

قاعدة

خطأ القاضى فى بيت المال  
وتطبيقاتها فى الأحكام القضائية

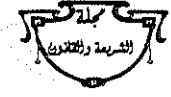
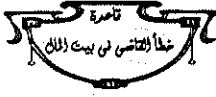
دكتور

محمد على على عكاز

كلية الشريعة والقانون

بدمنهور

١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م



## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة :

الحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات ، والصلاة والسلام على من أرسله الله بالهدى ودين الحق ، رحمة للعالمين ، وحجة على الناس أجمعين ، سيدنا وإمامنا محمد ، وعلى آله وصحبه ، ومن اتبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

وبعد ،

فإن للقواعد الفقهية دور بارز فى تيسر الفقه الإسلامى ، ولم سَنَاتَه عن طريق نظم الفروع المبددة المتناثرة فى سلك واحد .

وقد اخترت من بين هذه القواعد ، قاعدة مهمة فى مجال القضاء ، ألا وهى " قاعدة خطأ القاضى فى بيت المال " فقَهِت بشرحها والتعريف بها ، وما يتعلق بهذه القاعدة من أحكام فقهية ، من أهمها مدى مشروعية نقض الحكم القضائى إذا تبين للقاضى أو لمن يأتى بعده من القضاة وجه الخطأ فيه وإذا كان فقهاؤنا القدامى قد ذكروا هذه القاعدة وفروعها الفقهية فى أغلب كتاب الفقه الإسلامى ، مع أن القضاء فى عصرهم كان لا يتولاه إلا الفقهاء المجتهدون العارفين بمقاصد الشريعة وأصولها ، إلا أنهم ذكروا هذه القاعدة بناء على أن القاضى بشر وليس معصوماً من الخطأ ، وأنه ليس من دم هدر فى الإسلام فيتحمل بيت المال نتيجة خطأ القاضى .

وقد أثرت البحث فى هذه القاعدة بالذات ، نظراً لما آل إليه أمر القضاء فى الدول العربية والإسلامية .

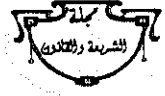
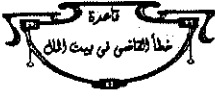
ويرجع السبب الرئيسي في انهيار منظومة العدل في هذه الدول - من وجهة نظري - إلى أن القضاء أصبح يتولاه قضاة غير أكفاء ، ليس عندهم من العلم ما يؤهلهم لتولى هذا المنصب الخطير ، وأصبح يعتلى منصة القضاء الجاهل وغيره ، وبالتالي كثرت الأخطاء في الأحكام القضائية .

بل أننا الآن نقرأ ونسمع عن القضاة المرتشون ، الذين يتعمدون الحكم لغير صاحب الحق ، فهل تقف الشريعة جامدة أمام هؤلاء القضاة الجاهلون ، أو المرتشون لا . إن الشريعة ويعومها وشمولها وصلاحتها لكل زمان ومكان ، وضع فقهاؤها هذه القاعدة حتى تجبر النقص وتصحح الخطأ الذي قد يقع فيه قضاة هذا الزمان .

قاللهم أمنحنى الإخلاص فى القول والعمل والنية ، وأرزقنى الصواب فيما اجتهدت فيه ، ولا تحرمنى الأجر إذا أخطأت .

الفقير إلى عفو ربه

محمد عكاز



## قاعدة خطأ القاضى فى بيت المال (١)

### المبحث الأول

فى التعريف بالقاعدة وتأصيلها الشرعى ... .

وفيه مطلبان المطلب الأول: فى التعريف بالقاعدة ومعناها .

الخطأ هو ما ليس للإسنان فيه قصد. (٢)

والقاضى مفرد قضاة ، وهو القاطع للأمور المحكم لها ، وقيل : هو

من يقضى بين الناس بحكم الشرع (٣)

والقضاء لغة : الحكم .

واصطلاحاً : هو الإخبار عن حكم شرعى على سبيل الإلزام (٤) وقيل:

هو إلزام على الغير ببيئنه أو إقرار (٥)

بيت المال :

بيت المال هو الجهة التى يسند إليها حفظ الأموال العامة للدولة ،  
والمال العام هو كل مال استحققة المسلمون ولم يتعين مالكة منهم ، وذلك

(١) وردت بهذه القاعدة فى كتاب الفرائد البهية فى القواعد والفوائد الفقهية للشيخ محمود حمزة نقلًا عن مسائل الحدود من الفتاوى الخاتية (ص ٢٤١) قاعدة رقم ٢٣٦ طبعة دار الفكر بدمشق ١٩٨٦م بلفظ " خطأ القاضى فى بيت المال " بيانه : لو أن بيئنه شهدوا على رجل بالزنا فرجمه القاضى ، ثم تبين أن الشهود عبيد فدية الذى رجم فى بيت المال لأنه خطأ القاضى وينفس اللفظ وردت القاعدة أيضا فى كتاب القواعد الفقهية للشيخ أحمد النذوى ، ط دار القلم دمشق ط ٣ (ص ٤٣٠) وموسوعة القواعد الفقهية للدكتور محمد صفى البورتو (ج ٥ / ص ٢٨٥)

(٢) التعريفات للجرجاني - دار الكتب العلمية - بيروت - (ص ١٠٤) معجم لغة الفقهاء (ص ١٧٤)

(٣) القاموس الفقهي لبعدي أبو حبيب دار الفكر (ص ٣٠٥).

(٤) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للظرابلسى الحنفى (ص ٦) الطبعة الثانية ١٣٩٣

هـ - ١٩٧٣م شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي .

(٥) أنيس الفقهاء الكبيسي (ص ٢٢٨).





كالزكاة والفقير ، وخمس الغنائم المنقولة ، وخمس الخارج من الأرض ، والمعادن وخمس الركاز ، والهدايا التي تقدم إلى القضاة ، أو عمال الدولة مما يحمل شبهة الرشوة أو المحاباة ، وكذلك الضرائب الموظفة على الرعية لمصلحتهم ومواريتهم من مات من المسلمين بلا وارث ، والغرامات والمصادرات ، ويقوم بيت المال بصرف هذه الأموال في مصارفها كل بحسبة ، ولا بد أن يكون له سجل موديونات ببيت المال لضبط مايرد إليه وما يصدر عنه من أموال وضبط مصارفها كذلك .

فمفاد القاعدة أن الحاكم ، الإمام أو القاضى إذا اخطأ في اجتهاده وترتب على خطئه ضرر للمحكوم عليه فإن تعويض هذا الضرر إنما يكون في بيت المال ، لأن الإمام والحاكم والقاضى نائب عن الله تعالى في أحكامه وأفعاله فكان أرش جنائته في مال الله تعالى ، ولأن الحاكم إنما هو عامل للمسلمين لا لنفسه ، ولذلك لا يتحمل خطأ اجتهاده الصحيح في ماله ، لأن الحاكم أو القاضى يكثر خطؤه في أحكامه المبنية على اجتهاده ، فإيجاب ما يجب عليه أو على عاقلته يحفف بهم وبه ، ويجعل العلماء يمتنعون عن الحكم والقضاء فتضيع الحقوق .<sup>(١)</sup>

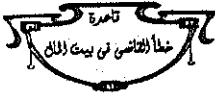
### المطلب الثاني

#### في التأصيل الشرعى للقاعدة

هذه القاعدة تعنى أن الخطأ الذى يقع من الوالى أو القاضى بسبب ممارستهم لأعمال ووظائفهم لا تقع عليهم ولا تضمن في مالههم ، وإنما يقع

(١) د/ محمد صدقى البورتو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ط دار ابن حزم ، ٢٠٠٠م (ج/٥ ص/٢٨٥).





الضمان فى بيت المال باعتباره هو المحل أو الوعاء الذى يضمن تصرفات الحكام والولاية والقضاة (١)

وهذه القاعدة فى غاية الأهمية ، لأنها ترفع الحرج عن الولاية والقضاة والحكام فيما يبشرونه من أعمال ، وعليها فإن القاضى إذا أخطأ فى قضائه فإنه لا يجب الضمان عليه ، لأنه نائب عن الشرع عامل لغيره ، وليس فى وسعه التحرز عن وقوع الخطأ قطعاً ، ولأنه لو وجب عليه الضمان مع عجزه عن التحرز ، لتقاعد الناس عن تقلد القضاء والولايات ، فيتعطل تنفيذ الأحكام ومصالح العامة ، وإقامة حقوق الشرع ، وإذا لم يجب عليه ، فإن القضاء إذا وقع للعامة فإنه يرجع إلى بيت المال لأنه حقهم. (٢)

ويدل على ذلك ما روى أنه - صلى الله عليه وسلم - قال " إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر" (٣) ، فقد دل هذا الحديث دلالة صريحة على أن الحاكم أو القاضى إذا أخطأ فى حكم فإنه يأخذ أجراً نتيجة اجتهاده وبالتالي فإنه لا يغرّم بخطئه .

ونجد الإمام عز الدين - رحمه الله - ينبه على هذه القاعدة فى مواضع عديدة من كتابه " قواعد الأحكام " وفيما يلى نقدم مثالين من الكتاب قد أشار فيهما إلى القاعدة المذكورة .

أولاً : " إن الإمام والحاكم إذا أتلفا شيئاً من النفوس أو الأموال فى تصرفهما للمصالح ، فإنه يجب على بيت المال دون الحاكم أو الإمام

(١) وإذا كان تعبير القاعدة بالقضاة ، فإنه يشمل أيضاً الولاية والحكام والموظفين العموميين من أصحاب الولايات فى الدولة الإسلامية ممن يظفون عليهم فى الاصطلاح القانونى الشخص الاعتبارى أو الافتراضى .

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار (٣٥/٤)

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي (١٣/١٢) كتاب الأفضية .

لأنهما لما تصرفا صار كأن المسلمين هم المتلقون ، ولأن ذلك يكثر  
في حقهما فيتضرران به" (١)

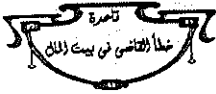
ثانياً : ونستدل على وجوب الدية في بيت المال من قوله - صلى الله عليه وسلم - " أنا أولى بكل مؤمن ، فمن ترك ديننا فعلى ، ومن ترك مالا فلورثته" فقد أفاد هذا الحديث أن من ترك ديننا ولم يقدر على وقائه ، وليس له ميراث ، فإنه ضماته يكون على الرسول - صلى الله عليه وسلم - ويقيد أيضاً أن النبي - صلى الله عليه وسلم - جعل هذا الدين لمستحقه من المال العام الذي في يده وضع اليد غير إذن المالك مقسده موجبة للضمان ، إلا في حق الحاكم ونواب الحكام ، إذا عطلوا بذلك في معرض التصرف بالأحكام ، أو بالتبعية عن الحكام ، لأن التغريم يكثر ويشق عليهم ، ويهدمهم في ولاية الحكام .

فقد ذكر الإمام الشوكاني بعد أن ذكر هذا الحديث أن ذلك الضمان كان من مال المصالح - أي من المال العام الذي يشبه مال المسلمين فيما بعد (٢) ثم ذكر أن مما يؤكد هذا المعنى : أن هذا الحديث قد جاء برواية أخرى بزيادة جاء فيها " وعلى الولاة من بعدى في بيت مال المسلمين " .

فبيت مال المسلمين كما أن له حقوق تتمثل في أهم مصادر تمويلة وهي الفئ والغنيمة ، والصدقة ، وميراث من لا وارث له ، والأموال الضائعة والضرائب وغير ذلك عليه التزامات من أهمها الاتفاق على مصالح المسلمين العامة ، وإغاثة المتكويين وتحمل دية من لم يعرف قاتله .

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (ج ٢/١٦٥).

(٢) نيل الأوطار للشوكاني (٢٦٨/٥).



ومن التزامات بيت المال أيضا أن القاضى إذا أخطأ فى حكمه واجتهاده ، ونتج عن ذلك ما يوجب الضمان فإنه يكون فى بيت مال المسلمين ، لأن القاضى والوالى نائب عن الله عز وجل فى أحكامه وأفعاله فكان أرش جنائياته وضممان متلفاته فى مال الله عز وجل أولى ، فيؤخذ من بيت المال ، لأنه عمل فيها لعامة المسلمين ، وعادت منفعة ذلك إليهم وهو الزجر ، فيكون خطؤه فى بيت مالهم (١)

ومن الأهمية أن نذكر أن لهذه القاعدة المذكورة قاعدة أخرى تدور معها فى نفس الاتجاه ، بل ويتبين أنه إن عرف الخطأ فلا بد من الرجوع عنه ، ولفظ القاعدة الخطأ لا يستدام ولكن يرجع عنه (٢)

وفى لفظ : الخطأ مرفوع (٣)

ومعنى هذه القاعدة : أن الخطأ إذا اكتشف يجب الرجوع عنه ، ولا يجوز الاستمرار عليه ، لأن المخطئ مرفوع عنه الإثم ، ولكنه إذا عرف خطأه وأصر عليه واستمر ولم يرجع عنه فلا يكون حينئذ خطأ ، بل يكون تعمد الوقوع فى الخطأ ، فهو مأخوذ بما أخطأ فيه وهو آثم فى ذلك . (٤)

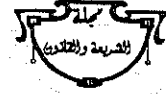
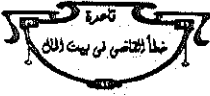
(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى الحنفى (١٦/٧) ط دار الحديث .

(٢) شرح السير الكبير (٢٢/٨) .

(٣) المبسوط للسرخسى (١٢٦/٢٧) .

(٤) د . محمد البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية (ج ٥/٢٨٧) .





## المبحث الثانی

مدى مشروعیة نقض الأحكام القضائیة

فی الفقه الإسلامی والقانون الوضعی

وفیه مطلبان :

### المطلب الأول

مدى مشروعیة نقض الأحكام فی القانون الوضعی

إن الأحكام التي یصدرها القضاة هی عمل من أعمال الإنسان التي یرد علیها الخطأ أو السهو ، لذلك وجب أن تتاح للخصوم الذین خسروا الدعوى فرصة لإصلاح العیوب التي تضمنتها وتفادی الأضرار التي تنجم عن التمسك بحکم غیر عادل أو غیر مطابق للحقیقة والقانون ، ولهذا السبب أو جدت الشرائع من قديم الزمان طرقا للطعن فی الأحكام لتمكن المظلوم من الوصول لإصلاحها أو إلغائها .  
وطرق الطعن تنقسم إلى قسمین :

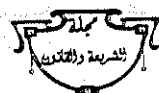
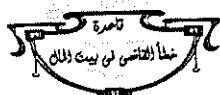
- ١- طرق الطعن العادیة هی (١) المعارضة (٢) والاستئناف .
- ٢- وطرق الطعن غیر العادیة وهی (١) التماس إعادة النظر (٢) والنقض (١) وإلیك توضیح معنى كل طریق من هذه الطرق :

١- المعارضة : هی طریق من طرق الطعن العادیة یركن إليها المحكوم علیه غیابیا للوصول لإلغاء أو تعديل حکم الذی صدر فی غیبه ، ویكون التجاؤه لنفس المحكمة التي أصدرت حکم (١)

(١) د. عبد الوهاب العشماوی ، ومحمد العشماوی ، قواعد المرافعات فی التشریع المصری والمقارن ،

المطبعة النموذجیة ، (ص ٧٥٣).

(١) المرجع السابق (ص ٨٠٩).



٢- الاستئناف : طريق طعن عاды به يطرح الخصم الذي صدر الحكم كليا أو جزئيا لغير صالحه القضية كلها ، أو جزءاً منها أمام محكمة أعلى من المحكمة التي صدر عنها الحكم (١)

وتتميز المعارضة عن الاستئناف بأنها لا تقدم لمحكمة عليا تظلما من تصرفات محكمة أول درجة ، أو طعنا ضمنيا في كفاءة القضاة أو في نمتهم، أو في عنايتهم بالفصل في النزاع ، وإنما ترمى إلى تلافى نقض في الدفاع تسبب عنه صدور الحكم على غير ما يقضى به الحق الذي يزعم الخصم الغائب أنها في جاتبة ، كذلك تتميز المعارضة بأنها لا تغير مركز الخصوم في الدعوى ، وإن كانت تعتبر خصومة جديدة ، فيبقى المدعى عليه هو المدعى عليه ولو كان المعارض ، والمدعى هو المدعى ولو كان المعارض ضده ، بينما الاستئناف يغير مركز الخصوم ويجعل المستأنف هو المدعى بصرف النظر عن مركزه أمام محكمة أول درجة. (١)

٣- التماس إعادة النظر : الإلتماس طريق من طرق الطعن غير العادية يلجأ إليها الخصم في بعض الأحوال للحصول على حكم ينقض حكم انتهائي من المحكمة التي أصدرته ليتمكن من السير في النزاع من جديد أمام نفس المحكمة .

