İSLAM HUKUKU VE MODERN HUKUKTA HAKKINDA NAS BULMAYAN KONULARDA HAKİMİN ROLÜ

Mahamat ALIM DOURMA

(Yüksek Lisans Tezi)

Eskişehir, 2019

İSLAM HUKUKU VE MODERN HUKUKTA HAKKINDA NAS BULMAYAN KONULARDA HAKİMİN ROLÜ

Mahamat ALIM DOURMA

T.C
Eskişehir Osmangazi Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü

Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı
YÜKSEK LİSANS TEZİ

Eskişehir

2019

T.C.

ESKİŞEHİR OSMANGAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTİSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Mahamat ALIM DOURMA tarafından hazırlanan "**islam hukuku ve modern hukukta hakkinda nas bulmayan konularda hakimin rolü**" başlıklı bu çalışma...../……./20……. tarihinde Eskişehir Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinin ilgili maddesi uyarınca yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak, Jürimiz tarafından Temel İslam Bilimleri Dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan …….
Dr. Öğr. Üyesi
Üye …….
Dr. Öğr. Üyesi
(Danışman)
Üye …….
Dr. Öğr. Üyesi

ONAY
(İmza)

Prof. Dr. Mesut ERŞAN
Enstitü Müdürü

...../...../.....

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi hükümlerine göre hazırlandığını; bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmanın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu aşamalarında bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın Eskişehir Osmangazi Üniversitesi tarafından kullanılan bilimsel intihal tespit programıyla taranmasını kabul ettiğimi ve hiçbir şekilde intihal içermediğini beyan ederim. Yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması halinde ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara razı olduğumu bildiririm.

Mahamat ALIM DOURMA

ÖZET

İSLAM HUKUKU VE MODERN HUKUKTA HAKKINDA NAS BULMAYAN KONULARDA HAKİMİN ROLÜ

Mahamat ALIM DOURMA

Yüksek Lisans, 2019
Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı

Danışman : Dr. Öğr. Üyesi YUNUS ARAZ

Şeriat hukuku, hakimlerin her türlü dürüstlük, bütünlük ve tarafsızlık içinde kendilerine sunulan ihtilaflar üzerine Yüce Allah'ın hükümlerini yerine getirme görevlerini yerine getirmelerini sağlamak için kurallar koymuştur, bu kuralların Aynısı pozitif yasalarda da geçerlidir. Yargının tarafsız, ve adil bir şekilde işlemesi için sayısız hüküm geliştirmiştir. Yargılama usülü ve belirsiz veya hakkında nas bulunmayan konularda yargıcın rolü ile yine hükümler geliştirmiştir.

Yargıcın rolü pozitif hukuk ve şeriat hukuku karşılaştırması kapsamında ele alacağım önemli kounulardan bir tanesidir. Çünkü hakimin tarafsızlık ve tarafsızlık ilkesinin eylemlerini temsil eder ve aynı zamanda hakimin bağımsızlığına müdahale etmemesini ve hakimi zayıflatan ve görevlerini yerine getirmedeki rolünü etkileyen kötü niyetli iddialardan korunmasını sağlar.

Bu çalışma, pozitif hukuk ve şeriat hukuku karşılaştırması kapsamında hakkında nas bulunmayan konularda yargıcın rolü, Yargı kararlarında sebep ve etkileri incelenecek. Hakkında nas bulunmayan konularda yargıcın rolü, Adaletin tecellesi ve yasalarının korunması için elzemdir.

Bu çalışma sayesinde hakimlerin rolünün, hakimlerin usullerindeki kusur, Nas eksikliği veya belirsizlik nedeniyle hakimlerin oynadığı rolün bir tanımı olduğu anlaşılmaktadır. Bu, yargıcın kendi yargı alanı için içtihat yapmasının önemini göstermektedir.

Bu çalışmada Yargıcın rolü pozitif hukuk ve şeriat hukuku karşılaştırması kapsamında Hakimin içtihattaki rolü ve tüm bireylere adalet sağlama rolü ve kendisine sunulan davalarda tarafsızlığının kapsamı incelenmiş ve hakkında nas bulunmayan ve belirisz konularda hakimin rolü ve diğer organlardan bağımsızlığının uygun tanımı yapılmaya gayret edilmiştir.

İlk bölümde şeriat hukuku ve pozitif hukukta yargı ve yargıyla ilgili kavramlar karşılaştırması yapılmıştır. Ve Yargının, adaleti sağlamadaki rolü ve haklarının gerçekleştirilmesi, hakimlerin görevlerini yerine getirme görev ve yeterlilikleri ile yargının yargı işlerine yönelik görev ve sorumluluklarının sona ermesi ele alınmıştır.

İkinci bölümde Davaların İslam hukuku ve adli hukukta, mahkemelerden önce hakların kurulması, adli işlemlerin özü, unsurları, nedenleri, türleri incelenmiştir. Bunların yanı sıra İslam hukuku ve pozitif hukuk mahkemeleri incelenmiş ve dava kavramı davanın mahiyeti, davanın kalkma üsulu, ve mahkeme önünde ispat yolları, avukatlar ve mahkeme görevlileri gibi hakimin yardımcıları ele alınmıştır

Üçüncü bölümde hakkında nas bulunmayan konularda hakimin rolü, belirsiz veya hakkında hüküm bulunmayan hakimin yargı içtihadı ve şeriat hukuku ve pozitif hukukta hakimin rolüyle ilgili konular ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: İslam, Hukuk, İslam Hukuku, Hakim Rolü.

ABSTRACT

The Role of Judge About Non Nass İssues in İslamic Law and Modern Law.

DOURMA Mahamat Alim

Master Degree -2019

Adviser : Dr. Öğr. Üyesi YUNUS ARAZ

Islamic law has been keen to establish rules to ensure that judges perform their duties to bring down the judgment of Allaah on the disputes that are presented to them with all honesty and neutrality, which is the same for the legislator in positivist laws, and it has developed many legal texts that ensure the neutrality and integrity and justice of judges, and issues of concern to the Islamic laws, and As well as the positivist laws on commercial and civil proceedings, and the organization of the role of the judge in the absence of text or ambiguity.

The role of the judge is one of the most important topics that I deal with in comparison between Islamic laws and positivist laws, because it represents the implementation of the principle of neutrality and impartiality of the judge, while at the same time ensuring the protection of the judge from interfering in his independence, and Malicious lawsuit Which weaken the judge. And affected him in the performance of his duties.

This study deals with the role of the judge in cases where the text is not mentioned a comparative study between Islamic laws and positivist laws to identify the real role of the judge in cases where the text is not mentioned, the judicial decisions, its causes and consequences. The role of the judge is considered in cases where the text does not mentioned (in which it is necessary) the requirements of justice and the preservation of rights.

This study shows that the role of the judge is a description of the role played by the judge when there is a defect or lack of text or ambiguity in the assets and procedures of the litigation, which leads to the non-consideration of the legislator, or to change the judgment ,and the consequences of the intended and required To veto.

In this thesis I have study the aspect of the role of the judge in cases where the the text is not mentioned a comparative study between Islamic laws and positivist laws. The role of the judge in the jurisprudence, his role in achieving justice and the realization of the right with all individuals, as well as his fairness in the cases presented to him, and also to clarify the correct concept of the role of the judge in the absence of text or ambiguity and independence From other authorities.

The topic of the study is divided into three chapters. The first chapter is devoted to the concept of jurisprudence in Islamic laws and positivist laws. And related terms. Through comparing and addressing differences and agreement between them, and then

showed the importance of the judiciary, which reflects that role in the pursuit of justice and the realization of the right. The duties and competences of the judges in the performance of their job, and the end of the jurisdiction of the judges and their responsibility for their judicial work.

Chapter two studied the origins of the case in Islamic laws and in the judicial laws. Based on the methods of proving the right before the courts, the substance of the lawsuit, its nature, legality, elements, causes, types and characteristics. With an indication of the motives and reasons related thereto. And dealt with the courts in the Islamic laws and the judicial courts, and then dealt with the concept of the lawsuit and what it is and the procedures of prosecution and methods of evidence before the courts. In addition to the judges' assistants in the courts, such as lawyers and workers in the courts.

In the third chapter, it dealt with the role of the judge in cases where the text was not mentioned, and his role in changing the jurisprudence in the absence of text or ambiguity. I also dealt with the things related to the role of the judge in the systems of positivist laws and in Islamic laws.

Keywords : İslam, Law, İslamic Law, Role of Judge.

فهرس المحتويات

ÖZET v
ABSTRACT vii
الاختصارات xiii
مقدمة xv
مشكلة الدراسة 1
أهداف الدراسة 1
أهمية الدراسة 1
أسئلة الدراسة 2
الدرسات السابقة 2
منهج الدراسة 3

القسم الأول

مفهوم القضاء في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي (المعاصر)

1.1. المفهوم اللغوي والشرعي للقضاء 5
1.1.1. المفهوم اللغوي للقضاء 5
1.1.2. المفهوم الشرعي للقضاء 6
1.2. أهمية القضاء 8
1.2.1. العدل والظلم 9
1.2.2. التحذير من القصاء والترغيب فيه 10
1.3. مسؤولية القضاة 11
1.3.1. القضاة 11
1.3.2. التطبيق الشرعي 13
1.3.3. الهيكل التنظيمي 14
1.4. حكم ولاية القضاة 15
1.4.1. نصب القضاة وتعيينهم 15
1.4.2. قبول التعيين للمنصب القضائي 16
1.5. خصائص القضاة 17
1.5.1. اختصاص القضاء من حيث المكان 18
1.5.2. اختصاص القضاء من حيث الزمان 19
1.5.3. اختصاص القضاء من حيث الأشخاص 19

1.5.4. اختصاص القضاء من حيث الموضوع 19
1.5.5. اختصاص القضاء بخصومة معينة وخصوم معينين 19
1.5.6. سعة اختصاص القاضي في الشريعة الإسلامية..... 21
1.6. واجبات القضاة..... 22
1.6.1. واجبات القضاة وأعضاء النيابة العامة..... 22
1.6.2. المبادئ الأخلاقية التى يجب أن يمتثل بها القضاة 23
1.7. نهاية الولاية في واجبات القضاة..... 27
1.7.1. عزل الخليفة أوالحاكم للقاضي 28
1.7.2. عزل القاضي بموت الحاكم أوعزله..... 28
1.7.3. عزل القاضي نفسه (الاستقالة) 29
1.7.4. عزل القاضي في القانون المعاصر 29

القسم الثاني

أصول المحاكمات الشرعية والقانونية

2.1. تعريف أصول المحاكمات الشرعية والقانونية..... 32
2.1.1. موضوع أصول المحاكمات الشرعية والقانونية 33
2.2. المحاكم الشرعية والقانونية..... 33
2.2.1. الهدف من مجلس القضاء سابقا " المحكمة" 34
2.2.2. تعريف المحاكم الشرعية والقانونية 34
2.3. تشكيل المحاكم الشرعية ودرجاتها..... 35
2.3.1. المجلس الأعلى للقضاء 36
2.3.2. اختصاصات مجلس القضاء الأعلى..... 37
2.3.3. المحكمة العليا أومحكمة التمييز..... 38
2.3.4. محاكم الاستئناف..... 39
2.3.5. المحاكم الابتدائية 40
2.4. مفهوم الدعوى وماهيتها..... 42
2.4.1. مفهوم الدعوى 43
2.4.2. تعريف الدعوى في اصطلاح الفقهاء..... 43
2.4.3. تعريف الدعوى في القانون الوضعي..... 44
2.5. أركان الدعوى في الشريعة الإسلامية..... 45
2.5.1. التميز بين المدعي والمدعى عليه..... 46
2.5.2. ركن الدعوى في القانون 47

2.6. سبب الدعوى في الشريعة الإسلامية..... 47
2.6.1. سبب الدعوى في القانون 48
2.7. أنواع الدعوى..... 49
2.7.1. الدعوى الصحيحة 49
2.7.2. الدعوى الفاسدة..... 49
2.7.3. الدعوى الباطلة 50
2.8.1. قيد العريضة الافتتاحية للدعوى 51
2.8.2. البيانات الخاصة بالعريضة..... 52
2.8.3. إجراءات سير الدعوى القضائية وانقطاعها..... 53
2.8.4. انقطاع الدعوى أوالسقوط الخصومة 54
2.9. طرق الإثبات أمام المحكمة الشرعية والقانونية..... 57
2.9.1. معنى الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون 59
2.9.2. طرق الإثبات أمام المحكمة في الشريعة الإسلامية 59
2.10. شروط الدعوى..... 72
2.10.1. الصفة..... 72
2.10.2. المصلحة 73
2.10.3. أهلية التقاضي..... 73
2.11. أعوان القاضي..... 73
2.11.1. المحامون..... 74
2.11.2. الكتبة والمحضرون والخبراء والموثقون..... 76

القسم الثالث

دور القاضي في القضايا التي لم يرد فيها النص

3.1. تعريف الاجتهاد القضائي..... 79
3.2. الاجتهاد في الأمور التي لم يرد فيها النص..... 81
3.2.1. التداخل بين وظيفتي التشريع والقضاء..... 83
3.2.2. القاعدة القانونية التي تحظر على القاضي الامتناع عن احقاق الحق..... 83
3.2.3. أنابة المشرع للقاضي في الوقائع التي لم يرد بشأنها نص 84
3.2.4. التشريعات التي تلزم القاضي بالفصل في كل الأحوال 85
3.3. دور القاضي في الاجتهاد القضائي..... 86
3.3.1. مفهوم الاجتهاد القضائي واهميته في الانظمة القانونية 87
3.3.2. الاجتهاد القضائي في الانظمة القانونية 88

3.4. دور القاضي في تكميل الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق 90
3.4.1. نقض اجتهاد القاضي 91
3.4.2. موقف القانون من تغيير الاجتهاد القضائي..... 95
3.4.3. واقع تغيير الاجتهاد القضائي..... 96
3.5. دور القاصي في الشريعة والقانون في تطويع القانون وفقا لمقتضيات الظروف..... 96
3.5.1. دور الإجتهاد القضائي في صياغة القاعدة القانونية 97
3.5.2. دور الإجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني..... 97
3.5.3. دور الإجتهاد القاضي كمصدر مباشرللقانون..... 98
3.5.4. نظرة عامة حول التفسير القانوني 99
3.5.5. دور الاجتهاد القضائي في تفسير القانون..... 100
3.5.6. الاجتهاد في تفسير النصوص في الشريعة الإسلامية..... 101
3.6. دور القاضي في النظام الإسلامي في المسائل التي لم ترد فيها النص..... 102
3.6.1. نظرة العلماء عن القاضي المجتهد 103
3.6.2. القاضي المجتهد 104
3.6.3. القاضي المقلد 105
3.7. دور القاضي المدني في تقدير وسائل الإثبات على ضوء العمل القضائي..... 106
3.7.1. دور القاضي المدني في تطبيق المقتضيات المتعلقة بالاثبات..... 106
3.7.2. ضوابط الرقابة القضائية على وسائل الإثبات 108
3.7.3. دور القاضي في تقدير وسائل الإثبات..... 110
3.8. سلطة القاضي الجنائي في تقدير الوسائل العلمية في الإثبات..... 111
3.8.1. مرحلة البناء الأدلة المادية والعلمية 112
3.8.2. الأطراف المتدخلة في بناء وتقدير الدليل العلمي الجنائي في الإثبات 112
3.8.3. السلطة التقديرية للقاضي الجنائي..... 113
النتيجة العامة..... 114
قائمة المراجع 116

الاختصارات

ر.ج	رئاسة الجمهورية
ج. ف	جمهور الفقهاء
ش.ق	الشرعية والقانونية
م.ج	المشرع الجزائري
ق.ت.م	القانون التقاعد المدني
د.ت.ج	الدستور التشادي الجديد
م.أ.ع	مجلة الأحكام العدلية
ذ.ج.ف	ذهب جمهور الفقهاء
ق.م.ج	قانون المدني الجزائري
ق.أ.م.ش	قانون أصول المحاكمات الشرعية
ق.أ.م.ق	قانون أصول المحاكمات القانونية
ق.م.ق.ج	قانون المحضر القضائي الجزائري
ق.إ.م	قانون الإجراءات المدنية
ق.إ.م.ج	قانون الإجراءات المدنية الجزائية
ق.إ.م	قانون الإثبات المصري
ق.إ.ش.ي	قانون الإثبات الشرعي اليمني
ق.إ.أ	قانون الإثبات الأردني
م.ق.إ	مجموعة قوانين الإسلامية
أ.م.ش	أصول المرافعات الشرعية
م.ق.ق	مفهوم القرينة القضائية
ت.ق.ق	تعريف القرينة القضائية
ق.م.ج	قانون المحضر الجزائية
ق.إ.م.أ	قانون الإجراءات المدنية الأردني

ق.إ.م. إ	قانون الإجراءات المدنية والإثبات
ق.م.ع	قانون المدنية العقارية

مقدمة

يعد القضاء من الأمور المقدسة عند كل الأمم، فلقد قدسته الشرائع السماوية والقوانين الوضعية منذ نشأتها لحد الان، فتعد وظيفة القاضي من أسمى المناصب، إذ من خلال وظيفة القضاء يَسُود العدلِ والاستقرارفي المجتمع، فللقضاء أهمية عظيمة وذلك من خلال طبيعة المهمة الملقاة على عاتق القضاة بالوقوف بوجه الظالم وإعادة الحقوق المسلوبة الى أصحابها.

القضاة العادل هوالقوة الفعالة التي يلتجأ اليها الضعيف، **فالقضاء في اللغة:** هوإحكام الشيء وإتمامه والفراغ منه. **أما القضاء فِقهًا:** فهوولاية الحكم شرعا لمن له أهلية الفتوى، كجُزئيات القوانين الشرعية على أشخاص معينة متعلقة بإثبات الحقوق واستيفائِها للمستحق. وعرفه علماء وفق **مجلة الأحكام العدلية** كالتالي:

المادة (1784) القضاء يأتي بمعنى الحكم والحاكمية. وبذلك يمكننا تعريفه وفق المواد الآتية:

المادة (1785) القاضي هوالذات الدي نصب وعين من قبل السلطان لأجل فصل وحسم الدعوى والمحاصمة الواقعة بين الناس توفيقا لأحكامه المشروعة.[1]

المادة (1786) الحكم هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها.

أما تعريفه قانونًا : فهوفض النزاعات والخصومات الناشئة بين الأشخاص الطبيعيين وتوجيه العقوبة الرادعة بحق من ثبت ارتكابهم المخالفات والجنح والجنايات. فالقضاء مستقل ولا سلطان عليه. وللقضاء خصوصية تختلف عن باقي الوظائف ذلك للدور الذي يقوم به.[2]

وهناك شرط لابد من تتوفرفيه القضاة كالبلوغ والعقل والعلم والإجتهاد والإسلام، وإن اختيار القضاة لا يتم جزافا في النظم الوضعية فهم إما مجازون من الدولة بعد استيفائهم الشروط القانونية أومنتخبون من بين من لهم الخِبرة والكِفاية كما في الأنظمة القضائية عامة.

ويعد القضاء من الأمور المقدسة عند كل الأمم ويدل على الرقي والحضارة .

حتى لا يصبح الناس في فوضى، إذ إن الخصومة من لوازم البشرية، والتنازع سنة كونية، ولولا الوازع الذي يُنصِف الضعيف من القوي والمظلوم من الظالم لاختل النظام وعمت الفوضى الساحقة بين الناس، يشير الى ذلك قوله تعالى: ﴿ وَلَوْلاَ دَفْعُ الله الناس بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الارض ﴾. [3]

فلا غرابة إذا كان القضاء مما قدسته الشرائع السماوية والقوانين الوضعية منذ نشأتها الى الآن، ولذا كانت وظيفة القضاة ولاتزال من أسمى المناصب، إذ من شأنها تمكين سيادة القوانين التي تحكم المجتمع، وتدعيم السلام

---

[1] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية. ***مجلة الأحكام العدلية***. (ت +) ج1 المكتبة الشاملة الحديثة. نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، إسطنبول، 26/ شعبان المعظم سنة/1293هـ. ص: 364.

[2] على خالد دبيس، ***القضاء فى القانون والفقه الإسلامي دراسة تطبيقية***، (ت/ ميثاق طالب غركان)، مجلة أهل البيت عليهم السلام، ع xiv، بغداد، 2011م، ص 177.

[3] سورة البقرة، الأية 250

بين الناس بواسطة ما يُصدِرُهُ القضاة من أحكام وأوامر لِصيانة الحقوق ولتوقيع العقاب لكل مُعتدٍ عليها باسم الهيئة القضائية.

فإن القضاء مهمة خطيرة، ومقدسة عند جميع الأمم لأن الخصومة من لوازم الطبيعة البشرية، فلولم يكن ثمة نظام لأختل الأمن وعمت الفوضى وانتشر الظلم والعصيان، ومما يدل على أهميته وشرفه أنه من وظائف الأنبياء والمرسلين، فقد أثبت الله عز وجل ذلك لداوود عليه السلام، فقال تعالى : ﴿ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ ۚ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ ﴾.[4]

وبناء على ما تقدم فسيكون منهج البحث على أساس تخصيص كل فصل على حدة، لكل واحد يشتمل على مباحث وفروع ومرتكزات في دور القضاة في القضايا التي لم ترد فيها النص (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، مع فصل تمهيدي للتعريف بالقضاء على النحوالتالي:

[4] سورة ص، الأية 25

مدخل

I. مشكلة الدراسة

تنبع مشكلة الدراسة من الدور الهام الذي يقوم به القاضي من إحقاق الحق والحكم بالعدل، فإن المشكلة الرئيسية تتمثل بألا يشوب القاضي أي شبهة قد تؤثر في قضائه، كأن يكون له مصلحة شخصية مع أحد الخصوم أوينظر في خصومة لأحد أقاربه.

II. أهداف الدراسة

إن الهدف الرئيسي من تناول موضوع دور القضاة ، هوبيان الجواب الشرعية والقانونية المنظمة لهذا الموضوع في الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي، وذلك من خلال بيان اختصاص القضاة في القضايا المعروضة أمامهم، وأهميتها في الأحكام القضائية التي لم يرد فيها النص أوفيها غموض وتمييزها عن غيرها من الأعمال، وبيان قدر إستقلالها من السلطات الأخرى وأثرها على القضايا المعروضة عليها.

III. أهمية الدراسة

إن الدراسة في موضوع دور القضاة في القضايا التي لم ترد فيها النص له قدر من الأهمية النظرية والعلمية، فمن ناحية الأهمية النظرية، فإن دراسة هذا الموضوع تتناول بعض المشكلات القانونية التي تظهر عند عدم النص في القضية المعروضة أمام القضاة ، وعند إعمال أحد أطراف الخصومة حقه في طلب العدالة وإحقاق الحق، وهذا يتطلب من الباحث دراستها وإيجاد حلول لها، وقد أشار الباحث إلى بعضها ضمن مشكلة البحث.

وأن هذه الأهمية تكمن في أن دراسة موضوع دور القضاة سيكون فصلا نظريا للبحث في العديد من المسائل القانونية المتعلقة به كتحديد دور القضاة في الاجتهاد القضائي وأسبابه وتمييزه عن غيره ونظامه الإجرائي وأثاره.

وتتمثل أهمية الدراسة من الناحية العلمية في إمكانية استفادة في الفئات الآتية منها:

1. المهتمون بموضوعات القضاء ودوره القضاة في ذلك.
2. تمكين القضاة في حل القضايا المعروضة أمامهم، في حالة عدم النص أوالغموض.
3. الباحثون في أصول المحاكمات القضائية من خلال جعل موضوع هذه الدراسة نواة لدراسات معمقة.
4. الجهاز القضائي، لأن موضوع هذه الدراسة يمس بشكل مباشر القضاة والقائمين على هذا الجهاز.
5. المشرع يمكن أن يستفيد منها في وضع أسس تمكن القضاة للقيام بدورهم .

IV. أسئلة الدراسة

تطرح الدراسة عدة أسئلة هي:

1. ما مفهوم دور القضاة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي المعاصر؟
2. ما الأسباب الدافعة لتدخل القضاة في الشريعة الإسلامية والقانون؟
3. ما مدى إمكانية الطعن في الحكم الصادر من القضاة في حال قيام القضاة بالإجتهاد في القضية؟
4. ما التطبيقات القضائية ؟
5. هل توجد بعض القضايا العملية لدور القضاة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي؟
6. ما مدى تطبيق الأحكام القضائية والقانونية المتعلقة بدور القضاة في حال عدم النص أوالغموض؟.
7. ما دور القاضي في حالة عدم النص أوالغموض في القضية المعروضة عليه؟.

V. الدرسات السابقة

بعد الاطلاع والدراسة والبحث لم أجد كتابا أورسالة مختصة جمع فيها دورالقاضي في القضايا التي لم يرد فيها النص دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي مما د فعني للبحث في ذلك والسعي للمقارنة بينهما، وبيان كل واحد منها على حده ممَّا حتم دراسة هذا الموضوع، مع تكملت بعض النقص فى النص والغموص، وبيان دور القاضي في ذلك، فهناك دراسات وبحوث علمية تناولت موضوع القضاة كجزء من دورهم ولكن الدراسات تتوجه إليها بعض الملاحظات تتلخص فيما يلي :

إن معظم الرسائل والبحوث التي تناول موضوع دور القاضي في القضاء من منظور جزئي فقط، قد تناول هذا البحث على أساس أنه دور جزئي، وهناك من تناول هذا الموضوع على شكل قانوني وضعي بحت مع ذكرالحقوق والآثار المترتب على دور القاضي، مبعداً بحثه عن ما جاء في الشريعة الإسلامية من دور القاضي في الاجتهاد والقياس والتفسير وتكميل النص في حالة نقص أوغموض، ومنهم من تناوله في شكل رسائل صغيرة ومنها ما يغلب عليها السرد التاريخي للقضاء، وهنا بيان لأهم ما اطلعت عليه من الدراسات السابقة.

1. أثر القواعد الفقهية الكبرى في السلطة القصائية مجلة الأحكام العدلية أنموذجا. رسالة دكتوراة الدولة في جامعة يالوفا. الدكتور: عثمان سعيد حوران. حزيران/2016م. وهي الرسالة الوحيدة التي استفدت منها فيما يخص في الدراسات السابقة.
2. رد القاضي: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني والكويتي، الباحث عبدالعزيز دهام الرشيدي، 2014م، من خلال ذلك تناول الباحث رسالته، علماً أ ن رسالة الباحث اشتملت على خمسة فصول.

الفصل الأول: تحدث فيه الباحث على مقدمة، في حين تناول الفصل الثاني مفهوم رد القاضي، وتناول الفصل الثالث النظام الإجرائي لرد القاضي، وفي الفصل الرابع تناول الدراسة الحكم الصادرفي طلب رد القاضي وكيفية الطعن فيه، وأما الفصل الخامس فتم تخصيصه للخاتمة والنتائج والتوصيات التي خرجت بها الدراسة، وتوصل إلى التالي:

أن أسباب رد القاضي التي ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية تتفق إلى حد بعيدٍ مع ما أورده المشرع الأردني والكويتي، إلا أنها يختلفان من حيث الأثر المترتب على توافرأحدها في القاضي، ففقهاء الشريعة الإسلامية رتبوا على توافر أحد أسباب رد القاضي بطلان الحكم وعدم نفاذه، في حين رتب المشرع الأردني والكويتي في هذه المسألة، أن حكم القاضي يعتبر صحيحا حتى مع توافرسبب الرد بخلاف أسباب عدم الصلاحية، فحكم القاضي في حال توافر أحدها يعتبر باطلاً، كما أن الفقهاء الشريعة الإسلامية لم يفرقوا بين عدم الصلاحية وأسباب الرد، ورتبوا نفس الأثرفي حال توافر أحدها في رد القاضي، وهوالبطلان.

بينما تناولت دور القاضي في القضايا التي لم يرد فيها النص من باب تكملت النص المنقوص والغموض فيه، مع أنه متوافقة ومقارنة مع الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في هذا المجال.

وتناول الباحث دراسته بأنها رد القاضي في الشريعة الإسلامية ، فضلاً عن بيان موقف القانون الأردني والكويتي بخصوص هذا الأمر، وتتميز دراستي الحالية في ثلاث فصول، تناولت فيها القضاء بصفة عامة، ودور القضاة وحالاتهم وإجراءاتهم وأحكام القضاة، وتوصلت في الدراسة إلى نتائج تشير إلى إتفاق بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في هذا الموضوع من حيث الهدف، فكلاهما من دور القضاة إلى تحقيق حسن قيام بوظيفة القضاة.

ومن المسائل التي حرص عليها جميع المشرعين في الدول على تنظيمها تحقيقاً لهذا الهدف بما يسمى "بعدم صلاحيات القضاة ودورهم" على اعتبارأنهم اعتبروا دور القضاة في حال عدم النص أوالفموض لإكمال النقص في التشريع وخاصة الدول التي تحكم بنظام السوابق القضائية.

VI. منهج الدراسة

سيتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية الناظمة لدور القضاة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، ومقارنتها مع بعضها البعض، وكذلك تحليل آراء فقهاء الشريعة الإسلامية والفقه القانوني في هذا الموضوع.

وقد اعتمدت في هذا الموضوع المنهج الوصفي التحليلي الذي هوجزء من المنهج التكاملي.

القسم الأول

مفهوم القضاء في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي (المعاصر)

الخطاب الشرعي الإسلامي لايفرق بين أحكام القضاء، والعبادات والمعاملات والأحوال الشخصية والجنايات وغيرذلك، فالقاعدة القانونية في الشرع الإسلامي ذاتُ طبيعة موحدة، لأن مَصدرُها واحد، وهدفها واحد مهما تنوعت العلاقات التي تحكمها، فهي ترمي إلى تنظيم العلاقات الإنسانية على أسس من الأخلاق والعدالة والمساواة.

ومع أن جميع القواعد الشرعية يَضُمها نظام واحد، ما دفع الفقهاء إلى أن يُدَونوا مصنفاتهم العامة بشكل يجمع فروع ما يطلق عليه قانونا: القانون العام والقانون الخاص، تحت عناوين مستقلة لها طابعها الخاص.[5]

ومع ذلك فقد أفرد بعض الفقهاء للقواعد التي تنظم علاقات من نوع خاص بمؤلفات تبين أحكامها في وحدة موضوعية، كما فعل أبويوسف في كِتابِ الخراج والماوردي فِي الأحكام السلطانية.[6]

فإذا أردنا تحديداً لمفهوم القواعد الشرعية التي تحكم القضاء مثلا: القضاء الجزائي نجد أنها: القواعد التي تحكم الجرائم والعقوبات ببيان الأفعال التي تَستَوجِب التجريم بأركانها وشروطها، وتضع الجزاءات والتدابِير المُستحقة على مرتكبيها، وكيفِية محاكمتهم وتنفيذ الحكم عليهم.

وفي سبيل ذلك لابد للقضاة من معرفة النصوص الشرعية الناظمة التي تنطبق على الفعل المجرم وكيفية تنزيل الحكم على الواقعة التي ثبتت لديه، وأن يَتقيد بِقواعد الأختصاص والتفسير التي تحددها النصوص.

ومن خلال ما سبق يمكننا أن نستنتج أن مفهوم القضاء في التشربع الإسلامي وفي القانون الوضعي يجب أن تكون وفق ما تم تقنينه في مجلة الأحكام العدلية حول أوصاف القضاة وآدابهم ووظائفهم وصور المحاكمة، ولكي يتضح ذلك يمكننا تناوله في الآتي:

أوصاف القضاة:

المادة (1792) ينبغي أن يكون القاضي حكيما فهيما مستقيما، وأمينا مكينا متينا. والمادة (1793) ينبغي أن يكون القاضي وافقا على المسائل الفقهية وعلى أصول المحاكمات ومقتدرا على فصل وحسم الدعاوى الواقعة تطبيقا لهما. والمادة (1794) يلزم أن يكون القاضي مقتدرا على التمييز التام، بناء عليه لا يجوز قضاء الصغير والمعتوه، والأعمى والأصم الذي لا يسمع صوت الطرفين القوي.[7]

---

[5] محمد جبر،الألفي الألوكة، ***الأحكام العامة في القضاء الجزائي***،الألوكة للنشر والتوزيع، الرياض_1436_2015م. ص105.

[6] عبد العال أحمد عطوه، ***محاضرات في علم القضاء(قسم التنظيم القضائي)***، (ت/ محمد رأفت عثمان)، ج1، الإصدار الأولى، مكتبة الألوكة، الرياض/ المملكة العربية السعودية، 2012م، ص 145.

[7] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، ج1، مصدر سابق، ص366.

آداب القضاة:

المادة (1799) القاضي مأمور بالعدل بين الخصمين، بناء عليه يلزم عليه أن يراعي العدل والمساواة في المعاملات المتعلقة بالمحاكمة كإجلاس الطرفين وإحالة النظر وتوجيه الخطاب اليه ما ولو كان أحدهما من الأشراف والآخر من أحاد الناس.

وظائف القضاة:

المادة (1808) يشترط أن لا يكون المحكوم له أحدا من أصول القاضي وفروعه وأن لا يكزن زوجته وشريكه في المال الذي سيحكم به وأجيره الخاص ومن يتعيش بنفقته بناء عليه ليس للقاضي أن يسمع دعوى أحد من هؤلاء ويحكم له.

صور المحاكمة:

المادة (1815) يجري القاضي المحاكمة علنا ولكن لا يفشي الوجه الذي سيحكم به قبل الحكم. والمادة (1828) لا يجوز للقاضي تأخير الحكم إذا حضرت أسباب الحكم وشروطه بتمامها.

ونستنتج من ذلك أن مفهوم القضاء المتمثل في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (المعاصر) لا يقتصر على ذلك فحسب، وإنما لابد أن نقوم بالتفصيل في المواضيع والمباحث الأتية:

1.1. المفهوم اللغوي والشرعي للقضاء

1.1.1. المفهوم اللغوي للقضاء

يطلق القضاء في اللغة على معان:

منها: الإحكام ومنها: الإلزام[8]

ومنها: الأمر ومنه قوله تعالى: ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ﴾ (الإسراء. الآية.23)

والقضاء في اللغة يأتي على معانٍ كثيرة هي: إحكام الشيء، وإتمامه والفراغ منه، وإمضاؤه، والحكم بين المتخاصمين، والفصل بين الشيئين وقضاء الحاجة، وقضاء الأمر، وقضاء الحج، وقضاء الدين، وقضاء الصلاة بمعنى الأداء [9].

كما يأتي أيضا القضاء في اللغة بمعنى أخذ الحق، والصلح عليه، وبمعنى المحاكمة، وبمعنى الدلالة على الأمر، فتقول: إقتضيت منه حقي: أخذته منه. وقد تأتي أيضا: "الحكم بين الناس بالحق".[10] وقدتأتي أيضا: "فصل الخصومات وقطع المنازعات"[11]

---

[8] عيسى بن عثمان بن عيسى بن غازي الغزي ابوروح شرف الدين . ***أدب القضاء.*** مكتبة بزار مكة المكرمة2013م. ص.6.

[9] نصر فريد محمد الأصل. مفتي الديار المصرية. ***السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام***.ج1،المكابة التوفيقية،رقم الإيداع0035966، القاهرة، 2015م، ص45.

[10] الكتاب: ***بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع***، جvii، ت/.. علاء الدين، أبوبكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي(المتوفى587هـ)، دار الكتب العلمية طii، 1406هـ- 1986م، ص2.

[11] لبن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين الدمشقي الحنفي(المتوفى 1252هـ)، ***رد المحتار على الدر المختار***،جv، دار الفكر-بيروت طii، 1412هـ- 1992م، ص352.

وقد جاء في القرآن الكريم في كثير من الآيات ما يؤيد هذه المعاني اللغوية التى أشرنا إليها، وهذه الآيات كالتالي:

قوله تعالى:﴿قُضِيَ الأَمرُ الذي فِيهِ تَستَفتِيانِ﴾. (سورة يوسف، الآية، 40).

قوله تعالى:﴿فَلما قَضَى مُوسى الأَجَلَ﴾. (سورة القصص، الآية، 28).

قوله تعالى:﴿أَيمَا الأَجَلَينَ قَضَيتُ﴾. (سورة القصص، الآية، 27).

وقوله تعالى:﴿إِذ قَضَينَا إِلى مُوسى الأَمرَ﴾. (سورة القصص، الآية، 43).

قوله تعالى:﴿فَقَضاهُن سَبعَ سمواتٍ فِي يَومَينِ﴾. (سورة فصلت، الآية، 11).

قوله تعالى:﴿وَقَضَينَا إِلَيهِ ذَلِكَ ألأمرَ أن هؤلاء مَقطُوعٌمُصبِحِين﴾. (سورة الحجر، الآية، 65).

قوله تعالى:﴿ فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ الْمَوْتَ مَا دَلَّهُمْ عَلَىٰ مَوْتِهِ إِلَّا دَابَّةُ الْأَرْضِ تَأْكُلُ مِنسَأَتَهُ ﴾. (سورة السبأ، الآية، 13).

قوله تعالى:﴿ وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِن قَبْلِ أَن يُقْضَىٰ إِلَيْكَ وَحْيُهُ ﴾. (سورة طه، الآية، 113).

وقوله تعالى:﴿ وكَانَ أَمْرًا مَّقْضِيًّا ﴾. (سورة مريم، الآية،21).

1.1.2. المفهوم الشرعي للقضاء

والمراد بالمفهوم الشرعي التعريف الإصطلاحي الذي أراده الفقهاء من القضاء، وهوفي جملة لا يخرج عن المعنى اللغوى الذي سبق توضيحه، وهذه التعريفات كالتالي:

يعرف الفقهاء الشريعة القضاء بأنه: (قول ملزم يصدر عن ولاية عامة، أوهوفصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص صادر عن ولاية عامة). [12]

وفي اصطلاح فقهاء القانون بأنه:(تطبيق الأحكام القانونية على المنازعات والقضايا التي ترفع الى المحاكم،) وقد يطلق لفظ القضاء على الحكم الذي تصدره المحكمة في نزاع رفع إليها فيقال: صدر قضاء المحكمة موافقا لحكم القانون أولحكم الشريعة، وعلى ذات الهيئة التي تتولى الحكم فيقال: رفع الشخص أمره الى القضاء.[13]

ومع هذه التعريفات التي أشرنا إليها، والتي تعتبرتعريفات أشمل وأعم تتناول القضاء والحكم مع ذلك نعرج إلى تعريفات أئمة المذاهب الإسلامية الأربعة حول تعريفاتهم الاصطلاحية، وهي كالتالي:

1. الحنفية : عرفوا بأن "القضاء هوالحكم بين الناس بالحق، والحكم بما أنزل الله" تعريف الكاساني في بدائع الصنائع، وفي الدرالمختار عرف ابن العابدين[14] القضاء بقوله: "فصل الخصومات وقطع النزاعات،".

---

[12] عبدالخالق النواوي.***العلاقات الدولية والنظم القضائية في الشريعة الإسلامية***.الناشر دار الكتاب العربي. بيروت لبنان.1394هـ ،1974م، ط1، ص173.

[13] عبدالخالق النواوي، ***العلاقات الدولية والنظم القضائية في الشريعة*** الإسلامية، مصدرسابق ص175 .

[14] ابن العابدين، ***رد المحتار على الدر المختار***، ج5، دار الفكر ، بيروت 1992م، ص352. وينظر: السرخسي، ***المبسوط***، ج17، ص28. الكاساني، ***بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع***، ج6، ص223.

فنلاحظ أن القضاء هوالحكم، فلم يفردوا الحكم بتعريف خاص به جريا على اعتبار أن الحكم هوالقضاء، والقضاء هوالحكم.[15]

2. المالكية: فقد عرفه ابن فرحون في تبصرة الحكام بقوله: " القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام "، فقد عرفه ابن رشد باعتباره ماهيته قائلا: "حقيقة القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام لما فيه من فصل الخصومات ورفع الهرج وإقامة الحدود ونصرة المظلوم، وقد اشترك مغ تعريف الحنفي في لفظ "الفصل" وزاد عليه بالإلزام فهو تعريف باعتبار ذاته.[16]
3. الشافعية: عرفه الماوردي قائلا:"أما القضاء فهو الفصل لانقضاء التنازع"، وعرفه إمام الحرمين من جهة أثره:"هو شرعا إظهار حكم الشرع في الواقعة من مطاع واحترز بالمطاع عن المفتي، وأنه إلزام ممن له في الواقائع الخاصة بحكم الشرع لمعين، أوغيره"، واشترك مع تعريف ابن رشد المالكي بلفظ، "الإلزام" وأضاف الى هذه المعاني ابن عبد السلام لفظ"الولاية"،[17]
4. الحنابلة: فعرفوه بـ: "القضاء الإلزام بالحكم الشرعي، وفصل الخصومات، والحكم إنشاء لذلك الإلزام إن كان فيه إلزام، أوللإباحة والإطلاق مثل الأرض والموت إذا بطل إحياؤها صارت مباحة لجميع الناس" "والقضاء تبيين الحكم الشرعي، والإلزام به وفصل الخصومات".

ويلاحظ أن من خلال التعريف اللغوي للحكم، أن أكثر كتب اللغة عند ما ترجع فيها إلى مادة حكم تبدأ بعبارة: الحكم بالضم هوالقضاء، فالقضاء والحكم عند أهل اللغة واحد، وهوما يفصل النزاع وينهي الخصومة، وهذا ما جعل أكثر الفقهاء لايميزون الحكم بتعريف خاص، ويكتفون بتعريف القضاء، وهذا ما أكده الدكتور عبدالناصر أبوالبصل في تعريفه للحكم القضائي، ورغم ذلك لم تخل كتب الفقه من تعريف للحكم، وإن من أمعن ودقق في هذه التعريفات، يفهم من مجمل مناقشاته أن تعريف الحكم يجب أن يشتمل على عناصر ومقومات منها:

1. فصل الخصومة وهي الوظيفة الأساسية للقضاء.
2. الإلزام فلا فائدة للحكم القضائي إن لم يكن ملزما.
3. أن يبين الطريقة أوالوسيلة التي يعبر بها القاضي عما يدور في نفسه كحل للنزاع المطروح كالقول والفعل.[18]

وهذه التعاريف للقضاء، وإن بدت وكأنها مختلفة، إلا أنها في الحقيقة متفقة ، مع الاختلافات التي فيها ويفصل بعضها ما خفي في كل تعريف من معاني أومقومات القضاء، ومن هنا يمكننا اختيار تعريف كأكثر انتشارا في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (المعصر)، وهي كالتالي:

---

[15] ماهر معروف النداف. ***بطلان الحكم القضاء في الفقه الإسلامي والقانون.*** كلية الدراسات العليا- الجامعة الأردنية- عمان، 2005م ص7.

[16] الدسوقي، ***حاشية الدسوقي على شرح الكبير***، جii، ص174. ابن فرحون، إبراهيم بن على بن محمد، برهان الدين اليعمري، ***تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام***، مكتبة الكليات الأزهرية، 1986م، ص11. الخرشي، أبو عبدالله محمد بن عبدالله المالكي، ***شرح مختصر خليل للخرشي***، دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون ط، ت، جvii، ص151.

[17] القيلوبي وعميرة، ***حاشيتا قيلوبي وعميرة***، ج،iv ص297. ابن حجر الهيتمي: أحمد بن محمد بن على، ***تحفة المحتاج في شرح المنهاج***، روجعت وصححت:على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد1983م، جx، ص101. الخطيب الشربيني: شمس الدين، محمد بن أحمد الشافعي(ت:977هـ)، ***مغنى المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج***، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان،1994م، جvi، ص257.

[18] أبوالبصل، عبدالناصر، ***نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون***، ط1. دار النفائس،عمان، 2000م ص 34.

1.1.2.1 التعاريف المختارة

- **الشرع الإسلامي**

والتعريف الذي يمكن وضعه واختياره للقضاء بمعناه الإصطلاحي هوأن يقال: " القضاء هوالحكم بين الخصوم بالشريعة الإسلامية بكيفية مخصوصة"[19] ويراد بالكيفية المخصوصة: كيفية رفع الدعوى إلى القاضي، والاساليب والضوابط التي يلتزم بها القاضي والخصوم في إجراء التقاضي والترافع أمام القاضي، ووسائل الإثبات للحق المدعى به ووسائل دفع الدعوى، والتي تكون على أساس هذه الوسائل للإثبات والدفع للدعوى يصدر القاضي حكمه الحاسم للنزاع وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية.

- **القانون المعاصر**

والتعريف الأكثر قبولا عند أهل القانون للحكم القضائي "هوالقرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا في خصومة رفعت إليها، وفق قواعد المرافعات، سواء كان صادرا في موضوع الخصومة أوفي شق منه، أوفي مسألة متفرعة عنه" وإصدار الحكم في الموضوع هوالخاتمة الطبيعية لكل خصومة، وهوالغرض والهدف من القضاء.[20]

والقانون المصري يطلق الحكم القضائي على كل حكم صادر في خصومة سواء كان حكما قطعيا في موضوع أوحكما غير قطعي ولا فاصل في موضوع الخصومة فيشمل بذلك الأحكام الإجرائية والتمهيدية.[21]

1.2. أهمية القضاء

إن المجتمعات البشرية على اختلاف زمانها ومكانها لا تخلومن أسباب النزاع والخصومة مهما بلغت في درجات العلم والرقي والتحضر، الأمر الذي يستدعي ضرورة وجود القضاء لفض النزاعات وقطع دابر الخصومات، لإنصاف المظلومين، وردع الظالمين، وإقامة العدل والقسط بين الناس، وتحقيق عمارة الأرض والاستخلاف فيها.

وإن أهم دعائم السعادة التي يسعى البشر لتحقيقها أن يطمئن الناس إلى حقوقهم، وأن يسود العدل بينهم، وليس أبعث على الشقاء والتعاسة وذهاب الطمأنينة من حياة الناس من سلب الحقوق، وظلم الناس، وتسلط الأقوياء على الضعفاء، مما يحيل الحياة إلى ضنك وتعاسة لا تطاق، ولا شك أن هذا الأمر يشكل انحرافاً عن منهج الإسلام، وعن سنن الله سبحانه وتعالى وسنن الكون والفطرة الإنسانية السلمية؛ مما يثيرالأحقاد والضغائن، ويدفع إلى التربص والإنتقام؛ مما يهدد النسيج الاجتماعي، بل يقطع الصلات بين أفراد العائلة الواحدة.

ومن المعروف والمسلم به أن للقضاء وأحكامه أهمية كبيرة في حياة الناس عموما، وحياة المسلمين خصوصا، إذ أن شريعتنا قامت على تحقيق العدل والمساواة بين الناس، ورفع الظلم عن المظلوم ورد كيد الظالم إلى نحره،

---

[19] زيدان، عبدالكريم، ***نظام القضاء في الشريعة الإسلامية***، ت.. المجمع الفقهي العراقي، بغداد، 2019م، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2000م، ص13.

[20] المداف، ماهر معروف، ***بطلان الحكم القضائي في الفقه الإسلامي والقانون***م.ص25.

[21]. عمر، نبيل إسماعيل، ***أصول المرافقعات المدنية والتجارية***، ت .../ عيسى إسماعيل عبدالله، القاهرة، دار الكتاب العربي، ط1، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1986م، ص1057.

وهذه الأمور وغيرها لا يمكن تحقيقها إلا عن طريق القضاء والقاضي القائم على حسم المنازعات، وفض الخصومات بين الناس وتحكيم شرع الإسلام فيهم.

وحيث أن تحقيق ذلك كله عبر القضاء وتوجيه القاضي إلى الصواب والسداد فيما يعرض عليه من مسائل وفيما يحتاجه من أحكام وأدلة فهوبهذا يكون قد أدى مهامه الموكل إليه من قبل الحاكم أوالسلطة التنفيذية، وهذا يؤدي إلى تحقيق الهدف المنشود وهوتحقيق العدالة بين المتخاصمين ويساهم في استقرار المجتمع ، حيث يشعرون بالأمان تجاه القضاء والقضاة ، ويكون قد ساهموا في تحقيق هدف قيام القضاء .

بناء على ذلك أن أهمية القضاء تكمن في تحقيق العدالة والاستقرار، وردع الظلم والفساد التي تنشأ بين أوساط المجتمع البشري بسبب تصرفات الإنسان العدواني من حين لآخر، ومن أهميته أيضا التحذير من القضاء والترغيب فيه في آن واحد، وذلك وفق الشروط التي رسمتها الشريعة الإسلامية، في التحذير من تولية القضاء والترغيب فيه، ونتناول ذلك في الآتي:

1.2.1. العدل والظلم

إن أهمية الأشياء تقاس بغاياتها والغاية في القضاء هي: إقامة العدل وكبح الظلم فحيثما وجد العدل زال الظلم، والظلم ظلمات في الدنيا والأخرة وهوقهر للنفوس وهضم للحقوق وهتك للأعراض وهوقبيح في الجليل والحقير وقد وصف الله به أشنع الكبائر وهوالإشراك به تعالى: فقال سبحانه وتعالى:﴿ إِنَّ الشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ ﴾[22]

ولعظم شأن العدل في دحض الظلم وأنهما ضدان لايجتمعان وردا في آية واحدة بأمر ونهي، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ ۚ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾.[23]

وقد أدركت البشرية في مختلف العصور أهمية العدل فجعلوه هدفاً لأحكامهم، وقد يختلفون في الوسائل والنتائج ولكنهم متحدون فيما يهدفون إليه إذ يعتبرون أن نتائج أحكامهم هي العدل وإن كانت في ذاتها هي عين الظلم.[24]

ولما كان العدل قوة فعالة تستأصل الظلم وتمحوآثاره جاء التعبيرالكريم بأبلغ تصوير في زوال الظلم عندما يصطدم بالعدل.

قال تعالى: ﴿ بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُ فَإِذَا هُوَ زَاهِقٌ ۚ وَلَكُمُ الْوَيْلُ مِمَّا تَصِفُونَ ﴾، [25]ومن هنا تبرز أهمية القضاء الذي هووسيلة لإقامة العدل بين الناس ولأهمية تلك الغاية وخطورتها جاء التحذير والوعيد في استعمال هذه الوسيلة لكي لايستعملها من لا يحسن استعمالها فتنحرف من الصراط وتزل به الأقدام فيهوي في معاقل الظلم والبهتان.

---

[22]سورة لقمان، الآية13.

[23]سورة النحل، الآية89.

[24]عبدالعزيز، عبدالرحمان ابراهيم، ***القضاء ونظامه في الكتاب والسنة*** ـ معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، مركز البحوث الدراسات الإشلامية، مكة المكرمة،1409هـ ـ 1989م ط1، ص63.

[25]سورة الأنبياء، الآية 18.

1.2.2. التحذير من القضاء والترغيب فيه

أعلم أن التحذير من القضاء ومن الدخول فيه من جهة النظر في القضايا والحكم عليها وذلك لما يعتريها من صخب وضجيج لا سيما في حال الخصومة وما يكنفها من أحوال وملابسات شائكة وخفية يصعب على القضاء رؤية الحق وتبيانه، وليس أدل على هذا من الحديث الذي رواه البخاري بسنده عن أم سلمة رضي الله عنها: أن رسول الله ﷺ قال:(إنما أنا بشروإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي على نحوما أسمع فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار).[26]

وعلى هذا، وردت الأحاديث في التخذير من القضاء لاسيما وأن موضوعه حقوق الله تعالى، وحقوق العباد التي هي الدماء والأحوال والأعراض فهي في الخطورة بمكان.

فقد روى الترمذي بسنده عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول اللهﷺ قال:(من ولي القضاء أوجُعل قاضيا بين الناس فقد ذبح بغير سكين).[27]

وهذا هوسر التحذير من القضاء لا يخلومن مزلة الأفهام ومزالق الأقدام، ومع هذا فقد جاء الترغيب فيه.

فقد روى البخاري بسنده عن عبدالله قال: قال رسول اللهﷺ(لا حسد إلا في اثنتين رجل آتاه الله مالاً فسلطه على هلكته في الحق وآخر آتاه الله الحكمة فهويقضي بها ويعلمها). [28]

وروى البخاري ومسلم من حديث عمروبن العاص (رضي الله عنه): أنه سمع رسول الله ﷺ قال: (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد فأخطأ فله أجر).[29]

وإذا نظرنا في هذه الأحاديث نجد أن الترهيب من باب التخويف من الوقوع في متاهات القضايا الشائكة، والترغيب من باب تحقيق العدالة، وليس بين الأحاديث تعارض، فحديث الأجر والاجتهاد لا يمنع تحمل تبعات حكمه مع حصول أجرالاجتهاد، وحديث الذبح بالسكين لا ينفي حصول الأجر والثواب، بل يشيرإلى الضيق والمشقة لما يلقاه القاضي من الخصمين والنظر في القضايا.

فتحقيق العدالة أمر مرغوب وعمل جليل، فقد سبق من رواية مسلم وغيره أن رسول اللهﷺ قال: (إن المقسطين عندالله على منابر من نور عن يمين الرحمن عزوجل وكلتا يديه يمين، الذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وما ولوا).[30]

وما ذلك إلا لأهمية العدل وبالتالي أهمية القضاء بالعدل.

---

[26]أبو عبدالله، محمد بن اسماعيل البخاري، ***صحيح البخاري***، (ط../دار ابن كثير.) ج1، ط1، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، 2002م، المكتبة الوقفية، 2019، ص 86.

[27] أبو الحسن، مسلم بن الحجاج، ***صحيح مسلم*** ،(ط.. التأصيل)، ط.. الأوقاف السعودية، 2017م، ت/ مركز البحوث وتقنية المعلومات، ج3، المكتلة الوقفية،2019م. ص1337.

[28] أبو عبدالله،محمد بن اسماعيل البخاري، ***صحيح البخاري***، مصدر سابق، ج1، ص78.

[29] أبو الحسن، مسلم بن الحجاج، ***صحيح مسلم***، مصدر سابق، ج3، ص268.

[30] أبو الحسن، مسلم بن الحجاج، ***صحيح مسلم***، مصدر سابق،ج3، ص 1458 .

1.3. مسؤولية القضاة

إن مسئولية القضاة مسئولية ضخمة وشاقة تتجلى ضخامتها وخطورتها من موضوع القضاء الذي هومن حقوق الله وحقوق العباد فليس هناك مسئولية أكبر وأخطر من تلك المسئولية التي تتعرض للحكم في الدماء والأموال والأعراض.[31]

ومن ضمن مسؤولية القضاة كما ذكر في مجلة الأحكام العدلية في المادة (1758)، "لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقا لأحكامها المشروعة" وذلك أيضا تقع من مسؤولية القضاة.[32]

وكلها ذات شأن عظيم، وخطر جسيم، وقد يفتدى الإنسان بدمه وماله ليبقى عرضه، وقد يدرك الخطأ في الأموال والأعراض بالعوض والإباحة والتوبة والإنابة، أما الخطأ في الدماء لاسيما النفس المحرمة فإن شأنها عظيم وأمرها رهيب، ولهذا كله ورد التحذير والوعيد لمن يتقلد هذه المسئولية لكثرة مزالقها وخفاء مسالكها، والواقع أن كل ما يتعلق بالقضاء وكل ما من شأنه إقامة العدل ودفع الظلم هومن مسئولية القضاة وعليهم تحقيقها ومراعاتها.

وبناء على مسئولية القضاة هذه فإن القضاء قد تطور كثيرا من جرّاء التقدم الحضاري ويتمثل ذلك في نوعين هما: الشكل والموضوع، فالشكل هو: الهيكل التنظيمي للقضاء والموضوع هو: التطبيق الشرعي، وكل منهما يحوي مسئوليات خاصة كما أنه للدور الهام الذي يلعبه القضاة في هذين النوعين.

ومن هنا يمكننا أن نحدد مسئوليات القضاة على حسب تقسيمات بعض الفقهاء الفقه الإسلامي الذين كتبوا في جانب القضاء الإسلامي والوضعي معا، وهي كالتالي: القضاة ،والتطبيق الشرعي والهيكل التنظيمي .

