

المسألة العاشرة:
قول الخبير

● المسألة العاشرة: قول الخبير^(٥٢٣):

○ التعريف:

الخبرة لغة: مصدر من الفعل خَبَرَ الشيءَ يَخْبُرُهُ خبرَةً، بمعنى علم تقول: ليس لي به خبر

معنى قول الخبير

أي: لا علم لي به، والخبرة الاختبار، والخبير العالم.^(٥٢٤)

واصطلاحاً: "الإخبار عن حقيقة الشيء المتنازع فيه بطلب من القاضي"^(٥٢٥).

دليل مشروعية
الأخذ بقول أهل
الخبرة

○ مشروعية الأخذ بالخبرة:

دل على مشروعية الأخذ بقول أهل الخبرة الكتاب والسنة:

فمن الكتاب قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [المائدة: ٩٥].

وجه الدلالة منها: أن الله تبارك وتعالى أوجب الرجوع إلى تقدير اثنين من أهل الخبرة لتقدير

المثل في جزاء الصيد في الحرم إذا كان مثلياً.^(٥٢٦)

(٥٢٣) ينظر: الكاشف شرح نظام المرافعات الشرعية لابن خنين (٧٩/٢).

(٥٢٤) ينظر: تهذيب اللغة (١٥٧/٧)، لسان العرب (٢٢٧/٤).

(٥٢٥) وسائل الإثبات للزحيلي ص (٥٩٤).

(٥٢٦) ينظر: الكاشف في شرح نظام المرافعات (٧٨/٢).

ومن السنة: حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن شراء التمر بالرطب فقال صلى الله عليه وسلم: ((أينقص الرطب إذا يبس؟ قالوا: نعم، فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك. (٥٢٧)

وجه الدلالة: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل أهل الخبرة لمعرفة نقصان الرطب عن التمر باليبس، وأخذ برأيهم. (٥٢٨)

○ شروط الخير:

شروط الأخذ بقول
الخبير

يشترط في الخبير الذي تقبل خبرته جملة من الشروط:

- ١- أن يكون خبيراً فيما يشهد به، وضابط ذلك أن يكون عارفاً معرفة تامة بفنه. (٥٢٩)
- ٢- الإسلام: فيشترط في الخبير أن يكون مسلماً. (٥٣٠)
- ٣- العدالة: فتشترط العدالة في الخبير الذي تقبل خبرته. (٥٣١)
- ٤- العدد: فيشترط في الحكمين والعدلين في الفدية أن يكونا اثنين لم يختلف في ذلك الأصحاب (٥٣٢)، وهل يشترط ذلك في غيرهما؟ المذهب أنه يشترط كونهما اثنين قال ابن قدامة في مسألة التعدد في المترجم: "ولنا أنه نقل ما خفي على الحاكم إليه فيما يتعلق

(٥٢٧) موطأ مالك (٢٣١٢)، سنن أبي داود (٣٣٥٩)، سنن الترمذي (١٢٢٥) وقال: "هذا حديث حسن صحيح"، سنن النسائي (٤٥٤٥)،

سنن ابن ماجه (٢٢٦٤)، وصححه ابن حبان (٥٠٠٣)، وصححه الألباني في إرواء الغليل (١٩٩/٥).

(٥٢٨) ينظر: الكاشف في شرح نظام المرافعات (٧٨/٢).

(٥٢٩) ينظر: المغني (٤٠٥/٥)، الشرح الكبير على المقنع (١٦/٩)، المبدع (١٤٩/٥).

(٥٣٠) ينظر: الإنصاف (٥٤٧/٦)، كشف القناع (٢١٥/٢).

(٥٣١) ينظر: الكافي (٢٥/٤)، الشرح الكبير على المقنع (٥٤٢/٢٥)، شرح الزركشي على الخرق (٣/٣٤٥)، المبدع (٣٢٣/٧)، كشف

القناع (٣٥/٦).

(٥٣٢) ينظر: الفروع (٤١٤/٨)، الإنصاف (٤٧٧/٢١).

بالخصمين، فوجب فيه العدد كالشهادة، ويفارق أخبار الديانات؛ فإنها لا تتعلق بالمتخاصمين" (٥٣٣).

○ الإلزام بقول الخبير:

حكم الأخذ بقول
الخبير

إذا قلنا بأن القاضي يرجع إلى الخبير فيما يحتاج إلى معرفته مما مرده أهل الاختصاص والخبرة، فهل قول الخبير ملزم للقاضي؟

الذي عليه العمل أنه: "يعمل به ما لم يظهر ما يسوّغ الاستغناء عنه، أو يظهر فيه طعنٌ بخطأ أو نقص فيستكمل إن أمكن ذلك وإلا ألغى القرار واختار الخصوم أو اختارت المحكمة خبيراً حسب الاقتضاء لتقرير ما يلزم للمسألة المتنازع فيها" (٥٣٤) (٥٣٥).

العمل عند اختلاف
الخبيراء

○ العمل عند اختلاف الخبراء:

إذا اختلف خبيران في تقدير قيمة عين فقال أحدهما قيمته خمسون وقال الآخر قيمته خمسة وخمسون، أو اختلف فريقان في كل فريق خبيران، فالمذهب أنه يؤخذ بالأقل؛ لاتفاقهما عليه دون الزائد. (٥٣٦).

(٥٣٣) المغني (٨٤/١٤)، وينظر: الإنصاف (٥٠٩/٢٨).

(٥٣٤) الكاشف في شرح نظام المرافعات (١٠٥/٢).

(٥٣٥) وقد نصت المادة الحادية والعشرون بعد المائة من نظام الإثبات على أنه: "لا يقيد رأي الخبير المحكمة، وإذا لم تأخذ المحكمة به كله

أو بعضه بينت أسباب ذلك في حكمها." نظام الإثبات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ، المادة (١٢١).

(٥٣٦) ينظر: الإنصاف (٢٩/٢١٠)، كشف القناع (٦/٣٩٩)، شرح المتهى (٣/٥٧٣)، مطالب أولي النهى (٦/٥٩٠).

المسألة العاشرة:
القرائن

● المسألة العاشرة: القرائن^(٥٣٧):

○ تعريف القرائن:

تعريف القرائن

القرائن جمع قرينة، مأخوذة من الفعل قرن، يقول ابن فارس: "القاف والراء والنون أصلاً صحيحان، أحدهما: يدل على جمع شيء إلى شيء، والآخر: شيء ينتأ بقوة وشدة"^(٥٣٨)، وقرنت الشيء إلى الشيء إذا جمعته به^(٥٣٩).

واصطلاحاً: "هي الأمانة القوية التي يستدل بها القاضي من أمر ثابت على وقوع أمر خفي من الأوصاف الدالة على ثبوت أو نفي الواقعة القضائية المؤثرة في الحكم.

فهي استنباط أمر مجهول من أمر معلوم فيصير المستنبط بعد الجهل به معلوماً"^(٥٤٠).