ويتميز الإلتماس عن طرق الطعن العادية بأنه ليس مقصوداً به إصلاح الحكم الذي يتظلم منه الخصم ، وإنما يرمى إلى محو الحكم ذاته ليعود مركز الملتمس في الخصومة إلى ما كان عليه قبل صدوره ويتمكن

(١) د. د. فتحي والي - قانون القضاء المدني الكويتي - (ص ٣٩١) مطبعة جامعة الكويت ، د. عبد المنعم حسن - طرق الطعن في الأحكام المدنية والتجارية - الطبعة الأولى - (ص ٢١٩).  
(٢) د. د. محمد العشاوي - قواعد المرافعات (ص ٨٠٩ وما بعدها) والمستشار - أنور طلبية - الطعن بالاستئناف والتماس إعادة النظر - دار المطبوعات الجامعية - (ص ١٢).

بذلك من مواجهة النزاع من جديد ، والحصول على حكم آخر بعد أن تخلص من قوة الشئ المقضى به .

والالتماس كالمعارضة من حيث كونه يعرض على نفس المحكمة التى أصدرت الحكم ، ولكنه يتميز عنها بكونه لا يتناول إلا الأحكام الانتهائية ، ويجب أن يستند دائما إلى سبب خاص ، بينما الاستئناف يجوز رفعه من كل خصم يتضرر من الحكم لأى سبب كان (١)

٤- الطعن بالنقض : الطعن بالنقض طريق غير عادى يلجأ إليه لإصلاح ما شاب الحكم من مخالفة للقانون أو بطلان سواء فى ذات الحكم المطعون فيه ، أو فى الإجراءات التى أسسها عليها (٢)

وقد نص القانون على أسباب معينة هى التى تجيز الطعن بالنقض ، منها فى القانون المصرى إذا كان الحكم الذى يطعن فيه قد صدر مخالفاً للقانون ، أو كان نتيجة خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله (٣).

### المطلب الثانى

مدى مشروعية نقض الأحكام القضائية فى الفقه الإسلامى  
إن الفقهاء قد قرروا أن القاضى لا يستقر حكمه وينقض فى أربع مواضع .

الموضع الأول : إذا وقع حكمه على خلاف القرآن الكريم (٤) أو السنة المشهورة .

(١) د . محمد العثمائى - لمرجع السابق - (ص ٩١٨).

(٢) د . نبيل إسماعيل عمر - الوسيط فى الطعن بالتماس إعادة النظر - إدارة الجامعة الجديدة -

٢٠٠٤م (ص ٢١).

(٣) د . عبد العزيز خليل بديوى - قواعد المرافعات والقضاء فى الإسلام (ص ٥١٥).

(٤) مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر - ط دار إحياء التراث العربى بيروت - (١٦٩/٢)

ومثل بعض الحنفية للحكم المخالف للقرآن الكريم بالقضاء بحل متروك التسمية عمداً . ، لأنه فى رأيهم مخالف لقوله تبارك وتعالى ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ (١)

وكما إذا قضى القاضى بشاهد ويمين ، فإنه يخالف الكتاب ، لأنه تعالى قال : ﴿ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾ ومثل هذا إنما يذكر لقصر الحكم عليه ، ولأنه قال ﴿ أَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا ﴾ ولا مزيد .

للزوج الأول بمجرد النكاح بدون إصابة الزوج الثانى فإن اشترط ومثال الحكم المخالف للسنة المشهور القضاء بحل المطلقة ثلاثا الدخول المروى عن السيدة عائشة - رضى الله عنها - أن امرأة رفاة القرظى أتت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقالت يارسول الله ، إنى كنت تحت رفاة ، فطلقتى آخر التطليقات الثلاث وتزوجت عبد الرحمن بن عوف ، فوالله ما وجدت منه إلا مثل الهدية (هدية الثوب حاشية الثوب ) فتبسم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقال : لعنك تريدين أن ترجعى إلى رفاة ؟ ثم قال لها : لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك (٢) (٣)

(١) الإجماع الآية ١٢١ .

(٢) العناية - بهامش شرح فتح القدير - (ج٦/٣٩٣).

(٣) الكفاية للخوارزمي - مع شرح فتح القدير - (٣٩٣/٦) ، وتفسير القرآن الحكيم الشهير بتفسير المنار للشيخ محمد رشيد رضا - دار المعرفة بيروت (١٢٣/٣).

(٤) الجامع الصحيح وهو سنن الترمذى - ط دار الكتاب العربى - بيروت - (ج٥/٤٢) وقال أبو عيسى - حديث عائشة حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند عامة أهل العلم من أصحاب النبى - صلى الله عليه وسلم - وغيرهم .

الموضع الثاني : إذا وقع حكم القاضى على خلاف الإجماع : ومثل الحنفية للحكم المخالف للإجماع بما لو مات شخص وترك أخوة ، وجداً فحكم القاضى بأن الميراث كله للأخ دون الجد ، فهذا الحكم مخالف للإجماع ، لأن الأمة على رأيين فى هذه المسألة: رأى يقول بأن الجد يحجب الأخوة فى الميراث كما يحجبهم الأب فيكون الميراث كله للجد ، ورأى يقول بأن الجد يقاسم الإخوة ، أما حرمان الجد من الميراث بالكلية فلم يقل به أحد من العلماء فمتى حكم بهذا قاضى بناء على أن الأخ يدلى بالبنوة والجد يدلى بالأبوة ، والبنوة مقدمة على الأبوة وجب نقض هذا الحكم (١)

ومثل بعض الحنفية بالحكم المخالف للإجماع (٢) يحل زواج المتعة (٣) فقد أجمع العلماء على أن زواج المتعة كان مباحاً مدة ثم نسخ حكم الإباحة فصارت محرمة (٤)

(١) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام لعلاء الدين الطرابلسى الحنفى الطبعة الثانية ،

١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ - (ص ٢٩).

(٢) مجمع الأنهر - (١٦٩/٥).

(٣) معنى زواج المتعة ، هو الزواج المؤقت بأمد معلوم أو أمد مجهول ، وسمى زواج المتعة لأن المقصود منه مجرد التمتع لمدة معينة .

(٤) ويندل على ذلك ما روى عن ابن عباس قال كانت المتعة فى أول الإسلام ، وكتفوا بقراون هذه الآية "

فما استمتعتم به منهن ... إلى أجل مسمى ... الآية " فكان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة

فيتزوج بقدر ما يرى أنه يفرغ من حاجته لتحفظ متاعه وتصلح له شأنه حتى نزلت هذه الآية "

حرمت عليكم أمهاتكم .. الآية " فتسخ الله عز وجل الأولى فحرمت المتعة وتصديقها من القرآن " إلا

على أزواجكم أو ما ملكت إيمانكم " وما سوى هذا الفرج فهو حرام - السنن الكبرى للبيهقى

(٢٠٥/٧ ، ٢٠٦) ، صحيح الترمذى (٤٨/٥).



الموضع الثالث : إذا وقع حكم القاضى على خلاف القواعد (١) ومثال الحكم المخالف للقواعد المسألة السريجية : ومعناها أن يحكم القاضى بتقرير النكاح فى حق من قال إن وقع عليك طلاق فأنت طالق قبله ثلاثاً فطلقها ثلاثاً أو أقل ، فالصحيح لزوم الطلاق الثلاث له فإذا ماتت أو مات وحكم قاضى بالتوارث بينهما نقضنا حكمه ، لأنه على خلاف القواعد ، لأن من قواعد الشرع صحة اجتماع الشرط مع المشروط ، لأن حكمته إنما تظهر فيه ، فإذا كان الشرط لا يصح اجتماعه مع مشروطه ، فلا يصح أن يكون فى الشرع شرطاً ، فذلك ينقض حكم القاضى فى المسألة السريجية وهى التى وقع التمثيل بها (٢)

الموضع الرابع : إذا وقع حكم القاضى مخالفاً للقياس الجلى قال صاحب معين الحكام : وقد نص العلماء على أن حكم الحاكم لا يستقر فى أربع مواضع وينقض ، وذلك إذا وقع على خلاف الاجماع أو القواعد أو النص الجلى أو القياس (٣)

(١) قال القرافى : معنى قول العلماء إن حكم الحاكم ينقض إذا خالف القواعد أو القياس أو النص الجلى فالمراد إذا لم يكن لها معارض راجح عليها ، أما إذا كان لها معارض فلانقض الحكم إذا كان وفق معارضها الراجح إجماعاً ، كالقضاء بصحة عقد القراض والمساقاة والسلم والحوالة ونحوها ، فإنها على خلاف القواعد والنصوص والأقيسة ولكن لا دلالة خاصة مقدمة على القواعد والنصوص والأقيسة - تبصرة الحكام فى أصول الأفضية ومناهج الأحكام لابن فرحون - ط دار الكتب العلمية (ص ٥٦) ، ومعين الحكام (ص ٢٩)

(٢) تبصرة الحكام - (ص ٥٦) ، وتهذيب الفروق والقواعد السينية بهامش الفروق للقرافى - (ص ٨٠) ، وحاشية السوقى (١٥٣/٤).

(٣) معين الحكام - (ص ٢٩).



وقال ابن فرحون المالكي - " إن حكم الحاكم لا يستقر في أربع مواضع ينقض ، وذلك إذا وقع على خلاف الإجماع أو القواعد أو النص الجلى أو القياس (١) .

يفهم من ذلك أنه ينقض حكم القاضى إذا كان مخالفاً للقياس الجلى والقياس الجلى عند الحنفية : هو ما تبادر إلى الأفهام ، وعند الشافعية هو ما علم فيه بنفى اعتبار الفارق بين المقيس والمقيس عليه ، أو يبعد تأثيره (٢) فالأول كقياس الضرب على التأفيف للوالدين الذى ورد تحريمه فى قوله تعالى ﴿ فَلَا تَقُلْ لَهُمَا آفٌ ﴾ بجامع الإيذاء وهو أن الضرب إيذاء بالفعل والتأفيف إيذاء بالقول لا يؤثر فى الحكم وهو حرمة الضرب أى لا ينفىها . ، والثانى قياس المساوى الوارد فى قوله تعالى ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا ﴾ فلو أحرق السولى مال اليتيم ، فلا ينفى الحرمة لأن الأمرين متساويين فى التعدى على مال اليتيم ، وسمى أخذ المال على كل وجوه أكلا لما كان المقصود هو الأكل ، وبه أكثر إتلاف الأشياء (٣) فلو حكم قاض بعدم تعزير من ضرب أباه لكون الضرب ليس حراما نقض حكمه وكذلك لو حكم بعدم تعزير من أحرق مال اليتيم لكون الإحراق ليس حراما نقض حكمة (٤)

(١) تبصرة الحكام - (ص ٥٦).

(٢) أصول الفقه للشيوخ محمد الخضرى - تحقيق خيرى سعيد (ص ٣٨٩) ط المكتبة التوفيقية .

(٣) تفسير القرطبى الجامع لأحكام القرآن لأبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى ط دار الريان للتراث (١٦٢٣/٣).

(٤) حاشية الشرقاوى على التحرير - مطبعة دار أحياء الكتب العربية (ج ٢/٤٩٥) ، وحاشية الجمل على شرح المنهج (٣٥١/٥).

ومن هنا يتبين لنا أن المبدأ فى الفقه الإسلامى أن حكم القاضى ينقض إذا كان مخالفاً للنصوص الشرعية - كما ذكرنا - .

كما يقرر الفقه الإسلامى مبدأ استتفاف الأحكام ، وإن كان بعض رجال القضاء يقولون أن استتفاف الأحكام عمل نظامى دعت إليه الضرورة ولم يعرفه الفقه الإسلامى وأخطأوا فى ذلك ، لأن المتتبع لأقوال الفقهاء القدامى يجد أنهم طرّقوا باب هذا البحث وإن لم يضعوا له هذا العنوان بل سموه بالدفع .

والتاظر فى فقه الحنفية يجد أنهم قرروا كما يصح دفع الدعوى قبل الحكم يصح دفعها بعد الحكم فى بعض الحالات .

قال ابن عابدين " دفع الدعوى صحيح ، وكذا دفع الدفع ومازاد عليه يصح وهو المختار (١) .

وقال ابن نجيم: " وكما يصح الدفع قلب إقامة البينة يصح بعدها ، وكما يصح قبل الحكم يصح بعده ... ، وكما يصح عند الحاكم الأول يصح عند غيره ، وكما يصح قبل الأشهاد يصح بعده وهو المختار إلا فى ثلاث مسائل: الأولى : إذا قال لى دفع ، ولم يبين وجهه لايلتفت إليه .

الثانية : لو بينه لكن قال بينتى به غائبة عن البلد لم يقبل .  
الثالث : لو بين دفعا فاسداً ، ولو كان الدفع صحيحاً وقال بينتى حاضرة فى المصر يمهلته إلى المجلس الثانى .

وقد ذكر الأسروشنى الحنفى فى كتابه جامع أحكام الصغار " فصلاً بعنوان " فى مسائل الدفع "

(١) حاشية ابن عابدين (٧/٤٩٠)



وذكر من صورة رجل مات وترك أولاداً صغاراً وكباراً " فكبر الصغار وادعوا داراً في يد رجل ميراً من أبيهم ، فادعى المدعى عليه في دفع دعواهم إلى اشترت حصّة الكبار منهم وحصّة الصغار من وصيهم من جهة أبيهم أو من جهة القاضى بثمن مثله ، أو بغين يسير عند حاجة الصغار إليه ، فهذا دفع صحيح .<sup>(١)</sup>

والدفع - كما يعرفه بعض الفقهاء المعاصرين - هي دعوى يثيرها المدعى عليه مناهضة للدعوى الأصلية ، كأن يدعى شخص على آخر أنه اقترض منه ألف جنية ، وطالبة بأدائها ، فدفع المدعى عليه هذه الدعوى بأداء هذا الدين إلى المدعى ، وحينئذ يصبح المدعى عليه مدعياً ويصبح المدعى مدعياً عليه .

وقال الفقهاء إنه إذا استطاع الدافع أن يثبت دعواه بإقرار المدعى أو بإقامته البيّنة اندفعت دعوى المدعى ، وإذا لم يستطع إثبات دعواه قام القاضى بتحليف المدعى الأصلي - يطلب من المدعى عليه - فإذا امتنع عن اليمين ثبت دفع المدعى عليه وبطلت الدعوى وإن حلف المدعى عادت الدعوى الأصلية<sup>(٢)</sup>

ومن هنا يظهر لنا أن ما ذكره الفقهاء من دفع الدعوى بعد الحكم من القاضى ينطبق على الاستئناف الذى جعله القانون الوضعى طريقاً عادياً من طرق الطعن فى الأحكام ، وإن كان يختلف عنه فى أن الاستئناف يرفع أمام

(١) جامع أحكام الصغار للإمام محمد بن محمود بن الحسين الأسروشى الحنفى - ط دار القضيّة - (ص ١١١ وما بعدها) .

(٢) د . محمد رأفت عثمان - النظام القضائى فى الفقه الإسلامى - ط دار البيان ١٩٩٥م - هامش (ص ٥٥٩) نقلاً عن الدكتور عبد العظيم شرف أفدين - محاضرات فى المرافعات الشرعية - (ص ٨٥ ، ٩٢) .

قاضي آخر ، والدفع يجوز أن ينظر أمام القاضي الذي أصدر الحكم ، ولا يشترط الفقهاء في الدفع تغير القاضي الذي سينظر في الدعوى مرة أخرى .  
ويبينغي أن نذكر في نهاية هذا المبحث أن حكم القاضي ينقض - كما قلنا - إذا خالف نصاً من النصوص الصريحة في القرآن أو السنة أو الإجماع ، وهذا باتفاق الفقهاء وزاد الإمام الشافعي إذا كان مخالفاً للقياس الجلي .

