

خطأ القاضي وضمانه في الفقه الإسلامي والقانون

د. سعد أمين محمد المناسيه

د. محمد أمين محمد المناسيه

المقدمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وآله، ومن والاه، وبعد:

فإن مما تفتقر إليه كثير من الأبحاث الفقهية، قديماً وحديثاً، رد المسألة أو المسائل، محل البحث، إلى جذرها الأصولي الذي تنبثق منه، وتقوم عليه. وهذا ما جعل هذه الأبحاث تتسم بطابع "التفريع" على حساب طابع "التأصيل"، وجعلها تزج بكاتبها ومطالعها، على حد سواء، في متاهة "الجزئيات" التي لا تنتهي، من غير أن تردهما إلى معتصم جامع من "الكليات" الهادية إلى سواء السبيل.

ومن هنا، فقد قالها القرافي بصراحة: "كل فقه لم يخرج على القواعد فليس بشيء"⁽¹⁾.

ولئن كان الفقه القديم بكافة أطواره، إبتداءً من فقه الفتاوى في عهد الصحابة والتابعين، رضوان الله تعالى عليهم، ومرورا بفقه المسائل كما هو عند أبي حنيفة ومالك، رحمهما الله تعالى، ثم بفقه الكتب والأبواب كما هو عند الشافعي، رحمه الله تعالى، ومن بعده، وإنتهاءً بفقه المتون والشروح والحواشي عند المتأخرين - أقول: لئن كان الفقه القديم، بكافة أطواره تلك قد نحا نحو العرض الفروعى للمادة الفقهية لأسباب تاريخية وإجتماعية وعلمية خاصة، فإن هذا لا يقتضينا، هذه الأيام، أن نسير على النهج نفسه. ذلك أن البحث التشريعي في العالم أجمع، خطا من حيث الترتيب والتنظيم وربط الجزئي بالكلي، خطوات هائلة ومتقدمة، تقتضينا مواكبتها أن نطور من طريقة عرضنا للمادة الفقهية كي نلبس لكل عصر لبوسه، ونأخذ لكل شأن عدته، وإلا كنا كمن يقارع الصاروخ بالسيف، ويسابق الطائرة بالحصان. لهذا إن نحن أردنا: أن نساير تقدم الزمن، وأن نمارس "التقاط الحكمة" الذي نُدبنا إليه، وأن نتقدم بما لدينا من تشريع راقٍ وتراث حصب للناس جميعاً عن طريق مخاطبتهم بما يعقلون⁽²⁾.

وصياغة الفقه الإسلامي في "ثوب جديد" هو ثوب "النظريات الحقوقية العامة" - كما دعا إليه ومارسه بالفعل الأستاذ مصطفى الزرقاء رحمه الله تعالى⁽³⁾ - ما هو، إلا خطوة أولى فقط نحو "تجديد الفقه" الذي نصبو إليه. ولن نصل إلى موقع متقدم في هذا التجديد إلا بالإستثمار الصحيح والفعال لـ

"أصول الفقه" الإسلامي، ولا سيما في مجال "مسالك التعليل"، لـ "تقصيد الفقه"، أي للبحث عن المقاصد المصلحية للأحكام والأبواب الفقهية، وذلك على النحو الذي بدأ به الشيخ العلامة الطاهر بن عاشور، رحمه الله تعالى، في كتابه الفذ "مقاصد الشريعة"⁽⁴⁾.

وما هذه الدراسة المعنونة بـ "خطأ القاضي وضمانه في الفقه الاسلامي والقانون" إلا خطوة في هذا الإتجاه، في مجال "نظرية الضمان في الفقه الإسلامي" خاصة. إذ إنها تحاول تحديد "ما يترتب على خطأ القاضي من ضمان في الفقه الإسلامي".

وقد جاءت دراساتنا هذه في البحث على النحو الآتي :

تمهيد : وفيه فرعان :

الفرع الأول : موقع القاضي في مجال الضمانات

الفرع الثاني : تعريف الخطأ والضمان لغة واصطلاحاً

المبحث الأول : صور خطأ القاضي في النفس وما دونها والعرض والمال

المطلب الأول : صور تحقق الخطأ في حكم القاضي في النفس وما دونها

المطلب الثاني : صور تحقق الخطأ في حكم القاضي في مسائل العرض

المطلب الثالث : صور تحقق الخطأ في حكم القاضي في مسائل المال

المبحث الثاني : ضمان خطأ حكم القاضي في الحقوق

المطلب الأول : ضمان خطأ حكم القاضي في حقوق الله تعالى

المطلب الثاني : ضمان خطأ حكم القاضي في حقوق العباد

الفرع الأول : ضمان خطأ حكم القاضي في النفس وما دونها

الفرع الثاني : ضمان خطأ حكم القاضي في مسائل العرض

الفرع الثالث : ضمان خطأ حكم القاضي في مسائل المال

المبحث الثالث : نماذج من أقوال أصحاب القانون في مساءلة القاضي عن خطئه

الفرع الأول : القانون الأردني

الفرع الثاني : القانون السوداني

الفرع الثالث : القانون المصري

الفرع الرابع : المقارنة بين الفقه والقانون

تمهيد : وفيه فرعان :

الفرع الأول : موقع القاضي في مجال الضمانات

موضوع الضمان ، هو واحد من أهم الموضوعات التي عالجها فقهاء الشريعة الغراء ، فقد أفاضوا في معالجة جزئياته ، حتى تكونت منه نظريات عامة من نظريات الفقه الإسلامي ، من ذلك مثلا ، ضمان العقد ، والضمان الناجم عن الاعتداء ، وضمان المتلفات ، والضمان في حالة الغضب ، والضمان الناجم عن التفويت والتعيب والتغيير ، وضمان اليد ، وضمان الشرط ، والضمان الناجم عن الحيلولة بين المالك وصاحبه ، وتضمنين الغار ما تلف بسبب غروره وغير ذلك (5) .

والمصدر الأساسي للضمان في الأحوال المتقدمة يكمن في أمرين :

أولهما : الضمان بناء على عقد ويدخل في ذلك الضمان بناءً على إلزام الشخص نفسه بإرادته وحده.

وثانيهما : الضمان بناء على ترتب الضرر ذاته ، سواء قام الضرر غير مستند إلى خطأ أو قام بسبب خطأ . فحيث يوجد إخلال بالعقد أو التعهد يوجد الضمان ، وحيث يوجد الضرر يوجد الضمان . ومن هذه الجزئيات التي عالجتها نظرية الضمان في الحال الثانية ما يترتب على القاضي عند اجتهاده في حقوق الله ، وحقوق العباد من ضمان ؛ إذ إن شريعة الله تعالى لم تترك أي حثية في الدين الإسلامي إلا ووضعت لها حلا إما جبرا وإما زجرا ، ومن ذلك جور القاضي وخطؤه ، فإن جار على الناس في حكمه ترتب عليه تحمل وزر نفسه لما ترتب عليه من آثام ، وإن أخطأ في اجتهاده ولم يقصر وبذل قصارى جهده ووسعه في استقصاء ما يتعلق في المسألة من جميع جوانبها ، كان له أجر ما اجتهد ، وكان ضمان خطئه في بيت المال . بخلاف ما لو ثبت تقصير القاضي وقعوده عن التقصي فيما هو مطروح أمامه كان ضامنا لما أفسده بقضائه .

وإن أخطأ بسبب لا يرجع إليه وإنما يرجع إلى غيره كالشهود مثلا ، تحملوا جميع العواقب الناتجة عن خطأ القاضي الذي كان بسببهم .

وهذا ما قرره القرآن الكريم والسنة النبوية في النصوص الآتية :

أولا : من القرآن الكريم :

1- دلالة قوله تعالى : { وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ (78) فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُودَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ } (6) .

تضمنت هاتان الآيتان التنويه بعلم داود وسليمان عليهما السلام والإشادة بقضائيهما واجتهادهما من خلال حكمهما في الحرث وهو الزرع ، وقيل الكرم ، حين دخلت فيه غنم القوم الآخرين من غير أهل الحرث ليلاً وذلك معنى النفس : وهو الرعي ليلاً - فرعته وأفسدته ، فرأى داود عليه السلام أن يدفع الغنم إلى أصحاب الحرث لسبب اقتضى عنده ترجيح ذلك ، ولعله أن ثمن ذلك الغنم يساوي ثمن ما أتلف من ذلك الحرث ، فكان ذلك عدلاً في تعويض ما أتلف ، وأما حكم سليمان فرأى أن تدفع الغنم لأصحاب الحرث عاماً كاملاً كيما ينتفعوا من ألبانها وأصوافها ونسلها ، ويدفع الحرث إلى أصحاب الغنم ليقوموا بعمارته ، فإذا كمل الحرث وعاد إلى حالته الأولى رُدَّ إلى كل فريق ماله ، فرجع داود إلى حكم سليمان لأنه أرفق ، وإن كان قضاء داود متوجهاً ، إذ الأصل في العُرم أن يكون تعويضاً ناجزاً ، وفي قوله تعالى : { فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ } دليل على أن الأصوب كان مع سليمان ، إذ أحرز أن يبقى ملك كل فريق على متاعه ، كما تضمن مع العدل والتعويض البناء والتعمير ، وفي قوله تعالى : { وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا } دليل أن اجتهاد كل منهما كان على الصواب ، فهو احتراس من أن يفهم أن حكم داود عليه السلام كان جوراً. (7) .

وفي هذه القصة إشارة إلى لون من ألوان اجتهادهما على أساس من العدل ودقة بالغه في فقه القضاء ، كما دلت على تعدد طريق القضاء بالحق والتفاضل بين مراتب الاجتهاد (8) .

2- قوله سبحانه: { وَكَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ } (9)

3- ومن الأدلة المشهورة قوله تعالى: { رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا } (10)

ثانياً : من السنة :

1- قوله- صلى الله عليه وسلم - : " إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكروها عليه " (11)

قال الحافظ ابن رجب في شرحه لهذا الحديث (الخطأ: هو أن يقصد بفعله شيئاً فيصادف فعله غير ما قصده، مثل أن يقصد قتل كافر فصادف قتله مسلماً، والنسيان أن يكون ذاكراً الشيء فينساه عند الفعل، وكلاهما معفو عنه: يعني لا إثم فيه، ولكن رفع الإثم لا ينافي أن يترتب على نسيانه حكم، ولو

قتل مؤمناً خطأ فإن عليه الكفارة والدية بنص الكتاب، وكذا لو أتلف مال غيره خطأ بظنه أنه مال نفسه.. إلى أن يقول: (والأظهر، والله أعلم أن الناسي والمخطئ إنما عفي عنهما بمعنى رفع الإثم عنهما لأن الإثم مرتب على المقاصد والنيات، والناسي والمخطئ لا قصد لهما فلا إثم عليهما) (12)

2- قوله - صلى الله عليه وسلم-: " إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر" (13)

3- حديث: "إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجة من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار" (14).