○ مشروعية الإثبات بالقرائن:

دليل مشروعية
الأخذ بالقرائن

ثبتت مشروعية الأخذ بالقرائن في القرآن والسنة:

أما في الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ۖ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ۖ فَلَمَّا رَأَىٰ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِّنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ ۖ﴾ [يوسف: ٢٦-٢٨].
ووجه الدلالة: أنه "توصل بقميص القميص إلى معرفة الصادق منهما من الكاذب"^(٥٤١).

(٥٣٧) جل ما في هذه المسألة ملخص من كلام الشيخ ابن خنين في حاشيته على كتاب القضاء من الروض من المربع ص (٤١٤-٤٢٠).

(٥٣٨) مقاييس اللغة (٥/٧٦).

(٥٣٩) ينظر: العين (٥/١٤١)، تهذيب اللغة (٩/٨٧)، الصحاح للجوهري (٦/٢١٨٠)، مقاييس اللغة (٥/٧٧).

(٥٤٠) حاشية الشيخ ابن خنين على كتاب القضاء من الروض المربع ص (٤١٤).

(٥٤١) الطرق الحكمية (١/١٠).

ومن السنة حديث عائشة رضي الله عنها قالت: دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وهو مسرور فقال: ((يا عائشة ألم تري أن مجزراً المدلجي دخل علي فرأى أسامة وزيداً وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدأت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض))^(٥٤٢).

ووجه الدلالة: إقرار النبي صلى الله عليه وسلم لقول مجزز من تشبيه أقدامهما ببعض وفرحه بذلك، وإنما بنى القائف قوله على القرينة التي رآها..^(٥٤٣)

○ أركان القرينة القضائية:

أركان القرينة
القضائية

للقرينة القضائية ركنان هما:

- الركن الأول: واقعة ثابتة يختارها القاضي من الوقائع التي لها اتصال بموضوع الدعوى.
- الركن الثاني: عملية استنباط يقوم بها القاضي؛ ليصل من هذه الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها، أو شيء من أوصافها المؤثرة في الحكم.

○ مصدر استنباط القرينة القضائية:

مصدر استنباط
القرينة القضائية

- ١- وقائع الدعوى من الادعاء والجواب والدفع.
- ٢- مناقشة الخصوم واستجوابهم.
- ٣- ما يشهد به الشهود ابتداء أو بعد استجوابهم.
- ٤- ما يدون في الأوراق والأدلة الكتابية مما يكون له دلالة مباشرة.

(٥٤٢) صحيح البخاري (٣٧٣١)، صحيح مسلم (١٤٥٩) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٥٤٣) ينظر: الطرق الحكمية (٢/ ٥٧٥).

○ شروط استنباط القرينة القضائية:

يجب أن تتحقق في الاستنباط الذي يجريه القاضي للقرينة القضائية الشروط التالية:

- ١- أن يكون الاستنباط مبنياً على واقعة ثابتة مما تدعى فيه الخصوم.
- ٢- التزام المستنبط بمنهج الاستدلال المعتمد عند العلماء.
- ٣- أن يشهد الشرع للمعنى المستنبط.
- ٤- أن يكون المعنى المستنبط مؤثراً في ثبوت الواقعة المتنازع فيها.
- ٥- ألا يعارض المعنى المستنبط ما هو أقوى منه.
- ٦- أن يكون الاستنباط كافياً مبيّناً فيه المعنى المستنبط، والأدلة والوقائع التي استفيد منها، والرد على ما يعارضه من أقوال الخصوم ودفوعهم وبياناتهم.
- ٧- أن يكون الاستنباط متسلسلاً، ينتقل فيه مقرره من المقدمات إلى النتائج ومن المعلوم إلى استنباط المجهول وتقريره، ومن الدليل إلى المدلول.

تنبيه:

مما يحسن التنبيه عليه: أن دلالة القرينة القضائية قد تكون قوية، وقد تكون ضعيفة، فقد ترتقي إلى درجة القطع واليقين، بل قد تقدم على الشهادة والإقرار كما قرره ابن القيم^(٥٤٤) واستدل له بما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم بينما امرأتان معهما ابنان لهما إذ جاء الذئب فأخذ أحد الابنين، فقالت لصاحبتها إنما ذهب بابنك، وقالت الأخرى إنما ذهب بابنك فتحاكما إلى نبي الله داود، فقضى به للكبرى، فخرجتا، فدعاهما سليمان فقال: هاتوا السكين أشقه بينكما، فقالت الصغرى يرحمك الله هو ابنها لا تشقه فقضى به للصغرى^(٥٤٥).

وقد تهبط دلالة القرينة إلى درجة التوهم فلا يعبأ بها، وقد تتكاثر القرائن الضعيفة فيعضد بعضها بعضاً فترقى إلى درجة القوة الصالحة لاعتماد القاضي عليها في الحكم، وقد تكون قوية فيعارضها ما هو أقوى منها فيسقطها، وليقظة القاضي وذكائه - بعد توفيق الله عز وجل - أثر في الاستنباط من القرينة.

(٥٤٤) ينظر: الطرق الحكمية (٨/١).

(٥٤٥) صحيح البخاري (٦٧٦٩)، صحيح مسلم (١٧٢٠).

المسألة الحادية عشرة: الفراسة^(٥٤٦)
عشرة: الفراسة

○ تعريف الفراسة:

تعريف الفراسة

الفراسة في اللغة: الفراسة: النظر والتثبت والتأمل في الشيء والبصر به، يقال: فلان يتفرّس في الأمر أي: يتثبت وينظر، وتفرّس في الرجل الشيء إذا توسّمه.^(٥٤٧)

واصطلاحاً: "تفطن القاضي من وجهٍ خفيٍّ لأمر قابل للثبوت مما يتصل بالواقعة محل النظر يؤدي ثبوته أو نفيه لثبوت أو نفي الواقعة أو شيء من أوصافها"^(٥٤٨).

○ حجية الفراسة:

حجية الفراسة

الفراسة ليست دليلاً قضائياً؛ لأن مدارك الأحكام معلومة شرعاً، وليست الفراسة منها، فالحكم بها من قبيل الحكم بالظن والحزر والتخمين، والظن يخطئ ويصيب، وإنما الفراسة وسيلة تحقيق يستعان بها لاستخراج الدليل القضائي، والعبرة بما يثبت من الدليل بعد هذا التحقيق، فإن لم ينتج عن هذا التحقيق دليلٌ فلا يعتمد على الفراسة.

○ الفرق بين القرينة والفراسة:

الفرق بين الفراسة والقرينة

تقدم معنى القرينة والفراسة، وقد يشكّل تشابههما، والفرق بينهما من وجوه:

١ - أن الفراسة وسيلة إلى استكشاف طرق الإثبات، وأما القرينة فهي وسيلة إثبات بذاتها.

(٥٤٦) جل ما في هذا المبحث ملخص من حاشية الشيخ ابن خنن على كتاب القضاء على الروض ص(٤٢٠) وما بعدها.

(٥٤٧) ينظر: تهذيب اللغة (١٢/ ٢٨١)، الصحاح للجوهري (٣/ ٩٥٨)، لسان العرب (٦/ ١٥٩-١٦٠).

(٥٤٨) حاشية الشيخ ابن خنن على كتاب القضاء من الروض المربع ص(٤٢٠).

