

T.C.  
YALOVA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

أثر القواعد الفقهية الكبرى في السلطة القضائية  
مجلة الأحكام العدلية أنموذجا

Eseru'l- kavâidi'l-fıkhiyye el-kübrâ fi's-sultati'l-kadâiyye  
Mecelletü'l-ahkâmil-adliyye enmüzeceen

DOKTORA TEZİ

Othman Saeed HOURAN

Enstitü Anabilim Dalı: Temel İslam Bilimleri  
Enstitü Bilim Dalı: İslâm Hukuku

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Muharrem ÖNDER

HAZİRAN- 2016

T.C.  
YALOVA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

أثر القواعد الفقهية الكبرى في السلطة القضائية  
مجلة الأحكام العدلية أنموذجا

Eseru'l- kavâidi'l-fikhiyye el-kübrâ fi's-sultati'l-kadâiyye  
Mecelletü'l-ahkâmil-adliyye enmüzeccen

DOKTORA TEZİ

Othman Saeed HOURAN(127313008)

Enstitü Anabilim Dalı: Temel İslam Bilimleri  
Enstitü Bilim Dalı: İslâm Hukuku

Bu tez / / tarihinde aşağıdaki jüri tarafından oybirliği ile kabul edilmiştir.

Doç.Dr.  
Muharrem ÖNDER  
Jüri Başkanı

Kabul  
 Red  
 Düzeltme

Yrd. Doç.Dr.  
Süleyman AYDIN  
Jüri Üyesi

Kabul  
 Red  
 Düzeltme

Yrd.Doç.Dr.  
İlyas AKYÜZOĞLU  
Jüri Üyesi

Kabul  
 Red  
 Düzeltme

Doç.Dr.  
Ertuğrul BOYNUKALIN  
Jüri Üyesi

Kabul  
 Red  
 Düzeltme

Doç.Dr.  
İsmail CEBECİ  
Jüri Üyesi

Kabul  
 Red  
 Düzeltme

## **BEYAN**

Bu tezin yazılmasında bilimsel ahlak kurallarına uyulduğunu, başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunulduğunu, kullanılan verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını, tezin herhangi bir kısmının bu üniversite veya başka bir üniversitedeki başka bir tez çalışması olarak sunulmadığını beyan ederim.

**Öğrenci Adı SOYADI**  
**Othman saeed HOURAN**  
**21.6.2016**

## التمهيد:

الحمد رب العالمين، مالك يوم الدين، والصلاة والسلام على سيد الأولين والآخرين، المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه الكرام، والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.

للقواعد الفقهية دور واضح في حركة التشريع الإسلامي، فهي بمثابة خلاصة ما فهمه علماء الفقه من جملة نصوص شرعية وردت لنا من كتاب الله وسنة نبيه، لتصبح بعض القواعد الفقهية المتفق عليها مثل القواعد الكبرى بمثابة أسس يبنى عليها التشريع، وقانون يستند إليه عند الخلاف، فذكرها يؤسس للفتوى، والاستناد إليها يرشد الحكم في القضاء.

ولهذا اهتم الفقهاء من المذاهب الأربعة وغيرها بها، تقنيا، وتأصيلا، وتبويبا، وتفريعا، وتطبيقا، وتخريجا، ليجمع كل فقيه منهم ما توصل إليه من هذا العلم، ويخرج فروع المسائل الفقهية عليها، ويردها إليها، لكون القواعد الفقهية كاشفة للحكم عاملة فيه.

وكل اجتهاد فقهي اعتمد على جملة من تلك القواعد، وكل مذهب سعى إلى رصدها، وكان النقاش قائما بين العلماء حولها، حتى وصلوا بحوارهم إلى القواعد المتفق عليها بين المذاهب والقواعد المختلف فيها.

كما فرق العلماء بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية والضوابط الفقهية، وكذلك فرقوا بين الوسائل والمصالح والمقاصد، لكون لكل منهم معنى مختلف عن الآخر، وكل هذا لغاية سامية عالية وهي تحقيق مقصد التيسير على الناس، بما يدفع الضرر ويضبط العرف، ويرشد الفعل القائم على النيات، بما لا يخالف نوا صريحا، ولا إجماعا مؤسسا لحكم، ولا قياسا معتبرا.

ولهذا اهتم أهل القضاء في الحضارة الإسلامية برصد القواعد الفقهية لكونها مرجحة في الحكم، لوجود مقصد مهم عندهم وهو الحفاظ على قيمة العدل داخل منظومة القضاء، وظهرت بوادر التنظيمات الإدارية للقضاء بشكل مبكر في عصر الخلافة الراشدة فما ذكرته رسالة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنها أساس لعلم القضاء، ليتطور القضاء بها ويتنوع حتى وصل إلى عصرنا الحالي، وما نتج من أحكام قضائية في الحضارة الإسلامية كان هدفها الحفاظ على العدل بين الناس وحفظ الحقوق والحريات، ولهذا تطورت منظومة القضاء عبر التاريخ الإسلامي، بما يتطلبه كل عصر وكل حادثة، فأحداث التاريخ تمثل الحركة التطبيقية للفقه، لتظهر جذوتها بشكلها الواضح في الدولة العثمانية،



وخصوصا في أواخر الدولة العثمانية في (عصر التنظيمات) فأسسوا على ضوئها قوانين تخص إدارة الدولة، وخصوصا ما تعلق منها بالقضاء ونظام الحكم فيه، فكان أبرز ما نتج من هذه المنظومة الفقهية "مجلة الأحكام العدلية" ليدون في آخرها مواد تخص القضاء والحكم في السلطة القضائية.

ولهذا يتضح مما سبق أهمية علم القواعد الفقهية وأثره في التشريع الإسلامي، وتأتي هذه الدراسة كمحاولة لاستكمال البحث المنهجي للموضوع، مصحوبة بالتقصي التحليلي الوصفي، للوصول إلى الاستنباط العلمي، عن طريق الجمع بين علم القواعد الفقهية من جهة، ونظام السلطة القضائية وما تفرع منها من علم القضاء من جهة أخرى، لتظهر ثمرتها في تحرير مواد مجلة الأحكام العدلية.

ولهذا ارتبطت القواعد الفقهية بحركة ترشيد السلطة القضائية، بما تظهر ثمرته في القضاء، ويحقق مقصد القضاء من دفع مفسد أو جلب مصلحة، بالتخفيف على الناس والتيسر عليهم، وضبط عاداتهم وأعرافهم، عندها يمكن بيان طرق استمرارية ترشيد السلطة القضائية بما يحقق تلك المقاصد من جلب مصلحة ودفع ضرر.

ولكل دراسة هدفها التي تسعى لتحقيقه، وهذا الهدف مقصدها الذي تسعى لجمع أمرها عليه، بأدلة يقينية دافعة للشك، تسعى لإزالة كل لبس يسبب ضررا في الفهم، ويشكل على القارئ إدراك المقصود، كما أن لكل بحث ودراسة ما يشوبها من مشقة في تحصيل الهدف، ولهذا وجب على الباحث أن يدفعها بأسباب تيسير تحقق المقصد المطلوب، كما وجب عليه أن يسلك ما اعتاد عليه أهل كل فن في التأليف، لكون لكل أهل علم منهجهم الخاصة في صنعهم، فأصبحت عرف لازم لمن جاء بعدهم، وان يجتهد في تحصيل أسباب التيسير لدفع المشقة للوصول إلى الهدف المطلوب.

وهدف الدراسة: أنها تسعى لبيان العلاقة بين القواعد الفقهية وبين السلطة القضائية كمصطلح معاصر عام في التشريعات، أسس لعلم القضاء والذي يعدّ خاص في بابيه، وله ما يسنده من كتب الفقه وكتب القضاء القديمة، فنظام القضاء قبل المجلة يختلف عما نتج من مواد تخص النظام بعد تدوين المجلة.

فإذا تحققت هذه الخطوة ظهر لنا اثر القواعد الفقهية في تحريك الأنظمة الخاصة بالدولة وخصوصا ما تعلق منها بالقضاء، وطرق تحرير الحكم، عن طريق إثبات الدعوى أو دفعها أو ردها.

وتسعى كذلك الدراسة إلى بيان القواعد الكبرى التي أثرت في تكوين السلطة القضائية في الحضارة الإسلامية، وخصوصا في أواخر الدولة العثمانية، وما نتج منها من قوانين حاكمة في نظام المحاكمة، منها ما دون في مجلة الأحكام العدلية، فيكون من باب رد تلك الفروع إلى الأصول التي استندت إليها.

وأهمية هذا الأمر هو محاولة الإجابة عن سؤال مهم هو كيف تم الوصول إلى تحرير مواد السلطة القضائية في الدولة العثمانية؟ وكيف تم تحرير مجلة الأحكام العدلية؟ وما هي المؤسسات التي تولت هذه المهام؟ ثم ما علاقة القواعد الفقهية في ترشيد هذا المؤسسات العاملة في الدولة العثمانية.

ولهذا جاء المنهج المتبع في الدراسة يقوم على استحضار القواعد الفقهية، ثم تخريج ما تولد من تشريعات في عصر التنظيمات في أواخر الدولة العثمانية إلى تلك القواعد، بما يخص السلطة القضائية ويخص القضاء، وكيف تطور هذا النظام خلال فترة وجيزة من حكم السلطان عبد الحميد الثاني.

لذلك وجب الوصول إلى الهدف المرجو من الدراسة عن طريق دراسة الجانب التطبيقي لأثر القواعد الكبرى، بما يمثله من سلطة قضائية، وما تعلق بها من نظم القضاء، ثم عكس الدراسة عن طريق دراسة القواعد الكبرى الخمسة وأثرها في السلطة القضائية وفي تحرير مواد المجلة، ولهذا سارت الدراسة بمسارين الأول منها جاء لبيان السلطة القضائية مع ذكر للقواعد المؤثرة فيها وفي تكوينها، وكذلك بيان القضاء مع ذكر للقواعد المؤثرة في تكوينه، مع بيان لطبيعة السلطة القضائية، وكيف تم تقنين نظام الحكم في الدولة العثمانية، بما ينعكس على نظام السلطة القضائية، من خلال ما دون من مواد في القانون الأساسي للممالك العثمانية، والدستور المدون، ثم رصد أثر هذه القوانين في تشكيل نظام المحاكم في أنحاء الخلافة العثمانية، وتنوعها، وتطورها وانتشارها، وذلك من خلال رصد "السالنامات" (الحوليات) العثمانية العامة للدولة منها والخاصة بالولايات.

وحاولت أن أركز بعد السلطة القضائية على أحكام القضاء أي نظام القضاء فقط، مع إشارات إلى أحكام الدعوى والبيانات والإقرار واليمين وعلم القاضي والصلح وغيرها، من أحكام قننتها السلطة القضائية، ودونت في المجلة، لتحقيق مقصد إدارة منظومة الحكم في المحاكم بما يحقق العدل، وذلك لأن بيان أحكام القضاء من "كتاب القضاء" في المجلة فقط، هو عمدة عمل المجلة وغيرها تابع لها، وإذا أردنا أن ندخل في ذلك تطلب الأمر أن تكون الدراسة ضعفي حجمها الحالي وهذا يشق ويتعب، كما أنني وجدت أن كتاب القضاء يشير إلى باقي الأبواب إشارة أجمال دون تفصيل، وفيه أحالة إلى الأبواب الأخرى، وهذا مسلك كتاب المجلة حيث جعلوا كتاب القضاء الكتاب الأخير في المجلة، وحينما ننظر في تسلسل التبويب نجده المجلة جاء متدرجا حيث ابتدأ بكتاب "الصلح والإبراء" وذلك إذا تم الصلح وتحقق الإبراء انتهت المنازعات، ثم انتقل إلى كتاب "الإقرار" لكون الإقرار ينهي النزاع والخصومات ويوجب الحقوق إذا التزم المقرّ برد الحقوق تنتهي القضية، فيكون صلحا وإبراء، فإذا لم يكن هناك صلحا فيه إبراء، أو كان هناك إقرارا مع غصب للحقوق، احتاج الأمر أن يرفع للقاضي بدعوى من المدعي عليه، ولهذا جاء كتاب "الدعوى"، وكل دعوى تحتاج إلى بيّنة فإن لم تكن هناك بيّنة، رفعت الدعوى إلى القاضي من المدعي، عندها وجب اليمين على المدعى عليه بطلب من المدعي، ولهذا جاء كتاب "البيّنات والحلف"، ويضبط هذا الأمر كله هو نظام قضاء واضح ومعين وها هو كتاب "القضاء" بأركانها الستة وهي: "الحُكْمُ، والمَحْكُومُ بِهِ، والمَحْكُومُ لَهُ، والمَحْكُومُ عَلَيْهِ، والقَاضِي، والطَّرِيقَةُ التي يُحْكَمُ بها"، هي المقصود في هذه الدراسة، لكونه يمثل الجانب التطبيقي الإداري لعملية القضاء في المحاكم، محاولا بيان أثر القواعد الفقهية المذكورة في المجلة في تحرير الأركان الستة السابقة.

ثم انتقلت الدراسة إلى المسار الثاني متمثلاً بذكر القواعد الفقهية الكبرى العاملة في تشكيل السلطة القضائية، والعاملة في تكوين المواد القانونية التي حررت في المجلة وأثر كل قاعدة فيها، لأن القواعد الفقهية الكبرى هي أشبه بنظريات عامة فقهية مجمع عليها بين أهل الاجتهاد، احتاجت الدراسة إلى ذكر ما يندرج تحت هذا العام مما اختص به من قواعد فرعية استوعبت احتياج تحرير المواد داخل المجلة، ولهذا نجد كتاب المجلة ذكروا قواعد متقاربة في مقدمة المجلة.

وجاء ترتيب القواعد الفقهية الكبرى بشكل متدرج يكمل أحدهما الذي قبله، وقد جاءت متسلسلة بحسب قوتها، ولهذا جاءت قاعدة "الأمر بمقاصدها" وذلك لكون المقاصد أصلاً في الأحكام وهي تبنى على النيات، ولتحقيقها يجب معرفة المصالح الراجحة والوسائل اللازمة دون الوقوع في شك، لذلك جاءت بعدها قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، وعلى المفتي أن يراعي الوسائل التي تيسر المصالح للناس بما يحقق المقاصد، ولهذا جاءت بعدها قاعدة "المشقة تجلب التيسير"، فغاية التيسير هو تحقيق المصالح ودفع المفساد، وعليه جاءت قاعدة "الضرر يزال"، وأخيراً جاءت قاعدة "العادة محكمة".

ولهذا ذكرت في مبحث خاص أثر القواعد الفقهية الكبرى في السلطة القضائية، وفي تحرير مواد المجلة، ذكراً أمثلة من القانون الأساسي للممالك العثمانية، والدستور، مع ذكر لأثرها في تكوين النظم الإدارية من خلال تحليل السالنامات العثمانية الخاصة والعامّة، ثم ذكر لأثرها في تحرير المواد القانونية في المجلة دون توسع مغل محالاً أن استوعب أبواباً من المجلة دون حصر التمثيل بباب واحد، لكون جميع مواد المجلة هي من الحكم القضائي الذي يجب على القاضي أن يقضي به.

وبعد ذكرى للقاعدة الكبرى، ذكرت القواعد الخاصة المندرجة من حيث المفهوم تحتها، ليكون من باب ذكر الخاص بعد العام، وجاءت القواعد على شكل زمر ومجموعات متقاربة في الدلالة والأثر، مستخرجاً المتقارب منها والمتشابه، بحيث أحاول أن استوعب قدر المستطاع ما تناقل بين علماء الحنفية ثم ما شاع بين باقي المذاهب، للتدليل على كونها محط اتفاق من حيث مفهوم دلالة العبارة، وإن اختلفت في منطوقها ولفظها.

وبعد ذكر القواعد الفقهية الخاصة بينت أثرها في السلطة القضائية، مع ذكر لأثرها في نظام الحكم في الدولة العثمانية بما يخدم بيان السلطة القضائية، من القانون الأساسي للممالك العثمانية، والدستور، مع ذكر لأثرها في تكوين النظم الإدارية من خلال تحليل السالنامات العثمانية الخاصة والعامّة، ثم أبين أثرها في تحرير مواد المجلة، وهو من قبيل التحليل والاستنباط ورد الفروع إلى أصولها..

وكذلك لم تكن الأمثلة الواردة من مواد المجلة في باب واحد فقط، بل تعدى إلى أبواب عدة، وذلك لبيان أثرها الشامل في تحرير مواد المجلة، وقد ذكرت المثال من كل مادة مختصراً دون أن اذكرها بشكل مفصل كما فعلت في التمثيل للقواعد الكبرى، وذلك لكون القواعد الكبرى دلالتها عامة فاحتاج الأمر

إلى ذكر المادة من المجلة بتمامها، ليتضح أثر كل قاعدة كبرى في المادة المرادة؛ بينما أشرت إلى مواد المجلة بشكل مختصر في القواعد الفرعية.

ولهذا حاولت هذه الدراسة أن تكمل ما هو موجود من ردم فجوة بحثية تعلقت بعلاقة القواعد الفقهية بتكوين السلطة القضائية وأثرها في نظام القضاء في مجلة الأحكام العدلية، فالقواعد هي بمثابة محركات وآلة تؤثر في بناء وصياغة الأحكام الفقهية العامة بالدولة والخاصة بالأفراد، ولهذا ساهمت في تكوين نظام السلطة القضائية والتي تهتم بالجانب التشريعي العام للقضاء من إنشاء المحاكم وتعيين القضاة وبيان تخصصهم ونوع القضايا المقدمة، وخصوصا في الدولة العثمانية، والتي أثمر جهدها القضائي في تدوين مجلة الأحكام العدلية، كمواد قانونية يقضي بها القاضي، فيلحق في آخرها نظام القضاء، أي كل ما يتعلق بكيفية إدارة الدعوى القضائية داخل المحكمة، فالسلطة القضائية عامة والقضاء خاص فيها..

وأما مصادر الدراسة فقد جاءت معتمدة على كتب القواعد الفقهية الأصيلة، مما كتبه فقهاء الحنفية مثل ما أشار إليه السرخسي ودونه ابن نجيم، وبينته فروق القرافي المالكي، يسندها كتب الشافعية، وخصوصا ما جمعه السبكي والسيوطي، وغيرها، لتسلك الدراسة مسلك الأقدمين في بيان القواعد الفقهية والفرق بينها وبين غيرها من قواعد فقهية وأصولية ومقاصد، ثم التمثيل عليها من مسائل الفقه، فسلك الدراسة مسلك التمثيل عليها من خلال ذكر أثرها في تقنين السلطة القضائية، وفي تحرير مواد المجلة وخصوصا ما تعلق بها من نظام القضاء وضبط الدعوى والمدعي والمدعى عليه، ولهذا المقصد اخترنا ثلاثة شروح لأسباب موجبة لهذا الاختيار، أولاها شرح الشيخ علي حيدر أفندي، لكون هذا الشرح هو أشهر الشروح التي دونت في أواخر الدولة العثمانية، فقد عاصر الشيخ نهاية الدولة العثمانية، وقيام دول حديثة على إرثها، هذا الشرح الأول، وأما الشرح الثاني فهو شرح الأستاذ منير القاضي، وهو شرح عراقي تميز بأمور منها أن شارحه هو قد عاصر نهاية الدولة العثمانية وشارك بتأسيس السلطة القضائية ونظام القضاء في الدولة العراقية، ولهذا الشرح جودته من حيث انه صاغه بصياغة عصرية معاصرة، واخذ القضاء العراقي به، ليستمر تدريس المجلة من قضاة عدة كان هو من بينهم، ليؤثر طلابه في كبار القانونيين مثل الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، كما تميز باستكمال ما بدأت به المجلة حيث أضاف إليها أبوابا من كتاب أبو الحسين القدوري، ليعطي دليلا على قدرة الفقه الإسلامي في تأسيس الأحكام القضائية المعاصرة، والشرح الثالث هو شرح والي الموصل رشيد باشا لكونه الشرح جاء من قبل من مارس الحكم وإدارة الدولة.

أما من حيث تخريج مواد المجلة وردها إلى قواعدها، فما كتبه عزتلو نجيب بك هواديني في شرحه "جامع الأدلة على موارد المجلة"، هو أفضل ما كتب في مجاله، لكنه اقتصر على ما هو مذكور في المجلة فقط، ولم يخرج منها إلى غيرها من القواعد.

بالإضافة إلى ما سبق دعت الحاجة إلى ذكر بعض الشروح المتعلقة بالمجلة، أردفناها كمصادر سائدة للدراسة، تميز شارحوها بعملهم داخل القضاء وارتباطهم به، مثل شرح القواعد للشيخ محمد سعيد الراوي، وأستاذ الحقوق عارف السويدي، وغيرها من الشروح.

وأما الدراسات المعاصرة، فهناك عدد واسع منها اهتمت ببيان طبيعة السلطة القضائية وبيان نظام القضاء المنبثق منها، فكان من أبرزها ما كتبه الدكتور الحقوقي منير البياتي في كتابه "الدولة القانونية والنظام الإسلامي" وهي دراسة دستورية شرعية وقانونية، حيث حلل أنواع السلطات في الحكم، ثم بيّن السلطة القضائية، مع ذكر للشورى وأثرها في تشكيل السلطة القضائية، إلا أنه لم يتطرق إلى القواعد الفقهية في تكوينها، لكن القاضي عبد الغفور محمد البياتي كتب حول هذا الأمر بشكل مميز في دراسته "القواعد الفقهية في القضاء"، حيث بين دور القواعد الفقهية في صياغة الأحكام القضائية، لكنه لم يذكر أثرها في السلطة القضائية ومجلة الأحكام العدلية.

ولهذا سأبحث من خلال الكتب الفقهية الأصيلة للمذهب الحنفي، وباقي المذاهب الإسلامية، ثم تحليل الوثائق العثمانية الخاصة بإدارة الدولة وإدارة منظومة القضاء من بيان نوع المحاكم وتوزيعها الجغرافي، مع شروح المجلة، ليظهر إثرها في تحقيق قيمة العدل والحفاظ على الحريات داخل الدولة. ونظرية الدراسة تسعى للوصول إلى مدى أثر هذه القواعد الفقهية في تأسيس سلطة قضائية، وكيف أخذ القضاء بما نتج من تلك القواعد من مواد قانونية، كانت حامية لمبدأ الحق، ومقصد العدل. وقد واجهتني صعوبات عدة، فتنوعت ما بين أن الموضوع يتوسط اتجاهات علمية ثلاث، وكل منها له بعده ومقصده، حيث نرى بعد الأحكام والنصوص الشرعية يظهر في الدراسة، وبعد التدوين التاريخي التحليلي، فيشكل كلا البعدين أساس هرم الدراسة ليعلوه بعد ثالث وهو بعد الدراسات القانونية، ولهذا تطلب الأمر أن يصاغ المنهج بشكل يتوسط هذه الثلاثية بما يحقق التجانس بينها.

كذلك ندرت المصادر التي تنحو منحى الجمع بين هذه الثلاثية السابقة، مع وجود أرشيف عثماني كبير يحتاج إلى تصنيف مما اثر في متغيرات الرسالة، فمثلاً: ما يشاع في العالم العربي نتيجة لما كتب في عصر السلطان عبد الحميد حول "الدستور" نجد أن هذا المصطلح يطلق على "القانون الأساسي للممالك العثمانية"، وفي الحقيقة أن "الدستور" هو غير "القانون الأساسي للممالك العثمانية"، فالدستور هو يمثل جميع التشريعات داخل الدولة العثمانية، لكن "القانون الأساسي للممالك العثمانية" يمثل مواد هي مجملها جاء الدستور مبيناً لها، وهذا الأمر غير من مفهوم الخطأ العلمي الشائع بين الكتاب عن هذه المرحلة، علماً أن "الدستور" طبع مرتين، ولم استطع الحصول على النسخة الثانية إلا من بغداد لندرته.

كذلك لرصد حركة التشريعات القانونية في المجلة، اضطرت لتحليل التدوين التاريخي لمنظومة القضاء في الدولة العثمانية من خلال السالنامات، حيث كان هناك نشاط اثر التغيرات القانونية، مع صعوبة معرفة الكيفية التي تم تخريج القانون المدون.

كذلك ضعف بضاعتي في هذا الفن، لكون هذا الفن له أهله واجد نفسي صغيرا بين من كتب من أهل العلم، وكذلك لكون الدراسة جاءت أصيلة في مسارها ومنهجها جعلت من معالجة أسسها أمر يحتاج إلى تكرار مستمر وبحث عن المصادر والمراجع..

وقد قسمت الدراسة إلى مدخل وبايين، وجعلت المدخل خاص بعلم القواعد الفقهية، وفي مجلة الأحكام العدلية، ثم دخلت بعدها إلى الباب الأول الخاص بالسلطة القضائية، وما تضمنته من جوانب تأسيسية لنظام القضاء، ذاك ما تعلق بها من القواعد الفقهية العاملة والتي أسست لها؛ ثم انتقلت إلى الباب الثاني القواعد الفقهية الكبرى، لكون القواعد الفقهية شاملة لأبواب الفقه، ذاكرا أثرها في السلطة القضائية، مع ذكر لعدد من القواعد الفقهية التي جاءت خاصة تحت عموم القاعدة، مع ذكر الجانب التطبيقي لها في مواد المجلة، وهذا المسلك سلكته المجلة في مقدمتها من ذكر القواعد الفقهية الكبرى العامة ثم الانتقال بعدها إلى قواعد خاصة تعلقت بكل باب.

وفي الختام اشكر أستاذي الدكتور محرم أوندر على ما قدمه من جهد ومن عمل، كما أشكر لجنة المراقبة...

والشكر موصول إلى جامعة يلوا لكون هذه الدراسة -بفضل الله تعالى وحده- هي الأولى من نوعها كتبت باللغة العربية، راجيا من الله تعالى القبول والتوفيق أنه سميع مجيب..

يبقى هذا جهد مقل .. اسأل الله تعالى التوفيق فيه.. والله من وراء القصد...

---

## المحتوى

II	..... التعهد ( BEYAN )
III	..... التمهيد
X	..... المحتوى
XIV	..... المختصرات
XV	..... ÖZET
XVI	..... SUMMARY

### المدخل:

1	القواعد الفقهية ونظام القضاء والعلاقة بينهما
3	..... المبحث الأول: تعريف القواعد وبيان معناها
3	..... المطلب الأول: معنى القواعد الفقهية باعتبارها مركباً إضافياً
5	..... المطلب الثاني: معنى القواعد الفقهية باعتبارها مصطلحاً علمياً خاصاً
9	..... المبحث الثاني: نظام القضاء في الإسلام
16	..... المبحث الثالث: القواعد الفقهية ونظام القضاء
20	..... المبحث الرابع: تدوين مجلة الأحكام العدلية وأثرها
20	..... المطلب الأول: السبب في تدوينها
21	..... المطلب الثاني: موجبات الحكم في الخلافة العثمانية التي أسست لظهور المجلة...
23	..... المطلب الثالث: الأبواب التي اهتمت بها المجلة
24	..... المطلب الرابع: الأثر القانوني لها

---

## الباب الأول

- 26 بيان السلطة القضائية ونظام القضاء من خلال المجلة
- 29 الفصل الأول: : السلطة القضائية مفهومها واختصاصها واستقلالها وأثرها في المجلة .....
- 34 المبحث الأول: مفهوم السلطة القضائية واختصاصها وأثرها في المجلة .....
- 34 المطلب الأول: السلطة القضائية مفهومها .....
- 39 المطلب الثاني: اختصاص السلطة القضائية وأثرها .....
- 41 المقصد الأول: اختصاص السلطة القضائية .....
- 43 المقصد الثاني: أثر السلطة القضائية في نظام الدولة .....
- 45 المبحث الثاني: استقلال السلطة القضائية ومهامها وأثرها في المجلة .....
- 45 المطلب الأول: استقلال السلطة القضائية .....
- 58 المطلب الثاني: مهام السلطة القضائية .....
- 67 الفصل الثاني: نظام القضاء من خلال المجلة وأثر القواعد في تحرير مواده .....
- 71 المبحث الأول: أركان القضاء .....
- 78 المبحث الثاني: أوصاف القاضي وآدابه .....
- 78 المطلب الأول: أوصاف القاضي .....
- 81 المطلب الثاني: آداب القاضي .....
- 84 المبحث الثالث: وظائف القاضي وقيود القضاء .....
- 84 المطلب الأول: بيان وظائف القاضي .....
- 92 المطلب الثاني: قيود القضاء وخصائصه .....
- 96 المطلب الثالث: مسائل تعلقت بنظام القضاء .....
- 102 المبحث الرابع: صُورَة المُحَاكَمَة وشروطها، وطرق حسم الخصومات .....
- 102 المطلب الأول: صُورَة المُحَاكَمَة وشروطها .....
- 108 المطلب الثاني: طرق حسم الخصومات .....
- 111 المبحث الخامس: شروط التحكيم وشموله وقوة حكمه .....
-



112	المطلب الأول: شُرُوطُ التَّحْكِيمِ وشموله .....
117	المطلب الثاني: قوة حُكْمِ المُحَكِّم .....
118	المبحث السادس: القواعد الكلية في مقدمة المجلة وأثرها في نظام القضاء
118	المطلب الأول: أثر القواعد الفقهية في المَحْكُومِ لَهُ، والمَحْكُومِ عَلَيْهِ، والقَاضِي ...
122	المطلب الثاني: أثر القواعد الفقهية في الحُكْمِ، والمَحْكُومِ بِهِ، والطَّرِيقَةَ .....
الباب الثاني	
126	اثر القواعد الفقهية الكبرى في تكوين السلطة القضائية، وتحرير مواد المجلة
130	الفصل الأول: قاعدة الأمور بمقاصدها .....
131	المبحث الأول: مفهوم قاعدة الأمور بمقاصدها .....
134	المبحث الثاني: أثر قاعدة الأمور بمقاصدها في تكوين السلطة القضائية، وتحرير المجلة ..
141	المبحث الثالث: القواعد المؤيدة لقاعدة الأمور بمقاصدها وأثرها في تكوين السلطة القضائية، وتحرير مواد المجلة .....
159	الفصل الثاني: قاعدة اليَقِينُ لَا يَزُولُ بِالسَّكِّ .....
160	المبحث الأول: معنى قاعدة اليَقِينُ لَا يَزُولُ بِالسَّكِّ وبيانها .....
164	المبحث الثاني: اثر قاعدة اليَقِينُ لَا يَزُولُ بِالسَّكِّ في تكوين السلطة القضائية، وتحرير المجلة .....
170	المبحث الثالث: القواعد المؤيدة لهذه قاعدة اليَقِينُ لَا يَزُولُ بِالسَّكِّ وأثرها في تكوين السلطة القضائية، وتحرير مواد المجلة .....
182	الفصل الثالث: قاعدة الضَّرَرُ يُزَالُ .....
183	المبحث الأول: معنى قاعدة الضَّرَرُ يُزَالُ وبيانها .....
186	المبحث الثاني: اثر قاعدة الضَّرَرُ يُزَالُ في تكوين السلطة القضائية، وتحرير مواد المجلة .....
170	المبحث الثالث: القواعد المؤيدة لقاعدة الضرر يزال وأثرها في تكوين السلطة القضائية، وتحرير مواد المجلة .....
205	الفصل الرابع: قاعدة المشقة تجلب التيسير .....

---

206	المبحث الأول: معنى قاعدة المشقة تجلب التيسير وبيانها .....
208	المبحث الثاني: أثر قاعدة المشقة تجلب التيسير في تكوين السلطة القضائية، وتحريير مواد المجلة .....
211	المبحث الثالث: القواعد المؤيدة لقاعدة المشقة تجلب التيسير وأثرها في تكوين السلطة القضائية، وتحريير مواد المجلة .....
223	الفصل الخامس: قاعدة العادة مُحكَّمة .....
224	المبحث الأول: معنى قاعدة العادة محكمة وبيانها، مع بيان مفهوم العرف .....
229	المبحث الثاني: أثر قاعدة العادة محكمة في تكوين السلطة القضائية، وتحريير مواد المجلة .....
233	المبحث الثالث: القواعد المؤيدة لقاعدة العادة مُحكَّمة وأثرها في تكوين السلطة القضائية، وتحريير مواد المجلة .....
242	الخاتمة .....
247	الملاحق .....
257	المصادر والمراجع والوثائق .....
283	السيرة الذاتية .....

## المختصرات

توفي	ت:
الجزء	ج:
الصفحة	ص:
الطبعة	ط:
ميلادي	م:
هجري	ه:
لوحة	ل:
ورقة	و:

## ÖZET

<b>Tezin Başlığı: Eseru'l- kavâidi'l-fıkhiyye fi's-sultati'l-kadâiyye Mecelletü'l-ahkâmil-adliyye enmüzece</b>	
<b>Tezin Yazarı: Othman saeed HOURAN</b>	<b>Danışman: Doç. Dr. Muharrem ÖNDER</b>
<b>Kabul Tarihi:</b>	<b>Sayfa Sayısı: X (ön kısım) +281 (tez)</b>
<b>Anabilimdalı: Temel İslam Bilimleri</b>	<b>Bilimdalı: İslâm Hukuku</b>
<p>İslam hukukunun oluşumunda Fıkıh kaidelerinin açık bir rolü vardır. Çünkü bu kaideler Allah'ın kitabı ve Hz. Peygamber'in sünnetindeki nasların bütününden Fıkıh alimlerinin anladıklarının hulasası mesabesindedir. Fıkıh alimlerinin bu kaideleri vaz etmesindeki amaç; fikhin kendisi üzerine bina edilebileceği fetvaya esas bir takım kurallar ve anlaşmazlık durumunda kendisine başvurulabilecek bir kısım kaideler oluşturmaktır. Bu kaideler aracılığıyla müftü fetvasını verebilecek ve hakim vereceği hükme referans olabilecek esaslara sahip olacaktır.</p> <p>Bu sebeple dört mezhebe mensub olsun olmasın Fıkıh alimlerinin tamamı; bu kaideleri meydana getirmek, bablara ayırmak ve bunları ferî meselelere tatbik etme hususuna önem vermişlerdir ki her bir fıkıh alimi, bu ilimden elde ettiklerini bir araya toplamış olsun.</p> <p>Bütün fıkıh ictehadları bu kaidelere dayanır ve bütün mezhepler bunları göz önünde bulundurmaya çaba sarfeder. Fıkıh alimleri arasında bu kaideler etrafında tartışmalar süregelmiştir. Bunun sonucunda bir kısım kaideler üzerinde ittifak edilirken bazıları da mezhepler arasında ihtilaf konusu olmuştur.</p> <p>Öte yandan Fıkıh alimleri; Fıkıh kaideleri ile usul kaideleri arasında ayrıma gittikleri gibi, kavâidi fıkhiyye ile zavabıtıfıkhiyyeyi de birbirinden ayırmışlardır. Çünkü bunlardan her biri diğerlerinden farklı bir anlama sahiptir.</p> <p>Bu sebeple İslam medeniyetindeki hukukçular; Raşid halifeler dönemindeki yargılama usüllerinde adaletin gözetilmesine verilen önem ve bunun sonucu olarak ortaya çıkan insanlar arasında adaleti gözetip, kişi hak ve hürriyetini garantiye almaya oldukça önem vermişlerdir. Özellikle bu durum Osmanlı'nın son döneminde (Tanzimat dönemi) bütün çıplaklığı ile kendini göstermiştir. Çünkü bu dönemde hukukçular fıkıh kaideleri ışığında Devlet idaresini esas alan kanunlar hazırlamışlardır. Bu fıkıh koleksiyonunun (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye) önemli sonucu; bu koleksiyonun sonunda yer alan, devlet idaresi ve yargılama hukukuna dair maddelere yer verilmiş olmasıdır.</p> <p>Biz bu çalışmamızda; Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye çerçevesinde Osmanlı Devlet Yönetiminde Fıkıh kaidelerinin rolünün boyutlarını araştıracağız.</p> <p>Bu sebeple öncelikle; Hanefî Mezhebi başta olmak üzere mezheplerin klasik fıkıh kaynaklarından başvurulmuştur. Sonra da devlet idaresi ve yargılama hukuku alanındaki Osmanlı vesikaları üzerinde çalışılmıştır. Bunun yanında mahkemelerin türleri ile coğrafi dağılımları ve adaletin gerçekleşmesi, insan hak ve hürriyetinin korunmasındaki etkilerine de temas edilmiştir.</p> <p>Ayrıca bu çalışmada külli fıkıh kaidelerinden kanun tarzında alt maddelerin nasıl çıkarıldığı da Mecelle-i Ahkâmı Adliyye çerçevesinde araştırma konusu yapılmıştır.</p>	

## SUMMARY

<b>Thesis Title:</b> The impact of major legal maxims with reference to judicial authority in “The Majalla al-Ahkam al-Adliyya”	
<b>Thesis Author :</b> Othman saeed HOURAN	<b>Advisor :</b> Doç. Dr. Muharrem ÖNDER
<b>Date of Acceptance:</b>	<b>Total Number of Pages:</b> X (pre text) +281 (main body)
<b>Department:</b> Basic Islamic Sciences	<b>Field of Study:</b> Islmic Law
<p>Islamic legal maxims have a clear purpose in Islamic law that are a summary of what legal scholars understand of the corpus of texts which constitute the Quran and the Sunnah. Some of those principles which find unanimous support among legal scholars become the foundation upon which legal rulings are formed as well as the bases of law that is instrumental during disagreements. They often substantiates legal verdicts and is relied upon to provide support in court rulings.</p> <p>This is why jurists of the four legal schools as well as others have given them much consideration whether from the technical perspective, tracing their origin, arranging them topically, applying them or studying their sources of references. This was in order that every jurist attains as much insight as is possible of this field.</p> <p>All legal reasoning depends on those legal principles, and every Legal School (madhab) sought to define them, while scholars discussed them elaborately until they were able to define those principles which they agreed upon and those they disagreed upon.</p> <p>Likewise scholars differentiated between Legal Principles, Jurisprudential Principles and Legal ..... as each differed from the other.</p> <p>Hence legal scholars in the Islamic civilization strove in order to implement the value of justice in juridical organizations by evaluating it in the period of the rightly guided caliphs alongside the results of the respective era’s judicial rulings. The endeavor sought to maintain justice while protecting rights and freedoms. This was in order for these qualities to manifest explicitly in the Ottoman Empire particularly in its latter years (during the era of its reforms) and thus they found principles pertaining to the administration of the state. The most distinguished part in this publication, “The Majalla al-Ahkam al-Adliyya”, was the section in the end on judgeship and ruling with regards to judicial authority.</p> <p>This study seeks to show the extent of influence of legal maxims on judicial authority in the Ottoman Empire through “The Majalla al-Ahkam al-Adliyya”.</p> <p>In order to achieve that I will search through authentic legal works of the Hanafi Legal School, as well as the remaining legal schools. Also, an analysis of Ottoman State Administration and Judicial Administration documents to ascertain the type of courts and their geographical distribution will be undertaken, while assessing their impact to achieve the value of justice and the preservation of freedoms within the state.</p> <p>The study also focused on the major legal maxims as well as minor (or more general) ones, with reference to legal topics contained in “The Majalla al-Ahkam al-Adliyya”.</p>	

**المدخل:**

**القواعد الفقهية ونظام القضاء ومجلة الأحكام العدلية**

## القواعد الفقهية ونظام القضاء والعلاقة بينهما ونشأة المجلة

جاء المدخل كمقدمة لبيان القواعد الفقهية كلفظ مركب وكعلم على ذات له دلالاته، وذلك بشكل موجز مختصر يتضح من السرد دلالة اللفظ على مقصود لفظ القواعد الفقهية.

