمت في إحدى المحاكم امتنع على المحاكم الأخرى النظر فيها ، وأن التغيير الذي يحدث في محل الإقامة بعد إقامة الدعوى لا يمنع دوام رؤيتها (٢) .

٣- التنازع على الاختصاص المكاني بين المحاكم الشرعية :

قد يحدث خلاف بين المحاكم الشرعية على الصلاحية إذا كان موضوع الدعوى مما يجوز لأكثر من محكمة رؤيته ، فهنا أجاز القانون لكل من الطرفين المتخاصمين ، أن يطلب إلى محكمة الاستئناف الشرعية ، تعيين المرجع على أن يقدم الطلب إلى قاضي القضاة ، الذي يترتب عليه إحالته إلى محكمة الاستئناف الشرعية (٣) .

ثانياً : عمل محكمة الاستئناف الشرعية :

لقد نصت محكمة الاستئناف الشرعية صراحة على هذه القاعدة ، واعتبرتها قاعدة عامة في تحديد الاختصاص المكاني ، ومن ذلك على سبيل المثال ما يلي :

١- ففي دعوى قطع نفقة ، " ...فإن دعوى قطع النفقة ليست من الدعاوى التي استثنيت بالفقرة (٥) من المادة (٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية من القاعدة العامة أن الأصل أن تقام الدعوى في محل إقامة المدعى عليه " (٤) .

٢- في دعوى مصاريف ولادة " ... ، المحكمة صاحبة الصلاحية في نظر الدعوى هي المحكمة التي يقيم في منطقتها المدعى عليه " (٥) .

= قرار رقم (٧٦٠٠) ، تاريخ ١٥/٤/١٩٥٢م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات، ج٢، ص٥٨.

(١) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٦) ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٤٠٤٩١) تاريخ ٧/٥/١٩٩٦م ، داود القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج٢ ، ص٥٦٤ .

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٣،٢) .

(٣) المرجع السابق ، المادة (٩) ، أما تنازع المحاكم الشرعية مع غيرها من المحاكم ، انظر: تفصيل ذلك ، أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص١٠٨.

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (١٩٥٥٠) ، تاريخ ٢١/٧/١٩٧٧م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص١٠٨٥ .

(٥) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (٢١١٤٥) ، تاريخ ١٣/١/١٩٨٠م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المح

الفصل الثالث :

القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم فيه ، والمحكوم به ، وتطبيقاتها في القضاء

الشرعي الأردني :

لقد وضع الفقهاء قواعد فقهية تختص بالمحكوم فيه ، والمحكوم به ، تسهل على القاضي مهمته ، وتبني له الطريق في الوصول إلى الحق الذي ينشده ، ومن هنا جاء تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول :

القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم فيه .

المبحث الثاني :

القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم به .

المبحث الأول :

القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم فيه :

المحكوم فيه كما تبين سابقاً^(١) ، هو الحق المدعى به ، وقد وضع الفقهاء قواعد معينة ينبغي توافرها في المدعى به ، حتى يتسنى للقاضي النظر في الدعوى ، ومن ثم إصدار حكم بشأنها ، ولذا يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول :

القواعد الفقهية المختصة بشروط المحكوم فيه :

وضع الفقهاء شروطاً معينة يجب تحققها في الحق المدعى به ، والتي تمثل قواعد فقهية في مجال القضاء الإسلامي ، ومن أهمها ما يلي :

القاعدة الأولى :

• أن يكون المدعى به معلوماً .

القاعدة الثانية :

• أن يكون المدعى به محتمل الثبوت عقلاً وعادة .

القاعدة الثالثة :

• أن يكون المدعى به في ذاته مصلحة مشروعة .

وفيما يلي بيان لهذه القواعد :

(١) انظر : ص ٦١ من هذه الأطروحة .

القاعدة الأولى :

أن يكون المدعى به معلوماً ^(١) :

معنى القاعدة :

تدل هذه القاعدة على أنه يشترط لصحة الدعوى ، أن يكون المدعى به معلوماً ، بحيث يكون متصوفاً في ذهن المدعي ، والمدعى عليه ، والقاضي والشهود ، أما تصور المدعى به في ذهن المدعى ليعلم بماذا يدعي ، وأما القاضي ليستطيع الحكم ، إذ الحكم بالمجهول لا يصح ، وأما المدعى عليه ليستطيع الدفاع عن نفسه ، وأما الشهود ليمكنوا من معرفة على ماذا يشهدون ^(٢) ، وهذا أمر قد استقر عليه الفقه والقضاء ، وترضاه العقول السليمة ، إذ كيف يمكن للقاضي أن يلزم المحكوم عليه بأمر مجهول؟! فيكون حكمه ضرباً من العبث لا إلزام فيه، ثم أن الهدف من القضاء هو فصل الخصومة ، وقطع النزاع ، وإيصال الحق إلى صاحبه ^(٣) ، وهذا كله لا يتصور في الدعوى بالمجهول ، كما أن صحة الشهادة مرهونة بمطابقتها للدعوى فإذا كان المدعى به مجهولاً لا تصح الشهادة عليها ^(٤) ؛ لأنها لا تصح على المجهول ، فتكون الدعوى مرفوضة لعدم إمكان إثباتها ^(٥) ، ثم إن التحليف يجب أن يكون على معلوم ، فلا تحليف على حق مجهول ؛ لأن الجهالة كما تمنع قبول البينة فإنها تمنع الاستحلاف ^(٦) .

إذا تقرر هذا فإن الفقهاء يكاد يتفقون على أنه يشترط في الدعوى حتى تكون معتبرة

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٢١٨ ، السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٤٣٢ ، العائلي ، المجموع ، المذهب في قواعد المذهب ، ج ٢ ، ص ٤٩٥ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ١٨٣ .

(٢) ابن حسين ، محمد على ، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية ، مطبوع بهامش الفروق ، للقرافي ، ج ٤ ، ص ١٥٣ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٣٤٨ .

(٣) الأنصاري ، أبو يحيى زكريا ، (ت ٩٢٦ هـ / ١٥٢٠ م) ، أسنى المطالب شرح روض الطالب ، ط ١ ، ٩ ، (تحقيق : محمد تامر) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١ ، ج ٩ ، ص ٣٧٠ .

(٤) قاضي زاده ، أحمد قودر ، (ت ٩٨٨ هـ / ١٥٨٢ م) ، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ، ط ١ ، ١٠ ، وهو تكملة شرح فتح القدير لابن الهمام ، (تحقيق : عبد الرزاق المهدي) ، ٢٠٠٣ ، ج ٨ ، ص ١٥٩ .

(٥) الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج ٥ ، ص ٣١٩ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٣٤٣ .

(٦) الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ٢ ، ص ٣١٦ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٣١١ .

شرعاً: أن يكون الحق المدعى به معلوماً^(١) ، فإذا كان عيناً ، يمكن نقلها إلى مجلس الحكم فلا بد من إحضارها ليتمكن الشهود من الشهادة عليها بالإشارة إليها ، وأما إذا تعذر نقله ، أو كان يترتب على نقله أعباءً مالية كبيرة ، بعث القاضي إليه أمينه ، وإن كان المدعى به عقاراً ، فلا بد من بيان حده ليكون معلوماً ؛ لأن العقار لا يصير معلوماً إلا بالتحديد ، وأما إن كان الحق المدعى به ديناً فلا بد من بيان جنسه ، ونوعه ، وقدره ، وصفته ؛ لأن الدين لا يصير معلوماً إلا ببيان هذه الأشياء^(٢) .

ومما ينبغي ذكره هنا أن الدعوى لا ترد كلية إذا كان المدعى به فيها مجهولاً ، وإنما على القاضي أن يمهل المدعي لإكمال النقص ، وتوضيح الدعوى ، واستدراك ما فاتته في التعريف بالمدعى به فكل مدع مكلف بتفصيل دعواه ، ومن لم يفعل طلب القاضي منه ذلك ، فإن لم يفعل اعتبرت دعواه غير صحيحة ، وبالتالي غير منتجة لأثارها المترتبة على الدعوى الصحيحة.

من الأمثلة على القاعدة نذكر منها^(٣) :

- ١- لو ادّعى شخص أن له على فلان حقاً ، فإن هذه الدعوى لا تسمع ؛ لأنه يدعي بمجهول^(٤) .
- ٢- لو ادّعى شخص على آخر أنه شريكه ، وقد خانته في البيع والشراء ، ولم يبين مقدار ما خانته به لم تسمع دعواه .

(١) وذلك لأن هذا الشرط لم يسلم من انتقاد قلة من العلماء ، لا يقوى رأيهم على الوقوف أمام ما استقر عليه الفقه والقضاء من اشتراط معلومية المدعى به ، انظر تفصيل هذه المسألة : ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٥٤٣ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٣٣٢ ، الحطاب ، مواهب الجليل ، ج ٦ ، ص ١٢٤ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ١٠٨ ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٤ ، ص ٤٦٥ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص ٢٠١ ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ، ص ٥١٣ ، القاري ، مجلة الأحكام العدلية ، ص ٦١١ ، حيث نصت المادة (٢١٠١) : " يشترط أن يكون المدعى به معلوماً " ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٣٤٣ .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٣٣٢ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ١٨٥ ، قراعه ، الأصول القضائية ، ص ١٧ .

(٣) الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ٢ ، ص ٣١٦ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٣١١ .

(٤) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٣٤٨ .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

استثنى الفقهاء من هذه القاعدة عدة مسائل هي (١) :

١- دعوى الوصية بالمجهول ، فلو ادعى المدعي قائلاً: قد أوصى لي المتوفى فلان بجزء من ماله ، ولم يبين مقدار ذلك الجزء ، فأطلب من الورثة أن يبينوه ، وأن يؤدوه لي فدعواه صحيحة^(٢) ، وذلك لأن الوصية في الغالب تكون بصورة سرية لا يعلمها الموصى له فيعذر بجهله بمقدارها .

٢- أجاز بعض علماء الشافعية الدعوى بالمجهول ، إذا كان الحق المدعى به يتوقف على تقدير القاضي ، وذلك كالمفوضة^(٣) التي تطلب المهر^(٤) ، لأن تقدير المهر هنا يكون بمهر أمثالها .

٣- دعوى النفقة : فلو ادعت الزوجة على زوجها نفقة فإنها لا تحتاج إلى بيان مقدارها ؛ لأن القاضي يوجب ما يقتضيه الحال من يسار ، وإعسار ، وتوسط^(٥) .

٤- وتصح دعوى الإبراء بالمجهول : لأن جهالة الساقط لا تفضي إلى المنازعة^(٦) .

٥- إذا اتهم القاضي ولي اليتيم أو متولي الوقف بشيء مجهول من مال اليتيم ، أو مال الوقف ، فإن للقاضي أن يحلفهما نظراً لليتيم والوقف^(٧) ، مراعاة لحقيهما الذي يجب مراعاته .

٦- دعوى الغصب : فلو قال شخص لأخر : غصب مني كذا ، ولا أدري قيمته . أو قال : ولا أدري أنه هالك ، أو قائم ، فإن دعواه تسمع ؛ لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله ، فلو كلف بيان القيمة شرطاً لتضرر به^(٨) .

(١) انظر هذه الاستثناءات : ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٢١٨ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ج ٢ ، ص ٣١٦ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ١٨٤ ، القرافي ، الفروق ، ج ٤ ، ص ١٥٤ ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٤ ، ص ٤٦٥ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ٢ ، ص ٤٦١ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص ٢٠١ ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ، ص ٥١٣ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٣٨١ ، قرقور ، قواعد الإثبات ، ص ١٨٨ .

(٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ١٨٤ .

(٣) المفوضة : هي القائلة لوليها زوجني بلا مهر ، أو على أن لا مهر لي ، الدمياطي ، السيد البكري بن السيد ، إعانة الطالبين ، ٤ ، دار الفكر ، بيروت ، ج ٣ ، ص ٣٤٦ .

(٤) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٤ ، ص ٤٦٥ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٣٦٦ .

(٥) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ٢ ، ص ٢٠٤ .

(٦) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٢٠٤ .

(٧) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٢١٨ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ٢ ، ص ٣١٦ .

(٨) الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ٢ ، ص ٣١٧ ، الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج ٥ ، ص ٣٢٠ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

مما لا شك فيه ، أن القضاء الشرعي الأردني ، يشترط لصحة الدعوى : أن يكون الحق المدعى به معلوماً ، ولذا فإن الدعوى بالمجهول لا تصح ؛ وذلك لاستحالة إلزام المدعى عليه بشيء مجهول في حالة ثبوت الدعوى (١) ، وبالتالي لا تُحقق الغاية من إصدار الحكم ، وهي فصل النزاع ، وإيصال الحقوق إلى أصحابها .

ومن هنا ، نجد أن قرارات محكمة الاستئناف الشرعية المتعلقة بهذا الموضوع ، قد نصت على العمل بالمادة (١٦١٩) ، من مجلة الأحكام العدلية حيث تنص على ما يلي: " يشترط أن يكون المدعى به معلوماً ، ولا تصح الدعوى إذا كان مجهولاً " (٢) .

من الأمثلة على هذه القرارات الاستئنافية ما يلي :

١- " في دعوى رده لم يذكر في الدعوى ما هي الألفاظ التي قالها المدعى عليه ، وبذلك فالمدعى به مجهول ، والدعوى غير مقبولة ؛ لأن من شروط الدعوى أن يكون المدعى به معلوماً عملاً بالمادة (١٦١٩) ، من المجلة ، وجاء في كتاب الأصول القضائية في المرافعات الشرعية لعلي قراعه في أنواع الدعوى : (تنقسم الدعوى إلى نوعين : دعوى صحيحة ، ودعوى فاسدة) ، وبعد أن بين الدعوى الصحيحة قال : والدعوى الفاسدة هي : التي لم تستوف شرط صحة الدعوى ، وحكمها عدم وجوب الجواب على المدعى عليه ، والقاضي لا يقبل من الدعاوى إلا الدعوى الصحيحة . وفي البند الثاني من شروط صحة الدعوى في الكتاب نفسه ما يلي : " أن يكون المدعى به معلوماً فلو كان مجهولاً لم تصح الدعوى " (٣) ، لذلك كان على المحكمة الابتدائية ، عدم قبول الدعوى وردها لعدم صحتها ، وعليه وبما أن الأصل أن الدعوى بالمجهول غير صحيحة ، فقد تقرر من حيث النتيجة تصديق الحكم برد دعوى المدعى عليه لما ذكر فضلاً عن عدم ثبوتها " (٤) .

٢- "في دعوى عقد الزواج ، إذا كان المدعي متردداً في دعواه بالنسبة إلى من صدر منه الإيجاب والقبول - وهما أصل العقد وبهما ينشأ - ولم يجزم في دعواه بشيء معين بهذا

(١) أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص١٣٤ ، أحمد داود ، أصول المحاكمات الشرعية ، ج١ ، ص٢٠٨ .

(٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص١٨٣ .

(٣) قراعه ، الأصول القضائية ، ص٤ ، ٧ .

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم (٣١١٨٩) ، تاريخ ١٠/٢/١٩٩٠م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٦٤٦ .

الخصوص فلا تكون دعواه صحيحة ومقبولة ؛ لأن من شروط صحة الدعوى وقبولها وفقاً للمادة (١٦١٩) ، من المجلة أن يكون الحق المدعى به معلوماً ، وفي مثل هذه الدعوى ، لا يكون الحق المدعى به معلوماً ، إلا إذا كان واضحاً ومحددًا ومجزوياً به بلا تردد أو غموض " (١) .

هذا ولم تختلف آلية تحقق العلم بالحق المدعى به في القضاء الشرعي الأردني ، عن الفقه الإسلامي ، حيث تتحقق معلومية المدعى به في القضاء الشرعي الأردني بالإشارة إذا كان عيناً منقولاً ، حاضراً في مجلس المحاكمة ، فالإشارة إليه كافية ، وإذا لم يكن حاضراً يكون معلوماً بوصفه ، وتعريفه وبيان قيمته ، وإذا كان عقاراً يعين ببيان حدوده ، وإذا كان ديناً يلزم بيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره (٢) .

بقي أن نشير إلى أن قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني ، أشار في المادة (٤٥) إلى أن بيان السهام أو الحصة المعينة يُغني عن ذكر المال في الدعاوى الإرث ، والاستحقاق في الوقف ، والوصية ، ولا حاجة إلى ذكر المال في دعاوى إثبات الرشد أيضاً ، إلا إذا كان المال نفسه هو موضوع النزاع (٣) .

وعليه ، فلو ادعى الوارث أن نصيبه السدس من مال مورثه ، فإن دعواه هنا تسمع ولا تعد من قبيل الدعوى بالمجهول ؛ وذلك لأن المدعى به معلوماً ؛ لأنه سدس المال الموروث المعلوم ، وكذا الأمر في الوقف والوصية .

(١) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٥٩٣٩٣) ، تاريخ ٢٣/١١/٢٠٠٣م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ١ ، ص ٣٥٥ .

(٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ١٨٥ ، المادة ١٦٢٠ ، ومن القرارات الاستئنافية في ذلك: "إذا كان المدعى به في دعوى توابع المهر عيناً منقولة وقد طلب الحكم بها فيجب تعريفها وتوصيفها مع بيان قيمتها إذا كانت قائمة وموجودة ، وإذا كانت مستهلكة يكتفى بذكر القيمة " محكمة الاستئناف الشرعية ، قرار رقم (٨٦١٩) ، عمرو ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ص ٣١١ ، وفي قرار رقم (١٥٦٧٢) تاريخ ٧/٩/١٩٦٧م ، الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، "من شروط صحة الدعوى أن يكون المدعى به معلوماً بالإشارة إليه إن كان حاضراً أو بوصفه و تعريفه وبيان قيمته، إن كان غائباً وفقاً لما نصت عليه المواد (١٦١٩ ، ١٦٢٠ ، ١٦٢١) من المجلة... " ، داود ، أصول المحاكمات الشرعية ، ج ١ ، ص ٢٤٦ .

(٣) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٤٥) .

القاعدة الثانية :

أن يكون المدعى به محتمل الثبوت عقلاً ، وعادة (١) :

معنى القاعدة :

فحوى هذه القاعدة أنه يشترط لصحة الدعوى أن يكون الحق المدعى به ، محتمل الثبوت (٢) عقلاً وعادة ؛ وذلك لأن دعوى المستحيل في العقل والعادة غير صحيحة لتيقن الكذب في العقلي وظهوره في المستحيل العادي (٣) ، فالممتنع عادة كالممتنع حقيقة ، فكما أن الممتنع حقيقة لا تسمع الدعوى به ولا تقام البينة عليه ، للتيقن بكذب مدعيه ، كقوله لمن لا يولد مثله لمثله هذا ابني ، فكذلك الممتنع عادة كدعوى معروف بالفقر على آخر أموالاً جسيمة لم يعهد عنه أنه أصاب مثلها بإرث أو بغيره(٤) .

ومستند هذه القاعدة ، أن الكذب متيقن في الإدعاء بالمحال (٥) ، فلا تسمع الدعوى به أما اشتراط كون الحق المدعى به يحتمل الثبوت عادة فقد استدل له ابن قيم الجوزية بأمرين :

الأول : قوله تعالى : ﴿ وَأُمْرٌ بِالْعُرْفِ ﴾ (٦) ، فالشريعة أوجبت الرجوع إليه (أي العرف) ، عند الاختلاف في دعاوى ، ومعلوم أن من كانت دعواه ينفيها العرف ، فإن الظن قد سبق إليه في

(١) هذه القاعدة ذكرها السبكي في الأشباه والنظائر ، ولكنه عبر عنها: " بأن القاعدة في الأخبار والدعاوى والشهادات والأقارير وغيرها ، أن ما كذبه العقل ، والعادة مردود " ، السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٣٦٧ ، العلائي ، المجموع المذهب في قواعد المذهب ، ج ٢ ، ص ٤٩٧ ، هذا وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة (٣٨) ، على أن : " الممتنع عادة كالممتنع حقيقة " ، وجاء في شرحها أن ما استحال عادة لا تسمع فيه الدعوى كالمستحيل عقلاً ، كما لو ادعى شخص بأن الجنين الذي في بطن هذه المرأة أقر بأنه استقرض منه مبلغاً ، فلأنه أسند ادعاءه وإقراره لسبب مستحيل عادةً وعقلاً فأقراره وادعاؤه غير صحيحين ، علي حيدر ، درر الحكام و ج ١ و ص ٤٧ .

(٢) الثبوت ، من ثبت ثباتاً وثبوتاً ، أي أن الأمر عنده تحقق ، وتأكد ، وثبّت الحق أكده بالبينات ، مجموعة من المؤلفين ، المنجد في اللغة والأعلام ، ص ٦٨ .

(٣) السبكي ، فصل القضية ، ص ١٤ ، قراعه ، الأصول القضائية ، ص ٩ ، الأبياني ، مباحث المرافعات ، ص ١٣ .

(٤) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٢٢٥ .

(٥) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٢٠٨ ، المادة (١٦٢٩) .

(٦) سورة الأعراف ، آية (١٩٩) .

دعواه بالبطلان كيقال يدعي على خليفة أو أمير ما لا يليق بمثله شراؤه (١) .

الثاني : بما روى عن النبي ﷺ أنه قال : " ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن ، وما رآه المؤمنون قبيحاً فهو عند الله قبيح " (٢) .

وجه الدلالة : قال ابن القيم رحمه الله : " ولا ريب أن المؤمنين - بل وغيرهم - يرون من القبيح أن تسمع دعوى البقال على الخليفة ، والأمير أنه باعه بمائة ألف دينار ولم يوفه إياها (٣) . هذا وقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط في الحق المدعى به أن يكون محتمل الثبوت عقلاً (٤) ، ولكنهم اختلفوا في ثبوت الحق المدعى به عادة على قولين :

القول الأول : يرى أنه يشترط في الحق المدعى به أن يكون محتمل الثبوت في العادة ، وبه قال جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة (٥) .

القول الثاني : يرى عدم اشتراط أن يكون الحق المدعى به محتمل الثبوت في العادة ، بل اشترطوا فقط أن يكون محتمل الثبوت في العقل ، وبه قال الشافعية (٦) .

وقد حاول الإمام العز بن عبد السلام ، أن ينهج منهجاً وسطاً في ذلك فقال : " لو ادعى السوقة على الخليفة ، أو على عظيم من الملوك : أنه استأجره لكنس داره وسياسة دوابه ، فإن الشافعي يقبله ، وهذا في غاية البعد، ومخالفة الظاهر ، ثم قال : والقاعدة في الأخبار من

(١) ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ٨٩ ، ٩٢ .

(٢) هذا جزء من حديث موقوف على عبد الله بن مسعود ، رواه أحمد في مسنده : (إن الله نظر إلى قلوب العباد . . .) ، أحمد ، مسند أحمد ، ج ١ ، ص ٣٧٩ ، الزيلعي ، نصب الرأية ، ج ٤ ، ص ١٣٣ ، وقال : "لم أجد إلا موقوفاً على ابن مسعود" ، واللفظ لهما .

(٣) ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ٩٢ .

(٤) ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص ١٠٤ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٣٣٦ ، علي حيدر درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٢٠٨ ، الملاح ، عمدة الحاكم ، ص ١٨ ، القرافي ، الفروق ، ج ٤ ، ص ١٥٣ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ١١ ، الأسيوطي ، جواهر العقود ، ص ٦٤٧ ، ابن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، ج ٢ ، ص ١٠٦ ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج ٦ ، ص ٤١٩ ، ابن القيم الطرق الحكمية ، ص ٨٩ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٣٧٥ .

(٥) المراجع السابقة .

(٦) الشرواني ، حاشية الشرواني ، ج ١ ، ص ٢٩٩ ، ابن أبي الدم ، أدب القاضي ، ص ١٣٥ ، وقد خالف بعض الشافعية إمامهم في ذلك ، قال الاصطخري : "إن شهدت قرائن الحال بكذب المدعي لم يلتفت إلى دعواه ، مثل أن يدعي الدائن استئجار الأمير أو الفقيه ، لعلف الدواب أو كنس بيته... " ، النووي ، روضة الطالبين ، ج ١٢ ، ص ١١ .

الدعاوى والشهادات ، والأقارير وغيرها أن ما كذبه العقل ، أو جورّه ، وأحالاته العادة فهو مردود ، وأما ما أبعدته العادة من غير إحالة فله رتب في البعد ، أو القرب قد يختلف فيها: فما كان أبعد وقوعاً فهو أولى بالرد ، وما كان أقرب فهو أولى بالقبول ، وبينهما رتب متفاوتة (١) . وهذا الذي ذكره الإمام العز بن عبد السلام ، في غاية الدقة ، ويدل على علم دقيق ، وفهم عميق ، فقد وضع بذلك حلاً وسطاً لهذه المسألة فهو لم يقل بسماع دعوى المستحيل العرفي مطلقاً ، كما لم يقل بإلغائها ، بل جعلها درجات متفاوتة ، فما كان أبعد وقوعاً فهو أولى بالرد ، وما كان أقرب وقوعاً فهو أولى بالقبول ، وهذا يعطي صلاحية للقاضي أن ينظر في المسائل المعروضة عليه ، وأن يصدر حكمه بما يتفق مع نصوص الشريعة ، وينسجم مع مقاصدها ، في إيصال الحقوق إلى أصحابها ، فالحق أحق أن يتبع .

وتجدر الإشارة إلى أن فقهاء المالكية ، قد قسموا الدعاوى بالنسبة إلى موافقتها للعرف ، والعادة إلى ثلاث صور :

الأولى : الدعوى التي تكذبها العادة :

فقد قالوا ببطلانها ، وعدم ترتب أثارها عليها ، ولذلك قالوا بفساد الدعوى بحق من أهمله صاحبه مدة طويلة ، وهو يراه في يد المدعى عليه يهدم ، ويبنى ويؤجر مع طول الزمن وهو حاضر من غير مانع يمنعه من الطلب ... (٢) ، وهو مع ذلك لا يعارضه فيها ، ولا يدعي أن له حقاً وليس بينهما شركة ثم قام يدعي أنها له ويريد أن يقيم البينة على دعواه ، فهذا لا تسمع دعواه أصلاً فضلاً عن بينته لتكذيب العرف إياه (٣) .

الثانية : الدعوى التي تصدقها العادة :

وهذه الدعوى مسموعة من مدعيها ، ويمكّن من إقامة البينة على مطابقتها ، أو يستحلف المدعى عليه ، ولا يحتاج في استحلافه إلى إثبات خلطة ، ومثالها : أن يدعي رجل على صانع منتصب للعمل أنه دفع إليه متاعاً يصنعه له (٤) .

الثالثة : الدعوى التي لا تقضي العادة بصدقها ، ولا بكذبها :

فهذه الدعوى مسموعة من مدعيها ، ويمكّن من إقامة البينة على مطابقتها ، فأما

(١) ابن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، ج ٢ ، ص ١٠٦ .

(٢) سوف تتم الإشارة إلى هذه الموانع فيما بعد ، انظر : ص ١٨٤ من هذه الأطروحة .

(٣) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ١١٠ ، بن حسين ، تهذيب الفروق ، ج ٤ ، ص ١٥٩ .

(٤) فيحلف ولم تم تثبت خلطة ؛ لأن نصب نفسه للناس في معنى الخلطة ، هذا وقد ذكر الدسوقي " أنه يستثنى

من اشتراط الخلطة ثمان مسائل ... " ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٦ ، ص ٢٩ .

استحلاف المدعى عليه فليس له ذلك إلا بإثبات الخلطة^(١) بينهما ، ومثالها : أن يدعي الرجل ديناً في ذمة آخر^(٢) .

هذا هو المشهور عند فقهاء المالكية ، أما الذي عليه العمل ، أنه لا يشترط في توجيه اليمين على المدعى عليه خلطة^(٣) ، ولم يقل أحد من فقهاء المذاهب الأخرى باشتراك الخلطة ، لتوجيه اليمين على المدعى عليه ، إلا ابن قيم الجوزية من الحنابلة ، وعليه فإن الفقهاء قد اختلفوا على قولين :

القول الأول : يرى عدم اشتراط الخلطة في توجيه اليمين على المدعى عليه وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية ، والحنابلة^(٤) .

القول الثاني : يرى أنه يشترط في توجيه اليمين على المدعى عليه ، إثبات الخلطة والمعاملة بينهما ، وبه قال المالكية ، وابن القيم من الحنابلة^(٥) .

أدلة المالكية وابن القيم :

استدل المالكية ، وابن القيم على اشتراط الخلطة بما يلي :

أولاً: إن هذا مروى عن علي بن أبي طالب ، وعمر بن عبد العزيز ، وعن فقهاء المدينة السبعة ، فقد روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال : " لا يعدي الحاكم على الخصم ، إلا أن يعلم أن بينهما معاملة" ، ولم يُذكر له مخالف من الصحابة ، فكان إجماعاً ، ولأن عمل أهل المدينة على ذلك^(٦) .

ثانياً: أنه قد ثبت وتقرر أن الإقدام على اليمين ، يصعب ويتقل على كثير من الناس ، سيما على أهل الدين ، وذوي المراتب والأقدار ، وهذا أمر معتاد بين الناس على مر الزمان ، ولا يمكن جرده ، وقد روي عن جماعة من الصحابة أنهم افتدوا أيمانهم ، منهم عثمان بن عفان ،

(١) الخلطة : هي من خلط يخالط مخالطة أي مزجه ودخله ، وعاشره ، والخلطة ، الشركة ، المنجد ، ص ١٩٢ .

(٢) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ١١١ .

(٣) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٦ ، ص ٢٨ ، جعيط ، الطريقة المرضية ، ص ٩٣ .

(٤) ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص ١٠٤ ، البهوتي ، كشف القناع ، ج ٦ ، ص ٤١٩ .

(٥) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٦ ، ص ٢٨ ، ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ٩٠ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٣٧٧ .

(٦) القرافي ، الفروق ، ج ٤ ، ص ١٨٤ ، ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص ٣٢١ ، ابن القيم ، الطرق

الحكمية ، ص ٩٠ .

وابن مسعود وغيرهما ، وإنما فعلوا ذلك لمروعتهم ولئلا يبقى للظلمة إليهم إذا حلفوا - ممن يعادي الحالف ، ويحب الطعن عليه - طريق إلى ذلك (١) .

أدلة الجمهور :

استدل القائلون بعدم اشتراط الخلطة بما يلي :

أولاً: قوله تعالى : ﴿ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ ﴾ (٢) .

وجه الدلالة : إن الله - سبحانه و تعالى - أمرنا بأن نحكم بين الناس بالسوية ، وترك

الميل ، ولا يجوز هدم هذا المبدأ العظيم ، بمثل تلك الاحتمالات الضعيفة (٣) .

ثانياً: استدلوا بعموم قول النبي ﷺ : " البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه " (٤) .

وجه الدلالة : إن هذا الحديث عام ، فقد جعل البينة على المدعي ، واليمين على

المدعى عليه ، ولم يقيد ذلك بخلطة بينهما .

ثالثاً: قوله ﷺ : " شاهداك أو يمينه " (٥) .

وجه الدلالة : إن النبي ﷺ لم يذكر ضرورة وجود خلطة بين المدعي والمدعى عليه ،

بل اكتفى عليه الصلاة والسلام بجعل البينة بجانب المدعي ، واليمين في جانب المدعى عليه عند عدم البينة .

رابعاً: إن الدعوى سمعت على خير الخلائق رسول الله ﷺ (٦) من غير ما خلطة بينه وبين

(١) ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ٩٠ .

(٢) سورة ص ، آية (٢٦) .

(٣) الماوردي ، الحاوي ، ج ٢ ، ص ٣٢٣ .

(٤) سبق تخريجه ، انظر: ص ٢٤ من هذه الأطروحة .

(٥) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الرهن ، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ، ج ٢ ، ص ٨٨٩ ، مسلم ،

صحيح مسلم ، كتاب الأيمان ، باب وعيد من اقتطع حق مسلم ، ، ج ١ ، ص ١٢٣ ، واللفظ لهما .

(٦) ومن ذلك شهادة خزيمة للنبي ﷺ ، الهيثمي ، علي بن أبي بكر ، (ت ٨٠٧ هـ / ١٤٠٤ م) ، مجمع الزوائد

ومنبع الفوائد ، ١٠ ، دار الريان للتراث ، القاهرة ، ١٤٠٧ م ، كتاب فضائل الصحابة ، باب ما جاء في

خزيمة بن ثابت ؓ قال : رجاله كلهم ثقات ، ج ٩ ، ص ٣٢٠ ، الحاكم ، المستدرک علی الصحیحین ، قال:

حديث صحيح الإسناد ، ج ٢ ، ص ٢٢ ، الحديث صحيح ، واللفظ لهما .

المدعي ، ولو كانت الخلطة مطلوبة في الدعوى لنبه لذلك ﷺ ، كما سمعت الدعوى على كثير من أكابر الصحابة رضي الله عنهم جميعاً (١) .

خامساً: إن خمول المدعي لا يمنع أن يكون له حق ، واشتهار المدعي عليه ، لا يمنع من ثبوت الحق عليه ، والمعاملة لا تدل على بقاء الحق ، وعدمها لا يمنع من حدوث الحق فلم يكن لاعتبارها (أي المعاملة) في الدعوى وجه (٢) .

سادساً: إن اشتراط الخلطة ، يؤدي إلى تضييع الحقوق ، وإقرار للظلم ، فإنه قد يثبت له الحق ، على من هو أرفع منه بغصب ، أو يشتري منه شيئاً ولا يوفيه ، أو يودعه شيئاً وغيرها من المعاملات التي تجري بين الناس ، ولا تعلم بينهما معاملة ، فإذا لم يرد عليه سقط حقه ، وهذا أعظم ضرراً من حضور مجلس الحاكم الذي لا نقيصة فيه فقد حضر عمر وعلي وغيرهما مجلس القضاء (٣) .

المناقشة والترجيح :

من خلال ما سبق ، يتضح قوة ما استدل به الجمهور ، على عدم اشتراط الخلطة بين المدعي والمدعي عليه ، أما ما استدل به المالكية ، وابن القيم فيمكن مناقشة هذه الأدلة بما يلي :
أولاً: أما القول بأن اشتراط الخلطة ، مروى عن علي بن أبي طالب ﷺ وغيره ولم يذكر له مخالف من الصحابة ، فكان إجماعاً ، فإنه يرد عليه : بأن هذا إدعاء يحتاج إلى دليل ، بل الدليل على خلافه ! فقد سمعت الدعوى على النبي ﷺ وكبار الصحابة من غير ما خلطة.

ثانياً: أما القول بأن الإقدام على اليمين يصعب ويتقل على كثير من الناس... ، فيرد عليه : بأن هذا القول يمكن أن يكون ذريعة لتضييع حقوق الناس ، فاشتراط الخلطة بين المتداعين أعظم ضرراً ، من حضور مجلس القضاء الذي لا يترتب عليه أية نقيصة ، وهذا الأمر وإن وجد فيمكن معالجته بأمرين (٤) :

- ١- التوكيل ، فعلى من لا يرغب حضور مجلس القضاء أن يوكل غيره .
- ٢- معاقبة كل من يتبين للقاضي أن قصد المدعي من رفع الدعوى هو: الإضرار بسمعة المدعي عليه فقط ، وفي هذا منع للأشرار والأراذل من الإساءة إلى غيرهم .

(١) ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص ١٨٩ .

(٢) الماوردي ، الحاوي ، ج ٢١ ، ص ٣٢٣ .

(٣) ابن قدامة ، المغني ، ج ١٠ ، ص ١٠٦ .

(٤) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٣٨١ .

من الأمثلة على القاعدة :

- ١- لو ادعى أحد على من هو أكبر منه سناً ، أو في حق من نسبه معروف ، بأنه ابنه فلا تصح دعواه ، لأن الأول محال عقلاً ، والثاني محال شرعاً ^(١) .
- ٢- لو ادعى رجل معروف بسؤال الناس: أنه أقرض تاجراً من كبار التجار مائة ألف دينار ولم يكن معه بيينة فهذه الدعوى لا تسمع ، ولا يحلف فيها المدعى عليه .

(١) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٢٠٨ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القضاء الشرعي الأردني ^(١) يأخذ بهذه القاعدة ومن مظاهر تطبيق ذلك ما يلي :

أولاً : قانون الأحوال الشخصية الأردني :

١- فقد نصت المادة (١٤٨) على أن: " ولد الزوجة من زواج صحيح ، أو فاسد بعد الدخول ، أو الخلوة الصحيحة إذا ولد لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول ، أو الخلوة الصحيحة يثبت نسبه للزوج ... " ^(٢) .

وهنا يرى الباحث أن ثبوت نسب الولد لأبيه إذا ولد لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة الصحيحة أمر يقتضيه العقل ، وتدل عليه العادة ، ولذا فإنه يفهم من هذه المادة أن الولد إذا جاء في مدة أقل من ستة أشهر من تاريخ الدخول أو الخلوة الصحيحة ، فإن هذا الولد لا ينسب لأبيه ؛ لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر ^(٣) .

٢- كما نصت المادة (١٤٩) على أن: "الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به النسب من المقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة ، مع تصديق المقر له إن كان بالغاً ، وإقرار المجهول النسب بالأبوة ، أو الأمومة يثبت به النسب ، إذا صادقه المقر

(١) وبما أن القضاء الشرعي الأردني يرجع في كثير من أحكامه إلى مجلة الأحكام العدلية ، فقد نصت المادة (١٦٢٩) على أنه: " يشترط أن يكون المدعى به محتمل الثبوت وبناء عليه لا يصح الإدعاء بشيء وجوده محال عقلاً ، أو عادةً ، فمثلاً إذا ادعى أحد في حق من هو أكبر منه سناً ، أو في حق من نسبه معروف بأنه ابنه لا تصح دعواه ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٢٠٨ ، كما نص على ذلك القضاء الشرعي المصري ، والذي يرجع إليه أحياناً : " من شروط صحة الدعوى أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت فدعوى ما يستحيل وجوده عقلاً ، أو عادةً ، أو شرعاً ، باطلة " ، الجندي ، أحمد نصر ، (١٩٧٨م) ، مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاماً ، ط٢ ، م٢ ، دار الفكر العربي ، مصر ، ج١ ، ص٤٨٤ .

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٤٨) . ويؤخذ على هذه المادة أنها جاءت تحت عنوان نسب المولود من نكاح فاسد، مع أنها تضمنت بعض أحكام ثبوت النسب بعقد الزواج الصحيح ، وهذا لا يتفق مع العنوان الذي وردت تحته ، السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ص٥٥٤ .

(٣) وهذا ما نصت عليه المادة (٣٣٣) من الأحكام الشرعية : " إذا ولدت الزوجة حال قيام النكاح الصحيح ولداً لتمام ستة أشهر فصاعداً من حين عقده ثبت نسبه من الزوج ، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسبه منه ، إلا إذا ادعاه ، ولم يقل إنه من الزنا ، الأبياني ، شرح الأحكام الشرعية ، ج٢ ، ص٥ ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٨٥٩٥) ، تاريخ ١٩٧٥/٨/٣٠م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص١٠٥٦ .

له ، وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك " (١) .

فهذه المادة صريحة في أن ثبوت النسب بالإقرار ، إنما يكون إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنية وتصديق المقر له بذلك ، وهذا يعني أنه يشترط لثبوت النسب بالإقرار ، أن تتصور الولادة من المقر لمثل المقر له بالبنوة ، أو الأبوة ، فلا يقبل إقرار من عمره عشرون سنة بالبنوة لمن عمره خمسة عشرة (٢) ، لاستحالة ذلك عقلاً .

ثانياً : الواقع العملي في المحاكم الشرعية يقضي بأن دعوى المستحيل عادة وعقلاً لا تسمع ، ومن ذلك مثلاً : فلو رفعت الزوجة المطلقة على زوجها دعوى نفقة لولدها الذي لم يبلغ من العمر خمس سنين - باعتبارها وصية عليه - فدفع الأب الدعوى بأن ولده موسر بكسبه ، حيث أنه موظف في إحدى الدوائر الحكومية ، فإن هذا الدفع لا يسمع ؛ لأنه مستحيل عقلاً .

ثالثاً : عمل محكمة الاستئناف الشرعية :

مع أنني لم أجد فيما اطلعت عليه من قرارات لمحكمة الاستئناف الشرعية قراراً صريحاً يدل على أن دعوى المستحيل عقلاً ، أو عادة لا تسمع ، إلا أنه يمكن استنتاج ذلك من خلال المثال التالي :

لو رفع شخص دعوى إثبات نسب يقر فيها أنه والد فلا وكان يكبره في العمر أربع سنوات ، فردت هذه الدعوى من قبل المحكمة الشرعية ، ثم استأنف الحكم ، فإن محكمة الاستئناف الشرعية سوف ترد الدعوى عملاً بالمادة (١٤٩) من قانون الأحوال الشخصية .

أما موقف القضاء الشرعي الأردني من الخلطة . فإن ما عليه العمل في المحاكم الشرعية ، أن الدعوى إذا رفعت من قبل شخص ما على آخر ، فإنها تسمع دون أن يبحث عن وجود خلطة أم لا ، فدل ذلك على عدم اشتراط الخلطة بين المدعي والمدعى عليه ، كما أن اليمين يوجه إلى المدعى عليه بعد إنكاره الدعوى ، وطلب المدعي ذلك ، دون التفات إلى وجود خلطة أو معاملة مسبقة بينهما ، عملاً بالقاعدة المقررة في القضاء الشرعي الأردني ، " البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر " (٣) .

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٤٩) .

(٢) السرتاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ص ٥٤٥ ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ٢ ، ص ١٠٣٤ ، حيث ذكر من شروط ثبوت النسب بالإقرار بالبنوة أن يكون المقر في سن بحيث يولد مثله لمثله .

(٣) انظر: ص ٩٩ من هذه الأطروحة .

القاعدة الثالثة :

أن يكون المدعى به في ذاته مصلحة مشروعة (١) :

معنى القاعدة :

تدل هذه القاعدة على أنه يشترط لصحة الدعوى ، أن يكون الحق المدعى به مما يحقق للمدعي مصلحة مشروعة ، والمصلحة المشروعة هي المنفعة المعتبرة التي لها قيمة أقرها الشرع واعترف بها (٢) ، فإذا كان الحق المدعى به تافهاً ليس له قيمة ، كأن يطالب شخص بعشر سمسمة ، أو حبة قمح ، أو بدرهم وغيرها ، أو كان له قيمة ولكنه متولد عن مفسدة أي أمر غير مشروع ، كأن يطالب شخص بالفائدة الربوية ، أو ثمن خنزير أو خمر ، فإن مثل هذه الدعاوى لا تسمع .

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة ، بأن القاضي مأمور بأن يحكم وفق شرع الله ، ﴿وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ (٣) ، وغيرها من الآيات ، والأحاديث الدالة على ذلك . فإن كان المدعى به مصلحة ، ولكنها متولدة عن مفسدة ، فيكون الحكم بها بخلاف شرع الله ، وهذا موجب لبطان الحكم ، وعدم ترتب أثره عليه ، أما اشتراط كون المدعى به مصلحة معتبرة لها قيمة ، وذلك لاستبعاد دعوى الأشياء الحقيرة ، فإن هذه الأشياء وإن كانت حقاً لصاحبها ، إلا أن المطالبة بها أمام القضاء يجلب من المفسدة أكثر مما تجلب من المصلحة لصاحبها ، فإنها في ذاتها تهون أمام تكاليف إحضار المدعى عليه ، ونصب قاضٍ للنظر فيها ، وتضييع وقت القضاء في ذلك (٤) ، وكما هو مقرر شرعاً ، فإن درء المفسد أولى من جلب المصالح ، فالترفع عن المطالبة بمثل هذه الأشياء التافهة ، أليق بأهل الفضل وذوي المروءات .

هذا وقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المدعى به ، أن يكون مصلحة مشروعة ، أما إذا كان مصلحة متولدة عن مفسدة ، فإن هذه الدعوى لا تسمع ؛ " لأن الشرع قد أبطأها

(١) القرافي ، الفروق ، ج ٤ ، ص ٢٢ ، وفي ذلك يقول القرافي : " إن الشرع لا يعتبر من المقاصد إلا ما تعلق به غرض صحيح ، محصل لمصلحة ، أو دارئ لمفسدة ، لذلك لا يستمع الحاكم الدعوى في الأشياء التافهة الحقيرة ، التي لا يتشاح العقلاء فيها عادة كالمسمة ونحوها" .

(٢) هذا وقد اعتبر الشاطبي : " أن كل ما يفيد حفظ الدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال ، هو مصلحة " ، الشاطبي ، الموافقات ، ج ٢ ، ص ٣٢٦ .

(٣) سورة المائدة ، آية (٤٩) .

(٤) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٣٠٤ .

وذلك كأن يدعي ثمن خنزير، أو ميتة، أو نجاسة ...^(١)، إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في صحة الدعوى بالأشياء الحقيرة، كالدعوى بقمحة، أو شعيرة، ونحو ذلك على قولين:

القول الأول: يرى عدم سماع هذه الدعوى؛ لأنه لا يترتب عليها نفع شرعي معتبر، وبه قال جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية^(٢).

القول الثاني: يرى جواز سماع هذه الدعوى، وذلك لأنهم يرون أن كل حق يجوز المطالبة به مهما كان تافهاً، وذلك جرياً على قاعدتهم بجواز الدعوى بالقليل، والكثير، ولكنهم اشترطوا في سماع مثل هذه الدعوى أن يأتي المدعي مع خصمه، فإن لم يكن معه لم يجبه القاضي، ولم يطلب إحضار خصمه، وبه قال فقهاء الحنابلة^(٣).

ولعل الراجح - والله أعلم - القول بأن الدعوى بالأشياء التافهة ينبغي علينا أن ننزه مجالس القضاء عنها، حتى لا نشغل القضاء والمحاكم عما هو أعظم منها، ولما في ذلك من إضاعة للوقت، والجهد من غير ما فائدة معتبرة مرجوة، فعلى المدعي أن ينزه نفسه عن ذلك وعلى المدعى عليه أن يتقي الله، ويبرئ ذمته أمام الله من غير ما قضاء.

من الأمثلة على القاعدة ما يلي:

- ١- كأن يدعي رجل على آخر، أن له في ذمته مبلغ ألف دينار، وقد حان أجل السداد، فإن هذه الدعوى تسمع لأن فيها مصلحة معتبرة مشروعة للمدعي.
- ٢- كأن يدعي رجل على آخر، نسبة ١٠% زيادة على أصل الدين فائدة، فهذه الدعوى لا تسمع؛ لأنها وإن كانت مصلحة للمدعي إلا أنها غير مشروعة لأنها ربا.
- ٣- أن تطلب الزوجة من القاضي إيجاب نفقة لها على زوجها.
- ٤- أن تطالب الزوجة التي طلقها زوجها توابع مهرها.

(١) الأسيوطي، جواهر العقود، ص ٦٤٧، القرافي، الفروق، ج ٤، ص ٢٢، البهوتي، كشف القناع، ج ٦، ص ٤١٩.

(٢) المراجع السابقة، علي حيدر، درر الحكام، ج ٤، ص ٥١٣، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج ١، ص ١١٠.

(٣) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج ٣، ص ٥١٣، غاية المنتهى، ج ٣، ص ٤٤٨، وجاء في كشف القناع: "وتسمع الدعوى في كل قليل ولو لم تتبعه الهمة، ولا ينافي ذلك أن القاضي لا يستعدى فيما لا تتبعه الهمة لما في الاستعداد من المشقة بسبب ما هو أسهل منها"، البهوتي، كشف القناع، ج ١، ص ٤١٩.

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

استثنى الفقهاء من القاعدة عدة مسائل أهمها :

١- دعوى الدين المؤجل : فهذه الدعوى فيها مصلحة للمدعي ، ولكن الشارع أضاف حمايته لها إلى زمن مستقبل للزمن الذي رفعت فيه الدعوى ، فهو في الواقع يطالب الآن بمصلحة غير محمية فتكون دعواه غير صحيحة ، ولذا اشترط كثير من الفقهاء لصحة الدعوى بالدين المؤجل ، أن يكون حالاً وقت المطالبة به أمام القضاء (١) .

٢- أن يكون الحق المدعى به مصلحة تخص المدعي ، ولكن الشارع ربط حمايته لها بإرادة المدعى عليه ، فلو ادعى المدعي قائلاً : إن هذا المدعى عليه يريد بيع ماله الفلاني لأخر ، فليبعه لي ، وسأدفع له ما يريد من الثمن ، فلا تسمع دعواه ، أو كمن يرفع دعوى على غيره يطالبه فيها بالتصدق عليه لأنه فقير ، وخصمه غني (٢) .

٣- أن يكون المدعى به مصلحة مشروعة ، ولكن المطالبة به على فرض ثبوته لا يترتب عليه إلزام الخصم بشيء ، فإن مثل هذه الدعوى لا تسمع (٣) ، وذلك كأن يدعي شخص على آخر حاضر أنه وكله ، فالقاضي لا يسمع هذه الدعوى ، لأن المدعى عليه في استطاعته أن يعزله في الحال (٤) .

٤- أن يكون المدعى به مصلحة مشروعة ، ولكن يترتب على قبول الدعوى به إهدار مصلحة عامة ، وذلك كأن يرفع شخص دعوى على القاضي يتهمه فيها بالظلم في حكمه في دعوى سابقة ، فلو أقر القاضي بذلك لعاد إقراره بمنفعة مشروعة على المدعي . وكذلك لو ادعى الزور على الشهود ، وطلب منهم اليمين من غير أن يكون معه بيينة على ما يدعيه ، فلا تقبل دعواه ، ولا يطلب منهم اليمين ؛ لأنها لو قبلت لامتنع القضاة عن القيام بأعمالهم ، وكذلك لعزف الشهود عن الإدلاء بشهاداتهم (٥) .

(١) ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص ١٩٥ ، النووي ، روضة الطالبين ، ج ١٢ ، ص ١٨ ، القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ، ص ٦١٢ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٣٠٦ ، ومن العلماء من أجاز سماع هذه الدعوى لتسجيل البيينة خوفاً من ضياعها ، ابن يوسف ، غاية المنتهى ، ج ٣ ، ص ٤٤٨ .

(٢) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٣٠٦ .

(٣) علي قراعه ، الأصول القضائية ، ص ١٠ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٣٠٦ .

(٤) وذلك عملاً بالمادة (١٥٢) من المجلة ، حيث نصت : "للموكل أن يعزل وكيله من الوكالة" ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٣ ، ص ٦٤٢ .

(٥) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٣٠٧ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القضاء الشرعي الأردني يتفق مع الفقه في كون الحق المدعى به مصلحة مشروعة (١)،
ويظهر ذلك من خلال ما يلي:

أولاً : قانون الأحوال الشخصية الأردني :

فقد نص القانون صراحة على أنه : " إذا اشترط في العقد شرط نافع لأحد الطرفين ، ولم يكن منافياً لمقاصد الزواج ، ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً ، وسجل في وثيقة العقد وجبت مراعاته " (٢) .

فهذه المادة تنص صراحة على أنه يشترط في الشرط الذي يسجل في عقد الزواج أن يكون مصلحة مشروعة .

ثانياً : قانون أصول المحاكمات الشرعية :

فقد أجاز لمن له علاقة في الدعوى المقامة بين الطرفين ، ويتأثر من نتيجة الحكم فيها أن يطلب إدخاله شخصاً ثالثاً في الدعوى (٣) ، كما سمح القانون نفسه للشخص الذي لم يكن طرفاً في الدعوى ، وكان الحكم يمس حقوقه أن يعترض عليه اعتراض الغير (٤) ؛ وذلك لأن له مصلحة.

ثالثاً : عمل محكمة الاستئناف الشرعية :

ويظهر ذلك من خلال القرارات التالية :

- ١- " كل دعوى إذا لم تؤسس على سبب مشروع ، تكون غير مسموعة " (٥) .
- ٢- " إذا تم الاتفاق بإلزام الخصم بشيء لا يوجبه الشرع ، فلا يعتبر ذلك الاتفاق ملزماً " (٦) .

(١) نصت المادة (١٠٦) من الدستور على ما يلي : " تطبيق المحاكم الشرعية في قضائها أحكام الشرع الشريف " .

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٩) .

(٣) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٩١) .

(٤) المرجع السابق ، المادة (١١٥) .

(٥) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٣٨٨٥٠) ، تاريخ ١٨/٥/١٩٩٥ م ، داود ، القرارات

الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ١ ، ص ٣٤٣ .

(٦) محكمة الاستئناف ، عمان ، قرار رقم (٤٣٤٩١) ، تاريخ ١٨/٩/١٩٩٧ م ، حيث نص على أن

" المعاملات التي تتضمن الأرباح والفوائد ، وغير ذلك من الحقوق الناشئة عن المعاملات التجارية التي

تتعارض مع أحكام الشرع الشريف ليس من وظيفة المحاكم الشرعية " ، داود ، القرارات الاستئنافية في

أصول المحاكمات ، ج ١ ، ص ١٩٩ .

المطلب الثاني :

القواعد الفقهية التطبيقية المختصة بالمحكوم فيه :

هناك قواعد فقهية ، لها مساس كبير بالمحكوم فيه ، أكثر من غيرها في مجال تطبيقاتها العملية في مجال القضاء الإسلامي ، ولذا فإنني ومن خلال هذا المطلب ، سوف أحاول أن ألقى الضوء على بعض هذه القواعد الفقهية التي أرى أنها أقرب من غيرها في هذا المجال ، ولها تطبيق في القضاء الشرعي الأردني ، وهذه القواعد هي :

القاعدة الأولى : الأمور بمقاصدها .

القاعدة الثانية : الأصل بقاء ما كان على ما كان .

القاعدة الثالثة : الأصل في الأمور العارضة العدم .

القاعدة الرابعة : الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته .

القاعدة الخامسة : العادة محكمة .

القاعدة السادسة : الضرر يزال .

القاعدة السابعة : مراجعة الحق خير من التماذي في الباطل .

القاعدة الثامنة : الحق لا يسقط بتقادم الزمان .

القاعدة التاسعة : الأصل في الأبخاع التحريم .

القاعدة العاشرة : الغرم بالغنم .

القاعدة الحادية عشرة : التابع تابع .

القاعدة الأولى:

الأمور بمقاصدها^(١):

معنى القاعدة:

إن أعمال الشخص ، وتصرفاته من قولية ، أو فعلية تختلف نتائجها ، وأحكامها الشرعية التي تترتب عليها باختلاف مقصود الشخص من تلك الأعمال والتصرفات^(٢) ، وفي ذلك يقول الإمام ابن القيم - رحمه الله - : "وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها: إن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات ، والعبارات ، كما هي معتبرة في التقربات ، والعبادات ، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً ، أو حراماً ، وصحيحاً ، أو فاسداً ، وطاعة ، أو معصية ، كما أن القصد في العبادة ، يجعلها واجبة ، أو مستحبة ، أو محرمة ، أو صحيحة ، أو فاسدة^(٣) .

وهذه القاعدة ، يسميها الفقهاء : بقاعدة النية التي محلها القلب^(٤) ، وفي ذلك يقول السبكي - رحمه الله - : "وقاعدة النية طويلة الذيل ، متسعة الأنحاء"^(٥) ، ولذا فإن هذه القاعدة تدخل في كثير من الأبواب الفقهية^(٦) ، وهي أصل من أصول الإسلام ، وأحد القواعد الثلاث التي تُرد إليها الأحكام الشرعية^(٧) .

وهذه القاعدة من القواعد الخمس الكبرى ، التي تضافرت الأدلة على اعتبارها ، ومن

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٢٧ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٩٧ ، العلائي ، صلاح الدين خليل ، (ت ٧٦١هـ / ١٣٥٩م) ، المجموع المذهب في قواعد المذهب ، ٢م ، (تحقيق : مجيد علي / أحمد عباس) ، دار عمار ، الأردن ، المكتبة المكية ، مكة ، ج ١ ، ص ٣٧ ، السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٥٤ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٣٦ ، هذا وقد ذكر الفقهاء قواعد كثيرة تنفرع عن هذه القاعدة ذكرها السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٥٦ ، ومما ينبغي ذكره هنا أن الكلام على تقدير مقتضى أي أن "أحكام الأمور بمقاصدها" لأن علم الفقه إنما يبحث عن أحكام الأشياء لا عن ذواتها ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٧ .

(٢) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ٩٨٠ .

(٣) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٧٩ .

(٤) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٧١ .

(٥) السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٥٥ ، وفي ذلك يقول ابن نجيم أيضاً : "فمسائلها لا تحصى ، وفروعها لا تستقصى" ، الأشباه والنظائر ، ص ٥٤ .

(٦) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٧ .

(٧) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٣٦ .

هذه الأدلة عليها ما يلي^(١):

١- قوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ﴾^(٢) .

وجه الدلالة : أن الرجعة إنما جعلها الله تبارك وتعالى لمن يقصد الإصلاح لا الإضرار بالمرأة^(٣).

٢- وقوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ ﴾^(٤) .

وجه الدلالة : إن الوصية تنفذ إذا لم يقصد الموصي الإضرار بالورثة ، وذلك بأن لا تزيد عن الثلث، فإن زادت عن الثلث قاصداً الإضرار بالورثة ، فللورثة إبطالها وعدم تنفيذها^(٥) .

٣- قوله ﷺ : " إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى " ^(٦) .

وجه الدلالة من هذا الحديث : يقول ابن القيم رحمه الله - : " فالنية روح العمل، ولبه وقوامه وهو تابع لها يصح بصحتها ، ويفسد بفسادها ، والنبى ﷺ قد قال كلمتين كفتا وشفتا ، وتحتهما كنوز العلم وهما قوله : " إنما الأعمال بالنيات " فبين في الجملة الأولى أن العمل لا يقع إلا بالنية ، ولهذا لا يكون عمل إلا بنية ، ثم بين في الجملة الثانية ، أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه ، وهذا يعم سائر العقود والأفعال ، وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا ، ولا يعصمه من ذلك صورة البيع ، وأن من نوى بعقد النكاح التحليل كان محللاً ، ولا يخرج من ذلك صورة عقد النكاح وهكذا... " ^(٧) .

(١) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٧٩ .

(٢) سورة البقرة ، آية (٢٢٨) .

(٣) الطبري ، محمد بن جرير ، (ت ٣١٠ هـ / ١٩٢٢م) ، جامع البيان عن تأويل القرآن ، ط ١ ،

١٦ م ، (تحقيق : محمود شاكر) ، دار إحياء التراث ، بيروت ، ٢٠٠١م ، ج ٢ ، ص ٥٤٣ ، وفي ذلك

يقول القرطبي : " أما فيما بينه وبين الله تعالى فغير جائز (إرجاعها) ، إذا أراد ضرارها بالرجعة

لا إصلاح أمرها وأمره بمراجعتها " ، القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج ٣ ، ص ٨٢ .

(٤) سورة النساء ، آية (١٢) .

(٥) البيضاوي ، عبد الله بن عمر ، (ت ٦٩١ هـ / ١٢٩٢م) ، أنوار التنزيل وأسرار التأويل ،

ط ١ ، ج ٢ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٨م ، ج ٢ ، ص ٦٤ .

(٦) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب بدء الوحي ، باب كيف كان بدء الوحي ، ج ١ ، ص ٣ .

يقول العلاني : " وهذا حديث جليل أجمعت الأمة على صحته وتلقته بالقبول " ، العلاني ، المجموع المذهب ،

ج ١ ، ص ٣٧ .

(٧) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٩١ ، ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ٩٧ .

من الأمثلة على القاعدة (١) :

١- لو وجد شخص لقطعة ، أي: مالا ضائعاً ، أو أخذه بقصد تملكه يعد غاصباً ، ويضمن قيمة المال لصاحبه إذا تلف في جميع الحالات ، أما إذا أخذه بقصد تسليمه إلى صاحبه ، وتلف المال بلا تعدٍ ولا تقصير لا يضمن ؛ لأنه يكون في حكم الأمين (٢) .

٢- لو قال الرجل لزوجته اذهبي إلى بيت أهلك ، فإن قصد بذلك الطلاق ، وقع كذلك وإلا فلا . ومما ينبغي ذكره هنا ، أن قاعدة الأمور بمقاصدها مقيدة بالعمل المصاحب للنية ، بمعنى أن النية إذا تجردت عن العمل فإنها لا تكون مؤثرة في الأمور الدنيوية (٣) ، ومثال ذلك : إذا نوى الرجل طلاق زوجته في قلبه ، ولم يتلفظ بالطلاق فلا يعد ذلك طلاقاً ، ولو نوى الرجل في قلبه أن ينذر نذراً ، ولم يتلفظ به لم ينعقد النذر (٤) ، ولو اشترى شخص مالا بقصد أن يوقفه وبعد أن اشتراه لم يتكلم بما يدل على وقفه ذلك المال ، فلا يصير وفقاً (٥) .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

ويستثنى من هذه القاعدة الأحكام الشرعية التي لا تتبدل أحكامها باختلاف القصد والنية ، - وذلك كما لو أخذ شخص مال آخر على سبيل المزاح بدون إذنه ، فبمجرد وقوع الأخذ يكون الأخذ غاصباً قضاءً لا ديانةً ، ولا ينظر إلى نيته من حيث كونه لا يقصد الغصب بل يقصد المزاح .

- وكذلك لو أتى شخص عملاً غير مأذون فيه ، فإنه يضمن الخسارة الناشئة عن عمله ولو حصلت عن غير إرادة منه ، مثال ذلك : لو أن شخصاً شاهد سكراناً ، وأخذ النقود التي يحملها بقصد حفظها من أن تسقط منه ، فحكمه حكم الغاصب قضاءً لا ديانةً ، ويصبح ضامناً لو تلفت (٦) .

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٢٧ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٤٠ .

(٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٢٠ .

(٣) شبير ، القواعد الكلية ، ص ١٢٥ .

(٤) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٧٧ .

(٥) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ١٩ ، " فإن النية وحدها لا تكفي للحكم بل يجب أن يكون هنالك فعل ظاهر يشير إلى النية ، لأن النية التي لا تقترب بفعل لا تقيد حكماً كالطلاق ، والبيع ، والوقف ، والهبة ، فلو نوى رجل أن يطلق زوجته ، أو أن يوقف ماله فلا تكون زوجته طالقاً ، ولا ماله موقوفاً لمجرد النية ما لم يلفظ كلمة الطلاق والوقف " ، المحاسني ، شرح مجلة الأحكام العدلية ، ج ١ ، ص ٢٧ .

(٦) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٢٠ .

موقف القضاء الشرعي من القاعدة :

نص القضاء الشرعي الأردني على أن: "الأمر بمقاصدها" ^(١) ، أي لا بد في كل عمل تقوم به المحاكم الشرعية ، أن يحقق الغاية المرجوة منه ، ومن مظاهر العمل بهذه القاعدة في القضاء الشرعي الأردني ما يلي :

أولاً: قانون أصول المحاكمات الشرعية :

- ١- " فقد رفض كل دعوى إذا لم يكن بين الطرفين خصومة في الواقع ، بل قصدا بالتقاضي الاحتمال على حكم بما يدعيه أحدهما" ^(٢) ، وذلك لأن الأمور بمقاصدها .
- ٢- قد جعل لكثير من إجراءاته غايات ومقاصد فإذا تحققت الغاية من هذا الإجراء صح ^(٣) وإلا فلا ^(٤) ، ومن الأمثلة على ذلك : التبليغ فإن الهدف منه إعلام المدعى عليه بالدعوى

(١) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم (٤١٠٤٨)، تاريخ ١٥/٨/١٩٩٦م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج١، ص٢٠٣ ، "كما أن العبرة بواقع الدعوى لا لتسميتها" محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٥٧١٨١) ، تاريخ ١٦/٢/٢٠٠٣م ، فمثلاً : "إذا ورد في نموذج عقد البيع (لقاء بدل وقدره مجاناً)، وسجل العقار لدى دائرة التسجيل باسم المتصدق إليه، فإنه يحمل على محمل الهبة ؛ لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ، كما جاء في المادة الثالثة من المجلة" ، محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم (٤٠٧٧٤) ، تاريخ ٢٤/٦/١٩٩٦م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢، ص١٣٨ ، هذا وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على "أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٢١ ، و على هذا نص القانون المدني الأردني ، المادة (٢١٤ / فقرة ١) .

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية، المادة (٤٤) .

(٣) فمثلاً العلم بالحكم الغيابي يقوم مقام تبليغه ، فقد استقر عمل محكمة الاستئناف الشرعية : " على قيام علم المحكوم عليه بالحكم مقام التبليغ ؛ لأن المقصود من معاملة تبليغ الحكم إلى المحكوم عليه إعلامه وإعطائه فرصة للطعن فيه بالوجه القانوني " ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٣٧٩٢٩ ، ٢٣٧٩) ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج١ ، ص١٩٣ .

(٤) فمن المقرر مثلاً : أن من الأصول والمعقول أن يكون هناك متسع بين التبليغ والجلسة لمن كان مجهول محل الإقامة ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٤١٠٤٨) ، تاريخ ١٥/٨/١٩٩٦م ، حيث جاء فيه : " تبين أن المدعى عليه مجهول محل الإقامة ، وبلغ الحضور لجلسة ٢٧/٥/١٩٩٦م ، بالنشر في الجريدة ، يوم ٢٦/٥/١٩٩٦م ، أي قبل الجلسة بيوم واحد ، وبلغ جلسة الحضور لحلف اليمين المعينة ، يوم ٣٠/٥/١٩٩٦م ، بالنشر بتاريخ ٢٨/٥/١٩٩٦م ، أي قبل الجلسة بيومين ، ومن الأصول والمعقول أن يكون هناك متسع من الوقت بين التبليغ والجلسة لمن كان مجهول محل الإقامة ، حتى =

والإجراء الذي سوف يتم اتخاذه بحقه ، وبالتالي يكون على بصيرة من أمره ليستطيع أن يدافع عن نفسه ، وعليه فإذا تم التبليغ بصورة لم ينص عليها القانون لم يحقق الغاية منه ، وعليه يكون التبليغ باطلاً^(١) ، كما أنه لا يحق للمدعى عليه أن يدفع ببطلان التبليغ ، إذا حضر الجلسة ، وليس للمحكمة أن تبحث الموضوع ؛ لأن المقصود من التبليغ إعلام المدعى عليه بموعد الدعوى ، وبما أنه حضر ، فتكون الغاية من التبليغ قد تحققت والأمور بمقاصدها .

ثانياً: قانون الأحوال الشخصية : فقد عولّ في كثير من أحكامه على قصد الشخص وخاصة في مسائل الطلاق ، والظهار ، إذا وقعا بلفظ غير صريح ، فإن المعتبر في تحديد المقصود بهذه الألفاظ هو نية من تلفظ بهما ، حيث نصت المادة (٩٥) : " يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة وما اشتهر استعماله فيه عرفاً دون الحاجة إلى نية ، ويقع بالألفاظ الكنائية وهي التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية " ، فلو قال مثلاً لزوجته : أنت محرمة عليّ مثل أختي ، هذا اللفظ من الكنايات إن نوى به طلاقاً وقع طلاقاً ، وإن نوى ظهاراً وقع ظهاراً^(٢) .

= يمكن من الإطلاع على التبليغ ، أو يصله الخبر ، فيستطيع الحضور إلى المحكمة يوم الجلسة ، خاصة إذا كان خارج المملكة ، وهو ما لم يتحقق من هذه التبليغات ولم يحصل القصد القضائي منها ، والأمور بمقاصدها ، كما هو نص القاعدة الشرعية الفقهية ، لذلك ولعدم حصول الغاية من هذه التبليغات فتكون غير صحيحة ، وحيث أن التبليغ الصحيح هو أساس المحاكمة الغيابية ، فتكون سائر الإجراءات في الدعوى غير صحيحة ، والحكم المذكور غير صحيح ومخالفاً للأصول فتقرر فسخه ، وإعادة القضية لمصدرها لإجراء الإيجاب " داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ١ ، ص ٢٠٣ .

(١) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المواد المتعلقة بالتبليغ (١٨-٣٠) ، فمثلاً : لو تم تبليغ القاصر أو فاقد الأهلية لكونه مدعى عليه ، فإنه لا يصح؛ لأن المادة (٢٦) من القانون تنص : "على أنه إذا كان المدعى عليه قاصراً، أو شخصاً فاقداً الأهلية ، تبلغ الأوراق القضائية إلى وليه ، أو الوصي عليه" ، فتبليغ مثل هؤلاء لا يحقق الغاية منه ، ومن ذلك أيضاً التبليغ يوم الجلسة لا يعتبر، حيث لا يتحقق المقصود منه ولا تتحقق به العدالة المتوخاة ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٣٢٦٩ ، ٢٨٠٢٣) داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ١ ، ص ١٩٩ .

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٩٥) ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٣٦٠٧٥) ، تاريخ ١٠/٨/١٩٩٣م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ٢ ، ص ٨٥٠ ، وما بعدها .

القاعدة الثانية :

الأصل بقاء ما كان على ما كان (١) :

معنى القاعدة :

إن ما ثبت في الزمن الماضي فالأصل بقاءه في الزمن المستقبل (٢) ، ما لم يرد دليل شرعي يفيد تغيير ذلك الحكم ، فما كان حلالاً يبقى حلالاً ، إلى أن يرد دليل الحرمة ، وما كان واجباً يبقى واجباً ، إلى أن يرد دليل ينقله من الوجوب إلى الندب وهكذا (٣) ، وإذا جهل في وقت الخصومة حال الشيء ، وليس هناك دليل يحكم بمقتضاه ، وكان لذلك الشيء حال سابقة معهودة، فإن الأصل في ذلك أن يحكم ببقائه واستمراره على تلك الحال المعهودة التي كان عليها، حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك ، فيصار حينئذ إليه (٤) ، وهذا هو الاستصحاب (٥) .

والاستصحاب هو آخر مدار الفتوى ، فإن المفتي إذا سُئل عن حادثة يطلب حكمها في الكتاب، والسنة ، والإجماع ، والقياس، فإن لم يجده فيأخذ حكمها من استصحاب الحال ، فإن كان التردد في زواله، فالأصل بقاءه ، وإن كان التردد في ثبوته، فالأصل عدم ثبوته (٦) وهذه القاعدة

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٥٧ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ١٩٨ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ١١٥ ، المنجور ، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ، ص ٥٥٣ ، باز ، شرح المجلة ، ص ٢٣ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ٩٨٢ ، وقد وردت القاعدة بصيغ مختلفة أهمها: "الأصل البناء على الظاهر واستصحاب الحال ما لم يعلم خلافه" ، " واستصحاب الحال معتبر في إبقاء ما كان على ما كان وهو غير معتبر في إثبات ما لم يكن " ، " ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يرد دليل على خلافه " ، وغيرها البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج ٢ ، ص ١٠٣ .

(٢) الشوكاني ، محمد بن علي ، (ت ١٢٥٠هـ / ١٨٦٩م) ، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول ، ط ١ ، ام (تحقيق: محمد سعيد البديري) ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٢م ، ص ٣٩٦ ، ابن بدران ، عبد القادر الدمشقي (ت ١٣٤٦هـ / ١٩٣٠م) ، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، ط ٢ ، ام ، (تحقيق : عبد الله التركي) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤٠١هـ ، ص ٢٨٦ .

(٣) شبير ، القواعد الكلية ، ص ١٤٥ .

(٤) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٨٧ .

(٥) الاستصحاب : من المصاحبة ، وهو إبقاء ما كان على ما كان عليه لانعدام المغير ، وهو الحكم الذي يثبت في الزمان الثاني بناءً على الزمان الأول ، الجرجاني ، التعريفات ، ص ٣٤ .

(٦) الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ج ١ ، ص ٣٩٦ ، الجويني ، البرهان في أصول الفقه ، ج ٢ ، ص ٧٣٥ .

من القواعد المتفرعة على قاعدة " اليقين لا يزال بالشك " (١) ، والاستصحاب يقسم إلى قسمين (٢) **الأول : استصحاب الماضي بالحال** : وهو الحكم على شيء ، ببقائه على الحال الذي كان عليه في الزمن السابق ، ما لم يقد دليل على خلافه .

الثاني : استصحاب الحال بالماضي : وهو اعتبار حالة الشيء في الزمن الحاضر ، أنها حالة ذلك الشيء في الماضي ، ما لم يثبت خلاف ذلك بدليل ، وهو ما يسمى الاستصحاب المقلوب (٣) . والاستصحاب دليل من أدلة الشرع ، وفي ذلك يقول الرازي - رحمه الله - : " وأعلم أن القول باستصحاب الحال أمر لا بد منه في الدين ، والشرع ، والعرف ، ولو تأملنا لقطعنا بأن أكثر مصالح العالم ، ومعاملات الخلق مبني على القول بالاستصحاب " (٤) ، ومع ذلك ، إلا أن علماء الأصول قد اختلفوا في حجته عند عدم الدليل ، هل يمكن الاعتماد عليه كدليل شرعي مستقل ؟ أم لا ؟ (٥) .

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٥٧ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ١١٥ .

(٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٢٣ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٨٩ .

(٣) السبكي ، علي بن عبد الكافي ، (ت ٧٥٦هـ / ١٣٥٣م) ، الإبهاج ، ط ١ ، ج ٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٤هـ ، ج ٣ ، ص ١٧٠ .

(٤) انظر : تفسير كلام الرازي لكون الاستصحاب أمر لا بد منه في الدين ، والشرع ، والعرف ، الرازي ، محمد بن عمر ، (ت ٦٠٦هـ / ١٢٠٩م) ، المحصول في علم الأصول ، ط ١ ، ج ٦ ، (تحقيق : طه العلواني) جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، الرياض ، ١٤٠٠هـ ، ج ٦ ، ص ١٦٣ .

(٥) اختلف علماء الأصول في حجية الاستصحاب على ستة أقوال ، **الأول** : إنه حجة في النفي والإثبات ، وبه قال جمهور الفقهاء ، **الثاني** : أنه ليس بحجة ، وبه قال أكثر الحنفية والمنكلمين ، **الثالث** : أنه حجة للدفع لا للرفع ، وبه قال متأخرو الحنفية... ، انظر هذه الأقوال : الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص ٣٩٧ ، ولكن لا بد من تحرير موضوع الخلاف ، فإن أكثر الناس يشتبه عليه موضع النزاع ، فنقول للاستصحاب صور ، **الأولى** : استصحاب ما دل العقل والشرع على ثبوته ودوامه ، كدوام الحل في المنكوحه بعد تقرير النكاح فهذا لا خلاف في وجوب العمل به إلى أن يثبت معارض ، **الثانية** : استصحاب عدم الأصلي المعلوم بدليل العقل في الأحكام الشرعية ، كبراءة الذمة من التكليف ، حتى يدل دليل شرعي على تغييره كنفي صلاة سادسة ، وهذا حجة بالإجماع لأنه لا حكم إلا من قبل الشرع ، **الثالثة** : استصحاب الحكم العقلي عند المعتزلة فعندهم أن العقل يحكم في بعض الأشياء إلى أن يرد الدليل السمعي ، وهذا لا خلاف بين أهل السنة في أنه لا يجوز العمل به ، لأنه لا حكم للعقل في الشرعيات ، **الرابعة** : استصحاب الدليل مع احتمال المعارض ، إما تخصيصاً إن كان الدليل ظاهراً ، أو نسخاً إن كان الدليل نصاً ، فهذا أمر معمول به إجماعاً ، **الخامسة** : الحكم الثابت بالإجماع في محل النزاع ، ثم يتغير صفة المجمع عليه فيختلفون فيه فيستدل من لم يغير الحكم باستصحاب الحال ، **مثاله** : إذا استدل من يقول أن الميتيم إذا رأى الماء أثناء صلاته لا تبطل صلاته =

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بقول النبي ﷺ : " إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه ، أخرج منه شيء أم لا ؟ فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً " (١) .