ففي قوله: "فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار" دليل على عدم إثم. وعدم الإثم دليل على أنه فعل ما أذن له فيه شرعاً، ومن فعل ما أذن له فيه شرعاً لم يضمن بنفسه وإن كان الضمان يلزم بالنظر إلى أنه حق للغير. لكنه لا يلزم في مال المباشر كما في دية قتل الخطأ، وقد ثبت بالحديث الأول أن للحاكم أجراً واحداً إذا اجتهد فأخطأ. (15)

4- ما روي "أن رجلين أتيا علياً فشهدا على رجل أنه سرق فقطع يده، ثم أتياه بآخر فقالا: هذا الذي سرق وأخطأنا على الأول فلم يُجز شهادتهما على الآخر وأغرمهما دية الأول وقال: لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتهما" (16).

ثالثاً : من المعقول :

أن جعل الضمان في مال القاضي يؤدي إلى نفرة الناس من القضاء، فتتعطل مصالحتهم ؛ لأن القاضي عرضة للخطأ لكثرة ما يقضي فيه. (17)

الفرع الثاني : تعريف الخطأ والضمان لغة واصطلاحاً

أولاً : تعريف الخطأ لغة واصطلاحاً :

الخطأ لغة : ضد الصواب ، قال تعالى: { وَكَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ } (18) عدها بالباء لأنه في معنى عثرتم أو غلطتم، وأخطأ الطريق، عدل عنه، وأخطأ الرامي الغرض: لم يصبه.. والخطأ: ما لم يتعمد، وقال الأموي: المخطيء: من أراد الصواب فصار إلى غيره، والخطيء: من تعمد ما لا ينبغي، والخطيئة الذنب على عمد، والخطء: الذنب في قوله

تعالى: {إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا} (19) أي إثمًا، وقال تعالى: فيما حكاه عن أخوة يوسف: {إِنَّا كُنَّا خَاطِئِينَ} (20) أي آثمين.. (21).

والخلاصة أن معنى الخطأ في اللغة: أن يريد ويقصد أمراً، فيقع في غير ما يريد، أما الخطء: فهو الإثم أو الذنب المتعمد والله أعلم.

أما معنى الخطأ في الاصطلاح: فهو قريب من المعنى اللغوي، قال الحافظ ابن رجب - رحمه الله -: (الخطأ: هو أن يقصد بفعله شيئاً فيصادف فعله غير ما قصده، مثل أن يقصد قتل كافر فصادف قتله مسلماً) (22)، وقال الجرجاني: (الخطأ وهو ما ليس للإنسان فيه قصد.. كما إذا رمى شخصاً ظنه صيداً أو حريياً فإذا هو مسلم..) (23).

ثانياً : تعريف الضمان لغة واصطلاحاً :

الضمان لغة : هو الكفالة والغرامة. قال ابن منظور: "ضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا: كفل به. وضمنه إياه: كفله... وضمنته الشيء تضمينا فتضمنه عني: مثل غرمته" (24).

أما في الاصطلاح : فمن خلال تتبع مصطلح "الضمان" في لسان الفقهاء يتضح - كما يقول الأستاذ علي الخفيف أحد رواد الكتابة في نظرية الضمان في الفقه الإسلامي - أنهم يريدون به على العموم: شغل الذمة بواجب يطلب الوفاء به إذا توافرت شروطه (25). أو بعبارة أخرى، "هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل" (26).

أما المعنى الخاص وهو الذي يجعله موازياً لـ: الإلتزام الناشئ عن "الفعل الضار"، أو بالتعبير القانوني، "الفعل غير المشروع" (27)، أو بتعبير بعض الفقهاء، "العدوان" أو "التعدي" (28).

والضمان بهذا المعنى هو الذي عرّف به الأستاذ الزرقاء حين قال: "الضمان: هو إلتزام بتعويض مالي عن ضرر للغير" (29). وكذا الدكتور الزحيلي حين قال: الضمان: "هو الإلتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية" (30)، ومعنى أكثر إيجازاً : إلتزام بتعويض عن ضرر 31 .

يظهر لنا مما سبق أن فقهاءنا المتقدمين والمعاصرين 32 عرفوا الضمان بتعريفات كثيرة ومختلفة ، وقد اخترت التعريف التالي من تلك التعريفات ، وهو : إلتزام بتعويض عن ضرر

33. وعلل صاحب هذا التعريف وجهة نظره في صحة هذا التعريف بما يأتي³⁴ :

1- أن سبب اختيار هذا التعريف هو لأن كلمة (الإزام) تشتمل القوة بإلزام الشرع شخصاً ضرر غيره بتعويضه ؛ ذلك لأن الإلزام لا يكون إلا من حاكم ، والحاكمة لله وحده .

2- أن كلمة (بتعويض) توحي أن هناك خللاً حصل ، وضرراً حدث ، وعلى قاعدة (الضرر يزال) فيجب إزالة الضرر أو ترميم آثاره ، وهذا الترميم يكون إما بإعطاء المثل ، وحينئذ كأن الضرر لم يحدث ؛ لأن المتليات يقوم بعضها مقام بعض ، وإما بإعطاء القيمة ، فإذا كان التالف قيمياً وأعطينا القيمة ، فحينئذ يستطيع المضرور أن يشتري بالقيمة مثل ما تلف منه .

3- أن كلمة (ضرر) شاملة لكل أنواع الضرر : الكلي والجزئي ، ضرر بالنفس أو بالمال أو بالمنافع . وطلب التعويض عن الضرر لا يكون إلا إذا أضر الإنسان غيره ، فالتعريف إذن واضح موجز .

المبحث الأول : صور خطأ القاضي في النفس وما دونها والعرض والمال

ويشتمل على عدة مطالب وهي كما يأتي :

المطلب الأول : صور تحقق الخطأ في حكم القاضي في النفس وما دونها

يتحقق خطأ حكم القاضي في النفس وما دونها في عدة صور :

1- الجهل بأسباب الحكم وشروطه وموانعه ، وهذا يعلم بالحس أو الخبر أو العادة ، ومتى أخطأ القاضي في واحد من هذه الأمور أخطأ في الحكم ، مثال ذلك : إذا قضى بالقتل على من لم يقتل ، أو حكم بقتل الوالد بولده⁽³⁵⁾ . ومن ذلك أيضاً :

أ - الحكم بشهادة من لا يصح الحكم بشهادته كمردود الشهادة ، ولم يكن هناك شهود تركية⁽³⁶⁾ .

ب- ورود الخطأ على القاضي من جهة تقصيره في تنفيذ الحكم أو تعديه فيه إذا كان هو المستوفي له بنفسه ، كما لو أقام الحد على حامل ، أو زاد سوطاً خطأ في حد أو تعزير ، أو جهلاً منه⁽³⁷⁾ .

وقد يلحقه الضمان بسبب سوء التنفيذ وإن لم يكن هو المنفذ ، وذلك حال ما إذا كان التنفيذ مبنياً على حكمه والمنفذ جاهلاً بخطأ القاضي (38) .

المطلب الثاني : صور تحقق الخطأ في حكم القاضي في مسائل العرض

إذا حكم القاضي بالاجتهاد ثم بان له الخطأ في حكمه ، وأنه خالف قطعياً كنص كتاب ، أو سنة متواترة ، أو إجماع ، أو ظناً محكماً بخبر الواحد ، أو بالقياس الجلي ، أو بقاعدة من القواعد ، وكان الجميع سالماً من المعارض الراجح ، فيلزمه نقض حكمه (39) .

صور خطأ القاضي في حكمه على العرض :

1- إذا قضى القاضي بصحة نكاح بغير ولي كان قد فسخه هو أو غيره ؛ لكونه على خلاف الدليل ، وهو قول النبي ρ : " أيما امرأة نكحت بغير إذن موليتها فنكاحها باطل " ثلاث مرات " فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له (40) . وهذا عند غير الحنفي (41) .

2- إذا أخطأ في قضائه بأن ظهر أن الشهود كانوا عبيداً أو محدودين في قذف أو كافرين ، سواء كان ذلك في الزواج أو الطلاق ، نقض حكمه وأبطله لأنه تبين أن قضاءه كان قضاء باطلاً (42) .

3- إذا ادعت امرأة على زوجها قذفاً ، وجحده الزوج ، فأقامت عليه بينة بذلك ، وأمر القاضي الزوج بأن يلاعنها ، فأبى أن يفعل ، وقال : لم أقذفها وقد شهدوا علي زورا ، فأجبره القاضي على الملاعنة فلاعن ، وفرق القاضي بينهما ثم ظهر أن الشهود عبيد أو محدودون في قذف ، أو بطلت شهادتهم بوجه من الوجوه ، فإن القاضي يبطل اللعان الذي كان بينهما ويبطل الفرقة ، ويرد المرأة إلى زوجها ؛ لأنه تبين أنه قضى بغير حجة ، والقضاء بغير حجة باطل مردود (43) .

4- لو قضى بصحة نكاح المفقود زوجها بعد مضي أربع سنين ومدة العدة ؛ فالأشهر نقضه عند الشافعية لمخالفته القياس الجلي ؛ لانه يجعل حياً في المال ، فلا يقسم بين ورثته ، فلا يجعل ميتاً في النكاح . (44) .

5- لو حكم القاضي بصحة نكاح الشغار ؛ فهو باطل لمخالفته النص (45) .

6- لو قضى القاضي بحصول الفرقة في اللعان بما دون الكلمات الخمس ؛ فإنه مخالف للنص

القرآن والسنة ، فإن الوارد فيهما أنه خمس مرات ، والحكم بخلاف النص باطل (46).
 7- إذا كانت المرأة محرمة بالعدة أو الردة أو الرضاع ، أو القرابة ، أو المصاهرة ، فقضى القاضي بصحة النكاح في هذه الحالة ، مع عدم علمه بذلك فإن ذلك يعتبر من باب الخطأ في حكمه على العرض (47).