- ٢- أن الفراسة لا يعمل بها مهما قوي الظن بها، ولا يستند إليها في الحكم؛ لأنها مجرد احتمال، وأما القرينة فمتى قويت عمل بها.

• المسألة الثانية عشر: الدليل الرقمي

وهو كل دليل مستمد من أي بيانات تنشأ أو تصدر أو تسلم أو تحفظ أو تبلغ بوسيلة رقمية، وتكون قابلة للاسترجاع أو الحصول عليها بصورة يمكن فهمها.^(٥٤٩)

ويشمل ذلك: السجل الرقمي، والمحضر الرقمي، والتوقيع الرقمي، والمراسلات الرقمية، ووسائل الاتصال، والوسائط الرقمية، وغيرها.^(٥٥٠)

ويكون للإثبات بالدليل الرقمي حكم الإثبات بالكتابة، وعليه يمكن تقسيمه إلى قسمين:

- الدليل الرقمي الرسمي: ويأخذ الحجية المقررة للمحضر الرسمي، فهو حجة على الكافة متى استوفى الشروط المقررة له، بما في ذلك أن يكون صادراً آلياً من الأنظمة الرقمية للجهات العامة أو الجهات المكلفة بخدمة عامة.
- الدليل الرقمي غير الرسمي: ويأخذ حجية المحررات العادية، فتكون حجته قاصرة على أطراف التعامل.^(٥٥١)

(٥٤٩) نظام الإثبات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ، المادة (٥٣).

(٥٥٠) نظام الإثبات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ، المادة (٥٤).

(٥٥١) نظام الإثبات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ، المادة (٥٥-٥٧).

المطلب السادس: الموازنة أو الترجيح أو تعارض البيانات.

المطلب السادس:
تعارض البيانات

• تعارض البيانات:

معنى تعارض
البيانات

المراد بتعارض البيانات: "التقابل بين البيانات القضائية المقدمة من الخصوم بأن تنفي بيئة أحدهما ما تثبته بيئة الآخر، وذلك بحسب ما يظهر للقاضي في بادئ النظر"^(٥٥٢).

ويشترط لاعتبار هذا التعارض شرطان:

شروط اعتبار
تعارض البيانات

الشرط الأول: أن تكون البيتان المتعارضتان كاملتين، فلا تعارض بين بيئة كاملة وأخرى ناقصة؛ لأن التعارض إنما يقع في حال التساوي في القوة والاكتمال.^(٥٥٣)

"فإذا تعارضت البيانات القضائية قدم الأقوى فالأقوى دلالة، فيقدم الإقرار على الشهادة، ثم الشهادة التامة على الشاهد واليمين، ثم القرينة مع اليمين المجرد، والكتابة في الجملة مقدمة على الشهادة"^(٥٥٤).

الشرط الثاني: تعذر الجمع بين البيتين بوجه من أوجه الجمع.^(٥٥٥)

"فإذا تعارضت البيانات القضائية قدم الأقوى فالأقوى دلالة، فيقدم الإقرار على الشهادة، ثم الشهادة التامة على الشاهد واليمين، ثم القرينة مع اليمين المجرد، والكتابة في الجملة مقدمة على الشهادة"^(٥٥٦).

(٥٥٢) حاشية الشيخ ابن خنن على كتاب القضاء من الروض المربع ص(٤٣٠).

(٥٥٣) ينظر: المغني (١٤/٢٦٧-٢٦٨).

(٥٥٤) حاشية الشيخ ابن خنن على كتاب القضاء من الروض المربع ص(٤٣٠)، وينظر: الشرح الكبير على المقنع (٢٩/٢١١). ويظهر أن مراد الشيخ من تقديم الكتابة بشرطها، وذلك إذا اعتبرت وذلك بأن يقر الذي تكون البيئة في مواجهته بصحتها.

(٥٥٥) ينظر: المغني (١٤/٢٦٧-٢٦٨)، (١٤/٢٩٦)، مفيد القضاة ص(٦٣٨).

(٥٥٦) حاشية الشيخ ابن خنن على كتاب القضاء من الروض المربع ص(٤٣٠)، وينظر: الشرح الكبير على المقنع (٢٩/٢١١). ويظهر أن مراد الشيخ من تقديم الكتابة بشرطها، وذلك إذا اعتبرت وذلك بأن يقر الذي تكون البيئة في مواجهته بصحتها.

وسياتي مزيد تفصيل بشأن الجمع وأوجهه.

العمل عند تعارض
البيانات

• العمل عند التعارض:

إذا ظهر للقاضي تعارض في شهادة الشهود، فإن أول ما يصير إليه القاضي هو الجمع، ويراد بالجمع: "التوفيق بين البيانات القضائية المتعارضة المقدمة من الخصوم بأن تحمل كل واحدةٍ منهما على وجه سائق" (٥٥٧)، فإذا كان كذلك فإنه لا يخلو من أحوال:

الحالة الأولى: أن يكون التعارض بين أقوال شاهد واحدٍ، وحينئذٍ فيطلب منه تفسيرها، فإن فسرهما عمل بتفسيره بياناً وتخصيصاً وتعميماً وإطلاقاً وتقييداً؛ لأن له الزيادة فيها والنقص منها قبل الحكم، أما إذا فسرهما بعد الحكم بما يعارض دلالتها قبل الحكم فيكون رجوعاً عنها تجري عليه أحكام الرجوع عن الشهادة. (٥٥٨)

الحالة الثانية: أن يكون التعارض بين شهادة شهود مختلفين:

وفي هذه الحال "يحمل العام على الخاص، والمطلق على المقيد، أو تحمل كل بينة على حال. مثال حمل العام على الخاص: لو شهد شهود بأن البضاعة في الدكان جميعها للمدعي، وشهد آخرون بأن الثلاجة التي في الدكان للمدعى عليه، فيعمل بهما معاً، ويعطى المدعى عليه الثلاجة، والباقي للمدعي؛ حملاً للعام على الخاص.

(٥٥٧) حاشية الشيخ ابن خنين على كتاب القضاء من الروض المربع ص (٤٣٠).

(٥٥٨) مختصر من كلام الشيخ ابن خنين في حاشيته على كتاب القضاء من الروض ص (٤٣١).

ومثال حمل المطلق على المقيّد: لو أقر شخص بألف في وقتين وأطلق أحدهما وقيد الآخر بأنه قرض، فيحمل المطلق على المقيّد ويلزمه ألف واحد وهو القرض".^(٥٥٩)

"وقد يجمع بين البيتين عن طريق الجمع باختلاف الزمان أو المكان:

قال ابن قدامة: "فأما إن شهد بكل فعل شاهدان، واختلفا في الزمان، أو المكان، أو الصفة، ثبتا جميعاً؛ لأن كل واحد منهما قد شهدت به بينة عادلة، لو انفردت أثبت الحق، وشهادة الأخرى لا تعارضها؛ لإمكان الجمع بينهما"^(٥٦٠).