قال ابن قدامه \_ " وجملة ذلك أن الحاكم - أو القاضي - إذا رفعت إليه قضية قد قضى بها حاكم سواه فبان له خطؤه أو بان له خطأ نفسه نظرت ، فإن كان الخطأ لمخالفة نص كتاب أو سنة أو إجماع نقض حكمه وبهذا قال الشافعي وزاد إذا خالف نصاً جلياً نقضه " (١)

أما إذا كان حكم القاضي ليس فيه نص صريح أو إجماع ، وإنما حكم بناء على الرأي والاجتهاد ، أو بموافقة مذهب من المذاهب الفقهية ، فقد اختلف الفقهاء في نقض حكم القاضي في ذلك ، وهذا ما سنتعرف عليه في المبحث التالي .

المبحث الثاني في نقض حكم القاضي إذا خالف نصاً جلياً  
المبحث الثالث في نقض حكم القاضي إذا خالف نصاً جلياً

المبحث الرابع في نقض حكم القاضي إذا خالف نصاً جلياً  
المبحث الخامس في نقض حكم القاضي إذا خالف نصاً جلياً

(١) المعنى والشرح الكبير - ط دار الكتاب العربي - (ج ١١/٤٠٣ وما بعدها) ، ص ١٩٩

### المبحث الثالث

## فى نقض الحكم

وفيه مطلبان :

### المطلب الأول

#### فى نقض القاضى أحكام نفسه

إذا تغير حكم القاضى فى قضية كان قد حكم فيها قبل ذلك فإنه يجب عليه أن يحكم باجتهاده الثانى فى القضية ، ولا يجوز له أن يحكم باجتهاده الأول ، لأنه فى هذه الحالة يكون قد حكم بما يعتقد أو يغلب على ظنه أن خطأ .

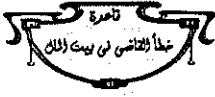
ونكن يشترط للعمل بالاجتهاد الثانى أن لا يخالف نصاً من كتاب أو سنه ، أو إجماع على ذلك .

واشترط ابن فرحون - من المالكية - أن يكون القاضى فى ولايته - فقال " القاضى يقضى بالقضاء ثم يرى ما هو أحسن منه فيريد الرجوع عنه إلى ما رأى فذلك له ما كان على ولايته (١) "

والدليل على ذلك ما ذكره الشعبى ، قال - كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقضى بالقضاء ثم ينزل القرآن بغير الذى قضى به فلا يرد قضاؤه ويستأنف . "

وجه الدلالة دل هذا القول بأن القاضى إذا قضى بالاجتهاد فى حادثة ليس فيها كتاب ولا سنة ، ثم تحول عن رأيه ، فإنه يقضى فى المستقبل بما هو أحسن عنده ، ولا ينقض ذلك القضاء الذى كان منه برأيه الأول ، لأن

(١) تبصرة للحكام (ص ٥٧)



حدثت الرأى الثانى بمقابلة الرأى الأول دون نزول القرآن فى مقابلة الاجتهاد بالرأى ، ومن ثم لم ينقض الذى قضى بالرأى بالقرآن الذى نزل بعده فهانها أولى (١)

ومما يدل على ذلك أيضا حكم عمر بن الخطاب فى المسألة المشتركة فى الميراث ، وصورتها إذا ماتت امرأة وتركت : زوجاً ، وأماً ، وجدة ، واثنين فأكثر من الإخوة لأم ، وإخوة أشقاء ، واحداً أو أكثر ذكراً فقط أو ذكوراً وإناثاً .

فقد حكم عمر باجتهاده الأول بحرمان الإخوة الأشقاء فى المسألة المذكورة ، ثم شرك بينهم وبين الإخوة لأم بعد ذلك باجتهاد ثان ، ولم ينقض قضاءه الأول ، وقال ذاك على ما قضينا ، وهذا على ما نقضى (٢) ويدل على ذلك أيضا كتاب عمر إلى أبى موسى الأشعري الذى قال فيه " ولايمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فرجعت فيه لعقلك ، وحديث فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق ، فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التماذى فى الباطل (٣) .

وإذا بان للقاضى فساد الاجتهاد الأول قبل تنفيذ الحكم به حكم بالاجتهاد الثانى دون الأول ، ومثال ذلك ما يقول المجتهد فى القبلة إن بان له بالاجتهاد خطأ ما تقدم من اجتهاده قبل صلته عمل على اجتهاده الثانى دون الأول ، وإن بان له بعد صلته لم يعد ما صلى واستقبل الصلاة الثانية بالاجتهاد الثانى (٤)

(١) شرح أدب القاضى للخصاف هامش (ص ٣٢٦).

(٢) معنى المحتاج (٤/٣٩٦).

(٣) سبيل السلام للصنعانى (٤/١١٩) ، الأحكام السلطانية للماوردى - ط دار ابن خلدون (ص ٨٠).

(٤) الحاوى للماوردى (٦/١٧٣) ، والمعتى (١١/٤٠٧) .

## المطلب الثانى

### فى نقض القاضى أحكام غيره

إن القاضى لا يجوز له أن ينقض أحكام غيره إلا ما كان مخالفاً للكتاب أو السنة أو الإجماع .

قال صاحب الهداية : " وإذا رفع إلى القاضى حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع بأن يكون قولاً لا دليل عليه" (١)

وقال الإمام الشافعى - رحمة الله - " وإذا حكم القاضى بحكم ثم رأى الحق فى غيره ، فإن رأى الحق فى الحادث بأنه كان خالف فى الأول كتاباً أو سنة أو إجماعاً أو أصبح المعنيين فيما احتمل الكتاب والسنة نقض قضاءه الأول على نفسه ، وكل ما نقض على نفسه نقضه على من قضى به إذا رفع إليه ولم يقبله ممن كتب به إليه " (٢)

" ولا ينقض من حكم غيره إذا رفع إليه إلا ما خالف نص كتاب أو سنة أو أجماع " (٣)

فهذه النصوص تدل على اتفاق الفقهاء على أن القاضى ليس له أن ينقض حكم غيره من القضاة إلا ما خالف نصاً صريحاً .

أما إذا كان الحكم مختلفاً فيه بين الفقهاء وقد قضى فيه القاضى بمذهب من المذاهب أو بوجه من الوجوه ، فليس لقاضى آخر نقض هذا الحكم إلا إذا كان حكماً مبنياً على رأى شاذ لا يعتد به .

(١) الهداية - مع شرح فتح القدير - (٢٩٣/٦) ، والبحر الرائق (٨/٧)

(٢) الأم (٢٠٤/٧) أسنى المطالب شرح روض الطالب (ص ١٦١).

(٣) المعنى (٤٠٣/١١).



قال ابن فرحون " إذا قضى القاضى بقضية فيها اختلاف ووافق قولاً شاذاً نقض ، وإن لم يكن شاذاً لم ينقض . (١)

ولكن هل للقاضى تعقب حكم من كان قبله من القضاة ؟

للإجابة على هذا السؤال لابد من التفرقة بين القضاة فأما القاضى العالم العادل الفقيه فلا يجوز أن يتعرض لأحكامه بأى وجه .

قال الشافعى - رحمه الله - ليس على القاضى أن يتعقب حكم من قبله (٢)

والمراد أنه لا يجوز للقاضى أن يتعقب أحكام القاضى العادل قبله إلا على وجه التجويز لها ، إن عرض فيها عارض بوجه خصومه ، فأما على وجه الكشف والتعقيب بدون خصومه فلا يجوز ، وأما القاضى العدل الجاهل ، فإن أفضيته تكشف ، فما كان منها صواباً أمضى ، وما كان خطأً بينا لم يختلف فى رده ، وأما القاضى الجائر فى أحكامه إذا كان معروفاً بذلك وكان غير عدل فى حاله وسيرته عالماً كان أو جاهلاً ظهر جوره أو خفى ، فللقاضى أن يتعقب أحكامه وينقض منها ما يتبين فيه جوره ، ويبقى منها ما لم يكن فيه جور ، إلا أن يعرف عن هذا القاضى الحكم بالجور فى أحكامه كلها فترد أحكامه كلها . (٣)

وقال صاحب - أسهل المدارك - من المالكية " وليس له ولا لغيره نقض حكم إلا أن يخالف قاطعاً أو يكون جواراً ولا يحكم وعنده شك أو تردد ."

(١) تبصرة الحكام (ص ٥٧).

(٢) أدب القاضى لابن أبى النعمان - (ص ١٢٤).

(٣) معين الحكام (ص ٣٠) ، والطبرى - أدب القاضى - لأبى العباس أحمد بن أحمد الطبرى ، ط مكتبة الصديق للنشر ، (ص ٣٧٢).

يعنى أن القاضى ليس له ولا لغيره أن ينقض الحكم ، سواء كان  
حكمة أو حكم غيره ، إلا أن يخالف نصاً قاطعاً أو يكون جوراً صريحاً فيجب  
عليه نقضة هو أو غيره ممن ولى بعده . (١)

وزاد الدسوقي بأن القاضى عد النقض يجب عليه أن يبين السبب  
الذى من أجله نقض الحكم (٢)

وقد لخص ابن جزى - من المالكية - مسألة نقض القاضى لأحكامه  
وأحكام غيره - فقال " إذا أصاب الحاكم لم ينقض حكمه أصلاً ، وإن أخطأ  
فذلك على أربعة أوجه :

الأول : أن يحكم بما يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع ، فينقض هو حكم  
نفسه بذلك ، وينقضه القاضى الوالى بعده ، ويلحق بذلك الحكم  
بالتقول الشاذ .

الثانى : أن يحكم بالظن والتخمين من غير معرفة ولا اجتهاد فينقضه أيضاً  
هو ومن يلى بعده .

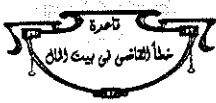
الثالث : أن يحكم بعد الاجتهاد ثم يتبين له الصواب فى خلاف ما حكم به فلا  
ينقضه من ولى بعده .

الرابع : أن يقصد الحكم بمذهب فيذهل ويحكم بغيره من المذاهب فيفسخه  
هو ، ولا يفسخه غيره " (٣)

(١) أسهل المدارك شرح إرشاد المسالك فى فقه الإمام مالك - ط دار الكتب العلمية بيروت ط ١ - ١٩٩٥ م  
(ص ٢٨٥).

(٢) حاشية الدسوقي (١٥٣/٤)

(٣) قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى الغرناطى المسالكى - ط عالم الفكر -  
الطبعة الأولى (ص ٣٠٢).



### المطلب الثالث

## نقض قضاء القاضى إذا حكم بخلاف مذهبه

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : تقييد القاضى بمذهب معين ..

إذا قلد الإمام قاضياً وشرط عليه ألا يحكم إلا بمذهب بعينه ، فلا يخلو ذلك أن يكون شرطاً فى عقد التولية ، كأن يشترط عليه أن لا يحكم إلا بمذهب أبى حنيفة مثلاً ، أو يكون أمراً كقوله : احكم بمذهب الشافعى ، أو نهياً كقوله ، لا تحكم بمذاهب أبى حنيفة فقد اختلف الفقهاء فى حكم ذلك .

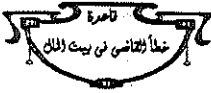
فذهب جمهور الحنفية إلى أن القاضى بحكم بمذهبه لا مذهب غيره إذ يشترط عندهم لصحة القضاء أن يكون موافقاً لرأى القاضى - أى لمذهبه - وذهب بعض الحنفية إلى أن ما ذكرنا فى القاضى المقلد ، لأنه ولاه ليحكم بمذهب أبى حنيفة مثلاً فلا يملك المخالفة فيكون معزولاً بالنسبة إلى ذلك الحكم ، أما القاضى المجتهد فينبغى أن يصح حكمه ، ويحمل على أنه اجتهد فأداه اجتهاده إلى مذهب الغير .<sup>(١)</sup>

وقال المالكية : إن اشترط الإمام ذلك فى جميع الأحكام فالعقد باطل والشرط باطل ، سواء قارن الشرط عقد الولاية أو تقدمه ثم وقع العقد .

أما إذا كان الشرط خاصاً فى حكم بعينه فلا يخلو الشرط أن يكون أمراً أو نهياً ، فإن كان أمراً مثل أن يقول : وليتك على أن تقتص من المسلم بالكافر فيفسد العقد والشرط ، وإن كان نهياً فهو على ضربين : أحدهما : أن ينهاه عن الحكم فى قتل المسلم بالكافر مثلاً ، ولا يقض فيه

(١) شرح فتح القدير (٣٩٧/٦).





بقود ولا بإسقاطه، فهو جائز لأنه قصر ولايته على ماعادة وأخرجه من نظره .

الثانى : أن ينهاه عن الحكم فيه وينهاه عن القضاء فى القصاص ، فيصح العقد ، ويخرج المستثنى عن ولايته فلا يحكم فيه بشئ .

وأضاف ابن فرحون أن ذلك فيما إذا كان القاضى من أهل الاجتهاد والنظر ، كما هو الحال فى قضاة الزمان السابق ، أمثال القاضى أبى الوليد الباجى ، وابن رشد، وأبى بكر بن العربى وعياض ، وقد عدم هذا النمط فى زماننا من المشرق والمرغب ، ولذلك نقل عن ولادة قرطبة أنهم كانوا إذا ولوا رجلاً القضاء شرطوا عليه أن لا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجده ، وإن سحنون كان يشترط على من يولية القضاء أن لا يقضى بقول أهل المدينة ولا يتعدى ذلك " (١)

وذهب الشافعية إلى أنه إذا كان الشرط عاماً بأن قال له : لا تحكم فى جميع الأحكام إلا بمذهب الشافعى مثلاً ، كان هذا الشرط باطلاً ، وهل يبطل التولية ، الصحيح عند الشافعية أنه إن كان التقليد عاماً لقوله لا تحكم بمذهب أبى حنيفة صح التقليد ، أما إن كان خاصاً فى مسألة بعينها فإما أن يكون أمراً أو نهياً ، فإن كان أمراً كقوله تقتص من المسلم بالكافر صح التقليد ، وإن كان نهياً كقوله لا تقتل المسلم بالكافر ، فهذا الشرط باطل والتقليد صحيح على أصح الأقوال عند الشافعية (٢)

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون (ص ٥٨).

(٢) الأحكام السلطانية للمواردى - ط دار ابن خلدون (ص ٧٢).

وذهب الحنابلة إلى أنه لا يجوز أن يقلد القضاء لو اُحد على أن يحكم بمذهب بعينه لقوله تعالى ﴿ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ﴾ (١) والحق لا يتعين في مذهب ، وقد يظهر الحق في غير ذلك المذهب فإن قلده على هذا الشرط بطل الشرط وصحت الولاية (٢)

وبعد أن عرضنا أقوال الفقهاء في هذه المسألة ، نرى أن الراجح هو أنه يجوز أن يلتزم القاضى فى قضاءه بمذهب معين ، وذلك لأن الفقهاء القدامى كانوا يشترطون فى القاضى الاجتهاد ، وهذا الأمر يجعله يرجع بين المذاهب ويختار ما هو أصلح ، أما وقد عز توفر هذا الشرط فى قضاة عصرنا ، وأصبحوا مقلدين غير مجتهدين فيجوز لرئيس الدولة ان يلزمهم بمذهب معين قال الماوردى " إذا حكم القاضى بمذهب لا يتعداه كان أنقى للتهمة وأرض للخصوم ، وهذا وإن كانت السياسة تقتضية فأحكام الشرع لا توجبها ، لأن التقليد فيها محظور والاجتهاد فيها مستحق (٣)

وقال أستاذنا الدكتور / نصر فريد واصل : " أنه من الجائز أن يخص القاضى فى قضاة بمذهب معين عند ولايته ، وعليه فى هذه الحالة أن يتقيد بهذا التخصيص المذهبى إذا كان هذا القاضى مقلداً ، وأن يحكم بالراجح من مذهب إمامه الذى يقلده . (٤)

(١) سورة (ص من الآية ٢٦)

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٣/٣٠٠ وما بعدها .

(٣) الأحكام السلطانية للموردي (ص ٧١).

