



الثالث: أن تكون العين في يد ثالث واعترف أنه لا يملكها، وأقام كل واحد بينة على أنها له، فالمذهب أن البينات تتساقط، ويقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة حلف وحكم له ^(١). ^(٢).

تعارض الأصل
والظاهر

• تعارض الأصل والظاهر ^(٣):

"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 ^(٤).

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

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

(٢) 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 ١٤٤٣/٥/٢٦هـ.

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

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

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.

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

تعارض الأصل والظاهر.

١- تعارض

الأصل والظاهر

يتعين إعمال الأصل ما لم يعارضه ظاهراً، فإذا تعارض الأصل والظاهر ولم يمكن الجمع بينهما بوجهٍ سائغ رجّح أرجحهما، ومن الترجيحات كثرة القرائن وقوتها.

إلا أن الظاهر له رتب قوة وضعفاً؛ 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 المدعي الذي تتوجه عليه البيئة.

هذا وقد يقع التعارض بين الأصل والظاهر؛ لقوة دلالتهما، فتتوجه البيئة على كل واحدٍ من المترافعين واليمين عليهما عند عدمها، 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: آجرتك، ويقول الذي هي بيده: بل أعرتني، ولم تمضِ مدة لها أجره، فالقول لمدعي الإعارة بيمينه، فقد تنازعها أصلان، أصل عدم الإعارة، وأصل عدم الإجارة، وقدمنا أصل عدم الإجارة وأخذنا بالإعارة؛ لاعتضاده بأصل آخر وهو براءة الذمة، لكن لو كان ذلك بعد مضي مدة لها أجره 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 أجره المثل، إعمالاً لكل أصل بما ترجح به.

ومثال إعمال الأصل من الجانبين:

أن تكون عين لرجل كسيارة بيد آخر، فادّعى مالکها البيع -يعني بأني قد بعته- 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 مدعياً مدعى عليه، وإذا لم يكن لأحدهما بينة تحالفاً، بأن يحلف كل واحد منهما على ما أنكر، ولا يصح بيع ولا هبة وتعود لمالكها.

وهكذا لو ادعى صانعان كنجارٍ ودبّاغٍ جلدًا وليس بيد أحدهما فمع كل واحدٍ منهما أصل عدم الملك، وزاد الدبّاغ بظاهر وهو العرف؛ إذ إن 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؛ لا اعتضاده 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 ادعى جزاران جلدًا ليس بيد أحدهما فإن كل واحدٍ منهما متمسك بظاهر وهو العرف، فتتوجه البينة على كل واحدٍ منهما لما ادعاه، فإن عجزا توجهت اليمين على كل

واحدٍ منهما، فإن حلفا 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 مدعياً، فإن عجزا عن الإثبات تحالفا وتناصفاها" (١).



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

المطلب السابع

الحكم القضائي^(١)

الحكم
القضائي

تعريف الحكم
القضائي

● تعريف الحكم القضائي:

الحكم لغة: مصدر حكم يحكم حكماً، أي قضى^(٢).

والحكم اصطلاحاً: "ما يصدر من القاضي فصلاً لنزاع بين متخاصمين في واقعة معينة على جهة الإلزام"^(٣).

أركان الحكم
القضائي

● أركان الحكم القضائي^(٤):

الركن الأول: القاضي: وهو الحاكم المنصوب من قبل وليّ الأمر^(٥).

الركن الثاني: المقضي به، وهو المستند الذي بنى عليه القاضي حكمه^(٦).

(١) 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 ٢٢/١/١٤٣٥هـ.

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

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

(٤) 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.

(٥) تقدم في ص.

(٦) تقدم في ص.

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

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

الركن الخامس: المقضي عليه: وهو الذي يكون الحكم في مواجهته ويكون ملزماً له^(١).

● شروط الحكم القضائي:

شروط الحكم
القضائي

يشترط في الحكم القضائي جملة من الشروط^(٢):

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 ﷺ: ((لا يقضين أحد في قضاء بقضاءين))^(٣).

الشرط الخامس: التزام القاضي في حكمه بالمصادر المعتمدة، وهي كما ذكر ابن تيمية: "الكتاب والسنة والإجماع

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

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

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

وما تكلم الصحابة والعلماء به إلى اليوم بقصد حسن" (١).

الشرط السادس: مراعاة إجراءات الإثبات وأصول أعمالها: 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.

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 غيابياً حيث جاز سماع الدعوى غيابياً، وهكذا الحكم المقرر لحق الله لا يلزم حضور المدعي؛ لأنه لا يشترط له تقدم الدعوى.

الشرط الحادي عشر: خلو الحكم من موجبات النقض.

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

الشرط الثاني عشر: استيفاء صيغة الحكم ما يلزم لها شرعاً: والذي يلزم استيفاءه في صيغة الحكم ما يلي^(١):

١ - الإلزام: فلا بد أن تتضمن الصيغة الإلزام بالحكم، فلا تكون الأحكام بصيغة الوعظ أو الاقتراح.