■ تعذر الجمع:

أما إذا تعذر الجمع فإنه يصار إلى الترجيح بين البيّنات، ويعنى بالترجيح: "تقديم بينة أحد الخصوم على بينة الآخر لمزية جعلتها أولى بالعمل من الأخرى"^(٥٦١)، ومن أمثلة ذلك:

● تقديم بينة الخارج على بينة الداخل:

"بينة المدعى عليه تسمى بينة الداخل، وبينة المدعى تسمى بينة الخارج".^(٥٦٢)

ومثال ذلك: أن يتنازعا في دار تحت يد المدعى عليه، وأحضر المدعى بينة تشهد بأنه يملك هذه الدار، وأتى المدعى عليه ببينة تشهد بأن الدار ملكه، قدّمت بينة المدعى على بينة المدعى عليه؛ وذلك أن المدعى عليه منكر، وبينة المنكر إنما تُثبت ظاهراً تدل اليد عليه؛ فلم تكن مفيدة لفائدة

(٥٥٩) حاشية الشيخ ابن خنّين على كتاب القضاء من الروض ص (٤٣١)، وينظر: شرح المنتهى (٣/ ٥٨٥-٥٨٦).

(٥٦٠) ينظر: مفيد القضاة ص (٦٣٩-٦٤٠)، المغني (١٤/ ٢٤٠).

(٥٦١) حاشية الشيخ ابن خنّين على كتاب القضاء من الروض ص (٤٣٠).

(٥٦٢) ينظر: المغني (١٤/ ٢٧٩)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٧/ ٤٠٢)، المنح الشافيات (٢/ ٧٧٧).

جديدة؛ لأن الشهادة بالملك يجوز أن يكون مستندها رؤية اليد والتصرف، فصارت البينة بمنزلة اليد المفردة، وعليه: فتقدم بينة المدعي (الخارج) على بينة المدعى عليه (الداخل)؛ لأن بينة المدعي مقدمة على اليد.^(٥٦٣)

• تقديم البينة التي تشهد بأمر حادث على الملك:

إذا ادعى المدعي (الخارج) بأنه يملك عقاراً في يد المدعى عليه، وأقام البينة التي تشهد بملكه، فأقام المدعى عليه (الداخل) بينة على أنه اشترى العقار من المدعي قدّمت بينة المدعى عليه؛ لأنها تشهد بأمر حادث على الملك خفي.^(٥٦٤)

• تقديم البينة المثبتة على النافية:

الأصل أن القول قول النافي يمينه^(٥٦٥)، فإذا أتى كل واحد من المتخاصمين ببينة فإن التي تقدم هي بينة المثبت؛ لأن النافي متمسك بأصل البراءة والعدم، وبينة المثبت في مقابل الأصل فتقدم. مثالها: إذا أتى أحد المتخاصمين بشاهد يشهد بصحة دعواه، ثم أتى بشاهدين يشهدان بعدالته، فأتى المشهود عليه بشاهدين يشهدان بجرح الشاهد فإن بينته مقدمة؛ "لأن الجارح يخبر بأمر باطن خفي على العدل، وشاهد العدالة يخبر بأمر ظاهر؛ ولأن الجارح مثبت لجرح والمعدّل نافٍ له، والمثبت مقدم على النافي"^(٥٦٦).

(٥٦٣) مختصر من مفيد القضاة ص (٦٤٢-٦٤٣) بتصرف يسير اقتضاه السياق، وينظر: كشف القناع (٦/٣٩٠).

(٥٦٤) ينظر: الرعاية الصغرى (٢/١٢٤٦)، كشف القناع (٦/٣٩١)، شرح المنتهى (٣/٥٦٢).

(٥٦٥) وقد سبقت في ص.

(٥٦٦) شرح المنتهى (٣/٥٢٠).

• ترجيح البينة الأقدم:

إذا تداعى رجلان كل منهما يدعي ملك عين بيديهما اشترياهما من زيد، فأحضر كل واحدٍ منهما بينة تشهد بأنه اشتراها من زيد، وكان في بينة أحدهما النص على سبق التاريخ فإن العين التي ادعياها لمن تشهد البينة بسبق تملكه؛ وشهود الثاني إنما يشبتون عقداً مع زيد وقد ثبت بشهادة الشهود أن الملك سابقٌ لشراء الثاني، فيكون العقد الثاني غير صحيح وله -أي للثاني- الرجوع على زيد بالثمن، لثبوت بطلان بيعه لكونه باع ما لا يملكه. (٥٦٧)

▪ حال تعذر الجمع والترجيح:

إذا تعذر الجمع بين البيتين المتعارضتين، وتعذر كذلك الترجيح بينهما، فإن البيتين تتساقطان؛ لثبوت التعارض. (٥٦٨)

وحيث تحقق التعارض فلا يخلو من أحوال:

الأول: أن تكون العين تحت يد أطراف الدعوى معاً، ففي الحالة هذه يتحالفون ويتقاسمون العين بينهم.

الثاني: ألا تكون العين تحت يد أحد: فإنه يصار في هذه الحالة إلى القرعة، فمن خرجت له القرعة حلف على أنها له، وحكم له.

(٥٦٧) ينظر: الفروع (٢٨٩/١١)، شرح المنتهى (٥٦٧/٣)، مطالب أولي النهى (٥٨٢/٦).

(٥٦٨) ينظر: المغني (٢٩٤/١٤)، العدة شرح العمدة ص (٦٦١)، كشف القناع (٣٩٣/٦).

الثالث: أن تكون العين في يد ثالث واعترف أنه لا يملكها، وأقام كل واحدٍ بينة على أنها له، فالمذهب أن البينات تتساقط، ويقرّع بينهما، فمن خرجت له القرعة حلف وحكم له.^{(٥٦٩)(٥٧٠)}

• تعارض الأصل والظاهر^(٥٧١):

تعارض الأصل
والظاهر

"المراد بالأصل هو: الحالة العادية الثابتة التي يكون إدراكها حاصلًا قبلاً بالعقل والحس من دون حاجة إلى دليل مثل: الأصل براءة الذمة قبل عمارتها.

والظاهر هو: ما ترجح وقوعه بسببٍ معتبر مثل العادة والعرف.

والأصل إعمال البينة القضائية من شهادة وكتابة ونحوهما، وتقديمها على الأصل من براءة ذمة أو الظاهر من غالبٍ وعرف ونحوهما، وهذا بالإجماع^(٥٧٢).

والمراد بالتعارض هنا: التقابل بين الأصل والظاهر، أو بين أصليين، أو ظاهريين، بحسب ما يظهر للقاضي في بادئ النظر في واقعة معينة.

والمراد بالجمع: إعمال المتعارضين من الأصل والظاهر بوجهٍ سائغ.

والمراد بالترجيح هنا: تقديم أحد المتعارضين من الأصل أو الظاهر؛ لما فيه من مزية معتدّ بها تجعله أولى بالعمل من الآخر.

(٥٦٩) ينظر: كشف القناع (٦/٣٩٢-٣٩٣)، شرح المنتهى (٣/٥٦١).