وجه الدلالة : الحديث صريح في أن من تيقن الطهارة ، ثم شك في الحدث ، فله : أن يصلي ؛ لأن الأصل الطهارة ، والأصل بقاء ما كان على ما كان ما لم يأت دليل يغيره ، فإذا سمع صوتاً ، أو وجد ريحاً تغير ذلك الأصل ، فلا يصلي لتغير الحالة السابقة .
من الأمثلة على هذه القاعدة (٢) :

١- إذا ادعت امرأة أن زوجها طلقها ، فأنكر الزوج طلاقها ، ولم يكن لها بينة تدل على صحة قولها ، فالقول قوله ؛ لأن الأصل بقاء النكاح (٣) .

٢- لو ادعى رجل أنه وارث لمفقود ، وهو الغائب غيبة منقطعة ، أي انقطع خبره فإنه يعتبر حياً ، إلى أن يثبت موته حقيقة بالبينة ، أو حكماً بأن يقضي القاضي بموته بعد موت جميع أقرانه، وإلا يحكم أنه حي ، بحكم الأصل ، فلا يقسم قبل ذلك ماله بين ورثته ، ولا تبين منه امرأته ، وهذا باتفاق الفقهاء ؛ لأن الاستصحاب حجة في الدفع عند الجميع (٤) ، ولكن لو مات من يرثه المفقود في حال فقدان ، فهل نستصحب حياته السابقة ويعتبر وارثاً ؟ فعند الحنفية لا يرث ، لأن الاستصحاب عندهم حجة في النفي لا في الإثبات (٥) ، بينما يعتبر الاستصحاب حجة في النفي والإثبات عند غيرهم (٦) ، فيرث المفقود هنا ؛ لأن الأصل بقاء حياته .

= لأن الإجماع منعقد على صحتها قبل ذلك ، فاستصحب إلى أن يدل دليل على أن رؤية الماء مبطل ، وهذا النوع هو محل الخلاف : فجمهور الفقهاء على أنه لا يجوز الاستدلال به بمجرد الاستصحاب ، وذهب أكثر الشافعية وأهل الظاهر إلى الاحتجاج به ، **والقول الثاني :** هو الراجح لأن المتمسك بالاستصحاب باق على الأصل فلا يجب عليه الانتقال عنه إلا بدليل يصلح لذلك ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص ٣٩٠ .

(١) مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الحيض ، باب الدليل على من تيقن الطهارة ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته ، ج ١ ، ص ٢٧٦ .

(٢) انظر مزيد من الأمثلة : ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٥٨ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ١١٦ .

(٣) ولا يقال أن هذا يتعارض مع قاعدة: "الأصل في الأبضاع التحريم" فإن هذه القاعدة تجري قبل النكاح لا بعده ، فإذا ما وقع النكاح كان هو الأصل وكان الطلاق طارئاً ، فإن ثبت بالإقرار أو بالبينة زال النكاح ،

إسماعيل ، محمد بكر (١٩٩٧م) ، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ، ط ١ ، ص ١ ، دار المنار ، ص ٥٨ .

(٤) المبسوط ، السرخسي ، ج ١١ ، ص ٤٤ ، ابن ضويان ، منار السبيل ، ج ٢ ، ص ٨٠ ، ابن قدامة ، المغني ج ٢ ، ص ٨٥٥ .

(٥) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٢٧ .

(٦) المغني ، ابن قدامة ، ج ٢ ، ص ٨٥٥ ، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج ٢ ، ص ١٠٥ .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

من المسائل التي استثناها الفقهاء من القاعدة ^(١) :

١- إن الأمين يصدق بيمينه في براءة ذمته ، فلو ادعى المودع أنه أعاد الوديعة ، أو أنها تلفت في يده ، بلا تعد ، ولا تقصير ، يقبل ادعاؤه مع يمينه ، مع أنه كان يجب بمقتضى قاعدة الاستصحاب أن يعد الأمين مكلفاً بإعادة الأمانة ما لم يثبت إعادتها ؛ لأن الحال الماضي هو وجود الأمانة عند المودع ، والسبب في ذلك أن الأمين يدعي هنا براءة الذمة من الضمان ، وأما المودع فهو يدعي شغل ذمة الأمين ، وذلك خلاف الأصل ^(٢) .

٢- ما لو ادعت المرأة مضيّ عدتها ، في مدة تحتمل صدقت بيمينها ، مع أن الأصل بقاء العدة بعد وجودها ، وذلك لأن مضيّ العدة من الأمور التي لا تُعلم إلا منها ، فإذا لم يقبل قولها في مضيها ، لا يمكن ثبوت مضيها أصلاً ، فقبل قولها في ذلك ضرورة ^(٣) .

(١) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٩٣ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ج ٢ ، ص ١٠٥ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ١٤٦ .

(٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٢٤ .

(٣) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٩٣ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القضاء الشرعي الأردني يأخذ بهذه القاعدة فقال : " الأصل بقاء ما كان على ما كان ، وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم الدليل على خلافه " (١) ، أي أن القضاء الشرعي الأردني يرى أن ما ثبت في الزمن الماضي ، فالأصل بقاءه في الزمن المستقبل ، ما لم يرد دليل شرعي يفيد تغيير ذلك الحكم ، ومن أهم التطبيقات المبنية على هذه القاعدة ما يلي :

أولاً: الطلاق : فقد كلف القضاء الشرعي الأردني ، من يدعي الطلاق أن عليه البينة ، بينما جعل القول قول من ينكر بيمينه ؛ لأن الأصل بقاء النكاح فيستصحب هذا الأصل حتى يأتي الدليل على خلافه (٢) ، ومن ذلك على سبيل المثال : ما صدر عن محكمة الاستئناف الشرعية ما نصه : " إذا عجزت المدعية عن إثبات دعواها الطلاق ... ، فعلى المحكمة تحليف الزوج على نفي الطلاق الذي عجزت المدعية عن إثباته (٣) ، وما هذا إلا لأن الأصل بقاء النكاح .

ثانياً : حكم المفقود : فقد احتاط القضاء الشرعي الأردني في عدم التسرع بموت المفقود إذ أن الأصل بقاء حياته ، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك ، ولذا قد جعل للمفقود حالتين :

الأولى : أن يكون المفقود في جهة معلومة وهنا يفرق بين أمرين :

١- في الظروف العادية ، وغلب على ظن القاضي موته ، يحكم بموته بعد مرور أربع سنين من تاريخ فقده (٤) .

٢- في الظروف غير العادية : كأن يكون فقده أثر كارثة كزلزال ، أو غارة جوية ، أو في حالة اضطراب الأمن ، وحوادث الفوضى ، وما شابه ذلك فيحكم بموته بعد سنة من فقده لأن الأصل في مثل هذه الظروف موته .

(١) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٣٤١١٥) ، تاريخ ١٩٩٢/٣/٢٤ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ١ ، ص ٣٤٣ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ص ٢٣ ، المادة (٥) ، القانون المدني الأردني ، المادة (٧٥) .

(٢) قرارات محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، عمرو ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ص ٢٠٣ ، ٢١٦ ، وغيرها .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٠١٤٣) ، تاريخ ١٩٥٩/١/٧ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ٢ ، ص ٧٦٦ ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٠٨٩٩) ، تاريخ ١٩٦٠/٦/١ م ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٧٧٠ .

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية ، قرار رقم (٢٢٣٤٠) ، تاريخ ١٩٨١/٨/٢٠ م ، المرجع السابق ج ٢ ، ص ٩٢٥ .

هذا وقد أوجب قانون الأحوال الشخصية الأردني ، على القاضي في كل الأحوال ، أنه لا بد من التحري عن المفقود بكل الوسائل التي يراها القاضي كافية للتوصل إلى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً^(١) .

ثالثاً: العدة : فقد نص قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة (١٣٥) على أن : الزوجة إذا ادعت إنهاء العدة قبل مرور ثلاثة أشهر على انقضاء عدتها فلا يقبل منها ذلك^(٢) ؛ لأن الأصل بقاء العدة قبل هذه المدة .

رابعاً: محكمة الاستئناف الشرعية : فقد نصت صراحة على ذلك : حيث جاء في قراراتها على سبيل المثال : "لا حاجة لإثبات أن البنت عند أمها بعد إقرارها بوجودها عندها ، ثم ادعائها أنها عند شقيقها ؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان ، وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يعم الدليل على خلافه^(٣) .

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة (١٧٧) هذا وقد نصت المادة (١٧٨) من القانون نفسه أن: "على الزوجة أن تعدد اعتباراً من تاريخ الحكم عدة الوفاة وتقسّم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم"، محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم (٢٢٣٠٨) ، تاريخ ١٠/٨/١٩٨١م، داود القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ٢ ، ص ٩٢٥ ، هذا وقد اعتبرت محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان، "أن عدم قيام المحكمة الابتدائية بعدم التحري عن مفقود عرضة لفسخ الحكم"، قرار رقم (١٦٨٦٢)، تاريخ ٦/١٢/١٩٧١م المرجع السابق ج ٢ ، ص ٩٢٤ .

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٣٥) ، بينما ذهب السرطاوي إلى القول بأن هذه المادة مخالفة للفقهاء والحقيقة ، فالقاعدة الفقهية أن القول قول المرأة بيمينها على انتهاء عدتها ، وهي مصدقة بذلك ؛ لأن انتهاء العدة لا يعلم إلا من جهتها فهي تأخذ حكم الأمانة ، والقول قول الأمين في هلاك الأمانة ، ولو أن القانون نص على منع المرأة من الزواج بغير مطلقها قبل ثلاثة أشهر لكان هذا مقبولاً ، حتى لا تضطر المرأة إلى الكذب من أجل الزواج ، وهذا من باب السياسة الشرعية ، السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ، ص ٥٣٣ ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان، قرار رقم (٣٤٧٢٤) تاريخ ٢٥/٨/١٩٩٢م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ٢ ، ص ٨٩٥ ، "بينما لو قالت : مضت عدتي والمدة تحتمله وكذبها الزوج قبل قولها مع حلفها، وإلا لا ؛ لأن الأمين إنما يصدق فيما لا يخالفه الظاهر" ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٢١٤٣) ، تاريخ ١٩/٥/١٩٨١م ، المرجع السابق ج ٢ ، ص ٨٩٤ .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٩٩١٠) ، تاريخ ١١/٦/١٩٥٨م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ٥٠٠ .

القاعدة الثالثة :

الأصل في الأمور (١) العارضة العدم (٢) :

معنى القاعدة :

إن الصفات والأحوال الطارئة على الشيء ، يحكم بعدم وجودها ، إلى أن يثبت دليل الوجود^(٣) ، وعليه فإن الصفات تقسم إلى قسمين :

الأول : صفات أصلية وهي الصفات التي يكون وجودها في الشيء مقارناً لوجوده ، فهو مشتمل عليها بطبيعته غالباً ، والأصل فيها الوجود كسلامة المبيع من العيوب ، والصحة في العقود بعد انعقادها ، ويلحق بالصفات الأصلية الصفات العارضة ، التي ثبت وجودها في وقت ما، فإن الأصل فيها حينئذ البقاء بعد ثبوت وجودها^(٤) .

الثاني : الصفات العارضة : وهي الصفات التي لم توجد مع الموصوف ، ولم تنصف بها ذاته ابتداءً^(٥) ، كالعيب في المبيع مثلاً ، والأصل في مثل هذه الصفات العدم .

وعليه ، فإذا حصل نزاع في صفة ولا دليل ، ولا حجة مع مدعيها ، فيكون القول قول من يتمسك بالصفة الأصلية مع يمينه ؛ لأنه متمسك بأصل ظاهر ، وتكون البينة على من يتمسك بالصفة العارضة ؛ لأنه متمسك بخلاف الأصل^(٦) .

وهذه القاعدة تتفرع عن قاعدة " اليقين لا يزول بالشك " ، لأن العدم في الأمور العارضة متيقن ووجودها مشكوك فيه^(٧) .

(١) نص هذه القاعدة في المجلة " الأصل في الصفات العارضة العدم " ، والفقهاء كثيراً ما يعبرون في تعليقاتهم بلفظ الأمور بدلاً من الصفات، وهذا هو المراد بالقاعدة، فإن القاعدة لا يقتصر شمولها على الصفات كالجنون والمرض مثلاً، بل تشمل الأمور المستقلة مثل: العقود ، والإتلافات ، الزرقا، المدخل الفقهي، ج٢، ص٩٨٣ .

(٢) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر، ص٦٢ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص٢١٢ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص١٢٧ ، وقد وردت هذه القاعدة عندهم بلفظ "الأصل العدم " ، ابن عابدين حاشية رد المحتار، ج٢ ، ص٤٠٧ ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٦ ، ص٢٦ ، الشرييني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص١٥٥ .

(٣) شبير ، القواعد الكلية ، ص١٤٨ .

(٤) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص١١٧ .

(٥) علي حيدر ، درر الحكام ، ج٢ ، ص٢٦ .

(٦) البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٢ ، ص١١٠ .

(٧) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٦٢ .

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بقول النبي ﷺ : " إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكـل عليه أخرج منه شئاً أم لا ؟ فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً (١) .

وجه الدلالة: إن الأصل فيمن يدخل المسجد الطهارة ، وأن عدمها هي صفة طارئة ، والأصل في الصفات العارضة العدم ، وعليه فلا يخرج من المسجد حتى يدل دليل على وجود تلك الصفة العارضة ، وذلك بسماع صوت ، أو بوجود ريح .

من الأمثلة على القاعدة (٢):

١- لو ادعى المشتري وجود عيب في السلعة المشتراة ، وأنكر ذلك البائع فالقول قول البائع بيمينه ؛ لأنه متمسك بالأصلية ، وهي سلامة المبيع من العيوب ، وعلى مدعي العيب البينة (٣) ؛ لأن العيب صفة عارضة ، والأصل في الصفات العارضة العدم .

٢- إذا اختلف المضارب ، ورب المال في وجود الربح ، فالقول للمضارب ، وعلى صاحب المال البينة ؛ لأن الربح صفة عارضة ، والأصل عدمه (٤) .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

ذكر الفقهاء عدة استثناءات على القاعدة أهمها :

١- لو ادعى الزوج بعد موت زوجته ، أنه تصرف بمالها بإذنها ، وأنكر الورثة ذلك ، بل قالوا تصرفت بلا إذن فأنت ضامن ، فالقول للزوج بيمينه ، مع أن الإذن من الصفات العارضة ، والأصل فيها العدم (٥) .

٢- لو أراد الواهب الرجوع عن الهبة ، وادعى الموهوب تلف الهبة ، فالقول له بلا يمين، مع أن القول بتلف الهبة صفة عارضة ، فكان الواجب بمقتضى القاعدة أن يكون الموهوب مكلفاً بإثبات ذلك (٦) ، ولكن عدل عن هذا الأصل ؛ لأن الموهوب له يدعي تلف ماله ، والهبة بعد

(١) سبق تخريجه ، انظر: ص ١٤٥ من هذه الأطروحة .

(٢) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٦٢ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٢١٣ ، السيوطي الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ١٢٧ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٢٦ ، الباز ، شرح المجلة ، ص ٢٣ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ١١٨ ، الزرقا ، المدخل الفقهي ، ج ٢ ، ص ٩٨٣ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ١٣١ .

(٣) البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج ٢ ، ص ١١٠ .

(٤) الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٢١٣ .

(٥) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٢٧ ، الباز ، شرح المجلة ، ص ٢٣ .

(٦) الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ١٣٤ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٢٧ .

- قبضها دخلت في ملك الموهوب له ، والمرء مصدق فيما يخص ملكه الذي لا علاقة لأحد به (١).
- ٣- لو طلبت المرأة نفقة أولادها الصغار ، بعد أن فرضها القاضي لهم ، فادعى الأب أنه أنفق عليهم ، فالقول قوله مع اليمين ، مع أن الأصل عدم الإنفاق ، وهو أمر طارئ ، ولكنه يستثنى من القاعدة لأن العادة أن ينفق الأب على أولاده (٢) .
- ٤- لو اختلفا في هبة المهر فقالت الزوجة : وهبته لك بشرط أن تطلقني ، وقال الزوج بغير شرط ، فالقول قولها (٣) ، مع أن الشرط من العوارض والأصل عدمه .
- ٥- لو طلب المسروق منه رد العين المسروقة ، وادعى السارق استهلاك العين ، فالقول للسارق مع يمينه ، وعلى المسروق منه البينة ، مع أن الاستهلاك حالة عارضة ، إلا أن قول السارق قبل ؛ لأنه يدعي إجراء صادراً منه بالفعل ، والأصل أن المرء يصدق فيما يدعي أنه قد أجراه بنفسه(٤).

(١) شبير ، القواعد الكلية ، ص ١٤٩ .

(٢) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٦٢ .

(٣) الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ١٣٤ .

(٤) النووي ، روضة الطالبين ، ج ٥ ، ص ٢٨ ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص ٢٨٧ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القضاء الشرعي الأردني يأخذ بهذه القاعدة ، فقد جاء في كثير من القرارات الاستئنافية ، أن الأصل في الصفات العارضة العدم^(١)، ومن التطبيقات القضائية المبينة على هذه القاعدة ما يلي: أولاً: جعل البينة بينة الزوجة في إثبات الخلوة أو الدخول : ولذا كان اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في ذلك " بأن القول قول الزوج في عدم الدخول ، أو الخلوة ، لأن الأصل في الصفات العارضة العدم المادة (٩) من المجلة " (٢) ، فالدخول أو الخلوة عارضة والأصل عدمهما .

ثانياً: بينة الصحو مقدمة على بينة الدهش في الطلاق : ومن ذلك ما جاء في اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية : " أنه إذا ادعت المدعية صحو المدعى عليه حال الطلاق ، وادعى الدهش تكلف المدعية إثبات صحوه ، فإذا عجزت يكلف إثبات دهشه ، فإذا عجز يحلف يمين على عدم صحة ادعائها صحوه فيه ، وعلى وقوعه منه وهو مدهوش " (٣) ، وإنما قدمت بينة الدهش لأن الأصل في الإنسان السلامة ، والدهش وأمثاله طارئ عليه (٤) .

ثالثاً: بينة الصحة مقدمة على بينة المرض^(٥) ؛ لأن الأصل في الإنسان الصحة ، والمرض أمر طارئ .

رابعاً: بينة اليسار مقدمة على بينة الإعسار (٦) ، وهذا ما نصت عليه المادة (١٧٤) من قانون الأحوال الشخصية الأردني : " عند الاختلاف في اليسار ، و الإعسار ترجح بينة اليسار ، إلا في حالة ادعاء الإعسار الطارئ فترجح بينة مدعيه " .

(١) عمرو ، القرارات القضائية في أصول المحاكمات الشرعية ، ص٩٣ ، قرار رقم ، (١١٠٨١) ، هذا وقد نصت المادة (٩) من المجلة على: " أن الأصل في الصفات العارضة العدم" ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ص ٢٦ ، كما نصت المادة (٧٥) من القانون المدني الأردني، على أن: "الأصل في الأمور العارضة العدم".

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (١١٠٨١) ، تاريخ ١٩٦٠/٩/٢٦ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ٢ ، ص ٧٧١ .

(٣) المدهوش : هو الذي فقد تمييزه من غضب، أو وله وغيرهما ، فلا يدري ما يقول قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة (٨٨/فقرة ب) ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٣٧٨١٢) ، تاريخ ١٩٩٤/٩/١٧ م ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٨٥٨ .

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان، قرار رقم (٣٨٢٦٨)، تاريخ ١٩٩٤/٥/٣١ م ، المرجع السابق .

(٥) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان، قرار رقم (٤٠٧٧٤) تاريخ ١٩٩٦/٦/٢٤ م، المرجع السابق، ج ٢، ص ١٣٩ .

(٦) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (٨٩١٢) ، بينما تقدم بينة الإعسار الطارئ بعد أن يوضحه زمانا وسبباً، قرار رقم ، (٢٢٣٩٧) ، عمرو ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ص ٣٥١ .

القاعدة الرابعة:

الأصل إضافة الحادث^(١) إلى أقرب أوقاته^(٢) :

معنى القاعدة :

أنه إذا وقع اختلاف في زمن حدوث شيء ، فإنه ينسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال ، ولا يعدل عن هذه النسبة إلا بدليل ، وذلك لأن الخصمين اتفقا على حدوث الشيء وادعى أحدهما حدوثه في وقت ، والأخر ادعى حدوثه في وقت آخر قبل ذلك الوقت ، وعليه فإنهما قد اتفقا على أنه كان موجوداً في الوقت الأقرب ، وانفرد أحدهما بدعوى أنه كان موجوداً قبل ذلك ، مما يورث شكاً في صحة كلامه ، فيعمل بالوقت الأقرب لأنه يقين ، ويترك الوقت الأبعد لأنه شك^(٣) .

وهذه القاعدة هي فرع عن القاعدة الفقهية " اليقين لا يزول بالشك " ، ومن هنا فإنه يمكن أن يستدل على هذه القاعدة بما يلي :

- ١- قوله تعالى : ﴿ وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا ﴾^(٤) .
وجه الدلالة : أن الظن لا يقوى على معارضة الحق الثابت ، فحدوث الأمر في الزمن الأبعد مشكوك فيه ، فلا يقوى على إزالة الحق الثابت بحصول الأمر في الزمن الأقرب .
- ٢- قوله ﷺ : " إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثاً أم أربعاً فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم ... " ^(٥) .

(١) الحادث لغة : مصدر حدث حدثاً تجدد وجوده ، الفيومي ، المصباح المنير ، ص ١٧٠ .
اصطلاحاً : الشيء الذي كان غير موجود ثم وجد ، ، قلعه جي ، معجم لغة الفقهاء ، ص ١٧٢ .
(٢) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٦٤ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٢١٧ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ١٣٠ ، وهناك صيغ أخرى للقاعدة منها : " الحادث يحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات " ، " الحوادث يحال بحدوثها إلى أقرب الأوقات ، والأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن وغيرها ، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج ٥ ، ص ٧١ .
(٣) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ١٢٥ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ١٥٥ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ١٣٩ .
(٤) سورة يونس ، آية (٣٦) .
(٥) مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب السهو في الصلاة والسجود له ، ج ١ ، ص ٤٠٠ .

وجه الدلالة : فهذا الحديث يدل صراحة على طرح الشك والبناء على اليقين ^(١) .

٣- وقد نقل القرافي الإجماع على ذلك فقال : "فهذه قاعدة مجمع عليها وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه" ^(٢) .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي ^(٣) :

١- لو طلق رجل زوجته طلاقاً بائناً، ثم مات قبل أن تنقضي عدتها ، فادعت الزوجة أنه أبانها وهو في مرضه، فصار بذلك فاراً فترث منه ، وقال الورثة: أنه أبانها وهو في صحته فلم يكن فاراً فلا ترث ، فإن القول في ذلك قول الزوجة ، والبينة على الورثة لأن الزوجة تضيف الحادث وهو الطلاق ، إلى أقرب الأوقات من الحال وهو زمن المرض ^(٤) .

٢- لو مات رجل مسلم وله امرأة نصرانية ، فجاءت امرأته بعد موته مسلمة وقالت : أسلمت قبل موته فأنا وارثة منه ، وقال الورثة : إنك أسلمت بعد موته فلا ترثين منه لاختلاف دينكما عند موته ، فالقول للورثة والبينة على الزوجة ^(٥) .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

هذا وإن لهذه القاعدة مستثنيات كثيرة لأنها مقيدة في نظر الفقهاء بأن الحادث إنما

يضاف إلى أقرب أوقاته ما لم تؤد هذه الإضافة إلى نقض أمر ثابت ^(٦) ، ومن ذلك ما يلي :

١- إذا ادعت زوجة نصراني أن إسلامها وقع بعد وفاة زوجها وأن لها الحق في أن ترثه لكونها حين وفاته كانت على دينه ، وادعى الورثة أنها أسلمت قبل موت المورث ، فالقول للورثة ^(٧) ، مع أنه حسب القاعدة يجب أن يكون القول للزوجة ؛ لأن اعتناقها الدين الإسلامي أمر حادث والزوجة تدعي حدوثه في الوقت الأقرب ، وعلى الورثة أن يثبتوا خلاف الأصل ، والسبب في عدم جريان هذه القاعدة في مثل هذه الدعوى هو العمل بقاعدة الاستصحاب في

(١) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج ٣ ، ص ٩٥ .

(٢) القرافي ، الفروق ، ج ١ ، ص ٢٠١ .

(٣) الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٢١٧ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ١٣٠ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٢٨ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ٩٨٤ .

(٤) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ١٢٦ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ١٤٠ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ١٥٥ .

(٥) المراجع السابقة .

(٦) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ٩٨٥ .

(٧) منلا خسرو ، محمد بن فراموز ، (ت ٨٨٥ هـ / ٤٨٠ م) درر الحكام في شرح غرر الأحكام ، ج ٢ ، دار

إحياء الكتب العربية ، بيروت ، ج ٢ ، ص ٤١٧ .

هذه المسألة ، وإن اختلف الدين أي سبب الحرمان من الإرث هو موجود بالحال ، وبالاستصحاب المقلوب (١) ، تعتبر في الزمن السابق مسلمة أيضاً (٢) .

٢- ومنها : لو اشترى إنسان شيئاً ثم جاء ليرده على البائع بخيار الرؤية فقال البائع له : إنك رضيت بالمبيع بعدما رأيته فسقط خيارك ، وقال المشتري : رضيت به قبل أن أراه فلم يسقط خياري ، فالقول للمشتري (٣) ، وليس للبائع مع أنه بحسب هذه القاعدة يكون للبائع إلا أنه عدل عن ذلك لقاعدة أخرى ، وهي : "الأصل في الأمور العارضة عدم" ، فالرؤية أمر عارض والأصل عدمه ، فالأصل مع المشتري ، ولا تثبت الرؤية إلا بيقين أو بينة (٤) .

ويظهر من هذه الفروع وغيرها (٥) أن قاعدة إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته إذا تعارضت مع قاعدة "الأصل براءة الذمة" ، أو "الأصل بقاء ما كان على ما كان" ، أو "قاعدة الاستصحاب" ، فإنه يعدل عن العمل بهذه القاعدة ويعمل بهذه القواعد لأنهن أقوى منها (٦) .

(١) سبق أن أشرت إلى معنى الاستصحاب المقلوب ، انظر ص ٤٤ من هذه الأطروحة .

(٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٢٩ ، ولا يرد على هذا ما تقدم ذكره في المثال الأول للقاعدة من أن امرأة الميت ادعت أنه أبانها في مرض موته... ، فإن بينهما فرقا ، وذلك أن امرأة الذمي اعترفت باختلاف الدينين ، واختلاف الدينين مانع من الإرث ، ولا يجتمع معه في حال بيقين ، فتمسكها بالظاهر ، وهو إضافة إلى ما بعد الموت يلزم منه نقض ذلك اليقين الثابت ، وأما مسألة المباينة فعلى العكس ، لأن إرثها بسبب الزوجية ثابت بيقين والبيونة لا تجانب الإرث في جميع الأحوال بل تجتمع معه في حال دون حال ، فإن إبانة الزوج زوجته في مرض موته لا يمنع الزوجة من الإرث ، وهي إنما اعترفت بوجود البيونة التي لا تمنع من الإرث لحصولها في المرض ، وأما احتمال كون البيونة صدرت من الزوج في زمن الصحة الأبعد فليس إلا مجرد شك ، وإرثها بالزوجية ثابت بيقين فلا يزول بهذا الشك ، بل يبقى إلى أن يقوم دليل أقوى على خلافه ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ١٣٠ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) شبير ، القواعد الكلية ، ص ١٥٧ .

(٥) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ١٢٨ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ١٤٣ .

(٦) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ١٢٩ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

لقد نص قانون أصول المحاكمات الشرعية على أن الهبة في مرض الموت ^(١) من وظيفة المحاكم الشرعية النظر فيها ^(٢) ، والهبة في مرض الموت هي أهم تطبيق في القضاء الشرعي الأردني على قاعدة "الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته" وبيان ذلك على النحو التالي:

أولاً : لقد نصت المادة (١٧٦٦) من مجلة الأحكام العدلية على أنه : "ترجح بينة الصحة على بينة مرض الموت ، مثلاً إذا وهب أحد مالا لأحد الورثة ، ثم مات وادعى وارث آخر أنه وهبه في مرض موته ، وادعى الموهوب له أنه وهبه في حالة صحته ترجح بينة الموهوب له " ^(٣) .
وجاء في شرح هذه المادة : أما إذا عجز الطرفان عن إقامة البينة ، فالقول لمن ادعى مرض الموت ، لأن الأصل أن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته ^(٤) ، والمرض أقرب للموت من حالة الصحة ، فكان مدعيه متمسكا بالأصل ، فيصدق بيمينه ، أما مدعي الصحة ، فحيث كان مدعياً خلاف الأصل فلا يصدق إلا ببينة ^(٥) .

ثانياً : عمل محكمة الاستئناف الشرعية :

فقد نصت صراحة على أن بينة الصحة مقدمة على بينة المرض عملاً بالمادة (١٧٦٦) من المجلة ^(٦) .

(١) مرض الموت : هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ، ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة ، فإن امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة ، أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ، القانون المدني الأردني ، المادة (٥٤٣ / الفقرة ١) ، والمادة (١٥٩٥) من المجلة.

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٢/الفقرة ١٣) .

(٣) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٥٣٨ .

(٤) مجلة الأحكام العدلية ، المادة (١١) .

(٥) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٥٣٨ ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ٢ ، ص ١٣٠٢ .

(٦) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٤٠٧٧٤) ، تاريخ ٢٤/٦/١٩٩٦ م ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ١٣٠٩ .

القاعدة الخامسة:

العادة (١) مُحْكَمَةٌ (٢) (٣) :

معنى القاعدة :

إن العادة عامة كانت أو خاصة تُجعل حكماً لإثبات حكم شرعي ، لم ينص على خلافه بخصوصه (٤) ، فإليها يرجع تحديد المراد من بعض الألفاظ الشرعية (٥) ، وبناء الأحكام الشرعية للقضايا التي لم يرد فيها نص شرعي (٦) ، وتجديد بناء الأحكام الشرعية ، وتعديلها مما هو مبني أصلاً على العادات ، والأعراف (٧) .

(١) العادة لغة : مأخوذة من العود فيقال: عاد عوداً وعادةً ، وسميت بذلك لأن صاحبها يعاودها أي يرجع إليها مرة بعد مرة ، ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ج ٤ ، ص ١٨١ .

وفي اصطلاح الفقهاء : العادة ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول العلائي ، المجموع المذهب ، ج ١ ، ص ١٣٧ .

(٢) محكمة : المحكَّمة : في اللغة اسم مفعول من التحكم ، وهو مأخوذ من الحكم ، وأصله المنع ، انظر: ص ٣٦ من هذه الأطروحة ، ويقصد بها هنا أن العادة هي: المرجع للفصل عند التنازع ، البورنو ، محمد ، (١٩٩٦م) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الإسلامي ، ط ٤ ، ٤ ، ام ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ص ٢٧٣ .

(٣) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٩٣ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٢٩٥ ، السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٥٠ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ١٩٣ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٤٤ ، المحاسني ، شرح المجلة ، ج ١ ، ص ٦١ ، الحصري ، القواعد ، ج ١ ، ص ٣٥٧ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٢١٩ .

(٤) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٢٩٥ ، باز ، شرح المجلة ، ص ٣٤ .

(٥) السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٥١ ، وفي ذلك يقول ابن تيمية: " كل اسم ليس له حد في اللغة ولا في الشرع فالمرجع إلى العرف " ، ابن تيمية ، نقي الدين أحمد بن عبد الحلیم ، (٧٢٨هـ / ١٤٢٣م) مجموعة الفتاوى ، ط ٢٠٢م ، دار الوفاء ، المنصورة ، ٢٠٠١م ، ج ٧ ، ص ٤٠ ، ويقول ابن بدران : " وحاصله أي العرف أن كل فعل رتب عليه ولا مناط له في الشرع ولا في اللغة " ، ابن بدران ، المدخل ، ج ١ ، ص ٣٩٨ .

(٦) ومن ذلك مثلاً القراض (المضاربة) فقد جاء في نيل الأوطار ما نصه : " كل أبواب الفقه فلها أصل من الكتاب والسنة حاشا القراض ، فما وجدنا له أصلاً فيهما البتة ، ولكنه إجماع صحيح مجرد والذي يقطع به أنه كان في عصر النبي ﷺ فعلم به وأقره " ، الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ٣٦٥ .

(٧) شبير ، القواعد الكلية ، ص ٢٤٤ ، انظر : تقسيمات العرف ، المرجع السابق .

هذه القاعدة هي إحدى القواعد الخمس الكبرى^(١)، التي يبني عليها الفقه الإسلامي ، وقد تفرع عنها عدة قواعد فقهية ذكرها الفقهاء^(٢) ، وتكمن أهمية هذه القاعدة في أنها تعد مظهراً من مظاهر التيسير على الناس ، ورفع الحرج عنهم ؛ لأنها تدعو إلى اعتبار ما ألفه الناس وتعودوا عليه واستقر في نفوسهم ، والله تبارك وتعالى يقول : ﴿ وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾^(٣).

ويمكن الاستدلال لهذه القاعدة بما يلي^(٤) :

أولاً : القرآن الكريم :

- ١- قوله تعالى : ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾^(٥) .
وجه الدلالة: أنها تدل على اعتبار العرف ، وفي ذلك يقول ابن القيم - رحمه الله - : "قد أوجبت الشريعة الرجوع إليه (أي العرف) عند الاختلاف في الدعاوى"^(٦) .
- ٢- قوله تعالى : ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْفُلُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَّا آتَاهَا ﴾^(٧) .

وجه الدلالة : إن الإنفاق ليس له تقدير محدد ولكنه يترك للعرف والعادة .

ثانياً : السنة :

- ١- حديث عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة قالت : يا رسول الله: إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال:

(١) هذا وقد وردت القاعدة بعدة صيغ أهمها: "العادة تجعل حكماً إذا لم يوجد التصريح بخلافها" ، "والعادة تنزل منزلة اللفظ" ، "والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" ، "وغيرها ، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج ٦ ، ص ٣٣٧ .

(٢) منها : "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم" ، "والحقيقة تترك بدلالة العادة" ، "والكتاب كالخطاب" ، "الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان" ، "والممتنع عادة كالممتنع حقيقة" ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ٢٥٠ .

(٣) سورة الحج آية (٧٨) .

(٤) العبد اللطيف ، عبد الرحمن بن صالح (٢٠٠٣م) القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير ، ط ١ ، ص ٢ ، الجامعة الإسلامية ، المدينة المنورة ، ج ١ ، ص ٣٠١ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ٢٣٤ .

(٥) سورة الأعراف ، آية (١٩٩) .

(٦) ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ٨٩ .

(٧) سورة الطلاق ، آية (٧) .

خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف" (١) .

وجه الدلالة : فهو يدل على اعتبار العرف في تحديد النفقة ، والمراد بالمعروف القدر الذي عرف بالعادة أنه كفاية (٢) .

٢- حديث حمنة بنت جحش (٣) رضي الله عنها ، التي كانت تستحاض فسألت النبي ﷺ عن صلاتها وصيامها وقد جاء فيه ، "... وكذلك فافعلي كما تحيض النساء ، وكما يطهرن لميقات حيضهن وطهرهن" (٤) .

وجه الدلالة: فهو واضح الدلالة على اعتبار العادة فيما لا تحديد فيه فقد أحالها رسول الله ﷺ في تحديد ذلك إلى عادة النساء (٥) .

ثالثاً : الآثار :

ما روي عن ابن مسعود ﷺ قال : ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن (٦) . وهذا الأثر اعتبره كثير من العلماء هو أصل للقاعدة السابقة "العادة محكمة" (٧) ، ومن العلماء من أعطاه حكم المرفوع ؛ لأنه لا مدخل للرأي فيه (٨) .

رابعاً : المعقول :

وفي ذلك يقول الشاطبي - رحمه الله - : " العوائد الجارية ضرورة الاعتبار شرعاً ، كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية ، أي سواء كانت مقررة بالدليل شرعاً أمراً ، أو نهياً ، أو إذنًا أم لا ، أما المقررة بالدليل فأمرها ظاهر ، وأما غيرها فلا يستقيم

(١) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب النفقات ، باب على الوارث مثل ذلك ، ج ٥ ، ص ٢٠٥٤ ، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الأقضية ، باب قضية هند ، ج ٣ ، ص ١٣٣٨ . **واللفظ لهما .**

(٢) الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج ٧ ، ص ١٢٣ .

(٣) هي حمنة بنت جحش الأسدية - رضي الله عنها - أخت زينب بنت جحش أم المؤمنين رضي الله عنها ، وكانت حمنة زوجة عبد الرحمن بن عوف ، ولها هجرة رضي الله عنهم جميعاً ، الذهبي ، سير أعلام النبلاء ، ج ٢ ، ص ٢١٥ .

(٤) البيهقي ، سنن البيهقي ، كتاب الطهارة ، باب المبتدئة لا تميز بين الدم ، ج ١ ، ص ٣٣٨ ، الحاكم ، مستدرک على الصحيحين ، وقال : **حديث صحيح** ، ج ١ ، ص ٢٧٩ ، أحمد ، مسند أحمد ، ج ٦ ، ص ٢٨٩ ، **واللفظ لهم .**

(٥) العبد اللطيف ، القواعد الفقهية ، ج ١ ، ص ٣٠٥ .

(٦) سبق تخريجه ، انظر : ص ١٢٥ من هذه الأطروحة .

(٧) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٩٣ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ١٩٣ .

(٨) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٢١٩ .

إقامة التكليف إلا بذلك، فالعادة جرت بأن الزجر سبب الإنكفاف عن المخالفة، كقوله تعالى :
 ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾^(١) ، فلو لم تعتبر العادة شرعاً لم ينحتم القصاص ، ولم يشرع إذ يكون
 شرعاً لغير فائدة ، وذلك مردود بقوله : ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾^(٢) .
 من خلال ما سبق يتضح أن المسلم مأمور باعتبار العادة والرجوع إليها ، ولكنها ليست
 دليلاً مستقلاً من أدلة الشريعة الإسلامية ، من قرآن ، أو سنة ، وإنما ترد إليهما لاعتبارها ،
 وبناء الأحكام الشرعية عليها ، ولهذا قرر الفقهاء لاعتبارها عدة شروط وهي^(٣) :
 أولاً : أن لا تخالف العادة نصاً من كتاب ، أو سنة ، أو أصل قطعي في الشريعة الإسلامية^(٤) ،
 كأن يتعارف الناس على التعامل بالربا ، فهذا العرف باطل^(٥) .
 ثانياً : أن تكون العادة مطردة أو غالبية ، بحيث يكون العمل فيها مستمراً في جميع الحالات أو
 قل في أغلبها^(٦) ، فلا يضير العادة شيء إن تخلفت في بعض الوقائع القليلة النادرة^(٧) .
 ثالثاً : أن تكون العادة موجودة عند إنشاء التصرف وسابقة عليه ، وإلا فلا تعتبر^(٨) .
 الرابع : أن لا تعارض العادة شرطاً للعاقدين أو أحدهما بعدم العمل بها^(٩) ، فلو كان العرف
 مثلاً جارياً على أن يدفع المستأجر أجرة البيت مقدماً في أول كل شهر ، فاتفقا على دفع الأجرة
 في آخر الشهر جاز .

(١) سورة البقرة ، آية (١٧٩) .

(٢) الشاطبي ، الموافقات ، ج ٢ ، ص ٥٧٣ ، وما بعدها .

(٣) الحصري ، القواعد ، ج ١ ، ص ٣٥٧ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ٢٤٥ .

(٤) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٩٤ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٢٩٧ ، حيث قالوا : "

وإنما العرف غير معتبر في المنصوص عليه" ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٤٤ .

(٥) شبير ، القواعد الكلية ، ص ٢٤٥ .

(٦) وفي ذلك يقول السيوطي : "إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإن اضطربت فلا" السيوطي ، الأشباه والنظائر ،

ج ١ ، ص ٢٠١ ، ابن نجيم الأشباه والنظائر ، ص ٩٤ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٥٠ .

(٧) وفي ذلك يقول الشاطبي : "إذا كانت العوائد معتبرة شرعاً فلا يقدح في اعتبارها انخراقها ما بقيت عادة على

الجملة" ، الشاطبي ، الموافقات ، ج ٢ ، ص ٥٧٥ .

(٨) وفي ذلك يقول السيوطي : "العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر" ،

السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢١٦ .

(٩) وفي ذلك يقول العز بن عبد السلام : "كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق

مقصود العقد صح" ، العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، ج ٢ ، ص ١٥٨ .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي (١) :

- ١- لو عمل شخص عند آخر عملاً، ولم يتفقا على الأجرة ، ينظر فإذا كان العامل يعمل بالأجرة عادة ، يجبر صاحب العمل على دفع أجرة المثل له ، عملاً بالعرف والعادة وإلا فلا (٢).
 - ٢- امرأة لم يسم لها مهر ، كان لها مهر مثلها ، فإن حدث أن مثلها في البلد قد بولغ في مهرها دون غيرها، فإنه لا يقاس عليها ، ولكن يقاس على ما جرت به العادة في أمثالها ، وكذلك يجري هذا في تجهيزها وسكنائها ، وغير ذلك من الحقوق التي كان ينبغي أن ينص عليها (٣) .
- الاستثناءات الواردة على القاعدة :**

استثنى بعض الفقهاء المسائل التي تخرج عن القاعدة وأهمها :

- ١- خروج بعض المسائل في الأيمان عن قاعدة العرف عند بعض الفقهاء ، منها :
 - لو حلف أن لا يأكل لحماً ، حنث بأكل لحم الخنزير والآدمي ، ولكن الفتوى على خلافه .
 - لو حلف أن لا يركب حيواناً ، يحنث بالركوب على الإنسان ، لتناول اللفظ مع أن العرف لا يتناوله (٤) .
- ٢- الصناعات الجارية عادتهم بالعمل بالأجرة لا يستحقون شيئاً من المال ما لم يشترطوا ذلك على الأصح ، فلو دفع شخص ثوباً إلى خياط ليخيطه ، أو جلس بين يدي حلاق فحلق رأسه ، فإن كلا منهما لا يستحق أجراً ما لم يشترط ذلك (٥) .
- ٣- عدم صحة بيع المعاطاة (٦) ، وإن جرت العادة بقبوله .

(١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر ص ٩٣ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٢٩٥ ، السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٥١ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ١٩٤ ، ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٢٢١ ، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج ٦ ، ص ٣٣٨ .

(٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٥١ ، باز ، شرح المجلة ، ص ٣٤ .

(٣) إسماعيل ، القواعد الفقهية ، ص ١٥٤ .

(٤) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٩٨ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٣٠٥ .

(٥) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٢٠ ، الزركشي ، المنثور ، ج ٢ ، ص ٣٥٦ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٢٢٢ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٢٧٦ .

(٦) المعاطاة : من عطوت الشيء تناولته قال الجوهري: المعاطاة السناولة ، البعلي ، المطلع ، ص ٢٢٨ ، وهي صورة من صور البيع لا صيغة فيها بحيث يتفقا على ثمن ومثمن من غير إيجاب ولا قبول وقد جرت العادة بعد الشافعي بفعل المعاطاة ورجح النووي تحكيم العرف في ذلك ، النووي ، روضة الطالبين ، ج ٣ ، ص ٣٣٦ ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص ٣ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

الأصل في القضاء الشرعي الأردني الالتزام بالنصوص الشرعية ، والقوانين المنصوص عليها الواجبة التطبيق ، عندما تعرض مسألة معينة على المحاكم الشرعية التابعة له، فإذا انعدم النص الواجب التطبيق ، فإن القضاء الشرعي يلجأ إلى الأخذ بالعرف والعادة ، وهذا يدل على أن القضاء الشرعي ، يحرص كل الحرص على التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم ، وذلك بمراعاة ما ألفوه وتعودوا عليه ، ومن ذلك ما جاء صراحة في بعض القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف الشرعية ومنها : "يعمل بالعرف وتطبق العادة عندما ينعدم النص الشرعي" ^(١) ، ومن أهم التطبيقات القضائية على هذه القاعدة ما يلي:

أولاً : قانون أصول المحاكمات الشرعية : قد اعتمد المستندات العرفية ^(٢)، ولكنه أجاز الطعن بها بالإنكار والتزوير .

ثانياً : القضاء الشرعي الأردني ، قد اعتمد القرائن العرفية من المرجحات لدى القضاء ، ومن ذلك اختلاف الزوجين في أمتعة البيت ^(٣).

(١) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٦١٣٥) ، تاريخ ٢٢/١٠/١٩٦٩م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ١ ، ص ٣٩٣ ، هذا وقد نصت المادة (٣٦) من المجلة على أن: "العادة محكمة" ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ، ص ٤٤ ، وكذلك نص القانون المدني الأردني في المادة (٢٢٠ / الفقرة الأولى) على أن : " العادة محكمة عامة كانت أو خاصة " ، وذكر في مواد أخرى القواعد المتعلقة بالعرف ، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ص ٢٤١ ، ٢٤٢ .

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٧٧) ، ومن الأمثلة على ذلك ، محكمة الاستئناف الشرعية عمان ، قرار رقم (١١٣١٥) ، تاريخ ٨/٢/١٩٦١م ، حيث جاء فيه: " أن ما ورد في دفترالتاجر المتوفى بخطه ملزم له كالإقرار الشفاهي عملاً بالمادة (٦٠٨) من المجلة إلا أنه لا بد من إثبات أن الدفتر دفتره والخط المدون فيه خطه ، ثم تحليف المدعي الذي ادعى الدين على تركة المتوفى بيمين الاستظهار" وجاء في قرار رقم (١٣٤١٧) تاريخ ١٣/٧/١٩٦٢م ، "دين على تركة لا يقبل في إثباته دفتر المدعي الدائن لنفسه" ، داود ، أصول المحاكمات الشرعية ، ج ٢ ص ٥٨٠ ، ٥٨١ .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (٩٢٠٩) ، تاريخ ٣١/٣/١٩٥٦ م ، حيث جاء : " إذا اختلفت الزوجة مع ورثة الزوج في الأمتعة الصالحة لكل من الزوج والزوجة ، فإن بينة ورثة الزوج هي الراجعة ، فإن عجزوا عن إثبات أن الأمتعة المدعى بها ملك مورثهم ، تكلف الزوجة بإثبات دعواها أنها ملكها ، وإذا عجزت فإن اليمين لمن هو في الحياة منهما وهي الزوجة هنا ، عملاً بالمادة (١٧٧١) من المجلة " ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ١٤١ ، محمود حمزه ، الطريقة الواضحة إلى البينة الراجعة ، ص ٦٧ .

ثالثاً : قانون الأحوال الشخصية الأردني: قد اعتمد في كثير من أحكامه على العرف ، أذكر منها على سبيل المثال لا الحصر :

١- **المهر** : فقد نصت المادة (٤٤) من القانون على أن : "المهر مهران ، مسمى : وهو الذي يسميه الطرفان حين العقد ، قليلاً كان أو كثيراً ، ومهر المثل وهو : مهر مثل الزوجة وأقرانها من أقارب أبيها ، وإذا لم يوجد أمثال من قبل أبيها ، فمن مثيلاتها وأقرانها من أهل بلدتها^(١) ، أي أن المعتبر في تحديد مهر المثل هو ما تعارف عليه أهلها ، أو أهل بلدتها .

٢- **المتعة**^(٢) : فقد نصت المادة (٥٥) من القانون على أنه: " إذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر وقبل الدخول ، والخلوة الصحيحة ، فعندئذ تجب المتعة والمتعة تعين حسب العرف والعادة، بحسب حال الزوج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل"^(٣) ، فهذه المادة نص صريح في الاعتماد على العرف والعادة في تحديد المتعة .

٣- **نفقة الزوجة وخدمتها وأجرة علاجها** : حيث نصت المادة (٦٦ / فقره أ) على أن : "نفقة الزوجة تشمل الطعام، والكسوة ، والسكنى ، والتطبيب بالقدر المعروف ، وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خدم"^(٤) .

ونصت المادة (٧٨) من القانون على أن أجرة القابلة والطبيب الذي يستحضر لأجل الولادة عند الحاجة إليه ، وثمان العلاج ، والنفقات التي تستلزمها الولادة على الزوج بالقدر المعروف ، حسب حاله سواء كانت الزوجية قائمة أم غير قائمة^(٥) .

٤- **وقوع الطلاق** : حيث نصت المادة (٩٥) من القانون على أن : "الطلاق يقع بالألفاظ الصريحة ، وما أشتهر استعماله عرفاً دون الحاجة إلى نية"^(٦) .

(١) عمرو ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ص ٣٢٥ ، قرار رقم (٢٥٣٢١) حيث جاء فيه : "إذا وقع العقد على المرأة فاسداً فلها الأقل من المهرين المسمى والمثل إن تم الدخول" .

(٢) المتعة هي : " ما يدفعه الزوج للزوجة إذا حصل التفريق بينهم بسبب من الزوج ، كالطلاق ... ، وغيره و أما إذا حصلت الفرقة من الزوجة فلا متعة لها" ، السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ص ٢٨٠ .
(٣) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٥٥) .

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم (٢١٤٢٥) ، تاريخ ١٩٨٠/٥/٢٢ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ج ٢ ، ص ١١٣٤ .

(٥) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم (٩٠٥٧) ، تاريخ ١٩٥٢/٢/١١ م ، المرجع السابق ، ج ٢ ص ١١٠٣ .

(٦) الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم (١٣١٢٩) تاريخ ١٩٩٤/١/٢٧ م، حيث جاء فيه: " إذا قصد الزوج من قوله لزوجته (حارمة عليّ) ، وكانت طالقة حسب العرف يقع الطلاق " ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٧٨٥ .

القاعدة السادسة:

الضرر^(١) يزال^(٢) (٣) :

معنى القاعدة :

هذه القاعدة من جوامع الأحكام ، وهي أساس لمنع وقوع الفعل الضار على النفس والغير ، وهي تعبر عن وجوب رفع الضرر ، وترميم آثاره بعد الوقوع ، لأن الضرر ظلم، وغدر ، والواجب عدم إيقاعه ، وإقرار الظالم على ظلمه حرام ، وممنوع أيضاً فيجب إزالته^(٤) والله تبارك وتعالى يقول : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾^(٥) ، ولا شك أن إزالة المنكر والضرر تعاون على البر والتقوى التي أمر الله بها .

وهذه القاعدة من القواعد الخمس الكبرى ، التي اتفق الفقهاء عليها ، ينبني عليها كثير من أبواب الفقه^(٦) ، كما يتفرع عنها قواعد فقهية منها: " الضرورات تبيح المحظورات " وما أبيح للضرورة يقدر بقدرها " ، " والضرر لا يزال بالضرر " ، " إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما " ، " ودرء المفاسد أولى من جلب المصالح " ، " وتصرف الإنسان في خالص

(١) الضرر لغة : مأخوذة من ضر، وهو خلاف النفع ، ابن فارس معجم مقاييس اللغة ، ج ٣ ، ص ٣٦٠ . وفي الاصطلاح : " الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس ، أو الغير تعدياً ، أو تعسفاً ، أو إهمالاً " ، موافي ، أحمد (١٩٩٧ م) ، الضرر في الفقه الإسلامي ، ط ١ ، ٢ ، دار ابن عوف ، المملكة العربية السعودية ص ٩٧ .

(٢) يزال : من زال يزول زوالاً ، وهي في اللغة تعني: تنحي الشيء عن مكانه ، ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ج ٣ ، ص ٣٨ ، في الاصطلاح: الإزالة والتنحية والإذهاب ، قلعه جي ، معجم لغة الفقهاء ، ص ٥٦ .

(٣) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٥٨ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٢٧٤ ، السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٤١ ، العلائي ، المجموع المذهب ، ج ١ ، ص ١٢ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ١٦٥ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٣٧ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ١٧٩ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ٩٩٣ .

(٤) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٣٧ ، باز ، شرح المجلة ، ص ٢٩ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ٩٩٣ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ١٦٥ .

(٥) سورة الطلاق ، آية (٦) .

(٦) وذكر منها : "الرد بالعيب، وجميع أنواع الخيار ، الحجر بأنواعه، والشفعة، والقصاص، والحدود ، والكفارات والقسمة ، ونصب الأئمة والقضاة " ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ١٦٦ ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٨٥ .

حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره " (١) ، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أهمية هذه القاعدة ، واتساعها لتشمل أبواباً كثيرة من الفقه .

وأصل هذه القاعدة هو قول النبي ﷺ : " لا ضرر ولا ضرار " (٢) .

حيث نص الحديث على نفي الضرر والضرار (٣) ، وعدم جواز إلحاقهما بالغير ، وأن من يفعل ذلك فإنه يتحمل تبعات ذلك من حيث إزالة الضرر ، وجبر الآثار المترتبة عليه .
ومما ينبغي ذكره أن الفقهاء وضعوا شروطاً عدة لإعمال قاعدة الضرر يزال أهمها :

أولاً : أن يكون الضرر محققاً :

اتفق الفقهاء على أنه يشترط في الضرر الذي تبني عليه الأحكام أن يكون محققاً (٤) ، في الحال ، أو في المستقبل ، فلا تبني الأحكام على ضرر موهوم ، أو نادر الحصول عملاً بقاعدة "لا عبرة للتوهم" المتفرعة عن قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" (٥) ، فلا يقال مثلاً أن كثرة إنجاب النسل يترتب عليه ضرر بالغ في الاقتصاد الوطني فهذا ضرر موهوم (٦) ، لأن الله تعالى أودع في الأرض من الكنوز والموارد ما يكفي حاجة الإنسان ومتطلباته إذا أحسن استغلالها ، وراقب الله فيها . قال تعالى : ﴿ وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْقُرَىٰ آمَنُوا وَاتَّقَوْا لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَاتٍ مِّنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ وَلَكِن كَذَّبُوا فَأَخَذْنَاهُم بِمَا كَانُوا يَكْسِبُونَ ﴾ (٧) .

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر و ص ٨٥ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ١٦٨ .

(٢) البيهقي ، سنن البيهقي الكبرى ، باب لا ضرار ولا ضرار ، ج ٦ ، ص ٩ ، الحاكم ، المستدرک علی الصحیحین ، وقال : **حديث صحيح** الإسناد علی شرط مسلم ، ج ٢ ، ص ٦٦ ، **واللفظ لهما** .

(٣) اختلف العلماء في الفرق بين الضرر والضرار ، فقيل الضرر فعل الواحد ، والضرار فعل الاثنين فصاعداً ، وقيل : الضرر الذي لك به منفعة وعلى جارك فيه مضرة ، والضرار الذي ليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة ، وقيل هما بمعنى واحد ، القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج ٨ ، ص ٢٥٤ ، العلائی ، المجموع المذهب ، ج ١ ، ص ١٢٢ ، الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ٣٨٧ .

(٤) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ، ص ٣٢١ ، الحطاب ، مواهب الجليل ، ج ٤ ، ص ٢٦٧ ، الشرييني ، مغني المحتاج ، ج ٤ ، ص ٢٣٨ ، ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ، ص ٣٢٤ ، ابن جزري ، القوانين الفقهية ، ص ٢٢٤ ،

(٥) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٥٦ .

(٦) موافي ، الضرر في الفقه الإسلامي ، ج ٢ ، ص ٨٢٣ .

(٧) سورة الأعراف آية (٩٦) .

ثانياً : أن يكون الضرر فاحشاً (١) :

إن الضرر الذي تجب إزالته هو الذي يلحق بالآخرين ضرراً فاحشاً لا يمكن تحمله، ولذا قال شارح المجلة : " بأن هذا الحديث (لا ضرر ولا ضرار) ، عامٌ مخصوص ؛ لأنه لا يتضمن نفي كل ضرر ، حيث توجد أضرار كثيرة ، لا يكلف الباعث لها برفعها ، وذلك إذا طبخ أحد في بيته أطعمته ، وكانت رائحتها تنتشر إلى جيرانه فتضرروا من ذلك ، ولا سيما المرضى منهم فلا يمنع ذلك الشخص من طبخ طعامه للضرر المذكور ، وعليه فإن الضرر الذي يجب أن يزال ما كان فاحشاً ، أما ما كان يسيراً فيغتفر (٢) .

من الأمثلة على القاعدة (٣) :

١- وجوب نصب الإمام الأعظم ، ونوابه من الأمراء والقضاة ؛ لأن المقصود الأعظم بنصيبهم دفع الظلم عن الضعفاء ، والأخذ على أيدي الجناة والمعتدين ، وإيصال الحقوق إلى مستحقيها في المحاكمات (٤).

٢- ومنها إيجاب الزكوات في أموال الأغنياء ، لدفع ضرر الحاجة عن الفقراء ، فأوجب الشارع في الأموال ما تسد به خلتهم .

٣- إذا أراد المدين أن يسافر فراراً من دائته فللقاضي أن يمنعه من السفر .

٤- إذا سلط شخص ميزاب بيته على الطريق العام ، بحيث يضر بالمارة فإنه يزال ، وكذلك إذا تعدى على الطريق العام ، ببناء ، أو حفر ، فإنه يزال ، ويضمن ما ألحقه من أضرار (٥) .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن قاعدة "الضرر يزال" ، يرد عليها ببعض الضوابط الفقهية، التي تشكل بحد ذاتها قواعد فقهية ، ومن أهم هذه الضوابط ما يلي :

(١) ومن الشروط أيضاً: أن يكون الضرر بغير حق ، وأن يكون مخالفاً بمصلحة مشروعة ، أو بمصلحة

مستحقة للمتضرر بأي وجه من وجوه الاستحقاق ، موافق ، الضرر في الفقه الإسلامي ، ج ٢ ، ص ٤٤٩ .

(٢) السرخسي ، المبسوط ، ج ٢ ، ص ٢٢ ، ابن مفلح ، المبدع ، ج ٦ ، ص ٢٧٧ ، ابن قدامة ، المغني ، ج ١ ، ص ١٥٢ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٣ ، ص ٢١٨ .

(٣) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٨٥ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٢٧٤ ، السبكي ،

الأشباه والنظائر و ج ١ ، ص ٤١ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ١٦٦ ، الزرقا ، المدخل

الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ٩٩٣ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ١٧٩ ، الزحيلي ، القواعد

الفقهية ، ص ١٩٨ .

(٤) العلائي ، المجموع المذهب ، ج ١ ، ص ١٢٤ .

(٥) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ٩٩٣ .

الأول : الضرر لا يزال بضرر مثله ^(١) ، وعليه فلا يجوز للإنسان أن يدفع الغرق عن أرضه ، بإغراق أرض غيره ، ولا أن يحفظ ماله بإتلاف مال غيره ، كما لا يجوز للمضطر أن يتناول طعام مضطر آخر ^(٢) ، وذلك لأن رفع الضرر في الصور السابقة ، يؤدي إلى الوقوع في ضرر آخر ، والواجب على المسلم إزالة الضرر عن نفسه ، دون أن يضر بغيره .

الثاني : إذا تعارضت مفسدتان ، روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما ، ومن ذلك جواز السكوت عن إنكار المنكرات ، إذا كان يترتب على إنكارها ضرر أعظم ، ومنها جواز شق بطن المرأة الميتة ، لإخراج الجنين ، إذا كانت ترجى حياته ، ومنها جواز رمي الكفار إذا تترسوا بالنساء والصبيان ، أو بأسرى المسلمين ^(٣) .

الثالث: الضرر يرتكب في حالة الضرورة ، فالأصل أن الضرر يزال ، ولكن عند الضرورة قد يرتكب الضرر ؛ لأن "الضرورات تبيح المحظورات" ، ومن ذلك مثلاً : جواز أكل الميتة عند المخمصة ، وذلك لأنه إن لم يأكل لمات ، فالمحظور: أكل الميتة ، والضرورة إن لم يأكل لمات، والموت أعظم من الحرمة ؛ لأنه قتل نفس ، ولذلك أباحت الضرورة المحظور ^(٤) ، وفي ذلك يقول تعالى : ﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ ^(٥) .

(١) وفي ذلك يقول السبكي : "الضرر يزال أي يزال ولكن لا بضرر، فشأنهما شأن الأخص مع الأعم و في الحقيقة بل هم سواء ؛ لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق الضرر يزال" ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٤١ .

(٢) الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٢٠٣ .

(٣) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٨٩ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ١٨٣ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ٩٩٥ .

(٤) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٨٥ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ١٦٨ ، ص ١٨٨ .

(٥) سورة البقرة ، آية (١٧٣) .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

لعل هذه القاعدة ، من أكثر القواعد تطبيقاً ، في القضاء الشرعي الأردني ، وذلك لأن القضاء الشرعي حريص كل الحرص على رفع الضرر الواقع على أي كان ، وفي جميع القضايا التي تعرض على المحاكم الشرعية التابعة له ، ولذا جاء النص صراحة في القضاء الشرعي الأردني على أن "الضرر يزال" ^(١) ، ومن أهم التطبيقات القضائية على القاعدة ما يلي:

أولاً : قانون أصول المحاكمات الشرعية :

١- الحجر على السفه : وذلك لأن السفه لا يحسن التصرف بأمواله ، الأمر الذي يترتب عليه الإضرار بالورثة ، ولأن الضرر يزال ، أجاز القانون الحجر على السفه ^(٢) .

٢- القانون شرع طرقاً عدة للطعن بالأحكام القضائية ^(٣) ، وذلك لإتاحة الفرصة لمن يعتقد أنه متضرر ، وتطبيق عليه الشروط المنصوص عليها ، أن يطعن بالحكم الصادر ضده لدى الجهات المختصة محاولة منه لرفع الضرر الذي وقع عليه ، وهذه الفرصة التي أتاحتها القضاء الشرعي الأردني تطبيق لقاعدة "الضرر يزال" ، وعليه فيفسخ الحكم ، أو يعدل ، إذا ثبت وقوع ضرر بغير وجه حق على من طعن بالحكم .

ثانياً : قانون الأحوال الشخصية الأردني :

القانون قد وضع أحكاماً يمكن تعليلها ، على أساس أن الضرر يزال منها مثلاً:

١- المرأة إن زوجت نفسها من غير كفاءٍ ، فللولي مراجعة القاضي بطلب فسخ النكاح ^(٤) ،

(١) محكمة الاستئناف الشرعية ، اربد ، قرار رقم (٢٥٦) ، تاريخ ٢٠٠٤/٤/٦م ، هذا وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على ذلك في المادة (٢) على أن : "الضرر يزال" ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٣٧ كما نصت المادة (٦٢) من القانون المدني الأردني على أنه: "لا ضرر ولا ضرار والضرر يزال" المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ج١ ، ص٨٠ .

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية المادة (١٠) ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٠١١٤) ، تاريخ ١٩٧٨/٥/٣٠م ، وجاء فيه : "أن المستأنف أقرض أناساً مبالغ كبيرة بلا سبب ولا موجب ، وأخذ ينفق ثمن أرضه بلا تدبير ولا مصلحة ، وطُلب لذلك الحجر عليه لحفظ أمواله من الضياع" ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ص٤٤٣ .

(٣) من هذه الطرق: الاعتراض على الحكم الغيابي ، واعتراض الغير ، والاستئناف ، وإعادة المحاكمة الظاهر ، التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ، ص٩٦ ، ٩٨ ، ١٠٧ ، ١١٣ .

(٤) قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (٢٢) ، مع ملاحظة أن عدم الكفاءة يوجب فسخ النكاح قبل الحمل لا بعده ولذا نصت المادة (٢٣) : "للقاضي عند طلب فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج ما لم تحمل الزوجة من فراشه أما بعد الحمل فلا يفسخ النكاح" .

وذلك لأن وليها يتضرر من زواجها من غير كفاءٍ ، ويعبر بذلك ، ولذا فإن القضاء الشرعي الأردني ، أجاز للولي طلب فسخ النكاح لإزالة الضرر .

٢- منع إسكان الضرائر في دار واحدة^(١) ، وذلك لأن اجتماعهن في بيت واحد يؤدي إلى وقوع الضرر بهن وبغيرهن .

٣- بقاء الزوجين على الزواج الباطل والفاقد ممنوع^(٢) ، لأن بقاءهما يؤدي إلى ضرر بهما وبأولادهما .

٤- القانون أجاز صوراً كثيرة للتفريق بين الزوجين منها: التفريق للغيبة والضرر^(٣) ، والتفريق للشقاق والنزاع^(٤) ، والتفريق للعجز عن دفع النفقة^(٥) ، والتفريق

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٤٠) ، حيث نصت : "على من له أكثر من زوجة أن يعدل ويساوي بينهم في المعاملة ، وليس له إسكانهن في دار واحدة إلا برضاهن" .

(٢) المرجع السابق، المادة (٤٣) حيث نصت : "بقاء الزوجين على الزواج الباطل أو الفاسد ممنوع ، فإذا لم يفترقا يفرق القاضي بينهما عند ثبوت ذلك بالمحاكمة باسم الحق العام الشرعي ، ولا تسمع دعوى فساد الزواج بسبب صغر السن إذا ولدت الزوجة ، أو كانت حاملاً ، أو كان الطرفان حين إقامة الدعوى حائزين على شروط الأهلية" .

(٣) المرجع السابق ، المادة (١٢٣) حيث نصت : "إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها أو هجره لها سنة فأكثر بلا عذر مقبول ، وكان معروف محل الإقامة ، جاز لزوجته أن تطلب من القاضي تطليقها بائناً ، إذا تضررت من بعده عنها ، أو هجره لها ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه" ، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار تطبيق المواد (١٢٤ ، ١٢٥) من القانون ، الظاهر ، التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ، ص ١٥٣ ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال لشخصية ، ج ١ ، ص ٢٢٣-٢٥٠ .

(٤) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٣٢) حيث نصت : "إذا ظهر نزاع وشقاق بين زوجين فلكل منهما أن يطلب التفريق ، إذا ادعى إضرار الآخر به قولاً أو فعلاً ، بحيث لا يمكن مع هذا الإضرار استمرار الحياة الزوجية ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ٢٥١-٣٠٤ .

(٥) قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (١٢٧) حيث نصت : " إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بعد الحكم عليه بنفقتها ، فإن كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه ، نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله ، وإن لم يكن له مال ، ولم يقل أنه معسر ، أو موسر ، أو قال أنه موسر ولكنه أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال ، وإذا ادعى العجز فإن لم يثبت طلق عليه حالاً ، وإن أثبت أمهله مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر ، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك" ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ٣٠٥-٣٢٣ .

للعييب^(١) ، والتفريق بسبب السجن^(٢) ، ولعل جميع هذه الحالات من التفريق مبناها على أساس أن الضرر ي زال ، وذلك أن ضرراً في جميع الحالات السابقة قد وقع على الزوجة أو على الزوج ، وجاء القضاء الشرعي الأردني ، لكي يرفع هذا الضرر، فجوز صور التفريق السابقة وفق شروط معينة حددها.

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١١٣) حيث نصت: "للمرأة السالمة من كل عيب يحول دون الدخول بها، أن تراجع القاضي وتطلب منه التفريق بينها وبين زوجها، إذا علمت أن فيه علة تحول دون بنائه بها ، كالعنة والخصا ، ولا يُسمع طلب المرأة التي فيها عيب من العيوب كالرتق والقرن " ، مع ملاحظة أحكام المواد (١١٤ ، ١٢٢) ، الظاهر ، التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ، ص١٤٩ ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٣٢٩-٣٤١ .

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٣٠) حيث نصت : " لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية لمدة ثلاث سنوات فأكثر ، أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته التطلاق عليه بائناً ، ولو كان له مال يستطيع الإنفاق منه" ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٣٢٥-٣٢٨ .

القاعدة السابعة :

مراجعة الحق خير ^(١) من التماذي في الباطل ^(٢) :

معنى القاعدة :

إنها توجب على القاضي ، الرجوع إلى الحق متى ظهرت أماراته؛ لأن الحق أحق أن يتبع ، وهذا الأمر ليس في القاضي خاصة ، بل هو في كل من تبين له وجه الحق في أمر من أمور الدين ، كالواعظ ، والمفتي ، والقاضي ، في ذلك سواء ، فإذا تبين له أنه زل فليظهر رجوعه عن ذلك ، فزلة العالم سبب لفتنة الناس ، ولكن هذا في حق القاضي أوجب لأن القضاء ملزم ^(٣) .

وأصل القاعدة هذه هو كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري والذي جاء فيه : " ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم ، فراجعت فيه رأيك ، فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق ، فإن الحق قديم لا يبطله شيء ، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل " ^(٤) .

وجه الدلالة : فهذا نص صريح يوجب ضرورة الرجوع إلى الحق، فإن الرجوع

إلى الحق خير من التماذي في الباطل الذي بان خطؤه.

وبالنظر إلى أصل القضاء وأحكامه نرى أن هذه القاعدة جاءت استثناءً على الأصل المعتمد في باب القضاء ، وهو أنه لا يصح رجوع القاضي عن قضاؤه ، فلو قال : رجعت عن قضائي، أو أبطلت حكمي لم يصح ، والقضاء ماض ^(٥) ، وذلك ليكتسب الحكم القضائي صفة الاستقرار والثبات ^(٦) ، إلا أن الفقهاء قد استثنوا من هذا الأصل عدة مسائل ^(٧) منها : إذا

(١) جاء في الأشباه والنظائر، للسيوطي : "أن أفعل التفضيل ليس على بابه ، لأن التماذي في الباطل لا خير فيه" ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٣١ ، ولكني أرى أنها قد تفهم على أنها تفضيل من حيث أن للقاضي مصلحة باستمرار الحكم الأول ، وعدم نقضه حفظاً لماء وجهه أمام الخصوم ، وعدم سقوط هيئته ، وازدراء الناس به ، ولكن هذه المصلحة لا تساوي شيئاً أمام مصلحة الرجوع إلى الحق .

(٢) السيوطي : الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٣١ .

(٣) "لأنه كما قيل إن زل العالم زل بزلته العالم" ، السرخسي ، محمد بن أحمد ، (ت ٤٩٠ هـ / ١٠٩٦ م) ، المبسوط ، ١٦ م ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٩٣ م ، ج ١٦ ، ص ٦٢ .

(٤) انظر : ص ٥٣ من هذه الأطروحة .

(٥) الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ٢ ، ص ٣٩١ ، ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٤٢٣ .

(٦) أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٤٢٢ .

(٧) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ٢٣٥ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ٢ ، ص ٣٩١ .

ظهر للقاضي أنه أخطأ في حكمه ، وهنا لا بد من التفريق بين أمرين :

الأول : إذا كان الخطأ في الحكم ، بسبب مخالفة لنص من الكتاب ، أو السنة الصحيحة ، أو الإجماع ، أو القياس الجلي^(١) ، فإنه ينقض قضاؤه بلا خلاف بين العلماء^(٢) ؛ لأنه مفرط في حكمه غير معذور فيه فوجب نقضه^(٣) ، لقوله تعالى : ﴿ وَأَنَّ أَحْكُمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾^(٤) .

الثاني : أما إذا كان الخطأ ، نتيجة تغير اجتهاد القاضي ، بمعنى أنه عندما أصدر حكمه كان يراه هو الأصوب من وجهة نظره ، وبعد فترة تغير اجتهاده لإطلاعه على مسائل جديدة لم يطلع عليها مسبقاً ، فرأى أن رأيه الأول خطأ ، والثاني هو الأصح ، فهنا اختلف الفقهاء في رجوع القاضي عن حكمه إلى قولين^(٥) :

القول الأول : يرى عدم جواز الرجوع عن الحكم في هذه الحالة ، ولكنه يستأنف الحكم في المستقبل بما توصل إليه اجتهاده الجديد ، وبه قال جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(٦) .

القول الثاني: يرى أن على القاضي ، أن ينقض جميع ما بان له خطؤه من الأحكام ؛ أي أنه إذا

(١) بخلاف القياس الخفي ، وهو ما لا يبعد فيه تأثير الفارق ، فلا ينقض الحكم المخالف له ؛ لأن الظنون المتعادلة لو نقض بعضها ببعض ، لما استمر حكم ، ولشق الأمر على الناس ، الأنصاري ، فتح الوهاب شرح منهج الطلاب ، ج ٢ ، ص ٣٧٠ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ط ٢٣٦٠ .

(٢) نظام ، الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٣٣٧ ، السرخسي ، المبسوط ، ج ١٦ ، ص ٦٢ ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص ٣٢٠ ، القرافي ، الفروق ، ج ٤ ، ص ٩٧ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ٦٣ الهيثمي ، تحفة المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٦٥ ، الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد ، (ت ٥٠٥ هـ / ١١١١ م) ، الوسيط في المذهب ، ط ، م٧ ، (تحقيق : أحمد محمود / محمد تامر) ، دار السلام ، القاهرة ، ١٤١٧ هـ ، ج ٧ ، ص ٣٠٧ ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ، ص ٥٣٥ ، القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ، ص ٦٠٥ .

(٣) الشيرازي ، المذهب ، ج ٢ ، ص ٢٩٧ .

(٤) سورة المائدة ، آية (٤٩) .

(٥) بينما نقل صاحب كتاب (رحمة الأمة) الإجماع على عدم نقض الأول ، وهذا غير صحيح ، عبد الرحمن دمشقي ، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ، ص ٣٢٩ .

(٦) منلا خسرو ، درر الحكام في شرح غرر الأحكام ، ج ٢ ، ص ٤٠٩ ، نظام ، الفتاوى الهندية ، ج ٢ ، ص ٣٣٧ ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٣٣٥ ، الحطاب ، مواهب الجليل ، ج ٦ ، ص ٣٨٦ .

حكم بحكم ورأى أنه أخطأ فعليه أن يرجع عنه ، وإن كان مما يجتهد به (١) ، وبه قال ابن القاسم من المالكية (٢) ، والظاهرية (٣) .

أدلة الفريقين :

أولاً : استدلت أصحاب القول الأول بما يلي :

١- ما روي عن النبي ﷺ أنه كان يقضي بالقضاء ، ثم ينزل القرآن بغير الذي قضى به ، فلا يرد قضاؤه ويستأنف (٤) .

وجه الدلالة : يدل هذا الحديث على أن القاضي إذا قضى في حادثة باجتهاده ، ثم

رأى خلاف ما قضى به ، لم ينقض ما مضى من القضاء ، لكنه يستأنف الحكم في المستقبل (٥) .

٢- بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى في المسألة المشتركة (٦) ، بحكم لم يشرك فيه بين الإخوة لأم ، والإخوة الأشقاء ، ثم شرك بينهم بعد ، وقال : تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا (٧) .

(١) ابن عبد الرفيق ، معين الحكام ، ج ٢ ، ص ٦٣٩ ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٤٢٣ .

(٢) والراجح عند المالكية ، أن القاضي لا يرجع عن حكمه ؛ لأنه لو كان له نقض هذا الرأي لجاز له فسخ الثاني والثالث ، ولا يقف على حد ، ولا يثق أحد بما قضى له به ، وذلك ضرر شديد ، هذا إذا ما زال القاضي في منصبه ، ما إذا عزل أو مات لم ينقض بلا خلاف عندهم ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ٦٥ .

(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ، ص ٤٣٠ .

(٤) ابن ، أبي شيبة ، المصنف في الأحاديث والآثار ، ج ٦ ، ص ١٤ ، ومثاله ما حصل في أسرى بدر .
وهنا أمر لا بد من الإشارة إليه ، وهو أنه ثمة فرق بين ما كان يفعله الرسول ﷺ وبين القاضي إذا قضى برأيه في حادثة ، ثم وجد نصاً بخلافه ، فإنه ينقض ما حكم به ، والرسول ﷺ كان يحكم برأيه ثم ينزل القرآن بخلافه فلا ينقضه ، وذلك لأن النص كان موجوداً حال ما اجتهد القاضي ، لكنه لم يقف عليه فلم يكن المحل محل الاجتهاد ، وكل اجتهاد وقع في غير محله لا يصح ، وليس كذلك الرسول ﷺ حين اجتهد فإنه لم يكن هناك نص ، فكان الاجتهاد واقعاً في محله فنفذ ، إنما النص حادث بعد ذلك فافترقا ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص ٣٢٧ .