٢ - التنجيز: 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.

٥ - الإيجاز: فلا يكون في نص الحكم ما لا يحتاج إليه من الألفاظ.

o التمهيد^(٢):

معنى التمهيد

o المراد بالتمهيد: "التزام العامي مذهباً معيناً يأخذ بعزائمه ورخصه"^(٣).

حكم التمهيد:

حكم التمهيد

لا يلزم المقلد التزام مذهب معين، وهو المذهب عند

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

(٢) ينظر: توصيف الأقضية الشرعية للشيخ ابن خنين (١/٣٥٣).

(٣) توصيف الأقضية الشرعية للشيخ ابن خنين (١/٣٥٣).

الحنابلة، وهو قول جمهور أهل العلم^(١)؛ "لأن الاعتداد إنما يكون بقوة الدليل، ولا يلزم إلا ما ألزم الله به ورسوله.

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

- إذا لم يستطع العبد أن يتعلم دينه إلا بالتزام مذهب معين.
- أن يترتب على الالتزام بمذهب معين دفع فساد عظيم لا يتحقق دفعه إلا بذلك.
- والتمذهب في هذه الأحوال يشترط فيه ألا يكون مدعاة للموالة والمعاداة، وألا يكون في الأخذ به مخالفة للكتاب والسنة
- والممدون في كتب المذهب -أي مذهب- لا يخرج عن ثلاثة أقسام:

- 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)^(٢).

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

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

٣ - قسم من مسائل الاجتهاد التي تتجاوزها الأدلة، ولم يظهر دخوله في أي من القسمين السابقين: فهذا يأخذ القاضي بما نُصَّ عليه في المذهب، ولا يتركه إلا بمسوّغ 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 لمسوّغ^(١).

مسألة مهمة:

ما لا يعفى عنه
من الاجتهاد

حيث قيل بالتقليد لوجود موجهه فإن "ثمَّ اجتهاداً لا يعفى عنه القاضي عند الحكم ولو كان مقلّداً، 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 مراعيّاً أحوالها وملابساتها، إذا كان لها في الشرع حال تراعى، يقول الشاطبي: (لا يمكن أن يستغنى ها هنا بالتقليد؛ لأن التقليد إنما يتصور بعد تحقيق مناط الحكم المقلّد 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 كونها مثلها أو لا، وهو نظر اجتهاد أيضاً..)^(٢) اهـ، ويكفيك من ذلك أن الشريعة لم

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

(٢) الموافقات (٥/١٤).

تنص على حكم في كل جزئية على حدتها، وإنما أتت بأمور كلية وعبارات مطلقة تتناول أعداداً لا تنحصر، ومع ذلك فلكل معيّن خصوصية ليست في غيره ولو في نفس التعيين^(١) ..

حكم الأخذ
بالقول
المرجوح

● الأخذ بالقول المرجوح^(٢):

ويراد بالأخذ بالقول المرجوح: " إعمال القاضي قولاً مرجوحاً، وترك الراجح لمقتضى شرعي من ضرورة أو حاجة"^(٣).

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.

شروط الأخذ
بالقول
المرجوح

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

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

٢ - أن يثبت القول المعدول إليه بطريق صحيح لقائله،

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

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

(٣) توصيف الأقضية (١/٣٦٩).

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 خلافاً للمذهب^(١):

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 عرفاً علمياً مستقراً.

وتواتر الفقهاء في بلد ما على اختيار قول من الأقوال يشي بأنهم اطلعوا على مرجح لذلك القول على غيره، وأنهم رأوه أنسب الأقوال، وأصلحها زماناً ومكاناً وحالاً، فلربما عدل الفقيه عن قولٍ 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 نقلٍ صحيح^(٢).

(١) ملخص من مفيد القضاة ص(١٣٩-١٤١).

(٢) مفيد القضاة ص(١٣٩-١٤١).



شروط الأخذ

بما جرى

عليه العمل

● شروط العمل بما جرى عليه العمل^(١):

"الشروط الأولى: أن يكون القول المعمول به غير مخالف للكتاب والسنة.

الشروط الثاني: مراعاة انطباق الواقعة على المحل:

الشروط الثالث: ثبوت جريان العمل:

الشروط الرابع: مراعاة اختلاف الزمان والمكان والحال:

الشروط الخامس: ألا يترتب على الأخذ بما جرى عليه العمل ضرر أو فساد أو حرج^(٢).

تسبب الحكم

القضائي

تعريف التسبب

● تسبب الحكم القضائي^(٣):

التسبب لغة: مأخوذ من السبب، والسبب في اللغة الحبل، ومنه قول الله تعالى: ((فليمدد بسبب إلى السماء)) فقد فسّر السبب فيها بالحبل^(٤)، ثم استعمل في كل ما يتوصل به إلى غيره، ومنه قوله تعالى: ((وتقطعت بهم الأسباب))^{(٥)(٦)}.