1.3.1. القضاة

المادة (1799) "القضاة مأمورون بالعدل بين الخصمين، بناء عليه يلزم عليه أن يراعي العدل والمساواة في المعاملات المتعلقة بالمحاكمة كإجلاس الطرفين وإحالة النظر وتوجيه الخطاب اليه ما ولو كان أحدهما من الأشراف والأخر من آحاد الناس".[33] والمادة (1800) "القاضي وكيل من قبل السلطان بإجراء المحاكمة والحكم".

من المعلوم أن القضاة لهم مكانة مرموقة في المجتمع لما أنيط بهم من مسئوليات خطيرة تتمثل في الحكم بين الناس بالعدل، وبهذا يجتذبون أحاسيس الناس ويثيرون مشاعرهم بسبب أنهم رواد العدالة وعلى منابر العدل، هكذا ينظر الناس للقضاة فيشغفون برؤيتهم ويقتدون بسيرتهم.

إن مسئولية القضاة تكمن في شخصيتهم وفي سيرتهم، ولهذا كان إختيار القضاة وفق شروط وصفات تتناسب مع مركزهم ومسئولياتهم ولأن القضاء أرقى مظاهر العدل والمساواة، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

---

[31] السيجاني، جعفر، ***القضاء والشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء***، مؤسسة الإمام الصادق،ج1،بيروت، لبنان،2008م، ص11.

[32] على حيدر، خواجة أمين أفندي، (ت../ فهمي الحسيني) ***كتاب درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية***. ت.. فهمي الحسيني، ج4، المكتبة الشاملة الحديثة، قسم السياسة السرعية والقضاء، دار الخليل، ط1، 1991م، ص572.

[33] على حيدر أفندي، ***كتاب درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق، ص 594.

قال تعالى:﴿ كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ ۗ وَلَوْ آمَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْرًا لَّهُم ۚ مِّنْهُمُ الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾. (سورة آل عمران).[34]

فمن هذه القواعد العامة التي رسمتها الشريعة الإسلامية ينبغي للقضاة أن يستقوا منهجهم الذي يسيرون عليه، ويعاملون به الآخرين، فيبتعدون عن الغلظة والقسوة، وعن التساهل والتهاون وعدم المبالاة، بل يتوخون الوسط في ذلك فيترفعون من غير تكبر ويخفضون الجناح من غيرذلة.

ومن هنا يمكننا الحديث عن أخطاء التي تقع عند مزاولة القضاة مهامهم، وما هي المسئوليات المترتبة على ذلك ؟

القضاة : يحكمون باجتهادهم، والمجهتد يصيب ويخطئ، والخطأ قد يصيب الناس في أموالهم وأنفسهم، وبناء على ذلك يمكننا سرد مسئولية القضاة حسب جسامة الخطأ المرتكب من قبل القضاة.

1.3.1.1. لا مسئولية في خطأ القاضي في بيت المال والسائغ

القاصي موظف عام له ولاية عامة في أمور المسلمين وليس عاملا لنفسه، فإذا صدر منه خطأ وكان هذا الخطأ عمدا أو غير عمد، فإن كان الخطأ في الحكم بقصد العمد فأنه يضمن خطأه، وإن لم يكن عامدا فإن الضمان للنفس، أو المال يكون على بيت مال المسلمين.[35]

أما الخطأ المألوف السائغ في الأمور الاجتهادية فهدر، ولا يسأل عنه القاضي ولايضمنه في ماله، ولايضمنه بيت المال. وهذا ما ذهبت إليه كتب الفقه من قبل، من أنه لا يؤاخذ بالضمان، ولايجاهر بخطئه مراعاة لمكانته، وينبغي أن يظهر للناس رجوعه عن ذلك، فيبقى الحكم في مجلس القضاء.[36]

إذا كان خطأ القضاة في حكمهم خطأ سائغا مألوفا في الأمور الإجتهادية فإن القضاة لا يسألون عنه ولا عن آثاره، ولا يضمنه بيت المال، قال الفقيه ابن فرحون : (ولاشيء على القاضي لأن خطأ السلطان في الأموال على الاجتهاد هدر)[37]، وبناء على ذلك أن عدم مسئولية القضاة لا تنحصر في الأموال فقط، وإنما تتعداها إلى النفوس أيضا ما دام حكمهم صدر عن اجتهاد سائغ.[38]

1.3.1.2. المسئولية في الخطأ الفاحش

وإذا كان خطأ القضاة من الخطأ الفاحش الذى لا يحتمله الاجتهاد السائغ المقبول فإن القضاة يسألون عن خطئهم هذا، وما سبّبه للغير من إضرار.

---

[34]سورة آل عمران (الآية) 109.

[35] عبدالغفور، محمد البيستاني، ***القواعد الفقهية في القضاءدراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة***، موسوعة شاملة للقواعد الفقهية في ولاية القاضي وأصول التقاضي وطرق الإثبات والحكم والتنفيذ والحدود والتعازير والقصاص والديات.(ت.. ***القاضي عبدالغفور محمد البيساتي)***، ت../ الأستاذ الدكتور محيي هلال السرحان.ج1، ط1، دار النهضة للطباعة والنشر والتوزيع، سورسة- دمشق، 1431هـ-2010م، ص 204.

[36] ينظر: السرخي، ***المبسوط***، ج16، ص75. الكاساني، ***بدائع الفوائد***، ج7، ص16.

[37] إبراهيم بن على بن محمد بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون، ***تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، (ت../ الشيخ جمال عشلي)، ت/ إبراهيم شمس الدين محمد بن فرحون اليعمري***،/ السياسة، ج1، دار عالم الكتب للنسر والتوزيع، الرياض/ المماكة العربية السعودية، 1423هـ-2003م.

[38]زيدان، عبدالكريم، ***نظام القضاء في الشريفة الإسلامية***، مصدرسابق، ص 83.

أما في النظام القضائي الفرنسي حسب المادة (781) من لائحة النظام القضائي فإن: "الدولة ملزمة بجبرالضرر الناتج عن الخلل في عمل القضاء، ولاتكون هذه المسئولية، فعليه إلا في حال خلل فادح أورفض العدالة".[39]

والخلل أوالخطأ يكمن في:"ذلك الذي يرتكب خطأ فادح من طرف أحد القضاة الذي ما كان يرتكبه إذا أنه التزم بالواجبات عليه"، ويضاف إلى ذلك: "الجهل الخطير والذي لا يمكن أن يكون عذرا له من جهة الواجبات الأساسية للقضاة أثناء ممارستهم للوظيفة، ويدخل في إطار الخلل الفادح مثلا إفشاء القضاة أومسئولي العدالة لوثائق تمكن من معرفة الأشخاص المتهمين في إطار التحقيق، وكذلك بقاء القضية لمدة سنة أمام محكمة الإستئناف، فهذا أيضا يعتبرخطأ فادحا".

1.3.1.3. المسئولية في الخطأ المتعمد

وإذا كان خطأ القضاة في قضائهم مرده تعمد الخطأ والجور والانحراف عن مقتضى العدل وقضوا بما لا يلزم شرعا، واعترفوا بذلك أوثبت عليهم بالبينة لزمهم الضمان في مالهم وعوقبوا بالعقوبة التي يستحقونها ويعزلون من وظيفتهم وولايتهم، ولا يجوز في المستقبل ولايتهم للقضاء ولا شهادتهم حتى وان صلُحت حالهم وأحدثوا توبة لما ارتكبوه في حق الله.

1.3.2. التطبيق الشرعي

إن الأحكام البشرية التي من وضع البشر صادرة من دائرة ضيقة محفوفة بالأهواء والأغراض، ومحددة بالزمان والمكان والأشخاص، ومشوبة بالعواطف والغرائزالمركبة في النفس البشرية والتي لا محيد عنها ولا مفر، ولذا يعتريها النقص.

أما أحكام الله تعالى فهي صادرة ممن تعالى عن الأهواء والأغراض والزمان والمكان، وأحاط بالماضي والحاضر والمستقبل، وبخصائص النفس البشرية، وما يصلحها ويُصلح لها، ولهذا فإن الحكم بما أنزل الله هوالطريق الوحيد لإقامة العدل، والحكم بغير ما أنزل الله يعتريه النقص ،من أجل ذلك تحتاج القوانين إلى التعديلات بعد كل حين .

والحكم بما أنزل الله إما أن يكون بنص الكتاب أومن السنة، وإما أن يكون ما اقتضته روح الشريعة الإسلامية السمحة، وهذا ما يعبرعنه بالاجتهاد، وهوأكثر شمولا وأوسع مدارًا، وبه صلحت الشريعة لكل زمان ومكان، وهذه هي مصادر الأحكام إجمالا والتي أقرها رسول الله ﷺ.[40]

ومن مسئوليات القضاة أيضا التثبيت والتحري سواء كان في القضية ذاتها، وما يعتريها من ملابسات وأحوال، أوكان في الحكم من حيث تناسبه مع القضية وانطباقه عليها، وبهذا الاعتبار من الفحص والتدقيق كان القضاة كالأطباء.

---

[39] كريستيان.ري سوجور، ***وضع القاضي فر التنظيم القضائي الفرنسي الإستقلالية والمسؤولية***، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2005م 1426هـ ص11.

[40] غنيم الحسين، ***الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي***، دار الفكر العربي، بيروت، 1991م، ص229.

فالمهمة الملقاة على عاتق القضاة مهمة شاقة ودقيقة، وهم المسئولون عن كل خطأ أوتعسف يلحق بأحد الأفراد الذين يطرقون باب العدالة، وهذه المهمة هي أمانة المجتمع، لا يتحملها إلا من كان يتصف بصفات الكمال في العلم والعقل والمعرفة.[41]

وقال تعالى:﴿ وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوكَانَ ذَا قُرْبَىٰ ۖ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ۚ ذَٰلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾. (سورة الأنعام).[42]

1.3.3. الهيكل التنظيمي

إن التنظيم والترتيب والحفظ والتوثيق أمور محمودة، لما لها من أهمية في توفير الوقت والجهد وحفظ الحقوق، وهذه الأمور تتأثر إلى حد بعيد بالرقي الحضاري، فحيثما وجدت الحضارة كانت الحاجة إلى هذه الأمور أكثر وذلك للتسهيل والتيسير، فإذا كان القضاء من أهم الولايات التي تتأثر بهذا التقدم للدور الذي يلعبه في شئون الناس سواء كان ذلك بفصل الخصومات أوالتوثيق والإثبات، وهذه المسئولية لا تخفى أهميتها في تنسيق شئون القضاء وحفظ أعمال القضاة، والحد من التنازع والتناكر في الحقوق بين الناس.[43] ويؤكد ذلك المادة (1810) من المجلة الأحكام العدلية حيث تقول" يجب على القاضي أن يراعي الأقدم فالأقدم ولكن إذا كانت الحال والمصلحة تقضي بتعجيل دعوى وردت مؤخرا يقدم رؤيتها".[44]

وهذا النوع من مقومات القضاء قد يدخل في مسئولية القضاة كما قد تتولاه جهة تنظيمية أخرى غير القضاة، وذلك لعدم مساسه بروح الحكم، وليس معنى هذا، التقليل من أهميته، بل إن التنظيم له أهمية كبيرة وهومن عماد شؤون القضاء، ولهذا فقد تعرض له الفقهاء وذكروا مباحثه، والحق أن الهيكل التنظيمي في شؤون القضاء يختلف باختلاف الظروف والأحوال والزمان والمكان، وهوقابل للتحسين والترقية، وهذه المسئولية هي:

1.3.3.1. تنظيم أوقات القضاء

الأصل في القضاء جائز في كل وقت وليس هناك نص يقضي بتحديد وقت القضاء لايخرج عنه، إلا أنه بالنظر حال القضاة والمتقاضين فقد تستحسن بعض الأوقات على بعض.

- **تسليم السجلات**

لم يكن تسجيل الأحكام في الصدر الأول بالأمر المهم، إلا أنها جدت أمورا اقتضت ذلك، وخاصة في الدولة العثمانية أصبحت الأمر مهما وتم تقنينه في المجلة الأحكام العدلية في المادة (1814) " يضع القاضي في المحكمة دفترا للسجلات ويقيد ويحرر في ذلك الإعلامات والسندات التي يعطيها بصورة منتظمة سالمة عن الحيلة والفساد ويعتني بالدقة بحفظ ذلك الدفتر، وإذا عزل سلم السجلات إلى خليفة إما بنفسه أو بواسطة أمينه ".[45]ويرى الباحث : إنه من المستحسن استعمال كل ما من شأنه المساعدة على ذلك مما توصل إليه العلم الحديث ، من الامكانات مثل الكميرات والأفلام وذلك لحفظ الوثائق ووسائل الإعلام .

---

[41] القضاة، مفلح، ***أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن***، ط1، دار الثقافة، عمان، 2011م. ص87.

[42] 151 . سورة الأنعام (الآية)

[43] القضاة، مفلح، ***أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن***، مصدر سابق، ص12

[44] على حيدر، ***كتاب درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق، ص367.

[45] على حيدر، ***كتاب درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق، ص369.

1.4. حكم ولاية القضاة

من المعلوم أن وظيفة القضاء هي الفصل في خصومات الناس وحسم منازعاتهم والنظر في قضاياهم، ولهذا فإن هذه المهمة الخطيرة لا يستطيع الخليفة مباشرتها لوحده، لذا لابد هناك من ينوب عنه لتأديتها، وهم القضاة وهم يستمدون ولايتهم وسلطتهم من الخليفة مباشرة، وبالحدود التي تحدد بها هذه الولاية .

وإن الأصل في القضاء أنه من فروض الكفاية، فإذا قام به الصالح له سقط الجناح عن الباقين، وإلا أثمت الأمة كلها بترك أحد فروض الكفاية، ومنها هذه الفريضة العظيمة.

وأما كونه على الكفاية، فلأنه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، هذا؛ وإن القضاء من القربات العظيمة؛ لأن فيه نصرة المظلوم وأداء الحق إلى مستحقه ورد الظالم عن ظلمه والإصلاح بين الناس، وتخليص بعضهم من بعض وقطع المنازعات، وإن القيام بكل هذا من واجبات الأمة مجتمعة.

وعلى هذا فإن القضاة هم نواب الخليفة يستمدون ولايتهم القضائية من الخليفة وبالحدود التي تحدد بها هذه الولاية، وهذا يتفق مع ما ذكر في مجلة الأحكام العدلية في المادة (1800) "القاضي وكيل من قبل السلطان بإجراء المحاكمة والحكم"[46] ومن هنا يمكننا الحديث عن حكم ولاية القضاة كالتالي:

1.4.1. نصب القضاة وتعيينهم

نصب القضاة وتعيينهم لولاية القضاء من واجبات المفروضة على الخليفة ، لأن القضاة ينصبون لإقامة العدل وهومن مسؤلية الخليفة، أخذًا من قوله سبحانه وتعالى : ﴿ ا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ﴾. (سورة ص).[47]

والأمر في أصله الوجوب ما لم يكن هنالك صارف عن هذا الأصل، وإذا كان ليس هناك صارف فيبقى الأمر كما هو، ولأن القضاء هوالحكم بين الناس بالحق والحكم بما أنزل الله فرض واجب لقوله تعالى: ﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾. (سورة المائدة).[48]

ولما كان نصب القضاة لإقامة هذا الغرض وهوالحكم بما أنزل الله فرضا واجبا، وولاية القضاء هي من اختصاص الإمام الأعظم أساسا، ونصب الإمام الأعظم فرض بلا خلاف بين أهل الحق فكان نصب القضاة فرض، وهذا ما عليه عامة الفقهاء.

وللحاجة الماسة إليه لتقييد الأحكام وإنصاف المظلوم من الظالم وقطع المنازعات التى هي مادة الفساد وغير ذلك من المصالح التى لا تقوم إلا بالإمام، لما عُلم في أصول الأحكام، ومعلوم أن الإمام لا يُمكنه القيام بكل ذلك بنفسه، فيحتاج إلى نائب يقوم مقامه في ذلك وهم، القضاة ولهذا كان النبي ﷺ ينيب عنه الصحابة في ذلك، حيث كان يبعث إلى الآفاق قضاة، فبعث معاذًا إلى اليمن، وبعث عتاب بن أسيد إلى مكة، ولما كان نصب القضاة من ضرورات نصب الإمام كان تعيينه فرضا ممن له ولاية التعيين في الجملة.[49]

---

[46] على حيدر، ***كتاب درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق، ص367.

[47]، .سورة ص، (الآية)25

[48]، .سورة المائدة، (الآية)43

[49]فريد محمد، نصر، مفتي الديار المصرية، **السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام**، ط1، المكتبة التوفيقية، فكروثقافة، أمام الباب الأخضر، سيدنا الحسين، القاهرة، غرة شعبان، 1403هـ، ص 105.

1.4.2. قبول التعيين للمنصب القضائي

وقبول التعيين في المنصب القضائي يختلف من حيث الحكم عن ولاية النصب، فحكمه وجوب النصب لما سبق بلا خلاف، لقبول التعيين في مناصب القضاء، وذلك يختلف باختلاف الزمان والمكان والحال والشخص، فتارة يكون فرض كفاية، وتارة يكون فرض عين، وتارة يكون مكروها وتارة يكون محرمًا، وتارة يكون مستحبا، وعلى هذا يمكن القول بأن قبول المنصب القضائي تعتريه الأحكام الشرعية الخمسة، فإن القضاء في حكمه يتبع الحالات الخمسة الأتية:-

1.4.2.1. القضاء فرض على الكفاية

وهذا هوالأصل، إذا تم تعين الشخص للفصل بين الناس وكان من أهل ولاية القضاء بدليل عموم الأدلة الواردة في أصل القضاء ومشروعيته من الكتاب والسنة، فمن الكتاب قوله تعالى:﴿ ا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ﴾.

وفي السنة ما رواه عمروبن العاص عن النبي ﷺ أنه قال: (إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإذا أخطأ فله أجر)[50]، هذا كونه فرضا، وأما كونه فرضًا على الكفاية فلقوله تعالى: ﴿كونوا قوّامين بالقسط﴾.

وأن طبيعة البشر مجبولة على التظالم، ومنع الحقوق، وقل من ينصف من نفسه ولا يقدر الإمام على فصل في الخصومات بنفسه، فدعت الحاجة إلى تولية القضاء.

وأما كونه على الكفاية فلأنه أمر بمعروف ونهي عن منكر وهما على الكفاية.

وقد بعث النبي ﷺ أبا موسى الأشعري إلى البصرة، وبناء على ذلك إذا قام بالواجب من يصلح لإقامته سقط الحرج عن الباقين وإن امتنعوا أثموا، وكان للإمام أن يجبر أحد المستوفين لشروط التولية على القبول.

1.4.2.2. القضاء فرض عين

ويكون القضاء فرض عين على الشخص إذا لم يوجد غيره صالحا، حيث يصبح متعينا عليه وحده، فإذا امتنع أجبر عليه، ولأن الكفاية لاتكون إلا به، وبناء على هذا فمن تعين عليه القضاء في ناحيته لزمه ذلك، ولوببذل مال أوخوف الميل، ولزمه قبوله إذا ولّيه للحاجة إليه فيها، وبشرط أن يكون المال زائدًا عن حاجته لأن القضاء يترتب عليه مصلحة عامة للمسلمين والمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة.[51]. وهذا ما ذهبت اليه الفقه في القواعد التالية: "تصرف الأمام منوط بالمصلحة"[52]. "وكل متصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بالمصلحة"[53]

1.4.2.3. القضاء سنة أومستحب أوجائز

ويندب طلب المَنصب القضائي إذا كان الشخص أهلا لولاية القضاء عالِمًا، ولكنه غير مشهور بين الناس، ويرجوبقضائه نشر العلم بينهم لتحصل المنفعة بنشره إذا عرفه الناس، كما يندب له الطلب إذا كان أفضل

---

[50] محمد بن اسماعيل البخاري، ***صحيح البخاري***، مصدر سابق، ص2676.

[51]صيام سليمان، أحمد. ***مبدأ استقلال القضاء في الدولة الإسلامية***. رسالة ماجيستير،جامعة الإسلامية- غزة.أسرف عليها الدكتور: يونس محي الدين الأسطل، 2005م. ص 49 .

[52] أبو محمد البغدادي، الحنفي، ***مجمع الضمانات***، ص393.

[53] السبكي، ***الأشباه والنظائر***، جi، ص310.

من غيره ووثق من نفسه، ولا يجب عليه القضاء فيما سبق مع أهليته لوجود غيره إذا كان مثله، ولأنه لم يتعين له جواز الطلب بحكم صلاحيته أساسا، وله الترك لوجود غيره ولعدم التعين معه، ويستحب له إذا كان عالما حامل الذكر حتى ينشرعلمه وينتفع به، ويشترط في تعيينه أن يكون متخرجا في المراتب العليا للمدرسة العثمانية التقليدية.[54]

1.4.2.4. الولاية القضائية المكروهة

وتكون ولاية القضاء مكروهة للشخص إذا كان له كفاية، وليس بحاجة إلى أجرة القضاء للعيش منها، وعالما مشهورا بين الناس مع وجود مساوله في جواز تولى القضاء وذلك لما روى أن النبي ﷺ قال: (من استقضي فكأنما ذبح بغير سكين)، ولأنه يلزمه في القضاء رد الأمانات وربما عجزعنها وقصر فيها.

ويكون مكروها إذا كان القصد من تولى هذا المنصب هوتحصيل الجاه والاستعلاء، أوكان غيره أصلح منه.

1.4.2.5. القضاء المحرم

ويكون القضاء محرما كما يكون قبول ولايته أوطلبها محرما، وذلك وفق قاعدة" كل ما يمنع من القضاء إبتدا يمنع دواما" [55] إذا كان الشخص جاهلا وغير أهل للقضاء، ويتعين عليه تركها إذا ظن أنه إذا ولي القضاء سيحكم بغير العدل، لأن الحكم بغير عدل منهي عنه لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ ۚ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾. (سورة النحل).[56]

ويحرم على المسلم تولي القضاء إذا كان جاهلا ليس له أهلية القضاء، أوهومن أهل العلم، لكنه عاجز عن إقامة العدل، أويظن أنه قد يجور في الحكم، أوعنده قصد الانتقام من أعدائه، أوأنه يعلم من نفسه أنه لا يستطيع الحفاظ على استقلاله.

1.5. خصائص القضاة

إن اختصاصات القضاة واسعة جدا، وقد ذكرها الماوردي على شكل عشرة نقاط على سبيل المثال، ومن المعلوم أن وظيفة القضاة واختصاصهم هي الفصل في خصومات الناس وحسم منازعاتهم والنظر في قضاياهم، ويتم ذلك بتظلم المتضرر، وبدون تظلم في القضايا الجنائية التى هي أساسا من الحقوق العامة، وهذه الاختصاصات التى ذكرها الماوردي كالتالي:-

1. الفصل في المنازعات، إما صُلحا عن تراضٍ ِبشرط أن يكون الصلح جائزًا، وإما بحُكمٍ مُلزم.
2. استيفاء الحقوق من الممتنع منها وإيصالها إلى مستحقها بعد ثبوت استحقاقها بالإقرار، أوالبينة.[57]

---

[54] عصمت عبدالمجيد بكر. مستشار رئيس مجلس شورى الدزلة في العراق سابقا،2012م، **المدخل لدراسة النظام القانوني في العهدين *العثماني والجمهوري التركي***، دراسة قانونية تهدف الى إعطاء فكرة واضحة عن النظام القانوني فى العهدين العثماني والجمهوري وما كان سائدا من أنظمة وقوانين ومهات ومسؤوليات ومحاكم ووظاءف القضائية.ج1، دار الكتب العلمية/ بيروت 1971م،ص89.

[55] عبد الغفور محمد البياتي، ***القواعد الفقهية في القضاء***، مصدر سابق،ص177.

[56]،سورة النحل، (الآية)89.

[57] ينظر: ابن نجيم، ***البحر الرائق شرح كنز الدقائق***،ج4، ص235، وذكر مسألة الممتنع في باب النفقة، ابن حجر، ***تحفة المحتاج في شرح المنهاج***، ج5، ص129. أبو يعلى الفراء، ***الأحكام السلطانية للفراء***، ص65، ابن فرحون، ***تبصرة الحكام***،ج2، ص41.

3. ثبوت الولاية لمن كان ممنوع التصرف لجنون أوصغر والحجر على من يرى الحجر عليه لسفهٍ وفلس، حفظا للأموال على مستحقيها[58] وتصحيحا لأحكام العقود فيها.
4. إقامة الحدود على مستحقيها، فإن كان من حقوق الله تعالى تفرد باستيفائها من غير طالب، وان كان من حقوق الآدميين كان موقوفا على طلب مستحقها.[59]
5. النظر في المصالح العامة من الكف عن التعدي في الطرقات والأفنية واخراج ما لايستحق من الأجنحة والأبنية، وله أن ينفرد بالنظرفيها، وإن لم يحضره خصم.
6. اختيار الشهود والأمناء والنواب الذين ينوبون عنه في حالة تخلفه.
7. التسوية في الحكم بين القوي والضعيف والعدل في القضاء بين الناس، ولا يتبع هواه في تقصير الحق أوممايلة الباطل.[60]

ولقد بدأ القضاء بسيطا في تشكيله واختصاصاته، ويعتمد على القاضي الفرد الذي يقضي بين الناس في كل أنواع المنازعات، في المنزل أوالمسجد، وبتقدم العمران وغلبة المدنية، بدأ التنظيم القضائي يتعقد، وبدأ ظهور القضاء المتخصص، فإذا تركنا نظر المظالم جانبا، فإننا نجد الأنواع التالية من القضاء المتخصص في مراحل تطور الدول المعاصر، ومن هنا يمكننا الحديث عن الاختصاص القضاة بالتفصيل وذلك وفق التقسيمات المعاصرة وهي :-

1.5.1. اختصاص القضاء من حيث المكان

ويقصد به تحديد صلاحية القضاة بمكان معين بحيث لا يملك القضاة ولاية القضاء خارج هذا المكان، كما لوعين القاضي ليقضي في جانب من مدينة مثلا فلا تمتد ولايته القضائية إلى مدينة أخرى. وهذا ما تم تقنينه في مجلة الأحكام العدلية في المادة (1801)،"القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان أو المكان واستثناء بعض الخصومات،" مثلا القاضي المأمور بالحكم مدة سنة يحكم في تلك السنة فقط، وكذلك القاضي المنصوب في قضاء يحكم في جميع محلات ذلك القضاء، والقاضي المنصوب على أن يحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط، وهكذا في حميع الأمور.[61]

ويمكن لولي الأمر تخصيص دائرة مكانية للقاضي لا يجوز له أن يتعداها فيقتصر اختصاصه على المقيمين فيها أوالقادمين إليها ولوكانت جزءا من إقليم الدولة أوبلدًا بعينه.

ويلاحظ هنا أن سعة المكان أوضيقه من حيث المساحة لا يؤثران في صحة تخصيص القضاء من حيث المكان حتى لوعين القاضي بين أهل محلة فقط من جانب مكان جاز التعيين هذا القاضي بهذا التقييد.

---

[58] ينظر السرخسي، ***المبسوط***، جxxii، ص161. الشربيني، ***مغني المحتاج*** جiii، ص156. أبو يعلى الفراء، ***الأحكام السلطانيةص65***

[59] ياسين محمد نعيم، ***حجية الحكم القضائي في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية***، طi، دار الفرقان، الأردن، عمان، 1984م، ص08.

[60] سعود الجهني، عيد، ***القضاء الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية***، طi، دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 2003م، ص62.

[61] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء الدولة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، جi، ت../ نور محمد، كارخانة تجارت كتب ، آرام باغ، كراتشي، إسطنبول/ 26/ شعبان المعظم/ سنة 1293هـ، ص367.

1.5.2. اختصاص القضاء من حيث الزمان

ومعناه تقييد ولاية القضاة بالقضاء في أيام معينة دون غيرها، كما لوعين في زمن معين ليقضي بين أهله في أيام السبت والإثنين والخميس فقط كل أسبوع.

ويمكن أن يقيد القضاة من حيث الزمان كما قلنا، بحيث تحدد للقاضي أيام معروفة في الأسبوع، ويكون ممنوعا من الجلوس للقضاء في غيرها.

1.5.3. اختصاص القضاء من حيث الأشخاص

ومعناه تقييد الولاية القضاة بالقضاء بطائفة معينة من الناس، كما لوعين القاضي ليقضي بين الأجانب المقيمين في مدينة ما أوليقضي في قضايا الأحداث من أهل مدينة ما، فسلطة القاضي في هذه الحالة لايمتد إلى غيره من ذكر من أجانب أوأحداث، حتى أنه لوحكم في قضايا غير هؤلاء فإن حكمه لا ينفذ.[62]

وبناء على ذلك نجد ذلك في المواد الآتية في مجلة الأحكام العدلية (1802)" ليس لأحد القاضيين المنصوبين لاستماع دعوى أن يستمع تلك الدعوى وحده ويحكم بها وإذا فعل لاينفذ حكمه". والمادة (1803) " إذا طلب أحد الخصمين المرافعة في حضور قاضي وطلب آخر المرافعة في حضور قاض آخر في البلدة التي تعدد قضائها ووقع الإختلاف بينهما على هذا الوجه يرجع القاضي الذي اختاره المدعى عليه".[63]

1.5.4. اختصاص القضاء من حيث الموضوع

يكمن تخصيص القضاة بالموضوع، بمعنى أن تقيد ولاية القضاة بموضوع النزاع بأن يخصص قضاء لكل نوع من أنواع المنازعات مثلا: المدنية والجنائية والتجارية.

وهذا التخصيص قد تقيد ولاية القضاة بالنظر في القضايا الجزائية دون المدنية وقد يقيد أيضا بنوع من القضايا الجنائية دون غيرها كالقتل فقط، أويقيد بنوع من القضايا المدنية مثل التقيد بدعاوى العقار، أوبدعاوى الدين، أوبمسائل الأحوال الشخصية فقط، أوبنوع من مسائل الأحوال الشخصية كدعاوى النكاح والطلاق فقط، كما يمكن أن يقيد بنوع من الدعاوى التى لا تزيد قيمتها عن مبلغ معين.

1.5.5. اختصاص القضاء بخصومة معينة وخصوم معينين

ويجوز أن يكون ولاية القضاة مقصورة على خصومة معينة وخصوم معينين وهما أطراف هذه الخصومة فلا يجوز للقاضي أن يقضي في غير هذه الخصومة وأطراف هذه الخصومة.

وتبقى ولاية القضاة قائمة ما دام الشجار بين أطرافها باقيا، فإذا قضى فيها القاضي ونطق بالحكم انتهت ولايته، حتى لوأن أطراف هذه الخصومة حصلت فيما بينهم خصومة أخرى لا يجوز للقاضي الذي نظر خصومتهم الأولى أن يقضي في هذه الخصومة الجديدة إلا بدعوة جديدة ممن له الحق والمصلحة في ذلك.[64]

---

[62] زيدان، عبدالكريم، ***نظام القضاء في الشريعة الإسلامية***، مصدر سبق، ص46 .

[63] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء الدولة العثمانية. ***المجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق، ص368.

[64] خليل الطاهر، هارون، ***القضاء الإداري ديوان المظالم في المملكة السعودية- قضاء الإلغاء- قضاء التعويض دراسة مقارنة***، ط1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامي - مكتبة القانون والإقتصاد - الرياض، 1430هـ ، ص119.

بالإضافة إلى ما ذُكر من اختصاص القضاة بصفة عامة فإن القاضي أيضا يختص بالاختصاص الآتية:-

1.5.5.1. القاضي عام النظر وخاص العمل

وهذا القاضي يمارس كافة الاختصاص المشار إليها في البنود السابقة، ولكن اختصاصه يقيد بمنطقة معينة، فتنفذ أحكامه فيها وحدها.

1.5.5.2. القاضي محدود الولاية

ولقد عرفه الماوردي على النحوالتالي: "أن تكون ولاية القاضي مقصورة على حكومة معينة بين خصمين، فلا يجوز أن ينفذ النظر بينهما إلى غيرهما من الخضومة والتحديد هنا بالأفراد ولكن الماوردي أضاف إليها التحديد بالأرقام، كأن يتعين للقاضي أيام معينة لايجوز أن يجلس في غيرها".[65]

وهناك دول تقوم بإنشاء قضاء خاص للجيش ، وهذه الدول تجعل ذلك القضاء قضاء متخصصا في القضايا العسكرية والتى يرتكبها العساكر، منها تشاد.

1.5.5.3. قضاء العسكري

أول من أقام بتعيين قضاء للعسكر عمر بن الخطاب ، إذ يروى الطبري أن عمر جعل على قضاء عام، وقضاء الناس عبدالرحمن بن ربيعة الباهلي وجعل على الأقباط وقسمة الفيء، وكان للجيش المملوكي في مصر قضاة مختصون بشئون العسكر يعرف الواحد منهم باسم (قاضي العسكر)، ويحضرون (بدار العدل) ولم تكن لهم ولاية على غير العسكر ومن يتصل بهم من الصناع والعمال. وهي وظيفة جليلة قديمة، الا أنها استمرت حتى في زمن السلطان صلاح الدين بن يوسف.[66]

1.5.5.4. القضاء الجنائي

كانت الشرطة تابعة للقضاء في أول الأمر، وتقوم على الأحكام القضائية، ويتولى صاحبها إقامة الحدود، ثم لم تلبث أن انفردت عن القضاء وأصبح لصاحب الشرطة مهنة أخرى.[67]

1.5.5.5. قضاء العائلة الخاص بغير المسلمين (إزدواجية القضاء)

من الأسس المعروفة، أن الإسلام يحترم عقائد الذميين من أهل الكتاب، ولهذا لما فتح عمروبن العاص مصر أقر الأقباط من أهل الذمة على قضائهم، وبهذا أصبح يفصل في المنازعات الدينية والأحوال الشخصية قضاة من القبط يحكمون بين المتنازعين حسب شرائعهم.[68] والقانون الهمايوني الصادر في (1839)، وحتى إنتهاء الدولة

---

[65] عبدالرحمان القاسم، ***النظام القضائي الإسلامي***، ط1، دار الكتاب الثقافي، عمان،2011م، ص251.

[66] محمد إبراهيم الربابعة، باحث في الدراسات الإسلامية، ***دراسة في تاريخ القضاء الشرعي في الإسلام وتطوراته منذ عهد النبوة إلى عصرنا الحاضر***،ط1، دار الكتاب الثقافي، وزارة الأوقاف الأردنية حاليا- كلية الشريعة في جامعة اليرموك،- الأردن-إربد2011م، ص61.

[67] شرف، عبد الحكم، ***المبادئ الأساسية للتنظيم القضائي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي***، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، ع1، السنة السابعة، 1999م، ص264.

[68] سعود الجهني عيد، ***القضاء الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية***، مصدر سابق، ص65، 1404 هـ _ 1984م.

العثمانية 1922م، وجد إزدواج بين القضاء الشرعي والنظامي، مما أدى ذلك الى وجود المحاكم النظامية، بجانب المحاكم الشرعية، والمحاكم الروحية(الملية)، وهي محاكم روحية للنصارى، واليهود، وغير المسلمين.[69]

ونستنتج من ذلك أن هذه الاختصاصات هي في الأساس لمهام مجلس الدولة في الوقت الحاضر، والمحاكم الإدارية ومجالس التأديب لكبار موظفي الدولة، كما أنها أصبحت أساسا لاختصاصات النيابة الإدارية العامة في اختصاصات التدقيق والتفتيش والتحري على موظفي الدولة أجمع.

فقضاء المظالم في النظام الإسلامي هوقضاء إدارى، يستهدف رد المظالم وإنصاف المحكومين من اعتداء الحاكمين، مستعينا في تحقيق هذه الأهداف بخبرة القضاة والفقهاء والمجتهدين، وقرار الحكم الذي يتوصل إليه يجب تنفيذه، لما له من وصف الآمرة والسلطان لحماية الأفراد وحقوقهم وحرياتهم لكف تعسف أوتجاوز الإدارة.

وأن سلطة قاضي المظالم تعتبر سلطة مستقلة لمراقبة القضاة والموظفين والحكام، ومن في حكمهم كالشيوخ والمتبرعين وذوي النفوذ من العلماء والأمراء وكل صاحب هيبة أوسلطة.[70]

وبناء على ما تقدم من اختصاصات القاضي أوالقضاة في جميع المجالات القضائية المعاصرة، وتلك الاحتصاصات الواسعة ، من مكانية أوزمانية أوموضوعية، فإن القاضي في الشريعة الإسلامية يختص أيضا بمزايا أواختصاصات أكثر من غيره في ما يخص عدم تقيده بقيود الزمان والمكان أوالقيود الموضوعية وكذلك عدم تقيده بمذهب واحد ضمن مذاهب الإسلامية المعتبرة، ونشير إلى ذلك في الأتي:-

1.5.6. سعة اختصاص القاضي في الشريعة الإسلامية

وإذا كان الأصل في الوقت الحاضر أن مهمة القضاة تقتصر على تطبيق القانون، فإن حرية القاضي في الشريعة الإسلامية كانت أوسع من ذلك، فهوملزم بما ورد في كتاب الله وسنة رسوله، وبما أجمع عليه المسلمون، ولكن نظرا لقلة القواعد المستمدة في هذه المصادر وعموميتها، فإن القاضي في الشريعة الإسلامية يمتاز بحرية واسعة في الاجتهاد، لاستمداد القواعد الإسلامية في مصادرها الشرعية ولهذا اشترط فيه أن يكون من أهل الاجتهاد.[71]

وبعد ظهور المذاهب الأربعة قد قيدت حرية القضاة إلى حد كبير وإن كان الفقهاء يؤكدون حرية القاضي في ألا يقيد بأي مذهب من المذاهب. إضافة الى يجب على القاضي أن يكون وفق ما ذكر في مجلة الأحكام العدلية في المواد التالية: المادة(1793)، "ينبغي أن يكون القاضي واقفا على المسائل الفقهية وعلى أصول المحاكمات ومقتدرا على فصل وحسم الدعاوى الواقعة تطبيقا لهما". والمادة(1794)، "يلزم أن يكون القاضي مقتدرا على التمييز التام، بناء عليه لايجوز قضاء الصغير والمعتوه، والأعمى والأصم الذي لايسمع صوت الطرفين القوي".[72]

---

[69] إحسان حقي، ***تاريخ الدولة العلية العثمانية***، طiii، دار الكتاب الثقافي، الأردن- عمان 2013م، ص85.

[70] هارون خليل الطاهر، ***القضاء الإداري ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية قضاء الإلغاء- قضاء التعويض- دراسة مقارنة***، مصدر سابق، ص119.

[71] عيد سعود الجهني، ***القضاء الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية***، مصدر سابق، ص67.

[72] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء الدولة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، مصدر سابق، ص366.

وبنا على ذلك فإن القاضي في الشريعة الإسلامية له حرية واسعة في تطبيق القانون أوالشرع في القضية التى أمامه ما لم يرد شرع أوالقانون يقيد حريته في ذلك، أوما لم تكن المشرع قد اختار مذهب معين من المذاهب الأربعة المعتبرة مثل تشاد، حيث ترجع إلى مذهب إمام مالك في البت على المسائل القضائية غالبا.

بينما في القوانين المعاصرة يلتزم القضاة في البت على المسائل القضائية وفق القانون المحدد في الدولة.

1.6. واجبات القضاة

لا شك في أن العدالة غاية الغايات، وأن القانون يعبر عن إرادة المجتمع عن طريق صياغة القواعد والنظم التى تحكم معاملات وعلاقات الأفراد فيما بينهم، والدولة، وأجهزة العدالة : القضاء هوالذي يناط به تحقيق العدل بوصفه الرقيب على جميع الأعمال في الأمة والحكم في المنازعات.

فالإنسان كائن اجتماعي بطبعه لا يستطيع أن يعيش ظروف الحياة بمفرده، وإنما يجب أن ينخرط ضمن جماعة من الناس، وهذا ما يستتبع بالضرورة دخول الإنسان الفرد مع الجماعة التى يعيش فيها، لذا كان من اللازم والواجب التوازن بين مصالحهم المتعارضة، هذه الجهة هي مرفق القضاء الذي يرى فيه أفراد المجتمع وجها وواجهة للعدالة، فإذا فقدت العدالة في مرفق القضاء فقدت الثقة فيه مما يؤدي إلى الاختلال في المجتمع.

ولاشك أن هذه الثقة إنما تتجلى في شخص القاضي بصفته قائما على مهنة القضاء، ونظرا لهذه الأهمية العظمى التى تكتسيها أخلاقيات مهنة القضاء، فقد دأبت جل التشريعات إلى التأكيد عليها في نصوصها القانونية المختلفة، فضلا عن المجهودات الدولية في هذا المجال، ودون أن ننسى تلك النظرية المتكاملة للشريعة الإسلامية في تنظيمها لمرفق القضاء وأخلاقياته، وذلك حتى يضعها القضاة نصب أعينهم حال ممارستهم لمهامهم، وهوما سنوضحه من خلال ما سنطرحه حول واجبات القضاة وهي :-

1.6.1. واجبات القضاة وأعضاء النيابة العامة

يلتزم القضاة بأن لا يخل بواجبات وظيفتهم أوبشرف مهنتهم أويسلكوا سواء بفعل أوامتناع سلوكا يحط من قدرها، وأن يكون عفيفين وقورين يلتزمون في ذلك بكل ما يعلي همتهم ويحفظ كرامتهم ويصون سمعتهم وسمعة القضاء، ومع عدم الاخلال بما تقدم يجب عليه أن :-

1. ينبغي أن يكون القاضي حكيما فهيما مستقيما وأمينا مكينا متينا، المادة(1792)، من مجلة الأحكام العدلية.[73]
2. يؤدي عمله بإخلاص وتفان ويتوخي في ذلك العدالة والنزاهة والمساواة في المعاملة بين الخصوم والحلم في أدائه، وأن لا يتغيب عن العمل دون عذر مقبول.[74]
3. يتجنب استغلال سلطته أونفوذه لجلب أية منفعة لنفسه أولأي من أفراد عائلته أومعارفه أولدفع ضرر عنهم.

---

[73] على حيدر، ***درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية، مكتبة النهضة العربية***، مصدر سابق، ص365.

[74] لجنة البحوث والنشر العربية، بيروت- لبنان.2011م، ***مشروع القانون العربي الموحد للسلطة القضائية***، مكتبة نور،2016م، ص11.

4. القاضي لا يقبل هدية أحد من الخصوم أوذويهم.[75]
5. لا يشترى باسمه أوباسم أي من أفراد عائلته أوبأي اسم مستعار المتنازع عليه أمام المحاكم.
6. لا يفشي أية معلومات سرية وقف عليها بسبب مهنته أوبمناسبتها ولوبعد انتهاء خدمته ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.
7. لا ينظر في أي نزاع له مصلحة فيه أولأي من أقاربه حتى الدرجة الرابعة أوسبق له النظر أوالإدلاء بالرأي أوالترافع أوالوكالة لأي طرف فيه.
8. يرتدي أثناء العمل الزي الرسمي للقضاة إن وجد أوالزي اللائق.
9. لا يجوز أن يجتمع في هيئة حكم قضائية واحدة قضاء حكم وأعضاء النيابة العامة بينهم مصاهرة أوقرابة لغاية الدرجة الرابعة.
10. لا يجوز أن ينظر القضاة طعنا في حكم أصدره قاضي آخر تربطه به العلاقة المذكورة في الفقرة السابق.
11. لا يجوز الجمع بين وظيفة القضاء أوعضوالنيابة العامة ومزاولة التجارة أوأي عمل لا يتفق وكرامة القضاء واستقلاله، ويجوز للمجلس الأعلى للقضاء منح الإذن للقضاة أوعضوالنيابة العامة للقيام بالأعمال التى لا تتعارض مع ذلك.
12. لا يجوز للقاضي أوعضوالنيابة العامة بغير موافقة رئيس المجلس الأعلى للقضاء أن يكون محكما ولوبغير أجر ولوكان النزاع غير مطروح أمام القضاء إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أوأصهاره لغاية الدرجة الرابعة.
13. يجب على القضاة الابتعاد عن الاشتغال بالعمل السياسي الذي يخل بتجردهم واتزانهم.
14. يجب أن يقيم القاضي في منطقة مقر عمله، ويجوز للمجلس الأعلى للقضاء لظروف استثنائية أن يرخص الإقامة في منطقة أخرى.[76]

1.6.2. المبادئ الأخلاقية التى يجب أن يمتثل بها القضاة

وهذه المبادئ الأخلاقية كثيرا ما تتفق عليها جميع قوانين الدول التى تمتلك مرافق القضائية مستقلة، حيث أن في هذه الدول القضاة يقومون بواجباتهم القضائية في ظل الحرية والاستقلالية باعتبار ذلك أحد السلطات الثلاث المستقلة، وبذلك يقومون بواجباتهم على أكمل وجه دون تعرضهم للضغوط من قبل السلطات التنفيذية أوالتشريعية، إلا أن مع لهما دور فعال أيضا في تعزيز العدالة المرجوة من قبل القضاء، وهذه المبادئ الأخلاقية للقضاة تتمثل في الأتي:-

1. **الاستقلالية**[77]
2. **الحياد**
3. **النزاهة**
4. **اللياقة**
5. **المساواة**
6. **الاختصاص والحرص**

---

[75] على حيدر، ***درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية***، مكتبة النهضة العربية مصدر سابق، ص366.

[76] https:// carjj.org/sites/deault/files/judical_athority_law.doc. ص13 التقرير الصادر 2019م.

[77] الفرق بين الإستقلالية والحيادية هو ***الإستقلالية:*** لمن فوق القاضي ***والحيادية:*** لمن دونه.

ويقصد بالمبادئ التالية

وضع معايير للسلوك الأخلاقي لدى القضاة، وهي معدة خصيصا لتزويد القضاة بالإرشادات لتنظيم سلوك الجهاز القضائي [78]

وتفترض هذا المبادئ ضمنيا أن القضاة يخضعون للمساءلة عن سلوكهم أمام المؤسسات المناسبة المنشأة لصيانة المعايير القضائية التى تعد في حد ذاتها مستقلة ومحايدة، ويقصد بها أن تكمل قواعد القانون والسلوك الحالية الملزمة للقضاة لا أن تخرج عنها، وهذه المبادئ الأساسية الأخلاقية للقضاة نذكرها بالتفصيل في الآتي:

1.6.2.1. الإستقلالية

استقلال السلطة القضائية شرط لسيادة القانون، وضمانة جوهرية للمحاكمة العادلة، ولذلك يتعين على القاضي أن يدعم ويُجسد استقلال السلطة القضائية على الصعيدين الفردي والمؤسساتي والاستقلالية للقضاة يجب أن تكون في نقاط الآتية:ـ[79]

1. "لايذهب القاضي إلى ضيافة أحد الخصمين." المادة(1797) مجلة الأحكام العدلية.
2. على القاضي أن يمارس مهامه القضائية بصورة مستقلة على أساس تقديره للحقائق وفقا لفهم واع للقانون أوالشريعة أوالأحكام، وعلى أساس التحرر من أي مؤثرات دخيلة أوإغراءات أوضغوط أوتهديدات أوتدخل مباشر أوغير مباشر من أي جهة أولأي سبب.
3. على القاضي أن يكون مستقلا فيما يتعلق بالمجتمع بصفة عامة وفيما يتعلق بأطراف أي نزاع يتعين عليه البت فيه.
4. على القاضي أن يكون متحررا من العلاقات غير الملائمة مع السلطتين التنفيذية والتشريعية في الحكومة ومن نفوذها فحسب وكذلك يجب أيضا أن يكون متحررا من كل المؤثرات.
5. ينقل لنا القرافي نصا مهما وفيه دلالة إجماع على استقلال موارد القضاء قائلا: "القضاة يجوز أن يكزن لهم أرزاق على بيت المال على القضاء إجماعا ولا يجوز لهم أن يستأجروا على القضاء إجماعا".[80]

1.6.2.2. الحياد

الحياد جوهري لأداء واجبات المنصب القضائي بطريقة سليمة، ولا ينطبق ذلك على القرار في حد ذاته فحسب ولكنه ينطبق أيضا على الإجراءات التى يُتخذ القرار من خلالها.

1. على القاضي أن يقوم بأداء واجباته القضائية بدون محاباة أوتحيز أوتحامل .
2. على القاضي أن يتأكد من أن سلوكه، سواء داخل المحكمة أوخارجها يُحافظ على ثقة عامة الناس والمهن القانونية والأطراف المتقاضية في حياد القاضي والسلطة القضائية ويعزز تلك الثقة.

---

[78] ***القانون الأساسي للممالك العثمانية، الباب الخاص بالقضاء***، الصادر بتاريخ عام 1908م، ص5، وما بعدها 6،7،8،9،10.

[79] انظر ***مؤتمر أمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين***، ميلانو، 6 سبتمبر1985م، الفصل الأول، الباب الثاني، طii، المرفق العام.

[80] الفروق للقرافي، ***أنوار البروق في أنواع الفروق***، جiii، ت../ أبو العباس سهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبدالرحمان المالكي الشهير بالقرافي (المتوفي 684هـ)، عالم الكتب، بدون طبعة وبدون تاريخ، المكتبة الشاملة، 2010م، ص3.

3. على القاضي أن يمتنع أثناء وجود دعوى أمامه أومن المتوقع أن تعرض عليه عن القيام عن علم منه بإبداء أي تعليق يمكن على نحوما أن يؤثر في نتيجة تلك الدعوى أويمس بعدالة الإجراءات الجلية، أوبإبداء أي تعليق علني أوعلى نحوآخر قد يؤثر على توفير محاكمة عادلة لأي شخص أوقضية.[81]
4. على القاضي أن يتنحى عن المشاركة في أي إجراءات قضائية لا يستطيع أن يتخذ فيها قرارا دون تحيز أنه لا يستطيع أن يتخذ فيها قرارا دون تحيز وتشمل هذه الإجراءات على سبيل المثال لا الحصر في الحالات الآتية:

1. إذا كان لدى القاضي تحيز أوتحامل فعلى تجاه أي طرف أوكانت لديه معرفة شخصية بالواقائع الإثباتية المتنازع عليها فيما يتعلق بالإجراءات القضائية، أوإذا كان القاضي قد عمل من قبل كمحام أوكشاهد أساسي في المسألة موضوع النزاع ؛ أوإذا كان للقاضي أولأحد أعضاء عائلته مصلحة في نتائج المسألة موضوع النزاع .

ويشترط أن لا يؤدي تنحية القاضي في حالة عدم التمكن من تشكيل محكمة أخرى للنظر أوإذا كان عدم اتخاذ أي إجراء يمكن نظرا لوجود ظروف عاجلة أن يؤدي على نحوخطير إلى عدم إقامة العدل.

1.6.2.3. النزاهة

النزاهة أساسية في أداء مهام المنصب القضائي بطريقة سليمة.

1. على القاضي أن يكون سلوكه فوق الشبهات ، ويجب أيضا أن ينال سلوك القاضي وتصرفه تأكيد ثقة الناس في نزاهة السلطة القضائية، فالعدالة يجب ألا تقام فحسب ولكن يجب أن ترى أيضا أنها تقام.

1.6.2.4. اللياقة

اللياقة ومظهر اللياقة أمران جوهريان في ممارسة كافة أنشطة القاضي، ونذكر ما يجب على القاضي أن يتجنب عدم اللياقة ومظاهرعدم اللياقة في كافة أنشطته.

1. نظرا أن القاضي يتعرض دائما للراقبة الشعبية، يجب أن يتقبل القيود الشخصية التى قد تبدوعبئا بالنسبة للمواطن العادي وينبغي أن يفعل ذلك تلقائيا وعن طيب خاطر، وعلى وجه الخصوص يجب على القاضي أن يتصرف بشكل يتماشى مع هيبة المنصب القضائي.[82]
2. على القاضي في علاقاته الشخصية مع ممارسي مهنة القانون الذين يمارسون مهامهم بصورة منتظمة في محكمته أن يتجنب المواقف التى قد تؤدي على نحوما إلى إثارة الشبهات أويبدوأنها تتسم بالمحاباة أوالتحيز.
3. يحق للقاضي كأي مواطن آخر حرية التعبير والعقيدة والارتباط والتجمع ولكن يتعين عليه دائما عند ممارسته تلك الحقوق أن يتصرف بشكل يحافظ فيه على هيبة المنصب القضائي وحياد السلطة القضائية واستقلالها.

---

[81] ***تدعيم المبادئ الأساسية لسلوك الجهاز القضائي***، دار الثقافة العربية، Ecosoc،2006 ، ص23.
[82] على حيدر، ***درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية***، مكتبة النهضة العربية مصدر سابق، ص366.

4. على القاضي ألا يستعمل أويستغل المنصب القضائي لتعزيز مصالحه الشخصية أومصالح أحد أفراد عائلته أوأي شخص آخر وألا يعطي أويسمح لآخرين بأن يُعطوا الانطباع بأن أي شخص يحظى بمكانة خاصة تؤثر على القاضي تأثيرا غير ملائم في أداء واجباته القضائية.[83]
5. يجوز للقاضي أن يحصل على هدية رمزية أومكافأة أوميزة ملائمة للمناسبة التى تم تقديمها فيها رهن بمقتضيات القانون وبأي مقتضيات قانونية تختص بالشأن العام بشرط ألا يُتوخى على نحوما، أي قصد من تلك الهدية أوالمكافأة أوالميزة التأثير على القاضي في أداء واجباته القضائية أويبدوعلى نحوآخر أنها مدعاة للتحيز.

1.6.2.5. المساواة

كفالة المساواة في المعاملة للجميع أمام المحاكم أمر ضروري لأداء مهام المنصب القضائي على النحوالواجب.[84]

1. يجب أن يكون هناك قانونا واحدا يطبق على الجميع، وهذا هو الفرق بين القضاء والإفتاء.[85]
2. على القاضي أن يكون مدركا ومتفهما للتنوع في المجتمع والفروق الناشئة عن المصادر المختلفة والتى تشمل على سبيل المثال لا الحصر، العرق واللون والجنس والدين والأصل القومي والطبقة الاجتماعية والعجز والعمر والوضع الاجتماعي والإقتصادية والأسباب الأخرى المماثلة .
3. على القاضي أن يمارس واجباته القضائية مع إيلاء الاعتبار الملائم لكافة الأشخاص سواء كانوا أطرافا أوشهودا أومحامين أوموظفي محكمة أوزملاء في المهنة القضائية بدون تمييز على أساس أي أسبب غير ذات صلة وغير جوهرية بالنسبة لأداء تلك الواجبات على نحوسليم.
4. على القاضي ألا يسمح عن معرفة منه لموظفي المحكمة أوآخرين خاضعين لنفوذه أوإدارته أوسيطرته أن يميزوا بين الأشخاص المعنيين في أي مسألة ينظرفيها القاضي بناء على أي سبب .
5. على القاضي أن يطالب المحامين في الدعاوى القضائية المنظورة أمام المحكمة أن يمتنعوا عن التعبير سواء بالكلمات أوالسلوك عن التحيز أوالتحامل المبني على أسباب غير ذات صلة باستثناء ما له صلة قانونية بالدعوى القضائية ويكون موضوع دفاع مشروع.

1.6.2.6. الاختصاص

الاختصاص والحرص شرطان جوهريان في أداء المهام القضائية على النحوالواجب على القاضي ألا يتصرف بطريقة تتعارض مع أداء واجباته القضائية.

1. تحتل الواجبات القضائية التى يقوم بها القاضي مركز الصدارة بالنسبة لكافة الأنشطة الأخرى.

---

[83] طارق البشري، ***الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، قسم القانون***، ط1، دار الشروق، بيروت، 2018م، ص112.

[84] ابن عرشوس، محمد بن محمد، ***تاريخ القضاء في الإسلام، المطبعة المصرية الأهلية***،ط1، القاهرة، 1934م، ص9.

[85] عثمان سعيد حوران، ***أثر القواعد الفقهية الكبرى في السلطة القضائية مجلة الأحكام العدلية أنموذجا***، رسالة دكتوراة الدولة بجامعة يالوفا التركية2016م، ص12.