(٤) استئذنا . نصر فريد واصل - السلطة القضائية ونظام القضاء فى الإسلام - الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ -

١٩٨٣ م - (ص ١٦٩).



وبناء على ذلك ، لو صدر أمر من رئيس الدولة - أو من ينوبه -  
بالقضاء برأى مجتهد من المجتهدين لما أن رأيه بالناس أرفق ولمصلحة  
القطر أوفق فعلى القاضى أن يحكم برأى واجتهاد ذلك المجتهد .

وقد ورد فى تقرير المجلة " إنه من الواجب العمل بأمر إمام  
المسلمين بالعمل بأحد القولين فى المسائل المجتهد فيها ، فعلى ذلك ليس  
للقاضى أن يعمل برأى مجتهد آخر مناف لرأى ذلك المجتهد فإذا عمل وحكم  
لا ينفذ حكمه (١)

المسألة الثانية : نقض قضاء القاضى إذا خالف مذهبه .

القاضى إذا كان غير مجتهد - كما هو قضاة الزمان - وخالف مذهبه  
سواء كان ناسياً أو عامداً فقد اختلف الفقهاء فى نفاذ حكمه .

فقال صاحب الهداية - من الحنفية " ولو قضى فى المجتهد فيه  
مخالفاً لرأى ناسياً لمذهبه نفذ حكمة عند أبى حنيفة - رحمه الله - وإن  
كان عامداً ففيه روايتان " (٢) رواية بالنفاذ ، ورواية بعدم النفاذ وجه النفاذ  
أنه ليس بخطأ بيقين ، لأن رأيه يحتمل الخطأ وإن كان الظاهر عنده  
الصواب ، ورأى غيره يحتمل الصواب وإن كان الظاهر عنده خطأ فليس  
واحد منهما خطأ بيقين فكان حاصله قضاء فى محل مجتهد فيه فينفذ .

ووجه عدم النفاذ إن قضاءه مع اعتقاده أنه غير حق عبث فلا يعتبر  
كمن اشتبهت عليه القبلة فوقع تحريه إلى جهة فصلى إلى غيرها لا يصح  
لاعتقاده خطأ نفسه فكذا هذا . (٣)

(١) درر الحكماء شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر (١٦/٥٤٨).

(٢) الهداية - مع شرح فتح القدير - (٦/٣٩٦).

(٣) شرح فتح القدير (٦/٣٩٦).

وذهب الصحابان - أبى يوسف ومحمد - وجمهور الفقهاء إلى عدم نفاذ حكم القاضى إذا خالف مذهبه ناسيا أو عامداً .

وذلك لأن مذهب القاضى المقلد يعتبر بمنزلة الدليل بالنسبة للمجتهد فكما لا يجوز للمجتهد العدول عن الدليل ، فكذلك لا يجوز للمقلد العدول عن المذهب المقيد به والمقلد القضاء عليه .

وكذلك لا يجوز للقاضى المقلد أن يحكم بالقول المرجوح أو الضعيف فى المذهب ، فإن حكم به كان حكمه باطلاً ، لأن القول المرجوح أو الضعيف قد نسخ بالراجح أو القوى ، فيكون القضاء باطلاً ، وكذلك الحكم بغير مذهبه من باب أولى (١)

والراجح هو ما ذهب إليه الصحابان أبى يوسف ومحمد ومن وافقهما قال الكمال بن الهمام " والوجه فى هذا الزمان أن يفتى بقولهما لأنه التارك لمذهبه عمداً لا يفتعله إلا لهوى باطل لا لقصده جميل ... وأما الناسى فلأن المقلد ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره ، وهذا كله فى القاضى المجتهد ، فأما المقلد فإتما ولاه ليحكم بمذهب أبى حنيفة مثلاً فلا يملك المخالفة فيكون معزولاً بالنسبة إلى ذلك الحكم " (٢)

المسألة الثالثة : الحكم الذى يجب إمضاؤه وتنفيذه على كل حال .

إنه يجب على القاضى أن ينفذ الحكم الذى رفع إليه من القاضى الذى قبله مادام هذا الحكم واقعاً فى محل الاجتهاد الذى يكون الخلاف فيه فى نفس المسألة وسبب القضاء .

(١) استأذنا د . نصر فريد واصل - السلطة القضائية - (ص ١٦٩ وما بعدها ) ، الحاوى الكبير (١٦١/٦) .

(٢) شرح فتح القدير (٣٩٧/٦) .

وذلك لأن القاضى الأول منصوب للقضاء من قبل السلطان ،  
وللسلطان ولاية على كافة الناس ، فكما أن حكم السلطان بالذات حجة فى  
حق كافة الناس ، فحكم القاضى المنصوب من قبله هو حجة أيضا على  
كافة الناس فليس لأحد نقض حكمه ، لأن القاضى الثانى هو أحد كافة  
الناس ، فليس له صلاحية فى نقض حكم القاضى الأول ، كما أنه لارجحان  
لاجتهاد على اجتهاد آخر ، ويلحق الحكم على الاجتهاد الأول ترجح على  
الاجتهاد الثانى وتفوق عنه وتدنى الاجتهاد الثانى فلا ينقض الاجتهاد  
الراجح بالمرجوح .<sup>(١)</sup>

كما أنه لو أبطل القاضى الثانى الحكم ، وعرض حكم القاضى الثانى  
المتضمن إبطال الحكم الأول على قاضى ثالث ، فيبطل القاضى الثالث حكم  
القاضى الثانى وينفذ حكم القاضى الأول لأن القاضى الأول كان فى موضع  
الاجتهاد ، والقضاء فى المجتهادات نافذ بالإجماع فكان القضاء من الثانى  
مخالفا للإجماع فيكون باطلا .<sup>(٢)</sup>

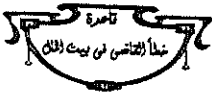
وأمثلة ذلك كثيرة منها :

لو حكم شافعى بقبول شهادة المحدودين بالقذف بعد توبتهم ، ثم  
عرض هذا الحكم على قاض حنفى فيجب عليه إمضاؤه وتنفيذه مع كون  
هذا الحكم غير جائز عند القاضى الحنفى ، وليس للقاضى الحنفى أن يفسخ  
ويبطل ذلك الحكم بدعوى أنه مخالف لمذهبه .

(١) تبين الحقائق (١٩٤/٤).

(٢) درر الحكم شرح مجلة الأحكام (١٦/٦٣٤).





## الفصل الثانى

### التطبيقات الفقهية للقاعدة

وفية مبحثان :

#### المبحث الأول

### تطبيقات القاعد فى قضايا الأحوال الشخصية والأموال

وفيه مطلبان :

#### المطلب الأول

لو شهد شاهدان زوراً بزواج رجل بامرأة وهى تنكر ، فأخطأ القاضى  
وحكم بصحة هذا الزواج بشهادة هذين الشاهدين ؟

أختلف الفقهاء فى نفاذ حكم القاضى أو عدم نفاذه على رأيين : (١)

الرأى الأول : ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن قضاء القاضى ينفذ  
ظاهراً وباطناً فى هذه المسائل وبناء على ذلك فإنه يرى أنه يحل للرجل  
الذى حكم له القاضى بصحة الزواج أن يستمتع بالمرأة استمتاع الزوج  
بزوجته .

قال صاحب مجمع الأنهر " فلو أقامت بينه زور أنه تزوجها وحكم به

حل لها تمكينه " (١)

(١) المراد بالنفاذ ظاهراً أن يسلم القاضى المرأة إلى الرجل ، ويقول : سلمى نفسك إليه فإنه زوجك

ويقضى بالنفقة ، وبالنفاذ باطناً أن يحل له وطؤها ويحل لها التمكين فيما بينها وبين الله تعالى

- حاشية ابن عابدين (١٠٥/٨) والكفاية - (٣٩٧/٦)

(١) مجمع الأنهر (١٧٠/٢).

وقال السمرقندي :

" قال أبو حنيفة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور  
ينفذها ظاهراً وباطناً " (١)

وقد اشترط الإمام أبو حنيفة لنفوذ القضاء ظاهراً وباطناً ثلاثة  
شروط :-

الشرط الأول : أن يكون المحل قابلاً للحكم الذي قضى به القاضي ،  
فلو لم يكن المحل قابلاً للحكم ، فلا ينفذ الحكم باطنياً باتفاق العلماء ، وذلك  
كما لو ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها ، وشهد له شاهدان زوراً بذلك ،  
فحكم القاضي بالزوجية مع أنه يعلم أنه هذه المرأة محرمة على هذا الرجل ،  
بسبب من أسباب التحريم ، لكونها زوجة لغيره ، أو معتدة للغير ، أو  
مرتدة عن الإسلام والعياذ بالله تعالى ، أو أخته من الرضاع ، فإن هذا  
الحكم لا يجوز تنفيذه باطنياً لأن المحل غير قابل لإنشاء العقد عليه . (٢)

الشرط الثاني : عدم علم القاضي بأن الشهود شهود زور فلو كان  
القاضي يعلم أن هؤلاء الشهود شهود زور ، فإن الحكم لا يجوز تنفيذه  
أصلاً ، لا في الظاهر ولا في الباطن ، وذلك لعدم تحقيق شرط صحة القضاء ،  
وهو الشهادة الصادقة في غالب الظن عند القاضي (٣)

الشرط الثالث : أن تكون الدعوى في غير الأملاك المرسلة - أي  
المطلقة عن ذكر سبب - فإن كانت في الأملاك المرسلة كالإرث والنسب فلا  
تنفذ باطنياً ، وفي رواية عن الإمام أبي حنيفة أن الحكم لا ينفذ باطنياً في

(١) مختلف الرواية لأبي الليث السمرقندي الحنفي - تحقيق د. عبد الرحمن بن مبارك ، مكتبة الرشد -  
الطبعة الأولى - ٢٠٠٥ م (ج ٣/١٦٢٢).

(٢) بدر المتقي في شرح المنتقى - بهامش مجمع الأنهر - (١٧٠/٢) ، والبحر الرائق (١٥/٧)

(٣) مجمع الأنهر - الموضوع السابق - د. محمد رأفت عثمان - النظام القضائي - سابق - (ص ٥٣٥).



دعاوى الهبة والصدقة والبيع بأقل من القيمة الحقيقية إذا كان مبنى الحكم شهادة زور ، وكذلك لاينفذ عنده باطناً .<sup>(١)</sup>

الرأى الثاتى : ذهب الإمام أبو يوسف ، ومحمد بن الحسن الشيباتى ، وزفر - من الحنفية - والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، إلى أن قضاء القاضى ينفذ ظاهراً فقط ، ولا ينفذ باطناً ، بمعنى أن قضاء القاضى لايحل حراماً ولايحرم حلالاً وبناء على ذلك لايجوز لهذا الزوج أن يستمتع بهذه المرأة ، ولايجوز لها أن تمكنه من نفسها .<sup>(٢)</sup>

قال ابن فرحون : " وحكم الحاكم لايحل حراماً ولا يحرم حلالاً على من علمه فى باطن الأمر ، لأن الحاكم إما يحكم بماظهر وهو الذى يعتد به ، ولاينقل الباطن عند من علمه عما هو عليه من التحليل والتحرير " .<sup>(٣)</sup>  
وقال صاحب أسنى المطالب - من الشافعية - " ينفذ حكم القاضى الصادر منه فيما باطن الأمر فيه بخلاف ظاهرة إذا ترتب على أصل كاذب " .<sup>(٤)</sup>

الأدلة :

استدل الإمام أبو حنيفة على رأيه بما يلى : -

استدل لرأى أبى حنيفة بالأدلة الآتية :

الدليل الأول : ما روى عن عمر بن أبى المقدام عن أبيّة أن رجلاً من الحى خطب امرأة ويعودونها فى الحسب ، فأبى أن تتزوجة ، فادعى أنه

(١) شرح مجلة الأحكام العلية لعلى حيدر (٤/٦٠٥ ، ٦٠٦).

(٢) البحر الرائق (٧/١٥) ، رد المحتار (٨/١٠٥) ، والمقى (١١/٤٠٧).

(٣) تبصرة الحكم - سابق - (ص ٦٠).

(٤) أسنى المطالب - شرح روض الطالب - (٢/١٦٣).

تزوجها ، وأقام شاهدين عند على - رضى الله عنه - فقالت إبنى لم أتزوجه، فقال على قد زوجك الشاهدان فأمضى عليها النكاح ، قال عمرو فتزوجها الرجل بعد ذلك " (١)

وجه الدلالة : أنه لو لم ينعقد العقد بين الرجل وهذه المرأة بقضاء على لما امتنع على من العقد عند طلبها ورغبة الرجل فيها ، وكان ذلك من على قضاء بشهادة الزور (٢)

ونوقش هذا الدليل : بأن هذا الأثر لم يثبت عن على - رضى الله عنه - وعلى فرض صحة نقله عن على ، فليس فيه ما يدل على نفاذ الحكم باطناً ، لأن علياً أضاف التزويج إلى الشاهدين لا إلى حكمه (٣) كما أنه يعد قوله فتزوجها الرجل بعد ذلك حجة لأبى يوسف ومحمد على أبى حنيفة لأنها لو حلت له بحكم القاضى لما احتاج إلى الزواج منها بعد ذلك (٤)

الدليل الثانى : أن التفريق بين الزوج وزوجته باللعان ثابت فى السنة الصحيحة ومن المعلوم أن أحد الزوجين لا بد وأن يكون كاذباً ، فإما أن يكون الرجل كاذباً فى اتهام زوجته بالزنا وهى الصادقة فى نفس هذه الجريمة عن نفسها ، وإما أن يكون الرجل صادقاً فيما رماها به من الزنا ، ولا يثبت التفريق بينهما إلا بحكم القاضى ، لأن زناها لا يوجب فرقتها على قول أكثر الفقهاء ، وهذا الحكم الصادر من القاضى ينفذ ظاهراً وباطناً فلا يجوز للزوج أن يجامع زوجته التى لاعن منها ، ويحرم عليها أن تمكنه من نفسها ، وهذا هو معنى النفاذ فى الباطن وهو فى هذه الحالة مخالف

(١) السنن الكبرى (٧/ ٢١٤) .

(٢) شرح فتح القدير (٦/ ٣٩٩) .

(٣) كشف القناع لمنصور بن يونس البهوتى (٣٥٢/٠) ، ورد المختار (٨/ ١٠٥) .

(٤) أدب القاضى للخصاف (ص ٣٣١) .



للظاهر ، فهذا دليل على أن حكم القاضى ينفذ ظاهراً وباطناً ، وإن كنا فى الواقع مختلفين .

ونوقش هذا الدليل بثلاثة أمور :

الأول : أن القياس على اللعان قياس مع الفارق ، لأن الفرقة فى اللعان تقع عقوبة للعلم بأن أحدهما كاذب ، وأما حكم القاضى فى مسألتنا فلا يقع عقوبة (١)

الثانى : أن القاضى فى التفريق بين المتلاعنين يفرق بينهما قاصداً متعمداً ، لأنه يعلم أن أحدهما كاذب قطعاً ، أما تفريقه بناء على شهادة الزور فى الطلاق ، فهو يحكم بالظن أن الشهود شهود عدول يظهرون الحق (٢)

الثالث : قضية هلال بن أمية فى الصحيح أن النبى - صلى الله عليه وسلم - حين فرق بينه وبين امرأته باللعان قال فإن جاءت به على صفة كذا فهو لشريك فجاءت به على تلك الصفة وتبين الأمر على ما قال هلال وأن الفرقة لم تكن موجودة ومع ذلك لم يفسخ تلك الفرقة وأمضاها ، فدل ذلك على أن حكم الحاكم يقوم مقام الفسخ والعقد .

ونوقش ذلك : بأن الفرقة فى اللعان ليست بسبب صدق الزوج بدليل أنه لو قامت البينة بصدقه لم تعد إليه ، وإنما كانت بسبب أنها وصلا إلى أسوأ الأحوال فى المقابحة بالتلاعن فلم ير الشارع اجتماعهما بعد ذلك ،

(١) فتح البارى (١٣/١٧٥) ، د. محمد رأفت عثمان - النظام القضائى - (ص ٥٣٨).

(٢) د. محمد نعمى ياسين - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية

(٢/٢٣٥).