(١) من بحث ما جرى عليه العمل في محاكم التمييز على خلاف المذهب الحنبلي للقاضي

الدكتور فيصل إبراهيم الناصر ص(٢٠٢-٢٠٣) باختصار يسير.

(٢) من بحث ما جرى عليه العمل في محاكم التمييز على خلاف المذهب الحنبلي للقاضي

الدكتور فيصل إبراهيم الناصر ص(٢٠٢-٢٠٣) باختصار يسير.

(٣) ما في هذه المسألة مأخوذ من تسبب الأحكام القضائية لابن خنن.

(٤) ينظر: تفسير الطبري (٤٧٨/١٦)، تفسير البغوي (٣٧٠/٥)، زاد المسير (٢٢٧/٣).

(٥) ينظر: الصحاح للجوهري (١٤٥/١)، لسان العرب (٤٥٨-٤٥٩).

(٦) نصت المادة الثالثة والستون بعد المائة من نظام المرافعات الشرعية على أنه: "بعد قفل

باب المرافعة والانتهاء إلى الحكم في القضية يجب تدوين الحكم في ضبط المرافعة مسبقاً

بالأسباب التي بُنيَ عليها، ثم يوقع عليه القاضي أو القضاة الذين اشتركوا في نظر القضية."

نظام المرافعات الشرعية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) بتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ.

والمراد بالتسبب للحكم القضائي :

معنى تسبب
الحكم القضائي

"تدوين القاضي في محضر ضبط القضية وإعلامها ما بنى عليه حكمه القضائي من الأحكام الفقهية وأدلتها الشرعية والوقائع القضائية المؤثرة وطريق ثبوتها" ^(١).

ولا خلاف بين الفقهاء في الجملة في مشروعية تسبب الأحكام القضائية، وإنما اختلفوا في وجوب ذلك أو استحبابه، والراجح أنه يجب على القاضي التسبب شرعياً كان أم واقعياً، وسواء أكانت الأحكام في الجنايات أم في المعاملات، لكن إذا كان الحكم الفقهي ظاهراً مشتهراً لم يلزم ذكر مستنده، وهذا ما عليه العمل.

وكذا يجب على المحكم تسبب حكمه لأنه قاض، بل إنه أولى بالوجوب من القاضي؛ لإظهار صحة حكمه ومطابقته للحكم الشرعي ^(٢).

وللتسبب ضوابط ينبغي مراعاتها والاعتناء بها عند صياغة الأسباب، وهي ^(٣):

ضوابط تسبب
الحكم القضائي

١ - إسناد الأسباب إلى أصولها التي استمدت منها: فإذا استند القاضي أو المحكم إلى دليل من الكتاب أو السنة أو إجماع لأهل العلم بيّنه وذكره.

٢ - أن يكون التسبب كافياً: وذلك بأن يورد القاضي

(١) تسبب الأحكام القضائية لابن خنن ص(١٧).

(٢) ينظر: تسبب الأحكام القضائية لابن خنن ص(٤١-٦٧).

(٣) ملخصة من كتاب تسبب الأحكام القضائية لابن خنن ص(١١٩-١٣٤).



الأسباب التي تدل على صحة الحكم وإحكام بنائه سواء أكانت شرعية أو واقعية.

٣ - أن يكون التسبب متسقاً: وذلك بأن تتوافق الأسباب ولا تتعارض مع بعضها أو مع الحكم.

٤ - أن يكون التسبب متسلسلاً: فعلى القاضي عند تسبب الحكم أن يلحظ ترتيب الأسباب حتى يأخذ بعضها ببعض، فيأخذ السبب اللاحق بعجز سابقه مقدماً الأقوى فالأقوى والأهم ثم المهم، ويقدم كذلك الأسباب الواقعية على الأسباب الشرعية ويبين صفة انطباقها على الوقائع، وهو ما جرى عليه العمل.

٥ - أن يكون التسبب واقعياً: وذلك بمطابقته لواقع الحال من غير مبالغة أو تهويل ولا تقليل ولا تهوين.

٦ - أن يكون التسبب متوازناً: بمعنى أن تتعادل الأسباب فلا يركّز على جانب ويهمل جانباً آخر.

نقض الحكم

● نقض الحكم^(١):

تعريف نقض الحكم

تعريف نقض الحكم:

النقض لغة: إفساد ما أُبرِم أو بني، ومنه: نقض الحبل والبناء والعهد، وضده الإبرام^(٢).

(١) ما في هذه المبحث مأخوذ من كتاب ابن خنيز الأحكام القضائية وقد لخصه الشيخ في حاشيته على الروض ص ١١٢ - وما بعدها.