2. على القاضي أن يكرس نشاطه المهني لواجباته القضائية التي تشمل أداء المهام والمسؤوليات القضائية في المحكمة واتخاذ القرارات وتشمل أيضا المهام الأخرى المتصلة بالمنصب القضائي أوبعمليات المحكمة.
3. على القاضي أن يتخذ خطوات معقولة لصيانة وتعزيز معارفه ومهاراته وصفاته الشخصية اللازمة لأداء واجباته القضائية على نحوسليم، وأن يستفيد لذلك الغرض من التدريب والتسهيلات الأخرى التى ينبغي توفيرها للقضاة تحت الرقابة القضائية.
4. على القاضي أن يحافظ على النظام واللياقة في كافة القضايا المعروضة على المحكمة وأن يكون صبورا ووقورا ودمث الخلق في علاقته مع الأطراف المتنازعة والمحلفين والشهود والمحامين وغيرهم ممن يتعامل معهم بصفته الرسمية. وعلى القاضي أن يطالب الممثلين القانونيين وموظفي المحكمة والأشخاص الآخرين الخاضعين لنفوذه أوإدارته أوسيطرته بأن يتصرفوا بنفس الكيفية.
5. على القاضي أن يبقى على الاطلاع على التطورات ذات الصلة بالقانون الدولي، بما في ذلك الاتفاقيات الدولية والصكوك الأخرى التى ترسي معايير حقوق الإنسان.
6. على القاضي أن يؤدي كافة واجباته القضائية بما فيها إصدار القرارات المختلفة بكفاءة وإنصاف وبالسرعة المعقولة، وعلى القاضي ألا يتصرف بطريقة تتعارض مع أداء واجباته القضائية.[86]

وتوصلنا أن هذه المبادئ الأساسية الأخلاقية لا بد من أن يتمسك بها القاضي لكي يمارس مهنته القضائية وفق الشرع والقوانين ، وحيث أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يعترف كقاعدة أساسية بالمبدأ القائل أن لكل شخص الحق بالمساواة التامة مع غيره في محاكمة عادلة وعلنية أمام محكمة مستقلة ومحايدة للبث في الحقوق والإلتزامات.

وحيث إن العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية يضمن تحقيق المساواة لكل الناس أمام المحاكم أوفي الحقوق والإلتزامات في أي قضية أمام المحاكم، يحق لكل شخص أن يحصل بدون تأخير لا مبرر له على محاكمة عادلة وعلنية أمام محكمة مختصة ومستقلة منشأة بمقتضى القانون.

وإن أهمية وجود سلطة قضائية مختصة ومستقلة ومحايدة لحماية حقوق الإنسان تتأكد من أن تنفيذ كافة الحقوق الأخرى يعتمد في نهاية المطاف على إقامة العدل على الوجه السليم.

1.7. نهاية الولاية في واجبات القضاة

الخليفة أوالحاكم هما اللذان يقومان بتعيين القاضي في الشريعة الإسلامية، فالقاضي وكيل عن الخليفة يقوم بأعمال القضاء بدلا عنه، ولكن هل يملك الخليفة عزل القاضي عن القضاء، وهل يشترط وجود أسباب تقتضي العزل أم أنه قادر على عزله دون أي سبب؟، وهل يملك القاضي عزل نفسه أي أن يقدم استقالته؟، هذا ما سنتطرق له في النقاط اللاحقة، وسوف نتاول الموضوع بالأمور التي تتعلق بنهاية ولاية القضاة، وهي كالتالي:-

[86] ***مرفق قرار الجمعية العامة 458***. المنعقد في ميلانو عام 1985م، مصدر سابق.

1.7.1. عزل الخليفة أوالحاكم للقاضي

يمكن للخليفة أوالحاكم على أن يعزل القاضي من منصبه إذا ظهر منه ما يوجب ذلك ، كوجود مصلحة من عزله، هذا باتفاق فقهاء الأمصاروالقانون الوضعي، أما إذا وجد منه خلل في عقله أوعلمه أوصحته مما يجعله عاجزا عن القيام بأعباء القضاء فإن عزله يصبح واجبا، هذا من حيث الشريعة الإسلامية والقانون وذلك بهدف تحقيق العدالة القضائية. [87]

وهذا الأمر يحقق العدالة القضائية، إذ يصبح القاضي في هذه الحالات غير قادر على إقامة العدل وتحقيقه، وبالتالي قد تضيع حقوق الناس.

واختلف الفقهاء في جواز عزل الحاكم للقاضي إذا لم تكن هناك مسوغات لهذا العزل، ولا يتحقق بعزله أية مصلحة، وذلك على قولين:

الأول: يجوز للحاكم أن يعزل القاضي ولولم يكن هناك مسوغات لهذا العزل، وقال به كل من الحنفية، والحنابلة في قول، والظاهرية.

الثاني: لا يجوز للحاكم أن يقوم بعزل القاضي دون وجود مسوغ لهذا العزل، وقال بهذا القول كل من المالكية، والسافعية والحنابلة أيضا.[88]

1.7.2. عزل القاضي بموت الحاكم أوعزله

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن القاضي لا ينعزل في حالة موت الحاكم أوعزله وذلك للأسباب التالية:

الأول: لأن القاضي تولى القضاء لمصلحة المسلمين عامة وليس لمصلحة الحاكم، فهونائب عن الأمة في تطبيق الشريعة الإسلامية وإقامة العدل وليس نائبا عن السلطان.

ثانيا: لأن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم ولوا قضاة في زمنهم، ولم ينعزلوا.

ثالثا: لأن عزل القضاة بموت الحاكم اوالخليفة يترتب عليه ضرر على المسلمين إذ تتعطل المصالح وتقف أحكام الناس، أن يولي حاكم أوخليفة جديد ثم يقوم بتولية القضاة، وفي ذلك أقوال العلماء الأمصار وهي كالتالي:

يقول الكاساني _ رحمه الله_ في التفريق بين عزل القاضي إذا عزله الحاكم، وعدم عزله بوفاته:(كل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يخرج به القاضي عن القضاة، وما يخرج به الوكيل عن الوكالة أشياء ذكرها في كتاب الوكالة، لا يختلفان إلا في شيء واحد وهوأن الموكل إذا مات أوخلع ينعزل الوكيل، والحاكم أوالخليفة إذا مات أوخلع لا ينعزل قضائه وولايته).[89]

---

[87] الطرابلسي، يحي بن خليل، ***معين الحكام في تردد بين الخصمين في الأحكام***، طii، طبعة مصطفى البابي الحبلي، 1973م، ص6.
[88] عيسير شموط حسن، ***العدالة القضائية وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية***، طi، دار النفائس،2006م، 1426هـ، ص139.
[89] سعد، إبراهيم، ***القانون القضائي الخاص***، دار الكتب الجامعي، الإسكندرية،ج1. 1999م، ص275.

ووجه الفرق أن الوكيل يعمل بولاية الموكل، وفي خالص حقه أيضا، وقد يطلب أهلية الولاية فينعزل الوكيل، والقاضي لا يعمل بولاية الحاكم وفي حقه، بل بولاية المسلمين وفي حقوقهم، وإنما الحاكم بمنزلة الرسول عنهم، لهذا لم تلحقه العهدة، كالرسول في سائر العقود، والوكيل في النكاح. وهذا ما ذهب إليه الفقه الإسلامي في المادة(1466) التالية:" كما يجوز للوكيل أن يوكل وكيلا عنه إذاكان مأذونا".[90]

وإذا كان رسولا كان عليه بمنزلة فعل عامة المسلمين، وولايتهم بعد موت الحاكم باقية فيبقى القاضي على ولايته، وهذا بخلاف العزل فإن الحاكم إذا عزل القاضي أوالوالي ينعزل بعزله، ولا ينعزل بموته، لأنه لا ينعزل بعزل الحاكم أيضا حقيقة بل بعزل العامة، لما ذكرنا بأن توليته بتولية العامة، والعامة ولوه الاستبدال دلالة لتعلق مصلحتهم بذلك، فكانت ولايته منهم معنى في العزل أيضا، فهوالفرق بين العزل والموت.

1.7.3. عزل القاضي نفسه (الاستقالة)

أن جمهور الفقهاء ذهب إلى جواز أن يعزل القاضي نفسه عن القضاء، فيقدم الاستقالة، ويشترط حينئذ أن يصل الأمر إلى الحاكم أوالخليفة، فقبول القاضي لوظيفة القضاء لا يجعلها لازمة له على نحولا يستطع تركها والانفكاك عنها، سواء اعتبرناه وكيلا، أونائبا عن الحاكم، أواعتبرناه نائبا عن الأمة.

وهناك قول آخر ذهب إليه بعض الفقهاء من عدم جواز عزل القاضي نفسه، وأن ذلك العزل لا يصح إن وقع، لأنه يؤدي إلى تأخير استفياء الحقوق، وبالتالي تعطيل القضاء.[91]

والذي يترجح هنا جواز أن يستقيل القاضي ويعزل نفسه عن القضاء بشرط أن لا يكون متعينا عليه، ولا يؤدي تركه القضاء إلى ضرر، كالتأخير في إيصال الحقوق إلى أصحابها، فقد يكون بين يديه دعاوى سبق له أن نظر فيها لكنه لم يصدر فيها حكمه النهائي، فسيؤدي عزله لنفسه إلى تأخير الحكم بها، وإطالتها أن القاضي الذي سيعين مكانه سيعيد النظر فيها، ويشترط لقبول استقالة القاضي أن يتم تعيين شخص مكانه، بمعنى أن يتوافر البديل الذي سيحل مكانه في النظر في دعوى وإعادة الحقوق إلى أصحابها. المادة(1524)،"إذا عزل الوكيل نفسه يلزمه أن يعلم الموكل بعزله وتبقى الوصالة في عهدته الى أن يعلم الموكل عزله.[92]

1.7.4. عزل القاضي في القانون المعاصر

تعرض قانون استقلال القضاء الأردني إلى موضوع عزل القضاة، وذلك بنص من النصوص التى أشارت إلى ذلك الموضوع، فنص القانون على: أن القاضي في بداية تعيينه يكون تحت التجربة مدت ثلاث سنوات، ويعتبر بعدها معزولا عن القضاء بانتهاء تلك المدة ما لم يتم تثبيته فيه، كما يحق للمجلس القضائي عزله عن القضاء خلال تلك المدة إذا وجد سبب يقتضي ذلك العزل، كأن يثبت عدم كفاءته حيث جاء في القانون: "يكون القاضي عند تعيينه لأول مرة في أي درجة كانت تحت التجربة لمدت ثلاث سنوات من تاريخ مباشرته للعمل، ويحق للمجلس

---

[90] على حيدر، ***درر الحكام شرح مجلة الأحكام***، جiii، ص472، وما بعدها، 520، وينظر: الشيباني، ***الأصل***، جiv، ص542. الكاساني ***بدائع الصنائع***، جvi، ص69. المرغيناني، ***الهداية***، جiii، ص148. ابن جزي الكلبي، ***القوانين الفقهية***، ص216. أبوبكر الصقلي، ***الجامع لمسائل المدونة***، جxiii، ص946. الشافعي، ***الأم***، جiii، ص237. الماوردي، ***الحاوي الكبير***، جvi، ص518.

[91] ابن فرحون، ***تبصرة الحكام***، ج1، مصدر سابق، ص69.

[92] على حيدر، ***درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية***، مكتبة النهضة العربية مصدر سابق، ص296.

إنهاء خدمته خلال تلك المدة إذا تبين له عدم الكفاءته أوعدم لياقته الشخصية أوالخلقية وفقا للاعتبارات التى يراها المجلسس".

أما القضاة الذين ثبّتوا في وظيفتهم ومضت على خدمتهم سنوات عدة، فإن القانون نص على جواز عزلهم ولكن يشترط في ذلك أن يكون عزلهم من قبل المجلس القضائي بإدارة ملكية سامية، حيث جاء في القانون "لا يجوز عزل القاضي أوالاستغناء عن خدمته أوتنزيل درجته إلا بقرار من المجلس والإدارة الملكية السامية، ولم ينص القانون إن كان ينبغي وجود أسباب العزل أم لا".[93]

وأضاف القانون حالة أخرى يمكن من خلالها عزل القضاة، وهي بلوغهم سن التقاعد، فقد جاء في القانون: "للمجلس القضاء بناء على تسبب للرئيس أن يحيل على التقاعد رئيس محكمة العدل العليا وأي قاض أكمل مدة التقاعد المنصوص عليها في قانون التقاعد المدني" .

كما جعل من حق المجلس القضائي عزل القاضي إذا بدر منه ما يقتضي هذا العزل عقوبة له، وهذا ما نصت عليه المادة 38 من القانون، وأعطى للمجلس حق إحالة القاضي على الاستيضاح كما أشارت إلى ذلك الفقرة الثانية من المادة 16 من القانون .

أما عزل القاضي نفسه، فقد أجاز القانون للقاضي أن يقدم استقالته، ويشترط قبول تلك الاستقالة حتى يتم ذلك العزل، فلا يعزل بمجرد تقديمه الاستقالة، قد جاء في القانون: "تقبل استقالة القاضي بقرار من المجلس بناء على تسبيب الرئيس".

أما بالنسبة للقانون الشرعي، فقد نص قانون تشكيل المحاكم الشرعية على أن القاضي يعين تحت التجربة لمدت ثلاث سنوات، وبعد انتهاء تلك المدة إما أن يتم تثبيته في الوظيفة القضاء، أوإعادته إلى وظيفته الأصلية، أوالاستغناء عنه.

أما بالنسبة للقضاة المثبتين فقد نص القانون على أن الأصل عدم جواز عزل القاضي إلا بموافقة المجلس وفق أحكام القانون، ويجعل القانون المجلس القضائي عزل القاضي في حالة وجود ما يستدعي ذلك العزل تأديبا له.[94]

وفي حالة رغبة القاضي أن يعزل نفسه ويقدم استقالته أوإحالته على التقاعد، فإن القانون أجاز له أن يسحب طلب استقالة أوالإحالة خلال سبعة أيام من تاريخ تقديمه الطلب، بمعنى أن الطلب لا يحول إلى المجلس القضائي للنظر فيه إلا بعد مرور تلك المدة، وبعد ذلك يستدعي القاضي للنظر في طلبه وإبدائه للأسباب، ويمكن للمجلس أن يوافق على طلب القاضي، ويجيز له القانون أن يرفضه. كما أجاز القانون للمجلس القضائي إحالة أي قاض أكمل مدة التقاعد المنصوص عليها في قانون المدني إلى التقاعد.[95]

---

[93] المادة 26، ***من قانون استقلال القضاء الأردني***. دار الفكر العربي،عمان،2011م.
[94] المادة 27 ***من قانون استقلال القضاء الأردني***، مصدر سابق.
[95] عيسير شموط حسن، ***العدالة القضائية وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية***، مصدر سابق، ص148

القسم الثاني

أصول المحاكمات الشرعية والقانونية

يعتبر مجال القضاء من أهم مجالات فقه الشريعة، وهومن أجل العلوم قدرا، وأعزها مكانا وأشرفها ذكرا، ذلك لأن القضاء يمس حياة الناس ويؤثر فيها، حيث تعرض على القضاء مشكلاتهم وقضاياهم فيقومون بالنظر فيها وإصدار الأحكام بشأنها، فإن كان القضاء عادلا مقسطا متبعا شريعة الله العادلة، صلح أمر المجتمع، وعم الأمن والطمأنينة فيه، وإن كان ظالما فسدت حياة المجتمع وعمت الفوضى فيه.

وقد ظل القضاء في الشريعة الإسلامية مزدهرا في جميع عصور التاريخ الإسلامي تقريبا، فكان المثال العادل للقضاء الذي وصل إلى مستوى في التقدم وتطبيق العدالة بين الناس لم يصل إليه أكثر النظم تقدما في عصرنا الحاضر، وذلك لأنه نظام رباني يستمد نظامه من التشريع الإلهي الذي لن تستطيع النظم الوضعية الوصول إلى مستواه إلا باتباع نهجه القويم، وظل القضاء في الشريعة الإسلامية يحكم كل النزاعات والقضايا التي تعرض عليه، في الحدود والجنايات والبيوع والأنكحة وغيرها، فكان قضاء شاملا كاملا.

كان القضاة يحكمون بمقتضى الشريعة الإسلامية في كل المنازعات والقضايا بلا استثناء.

بعد ذلك أصبح القضاء مزدوجا، فهناك قضاء وضعي مستمد من النظم الوضعية، وقضاء شرعي يحكم وفق الشريعة الإسلامية، وهذا لم يعد في كثير من الدول ومنها تشاد، إلا في حالات ما يسمى بقانون الأحوال الشخصية.

وفي وقتنا الحاضر فلم يعد القضاء قضاء إسلاميا خالصا في كثير من دول العالم، ومع تطور الفكر البشري وظهور مفهوم الدولة الحديثة، تمكن البشرية من التخلص من فكرة الثأر أوما يعرف باقتصاص الفرد لنفسه، وقبلت التنازل عن هذه الحقوق لصالح هيئة عامة تسيرها الدولة تسمى بالسلطة القضائية أومرفق القضاء الذي يعد المرفق المكلف بمهمة تطبيق قوانين وقطع النزاعات الناشئة بين أفرادها في إطار هذه القوانين، ومن ثم فرض احترام تلك القوانين وتجسيدها في الواقع اليومي للأفراد.

ولكي نتعمق في أصول المحاكمات الشرعية والقانونية[96] وتعريفها وتحديد موضوعها وفق الآتي :-

2.1. تعريف أصول المحاكمات الشرعية والقانونية

قانون أصول المحاكمات الشرعية والقانونية: هوقانون ينظم إجراءات العمل في المحاكم الشرعية والقانونية، وقد جاء في تعريفه بأنه " مجموعة الأصول والقواعد والضوابط التي على القضاة مراعاتها وتطبيقها لتحقيق العدالة بين الناس، وعلى المتقاضين اتباعها للوصول إلى حقوقهم"[97] والسعي إلى تحقيق العدالة بين الناس، والتي هي الثمرة المرجوة في تطبيق هذا القوانين بين المتخاصمين، وهوالمنهج الذي ينبغي على المتقاضين سلوكه بأيسر الطرق دون عناء أومشقة أوحدوث خصومة حديثة غير الخصومة الواقعة، ولكي لا يطول أمد التقاضي.

---

[96] الشرعية – أقصد بذلك ***الشريعة الإسلامية***.
والقانونية – ***القانون الوضعي*** أوما يعرف بالقانون المعاصر .

[97] أبوسردانة الشيخ محمد حسن، ***أصول الإجراءات القضائية والتوثيقات الشرعية***، ط1، دار الفكر العربي، الأردن، عمان، 2011م، ص11 .

2.1.1. موضوع أصول المحاكمات الشرعية والقانونية

قبل الحديث عن موضوع أصول المحاكمات الشرعية والقانونية وضرورة العمل به والثمرة المرجوة منهما، يجدر بنا الإشارة إلى أنه قد يطلق على أصول المحاكمات الشرعية والقانونية ب "المرافعات الشرعية أوالمرافعات المدنية والتجارية "، وهذا إطلاق مجازي من قبيل إطلاق البعض على الكل إذ المرافعات بعض مباحث هذا العلم.

ويمكن عرض أهمية أصول المحاكمات من خلال البيان التالي :

يتحدث قانون أصول المحاكمات الشرعية والقانونية عن وظيفة المحاكم وصلاحياتها وتشكيلاتها ومعرفة الدعوى وأركانها وشروط صحتها وكيفية الإجابة عليها والدوافع الشكلية والموضوعية وطريق إثبات الحق والإجراءات التي يتبعها القضاة والخصوم من بدء تسجيل الدعوى حتى فصلها ابتداء واستئنافا واعتراضا.[98]

وإن القضاة يتفاوتون في طرق الفصل في النزاعات المعروضة عليهم، وفي كيفية السير في الدعوى وتوجيه مراحلها، واجتهاداتهم في ذلك مختلفة، فقضية ما قد تفصل في جلسة أوجلستين مع أحدهم، بينما تتجمد عند آخر عدة جلسات وتتشعب اتجاهاتها بدون ضرورة، وفي ذلك كله ضياع الوقت والجهد والحق في بعض الأحيان، لهذا وجب وضع قواعد معينة وضوابط محددة يلتزم بها القضاة والخصوم معا، ويتبعونها في بداية رفع الدعوى وحتى البت فيها وتمام تنفيذ حكمها.[99]

وبناء على ذلك سوف نتحدث عن أصول المحاكمات بالتفصيل في المباحث الآتية :

2.2. المحاكم الشرعية والقانونية

من المعلوم أن المراد من المحكمة في اللغة هوالقضاء على الظلم وتحقيق العدل دون الاعتبار للمكان، سواء كان مخصصا للقضاء فيه كالمحاكم في يومنا هذا، أوكالمساجد في فترات سابقة.

على العموم لم يحظ مصطلح "المحكمة" بتعريف قبل الدولة العثمانية، إذ أن أول ظهور لهذا المصطلح كان في الدولة العثمانية، إلا أن المضمون كان موجودا بوجود القضاء، فلم يكن للقضاء مكان مخصص في عهد النبي "ﷺ"؛ لأن العدالة لا تتقيد بمكان، واستمر الأمر كذلك في عهد أبي بكر وعمر، وكان القاضي ينظر الدعوى ويفصل الخصومة غالبا في المسجد، أوفي بيته، أوفي الأماكن العامة، وفي عهد عثمان" رضي الله عنه" اتخذت داراً للقضاء لتكون مكانا مخصصا له، مع إبعاد الضجيج عن المسجد، ثم شاع الأمر، وانتشر بالتدرج في بقية المدن والأمصار، إلى أن بنيت محلات القضاء في الأندلس، وأصبحت جزءا من القضاء باختلاف أنواعها، ودرجاتها في ظل الدولة العثمانية.[100]

وبناء على ذلك نفهم من الكلام السابق لم يعرّفوا المحكمة تعريفا اصطلاحيا محددا في مصنفاتهم؛ لأنهم في الغالب كانوا يذكرون المحكمة بمصطلح "مجلس القضاء"، ويقصدون به المحاكم المعروفة في العصر الحديث، إلا أن المحاكم في هذا العصر لها أعمال أخرى غير الفصل في الخصومات بين الناس، وهي أعمال إدارية أيضا.[101]

---

[98] أبوسردانة الشيخ محمد حسن، ***أصول الإجراءات القضائية والتوثيقات الشرعية***، مصدرسابق، ص12

[99] ياسين محمد نعيم، ***حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية***، ط1. عمان، دار الفرقان، 1984م، ص8.

[100] الزحلي محمد، ***التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة***، طii، دار الفكر، دمشق،2002م، ص25.

[101] الأدغم خالد محمد، ***الدفوع الموضوعية في دعاوى التفريق بحكم القاضي***، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير ـ كلية الشريعة والقانون ـ قسم القضاء الشرعي، جامعة غزة ـ فلسطين، 2017م، ص3.

2.2.1. الهدف من مجلس القضاء سابقا " المحكمة"

الأصل أن جميع الأمكنة والأزمنة صالحة لتلقي المنازعات والنظر في الخصومات شرعا، وليس منها ما يحرم فيه النظر، ما لم يؤد إلى ترك واجب كالتقاضي في وقت صلاة الجمعة؛ أوفي ملك إنسان من غير الحصول على إذنه، ولأهمية القضاء ومكانته فقد نص الفقهاء على صفات وخصائص يستحب توفرها في الأماكن التي يخصصها ولي الأمر للقضاء فيها.

وترجع هذه الصفات إلى أمرين هامين :

- أن يكون الوصول إليها سهلا على جميع الناس، وذلك بأن يكون الاهتداء إلى موضوع القضاء ميسورا بحيث يتوخى العدل بين الناس جميعا فيما يبذلونه من جهد للوصول إليه بقدر الإمكان.

  وينبغي لهذا الأمر أن يكون مجلس القضاء في وسط البلد ليسهل الوصول إليه من جميع الناس ولا يكون في أطراف البلد فيشق الوصول إليه من أغلب الناس، وأن يكون بارزا، ولا يكون في مكان مستتر غير مشهور، أودونه حجاب فلا يهتدي إليه الغرباء، وأن يكون في مكان عال مشرفا على طريق عام لتسهل معرفته على الناس. وهذا ينطبق في المادة(1830)، "يشترط حضور الطرفين حين الحكم، يعني يلزم عند النطق بالحكم بعد إجراء محاكمة الطرفين مواجهة حضورهما في مجلس الحكم....".[102]
- أن يكون بحيث يوفر الاستقرار النفسي، والراحة الجسدية للناس الذين يقصدونه للتقاضي، وللقضاة الذين يتخذونه مجلسا لأجل القيام بوظيفة القضاء.

  وينبغي أن يكون مجلس القضاء فسيحا لا يتأذى الحاضرون بضيقه، وأن يكون بحيث لا يؤثر فيه الحرّ والبرد والغبار ونحوذلك.

  والسبب في اشتراط هذين الشرطين: أن ولوج باب القضاء ثقيل على النفس، فإذا أضيف إليه مشقة البحث عن مكانه، ولم تتوفر فيها الراحة النفسية ولا الجسدية، ربما عزف الناس عن طلب حقوقهم، وذلك مخالف لمقصد تحقيق العدالة بين العباد.[103]

2.2.2. تعريف المحاكم الشرعية والقانونية

إن تخصيص المحاكم بكونها شرعية لم يكن على عهد سلف، وإنما هومصطلح حديث، فقد كانت المحاكم تحكم بشرع الله في كل القضايا لكن بعد فصل الدين عن الدولة أصبح اختصاص المحاكم الشرعية في الأمور الأحوال الشخصية[104]، عند بعض الدول، فإذا أطلق لفظ المحاكم الشرعية فيراد به ما يقابل المحاكم النظامية.

ومن هنا عرف العلماء المعاصرون المحكمة الشرعية بتعريفات، ويمكننا سردها بالتفصيل كالتالي:

---

[102] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، ج1، مصدر سابق، ص372.

[103] الصليبي خالد عبد الجابر، ***أصول المحاكمات الشرعية كلية الشريعة والقانون*** ، ط1، الجامعة الإسلامية بغزة ،2016م، ص10.

[104] الأحوال الشخصية اصطلاح قانوني غير معروف في كتب الشريعة الاسلامية، يراد به "الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته، وما يترتب على هذه الأوضاع في آثار حقوقية، والتزامات أدبية أوما دية" . انظر شرح قانون الأحوال الشخصية، ***مصطفي السباعي*** (11/1) .

- عرفها الغامدي فقال :"مكان القاضي والمكان المخصص لجلسته، والذي يباشر فيه عمله[105] وتعرض عليه الدعاوى فيه ويسمع الشهادة، ويناقش الخصوم، ويبين الحكم، ويفصل في القضية"
- وعرفها الزحيلي فقال :"هي مكان جلوس القاضي للنظر في الدعاوى والخلافات الناشئة بين الناس، وقيل هي : مقام القاضي أومكان انعقاد هيئة الحكم، الذي يمتثل فيه القضاة للنظر في الخصومة بين الناس".[106]

ومن خلال ما سبق يمكننا أن نستنتج تعريفا للمحكمة فنقول:" المحكمة هي المكان المخصص للقاضي للنظر في القضايا والدعاوى التي تعرض عليه من المتخاصمين بإنصاف"[107]

وبما أننا نتحدث عن المحاكم فإنها تدخل ضمن التنظيم القضائي، والتي تعني: مجموع المحاكم والغرف في الدولة، مع اعتبار أن مصطلح "محكمة" تعني المحاكم السفلى كالمحكمة الابتدائية، ومصطلح "غرفة" تعني المحاكم العليا كمحكمة الاستئناف والمجلس الأعلى للقضاء، وكثير من الدول حددت تلك التقسيمات وفق قانون التنظيم القضائي، كما الحال في المملكة المغربية حيث حدد القانون رقم 1-74-388 في جمادي الثاني 1394 (15 يوليو1974) التنظيم القضائي وشكل المحاكم.

وبناء على ذلك يمكننا معرفة تشكيل المحاكم الشرعية أوالقانونية في المباحث الآتية :

2.3. تشكيل المحاكم الشرعية ودرجاتها

عرف دولة تشاد أشكال مختلفة من المؤسسات القضائية التي جرى تنظيمها بموجب قوانين عدة، وهي محددة بالدستور في المادة (148)[108]، وحيث نصت على أن السلطة القضائية تتولاه المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وحدد القانون طريقة تشكيلها واختصاصاتها، كما هوالحال في القانون الأردني رقم (15) لسنة 2001م، حيث نص هذا القانون هوالذي يتولى تنظيم شؤون المحاكم القضائية من حيث تشكيل المجلس القضائي الذي أنيط به مهام تعيين قضاة المحاكم النظامية وترقيتهم وتأديبهم وعزلهم والاستغناء عن خدمتهم، ووضع الاقتراحات التشريعية التي تتعلق بالقضاء والنيابة العامة وإجراءات التقاضي.

وأكد أيضا قانون تشكيل المحاكم النظامية وتعديلاته رقم (27) لسنة 2001م، على صلاحيات المحاكم النظامية كما هي محددة بالدستور والتي تتمثل "بممارسة حق القضاء على جميع الأشخاص في المواد المدنية والجزائية، باستثناء المواد التي يعود فيها حق القضاء إلى محاكم دينية أومحاكم خاصة"، وينظم هذا القانون أنواع المحاكم النظامية ودرجاتها التي تتولى صلاحيات القضاء في المواد المدنية والجزائية الداخلة في اختصاصها والتي هي على النحوالتالي:

1. محاكم الصلح.
2. محاكم البداية أوالابتدائية .
3. محاكم الاستئناف.

---

[105] الغامدي ناصر محمد، ***الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي***، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2016م، ص329.
[106] الزحلي محمد، ***التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة***، مصدر سابق، ص30.
[107] السوسي محمد كمال ، ***الاختصاص الوظيفي والمكاني للمحاكم الشرعية***، دار الشروق العربي، لبنان، 2013م، ص52.
[108] ***الدستور التشادي*** الصادر بتاريخ 04- 05-2018م .

4. محكمة التمييز وفي بعض الدول تسمى المحكمة العليا، والمحكمة النقض.

بينما تشكل وتنظم في المملكة المغربية وفق الآتي :

- محاكم القانون العام هي :
- ✓ محاكم الجماعات والمقاطعات .
- ✓ المحاكم الابتدائية، وتظم كذلك 18 مركزا للقضاة المقيمين[109] .
- ✓ محاكم الاستئناف.
- ✓ المجلس الأعلى.
- المحاكم المختصة هي :
- ✓ المحاكم الإدارية .
- ✓ المحاكم التجارية .
- ✓ محاكم الاستئناف التجاري .
- ✓ الغرفة العليا (الفصل 88 من الدستور)[110].
- ✓ المحكمة الدائمة للقوات المسلحة .

يتألف النظام القضائي من المحاكم حسب التصنيف أعلاه؛ وتصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب التشادي وفي المملكة المغربية باسم الملك، ولا يعزل قضاة الأحكام ولا ينقلون إلا بمقتضى القانون، وتنظر كل منها في المسائل التي ترفع إليها طبقا للقانون.

وسوف نشرع بالحديث عن كل محكمة على حدة من حيث تعريف كل محكمة واختصاصها وتشكيلها وعددها على سبيل المثال لا الحصر

2.3.1. المجلس الأعلى للقضاء

يسهر على تطبيق الضمانات الممنوحة للقضاة فيما يرجع لترقيتهم وتأديبهم، يرأسه رئيس الجمهورية أوالملك في الدولة الملكية ويتألف بالإضافة إلى رئيسه من :

- وزير العدل نائب الرئيس.
- الرئيس الأول للمجلس الأعلى.
- الوكيل العام للملك لدى المجلس الأعلى.
- رئيس الغرفة الأولى للمجلس الأعلى.
- ممثلين اثنين لقضاة محاكم الاستئناف ينتخبهم هؤلاء القضاة فيما بينهم.
- أربعة ممثلين لقضاة محاكم أول درجة ينتخبهم هؤلاء القضاة فيما بينهم.[111]

هذا وفق تشكيل المملكة المغربية للهرم المجلس الأعلى للقضاء، بينما في تشاد وفق الآتي :

---

[109] ***التنظيم القضائي المغربي*** للعام 15 يوليو1974م ص1.
[110] ***الدستور المملكة المغربية***، الفصل 88.
[111] السوسي محمد كمال صابر ، ***أصول المحاكمات الشرعية ،كلية الشريعة والقانون***، الجامعة الإسلامية بغزة، مصدر سابق. ص54.

- يرأس رئيس الجمهورية المجلس الأعلى للقضاة .
- ويكون وزير العدل بطبيعة الحال نائب الأول .
- رئيس المحكمة العليا نائبه الثاني .
- وينتخب الأعضاء الآخرون للمجلس الأعلى للقضاء وفقا للشروط التي تحددها القانون.

وذلك حسب المادة (151) من الدستور التشادي الجديد.

والمجلس الأعلى للقضاء الشرعي هي أعلى جهة قضائية مشرفة على الأمور القضائية الإدارية وترتيب أوضاع القضاة، ووضع نظام المحكمة العليا، وقد يتم إنشاء المجلس الأعلى للقضاء بناء على طلب مقدم من قاضي القضاة في جميع الدول، وذلك لمقتضيات المصلحة العامة ولتطوير العمل في جهاز القضائي بما يحقق توجيهات فخامتكم لتأكيد سيادة القانون ونزاهته واستقلال السلطة القضائية بشقيها النظامي والشرعي، واستنادا للمادة (14) من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم (15) لسنة 1979م المعمول به بموجب المرسوم الرئاسي رقم (94/1) من القانون الفلسطيني .

عادة ما يتكون مجلس القضاء من هيئتين، "هيئة دائمة متفرغة، وهيئة تكملها، بحيث يكون المجموع من الخمسة المتفرغين والخمسة الغير متفرغين تكون من الهيئة العامة للمجلس".

والهيئة الدائمة تتكون من خمسة قضاة كل منهم بدرجة رئيس محكمة التمييز، أي أعلى درجة قضائية .[112]

- أعضاء الهيئة الخمسة الغير متفرغين تتكون من :
- رئيس محكمة التمييز أي المحكمة العليا، عضوا.
- ووكيل وزارة العدل: يعينه وزير العدل عضوغير متفرغ في مجلس القضاة الأعلى.
- ثم ثلاثة قضاة يختارون من أقدم القضاة من رؤساء المحاكم العامة.

2.3.2. اختصاصات مجلس القضاء الأعلى

1. تختص بالنظر في الأمور التي يعرضها عليه وزير العدل فيما يتعلق بشؤون القضاة يبدي رأيه فيها.
2. وتختص أيضا بالنظر في الأمور التي يعرضها عليه ولي الأمر في الأمور التي يرى عرضها على مجلس القضاء.
3. وبتأديب القضاة، رقابتهم ونحوذلك، لأنه يعطي للقاضي أمانا في استقلاله إذا كان تأديبه معهودا بقاضي مثله.
4. ويختص أيضا بالنظر في القضايا التي نظرتها محكمة العليا وأصدرت فيها أحكاما بالقتل أوالقطع أوالرجم.

ومحكمة التمييز هي محكمة نصوص، وهي النظام التقاضي على درجتين، وهوالحاصل في قطر والسعودية وغيرها[113].

---

[112] البغا مصطفي ديب، ***الدعوى والبينات والقضاء***، دار المصطفي - ط 1- ص 181 عام 1427هـ - 2006م .
[113] البغا مصطفى ديب، ***الدعوى والبينات والقضاء***، مصدر سابق ص 182

2.3.3. المحكمة العليا أومحكمة التمييز

تختص المحكمة العليا في الجنح والجنايات التي يرتكبها أعضاء الحكومة أثناء ممارستهم لمهامهم بعد توجيه التهمة إليهم من المجلس البرلمان بمقترح موقع على الأقل من أربع أعضاء المجلس الذي يقدم إليه أولا، ويناقشه المجلسان بالتتابع، ولا تتم الموافقة عليه إلا بقرار يتفقان عليه عن طريق التصويت السري بأغلبية ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم كل ، باستثناء الأعضاء الذين يعهد إليهم بالمشاركة في المتابعة أوالتحقيق أوالحكم؛ وهي تتألف من أعضاء ينتخب نصفهم من بين أعضاء مجلس النواب ونصفهم الآخر من بين أعضاء مجلس المستشارين ويعين رئيسها بظهير شريف؛ يحدد قانون تنظيمي عدد أعضائها وكيفية انتخابهم، وكذا المسطرة التي يعين أتباعها[114].

وتنقسم المحكمة العليا إلى دوائر وهي :

- دائرة جزئية أوجنائية .
- دائرة أحوال الشخصية، وهذا فقط في بعض دول العربية مثل قطر ـ السعودية ـ الأردن.
- دائرة مدنية.
- والدوائر غير الجزائية تنظر القضايا في ثلاثة قضاة، والدوائر الجزائية تنظرها من خمسة قضاة، وهي المتعلقة بأحكام القتل والرجم أوالقطع، ويكفي ثلاثة قضاة في جيمع القضايا هنا، لأنه كلما كثر العدد كلما كثرت المناقشات بدون داع.

والأصل أن محكمة التمييز تنظر في جميع الأحكام الصادرة في المحاكم العامة أوالمحاكم الجزئية المستعجلة، إلا ما استثنى بنص في النصوص التي تصدر في ولي الأمر.[115] والمادة (1839) من المجلة الأحكام العدلية" أذا لم يقنع المحكوم عليه بالحكم الواقع في حق الدعوى وطلب تمييز الإعلام الحاوي للحكم فيدقق الإعلام المذكور فإن كان موافقا لأصوله المشروعة يصدق والاينقص".[116]

2.3.3.1. تعريف المحكمة العليا

جاء تعريف المحكمة العليا عند أحد الباحثين بأنها: مجلس أنشأ بقرار من رئيس الدولة، وعين فيها القضاة وفقا لنظام معين؛ ينظرون فيما يرفع إليهم جوازا أولزوما من الأحكام الصادرة عن قضاة محاكم الاستئناف الشرعية؛ للوقوف على مدى موافقتها الشرع؛ وزيادة في العدل، وكذا الإشراف الإداري على المحاكم الشرعية باختلاف أنواعها ودرجاتها؛ لتنظيم العمل فيها.[117]

ومن خلال التعريف يتبين لنا بأن المحكمة العليا الشرعية قد أنشئت بقرار من رئيس السلطة التنفيذية ويعين فيها القضاة وفق نظام معين، هونظام المحكمة العليا الشرعية الصادرة بتعميم من قاضي القضاة، وترفع إليها الأحكام الصادرة من الدرجة الثانية، ألا وهي محاكم الاستئناف الشرعية للوقوف على مدى موافقتها للشرع أوالقانون المعمول به وأنها تقوم بمراجعة أعمال المحاكم الابتدائية الشرعية من خلال تفتيش القضائي عليها وعلى

---

[114] ***قانون التنظيم القضائي المغربي للعام*** 15/يوليو1947م، ص 2.
[115] ***قانون التنظيم القضائي المغربي للعام*** 15/ يوليو1974م، ص3.
[116] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، ج1، مصدر سابق، ص372.
[117] ***قانون القضاء الشرعي الفلسطيني، رقم*** (3) لسنة 2011م المادة (72).

محاكم الاستئناف الشرعية بالتوافق مع المكتب الفني، لأجل الارتقاء بالعمل الإداري في المحاكم الشرعية على اختلاف أنواعها ودرجاتها.

2.3.3.2. تشكيل المحكمة العليا الشرعية والقانونية

تشكل هيئة المحكمة العليا الشرعية عادة أوفي كثير من الدول في أغلبية عدد قضاتها، وتنعقد هيئتها برئاسة رئيس المحكمة وفي حالة غيابه، أووجود مانع لديه تكون رئاسة هيئة المحكمة لنائبه، ثم الأقدم فالأقدم من بين قضاتها، هذا التشكيل نموذج للمحكمة العليا الشرعية الفلسطينية باعتبار أن بعض الدول تشكل محكمتها العليا وفق هذا التشكيل مثل المملكة المغربية والجزائية.

وأصبحت المحكمة العليا الشرعية تمثل رأس القضاء الشرعي في فلسطين، وهي تقابل محكمة النقض في القضاء النظامي، فهي محكمة قانون بخلاف المحاكم الابتدائية الشرعية التي تعتبر محاكم موضوع فقط، لذا كانت أحكامها نهائية قطعية واجبة النفاذ.[118]

هذا وتنشأ المحكمة العليا الشرعية بمقتضى أحكام هذا النظام، ويكون المقر الدائم لها في مدنية القدس، ولها أن تعقد جلساتها بقرار من رئيسها في كل من مدينتي غزة، أورام الله، حسب مقتضى الحال.

2.3.4. محاكم الاستئناف

تتكون محاكم الاستئناف من عدة غرف متخصصة، من بينها غرفة الأحوال الشخصية والميراث والغرف الجنائية؛ وتتكون أيضا من نيابة عامة تضم وكيلا عاما للملك وفق تنظيم المملكة المغربية ونواب العامين وقاض أوعدة قضاة مكلفين بالتحقيق وقاض أوعدة قضاة للأحداث وكتابة ضبط لكل من الرئاسة والنيابة العامة، وتعقد الجلسات في جميع القضايا وتصدر القرارات عن طريق هيئة مكونة من ثلاثة مستشارين باستثناء الجنايات التي يحفظ بها بالنظر فيها للغرفة الجنائية التي تتألف من خمس قضاة؛ رئيس غرفة وأربعة مستشارين.

2.3.4.1. تعريف محكمة الاستئناف

جاء في تعريف محاكم الاستئناف الشرعية بأنها : (مجالس قضائية تتشكل بموجب قرار رئيس الدولة، ويعين القضاة فيها، وفقا لنظام معين لينظروا فيما يرفع إليهم جوازا أولزوما (وجوبا) في الأحكام الصادرة عن قضاة المحاكم الابتدائية؛ للوقوف على مدى موافقتها للشرع وزيادة في العدل).

ونستنتج من خلال التعريف السابق أن محاكم الاستئناف الشرعية تنظر في القضايا المرفوعة إليها من المحاكم الابتدائية، فهي الدرجة الثانية صاحبة الاختصاص في النظر في جميع الدعاوى التي ترفع إليها سواء جوازا أولزوما من المحاكم الابتدائية.[119]

---

[118] الصليبي خالد عبدالجابر، ***أصول المحاكمات الشرعية***، ط ii، كلية الشريعة والقانون الجامعة الاسلامية، بغزة، 2015م، ص25.

[119] أبوالبصل عبدالناصر، ***شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي***، ط ii، 2014م، ص84.

2.3.4.2. تشكيل محاكم الاستئناف

تتبع محكمة الاستئناف في تشكيلها وتكوينها نظام قضاة الجماعة، الذي يعرف بنظام تعدد القضاة في نظر القضية الواحدة، على خلاف نظام المحاكم الابتدائية التي تتبع في نظام تشكيلها الأخذ بنظام القاضي المنفرد كما في جميع الدول مثل تشاد، والمملكة المغربية. والمادة(1838) "إذا ادعى المحكوم عليه...والايستأنف".[120]

وتشكل هيئة المحكمة الاستئناف من ثلاثة قضاة من بين قضاتها على الأقل، وتنعقد هيئتها برئاسة رئيس المحكمة، وفي حالة غيابه أووجود مانع لديه تكون رئاسة هيئة المحكمة لنائبه، ثم الأقدم فالأقدم من بين قضاتها، وتعتبر محاكم الاستئناف محاكم قانون تدقق على الاجراءات القضائية والقانونية التي التزم بها القضاة عند الخوض في الدعاوى، ويسعى المجلس الأعلى للقضاء لجعلها محكمة موضوع وقانون زيادة في تحقيق العدالة بين الخصوم، ويمكن الطعن في أحكامها لدى المحكمة العليا.

2.3.4.3. اختصاصاتها أواختصاص المحاكم الاستئناف

تقوم بصفتها محكمة من درجة ثانية للتقاضي بدراسة القضايا التي تم البت فيها إبتدائيا من قبل المحاكم الابتدائية للمرة الثانية، وبذلك تنظر القضايا استئنافيا في الأحكام التي تصدر عن هذه المحاكم أوعن رؤسائها، وإن التـاليف المتميز للغرف الجائية بمحاكم الاستئناف يؤهلها للبت في الجرائم إبتدائيا وإنتهائيا المحاكم الابتدائية.

2.3.5. المحاكم الابتدائية

تتكون المحاكم الابتدائية في عدة غرف حسب طبيعة القضايا المعروضة عليها، وتتكون أيضا من نيابة عامة تضم الرئيس ونوابه وقاض أوعدة قضاة مكلفين بالتحقيق وقاض أوعدة قضاة لأحداث أوكتابة ضبط لكل من الرئاسة والنيابة العامة، بالإضافة إلى قسم خاص يسمى قسم قضاء الأسرة يختص في قضايا الأسرة ويتمتع بالاستقلالية.

ويمكن تقسيم هذه المحاكم إلى غرف، ويمكن لكل غرفة أن يتوفرفيها على قاض أوعدة قضاة، هذا ويمكن لوزير العدل أن يكلف في أماكن تدخل في دائرة اختصاص المحاكم الابتدائية قاض أوعدة قضاة لمزاولة مهامهم بصفة عامة، وذلك لحسن سير العدالة، ويلقب هؤلاء بالقضاة المقيمين، ولا تعتبر مراكز القضاة المقيمين محاكم مستقلة، بل هي جزء من المحاكم الابتدائية .

2.3.5.1. تعريف المحاكم الابتدائية

جاء في تعريف المحاكم الابتدائية بأنها: " المجالس التي يولي الإمام القضاة فيها بالنظر في خصومات ومنازعات خاصة ابتداء، وفق الشرع، على أن لا تأخذ بعض قراراتها الدرجة القطعية إلا بمصادقة محكمة الاستئناف العليا" .[121]

---

[120] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق، ص372.

[121] انظر المادة (57) من ***قانون القضاء الشرعي الفلسطيني*** رقم (3) لسنة 2011م الصادر عن ديوان القضاء الشرعي والمنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية.

وهذا المحاكم القديمة موجودة منذ العهد الدولة العثمانية، ولم يتغير عليها شيء سوى تقليص اختصاصاتها إذ أن المحاكم الشرعية في عهد الدولة العثمانية وحتى أواخرها كانت صاحبة الاختصاص العام بل والوحيد في جميع المنازعات إن لم يكن ثمة محاكم أخرى.

والمحاكم الابتدائية تقوم بأعمال أخرى غير النظر في الخصومات والمنازعات ـ أعمال إدارية ـ مثل تسجيل الحجج الشرعية وتحرير الشركات وأيضا عن الاختصاص الوظيفي للمحاكم الشرعية [122]

2.3.5.2. تشكيل المحاكم الابتدائية

الأصل أن يكون القضاء على درجة واحدة؛ فإذا قضى القاضي المأذون له في دعوى ما وجب أن يكون قضاؤه هذا نهائيا نافذا، ولا يجوز بأي حال من الأحوال نقض هذا الحكم إلا إذا عرض هذا الحكم نصا صريحا، وحرصا على إقامة العدل والإنصاف ومراعاة لمصالح الناس وعدم الظلم الذي قد يحدث من جرّاء وقوع خطأ أوجهل في القاضي أحيانا، أوتسرعه أوتحيزه وغيره، لذا جعل الفقهاء درجة ثانية من درجات التقاضي ـ محكمة استئناف، والتي يلجأ إليها من يعتقد من الخصوم أنه مظلوم في الحكم الأول.

فالمحكمة الابتدائية هي الدرجة الأولى من درجات التقاضي في المحاكم الشرعية، وهي صاحبة الاختصاص العام في المنازعات في المواد الشرعية .

وتتكون كل محكمة من قاض منفرد، ويمكن أن يتحور القضاة في المحكمة الواحدة، فلا يعني تأليف المحكمة من قاض منفرد أن يكون بالضرورة لكل قاض محكمة خاصة به، ولا يعني ذلك أنه يمنع من وجود أكثر من قاض في محكمة واحدة، بل المعنى أن يكون كل قاض منهم له القدرة، وعلى أن لا يجتمعوا في نظر القضية الواحدة، وعليه فالمحكمة التي يكون فيها أربعة قضاة مثلا تكون محكمة قاض فرد، ويكون تعددهم حينئذ عائد إلى ازدحام الخصوم، أونتيجة كثرة القضايا التي استلزمت تعددهم وذلك لتسهيل العمل وفصله وتشريعه.

إلا أن كل واحد منها لا ينظر في ذات الدعاوى والطلبات والخصومات التي ينظرها الآخر؛ إذ يقسموا القضايا بينهم حسب رقمها، ويكون لأحدهم الأعداد الزوجية والآخر الفردية.

وعليه فأي نزاع تختص به المحاكم الشرعية تُرى أمام المحكمة الابتدائية، ولا يجوز أن ترفع قضية إلى محكمة الاستئناف مباشرة إذا لم تكن قد نظرتها المحكمة الابتدائية، وبناء عليه يمكن القول بأن المحكمة الابتدائية هي محكمة موضوع.[123]

2.3.5.3. اختصاصاتها

تختص المحاكم الابتدائية بالنظر في جميع القضايا ما لم ينص القانون صراحة على إسناد الاختصاص لمحكمة أخرى، ويعتبر هذا الاختصاص اختصاصا عاما يمتد ليشمل كل القضايا المدنية والعقارية والجنائية والاجتماعية، وتدخل كل المسائل المرتبطة بالأحوال الشخصية والعائلية والإرث أيضا في بعض الدول وخاصة الدول العربية التي مازالت محافظة حتى الآن بقضايا الأحوال الشخصية، ولم تدخلها ضمن القانون الوضعي.

---

[122] الزحيلي، محمد، ***التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة***، ط jj، مصدر سابق، ص25.
[123] القرشي عبدالرحيم، ***الدعوى والبينات والقضاء***، دار المصطفي ط i، 2006م، ص185.

وهذه القضايا كلها في اختصاص المحاكم الابتدائية سواء تعلق الأمر بالمواطنين أوالأجانب المسلمين، وتختص المحاكم الابتدائية أيضا إما ابتدائيا وانتهائيا أوابتدائيا مع حق الاستئناف طبقا للشروط المحددة في قانوني المسطرة المدنية والجنائية أوالنصوص الخاصة عند الاقتضاء.

فالبنسبة للقضايا المدنية تختص المحاكم الابتدائية ابتدائيا وانتهائيا بالنظر في القضايا التي تساوي قيمتها أوتقل عن ثلاثة آلاف درهم، وفي هذه الحالة لا يمكن تقديم الاستئناف ويمكن الطعن بالنقض أمام المجلس الأعلى، وتبت المحكمة فقد إبتدائيا إذا كان القدر المتنازع عليه يفوق هذا القدر أوغير محدد.[124]

وتختص في القضايا الزجرية في الحكم من المخالفات والجنح، أما الجنايات فتبقى من اختصاص محكمة الاستئناف.[125]

خلاصة القول : بالاضافة إلى المحاكم العامة أوالكبرى السابقة، والتي تتمثل في المجلس الأعلى للقضاء والمحكمة العليا والمحاكم الاستئنافية والابتدائية، توجد لدى بعض الدول محاكم تسمى بمحاكم الصلح، وخاصة في تشاد، ومحاكم المقاطعات والجماعات كما في المملكة المغربية والجزائر ومصر، والتي تختص بقضايا أقل درجة من التي تختص بها المحاكم العليا.

وأن المحاكم الصلح غالبا ما تختص بالقضايا الأطفال أي الأحداث الذين لم يبلغ أعمارهم سن الرشد.

وهذه المحاكم أيضا تسمى بالمحاكم الخاصة، وتتكون محاكم الجماعات والمقاطعات أوالصلح من حاكم، يساعده عون كتابة الضبط أوكاتب، ويعين حُكّام المقاطعات ومحاكم الجماعات من بين قضاة، طبقا لمقتضيات القانون الأساسي للقضاة، أومن بين المواطنين العاديين.

ومع ذلك أيضا توجد محاكم أخرى تسمى المحاكم الاستثنائية والتي تتمثل في المجلس الدستوري والمحكمة العدل العليا، كما في فرنسا ـ وتشاد، ومحكمة عسكرية في الخيانة العظمى والتي يرتكبها رجال الدولة من الرئيس الجمهورية إلى الإداريين في الدولة .

2.4. مفهوم الدعوى وماهيتها

تعد الدعوى الوسيلة التي بموجبها يلجأ بها المواطن إلى السلطة القضائية للحصول على الحماية القضائية لحقه المُعتدى عليه، وقد ذهب رأي في الفقه سمي بالتقليدين إلى القول بأن الدعوى: هي السلطة التي خولها القانون لصاحب الحق في الإلتجاء إلى القضاء لحماية حقه، وبموجب هذا التعريف فهم يقررون أن الدعوى هي نفس الحق الذي تحميه، يبقى في حالة سكون ويتحرك في حالة الاعتداء عليه، فالدعوى هي الحق في حالة الحركة، وتوصلوا إلى نتيجة معناها: أن الدعوى وأصل الحق المطالب به هوواحد، ويتبع الأول الثاني وجودا وعدما فتولد الدعوى مع الحق وتزول بزوله.

---

[124] جميل الشرقاوي، ***دروس في أصول القانون***، طiii، دار النهضة العربية، بيروت، 1984م، ص3.
[125] . الراشدي سالم، ***الدعوى والبينات والقضاء***، دار المصطفي ط1 ص 200.

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن الدعوى لها مميزاتها الخاصة وتستقل على الحق المطالب به الذي ينبى على أسباب وشروط مختلفة، كما أن ليس كل دعوى تسند إلى حق فهناك دعاوى ترفع لكن صاحبها لا يعد صاحب الحق المطالب به.

وقد استقر الرأي الغالب في الفقه إلى القول : أن الدعوى هي الوسيلة التي خولها القانون لصاحب الحق في الإلتجاء إلى القضاء لحماية حقه.[126]

أما المشرع الجزائري فإنه لم يورد تعريف للدعوى متأثرا في ذلك برأي المشرع الفرنسي الذي يرى أن نظرية الدعوى لا تحتمل التنظيم التشريعي، وإنما محلها في الفقه وليس في التشريع، وكذا الحال في تشاد والمملكة المغربية أيضا.[127]

وأن المتفحص لقانون الإجراءات المدنية الجزائري يتبين له أن المشرع الجزائري قد استعمل ثلاث مصطلحات مختلفة للدلالة على الدعوى ألا وهي: الدعاوى، القضية والخصوم القضائية، والملاحظة أنه لم يأت بالفوارق الفقهية التي وضعت لكل منها وكذا بخصائصها مما يجعل رجال القانون في الجزائر وعلى اختلاف دراساتهم وبحوثهم في هذا الميدان لا يفرقون بين هذه المصطلحات واللبس مازال قائما لحد الآن، مما يستدعي دراسة الدعوى في مفهومها، وخصائصها وسببها وأنواعها وأركانها وطبيعتها ومسروعيتها وهذا ما نسميه ماهية الدعوى وذلك كله في المباحث الآتية :

2.4.1. مفهوم الدعوى

لقد عجز رجال الفقه والقانون عن وضع مفهوم دقيق للدعوى، وهذا نظرا لتأرجحها بين المفهوم المجرد للحق في الدعوى وبين حق ممارستها أمام القضاء وبالتالي فإنه تبدومن الناحية العلمية بمثابة سلسلة من الاجراءات المتعبة ابتداءا من إدخال الطلب القضائي إلى حين صدور الحكم، غير أنه لا يكفي لدراسة الموضوع التمعن في تتابع الإجراءات وأشكالها، بل ينبغي التطرق لماهيتها وتعريفها الاصطلاحي في شتى المجالات أي مجالات الفقه الإسلامي وعلى تعريفات المذاهب الأربعة المعترة والفقه القانوني أي القانون المعاصر الوضعي.

عموما من الزاوية العلمية تظهر الدعوى القضائية كأنها مجموعة من الإجراءات التي ترمي إلى الفصل في الدعوى القضائية بمقتضى صدور حكم في الموضوع أوبمقتضى ترك الخصومة ينهي النزاع المعروض أمام القاضي.