(٥٧٠) وقد نصت المادة الرابعة من نظام الإثبات على أنه: "إذا تعارضت أدلة الإثبات ولم يمكن الجمع بينها فتأخذ المحكمة منها بحسب ما يترجح لها من ظروف الدعوى، فإن تعذر ذلك فلا تأخذ المحكمة بأي منها، وفي جميع الأحوال يجب عليها أن تبين أسباب ذلك في حكمها." نظام الإثبات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ.

(٥٧١) ما يأتي حتى ختام هذا المبحث من كلام الشيخ ابن خنبن - حفظه الله -.

(٥٧٢) ينظر: الفروق للقرافي (٤/٧٦)، قواعد ابن رجب (٣/١٦٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٦٤).

فإذا قام أصل لأحد المتداعيين كبراءة الذمة -مثلاً- عملنا به ولم نعدل عنه، فإذا عارضه ظاهر أو حصل تعارض بين أصليين أو ظاهرين وجب الجمع بينهما ما أمكن، فإن تعذر فيصير إلى الترجيح بتدقيق النظر، وإعمال الفكر، ولا يصح الإعراض عن ذلك وتركه.

• صور تعارض الأدلة: صور تعارض الأدلة

١- تعارض الأصل والظاهر.

١- تعارض الأصل والظاهر

يتعين إعمال الأصل ما لم يعارضه ظاهر، فإذا تعارض الأصل والظاهر ولم يمكن الجمع بينهما بوجه سائغ رجح أرجحهما، ومن الترجيحات كثرة القرائن وقوتها.

إلا أن الظاهر له رتب قوة وضعف؛ ولذا نجد أنه تارة يقدم الأصل على الظاهر، وأخرى يقدم الظاهر على الأصل، حسب الآتي:

أ- تقديم الأصل على الظاهر:

وذلك إذا كان الظاهر مجرد احتمال أو قرائن حالية ضعيفة، مثل الرجل الصالح يدعي على أفسق الناس ديناً أو نحوه، فالأصل براءة الذمة، والظاهر أن الغالب صدق الرجل الصالح فيما ادعاه، ومع ذلك يلغى هذا الغالب ويعمل بالأصل؛ لأن الغالب مجرد احتمال.

ب- تقديم الظاهر على الأصل:

وذلك إذا كان الظاهر قوياً يستند إلى سبب منصوب ومعتبر شرعاً، كاليد على العين المتنازع عليها، فإنها تعارض الأصل وهو عدم الملك، فقدّمنا الظاهر.

وهكذا إذا كان الظاهر سبباً قوياً منضبطاً، كالعقد يتنازع في صحته خصمان أحدهما يدعي كمال شروطه وصحته، والآخر يدعي سبباً مفسداً، فيقدّم الظاهر هنا -وهو أن الغالب وقوع العقود

على الصحة - على الأصل وهو عدم استيفاء شروط صحتها، وهكذا العرف ونحوه من الظاهر؛ فإنها تعارض أصولاً ومع ذلك لا يلتفت إلى هذه الأصول ويقدم عليها الظاهر.

والقاعدة عند تعارض الأصل مع الظاهر: تقديم الظاهر على الأصل؛ لأن الظاهر ناقل عن الأصل، فمن كان الظاهر معه فهو المدعى عليه الذي تتوجه عليه اليمين، ومن ادعى خلافه فهو المدعى الذي تتوجه عليه البينة.

هذا وقد يقع التعارض بين الأصل والظاهر؛ لقوة دلالتهما، فتتوجه البينة على كل واحد من المترافعين واليمين عليهما عند عدمهما، مثل اختلافهما في ثمن المبيع؛ فإن الأصل مع المشتري وهو براءة ذمته من الثمن الزائد، والظاهر مع البائع؛ لأن العادة أن البائع لا تخرج العين من يده إلا بثمن يرضاه، فيكون كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه في آن واحد.

٢- تعارض الأصلين.

٢- تعارض
الأصلين

إذا تعارض أصلان ولم يمكن الجمع، رجّح أقواهما دلالة إما لاعتضاده بمرجّح آخر من أصل أو ظاهر، أو لكون أحد الأصلين أكثر تعلّقاً بموضع النزاع وأكثر شبهاً به.

والقاعدة: أن المسألة إذا تجاذبها أصلان: ألحقت بأقربهما شبهاً، وقد يعمل بالأصلين معاً، مثل: أن تكون عين لرجل -كسيارة- في يد آخر، فيقول المالك: أجرتك، ويقول الذي هي بيده: بل أعرتني، ولم تمض مدة لها أجر، فالقول لمدعي الإعارة بيمينه، فقد تنازعا أصلان، أصل عدم الإعارة، وأصل عدم الإجارة، وقدما أصل عدم الإجارة وأخذنا بالإعارة؛ لاعتضاده بأصل آخر وهو براءة الذمة، لكن لو كان ذلك بعد مضي مدة لها أجر وطالب مالکها بأجرة لما مضى فيرجّح قول المالك في دعوى الإجارة بيمينه؛ لاعتضاده بظاهر، وهو أن العادة بذل الإنسان ماله معاوضة، وأن على قابضه ضمانه بعوض، فيكون القول قول القابض في نفي الإجارة، فترد العين لصاحبها،

والقول قول المالك في استحقاقه الأجرة لما مضى، فيستحق أجرة المثل، إعمالاً لكل أصل بما ترجح به.

ومثال إعمال الأصل من الجانبين:

أن تكون عين لرجل كسيارة بيد آخر، فادّعى مالکها البيع -يعني بأنني قد بعتهـا- وادّعى قابضها الهبة، فهنا مع كل جانب أصل، أصل عدم البيع، وأصل عدم الهبة، ولا مرجح لهما، وأمكن إعمالهما فيعملان، بأن يكون كل واحدٍ منهما مدعيّاً مدعى عليه، وإذا لم يكن لأحدهما بينة تحالف، بأن يحلف كل واحد منهما على ما أنكر، ولا يصح بيع ولا هبة وتعود لمالكها.

وهكذا لو ادّعى صانعان كنجارٍ ودبّاغٍ جلدًا وليس بيد أحدهما فمع كل واحدٍ منهما أصل عدم الملك، وزاد الدبّاغ بظاهر وهو العرف؛ إذ أن مثل ذلك في العرف يكون للدبّاغ، فهنا المدعي هو النجار، فتتوجه عليه البينة، والمدعى عليه هو الدبّاغ فتتوجه عليه اليمين عند عدم البينة ويحكم له بالجلد.

٣- تعارض الظاهرين.

٣- تعارض
الظاهرين

إذا تعارض ظاهران ولم يمكن الجمع بينهما فإنه يجري في الترجيح بينهما ما مرّ في ترجيح الأصلين من العمل بأقواهما؛ لاعتضاده بمرجح آخر من أصل أو ظاهر آخر، أو لكون أحد الظاهرين أكثر تعلّقاً بموضوع النزاع وأكثر شبهاً به، وقد يعمل بهما معاً.

فمن ترجح جانبه فهو المدعى عليه الذي تتوجه عليه اليمين، ومن ضعف جانبه فهو المدعي الذي تتوجه عليه البينة.