(٢) ينظر: العين (٥/٥٠)، تهذيب اللغة (٨/٢٦٩)، مجمل اللغة ص (٨٨٢)، لسان العرب (٧/٢٤٢).

والمراد بالنقض هنا: "إظهار بطلان الحكم متى اشتمل على أحد الأسباب الموجبة لذلك" (١).

مشروعية نقض الأحكام القضائية (٢):

دليل مشروعية
نقض الحكم

يدل على مشروعية نقض الأحكام القضائية الكتاب والسنة والإجماع:

فمن الكتاب قول الله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾ (٧٨) فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَرْنَا مَعَ دَاوُدَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ ﴿[الأنبياء: ٧٨-٧٩].

وجه الدلالة: أن سليمان عليه السلام تعقّب حكم داود عليه السلام وحكم بحكم آخر، وقد أقر الله ذلك بنص الكتاب، ففي ذلك دليل على مشروعية نقض وتمييز الأحكام وإمضائها ونقضها.

ومن السنة قصة الزبية، فعن علي رضي الله عنه قال: (بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن، فأنتهينا إلى قوم قد بنوا زبية للأسد، فبينما هم كذلك يتدافعون إذ سقط رجل، فتعلق بآخر، ثم تعلق رجل بآخر، حتى صاروا فيها أربعة، فجرحهم الأسد، فانتدب له رجل بحربة فقتله، وماتوا من جراحاتهم كلهم، فقام أولياء الأول إلى أولياء الآخر، فأخرجوا السلاح ليقتلوا، فأتاهم علي رضي الله عنه على تفيئة ذلك، فقال: تريدون أن

(١) تمييز الأحكام القضائية ص (٢٤)، وينظر: حاشية الشيخ ابن خنين على كتاب القضاء من الروض المربع ص (١١٢).

(٢) ما يأتي ملخص مما ذكره الشيخ ابن خنين في كتابه تمييز الأحكام القضائية وما لخصه الشيخ منه في حاشيته على كتاب القضاء من الروض المربع ص (١١٢) وما بعدها.



تقاتلوا ورسول الله ﷺ حي؟ إني أقضي بينكم قضاء إن رضيتم فهو القضاء، وإلا حجز بعضكم عن بعض حتى تأتوا النبي ﷺ فيكون هو الذي يقضي بينكم، فمن عدا بعد ذلك فلا حق له، اجمعوا من قبائل الذين حضروا البئر ربع الدية، وثلث الدية ونصف الدية والدية كاملة، فلأول الربع، لأنه هلك من فوقه، وللثاني ثلث الدية، وللثالث نصف الدية فأبوا، أن يرضوا، فأتوا النبي ﷺ وهو عند مقام إبراهيم، فقصوا عليه القصة، فقال: ((أنا أقضي بينكم)) واحتبى، فقال: رجل من القوم: إن عليا قضى فينا، فقصوا عليه القصة، فأجازه رسول الله ﷺ (١).

ووجه الدلالة منه:

أن علياً رضي الله عنه جعل حكمه معلقاً على قبولهم إذا رضوا حكمه وإلا كان لهم التظلم لدى النبي ﷺ، فلم يرضوا حكمه ورفعوا ذلك إلى النبي ﷺ فأقر النبي ﷺ حكم عليّ وتعليقه الحكم بقناعتهم ورضاهم ورفعهم الحكم إليه إذ لم يرضوا، ففي هذا دلالة على جواز نقض الأحكام؛ لأن الحكم لو لم يكن صواباً لنقضه النبي ﷺ وقد أقرهم على ذلك.

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٥٧٣)، والبخاري في مسنده (٧٣٢) وقال: "هذا الحديث لا نعلمه يروى عن علي عن النبي ﷺ ولا نعلم له طريقاً عن علي إلا عن هذا الطريق"، وقال ابن حجر: "وحش ضعيف" التلخيص الحبير (٥٨/٤)، وقال في مجمع الزوائد (٢٨٧/٦): "رواه أحمد وفيه حش وثقه أبو داود وفيه ضعف، وبقية رجاله رجال الصحيح".
والزبية: الحفرة التي يغطي رأسها بما يستترها ليقع فيها الأسد ليصاد، ومعنى تفيئة الشيء: حينه وزمانه، والمراد: أنهم حين تأهبوا للقتال. ينظر: العين (٣٩٢/٧)، غريب الحديث لأبي عبيد (٣٢٤/٣)، تهذيب اللغة (١٨٤/١٣)، مجمل اللغة ص (٦٨٧)، لسان العرب (٣٥٣/١٤).

وقد نقل ابن عبد البر الإجماع على أن كل من قضى
بالجور البين والخطأ الواضح المخالف للكتاب والسنة
والإجماع فإنه مردود^(١).

وقد نص الحنابلة تبعاً لذلك على نقض الحكم الذي
خالف نص الكتاب أو السنة أو الإجماع القطعي^(٢).