وبعد هذا جاء المدخل موضحا لنظام القضاء بشكل موجز مع الإشارة على مقاصده وطرق ضبط ما يؤل عليه حكم القاضي من دفع مفسدة وتحقيق مصلحة، ورعاية جانب العدل وحفظ النفوس والحقوق.

كما دعت الحاجة إلى ذكر صورة العلاقة بين القواعد من جهة وبين القضاء من جهة أخرى، مع ذكر لأمثلة من القواعد الفقهية وأثرها في قضاء القاضي.

ولذلك اجتهد كاتبو مجلة الأحكام العدلية أن ينظروا إلى ما دون من إرث فقهي تعلق بالقضاء، وصاغوه صياغة مواد قانونية في مجلة الأحكام العدلية ليحتكم له في القضاء ويستند إليها في الحكم.

ولهذا جاء المبحث مكون من أربع مباحث:

المبحث الأول: تعريف القواعد وبيان معناها

المبحث الثاني: نظام القضاء في الإسلام

المبحث الثالث: القواعد الفقهية ونظام القضاء

المبحث الرابع: تدوين مجلة الأحكام العدلية

## المبحث الأول: تعريف القواعد وبيان معناها

من خلال النظر إلى لفظ القواعد الفقهية، نجد أن اللفظ يعرف من جهة كونه مركباً إضافياً، كما يعرف باعتبارها مصطلحاً علمياً خاصاً.

### المطلب الأول: معنى القواعد الفقهية باعتبارها مركباً إضافياً

لكون اللفظ مركب من كلمتين هما: لفظ القواعد، ولفظ الفقه، دعت الحاجة إلى بيان كل لفظ وتعريفه.

أولاً: القواعد: لغة واصطلاحاً.

القواعد جمع قاعدة، وهي في اللغة تدل على معاني عدة منها: الأساس<sup>(1)</sup>، والثبات<sup>(2)</sup>، وبمعنى الجلوس والمكث والإقامة<sup>(3)</sup>؛ كما أن لفظ القاعدة هو مرادف لمعنى الأصل والقانون والمسألة والضابطة والمقصد<sup>(4)</sup>.

أما تعريف القاعدة اصطلاحاً، فقد عرفها الجرجاني (ت816هـ/1413م)، بقوله: "قضية كلية منطبقة على جميع جزئياته"<sup>(5)</sup>، وهو تعريف مجمل من حيث ألفاظه، لكن تعريف الخادمي (ت1176هـ/1763م)، جاء مفصلاً لمعنى القاعدة حيث قال: "حكم كلي ينطبق على

---

(1) الأزهرى، أبو منصور محمد بن أحمد، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت 2001م، مادة: "عقد"، ج 1، ص 137؛ الراغب الأصفهاني: أبو القاسم الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، دمشق 1412 هـ، مادة: "أس"، ج 1، ص 75؛ الزبيدي: مرتضى محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق مجموعة من الباحثين، دار الهداية، الكويت، ج 9، ص 60؛ وينظر: الألوسي: شهاب الدين محمود، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، تحقيق: علي عبد الباري عطية، دار الكتب العلمية، بيروت 1415 هـ، ج 1، ص 381؛ علي حيدر أفندي، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، تعريف المحامي: فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت 2010م، ج 1، ص 13؛ الندوي: علي، القواعد الفقهية؛ مفهومها ونشأتها وتطورها ودراسة مؤلفاتها، دار القلم، دمشق 2004م، ص 39.

(2) الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ج 1، ص 171.

(3) ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن زكريا، معجم المقاييس في اللغة، دار الكتب العلمية، بيروت 1999م، ج 2، ص 410.

(4) ينظر: المنجور: أحمد بن علي، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، تحقيق: محمد الشيخ محمد أمين، دار أحياء الكتاب العربي، القاهرة، ج 1، ص 100؛ التهانوي: محمد بن علي، كشف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق: علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: عبد الله الخالدي، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت 1996م، ج 2، ص 1295.

(5) الجرجاني: علي بن محمد بن علي، التعريفات، تحقيق: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت 1983م، ص 171.



جميع جزئياته لِيُتَعَرَّفَ به أحكام الجزئيات والتي تندرج تحتها من الحكم الكلي<sup>(6)</sup>، وتعريف الخادمي أدق لذكره لفظه "الحكم" فيه، وهو أقوى من لفظ "القضية" في تعريف الجرجاني، لأن القضية قول يصح أن يقال لقائله: إنه صادق فيه أو كاذب فيه<sup>(7)</sup>، بينما لفظ "الحكم" هو "إسناد أمر إلى آخر إيجاباً أو سلباً"<sup>(8)</sup>، ولهذا كانت القضية تدخل إليها الشبهة، لكن الحكم يدخل إليه الظن<sup>(9)</sup>، واثراً هذا يظهر في الأحكام القضائية، فالدعوى من الخصوم قضية، تحتمل الصدق والكذب، ولكن الحكم من القاضي حكم يحتمل الخطأ<sup>(10)</sup>، ولهذا وجب على القاضي الاستقراء في معرفة الحكم، والتثبت من صحة الدعوى، والاستقراء يكون في المظنون، والتثبت يكون في الأخبار<sup>(11)</sup>.

ثانياً: معنى "الفقهية" في اللغة والاصطلاح:

الفقهية لغة: وهي نسبة إلى لفظ الفقه، وقد جاء اللفظ بعدة معان، منها: "الفهم والفتنة"<sup>(12)</sup>، كما في قوله تعالى: {قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيراً مِّمَّا تَقُولُ}<sup>(13)</sup>؛ و يأتي أيضاً بمعنى "العلم": إدراك الشيء بحقيقته<sup>(14)</sup>، وهو نقيض الجهل<sup>(15)</sup>.

(6) الخادمي: أبو سعيد محمد، منافع الدقائق شرح مجامع الحقائق في أصول الفقه، دار الطباعة العامرة، اسطنبول 1273هـ، ص305؛ وينظر: الحموي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد مكّي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت 1985م، ج1، ص51؛ التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، ج2، ص1295، حيث جاء تعريفه مقارباً لتعريف الخادمي، قائلًا: "أمر كلّي منطبق على جميع جزئياته عند تعرّف أحكامها منه".

(7) الجرجاني، التعريفات، ص176؛ التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، ج2، ص1325.

(8) الجرجاني، التعريفات، ص92.

(9) حول دخول الظن إلى الحكم، ينظر: الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد الطوسي، معيار العلم في فن المنطق، تحقيق: الدكتور سليمان دنيا، دار المعارف، مصر 1961م، ص257.

(10) ينظر بيان هذا الفرق: علي حيدر أفندي، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، قضية وفقية العقار، المادة (1788)، ج4، ص524، والمادة "1796" و"1797" المتعلقة بشرط ضيافة احد الخصمين له وقبول الهدايا، ج4، ص534 و538.

(11) ينظر حول الاستقراء: الرازي: فخر الدين أبو عبد الله محمد بن عمر، الحصول، تحقيق: طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت 1997م، ج6، ص161؛ السبكي: تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي، الإجماع في شرح المنهاج (منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي المتوفي سنة 785هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت 1995م، ج3، ص174؛ الزركشي: بدر الدين محمد بن عبد الله، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتي، القاهرة 1994م، ج8، ص6.

(12) يقال: فُقِّهَ الرَّجُلُ بِفُقْهِهِ فُقْهًا فَهُوَ فُقِيهٌ. وَفُقِيَهُ بِفُقْهِهِ فُقْهًا إِذَا فُهِمَ. وَأَفْقَهُهُ: بَيَّنْتُ لَهُ. وَالتَّفَقُّهُ: تَعَلَّمَ الْفُقْهَ. وَيُقَالُ: فُقِيَهُ فَلَانٌ عَنِّي مَا بَيَّنْتُ لَهُ، يُفَقِّهُهُ فُقْهًا إِذَا فُهِمَهُ. " و "يُقَالُ: رَجُلٌ فُقِيهٌ وَقَدْ فُقِّهُ بِفُقْهِهِ فَقَاهَةً: إِذَا صَارَ فُقِيهًا". ينظر: الفراهيدي: أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو

وأما معنى الفقه في الاصطلاح: فقد عرفه الجرجاني بأنه: "العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية"<sup>(16)</sup>.

### المطلب الثاني: معنى القواعد الفقهية باعتبارها مصطلحاً علمياً خاصاً

من خلال ما جاء من تعريفات للقاعدة كلفظ مستقل، وللغة كلفظ مستقل أخرى، نجد الفقهاء قد ضمنوا معاني اللفظين في التعريف الخاص، وذلك بكون لفظ القواعد الفقهية مصطلحاً علمياً، وقد جاءت تعريفاتهم تنقسم إلى ثلاث مجموعات:

المجموعة الأولى: ترى أن القاعدة الفقهية هي الأمر الكلي.

المجموعة الثانية: ترى أنها حكم أكثر من كافي لا كلي.

المجموعة الثالثة: ترى أنها حكم كلي وأكثر من كافي.

أما المجموعة الأولى التي ترى أن القاعدة هي الأمر الكلي، يستند أهلها إلى كونها تنطبق على جزئيات تنحصر تحتها دون سواها، حيث أخذ من عرف هذا التعريف الاصطلاحي للقواعد الفقهية تعريفه من المعنى الاصطلاحي للفظ "القاعدة"، والقاعدة تعرف بأنها حكم كلي<sup>(17)</sup>، وقد مر في تعريف القاعدة تعريفات ذكرها أصحابها في معرض تعريف القاعدة الفقهية، فمثلاً نجد الخادمي عرف القاعدة اصطلاحاً بعد ذكرها من حيث اللغة، فيكون التعريف الاصطلاحي للفظ القاعدة بعد

---

بن تميم البصري، كتاب العين، تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، القاهرة، ج7، ص370؛ الأزهرى، تهذيب اللغة، ج5، ص263.

(13) هود، 11 / 91.

(14) الزبيدي، تاج العروس، ج33، ص127.

(15) ابن فارس، مجمل اللغة، ص624.

(16) الجرجاني، التعريفات، ص171؛ ويقرب من هذا التعريف، تعريف القاضي أبو يعلى الفراء: نُجِدُّ بن الحسين، العدة في أصول الفقه، حققه وعلق عليه وخرج نصه: د أحمد بن علي بن سير المبركي، جامعة الملك مُجِدُّ بن سعود الإسلامية، الرياض 1990م، ج1، ص18 وما بعدها؛ الغزالي: أبو حامد مُجِدُّ بن مُجِدُّ الطوسي، المستصفى، تحقيق: مُجِدُّ عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت 1993م، ص5؛ الأمدي: أبو الحسن سيد الدين علي الثعلبي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق، ج1، ص6؛ ابن خلدون: عبد الرحمن بن مُجِدُّ، مقدمة ابن خلدون، ضبط وشرح وتقديم: د. مُجِدُّ الإسكندراني، دار الكتاب العربي، بيروت 2008م، ص412.

(17) ينظر حول تحليل هذه المسألة: الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص51.

التعريف اللغوي هو المراد للتعريف الاصطلاحي للقاعدة الفقهية؛ بأنها حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته<sup>(18)</sup>، وسبق الخادمي في تعريف القاعدة بكونها حكم كلي التفاضلاني (ت 732 أو 793 هـ/ 1390م)، حيث ذكرها في معرض التمثيل على القواعد الفقهية<sup>(19)</sup>، وكذلك ابن خطيب الدهشة (834هـ/1431م)، بكونها حكماً كلياً أيضاً<sup>(20)</sup>، وكذلك السبكي (ت: 771هـ/1370م)، والزركشي (ت: 794هـ/1392م) ، والمنجور (ت 995هـ/1587م)، بكونها كلية<sup>(21)</sup>، وكذلك من المعاصرين عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف<sup>(22)</sup>، ومن المعاصرين من اختار تعريفاً تميز به عن غيره مثل الشيخ مصطفى الزرقا (ت1420هـ) قائلاً: "أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية، تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضعها"<sup>(23)</sup>، وتميز تعريفه بوجود لفظ "دستورية" والمقصود هنا اللفظ اللغوي دون الاصطلاحي<sup>(24)</sup>.

أما تعريف علي أحمد الندوي للقواعد الفقهية هو أنها: "أصل فقهي كلي يتضمن أحكاماً تشريعية عامة من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه"<sup>(25)</sup>.

---

(18) ينظر التعريف السابق للقاعدة: الخادمي، *منافع الدقائق شرح مجامع الحقائق*، ص305؛ وكذلك سلك هذا المسلك التهانوي، *كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم*، ج2، ص1295.

(19) التفاضلاني: سعد الدين، *التلويح على التوضيح*، مكتبة صبيح، مصر، بدون تاريخ، ج1، ص34.

(20) ابن خطيب الدهشة، *مختصر من قواعد العالائي وكلام الأسنوي*، تحقيق: مصطفى محمود البنجوني، لجنة الاحتفال بمطلع القرن الخامس عشر الهجري، بغداد1983م، ص64.

(21) حيث بينها بعد أن جعل من معانيها لفظ "القانون" قائلاً: "أمر كلي منطبق على جزئياته لتعرف أحكامها منه"، المنجور، *شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب*، ج1، ص100.

(22) حيث عرفها بما يلي: "قضية كلية من حيث اشتغالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها"؛ العبد اللطيف: عبد الرحمن، *القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير*، الناشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة 2003م ج1، ص34.

(23) الزرقا: مصطفى أحمد، *المدخل الفقهي العام*، دار القلم، دمشق، 1998م، ج2، ص965؛ وينظر أيضاً: الندوي: *القواعد الفقهية*، ص43 و45؛ و العبد اللطيف، *القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير*، ج1، ص34؛ و الباحثين: يعقوب بن عبد الوهاب، *القواعد الفقهية*، مكتبة الرشد، الرياض، 1998م، ص65؛ شبير، محمد عثمان، *القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية*، دار الفنائس، عمان2007، ص18.

(24) الدستور في اللغة: كلمة مركبة من كلمة "دست" بمعنى قاعدة، وكلمة "ور" أي صاحب، وانتقلت كمصطلح سياسي يخص الدولة إلى العربية من التركية بمعنى (قانون، وإذن) ثم تطور استعمالها حتى أصبحت تطلق الآن على القانون الأساسي في الدولة. ينظر: توفيق بن عبد العزيز السديري، *الإسلام والدستور*، وكالة المطبوعات والبحث العلمي وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، 1425هـ، ص33.

(25) الندوي، *القواعد الفقهية*، ص45.

وأما المجموعة الثانية، فقد ذهبت في تعريف القاعدة الفقهية إلى القول بأنها حكم أكثرى لا كلي، ومن بين من عرفها الحموي (ت 1098 هـ / 1687 م)، قائلاً: "حُكْمٌ أَكْثَرِيٌّ لَا كَلْبِيٌّ يَنْطَبِقُ عَلَى أَكْثَرِ جُزْئِيَّاتِهِ، لِنُعْرَفَ أَحْكَامَهَا مِنْهُ"<sup>(26)</sup>، حيث أثبت كون الحكم فيها أكثرياً، ونفى كونها كلياً، وقد سبقه الشاطبي (ت 790 هـ / 1388 م) في الإشارة إلى هذه النقطة: "الْأَمْرُ الْكَلْبِيُّ إِذَا ثَبَتَ كَلْبِيًّا، فَتَخَلَّفَ بَعْضُ الْجُزْئِيَّاتِ عَنِ الْمُقْتَضَى الْكَلْبِيِّ لَا يَخْرُجُهُ عَنِ كَوْنِهِ كَلْبِيًّا، وَأَيْضًا، فَإِنَّ الْغَالِبَ الْأَكْثَرِيَّ مُعْتَبَرٌ فِي الشَّرِيعَةِ اعْتِبَارَ الْعَامِّ الْقَطْعِيِّ؛ لِأَنَّ الْمُتَخَلِّفَاتِ الْجُزْئِيَّةَ لَا يَنْتَظِمُ مِنْهَا كَلْبِيٌّ يُعَارِضُ هَذَا الْكَلْبِيَّ الثَّابِتَ"<sup>(27)</sup>، ومن المعاصرين محمد صدقي البرنو، أخذ بكونها حكماً أكثرياً لا كلياً<sup>(28)</sup>، وهناك من عرفها باللفظ "أغلبى"، منهم أحمد بن عبد الله بن حميد بقوله: "حكم أغلبى يتعرف منه حكم الجزئيات الفقهية مباشرة"<sup>(29)</sup>، وهذا التعريف لا ينفك معناه عما سبقه من تعريفات بأنها حكم أكثرى.

وأما المجموعة الثالثة؛ ترى أن تعريف القواعد الفقهية بأنها حكم كلي وأكثرى، أي جمعوا بين الأمرين، ولهذا الجمع وجه، ومقتضاه، ومن بينهم شراح مجلة الأحكام العدلية، حيث عرف الشيخ علي حيدر أفندي (ت: 1935 م) القاعدة بأنها: "الْحُكْمُ الْكَلْبِيُّ أَوْ الْأَكْثَرِيُّ الَّذِي يُرَادُ بِهِ مَعْرِفَةُ حُكْمِ الْجُزْئِيَّاتِ"<sup>(30)</sup>، لكن منير القاضي<sup>(31)</sup> (ت 1389 هـ / 1969 م) قام بتنسيق التعريف قائلاً: "حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته أو على أكثرها لتعرف أحكامها منه"<sup>(32)</sup>.

(26) الحموي، غمز عيون البصائر، ج 1، ص 51.

(27) الشاطبي: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، الموافقات، تحقيق: مشهور حسن سلمان، دار ابن عفان، القاهرة 1997 م، ج 2، ص 83 وما بعدها.

(28) بورنو: أبو الحارث الغزي محمد صدقي، مؤسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت 2003 م، ج 1/1، ص 22.

(29) قسم التحقيق؛ ينظر: المقرئ: أبي عبد الله محمد بن أحمد، قواعد المقرئ، تحقيق: محمد أحمد الحميد، معهد البحوث والدراسات، مكة المكرمة، بدون تاريخ، ج 1، ص 107.

(30) علي حيدر، درر الحكم، ج 1، ص 13، وأضن العبارة تكون: "هي الحُكْمُ الْكَلْبِيُّ"، بدلا من: "هو الحُكْمُ الْكَلْبِيُّ"، لأن القاعدة مؤنث.

(31) منير القاضي: بن خضر بن يوسف القاضي العاني البغدادي: أديب حقوقي من رجال النهضة العلمية الحديثة في العراق، مولده ووفاته ببغداد. وعين وزيرا للمعارف (1956 م) واختير عضوا في المجمع العلمي العربي بدمشق (1957 م) ورئيسا للمجمع العلمي العراقي عدة مرات، له مصنفات. ينظر: الزركلي، الأعلام، ج 7، ص 309؛ يونس الشيخ إبراهيم السامرائي، تاريخ علماء بغداد في القرن الرابع عشر، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، 1402 هـ / 1982 م، ص 679.

(32) منير القاضي، شرح المجلة، مطبعة العاني، بغداد، 1949 م، ج 1، ص 53.

وقد صاغ الأستاذ محمد الروكي تعريفاً خاصاً، قائلاً: "حكم كلي عملي مستند إلى دليل شرعي، مصوغ صياغة تجريدية محكمة، منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد أو الأغلبية"<sup>(33)</sup>، وهو بهذا التعريف وافق به شراح مجلة الأحكام العدلية مثل منير القاضي من حيث دلالة التعريف.

ومن الأمثلة على القاعدة الفقهية بأنها أغلبية غير مطردة، قاعدة "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة" فولاية المتولي أولى من ولاية القاضي عليه<sup>(34)</sup>، ويستثنى من هذه القاعدة، أن للقاضي أن يأذن للصغير المميز في تصرفاته، عند امتناع الولي الذي هو أقوى منه عن الإذن، إذا رأى القاضي في تصرفاته منفعة<sup>(35)</sup>، وقد فصل في ذلك شراح مجلة الأحكام العدلية في هذه المسألة<sup>(36)</sup>.

وبإمعان النظر في تعريف المجموعة الأولى والثانية، نجد أنه لا فارق بينهما من حيث النتيجة، فالذي قال بأنها حكم كلي، خصها بجزئيات تدرج تحتها، ويخرج منها مالا تشمله القاعدة من أحكام<sup>(37)</sup>، وما يخرج من حكم قاعدة معينة، يدخل ويندرج تحت قاعدة أخرى، وكذلك من قال بأنها حكم أكثرى، ما لا يدخل في حكم قاعدة أكثرية يندرج في قاعدة أكثرية أخرى، وإلا لتحولت القاعدة إلى ضابط.

---

(33) الروكي: مُجَدِّد، نظرية التقييد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، كلية الآداب والعلوم، الرباط 1994م، ص 48 .

(34) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 154؛ الحموي، غمز عيون البصائر، ج 1، ص 455؛ علي حيدر، درر الحكماء، ج 1، ص 53، رقم القاعدة (59).

(35) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2، ص 1049.

(36) علي حيدر، درر الحكماء، ج 1، ص 53، رقم القاعدة (59)، حيث ذكر مراتب الولاية الخاصة من حيث القوة وفصلها بست مراتب، كما ذكر في المادة (974) معلقاً على هذه القاعدة قائلاً: "إِنَّ هَذِهِ الْقَوَاعِدَ كَمَا وَزَدَ فِي شَرْحِ الْقَوَاعِدِ الْكُلِّيَّةِ لَيْسَتْ بِكُلِّيَّةٍ بَلْ هِيَ أَكْثَرِيَّةٌ". ينظر: ج 2، ص 672؛ هاوديني: عزتو نجيب بك، جامع الأدلة على موارد المجلة، المطبعة الشرقية الحديثة، لبنان 1905م، ص 26.

(37) البياتي: الدكتور عبد الجبار، القواعد الفقهية في القضاء، دار النهضة، دمشق، 2010م، ج 1، ص 20.

## المبحث الثاني: نظام القضاء في الإسلام

يعد نظام القضاء في الحضارة الإسلامية قديماً، ظهرت معالمه بشكلها الواضح من خلال تحليلنا لرسالة الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى غبي موسى الأشعري، حيث أسست للفصل بين سلطة الوالي من جهة، وبين سلطة القاضي من جهة أخرى، لدرج تحول هذا الأمر إلى عرف متبع سار على نهجه الخلفاء.

أما من حيث التنظيمات الإدارية فيه من قبيل الوسائل في حكم الخلافة الإسلامية وليس من قبيل المقاصد في ذات الحكم، لهذا تتغير شكل التنظيمات بحسب حاجة العصر دون أن تقف عن شكل وأحد، فتارة يولي القاضي الخليفة وأحياناً يولي القاضي قاضي القضاة<sup>(38)</sup>، وفي الدولة العثمانية كانت هناك هيئة قضائية تتوزع على ثلاث مناطق هي الروملي، والأناضول، ومصر، وكان القضاة تحت إدارة قاضي عسكر الروملي، وقاضي الأناضول يلحق به مصر<sup>(39)</sup>، ولهذا كان شكل القضاء وإدارته من قبل الوسائل، وليس من قبيل المقاصد، فمقصد العدل وحفظ النفوس، والشورى التي تحقق غاية هذا الأمر هي ثابتة من حيث كونها مقصد معتبراً، فهي غاية ينطلق إليها من قواعد الشرع وضابط النصوص ودلالاتها، ولهذا قامت منظومة الحكم والقضاء خصوصاً على راعية مقصدين مهمين كهدفين، حفظ النفوس بعد حفظ الدين، والعدل، ويمكن بينها كما يلي:

الهدف الأول: مهمة الدولة هي حفظ النفس بعد حفظ الدين، وحفظ النفس واجب على السلطان، والقضاء وضع حامياً لها، وحق حفظ النفس ليس خاصاً بالمسلمين، بل هو عام لكل رعايا الدولة<sup>(40)</sup>، ولهذا شرعت الدولة العثمانية قوانين خاصة لحفظ الدماء، هذا ما دلت عليه

---

(38) وذلك كوكلاء له ينظر: القرائي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، اعتنى به: عبد الفتاح أبي غدة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط: 2، 1416هـ/1995م، ص43؛ ابن السبكي: علي بن محمد بن أحمد، أبو القاسم الرحبي (ت: 499 هـ)، روضة القضاة وطريق النجاة، تحقيق: صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت - دار الفرقان، عمان، ط: الثانية، 1404هـ/1984م، ج1، ص123 وما بعدها؛ الإشفورقاني: عماد الدين محمد بن محمد ابن اسماعيل بن محمد الخطيب (ت: 646هـ)، صنون القضاء وعنوان الإفتاء، تحقيق: مجاهد الإسلام القاسمي، وزارة الأوقاف، الكويت، ط: 2، 1431هـ/2010م، ج1، ص142.

(39) ينظر: أكمل الدين إحسان أوغلو، وآخرون، الدولة العثمانية تاريخ وحضارة، نقله إلى العربية: صالح سعدواي، منظمة المؤتمر الإسلامي، مركز الأبحاث للتاريخ والفنون الإسلامية، اسطنبول، 1999م، ج1، ص294 وما بعدها.

(40) ينظر: آق قندز، الدولة العثمانية المجهولة، ص609 وما بعدها؛ منير البياتي: الدولة القانونية، ص173 وما بعدها.

المادة "8" و"11" من مواد القانون الأساسي<sup>(41)</sup>، وقد شكّلت المحاكم الجزائرية في الدولة على ضوء هذا المقصد وبحسب الحاجة، ففي عام 1304هـ الموافق 1848م، وتوافقها السنة المالية 1264<sup>(42)</sup>، كانت المحاكم ملحقة بمشيخة الإسلام، وكانت جمعية المجلة مشكلة للنظر في حاجة الأمة<sup>(43)</sup>، ثم بعدها دعت الحاجة إلى تشكيل وزارة العدلية ليكون ناظرها أحمد جودت باشا رئيس جمعية المجلة، مع ذكر للمحاكم الموجودة داخل الدولة<sup>(44)</sup>، ثم تطور عمل القضاء ودعت الحاجة إلى إنشاء محاكم أكثر اختصاص مثل محاكم التمييز الجزائرية والشرعية والحقوقية، ومحاكم الأوقاف، والمحاكم الجنائية، ومحاكم الاستئناف الخاصة بالجنح وغيرها<sup>(45)</sup>، وتحقيق هذا المقصد مناط بالسلطان أولاً وبمن يوكله من قضاة، فعليهم بذل المجهود لتحقيق المقصود<sup>(46)</sup>، وهذا ما أكدته مجلة الأحكام العدلية في مادتيها "1785" و"1800"، بأن القَاضِي وَكَيْلٌ مِنْ قِبَلِ السُّلْطَانِ بِإِجْرَاءِ الْمُحَاكَمَةِ وَالْحُكْمِ<sup>(47)</sup>.

ويؤيد هذا الأصل جملة قواعد منها: "النَّفْسُ مَحْفُوظَةٌ بِصَاحِبِهَا"<sup>(48)</sup>، وهذه قاعدة جلييلة تشير أن نفس الإنسان هي أمانة عند صاحبها، فوجب الحفاظ عليها، ولهذا كانت قاعدة: "ضَمَانُ النَّفْسِ عَلَى الْعَاقِلَةِ"<sup>(49)</sup>، فيها دلالة أن حفظ النفس مسؤولية الجميع، إذا أساء الفرد في حفظها،

- (41) ينظر المواد: (8) و(11)، القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: 1293هـ الموافق 1876م، ص5.
- (42) السنة المالية: أو الرومية، اسم لتاريخ استخدمه العثمانيون منذ عام 1205هـ الموافق 1790م، ويتقيد بالشهور الشمسية واعتبار بداية السنة الشمسية، ويكون في شهر "مارس". والفرق بينها وبين التاريخ الميلادي 584 سنة، فإذا طرح من التاريخ الميلادي كان التاريخ الرومي، واستخدمت هي مع التاريخ الهجري في الأوراق الرسمية. ينظر: صابان، المعجم الموسوعي للمصطلحات العثمانية التاريخية، ص135 وما بعدها؛ وينظر: سالنامه ثروت الفنون، درد نجي سنة، 1329 سنة مالية مخصوص، احمد احسان وشركاسي، مطبعة جيلق عثمانلي شركتي، استانبول، ص38.
- (43) ينظر: سالنامه دولت عليه عثمانيه، قرق ايكنجي دفعه، معارف نظاري جليله سنك اثر ترتيبيدر، دار سعادت، (محمود بك) مطبعة س- باب عالي جوارنداه ابو السعود جاده سنده، 1304 سنه هجريه سنه مخصوص، حول جمعية المجلة: ص155، وحول المحاكم: ص156.
- (44) ينظر: سالنامه دولت عليه عثمانيه، قرق بشنجي سنة، ايكنجي دفعه اوله رق سجل احوال قوميسيون ترتيب اولنمشدر، دار سعادت، مطبعة عامره طبه اولنمشدر، 1307، ص180.
- (45) سالنامه دولت عليه عثمانيه، آلتمش سكتنجي سنة، 1333-1334 سنه ماليه، ص158-162.
- (46) ينظر: إمام الحرمين الجويني، الغياثي، ص201؛ وينظر أيضا كيف فصل هذا الأمر: ابن الأزرق، بدائع السلك في طبائع الملك، ج2، ص585 و595 و602.
- (47) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الجزء4، ص519، و ص541.
- (48) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص202.
- (49) منلا خسرو، درر الحكام، ج2، ص113.

ولهذا جاءت قاعدة: "النفس محفوظة بشرع القصاص"<sup>(50)</sup>، لوضع الحدود في التجاوز على النفس.

وأما كيفية الوصول إلى تحقيق هذا الأمن، فيتحقق بثلاثة أقسام: الأول منها: فصلُ الخُصوماتِ النَّائرة، وقَطْعُ المُنازَعاتِ؛ والقِسْمُ الثَّاني: يَكُونُ بِإِقَامَةِ السِّيَاساتِ وَالْعُقُوباتِ الزَّاجِرَةِ مِنْ ارْتِكَابِ الفَوَاحِشِ وَالْمُوبِقَاتِ، والقِسْمُ الثَّالثُ: رقابة المُشْرِفينَ عَلَى الأموالِ بِأسبابِ الصَّونِ وَالْحِفْظِ وَالْإِنْفَاقِ، فيتحقق بذلك أَمْنٌ عَامٌّ تَطْمَئِنُّ إِلَيْهِ النُّفُوسُ وَتَنْتَشِرُ فِيهِ الهِمَمُ، وَيَسْكُنُ إِلَيْهِ البَرِيُّ، وَيَأْنِسُ بِهِ الضَّعِيفُ<sup>(51)</sup>.

ومناطق تحقيق العدل مناطق بالسلطة القضائية، لأن عملها قائم على هذا الأمر، وهي في غيرها تمثل رقابة قضائية، لكنها هنا تمثل أصلاً يستند عليها غيرها من السلطات التشريعية والتنفيذية، ومن مظاهر هذا العدل وجود عنصر المساواة في موضعين:

1. المساواة أمام القانون: والمقصود منه هو شمولية القانون لجميع الأفراد دون تفریق، ومسؤولية السلطان تحقيق هذا العدل، وهذا الأمر من قبيل حفظ الأمانات<sup>(52)</sup>.

وأما غير المسلمين من المواطنين، فالأصل أنهم سواء أمام القانون الإسلامي مع المسلمين إلا فيما يخص العقيدة أو ما يتصل بها<sup>(53)</sup>، ونجد ذلك في حادثة قضاء شريح بين سيدنا علي بن أبي طالب رض الله عنه والنصراني في قصة الدرع، حيث قضى بالدرع للنصراني<sup>(54)</sup>، كما ورد عن النبي ﷺ أنه قال: "أَلَا مَنْ ظَلَمَ مُعَاهِدًا أَوْ انْتَقَصَهُ أَوْ كَلَّفَهُ فَوْقَ طَاقَتِهِ

---

(50) الرزاي، المحصول، ج5، ص160؛ شمس الدين الأصفهاني: ابو الثناء محمود بن عبد الرحمن، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق: محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية 1986هـ، ج3، ص119.

(51) ينظر: إمام الحرمين الجويني، المصدر السابق، ص202 وما بعدها؛ الماوردي، أدب الدنيا والدين، ص142.

(52) ينظر تعليق القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي، تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، القاهرة، دار الكتب المصرية 1964م، ج5، ص258.

(53) ينظر: منير البياتي، الدولة القانونية، ص214-216؛ أحمد صيام سليمان، مبدأ استقلال القضاء في الدولة الإسلامية، رسالة ماجستير، غزة، الجامعة الإسلامية، أشرف عليها: الدكتور: بونس محي الدين الأسطل، 1426هـ 2005م، ص41.

(54) رواه: البيهقي، السنن الكبرى، ج10، ص230، برقم: 20465؛ أبو نعيم، حلية الأولياء، ج4، ص139، وروى الحديث بأن الخصم كان يهودي وليس نصرانياً.



أَوْ أَخَذَ مِنْهُ شَيْئًا بَغَيْرِ طَيْبِ نَفْسٍ، فَأَنَا حَاجِبُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ" (55)، ولذلك كان دَفْعَ الضَّرَرِ عَنْ الْمُسْلِمِينَ مقصداً ، وَمَنْ فِي حُكْمِهِمْ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ (56)، وهذا ما أكده عدد من مواد القانون الأساسي العثماني (57).

وهذه المساواة هي ركيزة مهمة من ركائز الدولة، وهي مساواة مقيدة بأحوال يجري فيها التساوي بضوابط، فهي ليست مطلقة لأن أصل خِلقَة البشر جاءت غير متساوية (58)، وعدم المساواة لا تخضع للتمييز الطبقي بل هي خاضعة لشخص الناس أمام القضاء ويراعى فيها الضعيف حتى يتساوى مع القوي، والمظلوم حتى يؤخذ حقه، وفي هذا نجد مجلة الأحكام العدلية تبين هذه المسألة، حيث يفسر شراح المجلة العدل بمعنيين: أحدهما: المساواة بين الخصوم، والثاني: الْعَدْلُ بِمَعْنَى عَدَمِ الْجَوْرِ وَهُوَ إِجْرَاءُ الْأَمْرِ وَالْحَالِ الْمُسْتَقِيمِ الَّذِي تُوجِبُهُ النُّفُوسُ وَالْعُقُولُ (59).

2. المساواة أمام القضاء: وهذه النقطة مكملة للتي سبقتها، ويقصد بها عدم اختلاف المحاكم التي تفصل في الجرائم، والمنازعات بين الناس، فالكل أمام القضاء حكمهم سواء (60)، ويجب أن يكون هناك قانوناً واحداً يطبق على الجميع وهذا هو الفرق بين القضاء والإفتاء، ولهذا كان من لوازم العدل وحدة القضاء، ولهذا ألزم القضاة منذ تأسيس الدولة العثمانية بالحكم بالمذهب الحنفي ولو كانوا من المقلدين لمذهب من المذاهب الأخرى ما داموا في محاكمها (61).

- 
- (55) رواه: أبو داود، سنن أبي داود، ج3، ص170، برقم: 3052؛ والبيهقي، السنن الكبرى، ج9، ص344، برقم: 18731.
- (56) ينظر: الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، الجزء2، ص174.
- (57) القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: 1293 هـ الموافق 1876 م، ص5، وما بعدها، المادة "8 و9 و10 و17".
- (58) ينظر: ابن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، تونس 1985 م، ص144-146 حيث بين ابن عاشور المساواة وكيف تكون في فكرة الأمة أولاً وأثرها على الدولة ثانياً.
- (59) المادة (1799): "القاضي مأثور بالعدل بين الخصمين بناءً عليه يلزم عليه أن يراعي العدل والمساواة في المعاملات المتعلقة بالمحاكمة كإجلاس الطرفين وإحالة النظر وتوجيه الخطاب إليه ما ولو كان أحدهما من الأشراف والآخر من أحاد الناس". علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص539-541.
- (60) ينظر: منير البياتي، الدولة القانونية، ص216-218.
- (61) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الجزء1، ص445.