لأن البينة مبنهاها السكون والمودة ، وما تقدم من اللعان يمنع ذلك ، فعلم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالكذب كالبينة إذا قامت (١) أدلة أصحاب الرأي الثاني :

استدل الفقهاء على عدم نفاذ قضاء القاضي باطنا بما يلي :  
أولاً : حديث السيد أم سلمه عن النبي - صلى الله عليه وسلم - " إنما بشر وإتكم تختصمون إلي ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض قاضي له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له بشئ من حق أخيه ، فلا يأخذ منه شيئاً ، فإما أقطع له قطعة من النار " .  
وفى رواية فيكي الرجلان " وقال كل منهما : حقي لك ، فقال لهما النبي - صلى الله عليه وسلم - " أما إذا فعلتما فاقتما ، وتوخيا الحق ، ثم استهما ، ثم تحللاً " (٢)

وجه الدلالة " دل هذا الحديث على أن القاضي يمكن أن يؤديه اجتهاده إلى أمر ، فيحكم به خطأ ويكون هو في الباطن بخلاف ذلك ، ومع أن النبي - صلى الله عليه وسلم - يخشى الوقوع في الخطأ ، وإن كان - صلى الله عليه وسلم - لو وقع منه مثل ذلك لم يقر عليه لثبوت عصمته ، فإن غيره من القضاة والحكام من باب أولى (٣)

ثانياً : القياس على الأموال ، فقد أجمع العلماء على أن حكم الحاكم لا ينفذ باطنا في الأموال فكذلك انعقاد النكاح أو حل عقد بظاهر ما يقضى به

(١) تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية - بهامش الفروق للقرافي - (ج/٤٢/٨٢).

(٢) صحيح البخاري - كتاب الأحكام - باب موعظة الإمام للخصوم - (٧١٦٩) وانظر المعنى

(٤٠٨/١١ ، ٤٠٩) وصحيح مسلم - كتاب الأتضية - باب الحكم بالظاهر حديث رقم (١٧١٣).

(٣) فتح الباري (١٣/١٧٤)

القاضى وهو خلاف الباطن (١) فإذا كان حكم القاضى بشهادة الزور فى الأموال لا يحنها ، فكذلك يجب أن يكون الحكم فى الابضاع .

قال الإمام الشافعى - رضى الله عنه -

" إنه لافرق بين دعوى حل الزوجة لمن أقام بتزويجها بشاهدى زور، وهو يعلم كذبهما وبين من ادعى على حر أنه ملكه وأقام بذلك شاهدى زور، وهو يعلم حريته ، فإذا حكم له الحاكم بأنه ملكه لم يحل له أن يسرقه بالإجماع " (٢)

ثالثاً : الإجماع السابق على عصر أبى حنيفة ، فلم ينقل عن أحد من العلماء قبله - سواء أكان من الصحابة أم من التابعين - أنه يرى ما يراه أبو حنيفة .

الرأى الراجع :

ونرى أن الرأى الراجع هو رأى جمهور الفقهاء من أن حكم الحاكم لاينفذ باطنا بشهادة الزور لقوة الاستدلال للجمهور بالحديث الصحيح ، كما أن العلماء اتفقوا على أنه لاينفذ قضاء القاضى باطنا فى الأموال ، والأبضاع والقروج أولى من الأموال ، فلا بد من الأخذ فى الأولى بالاحتياط والحذر ، حتى أن الفقهاء وضعوا قاعدة أجمعوا عليها ووافقهم فيها أبو حنيفة ألا وهى " أن الأبضاع أولى بالاحتياط من الأموال " كما أن أصحاب أبى حنيفة الثلاثة خالفوه فى هذه القضية وهم أبو يوسف ، ومحمد بن الحسن ، وزقر .

(١) تبصرة الحكام (ص ٦٠).

(٢) مختصر المزنى (ص ٣٠٣).

وقال ابن عابدين بعد أن ذكر رأيهم " وعليه الفتوى " (١)

وبناء على هذا الأصل ، لو أن امرأة استأجرت رجلين فشهد لها على زوجها بالطلاق الثلاث وهو زور ففرق بينهما ، ثم تزوجها أحد الشاهدين فهو جائز وتحل للشاهد وتحرم على الزوج الأول عند أبي حنيفة .

والراجح : كما هو مذهب أبي يوسف ومحمد والشافعى - تقع الفرقة فى الظاهر دون الباطن ولا يحل لها ، تتزوج بأحد من الناس ولا بأحد الشاهدين ، ولا يتزوج الرجل بأختها ولا أربعا سواها ، وقالوا مع هذا القول : أنها لا يمكن الزوج الأول أن يطأها ولا يخلو بها . (٢)

### المطلب الثانى

#### تطبيقات القاعدة فى قضايا الأموال

إن أخطأ القاضى فى الحكم فى قضايا الأموال أو فى حقوق العباد ، بأن قضى بشهادة كفار أو محدودين فى قذف أو كان الشهود غير أهل لأداء الشهادة فلا يخلو الأمر من أحد وجهين .

الوجه الأول : أن يمكن تدارك الخطأ الذى وقع من القاضى بأن يكون قضى بمال أو ضيعة أو بدار أو بطلاق ثم ظهر أن الشهود عبيد أو محدودون فى القذف والمال قائم ، ففى هذه الحالة يؤخذ هذا المال من المقضى له ، ويرد على المقضى عليه .

(١) حاشية ابن عابدين (١٠٥٨)

(٢) روضه القضة وطريق النجاة - لأبى القاسم على بن محمد بن أحمد الرخمى السمنانى - تحقيق د . صلاح الدين الناهى - مؤسسة الرسالة بيروت - الطبعة الثانية ١٩٨٤م (ج ٣٢٢/١)

الوجه الثاني : أن لا يمكن تدارك الخطأ الذي وقع من القاضي ، كأن يكون قضي بمال مستهلك لا يمكن ردة بعينه (١) ففى هذه الحالة يجب رد مثل هذا المال ، ولكن من يغرمه هل القاضي ، أم المقضى له .

قال الحنابلة : لو حكم القاضي بمال بشهادة شاهدين ثم بان أنهما فاسقان أو كافرين ، فإن القاضي ينقض الحكم الصادر منه ويرد المال إن كان قائما ، وعوضة إن كان تالفاً ، فإن تعذر ذلك لإعسارة أو غيره ، فعلى الحاكم ضماناته ثم يرجع على الشهود له .

وتوجد رواية أخرى عند الإمام أحمد : وهى أنه لا ينقض الحكم إذا ظهر أن شهود الإثبات فسقه ويغرم المشهود المال (٢)

وتحن نرى أن الضمان يكون على الشهود فى هذه المسألة ، لأنهم هم الذين ألجأوا القاضى إلى الحكم فيكون الضمان عليهم .

وهذا إذا كان هذا كله بخطأ القاضى ، أما إذا تعمد وأقراته تعمد كان الضمان عليه لأنه أقر بالجناية وجناية القاضى تكون سبباً للضمان عليه ولكن هل يعزل القاضى بسبب تعمده الجور ، أو لا يعزل .

قولان عند الفقهاء :

القول الأول : يرى الحنفية - فى ظاهر المذهب - أن القاضى إذا كان عدلاً ، ثم فسق بالحكم بالجور أو بأخذ الرشوة ، فإنه لا يعزل بمجرد الحكم بالجور ، ولكن يجب على رئيس الدولة أن يعزله .

(١) شرح أنب القاضى للخصاف (٣٢٥).

(٢) المقضى (٤٠٦/١١).

قال صاحب الهداية : " ولو كان القاضى عدلاً ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا يعزل ويستحق العزل ، وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله " (١)

القول الثانى : يرى بعض الحنفية ، وأكثر المالكية ، وهو قول الإمام الشافعى أن القاضى إذا فسق أو جار فى الحكم يعزل .

قال صاحب العناية - من الحنفية - " وعن علمائنا الثلاثة أنه لا يجوز قضاؤه - أى الفاسق - وهو قول الشافعى " (٢)  
الأدلة :

أدلة الرأى الأول : علل الحنفية لرأيهم بأن القاضى إذا جار فى حكمه لا يعزل ، بأن العدالة عندهم ليست شرطاً من شروط جواز التولية ، ولكنها شرط من شروط الكمال ، كما أجاز الحنفية شهادة الفاسق ، فذلك يجوز أن يكون قاضياً ، وذلك بناء على قاعدة أن حكم القضاء يستفاد من حكم الشهادة ، لأن كلاً من القضاء والشهادة من باب الولاية " (٣)  
ويناقش هذا التعليل :

بأن العدالة مشترطة فى الشاهد بالنص الصريح وهو قوله تعالى :  
﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ (٤) وبناء عليه لا يجوز قياس القضاء على الشهادة ، لأن المقيس عليه غير مسلم فى حكمه .

(١) الهداية - مع شرح فتح القدير (٣٥٨/٦) حاشية ابن عابدين (٤٤/٨) .

(٢) العناية - (٣٥٨/٦)

(٣) أدب القضاء لابن أبى الدم (ص ٧٠) .

(٤) سورة الطلاق من الآية (٢)



تعليق الرأي الثاني :

يرى الحنفية في قولهم الآخر : أن تقليد القاضي كان معلقا بالشرط ، فإن يكلف القضاء والإمارة بالشرط جائز ، بدليل ما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بعث جيشا وأمر عليهم زيد بن حارثة ثم قال إن قتل زيد فجعفر أميركم ، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة أميركم ، وكذلك تعليق عزل القاضي بالشرط جائز ، والمعلق بالشرط ينتفى بانتفائه (١)

أما الإمام الشافعي فيرى أن العدالة شرط أهليه القضاء ، وقد زالت صفة العدالة من القاضي بالفسق فتبطل الأهلية . (٢)

الرأي الرابع :

ونحن نرى حجان الرأي الثاني القائل بأن القاضي يعزل إذا تعدد الجور في أحكامه سواء ثبت عليه الجور بإقرار أو بإقامة البينة عليه ، أو تكرار جوره وكثر خطأه بل إن للحاكم أن يعزره ويشهره به .

قال ابن فرحون نقلا عن مختصر الواضحة " وعلى القاضي إذا أقر أنه حكم بالجور ، أو ثبت ذلك عليه بالبينة العقوبة الموجعة ويعزل ويشهر ويقضح ، ولا تجوز ولايته أبداً ، ولا شهادته وإن صلحت حاله وأحدث توبة لما اجترم في حكم الله تعالى ، ويكتب أمره في كتاب لنلا يندرس الزمان فتقبل شهادته ، لأن القاضي أقبح من شاهد الزور حالاً " (٣)

(١) العناية - مع شرح فتح القدير - (٣٥٨/٦) ، العناية بهامش شرح فتح القدير (٣٥٩/٦) وانظر

مجمع الزوائد ومنبع الفوائد (١٨٩/٦) ط مكتبة القدس .

(٢) شرح أئيب القاضي (ابن أبي الدم (ص ٧٠)

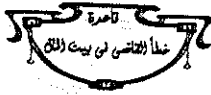
(٣) تبصرة الحكام (ص ٦٣).

وفى نهاية هذا المبحث ، لابد أن نذكر أمراً مهماً :

وهو أن علماءنا - رضى الله عنهم - بينوا أن قضاء القاضى ينفذ ظاهراً وباطناً قطعاً فى الأمور التى اتفق عليها العلماء ، وأما فى الأمور التى اختلف العلماء فيها كالشفعة مثلاً فإن الحنفية يرون أنها تكون للشريك ، وللجار ، والجمهور يرون أنها لا تكون للشريك ، وكميرات ذوى الأرحام ، فإن المالكية وجمهور فقهاء الشافعية لا يورثونهم .

والحنفية والحنابلة ، وبعض فقهاء الشافعية يقولون بتوريثهم ، تقول وأما فى الأمور التى اختلف العلماء فيها فهناك رأيان أصحهما عند بعض العلماء أن حكم القاضى فيها ينفذ ظاهراً وباطناً حتى لو كان الحكم لمن لا يعتقد هذا الحكم ، قال أصحاب هذا الرأى حتى تتفق الكلمة ويتم الانتفاع ، وعلى هذا لو حكم قاضى حنفى المذهب لشافعى بشفعة الجوار ، أو بالإرث بسبب أنه من ذوى الأرحام ، حل للشافعى الأخذ بهذا الحكم ، وليس للقاضى منعه من الأخذ بذلك ، ولا من الدعوى به إذا أرادها ، اعتباراً بعقيدة القاضى ، ولأن هذا الأمر من الأمور المجتهد فيها ، والاجتهاد إنما يكون من القاضى لا من غيره . (١)

(١) أحمد بن محمد القسطلانى - إرشاد السارى لشرح صحيح البخارى - ط دار الفكر - (٣٤٨/١).



## المبحث الثاني

### تطبيقات القاعدة في قضايا الحدود والجنايات

وفيه أربعة مطالب :

#### المطلب الأول

#### خطأ القاضى فى الحكم والأثر المترتب على ذلك

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : إذا حكم الحاكم بشهادة اثنين فى جريمة سرقة وقطعت يد المشهود عليه ، أو حكم بشهادة اثنين فى جريمة قتل ، وقتل المشهود عليه قصاصاً ، ثم بان أن الشاهدين كافرين أو فاسقان أو أحدهما ، فإنه لاضمان على الشاهدين ، لأنهما مقيمان على شهادتهما وأنهما صادقان فيما شهدا به ، وإنما الشرع منع قبول شهادتهما بخلاف الراجعين عن الشهادة فاتهما اعترفا بكذبيهما .

وقد اختلف الفقهاء فى الأثر المترتب على ذلك ، وهو وجوب الدية

على رأيين :-

الرأى الأول : ذهب جمهور الفقهاء الإمام أبو حنيفة ومالك والشافعى فى قول والإمام أحمد فى رواية عنه ، إلى أن خطأ القاضى فى حكمه واجتهاده إذا نتج عنه ما يوجب الضمان ، فإنه يكون فى بيت مال المسلمين ، لأن القاضى نائب عن الله عز وجل فى أحكامه وأفعاله ، فكان أرش جنائياته وضمان متلفاته فى مال الله عز وجل فيؤخذ من الله ، وهو بيت مال المسلمين (١) .

(١) بدائع الصنائع (١٦/٧) ، مؤظاً مالك (ص ٧٦٤) ، المهذب للشيرازى (٢/٢١٣) والمعنى لابن قدامة (٨/٣٧٢) ، شرح منتهى الإرادات (٣/٣٢٩) ، والمحلّى لابن حزم (١٠/٤٦٥) .



جاء في الفتاوى الهندية :

" وإن أخطأ - القاضى - وكان ذلك فى حقوق الله تعالى بأن قضى بحد الزنا أو بحد السرقة أو بحد شرب الخمر واستوفى القطع والرجم والحد ثم ظهر أن الشهود عبيد أو كفار أو محدودون فى القذف فضمن ذلك فى بيت المال " (١)

الرأى الثانى : ذهب الإمام الشافعى فى قول والإمام أحمد فى رواية إلى أن الدية فى حال خطأ القاضى تجب على عاقلته وهى دية مخففة مؤجله. (٢)  
الأدلة :

استدل أصحاب الرأى الأول بالسنة والمعقول :

أولاً : من السنة :

(أ) مارواه البخارى فى صحيحه عن عبد الله بن عمر - رضى الله عنهما - قال : " بعث النبى - صلى الله عليه وسلم - خالد بن الوليد إلى بنى خزيمه فدعاهم إلى الإسلام ، فلم يحسنوا أن يقولوا أسلمنا ، فجعلوا يقولون : صباناً ، صباناً ، فجعل خالد يقتل منهم ويأسر ، ودفع إلى كل منا أسيره ، فقلت : والله لأقتل أسيرى ، ولا يقتل رجل من أصحابى أسيره ، حتى قدمنا إلى النبى - صلى الله عليه وسلم - فنذكرنا له ، فرقع النبى - صلى الله عليه وسلم - يديه ، وقال : " اللهم أتى أبرأ إليك مما صنع خالد مرتين " ثم دعا رسول الله - صلى الله عليه وسلم -

(١) الفتاوى الهندية (٣/٣٤٢).

(٢) البيان فى فقه الإمام الشافعى للعمراتى - ط دار الكتب العلمية بيروت - الطبعة الأولى ٢٠٠٢ - (١١/٥١٦) والطبرى - أمب القاضى - (ص ٣٨٩) ، والمغنى (٣٧٢/٨).