● أسباب نقض الحكم:

أسباب نقض
الحكم

تختلف أسباب نقض الحكم باختلاف محل ورودها^(٣)،
وسأذكرها هنا بإجمال^{(٤)(٥)}.

أولاً: أسباب تعود إلى الحكم الفقهي:

١- أسباب تعود
إلى الحكم
الفقهي

وذلك بأن يخالف حكم القاضي الحكم الشرعي

(١) ينظر: التمهيد لابن عبد البر (٩/٩١).

(٢) ينظر: المغني (١٤/٣٤)، الإنصاف (٢٨/٣٨٣)، شرح المنتهى (٣/٥١٣).

(٣) وقد قسمها الشيخ ابن خنين في كتابه تمييز الأحكام القضائية إلى ستة أقسام: الأول: أسباب تعود إلى الحكم الفقهي. الثاني: أسباب تعود إلى الواقعة القضائية. الثالث: أسباب تعود إلى القاضي. الرابع: أسباب تعود إلى المرافعة القضائية. الخامس: أسباب تعود إلى توصيف الواقعة القضائية. السادس: أسباب تعود إلى تسبيب الحكم القضائي.

(٤) وللتوسع الرجوع إلى كتاب تمييز الأحكام القضائية (ص ١٠١) وما بعدها.

(٥) أوضحت المادة الثالثة والتسعون بعد المائة من نظام المرافعات الشرعية أسباب نقض الحكم فنصت على أن: " للمحكوم عليه الاعتراض بطلب النقض أمام المحكمة العليا على الأحكام والقرارات التي تصدرها أو تؤيدها محاكم الاستئناف، متى كان محل الاعتراض على الحكم ما يلي:

١- مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها.

٢- صدور الحكم من محكمة غير مشكلة تشكيلاً سليماً طبقاً لما نص عليه نظاماً.

٣- صدور الحكم من محكمة أو دائرة غير مختصة.

٤- الخطأ في تكييف الواقعة، أو وصفها وصفاً غير سليم. " نظام المرافعات الشرعية،

الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) بتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ.



الصحيح بسبب الخطأ الناتج عن الحكم الفقهي.

وذلك مثل مخالفة الحكم لنص الكتاب أو السنة أو الإجماع القطعي، ويدخل في ذلك مخالفة الحكم لما جرى عليه العمل، والخطأ في الحكم بسبب الخطأ في تأويل الحكم الفقهي أو تفسيره، فينقض الحكم بهذه الأسباب.

٢- أسباب تعود إلى
الواقعة القضائية

ثانياً: أسباب تعود إلى الواقعة القضائية:

ومن ذلك:

- مخالفة حكم القاضي لشروط جعلية صحيحة يجب احترامها:

فإذا خالف حكم القاضي شرطاً اشترطه عاقد وهو جارٍ على أصول الشريعة وواجب النفاذ: فإن حكم القاضي ينقض.

- الخطأ في الحكم بسبب عدم فهم الواقعة وتفسيرها:

القاضي يعلم ثم يفهم ثم يحكم، فإذا أشكل عليه شيء من الوقائع فلا يحكم إلا بعد فهمه واستجلائه؛ لأنه إذا أخطأ في فهم الواقعة أخطأ في الحكم فيها؛ ولأجل ذلك ينقض من الأحكام ما ما بان خطأ القاضي فيه.

- القضاء بغير مستند لثبوت الدعوى:

فإذا قضى القاضي بغير مستند لثبوت الواقعة الموجبة للحكم فإن حكمه باطل ويجب نقضه.

- عدم صلاحية المستند لثبوت الدعوى:

ويقع الخطأ في هذا من جهات:

أ - العمل بطريق غير صالح للإثبات شرعاً كحكم بينة لا يقرها الشرع.

فمن قضى بشيء من الطرق التي لا يشهد لها الشرع بالاعتبار فالحكم باطل وينقض، كما لو حكم القاضي بشهادة مجنون أو صبي في دعوى نكاح ونحو ذلك.

ب - عدم ملاقة البينة للدعوى:

فإذا طلب القاضي من مدعي القرض -مثلاً- البينة على ما يدعيه فأتى بشاهد يشهد بالبيع مثلاً فالبينة هنا غير ملاقية للدعوى فلا يحكم بها، إذ لا يعمل بالشهادة ولا غيرها من أدلة الإثبات إلا بانطباقها على واقعة الدعوى.

ج - وجود مانع لإعمال طريق معتد به شرعاً:

كما إذا ادعى مدع بدعوى فطلبت منه البينة فأحضر ابنه شاهداً على صحة ما يدعيه، فإن البينة مانع من قبول الشهادة فلا تقبل شهادته.