المطلب الثالث : صور تحقق الخطأ في حكم القاضي في مسائل المال

يمكن إجمال صور خطأ القاضي في الحكم في الأمور الآتية :

1- الخطأ في الحكم نفسه :

فلو حكم القاضي خطأ بخلاف الكتاب أو السنة أو الإجماع - اتفاقاً - أو حكم بخلاف القياس الجلي - عند المالكية والشافعية - أو حكم بخلاف القواعد عند المالكية وحدهم ، فهذا خطأ موجب لرد حكمه (48).

مثال الخطأ فيما خالف القرآن :

كأن يحكم بمساواة البنت ، أو الأخت الشقيقة ، أو الأخت لأب لأخيها في الميراث ، فهو مخالف لقوله تعالى : { يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ } (49)

ومثال ما خالف السنة :

كأن يحكم بتوريث العممة ، أو الخالة مع وجود أصحاب الفروض أو العصبية ، أو بتوريث المولى الأسفل ، أو أن يحكم بجرمان التوارث بين المسلم والكافر ، أو أن يحكم على من وجد عين ماله أسوة بالغرماء.

ومثال مخالفة الإجماع :

كأن يحكم بأن الميراث كله للأخ دون الجد ، لأن الأمة فيه على قولين فحصل الإجماع على وجود قولين فيه : القول الأول اختصاص الجد بالميراث ، والقول الثاني : مقاسمة الأخ له ، ولم يقل أحد باختصاص الأخ وحرمان الجد (50).

فكل هذه الأمور تعتبر من باب الخطأ - إذا لم يعتمد القاضي فيها الجور - فهي باطلة ؛ لأن القضاء بخلاف النص والإجماع قضاء باطل ، وهو جهل من القاضي ، ولا ينبغي أن يمنعه الاستحياء من الناس عن الرجوع الى الحق ، فإن مراقبة الله تعالى في ذلك خير له ؛ ولأن شرط

الاجتهاد في الحكم عدم مخالفة النص أو الإجماع بدليل خبر معاذ رضي الله عنه حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن ،ولأنه إذا ترك الحكم بالكتاب ،أو السنة ،أو الإجماع ،فقد فرط ،فهو خطأ يجب نقضه ،سواء تبين ذلك للقاضي بنفسه أن ما حكم به مخالف للدليل ،أو لمن جاء بعده من القضاة ،ولو كان القاضي الأول قد اشتهر بالعدالة ،لأن الخطأ لا يقر⁽⁵¹⁾.

مثال ما مخالف القياس الجلي :

وهو ما قطع فيه بنفي الفارق أوضعفه ،كقياس الأمة على العبد في التقويم على من أعتق نصيبه منه ، من أحد الشريكين وهو موسر .أو حكم بقبول شهادة الكافر فيما لا يجوز قبولها فيه ،فإن الحكم بشهادته في ذلك مخالف للقياس ؛لأن الفاسق لا تقبل شهادته ، والكافر أشد منه فسوقا وأبعد عن المناصب الشرعية في مقتضى القياس⁽⁵²⁾.

أو حكم بصحة نكاح المفقود زوجها بعد مضي أربع سنين ومدة العدة :لمخالفته القياس الجلي ؛ لأنه جعل حيا في المال ، فلا يقسم بين ورثته ، فلا يجعل ميتا إلا في حق النكاح⁽⁵³⁾.

مثال ما مخالف القواعد :

كأن يحكم ببينة نافية دون المثبتة ، فالقواعد الشرعية تقدم البينة المثبتة على البينة النافية . وكذا الحكم بصحة لزوم الطلاق في (المسالة السريجية) وهي :ما إذا قال لزوجته إن طلقك فأنت طالق قبله ثلاثا ، أو متى ما طلقتك وقع عليك طلاقي قبله ثلاثا ،فإذا وقع الطلاق تحقق قبله ثلاثا ، فلم يجد محلا وكل شيء أدى ثبوته الى انتفائه ينتفي قطعا ،فلا يلزمه طلاق اصلا ،فهذا مخالف لقاعدة أن الشرط لا بد أن يجامع المشروط وإلا ألغى ، وحينئذ فقوله :قبله كعدم ،لا يعتبر فهو ملغى لأجل أن تحصل المجامعة ،فإذا كان الشرط لا يصح اجتماعه مع مشروطه ، فلا يصح أن يكون في الشرع شرطا⁽⁵⁴⁾

وإن حكم القاضي بالظن والتخمين من غير قصد الى الاجتهاد في الأدلة ،فإن ذلك من أكبر الأخطاء ؛لأن الحكم بالتخمين فسق وظلم وخلاف للحق ؛ فيجب عليه نقضه ، وكذلك يجب على غيره من القضاة نقضه إذا اطلع عليه وثبت عنده وكذلك حكم القاضي الجاهل حتى ولو كان يعتمد على مشاوراة العلماء يعتبر حكمه خطأ؛لأنه ولو عرف الحق بسؤال العلماء فقد لا يعرف إيقاعه ؛ لأن الحكم يحتاج الى زيادة نظر في البيئة وغيرها من أحوال المتداعين ؛ إذ القضاء

صناعة دقيقة لا يهتدي إليها كل الناس (55) .

قلت : بأن الأجر للحاكم المخطئ ، إذا كان أهلاً للاجتهاد ، وأما من كان غير أهل للاجتهاد ، وتصدى للقضاء والفتيا ، فلا يعذر بالخطأ ، وعليه الوزر .
واعترض بأنه كيف يصح تولية الجاهل مع أن شرط صحة تولية القاضي العلم ؟ وأجيب بأنه قد يولى الجاهل لعدم وجود العالم حقيقة أو حكماً كمرضه أو سفره (56) .

2- الخطأ في طرق الحكم :

وذلك فيما إذا حكم القاضي بشهادة غير مقبولة ، كما لو حكم بشهادة عدو على عدوه ، أو حكم بشهادة الوالد لولده ، أو العكس وهو لا يرى قبول شهادتهما ، أو حكم القاضي نفسه على عدوه (57)

3- الخطأ في سبب الحكم :

كأن يحكم بينة مزورة ، فيكون الخطأ حينئذ في السبب حيث إنه رتب الحكم - وهو المسبب - على سبب غير صحيح ، كما لو حكم بالبيع على من لم يبيع ، أو القتل على من لم يقتل ، أو الطلاق على من لم يطلق ، أو الدين على من لم يستدن ، فهذا قضاء على خلاف الأسباب فإذا اطلع عليه وجب نقضه عند الكل إلا قسماً منه خالف فيه أبو حنيفة - رحمه الله - وهو ما كان فيه عقد صوري أو فساد (58) .

المبحث الثاني : ضمان خطأ حكم القاضي في الحقوق

المطلب الأول : ضمان خطأ حكم القاضي في حقوق الله تعالى

إذا كان الخطأ متعلقاً بحقوق الله تعالى ، كرجم الزاني ، وقتل المرتد ، وقطع يد السارق ، وجلد شارب الخمر ، وحد القذف عند الحنفية ، فقد اتفق الفقهاء على أنه لا قصاص على القاضي لأنه مخطئ (59) ، ولكنهم اختلفوا في وجوب الضمان ومحلّه على قولين :

القول الأول : يجب الضمان على القاضي :

وهو مذهب الحنفية فيما عدا الجلد ، والمشهور عند المالكية ، ومذهب الشافعية والحنابلة (60) ، إلا أنهم اختلفوا في محل الضمان هل هو على القاضي وعاقلته ، أو على بيت المال ، وفيه اتجاهان :

الاتجاه الأول :

يجب الضمان على القاضي ويرجع بما ضمن على بيت مال المسلمين ، وليس على القاضي في ماله شيء ، وهذا مذهب أبي حنيفة وهو أحد قولي الشافعية فيما إذا لم يظهر من القاضي تقصير ، وإلا فالضمان على عاقلته إن قصر ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد وهي المذهب وعليها أكثر أصحابه ، أما الكفارة فقليل : إنها في بيت المال ، وقيل : إنها في مال القاضي الخاص ولا يتحملها بيت المال⁽⁶¹⁾ .

الاتجاه الثاني :

يجب الضمان على القاضي وتجب الدية على عاقلته إذا كان مما تحمله العاقلة ، وإلا ففي مال القاضي خاصة ، وبه قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية⁽⁶²⁾ ، وهو المشهور في مذهب مالك⁽⁶³⁾ ، واستثنى المالكية من ذلك ما لو كان نقض الحكم هنا بسبب اعتماد القاضي على شهادة مردودة ، وقد علم الشهود أن أحدهم مردود الشهادة ، فهنا يجب الضمان على الشهود وحدهم⁽⁶⁴⁾ ، وعللوا ذلك بأن الشهود في حالة علمهم بعدم صلاحية شهادتهم أو أحدهم ، فإن مسؤولية الاتلاف تقع عليهم ، لوجود التفريط منهم بخلاف ما لو جهلوا ذلك . ونوقش هذا التعليل بأن تضمين الشهود في هذه الحال لا وجه له لأنهم مقيمون على صدقهم في الشهادة ، ولم يظهر ما يدل على كذبهم ، أو رجوعهم ، وإنما الشرع هو الذي منع من قبول شهادتهم⁽⁶⁵⁾ ، أما الكفارة عن القتل فهي واجبة على القاضي ولا تتحملها العاقلة⁽⁶⁶⁾ .

القول الثاني : لا يجب الضمان على القاضي :

وهو قول غير مشهور عند المالكية⁽⁶⁷⁾ فيما إذا كان الخطأ نتيجة الاعتماد على شهادة مردود الشهادة ، وهو قول أبي حنيفة في الجلد فقط سواء ترتب عليه تلف نفس أو عضو أو لم يترتب عليه ، وعند الصحابين هو هدر إذا لم يترتب عليه تلف نفس أو عضو⁽⁶⁸⁾ .

أدلة الأقوال :

أدلة الاتجاه الأول للجمهور : وهم القائلون بوجوب الضمان في خطأ القاضي ، ورجوعه على بيت المال :

1- ما ثبت عن ابن عمر $\frac{1}{1}$ قال : " بعث النبي صلى الله عليه و سلم خالد بن الوليد إلى بني جذيمة فدعاهم إلى الإسلام فلم يحسنوا أن يقولوا أسلمنا فجعلوا يقولون صبأنا صبأنا فجعل خالد

يقتل منهم ويأسر ودفع إلى كل رجل منا أسيره حتى إذا كان يوم أمر خالد أن يقتل كل رجل منا أسيره فقلت والله لا أقتل أسيري ولا يقتل رجل من أصحابي أسيره حتى قدمنا على النبي صلى الله عليه و سلم فذكرناه فرفع النبي صلى الله عليه و سلم يديه فقال (اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد) . مرتين " (69) .