يقول الماوردي في بيان حكم المساواة: "التَّسْوِيَةُ فِي الْحُكْمِ بَيْنَ الْقَوِيِّ وَالضَّعِيفِ وَالْعَدْلُ فِي الْقَضَاءِ بَيْنَ الْمُشْرُوفِ وَالشَّرِيفِ، وَلَا يَتَّبِعُ هَوَاهُ فِي تَفْصِيرِ الْمُحِقِّ أَوْ مُمَائِلَةَ مُبْطِلٍ"<sup>(62)</sup>.

وقد جاء في كتاب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- إلى أبي موسى الأشعري مبيناً شروط القضاء، وفيه: "وَأَسْ بَيْنَ النَّاسِ فِي وَجْهِكَ وَمَجْلِسِكَ وَقَضَائِكَ، حَتَّى لَا يَطْمَعَ شَرِيفٌ فِي حَيْفِكَ، وَلَا يَيْئَسَ ضَعِيفٌ مِنْ عَدْلِكَ"<sup>(63)</sup>، وهذا كتاب عمر في القضاء يعد من أهم ما دون في علم القضاء قال "وهو كتاب معروف مشهور لا بد للقضاة من معرفته والعمل به"<sup>(64)</sup>.

وقد أخذت المجلة بهذا الأمر فجاءت المادَّة "1799" مبينة لمبدأ المساواة وتنص على أن "الْقَاضِي مَأْمُورٌ بِالْعَدْلِ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ بِنَاءً عَلَيْهِ، يَلْزَمُ عَلَيْهِ أَنْ يُرَاعِيَ الْعَدْلَ وَالْمُسَاوَاةَ فِي الْمُعَامَلَاتِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْمَحَاكِمَةِ كَأَجْلَاسِ الطَّرْفَيْنِ وَإِحَالَةِ النَّظَرِ وَتَوْجِيهِ الْخِطَابِ إِلَيْهِمَا وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْأَشْرَافِ وَالْآخَرُ مِنْ آحَادِ النَّاسِ"<sup>(65)</sup>.

ولهذا ليس للقاضي أن يسقط حقا الدعوى، ويؤيد هذا جملة قواعد منها: "لَا يَصِحُّ إِسْقَاطُ الْحَقِّ قَبْلَ نُبُوتِهِ"<sup>(66)</sup>، ولهذا وجب سماع الدعوى من كل مدع، لكون الدعوى هي سبب لإثبات الحق، وعليه جاءت قاعدة: "إِسْقَاطُ الْحَقِّ عَنِ الْبَعْضِ إِسْقَاطًا عَنِ الْكُلِّ"<sup>(67)</sup>، تفيد أن إسقاط حق الدعوى عن البعض يسقطه عن الكل، لكون هذا الحق ثابت بحرية التصرف، وجاءت قاعدة: "لَا يَجُوزُ إِسْقَاطُ الْحَقِّ الثَّابِتِ بِيَقِينٍ لِلأَمْرِ الْمَوْهُومِ"<sup>(68)</sup> كضابط يمنع إسقاط حق الدعوى لكل شخص، لوجود مظنة الكذب أو اختلاف

(62) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص121.

(63) رواه البيهقي، السنن الكبرى، ج10، ص252 وما بعدها، برقم: 20537؛ الدار قطني، السنن، ج5، ص367، برقم: 4471؛ الماوردي، الأحكام السلطانية، ص121؛ ابن رشد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهديات، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1408 هـ 1988م، ج2، ص268.

(64) ابن كثير، مسند أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأقواله على أبواب العلم، تحقيق: عبد المعطي قلعجي، دار الوفاء، المنصورة - مصر 1991م، ج2، ص548.

(65) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الجزء4، ص539.

(66) ابن أمير الحاج: أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد، التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الثانية، 1403 هـ 1983م، ج2، ص192.

(67) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص132.

(68) ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني، ج7، ص447.

الدين، فلا يجوز "إسقاط الحق قبل وجود السبب لا يجوز"<sup>(69)</sup>، وعليه يجب أن يكون السبب ناقضا لذات صحة الدعوى، إي بسبب ذاتي تعلق بالدعوى، وليس بسبب صفة عامة تعلق بالمدعي أو المدعى عليه.

الهدف الثاني: إقامة العدل<sup>(70)</sup>، وحراسة الحريات، ورعاية المبادئ وحقوق الإنسان<sup>(71)</sup>، وهو مقصد مهم جاءت قاعدة: "الأدمي محترم حيا وميتا"<sup>(72)</sup>، فالدولة الإسلامية دولة مبادئ تقوم عليها وترعاها، وتسعى لتقريرها بالدعوة والجهاد، فلو نظرنا في ميثاق حقوق الإنسان لوجدنا أن الشريعة الإسلامية سبقت ذلك الميثاق في تقرير تلك الحقوق ورعايتها، ونجد تلك الحقوق واضحة في ما ذكره القرآن الكريم والسنة النبوية مع التشريع الفقهي الراعي لتلك الحقوق وكيفية الحفاظ عليها، يقول الجويني في بيان واجب الدولة: "الإمامة رياسة تامة، وزعامة عامة، تتعلق بالخاصة والعامة، في مهمات الدين والدنيا. مهمتها حفظ الحوزة، ورعاية الرعية، وإقامة الدعوة بالحجة والسيف، وكف الخيف والخيف، والانتصاف للمظلومين من الظالمين، واستيفاء الحقوق من الممتنعين، وإيفاؤها على المستحقين"<sup>(73)</sup>، ولهذا جاءت السلطة القضائية راعية لهذا الأساس، تشاطر سلطة السلطان والولاية في تحقيقها، فالقضاة يحققونها بأقوالهم، ويحملون عليها الولاية بأفعالهم، وقد أدرك هذا التقسيم الماوردي حينما قسم الولايات إلى عامة وخاصة، قائلا: "وإذا تمهد ما وصفناه من أحكام الإمامة وعموم نظرها في مصالح الأمة وتدبير الأمة، فإذا استقر عقدها للإمام انقسم ما صدر عنه من ولايات خلفائه أربعة أقسام:

القسم الأول: من تكون ولايته عامة في الأعمال العامة وهم الوزراء؛ لأنهم يستتابون في جميع الأمور من غير تخصيص.

(69) السرخسي، المبسوط، ج 27، ص 154.

(70) ذكر في المجلة ما يؤكد ذلك. ينظر المادة (1799)، علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 4، ص 539-541.

(71) ينظر: جاسم الراشد، الوثيقة النبوية والأحكام الشرعية المستفادة منها، ص 128؛ القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: عام 1293هـ الموافق 1876م، ص 5 المادة (8 و 9 و 10 و 11)؛ أفتى المجلس الاوربي للإفتاء والبحوث على أن المشاركة السياسية للمسلمين في أوروبا تتردد بين الإباحة والندب والوجوب، ينظر القرار 72 (5/16): عبد الله بن يوسف الجديع (جمع وتنسيق وخرج نصوصها)، القرارات والفتاوى الصادرة عن المجلس الاوربي للإفتاء والبحوث منذ تأسيسه (1417هـ-1997م) وحتى دورته العشرين (1431هـ-2010م)، تقديم: الشيخ يوسف القرضاوي، مؤسسة الريان - ناشرون، بيروت 2013م، ص 152.

(72) السرخسي، المبسوط، ج 9، ص 159؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 1، ص 300؛ جمال الدين الباري، العناية، ج 2، ص 102.

(73) إمام الحرمين الجويني، الغبائي، ص 22.

وَالْقِسْمُ الثَّانِي: مَنْ تَكُونُ وَلَايَتُهُ عَامَّةً فِي أَعْمَالٍ خَاصَّةٍ، وَهُمْ أَمْرَاءُ الْأَقَالِيمِ وَالْبُلْدَانِ؛ لِأَنَّ النَّظَرَ فِيمَا خُصُّوا بِهِ مِنَ الْأَعْمَالِ عَامٌّ فِي جَمِيعِ الْأُمُورِ.

وَالْقِسْمُ الثَّلَاثُ: مَنْ تَكُونُ وَلَايَتُهُ خَاصَّةً فِي الْأَعْمَالِ الْعَامَّةِ، وَهُمْ كَفَاضِي الْقُضَاةِ وَنَقِيبِ الْجُيُوشِ وَحَامِي الثُّغُورِ وَمُسْتَوْفِي خَرَاجِ وَجَابِي الصَّدَقَاتِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَقْصُورٌ عَلَى نَظَرٍ خَاصٍّ فِي جَمِيعِ الْأَعْمَالِ.

وَالْقِسْمُ الرَّابِعُ: مَنْ تَكُونُ وَلَايَتُهُ خَاصَّةً فِي الْأَعْمَالِ الْخَاصَّةِ، وَهُمْ كَفَاضِي بَلَدٍ أَوْ إِقْلِيمٍ أَوْ مُسْتَوْفِي خَرَاجِهِ أَوْ جَابِي صَدَقَاتِهِ أَوْ حَامِي ثَغْرِهِ أَوْ نَقِيبِ جُنْدٍ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ خَاصٌّ النَّظَرَ مَخْصُوصُ الْعَمَلِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ الْوَلَاةِ شُرُوطٌ تَتَعَقَّدُ بِهَا وَلَايَتُهُ، وَيَصِحُّ مَعَهَا نَظَرُهُ"<sup>(74)</sup>، فحاجة الأمة إلى سلطة القضاة كحاجتها إلى سلطة الأمراء<sup>(75)</sup>.

وضابط سلطة الحكام قائمة على تقييد وتحديد سلطانه، من خلال صياغة نظام يقوم على ثلاثة مبادئ أساسية: أولها: وضع حدود لسلطة الحاكم. ثانيها: مسؤولية الحاكم عن ظلمه وأخطائه. ثالثها: تخويل الأمة حق عزل الحاكم. وإذا كان الإمام - أي الحاكم - مقيداً بأن يتبع الشريعة وأن يحكم طبقاً لنصوصها، فمعنى ذلك أن سلطته مقيدة بنصوص الشريعة، فما أباحته فقد امتد سلطانه إليه، وما حرّمته عليه فلا سلطان له عليه، والشريعة لا تبيح للحاكم إلا ما تبيحه لكل فرد، ولا تحرم عليه إلا ما تحرمه على كل فرد<sup>(76)</sup>.

والذي يرفع العدل بين الناس ويدفع عنهم الظلم هو أهل القضاء، لكونهم وكلوا بهذا الأمر، وقاموا به نيابة عن الأمة، ويؤيد هذا قاعدة مهم: "القاضي قائم مقام جماعة المسلمين"<sup>(77)</sup>.

(74) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 49.

(75) ينظر: الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الطوسي، فضائح الباطنية، تحقيق: عبد الرحمن بدوي، مؤسسة دار الكتب الثقافية، الكويت، ص 143 وما بعدها.

(76) ينظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 1، ص 42 و 43.

(77) أبو بكر الرازي الجصاص: أحمد بن علي الحنفي، شرح مختصر الطحاوي، تحقيق: عصمت الله عنايت الله محمد - سائد بكداش - د محمد عبيد الله خان - زينب محمد حسن فلاتة، أعد الكتاب للطباعة وراجعته وضححه: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، 2010م، ج 4، ص 298.

### المبحث الثالث: القواعد الفقهية ونظام القضاء

علم القضاء وما تعلّق به قائم على معرفة أصول الفتوى، فلا يمكن أن يكون القاضي قاضياً حتى يعلم ضوابط تخرج الحكم القضائي بأصول تخريج المسائل، وتأصي الأحكام وردها إلى أصول الاستنباط المعروفة في تحرير الفتوى.

ومن المعروف بداهة أن علم القواعد الفقهية أساس في ترجيح الأحكام، ولهذا نجد القواعد الفقهية حاضرة في قضاء القاضي، وهي تتنوع بما له علاقة بذات أركان الدعوى، وبين ما هو متعلق بتجري الحكم الصادر من النظر في الدعوى من بينات وتحليف والقرائن التي ترجح طرفي الحكم.

ويمكن أن نبين جملة قواعد فقهية أسهمت في تحرير الأحكام القضائية، استمرت عبر تاريخ تدوين القضاة إلى يومنا هذا..

فهناك قواعد تعلقت بما قبل القضاء، وهناك ما تعلّق بالقضاء، وهناك ما تعلّق بعد القضاء، فمثال الأول، قاعدة: "الأصلُ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ"<sup>(78)</sup>، ومن صيغها: "الذمة بريئة من كلِّ فرض"<sup>(79)</sup>، و"الأصل أن الذمة بريئة من التكليف"<sup>(80)</sup>، لأن الأصل أن تكون ذمّة كلِّ شخصٍ بريئة من إي تبعت، أي غير متعلقة بحقٍّ آخر؛ لأنَّ كلَّ شخصٍ يُولدُ وذمته بريئة، وتعلّقها يحصلُ بالمُعَامَلَاتِ الَّتِي يُجْرِيهَا فِيمَا بَعْدُ بين الذم فتنقل الحقوق بين الذم، وعليها جاءت قاعدة: "الْقَدِيمَ يَثْرُكُ عَلَى قَدَمِهِ"<sup>(81)</sup>، ولهذه القاعدة صيغاً أخرى تدور في المعنى نفسه مثل: "مَا كَانَ قَدِيمًا يَثْرُكُ عَلَى حَالٍ وَلَا يَتَغَيَّرُ إِلَّا بِحُجَّةٍ"<sup>(82)</sup>.

(78) الزيلعي، تبين الحقائق، ج1، ص16؛ شهاب الدين الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص203؛ القراني، الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق، ج1، ص140؛ الجويني، البرهان، ج2، ص172؛ السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص218؛ ابن عقيل، الواضح، ج2، ص68؛ علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، حول المواد ينظر: ج1، ص19، المادة (8).

(79) أبو الوفاء ابن عقيل، الواضح في أصول الفقه، ج2، ص325.

(80) عبد الكريم النملة، المهذب في علم أصول الفقه، ج4، ص1508.

(81) علي حيدر: درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص19، المادة(6)؛ المرغيباني، الهداية في شرح بداية المبتدي، ج4، ص391؛ داماد أنندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج2، ص566؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج10، ص86؛ ابن عابدين، رد المختار، ج6، ص444.

(82) علي حيدر: درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص19؛ السرخسي، المسبوط، ج19، ص4؛ ابن عابدين، رد المختار، ج8، ص170.

وعليه لا يبنى الحكم في القضاء إلا على يقين، وقاعدة "البناء على اليقين"<sup>(83)</sup>، تؤكد هذا المعنى المتبادر، ولهذا فلا عبرة بالشك في القضاء، وجاءت قاعدة "لَا يَزُولُ الْمَلِكُ بِالشَّكِّ"<sup>(84)</sup>، وكذلك "لَا يَسْقُطُ الْحَقُّ بِالشَّكِّ"<sup>(85)</sup>، ولذلك لا يبطل متيقن بموهم<sup>(86)</sup>، و"الْيَقِينُ لَا يَزُولُ بِالإِحْتِمَالِ"<sup>(87)</sup>، و"لم يُرْفَعِ اليقين بالظن"<sup>(88)</sup>، تؤكد هذا المعنى.

فكان على القاضي النظر في الدعوى ورد الأمور إلى زمانها، وضبط أركان الدعوى بما يناسب التصور في الحكم، وعليه جاءت قاعدة: "الأصلُ إِضَافَةُ الحَادِثِ إِلَى أَقْرَبِ أَوْقَاتِهِ"<sup>(89)</sup>، ومثلها: "إِضَافَةُ الحَادِثِ إِلَى الزَّمَنِ القَرِيبِ"<sup>(90)</sup>، وفيها يضاف الحدث إلى زمان، وجاءت قاعدة: و"إِضَافَةُ الحَادِثِ إِلَى سبَبِ الحَدُوثِ"<sup>(91)</sup>، و"إِضَافَةُ الحَادِثِ إِلَى عَمَلِهِ"<sup>(92)</sup> تضيف الحدث إلى سبب له قائم به.

ومنهج القضاة رد الدعوى لوجود شبه من دليل، وعليه جاءت قاعدة: "لَا حُجَّةَ مَعَ الإِحْتِمَالِ النَّاشِئِ عَنِ دَلِيلٍ"<sup>(93)</sup>، لكون الاحتمال حجة ظنية، وبراءة الذمة حجة قطعية، ومثلها: "نَفْيُ الإِحْتِمَالِ

(83) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2، ص 19 و62؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص53؛ العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2، ص 19 و62؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير، ج1، ص520؛ فخر الدين الزيلعي: عثمان بن علي بن محجن البارعي، الحنفي (ت: 743 هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي (ت: 1021 هـ)، بولاق، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة: الأولى، 1313 هـ، ج1، ص 199؛ بدر العيني، البناية شرح الهداية، ج2، ص 631.

(84) ابن الهمام، فتح القدير، ج6، ص6؛ الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج3، ص261؛ بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج7، ص 189.

(85) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص7.

(86) الزركشي: شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (ت: 772 هـ)، شرح الزركشي على مختصر الخرق، دار العبيكان، الطبعة: الأولى، 1413 هـ - 1993 م، ج1، ص439.

(87) ابن أمير حاج، التقرير والتحجير، ج2، ص32؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص259؛ منلا خسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام، ج1، ص407.

(88) ابن مفلح، أصول الفقه، ج3، ص1307؛ علاء الدين المرادوي، التحجير شرح التحرير، ج7، ص3471.

(89) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص22، المادة(11)؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص81؛ ابن عابدين، رد المختار، ج6، ص444؛ قانون الإثبات العراقي بهذه القاعدة ينظر: المادة (99) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص55؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج8، ص254؛ أبو محمد البغدادي، مجمع الضمانات، ص265.

(90) ابن الهمام، فتح القدير، ج4، ص351؛ الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج3، ص40.

(91) برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، ج2، ص239.

(92) أكمل الدين الباري، العناية شرح الهداية، ج9، ص464؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص181.

(93) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص67، المادة (73)؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص277؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج1، ص136.

النَّاسِي عَنْ دَلِيلٍ"<sup>(94)</sup>؛ وفي معناها: "لا حجة مع التناقض، لكن لا يختل معه حكم الحاكم"<sup>(95)</sup>، ولكن كان على القاضي أن يستكشف القضية، ومنهج التحري في الدعوى معتبر عن أهل العلم، ومنها سؤال المدعى، والمدعى عليه، ويؤيدها قاعدة مهمة هي: "لَا يُنْسَبُ إِلَى سَاكِتٍ قَوْلٌ، لَكِنَّ السُّكُوتَ فِي مَعْرُضِ الْحَاجَةِ يَبَيِّنُ"<sup>(96)</sup>، وتتكون هذه القاعدة من قاعدتين: "لَا يُنْسَبُ إِلَى سَاكِتٍ قَوْلٌ" هي قول الشافعي<sup>(97)</sup>، والثانية: "السكوت في معرض الحاجة بيان"<sup>(98)</sup>، وهناك صيغ مؤيدة للشطر الأول، مثل: "السكوت لا يكون حجة"<sup>(99)</sup>، وأما الشطر الثاني للقاعدة فهناك صيغ مؤيدة، منها: "السُّكُوتُ فِي مَوْضِعِ الْحَاجَةِ إِلَى الْبَيَانِ بِمَنْزِلَةِ الْبَيَانِ"<sup>(100)</sup>، ولهذا وجب عليه أن يبين إذا سؤل من قبل القاضي، فإذا جهل المعنى فلا حجة بقوله ويؤيد هذا قاعدة: "مَنْ أَطْلَقَ لَفْظًا لَا يَعْرِفُ مَعْنَاهُ لَمْ يُؤَاخَذْ بِمُقْتَضَاهُ"<sup>(101)</sup>، ومثلها "الْجَهْلُ بِمَعْنَى اللَّفْظِ مُسْتَقِطٌ لِحُكْمِهِ"<sup>(102)</sup>، فإذا احتاج إلى مترجم وجب أن يكون له ذلك، ولهذا جاءت قاعدة: "يُقْبَلُ قَوْلُ الْمُتَرْجِمِ فِي الْحُدُودِ كَغَيْرِهَا"، ومثلها: "يُقْبَلُ قَوْلُ الْمُتَرْجِمِ مُطْلَقًا"<sup>(103)</sup>.

- (94) ابن الهمام، فتح القدير، ج 9، ص 452؛ سعد الدين التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج 1، ص 63.
- (95) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 1، ص 74، رقم المادة (80)؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج 1، ص 143، رقم المادة (79).
- (96) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 1، ص 61، المادة (67)؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج 1، ص 130؛ وقد ذكر القاعدة: شهاب الدين الحموي، غمز عيون البصائر، ج 1، ص 438؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 4، ص 164؛ ابن عبيد، رد المختار، ج 3، ص 62؛ الجويني، البرهان، ج 1، ص 271؛ الغزالي، المستصفي، ص 151؛ والرازي، المحصول، ج 4، ص 156؛ السبكي، الأشباه والنظائر، ج 2، ص 168؛ أبو يعلى الفراء، العدة في أصول الفقه، ج 4، ص 1171؛ آل تيممة: بدأ بتصنيفها الجّد: مجد الدين عبد السلام بن تيممة (ت: 652هـ)، وأضاف إليها الأب، : عبد الحليم بن تيممة (ت: 682هـ)، ثم أكملها الابن الحفيد: أحمد بن تيممة (728هـ)، المسودة، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، بيروت، ص 335.
- (97) إمام الحرمين الجويني، البرهان في أصول الفقه، ج 1، ص 271؛ الرازي، المحصول، ج 4، ص 156.
- (98) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 1، ص 61، المادة (67)؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج 1، ص 130؛ وقد ذكر القاعدة: شهاب الدين الحموي، غمز عيون البصائر، ج 1، ص 438؛ الجويني، البرهان، ج 1، ص 271؛ والرازي، المحصول، ج 4، ص 156؛ السبكي، الأشباه والنظائر، ج 2، ص 168؛ وآل تيممة، المسودة، ص 335.
- (99) السرخسي، المسبوط، ج 7، ص 156؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 4، ص 294؛ الغزالي، المنخولة، ص 416.
- (100) الشاشي، أصول الشاشي، ص 262؛ البزدوي، كشف الأسرار، ج 1، ص 20؛ التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج 1، ص 279؛ الدبوسي، تقويم الأدلة، ص 148؛ أكمل الدين الباهري، العناية شرح الهداية، ج 3، ص 373.
- (101) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج 2، ص 102.
- (102) الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، ج 2، ص 13.
- (103) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 109؛ علي حيدر أفندي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 1، ص 66، رقم المادة (71).

ولهذا كان مسار النظر في الدعوى قائم على النظر في البيّنات أولاً من جهة المدعي، ثم عند عدمها كان هناك يمين على من أنكر، ولهذا جاءت قاعدة: "الْبَيِّنَةُ لِلْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ" (104)، وذلك لأن البيّنات هي تأتي خلاف ظاهر براءة الذمة، واليمين لبقاء أصلها وعليها جاءت قاعدة: "الْبَيِّنَةُ لِإثْبَاتِ خِلَافِ الظَّاهِرِ وَالْيَمِينُ لِبَقَاءِ الْأَصْلِ" (105).

ولهذا كل ما تعلق بالقواعد الفقهية المؤثرة في تخريج الحكم، سعت مجلة الأحكام العدلية إلى تحريرها ووضعها في مقدمتها، هذا ما سنحاول -إن شاء الله تعالى- بيانه في باقي فصول ومباحث الدراسة..



---

(104) الكاساني: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الثانية، 1406هـ - 1986م، ج7، ص9؛ علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص68.

(105) ينظر: علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص68 و70؛ الراوي، شرح مجلة الأحكام، ص24؛ المحاسني، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص36.



## المبحث الرابع: تدوين مجلة الأحكام العدلية وأثرها

وبدأت من وضع مجلة الأحكام العدلية أي: من نهاية القرن الثالث عشر للهجرة إلى الوقت الحاضر، وهي تعد أهم مدونة فقهية قضائية وضعها الفقهاء في الدولة العثمانية، والباعث لها هو الحاجة إلى تقنين الفقه الإسلامي حتى تكون مواد المجلة أشبه بقانون مدني مستنبط من الشريعة الإسلامية، بقواعد فقهية واضحة، وطرق اجتهادية بينة<sup>(106)</sup>.

تمثل مجلة الأحكام العدلية خلاصة ما توصل إليه التشريع في الدولة العثمانية من تشريع تدخل بيان ضبط المعاملات بين الناس، كما أن المجلة وجودها ونشأتها جاءت نتيجة لتحدي مر به فقهاء الدولة العثمانية، واستمر العمل على إنجازها فترة من الزمن تكاد تغطي فترة السلطان عبد الحميد الثاني مع بوادر أخرى سبقته في عصر السلطان عبد العزيز؛ وعليه لا بد من معرفة أسباب نشأتها وأبوابها ومجالتها..

### المطلب الأول: السبب في تدوينها

نشأت مجلة الأحكام العدلية بعد توقف حرب شبه جزيرة "القرم" الأولى بين المسلمين العثمانيين والروس والتي أدت إلى بقاء جالية إسلامية ضخمة تحت سلطة الروس فطلبت السلطنة العثمانية من الكنيسة الأرثوذكسية في موسكو تقنيناً واضحاً لكيفية معاملة الرعايا المسلمين مما دفع الروس للرد بالمثل فأنشأ السلطان عبد المجيد لجنة من الفقهاء الحنفية، تحت إشراف ناظر العدلية أحمد جودت باشا<sup>(107)</sup>، مع عدد من العلماء لتقنين القضاء والأحكام الفقهية الإسلامية فصدرت مجلة الأحكام العدلية، والتي هي مجموعة من التشريعات مكونة من ستة عشر كتاب أولها كتاب البيوع وأخرها كتاب القضاء، فكان البدء العمل بها في سنة 1286هـ - 1869م، وصدر آخر أعدادها في فترة الخلافة العثمانية في

(106) حيدر، درر الحكم، ج1، ص5-10؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص47-49؛ شاهين: الدكتور شامل، دراسة موجزة

عن مجلة الأحكام العدلية (مقدمة مشروع، وبيبلوغرافية شاملة)، دمشق، دار غار حراء، 2004م، ص19 وما بعدها.

(107) أحمد جودت باشا بن إسماعيل بن علي (1238 - 1312 هـ = 1822 - 1895م): مؤرخ وأديب، يعرف اللغة العربية والفارسية والفرنسية والبلغارية، من الوزراء المتأخرين الذين كان لهم دورهم في الدولة العثمانية. له اشتغال بالعربية. ولد وتعلم في مدينة (لوفجة) التابعة لولاية الطونة، وسكن الأستانة فاستكمل فيها دراسته، واشتهر. وتقدم في المناصب، فولي الوزارة والصدارة الموقته ثم نظارة العدلية. وتوفي بالأستانة. من كتبه العربية "خلاصة البيان في جمع القرآن" و "تعليقات على أوائل المطول" في البلاغة، و "تعليقات على الشافية" في النحو. وهو صاحب "تاريخ جودت" بالتركية اثنا عشر مجلداً. وترجم عبد القادر الدنا البيروتي. ينظر: الزركلي، الأعلام، ج1، ص108؛ طوباش: عثمان نوري، العثمانيون رجالهم العظام ومؤسستهم الشاححة، دار الأرقم، اسطنبول 2013م، ص376 وما بعدها.

شعبان سنة 1293 هـ 1876م<sup>(108)</sup>، وإلى جانب التقنين الفقهي الإسلامي جرى تقنين لما يخص القضاء في الأحوال المدنية لشؤون جميع الأديان والمذاهب في الدولة العثمانية.

### المطلب الثاني: موجهات الحكم في الخلافة العثمانية التي أسست لظهور المجلة

أمتاز ناظم الحكم في الدولة العثمانية قائم على إقرار العديد من القوانين التي تراعي عناصر الدولة في نظام الحكم العثماني، وهي<sup>(109)</sup>:

1. الحاكمية: وذلك بأن الحاكمية لله تعالى وحدة، ويناط إنفاذها إلى الإرادة العامة للأمة.

2. الوطن: ويراعى بذلك كون الأحكام توضع لبيان حال المسلمين وغير المسلمين داخل الدولة، وحالهم خارج الدولة، وذلك باعتبار الدولة الإسلامية دولة واحدة من جهة سريان الأحكام الشرعية الإسلامية، واعتبار الدول غير الإسلامية أيضا دولة واحدة من جهة سريان الأحكام القانونية الخاصة بغير المسلمين.

3. الشعب: يصنف الشعب في النظام العثماني إلى ثلاثة أصناف، هم:

---

(108) ذكر في مقدمة المجلة أسماء العاملين على أخرج المجلة، وهم:

1. ناظر ديون الأحكام العدلية - أحمد جودت.

2. مفتش الأوقاف الهمايونية - السيد خليل.

3. من أعضاء شورى الدولة - سيف الدين.

4. من أعضاء ديون الأحكام العدلية - السيد أحمد خلوصي.

5. من أعضاء ديون الأحكام العدلية - السيد أحمد حلمي.

6. من أعضاء شورى الدولة - محمد أمين الجندي.

7. من أعضاء الجمعية - علاء الدين بن عابدين.

ينظر: علي حيدر، **درر الحكام**، ج1، ص10؛ المحاسني: محمد سعيد، **شرح مجلة الأحكام العدلية**، ج1، ص495؛ شاهين، **دراسة موجزة عن مجلة الأحكام العدلية**، ص13-15؛ وحول عمل وزارة العدلية ينظر: **سالنامه دولت عليه عثمانيه**، فرق بشنجي سنة، ايكنجي دفة اوله رق سجل احوال قومسيون ترتيب اولنمشدر، دار سعادت، مطبعة عامره طبه اولنمشدر، 1307، ص180؛ **القانون الأساسي للدولة العثمانية**، الصادر عام: عام 1293 هـ الموافق 1876م، ص11؛ **سالنامه دولت عليه عثمانيه**، آلتمش سكر نجي سنة، 1333-1334 سنه ماليه، دار سعادت، هلال مطبعه سي - باب عالي قارشوسنده 1334، حول مجلس الأعيان ص106، ومجلس المبعوثان ص112، ومجلس شورى الدولة ص126.

(109) كوندز: الأستاذ الدكتور أحمد، أوزتورك: الأستاذ الدكتور سعيد، **الدولة العثمانية المجهولة**، اسطنبول، وقف البحوث العثمانية، اسطنبول 2008م، ص608-610.

أ- المسلمون: تسري عليهم الأحكام الشرعية بشرط إقامتهم في دار الإسلام، ثم تطور مفهوم الأحكام القانونية لكون نمط العلاقات الدولية، فظهر التمييز ببيان الحقوق السياسية والاقتصادية بين الدول، ولهذا صدر قانونا ينظم المواطنة للفرد العثماني وهو "قانون نامه" للتبعية العثمانية سنة 1286 هـ الموافق 1869م (1285 رومية).

ب- الذميون: تسري عليهم أحكام غير المسلمين في دار الإسلام، ضمن القوانين الخاصة بهم.

ت- المستأمنون: وهم من الأشخاص الذين ليس من رعايا دولة الإسلام (دار الإسلام)، الداخلون إليها والمقيمون فيها بإذن أو رخصة، مثل: السفراء والتجار ومن حصل على رخصة الدخول إلى الدولة<sup>(110)</sup>.

ولذلك كانت المؤسسات التي رعت التشريع القانوني في الدولة تمثلت بـ"مجلس الأحكام العدلية" الذي تأسس سنة 1253 هـ الموافق 1837م، والذي ألغي ليتم إنشاء محله جهازين قانونيين الأول منهما هو "شورى الدولة" كأعلى محكمة إدارية ومجلس تشريعي ذي صلاحيات محددة، وتولى أحمد مدحت باشا رئاسته أول مرة، وذلك في تاريخ 18 من محرم في 1285 هـ الموافق 10 من مايو في 1868م.

والجهاز الثاني هو "ديوان الأحكام العدلية" الذي ترأسه الحقوقي القدير أحمد جودت باشا، وتم بيان الوصف الأساسي للديوان بقانون يتكون من عشرة مواد وذلك في 8 من ذي الحجة لسنة 1284 هـ الموافق 31 من آذار لسنة 1868م، فأساس "جمعية مجلة الأحكام العدلية" ليتولى رئاستها<sup>(111)</sup>.

امتد إصدار المجلة قرابة ستة عقود وقد تقلب وضعها خلال هذه العقود من دور كبير جدا شبيه بما تؤديه المحكمة العليا حاليا ثم تراجع وضعها مع التزام فقهاء الحنفية بعدم الخروج عن المذهب مما

---

(110) كوندز، الدولة العثمانية المجهولة، ص610؛ أكمل الدين إحسان أوغلو، وآخرون، الدولة العثمانية تاريخ وحضارة، ج1، ص505.

(111) كوندز و أوزتورك، المصدر السابق ص 616 و637؛ المحاسني، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص13؛ وأعضاء الجمعية هم: أحمد حلمي أفندي، و سيف الدين إسماعيل أفندي، و فيله لي خليل أفندي، و أحمد خلوصي أفندي (شرواني زادة)، وقره خليل أفندي، و أحمد خالد أفندي (يوسف زاده)، و علاء الدين أفندي (أبن عابدين)، و عمر حلمي أفندي، و مُجد أمين أفندي البغدادي، و عمر خلوصي أفندي، و ويونس وهي أفندي، و عبد الستار أفندي القرمي، و عبد اللطيف شكري أفندي، و عيسى روجي أفندي، و على رأس هؤلاء العلامة أحمد جودت باشا. ينظر: شاهين، دراسة موجزة عن مجلة الأحكام العدلية، ص21.

دفع السلطنة لتوطين قوانين اقتصادية بالدرجة الأساسية أوربية وبعد تراجع أهميتها جرى تأصيل لأحكامها بما يسمى القواعد الفقهية تشبه ما يسمى حالياً الفقه القضائي.

### المطلب الثالث: الأبواب التي اهتمت بها المجلة

هو أول تدوين للفقه الإسلامي في المجال المدني في إطار بنود قانونية، على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، بشكل جمع واختزل ما جاء من فقه يخص القضاء عبر تاريخ الحضارة الإسلامية، وطريقة كتابة مواد المجلة قابلة للاستمرارية والتطوير، تركت أثرها في القانون المدني للأغلب البلاد الإسلامية، فقد أسست لمرحلة قانونية تحقق مقاصد العدل وحفظ الحقوق للناس.

مكونة من ستة عشر كتاب، أولها كتاب البيوع وأخرها كتاب القضاء كل كتاب يتناول موضوع ومكون من أبواب وكل باب مكون من فصول، وهي كما يلي:

1. المقدمة: وهي تضم "99" قاعدة من أمهات القواعد مما كان له أكبر الأثر في العناية بهذه القواعد في هذا العصر وخاصة أنها وضعت على شكل مواد تفيد التقعيد والتقنين، وهي ملزمة في الحكم القضائي.
2. البيوع (100-403 مادة).
3. الإجارة (404-611 مادة).
4. الكفالة (612-672 مادة).
5. الحوالة (673-700 مادة).
6. الرهن (701-761 مادة).
7. الوديعة (762-832 مادة).
8. الهبة (833-880 مادة).
9. الغصب والإتلاف (881-940 مادة).
10. الحجر والإكراه والشفاعة (941-1044 مادة).
11. الشركات (1045-1448 مادة).
12. الوكالة (1449-1530 مادة).
13. الصلح والإبراء (1531-1571 مادة).
14. الإقرار (1572-1612 مادة).
15. الدعوى (1613-1675 مادة).

16. البيّنات والحلف (1676- 1783 مادة).

17. القضاء (1784- 1851 مادة)<sup>(112)</sup>.

### المطلب الرابع: الأثر القانوني لها

تعد المجلة القاعدة التي بني عليها قانون الأحوال الشخصية وقانون العقوبات في اغلب الدول العربية، وكان لها الأثر القانوني الواضح في صياغة القانون المدني، حيث استمر العمل بالمجلة في عدد من البلدان العربية، وأثر منهجها في صياغة القوانين الخاصة مثل ما قام به القانوني محمد قدر باشا في مصر: حيث كتب مؤلفه "مرشد الحيران" وقد حوت على "941" مادة، بدء من كتاب الأموال وانتهاء بكتاب الصلح<sup>(113)</sup>. وكذلك نجد لها تطبيقاً في تونس باسم "مجلة الالتزامات والعقود التونسية" والتي صدرت في 28 شوال 1324هـ الموافق 15 ديسمبر 1906م، والتي صدرت في زمن محمد الناصر باشا باي صاحب المملكة التونسية<sup>(114)</sup>.

وكذلك قام الشيخ أحمد بن عبد الله القاري (ت 1359هـ) بتصنيف "مجلة الأحكام الشرعية" على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، وقد اشتملت على واحد وعشرين كتاباً، أولها البيوع (1-160 مادة) وأخرها في البيّنات والتحالف (2145- 2382 مادة)<sup>(115)</sup>.