(٥) المرجع السابق ، ص ٣٢٦ .

(٦) سبقت الإشارة إلى هذه المسألة ص ٩٢ من هذه الأطروحة .

(٧) ابن قدامة ، عبد الله بن أحمد ، (ت ٦٣٠هـ / ١٢٣٢م) ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ط ٥ ، ص ٤ ، (تحقيق: زهير الشاويش) ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٨م ، ج ٤ ، ص ٤٥١ .

وجه الدلالة : أنه لم يرد الحكم الأول ؛ لأنه يؤدي إلى نقض الحكم بمثله ، فأثبت للواقعة الأولى حكمها ، واستأنف الحكم الجديد في المسألة الثانية (١) .

٣- استدلوا بالمعقول فقالوا : لا مزية لأحد الاجتهادين على الآخر ، ولكن الأول تأبّد باتصال القضاء به فلا ينقض باجتهاد لم يتأبّد به ؛ لأنه دونه ، والقضاء حق الشرع يجب صيانتة ، ومن صيانتة ، أن يلزم ولا يعترض عليه (٢) .

ثانياً: استدل أصحاب القول الثاني : بكتاب سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري " فإن الحقّ قديم لا يبطله شيء ، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل " (٣) .

وجه الدلالة : فيه توجيه إلى أبي موسى الأشعري ، بضرورة الرجوع إلى الحق في كل حكم ، بان فيه خطؤه ، وهذا عام في كل حكم ، سواء أخالف نصاً ، أم إجماعاً أم قياساً ، أم تغيير اجتهاد القاضي .

المناقشة والترجيح :

يتضح لنا من خلال ما سبق ، أن أساس استدلال كل من الفريقين ما ورد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، غير أن ما استدل به الفريق الثاني ، من رسالة عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، إلى أبي موسى الأشعري عام ، بينما ما استدل به الفريق الأول ، من قضائه بالمسألة المشتركة خاص ، وهو نص في المسألة ، ولذا فإن الجمع بين الأدلة أولى من أخذ بعضها ، والإعراض عن البعض الآخر إذا كان ذلك ممكناً ، وعليه فإنه يمكن حمل رسالة عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري ، على كل حكم خالف نصاً من كتاب ، أو سنة ، أو إجماعاً ، أو قياساً جلياً ولذا سماه بالباطل ، بينما قوله : " تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا " ، يحمل على مسألة تغيير اجتهاد القاضي ، والله أعلم .

(١) وقد استدلوا أيضاً بما روي عن القاضي شريح : " أنه كان يقضي بالقضاء ثم يرجع عنه فيقضي بخلاف قضاءه " ، وشريح كان قاضياً في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما وأن ما فعله كان بعلمهما ، فيكون الموقوف عليه في ذلك كالمرفوع إليهما ، والله أعلم ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص ٣٢٧ .

- كما بوّب البيهقي في سننه الكبرى ذلك بقوله : " باب من اجتهد من الحكام ثم تغير اجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد لم يرد ما قضى به استدلالاً فيما مضى في خطأ القبلة في كتاب الصلاة " ، البيهقي ، السنن الكبرى ، ج ١٠ ، ص ١٢٠ .

(٢) منلا خسرو ، درر الحكام في شرح غرر الأحكام ، ج ٢ ، ص ٤٠٩ .

(٣) انظر : ص ١٧١ من هذه الأطروحة .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي :

- ١- لو قضى قاضٍ ، بحل الوطاء بمجرد العقد في مطلقة الثلاث ، فهنا يجب على القاضي الرجوع عن هذا الحكم لمخالفته النص والإجماع ^(١) .
- ٢- لو أن قاضياً ، حكم في ميراث الجد مع الإخوة ، بحجبه بالإخوة ، ثم تغير اجتهاده وترجح لديه فيما بعد أن الأولى أن يجعله عصبية معهم ^(٢) ، فإنه لا ينقض قضاؤه الأول بل هذه على ما قضى ، وهذه على ما قضى .
- ٣- لو أن قاضياً حكم بأن على المرأة التي توفي عنها زوجها أن تعتد ثلاثة أشهر فقط ، فإن هذا الحكم ينقض لمخالفته النص الصريح من كتاب الله الذي يوجب على المرأة في هذه الحالة أن تعتد أربعة أشهر وعشر أيام .

(١) منلا خسرو ، درر الحكام في شرح غرر الأحكام ، ج ٢ ، ص ٤٠٩ .

(٢) انظر: آراء الفقهاء في مسألة ميراث الجد ، درادكه ، ياسين أحمد ، (١٩٨٦م) ، الميراث في الشريعة

الإسلامية ، ط ٣ ، ١م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ص ١٧٩ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

لا شك أن القضاء الشرعي الأردني ، حريص كل الحرص على إحقاق الحق ، وإيصال الحقوق إلى أصحابها ، وهذا يوجب على القائمين على هذا النظام توخي الدقة في تطبيق المواد الواجبة التطبيق ، عند إصدار الأحكام القضائية ، ويمكن ملاحظة تطبيق هذه القاعدة من خلال ما يلي :

أولاً: إن القضاء الشرعي الأردني ، قد قسم المحاكم الشرعية إلى قسمين ^(١) :

القسم الأول : المحاكم البدائية ، وهي منتشرة في جميع مناطق المملكة .

القسم الثاني :محاكم الاستئناف الشرعية ، وهي موجودة في عمان ، واربد والقدس ، ومحاكم الاستئناف الشرعية ، لا تعتبر درجة ثانية للتقاضي ، وإنما هي محاكم رقابة على تطبيق القانون ، والأحكام الشرعية بالنسبة للقضايا التي تنظرها المحاكم البدائية الشرعية ^(٢) ، وما هذا إلا تطبيق عملي لقاعدة "مراجعة الحق خير من التمادي في الباطل" ، فمحاكم الاستئناف الشرعية إذن تحاول تصحيح الأخطاء التي وقعت فيها المحاكم البدائية ، وتعيد القضايا التي جانبت الحق وتستحق بذلك الفسخ ، إلى المحكمة البدائية التي أصدرتها ، لتقوم هذه المحكمة البدائية بإجراء الإيجاب الشرعي حسب الأصول .

ثانياً: إن القضاء الشرعي الأردني، قد اعتبر كل الأحكام التي تصدرها المحاكم البدائية الشرعية تخضع للاستئناف^(٣)،ولكن الاستئناف يقسم بحسب نوع الحكم الذي تتعلق به الدعوى إلى قسمين:
الأول: الاستئناف الجوازي : وهو يشمل جميع الأحكام ، حيث يجوز للخصوم أن يتقدموا بطلب استئناف الأحكام ، أو القرارات التي تخصهم أمام محكمة الاستئناف ^(٤) .

الثاني : الاستئناف الإجباري : فقد أوجب قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني ، على

(١) أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص ٨٣ .

(٢) المرجع السابق ، ص ١١٠ .

(٣) وأعني بالأحكام هنا ما يصدر بالفصل في موضوع الدعوى، فهذه تستأنف استقلالا ، أما القرارات ، وهي ما يصدره القاضي ، ولا يعد فاصلا في موضوع الدعوى ، فيخضع للاستئناف ولكن لا يُستأنف القرار مستقلا ، إلا بعد صدور الحكم من المحكمة الابتدائية ، فترفع إلى الاستئناف ، ويستأنف القرار مع الحكم الصادر في الدعوى، ومن الأمثلة على ذلك قرار المحكمة بعدم سماع دفع الدعوى أو بتكليف المدعي بإثبات ما يدعيه ، المرجع السابق ، قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المواد المتعلقة بالاستئناف من المادة ١٣٥ - ١٥٢ .

(٤) أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص ٢١٨ .

المحاكم الشرعية البدائية ، أن ترفع إلى محكمة الاستئناف الشرعية الأحكام الصادرة على القاصرين ، وفاقدي الأهلية ، وعلى الوقف ، وبيت المال ، وأحكام فسخ النكاح ، والتفريق ، والطلاق ، والرضاع المانع للزوجية ، والإمهال للعنة ، والجنون ، وغير ذلك مما يتعلق به حق الله تعالى ، وأحكام الدية لتدقيقها ، وذلك بعد مضي ثلاثين يوماً ، من صدور الحكم ، ويشترط في ذلك أن لا يكون الخصوم قد استأنفوا هذه الأحكام خلال المدة المعينة ، وفصلت محكمة الاستئناف في موضوعها^(١) .

وهذا إن دل على شئ فإنما يدل على حرص القضاء الشرعي الأردني على الوصول إلى الحق ، ومراجعة أحكام المحاكم البدائية الشرعية ، لا سيما المتعلقة منها بحقوق الله سبحانه وتعالى لضمان صدور الحكم على الوجه الشرعي الصحيح .

ثالثاً: القضاء الشرعي الأردني قد اعتبر الخطأ الذي قد يصدر من القاضي^(٢) ، على درجات وخوّل في كل درجة صلاحية الرجوع عن الخطأ إلى الجهة المختصة على النحو التالي :

الأولى: أخطاء تقع من القاضي ، كالأخطاء الكتابية ، أو الحسابية ، فهذا النوع أجاز قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني ، للمحكمة في كل وقت أن تصحح من تلقاء نفسها وبناءً على طلب أحد الخصمين ، الأغلاط الكتابية ، أو الحسابية التي تقع في الأحكام والقرارات عن طريق السهو المحض^(٣) ، فمراجعة الحق هنا من صلاحية القاضي نفسه ، أو المحكمة .

الثانية: أخطاء تقع من القاضي ، ولكنها لا تؤثر على الحكم من حيث النتيجة ، فهي أخطاء شكلية على محكمة الاستئناف الشرعية ، أن تصحح مثل هذه الأخطاء وتلفت نظر المحكمة البدائية ، إلى عدم تكرار ذلك في المستقبل^(٤) .

(١) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١٣٨) .

(٢) القضاء الشرعي الأردني يقرر أن صلاحية القاضي بالنسبة إلى الواقعة المعروضة عليه ، تنتهي بمجرد إصدار القاضي الحكم حسب الأصول ، وبالتالي فإن القاضي لا يملك الرجوع عن الأخطاء الواردة في الحكم ، إلا ما نصت عليه المادة (١٥٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، وما سوى ذلك تكون صلاحية تصحيح الأخطاء إلى محكمة الاستئناف الشرعية حسب الأصول .

(٣) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١٥٨) .

(٤) المرجع السابق ، المادة (٤٦/ الفقرة الثانية) ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٥٧٤٨٢) ، تاريخ ٢٠٠٤/٤/١٣ م ، " وفيه خطأ نحوي حيث قامت محكمة الاستئناف بتصحيحه ، ولفت انتباه المحكمة إلى عدم الوقوع في مثله " ، وكذلك قرار رقم (٥٨٩١٤) ، تاريخ ٢٠٠٣/٩/٢٩ م .

الثالثة : أخطاء تقع من القاضي ، وتؤدي إلى فسخ الحكم المستأنف ، كله أو بعضه ، فإذا كانت القضية صالحة للفصل ، تكمل محكمة الاستئناف المحاكمة من الجهة التي فسخت الحكم بسببها ، وتتم الإجراءات ، ومن ثم تحكم في القضية ، أو تعدل حكم المحكمة الابتدائية ، دون أن تعيد القضية إلى المحكمة ^(١) ، فمراجعة الحق في الدرجة الثانية ، والثالثة من صلاحيات محكمة الاستئناف الشرعية .

الرابعة : أخطاء تقع من القاضي وتوجب فسخ الحكم ، وإعادة القضية إلى المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم ، ويكون هذا في حالتين ^(٢) :

الأولى : إذا كانت النواقص ، والأخطاء الواقعة في إجراءات القضية مما لا يمكن تداركه بالإصلاح .

الثانية : إذا كان الحكم في حد ذاته مخالفاً للوجه الشرعي والقانوني ^(٣) .

فمراجعة الحق هنا من صلاحية القاضي الذي أصدر الحكم ، ولكن ربما يثار هنا تساؤل وهو: ما موقف القضاء الشرعي الأردني ، في حالة إصرار القاضي على موقفه بعد أن فسخ الحكم من قبل محكمة الاستئناف الشرعية ؟

للإجابة على هذا التساؤل أقول : في حالة إصرار القاضي في المحكمة الشرعية على قراره ، واستئناف الحكم ثانية ، تدقق محكمة الاستئناف فيه ، وتصدر قرارها ، إما بتأييد الحكم ، أو فسخه ، وفي الحالة الأخيرة لمحكمة الاستئناف رؤية القضية مرافعة ، أو إعادتها للمحكمة ليرأها قاض آخر انتداباً ^(٤) ، وهذا من قبيل حرص القضاء الشرعي على الرجوع إلى الحق .

(١) إلا إذا كانت هنالك أسباب ضرورية، أو كان القرار المستأنف مما ورد في المادة (١٣٧) من القانون، قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١٤٨) .

(٢) المرجع السابق ، المادة (١٤٦) الفقرة الثالثة () .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٣٦٣٧) ، تاريخ ١٩٨٣/٣/٣١م ، "حيث كان اجتهاد المحكمة الابتدائية بعدم الوظيفة ، وكان هذا الاجتهاد غير صحيح ، ومخالفاً للوجه الشرعي ، والأصول القانونية، فتقرر فسخه وإعادته لإجراء الإيجاب" ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ١ ، ص ٣٩ .

(٤) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١٤٩/١٤٩) فقره ب) ، محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم (١٦٩٦٣) ، تاريخ ١٩٧٩/٢/١٩م "حيث أصر قاضي المحكمة الشرعية الابتدائية على رد دعوى المستأنفة من طلب أجور المستشفى والعلاج التي تدعي أنها أنفقتها بسبب الولادة ٠٠٠ ، بينما قررت المحكمة الاستئنافية الشرعية فسخ الحكم المستأنف والكتابة إلى سماحة قاضي القضاة لانتداب قاض آخر =

رابعاً: ترى محكمة الاستئناف الشرعية ، أن مراجعة الحق خير من التماذي في الباطل ، وذلك في حالتين :

الأولى : إذا رأت محكمة الاستئناف الشرعية أن المسألة الفقهية ، أو القانونية التي يبني عليها الفصل في أية قضية مستأنفة ، قد سبق صدور أحكام استئنافية بشأنها يخالف بعضها البعض^(١) .
الثانية : إذا رأت محكمة الاستئناف العدول عن إتباع مبدأ تقرر في أحكام سابقة^(٢) ، وفي كلا

= لرؤية الدعوى ، وفصلها حسب الوجه الشرعي ، والأصول وفقاً للمادتين (١٤٩) من قانون أصول المحاكمات الشرعية و(١٠) قانون تشكيل المحاكم الشرعية ٠٠٠ ، " ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص ١١١٥ ومن القرارات التي حكمت فيها محكمة الاستئناف مباشرة بعد إصرار المحكمة الشرعية على رأيها قرار رقم (١٩٥٥٧) تاريخ ١٩٧٧/٨/٣ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص ٨٩٣ .

(١) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١٥٠) ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار خماسي ، رقم (٣٨٧٣٠) ، تاريخ ١٩٩٥/٤/١٦ م ، حيث جاء فيه : "إن اعتبار الزوجية من الأعدار الشرعية المانعة لسريان مرور الزمن ، وبالرجوع إلى قرارات محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، المتعلقة بهذا الموضوع نجد أنها متناقضة ، فقد جاء في قرار رقم (٢١٥٥١) ، تاريخ ١٩٨٠/٧/٣٠ م ، "يتضمن تصديق الحكم برد دعوى طلب توابع المهر لمرور الزمن ، ولم يعتبر قيام الزوجة عدراً شرعياً قاطعاً له " ، بينما جاء في القرار رقم (٣٣٠٧٣) تاريخ ١٩٩١/٦/١٩ م ، " المتضمن تصديق حكم المحكمة الابتدائية برد دفع مرور الزمن في دعوى طلب جهاز ؛ لأن قيام الزوجية من الأعدار المانعة لسريان مرور الزمن على الحقوق المالية ، وكذا قرار رقم (٣٧٤٢٠) تاريخ ١٩٩٤/٦/٢١ م ، ولذا وعملاً بالمادة (١٥٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، فقد تقرر عقد محكمة الاستئناف الشرعية المؤلفة من خمسة قضاة لاستعراض هذه القرارات الاستئنافية ، والدعوى المستأنفة ، والنصوص المعتمدة في المسألة ، لاتخاذ مبدأ واحد في الموضوع ورسم الطريق والنهج الواجب إتباعه فيما ذكر ، وبعد المناقشة والإطلاع على المواد والقرارات المتعلقة بالموضوع ، خرجت محكمة الاستئناف بما يلي : فإن هذه المحكمة الاستئنافية الخماسية ، وبناء على ما تقدم ، تقرر أن ما ورد في القرار رقم (٣٣٠٧٣) ورقم (٣٧٤٢٠) المذكورين هو الصواب والواجب الإتباع ، وهو أن الزوجية تعتبر عدراً شرعياً يوقف مرور الزمن وينقطع حال قيامها بين الزوجين ، ولا يمنع مرور الزمن من سماع الدعوى بينهما في المطالبة بالحق " ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص ١٠٠٩ .

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١٥٠) ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار خماسي ، رقم (٢٠٠٨٥) ، تاريخ ١٩٧٨/٥/٢ م ، حيث جاء فيه : " إن المادة (١٣٨) ، من قانون أصول المحاكمات الشرعية تنص على ما يلي " ترفع المحاكم البدائية إلى محكمة الاستئناف الشرعية الأحكام الصادرة على القاصرين وفاقد الأهلية " ، فقد كان المبدأ المقرر أن الأحكام التي تكون لصالح القاصرين أو عليهم خاضعة للتدقيق =

الحالتين تتعقد هيئة المحكمة من خمسة قضاة (١) .

خامساً: القضاء الشرعي الأردني قد شرع طرقاً للطعن بالأحكام مثل الاعتراض على الحكم الغيابي ، واعتراض الغير ، وإعادة المحاكمة، وهذا تأكيد من القضاء الشرعي للرجوع إلى الحق ، وتدارك الأخطاء إن وجدت في الأحكام القضائية الصادرة عن محاكمها .

= استئنافاً دون استئنافه من الخصوم، وعلى هذا جاء اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية، عمان، في قرارها رقم (١٨٦٦٧)، ولكن هل معنى المادة (١٣٨) السابقة تشمل الأحكام التي تكون على القاصرين وضدهم، أما الأحكام التي تكون للقاصرين ولمصلحتهم فلا تشملها هذه المادة، أم أن جميع الأحكام المتعلقة بالقاصرين سواء كانت لهم أم عليهم خاضعة للتدقيق من قبل المحكمة الاستئنافية كالقرار المشار إليه رقم (١٨٦٦٧) ، ولمعرفة الرأي الذي يجب اعتماده للسير بمقتضاه في هذه الدعوى وأمثالها سلباً أو إيجاباً من أجل ذلك فقد تقرر تشكيل محكمة من خمسة قضاة وفقاً للمادة (١٥٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، للنظر في الحكم الابتدائي المرفوع وإعطاء الرأي الواضح، ورسم السبيل، والنهج الذي يجب السير عليه في مثل هذه الأحكام، وبعد المناقشة استقر رأي المحكمة الاستئنافية الخماسية على أن المادة (١٣٨) المذكورة تشمل فقط الأحكام التي تكون على القاصرين ولغير مصلحتهم ، ولذا تقرر العدول عن رأيها السابق في المادة (١٣٨) من شمولها ، بجميع أحكام القاصرين لهم أو عليهم ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ١ ، ص ٦٨ ، وكذلك انظر: محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان، قرار خماسي، رقم (٣٨٣٢٦) تاريخ ١٦/١/١٩٩٥ م، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ٢ ص ١٠٩٨ .

(١) الأصل : إن هيئة محكمة الاستئناف الشرعية تتعقد من رئيس وعضوين في الأحوال العادية ، ولكن في مثل الحالتين السابقتين تتكون هيئة المحكمة من خمسة قضاة ، قانون تشكيل المحاكم الشرعية المادة (٢١ / فقره ب) .

القاعدة الثامنة : الحق لا يسقط بتقادم (١) الزمان (٢) :

معنى القاعدة :

إن حقوق العباد إذا ثبتت فإنها، لا تسقط بمضي المدة وتقادم الزمان ، ما دام هناك من يطالب بها ، وعليه فإن ذمة المطالب بالحق لا تبرأ ، إلا بالأداء ، أو الإبراء (٣) .
ومستند هذه القاعدة بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: "لا يبطل حق إمريء مسلم وإن قدم" (٤).

وجه الدلالة :

الحديث واضح الدلالة، على عدم سقوط الحق وبطلانه ، مهما طال الزمان وتقادم وهذا يتمشى مع الأصل العام في الشريعة الإسلامية ، من أن الحق باق لا يسقط بعد ثبوته (٥) في ذمة المطالب ، والتي تبقى مشغولة به إلى يوم القيامة ما لم يسقط بالأداء أو الإبراء ، وإلا كان أكلا لأموال الناس بالباطل، وقد نهى الله تبارك وتعالى عن ذلك بقوله: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ (٦).

هذا ومع أن الحق لا يسقط بمضي المدة ، إلا أن لولي الأمر منع القضاة من سماع الدعوى (٧) ، في بعض الحالات بعد مدة محددة معلومة ، ومع أن الحق

(١) التقادم لغة: من قدم ، والقدم مصدر القديم وهو نقيض الحديث ، ابن منظور، لسان العرب ، ج١٢ ، ص٤٦٥ .
أما اصطلاحاً : فقد عرفه الزرقا : " انقضاء زمن معين على حق في ذمة إنسان ، أو على عين لغيره في يده دون أن يطالب صاحبهما ، وهو قادر على المطالبة ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج١ ، ص٢٤٣ ،
أما من الناحية القانونية : فقد نصت المادة (٤٤٩) من القانون المدني الأردني : " على أنه لا ينقضي الحق بمرور الزمان ، لكن لا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة بدون عذر شرعي مع مراعاة ما ورد فيه من أحكام خاصة " .

(٢) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٢٢٢ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٢ ، ص٣٣٧ .

(٣) البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٥ ، ص١٣١ .

(٤) بحثت عنه مطولاً في كتب الحديث فلم أجده ، كما أكد ذلك كثير من الباحثين في هذا الموضوع .

(٥) حشيش ، صلاح عوده ، (١٩٩٢م) أحكام التقادم في الشريعة الإسلامية ، ام ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، كلية الدراسات العليا ، بإشراف الدكتور العبد خليل أبو عيد ، ص١٥٧ .

(٦) سورة البقرة ، آية (١٨٨) .

(٧) منع القضاة مبني على أحد أمرين :

الأول : حكم اجتهادي نص عليه الفقهاء ، وهو ما يرجع تحديد المدة فيه إلى اجتهاد الفقهاء ، وقد اختلفوا في تحديد هذه المدة على ثلاثة أقوال ، الأول : ثلاثون سنة ، والثاني : ثلاث وثلاثون سنة ، والثالث : ست وثلاثون سنة ، وعليه فإن الدعوى بعد هذه المدة لا تسمع ما لم يوجد مانع شرعي يمنع من إقامتها =

لا يسقط بتقادم الزمان ، إلا أن وجه هذا المنع هو: تلافي التزوير، والتحايل ، لأن ترك الدعوى زماناً مع التمكن من إقامتها ، يدل على عدم الحق ظاهراً ، وعدم سماع الدعوى بعد المدة المحددة ، ليس مبنياً على سقوط الحق في ذاته ، وإنما هو مجرد منع القضاة عن سماع الدعوى، مع بقاء الحق لصاحبه حتى لو أقر الخصم يلزمه ، ولو كان التقادم مسقطاً للحق لم يلزمه (١) .

و يمكن تقسيم الحقوق من حيث كونها موضعاً للحيازة أم لا إلى قسمين (٢) :

القسم الأول : أموال وحقوق لا يمكن أن تكون موضعاً للحيازة ، وعليه فلا تسري عليها أحكام مرور الزمن فتسمع الدعوى ، وإن طالت المدة وهي :

١- الأموال والحقوق العامة .

٢- أموال وحقوق أصحاب الأعدار، والموانع الشرعية .

القسم الثاني : أموال وحقوق يمكن أن تكون موضعاً للحيازة ، ولا تسمع الدعوى عليها بمرور الزمن ، ولكن على تفاوت في الفترة الزمنية بالنسبة لكل حق بما يتفق مع طبيعته وتقتضيه المصلحة (٣) ومن الأمثلة على هذه الحقوق: العقار، المنقول ، الدين ، الميراث ، المهر ، العارية ، الوديعة ، وغيرها .

= **الثاني :** أمر سلطاني : وهو ما يرجع تحديد المدة فيه إلى مرسوم من السلطان ، وقد صدر أمر سلطاني ينهى القضاة في الدولة العثمانية عن سماع الدعوى ، إذا تركها صاحبها خمس عشرة سنة بلا عذر شرعي واستدلوا على ذلك بأن لولي الأمر تخصيص القضاء بالزمان والمكان ، والخصومة ، وعليه فيكون القاضي معزولاً عن سماع الدعوى ، فإذا سمعها بدون أمر من السلطان كان حكمه باطلاً .

هذا وقد فرق الحنفية بين ما نص عليه الفقهاء ، وبين ما أمر به السلطان ، بأنه إذا مضت مدة التقادم السلطاني وهي خمس عشرة سنة ، فلا تسمع الدعوى بعد ذلك إلا إذا أمر السلطان بسماعها ، أما إذا مضت مدة التقادم الاجتهادي ، فلا تسمع الدعوى بعد ذلك إن تركت بغير عذر شرعي ، وإن أمر السلطان بسماعها ، ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٤٢٠ ، السبكي ، فصل القضية ، ص ١٧ ، الحموي غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٣٣٧ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٢٩٥ ، وزارة الأوقاف الكويتية ، الموسوعة الفقهية ، ج ١٣ ، ص ١١٩ ، والظاهر أن المراد بعدم سماع الدعوى هو أنه لا يتوجه على المدعى عليه اليمين إذا أنكر ، لأنه لا تسمع ابتداءً ، ولا يُسأل المدعى عليه عن جوابها لاحتمال أن يقر المدعى عليه ، الخطاب ، مواهب الجليل ، ج ٦ ، ص ٢٢٤ .

(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٧ ، ص ٤٨٧ ، وزارة الأوقاف الكويتية ، الموسوعة الفقهية ، ج ١٣ ، ص ١١٩ .

(٢) وزارة الأوقاف الكويتية ، الموسوعة الفقهية ، ج ١٣ ، ص ١٢٢ علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٢٩٥ .

(٣) حشيش ، أحكام التقادم في الشريعة الإسلامية ، ص ١٠٦ .

من الأمثلة على القاعدة :

- ١- أن حق القصاص مثلاً لا يسقط إلا بإسقاط ، من له الحق مهما تقادم الزمان (١) .
- ٢- إذا كان لإنسان على آخر دين ، فإن هذا الدين لا يسقط بمضي الزمان ، وتبقى ذمة المدين مشغولة به أمام الله ﷻ ، ما لم يسقطه بأداء منه ، أو إبراء من الدائن .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

- ١- ذهب بعض المالكية (٢) إلى القول بسقوط الحق في حالة حيازة الشيء مدة تقادم الزمان ، وانتقال ملكية الشيء المحوز إلى الحائز بشروط معينة (٣) ، وفي ذلك قال الإمام مالك: " فيمن له شيء ترك غيره يتصرف فيه ، ويفعل فيه ما يفعل المالك الدهر الطويل ، فإن ذلك مما يسقط الملك ويمنع الطالب من الطلب " (٤) ، واستدل على ذلك بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : " من حاز على خصمه شيئاً عشر سنين فهو أحق به " (٥) .

وقد حاول بعض المالكية ، التوفيق بين قوله ﷺ : " لا يبطل حق إمريء مسلم وإن قدم " ، وبين قوله: " من حاز على خصمه" بأن قول النبي ﷺ: " لا يبطل حق " بأن ذلك معطل بوجود

(١) البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج ٥ ، ص ١٣١ ، وذكر كذلك القذف ، واللعان ، وغيرهما .
 (٢) وقد خالف في ذلك جمهور الفقهاء ، الذين قالوا: بعدم سقوط حق المحوز عليه في ملكية الشيء المحوز بتقادم الزمان ، ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٤٢٠ ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٢٢٢ الملاح ، عمدة الحاكم ، ص ٣٤ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ٢ ، ص ٣٣٧ ، ابن جزي ، القوانين الفقهية ، ص ٣٣٤ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ٢ ، ص ٩١ ، ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ١١٦ .

(٣) انظر هذه الشروط : حشيش ، أحكام التقادم في الشريعة الإسلامية ، ص ١٤٧ .

(٤) الحطاب ، مواهب الجليل ، ج ٦ ، ص ٢٢٥ .

(٥) القرافي ، أحمد بن إدريس (ت ٦٨٤ هـ / ١٢٨٥ م) ، الذخيرة في فروع المالكية ، ط ١ ، ١٠ ، (تحقيق : أحمد عبد الرحمن) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ج ٨ ، ص ٤٣٨ ، والمالكية يذكرون هذا الحديث في كتبهم ، ولكني وبعد بحث طويل في كتب الحديث لم أجده ، كما أكد ذلك كثير من الباحثين الذين تطرقوا لهذا الحديث ، ولكن هناك رواية أخرى للحديث هي : من حاز أرضاً وعمرها عشر سنين والخصم حاضر لا يغير ولا ينكر فهي للذي حازها وعمرها ، ولا حجة للخصم فيها ، الربيع ، الربيع بن حبيب بن عمر ، الجامع الصحيح ، مسند الإمام الربيع بن حبيب ، ط ١ ، ١ ، ام ، (تحقيق : محمد إدريس / عاشور بن يوسف) ، دار الحكمة ، بيروت ، مكتبة الاستقامة ، سلطنة عمان ، ١٤١٥ هـ ، ص ٢٣٧ .
 ويقول ابن القيم عن الحديث: " من حاز شيئاً ... " ، وهذا لا يثبت ؛ لأن الشارع لا يعين مبطلاً ، ولا يعين على إبطال الحق ، ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ١١٥ - ١١٦ .

الأسباب المانعة من الطلب^(١) ؛ كالغيبة البعيدة ، وعدم القدرة على الطلب مع الحضور ، حتى إذا ارتفعت هذه الأسباب كان طول المدة مع السكوت ، والحضور دلالة يقوى بها حال المطلوب بدليل قوله ﷺ : " من حاز شيئاً ٠٠٠ " (٢) .

٢- وقد استثنى الحموي مسألة نفقة القريب فإنها تسقط بمضي الزمن^(٣) ، وذلك لأن النفقة تجب من تاريخ الطلب .

(١) كالصغر، والجنون، والغيبة عن البلد الذي فيه موضوع النزاع مدة السفر ، أو كون خصمه من المتغلبة وغيرها ، وزارة الأوقاف الكويتية ، الموسوعة الفقهية ، ج١٣ ، ص١٢٠ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٣٢٢ .

(٢) الخطاب ، مواهب الجليل ، ج٦ ، ص٢٢٩ .

(٣) الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٢ ، ص٣١٥ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

يرى القضاء الشرعي الأردني أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان^(١) ، وأن ذمة من عليه الحق لا تبرا إلا بالأداء ، أو الإبراء ، إلا أن القضاء الشرعي الأردني اعتبر أن مرور الزمن مانعاً من سماع الدعوى لدى المحاكم الشرعية ، وإنني ومن خلال الإطلاع على قرارات محكمة الاستئناف الشرعية ، المتعلقة بمرور الزمن نجد أن هذه القرارات ، ترجع في مجملها إلى المواد المتعلقة بهذا الموضوع في القانون المدني الأردني ، ومجلة الأحكام العدلية التي لا تتعارض مع أحكام القانون المدني الأردني ، ومن هنا ، فإنه يمكن بيان موقف القضاء الشرعي الأردني في هذا الموضوع ، من خلال ما يلي :

١- المادة (٤٤٩) من القانون المدني الأردني نصت على أنه: " لا ينقضي الحق بمرور الزمن ، ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر^(٢) ، بانقضاء خمس عشرة سنة بدون عذر شرعي وتبدأ هذه المدة^(٣) المقررة لعدم سماع الدعوى بمرور الزمان من اليوم الذي يصبح فيه الحق مستحق الأداء^(٤) .

(١) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (١٠٩٣٦) ، تاريخ ١٩٦٠/٦/٢٧م ، حيث نص على القاعدة صراحة : (أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان) ، كما نصت المادة (١٦٧٤) من المجلة " لا يسقط الحق بتقادم الزمن" ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص ٣١٨ ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج٢ ، ص ٥٩٤ .

(٢) ولكن إذا أقر واعترف المدعى عليه صراحة في حضور القاضي ، بأن للمدعي عنده حقاً في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمن ، بالوجه الذي ادعاه المدعي ، فلا يعتبر مرور الزمن ، ويحكم بموجب إقرار المدعى عليه ، القانون المدني الأردني ، المادة (٤٥٩) ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة (١٦٧٤) ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (٩٦٧٧) ، تاريخ ١٩٥٧/١١/٢٠م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج٢ ، ص ٦٠٣ .

(٣) ولا يحسب اليوم الأول منها ، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها ، إلا إذا كانت عطلة رسمية ، فإنه يمتد إلى اليوم التالي ، القانون المدني الأردني المادة (٤٥٦) ، والمعتبر في مرور الزمن السنة القمرية وليس السنة الشمسية ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص ٢٩٧ ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان قرار رقم (١١٤٥٦) ، تاريخ ١٩٦١/٥/٦م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج٢ ، ص ٥٩٦ .

(٤) القانون المدني الأردني ، المادة (٤٥٤) ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة (١٦٦٧) ، حيث نصت المادة : "يعتبر مرور الزمن من تاريخ وجود صلاحية الإدعاء في المدعى به ، فمرور الزمن في دعوى الدين المؤجل إنما يعتبر من حلول الأجل ؛ لأنه ليس للمدعي صلاحية دعوى ذلك الدين ومطالبته قبل حلول الأجل" .

- ٢- يقف مرور الزمان المانع من سماع الدعوى ، كلما وجد عذر شرعي يتعذر معه المطالبة بالحق ، ولا تحسب مدة قيام العذر في المدة المقررة (١) .
- ٣- الدفع (٢) بمرور الزمن ، يمنع القاضي من سماع الدعوى وفقاً للمادة (١٦٦٠) من المجلة، وهو من الدفوع التي تقبل في كل وقت وحين ،قبل الفصل في موضوع الدعوى والدعوى والمطالبة عند غير الحاكم لا تدفع مرور الزمن وفقاً للمادة (١٦٦٦) من المجلة (٣).
- ٤- مرور الزمن يسري على الحق الموروث لا على صفة الإرث (٤) .
- ٥- مرور الزمن ليس للمحكمة أن تتعرض له من تلقاء نفسها إذا لم يثره الخصم (٥) .

- (١) القانون المدني الأردني، المادة (٤٥٧) ، الأعدار الشرعية المعتمدة في القضاء الشرعي الأردني غير محصورة حيث جاء في اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية أن المادة (١٦٦٣) ، من المجلة أوضحت أن المعتمد في مرور الزمن هو مرور الزمان الواقع بلا عذر ، وأما الزمان الواقع مع العذر فلا يعتبر ، ولم تحصر المادة المذكورة الأعدار ، ولكنها ضربت أمثلة لها ، والمحاكم على اختلاف أنواعها تحقق في تقديرها واعتبارها ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١١٤٥٦) ، تاريخ ١٩٦١/٥/٦م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج٢ ، ص ٥٩٦ ، ومنها الصغر ، فقدان الأهلية وقيام مانع أدبي كالعلاقة الزوجية ، أو العلاقة بين الأصول ، والفروع ، ولا تحسب المدة التي تمضي أثناء قيام العذر في المدة المقررة لسماع الدعوى ، وتحسب من تاريخ زوال العذر ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار خماسي، رقم (٣٨٧٣٠) تاريخ ١٩٩٥/٤/١٦ م ، المرجع السابق .
- (٢) الدفع هو : دعوى يثيرها المدعى عليه أو المتضرر أو المحكمة بهدف رد دعوى المدعي أو تأخير الحكم فيها ، أبو سيف ، مأمون محمد ، (١٩٩٩م) الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات ، ط١ ، ام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ص ١٩ .
- (٣) علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص ٣١٠ ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٥٣٠٣) ، تاريخ ١٩٦٧/٧/١م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج٢ ، ص ٥٩٣ .
- (٤) محكمة الاستئناف الشرعية عمان، قرار رقم (٢٦٩١٣) تاريخ ١٩٨٦/١٠/٤ ، المرجع السابق ، ج٢ ، ص ٥٩٤
- (٥) ولكن يعترض على هذا ويقال: بأن القاضي ما دام أنه ممنوع من سماع الدعوى التي مر عليها مدة مرور الزمن بموجب عقد ولايته، فإن هذا يعني أن القاضي لا يملك ولاية النظر في قضية مر عليها مدة من الزمن، وعليه أن يرد الدعوى من تلقاء نفسه ، ولو لم يطلب الخصوم إلا إذا وجد ما يقطع مرور الزمن ، أو أقر الخصم بالحق ؛ لأن المنع ليس مبنياً على بطلان الحق ، وإنما هو لقطع التزوير والحيل ، وإذا أقر الخصم أو وجد العذر ارتفع المحذور ، وهذا يعني أن الدفع بمرور الزمن ، يعتبر من النظام العام في الفقه الإسلامي ، نياض ، زياد صبحي ، (١٩٩٤م) ، الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون ، ط١ ، ام ، ص ٧٣ ، بينما اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية قد استقر على أن الدفع بمرور الزمن ليس من النظام العام ، وبالتالي لا يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه ما لم يثره الخصوم ، محكمة الاستئناف الشرعية ، قرار رقم (١٢٩٩٤) ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج٢ ، ص ٥٩٣ .

القاعدة التاسعة :

الأصل في الأبضاع ^(١) التحريم ^(٢) :

معنى القاعدة :

إذا تقابل في المرأة حل وحرمة ، غلبت الحرمة ؛ لأن الفروج يحتاط لها ، ولا يجوز التحريم فيها ^(٣) ، والمرأة في الأصل محرمة على الرجال في الوطء ، والاستمتاع إلا بعقد النكاح ^(٤) .

وفي ذلك يقول القرافي - رحمه الله - : "يحتاط الشرع في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة ؛ لأن التحريم يعتمد المفسد فيتعين الاحتياط له فلا يُقدم على محل فيه المفسدة إلا بسبب قوي يدل على زوال تلك المفسدة ، أو يعارضها ويمنع الإباحة ما فيه مفسدة بأيسر الأسباب دفعا للمفسدة بحسب الإمكان" ^(٥) .

ثم ذكر - رحمه الله - سبب ذلك فقال : "إن قاعدة الشرع أن الشيء إذا عظم قدره شدد فيه وكثرت شروطه ، تعظيماً لشأنه ورفعاً لقدره ... ، فكذلك النكاح عظيم الخطر جليل المقدار ؛ لأنه سبب بقاء النوع الإنساني المكرم المفضل على جميع المخلوقات ، وسبب العفاف الحاسم لمادة الفساد ، واختلاط الأنساب ، وسبب المودة والمواصلة ، والسكون وغير ذلك من المصالح ، فلذلك شدد الشرع فيه " ^(٦) .

وهذه القاعدة هي استثناء من قاعدة "الأصل في الأشياء الإباحة" ، ويمكن الاستدلال لهذه

القاعدة :

١- بقوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ

^(١) الأبضاع : جمع بضع ، وهو الفرج كناية عن النساء النكاح ، وعبر بالجزء عن الكل ، لأن المقصود

الأعظم من النساء هو الجماع ، وابتغاء النسل ، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج ٢ ، ص ١٧٢ .

^(٢) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٦٧ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٢٢٥ ، السيوطي ،

الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ١٣٣ ، الزركشي ، المنثور ، ج ١ ، ص ١٧٧ ، ابن عابدين ، حاشية رد المحتار

ج ٣ ، ص ٤٤ .

^(٣) الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٢٢٥ .

^(٤) وفي ذلك يقول القرافي : "الأصل في السلع الإباحة حتى تملك ، بخلاف النساء الأصل فيهن التحريم ، حتى

يعقد عليهن بملك أو نكاح " ، القرافي ، الفروق ، ج ٣ ، ص ٢٦٨ .

^(٥) المرجع السابق .

^(٦) المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ٢٦٦ .

وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَابِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ) ﴿١﴾ .

وجه الدلالة : إن علاقة الرجال بالنساء مبنية على التحريم والحظر ، لما في ذلك من كشف للعورات ، وهتك الأستار ، واختلاط الأنساب ، فلا يحل منهن إلا ما أحله الشرع (٢) ، بأن تكون العلاقة ناشئة عن زواج شرعي .

٢- بقوله ﷺ : " إن دماءكم ، وأموالكم ، وأعراضكم ، حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا " (٣) .

وجه الدلالة : إن الأصل في الأبضاع الحرمة ، فلا يحق لمسلم أن يعتدي على عرض أخيه المسلم ؛ لأن الشأن في أعراض المسلمين أن تصان عن كل ما يؤدي إلى شبهة تلحق بالعرض عاراً ، أو تحل قريباً من ساحته ، سداً للذريعة ، ودفعاً للشبهة ، وتغليظاً لجانب الحرمة في الأبضاع (٤) .

من الأمثلة على القاعدة (٥) :

- ١- إذا طلق الرجل إحدى نسائه بعينها ، طلاقاً بانئاً ثم نسيها ، فلم يدر أيتهاً طلق، فلا يجوز له أن يتحرى أو يجتهد في الوطء ، إذ يحرم عليه أن يوطأ واحدة منهن ، حتى يتبين له المطلقة من غيرها ، كما لا يسع الحاكم أن يخلي بينهن وبينه حتى يتبين (٦) .
- ٢- ومنها إذا اختلطت محرمة بنسوة محصورات فيحرمن ، ويمتنع الاجتهاد لأنه ليس أصلهن الإباحة حتى يتأيد الاجتهاد باستصحابه (٧) .

(١) سورة النساء ، آية (٣٣ ، ٣٤) .

(٢) البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج ٢ ، ص ١١٧ .

(٣) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب العلم ، باب ليلغ الشاهد الغائب ، ج ١ ، ص ٥٢ ، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب القسامة والمحاريين ، باب تغليظ تحريم الدماء ، ج ٢ ، ص ٨٨٩ ، واللفظ لهما .

(٤) إسماعيل ، القواعد الكلية ، ص ٣٤٢ ، الجزائري ، القواعد الفقهية المستخرجة من أعلام الموقعين ، ص ٢٩٤ .

(٥) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٦٧ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ١٣٣ .

(٦) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٦٧ .

(٧) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ١٣٣ ، ولكني أرى أن العلم الحديث في زماننا كفيل بحل هذه

الإشكالية فيتعرف من خلاله على المرأة المحرمة .

٣- لو اشتبهت أخته من الرضاع بأجنبية ، فإنهما يحرمان عليه احتياطاً لدرء مفسدة نكاح الأخت (١) .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

استثنى الفقهاء من القاعدة مسائل أهمها :

- ١- إذا اختلطت محرمة بنسوة غير محصورات ، فيجوز النكاح منهن رخصة من الله تعالى ، لئلا ينسد باب النكاح عليه (٢) .
- ٢- لو أن صبيّة أرضعتها نساء قوم كثير من أهل القرية ، أقلهم أو أكثرهم ، ولا يُدرى من أرضعها ، وأراد واحد من أهل تلك القرية أن يتزوجها ، فإذا لم تظهر له علامة ، ولم يشهد أحد بذلك فيجوز نكاحها ، وهذا من باب الرخصة كيلا ينسد باب النكاح (٣) .
- ٣- لو تقدم رجل لخطبة فتاة فأخبره من يثق بدينه وأمانته أنها أخته من الرضاعة ، فالواجب عليه أن يعدل عن هذا الزواج ؛ لأن الأصل في الأبضاع التحريم .

(١) البدوي ، يوسف أحمد ، (٢٠٠١م) ، أحكام الاستتباب الشرعية ، ط ١ ، ام ، دار النفائس ، الأردن ، ص ٢٢٦ .

(٢) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ١٣٣ ، وذكر بأن هذا قول الخطابي ، ولعل العلم الحديث يسعفنا عند اختيار إحدى النسوة ، من أنها ليست المحرمة .

(٣) هذا قول أبو القاسم الصفا وذكره ابن نجيم في الأشباه والنظائر ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٦٧ ، ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٣ ، ص ٢٣٨ ، هذا ومما ينبغي الإشارة إليه هنا هو ما ذكره ابن نجيم في كتابه الأشباه والنظائر ، حيث قال : " ثم أعلم أن هذه القاعدة إنما هي فيما إذا كان في المرأة سبب محقق للحرمة فلو كان في الحرمة شك لم يعتبر ، ولذا قالوا لو أدخلت المرأة حمة ثديها في فم رضيعه ، ووقع الشك في وصول اللبن إلى جوفها ، لم يحرم لأن في المانع شكاً ، وكذلك لو أن امرأة كانت تعطي ثديها صبية واشتبهت ذلك بينهم ، ثم قالت المرأة : لم يكن في ثديي لبن حين أقمته ثديي ، ولم يعلم ذلك إلا من جهتها جاز لابنها أن يتزوج بهذه الصبية ، وكذلك لو كان بين صغير وصغيرة شبهة الرضاع ، ولا يعلم ذلك حقيقة قالوا : لا بأس بالنكاح بينهما ، هذا إذا لم يخبر بذلك أحد ، فإن أخبر به عدل ثقة ، يؤخذ بقوله ولا يجوز النكاح بينهما ، وإن كان الخبر بعد النكاح وهما كبيران فالأحوط أن يفارقها ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٦٨ ، ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٣ ، ص ٢٣٨ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

يأخذ القضاء الشرعي الأردني بهذه القاعدة: "الأصل في الأبضاع التحريم"، واعتبر حرمة الفروج أولى من حرمة المال ، ومن ذلك ما جاء في أحد قرارات محكمة الاستئناف الشرعية: "شأن الفرج أعظم من شأن المال ، فإذا كان الله تعالى قد حرم أخذ المال إلا بالتراضي ، فالفروج أولى أن تحرم إلا بالتراضي " (١) ، ومن مظاهر تطبيق هذه القاعدة في القضاء الشرعي الأردني ما يلي :

أولاً : القضاء الشرعي الأردني ، قد تشدد في أمور النكاح ، ووضع شروطاً عدة لإجراء النكاح (٢) ، وما هذا إلا لأن القضاء الشرعي الأردني ، يحتاط في الفروج؛ لأن الأصل فيها الحرمة ، ولذا فهو حريص على أن يتم النكاح على الوجه الشرعي المطلوب .

ثانياً: قانون الأحوال الشخصية الأردني قد فصل في ذكر النساء المحرمات سواء أكانت الحرمة بالنسب (٣)، أم بالمصاهرة (٤)، أم بالرضاع (٥) ، كما ذكر المحرمات مؤقتاً (٦) ، وهذا يدل على حرص القضاء الشرعي الأردني على صيانة الفروج وحمايتها.

ثالثاً : أوجب قانون الأحوال الشخصية الأردني ، على المرأة المطلقة العدة الشرعية حسب حالها (٧) ، وما ذلك إلا للتأكد من براءة الرحم ، وأنه لا يحل لأي رجل الزواج من هذه المرأة إلا بعد أن تنتهي عدتها ، لأن الأصل في الأبضاع التحريم .

رابعاً: لقد تقرر في القضاء الشرعي الأردني ، أن المدعي من إذا ترك ترك ، ولكنه استثنى من ذلك (٨): ما لو ادعت المرأة بأن زوجها قد طلقها، فإنها لو تركت هذه الدعوى فإنها لا تترك،

(١) عمرو ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، ص ٢٢٧ ، قرار رقم (١٠٣٢٨) .

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المواد (٥ ، ٩ ، ١٠ ، ١٤ ، ١٦ ، ١٧ ، ٢٠) .

(٣) المرجع السابق، المادة (٢٤) ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ج ١، ص ٦٦٣ .

(٤) قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة (٢٥) .

(٥) المرجع السابق ، المادة (٢٦) ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ج ١ ، ص ٣٩١ .

(٦) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ ، ٣٠ ، ٣١) .

(٧) المرجع السابق ، المادة (١٣٥ ، ١٣٦ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ١٣٩ ، ١٤٠) .

(٨) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان، قرار رقم (٢٣٣٤١) تاريخ ١٩/٤/٩٨٢م، حيث جاء فيه: "المدعي من

إذا ترك ترك، إلا أن ذلك يكون فيما إذا كانت الدعوى بحق شخصي وليس فيها حق عام شرعي" ، وفي

قرار رقم (١٧٠٤٠) جاء فيه: "المطالبة بحق الشرع هو من حق كل مسلم مكلف لذا فيحق لكل مسلم

مكلف إقامة دعوى الطلاق باسم الحق العام الشرعي" ، داود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات

الشرعية ، ج ١ ، ص ٣٤٣ ، ص ٧٩٧ .

وإنما على القاضي أن يتحقق من ذلك ، وأن يُنصب شخصاً باسم الحق الشرعي العام يكون مدعياً ، والزوج والزوجة مدعى عليها ويسير في القضية حسب الأصول (١) .

وهذا الأمر من وجهة نظري هو تطبيق للقاعدة : الأصل في الأبضاع الحرمة ، ولذا وجب على القاضي أن لا يترك المدعية ، وكأن أمراً لم يكن ، بل يجب عليه التحقق من الأمر ، حتى لا تكون العلاقة بين الرجل والمرأة علاقة محرمة ، فإما أن يبقى على العلاقة الزوجية ، وأما أن يحكم بوقوع الطلاق ، والفرقة بين الزوجين حسب مقتضى الحال .

(١) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان، قرار رقم (٢٢٤٥٨) تاريخ ١١/٣/١٩٨١م، وجاء فيه : "لا يجوز الرجوع عن الإدعاء بالطلاق أو الإقرار به رعاية لحق الله تعالى وحرمة الفروج" ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ٢ ، ص ٨١٨ ، كما اعتبرت محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، أن رجوع الزوج عن إقراره بالدخول لا يفيد ، ولذا جاء في قرار رقم (٣١٧٠١) : "إن رجوع المدعى عليه في إقراره حجة الطلاق بالدخول ... ، لا يفيد في نفي الدخول الذي أقر به ، ولا يترتب على الرجوع عن ذلك أثر شرعي ؛ لأن الإقرار الذي يرتد بالرد ، ولا يبقى له حكم بموجب المادة (١٥٨٠) من المجلة هو الإقرار الذي يتعلق بالحق الشخصي ، أما ما يتعلق به حق الله تعالى ، كالدخول مما تتوقف عليه حرمة الفروج وحلها ، فإنه لا يصح الرجوع عن الإقرار به" ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ٢ ، ص ٨٤٣ .

القاعدة العاشرة :

الغرم ^(١) بالغنم ^(٢) ^(٣) :

معنى القاعدة :

هذه القاعدة عكس قاعدة "الخراج بالضمان" ^(٤) ، ومعناها: أن من ينال نفع شيء يجب أن يتحمل ضرره ، فالمضرة بمقابلة المنفعة ، ولذا قالوا الغرم مجبور بالغنم ^(٥) .
ويمكن أن يستدل على القاعدة :

- ١- بقولة تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ ^(٦) وجه الدلالة : أي أنه تجب عليه النفقة بمقدار إرثه ، فقد جعل العلة هي الإرث فينعدد الوجوب بقدر العلة ؛ ولأن الغرم بالغنم أي مقدر به ، فالذي يغرم من الأصل إذا مات عن تركة ، فيغرم بمقداره ^(٧) .
- ٢- كما أنها تتفق مع مبدأ العدل الذي أقرته الشريعة الإسلامية في كثير من نصوصها ، فمن

(١) الغرم : من غرم في تجارته إذا خسر ، وأصل الغرم الذل والغريم يقال لمن له الدين ؛ لأنه يلزم الذي له عليه الدين ، ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ج ٤ ، ص ٤١٩ ، المناوي ، التعاريف ، ص ٥٣٧ .
في الاصطلاح : ما يتحملة الغريم في ماله ، تعويضاً عن ضرر بغير جنائية ، ولا خيانة ، قلعه جي ، معجم لغة الفقهاء ، ص ٣٣ ، المناوي ، التعاريف ، ص ٥٣٣ .

(٢) الغنم : من غنمت الشيء أي أصبته غنيمة ومغنما والأصل في الغنم الربح والفضل ، ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ج ٤ ، ص ٣٩٧ ، الأزهر ، محمد بن أحمد ، (ت ٣٧٠هـ/٩٨٠م) ، الزاهر ، ط ١ ، م ، (تحقيق: محمد خير الألفي) ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، ١٣٩٩هـ ، ص ٢٢٥ ، ص ٢٨٠ .
(٣) السيوطي : الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٩٥ ، وذكرها عندما شرح قاعدة الخراج بالضمان ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٩٠ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٣٧ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ١٠٣٨ ، ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٩٤ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ٣١٦ .

(٤) ومعناها: إن منفعة الشيء وغلته يستحقها من يكون هلاك ذلك الشيء على ضمانته وحسابه ، ابن نجيم الأشباه والنظائر ، ص ١٥١ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ص ٤٣١ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٩٥ ، هذا ومن الفقهاء من ذكر قاعدة تجمع بينهما وهي قاعدة : "النعمة تقدر بقدر النعمة ، والنعمة بقدر النعمة" ، فقله: النعمة بقدر النعمة مرادفة لقاعدة الخراج بالضمان وقوله : النعمة بقدر النعمة مرادفة لقاعدة الغنم بالغرم ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ص ٩٠ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٤١ .

(٥) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٤ ، ص ٢٧٠ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ص ٩٠ .

(٦) سورة البقرة ، آية (٢٣٣) .

(٧) الأبياني ، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، ج ٢ ، ص ١٠٧ .

العدل أن من ينتفع من شيء أن يتحمل ما يترتب عليه من ضرر ، وهذا ما يقره أصحاب العقول السليمة والفطر السوية .

من الأمثلة على القاعدة ^(١) :

١- توزيع مخاطر أعباء البحر ، والتجارة البحرية على كل ركاب السفينة ، ولذلك تحدد قيمة ما يتفقون على إلقائه في البحر ، من الأمتعة ، والبضاعة الزائدة ، إنقاذاً للسفينة من الغرق في مقابل سلامة أنفسهم جميعاً^(٢) .

٢- يكلف المشتري بكتابة سند المبيعة ، وحجة البيع ، والرسوم المترتبة على ذلك ؛ لأن منفعة السند تعود عليه لا على البائع ^(٣) .

٣- تقدير نفقة القريب الفقير على أقربائه الأغنياء ، بحسب حصصهم الإرثية .

٤- إذا احتاج ملك مشترك للتعمير والترميم ، فعلى كل واحد من الشركاء أن يدفع من النفقات ، بنسبة حصته في الملك ^(٤) .

(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٦ ، ص٦٣٤ ، ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٨ ، ص٢٨٨ ، ابن الهمام شرح فتح القدير ، ج٥ ، ص٢٩٥ .

(٢) وتكون القسمة هنا على حسب الرؤوس وقد وضع ابن نجيم قاعدة في ذلك ، الغرامات إذا كانت لحفظ الأملاك فالقسمة على قدر الملك ، وإن كانت لحفظ الأنفس فهي على عدد الرؤوس ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٢٨١ ، وقال الحموي : القسمة تكون بحسب الأنصباء إلا في سبعة فإنها على عدد الرؤوس وهي : ساحة الدار ، الشفعة ، نوائب مطلقه ، أجرة القسام ، وما ألقى من السفن خشية الغرق ، طريق وعقل ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٣ ، ص١٩١ ، أحمد الزرقا شرح القواعد الفقهية ، ص٤٣٨ .

(٣) علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٩٠ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص٣١٦ .

(٤) المراجع السابقة .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

لقد اعتبر القضاء الشرعي الأردني قاعدة "الغنم بالغرم" ^(١)، هي الأساس في أحكام نفقة الأقارب ^(٢)، ومن أهم التطبيقات القضائية ما يلي :

أولاً: قانون أصول المحاكمات الشرعية قد نص في المادة (١٧٣) على ما يلي: "تجب نفقة الصغار الفقراء، وكل فقير عاجز عن الكسب، بأفة بدنية، أو عقلية على من يرثهم من أقاربهم الموسرين، بحسب حصصهم الإرثية، وإذا كان الوارث معسراً، تفرض على من يليه في الإرث، ويرجع بها على الوارث الموسر" ^(٣).

فهذه المادة جعلت نفقة الصغار الفقراء، وكل كبير عاجز عن الكسب، على من يرثهم من أقاربهم الموسرين، بحسب حصصهم الإرثية لأن الغرم بالغنم.

ثانياً: اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية قد استند إلى هذه القاعدة في بعض أحكامها منها :
أولاً: تحديد مقدار نفقة الأقارب: فقد نصت على ذلك صراحة: " والتحقق فيما إذا كانت صاحبة الدعوى المستأنف عليها، ملزمة ببعض نفقتهم أم لا، بناءً على القاعدة الشرعية الغرم بالغنم" ^(٤).

ثانياً: "توريث بيت المال، مال من لا وارث له، وذلك لأن الشخص العاجز عن الكسب وليس له قريب غني، تجب نفقته في بيت المال؛ لأن " الغرم بالغنم " إذ لو فرض أنه مات، ولم يترك وارثاً، أخذها بيت المال" ^(٥).

(١) مجلة الأحكام العدلية، المادة (٨٧)، القانون المدني الأردني، المادة (٢٣٥).

(٢) لقد جاء في الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية: اعتمد مشروع هذا القانون في بعض أحكام نفقة الأقارب على مذهب الإمام أحمد تمشياً مع قاعدة "الغنم بالغرم"، وعملاً بالأية الكريمة " وعلى الوارث مثل ذلك"، ووضعت المادة (١٧٣) من هذا القانون على هذا الأساس، داود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات، ج٢، ص ٩٣٧.

(٣) قانون أصول المحاكمات الشرعية، المادة (١٧٣)، محكمة الاستئناف الشرعية، عمان قرار رقم (٣٥٩٣٦)، تاريخ ١٩٩٣/٧/٧م، حيث جاء فيه: "نفقة الصغار والفقراء وكل كبير فقير عاجز عن الكسب بأفة بدنية أو عقلية على من يرثهم من أقاربهم الموسرين، بحسب حصصهم الإرثية، وكذا قرار رقم (٤١٠١٤)، تاريخ ١٩٩٦/٨/٤ م، داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ج٢، ص ١٢٩٣-١٢٩٤.

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان، قرار رقم (٤٤٨٧٨)، تاريخ ١٩٩٨/٥/٢٣ م، المرجع السابق، ج٢، ص ١٢٨٣.

(٥) الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج٢، ص ١٤، مادة (٤١٣).

القاعدة الحادية عشرة :

التابع ^(١) تابع ^(٢) :

معنى القاعدة:

التابع للشيء في الوجود ، تابع لذلك الشيء في الحكم ، فلو بيع حيوان في بطنه جنين دخل الجنين في البيع ، بلا نص عليه ؛ لأنه تبع له فيتبعه في الحكم ، ويسري عليه ما يسري على متبوعه ^(٣) .

وهذه القاعدة ، من القواعد الكلية العامة التي تنفرع عنها قواعد كثيرة ^(٤) ، وإليها ترجع مسائل فقهية من أبواب متعددة ، كالعبادات ، والمعاملات ، والقضاء ، والنيات ، والمقاصد وغيرها ^(٥) .

ويمكن الاستدلال على القاعدة بأدلة من القرآن والسنة والإجماع وفيما يلي بيان لذلك :

أولاً : قال تعالى : ﴿ قَالَ لَهُ مُوسَىٰ هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَىٰ أَنْ تُعَلِّمَ مِنِّي مِمَّا عَلَّمْتَ رُشْدًا قَالَ إِنَّكَ لَنْ تَسْتَطِيعَ مَعِيَ صَبْرًا وَكَيْفَ تَصْبِرُ عَلَىٰ مَا لَمْ تُحِطْ بِهِ خُبْرًا قَالَ سَجَدْنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ صَابِرًا وَلَا أَعْصِي لَكَ أَمْرًا قَالَ فَإِنِ اتَّبَعْتَنِي فَلَا تَسْأَلْنِي عَن شَيْءٍ حَتَّىٰ أُحْدِثَ لَكَ مِنْهُ ذِكْرًا ﴾ ^(٦) .

^(١) التابع لغة : من تبع الشيء أي سار في أثره فيقال : تبع عمر زيدا أي صار خلفه ، ويقال : المصلي تبع لإمامه والناس تبع لحكامهم ، ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ج ١ ، ص ٣٦٢ .

اصطلاحاً : أن التابع للشيء في الهيئة والماهية يتبع ذلك الشيء في الحكم ليعطى للتابع حكم المتبوع في ذلك ولا يفرد بحكم مستقل ، الصالحين ، مذكرة في القواعد الفقهية ، ص ٧٣ .

^(٢) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٢٠ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٣٦١ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٦٢ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٥٢ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ١٠٢٢ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٢٥٣ ، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج ٣ ، ص ١٥٨ ، الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٣٦٣ .

^(٣) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٥٢ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ٣٠١ ، وفي ذلك يقول الحموي : " التابع تابع ، أي غير منفك عن متبوعه " ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٣٦١ .

^(٤) منها : " التابع لا يفرد بالحكم " ، " من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته " ، " التابع لا يتقدم على المتبوع " ، " يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع " ، " إذا سقط التابع سقط المتبوع " ، وغيرها ، المراجع السابقة ، حتمل ، أيمن محمد ، (٢٠٠٤ م) ، قواعد التبعية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ، أطروحة دكتوراه الجامعة الأردنية ، إشراف الدكتور عبد الله إبراهيم الكيلاني ، ص ٥٦ .

^(٥) شبير ، القواعد الكلية ، ص ٣٠١ .

^(٦) سورة الكهف آية (٦٦-٧٠) .

وجه الدلالة : إن موسى - عليه الصلاة والسلام - في مقام المتعلم ، والخضر في مقام العالم ، والمعلم تابع للعالم ، وإن تفاوتت المراتب (١) .

ثانياً : قوله ﷺ " ذكاة الجنين ذكاة أمه " (٢) .

وجه الدلالة : ذكاة الجنين يتبع ذكاة أمه ، فيحل بها ، كما تحل الأم بها ولا يحتاج إلى تذكية (٣) ، فالجنين تابع للأم وجزء منها (٤) .

ثالثاً : **المعقول :** التابع متصل بالمتبوع اتصال خلقه كما في الجنين ، يتغذى بغذائها، فتكون ذكاته كذكاة عضو من أعضاء الذبيحة (٥) ؛ لأن أفراد التابع بحكم يشق على المكافئين، فيلحق التابع بالمتبوع عملاً بالقاعدة "المشقة تجلب للتيسير" (٦) .

هذا وقد وضع الفقهاء ضوابط ترد على القاعدة وهي :

الأول : التابع لا يفرد بالحكم (٧)، ما لم يصر مقصوداً ، فالجنين الذي في بطن أمه ، لا يباع منفرداً عن أمه ، ولا يستثنى من البيع ، ومثله كل ما كان اتصاله خلقه ، كاللبن في الضرع ، واللؤلؤ في الصدف ، والجلد على الحيوان ، والنوى في الثمر، أما إذا صار التابع مقصوداً فعنده يفرد بالحكم ، كزوائد المغصوب المنفصلة المتولدة فإنها أمانة في يد الغاصب غير مضمونة عليه ، إلا بالتعدي عليها أو منعها بعد الطلب فإنه يضمنها حينئذ لأنها صارت

(١) حتمل : قواعد التبعية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ، ص ٤٩ ، ولكن الباحث يرى أن وجه الدلالة بعيد فالتبعية هنا ليست هي المقصودة من القاعدة ، والله أعلم .

(٢) ابن حبان ، محمد بن حبان بن أحمد ، (ت ٣٥٤هـ / ٩٦٨م) ، صحيح ابن حبان ، ط ٢ ، ص ١٨ ، (تحقيق: شعيب الارنؤوط) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٣م ، كتاب الذبائح ، ج ١٣ ، ص ٢٠٧ ، الحاكم ، المستدرک علی الصحیحین ، وقال حديث صحيح ، ج ٤ ، ص ١٢٧ ، الترمذي ، سنن الترمذي ، كتاب الأطعمة ، باب ما جاء في ذكاة الجنين ، وقال حديث حسن صحيح ، ج ٤ ، ص ٧٢ ، واللفظ لهم .

(٣) الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج ٩ ، ص ٢٢ .

(٤) سابق ، السيد ، (٢٠٠٠م) ، فقه السنة ، ط ١ ، ص ٣ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ج ٣ ، ص ٣٠٧ .

هذا ولم يرد عن أحد من الصحابة ولا عن العلماء أن الجنين لا يؤكل إلا باستئناف الذكاة فيه إلا ما روي عن أبي حنيفة ، الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج ٩ ، ص ٢٢ ، الخطابي ، حمد بن محمد ،

(ت ٣٨٨هـ / ١٠٠٢م) ، معالم السنن ، ط ٢ ، ص ٣ ، المكتبة العلمية ، بيروت ، ج ٣ ، ص ٢٥٢ .

(٥) ابن قدامة ، المغني ، ج ٨ ، ص ٥٧٩ .

(٦) شبير ، القواعد الكلية ، ص ٣٠٢ .

(٧) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٢١ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٦٢ .

مقصودة^(١) .

الثاني : التابع لا يتقدم على المتبوع ^(٢) ، وذلك لأن التابع تالٍ لمتبوعه ، ومتأخر عنه في الوجود ، فلا يجوز أن يتقدم عليه في الفعل والعمل ؛ لأنه إذا تقدم عليه في الفعل تقدم عليه في الحكم ، وهذا تناقض لأنه تابع لمتبوعه في أحكامه ^(٣) .

الثالث : يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع ^(٤) ، وذلك لأن التابع قد ثبت ضرورة لثبوت متبوعه فيتساهل في التابع ، ويشدد في المتبوع ^(٥) .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي ^(٦) :

١- كل ما كان من ضرورات الشيء ، كالمفتاح للقفل فلا يفرد عن متبوعه ، بل يدخل تابعاً له في المبيع بلا ذكر .

٢- لو رهن شخص عند آخر ناقة ، ونتاجت عند المرتهن ، فالنتاج يكون رهناً أيضاً تبعاً له ، ولا يحق للراهن أن يأخذه قبل فك الرهن .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

استثنى الفقهاء من قاعدة التابع تابع قاعدة : " قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل " ^(٧) ، ومعنى هذه القاعدة : أنه قد يحكم بثبوت شئ تابع لغيره ، مع عدم ثبوت المتبوع ^(٨) ، وهذه القاعدة تبدو غريبة غير معقولة في بادئ الرأي ؛ لأنها تنافي السنن الطبيعية ، ففي الطبيعة لا يوجد فرع بلا أصل وهذا الإشكال أزاله الشيخ الزرقا بقوله : " ولكن الأمور الحقوقية الاعتبارية

(١) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٢٥٧ .

(٢) فلا يصح تقدم المأموم على إمامه في تكبيرة الإحرام ولا في الموقف ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٢١ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٦٦ .

(٣) البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج ٣ ، ص ١٦٢ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ٣٠٨ .

(٤) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٢١ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٣٦٥ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٦٦ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ١٠٢٥ .

(٥) شبير ، القواعد الكلية ، ص ٣٠٨ .

(٦) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٢٠ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٦٣ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٥٢ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ١٠٢٣ ، أحمد الزرقا ، القواعد الفقهية ، ص ٢٥٤ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٣٨٩ .

(٧) حتمل ، قواعد التبعية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ، ص ١٣٣ ، وذكر عدة قواعد .

(٨) شبير ، القواعد الكلية ، ص ٣٩ .

تؤثر فيها عوامل تختلف عن العوامل الطبيعية فهذه القاعدة تعبر عن إثبات الحقوق أمام القضاء، ولا تبحث عن نشوئها في الواقع ، فوجود الفرع يستلزم في الواقع وجود الأصل الذي تفرع عنه ، ولكن إثبات المسؤوليات الحقوقية على الأشخاص قد تفقد وسائله المثبتة في حق الأصل، وتتوافر في حق الفرع" (١) .

من الأمثلة على هذا الاستثناء :

١- لو ادعى شخص على اثنين أن أحدهما استقرض منه مبلغاً من المال ، وأن الثاني قد كفله ، فاعترف الكفيل ، وأنكر الآخر، وعجز المدعي عن إثبات القرض عليه ، يؤخذ من الكفيل ؛ لأن المرء مؤاخذ بإقراره ، فقد ثبت الفرع وهو الكفالة ، ولم يثبت الأصل وهو الدين (٢) .

٢- إذا ادعى الزوج الخلع ، وأنكرت المرأة ، ثبتت البيونة بلا خلاف ، ولم يثبت المال الذي هو الأصل ، فالبيونة فرع قد ثبتت ، والمال أصل قد سقط (٣) .

٣- لو أقر أحدٌ لشخص مجهول النسب أنه أخوه ، ولكن الأب أنكر بنوته ، ولم يمكن إثباتها بالبينة ، لا تثبت بنوته للأب ، ولكن يؤاخذ المقر بإقراره أنه أخوه ، فيقاسم ذلك الشخص حصته من ميراث الأب (٤) .

٤- لو ادعت فاطمة على محمد ، بالنفقة لولدها فأنكر محمد الزوجية بينهما ، وعجزت فاطمة عن إثباتها ، فإن دعواها بالنفقة لا تسمع ، ولكن لو ادعى الولد بعد ذلك كونه ابن محمد ، وأثبت ذلك بدعوى أن محمداً أباه ، فإنه يثبت نسبه منه ، ففي هذه المسألة ثبت النسب الذي هو الفرع ، ولم يثبت النكاح الذي هو الأصل (٥) .

(١) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ١٠٢٦ .

(٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٨١ .

(٣) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤١١ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٠٧ .

(٤) الزرقا ، المدخل الفقهي ، ج ٢ ، ص ١٠٢٦ .

(٥) شبير ، القواعد الكلية ، ص ٣١٠ ، حتمل ، قواعد التبعية في الفقه الإسلامي ، ص ١٣٩ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

لم يجد الباحث نصاً صريحاً يدل على أن القضاء الشرعي الأردني يأخذ بهذه القاعدة ، إلا أنه يمكن استنتاج بعض التطبيقات القضائية لهذه القاعدة ، ويظهر ذلك من خلال المواضيع التالية :

أولاً: الحضانة : فقد تقرر أن الحضانة في القضاء الشرعي الأردني تدور مع مصلحة المحضون وجوداً وعدم^(١) ، وعليه فالحضانة تابعة لمصلحة المحضون فأينما وجدت مصلحة المحضون فهو تابع لها ، والتابع تابع ، ولذا جعل قانون الأحوال الشخصية الأم النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجية ، وبعد الفرقة ، ثم بعد الأم يعود الحق لمن تلي الأم من النساء ، حسب الترتيب المنصوص عليه في مذهب الإمام أبي حنيفة^(٢) ، وفي حالة تعدد أصحاب الحق في الحضانة الذين هم في درجة واحدة فللقاضي حق اختيار الأصلح للمحضون^(٣) ، وما هذا إلا تطبيق لقاعدة التابع تابع هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن القانون اشترط في الحاضنة أن تكون بالغة عاقلة ، لا يضيع الولد عندها لانشغالها عنه ، قادرة على تربيته وصيانتها ، وأن لا تكون مرتدة ، ولا متزوجة بغير قريب محرم للصغير ، وأن لا تمسكه في بيت مبغضيه^(٤) .

فهذه الأمور كلها مسقطات لحق الحضانة ، فالحضانة تابعة لمن يقدر على رعاية المحضون ، والقيام بشؤونه ، فإذا سقطت الرعاية بوجود أحد مسقطات الحضانة السالفة الذكر ، تسقط الحضانة ، وذلك حسب القاعدة الفقهية "التابع يسقط بسقوط المتبوع".

ثانياً: أجره مسكن حضانة :

فالقضاء الشرعي الأردني يرى أن المرأة لا تستحق أجره مسكن حضانة ، إذا كان لها مسكن ملك تسكن فيه ، سواء أكانت متزوجة من والد الصغير أي لا تزال على ذمته أم كانت

(١) محكمة استئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٨١٨٧) ، تاريخ ، ١٩٧٤/٨/٢١م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ٥١٣ .

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٥٤) ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٣٢٦٥٢) ، تاريخ ١٩٩١/٣/٥م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ٥٣٦ .

(٣) قانون الأحوال الشخصية ، المادة (١٥٥) .

(٤) المرجع السابق ، المادة (١٥٥ ، ١٥٧) ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٩٢٤٤) ، تاريخ ١٩٧٧/٣/١م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ٥٥١ .

مطلقة ، وذلك لأن المرأة إذا كانت لا تزال على ذمة زوجها ، فإنها تستحق النفقة التي تشمل المأكل والملبس والسكن ، وعليه فلا تستحق أجره مسكن لحضانة أولادها ؛ لأن الأولاد تابعون لها ، " والتابع تابع " ، أما في حالة الطلاق فإذا كان لها مسكن ملك فلا حق لها بأجرة مسكن حضانة ؛ لأنه لا يجب لها أجره مسكن بعد الطلاق ، وإنما سكنها على حسابها ، وما دام لها مسكن فالأولاد يتبعون لها في السكن ، " والتابع تابع " (١).

ثالثاً : إثبات إسلام الأولاد للمسلم المتزوج من غير مسلمة :

فإن القضاء الشرعي الأردني يرى أنه إذا كان الأب مسلماً والأم غير مسلمة ، فيكون الأولاد مسلمين ما لم يثبت أنهم ارتدوا عن الإسلام ، وإلا فيعتبرون مسلمين في جميع الأحكام والمعاملات (٢) ، وذلك لأن الأولاد يتبعون والدهم في الديانة ، " والتابع تابع " .

(١) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٣٢٢٦) تاريخ ٢٧/١٠/١٩٨٢م ، حيث جاء فيه: " لا بد أن تذكر الحاضنة في دعواها طلب أجره المسكن ، بأنه لا مسكن لها تحضن فيه الصغير ؛ لأن ذلك شرط لصحة الدعوى ، عملاً بالمادة (٣٨٩) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية " ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ٣٧ ، وفي قرار رقم (٢٨٧٣٢) تاريخ ٩/٤/١٩٨٨م ، حيث جاء فيه: " في حين أن البينة قد قامت على زواجها بتاريخ ٩/١/١٩٨٦م ، وأخذها أولادها المذكورين بعد هذا الزواج إلى بيته ، ولذلك وحيث أن أجره مسكن الحاضنة تسقط بزواج الحاضنة لاستغنائها بمسكن الزوجية عن مسكن الحضانة شرعاً ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٤٣ .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٢٠٤٦) ، عمرو ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ٢٤ .

المبحث الثاني :

القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم به :

تبين فيما سبق ^(١) أن المحكوم به هو المصدر الشرعي ، أو القانوني الذي يجب على القاضي أن يستند إليه ، عند إصداره الأحكام القضائية في القضايا المعروضة عليه ، حتى يكتسب حكمه الحجية ، فيصبح واجب النفاذ ، ومن هنا فقد وضع الفقهاء مجموعة من القواعد والضوابط الفقهية التي تخص المحكوم به ، ومن أهمها ما يلي :

القاعدة الأولى :

الأصل في القضاء الرد إلى الكتاب والسنة والإجماع .