وجه الاستدلال : أن النبي ρ لم يضمن خالداً τ ما وقع فيه من خطأ ، بل تبرأ من خطئه ، وتحمل دية القتلى من عنده ، وهذا وإن لم يكن في القضاء إلا أن الحكم واحد يجامع أن كلا من القاضي والقائد مسؤول عن تصرفه ، وعملهما يعود لعموم المسلمين ، وقد بوب البخاري لهذا الحديث : " إذا قضى الحاكم بجور أو خلاف أهل العلم فهو رد " (70) فدل ذلك على أن الضامن اللازم بخطأ القاضي هو في بيت مال المسلمين ، وليس على العاقلة ولا هو هدر .

2- استدلووا أيضا بما أخرج به البخاري (71) عن عطاء عن ابن عباس $\{$ ولا تقولوا لمن ألقى إليكم السلام لست مؤمنا $\}$. قال قال ابن عباس كان رجل في غنيمة له فلحقه المسلمون فقال السلام عليكم فقتلوه وأخذوا غنيمته فأنزل الله تعالى : $\{$ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَتَبَيَّنُوا وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَى إِلَيْكُمُ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا تَبَتُّعُونَ عَرَصَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا فَعِنْدَ اللَّهِ مَغَانِمٌ كَثِيرَةٌ كَذَلِكَ كُنتُمْ مِنْ قَبْلُ فَمَنْ اللَّهُ عَلَيْكُمْ فَتَبَيَّنُوا إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا $\}$ (72) وفي غير البخاري: وحمل رسول الله صلى الله عليه وسلم دية إلى أهله ورد عليه غنيماته. (73)

واستدلوا بالمعقول بما يأتي :

قالوا : القاضي يعمل لعامة المسلمين ، لأن المصلحة المترتبة على ما يفعله تعود عليهم ، فهو نائب عنهم ؛ فيكون خطؤه عليهم ، يؤدي من بيت مالهم ، كالوكيل خطؤه في حق موكله عليه (74) .

وقالوا : القاضي تصرفاته وحكوماته كثيرة ، وينشأ عن هذا كثرة خطئه ، وإيجاب ضمان ما يُخطأ فيه في ماله أو على عاقلته يلحق بهم ضررا كثيرا ، ويوقع في الحرج والمشقة ، وهما منفيان شرعا ، وقد يؤدي ذلك إلى نفور المؤهلين للقضاء عن الدخول فيه فتتعطل الأحكام ، فاقضى ذلك أن يخفف عن القاضي بجعل خطئه في بيت مال المسلمين ، ولهذا المعنى جعلت دية القتل الخطأ على العاقلة (75) .

ودليل إيجاب الكفارة عن قتل القاضي خطأ في بيت المال ، قالوا : لأنها تكثر لكثرة الوقائع التي

يخطئ فيها القاضي فأشبهت الدية ، فتكون في بيت المال ، ولو وجبت في مال القاضي لأجحت به⁽⁷⁶⁾ ، واستدل من أوجبها في مال القاضي بأن الكفارة لا تحملها العاقلة بحال فكانت في مال القاضي⁽⁷⁷⁾ .

أدلة الاتجاه الثاني للجمهور : وهم القائلون بتضمين القاضي في ماله أو على عاقلته :

1- أن عمر τ أرسل إلى امرأة مغيبة⁽⁷⁸⁾ كان يدخل عليها فأنكر ذلك فأرسل إليها فقيل لها أجيبي عمر فقالت يا ويلها ما لها ولعمر فبينما هي في الطريق فزعت فضر بها الطلق فدخلت دارا فألقت ولدها فصاح الصبي صيحتين ثم مات فاستشار عمر أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - فأشار عليه بعضهم أن ليس عليك شيء إنما أنت وال ومؤدب وصمت علي فأقبل علي علي فقال ما تقول ؟ قال إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم ، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك أرى أن ديتك عليك فإنك أنت أفزعتها وألقت ولدها في سبيك فأمر عليا أن يقسم عقله علي قريش يعني يأخذ عقله من قريش لأنه خطأ⁽⁷⁹⁾ .

وجه الاستدلال : أن عمر τ جعل الدية الموجبة عليه على عاقلته ، ولو كان محلها بيت المال لم يقسمها على قومه⁽⁸⁰⁾ ، ونوقش بضعف هذا الأثر ؛ فهو منقطع⁽⁸¹⁾ .

2- قالوا : التلف الحاصل هنا قد نتج عن خطأ القاضي فتحمله عاقلته ، كما لو حصل ذلك منه في غير الحكم والقضاء ، ويمكن مناقشته بأن قياس خطأ القاضي في الحكم على خطئه في غيره لا يصح ؛ لوجود الفارق ؛ ولأن القاضي في قضائه يعمل لعامة المسلمين ، وتصرفه فيما لم يكن من قبيل القضاء ليس للمسلمين مصلحة فيه ، أما تعليل كون الكفارة في ماله الخاص ، لأن العاقلة لا تحمل الكفارة في محل الوفاق فكذلك ههنا⁽⁸²⁾ .

أدلة القول الثاني :

قالوا : إن القاضي قد فعل الذي عليه ولم يخطئ في نفس الحكم فلا تبعة عليه⁽⁸³⁾ ، واستدل أبو حنيفة بعدم الضمان بالجلد بأن الجراحة والإتلاف الحاصلين بالجلد ليسا من موجب القضاء ؛ لأن القاضي إنما قضى بجلد غير جارح ولا متلف ، فلا يمكن إيجاب الضمان عليه ، ولا في بيت المال ؛ لأنه إنما يجب في بيت المال ما كان واجبا بقضاء القاضي إذا تبين فيه الخطأ⁽⁸⁴⁾ ، واستدل أبو يوسف ، ومحمد علي عدم تضمين القاضي في الجلد الذي لم يترتب عليه تلف بأنه خطأ باجتهاد

و لم يترتب عليه هلاك ولا تلف فصار غير مضمون ، أما إذا ترتب عليه هلاك وجرح فالدية وأرش الضرب على بيت المال⁽⁸⁵⁾ .

مناقشة أدلة القول الثاني :

قالوا : إن تضمين القاضي هو من باب خطاب الوضع وليس من باب خطاب التكليف ؛ فهو وإن رفع عنه الإثم لخطئه إلا أن الضمان باق عليه بسبب إتلافه ؛ إذ الإتلاف سبب للتضمين⁽⁸⁶⁾ .

وقالوا : إن الخطأ حصل بسبب تفريط القاضي فكان ضمانها عليه ، ولا فرق بين الجلد وغيره ، فالمهم أنها جناية حصل بها ضرر فكانت مضمونة عليه⁽⁸⁷⁾ .

الترجيح :

الذي يترجح من القولين بعد عرض الخلاف هو قول الجمهور بضمان خطأ القاضي ، لما ذكره من الأدلة والتوجيهات ، كما أن الراجح من قولي الجمهور القول بأن الدية وكذا الكفارة محلها بيت المال ، لقوة ما استدلوا به ، فإن القاضي وهو يمارس وظيفة القضاء يعمل لصالح من في ولايته ، فيكون خطؤه عليهم يدفع من بيت مالهم ، ولا يجوز الإضرار بالقاضي وعاقلته بتحميلهم الدية ؛ لأن القاضي محسن وما على المحسنين من سبيل .

المطلب الثاني : ضمان خطأ حكم القاضي في حقوق العباد

وفيه عدة فروع :

الفرع الأول : ضمان خطأ حكم القاضي في حقوق العباد (كالحكم بالقود في بالنفس)

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : الضمان على المحكوم له .

وهو مذهب الحنفية⁽⁸⁸⁾ والمذهب عند الحنابلة⁽⁸⁹⁾ وقد استدلوا بما يأتي :

قالوا : حكم القاضي جاء في صالح المحكوم له ، فيكون خطؤه عليه لأن الغرم يقابل الغنم ؛ أخذنا

بقاعدة الخراج بالضمان⁽⁹⁰⁾ .

ويمكن مناقشته : بأن المحكوم له لم يتسبب في وقوع الخطأ حتى يضمنه ، بل هو يعتقد أنه

مستحق لما هو مطالب به ، كما أنه لم يحصل في يده شيء حتى يطالب برده أو ضمانه ، وإنما هو إتلاف وقع بخطأ القاضي وسلطته⁽⁹¹⁾ .

القياس على ما لو كان الحق المحكوم به مالا فإن الحكم لو نقض بسبب خطأ القاضي ضمنه المحكوم له ، فكذلك فيما لو كان حق المحكوم به عقوبة يرجع الحق فيها للأدمي⁽⁹²⁾ .

ونوقش بأن القياس هنا قياس مع الفارق ؛ لأن المحكوم له بالعقوبة لم يحصل بيده شيء حتى يكلف برده أو ضمانه وإنما هو إتلاف وقع بخطأ القاضي ، بخلاف المحكوم له بمال فإنه قد حصل في يده مال المحكوم عليه بغير حق ، فيطالب برده أو ضمانه⁽⁹³⁾ ، قال ابن قدامة : " والفرق بين المال والإتلاف : أن المال إن كان باقيا وجب رده إلى صاحبه لأن كل واحد أحق بماله ، وإن كان تالفاً وجب ضمانه على آخذه لأنه آخذه بغير إذن صاحبه ولا استحقاق لأخذه ، أما الإتلاف فإنه لم يحصل به في يد المتلف شيء يردده ولم يمكن تضمينه لأنه إنما أتلف بحكم الحاكم وتسليطه عليه وهو لا يقر بعداوته بل يقول : استوفيت حقي ولم يثبت خلاف دعواه"⁽⁹⁴⁾ .

القول الثاني : يتحملها القاضي : وهو مذهب المالكية والشافعية وقول عند الحنابلة ، لكن المالكية استثنوا ما لو كان نقض الحكم هنا بسبب اعتماد القاضي على شهادة مردودة ، وقد علم الشهود أن أحدهم مردود الشهادة ، فهنا يجب الضمان على الشهود وحدهم⁽⁹⁵⁾ .