وفي العراق قام الشيخ منير القاضي، بشرح المجلة "شرح مجلة الأحكام العدلية" فقد شرحها شرحاً مميزاً بعبارة وسهولة، واستكمل أبوابها من كتاب أبي الحسن القدوري قائلًا: "وإتماماً للفائدة رأيت أن أضم إلى كتابي هذا متناً من متون الفقه الحنفي، الذي هو مصدر مجلة الأحكام العدلية، وقد وقع اختياري على متن الإمام أبي الحسن القدوري البغدادي، لأنه من المتون المعتبرة في المذهب قضاء وفتو، تاركاً قسم العبادات.."<sup>(116)</sup>، ليكون شرحه والشروح العراقية الأخرى أساساً للقانون المدني

(112) ينظر: حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام؛ المحاسني، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص12 وما بعدها.

(113) ينظر: قدر باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان.

(114) ينظر: مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الجمهورية التونسية، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2008م.

(115) ينظر: القادري: أحمد بن عبد الله، مجلة الأحكام الشرعية، دراسة وتحقيق: د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، د. محمد إبراهيم أحمد علي، مطبوعات نامة، جدة 1981م، ص105- 675.

(116) حيث أضاف إلى أبواب المجلة واستكملها أبواباً هي: البيوع، الصرف، الرهن، الحجر، الإفراق، الإجارة، الشفعة، الشركة، المضاربة، الوكالة، الكفالة، الحوالة، الصلح، الهبة، الوقف، العصب، الوديعة، العارية، اللقب، اللقطة، الخش، المفقود، الإباق، إحياء الموات، المأذون، المساقاة، النكاح، الطلاق، الرجعة، الإيلاء، الخلع، الظهار، اللعان، العدة، الحضانة، العتق، المكاتب، الولاء، الجنائيات، الديات، المعاقل (الدية)، القسامة،

العراقي، ليظهر لنا الجانب التطبيقي لها بشكله الواضح، وتبقى حيز التنفيذ في العراق حتى احتلاله عام 2003م، مما دفع عبد الرزاق السنهوري إلى وصف القانون العراقي بأنه: "أول قانون مدني يتلاقى فيه الفقه الإسلامي والقوانين الغربية الحديثة جنباً إلى جنب بقدر متساو في الكم والكيف"، وهو يرى أن هذه التجربة هي "من أخطر التجارب في تاريخ التقنين الحديث، ثم قال: "مكن لعوامل المقارنة والتقريب من أن تنتج أثرها، ومهد الطريق للمرحلة الثالثة والأخيرة في نهضة الفقه الإسلامي، يوم يصبح الفقه مصدراً لأحكام حديثة تُجاري مدنية العصر وتُساير أحدث القوانين وأكثرها تقدماً ورقياً.."(117).

كما كان للمجلة جانبها التطبيقي في فلسطين<sup>(118)</sup>، وحينما أحتل الإنكليز فلسطين بقي العمل قائم بها، وعندما جاء الكيان الصهيوني واحتل فلسطين وقامت دولتهم لم يبطلوا عمل المجلة تماماً حيث جاء في كتاب "الحقوق في إسرائيل" ما نصه: "يجب على الحقوقيين الإسرائيليين اليوم معرفة نظام الحقوق العثمانية وخاصة المجلة"؛ وعند تأسيس بلغاريا كدولة قام البلغار بترجمتها إلى لغتهم واتخذت أساساً لقوانينهم، ومن الجدير بالذكر أن قوانين المجلة تعتبر القانون الثاني بعد القانون المدني الفرنسي في فرنسا حالياً، كما ترجمت إلى لغات عدة منها: العربية والإنكليزية و الفرنسية والبرتغالية..(119)

---

الحدود، السرقة، الأشربة، الصيد والذبح، الأضحية، الأيمان، الدعوى، الشهادة، الرجوع عن الشهادة، آداب القاضي، القسمة، الأكره، السير، الحظر والإباحة، الوصايا، الفرائض. ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص194.

(117) ينظر: بحث السنهوري عن (القانون المدني العربي) نقله: حسين: الدكتور: مُجَدُّ مُجَدُّ، حصوننا مهددة من داخلها، بيروت - لبنان، دار الرسالة، ط6، 1401هـ 1981م، ص 112.

(118) ينظر: القانون المدني الفلسطيني، المجلس التشريعي الفلسطيني بجلسته المنعقدة بتاريخ: 2012/6/26م، حيث جاء في مقدمته: "وتعد مجلة الأحكام العدلية العثمانية الصادرة في شعبان 1293هـ والمستمدة من الفقه الحنفي القانون المدني الساري في الأراضي الفلسطينية إلى يومنا هذا حيث مضى على سريانها قرابة 140 عاماً". كانت المقدمة من وضع الدكتور: أحمد مُجَدُّ بحر، رئيس المجلس التشريعي بالإناة.

(119) ينظر: شاهين، دراسة موجزة عن مجلة الأحكام العدلية، ص29 وما بعدها؛ آق قندز و أوزتورك، الدولة العثمانية الجوهلة، ص652.

## الباب الأول

بيان السلطة القضائية ونظام القضاء من خلال المجلة

## بيان أسس نظام الحكم والسلطة القضائية ونظام القضاء من خلال المجلة

تعد السلطة القضائية في الدولة من أهم السلطات الفاعلة فيها، حيث إنها تمثل المعيار الذي يعرف من خلاله مدى قوة مدنية الدولة من حيث تحقيق التوازن بين الحقوق والواجبات، والحريات من جهة والعدل من جهة أخرى، فالسلطة القضائية هي السلطة المنظمة للعلاقة بين أفراد الدولة على اختلاف صفاتهم، وهي الحاكم على باقي السلطات في الدولة وإليها يرجع الفصل في الأحكام<sup>(1)</sup>.

فكلما كان معيار الحق واضحاً في نظام الدولة من خلال بيان عنصر العدل من جهة، ومدى تحقق الحرية من جهة أخرى، يجعل ذلك الدولة دولة تحقق الأمن والأمان لأفرادها، وذلك بتحقيق التوازن بين أفرادها ومؤسساتها، فلا تتغول سلطة على أخرى فيغيب العدل ويظهر الظلم.

فغاية العدل هو خدمة الحق وحفظ الحقوق، وغاية الحرية هي النظر إلى الإنسان باعتبار إنسانيته، وليس باعتبار مقامه ونسبه وعمله، وقد قامت الشريعة الإسلامية بحفظ هذه الغايات وتحقيقها، فأساس التشريع هو دفع المفساد وتحقيق المصالح لحفظ المقاصد بترشيد الوسائل.

وعلى هذا المبدأ كان من الضروري بيان الأسس والغايات المرجوة من نظام الحكم في الدولة، من خلال السلطة القضائية من حيث المفهوم وأثرها ومدى استقلالها، وذلك لكون السلطة القضائية هي إحدى السلطات الثلاث، وهي المعيار الواضح الذي من خلاله يُعرف مدى سمو القيم الحاكمة في الدولة، ومدى قوة نظامها، ثم بيان القضاء وأركانها وشروطه ودور التحكيم فيه.

فنظام الحكم في الشريعة الإسلامية من حيث العموم، والسلطة القضائية من حيث الخصوص يقومان على أصول التشريع المعروفة، وعلى معرفة طرق استنباط الأحكام من الأصول، وعلى القواعد والضوابط الفقهية، الكلية منها والفرعية.

---

(1) ينظر حول تدخل القيم في شكل صياغة نظام الحكم: منير البياتي، الدولة القانونية والنظام الإسلامي دراسة دستورية شرعية وقانونية، الدار العربية للطباعة، بغداد، 1399هـ/1979م، ص70، وقد جعل المصدر الرئيسي للدستور هو الكتاب والسنة؛ وينظر أيضاً: غمق: الدكتور ضوء مفتاح، السلطة التشريعية في نظام الحكم الإسلامية والنظم المعاصرة (الوضعية)، فاليتا - مالطا، ELGA، 2002م؛ شمران حمادي، النظم السياسية، ص21 و61 وما بعدها، و69-76.



فوظيفة السلطة التشريعية بيان القيم المؤسسة لتحقيق المصالح ودفع المفساد، ويمثل رأسها علماء الأمة وأهل الشورى؛ ووظيفة السلطة التنفيذية هو التطبيق العملي لتلك القيم المؤسسة، والسلطان وحاشيته هم عمالها وأمنائها؛ ووظيفة السلطة القضائية جاء لتنظيم سبل تحقيق المصالح وإقرارها وسبل قطع المفساد ومنعها، والقضاء يكون لسانا وحارسا للقيم المؤسسة.

وإذا أردنا أن نفرق بين النظم العلمانية، والنظم الإسلامية في تفسير مفهوم السلطات الثلاث: التشريعية، والتنفيذية، والقضائية، نجد أن المفهوم الإسلامي أكثر مرونة من المفهوم الغربي لتعدد السلطات، لكونه يختص ببيان المفهوم من جهة دلالة المنطوق، بحيث أن النص مقدس لذاته، لكن ما يفهم منه يخضع للاجتهاد، ولهذا صيغت قاعدة "الأمر بمقاصدها" من جملة النصوص الواردة في ذلك، لكون المقاصد أصلا جاءت النصوص خادمة له، ولهذا أخذت المجلة بالأخذ بالمجاز وترك الحقيقة بدلالة العادة<sup>(2)</sup>، فيظهر الفرق بين المفهوم الإسلامي والعلماني للدولة من جهة التطبيق العملي، وخصوصا في السلطة القضائية.

ولهذا جاء هذا الباب مقسم إلى فصلين هي:

فالفصل الأول: فقد لبيان السلطة القضائية من حيث مفهومها واختصاصها وأثرها واستقلالها، ويضم مبحثين، الأول منهم يخص مفهومها واختصاصها وأثرها، والثاني جاء لبيان كيفية استقلال السلطة القضائية وأوجه حمايتها ومهامها.

وأما الفصل الثاني: فقد جاء لبيان أركان القضاء وأوصاف القاضي وآدابه ووظائفه والتحكيم، وأثر المجلة، وقد ضم ست مباحث، جاءت لبيان أركان القضاء، وأوصاف الحاكم وآدابه، وبيان وظائف القاضي وقيود القضاء، ثم بيان صورة المحاكمة وشروطها، وطرق حسم الخصومات، والخامس جاء يخص بيان شروط التحكيم وشموله وقوة حكمه، والأخير جاء لبيان علاقة قواعد المجلة بكتاب قضاء فيها.

(2) ينظر: الكمال ابن الهمام، فتح القدير، ج3، ص314؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص45، رقم المادة: (40)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص101 برقم (39)؛ رشيد باشا، روح المجلة، دار الخلافة العلية، 1326، ج1، ص129.

## الفصل الأول

### السلطة القضائية مفهومها واختصاصها واستقلالها وأثرها في المجلة

يختص هذا الفصل ببيان مفهوم السلطة القضائية من حيث كونها تمثل إحدى السلطات الحكمة في الدولة الحديثة.

لذلك وجب بيان مفهومها اللغوي والاصطلاحي من حيث التعريف، ثم بيان مجالها وتخصصها وأين يظهر عملها مع بيان أثرها، واحتاج الفصل إلى بيان استقلالها كيف يتم وكيف يتحقق.

وغاية الفصل هو بناء صورة عن السلطة القضائية، ومن خلال هذا البيان يظهر دور القضاء في هذه السلطة، فالقضاء هو يمثل الجانب العملي التطبيقي للسلطة القضائية.

ولذلك نجد أن ما دونه علماء المسلمين أسهم في إثراء الفقه القانوني وبيان غايات الحكم التي تهدف إلى تحقيق مصالح الناس ودفع المفساد عنهم، يقول المستشرق جيب: "الميزة الأولى التي تتحلّى بها الشريعة الإسلامية هي أنها مذهب واجبات، وأن الواجبات التي نادي بها تقسم إلى قسمين: واجبات نحو الله (العقيدة السنيّة وأداء الفروض الدينية)؛ وواجبات نحو الناس"، لكن هذه الواجبات الأخيرة لا تخرج أيضا عن أن تكون، صراحة أو ضمناً مما فرضه الله، ولذا لا يوجد تمايز حقيقي بين النوعين من الواجبات.. "ثم يستمر في بيان ومقارنة الشريعة الإسلامية بغيرها من النظم الموجودة ليقول: "إن الشريعة الإسلامية ذاتها حددت دستور الأمة الإسلامية تحديداً لن يناله التغير فيما بعد"، إن (الشريعة) في نظر المسلم هي تماماً مثل (الدستور) بالإضافة إلى الولايات المتحدة الأمريكية، بل وأكثر من ذلك"، إنها ترسم للمؤسسات والمجتمعات الإسلامية كلها القواعد التي ظلت منذ حجر الزاوية في الثقافة الإسلامية على الرغم من النقائص الرهيبة الكثيرة التي طرأت في القرون الأخيرة"، وقد تجلت، وأسهمت إسهاماً قوياً، في خلق أمة إسلامية موحدة على الرغم من ضروب الانقسام والاختلافات

السياسية"<sup>(3)</sup>، ولفظ القانون من الممكن أن يقابل الفقه في الحضارة الإسلامية، لكن لفظ اللاهوت لا يقابل معنى له دلالاته الاصطلاحية في العقيدة الإسلامية.

ولهذا كان للشورى أثرها في صياغة السلطة القضائية، ويتميز نظام الشورى عن النظام الديمقراطي، أن الشورى تحاول الوصول إلى الرأي السليم، والتفريق بين أهل الخبرة من عدمهم، وفي ذلك تحقيق لركن العدل في الحكم بين العقول، بينما لا نجد ذلك في النظام الديمقراطي الذي يساوي بين العقول، وقد أدرك مشرعوا هذا النظام مبكرا هذا العيب حيث نجد المفكر الفرنسي المشهور منتسكيو يقول مدركا هذا النقص: "لا يفسد مبدأ الديمقراطية بضياع روح المساواة فقط، بل يفسد بالإفراط في انتحال مبدأ المساواة أيضاً؛ وذلك لأن كل واحد يريد أن يساوي من اختاره ليتولى أمره" ثم يستمر في كلامه مبينا أن مبدأ الديمقراطية يساوي بين من يعلم ومن لا يعلم في اختيار الحاكم في مجلس السنين (الشيوخ) مما يجعل يولد فوضى واضطراب في المجتمع<sup>(4)</sup>.

هذه المسألة المهمة والتي هي بمثابة نقص في النظام الديمقراطي، لم تكن موجودة في نظام الحكم في الخلافة العثمانية، حيث تضمن مجلس الشورى أهل الخبرة والاختصاص، من الذين عرفوا بخبرتهم النظرية والتطبيقية داخل الدولة، وقد جاءت المادة الثالثة "أوجني مادة" من الدستور، مبينة ممن يتكون مجلس الشورى، فهو يضم ضباطا من الجيش، ومن المالية والأوقاف، ومن دائرة العدلية، ومن دائرة التجارة والزراعة، وغيرهم<sup>(5)</sup>، ويؤيد هذا النظام ويضبطه قواعد مهمة منها: "الشورى لا تجوز فيما يكون فيه نص"<sup>(6)</sup>، لان الشورى من قبيل الاجتهاد، وشرط الاجتهاد أن يعتمد على طرق استدلال صحيحة، ولهذا جاءت قاعدة: "الاجتهاد بالاستدلال"<sup>(7)</sup>، و"الاجتهاد في موضع النص باطل"<sup>(8)</sup>، ومن صيغها: "لا يصح الاجتهاد مع النص" و"الاجتهاد ساقط مع النص"<sup>(9)</sup>، وكذلك: "الاختلاف ليس

---

(3) جيب، علم الأديان وبنية الفكر الإسلامي، ترجمة: عادل العوّا، منشورات عويدات، لبنان 1977م، ص123، و125 وما بعدها،  
(4) ينظر: منتسكيو، روح الشرائع، ج 1، ص269؛ السنينات Senate: جمع سيناتور، مصطلح يطلق على مجلس الشيوخ، ينظر: أمل الرفاعي، معجم المصطلحات الدبلوماسية والسياسية، دار ناشري للنشر الألكتروني، شعبان 1433هـ يوليو 2012م، ص152؛ قد ذكر هذا النقص: شمران حمادي، النظم السياسية، ص33.

(5) ينظر: دستور، مطبعة عامرهد بصلمشدر، سنة1289، دار الطباعة العامة، جلد اولي، النظام الأساسي: ص704 وما بعدها.

(6) الجصاص، الفصول، ج4، ص54.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص262.

(8) برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، ج8، ص5.

(9) الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، ج1، ص573، ج6، ص253.

بحجة بمقابلة النص<sup>(10)</sup>، فإذا صدر الحكم من ولاية الأمر وجب العمل به فيكون كالنص، ولهذا جاءت قاعدة: "الاجتهاد كالنص"<sup>(11)</sup>، ولهذا جاءت المادّة "14" من المجلة مؤيدة لذلك وتنص: "لَا مَسَاغٌ لِلْاجْتِهَادِ فِي مَوْرِدِ النَّصِّ"<sup>(12)</sup>، هذا الأمر يفسر لنا كيف أن الدولة العثمانية اجتهد بضبط النصوص الخاصة بالسلطة القضائية، ومواد المجلة يمنع الاجتهاد الشخصي من قبل القاضي في الحكم في الدعاوى المقدمة إليه.

وهذه القوانين الخاصة بالسلطة القضائية وما انبثق منها من مواد تعلقت بالأحكام القضائية في المحاكم يستوى بها المسلمون وغير المسلمين في الدولة، ولهذا كان الأصل أنهم سواء أمام القانون الإسلامي مع المسلمين إلا فيما يخص العقيدة أو ما يتصل بها<sup>(13)</sup>، ونجد ذلك في حادثة قضاء شريح بين سيدنا علي بن أبي طالب رض الله عنه والنصراني في قصة الدرع، حيث قضى بالدرع للنصراني<sup>(14)</sup>، كما ورد عن النبي ﷺ أنه قال: "أَلَا مَنْ ظَلَمَ مُعَاهِدًا أَوْ انْتَقَصَهُ أَوْ كَلَّفَهُ فَوْقَ طَاقَتِهِ أَوْ أَخَذَ مِنْهُ شَيْئًا بغير طيب نفس، فأنا حجيجه يوم القيامة"<sup>(15)</sup>، ولذلك كان دَفْعُ الضَّرَرِ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مقصداً، وَمَنْ فِي حُكْمِهِمْ مِنْ أَهْلِ الدِّمَةِ<sup>(16)</sup>، وهذا ما أكده عدد من مواد القانون الأساسي العثماني<sup>(17)</sup>.

وهذه المساواة هي ركيزة مهمة من ركائز الدولة، وهي مساواة مقيدة بأحوال يجري فيها التساوي بضوابط، فهي ليست مطلقة لأن أصل خِلقَة البشر جاءت غير متساوية<sup>(18)</sup>، وعدم المساواة لا تخضع للتمييز الطبقي بل هي خاضعة لشخوص الناس أمام القضاء ويراعى فيها الضعيف حتى يتساوى مع القوي، والمظلوم حتى يؤخذ حقه، وفي هذا نجد مجلة الأحكام العدلية تبين هذه المسألة، حيث يفسر

(10) برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، ج1، ص194.

(11) العيني، البناية، ج1، ص731.

(12) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص27.

(13) ينظر: منير البياتي، الدولة القانونية، ص214-216؛ أحمد صيام سليمان، مبدأ استقلال القضاء في الدولة الإسلامية، رسالة ماجستير، غزة، الجامعة الإسلامية، أشرف عليها: الدكتور: يونس محي الدين الأسطل، 1426هـ 2005م، ص41.

(14) رواه: البيهقي، السنن الكبرى، ج10، ص230، برقم: 20465؛ أبو نعيم، حلية الأولياء، ج4، ص139، وروى الحديث بأن الخصم كان يهودي وليس نصرانياً.

(15) رواه: أبو داود، سنن أبي داود، ج3، ص170، برقم: 3052؛ والبيهقي، السنن الكبرى، ج9، ص344، برقم: 18731.

(16) ينظر: الدسوقي: مُجَدِّدُ بِنِ أَحْمَدَ بِنِ عَرَفَةَ الْمَالِكِي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، الجزء2، ص174.

(17) القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: 1293هـ الموافق 1876م، ص5، وما بعدها، المادة "8 و9 و10 و17".

(18) ينظر: ابن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، ص144-146 حيث بين ابن عاشور المساواة وكيف تكون في فكرة الأمة أولاً وأثرها على الدولة ثانياً.

شُراح المجلة العدل بمعنيين: أحدهما: المساواة بين الخصوم، والثاني: العدل بمعنى عدم الجور وهو إجراء الأمر والحال المستقيم الذي توجبهُ النفوس والعقول<sup>(19)</sup>.

وقد جاء في كتاب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- إلى أبي موسى الأشعري مبيناً شروط القضاء، وفيه: "وَأَسْ بَيْنَ النَّاسِ فِي وَجْهِكَ وَمَجْلِسِكَ وَقَضَائِكَ، حَتَّى لَا يَطْمَعُ شَرِيفٌ فِي حَيْفِكَ، وَلَا بِيئَاسٌ ضَعِيفٌ مِنْ عَدْلِكَ"<sup>(20)</sup>، وهذا كتاب عمر في القضاء يعد من أهم ما دون في علم القضاء قال "وهو كتاب معروف مشهور لا بد للقضاة من معرفته والعمل به"<sup>(21)</sup>.

وقد أخذت المجلة بهذا الأمر فجاءت المادة "1799" مبينة لمبدأ المساواة وتنص على أن "الْقَاضِي مَأْمُورٌ بِالْعَدْلِ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ بِنَاءً عَلَيْهِ، يَلْزَمُ عَلَيْهِ أَنْ يُرَاعِيَ الْعَدْلَ وَالْمَسَاوَاةَ فِي الْمَعَامَلَاتِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْمَحَاكِمَةِ كِإِجْلَاسِ الطَّرَفَيْنِ وَإِحَالَةِ النَّظَرِ وَتَوْجِيهِ الْخِطَابِ إِلَيْهِمَا وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْأَشْرَافِ وَالْآخَرُ مِنْ أَحَادِ النَّاسِ"<sup>(22)</sup>.

ولهذا ليس للقاضي أن يسقط حقا الدعوى، ويؤيد هذا جملة قواعد منها: "لَا يَصِحُّ إِسْقَاطُ الْحَقِّ قَبْلَ ثَبُوتِهِ"<sup>(23)</sup>، ولهذا وجب سماع الدعوى من كل مدع، لكون الدعوى هي سبب لإثبات الحق، وعليه جاءت قاعدة: "إِسْقَاطُ الْحَقِّ عَنِ الْبَعْضِ إِسْقَاطًا عَنِ الْكُلِّ"<sup>(24)</sup>، تفيد أن إسقاط حق الدعوى عن البعض يسقطه عن الكل، لكون هذا الحق ثابت بحرية التصرف، وجاءت قاعدة: "لَا يَجُوزُ إِسْقَاطُ الْحَقِّ الثَّابِتِ بِيَقِينٍ لِلأَمْرِ الْمَوْهُومِ"<sup>(25)</sup> كضابط يمنع إسقاط حق الدعوى لكل شخص، لوجود مظنة الكذب أو اختلاف

(19) المادة (1799): "الْقَاضِي مَأْمُورٌ بِالْعَدْلِ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ بِنَاءً عَلَيْهِ يَلْزَمُ عَلَيْهِ أَنْ يُرَاعِيَ الْعَدْلَ وَالْمَسَاوَاةَ فِي الْمَعَامَلَاتِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْمَحَاكِمَةِ كِإِجْلَاسِ الطَّرَفَيْنِ وَإِحَالَةِ النَّظَرِ وَتَوْجِيهِ الْخِطَابِ إِلَيْهِمَا وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْأَشْرَافِ وَالْآخَرُ مِنْ أَحَادِ النَّاسِ"، علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص539-541.

(20) رواه البيهقي، السنن الكبرى، ج10، ص252 وما بعدها، برقم: 20537؛ الدارقطني، السنن، ج5، ص367، برقم: 4471؛ الماوردي، الأحكام السلطانية، ص121؛ ابن رشد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات المهمات، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1408 هـ 1988م، ج2، ص268.

(21) ابن كثير، مسند أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأقواله على أبواب العلم، تحقيق: عبد المعطي قلعجي، دار الوفاء، المنصورة - مصر 1991م، ج2، ص548.

(22) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، الجزء4، ص539.

(23) ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج2، ص192.

(24) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص132.

(25) برهان الدين البخاري، المحيط الرهاني، ج7، ص447.

الدين، فلا يجوز "إسقاط الحق قبل وجود السبب لا يجوز"<sup>(26)</sup>، وعليه يجب أن يكون السبب ناقضا لذات صحة الدعوى، إي بسبب ذاتي تعلق بالدعوى، وليس بسبب صفة عامة تعلقت بالمدعي أو المدعى عليه، وعليه وجب على القاضي النظر في الدعوى لكون هذا الأمر هو وظيفته وعمله، وقد جاءت المادة "1785" من المجلة تنص على: "القاضي هو الذات الذي نصب وعين من قبل السلطان لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقاً لأحكامها المشروعة"<sup>(27)</sup>، وهذه المادة هي توضح المقصد من عمل القاضي، فإذا تعدد القضاة فليس لأحدهم سماع الدعوى دون الآخر ولهذا جاءت المادة "1802" من المجلة ونصها هو: "ليس لأحد القاضيين المنصوبين لاستماع دعوى أن يستمع تلك الدعوى وحده ويحكم بها وإذا فعل لا ينفذ حكمه"<sup>(28)</sup>.

ويضم الفصل مبحثين هما:

المبحث الأول: السلطة القضائية مفهومها واختصاصها وأثرها وأثرها في المجلة

المبحث الثاني: استقلال السلطة القضائية وأوجه حمايتها ومهامها وأثرها في المجلة

---

(26) السرخسي، المسوط، ج 27، ص 154.

(27) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 4، ص 519؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج 4، ص 165.

(28) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 4، ص 551؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج 4، ص 176.

## المبحث الأول: السلطة القضائية مفهومها واختصاصها وأثرها وأثرها في المجلة

مدار هذا المبحث جاء لبيان مفهوم السلطة القضائية وتعريفها اللغوي والاصطلاحي، ودعت الحاجة إلى ذكر تعريف القضاء، لكون مصطلح القضاء قديم سبق لفظ السلطة القضائية، ثم دعت الحاجة إلى ذكر بعض التعريفات لتلك السلطة مع تحليل كل تعريف بذكر ما يميزه عن غيره، ثم تركيب تعريفات تتناسب مع المفهوم للسلطة القضائية، وهذا كله في المطلب الأول.

وأما المطلب الثاني فقد جاء لبيان اختصاص السلطة القضائية، وأين يظهر عملها وفي ماذا تنتظر وتحكم، ثم ما هو أثرها في نظام الدولة،

### المطلب الأول: السلطة القضائية مفهومها

السلطة لغة: من سَطَطَ، وَهِيَ الْقُوَّةُ وَالْقَهْرُ، مِنْ ذَلِكَ السَّلَاطَةِ، وَهِيَ مِنَ النَّسْطِ وَهُوَ الْقَهْرُ، وَلِذَلِكَ سُمِّيَ السُّلْطَانُ سُلْطَانًا، وَالسُّلْطَانُ فِي مَعْنَى الْحُجَّةِ، قَالَ تَعَالَى: {هَلَاكَ عَنِّي سُلْطَانِيَّةٌ} (29)، مَعْنَاهُ: ذَهَبَ عَنِّي حُجَّتِي؛ قَالَ الرَّجَاجُ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: {وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا مُوسَى بِآيَاتِنَا وَسُلْطَانٍ مُبِينٍ} (30)، "أَي: وَحُجَّةٍ مُبَيَّنَّةٍ"، وَالسُّلْطَانُ إِنَّمَا سُمِّيَ سُلْطَانًا لِأَنَّهُ حُجَّةُ اللَّهِ فِي أَرْضِهِ؛ قَالَ الْفَرَّاءُ: "السُّلْطَانُ عِنْدَ الْعَرَبِ: الْحُجَّةُ، وَيَذَكَّرُ وَيؤنَّثُ، فَمَنْ ذَكَرَ السُّلْطَانَ ذَهَبَ بِهِ إِلَى مَعْنَى الرَّجُلِ، وَمَنْ أَتَتْهُ ذَهَبَ بِهِ إِلَى مَعْنَى الْحُجَّةِ" (31).

والسلطة في الاصطلاح: "هي المرجع الأعلى المسلم له بالنفوذ، أو هي الهيئة الاجتماعية القادرة على فرض إرادتها على الإيرادات الأخرى بحيث تعترف الهيئات الأخرى لها بالقيادة والفصل وبقدرتها وبحقها في المحاكمة وإنزال العقوبات" (32).

(29) الحاققة، 29/69.

(30) هود، 96/11.

(31) ينظر: الفراهيدي، العين، ج7، ص213؛ الأزهرى، تهذيب اللغة، ج12، ص235؛ ابن منظور، لسان العرب، ج7، ص321.

(32) الدكتور عبد الوهاب، موسوعة السياسة، ج3، ص215، ويقابلها - كما ذكرت الموسوعة - كمصطلح انكليزي (Authority).

وأما القضاء فيستعمل لغة في عدة معان منها: قَضَى يَقْضِي قَضَاءً وَقَضِيَّةً أَي حَكْمًا، وَقَضَى إِلَيْهِ عَهْدًا مَعْنَاهُ الْوَصِيَّةُ، وَمِنْهُ الْإِعْلَامُ، وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى: {وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ} (33)، أَي: أَعْلَمْنَاهُمْ إِعْلَامًا قَاطِعًا، وَمِنْهُ الْقَضَاءُ: أَي الْفَصْلُ فِي الْحَكْمِ، وَهُوَ قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: { وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى لَفُضِّى بَيْنَهُمْ } (34)، أَي: لَفُصِّلَ الْحَكْمُ بَيْنَهُمْ، وَمِثْلُ ذَلِكَ قَوْلُهُمْ: قَدْ قَضَى الْقَاضِي بَيْنَ الْخُصُومِ، أَي: قَدْ قَطَعَ بَيْنَهُمْ فِي الْحَكْمِ، قَالَ: وَمِنْ ذَلِكَ قَدْ قَضَى فَلَانٌ دَيْنَهُ، تَأْوِيلُهُ قَدْ قَطَعَ بِالْعَزِيمَةِ عَلَيْهِ وَأَدَاهُ إِلَيْهِ، وَقَطَعَ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الدَّائِنِ (35)، وَعِنْدَ التَّحْقِيقِ تَرْجِعُ كُلُّهَا إِلَى مَعْنَى الْقَطْعِ وَالْفَصْلِ، وَالْقَضَاءُ فِي عِلْمِ الْقَانُونِ يَسْتَعْمَلُ فِي مَعْنَيْنِ: "الْحَكْمُ، وَالْحَاكِمِيَّةُ" (36).

فإن الناظر إلى المعاني اللغوية المتعددة يلوح له أنها تدل على معانٍ مختلفة، بيد أن معظمها ينطبق على حكم القاضي، فيصح أن يطلق على قضاائه: الحكم، والفصل بين المتنازعين، وإحكام الأمر، وإتمام الشيء، وكماله وإلزامه، مما يؤكد الترابط بين المعاني اللغوية للقضاء، والمعنى الاصطلاحي (37).

وهذا الترابط يظهر بين مصطلح السلطة القضائية ومصطلح القضاء، من خلال رصدنا للمشترك اللفظي بينهما وهو اللفظ ("ق"، "ض"، "ى) فمن خلال تعريف القضاء اصطلاحاً نستطيع أن نبين مفهوم السلطة القضائية، لكون القضاء هو رأسها.

وأما في الاصطلاح فقد عرف القضاء بعدت تعريفات مختلفة بين المذاهب الأربعة، ولكل تعريف ما يميزه عن الآخر لذكره وصفاً للقضاء يختص به:

(33) الإسرائ، 4/17.

(34) الشورى، 14/42.

(35) الفراهيدي، العين، ج5، ص185؛ الأزهرى، تهذيب اللغة، ج9، ص170.

(36) علي حيدر، درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام، ج4، ص519؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص165، والمادة المبينة لهذا المفهوم هي المادة "1784": الْقَضَاءُ أَيُّ بِمَعْنَى الْحُكْمِ وَالْحَاكِمِيَّةِ.

(37) ينظر: أحمد صيام سليمان، مبدأ استقلال القضاء في الدولة الإسلامية، ص44.



1) عرف علماء الحنفية القضاء باعتبار ثمرته والغاية منه وقالوا: "فَصَلُّ الْخُصُومَاتِ وَقَطِّعِ الْمُنَازَعَاتِ" (38).

2) وعند المالكية: فقد عرفه ابن رشد باعتبار ماهيته قائلاً: "حَقِيقَةُ الْقَضَاءِ الْإِخْبَارُ عَنِ حُكْمِ شَرْعِيٍّ عَلَى سَبِيلِ الْإِلْزَامِ لِمَا فِيهِ مِنْ فَصْلِ الْخُصُومَاتِ وَرَفْعِ الْهَرْجِ وَإِقَامَةِ الْحُدُودِ وَنَصْرِ الْمَظْلُومِ" (39)، وقد اشترك مع تعريف الحنفي في لفظ "الفصل" وزاد عليه بالإلزام، فهو تعريف باعتبار ذاته.

3) وعند الشافعية: عرفه الماوردي قائلاً: "أَمَّا الْقَضَاءُ فَهُوَ الْفَصْلُ لِانْقِضَاءِ التَّنَازُعِ" (40)، وهو تعريف باعتبار ماهيته مع ذكر للفظ "الفصل"، وعرفه إمام الحرميين من جهة أثره: "هُوَ شَرْعًا إِظْهَارُ حُكْمِ الشَّرْعِ فِي الْوَاقِعَةِ مِنْ مُطَاعٍ وَاحْتِرَازٌ بِالْمُطَاعِ عَنِ الْمُفْتِي (...) وَأَنَّهُ الْإِلْزَامُ مِمَّنْ لَهُ فِي الْوَقَائِعِ الْخَاصَّةِ بِحُكْمِ الشَّرْعِ لِمَعْيِنٍ، أَوْ غَيْرِهِ"، واشترك مع تعريف ابن رشد المالكي بلفظ "الإلزام" وأضاف إلى هذه المعاني ابن عبد السلام لفظ "الولاية" (41)، فهو تعريف باعتبار أثر القضاء وتفريقه عن الإفتاء.

4) وعند الحنابلة: "تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الحكومات" (42)، وقدم هذا التعريف لفظ "الإلزام" على لفظ "الفصل"، وهو تعريف مختصر فيه الدلالة الذاتية والأثر المترتب على القضاء.

(38) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت 1992م، ج5، ص352؛ وينظر: السرخسي، المبسوط، ج17، ص28؛ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، ص223.

(39) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجز2، ص174؛ ابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمد، برهان الدين اليعمرى، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، 1986م، ج1، ص11؛ الخرشبي: أبو عبد الله محمد بن عبد الله المالكي، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج7، ص151.

(40) الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، لبنان - بيروت 1999م، الجز16، ص201.

(41) القليوبي وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، ج4، ص297؛ ابن حجر الهيتمي: أحمد بن محمد بن علي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد 1983م، ج10، ص101؛ الخطيب الشربيني: شمس الدين، محمد بن أحمد الشافعي (ت: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1994م، ج6، ص257.

(42) البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة، بيروت، ص704.

هذه التعريفات تخص القضاء، مع بيان ماهيته وأثره، وأجد تعريف الحنابله أكثر شمولاً من غيره لكونه احتوى على بيان الحكم مع الإلزام مع بيان غاية القضاء، وهو فصل الخصومات.

وحاول المعاصرون من أهل القانون أن يبينوا تعريفاً للسلطة القضائية لكونها مصطلحاً جديداً، يحتاج إلى بيان وتفصيل، مع مراعاة ما نقلته كتب الفقه والقضاء من تعريف للقضاء، اختلفت عبارتهم بحسب ما يقصده كل منهم من القضاء، وسنذكر بعض التعريفات، مع تحليل لكل تعريف ومناقشته، واختيار تعريف مناسب للغرض المطلوب من السلطة القضائية:

1. عرّف الدكتور منير البياتي السلطة القضائية بأنها: "القوة والتمكين من تنفيذ أحكام الله تعالى بين العباد على جهة الإلزام"<sup>(43)</sup>.

2. وعرفها الدكتور ماهر السوسي بأنها: "السلطة المخولة بتطبيق القوانين على ما شرعت له من قضايا وخصومات، والعمل على تنفيذ ذلك".

3. وعرفها الدكتور سليمان محمد الطماوي بقوله: "السلطة المختصة بتفسير القانون وتطبيقه على المنازعات التي تعرض عليها".

4. وعرفها الأستاذ أحمد صيام سليمان أبو أحمد بقوله: "هي الجهة المختصة في الدولة بتبيين شريعة الإسلام، وتطبيقها على المنازعات التي تعرض عليها"<sup>(44)</sup>.

5. وعرفتها موسوعة السياسة بأنها: "(السلطة) المناط بها وظيفة تفسير القانون وتطبيقه على الوقائع المعينة التي تعرض على هيئاتها"<sup>(45)</sup>.

الناظر إلى التعريفات السابقة يجدها متقاربة من حيث المفهوم؛ فمثلاً التعريف الأول والرابع متقاربان لكونهما جعلاً الشريعة الإسلامية عنصراً أساسياً في التعريف؛ لأن السلطة القضائية هي وسيلة وأداء لتحقيق العدالة وليست بغاية لذاتها.

(43) منير البياتي، الدولة القانونية، ص 386.