ثالثاً: أسباب تعود إلى القاضي:

٣- أسباب تعود إلى القاضي

ومن ذلك:

- تخلف شرط الأهلية في القاضي، وذلك مثل أن تثبت عدم أهلية القاضي للحكم عند حكمه كأن تصيبه عاهة تؤثر على عقله بعد توليه القضاء ونحو ذلك فإنه إذا حكم في هذه الحال نقض حكمه.

- عدم ولاية القاضي، فإذا حكم القاضي بحكم في محل ليس من اختصاصه أو في نوع من الدعاوى ليس مختصاً بالنظر فيه فإن حكمه ينقض.

٤- أسباب تعود إلى المرافعة

رابعاً: أسباب تعود إلى المرافعة القضائية:

وذلك كأن يحكم بعد سماع الدعوى وقبل سماع الإجابة مع وجود المدعى عليه وعدم المانع من سماع جوابه، فلو قضى القاضي قبل سماع الجواب كان حكمه باطلاً مردوداً واجب النقض.

٥- أسباب تعود إلى توصيف الواقعة القضائية

خامساً: أسباب تعود إلى توصيف الواقعة القضائية:

والمراد بتوصيف الواقعة القضائية: تطبيق الأوصاف الشرعية المقررة في الحكم الفقهي (القاعدة الشرعية) على الواقعة القضائية بعد اكتمال المرافعة.

شروط نقض الحكم القضائي

● شروط نقض الحكم القضائي:

١ - كون الحكم المنقوض مستوجباً للنقض.

بأن يوجد سبب من أسباب النقض في الحكم القضائي.

٢ - كون الناقض مختصاً.

بأن يكون الناقض للحكم مختصاً ذا ولاية بنقض الحكم، فليس لقاض أن يقضي بنقض إلا أن يكون مختصاً بذلك موضوعاً أو مكاناً أو غيرهما، وإلا لكان عمله باطلاً مردوداً عليه.

٣ - خلو الناقض مما يخل بحياده.

إذا كان الناقض ممنوعاً من الحكم في القضية محل النظر بسبب قد يخل بحياده كتهمة بقرابة ونحوها مما يمنع الشهاد فلا يصح له نقضها أو إمضاؤها منفرداً كان

أو مشتركاً مع غيره.

● القضاء حال غياب أحد الخصوم^(١):

سبق الكلام على غياب المدعى عليهم وأحواله^(٢).

وفي هذه المسألة الكلام على الحكم على المدعى عليه المتغيّب عن مجلس القضاء.

والمذهب جواز سماع الدعوى على الغائب^(٣)، ودليلهم في ذلك إجماع الصحابة على القضاء على الغائب إذا وجدت البينة^(٤)، واستصحاب الإجماع في الحكم على الغائبين في بعض الصور كالحكم على الميت^(٥).

إلا أن لسماع الدعوى على المتغيّب شرطاً: وهو أن يكون معه البينة، فلا تسمع الدعوى على الغائب دون البينة باتفاق القائلين بجواز الحكم على الغائب^(٦).

(١) ما في هذه المسألة مأخوذ من بحثي (الحكم على المدعى عليه لتغيّبه دون بينة) وهو من منشورات جمعية قضاء.

(٢) تقدم في ص (٦١٢).

(٣) ينظر: الإنصاف (٥١٥/٢٨)، شرح المنتهى (٥٣٠/٣).

(٤) حكى الإجماع في المسألة ابن حزم في المحلى (٤٣٨/٨)، والقرافي في الذخيرة (١١٤/١٠).

(٥) ينظر: روضة القضاء وطريق النجاة لابن السمناني (١٩١/١)، والذخيرة للقرافي (١١٤/١٠).

(٦) نقل الاتفاق على ذلك الماوردي في الحاوي الكبير (٣٦٧/٢٠)، وينظر: الذخيرة (١١٣/١٠)، شرح مختصر خليل للخرشي (١٧٢/٧)، الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي (٢٣١/٤)، البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (١٠٥/١٣)، أسنى المطالب (٣١٥/٤)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢٤١/٤)، كشف القناع (٣٥٣/٦).



ويستوي -على المذهب- كون البينة كاملة بأن يحضر المدعي شاهدين، وبين أن يكون معه شاهد واحد ويحلف معه اليمين، فتسمع الدعوى في حق من كانت بينته على الغائب شاهد واحد فقط^(١).

فإن كان المدعي قد أحضر بينة كاملة فهل يلزمه أن يحلف اليمين؟

لا يشترط على الصحيح من المذهب أن يحلف المدعي اليمين مع بينته الكاملة^(٢)، غير أن المرداوي قد ذكر أن عمل قضاة الحنابلة على تحليف المدعي على الغائب ولو مع بينته الكاملة^(٣).

فإذا حُكِمَ على المدعي عليه الغائب فإنه على حجته إذا حضر^(٤).