وقد استدل أصحاب هذا القول بما يأتي :

إن القاضي هو سبب الإتلاف فكان من واجبه أن يتفحص ويتثبت ، فيكون الضمان عليه ، وهذا نظير ما لو كان المستوفي حقا لله تعالى ؛ فإن ضمانه على القاضي⁽⁹⁶⁾ .

ويمكن مناقشته بأن القاضي لم يعمل شيئا لنفسه بل عمله للمحكوم له ، وإذا عمله فكأنه هو الذي فعل بنفسه ، والقاضي مُمكن لا غير ، وهذا بخلاف ما لو كان المستوفي حقا لله تعالى ، لأنه في تلك الحال لا يوجد غير القاضي يتحمل مسؤولية الخطأ⁽⁹⁷⁾ .

ويمكن دفع المناقشة بمنع قصر عمل القاضي على التمكين وحده ، بل يتجاوز ذلك إلى كونه تسبب في الإتلاف بخطئه ، والمحكوم له - وإن كان استوفى العقوبة- إلا أنه لم يحصل في يده شيء حتى يطالب برده أو ضمانه ، وهو يعتقد أنه استوفى حقه⁽⁹⁸⁾ .

ويمكن التعليل لاستثناء المالكية بأن الشهود في حال علمهم بعدم صلاحية شهادتهم ، فإن مسؤولية الاتلاف تقع عليهم ، لوجود التفريط منهم بخلاف ما لو جهلوا ذلك ، ويمكن مناقشته بأن تضمين الشهود في هذه الحال لا وجه له ؛ لأنهم مقيمون على صدقهم في الشهادة ولم يظهر ما يدل على كذبهم أو رجوعهم ، وإنما الشرع هو الذي منع من قبول شهادتهم ، فلا يتجه تحميلهم مسؤولية الإلتلاف⁽⁹⁹⁾

القول الثالث : إذا استوفى المدعي العقوبة بنفسه فالضمان عليه ، وإذا باشر القاضي ، أو فوضه إلى غيره بإذنه فالضمان على القاضي :

وبهذا القول قال بعض الشافعية⁽¹⁰⁰⁾ ويفهم من تفصيله : أن مستنده هو أن الضمان يتعلق بمن يباشر الاستيفاء من القاضي أو المدعي .
ونوقش بأن استيفاء العقوبة هو بأمر القاضي في الحالين⁽¹⁰¹⁾ .

الترجيح :

يترجح بعد عرض الخلاف في المسألة مع الأدلة القول بأن الدية أو الأرش يتحملها القاضي ، لأنه المتسبب في الإلتلاف ، ويكون محلها في بيت مال المسلمين ؛ لما سبق تعليقه فيما لو كانت العقوبة حقا لله تعالى ، فكذلك إذا كانت العقوبة المحكوم بها حقا للآدمي ؛ لأن القاضي يعمل لعامة المسلمين فيكون خطؤه عليهم ، ويدفع من بيت مالهم ، ولا تكون الغرامة في ماله أو على عاقلته ؛ لما يشتمل عليه من الإجحاف والإضرار بهم ، ولا سيما مع تكرار الخطأ من القاضي بسبب كثرة القضايا .

الفرع الثاني : ضمان خطأ حكم القاضي في مسائل العرض

الملاحظ أن بعض الصور التي وقع فيها خطأ القاضي في مسائل العرض مختلف فيها بين الفقهاء ، بناء على خلافهم فيما ينقض من أحكام القاضي وما لا ينقض ؛ فقد اتفقوا على نقض ما خالف النص أو الإجماع .

واختلفوا فيما خالف القياس الجلي والقواعد ؛ فذهب المالكية والشافعية إلى نقض ما خالف القياس الجلي ، وانفرد المالكية بنقض ما خالف القواعد ، ثم إن الفقهاء مع اتفاقهم على نقض حكم القاضي إذا خالف الصواب ، إلا أنهم اختلفوا في بعض التطبيقات على ذلك ؛ لأن المسائل الفرعية يدخلها الاجتهاد ، والمعروف عندهم أن الاجتهاد لا ينقض بمثله⁽¹⁰²⁾ .

فإن ترتب على خطأ القاضي حق مالي فالضمان على المحكوم له إلا أن يكون معسرا فالضمان على القاضي ، وفي محله قولان : قيل في ماله الخاص ، وقيل في بيت المال ، وإذا كان خطأ القاضي مبناه على شهادة الزور ، فإن الضمان يكون على الشهود ، فلو حكم القاضي بالتفريق بين الزوجين بناء على شهادة شاهدين ظاهرهما العدالة ، بأن الزوج طلق زوجته ، وهما كاذبان في باطن الأمر ، فالضمان على شاهدي الزور . وكذا إذا شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة بصداد ذكراه ، وشهد آخران بدخوله بها ، ثم رجعوا بعد الحكم عليه بصدادها ، فعلى شهود النكاح الضمان ، لأنهم الزموا المسمى ، وقيل عليهم النصف وعلى الآخرين النصف ، لأنهما قرراه وشاهدا النكاح أو جباه (103).

وكذا إذا شهدا على رجل أنه طلق امرأته ، فقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا ، فإن كان الطلاق قبل الدخول وكان المهر مسمى ، ضمنا للزوج نصف المهر الذي حكم القاضي به عليه ، لأن شهادتهما بالطلاق تؤكد الواجب عليه على وجه لا يحتمل السقو (104)، ولا إثم على القاضي في هذه الصور .

الفرع الثالث : ضمان خطأ حكم القاضي في مسائل المال

إذا حكم القاضي على انسان بمال ثم تبين خطؤه في حكمه ، فلا يخلو الحال من

أمرين :

الأول : أن يمكن تتميم الحكم وتصحيحه فحينئذ يتمم ويكون صحيحا واجب النفاذ . وذلك فيما لو أن رجلين شهدا على رجل بمال أو ما يؤول إليه لرجل فحكم القاضي بشهادتهما ثم تبين أن أحد الشاهدين كان كافرا ، أو فاسقا ، أو صبيا ، أو عبدا ، أو ممن لا تجوز شهادته ، فيحلف المحكوم له مع الشاهد الآخر تكميلا للبينة ويعطى المال ، ويكون الحكم صحيحا ، فإن لم يحلف أخذ المال منه إن حلف المحكوم عليه برد شهادة العدل ، فإن نكل المحكوم عليه فلا شيء له (105).

أما إذا لم يمكن تتميم الحكم أو تصحيحه فيما أن يكون المال قائما أو هالكا .

الحالة الأولى : أن يكون المال قائما:

إذا حكم القاضي على شخص بمال ، ثم تبين خطؤه في الحكم ، وكان المال لا يزال قائما بيد

المحكوم له ، فيجب على القاضي نقض حكمه ، ورد المال للمحكوم عليه ؛ لأن قضاءه وقع باطلا لتبين انتفاء شرط الحكم ، فلم يصادف محلا ، وفي الإمكان رد عين المقضي به ، فيلزمه رده لقول النبي صلى الله عليه وسلم : (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)⁽¹⁰⁶⁾ ولأنه عين مال المحكوم عليه ، ومن وجد عين ماله فهو أحق به .

الحالة الثانية : أن يكون المال هالكا:

إذا حكم القاضي على شخص بمال ، ثم تبين خطؤه ، وكان المال هالكا فالضمان على المقضي له ، على ما صرح به كثير من الفقهاء : فيرجع عليه ببطل المال : لأن القاضي إنما كان عمله لمصلحته ، فكان خطؤه عليه ليكون الخراج بالضمان ؛ لأن القاضي إذا عمل لمصلحة المحكوم له فاستفاد منه ، فكأنه هو الذي فعل بنفسه ؛ لأن المال إذا كان تالفا وجب ضمانه على آخذه ، لأنه أخذه بغير إذن صاحبه ، ولا استحقاق لأخذه⁽¹⁰⁷⁾.

والدليل على تضمين المحكوم له ما أخذ:

- 1- أن الحكم قد انتقض فيجب ان يرجع الحق الى مستحقه .
- 2- أن القاضي عمل لمصلحة المحكوم له ، فكان خطؤه عليه ليكون الخراج بالضمان .
- 3- لأن القاضي إذا عمل للمحكوم له ، فكأن المحكوم له هو الذي عمل بنفسه فيجب عليه الضمان.
- 4- أن المحكوم له أخطأ باستيفائه المحكوم به ، فأعتبر متلفا مباشرا يجب عليه ضمانه.
- 5- لأن المحكوم له أخطأ في أخذه المال بغير إذن صاحبه ، ولا استحقاق لأخذه وإذا تعذر استيفاء عوض المال من المحكوم له إن ظفر به موسر⁽¹⁰⁸⁾ وفي محل الضمان قولان ، قيل: في مال القاضي خاصة ، وقيل: في بيت المال كالأخطأ في سائر حقوق العباد⁽¹⁰⁹⁾.

أما إذا كان خطأ القاضي مبناه على الاجتهاد فهو هدر ، قال ابن فرحون في منزل حبس على المساكين ، فرفع الى القاضي فجعل وباعه وفرق ثمنه على المساكين ثم رفع الى قاض غيره : أرى أن يفسح البيع ، ويرد المنزل حبسا كما كان ، ويدفع ثمنه للمشتري من غلة الحبس ، ولا شيء على القاضي ؛ لأن خطأ السلطان في الأموال على الاجتهاد هدر⁽¹¹⁰⁾

ومما سبق من أقوال الفقهاء يتبين لنا أن خطأ القاضي إذا اجتهد في الحكم وأخطأ من غير عمد في أحكامه التي يتناول الأمور المالية ، فلا ضمان ولا مسؤولية عليه لأنه خطأ ، ولقوله صلى

الله عليه وسلم : (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر) (111) .

ولأن القاضي لو حوسب على أخطائه فإن الإقبال على تولي القضاء سيتوقف أو يقل : فيؤدي الى تعطل مرفق القضاء، وفي هذا ضرر كبير على المجتمع واستقراره وأمنه.

المبحث الثالث : نماذج من أقوال أصحاب القانون في مساءلة القاضي عن خطئه

المطلب الأول : القانون الأردني

دعوى المخاصمة أو دعوى التعويض التي يرفعها الخصم المتضرر على القاضي لسبب من الأسباب لم يتطرق إليها القانون الأردني .

وبالتالي لم ينص قانون أصول المحاكمات الأردني على مسؤولية القاضي عن خطئه ، كما فعلت بعض القوانين العربية الأخرى (112)

أما مسألة نقض أحكام القاضي فقد نصت الفقرة (2) من المادة (176) من قانون أصول المحاكمات المدنية بقولها : " يجوز استئناف الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التي أصدرتها ، وبت المحكمة المختصة بهذا الاستئناف بقرار لا يقبل أي طريق من طرق الطعن".