وبناء على ذلك فإنه يتعين علينا دراستها بالتفصيل في النقاط التالية :

2.4.2. تعريف الدعوى في اصطلاح الفقهاء

1. تعتبر الدعوى عند فقهاء الشريعة الإسلامية تصرفا قوليا له شروط خاصة، متى ما استكملت تحققت آثار الدعوى شرعا، وبناء على هذه الحقيقة جاءت تعريفاتهم لها متقاربة.

---

[126] عبدالوهاب خلاف، ***تفسير النصوص القانونية وتأويلها***، مجلة القانون والإقتصاد، مصر 1848م، عxi، السنة11، ص177.
[127] أنيسة يحوي، قاضية لدى محكمة المنصورة، ***إجراءات رفع الدعوى***، طi، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية 2006م ص3.

فمنهم من عرفها بأنها: طلب أومطالبة نظرا إلى مضمونها دون لفظها، آخذين بعين الاعتبار أن هدف المدعي في إخباره أمام القاضي هوالمطالبة بالحق، أولاشتراطهم احتواء الدعوى على لفظ طلب ومن هذا :

- تعريف الحنفية : إذ قالوا في تعريفها : " مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته [128]".
- تعريف مجلة الأحكام: " طلب إنسان حقا على غيره لدعوى الحاكم"[129]، وهذا التعريف يميز الدعوى عن التصرفات القولية الأخرى أمام القضاء ونحوها من طرق الاثبات، لكونها ليست مطالبة بحق.

2.4.3. تعريف الدعوى في القانون الوضعي

يربط القانونيون تعريف الدعوى بعلاقتها بالحق الذي تحميه[130]، فاختلفوا في تحديد مفهوم الدعوى، كما اختلفوا في العلاقة بينها وبين الحق الذي تحميه، فجاءت آرائهم وفقا لما يلي :

- الرأي الأول: يعتبر الدعوى والحق الذي تحميه شيئا واحدا، وذلك في حالة واحدة هي حركته عند تعرضه لاعتداء أوإنكار، وبناء عليه يجوز تسمية الحق في ملكية عين ما إذا اعتدى عليه "بدعوى الملكية "[131]، لأن الحق والدعوى يتحدان عندهم ركنا وموضوعا وسببا وشرطا ويولدان سويا بالصفات نفسها، وهؤلاء هم أصحاب النظرية التقليدية[132].

  ويعرف أصحاب هذه النظرية الدعوى بأنها : "حق الالتجاء إلى السلطة القضائية للاستعانة بها على تقرير الحق".

ويرد على هذا التعريف أمران:

الأول : أنهم جعلوا الوسيلة والغاية شيئا واحدا، إذ لازم كلامهم أن الحق الذي تنشد حمايته بحق اللجوء إلى القضاء هونفسه حق الالتجاء إلى السلطة القضائية لطلب حماية الحق، وهوفي غاية البعد عن المنطق السليم.

الثاني : أن أصحاب هذا الرأي يشترطون الأهلية والصفة في الدعوى، وهذا يتناقض التزامهم بنظريتهم في طبيعة الدعوى وعلاقتها بالحق الموضوعي؛ إذا لازم نظريتهم قبل الدعوى بمجرد وجود الحق، لأنها تنشأ بنشوئه، فلا يخِلُّ بوجودها عدم الأهلية، فلا نتخلف عنه وفقا لنظريتهم فكيف جازلهم أن يشترطوا الأهلية والصفة ؟.

الرأي الثاني : "يعتبر الدعوى عنصرا من عناصر تكوين الحق وجزءا من ماهيته"، وبيان ذلك أن الحق عندهم يتكون من عنصرين:

أ. المصلحة المادية أوالأدبية .

ب. الحماية القانونية .

---

[128] محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن، ***العناية شرح الهداية***، ت: الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي (المتوفى: 786هـ)، ج viii، بدون طبعة بدون تاريخ، دار الفكر، ص 152.

[129] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق المادة (1613).

[130] ياسين، محمد نعيم، ***نظرية الدعوى***، مصدر سابق، ص83.

[131] ابن فرحون، ***تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام***، مصدر سابق، ص81-89.

[132] البغا مصطفي ديب، ***الدعوى والبينات والقضاء*** مصدر سابق، دار المصطفي ط1، 2006م ص13

الحماية القانونية : هي ما يسمى بالدعوى، فهي موجودة مع الحق وملازمة له، مرتبطة به إرتباط الجزء بالكل.

ويرد على هذا الرأي: اعتبارهم الدعوى وسيلة من وسائل حماية، وأن الهدف منها تقرير الحق أوحمايته، إذْا كيف يكون جزء الحق وسيلة لحمايته؛ ولهذا عرفها بعضهم بأنها : "سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الوصول إلى احترام القانون".[133]

غير أن هذا التعريف غير مانع لوجود وسائل أخرى يختص بها القضاء تؤدي إلى احترام القانون، كالأوامر التي يصدرها بناء على سلطته الولا ئية، مع أنها ليست في الدعاوى بالاتفاق .

يضاف إلى ما سبق :

1. أن هذا التعريف يختلط بمفهوم حق اللجوء إلى القضاء مع أنه لا يشترط ممارسة جميع ما يشترط في الدعوى، ولا يشفع لهم كونه اصطلاحا أطلق على حق التقاضي، فلا مساحة فيه؛ لأنه بعيد عن المعنى اللغوي ولا ينسجم معه بحال، مما يوقع في تكلف شديد.
2. إذا كانت الدعوى عنصرا من عناصر الحق، فكيف يوجد الحق مع فقدانه لجزء من أجزائه وهوالحماية القانونية، والأغرب من ذلك أنهم يعتبرون النزاع حول الحق سببا لوجود الدعوى فهل يكون الحق فاقدا لأحد عناصره قبل حدوث نزاع حوله.

الرأي الثالث: وهوللمحدثين الذين يرون أن الدعوى ليست هي الحق الموضوعي الذي تحميه، ولا عنصرا من عناصره، بل هي حق مستقل قائم بذاته ولهذا عرفوها بأنها: "حق الشخص في الحصول على حكم في الموضوع لصالحه وذلك في مواجهة شخص آخر بواسطة السلطة القضائية ."

وقيل منهم من عرف الدعوى بأنها :" مطالبة بالحق أمام القضاء" كما هوفي الفقه الإسلامي، وهوأوفق لمدلول الدعوى في اللغة .[134]

2.5. أركان الدعوى في الشريعة الإسلامية

ركن الشيء ما كان داخلا في ماهيته ولا يتحقق ذلك الشيء إلا به، وركن الدعوى هوإضافة الحق إلى نفسه عند النزاع، وأركان الدعوى كما ذكرها الفقهاء أربعة : المدعي " المحكوم له" والمدعى عليه " المحكوم عليه" والمدعى به " المحكوم به"، والصيغة وهي الطلب المقدم إلى القاضي ليطالب الخصم والحكم له بها.[135]

ولمعرفة ركن الدعوى نذكر ما سبق في أن الدعوى تصرف قولي إرادي يرتب عليه الشرع نتائج شرعية في حضور الخصم والجواب عليه ونحوذلك من آثار،والوقوف على ركن الدعوى بالتفصيل لا بد من أن نعرف ذلك وهي :

---

[133] عبدالعلي حفيظ، ***مشروعية الممارسة السائدة حول رهن المنازل***، عcdiii، نشرة محكمة الإستئناف بمراكش،2003م، ص173.
[134] ياسين، محمد نعيم، **نظرية الدعوى**، مصدر سابق، ص86-87.
[135] خضيرماهر عليان، **الاجراءات القضائية في أصول رفع الدعوى الشرعية (امام القضاء الشرعية)**، جامعة الشارقة ـ الإمارات العربية المتحدة ـ 2006 ص 8.

- الركن في اللغة : الجانب القوي الذي يمسك الشيء، أوالناحية القوية، أوالأمر العظيم فيه، وركن الإنسان قوته وشدته، والجمع أركان، وأركان كل شيء، جوانبه التي يستند إليها ويقوم بها، بخلاف الشرط فهوخارج عنه.
- وفي الاصطلاح: ما يقوم به ذلك الشيء ويكون داخلا في ماهيته كالنية في الصلاة والركوع والسجود فيها، وبمعنى آخر ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، ويعد جُزءا داخلا في ماهية الشيء.

ومن خلال تعريف الدعوى يتضح لنا ما يلي :

1. أن الجزء الذي تقوم به الدعوى هوالقول أوما يقوم مقامه في التعبيرات الموضوعة في اللغة أوأعراف الناس، مما يدل على طلب الأشياء، دون اشتراط لفظ مخصص، بل ما يقوم مقامه مما يدل على الطلب في غير اللفظ إذا تعذر اللفظ.
2. أن يكون القول أوما يقوم مقامه في مجلس القضاء.[136]

2.5.1. التميز بين المدعي والمدعى عليه

ترجع أهمية التمييز بين المدعى والمدعى عليه لعدة أمور، أهمها :

1. إعانة القاضي على إصابة الحق في الأحكام التي يصدرها، فإن الشارع جعل عبء إثبات الدعوى بالبينة على المدعي، وعبء دفعها باليمين على المدعى عليه إذا لم يثبتها المدعي بالبينة، وعبء المدعي أثقل من عبء المدعى عليه الذي هواليمين، فلوأخطأ القاضي في التمييز بينهما تحمل المدعى عليه العبء الأثقل وهوالبينة، بينما المطلوب منه شرعا عبء أخف وهواليمين، فيكون في ذلك ظلم كبير ومخالفة للشرع في تحقيق العدالة.
2. إذا كانت الدعوى في أصلها طلب الحق، فالظاهر أن المدعى: هوالطالب للحق، والمدعى عليه: هوالمطلوب منه الحق، والاعتماد على هذا الظاهر في كل قضية من دواعي التّنكّب عن مواطن الدقة في المنازعات. وهذا ما ذكرته المادة(1617) "يشترط أن يكون المدعى عليه معلوما بناء عليه...".

لهذا بذل الفقهاء جهدا كبيرا في وضع الضوابط التي تستعين بها القضاة على التمييز بين طرفي الدعوى، وسوف نعرف بمعايير عند الحنفية وكذلك الجمهور.

أ. الحنفية : ذهب معظم فقهاء الحنفية إلى أن ضابط التفريق بين المدعي والمدعى عليه هوأن : المدعي من إذا ترك الخصومة لا يجيز عليه، والمدعى عليه من إذا ترك الخصومة أجيز عليها وهذا المعيار الذي وضعه الحنفية يعود النظر في خاصية أساسية في المدعي والمدعى عليه. وهي نابعة من تكييف الدعوى بأنها تصرف إرادي مباح يقوم بها المدعي باختياره.[137] ونصت مجلة الأحاكم على بيان

---

[136] الزحيلي محمد مصطفي، ***أصول المحاكمات الشرعية والمدنية***، مصدر سابق، ط1، ص120

[137] السوسي، محمد كمال، ***أصول المحاكمات الشرعية، كلية الشريعة والقانون***،ط3، مصدر سابق، ص108

التفريق من حيث رفع الدعوى إلى القاضي وذلك في الْمَادَّة (1613) "الدَّعْوَى هِيَ طَلَبُ أَحَدٍ حَقَّهُ مِنْ آخَرَ فِي حُضُورِ الْقَاضِي، وَيُقَالُ لَهُ الْمُدَّعِي، وَلِلْآخَرِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ".[138]

وأما في جواب الدعوى فهوأثر من آثار ذلك التصرف، وهوواجب على المدعى عليه، وهومعيار مأخوذ من طبيعة الدعوى، ورجح معظم الحنفية هذا المعيار على غيره لعمومه وعدم خروج شيء من الفروع عليه.

ب. معيار الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة):

ذهب الجمهور إلى أن المدعى عليه هو: من كانت جنبته قوية بشهادة أوأي أمر مصدق لقوله، والمدعى : هومن تجردت دعواه عن أمر يصدقه.

واعتمدوا في تحديد معيارهم على النظر إلى جنبة كل من الطرفين المتنازعين : فمن كانت جنبته قوية بشهادة أوأي أمر مصدق لقوله كان هوالمدعى عليه والآخر مدعيا.

2.5.2. ركن الدعوى في القانون

ركن الدعوى بالمفهوم القانوني يختلف وفقا لاختلاف القانونين في تعريفها:

- فمن اعتبرها عين الحق الذي تحميه، وهومذهب أهل النظرية التقليدية في تحديد ماهية الدعوى وعلاقتها بالحق الموضوعي الذي تحميه، كان ركنها هوركن ذلك الحق، فدعوى الملكية مثلا ركنها هوركن الحق الملكية، ودعوى الالتزام الشخصي ركنها هوركن الالتزام.
- وفي اعتبرها عنصرا من عناصر تكوين الحق، أي عنصر الحماية القانونية للمصلحة المادية أوالأدبية كما ذهب بعضهم، كان ركن الدعوى تلك الحماية المعلقة من قبل القانون لهذه المصلحة، سواء كان ذلك ينص قانوني أوبقاعدة قانونية.[139]
- ومن اعتبرها حقا عاما يخول الانسان حق اللجوء إلى القضاء من أجل المحافظة على الحقوق من الاعتداء عليها أوإنكارها، كان ركنها تلك الأمكنة الملازمة للانسان منذ ولاته وولادة حقوقه معه.
- ومن اعتبرها حقا مستقلا في جميع عناصره وخصائصه عن الحق الموضوعي، وجعلوها حق الانسان في الحصول على حكم في الموضوع لصالحه في مواجهة شخص آخر لسلطة القضاء، كان ركنها مكنة الانسان في الحصول على حكم في الموصوع لصالحه.
- أما من عرف الدعوى بمثل تعريف الفقهاء، فركن الدعوى عنهم هوالمطالبة بالحق إضافته إلى نفس المدعي أومن يمثله، لأنها تصرف قانوني يكون ركنه هوالمطالبة لأنها تصرف قانوني يكون ركنه هوالمطالبة لأنها جزؤه الذي تقوم به.[140]

2.6. سبب الدعوى في الشريعة الإسلامية

سبب الدعوى عند بعض الفقهاء هو: (تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات).

---

[138] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق، ص 320.

[139] القرشي عبدالرحيم، ***الدعوى والبينات والقضاء***، مصدر سابق، ص19

[140] عبد الله بن محمد آل خنين، ***المدخل الى فقه المرافعات***، ط1، الألوكة للنسر والتوزيع، الرياض،2000م، ص19.

ومعنى ذلك أن بقاء النوع الإنساني مرهون بتحصيل مختلف الحقوق اللازمة له، وهذا لا يتحقق إلا بتعاطي مختلف أنواع المعاملات، كالعقود، ومختلف التصرفات والتي منها رفع الدعوى.[141]

- فرفع الدعوى من المدعى إما أن يكون:
- أمرا راجعا إلى بقاء نسل الإنسان كالنكاح وما يتعلق به.
- أوإلى بقاء نفسه وما يتبعها كالأموال وما يرتبط بها.

ولعل ما ذكر لاسيما للدعوى منها-إنما هوسبب لمشروعيها، بل هوسبب لمشروعية مختلف المعاملات في عقود غيرها من عقود وغيرها، وهوهدف غير مباشر لما يقوم به المدعي في تصرفات.

والذي يظهر أن السبب الحقيقي للدعوى هوإدارة المدعي نفسه، فهذه الإدارة هي التي ترتبط بها الدعوى وجودا وعدما، ما لم يوجد مانع من قيام الدعوى، وعدم وجود الدعوى لوجود المانع لا يقدم في كون إدارة المدعي هوالسبب، لأن السبب هوالذي يوجد المسبب بوجوده لذاته.[142]

2.6.1. سبب الدعوى في القانون

يختلف السبب عندهم وفقا لتعريفهم للدعوى:

- فقد ذهب بعض العلماء المرافعات إلى أن حق المدعي يرتبط بحصول نزاع حول الحق الموضوعي، وبناء عليه يكون هذا النزاع هوالسبب عندهم.
- ذهب كثير منهم إلى أن سبب الدعوى هوعينه سبب الحق الذي شرعت من أجل حمايته، فالسبب الناقل لحق الملكية، مثلا ينقل هذا الحق حقا آخر هودعوى الملكية، أما النزاع عند هؤلاء ليس سببا وإنما هومحرك لذلك الحق في كونه، فيظهر بعد أن كان كامنا. المادة(1622)"إذا كان المدعي به أعيانا مختقة الجنس والنوع والوصف..."[143]
- وهذا الرأي يتبناه أصحاب النظرية التقليدية الذين يعتبرون الدعوى والحق المحمي بها شيئا واحدا، فيكون سببها المولد لها واحدا، كما يعتبره أيضا الذين يعتبرون الدعوى عنصرا من عناصر الحق، فيرون أن السبب المنشئ للحق يولد الحق بعناصرية المصلحة – المادية أوالأدبية، والحماية القانونية لتلك المصلحة التي هي الدعوى فيكون سببهما هوالسبب المولد للحق نفسه.[144]

ولو تلك الواقعة القانونية المنشئة للحق من عقد أوإدارة منفردة أوفعل ضار أوإثراء بلا سبب أونص قانوني، وهذا المفهوم لسبب الدعوى هوالشائع في الاجتهاد القضائي وعند علماء المرافعات.

---

[141] القرشي عبدالرحيم، ***الدعوى والبينات والقضاء***، مصدر السابق، ص20

[142] عبدالله بن محمد الشامي، ***نظام القضاء في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة***، ط1، دار النهضة العربية، بيروت، 2015م، ص140.

[143] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق، ص321.

[144] أبوالوفاء، ***المرافعات المدنية والتجارية***، ط1، الألوكة، الرياض، 2015م، ص94.

وسبب الدعوى لهذا المفهوم يشترط ذكره في صحيفة الدعوى وإلا فإنها لا تكون صحيحة، كما أن المحكمة لا يجوز لها تغيير سبب الدعوى الذي أقام المدعي دعواه عليه، بل تقتصر بحثها عليه، كما أن المسؤولية القائمة على سبب قانوني هوموجب المناقشة دون باقي الأسباب التي ركن إليها المدعى.

وهذا السبب هوالشائع في الاجتهاد القانوني، ويسميه الفقهاء المسلمين : سبب الاستحقاق في الدعوى، وقد اشترط بعضهم ذكره في الدعوى، واشترطه بعضهم في بعض أنواع الدعاوى دون بعض.[145]

2.7. أنواع الدعوى

تنقسم الدعوى إلى ثلاثة أنواع، دعوى صحيحة، وفاسدة، وباطلة، وهذا التقسيم جار على أساس قاعدة الأحناف في الصحيح والفاسد والباطل، وللحديث عن ذلك في الآتي:

2.7.1. الدعوى الصحيحة

وهي التي استوفت فيها جميع الشروط وترتب عليها حكم ووجوب إحضار الخصم وإلزامه بالإجابة على دعوى خصمه المدعي حسب الأصول القضائية في الإثبات وإحضار البينة كسماع الشهود واليمين من المدعى عليه إذا أنكر، وهذه الأحكام بالتفصيل:

- تكليف الخصم بالحضور.
- طلب الجواب من الخصم عند حضوره.
- طلب البينة من المدعي إذا أنكر المدعى عليه.
- توجيه اليمين إلى المدعى عليه عند عجز المدعي عن البينة .

2.7.2. الدعوى الفاسدة

وهي الدعوى التي استوفت جميع شروطها الأساسية بحيث تكون صحيحة الأصل، ولكنها مختلفة في بعض أوصافها الخارجية، أي بعض النواحي الفرعية بحث يمكن إصلاحها وتصحيحها.

ويشترط فيما يطلب من المدعي تصحيحه إلا يطلبه من القاضي بصيغة التلقين، وإنما يخبر المدعي أنه إن فسر ما أجمل قبلت دعواه والاخلاء والسبب في ذلك حياد القاضي بين الخصوم.[146]

ويسمى الحنفية هذا النوع من الدعاوى بالفاسدة[147]، نظرا لتوقف أثرها على البيان، بينما يسميها الشافعية بالدعوى الناقصة، وهي كل دعوى يفتقر القاضي في فصل الخصومة معها إلى شيء آخر، وقسموها إلى ناقصة الصفة وناقصة الشرط.

- ناقصة الصفة : هي الدعوى التي لم يفصل المدعي فيها أوصاف الشيء المدعى به اللازم ذكرها، ومثالها : كأن يدعي عقارا على أحد ولا يحدد حدوده، أودينا دون تحديد مقداره، ونحوها فإن اكملت صحت وإلا فلا.

---

145 الشرقاوي، عبد المنعم، ***الوجيز في المرافعات المدنية***، مصدر سابق، ص25

146 الزحيلي محمد مصطفي، ***أصول المحاكمات الشرعية والمدنية***، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2013م، ص127.

147 زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ)، ينظر حول الدعوى الفاسدة: ***البحر الرائق شرح كنز الدقائق***، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد 1138 هـ)، وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، ج vii، ط ii، بدون تاريخ، دار الكتاب الإسلامي، صفحة 231.

- ناقصة الشرط : هي الدعوى التي يختل فيها شرط من شروط صحتها كدعوى النكاح، ولا يؤثر فيها الولي والشهود، وسائر المذاهب متفقة في الحكم بعدم رد هذه الدعاوى، وإنما يسأل عنها، فإن أكملها سمعت منه، وترتبت عليها آثارها.

وللمالكية نوع آخر من الدعاوى تكون ناقصة في حكمها، لنقصان شرط من شروطها وهوعدم حصول خلطة أومعاملة بين المدعي والمدعى عليه، وحكمها أنها تسمع، كلن لا يطالب المدعى عليه باليمين إذا عجز المدعي عن إثبات البينة .[148]

2.7.3. الدعوى الباطلة

وهي الدعوى غير الصحيحة أصلا ولا يمكن تصحيحها أوإكمال ما نقص فيها ولا يترتب عليها أي حكم شرعي وهي لا تسمع أصلا، وترد دون سؤال الخصم عنها، ومثال لها الدعوى التي يكذبها العقل أوتتعارض مع الأحكام الشرعية، أوكما لوادعى المدعى بدعوى طاعة زوجية دون ذكر اسم المدعى عليها، ونذكر بعض منها في الآتي :

1. لوادعى شخص أن جاره فلان موسر، وهوفقير معسر، ولا يعطيه، فطلب الحكم على جاره بإعطائه صدقة أووجوب إقراضه مالا، فهذه دعوى باطلة، لأنها لا تستند إلى حق في الظاهر.
2. دعوى الفضولي : وهي الدعوى التي يرفعها من لا يكون له صفة في رفعها.
3. الدعوى المرفوعة من شخص ليس له أهلية التصرفات الشرعية .
4. دعوى ما ليس مشروعا، كدعوى المطالبة بثمن خمر أوخنزير أوميتة.

وهذه الدعاوى يسميها الجمهور- غير الحنفية – بالدعاوى الفاسدة أيضا، لعدم تفريقهم بين الباطل والفاسد في الاصطلاح.[149]

2.8. إجراءات رفع الدعوى والسير فيها وانقطاعها

بعد أن تكلمنا عن تعريف الدعوى ومشروعيتها وأركانها وأنواعها وما يتعلق بها يلزم علينا أن ندخل إلى الجانب العملي فيها، فإذا رفعت الدعوى صحيحة وجب على القاضي النظر فيها وإعطاء قرار محلل ومسبب، وبهذا وجب على القاضي لأنه مكلف بحماية الحقوق وبرفع الظلم وبرد العدوان وعدم الاعتداء على الأنفس والأموال والأعراض وإحقاق الحق بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية والقانون.[150] والمادة(1634)[151]"إذا ادعى أحد شيئا وكان يترتب عليه على إقراره المدعي عليه حكم بتقدير إقراره يكون بإنكاره خصما في الدعوى وإقامة البينة، وإذا كان لا يترتب حكم على إقرار المدعى عليه فلا يكون خصما بإنكاره..."[152]

ويترتب على استعمال المواطن لحقه في رفع الدعوى التي ذكرنا أنها تعتبر الوسيلة التي بواسطتها يتصل بها المواطن برفق القضاء قصد الحصول على الحماية القضائية إنشاء مركز قانوني جديد تترتب عليه آثار قانونية

---

[148] ياسين محمد نعيم، ***نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية***، طii، عمان، دار النفائس، 2010م، ص643.

[149] خضيرماهر عليان، ***الاجراءات القضائية في أصول رقم الدعوى الشرعية (أمام القضاء الشرعي)*** مصدر سابق، ص15.

[150] بلغيث عمار، ***الوجيز في الأجراءات المدنية***، طi، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2002م، ص 405.

[151] ابن عابدين، ***رد المحتار على الدر المختار***، 637/5.

[152] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق، ص325.

هامة، وقد نظم المشرع الجزائري كيفية استعمال هذا الحق وكذا المراحل التي يمر بها أمام القضاء، وهذا ما سنستعرضه بالتفصيل فيما يلي :

2.8.1. قيد العريضة الافتتاحية للدعوى

ويقصد بالعريضة الافتتاحية الورقة التي يحررها المدعي بنفسه أوعن طريق وكيله قصد عرض وقائع قضية وتحديد طلباته للمحكمة .

وقد نصت المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية على أنه : ((ترفع الدعوى إلى المحكمة إما بإيداع عريضة مكتوبة من المدعي أوركيله مؤرخة وموقعة منه لدى مكتب الضبط، وإما بحضور المدعي أمام المحكمة،[153] وفي هذه الحالة الأخيرة يتولى كاتب الضبط أوأحد أعوان الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أويذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع وتقييد الدعوى المرفوعة إلى المحكمة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء.

ولذلك عندما ترفع الدعوى الشرعية أوالقانوينة يجب أن تكون على أساسا المذكور في تحديد موضوعها، لأن لكل موضوع أركان يحددها، وعلى ذلك يمكن إجمال مراحل الدعوى في النقاط التالية :

1. يحرر المدعي لائحة بدعواه يذكر فيها البيانات اللازمة بأسماء الخصوم وموضوع الدعوى ولأي محكمة موجه هذه اللائحة والطلبات التي يريد الحكم له فيها ومن ثم التوقيع عليه.
2. تقدم اللائحة المذكورة إلى قاضي المحكمة المختصة الذي يقوم بدوره بإحالتها إلى قلم الكتاب لقيدها واستيفاء الرسوم المقررة عليها وتبليغ الخصوم حسب الأصول.
3. يقدم المدعي لائحة الدعوى وصورا منها بقدر عدد المدعي عليهم إلى قلم كتاب المحكمة لدفع الرسم المقرر والمستحق على الدعوى، وأن تقدير الرسوم يحدده قانون رسوم المحاكم، وهذا مطبق في جميع الدول حسب القانون الرسوم.
4. يدفع المدعي الرسم كاملا، ويعطى إيصالا بذلك ولا يتم تأجيل الرسم في القضايا الشرعية بأي حال من الأحوال، ولا تعتبر الدعوى مقيدة إلا بعد دفع رسمها، هذا وفق قانون الأردني.
5. تقيد الدعوى في سجل الأساس وتعطى رقما مسلسلا وفق الترتيب ويعين القاضي المختص لنظرها، وقد يظهر ذلك من رقم الدعوى الزوجي والفردي، وهذا ما وضحه التعميم الصادر من قاضي القضاة، والذي ينص على أن الدعاوى في المحاكم ذات القاضيين توزع حسب الرقم الفردي والزوجي بين القاضيين الموجودين، وليس لأحد القاضيين نظر القضية مخصصة لزميله إلا في حالة غيابه في إجازة وبتكليف من قاض القضاة .
6. توضع الدعوى بعد قيدها في ملك خاص يحمل اسم المحكمة المختصة ينظر الدعوى بالإضافة إلى اسم المدعي وشهرته، وبلدته الأصلية ومكان إقامته الحالية، ورسم محاميه أووكليله إن كان له محامي أووكيل، ثم يكتب على الملف موضوع الدعوى، ورقم الأساس، وتاريخ رفع الدعوى، ورقم إيصال الرسم المدفوع.[154]

---

[153] المادة 12 من ***قانون الإجراءات المدنية الجزائرية*** عام 1996م

[154] المستشار العمروسي أنور، ***أصول المرافعات الشرعية***، ط1، دار الكتاب العربي، 2012م، بيروت، ص166.

7. يتم تحديد موعد أوجلسة من قبل كاتب ضبط الجلسة – حسب الأجندة – وتعاد للقلم ليتم تسجيلها في ملف الدعوى الذي تم إعداده، ويتم إعلام المدعي بالموعد والتوقيع على ذلك.
8. ينظم قلم كتاب المحكمة مذكرة حضور لتبليغ المدعى عليه أوعليهم ويعد نسخا من المذكرة بعدد نسخ لائحة الدعوى ويذكر فيها اسم المدعى عليه كاملا، وعنوانه، وتاريخ الجلسة، وتوقيع من القاضي الشرعي وتختم بخاتم المحكمة الرسمي وترفق معها لائحة الدعوى.
9. تسلم لائحة الدعوى ومذكرة الحضور إلى قلم المحضرين لتبيغ المدعى عليه حسب الأصول المتبعة من قانون أصول المحكمات الشرعية رقم (12) لسنة 1965م.
10. ينتقل المحضر لتبليغ صورة مذكرة الحضور ولائحة الدعوى إلى المدعى عليه أومن يمثله وفق الأصول كما ذكرت في البند السابق، وبعد التبليغ توضع مذكرة الحضور في ملف الدعوى انتظارا لموعد الجلسة.[155]

وتجسيدا لأحكام المادة (12) السابقة من الناحية العملية فإن المتقاضي يحرر عريضة مكتوبة إما بنفسه مع توقيعها، وإما عن طريق محامي ووكيل عنه بموجب وكالة توثيقية خاصة ويتم إيداعها لدى كتابة ضبط المحكمة الخاصة بقيد الدعاوى ويتم التأشير عليها بتاريخ أول جلسة تعرض فيها الدعوى رقم قضيتها وذلك بعد أن يتم سداد الرسوم القضائية المقررة لكل دعوى حسب طبيعتها إذا تتم جدولتها ووضع التاريخ محدد لتعرض فيه على القاضي مع ضرورة تسجيل ذلك في سجل خاص بورود القضايا. والمادة(1629)،" يشترط أن يكون المدعى به محتمل الثبوت، بناء عليه لا يصح الادعاء بشيء وجوده محال عقلا أو عادة، مثلا إذا كان ادعى أحد في حق من هو أكبر منه سنا أو في حق من نسبه معروف بأنه ابنه لا تصح دعواه".[156]

2.8.2. البيانات الخاصة بالعريضة

ويشترط القانون في العريضة الافتتاحية للدعوى أن تشمل بيانات خاصة تتمثل أساسا في بيان المحكمة المقامة أمامها الدعوى وتحديد هوية الأطراف تحديدا كافيا شاملا ونافيا للجهالة، وموضوع الدعوى يشرح وقائع النزاع وتحديد الطلبات بدقة وكذا تاريخ الجلسة أي يوم والساعة الواجب حضور الخصوم فيها، مع أن هذه الأخيرة ليست شروط مقيدة المدعي لكون كاتب الضبط هوالذي يؤشر بتاريخ الجلسة.

وأما ساعة الجلسة فإنها تحدد من طرف رئاسة المحكمة حسب التوزيع الداخلي للمهام على مختلف فروع المحكمة، وحاليا ونظرا لكون القائم بالتبليغ هوالمحضر القضائي فإن البيانات تشترط أيضا في محضر التكليف بالحضور للخصم لتمكلينه من الحضور في اليوم المحدد وتقديم دفاع ويترتب عن تخلف أوخطأ في إحدى البيانات التي تؤدي إلى التجهيل بالمحكمة أوتاريخ الجلسة أوموضوع الطلب وهوية أحد الأطراف إلى الحكم وجوبا ببطلان إجراءات رفع الدعوى، وأما ما غيرها من البيانات فيمكن تصحيحها تلقائيا في الأطراف أوبأمر من المحكمة.

---

[155] خضيرماهر عليان، رئيس المحكمة الاستئناف الشرعية، ***الإجراءات القضائية وهي أصول رفع الدعوى الشرعية أمام القضاء الشرعي***، جامعة الشارقة – الإمارات العربية المتحدة ص 18، 2006م .
[156] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق، ص324.

2.8.3. إجراءات سير الدعوى القضائية وانقطاعها

إن إجراءات السير في الخصومة تبدأ ابتداء بإجراءات التبليغ والذي سنتحدث فيها بالتفصيل ومن ثم عقد الجلسة الأولى للتعرف على مجريات القضية من المحكمة وحضور الخصوم والذي يتمثل في المدعي والمدعى عليه وبعد ذلك البت في القضية أوانقطاعها أووقفها بسبب من الأسباب.[157]

إن حالات عدم السير في الخصومة أوالدعوى عديدة كحالة الشطب مثلا وهوما تحكم به المحكمة في حالة غياب أحد الخصوم في أي جلسة دون أن تكون صالحة للحكم فيها إلى التوقف عن السير فيها بناء على اتفاق المدعي والمدعى عليه أوبسبب خارج أطراف الخصومة قد يكون أمر في المحكمة أوبحكم قانوني إلى جانب ذلك توجد حالات تؤدي إلى انقطاع سير الخصومة لحدث طارئ يلحق بمركز أحد الخصوم أومن ينوب عنهم قانونا ولمزيد من التوضيح سنعالج ذلك في المباحث الآتية .

2.8.3.1. إجراءات التبليغ

إن قيد العريضة الافتتاحية تعتبر أوإجراء في سير الخصومة القضائية التي تعد مجموعة الإجراءات التي تتبع لمباشرة الدعوى وتحدد مركز الخصوم وحقوقهم وواجباتهم، فعلى المدعي تبليغ خصمه أوخصومهم بنسخة من العريضة الافتتاحية ونسخ من الوثائق المرفقة بها، وتكون عدد النسخ بعدد خصومة، وفي السابق كان التبليغ يتم عن طريق كتابة ضبط المحكمة، وأما حاليا بعدد صدور قانون المحضر القضائي الجزائري عام 1991م تم تكليف المحضر القضائي الذي يعد ضابطا عموميا بعملية التبليغ.[158]

وقد أوجبت المادة 13 من قانون إجراءات المدنية أن يتضمن كل تكليف بالحضور إلى المحكمة بيانات جوهرية تتمثل فيما يلي :

- اسم ولقب مقدم العريضة ومهنته وموطنه.
- تاريخ تسليم التكليف بالحضور ورقم الموظف القائم بالتبليغ وتوقيعه.
- اسم المرسل إليه ومحل إقامته وذكر الشخص الذي سلمت له نسخة من التكليف بالحضور.
- ذكر المحكمة المختصة بالطلب واليوم والساعة المحددين المتول أمامها.
- ملخص الموضوع ومستندات الطلب.

إذا كانت الدعوى مقامة من شركة فتجب أن تشمل العريضة أوالصريح على بيان عنوان الشركة التجاري ونوعها ومركزها الرئيسي دون المساس بأحكام الاختصاص المحلي الواردة بالمادتين 08-09 من قانون الإجراءات المدنية، ويتم تسليم التكليف بالحضور إلى مواطن المدعى عليه أوالمدعي عليهم، أوإلى محل إقامته المعتاد وإن لم يكن المحل معروفا فيعلق على لوحة الإعلانات بالمحكمة المرفوع أمامها الطلب وتسلم نسخة ثانية منه إلى النيابة التي تؤشر على الأصل بالاستلام، ولا يعتبر التكليف بالحضور صحيحا إلا إذا استوفي البيانات الشكلية المقررة بالمادة 24، 23، 26 من قانون إجراءات المدنية يحرر المحضر القضائي محضر التكليف

---

[157] أبوالبصل عبدالناصر موسى، ***شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية***، ط1، دار الشروق. 2012م، ص64.
[158] التكروري عثمان، ***الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية***، ط11، الألوكة، الرياض،2015م، ص156.

بالحضور على نسختين أوبحسب عدد الأطراف وتسلم المدعي نسخة أصلية منه ليقدمها إلى المحكمة كدليل على وقوع التبليغ للخصم.[159]

2.8.3.2. في عقد الجلسة

بعد استكمال اجراءات التكليف بالحضور تنعقد الخصومة القضائية بين طرفيها المدعي والمدعى عليه أوالمدعى عليهم ويلزم هؤلاء بالحضور للجلسة المحددة لهم لنظر عدواهم والتي تنعقد علانية بمقرر المحكمة المختصة إقليميا تحت رئاسة قاض فرد بمساعدة كاتب الذي يمسك سجلا خاصا بالجلسات يسجل فيه عدد القضايا المجدولة ورسم ولقب الأطراف ويدون فيه ما يدور خلال الجلسة ومنطوق الحكم ويقوم بمناداة الأطراف وفي حالة عدم حضور المدعي في اليوم المحدد يقضي القاضي بشطب الدعوى لحالها، وأما حالة عدم حضور المدعى عليه فإننا نفرق هنا بين حالتين :

الحالة الأولى: عندما يكون التكليف بالحضور قد سلم لشخص من الأشخاص المؤهلين قانونا لاستلامه طبقا للمادة 35/2 من قانون الإجراءات المدنية يقض في غيبته أي يصدر حكم غيابي.[160]

الحالة الثانية : عندما يستلم المدعى عليه التكليف بالحضور شخصيا فطبقا للمادة 98 من قانون إجراءات المدنية تتم مواجهة بحكم حضوري.

وفي حالة تعدد المدعى عليهم وحضر البعض دون البعض الآخر فإنه لا يجوز الحكم في الدعوى إلا بعد أمر المحكمة بإعادة تبليغ الأطراف المتغيبة، وإذا لم يحضر هؤلاء في اليوم المحدد يصدر الحكم حضوريا بالنسبة للجميع طبقا للمادة 37 من قانون إجراءات المدنية، وهذا تفاديا لصدور أحكام متناقضة في دعوى واحدة، وبعد أن تصبح الدعوى مصيبا للفصل يضعها القاضي في المداولة قصد إصدار الحكم فيها ويتم النطق بالحكم في جلسة علنية كذلك.

2.8.4. انقطاع الدعوى أوالسقوط الخصومة

نعني بذلك عدم السير فيها بناءا على اتفاق الأطراف أي المدعي والمدعى عليه أوبحكم من القاضي أوالقانون، وهنا توقف الخصومة رغم صلاحيات ووجود أطرافها، ويتضح من ذلك أن وقف الخصومة أوانقطاعها يتخذ عدة صور وذلك مرده إلى تعدد وتنوع أسباب الوقف.[161]

ويعرف انقطاع الخصومة القضائية : هووقف السير فيها بحكم القانون سبب وفاة أحد الخصوم أوفقدان أهلية أويزول صفة من كان يباشر الخصومة ونيابة عنه.

وأسباب الانقطاع واردة في المواد 84 إلى 89 و225 و243 من قانون إجراءات المدنية وتتمثل في :

1. وفاة أحد الخصوم
2. فقد أهلية أحد الخصوم

---

[159] المادة 13 ***قانون الإجراءات المدنية الجزائرية*** عام 1996م.

[160] محمد جبر،الألفي الألوكة، ***الأحكام العامة في القضاء الجزائي***،الألوكة للنشر والتوزيع، الرياض_1436_2015م. ص105، مصدر سابق.

[161] بلغيث عمار، ***الوجيز في الأجراءات المدنية***، مصدر سابق، ص73.

3. زوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائبين كزوال صفة الوصي أوالولي لبلوغ القاصر وزوال صفة القيم وحضور الغائب.

ويترتب على الانقطاع أمران هما:

- بطلان جميع الإجراءات التي تتخذ في الخصومة أثناء الانقطاع، ووقف جميع مواعيد المرافعات التي كانت جارية في حق الخصوم الذين خوالانقطاع بسبب يتعلق بهم.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن الانقطاع لا يترتب أثره إلا بالنسبة للشخص الذي شرع الانقطاع لمصلحته أما باقي الأطراف فلا يستفيدون من هذه الآثار، وفي كل الأحوال لا يترتب الانقطاع ولوتوافرت شروطه أوأسبابه إذا كانت القضية معياة للفصل فيها.

- ويزول الانقطاع باستئناف السير في الدعوى بالطريق الذي رسمه القانون ويتم بالتكليف بالحضور إلى من يقوم الخصم الذي توفي أوفقد أهلية الخصوم أوزالت صفته بناء على طلب الطرف الآخر، وقد تتصل الخصومة بغير حاجة لتكليف بالحضور، وإذا حصل الانقطاع أثناء تأجيل الجلسة وحضر في الجلسة المحددة لنظرها وإرث الطرف المتوفي أومن يمثل فاقد الأهلية وباشر الدعوى، ومتى استأنفت الدعوى فإنها تعود إلى الحالة التي كانت عليها عند انقطاعها وهذا لأن الانقطاع لا يؤثر فيما اتخذ من إجراءات قبل حصوله.[162]

ويختلف الوقف عن الانقطاع في كونه هذا الأخير يتم دائما بموجب القانون أما الوقف فيمكن أن يتم بحكم المحكمة.

2.8.4.1. سقوط الخصومة القضائية وتركها

ويعرف السقوط الخصومة أي يقصد بسقوط الخصومة: زوالها وإلغاء إجراءاتها بسبب عدم السير فيها بفعل المدعي أوامتناعه لمدة عامين.[163]

وقد شرع السقوط كجزاء للمدعي على إهماله للسير في دعواه وكذا للتخلص من القضايا التي يهمل الخصوم السير فيها تفاديا لتراكم الدعاوى أمام القضاء.

ويمكن التمسك بسقوط الخصومة إما عن طريق الدفع وذلك بعد إعادة السير في الدعوى من طرف المدعي بعد مرور أكثر من عامين على عدم السير فيها، فهناك يمكن للمدعى عليه تقديمه على شكل دفع شكلي، وإما أن يقوم المدعى عليه برفع الدعوى يطالب الحكم فيها بسقوط الخصومة القضائية وهي ترفع وفقا للقواعد العامة لرفع الدعوى، ونص المشرع على أحكام سقوط الخصومة في المواد من 220 إلى 224 قانون إجراءات المدنية الجزائرية.[164]

ويترتب على ذلك أن سقوط الخصومة الآتي:

---

[162] محمد إبراهيم الأصبعي، ***الشرطة في النظم الإسلامية والقوانين الوضعية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون***، السياسة، ط1، المكتب العربي الحديث، إسكندرية، 2010م، ص450.

[163] أبوالوفاء أحمد، ***التعليق على نصوص قانون الإثبات***، منشأة المعارف بالاسكندرية ط2000م، ص389.

[164] المواد 220-224 من ***قانون الإجراءات المدنية الجزائرية***.

1. الأحكام القطعية التي صدرت في الدعوى أوالإجراءات السابقة عليها، أمام الأحكام غير القطعية المتعلقة بالإثبات فتسقط.
2. الإقرارات الصادرة في الخصوم والأيمان التي حلفوها بحيث يجوز للخصوم أن يتمسكوا بها وإما إذا ترتب السقوط أمام هيئة الاستئناف بالإضافة إلى الآثار المذكورة أعلاه فإنه يصبح الحكم الابتدائي نهائي طبقا للمادة 224 من قانون إجراءات المدنية .[165]

2.8.4.2. ترك الخصومة القضائية

يقصد بترك الخصومة القضائية تنازل المدعى عن الخصومة القضائية مع احتفاظه بأصل الحق المدعى به إذ يجوز له تجديد المطالبة به بموجب دعوى جديدة، وذلك باعتبار المدعي هوصاحب المصلحة الأولى في بقاء الدعوى والحكم في موضوعها وأن تخليه عنها قد يقوم على أساس جديدة تخدم مصلحة كأن يكتشف بأن الأدلة المحتج بها ناقصة مما قد يؤدي إلى رفض دعواه.

وقد اختلف آراء رجال القانون حول ما إذا كان طلب ترك الخصومة القضائية يكفي أن يقدمه المدعي باعتباره صاحب المصلحة ورفع الدعوى وإبقائها، أم أنها تتطلب موافقة المدعى عليه على هذا الترك وقد استقر الرأي على طلب ترك الخصومة بشرط موافقة المدعى عليه متى بلغ الدعوى وعلم بها، فقد يكون له مصلحة في الفصل فيها لكي لا يبقة مهددا في رفع الدعوى جديدة.

ويترتب على ترك الخصومة القضائية انقضاء الدعوى المطروحة أمام المحكمة، ولكن لا يؤثر على الحق المدعى به الذي يظل قائما يمكن المطالبة به مجددا بموجب دعوى قضائية جديدة.[166]

وقد نص المشرع الجزائري على ترك الخصومة القضائية في المادة 97 من قانون الإجراءات المدنية فيما يخص المحاكم والمواد من 261 إلى 263 بالنسبة للمحكمة العليا.[167]

وفي الختام يجدر بنا القول بأن القانون أجاز لأطراف الدعوى أومن ينوب عنهم وقف الدعوى إلى أجل مسمى ذلك لترتيب أمورهم في متسع من الوقت أولمراجعة قرارهما في إمكانية التصالح خارج جلسات المحكمة وهذا الاعتراف ما هوإلا نوع من وسائل كفالة حق التقاضي للأفراد، ولكن المشرع قيد هذا الوقف الاتفاقي بمدة لا تزيد عن ستة أشهر وبشرط إقرار المحكمة له.

فمتى توافرت هذه الشروط توقف الخصومة بقاء كافة الإجراءات صحيحة في آخر إجراء صحيح فيها، إلى جانب هذا قد ترى المحكمة إيقاف الدعوى من تلقاء نفسها وذلك كجزء للمدعي الذي تخلف عن مباشرة إجراءات الدعوى في الميعاد المحدد لها أولما ترى ضرورة وقف الدعوى لوجود مسألة أولية تتعلق بموضوع الطلب الأصلي.

ومهما يكن من أمر فإن ما يمكن قوله هوأن أصل الحق لا يتأثر بترك الخصومة، إذ يمكن مباشرته بإجراءات جديدة، ونفس الشيء يصح القول به على سقوط الخصومة وهوما أكدته المادة 222 من،إ،م المصري التي نصت

---

[165] محمد إبراهيم الأصبعي، ***الشرطة في النظم الإسلامية والقوانين الوضعية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون***، مصدر سابق، ص12.

[166] ***المجلة القضائية*** . ع ii، 1990م، ص 136.

[167] المادة 97 من ***قانون الإجراءات المدنية فيما يخص المحاكم*** والمواد 261-263 بالنسبة للمخكمة العليا.

على أنه " يترتب على سقوط الدعوى انقضاء الحق وإنما يؤدي فقط إلى إلغاء الإجراءات الحاصلة فيها بحيث لا يمكن على أي حال الاستناد إلى أي من الإجراءات الساقطة والاحتجاج به".[168]

2.9. طرق الإثبات أمام المحكمة الشرعية والقانونية

تعد نظرية الإثبات في أهم النظريات القانونية، والأكثر عملا في الواقع، ولها ارتباط وثيق بالقاعدة التي تقضي بأن الإنسان لا يستطيع أن يقضي حقه بنفسه، بل باللجوء إلى القضاء فأصبح من غير الممكن تصور ثمة حق إلا إذا كان لصاحبه سلطة الالتجاء إلى القضاء بغرض حمايته، ويلزم الفرد أن يقنع القاضي بوجود حقه الذي ينازعه الغير فيه.

ويكتسي الإثبات أهمية بالغة في المجال القانوني، فكلما يعرض نزاع أمام القضاء إلا ووجب على من يتمسك بواقعه ما أن يقيم الدليل على وجودها، فالدليل وحده هوالذي يجعل للحق كيانا في نظر القانون يغدومعه واجب الاحترام، فإذا لم يتمكن صاحب الحق من إقامة الدليل على الحق المطالب به يجعله غير موجود وبدون أية قوة قانونية ويتجرد الحق من قيمته فإثبات عبارة عن التعبير المادي عن وجود الحق والتجسيد له في الواقع، فالحق بدون إثبات هووالعدم سواء، ويعبر عن هذا المعنى بالمثل القديم الذي يقرر أنه يستوي حق لا دليل عليه وحق لا وجود له.

ضف إلى ذلك يجب على المشرع أن يوفر الحماية القانونية لتلك الحقوق، فلا تقيد الحقوق أصحابها إلا إذا اقترنت بحماية فعالة لما تخول لهم القدرة على لانتفاع بحقوقهم والدفاع عنها والاستئثار بها عند الاعتداء عليها من طرف الغير.

وقد اهتمت جل التشريعات العربية بالإثبات ونظمته وحددت الطرق التي يقوم عليها الدليل أمام القضاء بهدف منح المتقاضين فرضا لإثبات حقوقهم إذا ما ثار حولها النزاع.

وتقسم طرق الإثبات إلى أدلة مطلقة في الإثبات وهي التي يجيز القانون الأخذ بها لاثبات جميع الوقائع المتنازع عليها سواء كانت وقائع مادية أوتصرفات قانونية بصرف النظر عن قيمة الحق المراد إثباته، وهذه الأدلة هي الكتابة والإقرار واليمين الحاسمة وتأتي الكتابة في مقدمة هذه الطرق.

وطرق الاثبات التي حدد القانون الوضعي عادة تكون على الشكل التالي:

1. الإقرار.
2. الأدلة الكتابية .
3. الشهادة .
4. القرائن.[169]
5. اليمين.
6. المعاينة والخبرة .

---

[168] المادة 222 ***من قانون إجراءات المدنية المصرية***

[169] المحامي فراج مصطفي محمود، ***طرق الإثبات في القانون الأدنى***، 2001م، ص1.

هذا وقف المادة الثانية من القانون البيانات الأردني.

أما في جانب الشرعي فإن طرق الإثبات التي يعتمد عليها القاضي في بناء أحكامه القضائية للقضايا التي يطرحها الخصوم أمامه للحكم فيها وإنهاء النزاع بينهم هي الاقرار والبينة واليمين، واليمين المردودة، والتكول عنها.

وينفق الفقهاء فيما بينهم على الإقرار، والبينة واليمين كوسائل لإثبات الحق وإنهاء النزاع في مجلس القضاء، واعتبار الحكم الذي يصدر بناء على ذلك طبقا لما قرره المشرع في هذا الشأن صحيحا وملزما لكلا طرفي الخصومة أوالنزاع المعروضين على القاضي.

ومع اتفاق الفقهاء على ذلك، فإنهم قد اختلفوا في بيان هذه الوسائل وتفسيرها، فبينما اقتصر البعض على الإقرار والبينة واليمين، زاد البعض وسائل أخرى هي اليمين المردودة، والنكول عنها، والكتابة، وشهادة الاستكشاف والقرائن القاطعة وقول الخبراء، والمعاينة، واستجواب الخصم.

والاقتصار على الإقرار والبينة، واليمين في المدعى عليه هواقتصار على ما ورد بشأنه النص، وأما الوسائل الأخرى، فإنما هي بناء على الاجتهاد المبني على النص أيضا.

وقد حصر قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968م وسائل الإثبات الشرعية في الأدلة الكتابية "محررات رسمية أوعرفية"، وشهادة الشهود، وشهادة الاستكشاف، والقرائن، وحجة الأمر المقضي، والإقرار، واستجواب الخصوم، واليمين، والمعانية، والخبرة[170].

أما وسائل الإثبات في قانون الإثبات الشرعي اليمني فقد حددها القانون وعددها على النحوالتالي "مادة 33":[171]

1. شهادة الشهود.
2. الإقرار.
3. الكتابة.
4. اليمين وردها والنكول عنها.
5. القرائن القاطعة.
6. تقرير الخبراء.
7. استجواب الخصم.

ووسائل الإثبات تنقسم من عدة نواحي فمن حيث طبيعتها، تنقسم إلى أدلة أصلية وهي الكتابة والشهادة والقرائن والمعاينة، وأدلة احتياطية وهي الإقرار اليمين ومن حيث حجيتها تنقسم إلى أدلة ملزمة للقاضي وهي الكتابة والإقرار واليمين وأدلة غير ملزمة وهي البينة والقرائن القضائية والمعانية، ومن حيث ما يجوز إثباته، تنقسم إلى أدلة مطلقة يصلح لإثبات جميع الوقائع دون بعض وهي البينة والقرائن والمعانية .

---

[170] ***قانون الإثبات المصري*** رقم 25 لسنة 1968م، وسائل الإثبات الشرعية .
[171] المادة 33 ***من القانون الإثبات الشرعي اليمني***، رقم 90 لسنة 1974م.

ويمكننا تناول ذلك في المباحث الآتية بالتفصيل:

2.9.1. معنى الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون

الاثبات بالمعنى القانوني: هوإقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون وبالقيود التي رسمها على وجود واقعة قانونية متنازع عليها.[172]

ولإثبات أهمية لا تخفي إذا لا يمكن التمتع بحق ما دون إقامة الدليل عليه عند النزاع فإن ثبت العجز عن تقديم الدليل المرسوم تعذر التمسك بالحق أوالمركز القانوني الذي يدعيه الشخص، ومع ذلك فالدليل هوغير الحق لأنه الوسيلة لإثبات وجود الحق بشروطه وأوصافه فلوكان الدليل باطلا مثلا فإن ذلك لا يحول دون إثبات الحق بدليل آخر.

ويتضح أيضا من التعريف السابق أن الإثبات ينصب على صحة واقعة قانوينة لا على الحق المتنازع عليه بعبارة أخرى.

ومحل الإثبات ليس هوالحق المدعى به، وإنما هوالمصدر القانوني الذي ينشء هذا الحق والواقائع القانونية، أما أن تكون تصرفات قانونية، تعقد رتب التزامات معينة على عاتق أطرافه، وإما أن تكون أعمالا ماديا، ومثال العمل المادي، العمل غير المشروع والفعل النافع.

ونتحدث في وسائل الإثبات وفق القانون المملكة المغربية من قانون الإلتزامات والعقود على ما يلي :

1. إقرار الخصم.
2. (الأدلة الكتابية) ملحوظة
3. شهادة الشهود.
4. القرينة القضائية .
5. اليمين والنكول عنها[173]

2.9.2. طرق الإثبات أمام المحكمة في الشريعة الإسلامية

2.9.2.1. الإقرار

2.9.2.1.1. تعريف الإقرار

الأقرار في اللغة يطلق على عدة معان منها: الثبوت والاعتراف وعدم الإنكار، لأن الإقرار من قر إذ ثبت، ومعنى ذلك الاعتراف، وترك الإنكار، مأخوذة من قولهم في اللغة : استقر فلان بهور المكان بمعنى أنه توقف فيه ولم يرتحل عنه، ومن قولهم قر الماء، أي أشهى إلى هذا المكان واستقر جريانه فيه. وتعرفه في المجلة الأحكام في المادة (1572)"الإقرار هو إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر، ويقال لذلك مقر ولهذا مقر له وللحق مقر به".[174]

---

[172] فراج مصطفي محمود، ***طرق الإثبات في القانون الأردني***، 2001م. مصدر سابق، ص5.
[173] ***مجموعة القوانين الإسلامية***، دار الكتب العربية، الإسكندرية، 2015م، ص112.
[174] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق، ص307.

ومن هذا المعنى اللغوي السابق أخذ التعريف الاصطلاحي الشرعي للفقهاء، ولذا عرفوا الإقرار بأنه: إخبار من يصح إخباره يحق لغيره عليه.

وقد عرفت المادة (99) من قانون الاثبات الشرعي اليمني رقم 90 لسنة 1976م، الإقرار بما لا يخرج عن التعريف السابق حيث قالت : ((الإقرار هوإخبار الإنسان شفاها أوكتابة عن ثبوت حق لغيره على نفسه)).[175]

2.9.2.1.2. أركان الإقرار

وبناء على ما سبق من تعريف الإقرار فقد استخلص منه الفقهاء أركانا لابد منها لتحقيق الإقرار وهي :

1. المقر، وهوالمخبر.
2. المقر له، وهوصاحب الحق.
3. الحق، وهوالمقر به.[176]

وأما عند الحنفية فالإقرار يحتاج إلى ركن واحد فقط هو:

الصيغة ويتحقق هذا الركن بقول المقر لفلان على كذا .. وبناء على قاعدتهم الفقهية، وأما المقر والمقر له والمقر به فقد اعتبروها شروطا في صحة الصيغة، فما اعتبروه جمهور الفقهاء أركانا بلا قرار اعتبره الأحناف شروطا في صغة الاقرار، ولهذا نجد الخلاف بينهم في النظر فقط لا في الجوهر، حيث إن الجميع يتفق على أنه لا بد من توافر المقر والمقر له والمقر به في تحقيق الإقرار ووجوده.