(44) أحمد صيام سليمان، مبدأ استقلال القضاء في الدولة الإسلامية، ص 44.

(45) الكيالي، وآخرون، موسوعة السياسة، ج 3، ص 317.

وينقص التعريفات السابقة كلها عدم ذكر عبارة "تنظيم القضاء"، لأن مبدأ الفصل بين السلطات هو الغالب لمنطلق كل تعريف، فتعريف منير البياتي، كان مجملا استخدم فيه لفظ "القوة"، واختار ماهر السوسي أن يذكر كلمة "مخولة"؛ و اختار سليمان محمد الطماوي أن يذكر كلمة "مختصة"، فاستعمال كلمة "مختصة" أدق من كلمة "مخولة" لكون الاختصاص يفيد الحصر، هذا ما ذكرته مجلة الأحكام العدلية في مادتها: "1801"<sup>(46)</sup>؛ واقتصر أحمد أبي أحمد على ذكر لفظ "المنازعات"، فالقضاء لا يختص بأمر المنازعات فقط، وإنما يشمل قضايا أخرى من عقد الزواج وقسمة الفرائض وغير ذلك؛ وأما تعريف موسوعة السياسة فيحتاج إلى بيان وفك بعض الإجمال الذي فيه، لكنها تميزت عن التعريفات المذكورة واستخدمت كلمة مهمة وهي "المناط"، وهذا لفظ أصولي قديم يستخدم كمسلك لمعرفة العلة، فإن مسلك المناط مهم في مجال الاستنباط<sup>(47)</sup>.

والقاضي مثل المفتي في استنباط الأحكام وبيانها، وصياغة النظم القضائية وتخصصها نجدها في حضارتنا الإسلامية غالبا ما يكون بيانه وبيان شكله من صلاحية القاضي التي يصادق عليه الخليفة، وخير ما يمثل هذه الصورة نظام القضاء في الدولة العثمانية<sup>(48)</sup>.

ويمكن تحديد شكل السلطة القضائية من خلال النظر في شكلها كسلطة مستقلة داخل الدولة العثماني، فيمكن صياغة ما يناسبها وهو يدور بين ثلاثة تعريفات والله أعلم:

فيلم اختيار التعريف المناسب للسلطة القضائية من خلال الجواب على السؤال الآتي: هل تشكيل المحاكم وصياغة القوانين هو من صلاحيات السلطة التشريعية أم التنفيذية أم القضائية أم هي مشتركة بين القضائية والتشريعية؟ وبحسب الجواب يكون التعريف الذي يناسب شكل السلطة القضائية بما يحدده الدستور من حيث تشكيل المحاكم، وصياغة القوانين، وتفسيرها.

1. في حالة كونها سلطة تتولى بيان القوانين فقط وتحديدها، فيكون تعريف السلطة القضائية بأنها: "سلطة مختصة بتفسير وتطبيق القوانين على ما تم تشريعه لها من قضايا وخصومات، والعمل على تحقيق ذلك"، فصلاحياتها تظهر من خلال تفسير وتطبيق وتنفيذ القوانين.

(46) ونص المادة: (الْقَضَاءُ يَتَّقَدُّ وَيَخَصُّ بِالزَّمَانِ أَوْ الْمَكَانِ)، علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص542 وما بعدها

(47) ينظر حول المناط: الغزالي، المستصفي، ص281 .

(48) ينظر حول متغيرات النظم القضائية: آق قندز، الدولة العثمانية المجهولة، ص629-637.

2. وفي حالة كونها سلطة تتولى بيان القوانين وتحديدها، مع كونها تختص بتنظيم المحاكم وتشكيلها، يضاف إلى التعريف كلمة "مُنظمة" فيكون: "سلطة مُنظمة للقضاء، ومُختصة بتفسير وتطبيق القوانين على ما تم تشريعه لها من قضايا وخصومات، والعمل على تحقيق ذلك" فيضاف لها بالإضافة لما سبق صلاحية تنظيم القوانين، لان وضع شكل النظام الهرمي للمحاكم ومجال تخصصها يكون في الغالب من صلاحية السلطة التشريعية أو التنفيذية، وفي هذا التعريف اختص تنظيم المحاكم بالسلطة القضائية فقط.

3. وفي حالة كون وضع القوانين يكون مشترك بين السلطة التشريعية والسلطة القضائية، فيكون التعريف إجمالاً: "سلطة مُنظمة للقضاء، تشترك في تشريع القوانين العامة وتفسيرها وتطبيقها، وتعمل على تحقيق ذلك" وهي بهذا التعريف تكون مثل السلطة التشريعية من حيث التشريع، وذلك بما يخص تشريع القوانين القضائية، لكن السلطة التشريعية تمتاز بكون سلطتها عامة، والقضائية خاصة، وغالبا ما يعطى صلاحية النقض للتشريعية لتحقيق التوازن .

وكل تعريف يكن صحيحا بحسب مقصد الدولة من السلطة القضائية، ومدى اختصاصها ومجال عملها والهدف الذي تسعى لتحقيقه.

### المطلب الثاني: اختصاص السلطة القضائية وأثرها

من المهم بيان مجال عمل السلطة القضائية وأين يظهر أثرها بين السلطات، وما يصدر منها يحدد كيفية التزام السلطات الأخرى"،

والغاية من هذا المطلب هي بيان الجانب النظري المختص بالسلطة القضائية من جهة، والأثر العملي من حيث مجالاتها التطبيقية.

فالاختصاص يسبق الأداء ولهذا قال الجرجاني في بيان مصطلح "خاصة الشيء" قائلا: "ما لا يوجد بدون الشيء، والشيء قد يوجد بدونها، مثل: الألف واللام، لا يوجدان بدون اسم، والاسم يوجد بدونهما، كما في زيد"<sup>(49)</sup>، ولهذا نجد أن نظام المحاكمة المختصة معمول به، ولهذا جاءت قوانين تدل على تحقيق هذا الاختصاص، ومنها المادة المادة "1801" من المجلة على ذلك وهي: "الْقَضَاءُ يَتَقَيَّدُ

(49) الجرجاني، التعريفات، ص95.

وَيَتَخَصَّصُ بِالزَّمَانِ أَوْ الْمَكَانِ وَاسْتِثْنَاءِ بَعْضِ الْخُصُومَاتِ"<sup>(50)</sup>، فهي جاءت على شكل ضابط، فظهر أثره في تنظيمات الدولة العثمانية، فنجد الاختصاص النوعي ظاهر في تنظيم المحاكم الخاصة مثل محكمة التمييز، والجنايات، والأوقاف، والمحاكم الشرعية وغيرها من المحاكم موزعة بحسب نوع اختصاصها القضائي<sup>(51)</sup>.

كما نجد الاختصاص المكاني ظاهر في تشكيل المحاكم في اسطنبول بحسب الأماكن<sup>(52)</sup>، وكذلك في باقي ولايات الدولة<sup>(53)</sup>، فصلاحيّة تشكيل المحاكم وطرق إدارتها وما يترتب عليها من توظيف، خاص بالسلطة القضائية دون سواها من السلطات داخل الدولة؛ بينما النظر في ذات القضايا المرفوعة والحكم عليها خاص بالقضاء واحده، فليس لمن تولى إدارة السلطة القضائية رد قضية قضى بها قاض إلا من قبل اختصاص آخر مختص قضاءا برد القضايا من محكمة أستاذ أو تمييز، فالسلطة القضائية عامة، والقضاء خاص.

ولهذا كان القضاء خادما لما وضع له من مجالات حددها السلطة القضائية، فإذا لم تكن هناك دعوة فليس للقاضي ان يتدخل، لكونه من باب "خاصة الشيء"، فكان الخروج عن "الأختصاص" يوقع القاضي في الظلم، والتجوز عن "القيّد" الخاص الموضوع من السلطة القضائية، يوقع القاضي في الخطأ، فالاختصاص هو من قبيل "النوع"<sup>(54)</sup>، والقيّد من قبيل "الحد"<sup>(55)</sup> المناع لغيره، وبيان الإختصاص مهمة السلطة القضائية، والتنفيذ مهمة القضاء، والقيّد حد مانع يوضع لضبط الإختصاص.

### المقصد الأول: اختصاص السلطة القضائية

- 
- (50) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص542 وما بعدها
- (51) سالنامهء دولت عليه عثمانيه، آتمش سكرنجي سنه، 1333-1334 سنهء ماليه، ص156-164.
- (52) سالنامهء دولت عليه عثمانيه، آتمش سكرنجي سنه، 1333-1334 سنهء ماليه، ص165-172.
- (53) ينظر السانامات: بغداد ولايت جليله سنه مخصوص سالنامه در، يكرمي برنجي دفعة، سنه هجرية 1325، روميه 1322-1323، ص142، 144، 146، 148، 150، 156، 159، 162، وفيها ذكر المحاكم؛ حجاز ولايت سالنامه سي، 1309 سنه هجرية، مكتوب ولايت بيغريت لتر ترتيب اولمشدر، ص135، وفيها ذكر القضاة.
- (54) النوع: "اسم دال على أشياء كثيرة مختلفة بالأشخاص"، الجرجاني، التعريفات، ص247؛ وعرفه التهانوي: "كَلْمٌ مَقُولٌ عَلَى كَثِيرِينَ مُتَّفَقِينَ بِالْأَعْرَاضِ دُونَ الْحَقَائِقِ." وهو [في الانكليزية] *variety.class, Species*، و[في الفرنسية] *Genre, variete.espece*، كشاف اصطلاحات الفنون، ج2، ص1733.
- (55) الحد: "قولٌ يشتمل على ما به الاشتراك، وعلى ما به الامتياز"، الجرجاني، التعريفات، ص83.

تختص السلطة القضائية بإعمال النظر في مجالات مختلفة يمكن استنتاجها من رسالة سيدنا عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري الخاصة بشأن القضاء، وهي:

أحدها: فصل المُنَازَعَاتِ، وَقَطْعُ النَّشَاجِرِ، وَالْخُصُومَاتِ، إِمَّا صُلْحًا عَنْ تَرَاضٍ، أَوْ إِجْبَارًا بِحُكْمِ بَاتٍ<sup>(56)</sup>، فَالْقَاضِي وَكَيْلٌ مِنْ قِبَلِ السُّلْطَانِ بِإِجْرَاءِ الْمُحَاكَمَةِ وَالْحُكْمِ<sup>(57)</sup>.

الثاني: استيفاء الحقوق من الممتنع منها وإيصالها إلى مستحقها بعد ثبوت استحقاقها بالإقرار، أو البينة<sup>(58)</sup>.

الثالث: ثبوت الولاية على من كان ممنوعاً من التصرف لجنون أو صغر، وَالْحَجْرُ عَلَى مَنْ يَرَى الْحَجْرَ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ أَوْ فَلَاسٍ، حِفْظًا لِلْأَمْوَالِ عَلَى مُسْتَحِقِّهَا<sup>(59)</sup>، وهذا ما أكدته المجلة في مادتها "957" التي تنص على حجر الصَّغِيرِ وَالْمَجْنُونِ، وَالْمَادَّةُ "959" وتنص على الْمَدِينِ، و"1128" وتنص على أنه لَمْ يَكُنْ لِلصَّغِيرِ وَلِيِّ وَلَا وَصِيٍّ، كان على الْقَاضِي أَنْ يُنْصَبَ لَهُ وَصِيٍّ<sup>(60)</sup>.

الرابع: النظر في الأوقاف بحفظ أصولها ورعايتها، وحفظ شروطها ونظامها<sup>(61)</sup>، ويستثنى عَدَمُ صِحَّةِ تَقْرِيرِ الْقَاضِي فِي الْوُظَائِفِ فِي الْأَوْقَافِ إِذَا كَانَ الْوَاقِفُ شَرَطَ التَّقْرِيرَ لِلْمُتَوَلَّى<sup>(62)</sup>، ولهذا جاءت قاعدة: "تَصَرَّفُ الْقَاضِي فِيمَا لَهُ فِعْلُهُ مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ وَالْأَوْقَافِ مُقَيَّدٌ بِالْمَصْلَحَةِ"<sup>(63)</sup>،

(56) ينظر: برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، ج3، ص148؛ الزليعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج4، ص175؛ العيني، البناية شرح الهداية، ج9، ص3؛ النووي، روض الطالبين وعمدة المفتين، ج11، ص125؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج6، ص258؛ القاضي أبو يعلى الفراء: مُجَدِّدُ بَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُجَدِّدِ بْنِ خَلْفِ، الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ، صححه وعلق عليه: مُجَدِّدُ حَامِدِ الْفَقِيِّ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000م، ص65.

(57) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص529، رقم المادة "1793"، وص541، رقم المادة: "1800".

(58) 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.

(59) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج24، ص161؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص156؛ أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، ص65.

(60) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الجزء2، ص645، 647، ج3، ص115.

(61) ينظر: برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، ج9، ص482؛ أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، ص65؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص36.

(62) ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج5، ص251؛ واقتضت الحاجة تأسيس محكمة للأوقاف، وتعين قاضي باسم قاضي الأوقاف"، علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص546، 552.

(63) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص53.

ولهذا جاءت المادة "356" حيث ذكرت أن مَالِ الْوَقْفِ وَبَيَّتُ الْمَالَ حُكْمُهُ حُكْمُ مَالِ الْيَتِيمِ، و"1017" ونصت على عدم جواز الشُّعْطَةُ فِي عَقَارِ الْوَقْفِ وَالْأَرَاضِي الْأَمِيرِيَّةِ (64).

الخامس: تَنْفِيذُ الْوَصَايَا عَلَى شُرُوطِ الْمُوصِي فِيمَا أَبَاحَهُ الشَّرْعُ، فَإِنْ كَانَتْ لِمَعِينِينَ نَفْذَهَا بِالْإِقْبَاضِ، وَإِنْ كَانَتْ لِغَيْرِ مَعِينِينَ كَانَتْ تَنْفِيذَهَا إِلَى اجْتِهَادِ النَّظَرِ (65).

السادس: تَرْوِيحُ الْأَيَامِي بِالْأَكْفَاءِ، إِذَا عَدِمَ الْأَوْلِيَاءُ، فَيُنْتَبِثُ لِلْقَاضِي وَلايَةُ تَرْوِيحِ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ (66).

السابع: إِقَامَةُ الْحُدُودِ عَلَى مُسْتَحَقِّيهَا، فَإِنْ كَانَ مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى تَفَرَّدَ بِاسْتِنْفَائِهِ مِنْ غَيْرِ مَطَالِبٍ، إِذَا ثَبِتَ بِالْإِقْرَارِ أَوْ الْبَيِّنَةِ؛ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ حُقُوقِ الْأَدْمِيينِ وَقَفَتْ عَلَى طَلَبِ مُسْتَحَقِّيهَا.

الثامن: النَّظْرُ فِي مَصَالِحِ عَمَلِهِ، مِنْ الْكُفِّ عَنِ التَّعَدِي فِي الطَّرِيقَاتِ وَالْأَفْنِيَةِ، وَإِخْرَاجِ الْأَجْنَحَةِ وَالْأَنْبِيَةِ، وَلَهُ أَنْ يَنْفَرِدَ بِالنَّظْرِ فِيهَا، وَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ خَصْمٌ (67)،

التاسع: تَصْفَحُ شَهُودِهِ وَأَمَانَتِهِ، وَاجْتِبَارُ النَّائِبِينَ عَنْهُ مِنْ خُلَفَائِهِ، فِي إِفْرَارِهِمْ وَالتَّعْوِيلِ عَلَيْهِمْ، مَعَ السَّلَامَةِ وَالْإِسْتِقَامَةِ (68)، وَهَذَا الْأَمْرُ ذَكَرَ فِي رِسَالَةِ سَيِّدِنَا عَمْرُ بْنُ الْخَطَّابِ إِلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ (69)، وَجَاءَتْ الْمَادَّةُ "1813" فِي مَجْلَةِ الْأَحْكَامِ مُؤَكَّدَةً لَهُ، وَكَذَلِكَ الْمَادَّةُ "1805" وَتَخَصُّ تَعْيِينَ النُّوَابِ وَعَزْلَهُمْ (70)،

(64) ينظر: منير القاضي، شرح المجلة، ج1، ص324؛ ج2، ص398.

(65) ينظر: أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، ص65؛ علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص53 وما بعدها.

(66) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج16، ص183؛ أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، ص65.

(67) ينظر: أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية للفراء، ص66؛ ابن فرحون، تبصرة الحكماء، ج1، ص18، ج2، ص85.

(68) ينظر: أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، ص66؛ علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص564.

(69) ينظر: تخريج الحديث في هامش (114) من هذا الباب.

(70) ينظر: علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص564 و554، ونص المادة هو: "يَجِبُ عَلَى الْقَاضِي أَنْ يُجْرِيَ التَّدْقِيقَ فِي الْمُرَافَعَاتِ مَعَ عَدَمِ طَرْحِ الدَّعَاوَى فِي زَوَايَا الْإِهْمَالِ".

العاشر: التسوية في الحكم بين القوي والضعيف، والشريف وغيره، كما نصّ عليه سيدنا عمر بن الخطاب في رسالته إلى أبي موسى الأشعري<sup>(71)</sup>، وقننتها مجلة الأحكام العدلية في مادتها "1799"<sup>(72)</sup>.

### المقصد الثاني: أثر السلطة القضائية في نظام الدولة

السلطة القضائية تهتم بإنشاء وتشكيل المحاكم، وتوفير القضاة لها بما يتناسب واختصاص هذه المحاكم، وهي لا تتدخل في ذات الدعوى كالقضاء، وهي تعمل على رعاية الجانب التنظيمي للقضاء، والتشريعي لمواده، وعلى القاضي أن ينتفع من هذه المواد ويرجع بينها ويجتهد، ولهذا دعت الحاجة في القضاء إلى إنشاء محاكم إستئناف وتمييز، لمنع الخطأ في القضاء، ودفع الضرر عن الناس<sup>(73)</sup>.

فالسطة القضائية تبين شروط القضاء والمحاكم، فهي خارجة عن القضاء، لكن القضاء يتولى بيان أركان القضاء وكيفيته، فمواد المجلة قد وضعتها من تولى دور السلطة القضائية في الدولة العثمانية، لكن كيفية الأخذ بها والحكم يرجع إلى ذات القضاء، ويمكن بيان أثر السلطة القضائية من خلال النظر في مواد مجلة الأحكام العدلية، حيث جاءت مبينة للجانب التطبيق للسلطة القضائية، وذلك بترتيب النظام العام للحكم في القضايا<sup>(74)</sup>، فأركانُ القضاءِ سِتَّةُ: الْقَاضِي، الْحُكْمُ، الْمَحْكُومُ بِهِ، الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ، الْمَحْكُومُ لَهُ، الطَّرِيقَةُ<sup>(75)</sup>، فيظهر لنا من خلال هذا الترتيب لأركان الحكم القضائي، أثر القضاء في صياغة المواد المتعلقة بكل ركن من هذه الأركان، وسيأتي بينها مفصلاً في الفصول القادمة.

1. كون القضاء من أهم المصالح العامة، والقاضي مكلف بالقضاء، وحكمه نافذ في دماء الناس، وأموالهم، وأعراضهم، كان من الواجب أن تتوفر في الحاكم صفات، يرجع بعضها إلى الناحية

(71) ينظر: أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، ص66.

(72) ينظر: أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، ص66؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص539.

(73) حول المحاكم وأنوعها ينظر: سالنامهء دولت عليه عثمانيه، التمش سکنجی سنه، 1333-1334 سنهء ماليه، ص158-162.

(74) سيأتي بيان أركان القضاء في الفصل الثالث.

(75) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص519-524؛ وذكر القاضي لفظ الحاكم عوضاً عن لفظ القاضي، ينظر: منير

القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص165؛ وينظر: السمديسي، فتح المدبر، لو: 17، ور: 1.



الأخلاقية، ويرجع بعضها إلى الناحية العلمية<sup>(76)</sup>، كما بينت المجلة في المادّة "1792"، ومادّة "1793"<sup>(77)</sup>، فيظهر أثر هذه المواد كجهة ضابطة مراقبة للصفات اللازمة التي يجب أن تتوفر في القاضي.

2. تهتم السلطة القضائية ببيان أدب القضاء وما يلزم أن يكون عليه، ويتخلق به بين الناس من الخصال الحميدة، ونجد ذلك في مجلة الأحكام وهي تختص ببيان مجلس القضاء وما يتعلق به من صفات وأحكام<sup>(78)</sup>.

3. يعتبر القاضي وكيلًا عن السلطان أو من يمثل السلطة في إجراء المحاكمات والحكم، لذلك يلزم أن يُنصّب الحاكم بإرادة عليا، وقد بينت المجلة ذلك في مادّة "1800"، ويتقيد القاضي بحسب القانون من حيث الزمان، والمكان، ونوع الخصومة، والأشخاص، والمسائل الخلافية المقضي بها، ونوع المحاكم وبياناتها<sup>(79)</sup>.

4. السلطة القضائية تبين أصول المرافعات الحقوقية في المواد الباعثة عن كيفية إجراء المحاكمة، وما يترتب على ذلك، ولهذا جاءت المادّة "1815" و المادّة "1828" بما يوضح هذا<sup>(80)</sup>.

وبيان هذا سيأتي مفصلا إن شاء الله في الفصول القادمة، مع بيان القواعد الفقهية ودورها في القضاء.

(76) القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج 4، ص 169 وما بعدها.

(77) علي حيدر، درر الحكام شوح مجلة الأحكام العدلية، ج 4، ص 525 و 529، ونص المادة " يُنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي حَكِيمًا فَهِيمًا مُسْتَقِيمًا ، وَأَمِينًا مَكِينًا مَتِينًا"، و نص الجانب العلمي "يُنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي، وَاقِفًا عَلَى الْمَسَائِلِ الْفُقَهِيَّةِ وَعَلَى أُسُولِ الْمُحَاكَمَاتِ وَمُقْتَدِرًا عَلَى فَصْلِ وَحْسَمِ الدَّعَاوَى الْوَاقِعَةِ تَطْبِيقًا لَهَا".

(78) ينظر: منبر القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج 4، ص 172-174، علي حيدر، درر الحكم، ج 4، ص 531 و 533 و 537 و 538 و 539، وسيأتي بينها في الفصل الأول من الباب الثاني.

(79) القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج 4، ص 174-176؛ علي حيدر، درر الحكم، ج 4، ص 541 وما بعدها.

(80) القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج 4، ص 182-184؛ علي حيدر، درر الحكم، ج 4، ص 566 و 603.

## المبحث الثاني: استقلال السلطة القضائية وأوجه حمايتها ومهامها وأثرها في المجلة

يعد مبدأ استقلال السلطة القضائية، هو المعيار الحقيقي الذي يتحقق من خلاله حكم مستقل عن أي تدخل في قراره من قبل مَنْ هو خارج عن السلطة القضائية.

ولهذا حرصت أنظمة أي دولة على التأكيد على هذا المقصد في قوانينها الدستورية والتشريعية، لكون أن هذه المسألة تحقق التوازن بين مؤسسات الدولة حال كون القضاء مستقلاً، وبعيدا عن أي تدخل خارجي يؤثر في قراراته.

ويتحقق استقلال السلطة القضائية باستقلال مؤسساتها واختصاصها، بحيث تكون مستقلة عن أي تدخل، مع وجود تكامل بينها وبين باقي السلطات.

### المطلب الأول: استقلال السلطة القضائية

إن المقصود من استقلال القضاء هو ألا يقع القضاء تحت تأثير سلطة، أو شخص، أو هوى، من شأنه أن ينحرف به عن هدفه الأسمى، وهو إقامة العدل بين الناس، وإيصال الحقوق إلى أهلها<sup>(81)</sup>.

إن بيان الحق وتعيين مستحقه من أهم أصول النظام الاجتماعي للدولة، ليكون المسلمون على بيئة من أمرهم فيما يأتون من الأفعال<sup>(82)</sup>، فلا اعتبار للتمييز الطبقي (المنزلة) بين الأفراد، والأصل أن استقلال القضاء قائم على إنصاف المظلوم من الظالم وتحقيق العدل بين الناس، ومهمة هذه السلطة هي توزيع العدالة بين الناس والحكم في المنازعات والخصومات والجرائم والمظالم، واستيفاء الحقوق ممن مَطلَ بها وإيصالها إلى مستحقيها والولاية على فاقدى الأهلية والسفهاء والمفلسين، والنظر في الأوقاف وأموالها وغلالتها إلى غير ذلك مما يُعرض على القضاء، ويوجبُ الإسلامُ على القضاة أن لا يجعلوا لأحد عليهم سلطانا في قضائهم، وأن لا يتأثروا بغير الحق والعدل، وأن يتجردوا عن الهوى، وأن يسووا بين الناس جميعا أمام القضاء، وأن يقوم القضاء على راعية هذا الأمر والعمل عليه<sup>(83)</sup>،

(81) ينظر: أحمد صيام سليمان، مبدأ استقلال القضاء في الدولة الإسلامية، ص66.

(82) ينظر: ابن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، ص178.

(83) ينظر: عبد القادر عودة، الإسلام وأوضاعنا السياسية، دار المختار الإسلامي، مصر، ص176.

واستقلال القضاء صفت ظاهرة في القضاء الإسلامي عبر التاريخ، دون تدخل من سلطان أو تأثر بهوى متبع، وفي هذا يقول عبد القادر عودة "وتاريخ القضاء الإسلامي قاطع بأن القضاة كانوا دائماً مستقلين في عملهم لا سلطان لأحد عليهم إلا الله، ولا يخضعون في قضائهم إلا لما يقضي به الحق والعدل"<sup>(84)</sup>، وقد جعل القضاء مستقلاً كجهة خادمة لهذا الأصل العظيم، فلا يمكن أن يكون خادماً إذا كان فاقد لحريته واستقلاله، ولهذا كان القاضي أميناً على الأمة وكيلاً عن السلطان، فألقاضي وكيلاً من قِبَلِ السُّلْطَانِ بِإِجْرَاءِ الْمُحَاكَمَةِ وَالْحُكْمِ<sup>(85)</sup>.

ويمكننا أن نحدد مدى قوة السلطة القضائية من خلال رصدنا لخمسة جوانب فيها هي<sup>(86)</sup>:

1. الاستقلالية القضائية، وذلك بأن لا يكون عليه سلطان من احد، فيخضع لها أو ينقاد إليه.
2. "، حصانة القضاة من الدعاوى القضائية، إذا صدر منه خطأ.
3. علاقة السلطة القضائية مع الهيئات الرسمية الأخرى من مؤسسات داخل الدولة.
4. تعيين القضاة ومدة ولايتهم، وهذا تحدده السلطة القضائية.
5. تنظيم المحاكم وسير عملها، وذلك من حيث اختصاصها النوعي والزمني والمكاني.

وهذه النقاط الخمسة السابقة، تحدد المساحة التي تؤثر فيها السلطة القضائية من حيث التطبيق العملي داخل الدولة، فهي تُشبهه عامود الميزان الذي يتوسط كفتيه، فكلما كان قويا كان أقدر على حمل ما ثقل، وكلما كان دقيقاً كان أجدر بالنظر، وتقف السلطة التشريعية في طرف منه بينما تقف السلطة التنفيذية على الطرف الآخر.

(84) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي في الإسلام، ص176.

(85) ينظر: المادة (1800)، علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص541.

(86) وهي كمصطلح غربي تعني (Judicial Power) ينظر: سيلاسي: الدكتور بركات حابتي، جامعة كارولينا الشمالية في تشابل هيل، السلطات التنفيذية، والتشريعية، والقضائية، الضوابط والموازين واستقلال القضاء، بحث معد لمشروع الأمم المتحدة المتعلق بصياغة الدستور في العراق، قام بالترجمة: المعهد الديمقراطي الوطني، بيروت، 2005م، ص44.

والذي يبين، ويحدد طبيعة ومقدرة فاعلية السلطة القضائية داخل الدولة، هو حق

دستوري ضامنٌ أو عرف دولة سارٍ، مع بيان ما لها وما عليها، وكما يلي:

أولاً: الحقوق الدستورية وأعراف الدولة:

حيث أن مبدأ الفصل بين السلطات التنفيذية والقضائية، ظهرت معالمه مبكرة في نظام الحكم في الدولة المسلمة، وذلك في خلافة سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه حينما جعل القاضي غير الوالي في بعض الولايات؛ لظروف وأحوال معينة، فولى أبا الدرداء معه بالمدينة قاضياً، وولى أبا موسى الأشعري قضاء البصرة وكتب عمر له كتاباً جاء في مطلعته "فإنَّ القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم....." (87)، وكان واليها المغيرة بن شعبه، وبعده ولى شريحا، وفي رواية أخرى كعب بن سورة، وجعل أحكامهم في القضاء ملزمة للولاة، مما يؤكد استقلالية القضاء في تلك البلدان، ولم يكن الفصل للسلطة القضائية شاملاً لجميع الولايات؛ لأن فصل السلطة القضائية عن التنفيذية لم يكن معروفاً بعد لعدم بروز الحاجة إليه، وعندما رأى عمر رضي الله عنه الحاجة في بعض الولايات لذلك جعل القاضي غير الوالي، ويعتبر ذلك بداية لفصل السلطة القضائية عن التنفيذية في الدولة الإسلامية (88).

ونجد أن هذا الفصل هو من أهم الأمور التي تساعد على استقلال السلطة القضائية، لكون أن السلطة التنفيذية غالباً ما تتدخل وتحاول السيطرة على السلطة القضائية، فنشهد طغيان السلطة التنفيذية على السلطات الأخرى وخصوصاً القضائية (89)، وقد جاءت المادة "117" من القانون الأساسي العثماني مبينة لهذا الفصل: "إن تفسير النظم والقوانين متعلق بمجلس استئناف الأمور المدنية والجنائية، ومجلس الشورى يفسر النظم والقوانين الإدارية، ومجلس الأعيان يفسر النظم الأساسية" (90)، وقد

(87) سبق تخريجه في هامش "107" من هذا الباب.

(88) ابن الأثير: عز الدين أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد الشيباني الجزري، الكامل في التاريخ، تحقيق: عمر عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان 1997م، ج2، ص449؛ ابن خلدون، المقدمة، ص211 وما بعدها، ذكرها في فصل: الخطط الدينية الخلافة؛ السديري: توفيق بن عبد العزيز، الإسلام والدستور، وكالة المطبوعات والبحث العلمي وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية 1425هـ، ص150.

(89) ينظر: الكيالي وآخرون، موسوعة السياسة، ج3، ص217.

(90) القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: 1293هـ الموافق 1876م، ص22.

جاءت المادّة "1784" "الْقَضَاءُ يَأْتِي بِمَعْنَى الْحُكْمِ وَالْحَاكِمِيَّةِ"، والتي تعطي معناواضحاً بأن القضاء مستقل بذاته وبحكمه"<sup>(91)</sup>.

ثانياً: ارتباط استقلال القضاء بالمبادئ الدستورية:

يرتبط مبدأ استقلال القضاء بالعديد من المبادئ الدستورية، غالباً ما يتم ذكرها داخل الدستور، وتدور حول بيان مقدار فاعلية السلطة القضائية من خلال تحقيق المبادئ القانونية<sup>(92)</sup>، وكما يلي:

1. الحماية الدستورية: إن الحماية الدستورية لمبدأ استقلال القضاء تعني صياغة مبدأ استقلال القضاء عن السلطتين التنفيذية والتشريعية في نصوص دستورية، ترتفع بها إلى مستوى الإلزام القانوني وتحميها من الاعتداء بضمانات تكفل الحفاظ على استقلاليتها وحمايتها واحترامه، بحيث لا تقيد صلاحية عمله، وتكون أحكامه نافذة<sup>(93)</sup>.

2. الولاية العامة للقضاء: يقصد بالولاية العامة للقضاء: سريان سلطة القضاء على الأشخاص الطبيعيين من عام الناس، والمعنويين ممن لهم صفة اعتبارية حكما كالمسؤولين والأحزاب وغيرهم، والنظر في المنازعات والخصومات التي تقع بين الأفراد دون استثناء في الدولة، ولهذا جاءت المادّة "58" وتنص على أن "التَّصَرُّفُ عَلَى الرَّغْبَةِ مَوْطٌ بِالْمَصْلَحَةِ"، وهي مأخوذة من قاعده "تَصَرُّفُ الْقَاضِي فِيمَا لَهُ فِعْلُهُ مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ وَالْأَوْقَافِ مُقَيَّدٌ بِالْمَصْلَحَةِ" أي أن تَصَرُّفَ الرَّاعِي فِي أُمُورِ الرَّعِيَّةِ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ مَبْنِيًّا عَلَى الْمَصْلَحَةِ، وَمَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَا يَكُونُ صَاحِبًا، وكذلك جاءت المادّة "59" ونصها "الْوِلَايَةُ الْخَاصَّةُ أَقْوَى مِنَ الْوِلَايَةِ الْعَامَّةِ"<sup>(94)</sup>، وهي تدل على أن الولاية الخاصة بنص أقوى من الولاية الخاصة، فخصوصية

(91) علي حيدر، درر الحكام شؤح مجلة الأحكام العدلية، ج4، ص519.

(92) الفرق بين المبادئ والمواد الدستورية، يقوم على أن المبادئ شيء عام يسبق الدستور، ممكن أن يستقى منها مواد الدستور، والمواد الدستورية هي مجموعة قوانين تؤسس لـ"وثيقة المبادئ الأساسية للدستور" طرحها علي السلمي سنة 2011 عقب ثورة 25 يناير، وعرضها على ممثلي أحزاب الوفد والحرية والعدالة والنور"، تتعلق بوضع مواد «فوق دستورية» للدستور المصري"، انتقدتها شق واسع من الأحزاب والساسة المصريين.

(93) ينظر: أحمد صيام، مبدأ استقلال القضاء، ص79؛ منير البياتي، الدولة القانونية، ص422-429.

(94) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص53؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص121 وما بعدها،

السلطة القضائية أقوى من عمومية السلطة التشريعية لكونها تنظر في أحكام اختصت بها دون سواها من السلطات.

3. مبدأ سيادة القانون: هو خضوع الأشخاص كافة لحكم القانون، ولا يكون أي عمل أو تصرف مشروعاً ما لم يكن يطابق القانون، ويقصد بالقانون بمعناه الواسع: جميع القواعد القانونية أياً كان مصدرها، سواء كان دستوراً أو تشريعاً أو نظاماً أو تعليماتٍ أو قراراتٍ.

وتبقى هذه القواعد نصوصاً جامدة ونظرية ما لم يمارس القضاء دوره في إضفاء الفاعلية عليها، أي يقوم بتحويلها إلى نصوص حية، وفعالة وعملية من خلال إصدار قرارات قضائية ملزمة للأشخاص كافة بما فيهم الدولة ومن يمثلها، بإلغاء أي عمل أو تصرف مخالف للقانون، والقضاء لا يستطيع أن يقوم بهذا الدور إلا إذا كان قضاءً مستقلاً ومحيداً وقادراً على مباشرة اختصاصاته<sup>(95)</sup>.

وجاءت مواد القانون الأساسي العثماني مؤكدة لنقطتين السابقتين، فمن القوانين ما ذكر أصالة فيه مثل المادة "17"، ومنه ما هو تبع يؤكد حرية القضاة مثل المادة "81"<sup>(96)</sup>.

ثالثاً: القوانين الدولية الضامنة لبيان استقلال السلطة القضائية:

وهي تلك القوانين التي اتفق على صياغتها من قبل المنظمات الحقوقية، والقانونية، حيث تعد هذه القوانين وثيقة مهمة تعد معيار ومؤشراً للمدى قوة السلطة القضائية، ومن أهم هذه الوثائق، وثيقة "مجموعة المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية"، ونجد ذلك من خلال مقررات المنظمات الدولية، التي حددت مظاهر استقلال السلطة القضائية، وهي تعد من أهم الوثائق الخاصة بالسلطة القضائية<sup>(97)</sup>، وسنحاول المقارنة بين ما ذكرته الوثيقة بحسب ترقيمها، وما هو موجود في الدولة

(95) نصر فريد واصل، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، القاهرة، المكتبة التوفيقية، بدون تاريخ، ص218؛ أحمد صيام سليمان، مبدأ استقلال القضاء في الدولة الإسلامية، ص79-85؛ القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: عام 1293هـ الموافق 1876م؛ كما جاءت مجلة الأحكام العدلية مكرسة لاستقلال السلطة القضائية، وهذا ما سنبينه لاحقاً.

(96) القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: عام 1293هـ الموافق 1876م، ص6، و15.

(97) هذه الوثيقة المهمة اعتمدت في مؤتمر الأمم المتحدة (U.N) السابع حول منع الجريمة ومعاملة المجرمين، المعقود في ميلان من الفترة من 26 آب/ أغسطس إلى 6 أيلول/ سبتمبر 1985، ووافقت عليها الجمعية العامة في قرارها 32/40، المؤرخ 29 تشرين الثاني/ نوفمبر 1985، وقرارها 146/40، المؤرخ في 13 كانون الأول/ ديسمبر 1985.

العثمانية من قوانين وضعتها، سبقت تلك الوثيقة، وأسست لظهور مجلة الأحكام العدلية وغيرها من القوانين الراقية لمبدأ العدل في الدولة، وكما يلي<sup>(98)</sup>:

البند الأول: "مظاهر استقلال السلطة القضائية في الدولة، تظهر كما يلي":

1. "تضمن الدولة استقلال السلطة القضائية وتكرّس ذلك في دستور البلد أو في قانونه، ومن واجب جميع الحكومات والمؤسسات الأخرى احترام استقلال السلطة القضائية والتقيد بذلك في ممارستها لمهامها وأعمالها"<sup>(99)</sup>.