القاعدة الثانية :

يندب للقاضي العالم بالحكم مشورة أهل العلم ، وإن كان جاهلاً تجب المشورة .

القاعدة الثالثة :

لا مساع لاجتهاد في مورد النص .

القاعدة الرابعة :

الاجتهاد لا ينقض بمثله .

(١) انظر: ص ٦٤ من هذه الأطروحة .

القاعدة الأولى:

الأصل في القضاء الرد إلى الكتاب والسنة والإجماع (١) :

معنى القاعدة :

على القاضي أن يلتزم حكم الواقعة المعروضة عليه ، في كتاب الله ﷻ ، فإن وجد فيه حكمها قضى به ، وإلا فبسنة رسول الله ﷺ الصحيحة ، فإن وجد فيها الحكم قضى به ، وإلا فيما أجمع عليه علماء الأمة ، إن وجد وإلا يجتهد برأيه إن كان أهلاً لذلك ، حتى لا تضيع حقوق الناس .

ويمكن الاستدلال على القاعدة بما يلي :

١- ما رواه معاذ بن جبل ؓ ، لما بعثه الرسول ﷺ إلى اليمن فقال: يا معاذ كيف تقصنع إن عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله؟ قال: فإن لم يكن في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله قال: فإن لم يكن في سنة رسول الله؟ قال: أجتهد برأبي ولا آو، فضرب رسول الله على صدري ، وقال الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله (٢) .
فالحديث صريح في أن على القاضي عند القضاء الرجوع إلى كتاب الله ثم إلى سنة رسول الله ﷺ ثم يجتهد برأيه (٣) ، إن كان أهلاً لذلك لأنه مأمور بأن يحكم باجتهاده لا باجتهاد غيره .

٢- ما روي أن عمر بن الخطاب ؓ كتب إلى قاضيه شريح: " إذا جاءك شئ في كتاب الله

(١) الحريري ، إبراهيم محمد ، (١٩٩٩م) ، القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام ط ١ ، ١م ، دار عمار ، الأردن ، ص ٥٦ ، بتصرف ، وقد ذكرها الفقهاء في كتاب القضاء ، انظر : الحسام الشهيد : شرح أدب القاضي ، ص ٢٢ ، السمناني ، روضة القضاة ، ج ١ ، ص ١٠٨ ، ابن فرحون تبصرة الحكام ج ١ ، ص ٥١ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص ٥٩ ، النووي ، روضة الطالبين ج ١١ ، ص ٩٥ ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ، ص ٤٩٣ ، البهوتي ، كشف القناع ، ج ٦ ، ص ٤٤٢ ، ابن حزم ، المحلى ، ج ٨ ، ص ٤٢٧ ، الكويت ، الموسوعة الفقهية ، ج ٣٣ ، ص ٣٢٦ ، قراة ، الأصول القضائية ، ص ٢٩٨ ، الزحيلي ، نظام القضاء ، ص ٢١٠ .

(٢) سبق تخريجه انظر: ص ٦٤ من هذه الأطروحة .

(٣) ويلاحظ هنا أن الإجماع لم يذكر في حديث معاذ ؓ ؛ لأن الإجماع كمصدر للأحكام لم يظهر إلا بعد وفاة رسول الله ﷺ ، أما في حياته لم يكن الإجماع مصدراً للأحكام وإنما كان المصدر هو الوحي وليس شيئاً غيره الزحيلي ، نظام القضاء ، ص ٢١٠ ، الحريري ، القواعد والضوابط الفقهية ، ص ٥٦ .

فأفض به ولا يلهيئك عنه الرجال ، فإن جاءك شئ ليس في كتاب الله ، ولا في سنة رسول الله ﷺ ، فانظر إلى ما اجتمع عليه الناس ، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ، ولا في سنة رسول الله ﷺ ولم يتكلم به أحد قبلك ، فاختر أي الأمرين شئت ، إن شئت أن تجتهد وتتقدم فتقدم ، وإن شئت أن تتأخر فتأخر ، ولا أرى التأخر إلا خيراً لك (١) = (٢).

وهذا صريح في أن القاضي ينظر أولاً في كتاب الله ، ثم في سنة رسول الله ﷺ ثم فيما أجمع عليه الناس ثم يجتهد برأيه .

إذا تقرر ما سبق ، فعلى القاضي أن يلتزم بهذا النهج السديد ، وهذا الترتيب المشروع في الرجوع إلى مصادر الأحكام الشرعية لمعرفة الحكم الشرعي ، الذي ينطبق على الواقعة التي ينظرها ، وأن يبذل كل جهده في الوصول إلى الحكم الصحيح (٣) ، وإلا فإن حكمه لا يكتسب حجية الحكم القضائي ، بل يكون عرضة لنقضه وإبطاله ، ولذا اتفق الفقهاء على أن الحكم القضائي إذا خالف نصاً من كتاب الله ، أو سنة رسول الله ﷺ الصحيحة ، أو الإجماع ، أو القياس الجلي فإنه ينقض (٤) .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي :

١- ادعت الزوجة أن زوجها طلقها ثلاثاً ، فعلى القاضي أن يحكم بالفرقة بين الزوجين ، وأنها لا تحل له إلا من بعد أن تتكح زوجاً غيره ، مصداقاً لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَكَحَّ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ (٥) .

٢- ادعى رجل أن له على آخر ألف دينار ، فسأل القاضي المدعى عليه عن الدعوى فأنكر ، فعلى القاضي أن يحكم بأن البينة على المدعي واليمين على من أنكر (٦) .

(١) وهذا في زمانهم ؛ لأنه كان في المجتهدين كثرة ، فإذا امتنع الواحد عن الاجتهاد لم يضع حكم الله عز وجل ، فأما في زماننا ففي المجتهدين قلة ، فلو امتنع عن الاجتهاد لأدى ذلك إلى ضياع حكم من أحكام الله ﷻ فلم يجز الامتناع ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص ٢٤ .

(٢) المقدسي ، أبو عبد الله محمد بن عبد الواحد ، (ت ٦٤٣ هـ / ١٢٣٨ م) ، الأحاديث المختارة ، ط ١ ، ص ١٠ ، (تحقيق : عبد الملك بن عبد الله) ، مكتبة النهضة الحديثة ، مكة ، ١٤١٠ هـ ، وقال : إسناده صحيح ، ج ١ ،

ص ٢٣٩ ، ابن أبي شيبعة ، المصنف في الأحاديث والآثار ، ج ٤ ، ص ٥٤٣ .

(٣) الزحيلي ، نظام القضاء ، ص ٢١١ .

(٤) انظر : ص ٢٢٠ من هذه الأطروحة .

(٥) سورة البقرة ، آية (٢٣٠) .

(٦) انظر : ص ٩٧ من هذه الأطروحة .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

قد تبين فيما سبق^(١) ، أن القضاء الشرعي الأردني ، يستمد أحكامه من نصوص الشريعة الإسلامية ، ولكنه بدل أن يترك الأمر لاجتهاد القاضي بمطالعة النصوص الشرعية، ومعرفة آراء الفقهاء ، صاغ هذه النصوص الشرعية والآراء الراجحة ، من وجهة نظره على شكل مواد قانونية^(٢) ، متمثلة في قانون أصول المحاكمات الشرعية ، وقانون الأحوال الشخصية الأردني ، والزام المحاكم الشرعية التابعة له بتطبيق هذه المواد القانونية على الوقائع المعروضة عليها^(٣) .

ولتحقيق هذه الغاية ، فقد منح القضاء الشرعي الأردني ، محاكم الاستئناف الشرعية التابعة له^(٤) ، صلاحية مراقبة مدى تطبيق القانون ، والأحكام الشرعية بالنسبة للقضايا التي تنظرها المحاكم الابتدائية الشرعية ، ومنحها صلاحية إقرار الحكم ، أو فسخه ، أو تعديله ، وقد تصدر الحكم هي إن كان صالحاً لذلك^(٥) .

(١) انظر: ص ٦٣ من هذه الأطروحة .

(٢) محاولة منه لوحدة الأحكام القضائية واستقرار القضاء ، وتوفير الوقت والجهد على القاضي ، ولإيصال الحقوق إلى أصحابها ، بأسرع وقت ممكن .

(٣) كما أوجب عليها الرجوع إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة ، في المسائل التي لا نص عليها ، قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٨٣) ، عمرو ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ص ٢٥ ، ٢٩ ، ١٠٥ ، ١١١ ، وغيرها .

(٤) قانون تشكيل المحاكم الشرعية المادة (٢١) ، الظاهر ، التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ، ص ٣٥ ويوجد في الأردن ثلاث محاكم شرعية استئنافية ، عمان ، اربد ، القدس .

(٥) القرارات الاستئنافية المتعلقة بذلك ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية والأحوال الشخصية ، عمرو ، القرارات القضائية في أصول المحاكمات الشرعية ، والأحوال الشخصية والتي تعرضت لذكر بعض هذه الأمثلة فيما سبق .

القاعدة الثانية :

يندب للقاضي العالم بالحكم مشورة أهل العلم

وإن كان جاهلاً تجب المشورة^(١):

معنى القاعدة :

على القاضي إذا لم يجد حكماً للقضية المعروضة أمامه ، لا في كتاب الله ، ولا في سنة رسول الله ﷺ ، ولم ينعقد الإجماع عليها ، فعليه حينئذ أن يجتهد برأيه إن كان أهلاً للاجتهاد، وهنا يستحب له أن يشاور أهل العلم ، لأنه مأمور بتحري الحق ، ولا شك أن مشاورة العلماء تعينه على ذلك ، وتتأكد المشاورة بل تجب إذا كان جاهلاً بالحكم ، حتى لا يقضي بخلاف الحق فيصدق فيه حديث النبي ﷺ : "القضاة ثلاثة : واحد في الجنة ، واثنان في النار ، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به ، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار ، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار " (٢) .

وجه الدلالة : فالحديث يدل بمنطوقه على أنه يجب على القاضي أن يحكم بالحق إذا عرفه فيكون من أهل الجنة ، وأن القاضي لا يعذر بجهله بالحكم ، بل جعل من حكم بجهل من أهل النار ، ويفهم من ذلك أن على القاضي أن يسلك كل طريق توصله إلى الحق ، ولا شك أن مشاورة أهل العلم ، تبديد ظلام جهله إن كان جاهلاً وتثير له الطريق إن كان عالماً .
والمشاورة مبدأ عظيم من أهم المبادئ التي حرص الإسلام عليها ، فقامت دولته على أساسها ، فعدت قاعدة من قواعد الحكم فيه .

(١) الحريري ، القواعد والضوابط الفقهية ، ص ٨٤ ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص ٧٦ ، روضة القضاة ، ج ١ ، ص ١٠٧ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ٣٣ ، ميارة ، شرح ميارة الفاسي على تحفة الأحكام ، ج ١ ، ص ٢٣ الشريبي ، مغني المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٩١ ، وقد أورد القاعدة بقوله : "إذا أشكل الحكم تكون المشاورة واجبة ، وإلا فمستحبة " ، البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج ٣ ، ص ٤٩٩ ، الكويت ، الموسوعة الفقهية ، ج ٣٣ ، ص ٣٣١ .

(٢) أبو داود ، سنن أبي داود ، كتاب الأفضية ، باب في القاضي يخطئ ، وقال أبو داود : وهذا أصح شيء فيه ، ج ٣ ، ص ٩٩ ، الحاكم ، المستدرک على الصحيحين ، وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ، ج ٤ ، ص ١٠١ ، الترمذي ، سنن الترمذي ، كتاب الأحكام ، باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي ، ج ٣ ، ص ٦١٣ ، الحديث صحيح ، واللفظ لأبي داود .

ويمكن الاستدلال لهذه القاعدة بأدلة كثيرة أهمها (١) :

أولاً : قوله تعالى : ﴿ وَشَاوَرَهُمْ فِي الْأَمْرِ ﴾ (٢) قال الحسن البصري : "إن كان رسول الله ﷺ لغنياً عن مشاورتهم ، ولكنه أراد أن يستن بذلك الحكام من بعده" (٣) .

ثانياً : وقوله تعالى : ﴿ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ ﴾ (٤) ، قال الحسن البصري في هذه الآية : "والله ما تشاور قوم قط إلا وفقهم الله تعالى لأفضل ما يحضرهم" (٥) ، والمعنى لأفضل ما يطلبونه فإنهم بالمشورة يطلبون شيئاً وهو الصواب ، فالله ﷻ يوفقهم لذلك (٦) .

ثالثاً : ما ثبت عن النبي ﷺ أنه كان يشاور أصحابه في كثير من الأمور حتى قال أبو هريرة رضي الله عنه : " ما رأيت أحداً كان أكثر مشاورة لأصحابه من رسول الله ﷺ" (٧) ، فقد شاورهم عليه الصلاة والسلام في غزوة بدر وفي أسرى تلك الغزوة ويوم حفر الخندق وغيرها كثير .

رابعاً : فعل الصحابة رضي الله عنهم ، فقد كان الواحد منهم يكون عنده جماعة من أصحاب

(١) هذا وقد اختلف الفقهاء في حكم المشورة من قبل القاضي على ثلاثة أقوال :

الأول : جمهور الفقهاء على استحباب مشاورة القاضي غيره من الفقهاء .

الثاني : وجوب المشاورة وبخاصة في المسائل المشككة وهو قول آخر عند المالكية .

الثالث : عدم جواز المشاورة بالنسبة للقاضي الجاهل وبه قال ابن حزم الظاهري .

انظر تفصيل هذه المسألة : أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٣٣٧ ، والذي أراه هو ما

ذهب إليه جمهور الفقهاء ؛ لأن هذا القول يحقق الغاية من القضاء ، وهي إيصال الحقوق إلى أصحابها

ويبعث الطمأنينة في حكم القاضي ؛ لأنه بالمشاورة يكون أقرب للصواب والله أعلم .

(٢) سورة آل عمران آية (١٥٩) .

(٣) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ٣٤ ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٩١ ، وفي ذلك

يقول الكاساني : " قد ندب الله ﷻ رسوله ﷺ إلى المشاورة مع انفتاح باب الوحي فغيره أولى " ، بدائع

الصنائع ، ج ٥ ، ص ٤٥٣ .

(٤) سورة الشورى آية (٣٨) .

(٥) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج ١٣ ، ص ٣٤٠ ، وهذا لا يمكن أن يقوله الحسن البصري من

جهة الاجتهاد و الرأي ، وإنما قاله توقيفاً ؛ لأنه أخبر عن أمر في الغيب الذي لا يطلع عليه إلا الله

ﷻ ، فلا يصل إلى معرفته إلا من جهته ، الحريري ، القواعد والضوابط الفقهية ، ص ٨٤ .

(٦) الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص ٧٦ .

(٧) الشافعي ، أبو عبد الله محمد بن إدريس (ت ٢٠٤هـ / ٨١٩م) ، مسند الشافعي ، ام ، دار الكتب العلمية

، بيروت ، والحديث ضعيف الإسناد ، وإن كان معناه صحيحاً ، ولذا قال : ابن حجر - رحمه الله -

ورجاله ثقاةً إلا أنه منقطع ، ابن حجر ، فتح الباري ، ج ١٣ ، ص ٣٤٠ .

رسول الله ﷺ ، فإذا نزل به أمر شاورهم فيه حتى قال ابن قدامة : بعد أن ذكر فعل الصحابة في ذلك ، ولا مخالف في استحباب ذلك (١) .

خامساً : المعقول : فإن الإحاطة بجميع العلوم متعذرة ، وقد يتنبه لإصابة الحق ومعرفة الحادثة من هو دون القاضي فكيف بمن يساويه ، أو يزيد عليه (٢) ، والمشاورة تساعد القاضي على انكشاف ما غمض ، أو خفي عليه ، ويستبين بها أوجه الاجتهاد في المسألة ، وما قيل فيها من أقوال أهل العلم (٣) ، فيخرج بأقرب هذه الأقوال إلى نصوص الشريعة الإسلامية وروحها ، ومقاصدها ويبرئ ذمته ، أمام الله ﷻ في بذل غاية وسعة للوصول إلى الحق .

إذا تقرر ما سبق فعلى القاضي أن يشاور العلماء الأمناء (٤) ، ولذا قال الشافعي -رحمه الله - : " ولا ينبغي له أن يشاور جاهلاً لأنه لا معنى لمشاورته ، ولا عالماً غير أمين فإنه ربما أضل من يشاوره ، ولكن يشاور من جمع العلم والأمانة" (٥) .

وعلى القاضي أن يشاور العلماء من مختلف المذاهب (٦) ، الموافق له والمخالفين

(١) ابن قدامة ، المغني ، ج ١٠ ، ص ١٠٠ .

(٢) ومن لطائف ما ذكر في ذلك : " ما روي أن كعباً بن سوار كان جالساً عند عمر فجاءته امرأة فقالت : يا أمير المؤمنين ما رأيت قط رجلاً أفضل من زوجي ، والله إنه ليبيت ليله قائماً ، ويظل نهاره صائماً ، فاستغفر لها ، وأثنى عليها وقال : مثلك أنتى خير قال : استحيت المرأة فقامت راجعة فقال كعب : يا أمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجها؟ قال : وما شكت؟ قال : زوجها أشد الشكاية قال : أوداك أردت؟ قال : نعم ، قال : ردوا عليّ المرأة ، فقال : لا بأس بالحق أن تقوليه إن هذا زعم أنك جننت تشكين زوجك ، أنه يجتنب فراشك ، قالت : أجل إنني امرأة شابة وإني لا بتغي ما تبتغي النساء ، فأرسل إلى زوجها فجاء ، فقال لكعب : اقض بينهما ، قال : أمير المؤمنين أحق أن يقضي بينهما ، قال : عزمت عليك لتقضين بينهما ، فإنك فهمت من أمرها ما لم أفهم ، قال : فإني أرى كأن عليها ثلاث نسوة ، وهي رابعتهن فأقضي له بثلاثة أيام بليليهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة ، فقال عمر : والله ما رأيك الأول أعجب إلى من الأخر ، اذهب فأنت قاض على البصرة " ، ابن قدامة ، المغني ، ج ١٠ ، ص ١٠٠ .

(٣) الزحيلي ، نظام القضاء ، ص ٢١٧ ، وقال الكاساني : "ولأن المشاورة في طلب الحق من باب المجاهدة في الله ، فيكون سبباً للوصول إلي سبيل الرشاد ، قال تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا ﴾ (سورة العنكبوت ، آية ٦٩) ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٤٥٣ ، .

(٤) الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص ٧٥ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٤٥٣ .

(٥) الشافعي ، الأم ، ج ٧ ، ص ٩٥ .

(٦) الشرنبلالي ، غنية ذوي الأحكام في بغية درر الحكام ، ج ٢ ، ص ٤٠٦ ، الحطاب ، مواهب الجليل ، ج ٦ ، ص ١١٧ ، النووي ، روضة الطالبين ، ج ١١ ، ص ١٤١ ، البهوتي ، كشف القناع ، ج ٦ ، ص ٣٩٩ ، هذا وقد فضل بعض أهل العلم أن يكون الفقهاء المشاورون من مذهب القاضي فالحنفي يحضر فقهاء مذهبه =

ويسألهم عن حججهم ويحاوهم ، ويناقشهم فإن ذلك كما قال ابن قدامة - رحمه الله - :
 " أسرع لاجتهاده وأقرب إلى صوابه" ^(١) ، فإن حكم باجتهاده بعد مشاورتهم فليس لأحد
 الاعتراض عليه ؛ لأن ذلك افتئات عليه ، إلا أن يحكم بما يخالف نصاً أو إجماعاً ^(٢) ، فإن قيل
 فما فائدة المشاورة إذن ؟ أقول فائدة المشاورة بالنسبة للقاضي ليتضح له الحكم ، لا ليقادهم لأنه
 مأمور بأن يقضي باجتهاد نفسه لا باجتهاد غيره ، فيسمع ما عندهم ، ويعرضه على رأيه ويتنبه
 للأدلة والمشكلات فيكون ذلك معونة له على تدليل طرق الاجتهاد، ومعرفة مسالك العلة ^(٣) ،
 فيصل إلى الحق في حكمه .

والمشاورة تكون في النوازل والأمور المشككة التي تختلف وجهات النظر فيها،
 وتتعارض الأدلة في شأنها ، وفيما يشتبه على القاضي وجه الحكم فيها ، فأما الحكم المعلوم
 بنص ، أو إجماع ، أو قياس جلي فلا مشاورة فيه ، فإن لم يكن الأمر كذلك شاورهم ونظر إلى
 أقوالهم وأدلتهم ، فإن اتفقوا على شيء أمضاه ^(٤) ، وإن اختلفوا نظر إلى أحسن أقوالهم ، وأشبهها
 بالحق فأخذ به ، ولكن إن رأى خلاف رأيهم فإن استحسنه وأشبه الحق قضي به ؛ لأن إجماعهم
 لا ينعقد بدون رأيه ، وهو واحد منهم ، ولأن رأيه أقوى في حقه من رأى غيره ، فلو قضي
 برأيه كان قاضياً بما هو الصواب عنده ، وإذا قضي برأي غيره كان قاضياً بما عنده أنه خطأ
 وقضاؤه بما عنده هو الصواب أولى ، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد والرأي نظر إلى أفقهم
 عنده وأورعهم فقضى بفتواه ^(٥) .

والمشاورة ينبغي أن لا تكون أمام الخصوم ^(٦) ، وذلك حتى لا يعلم الخصوم ما

وهكذا ولكن الصواب أن يحضرهم من مختلف المذاهب، لأن الحق لا ينحصر في مذهب، وفي هذا
 أيضاً ابتعاداً عن التعصب المذهبي ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٣٤٢ ، ولكن القاضي إذا كان
 مقيداً بمذهب معين فلا بد من مشاورة من هم على مذهبه دون غيرهم ، لأن القضاء كما تبين سابقاً يقبل
 التخصيص .

(١) ابن قدامة ، المغني ، ج ١٠ ، ص ١٠١ .

(٢) البهوتي ، كشاف القناع ، ج ٦ ، ص ٣٩٩ ، البهوتي ، شرح منتهى الارادات ج ٣ ، ص ٤٩٩ .

(٣) ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص ١١٠ .

(٤) الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص ٧٧ ، الكويت ، الموسوعة الفقهية ، ج ٣٣ ، ص ٣٣٢ .

(٥) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٦ ، ص ٨٤ .

(٦) وفي ذلك يقول السرخسي : " لا ينبغي للقاضي أن يدع المشاورة وإن كان فقيهاً في غير مجلس القضاء"

المرجع لسابق ، ج ١٦ ، ص ٦٦ ، وهذا ما يعرف اليوم بفكرة المداولة قبل إصدار الحكم في غرفة =

يدور بين القاضي وبين من يشاوره ، وبين ما يعزم عليه رأيه^(١) لما في هذا من ضمان لتحقيق العدالة واحقاق الحق ، كما أن الانشغال بالمشورة في مجلس القضاء ربما يحول بينه ، وبين فصل القضاء ، وقد يكون سبباً لازدراء الخصوم للقاضي ، فيظن أن القاضي لا يعرف حتى يسأل غيره^(٢) ، وفي هذا إسقاط لهيبة القاضي من أعين الخصوم ، الأمر الذي ينبغي الاحتراز منه ما أمكن .

و قاعدة المشاورة تنقيد بكل مسألة لم يتضح للقاضي وجه الحكم فيها بنص من كتاب الله ، أو سنة صحيحة ، أو إجماع ، أو قياس جلي ، فلو اتضح للقاضي الأمر وعرف المحق من المبطل ، فعلى القاضي أن يقضي بذلك ولا يشاور^(٣) ؛ لأن في ذلك تأخير الحق عن صاحبه وهذا لا يصح .

من الأمثلة على القاعدة :

- ١- ما فعله الصحابة رضي الله عنهم ، فقد شاور أبو بكر رضي الله عنه ، الناس في ميراث الجدة ، وشاور عمر رضي الله عنه في دية الجنين ، وشاور الصحابة في حد الخمر^(٤) .
- ٢- إذا ادعى أحد الورثة على مورثه ، أنه مجنون لا يحسن التصرف بماله قاصداً بذلك الحجر عليه فعلى القاضي أن يستشير أهل الاختصاص من الأطباء ممن يثق في دينه ، وأمانته قبل أن يصدر حكمه .

= خاصة وهو ما عليه العمل في كثير من القوانين الحديثة ، وذهب بعض الفقهاء إلى القول: بعلمانية المشاورة أمام الخصوم فيذكرون ما عندهم إذا سألهم ولا يبتدئون بالاعتراض، والرد على حكمه إلا إذا كان حكماً يجب نقضه ، النووي ، روضة الطالبين ، ج ١١ ، ص ١٤٢ ، وذكروا أن عثماناً رضي الله عنه شاور علياً وطلحة ، والزبير رضي الله عنهم بمحضر من الخصوم ، ويرد على هذا أن عثمان رضي الله عنه كان يقضي في صدر الأول للذين شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخيرية ، ووصفهم بالأمانة ، فكان تقدمهم إلى القاضي لاشتباه الأمر عليهم ، فإذا ظهر ذلك انقادوا له ، أما في زماننا فقد فسد الزمان وخان الناس فلا يؤمن إن عرفوا ما يريد القاضي أن يقضي به فيحتالون لدفعه ، فلذلك لا يشاور الفقهاء بحضرة الخصوم ، ولكنه إذا أراد مشاورتهم ومناظرتهم فعل ذلك بعد ذهاب الخصوم من بين يديه؛ لأنه أحوط ، أو يكتب في رقعة فيدفع إليهم أو يكلمهم بلغة لا يفهمها الخصوم ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص ٧٥ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ٤٥٧ .

(١) الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص ٧٥ .

(٢) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٦ ، ص ٦٦ ، ص ٧١ .

(٣) السمناني ، روضة القضاة ، ج ١ ، ص ١٠٨ ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص ٧٧ .

(٤) الكويت ، الموسوعة الفقهية ، ج ٣٣ ، ص ٣٣٢ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القاضي في القضاء الشرعي الأردني بشر يصيب ، ويخطئ ، ولربما تغيب عنه بعض الأمور التي يحتاج فيها إلى سؤال أهل العلم ، والخبرة ، في مجال عمله ، ولذا فإن الباحث يمكنه القول ، بأن القضاء الشرعي الأردني يأخذ بقاعدة المشاورة ، ويظهر ذلك من خلال ما يلي :

أولاً : قانون أصول المحاكمات الشرعية :

١- فقد أوجب على القاضي إعطاء الحكم فور تفهم الطرفين انتهاء المحاكمة إن كان ممكناً ، وإلا ففي خلال عشرة أيام من انتهاء المحاكمة ، إذا كان الحكم يحتاج إلى التدقيق ، وتغيب الطرفين أو أحدهما في هذه الحالة لا يمنع المحكمة من إصدار حكمها (١) .

فمنح القاضي مدة عشرة أيام يصدر خلالها الحكم فرصة له لمراجعة ملف القضية ، ومشاورة أهل العلم والقضاء إن التبس عليه أمر من الأمور ، حتى يهتدي إلى الرأي الصواب الذي يتعبد الله به ، فيطمئن بذلك قلبه وينشرح - لإيصال الحقوق إلى أصحابها - صدره ، فيصدر حكمه بعد أن استفرغ جهده في الوصول إلى الحق فتبراً ذمته أمام الله سبحانه وتعالى .

٢- لقد أجاز القانون الطعن في المستندات العرفية بالإنكار والتزوير (٢) ، وأوجب على القاضي في هذه الحالة إجراء معاملة التطبيق من قبل خبراء (٣) ، ويباشرون العمل تحت إشرافه أو إشراف نائبه ، وبحضور الطرفين وفق إجراءات معينة (٤) .

والقاضي لا يستطيع الحكم على هذه المستندات العرفية بأنها صحيحة ، أو أنها مزورة من تلقاء نفسه ، وإنما عليه أن يستشير ويستعين بأهل الخبرة والاختصاص في هذا المجال للوقوف على حقيقة الأمر .

٣- القانون أحال في بعض القضايا كتعيين مقدار النفقة ، أو أجر المثل ، إلى أهل الخبرة والاختصاص في هذا الأمر ، إذا لم يتفق الخصوم على ذلك (٥) .

٤- القانون أوجب على القاضي استشارة الطبيب المختص بإثبات الأمراض التي توجب فسخ

(١) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١٠١) .

(٢) المرجع السابق ، المادة (٧٧) .

(٣) المرجع السابق ، المادة (٧٨ ، ٧٩) .

(٤) المرجع السابق ، المادة (٨٠-٨٣) .

(٥) المرجع السابق ، المادة (٨٤) .

النكاح:" يثبت الجنون ، والعتة ، والأمراض التي توجب فسخ النكاح ، في دعوى الحجر وفسخ النكاح ، بتقرير الطبيب المؤيد بشهادته أمام المحكمة ، وإذا لم يكن مآل التقرير مع شهادة الطبيب باعثاً على الطمأنينة يحال الأمر إلى طبيب آخر ، أو أكثر" (١) .

ثانياً : قانون الأحوال الشخصية الأردني :

١- فقد أجاز للقاضي أن يأذن بزواج من به جنون ، أو عته ، إذا ثبت بتقرير طبي أن في زواجه مصلحة (٢) .

فالقاضي لا يملك أن يجيز للمجنون ، أو من به عته بالزواج ما لم يثبت أن له مصلحة من هذا الزواج مؤيد بتقرير طبي ، أي أن القاضي يستشير الطبيب في مثل هذه الحالة .

٢- القانون أجاز لكلا الزوجين طلب التفريق لوجود علة لا يمكن المقام مع أحدهما إلا بضرر، ولكنه أوجب على القاضي بعد الاستعانة بأهل الخبرة والفن: ينظر فإن كان لا يوجد أمل بالشفاء يحكم بالتفريق بينهما في الحال ، وإن كان يوجد أمل بالشفاء ، أو زوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة ، وإلا يفرق بينهما إذا أصر الزوج على الطلاق، وأصرت الزوجة على طلبها (٣) .

٣- القانون أوجب على القاضي في حالة عجزه عن الإصلاح بين الزوجين في دعوى النزاع ، والشقاق أن يحيل الأمر إلى حكمين ، ويفضل أن يكون أحدهما من أهل الزوجة ، والآخر من أهل الزوج ، وإن لم يتيسر ذلك حكّم القاضي رجلين من ذوي الخبرة ، والعدالة ، والقدرة على الإصلاح (٤) .

ثالثاً : عمل محكمة الاستئناف الشرعية :

فإن الناظر في قرارات محكمة الاستئناف الشرعية ، يجد أنها حريصة كل الحرص على أن يقوم القاضي بمشاورة أهل الخبرة والفن ، في القضايا التي نص عليها القانون ، وفيما يلي بعض الأمثلة على ذلك :

١- انتخاب خبراء :تكلف المحكمة الطرفين الاتفاق على مقدار النفقة ، أو الأجرة ، فإذا لم يتفقا تكلف الطرفين لانتخاب الخبراء ، فإذا لم يتفقا تنتخبهم المحكمة (٥) .

(١) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٩٠) .

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٨) .

(٣) المرجع السابق ، المادة (١١٦) .

(٤) المرجع السابق ، المادة (١٣٢/فقره جـ) .

(٥) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٣٨٦٨٧) ، تاريخ ١٩٩٥/٤/٥ م ، داود ، القرارات

الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ١ ، ص ٢٤٤ .

٢- خبير مضاهاة: "... تبين أن عملية المضاهاة التي أجراها خبير التطبيق لتوقيع المتوفى على المستند الخطي المبرز من المدعي بينة على الدعوى ، لم تكن تحت إشراف المحكمة الابتدائية ، وحضور الطرفين المتداعيين وفقاً للمادة (٨٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، وعلى ذلك فقد كان اعتماد المحكمة الابتدائية لتقرير الخبير في غير محله ومخالفاً للمادة المذكورة" (١) .

٣- تفريق للعنة : "... التفريق للعنة دون إمهال بناءً على تقرير الطبيب المؤيد بشهادته ، الذي جزم بعنة المدعى عليه ، وعدم إمكان زوالها منه ، مع أن العنة من العلل القابلة للزوال غير صحيح، وعلى فرض وجود العلة المذكورة بالمدعى عليه ، فالشريعة الإسلامية منحت مهلة شرعية قدرها سنة واحدة قمرية ، من يوم تسليم الزوجة نفسها له (٢) .

٤- نفقة الزوجة: "... الخبراء الذين قدروا النفقة لم يذكروا اسم المستأنف الذي قدروا عليه النفقة ، ولا اسم المستأنف عليها في إخبارهم ، فكانت خبرتهم غير صحيحة (٣) .

(١) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٦٥٠٠) ، تاريخ ١٦/١٢/١٩٧٠ م ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٢٧٠ .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٠٠٢٦) ، تاريخ ٢٧/٤/١٩٧٨ م ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٣٣٢ .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٤٤٤٥٧) ، تاريخ ١٥/٣/١٩٩٨ م ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ١١٨٩ .

القاعدة الثالثة :

لا مساغ^(١) للاجتهاد^(٢) في مورد النص^(٣) :

معنى القاعدة :

الاجتهاد لا يجوز في مسألة شرعية ، ورد فيها نص^(٤) واضح وصريح بحكمها؛ لأن الاجتهاد إنما يكون فيما لا نص فيه ، أو فيما فيه نص ولكن معناه محتمل ، فيجتهد الفقيه أو القاضي في فهم ذلك النص^(٥) ، فالحكم الشرعي حاصل بالنص ، فلا حاجة لبذل الواسع في تحصيله^(٦) ؛ لأن في ذلك مضیعة للوقت ، وتأخير لوصول الحق لصاحبه ، وهذا محرم شرعاً. وتكمن أهمية هذه القاعدة في أنها تعتبر قيماً في الاجتهاد الفقهي ، وفيها إيماء للمفتين والقضاة بأن يقفوا عند حدود النص ، ويقصروا أنظارهم أن تتطلع ، وأعناقهم أن تمتد إلى مجاوزة ما فوض إليهم من الاجتهاد في ترجيح إحدى روايتين متساويتين ، أو أحد قولين متعادلين يختلف الترجيح بحسب الحوادث ، والأشخاص إلى ما لم يفوض إليهم^(٧) ، ومن هنا فقد ذكر الفقهاء أن قضاء القاضي إذا خالف نصاً ، أو إجماعاً ، أو قياساً

(١) مساغ : من ساغ سوغاً ، يقال ساغ الأمر أي جاز فعله فهو ساغ ، المنجد في اللغة والأعلام ، ص ٣٦٧ .
(٢) الاجتهاد : من الجهد بالفتح والضم ، وهو الطاقة والمشقة ، المناوي ، التعاريف ، ص ٣٥ ، وفي الاصطلاح : هو بذل الجهد في استخراج الأحكام من شواهد الدالة عليها بالنظر المؤدي إليها ، السمعاني ، منصور بن محمد ، (ت ٤٨٩ هـ / ١٠٩٧ م) ، قواطع الأدلة في الأصول ، ط ١ ، م ، (تحقيق : محمد حسن إسماعيل) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ م ، ج ٢ ، ص ٣٥٣ ، زكريا الأنصاري ، الحدود الأنبيقة ، ص ٨٢ .

(٣) عميم الإحسان ، قواعد الفقه ، ص ١٠٨ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٣٢ ، أحمد ازرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ١٤٧ ، شبير ، شرح القواعد الكلية ، ص ٣٦١ ، وهذه القاعدة أصولية ولكن ذكرناها هنا لكثرة الحاجة إليها وشيوع استعمالها في كتب الفقه ، الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ١٤٨ .

(٤) يقسم اللفظ من حيث قوة الوضوح إلى أربعة أقسام: الظاهر ، والنص ، والمفسر ، والمحكم ، وهذا التقسيم من الأقل وضوحاً إلى الأقوى ، وعليه فإن اللفظ الذي لا مساغ للاجتهد فيه هو: المفسر ، والمحكم لأنهما لا يحتملان التأويل بخلاف الظاهر والنص ، الدريني ، فتحي ، (١٩٨٥ م) ، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي ، ط ٢ ، م ، الشركة المتحدة للتوزيع ، سوريا ، ص ٤٠ .

(٥) شبير ، القواعد الكلية ، ص ١٦٢ .

(٦) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ١٤٧ .

(٧) المرجع السابق .

جلياً، فإنه واجب النقص^(١)؛ لأن اجتهاد القاضي هنا في مقابلة النص ، ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص .

ويمكن الاستدلال لهذه القاعدة بأدلة من القرآن ، والسنة ، والإجماع ، والمعقول ، وفيما يلي بيان لذلك :

أولاً : من القرآن الكريم : فقد ورد في القرآن الكريم آيات كثيرة ، توجب على المسلم الاحتكام إلى أمر الله سبحانه وتعالى ورسوله محمد ﷺ ، وتسليم الأمر لهما والانقياد لحكمهما ، ومن ذلك ما يلي^(٢) :

١- قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾ ﴿ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ ﴿ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾^(٣)

يقول ابن القيم رحمه الله :- " فأكد هذا التأكيد وكرر هذا التقرير في موضع واحد لعظم مفسدة الحكم بغير ما أنزله ، وعموم مضرته وبلية الأمة به " ^(٤) .

٢- قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ

الْمُفْلِحُونَ ﴾^(٥) ، فالآية واضحة الدلالة ، في أنه يجب على المسلم ، أن يكون موقفه أمام أمر الله وأمر رسوله ﷺ السمع والطاعة في تنفيذ هذا الأمر كما هو منصوص عليه .

ثانياً: السنة النبوية : ما ورد في الصحيحين من حديث ابن عباس أن هلال بن أمية قذف زوجته عند النبي ﷺ فقال عليه السلام : "أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين ٠٠٠٠ الحديث فجاءت به على النعت المكروه فقال النبي ﷺ : لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها

شأن"^(٦). قال ابن القيم رحمه الله : يريد - والله أعلم - بكتاب الله قوله تعالى : ﴿ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٠٨ ، السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٤٠٥ ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٣٧ ، وألحق بعض الفقهاء القواعد الكلية ، وشروط الواقف بالنص الذي لا مساغ للاجتهاد به ، وقالوا شرط الواقف كنص الشارع ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٠٨ ، القرافي ، الفروق ج ٤ ، ص ٩٧ .

(٢) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج ٢ ، ص ١٩٩ .

(٣) سورة المائدة ، آية (٤٤ ، ٤٥ ، ٤٧) .

(٤) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج ٢ ، ص ١٩٩ .

(٥) سورة النور ، آية (٥١) .

(٦) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب التفسير ، باب ويدرأ عنها العذاب ، ج ٤ ، ص ١٧٧٢ .

أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿١﴾ ، ويريد بالشأن - والله أعلم - أنه عليه الصلاة والسلام كاد يحدثاً لمشابهة ولدها للرجل الذي رميت به ، ولكن كتاب الله فصل الحكومة ، وأسقط كل قول وراءه ، ولم يبق للاجتهاد بعده موقع (٢) .

ثالثاً : الإجماع : فقد نقل ابن القيم رحمه الله بعد أن ذكر كثيراً من الآثار عن الصحابة التي تدل على وجوب الرجوع إلى حكم الله ، وحكم الرسول ﷺ ، وترك الاجتهاد المخالف لهما بقوله: "أجمع الناس على أن من استبان له سنة عن رسول الله ﷺ لم يكن له أن يدعها لقول أحد الناس" (٣) .

رابعاً: المعقول : فالاجتهاد ظني ، والحكم الحاصل به ظني ، بخلاف الحاصل بالنص ، فإنه يقيني ، ولا يترك اليقيني للظني (٤) .

من خلال ما سبق ، يتبين حرمة الاجتهاد من قبل القاضي فيما ورد فيه نص ، واضح صريح لا مجال للتأويل فيه ، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا كيف يمكن التوفيق بين هذا القول وبين قول النبي ﷺ : " إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر " (٥) ؟ وللإجابة عن هذا التساؤل أقول : إن قول النبي ﷺ يحمل على المسائل التي يكون فيها النص محتملاً ، فهنا على القاضي ، أو المجتهد ، أن يجتهد في طلب الحق وله الأجر في الحالتين إن أصاب ، أو أخطأ بعد استقراغ جهده في طلب الحق (٦)

(١) سورة النور آية (٨).

(٢) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج ٢ ، ص ٢٠٠ .

(٣) المرجع السابق ومن ذلك ما روي عن أبي ذئب أنه قال: قضى سعد بن إبراهيم على رجل بقضية برأي ربيعة فأخبرته عن النبي ﷺ بخلاف ما قضى به ، فقال سعيد لربيعة: هذا ابن أبي ذئب وهو عندي ثقة يخبرني عن النبي ﷺ بخلاف ما قضيت به فقال له ربيعة: قد اجتهدت ومضى حكمك ، قال سعد: واعجباً! أنفذ قضاء سعد بن أم سعد وأرد قضاء رسول الله ﷺ ، بل أرد قضاء سعد وأنفذ قضاء رسول الله ﷺ فدعا سعد بكتاب القضية فشقّه وقضى للمقضي عليه ، ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج ٢ ، ص ٢٠١ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب أجر الحاكم إذا اجتهد ، ج ٦ ، ص ٢٦٧٦ مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الأقضية ، باب بيان أجر الحاكم ، ج ٣ ، ص ١٣٤٢ ، واللفظ لهما .

(٦) العلائي ، المجموع المذهب ، ج ٢ ، ص ١٦٧ ، القرافي ، الفروق ، ج ٢ ، ص ٢٦٥ ، فالمجتهد إذا بذل وسعه أجر ، فإن أصاب ضوعف أجره ، لكن لو أقدم فحكم أو أفتى بغير علم لحقه الإثم ، قال ابن المنذر: "إنما يؤجر الحاكم إذا أخطأ إذا كان عالماً بالاجتهاد فاجتهد ، وأما إذا لم يكن عالماً فلا بد أن يكون جامعاً لآلة الاجتهاد " ، ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج ١٣ ، ص ٣١٩ .

أما المسائل التي ورد فيها نص صريح واضح ، فهذا لا مساغ للاجتهاد فيه بل على القاضي أو المجتهد أن يقول كما أمر الله سبحانه وتعالى سمعنا واطعنا ، فيقف القاضي عند هذا النص ولا يتعداه لا باجتهاد من نفسه ولا من غيره ، والله أعلم .

من الأمثلة على القاعدة (١) :

١- قوله تعالى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ (٢) ، فلو طلبت البنت من القاضي مساواتها بأخيها في الميراث ، فهنا لا مساغ للقاضي أن يجتهد في هذه المسألة ، بل يرد طلبها ، ويحكم وفق ما حكم الله ﷻ .

٢- قول النبي ﷺ : " البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه" (٣) ، فهذا نص صريح ، فلا يجوز لأحد المجتهدين ، أو القضاة أن يجتهد ، أو يحكم بخلافه ، ويقول بحكم يناقضه ، كأن يقول : بأن البينة على المدعى عليه ، واليمين على المدعي (٤) .

(١) ابن الطيب ، محمد بن علي (ت ٤٣٦هـ/ ١٠٤٤م) ، المعتمد في أصول الفقه ، ط ١ ، ٢م ، (تحقيق : خليل لميس) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٣هـ ، ج ٢ ، ص ١٧٥ ، السبكي ، الإبهاج ، ج ٣ ، ص ٢٤٨ ، ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج ٢ ، ص ٢٠١ ، المحاسني ، شرح المجلة ، ج ١ ، ص ٤٤ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٣٣ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ١٤٨ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٤٥ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ٣٦٦ .

(٢) سورة النساء ، آية (١١) .

(٣) انظر : ص ٢٦ من هذه الأطروحة .

(٤) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٣٣ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القاضي في القضاء الشرعي الأردني ، ملزم بتطبيق كل من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، وقانون الأحوال الشخصية ، وما استقرا عليه اجتهاد محاكم الاستئناف الشرعية، ولذا فإنه لا يحق للقاضي في القضاء الشرعي الأردني ، أن يجتهد بما يخالف ذلك ، وتأكيداً على هذا المعنى فقد جاء في أحد قرارات محكمة الاستئناف الشرعية ما يلي : " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص "(١) .

ومن الأمثلة على ذلك:

أولاً : اجتهاد المحكمة الشرعية الابتدائية في تسمية الحكيمين مصلحين :

"وذلك لأن المحكمة الابتدائية أطلقت على الشخصين اللذين بعثتهما للإصلاح بين المدعين اسم مصلحين رغم أن الفقرة ج من المادة (١٢٦) من قانون الأحوال الشخصية المعدلة بالمادة السادسة من القانون المؤقت رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠١ (٢) سمتهما حكيمين ، وعلى المحكمة الابتدائية التقيد بالاسم الذي وضعه القانون ، ولا تجتهد في وضع اسم لهما من عندها ، إذ لا اجتهاد في مورد النص "(٣) .

ثانياً : اجتهاد المحكمة الشرعية الابتدائية في يمين الاستظهار : ومثاله ما يلي :

" يمين الاستظهار التي حلفتها المدعية خلت من ذكر اسم المتوفى الموروث ، وأيضاً فإن ما ذكر في آخر صيغة اليمين (وليس لي في مقابل هذا الحق أو بعضه رهن) غير صحيح ، ولا يتفق مع الصيغة التي حددها الفقهاء في يمين الاستظهار، وجرى تعميمها على المحاكم الشرعية والتي جاء فيها (ليس للميت المرحوم .. في مقابل هذا الدين ، وهذا المهر كله أو بعضه رهن) لذلك كان الحكم للمدعية بمهرها المؤجل على تركة زوجها غير صحيح ، وسابقاً لأوانه فتقرر فسخه، وإعادة القضية لمصدرها لإجراء الإيجاب"(٤)، وذلك لأنه لا مساغ للاجتهاد في مورد النص

(١) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٣٥٧٠) تاريخ ١٢/٣/١٩٨٣م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ٢٦٤ ، هذا وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على ذلك في المادة (١٤) لا مساغ للاجتهاد في مورد النص ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٣٢ ، كما نص على ذلك القانون المدني الأردني المادة (٢/ فقره ١) .

(٢) قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة (٦) حيث نصت : "...حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين فإن لم تستطع أرسلت حكيمين لموالاته مساعي الصلح بينهما" .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٥٩٢٩٢) ، تاريخ ١٠/١١/٢٠٠٣م .

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية عمان ، قرار رقم (٣٧٩٢٤) تاريخ ١٢/٦/١٩٨٢م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ١٨٤ .

ثالثاً : اجتهاد المحكمة الشرعية الابتدائية في صلاحية المحكمة للنظر في الدعوى : ومثاله ما يلي : ".... المستأنف دفع دعوى المستأنف عليها ، بعدم صلاحية المحكمة الابتدائية المكانية لرؤيتها ، نظراً لإقامة المستأنف عليها عند أهلها في الزرقاء ، قبل تاريخ إقامة الدعوى وحتى الآن ، وأن محكمة الزرقاء الشرعية هي صاحبة الصلاحية للنظر فيها ، وقد كلفت المحكمة الابتدائية للمستأنف لإثبات هذا الدفع ، واستمعت إلى بينته الشخصية ، وقبل أن تكمل إجراءاتها القضائية في ذلك عادت ورأت أن المستأنف ما دام يقيم خارج المملكة ، فلا موجب لإقامة الدعوى مكان إقامة المستأنف عليها بالزرقاء ، وقررت صلاحية المحكمة ، وهذا اجتهاد من المحكمة الابتدائية يتعارض مع ما نصت عليه المادة (٣) ، من قانون أصول المحاكمات الشرعية من أنه إذا لم يكن للمدعى عليه محل إقامة في المملكة فالدعوى ترفع أمام المحكمة التي يقيم فيها المدعي ضمن حدود المحكمة (١) ، ولا اجتهاد في مورد النص (٢) .

رابعاً : اجتهاد المحكمة الشرعية الابتدائية في أن الحجر يتم على المجنون ، أو المعتوه بإشهاد شرعي ومثاله ما يلي :

"..... لقد ظهر بجلاء أن المشرع الأردني في المادة (٩٠) (٣) قد حصر طريق ثبوت الجنون والعتة في تقرير الطبيب المؤيد بشهادته أمام المحكمة ، وأن يكون ذلك في دعوى ، وهذا نص صريح في موضوع الدعوى ، ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص (٤) .

(١) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٣) .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٢٩٧٦) ، تاريخ ١٩/٦/١٩٨٢م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ٣١١ .

(٣) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٩٠) : " حيث نصت يثبت الجنون والعتة والأمراض التي توجب فسخ النكاح في دعوى الحجر ، وفسخ النكاح في تقرير الطبيب المؤيد بشهادته أمام المحكمة " .

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٠٨٥٣) ، تاريخ رقم ٩/٧/١٩٧٩م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ٤٤٧ .

القاعدة الرابعة :

الاجتهاد^(١) لا ينقض بمثله^(٢) :

معنى القاعدة :

القاضي لو اجتهد في مسألة من المسائل الشرعية المعروضة عليه ، وكانت ضمن الدائرة التي يسمح له بالاجتهاد فيها ، وحكم بموجب ذلك الاجتهاد ثم بدا له رأي آخر ، فعدل عن الأول ، في مسألة أخرى ، فلا ينقض اجتهاده الثاني حكمه الناشئ عن اجتهاده الأول ، وكذا الأمر لو حكم مجتهد في مسألة بموجب اجتهاده ، ثم حكم مجتهد ثان في تلك المسألة عينها ، وكان رأي الثاني مخالفاً لرأي واجتهاد الأول ، فلا ينقض الحكم المستند على اجتهاد الأول^(٣) . ومستند القاعدة هذه هو إجماع الصحابة . فقد حكم أبو بكر رضي الله عنه في مسائل ، وخالفه عمر رضي الله عنه فيها ، ولم ينقض حكمه^(٤) ، وحكم عمر رضي الله عنه في المشتركة بعدم المشاركة ، ثم حكم فيها بالمشاركة ، ولم ينقض قضاءه الأول ، بل قال : تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضي^(٥) . ويمكن أن يستدل بالمعقول كما قال القرافي - رحمه الله - : " لولا ذلك لما استقرت للحكام قاعدة ولبقيت الخصومات على حالها بعد الحكم ، وبذلك يوجب دوام التشاجر ، والتنازع ، وانتشار الفساد ، ودوام العناد ، وهو مناف للحكمة التي لأجلها نصب الحكام"^(٦) . فالاجتهاد الثاني ليس بأولى من الاجتهاد الأول ، ولذا فيجب على كل مجتهد أن يحترم اجتهاد الآخر ، إذا صدر من أهله وصادف محله ، فلو قضى شافعي مثلاً في حادثة مجتهد فيها

(١) النقض : من نقض الشيء نقضاً إذا نكثه ، ومنه نقض البناء إذا هدمه ، وهو يدل على إفساد ما أبرم ، وتغييره وإبطاله ، ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ج ٥ ، ص ٤٧٠ .

(٢) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٠٥ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٢٥ ، العلاني المجموع المذهب في قواعد المذهب ، ج ٢ ، ص ١٥٦ ، الفاداني ، محمد ياسين (١٩٩٦م) ، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية ، ط ٢ ، ص ٢ ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ج ٢ ، ص ٧ ، هذا وقد وردت هذه القاعدة بصيغ أخرى منها : "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد أو بمثله" ، "الأصل أنه إذا قضى بالاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله ويفسخ بالنص" ، أي أن الاجتهاد وإن كان لا ينقض بمثله فإنه ينقض بالنص ، وغيرها ، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج ١ ، ص ١٧٥ .

(٣) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٣٤ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ١٥٥ .

(٤) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٠٥ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٢٥ .

(٥) سبق أن أشرت إلى ذلك ، انظر : ص ٩٣ من هذه الأطروحة .

(٦) القرافي ، الفروق ، ج ٢ ، ص ١٨٠ .

ثم رفعت لأخر حنفي مثلاً يرى فيها غير ذلك ، لا يجوز نقض قضاء الأول ، بل عليه تنفيذه ويحكم في غيرها بما يراه (١) ، وعليه فإن القاضي لا ينقض اجتهاد نفسه ، ولا اجتهاد غيره إلا إذا خالف نصاً من كتاب أو سنة صحيحة أو إجماع أو قياس ، ولكن إذا كان القاضي مقلداً وتم تقييده بمذهب معين فإنه يتقيد به ، فلو حكم بخلافه ينقض ، وإن وافق أصلاً مجتهداً فيه (٢) .

بقي أن نشير هنا إلى أن عدم جواز مخالفة قضاء القاضي السابق ، فيما هو محل النزاع الذي ورد عليه القضاء ، أما فيما هو من توابعه ، فلا يتقيد بالحكم الأول ، فلو قضى شافعي بالبيع في عقار فللقاضي الحنفي أن يقضي بالشفعة للجار ، وإن كان القاضي الأول لا يراها (٣) .

من الأمثلة على القاعدة (٤) :

- ١- لو حكم القاضي برد شهادة الفاسق ثم تاب ، فأعادها لم تقبل شهادته ؛ لأن قبول شهادته بعد التوبة ، يتضمن نقض الاجتهاد بالاجتهاد .
- ٢- لو حكم القاضي بوقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلاقة واحدة ، ثم تغير اجتهاده ، فرأى أنه يقع ثلاثاً ، فلا ينقض اجتهاده الأول بل يأخذ باجتهاده الثاني في المستقبل .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

استثنى الفقهاء من قاعدة الاجتهاد لا ينقض بمثله مسائل أهمها (٥) :

- ١- إذا رأى الإمام شيئاً ، ثم مات أو عزل فلإمام الثاني الذي يأتي بعده تغييره ، حيث كان من الأمور العامة ، وذلك لأن هذا الحكم يدور مع المصلحة فإذا رأى الذي أتى بعده أن في تغييرها مصلحة وجب إتباعها (٦) .
- ٣- القاضي المقلد الذي تقلد القضاء مقيداً بمذهب معين ، فإنه يتقيد به فلو حكم بخلافه ينقض وإن وافق أصلاً مجتهداً فيه (٧) .

(١) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ١٥٥ .

(٢) المرجع السابق ، ص ١٥٦ .

(٣) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٠٧ .

(٤) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٠٧ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٢٥ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص ١٦٥ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ٣٧٠ الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٣٥٣ .

(٥) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٠٦ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٣٤ ، علي حيدر درر الحكام ، ج ١ ، ص ٣٥ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ١٥٦ .

(٦) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٣٥ ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٠٦ .

(٧) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ١٥٦ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

يطبق القضاء الشرعي الأردني هذه القاعدة على أحكامه، ولذا فإنه يعتبر الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية مرعية، أي أنها تكتسب حجية الحكم القضائي ما لم تفسخ من محكمة الاستئناف الشرعية^(١)، ولذا فإنه لا يجوز لأي قاضٍ في المحاكم البدائية الشرعية، أن ينقض هذا الحكم، أو يغيره، وذلك لأن الحكم إذا أصدره القاضي فإنه يخرج من ولاية المحكمة التي أصدرته فلا يحق له أن يغير أو يبطل فيه^(٢)، فغيره من باب أولى لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله .

إذا تقرر هذا، فإن إشكالية هنا لا بد من بحثها، وتسليط الضوء عليها وهي: عمل محكمة الاستئناف الشرعية، إذ كيف يمكن التوفيق بين أن القضاء الشرعي الأردني يأخذ بقاعدة الاجتهاد لا ينقض بمثله، وعمل محكمة الاستئناف الشرعية التي ربما تنتقض بعض الأحكام التي صدرت من المحاكم الشرعية البدائية؟ للإجابة عن هذه الإشكالية أقول:

أولاً: لقد أشرت فيما سبق^(٣)، أن محكمة الاستئناف الشرعية إنما هي محكمة رقابة على تطبيق القانون، والأحكام الشرعية، بالنسبة للقضايا التي تنظرها المحاكم الابتدائية الشرعية، ولا تنظر القضايا مرافعة إلا في بعض الحالات التي نص عليها القانون^(٤).

ثانياً: أن القاضي في المحكمة الشرعية الابتدائية، مقيد بتطبيق القانون، والأحكام الشرعية الواجبة التطبيق، وبالتالي فهو يعمل على تطبيق القانون على المسألة المعروضة عليه، ولا يجتهد في مورد النص وإنما يجتهد في مهمة تطبيقه .

ثالثاً: إن احتمال وقوع الخطأ من بني البشر موجود بالفعل، والقضاة بشر يصيبون ويخطئون، خاصة في زماننا الذي أصبح القاضي فيه مقلداً لا مجتهداً، ولذا فعرض القضية على محكمة الاستئناف، ذات عدد أكبر من القضاة ذوي الخبرة الواسعة في مجال القضاء فيه مصلحة راجحة، تؤيدها الأدلة الشرعية، وتدعمها مقاصد الشريعة بل أن مقاصد الشريعة تحث على كل أمر فيه تحقيق العدالة وإيصال الحقوق إلى أصحابها .

(١) قانون أصول المحاكمات الشرعية، المادة (١٠٥) مع مراعاة أحكام المادة (١١٤) من هذا القانون .

(٢) هناك حالات يجوز فيها إجراء تغيير أو تبديل في الحكم كالأخطاء النحوية، أو الحسابية وغيرها، وهذان، حسن محمد، (١٩٩٦م)، الأحكام القضائية وطرق الطعن فيها، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية إشراف الدكتور، عارف أبو عيد، ص ١٠٣ .

(٣) انظر: ص ١٧٦ من هذه الأطروحة .

(٤) أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية: ص ١١٠ .

رابعاً : ثم إن محكمة الاستئناف الشرعية عندما تنظر في القضايا المرفوعة إليها تدقيقاً أو مرافعة تنظر :

- ١- فإن كان الحكم موافقاً للشرع ، وحسب الأصول القانونية ، فإنها لا تنقضه ، بل تقرر تصديق الحكم^(١) ، لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله .
- ٢- أما إذا كان في الإجراءات ، والمعاملات التي قامت بها المحكمة البدائية ، بعض النواقص الشكلية ، أو في القرارات التي أصدرتها مخالفة للأصول مما يمكن أن يتدارك بالإصلاح ، وأنه لا تأثير لتلك الإجراءات والأخطاء على الحكم المستأنف من حيث النتيجة ، وأنه موافق للشرع والقانون ، أصدرت قرارها بتأييده ونهت المحكمة البدائية^(٢) .
- ٣- إذا كانت النواقص والأخطاء الواقعة في إجراءات القضية مما لا يمكن تداركه بالإصلاح ، أو كان الحكم في حد ذاته ، مخالفاً للوجه الشرعي القانوني فسخت الحكم المستأنف أو عدلته^(٣) . وإذا تقرر ما سبق ، فإنه لا تناقض بين عمل محكمة الاستئناف ، وبين قاعدة الاجتهاد لا ينقض بمثله ففي الحالة الثانية لا ينقض الحكم ، وذلك لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله ، أما الحالة الثالثة فإنه من المقرر في الفقه الإسلامي، أن الاجتهاد وإن كان لا ينقض بمثله فإنه ينقض بمخالفة النص من كتاب ، أو سنة صحيحة ، أو إجماع ، أو قياس جلي ، و النصوص القانونية الواجبة التطبيق هنا بمثابة النص ، وعليه فإن مخالفة النص القانوني موجب لنقض الحكم ، وهذا ما عليه عمل محكمة الاستئناف الشرعية ، والله أعلم .

(١) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم (٤٠٤١٢)، تاريخ ٢١/٤/١٩٩٦م، حيث جاء فيه : " أن الحكم على الوجه المذكور الصحيح فتقرر تصديقه ،داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ١ ، ص ٨٧ ، وغيره كثير لا مجال لذكرها هنا .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٥٠٥٧) تاريخ ٧/٢/١٩٦٧م ، حيث جاء فيه : " اكتفي بالتنبيه إلى ذلك وعدم تكراره، وفي قرار رقم (٤٠٨٩١) تاريخ ١٦/٧/١٩٩٦م، جاء فيه : " فتقرر تصديق الحكم على هذا الوجه "، المرجع السابق، ج ١ ، ص ١٥ ، ص ٢٣١ .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم (٤٠٤١٤)، تاريخ ٢٠/٤/١٩٩٦م، حيث جاء فيه: " الحكم برد اعتراض المعارض غير صحيح ، فتقرر فسخه وإعادة القضية لمصدرها لإجراء الإيجاب " ،المرجع السابق، ج ١ ، ص ٩٠ .

الفصل الرابع :

القواعد الفقهية المختصة بالقاضي ، وحكمه ، وتطبيقاتها

في القضاء الشرعي الأردني :

استنبط الفقهاء قواعد وضوابط فقهية تختص بالقاضي ، وتحكم عمله لضمان تحقيق الغاية التي من أجلها وجد ، كما استنبطوا قواعد تساعد القاضي في إصدار الأحكام في المسائل المعروضة عليه ، وعند النظر في هذه القواعد نجد أنها تتنوع إلى قواعد فقهية مختصة بالقاضي نفسه ، وأخرى تتعلق بالحكم الصادر عن القاضي ، ولهذا نخصص هذا الفصل لدراسة هذين النوعين من القواعد وفق التقسيم التالي :

المبحث الأول :

القواعد الفقهية المختصة بالقاضي (الحاكم) .

المبحث الثاني :

القواعد الفقهية المختصة بالحكم القضائي .

المبحث الأول :

القواعد الفقهية المختصة بالقاضي :

لا شك أن القاضي هو أحد مقومات العملية القضائية ، وإليه تتوجه الأنظار لتحقيق الغاية التي من أجلها شرع القضاء ، وهي إرساء قواعد العدل ، والمساواة بين الناس ، فالقوي عنده ضعيف حتى يأخذ الحق منه ، والضعيف عنده قوى حتى يأخذ الحق له ، فيكون بذلك على قدر المسؤولية ، والقيام بأعباء هذه الأمانة على أكمل وجه ، حتى تبرأ أمام الله سبحانه وتعالى ، ومن هنا عني أهل العلم بالقواعد والضوابط التي تضمن تحقيق ذلك ، ومن بين هذه القواعد والضوابط ما ذكره أهل العلم مما له علاقة بمن يمارس وظيفة القضاء والتي من أهمها :

القاعدة الأولى : الواجب على الكفاية واجب على الكل ، ويسقط بفعل من يكفي .

القاعدة الثانية : يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها .

القاعدة الثالثة : طالب الولاية لا يولى .

القاعدة الرابعة : الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة .

القاعدة الخامسة : التصرف على الرعية منوط بالمصلحة .

القاعدة السادسة : التهمة تقدر في التصرفات إجماعاً .

القاعدة السابعة : لا ضمان على القاضي إذا اخطأ ما لم يكن متعمداً .

وفيما يلي بيان لهذه القواعد :

القاعدة الأولى :

الواجب على الكفاية واجب على الكل ، ويسقط بفعل من يكفي^(١) :

معنى القاعدة :

كل ما كان حكمه فرضاً على الكفاية ، فهو واجب على مجموع الأمة القيام ، فإذا قام به من يكفي سقط الإثم عن الباقيين ، وإلا أثموا جميعاً ، وقد اتفق الفقهاء على أن القضاء فرض كفاية^(٢) ، فالواجب على إمام المسلمين ، أن يعين من القضاء من يكفي لحل المنازعات ، وإيصال الحقوق إلى أصحابها في كل أنحاء البلاد ، وبما يرفع الحرج والمشقة عن الأمة في الوصول إلى القاضي^(٣) ، وعليه فالقضاء فرض كفاية إذا قام به من يكفي سقط الفرض عن الباقيين ، وإن امتنعوا أثموا جميعاً^(٤) ؛ وذلك لأن القضاء من القرب العظيمة ، ففيه نصرة المظلوم ، وأداء الحق إلى مستحقه ، ورد الظالم عن ظلمة ، والإصلاح بين الناس ، وقطع المنازعات التي هي مادة الفساد^(٥) .

ويمكن أن يستدل على كون القضاء فرضاً بنصوص كثيرة من القرآن والسنة والإجماع

والمعقول ، وفيما يلي بيان لذلك :

(١) عميم الإحسان ، قواعد الفقه ، ص ١٣٦ ، الزركشي المنثور ، ج ٣ ، ص ٣٨ ، عبد الشكور ، الشيخ محب الله ت (ت ١١١٩هـ / ١٦٧٧م) ، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ، ط ١ ، م ٢ ، مطبوع مع كتاب المستصفي للغزالي ، المطبعة الأميرية ، ببولاق ، مصر ، ١٣٢٢هـ ، ج ٢ ، ص ٦٢ . هذا وقد جاءت القاعدة : " ... ويسقط بفعل البعض " ، ولكني أرى أن الواجب على الكفاية لا يسقط بفعل البعض لكنه يسقط بفعل ما يكفي فهل يسقط الفرض في مجال القضاء بأن يعين الإمام في مركز الدولة قضاء ويترك باقي الأمصار !؟

(٢) انظر ص ٥٠ من هذه الأطروحة ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ٩ ، النووي ، روضة الطالبين ، ج ١١ ، ص ٩٢ .

(٣) فيجب على الإمام أن ينصب بكل إقليم قاضياً ؛ لأنه لا يمكن للإمام تولي الخصومات ، والنظر فيها في جميع البلاد ، لئلا تضيع الحقوق ، ولتوقف فصل الخصومات على السفر للإمام لما فيه المشقة وكلفة النفقة..... " البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ، ص ٤٨٦ .

(٤) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ، ص ٢٥١ ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص ١٣ ، مغني المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٧٢ ، ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٤٢ ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ، ص ٤٨٦ .

(٥) وزارة الأوقاف الكويتية ، الموسوعة الفقهية ، ج ٣٣ ، ص ٢٨٥ .

أولاً : من القرآن الكريم :

- ١- قوله تعالى : ﴿ يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ﴾ (١) .
 - ٢- قوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾ (٢) .
 - ٣- قوله تعالى : ﴿ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالتَّسْطِطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتْسَطِّطِينَ ﴾ (٣) .
- وجه الدلالة :** ففي هذه الآيات الكريمة وغيرها كثير أمر صريح ، بوجوب الحكم بين الناس وفق شرع الله ، وإعطاء كل ذي حق حقه ، والقضاء كفيل بهذا فاقضى الأمر الوجوب .

ثانياً : من السنة .

فقد تولى عليه الصلاة والسلام القضاء بنفسه بتكليف من رب العالمين حيث قال له :
 عليه الصلاة والسلام ﴿ وَأَنْ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ (٤) ، فسيرته عليه الصلاة والسلام زاخرة بأفضيته ، ومن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : " إنكم تختصمون إليّ ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فاقضي له على نحو ما اسمع منه ، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً ، فلا يأخذه فإنما أقطع له به قطعة من النار " (٥) .

وجه الدلالة : فهذا الحديث يدل صراحة على أن النبي ﷺ تولى القضاء بنفسه، كما أن

النبي ﷺ قد بعث أصحابه رضي الله عنهم قضاة على الأمصار (٦) .
ثالثاً : الإجماع : فقد اجمع المسلمون على مشروعية تعيين القضاة والحكم بين الناس (٧) .
رابعاً : المعقول : وذلك لأن طباع البشر مجبولة على التظالم، ومنع الحقوق ، وقل من ينصف من نفسه ، ولا يقدر الإمام على فصل الخصومات بنفسه ، فدعت الحاجة إلى تولية القضاة (٨) .

(١) سورة ، ص ، آية (٦) .

(٢) سورة النساء ، آية (٥٨) .

(٣) سورة المائدة ، آية (٤٢) .

(٤) سورة المائدة ، آية (٤٩) .

(٥) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الشهادات ، باب من أقام البينة بعد اليمين ، ج ٢ ، ص ٩٥٢ ، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الأفضية ، باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة ، ج ٣ ، ص ١٣٣٧ ، اللفظ لمسلم .

(٦) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٤٣٨ ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ، ص ٤٨٦ .

(٧) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٧١ ، ابن قدامه ، المغني ، ج ١ ، ص ٨٩ ، قال الإمام أحمد : لا بد

للناس من حاكم ، أتذهب حقوق الناس !؟ .

(٨) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٧١ ، الكويت ، الموسوعة الفقهية ، ج ٣٣ ، ص ٢٨٥ .

أما كونه فرض كفاية فذلك لأنه أمر بالمعروف أو نهي عن المنكر ، وهما على الكفاية^(١) ، كما أن النبي ﷺ اكتفى بإرسال واحد من الصحابة ليتولى القضاء في البلد الواحد ، وكذا فعل أصحابه رضي الله عنهم جميعا ، فدل ذلك على أن القضاء فرض كفاية ، ولو كان فرض عين لما اكتفى عليه الصلاة والسلام بواحد^(٢) .

وقد اتفق الفقهاء على أنه يجب على من تعين عليه القضاء - بحيث لا يوجد غيره لشغل هذا المنصب - أن يتولى القضاء ؛ لأن القضاء في حقه أصبح فرض عين ، ولو امتنع عن القبول أثم كما هو الأمر في سائر فروض الأعيان^(٣) ، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا ، هل يملك الإمام إجباره على تولي منصب القضاء؟! .

القول الأول: يرى أن الإمام يجبره على ذلك ، ولو أدى ذلك إلى ضربه وحبسه ، وذلك لأن الناس مضطرون إلى علمه ونظره ولا يوجد غيره^(٤) ، وفي ذلك يقول الماوردي - رحمه الله -: " فإن امتنع هذا المنفرد بشروط القضاء من الإجابة إليه أجبره الإمام ، لتعين فرضه عليه، ومن تعين عليه فرض أخذ به جبراً"^(٥) ، وبه قال المالكية^(٦) وجمهور الحنفية^(٧) ، والشافعية^(٨) .

القول الثاني: يرى أن الإمام لا يجبره على ذلك ، وبه قال بعض الحنفية ، والشافعية^(٩) .

-
- (١) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٧١ ، الكويت ، الموسوعة الفقهية ، ج ٣٣ ، ص ٢٨٥ .
- (٢) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٧٢ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٥٣ .
- (٣) المراجع السابقة ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٤٤١ ، النووي ، المجموع ، ج ٢٢ ، ص ٢١٩ .
- (٤) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٧١ .
- (٥) الماوردي ، الحاوي ، ج ٢٠ ، ص ٦٠ .
- (٦) فقد سئل الإمام مالك رضي الله عنه : أيجبر الرجل على ولاية القضاء ؟ قال : نعم إذا لم يوجد منه عوض وقيل له : أيجبر بالضرب والحبس ؟ قال : نعم ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ٩ ، " بخلاف ما لو عينه الإمام ، فإنه لا يتعين عليه بتعين الإمام له ، بخلاف غيره من فروض الكفاية كالجهاد - أي أنه وجد غيره - ولكن الإمام اختاره لهذا المنصب فلا يتعين عليه ، وله الهرب لخطورة هذا المنصب " ، التسولي ، علي بن عبد السلام (ت ١٢٥٨ هـ / ١٨٥٨ م) ، البهجة في شرح التحفة ، ط ١ ، ص ٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨ م ، ج ١ ، ص ٢٩ .
- (٧) قال ابن عابدين : " لو تعين عليه هل يجبر على القبول لو امتنع ؟ الظاهر نعم " حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٣٦٨ .
- (٨) قال ابن السوكيل : " والصحيح أنه يجبر " ، الأشباه والنظائر ، ص ٢٣ ، قال النووي : " هل يجبر ؟ وجهان الصحيح نعم ، وبه قال الأكثر ون " ، روضة الطالبين ، ج ١١ ، ص ٩٣ .
- (٩) الموصلي ، الاختيار لتعليل المختار ، ج ٢ ، ص ٨٤ ، الأسيوطي ، جواهر العقود ، ص ٥٥٩ .

والراجح - والله أعلم - أن لولي الأمر إيجاب من تعيين عليه القضاء ، ولا يوجد غيره ، حتى تصان حقوق الناس من الضياع ، ويتولى مثل هذا المنصب الرفيع الخطير ، من هو أهل لذلك^(١).

إذا تقرر هذا فإن إشكالية تحدث هنا ، لا بد من توضيحها ، وهي كما قال النووي - رحمه الله -: " فإن قيل : امتناعه من هذا الواجب المتعين المتعلق بالمصالح العامة ، ويشبه أن يكون كبيرة فيفسق به ، ويخرج عن الأهلية ، فكيف يولي ويجبر ؟! وهذه الإشكالية قد أجاب عنها النووي - رحمه الله - بقوله : "الجواب أنه يمكن أن يقال: أنه يؤمر بالتوبة أولاً فإذا تاب ولى ، قلت (أي النووي) ، وينبغي أن يقال : لا يفسق ؛ لأنه لا يمتنع غالباً إلا متأولاً ، وهذا ليس بعاص قطعاً ، وإن كان مخطئاً^(٢) .

من الأمثلة على القاعدة :

١- ما فعله عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، حيث عين القضاء في مختلف الولايات الإسلامية ، فولى أبا الدرداء قضاء المدينة ، وولى شريحاً بن الحارث الكندي قضاء الكوفة ، وولى أبا موسى الأشعري قضاء البصرة^(٣) .

٢- ما نشاهده اليوم من انتشار المحاكم الشرعية في مختلف مناطق المملكة .

(١) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٣٠٢ .

(٢) النووي ، روضة الطالبين ، ج ١١ ، ص ٩٢ .

(٣) وولى عثمان بن قيس بن أبي العاص السهمي قضاء مصر ، وجعل قضاء الشام مستقلاً ، وكان على رأسه الوالي العام أبو عبيده بن الجراح ، وقد سن عمر لهؤلاء القضاة دستوراً يسيرون على هديه في الأحكام ، وعلمهم كيف يقضون ، وزودهم بوصاياهم القائمة على مبدأ: "العدل أساس الحكم" ، وتعتبر كتبه الموجة إلى القضاة في مجملها دستوراً في القضاء في الإسلام الذي يصلح لكل زمان ومكان ، مجدلاوي ، فاروق محمد ، (١٩٩٨م) ، الإدارة الإسلامية في عهد عمر بن الخطاب ، ط ٢ ، م ، روائع مجدلاوي ، الأردن ، لبنان ، قطر ، ص ٢٣٦ ، قلعه جي ، محمد رواس ، (١٩٨٤م) ، موسوعة فقه عمر بن الخطاب ، ط ٢ ، م ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، ص ٥٦١ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القضاء فرض كفاية على الأمة : إذا قام به من يكفي سقط الإثم عن الباقيين ، وإن امتنعوا أثموا جميعاً ، ومن هنا فإن القائمين على نظام القضاء الشرعي الأردني متمثلة بدائرة قاضي القضاة ، حريصة كل الحرص على العمل بهذه القاعدة ، وتحقيق الكفاية المطلوبة للقيام بهذا الفرض الذي هو من أجل وظائف الدولة المسلمة ، ولذا نجد أن المحاكم الشرعية في منتشرة في مختلف مناطق المملكة ، حيث تبين لنا الجداول^(١) التالية عدد القضاة ، والمحاكم الشرعية التابعة لدائرة قاضي القضاة على النحو التالي^(٢) :

(١) عدد القضاة الشرعيين منذ عام ١٩٩٨ م ، حتى عام ٢٠٠٢ م :

السنة	عدد المحاكم	عدد القضاة
١٩٩٨ م	٥٥	٨٤
١٩٩٩ م	٥٥	٨٥
٢٠٠٠ م	٥٥	٨٩
٢٠٠١ م	٥٨	٩٨
٢٠٠٢ م	٥٨	١٠٥

عدد المحاكم الشرعية في مختلف محافظات المملكة :

الرقم	اسم المحافظة	عدد المحاكم	عدد القضاة	الرقم	اسم المحافظة	عدد المحاكم	عدد القضاة
١	محافظة العاصمة	١٤	٣٩	٨	محافظة الطفيلة	٢	٢
٢	محافظة اربد	١٠	١٧	٩	محافظة مادبا	٢	٣
٣	محافظة الزرقاء	٦	١٢	١٠	محافظة عجلون	٢	٢
٤	محافظة البلقاء	٦	٦	١١	محافظة العقبة	٢	٢
٥	محافظة الكرك	٤	٥	١٢	محافظة جرش	١	٢
٦	محافظة معان	٤	٤	١٣	ديوان ومحكمة القدس الشرعية	١	٥
٧	محافظة المفرق	٤	٦		المجموع	٥٨	١٠٥

(٢) دائرة قاضي القضاة ، التقرير الإحصائي السنوي ، لعام ٢٠٠٢ م ، العدد السابع ، ص ١٠٠ .