وفي القانون الوضعي يتمتع القضاة وأعضاء النيابة العامة من الناحية العملية بحصانة عن المسؤولية بالنسبة للأخطاء المتعلقة بأحكام وظيفتهم ، وحدد القانون الحالات التي يجوز فيها مساءلة القاضي عن خطئه كالغش والتدليس والغدر والخطأ المهني الحسيم الدال على الإهمال (113) في أداء الواجب ، وقد نصت المادة (31) من قانون استقلال القضاء الاردني لسنة 1972 على ما يأتي :

" ترفع الدعوى التأديبية بلائحة تشمل على التهمة والأدلة المؤدية لها وتقدم للمجلس القضائي ليصدر أمرا بدعوة القاضي للحضور أمام المجلس ، وعلى المجلس مباشرة الاجراءات خلال خمسة عشر يوما على الأكثر".

ولكن المادة (39) من نفس القانون أوضحت هذه العقوبات وفوضت وزير العدل سلطة ايقاع هذه العقوبات فقالت المادة : العقوبات التأديبية التي يجوز فرضها على القضاة هي :

- 1- التنبيه الخطي الذي يقرر الوزير توجيهه وحفظه في ملف القاضي .
- 2- الإنذار .
- 3- الحسم من الراتب .
- 4- التنزيل للدرجة .
- 5- العزل .

وحيث إنه لم يشر لتعويض المتضرر من قاضٍ مخطئ ، مما أثار التساؤل لكلا المحامين :
العرومطي والخرايشه ، حيث يطالب العرومطي بضرورة تطبيق "التعويض" في حال وجود خطأ
حسيم يرتكبه القاضي أثناء مزاولة وظيفته القضائية، سواء في القضايا الحقوقية أو الجزائية⁽¹¹⁴⁾ ويقول
: "لماذا لا يكون هناك تعويض" يتساءل العرومطي. "كل فعل بموجب القانون المدني يلحق ضرراً
بالغير يلزم المتسبب بالتعويض"⁽¹¹⁵⁾ ويتفق النائب المحامي محمود الخرايشة مع العرومطي في تحميل
القاضي مسؤولية خطئه وبالتالي تحمل دفع "التعويض"⁽¹¹⁶⁾

قلت : وهنا يظهر لنا أن القانون الأردني نص على مساءلة القضاة حيث تتم مساءلتهم
من قبل المجلس القضائي - كما سبق بيانه في المادة (31) والمادة (39) - دون النظر في دعوى
المخاصمة أو دعوى التعويض عما يصدر عن القضاة من أخطاء مكتفياً بالدعوى التأديبية ، وهذا ما
أثار التساؤل عند بعض القانونيين فيما يتعلق بالأخطاء الجسيمة الصادرة عن القضاة .

المطلب الثاني : القانون السوداني

جاء في القانون السوداني بالفصل الخامس من الباب الثالث من قانون المعاملات المدنية
تحت عنوان " الإضرار الشخصي الوظيفي والمهني " في المادة 160 ما نصه : " كل شخص يكون
مستخدماً لدى آخر يتولى عملاً لآخر يسبب أضراراً بالآخر أو بالغير استغلالاً لوظيفته أو استهتاراً
بواجباتها أو إهمالاً غير مبرر في أدائها يلزم شخصياً بتعويض الضرر الذي سببه للغير . " ⁽¹¹⁷⁾

وقد أشارت المادة 162 من القانون نفسه إلى نماذج من الإضرار الشخصي الوظيفي
والمهني ، وسوف نركز فقط على ما ورد بالفقرتين (ب) و (ج) فالأولى تتحدث عن
تعطيل التحري أو الإعلان أو الفصل في القضايا أو الإخلال بإجراءات العدالة دون سبب

معقول وإصدار الأحكام ضد صريح النص استهتاراً بالقانون أو استهتاراً بقصد المشروع وخروجاً على ضوابط الاجتهاد الفقهي أو استخفافاً بحقوق المتقاضين (118)

الأخطاء التي أشارت إليها المادة 162 من قانون المعاملات المدنية :

- 1- تعطيل الفصل في القضايا دونما سبب معقول .
 - 2- تجاوز إجراءات العدالة دون سبب معقول .
 - 3- إصدار الأحكام ضد صريح النص استهتاراً بالقانون أو استهتاراً بقصد المشروع وخروجاً على ضوابط الاجتهاد الفقهي أو استخفافاً بحقوق المتقاضين .
- ويكمن استخراج ضوابط هذه الفقرة والتي لا يستقيم مساءلة القاضي فيها إلا إذا توفرت في الآتي :

أن يصدر القاضي حكمه ضد صريح النص .

- 1- إما استهتاراً بالقانون أو
- 2- استهتاراً بقصد المشرع أو
- 3- خروجاً على ضوابط الاجتهاد أو
- 4- استخفافاً بحقوق المتقاضين .

ونمثل للأولى والثانية في حالة ما إذا كان القاضي يحكم أفكاراً مغايرة لما يحمله المشرع . فقد صاحب صدور القوانين الإسلامية بالبلاد حملة شديدة من أعداء الإسلام , وقد رأينا من بين القضاة أنفسهم من يجاهر بالرأي ضد هذه القوانين ولذلك فلا يستبعد أبداً أن يصدر أحد القضاة حكمه ضد صريح النص لعدم إقناعه به أو التعارض مع ما يحمله من أفكار , فإذا حدث هذا وترتب عليه ضرر فإن القاضي يسأل عن التعويض في ماله الخاص (119) .

4 - شروط جسامه الضرر لمساءلة شاغلي المناصب أو الوظيفة أو المهنة .

أما الثانية فتتحدث عن استغلال المنصب أو الوظيفة أو المهنة لمضايقة الغير أو تعريضه لخسائر غير مشروعة أو إصدار تراخيص أو وثائق رسمية لغير مستحقيها قانوناً أو عرفاً

لتحقيق منفعة شخصية غير مشروعة أو منفعة غير مشروعة للغير أو لإلحاق الضرر بالغير⁽¹²⁰⁾

قلت : هذان النصان (160 و162) من قانون المعاملات المدنية حسماً مسألة مسئولية القاضي وهما متمشيان تماماً مع تعريف المسئولية التقصيرية الوارد بالمادة 138 من القانون نفسه إذ ينص على أن (كل فعل سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ولو كان غير مميز) .

وهذا النص أضبط في صياغته ومضمونه إذ أن عبارة (الفعل الضار) تمتد لتشمل الخطأ والعمد والحالات الأخرى التي تخلو من الخطأ والعمد ومع ذلك يترتب عليها الضرر كمن يسقط على غيره فيتلف عضواً فيه أو يتلف ماله , و كمن يرفع يديه أثناء الحديث فيتلف عين آخر أو يتلف مالاً من أو ماله . نحن الآن أمام تشريع متكامل حول المسئولية التقصيرية إذ لا يفلت شخص أياً كان منصبه أو رفعة من هذه المسئولية .

ويقول محمد صالح علي (قاضي المحكمة العليا الاتحادية) : " أن القضاء السوداني قد ظل محصناً من المسئولية المدنية والجنائية عن أحكامه القضائية منذ ميلاده في عهد الاحتلال وظلت الدولة أيضاً محصنة من هذه المسئولية وذلك لما للقضاء من مكانة متميزة , وعلى الرغم من أن التساؤل حول هذه المسئولية كان يتلجلج في الصدور دون إبدائه إلا أنه برز الآن للوجود بعد صدور قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م , وأصبح الآن يمكن التحدث عن مسئولية القاضي التقصيرية عن أخطائه التي تلازم أحكامه أحياناً ويترتب عليها ضرر بالمتقاضين على أن محاسبة القاضي لا تكون عن أخطائه التي يمكن أن يتصور وقوعها كما في حالة تفسير النص تفسيراً واسعاً أو ضيقاً وإنما تكون عن أخطائه المهنية الجسيمة التي لا يتصور وقوعها من مثله ؛ ذلك لن أخطاء القاضي المهنية عادة ما يمكن تصحيحها عن طريق المحاكم الأعلى وذلك بتدرج الحكم إليها , أما إذا كان الخطأ مما يصعب تصحيحه كما إذا تم توقيع العقوبة خطأً بالقطع حداً أو القصاص أو بالجلد فإن الأصل أن يعرض المضرور من بيت المال أي من خزينة الدولة على إننا نجد في بعض أحكام القضاء ما يكون خطأ القاضي فيه فاحشاً يصعب وقوعه من مثله كما إذا وقع عقوبة غير منصوص عليها⁽¹²¹⁾ .

المطلب الثالث : القانون المصري

نص قانون المرافعات المصري في المادة 494 على مساءلة القاضي وما يصدر منه بشأن المتقاضين المتضررين (122)

وهذا هو نص المادة :

مادة 494 (123) : تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة في الأحوال الآتية :

- 1- إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة في عملهما غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم.
- 2- إذا امتنع القاضي من الإجابة على عريضة قدمت له أو من الفصل في قضية صالحة للحكم وذلك بعد إعذاره مرتين على يد محضر يتخللها ميعاد أربع وعشرين ساعة بالنسبة إلى الأوامر على العرائض وثلاثة أيام بالنسبة للأحكام في الدعاوى الجزئية والمستعجلة والتجارية وثمانية أيام في الدعاوى الأخرى.

ولا يجوز رفع دعوى المخاصمة في هذه الحالة قبل مضي ثمانية أيام على آخر أعذار.

- 3- في الأحوال الأخرى التي يقضي فيها القانون بمسئولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات. نخلص في النهاية أن القوانين الوضعية نصت على مساءلة القضاة الذين يصدر بحقهم الغش أو التدليس أو الغدر أو الخطأ المهني الجسيم , وحيث رتبوا على هذه المخالفات أن يصدروا بحق القضاة عدة أمور :

- 1- التنبيه الخطي الذي يقرر الوزير توجيهه وحفظه في ملف القاضي .
- 2- الإنذار .
- 3- الحسم من الراتب .
- 4- التنزيل للدرجة .
- 5- العزل .
- 6- التعويض .