فإذا ادّعى جزاران جلدًا ليس بيد أحدهما فإن كل واحدٍ منهما متمسك بظاهر وهو العرف، فتتوجه البينة على كل واحدٍ منهما لما ادّعاه، فإن عجزا توجهت اليمين على كل واحدٍ منهما، فإن حلّفا قسم بينهما نصفين، إعمالاً للظاهر من الجانبين؛ لعدم المرجح لأحدهما على الآخر، فلو كان

بيد أحدهما رجحنا جانبه، وكان مدعى عليه تتوجه عليه اليمين، والآخر هو المدعي تتوجه عليه البينة؛ لأن من كان بيده ترجح بظاهر آخر وهو اليد.

وإذا كانت العين بيدهما فقد صار كل واحدٍ منهما مدعيًا، فإن عجزا عن الإثبات تحالفا وتناصفاها. "(٥٧٣).

(٥٧٣) ما سبق كله في مبحث اختلاف الأصل والظاهر وتفريعاته مختصر من كلام الشيخ ابن خنين في حاشيته على كتاب القضاء من ص (٤٢٥-٤٢٩).

المطلب السابع: الحكم القضائي^(٥٧٤)المطلب السابع:
الحكم

• تعريف الحكم القضائي:

تعريف الحكم
القضائي

الحكم لغة: مصدر حكم يحكم حكماً، أي قضى^(٥٧٥).

والحكم اصطلاحاً: "ما يصدر من القاضي فصلاً لنزاع بين متخاصمين في واقعة معينة على جهة الإلزام"^(٥٧٦).

• أركان الحكم القضائي^(٥٧٧):أركان الحكم
القضائي

الركن الأول: القاضي: وهو الحاكم المنصوب من قبل ولي الأمر^(٥٧٨).

الركن الثاني: المقضي به، وهو المستند الذي بنى عليه القاضي حكمه^(٥٧٩).

الركن الثالث: المقضي فيه: والمراد به: الخصومة أو الإثبات.

الركن الرابع: المقضي له: وهو الذي يكون الحكم في صالحه.

(٥٧٤) نصت المادة التاسعة والخمسون بعد المائة على أنه: "متى تمت المرافعة في الدعوى، قضت المحكمة فيها فوراً، أو أجلت إصدار الحكم إلى جلسة أخرى تحددها، مع إفهام الخصوم بقفل باب المرافعة وموعد النطق بالحكم." نظام المرافعات الشرعية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) بتاريخ ١/٢٢/١٤٣٥هـ.

(٥٧٥) ينظر: الصحاح للجوهري (٥/١٩٠١)، لسان العرب (١٢/١٤١).

(٥٧٦) حاشية الشيخ ابن خنين على كتاب القضاء من الروض المربع ص (١٢٤) وعزاه لكتابه الحكم القضائي ص (١٩).

(٥٧٧) ما هنا أخذته مما ذكر في (مفيد القضاة) أركاناً للقضاء، وقد أوردتها أركاناً للحكم القضائي، وكذا راجعت في هذا المبحث كتاب الحكم القضائي للشيخ ابن خنين.

(٥٧٨) تقدم في ص .

(٥٧٩) تقدم في ص .

الركن الخامس: المقضي عليه: وهو الذي يكون الحكم في مواجهته ويكون ملزماً له. (٥٨٠)

• شروط الحكم القضائي:

شروط الحكم
القضائي

يشترط في الحكم القضائي جملة من الشروط (٥٨١):

الشرط الأول: صدور الحكم من ذي ولاية.

الشرط الثاني: صدور الحكم من مختص.

الشرط الثالث: صلاحية القاضي للنظر في القضية والحكم فيها.

الشرط الرابع: ألا يكون قد سبق صدور حكم في الواقعة المتنازع عليها: فإذا أصدر القاضي حكماً في القضية امتنع على غيره الدخول فيها ما دام الحكم قائماً، ويدل لذلك قوله صلى الله عليه وسلم: ((لا يقضين أحد في قضاء بقضاءين)) (٥٨٢).

الشرط الخامس: التزام القاضي في حكمه بالمصادر المعتبرة، وهي كما ذكر ابن تيمية: "الكتاب والسنة والإجماع وما تكلم الصحابة والعلماء به إلى اليوم بقصد حسن" (٥٨٣).

الشرط السادس: مراعاة إجراءات الإثبات وأصول إعمالها: فالقاضي لا يعطي الخصم بمجرد دعواه، بل يسمع بينة المدعي إن وجدت ويتحقق منها، وينظر في أصول قبولها وإعمالها، فيحكم بها إن صحت، أو يحكم برد الدعوى وله اليمين على خصمه.

(٥٨٠) ملخص من كلام الشيخ أحمد في مفيد القضاة ص (٦٥-٦٧).

(٥٨١) ما يأتي مختصر من كتاب الحكم القضائي آدابه وشروطه ص (٨١) وما بعدها.

(٥٨٢) سنن النسائي (٥٤٢١) من حديث أبي بكر رضي الله عنه، وصححه الألباني في صحيح الجامع (٧٧٥٦).

(٥٨٣) الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية ص (٤٨١).

الشرط السابع: سبق دعوى صحيحة وهي: ما استكملت شرائط صحتها-، وسبق خصومة صحيحة، وهي: أن تكون الدعوى والإجابة والبيانات والأيمان في حضور الطرفين ومواجهتهم، إلا ما يستثنى حيث جاز سماع الدعوى من غير حضور المدعى عليه.

الشرط الثامن: طلب الحكم، وذلك بأن يصرح المدعي بطلب الحكم.

الشرط التاسع: ملاقة الحكم للدعوى والطلب: فلا بد أن يكون الحكم فيما جرت فيه الخصومة، ووقع فيه التنازع، وانصبَّ عليه الطلب في الدعوى، وإلا كان الحكم باطلاً.

الشرط العاشر: علنية النطق بالحكم: فينطق به بحضور الخصمين، لكن يجوز أن يكون النطق بالحكم غيباً بغير حضور المدعى عليه حيث جاز سماع الدعوى غيباً، وهكذا الحكم المقرر لحق الله لا يلزم حضور المدعي؛ لأنه لا يشترط له تقدم الدعوى.

الشرط الحادي عشر: خلو الحكم من موجبات النقض.

الشرط الثاني عشر: استيفاء صيغة الحكم ما يلزم لها شرعاً: والذي يلزم استيفائه في صيغة الحكم ما يلي^(٥٨٤):

- ١ - الإلزام: فلا بد أن تتضمن الصيغة الإلزام بالحكم، فلا تكون الأحكام بصيغة الوعظ أو الاقتراح.
- ٢ - التنفيذ: فلا يكون معلقاً على أمر أو شأن آخر.
- ٣ - الجزم: فلا يكون الحكم متردداً بين أمرين أو حالين، كأن يقول القاضي: حكمت على المدعى عليه إما أن يسدد أجرة الدار أو يخرج منها.
- ٤ - الوضوح: فيكون الحكم بعبارات واضحة غير غامضة ولا مجملة.

(٥٨٤) بالنص من كلام الشيخ ابن خنين في حاشيته على الروض المربع ص(١٢٤) وهي ملخصة من كتابه الحكم القضائي آدابه وشروطه ص(١٣٥-١٤٥).