من خلال الإحصائية السابقة، يتضح للباحث أن المحاكم الشرعية موزعة على محافظات المملكة كافة، بل إن المحافظة الواحدة قد تحتوي على مجموعة من المحاكم، إذا اقتضت الحاجة لذلك، ومع ملاحظة أن هذا العدد في ازدياد كلما استجرت ظروف تتطلب استحداث محاكم شرعية أخرى في كل منطقة تستدعي الحاجة إلى ذلك، فقد نص قانون تشكيل المحاكم الشرعية في المادة (٢١/فقره أ) على ما يلي: "تشكل في المملكة الأردنية الهاشمية محاكم شرعية ابتدائية في الأولوية والأفضية (أو في أي مكان آخر)، ومحكمة استئناف واحدة، أو أكثر حسب الحاجة، بنظام يقره مجلس الوزراء من أن إلى آخر بموافقة الملك" (١).

وعليه فإن العدد قابل للزيادة، سواء في عدد المحاكم الشرعية أم في عدد

القضاة الشرعيين إذا دعت الحاجة إلى ذلك.

أما بالنسبة إلى محاكم الاستئناف الشرعية في المملكة:

ففي بداية تأسيس المملكة الأردنية الهاشمية، لم يكن هناك إلا محكمة استئناف شرعية واحدة لجميع المحاكم الشرعية في الضفتين، ومركز انعقاد هذه المحكمة عمان، ويجوز أن تعقد حين الإيجاب في القدس (٢)، ولما كان القضاء الشرعي الأردني يقوم على أساس القاعدة الفقهية السابقة من حيث تحقيق الكفاية في عدد المحاكم أصبحت الحاجة ملحة إلى إيجاد محكمة استئناف شرعية في عمان، ومحكمة استئناف شرعية في القدس (٣).

ولكن مع ازدياد عدد السكان وكثرة القضايا، وتخفيفاً على المواطنين، ورفعاً للخرج عنهم، فقد أنشئت محكمة استئناف شرعية ثالثة في أربد تسهياً على المواطنين، وتحقيقاً للكفاية المطلوبة في القضاء.

من خلال ما سبق يمكن للباحث أن يخلص إلى القول: أن الكفاية تتحقق في عدد المحاكم، وعدد القضاة الشرعيين، في الوقت الذي يمكن لكل مواطن أن يصل إلى هذه المحاكم الشرعية، ويحصل على حقه في أقل وقت، وجهد، وتكلفة، من غير حرج، ولا مشقة غير محتملة، الأمر الذي يتطلب مزيداً من إنشاء المحاكم، وتعيين القضاة في أنحاء المملكة كافة، والله أعلم.

(١) قانون تشكيل المحاكم الشرعية، المادة (٢١/فقره أ).

(٢) أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص ١١٢.

(٣) المرجع السابق، عملاً بالمادة (٢١/فقره أ) المشار إليها.

القاعدة الثانية :

يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها^(١) :

معنى القاعدة :

هذه قاعدة عظيمة من قواعد السياسة الشرعية ، القائمة على جلب المصالح وتكميلها ، ودرء المفساد وتقليلها ، وهي متعلقة بولاية الحكم ، وسياسة شؤون الحياة ، ففي كل ولاية يراعى الأمتل فالأمتل^(٢) ، ويقدم الأقوم فالأقوم ، تحقيقاً للمصلحة العامة للمسلمين ، وهذا يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة^(٣)

هذا وقد اتفق الفقهاء على أنه ينبغي لمن له ولاية التقليد ، أن يختار للقضاء أفضل من يجد علماً وديناً ، ومن هو أفدر وانفع للمسلمين ؛ لأن الإمام ينظر لهم فيجب عليه اختيار الأصلح^(٤) .

وقد جرت أحكام الشرع على أنه يجب أن يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها على من هو دونه ، فيقدم في ولاية الحروب من هو أعرف بمكائد الحروب ، وسياسة الجيوش ، والصولة على الأعداء ، والهيبة عليهم ، ويقدم في القضاء من هو أعرف بالأحكام الشرعية ، وأشد تفتناً لحجاج الخصوم وخذعهم ، ويقدم في أمانة اليتيم من هو أعلم بتنمية أموال اليتامى

(١) السلمي ، عبد العزيز بن عبد السلام ، (ت ٦٦٠هـ/٢٦٣م) ، القواعد الصغرى ، ط ١ ، م ، (تحقيق : إيباد الطباع) ، دار الفكر المعاصر ، دمشق ، ١٤١٦هـ ، ص ٨ ، القرافي ، الفروق ، ج ٢ ، ص ٢٧٣ ، الزركشي ، المنثور ، ج ١ ، ص ٣٨٨ ، العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، ج ١ ، ص ٦٩ ، الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٠٠ ، هذا وقد نسب ابن القيم هذه القاعدة للإمام أحمد ، ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج ١ ، ص ٨٢ .

(٢) قد لا يجد الإمام من هو صالح لتلك الولاية ، فيختار الأمتل فالأمتل في كل منصب بحسبه ، بعد أن يجتهد في طلب الأصلح ، فإن لم يجد فيكون بذلك قد أدى الأمانة ، وقام بالواجب في هذا ، وصار في هذا الموضوع من أئمة العدل والمقسطين ، ابن تيمية ، أبو العباس أحمد ، (ت ٧٢٨هـ/١٣٢٦م) السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية ، ط ٢ ، م ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٩٨م ، ص ١٤ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ٣٧٦ .

(٣) الجزائري ، القواعد الفقهية ، ص ٤٤٨ ، الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٠٠ .

(٤) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ، ص ٢٥٨ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ٢١ ، الماوردي ، الحاوي ، ج ٢٠ ، ص ٦٠ ، البهوتي ، كشف القناع ، ج ٦ ، ص ٣٦٣ ، الكويت ، الموسوعة الفقهية ، ج ٣٣ ، ص ٢٩٣ .

وقد يكون المقدم في باب ربما آخر في باب آخر ، كالنساء مقدمات في باب الحضانة على الرجال ؛ لأنهن اصبر على أخلاق الصبيان ، وأشد شفقة ورأفة ، والرجال على العكس من ذلك في هذه الأحوال فقدمن لذلك ، وأخر الرجال عنهن ، وأخرن في الإمامة والحروب وغيرها من المناصب لأن الرجال أقوم بمصالح تلك الولايات منهن (١) .

ويمكن أن يستدل على القاعدة :

١- بقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ (٢) .
وجه الدلالة : أن تقديم شخص لولاية أو قضاء وما كان فيه مصلحة عامة للمسلمين مع وجود من هو أصلح منه خيانة لله والرسول ﷺ .

٢- قول النبي ﷺ : " من ولي من أمر المسلمين شيئاً ، فأمر عليهم أحداً محاباة فعلية لعنة الله ، لا يقبل الله منه صرفاً ، ولا عدلاً حتى يدخله جهنم " (٣) .

وجه الدلالة : أن على الإمام أن لا يعين أمراءه ، أو قواده ، أو قضاته محاباة لقرابة، أو مصلحة شخصية ، حتى لا يستحق بذلك لعنة الله ، ودخوله جهنم ، وإنما ينبغي عليه أن يقدم لهذه الوظائف الأقوام ، والأقدر على القيام بمصالحها .

٣- قوله ﷺ : " من استعمل رجلاً على عصابة ، وفيهم من هو أَرْضَى اللهُ منه ، فقد خان الله ورسوله والمؤمنين " (٤) .

وجه الدلالة : فالحديث صريح في أن من استعمل رجلاً من عصابة ، يعني : أي إمام ، أو أمير نصب أميراً ، أو إماماً للصلاة ، أو قاضياً على قوم ، وفيهم من هو أَرْضَى اللهُ منه ، فقد خان الله ورسوله والمؤمنين (٥) .

(١) القرافي ، الفروق ، ج ٢ ، ص ٢٧٣ .

(٢) سورة الأنفال آية (٢٧) .

(٣) الحاكم ، المستدرک على الصحيحين وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ، ج ٣ ، ص ١٠٤ ، المنذري ، أبو محمد عبد العظيم ، (ت ٦٥٦ هـ / ١٢٥٨ م) ، الترغيب والترهيب ، ط ١ ، ٤م ، (تحقيق : إبراهيم شمس الدين) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٧ هـ ، ج ٣ ، ص ١٢٥ ، الحديث صحيح ، والنلفظ لهما .

(٤) ابن حجر العسقلاني ، أحمد بن علي ، (ت ٨٥٢ هـ / ١٤٤٨ م) ، الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، ٢م ، (تحقيق : السيد عبد الله هاشم) ، دار المعرفة ، بيروت ، ج ٢ ، ص ١٦٥ ، وقال : إنه من كلام عمر ، وفي إسناده حسين بن قيس وهو وإه ، الصنعاني ، سبل السلام ، وقال : حسين بن قيس حسن له الترمذي أحاديث ، ج ٤ ، ص ١٩٠ ، الحديث ضعيف ، والنلفظ لهما .

(٥) المناوي ، عبد الرؤوف محمد ، (ت ١٠٣٠ هـ / ١٦٢٠ م) ، فيض القدير شرح الجامع الصغير ، ط ١ ، ٦م ، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر ، ١٣٥٦ هـ ، ج ٦ ، ص ٥٦ .

٤- ومن المعقول : أن تولية الناس في مصالح المسلمين العامة ، أمانة ومسؤولية أمام الله سبحانه وتعالى ، وحتى تبرأ الذمة أمام الله ، فلا بد وضع الرجل المناسب في المكان المناسب ، وإلا كان خائناً للأمانة ، غير مؤد لها على وجهها .

من الأمثلة على القاعدة :

١- هذا وقد ساق ابن القيم من الأمثلة على تولية النبي ﷺ ما يدل على هذه القاعدة ، فقد ولى خالد بن الوليد - من حين أسلم - على حروبه لنكايته في العدو وقدمه على بعض السابقين من المهاجرين والأنصار ، وبهذا مضت سنة رسول الله ﷺ ، فإنه كان يولي الأنفع للمسلمين (١) .

٢- وهذا ما فعله عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فقد كان يختار للولاية أصلح الناس ، وأقدرهم للقيام بشؤون المسلمين ، ولم يخضع لأي ضغط ، أو إغراء ، حيث سار على هذا النهج مقتدياً بالرسول ﷺ وأبي بكر (٢) .

٣- وتقدم ألام على الأب في حضانة طفلها .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

مع أن الفقهاء قد اتفقوا على أنه يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها إلا أن بعض الفقهاء استثنوا من ذلك مسألة ، قالوا بجواز العدول عن الأفضل إلى المفضول ؛ وذلك لأن المفضول من الصحابة كان يولى مع وجود من هو أفضل منه ، واشتهر ذلك وتكرر ، ولم ينكر ذلك فكان إجماعاً (٣) .

(١) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج ١ ، ص ٨٣ .

(٢) مجدلاوي ، الإدارة الإسلامية في عهد عمر بن الخطاب ، ص ٢١٢ .

(٣) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ، ص ٤٨٧ ، هذا وقد ذكر النووي خلافاً في ذلك حيث قال : " هل تتعد الإمامة العظمى للمفضول مع وجود الفاضل؟ فيه خلاف للمتكلمين والفقهاء ، والأصح الانعقاد؛ لأن تلك الزيادة خارجة عن شروط الإمامة ، وفي القضاء خلاف وأولى بالانعقاد فإن لم يجز للمفضول القضاء حرمت توليته ، وحرم عليه الطلب والقبول ، وإن جوزناه جاز القبول ، وأما الطلب فمكروه وقيل حرام " ، النووي ، روضة الطالبين ، ج ١١ ، ص ٩٣ ، الماوردي ، الحاوي ، ج ٢٠ ، ص ٦٠ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص ٨٥ ، ولذا قال الماوردي : "تقليد المفضول مع وجود الفاضل جائز في القضاء " ، الماوردي ، أدب القضاء ، ج ١ ، ص ٦٤٣ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٥٧١ ، ولكني أرى أن على الإمام أن يبرئ ذمته أمام الله سبحانه وتعالى ، ويختار الأصلح ، والأنفع للمسلمين ، فيختار الأمثل فالأمثل ، فإن امتنع الأصلح عن تولي القضاء- فهو كالمعدوم جاز تولية المفضول ، أما أن نفتح الباب ابتداءً للقول بجواز تولية المفضول ، وخاصة في زماننا هذا الذي أصبح الأمر فيه يوسد إلى غير أهله ، فإن ذلك مفسدة عظيمة ، والواجب علينا درئها ، والله أعلم .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

يمكن للباحث أن يرى مدى تطبيق قاعدة يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها في القضاء الشرعي الأردني ، من خلال الأمور التالية :

أولاً : تعيين القضاة :

لا شك أن منصب القاضي في القضاء الشرعي الأردني من أرفع المناصب ، وأعظمها قدراً في المملكة الأردنية الهاشمية ، ومن هنا فيجب أن لا يصل إلى هذا المنصب إلا من كان أهلاً لذلك ، من حيث التحقق من كفاءته العلمية ، والخلفية ، وصلاحيته لممارسة القضاء ، بحيث تقدم فعلاً لهذا المنصب من هو أقوم بمصالحه وأقدر على تحقيق الغاية منه ، ولذا فإن القضاء الشرعي الأردني وضع شروطاً معينة فيمن يتولى القضاء الشرعي يمكن تقسمها وفق المحاور التالية :

١- **المحور الديني :** حي اشترط فيمن يتولى القضاء أن يكون مسلماً أردنيا متمتعاً بالأهلية الشرعية والمدنية الكاملة.

٢- **المحور الخلفي :** وذلك بأن يكون القاضي حسن السيرة والسمعة ، وأن لا يكون قد حكم عليه بأية جناية ، أو جنحة عدا الجرائم السياسية ، وأن لا يكون محكوماً من محكمة ، أو مجلس تأديبي لأمر مغل بالشرف ، ولو رد إليه اعتباره ، أو شمله عفو عام (٢) .

٣- **المحور العلمي :** ويتمثل ذلك فيما يلي (٣) :

- ١- أن يكون حاصلاً على الشهادة الجامعية الأولى على الأقل في الشريعة الإسلامية .
- ٢- أن يكون قد مارس الأعمال الكتابية لدى المحاكم الشرعية ، مدة لا تقل عن ثلاث سنوات بعد حصوله على الشهادة الجامعية الأولى ، أو مارس وهو أستاذ مهنة المحاماة الشرعية مدة لا تقل عن ست سنوات .

كما نصت المادة (٢١/فقره ب) من قانون تشكيل المحاكم على ما يلي :

"ومع مراعاة أحكام الفقرة أ من هذه المادة ، لا يجوز تعيين أي شخص في وظيفة قاض لأول مرة ، إلا بعد اجتيازه المسابقة القضائية ، ويكون القاضي في هذه الحالة معيناً تحت التجربة لمدة ثلاث سنوات ، وللمجلس بعد ذلك تنبئته ، أو إعادته إلى وظيفته الكتابية ، أو الاستغناء عن

(١) قانون معدل لقانون تشكيل المحاكم الشرعية قانون رقم ٨٣ ، لسنة ٢٠٠١م " المادة الثانية ، كما اشترط أن

يكون سليم الحواس والجسم ، وأن يكون قد أكمل الثامنة والعشرين من عمره .

(٢) المرجع السابق ، المادة (٢ / فقره أ بند ٥) .

(٣) المرجع السابق ، البند (٣ ، ٤) .

خدمته حسب مقتضى الحال" (١) ، ثم يقوم المجلس القضائي الشرعي بصفته المخول بإجراء التعيينات لمنصب القضاء (٢) ، باختيار العدد المطلوب تعيينهم من القضاة الشرعيين حسب حاجة المحاكم الشرعية إلى ذلك ، والأصل أن يكونوا ممن حصلوا على أعلى العلامات في المسابقة القضائية ، ثم تجري التعيينات بقرار من المجلس وإدارة سنية ، وتنتشر في الجريدة الرسمية ، ويقسم القضاة عند تعيينهم ، وقبل مباشرتهم وظائفهم أمام رئيس محكمة الاستئناف الشرعية اليمين التالية : " أقسم بالله العظيم أن أكون مخلصا للملك ، وأن أحكم بين الناس بالعدل ، وأن أحترم القوانين ، وأؤدي وظائفى بكل إخلاص ، وأن التزم سلوك القاضي الشريف " (٣) .

والناظر في إجراءات تعيين القضاة في القضاء الشرعي الأردني من حيث تقديم الطلب، وتوافر الشروط المطلوبة لذلك ، وحصوله على أعلى العلامات في المسابقة القضائية ، وتحليفه اليمين قبل مزاوله مهنة القضاء ، وخضوعه للتجربة لمدة ثلاث سنوات ، لمعرفة مدى كفاءته لهذا المنصب ، والتي يتم على أساسها تثبيته أو إعادته إلى وظيفته الكتابية ، أو الاستغناء عن خدمته حسب مقتضى الحاجة ، ليدل دلالة واضحة على أن القضاء الشرعي حريص كل الحرص على أن يقدم للتعين في منصب القضاء من هو أقوم بمصالحها .

ثانياً : تعيين صاحب الحق في الحضانة :

حيث حرص القضاء الشرعي الأردني على أن يجعل الحق في حضانة الصغير إلى من هو أقوم بمصالحه ورعاية أموره ويتجلى ذلك من خلال ما يلي :

- ١- أنه قدم النساء على الرجال في الحضانة ؛ لأنهن الأقدر على القيام بمصالح الصغير .
- ٢- تقديم الحاضنات من النساء من جهة الأم ، على الحاضنات من جهة الأب ؛ لأنهن الأشفق على الصغير ، والحضانة تقوم على الشفقة والحنو في مرحلة يحتاج بها الصغير لذلك (٤) .
- ٣- يختار القاضي الأصلح من الحاضنات ، أو الحاضنين إذا تساوا بالدرجة بما يحقق مصلحة المحضون (٥) .

(١) قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠١ ، المادة الثانية فقرة ب .

(٢) وهذا ما نصت عليه المادة (٤) من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم (١٩) لسنة ١٩٧٢ .

(٣) قانون تشكيل المحاكم الشرعية ، المادة (٤) .

(٤) قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (١٥٤) ، انظر ترتيب المستحقين للحضانة : السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ، ص ٥٦٥ .

(٥) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٥٦) ، هذا وقد كان اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية: " على اعتبار الصغير المتجاوز سن الحضانة إذا كان مريضاً ومحتاجاً للخدمة هو بمنزلة الصغير الذي هو دون =

٤- أنه أسقط حق الحضانة في كل حالة يمكن أن تتضرر منها مصلحة المحضون ،ومنحها لمن يأتي بعده حسب الترتيب المنصوص عليه (١) .

وعليه فإنه يظهر للباحث أن القضاء الشرعي الأردني ، حريص كل الحرص على أن يقدم لحضانة الصغير من هو أقوم بمصالحه ، وأقدر على القيام بحاجاته .
رابعا : أحكام الولاية :

يرى الباحث أن الناظر في أحكام الولاية في قانون الأحوال الشخصية الأردني يلمس فيها تطبيقا لهذه القاعدة ومن أهم مظاهر ذلك :
أولاً : أن القانون رتب الأولياء في الولاية على النفس ، على أساس تقديم الشخص الأقدر على القيام بذلك (٢) .

ثانياً : أنه لم يجعل على الرجل البالغ العاقل أية ولاية ، وذلك لان أقوم على مصالح نفسه .
ثالثاً : أنه منح المرأة الثيب العاقلة التي تجاوزت من العمر ثمانية عشر عاماً ، حق الولاية على نفسها ، ولم يشترط موافقة وليها في زواجها (٣) ؛ وذلك لأنها أحق بنفسها من وليها .
رابعاً : أنه اشترط لصحة زواج المرأة البكر البالغة العاقلة موافقة وليها (٤) ؛ وذلك لأنه أقوم على مصالحها ، وفي حالة غيابه ، وكان يترتب على انتظاره تفويت مصلحة للمخطوبة انتقل حق الولاية إلى من يليه ، فإذا تعذر أخذ رأي من يليه في الحال ، أو لم يوجد انتقل حق الولاية للقاضي (٥) ، فقد قدم قانون الأحوال الشخصية ولاية الولي الأبعد على الأقرب عند غيابه وخشية فوات مصلحة المخطوبة بانتظاره ، بل لقد ذهب إلى بعد من هذا فجعل حق الولاية للقاضي إذا

= سن الحضانة وذلك لأن الأصل في الحضانة هو رعاية الصغير، والمحافظة عليه ، وهذا يتفق مع القاعدة الفقهية التي تنص على أن : الحضانة تدور مع مصلحة المحضون وجوداً وعدماً ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٨١٨٧) تاريخ ١٩٧٨/٨/٢١م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ٥١٣ .

(١) كأن تكون غير بالغة أو عاقلة ، أو منشغلة عنه غير قادرة على تربيته وصيانتته ، أو أن تكون مرتدة ، أو متروجة بغير محرم للصغير ، قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٥٥) .

(٢) المرجع السابق ، المادة (٩) .

(٣) المرجع السابق ، المادة (١٣) .

(٤) يفهم هذا من مفهوم المخالفة للمادة (١٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني ، حيث نصت : " لا تشترط موافقة الولي في زواج المرأة الثيب العاقلة المتجاوزة من العمر ثمانية عشر عاماً" .

(٥) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٢) .

تعذر أخذ رأي من يلي الولي الأقرب ، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن القانون يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها ، وذلك تحقيقاً لمصلحة المخطوبة .

خامساً : أن قانون الأحوال الشخصية الأردني ، منح القاضي حق تزويج البكر التي أتمت الخامسة عشرة من عمرها ^(١) من الكفو في حال عضل الولي غير الأب ، أو الجد من الأولياء بلا سبب مشروع أما إذا كان عضلها من قبل الأب أو الجد فلا ينظر في طلبها، إلا إذا كانت أتمت ثمانية عشر عاماً ، وكان العضل بلا سبب مشروع ^(٢) .

ويرى الباحث هنا أن القانون منح القاضي حق تزويج البكر مع وجود وليها ، مراعاة لمصلحتها فمنع الولي من التعسف في استعمال حقه ، وما ذكرناه هنا من تطبيقات للقاعدة الفقهية في القضاء الشرعي الأردني هو على سبيل المثال لا الحصر ، وإلا المقام يطول بنا ، لو أردنا أن نقف على جميع هذه التطبيقات كأحكام الولاية ، والوصاية والحضانة وغيرها .

(١) يرى الباحث ضرورة إعادة النظر في هذه المادة ، بعد أن تغير سن الزواج المسموح به .

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٦) .

القاعدة الثالثة :

طالب الولاية لا يولى ^(١) :

معنى القاعدة :

الأصل في كل من يتولى أمراً عاماً من أمور المسلمين كالولاية ، والقضاء وغيرهما أن لا يطلب ذلك من نفسه ، مظنة التهمة ؛ ولأن تولى مثل هذه الأمور هو تكليف لا تشريف ، ومسؤولية أمام الله فعلى المسلم أن يزهد في طلب مثل هذه الأمور ، إذا وجد من هو أهل لها، إبراءً لذمته أمام الله سبحانه وتعالى " وذلك لأن الأصل العام في تولي الوظائف العامة في دار الإسلام هو المنع " ^(٢) .

ويمكن الاستدلال على ذلك بأدلة كثيرة من السنة النبوية والمعقول أذكر منها :

١- قول النبي ﷺ : " إنا والله لا نولي على هذا العمل أحداً سألته ، ولا أحداً حرص عليه " ^(٣) .

وجه الدلالة : فالحديث صريح في أن طالب الولاية لا يولى .

٢- قول ﷺ لعبد الرحمن بن سمرة: " يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الإمارة ، فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها ، وإن أعطيتها عن غير مسألة أعنت عليها " ^(٤) .

وجه الدلالة : أن فيه نهياً صريحاً عن طلب الولاية، ورتب على من طلبها أنه يحرم من إعانة الله له وتسديده ، "ومن لم يكن له من الله عون على عمله، لا يكون فيه كفاية لذلك العمل فلا

(١) التمر تاشي ، محمد بن عبد الله (ت ١٠٠٤هـ / ١٥٩٦) ، مسعفة الحكام على الأحكام ، ام ، (تحقيق : سامر القبيج) ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، إشراف الدكتور ياسين درادكه ، ١٩٩١م ، ص ١٩٣ ، الماوردي ، أدب القضاء ، ج ١ ، ص ١٤٥ ، ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ١٣ ، الحريري ، القواعد والضوابط الفقهية ، ص ٢٢ .

(٢) زيدان ، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ، ص ١٦ ، وفي ذلك يقول ابن تيمية رحمه الله : فيجب على كل من ولي شيئاً من أمر المسلمين ... أن يستعمل فيما تحت يده في كل موضع أصلح من يقدر عليه ، ولا يقدم الرجل لكونه طلب الولاية ، أو سبق في الطلب بل ذلك سبب المنع " ، ابن تيمية ، السياسة الشرعية ، ص ١٠ .

(٣) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الأحكام ، باب ما يكره الحرص على الإمارة ، ج ٦ ، ص ٢٦١٤ ، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الإمارة ، باب النهي عن طلب الإمارة والحرص عليها ، ج ٣ ، ص ١٤٥٦ ، واللفظ لمسلم .

(٤) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب كفارات الأيمان ، باب الكفارة قبل الحنث وبعده ، ج ٦ ، ص ٢٤٧٢ ، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الإمارة ، باب النهي عن طلب الإمارة والحرص عليها ، ج ٣ ، ص ٢٤٧٢ ، واللفظ لمسلم .

ينبغي أن يجاب سؤاله ، ومن المعلوم أن كل ولاية لا تخلو من المشقة ، فمن لم يكن له من الله إعانة تورط فيما دخل فيه ، وخسر دنياه وعقباه، فمن كان ذا عقل لم يتعرض للطلب أصلاً^(١).

٣- قول النبي ﷺ لأبي ذر رضي الله عنه - بعد أن طلب منه الإمارة - قال : "يا أبا ذر إنك ضعيف وإنها أمانة ، وإنها يوم القيامة خزي وندامة ، إلا من أخذها بحقها ، وأدى الذي عليه فيها"^(٢) .

وجه الدلالة : أن هذا أصل عظيم في اجتناب الولاية خاصة لمن دخل فيها ولم يكن أهلاً لذلك^(٣).

٤- **المعقول :** فإن الطالب يكون متهماً^(٤) ، والتهمة تقدر في التصرفات إجماعاً^(٥) ، ولذا قال الماوردي - رحمه الله - : "وإذا تكافأت الجماعة في شروط القضاء ، وكان فيهم طالب للولاية، وفيهم ممسك عنها ، فالأولى بالإمام أن يقلد الممسك دون الطالب ؛ لأنه أرغب في السلامة^(٦) ، وأبعد عن التهمة .

حكم طلب القضاء :

إذا تقرر أن الأصل العام في طلب الولاية هو المنع^(٧) فالقضاء وهو نوع من الولاية فالأصل فيه المنع أيضاً ، إلا أن هذا المنع ليس على إطلاقه في كل الطالبين ، فقد يكون الطلب حراماً ، أو مكروهاً ، أو واجباً ، أو مندوباً ، أو مباحاً ، بمعنى أن طلب القضاء تعزيره الأحكام التكليفية الخمسة وفيما يلي بيان لذلك^(٨) :

(١) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ج ١٣ ، ص ١٢٤ .

(٢) مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الإمارة ، باب كراهة الإمارة ، ج ٣ ، ص ١٤٥١ .

(٣) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ج ١٣ ، ص ١٢٥ .

(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٤٣٩ .

(٥) سيتم شرح هذه القاعدة فيما بعد ، انظر : ص ٢٥٦ من هذه الأطروحة .

(٦) الماوردي ، الحاوي ، ج ١٢ ، ص ٦١ .

(٧) لكن لو قلد الطالب لصح ؛ لأن ترك الطلب ليس بشرط لجواز التقليد بالإجماع ، فيجوز تقليد الطالب ؛ لأنه يقدر على القضاء بالحق ، ولكن لا ينبغي أن يقلد ؛ لأن الطالب يكون متهماً ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٤٣٩ .

(٨) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ١٤ ، الماوردي ، الحاوي ، ج ٢٠ ، ص ٦١ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٦٧ ، زيدان ، نظام القضاء ، ص ١٧ ، والتقسيم هذا في حالة عدم بذل المال من الطالب ، أما طلب القضاء ببذل المال ، فقد اتفق الفقهاء على حرمة في حق البازل والمبذول له ، وأن ذلك يدخل في عموم نهي الرسول ﷺ عن الرشوة ، الكويت ، الموسوعة الفقهية ، ج ٣٣ ، ص ٢٨٧ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ١٣ ، الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص ٧٥ ، الفراء ، الأحكام السلطانية ، ص ٧٢ ، ولكن من الفقهاء من فصل في المسألة فجعله محرماً في حق المبذول له ، مباحاً في حق البازل ، وذلك في =

أولاً : التحريم : اتفق الفقهاء على أنه يحرم على كل من لا يصلح للقضاء أن يطلبه كان يكون جاهلاً بأمور القضاء ، أو قد يكون الهدف من طلبه القضاء الانتقام لنفسه من أعدائه ، أو أكل أموال الناس بالباطل (١) .

ثانياً : الكراهة : وهذا في حق من يصلح للقضاء ولكن غيره أصلح منه (٢) ، أو قصد بطلبه القضاء المباهاة والاستعلاء لقوله تعالى : ﴿ تَلِكِ الدَّارُ الْآخِرَةُ نَجْعَلُهَا لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ عُلُوًّا فِي الْأَرْضِ وَلَا فَسَادًا وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ ﴾ (٣) .

ثالثاً : الوجوب : وهو في حق من تعين عليه تولي القضاء ، فكما يجب عليه القبول ، كذلك يجب عليه الطلب ؛ لأن الفرض لا يتم إلا به (٤) .

رابعاً : الندب : وذلك إذا كان الطلب رغبة منه في إقامة الحق ، وخوفه أن يتعرض له غير مستحق ، كان طلبه مستحباً (٥) ، كما إذا كان طالب القضاء عالماً خفي علمه عن الناس ، فطلب ولاية القضاء من أجل أن يشتهر علمه ليعلم الجاهل ويفتي المسترشد ، أو كان هناك خامل الذكر لا يعرفه الإمام ولا الناس ، فأراد السعي ليعرف موضع علمه ، فيستحب له تحصيل ذلك والدخول فيه بهذه النية (٦) .

= حالة إذا تعين عليه القضاء ، أو كان ممن يستحب له ، فله بذل المال ، ويجوز له بذل مال لعزل قاض لم يكن أهلاً للقضاء لتخليص الناس منه ، النووي ، روضة الطالبين ، ج ١١ ، ص ٩٤ ، الماوردي ، الحاوي ، ج ٢٠ ، ص ٦٣ ، ولكني أرى وخاصة في زماننا الذي فسدت فيه الذمم إغلاق هذا الباب مطلقاً ، وذلك بالقول بحرمة بذل المال على البازل والمبذول على حد سواء ، سداً للذرائع ، والله أعلم .

(١) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ، ص ٢٦٠ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ١٥ ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٧٤ ، الفراء ، الأحكام السلطانية ، ص ٧٠ .

(٢) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص ٧٤ ، وذكر الماوردي رأياً عن بعض أهل العلم ينفي الكراهة؛ لأن نبي

الله يوسف عليه السلام رغب إلى فرعون في الولاية والخلافة فقال : " قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ

عَلِيمٌ " (سورة يوسف، آية ٥٥) ، ولكن هذا لا يدل على جواز الطلب من غيره ؛ لأن يوسف عليه السلام كان نبياً معصوماً من الظلم والجور فيما يليه من الأعمال ، وهذه المعنى غير مأمون في حق غيره ،

الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص ٧٥ ، الفراء ، الأحكام السلطانية ، ص ٧٤ .

(٣) سورة القصص ، آية (٨٣) .

(٤) ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص ٨٦ ، النووي ، روضة الطالبين ، ج ١١ ، ص ٩٢ .

(٥) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص ٧٤ .

(٦) وقد يستحب أيضاً لمن لم يتعين عليه ولكنه يرى أنه أنهض به ، وأنفع للمسلمين من آخر تولاه ، وهو ممن

يستحق التولية ولكنه مقصر عن هذا ، ابن فرحون ، ج ١ ، ص ١٤ ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٧٤

خامسا : الإباحة : وذلك كأن يكون الطالب فقيراً وله عيال ، فيجوز له السعي في تحصيله لسد خلته ، وكذلك إن كان يقصد به دفع ضرر عن نفسه فيباح له أيضاً ^(١) .

ومن خلال ما سبق يتضح أن قاعدة طالب الولاية لا يولي ليست على إطلاقها ، بل هي مخصوصة بحالات معينة ، كأن يكون الطالب جاهلاً في أحكام الشرع ، أو أن يقصد بطلبه مآرب خاصة ، فإنه والحالة هذه لا يولي ، وإلا كيف نفهم كلام الفقهاء بوجوب طلب القضاء واستحابه في بعض الحالات ؟

من الأمثلة على القاعدة :

- ١- ما فعله النبي ﷺ عندما طلب منه أبو ذرٍّ الإمامة فقال له: إنك ضعيف وإنها أمانة
- ٢- ما كان يفعله عمر بن الخطاب ؓ حيث كان لا يولي عملاً لرجل يطلبه ، وخاصة في تعيين الولاية والقضاة ، وكان يرى أن من طلب هذه الأمور لم يعن عليها ^(٢) .

الاستثناءات الواردة على القاعدة:

سبقت الإشارة إلى أن طلب القضاء قد يكون محرماً ، أو مكروهاً ، أو واجباً ، أو مندوباً ، أو مباحاً، وعليه فإن طالب الولاية لا يولي إذا كان الطلب محرماً ، أو مكروهاً ، وما سوى ذلك يكون استثناءً على هذه القاعدة ، والله أعلم .

(١) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ١٤ ، الماوردي ، الحاوي ، ج ٢٠ ، ص ٦١ ، هذا وقد أُلحق النووي رحمه الله - هذه الصورة بالاستحباب فقال : " فإن لم يكن له كفاية ، ولو ولي حصلت كفايته من بيت المال قال الأكثرون: يستحب " ، النووي ، روضة الطالبين ، ج ١١ ، ص ٩٣ .

(٢) مجدلاوي ، الإدارة الإسلامية في عهد عمر بن الخطاب ، ص ٢١٣ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

سبقت الإشارة إلى أن تعيين القضاة يتم عن طريق المجلس القضائي ، حيث يتم بعد الإعلان عن رغبة دائرة قاضي القضاة في تعيين عدد من القضاة الشرعيين في المحاكم الشرعية التابعة لها ، وتقديم الطلبات من قبل الراغبين في ذلك ، وممن تتوافر فيه الشروط المطلوبة ، يقوم المجلس القضائي بعقد مسابقة قضائية للمتقدمين ، ويتم على أساسها اختيار القضاة الشرعيين الذين حصلوا على أعلى العلامات ، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هل هذا يتعارض مع قاعدة طالب الولاية لا يولى ؟ للإجابة على هذا السؤال لا بد من النظر في الأمور التالية :

أولاً : هذه القاعدة ليست على إطلاقها ، بل هي مخصوصة في حالات معينة أشرت إليها فيما سبق (١) .

ثانياً : هناك حالات معينة أوجب فيها الفقهاء الطلب ، و في حالات أخرى استحبه وأباحوه .
ثالثاً : ثم إن من القواعد المقررة فقهاً أنه لا ينكر تغيير الأحكام بتغير الزمان (٢) ، فقد اتسعت البلاد وكثر العباد ، بخلاف ما كان عليه الأمر سابقاً ، إذ يصعب على ولي الأمر أو من له سلطة تعيين القضاة ، أن يحيط علماً بجميع من يصلح لتولي منصب القضاء في جميع أنحاء بلاده ، حتى يعينهم دون طلب ، وعليه فلا بد من فتح المجال أمام كل من يجد في نفسه الكفاءة أن يتقدم بطلب لتعيينه حتى يتمكن ولي الأمر من أن يختار من بينهم الأكفأ والأقدر ، وأن يقدم في ولاية القضاء من هو أقوم بمصالحها .

رابعاً : السياسة الشرعية تقضي أن لا يعين الآن في زماننا قضاة إلا بطلب، وذلك لأن القول بخلاف ذلك يؤدي إلى فتح المجال أمام من يملك سلطة التعيين ، أن يختار من يشاء بحجة أن طالب الولاية لا يولى ، وقد لا يكون أهلاً لذلك .

لهذا كان من الضروري تقديم طلب من قبل من يرغب في التعيين لمنصب القضاء ، إذا وجد في نفسه الكفاءة لذلك (٣) ، ومن هنا فإن تطبيق قاعدة " طالب الولاية لا يولى " ، إنما تكون على كل من ظهرت منه أمارات تدل على عدم كفاءته ، أو عدم نزاهته كأن يقدم مثلاً رشوة ،

(١) انظر: ص ٢٤١ من هذه الأطروحة .

(٢) سوف يقوم الباحث إن شاء الله بشرح هذه القاعدة ، انظر: ص ٣٠٣ من هذه الأطروحة .

(٣) "فإن أبا بكر لما أستخلف قال : لعمر ولأبي عبيدة أنه لا بد لي من أعوان فقال عمر: أنا أكفيك القضاء، وقال

أبو عبيدة : وأنا أكفيك بيت المال ،... " ، قلعه جي ، موسوعة فقه عمر بن الخطاب ، ص ٥٦٢ ، وكيع ،

محمد بن خلف بن حبان ، (٩٤٧م) ، أخبار القضاة ، ٣م ، المكتبة التجارية ، القاهرة ، ج ١ ، ص ١٠٤ .

أو يضع واسطة للحصول على هذا المنصب، فهنا نقول بأن طالب الولاية لا يولى ، أما مجرد تقديم الطلب للتعين في منصب القضاء فقط ، لا يكون فيه حرج إذا وجد المسلم في نفسه الأهلية للقيام به ، وأنه لا يتعارض مع قاعدة طالب الولاية لا يولى ، والله أعلم .

القاعدة الرابعة :

الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة^(١):

قبل أن أشير إلى معنى القاعدة لابد من بيان معنى الولاية^(٢) وأنواعها :

الولاية : هي نفاذ التصرف على الغير ، وتقسم إلى قسمين :

الأول : الولاية العامة : هي ولاية الإمام الأعظم ، ونوابه ، وولاته ، وقضاته وتكون في الدين ، والدنيا ، والنفس والمال ، وتتعلق بمرافق الحياة وشؤونها ، من أجل جلب المصالح للأمة ودرء المفسد عنها^(٣) .

الثاني : الولاية الخاصة : وهي ولاية المرء على غيره ، وتكون على النفس أو المال أو عليهما معاً^(٤)، كولاية الأب والجد وغيرهم من الأولياء ، والأوصياء .

معنى القاعدة :

أن الولاية الخاصة كالولي ، أو الوصي تقدم على الولاية العامة ، كولاية السلطان أو القاضي ، ولذا فلا يجوز للسلطان ، أو القاضي أن يؤجر ، أو يبيع ، أو يشتري وغير ذلك من التصرفات العائدة لمصلحة القاصر ، مع وجود النائب الشرعي المختص بها من ولي أو وصي؛ لأن ولاية هذا النائب مخصوصة بهذه الشؤون فولايته فيها مقدمة على ولاية القاضي العامة^(٥).

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٦٠ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٤٥٥ ، الزركشي

المنثور ، ج ٣ ، ص ٣٤٥ ، الفاداني ، الفوائد الجنية ، ج ١ ، ص ٣١٩ ، علي حيدر ، ج ١ ، ص ٨٥ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٥٨ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٣١١ .

(٢) الولاية لغة : بالفتح والكسر النصر والمحبة ، القوتوي ، أنيس الفقهاء ، ص ١٤٨ .

(٣) فهو يلي على الكافة تجهيز الجيوش ، وسد الثغور ، وجباية الأموال ، وصرفها في محلها ، وتعيين القضاة والولادة ، وإقامة الحدود ، والتعازير ، وفصل الخصومات ، وقطع المنازعات ، ونصب الأوصياء والمتولين ومحاسبتهم وغير ذلك ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٣١١ .

(٤) أبو فارس ، ساجدة محمد ، (١٩٩٦م) ، ولاية المرأة في الزواج والطلاق ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، إشراف الدكتور ، علي الصوا ، ص ٦ ، وعرف الرصاع الولي بأنه: من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب ، أو إيصال أو كفالة ، أو سلطنة ، أو ذو إسلام ، شرح حدود ابن عرفة ، ج ١ ، ص ٢٤١ .

(٥) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ٨٥٢ ، وهذه القاعدة تتعلق بالسياسة الشرعية في الإدارة وتوزيع الصلاحيات والمسؤوليات في القوانين الحديثة اليوم ، المرجع السابق .

ويمكن أن يستدل على القاعدة بالسنة والمعقول :

أولاً : السنة : فيقول عليه الصلاة والسلام : " السلطان ولي من لا ولي له (١) .

وجه الدلالة : أن الرسول ﷺ جعل ولاية السلطان على من لا ولاية له ، وهذا يفهم منه أن الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة ، وإلا لاعتبرت ولاية السلطان مع وجود من له الولاية الخاصة !

ثانياً : من المعقول : فقد اعتبر الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة من وجهين :

الأول : أنه كلما كانت الولاية المرتبطة بشيء أخص مما فوقها بسبب ارتباطها به وحده كانت أقوى تأثيراً في ذلك الشيء مما فوقها في العموم (٢) .

الثاني : الاعتبار بالخصائص هنا أولى من الاعتبار بالمراتب بمعنى أن الولاية الخاصة قد تتميز بخصائص ربما لا تتوفر في الولاية العامة فقدمت (٣) .

وإتماماً للفائدة لا بد من التنبيه على مسألتين :

الأولى : أن الولاية الخاصة للأهل والأولياء والأوصياء تنتقل إلى الحاكم بمقتضى الولاية العامة عند قدوم لقوله ﷺ : " السلطان ولي من لا ولي له " .

الثانية : أن الولاية الخاصة وإن قدمت على الولاية العامة إلا أن لصاحب الولاية العامة حق المراقبة والاعتراض ، والتدخل في الشؤون المتعلقة بالولاية الخاصة ، إذا لاحظ فيها تقصيراً أو خيانة وما شابه ذلك ، فله أن يحاسب الأوصياء والمتولين ويعزل الخائن منهم وإن شرط الموصي أو الواقف عدم مداخلته (٤) .

(١) هذا جزء من حديث مروي عن عائشة ؓ أن رسول الله ﷺ قال : " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ، وإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له " ، الحاكم ، المستدرک علی الصحیحین ، وقال : حديث صحيح على شرط الشيخين ، ولم يخرجاه ، ج ٢ ، ص ١٨٣ ، إسماعيل بن محمد ، (ت ١١٦٢هـ / ١٧٢١م) ، كشف الخفاء ، ط ٤ ، م ٢ و (تحقيق : أحمد القلاش) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤٠٥هـ ، ج ١ ، ص ٥٥٣ ، الترمذي ، سنن الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي ، وقال : حديث حسن ، ج ٣ ، ص ٤٠٧ ، حديث صحيح ، واللفظ للترمذي .

(٢) الأتاسي ، شرح المجلة ، ج ١ ، ص ١٤٧ .

(٣) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٣٨٥ ، ومن ذلك ليس للحاكم أن يزوج الصغير مع وجود وليه لأن حنو الأب والجد على الأولاد أمر ظاهر ، المحاسني ، شرح المجلة ، ج ١ ، ص ٨٢ .

(٤) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٣٨٥ ، وقد جاء في المادة (٢٠٧٨) من مجلة الأحكام الشرعية ، لا نظر للقاضي مع الولي ... لكن له الاعتراض إن فعل ما لا يسوغ ، القاري ، مجلة الأحكام ، ص ٦٠٥ .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي (١) :

- ١- لو أجر القاضي عقاراً للوقف ، بما له من الولاية العامة على الوقف، وأجر متولي الوقف ذلك العقار نفسه ، يكون إيجار المتولي صحيحاً، ولا يعتبر إيجار القاضي ؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة ، ولا يحق لصاحب الولاية العامة أن يتصرف بمال الوقف مع وجود صاحب الولاية الخاصة ، وإن كان القاضي هو الذي عين ذلك المتولي (٢) .
- ٢- أن القاضي لا يملك التصرف في مال الصغير ، مع وجود وصي الأب ، أو وصي الجد أو، وصي القاضي نفسه (٣) .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

استثنى الفقهاء من القاعدة مسائل أهمها :

- أولاً : أن المتولي للوقف لا يملك العزل ، والنصب لأرباب الجهات بدون أن يشترط الواقف ذلك له ، ويملكه القاضي بدون شرط (٤) .
- ثانياً : يملك القاضي إقراض مال الصغير دون الأب والوصي .
- ثالثاً : يملك القاضي الاستقراض للوقف واستبداله بشروطه ، وإيجاره مدة طويلة عند مسيس الحاجة إلى تعميره ، ولا يملك المتولي ذلك (٥) .

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٦٠ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٣٣٣ ، الفاداني ، الفوائد الجنية ، ج ٢ ، ص ٣١٧ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٥٨ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ص ٤٣١ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ٣٥٨ .

(٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٥٨ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٤٥٧ .

(٣) أما مع وصي غير من ذكر كوصي الأم ومن شاكلها ممن كانت ولايته ضعيفة في المال من الأقارب فإنه يملك التصرف ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٣١٣ .

(٤) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٣١٣ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٣٢ .

(٥) المراجع السابقة .

والسبب في هذه الاستثناءات أن صيانة مال الأوقاف والأيتام هي من الحق العام ، فتجاوز الحدود المسموحة للأولياء والأوصياء والقوام ، والحق العام يعود إلى تقدير الولي العام، ولذا كان للقاضي محاسبتهم وعزلهم عند الاقتضاء بمقتضى النظر العام (الولاية العامة) ، وإن كان ليس له أن يباشر العقود مع وجودهم ، الزرقا المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ١٠٥٠ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

تعتبر قاعدة الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة^(١)، من أهم القواعد الفقهية التي يعتمد عليها القضاء الشرعي ، ويبنى عليها أحكامه ، ويمكن أن ندرك هذا من خلال ما يلي :

أولاً : أن قانون الأحوال الشخصية الأردني نص صراحة على أن: "الولي في الزواج هو العصبية بنفسه على الترتيب المنصوص عليه في القول الراجح من مذهب أبي حنيفة"^(٢).

فالقانون جعل الولاية في الزواج للأقرب ثم الذي يليه ثم الذي يليه ، ولم يجعلها للقاضي ابتداءً ، مع أن له الولاية عامة فدل ذلك على أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة .

ثانياً : كما نص قانون الأحوال الشخصية على أنه: "إذا غاب الولي الأقرب ، وكان في انتظاره تفويت لمصلحة المخطوبة انتقل حق الولاية إلى من يليه ، فإذا تعذر أخذ رأى من يليه في الحال أو لم يوجد انتقل حق الولاية إلى القاضي"^(٣) .

وهذه المادة جعلت ولاية القاضي على المخطوبة تنتقل إليه بشروط هي :

- ١- غياب الولي الأقرب .
 - ٢- عدم وجود الولي الذي يليه ، أو تعذر اخذ رأيه .
 - ٣- وجود مصلحة للمخطوبة يخشى فواتها بانتظار قدوم وليها .
- فهذا التشدد في انتقال الولاية إلى القاضي صاحب الولاية العامة ليبدل دلالة واضحة على أن الولاية الخاصة أقوى ومقدمة على الولاية العامة .
- ثالثاً : أن الناظر في قرارات محكمة الاستئناف الشرعية ، يجد أنها تنص صراحة على هذه القاعدة في كثير من قراراتها، ومن ذلك علي سبيل المثال لا الحصر ما يلي :
- ١- "الولي هو صاحب الولاية الخاصة ، ولا يخفى أن الولاية الخاصة أقوى من ولاية القاضي العامة ومقدمة عليها ، ولا يحتاج إلى إذن في الدعوى"^(٤).

(١) نصت المادة (٥٩) من المجلة على أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٥٨ .

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٩) وترتيب الأولياء هو الابن وابنه وإن نزل ، الأب ثم الجد (أبو الأب) وإن علا ، الأخ الشقيق ، الأخ لأب ، ، السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص ٩١ .

(٣) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٢) .

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم (١٣٤٢١) تاريخ ١٤/٧/١٩٦٤م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات ، ج ١ ، ص ٢٩١ .

(٥) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١١٧٧٦) تاريخ ١٣/١١/١٩٦١م ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٣٩٧ .

٢- " ولاية القاضي ولاية عامة ، وولاية الأب ولاية خاصة ، والولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة " (١) .

٣- " الولاية الخاصة كولاية الجد ، أقوى من ولاية القاضي العامة ، ومقدمة عليها ، لا يحتاج إلى إذن في الدعاوى " (٢) .

٤- كما أوجبت محكمة الاستئناف الشرعية على المحكمة البدائية أن تتحرى عن عدم وجود صاحب الولاية الخاصة ، لصحة تعيين الوصي المؤقت للمخاصمة عن فاقد الأهلية ، ومن ذلك ما جاء في قرارها : "... وجعل صاحب الولاية الخاصة مقدماً، وأنه الأولى وهو ما عرضت له المادة (٥٩) من المجلة بالنص الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة" (٣) .

هذا وقد اعتبرت محكمة الاستئناف الشرعية مبادرة المحكمة بتعيين وصي مؤقت على المدعى عليه مثلاً ، قبل التحقق من عدم وجود ولي ، أو وصي مختار من قبله على المدعى عليه لا يحقق الخصومة ، وموجب لفسخ الحكم (٤) .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القضاء الشرعي الأردني وإن قدم الولاية الخاصة على الولاية العامة ، إلا أنه منح صاحب الولاية العامة ، حق مراقبة ومحاسبة صاحب الولاية الخاصة (٥) ، كما منحه حق تقييد هذه الولاية ، أو منعها من التصرف إذا اقتضت مصلحة من جعلت الولاية لأجله ، ومن ذلك ما جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية " وليس للقاضي إقامة وصي من قبله ، ما دام الوصي المختار أهلاً للوصاية ، إلا إذا ثبتت خيانتة ، وعدم أهليته ، فعلى القاضي عزله ، وإقامة وصي مؤهل من قبله ، مراعاة لحق فاقد الأهلية " (٦) .

(١) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١١٧٧٦) تاريخ ١٣/١١/١٩٦١م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ١ ، ص ٣٩٧ .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٣٤٢١) تاريخ ٢٤/٧/١٩٦٤م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ٢ ، ص ١٤١١ .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار خماسي رقم (٢٢٨٧٥) تاريخ ١٨/٦/١٩٨٨م ، المرجع السابق ج ٢ ، ص ١٤١٦ .

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية، قرار رقم (٣٨١٣٢) تاريخ ١٥/١٢/١٩٩٤م، المرجع السابق، ج ١، ص ٤٦١ .

(٥) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، (المادة ٢ ، فقره /١٤) .

(٦) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٣٥٧٦٠) تاريخ ٢٢/٥/١٩٩٣م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ٢ ، ص ١٤١٨ ، هذا وقد جاء في المادة (١٢٤) من القانون المدني الأردني :

١- الأب والجد إذا تصرفا في مال الصغير ، وكان تصرفهما بمثل القيمة أو بغبن يسير صح العقد ونفذ .

٢- أما إذا عرفا بسوء التصرف ، فللحاكم أن يقيد من ولايتهما، أو أن يسلبهما هذه الولاية .

إلا أن القضاء الشرعي الأردني منح القاضي صاحب الولاية العامة حق منع الولي صاحب الولاية الخاصة التعسف في استعمال حقه، وذلك في مسألة عضل الولي حيث نصت المادة (٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على ما يلي^(١):

أ- للقاضي عند الطلب حق تزويج البكر التي أتمت الخامسة عشرة من عمرها من الكفو في حال عضل الولي غير الأب أو الجد من الأولياء بلا سبب مشروع .

ب- أما إذا كان عضلها من قبل الأب أو الجد فلا ينظر في طلبها ، إلا إذا أتمت ثمانية عشر عاما ، وكان العضل بلا سبب مشروع .

فالمادة أثبتت أن الولاية الخاصة للأب أو الجد مقدمة على الولاية العامة لكن إذا تعسف

الأب أو الجد في استعمال حقهم سحبت ولايتهم وأسندت إلى القاضي .

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٦) كما أجاز القانون نقل الولاية من الولي الأقرب إلى القاضي في حال غيابه وكان في انتظاره تفويت لمصلحة المخطوبة، انتقل حق الولاية إلى من يليه ، فإذا تعذر اخذ رأي من يليه في الحال أو لم يوجد انتقل حق الولاية إلى القاضي، قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة(١٢) .

القاعدة الخامسة :

التصرف على الرعية منوط بالمصلحة (١) :

معنى القاعدة :

هذه القاعدة ترسم حدود الإدارة العامة ، والسياسة الشرعية في سلطان الولاية وتصرفاتهم^(٢) على الرعية^(٣) ، فيجب على كل من كان له ولاية على غيره عامة كانت أو خاصة ، أن يكون تصرفه على ذلك الغير مبنياً على المصلحة حتى ينفذ تصرفه عليه وإلا فلا . وعليه فالقاعدة تضع حداً للحاكم في تصرفاته كافة ، ولكل من يتولى أمراً من أمور المسلمين^(٤) ، أن يكون تصرفاتهم وفقاً للمصلحة ؛ وذلك لأنهم ليسوا عمالاً لأنفسهم، وإنما هم وكلاء عن الأمة في القيام بأصلح التدابير لها ، وتحقيق كل ما هو خير للأمة في حاضرها ومستقبلها^(٥) ، ولذا عبر الإمام السبكي عن القاعدة بقوله: "كل تصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بالمصلحة"^(٦) .

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بالقرآن ، والسنة ، والمعقول وفيما يلي بيان لذلك :

أولاً : من القرآن الكريم :

١- قوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يُأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾^(٧) .

وجّه الدلالة : قال القرطبي - رحمه الله - : هذه الآية من أمهات الأحكام تضمنت جميع الدين

(١) هذه القاعدة نص عليها الشافعي وقال : "منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم" ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٢٤ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٣٦٩ ، القرافي ، الفروق ، ج ٤ ، ص ٩٥ ، الزركشي ، المنثور ، ج ١ ، ص ٣٠٩ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٦٩ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٥٧ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٣٠٩ ، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج ٤ ، ص ٣٠٧ .

(٢) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ١٠٥٠ .

(٣) الرعية : هي عموم الناس الذين هم تحت ولاية الولي ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٥٧ ، قلعه جي ، معجم لغة الفقهاء ، ص ٢٢٤ .

(٤) الندوي ، القواعد الفقهية ، ج ٢ ، ص ١٠٥٠ .

(٥) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ١٠٥٠ .

(٦) السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٣١٠ .

(٧) سورة النساء ، آية (٥٨) .

والشرع ... ، والأظهر في الآية أنها عامة في جميع الناس ، فهي تتناول الولاية فيما لديهم من الأمانات في قسمة الأموال ، ورد الظلمات ، والعدل في الحكومات ، وتتناول من دونهم من الناس ، في حفظ الودائع والتحرز في الشهادات وغير ذلك (١) .
وعليه فإن هذا التفسير يبين أن الأمانات تتضمن الولايات كلها الدينية ، والدنيوية كبرها ، وصغيرها ، وأنه يتحتم على كل من يقوم بولاية ما أن يقيم العدل ويزن الأمور بالقسطاس المستقيم (٢) .

٣- قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا ﴾ (٣) ، وقوله تعالى : ﴿ وَأَبْلُوا الِيتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ (٤) ، وقوله : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾ (٥) .

وجه الدلالة : فهذه الآيات جميعها تفرض على كل من ولي شيئاً من أمر الأيتام أو السفهاء الاحتياط في حفظ أموالهم ، وأنه لا يصح التصرف في أموالهم إلا بالخصلة التي هي أنفع لهم ، كاستثماره وحفظه بما يعود عليهم بالمصلحة والفائدة (٦) .

ثانياً : من السنة :

١- قوله ﷺ: "كلكم اراع وكلكم مسؤول عن رعيته ، الإمام راع ومسؤول عن رعيته ، والرجل راع في بيت أهله ومسؤول عن رعيته" (٧) .

٢- قوله ﷺ: "ما من عبد يسترعيه الله رعية فلم يحطها بنصحه لم يجد رائحة الجنة" (٨) .

(١) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج ٥ ، ص ١٦٥ .

(٢) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٢٨١ .

(٣) سورة النساء ، آية (٥) .

(٤) سورة النساء ، آية (٦) .

(٥) سورة الإسراء ، آية (٣٤) .

(٦) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٢٨٢ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ٣٥٤ .

(٧) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الجمعة ، باب الجمعة في القرى والمدن ، ج ١ ، ص ٣٠٤ ، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الإمارة ، باب كراهة الإمارة بغير ضرورة ، ج ٣ ، ص ١٤٥٩ ، واللفظ للبخاري .

(٨) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الأحكام ، باب من استرعى رعية فلم ينصح ، ج ٦ ، ص ٢٦١٤ .

٣- قوله ﷺ : " ما من وال يلي رعية من المسلمين فيموت وهو غاش لها إلا حرم الله عليه الجنة " (١) .

وجه الدلالة من الأحاديث فهي بمجموعها توجب على كل من ولي أمراً من أمور المسلمين أن يكون على قدر هذه المسؤولية ، وتحمل الأمانة ، وأن يؤديها على أكمل وجه بالنصح لمن تحت ولايته ، بالنظر لهم لما فيه مصلحتهم في الدنيا والآخرة ، وإلا كان مستحقاً لحرمانه من الجنة .

وقد جاء في معنى القاعدة (٢) قول عمر بن الخطاب ﷺ : " إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة والي اليتيم ، إن احتجت أخذت منه ، فإذا أيسرت رددته ، فإن استغنيت استعفت " (٣) **وجه الدلالة** : قياس تصرف الحاكم في مال المسلمين على تصرف الوالي في مال اليتيم بجامع أن كلا منهما الحاكم أو الوالي يجب عليهما أن يتصرفا لما فيه مصلحة من هم تحتهم .
رابعاً : من المعقول : أن الوالي ما جعل أصلاً إلا لعجز من تحته عن القيام بما يصلحهم فالواجب عليه إذن أن يكون تصرفه عليهم محققاً لمصلحتهم ، وإلا لم يحقق الغاية من وجوده .
من الأمثلة على القاعدة ما يلي : (٤)

- ١- ما فعله عمر بن الخطاب ﷺ عندما استثمر أموال اليتيم ، بأن دفعها إلى التجار (٥)؛ وذلك لأن مصلحة اليتيم أن يستثمر ماله ، ليزداد من ناحية ، ومن ناحية أخرى حتى لا تأكله الزكاة .
- ٢- لو عفا السلطان عن القاتل من لا ولي له يصح عفو ولا يسقط القصاص لان الحق للامة والإمام نائب عنهم فيما هو أنفع لهم ، وليس من النظر إسقاط حقهم مجاناً ، وإنما له القصاص أو الصلح (٦) .
- ٣- لا يجوز للقاضي أن يهب أموال الوقف، وأموال الصغير ؛ لأنه لا مصلحة لهما في ذلك .

(١) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الأحكام ، باب من استرعى رعية فلم ينصح ، ج ٦ ، ص ٦٧٣٢ ، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الإيمان ، باب استحقاق الوالي الغاش لرعيته النار ، ج ١ ، ص ١١٧ ، **واللفظ للبخاري** .

(٢) قال السيوطي - رحمه الله - : " أصل ذلك قول عمر بن الخطاب ﷺ الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٦٩ .

(٣) البيهقي ، السنن الكبرى ، ج ٦ ، ص ٤ .

(٤) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٢٤ ، القرافي ، الفروق ، ج ٤ ، ص ٩٦ ، السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٣١٠ ، المحاسني ، شرح المجلة ، ج ١ ، ص ٨١ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٣٠٩ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٣٨ .

(٥) قلعه جي ، موسوعة فقه عمر بن الخطاب ، ص ٦٨٦ .

(٦) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٧٠ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٣٠٩ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

تطبيقات القاعدة الفقهية التصرف على الرعية منوط بالمصلحة^(١) في القضاء الشرعي الأردني كثيرة جداً ، ذلك لأن الناظر في كثير من مواد قانون أصول المحاكمات الشرعية ، وقانون الأحوال الشخصية ، وقرارات محكمة الاستئناف الشرعية، يرى إنها ما جاءت إلا مراعاةً للمصلحة ، وفيما يلي بيان لبعض هذه الأمثلة :

أولاً : قانون أصول المحاكمات الشرعية :

١- نصت المادة(٤ فقره ٢/) : "أن لمحكمة محل إقامة الصغار وفاقد الأهلية تعيين الأوصياء والقوام ، وللمحكمة التي في منطقتها العقار إعطاء الإذن لهم"^(٢) .

فهذه المادة تدل على أن تصرف المحكمة بتعيين الأوصياء أو القوام على الصغار وفاقد الأهلية ، إنما هو رعاية لمصالحهم والقيام على شؤونهم ، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة .

٢- نصت المادة (١٠) على أن:"الحجر على السفیه^(٣) لا يكون إلا ضمن دعوى شرعية على أن للقاضي منعه من التصرف إلى نتيجة الدعوى ، إذا رأى من ظروف القضية ما يستدعي ذلك"^(٤) .

فإعطاء القاضي حق منع السفیه من التصرف ، ما هو إلا تطبيق لقاعدة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة .

٣- أوجب القانون أصول المحاكم تبليغ المدعى عليه الأوراق القضائية ، وذلك رعاية لمصلحته ليكون على بصيرة وعلم فيما سيتخذ بحقه ، وكيف يمكن له أن يدافع عن نفسه ، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (٢٦) : " إذا كان المدعى عليه قاصراً ، أو شخصاً فاقد الأهلية تبلغ الأوراق القضائية إلى وليه أو الوصي عليه"^(٥) ؛ لأن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة ، ولا مصلحة في تبليغ القاصر أو فاقد الأهلية .

(١) القانون المدني الأردني ، المادة (٢٣٣)، حيث نصت : " التصرف على الرعية منوط بالمصلحة "، وكذلك

نصت المادة (٥٨) من مجلة الأحكام العدلية ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٥٧ .

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة ، (٤ فقره/٢) .

(٣) السفیه : هو الذي ينفق ماله في غير موضعه ، أي خلافاً لما يقتضيه الشرع والعقل ، علي حيدر ، درر

الحكام ، ج ٢ ، ص ٦٥٧ ، المادة (٩٦٤) .

(٤) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١٠) .

(٥) المرجع السابق ، المادة (٢٦) .

ثانياً : قانون الأحوال الشخصية : وقد جاءت تطبيقات القاعدة فيه كثيرة ولكن الباحث يرى
الاقتصار على ذكر بعضها على سبيل المثال :

١- انه يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين وأن يكن كل منهما قد أتم
السنة الشمسية الثامنة عشرة^(١) إلا أنه يجوز للقاضي أن يأذن بزواج من لم يتم منهما هذا السن
إذا كان قد اكمل الخامسة عشرة من عمره ، وكان في مثل هذا الزواج مصلحة تحدد أسسها
بمقتضى تعليمات أصدرها قاضي القضاة لهذه الغاية^(٢) .

فالمادة صريحة في أنه لا يجوز للقاضي أن يأذن بالزواج لمن لم يتم الثامنة عشرة سنة
شمسية من عمره ، إلا إذا كان لهما مصلحة عي هذا الزواج وقد أتمت الخامسة عشرة من
عمرهما ، فللقاضي في هذه الحالة أن يأذن لهما بالزواج ، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل
على أن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة .

٢- للقاضي عند طلب الحق تزويج البكر التي أتمت الخامسة عشرة من عمرها من الكفو في
حال عضل الولي غير الأب أو الجد من الأولياء بلا سبب مشروع ، أما إذا كان العضل من
قبلهما فلا ينظر في طلبها ، إلا إذا كانت أتمت الثامنة عشرة من عمرها ، وكان العضل بلا
سبب مشروع^(٣) .

فالقانون إنما فعل ذلك مراعاة لمصلحة الفتاة ، والأصل في الولي أن يكون تصرفه على
من تحت ولايته تصرف مصلحة لا مضرة ، فإذا أدت ولايته إلى الإضرار بمن تحت ولايته ،
أو حرمانه من مصلحة مشروعة بلا سبب مشروع ، انتقلت الولاية إلى القاضي رعاية لمصلحة
من جعلت الولاية لأجله .

٣- منع القانون إجراء العقد على المرأة التي لم تكمل الثامنة عشرة من عمرها إذا كان خاطبها
يكبرها بأكثر من عشرين عاماً، إلا بعد أن يتحقق القاضي رضائها واختيارها ، وان مصلحتها
متوفرة في ذلك^(٤) .

فالظاهر من هذا الزواج أن لا مصلحة للمرأة فيه ، ولذا منعه القانون إلا بعد أن يتحقق القاضي

(١) هكذا وردت العبارة في نص القانون والصواب أن يقال : قد أتم الثامنة عشرة من عمره ، أو ثماني عشرة
سنة شمسية ، أو قد أتم السنة الشمسية الثامنة عشرة .

(٢) قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠١م ، المادة رقم (٢) انظر : هذه التعليمات ،
الظاهر التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية المعدلة ، لسنة ٢٠٠٢م ، ص ١٦ .

(٣) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة رقم (٦) .

(٤) المرجع السابق ، المادة رقم (٧) .

رضاء المرأة وعدم إكراهها ، وتحقق مصلحتها في هذا الزواج ؛ لأن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة .

٤- للقاضي أن يأذن بزواج من به جنون أو عته ، إذا ثبت بتقرير طبي أن في زواجه مصلحة له^(١) ، وذلك لأن تصرف القاضي على من تحت ولايته منوط بالمصلحة .

٥- إذا تعدد أصحاب الحق في الحضانة الذين هم في درجة واحدة ، فللقاضي حق اختيار الأصلح للمحزون^(٢) ، وهكذا كل أحكام الحضانة فالتصرف فيها منوط بمصلحة المحزون .

ثالثاً : محكمة الاستئناف الشرعية :

المنتبغ لقرارات محكمة الاستئناف الشرعية يجد أنها في كثير من قراراتها ، يكون

دافعها المصلحة ، ومن ذلك على سبيل المثال ما يلي :

١- " ... لأن من المسلم به أن الأصل في الحضانة للنساء ، وأنهن أشفق وأرفق بالصغار وأجدي لتربيتهم ، وأن الحضانة ولاية ، وأن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات فكانت جهة الأم مقدمة على جهة الأب ، ومن المعلوم أن الولاية منوطة بمصلحة المولى عليه " (٣) .

٢- " ... إن رعاية مصلحة فاقد الأهلية تقتضي لزوم التحري عن عدم صاحب الولاية الخاصة لصحة تعيين الوصي المؤقت للمخاصمة عن فاقد الأهلية " (٤) .

٣- " ... إن تهاون المتولي في أمور الوقف ، وفعل ما لا يجوز له التصرفات يعتبر من الخيانة، فيكون عزله من أجل ذلك عزلاً لخيانته ، وإن المتولي إذا كان متولياً على أوقاف متعددة، وظهرت خيانته في بعضها ، يعزل عن الكل " (٥) ؛ وذلك لأن الولاية على الوقف يجب أن تكون منوطة بمصلحة الموقوف عليهم .

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٨) .

(٢) المرجع السابق ، المادة (١٥٧) .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٣٢٦٥٢) ، تاريخ ١٩٩١/٣/٥ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ٥٣٦ .

(٤) سبق أن أشار الباحث إلى هذا القرار وذكر أن عدم تحري المحكمة عن عدم وجود صاحب الولاية الخاصة لصحة تعيين الوصي المؤقت للمخاصمة موجب لفسخ الحكم ، انظر: ص من هذه الأطروحة .

(٥) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٥٦٨١) تاريخ ١٩٥١/١/١٣ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ٢ ، ص ١٣٧٥ .

القاعدة السادسة :

التهمة تقدح في التصرفات إجماعاً (١) :

معنى القاعدة :

القضاء في الإسلام من أجل المناصب وأخطرها ، وعن طريقه تنقض الخصومات ويزال الضرر ، وترد الحقوق إلى أربابها ، ولذا لزم أن يقوم على أسس محكمة دقيقة ، و ينزهه ويصان عن الشبهات والشوائب (٢) ، ولذا فإن الأصل في تصرفات القاضي أن تكون بعيدة كل البعد عن كل ما من شأنه أن يثير شبهة تقدح في مصداقية هذا التصرف ، ضماناً لحياد القاضي وتحقيقاً لمبدأ العدالة ، فإذا وجدت التهمة (٣) التي من شأنها إثارة الشكوك حول نزاهة القاضي وحياده ، فإنها تحول دون نفاذ حكمه ، بل إن توافر التهمة في حق القاضي موجب من موجبات نقض الحكم (٤) .

وقد استدلل الفقهاء على هذه القاعدة بما يلي :

١- قول النبي ﷺ : " لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين " (٥) أي متهم .
وجه الدلالة : أن النبي ﷺ رفض شهادة المتهم ومن لا تجوز شهادته لا يجوز حكمه (٦) ، وعليه فحتى تقبل الشهادة من الشاهد ، والحكم من القاضي ، لا بد أن يكون بعيداً كل البعد عن التهمة التي تقدح في هذا التصرف .

(١) القرافي ، الفروق ، ج ٤ ، ص ١٠٣ ، الحريري ، القواعد الفقهية ، ص ٧٤ ، ٩٨ ، الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٣٩١ .

(٢) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٣٩٢ ، وهذه القاعدة ليست خاصة بالقاضي بل هي في كل من يلي أمراً من أمور المسلمين العامة ، فالتهمة أن وجدت فعلاً فإنها تقدح في تصرفاته .

(٣) التهمة لغة : بسكون الهاء وفتحها الشك والريبة ، والمعنى الاصطلاحي لا يخرج عن هذا المعنى ، ابن منظور ، لسان العرب ، ج ١٢ ، ص ٦٤٤ ، الكويت ، الموسوعة الفقهية ، ج ١٤ ، ص ٩٠ .

(٤) زيدان نظام القضاء ، ص ٢٢٩ ، حيث اعتبرها القاعدة الخامسة من قواعد النقض والإبرام للحكم فقال : " القاعدة الخامسة : التهمة تؤثر في حكم القاضي وتعرضه للنقض " .

(٥) المباركفوري ، محمد بن عبد الرحمن ، (ت ١٣٥٣هـ / ١٩٣٨م) ، تحفة الأحوذني ، ١٠م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، حيث قال : " حديث ضعيف ، قال البيهقي : لا يصح من هذا شيء عن النبي ﷺ ، وفي الباب أيضاً عن عمر لا تقبل شهادة ظنين ولا خصم ، أخرجه مالك في الموطأ موقوفاً على عمر وهو منقطع " ، ج ٦ ، ص ٤٧٩ ، الحديث ضعيف .

(٦) عبد الرزاق ، مصنف عبد الرزاق ، ج ٨ ، ص ٣٠٠ ، قلعه جي ، موسوعة فقه عمر بن الخطاب ، ص ٥٦٦ .

٢- الإجماع : فقد نقل القرافي الإجماع على ذلك (١) .

٣- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه : أنه منع القضاة من العمل بالتجارة ، وقبول الهدايا والرشاوى فكتب إلى أبي موسى الأشعري : " لا تبيعن ولا تبتاعن ، ولا تضاربن ولا ترتشي في الحكم " (٢) ، لأن هذه الأعمال مظنة التهمة .

٤- ومن المعقول : فإن قضاء القاضي لنفسه ، أو لقرابته ، أو لشريكه في تجارته ... ، أو قضاءه على عدوه... فيه مظنة التهمة ، ذلك أن القاضي بشر فيميل بفطرته إلى محاباة نفسه ، أو أقاربه ، والانتقام من عدوه ، فكان لا بد من منعه من أي تصرف تتحقق فيه معنى التهمة .

أسباب التهمة (٣) :

أولاً : حكم القاضي لنفسه ولمن لا تقبل شهادته له .

ثانياً : قبول القاضي للهدية .

ثالثاً : قضاء القاضي على عدوه .

رابعاً : عمل القاضي بالبيع والشراء .

خامساً : قبول القاضي الدعوة الخاصة .

سادساً : عدم التسوية بين الخصوم .

وبعبارة أخرى يجب على القاضي أن لا يعمل أعمالاً تسبب التهمة ، وسوء الظن به ، كقبول دخول أحد المتخاصمين إلى بيته ، والاختلاء مع أحدهما في مجلس الحكم ، أو الإشارة لأحدهما باليد ، أو بالعين ، أو بالرأس ، أو التكلم مع أحدهما كلاماً خفياً ، أو بلسان لا يفهمه الآخر ، أو القيام لأحدهما ، أو الضحك في وجه أحدهما ، أو بإرشاد أحدهما أثناء المحاكمة ؛ لأنه يوجد في كل حال من هذه الأحوال ميل لأحد الطرفين ، وجور على الطرف الآخر ، فيجب على القاضي الاحتراز من ذلك ؛ لأنه بذلك يسبب انكسار قلب الخصم الآخر ، إذ أن المدعي إذا رأى ميل القاضي إلى خصمه ، يحمله ذلك على ترك دعواه ، ويوجب ذلك ضياع حقه (٤) ،

(١) القرافي ، الفروق ، ج ٤ ، ص ١٠٣

(٢) عبد الرزاق ، مصنف عبد الرزاق ، ج ٨ ، ص ٣٠٠ ، قلعه جي ، موسوعة فقه عمر بن الخطاب ، ص ٥٦٦ .

(٣) الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص ٥٨ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٤٤٩ ، علي حيدر ،

درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٥٨٦ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ٧٢ ، ميارة ، شرح ميارة ،

ج ١ ، ص ٢٥ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص ١١٣ ، النووي ، روضة الطالبين ، ج ١١ ، ص ١٤٢

البهوتي ، كشف القناع ، ج ٦ ، ص ٤٠٥ ، القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ، ٦٠٠ ، المادة (٢٠٥٩) .

(٤) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٥٩٣ .

والشعور بالظلم ، وعدم الثقة بالقضاء ، إن كان مدعى عليه .

فالقاضي الذي يعرض نفسه للتهمة يعرض حكمه للنقض حتى ولو كان بذاته صحيحاً وسليماً فحكم القاضي يجب نقضه ، إذا تحققت التهمة التي توجب ذلك ، ولو كان الحكم صحيحاً ، وذلك لأن درء المفسد أولى من جلب المصالح ، وحتى لا يبقى للخصم أدنى شك في نزاهة القضاء ، وحياد القاضي ، فيثق الناس بالقضاة وأحكامهم ، والله أعلم .
مراتب التهمة :

للتهمة مراتب وفي ذلك يقول القرافي- رحمه الله :- " قضاء القاضي لنفسه يُفسخ ؛ لأن القاعدة أن التهمة تقدر في التصرفات إجماعاً من حيث الجملة ، وهي مختلفة المراتب فأعلى رتب التهمة معتبر إجماعاً ، كقضائه لنفسه ، وأدنى رتب التهم مردود إجماعاً ، كقضائه لجيرانه وأهل صقعه وقبيلته ، والمتوسط من التهم مختلف فيه هل يلحق بالأول أو بالثاني ... " (١) .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي (٢) :

- ١- تلقين القاضي أحد الخصمين حجه .
- ٢- أن يحكم القاضي لنفسه ، أو لولده ، أو والده ، أما أن يحكم عليهم ، فيصح لانتفاء التهمة .
- ٣- قبول القاضي الهدية من أحد الخصمين ، ولذا كان من توجيهات عمر بن الخطاب رضي الله عنه للقضاة أن لا يقبل القاضي أي نوع من الهدايا(٣) .
- ٤- عدم قبول شهادة الشاهد ، إذا جرت له مغنماً ، أو دفعت عنه مغرمًا (٤) .