وقد سبق القانون الأساسي العثماني طرق تحقيق هذا الأمر، ونفذته الدولة العثمانية وذلك بتشكيل وزارة للعدل مستقلة بنظامها ومحاكمها<sup>(100)</sup>، والدستور العثماني حيث أكد استقلالية القضاء في "اون درنجى بند" (البند: 14) حيث نص على أن لا يكون اثر للسلطة العسكرية "سيفيه" والسلطة الإدارية للدولة "قلميه ده" على إدارة القضاء، ونص البند وضح بمنع وقطع أي تأثير لهما، ويحترز عن تدخلهما، حيث جاء في آخر المادة عبارة: "منصب قضا توجيهندن احتراز ومجانبت اولنه جقدر"<sup>(101)</sup>.

2. "يبت القضاء في المسائل المعروضة عليه بدون تحيز وعلى أساس الحقائق ووفقاً للقانون، ولا يتعرض لأية قيود تُفرض عليه أو لما قد تمارسه عليه أي جهة، بصورة مباشرة أو غير مباشرة أو لأي سبب من الأسباب، من تأثير غير مشروع أو ترغيب أو ضغوط أو تهديدات أو تدخلات"<sup>(102)</sup>.

---

(98) سنعرض الوثيقة بحسب ترقيمها المتسلسل، مع ذكر فصول عناوين محتوياتها، لكون ترقيمها هو جزء من نص الوثيقة، وكذلك عناوين محتوياتها، لكان المقارنة مع التشريعات العثمانية ستكون بعد عرض كل مادة من مواد الوثيقة بما لا يؤثر على تسلسلها.

(99) مجموعة المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، الأمم المتحدة (U.N) المؤتمر السابع، المعقود في ميلان من الفترة من 26 آب/ أغسطس إلى 6 أيلول/ سبتمبر 1985.

(100) القانون الأساسي للدولة العثمانية، عام 1293هـ، الموافق 1876م، ص3 المقدمة، وص9-15، وص15، المادة (81)؛ سالنامه دولت عليه عثمانيه، آتمش سكرنجي سنه، 1333-1334 سنهء ماليه، ص146-162.

(101) ينظر: دستور، مطبعة عامرهده باصلمشدر، سنة1289، دار الطباعة العامرة، جلد اولي، ص318.

(102) مجموعة المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، الأمم المتحدة (U.N) المؤتمر السابع، المعقود في ميلان من الفترة من 26 آب/ أغسطس إلى 6 أيلول/ سبتمبر 1985.

وقد أخذ القانون الأساسي (الدستور) العثماني ذلك في مادته (17)، وأخذت المجلة بهذا الأمر فجاءت المادّة "1799" مبيّنة لمبدأ المساواة<sup>(103)</sup>.

3. "يمارس القضاء الولاية القضائية على جميع المسائل التي لها طابع قضائي، وله وحده سلطة البت فيما إذا كانت المسألة المعروضة عليه تقع في نطاق صلاحياته كما يعرفها القانون"<sup>(104)</sup>.

ولهذا أكدت المادة "1801" من المجلة على ذلك وهي: "القضاء يتفقد ويتخصّص بالزّمان أو المكان واستثناء بعض الخصومات"<sup>(105)</sup>، وهذا ما أكد عليه قانون القضاء في الدستور العثماني في "يكرّمى التنجى بند" أي (البند: 26) حيث حدد صلاحية الجهة المتنفذة بالقضاء<sup>(106)</sup>.

4. "يجب ألا يحدث أي تدخل غير مشروع أو غير مبرر في العملية القضائية، ولا تخضع القرارات القضائية التي تصدرها المحاكم لأية مراجعة.

ولا يخل هذا المبدأ بحق السلطات المختصة في التنفيذ - وفقاً للقانون- بإجراء مراجعة قضائية على الأحكام الصادرة عن السلطة القضائية، أو لا يخل بحقها في تخفيف تلك الأحكام أو استبدالها"<sup>(107)</sup>.

وقد سبقت الدولة العثمانية هذه الوثيقة حينما وضعت قانوناً لذلك، يقول الشيخ علي حيدر: "والأصول المقررة لصورة الاستئناف والتمييز توضح على الوجه الآتي: أصول

---

(103) القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: عام 1293هـ الموافق 1876م، ص6؛ وتنص المجلة على أن "القاضي مأثور بالعدل بين الخصمين بناءً عليه، يلزم عليه أن يراعي العدل والمساواة في المعاملات المتعلقة بالمحاكمة كإجلاس الطرفين وإحالة النظر وتوجيه الخطأ إليهما ولو كان أحدهما من الأشراف والآخر من آحاد الناس"، ينظر: علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، الجزء 4، ص539.

(104) مجموعة المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، الأمم المتحدة (U.N) المؤتمر السابع، المعقود في ميلان من الفترة من 26 آب/ أغسطس إلى 6 أيلول/ سبتمبر 1985.

(105) ينظر: علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص542 وما بعدها

(106) ينظر: دستور، مطبعة عامرهد باصلمشدر، سنة 1289، دار الطباعة العامة، جلد اول، ص320، وهي قاضي العسكر في الروملي والأناضول ومصر.

(107) مجموعة المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، الأمم المتحدة (U.N) المؤتمر السابع، المعقود في ميلان من الفترة من 26 آب/ أغسطس إلى 6 أيلول/ سبتمبر 1985، بتصرف يسير.



الاستئناف والتَّمييز: بِمُوجِبِ التَّعْلِيمَاتِ السَّنِيَّةِ الصَّادِرَةِ فِي 22 المُحَرَّمِ سَنَةَ 1300 هـ فِي حَقِّ تَمْيِيزِ وَاسْتِنْفَافِ الأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ، وَجَعَلَتْ مَرْجِعَ تَمْيِيزِ الإِعْلَامَاتِ الشَّرْعِيَّةِ هِيَ دَائِرَةُ الفُتُوَى فِي الدَّوْلَةِ، وَبِتَوَلَّى مَجْلِسُ التَّدْقِيقَاتِ الشَّرْعِيَّةِ، تُدَقِّقُ فِي دَائِرَةِ الفُتُوَى، وَالإِعْتِرَاضَاتِ الَّتِي تَكُونُ خَارِجَةً عَنْهَا أَيُّ مُوَافَقَةِ الإِعْلَامِ الشَّرْعِيِّ لِلضَّبْطِ، وَمُوَافَقَةِ الضَّبْطِ لِالأُصُولِ المُشْرُوعَةِ يُدَقِّقُ تَمْيِيزًا مِنْ مَجْلِسِ التَّدْقِيقَاتِ الشَّرْعِيَّةِ؛ كَمَا جَاءَتْ المَادَّةُ "1839" مُؤَكَّدَةً عَلَى ذَلِكَ وَنَصَهَا: "إِذَا لَمْ يَقْنَعِ المَحْكُومُ عَلَيْهِ بِالأَحْكَامِ الوَاقِعِ فِي حَقِّ دَعْوَى، وَطَلَبَ تَمْيِيزَ الإِعْلَامِ الحَاوِيِ الأَحْكَامِ، فَيُدَقِّقُ الإِعْلَامَ المَذْكُورَ فَإِنْ كَانَ مُوَافِقًا لِأُصُولِهِ المُشْرُوعَةِ يُصَدِّقُ وَإِلَّا يُنْقِضُ" (108).

5. "لكل فرد الحق في المثول أمام محاكم عادية بموجب الإجراءات القانونية المعمول بها"، ولا تُنشأ محاكم لا تستخدم الإجراءات القضائية المعمول بها حسب الأصول لتحل محل الولاية القضائية التي تتمتع بها المحاكم العادية أو المحاكم القضائية" (109).

سبق القانون الأساسي العثماني هذه الوثيقة حيث جاءت المادة "19" تؤكد على هذا المفهوم بشكل عام، تؤيدها المادة "17" و"19" حيث يتساوى العثمانيون في الحقوق والواجبات (110)،

6. "يقتضي مبدأ استقلال السلطة القضائية قيام السلطة القضائية بإدارة إجراءات الدعاوى القضائية على نحو يضمن الإنصاف واحترام حقوق الأطراف، وإعطاءها حق القيام بذلك" (111).

(108) ينظر بتصرف يسير: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص1839.

(109) مجموعة المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، الأمم المتحدة (U.N) المؤتمر السابع، المعقود في ميلان من الفترة من 26 آب/ أغسطس إلى 6 أيلول/ سبتمبر 1985.

(110) القانون الأساسي للدولة العثمانية، عام 1293 هـ، الموافق 1876 م، ص6.

(111) مجموعة المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، الأمم المتحدة (U.N) المؤتمر السابع، المعقود في ميلان من الفترة من 26 آب/ أغسطس إلى 6 أيلول/ سبتمبر 1985، بتصرف يسير.

هذا ما سعت إليه الدولة العثمانية حينما أنشأت وزارة للعدلية، ونظمت المحاكم بما تحقق استقلال السلطة القضائية في الدولة<sup>(112)</sup>، وقد جاءت المادة "1793" تشير إلى هذا المعنى من ضبط لاصول المحاكمات لحسم النزاعات بشكلها القانوني المستقل<sup>(113)</sup>.

7. "من واجب كل دولة عضو أن توفر الموارد الكافية لتمكين السلطة القضائية من أداء وظائفها على النحو الصحيح"<sup>(114)</sup>.

هذه المسألة المهمة ذكرتها كتب المجامع الفقهية بشكل متفرق، وذكرت ما يترتب عليها مجلة الأحكام العدلية، لكون هذه المادة تجعل القضاء مستقلا في موارد، كما ذكرت طرق تحقيقه السالنامات العثمانية، وكما يلي:

أ- ينقل لنا القرافي نصا مهما وفيه دلالة إجماع على استقلال موارد القضاء قائلا:  
"الْقَضَاءُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لَهُمْ أَرْزَاقٌ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ عَلَى الْقَضَاءِ إِجْمَاعًا وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُسْتَأْجَرُوا عَلَى الْقَضَاءِ إِجْمَاعًا"<sup>(115)</sup>.

ب- يقول الشيخ محمد بن علي بن حسين مفتي المالكية بمكة المكرمة (1367هـ) ما نصه: "الأصل أن الإجارة لا تجوز على القضاء وإمامة الصلاة ونحوهما وأن ما يأخذه القاضي والإمام من بيت المال رزق لا أجره وقال بعض العلماء العامل في الصدقة يستحق: يعني منها كفايته بالمعروف بسبب العمل"<sup>(116)</sup>.

(112) ينظر: سالنامه دولت عليه عثمانیه، التمش سکز نجی سنه، 1333-1334 سنهء مالىه، ص146-168.

(113) ينظر: علي حيدر، درر الحکام شُح مجلة الأحكام العدلية، ج4، ص529.

(114) مجموعة المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، الأمم المتحدة (U.N) المؤتمر السابع، المعقود في ميلان من الفترة من 26 آب/ أغسطس إلى 6 أيلول/ سبتمبر 1985"، بتصرف يسير.

(115) القرافي، الفروق، ج3، ص3.

(116) تحذیب الفروق والقواعد السنیه فی الأسرار الفقهیه، للشيخ محمد بن علي بن حسين، وفيها اختصر الفروق ولخصه وهذبه ووضح بعض معانيه، بھامش: القرافي، الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق، ج3، ص18.

ت- ذهب العلماء إلى أن خطأ القاضي ضمانه في بيت المال<sup>(117)</sup>؛ ويستند هذا الحكم على المادّة "85" "الْخَرَا جُ بِالضَّمَانِ"<sup>(118)</sup>، والمادّة "86" تنص: "الْأَجْرُ وَالضَّمَانُ لَا يَجْتَمِعَانِ" و كليهما قواعِدَ مَأْخُوذَةٌ مِنْ الْمَجَامِعِ<sup>(119)</sup>، وفيهما دلالة على أن الضمان بالخارج ولا يقع ضمان على أجبر أو وكيل، والقاضي وَكَيْلٌ مِنْ قِبَلِ السُّلْطَانِ، ولهذا جاءت قاعدة: "الْحَدَّ وَالضَّمَانَ لَا يَجْتَمِعَانِ"<sup>(120)</sup>، ومثلها: "الْقَطْعَ وَالضَّمَانَ لَا يَجْتَمِعَانِ"<sup>(121)</sup>، والقاضي وكيلا من السلطان فلا يترتب عليه شيء، هذا ما نصت عليه المادّة "1800"<sup>(122)</sup>.

ث- أكدت السالنامات الخاصة بالخلافة العثمانية على استقلال المؤسسة القضائية من حيث نظمها الإداري، ومن حيث قوة أشرافها على الحفاظ على الحقوق ورعايتها<sup>(123)</sup>.

البند الثاني: "بيان مظاهر حرية التعبير والانتساب":

8. "وفقاً للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، يحق لأعضاء السلطة القضائية، شأنهم في ذلك شأن المواطنين الآخرين، التمتع بحرية التعبير والاعتقاد والانتساب والتجمع، شريطة أن

---

(117) ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، ج5، ص291، فمثلاً: دية القتل الصادر عن الحكم الخطأ في بيت المال"، هذا ما ذكره ابن الهمام، ج5، ص297؛ ووفقه غيره مثل: الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ج2، ص343؛ ومن المعاصرين أستاذ التشريع الجنائي عبد القادر عودة، التشريع الجنائي في الإسلام، ج2، ص420.

(118) علي حيدر، المرجع السابق، ج1، ص82؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص150 برقم (84)؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص127؛ السرخسي، المبسوط، ج5، ص72؛ الشافعي، الأم، ج1، ص447؛ القراني، الفروق، ج3، ص281؛ ابن حزم، الأحكام في أصول الأحكام، ج7، ص40؛ أبو الحسن البصر المعتزلي، المعتمد، ج1، ص281.

(119) علي حيدر، المرجع السابق، ج1، ص83؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص151 برقم (85)؛ السرخسي، المبسوط، ج10، ص207؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص147؛ أبو بكر الزبيدي، الجوهرة النيرة، ج1، ص263.

(120) أكمل الدين البارقي، العناية، ج5، ص400؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج5، ص428.

(121) شهاب الدين الزنجاني، تحريج الفروع على الأصول، ص219؛ أمير بادي شاه، تيسير التحرير، ج2، ص270؛ أبو بكر الزبيدي، الجوهرة النيرة، ج2، ص171.

(122) ينظر: علي حيدر، درر الحكم شرح مجلة الأحكام، ج4، ص541؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص175.

(123) ويمكن قراءة كيفية تطور المؤسسة القضائية وغيرها من مؤسسات الدولة من خلال تحليلنا لهذا التطور برصدنا لفترة عشر سنين مثلاً من عام 1898م إلى عام 1909م بلجع السلطان عبد الحميد نرى الفرق في تطور النظام الإداري والقضائي للدولة وتوسع المحاكم، مع تنوع في اختصاصها.

يتصرف القضاة دائماً في ممارستهم هذه الحقوق على نحو يحافظ على هيبته ووقار مناصبهم وعلى نزاهة واستقلال السلطة القضائية<sup>(124)</sup>.

وهذا المفهوم جاء من قبل بشكله العام في مواد القانون الأساسي العثماني وهي المادة "9" و"10"، وفيهما التأكيد على حرية التعبير والحرية الشخصية، وأكدت مجلة الأحكام العدلية ذلك في المواد: "1795" إلى "1798"، وفيها التأكيد على هيبته القضاء ونزاهته<sup>(125)</sup>.

9. "للقضاة حرية تشكيل جمعيات للقضاة أو منظمات أخرى والانضمام إلى تلك الجمعيات أو المنظمات التي تمثل مصالحهم وتعزز تدريبهم المهني وتحمي استقلال السلطة القضائية"<sup>(126)</sup>.

البند الثالث من "الوثيقة الدولية" "مجموعة المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية":  
"بيان مؤهلات القضاة واختيارهم وتدريبهم":

10. "يجب أن يكون الأشخاص الذين يُختارون لشغل مناصب قضائية أشخاصاً يتسمون بالنزاهة والقدرة ولديهم الخبرة أو المؤهلات المناسبة في القانون"، يجب أن تضمن أية طريقة لاختيار القضاة بغية تعيينهم في مناصبهم عدم تعيين القضاة بدوافع غير مشروعة"، وعند اختيار القضاة لتعيينهم في تلك المناصب، لا يُمارس التمييز ضد أي شخص بسبب العرق أو اللون أو نوع الجنس أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر أو بسبب الأصل القومي أو الاجتماعي أو بناءً على ما لديه من ملك أو على مكان ميلاده أو مكانته"، ولا

(124) مجموعة المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، الأمم المتحدة (U.N) المؤتمر السابع، المعقود في ميلان من الفترة من 26 آب/ أغسطس إلى 6 أيلول/ سبتمبر 1985، بتصرف يسير، رقم المادة (8).

(125) القانون الأساسي للدولة العثمانية، عام 1293هـ، الموافق 1876م، ص5؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج 4، ص 172-174، علي حيدر، درر الحكم شرح مجلة الأحكام، ج4، ص 531 و533 و537 و538.

(126) مجموعة المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، الأمم المتحدة (U.N) المؤتمر السابع، المعقود في ميلان من الفترة من 26 آب/ أغسطس إلى 6 أيلول/ سبتمبر 1985، بتصرف يسير.

يُعتبر تمييزاً شرط أن يكون المرشح لمنصب قضائي مواطناً من مواطني البلد المعني"<sup>(127)</sup>.

هذا ما أكدته مجلة الأحكام العدلية من صفات يجب أن يلتزم بها القضاء في الدولة، وبينته في المادّة "1792"، والمادّة "1793"<sup>(128)</sup>؛ وأكد عليه الدستور العثماني حيث حدد طرق لمعرفة من يصلح للقضاء تسبق دخول الامتحان وذلك في "ايكنجى بند" (البند:2) ووضع ضوابط له<sup>(129)</sup>.

البند الرابع: "شروط خدمة القضاء ومدتها":

11. "يجب أن يضمن القانون على نحو مناسب مدة عمل القاضي في منصبه، واستقلاله، وأمنه، ومكافأة مناسبة له، وظروف خدمته، ومعاش تقاعده، وسن التقاعد له"<sup>(130)</sup>.

12. "يبقى القضاء في مناصبهم، سواء كانوا معينين أو منتخبين، ويمارسون مهام عملهم حتى سن التقاعد الإجباري أو حتى انتهاء مدة تعيينهم في المنصب، إذا كانت هذه المدة محددة"<sup>(131)</sup>.

13. "ينبغي أن يستند نظام ترفيع القضاة، حيثما يوجد مثل هذا النظام، إلى عناصر موضوعية، لا سيما القدرة والنزاهة والخبرة"<sup>(132)</sup>.

هذه النقاط الثلاثة التي مرت قد سبق القانون الأساسي العثماني الأمم المتحدة حيث وضع مادة برقم "81" تُحقق المقصود، وفيها وجوب تعيين القضاة بنظام معين، وهذا يسري

---

(127) مجموعة المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، الأمم المتحدة (U.N) المؤتمر السابع، المعقود في ميلان من الفترة من 26 آب/ أغسطس إلى 6 أيلول/ سبتمبر 1985، بتصرف يسير.

(128) علي حيدر، درر الحكم شرح مجلة الأحكام، ج4، ص 525 و529، ونص المادة " يُنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي حَكِيمًا فَهِيمًا مُسْتَقِيمًا ، وَأَمِينًا مَكِينًا مَتِينًا" ، و نص الجانب العلمي "يُنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي، وَاقِعًا عَلَى الْمَسَائِلِ الْفُفْهِيَّةِ وَعَلَى أُصُولِ الْمُحَاكَمَاتِ وَمُقْتَدِرًا عَلَى فَصْلِ وَحْسَمِ الدَّعَاوَى الْوَاقِعَةِ تَطْبِيقًا لَهَا" .

(129) ينظر: دستور، مطبعة عامرهدة باصلمشدر، سنة1289، دار الطباعة العامة، جلد اولي، ص315.

(130) مجموعة المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، الأمم المتحدة (U.N) المؤتمر السابع، المعقود في ميلان من الفترة من 26 آب/ أغسطس إلى 6 أيلول/ سبتمبر 1985.

(131) المصدر السابق.

(132) المصدر السابق، بتصرف يسير.

على جميع المناصب داخل الدولة<sup>(133)</sup>، ونجد طريقة إدارة القضاء من خلال وزارة العدلية (عدلية نظرتي) في الدولة العثمانية، من حيث الشعب الإدارية مثل: "قلم مخصوص مديرتي" و"امور جزائية مديرتي" و"امور ذاتية مديرتي" وغيرها، والأقسام التي تتولى تنظيم شؤون الوزارة وعمل المحاكم، مثل: "اموال ايتام وبيت المال مديرتي" و"طب عدلي مديرتي" وغيرهما<sup>(134)</sup>.

14. "توزيع القضايا على القضاة داخل المحكمة التي يعملون فيها شأن داخلي لإدارة السلطة القضائية"<sup>(135)</sup>.

وقد فعلت هذا وزارة العدلية العثمانية ذلك من قبل، حيث جعلت من صلاحيتها تنظيم المحاكم بما يتناسب وحاجات الناس، كما أسست هيئة للتفتيش (هيئة تفتيشيه رياستي) تراقب عمل المحاكم<sup>(136)</sup>.

15. "يلتزم العاملون في السلطة القضائية بسرية المهنة فيما يتعلق بمداولاتهم وبالمعلومات السرية التي يحصلون عليها في معرض أدائهم لواجباتهم، ويؤسثنى من ذلك ما يدور في إجراءات الدعاوى العلنية"، ولا يُرغم العاملون في السلطة القضائية على الإدلاء بشهادتهم فيما يتعلق بهذه المسائل"<sup>(137)</sup>.

نجد هذا الأمر في الدولة العثمانية، حيث قامت وزارة العدل بتخصيص قسم لذلك أطلق عليه اسم القلم الخاص (قلم مخصوص مديرتي) ليتولى هذه المهام الخاصة بالقضاء<sup>(138)</sup>،

---

(133) القانون الأساسي للدولة العثمانية، عام 1293هـ، الموافق 1876م، ص17.

(134) ينظر: سالنامهء دولت عليه عثمانيه، آتشمش سكتنجي سنه، 1333-1334 سنهء ماليه، ص146-149.

(135) مجموعة المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، الأمم المتحدة (U.N) المؤتمر السابع، المعقود في ميلان من الفترة من 26 آب/ أغسطس إلى 6 أيلول/ سبتمبر 1985، بتصرف يسير.

(136) ينظر: سالنامهء دولت عليه عثمانيه، آتشمش سكرنجي سنه، 1333-1334 سنهء ماليه، ص146.

(137) مجموعة المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، الأمم المتحدة (U.N) المؤتمر السابع، المعقود في ميلان من الفترة من 26 آب/ أغسطس إلى 6 أيلول/ سبتمبر 1985، بتصرف يسير.

(138) ينظر: سالنامهء دولت عليه عثمانيه، آتشمش سكرنجي سنه، 1333-1334 سنهء ماليه، ص147.

وكذلك ذكرت مجلة الأحكام المادة "1718"، وفيها ما يطلق عليه "التَّرْكِيَةُ السِّرِّيَّةُ" وهي التي يجب أن يعمل بها القاضي داخل المحكمة<sup>(139)</sup>.

16. "ينبغي أن تكون للقضاة حصانة شخصية من أية دعاوى مدنية يُطالبون فيها بدفع تعويضات مالية عن أضرار نتجت عن تصرفات غير سليمة أو عن تقصير في ممارستهم وظائفهم القضائية، ولا يخل ذلك أو يؤثر على أية إجراءات تأديبية أو على أي حق في الاستئناف أو في المطالبة بتعويض من الدولة، وفقاً للقانون الوطني"<sup>(140)</sup>.

ولهذا جاز للمدعى عليه رد الحكم دون أن يقع ضرر ذلك على القاضي، هذا ما أكده شراح المجلة عند شرحهم للمادة "1838"<sup>(141)</sup>، وهذا ما ذهبت إليه كتب الفقه من قبل، من أَنَّهُ لَا يُؤَاخَذُ بِالضَّمَانِ، وَلَا يُجَاهِرُ بِخَطئه مَرَاعَةً لِمَكَانته، وَيُنْبَغِي أَنْ يُظَهَرَ لِلنَّاسِ رُجُوعُهُ عَنِ ذَلِكَ، فَيَبْقَى الْحُكْمُ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ<sup>(142)</sup>.

### المطلب الثاني: مهام السلطة القضائية

مهام السلطة القضائية تجعلها مستقلة من حيث اختصاص عملها ونوعها، وغير متداخلة مع غيرها من السلطات، والسلطة القضائية إذا استقلت في اختصاصها وعملها يوفر لها حرية التحرك ضمن مساحة بينها مواد الدستور وأعراف الدولة بما يحقق التكامل بين أركان السلطات الثلاث في الدولة.

(139) علي حيدر، درر الحكم شرح مجلة الأحكام، ج4، ص 407، ونص المادة "التَّرْكِيَةُ السِّرِّيَّةُ تُجْرَى بِوَرَقَةٍ يُعْبَرُ عَنْهَا بِالْمَسْتَوْرَةِ فِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ وَالْقَاضِي يَكْتُبُ فِي تِلْكَ الْوَرَقَةِ اسْمَ الْمُدْعَى وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ وَالْمُدْعَى بِهِ وَاسْمَ الشُّهُودِ وَشَهْرَتَهُمْ وَصَنَعَتَهُمْ وَأَشْكَالَهُمْ وَمَحَلَّهُمْ وَأَسْمَاءَ آبَائِهِمْ وَأَجْدَادِهِمْ، وَإِذَا كَانُوا مَعْرُوفِينَ يُجَرِّزُ أَسْمَاءَهُمْ وَشَهْرَتَهُمْ فَقَطْ، وَالْحَاصِلُ أَنَّ يُعْرَفُهُمْ وَيُبَيِّنُهُمْ بِوَجْهِ مُبَيَّنٍ بِهِ عَنْ غَيْرِهِمْ وَيَعَدُّ وَضْعَهَا فِي غِلَافٍ وَخَتْمِهِ يُرْسِلُهَا إِلَى الْمُنْتَحِبِينَ لِلتَّرْكِيَةِ ثُمَّ عِنْدَ وُصُولِ الْمَسْتَوْرَةِ إِلَى الْمُرَكَّبِينَ يَفْتَحُونَهَا وَيَقْرَءُونَهَا فَإِنْ كَانَ الشُّهُودُ الْمُحَرَّرَةُ أَسْمَاءَهُمْ فِيهَا عُذُولًا كَتَبُوا تَحْتَ اسْمِ كُلِّ مِنْهُمْ عِبَارَةَ عُذُولٍ وَمَعْبُورُ الشَّهَادَةِ"، وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا عُذُولًا كَتَبُوا عِبَارَةَ لَيْسُوا بِعُذُولٍ وَوَقَّعُوا إِمضَاءَهُمْ وَخَتَمُوا فَوْقَ الْغِلَافِ وَأَعَادُوهَا لِلْقَاضِي بِدُونِ أَنْ يُطْلَعُوا مَنْ أَتَى بِالْمَسْتَوْرَةِ وَلَا غَيْرَهُ عَلَى مَضْمُونِهَا" وأيدت هذه المادة (1721).

(140) مجموعة المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، الأمم المتحدة (U.N) المؤتمر السابع، المعقود في ميلان من الفترة من 26 آب/ أغسطس إلى 6 أيلول/ سبتمبر 1985، بتصرف يسير.

(141) علي حيدر، درر الحكم شرح مجلة الأحكام، ج4، ص 685؛ ونصها: "إِذَا ادَّعَى الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ بِأَنَّ الْحُكْمَ الَّذِي صَدَرَ فِي حَقِّ الدَّعْوَى لَيْسَ مُوَافِقًا لِأَصُولِهِ الْمَشْرُوعَةِ وَبَيَّنَّ جِهَةً عَدَمَ مُوَافَقَتِهِ وَطَلَبَ اسْتِنْفَافَ الدَّعْوَى يُحَقِّقُ الْحُكْمَ الْمَذْكُورَ فَإِنْ كَانَ مُوَافِقًا لِأَصُولِهِ الْمَشْرُوعَةِ يُصَدَّقُ وَإِلَّا يُسْتَأْنَفُ".

(142) ينظر: السرخسي، المسبوط، ج16، ص75؛ الكاساني، بدائع الفوائد، ج7، ص16.

ومهمتها تظهر بشكل خاص وواضح مع نظام القضاء، لكون أن القضاء هو علة وأساس جاءت لأجله نظام المحاكم صلاحيتها وطبيعة المواد المراد النظر فيها<sup>(143)</sup>.

ولهذا جاءت سلطة القاضي محددة من قبل نظام وضع لها، فنجد أن القضاء يَتَقَيَّدُ وَيَتَخَصَّصُ بِالزَّمَانِ أَوْ الْمَكَانِ، فَالْقَضَاءُ يَتَقَيَّدُ وَيَتَخَصَّصُ بِصُورٍ خَمْسٍ: بِالزَّمَانِ وَالْمَكَانِ وَيَبْعُضُ الْخُصُوصَاتِ، وَبِاسْتِثْنَاءِ بَعْضِ الْأَشْخَاصِ، وَالْعَمَلِ بِقَوْلِ مُجْتَهِدٍ فِي الْمَسَائِلِ الْخِلَافِيَّةِ، لِأَنَّ الْقَاضِيَ وَكَيْلٌ مِنْ قِبَلِ السُّلْطَانِ لِإِجْرَاءِ الْمُحَاكَمَةِ، وَالْوَكَاةُ تَتَقَيَّدُ بِالْقَيِّدِ وَالشَّرْطِ الَّذِي يُفَيِّدُهَا الْمُوَكَّلُ<sup>(144)</sup>.

ولهذا وجدنا أن القضاء يتخصص ويتقيد، وهذا واضح من خلال نظام القضاء في الحضارة الإسلامية، حيث أنه توجد مراتب للقضاء وتخصصات فيه، فمثلا نجد من مراتب القضاء "نُؤَابَ الْقَضَاءِ" وغيرها، وَقَالَ الْقَرَّافِيُّ فِي بَيَانِهِمْ: "هُمُ مُسَاوُونَ الْقَضَاءَةَ الْأُصُولِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ وَلَا نُقْصَانٍ، وَلَا فَرْقَ إِلَّا فِي كَثْرَةِ الْعَمَلِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى كَثْرَةِ الْأَقْطَارِ وَقِلَّتِهَا، وَأَنَّ الْأَصْلَ لَهُ أَنْ يَعْزَلَ الْفَرْعَ بِخِلَافِ الْعَكْسِ، وَهَذَا فَرْقٌ لَا يَزِيدُ فِي مَعْنَى الْوَلَايَةِ"<sup>(145)</sup>، وقد يكون مرتبنا باختصاص مكاني كقاضي بلد أو إقليم، كما أن هناك من حيث الاختصاص ما يسمى: "الْوَلَايَةُ الْجُزْيِيَّةُ" الْمُسْتَفَادَةُ مِنَ الْقَضَاءِ، كَمُتَوَلِّي الْعُقُودِ، وَالْفُسُوحِ فِي الْأَنْكِحَةِ فَقَطْ، وَالْمُتَوَلِّي لِلنَّظَرِ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالْإِيْتَامِ فَقَطْ، فَيُفَوَّضُ إِلَيْهِ فِي ذَلِكَ النَّقْضُ وَالْإِبْرَامُ عَلَى مَا يَرَاهُ مِنَ الْأَوْضَاعِ الشَّرْعِيَّةِ، فَهَذِهِ الْوَلَايَةُ شُعْبَةٌ مِنْ وِلَايَةِ الْقَضَاءِ فَيُنْفَذُ حُكْمُهُ فِيمَا فُوضَ إِلَيْهِ وَلَا يُنْفَذُ لَهُ حُكْمٌ فِيمَا عَدَا ذَلِكَ، لكون اختصاصه قائم على نوع من الأفضية دون سواها، وقد تطور هذا المفهوم من تنظيم القضاء الخاص بمراتبه وتخصصاته على شكل درجات للقضاء وتخصص للمحاكم<sup>(146)</sup>.

(143) ويكمن الرجوع لبيان نظام المحاكم إلى فترة الحكم العثماني، حيث تعددت اختصاصها وهيئتها، ينظر: شاهين: د شامل، المحاكم في الدولة العثمانية، مركز البلقان للدراسات والأبحاث العلمية، سلسلة المحاضرات الجامعية، استانبول، 1415 هـ 1995 م.

(144) المادة "1801"، حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص542 وما بعدها؛ وينظر أيضا المادة (83) (يَلْزَمُ مُرَاعَاةَ الشَّرْطِ بِقَدْرِ الْإِنْكَانِ)، ج1، ص78.

(145) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص20.

(146) ينظر بتصرف: ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص20؛ وينظر أيضا: الماوردي، الأحكام السلطانية، ص49.



وقد ورد إلينا بينان الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه مهمة القضاء في كتابه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما، حيث جمع هذا النص القيم في مادته بين طرق استنباط الحكم القضائي، وضوابط التعامل النفسي، والأخذ بالنص، وإعمال العقل فيه<sup>(147)</sup>.

وقد تطور عمل القضاء في تاريخ الحضارة الإسلامية، لتعدد صور تعيين القضاة، فيتعقد تعيين القضاة بأحد وجهين: أحدهما عقد أمير المؤمنين أو أحد أمرائه الذين جعل لهم العقد في مثل هذا، والثاني عقد ذوي الرأي وأهل العلم والمعرفة والعدالة لرجل منهم كملت فيه شروط القضاء، فلا يجب مراجعة الإمام في ذلك ولا يطلب منه، لوجود ضرورة ملحة في ذلك، وهذا يسري إلى الإمامة أيضا<sup>(148)</sup>.

وهذا الاستقلال للسلطة القضائية نجد معالمه واضحة في القانون الأساسي العثماني عند توزيعه للصلاحيات والتخصصات داخل مجلس الأمة<sup>(149)</sup>، وهذا التخصص ناتج عن الإيجاب والقبول داخل المجلس، وهذا ما اكدته المجلة في موادها الخاصة بالعقود وهي: "101" و"102" و"103" و"104"<sup>(150)</sup>، و المادة "212"<sup>(151)</sup>، وكذلك نجده في النظم الحديثة للدولة المعاصرة<sup>(152)</sup>.

ويتضح استقلال السلطة القضائية من خلال استقلال عملها، ونجد ذلك واضحا في الدولة العثمانية، حيث تطور عمل المحاكم خلال مدة وجيزة، وزادت اختصاصاتها، تبعا لطبيعة الحاجة، وتوسع عملها الإداري والتنظيمي، وهذا الفرق واضح من خلال رصدنا للسانامات العامة للدولة؛ فنجد السانامه التي صدرت في 1295 و 1296 وفيها ذكر موجز لمحكمة التمييز ورئيسها الأول "عرفان باشا" ودائرة الحقوق والجزء<sup>(153)</sup>، تتطور كمحكمة في السنة التي تليها كدائرة قضائية متكاملة الأركان، وذلك في محرم 1297 و 1298، حيث ذكرت محكمة التمييز ورئيسها "أحمد حلمي أفندي"،

(147) فقط مصدر واحد يذكر هذه الروايات، سبق تخريجه وبيانه في هامش "107" من هذا الباب.

(148) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج23؛ المارودي، الأحكام السلطانية، ص22 وما بعدها.

(149) القانون الأساسي للدولة العثمانية، عام 1293هـ، الموافق 1876م، ص3 المقدمة، و9-15، و15، المادة (81).

(150) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص95 وما بعدها.

(151) قدرى باشا: مجلد، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، مصر، المطبعة الأميرية، 1308هـ 1891 إفرنجية، ص34.

(152) الكيالي، وآخرون، موسوعة السياسة، ج1، ص179.

(153) ينظر: سالنامهء دولت عليه عثمانيه، اوتوز اوجنجى دفعه، استانبول، 1295 سنه، بايزيده فضيلتو رضا افنديك مطبعة سنده طبع

اولمنشدر، ص117؛ سالنامهء دولت عليه عثمانيه، اوتوز درنجى دفعه، استانبول، 1296 سنه، وفا خاندنه حاجي حسين افنديك مطبعة

سنده طبع اولمنشدر، مطبوعات معارف 285، ص60، وذكر فيهما الرئيس الثاني لدائرة الحقوق،

وهو عضوا في مجلس الأعيان داخل الدولة، مع وجود دائرة للحقوق يتولى رئاستها رئيس محكمة التميز، ودائرة الجزاء، بالإضافة إلى دائرة المدعي العام<sup>(154)</sup>، ثم تطور عمل المحاكم بشكل واسع، بحيث لو قارنا بين السانامه الصادرة في سنة 1307 هـ، والصادرة في سنة 1336 هـ، لوجدنا تطورا واضحا في النظام القضائي، وزيادة في عدد المحاكم<sup>(155)</sup>.