- ٥- الإيجاز: فلا يكون في نص الحكم ما لا يحتاج إليه من الألفاظ.
- القضاء الحنبلي (حكم التمدّ به، القضاء بالقول بالمرجوح، اجتهاد المقلد، الحكم بالمعمول عليه المخالف للمذهب)

○ التمدّ به^(٥٨٥):

معنى التمدّ به

المراد بالتمدّ به: "التزام العامي مذهباً معيّناً يأخذ بعزائمه ورخصه"^(٥٨٦).

حكم التمدّ به:

حكم التمدّ به

لا يلزم المقلد التزام مذهب معيّن، وهو المذهب عند الحنابلة، وهو قول جمهور أهل العلم^(٥٨٧)؛ "لأن الاعتداد إنما يكون بقوة الدليل، ولا يلزم إلا ما ألزم الله به ورسوله.

على أن ترك التمدّ به ليس على إطلاقه، بل يجوز التمدّ به في صور وأحوال معينة منها:

- أ- إذا لم يستطع العبد أن يتعلم دينه إلا بالتزام مذهب معيّن.
 - ب- أن يترتب على الالتزام بمذهب معيّن دفع فساد عظيم لا يتحقق دفعه إلا بذلك.
- والتمدّ به في هذه الأحوال يشترط فيه ألا يكون مدعاة للموالاتة والمعاداة، وألا يكون في الأخذ به مخالفة للكتاب والسنة

والممدون في كتب المذهب - أي مذهب - لا يخرج عن ثلاثة أقسام:

(٥٨٥) ينظر: توصيف الأفضية الشرعية للشيخ ابن خنين (٣٥٣/١).

(٥٨٦) توصيف الأفضية الشرعية للشيخ ابن خنين (٣٥٣/١).

(٥٨٧) ينظر: أصول الفقه لابن مفلح (١٥٦٢/٤)، الإنصاف (٣٢٢/٢٨)، التحرير شرح التحرير (٤٠٨٧/٨)، كشف القناع (٣٠٧/٦).

١ - قسم موافق للكتاب والسنة: فهذا يلزم الأخذ به للقاضي والمفتي، [وهو من الاتباع المأمور به].

٢ - قسم ظهر الدليل على خلافه: فهذا لا يؤخذ به، قال في غاية المنتهى وشرحه مطالب أولي النهى: (ومن قوي عنده مذهب غير إمامه لظهور الدليل معه أفتى به - أي أفتى بما ترجح عنده من مذهب غير إمامه - وأعلم السائل بذلك، ليكون على بصيرة في تقليده) (٥٨٨).

٣ - قسم من مسائل الاجتهاد التي تتجاوزها الأدلة، ولم يظهر دخوله في أي من القسمين السابقين: فهذا يأخذ القاضي بما نص عليه في المذهب، ولا يتركه إلا بمسوغ يذكره في أسباب حكمه؛ لأنه اجتهاد مقرر من عالم لم يظهر ما يوجب العدول عنه أو تعديله. ويقدم في هذا [-أي في هذا القسم-] المعمول به، ثم المشهور، ويسوغ الأخذ بالمرجوح لمسوغ" (٥٨٩).

مسألة مهمة: [اجتهاد لا يعنى عنه المقلد]

ما لا يعنى عنه
المقلد من الاجتهاد

حيث قيل بالتقليد لوجود موجه فإن "ثم اجتهاداً لا يعنى عنه القاضي عند الحكم ولو كان مقلداً، بل هو فرض عليه في كل قضية، ألا وهو الاجتهاد في تحقيق المناط بتنزيل الحكم الفقهي على الواقعة القضائية ومراعاة ملائمة الحكم الفقهي للقضية التي سوف يحكم فيها مراعيًا أحوالها وملاساتها، إذا كان لها في الشرع حال تراعى، يقول الشاطبي: (لا يمكن أن يستغنى ها هنا بالتقليد؛ لأن التقليد إنما يتصور بعد تحقيق مناط الحكم المقلد فيه، والمناط هنا لم يتحقق بعد؛ لأن كل صورة من صوره النازلة نازلةً مستأنفة في نفسها لم يتقدم لها نظير، وإن تقدم لها في نفس الأمر فلم يتقدم لنا، فلا بد من النظر فيها بالاجتهاد، وكذلك إن فرضنا أنه تقدم لنا مثلها فلا بد من النظر في

(٥٨٨) مطالب أولي النهى (٦/٤٤٨)، وينظر: كشف القناع (٦/٣٠٢).

(٥٨٩) توصيف الأفضية الشرعية للشيخ ابن خنين (١/٣٥٣-٣٥٦) باختصار يسير اقتضاه السياق.

كونها مثلها أو لا، وهو نظر اجتهاد أيضاً..^(٥٩٠) هـ. ويكفيك من ذلك أن الشريعة لم تنص على حكم في كل جزئية على حدتها، وإنما أنت بأمور كلية وعبارات مطلقة تتناول أعداداً لا تنحصر، ومع ذلك فلكل معيّن خصوصية ليست في غيره ولو في نفس التعيين.

وقد مثل رحمه الله -يعني الشاطبي- بأمثلة منها: فرض نفقات الزوجات والقربات من أنه مفتقر إلى النظر في حال المنفق عليه، والمنفق، وحال الوقت، إلى غير ذلك من الأمور التي لا تنضبط بحصر، ولا يمكن استيفاء القول في أحادها، فلا يمكن أن يستغنى بالتقليد فيها^(٥٩١).

• الأخذ بالقول المرجوح^(٥٩٢):

الأخذ بالقول
المرجوح

ويراد بالأخذ بالقول المرجوح: "هو إعمال القاضي قولاً مرجوحاً، وترك الراجح لمقتضى شرعي من ضرورة أو حاجة"^(٥٩٣).

حكم الأخذ
بالقول المرجوح

والذي عليه مذهب الحنابلة جواز الأخذ بالقول المرجوح في العمل والقضاء والفتيا عند الاقتضاء من ضرورة أو حاجة بشروط؛ وذلك أن للضرورة والحاجة حكمها، وتقدر بقدرها عند وقوعها.

وشروط العمل بالقول المرجوح في القضاء -عند من أجاز ذلك- ما يلي:

شروط الأخذ
بالقول المرجوح

١ - ألا يخالف القول المعدول إليه دليلاً صريحاً من الكتاب والسنة لا يمكن الجمع بينه وبين أدلة القول الراجح أو المشهور.

(٥٩٠) الموافقات (١٤/٥).

(٥٩١) حاشية الشيخ ابن خنين على كتاب القضاء من الروض المربع ص(٧٩).

(٥٩٢) ما يأتي في هذه المسألة ملخص من كلام الشيخ ابن خنين في توصيف الأقضية (١/٣٦٩) وما بعدها.

(٥٩٣) توصيف الأقضية (١/٣٦٩).