(١) القرافي ، الفروق ، ج٤ ، ص١٠٣ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٤٥٠ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٥٩٣ ، المادة (١٧٩٨) ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٧٢ ، ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج٤ ، ص٣٦٢ ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٣ ، ص٥٠٢ ، القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ، ص٦٠٠ ، المادة (٢٠٥٩) .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٤٥٠ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٧٢ .

(٣) مجدلاوي ، الإدارة الإسلامية في عهد عمر بن الخطاب ، ص٢٣٨ .

(٤) وهذا بسبب وجود تهمة الكذب في شهادته ، ولذلك اعتبرها بعض الفقهاء قاعدة من القواعد المتفرعة عن قاعدة التهمة تقدر في التصرفات ، فقالوا : "كل شهادة جرت مغنماً أو دفعت مغرمًا لم تقبل" ، ابن حمزه ، محمود بن محمد ، (ت١٣٠٥هـ/١٨٩٠م) ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية ، ط١ ، ام ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٨٦م ، ص١٢٠ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القضاء الشرعي الأردني حريص كل الحرص على أن تكون أحكامه بعيدة كل البعد عن أية تهمة تقدر مصداقيتها ، أو تثير من الشكوك حول نزاهتها ، ولذا يمكن أن ندرك موقف القضاء الشرعي من قاعدة التهمة تقدر في التصرفات إجماعاً^(١) من خلال ما يلي :

أولاً : قانون تشكيل المحاكم الشرعية :

١- أن هذا القانون لم يجز للقاضي الجمع بين وظيفة القضاء ، ومزاولة التجارة ، أو أية وظيفة أو مهنة أخرى^(٢) .

وهذا المنع من مزاولة التجارة ، أو أية وظيفة ، أو مهنة أخرى ، مظنة أن لا يتهم القاضي في حكمه ، فلا يحابي مثلاً شريكاً ، أو عميلاً له في تجارته ، وقس عليها كل تصرف يؤدي إلى مظنة التهمة .

٢- كما اعتبر القانون أن أي إخلال بواجبات الوظيفة ، وكل عمل يمس الشرف والكرامة ، أو الأدب ، يشكل خطأ يعاقب عليه القاضي تأديبياً ، ويشمل الإخلال بواجبات الوظيفة : تأخير البت بالدعوى ، وعدم تحديد موعد لإفهام الحكم ، والتميز بين المتقاضين ، وإفشاء سر المدولة، والغياب بدون معذرة ، وعدم التقيد بأوقات الدوام ، ولقاضي القضاة من تلقاء نفسه أو بناء على تنسيب رئيس المجلس حق تنبيه القضاة إلى كل ما يقع منهم مخالفاً لواجباتهم ، أو وظيفتهم، ويكون التنبيه شفاهاً أو كتابة^(٣) .

فقد اعتبر القانون الإخلال بواجبات الوظيفة ، وكل عمل يمس الشرف والكرامة والأدب، خطأ يعاقب عليه القاضي تأديبياً ، ومن ذلك مثلاً التمييز بين المتقاضين فإن هذا موجب للتهمة ، التي يجب على القاضي أن ينزهه نفسه عنها ، ولكن الباحث يرى هنا أن عقوبة التنبيه بحق المخالف قد لا تكون كافية ، لردع من تسول له نفسه القيام بمثل هذه الأعمال .

ثانياً : قانون أصول المحاكمات الشرعية:

١- الأصل أن تجري المحاكمة في المحاكم الشرعية بصورة علنية^(٤) ، وهذا إن دل على شيء

(١) نصت المادة (١٧٨٩) من المجلة : " يجب على القاضي أن لا يعمل أعمالاً تسبب التهمة ، وسوء الظن ، كقبوله دخول أحد الطرفين إلى بيته ... " ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٥٩٣ .

(٢) قانون تشكيل المحاكم الشرعية ، الفصل الثالث ، واجبات القضاة المادة (٨) .

(٣) المرجع السابق ، الفصل العاشر في محاكمة القضاة وتأديبهم ، المادة (٢٣) .

(٤) وقد أجاز القانون إجراء المحاكمة سراً في حالات خاصة... ، قانون أصول المحاكمات الشرعية ،

المادة (٤٦) .

فإنما يدل على حرص القضاء الشرعي على إبعاد أية تهمة بالنسبة لسير المحاكمة ، فأبواب المحاكم مفتوحة ، وبإمكان أي شخص أن يحضر المحاكمة ، ويطلع على إجراءات سيرها ، وفي هذا ضمان لحياد القاضي .

٢- أنه رتب على رئيس المحكمة ، أو القاضي ، أن يأمر بتدوين كل ما يطلبه ، أو يعرضه أي فريق من الفرقاء أثناء استماع الدعوى ، وخلال الإجراءات المتخذة فيها ، إلا إذا كان المطلوب تدوينه لا علاقة له بالقضية ، وحينئذ يحق للفريق الذي يعنيه الأمر أن يقدم لائحة مستقلة يدون فيها ما يريد ضمه إلى ضبط القضية ، وفي هذه الحالة لا يحق للمحكمة رفض الطلب ^(١) .
ولعل في هذا الإجراء حماية للقاضي ، من أية تهمة في نيته بإخفاء أي وقائع معينة ، لصالح الطرف الآخر .

٣- أنه أعطى الحق لكل من المدعي ، والمدعى عليه ، أن يقدم إلى رئيس محكمة الاستئناف الشرعية ، استدعاء على نسختين يطلب فيها تنحية القاضي ^(٢) من النظر في الدعوى ، لأي سبب من الأسباب التالية ^(٣) :

- ١- أن يكون للقاضي منفعة مالية في الدعوى المقامة لديه رأساً ، أو بسببها .
- ٢- إذا كان القاضي من أصل ، أو فروع أحد الخصمين ، أو بينه وبين أحدهما قرابة مصاهرة من الدرجة الثانية أو الثالثة .
- ٣- أن يكون بين القاضي وبين أحد الخصمين عداوة ظاهرة .
- ٤- أن يكون للقاضي دعوى مع أحد الخصمين ، قبل إقامة الدعوى أمامه .
- ٥- إذا سبق أن أبدى القاضي رأيه في الدعوى ، بصفته قاضياً ، أو ممثلاً للنيابة ، أو محكماً ، أو وكيلاً .

فهذه الأسباب هي مظنة التهمة ، ولذا يحق لأي من الخصوم أن يطلب رد القاضي عن نظر الدعوى ضماناً لحياده ، ودفعاً للتهمة عنه .

٤- أنه أجاز لأحد الخصمين أو من يقوم مقامه أن يطلب إعادة المحاكمة في الأحكام الصادرة من المحاكم الاستئنافية ، والأحكام التي تصدر من المحاكم البدائية ... وذلك في الأحوال التالية:

(١) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٥٥) .

(٢) وهنا يفرق بين طلب رد القاضي الذي يتقدم به الخصوم فيسمى رد القاضي ، أما إذا طلب القاضي تنحيته عن رؤية الدعوى ولم يطلب الخصوم ذلك فيسمى تنحية القاضي .

(٣) المرجع السابق ، المادة (١٢٥) ، وتقرر محكمة الاستئناف الشرعية تنحية القاضي عن النظر في الدعوى ، والكتابة إلى قاضي القضاة لانتداب أحد القضاة للنظر فيها ، المرجع السابق ، المادة (١٢٧/١٢٧) .

وذكر منها: إذا قضى الحاكم بشيء لم يطلبه الخصوم ، أو بأكثر مما طلبوه (١) .

فحكم القاضي في هذه الحالة بشيء لم يطلبه الخصوم ، أو بأكثر مما طلبوه ، باعث على التهمة ؛ لأنه لا يحكم إلا بطلب.

ثالثاً : محكمة الاستئناف الشرعية ويظهر ذلك من خلال القرارات التالية :

١- " ليس للقاضي أن يحكم بعلمه في الدعوى " (٢) ، وذلك بان يكون القاضي قد اطلع على ظروف القضية فعلم بها دون أن يكون معه ما يثبت ذلك فحكم القاضي بعلمه هنا مظنة التهمة ، والتهمة تقدر في الحكم ، ولذا يجب على القاضي أن يستند إلى وسائل الإثبات المعتبرة في القانون لا أن يعتمد على علمه في إصدار أحكامه حتى لا يتهم .

٢- " إذا كان القاضي من أصل ، أو فروع أحد الخصمين ، أو بينه وبين أحدهما قرابة ، أو مصاهرة من الدرجة الثانية أو الثالثة ، عليه أن يمتنع عن حضور جلسات الدعوى ، والحكم بها، ولو لم يطلب أحد الفرقاء رده ، وحينئذٍ يخبر قاضي القضاة بذلك بعد تدوينه في محضر خاص ، وعلى قاضي القضاة إحالته إلى محكمة الاستئناف " (٣) .

والسبب في ذلك هو تحقق التهمة للقاضي ، والتهمة تقدر في تصرفاته ، وأحكامه ، ولذا

كان اجتهاد محكمة الاستئناف بأن على القاضي أن يمتنع من حضور جلسات الدعوى .

٣- " لا يجوز للجار أن يكون خبيراً في الكشف على المسكن ؛ لأن إخباره من قبيل الشهادة لنفسه " (٤) .

وقد منع القانون الجار من أن يكون خبيراً في الكشف على المسكن خشية التهمة ؛ لأن

القانون يشترط في اعتبار المسكن شرعياً وجود جيران صالحين (٥) ، فإذا جعل الجار خبيراً فكأنه يشهد بصلاح نفسه .

(١) قانون معدل لقانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة رقم (١٠) فقره (٤) .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٠٣٢٧) تاريخ ١٩٥٩/٥/٢٦م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ١ ، ص ٣٢٧ .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٣٩٥٨٢) تاريخ ١٩٩٥/١٠/٢٨م ، وكذلك في كل أسباب الرد ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٤٤٣ .

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٧٣٤٩) ، تاريخ ١٩٧٢/١٢/٢٦م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ٧٠٦ .

(٥) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٩٢١٢) تاريخ ١٩٥٦/٨/٦م ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٦٨٣ .

القاعدة السادسة :

لا ضمان على القاضي إذا أخطأ ما لم يكن متعمداً (١) :

معنى القاعدة :

هذه القاعدة مهمة في القضاء ؛ لأنها ترفع الحرج عن الحكام والقضاة (٢)، ذلك أن القاضي يحكم باجتهاده ، والمجتهد قد يصيب وقد يخطئ ، والقاضي نائب عن الشرع عامل لغيره (٣)، فإذا اجتهد القاضي وكان أهلاً لذلك ، وأخطأ بعد استفراغ جهده فلا ضمان (٤) عليه ، أي أنه لا يتحمل تبعه خطئه في الحكم ما لم يكن متعمداً ، وذلك لأن خطأ السلطان في الأموال على الاجتهاد هدر (٥) .

وهذه القاعدة وإن أسقطت الضمان عن القاضي ، إلا أن هذا لا يعني سقوط الضمان مطلقاً، فقد يجب على عاقلته أو بيت مال المسلمين ، أو على المحكوم له .
ويمكن أن يستدل على القاعدة بالسنة، وما روي عن بعض الصحابة ، وبالمعقول وفيما يلي بيان لذلك :

أولاً : من السنة النبوية :

١- قوله ﷺ: " إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر " (٦) .

وجه الدلالة : أن الحديث دل على أنه لا إثم على القاضي ديانة إذا حكم باجتهاده ، وكان أهلاً لذلك ، كما أنه لم يضمنه نتيجة خطئه ، بل على العكس تماماً فقد رتب له أجراً .

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٢٢٣ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ٢ ، ص ٣٤١ ، ابن حمزة الفرائد البهية في القواعد الفقهية ، ص ٣١٩ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ١٠٨٧ ، حيث قال بعد أن أورد القاعدة : " وهذا مبدأ تبنته النظريات الحديثة في مسؤولية الدولة مدنياً عن أخطاء عمالها في عملهم الحكومي، إذا لم يتعمدوا الإساءة ، فإن تعمدوا كانوا هم الضامنين" ، الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٣٩٣ ، العبد اللطيف ، القواعد والضوابط الفقهية ، ج ٢ ، ص ٧١٩ .

(٢) الندوي ، القواعد الفقهية ، ج ٣ ، ص ٣١٩ .

(٣) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٤ ، ص ٣٥ .

(٤) الضمان لغة : من ضمن والضمين الكفيل ، ضمن الشيء ضمناً وضمناً ، كفل به ، ابن منظور ، لسان العرب ، ج ١٣ ، ص ٢٥٧ ، والمعنى هنا أن القاضي لا يتحمل تبعه خطئه في الحكم لا في نفسه ولا في ماله .

(٥) أي ساقط وهذه قاعدة فقهية مشهورة ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ٦٧ .

(٦) سبق تخريجه انظر : ص ٢١٥ من هذه الأطروحة .

٢- قول النبي ﷺ : " إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلي ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فاقضي له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً ، فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار (١) .

وجه الدلالة : فقوله فلا يأخذه فإنما قطع له قطعة من النار دليل على عدم إثمه ، وعدم الإثم دليل على أنه فعل ما أذن له فيه شرعاً ، ومن فعل ما أذن له فيه شرعاً لم يضمن بنفسه (٢) .
ثانياً : فعل الصحابة رضي الله عنهم :

١- فقد روي أن رجلين أتيا علياً ﷺ ، فشهدا على رجل أنه سرق ، فقطع يده ، ثم أتياه بأخر فقالا : هذا الذي سرق وأخطأنا على الأول ، فلم يجز شهادتهما على الآخر ، وأغرهما دية الأول وقال : لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعكما (٣) .

وجه الدلالة : أنه جعل الغرم على الشاهدين ، وعلق القصاص منهما على كونهما تعمدتا ذلك (٤) ، ولم يلزم نفسه - باعتباره قاضياً - بشيء .

٢- ما وري عن عمر ابن الخطاب ﷺ ، أنه دعا امرأة إلى مجلسه لاتهامها بالسوء ، وكانت حاملاً فلما بلغت دعوته ﷺ ، خافت فأجهضت جنينها ، فشاور الصحابة - رضي الله عنهم - فقال بعضهم : لا شيء عليك ، إنما أنت مؤدب ، وقال علي : عليك الدية ، فقال عمر : عزمت عليك لا تبرح حتى تقسها في قومك (٥) .

وجه الدلالة : أنه لم يجعل الضمان على القاضي في مال نفسه ، بل جعله على العاقلة (٦) .

ثالثاً : من المعقول :

إن جعل الضمان في مال القاضي يؤدي إلى تقاعس الناس عن تولي منصب القضاء ، فنتعطل بذلك مصالح الأمة ، ويتوقف مرفق من أهم مرافق الدولة الإسلامية ، فالقاضي هو نائب

(١) سبق تخريجه ، انظر : ص ٢٢٦ من هذه الأطروحة .

(٢) العبد اللطيف ، القواعد والضوابط الفقهية ، ج ٢ ، ص ٧٢٣ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ، ص ١٠٣٥ .

(٣) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج ١٢ ، ص ٢٢٧ ، البيهقي ، السنن الكبرى ، ج ٨ ، ص ٤١ .

(٤) ابن قدامة ، المغني ، ج ٨ ، ص ٢٣٣ ، العبد اللطيف ، القواعد والضوابط الفقهية ، ج ٢ ، ص ٧٢٤ .

(٥) عبد الرزاق ، مصنف عبد الرزاق ، ج ٩ ، ص ٤٥٨ .

(٦) والأولى في ذلك هو بيت مال المسلمين ، وليس العاقلة ؛ لأن القاضي نائب عن المسلمين ، ووكيل لهم ، وخطأ الوكيل في حق موكله على الموكل لا على الوكيل ، ولأن خطأ القاضي يكثر بكثرة القضايا التي ينظرها ، فإيجاب ضمان ما يخطئ فيه عليه ، أو على عاقلته يعتبر إجحافاً به وبهم ، فاقتضى ذلك التخفيف عنه وعنهم ، بجعل الدية في بيت المال ، زيدان ، نظام القضاء ، ص ٧٣ .

عن الشرع وعامل لمصالح الأمة وقد تقرر سابقاً أن الغرم بالغنم ، فكما أن القاضي يقضي لمنفعة الأمة ، فالأمة تتحمل تبعات اجتهاده إذا أخطأ ما لم يكن متعمداً ، والله أعلم .

شروط سقوط الضمان عن القاضي :

حتى يسقط الضمان عن القاضي ، لا بد من مراعاة الأمور التالية ^(١) :

- ١- أن يكون القاضي أهلاً للاجتهاد .
- ٢- أن لا يكون القاضي متعمداً الخطأ في حكمه .
- ٣- أن لا يخالف القاضي دليلاً قاطعاً لا يحتمل التأويل .
- ٤- أن لا يقصر القاضي في عمله ، كأن لا يتحقق من عدالة الشهود ، أو سلامة المستند من التزوير .

فإذا تحققت الشروط السابقة فلا ضمان على القاضي إذا أخطأ ^(٢) ، ولكن السؤال الذي

يطرح نفسه هنا ، هل تذهب حقوق الناس بحجة أن لا ضمان على القاضي؟

للإجابة عن هذا التساؤل يجب أن يفرق بين أمرين ^(٣) :

الأول : إذا كان خطأ القاضي يتعلق بحق الله ، كما لو قضى في حد السرقة أو الزنا ، وغير ذلك، ثم ظهر بعد القضاء أن الشهود كانوا كفاراً ، ففي هذه الحالة يكون التعويض للمتضرر من بيت مال المسلمين ؛ لأن القاضي إنما يعمل في حقوق الله عز وجل لصالح جماعة المسلمين، فيكون الضمان على المسلمين في بيت مالهم.

الثاني : إذا كان خطأ القاضي يتعلق بحق العبد : فإذا كان الخطأ يمكن تداركه ودرءه ، كما لو قضى بمال ، أو أرض ، أو طلاق ، ثم ظهر أن الشهود كانوا عبيداً فهنا يصحح الوضع كما كان

^(١) وفي ذلك يقول البهوتي : "إن بان خطأ القاضي في حكمه في إتلاف، بمخالفة دليل قاطع لا يتحمل التأويل ، أو بان خطأ مفتٍ ليس أهلاً للفتيا بإتلافٍ، كقتل في شيء ظناه ردة ، أو قطع في سرقة لا قطع فيها ... ، فمات ضمناً، أي الحاكم والمفتي ما تلف بسببهما كما لو باشره " ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ، ص ٥٣٦ ، ويقول ابن قدامة : " إن تبين فسق المزكبين ، فالضمان على الحاكم ، لأن التفريط منه، حيث قبل شهادة فاسق من غير تركية ، ولا بحث فيلزمه الضمان ، ابن قدامة ، المغني ، ج ١٠ ، ص ٢٣١ .

^(٢) السمناني ، روضة القضاة ، ج ١ ، ص ١٥٤ ، يقول الكاساني : " لأنه بالقضاء لم يعمل لنفسه ، بل لغيره فكان بمنزلة الرسول فلا تلحقه العهدة " ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٤٥٩ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ج ١ ، ص ٦٧ ، النووي ، روضة الطالبين ، ج ١١ ، ص ١٥١ ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ، ص ٥٣٦ ، الكويت الموسوعة الفقهية ، ج ٣٣ ، ص ٥٣٦ ،

^(٣) الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية ، ج ٦ ، ص ٣٢٥ ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص ٣٢٥ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٤٥٩ ، ياسين ، حجية الحكم القضائي ، ص ٣١ .

قبل الحكم ، ويؤخذ الحق من المحكوم له ، ويرد على المحكوم عليه ، أما إذا كان الخطأ مما لا يمكن تداركه ، أو رده ، بأن قضى بالقصاص واستوفي ، ففي هذه الحالة تجب الدية في مال المحكوم له ، وفي الحالتين لا يُسال القاضي عن الخطأ ؛ لأن القاضي عمل له ، فكان خطؤه عليه ليكون الخراج بالضمان .

وقد أشار الفقهاء إلى أن الضمان على القاضي إذا كان متعمداً الجور في حكمه ، بل إن القاضي يعزر ويعزل من منصبه ^(١) ، وفي هذا ضمان لحياد القاضي لتحقيق العدل ، وإعطاء كل ذي حق حقه ، وسد للباب أمام قضاة الجور حتى لا يستبدوا في أحكامهم ، ويظلموا عباد الله وخلقه .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي :

١- أن الحاكم إذا اتلف مالاً ، وهو يتصرف به لصالح الأمة ، فإنه يجب على بيت المال دون الحاكم وعاقلته ^(٢) .

٢- لو قضى القاضي بمبلغ ألف دينار على محمد لصالح محمود ، ثم تبين خطأ القاضي في الحكم ، فعلى القاضي أن يسترد المبلغ من المحكوم له محمد ويرده على محمود إن كان المبلغ موجوداً ، وإلا رد قيمته .

٣- لو قضى القاضي بالقصاص ، وتم التنفيذ ثم تبين أن القاتل غير المقضي عليه ، فبيت المال يضمن الدية ^(٣) .

(١) الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص ٣٢٦ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ٧٠ ، حيث قال: على القاضي - إذا أقر بأنه حكم بالجور ، أو ثبت ذلك عليه بالبينة - العقوبة الموجعة ويعزل ويشهر به ويفضح ، ولا تجوز ولايته ، ولا شهادته ، وإن صلحت حاله وأحدث توبة .

(٢) والقاضي نائب عن الحاكم فيأخذ حكمه ، العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، ج ٢ ، ص ١٦٥ .

(٣) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ١٠٨٧ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

لم يجد الباحث نصاً يدل على موقف القضاء الشرعي الأردني من هذه القاعدة ،ولبيان موقف القضاء الشرعي لا بد من التأكيد على الأمور التالية :

أولاً : القاضي في القضاء الشرعي الأردني مأمور بالعدل بين الخصمين ^(١) ،وعليه أن يبذل أقصى جهده في سبيل تحقيق ذلك .

ثانياً : من المبادئ المستقرة في القضاء الشرعي ، أن القاضي لا يحكم بعلمه الشخصي ^(٢) ، وإنما يعتمد في إصدار الحكم على ما قدم في الدعوى من بينات من قبل طرفي الخصومة ، ومن ثم تطبيق النصوص الفقهية القانونية الواجبة التطبيق على الواقعة حسب الأصول .

ثالثاً : أن قانون أصول المحاكمات الشرعية ، جعل أحكام القاضي الصادرة عن المحكمة الابتدائية الشرعية خاضعة للاستئناف وقد أشرت سابقاً أن الاستئناف يقسم إلى قسمين :

الأول : استئناف جوازي : وهو يشمل جميع الأحكام ^(٣) ، حيث يجوز للخصوم أن يتقدموا بطلب استئناف الأحكام والقرارات التي تخصهم أمام محكمة الاستئناف .

الثاني : استئناف وجوبي : وهي الأحكام التي تتعلق بحق الله ، فترفعها المحكمة الابتدائية إلى محكمة الاستئناف وجوباً لتدقيقها حتى ولو لم يرفعها الخصوم ، وهذه الأحكام هي ما نصت عليه المادة (١٣٨) قانون أصول المحاكمات الشرعية .

وعليه فنحن هنا أمام حالات ثلاث هي :

١- أن يستأنف الخصوم الدعوى ضمن المدة المقررة ، وهي ثلاثون يوماً من تاريخ صدور الحكم إذا كان وجاهياً ، أو من تاريخ تبليغه إذا كان غيابياً .

٢- وإما أن تنتهي مدة الاستئناف ، ولا يستأنف الخصوم ، ولكن لأن موضوع الدعوى مما نصت عليه المادة (١٣٨) من القانون ، فإن على المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم أن ترفع الدعوى إلى محكمة الاستئناف الشرعية وجوباً لتدقيقها .

(١) مجلة الأحكام العدلية ، المادة (١٧٩٩) .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٠٣٢٧) ، تاريخ ١٩٥٩/٥/٢٦ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج١ ، ص ٣٢٧ .

(٣) الأحكام هنا هي ما يصدر فاصلاً في موضوع الدعوى ، وهذه تستأنف استقلاً وفق الشروط المقررة من القانون ، أما القرارات وهي ما يصدر عن القاضي ولا يعد فاصلاً في موضوع الدعوى فيخضع للاستئناف ، ولكن لا يستأنف القرار مستقلاً ، إلا بعد صدور الحكم من المحكمة ويستأنف القرار مع الحكم الصادر في الدعوى ، أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص ٢١٧ .

ويرى الباحث أن مسؤولية الدعوى والحكم في كلا الحالتين تصبح من مسؤولية محكمة الاستئناف الشرعية ، التي منحها القانون حق تصديق الحكم ، أو تعديله ، أو فسخه حسب الأصول.

فإذا صدق الحكم أو عدل من قبل محكمة الاستئناف الشرعية ، يصبح الحكم حجة على الكافة ، ولا يقبل الطعن بأية وسيلة إلا ما نصت عليه المادة (١٥٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية .

وأما إذا تم فسخه وإعادته إلى المحكمة التي أصدرت الحكم فعلى القاضي أن يستدعي الطرفين خلال عشرة أيام من تاريخ إعادة القضية إلى المحكمة ^(١) ، وعليه أن يتبع ما جاء بقرار الفسخ ، ويتابع إجراءات القضية حسب الأصول ، وللقاضي بعد ذلك أن يغير قراره ، وله أن يبقي مصراً على قراره ، وفي حالة إصرار القاضي على موقفه الأول ، واستئناف الحكم مرة أخرى ، فإن محكمة الاستئناف إما أن تقرر رؤية الدعوى مرافعة ، أو إعادتها للمحكمة ليراه قاضٍ آخر ، ينتدبه قاضي القضاة لهذه الغاية ^(٢) .

٣- وهي أن ينتهي مدة الاستئناف ، ولا يستأنف الخصوم الدعوى ، ولم يكن موضوعها مما نصت عليه المادة (١٣٨) من القانون ، وهنا يصبح الحكم قطعياً لا يجوز الطعن به إلا ما نصت عليه المادة (١٥٣) من القانون ، وفي هذه الحالة يكون الطرف المتضرر من الحكم قد قصر في استخدام حقه ، ومن قصر في استعمال حقه فعليه أن يتحمل نتيجة تقصيره في استخدام حقه ، وذلك حسب القاعدة " المفطر أولى بالخسارة " ، كما أن قانون أصول المحاكمات الشرعية منحه حق الطعن في الحكم بالطرق التي نص عليها القانون كالاعتراض وإعادة المحاكمة .

ومن خلال ما سبق يتضح بجلاء ، أن لا ضمان على القاضي في القضاء الشرعي الأردني ، وذلك لأن حكمه إما :

- ١- أن يصبح من مسؤولية محكمة الاستئناف الشرعية .
- ٢- أن يكون الطرف المتضرر قد أسقط حقه ، وتنازل عن رفع الضرر عنه ، فيتحمل تبعه تقصيره ، والله أعلم .

(١) قان ن أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١٤٩/ فقره أ) .

(٢) المرجع السابق ، المادة ، (١٤٩/ فقره ب) .

المبحث الثاني :

القواعد الفقهية المختصة بالحكم القضائي^(١) :

الحكم القضائي هو ثمرة العملية القضائية ، التي من خلالها نصل إلى الغاية المرجوة من القضاء ، وهي فض المنازعات ، وفصل الخصومات ، وقطع التدابر والتباغض ، وإعطاء كل ذي حق حقه ، فإذا وفق القاضي في إصدار الحكم ، تحققت تلك الغاية المرجوة ، وعم العدل أنحاء المعمورة ، واطمأن الناس إلى قضائهم وأحكامهم ، ولذا حرص الفقهاء على وضع قواعد فقهية تختص بالحكم القضائي ، ينبغي على القاضي والخصوم مراعاتها ، ومن أهمها ما يلي :

القاعدة الأولى : حكم القاضي في المجتهادات يرفع الخلاف .

القاعدة الثانية : حكم القاضي لا يحيل الأمر عما هو عليه .

القاعدة الثالثة : الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً ، أو أحل حراماً .

القاعدة الرابعة : المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً ، أو أحل حراماً .

القاعدة الخامسة : لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان .

القاعدة السادسة : الحدود تدرأ بالشبهات .

(١) هناك قواعد فقهية تختص بطرق إثبات الحكم القضائي قد بحثت في أطروحة دكتوراه للطالب: خالد قرقور بعنوان قواعد الإثبات في الفقه الإسلامي ، ولذا فأنتني لن أتحدث عنها خشية التكرار ، ومن أراد الاطلاع على هذه القواعد فليرجع إليها .

القاعدة الأولى :

حكم الحاكم في المجتهدات يرفع الخلاف^(١):

معنى القاعدة :

إذا صدر حكم قضائي في حادثة معينة ، ورفع هذا الحكم إلى قاضٍ آخر وجب على الأخر احترام الحكم الصادر ، وعدم نقضه ، إذا كان موضوعه مجتهداً فيه وليس فيه ما يخالف نصاً قطعياً من القرآن ، أو السنة ، أو الإجماع ، وليس فيه ظلم واضح صريح لا شك فيه ، فينفذ كل ما فيه خلاف وأراء فقهية ، وإن كان القاضي الثاني لا يرى رأى القاضي الأول في المسألة التي صدر الحكم فيها ^(٢) .

ومستند هذه القاعدة الإجماع ، والقواعد الفقهية والمعقول ، وفيما يلي بيان لذلك :

أولاً : الإجماع ^(٣) : فقد أجمع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك ، فقد حكم أبو بكر رضي الله عنه في مسائل خالفه فيها عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولم ينقض حكمه ، كما قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في المسألة المشتركة ، مرة بعدم المشاركة ، والأخرى بالمشاركة دون أن ينقض حكمه الأول .

ثانياً : القواعد الفقهية : فإن هذه القاعدة تنفرد عن قاعدة الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ، التي سبق أن أشرت إليها^(٤) ، حيث تبين لنا أن الاجتهاد الثاني ليس بأقوى من الأول ، فإذا تعلق هذا الاجتهاد بحكم القاضي كان رافعاً للخلاف ، وأولى بعدم النقض .

ثالثاً : المعقول : ذلك أن القول بخلاف هذه القاعدة يترتب عليه مفسدة عظيمة وهي عدم استقرار الأحكام القضائية ، حيث يمكن للطرف المتضرر من حكم القاضي أن يرفع الأمر إلى قاضٍ آخر يرى خلاف ذلك ، فينقض حكم الأول ، وهكذا الأمر في كل الأحكام القضائية تكن

(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٣ ، ص ٤١٣ ، النسفي ، البحر الرائق ، ج ٤ ، ص ١٩٢ ، السمناني ، روضة القضاة ، ج ١ ، ص ٣٢٤ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٤٤٤ ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص ٣٣٦ ، الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٤ ، ص ١٥٦ ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٢ ، ص ٢٥٨ ، ابن أبي السدم ، أدب القضاء ، ص ١٦٩ ، البهوتي ، كشف القناع ، ج ٦ ، ص ٤٥٥ ، المرادوي ، الإنصاف ، ج ١١ ، ص ٢١٧ ، ابن مفلح ، الفروع ، ج ٦ ، ص ٣٩٧ .

(٢) ياسين ، حجية الحكم القضائي ، ص ١٩ .

(٣) وفي ذلك يقول القرافي : " أجمعت الأمة قاطبة على أن حكم الله تعالى ، هو ما حكم به القاضي في مسائل الاجتهاد ، وأن ذلك الحكم يجب اتباعه على جميع الأمة ويحرم على كل أحد نقضه ، القرافي ، الإحكام ، ص ٢٨ .

(٤) انظر ص ٢١٩ من هذه الأطروحة .

عرضة للنقض، فلا تتحقق الغاية المرجوة من القضاء، وهذه مفسدة عظيمة يجب الاحتراز عنها .
 هذا وقد وضع الفقهاء ضوابط معينة يجب توافرها في الحكم الذي يرفع الخلاف وهي :
 أولاً: أن يصدر الحكم من قاض صحيح التولية ، وأن يكون الحكم الصادر منه ضمن اختصاصه المنصوص عليه في كتاب التولية (١).
 ثانياً : أن يكون الحكم في المسائل الاجتهادية أما إذا كان في مسألة منصوص عليها ، وقضى القاضي بخلافه فإنه ينقض (٢) .

ثالثاً : أن يكون الحكم بعد دعوى صحيحة في حادثة معينة من خصم على خصم (٣) .
 رابعاً : أن يكون الحكم قد استكمل الشروط المطلوبة به شرعاً (٤) .

فإذا تقرر ما سبق من أن حكم القاضي يرفع الخلاف من أجل استقرار القضاء فهل حكم القاضي يخضع معتقدات الخصوم الخاصة في المجتهادات ؟
 فلو أن فقيهاً قال لزوجته أنت طالق البتة ، وهو يراها ثلاثاً ، فرافعته إلى قاض يراها واحدة بئنة أو رجعية ، فحكم بذلك بأن جعلها واحدة بئنة أو رجعية ، فهل ينفذ هذا الحكم ظاهراً وباطناً ، فيملك الرجل أن يراجع زوجته ، ويجوز للمرأة أن تتمكن من نفسها ؟
 للإجابة عن ذلك لا بد من بيان آراء الفقهاء في المسألة :

اتفق الفقهاء على أن حكم القاضي ينفذ في الحادثة سواء كان الحكم بالحل أو بالحرمة إذا كان المحكوم له أو عليه عامياً (٥)، أما إذا كان المحكوم له أو عليه مجتهداً ففرقوا بين أمرين :
 الأول : إذا كان المجتهد يعتقد الحل ، وحكم القاضي بالحرمة ، فعليه أن يتبع حكم القاضي ، ويترك رأي نفسه بلا خلاف (٦).

(١) ياسين ، حجية الحكم القضائي ، ص ١٩ .

(٢) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ج ٢ ، ص ٢٥٨ .

(٣) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٣ ، ص ٤١٣ .

(٤) الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٤ ، ص ١٥٦ .

(٥) نظام ، الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٣٣٦ ، السمناني ، روضة القضاة ، ج ١ ، ص ٣٢٤ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٤٤٤ ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص ٣٣٨ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ج ١ ، ص ٦٧ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص ١٦٩ ، النووي ، روضة الطالبين ، ج ١١ ، ص ١٥٣ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ج ١ ، ص ٣٢١ ، البهوتي ، كشف القناع ، ج ٦ ، ص ٤٥٥ ، علي قراعه ، الأصول القضائية ص ٣٠١ ، الموسوعة الفقهية ، ج ٣٣ ، ص ٣٣٨ ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٤٤١ .

(٦) المراجع السابقة .

الثاني : إذا كان المجتهد يعتقد الحرمة ، وحكم القاضي بالحل ، فقد اختلف فقهاء الحنفية على قولين :

الأول : يرى أن على المجتهد أن يترك رأيه ، ويتبع حكم الحاكم الذي ينفذ ظاهراً وباطناً ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله ^(١) .

الثاني : يرى أن على المجتهد أن لا يترك رأي نفسه ، ولا يتبع حكم الحاكم فيما يعتقد أنه حرام ، وعليه فإن حكم الحاكم في حقه ينفذ ظاهراً لا باطناً وبه قال أبو يوسف رحمه الله ^(٢) .
والذي أرجحه هنا ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول ، وذلك لأن حكم الحاكم في المجتهدات يرفع الخلاف ، ولا فرق في ذلك بين عامي ومجتهد، أما الرأي الثاني الذي يستند على أساس أن المجتهد يجب أن يتبع رأي نفسه ولا يتبع رأي القاضي وهو ممتنع بحقه ، فأقول إن هذا يصح إذا ترك رأيه ، وأخذ برأي مجتهد آخر ، أما هنا فإن الرأي الثاني قد تعلق به حكم الحاكم ، وهو يرفع الخلاف .

من الأمثلة على القاعدة :

١- لو حكم قاض حنفي ببطلان خيار المجلس ، أو منع القصاص في القتل بالمتقل ، أو بصحة النكاح بلا ولي ... ثم عرض قضاؤه على قاض آخر لا يرى صحة هذه الاجتهادات الفقهية فليس له أن ينقض هذه الأحكام ، ولو نقضها لكان نقضه لها مستحقاً للنقض لو عرض على قاض آخر ^(٣) .

٢- لو حكم قاض ببطلان شهادة الشاهد ، لم يكن للطالب إقامة الشاهد بعد ذلك ؛ لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف ^(٤) .

(١) وحجة هذا القول : إنه قضاء وقع الاتفاق على جوازه لوقوعه في فصل مجتهد فيه فينفذ على المقضي له وعليه ، لا فرق في ذلك بين عامي ومجتهد ، ثم إن القاضي يحكم بأمر الشرع ، وما يصبح مضافاً إلى الشرع فهو بمنزلة النص ، ولا يترك بالرأي كما لا يصار إلى الاجتهاد مع وجوب النص ، نظام ، الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٣٣٦ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٤٤٥ .

(٢) وحجة هذا القول : أن صحة القضاء إنفاذه في محل الاجتهاد ، و يظهر أثره في حق المقضي عليه لا في حق المقضي له ؛ لأن المقضي عليه مجبور في القضاء عليه ، فأما المقضي له فمختار في القضاء له ، فلو اتبع أي قاض إنما يتبعه تقليداً ، وكونه مجتهداً يمنع من التقليد فيجب العمل برأي نفسه ، الكاساني ، بدائع الصنائع ج ٥ ، ص ٤٤٥ ، وبه قال بعض الشافعية كأبي إسحاق الإسفرايني ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص ١٦٩ .

(٣) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٢٧ .

(٤) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٤ ، ص ١٤٧ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

الحكم إذا صدر من المحكمة بالفصل في الخصومة ، وإنهاء النزاع فيها ، فيجب أن يكون لهذا الحكم من الحرمة والاحترام ما يحقق الهدف من القضاء ، فلو أن أحكام القضاء لم تكن معتبرة ، ولم يكفل القانون لها التنفيذ ، لكانت مجرد حبر على ورق^(١) ، لذا فإن الحكم القضائي الصادر حسب الأصول يكسب حماية تمنع عرض الدعوى الصادر فيها ذلك الحكم مرة أخرى على القضاء ، كما أنها تجعله مستحقاً للتنفيذ ، ولذا نصت المادة (١٠٥) من قانون أصول المحاكمات الشرعية : " الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية مرعية ما لم تفسخ من محكمة الاستئناف الشرعية مع مراعاة أحكام المادة (١١٤) من هذه القانون^(٢) ، وقد نصت هذه المادة على ما يلي : " إذ لم يبلغ الحكم أو القرار الغيابيان إلى المحكوم عليه خلال سنة من تاريخ صدوره يصبح ملغياً إلا في الحالات التالية :

١- إذا راجع المحكوم له المحكمة ، ودفع الرسم للتبليغ خلال مدة السنة ، ومضت المدة قبل أن تنتهي معاملة التبليغ .

٢- إذا كان الحكم مما يتعلق به حق الله تعالى .

وعلى ذلك تكون الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية حائزة لقوة الشيء المحكوم به في الحالات التالية^(٣) :

١- أحكام محاكم الاستئناف الشرعية غير قابلة للطعن لجهة أعلى ، وهي حائزة لقوة الشيء المحكوم فيه وليس هناك أي مجال لإلغائها ، إلا بطريق إعادة المحاكمة ، وفق الشروط المقررة في القانون^(٤) .

٢- أحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية تصبح حائزة لقوة الشيء المحكوم فيه بعد مرور مدة الاستئناف ، وعدم تقديمه في تلك المدة إذا كانت تتعلق بحقوق العباد ، أما ما يتعلق بحقوق الله تعالى فإنها ترفع إلى الاستئناف تلقائياً ، ولم لو يرفعها الخصوم ، وأحكام المحاكم الابتدائية

(١) أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص ١٩٩ .

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١١٥) ، هذا وقد ذهب هذا القانون إلى القول : " بأن الدعوى التي لأكثر من محكمة الصلاحية لرؤيتها إذا أقيمت في إحدى المحاكم امتنع على المحاكم الأخرى النظر فيها " ، المرجع السابق ، المادة ، (٧) .

(٣) أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص ٢٠٠ .

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٨٤٦٠) ، تاريخ ١٩٥٤/٦/٢٩ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ١ ، ص ٢٢١ .

مرعية ومعتبرة ما لم تفسخ ، فإذا صدقت أصبحت حائزة لقوة الأمر المقضي فيه (١).
ومن هنا فإن الحكم القضائي إذا صدر من المحكمة حسب الأصول ، فلا يملك أحد أن يخالفه، حتى ولو كان القاضي نفسه ، وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف الشرعية : " الحكم الأول هو الذي فصل الدعوى ، وهو الحكم المعتبر شرعاً ، وقانوناً ، والمحكمة بعد إصدار الحكم الأول تتعزل عن الدعوى و لا يحق لها والحالة هذه أن تعود إليها مرة أخرى ، وتصدر حكماً آخر غير حكمها الأول " (٢).

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الشرعي الأردني لا يلتفت إلى معتقدات الخصوم ، وإنما يقضي القاضي فيه حسب الأصول فيما يراه صواباً ، بغض النظر عن آراء الخصوم الاجتهادية وبالتالي فإذا رفعت قضية معينة لدى المحاكم الشرعية ، فإن على المحكمة أن تصدر قرارها حسب الأصول المقررة ، دون أن تلتفت إلى مواقف الخصوم واعتقاداتهم الخاصة بهم ، ويصبح حكمها واجب النفاذ حسبما هو مقرر في قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردنية .

فلو طلق رجل زوجته ثلاثاً ، وكان يعتقد أن زوجته قد بانّت منه ، فرفعت الزوجة أمرها إلى المحكمة الشرعية المختصة بذلك ، وتمت المحاكمة وفق الأصول المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الشرعية ، وأصدر القاضي حكمه بوقوع طلاق واحدة رجعية ، فإن هذا الحكم ملزم للطرفين بعد مروره بالمراحل التي نص عليها القانون ، ولا عبرة لاعتقاد المدعى عليه بأن زوجته قد بانّت منه ، وبالتالي فيحق له أن يطأها ؛ لأنها ما زالت زوجته ويجب على المرأة أن تمكنه من نفسها ، ولها أن تطالبه بالنفقة وغيرها من الحقوق المشروعة بين الأزواج .

(١) أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص ٢١٦ .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٥٩١٨) ، تاريخ ٢٧/١٠/١٩٨٥م ، داود ،

القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ١ ، ص ٢١٧ .

القاعدة الثانية :

حكم الحاكم لا يحيل الأمر عما هو عليه^(١) :

معنى القاعدة :

يدل ظاهر القاعدة على أن حكم القاضي لا يغير الأمر عن حقيقته ، فهو لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً ، وذلك لأن القاضي يحكم بالظاهر والله يتولى السرائر ، فلو حكم القاضي لشخص بحق ما مع علمه بأنه غير محق ، فإن حكم القاضي له لا يجعل هذا الشيء حلالاً بل يبقى الأمر على حقيقته قبل الحكم .

وهذه المسألة تعرف عند الفقهاء بنفاذ حكم القاضي ظاهراً وباطناً^(٢) ، وقد اختلف

الفقهاء فيها ، وفيما يلي بيان لذلك :

أولاً : الصور المتفق عليها بين الفقهاء :

١- اتفق الفقهاء جميعاً على أن جميع الأحكام تنفذ ظاهراً ، وذلك لأن الحكم الحائز على الشروط الشرعية واجب النفاذ وملزم ، إذ لا فائدة للحكم إذا لم يكن ملزماً ، والأحكام عادة كلها ملزمة ، ونافذة من حيث الظاهر^(٣) .

٢- اتفق الفقهاء على أن حكم الحاكم ينفذ ظاهراً وباطناً إن ترتب على أصل صادق ، وكان في محل متفق عليه بين الفقهاء^(٤) .

(١) القرافي ، الفروق ، ج٤ ، ص١٠٠ ، وقد عبر عنها : "بأن حكم الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً" ، السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج٢ ، ص٣٠٠ ، ابن الوكيل ، الأشباه والنظائر ، ص٦٥ ، الزركشي ، المنثور ، ج٢ ، ص٦٩ ، المنجور ، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ، ص١٣٦ .

(٢) أي ديانة وقضاءً ، شيخ زاده ، عبد الرحمن بن محمد ، (ت١٠٧٨هـ/ ١٦٦٧م) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، ط١ ، م٤ ، (تحقيق : عمران المنصور) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٨م ، ج٤ ، ص٢٣٩ ، ابن عبد البر ، يوسف بن عبد الله ، (ت٤٦٣هـ/ ١٠٧١م) ، الاستذكار ، ط٤ ، م١ ، (تحقيق : حسان عبد المنان/ محمود أحمد) ، مؤسسة النداء ، أبو ظبي ، ٢٠٠٣م ، ج١٠ ، ص١٣ ، الأنصاري ، أبي زكريا بن محمد ، (ت٩٢٦هـ/ ١٥٢٠م) ، الغرر البهية في شرح منظومة بهجة الوردية ، ط١ ، م١١ ، (تحقيق : محمد عبد القادر عطا) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ج١١ ، ص٢٢٩ ، التنوخي ، زين الدين المنجي ، الممتع في شرح المقنع ، ط١ ، م٦ ، (تحقيق : عبد الملك بن عبد الله) ، دار خضر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٧م ، ج٦ ، ص٢٤٣ .

(٣) المراجع السابقة ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٤٣٠ .

(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ص٤٥٩ ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٣٩٧ ، النووي ، روضة=

٣- اتفق الفقهاء على أن حكم الحاكم في الأملاك المرسلة - وهي التي لم يذكر فيها سبب معين، أنه ينفذ فيها ظاهراً لا باطناً ، لأن الملك لا بد له من سبب ، وليس بعض الأسباب أولى من البعض لتزاحمها ، فلا يمكن إثبات السبب سابقاً على القضاء بطريق الاقتضاء (١) .

٤- اتفق الفقهاء على أن حكم الحاكم بثبوت النكاح الذي بني على إقرار الرجل والمرأة ، وهما يعلمان أنه لا نكاح بينهما ، لم يثبت النكاح بينهما باطناً بهذا الإقرار وهما يملكان الإنشاء، ولكنهما بالإقرار اظهرا عقداً قد كان بينهما ، فلا يجعل ذلك إنشاءً منهما ، فلا ينفذ إذن (٢) .

ثانياً : الصور المختلف فيها بين الفقهاء :

١- اختلف الفقهاء في حكم الحاكم إذا كان مبناه على أصل صادق (أي بيئة صحيحة) ، ولكنه كان مختلفاً فيه بين الفقهاء ، نفذ ظاهراً بالاتفاق ، وفي الباطن أوجه: أصحها نفاذه وبه قال جمهور الفقهاء لتتفق الكلمة ويتم الانتفاع (٣) ويستقر القضاء .

٢- اختلف الفقهاء في المسائل التي للقاضي فيها ولاية إنشاء الأحكام كالعقود والفسوخ ، والنكاح والطلاق هل ينفذ حكمه ظاهراً وباطناً إذا كان الحكم مستنداً إلى بيئة زور أم لا ؟ (٤) .

اختلف الفقهاء في هذه الصورة على قولين :

القول الأول : حكم القاضي في هذه الحالة لا ينفذ باطناً ، وعليه فإن حكم القاضي لا يغير الأمر عن صفته الحقيقية قبل الحكم ، فلا يحل ما كان محرماً وبه قال الأئمة الثلاثة : مالك ، والشافعي ، وأحمد (٥) .

= الطالبين ، ج ١١ ، ص ١٥٣ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ٦٦ ، البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج ٣ ، ص ٥٣٤ ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٤٣٠ .

(١) منلا خسروا ، درر الحكام في شرح غرر الأحكام ، ج ٢ ، ص ٤٠٩ ، ابن عابدين ، حاشية رد المحتار، ج ٥ ، ص ٤٠٦ ، التمرتاشي ، مسعفة الحكام ، ص ١٦٤ ، الكويت ، الموسوعة الفقهية ، ج ٣٣ ، ص ٣٣٨ .

(٢) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٦ ، ص ١٨١ .

(٣) النووي ، روضة الطالبين ، ج ١١ ، ص ١٥٣ .

(٤) أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٤٣١ .

(٥) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٦ ، ص ١٨٠ ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص ٣٢٩ ، علي حيدر درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٦٥٩ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ٦٦ ، ابن رشد ، بداية المجتهد ،

ج ٢ ، ص ٨٢٣ ، الشعراني ، عبد الوهاب بن أحمد ، (٩٧٣هـ / ١٥٦٥ م) ، الميزان الكبرى ، ٢م ، دار

إحياء الكتب العربي ، عيسى بابي الحلبي ، ج ١ ، ص ١٩٣ ، الأسبوطي ، جواهر العقود ، ص ٥٦ ،

البهوتي ، كشف القناع ، ج ٦ ، ص ٤٥٤ ، ابن قدامة ، المغني ، ج ١٠ ، ص ١٠٥ ، ابن حزم ، المحلى ،

ج ٨ ، ص ٥١٦ ، الكويت ، الموسوعة الفقهية ، ج ٣٣ ، ص ٣٢٨ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٦٧٧ .

القول الثاني : حكم القاضي في هذه الحالة ينفذ ظاهراً وباطناً ، ويزيل الأمر عن حقيقته، بحيث يحل للمحكوم له ما ثبت بالبينة المزورة ، وبه قال الإمام أبو حنيفة وهو القول الأول لأبي يوسف ^(١) ، ولكن وفق الشروط التالية :

- ١- أن يكون للقاضي ولاية إنشاء مثل ذلك التصرف .
- ٢- عدم علم القاضي بكون الشهود شهود زور .
- ٣- أن يكون محل المحكوم به قابلاً للإنشاء .

ولعل سبب اختلاف الفقهاء في هذه الصورة يعود إلى ما يلي :

أولاً : اختلاف الفقهاء في فهم النصوص الواردة ، هل هي خاصة بالأموال ، أم هي عامة في الأموال وغيرها ؟

ثانياً : الاختلاف في أن القضاء هل هو إمضاء ما كان ، أم هو إنشاء ما لم يكن ؟ ^(٢) .

ثالثاً : هل يمكن قياس العقود والفسوخ على الأموال ؟

رابعاً : هل يمكن قياس أحكام اللعان على غيرها، أم هي حالة خاصة لا يقاس عليها .

أدلة أصحاب القول الأول :

استدل الجمهور لما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة والإجماع والقياس والمعقول:

١- فأما الكتاب فقد استدلوا بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ

أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ ^(٣)

وجه الدلالة : قال ابن عباس رضي الله عنه في معنى الآية ^(٤) : " فهذا في الرجل يكون عليه مال

^(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٤٠٥ ، السمناني ، روضة القضاة ، ج ١ ، ص ٣٢٠ ، منلا خسروا، درر الحكام ، ج ٢ ، ص ٤٠٩ ، السرخسي ، المبسوط ، ج ١٦ ، ص ١٨٠ ، الزيلعي ، تبیین الحقائق ، ج ٥ ، ص ١١١ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٦٥٩ ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٤٣١ .

^(٢) الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص ٣٢٩ .

^(٣) سورة البقرة ، آية (١٨٨) .

^(٤) قال قتادة - رحمه الله - في معنى الآية : "إعلم يا ابن آدم أن قضاء القاضي لا يحل لك حراماً، ولا يحق

لك باطلاً، وإنما يقضي القاضي بنحو ما يرى ويشهد به الشهود ، والقاضي بشر يخطئ ويصيب ، واعلموا

أن من قضي له بالباطل فإن خصومته لم تنقض حتى يجمع الله بينهما يوم القيامة، فيقضي على المبطل

للمحق بأجود مما قضى به للمبطل على المحق في الدنيا" ، ابن كثير ، إسماعيل بن عمر ، (ت ٧٧٤هـ /

١٣٧٢م) تفسير القرآن العظيم ، ٤م ، دار الفكر ، بيروت ، ١٠٤١هـ ، ج ١ ، ص ٢٢٦ .

وليس عليه فيه بينه ، فيجحد المال ، فيخاصمهم إلى الحكام ، وهو يعلم أنه أثم ، آكل حراماً^(١) .

٢- فأما السنة فقد استدلووا بما يلي :

أ- قوله ﷺ: " إنما أنا بشر وأنه يأتيني الخصم فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض ، فأحسب أنه صادق ، فاقضي له بذلك ، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار ، فليأخذها أو ليتركها " ^(٢) .

فالحديث صريح في أن حكم الحاكم ، إنما يكون على وفق ما يسمع وما يقدم له من بينة وأن حكمه هذا لا يحل حراماً ولا يغير الشيء عن حقيقته التي يعلمها المحكوم له ، ولذا حذر النبي ﷺ المحكوم له من أن يأخذ ما ليس له ، بحجة حكم الحاكم ؛ لأنها كما أخبر النبي ﷺ تكون قطعة من نار ، ولذا قال ابن حجر العسقلاني : " أن من احتال لأمر باطل ، بوجه من وجوه الحيل ، حتى يصير حقاً في الظاهر ، ويحكم له به أنه لا يحل له تناوله في الباطن ، ولا يرتفع عنه الإثم في الحكم " ^(٣) .

ب - روى البخاري عن عائشة - رضي الله عنها - : أنها قالت : " كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص ، أن ابن وليده زمعة مني فاقبضه إليك ، قالت : فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص وقال : ابن أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه ، فتساوقا إلى النبي ﷺ فقال سعد يا رسول الله: ابن أخي كان قد عهد إليّ فيه فقال : عبد بن زمعة أخي وابن وليده أبي ولد على فراشه ، فقال رسول الله ﷺ : هو لك يا عبد بن زمعة ، ثم قال النبي ﷺ : الولد للفراش وللعاهر الحجر ، ثم قال لسودة بنت زمعة زوج النبي ﷺ : احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة ، فما رآها حتى لقي الله تعالى " ^(٤) .

وجه الدلالة : أن الرسول ﷺ حكم بالولد لعبد بن زمعة عملاً بالظاهر ، وان كان في نفس الأمر ليس من زمعة ^(٥) ، ولهذا أمر النبي ﷺ سودة بنت زمعة بالاحتجاب من الولد المحكوم به

(١) ولذا جاءت الآية (وأنتم تعلمون) أي وأنتم تتعمدون أكل ذلك بالإثم على قصد منكم إلى ما حرم الله عليكم منه ، ومعرفة بأن فعلكم ذلك معصية وإثم ، الطبري ، جامع البيان ، ج ٢ ، ص ٢٢٠ .

(٢) سبق تخريجه ، انظر: ص ٢٦٣ من هذه الأطروحة .

(٣) ابن حجر العسقلاني ، ج ١٣ ، ص ١٧٢ ، ولذا بوّب البخاري لهذا الحديث بقوله: باب من قضي له بحق أخيه فلا يأخذه، فإن قضاء الحاكم لا يحل حراماً، ولا يحرم حلالاً، البخاري ، صحيح البخاري ، ج ٦ ، ص ٢٦٢٦

(٤) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الأحكام ، باب الولد للفراش ، ج ٦ ، ص ٢٤٨١ ، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الرضاع ، باب الولد للفراش ، ج ٢ ، ص ١٠٨٠ ، **اللفظ للبخاري** .

(٥) ابن حجر ، فتح الباري ، ج ١٣ ، ص ١٧٥ .

احتياطاً للباطن ؛ لأنه رأي أن الولد يشبه عتبة بن أبي وقاص (١) .
 ج - بقول النبي ﷺ : "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، فإذا قالوا لا إله إلا الله عصموا مني دماءهم وأموالهم ، إلا بحقها ، وحسابهم على الله" (٢) .

وجه الدلالة : يقول ابن حجر العسقلاني : "الحجة من الحديث ظاهرة في شموله الأموال، والعقود والفسوخ ، فلا فرق في دعوى حل الزوجة لمن أقام بتزويجها بشاهدي زور وهو يعلم بكذبهما ، وبين من ادعى على حر أنه في ملكه وأقام بذلك شاهدي زور وهو يعلم حريته ، فإذا حكم له الحاكم بأنه في ملكه ، لم يحل له أن يسترقه بالإجماع ، والقول بأن حكم الحاكم يحل ظاهراً وباطناً مخالف لهذا الحديث الصحيح ، والإجماع السابق ، والقاعدة التي أجمع العلماء عليها وهي : أن الأبخاض أولى بالاحتياط من الأموال" (٣) .

٣- **الإجماع :** فقد استدلوا بأن السلف قد أجمعوا على أن حكم الحاكم لا يحل حراماً ، ولا يحرم حلالاً (٤) .

٤- **القياس :** القياس على الأموال بطريق الأولى ، فقد اتفق الفقهاء على أن حكم الحاكم فيها لا يحل الحرام ، ولا ينفذ باطناً والأموال أضعف (٥) فتكون العقود والفسوخ وبخاصة ما يتعلق بالنكاح والطلاق أولى بالحكم ؛ لأن الاحتياط في الأبخاض أولى من الاحتياط في الأموال .

٥- **المعقول فمن وجهين :**

الأول : قالوا إن شرط صحة الحكم وجود الحجة ، وإصابة المحل ، وإذا كانت البيئة في نفس الأمر شهود زور لم تحصل الحجة ؛ لأن حجة الحكم هي البيئة العادلة ، والزور كبيرة من

(١) أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٤٣٥ .

(٢) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب قوله تعالى : (وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ) ج ٦ ، ص ٢٦٨٢ ، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الإيمان ، باب الأمر بقتال الناس ، ج ١ ، ص ٥١ ، **واللفظ للبخاري .**

(٣) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج ١٣ ، ص ١٧٦ ، قال الشعراني : "فانظر كيف رد أمرهم في الباطن إلى الله العالم بسرائرهم؛ لأن أحدهم قد يقولها بلسانه ، ولا يعتقد ذلك بقلبه " ، فالحساب إذن على الباطن لا على الظاهر ، والله أعلم ، الميزان الكبرى ، ج ١ ، ص ١٩٣ .

(٤) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج ١٣ ، ص ١٧٦ ، النووي ، شرح صحيح مسلم ، ج ١٢ ، ص ٦ ، الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج ٩ ، ص ١٧٤ .

(٥) القرافي ، الفروق ، ج ٤ ، ص ١٠٠ ، ابن عبد البر ، الاستذكار ، ج ١٠ ، ص ١٣ .

الكبائر ، وحقيقة الشهادة إظهار الحق ، وحقيقة الحكم إنفاذ ذلك ، وإذا كان الشهود كذبة لم تكن شهادتهم حقاً^(١) ، وما بني على باطل فهو باطل .

الثاني : القضاء والحكم ينفذ بقدر مقدار الحجة ، وشهادة الزور وإن كانت حجة في الظاهر إلا أنها ليست حجة في الباطن^(٢) ، وعليه فالقضاء ينفذ من حيث الظاهر ، وأما الباطن فيبقى على ما هو عليه ، ولا يغير من حقيقته شيء .

ثانياً : أدلة أصحاب القول الثاني :

١- استدلوا بأن الرسول ﷺ فرق بين المتلاعنين مع تيقنه عليه الصلاة والسلام بكذب أحدهما^(٣) كما قال ﷺ : " الله يعلم أن أحكما لكاذب " ^(٤) .

وجه الدلالة : أن الرسول ﷺ قد فرق بينهما مع احتمال صدق الزوج فيما رماها به ، فذلك يثبت للقاضي ولاية الإنشاء مع كذب الشهود ، لتوجه الأمر على القاضي ، وتوجه الأمر بالانقياد واتباع أمر القاضي في حق الناس ^(٥) .

٢- بما روي أن رجلاً خطب امرأة فأبى أن تتزوجه ، فادعى أنه تزوجها ، وأقام شاهدين فأكرت فاختصما إلى الإمام علي ﷺ ففضى بينهما بالزوجية ، فقالت : والله ما تزوجني يا أمير المؤمنين ، اعقد بيننا حتى أحل له فقال : "شاهدك زوجك " ^(٦) .

وجه الدلالة : قول الإمام علي ﷺ : "شاهدك زوجك" ، ورفضه تجديد النكاح مع طلبها له ، دليل على أن النكاح قد انعقد بينهما في الباطن ، وإلا لما امتنع من تجديد العقد عند طلبها ، ورغبة الزوج فيها ، وقد كان في ذلك تحصيناً من الزنا^(٧) ، وإيعاداً لأي احتمال لوقوعهما في الحرام ، وهو أكثر الناس حرصاً على دفع المنكر والحيلولة دون وقوعه ، فلما لم يفعل ذلك دل

(١) ابن حجر العسقلاني ، ج ١٣ ، ص ١٧٦ .

(٢) المرجع السابق ، البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج ٣ ، ص ٥٣٤ .

(٣) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٦ ، ص ١٨٣ .

(٤) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب التفسير ، باب ويدراً عنها العذاب ، ج ٢ ، ص ١٧٧٢ ، مسلم ، صحيح

مسلم ، كتاب اللعان ، ج ٢ ، ص ١١٣٢ ، **اللفظ لهم** .

(٥) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٦ ، ص ١٨٣ .

(٦) ابن الجوزي ، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي ، (ت ٥٩٧ هـ / ١١٩٩م) ، التحقيق في أحاديث الخلاف ،

ط ١ ، ج ٢ ، (تحقيق :مسعد السعدني) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٥ هـ ، ج ٢ ، ص ٣٨٥ .

(٧) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٤٠٦ .

على أن حكمة كافٍ في الاحتياط لكل ذلك ، وأنه قام مقام العقد والإنشاء (١) .

٣- استدلووا بالمعقول من وجوه :

١- قضاء القاضي بما يحتمل الإنشاء إنشاءً له فينفذ ظاهراً ، وباطناً كما لو أنشأ صريحاً، ذلك أن القاضي مأمور بالقضاء بالحق ، ولا يقع قضاؤه بالحق فيما يحتمل الإنشاء إلا بالحمل على الإنشاء ؛ لأن البينة قد تكون صادقة ، وقد تكون كاذبة (٢) ، فإن كانت صادقة رفع قضاؤه بالحق من غير حمله على الإنشاء ، وإن كانت كاذبة تعين الحمل عليه ، ضرورة تصحيح قضاائه المأمور به ، لأن صيانة الحكم عن الإبطال مطلوبة (٣) .

٢- الغاية من القضاء قطع المنازعة بين الخصوم ، ولو قلنا بعدم نفاذ حكم القاضي في باطن الأمر، لما أدى القضاء وظيفته وغايته ، ولما كان قاطعاً للخصومة ، وحاسماً للنزاع من كل وجه (٤) .

٣- القضاء لو لم ينفذ باطناً ، لأدى ذلك إلى فحش تجل أحكام الشرع عن أن يؤدي تطبيقها إلى مثله ، ومن ذلك أنه قد يجتمع رجلان على امرأة واحدة أحدهما بنكاح ظاهر ، والآخر بنكاح باطن ، ففي ذلك من القبح ما لا يخفى والدين مصون عن مثل هذا القبح ولا يكون القاضي بقضائه ممكناً من الزنا (٥) ، فلا بد إذن من القول بنفاذ الحكم ظاهراً وباطناً خروجاً من أن نفع بمثل هذا.

٤- المرأة تضرر من القول بعدم النفاذ باطناً ، ذلك أنها تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة ، إذ هي لا تحل للأول ولا للثاني (٦) ، وليس لها أن تتزوج بزواج آخر (٧) ، فلا بد من القول بنفاذ الحكم ظاهراً وباطناً لدفع الضرر عنها .

المناقشة والترجيح :

أولاً : مناقشة الجمهور لأدلة أبي حنيفة ومن معه :

(١) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٦٨٢ .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٤٥٩ .

(٣) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٦٨٣ .

(٤) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٧ ، ص ١٤ ، ياسين نظرية الدعوى ، ص ٦٨٤ .

(٥) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٦ ، ص ١٨٢ ، ابن حجر ، فتح الباري ، ج ١٣ ، ص ١٧٦ .

(٦) لا تحل للأول ظاهراً لوجود الحكم بالتفريق ، كما لا تحل للثاني باطناً، ولا يحل لها تمكينه ، ولا تستطيع

الزواج من آخر؛ لأنها ما تزال زوجة الأول باطناً ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٤٣٨ .

(٧) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٦ ، ص ١٨٤ .

١- أما الاستدلال باللعان ، فيرد عليه بأن الفرقة باللعان إنما وقعت عقوبة للعلم بأن أحدهما كاذب ، وهو أصل برأسه فلا يقاس عليه (١) .

٢- الأثر المروي عن علي ؓ عنه فيمكن الإجابة عنه بأمرين :
أ- أن هذا الأثر لم يثبت عنه ؓ (٢) .

ب- وعلى تقدير صحته لا حجة فيه ؛ لأنه أضاف التزويج إلى الشاهدين لا إلى حكمه ، ولم يجبها إلى التزويج ؛ لأن فيه طعناً على الشهود (٣) .

٣- أما المعقول :

فيرد على الوجه الأول : بأن وجوب القضاء على القاضي لا يستلزم نفاذ القضاء حقيقة في باطن الأمر (٤) ؛ لأن وجوب القضاء بالحق على القاضي ليس معناه أنه مطالب بالكشف عن القلوب ؛ لأن ذلك ليس بمستطاعه ، وإنما يعني أن القاضي مأمور بتطبيق أحكام الشريعة على الوقائع التي تظهر أمامه ، فإذا تقرر هذا لم يلزم منه حمل قضائه على الإنشاء لا فيما يحتمله ولا فيما لا يحتمله ؛ لأن القاضي يستطيع القيام بهذا التكليف على كل حال ... دون تغيير الوصف الشرعي للمحكوم فيه ، وإنما يبقى الحرام حراماً والحلال حلالاً (٤) .

أما الوجه الثاني فيرد عليه : بأن وظيفة القضاء هي قطع النزاع بين الناس في الحياة الدنيا ، وذلك بكون الحكم ملزماً لأطراف النزاع ، ولكن هذا لا يقتضي تحليل الحرام وتحريم الحلال ، أما في الآخرة فيتولى قطع النزاع أحكم الحاكمين ، بالفصل العادل المبني على العلم اليقيني ، والنفاذ في الظاهر يكفي لقطع النزاع في الدنيا ، ولا لزوم للنفاذ في الباطن (٦) .
أما الوجه الثالث فيرد عليه : بأن الجمهور قالوا في هذا تحريم على الثاني مثلاً إذا علم الحكم ترتب على الشهادة الزور ، فإذا اعتمد الحكم وتعمد الدخول بها ، فقد ارتكب محرماً ، كما لو كان بالمال فأكله ، ولو ابتلي الثاني كان حكم الثالث كذلك ، والفحش إنما لزم من الإقدام على

(١) ابن حجر العسقلاني فتح الباري ، ج ١٣ ، ص ١٧٦ ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ، ص ٥٣٤ .

(٢) البهوتي ، كشف القناع ، ج ٦ ، ص ٤٥٥ .

(٣) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج ١٣ ، ص ١٧٦ ، وقال البهوتي : " لكن اللعان يفسخ النكاح به ، وإن كان أحدهما كاذباً ؛ لأن الشرع وضعه لستر الزانية ، وصيانة النسب فتعقبه الفسخ الذي لا يمكن الانفكاك

إلا به وليس كمسألتنا" ، كشف القناع ، ج ٦ ، ص ٤٥٥ .

(٤) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج ١٣ ، ص ١٧٦ .

(٥) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٦٨٣ .

(٦) المرجع السابق ، ص ٦٨٤ .

تعاطي المحرم كما لو زنوا ظاهراً واحداً بعد واحد (١) .

أما الوجه الرابع فيمكن أن يرد عليه : بأن هذا نتيجة لقولكم إذ لو قلتم بعدم نفاذ الحكم باطناً لمن جاء ببينة زور لما منح ذريعة أنها زوجته ، ولبقي الأمر على ما كان عليه سابقاً من حيث أنه لا يحل له وطؤها ، ولا يحل لها تمكينه من ذلك ، وعليه فإنها زوجة من كان كذلك حقيقة ثابتة بالبينة الصادقة ، والله أعلم .

ثانياً : مناقشة أبي حنيفة ومن معه لأدلة الجمهور :

١- بالنسبة للاستدلال بالآية : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ﴾ قالوا : بأنها تدل على عدم نفاذ الحكم ظاهراً وباطناً في الأملاك المرسلة ، وهذا ليس موضع خلاف بيننا وبينكم ، وذلك لأن القاضي ليس له ولاية الإنشاء فيها بخلاف العقود والفسوخ ، فلا وجه للاستدلال بها (٢) .

ولكن يجاب عن هذا بأنه إذا كان حكم الحاكم لا ينفذ باطناً إذا كان مبنياً على بينة زور في الأملاك المرسلة ، فإن حكم الحاكم لا ينفذ في العقود والفسوخ وخاصة الزواج والطلاق من باب أولى لأن العلماء قد اجمعوا على أنه يحتاط في الأبضاع أكثر من الاحتياط في الأموال .

٢- أما بالنسبة للاستدلال بحديث : (إنما أنا بشر) فيرد عليه من وجهين :

الأول : أنه خاص في الأملاك المرسلة ، وعليه فإنه خارج محل النزاع .

ويجاب عن هذا بالإضافة إلى ما قلناه في الرد آنفاً ، أن هذا الحديث جاء بلفظ العموم ولذلك لا يجوز تخصيصه بالأموال دون غيرها ، كما لا يجوز قصره على سببه إذ العبرة بعموم اللفظ ، لا بخصوص السبب (٣) .

الثاني : قالوا بأن هذا الحديث مخصوص بسماع كلام الخصم ، حيث لا بينة هناك ولا يمين ، وليس النزاع فيه ، وإنما النزاع في الحكم المترتب على الشهادة (٤) .

ويجاب عن هذا : بأن حمل الحديث على ما يتعلق بسماع كلام الخصم ، حيث لا بينة ولا يمين خلاف الظاهر (٥) ؛ وذلك لأن قوله عليه الصلاة والسلام : (إنما أنا بشر) وقوله : (فمن قضيت له) يفيد العموم في كل ما قضى به النبي ﷺ ولا شك أن قضاءه عليه الصلاة

(١) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج ١٣ ، ص ١٧٦ .

(٢) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٦ ، ص ١٨١ .

(٣) أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٤٣٨ .

(٤) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج ١٣ ، ص ١٧٥ .

(٥) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٦ ، ص ١٨١ .

السلام قد وقع أحياناً على مجرد كلام الخصم ، وأحياناً أخرى على البينة ، ولذا لا صحة لهذا الاعتراض .

٣- أما الإجماع فقالوا : بأنه لم يثبت حيث روي عن بعض الصحابة ما يخالف ذلك ، فقد روي عن علي ابن أبي طالب ، وابن عمر- رضي الله عنهم جميعاً - القول بنفاذ الحكم ظاهراً وباطناً .
٤- أما القياس على الأملاك المرسلّة فقالوا : بأنه قياس مع الفارق فالقاضي ليس له ولاية الإنشاء فيها ، بينما يملك ذلك في العقود والفسوخ (١) .

ويجاب عن هذا : بأن الإمام أبا حنيفة جعل للقاضي ولاية إنشاء الأحكام في العقود والفسوخ احترازاً عن الحرام (٢) ، إذا تعدد الكذب في البينة ليحصل على الحكم ، وفي اعتبار الحكم منشئاً للحق ، ومبيحاً لما كان حراماً قبله ، بمثابة مكافأة لمن تعدد الافتراء وشهادة الزور والكذب التي تعد من الكبائر ، والواجب هنا أن يعامل بنقيض مقصوده وأن يقال له : أن الحكم لا يحل الحرام ولا يحرم الحلال عله يرتدع (٣) .

من خلال ما سبق يتضح أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن حكم الحاكم المبني على بينة زور ينفذ في العقود والفسوخ ظاهراً لا باطناً ، وذلك لقوة أدلتهم الدالة على أن حكم الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً ، وأن ما أثير حولها من اعتراضات لا تقوى على إبطال الدليل ؛ لأنها لم تسلم من الرد والنقد .

ومن ناحية أخرى فإن الأخذ بقول جمهور الفقهاء يؤدي إلى إغلاق باب الفساد ، بحيث لا يجوز بأي حال من الأحوال أكل أموال الناس بالباطل ، أو الاعتداء على أعراض الناس بحجة صدور حكم في ذلك من قبل القاضي ، ودرء المفاصد أولى من جلب المصالح .
أضف إلى ذلك أن ما ذهب إليه الجمهور أكثر تحقيقاً لمبدأ العدالة ، وأكثر دفعاً لمفسدة الظلم ، وأحسن تربية للضمير الإنساني المؤمن ، وأكثر تنمية لملكة مراقبة الله تعالى والخوف منه (٤) ، وهذه المعاني كلها مما دعت إليها الشريعة الإسلامية وحرصت عليها ، وهذا ما أكده النبي ﷺ للمتخاصمين من أن حكمه لا يحل الحرام ، وإنما هي قطعة من النار فلينظر هل يأخذها ، أم يتركها ؟

(١) السرخسي ، المبسوط ، ج١٦ ، ص ١٨١ .

(٢) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص ٤٠٦ ، ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج١٣ ، ص ١٧٦ .

(٣) أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص ٤٣٩ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص ٦٩١ .

(٤) المرجع السابق ، ص ٦٩٣ .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي :

- ١- لو ادعى رجل على امرأة نكاحاً ، وهي تجدد ، وأقام عليها شاهدي زور فقضى القاضي بالنكاح بينهما ، فعند جمهور الفقهاء لا تعتبر زوجة له ، ولا يحل وطؤها ، ولا يحل لها تمكينه منها ، ويجب عليها الامتناع عنه ، بخلاف الإمام أبي حنيفة ومن معه .
- ٢- لو حكم القاضي بمبلغ ألف دينار لشخص ، وهو يعلم أنه لاحق له في هذا المبلغ وأنها من نصيب المحكوم عليه ، فإن حكم القاضي هنا باتفاق الفقهاء لا يبيح له أخذ هذا المبلغ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القضاء الشرعي الأردني يحكم بالظاهر ، والله يتولى السرائر ، ولذا فإن القاضي يحرص كل الحرص على إصابتة الحقيقة ، والقضاء بها بحيث يكون حكمه فعلاً هو عنوان الحقيقة ، ولكن القاضي بشر يخطئ ويصيب ، ولربما يكون أحد الخصوم ألحن بحجته من الآخر ، فيقضي له على نحو ما يسمع ، ويعتقد أنه الحق بعد استقراغ جهده في البحث عن الحقيقة ، ولذا فإن حكمه ينفذ ظاهراً في جميع الأحكام التي يصدرها، إذا كان موافقاً للأصول الشرعية والقانونية ، وهذا أمر قد اتفق الفقهاء عليه ، إذ لا فائدة من نصب القضاة وإيجاد المحاكم، وكيف يمكن أن يستقر القضاء وتنفذ الأحكام إذا قلنا بخلاف ذلك؟

فلو أن امرأة ادعت على زوجها أمام القاضي الشرعي أنه طلقها ، وكانت الطلقة الثالثة وأثبتت ذلك بشاهدي زور ، وسار القاضي بالدعوى حسب الأصول ، وقضى بوقوع الطلاق البائن بينونة كبرى على الزوجة من قبل زوجها ، وأن عليها العدة الشرعية من تاريخ وقوع الطلاق ، فهل هذا الحكم يبيح لها أن تتزوج من زوج آخر بعد انتهاء عدتها ؟

إن حكم القاضي إذا صدر وفق الأصول فإن القضاء الشرعي الأردني لا يملك أن يمنع المرأة هذه من الزواج من رجل آخر بعد انتهاء عدتها ، فهي تملك ذلك قضاءً لكنها أثمة ديانة . كما أن القضاء الشرعي الأردني لا يسمح للزوج الأول بإعادة زوجته إلى عصمته إلا بعد أن تتكح زوجاً غيره ، لا بقصد التحليل ، ويشترط دخوله بها ، وانقضاء عدتها (١) .