على بن أبى طالب - رضى الله عنه - فقال : أخرج إلى هؤلاء القوم ،  
واجعل أمر الجاهلية تحت قدميك ، فخرج على - رضى الله عنه - حتى  
جاءهم ومعه مال أعطاه له النبي - صلى الله عليه وسلم - فدفع لهم  
الدية عن الدماء وما أصيب لهم من الأموال " (١)

وجه الدلالة : دل هذا الحديث على أن بيت المال يتحمل نتيجة الخطأ  
الذى يقع من الخليفة أو الوالى ، والقاضى أيضا فى معنى ذلك ، وقد دفع  
النبي - صلى الله عليه وسلم - دية من قتلهم خالد خطأ من بيت مال  
المسلمين .

(ب) ما فعله أبو بكر الصديق - رضى الله عنه - عندما دفع دية مالك بن  
نويرة من بيت المال عندما قتله قائد خالد بن الوليد - رضى الله  
عنه - خطأ .

(ج) ما رواه أبو يوسف فى كتاب الخراج : أن رجلاً أتى الخليفة عمر بن  
عبد العزيز ، وقال له : يا أمير المؤمنين زرعت زرعاً فمر به جيش  
من أهل الشام فأنتفوه ، قال فعوضه عشرة آلاف درهم من بيت  
المال " (٢)

فهذه الآثار تدل على أن بيت المال يتحمل نتيجة الخطأ الذى يقع من  
الوالى أو القاضى .

(١) صحيح البخارى مع فتح البارى - ط الحلبى ط (١١٨/٩) وما بعدها (

(٢) الخراج لأبى يوسف - المطبعة السلفية - (ص ١٢٩).

ثانياً : استدلووا بالمعقول :

قالوا : إن صورة القضاء فى هذه المسألة شبيهة مانعة من وجوب  
القصاص ، ولكن تجب الدية فى بيت المال ، لأن القتل الحرام فى دار  
الإسلام لا يخلو عن عقوبة أو غرامة ، وقد تعذر إيجاب العقوبة فتجب  
الغرامة وتكون فى بيت المال ، لأنه تعذر الإيجاب على القاضى ، لأن خطأه  
موضوع عنه ، إما لأنه مأمور بإتباع الظاهر وقد اتبع الظاهر فقد أتى  
بالمأمور . وإلتيان بالمأمور به ينافى وجوب الضمان على المأمور . (١)  
أدلة الرأى الثانى :

وقد استدلووا أصحاب الرأى الثانى على أن الدية تجب على عاقلة  
القاضى بما يلى :

أولاً : ما رواه البيهقى عن الحسن قال ذكرت عند عمر بن الخطاب امرأة  
معينه يسوء فأرسل إليها عمر ، فقال لها ، أجيبي عمر ، فقالت  
ياويلها مالها ولعمر ، فبينما هى فى الطريق فرغت فضربها الطلق  
فدخلت داراً فألقت وندها فصاح صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر  
أصحاب النبى - صلى الله عليه وسلم - فأشار عليه بعضهم : أن  
ليس عليك شئ إنما أنت والد ومؤدب ، وصمت على ، فأقبل على  
على فقال : ما تقول ؟ قال : إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم  
وإن كانوا قالوا فى هواك فلم ينصحوا لك ؟ أرى أن ديتته عليك فاتك

(١) المحيط البرهاتى فى الفقه النعمانى لمحمود بن أحمد بن عبد العزيز البخارى الحنفى - ط دار الكتب  
العلمية - بيروت (٥٢/٨).

أنت أفرعتها وألقت ولدها فى سبيلك ، فأمر علياً أن يقسم عقله على قريش يعنى يأخذ عقله من قريش لأنه خطأ . (١)

وجه الدلالة : الأثر واضح الدلالة على أن والدية تجب على عاقلة الحاكم أو القاضى لأنها لو كانت فى بيت المال لم يقسمها على قومه .  
ثانياً : قالوا : إن الضمان نتيجة خطأ ارتكبه القاضى فتحمله عاقلته كخطئه فى غير الحكومة ، وفى هذه الحالة لاتحمل العاقلة إلا ثلث الدية فصاعداً ، ولا تحمل الكفارة ، لأن العاقلة لاتحمل الكفارة فى محل الاتفاق كذا هنا ، وتكون الكفارة فى مال القاضى المخطئ فى قضاة (٢)

ونوقش ذلك بأن خطأ القاضى يكثر لكثرة تصرفاته وحكوماته فإيجاب ضمان ما يخطئ فيه على عاقلته إجحاف بهم ، فاقضى ذلك التخفيف عنه بجعله فى بيت المال ، ولهذا المعنى حملت العاقلة دية القتل الخطأ عن القاتل (٢)

الرأى الراجح :

ونحن نرى أن الرأى الراجح هو الرأى الأول القائل بإيجاب الدية فى بيت المال ، وذلك لأننا لو أجبنا على القاضى أو على عاقلته ضمان خطأه ، لتقاعد الناس عن أمر القضاء حتى لا يلزمهم الضمان عند ظهور الخطأ الذى ليس فى وسع القاضى الاحتراز عنه ، فيؤدى ذلك إلى تعطيل الأحكام وإنه لا يجوز .

(١) السنن الكبرى (٧٨/٩) والبيان فى فقه الإمام الشافعى (٥١٦/١١).

(٢) أستاذنا د . أحمد الحصرى - علم القضاء - مكتبة الكليات الأزهرية - ١٩٧٧م (ص ٤٧٨).

(٣) البيان فى فقه الإمام الشافعى (٥١٦/١١).

وإذا تعذر إيجاب الغرامة على القاضى ، أو جبنها على المقضى له ، لأن القاضى عامل له فكان عمل القضاء له فيكون الغرم عليه ، ليكون الغرم بمقابلة الغنم .

المسألة الثانية : الجلد بناء على حكم مبنى على شهادة زور

صورة المسألة : أربعة شهدوا على رجل بالزنا وهو غير محصن فضرية الإمام ، ثم ظهر أن الشهود كانوا كفاراً أو محدودين فى القذف ، وقد مات من الجلد ، أو جرحته السياط فقد اختلف الفقهاء فى وجوب الضمان على قولين :

القول الأول : ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه لا دية لمن مات من الحد ، ولا تعويض لمن جرحته السياط لا على القاضى ولا فى بيت المال (١)  
القول الثانى : ذهب أبو يوسف ومحمد - من الحنفية - والإمام الشافعى وأحمد بن حنبل ، إلى وجوب الضمان فى بيت المال ، الديه إن مات المحدود ، وضمان الجراحة إن جرحته السياط . (٢)

والدليل على ذلك : أن ما حصل هو جنائية صدرت عن خطأ الإمام ، فكانت مضمونة عليه كما لو قطعة أو قتله ، ويكون الضمان فى بيت المال (٣)

(١) الفتاوى التاتارخانية فى الفقه الحنفى - للعلامة عالم بن العلاء الاندليتى الدهلوى الهندى المتوفى

سنه ٧٨٦هـ - ط دار الكتب العلمية - الطبعة الأولى ٢٠٠٥م (١٢/٤)

(٢) انمرجع والموضع السابق ، وروضة الطالبين (٣٠٨/١١).

(٣) المقتى (٣١٢/٨).



ونرى ترجيح الرأى الثانى ، لأن القتل الحرام فى دار الإسلام لا يخلو عن عقوبة أو غرامة وقد تعذر إيجاب العقوبة فى القتل الخطأ ، فتجب الغرامة فى بيت المال ، كما يجب تعويض المجلود إذا جرحته السياط تعويضا مناسباً من بيت مال المسلمين .

### المطلب الثانى

#### خطأ القاضى فى تنفيذ الحد ، أو التعزير ، أو القصاص

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : خطأ القاضى فى تنفيذ الحد :

صورة المسألة : إذا عرضت أمام القاضى قضية سرقة ، فحكم بقطع يمين السارق ، ثم باشر القطع بنفسه ، فقطع يساره ، أو قال لمقيم الحد ، اقطع يد السارق ، فقطع اليسرى خطأ فقد اختلف الفقهاء فى هذه المسألة على أقوال يقتضى منا بيان كل مذهب على حدة .

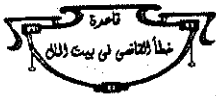
مذهب الحنفية : قال الكاسانى : إذا أخطأ الإمام فظن اليسار يميناً ، مع اعتقاده وجوب قطع اليمين ، فعند أبى حنيفة لاضمان عليه .

ونظيرة لو قال الحاكم لمقيم الحد : اقطع يد السارق ، فقطع اليسرى خطأ ، قال : لا ضمان عليه عند أبى يوسف ومحمد ، وعند زفر يضمن ، لأن الخطأ فى حقوق العباد ليس بعذر (١)

ودليلهم : أن هذا خطأ فى الاجتهاد ، لأنه أقام اليسار مقام اليمين باجتهاده متمسكاً بظاهر قوله سبحانه : ﴿ فَأَقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾ (٢) من

(١) بدائع الصنائع - (٨٧/٧) ، ومجمع الضمانات (ص ٢٠٣) .

(٢) سورة المائدة جزء من الآية (٣٨)



غير فصل بين اليمين واليسار ، فكان هذا خطأ من المجتهد في الاجتهاد ، وهو موضوع (١).

وهذا إذا أخطأ ، أما إذا تعمد قطع اليسرى عمداً فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ، وعندهما يضمن.

لهما أنه تعمد الظلم بإقامة اليسار مقام اليمين فلم يكن معذوراً فيضمن ولأبي حنيفة - رضى الله عنه - أنه أتلف وأخلف خيراً مما أتلف... لأنه لما قطع اليسرى فقد سلمت له اليمنى ، لأنها لا تقطع بعد ذلك، لأنه لا يؤتى على أطرافه الأربعة - عند الحنفية - واليمين خير من اليسرى (٢).

وقال المالكية : لو أخطأ الإمام أو غيره فقطع يد السارق اليسرى أولاً، فإن ذلك يجزئه عن قطع يده اليمنى ، ومحل الإجزاء إذا حصل الخطأ بين متساويين ، وأما لو أخطأ فقطع الرجل وقد وجب قطع اليد ونحوه ، فلا يجزئ ، ويقطع العضو الذى ترتب عليه القطع ويؤدى دية الآخر (٣).

وقال الشافعية : إن ما وجب بخطأ الإمام أو نوابه فى حد أو تعزير، ففية قولان :

القول الأول : أن ما وجب على الإمام بخطأه فهو على عاقلته كغيره من الناس .

(١) بدائع الصنائع (٨٧/٧)

(٢) بدائع الصنائع (٨٧/٧).

(٣) تبصرة الحكام (٣٠١/٢).

القول الثانى : أن ما وجب بخطأ الإمام ، فضماته فى بيت المال ، بشرط أن لا يظهر من القاضى تقصير فى حكمه (١)

وقال الحنابلة : إن زاد القاضى على الحد ، فتلف نفس أو عضو وجب الضمان عليه ، وإن لم يزد على الحد لم يجب الضمان عليه .

والراجح : ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة من أنه لاضمان على القاضى ولا منفذ الحد إذا قطع يد السارق خطأ أو عمداً ، لأنه فى حالة الخطأ قد أخطأ فى محل الاجتهاد ، وأما فى حالة العمد فقد أخلف خيراً مما أتلف - كما قلنا - .

المسألة الثانية : خطأ القاضى فى تنفيذ التعزير ...

صورة المسألة : إذا أمر القاضى بضرب إنسان ارتكب أمراً محظوراً يجب فيه التعزير ، فمات من أثر الضرب ، أو أمر القاضى بضربة أكثر من تسعة وثلاثين جلده - عند بعض الفقهاء - أو أكثر من تسعة وسبعين جلده - عند البعض الآخر - فمات المضروب نتيجة هذه الزيادة أو هذا التجاوز من القاضى .

فقد اختلف الفقهاء فى هذه المسألة على ثلاثة أراء :

الرأى الأول : ذهب الإمام أبو يوسف من الحنفية ، وأحد القولين عند الإمام الشافعى ، والأصح عند الحنابلة ، أن من مات فى التعزير بسبب الزيادة والتجاوز بأمر الإمام ، فإن ديته تجب فى بيت المال ، ولا تتحمل العاقلة منها شيئاً . (٢)

(١) نهاية المحتاج (٣١/٨) .

(٢) حاشية ابن عابدين (١٩٠/٥) ، وروضة الطالبين (٣٠٨/١١) .



قال الزيلعي - من الحنفية " وروى عن أبي يوسف أن القاضي إذا لم يزد في التعزير على مائة لا يجب عليه الضمان إذا كان يرى ذلك ، لأنه قد ورد أن أكثر ما عزروه مائة ، فإن زاد على مائة فمات يجب نصف الدية على بيت المال ، لأن ما زاد على المائة غير مأذون فيه فحصل القتل بفعل مأذون فيه ، وبفعل غير مأذون فيه فينصف (١)

وقال صاحب البيان - من الشافعية - " وما يجب من الأرش بخطأ الإمام ففيه قولان :

أحدهما : أن عاقبته تحمل ذلك عنه ،

والثاني : يجب ذلك في بيت المال (٢)

الرأي الثاني : ذهب جمهور الحنفية والمالكية إلى أنه إن زاد الإمام في التعزير يظن السلامة فحباب ظنه ومات المعزر قدمه هدر ، وإن شك في موت المعزر نتيجة التعزير ، فديته على عاقلة القاضي وهو كواحد منهم (٣)

قال صاحب الهداية : ومن حدة الإمام أو عزره فمات قدمه هدر " (٤)

الرأي الثالث : وهو القول الأظهر عند الإمام الشافعي ، والرواية الثانية عند الحنابلة ، حيث قالوا ، أن من مات في التعزير بسبب الزيادة والتجاوز بأمر القاضي ، فإن الدية تجب على عاقلة القاضي (٥)

(١) تبين الحقائق (٢١١/٣).

(٢) البيان للإمام العمراني (٥١٦/١١).

(٣) حاشية الدسوقي (٣٥٥/٤).

(٤) الهداية - مع شرح فتح القدير (٧٩/٥).

(٥) روضة الطالبيين (٣٠٨/١١).

استدل أصحاب الرأى الأول : بوجوب الدية فى بيت المال ، بأن خطأ القاضى يكثر وجوده ، فلو وجب ضمانه على عاقلة الإمام لأجحف بهم ، كما أنه عمل فيها لعامة المسلمين لعود منفعة الحدود والتعزيز إليهم وهو الزجر فكأن خطؤه عليهم . لأنه لم يعمل لنفسه بل لغيره ، فكان بمنزلة الرسول فلا تحلقه العهدة فتؤدى الدية من بيت المال ، ولا يضمن القاضى لما قلنا ، ولا الجلد أيضا ، لأنه عمل بأمر القاضى (١)

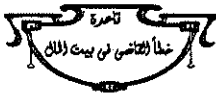
واستدل أصحاب الرأى الثانى : بأن فعل الأمور وهو القاضى لا يتقيد بشرط السلامة كالبرازغ ، والفساد ، والإمام والقاضى مأموران بالحد والتعزيز فاتتقل فعله إلى الأمر وهو الله تعالى ، وصار كائنه أماته بلا واسطة فلم يجب الضمان (٢)

واستدل أصحاب الرأى الثالث : بما رواه الحسن : أن عمر بن الخطاب ذكرت عنده امرأة بسوء ، فأرسل إليها ، فأجهضت - ما فى بطنها وقد ذكرناه سابقا - فأوجب على الدية على عاقلة عمر ولم يوجبها فى بيت المال.

الرأى الرابع : نرى أن الرأى الرابع هو رأى جمهور الفقهاء بوجوب الدية إذا مات المعزر فى بيت المال ، لأن هذا خطأ قد يتكرر كثيرا من القاضى ، فلو أوجبنا الدية على عاقلة لكان هذا فيه إجحافا بهم .

(١) بدائع الصنائع (١٦/٧) ، روضة الطالبين (٣٠٨/١١).

(٢) تبين الحقائق (٢١١/٣) ، والبنية فى شرح الهداية (٣٧٣/٦).