- ٢- أن يثبت القول المعدول إليه بطريق صحيح لقائله، وعلى القاضي ذكر هذا القول ومستنده عند تسبيب حكمه.
- ٣- أن يكون العدول للقول الآخر لضرورة أو حاجة.
- ٤- أن يكون العمل بالقول المعدول إليه مقتصرًا على النازلة المنظورة عند القاضي.
- ٥- أن يكون الناظر في ذلك متمكنًا من تقدير الضرورات والحاجات.

• الحكم بما عليه العمل خلافًا للمذهب^(٥٩٤):

الحكم بما عليه
العمل

المراد بما جرى عليه العمل: أن يشتهر قول في المذهب في قطر من الأقطار ويتتابع أهل الفتيا أو القضاء على الأخذ به من غير نكير بينهم حتى يصير ذلك بينهم عرفًا علميًا مستقرًا.

وتواتر الفقهاء في بلد ما على اختيار قول من الأقوال يشي بأنهم اطلعوا على مرجح لذلك القول على غيره، وأنهم رأوه أنسب الأقوال، وأصلحها زمانًا ومكانًا وحالًا، فلربما عدل الفقيه عن قول إلى غيره لاعتبارات خارجة عن المرجحات الخاصة، ولا بد أن يثبت جريان أهل العلم على ذلك القول؛ لأن هذه قضية نقلية، لا بد لإثباتها من الاستناد إلى نقل صحيح، وإلا فقد يزعم زاعم أن العمل جرى بقول من الأقوال، ولا يكون قوله مطابقًا للواقع، يفعل ذلك إما غفلة وخطأ، أو شبهة وهوى^(٥٩٥).

(٥٩٤) ملخص من مفيد القضاة ص (١٣٩-١٤١).

(٥٩٥) مفيد القضاة ص (١٣٩-١٤١).

أسباب الأخذ بما
جرى عليه العمل

• أسباب الأخذ بما جرى عليه العمل^(٥٩٦):

السبب الأول: تغير الزمان والمكان.

السبب الثاني: وضوح الأدلة ودلالاتها على رجحان القول المعمول به.

السبب الثالث: العمل بالعرف.

السبب الرابع: مراعاة المصلحة.

السبب الخامس: دفع المشقة والخرج أو رفعهما.

السبب السادس: كثرة القائلين بخلاف المذهب.

شروط الأخذ بما
جرى عليه العمل

• شروط العمل بما جرى عليه العمل^(٥٩٧):

"الشرط الأول: أن يكون القول المعمول به غير مخالف للكتاب والسنة.

الشرط الثاني: مراعاة انطباق الواقعة على المحل:

الشرط الثالث: ثبوت جريان العمل:

الشرط الرابع: مراعاة اختلاف الزمان والمكان والحال:

(٥٩٦) ما يأتي ملخص من بحث ما جرى عليه العمل في محاكم التمييز على خلاف المذهب الحنبلي للقاضي الدكتور فيصل إبراهيم الناصر ص (١٨٦-١٩٤).

(٥٩٧) من بحث ما جرى عليه العمل في محاكم التمييز على خلاف المذهب الحنبلي للقاضي الدكتور فيصل إبراهيم الناصر ص (٢٠٢-٢٠٣) باختصار يسير.

الشرط الخامس: ألا يترتب على الأخذ بما جرى عليه العمل ضرر أو فساد أو حرج" (٥٩٨).

• الحدود:

الحدود

الحدود جمع حد، ويراد به المنع^(٥٩٩)، "وحدود الله: الأشياء التي بين تحريمها وتحليلها وأمر ألا يتعدى شيء منها، فيُجاوز إلى غير ما أمر فيها أو نهى عنه منها" (٦٠٠).

تعريف الحد

والحد في اصطلاح الفقهاء: "عقوبة مقدرة شرعاً في معصية لئلا تمنع من الوقوع في مثلها" (٦٠١). والحدود التي بين الله تبارك وتعالى عقوبتها هي:

١- الزنا، ٢- والقذف، ٣- وشرب المسكر، ٤- والسرقه، ٥- وحد المحاربين، ٦- وحد الردة.

الحدود المذكورة في القرآن

• شروط إقامة الحدود:

شروط إقامة الحدود

يشترط في إقامة الحدود على مرتكب موجبها ثلاثة شروط بالاجمال:

الشرط الأول: أن يكون مكلفاً.

الشرط الثاني: أن يعلم بالتحريم، والمراد هنا العلم بالتحريم لا العلم بالعقوبة.

(٥٩٨) من بحث ما جرى عليه العمل في محاكم التمييز على خلاف المذهب الحنبلي للقاضي الدكتور فيصل إبراهيم الناصر ص (٢٠٢-٢٠٣) باختصار يسير.

(٥٩٩) ينظر: تهذيب اللغة (٣/ ٢٧٠)، الصحاح (٢/ ٤٦٢)، مقاييس اللغة (٢/ ٣)، لسان العرب (٣/ ١٤٠).

(٦٠٠) تهذيب اللغة (٣/ ٢٧٠).

(٦٠١) كشاف القناع (٦/ ٧٧)، شرح المنتهى (٣/ ٣٣٥)، مطالب أولي النهى (٦/ ١٥٨).

الشرط الثالث: انتفاء الشبهة؛ فإن الحدود تدرأ بالشبهات.^(٦٠٢)

أولاً: حد الزنا:

١- حد الزنا

والموجب لحد الزنا: "تغيب حشفة أصلية ولو من خصي أو تغيب قدرها لعدمها في فرج أصلي من آدمي ولو دبراً لذكر أو أنثى"^(٦٠٣).
فإن تخلف شيء من هذا دُرء الحد.

ويثبت حد الزنا بأحد أمرين:

بم يثبت حد الزنا

الأول: الإقرار، ويشترط فيه أن يقر الزاني أربع مرات، وألا يرجع عن الإقرار حتى يقام عليه الحد.

الثاني: أن يثبت بشهادة أربعة شهود ذكور عدول، وأن يشهدوا في مجلس واحد سواء جاءوا متفرقين أو مجتمعين وأن يصفوا في شهادتهم ما يوجب الحد.^(٦٠٤)

ولا يثبت حد الزنا بالقرائن كالحبل، لأنه يحتمل أن يكون ناتجاً عن وطء بشبهة أو إكراه، والحدود تدرأ بالشبهات.^(٦٠٥)

والعقوبة المقدرة في الزنا أحد شيئين:

العقوبة المقدرة في
الزنا

- جلد مئة وتغريب عام، وذلك في حق الزاني البكر.

(٦٠٢) ينظر: الشرح الكبير (١٦٧/٢٦) وما بعدها، كشاف القناع (٧٧/٦)، شرح المنتهى (٣٣٥/٣)، مطالب أولي النهى (١٥٩/٦).

(٦٠٣) المنتهى مع شرحه (٣٥٦/٣)، وينظر: كشاف القناع (٩٥/٦)، مطالب أولي النهى (١٨٢/٦).

(٦٠٤) ينظر: الفروع (٦٣/١٠)، الإنصاف (٣٠٢/٢٦)، شرح المنتهى (٣٤٩/٣).

(٦٠٥) ينظر: الفروع (٦٩/١٠)، الإنصاف (٣٤١/٢٦).