وبالتالي فإن الحكم الصادر من قبل القاضي الشرعي ، والذي استوفى الإجراءات القانونية هو عنوان الحقيقة ، ولكن الحكم وإن نفذ في الظاهر، إلا أنه لا ينفذ في الباطن إن استند على بينة زور، فحكم القاضي الشرعي لا يغير الحكم في الباطن ، فهو لا يحل حراماً ، ولا يحرم حلالاً .

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (١٠) .

القاعدة الثالثة :

الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حراماً حلالاً ، أو أحلّ حراماً^(١) :

معنى القاعدة :

تشير القاعدة إلى أن الصلح الذي هو عقد يرفع النزاع ، ويقطع التخاصم بالتراضي^(٢)، مشروع بين المسلمين ؛ لأن في الإصلاح بين الخصوم ما يزيل الضغائن والأحقاد ، ويؤلف بين القلوب ، ويبعث على التسامح بينهم^(٣) ، بخلاف القضاء الذي قد يورث الضغينة ، ويقطع الأرحام ، ويوسع دائرة الخلاف بين المتخاصمين ، ومن هنا فعلى القاضي أن ينصح الخصوم ، ويرغبهم في الصلح ، شريطة ألا يحل الصلح حراماً ، أو يحرم حلالاً .

وأصل هذه القاعدة قوله ﷺ: " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً " ^(٤) ، بالإضافة إلى النصوص الأخرى من القرآن والسنة والإجماع والآثار المرورية عن بعض الصحابة والمعقول التي تدل على مشروعية الصلح بصورة عامة وفيما يلي بيان لأهمها :

أولاً : القرآن الكريم :

١- بقوله تعالى: "وَإِن امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ" ^(٥) .
وجه الدلالة : أن الله سبحانه وتعالى ندب إلى الصلح بين الزوجين عند وقوع التنازع بينهما ، ووصف ذلك الصلح بأنه خير ، وهذا دليل النهاية في الخيرية ^(٦) .

(١) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج ١ ، ص ٨٤ ، البجنوردي ، محمد حسن ، (١٣٧٧هـ) ، القواعد الفقهية ، ط ١ ، ص ٧ ، (تحقيق : مهدي المهريزي / محمد الدريني) ، مطبعة الهادي ، ج ٥ ، ص ٩ ، الحريري ، القواعد والضوابط الفقهية ، ص ١٤٧ ، إسماعيل ، القواعد الفقهية ، ص ١٩٨ .

(٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٧ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ٣ ، ص ٧٢ .

(٣) الحريري ، القواعد والضوابط الفقهية ، ص ١٥٤ ، ويقول الدردير : " لأن القضاء أمر يوجب الشحنة والتفرق ، بخلاف الصلح فإنه أقرب لجمع الخواطر ، وتأليف النفوس المطلوب شرعاً " ، الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٤ ، ص ١٥٢ .

(٤) الترمذي ، سنن الترمذي ، كتاب الأحكام ، باب الصلح بين الناس ، وقال : حديث حسن صحيح ، ج ٣ ، ص ٦٣٤ ، ابن حبان ، صحيح ابن حبان ، ج ١١ ، ص ٤٨٨ ، الحاكم ، المستدرک علی الصحیحین ، وقال : حديث صحيح ، ج ٤ ، ص ١١٣ ، الحديث صحيح ، واللفظ لهم .

(٥) سورة النساء ، آية (١٢٨) .

(٦) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٦ ، ص ٦١ .

٢- قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَت إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنَّ فَاتَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسَطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسَطِينَ ﴾ (١) .

وجه الدلالة : إن الله امرنا بالإصلاح بين الفئات المتقاتلة من المؤمنين ، وذلك بدعوة الأطراف المتقاتلة إلى تحكيم كتاب الله بينهم ، والرضا بما فيه لهما وعليهما ، وذلك هو الإصلاح بينهما بالعدل (٢) .

٣- قوله تعالى : ﴿ لَأَخَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ ﴾ (٣) .

وجه الدلالة : إن الله سبحانه وتعالى جعل الإصلاح بين الناس سبباً لمرضاته ، ونيل الأجر العظيم في الدنيا والآخرة ، وهذا عام في الدماء ، والأموال ، والأعراض ، وفي كل شيء يقع التداعي والاختلاف فيه بين المسلمين (٤) .

ثانياً : السنة فإنها حافلة بالأحاديث الدالة على مشروعية الصلح ، ولكنني أذكر أهمها وهي :

١- قوله عليه الصلاة والسلام : " ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام ، والصلاة ، والصدقة قالوا بلى يا رسول الله ، قال : إصلاح ذلت البين ... " (٥) .

٢- ما رواه البخاري في صحيحه أن كعب بن مالك تنازع مع ابن أبي حرد (٦) في دين على ابن أبي حرد ، فأصلح بينهما النبي ﷺ قائلاً : يا كعب ، قال : لبيك يا رسول الله ، فأشار إليه

(١) سورة الحجرات ، آية (٩) .

(٢) الطبري ، جامع البيان ، ج٢٦ ، ص١٤٦ ، ولذا جاءت الآية التالية ، ﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخْوَابِكُمْ ﴾

سورة الحجرات ، آية (١٠) .

(٣) سورة النساء ، آية (١١٤) .

(٤) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج٥ ، ص٢٤٧ ، والله در القائل :

إن الفضائل كلها لو جمعت رجعت بأجمعها إلى تنتين

تعظيم أمر الله جل جلاله والسعي في إصلاح ذات البين

ابن حسين و تهذيب الفروق ، ج٤ ، ص٨ .

(٥) الهيثمي ، علي بن أبي بكر ، موارد الضمان ، (ت٨٠٧ هـ/١٤٠٤م) ، ١ ، (تحقيق : محمد عبد الرزاق

حمزة) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص٤٧٥ ، ابن حبان ، صحيح ، ابن حبان ، ج١١ ، ص٤٨٩ ،

الترمذي ، سنن الترمذي ، وقال : حديث صحيح ، ج٤ ، ص٦٦٣ ، الحديث صحيح ، واللفظ للترمذي .

(٦) هو عبد الله بن أبي حرد الأسلمي ، واسم أبي حرد أسيد بن عمير ، بن نافع ، عبد الباقي

(ت٣٥١ هـ/٩٦٢م) ، معجم الصحابة ، ط١ ، ٣ ، (تحقيق : صلاح بن سالم) ، مكتبة الغرباء الأثرية ،

المدينة المنورة ، ج٢ ، ص١٣٢ .

بيده أن ضع الشطر من دينك ، قال كعب : قد فعلت يا رسول الله ، قال رسول الله ﷺ : قم فاقضه (١) .

ثالثاً : الإجماع : فقد اجمع العلماء على مشروعية الصلح بين الناس (٢)

رابعاً : الآثار : وأهمها قول عمر بن الخطاب ﷺ : "ردوا الخصوم حتى يصطلحوا ، فإن فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن" (٣) .

خامساً : من المعقول :

فإن الصلح أقرب إلى بقاء المودة والألفة بين الناس ، ونزع التباغض والتخاصم بينهم ، بخلاف القضاء فإنه يورث العداوة والضغينة فينبغي الاحتراز به ما أمكن .

من خلال ما سبق يتضح أن الصلح بصورة عامة أمر قد ندب الشرع إليه ، وحث المسلمين عليه ، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا : هل يلزم القاضي أن يأمر الخصوم بالصلح قبل إصدار الحكم ، أم لا بد من القضاء بينهما ؟

للإجابة عن هذا التساؤل أقول :

اتفق الفقهاء على أنه يندب للقاضي أن يدع الخصوم إلى الصلح في الحالات التالية (٤) :

الحالة الأولى : إذا أشكل على القاضي معرفة وجه الحق في القضية المعروضة عليه .

الحالة الثانية : إذا كان الخصمان من أهل الفضل ، أو بينهما رحم .

الحالة الثالثة : إذا تبين للقاضي وجه الحق ، ولكنه يخشى من تفاقم الأمر بإنفاذ الحكم بينهما ، أي أن المفسدة المترتبة على الحكم أكبر من المصلحة المرجوة منه (٥) .

وفيما سوى ذلك اختلف الفقهاء في عرض القاضي الصلح على الخصوم على قولين :

(١) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الصلاة ، باب رفع الصوت في المسجد ، ج ١ ، ص ١٢١ .

(٢) الجنوردي ، القواعد الفقهية ، ج ٥ ، ص ١١ ، إسماعيل ، القواعد الفقهية ، ص ١٩٩ .

(٣) البيهقي ، سنن البيهقي ، ج ٦ ، ص ٦٦ ، ابن أبي شيبة ، المصنف في الأحاديث والآثار ، ج ٤ ، ص ٥٣٤ .

(٤) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٦ ، ص ٦٦ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٦٥٨ ، السبكي ، فصل

القضية ، ص ٦٠ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ٣٤ ، عبد الرفيع ، معين الحكام ، ج ٢ ،

ص ٦١٣ ، المواق ، التاج والإكليل ، ج ٦ ، ص ١٣٣ ، الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٤ ، ص ١٥٢ ، النووي

روضة الطالبين ، ج ١١ ، ص ١٣٢ ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ، ص ٥١٨ ، ابن قدامة ،

المغني ، ج ١٠ ، ص ١٠١ .

(٥) وأضاف الحنفية حالة أخرى وهي : إذا استعمل المدعي لإحضار بينة أو المدعى عليه حتى يأتي بالدفع ،

وذهب الشافعية إلى القول : يجوز للقاضي تأخير الحكم ، إذا رضي الخصمان بذلك ، الحموي ، غمز

عيون البصائر ، ج ٢ ، ص ٣٥٣ ، النووي ، روضة الطالبين ، ج ١١ ، ص ١٦٢ .

القول الأول : أن على القاضي أن يصدر حكمه في القضية المعروضة عليه إذا ظهر له وحق الحق فيها ، وذلك لأن القاضي قد عرف بالحجة المحق من المبطل ، والظالم من المظلوم ، فلا يجوز الصلح والحالة هذه ؛ لأن فيه إعانة على الظلم ، وتشجيعاً له ، وهذا يتنافى مع الغاية التي من أجلها وجد القضاء ، وبه قال جمهور الفقهاء (١) .

القول الثاني : يرى أنه يندب للقاضي أن يعرض الصلح على الخصوم ، ويردهم مرة ومرتين طمعاً في الصلح بينهما ، فإن لم يطمع بذلك أنفذ بينهم القضاء ، وبه قال الحنفية (٢) .
واستدلوا بقول عمر ابن الخطاب رضي الله عنه : " ردوا الخصوم حتى يصلحوا " .

وهنا لابد من التفريق بين حالتين :

الأولى : عند حضور الخصوم ، وقبل أن يبدأ القاضي بسؤال الطرفين ، فإنه يندب للقاضي عرض الصلح على الخصوم وذلك للنصوص السابقة الذكر .

الثانية : إذا ظهر للقاضي وجه الحق في القضية المعروضة أمامه بعد أن استمع لأدلة الطرفين ، وعرف المحق من المبطل فعليه في هذه الحالة أن يصدر الحكم (٣) ؛ لأنه لا يجوز تأخير الحكم بعد تهيبه أسبابه (٤) .

(١) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٦ ، ص ٦٦ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٦٥٨ ، السبكي ، فصل القضية ، ص ٦٠ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ٣٤ ، عبد الرفيع ، معين الحكام ، ج ٢ ، ص ٦١٣ ، المواق ، التاج والإكليل ، ج ٦ ، ص ١٣٣ ، الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٤ ، ص ١٥٢ ، النووي ، روضة الطالبين ، ج ١١ ، ص ١٣٢ ، البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج ٣ ، ص ٥١٨ ، ابن قدامة ، المغني ، ج ١٠ ، ص ١٠١ ، قال البهوتي: " أما إذا استتارت الحجة فليس له ذلك (أي الصلح) وروي عن شريح أنه ما أصلح بين المتحاكمين إلا مرة واحدة " ، كشف القناع ، ج ٦ ، ص ٤٢٤ .

(٢) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٤٢٣ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٤٥٦ .

(٣) ويستثنى من ذلك الحالات السابقة الذكر .

(٤) الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ٢ ، ص ٣٥٣ ، ولذا يرى الإمام ابن حزم رحمه الله عدم جواز تأخير الحكم مطلقاً ، إذا ظهر له وجه الحق ، ولو طمع القاضي بأن يصلح بين الخصوم ، وذلك لأنه لم يأت قط عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه رد خصوماً بعدما ظهر الحق ، بل قضى بالبينة على الطالب وألزم المنكر اليمين ، والله تبارك وتعالى يقول : " كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ " النساء آية (١٣٥) ، " وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى " المائدة آية (٢) " وَسَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ " آل عمران آية (١٣٣) ، فمن حكم بالحق حين يبدو إليه فقد قام بالقسط ، وأعان على البر والتقوى ، وسارع إلى مغفرة من ربه ، ومن تردد في ذلك فلم يسارع إلى مغفرة من ربه ، ولا قام بالقسط ، ولا أعان على البر والتقوى ، ابن حزم ، المحلى ، ج ٨ ، ص ٥١٨ .

وبهذا جمع بين القولين وإعمال الأدلة جميعها، فنكون في الحالة الأولى قد أوردنا إلى الصلح الذي جاءت النصوص من الكتاب والسنة حاثه عليه ، ومرتبته الأجر والثواب على من فعله ، ونكون في الحالة الثانية ، أوصلنا الحقوق إلى أصحابها بعدما لم نجد للصلح سبيلاً بين الخصوم .

إذا تقرر ما سبق لا بد من التأكيد هنا على عدة أمور أهمها :

الأمر الأول : أن الصلح الذي ندب الله إليه لا بد أن يكون مشروعاً ، بحيث لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً ، وهذا ما نصت عليه القاعدة الفقهية وفي ذلك يقول ابن القيم - رحمه الله - : " والصلح العادل هو الذي أمر الله به ورسوله ﷺ كما قال تعالى : " فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ " (١) ، والصلح الجائر هو الظلم بعينه، وكثير من الناس لا يعتمد العدل في الصلح ، بل يصلح صلحاً ظالماً جائراً ...، وكثير من الظلمة المصلحين يصلح يصلح بين القادر الظالم ، والخصم الضعيف المظلوم بما يرضي به القادر وصاحب الجاه ، ويكون له فيه الحظ ، ويكون الإغماض والحيث على الضعيف ، ويظن أنه قد أصلح ، ولا يمكن المظلوم من أخذ حقه ، وهذا ظلم ، بل يمكن المظلوم من استيفاء حقه، ثم يطلب إليه برضاه أن يترك حقه بغير محاباة لصاحب الجاه (٢)

وعليه فالصلح الذي يحل حراماً أو يحرم حلالاً كالذي يتضمن أكل ربا ، أو إسقاط واجب أو تعطيل حد ، أو ظلم لآخر ، وما شابه ذلك فكل هذا صلح جائر مردود (٣) .

الأمر الثاني : أن الصلح الذي ينبغي أن يكون بين الخصوم ، هو ما كان في حقوق العباد وفق أحكام الشرع (٤) ، أما ما كان في حقوق الله فلا يصح الصلح عليه ؛ لأن المصالح بالصلح متصرف في حق نفسه ، أما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض ، وإسقاط الباقي أو بالمعاوضة وكل ذلك لا يجوز في غير حقه ، فلا يصح الصلح في حد الزنا أو السرقة ، أو شرب الخمر وغيرها كأن يصلحه على دفع مبلغ من المال ، شريطة أن لا يرفعه إلى ولي الأمر فلا يصح (٥) .

(١) سورة الحجرات ، آية (٩) .

(٢) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج ١ ، ص ٨٥ .

(٣) المرجع السابق

(٤) انظر : أحكام الصلح ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٤٧ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ٣ ،

ص ٦٩ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٧ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ٢ ، ص ٥٤ ، ابن

أبي الدم ، أدب القضاء ، ص ٦٠٣ ، الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ٣٤٨ .

(٥) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٥٩ ، ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج ١ ، ص ٨٥ .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي :

- ١- إذا صالح رجل له على آخر ألف دينار على أن يدفعها خمسمائة دينار صح الصلح .
- ٢- لو صالح رجل اقترض آخر مائة دينار على أن تكون نسبة الفائدة ١٠% فصالحه على أن تكون ٥% لم يصح الصلح لأنه ربا .
- ٣- لو صالح رجل يشرب الخمر القاضي على أن يدفع له ألف دينار لم يصح ؛ لأن حد الشرب حق من حقوق الله .
- ٤- لو صالحت المرأة زوجها ،على أن تتنازل عن بعض مهرها ، مقابل أن تملك نفسها ، صح الصلح .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القضاء الشرعي يهدف إلى فض النزاع بين الخصوم ، والذي يتم إما بإجراء الصلح بينهما بالتراضي^(١) ، أو بإجراء المحاكمة وإصدار الحكم حسب الأصول ، ولذا فعلى القاضي أن يبذل جهده في الإصلاح بين المتخاصمين ؛ لأنه أقرب إلى جمع الخواطر وتأليف النفوس، بخلاف القضاء الذي يورث الضغينة ، ويقطع الأرحام ، ويوسع دائرة الخلاف بين المتخاصمين وعادة ما يتم الصلح في الجلسة الأولى لحضور الخصوم ، فيحاول القاضي جاهداً أن يصلح بينهما ، ولعله في كثير من الأحيان يؤجل الجلسة قبل البدء في المحاكمة أملاً بأن يتم الصلح بينهما ، وهذا لا يمنع من عرض الصلح على الخصوم في أية مرحلة من مراحل الدعوى^(٢)، بل إن الصلح يجب عرضه على الخصوم من قبل القاضي في بعض الدعاوى ، وفيما يلي بيان لأهم التطبيقات القضائية على القاعدة :

أولاً: قانون الأحوال الشخصية :

لقد أوجب القانون أن يعرض الصلح على الخصوم في حالتين :

الأولى : في حالة التفريق للنزاع والشقاق فقد نص على ما يلي :

١- " إذا كان طلب التفريق من الزوجة^(٣) ، وأثبتت إضرار الزوج بها ، بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما ، فإذا لم يمكن الإصلاح أنذر الزوج بأن يصلح حاله معها ، وأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر ، فإذا لم يتم الإصلاح بينهما ، أحال الأمر إلى الحكيم"^(٤) .

(١) نصت المادة (٦٤٧) من القانون المدني الأردني على أن : " الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي" .

(٢) نصت المادة (١٨٢٦) من المجلة على ما يلي : " يوصي ويخطر القاضي بالمصالحة بين الطرفين مرة أو مرتين في المخاصمة الواقعة بين الأقرباء ، أو بين الأجانب المأمول فيها رغبة الطرفين في الصلح ، فإن وافقا صالحهما على وفق المسائل المندرجة في كتاب الصلح ، وإن لم يوافقا أتم المحاكمة " ، علي حيدر درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٦٥٧ .

(٣) وكذا الأمر إذا كان المدعي الزوج وأثبت وجود النزاع والشقاق، بذل القاضي جهده فلا الإصلاح بينهما فإذا لم يمكن الإصلاح، أجل القاضي دعواه مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة ، وبعد انتهاء الأجل إذا أصر على دعواه، ولم يتم الصلح أحال القاضي الأمر إلى الحكيم، قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة (١٣٢) فقره ب) .

(٤) المرجع السابق ، المادة (١٣٢) فقره أ) ، " وتحلف الزوجة اليمين الشرعية على عدم حصول الصلح في حال غيابه عن موعد الجلسة تعريزا لقولها، وكذلك يحلف الزوج محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم (٢١٧٨٢) ، تاريخ ١١/٢٢/١٩٨٠ م، داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١، ص ٢٦٠ .

وعليه فإن عرض الصلح على الطرفين المتداعيين هو الإجراء المباشر بعد ثبوت الدعوى^(١)، فإذا اثبت المدعي دعواه ينتقل القاضي إلى مرحلة عرض الصلح على الطرفين المتداعيين^(٢)، وذلك بدعوتهما إلى المصالحة لحضور جلسة عرض الصلح^(٣)، وفي حالة غياب أحد الطرفين عن جلسة المصالحة، فعلى المحكمة أن تبذل جهودها في الإصلاح مع الحاضر، وإلا كان سبباً لفسخ الحكم^(٤)، وفي حالة إصرار الطرفين أو أحدهما على عدم الرغبة في الصلح، تقرر المحكمة عجزها عن الصلح، وتسير المحكمة في الدعوى وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون^(٥).

٢- إذا عجزت المحكمة عن الصلح أحال القاضي الأمر إلى حكمين^(٦) يشترط فيهما أن يكونا رجلين عدلين قادرين على الإصلاح، وأن يكون أحدهما من أهل الزوجة، والأخر من أهل الزوج إن أمكن، وإن لم يتيسر ذلك حكم القاضي رجلين من ذوي الخبرة والعدالة والقدرة على الإصلاح^(٧)، وعليهما أن يبحثا في أسباب الخلاف والنزاع بين الزوجين، معهما أو مع جيرانهما إن مع أي شخص يرى الحكمان فائدة في بحثهما معه، وعليهما أن يدونا تحقيقاتها بمحضر يوقع عليه، فإذا رأيا إمكان التوفيق والإصلاح على طريقة مرضية أقرها^(٨) وإلا قررا التفريق بينهما، وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون.

(١) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان، قرار رقم (٢٣٥٧٠) تاريخ ١٢/٣/١٩٨٣م، داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ج ١، ص ٢٦٥.

(٢) "كما استقر عمل هذه المحكمة (أي الاستئناف) على أنه لا يجوز بذل الصلح إلا مع الزوجين بالذات، ولا يجوز مع وكلائهما ولو كان مفوضين بالصلح عنهما"، محكمة الاستئناف الشرعية، عمان، قرار رقم (٤٤٠٠٠) تاريخ ٢٨/١٢/١٩٩٧م، المرجع السابق، ج ١، ص ٣٠٠.

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان، قرار رقم (٤٤٤٥) تاريخ ١٤/٣/١٩٩٨م، المرجع السابق، ج ١، ص ٣٠٣.

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية قرار رقم (٣٩٧٦٩) تاريخ ١٣/١٢/١٩٩٥م، المرجع السابق، ج ١، ص ٢٩١.

(٥) قانون الأحوال الشخصية الأردني المواد (١٣٢، ١٣٣)، الهندي، دعوى التفريق للشقاق والنزاع، ص ١٤١، وما بعدها.

(٦) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان، قرار رقم (٣٥١٢٤) تاريخ ١٩/١٢/١٩٩٢م، المرجع السابق، ج ١، ص ٢٨٤.

(٧) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان، قرار رقم (٣٧٤٧٩) تاريخ ٢٨/٦/١٩٩٤م، المرجع السابق، ج ١، ص ٢٨٨.

(٨) قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة (١٣٢) فقره د/هـ).

فالقضاء الشرعي حريص كل الحرص على الإصلاح والتوفيق بين الطرفين ، فقد أوجب أولاً على المحكمة أن تبذل جهودها في الإصلاح ، واستتفاد كل السبل لهذه الغاية ، فإذا عجزت المحكمة أحالت الأمر إلى حكّمين أحدهما من أهل الزوجة ، والآخر من أهل الزوج ، إن أتمكن طمعاً في الإصلاح بينهما ، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن الإصلاح بين الخصوم أمر يسعى إليه القضاء الشرعي الأردني ويدعو إليه .

الثانية : في الخلع :

فقد نص القانون على أنه: "للزوجين بعد الدخول أو الخلوة أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فإن لم يتراضيا عليه ، وأقامت الزوجة دعواها بطلب الخلع ، مبيّنة بإقرار صريح منها، أنها تبغض الحياة مع زوجها ، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض ، وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية ، وخالعت زوجها ، وردت عليه الصداق الذي استلمته منه ، حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين ، فإن لم تستطع أرسلت حكّمين لموالاتة مساعي الصلح بينهما ، خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً ، فإن لم يتم الصلح حكمت المحكمة بتطبيقها عليه بائناً " (١) .

وما قيل هناك في الشقاق والنزاع يقال هنا من حيث دعوة الطرفين لجلسة المصالحة، وبذل المحكمة جهودها في الإصلاح بينهما بالذات وإحالة الأمر إلى الحكّمين إن عجزت هي عن الإصلاح، ولكن الفرق بينهما أن مهمة الحكّمين في الخلع هو محاولة الإصلاح فقط ، أما في دعوى التفريق فمهمتهما الإصلاح فإن عجزا فالحكم بالتفريق بالعوض .

٣- أوجب قانون أصول المحاكمات الشرعية في دعاوى النفقات قبل انتخاب الخبراء ، تكليف الطرفين الاتفاق على مقدار النفقة (٢) ، وهذا الاتفاق إنما هو نوع من الصلح على مقدارها .

ثانياً : محكمة الاستئناف الشرعية :

بالإضافة إلى ما سبق ذكره من قرارات لمحكمة الاستئناف الشرعية ، والتي تدل دلالة واضحة لا مجال للشك فيها ، من أن عرض الصلح على الخصوم مبدأ من أهم المبادئ القضائية التي يحرص عليها القضاء الشرعي الأردني ، فإنني أذكر على سبيل المثال لا الحصر مزيداً من هذه القرارات وهي :

١- " لأن التراضي صلح يمنع إعادة مناقشة النزاع فيما اصطلاحاً عليه عملاً بالمادة ١٥٥٦

(١) قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (٦ فقره /ج) .

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٨٤) .

من المجلة " (١)(٢) .

٢- "... الصلح عقد يرفع النزاع بالتراضي ينعقد بالإيجاب والقبول" (٣) .

٣- "... لأن التراضي صلح قطع كل جدل في تحديد النفقة" (٤) .

(١) حيث نصت المادة : "إذا تم الصلح فليس لواحد من الطرفين فقط الرجوع عنه ، ويملك المدعي بالصلح بدله، ولا يبقى له حق في الدعوى، وليس للمدعى عليه أيضاً استرداد بدل الصلح منه" ، علي حيدر، درر الحكام، ج ٤ ، ص ٥٦ .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٥٩٠٤٩) ، تاريخ ٩/١٠/٢٠٠٣ م .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم (٥٧٢٣٨) ، تاريخ ٦/٢/٢٠٠٣ م .

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٥٨٧١٠) ، تاريخ ١٧/٩/٢٠٠٣ م .

القاعدة الرابعة :

المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً ، أو أحل حراماً^(١) :

معنى القاعدة :

أنها توجب على كل مسلم أن يكون ملتزماً بما ألزم به نفسه تجاه الآخرين ، بحيث يوفي بالشرط الذي شرطه على نفسه ، ويحرص كل الحرص على تطبيقه ، والالتزام بالآثار المترتبة عليه ، دون محاولة التهرب أو التحايل في تطبيقه ، شريطة أن لا يؤدي الالتزام بهذا الشرط إلى تحريم ما هو حلال أو إباحة ما هو حرام ، فحينئذ يكون في حل من الالتزام بهذا الشرط المخالف لشرع الله .

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة من القرآن والسنة والإجماع والقياس وفيما يلي بيان لذلك :

أولاً : القرآن : حيث النصوص الأمرة بالوفاء بالعقود ، والعهود ، والوفاء بالشروط هو من باب ما أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود^(٢) ومن ذلك ما يلي :

قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(٣) ، وقوله تعالى : ﴿ وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا ﴾^(٤) .
وجه الدلالة : أن الله تبارك وتعالى أوجب على المسلمين أن يوفوا بعقودهم ، وعهودهم ، وأن يتموها على وفق ما عقدوا ، أو عاهدوا عليه الطرف الآخر^(٥) .

(١) البنجوري ، القواعد الفقهية ، ج ٣ ، ص ٢٤٩ ، الجزائري ، القواعد الفقهية المستخرجة من أعلام الموقعين ج ١ ، ص ٥٥٧ ، ولهذه القاعدة صيغ أخرى تفيد المعنى نفسه منها ما جاء في المجلة المادة (٨٣) ، يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٨٤ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤١٩ ، ومنها من شرط على نفسه طائفاً غير مكره فهو عليه ، قال الندوي : وهذه من العبارات الشهيرة التي تتسم بسمه القواعد وهي تسوغ الشروط الجعلية في أي عقد صحيح ، الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٣٠٠ ، وقد روى هذه القاعدة البخاري عن شريح ، البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الشروط ، باب ما يجوز من الاشتراط ، ج ٢ ، ص ٩٨١ ، وكيع ، أخبار القضاة ج ٢ ، ص ٣٤٠ ، وهذه القاعدة تعرف اليوم بأن العقد شريعة المتعاقدين .

(٢) أبو الطيب ، محمد شمس الحق ، (١٤١٥هـ) ، عون المعبود ، ط ٢ ، ١٠م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج ٩ ، ص ٣٧٣ .

(٣) سورة المائدة ، آية (١) .

(٤) سورة البقرة ، آية (١٧٧) .

(٥) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج ٦ ، ص ٢٤ ، الطبري ، جامع البيان ، ج ٢ ، ص ١١٨ .

ثانياً : السنة ، فقد وردت أحاديث كثيرة في الدلالة على مشروعية الشروط ، ووجوب الالتزام بها أذكر أهمها :

١- قوله ﷺ : " والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً ، أو أحل حراماً " (١) .
وجه الدلالة : أن هذا الحديث هو أصل القاعدة ، ومفاده أن الأصل في شروط المسلمين وجوب الوفاء بها ، إلا ما خالف شرع الله .

٢- قوله ﷺ : " أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج " (٢) .
وجه الدلالة : أن على المسلم أن يوفي بالشروط التي قطعها على نفسه ، وأولى هذه الشروط بالوفاء شروط النكاح .

ثالثاً : الإجماع : اتفق الفقهاء على وجوب الوفاء بالشروط الصحيحة ضمن العقود اللازمة (٣) .
رابعاً : القياس : فقد قاسوا الوفاء بالشروط على وجوب الوفاء بالنذر ، قال ابن القيم :
 فالشروط في حق المكلفين كالنذر في حقوق رب العالمين ، فكل طاعة جاز فعلها قبل النذر لزممت بالنذر ، وكذلك كل شرط قد جاز بذله بدون الاشتراط لزم بالشرط " (٤) .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الشروط الواجب الوفاء بها ، هي تلك الشروط الموافقة للشرع ، لأن المسلمين لا يستجيزون إحداث شروط لم يأذن الله تعالى بها ؛ لأنها شروط الشيطان وأتباعه لا شروط المسلمين ، فأبطل كل شرط لا يوافق الحق (٥) ، ولذا جاءت هذه القاعدة مقيدة بقولنا: إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً .

والفقهاء اشترطوا لوجوب الوفاء بالشرط عدة شروط أذكر أهمها على سبيل الإجمال دون التفصيل (٦) :

الشرط الأول : أن لا يكون مخالفاً للكتاب ، والسنة .

(١) الترمذي ، سنن الترمذي ، باب الأحكام ، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح ، وقال : حديث حسن صحيح ، ج ٣ ، ص ٦٣٤ ، الحاكم ، المستدرک على الصحيحين ، ج ٤ ، ص ١١٣ ، الحديث صحيح ، واللفظ للترمذي .

(٢) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الشروط ، باب الشروط في المهر ، ج ٢ ، ص ٩٧٠ ، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب النكاح ، باب الوفاء بالشروط في النكاح ، ج ٢ ، ص ١٠٣٥ ، واللفظ للبخاري .

(٣) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٣٠٢ ، البجنوردي ، القواعد الفقهية ، ج ٣ ، ص ٢٥٣ .

(٤) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٣٠٣ .

(٥) ابن حزم ، الإحكام ، ج ٥ ، ص ٢٤ .

(٦) البجنوردي ، القواعد الفقهية ، ج ٣ ، ص ٥٨ .

الشرط الثاني : أن يكون مقدوراً للمشرط عليه .

الشرط الثالث : أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء .

الشرط الرابع : أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد .

الشرط الخامس : أن ينص عليه في متن العقد .

وعليه فإن الشرط الجائز^(١) ، هو ما يقتضيه العقد ، أو يلائمه ، أو جرى العرف به ، أو

ورد من الشرع جوازه ، وفيما يلي بيان لذلك :

١- أما الشرط الذي يقتضيه العقد ، كأن يشترط على زوجته أن لا تخرج إلا بإذنه ، ولا تمنعه من نفسها ، أو كأن تشترط عليه العشرة بالمعروف ، والإنفاق عليها ، فهذه شروط من مقتضيات العقد تصح ، ويلزم الوفاء بها ، أما إذا كان الشرط يخالف مقتضى العقد ، كأن تشترط عليه أن لا يطأها لم يجب الوفاء بذلك الشرط^(٢) .

٢- أما الذي يلائم العقد ، كأن يبيع شخص بشرط أن المشتري عند البائع شيئاً معلوماً ، أو بشرط أن يحيل المشتري البائع على غيره لما يرجع إلى التوثيق والكفالة ، فالعقد صحيح والشرط لازم^(٣) .

٣- أما الذي جرى العرف به ، كمن اشترى نعلاً بشرط أن يشركها البائع صح العقد والشرط .

٤- أما الذي ورد الشرع بجوازه ، كمن اشترى بشرط خيار الشرط ونحوه ، من الخيارات فالشرط صحيح ، ويجب مراعاته^(٤) .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي^(٥) :

- ١- أن يشترط الرجل على زوجته ، أن لا تتصرف بشيء من متاعه إلا برضاه .
- ٢- أن تشترط الزوجة على زوجها أن يسكنها في محافظة جرش .
- ٣- لو شرط المودع للمودع عنده أن لا يخرج بها من بلده ، فإن خرج بها إلى بلد آخر فهلكت كان ضامناً .

(١) الشروط تقسم إلى جائز، وفساد، ولغو ، أما الفاسد فهو المخالف للشرع ، وأما شرط اللغو فهو لا يكون فيه نفع لأحد العاقدين أو يشترط فيه نفع لأحدهما على الآخر ولكن بعد العقد ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٨٤ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤١٩ .

(٢) الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج ٦ ، ص ٢٥٩ .

(٣) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٢٠ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٨٦ .

(٤) المراجع السابقة .

(٥) الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج ٦ ، ص ٢٥٩ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٢٠ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القضاء الشرعي الأردني يحترم إرادة المتعاقدين ، ويسعى جاهداً إلى تحقيق أي شرط فيه مصلحة مشروعة لصاحبه ؛ ذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين ، فإذا شرط أحدهما على الآخر شرطاً وكان له فيه مصلحة مشروعة ، فإن القضاء الشرعي الأردني يجيز هذا الشرط ، ويحكم بمقتضاه ، ويوجب على الطرف الآخر الالتزام به ^(١) ، ويمكن أن ندرك التطبيقات القضائية لقاعدة "المسلمون عند شروطهم" في القضاء الشرعي من خلال ما يلي :

أولاً : قانون الأحوال الشخصية : ومن مظاهر تطبيق القاعدة فيه ما يلي :

أ- الزواج : فقد نص القانون صراحة على أنه: "إذا اشترط في العقد شرط نافع لأحد الطرفين ، ولم يكن منافياً لمقاصد الزواج ، ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً ، وسجل في وثيقة العقد ، وجبت مراعاته ، وفقاً لما يلي ^(٢) :

١- إذا اشترطت الزوجة على زوجها ، شرطاً تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعاً ، ولا يمس حق الغير ، كأن تشترط عليه أن لا يخرجها من بلدها ، أو أن لا يتزوج عليها ، أو أن يجعل أمرها بيدها تطلق نفسها إذا شاءت ، أو أن يسكنها في بلد معين كان الشرط صحيحاً وملزماً ، فإن لم يف به الزوج فسخ العقد بطلب لزوجته ، ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية .

٢- إذا اشترط الزوج على زوجته شرطاً تتحقق له به مصلحة غير محظورة شرعاً ، ولا يمس حق الغير ، كأن يشترط عليها أن لا تعمل خارج البيت ، أو أن تسكن معه في البلد الذي يعمل هو فيه ، كان الشرط صحيحاً وملزماً ، فإن لم تف به الزوجة فسخ النكاح بطلب من الزوج ، وأعفي من مهرها ومن نفقة عدتها .

وفي هذا دلالة صريحة على أن القضاء الشرعي الأردني ، يحترم شروط المتعاقدين إذا كان لهم فيها مصلحة مشروعة ، ويوجب على الطرف الآخر ضرورة الالتزام بمقتضى الشرط المنصوص عليه في عقد الزواج ، وإلا وبناءً على طلب الطرف المتضرر من عدم تنفيذ الشرط فإن القاضي يفسخ عقد الزواج ^(٣) ، وللزوجة مطالبة زوجها بسائر حقوقها الزوجية إن كانت هي

(١) فقد نصت المادة (١٩٩/٢) من القانون المدني الأردني: "... أما حقوق فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما" ، وحقوق العقد هي ما يستتبعه العقد من التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتحفظه ، وتكمله ، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ج ١ ، ص ٢٢٨ ، كما نصت المادة (٨٣) من المجلة : "يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان" ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٨٤ .

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٩) .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٧٤٨٤) تاريخ ١٩٧٣/٤/٨م ، وقرار رقم (٢٦٩٢٠) =

صاحبة الشرط ، ويعفى الزوج من مهرها المؤجل،ومن نفقة عدتها إن كان هو صاحب الشرط.

ويلاحظ أن القضاء الشرعي الأردني قيد احترام الشرط في عقد الزواج بأمرين (١) :

الأول : أن لا ينافي الشرط مقاصد عقد الزواج ؛ كأن يشترط أحد الزوجين على الآخر أن لا يساكنه ، أو أن لا يعاشره معاشرة الأزواج .

الثاني : أن يؤدي الالتزام بالشرط ارتكاب ما هو محظور شرعاً؛ كأن يشترط أحد الزوجين على الآخر أن يشرب الخمر ، أو أن يقاطع أحد والديه .

فإذا كان الشرط من هذا القبيل كان الشرط باطلاً ، والعقد صحيحاً .

ب - الطلاق : فقد أجاز القانون تعليق الطلاق على شرط (٢) ، فلو قال الرجل لزوجته : إذا ذهبت إلى بيت أبيك فإنك طالق وكان قاصداً الطلاق ، فإن الطلاق هنا يقع إذا تحقق الشرط (٣) أي إذا ذهبت الزوجة إلى بيت أبيها ، أما إذا لم تذهب الزوجة إلى بيت أبيها ، فإنها لا تطلق وعليه فالقانون هنا لم يوقع الطلاق مباشرة ، بل احترم شرط الرجل ، وجعل وقوع الطلاق معلقاً على تحقيق الشرط .

ج - المخالعة : فقد نص القانون على أنه : "إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجره إرضاع الولد وحضانتها ، أو اشترط إمساكها له بلا أجره مدة معلومة ، أو إنفاقها عليه ، فتزوجت ، أو تركت الولد ، أو ماتت يرجع الزوج عليها بما يعادل أجره إرضاع الولد، وحضانتها ، ونفقتها عن المدة الباقية (٤) ، أما إذا مات الولد فليس للأب الرجوع عليها بشيء من ذلك عن المدة الواقعة بعد الموت (٥) .

فالقضاء الشرعي الأردني يؤكد على ضرورة الالتزام بما اتفق عليه من شروط ، وعلى

الزوجة المخالعة أن تتحمل ما يترتب عليها نتيجة مخالفتها هذه الشروط .

= تاريخ ٤/١٠/١٩٨٦م، وقرار رقم (٢٩٤٠٧) تاريخ ٣/١١/١٩٨٨م، وغيرها ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ٣٧٠ ، عمرو ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ص ٢٢٥ .

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٩ فقره ٣) .

(٢) المرجع السابق ، المادة (٩٦) .

(٣) ما لم يكن قصده الحمل على فعل شيء أو تركه ، فإن قصد ذلك ، فهنا لا يعمل بالشرط ، ولا يقع طلاقاً ، وعندها يدخل في قاعدة الأمور بمقاصدها .

(٤) أما إذا كانت الأم المخالعة معسرة وقت المخالعة ، أو أعسرت فيما بعد ، يجبر الأب على نفقة الولد ، وتكون ديناً له على الأم ، قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة رقم (١١٠) .

(٥) المرجع السابق ، المادة (١٠٩) .

هذا وقد استثنى القانون من قاعدة "المسلمون عند شروطهم" في هذا المجال مسألة وهي: إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة ، صحت المخالعة وبطل الشرط، وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه ، ويلزم والده بنفقته فقط إن كان الولد فقيراً^(١) . والسبب في استثناء هذه الحالة من قاعدة احترام الشرط في القضاء الشرعي الأردني ، هو أن الشرط هنا فيه مضرّة على الغير ، إذ يمس مصلحة المحضون ، ومصالحه المحضون تقتضي أن يبقى مع حاضنته ، إذ هي الأقدر على رعايته ، والقيام بشؤونه في هذه الفترة من عمره ، بخلاف والده والحضانة تدور مع مصلحة المحضون وجوداً وعدماء؛ وذلك لأن حق الحضانة يشتمل على ثلاثة حقوق ، حق الحاضنة ، وحق المحضون ، وحق الولي ، فإذا أمكن التوفيق بين هذه الحقوق الثلاثة فيها ونعمت ، وإن تعارضت قدم حق المحضون . فإذا أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة ، أو قبلت بشرط عدم المطالبة بها ، فهي كحاضنة ملزمة بهذا الشرط ، ولكن لما كان تنفيذ الشرط يتعارض مع حق المحضون ، قدم حق المحضون ، وحقه أن تحضنه أمه في هذه الحالة .

ومما ينبغي ذكره هنا أن القضاء الشرعي الأردني اشترط لاعتبار الشرط في العقد أمرين :

أولاً : أن يسجل في وثيقة العقد^(٢) .

ثانياً : أن يوافق الطرف الآخر على ذلك الشرط ، بحيث تكون صيغة الإيجاب والقبول التي تم بموجبها متضمنة لذلك^(٣) .

ثانياً : محكمة الاستئناف الشرعية :

تبين فيما سبق إلى بعض القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف الشرعية ، الدالة على تطبيق قاعدة "المسلمون عند شروطهم" ، ولكن حتى يزداد الأمر وضوحاً فقد نصت محكمة الاستئناف الشرعية صراحة على ذلك ، ومن أهم هذه القرارات ما يلي :

١- "... المستأنف عليها أبرأت المستأنف من نفقة صغيرها مدة الحضانة مقابل الطلاق ،

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة (١١١) .

(٢) المرجع السابق ، المادة (١٩) .

(٣) عمرو ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ص ٢٢٥ ، قرار رقم (١٦٥٠٦) ، وجاء في قرار آخر: "إذا اشترطت الزوجة على زوجها في عقد الزواج أن تطلق نفسها متى شاعت ، فوافق الزوج على ذلك ، فلها أن تطلق نفسها استعمالاً لهذا الشرط " ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٤٠٧٦٨) تاريخ ٢٤/٦/١٩٩٦م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ٣٧٩ .

والمستأنف عليه ما كان ليقبل بالطلاق بغير ذلك ، فكان من الأولى إعمال إرادة المتعاقدين ، وإلزام كل واحدٍ منهما بما إلتزمه ، والمسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً ، أو حرم حلالاً (١) .

٢- "... أن الشرط الذي يعود لها (أي الزوجة) نفعه وفائدته ، يلزم الوفاء به ، وإن لم يفعل فلها فسخ النكاح ، وأنه من مصلحة المرأة ، وما كان مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده ، ولا يمنع المقصود من النكاح فكان لازماً ، وقد استدل لذلك بقوله عليه الصلاة والسلام: " المسلمون عند شروطهم " (٢) ، وكانت الزوجة قد اشترطت على زوجها إذا لعب القمار ، فهي طالق منه طلقاً واحدة تملك بها نفسها ، وقد قبل بذلك .

(١) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٣٨٦٤٧) تاريخ ١٩٩٥/٣/٣٠م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ٢ ، ص ١٢٦٧ .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٠٣٢٨) تاريخ ١٩٥٩/٥/٢٦م ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٣٦٨ ، عمرو ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ص ٢٢٨ .

القاعدة الخامسة :

لا ينكر^(١) تغير الأحكام بتغير الزمان^(٢) :

معنى القاعدة :

الأحكام الشرعية الجزئية المبنية على العادات والأعراف ، قد تتغير وتتبدل نتيجة تغير هذه العادات والأعراف ؛ "وذلك لأن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت"^(٣) ، بخلاف الأحكام المبنية على نصوص شرعية ثابتة ، فإنها لا تتغير ولا تتبدل^(٤) ، وفي هذا تأكيد على سعة أفاق الفقه الإسلامي ، وكفاءته الكاملة لتقديم الحلول الناجعة للمسائل والمشاكل المستحدثة وصلاحيته لمسيرة ركب الحياة ، ومناسبته لجميع الأزمنة والأمكنة^(٥) .

وتجدر الإشارة هنا إلى التنبيه على مسألتين :

الأولى : أنه لا بد من تقييد القاعدة بالقيد التالي : لا ينكر تغير الأحكام المبنية على المصلحة والعرف بتغير الزمان ؛ وذلك لأن الأحكام الشرعية نوعان^(٦) :

(١) النكر : من نكر الشيء وأنكره إنكاراً لم يقبله قلبه، ولم يعترف به لسانه ، وأصله في اللغة خلاف المعرفة التي يسكن إليها القلب ، ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ج ٥ ، ص ٤٧٦ .

(٢) القرافي ، الفروق ، ج ١ ، ص ٣٢٢ ، الشاطبي ، الموافقات ، ج ٢ ، ص ٥٧١ ، ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ١١ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٤٧ ، المادة (٣٩) من المجلة ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٢٢٧ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ٩٥٣ ، الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ١٢٣ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٣١١ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ٢٥٩ .

(٣) القرافي ، الفروق ، ج ١ ، ص ٣٢٢ .

(٤) هذا وقد اعتبر بعض الباحثين هذه القاعدة من قبيل نظرية العرف، أو أنها تنفرع عن قاعدة العادة محكمة ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ٢٥٩ ، بينما ذهب الشيخ الزرقا - رحمه الله - إلى القول : بأنها تابعة لقاعدة المصالح المرسله ؛ وذلك لأن قعود الهمم، وفساد الذمم، وقلة الورع، وكثرة الطمع ، والمستحدثات الجديدة ليست أعرافاً يتعارفها الناس ، ويبنون عليها أعمالهم ومعاملاتهم ، وإنما هي انحلال في الأخلاق يضعف الثقة، أو هي اختلاف في وسائل التنظيم الزمني، وكل ذلك يجعل الأحكام التي أسسها الاجتهاد في ظروف مختلفة عن الظروف الجديدة غير صالحة التحقيق الغاية الشرعية من تطبيقها ، فيجب أن تتغير إلى الشكل الذي يتناسب مع الأوضاع القائمة، ويحقق الغاية الشرعية من الحكم الأصلي ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام، ج ٢ ، ص ٩٥٧ .

(٥) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٢٦ .

(٦) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ، ص ٤٧ .

الأول : ما يكون مستنده النص الصريح من القران ، والسنة النبوية ، والإجماع فهذا النوع لا يخضع للتبديل والتغيير ؛ لأن التغيير نسخ للأحكام الشرعية ، ولا نسخ وفاة النبي ﷺ (١) .

الثاني : ما يكون مستنده الاجتهاد من مصلحة ، أو قياس ، أو عرف ، أو عادة فهذا النوع هو محل التغيير والتبديل ، يهدف إلى إقامة العدل وجلب المصالح ودرء المفسدات ، لكي يختار ما هو أصلح في التنظيم نتاجاً ، وأنجح في التقويم علاجاً (٢) .

الثانية : أن تغيير الأحكام المبنية على المصلحة والعرف بتغيير الزمان ، لا يكون بالتشهي أو تبعاً لأهواء الناس ، بل وضع العلماء أسباباً توجب تغيير الأحكام بسببها منها ما يلي :

السبب الأول : فساد الأخلاق ، وفقدان الورع ، وضعف الوازع الديني ، وهذا يسمى " بفساد الزمان " (٣) ، ومن ذلك قول عمر بن عبد العزيز : " ستحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور " (٤) .

السبب الثاني : حدوث أوضاع تنظيمية ، ووسائل زمنية جديدة ، من أوامر قانونية مصلحة وترتيبات إدارية وأساليب اقتصادية (٥) ، وغيرها مما يستدعي تغيير الأحكام المبنية عليها ، ومن ذلك ما يتخذه الحكام ، وولاية الأمور من الوسائل ، والأنظمة في سياسة الملك والإمارة ، وحفظ الأمن والنظام ، فإن ذلك يختلف باختلاف عرف الناس وعاداتهم بحسب الأزمنة والأمكنة ، والبيئات ، والأمم والشعوب (٦) .

السبب الثالث : تبدل أحوال الناس وعوائدهم ، وعرفهم وأطوارهم ، الأمر الذي يترتب عليه تبدل الأحكام الشرعية المبنية على العادة والعرف (٧) .

السبب الرابع : حدوث معطيات علمية جديدة ، تستدعي تغيير الحكم الذي بني على معطيات علمية قديمة ، ومن ذلك اختلاف الفقهاء في أقصى مدة الحمل ، فجاء العلم الحديث ليؤكد على أن الحمل لا يمكن أن يتأخر أكثر من شهر زيادة على التسعة أشهر .

(١) شبير ، القواعد الكلية ، ص ٢٦٣ .

(٢) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ٩٤٢ .

(٣) المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٩٤٣ .

(٤) الزرقاني ، محمد بن عبد الباقي ، (١١٢٢هـ/١٧١٢م) ، شرح الزرقاني ، ط ١ ، ٤م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١١هـ ، ج ٤ ، ص ٤٤ .

(٥) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ٩٤٣ .

(٦) شبير ، القواعد الفقهية ، ص ٢٦٥ .

(٧) الملاح ، عمدة الحاكم ، ص ٩١ .

السبب الخامس : حدوث ضرورات وحاجات عامة ، تتطلبها الحياة المعاصرة ، مما يستدعي تغيير بعض الأحكام القديمة ، ومن ذلك أفتى المتأخرون من الفقهاء بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن ، والآذان ، والإقامة وغير ذلك (١) .

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بأدلة من الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، وأثار الصحابة والمعقول وفيما يلي بيان لذلك :

أولاً : من الكتاب: قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عَشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُوا مِائَتِينَ وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ يَغْلِبُوا أَلْفًا مِّنَ الَّذِينَ كَفَرُوا بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَفْهَمُونَ الْآنَ خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا فَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتِينَ وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوا أَلْفِينَ يَا ذَنُ اللَّهِ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ ﴾ (٢) .

وجه الدلالة : ما روي عن ابن عباس ؓ أنه قال : "نزلت "إن يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين" ، فشق ذلك على المسلمين حين فرض الله عليهم ألا يفر واحد من عشرة ثم أنه جاء التخفيف فقال : " الْآنَ خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ " فهو من قبيل التخفيف لا النسخ (٣) ، بمعنى أن الحكم قد تغير بحسب الحال ففي حال القوة يعمل بالآية الأولى، وفي حال الضعف يعمل بالثانية(٤) **ثانياً : من السنة :** أن النبي ﷺ نهى عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاثة أيام ، وأمر بالتصدق بالباقي ، ثم أجاز النبي ﷺ في العام الثاني الادخار فقال ﷺ : "كلوا ، وأطعموا ، وادخروا ، فإن ذلك العام كان بالناس جهد ، فأردت أن تعينوا فيها" (٥) .

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ نهى عن الادخار في السنة الأولى ، وذلك لوجود حالة خاصة ، وهي وجود ضيوف وافدين على المدينة ، وهم يحتاجون إلى الإكرام ، بينما أذن لهم النبي ﷺ بالادخار في السنة التالية ؛ لأن الظرف العارض قد ارتفع ، وزالت تلك العلة مما يدل على أن الحكم المبني على حالة طارئة يتغير بتغير تلك الحالة (٦) .

(١) شبير ، القواعد الكلية ، ص ٢٦٥ ، ص ٢٦٥ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٣١٦ .

(٢) سورة الأنفال ، آية (٦٥-٦٦) .

(٣) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج ٨ ، ص ٣٠ .

(٤) شبير ، القواعد الكلية ، ص ٢٦١ .

(٥) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الأضاحي ، باب ما يكل من لحوم الأضاحي ، ج ٥ ، ص ٢١١٥ ، مسلم ،

صحيح مسلم ، كتاب الأضاحي ، باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي ، ج ٣ ، ص ١٥٦٣ ،

واللفظ للبخاري .

(٦) شبير ، القواعد الكلية ، ص ٢٦١ .

ثالثاً: الإجماع: اتفق الفقهاء على أن الأحكام الاجتهادية المبنية على العرف والعادة تتغير بتغير الزمان (١) .

رابعاً: من الآثار : ومن ذلك تغير الحكم بالنسبة لالتقاط ضالة الإبل ، فقد سئل النبي ﷺ عنها فقال : "معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء ، وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها (٢) ، اي أن النبي ﷺ نهى عن التقاطها ، ولما تغير الأمر في زمن عثمان بن عفان ﷺ أمر بالتقاط ضوال الإبل ، وبيعها كبقية الضوال على خلاف ما أمر به النبي ﷺ ، فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها ؛ وذلك لأن عثمان ﷺ رأى أن الناس قد دب إليهم فساد الأخلاق والذم ، وامتدت أيديهم إلى الحرام ، فهذا التدبير أصون لضالة الإبل وأحفظ لحق صاحبها ، خوفاً من أن تنالها يد السارق أو طامع (٣) .

خامساً : المعقول :

١- فإن الجمود على الأحكام المبنية على العوائد والأعراف المتغيرة يوقع الناس في حرج شديد ، ومشقة وتكليف ما لا سبيل إليه (٤) ، ولذا يقول القرافي - رحمه الله - : "الجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين ، وجهل بمقاصد علماء المسلمين ، والسلف الماضين" (٥) ، وقال ابن القيم- رحمه الله - في وصف فصل تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد : " هذا فصل عظيم النفع جداً ، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم ، أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه... ، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ، ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة (٦) .

٢- ثم إن تغير الأحكام بتغير الزمان سنة الله سبحانه وتعالى في تشريعه لعباده ، فإنه تعالى حين خلق الإنسان ، وكان الحال ضيقاً لقلة عدد الذرية أباح الأخت لأخيها ، ووسع في أشياء كثيرة ، وبقي ذلك إلى أن حصل الاتساع ، وكثرت الذرية فحرم ذلك في زمن بني إسرائيل،

(١) القرافي ، الفروق ، ج١ ، ص ٣٢٢ .

(٢) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب اللقطة ، باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة ، ج ٢ ، ص ٨٥٦ ، مسلم ،

صحيح مسلم ، كتاب اللقطة ، ج ٣ ، ص ١٣٤٧ ، اللفظ لهما .

(٣) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ٩٥١ .

(٤) شبير ، القواعد الكلية ، ص ٢٦٢ .

(٥) القرافي ، الفروق ، ج ١ ، ص ٣٢٢ .

(٦) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج ٣٣ ، ص ١١ .

وحرمة السبت ، والشحوم ، ولحوم الإبل ، وأموراً كثيرة ، وكانت توبة الإنسان بقتله نفسه ، وإزالة النجاسة بقطعها ، إلى غير ذلك من التشديدات ثم لما جاء آخر الزمن وضعف التحمل ، وقل الجلد لطف الله سبحانه وتعالى بعباده ، وخفف عنهم بإحلال تلك المحرمات ورفع تلك التكاليف ، وقبول التوبات كل ذلك بحسب اختلاف الأحوال والأزمان سنة الله الجارية في خلقه^(١) من الأمثلة على القاعدة ما يلي^(٢) :

١- أنه لما ندرت العدالة ، وعزت في هذه الأزمان ، قالوا : بقبول شهادة الأمثل فالأمثل ، والأقل فجوراً فالأقل^(٣) .

٢- وكذلك في تعيين القضاة ، إذا لم يوجد عدول ، أقمنا أصلحهم ، وأقلهم فجوراً لئلا تضيع المصالح ، وتتعطل الحقوق ، والأحكام^(٤) .

٣- القيام بالعبادات والأعمال الدينية الواجبة كالإمامة ، وخطبة الجمعة ، وتعليم القرآن ، لا يجوز أخذ الأجرة عليها ، بل على المقتدر أن يقوم بذلك مجاناً ؛ لأنه واجب شرعي غير أن المتأخرين من الفقهاء لاحظوا قعود الهمم عن هذه الواجبات ، وانقطاع الجرايات من بيت المال إلى العلماء مما اضطرهم إلى التماس الكسب ، حتى أصبح القيام بهذه الواجبات غير مضمون إلا بأجر ، ولذلك أفتى المتأخرون بجواز أخذ الأجر عليها ، حرصاً على تعليم القرآن ، ونشر العلم ، وإقامة الشعائر الدينية بين الناس^(٥) .

(١) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٢٨٨ .

(٢) علي حيدر ' درر الحكام ، ج ١ ، ص ٤٧ ، المحاسني ، شرح المجلة ، ج ١ ، ص ٦٤ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٢٢٧ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ٩٤٥ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٣١٤ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ٢٦٦ .

(٣) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٢٢٩ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ٩٤٨ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القضاء الشرعي الأردني يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية التي منها أحكام ثابتة لا تتغير بتغير الزمان والمكان ، وأحكام اجتهادية تابعة للعرف والعادة تتغير بتغيرهما ، من هنا فإن القضاء الشرعي الأردني فيه أحكام ثابتة لا تتغير ولا تتبدل ، وفيه أيضاً أحكام متغيرة تبعاً لتغير الزمان والمكان ، والأعراف والتقاليد ، ولذا يمكن للباحث أن يستنتج أهم التطبيقات القضائية على القاعدة من خلال ما يلي :

أولاً : قانون الأحوال الشخصية :

١- تغير سن الزواج المسموح به :

حيث نصت المادة (٥) على أنه : " يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين ، وأن يتم الخاطب السنة السادسة عشرة ، وأن تتم المخطوبة الخامسة عشرة من العمر (١) .

ولكن هذا الحكم قد تغير فأصبح يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين ، وأن يكون كل منهما قد أتم الثامنة عشرة من عمره ، ويستثنى من ذلك أنه يجوز للقاضي أن يأذن بزواج من لم يتم منهما هذا السن ، إذا كان قد أكمل الخامسة عشرة من عمره ، وكان في مثل هذا الزواج مصلحة حددت أسسها بمقتضى تعليمات أصدرها قاضي القضاة لهذه الغاية (٢) .

والسبب في تغير الحكم في سن الزواج هو تعير الزمان ، حيث أن الناظر في تصرفات من يبلغ في زماننا الخامسة عشرة من عمره ، يجد أنها لا تؤهله لأن يصبح زوجاً ، وأباً لأسرة ويتحمل مسؤولياتها ، ولذا كثر وقوع الطلاق من أمثال هؤلاء لأنه لا يدرك معنى الزواج ، وما هي الآثار المترتبة عليه ، ومن هنا تغير الحكم فأصبح الأصل المنع من الزواج لمن لم يكمل الثامنة عشرة من عمره ، والاستثناء الجواز ، إذا وجدت مصلحة في مثل هذا الزواج .

٢- الإخبار عن الزواج المكرر :

فإن قانون الأحوال الشخصية الأردني ، لم يكن يشترط على القاضي قبل إجراء عقد الزواج المكرر أن يتحقق مما يلي :

(١) قانون الأحوال الشخصية ، المادة (٥) .

(٢) قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية المادة (٢) حيث ألغت المادة (٥) من القانون الأصلي .

١- قدرة الزوج المالية على المهر والنفقة .

٢- إخبار الزوجة الثانية بأن الزوج متزوج بأخرى .

ومن ثم إعلام الزوجة الأولى من قبل المحكمة بعقد الزواج المكرر، بعد إجراء عقد الزواج ، بينما اشترط ذلك القانون المعدل لقانون الأحوال الشخصية الأردني (١) ، والسبب في تغيير الحكم يعود إلى : أن الزواج المكرر يؤدي في الغالب إلى حدوث مشاكل أسرية، فكثير ممن يقدمون على هذه الخطوة لا يخبرون الزوجة الأولى بهذا الزواج ، وقد يبقى الأمر سراً فترة طويلة من الزمن ، وقد ينجب من زوجته الثانية أولاداً ، وعند وفاته ينكشف الأمر ، ويظهر للمتوفى ورثة جدد ، ولا يخفى على أحد ما يترتب على ذلك من مشاكل ، ومن هنا جاء القانون المعدل لمعالجة هذه المشكلة ، وألزم إخبار كلا الزوجتين الأولى والثانية بالزواج .

٣- نفقة الزوجة العاملة :

حيث نص قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه : " لا نفقة للزوجة التي تعمل خارج البيت بدون موافقة الزوج (٢) .

بينما ذهب القانون المعدل إلى القول بأن الزوجة التي تعمل تستحق النفقة بشرطين :

أ- أن يكون العمل مشروعاً .

ب- موافقة الزوج على العمل صراحةً ، أو دلالة ، ولا يجوز له الرجوع عن موافقته إلا لسبب مشروع ، ودون أن يلحق بها ضرراً (٣) .

والسبب في تغيير الحكم هذا أنه يتفق مع تطورات العصر الذي نعيش فيه ، حيث أصبحت المرأة تشارك الرجل في تحمل أعباء الحياة ، وفي أغلب الأحيان فإن الرجل يتقدم لخطبة الفتاة وهي موظفة ، فيكون قد رضي بأن تعمل خارج البيت دلالة ، فالقول بحرمانها من النفقة إضرار بها ، وحرمان لها من جني ثمار دراستها ، كما أن نسبة النساء العاملات زادت زيادة مضطرة ، وقد كان بعض الأزواج يتعسف ويطلب من زوجته ترك العمل ، وإلا اعتبرت ناشز ، فجاء القانون لمنع هذا التعسف دون أن يلحق بها ضرراً ، وهذا ما عالجته القانون الجديد

(١) قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٣) .

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٦٨) .

(٣) قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٥) وألغى المادة السابق .

٤- تغيير مقدار النفقة :

فلو أصدر القاضي في المحكمة الشرعية حكماً يقضي بأن تكون نفقة الزوجة مثلاً على زوجها خمسين ديناراً شهرياً ، فإن هذا الحكم ليس ثابتاً ، وإنما يقبل التغيير ، وخاصة عند حدوث ظروف استثنائية كارتفاع الأسعار مثلاً ، وهذا ما نصت عليه المادة (٧١) من قانون الأحوال الشخصية : " لا تسمع دعوى الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على فرضها، ما لم تحدث طوارئ استثنائية كارتفاع الأسعار (١) .

فالمادة صريحة في أن حكم تقدير النفقة من الأحكام الاجتهادية التي تتغير بتغير الزمان .
ثانياً : **عمل محكمة الاستئناف الشرعية** : حيث أن اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في بعض قراراتها يشير إلى هذه القاعدة ، ومن أهم الأمثلة على ذلك ما يلي :

١- نفقة الزوجة المحترفة : "... بأن الزوجة معذورة في احترافها ، لاشتغالها بمصالحها فلا تسقط بذلك نفقتها ، وقد أخذت بهذا الرأي المحكمة الاستئنافية في قرارها رقم (١١٦٦٧) تاريخ ١٩٦١/٩/٢٥ م ، والمحاكم الشرعية في مصر ، وهذا الرأي هو حري بالقبول ، وأجدر أن يسار على نهجه ؛ لأنه يتفق مع تطورات الزمن ، وطبيعة العصر ، الذي نعيش فيه ، حيث تشارك المرأة الرجل تحمل أعباء الحياة ، لأننا إذا قلنا بالرأي الأول (وهو أن الزوجة المحترفة إذا منعها زوجها من العمل ، ولم تجبه إلى طلبه فلا نفقة لها) ، وطلبنا من الزوجة أن تدع العمل اضربنا بها ، وحرمانها من جني ثمار دراستها ، وقطع مورد عن الزوج يعينه وينفس عن بعض ضيقه ، وخصوصاً في هذه الأيام التي استحكمت فيها الغلاء الفاحش ، والضيق الاقتصادي (٢) .

٢- زيادة نفقة زوجه : "... ولدى التدقيق تبين أن المستأنفة طلبت زيادة النفقة المفروضة لها على زوجها المستأنف عليه ، قبل مضي ستة أشهر على تاريخ فرضها ، وذكرت سببين موجبين لهذه الزيادة ، هما ارتفاع أسعار الحاجيات ، وتغير حال الزوج بتحسنته المالية ، وهما من الأسباب التي تدرج فيما يعتبر طارئاً بعد الفرض (٣) .

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٧١) .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٨٩٠٠) تاريخ ١٩٦٧/٤/٢٨ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ٢ ، ص ١١٢٢ .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٩٤٣٨) ، تاريخ ١٩٧٧/٥/٢ م ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ١١٢٨ .

القاعدة السادسة :

الحدود تدرأ بالشبهات (١) :

معنى القاعدة :

هذه قاعدة جليلة في باب القضاء يتجلى فيها الاحتياط ، والتدقيق في تنفيذ الحدود والقضاء بها (٢) من قبل القاضي ومفادها أن الشبهة إذا وجدت كانت سبباً لسقوط الحد ومانعاً من إقامته على الفاعل .

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة من السنة ، والإجماع ، وأثر الصحابة ، والمعقول :

أولاً : من السنة :

١- قوله ﷺ : " ادروا الحدود بالشبهات " (٣) .

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ أمرنا أن ندفع إقامة الحد بالشبهات ، وهذا الحديث أصل

القاعدة الفقهية.

٢- قوله ﷺ : " ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلو سبيله ، فإن الإمام أن يخطئ في العفو ، خير من أن يخطئ في العقوبة " (٤) .

٣- ويشهد لهذه القاعدة أيضاً ما ثبت عن النبي ﷺ في وقائع عديدة من احتياطه في إقامة الحد

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٢٩ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٣٧٩ ، القرافي ، الفروق ، ج ٤ ، ص ٣١٣ ، العلائي ، المجموع المذهب ، ج ٢ ، ص ٣٠٣ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٧٣ ، الزركشي ، المنثور ، ج ١ ، ص ٤٠٠ ، وقد وردت هذه القاعدة بصيغ أخرى منها: " الحدود تسقط أو تدرأ بالشبهات بخلاف الحقوق ، " والحدود مبناها على الإسقاط والدرء بالشبهات " ، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج ٥ ، ص ٩٧ .

(٢) النووي ، القواعد الفقهية ، ص ٢٤٢ .

(٣) ابن كثير ، أبو الفداء إسماعيل بن عمر ، (ت ٧٧٤هـ / ١٣٧٢م) ، تحفة الطالب ، ط ١ . م ، (تحقيق : عبد الغني الكبيسي) دار حراء ، مكة المكرمة ، ١٤٠٦هـ ، وقال : هذا الحديث لم أره بهذا اللفظ ، ص ٢٢٦ ، الكناني ، مصباح الزجاجة ، كتاب الحدود ، باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات ، قال : حديث ضعيف ، ضعفه أحمد وابن معين والدارقطني والنسائي ، ج ٣ ، ص ١٠٣ ، الحديث ضعيف ، واللفظ لهما ، ولكن العمل عليه .

(٤) الترمذي ، سنن الترمذي ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في درء الحدود ، وقال : حديث عائشة لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد ، وهو ضعيف ، ج ٤ ، ص ٣٣ ، ابن الملقن ، خلاصة البدر الطالع ، ج ٢ ، ص ٣٠٢ ، الزيلعي ، نصب الرأية ، ج ٣ ، ص ٣٠٩ ، الحديث ضعيف ، واللفظ للترمذي ، ولكن العمل عليه .

وفي ذلك يقول ابن الهمام : "وفي تتبع المروي عن النبي ﷺ والصحابة ما يقطع في المسألة، فقد علمنا أنه عليه الصلاة والسلام قال لماعز : لعلك قبلت ، أو غمزت ، أو نظرت (١) ... كل ذلك يلقنه أن يقول نعم بعد إقراره بالزنا ، وليس لذلك فائدة إلا لكونه إذا قالها ترك ، وإلا فلا فائدة، ولم يقل لمن اعترف عنده بدين : لعله كان وديعة عندك فضاعت ونحوه ، وكذا قال للسارق ، وللغامدية نحو ذلك ، فالحاصل من هذا كله كون الحد يحتال في درئه بلا شك ، ومعلوم أن هذه الاستفسارات المفيدة لقصد الاحتياط للدرء كلها كانت بعد الثبوت لأنه كان بعد صريح الإقرار، فكان هذا المعنى مقطوعاً بثبوته من جهة الشرع ، فكان الشك فيه شكاً في ضروري فلا يلتفت إلى قائله ولا يعول عليه (٢) .

ثانياً : الإجماع : فقد أجمع الفقهاء على أن الحدود تدرأ بالشبهات (٣) .

ثالثاً : من الآثار :

إن المنتبغ لما روي عن النبي ﷺ والصحابة ما يقطع بأن الحدود تدرأ بالشبهات ، ولذا فإنني أقتصر على ذكر بعض هذه الآثار :

١- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : " لأن أعطل الحدود بالشبهات ، أحب إليّ من أن أقيمها" (٤) .

٢- ما وروي عن بعض الصحابة أنهم قالوا : " إذا اشتبه عليك الحد فادراه" (٥) .

٣- ما روي عن عبد الله بن مسعود أنه قال : " ادروا القتل والجلد عن المسلمين ما استطعتم" (٦) رابعاً : المعقول : فإن الحدود مبناها على الستر ، وإذا كان الأمر كذلك فالعقل يقتضي أن تدرأ الحدود بالشبهات تحقيقاً لهذه الغاية ، وفي ذلك يقول ابن القيم - رحمه الله - : "إنما أمر الله سبحانه بالعدد في شهود الزنا؛ لأنه مأمور فيه بالستر ، ولهذا غلظ فيه النصاب ، فإنه ليس هناك حق يضيع وإنما حد وعقوبة ، والعقوبات تدرأ بالشبهات" (٧) .

(١) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب المحاربيين من أهل الكفر والردة ، باب هل يقول الإمام للمقر لعلك لمست أو غمزت ، ج ٦ ، ص ٢٥٠٢ .

(٢) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٢٤٩ .

(٣) ابن المنذر ، الإجماع ، ص ١١٣ .

(٤) ابن أبي شيبة ، المصنف في الأحاديث والآثار ، ج ٥ ، ص ٥١١ .

(٥) الصحابة هم معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص ٥١١ .

(٦) المرجع السابق ، ج ٥ ، ص ٥١١ .

(٧) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج ١ ، ص ٧٦ .

٢- ثم إن الأصل في القاضي أن يقضي بالحق بعدما يثبت له بصورة قاطعة لا تحتل الريبة، أو الشك إبراءً لذمته أمام الله سبحانه وتعالى ، أما إذا لم يظهر له وجه الحق بصورة واضحة، فعليه أن يدرا الحد بهذه الشبهة ؛ لأن القاضي أن يخطئ في العفو ، خير من أن يخطئ في العقوبة .

وتجدر الإشارة هنا إلى عدة مسائل أهمها :

١- أن الشبهة التي تسقط الحد لا بد أن تكون قوية ذات دليل ، ولذا قال السيوطي : " وشرط الشبهة أن تكون قوية ، وإلا فلا أثر لها " (١) .

٢- أن الشبهة وإن أسقطت الحد ، إلا أنها لا تسقط التعزير ، بل يثبت التعزير بها (٢) .

٣- أن الشبهة التي تسقط الحد ، قد تكون في الفاعل كمن وطئ امرأة ظنها حليلته ، أو كمن وجد امرأة على فراشه فظنها زوجته فوطئها (٣) ، وقد تكون في المحل ، وذلك كدرء القطع بسرقة أحد الشريكين (٤) ، وقد تكون في الطريق ، وذلك بأن يكون حلالاً عند قوم ، حراماً عند آخرين (٥) ، كالنكاح بلا ولي ، ولا شهود ، بشرط أن يكون ذلك الخلاف معتبراً ، فمتى وجدت

(١) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٧٥ ، وتعجب الحنفية من هذا الشرط ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٣٠ ، بينما ذهب الحموي إلى القول : القول : لا عجب في المسائل الاجتهادية المبنية على الأدلة الصحيحة الشرعية ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٣٨٨ .

(٢) إذ لو سقط التعزير بالشبهة لعمت الفوضى ، واضطرب الأمن ، والسياسة الشرعية تقتضي بذلك لاستقرار الأمة ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٧٥ ، كلام المحقق ، هذا وقد اختلف الفقهاء في إسقاط الكفارة بالشبهة ، فذهب الشافعية إلى سقوطها ، بينما ذهب الحنفية إلى ثبوت الكفارة مع وجود الشبهة إلا كفارة الفطر في رمضان فإنها تسقطها ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٣٠ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٧٥ ، وقال القفال : لا تسقط الفدية بالشبهة ؛ لأنها تضمنت غرامة ، بخلاف الكفارة فإنها تضمنت عقوبة فالتحقت في الإسقاط بالحد ، وتسقط الإثم ، والتحريم إن كانت في الفاعل دون المحل ، المرجع السابق .

(٣) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٧٣ ، العلاني ، المجموع المذهب ، ج ٢ ، ص ٣٠٣ .

(٤) العلاني ، المجموع المذهب ، ج ٢ ، ص ٣٠٣ .

(٥) وهنا ليس اختلاف العلماء هو الشبهة ، ولذلك لم يلتفت إلى خلاف عطاء بإباحة الجوارح للوطء ، وإنما الشبهة في التعارض بين أدلة التحريم والتحليل ، وكل قائم دليلاً وليس أحدهما أولى من الآخر ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٧٣ ، العلاني ، المجموع المذهب ، ج ٢ ، ص ٣٠٣ ، العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، ج ٢ ، ص ١٦١ .

شبهة من هذه الثلاث أسقطت الحد عن الواطئ^(١) .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي^(٢):

- ١- لا قطع بسرقة مال أصله ، وفرعه لشبهة استحقاق النفقة^(٣) .
- ٢- لا حد في الوطء في النكاح بلا ولي ولا شهود^(٤) .
- ٣- يسقط الحد على من وجد امرأة على فراشه فظننها زوجته فوطئها^(٥) .

(١) العلائي ، المجموع المذهب ، ج ٢ ، ص ٣٠٣ ، هذا عند الشافعية ، أما عند الحنفية فقد قسموا الشبهة إلى

قسمين : شبهة في الفعل ، وشبهة في المحل ، ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٢٥ .

(٢) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٢٩ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج ١ ، ص ٣٨٠ ، العلائي ،

المجموع المذهب ، ج ٢ ، ص ٣٠٣ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ، ص ٢٧٣ ، البورنو ، موسوعة

القواعد الفقهية ، ج ٥ ، ص ٩٠ .

(٣) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ٢ ، ص ٢٧٤ .

(٤) العلائي ، المجموع المذهب ، ج ٢ ، ص ٣٠٣ .