المطلب الرابع : المقارنة بين الفقه والقانون

أولاً : إن الفقه الإسلامي لم يهمل هذه المسألة بل أولاهها حقها كغيرها من الأمور الأخرى التي تمه المسلمين . فقد أبرز الإسلام مبدأ المسؤولية الشخصية عن كل عمل يصدر عن الإنسان , بل قرر الفقهاء مبدأ المسؤولية حتى بالنسبة للقصر والمجانين ونحوهم عن كل فعل يصدر عنهم ويترتب عليه ضرر . ولم يمنع وفاة الشخص من التعويض من ماله فقد تقرر أنه إذا سقطت جثة على شخص أو مال فأتلفته فإن المتضرر يعرض من مال المتوفى .

ثانياً : لم يقف فقهاء الإسلام عند هذا الحد بل ذهبوا إلى إمكان التعويض عما يقع من الأشياء من ضرر كالحیوان والبناء والآلة , وهذا لعمرى عين العدل فالحقوق كالدماء لا تضيع هدرا تحت ظل حكم الإسلام , ولعل هذا ما يميز الإسلام عن غيره من القوانين الوضعية .

ثالثاً : يقرر الفقه الإسلامي مسؤولية القاضي عن خطئه , مسؤولية دينية أمام الله تعالى إذا انحرف عن الحكم , ومسؤولية دنيوية إذا تعمد الجور أو الظلم فأهدر حقوق الأفراد وحریاتهم , فيلزمه الضمان في ماله , وهذه الضمانة تحمي حقوق الأفراد وحریاتهم من أن يعسف بها الحكام ويمالئهم القضاة في ذلك⁽¹²⁴⁾ .

أما المسؤولية الدينية فيقره حديث المصطفى _ صلى الله عليه وسلم _ : "القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقاضى به ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار"⁽¹²⁵⁾ , وأما المسؤولية الدنيوية فتتمثل في الضمان المالي على ما اتلف بسبب الجور في الحكم , والتعزير , والعزل , ونقض الحكم⁽¹²⁶⁾ .

خلافاً لما ذكر عند القانونيين في مساءلة القضاة , إذ أن دائرة المساءلة ضيقة ضمن أمور محدودة .

الخاتمة

من خلال معاشيتي لهذا البحث ظهر لي عند الفراغ من البحث نتائج مفيدة ، منها ما هو عام ، ومنها ما هو خاص ، ومن أبرزها ما يلي :

أولاً : النتائج العامة :

- 1- القضاء بين الناس مرتبة شريفة تولاهها رسل الله صلوات الله وسلامه عليهم ، ولا بأس بها لمن اجتمعت فيه الشروط وانتفت عنه الموانع ، والناس يتفاوتون في أفهامهم ، قال تعالى : { وَذَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ (78) فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُودَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ } (127) .
- 2- القضاء بين الناس بغير علم أو بجزور وميل خطره عظيم ؛ لأنه كما قال رسول الله ﷺ : " القضاء ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق ففضى به ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار " .
- 3- شريعة الله تعالى لم تترك أي حيثية في الدين الاسلامي إلا ووضعت لها حلا إما جبرا وإما زجرا ، ومن ذلك جور القاضي وخطؤه ، فإن جار على الناس في حكمه ترتب عليه تحمل وزر نفسه لما ترتب عليه من آثام ، وإن أخطأ في اجتهاده ولم يقصر وبذل قصارى جهده ووسعه في استقصاء ما يتعلق في المسألة من جميع جوانبها ، كان له أجر ما اجتهد ، وكان ضمان خطئه في بيت المال . بخلاف ما لو ثبت تقصير القاضي وقعوده عن التقصى فيما هو مطروح أمامه كان ضامنا لما أفسده بقضائه .

ثانياً : النتائج الخاصة :

- 1- معرفة الصور التي ظهر فيها خطأ القاضي في النفس وما دونها والعرض والمال .
- 2- رجحان تضمين القاضي فيما يتعلق بحقوق الله ، وحقوق العباد .
- 3- الضمان المترتب على القاضي في الدية والكفارات ... محله بيت المال .
- 4- هناك بعض الضمانات محلها مختلف فيه ، منها ما يكون على المحكوم له ، ومنها ما يكون على الشهود ، ومنها ما يكون على بيت المال .

- 5- خطأ الحكم في الأمور المالية لا ضمان على القاضي فيه .
- 6- وجود بعض القوانين التي عملت على مساءلة القاضي عن أخطائه .
- وفي الختام أوصي كل من يتولى القضاء , الحكم بالحق والتحذير من إتباع الهوى، قال تعالى: { يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ } (128) . القضاء اتباع ما في كتاب الله ثم القضاء بسنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ثم بحكم أئمة الهدى ثم استشارة ذوي العلم والرأي.
- هذا وما كان فيه من صواب فمن الله وحده ، وما كان من سهو أو خطأ أو نسيان فمني ومن الشيطان ، والله ورسوله منه براء وهذا شأن أي عمل بشري يعتريه الخطأ والصواب ، فإن كان صواباً فادع لي بالقبول والتوفيق ، وإن كان ثم خطأ فاستغفر لي
- وإن وجدت العيب فسد الخلا ————— جل من لا عيب فيه وعلا
- فاللهم اجعل عملي كله صالحاً ولوجهك خالصاً ، ولا تجعل لأحد فيه نصيب ، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات .

الملخص

تناولت في هذا البحث "خطأ القاضي وضمانه في الفقه الإسلامي" عدة أمور ، تحدثت فيها عما يأتي:

أولاً : ضمان خطأ القاضي في النفس وما دونها ، وتكلمنا فيه عن ضمان خطأ حكم القاضي في حقوق الله تعالى وحقوق العباد .

ثانياً: ضمان خطأ حكم القاضي في مسائل العرض والمال ، وذكرنا فيه ما يتعلق فيها من ضمان جراء خطأ القاضي في حكمه في تلك المسائل .

ثالثاً: ذكرت نماذج من أقوال أصحاب القانون في مساءلة القاضي عن خطئه ، التي وجدت بعضها قد نص على مساءلة القاضي ، والبعض الآخر لم ينص على ذلك .

Abstract

This paper grasps the "wrongs of the judge and his responsibility in Islamic jurisprudence" in different fields such as:

First: The responsibility of the judge in human beings and what is down of it. His responsibility about Allah's rights and human beings rights.

Second: responsibility of wrong judgments on dignity and properties. I clarify all what is important in this matters.

Third: I mention the roles which deal with the responsibility some of them mention that others they did not ،of the judge mention.

الهوامش :

- (1) القراني: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الدار البيضاء، ط1، 1994م، ج1، ص55.
- (2) إيمان علي صالح، حكمة ضمان الفعل الضار وأثرها في تحديد موجباته في الفقه الإسلامي، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، www.Arablawinof.com، ص1.
- (3) الزرقا: مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، دمشق، ط10، 1387هـ/1968م، ج1، ص13.
- (4) إيمان علي صالح، حكمة ضمان الفعل الضار وأثرها في تحديد موجباته في الفقه الإسلامي، ص1.
- (5) علي الحنيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة 1971 ص9 وما بعدها.
- (6) سورة الأنبياء، آية: 78 - 79.
- (7) محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاکر، مؤسسة الرسالة، ط1، 1420 هـ - 2000 م، 479-474/18.
- (8) محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي، التحرير والتنوير المعروف بتفسير ابن عاشور، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت - لبنان، ط1، 1420هـ/2000م، 85/17.
- (9) سورة الأحزاب، من آية:5.
- (10) سورة البقرة، من آية:286.
- (11) ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني سنن ابن ماجه، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الجيل، ط1، 1418هـ، 1998م، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، حديث رقم: 2045، 445/3. جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (المتوفى: 762هـ)، قال الزيلعي: "ورواه ابن حبان في "صحيحه" في النوع الثامن والستين، من القسم الثالث عن عطاء بن أبي رباح عن عبيد بن عمير عن ابن عباس مرفوعاً، وكذلك الحاكم في "المستدرک في الطلاق"، وقال: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه "نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأمل في تخريج الزيلعي"، قدم للكتاب: محمد يوسف البتوري، صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجاني، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفوري، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية - جدة - السعودية، ط1، 1418هـ/1997م، 64/2.
- (12) ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد الحنبلي، جامع العلوم والحكم، دار المعرفة - بيروت، الطبعة الأولى، 1408هـ، 374.
- (13) البخاري، الجامع الصحيح المختصر، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا أستاذ الحديث وعلومه في كلية الشريعة - جامعة دمشق، دار ابن كثير، اليمامة - بيروت، الطبعة الثالثة، 1407 - 1987، مع الكتاب: تعليق د. مصطفى ديب البغا، حديث رقم: 6919، ج6، ص2676.
- (14) البخاري، الجامع الصحيح المختصر، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، حديث رقم: 6748، ج6، ص2622.
- (15) عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية،

- المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية ، ط1 ، 1423هـ/2003م ، 723/2 .
- (16) السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي لـ (علاء الدين علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني) ، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد ط1 ، 1344 هـ ، كتاب النفقات ، باب الإئتين أو أكثر يَقْطَعَانِ يَدَ رَجُلٍ مَعًا ، حديث رقم : 16399 ، 41/8 .
- (17) الزركشي ، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله المصري الحنبلي ، (722هـ/772هـ) ، شرح الزركشي على مختصر الخرقى ، قدم له ووضع حواشيه: عبد المنعم خليل إبراهيم ، دار الكتب العلمية ، لبنان/ بيروت، 1423هـ - 2002م ، 419/3 .
- (18) سورة الأحزاب : من آية : 5.
- (19) سورة الإسراء، من آية : 31.
- (20) سورة يوسف، من آية : 97.
- (21) ابن منظور ، لسان العرب 1/65-68 .
- (22) ابن رجب ، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد الحنبلي ، جامع العلوم والحكم، دار المعرفة - بيروت ، الطبعة الأولى ، 1408هـ ، 374.
- (23) الجرجاني ، علي بن محمد بن علي ، التعريفات ، تحقيق : إبراهيم الأبياري ، دار الكتاب العربي - بيروت ، الطبعة الأولى ، 1405هـ ، 134.
- (24) ابن منظور: لسان العرب، ج13، ص257، المادة ضمن.
- (25) الخفيف: علي، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1971م، ص3،4.
- (26) المرجع السابق، ص5.
- (27) كما هو الحال في القوانين، المصري والعراقي والسوري. أنظر: الزرقاء: مصطفى، الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق، ط1، 1409هـ=1988م، ص61.
- (28) قال الدكتور وهبة الزحيلي: "التعدي، لغة، تجاوز الحد، ويراد به عند الفقهاء: معنى الظلم والعدوان ومجاوزة الحق، وضابطه هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، أو انه العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي، كما قال ابن نجيم في الأشباه". ثم نقل الزحيلي عن مخطوط للدكتور فوزي ضيف الله قال فيه بأن التعدي هو: "مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا أو عادة". الزحيلي: وهبة، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1982م=1402هـ، ص18.
- (29) الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج2، ص1032، ف648.
- (30) الزحيلي، نظرية الضمان، ص15.
- 31 مجلة البحوث الإسلامية - مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد - ضمن بحث : البئر وضمانه ، ياسين بن ناصر الخطيب ، 56 / 236-237.
- 32 ابن قدامة : موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ، المغني ، تحقيق ، عبد الله عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو ، الرياض ، دار عالم الكتب ، ط4 ، 1419هـ - 1999م ، 72/7 . الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج2،

ص1032، ف648. الخفيف: علي، الضمان في الفقه الإسلامي، ص4، 3. الزحيلي، نظرية الضمان، ص15. محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، مكتبة التراث الإسلامي، الكويت، ط1 \ 1403هـ \ 1983 م، ص14.