### المطلب الثالث

#### خطأ القاضي في تنفيذ القصاص في الأطراف

صورة المسألة : تتصور هذه المسألة فيما إذا قطع رجل بد رجل عمداً ، وحكم القاضي بقطع يد الجاني وكان القاضي هو المنفذ للقصاص ، أو أمر الطبيب المباشر للقصاص من أعوان القاضي ، أو أمر المجنى عليه بإستيفاء القصاص لنفسه إذ كان يحسن الاستيفاء فمات الجاني من تنفيذ العقوبة .

ينبغي أن نذكر أولاً بأن القاضي إذا كان هو المباشر للقصاص بنفسه فقطع يد السارق فمات من ذلك لا شيء عليه (١)

ولكن الخلاف فيما إذا كان المباشر للقصاص غير القاضي من المجنى عليه أو غيره فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال يقتضى منها بيان كل مذهب على حدة :

أولاً : ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه إذا قطع رجل يد رجل عمداً حتى وجب عليه القصاص فقطع الرجل يده فمات ضمن الدية ، وذهب الصحابان أبو يوسف ومحمد إلى أنه لا شيء عليه .

قال صاحب الهداية .. " ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبي حنيفة ، وقالوا لا يضمن" (٢)

(١) العناية - (١٩٤/٩).

(٢) الهداية - مع شرح فتح القدير - (١٩٤/٩).



والمسئلة مختلفة بين الصحابة - رضى الله عنهم - كان عمر وعلى يقولان الحق قبله ولا شئ على أحد وكان ابن مسعود يقول يضمن دية النفس ويضمن من ذلك أرش العضو والذي هو حقه وكان عبد الله بن عمرو بن العاص يقول عليه الدية .

واستدل الإمام أبو حنيفة أنه قتل بغير حق ، لأن حقه فى القطع ، وهذا وقع قتلاً ، ولأنه جرح أفضى إلى قوات الحياة فى مجرى العادة وهو مسمى القتل (١)

ولهذا كان القياس أن يلزمه القصاص عند أبى حنيفة ، إلا أنه أوجب عليه الدية استحساناً بمنزلة الخطأ ، فإنه ما قصد قتله ، وإنما قصد استيفاء حقه بإقامة فعل هو حق فيكون بمنزلة ما لو رمى إلى صيد أو حربى فأصاب مسلماً (٢)

واستدل الصحابان : بأن هذا قطع بحق أو قطع مستحق ، فالسراية المتولدة منه لا تكون مضمونة كالإمام إذا قطع يد السارق فمات من ذلك .

وتأثيره أن السراية أثر الفعل فلا تنفصل عن أصل الفعل ، ولما اتصل أصل الفعل بالخفية فكذلك أثره ، ثم نفس من عليه القصاص صارت فى حكم نفسه على معنى أن الفعل فى محل حقه يكون حقاً مباحاً ، وفيما وراء ذلك يكون عدواناً ، وأن محل حقه صار مملوكاً له فى حكم الاستيفاء ، وما وراء ذلك غير مملوك له ، والفعل فى محل حقه جزاء وفيما سوى ذلك عدوان ، فإذا تميز أحد المظنين عن الآخر حكماً يجعل كالتمييز حساً ولا تنوب السراية من بدن إلى بدن ، فاعتبار هذا المعنى يجعل عقيب القطع

(١) الهداية - سابق - (١٩٤/٩).

(٢) الميموط للسرخسى (١٤٨/٢٦).

كانه تم البرء فلا تعتبر السراية بعد ذلك ، ولأن هذا الفعل مأذون فيه فالسراية المتولدة منه لا تكون مضمونة .<sup>(١)</sup>

ثانياً : ذهب المالكية إلى أن المباشر للقصاص إذا زاد على القدر المطلوب المأذون فيه تعمداً فإنه يقتص منه بقدر ما زاد على القدر المطلوب بالمساحة ، فإذا نقص عمداً أو خطأ فإنه لا يقتص منه ثانياً لأنه قد اجتهد .

وقال الخمي - من المالكية - إذا قطع الطبيب - أي المباشر للقصاص - في الموضع المعتاد فمات لم يكن عليه شيء ، وإن زاد على ذلك سيراً ووقع القطع فيما قارب كان خطأ ، وإن زاد على ذلك فيما لا يشك فيه أن ذلك عمد كان فيه القصاص ، وإن تردد بين الخطأ والعمد كان فيه دية مغلظة<sup>(٢)</sup>

ثالثاً : ذهب الشافعية إلى أنه إن وجب له القصاص بالسيف فضربة فأصاب غير الموضع وادعى أنه أخطأ ، فإن كان يجوز في مثله الخطأ فالقول قوله مع يمينه ، لأن ما يدعيه محتمل وإن كان لا يجوز في مثله الخطأ لم يقبل قوله ، وتجب عليه الدية .<sup>(٣)</sup>

رابعاً : وذهب الحنابلة إلى أنه إن كانت الزيادة خطأ ، مثل أن يستحق موضحة فاستوقاها هاشمة فعليه أرش الزيادة إلا أن يكون ذلك بسبب من الجأى كإضرابه حال إستيفاء القصاص ، فلا شيء على المقتص مع يمينه ، لأن هذا مما يمكن الخطأ فيه وهو أعلم بقصده<sup>(٤)</sup>

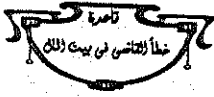
(١) المبسوط (١٤٧/٢٦).

(٢) شرح الخرش (١٥/٨) وما بعدها .

(٣) المهذب (١٨٧/٢).

(٤) المقنى (٢٨٦/٨) ، الموسوعة الفقهية الكويتية (١٧٤/١٩).





الرأى الراجح ، ونحن نرى أن المباشر للقصاص إن تعمد الزيادة فإنه تجب عليه الدية بقدر ما زاد ، وإن أخطأ فى هذه الزيادة وعلم القاضى ذلك مع يمينه فلا يجب عليه شئ ، إلا أن المستحب أن يعوض الجاتى من بيت مال المسلمين .

### المطلب الرابع

#### خطأ القاضى بناء على شهادة المزكين

صورة المسألة : أربعة شهدوا على رجل بالزنا وهو محصن ، فطلب القاضى من المزكين السؤال عن الشهود فزكاهم اثنان ، فحكم القاضى على المشهود عليه بالرجم ، ثم بان أن الشهود كانوا فسقة أو كفاراً أو بعضهم ، فهل يجب الضمان على الشهود ، أم المزكين أم القاضى؟ وقيل أن نذكر الحكم فى هذه المسألة لايبد أن نعرف المزكى ،

وشروطه ، وعدد من يقبل فى التركىة ؟

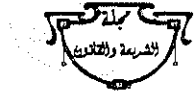
أولاً : المزكى : اسم فاعل للفعل زكى ، ويتعدى بالتضعيف وبالهمزة ، يقال زكى فلان الشاهد تركىة ، فهو مزك : نسبة إلى الزكاء وهو

الصلاح (١)

وفى الاصطلاح : هو اسم لما يطلقه الفقهاء على من يخبر ببيواظن أحوال الشاهد ، ويعلم منه ما لا يعلم عنه غيره لطول عشرة أو جوار ، أو معاملة ، ويشهد بما يعلم عنه من تعديل أو جرح عند القاضى (٢)

(١) المصباح المنير - ومادة زكاة - المعجم الوسيط (١/٣٢٥).

(٢) مغنى المحتاج (٤/٤٠٣).



شروط المزكى :

يشترط في المزكى أن يكون مسلماً مكلفاً حراً ذكراً عدلاً ، وليس بينه وبين المزكى عداوة في جرح ، وعدم بنوة أو أبوة في تعديل ، عارقاً الجرح والتعديل ، ويرى الشافعية أن المزكى لابد وأن يذكر سبب الجرح ، كالزنا ، والسرقه ، وشرب الخمر ، وأما سبب التعديل فلا يجب ذكره (١)

اتخاذ القاضى المزكين :

ذهب الشافعية إلى أنه ينبغي على القاضى أن يتخذ مزكون ، وهم ، من يعرفون الشهود ويخبرون ببواطن أحوالهم ، فيرجع إليهم لبيان حال الشهود ، وبعض الفقهاء يطلق على المزكون أصحاب المسائل وهم الذين يبعثهم الحاكم إلى المزكين ليبحثوا عن أحوال الشهود ويسألوا عنهم من يعرف أحوالهم (٢)

عدد من يقبل في التزكية :

ذهب جمهور الفقهاء الحنفية ، والمالكية في المشهور عندهم ، والشافعية ، والحنابلة إلى أنه يشترط في المزكون أن يكونوا عدلان ، أى اثنين ، وفي قول عند المالكية لابد من ثلاثة (٣)

ثانياً : خطأ القاضى في الحكم بناء على شهادة المزكين

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

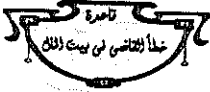
اتفق فقهاء الحنفية على أنه إن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم ، فإذا الشهود عبيد أو كفار ، فإن ثبتوا على التزكية لم يضمنوا ولكن

(١) تحفة المحتاج (١٠/١٥٩).

(٢) مقنى المحتاج (٤/٤٠٣).

(٣) حاشية ابن عابدين (٤/٤٧٤) ، وتبصرة الحكام (١/٢٠٥) ، حاشية الجمل (٥/٣٥٦) والمبدع شرح

المقتع (٨/٢٠٣).



الضمان في بيت المال بالاتفاق ، لأن المزكى أخطأ فيما عمل لعامة المسلمين فصار كالقاضي .

كذلك لا ضمان على المزكين إذا قالوا " أخطأنا " وإنما يجب الضمان في بيت المال عندهم جميعاً .<sup>(١)</sup>

ولكن الخلاف فيما إذا رجعوا عن التزكية ، وقالوا كنا عرفناهم فساقاً ، أو كفاراً أو محدودين في القذف إلا أننا تعمدنا التزكية مع هذا ، فقد اختلف الفقهاء على قولين :

القول الأول : ذهب الإمام أبو حنيفة ، والوجه الأصح عند أصحاب الإمام الشافعي ، والحنابلة ، إلى أنه يجب الضمان على المزكين ، ولا يجب في بيت المال .<sup>(٢)</sup>

القول الثاني : ذهب الإمامان أبو يوسف ومحمد - من الحنفية ، والمالكية ، وأصحاب الشافعي في وجه آخر إلى أنه لا ضمان على المزكين ، وتجب الدية في بيت المال .<sup>(٣)</sup>

قال العيني - من الحنفية - " وإن رجعوا عن التزكية وقالوا هم عبيد أو كفار إلا أننا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم ضمن المذكور عند أبي حنيفة ، وقالوا لا ضمان عليهم ولكن الدية في بيت المال " .<sup>(٤)</sup>

(١) البحر الرائق (٢٦/٥) ، شرح فتح القدير (٧١/٥)

(٢) الفتاوى التاتارخانية في الفقه الحنفي - سابق - (ص ١٣) ، وروضة الطالبين (٢٩٨/١١) ، والكاظمي (٥٦١/٣) ط المكتب الإسلامي .

(٣) تبين الحقائق (١٩٣/٣) ، المبسوط (٥٩/٩ ، ٦٠) ، التاج والإكليل (٢٤٥/٢) ، وروضة الطالبين (٢٩٨/١١) .

(٤) البناية في شرح الهداية للعيني (٢٩٩/٦) ، والفتاوى الهندية (١٥٤/٢) .



الأدلة : -

استدل أصحاب الرأي الأول :

بأن الشهادة إنما تصير حجة موجبة بالتركية ، إذ الشهادة في الحدود لا توجب شيئاً بلا تركية فصارت التركية كعلة العلة ، وهذا لأن التلف حصل بالقضاء ، والقضاء بالشهادة ، لأنهم ألزموا القاضى القضاء ، والشهادة إنما تعمل بالعدالة وهي تثبت بالتركية فكانت التركية كعلة العلة للتلف ، وهي كالعلة في إضافة الحكم إليها لما عرف بخلاف الشهادة على الإحصان ، لأنها علامة محضة ، إذ الشهادة على الزنا موجبة للعقوبة بدون الإحصان<sup>(١)</sup>

واستدل أصحاب الرأي الثانی بما یأتی :

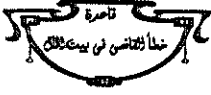
بأن الضمان من المزكين إنما يثبت إذا كان هناك عدوان ، وهو يكون بالمباشرة أو التسبب وقد فقدا.

كما أن سبب الرجم وهو الزنا وهم ما أثبتوه ، وإنما أثبتوا على الشهود خيراً ، فصاروا كشهود الإحصان<sup>(٢)</sup> إلا أنهم أثبتوا على المشهود عليه ، وهؤلاء أثبتوا على الشاهد فكما لا يضمن شهود الإحصان بالرجوع لا يضمن المزكون أيضاً<sup>(٣)</sup>

(١) شرح فتح القدير (٧١/٥) ، وتبيين الحقائق (١٩٣/٣).

(٢) الإحصان نوعان - إحصان الرجم وإحصان القذف ، أما إحصان الرجم فهو عبارة في الشرع عن اجتماع صفات اعتبرها الشرع لوجوب الرجم وهي سبعة العقل والبلوغ والحرية والإسلام والتكاح الصحيح ، وكون هذين الزوجين على هذه الصفات وقت الإحصان - بدائع الصنائع (٣٧/٧).

(٣) العناية ، والكفاية - بهامش شرح فتح القدير (٧١/٥) ، وشرح الكنز (٢٨٥/١).



الرأى الراجح :

ونرى أن الرأى الراجح هو الرأى الثانى بأنه لاضمان على المزكين ، وإنما الضمان فى بيت المال ، وذلك لأن المزكين من أعوان القاضى ، وعملهم يقع لعامة المسلمين ، فيجب أن يكون خطوهم فى بيت مال المسلمين كالقاضى تماماً بتمام ، كما أنه إذا شهد شاهدان على رجل بالإحصان فرجمه القاضى ، ثم رجعوا عن الشهادة فلا ضمان عليهم بالاتفاق ، فكذلك المزكين.

قال السرخسى :

" إلا أن أولئك أثبتوا خصالاً محمودة فى الزانى ، لا يقام الرجم عليه إلا بها ، وهؤلاء أثبتوا خصالاً فى الشاهد لا يقام الرجم إلا عندها ، فكما لاضمان على شهود الإحصان إذا رجعوا لاضمان على المزكيين .<sup>(١)</sup>

(١) المبسوط (٦٠/٩).

## الخاتمة

بعد الحديث عن قاعدة " خطأ القاضي في بيت المال " وما يتفرع عنها من فروع فقهية ، وأحكام قضائية ، توصلنا إلى الآتي :

أولاً : إن دراسة مثل هذه القواعد ، وما يتفرع عنها من أحكام قضائية ، يتبين لنا بوضوح مدى مرونة الفقه الإسلامي ، وعدم جموده ، وأنه صالح لكل زمان ومكان ، وأنه يضع حكماً لجميع القضايا المستحدثة .

ثانياً : إن القاضي إذا أخطأ في اجتهاده ، وترتب على خطئه ضرر للمحكوم عليه ، فإن تعويض هذا الضرر إنما يكون في بيت المال ، لأن القاضي نائب عن الله تعالى في أحكامه وأفعاله فكان أرتش جنايته في المال الله تعالى ، وهو بيت المال .

ثالثاً : أنه لو لم تكن هذه القاعدة التي وضعها الفقهاء ، وتحمل كل قاض خطأ اجتهاده الصحيح في ماله ، لامتنع جميع العلماء والمتخصصين عن العمل بالقضاء ، وأدى ذلك إلى تعطيل تنفيذ الأحكام ومصالح العامة ، وإقامة حقوق الشرع ، وفي هذا ضرر بين على المجتمع بأسره .

رابعاً : إن المبدأ في الفقه الإسلامي أن حكم القاضي ينقض إذا كان مخالفاً للقرآن الكريم أو السنة المشهورة أو الإجماع أو القياس الجلي .

خامساً : إن الفقه الإسلامي قرر مبدأ استئناف الأحكام ، ونص الفقهاء على ذلك في كتبهم ، إلا أنهم لم يسمونه بهذا الاسم ، وإنما سموه بالدفع ، وهو يتفق مع الاستئناف الذي جعله القانون الوضعي طريقاً عادياً من

طرق الطعن في الأحكام ، إلا أنه يختلف عنه في أن الدفع يجوز أن ينظر أمام القاضي الذي أصدر الحكم ولا يشترط تغييره .