الصلح

● الصلح^(٥):

الصلح جائز بين الخصمين، ويدل عليه قول النبي ﷺ: ((الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً))^(٦)، فقد أجاز النبي ﷺ الصلح بين المتخاصمين، حكم الصلح

(١) ينظر: المبدع في شرح المقنع (٢٠٧/٨)، الإنصاف (٥٢١/٢٨).

(٢) ينظر: الإنصاف (٥٢٠/٢٨)، كشاف القناع (٣٥٤/٦).

(٣) ينظر: الإنصاف (٥٢١/٢٨)، التنقيح المشع في تحرير أحكام المقنع ص (٤٨٤).

(٤) ينظر: الشرح الكبير على المقنع والإنصاف (٥٢٢/٢٨)، شرح المنتهى (٥٣١/٣)، مطالب أولي النهى (٥٢٩/٦).

(٥) ملخص من كلام الشيخ ابن خنين في حاشيته على كتاب القضاء من الروض المربع ص (٩٩-١٠٠).

(٦) سنن أبي داود (٣٥٩٤)، صحيح ابن حبان (٥٠٩١) من حديث أبي هريرة، وحسنه الألباني =

ويبين الفاصل بين الصلح الجائز والمحرم.

وعرض الصلح من قبل القاضي على الخصوم ليس فصلاً في الحق بحلال أو حرام، وإنما هو تقارب وتسديد وإصلاح بين الخصوم، تزول به الضغائن وتنقطع الخصومة، وما تركه أحدهما من حقه في الصلح فبرضاه واختياره.

ويجب أن يراعى في الصلح بالإضافة إلى ما يجب مراعاته في عامة العقود ما يلي:

أمور ينبغي مراعاتها في الصلح

الأول: أن يكون الصلح عادلاً، فلا يصلح القاضي صاحب الحق المتجه بثبوته بالقليل من حقه، وأعدل ذلك أخذ الشرط وترك الشرط.

الثاني: أن يكون الصلح عن رضا تام بين الطرفين من غير إخلال به بتخجيل أو إلحاح أو إعراض عن خصومته ليحملة على الصلح.

الثالث: ألا يكون في الصلح تحليل لحرام أو تحريم لحلال.

الرابع: ألا يكون الصلح متعلقاً بحق لله تعالى.

= في إرواء الغليل (٢٥١/٥)، وأخرجه الترمذي من حديث عمرو بن عوف المزني (١٣٥٢) وقال: "حديث حسن صحيح"، وابن ماجه في سننه (٢٣٥٣)، وأنكر على الترمذي تصحيحه له لأن في إسناده كثير بن عبد الله بن عمرو، قال ابن الملقن بعد أن ذكر تصحيح الترمذي: "قلت: في هذا نظر؛ فكثير أجمعوا على ضعفه، حتى قال الشافعي فيه: إنه ركن من أركان الكذب، قال ابن القطان: وعبد الله بن عمرو والده مجهول الحال" خلاصة البدر المنير (٨٧/٢)، وينظر: إرواء الغليل (١٤٤/٥).

الخامس: أن يكون أطراف الصلح يملكون حق الصلح.

السادس: الوضوح والشفافية في عرض الصلح^(١).

ويجوز للقاضي أن يشفع للخصم عند خصمه لوضع بعض حقه؛ لأن ذلك من الشفاعة الحسنة، وقد فعله النبي ﷺ في قصة كعب بن مالك مع أبي حذرر.

وكذا فإن للقاضي أن يشفع للخصم عند خصمه لِيُنْظِرَهُ.

● التحكيم^(٢):

التحكيم

● تعريف التحكيم:

تعريف التحكيم

التحكيم لغة: مصدر من الفعل حَكَمَ، وقد تقدم معنى ١- أسباب تعود الحكم لغة وأن أصله المنع^(٣)، وحاكمه إلى الحاكم: دعاه وخاصمه، يقال: حكمت الرجل تحكيماً إذا منعته مما أراد، وحكّمه فلان في الأمر تحكيماً: أمره أن يحكم فاحتكم^(٤).

وعرّف الشيخ ابن خنن التحكيم في المعنى العام بأنه: "ارتباط طرفين برضاهما بأن يفصل بينهما ثالث صالح للقضاء فيما شجر بينهما مما يسوغ فيه ذلك شرعاً"^(٥).

(١) وينظر: بحث (الصلح في مجلس القضاء) للدكتور فيصل بن سعد العصيمي وهو بحث محكم نشر في العدد (٦٧) من مجلة العدل.

(٢) ما يأتي ملخص من كتاب التحكيم في الشريعة الإسلامية للشيخ ابن خنن.

(٣) ص (٢١).

(٤) ينظر: الصحاح للجوهري (١٩٠٢/٥)، مجمل اللغة ص (٢٤٦)، مقاييس اللغة (٩١/٢)، القاموس المحيط ص (١٠٩٥).

(٥) التحكيم في الشريعة الإسلامية لابن خنن ص (٢٤٦).