³³ مجلة البحوث الإسلامية - ضمن بحث: البئر وضمانه، ياسين بن ناصر الخطيب، 56 / 236-237.

³⁴ المرجع السابق، 56 / 237.

⁽³⁵⁾ القراني: الفروق، 41/4، الدسوقي: محمد عرفة، حاشية الدسوقي، مصر، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي وشركاؤه، د.ط، د.ت، 503/4.

⁽³⁶⁾ القراني: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أدریس الصنهاجي، الفروق، بيروت، عالم الكتب، د.ط، د.ت، 41/4، الدسوقي: حاشية الدسوقي، 503/4.

⁽³⁷⁾ القراني: الفروق، 41/4، الدسوقي: حاشية الدسوقي، 503/4.

⁽³⁸⁾ النووي: محيي الدين يحيى بن شرف، روضة الطالبين، بيروت، المكتب الإسلامي، ط3، 1412هـ - 1991م، 184/10.

⁽³⁹⁾ القراني: الفروق، 40/4-41، النووي: روضة الطالبين، 150/11.

⁽⁴⁰⁾ أبو داود: سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر / بيروت، مع الكتاب: تعليقات كمال يوسف الحوت والأحاديث مذيبة بأحكام الألباني عليها. وقال الشيخ الالباني: حديث صحيح، كتاب النكاح، باب في الولي، حديث رقم: 2083، 4- (ج 1 / ص 634).

⁽⁴¹⁾ القراني: الفروق، 40/4.

⁽⁴²⁾ الكاساني: بدائع الصنائع، 460-459/5.

⁽⁴³⁾ السرخسي: المبسوط، 162/24.

⁽⁴⁴⁾ لنووي: روضة الطالبين، 151/11.

⁽⁴⁵⁾ المرجع السابق، 151/11.

⁽⁴⁶⁾ المرجع السابق، 151/11.

⁽⁴⁷⁾ الكاساني: بدائع الصنائع، 458/5.

⁽⁴⁸⁾ الكاساني: بدائع الصنائع، 457/5، ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: 463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1400هـ/1980م، 959/2، القراني: الفروق، 40/4، الدسوقي: حاشية الدسوقي، 153/4، المطيعي: تكملة المجموع، 360/22، النووي: روضة الطالبين، 150/11، ابن قدامة: المغني، 34/14، البهوتي: كشاف القناع، 3222/5.

⁽⁴⁹⁾ سورة النساء، من آية: 11.

⁽⁵⁰⁾ القراني: الفروق، 40/4، ابن فرحون، تبصرة الحكام، 62/1، الخطاب: مواهب الجليل، 135/6، الدسوقي:

حاشية الدسوقي، 153/4.

- (51) لدسوقي : حاشية الدسوقي ، 153/4 .
- (52) القراني : الفروق ، 41/4 ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، 62/1 ، الدسوقي : حاشية الدسوقي ، 153/4 .
- (53) النوي : روضة الطالبين ، 150/11 .
- (54) القراني : الفروق ، 40/4 ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، 62/1 ، الدسوقي : حاشية الدسوقي ، 153/4 .
- (55) المواق : أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري ، التاج والإكليل لمختصر خليل بمامش مواهب الجليل ، بيروت ، دار الفكر ، ط3 ، 1412هـ - 1992م ، 135/4 .
- (56) المرجع السابق ، 135/4 .
- (57) الخطاب : مواهب الجليل ، 136/6 ، الدسوقي : حاشية الدسوقي ، 154/4 .
- (58) ابن عابدين : محمد أمين عمر ، رد المختار شرح المختار (حاشية ابن عابدين) ، الرياض ، دار عالم الكتب ، طبعة خاصة ، 1423هـ ، 2003م ، 113/5 ، القراني : الفروق ، 41/4 .
- (59) الامام مالك : مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، بيروت ، دار صادر ، ط1 ، د.ت ، 239/6 ، القراني : شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أدريس الصنهاجي ، الذخيرة ، تحقيق : محمود أبو حنيزة ، بيروت ، دار الغرب الإسلامي ، ط1 ، 1994م ، 138/10 ، الخطاب : محمد بن محمد ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، بيروت ، دار الفكر ، ط3 ، 1412هـ - 1992م ، 201/6 ، ابن قدامة : المغني ، تحقيق ، عبد الله عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو ، 256/14 .
- (60) السرخسي : أبو بكر محمد بن أحمد ، المبسوط ، تحقيق : سمير مصطفى رباب ، بيروت ، دار إحياء التراث العربي ، ط1 ، 1422هـ - 2002م ، 65/26 ، الكاساني : علاء الدين أبو بكر بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، تحقيق : محمد عدنان بن ياسين درويش ، بيروت ، دار إحياء التراث العربي ، ط2 ، 1419هـ - 1998م ، 459/5 ، الامام مالك : المدونة ، 239/6 ، القراني : الذخيرة ، 138/10 ، الخطاب : مواهب الجليل ، 201/6 ، ابن قدامة : المغني ، 256/14 .
- (61) ابن قدامة : المغني ، 256/14 .
- (62) الكاساني : بدائع الصنائع ، 436/5 .
- (63) الامام مالك : المدونة ، 239/6 ، الدسوقي : حاشية الدسوقي ، 155/4 ، ابن جزى : أبو القاسم محمد بن أحمد الغرناطي ، القوانين الفقهية ، بيروت ، المكتبة الثقافية ، ص341 .
- (64) الآبي : صالح عبد السميع الأزهرى ، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ، القاهرة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، ط2 ، 1366هـ - 1947م ، 201/6 .
- (65) ابن قدامة : المغني ، 256/14 .
- (66) النوي : روضة الطالبين ، 183/10 ، ابن قدامة : المغني ، 257/14 .
- (67) الآبي : جواهر الإكليل ، 136/6 .
- (68) السرخسي : المبسوط ، 63/9 .
- (69) صحيح البخاري م ت البغا/6 - كتاب المغازي ، باب بعث النبي صلى الله عليه و سلم خالد بن الوليد إلى بني جذيمة ،

- (90) البهوتي : كشاف القناع ، 6 / 306 ، البهوتي : منصور بن يونس ، شرح منتهى الإرادات ، تحقيق : عبد الله عبد المحسن التركي ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، 1421هـ - 2001م ، 565/6 .
- (91) الكاساني : بدائع الصنائع ، 5 / 436 ، ابن رجب : أبو الفرج عبد الرحمن الخنبلي ، القواعد ، مصر ، مطبعة الصديق الخيرية ، ط 1 ، 1352هـ ، ص 218 .
- (92) النووي : روضة الطالبين ، 11 / 308 ، ابن قدامة : المغني ، 14 / 259-260 .
- (93) النووي : روضة الطالبين ، 11 / 309 .
- (94) ابن قدامة : المغني ، 14 / 256 ، ابن رجب : القواعد ، ص 258 .
- (95) الآبي : جواهر الإكليل ، 6 / 201 .
- (96) ابن رجب : القواعد ، ص 218 .
- (97) الكاساني : بدائع الصنائع ، 9 / 119 ، ابن قدامة : المغني ، 14 / 256 .
- (98) النووي : روضة الطالبين ، 11 / 308 .
- (99) ابن قدامة : المغني ، 14 / 256 .
- (100) النووي : روضة الطالبين ، 11 / 309 ، المطيعي : تكملة المجموع ، 23 / 228 .
- (101) المطيعي : تكملة المجموع ، 23 / 228 .
- (102) القرافي : الفروق ، 4 / 40 ، النووي : روضة الطالبين ، 11 / 151 ، ابن قدامة : المغني ، 14 / 34-38 .
- (103) ابن قدامة : المغني ، 14 / 254-256 .
- (104) الكاساني : بدائع الصنائع ، 5 / 428 .
- (105) الإمام مالك : المدونة الكبرى ، 6 / 240 ، الخطاب : مواهب الجليل ، 6 / 136 ، الدسوقي : حاشية الدسوقي ، 4 / 154 ، ابن القيم : محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد بيروت ، دار الفكر ، ط 2 ، 1397هـ ، 1977م ، 4 / 227 .
- (106) ابن حجر : فتح الباري ، 13 / 211 .
- (107) الكاساني : بدائع الصنائع ، 5 / 459 ، القرافي : الذخيرة ، 10 / 143 ، ابن قدامة : المغني ، 14 / 258 .
- (108) الكاساني : بدائع الصنائع ، 5 / 459 ، ابن رجب : القواعد ، ص 218 القاعدة 95 ، ابن قدامة : المغني ، 14 / 258-259 .
- (109) ابن قدامة : المغني ، 14 / 258 .
- (110) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، 1 / 67 .
- (111) سبق تخريجه .
- (112) مفلح القضاة : أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن ، ط 2 ، 1988م ، عمان ، دار الثقافة ، ص 106 .
- (113) ياسين : محمد نعيم ، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ، دار الفرقان ، عمان/الأردن ، ط 1 ، 1984م ، ص 86 . وانظر : قانون استقلال القضاء لسنة 2001 وتعديلاته ، المنشور على الصفحة 1279 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4480 تاريخ 2001/3/18 ، آخر تعديل بموجب لقانون المؤقت المعدل رقم 77 لسنة 2003 .