(٥) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٢٥٠ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

لقد حددت المادة (١٠٥) من الدستور الأردني الاختصاص للمحاكم الشرعية حيث نصت على ما يلي : "للمحاكم الشرعية وحدها حق القضاء ،وفق قوانينها الخاصة في الأمور التالية^(١) :

- ١- مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين .
- ٢- قضايا الدية إذا كان الفريقان كلاهما مسلمين ، إن كان أحدهما غير مسلم ورضي الفريقان أن يكون حق القضاء في ذلك للمحاكم الشرعية .
- ٣- الأمور المختصة بالأوقاف الإسلامية .

كما جاءت المادة الثانية من قانون أصول المحاكمات الشرعية مفصلة لهذه المسائل التي نص عليها الدستور ^(٢) ، ولم يذكر القانون الحدود من ضمن هذه المسائل التي هي من اختصاص المحاكم الشرعية النظر فيها ، وعليه فإن الأصل في قاعدة الحدود تدرأ بالشبهات لا وجود لها في القضاء الشرعي الأردني ؛ لأن موضوعها الحدود والتي هي ليست من اختصاص المحاكم الشرعية الأردنية .

ولكن القضاء الشرعي الأردني قد استثنى من ذلك دعوى إثبات الردة ،حيث جاء في أحد قرارات محكمة الاستئناف الشرعية، أنه قد جرى العمل لدى محكمة الاستئناف الشرعية قديماً وحتى الآن ، أن دعاوى الردة من وظائف المحاكم الشرعية ، وقد أصدرت بهذا الخصوص قرارات استئنافية كثيرة ^(٣) وإن قرارات محكمة الاستئناف الشرعية قطعية عملاً بالفقرة (ب) من المادة (٢١) من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم (١٩) لسنة (١٩٧٢) ولعل السبب في جعل دعوى الردة من اختصاص المحاكم الشرعية ،ذلك أن ثبوت الردة توجب فسخ النكاح بين الزوجين ، والحجر على المرتد ومنعه من الإرث ، وهذه كلها من مسائل الأحوال الشخصية التي هي من وظيفة المحاكم الشرعية النظر والفصل فيها ، ويؤكد هذا ما

(١) قانون تشكيل المحاكم الشرعية الأردني ، المادة (٢٢)، الظاهر ، التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ، ص١٣ ، ص٣٦ .

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٢) .

(٣) منها قرار رقم (٩٣٢٥) تاريخ ١٩٥٦/١٢/٨م، والقرار رقم (٢٠٧٦٧) تاريخ ١٩٧٩/٥/٢٧م ، والقرار رقم (٢١٣٤٩) تاريخ ١٩٨٠/٤/٢١م، والقرار رقم (٣١٢٣٨) تاريخ ١٩٩٠/٢/٢١م، محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم (٤٤٣٣٢) ، تاريخ ١٩٩٨/٢/٢٥م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٦٥٩ .

جاء في أحد قرارات محكمة الاستئناف الشرعية ، أن هذه المحكمة الاستئنافية تبحث أولاً في وظيفة المحاكم الشرعية بالنظر والفصل في موضوع الردة ، والآثار المترتبة عليها ، وبما أن الردة توجب فسخ النكاح بين الزوجين ، والحجر على المرتد ، ومنعه من الإرث ، وهذه كلها من مسائل الأحوال الشخصية التي هي من وظيفة المحاكم الشرعية النظر ، والفصل فيها بمقتضى المادة (١٠٥) من الدستور والمادة (٢٢) من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم (١٩) لسنة ١٩٧٢م ، والمادة الثانية من قانون أصول المحاكمات لسنة ١٩٥٩م ، وإن لم تذكر فيها الردة صراحة إلا أن الفقرة (١٦) من هذه المادة أناطت بالمحاكم الشرعية حق النظر والفصل في كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية بين المسلمين كما أن المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية لسنة ١٩٧٦م ، ألزمت المحاكم الشرعية بالرجوع إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة فيما لا نص عليه في القانون المذكور ، ومن الراجح في هذا المذهب إنفاسخ عقد الزواج إذا ثبتت ردة أحد الزوجين ، وقد استقر العمل لدى المحاكم الشرعية ، ومحكمة الاستئناف الشرعية على النظر في دعاوى الردة والفصل فيها ، كما أن الأحكام الصادرة في موضوع الردة من المحاكم الابتدائية الشرعية خاضعة لتدقيقها من قبل المحكمة الاستئنافية الشرعية ولتعلق حق الله تعالى بها ، استناداً إلى المادة (١٣٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، والقرارات الاستئنافية العديدة بهذا الخصوص ، ومنها القرارات (٩٣٢٥ ، ٢٠٧٦ ، ٢٣٩٠٧) ولما تقدم فإن هذه المحكمة الاستئنافية تقرر أن من وظيفة المحاكم الشرعية النظر والفصل في دعاوى الردة أو الآثار المترتبة عليها شرعاً ، وأن الأحكام الصادرة فيها خاضعة لتدقيق هذه المحكمة الاستئنافية لتعلق حق الله تعالى بها ، ولا تقر المحكمة الابتدائية فيما ذهبت إليه من عدم الوظيفة في ذلك^(١) .

كما جاء في قرارات محكمة الاستئناف الشرعية ما يلي :

١- "... إلا أن إثبات الردة من باب إثبات الحدود ، وهي لا تثبت بالنكول عن اليمين فلا تحليف فيها على نفي الدعوى... ، قال ابن نجيم : "يستحلف إلا في الحدود ؛ لأن النكول إقرار ، أو بذل عنه ، ولكن فيه شبهة ، والحدود تندرىء بالشبهات ، والبذل لا يجري في هذه الأشياء ، وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف فيها ، وعليه وللعجز عن إثبات هذه الدعوى ولكون الأصل في الإنسان البراءة تقرر تصديق الحكم (رد دعوى المدعية برده زوجها)^(٢) .

(١) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٣١٢٣٨) تاريخ ١٩٩٠/٢/٢١م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ٦٤٩ .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٥٧٥١٧) تاريخ ٢٠٠٣/٤/٢٤م .

٢- " ... لا يخرج المسلم عن إسلامه ، إلا أن يتحقق خروجه منه على وجه اليقين كما دخل ، فلم يكن النكول عن اليمين بينة شرعية مثبتة للردة ؛ لأن الفقهاء لم يجمعوا على مدلول النكول عن اليمين بأنه إقرار ، فمنهم من قال : بذلك ، ومنهم من قال : أنه بذل ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن أبا حنيفة - رحمه الله - قال : أن النكول بذل ، والحد لا يحتمل البذل ، وقال الصحابان : إنه إقرار فيه شبهة العدم ، لأنه ليس بصريح إقرار بل هو إقرار بطريق السكوت ، وكان فيه شبهة العدم ، والحد لا يثبت بدليل فيه شبهة العدم ، فلا يكون النكول دليلاً شرعياً قاطعاً في إثبات الردة ، ووجوب الحد الشرعي (١) .

يتضح من خلال ما جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية ، أن قاعدة الحدود تدرأ بالشبهات ليست من اختصاص المحاكم الشرعية ؛ وذلك لأن إقامة الحدود ليس من اختصاصها وإنما غاية ما في الأمر أن الردة لا تثبت بالنكول ، فالشبهة هنا في الإثبات لا في إقامة الحد وبالتالي فإن هذه القاعدة خارجة عن اختصاص المحاكم الشرعية ؛ لأنه ليس من اختصاصها الحكم بالجلد المترتب على الردة حتى تسقطه بالشبهة ، والله أعلم .

(١) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٣٩٠٧) تاريخ ١٩٨٣/٨/٣ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ص ٦٤٤ ، وكذلك ، قرار خماسي ، رقم (٤٣٠٢٦) تاريخ ١٩٩٧/٦/٢٨ م ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٦٥٣ .

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، وتتجلي بنوره الظلمات ، الحمد لله على ما منّ به وأعطى ، ووفق ويسر ، لإتمام هذه الأطروحة التي توصلت من خلالها إلى النتائج والتوصيات التالية :

أولاً : النتائج :

١- دراسة علم القواعد الفقهية من أهم العلوم التي ينبغي لطالب العلم دراستها ، والإمام بها؛ لأنها تكون لديه ملكة فقهية تنير أمامه الطريق لدراسة أبواب الفقه ، ومعرفة الأحكام الشرعية واستنباط الحلول للوقائع المستجدة .

٢- الأصل في القاعدة الفقهية عدم اعتبارها دليلاً شرعياً في استنباط الأحكام ، ما لم تكن القاعدة الفقهية نصاً صريحاً من القرآن ، أو السنة الصحيحة ، أو انعقد الإجماع على صحتها ، فعندها تعتبر دليلاً شرعياً يجب الأخذ به .

٣- الحكم القضائي هو : فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ، ومن في حكمه بطريق الإلزام .

٤- الحكم القضائي له مقومات لا بد من توافرها ، وإن انعدم أي منها يجعل الحكم عرضة للنقض والإبطال ، وهي : الحاكم ، والمحكوم له ، والمحكوم عليه ، المحكوم فيه ، والمحكوم به ، وطريق الحكم .

٥- القاضي هو الذات الذي عين ونصب من قبل السلطان ، لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس وفق شرع الله تعالى ، ولذا اتفق الفقهاء على اشتراط صفات في القاضي لا يصح توليته القضاء بدونها ، وهي الإسلام ، والبلوغ ، والعقل ، وسلامة الحواس ، واختلفوا فيما سوى ذلك كالذكورة ، والعدالة ، والاجتهاد ...

٦- القضاء من فروض الكفاية ، وهو من أقوى الفرائض ، وأشرف العبادات المطلوب تحقيقها من المسلمين ، وبما أن الحاكم المسلم نائب عنهم في ذلك ، وهو لا يستطيع أن يقوم بفصل الخصومات ، وقطع المنازعات بنفسه في جميع أنحاء البلاد ، فوجب عليه أن يعمد إلى نصب القضاة في كل ناحية من نواحي الدولة المسلمة .

٧- السلطة المخولة بتعيين القضاة في القضاء الشرعي الأردني هو المجلس القضائي والذي يتكون من رئيس محكمة الاستئناف الشرعية في عمان رئيساً وعضوية كل من مدير الشرعية ، وأقدم عضوين في محكمة الاستئناف الشرعية ، والمفتش الأقدم في هيئة التفتيش .

٨- الأصل في وسائل الإثبات أن تكون غير محصورة ولا متعينة بما ذكره بعض الفقهاء، وخاصة في زماننا الذي شهد تقدماً علمياً ملحوظاً في هذا المجال ، فالبينة هي اسم لكل ما يبين به الحق وفق شروط وضوابط معينة تحقق الغاية المنشودة ، وهي إظهار الحق ، وهذا ما ينبغي على القضاء الشرعي الأردني الأخذ به .

٩- من المبادئ القضائية المستقرة المختصة بالخصوم في الفقه والقضاء الشرعي الأردني والتي تعتبر بحد ذاتها قواعد فقهية في مجال القضاء: المدعي من لا يجبر على الخصومة ، والمدعى عليه من يجبر عليها ، وعلى القاضي أن لا يحكم بدون طلب ، والبينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، والأصل براءة الذمة وغيرها .

١٠- الأصل في الحكم القضائي أنه جزئي الأثر، من حيث الواقعة بحيث يقتصر حكم القاضي في تلك الواقعة عليها فقط ، ومن حيث الخصوم ، فلا يلزم بالحكم إلا أطراف الدعوى .

١١- القضاء الإسلامي يحرص كل الحرص على صون حقوق الناس ، ومنع الاعتداء عليها ، وذلك لإغلاق الباب أمام كل من يحاول أن يحصل على شيء قبل حلول وقته ، وأوانه ولذا أصبح من المقرر في القضاء الإسلامي أن من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه .

١٢- يجوز تخصيص القضاء بالزمان والمكان ، ولذا فإن القاعدة العامة في الاختصاص المكاني أن العبرة في تعيين القاضي المختص برفع الدعوى ، هي لمكان إقامة المدعي عليه ويستثنى من ذلك دعوى العين وخاصة العقار ، فإنها ترى في المكان التي توجد فيه .

١٣- الأصل أن الدعوى بالمجهول لا تسمع ، ما لم يقم المدعي بتوضيح دعواه ، ذلك لأنها تعد ضرباً من العبث ، إذ لا يتصور فيها تحقيق الغاية من القضاء ، وهي فصل النزاع ، وقطع الخصومة ، وإيصال الحق إلى صاحبه .

١٤- دعوى المستحيل عقلاً وعادة غير صحيحة ، لتيقن الكذب في المستحيل العقلي ، وظهوره في المستحيل العادي .

١٥- لا يشترط في الدعوى وجود خلطة بين المدعي والمدعى عليه ، فالحق أحق أن يتبع .

١٦- على المدعي أن يطالب في دعواه بمصلحة مشروعة ، وأن يترفع عن المطالبة بالأشياء التافهة الحقيرة ، وعلى المدعى عليه أن يسعى لإبراء ذمته أمام الله سبحانه وتعالى، دون مطالبته أمام القضاء ؛ لأن هذا أليق بأهل الفضل ، وذوي المروءات .

١٧- مراجعة الحق خير من التماذي في الباطل ، مبدأ عظيم ينبغي على القاضي أن يحرص عليه كل الحرص ، حتى يبرئ ذمته أمام الله سبحانه وتعالى ، فإذا تبين للقاضي أنه أخطأ في حكمه فيجب عليه أن يبادر بالرجوع عن ذلك .

١٨- تقادم الزمان وإن كان مانعاً من سماع الدعوى بعد مرور فترة زمنية معينة حسبما نص عليه الفقهاء و القضاء الشرعي الأردني ، إلا أنه لا يسقط الحق ، فتبقى ذمة المدعى عليه عامرة به ، لا تبرأ إلا بالأداء أو الإبراء .

١٩- الأصل في الأبخاع التحريم ؛ لأن قاعدة الشرع أن الشيء إذا عظم قدره شدد فيه ، وكثرت شروطه تعظيماً لشأنه ورفعاً لقدره .

٢٠- على القاضي أن يقضي بكتاب الله عز وجل ، فإن لم يجد فبسنة رسول الله ﷺ ، فإن لم يجد فبما أجمع عليه علماء الأمة ، وإلا شاور أهل العلم والفضل ، وإلا اجتهد برأيه .

٢١- الأصل أن أحكام القاضي مرعية إذا صدرت مستوفية للشروط المطلوبة فيها ، وإنها حجة لا يجوز نقضها ؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ما لم يخالف نصاً صريحاً من القرآن ، أو السنة ، أو الإجماع ، أو من النصوص القانونية الواجبة التطبيق ، وإلا نقضت لأنه لا مساغ للاجتهاد في مورد النص .

٢٢- القضاء من أجل العلوم ، وأشرفها قدراً ، ولذا فمن الواجب على إمام المسلمين أن يعين من القضاة ما يكفي لحل المنازعات ، وإيصال الحقوق إلى أصحابها في كل أنحاء البلاد بما يرفع الحرج والمشقة عن الناس ممن هم أهل لذلك .

٢٣- أحكام الشرع قد جرت على أنه يجب أن يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها على من هو دونه ، فيقدم في القضاء من هو أعرف بالأحكام الشرعية ، وأشد تقطناً لحجاج الخصوم ، وخداهم وهكذا .

٢٤- الولاية الخاصة وإن كانت أقوى من الولاية العامة ، إلا أن لصاحب الولاية العامة حق المراقبة ، والاعتراض والتدخل في الشؤون المتعلقة في الولاية الخاصة ، إذا لاحظ فيها تقصيراً أو خيانة أو تعسفاً .

٢٥- الأصل في القاضي أن يتصرف على من تحت ولايته بالمصلحة ، وذلك بالنصح لهم والنظر لما فيه مصلحتهم في الدنيا والآخرة ، وإلا كان غاشياً لهم مستحقاً لحرمانه من الجنة .

٢٦- تصرفات القاضي يجب أن تكون بعيدة كل البعد عن كل ما من شأنه أن يثير شبهة تقدر في حكمه ؛ كأن يقضي لنفسه ، أو لقرابته ، أو على عدوه وغيرها ، وذلك لأن التهمة تقدر في التصرفات إجماعاً .

٢٧- القاضي المؤهل المستوفي شروط التولية ، لاضمان عليه إذا أخطأ في حكمه ، ما لم يكن متعمداً ، وإنما الضمان على المحكوم له ، إن كان مما يمكن تداركه ، أو على بيت مال المسلمين .

٢٨- حكم القاضي وإن كان لا يحيل الأمر عن حقيقته فلا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً ، إلا أنه يرفع الخلاف .

٢٩- القضاء الإسلامي حريص كل الحرص على الاحتياط والتدقيق في تنفيذ الحدود و القضاء بها ؛ وذلك لأن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة ، ولذا فإن الشبهة إذا وجدت كانت سبباً لسقوط الحد ، ومانعاً من إقامته ؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات .
ثانياً : التوصيات :

يوصي الباحث بالاقترحات و التوصيات التالية :

أولاً : العمل على توسيع نطاق عمل المحاكم الشرعية الأردنية ، وعدم قصرها على مسائل الأحوال الشخصية ، والدية ، والأوقاف .

ثانياً : إعادة النظر في بعض المواد التي نص عليها قانون أصول المحاكمات الشرعية ، وقانون الأحوال الشخصية الأردني ، والتي أشرت إليها في مكان ورودها في الأطروحة .

ثالثاً : تحديد صريح لموقف القضاء الشرعي الأردني من بعض القضايا ، وخاصة مسؤولية القاضي الشرعي عن أحكامه من حيث الضمان ، أو عدمه .

رابعاً : الحرص كل الحرص على أن نقدم في ولاية القضاء من هو أقوم بمصالحه، والأقدر على القيام بها، وهذا الأمر قد يتطلب إعادة النظر في أسس اختيار وتعيين القضاة .

خامساً : دعوة القضاة الشرعيين إلى دراسة القواعد ، والضوابط الفقهية المختصة بالقضاء الشرعي ، والعمل على تطبيقها عند إصدار أحكامهم .

سادساً : دراسة المواضيع التالية :

١- الضوابط الفقهية المختصة بمسائل الأحوال الشخصية ، وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني .

٢- القواعد الفقهية التي نصت عليها مجلة الأحكام العدلية ، وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني .

وأخيراً ، فإنني لا أدعي استيفاء البحث حقه ، والإحاطة به من كل جوانبه ، فالأمر لا يخلو من نقص ، أو تقصير ، وهذه طبيعة البشر ، ولكني أسأل الله سبحانه وتعالى أن أكون قد وفقت فيه ، فإن أصبت فالحمد والمنة لله ، وما كان من خطأ ، أو تقصير فمن نفسي والشيطان ، والله أسأل المغفرة والسداد .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المراجع والمصادر

أ

- الأمدي، علي بن محمد، (ت ٦٣١هـ/٢٣٣م). الإحكام في أصول الأحكام، ط ١، م ٤، (تحقيق: سيد الجميلي)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٤هـ .
- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، المكتبة العلمية، طهران .
- الأبياني، محمد زيد، (ت ١٣٥٤هـ/١٩٣٩م). مباحث المرافعات الشرعية، ط ٣، م ١، ١٩٢٤م .
- أحمد، بن حنبل، (ت ٢٤١هـ/٨٥٥م). مسند الإمام أحمد بن حنبل، ٦م، مؤسسة قرطبة، مصر .
- الأسيوطي، محمد بن أحمد، (١٩٩٦م). جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، م، دار اليوسف، بيروت .
- إسماعيل بن محمد، (ت ١١٦٢هـ/١٧٢١م). كشف الخفاء، ط ٤، م ٢، (تحقيق: أحمد القلاش) مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٥هـ .
- إسماعيل، محمد بكر، (١٩٩٧م). القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، ط ١، م ١، دار المنار .
- الأزهر، محمد بن أحمد، (ت ٣٧٠هـ/٩٨٠م). الزاهر، ط ١، م ١، (تحقيق: محمد خير الألفي)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٣٩٩هـ .
- الأشقر، محمد سليمان، (٢٠٠٠م). زبدة التفسير من فتح القدير، ط ٤، م ١، مؤسسة الرسالة، بيروت .
- الألباني، محمد ناصر الدين، (١٩٨٥م). إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط ٢، م ٨، المكتب الإسلامي، بيروت .
- الأنصاري، زكريا بن محمد، (ت ٩٢٦هـ/١٥٢٠م). أسنى المطالب شرح روض الطالب، ط ١، م ٩، (تحقيق: محمد تامر). دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١م .
- الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية، ط ١، م ١١، (تحقيق: محمد عبد القادر) دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧م .
- فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ط ١، م ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ .

ب

الباحسين، يعقوب عبد الوهاب، (١٩٩٨ م). القواعد الفقهية المبادئ والنظريات، ط١، ١م، مكتبة الرشد، الرياض .

باز، سليم رستم، (١٩٢٢م). شرح المجلة، ط٣، ١م، المطبعة الأميرية، بيروت .

البنجوردي، محمد حسن، (١٣٧٧ هـ). القواعد الفقهية، ط١، ٧م، (تحقيق: مهدي المهريزي / محمد الدريني)، مطبعة الهادي .

البجيرمي، سليمان بن عمر، حاشية البجيرمي على شرح مهج الطلاب، ٤م، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، تركيا .

البحراني، مفلح الضميري، (١٩٩٩م). غاية المرام في شرح شرائع الإسلام، ط١، ٧م، (تحقيق : جعفر العاملي)، دار الهادي، بيروت .

البخاري، محمد بن إسماعيل، (ت ٢٥٦ هـ / ٨٦٩ م). صحيح البخاري، ط٣، ٨م، (تحقيق: مصطفى البغا)، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، ١٩٨٧ م .

ابن بدران، عبد القادر الدمشقي، (ت ١٣٤٦ هـ / ٩٣٠ م). المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط٢، ١م، (تحقيق : عبد الله التركي)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠١ هـ .

البدوي، يوسف أحمد، (٢٠٠١م). أحكام الاشتباه الشرعية، ط١، ١م، دار النفائس، الأردن .

أبو البصل، عبد الناصر موسى، (١٩٩٩م). شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية .

— (٢٠٠٠ م) ، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون ، ط١، ١م، دار النفائس ، الأردن .

البعلي، عبد الرحمن بن عبد الله، (ت ١١٩٢ هـ / ١٧٧٨ م). كشف المخدرات، ط١، ٢م، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ٢٠٠٢ م .

— القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام، ١م، (تحقيق: محمد حامد)، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة ، ١٩٥٦ م .

— المطلع على أبواب المقنع، ط١، ١م، المكتب الإسلامي ، بيروت ١٩٦٥ م.

البهوتي، منصور بن يونس، (١٠٥١ هـ / ١٦٤١ م). الروض المربع شرح زاد المستقنع ، ٣م مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، ١٣٩٠ هـ .

— شرح منتهى الارادات ، ط٢، ٣م ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٩٩٦ م .

— **كشاف القناع عن متن الإقناع**، ط ١ ، ٦ م ، (تحقيق: أبو عبد الله محمد حسن)، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ م .

البورنو، محمد صدقي، (٢٠٠٠م). **موسوعة القواعد الفقهية**، ط ١ ، ٦ م، مكتبة التوبة، دار ابن حزم ، بيروت .

— (١٩٩٦ م). **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الإسلامي** ، ط ٤ ، ١ م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت .

البيضاوي، عبد الله بن عمر، (ت ٦٩١هـ / ١٢٩٢م). **أنوار التنزيل أسرار التأويل** ، ط ١ ، ٢ م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٨ م .

البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين، (ت ٤٨٥هـ / ١٠٦٥ م). **سنن البيهقي الكبرى** ، ١٠ م، (تحقيق: محمد عبد القادر عطا) ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، ١٩٩٤ م .

ت

الترمذي، محمد بن عيسى، (ت ٢٧٩هـ / ٨٩٢م). **سنن الترمذي**، ٥ م، (تحقيق: أحمد شاكر) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

التسولي، علي بن عبد السلام، (ت ١٢٥٨هـ / ١٨٥٨م). **البهجة في شرح التحفة** ، ط ١ ، ٢ م، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨ م .

التفتازاني، سعد الدين مسعود، (ت ٧٩٢هـ / ١٣٨٩ م). **شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه** ، ط ١ ، ٢ م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦ م .

التمرتاشي، محمد بن عبد الله ، (ت ١٠٠٤هـ / ١٥٩٦). **مسعفة الحكام على الأحكام** ، ١ م ،

(تحقيق: سامر القبيج)، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن .

التنوخى، زين الدين المنجي، **المتع في شرح المقنع**، ط ١ ، ٦ م، (تحقيق: عبد الملك بن عبد الله)، دار خضر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٧ م.

التهانوي، محمد علي، (١٩٩٦م). **كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم**، ط ١ ، ٢ م، (تحقيق: علي درج)، مكتبة ناشرون ، لبنان .

ابن تيمية، أبو العباس أحمد، (ت ٧٢٨هـ / ١٣٢٦م). **السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية** ، ط ٢ ، ١ م، (تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي)، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٩٨ م .

— **مجموعة الفتاوى** ، ط ٢ ، ٢٠ م ، دار الوفاء ، المنصورة، ٢٠٠١ م .

ج

- الجارم، محمد صالح بن عبد الفتاح، المجاني الزهرية على الفواكه البدرية ، ١م ، مطبوع بهامش الفواكه البدرية، مطبعة النيل ، مصر .
- ابن الجارود، أبو محمد عبد الله بن علي، (ت ٣٠٧هـ / ٩١٩م) . المنقى من السنن المسندة، ط١، ١م، (تحقيق : عبد الله عمر البارودي)، مؤسسة الكتاب الثقافية، بيروت ، ١٩٨٨م .
- الجرجاني، علي بن محمد، (ت ٨١٦هـ / ١٤١٣م) . التعريفات، ط١، ١م، (تحقيق: إبراهيم الأبياري)، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ .
- الجزائري، عبد المجيد جمعه، (١٤٢١هـ) . القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب أعلام الموقعين، ط١، ١م، دار ابن القيم، الدمام، دار ابن عفان الخيرية .
- ابن جزى، محمد بن أحمد، (ت ٧٤١هـ / ١٣٤٠م) . القوانين الفقهية، ط١، ١م، المكتبة العصرية، بيروت، ٢٠٠٠م .
- الجصاص، أحمد بن علي الرازي، (ت ٣٧٠هـ / ٩٨٠م) . أحكام القرآن، ٥م، (تحقيق :محمد الصادق قماوي)، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٠٥هـ .
- جعيط، محمد العزيز، الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، ط٢، ١م، مطبعة الإرادة، تونس .
- الجندي، أحمد نصر، (١٩٧٨م) . مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما ، ط٢، ٢م ، دار الفكر العربي، مصر .
- ابن الجوزي، أبو الفرج عبد الرحمن، (ت ٥٩٧هـ / ١١٩٩م) . التحقيق في أحاديث الخلاف، ط١، ٢م، (تحقيق :مسعد السعدني)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥هـ .
- الجويني، عبد الملك بن عبد الله، (ت ٤٧٨هـ / ١٠٨٥م) . البرهان في أصول الفقه، ط٤، ٣م، (تحقيق : عبد العظيم محمود)، دار الوفاء ، المنصورة ، مصر، ١٤١٨هـ .
- غياث الأمم في التياث الظلم، ط٢، ١م، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣م .

ح

- الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، (ت ٤٠٥هـ / ١٠١٤م) . المستدرک على الصحيحين، ط١، ٤م، (تحقيق : مصطفى عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٠م .

- ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد، (ت ٣٥٤هـ/ ٩٦٨م). صحیح ابن حبان ، ط ٢ ، ١٨ م، (تحقیق: شعيب الأرئوط)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٣ م .
- حتمل، أيمن محمد، (٢٠٠٤ م). قواعد التبعية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ، أطروحة دكتوراه غير منشورة ، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن .
- ابن حجر، أحمد بن علي، (ت ٨٥٢هـ/ ١٤٤٩م). تهذيب التهذيب ، ط ١ ، ١٤ م ، دار الفكر، بيروت ، ١٩٨٤ م .
- الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ٤م، (تحقيق : عبد الله هاشم اليماني)، دار المعرفة ، بيروت .
- فتح الباري شرح صحيح، ١٣م، (تحقيق :محمد فؤاد عبد الباقي /محب الدين الخطيب) دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ .
- الحريري، إبراهيم محمد، (١٩٩٩ م). القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام، ط ١، ١م، دار عمار، الأردن .
- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، (ت ٤٥٦هـ/ ١٠٦٣م). المحلى بالآثار، ١٢م ، (تحقيق: عبد الغفار البنداري)، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- الحسام الشهيد، عمر بن عبد العزيز، (ت ٥٦٣هـ/ ١١٦٧م). شرح أدب القاضي، ط ١ ، ١م ، (تحقيق : أبو الوفا الأفغاني / محمد الهاشمي)، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤ م .
- ابن حسين، محمد علي، تهذيب الفروق والقواعد السننية في الإسرار الفقهية، مطبوع بهامش الفروق، للقرافي .
- حشيش، صلاح عوده، (١٩٩٢م). أحكام التقادم في الشريعة الإسلامية، ١م ، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان ، الأردن .
- الحصكفي، محمد بن علي، (ت ١٠٨٨هـ/ ١٧٦٠م). الدر المختار، ط ١ ، ١م، (تحقيق :عبد المنعم خليل)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢ م .
- الخطاب، محمد بن عبد الرحمن، (ت ٩٥٤هـ/ ١٥٤٧م). مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط ٢ ، ٦م، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ .
- ابن حمزة، محمود بن محمد، (ت ١٣٠٥هـ/ ١٨٩٠م). الطريقة الواضحة إلى البيئة الراجعة، ١م .
- الفرائد البهية في القواعد الفقهية، ط ١ ، ١م، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٦م .

الحموي، أحمد بن محمد، (ت ١٠٩٨هـ/١٦٥٧م). غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، ط ١، ٤م، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٥م.

الحميضي، عبد الرحمن إبراهيم، (١٩٨٩م). القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، ط ١، ١م، جامعة أم القرى، مكة.

حيدر، علي، (١٩٩١م). درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ط ١، ٤م، دار الجبل، بيروت.

خ

الخرقي، عمر بن الحسين، (ت ٣٣٤هـ/٩٤٦م). مختصر الخرقى، ط ٣، ١م، (تحقيق: زهير الشاويش)، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٣هـ.

الخطابي، حمد بن محمد، (٣٨٨هـ/١٠٠٢م). معالم السنن، ط ٢، ٣م، المكتبة العلمية، بيروت.

د

دائرة قاضي القضاة، التقرير الإحصائي السنوي، لعام ٢٠٠٢م، العدد السابع، عمان، الأردن.
داود، أحمد محمد علي، (٢٠٠٤م). أصول المحاكمات الشرعية، ط ١، ٢م، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

— (١٩٩٩م). القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ط ١، ٢م دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

— (١٩٩٨م). القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى، ط ١، ٢م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

أبو داود، سليمان بن الأشعث، (ت ٢٧٥هـ/٨٨٨م). سنن أبي داود، ٤م، (تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد)، دار الفكر، بيروت.

درا دكه، ياسين أحمد، (١٩٨٦م). الميراث في الشريعة الإسلامية، ط ٣، ١م، مؤسسة الرسالة، بيروت.

الدردير، أبو البركات سيدي أحمد، (ت ١٢٠١هـ/١٧٨٧م). الشرح الصغير، ٤م، (تحقيق: مصطفى كمال)، منشأة المعارف، مصر.

الدريني، فتحي، (١٩٨٥م). المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، ط ٢، ١م، الشركة لمتحدة للتوزيع، سوريا.

— (١٩٩٠ م). **النظريات الفقهية**، ط٢ ، ١م ، جامعة دمشق .
 الجريدة الرسمية (١٩٥٢). **الدستور الأردني**، نشر في العدد رقم (١٠٩٣)، عمان، الأردن.
 الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، (ت ١٢٣٠هـ/١٨١٥ م). **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ط١ ، ٦م، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٩٩٦ م .
 ابن أبي الدم، إبراهيم بن عبد الله، (ت ٦٤٢هـ/١٢٤٤ م). **أدب القضاء**، ط٢ ، ١م ، (تحقيق: محمد الزحيلي)، دار الفكر، بيروت ، ١٩٨٢ م .

الدمياطي، السيد البكري بن السيد، إعانة الطالبين، ٤م، دار الفكر، بيروت .

ز

الذبياني، زياد بن معاوية، (١٩٦٠م). **ديوان النابغة الذبياني**، ١م، (تحقيق : أكرم البستاني)، دار صادر، بيروت .
 الذهبي، محمد بن أحمد، (ت ٧٤٨هـ/١٣٧٤ م). **سير أعلام النبلاء**، ط٩ ، ٢م، (تحقيق : شعيب الأرنؤوط / محمد نعيم)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٣هـ .
 ذياب، زياد صبحي، (١٩٩٤م). **الدفع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون**، ط١ ، ١م .

ر

الرازي، محمد بن أبي بكر، (ت ٦٦٦هـ/٢٦٩ م). **مختار الصحاح**، ط١ ، ١م ،
 دار عما ، الأردن، ١٩٩٦ م .
 الرازي، محمد بن عمر، (ت ٦٠٦هـ/ ١٢٠٩ م). **المحصول في علم الأصول**، ط١ ، ٦م،
 (تحقيق: طه العلواني)، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ، ٤٠٠هـ .
 الربيع، الربيع بن حبيب بن عمر، **الجامع الصحيح مسند الإمام الربيع بن حبيب**، ط١ م، (تحقيق: محمد إدريس /عاشور بن يوسف)، دار الحكمة، بيروت، مكتبة الاستقامة ، سلطنة عمان ، ١٤١٥هـ .

ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد، (ت ٧٩٥هـ/١٣٩٣ م). **جامع العلوم والحكم**، ١م، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٧ م ، ص ١٧ .

— **القواعد**، ط١ ، ١م، مطبعة الصدق الخيرية، مصر ، ١٩٩٣ م .

ابن رشد، محمد بن أحمد، (ت ٥٩٥هـ/١١٩٨ م). **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ٢م ،
 (تحقيق : حازم القاضي)، مكتبة نزار الباز، الرياض، مكة ، ١٩٩٥ م .

- الرصاص، أبو عبد الله محمد الأنصاري، (ت ٨٩٤هـ/١٤٨٩م). شرح حدود ابن عرفه، ط ١، ٢م، (تحقيق: محمد أبو الأجفان/الطاهر المعموري)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٣م.
- الرملي، محمد بن أحمد، (ت ١٠٠٤هـ/١٥٩٥م). نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ٨م، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الروكي، محمد، (١٩٩٨م). قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف، ط ١، ١م، دار القلم، دمشق.
- (٢٠٠٠م)، نظرية التعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ط ١، ١م، دار الصفاء، الجزائر، ابن حزم، بيروت.

ز

- الزحيلي، محمد، (١٩٨٩م). أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، ١م، دار الكتاب، دمشق.
- (٢٠٠٢م). التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، بيروت، ط ٢، ١م، دار الفكر، دمشق.
- (١٩٩٣م). النظريات الفقهية، ط ١، ١م، دار القلم، دمشق، دار الشامية، بيروت.
- (١٩٩٩م). القواعد الفقهية، ط ١، ١م، جامعة الكويت، الكويت.
- (١٩٧١م). وسائل الإثبات في الشريعة والقانون، ط ١، ١م، دار البيان.
- الزحيلي، وهبة، (١٩٨٩م). الفقه الإسلامي وأدلته، ط ٣، ٨م، دار الفكر، دمشق.
- الزرقا، أحمد محمد، (١٩٨٩م). شرح القواعد الفقهية، ط ٢، ١م، دار القلم، دمشق.
- الزرقا، مصطفى أحمد، (١٩٩٨م). المدخل الفقهي العام، ط ١، ٣م، دار القلم، دمشق.
- الزرقاني، محمد بن عبد الباقي، (١١٢٢هـ/١٧١٢م). شرح الزرقاني، ط ١، ٤م، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١هـ.
- الزركشي، محمد بن بهادر، (٧٩٤هـ/١٣٩٣م). المنثور في القواعد، ٣م، (تحقيق: تيسير أحمد)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٩٨٥م.
- الزركلي، خير الدين، (١٩٩٢م). الأعلام، ط ١٠، ٨م، دار العلم للملايين، بيروت.
- الزمخشري، محمود بن عمر، (ت ٥٣٨هـ/١١٤٣م). أساس البلاغة، ط ١، ١م، (تحقيق: عبد الرحيم محمود)، مطبعة أورثاند، القاهرة، ١٩٥٣م.

— الكشاف، ط١، ٤م، (تحقيق : عادل عبد الموجود/علي معوض)، مكتبة العبيكان، الرياض ١٩٩٨م .

زيدان، عبد الكريم، (٢٠٠٠م). نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ، ط٣ ، ١م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت .

الزليعي، عبد الله يوسف، (ت٧٦٢ هـ / ١٣٦٠م). نصب الراية، (تحقيق : محمد يوسف)، دار الحديث، مصر، ١٣٥٧ هـ .

الزليعي، عثمان بن علي، (ت٧٤٣ هـ / ١٣٤٢م). تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط١، ٧م، (تحقيق: أحمد عناية) ، دار الكتب العلمية بيروت ، ٢٠٠٠ م .

س

سابق، السيد، (٢٠٠٠م). فقه السنة، ط١ ، ٣م، دار الكتاب العربي، بيروت .

سالم، موسى بن أحمد المقدسي، (ت ٦٩٠ هـ / ١٢٩١م). زاد المستقنع، ١م ، (تحقيق : علي محمد الهامدي) ، مكتبة النهضة ، الحديثة ، مكة المكرمة .

السبكي، عبد الوهاب بن علي، (٧٧١ هـ / ١٣٦٩م)، الأشباه والنظائر، ٢م، (تحقيق : عادل أحمد /علي عوض)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١ م .

السبكي، علي بن عبد الكافي، (ت٧٥٦ هـ / ١٣٥٥م). الإبهاج في شرح المنهاج ، ط١، ٢م، (تحقيق :جماعة من العلماء)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٤ هـ .

السبكي، محمود محمد، (ت ١٣٥٢ هـ / ١٩٣٦م) . فصل القضية في المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الشرعية، ١٩١٢ م .

السدلان، صالح بن غانم، (١٩٩٧م). القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها ، ط١ ، ١م، دار بالنسيه ، السعودية .

السرخسي، محمد بن أحمد، (ت ٤٩٠ هـ / ١٠٩٦م). المبسوط، ١٦م ، دار المعرفة ، بيروت، ١٩٩٣م .

السرطاوي، محمود علي، (١٩٩٧م). شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ط١ ، ١م، دار الفكر، الأردن .

السروجي، أبو العباس أحمد بن إبراهيم، (ت ٧١٠ هـ / ١٣١٠م). أدب القاضي، ط١ ، ١م ، (تحقيق: صديقي بن محمد ياسين)، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ١٩٩٧م .

- السلمي، عبد العزيز بن عبد السلام، (ت ٦٦٠هـ/١٢٦٣م). القواعد الصغرى، ط ١، م ١، (تحقيق : إيراد الطباع)، دار الفكر المعاصر، دمشق، ١٤١٦هـ .
- السمرقندي، محمد بن أحمد، (ت ٥٣٩هـ/١١٤٥م). تحفة الفقهاء، ط ٢، م ٣، (تحقيق : محمد زكي)، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر .
- السمعاني، منصور بن محمد، (ت ٤٨٩هـ/١٠٩٧م). قواطع الأدلة في الأصول، ط ١، م ١، (تحقيق : محمد حسن إسماعيل)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧ م .
- السمناني، علي بن حمد بن أحمد، (ت ٤٩٩هـ / ١١٠٦م). روضة القضاة وطريق النجاة، ط ٢، م ٢، (تحقيق: صلاح الدين الناهي)، مؤسسة الرسالة، بيروت، دار الفرقان، عمان، ١٩٨٤ م .
- أبو سيف، مأمون محمد، (١٩٩٩م). الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات، ط ١، م ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان .
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، (ت ٩١١هـ/١٥٠٥م). الأشباه والنظائر في الفروع، م ١، مطبعة مصطفى محمد، مصر، ١٩٣٦ م .
- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، م ٢، (تحقيق: محمد حسن)، مكتبة عباس أحمد الباز، مكة المكرمة، ٢٠٠١م .
- طبقات الحفاظ، ط ١، م ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٣هـ .

ش

- الشاطبي، إبراهيم بن موسى، (ت ٧٩٠هـ/١٣٨٨م). الموافقات في أصول الفقه، ط ١، م ٢، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٩٩٤م .
- الشافعي، محمد بن إدريس، (ت ٢٠٤هـ / ٨١٩م). الأم، ط ٢، م ٨، دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٣هـ .
- مسند الشافعي، م ١، دار الكتب العلمية، بيروت .
- الشال، إبراهيم علي، (٢٠٠١م). القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في المعاملات، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن .
- شبير، محمد عثمان، (٢٠٠٠م). القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط ١، م ١، دار الفرقان، عمان .

- أبو شجاع، أحمد بن الحسين بن أحمد، (ت ٥٩٣ هـ/١١٩٧ م). متن أبي شجاع، ط ١، م ١، (تحقيق: مصطفى ديب البغا)، دار الإمام البخاري، دمشق، ١٩٨٧ م.
- ابن الشحنة، إبراهيم بن أبي اليمن، (ت ٨٨٢ هـ/١٤٧٧ م). لسان الحكام في معرفة الأحكام، ط ٢، م ١، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٧٣ م.
- الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، (ت ٩٧٧ هـ/١٥٦٩ م). مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، م ٤، دار الفكر، بيروت.
- شرقي، عبد الرحمن محمد، (١٩٩٩ م). تعارض البيانات القضائية في الفقه الإسلامي، ط ٢، م ١، المكتب الإسلامي، بيروت.
- الشعراني، عبد الوهاب بن أحمد، (٩٧٣ هـ/١٥٦٥ م). الميزان الكبرى، م ٢، دار إحياء الكتب العربي، عيسى بابي الحلبي.
- شوشاري، صلاح الدين، (٢٠٠٢ م). الوافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ط ١، م ١، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن.
- الشوكاني، محمد بن علي، (ت ١٢٥٥ هـ/١٨٣٩ م). إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، ط ١، م ١، (تحقيق: محمد سعيد البدري)، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٢ م.
- فتح القدير، م ٥، دار الفكر، بيروت.
- نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، ط ١، م ٤، دار الفكر، بيروت
- ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، (ت ٢٣٥ هـ/٨٤٩ م). المصنف في الأحاديث والآثار، ط ١، م ٧، (تحقيق: كمال يوسف الحوت)، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٠٩ هـ.
- شيخ زاده، عبد الرحمن بن محمد، (ت ١٠٧٨ هـ/١٦٦٧ م). مجمع الأنهر شرح في ملتقى الأبحر، ط ١، م ٤، (تحقيق: عمران المنصور)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٨ م.
- الشيخ محب الله، عبد الشكور، (ت ١١١٩ هـ/١٦٧٧ م). فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، ط ١، م ٢، مطبوع مع كتاب المستصفي، المطبعة الأميرية، ببولاق، مصر، ١٣٢٢ هـ.
- الشيرازي، إبراهيم بن علي، (ت ٤٧٦ هـ/١٠٨٣ م). طبقات الفقهاء، م ١، (تحقيق: خليل الميس)، دار القلم، بيروت.
- الملع في أصول الفقه، ط ١، م ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٥ م.
- المهذب في فقه الإمام الشافعي، ط ١، م ٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥ م.

ص

الصابوني، محمد علي، (١٩٨٤م). المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ط٤ ، ٢م ، جامعة دمشق، دمشق .

صدر الشريعة، عبد الله بن مسعود المحبوبي، (ت٧٤٧ هـ/١٣٧٣م). التنقيح في أصول الفقه، ط١ ، ٢م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، ١٩٩٦م .

الصلاحين، عبد المجيد، (٢٠٠٣م). مذكرة في القواعد الفقهية، غير منشورة محاضرات ألقاها على طلبة الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، كلية الشريعة .

الصنعاني، محمد بن إسماعيل، (ت١١٨٢ هـ/١٨٦٥م). سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ط٤ ، ٢م ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٠م .

ض

ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، (ت١٣٥٣ هـ/١٩٣٤م). منار السبيل في شرح الدليل، ط٢ ، ٣م، (تحقيق: عصام القلعجي)، مكتبة المعارف، الرياض، ١٤٠٥هـ .

ط

الطبري، محمد بن جرير، (ت٣١٠ هـ/١٩٢٢م). جامع البيان عن تأويل القرآن، ط١ ، ١٦م، (تحقيق: محمود شاكر)، دار إحياء التراث، بيروت ، ٢٠٠١م .

طلافه، محمد محمود، (٢٠٠١م)، تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة ، ١م ، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة اليرموك ، اربد ، الأردن .

ابن الطيب، محمد بن علي، (٤٣٦ هـ/١٠٤٤م). المعتمد في أصل الفقه، ط١ ، ٢م ، (تحقيق : خليل لميس)، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٤٠٣هـ .

ظ

الظاهر، راتب عطا الله، (١٩٩٩م). التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ، ١م ، مطابع الدستور التجارية، الأردن .

ع

ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، (ت١٢٥٢ هـ / ١٨٣٦م). حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ٨م ، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٢م. ٣٣٣٥

- عبابنه، علي إبراهيم مصطفى، (٢٠٠٠م). **إيضاحات في قانون أصول المحاكمات الشرعية بقرارات محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية**، ط ١، ١م، مطبعة الروزنا، اربد .
- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، (ت ٤٦٣هـ/١٠٧١م). **الاستذكار**، ط ٤، ١م، (تحقيق: حسان عبد المنان/ محمود أحمد)، مؤسسة النداء، أبو ظبي، ٢٠٠٣م .
- عبد الحفيظ، ملك المغرب، (١٣٢٧هـ). **ياقوتة الحكام في مسائل القضاء والأحكام**، ط ١، ١م، المطبعة المولوية بفاس العليا المحمية .
- عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام، (ت ٢١١هـ/٨٢٦م). **مصنف عبد الرزاق**، ط ٢، ١م، (تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي)، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٣ .
- العبد اللطيف، عبد الرحمن بن صالح، (٢٠٠٣م). **القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير**، ط ١، ٢م، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة .
- عبد المنعم، محمود عبد الرحمن، **معجم مصطلحات الألفاظ الفقهية**، ١م، دار الفضيحة، القاهرة .
- العثماني، محمد بن عبد الرحمن، (ت ٧٨٥هـ/١٣٧٨م). **رحمة الأمة في اختلاف الأئمة**، ط ١، ١م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٨٧م .
- العظيم آبادي، أبو الطيب محمد شمس الحق، (١٤١٥هـ). **عون المعبود شرح سنن أبي داود**، ط ٢، ١٠م، دار الكتب العلمية، بيروت .
- العلائي، صلاح الدين خليل، (ت ٧٦١هـ / ١٣٥٩م). **المجموع المذهب في قواعد المذهب**، ٢م، (تحقيق: مجيد علي / أحمد عباس)، دار عمار، الأردن، المكتبة المكية، مكة .
- علوان، إسماعيل بن حسن، (٢٠٠٠م). **القواعد الفقهية الخمس الكبرى**، ط ١، ١م، دار ابن الجوزي، السعودية .
- عليش، محمد بن أحمد، (ت ١٢٩٩هـ/١٨٨١م). **تقاريرات عليش**، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي .
- العمر، أيمن محمد، (٢٠٠٢م). **المستجدات في وسائل الإثبات**، ١م، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن .
- عمرو، عبد الفتاح عمرو، (١٩٩٠م). **القرارات القضائية في الأحوال الشخصية**، ط ١، ١م، دار يمان، عمان .

غ

الغزالي، محمد بن محمد، (ت ٥٠٥هـ/١١١١م)، المنحول، ط٢، ١م، (تحقيق: محمد حسن هيتو)، دار الفكر، دمشق، ١٤٠٠هـ .
 — الوسيط في المذهب، ط١، ١م، (تحقيق: أحمد محمود / محمد تامر)، دار السلام القاهرة، ١٤١٧هـ .

ف

الفاداني، محمد ياسين، (١٩٩٦م). الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية، ط٢، ٢م، دار البشائر الإسلامية، بيروت .
 ابن فارس، أحمد، (ت ٣٩٥هـ/٩٨٢م). معجم مقاييس اللغة، ط١، ٦م، دار الجيل، بيروت ، ١٩٩١م .
 أبو فارس، ساجدة محمد، (١٩٩٦م). ولاية المرأة في الزواج والطلاق، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن .
 أبو فارس، محمد عبد القادر، (١٩٩١م). القضاء في الإسلام، ط٣، ١م، دار الفرقان ، الأردن .
 الفراء، محمد بن الحسين، (ت ٤٥٨هـ/١٠٩٣م). الأحكام السلطانية، ١م، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٣ .
 الفراهيدي، الخليل بن أحمد، (ت ١٧٥هـ/٧٩١م). العين، ط١، ٥م، (تحقيق: مهدي المخزومي / إبراهيم السامرائي)، مكتبة الهلال، ١٩٩٥م .
 ابن فرحون، أبو الوفاء إبراهيم بن محمد، (ت ٧٩٩هـ/١٣٩٦م). تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ١م، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١م .
 — الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، ١م، دار الكتب العلمية، بيروت .
 الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب، (ت ٨١٧هـ/١٤١٥م). القاموس المحيط، ط١، ٤م، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٣م .

ق

القاري، أحمد بن عبد الله، (ت ١٣٥٩هـ/١٩٤٤م). مجلة الأحكام الشرعية، ط١، ١م، (تحقيق: عبد الوهاب أبو سليمان / محمد إبراهيم)، مطبوعات تهامة، السعودية، ١٩٨١م .

قاسم، عبد الرحمن عبد العزيز، (١٩٧٣ م). **النظام القضائي الإسلامي**، ط١، ١م، مطبعة السعادة، القاهرة .

قاضي زاده، أحمد قودر، (ت ٩٨٨هـ/١٥٨٢م). **نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار**، ط١، ١م، وهو تكملة شرح فتح القدير لابن الهمام، (تحقيق: عبد الرزاق المهدي) ٢٠٠٣م .

ابن قاضي شهبة، أحمد بن محمد، (ت ٨٥١هـ/١٤٤٨م). **طبقات الشافعية**، ط١، ٤م، (تحقيق: الحافظ عبد العليم خان)، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٧هـ .

قانون الأحوال الشخصية، قانون رقم (٦١)، لسنة ١٩٧٦م، عمان ، الأردن .

قانون أصول المحاكمات الشرعية، قانون رقم (٣١)، لسنة ١٩٥٩م، عمان ، الأردن .

قانون تشكيل المحاكم الشرعية، قانون رقم (١٩)، لسنة ١٩٧٢م ، عمان ، الأردن .

قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية، قانون مؤقت رقم(٨٢)، لسنة ٢٠٠١م، عمان ، الأردن.

قانون معدل لقانون أصول المحاكمات الشرعية، قانون مؤقت رقم(٨٤)، لسنة ٢٠٠١م، الأردن.

قانون معدل لقانون تشكيل المحاكم الشرعية، قانون مؤقت رقم (٨٣)، لسنة ٢٠٠١م ، الأردن.

ابن قدامه، عبد الله بن أحمد، (ت ٦٣٠ هـ/١٢٣٢م). **عمدة الفقه**، ١م، (تحقيق: عبد الله العيدلي / محمد العتيبي)، مكتبة الطرفين، الطائف .

— **الكافي في فقه ابن حنبل**، ط٥، ٤م، (تحقيق: زهير الشاويش)، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٨م .

— **المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، ط١، ١٠م، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ .

قراعه، علي، (١٩٢٥م). **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية**، ط٢، ١م، مطبعة النهضة، مصر .

القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، (ت ٦٨٤هـ/١٢٨٥م). **الإحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام**، ط١، ١م، مطبعة الأنوار، مصر .

— **الذخيرة في فروع المالكية**، ط١، ١٠م، (تحقيق: أحمد عبد الرحمن)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان .

— **الفروق**، ط١، ٤م ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٩٩٨م .

القرطبي، محمد بن أحمد، (ت ٦٧١ هـ/ ١٢٧٣ م). **الجامع لأحكام القرآن**، ط١، ١١م، (تحقيق : سالم مصطفى البدري)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠ م .

قرقر، خالد محمد، قواعد الإثبات في الشريعة الإسلامية، ١م، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن .

القضاة، أحمد مفلح، (١٩٩٢م). أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي الأردني، ط٢، ١م، مكتبة دار الثقافة، عمان .

قلعه جي، محمد رواس، (١٩٨٥). معجم لغة الفقهاء، ط١، ١م، دار النفائس، عمان .

— (١٩٨٤م)، موسوعة فقه عمر بن الخطاب، ط٢، ١م، مكتبة الفلاح، الكويت .

الفتوحي، صديق بن حسن، (٢٠٠١م). ظفر اللاضي بما يجب في القضاء على القاضي، ط١، ١م، (تحقيق: أبو عبد الرحمن بن عيسى)، دار ابن حزم، بيروت .

الفتوتوي، قاسم بن عبد الله، (ت ٩٧٨ هـ/١٥٧٠م). أنيس الفقهاء، ط١، ١م، (تحقيق: أحمد بن عبد الرزاق)، دار الوفاء، جدة، ١٤٠٦ هـ .

ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، (ت ٧٥١ هـ/١٣٥٠م). أعلام الموقعين عن رب العالمين، ٤م، دار الكتب العلمية، بيروت .

— الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ١م، (تحقيق: محمد حامد الفقي)، ١٩٥٣م .

ك

الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، (ت ٥٨٧ هـ/١١٩١م). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢، ٦م، (تحقيق: محمد درويش)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٨م .

كامل، عمر عبد الله، (٢٠٠٠م). القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، ط١، ١م، دار الكتب، مصر .

ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر، (ت ٧٧٤ هـ/١٣٧٢م). تحفة الطالب، ط١، ١م، (تحقيق: عبد الغني الكبيسي)، دار حراء، مكة المكرمة، ١٤٠٦ هـ .

— تفسير القرآن العظيم، ٤م، دار الفكر، بيروت، ١٠٤١ هـ .

الكفوي، أيوب الحسيني، (ت ١٠٩٤ هـ / ١٦٥٣م). الكليات، ط١، ١م، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٢ .

الكيلاني، عبد الرحمن إبراهيم، (١٩٩٩م). حجية القاعدة الفقهية، مجلة مؤتته، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة مؤتته، العدد الأول .

— (٢٠٠٠م)، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، ط١، ١م، دار الفكر، دمشق .

م

- ابن ماجة، محمد بن يزيد، (ت ٢٧٥هـ/٨٨٨م). سنن ابن ماجة، ٢م، (تحقيق: محمد عبد الباقي)، دار الفكر، بيروت .
- مالك، مالك بن أنس، (ت ١٧٩هـ/٧٩٥م). المدونة الكبرى، ٦م، دار صادر، بيروت .
- الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، (ت ٤٥٠هـ/١٠٨٥م). الأحكام السلطانية، ط ٣، ١م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٧٣م .
- أدب القاضي، ٢م، (تحقيق: محيي هلال السرحان). مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٣٩١هـ .
- الحاوي الكبير، ٢٤م، (تحقيق: محمود مطرجي). دار الفكر، بيروت .
- المباركفوري، محمد بن عبد الرحمن، (ت ١٣٥٣هـ/١٩٣٨م). تحفة الأحوذني، ١٠م، دار الكتب العلمية، بيروت .
- مجدلاوي، فاروق محمد، (١٩٩٨م). الإدارة الإسلامية في عهد عمر بن الخطاب، ط ٢، ١م، روائع مجدلاوي، الأردن، لبنان، قطر .
- مجلة الأحكام العدلية، مطبوعة مع درر الحكام، لعللي حيدر .
- المحاسني، محمد سعيد، (١٩٢٧م). شرح مجلة الأحكام العدلية، ٣م، مطبعة الترقى، دمشق .
- محكمة الاستئناف الشرعية، اربد .
- محكمة الاستئناف الشرعية، عمان .
- محمد عميم الإحسان، (١٩٨٦م). قواعد الفقه، ط ١، ١م .
- مراد، يحيى، (٢٠٠٤م). معجم تراجم أعلام الفقهاء، ط ١، ١م، دار الكتب العلمية، بيروت .
- المرغيباني، علي بن أبي بكر الرشداني، (ت ٥٩٣هـ/١٦٥٣م). الهداية شرح بداية المبتدي، ٢م، المكتبة الإسلامية، بيروت .
- المريني، الجليلي، (٢٠٠٢م). القواعد الأصولية وتطبيقاتها الفقهية عند ابن قدامة، ط ١، ٢م، دار ابن القيم، الدمام، دار ابن عفان، الجزيرة .
- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج، (ت ٢٦١هـ/٨٧٤م). صحيح مسلم، ٥م، (تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي)، دار إحياء التراث العربي .
- مشحم، محمد جار الله، (ت ١١٨٢هـ/١٧٦٧م). نفحات النسائم المفتحة عن زهرة الكرائم في أدب المفتي والحاكم، ط ١، ١م، (تحقيق: محمد خرفان)، ٢٠٠٠م .

- المواق، أبو عبد الله محمد بن يوسف، (ت ٨٩٧ هـ / ٤٩١ م). التاج والإكليل لمختصر خليل، ط٢، ٦م، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨ هـ .
- ابن مفلح، أبو اسحاق إبراهيم بن محمد، (ت ٨١٦ هـ / ٤١٣ م). المبدع في شرح المقنع، ١٠م، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠ هـ .
- المقدسي، أبو عبد الله محمد بن عبد الواحد، (ت ٦٤٣ هـ / ٢٣٨ م). الأحاديث المختارة، ط١، ١٠م، (تحقيق: عبد الملك بن عبد الله)، مكتبة النهضة الحديثة، مكة، ١٤١٠ هـ .
- المقري، محمد بن محمد، (٧٥٦ هـ / ١٣٥٧ م). القواعد، ط١، ٤م، دار الكتاب، بيروت .
- الملاح، محيي الدين بن حسن، (ت ١٣٤٦ هـ / ٩٣٠ م). عمدة الحاكم ومن يتردد إلى المحاكم، ١م، مطبعة التضامن الأخوي، مصر .
- ابن الملقن، عمر بن علي، (ت ٨٠٤ هـ / ٤٠١ م). خلاصة البدر المنير، ط١، ٢م، (تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي)، مكتبة الرشد، الرياض .
- المناوي، عبد الرؤوف محمد، (ت ١٠٣٠ هـ / ١٦٢٠ م). فيض القدير شرح الجامع الصغير، ط١، ٦م، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ١٣٥٦ هـ .
- المنجور، أحمد بن علي، (٩٩٥ هـ / ٥٨٨ م). شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، ١م، (تحقيق: محمد الأمين)، دار عبد الله الشنقيطي .
- ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، (ت ٣١٨ هـ / ٩٣٠ م). الإجماع، ط٢، ١م، (تحقيق: صفر أحمد)، مكتبة الفرقان، عمان، ١٩٩٩ م .
- المنذري، أبو محمد عبد العظيم، (ت ٦٥٦ هـ / ٢٥٨ م). الترغيب والترهيب، ط١، ٤م، (تحقيق: إبراهيم شمس الدين)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٧ هـ .
- ابن منظور، محمد بن مكرم، (ت ٦٣٠ هـ / ١٣١١ م). لسان العرب، ط١، ١٥م، دار صادر، بيروت، لبنان .
- منلا خسرو، محمد بن فراموز، (ت ٨٨٥ هـ / ٤٨٠ م). درر الحكام في شرح غرر الأحكام، ٢م، دار إحياء الكتب العربية، بيروت .
- موافي، أحمد، (١٩٩٧ م). الضرر في الفقه الإسلامي، ط١، ٢م، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية .
- الموصللي، عبد الله بن محمود، (ت ٦٠٦ هـ / ١٢٠٧ م). الاختيار لتعليل المختار، ط٣، ٢م، دار المعرفة، بيروت .

ميارة، محمد بن أحمد، (ت ١٠٧٢هـ/ ١٦٦١م). شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، ط١، ٢م، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م .

ن

ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، (٩٧٠هـ / ١٥٦٣م). الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ١م، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣م .

الندوي، علي أحمد، (١٩٩١م). القواعد الفقهية، ط٢، دار القلم، دمشق .

النسفي، عبد الله بن أحمد، (ت ٧١٠هـ / ١٣١٠م). مدارك التنزيل وحقائق التأويل، ط١، ١م، دار المعرفة، بيروت، ٢٠٠٠م .

نظام، وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ٦م، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م .
النفراوي، أحمد بن غنيم، (ت ١١٢٥هـ / ١٦٤٣م). الفواكه الدواني، ٢م، دار الفكر ، بيروت، ١٤١٥هـ .

ابن نافع، عبد الباقي، (ت ٣٥١هـ / ٩٦٢م). معجم الصحابة، ط١، ٣م، (تحقيق : صلاح بن سالم)، مكتبة الغرباء الأثرية، المدينة المنورة .

نقابة المحامين، (١٩٩٢م). المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ط٣ ، ٢م، مطبعة التوفيق، عمان .

النووي، يحيى بن شرف، (ت ٦٧٦هـ / ١٢٧٧م). تحرير ألفاظ التنبيه، ط١، ١م، (تحقيق : عبد الغني الدقر)، دار القلم، دمشق، ١٤٠٨هـ .

— روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط٢، ١٢م، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٥م .

— شرح صحيح مسلم، ط٢، ٩م، دار إحياء التراث العربي، بيروت .

— منهاج الطالبين، ١م، دار المعرفة، بيروت .

هـ

هرموش، محمود مصطفى، (١٩٨٧م). القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله وأثرها في الأصول، ١م، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الملك محمد بن سعود، السعودية.

ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد السيواسي، (ت ٦٨١هـ / ١٢٨٢م). شرح فتح القدير، ٧م ، دار إحياء التراث العربي .

- الهندي، محمد أمين كامل، (١٩٩٥ م). **دعوى التفريق للشقاق والنزاع أمام المحاكم الشرعية الأردنية**، ط١، ١م، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، الأردنية.
- الهيتمي، أحمد بن حجر، (ت ٩٧٦هـ/٥٦٨م). **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، ط١، ٤م، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م.
- **الفتاوى الفقهية الكبرى**، ٤م، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٣م.
- الهيتمي، علي بن أبي بكر، (ت ٨٠٧هـ/٤٠٤م). **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، ١٠م، دار الريان للتراث، القاهرة، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٧هـ.
- **موارد الضمان**، ١م، (تحقيق: محمد عبد الرزاق حمزة)، دار الكتب العلمية، بيروت.

و

- والي، فتحي، (١٩٧٧ م). **قانون القضاء المدني الكويتي**، ١م، مطبعة جامعة الكويت. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، (١٩٩٥ م). **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ط١، ٤٠م، مطابع الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت.
- أبو الوفاء، أحمد، (١٩٨٩م). **نظرية الأحكام في قانون المرافعات**، ط٦، ١م، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- أبو الوفاء القرشي، عبد القادر بن أبي الوفاء، (ت ٧٧٥هـ/٣٧٢م). **طبقات الحنفية**، ١م، مير محمد كتب خانة، كراتشي.
- وكيع، محمد بن خلف، (١٩٤٧م). **أخبار القضاة**، ٣م، المكتبة التجارية، القاهرة.
- ابن الوكيل، محمد بن مكي، (ت ٧١٦هـ/٣١٦م). **الأشباه والنظائر**، ط١، ٢م، (تحقيق: أحمد العنقري)، مكتبة الرشد، الرياض، ١٩٩٣م.
- الونشريسي، أحمد بن يحيى، (ت ٩١٤هـ/٤٠٦م). **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك**، ط١، ١م، (تحقيق: عبد الرحمن الغريابي)، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ١٩٩١م.
- وهدان، حسن محمد، (١٩٩٦م). **الأحكام القضائية وطرق الطعن فيها**، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

ي

- ياسين، محمد نعيم، (١٩٨٤م)، **حجية الحكم القضائي**، ط١، ١م، دار الفرقان، عمان.

—(١٩٩٩م)، نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون، ط١، ام، دار النفائس ،
الأردن .

ابن يوسف، مرعي، (ت١٠٣٣هـ/١٦٢٣م) . غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، ط١،
٣م، مؤسسة دار السلام للطباعة والنشر، دمشق .

الملاحق

فهرس الآيات

الصفحة	اسم السورة	رقمها	الآية
٧	هود	٨٨	إِنْ أُرِيدُ إِلَّا الْإِصْلَاحَ مَا اسْتَطَعْتُ
١	الحجرات	١٣	إِنْ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ
٢٥٠	النساء	٥٨	إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا
٢٨٧	الحجرات	١٠	إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ
٢١٤	النور	٥١	إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ
٢٤٠	القصص	٨٣	تِلْكَ الدَّارُ الْآخِرَةُ نَجْعَلُهَا لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ عُلُوًّا فِي
١٨٨	النساء	٣٤-٣٣	حُرْمَتٍ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتِكُمْ وَبَنَاتِكُمْ وَأَخَوَاتِكُمْ وَعَمَّاتِكُمْ وَخَالَاتِكُمْ
١٥٨	الأعراف	١٩٩	خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ
١	طه	٢٥	رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِّنْ لِّسَانِي
١٠	النحل	٢٦	فَأَنَّىٰ لِلَّهِ بُيُوتُهُم مِّنَ الْقَوَاعِدِ
٢٢٦	المائدة	٤٢	فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ
٣٩	البقرة	٢٠٠	فَإِذَا قُضِيَتْ مَنَاسِكُكُمْ
٢٠٣	البقرة	٢٣٠	فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ
٣٩	فصلت	١٢	فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ
١١	النساء	٧٨	فَمَا لَ هَؤُلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا
٢٧	البقرة	١٧٣	فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ
٢٤٠	يوسف	٥٥	قَالَ اجْعَلْنِي عَلَىٰ خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلَيْمُ
١٩٥	الكهف	٧٠-٦٦	قَالَ لَهُ مُوسَىٰ هَلْ أَتَبَعَكَ عَلَىٰ أَنْ تُعَلِّمَنِي
٢٨٩	النساء	١٣٥	كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ
٢٨٧	النساء	١١٤	لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نُّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ
٢٢	البقرة	٨٦	لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا
١٥٨	الطلاق	٧	لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ
١١	هود	٩١	مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِّمَّا تَقُولُ
١٣٩	النساء	١٢	مِنَ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ
٢٥١	النساء	٦	وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا
٩	البقرة	٢٧	وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ
٢٠٧	العنكبوت	٦٩	وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا
١٠	النور	٦٠	وَالْقَوَاعِدِ مِنَ النِّسَاءِ
٢٩٦	البقرة	١٩٩	وَالْمُؤْمِنُونَ يَعْهَدُهُمْ إِذَا عَاهَدُوا
١٢٤	الأعراف	١٩٩	وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ
٢٠٦	الشورى	٣٨	وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ
١٣٣	المائدة	٤٩	وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ
٢٢٦	المائدة	٤٩	وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ
٢٨٦	النساء	١٢٨	وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا
٢٨٧	الحجرات	٩	وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا
٢٢	البقرة	٢٨٠	وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ

١٣٩	البقرة	٢٢٨	وَبِعُولُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا
١٦٤	المائدة	٢	وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالتَّعَدْوَانِ
٢٨٩	آل عمران	١٣٣	وَسَارِعُوا إِلَىٰ مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ
٢٠٦	آل عمران	١٥٩	وَسَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ
١٩٢	البقرة	٢٣٣	وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ
٤١	الإسراء	٢٣	وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا
٣٩	الإسراء	٤	وَقَضَيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ
٢٥١	النساء	٥	وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا
٢٢	البقرة	١٨٨	وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ
٢٥١	الإسراء	٣٤	وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ
١٦٠	البقرة	١٧٩	وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ
١٦٥	الأعراف	٩٦	وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْقُرَىٰ آمَنُوا وَاتَّقَوْا
٢٢	الحج	٧٨	وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ
١٥٨	الحج	٧٨	وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ
١٥٣	يونس	٣٦	وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا
٢١٤	المائدة	٤٥	وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ
٢١٤	المائدة	٤٧	وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الفَاسِقُونَ
٢١٤	المائدة	٤٤	وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الكَافِرُونَ
د	لقمان	١٢	وَمَنْ يَشْكُرْ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ
٢١٥	النور	٨	وَيَذَرُهَا عَنِهَا الْعَذَابُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ
٢٧	المائدة	١	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ
٢٣٢	الأنفال	٢٧	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَحُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَحُونُوا
٣٠٥	الأنفال	٦٦-٦٥	يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ
١٢٨	ص	٢٦	يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ
٢١٦	النساء	١١	يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ
٢٢	المائدة	٣	الْيَوْمَ اكْتُمْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي

فهرس الأحاديث

الصفحة	درجته	الحديث
٢١٤	صحيح	أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين
٢٩٧	صحيح	أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج
٣١١	ضعيف	ادروا الحدود بالشبهات
٣١١	ضعيف	ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم
٢١٥	صحيح	إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران
١٥٣	صحيح	إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثاً أم أربعاً
١٤٥	صحيح	إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشك علىه
٢٨٧	صحيح	ألا أخبركم بأفضل من درجة
٢٧٨	صحيح	أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله
١٥٨	صحيح	إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطيني ما يكفيني
٢٤	صحيح	إن خيركم قرني ، ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم
١٨٨	صحيح	إن دماءكم ، وأموالكم ، وأعراضكم ، حرام عليكم
٢٣٨	صحيح	إنا والله لا نولي على هذا العمل أحداً سألته
٢٢٦	صحيح	إنكم تختصمون إليّ ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته
٢٣	صحيح	إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى
٢٣	صحيح	بعثت بجوامع الكلم
٢٤	صحيح	البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه
٢٤	صحيح	الخراج بالضمان
١٩٦	صحيح	ذكاة الجنين ذكاة أمه
٢٤٥	صحيح	السلطان ولي من لا ولي له
١٢٨	صحيح	شاهدك أو يمينه
٢٨٦	صحيح	الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً
٢٤	صحيح	العجماء جرحها جبار
٢٠٥	صحيح	القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة

٩٨	صحيح	قضى بالشاهد و اليمين
٢٥١	صحيح	كلكم اراع و كلكم مسؤول عن رعيته ، الإمام راع ومسؤول
٢٠٥	صحيح	كلوا ، وأطعموا ، وادخروا ، فإن ذلك العام كان بالناس جهد
٦٤	ضعيف	كيف تصنع إن عرض لك قضاء
٢٥٦	ضعيف	لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين
٢٤	صحيح	لا ضرر ولا ضرار
١٨٣	ضعيف	لا يبطل حق امرىء مسلم وإن قدم
٣١٢	صحيح	لعلك قبلت ، أو غمزت ، أو نظرت
٢٧٩	صحيح	الله يعلم أن أحدكما لكاذب
٦٨	صحيح	لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم
١٠١	ضعيف	ليس لقاتل ميراث
١٢٥	ضعيف	ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن
٢٠٦	ضعيف	ما رأيت أحداً كان أكثر مشاورة لأصحابه من رسول الله
٢٥١	صحيح	ما من عبد يسترعيه الله رعية فلم يحطها بنصحه لم يجد
٢٥١	صحيح	ما من وال يلي رعية من المسلمين فيموت وهو غاش لها
٣٠٦	صحيح	معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء ، وتآكل الشجر حتى يلقاها
١١	صحيح	من أراد الله به خيراً يفقهه في الدين
٢٣٢	ضعيف	من استعمل رجلاً على عصابة ، وفيهم من هو أرضى الله
١٨٣	ضعيف	من حاز على خصمه
٢٣٢	صحيح	من ولي من أمر المسلمين شيئاً ، فأمر عليهم أحداً محاباة
٢٩٧	صحيح	والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً
١٥٩	صحيح	وكذلك فافعلي كما تحيض النساء
٢٧٩	صحيح	الولد للفراش وللعاهر الحجر ، ثم قال لسودة بنت زمعة
٢٣٩	صحيح	يا أبا ذر إنك ضعيف وإنها أمانة ، وإنها يوم القيامة خزي
٢٣٨	صحيح	يا عبد الرحمن بن سمره لا تسأل الإمارة ، فإنك إن أعطيتها
٢٨٨	صحيح	يا كعب ، قال : لبيك يا رسول الله ، فأشار إليه

فهرس الأعلام

الصفحة	الاسم
١١٠	أصبغ بن الفرغ
١٠	الجرجاني
١٥٩	حمنة بنت جحش
٢٦	ابن دقيق العيد
٢٣	ابن رجب
١٠	السبكي
٧٤	سعيد بن المسيب
٦١	السمناني
٢٨٧	عبد الله بن أبي حدر
٦١	القاضي أبو اصبغ
١١٠	مطرف بن عبد الرحمن
١٢	المقري

**“The legal Maxims which concern the constituents of Judicial
judgement and their application in Jordanian Shari Judiciary”
‘Acomparative study’**

By

Mohammad Younis Faleh AL-Zoubi

Supervisor

Dr. Abas Ahmad AL-Baz

CO - Supervisor

Dr. Zeiad Sobhi Dieab

Abstract

This dissertation addresses the jurisprudence rules concerned with the constituents of the judicial rule and their application in the Jordanian Shari adjudication”.

This dissertation is a comperative adjuducative study aims at addressing the adjudicative rules concerned with the constituents of the adjudicative rule and the extent to wich these rules can be applied in the Jordanian Shari adjudication. The study included an introduction, a preface, four chapters and a conclusion which includes the findings, the recommendations, bibliography and references. The desertation track was as follows:

In the introduction, the researcher refers to the problem of the study, the significance of the study, and the review of related literature in which an illustration to the strategy adopted by the researcher was tackled.

The preface chapter shows a short summary of the origins of jurisprudence rules regarding their concepts, their origins, their sources, their validity, their types, and their significance.

In the first chapter, the researcher treated the adjudicative rule regarding its concept, its constituents with a short treatment of these constituents which are: the judge, the judgment beneficiary, the debtor, the issue of judgment, the issue and the way of judgment.

The second chapter enacts the rules concerned with the opponents in that it included the rules concerned with the plaintiff, the defendant and the mutual rules between them.

In the third chapter, the researcher point out the most significant jurisprudence rules concerned with the issue of judgment which the judge must know and take into account due to its considerable effect in helping the judge to reach the right he is after.

The researcher, moreover, mentions the adjudication rules concerned with the issue of judgment due to their importance as a background for the judge to adjudicate conducting this study. He added the appendices which included statements from the wholly Qumran and sayings up the prophet all mentioned in this dissertation.

The researcher, furthermore, listed the authors whose works have been referred to as well as the jurisprudence rules which are included in the magazine of judicial ruling, the references and bibliography and An abstract of the thesis in English.

In the fourth chapter, the researcher tackles the through Their importance as a background for the judge to adjudicate jurisprudence rules concerned with the ruler in that he treats the most significant things concerned with the reliability of the judge, the extent to which he can take decisions, and the extent to which he is responsible for his decisions. The researcher, furthermore, tackles the most significant jurisprudence rules concerned with judgment and its implicit and explicit application, the extent to which that judgment can be influenced through the change fo time and place, the effect of suspicion on judgment if the judge has to do with boundaries and whether it is possible for the judge to make magistrate between the opponents. The researcher also showed the Jordanian Shari jurisprudence in every chapter and the extent to which it is applicable in the Shari court.

Finally, the researcher concludes the findings and recommendations he has reached conducting this study. He added the appendices which included statements from the wholly Qumran and sayings up the prophet all mentioned in this dissertation.