دليل مشروعية التحكيم

● مشروعية التحكيم:

يدل على مشروعية التحكيم قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ﴾ [النِّسَاء: ٣٥].

وجه الدلالة:

أن الله تبارك وتعالى شرع بعث الحكمين عند الشقاق بين الزوجين في هذه الآية، وسائر الخصومات كذلك^(١)، وقد حكى بعض أهل العلم إجماع الصحابة على جواز التحكيم يقول السرخسي: "والصحابه - رضي الله عنهم - كانوا مجمعين على جواز التحكيم"^(٢).

حقيقة التحكيم

● حقيقة التحكيم:

التحكيم عند الحنابلة في المشهور من المذهب من باب الولاية القضائية؛ لأن المحكم يحكم بين المتخاصمين، وهذه حقيقة القضاء^(٣)..

الفرق بين القضاء والتحكيم

● الفرق بين التحكيم والقضاء:

بين التحكيم والقضاء جملة من الفروق أبرزها ما يلي:

أولاً: أن التحكيم لا بد فيه من رضا الخصمين، ولا يشترط ذلك في القضاء، فإن القاضي مولى من السلطان، ومنصوب لفصل القضاء بين المتنازعين.

(١) ينظر: أدب القاضي للخصاف مع شرحه لابن مازة (٥٨/٤)، المبسوط (٦٢/٢١)، الجامع لأحكام القرآن (١٧٩/٥).

(٢) المبسوط (٦٢/٢١)، وينظر: نهاية المحتاج (٢٤٢/٨).

(٣) ينظر: المغني (٩٣/١٤)، كشاف القناع (٣٠٩/٦)، مطالب أولي النهى (٤٧٢/٦).



ثانياً: أن المحكّم يقتصر اختصاصه بنظر الدعوى المحكّم فيها فقط، وليس له النظر في غيرها إلا بتحكيم جديد: لأن ولايته تنتهي بالحكم في القضية المحكّم فيها، أما القاضي فإنه مولى من قبل السلطان، فله النظر في كل ما يدخل في اختصاصه من غير استئناف تولية.

ثالثاً: أنه لا يصح حكم المحكّم على ولي صغير ومجنون ونحوهما بما فيه ضرر عليهم؛ لأنهم لا يملكون التنازل عن المولى عليهم، والتحكيم فيه معنى الصلح عنهم، وهو لا يجوز بما فيه ضرر عليهم، لكن لو أنفذه القاضي بعد مراجعة ما بني عليه جاز؛ لأن إجازة القاضي لحكم المحكّم كأنه حكم مستأنف.

● ما يشترط في المحكّم:

شروط المحكّم

يشترط في المحكّم ما يشترط في القاضي من الشروط وقد سبق ذكرها^(١)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٢).

● محل التحكيم وما يجوز فيه وما يمتنع:

محل التحكيم

وما يجوز فيه

وما يمتنع

المذهب أن التحكيم جائز في كل شيء يحكم فيه قاضي الإمام، قال ابن قدامة في المقنع: " وإن تحاكم رجلان إلى رجل يصلح للقضاء فحكماء بينهما فحكم نفذ حكمه في المال

(١) تقدم في ص.

(٢) ينظر: الشرح الكبير على المقنع (٣٢٤/٢٨)، الممتع شرح المقنع (٥٢٠/٤)، الإنصاف (٣٢٤/٢٨).

وقال ابن تيمية في الاختيارات عند ذكره للصفات الواجب توافرها في القاضي: "إنما اشترطت هذه الصفات فيمن يولى لا فيمن يحكمه الخصمان" الأخبار العلمية ص (٤٨٦). ٣.

والقصاص والحد والنكاح واللعان في ظاهر كلامه " قال
المرداوي: "وهو المذهب" ^(١).

وقيد ابن تيمية نفاذ حكمه بموافقة قاضي الإمام ^(٢).

قال الشيخ ابن خنين: "والذي يظهر لي: أن التحكيم
يجوز في الأموال وما في معناها مما يجوز بذله والعفو عنه
والصلح عليه من دون اشتراط إذن الإمام، وهذا مما لا
خلاف فيه بين الفقهاء في الجملة.

ولا يجوز التحكيم في العقوبات من الحدود والتعزيرات
والقذف ولا في الأموال العامة، ولا في اللعان والنكاح
ونحوه مما لا يجوز بذله ولا العفو عنه ولا الصلح عليه ولا
القصاص إلا إذا أذن فيه الإمام بخصوص الواقعة المتنازع
فيها، وقصة تحكيم النبي ﷺ لسعد بن معاذ رضي الله عنه دالة على
ذلك" ^(٣).



(١) الإنصاف (٣٢٦/٢٨).

(٢) ينظر: الفروع (١٣٠/١١)، الإنصاف (٣٢٧/٢٨).

(٣) التحكيم في الشريعة الإسلامية ص (١١٩).