وهذا الإقرار بالطبع لا يظهر إلا من خلال اعتراف المقر وكلامه، وهذا الاعتراف أوالكلام هوما يطلق عليه الأحناف الصيغة أوالركن.

2.9.2.1.3. مشروعية الإقرار

الإقرار سيد الأدلة قديما وحديثا، وهوالفيصل الحاسم في أنهاء النزاع أمام القاضي، لأن المدعى عليه، إما أن ينكر وحينئذ يجب على المدعي إحضار الدليل وتهيئة الحجة بالبينات لإثبات حقه، وإما أن يقر فيقطع النزاع وبعفي المدعي في عبء الإثبات، وذلك أجازت الشريعة الإقرار وجعلته وسيلة من وسائل الإثبات، والدليل على ذلك من الكتاب والسنة والإجماع والقياس.[177]

- الكتاب :

1. قال تعالى : ﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لَا تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ وَلَا تُخْرِجُونَ أَنفُسَكُم مِّن دِيَارِكُمْ ثُمَّ أَقْرَرْتُمْ وَأَنتُمْ تَشْهَدُونَ ﴾ [البقرة : 84]

   وجه الدلالة : أن الله أقام الحجة عليهم بإقرارهم بأخذ الميثاق، فالإقرار حجة في إثبات الحق والتزام صاحبه به، إلا في حالات الجنائية الوضعية، فلا بد من مواصلة التحقيق.
2. وكذلك قوله تعالى : ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوعَلَىٰ أَنفُسِكُمْ﴾[النساء: 135].

---

[175] المادة 99 من ***قانون الإثبات الشرعي اليمني رقم*** 90 لسنة 1976م، ***نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي***، ص29.

[176] انظر ***أصول المرافعات الشرعية اليمنية***، 1974م، ص769 ***ومجلة الأحكام العدلية***، المادة (1572)

[177] واصل نصر فريد، مفتي الديار المصرية سابقا، ***نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي.مع المقارنة بالقانون الوضعي وقانون الإثبات اليمني الجديد***، ط1، دار الشروق،2002م، ص 30.

- السنة :

1. عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : أتى رجل إلى رسول الله (ﷺ) وهوفي المسجد فناداه وقال : إني زنيت، فأعرض عنه، فرد عليه أربع مرات، فلما شهد أربع مرات دعاه الرسول (ﷺ) وقال: "أبك جنون" قال : لا، قال : "هل أحصنت " قال : نعم، فقال النبي (ﷺ) "اهبوا به فارجموه" فالحديث صريح في أن الإقرار مشروع وحجة، ويقضي بناء عليه.

- الإجماع:

اتفقت كلمة المسلمين سلفا وخلقا على أن الإقرار قد عمل به الخلفاء الراشدون والصحابة والتابعون والعلماء منذ زمن رسول الله (ﷺ) إلى يومنا هذا، وأجمعوا على كون الإقرار حجة على المقر سواء أكان في التعامل أم أمام القضاء.

- القياس:

العمل بالإقرار واعتباره وسيلة من وسائل الإثبات يثبت بالقياس الأولى على الشهادة فالشهادة إخبار الشخص بحق على غيره، والإقرار إخبار بحق لغيره على نفسه، فقياس الإقرار على الشهادة بجامع أن كلا منهما إخبار للآخر بحق، ولما كانت الشهادة حجة شرعية في الاثبات يلزم الحكم بها، رغم احتمال الكذب، فكذلك الإقرار حجة شرعية بالأولى، لأن احتمال التهمة في الإقرار أقل لأنه لا يكذب على نفسه.

وكذلك إذا كنا نقبل الشهادة بالإقرار فالإقرار نفسه أولى بالقبول.[178]

2.9.2.1.4. الإقرار في القانون الوضعي

وسوف نتاول ذلك في القانون الإثبات المصري كالتالي:

تقضي المادة (103) من قانون الإثبات المصري رقم (25) لسنة 1968م بأن الإقرار : هواعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعي بها في أثناء سير الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة، ويتضح من هذه المادة أن الإقرار الملزم يشترط فيه أن يكون قضائيا.[179]

أما الإقرار غير القضائي فلم يتعرض لحكمة القانون رقم (25) لسنة 1968، وإنما ترك أمره للقواعد العامة، وتقديره للقضاء حسب ظروف كل دعوى، ولهذا يمكن للقاضي أن يجزئ الإقرار غير القائي، كما يكن أن يقبل عدول المقر عما أقر به شرعا.

والإقرار قضائيا كان أوغير قضائي يتضمن نزول المقر عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه، وهوبهذه المثابة ينطوي على تصرف قانوني في من جانب واحد، فيشترط لصحته ما يشترط لصحة سائر التصرفات القانونية، فيجب أن يكون صادرا عن إرادة غير مشوبة بأي عيب من عيوب الإرادة، فإن شاب الإرادة غلط كان الإقرار باطلا، وحق للمقر الرجوع فيه، والنائم والمغمى عليه غير مكلفين بلا خلاف، والأهلية التي تشترط صحة

---

178 عبد الرحيم القرشي، ***الدعوى والبينات والقضاء***، مصدر سابق، ص114.

179 ***قانون الإثبات المصري*** المادة (103). 1986م،

الإقرار هي أهلية المقر للتصرف فيما أقر به، أما المقر له فلا تشترط فيه أهلية ما، بل يجوز الإقرار للصغير غير المميز والمجنون.

ولا يعتبر إقرار ما يسلم به الخصم اضطرارا واحتياطيا لما عسى أن تتجه إليه المحكمة من إجابة خصمه إلى بعض طلباته، وإقرار أحد المدنيين المتضامنين بالدين بعد أن اكتملت مدة سقوطه لا يسري في حق الباقين، ولا يلتزم الإقرار قبول المقر له به، بل يرتد برده له فقط.

والإقرار المعتبر حجة قاطعة على المقر هوالإقرار الصادر أمام القضاء، أما الإقرار خارج القضاء، فيخضع للقواعد العامة إذا لم يرد بشأنه نص خاص، ولمحكمة الموضوع سلطة تقدير قوته في الإثبات بغير معقب عليها في ذلك متى كان تقديرها سائغا، فإذا ورد بشأنه نص خاص وجب التقليدية كما هوالحال في الإقرار الشفهي خارج المجلس القضاء، حيث يجب الإشهاد عليه طبقا للمادة (106) من قانون الإثبات الشرعي اليمني رقم (90) لسنة 1976م حتى يكون حجة في الإثبات على المقر قضاء.[180]

وليس يمنع المحكمة من الأخذ بإقرار صور في دعوى أخرى قضى بسقوط الخصومة فيها، في هذه الحالة يعتبر الإقرار من قبيل الأقرار غير القضائي، فيترك تقديره إلى محكمة الموضوع، فإذا رأت عدم الأخذ به وجب عليها أن تبين الأسباب التي دعتها إلى ذلك، وبهذا المبدأ أخذت المحكمة النقض المصرية.

والإقرار غير القضائي إذا ما ثبت بورقة عرفية موقع عليها من المقر كانت هذه الورقة حجة على من صدرت فيه، فلا يحق له أن يتنصل مما هوورد فيها بمحض إرادته إلا بمبرر قانوني شرعي وقد أخذ بذلك القضاء المصري.

2.9.2.2. القرائن القضائية

اهتمت مختلف التشريعات بالإثبات وقامت بتنظميه وحدد الوسائل التي تقوم عليه الدليل أمام القضاء، نظرا لأهميته البالغة في الحياة العلمية التي قد لا تكفي الوسائل المباشرة لوحدها فلجأ المشرع إلى إمكانية الاستعانة بالإثبات غير المباشر الذي يعتمد على عنصر الاستنباط والترجيح، ومن بين هذه الوسائل الغير مباشرة، القرائن بنوعيها القانونية والقضائية.

والقرائن القانونية لا تدخل في إطار بحثنا الذي يرتكز أساسا على دراسة القرائن القضائية باعتبارها من طرق ذات القوة المحددة في الإثبات التي تساعد على استنتاج الأمر المطلوب إثباته بصورة غير مباشرة من الواقعة المعلومة، وعلى هذا الأساس نتساءل حول موقع المشرع الجزائري منها وما هي قوتها في الإثبات.

ولتحديد مكانتها في الإثبات يجدر بنا أن نقوم بدراستها من حيث المفهوم بصفة عامة ثم نقوم بتطرق إلى دراسة الإثبات بالقرينة القضائية التي ترك المشرع أمر استنباطها للقاضي وهي كالتالي:

---

[180] ***قانون الإثبات اليمني*** المادة (106) رقم (90) لسنة 1976م .

2.9.2.2.1. مفهوم القرينة القضائية

تعتبر القرائن القضائية من بين طرق الإثبات ذات القوة المحددة، وبالتالي يقوم القاضي باستخلاصها من واقع الدعوى وظروفها وملابستها، وله سلطة المطلقة في استنباط القرائن التي يعتمد عليها في تكوين قناعته، كما أنها مثل الإثبات بالبينة بالنسبة لقبولها، فهي بذلك تخضع لنفس الأحكام التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود.[181]

وسنقوم من خلال هذا المطلب باستعراض مفهوم القرينة القضائية من خلال دراسة تعريفها، والعناصر التي تقوم عليه، والخصائص التي تميز بها وشروط القرينة التي يجب توفرها لاستناد القاضي عليها. ويعرفها المجلة الأحكام العدلية في المادة(1741) "القرينة القاطعة هي الأمارة البالغة حد اليقين...."[182]

تعريف الفرنية القضائية :

للقرينة في اللغة عدة معاني منها : النفس، وسميت بذلك لأنها مقارنة للإنسان ومصاحبة له.

ومنها : الزوجة وسميت بذلك لأنها تقارن الزوج وتلازمه في حياته، وقارن الشيء الشيء مقارنة وقارنا: اقترن به وصاحبه، وقرنت الشيء بالشيء : وصلته.

وفي الاصطلاح الفقهي :

عرفها الفقهاء القدامى بأنها الأمارة أوالعلامة، وهي ما يلزم من العلم به الظن بوجود المدلول كالغيم بالنسبة للمطر.[183]

والقرائن في القانون :هي ما يستدل به القانون أوالقاضي على أشياء مجهولة والقرينة دليل غير مباشر، فإذا قام المشرع بعملية الإستنباط من الواقعة المجهولة إلى الواقعة المعلومة كانت القرينة قانونية، وإذا قام يه القاضي كانت القرينة قضائية والتي من خلالها نخصر موضوع دراستنا باعتبارها وسيلة إثبات ذات قوة محددة.

أما بالنسبة لتعريف القرائن القضائية نجد أن القانون المدني الجزائري لم يأت على تعريف القرائن القضائية، وهذا ما نستخلصه من خلال المادة 340 من ف.م.ج وذلك بنصها :" يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبيئة ".[184]

ويقصد بالقرائن القضائية كل ما يستخلصه القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول فهي أدلة استنتاجية، يترك أمر استنباطها لتقدير وقناعة قاضي الموضوع، فبستنباطها من ظروف الدعوى المعروضة أمامه وملابستها، بحيث هذا الأخير هوالذي يختار واقعة معلومة من وقائع الدعوى ويستدل بها على الواقعة المراد إثباته.

---

[181] بهلولي فاتح، ***طرق الإثبات ذات القوة المحدودة***، جامعة عبدالرحمن ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق 2016م ص26.

[182] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق، ص353.

[183] إدريس عبدالقادر، ***الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي***، ط1، 2010م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص70.

[184] بهلولي فاتح، ***طرق الإثبات ذات القوة المحدودة***، مصدر سابق، ص45.

بصيغة أخرى يمكن تعريفها على أنها كل قرينة لم يقررها المشرع وترك أمر استنباطها للقاضي، إذ يستنبط من ظروف القضية وملابستها حيث يختار القواعد الثابتة أوما يسمى بالعلامات يستدل بها على أمر المراد إثباته.

وقد سميت القرائن القضائية بذلك نسبة إلى القاضي الذي يقوم باستنباطها، وأحيانا يطلق عليها القرائن الموضوعية، لأنها تستمد من موضوع الدعوى أوالقرائن البسيطة لأنها تقبل إثبات العكس في الأحوال جميعها.

2.9.2.2.2. عناصر القرينة القضائية

من خلال ما تقدم نستنتج أن الإثبات عن طريق القضائية يتطلب توفر عنصرين أحدهما مادي والآخر معنوي.

العنصر المادي للقرينة القضائية :

يتمثل هذا العنصر في واقعة أووقائع ثابتة يختارها القاضي من بني وقائع الدعوى وتسمى هذه الواقعة بالدلائل أوالأمارات، فيستنبط منها دلالتها على الواقع المراد إثباتها وأيا كانت وسيلته في ذلك، فقد يستخلصها من الوقائع التي كانت محل مناقشات بين الخصوم أوفي ملف الدعوى، وقد يستخلصها من أوراق خارج الدعوى، وقد تكون كذلك الواقعة التي اعتمد عليها القاضي ثابتة بأية طريقة من الطرق الإثبات كالكتابة أوالشهادة أوبيمين نكل الخصم من حلفها أوفي أي واقعة يرى أنها تؤدي إلى المطلوب.

كما يجب أن تكون الدلائل والأمارات المستند إليها من طرف القاضي ذات دلالة قاطعة فلا يقبل استنباط القرينة القضائية استنادا إلى واقعة غير ثابتة أوظنية.

العنصر المعنوي للقرينة القضائية :

يتمثل هذا العنصر في عملية الاستنباط التي يقوم بها القاضي في تفسير الوقائع الثابتة لكي يصل إلى الواقعة المراد إثباتها، وللقاضي في هذا المجال حرية واسعة سواء في مجال اختيار الواقعة الثابتة، أوسواء في عملية استنباط من دون خضوعه لرقابة المحكمة العليا.

ونظرا لما يصاحب عملية الاستنباط التي يقوم بها القاضي من خطورة على صحة الاستنباط واستقامته، فيتطلب منه الكثير من الحكمة والحذر فيما يستنبطه من وقائع الدعوى.[185]

2.9.2.2.3. خصائص وشروط القرائن القضائية

تتميز القرائن القضائية بعدة خصائص وسمات ولصحتها يسلتزم أن تتوفر فيها بعض الشروط لكي يحتج بها ويستند إليها القاضي في إصدار حكمه، وهذا ما نوجزه على النحوالتالي :

خصائص القرائن القضائية :

---

[185] الطراونة عبدالعزيز مصطفي، ***القرائن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون به***، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011م، ص52.

- القرينة القضائية دليل غير مباشر: فالإثبات لا ينصب على الواقعة ذات مصدر الحق المدعى به، وإنما على واقعة أخرى إذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها ثبوت الواقعة المراد إثباتها، وتفتقد القرينة القضائية حجيتها ودورها في الإثبات إذا قدم الخصم ما ينبت خلاف القرينة التى استنتجها القاضي.
- القرينة القضائية من الأدلة المقيدة :لا يجوز الإثبات بها في جميع الأحوال، بل يقتصر الإثبات فيها بالشهادة.
- القرينة القضائية تقوم على الإستنتاجات أوالإستنباطات التي يقوم بها القاضي: إذ يقوم القاضي باستحلاص واقعة أوعدة وقائع من ظروف الدعوى وملابستها التي لها صلة بالواقعة المتنازع عليها, وقد يستند ثبوت تلك الواقعة على ما ورد في محضر جمع الإستدلالات من استجواب للخضوم أوما تم من معاينات. [186]

شروط القرينة القانونية:

يشترط في القرينة بعض الشروط ليستند إليها القاضي في إصدار حكمه، والتي تتلخص فيما يلي:

- أن يكون قرينة واضحة حتى يتيسر للخصوم الإستناد إليها، ويستطيع القاضي أن يعتمد عليها في إصدار حكمه، كما لا يتقيد بعدد القرائن ولا تطابقها، فالعبرة لست بعددها بل بقوتها ودقتها، فيمكن للقاضي أن يبني حكمه على قرينة واحدة متى كانت قوية الدلالة وكافية لوحدها لإثبات الدعوى وتؤدي إلى تكوين قناعة القاضي وتقوية إعتقاده باعتمادها دون الحاجة لتدعيمها بقرائن أخرى.
- أن يكون إستخلاص القرائن من قبل القاضي إستخلاصا مؤديا فعلا إلى النتيجة التي ينتهي إليها حكمه.[187]
- أن يكون هناك صلة بين القرينة الواقعة محل الإثبات، والواقعة المراد الإثبات منها، وهوبطبيعة الحال لا يأخذ إلا بالقرائن القوية المتصلة بالواقعة المراد إثباتها إتصالا وثيقا محكما.

2.9.2.3. شهادة الشهود

تعتبرالإثبات بالشهادة الشهود من اقدم الطرق التي إعتمدتها الأنظمة القديمة وفي الشريعة الإسلامية، بحيث كان القاضي على دراية بما يجري في الوسط والمجتمع الذي يعيش فيه، فكان يستطيع أن يعتمد على من يثق بهم نت الشهود.

غير أنه لما اتسعت المجتمعات قلت الثقة في شهادة الشهود، وكثر إحتمال الكذب والتزوير فأصبح للإثبات بالشهادة مجال محدود، ولا تستعمل كأداة إثبات ألافي الحالات التي حددها القانون.[188]

جعل المشرع الجزائري شهادة الشهود في المرتبة الثانية بعد الكتابة، ونظمها في الفصل الثاني من الباب السادس تحت عنوان الإثبات بالشهود من المواد من 333 الى المادة 336 من التقنين المدني الجزائري.

ولدراسة شهادة الشهود سنقوم باستعراض خصائصا ومفهومها بالتفصيل وفق الآتي:.

---

[186] الطراونة مصطفي عبد العزيز، ***القرائن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون به***، مصدر سابق، ص56

[187] أبوقرين أحمد عبدالعال، ***أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء***، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص175.

[188] العبودي عباس، ***شرح أحكام قانون الإثبات المدني***، ط1، دار النشر للثقافة والتوزيع، عمان 1999م، ص232=233.

2.9.2.3.1. مفهوم الشهادة الشهود

الشهادة: قيام شخص من غير الخصوم بإخبار القاضي بما يعرفه حول واقعة تصلح محلا للإثبات رغم عدم كونه طرفا في الخصومة. ويعرفها المجلة الأحكام في المادة(1684) ب" الشهادة هي الإخبار بلفظ الشهلدة: يعني بقول: أسهد بإثبات حق أحد الذي في ذمة الآخر في حضور القاصي ومواجهة الخصمين..."[189]

والشهادة ماخوذة من المشاهدة، وهي الإطلاع على الشيء عيانا، فهي : إخبار عما شوهد أوعلم بلفظ خاص، وهي في الشرع: إخبار لإثبات حق لغيره على غيره بلفظ خاص، ولكي نتطرق إليه بالتفصيل يمكننا تعريفها لغويا وقانونا وفقهيا التالي:.

2.9.2.3.2. تعريف شهادة الشهود

تعددت التعاريف لشهادة الشهود، وذلك من حيث التعريف اللغوي، ومن حيث التعريف الفقهي، ومن حيث التعريف الإصطلاحي:

1. التعريف لغة:

هي الإخبار القاطع عن مشاهدة وعيان لا عن تقدير وحساب، فتطلق في اللغة على معان كثيرة، منها الحلف والحضور والإدراك.

2. التعريف الفقهي:

للشهادة أكثر من تعريف فعند الحنفية:(إخبارصدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس قضاء) ويعرفها المالكية على أنها: (إخبار الحكم عن علم ليقضي بمقتضاه) والشافعية:(إخبار بحق للغير على الغير بلفظ خاص أي بلفظ أشهد) وعند الحنابلة: (هي إخبار شخص بما علمه بلفظ خاص كشهدت وأشهد).[190]

3. **التعريف القانوني:**

سكت القانون عن تعريف شهادة الشهود واكتفي بتنظيمها وتحديد نطاقها، وبين لنا شروط قبولها وحجيتها وإجراءاتها فترك مهمة تعريفها للفقهاء وبعض الشراح والإجتهاد القضائي.[191]

4. التعريف الإصطلاحي:

تعرف على أنها الإدلاء أمام هيئة قضائية بكل ما وقع تحت سمع شخص وبصره بما يرتب عليه القانون اثرا، فالشهادة إخبار وبالتالي فهي تحتمل الصدق أوالكذب، مع ترجيح إحتمال الصدق فيها أكثر على احتمال الكذب، لأنه لا مصلحة للشاهد في الكذب.

---

189 لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق، ص339.

190 المرغني رضا، ***أحكام الإثبات***،ط1، الدار الجزائرية للنشر والطبع والتوزيع، الجزائر1998م، ص274.

191 براهيمي صالح، ***الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري***، مذكرة لنيل شهادة الماجيستسر في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 1999م، ص06.

2.9.2.3.3. القواعد الإجرائية لشهادة الشهود

تبدأ إجراءات الإثبات بالشهادة بطلب يتقدم به الخصم يستأذن فيه المحكمة سماع الشهود لإثبات واقعة معينة، فيمكن ان تطلبه المدعي ليثبت مزاعمه، كما يمكن أن يطلبه المدعي عليه ليثبت دفاعه، يسمى طلب سماع شاهد، وبالمقابل في ذلك فإن للمحكمة سلطة في تقدير الإثبات بالشهادة.

2.9.2.3.4. إجراءات سماع الشهود

حدد القانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفصل الثاني، القسم العاشر تحت عنوان قى سماع الشهود من المواد 150 الى غاية المادة 163 الإجراءات التي يجب إتباعها لسماع الشهود والتي تتم على النحوالتالي:

1 يتم تكليف الشهود بالحضور بسعي من الخصم الراغب في ذلك وعلى نفقة بعد إيداع المبالغ اللازمة لتغطية التعويضات المستحقة للشهود والمقررة قانونا.[192]

2 يسمع كل شاهد على انفراد في حضور أوفي غياب الخصوم.

3 يعرف الشاهد قبل سماعه، باسمه ومهنته وسنه وموطنه وعلاقته ودرجة قراتبه ومصاهرته أوتبعيته للخصوم.

4 يؤدي الشاهد اليمين بأن يقول الحقيقة وإلا كانت شهادته قابلة للإبطال.

5 يدلي الشاهد بشهادته دون قراءة لأي نص مكتوب.

6 يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أوبطلب من الخصوم اوأحدهم ان يطرح على الشاهد الأسئلة التي يراها مفيدةز

7 لا يجوز إلا القاضي مقاطعة الشاهد أثناء الإدلاء بشهادته اويسأله مباشرة.

8 تدون أقوال الشاهد في محضر يتضمن البيانات الواردة في المادة 160 من ق.م.ج.

9 تتلى على الشاهد أقواله من طرف أمين الضبط فور الإدلاء بها.

10 يجب توقيع المحضرمن القاضي وأمين الضبط والشاهد ويلحق مع أصل الحكم إذا كان الشاهد لا يعرف أولا يستطيع التوقيع أويرفضه ينوه عن ذلك في محضر.

11 إذا تم التجريح قي شاهد بسبب عدم اهليته للشهادة اوقرابته أولأي سبب جدي آخر يفصل فورا في ذلك بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

12 يجب إثارة أوجه التجريح قبل الإدلاء بالشهادة إلا إذا ظهر سبب التجريح بعد الإدلاء بالشهادة وأثناء سماع الشهود الآخرين، إذا قبل التجريح في الحالة الأخيرة تكون الشهادة باطلة.[193]

2.9.2.3.5. خصائص الشهادة

تتميز الشهادة كدليل من أدلة الإثبات بعدة خصائص نوجزها فيما يلي:

الشهادة شخصية: فيجب على الشاهد الحضور بنفسه أمام المحكمة لأداء شهادته، بلا يجوزالإنابة في ذلك.

---

[192] بربارة عبدالرحمان، ***شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية***، ط1، منشورات بغدادي، 2009م، ص143.

[193] مجلة القضاء والقانون، ***طبيعة طلب فتح باب المرافعات المدنية والقصائية***، ع3، 1999م،

تصدرعن شخص لا يعد خصما في الدعوى: حيث تكون الشهادة صادرة عن شخص لا يعد طرف في الخصومة، أما إذا صذر عن أحد الخصوم في القضاء أثناء استجوابه يعتبر إقرارا، إذا تضمن أعترافا بواقعة المدعاة.

الشهادة حجة مقنعة غير ملزم للقاضي: فهي تخضع لتقدير قاضي الموضوع واقتناعه، فله سلطة كاملة في الأخذ بها أوطرحها جانبا إذا لم يطمئن إليها، كما يتمتع بسلطة تقدير قيمتها.

الشهادة حجة مقنعة غير ملزم للقاضي: أذ أنها تقبل النفي وإثبات عكسها بأي طريق من طرق الإثبات، كما يمكن للخصم الآخر نفيها بشهادة أخرى، فهي بذلك تختلف عن الإقرار واليمين.

الشهادة حجة معدلة: فإذا اقتنع القاضي بصدفها فتصبح حجة بذاتها وذات قوة في الإثبات بالنسبة للخضوم وكذلك الآخر بالنسبة للغير، فما يثبت فيها يعتبر ثابتا بالنسبة للكافة.

الشهادة دليل مقيد: تعتبر الشهادة دليل مقيد لا يجوز الإثبات بها في جميع الأحوال نظرا لأنها ذات قوة محدودة في نطاق التصرفات القانونية، وهذا مظرا للخطورة التي يمكن أن تنتج عنها ومنها الكذب والنسيان.

2.9.2.4. اليمين والنكول عنها

اليمين كطريق من طرق الإثبات، والتي تعني الحلف الذي يصدر من الخصم على صحة نا يقوله به أوعدم صحة ما يدعيه الخصم الآخر، فيقوم باستشهاد بالله عز وجل على أنه سيقول إلا الحق، ويكون بحلف بالله أويأخذ صفاته حتى يؤكد على صدق قوله.[194]

ومن هذا المنطلق تظهر الطبيعة الدينية لليمين أوالأصل الديني لليمين ويكون أدائها بأن يقول الحالف أحلف ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة، وأجازالمشرع للمكلف بحلف اليمين في طلب أدائها وفقا للأوضاع المقررة في ديانته.

وتتنوع اليمين إلي يمين غيرقضائية ويمين قصائية، فالأولى خارج المحكمة وتخضع في إثباتها للقواعد العامة، أما الثانية تكون أمام القضاء، والتي تهمنا نحن هنا اليمين القضائية، وسوف نتناولها مع النكول عنها بالتفصيل في الآتي:

2.9.2.4.1. مضمون اليمين

باعتبار اليمين المتممة يمين قضائية وتؤدى أمام القضاء، فرتب المشرع الجزائري أحكامها في ق.م.ج. في الفصل الخامس من الباب السادس تحت عنوان اليمين في المواد 348 الى المادة 350، أما إجراءات أدائها نصت عليها المواد 189 الى 193 من ق.إ.م.إ. وذلك على عكس اليمين غير القضائية التي تتم خارج القضاء، وليس لها أحكام خاصة وتخضع في إثباتها للقواعد العامة، وعلى هدا الأساس سوف نتحدث عن مفهومها من خلال دراسة اليمين القضائية باعتبارها من الطرق المقيدة لإثبات الواقعة أمام القضاء.

---

[194] عكرمة سعيد صبري، ***اليمين في القضاء الإسلامي***، ط1، دار النقاش للنشر والتوزيع، الأردن 1991م، ص74.

2.9.2.4.2. ماهية اليمين المتممة

تعتبر اليمين المتممة أوالتكميلية ذات قوة محدودة الإثبات، ومنح المشرع للقاضي وحده دون الخصوم الحق في توجيهها، وهذا من شأنه أن يحد من مساوئ نظام الإثبات المقيدة الذي يقيد من سلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات، ويكون موقفه سلبي في توجيه الدعوى.

ولدراسة ماهية اليمين المتممة يقتضي أن نبدأ بدراسة مفهوم اليمين المتممة بالتفصيل:

2.9.2.4.3. مفهوم اليمين المتممة

بعد أن قمنا بإعطاء نظرة شاملة حول اليمين بصفة عامة، سنحاول التطرق إلى إستعراض مفهوم اليمين المتممة كطريق إثبات يلجأ إليها القاضي ليستنير بها في تكوين إقتناعه وراحة ضميره.و المادة (1681) " التحليف هو تكليف اليمين على أحد الخصمين ". [195]

1 تعريف اليمين والنكول عنها

هي اليمين التي يوجهها القاضي بصفة تلقائية إلى أحد الخصمين عندما يقوم هذا الأخير دليل غير كاف في دعواه، يلجأ إليها القاضي ليتمم الدليل الناقض باليمين المتممة ليستكمل بذلك إقتناعه حول المسألة متنازع فيها بقيت غامضة، هذا ما نصت عليه المادة 1/348، من ق.م.ج، (للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أوفي ما يحكم به).

وتعرف المادة (144) من قانون ألإثبات اليمين اليمني: بأنها (حلف لإثبات الواقعة المتنازع عليها أولنفيها تؤدي من الخصم الذي وجهت إليه بالصيغة التي تقرها المحكمة).

ولا بد أن تكون هذه الصيغة شرعية، والصيغة الشرعية: أن يحلف الحالف بالله، أويقسم به، أويشهد عليه، كأن يقول:(أحلف بالله) أو(أشهدالله على كذا).

والنكول تعرفه المادة:(146) بأنه:(امتناع الخصم الذي وجهت إليه اليمين عن حلفها الواجب عليه شرعا دون أن يردها عليه خصمه في الأحوال التي يجوز فيها الرد).

ويتضح من خلال تعريف أن الغرض منها: هوإستكمال إقتناع القاضي ليحكم في موضوع الدعوى أوفي قيمة ما يحكم به، كما يتضح أيضا أن القاضي يوجهها من تلقاء نفسه ولا يجوز كذلك للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين أن يردها على الخصم الآخر.[196]

2.9.2.4.4. طبيعة اليمين المتممة

اعتبر الشريعة الإسلامية اليمين المتممة وسيلة من وسائل الإثبات، غرضها استكمال البينة الشرعية الناقصة، وكذلك التأكد من البينة المقامة، بالإضافة إلى ذلك تقوم على اقتناع القاضي واطمئنانه إلى الدليل.

---

[195] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء الدولة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق، ص339.

[196] ***مجموعة القوانين الإسلامية***، مصدر سابق، ص132.

أما قانونا فتعتبر على أنها ليست عقدا ولا مصالحة بين الخصوم كما أنها ليست بعمل قانوني ولا دليل مستقل، بل هي مجرد عمل إجرائي يوجهها القاضي لتقصي الحقيقة.[197]

من هنا يتبن لنا أن اليمين المتممة ليست تصرف إرادي كما هوالحال بالنسبة لليمين الحاسمة، لأنه لا وجود لعنصر الإرادة بين الطرفين المتنازعين، وعليه فإن تكييف اليمين المتممة تعتبر طريق الإثبات قانونية التي يلعب من خلالها القاضي الدور الإيجابي لكي يتحرى عن الحقيقة، فهي وسيلة إثبات قانونية أقرها المشرع للقاضي، وهوغير مقيد بها فله أن يلجأ إلى وسائل الإثبات الأخرى إذا لم تؤدي إلى تكوين إقتناعه.

2.9.2.5. النكول والرد

والقضاء بالنكول سواء كان هذا النكول من المدعى عليه أومن المدعي هوقول جمهور فقهاء الشافعية والمالكية والزيدية والإمامية والإسماعلية والمحققين في المذهب الحنبلي كابن تيمية وابن القيم وبعض الحنفية.

وأما جمهور الحنفية، فإنهم يقضون بنكول المدعى عليه ولا يرون إيقاف الحكم على الرد أوطلب رد اليمين على المدعى، بل يحكم القاضي عند امتناع المدعى عليه عن أداء اليمين الموجهة إليه حتى وان طلب الرد على المدعى، وذلك لأن النكول عندهم لا يخرج عن كونه بذلا كما قال ابوحنيفة، أوإقرار أي حكم الإقرار، وبدلا عنه وقائما مقامه في قطع الخصومة عند الصاحبين أبي يوسف ومحمد, لأن النكول عن اليمين يدل على ان الناكل كاذب في إنكاره السابق ومقر في المعنى بما ادعاه المدعي، ولولا ذلك لما نكل، لأن اليمين الصادقة فيها الثبوت بذكر الله تعالى وجه التعظيم، وفيها صيانة مال الحالف وعرضه بدفع تهمة الكذب عن نفسه، والعاقل يميل إلى مثل هذا طبعا.[198]

واليمين الكاذبة فيها هلاك النفس، فالظاهر انه أعرض عنها مخافة الهلاك مخالفا هواه وشح نفسه، ومؤثرا الرجوع إلى الحق وهوأولى من التمادي في الباطل.

2.9.2.6. الأدلة الكتابية

الأدلة الكتابية هي وسيلة من وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، وهي تخرج عن كونها إقرارا أوبينة على ذلك الإقرار أوحكما شرعيا مدونا في وثيقة للإحتجاج بها عند اللزوم أي عند الإنكار، ويطلق على هذه الأوراق التي يحتج بها زثائق أومحررات، وكلمة وثائق مأخوذة من التوثيق وهوالحفظ والتدوين والربط والأمان.

أما المحررات فهي جمع محرر والمحرر هوالمكتوب في ورقة والمدون فيها. ويعرفها المجلة الأحكام العدلية في المادة(1606) ب"الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان راجع المادة 69 من المجلة الأحكام العدلية".[199]

وأيضا في المادة (1607) ب"أمر أحد آخر بأن يكتب إقراره هو إقرار حكما، بناء عليه لو أمر أحد كاتبا بقوله: أكتب لي سندا يحتوى أني مدين لفلان بكذا دراهم ووقع عليه بإمضائه أو ختمة يكون من قبيل الإقرار بالكتابة كالسند الذي كتب بخط يده".[200]

---

[197] عبدالله بن محمد الشامي، ***نظام القضاء في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة***، دار الفكر العربي، 1999م، ص17.

[198] واصل فريد، مفتي الديار المصرية سابقا، ***نظرية الدعوى وقانون الإثبات اليمني الجديد مع المقارنة بالقانون الوضعي وقانون الإثبات***، ط1، دار الشروق عام2001م، ص132.

[199] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق، ص317.

[200] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق، ص339.

وليس بلازم كما سبق القول أن تكون وسيلة الإثبات مكتوبة، بل الأصل أن تكون شافها كما هوالحال في الإقرار والإشهاد، ولكن لما كان الحكم يعتمد في حكمه هلى هذه الوسيلة، فكان من الواجب في الأمور المسلمة أن القاضي لايلزمه في الحكم إلا بما يصل إليه ويعلمه يقينا في مجلس الحكم والقضاء، وما عدا ذلك فله أن يأخذ به وله أن يرفضه إذا شك فيه، كما أن له أيضا أن يضع من القواعد الإجرائية والشكلية ما يكفل تحقيق العدالة للجميع في مجال الحكم والقضاء.[201]

2.9.2.6.1. مشروعية الأدلة الكتابية

ولقد نبهنا الله سبحانه وتعالى وأرشدنا إلى قيمة الوثائق الكتابية في حفظ الحقوق وعدم ضياعها أوإنكارها بين الناس .

وذلك في قوله تعالى:﴿ يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ۚ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ۚ فَلْيَكْتُبْ﴾.

وقوله تعالى:﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾. وبظاهر النص أخذ الظاهرية بوجوب الكتابة والإشهاد على الحقوق ولكن الجمهور على خلاف في ذلك، وهوالإرشاد والاستحباب والندب فقط من حيث الأصل، وإن كان لا يمنع عندهم من وجوب ذلك والإلتزام به في إثبات الحقوق والمطالبة بها إذا اقتضي الحال.

2.9.2.6.2. أنواع الأدلة الكتابية

والأدلة الكتابية نوعان: محررات رسمية، ومحررات عرفية ولكن من النوعين أحكامه وحجيته وسبل الطعن فيه.

1. المحررات الرسمية: هي التي ينبت فيها موظف عام اوشخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه في حدود إختصاصه، أوما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.

فإذا لم تكتسب هذه المحررات صفة رسمية، فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوالشأن وتوقيعها بإمضاءاتهم أوبإختامهم أوببصمات أصابعهم.

2. المحررات العرفية: طبقا لما تقرره المادة (120) من قانون إثبات يمني:(هي التي تصدر من الأشخاص العاديين فيما بينهم).

وإذا أعتمدت هذه المحررات العرفية لدى حاكم الجهة التي يتبع لها المحررون، وكان ذلك في حضور بعد تأكد الحاكم من شخصياتهم وموافقتهم على ما جاء في هذه المحررات أصبحت معتمدة وأخذت حكم المحررات الرسمية من حيث الإثبات المادة:(120).[202]

والورقة العرفية حجة بما ورد فيها جميعا حتى يثبت العكس، ويجوز دحض محتواها كله لافرق في ذلك بين ما قرره موقعها أنه بنفسه وما قرره رواية عن الغير، وبذلك حكمت محكمة النقض المصرية.[203]

---

[201] العمروشي، ***أصول المرافعات الشرعية***، دار الفكر العربي، 2012م، ص681.
[202] المادة 120 من ***قانون الإثبات اليمني***. 1974م،
[203] نقض جلسة، 1964/01/30م، وجلسة 1965/01/14م، ***مجموعة المكتب الفني*** عام 2015م، ص66،

والمحررات الرسمية حجة بما فيها من أمور قام بتحريرها موظف عام في حدود مهمته الرسمية المادة(121)[204]، وإذا كان أصل المحرر الرسمي موجودا، فإن صورته الرسمية خطية كانت أوفوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل، ويعتبر الصورة الرسمية مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذك أحد الطرفين، وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل، ولكي تكون الصورة رسمية فإنه يجب أن يوقع عليها موظف المختص بالمراجعةن وأن تختم بالختم الرسمي للجهة التي أصدرتها وأن يبين فيها أنها مطابقة للأصل المادة:(122).

أحكام المحررات العرفية:

المحررات العرفية أقسام ثلاثة هي طبقا لنص المادة:(124) إثبات:

1. محررات مكتوبة بخط الخصم وموقع عليها.
2. محررات مكتوبة بخط الغير وموقع عليها من الخصم.
3. محررات بخط الغير وليس عليها توقيع للخصم.

2.10. شروط الدعوى

لقد اشترط الفقهاء، شروطا لصحة الدعوى وجواز قبولها، فمنها ما يتعلق بالدعوى نفسها، ومنها ما يتعلق بالمدعي، ومنها ما يتعلق بالمدعى عليه، ومنها ما يتعلق بالمدعى عليه، ومنها ما يتعلق بالمدعى به فإذا توافرت هذه الشروط صحة الدعوى، أي قبلت في المدعي وسمعت وسئل الخصم المدعى عليه عنها.[205]

وإذا كان حق رفع الدعوى مكفول للناس كافة إلا أن المشرع قيده بشروط معينة يجب على القاضي البحث في مدى توافرها قبل الخوض في الموضوعها ويترتب عن تخلفها التصريح بعدم قبول الدعوى شكلا ولا يعد ذلك فصلا في موضوع النزاع، وقد أوردها المشرع الجزائري في المادة (459) من القانون الإجراءات المدنية والتي تنص : ((لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن جائزا لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك.)).

فكل مدع ملزم بإثبات صفته وصلحته في رفع الدعوى ويتأتي ذلك بإرفاقه للوثائق والمستندات وكذا الأدلة الكافية التي تثبت وجود الحق المطالب به وعلاقته بالمدعى عليه وهذا تفاديا لرفع دعوى تعسفية وكيدية الغرض منها الإضرار بالأشخاص وسمعتهم.

ويمكن ذكر هذه الشروط في المحودات الآتية :

2.10.1. الصفة

ويقصد بالصفة المركز القانوني للشخص الذي يمنح له الحق في المطالبة بحق معين، إذ أن المدعي يكون في مركز المدعى عليه، وأما خصمه المدعى عليه فيعتبر في مركز المعتدي، وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن أغلب

---

[204] جبر محمود الفضيلات، ***أصول المرافعات***، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2015م، ص681.

[205] خضيرماهر عليان، ***الإجراءات القضائية في أصول رفع الدعوى الشرعية (أمام القضاء الشرعي)***، جامعة الشارقة ، الإمارات العربية المتحدة، 2006م، ص 10.

الفقهاء يشترطون توفر الصفة في المدعي والمدعى عليه رغم أن المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية اقتصرت على دافع الدعوى أي المدعي.[206]

2.10.2. المصلحة

وأما المصلحة فيقصد بها الفائدة العلمية التي تعود على رفع الدعوى وإلا اعتبرت مجرد دعوى كيدية، ويشترط في المصلحة أن تكون قانونية بمعنى أن تستند إلى حق أومركز قانوني وأن تكون قائمة، وحالة بمعنى أن يتم فعلا هذا الاعتداء ولا تقبل الدعوى المبنية على مصلحة مختلفة إلا بموجب نص قانوني خاص يستثنيها أويقرر حوازها.

ونشير في هذا الصدد أن هناك في الفقه من يعتبر المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى، ذلك أن الصفة بالنسبة له ماهي إلا مصلحة شخصية والمباشرة للشخص.

ولذلك يقال : ((أن المصلحة مناط الدعوى وأنه لا دعوى حيث لا مصلحة))، وليس بلازم ثبوت الحق لتوفر المصلحة بل تكفي شيعة الحق حتى تكون الدعوى جديرة بالعرض على القضاء.

2.10.3. أهلية التقاضي

أما بالنسبة لأهلية التقاضي فإنها تعني مدى صلاحية الشخص من الناحية القانونية لمباشرة إجراءات التقاضي وهي ذاتها الأهلية المشترطة في إبرام التصرفات القانونية فكل شخص بلغ سن الرشد القانونية المحددة ب19سنة بموجب المادة (40) من القانون المدني الجزائري، بينما في كثير من الدول السن القانونية تكون ب18سنة ومن ضمنها تشاد. الملدة(1616)"يشترط أن يكون المعي والمدعى عليه عاقلين، ودعوى المجنون والصبي غبر المميز ليست بصحيحة إلا أنه يصح أن يكون وصياهما، أو ولياهما مدعيين أو معى عليهما.[207]

وبهذا يملك الأهلية التقاضي، وأما الشخص المعنوي فإن ممثله القانوني هوالذي يملك هذه الأهلية، وإذا رفعت الدعوى من القاصر أوالشخص المعنوي بدون ذكر ممثله القانوني فإن دعواه تكون معينة شكلا لانعدام أهلية التقاضي لديها، قد ذهب جانب في الفقه إلى اعتبار تخلف الأهلية يؤدي إلى الحكم بطلان إجراءات الدعوى وليس بعدم قبولها.[208]

2.11. أعوان القاضي

ما يعتبر من أعوان القضاء، في التنظيم القضائي في الجزائر وفي كثير من الدول التي تحكم وفق قانون الوضعي المعاصر، هم: المحامون بالدرجة الأولى، والمحضرون القضائيين، والموثقون والكتبة في الدرجة الثانية، وسوف نتعرض لذلك ضمن مطلبين كالتالي:

---

[206] خضيرماهر عليان، ***الإجراءات القضائية في أصول رفع الدعوى الشرعية (أمام القضاء الشرعي)*** مصدر سابق، ص10.
[207] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق، ص321.
[208] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق ، المواد (943-1616)

2.11.1. المحامون

يعد المحامون من أهم اعوان القضاء، إذ ان المحامي هوشخص مثقف ثقافة قانونية، ينتمي إلى تنظيم مهني معين، وهوالإتحاد الوطني لمنظمات المحامين بالجزائر مثلا، وهويعاون القاضي في أداء رسالته في تطبيق القانون، بما اكتسبه من معرفة قانونية، تمكنه من عرض الوقائع المدلي بها من الخصوم عرضا منظما مع بيان الأسانيد التي تستند إليها تلك الوقائع.[209]

لذلك وضع القانون شروطا معينة لممارسة مهنة المحاماة، وحدد الأحوال الوجوبية التي يتعين فيها الإستعانة بمحام، كما وفر الضمانات التي تكفل استقلاله في ممارسة عمله وواجباته المهنية.

ومن خلال ما تقدم يمكننا تناول مهام المحامون وشروط إنتسابهم لمهنة القضاء ودورهم في تحقيق العدالة المرجوة وفق الآتي:

2.11.1.1. شروط مهنة ممارسة المحاماة

تضمن القانون الخاص 01 /91 المؤرخ في 08/01/1991 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، النص على هذه الشروط، في المادة: 09 وهي:

1. أن يكون جزائري الجنسية مثلا أوتشادي م مراعاة الإتفاقية القضائية، وأن لا يقل العمر عن 23 سنة، وأن يكون حائزا لشهادة الليسانس في الحقوق، أوفي الشريعة الإسلامية عند معالتهان أودكتوراة دولة غى الحقوق، وأن يكون حائزا لشهادة الكفاءة المهنية المحاماة طبقا للمادة 10 من هذا القانون، ومتمتعا بحقوقه المدنية والسياسية، وغير مسبوق الحكم عليه بعقوبة مخلة بالشرف، وأن لا يكون قد سلك سلوكا معاديا للسيادة الدولة، ويتمتع بصحة تسمح له بممارسة المهنة، وأن يكون ذا سلوك حسن.[210]

هذا ويقيد المحامي في جدول المحامين تحت التمرين ولفترة 9 أشهر، وبعد إنقضائها ينهي تمرينه ويقيد في الجدول بصفة محميا لدى المحاكم والمجالس القضائية، وبعد انقضاء 10 سنوات أمام تلك الجهات، يقيد في جدول المحامين المعتمدين أمام المحكمة العليا، وذلك بموجب القرار اعتماد يصدر عن وزير العدل بناء على طلب المعني وبتوقيع منظمة المحامين.[211]

2.11.1.2. أحوال الإستعانة بمحام

تعد مسألة الإستعانة بمحام في الأصل جوازية، إلا أن القانون نص على وجوبيتها في أحوال:

1. بالنسبة للتداعي أمام جهات الإستئناف والمحكمة

أوجبت المادتان 10 و588 من (ق.ا.م.ا) على أن المرافعات أمام كل من جهات الإستئناف والمحكمة العليا، لا تكون مقبولة إلا عن طريق محام بالنسبة للمجالس القضائية، وأن يكون معتمدا لدى المحكمة العليا،وبذلك فإن جميع صحف الدعوى، ومختلف المذكرات وحوافظ المستندات، وطلبات التأسيس والتأجيل والإنسحاب أوأي طلب

---

[209] http$://www.mizandz.com/2017/10/blog_post_09 html.

[210] واضح، فضيلة، ***التنظيم القضائي الجزائري***، كلية الحقوق-القانون الخاص. جامعة عبدالرحمان ميرة، 2016م،ص45.

[211] الفراء محمد سليمان نصرالله، ***أعوان القاضي في المحاكم الشرعية***، المحاضر بكلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، ص5.

آخر مهما كان نوعه، لا يكون مقبولا، إلا إذا كان كتابيا وموقفا من قبل المحامي، كما أن الحضور أوالمرافعة، لاتتم من الحضور أنفسهم، بل من هؤلاء المحامين، وذلك خلافا لإجراءات التداعي أمام المحاكم التي تكون الإستعانة فيها بمحاكم جوازية، ومع ذلك فثمة أحوال تكون فيها الإستعانة وجوبية حتى امام هذه الجهات.

2. حالات الإستعانة بمحام أمام المحاكم

تنحصر هذه الحالات في قضايا الأحداث الجانحين سواء كانت جنائية أوجنحة أومخالفة، وبنفس الأحكام تسري على القضايا المدنية الخاصة بهؤلاء بجميع فروعها، وكذلك الحال بالنسبة لفاقدي الأهلية وناقصيها، لأن صغر السن ونقص وفقد الأهلية، يتصل اتصالا مباشرا بمسألة الحالة الأهلية، عند انعدام ولي أووصي أوقيم يتولى شؤونهم، وكذلك الأمر بالنسبة للمتهم المصاب بعاهة من شأنها التأثير على دفاعه عند صدور عقوبة بإبعاده، وللتمسك بمساعدته من طرف محام أمام جهات الحكم والتحقيق في قضايا الجنح، ونفس الأمر بالنسبة لأرامل الشهداء ومعطوبي الحرب، ولكل مدع في قضايا النفقة، وللأم في قضايا الحضانة وللعامل في مادة حوادث العمل والأمراض المهنية أولذوي حقوقهم، ويتم تعيين المحامي للدفاع عن هؤلاء، بموجب أمر من القاضي المعني، أومن مكتب المساعدة القضائية، بمعية ممثل منظمة المحامين تطبيقا للنص المادة 77 من قانون المهنة وأحكام المواد 25 الى 28 من الأمر رقم71/57 المعدل والمتمم والمتعلق بالمساعدة القضائية.

2.11.1.3. ضمانات المحامي

للمحامي ضمانات في مواجهة السلطة العامة، وفي مواجهة موكله، وكذلك أيضا في مواجهة نفسه، نوجزها فيما يلي:

1. ضمانات المحامي في مواجهة السلطة والمحكمة

يتمتع المحامي بالإستقلال التام في مواجهة أية سلطة من سلطات الدولة، حيث يتمكن في القيام بعمله لفائدة موكليه، وضمان حقوقهم الدفاع عنهم كاملة، لذلك كفل القانون جملة من الضمانات أهمها:[212]

- الإعفاء من المسؤولية
- الحصانة من القبض والحبس في الحال
- عدم جواز التحقيق إلا بمعرفة المنظمة
- عدم جواز تفتيش المكتب
- ضمان الإحترام.

2. ضمانات المحامي في مواجهة موكله

تخضع الأحكام العامة للنيابة في التعاقد المنصوص عليها بالمادة571 من القانون المدني، وبالمادة 82 من قانون مهنة المحاماة، كما لا يجوز له أن يترافع في الخصومات التي تكون إحدى مؤسسات التي إشتغل بها طرفا فيها، ولذلك لمدة سنتين من إنتهاء عمله بها(م 88 من القانون 91/04)، ويخطر عليه تقديم أية إستشارة، أومساعدة قانونية لخصم موكله في النزع ذاته أوأي مرتبط به، وذلك حتى لا يخضع بين مصالح متعارضة.

[212] جيرة، عبدالمنعم، ***مبادئ المرافعات***، دار النهضة العربية،القاهرة-1998م، ص36.

3. نظام التأديب

من أجل المحافظة على أخلاقيات مهنة المحاماة، وسمومكانتها الإجتماعية، وضع المشرع نظاما جزائيا خاصا بتاديب المحامين، وذلك من أجل تجنيبه المساءلة التأديبية في غير موضعها، فيشكل ضغطا وتهديدا مستمرا له، مما يحول دون أدائه لمهمته، لذلك فإن أخل المحامي بواجباته التي يفرضها القانون 91/04، فإنه يتعين مساءلة من طرف منظمة المحامين بحيث يقوم النقيب بتشكيل ملف تأديبي، يتم من خلاله سماعه حول المخالفات المرتكبة، وأن ثبت أنها تصلح لإقامة الدعوى في الدعوى التأديبية، وذلك بعد سماعه لأوجه دفاع المعنى شخصيا، أوممن ينوبه للدفاع عنه، وجلسات الدعوى سرية، ونفس الأمر بالنسبة للقرار الصادر، إما البراءة، وإما بإحدى العقوبات التي تتراوح بين الإنذار إلى غاية الشطب من الجدول، وقرارات مجلس التأديب تكون قابلة للطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة الذي يفصل في الطعن إبتدائيا ونهائيا، وهوالطعن الذي يجب أن يكون مسبوقا بطعن تدريجي إلى مجلس الإتحاد الوطني لمنظمات المحامين.[213]

2.11.2. الكتبة والمحضرون والخبراء والموثقون

تعتبر الكتبة والمحضرون والخبراء من أعوان القضاء، حيث أن بعضهم موظفين عموميين، فيما أن البعض الآخر منهم قائمين بوظيفة عمومية وللحديث في ذلك بالتفصيل كالتالي:

2.11.2.1. الكتابة

لكل جهة قضائية:(محام، مجالس، المحكمة، محاكم إدارية، مجلس الدولة، محكمة التنازع) عدة كتبة يشكلون قلم الكتاب، وهوعبارة عن موظفين عموميين يعاونون القضاة في أداء مهمتهم إلى جانب قيامهم بتمثيل المحكمة في إتصالها بالمتقاضين، فالكاتب يخضر مع القاضي في الجلسات، وفي جميع الإجراءات التي يقوم بها هذا الأخير، فيتولى تمرير محضر بشأنها، يوقع منه ومن القاضي، كما يقوم كذلك بتوقيع النسخ الأصلية للأحكام، وذلك فضلا عن كونهم هم الذين يتلقون صحف الدعوى، وتحصيل رسومها وقيدها، وتسليم صور الأحكام والأوامر وغيرها، وبذلك فهم لا يتكلمون أية ولاية قضائية، بما يعني أنه وفي حالة ما إذا قدمت لأحدهم صحيفة دعوى باطلة، أوأن رافعها أقدم على ذلك خارج المواعيد القانونية، فلا حق له في رفضها، ومع ذلك فله حق عدم إستلامها إن لم يدفع الرسم القضائي.

2.11.2.2. المحضرون

تنحصر مهمة المحضرين القضائيين، حسب القانون رقم 91/03 المؤرخ في 08/01/1991، المتضمن تنظيم مهنة المحضر في القيام بإجراءات التبليغ المحررات والإعلانات والإشعارات التي تنص عليها النصوص التنظيمية، وتنفيذ الأحكام القضائية ومختلف السندات الرسمية القابلة التنفيذ، وبذلك فهوليس موظف عمومي مثل الكتبة، بل يعد ضابطا عموميا، يحتكر إعلان الأوراق القضائية وإجراءات التنفيذ الجبري، وذلك تحت مراقبة النيابة العامة.[214]

---

[213] البراك، أحمد بن صالح، ***أعوان القاصي وأحكامهم الفقهية، سلسلة الرسائل والبحوث القضائية***، مؤسسة نوارة الشام2005م، الرياض، ط1. ص433.

[214] واضح، فضيلة، ***التنظيم القضائي الجزائري***، مصدر سابق، ص46.

كما يتولى تحصيل كل الديون المستحقة بالطرق الودية أوالقضائية، ويقوم بالتقويم والبيع العمومي للمنقولات وأموال المادية، كما يمكن إنتدابه بناء على طلب الخصوم في أي نزاع قضائي ليقوم بالمعاينات والإنذارات الخالية من الرأي، وغير المطلوب الرد عليها في مقتضيات أحكام المادة05 من القانون المذكور أعلاه.

أما بالنسبة للشروط التي يتطلبها القانون لممارسة مهنة المحضر القضائي، فلا تختلف عن غيرها من المهن ذات العلاقة، إذ يجب أن يكون المحضر القضائي جزائري الجنسية مثلا، وبالغ من العمر 25 سنة على الأقل، وأن يكون حاكلا لشهادة الليسانس في الحقوق أوفي الشريعة الإسلامية، أوشهادة معادلة لها، وأن يكون متمتعا بحقوقه المدنية والسياسية، وذلك إلى جانب باقي الشروط الأخرى التي يتطلبها القانون لإسناد مختلفة الوظائف الإدارية في الدولة.[215]

2.11.2.3. الخبراء

الخبير هوشخص يتمتع بثقافة عملية في تخصيص من التخصصات، لذلك تستعين به المحكمة في المسائل العلمية والفنية المندرجة ضمن تخصصه، والتي يستلزمها الفصل في الدعاوى، وبذلك فهوإما أن يكون مقيذا بجدول الخبراء المعتمدين لدى وزارة العدل، أوغير مقيد، وفي هذه الحالة فإن تم تعينه لإنجاز خبرة، يجب عليه أن يؤدي اليمين القانونية قبل قيامه بذلك، تطبيقا لنص المادة 131من القانون الإجراءات المدنية والإدارية.[216]

ومع ذلك فالخبير، إما أن يكون موظفا تابعا لإحدى الوزارات، كما هوالشأن بالنسبة للخبراء العلمية للشرطة، والتابعة لوزارة الداخلية والخبراء العاملين في مصالح الطب الشرعي والتابعة لوزارة الصحة، والخبراء العاملين في المخابر الكيميائية لمصالح المنافسة، والأسعار والجودة وقطع الغش، والتابعة لوزارة المالية، وإما أن يكون الخبير في أصحاب المهن الحرة مقيدا بجدول الخبراء المعتمدين لدى المحاكم والمجالس القضائية، ضمن تخصص معين، شأن الخبراء الفلاحيين والطوبوغرافيين والعقاريين والمحاسبين وغيرهم، والذي قد تلجأ أية جهة قضائية إلى ٱلإستعانة بخبرتهم سواء من تلقاء نفسها أوبطلب من الخصوم، وذلك في ضوء المهام الموكولة إليهم من طرفها، بناء على مقتضيات المادة 125 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبعد المترجمون في حكم الخبراء.