وعند التحليل لطبيعة النظام القضائي في الدولة العثمانية، نجده يقوم على ركنين هما:

**الركن الأول:** التنظيمات الإدارية للقضاء، وهو واضح من خلال وجود مؤسسات متسلسلة تخضع لإدارة عليا في الدولة تمثلت بوجود تسلسل هرمي إداري، يتمثل بما يلي<sup>(156)</sup>:

1. "عدلية نظارتي" أي ناظر العدلية، "عدلية ومذاهب نظارتي"، وهو بمثابة وزير العدل، مع وجود مستشار، ومشاور قانوني.
2. "هيئة تفتشيه رياستي" وفيها واحد وعشرون عضوا، وهي تقابل في النظام الحالي المفتش الوزاري، أو دائرة المفتش العام.
3. "قلم مخصوص مديريتي"، ويضم مديرا ومعاوناً ومُشَقِّراً، ومسؤولاً عن حاجات القسم، ويقابله في عمل بعض المؤسسات القلم السري.
4. "امور جزائيه مديريتي"، وتضم مديرا وموظفين من مدققين ومسؤولي الانضباط، ويقابله في العمل الإداري شعبة الضبط.
5. "امور حقوقيه مديريتي"، ويضم مديرا ومعاوناً قانونيا، ومميزاً قانونيا، ومدققاً شرعياً.
6. "امور ذاتيه مديريتي"، ويضم مديرا ومعاوناً ومدققاً ومحققاً قانونيا.

---

(154) ينظر: سالنامه دولت عليه عثمانيه، اوتوز بشنجي دفعه، استانبول، مطبعة عامره ده طبع اولمنشدر، 1297 سنه، ص103-105؛ و: سالنامه دولت عليه عثمانيه، اوتوز التنجى دفعه، استانبول، باب على جوارنده ابو السعود جاده سنه (محمود) بك مطبعة سنه طبع اولمنشدر، 1298 سنه، ص105 وما بعدها"، وقد ألغى فيهما منصب الرئيس الثاني.

(155) ينظر السالنامه الأولى: سالنامه دولت عليه عثمانيه، قرق بشنجي سنة، ايكنجي دفعه اوله، 1307، ص180؛ و الثانية: سالنامه دولت عليه عثمانيه، آتمش سكتنجي سنه، 1333-1334 سنهء ماليه، ص15 8-162.

(156) سالنامه دولت عليه عثمانيه، آتمش سكر نجي سنه، 1333-1334 سنهء ماليه، ص146-162، فتذكر السالنامهء تفاصيل المحاكم الموجود في الدولة العثمانية؛ وحول بيان المصطلحات ينظر: صابان، المعجم الموسوعي للمصطلحات العثمانية التاريخية، ص222.

7. "محاسبه مديريتي"، ويضم مديرا ومعاوناً وغيرهم.

8. "أموال أيتام وبيت المال مديريتي"، ويضم مديرا ومعاوناً ومحاسباً عاماً للدائرة، ومميزاً

ومحاسباً خاصاً للمميز، لكونه جهة تدقيقية، ومسؤول الخزانة وغيرهم"،

9. "طب عدلي مديريتي"، مديرة الطب العدلي، وفيها رئيس ومعاون وغيرهم"،

وإذا قمنا بمقارنة سريعة بين السانامه التي صدرت عام 1336هـ الموافقة لسنة (1917م/ 1333-1334 سنة مالية)، مع التي صدرت عام 1330هـ الموافق لسنة (1912م 1328 سنة مالية)<sup>(157)</sup>، نجد أن هناك توسعاً في عمل السلطة القضائية من خلال إنشاء هيئة للتفتيش وغيرها، وهذا يدل على أن الحاجة دعت إلى هذا التغيير والتطوير، بحيث تستوعب المستجدات التي تمر بها الخلافة العثمانية<sup>(158)</sup>، ولهذا جاء الدستور العثماني مقنناً لنظام القضاء من حيث تنظيمها، فيكون بمثابة نظاماً داخلياً لمنظومة القضاء "ديوان احكام عدليه نك نظامنامه داخليسيدير" متكوناً من "اوتوز سكرنجي مادة" أي: (38) مادة منظمة لنظام القضاء، مسبقاً بنظام أساس يتكون من "اونجى مادة" أي: (10) مواد تؤسس للنظام القضاء داخل الدولة<sup>(159)</sup>.

وقد جاءت مجلة الأحكام العدلية مقررة لذلك من حيث التطبيق لنوع المحاكم وتخصصها، كما في المادة "1801"، ونصها: "الْقَضَاءُ يَنْقَيْدُ وَيَتَخَصَّصُ بِالزَّمَانِ أَوْ الْمَكَانِ"؛ مثلاً: الْقَاضِي الْمَأْمُورُ بِالْحُكْمِ مُدَّةَ سَنَةٍ يَحْكُمُ فِي تِلْكَ السَّنَةِ فَقَطْ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْكُمَ قَبْلَ حُلُولِ تِلْكَ السَّنَةِ أَوْ بَعْدَ مُرُورِهَا، وَالْقَاضِي الْمَنْصُوبُ فِي قَضَاءٍ يَحْكُمُ فِي جَمِيعِ مَحَلَّاتِ ذَلِكَ الْقَضَاءِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْكُمَ فِي قَضَاءٍ آخَرَ، وَالْقَاضِي الْمَنْصُوبُ عَلَى أَنْ يَحْكُمَ فِي مَحْكَمَةٍ مُعَيَّنَةٍ يَحْكُمُ فِيهَا فَقَطْ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْكُمَ فِي مَحَلِّ آخَرَ، وَكَذَلِكَ لَوْ صَدَرَ أَمْرٌ سُلْطَانِيٌّ بِأَنْ لَا تُسْمَعَ الدَّعْوَى الْمُنْعَلَقَةُ بِالْخُصُوصِ الْفُلَانِيِّ لِمُلاحِظَةِ عَادِلَةٍ تَتَعَلَّقُ بِالْمَصْلَحَةِ الْعَامَّةِ لَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَسْتَمَعَ تِلْكَ الدَّعْوَى وَيَحْكُمَ بِهَا، لَكِنْ الْأَمْرُ مُتَعَلِّقٌ بِالدَّوْلَةِ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الْقَاضِي مَأْدُونًا بِمَحْكَمَةٍ بِاسْتِمَاعِ بَعْضِ الْخُصُوصَاتِ الْمُعَيَّنَةِ، وَلَمْ يَكُنْ مَأْدُونًا بِاسْتِمَاعِ مَا عَدَا ذَلِكَ

(157) قد مر بيان السنة المالية وهي أن نطرح من الميلادي الرقم 584 فيكون الناتج مطابق.

(158) سالنامه دولت عليه عثمانیه، آتشمش يدنجي سنة، دارسعات، سلانيك مطبعة سي، 1328 سنة مالية، ص126 الباب الخاص بذلك.

(159) حيث تم إصدار القانون الأساسي في 8 من ذي الحجة سنة 1284، ليصدر بعدها النظام الداخلي في 21 رمضان 1287؛ ينظر: دستور،

مطبعة عامرهدده باصلمشدر، سنة1289، دار الطباعة العامرة، جلد اولي، ص328-348، و 325-327.

فَلَهُ أَنْ يَسْمَعَ الْخُصُوصَاتِ الَّتِي أُذِنَ بِهَا فَقَطُّ، وَأَنْ يَحْكُمَ فِيهَا وَلَيْسَ لَهُ اسْتِمَاعُ مَا عَدَاهَا وَالْحُكْمُ بِهَا، لِأَنَّ الْوَكِيلَ مُقَيَّدٌ بِتَصَرُّفَاتِهِ فَلَا يَتَعَدَّهَا إِلَى غَيْرِهَا"<sup>(160)</sup>.

ويمكننا أن نجمل القواعد التي تتدخل في تطور السلطة القضائية داخل الدولة العثمانية بجملة قواعد، منها على سبيل المثال:

1. قاعدة: "الأمور بمقاصدها"<sup>(161)</sup>، فلا يخفى أن هذه القاعدة العامة هي مؤسسة لكل نظام وعمل يحقق مقصدا معتبرا في الدولة ولذلك كان لها السبق في قسم القواعد في المجلة.
2. قاعدة: "الضرورات تُقدَّرُ بقدرها"<sup>(162)</sup>، ولهذا كان من الضروري تطوير نظام القضاء في الخلافة العثمانية بحسب الحاجة لأن "الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة"<sup>(163)</sup>.
3. قاعدة: "ما لا يتم الواجب إلا به؛ فهو واجب"<sup>(164)</sup>، وهذه القاعدة هي مفصلة لما يجب على من يتولى أمور المسلمين وخصوصا أهل الشورى والرأي فيهم، ولهذا نجد أن وزارة العدلية في الدولة العثمانية تذكر بعد ذكر مجلس الشورى، وهذا مطرد في جميع السانامات العثمانية<sup>(165)</sup>، كما يمكن أن تكون بعد مجلس شورى الدولة ودائرة مشيخة الإسلام<sup>(166)</sup>.

---

(160) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص542 وما بعدها.

(161) السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص54؛ تشنيف المسامع شرح جمع الجوامع، ج3، ص474؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص8 و49؛ الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص96؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص13، المادة (2)؛ الشنقيطي: مُجَدِّدُ بِنِ مُحَمَّدِ الْمُخْتَارِ، شَرَحُ زَادِ الْمُسْتَفْتَعِ فِي اخْتِصَارِ الْمُقْنَعِ، الرَّئِيسَةُ الْعَامَّةُ لِلْبَحْثِ الْعِلْمِيِّ وَالْإِفْتَاءِ - الْإِدَارَةُ الْعَامَّةُ لِمُرَاجَعَةِ الْمَطْبُوعَاتِ الدِّينِيَّةِ، الرِّيَاضُ - الْمَمْلَكَةُ الْعَرَبِيَّةُ السُّعُودِيَّةُ، 2007 م، ج1، ص221؛ رشيد حاجي باشا: اسبق موصل واليسي، روح المجلة، تاريخ واصل دائر بر مدخل ايله مجلة احكام عدلية نك شرحني، ج1، ص69،

(162) السرخسي، أصول السرخسي، ج1، ص248؛ البزدوي، كشف الأسرار، ج2، ص23، وج2، ص237؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج1، ص137؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص154.

(163) الجويني، نهاية المطلب، ج8، ص68؛ البابري، العناية شرح الهداية، ج10، ص528؛ الشنقيطي، شرح زاد المستفتع، ج1، ص321.

(164) ابن الهمام، فتح القدير، ج8، ص107؛ القرابي، الفروق، ج1، ص166؛ الغزالي، المستصفي، ص217؛ الفراء، العدة في أصول الفقه، ج2، ص219.

(165) ينظر: سالنامه دولت عليه عثمانيه، 29 دفعه، 1291، ص36 و38.

(166) ينظر: سالنامه دولت عليه عثمانيه، آتشمش سكر نجي سنه، 1333-1334 سنهء ماليه، ص138 و146.

4. قاعدة: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"<sup>(167)</sup>، وفي الكُتُبِ الفِقهِيَّةِ عِبَارَاتٌ أُخْرَى بِهَذَا الْمَعْنَى "الثَّابِتُ بِالْعُرْفِ كَالثَّابِتِ بِدَلِيلِ شَرْعِيٍّ"، وَ "الْمَعْرُوفُ عُرْفًا كَالْمَشْرُوطِ شَرْعًا"<sup>(168)</sup>، وَ "الثَّابِتُ بِالْعُرْفِ ظَاهِرًا بِمَنْزِلَةِ الْحَقِيقَةِ"<sup>(169)</sup>، ولهذا نشرت الدولة العثمانية القانون الأساسي للدولة في جميع أنحاء الدولة وباللغة العثمانية والعربية، كما بينت نظام القضاء وصلاحيات المحاكم، ونوع اختصاصها بحيث يكون هذا الأمر معروفاً معتبراً<sup>(170)</sup>.

5. قاعدة: "تصرف الإمام منوطاً بالمصلحة"<sup>(171)</sup>، ولهذا وجب على ولي الأمر وولاية الأمور، أن يضعوا القانون بما يناسب المصلحة المترتبة على رعيته، ومنها صياغة نظام القضاء بما يحقق العدل، ويضبطها قاعدة: قاعدة: "كُلُّ مُتَصَرِّفٍ عَنِ الْغَيْرِ فَعَلَيْهِ أَنْ يَتَصَرَّفَ بِالْمَصْلَحَةِ"<sup>(172)</sup>.

6. قاعدة: "الوكيل متصرف بحكم الأمر"، وقاعدة: "الوكيل متصرف بطريق النيابة عن الموكَّل، وتصرف النائب تصرف المُنُوبِ عَنْهُ"<sup>(173)</sup>، "المتصرف بحكم الإذن فيملك بِقَدْرِ مَا أُذِنَ لَهُ"<sup>(174)</sup>، ولهذا جاء نظام القضاء محددًا ومعينًا باختصاص زمني ومكاني ونوعي، لكونه ملزمًا بحسب عقد القضاء بين ولي الأمر أو جهة التعيين وبين القاضي، وقد جاءت المادَّةُ "103" من المجلة تنص على أن: "العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما

---

(167) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص46، رقم المادة (43)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص105 (42)؛ رشيد

باشا، روح المجلة، ج1، ص130؛ الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ج4، ص206.

(168) الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص307؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص46 وما بعدها؛ رشيد باشا، روح المجلة، ج1، ص130 وما بعدها.

(169) السرخسي، أصول السرخسي، ج1، ص218، وج2، ص218؛ البزدوي، كشف الأسرار، ج2، ص165.

(170) ينظر القانون الأساسي مع التعديل باللغة العثمانية: سالنامه دولت عليه عثمانیه، آتشمش سكرنجي سنه، 1333-1334 سنه ماليه، ص20-47؛ وباللغة العربية: القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: عام 1293هـ الموافق 1876م، طبع في بيروت بنفقة أمين الخوري، مطبعة الأديب، 1908م.

(171) أبو نجَّد البغدادي الحنفي، مجمع الضمانات، ص393،

(172) السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص310،

(173) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص296، ج6، ص33.

(174) منلا خسرو، درر الحكم شرح غرر الأحكام، ج1، ص139.

أَمْرًا وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنِ ارْتِبَاطِ الإِجَابِ بِالْقَبُولِ<sup>(175)</sup>، والمادة "211" من "مرشد الحيران" خاصة ببيان مقصد العقد، ونصها: "يلزم أن يكون في العقد فائدة لعاقديه وأن يكون مقصوداً شرعاً، وكل عقد لا فائدة فيه للعاقدين فهو فاسد وكذا العقد الذي قصد به مقصد غير شرعي"<sup>(176)</sup>.

**والركن الثاني:** هو نوع المواد القانونية التي يحكم بها القاضي، وكيفية الحكم بها في الدعوى المرفوعة، ويمكن أن نبين ذلك من خلال رصدنا لحركة التقنين الفقهي داخل الدولة العثمانية، وكيف ظهرت المصطلحات القانونية المستمدة من لفظ الفقه الإسلامي، وكما يلي:

1. وجود مجلس شورى الدولة العثمانية، وهذا المجلس يعد أساساً تقوم عليه التشريعات الخاصة بالدولة، وتأخذ حيز التنفيذ من خلال طرق إقرارها بحسب نوع الموضوع المراد النظر به، حيث نجد أن مجلس شورى الدولة قد تشكل بشكل قديم سبق ظهور القانون الأساسي في الدولة العثمانية، وسبق ظهور مجلة الأحكام العدلية<sup>(177)</sup>، وقد جاءت قواعد تضبط مسار الشورى دخل الدولة العثمانية، مثل قاعدة: "الشورى لا تجوز فيما يكون فيه نص"<sup>(178)</sup>، ولهذا جاءت المادّة "14" من المجلة مؤيدة لذلك وتنص: "لَا مَسَاعَ لِالإِجْتِهَادِ فِي مَوْرِدِ النَّصِّ"<sup>(179)</sup>، لان الشورى من قبيل الاجتهاد، وشرط الاجتهاد أن يعتمد على طرق استدلال صحيحة، هذا ما أكدته قاعدة: "الإِجْتِهَادُ بِالإِسْتِدْلَالِ"<sup>(180)</sup>، فإذا صدر الحكم من ولاة الأمر وجب العمل به فيكون كالنص في موضع البيان، ولهذا جاءت قاعدة: "الإِجْتِهَادُ كَالنَّصِّ"<sup>(181)</sup>.

(175) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص94.

(176) قدرى باشا، مرشد الحيران، ص34.

(177) حيث كان هناك مجلس شورى الدولة (شورای دولت)، وتحتها (ديوان أحكام عدلية)، كما كان هناك (دار شورای عسكري)؛ سالنامهء دولت عليه عثمانیه، سنة 1291، دفعة 29، مطبعة معارف، ص36-40 و42.

(178) الرازي، مفاتيح الغيب، ج5، ص247.

(179) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص27.

(180) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص262.

(181) العيني، البناية، ج1، ص731؛ الطحطاوي: أحمد بن محمد بن إسماعيل الحنفي (ت1231هـ)، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، تحقيق: محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط:1، 1418هـ. 1997م، ص153.

2. وجود مواد قضائية خاصة بكل قضية متعلقة بجزئية تقع فيها خصومة، من أجل حصر القضاء في ميزان حكم واحد يتناسب مع المقصد الذي لأجله أنشئ القضاء، مع إعطاء مساحة من اجتهاد القاضي في القضايا المرفوعة إليه، فينزل الحكم بعد النظر إلى أسباب القضية، ولهذا جاءت قاعدة: "الأصلُ أنَّ الحُكْمَ متى ظَهَرَ عَقِيبَ سَبَبٍ يُحَالُ عَلَى ذَلِكَ السَّبَبِ"<sup>(182)</sup>، ومثلها: "الشَّرْطُ يُضَافُ إِلَيْهِ وَجُودُ الحُكْمِ"<sup>(183)</sup>، و"الحكم يضاف إلى الشرط"<sup>(184)</sup>، ويضبطها قاعدة: "كُلُّ سَبَبٍ خَلَا عَنِ الحُكْمِ كَانَ لَعْوًا"، ولهذا جاء الحكم القضائي قابل للاستيعاب أفراد يندرج عليهم الحكم، وهذا ما أكدت عليه قاعدة: "الحُكْمُ يَنْبَنِي عَلَى الظَّاهِرِ دُونَ النَّادِرِ"<sup>(185)</sup>، ولهذا تعلق الحكم بالسبب دون الشرط فكان ولهذا جاءت الأحكام القضائية مبينة لتلك الأسباب التي ينزل الحكم عليها، بينما تعلق الشرط بحصر الأوصاف التي تخص القاضي والمدعي والمدعى عليه والدعوى، هذا ما أيدته قاعدة: "الحُكْمُ يُضَافُ إِلَى السَّبَبِ لَا الشَّرْطِ"<sup>(186)</sup>.

3. يعد الفقه الإسلامي هو مصدر اختيار المواد القانونية المراد الحكم بها، وهو بمثابة الرافد الذي يرفد القضاء بما يحتاجه من مسائل، مما وفر كما كبيرا وهائلا ومبوبا ومصنفا، تستطيع السلطة القضائية أن تأخذ منه ما يناسب المصلحة، فهي غير ملزمة بفتوى مفتٍ، لكنها ملزمة باختيار طرق الاستنباط الصحيحة<sup>(187)</sup>، ولهذا كان الإفتاء غير ملزم والقضاء ملزم، مع صحة استئناف الحكم الصادر منه، وتمييزه.

4. لم تقف حركة تقنين الفقه على زمن معين، بل كانت مستمرة قد تتباطأ قليلا، لكنها لم تتوقف، ولهذا استمرت الشروح على المجلة، واستمرت الزيادة على موادها، وخير مثال على ذلك ما قام به الأستاذ منير القاضي حيث أضاف قسم المعاملات والأحوال

(182) السرخسي، المبسوط، ج2، ص51.

(183) بدر الدين العيني، البناءة، ج2، ص117.

(184) علاء الدين البخاري، كشف الأسرار، ج4، ص171.

(185) هذه القواعد ذكرها السرخسي، المبسوط، ج2، ص51، ص158، ج6، ص54.

(186) ابن نجيم، البحر الرائق، ج2، ص136.

(187) هذا يفسره مقدمة مجلة الأحكام العدلية وشروحها، مع وجود قواعد فقهية يستند إليها القاضي في الحكم"، ينظر: مقدمة المجلة وشروحها.

الشخصية والجنايات وغيرها على المجلة من كتاب أبي الحس القُدوري البغدادي، حيث صاغه على شكل نصوص قانونية، تصلح لاستنباط الحكم القضائي<sup>(188)</sup>.

5. تواصلت حركة التقنين في الدولة العثمانية، وما ذكر من فقه يخص الدولة في فترة الخلافة العباسية لم تتركه الدولة العثمانية، وخصوصاً فيما يتعلق بحق الأمة، مثل ثرواتها ومقدراتها، فما كتبه أبي يوسف حول الأرض التي تخضع لسلطان الخليفة في كتابه "الخراج" خير مثل على ذلك<sup>(189)</sup>، ولهذا ظهر في الدول العثمانية لفظ "الأرض الأميرية" ووضع لها دائرة خاص بها تحت عنوان "املاك اميريه مديريتى" وفيها مفتش ودقق وغيرهم<sup>(190)</sup>، وهي تخص الأراضي الأميرية (أرضىء ميريه) وهي التي تعود إلى بيت المال، ويفوض في التصرف بها الدولة<sup>(191)</sup>؛ وفي عصر السلطان عبد الحميد الثاني سعت الدولة إلى تأكيد هذه العلاقة بين الخلافة العثمانية والخلافة الراشدة والأموية والعباسية بذكر التواصل التاريخي<sup>(192)</sup>.

6. يمكننا أن نرسم خط التدوين القانوني للنظام الحكم في الإسلام من خلال قراءتنا للوثيقة النبوية في زمن النبي ﷺ، ثم ما كتبه الخلفاء الراشدون من كتب مرسله إلى الولاية والعمال، وخصوصاً كتاب عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - إِلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ مَبِيناً شُرُوطَ الْقَضَاءِ، ثم ما كتبه الإمام أبي يوسف في كتابه الخراج، ليستمر هذا الخط ويظهر في الدولة العثمانية في زمن السلطان محمد الفاتح بما يطلق عليه "قانون نامه" والذي يمثل التدوين العرفي والإداري للدولة، وكذلك الدفاتر العثمانية، ولذلك يسمى القاضي والمفتي والمدرس في الدولة بـ"أهل الشرع"، بينما يمثل الإداريون المنفذون

---

(188) ينظر: القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص194 وحتى نهاية الجزء.

(189) أبي يوسف، كتاب الخراج، ينظر: ما ينبغي أن يعمل به في السواد ص47 وص50، حيث يذكر كيف يقسم أمير المؤمنين ما يخرج من أرض السواد، وكذلك: ص105 و120 و138 و128 وغيرهم .

(190) ينظر: سالنامهء دولت عليه عثمانيه، آتشمش سكر نجي سنه، 1333-1334 سنهء ماليه، ص251 وما بعدها.

(191) ينظر: قاموس حقوق، بالجملة قوانين دو لتليه ده مستعمل اصطلاحاتك تعريفيله برجوق مسائل قانونيه بي حاويدر، اثر مكتب حقوق شاهانه دون مأذون: حسين غالب، معارف نظارت جليله سنك رخصتيله، استانبول، (جمال افندى) مطبعه سى - باب عالى سنهء نومرو 34، 1305، ص19.

(192) ينظر: بغداد ولايت جليله سنه مخصوص {سالنامه در}، اون آلتنجى دفعه در، سنه قمرية 1318، و شمسية 1316-1317، ولايت مطبه سنهء طبع اولمشدر، ص53-56.



للقوانين الإدارية بـ"أهل العرف"<sup>(193)</sup>، وأخير مجلة الأحكام العدلية، وقانون العائلة العثماني<sup>(194)</sup>، وغيرهما.



(193) قد شهدت سيادة الدولة العثمانية محاولة تشريعية مبكرة عرفت بسم قانون نامة، وذلك سنة 1455م، وهذا التشريع يتضمن تنظيماً كاملاً للإدارة، وأحكاماً متعلقة بالعقوبات وغيرها، ينظر: الصلابي: علي محمد، الدولة العثمانية - عوامل النهوض وأسباب السقوط، دار التوزيع والنشر الإسلامية، مصر، 2001م، ص143؛ آق قندز، الدولة العثمانية المجهولة، ص593.

(194) ينظر: حقوق عائلة قرار نامه سي، "تقوم وقايح" غرته سنك 3046 تومر ولي و14 محرم 1336 ز 31 تشرين اول 1333 تاريخي نسخه سندن اخذ واقباس ايلشدر، ناشري: اعتماد كتابخانه سي، در ساعات (قدر) مطبعه سي، 1336"، ويتكون من 157 مادة، صدر في 8 محرم سنة 1336هـ وفي 25 تشرين أول سنة 1333 مالية (1917م)، السلطان: محمد رشاد، ناظر العدلية: خليل، الصدر الأعظم: محمد طلعت"، ص29؛ وأما هيئة الفتوى (فتواخانه) فتتكون من: حافظ مصطفى صفوت؛ محرم لطفي؛ حسين نجم الدين؛ علي حيدر؛ أحمد مختار؛ وكان الشيخ علي حيدر أمين للفتوى"، ص7.

## الفصل الثاني

### نظام القضاء من خلال المجلة وأثر القواعد الفقهية في تحرير مواده

دور مجلة الأحكام العدلية جاء لبيان أحكام تعلق في أبواب معينة، يستطيع القاضي أن ينظر إلى تلك المواد القانونية، دون أن يهمل القواعد الفقهية التي جاءت في مقدمة المجلة.

ولهذا دعت الحاجة إلى بيان مبحث القضاء بعد ذكر المباحث الممهدة له في المجلة، فجاء مرتبا منسفا بشكل يحقق المقصود من نظام القضاء، وذلك كما يلي:

الكتاب الرابع عشر من المجلة في حق الدعوى، ويبتدئ من المادة "1613" إلى نهاية المادة "1675"، ويشتمل على مقدمة وبابين، فجاءت المقدمة في بيان بعض الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالدعوى، ثم جاء الباب الأول في شروط الدعوى وأحكامها ودفع الدعوى، ثم الباب الثاني في حق مرور الزمن.

وأما الكتاب الخامس عشر فقد جاء في حق البيئات والتخليف، ويبتدئ من المادة "1676" إلى المادة "1783"، ويشتمل على مقدمة وأربعة أبواب، فجاءت المقدمة في بيان بعض الاصطلاحات الفقهية، ثم جاء الباب الأول في حق الشهادة، ثم الباب الثاني في بيان الحجج الخطية والقرينة القاطعة، والباب الثالث في بيان التخليف، والباب الرابع في التنازع وترجيح البيئات.

والكتاب السادس عشر في القضاء، ويبتدئ من المادة "1784" إلى المادة "1846"، ويشتمل على مقدمة وأربعة أبواب، فجاءت المقدمة في بيان بعض الاصطلاحات الفقهية، ثم جاء الباب الأول في حق القضاة، والباب الثاني في الحكم، والباب الثالث في حق رؤية الدعوى بعد الحكم، والباب الرابع في بيان المسائل المتعلقة بالتحكيم<sup>(195)</sup>.

ولهذا نجد أن المجلة أسست بشكل قانوني لطرق إثبات الدعوى والتنازع والبيئات كمقدمة تسبق بيان النظام القضائي، وأركانه.

(195) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص519، 634.

ولهذا سنركز في هذا الفصل على بيان أركان القضاء، من حيث المدعي والمدعى عليه والقاضي والحكم والدعوى، ثم بيان الأوصاف اللازمة في القاضي<sup>(196)</sup> لكي ينطبق عليه وصف القضاء، ثم بيان آداب مجلس القضاء، ثم التحكيم وماهيته وضوابطه.



---

(196) ينظر: علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص519-524؛ وذكر القاضي لفظ "الحاكم" عوضاً عن لفظ "القاضي"، ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص165.

## المبحث الأول: أركان القضاء

من خلال النظر إلى المجلة وكيفية تقسيمها لباب القضاء، نجد بيان أركان القضاء وطبيعة كل ركن، فأبي خلل بركن من الأركان يخلُ بالحكم فلا يعد الحكم كاملاً ويلزم بطلانه.

والركن في اللغة: ركن الشيء جانبه الأقوى، وهو يأوي إلى رُكنٍ شديدٍ، أي عزٍّ ومَنَعَةٍ، وجبلٌ رَكيُنٌ: له أركانٌ عالية(197).

وفي الاصطلاح: الَّذِي إِذَا فُقِدَ مِنْ شَيْءٍ لَا يُمَكِّنُ وُجُودَ ذَلِكَ الشَّيْءِ؛ كَمَا يُطْلَقُ الرُّكْنُ عَلَى الْمَعْنَى "الْمُتَمِّمَ لِمَاهِيَةِ الشَّيْءِ"، وَقَدْ يُطْلَقُ أَيْضًا عَلَى مَعْنَى يَرَادُ مِنْهُ: "الْجُزْءَ لِمَاهِيَةِ الشَّيْءِ"، كَقَوْلِهِمْ "الْقِيَامُ رُكْنُ الصَّلَاةِ" فَالْقِيَامُ هُوَ جُزْءٌ مِنَ الصَّلَاةِ(198)، وَالْمَعْنَى الْأَوَّلُ هُوَ الْمُرَادُ فِي هَذِهِ الْبَابِ؛ وَالرُّكْنُ هُوَ الْوَصْفُ الَّذِي جُعِلَ عَلَمًا عَلَى ثُبُوتِ الْحُكْمِ فِي الْفَرْعِ(199).

وَأَرْكَانُ الْقَضَاءِ سِتَّةٌ: الْحُكْمُ، وَالْمَحْكُومُ بِهِ، وَالْمَحْكُومُ لَهُ، وَالْمَحْكُومُ عَلَيْهِ، وَالْقَاضِي، وَالطَّرِيقَةُ، وَجَمَعَتْ فِي بَيْتَيْنِ مِنَ الشَّعْرِ هُمَا(200):

أطراف كل قضية حكمية      ست يلوح بعدها التحقيق  
حكم ومحكوم به وله      ومحكوم عليه وحاكم وطريق

الركن الأول: القاضي: وقد يطلق لفظ الحاكم للدلالة عليه، وهو من نصبه الملك لحسم الدعاوي الواقعة بين الناس وفقاً للأحكام المشروعة، وقد جاءت المادَّة "1785" تنص على أن: "القاضي هُوَ الذَّاتُ الَّذِي نُصِّبَ وَغِيْنَ مِنْ قِبَلِ السُّلْطَانِ لِأَجْلِ فَصْلِ وَحَسْمِ الدَّعْوَى وَالْمُخَاصَمَةِ الْوَاقِعَةِ بَيْنَ النَّاسِ تَوْفِيقًا لِأَحْكَامِهَا

(197) أبو نصر الفارابي، الصحاح تاج اللغة، ج5، ص2126؛ ابن فارس، مقاييس اللغة، ج2، ص430؛ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص1201.

(198) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص111، رقم المادة (149)؛ وينظر: التفتزاني، شرح التلويح على التوضيح، ج2، ص262؛ البزدوي، كشف الاسرار، ج3، ص267؛ السرخسي، اصول السرخسي، الجزء2، ص172.

(199) ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج3، ص125.

(200) ابن عابدين، رد المختار، ج5، ص352 وما بعدها؛ علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص519-524؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص165.

المَشْرُوعَة<sup>(201)</sup>، وبيان الدعوى وماهيتها جاء في المادة "1613" ونصها "الدَّعْوَى هِيَ طَلْبُ أَحَدٍ حَقَّهُ مِنْ آخَرَ فِي حُضُورِ الْقَاضِي، وَيُقَالُ لَهُ الْمُدَّعِي، وَالْآخِرُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ"<sup>(202)</sup>، فيحكم وفقاً للاحكام المفهومة من نصوص القانون صراحة أو دلالة، فإذا انحرف الحاكم في حكمه عن مفهوم القانون خطأ فحكم بغير الحق، فإن كان في الوسع تدارك الرجوع إلى الصواب يرجع إليه، وإن لم يمكن تدارك الرجوع إلى الحق - كما لو كان الحكم بالقصاص - فبعد تنفيذه لا يمكن الرجوع إلى الحق، فإن المقضي له يتحمل الدية، رجوعاً إلى رد الحق إلى نصابه قدر الإمكان<sup>(203)</sup>، ويؤيد هذا جملة قواعد، وردت منها قاعدة: "خَطَأُ الْقَاضِي بِقَوْتِ شَرْطٍ، فَإِنَّهُ يُنْقَضُ قَضَاؤُهُ"<sup>(204)</sup>، و"الْقَاضِي لَا يُؤَاخَذُ بِالضَّمَانِ"<sup>(205)</sup>.

وإذا انحرف القاضي في حكمه عن مقتضى القانون عمداً، وثبت ذلك بإقراره، ونفذ هذا القاضي فإنه يضمن للمحكوم عليه ما خسره بذلك الحكم هذا في الحقوق الخاصة، أما في الحقوق العامة (حقوق الله) فإن حكم خلافاً للقانون خطأ ونفذ الحكم، فإن بيت المال يضمن للمحكوم عليه، وإن كان عمداً وثبت هذا بإقرار الحاكم وقد نفذ الحكم، فإن القاضي هو الذي يضمن للمحكوم عليه<sup>(206)</sup>، لأن "خَطَأُ الْقَاضِي يُكُونُ عَطَاؤُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ" وهي قاعدة مهمة في معرفة خطأ القاضي<sup>(207)</sup>.

الركن الثاني: الحكم: هو حسم القاضي المخاصمة باتباعه الطريق القانونية الخاصة بذلك، جاءت المادّة "1786" تنص على أن: "الْحُكْمُ هُوَ عِبَارَةٌ عَنْ قَطْعِ الْقَاضِي الْمَخَاصِمَةَ وَحَسْمِهِ إِيَّاهَا وَهُوَ عَلَى قِسْمَيْنِ، الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: هُوَ إِزْرَامُ الْقَاضِي الْمَحْكُومَ بِهِ عَلَى الْمَحْكُومِ عَلَيْهِ بِكَلَامٍ كَقَوْلِهِ حَكَمْتُ أَوْ أَعْطِ الشَّيْءَ الَّذِي ادَّعَى بِهِ عَلَيْكَ وَيُقَالُ لَهُ قَضَاءُ الْإِزْرَامِ وَقَضَاءُ الْإِسْتِحْقَاقِ."

(201) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص519؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص165؛ رشيد باشا، روح المجلة، سكرنجي جلد، ص178 وما بعدها.

(202) هوديني، جامع الأدلة، ص484؛ علي حيدر، درر الحكام، ج4، ص154؛ وينظر: السمديسي، فتح المدبر للعاجز المقصر، لو:34، ور:1.

(203) ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص165.

(204) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص91.

(205) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص16.

(206) ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص165.

(207) ينظر حول مسألة خطأ القاضي: الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص289؛ علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج3، ص352، حيث قال: "إذا جنى على إنسان خطأ فإن ذلك يكون في بيت المال لأن عقابته جميع المسلمين فيكون عقله من ماله وهو مال بيت المال".

وَالْقِسْمُ الثَّانِي: هُوَ مَنْعُ الْقَاضِي الْمُدَّعِي عَنِ الْمُنَازَعَةِ بِكَلَامٍ كَقَوْلِهِ لَيْسَ لَكَ حَقٌّ أَوْ أَنْتَ مَمْنُوعٌ عَنِ الْمُنَازَعَةِ وَيُقَالُ لِهَذَا قَضَاءُ التَّرْكِ<sup>(208)</sup>، ولذلك فَإِنَّ الْحُكْمَ بِالْيَمِينِ يَكُونُ قَضَاءَ التَّرْكِ، وَالْحُكْمَ بِالنُّكُولِ عَنِ الْيَمِينِ هُوَ قَضَاءُ اسْتِحْقَاقٍ، هَذَا مَا أَكَدَتْهُ الْمَادَّةُ "1687"، وَالْفَرْقُ بَيْنَ قَضَاءِ الْإِسْتِحْقَاقِ وَقَضَاءِ التَّرْكِ يَظْهَرُ مِنْ وَجْهَيْنِ<sup>(209)</sup>:

الوجه الأول: إن المقضي عليه في حادثة، قضاء استحقاق، لا يمكن أن يكون مقضياً له في تلك الحادثة أبداً؛ غير أن المقضي عليه في حادثة قضاء ترك، يجوز أن يكون مقضياً له في تلك الحادثة، كما لو ادعى شخص على آخر مالياً، وعجز عن تقديم بينة بذلك، وحلف المدعى عليه المنكر، وقضت المحكمة قضاء ترك بعدم وجود حق للمدعي لغياب البينة للمدعي، ووجود اليمين للمدعى عليه؛ ثم ظفر المدعي ببينة تؤيد دعواه، متمسكاً بعذر مقبول في عدم تمكنه من تقديم البينة أولاً، وكانت مراحل القضاء لم تزل مفتوحة، فإنه يجوز سماع بينته والحكم له بالاستحقاق.

الوجه الثاني: لا تسمع الدعوى من شخص ثالث على المقضي له قضاء استحقاق، بأن المال المحكوم به هو ملكه يعود إليه، اللهم إلا إذا ادعى المتلقي من المحكوم له، مثلاً: لو ادعى سعيد على خالد بفرس له، وأثبت دعواه وحكم الحاكم له، فلا نسمع بعد هذا دعوى زيد على سعيد بأن الفرس له، إلا إذا ادعى تلقياً من سعيد.

أما في قضاء الترك فيجوز لشخص ثالث أن يدعي بأن المال المدعى به، هو ملكه يعود إليه، هذا ما أشارت إليه المادة "1786"<sup>(210)</sup>.

الركن الثالث: المحكوم به: هو ما ألزم الحاكم المحكوم عليه به، في قضاء الاستحقاق - وهو إيفاءه حق المدعي- وترك المدعي المنازعة، في قضاء الترك<sup>(211)</sup>، وقد جاء في المادة "1787"

(208) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص520؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص166.