سادساً : أن للقاضي أن ينقض أحكام نفسه السابقة ، ويجتهد في القضايا اللاحقة ، فإذا تغير اجتهاده ، فيجب عليه أن يحكم باجتهاده الثاني ، بشرط أن لا يخالف نصاً من كتاب أو سنة أو إجماع .

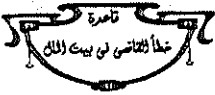
سابعاً : أنه إذا رفع إلى القاضي أحكام سابقة من القضاة ، فباتفاق الفقهاء أنه لا يجوز له أن ينقض أحكامهم إلا ما كان فيه مخالفة للكتاب أو السنة أو الإجماع .

ثامناً : أنه ليس للقاضي أن يتعقب أحكام القضاة العدول قبله إلا على وجه التجويز لها ، وإنما يجوز له أن يتعقب أحكام القضاة الجائزة ، فينقض منها ما تبين فيهم جورهم ، ويبقى منها ما لم يكن فيه جور .

تاسعاً : أنه من الجائز أن تخصص القاضي في قضاياه بمذهب معين عند ولايته وعليه في هذه الحالة أن يتقيد بهذا التخصيص المذهبي إذا كان هذا القاضي مقتداً - كما هو قضاة الزمان - وأن يحكم برأى من مذهب إمامه الذي يقتده .

عاشراً : أن حكم القاضي لا ينفذ باطناً بشهادة الزور في قضايا الأحوال الشخصية على رأى جمهور الفقهاء ، لأن العلماء متفقون على أن حكم القاضي لا ينفذ باطناً في الأموال ، ولا شك أن الفروج والأوضاع أولى بالاحتياط من الأموال .

وبناء على ذلك لو أن امرأة استأجرت رجلين فشهدوا لها على زوجها بالطلاق الثلاث وهو زور ففرق بينهما ، فإنه تقع الفرقة في الظاهر



دون الباطن ، بمعنى أنه لا يحل لها أن تتزوج بأحد من الناس ولا بأحد الشاهدين ، ولا يتزوج الرجل بأختها ولا أربعا سواها .

حادى عشر : إذا أخطأ القاضى فى قضايا الأموال أو فى حقوق العباد ، بأن قضى بمال أو بدار ، ثم ظهر أن الشهود محدودين فى القذف والمال قائم والدار باقية ففى هذه الحالة يؤخذ هذا المال من المقضى له ، ويرد على المقضى عليه .

أما إذا كان المال قد استهلك ، فإن الضمان يكون على الشهود ، لأنهم هم الذين أجازوا القاضى إلى الحكم فيكون الضمان عليهم .

ثانى عشر : إذا تعمد القاضى الجور فى أحكامه وثبت ذلك بإقراره ، أو بإقامة البينة ، فإن للحاكم أن يعذله ، بل له أن يوقع عليه العقوبة المناسبة إذا تكرر جوره وكثر خطأه .

ثالث عشر : إذا حكم القاضى بشهادة اثنين فى جريمة سرقة وقطعت يد المشهود عليه أو حكم بشهادة اثنين فى جريمة قتل ، وقتل المشهود عليه قصاصاً ، ثم بان أن الشاهدين فاسقان أو أحدهما ، وهما مقيمان على شهادتهما ، فإن ضمان ذلك يكون فى بيت المال بناء على القاعدة التى هى محل البحث والدراسة .

رابع عشر : إذا جلد القاضى إنساناً فى حد الزنى وهو غير محصن ، أو فى حد القذف ، ثم تبين بعد ذلك أن المجلود بريء مما نسب إليه ، فإنه يجب أن يعرض المجلود عن هذا الضرب تعويضاً مناسباً من بيت المال المسلمين .

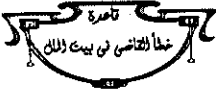


خامس عشر : أن القاضى إذا أخطأ فى قطع يمين السارق ، فقطع يساره ، فإنه لا ضمان على القاضى ولا فى بيت المال ، لأنه إذا كان هذا خطأ فهو فى محل الاجتهاد وهو موضوع ، وإن كان عمداً من القاضى أو منقذ الحد لأنه أئلف وأخلف خيراً مما أئلف ، لأنه لما قطع اليسرى فقد سلمت له اليمينى .

سادس عشر : إذا تجاوز القاضى فى التعرير ، فمات المعزى من أثر الضرب أو الحبس ، فإن ديته تجب فى بيت المال ، ولا تتحمل عاقلة القاضى منها شيئاً ، لأن هذا خطأ قد يتكرر كثيراً من القاضى ، فلو أوجبنا الدية على عاقلته لكان هذا فيه إجحافاً بهم .

سابع عشر : إذا كان القاضى هو المباشر للقصاص فى الأطراف ، وتعمد الزيادة فإنه تجب عليه الدية بقدر ما زاد ، وإن كان المياشر للقصاص رجلاً غير القاضى وأخطأ فى هذه الزيادة وعلم القاضى ذلك مع يمينه فلا يجب عليه شئ ، إلا أن المستحب أن يعرض الجانى من بيت مال المسلمين .

ثامن عشر : إذا أخطأ القاضى فى الحكم بناء على شهادة المزكين ، وقتل المشهود عليه ، فإن الضمان يكون فى بيت المال ، وليس على المزكين ، لأن المزكين من أعوان القاضى ، وعملهم يقع لعامة المسلمين ، فيجب أن يكون خطوهم فى بيت مال المسلمين كالقاضى تماماً بتمام .



## فهرس المراجع

### أولاً : القرآن و التفسير :

- ١- القرآن الكريم .
  - ٢- محمد بن أحمد الأتصاري القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - ط دار الريان للتراث .
  - ٣- تفسير القرآن الحكيم الشهير بتفسير المنار للشيخ محمد رشيد رضا - دار المعرفة ببيروت .
- ثانياً : من كتب السنة :
- ١- الجامع الصحيح وهو سنن الترمذى - طبعة دار الكتاب العربى - بيروت .
  - ٢- أحمد بن حجر العسقلانى : فتح البارى بشرح صحيح البخارى - المكتبة السنفية .
  - ٣- أحمد بن الحسين بن على البيهقى : السنن الكبرى - طبعة تصوير بيروت - دار المعرفة - لبنان .
  - ٤- صحيح مسلم بشرح النووى .
  - ٥- نيل الأوطار للشوكاتى - الناشر دار الحديث .
  - ٦- سبل السلام للصنعانى - الناشر دار الفتح الإسلامى ببيروت .
  - ٧- صحيح البخارى - طبعة الأزهر الشريف .
  - ٨- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمى - طبعة مكتبة القدسى .

- ٩- إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري - طبعة دار الفكر .  
١٠- موطأ الإمام مالك - طبعة المجلس الأعلى للشئون الإسلامية .

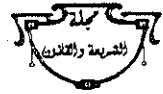
ثالثاً : كتب قواعد الفقه :

- ١- د/ محمد صدقي البورنو : موسوعة القواعد الفقهية - طبعة دار ابن حزم ٢٠٠٠ م .  
٢- الفوائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية - للشيخ محمود حمزة ، طبعة دار الفكر بدمشق ١٩٨٦ م .  
٣- قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام - طبعة دار الجيل .  
٤- درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر - طبعة دار الكتب العلمية ببيروت - الطبعة الأولى - ١٤١١هـ - ١٩٩١ م .  
٥- الفروق للعلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهايي المشهور بالقراقي - طبعة عالم الكتب - ببيروت .  
٦- القواعد الفقهية للشيخ أحمد الندوي - طبعة دار القلم دمشق - ٢٣ .

رابعاً : كتب الفقه :

أولاً : المذهب الحنفي :

- ١- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للطرابلسي الحنفي - الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣ م - مطبعة مصطفى البابي الحلبي .



٢- رد المختار على الدر المختار - حاشية ابن عابدين - تحقيق عبد  
المجيد طعمة حلبى - دار المعرفة - بيروت - الطبعة الأولى  
٢٠٠٠م.

٣- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى الحنفى - ط دار الحديث.

٤- المبسوط لمحمد بن أحمد السرخسى - طبعة دار المعرفة - بيروت.

٥- بدر المتقى فى شرح المنتقى لإبراهيم الحلبى - بهامش مجمع الأنهر  
- دار أحياء التراث العربى - بيروت .

٦- شرح العناية على الهداية لمحمد بن محمود البابرتى - بها مش شرح  
فتح القدير - دار أحياء التراث العربى بيروت .

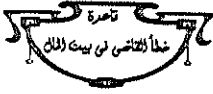
٧- جامع أحكام الصغار للإمام محمد بن الحسين الأوسروشنى الحنفى -  
ط دار الفضيحة .

٨- شرح فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد - طبعة دار أحياء  
التراث العربى .

٩- مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر لدامادا أفندى - ط دار أحياء  
التراث العربى .

١٠- الكفاية للخوارزمى - بهامش شرح فتح القدير - ط دار أحياء التراث  
العربى .

١١- الهداية - مع شرح فتح القدير - للمير غينائى - ط دار أحياء التراث  
العربى .



- ١٢- شرح أدب القاضي لأبي بكر أحمد بن عمر الخصاف - دار الكتب العلمية - بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .
- ١٣- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزبيعي الحنفى - الطبعة الثانية - طبعة دار المعرفة - بيروت لبنان .
- ١٤- مختلف الرواية لأبي الليث السمرقندي الحنفى - تحقيق د/ عبد الرحمن مبارك - مكتبة الرشد الطبعة الأولى - ٢٠٠٥م .
- ١٥- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم - طبعة دار المعرفة بيروت .
- ١٦- الخراج لأبي يوسف - المطبعة السلفية .
- ١٧- المحيط البرهاتى فى الفقه النعمانى لمحمود بن أحمد بن عبد العزيز البخارى الحنفى ط دار الكتب العلمية - بيروت .
- ١٨- الفتاوى التاتارخانية فى الفقه الحنفى للعلاقة عالم بن العلاء الدهلوى الهندى - طبعة دار الكتب العلمية - الطبعة الأولى ٢٠٠٥م
- ١٩- النباية فى شرح الهداية للعينى - طبعة دار الفكر للطباعة والنشر
- ٢٠- الفتاوى الهندية - طبعة دار أحياء التراث العربى .
- ثانياً : كتب الفقه المالكي :
- ١- تبصرة الحكام فى أصول الأفضية ومناهج الأحكام لابن فرحون - ط دار الكتب العلمية .
- ٢- تهذيب الفروق والقواعد السنية - بهامش الفروق للقراقى - طبعة عالم الكتب .



٣- أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك - ط دار الكتب العلمية بيروت - الطبعة الأولى - ١٩٩٥ م .

٤- قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى الغرناطي المالكي ط - عالم الفكر - الطبعة الأولى .

٥- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - طبعة دار أحياء الكتب العربية

٦- شرح الخرشي على مختصر خليل - طبعة دار صادر بيروت .

ثالثاً : كتب الفقه الشافعي :

١- حاشية الجمل على شرح المنهج للشيخ زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري .

٢- الأحكام السلطانية للماوردي - ط دار ابن خلدون .

٣- الحاوي الكبير للماوردي - ط دار الكتب العلمية - بيروت .

٤- الأم للإمام الشافعي - ط دار المعرفة .

٥- أسنى المطالب شرح روضي الطالب لأبي زكريا الأنصاري - ط دار الكتب العلمية .

٦- أدب القاضي لابن أبي الدم - ط دار الفكر .

٧- أدب القاضي لأبي العباس أحمد بن أحمد الطبري - طبعة مكتبة الصديق للنشر .

٨- حاشية الشرقاوي على التحرير - مطبعة دار أحياء الكتب العربية .



٩- روضة القضاة وطريق النجاة لأبي القاسم علي بن محمد بن أحمد  
الرحبي المناني مؤسسة الرسالة بيروت - الطبعة الثانية ١٩٨٤ م .

١٠- المذهب للشيرازي - طبعة مصطفى البابي الحلبي .

١١- البيان في فقه الإمام الشافعي - ط دار الكتب العلمية بيروت - الطبعة  
الأولى ٢٠٠٢ م .

١٢- روضة الطالبين لمحي الدين بن شرف النووي - طبعة المكتب  
الإسلامي .

#### رابعاً : كتب الفقه الحنلي :

١- المغنى والشرح الكبير لابن قدامة - ط دار الكتب العربي .

٢- كشاف القناع على متن الإقناع لمنصور بن يونس البهوتي - ط دار  
الفكر بيروت .

٣- شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولى النهى لشرح المنتهى  
للبهوتي .

#### الفقه الظاهري .

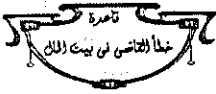
- المحلى لعلي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي - طبعة دار الفكر .

#### كتب اللغة :

١- القاموس الفقهي لسعدى أبو حبيب - ط دار الفكر .

٢- التعريفات للجرجاني - طبعة دار الكتب العلمية بيروت .

٣- أنيس الفقهاء لقاسم القونوي - دار الوفاء للنشر والتوزيع .



٤- المصباح المنير للفيومي .

٥- المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية - الطبعة الثالثة .

كتب أخرى :

١- أستاذنا د. نصر فريد واصل - السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام - الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .

٢- أستاذنا د. أحمد الحصري - علم القضاء - مكتبة الكليات الأزهرية ١٩٧٧م .

٣- د/ محمد رأفت عثمان - النظام القضائي في الفقه الإسلامي - طبعة دار البيان ١٩٩٥م .



فهرس إجمالى للموضوعات

الصفحة	الموضوع
٣	آلة ——— ديم
٥	المبحث الأول : فى التعريف بالقاعدة وتأصيلها الشرعى .
٥	المطلب الأول : فى التعريف بالقاعدة .
٦	المطلب الثانى : فى التأصيل الشرعى للقاعدة .
١٠	المبحث الثانى : مدى مشروعية نقض الأحكام فى القاتون الوضعى .
١٠	المطلب الأول : مدى مشروعية نقض الأحكام القضائية فى القانون الوضعى .
١٢	المطلب الثانى : مدى مشروعية نقض الأحكام القضائية فى الفقه الإسلامى .
٢٠	المبحث الثالث : فى نقض الحكم .
٢٠	المطلب الأول : فى نقض القاضى أحكام نفسه .
٢٢	المطلب الثانى : فى نقض القاضى أحكام غيره .
٢٥	المطلب الثالث : نقض قضاء القاضى إذا حكم بخلاف مذهبه
٢٥	المسألة الأولى : تقييد القاضى بمذهب معين .
٢٨	المسألة الثانية : نقض قضاء القاضى إذا خالف مذهبه .

الصفحة	الموضوع
٣٢	الفصل الثانى : التطبيقات الفقهية للقاعدة .
٣٢	المبحث الأول : تطبيقات القاعدة فى قضايا الأحوال الشخصية والأموال .
٣٢	المطلب الأول : لو شهد شاهدان زور بزواج رجل بأمرأة وهى تنكر .
٣٩	المطلب الثانى : تطبيقات القاعدة فى قضايا الأموال .
٤٤	المبحث الثانى : تطبيقات القاعدة فى قضايا الحدود والجنايات
٤٤	المطلب الأول : خطأ القاضى فى الحكم والأثر المترتب على ذلك .
٤٤	المسألة الأولى : إذا حكم القاضى بشهادة اثنين فى جريمة سرقة أو قتل خطأ .
٤٩	المسألة الثانية : الجرد بناء على حكم مبنى على شهادة زور
٥٠	المطلب الثانى : خطأ الإمام فى تنفيذ الحد أو التعزير أو القصاص .
٥٠	المسألة الأولى : خطأ القاضى فى تنفيذ الحد .
٥٢	المسألة الثانية : خطأ القاضى فى تنفيذ التعزير

الصفحة	الموضوع
٥٥	المطلب الثالث : خطأ القاضى فى تنفيذ القصاص فى الأطراف.
٥٨	المطلب الرابع : خطأ القاضى بناء على شهادة المزكين .
٥٩	شروط المزكى
٥٩	إتخاذ القاضى المزكين
٦٣	الخاتمة
٧٤	فهرس الموضوعات