2.11.2.4. الموثقون

يعتبر الموثق حسب القانون رقم 88/27 المؤرخ في 12 يوليوالمتضمن تنظيم التوثيق ضابطا عموميا يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية، وكذلك العقود التي يود الأطراف إعطائها هذه الصيعة، وذلك إلى جانب قيامه باستلام أصول جميع العقود والوثائق للإيداع التي حددها لها القانون هذه الصيغة، أوالتي يود حائزها ضمان حفظها، وهي المهنة التي يمارسها مثل المحضر القضائي باسمه ولحسابه الخاص.[217]

---

[215] البكر، محمد عبدالرحمان، ***السلطة القضائية***، الزهراء للإعلام، ط1. 1988م، ص717.

[217] الشمري، الشيخ عبدالله بن فريح العبدالله، ***القضاء ورجاله فى الإسلام ونماذج من أقضية***، السنة 1420ه، ص23.

وتأسيسها على ذلك فقد إشترط القانون لممارسة هذه المهنة، شروطا لا تكاد تختلف عن شروط المحضر القضائي، إذ يجب أن يكون متمتعا بالجنسية للدولة التي ينتمي اليها مثلا، ويبلغ من العمر25 سنة على الأقل، وأن يكون حاملا لشهادة جامعية في الحقوق، أوفي الشريعة الإسلامية أوأية شهادة معادلة.

كما يتولى الموثوق تسجيل وإيداع وشهر العقود، لدى الجهات الإدارية المختصة، وتعد نتيجة ذلك كل معاملة أخضعها القانون للرسمية باطلة، إذ لم يكن السند المتعلق بها محرر من طرف الموثق، بما يعني احتكاره لها.

ويخطر على الموثق، تحرير أواستلام العقد الذي يكون هوطرفا فيه، أومرخصا أووكيلا، أومتصرفا لأحد أطرافه بأية صفة كانت، أوالعقد الذي يتضمن أية تدابير لفائدته، أوالعقد الذي يكون أحد أقاربه أوأصهاره، على العموم النسب إلى عاية الدرجة الرابعة طرفا فيه، كما لا يجوز لهولاء أن يكونوا شهودا في أي عقد يقوم باستلامه أوتحريره، كما يخطر عليه القيام بأي عمل تجاري، أوتدخل في إدارة شركة أوالقيام بالمضاربة لإكتساب أوإعادة بيع العقار، وغيرها من الحقوق ذات الصلة. [218]

[218] إياد فوزي توفيق حمدان، ***أعوان القاضي في الفقه الإسلامي***، الدراسات الإسلامية، جامعة السودان، مجلة علمية سنوية محكمة.2009م ص2.

القسم الثالث

دور القاضي في القضايا التي لم يرد فيها النص

كان الرسول ﷺ في دولة المدينة يتولى بنفسه القضاء بين الناس، فلم يكن للمسلمين قاض سواه، يصدر عنه التشريع ثم يشرف على تنفيذه، فكان يجمع التشريع و القضاء، وكان قضاؤه اجتهادا لا وحيا، معتمدا على ما قرره: "البينة على المدعي و اليمين على من أنكر" و سار الخلفاء الراشدون على هذا النهج بعده أيضا، إلا في عهد عمر أمر بفصل القضاء عن الولاية الإدارية.[219]

ثم تطور القضاء في عهد الأمويين و العباسيين وخاصة في عهد الدولة العثمانية باستقرار الدولة، فتحددت سلطات القاضي و اختصاصاته وتنوع القضاء، وكان القضاة مستقلين في أعمالهم غالبا، و بدأ بتسجيل أحكام القضاء في عهد الأمويين، و استحدث في عهد العباسيين منصب قاضي القضاة الذي كان أول من تولاه أبو يوسف تلميذ أبي حنيفة[220]، و كان بمثابة وزير العدل يعين القضاة، ويعزلهم، ويراقب أعمالهم و أحكامهم، وظهر أيضا قضاة المذاهب، فوجد في كل إقليم قاضي مذهبي، ففي العراق يعمل بالمذهب الحنفي، و في الشام و المغرب وفق المذهب المالكي، و في مصر وفق مذهب الشافعي. و المادة (1793) " ينبغي أن يكون القاضي، واقفا على المسائل الفقهية و على أصول المحاكمات، و مقتدرا على فصل و حسم الدعوى الواقعة لهما".[221]

واتسع سلطان القاضي تدريجيا، فأصبح ينظر بالإضافة إلى المنازعات المدنية في أمور إدارية أخرى كالأوقاف و تنصيب الأوصيا. وقد يجمع القاضي بين القضاء و الشرطة و المظالم و الحسبة و دار الطرب و بيت المال [222].

3.1. تعريف الاجتهاد القضائي

إن الاجتهاد ضروري لبقاء الشريعة الإسلامية وحياتها واستمرارها، ذلك أن الحوادث متجددة غير محصورة ، فكان من حكمة الله أن شرع للمسلمين الاجتهاد، يستنبطون بواسطته الأحكام من نصوص الشريعة وقواعدها العامة، و سوف أتناول معنى الاجتهاد عند أهل اللغة و في الاصطلاح و هو كالتالي :

الاجتهاد لغة : الجَهد بالفتح: المشقة، و بالضم، هو عبارة عن بذل المجهود، و استفراغ الوسع، في تحقيق أمر من الأمور، و لا يستعمل إلا فيما فيه كلفه و مشقته.[223]

---

[219] عارف النكدي، ***القضاء في الإسلام***، المجمع العلمي العربي،دمشق، 1975م، ص39.

[220] ابو الحسن على بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي، ***الأحكام السلطانية لماوردي***،ع1، دار الحديث، القاهرة، 1999م، ص68.

[221] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق، ص366.

[222] سليمان محمد الطماوي، ***السلطات الثلاث في الدساتير العربية***، دار الفكر العربي، ص309.

[223] ابن منظور، محمد بن مكرم بن على أبو الفضل جمال الدين، ***لسان العرب***، انظر مادة "جهد" (397/2).

الاجتهاد اصطلاحا: اختلفت عبارات العلماء في تعريف الاجتهاد إلى عدة ألفاظ، أذكر أربعة منها، على النحو التالي:

1. عرفه الإمام الغزالي فقال : "هو بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة "[224]
2. و قال ابن قدامة : "هو بذل المجتهد ما في وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة"[225]

و هو قريب من تعريف الغزالي .

يؤخذ على تعريفي الغزالي و ابن قدامى: أن ثمرة الاجتهاد لا تقتصر على الأحكام اليقينية المعبرة عنها بالعلم، إذ المراد به القطع، وهو ما يقابل الظن، و إنما يكون أغلبها ظنا.

3. و عرفه الأمدي بأنه: "استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد فيه"[226]

   و هذا التعريف هو قريب من قول ابن الحاجب إذ عرفه بقوله: "هو استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي"[227]

   و يؤكد على تعريف الأمدي و ابن الحاجب أنه غير جامع لجميع أفراد المعرف لإخراجه العلم بالأحكام، و غير مانع من دخول بعض أفراد المعرف فيه، لإدخاله الظن غير المعتبر، مع أنه ليس دليلا شرعيا.
4. و قد عرفه الإمام البيضاوي بقوله: "استفراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية"[228] وهو أقرب تعريف للاجتهاد.

العلاقة بين المعنى اللغوي و الاصطلاحي

إن المجتهد يبذل وسعه، و يستفرغ غاية جهده بحيث يحس في نفسه العجز عن المزيد عليه للوصول إلى الأحكام الشرعية، و كان المجتهد عندما يصل إلى معرفة الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية يتكلف المشقة و العناء و الجهد في الوصول إلى ما نزل من أحكام شرعية.[229]

الخلاصة

إن تعريف العلماء للاجتهاد يرجع إلى النظرية باعتبار المعنى المصدري الذي هو فعل المجتهد، وهو ما جرت عليه العادة عند الأصوليين بتعريفه غالبا. وعليه؛ فإن الاجتهاد هو عملية يتم من خلالها استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية في الشريعة الإسلامية.[230]

---

[224] الغزالي، محمد بن محمد بن محمد بن أحمد : ***المستصفى في علم الأصول***، موسوعة وزي وزي، 2019م، آخر تحديث،(4/4).
[225] ابن قدامة، عبدالرحمن بن محمد بن علي الهرفي، ***روضة الناظر***، مكتبة الجمهورية العربية، (959/3).
[226] الأمدي، أبوالحسين سيدالدين على بن أبي علي بن محمد: (396/4).
[227] الأصبهاني : ***بيان المختصر*** (م/805).
[228] الغزالي، محمد بن محمد بن محمد بن أحمد : ***المستصفى في علم الأصول***، مصدر سابق، ص965.
[229] المرداوي: ***الإنصاف*** (258/12).
[230] ابو الحسن على بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي، ***الأحكام السلطانية لماوردي***، مصدر سابق،(ص:131).

و إن المجتهد لابد أن يكون محيطا بأدلة الشرع في غالب الأمر، متمكنا من اقتباس الأحكام منها، عارفا بحقائقها و رتبها، عالما بتقديم ما يتقدم منها، و تأخير ما يتأخر.

و ليس من شرط المجتهد أن يكون عالما بكل مسألة ترد عليه، فقد سئل مالك رحمه الله عن أربعين مسألة، فقال: في ست و ثلاثين منها لا أدري، و كثير ما كان يقول الشافعي لا أدري.[231]

3.2. الاجتهاد في الأمور التي لم يرد فيها النص

يلعب القاضي دورا مهما في إنشاء القاعدة القانونية من خلال قواعد العدالة التي أورد المشرع ذكرها في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني القطري متى ما تعذر على القاضي إيجاد حل للقضية المعروضة عليه في التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية. و المادة (1811) "يجوز استفتاء القاضي من غيره عند الحاجة".[232]

وهذه المادة تقابل المادة من القانون المدني العراقي في فقرتها الثانية التي تنص على الآتي:"فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة".[233]

ويقصد بمبادئ العدالة: مجموعة من القواعد تصدر عن المثل العليا يستهدف خير الإنسانية والمجتمع بما يملأ النفوس من شعور بالإنصاف وما يوحي به من حلول منصفة.

وقد عرفت مبادئ العدالة عند اليونان "قانون الطبيعة" ولدى الرومان في ظل قانونهم القديم"قانون الشعوب" وبعد ذلك ظهرت لديهم بصورة "القانون الطبيعي" وفي الشريعة الإسلامية عرفت بروح العدالة أوالقياس العقل أوالرأي.[234]

ويعرف الرأي لغة بأنه: الاعتقاد والعقل والتدبير، ويعرف ابن القيم بأنه: "كل ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الإمارات"، ومن الأمور المسلم بها في الشريعة الإسلامية، إن القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة "القولية والفعلية والتقريرية" مصدران أصليان من مصادر القاعدة الشرعية.

وبعد وفاة الرسول الكريم (ﷺ)، وانتشار الإسلام واتساع رقعة الدولة الإسلامية بدخول شعوب كثيرة فيه، أدى ذلك إلى تنوع وازدياد المعاملات والعلاقات بين أفراده، فبرزت حالات تفصيلية جديدة لم يرد بشأنها نص خاص لا في كتاب الله ولا في سنة رسول الله (ﷺ)، كما أن هنالك مصالح لم يقم دليل من المشرع على اعتبارها أوإلغائها، واجه الفقهاء المسلمون تلك الحالات بنشاط اجتهادي أدى إلى توسيع نطاق الأحكام الشرعية أوتخصيص حكما المطلق أواستنباط أحكام جديدة وفقا لتطور المجتمع وللشعور بالعدالة في النفوس.

---

[231] الغزالي، محمد بن محمد بن محمد بن أحمد : ***المستصفى في علم الأصول***، مصدر سابق، (17/4).

[232] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق، ص369.

[233] عزالدين الماحي، ***مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القاعدة القانونية***، ط1 منتدب قضائي إقليمي، باحث بكلية الحقوق-بمراكش، 2017م، ص3.

[234] عزالدين الماحي، ***مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القاعدة القانونية***، منتدب قضائي إقليمي، مصدر سابق، ص5.

فإذا عرضت واقعة على القاضي في الشريعة الإسلامية فإنه سوف يبحث عن حل لها في كتاب الله أولا فإن لم يجد، بحث في سنة رسول الله(ﷺ)، لقوله تعالى: (فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ...).

فإن لم يجد حلا للواقعة لا في كتاب الله ولا في سنة رسول الله (ﷺ)، بحث فيما أجمعت عليه الأمة الإسلامية فإن لم يجد في الإجماع حلا للواقعة المعروضة أمامه اجتهد برأيه. وهذا ما ذهبت إليه الفقه الإسلامي في القواعد التالية: "الثابت بالعرف ظاهرا بمنزلة الحقيقة"[235] "المعروف عرفا كالمشروط شرعا"

والرأي في الشريعة الإسلامية كما هوفي القانون منضبط بعدم مخالفته للنصوص الشرعية، فقد روي عن الفقهاء المسلمين قولهم "لا مساغ للا جتهاد في مورد النص"،[236] كما أن الرأي مقيد بأن يدور في نطاق المقاصد التي يهدف إليها الشارع والمتمثلة في حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال.

وقد ربط الإسلام العلاقات الاجتماعية كلها بالعدالة من النظام الاقتصادي والاجتماعي، تقوم على التعاون والأخوة والتكامل الاجتماعي، لذلك فقد حرمت وسائل الاستغلال كالتعامل بالربا والاحتكار والغش والتدليس والغبن في المعاملات وغيرها من الوسائل التي تهدد التوازن الاقتصادي في العقد.

واحتلت فكرة العدالة مكانتها البارزة في الشريعة الإسلامية من خلال الحرص على تحقيق التوازن المالي في العقد، من هنا يتبين لنا أن الشريعة الإسلامية قد عرفت مبادئ العدالة من خلال معرفتها للرأي أوما يسمى بالاجتهاد، هذا ما دفع البعض إلى انتقاد مسلك المشرع العراقي وكذلك الأمر بالنسبة للقانون القطري في نصه في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانونين المدني العراقي والقطري على مبادئ العدالة كمصدر رسمي احتياطي للقانون، وذلك لأنه يرى ونحن نوافقه في رأيه هذا بانعدام الحاجة إلى هذا النص لأن الشريعة الإسلامية تغني عن ذلك بما تتشبع به من قواعد العدالة في مبادئها وأصولها.

وفي اعتقادنا أن ما سار عليه المشرع العراقي في مشروع القانون المدني الجديد كان أكثر صوابا لعدم نصه على مبادئ العدالة مكتفيا برجوع القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا ما جاء نصه صراحة في المادة الثالثة منه بقولها: (إذا لم يجد القاضي نصا تشريعيا يمكن تطبيقه، اجتهد برأيه مستهديا بمبادئ الشريعة الإسلامية وبالمبادئ العامة للقانون).[237]

إن فكرة العدالة التي تدفع القاضي إلى تكوين القاعدة القانونية لاقت معارضة شديدة من قبل بعض الفقهاء الذين يرون أن داعي العدالة يملي على القاضي إنشاء القاعدة القانونية بدواعي الاستقرار الذي لا يقل عنه شأنا في الأحكام القضائية كي تتسم هذه الأحكام بالعمومية والتجريد، وبالتالي فإن القضاء محظور عليه إنشاء قواعد قانونية مختلفة لقضايا متشابه.

يضاف إلى ما تقدم أن ما تنطوي عليه عبارة (قواعد العدالة) من الغموض والإبهام وعدم التحديد، مما يجعل للقاضي سلطة واسعة في البحث عن حكم خاص للمنازعة المعروضة أمامه.

---

[235] السرخسي، ***أصول السرخسي***، جi، ص218، وجii، ص218، علاء الدين البخاري، ***كشف الأسرار***، جii، ص165.

[236] الوجيز في شرح قواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، ***المجلة الأحكام العدلية***، مؤسسة الرسالة ط1. 2017م، دمشق-سوريا. ص38.

[237] محمد الحسن ولد الددو، ***مخاطبات القضاة في الفقه الإسلامي***- دار الأندلس الخضراء للنشر والتوزيع، 1991م، ص27.

ومهما يكن من الأمر فإن هذه الانتقادات لم تقف بوجه الفقه الذي نادى بضـرورة منح القاضـي دورا في إنشـاء القاعدة القانونية والذي يجد أسـاسـه عندهم في مبادئ العدالة والإنصـاف والوجدان السـليم والتضـامن الاجتماعي.

ومن خلال سـرد دور القاضـي في إنشـاء قاعدة قانونية في حالة عدم النص أوالغموض يمكننا الحديث عنه بالتفصـيل، ولأن هذه القواعد التي تحظر على القاضـي الامتناع عن احقاق الحق اوبما يسـمى (التداخل بين وظيفتي التشريع والقضاء)، وسوف نوضح ذلك في الاتي:

3.2.1. التداخل بين وظيفتي التشريع والقضاء

قد تعرض على القاضـي حالات لا يجد القاضـي بصددها نصوصا تحكمها ومع ذلك يكون ملزما بالحكم فيها وإلا عد ممتنعا عن احقاق الحق أي ناكر للعدالة.

ولهذا نجد في قانون بعض الدول نصـوصـا تحظر على القاضـي أن يمتنع عن إحقاق الحق أي الامتناع عن الحكم في الواقعة المعروضة أمامه بحجة عدم وجود النص، وهذا اعتراف من المشرع بقصور التشريع مهما بلغ سعة من التشعب والدقة أن يحيط بدقائق الأمور وتفاصيلها، إذ إن التطبيق العملي للنصـوص التشـريعية لا بد وأن يفضـي إلى نقص لم يكن في ذهن المشـرع وقت إعداد النصـوص القانونية خاصـة وأن التطور الاقتصـادي والاجتماعي والعملي للمجتمع لا بد وأن يؤدي إلى إيجاد مثل هذا النقص.[238]

ومن خلال ما تقدم يمكننا الحديث عن ذلك في حالات الثلاثة الآتية لدور القاضي في إنشاء قاعدة قانونية وهي:

3.2.2. القاعدة القانونية التي تحظر على القاضي الامتناع عن احقاق الحق

تنص المادة 30 من قانون المرافعات المدينة العراقي النافذ على أنه "لا يجوز لأية محكمة أن تمنتع عن الحكم بحجة غموض القانون أوفقدان النص أونقصـه وإلا عد الحاكم ممتنعا عن احقاق الحق، ويعد أيضـا التأخير غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعا عن احقاق الحق".[239]

كما أن القاضـي اللبناني ملزم هوالأخر في حالة عدم وجود نص تشـريعي أوعرف يمكن تطبيقه على الواقعة المعروضـة أمامه، ولم يكن الأمر متعلقا بمسـألة من مسـائل الأحوال الشـخصـية بالحكم في الدعوى المعروضة أمامه، إذ لا يجوز له أن يمتنع عن الحكم في الدعوى بحجة غموض القانون أونقصانه وإلا كان متخلفا عن احقاق الحق.

إن هذين النصين يعترفان صراحة بعجز المشروع عن الاحاطة بكل الوقائع التي تعرض على القاضي وتكون محل نزاع بين الأفراد وبالتالي يترك أمر البت فيها إلى القاضـي وبخلافه يكون القاضـي قد امتنع عن إحقاق الحق، وهذه الحقيقة التي تتمثل بعجز المشـروع عن الاحاطة بكل الجزئيات الخاصـة بالمجتمع، هي ثابتة منذ القدم، فقد ذهب الفقيه الشـهير (سـتاني)[240] إلى تناهي النصـوص وعدم تناهي الوقائع بقوله: "نعلم قطعا ويقينا

---

[238] إبتسام عروقي، ***الأمن القانوني والقضائي على ضوء تجربة محكمة النقض***، بحث نهاية التمرين،مجلة القضاء 2015م، ص65.

[239] الغوتي بن ملحة، ***الاجتهاد القضائي***، المجلة القضائية- نقابة هيئة المحامين بالعراق،ع11، 2000م،ص46.

[240] أبو الفتح الشهرستاني، ***هو أحد علماء أهل السنة والجماعة الأشاعرة بالمغرب***، موسزعة وزي وزي، آخر تحديث 2019م.

أن الحوادث والوقائع في العادات والتصرفات مما لا يدخل تحت الحصر والعد، ونعلم قطعا أيضا أنه لم يرد في كل حادثة نص ولا يتصور ذلك أيضا، والنصوص إذا كانت متناهية فالوقائع غير متناهية، وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى معلوم قطعا، إن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد".[241]

فالتشريع مهما بدأ كاملا، فإنه ما أن ينشر حتى يواجه القاضي العديد من المسائل غير المتوقعة وغير المنصوص عليها، فالتشريعات تبقى كما هي، أما المجتمع فإنه على العكس تماما لا يبقى كما هوبل يتغير باستمرار، وهذا التغيير الذي لا يتوقف أبدا ينتج في كل مرحلة بعض التراكيب الجديدة، وبعض الوقائع الجديدة التي تؤدي إلى نتائج جديدة.

وعلى الرغم من أن القواعد القانونية قد وضعت لتنظيم حياة الأفراد وأنها ذات صلة وثيقة بالمجتمعات، إلا أنها تفقد صلتها تدريجيا عن مجتمعاتها وبيئتها كلما تغيرت التكنولوجية والقيم الاجتماعية السائدة في المجتمع، ولهذا فهي تعجز عن مواكبة التطورات التي تحصل في المجتمع.[242]

هذا وإن المشرع الفرنسي، ومن خلال المادة الرابعة من القانون المدني الفرنسي يلزم القاضي بالفصل في النزاع حتى ولوكان التشريع غامضا أوساكتا أوناقصا عن معالجة الواقعة المعروضة أمامه.[243]

3.2.3. أنابة المشرع للقاضي في الوقائع التي لم يرد بشأنها نص

وهذه الحالة تتمثل بالتشريعات التي تدعوالقاضي إلى تحويل الحلول محل المشرع لسد النقص وتدعوه أن يحكم وفق ما كان سيضعه من قواعد قانونية لوعهدت إليه سلطة التشريع.

تنص المادة الأولى من القانون المدني السويسري على الأتي: "يسري التشريع على كافة المسائل التي يتناولها في لفظه أوروحه، وإذا تعذر العثور على نص قانوني قابل للتطبيق تعين على القاضي أن يحكم وفقا للقانون العرفي، وفي حالة عدم وجود العرف، فوفقا للقاعدة التي يضعها إن قام بعمل المشرع ويسترشد في ذلك بالحلول التي أقرها الفقه والقضاء".[244]

إن هذا النص يقرصراحة بقصورالتشريع وعجزه عن الإحاطة بكل الوقائع والحوادث والتصرفات التي تحصل من المجتمع والتي هي في تغيير مستمر.

إن قصور التشريع وعجزه عن مواكبة التغيرات المستجدة في المجتمع بديهية ثابتة منذ القدم، إذ يذهب الفقيه(جوليانوس) وهوأحد فقهاء القانون الروماني إلى القول:"أنه لا النصوص التشريعية ولا قرارات مجلس الشيوخ قادرة على حصر جميع الحالات".[245]

ويكون النقص في التشريع من التمسك بالشكلية القديمة أوإسباغ معنى حرفي على النص أوأن يتوجه النص بالمخاطبة إلى فئة دون أخرى، كما ويسلم الفقيه الإنجليزي بحقيقة قصور التشريع، فيذهب إلى القول بأن من العسير على المشرع أن يتوقع حجم الفرضيات غير المتناهية كثرة وتعقيدا والتي تفرزها وبشكل مستمر

---

[241] ***مجلة القصاء المغربي***، العدد الثاني،2016م، ص23.

[242] عبد النباوي محمد، نعميم، ***الإجتهاد القضائي*** : مساهمة في خدمة العدالة، مصدر سابق، مجلة القاصي، 2016م، ص98.

[243] موسى عبود، ***الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي***، مجلة المحاماة، العدد3. ص16.

[244] بلعيد، كرومي، ***سلطة القاضي في تفسير النصوص الشرعية والوضعية***، كلية الحقوق-الدار البيضاء، 1991م، ص80.

[245] عبدالوهاب خلاف، **تفسير النصوص القانونية وتأويلها**، مجلة القانون والإقتصاد-مصر1848م، العدد11. السنة18. ص177.

للحياة الاجتماعية، ذلك لأن النصوص القانونية صلبة وعاجزة عن معالجة الحالات المستجدة لمجتمع دائم الحركة وأمام حالات ترجع إلى تقدم العلم أوالفن، هذا التقدم الذي بلغ حدا من السرعة لم يستطع القانون أن يبلغه بعد.[246]

ويرى أحد فقهاء القانون الإنجليزي إلى أنه ليس من ضمن طاقات البشر توقع مجاميع العديد من الوقائع التي يحتمل ظهورها وحتى لوحدث هذا فإنه من غير المتصــورأن تخلوتلك التشــريعات من أي غموض، وبدون شك، فإن التشريعات إن وضعت بمعرفة سابقة وتامة الوضوح بالأحداث فإنه ستجنب القضاة الاضطراب.

والتشريعات لا تستطيع مطلقا مهما بلغت من الدقة أن تتناول بالتنظيم كل نشاطات الإنسان التي يلزم أن يقوم بتنظيمها وحتى لواستعملت الطرق الحرة في تفسير التشريعات وحتى لواستعمل المنطق في تطوير القواعد التشريعية فإنه يستحيل على المشرع سد الثغرات الموجودة في القانون.

ومن هنا يتبين لنا أن التشــريعات التي تصــدر عن المشــرع عاجزة عن تحكم كل الوقائع اللامتناهية بل ومن العبث أن تحاول ذلك.

إذا فالسلطات التشريعية لا تستطيع وضع تشريعات كاملة وشاملة لدرجة أن يستبعد المشرع صراحة منح القاضي أية سلطة تقديرية، وأن يجعل دوره مقتصرا على تطبيق القانون فقط...

كما يؤكد الفقه الفرنســي حقيقة قصــور التشــريع عن الإحاطة بكل الجزئيات والحالات التي تظهر في المجتمع، فالتشريع مهما بدأ كاملا فإنه ما أن ينشر حتى يواجه القاضــي العديد من المسائل غير المتوقعة، وغير المعالجة من قبل المشرع، فالتشريعات ثابته لا تتغير أمام الإنسان الذي هودائم التغير وتغيره لا يتوقف أبدا.

3.2.4. التشريعات التي تلزم القاضي بالفصل في كل الأحوال

هذه الصــورة تتمثل بالتشــريعات التي تلزم القاضــي بالفصــل في كل الأحوال، وتدعوه إلى الرجوع إلى مصــادر أخرى للقانون، إذا تعذر عليه العثور على قاعدة تشــريعية تعالج المســألة المطروحة أمامه، وإلا يكون مسؤولا عند عدم فصله في الدعوى.

إن هذه التشــريعات لا تدعوالقاضــي إلى الحلول محل المشــرع في حالة تعذره الحصــول على قاعدة قانونية في التشريع أوالعرف ، وإنما تلزمه في كل الأحوال إلى النظر في الدعوى والبحث عن حكم لها.[247]

وعلى ســبيل المثال تنص المادة(4) من القانون المدني الفرنســي على الآتي: "إن القاضــي الذي يرفض الحكم بحجة سكوت أوغموض أونقص التشريع، يمكن مقاضاته بسبب إنكاره للعدالة".[248]

لقد ثار الخلاف في الفقه حول نص المادة: (4) من القانون المدني الفرنســي، إذ يرى البعض إن هذه المادة تلزم القاضــي بإصدار الحكم القضائي على الواقعة المعروضة عليه وتجنب الامتناع عن ذلك بحجة سكوت أوغموض النص إنما تعد بمثابة دعوة من المشرع إلى القاضي لمعاونته في تكميل التشريع.[249]

---

[246] بوبشير محند أمقران، ***تغيير الإجتهاد القضائي بين النص والتطبيق***، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ص245.
[247] الإجتهاد القضائي ودوره في النظام القضاء المغربي، ***مجلة المحاماة*** ع iii. 1969م، ص16.
[248] الإجتهاد القضائي ودوره في النظام القضاء المغربي، ***مجلة المحاماة***، مصدر سابق، ص17.
[249] سمير، تناغو، ***النظرية العامة للقانون***، دار الفكر الجامعي، مجلة القضاء-المغرب، 1985م، ص238.

إلا أن هذا الرأي ينتقد من قبل جانب آخر من الفقه الذي يرى بأن ما يصـــدر عن القاضـــي من أحكام لا يجد لها أساسا في التشريع أوالعرف لا يحظى بمرتبة التشريع وذلك لأن الأحكام التي تصدر عن القاضي في مثل هذه الحالات لا تتمتع بخاصـــية العموم والتجريد التي تتميز بها القاعدة القانونية، فهناك فرق بارز بين عمل القاضـي وعمل المشـرع، ذلك لأن الحكم الذي يصـدر عن القاضـي لا يرتب آثاره إلا على أطراف النزاع، بينما يرتب القانون الذي يصدره المشرع آثاره على العامة.

كما أن الحكم الذي يتخذه بشـــأن الواقعة محل النزاع لا يكون ملزما (أي للقاضـــي نفســـه) في قضـــية مشابهة، بل هوغيرملزم أيضا لمحاكم أدنى.

ويدعمون رأيهم هذا بالمادة (5) من القانون المدني الفرنسي التي تحظر على القاضي إصدار القرارات العامة التي تأخذ طابع اللوائح إصدارها.[250]

وبناء على ما تقدم حول اجتهاد القاضـــي في الأمور التي لم يرد فيها النص، يمكننا القول بأن القاضـــي ملزم بأن يقوم بالاجتهاد والفصل أيضا في القضايا التي تعرض أمامه في حالات غموض أوعدم النص، وفي مثل هذه الحالات، فإن دور القاضـي يتجاوز مهنته الأساسية إلى أن يقوم بوظيفته أخرى ألا وهي التشـريع، حيث أن بعض الدول تلزم القاضي على القيام بذلك، وإذا امتنع عد ناكرا للعدالة ويجب محاكمته.

وفي الشريعة الإسلامية أيضا يمكن للقاضي أن يقوم بالاجتهاد إذا لم يجد في النص ما يحل قضيته التي أمامه، فيمكنه الاجتهاد، وورد ذلك في أحاديث كثيرة، حيث أمر سيدنا رسول الله(ﷺ)، القضاة بالاجتهاد.[251]

3.3. دور القاضي في الاجتهاد القضائي

الفراغ في القانون اوسكوت القانوني يقصد به في التشريع هوعدم ورود نص يحكم النزاع المعروض أمام القاضي.

أما القصـــور في القانون فهوعدم تضـــمن النص القانوني لما تقوم الحاجة إليه من أحكام تفصـــيلية أوجزئية، وفي كلتا الحالتين يلزم القاضـي بتكملة هذا النقص ومعالجة القصـور وإدراكا من المشـرع بعجزه عن الإحاطة بدقائق الأمور وتفاصيلها ومواكبة التطورات المستمرة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية منح القاضـي دورا مهما في إنشـــاء القاعدة القانونية، في مجال القانون المدني ظهرت بشـــكل بارز في مبادئ العدالة وفي النصوص القانونية التي تحظر على القاضي الامتناع عن احقاق الحق.

وأخيرا في تطويع القانون وفقا لمقتضيات الظروف، وإن العمل القضائي لا يقوم على تطبيق النصوص وتفسيرها فحسب، وإنما يتناول بسطة من السلطة تخول له المساهمة في إيجادها، ولعل أهم أسباب اختيارالباحث لدراسة (دور القاضي في القضايا التي لم يرد فيها النص) موضوعا لبحثه، تتجلى في العطاء الذي يقدمه القاضي على القانون، إذ هوعطاء كبير لا يكاد يقل في أهمية واتساعه عما يقدمه المشرع نفسه، فالقاضـي ما كان قط ولا يمكن أن يكون مجرد آله صماء تردد كلمات المشرع وتدمغ القضايا بأحكامه، ذلك أن عملية القضاء ليست على هذا القدر من السهولة الذي يمكن أن يتصوره البعض، فالقاضـي لا يكتفي بتفسير العقد وتكييفه بغية تطبيق النص

---

[250] المادة 5 من ***القانون المدني الفرنسي***.

[251] عبدالعزيز بن سعيد الدغيثر، ***حجية السوابق القضائية***، باحث في مجال الفقه والقضاء، 2014م، ص19.

القانون الملائم، وإنما يعمد في كثير من الأحيان إلى التدخل في العقود التي يبرمها الأفراد بغية حماية الجانب الضعيف في العقد من الوقوع ضحية استغلال الطرف الأخر.

فالمشرع مهما توخي الدقة والكمال في عمله لا يستطيع أن يحيط بكل شيء وأن يضع مسبقا الحلول، ويتبين هذا النقص في التشريع أكثر فاكثر كلما تطور المجتمع وظهرت فيه حاجات جديدة وأوضاع لم تكن موجودة من قبل.

وقد يتعمد المشرع في كثير من الأحيان أن يفسح للقاضي مجال الاجتهاد وحرية التصرف، فيضع له قواعد مرنة تتضمنها مبادئ عامة أومعايير قانونية، ثم يترك للقاضي أمر التطويع عليها والتصرف في تطبيقها بحسب الوقائع والظروف. [252]

ومثل هذا الأسلوب في التشريع أمر مستحب لأن القاضي هوالأقرب إلى الواقع العملي، ومن ثم فإنه أقدر على اختيار الحلول التي تكون أكثر ملائمة لهذا الواقع وادعى إلى تحقيق العدالة، وهوإذ يقرر تلك الحلول، لا يقوم بتطبيق النص التشريعي فحسب، وإنما يضيف إليها في الوقت نفسه ثروة جديدة بما يستخلصه من تطبيقات وأحكام حتى لقد قيل: إن القاضي هوالمشرع بالنسبة للحالات الفردية والمستجدة، ولعل أجمل حيلة قانونية لجأ إليها المشرع لتمكين القاضي في إنشاء القاعدة القانونية تكليفه باللجوء إلى قواعد العدالة كمصدر أخير يستمد منه حلول فيما لا نص عليه.

لم يتفق فقهاء القانون في إرجاع دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية إلى أساس معين، فقد قيلت في تبرير دوره أراء متعددة، وسوف نتناول ذلك بالتفصيل في المباحث الاتية:

3.3.1. مفهوم الاجتهاد القضائي واهميته في الانظمة القانونية

يختلف مفهوم الاجتهاد القضائي بحسب المدارس والانظمة القانونية التي نشأ فيها، ومن اجل تقريب هذا الموضوع أكثر، فإننا سنقوم بتحديد مفهوم الاجتهاد القضائي واهميته في النظام الأنجلوسكسوني والنظام الروماني.

3.3.1.1. مفهوم الاجتهاد القضائي

يطلق على الاجتهاد القضائي في اللغة العربية عدة مصطلحات، منها (اجتهاد) واجتهاد المحاكم وقضاء، اما في اللغة الفرنسية فان عبارة الاجتهاد القضائي (Jurisprudence) مشتقة من أصل لاتيني يتكون من لفظ (Juris) ويعني القانون ثم لفظ (Pridentia) وتعني المعرفة أوالعلم، بحيث كان يطلق قديما على الاجتهاد القضائي (العلم التطبيقي للقانون).[253]

ويحمل الاجتهاد القضائي معنيين أحدهما خاص والأخر عام، ويقصد بالاجتهاد القضائي في معناه العام (مجموع الاحكام والقرارات عن المحاكم) الهيئات ذات الطبيعة القضائية في مسألة قانونة معينة، وبمعني آخر هو(مجموع القرارات القضائية الصادرة عن المحاكم)، كما يعرف بعض الفقه الاجتهاد القضائي بأنه:(مجموع

---

[252] عصمت عبد المجيد بكر، ***أصول تفسير القانون***، مجلة القضاء والقانون، ص15.

[253] روبيرت كارب رونالد ستيدهام، ***الإجراءات القضائية، في أمريكا***، ترجمة على أبوزيد، ظ2. الإنجليزية، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والنقافة العالمية- القاهرة، 1997م.

الحلول التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها)، سواء في مادة اوفروع من فروع القانون، فيقال مثلا الاجتهاد القضائي أوفي القانون عموما، فيقال الاجتهاد القضائي دون تخصيص.

اما المعنى الخاص للاجتهاد القضائي فيقصد به: الحل الخاص الذي يضعه القضاء بشان قضية معينة، فاذا كان المشرع يضع قاعدة عامة فان الاجتهاد القضائي يتولى تطبيقها على قضية معينة بشكل مخصص، وفي هذا المنظور يشكل الاجتهاد القضائي عملية ذهنية إبداعية يباشرها القاضي في بعض الحالات الخاصة، وتبعا لذلك يعرف الفقه المؤيد لهذا الاتجاه، الاجتهاد القضائي بكونه (مجموع الحلول القانونية التي يتوصل اليها المحاكم بمناسبة معالجتها للإشكالات القانونية)، وبشكل أكثر تحديدا هو(الحل الذي تتخذه جهة قضائية في قضية معروضة أمامها، في حالة عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أوغموضه أوعدم كفايته).[254]

ومن جانبه، يميز الفقه الإسلامي بين الاجتهاد الاستنباطي اي تلك العملية التي تنبني على استنباط الاحكام الشرعية في أدلتها التفصيلية في الشريعة، وبين الاجتهاد التنزيلي الذي ينتج عن احتكاك الاحكام بالواقع، وخلق قواعد جديدة من خلال تخصيص القواعد العامة لتتلائم مع وقائع النزاع، وهوما يطلق عليه (فقه التوازن) كنوع في الاجتهاد كان له دور كبير في اكتساب علم الاصول تجديدا ومقدرة على مسايرة المستجدات.[255]

3.3.2. الاجتهاد القضائي في الانظمة القانونية

إذا كانت اهمية الاجتهاد القضائي حاضرة في كل الثقافات القانونية إلا أنها مع ذلك تختلف تبعا للانظمة القانونية، ولاسيما في النظام القانوني البريطاني اوالانجلوساكسوني عموما، وفي النظام اللاتيني أوالرومانوجرماني، ومن خلال هذا سوف نتناول هذه الانظمة كالتالي:

3.3.2.1. الاجتهاد القضائي في النظام الانجلوساكسوني

يعتبر الاجتهاد القضائي في النظام البريطاني: الكوموني لاو(مصدرا هاما للقانون، ففي هذا النظام حيث يقوم التقليد على انعدام وجود نصوص تشريعية، تعتبر الاحكام الصادرة عن المحاكم بمثابة قوانين تنتج عن حالات ومحاكمات تدرسها المحاكم، ويسودها نظام (Common law)، وهونظام قانوني مبني على الاجتهاد القضائي في المملكة المتحدة(باستثناء اسكتلندا) وفي إيرلندا وكندا(باستثناء الكيبك) وفي الولايات المتحدة الأمريكية(باستثناء لويزنا وكاليفورنيا) وعدة دول أخرى من مجموعة الكومنولث.

ويلعب الاجتهاد القضائي في هذا النظام دورا حاسما، لأن الاجتهاد هوالقانون (cose law)، الذي ينتج عن المحاكمات، كما أنه في هذا النظام تقيد أحكام المحاكم الأعلى بالمحاكم الأدنى، كما أن المحاكم نفسها مقيدة بأحكامها السابقة، فهي مضطرة للبقاء على قرارها السابق والإستمرار في الحكم على نمطه، أوما يسمى بالاتينية(stare-decisi) وتسمى هذه القاعدة ب (قاعدة السابق)(la regle da precedent)، ووفقا لهذه القاعدة، تصدر المحكمة أحكاما مطابقة لقراراتها الصادرة سابقا.

وتختلف (قاعدة السابق) عن الاجتهاد القضائي القار في كون حكم سابق واحد يلزم المحكمة بالاستمرار على نفس الاجتهاد، ويلزم المحاكم التي تليها رتبة بنفس الاتجاه، وأما الاجتهاد القار فهوالذي يتطلب تواتر أحكام

---

[254] الزرقاء، مصطفى أحمد، ***الإجتهاد ودور الفقه في حل المشكلات***، المجلة المغربية للقانون المقارن، العدد2. 1983م. ص41.
[255] بدرخان عبدالحكيم ابراهيم، ***معايير تعريف العمل القضائي من وجهة نظر القانون***، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر1994.م ص55.

القضـاء في إتجاه واحد حتى تصبح اجتهادا قارا في الفقه اللاتيني، وقاعدة السـابق كرسـها اجتهاد قضـائي لمجلس اللوردات في بريطانيا سنة1898م في قضية بين شركة(تراموي)و(بلدية لندن).

غير أن قاعدة لا تحول دون تحول الاجتهاد القضـــائي اذا كـان لـه ما يبرره، وقد أكد مجلس اللوردات نفسـه هذا الراي 1966م في قضـية Practice Statement حيث قرر بصـفة اسـتثنائية أنه يمكن للمحكمة تغيير الاجتهادات الســابقة التي أصــبحت غير ملائمة أوغير عادلة بكيفية جلية، أما في الولايات المتحدة الأمريكية فإن هذه القاعدة أقل اســتقرارا حيث تلجأ المحاكم الى العدول عن اجتهاداتها الســابقة بوتيرة أكثر اتســاعا كما أنه في خاصيات النظام البريطاني أنه يمكن للبرلمان أن يسن قانونا يقر بمقتضاه اجتهادا قضائيا لا يراه محققا للعدالة.

3.3.2.2. الاجتهاد القضائي في الأنظمة الرومانوجيرمانية

تتميز الدول التي تتبع النظام الرومانوجيرماني بتبينها لنصـــوص تشـــريعية مكتوبة ومقننة Codifiks وغالبا ما تتردد هذه المدرســة في إعطاء أهمية كبرى لاجتهاد انســجاما مع تقاليدها التي لا تســمح للمحاكم بخلق القـانون الـذي هومهمـة المشـــرع في نظرهـا، وكمثال على ذلك تمنع المادة 5 من القانون المدني الفرنســـي على القضاة أن يبتوا بواسطة مقتضيات عامة أوتنظيمية في القضايا المعروضة عليهم.[256]

وخلافا لقاعدة السـابق لا يمكن للقاضـي في النظام الروماجيرماني ان يحل في المستقبل القضـايا المتعلقة بالقانون، ولا يطبق من حيث المبدأ ســوى على المقتضــيات المحكومة وحدها (حجية الشــيء المقضــي به المادة 1351 من القانون المدني الفرنسي).[257]

وبالنســبة لموقف القانون الجنائي المغربي، فقد حافظ على اســتقلال الســلطات عن بعضــها عن طريق تجريم تدخل احداها في عمل الاخرى، وبالتالي فان القاضــي لا يمكنه ان يصـدر قرارات عامة اوتنظيمية تسـري على المستقبل، وانما يقتصـر دوره على البت في النزاعات المعروضـة عليه، وقد نص الفصـل 237 من القانون الجنائي المغربي على معاقبة القاضي الذي يتدخل في اعمال السلطة التشريعية باصدار نظم تشتمل على نصوص تشــريعية، اوبتعطيل اوتوقيف قانون اواكثر اوفي اختصــاصــات الســلطات الادارية باصــدار نظم متعلقة بهذه الاختصاصات اوبمنع تنفيذ اوامر الادارة.

ورغم الاقرار بان حكم القاضـــي لا يطبق ســوى على القضــية المعروضـــة عليه، فان هذه المدرســـة الرومانوجيرمانية تعترف للاجتهاد القضـائي بدور مهم، فالمحكمة العليا لها دور توحيد الاجتهاد القضـائي للمحاكم الادنى لتجنب الاختلاف والتباين بين قضـائها في مادة اونقطة معينة.

ورغم ان قرارات المحكمـة العليا (محكمة النقض) لا تلزم المحاكم الادنى فيما يتعلق بالبت بكيفية مماثلة في القضـايا المشـابهة، فان قرارات تلك المحكمة ولاسيما المنشورة ترسخ اتجاها يتم في الغالب اتباعه من طرف المحـاكم الادنى تجنبـا لنقض احكـامهـا، فـالاجتهـاد القضـــائي بهذا المعنى هوعادات لدى المحاكم والتي رغم عدم الاعتراف لهـا بحجيـة النص القـانوني كمـا في النظـام الكومون لاو، فـانهـا من النـاحيـة التطبيقيـة لا تقل اهميته عن القانون، وتعد مصدرا من مصادره كالفقه مثلا.

---

[256] المادة 5 من ***القانون المدني الفرنسي***.

[257] عبد النباوي محمد، نعميم، ***الإجتهاد القضائي*** : مساهمة في خدمة العدالة، مصدر السابق، ص4.

وحينما يستقر هذا التطبيق يمكن ان نتحدث عن اجتهاد القضائي، ووفقا لما يعبر عنه باللاتينية Quieta Non Movere وهوما يوجد له مرادفا في اللغة الفرنسية la gai étude des droits anglo saxons ne pas déranger ومع التسليم بوجود نوعا من الترتيبية في احكام القضاء في هذا النظام، فانها تبقى تراتبية جامدة ذلك ان وجود اجتهاد قضائي سابق للمحكمة العليا ولوكان مستقرا لا يمنع القاضي الادنى من الاجتهاد ومخالفة الاجتهاد المحكمة الاعلى، كما انه لا شيء يحول امام المحكمة الاعلى من الرجوع عن اجتهادها السابق تاثرا باجتهاد محكمة ادنى.

وفي فرنسا اذا خالف القاضي الادنى قرار محكمة النقض التي نقضت حكما سابقا، فان محكمة النقض تلتئم بجميع غرفها وتصدر قرارا يصبح ملزما بحيث لا يمكن الطعن فيه بالنقض من جديد كما يمكن في هذا النظام للقاضي الادنى في بعض القاضايا الشائكة ان يطلب الرأي من محكمة النقض في نقطة معنية دون ان يلزمه هذا الراي.[258]

اما في المغرب فلا نجد مقتضيات متشابهة لما هومعمول به في فرنسا، باستثناء ما ينص عليه القانون بخصوص تقييد القاضي في حكمه بالنقطة التي بت فيها المجلس الاعلى، والتي نقض الحكم من اجلها، حيث يتعين على المحكمة التي احيلت عليها القضية ان تتقيد في حكمها بقرار المجلس الاعلى في هذا الجانب تطبيقا لمقتضيات الفصل 369 من المسطرة المدنية والمادة 554 من قانون المسطرة الجنائية.[259]

3.4. دور القاضي في تكميل الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق

اذا كانت المشكلة الاولى التي تواجه المواطن المعني بتطبيق القانون اوالمبتدئ في دراسته تتمثل في ايجاد النص القانوني الذي يطبق على نزاع معين، وهي المشكلة التي تتعقد في حالة تنظيم محل النزاع بموجب نصوص قانونية متنوعة، سواء كانت من نفس الدرجة اومن درجات مختلفة مثل الدستور والتشريع والمراسيم والقرارات، فان المشكلة التي تواجه المتخصصين في مجال القانون ولاسيما القضاة والمحامين تتمثل اساسا في تفسير القانون الساري المفعول وتحديد الحل المناسب لقضية معينة.

والمؤكد ان هذه المشكلة تعتبر سببا ونتيجة تعارض في الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا.

ونعني بالاجتهاد القضائي الحل الذي تتخذه الجهة القضائية في قضية معروضة أمامها في حالتي عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أوغموضه أوعدم كفايته.[260]

فالمشرع يوجب على القضاء الفصل في كل قضية ترفع إليه، والأكثر من ذلك لا يجوز للقضاء السهوعن الفصل في أحد الطلبات الأصلية في حالة تعددها، حتى إذا كان النص القانوني غامضا أومنعدما، ففي الحالة يتولى القاضي تفسيره، وفي الحالة الثانية يحكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإ سلامية أوبموجب القانون الطبيعي أوالعرف وقواعد العدالة تحت طائلة اعتباره منكرا للعدالة.

---

[258] بوبشير محند أمقران، ***تغيير الإجتهاد القضائي بين النص والتطبيق***، مصدر سابق، ص54.
[259] الفصل 369 من ***المسطرة المدنية المغربية*** و المادة 554 من ***قانون المسطرة الجنائية المغربية***.
[260] بغدادي جيلالي، ***الإجتهاد القضائي***، الندوة الوطنية الثانية للقضاء، وزارة العدل، نادي الصنوبر 1991م، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص157.

ومن اجل توضـــيح بعض معالم هذه المشـــكلة، نبين موقف القانون من تغيير الاجتهاد القضـــائي، وما يجري في ارض الواقع بهذا الخصوص قبل ان نقدم اقتراحاتنا قصد ضمان التطبيق السليم للقانون، وللحديث عن ذلك بالتفصيل كالتالي:

3.4.1. نقض اجتهاد القاضي

إن القضاة محط أنظار الناس، و ذلك للأهمية التي لوظيفتهم في حياة الناس، فيجب إذا أن تكون نظرة المجتمع إليهم نظرة احترام و هيبة، و ثقة مطلقة، فإذا تزعزعت الثقة في القضاة لن يرتضي أحد حكمهم و سينخرم حبل الأمن.

و من المقرر في الفقه الإسلامي أن أحكام القضاة أحكام قاطعة للنزاع، و ذلك لأنها مستمدة من شرع الله الحكيم، فإذا كانت كذلك كان واجب الخصوم هو الالتزام بما قضى به القاضي، و لا يصح التعرض له بالنقد والإبطال، إلا أنه إذا شق القاضي، خالف حكم الله ورسوله ﷺ صراحة، كان حكمه إذا واجب النقض و الإبطال[261]

و لكي نتحدث عن ذلك بالتفصيل كالتالي:

3.4.1.1. نقض اجتهاد القاضي المخالف للأصول

إن مصادر الأدلة الشرعية الأصلية التي تستفاد منها الأحكام العملية هي :

القرآن، و السنة، و الإجماع، و القياس، و هذه الأدلة هي المصادر التي يستند إليها القضاة، و المفتون و الدعاة و غيرهم.

إن حكم القاضي المستمد من شريعة الله يجب العمل به و هذا مستمد من سيرة الرسول ﷺ، و كذلك الصحابة الكرام، فقد كانوا إذا ما عرض لهم أمر نظروا في كتاب الله، فإن لم يجدوه ففي سنة رسول الله ﷺ ينظرون، و إلا اجتمعوا و أصدروا حكما بالقياس أو الإجماع.[262]

لذلك فقد اتفق العلماء على نقض[263] حكم القاضي المخالف لهذه الأصول، و أجمعوا على أنه باطل، و أن القاضي ملزم بالحكم بما أنزل الله لقوله تعالى: ﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾ . و ذلك لأن الشريعة الإسلامية مورد لاستخراج الأحكام الشرعية التي يستقيم بها حال الناس، لأن رب الناس، و خالقهم أعلم بما يصلح حالهم من قوانين و أحكام، فمن خالف شرع الله، وتنكب الطريق وجب رده، ونقض حكمه.

مما يدل على ذلك وجوب تطبيق الشريعة، ونقض ما سواها، و الأدلة من الكتاب و السنة و الإجماع و القياس جميعها تدل دلالة واضحة على وجوب تحكيم شريعة الله، وعدم مخالفتها، و أنها هي وحدها مصدر الأحكام القضائية و غيرها، وبدون ذلك تصبح الشريعة الإسلامية، و ما يتعلق بها من أدلة و نظم و أحكام مجرد آراء نظرية، ليس لها أي قيمة أو اعتبار، و سوف يكون حال الناس بتركها دمارا و شنارا و ظلما و عدوانا، لذا فإن أي

---

[261] نصت على ذلك المادة 200 من ***قانون أصول المحاكمات الشرعية الفلسطينية*** (153/10).

[262] ابن القيم، الجوزي، ***إعلام الموقعين*** (9/8/2).

[263] النقض:" هو إبطال الحكم و عدم نفاذه إذا لم ينفذ " الفضيلات، ***القضاء في الإسلام***، ط1، دار الفكر العربي، ص177.

حكم يخالف الشريعة و يناقضها فهو واجب النقض و الرد، لما ورد عنه ﷺ : " من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد"[264]

إن الحكم الذي يصدر مخالف للكتاب و السنة مردود و باطل غير معتد به، حيث خالف النصوص الصريحة مما عليه الرسول ﷺ، وهناك القواعد الدالة على عدم مخالفة النص. المادة (14) " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص".[265]

ومعنى هذه المادة أنه لا يسوغ الاجتهاد بقضية شرعية ورد عليها النص صراحة، لأن الاجتهاد إنما يكون فيما لا نص عليه مثلا، حيث ورد النص بقصاص القاتل عمدا إذا كان عاقلا بالغا، وذلك بناء على طلب ولي القتيل، فلا مساغ للاجتهاد بعدم وجود القصاص، فهو ليس جاريا على تهجها، لذلك فهو باطل مرود، ومن ذلك نخرج أن مخالفة النص لا تسمى اجتهادا، إنما جهلا أو جورا، فكان لابد من النقض والإبطال.

وفي نقض ذلك قطع الأهواء القضاة ومدعاة لهم لأن يتروا، ويبحثوا قبل إصدارهم الحكم بحيث يوافق الشريعة الإسلامية، فلا يستطيع القاضي الخروج عما هو مسطور و النقض في المحاكم مجرد شكليات، و ذلك إذا خالف شيئا في أختامه و تواريخه و ترقيمه، و هذا ما يجب تغييره و الاهتمام بمضمون الحكم لا الشكليات.

3.4.1.2. نقض اجتهاد القاضي باجتهاد قاض آخر

رأينا في المطلب السابق أن الاجتهاد في مورد النص مردود وباطل، و أنه لا اجتهاد مع النص، و هذا لا يمنع أن يجتهد القاضي في حالة عدم وجود النص الصريح، و إن نجاح الاجتهاد، و سيره قدما، يحتاج هنا أن نتوقع الخطأ من المجتهد إذ لا عصمة لغير نبي، وأن نفسح له صدورنا و ألا نشدد النكير على من أخطأ في اجتهاده، أو نتهمه بالزيغ و المروق، و ما إلى ذلك من النعوت و العقوق.

إن شيوع هذا الأسلوب يقتل روح الاجتهاد، و يخيف كل ذي فقه من إعلان رأيه، خشية أن تصب سياط التسنيع، و تصوب إلى صدره سهام الاتهام، و بذلك تختنق الآراء الاجتهادية في صدور أصحابها و يسود جو الخوف و الرهبة من مخالفة المألوف، فلو حكم القاض في مسألة باجتهاده لخلوها عن نص، أو لم يكن مجمعا على حكمها، فهل ينقض حكمه؟ و هذا ما أقف عليه في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : نقض القاضي حكمه بنفسه

اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين :

- المذهب الأول : ذهب جمهور من الحنفية و الشافعية و الحنابلة إلى أنه إذا تغير اجتهاد القاضي من غير أن يخالف نصا من كتاب الله أو سنة نبيه محمد ﷺ أو إجماعا أو قياسا جليا، فلا ينقض حكمه الاجتهادي السابق بحكمه الاجتهادي اللاحق.[266]

---

[264] أبو عبدالله، محمد بن اسماعيل البخاري : ***الصحيح البخاري***،(53) كتاب الصلح (5) باب إذا أصلحوا على صلح حور فالصلح مردود (ح 2697).

[265] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق، ص17.

[266] ابن الهمام كمال الدين، ***شرح فتح القدير***، ص: (281/7).

- المذهب الثاني: و ذهب المالكية[267] إلى أن القاضي عليه نقض حكمه إذا ظهر له الخطأ، و أثر عن مالك رضي الله عنه في القاضي يقضي بالقضاء ثم يرى ما هو أحسن منه فيريد الرجوع عنه إلى ما رآه، وذلك له ما كان على ولايته التي فيها قضى بذلك القضاء الذي يريد الرجوع عنه[268]

الأدلة

استدل الجمهور بآثار الصحابة و المعقول .

أولا : ما أثر عن الصحابة رضوان الله عليهم :

تغير اجتهاد عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الميراث في أثر من مسألة و لم ينقض حكمه الأول .

ثانيا : المعقول: و ذلك من وجهين

1. إن نقض الحاكم حكمه الأول و نقض حكمه الثاني يؤدي على أن لا يثبت الحكم أصلا .
2. إن نقض الحكم الاجتهادي يؤدي عدم الاستقرار في المعاملات، و يشكك الناس في القضاء، فلا يلجؤون إليه، و هذا مخالف لمقاصد الشريعة في مضاء العقود و فض الخصومات و منع التنازع المفضي على فساد ذات البين التي تجلب فشلنا و ذهاب ريحنا.

استدل المالكية لما ذهبوا إليه من أن القاضي عليه نقض حكمه إذا ظهر له الخطأ بالمعقول .

1. إن للقاضي الرجوع عما حكم به و قضى مما فيه اختلاف بين أهل العلم، و ما تبين له فيه الوهم مادام على خطأه .
2. إن ظهرت بينة تدل على أن رأيه غير صائب كان عليه حينئذ نقض ذلك الحكم، و ذلك ممكن له .

الترجيح

بعد امعان النظر في أقوال الفقهاء فإنني أميل إلى قول الجمهور و ذلك لما يلى :

1. لئلا يشك في القضاء.
2. و لئلا يتحرج الناس من أحكام القضاة .
3. و لكي تستقر المعاملات .

الفرع الثاني : نقض اجتهاد القاضي باجتهاد قاض آخر

لو رفع إلى القاضي الحاضر قضية قضى فيها قاض غيره، و كان حكم القاضي السابق مبني على الاجتهاد، فهل ينقض حكمه إذا كان مغايرا لاجتهاده الشخصي؟. و تفصيل ذلك على النحو التالي :

أ. المادة (16) "الاجتهاد لا ينقض بمثله".[269]

---

[267] ابن فرحون، القاضي برهان الدين، ***تبصرة الأحكام*** (63/1).
[268] ابن فرحون، القاضي برهان الدين، ***تبصرة الأحكام*** مصدر السابق ص (63/1).
[269] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق، ص17.

ب. فصل الحنفية[270] القول في نقض اجتهاد القاضي من قاض آخر بين أن يكون الحكم الأول مجمع على كونه اجتهاديا أم لا و تفصيل ذلك في البندين التاليين:

البند الأول : إذا كان الأمر المقضي به مجمع على كونه مجتهدا فيه كتقدير النفقة مثلا فليس للقاض الثاني أن يرده، وعليه أن ينفذه للسببين التاليين :

1. كونه مجمع على صحته، فلو نقضه إنه ينقضه بقوله، و في صحته اختلاف بين الناس و لا يجوز نقض ما صح بالاتفاق بقول مختلف في صحته.
2. إن الضرورة توجب القول بلزوم القضاء المبني على الاجتهاد و لو سوغنا نقضه بغيره لأدى ذلك إلى عدم قطع الخصومة و المنازعة، و هذا يؤدي إلى الفساد و ما أدى إلى الفساد فهو فاسد.
3. المادة (80) " لا حجة مع التناقض لكن لا يختل معه حكم الحاكم".[271]

البند الثاني : إذا كان القضاء في محل اختلفوا أنه محل اجتهاد كبيع أم الولد فتفصيله كما يلي :

أ. فإن عرضت القضية هذه، و كان القاضي الثاني يرى أن هذه القضية مجتهد فيها، ينفذ قضاء القاضي الأول ولا يرده. و إن كان في رأيه أنها خرجت عن حد الاجتهاد و صارت متفقا عليها، لا ينفذ قضاء الأول لأنه وقع مخالفا للإجماع فكان باطلا.

ب. و ذهب المالكية كما ذكر ابن جزي إلى أنه إن حكم القاضي و أصاب لم ينقض حكمه أصلا، و إن حكم بالظن والتخمين من غير معرفة لا اجتهاد أنه ينقض من قاض غيره، و إن حكم بعد الاجتهاد ثم تبين له الصواب فلا ينقضه من ولي بعده، و كذلك إن قصد الحكم بمذهب معين، فذهل و حكم بغيره من المذاهب فإنه يفسخه هو ولا يفسخه غيره.[272]

ج. ذهب الشافعية و الحنابلة إلى أنه إذا حكم القاضي حكما، و كان مبني على الاجتهاد، و رفع إلى غيره فظهر له أنه جانب الصواب فليس له أن ينقضه.[273]

الترجيح

إن الاجتهاد لا ينقض بمثله سواء أكان من المجتهد نفسه أو غيره، لأنه نقض حكم القاضي يؤدي إلى نقض الحكم بمثله، و هذا يقضي ألا يثبت الحكم أصلا[274].

---

[270] إن جواز بيع أم الولد ينفذ عند الإمام أبي حنيفة و أبي يوسف، و ذلك لأنه محل اجتهاد، ***لاختلاف الصحبة في جواز بيعها***، و عند محمد لا ينفذ لوقوع الانفاق بعد ذلك الخلاف من الصحابة و غيرهم على أنه لا يجوز بيعها، فخرج من محل الاجتهاد- الكسائي: ***بدائع الصنائع*** (14/7).

[271] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، مصدر سابق، ص25.

[272] ابن جزي، ***القوانين الفقهية***، ص(292).

[273] الشربيني، ***مغنى المحتاج***، (295/6).

[274] ابن قدامة، ***المغني***، مصدر سابق، (136/14).

3.4.2. موقف القانون من تغيير الاجتهاد القضائي

لا يتعبر استقرار الاجتهاد القضائي وعدم التراجع عنه غاية في ذاتها، بل وسيلة لتحقيق المهمة المسندة لكل من المحكمة العليا ومجلس الدولة، والتي تتمثل في توحيد الاجتهاد القضائي والذي يهدف بدوره الى تحقيق غرض أسمى، غير معلن عنه صراحة، هوضمان اتباع ذلك الاجتهاد من الجهات القضائية الدنيا.[275]

ولكن لما يتحقق توحيد الاجتهاد القضائي سوى حين استقرار كل من المحكمة العليا ومجلس الدولة على اجتهاد قضائي معين وعدم التراجع عنه؟ اليس من المشروع التساؤل هل يوجد تناقض بين تكليف الجهتين القضائيتين المذكورتين اعلاه بتوحيد الاجتهاد القضائي والحديث في الوقت ذاته عن امكان تراجع تلك الجهتين عن اجتهادهما السابق واقرار قضائي مغاير؟

من المؤكد ان الاجابة عن السؤال المطروح يستدعي الاجابة اولا عن اسئلة اخرى، تتمثل في مدى واجب المحكمة العليا ومجلس الدولة بالالتزام بالاجتهاد القضائي الذي سبق لهما أن قررته؟ وفي حالة الإيجاد هل هذا الأمر متروك للسلطة التقديرية الكاملة لقضاة تلك الجهتين القضائيتين؟ أم يتعين أن يتم بعد اتباع إجراءات معينة؟ ...

3.4.2.1. اجراءات تغيير الاجتهاد القضائي

قصد نشر الثقافة في جهاز القضاء واستبعاد كل شبهة، كان يتعين ان يتم تغيير الاجتهاد القضائي طبقا للاجراءات المقررة في بعض الدول منها: الجزائر، بموجب قانون رقم 2289 المؤرخ بتاريخ 1989/12/12م المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، قبل ان يتم تعديلها بموجب القانون العضوي رقم 12.11 المؤرخ في 2011/07/26م الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها.[276]

ففي ظل القانون رقم 22.89، كان المشرع يشترط الفصل في الدعوة في هيئة الغرفة الموسعة في مرحلتين:

- **المرحلة الاولى**: اذا لاحظت الغرفة التي عرضت عليها القضية انها يمكن ان تصدر قرارا يتضمن اجتهاد قضائي يتعارض مع ما استقرت عليه المحكمة العليا، تدعوالى انعقاد الغرفة المختلطة التي تتشكل من غرفتين، والتي لا تبت بصفة قانونية الا بحضور تسعة اعضاء على الاقل (م22 ق. م.ع).[277]
- **المرحلة الثانية:** اذا رأت الغرفتين ان الاشكال القانون يمكن ان يؤدي الى تغيير في الاجتهاد القضائي تحيل الى قضية الى هيئة الغرفة المجتمعة، والتي تتألف من الرئيس الاول، نائب الرئيس، رؤساء الغرفة، رؤساء الاقسام وعميد المستشارين في كل غرفة (م24 ق.م.ع)، ولا يصح ان تبت في القضية الا بحضور 25 عضوا على الاقل.

---

[275] بوبشير محند أقران، ***تغيير الإجتهاد القضائي بين النص والتطبيق***، مصدر سابق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ص3.
[276] قرار المحكمة العليا عام 1999م، في ***الإجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية***، العدد خاص، ص46-50.
[277] ***مجلة المحكمة العليا***، العدد1، 2005م، ص219-223.

وفي كل الحالات، تتخذذ القرارات بموافقة الاغلبية مع ترجيح رأي الرئيس في حالة تعادل الاصـــوات (م22 ق.م.ع).[278]

وبموجب القانون العضوي 12.11 تنعقد المحكمة العليا في هيئة الغرفة المجتمعة عند ما يكون في شأن القرار الذي سيصدر عن احدى غرف المحكمة العليا تغيير في الاجتهاد القضائي، وذلك بأمر من الرئيس الاول للمحكمة العليا، وبمبادرة منه اوبناء على اقتراح من رئيس احدى الغرف (م18 ق.ع.م.ع).

وتتشـــكل تلك الغرفة التي يرأســـها الرئيس الاول للمحكمة العليا من نائب الرئيس ورؤســـاء الغرف ورؤساء الاقسام وعميد المستشارين بكل غرفة ومستشار مقرر، ولا يصح ان تبت في القضية الا بحضور نص اعضائها على الاقل، وفي كل الحالات تتخذ القرارات بالاغلبية، مع ترجيح راي الرئيس في حالة تعادل الاصوات (م19 ق.ع.م.ع).[279]

3.4.3. واقع تغيير الاجتهاد القضائي

ان المشكلة في بعض الدول وفي الجزائر بصفة خاصة لا تكمن في النصوص القانونية، فالنصوص موجودة وهي تضاهي تلك السارية المفعول في الدول الاكثر تطورا، بل تتمحور في الغالب حول التطبيق.

وهذه واقعة ثابتة في اغلب المجالات ولا تمثل المحكمة العليا ومجلس الدولة استثناء، بل العكس تبدوان كمثالين نموذجتين.[280]

يلاحظ ان المحكمة العليا ومجلس الدولة لا يؤديان الدور المنوط بهما، والمتمثل في توحيد الاجتهاد القضـــائي، اذ كثير ما تتذبذب اجتهاداتهما القضـــائية وتجري تغييرا فيه دون اتباع الاجراءات المتشـــترطة قانونا لذلك حتى اصبحت قراراتها لا تؤخذ بجدية.[281]

ومن المؤكد أنه قد حان الأوان من أجل العمل على تفعيل دزر كل من المحكمة العليا ومجلس الدولة كي يتسى لهما ضمان احترام القانون، وتوحيد كيفية تطبيقه على كامل المستوى الوطني، لأن ذلك هوالكفيل باحترام الجهات القضائية الدنيا للإجتهاد القضائي الذي تقرره، وما يستتبع ذلك من زرع ثقة المواطنين فى القضاء.

3.5. دور القاصي في الشريعة والقانون في تطويع القانون وفقا لمقتضيات الظروف

لقد حاول جانب من الفقه والقضاء، أن يرد دور القاضي في تكوين القاعدة القانونية، إلى بعض المبادئ القانونية المعروفة في القانون المدني بتطويعها لخدمة القضاء عن طريق التوسع في مجال تطبيقها.

يحتل الإجتهاد القضـــائي أهمية بالغة في إعطاء صـــورة واضـــحة عن النظام القانوني للدولة، فهوليس مجرد أحكام تصدر عن المحاكم، وإنما يشكل أيضا مجالا لإبرازخصائص النظام القانوني، فالقضـاء يمكن أن يســـاهم باجتهاداته في خلق القاعدة القانونية والمســـاهمة في تحقيق اســـتقرار المعاملات وتحقيق الأمن القانوني،

---

[278] ***المجلة القضائية***، العدد3، عام 1989م. ص38-40.
[279] ***مجلة المحكمة العليا***، العدد3، 2009م، ص107-133.
[280] ***مجلة مجلس الدولة***، العدد3، 2003م، ص56-63.
[281] ***المجلة القضائية***، العدد1، 1989م، ص8.

يضـاف إلى ذلك دوره في تفسير النصـوص القانونية الغامضـة وتكملة النقص الحاصـل فيها حيث يصـير القضـاء مصدرا مباشرا للقانون، ومن أجل بسط هذه الأفكار، فإننا سنتناولها تباعا كما يلي:

3.5.1. دور الإجتهاد القضائي في صياغة القاعدة القانونية

تعتبر وظيفة القضـــاء أســبق في الوجود تاريخيا عن فكرة قواعد القانون، ســواء تعلق الأمر بالقواعد العرفيـة أو القواعد التشـــريعيـة، وتعد وظيفـة خلق القاعدة القانونية جزءا من وظيفة القضـــاء، ذلك أن محدودية التشريع وصعوبة إحاطة نصوصه بما سيحدث من وقائع ونوازل تجعله في حاجة دائمة لمصدر آخر من مصادر القانون يكمله ويبعث الروح فيه، وهذه هي وظيفة القضاء، لأنه يحتك بالواقع ويتفاعل بسرعة مع سيرورة الزمن، لذلك يرى أحد الفقهاء أن القاعدة القانونية بالنسبة للقاضـي ليسـت إرثا من الماضـي يطبقها حرفيا على الحاضـر، وإنما هي آلية يتولى القاضـــي بعث الحياة فيها لتســتمر في المســتقبل عن طريق ما يســمى بالتفســير القضـــائي الإنساني.[282]

وإذا كان القضـاء في الأحوال العادية، يخلق القواعد القانونية ولا يشـرع، فإنه في أوقات الأزمات تزداد أهمية إجتهاده، ويشبه دوره في مثل هذه الأوقات دور المشرع حتى قبل إن القضاء هومشرع وقت الأزمات.[283]

فإذا كانت تطبق في الأحوال العادية كما سطرت من طرف المشرع، فإنه في أوقات الأزمات يعاد النظر في ترتيب المصالح والأولويات على نحومخالف لما تمت مراعاته عند وضع النص.

وبهذا الخصـوص يقدم الفقه كمثال على دور القضـاء في أوقات الأزمات، قرار مجلس الدولة الفرنسـي في القضـية المعروفة بقضـية، حيث حصـل تعارض في زمن الحرب العالمية الأولى بين مبدأ استمرارية المرافق العـامـة على مبدأ حمـاية الحريات الفردية للموظفين، رغم أنه مكفول بنص القانون، نظرا لحالة الحرب التي تحتم الإستمرارية التامة للمرافق العامة.

3.5.2. دور الإجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني

لقد أصبح الإجتهاد القضـائي مطلبا حقوقيا بالنظر إلى ما يكلفه من توحيد للحلول القضـائية وتوقعها على نحويرسخ الأمن القانوني الذي يهدف إلى تمكين المواطن بدون جهد مضـني من تحديد ما هومباح وما هومحظور بمقتضـــى القانوني الجاري به العمل، ويتطلب ذلك أن يكون النصـــوص القانونية واضـــحة ومفهومة ولا تتعارض لتغيرات متكررة ولاسيما غير متوقعة.

وقد تأتي لمحكمة اســـتئناف فرنســـية أكثر أمامها الدفع بانعدام الأمن القانوني من جراء تطبيق إجتهاد محكمة النقض على عقد أبرم سـتة أشـهر قبل تغيير الإجتهاد القضـائي المذكور، حيث جاء في تعليل قرارها: (إن الأمن القانوني المثارلايمكنه أن يكرس حقا مكتسبا ليتسنى إجتهاد قضائيا جامدا، لأن تطور الإجتهاد القضـائي من صلاحيات القاضـي بمناسبة تطبيقه للقانون).

---

[282] أحمد محمد حشيش، ***نظرية وظيفة القضاء***، دار الفكر الجامعي،2002م، ص183.

[283] من الحوادث المشهورة في التاريخ الإسلامي، بخصوص التطبيق الإستثنائي، ***الأحكام في وقت الأزمات***، إلغاء الخليفة عمر بن الخطاب، رضي الله عنه حد السرقة زمن المجاعة.

ولقد أصبح الإجتهاد القضائي مطلبا حقوقيا، بالنظر لما يكلفه من توحيد للحلول القضائية وتوقعها على نحويرسخ الأمن القانوني ويحقق الوضوح والإستقرار والتوقع، غير أن التسليم بهذا الرأي، يجعلنا نجنح لتقدير وجاهته، ونتساءل عما إذا كان القضاء المغربي إستطاع تحقيق الأمن القانوني؟.

إن الجواب عن هذا التساؤل يقتضي منا إستقراء الإجتهاد القضائي لمحاكم المغرب والبحث عما إذا كان لهذا الإجتهاد فعلا دور في تحقيق الأمن القانوني، ويأتي في مقدمة الهيئات القضائية المصدرة للأجتهاد القضائي، المجلس الأعلى.[284]

وكمثال على هذا القرار الصادر عن هذا الأخير بخصوص سقوط الحق في شفعة العقار غير المحفظ، بحيث أن أحكام الفقه المالكي المطبقة على العقارات غير المحفظة تقضي بأن أجل الشفعة هوسنة واحدة من تاريخ علم الشفيع بالبيع، وهوما يجعل المشتري مهددا بشفعة العقار المبيع من يده، ولوبعد مرورعشرسنوات أوأكثر، مادام يصعب عليه إثبات على الشفيع بالبيع، إذ يقول التسولي في هذا أنه: (ولوقام بعد خمسة عشر سنة وادعى عدم العلم به (البيع) بصدق بيمينه).[285]

وهذا الأجل غير المضبوط يمس أساسا باستقرار المعاملات الذي يبقى من أهم غايات مبدأ الأمن القانوني، لذلك غير المجلس الأعلى اتجاهه القضائي الذي ينضبط مع قواعد الفقه، باجتهاد يتلاءم مع مستجدات العصر، فحصر أجل الشفعة في أربع سنوات من تاريخ البيع، وقد جاء في قرار المجلس الأعلى: (وحيث إن إعتماد هذا النص والقضاء بمقتضاه بعد مرور خمسة عشر عاما على عقد البيع المطلوب شفعته يشكل ضررا فادحا للطاعنه، ذلك أنه يبعد كل البعد ألا يحصل العلم للشريك في عقار بظهور شريك جديد أصبح يملك معه طيلة هذه المدة، وأنه ما علم به إلا ساعة قيامه برفع دعواه لا سيما في هذا العصر، وتحقيقا للعدالة وعملا بقول المشرع الأعظم (لاضرر ولا ضرار) فالذي يتعين العمل بمقتضاه في نوازل الشفعة التي يقاوم بطلب الأخذ بها بعد العام من تاريخ هذا البيع بدعوى عدم العلم بالنسبة للحاضر ومن حكمه في عصرنا هذا أن نجد مدة القيام في أربعة أعوام من تاريخ البيع...).

أن القيمة القانونية التي يحظى بها الإجتهاد القضائي، هي ما جعلت مفهوم الأمن القانوني يتم ربطه عادة بالأمن القضائي، فيقال مبدأ الأمن القانوني والقضائي لإظهار الطابع الجماعي للقضاء في شهرة على تطبيق القانون وحماية الحقوق.

3.5.3. دور الإجتهاد القاضي كمصدر مباشرللقانون

فإذا كان التشريع يرتبط بالقانون، فالإجتهاد القضائي يرتبط بحياة القانون، ولذلك يبقى القانون الذي تصنعه المحاكم والقانون الحي المتحرك والحقيقي.[286]

ومن النماذج العملية الدالة على دور الاجتهاد القضائي في تقنين بعض القواعد القانونية مراجعة الشرع الجزائي تحت تسمية الشرط الاتفاقي، حيث لم يكن قانون الالتزامات والعقود يتضمن احكاما تنظم مراجعة هذا

---

[284] عرف ***مجلس الدولة الفرنسي*** الأمن القانوني في تقريره لسنة2006م.
[285] أبي الحسن علي بن عبدالسلام النسولي، ***البهجة في شرح التحفة***، جii، . دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ص187.
[286] عبد المجيد غميجة، ***مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي***، مصدر سابق، ص21.

الشرط، وظل القضاء المغربي يتمسك بمبدأ حرية التعاقد المنصوص عليها في الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود الى غاية صدور قرار المجلس الاعلى المعرف في 1991/04/10م قضى بتأييد قرار محكمة الاستئناف الذي عدل الشرط الجزائي وانزله الى مبلغ مناسب لتحقيق الغاية منه دون اضرار بالمتعاقد الملزم بدفعه، رغم ان العقد الرابط بين الطرفين كان قد قضى بتحديد الشرط الجزائي في ذعيرة شهرية قدرها 10% من القيمة الاجمالية مقابل بناء العقار في حالة عدم انجاز اشغال البناء داخل الاجل المتفق عليه، بحيث عطل المجلس الاعلى في هذه النازلة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بفائدة العدالة، وتحقيق التوازن العقدي، وهوالاجتهاد الذي سايره المشرع بتاريخ 1995/08/11م، عند قنن احكام الشرط الجزائي تحت تسمية التعويض الاتفاقي وسمح بمراجعة هذا التعويض على نحويؤكد ان استقلالية الاجتهاد القضائي كمصدر مباشر للقانون تجعله في كثير من الاحيان يضبط انعدام التوازن الذي قد تتضمنه قاعدة قانونية معينة، وهوما عبر عنه غوستاف ليون بقوله: (يعدل القاضي العادل بحكمه ما كان حائرا في القانون).[287]

هذه الاستقلالية الذي يتميز بها الاجتهاد القضائي بوصفه مصدرا مباشرا للقاعدة القانونية، هي ما جعلت مجموعة من التشريعات تساير الواقع وتعترف به ضمن المصادر الرسمية للقانون كما هوالشأن بالنسبة للقانون المدني السويسري الصادر بتاريخ 1907/12/10م والذي نص في المادة الاولى على انه: (اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فاذا لم يوجد فبمقتضى القواعد التي كان سيضعها هو لوأنه باشر عمل المشرع).

3.5.4. نظرة عامة حول التفسير القانوني

يرى رجال القانون، أنه عندما يراد تطبيق قاعدة من القواعد القانونية على أحوال الحياة، وما يجد فيها من وقائع، وذلك بإعمال حكمها على الحالات الواقعية التي يصدق عليها الغرض فيها، لا يدل قبل ذلك من خطوة لازمة دائما لهذا التطبيق وهي: تحديد مدلول تلك القاعدة، لتحديد المعنى المراد منها، ومن هنا يمكننا تعريف التفسير عند القانون ومجاله وهي كالتالي:

- **تعريف التفسير عند القانون**

التفسير: هوتحديد معنى القاعدة القانونية من واقع الألفاظ التي عبر بها المشرع، وإن شئت قلت: التفسير: هوالاستدلال على الحكم القانوني من نصوص التشريع.

- **مجال التفسير عند القانون**

لاخلاف بين رجال القانون، في أن التفسير يرد على نصوص التشريعية المراد تطبيقها، إذ أن القواعد التشريعية توضع في صورة كتابة رسمية من سلطة مختصة يناط بها أمر التشريع، وعندما تريد جهة ما استخلاص معنى القاعدة القانونية من مدلولات الألفاظ التي عبر بها المشرع، يقتضي ذلك تفصيل هذه الألفاظ التي تكوّن منها النص القانوني لمعرفة حقيقة معناها الذي تدل عليه.

---

[287] أحميدوأكري، ***الشرط الجزائي من خلال الإجتهاد القضائي المغربي والمقارن***، مقال منشور بمجلة الإشعاع، العدد10. 1994م، ص89.

وإذا كان التفسير يرد على النصوص التشريعية فهويرد إذا على بعض الكتب الدينية، وسنة الرسول عليه الصلاة والسلام والأحكام القانونية التي تعتبر من المصادر القانونية.[288]

3.5.5. دور الاجتهاد القضائي في تفسير القانون

يشكل تفسير القاعدة القانونية باعتباره آليه من الآليات التي يساهم من خلالها القضاء في تطوير القانون الجانب المهم من عمل القضاء، لانه يرتبط بتطبيق القاعدة القانونية بخلاف تكملة التشريع التي ترتبط اساسا بملإ الفراغ التشريعي في حالات نادرة ينعدم فيها النص.

وتبقى عملية تفسير القانون عملية مهمة وصعبة في نفس الوقت، ولا يتحقق الهدف منها الا بضبط قواعدها واخضاعها لمعيار ضابط يسعف في الوصول الى حلول قانونية عادلة وفعالة، دون الخروج عن حدود النص بشكل يسمح بانسجام واستقرار التفسيرات القضائية من جهة، وتحويلية مع الوقت الى تراكمات تضمن تطور التشريع ومسايرته لما يحدث في نوازل من جهة اخرى.

ويرتبط تفسير القانون اساسا بالنص الغامض، بحيث متى كان النص واضحا جلي المعنى وجب تطبيقه بشكل مباشر دون حاجة الى تفسير اوتاويل اعمالا لنظرية النص الواضح التي تعتبر من النظريات الراسخة في الفقه والقضاء، غير انه في بعض الاحيان قد يكون النص واضحا لا يحتاج الى تفسير، ومع ذلك يجد القاضي نفسه مجبرا على المرور بمرحلة تفسير النص قد تطبيقه على الحالة المعروضة عليه، اذا كان النص المذكور يتعارض مع نصوص قانونية اخرى بشكل يستدعي تفسيره باستحصار تلك النصوص، اما باعتباره مكملة له اوباعتبارها باستثناء برد عليه.

ويتجلى الفرق بين تفسير القانون وبين ملء الفراغ القانوني بشكل واضح في التشريع المغربي من خلال احكام مدونة الاسرة، ذلك ان القاضي وهوبصدد البت في قضايا الاسرة يطبق احكام مدونة الاسرة مع ما يزامن ذلك من اعمال لمناهج تفسير القاعدة القانونية، اما اذا اتسنفذ نصوص مدونة الاسرة واحكام فقه المالكي المحال عليها بموجب المادة 400 من المدونة المذكورة دون ان يجد حلا للنازلة المعروضة عليه، فانه ينتقل الى اطار اخر يتعلق بملء الفراغ التشريعي عن طريق الاجتهاد بناء على سند قانوني تضمنه نص المادة 400 من مدونة الاسرة الذي جاء فيه: (كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه الى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه قيم الاسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف).[289]

وخلاصة ما سبق ان تفسير القانون هوعملية ذهنية تتم داخل حدود النص اما ملء الفراغ التشريعي فهواجتهاد خارج حدود النص، بل وفي غياب النص اصلا، لذلك يتمتع القاضي في هذه الحالة بحرية اكبر بالاجتهاد مقارنة مع اجتهاده في تفسير القاعدة القانونية الذي يخضع لمجموعة من المبادئ والقواعد، يبقى أهمها على الاطلاق عدم تجاوز الحدود التي تسمح بها بنية النص.

---

[288] محمد، أديب صالح، ***تفسير النصوص في الفقه الإسلامي*** ، دراسة مقارنة لمناهج العلماء في استنباط الأحكام من نصوص الكتاب والسنة، ج1 . المكتب الإسلامي، ط4 .1993م ، ص183.

[289] الطيب البواب، ***المجلس الأعلى وتوحيد التشريع***، مداحلة قدمت ضمن الندوة التي نظمت بمناسبة الذكرى الأربعين لتأسيس المجلس الأعلى بتاريخ 1997م، مطبعة الأمنية، الرباط، 1999م، ص47.

3.5.6. الاجتهاد في تفسير النصوص في الشريعة الإسلامية

- **علاقة التفسير بالقول بالرأي :** هذا ونود أن نقرر أن تفسير نصوص الأحكام من الكتاب والسنة بالمعنى الذي قربناه والذي اعتبر نوعا من أنواع الاجتهاد، هومن التفسير المحمود الذي ترضى عنه الشريعة الإسلامية، ولا يتعارض مع مبادئ الكتاب والسنة، فكله كائن فيما وراء بيان النبي عليه السلام، وما أثر على سلف هذه الأمة.

والذي يدعونا إلى ذلك: ما ثار من اختلاف بين العلماء- فيما يختص بتفسير القرآن – حول القول بالرأي، هناك من أجاز ذلك ومن حرم ذلك، وكان مرّدٌ ذلك آثارا وردت في الموضوع، دعت إلى تعدد الأنظار، وتنوع المذاهب والمسالك.

فقد روى سعيد بن جبير عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "اتقوا الحديث عني إلا ما علمتم، فمن كذب عليّ متعمدا فليتبوأ مقعده من النار، وقال في القرآن برأيه فليتبوأ مقعده من النار"[290]

3.5.6.1. تفسير جائز ومطلوب

ويتقرر لدينا المبدأ الذي يجعل حظر القول بالقرآن بالرأي محدودا، في نطاق التفسير في ظل الهوى والشهوة، والبعد عن لغة الكتاب التي بها نزل، والمجافاة لما صح من السنة وآثار السلف، إذ أن التفسير في هذه الحال اجتهاد لا ينبني على قوانين علم ونظر، بل هوشفا جرف هار، وحسبك أنه قول من غير علم وهوى، وجنوح إلى الرأي والهوى.

والباحث في موضوع التفسير بالرأي يمكنه أن يجد الأدلة المتضافرة على جواز ذلك فيما وراء الحدود التي سلف الحديث، ومن ضمن أدلة ذلك كالآتي:

1. ففي الكتاب كثير من النصوص التي تدعوإلى تدبر القرآن الكريم وتعلقه، وذلك للاستنارة بهدايته والاعتبار بآياته، والعمل بأحكامه، والإفادة من إرشارده وعظاته، قوله تعالى : ﴿ أَفَلَا يَتَدَبَّرُونَ الْقُرْآنَ أَمْ عَلَىٰ قُلُوبٍ أَقْفَالُهَا﴾[291]
2. من السنة النبوية : لقد ثبت أن النبي عليه الصلاة والسلام دعى لعبدالله بن عباس بقوله: " اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل".[292]

3.5.6.2. الاجتهاد المراد في التفسير

وبناء على ما سبق يجدر بنا أن نقرر أن ما نعنيه من الاجتهاد في التفسير، هونوع من الاجتهاد الذي يقوم به الباحث لتبين معنى النص،وفقه المراد منه، ولقد يظهر ذلك بالعودة إلى ماهية الاجتهاد ووظيفته التي يؤديها عند العلماء، فالاجتهاد في اصطلاح الأصوليين: هوبذل الفقيه[293] جهده للوصول إلى حكم شرعي من دليل تفصيلي من الأدلة التي يضعها الشارع للدلالة على الأحكام.

---

[290] رواه ***ابن جرير الطبري***، وقد أخرجه الترمذي والنسائي وأبوداوود، وقال الترميذي: حديث حسن.

[291] سورة **محمد** صلى الله عليه وسلم ، الآية 23

[292] أخرجه أحمد والبخاري وابن حبان، والحاكم وقال: صحيح الاسناد وللبخاري عدة روايات منها : "***اللهم فقهه في الدين***"، وانظر ***تهذيب الأسماء واللغات***، "286/1" من القسم الأول.

[293] زكريا البرديسي، ***أصول الفقه***، ط1i، دار النهضة العربية، 2015م، ص459.

ولم يترك علماؤنا الأمر بدون تحديد، فليس بذل الجهد أي كانت صورته يكون اجتهادا في عرف الأصول، بل لابد لتمام ذلك من أن يبلغ المجتهد باستفراغ وسعه في طلب الحكم من الدليل، حدا يحس معه العجز من نفسه عن مزيد طلب لذلك الحكم، لأنه استنفذ كل المسالك التي لابد من سلوكها للوصول إلى معرفة ما أراد.

وعند الوقوف على ماهية الاجتهاد، كما حددها علماء الأصول في الصورة التي عرضناها في تعريفه، يلاحظ أنه يشمل حالة عدم وجود نص على الحكم، كما يشمل حالة وجود نص عليه.

فمجال الاجتهاد هوما يعرض من الوقائع وذلك في حالتين:

1. أن تكون الوقائع غير منصوص على أحكامها.
2. أن تكون مما نص على أحكامها، ولكن بنص غير قاطع ثبوتا، فهوظني الثبوت، أوغير قاطع دلالة، فهوظني الدلالة كما سيأتي:

وعلى هذا: فمجال الاجتهاد متسع لاستنباط الأحكام للوقائع الجديدة في حالة عدم النص، وذلك بما نصب الشارع في أمارات للدلالة على الأحكام،[294] كما أنه متسع في حالة وجود النص.

ومن أبرز ألوان الاجتهاد في حالة عدم وجود النص: " القياس" الذي أخذ به جمهور المسلمين[295] ، ويمكن تعريفه بأنه:" إعطاء واقعة المسكوت عنها حكم الواقعة المنصوص عليها لتساويها في علة جامعة لذلك الحكم، لاتدرك بمجرد معرفة اللغة ".

أما في حالة وجود النص : فيقوم الاجتهاد على تفهّم معنى النص، والكشف عن مرامي ألفاظه، ومدلولاته، فهواجتهاد ضمن دائرة النص الموجود في حدود الأصول اللغوية والشرعية.

والحاجة إلى الاجتهاد قائمة في إزالة غموض المشكل، الذي هوأكثر خفاء من سابقه، بسبب أن الغموض لم يكن لعارض، وإنما كان من ذات اللفظ نفسه، لابد لإزالة الغموض فيه وتحديد أحد المعنيين أوالمعاني التي وضع لها اللفظ: من بحث القاضي، واجتهاد المجتهد، وذلك عن طريق العودة إلى مجموعة النصوص وتحديد مدلولات اللفظ عند العرب مع الاستعانة بعرف الشارع ومقاصد الشريعة.

ومن وظيفة المفسر الاجتهاد في معرفة مدى دلالة اللفظ العام، وهل هوباق على عمومه فتتسع دائرة الحكم، بحيث تشمل جميع الأفراد الذين تنطوي تحتهم، أم أنه قد ورد ما يخصصه فتضيق دائرة الحكم بحيث تتصل على بعض أفراد العامة[296]

3.6. دور القاضي في النظام الإسلامي في المسائل التي لم ترد فيها النص

الأصل في القاضي في النظام الإسلامي أن يكون مجتهدا، وقد ذكر ذلك على شروط القاضي، أن جمهور الفقهاء على أنه يشترط في القاضي كأن يكون مجتهدا وذهب جمهور الحنفية والمالكية إلى عدم اشتراط

---

[294] كالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة والاستصحاب وسد الذرائع.
[295] ابن حزم، ***مصادر التشريع ومناهج الاستنباط***، ص172.
[296] محمد أديب صالح، ***تفسير النصوص في الفقه الإسلامي***، مصدر سابق، ص170.

ذلك في صحة التولية ونفاذ القضاء، وطبقا لذلك فالقاضي إما أن يكون مجتهدا وإما أن يكون مقلدا، وللحديث عن ذلك بالتفصيل نتناوله في نظرة العلماء عن اجتهاد القاضي و القاضي المجتهد أوالقاضي المقلد وهي كالتالي:.

3.6.1. نظرة العلماء عن القاضي المجتهد

فإن تعلم القضاء وما يتفرع عنه من فقه في أدب القضاء والقاضي يعد من أعظم القربات، وأجل العلوم وأهمها، لأنه وظيفة الرسل والأنبياء وبه يتوصل القاضي إلى القضاء بالحق والعدل، وقد أمر الله سبحانه وتعالى أن يحكم بالعدل، فقال: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾[297].

حيث رغب في الاجتهاد حتى في الحكم مبشرا من اجتهد بالأجر أصاب أم أخطأ.

ولكن تطور الحياة وتعقيداتها ومستحدثات الأمور ومستجداتها وضعف الأهلية والاتجاه إلى التقليد والتعصب المذهبي، جعل المنتسبين إلى العلم يقدسون اجتهاد أئمتهم السابقين تقديس النصوص، وقد توقف الاجتهاد خاضة للقضاة في المحاكم الشرعية، وهم يطبقون شرع الله وحدوده، مما جعل القضاء يحتاج إلى إعادة النظر أكثر من أي وقت مضى، خاصة في عصرنا الحاضر، عصر التقنيات الحديثة المتطورة، والمعطيات العلمية التي وفرت الكثير من الجهد والوقت والتفكير، مما يمهد للقضاة طرق الاجتهلد، ولكن هذه الطرق تحولت مع توقف الاجتهاد والنظر للمستجدات إلى فلسفات مجردة عقيمة عن توليد أحكام شرعية مسايرة لهذا التطور المعاصر، فكان لا بد من إعداد قائمة على الاجتهاد المبني على الأصول والفتوى الخالية عن الأهواء القائمة على التفكير والقراءة والاستنتاج والبرهان، فتحقق بذلك الغايات السامية من هذا الدين في الحكم بما أنزل الله.

و قال جمهور الحنفية: لا يشترط كون القاضي مجتهدا [298]، و الصحيح عندهم أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية والندب و الاستحباب، فيجوز تقليد غير المجتهد للقضاء، و يحكم بفتوى غيره من المجتهدين؛ لأن الغرض من القضاء هو فصل الخصائم و إيصال الحق إلى مستحقه، وهو يتحقق بالتقليد و الاستفتاء.

لكن قالوا : لا ينبغي أن يقلد الجاهل بالأحكام، أي بأدلة الأحكام، لأن الجاهل يفسد أكثر مما يصلح، بل يقضي بالباطل من حيث لا يشعر به.

و أما الاجتهاد [299]: فهو شرط عند المالكية و الشافعية و الحنابلة و بعض الحنفية، كالقدوري، فلا يولي الجاهل بالأحكام الشرعية و لا المقلد [300] لأن الله تعالى يقول: "وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ" و لأن الاجتهاد يستطيع به المجتهد التمييز بين الحق و الباطل، قال النبي ﷺ :" القضاة ثلاثة : واحد في الجنة و اثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف بالحق فقضى به، و رجل عرف الحق و جار في الحكم فهو في النار، و رجل قضى للناس على جهل فهو في النار" [301] و العامي يقضي على جهل.

---

[297] سورة النساء: الآية 58

[298] أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى (المتوفى: 855هـ) 109/8، ***البناية شرح الهداية***، أحمد بن محمد بن محمد، أبو الوليد، لسان الدين ابن الشِّحْنَة الثقفي الحلبي الحلبي (المتوفى: 882هـ)، ***لسان الحكام في معرفة الأحكام***، ط ii، البابي الحلبي – القاهرة، 1393 – 1973م،ص218.

[299] ***المجتهد*** : عملية استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية .

[300] ***المقلد***: هو من حفظ من مذهب إمامه دون معرفة بأدلته.

[301] رواه ***ابن ماجه و أبو داوود*** عن بُريدة (نيل الأوطار: 263/8 و ما بعدها).

و أهلية الاجتهاد تتوافر بمعرفة ما يتعلق بالأحكام من القرآن و السنة و إجماع الأمة، و اختلاف السلف، و القياس، و لسان العرب، و لا يشترط إلا حاجة القرآن و السنة أو الاجتهاد في كل القضايا، بل يكفي معرفة ما يتعلق بموضوع النزاع المطروح أمام القاضي أو المجتهد.

و الواقع في زماننا عدم توافر المجتهدين بالمعنى المطلق، فيجوز تولية غير المجتهد، ويولى الإصلاح من الموجودين في العلم و الديانة و الورع و الدالة و العفة و القوة، وهذا ما قاله الشافعية و الإمام أحمد، و قال الدسوقي من المالكية، و الأصح أن يصح تولية المقلد مع وجود المجتهد[302].

وقال الحنفية: الفاسق أهل للقصاء فلو عين قاضيا صح قضاؤه للحاجة، لكن ينبغي ألا يعين، كما في الشهادة ينبغي ألا يقبل القاضي شهادة فاسق، لكن لوقبل ذلك منه جاز مع وقوعه في الإثم، وأما الحدود في القذف فلا يعين قاضيا ولا تقبل شهادته منهم.[303]

3.6.2. القاضي المجتهد

فإذا كان القاضـــي من أهل الإجتهاد وعرضـــت عليه حادثة، فعليه أن ينظر في كتاب الله عزوجل، فإن وجد لها فيه حكما قضـى به، وإن لم يجد في كتاب الله نظر في سنة رسول الله (ﷺ) فإن وجد لها فيها حكما قضى به، فإن لم يجد في سنة رسول الله أجتهد رأيه وبذل وسعه في إستنباط حكم الحادثة من الأدلة الشرعية التفصيلية، وقد كان الأمر على ذلك على عهد رســتل الله(ﷺ) كما يدل على ذلك حديث معاذ بن جبل () لما أرســله رســول الله(ﷺ) الى الجند باليمن وكان القضـاء من عمله إذ ذاك، فقد سأله النبي(ﷺ) بم تقضي؟ قال: بكتاب الله، قال: فإن لم تجد؟ قال: بســنة رســول الله (ﷺ)، قال: فإن لم تجد؟ قال أجتهد رأيى ولا آلوأي لا أقصـــر في الإجتهاد وبذل الوسع.

وســر النبي (ﷺ) في ذلك وضــرب بيده على صــدره وقال: الحمدلله الذي وفق رســول رســول الله لما يرضـي الله ورسوله، وجرى الأمر على هذا النهج في عهد الخلفاء الراشدين رضوان الله عليهم، غير أنه حديث في عهدهم الإجماع، إجماع الصحابة فكان مصدرا ثالثا للتشريع والأحكام.[304]

أخرج البغوي عن ميمون بن مهران قال: كان أبوبكر رضي الله عنه إذا عرضت عليه خصومة نظرفي كتاب الله فإن وجد فيه ما يقضى به قضي به، وإن لم يكن في الكتاب وعلم عن رسول الله(ﷺ) في ذلك الأمر سنة قضــى بها، فإن أعياه خرج فســأل المســلمين وقال: أتاني كذا وكذا فهل علمتم أن رســول الله (ﷺ) قضــى في ذلك بقضـاء فربما اجتمع عليه النفر كلهم يذكرون فيه عن رسول الله قضاء، فإن أعياه أن يجد فيه سنة عن رسول الله (ﷺ) جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم.

فإن أجمع رأيهم على شــيء قضــى به، وكان عمر بن الخطاب رضــي الله عنه يفعل ذلك فإن أعياه أن يجد في القرآن والسـنة سـأل هل كان فيه لأبي بكر قضـاء، فإن وجد أبابكر قضــى فيه بقضـاء قضــي به وإلا دعا رؤوس الناس فإذا اجتمعوا على أمر قضى به.

---

[302] ***الفقه الإسلامي و أدلته***، ص747.

[303] ابو الحسن على بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي، ***الأحكام السلطانية لماوردي***، مصدر سابق، ص61.

[304] النواوي عبدالخالق، في الشريعة والقانون، ***العلاقات الدولية والنظم القضائية في الشريعة الإسلامية***، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، ط1. 1974م، ص285.

وقد كتب رضـي الله عنه الى شـريح قاضـي الكوفة في عهده يكول له: إذا حضـرك أمر لابد منه فانظر في كتاب الله فاقض به، فإن لم يكن ففيما قضـى به رسـول الله (ﷺ)، فإن لم يكن ففيما قضـى به الصـالحون وأئمة العدل، فإن لم يكن فأنت بالخيار فإن شئت أن تجتهد رأيك فاجتهد رأيك واستشـهر أهل العلم والصـلاح، وإن شئت أن تؤامرني ولا أرى مؤامرتك إياي إلاخيرا لك.

وكذا كانت سنة الخليفتين عثمان وعلى رضي عنهما.

وهذا العهد وجد القياس بمعناه الواضح الذي لا يختلف فيه، وكان مصدرا للحكم إلى جانب الإجماع الذي قام في هذا العهد أيضـا فأصـبح القاضـي المجتهد مقيدا بالرجوع إلى الكتاب والسـنة والإجماع والقياس الواضـح، فإن لم يجد حكم ما عرض له إجتهد رأيه وبذل الوسـع في اسـتنباط الحكم، فإن أفضـى رأيه إلى شـيء وجب عليه العمل برأيه الذي انتهى إليه، وإن خـالف رأيى غيره من المجتهدين ولا يجوز لـه أن يتبع رأي غيره لأنه مأمور بالقضـاء بالحق وما أداه إليه إجتهاده هوالحق عندالله ظاهرا بالنسـبة إليه، فإذا ترك رأيه وقضـى برأي غيره كان قضاء بالباطل فلا يجوز، هذا إذا لم يكن رأي الغير الذي قضى به رأي مجتهد أفقه منه وأخذ به بعلمه أنه أفقه منه فترجح عنده لذلك.

والأفضـل أن يشـاور أهل الرأي والفقه في ذلك، فإن اتفق معهم على حكم أخذ به وحكم بمقتضـاه، وأن اختلفوا أخذ بما يصل إليه إجتهاده بعد النظر والبحث وإعمال الرأي، وإن اتفق من شاورهم على رأي يخالف رأيه أخذ برأيه لا برأيهم لأن المجتهد مأمور بالعمل بما يؤدي إليه إجتهاده، إذ هوالحق عنده فيحرم عليه أن يأخذ برأي غيره، إلا أنه لا ينبغي له أن يتعجل في القضـاء ما لم يسـتفرغ جهده ويبذل وسـعه لينكشـف له وجه الحق، فإن ظهرله قضى به دون تردد، فلوقضى دون تأمل ونظر وإعمال رأي لم يصح قضاؤه فيما بينه وبين الله تعالى وإن كان صحيحا بحسب الظاهر، وإن لم يدر حاله يحمل على أنه إجتهد وقضى برأيه الذي إليه إجتهاده، ويكون الحكم صحيحا حملا لحال المسلم على الصحة والسداد ما أمكن السبيل إلى ذلك.

3.6.3. القاضي المقلد

القاضي المقلد يجب أن يحكم بمذهب إمامه الذي قلده، قال ابن عابدين

: يشـترط لصـحة القضـاء أن يكون موافقا لرأيه أي لمذهبه مجتهدا كان أومقلدا، فلوقضـى بخلافه فلا ينتقد.[305]

وفي البدائع: أنه إذا كان مجتهدا ينبغي أن يصـح ويحمل على أنه إجتهد فأداه إجتهاده إلى مذهب غيره، والمقلد إنما ولاه السلطان ليحكم بمذهب إمامه فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة إلى ذلك الحكم.

وقال صاحب البحر في بعض رسائله: فليس له الحكم إلا بالصحيح المفتي به في مذهبه ولا ينتقد قضاؤه بالقول الضعيف.

[305] النواوي ، ***العلاقات الدولية والنظم القضائية في الشريعة الإسلامية***، مصدرسابق، ص287.

وقال ابن الغرس: وإذا قضى المقلد على ظن أنه مذهب مقلده وإمامه فتبين خلافه وأنه غير مذهبه إلا أنه مذهب مجتهد آخر ممن يعتبر إجتهاده، قالوا ينفذ، وأما إذا قضى مخالفا لمذهبه ناسيا فإنه يعتبر عند الإمام، وإن تعمد ذلك ففي نقاذه عنه روايتان، وعندها لا ينفذ في الصورتين وهوالمفتي به.

والأصل أن القاضي لا يقضي إلا برأيه سواء أكان مجتهدا أومقلدا، والرأي بالنسبة للمجتهد هوما انتهى إليه في المسألة بعد النظر وإعمال الرأي وبذل الوسع لتعرف الحكم، وبالنسبة للمقلد هورأي إمامه الذي يتبع مذهبه ويقلده فيه.

وإذا قضى القاضي يغير رأيه الذي بيناه يكون قضاؤه باطلا، والمقصود برأي إمام المذهب الذي يعتبر رأي القاضي المقلد والذي يجب عليه الحكم به هوالصحيح والراجح في المذهب، أما الضعيف والمرجوح فليس رأيا لإمام المذهب ومن ثم لا يجوز لهذا القاضي المقلد أن يحكم به لأنه يكون حكما بغير الرأي وهوغير صحيح كما ذكرنا ولأن الضعيف والمرجوح في حكم المنسوخ بالقوي والراجح فلا يعمل به.

ويقول ابن قدامة الحنبلي في المغنى: إنه لا يجوز أن يقلد القضاء الواحد على أن يحكم بمذهب بعينه عند أحمد والشافعي، ولا أعلم لواحد خلافا فيه لأن الحق لا يتعين في مذهب فإن قلده على هذا الشرط بطل الشرط، وفي فساد التولية وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع.

ويقول ابن فرحون المالكي في تبصرة الحكام: (إن جميع تلك التعبيرات لا يجوز للإمام اشتراطها لأنه اشترط لا يجوز،ومن كان لا يقضي إلا بما أمره به من ولاه فليس بقاض على الحقيقة).

ولا يعتبر حكما بغير مذهبه إن كان حنفيا إن حكم برأي أبي يوسف أومحمد صاحبي الإمام أبي حنيفة لأنها كلها آراء للإمام إلا أن يكون ضعيفا أومرجوحا، وظاهر أن تقييد المقلد بالصحيح من مذهبه ليس من باب الحكم بغير المذهب كما هوظاهر.[306]

وجاء في حاشية رد المختار لابن عابدين في ذلك ما يأتي: وحاصل هذه المسألة أنه يشترط لصحة القضاء أن يكون موافقا لرأيه أي لمذهبه مجتهدا أومقلدا، فلوقضى بخلاف رأيه لا ينفذ، لكن جاء في البدائع أنه إذا كان مجتهدا وقضى بخلاف رأيه ينبغي أن يصح ويحمل على أنه إجتهد فأداه إجتهاده إلى مذهب الغير.

3.7. دور القاضي المدني في تقدير وسائل الإثبات على ضوء العمل القضائي

إن تساؤل عن دور القاضي المدني في تقدير وسائل الإثبات توجب التعرض بادئ ذي بدء إلى دوره في تطبيق المقتضيات المتعلقة بالاثبات المدني، ومن ثم نتطرق إلى سلطات القاضي المدني في تقدير وسائل الإثبات.

3.7.1. دور القاضي المدني في تطبيق المقتضيات المتعلقة بالاثبات

نرى من المفيد ومن الضروري لكي نحدد دور القاضي في تقدير وسائل الإثبات أن نتطرق بداية للموضوعين التاليين : دور القاضي في توزيع عبء الإثبات ومراقبة الشروط الواجب توافرها في الواقعة محل الإثبات، ثم ضوابط الرقابة القضائية على وسائل الإثبات .

[306] https://forsat3m/.blogspot.com-/ 2014- online- free- elerning-websifs.html.

3.7.1.1. دور القاضي المدني في مراقبة الشروط الواجب توفرها في الواقعة محل الإثبات

فى البداية يبدأ دور القاضـــي عند تلقي الأدلة والحجج، حيث يجب عليه تمحيصـــها والتأكد من توفرالشروط التي أوجبها القانون في هذا المحل، حتى يتسنى له تحديد الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات.

وإن تحديد كل واقعة محل الإثبات فى كل دعوى قضـــائية أمر ضـــروري، حتى لا ينحرف القاضـــي أوالخصوم عن المصدر الذي يولد الحق في الإثبات، ويقصد بمحل الإثبات "ليس الحق المدعي به في ذاته، وإنما هوالمصدر الذي ينشئ هذا الحق، وهذا المصدر لا يعدوأن يكون تصرفا قانونيا أوواقعة مادية.[307]

وبذلك فإن مهمة الخصم هي إقامة الدليل على وجود وصحة واقعة معينة، وتحديد محل الإثبات تحديدا دقيقا، ليبدأ القاضـي بالتأكد من توفر الشروط القانونية للواقعة محل الإثبات، وإلتزام القاضـي بمراقبة هذه الشروط نابع من المشـــرع ذاته، إذ أنه قد فرض مجموعة من الشـــروط فى القانون الإلتزامات والعقود المغربي، وحددها فى الفصـل 403، ورتب على عدم توفرها، عدم سـماع الدعوى المتعلقة به، وعدم جواز إثبات الإلتزام بمقتضـاه، إذ ينص على أنه" لا يجوز إثبات الإلتزام، إذا كان يرمي إلى إثبات وجود التزام غير مشـــروع، أوالنزاع لا يســـمح القانون بســـماع الدعوى فيه، أوإذا كان يرمي إلى إثبات وقائع غير منتجة"، وبمفهوم المخالفة لهذا الفصـــل فإن الشروط الواقعة محل الإثبات تتلخص في الآتي:

- أن ترمي إلى إثبات حق مشروع يسمح القانون بسماع الدعوى فيه.
- أن تكون الواقعة منتجة في الإثبات إلى شـروط أخرى تقضـيها طبيعة النزاع، كأن تكون الواقعة محددة ومحل نزاع.

ومما سـبق نسـتنتج أن سـلطة القاضـي المدني في تأكد من توفر الشـروط القانونية في الواقعة محل الإثبات، هوالتزام قانوني مفروض عليه، ولا يجب أن يحيد عليه، لأن قواعد هذا النص هي قواعد آمرة، والقاضـي المدني أثناء تطبيقه لنص من هذه النصـــوص يكون تحت وطأة رقابة محكمة النقض، كما أنه عندما يلزم بتعليل حكمه مبينا ما استند إليه فإنه يخضع لرقابة محكمة النقض، "وعلى هذا فإن مسألة سلطة القاضي التقديرية بصدد الواقعة محل الإثبات، لا تعني إلا عدم إختصـــاص محكمة النقض في تقديرالوقائع، بحيث لا يجوز إثارتها لأول مرة أمامها".[308]

ويظهر لنا جليا من خلال ما سبق أيضـا فإن السلطة الممنوحة للقاضـي المدني في مراقبة الشـروط الواجب توفرها في الواقعة محل الإثبات ليسـت سـلطة نهائية " بمعنى أنه إذا تم اسـتئناف هذا الحكم فإن هذه الأخير تقوم بفحص الدعوى من جديد من الناحية الموضوعية، باعتبارها محكمة موضوع، وعلى هذا فإن قاضـي الموضوع عندما فحص هذه الشروط بداءة كانت سلطة في التقدير غير نهائية وغير قاطعة "[309].

---

[307] الجبوجي المعطي، ***القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج***، مكتبة الرشاد، ط1. 2002م. ص10.
[308] الجبوجي المعطي، ***القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج*** مصدر سابق، ص13.
[309] عبدالرزاق، أحمد السنهوري، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد***،ج ii، .ص62.

3.7.1.2. دور القاضي المدني في توزيع عبء الاثبات

إن الذي يرفع دعواه إلى سلطة القضاء ملزم بتقديم الدليل لإثبات ما يدعيه، وإذا أعرض الطرف المقابل ما يدعيه خصمه ينتقل إليه عبء الإثبات، وذلك في إطار ما يعرف بتوزيع عبء الإثبات.

ويقصد بالمدعي في الإثبات " هوذلك الذي الواقع محل الإثبات، وبذلك فإن المدعي يحمل عبء الإثبات في الدعوى، في حين أن المدعى عليه يتحمل عبء الإثبات في الدفع، فكلاهما مدع في دعواه"[310]

ومن القواعد الأساسية في توزيع عبء الاثبات أن إثبات الالتزام على مدعيه، وأنه إذا أثبت المدعي وجود الالتزام، كان على من يدعي انقضاءه أوعدم نفاذه اتجاهه أن يثبت ادعاءه، وهوالمبدء الذي نص عليه المشرع المغربي في الفصلين 399 و400 من قانون الالتزامات والعقود.

ومن القواعد الأساسية في الخصومة القضائية أن يتحمل أطراف المنازعة مسؤولية إقامة الحجة والبينة على الشيء المتنازع فيه، وقد كان القاضي المدني في ظل التشريعات الكلاسيكية ملتزما بحياده السلبي، وبذلك فإن دوره في عملية توزيع عبء الاثبات يقتصر على ملاحظة من يتحمل عبء الاثبات ليحكم لصالحه، غير أنه تماشا مع الاتجاه الحديث الرامي إلى منح القاضي دورا إيجابيا، فقد أصبح يقوم بدور هام في توزيع عبء الاثبات، ويظهر هذا الدور بجلاء من خلال القرائن القضائية واليمين، إذ يمكن للقاضي أن يخفف عبء الاثبات المفروض على أحد الخصمين، وينقله إلى الطرف الآخر، وذلك باستنباط قرائن من الواقعة المعروضة عليه، فتكون أمام ما يسمى بالقرائن القضائية، والتي جعلها كل من المشرع المغربي والمصري موكولة محكمة القاضي، وليس للقاضي أن يقبل إلا القرائن القوة الخالية من اللبس، أوالقرائن المتعددة التي حصل التوافق بينها، ويمكن استنباط عكس هذه القرائن بكافة طرق الإثبات.

واستنباط هذه القرائن يساهم بشكل فعال في توزيع عبء الإثبات، إذ يخفف على عاتق من كانت القرينة لمصلحته، ويلقي على الآخر عبء اثبات عكس هذه القرينة ودحضها.

ويستنتج من دور القاضي في توزيع عبء الاثبات أيضا بمقتضى اليمين المتممة، ففي حالة وجود دليل ناقص في الدعوى، فإن القاضي المدني يوجه هذه اليمين لإتمام الدليل الناقص واستكماله، ويجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين المتممة التي قام خصمه بحلفها، وذلك بالطعن في الحكم الصادر على أساسها.[311]

3.7.2. ضوابط الرقابة القضائية على وسائل الإثبات

خوفا من الإسراف في استعمال القاضي المدني سلطة التقديرية لوسائل الإثبات، فإنه كان لزاما وضع ضوابط لها تحول دون إنحرافها عن مقصدها الأصلي، وتتمثل هذه الضوابط في إلتزام القاضي المدني الحياد والنزاهة إزاء طرفي النزاع، وامتناعه عن القضاء بعلمه الشخصي، والتزامه باحترام مبدأ المواجهة بين الخصوم، ومن خلال ما سبق يمكننا الحديث عن التزام القاضي المدني الحياد إزاء طرفي النزاع كالتالي:

---

[310] عبدالكريم شهبون، ***الشاقي في شرح قانون الالتزامات والعقود***، جiii، .ط9. ص237.

[311] آمال الزريقي عمراني، ***دور القاضي المدني في تقدير وسائل الإثبات واتخاذ اجراءات التحقيق في ضوء العمل القضائي المغربي والمقار***ن 2013-2015م بحث نهائية التكوين للمعهد العالي للقضاء – المملكة المغربية – إشراف الأستاذة حجبية البخاري نائية رئيس بالمحكمة الابتدائية بمكناس 2015م .

3.7.2.1. التزام القاضي المدني الحياد إزاء طرفي النزاع

يقصد بحياد القاضي أدبيا: أن لا ينحاز القاضي إلى أحد الخصوم، ويقصد به فنيا: ألا يعمد القاضي الى إعداد وسائل الدفاع، فالإثبات هوحق الخصوم وواجبهم في حدود القانون، فالخصوم هم الذين يقومون بالدفوع والطلبات، وهم الذين يقدمون وسائل الإثبات التي يحددها القانون.[312]

وقد أكدت المواثيق الدولية ضرورة التزام القاضي الحياد إزاء طرفي النزاع، فنصت على هذا المبدأ في الفصل العاشر من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، واعتبرت أن" لكل شخص الحق في محاكمة عادلة، وعلنية أمام محكمة مستقلة ومحايدة، وفي قرار لمحكمة النقض المصرية "يصبح القاضي بقوة القانون غير صالح للحكم بالدعوى إذا ما إتخذ إجراء أوموقفا يكشف عن رأيه، ووجهة نظرة".[313]

ومن كل ما سبق يتضح أن السلبية المطلقة التي كان يتسم بها موفق القاضي المدني، قد أصابها بعض التعديلات، وأصبح له دور إيجابي في تحقيق الدعوى المدنية، والكشف عن الحقيقة الواقعية، لكن ذلك يقرض عليه في المقابل المواونة بين التزام الحياد بمعناه الإيجابي، والاجتهاد في الكشف عن الحقيقة وتحقيق العدالة، بحيث يجب ألايترك الخصوم يسيطرون على الخصومة وإنما يجب أن يكون له نصيب في إدارتها، واستكمال ما يراه ناقصا لإظهار الحقيقة والفصل في النزاع دون أن يميل الى جانب أي خصم.

3.7.2.2. التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة

تبدأ الخصومة القضائية بمجموعة من الإجراءات لتنتهي بحسم النزاع القضائي، وتقتضي ممارسة هذه الإجراءات قبل الفصل فى الدعوى احترام مبدأ أهم المبادئ الإجرائية في الخصومة المدنية وهومبدأ المبدأ المواجهة.

ويقصد بمبدأ المواجهة: حق الخصم في أن يواجه بما يطرحه خصمه ضده من وسائل الإثبات ومستندات، أوما يتخذه القاضي من إجراءات، فهوتجسيد لحق الدفاع.

وقد خصصت بعض التشريقات الحديثة أحكاما خاصة لهذا المبدأ، فقد كرسه المشرع الفرنسي في القانون المرافعات الفرنسي في الفصل 16 الذي الزم القاضي نفسه بمراعاة مبدأ المواجهة، وعدم تأسيس الحكم الا بعد دعوة الخصوم مسبقا ما لديهم من ملاحظات، والالتزام بهذا المبدأ لم يفرض على محاكم الموضوع فقط، بل الزم محاكم النقض باحترامه، فقد نصت المادة 1015 من قانون المرافعات الفرنسي:" أن على رئيس الدائرة بمحكمة التعقيب، إشعار الأطراف بالمستندات القانونية التي يظهر أنه من الممكن إثارتها من طرف الدائرة تلقائيا النقض القرارالمطعون فيه، ودعوتهم لتقديم مالهم من ملحوظات في أجل يعينه.

ويقتضي تحقق مبدأ المواجهة بين الخصوم رقابة القاضي على تبادل الإطلاع على المستندات، وذلك "في وقت يمكن الخصم فيه تنظيم دفاعه للرد على ما وصل الى عمله"[314]

---

[312] النداوي آدم وهيب، ***دور الحاكم المدني في الإثبات دراسة مقارنة***، الدار العربية للطباعة، بغداد . ط1 . 1976م ، ص111.

[313] هيئة عامة مخاصمة القضاة – أساس 454، 2002م . قرار 265 بتاريخ 2002/06/23م ، ***منشور بمجلة المحامون*** 2003م العدد 1- 11و12. ص1094.

[314] عزمي عبدالفتاح ، ***واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع***، دار الفكر العربي، ط1، ص38. 1998م .

أما بالنسبة لكل من المشرع المغربي والمصري، فلا نجد نصا مماثلا للفصل 16 من قانون المرافعات الفرنسي، غير أن اعتماد هدا المبدأ، يمكن ملامسته من خلال مجموعة من الفصول من قانون المسطرة المدنية، ومن ذلك الفصل331 الذي ينص على انه: "يمكن الأطراف أولوكلائهم الاطلاع على مستندات القضية في كتابة الضبط دون نقلها".

وتأسيسا على ما سبق يتبن لنا أن المشرع المغربي والمصري، وإن لم ينصا صراحة على مبدأ المواجهة، الا أنهما اعتبراه مبدأ واجب التطبيق، ولولم يكن هناك نص صريح كما هوالأمر بالنسبة للقانون الفرنسي، وقد ذهبت محكمة النقض غير ذي مرة الى التأكد على هذا المبدأ، فقد ورد في قراراتها:" كل حجة تتعلق بالمدعي فيه أدلى بهل القضاء يجب عرضها على الخصم ليقول كلمته فيها".[315]

وفي قرار آخر: "كل حكم يجب ان يتضمن نظر الطرفين ووسائل دفاعهما، وعليه يتعرض للنقض الحكم الذي لا يجيب عن الرسوم المقدمة من طرف المترافعين، ولا يبين بالتفصيل أوجه عدم اعتبارها".[316]

ومن خلال النصوص القانونية والقرارت السابقة يتبن لنا بجلاء أن القاضي المدني ملزم بالحرص على إعمال مبدأ المواجهة، مناقشة الخصوم في الجلسة، وعدم اعتماد المستندات المدلي بها من قبل الأطراف إلا إذا عمل القاضي على عرضها ومناقشتها بين الخصوم.

وللإشارة في ختام هذه النقطة أن مبدأ المواجهة يحصن القاضي من تدليس المتخاصمين، ومن بطلان الإجراءات، كما يؤدي عند تحققه إلى حسن سير العدالة، وإصدار الحكم في القضية بأفضل السبل.[317]

3.7.3. دور القاضي في تقدير وسائل الإثبات

حدد المشرع المغربي وسائل الإثبات في المادة404 من قانون الإلتزامات والعقود في إقرار الخصم والدليل الكتابي والقارئن واليمين، غير أن التطور الذي عرفته العمليات التعاقدية فرضت إلى جانب ذلك مجموعة من الوسائل الحديثة لإثبات التصرفات القانونية وسوف نتحدث عن ذلك في دور القاضي المدني في تقدير وسائل الإثبات في التالي : -

3.7.3.1. دور القاضي المدني في تقدير وسائل الإثبات التقليدية

غالبا لا تخرج مصادر الحقوق رغم تعددها وكثرتها عن صنفين : إما تصرفات قانونية، وإما وقائع مادية، إذ هما المصدران الرئيسيان للحقوق، ومع ذلك فهما مختلفان من حيث الإثبات الذي يتحدد على ضوئه دور القاضي المدني في الإثبات اتجاههما، وسوف نتناول ذلك في الآتي : -

- دور القاضي المدني في تقدير وسائل الإثبات التصرفات القانونية .
- دور القاضي المدني في تقدير وسائل الإثبات الوقائع المادية .

---

[315] محمد المجدوي، قرار صادر عن المجلس الأعلا، تحت عدد 639 ، صادر عن الغرفة الشرعية . أشار إليه محمد المجدوي في كتابه ***إجراءات التحقيق في الدعوى المدنية***، مكتب الكاتب العربي ط1. 1996م – دمشق ص261.

[316] قرار صادر عن المجلس الأعلا تحت عدد 171 بتاريخ 1980/12/15م منشور ***بمجلة القضاء والقانون***، عدد 33. ص162 .

[317] Droit judicaire prive tome3 procedere de premiere instance page 12

3.7.3.1.1. دور القاضي المدني في تقدير وسائل الإثبات التصرفات القانونية

عرف الفقه التصرف القانوني بأنه: " تلك الإدارة التي تقصد إحداث أثر قانوني معين، وهذا التصرف إما أن يكون صادرا من جانبين فيكون عقدا لا يتم إلا بتطابق إرادتين كالبيع والكراء، وإما يكون على إرادة منفردة كالوصية".[318]

وبما أنه إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني، فإنه يمكن تهيئة الدليل الكتاب عليه وقت وقوعه، وبذلك " يمكن القول أن إثبات التصرفات القانونية يعتمد في الأصل على الكتابة، واستثناء يباح الإثبات بالشهادة بالنسبة إلى التصرفات التي لا تتجاوز نصابا معينا".[319]

ودراسة دور القاضي في تقدير أدلة إثبات التصرفات القانونية التي تتجاوز النصاب القانوني تستدعي الوقوف عند الدليل الكتابي، لنصل إلى حقيقة نشاط القاضي في مرحلة الإثبات هذه، ولنتعرف ما إذا كان دوره توجيهيا وحياديا، ثم ننتقل بعد ذلك إلى تحديد دور القاضي المدني في الإقرار كوسيلة قاطعة في إثبات التصرفات القانونية.

3.7.3.1.2. دور القاضي المدني في تقدير وسائل الإثبات الوقائع المادية

تعرف الواقعة القانونية بكونها " واقعة مادية يرتب القانون عليها أثرا" [320] وهي بهذا المعنى ليست إدارة كما هوشأن التصرفات القانونية، فالموت مثلا واقعة قانونية تكسب الحقوق كما في الميراث، والحيازة واقعة تكسب الحقوق العينية، وبالتالي يتعذر فيها تهيئة الدليل مسبقا[321]، لذا يمكن إثباتها بجميع وسائل الإثبات وإن لم يرد نص بشإنها، إذ يمكن أن تطلب من المتبرع الذي داهمته سيارة أن يهيئ دليلا كتابيا يتمسك به أمام السائق الذي داهمه بالسيارة، ولا يمكن أن نطالب الشخص الذي يطلب إبطال عقد للإكراه بدليل كتابي لإثباته.[322]

وتبرز سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة إثبات الوقائع المادية بجلاء في وسيلتي الإثبات بشهادة الشهود والقرائن القضائية والتي تكلمنا عنهما في أصول الدعوى في الفصل الثاني من البحث.

3.8. سلطة القاضي الجنائي في تقدير الوسائل العلمية في الإثبات

نتناول في هذا الموضوع السلطة التقديرية المخولة للقاضي الجنائي في سبيل بناء اقتنائه الشخصي مع استعراض مختلف الأطراف المتدخلة في بناء الدليل العلمي إلى جانب تقديم عدد من التطبيقات القضائية سواء في القضاء المغربي أوالقضاء المقارن، وذلك في الآتي :

---

318 الجبوجي المعطي، ***القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج*** ، مصدر سابق، ص.10

319 كوكبي سعيد، ***الإثبات وسلطة القاضي في الميدان المدني*** ، دار القلم، طii، 2005م. ص36.

320 السنهوري، عبدالرزاق أحمد، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، جii، .ص2.

321 سحرعبدالستار إمام يوسف، ***دور القاضي في الإثبات***، ص313.

322 فتحي والي، ***الوسيط في القانون القضاء المدني***، طi، 2000م ، دار النهضة العربية – القاهرة ،ص535.

3.8.1. مرحلة البناء الأدلة المادية والعلمية

تسند مهمة بناء الأدلة المادية والعلمية التي تساهم في بناء الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي إلى عدد من الجهات الرسمية وغير الرسمية، وتختلف هذه الجهات باختلاف نوع من الوسائل العلمية المراد تحصيل الدليل منها.[323]

وخلاصة القول بشأن باقي الوسائل الإثبات الإلكترونية كأجهزة التنصت وكمرات المراقبة الرقمية والمستخرجات الإلكترونية، فإنه لا يعتد بها كأدلة مادية في الإثبات الجنائي إلا بعد حصول الجهات التي خول لها المشرع إنجازها على إذن قضائي سواء من هيئات التحكيم أوالحكم، نظرا لوجود شبهة التحريف والتعديل التي يمكن أن تلحقها وتشكك في مصداقيتها لدى القاضي .

وبالتالي لا يجوز للقاضي الجنائي عند بناء اقتناعه الشخصي الاستناد إليها وحدها في الاثبات كقرائن كافية وقوية توصل إلى النتيجة المستخلصة منها، وهوما يتماشى مع قرار لمحكمة النقض جاء فيه "اعتمادا لمحكمة على ما دار في مكالمة هاتفية بين المتهم وغيره دون أن تتحقق من مصداقيته والتأكد بالتحري للتثبت من وجوده المادي لا يرقى إلى إثبات الفعل الإجرامي".

وفي الأخير فإن الأدلة المادية والعلمية المتحصل عليها من مختبرات الشرطة العلمية والتقنية والطب الشرعي وكذلك الأنظمة الإلكترونية ووفق المعايير والضوابط التي تفرضها الشرعية والنزاهة المهنية، تعبر الركيزة الأساسية التي يبني عليها القاضي الجنائي قناعته الوجدانية من خلال التحريات والمعاينات والخبرات الطبية والعلمية المنجزة، لا يمكنه من إصدار أحكام منصفة وعادلة تعتبر حجر الأساس لدولة القانون.

3.8.2. الأطراف المتدخلة في بناء وتقدير الدليل العلمي الجنائي في الإثبات

يعتبر الإثبات من المنظور الجنائي كل ما من شأنه أن يؤدي إلى إقامة الدليل على وقوع الجريمة ونسبته إلى المجرم بقصد إظهار الحقيقة، فهوالأساس الذي تقوم عليه قواعد الإجراءات الجنائية منذ لحظة تدخل الأجهزة الأمنية المختصة بمسرح الجريمة وإلى غاية صدور حكم قضائي بشأن القضية مرورا بمرحلتين أساسيتين هما:

- **مرحلة الإستدلالات :** والتي تترتكز أساسا على التحقيق في الجريمة وجمع الآثار والبقايا من مسرح الجريمة قصد تحويلها إلى دليل مادي، وهوما يدخل في صلب اختصاص الشرطة القضائية بمختلف شعبها ومساعديها من تقني وفني مختبرات الشرطة العلمية والتقنية وأطراف الطب الشرعي.
- **مرحلة التحقيق القضائي:** وتشمل كل من مرحلة التحقيق الإعدادي ومرحلة التحقيق النهائي، حيث يقوم قاضي التحقيق بجمع الأدلة بينما قاضي الحكم يرجح فيما بينها، ويأخذ بما يفيد الإدانة منها في سبيل بناء اقتناعه الشخصي، أويأخذ بما يفيد البراءة ويحكم وفق ذلك.

ففي العصر الحالي أصبح الإثبات الجنائي مرهونا باستخدام مختلف الطرق والوسائل التي أثبت العلم الحديث جدارتها وقوتها في بناء الدليل العلمي، وذلك بهدف تحويل الحقيقة الواقعية إلى حقيقة قضائية، ومن هنا جاءت

---

[323] لحسن بيهي، ***الدليل العلمي ودوره في تكوين إقتناع القاضي الجنائي***، مصدر سابق، ص45.

أهمية سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة المادية والعلمية بما لها من قوة ثبوتية في المجال الجنائي، وذلك بأن يحكم في الدعوى المطروحة أمامه بحسب العقيدة الحرة التي تكونت لديه ووفق مبدأ حرية الإثبات الجنائي.[324]

ومن أجل حفظ الأدلة المادية الجنائية العالقة بمسرح الجريمة وحمايتها من الاندثار يتدخل كل من فني وتقني الشرطة التقنية والعلمية مستعينين بخبراتهم العلمية ومهاراتهم العلمية، وذلك بصورة صحيحة وسليمة وسريعة، هذا ويباشر أطباء الشرع معايناتهم واختباراتهم على جثة الضحية أوما تبقى منها من أجل الوقوف على أسباب الوفاة وما خلفه الجاني من آثار وبقايا على جسم الضحية.[325]

3.8.3. السلطة التقديرية للقاضي الجنائي

يعتبر مبدء حرية القاضي في تأسيس قناعته الوجدانية أحد أهم مبادئ نظرية الإثبات لتوافقه مع أسلوب التفكيرة العادي والمنطقي في الحياة الطبيعية، فالقاضي الجنائي يحكم حسب اقتناعه وتقديره للدليل المقدم أمامه عن طريق التحري وفرز الحقيقة بحسب ما يملي عليه ضميره مستعملا في ذلك حسه الشخصي في المشاهدة والمراقبة والملاحظة.

فالسلطة التقديرية الكاملة في فرز وتقييم قوته الثبوتية من أجل استنباط نتيجة منطقية يعتد بها في اتخاذ القرار سواء بالإدانة أوبالبراءة.

---

[324] لحسن بيهي، ***الدليل العلمي ودوره في تكوين إقتناع القاضي الجنائي***، عكتية دار السلام، العدد الأول – 2007م، ص35.
[325] عبدالحكيم قودة، ***حجية الدليل الفني في المواد الجنائية والمدنية***، دار الفكر الجامعي – الاسكندرية ،1991م ص26.

النتيجة العامة

تورد الدراسة أهم النتائج التي توصلت إليها :

بالرجوع إلى مفهوم القضـاء الشـرعي والقانوني تبين لنا أن القضـاء بمفهومه الشـرعي والقانوني الذي جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية والشرائع الوضعية يولي للقاضي دور كبير في تحقيق العدالة وإحقاق الحق في جميع القضايا المعروضة عليه سواء في القضايا الاقتصادية أوالسياسية أوالاجتماعية.

إن السـبب والدافع الرئيسـي في ترجيح اختيار دور القاضـي في القضـايا التي لم يرد فيها النص إنما هونتيجة تداخل بين السـلطات الثلاث وهي السـلطة التشـريعية والقضـائية والتنفيذية، إلا أن الأخير تدخله في السلطات القضائية غالبا ما يكون من دوافع سياسية وليست موضوعية.

وحيث أن السلطات التشريعية والقضـائية يعتبر كلاهما مكملا للآخر، حيث تشرع السلطة التشريعية القوانين بما يتناسـب مع المجتمع، وإذا كان التشـريع يعبر عن اختيارات الأمة ومصـالحها العامة، فإن الاجتهاد القضـائي الذي يعتبر بمثابة دور القاضـي يتميز بكونه يضمن استمرارية القواعد التشريعية من خلال ملائمتها مع الواقع، فالتشـريع بما يتميز به من عمومية وتجريد لا يضـع إلا حلولا وسـطى، ولا يخصـص حلولا فردية لكل النزاعات، وهذا ما يجعل من دور القاضـي مصدرا مستقلا ومساويا لباقي مصادر القانون، فهويخصص القاعدة القانونية، إذ بدون القاضي لا يتمكن التشريع من التوفيق بين خاصيتي الاستقرار والاستمرارية .

فبالدور الذي يقوم به القاضـي في الاجتهاد في القضـائي يؤمن للتشـريع ملاحقة تطورات المجتمع من خلال تطبيق النصـوص القديمة بروح حديثة، وفق ما عبر عنه الفقه الألماني بالاجتهاد القضـائي التطوري، كما أنه يساهم في تفسير النصوص الغامضة ويكمل الناقص منها فيصير الاجتهاد القضائي مصدرا مباشرا للقانون.

إن القضـاء فرض كفاية إذا قام به البعض سـقط عن الآخرين وهي ظاهرة قديمة وحديثة حيث يقوم بها الأنبياء عليهم الصـلاة والسـلام لتحقيق العدالـة الإلهيـة وإحقـاق الحق بين النـاس في حـال حـدوث النزاع بين الأطراف، ولا شـك في أن أهمية دور القاضـي في الاجتهاد القضـائي سـتكون عديمة الأثر إذا لم يتم تعميمه بين الممارسين والمختصين بدرجة أولى، ثم العمل على نشره بمختلف الوسـائل المتاحة حتى يتمكن تقريبه إلى أكبر قدر ممكن من الأشـخاص، وتبعا لذلك فإن تعميم دور القاضـي على هذا المنوال يسـهم في ترسـيخ قيم العدالة لأنه يمكن من إدراك اتجاه القضاء ويدفع الناس إلى مراعاة ذلك الاتجاه في معاملاتهم والاستدلال بها في خصوماتهم.

ومن خلال اطلاعي على الكتب الفقهية في الشـريعة الإسـلامية، والكتب والرسـائل في مجال القانون الوضـعي لم أجد من المشرعية والفقهاء من تطرق لمسألة دور القاضي في القضايا التي لم يرد فيها النص، وإنما هناك من تحدث عن بطلان الحكم في الإسـلامي مقارنة بالقانون الوضـعي جزء من دور القاضـي، ورد القاضـي أيضا مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني والكويتي.

إن مقارنة مفهوم القضـاء في القانون الوضعي المعاصر بمفهوم القضاء في الشريعة الإسلامية شيء في غاية الصـعوبة حيث أن الشـريعة الإسـلامية أحكام مستمدة من الله والعمل بها واجب لأنها من صـنع الله حيث لا خطأ في ذلك ولا تبديل إلا بناسخ أومنسوخ، إلا أن القضـاء في القانون الوضـعي هومن صنع البشر يحتمل الخطأ

والصــواب، ومع ذلك فإن هناك تطابق في المفهوم العام وذلك في الســعي لتحقيق العدالة وترســيخ قيمها وإحقاق الحق لسلامة المجتمع من الانزلاق في الفساد.

ومن أهم نتائج الدراسة هي أسباب قيام القضاء وتحمل القاضي مسألة القضاء التي ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية تتفق إلى حد بعيد مع ما أورده المشرع في القانون الوضعي، إلا أنهما يختلفان من حيث الأثر المترتب على توافر العدالة الحقيقية، ومن خلال الطرق والاجراءات التي يحددها القاضي في تحقيق العدالة .

Droit judicaire prive tome3 procedere de premiere instance page 12
https:// carjj.org/sites/deault/files/judical_athority_law.doc. ص13 التقرير الصادر 2019م.
https://forsat3m/.blogspot.com-/ 2014- online- free- elerning-websifs.html
http Ş://www.mizandz.com/2017/10/blog_post_09 html.
إبتسام عروقي، ***الأمن القانوني والقضائي على ضوء تجربة محكمة النقض***، بحث نهاية التمرين،مجلة القضاء 2015م، ص65.
إبراهيم بن على بن محمد بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون، ***تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، (ت../ الشيخ جمال عشلي)، ت/ إبراهيم شمس الدين محمد بن فرحون اليعمري***،/ السياسة، ج1، دار عالم الكتب للنسر والتوزيع، الرياض/ المماكة العربية السعودية، 1423هـ-2003م.
ابن القيم، الجوزي، ***إعلام الموقعين*** (9/8/2).
ابن الهمام كمال الدين، ***شرح فتح القدير***، ص: (281/7).
ابن جزي، ***القوانين الفقهية***، ص(292).
ابن حزم، ***مصادر التشريع ومناهج الاستنباط***، ص172.
ابن عرشوس، محمد بن محمد، ***تاريخ القضاء في الإسلام، المطبعة المصرية الأهلية***،ط1، القاهرة، 1934م، ص9.
ابن فرحون، القاضي برهان الدين، ***تبصرة الأحكام*** (63/1).
ابن قدامة، عبدالرحمن بن محمد بن علي الهرفي، ***روضة الناظر***، مكتبة الجمهورية العربية، (959/3).
ابن منظور، محمد بن مكرم بن على أبو الفضل جمال الدين، ***لسان العرب***، انظر مادة "جهد" (397/2).
ابو الحسن على بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي، ***الأحكام السلطانية لماوردي***،ع1، دار الحديث، القاهرة، 1999م، ص68
أبو الحسن، مسلم بن الحجاج، ***صحيح مسلم***،(ط.. التأصيل)، ط.. الأوقاف السعودية، 2017م، ت/ مركز البحوث وتقنية المعلومات، ج3، المكتلة الوقفية،2019م. ص1337.
أبو الفتح الشهرستاني، ***هو أحد علماء أهل السنة والجماعة الأشاعرة بالمغرب***، موسزعة وزي وزي، آخر تحديث 2019م.
أبو عبدالله، محمد بن اسماعيل البخاري : ***الصحيح البخاري***،(53) كتاب الصلح (5) باب إذا أصلحوا على صلح حور فالصلح مردود (ح 2697).
أبو عبدالله، محمد بن اسماعيل البخاري، ***صحيح البخاري***، (ط../دار ابن كثير.) ج1، ط1، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، 2002م، المكتبة الوقفية، 2019، ص 86.
محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى (المتوفى: 855هـ) 109/8، ***البناية شرح الهداية***، أحمد بن محمد بن محمد، أبو الوليد، لسان الدين ابن الشِّحْنَة الثقفي الحلبي الحلبي (المتوفى: 882هـ)، ***لسان الحكام في معرفة الأحكام***، ط ii، البابي الحلبي – القاهرة، 1393 – 1973م،ص218.
أبوالبصل عبدالناصر موسى، ***شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية***، ط1، دار الشروق. 2012م، ص64.
أبوالبصل عبدالناصر، ***شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي***، ط ii، 2014م، ص84.
أبوالبصل، عبدالناصر، ***نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون***، ط1. دار النفائس،عمان، 2000م ص 34.
أبوالوفاء أحمد، ***التعليق على نصوص قانون الإثبات***، منشأة المعارف بالاسكندرية ط2000م، ص389.
أبوالوفاء، ***المرافعات المدنية والتجارية***، ط1، الألوكة، الرياض، 2015م، ص94.

أبوسردانة الشيخ محمد حسن، ***أصول الإجراءات القضائية والتوثيقات الشرعية***، ط1، دار الفكر العربي، الأردن، عمان، 2011م، ص11 .

أبوقرين أحمد عبدالعال، ***أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء***، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص175.

أبي الحسن علي بن عبدالسلام النسولي، ***البهجة في شرح التحفة***، ج2، . دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ص187.

الإجتهاد القضائي ودوره في النظام القضاء المغربي، ***مجلة المحاماة*** ع 3. 1969م، ص16.

إحسان حقي، ***تاريخ الدولة العلية العثمانية***، ط3، دار الكتاب الثقافي، الأردن- عمان 2013م، ص85.

أحمد محمد حشيش، ***نظرية وظيفة القضاء***، دار الفكر الجامعي،2002م، ص183.

أحميدوأكري، ***الشرط الجزائي من خلال الإجتهاد القضائي المغربي والمقارن***، مقال منشور بمجلة الإشعاع، العدد10. 1994م، ص89.

الأحوال الشخصية اصطلاح قانوني غير معروف في كتب الشريعة الاسلامية، يراد به "الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته، وما يترتب على هذه الأوضاع في آثار حقوقية، والتزامات أدبية أوما دية" . انظر شرح قانون الأحوال الشخصية، ***مصطفي السباعي*** (11/1) .

أخرجه أحمد والبخاري وابن حبان، والحاكم وقال: صحيح الاسناد وللبخاري عدة روايات منها : "***اللهم فقهه في الدين***"، وانظر ***تهذيب الأسماء واللغات***، "286/1" من القسم الأول.

إدريس عبدالقادر، ***الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي***، ط1، 2010م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص70.

الأدغم خالد محمد، ***الدفوع الموضوعية في دعاوى التفريق بحكم القاضي***، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير ـ كلية الشريعة والقانون ـ قسم القضاء الشرعي، جامعة غزة ـ فلسطين، 2017م، ص3.

الأصبهاني : ***بيان المختصر*** (م/805).

آمال الزريقي عمراني، ***دور القاضي المدني في تقدير وسائل الإثبات واتخاذ اجراءات التحقيق في ضوء العمل القضائي المغربي والمقار***ن 2013-2015م بحث نهائية التكوين للمعهد العالي للقضاء – المملكة المغربية – إشراف الأستاذة حجبية البخاري نائية رئيس بالمحكمة الابتدائية بمكناس 2015م

الأمدي، أبوالحسين سيدالدين على بن أبي علي بن محمد: (396/4).

إن جواز بيع أم الولد ينفذ عند الإمام أبي حنيفة و أبي يوسف، و ذلك لأنه محل اجتهاد، ***لاختلاف الصحبة في جواز بيعها***، و عند محمد لا ينفذ لوقوع الانفاق بعد ذلك الخلاف من الصحابة و غيرهم على أنه لا يجوز بيعها، فخرج من محل الاجتهاد- الكسائي: ***بدائع الصنائع*** (14/7).

انظر ***أصول المرافعات الشرعية اليمنية***، 1974م، ص769 ***ومجلة الأحكام العدلية***، المادة (1572)

انظر المادة (57) من ***قانون القضاء الشرعي الفلسطيني*** رقم (3) لسنة 2011م الصادر عن ديوان القضاء الشرعي والمنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية.

انظر ***مؤتمر أمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين***، ميلانو، 6 سبتمبر1985م، الفصل الأول، الباب الثاني، ط2، المرفق العام.

أنيسة يحوي، قاضية لدى محكمة المنصورة، ***إجراءات رفع الدعوى***، ط1، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية 2006م ص3.

إياد فوزي توفيق حمدان، ***أعوان القاضي في الفقه الإسلامي***، الدراسات الإسلامية، جامعة السودان، مجلة علمية سنوية محكمة.2009م ص2.

بدرخان عبدالحكيم ابراهيم، ***معايير تعريف العمل القضائي من وجهة نظر القانون***، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر1994.م ص55.

البراك، أحمد بن صالح، ***أعوان القاصي وأحكامهم الفقهية، سلسلة الرسائل والبحوث القضائية***، مؤسسة نوارة الشام2005م، الرياض، ط1. ص433.

براهيمي صالح، ***الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري***، مذكرة لنيل شهادة الماجيستسر في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 1999م، ص06.

بربارة عبدالرحمان، ***شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية***، ط1، منشورات بغدادي، 2009م، ص143.
البغا مصطفي ديب، ***الدعوى والبينات والقضاء***، دار المصطفي - ط 1- ص 181 عام 1427هـ - 2006م.
بغدادي جيلالي، ***الإجتهاد القضائي***، الندوة الوطنية الثانية للقضاء، وزارة العدل، نادي الصنوبر 1991م، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص157.
البكر، محمد عبدالرحمان، ***السلطة القضائية***، الزهراء للإعلام، ط1. 1988م، ص717.
بلعيد، كرومي، ***سلطة القاضي في تفسير النصوص الشرعية والوضعية***، كلية الحقوق-الدار البيضاء، 1991م، ص80.
بلغيث عمار، **الوجيز في الأجراءات المدنية**، ط1، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2002م، ص 405.
بهلولي فاتح، ***طرق الإثبات ذات القوة المحدودة***، جامعة عبدالرحمن ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق 2016م ص26.
بوبشير محند أقران، ***تغيير الإجتهاد القضائي بين النص والتطبيق***، مصدر سابق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ص3.
بوبشير محند أمقران، ***تغيير الإجتهاد القضائي بين النص والتطبيق***، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ص245.
تدعيم المبادئ الأساسية لسلوك الجهاز القضائي، دار الثقافة العربية، Ecosoc،2006 ، ص23.
التكروري عثمان، ***الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية***، ط2، الألوكة، الرياض،2015م، ص156.
التنظيم القضائي المغربي للعام 15 يوليو1974م ص1.
جبر محمود الفضيلات، ***أصول المرافعات***، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2015م، ص681.
الجبوجي المعطي، ***القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج***، مكتبة الرشاد، ط1. 2002م. ص10.
جميل الشرقاوي، ***دروس في أصول القانون***، ط3، دار النهضة العربية، بيروت، 1984م، ص3.
جيرة، عبدالمنعم، ***مبادئ المرافعات***، دار النهضة العربية،القاهرة-1998م، ص36.
خضيرماهر عليان، **الاجراءات القضائية في أصول رفع الدعوى الشرعية (امام القضاء الشرعية)**، جامعة الشارقة - الإمارات العربية المتحدة - 2006 ص 8
خضيرماهر عليان، ***الإجراءات القضائية في أصول رفع الدعوى الشرعية (أمام القضاء الشرعي)***، جامعة الشارقة ، الإمارات العربية المتحدة، 2006م، ص 10.
خضيرماهر عليان، رئيس المحكمة الاستئناف الشرعية، ***الإجراءات القضائية وهي أصول رفع الدعوى الشرعية أمام القضاء الشرعي***، جامعة الشارقة – الإمارات العربية المتحدة ص 18، 2006م .
خليل الطاهر، هارون، ***القضاء الإداري ديوان المظالم في المملكة السعودية- قضاء الإلغاء- قضاء التعويض دراسة مقارنة***، ط1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامي - مكتبة القانون والإقتصاد - الرياض، 1430هـ ، ص119.
الدستور التشادي الصادر بتاريخ 04- 05-2018م .
الدستور المملكة المغربية، الفصل 88.
الراشدي سالم، ***الدعوى والبينات والقضاء***، دار المصطفي ط1 ص 200.
رواه ***ابن جرير الطبري***، وقد أخرجه الترمذي والنسائي وأبوداوود، وقال الترميذي: حديث حسن.
روبيرت كارب رونالد ستيدهام، ***الإجراءات القضائية، في أمريكا***، ترجمة على أبوزيد، ظ2. الإنجليزية، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والنقافة العالمية- القاهرة، 1997م.
الزحلي محمد، ***التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة***، ط2، دار الفكر، دمشق،2002م، ص25.
الزحيلي محمد مصطفي، ***أصول المحاكمات الشرعية والمدنية***، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2013م، ص127.

الزرقاء، مصطفى أحمد، ***الإجتهاد ودور الفقه في حل المشكلات***، المجلة المغربية للقانون المقارن، العدد2. 1983م. ص41.
زكريا البرديسي، ***أصول الفقه***، ط ii، دار النهضة العربية، 2015م، ص459.
زيدان، عبدالكريم، ***نظام القضاء في الشريعة الإسلامية***، ت.. المجمع الفقهي العراقي، بغداد، 2019م، ط i، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2000م، ص13.
زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ)، ينظر حول الدعوى الفاسدة: ***البحر الرائق شرح كنز الدقائق***، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد 1138 هـ)، وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، ج vii، ط ii، بدون تاريخ، دار الكتاب الإسلامي، صفحة 231.
سحرعبدالستار إمام يوسف، ***دور القاضي في الإثبات***، ص313.
سعد، إبراهيم، ***القانون القضائي الخاص***، دار الكتب الجامعي، الإسكندرية،ج1. 1999م، ص275.
سعود الجهني، عيد، ***القضاء الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية***، ط i، دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 2003م، ص62.
سليمان محمد الطماوي، ***السلطات الثلاث في الدساتير العربية***، دار الفكر العربي، ص309.
سمير، تناغو، ***النظرية العامة للقانون***، دار الفكر الجامعي، مجلة القضاء-المغرب، 1985م، ص238.
السنهوري، عبدالرزاق أحمد، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد***، ج ii، .ص2.
السوسي محمد كمال ، ***الاختصاص الوظيفي والمكاني للمحاكم الشرعية***، دار الشروق العربي، لبنان، 2013م، ص52.
السيجاني، جعفر، ***القضاء والشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء***، مؤسسة الإمام الصادق،ج i،بيروت، لبنان،2008م، ص11.
الشربيني، ***مغنى المحتاج***، (295/6).
الشرعية – أقصد بذلك ***الشريعة الإسلامية***.
شرف، عبد الحكم، ***المبادئ الأساسية للتنظيم القضائي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي***، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، ع i، السنة السابعة، 1999م، ص264.
الشمري، الشيخ عبدالله بن فريح العبدالله، ***القضاء ورجاله فى الإسلام ونماذج من أقضية***، السنة 1420ه، ص23.
الصليبي خالد عبد الجابر، ***أصول المحاكمات الشرعية كلية الشريعة والقانون***، ط ii، الجامعة الإسلامية بغزة ،2016م، ص10.
الصليبي خالد عبدالجابر، ***أصول المحاكمات الشرعية***، ط ii، كلية الشريعة والقانون الجامعة الاسلامية، بغزة، 2015م، ص25.
صيام سليمان، أحمد. ***مبدأ استقلال القضاء في الدولة الإسلامية***. رسالة ماجيستير،جامعة الإسلامية-غزة.أسرف عليها الدكتور: يونس محي الدين الأسطل، 2005م. ص 49 .
طارق البشري، ***الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، قسم القانون***، ط i، دار الشروق، بيروت، 2018م، ص112.
الطرابلسي، يحي بن خليل، ***معين الحكام في تردد بين الخصمين في الأحكام***، ط ii، طبعة مصطفى البابي الحبلي، 1973م، ص6.
الطراونة عبدالعزيز مصطفي، ***القرائن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون به***، ط i، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011م، ص52.
الطيب البواب، ***المجلس الأعلى وتوحيد التشريع***، مداحلة قدمت ضمن الندوة التي نظمت بمناسبة الذكرى الأربعين لتأسيس المجلس الأعلى بتاريخ 1997م، مطبعة الأمنية، الرباط، 1999م، ص47.
عارف النكدي، ***القضاء في الإسلام***، المجمع العلمي العربي،دمشق، 1975م، ص39.
عبد العال أحمد عطوه، ***محاضرات في علم القضاء(قسم التنظيم القضائي)***، (ت/ محمد رأفت عثمان)، ج i، الإصدار الأولى، مكتبة الألوكة، الرياض/ المملكة العربية السعودية، 2012م، ص 145.

عبد الله بن محمد آل خنين، ***المدخل الى فقه المرافعات***، ط1، الألوكة للنسر والتوزيع، الرياض،2000م، ص19.

عبدالحكيم قودة، ***حجية الدليل الفني في المواد الجنائية والمدنية***، دار الفكر الجامعي – الاسكندرية،1991م ص26.

عبدالخالق النواوي.***العلاقات الدولية والنظم القضائية في الشريعة الإسلامية***.الناشر دار الكتاب العربي. بيروت لبنان.1394هـ ،1974م، ط1، ص173.

عبدالرحمان القاسم، ***النظام القضائي الإسلامي***، ط1، دار الكتاب الثقافي، عمان،2011م، ص251.

عبدالرزاق، أحمد السنهوري، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد***،ج2، .ص62.

عبدالعزيز بن سعيد الدغيثر، ***حجية السوابق القضائية***، باحث في مجال الفقه والقضاء، 2014م، ص19.

عبدالعزيز بن سعيد الدغيثر، ***حجية السوابق القضائية***، باحث في مجال الفقه والقضاء، 2014م، ص19.

عبدالعزيز، عبدالرحمان ابراهيم، ***القضاء ونظامه في الكتاب والسنة*** ـ معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، مركز البحوث الدراسات الإسلامية، مكة المكرمة،1409هـ ـ 1989م ط1، ص63.

عبدالعلي حفيظ، ***مشروعية الممارسة السائدة حول رهن المنازل***، ع3، نشرة محكمة الإستئناف بمراكش،2003م، ص173.

عبدالغفور، محمد البيستاني، ***القواعد الفقهية في القضاءدراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة***، موسوعة شاملة للقواعد الفقهية في ولاية القاضي وأصول التقاضي وطرق الإثبات والحكم والتنفيذ والحدود والتعازير والقصاص والديات.(ت.. ***القاضي عبدالغفور محمد البيساتي)***، ت../ الأستاذ الدكتور محيي هلال السرحان.ج1، ط1، دار النهضة للطباعة والنشر والتوزيع، سورسة- دمشق، 1431هـ- 2010م، ص 204.

عبدالكريم شهيون، ***الشاقي في شرح قانون الالتزامات والعقود***، ج3، .ط9. ص237.

عبدالله بن محمد الشامي، ***نظام القضاء في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة***، ط2، دار النهضة العربية، بيروت، 2015م، ص140.

عبدالله بن محمد الشامي، ***نظام القضاء في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة***، دار الفكر العربي، 1999م، ص17.

عبدالوهاب خلاف، ***تفسير النصوص القانونية وتأويلها***، مجلة القانون والإقتصاد، مصر 1848م، ع3، السنة11، ص177.

عبدالوهاب خلاف، **تفسير النصوص القانونية وتأويلها**، مجلة القانون والإقتصاد-مصر1848م، العدد11. السنة18. ص177.

العبودي عباس، ***شرح أحكام قانون الإثبات المدني***، ط1، دار النشر للثقافة والتوزيع، عمان 1999م، ص232=233.

عثمان سعيد هارون، ***أثر القواعد الفقهية الكبرى في السلطة القضائية مجلة الأحكام العدلية أنموذجا***، رسالة دكتوراة الدولة بجامعة يالوفا التركية2016م، ص12.

عرف ***مجلس الدولة الفرنسي*** الأمن القانوني في تقريره لسنة2006م.

عزالدين الماحي، ***مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القاعدة القانونية***، ط1 منتدب قضائي إقليمي، باحث بكلية الحقوق- بمراكش، 2017م، ص3.

عزمي عبدالفتاح ، ***واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع***، دار الفكر العربي، ط1، ص38. 1998م .

عصمت عبد المجيد بكر، ***أصول تفسير القانون***، مجلة القضاء والقانون، ص15.

عصمت عبدالمجيد بكر. مستشار رئيس مجلس شورى الدزلة في العراق سابقا،2012م، **المدخل لدراسة النظام القانوني في العهدين *العثماني والجمهوري التركي***، دراسة قانونية تهدف الى إعطاء فكرة واضحة عن النظام القانوني فى العهدين العثماني والجمهوري وما كان سائدا من أنظمة وقوانين ومهات ومسؤوليات ومحاكم ووظاءف القضائية.ج1، دار الكتب العلمية/ بيروت 1971م،ص89.

عكرمة سعيد صبري، ***اليمين في القضاء الإسلامي***، ط1، دار النقاش للنشر والتوزيع، الأردن 1991م، ص74.

على حيدر، خواجة أمين أفندي، (ت../ فهمي الحسيني) ***كتاب درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية.*** ت.. فهمي الحسيني، جiv، المكتبة الشاملة الحديثة، قسم السياسة السرعية والقضاء، دار الخليل، طi، 1991م، ص572.

على خالد دبيس، ***القضاء في القانون والفقه الإسلامي دراسة تطبيقية***، (ت/ ميثاق طالب غركان)، مجلة أهل البيت عليهم السلام، ع xiv، بغداد، 2011م، ص 177.

عمر، نبيل إسماعيل، ***أصول المرافقعات المدنية والتجارية***، ت .../ عيسى إسماعيل عبدالله، القاهرة، دار الكتاب العربي، ط1، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1986م، ص1057.

العمروشي، ***أصول المرافعات الشرعية***، دار الفكر العربي، 2012م، ص681.

عيسى بن عثمان بن عيسى بن غازي الغزي ابوروح شرف الدين . ***أدب القضاء.*** مكتبة بزار مكة المكرمة2013م. ص.6.

عيسير شموط حسن، ***العدالة القضائية وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية***، طi، دار النفائس،2006م، 1426هـ، ص139.

الغامدي ناصر محمد، ***الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي***، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2016م، ص329.

الغزالي، محمد بن محمد بن محمد بن أحمد : ***المستصفى في علم الأصول***، موسوعة وزي وزي، 2019م، آخر تحديث،(4/4).

غنيم الحسين، ***الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي***، دار الفكر العربي، بيروت، 1991م، ص229.

الغوتي بن ملحة، ***الاجتهاد القضائي***، المجلة القضائية- نقابة هيئة المحامين بالعراق،ع11، 2000م،ص46.

فتحي والي، ***الوسيط في القانون القضاء المدني***، طi،. 2000م ، دار النهضة العربية – القاهرة ،ص535.

الفراء محمد سليمان نصرالله، ***أعوان القاضي في المحاكم الشرعية***، المحاضر بكلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، ص5.

الفرق بين الإستقلالية والحيادية هو ***الإستقلالية:*** لمن فوق القاضي ***والحيادية:*** لمن دونه.

فريد محمد، نصر، مفتي الديار المصرية، **السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام**، طi، المكتبة التوفيقية، فكروثقافة، أمام الباب الأخضر، سيدنا الحسين، القاهرة، غرة شعبان، 1403هـ، ص 105.

الفصل 369 من ***المسطرة المدنية المغربية*** و المادة 554 من ***قانون المسطرة الجنائية المغربية***.

الفقه الإسلامي و أدلته، ص747.

قانون الإثبات المصري المادة (103). 1986م،

قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968م، وسائل الإثبات الشرعية .

قانون الإثبات اليمني المادة (106) رقم (90) لسنة 1976م .

القانون الأساسي للمماليك العثمانية، الباب الخاص بالقضاء، الصادر بتاريخ عام 1908م، ص5، وما بعدها 6،7،8،9،10.

قانون التنظيم القضائي المغربي للعام 15/ يوليو1974م، ص3.

قانون التنظيم القضائي المغربي للعام 15/يوليو1947م، ص 2.

قانون القضاء الشرعي الفلسطيني، رقم (3) لسنة 2011م المادة (72).

قرار المحكمة العليا عام 1999م، في ***الإجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية***، العدد خاص، ص46-50.

قرار صادر عن المجلس الأعلا تحت عدد 171 بتاريخ 1980/12/15م منشور ***بمجلة القضاء والقانون،*** عدد 33. ص162 .

القرشي عبدالرحيم، ***الدعوى والبينات والقضاء***، دار المصطفي طi، 2006م، ص185.

القرشي عبدالرحيم، ***الدعوى والبينات والقضاء***، مصدر السابق، ص20

القضاة، مفلح، ***أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن***، ط1، دار الثقافة، عمان، 2011م. ص87.

كريستيان.ري سوجور، ***وضع القاضي فر التنظيم القضائي الفرنسي الإستقلالية والمسؤولية***، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2005م 1426هـ ص11.

كوكبي سعيد، ***الإثبات وسلطة القاضي في الميدان المدني*** ، دار القلم، ط2، 2005م. ص36.

لجنة البحوث والنشر العربية، بيروت- لبنان.2011م، ***مشروع القانون العربي الموحد للسلطة القضائية***، مكتبة نور،2016م، ص11.

لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء الدولة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، ج1، ت../ نور محمد، كارخانة تجارت كتب ، آرام باغ، كراتشي، إسطنبول/ 26/ شعبان المعظم/ سنة 1293هـ، ص367.

لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية. ***مجلة الأحكام العدلية***. (ت +) ج1 المكتبة الشاملة الحديثة. نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، إسطنبول، 26/ شعبان المعظم سنة/1293هـ. ص: 364.

لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ***مجلة الأحكام العدلية***، ج1، مصدر سابق، ص366.

لحسن بيهي، ***الدليل العلمي ودوره في تكوين إقتناع القاضي الجنائي***، عكتية دار السلام، العدد الأول – 2007م، ص35.

المادة 12 من ***قانون الإجراءات المدنية الجزائرية*** عام 1996م

المادة 120 من ***قانون الإثبات اليمني***. 1974م،

المادة 13 ***قانون الإجراءات المدنية الجزائرية*** عام 1996م.

المادة 222 ***من قانون إجراءات المدنية المصرية***

المادة 26، ***من قانون استقلال القضاء الأردني***. دار الفكر العربي،عمان،2011م.

المادة 33 ***من القانون الإثبات الشرعي اليمني***، رقم 90 لسنة 1974م.

المادة 5 من ***القانون المدني الفرنسي***.

المادة 5 من ***القانون المدني الفرنسي***.

المادة 97 من ***قانون الإجراءات المدنية فيما يخص المحاكم*** والمواد 261-263 بالنسبة للمخكمة العليا.

المادة 99 من ***قانون الإثبات الشرعي اليمني رقم*** 90 لسنة 1976م، ***نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي***، ص29.

ماهر معروف النداف. ***بطلان الحكم القضاء في الفقه الإسلامي والقانون.*** كلية الدراسات العليا- الجامعة الأردنية- عمان، 2005م ص7.

مجلة القضاء المغربي، العدد الثاني،2016م، ص23.

مجلة القضاء والقانون، ***طبيعة طلب فتح باب المرافعات المدنية والقصائية***، ع3، 1999م،

المجلة القضائية . ع 2، 1990م، ص 136.

المجلة القضائية، العدد1، 1989م، ص8.

المجلة القضائية، العدد3، عام 1989م. ص38-40.

مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2005م، ص219-223.

مجلة المحكمة العليا، العدد3، 2009م، ص107-133.

مجلة مجلس الدولة، العدد3، 2003م، ص56-63.

مجموعة القوانين الإسلامية، دار الكتب العربية، الإسكندرية، 2015م، ص112.

المحامي فراج مصطفي محمود، ***طرق الإثبات في القانون الأدنى***، 2001م، ص1.

محمد إبراهيم الأصبعي، ***الشرطة في النظم الإسلامية والقوانين الوضعية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون***، السياسة، ط1، المكتب العربي الحديث، إسكندرية، 2010م، ص450.

محمد إبراهيم الربابعة، باحث في الدراسات الإسلامية، ***دراسة في تاريخ القضاء الشرعي في الإسلام وتطوراته منذ عهد النبوة إلى عصرنا الحاضر***،ط1، دار الكتاب الثقافي، وزارة الأوقاف الأردنية حاليا- كلية الشريعة في جامعة اليرموك،- الأردن-إربد2011م، ص61.

محمد الحسن ولد الددو، ***مخاطبات القضاة في الفقه الإسلامي***- دار الأندلس الخضراء للنشر والتوزيع، 1991م، ص27.

محمد المجدوي، قرار صادر عن المجلس الأعلا، تحت عدد 639 ، صادر عن الغرفة الشرعية . أشار إليه محمد المجدوي في كتابه ***إجراءات التحقيق في الدعوى المدنية***، مكتب الكاتب العربي ط1. 1996م – دمشق ص261.

محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن، ***العناية شرح الهداية***، ت: الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي (المتوفى: 786هـ)، ج viii، بدون طبعة بدون تاريخ، دار الفكر، ص 152.

محمد جبر،الألفي الألوكة، ***الأحكام العامة في القضاء الجزائي***،الألوكة للنشر والتوزيع، الرياض_1436_2015م. ص105.

محمد، أديب صالح، ***تفسير النصوص في الفقه الإسلامي*** ، دراسة مقارنة لمناهج العلماء في استنباط الأحكام من نصوص الكتاب والسنة، ج1 . المكتب الإسلامي، ط4 .1993م ، ص183.

المداف، ماهر معروف، ***بطلان الحكم القضائى في الفقه الإسلامي والقانون***م.ص25.

المرداوي: ***الإنصاف*** (258/12).

المرغني رضا، ***أحكام الإثبات***،ط1، الدار الجزائرية للنشر والطبع والتوزيع، الجزائر1998م، ص274.

المستشار العمروسي أنور، ***أصول المرافعات الشرعية***، ط1، دار الكتاب العربي، 2012م، بيروت، ص166.

من الحوادث المشهورة في التاريخ الإسلامي، بخصوص التطبيق الإستثنائي، ***الأحكام في وقت الأزمات***، إلغاء الخليفة عمر بن الخطاب، رضي الله عنه حد السرقة زمن المجاعة.

المواد 220-224 من ***قانون الإجراءات المدنية الجزائرية***.

موسى عبود، ***الاجتهاد القضائي ودوره فى النظام القضائي المغربي***، مجلة المحاماة، العدد3. ص16.

النداوي آدم وهيب، ***دور الحاكم المدني في الإثبات دراسة مقارنة***، الدار العربية للطباعة، بغداد . ط1 . 1976م ، ص111.

نصت على ذلك المادة 200 من ***قانون أصول المحاكمات الشرعية الفلسطينية*** (153/10).

نصر فريد محمد الأصل. مفتي الديار المصرية. ***السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام***.ج1،المكابة التوفيقية،رقم الإيداع0035966، القاهرة، 2015م، ص45.

نقض جلسة، 1964/01/30م، وجلسة 1965/01/14م، ***مجموعة المكتب الفني*** عام 2015م، ص66،

النقض:" هو إبطال الحكم و عدم نفاذه إذا لم ينفذ " الفضيلات، ***القضاء في الإسلام***، ط1، دار الفكر العربي، ص177.

النواوي عبدالخالق، في الشريعة والقانون، ***العلاقات الدولية والنظم القضائية في الشريعة الإسلامية***، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، ط1. 1974م، ص285.

هيئة عامة مخاصمة القضاة – أساس 454، 2002م . قرار 265 بتاريخ 2002/06/23م ، ***منشور بمجلة المحامون*** 2003م العدد 1- 11و12. ص1094.

واصل فريد، مفتي الديار المصرية سابقا، ***نظرية الدعوى وقانون الإثبات اليمني الجديد مع المقارنة بالقانون الوضعي وقانون الإثبات***، ط1، دار الشروق عام2001م، ص132.

واصل نصر فريد، مفتي الديار المصرية سابقا، ***نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي.مع المقارنة بالقانون الوضعي وقانون الإثبات اليمني الجديد***، ط1، دار الشروق،2002م، ص 30.

واضح، فضيلة، ***التنظيم القضائي الجزائري***، كلية الحقوق-القانون الخاص. جامعة عبدالرحمان ميرة، 2016م،ص45.

والقانونية – ***القانون الوضعي*** أوما يعرف بالقانون المعاصر .

الوجيز في شرح قواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، ***المجلة الأحكام العدلية***، مؤسسة الرسالة ط1. 2017م، دمشق-سوريا. ص38.

ياسين محمد نعيم، ***حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية***، ط1. عمان، دار الفرقان، 1984م، ص8.

ياسين محمد نعيم، ***حجية الحكم القضائي في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية،*** طi، دار الفرقان، الأردن، عمان، 1984م، ص08.

ياسين محمد نعيم، ***نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية***، طii، عمان، دار النفائس، 2010م، ص643.