(209) ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص167.

(210) نص المادة "الحُكْمُ هُوَ عِبَارَةٌ عَنِ قَطْعِ الْقَاضِي الْمُخَاصِمَةَ وَحَسْمِهِ إِثَابًا وَهُوَ عَلَى قِسْمَيْنِ: الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: هُوَ الْإِزَامُ الْقَاضِي الْمَحْكُومَ بِهِ عَلَى الْمَحْكُومِ عَلَيْهِ بِكَلَامٍ كَقَوْلِهِ حَكَمْتُ أَوْ أُعْطِيَ الشَّيْءَ الَّذِي ادَّعَى بِهِ عَلَيْكَ وَيُقَالُ لَهُ قَضَاءُ الْإِزَامِ وَقَضَاءُ الْإِسْتِحْقَاقِ. وَالْقِسْمُ الثَّانِي: هُوَ مَنْعُ الْقَاضِي الْمُدَّعِي عَنِ الْمُنَازَعَةِ بِكَلَامٍ كَقَوْلِهِ لَيْسَ لَكَ حَقٌّ أَوْ أَنْتَ مَمْنُوعٌ عَنِ الْمُنَازَعَةِ وَيُقَالُ لِهَذَا قَضَاءُ التَّرْكِ". علي حيدر، درر الأحكام، ج4، ص520؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص167.

(211) منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص168.

ونصها: "المحكوم به هو الشيء الذي ألزمه القاضي المحكوم عليه وهو إيفاء المحكوم عليه حق المدعي في قضاء الإلزام وترك المدعي المنازعة في قضاء الترك" (212).

والإلزام: هو لفظ يستعمل حسب أصول الصك الشرعي في الحكم الذي يصدر بناء على إقرار المدعي عليه (213).

إلا أن التعبير المذكور في هذه المادة لم يبين أنواع المحكوم به، حيث يُقسّم المحكوم به إلى أربعة أقسام (214):

القسم الأول: هو حق لله محضاً، كحد الزنا وحد شرب الخمر (215).

القسم الثاني: هو حق العبد محضاً، كالعسرة الدنانير التي يحكم بها بناء على دعوى زيد على عمرو (216).

القسم الثالث: هو أن يجتمع الحقان معاً، ويكون حق العبد فيه غالباً، كالفصاص والتعزير (217).

القسم الرابع: أن يجتمع الحقان معاً ويكون حق الله فيه غالباً، كحد القذف وحد السرقة.

وقد جاءت المادة "1619" مؤيدة لما سبق من أنه يجب أن يكون المدعي به معلوماً (218)، ولذلك كان طريق القاضي إلى الحكم يختلف بحسب اختلاف المحكوم به من حيث ذاته (219).

(212) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص523؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص168.

(213) ينظر: علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص163؛ وينظر حول الإلزام: ابن عابدين، منحة الخالق، ج6، ص280.

(214) ينظر: علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص163.

(215) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص277؛ السرخسي، المبسوط، ج9، ص114؛ أبو محمد القيرواني، النوادر والزيادات، ج8، ص226؛ الشافعي، الأم، ج3، ص161؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج3، ص153؛ علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص163.

(216) ينظر: علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج3، ص145؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص63؛ القرافي، الذخيرة، ج1، ص72؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج3، ص153؛ علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص163.

(217) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص226؛ السرخسي، المبسوط، ج26، ص63؛ أبي الحسن اللخمي، التبصرة، ج13، ص6480؛ النووي، المجموع شرح المهذب، ج20، ص301؛ علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص163.

(218) ينظر: علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص163.

(219) ابن عابدين، رد المختار، ص5، ص345.

الركن الرابع: الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ: هُوَ الَّذِي حُكِمَ عَلَيْهِ مِنْ طَرَفِ الْقَاضِي، أَوْ مِنْ طَرَفِ الْمُحَكَّم؛ وهذا ما أكدته الْمَادَّةُ "1788"، ونصها: "الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ هُوَ الَّذِي حُكِمَ عَلَيْهِ"، وهو إما أن يكون معيناً واحداً أو أكثر، كما هو في أغلب القضايا، وإما أن يكون غير معين، كما هو الحال في الحكم بالحرية الأصلية، والحكم بالنسب بالبينة، فإن المحكوم عليه فيهما جميع الناس<sup>(220)</sup>.

الركن الخامس: الْمَحْكُومُ لَهُ: جاء في الْمَادَّةُ "1789" ما نصه: "الْمَحْكُومُ لَهُ هُوَ الَّذِي حُكِمَ لَهُ"، أي الَّذِي حُكِمَ لَهُ فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ<sup>(221)</sup>، فَيَجِبُ أَنْ يَحُورَ الْمَحْكُومُ لَهُ ثَلَاثَةَ شُرُوطٍ:

الشَّرْطُ الْأَوَّلُ: أَنْ يَدَّعِيَ الْمَحْكُومُ لَهُ بِدَعْوَى، إِذْ لَا يُحَكَّمُ لَهُ بِدُونِ سَبْقِ دَعْوَى مِنْهُ، وَجَاءتِ الْمَادَّةُ "1829" مؤكدة لهذا الشرط: "يُشْتَرَطُ فِي الْحُكْمِ سَبْقُ الدَّعْوَى"<sup>(222)</sup>.

الشَّرْطُ الثَّانِي: حُضُورُهُ مَجْلِسِ الْحُكْمِ بِالذَّاتِ، أَوْ حُضُورُ وَكِيلِهِ، أَوْ حُضُورُ نَائِبِهِ كَوَلِيِّهِ، أَوْ وَصِيِّهِ، إِذَا كَانَ مَحْجُورًا فَعَلَيْهِ لَا يَجُوزُ الْحُكْمُ لِلْغَائِبِ"، وَجَاءتِ الْمَادَّةُ "1831" مبينة لذلك ونصها: "إِذَا حَضَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالذَّاتِ إِلَى مَجْلِسِ الْحُكْمِ بَعْدَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ فِي مُوَاجَهَةِ وَكِيلِهِ، فَلِلْقَاضِي أَنْ يَحْكُمَ بِتِلْكَ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَبِالْعَكْسِ إِذَا حَضَرَ وَكَيْلُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْمَجْلِسَ بَعْدَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ فِي مُوَاجَهَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَلِلْقَاضِي أَنْ يَحْكُمَ بِتِلْكَ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْوَكِيلِ"<sup>(223)</sup>.

الشَّرْطُ الثَّلَاثُ: أَنْ تَكُونَ دَعْوَاهُ صَاحِبَةً<sup>(224)</sup>، وَجَاءتِ الْمَادَّةُ "1629" مؤكدة لهذا الوصف: "يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعَى بِهِ مُحْتَمِلَ الثَّبُوتِ، بِنَاءً عَلَيْهِ لَا يَصِحُّ الْإِدْعَاءُ بِشَيْءٍ وَجُودُهُ مُحَالٌ عَقْلًا أَوْ عَادَةً، مَثَلًا إِذَا ادَّعَى أَحَدٌ فِي حَقِّ مَنْ هُوَ أَكْبَرُ مِنْهُ سِنًا، أَوْ فِي حَقِّ مَنْ نَسَبُهُ مَعْرُوفٌ بِأَنَّهُ ابْنُهُ لَا تَصِحُّ دَعْوَاهُ"<sup>(225)</sup>، ولهذا فلا يترتب شيء على الدعوة الغير صحيحة، فيلزم بتصحيح الدَّعْوَى<sup>(226)</sup>، وَجَاءتِ

(220) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص523؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص168.

(221) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص524؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص168.

(222) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص604؛ وينظر أيضا، الجويني، نهاية المطلب، ج18، ص618؛ النووي، منهاج الطالبين، ص242.

(223) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص613؛ ينظر حول حد القذف: علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج3، ص146؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص13.

(224) ينظر: علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج3، ص181؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص187.

(225) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص187.

(226) ابن الشحنة، لسان الحكام، ص226.



قاعدة: "الحلف يترتب على دعوى صحيحة"<sup>(227)</sup>، وقاعدة: "المناقضة في الدعوى تمنع صحة الدعوى"<sup>(228)</sup> كضابط مهم، لأن الحكم إما بينة على المدعي أو يمين على المنكر، فإذا لم تصح الدعوى فلا يمين على المدعي عليه.

السادس: طريق المحاكمة: وهي الإجراءات الواجبة على الحاكم اتخاذها عند مباشرته الدعوى إلى أن يصدر الحكم، وهي المقررة في قانون المرافعات الحقوقية، وجاء بيان طريق الحكم من خلال بعض المواد المتفرقة وهي:

والحكم كما يصدر من الحاكم المعرف في المادة "1785" فإنه يصدر من الحَكَم - بفتح الحاء والكاف- بناء على التحكيم<sup>(229)</sup>، حيث جاءت المادّة "1790" مبيّنة للتحكيم "التَّحْكِيمُ هُوَ عِبَارَةٌ عَنِ اتِّخَاذِ الْخَصْمَيْنِ آخَرَ حَاكِمًا بِرِضَاهُمَا؛ لِفَصْلِ خُصُومَتَيْهِمَا وَدَعْوَاهُمَا وَيُقَالُ لِذَلِكَ حَكْمٌ بِفَتْحَتَيْنِ وَمَحْكَمٌ بِضَمِّ الْمِيمِ وَفَتْحِ الْحَاءِ وَتَشْدِيدِ الْكَافِ الْمُفْتُوحَةِ"، وعرف علي حيدر "التحكيم" بأنه: "وَشَرْعًا: هُوَ عِبَارَةٌ عَنِ اتِّخَاذِ الْخَصْمَيْنِ أَيِ الْمُدْعَى وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ وَاجِدًا أَهْلًا لِلْحُكْمِ حَاكِمًا بِرِضَاهُمَا لِفَصْلِ خُصُومَتَيْهِمَا وَدَعْوَاهُمَا"<sup>(230)</sup>.

فلفظ الْخَصْمَيْنِ في هذا التعريف قيد يراد منه الْفَرِيقَانِ الْمُتَخَاصِمَانِ؛ وَهِيَ عَامَّةٌ تَشْمَلُ إِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ فَرْدًا وَاجِدًا، أو أفراد مُتَعَدِّدِينَ كَأَن يَكُونَ الْمُدْعَى اثْنَيْنِ وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ اثْنَيْنِ، وتعدد الخصوم وارد وممكن، كذلك تعدد أفراد المحكمين يَجُوزُ أَيْضًا أَنْ يَكُونُوا أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدٍ، وَيُفْهَمُ ذَلِكَ مِنْ الْمَادَّةِ "1848"، ودليلها قوله تعالى: {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِيهَا}<sup>(231)</sup>.

ولفظ أَهْلًا لِلْحُكْمِ قيد ثانٍ: يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْمُحَكَّمُ وَقْتِ التَّحْكِيمِ وَقَوْتِ الْحُكْمِ أَهْلًا لِلْقَضَاءِ، فَعَلَى ذَلِكَ لَوْ انْتُخِبَ الْخَصْمَانِ صَبِيًّا وَحَكَمَ فِي حَالِ صِبَاهُ أَوْ بَعْدَ الْبُلُوغِ بِنَاءً عَلَى التَّحْكِيمِ السَّابِقِ فَلَا

(227) المرغيناني، الهداية، ج3، ص40.

(228) برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، ج7، ص62.

(229) منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص168.

(230) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص524؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص524؛ رشيد باشا، روح المجلة، ج8، ص192.

(231) النساء: 35/5، ينظر: الألويسي، روح المعاني، ج2، ص259؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص636.

يَصِحُّ حُكْمُهُ وَلَا يَنْفُذُ، هَذَا جَاءَتْ بِهِ الْمَادَّةُ "1794" وَنَصَهَا "يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي مُفْتَدِرًا عَلَى التَّمْيِيزِ  
التَّامِّ ...." (232).

وَيُقَالُ لِذَلِكَ "حَكْمٌ" بِفَتْحَتَيْنِ، وَ"مُحَكَّمٌ" بِضَمِّ الْمِيمِ وَفَتْحِ الْحَاءِ وَتَشْدِيدِ الْكَافِ الْمَفْتُوحَةِ، وَ"مُحَكَّمٌ"  
مِنْ بَابِ التَّفْعِيلِ بِصِيغَةِ اسْمِ الْمَفْعُولِ، أَمَّا "الْمُحَكَّمُ" بِضَمِّ الْمِيمِ وَفَتْحِ الْحَاءِ وَتَشْدِيدِ الْكَافِ الْمَكْسُورَةِ مِنْ  
بَابِ التَّفْعِيلِ بِصِيغَةِ اسْمِ الْفَاعِلِ فَقَدْ أَسْتَعْمَلَ عَنْهَا فِي هَذِهِ الْمَادَّةِ تَعْبِيرُ الْخَصْمَيْنِ"، وَرُكْنُ التَّحْكِيمِ إِجَابُ  
مِنْ طَرَفٍ وَقَبُولٌ مِنَ الطَّرَفِ الْآخَرَ، وَيَكُونُ الْإِجَابُ بِالْأَلْفَاظِ الَّتِي تَدُلُّ عَلَى التَّحْكِيمِ كَقَوْلِ: قَدْ حَكَمْنَاكَ  
أَوْ نَصَبْنَاكَ حَاكِمًا (233).

ومن لم يكن أهلاً للحكم كالصبي والرقيق، لا يصلح حكماً .

وقبل تشريع قانون المرافعات الحقوقية كانت المحكمة تنصب عن المدعى عليه الغائب وكيلاً،  
ويسمى (الوكيل المسخر) إتماماً للخصومة، حيث جاءت المادة "1791" ونصها "الْوَكِيلُ الْمُسَخَّرُ هُوَ  
الْوَكِيلُ الْمُنْصُوبُ مِنْ قِبَلِ الْقَاضِي لِلْمُدْعَى عَلَيْهِ الَّذِي لَمْ يُمَكِّنْ إِحْضَارَهُ لِلْمَحْكَمَةِ" (234)، ولكن قد ألغيت  
هذه المادة بالأحكام المقررة في قانون المرافعات الحقوقية فيما يخص الحكم على المدعى عليه  
الغائب (235)؛ ويضبط الأمر هذا كله قاعدة مهمة هي: "كل متصرف عن الغير فعليه أن يتصرف  
بالمصلحة" (236)، ومثلها: "الْمُنْتَصِرَفُ عَنِ الْغَيْرِ شَرْطُهُ أَنْ يَنْتَصِرَفَ بِالْمَصْلَحَةِ أَوْ الشَّرْطُ عَدَمُ  
الْمُفْسَدَةِ" (237).

(232) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص530؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص194؛ رشيد باشا، روح المجلة،  
ج8، ص195.

(233) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص525.

(234) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص525؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص169؛ رشيد باشا، روح المجلة،  
ج8، ص193.

(235) ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص169.

(236) السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص310.

(237) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص49.

## المبحث الثاني: أوصاف القاضي وآدابه

قد اجتهد الفقهاء منذ نشأة الفقه الإسلامي على تبيين وحصر أوصاف من ينطبق عليه صفة القضاء<sup>(238)</sup>، ولهذا وجب على السلطة القضائية بيان تلك الصفات الخلقية والخلقية الواجبة في القاضي حتى يكون قاضياً مع بيان الآداب التي يجب أن يتصف بها،

### المطلب الأول: أوصاف القاضي

غاية القضاء هو حفظ مصالح الناس ورعايتها، والحاكم بسلطته القضائية، نافذ الحكم في دماء الناس، وأموالهم، وأعراضهم، وذلك من خلال تحقيق مصالح لهم أو دفع مفسدة عنهم، ففقود الزواج ما هي إلا تحقيق مصلحة مرجوة لحفظ الأعراض مثلاً، وحل الخصومات وبيان الحقوق فيها يمنع الجور والظلم، ولذلك كان القاضي متمثلاً بشخصه القيمة العليا المحقق لتلك الغايات المرجوة في السلطة القضائية.

ولذلك يلزم أن تتوفر في الحاكم صفات يرجع بعضها إلى الناحية الخلقية والناحية الأخلاقية، ويرجع بعضها إلى الناحية العلمية، وهي:

أولاً: الناحية الخلقية: يجب أن يكون الحاكم من أهل التمييز التام، هذا ما جاء في المادة "1792" و"1793"، فلا يجوز تقليد الصغير، والمعتوه، والأعمى القضاء، ولا الأصم الذي لا يسمع صوت الطرفين القوى، وكلهم لا يعبر قضاءهم ويكون باطلاً، ولو تقلد أحد القضاء وهو سالم من العمى والصمم ثم عرض عليه العمى مثلاً، فإنه يستحق العزل بمجرد هذا - ولا ينزل به - وما يُصدره من الأحكام وهو أعمى يكون باطلاً، وإذا شفى من العمى العارض، قبل عزله، يزول استحقاقه العزل ويبقى حاكماً تعتبر أحكامه<sup>(239)</sup>.

(238) ينظر: المسبوط، ج16، ص59؛ الجويني، الغياني، ص303.

(239) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص3؛ أبو بكر الرازي الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، ج8، ص63؛ ابن نجيم، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، ج3، ص596؛ ابن جماعة الكناي: أبو عبد الله، محمد بن إبراهيم بن سعد الله الحموي الشافعي، تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام، تحقيق: قدم له: الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، تحقيق ودراسة وتعليق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الثقافة بتفويض من رئاسة المحاكم الشرعية بقطر - قطر/ الدوحة، 1988م، ص88؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص170؛ رشيد باشا، روح المجلة، ج8، ص194.

وجاءت المادّة "1794" ونصّها "يُلزَمُ أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي مُقْتَدِرًا عَلَى التَّمْيِيزِ التَّامِّ بِنَاءً عَلَيْهِ لَا يَجُوزُ قَضَاءُ الصَّغِيرِ وَالْمَعْتُوهِ، وَالْأَعْمَى وَالْأَصَمِّ الَّذِي لَا يَسْمَعُ صَوْتِ الطَّرْفَيْنِ الْقَوِيَّ"<sup>(240)</sup>، ولذلك جاءت قاعدة "بِقَاءِ النَّيَابَةِ يَسْتَدْعِي بِقَاءَ أَهْلِيَّةِ الْمُنُوبِ عَنْهُ"<sup>(241)</sup>.

وقد أجملها أبو يعلى الفراء بقوله: "فلا يجوز تقليد القضاء إلا لمن كملت فيه سبع شرائط: الذكورية، والبلوغ، والعقل، والحرية، والإسلام، والعدالة، والسلامة في السمع والبصر، والعلم"<sup>(242)</sup>، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: "يَجُوزُ أَنْ تَقْضِيَ الْمَرْأَةُ فِيمَا تَصِحُّ فِيهَا شَهَادَتُهَا، وَلَا يَجُوزُ أَنْ تَقْضِيَ فِيمَا لَا تَصِحُّ فِيهِ شَهَادَتُهَا"<sup>(243)</sup>.

ثانيا: الناحية الأخلاقية: يلزم أن يكون الحاكم<sup>(244)</sup>:

1. حكيمًا: أي عاقلًا تقيًا عادلًا، فلا يليق تقليد القضاء للمعروف بالحمق، ولا المعروف بالفسق، ولا المعروف بالجور.
2. فهيمًا: أي عالمًا بوجوه الفقه والقانون، له ملكة الاجتهاد في الرأي، فلا يليق تقليد القضاء للجاهل أو عديم الاجتهاد في الرأي.
3. مستقيمًا: أي حسن السيرة والسلوك، لا محتالًا، ولا معاندًا، ولا مرتشياً أو ممن يقبل الهدية من الناس، ولا مرتكباً جرماً يعتبر به مهيناً، كالمحدود بقذف، والمحكوم بجناية، فلا يليق أن يقلد أحد هؤلاء القضاء، وإذا قلد أحد وهو سالم من هذه العيوب ثم اتصف بأحدها استحق العزل.

(240) علي حيدر، درر الأحكام، ج4، ص530؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص170؛ رشيد باشا، روح المحلة، ج1، ص195 وما بعدها .

(241) وهذه قاعدة مهمة ذكرها الشلبي في حاشيته على تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج4، ص288.

(242) أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، ص60.

(243) ملا خسرو، درر الأحكام شرح غرر الأحكام، ج2، ص402؛ الماوردی، الأحكام السلطانية، ص110.

(244) ينظر: الصدر الشهيد البخاري: برهان الأئمة حسام الدين عمر بن عبد العزيز ابن مازة البخاري، شرح أدب القاضي للخصاف، تحقيق: محي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد بغداد، 1397هـ/1977م، ج1، ص242 وما بعدها، و126 وما بعدها؛ الطحاوي: أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي المصري، الشروط الصغير مذيلاً بما عشر عليه من الشروط الصغير، تحقيق: روجي أوزجان، راجعه: عبد الله محمد الجبوري، الجمهورية العراقية، رئاسة ديوان الأوقاف، ط:1، 1394هـ/1974م، مطبعة العاني - بغداد، ص820 وما بعدها؛ أبو الحسن السُّعْدِي: علي بن الحسين بن محمد، حنفي، التنف في الفتاوى، تحقيق: الحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، دار الفرقان / مؤسسة الرسالة، عمان - الأردن، بيروت - لبنان 1984، ج2، ص770؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص4 و9؛ المرغيناني، الهداية، ج3، ص101؛ علي حيدر، درر الأحكام، ج4، ص525؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص170 وما بعدها؛ رشيد باشا، روح المحلة، ج1، ص194؛ وينظر ايضاً: ابن جماعة الكناي، تحرير الأحكام، ص88،

4. أميناً: أي غير متصف بالخيانة، فالخائن لا يليق للقضاء، وإذا خان القاضي استحق العزل"،
5. مكيناً: أي من ذوي المكانة والشرف، فلا يليق للقضاء، السافل المهين، والمسخرة الهزال.
6. متيناً: أي قوياً شديداً بلا عنف، لا فضأ سيء الخلق، ولا غليظاً جاف القلب.
- وقد جاءت المادّة "1792" مؤكدة لما مضى "يُنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي حَكِيمًا فَهِمًا مُسْتَقِيمًا، وَأَمِينًا مَكِينًا مَتِينًا"<sup>(245)</sup>.

ثالثاً: الناحية العلمية: يجب أن يكون الحاكم عالماً بالمسائل الفقهية والقانونية وأصول المَحَاكِمَةِ، وَمُقْتَدِرًا عَلَى فَصْلِ الدَّعَاوَى الْوَاقِعَةِ.

وقد اختلف الفقهاء في جواز تقليد الجاهل للفقهاء فيجوز بعضهم إذا كان تقياً، لأنه سيحكم بفتوى عالم، ولم يجوزها الجمهور من غير الحنفية، وفي هذا يقول معللاً علي حيدر: "فِي هَذِهِ الصُّورَةِ يُحْكَمُ بِفَتْوَى غَيْرِهِ إِذْ أَنَّ الْجَاهِلَ النَّقِيَّ أَوْلَى بِالْقَضَاءِ مِنَ الْعَالِمِ الْفَاسِقِ"<sup>(246)</sup>، وهو قول أبو يوسف حيث ورد عنه: "لَأَنَّ يَكُونَ الْقَاضِي وَرِعًا أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ يَكُونَ مُجْتَهِدًا"، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ جَاهِلًا يَقْدِرُ عَلَى الْقَضَاءِ بِالْإِسْتِفْنَاءِ"<sup>(247)</sup>.

ويمكننا أن نبين الصفات العلمية من خلال النظر في المادّة "1793" فهي مبينة لما سبق "يُنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي، وَاقِعًا عَلَى الْمَسَائِلِ الْفَقْهِيَّةِ وَعَلَى أَصُولِ الْمَحَاكِمَاتِ وَمُقْتَدِرًا عَلَى فَصْلِ الدَّعَاوَى الْوَاقِعَةِ تَطْبِيقًا لِهَمَّا"<sup>(248)</sup>، ولهذا اشترك القاضي مع المفتي في أنهما يجب أن يكونا من أهل الاجتهاد، فَإِنَّ لَمْ يُوجَدَ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ مَوْثُوقًا فِي دِينِهِمَا وَأَمَانَتِهِمَا وَعَقْلِهِمَا وَفَهْمِهِمَا، عَالِمَانِ بِالْفِقْهِ وَالسُّنَّةِ بِمَا يَخْصُ الْمَسَائِلَ الْمَعْرُوضَةَ عَلَيْهِمَا"<sup>(249)</sup>.

(245) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص525؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص171؛ رشيد باشا، روح المجلة، ج8، ص194؛ وينظر ايضاً: ابن جماعة الكناي، تحرير الأحكام، ص88.

(246) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص530؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص171.

(247) ابن مودود الموصل، الاختيار المختار، ج2، ص83.

(248) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص529؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص171.

(249) ابن مودود الموصل، الاختيار المختار، ج2، ص83.

أما في الوقت الحاضر فلم يجوز القانون أنه يكون حاكماً أو قاضياً شرعياً إلا من تخرج من كلية الحقوق، أو من أدى امتحاناً عينه القانون، هذا ما أكده مفهوم المادة "1793" والتي تجعل من العلم بأحكام القضاء أساساً<sup>(250)</sup>.

وضابط هذا قاعدة قالها عبد الرحمن بن مهدي هي: "لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ إِمَامًا، حَتَّى يَعْلَمَ مَا يَصِحُّ مِمَّا لَا يَصِحُّ"<sup>(251)</sup>، وكذلك ما روي عن الشافعي أنه انعقد: "الإجماع على أن المكلف لا يجوز له الإقدام على فعل شيء حتى يعلم حكم الله فيه"<sup>(252)</sup>.

### المطلب الثاني: آداب القاضي

المراد من آداب القاضي، ما ينبغي أن يتخلق به بين الناس من الخصال الحميدة، فتجعل منه محط ثقة بين الناس، فتطمأن النفوس له وتسلم العقول بحكمته، وهذه الصفات كثيرة، منها:

1. جاء في المادة "1795" ما نصه: "يَجْتَنِبُ الْقَاضِي فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ الْأَفْعَالَ وَالْأَوْضَاعَ الَّتِي تُزِيلُ مَهَابَةَ الْمَجْلِسِ كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالْمَلَاظِفَةَ" وعليه أن يتجنب ما يخل بالوقار حتى خارج مجلس القضاء<sup>(253)</sup>.
2. جاء في المادة "1796" ما نصه: "الْقَاضِي لَا يَقْبَلُ هَدِيَّةً أَحَدٍ مِنَ الْأَخْصَمِينَ" وكذا رشوثهما؛ لأن الهدية رشوة مستترة، بل لا يصح له أن يقبل هدية من سائر الناس إلا من سبق أن يهدي له من قبل تقلده القضاء، إذا كانت الهدية بالفدر الذي كان يهديه إياه سابقاً<sup>(254)</sup>.

(250) ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص171.

(251) النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، تهذيب الأسماء واللغات، عنيت بنشره وتصحيحه والتعليق عليه ومقابلة أصوله: شركة العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنيرية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ج1، ص305؛ الذهبي، تذكرة الحفاظ، ج1، ص241.

(252) الزركشي، البحر المحيط، ج1، ص223.

(253) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص531؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص172؛ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص13؛ برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، ج8، ص30.

(254) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص533؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص172؛ المرغيناني، الهداية، ج3، ص103؛ برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، ج8، ص33؛ ابن عبد البر القرطبي: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عاصم النمري، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحمد ولد ماديد الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط: الثانية، 1400هـ/1980م، ج2، ص953؛ الشافعي، الأم، ج6، ص232.

3. جاء في المادّة "1797" ما نصه: "لَا يَذْهَبُ الْقَاضِي إِلَى ضِيَاةِ أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ" دفاعاً للثمة المخلة بالمهابة، بل لا يليق له أن يذهب إلى ضيافة غير المتخاصمين إذا كانت الضيافة خاصة له، أما إذا كانت عامة فلا بأس بإجابته الدعوى<sup>(255)</sup>.

4. جاء في المادّة "1798" ما نصه: "يَجِبُ عَلَى الْقَاضِي أَنْ لَا يَعْمَلَ أَعْمَالًا تُسَبِّبُ التُّهْمَةَ وَسُوءَ الظَّنِّ كَقَبُولِهِ دُخُولَ أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ إِلَى بَيْتِهِ، وَالِاخْتِلَاءِ مَعَ أَحَدِهِمَا فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ، وَالِإِشَارَةَ لِأَحَدِهِمَا بِالْيَدِ أَوْ بِالْعَيْنِ أَوْ بِالرَّأْسِ، أَوْ التَّكَلُّمِ مَعَ أَحَدِهِمَا كَلَامًا خَفِيًّا، أَوْ تَكَلُّمِهِ مَعَ أَحَدِهِمَا بِلِسَانٍ لَا يَفْهَمُهُ الْآخَرُ" ونحو ذلك، كغضبه على أحد الخصمين، وتلقيه أحد الخصمين دون الآخر<sup>(256)</sup>، لِأَنَّ الْقَاضِيَّ مَنْهِيٌّ عَنِ اكْتِسَابِ مَا يَجْرُ إِلَيْهِ تُهْمَةٌ الْمَيْلِ لَطَرْفٍ دُونَ آخَرَ، وَمَا يَكُونُ فِيهِ إِعَانَةٌ أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ<sup>(257)</sup>.

5. جاء في المادّة "1799" ما نصه: "الْقَاضِي مَأْمُورٌ بِالْعَدْلِ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ بِنَاءً عَلَيْهِ يَلْزَمُ عَلَيْهِ أَنْ يُرَاعِيَ الْعَدْلَ وَالْمُسَاوَاةَ فِي الْمُعَامَلَاتِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْمُحَاكَمَةِ كِإِجْلَاسِ الطَّرَفَيْنِ وَإِحَالَةِ النَّظَرِ وَتَوْجِيهِ الْخُطَابِ إِلَيْهِمَا وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْأَشْرَافِ وَالْآخَرُ مِنْ أَحَادِ النَّاسِ." فالأمير مع خصمه الفقير سواء أمام القانون، وأمام الحاكم في الجلوس، والخطاب معهما، والنظر إليهما، ونحو ذلك، فليس له أن يفضل أحدهما على الآخر في شيء من ذلك ولا أن يخص أحدهما بالإجلال، أو العناية والحاصل يجب أن يساوي بينهما من كل الوجوه في أثناء المحاكمة، وعلى الحاكم ألا تأخذه في الله لومة لائم، وأن يؤدي واجبه على أحسن وجه طبقاً للقانون<sup>(258)</sup>.

ويؤيد هذه المواد القواعد الآتية:

1. قاعدة: "الشُّبُهَةُ تُقَامُ مَقَامَ الْحَقِيقَةِ فِي مَوْضِعِ الْإِحْتِيَاظِ"<sup>(259)</sup>، ومن صيغها: "الشُّبُهَةُ تَعْمَلُ عَمَلَ الْحَقِيقَةِ فِيمَا هُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْإِحْتِيَاظِ"<sup>(260)</sup>، ويؤيدها: "الشُّبُهَةُ مُلْحَقَةٌ بِالْحَقِيقَةِ فِي الْحُرْمَاتِ"<sup>(261)</sup>،

(255) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص537؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص172؛ ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، ص306؛ الرملي، حاشية الرملي أسنى المطالب، ج4، ص309.

(256) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص538؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص173.

(257) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج16، ص87.

(258) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص539؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص173؛ وينظر: الصدر الشهيد البخاري، شرح أدب القاضي للخصاف، ج1، ص242 وما بعدها، و126 وما بعدها، ج2، ص84-86.

(259) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص192؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج4، ص151؛ ابن قدامة، المغني، ج9، ص213.

(260) السرخسي، المبسوط، ج17، ص99 وما بعدها.

وكذلك قاعدة: "مَنْ شَكَ هَلْ فَعَلَ شَيْئًا أَمْ لَا؟ فَأَلْأَصْلُ أَنَّهُ لَمْ يَفْعَلْ"<sup>(262)</sup>؛ وفي هذه القواعد وجوب الابتعاد عن إثبات أي شبه لأي شخص، فكيف بمن تولى أمور المسلمين.

2. قاعدة: "الأصل براءة الذمة"<sup>(263)</sup>، ومن صيغها: "الأصل عدم شغل الذمة"<sup>(264)</sup>، ويؤيدها: "عدم الدليل على شغل الذمة لا يكون حجة"<sup>(265)</sup>، وكذلك قاعدة: "الوجوب شغل الذمة بالملزوم"<sup>(266)</sup>، ومن الضوابط المؤيد لهذه القاعدة: "لم يُقبل في شغل الذمة شاهدٌ واحد"<sup>(267)</sup>، ولهذا جاءت قاعدة مهمة أخذ بها الجمهور وهي: "عند الشك في شغل الذمة جانب البراءة"<sup>(268)</sup>، ولهذا كان على القاضي الأخذ بالتحري في تثبيت المسائل وتحقيق أركان الدعوى، ويؤيده قاعدة: "لا دليل على شغل الذمة لا يكون حجة للمنكر على المدعي"<sup>(269)</sup>، ولهذا يصح دفع الدعوى قبل الحكم وبعده، هذا ما أكدته المادة "1840"<sup>(270)</sup>.

(261) ابن الهمام، فتح القدير، ج6، ص139؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص198؛ الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج4، ص89.

(262) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص50.

(263) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص19 رقم المادة (8)؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص50؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج3، ص37؛ القراني، الذخيرة، ج1، ص57؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج6، ص485؛ السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص17؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص50؛ وهذه القاعدة يكاد لا يخلو كتاب فقه منها.

(264) أبو المظفر السمعاني، قواطع الأدلة، ج2، ص43.

(265) الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، ج2، ص282.

(266) الزركشي، البحر المحيط، ج1، ص238.

(267) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص53.

(268) البرنو، موسوعة القواعد الفقهية، ج1، ص287.

(269) الدبوسي، تقويم الأدلة، ص320.

(270) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص629، "يقول الأستاذ علي حيدر: "الدفع على الإطلاق قسمان:

القسم الأول - دفع الدعوى وهذا القسم هو الذي يُبين في هذا الفصل" (وهو من المادة 1631 إلى نهاية المادة 1633).

القسم الثاني - دفع الخصومة وهذا القسم سيُفصل في المادة (1637) الواردة.

أنواع دفع الدعوى - الدفع خمسة أنواع:

النوع الأول: الدفع. النوع الثاني: دفع الدفع، النوع الثالث: الدفع قبل الحكم، النوع الرابع: الدفع بعد الحكم، النوع الخامس: الدفع الغير صحيح"، ينظر: ج4، ص190.



3. قاعدة: "يُتَحَمَّلُ الضَّرَرُ الْخَاصُّ لِذَفْعِ ضَرَرٍ عَامٍ"<sup>(271)</sup>، و"الضَّرَرُ الْأَشَدُّ يُزَالُ بِالضَّرَرِ الْأَخْفِ"<sup>(272)</sup>، و"إِذَا تَعَارَضَ مَفْسَدَتَانِ رُوِيَ أَغْظَمُهُمَا ضَرَرًا بِإِزْتِكَابِ أَحْفَهُمَا"<sup>(273)</sup>، و"اخْتِيَارِ أَهْوَنِ الشَّرَّيْنِ"<sup>(274)</sup>؛ وفيها تصريح بتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر الأعم، ولهذا على القاضي أن يترك بعض المباحات من كلام وتبسم يخص به احد الخصمين، ومن دعوة للطعام جاءت من أحدهما، مخالف بذلك ما يجوز في العادة والعرف، فيتحمل ضرر رفض دعوة الطعام، وما يحدث للداعي من حزن، والتبسم في وجه أحدهما، لدفع ضرر أكبر وهو شبهة غياب العدل عن مجلس القضاء وهي عدم العدل بين الخصوم.



---

(271) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص74؛ جمال الدين ابن الباري، العناية شرح الهداية، ج7، ص482؛ بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج7، ص105؛ علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص35، رقم المادة (26)،  
(272) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص74؛ علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص35، رقم المادة (27)؛ المادة (213)، القانون المدني العراقي،  
(273) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص87؛ علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص36، رقم المادة (28)؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص87،  
(274) ابن الهمام، فتح القدير، ج9، ص272؛ العيني، البناية شرح الهداية، ج5، ص299؛ ابن الباري، العناية شرح الهداية، ج3، ص489؛ علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص37، رقم المادة هو (29)، وقال علي حيدر: "هَذِهِ الْمَادَّةُ مَأْخُودَةٌ مِنْ قَاعِدَةِ (إِنَّ مَنْ أُبْتَلِيَ بِبَيْئَتَيْنِ يَأْخُذُ بِأَيِّهِمَا شَاءَ فَإِنَّ احْتِلَفَتَا يَحْتَارُ أَهْوَنُهُمَا؛ لِأَنَّ مُبَاشَرَةَ الْحَرَامِ لَا تَجُوزُ إِلَّا لِلضَّرُورَةِ وَلَا ضَرُورَةَ فِي إِزْتِكَابِ الزِّيَادَةِ"، وهذه المادة مثل المادة (28) من حيث المفهوم.

### المبحث الثالث: وظائف القاضي وقيود القضاء

بعد بيان صفات القاضي وآداب القضاء، وما يتعلق بذلك من أحكام قننتها مجلة الأحكام العدلية، نشرع ببيان الغاية من وظيفة القاضي، وبيان حد هذه الوظيفة وقيدها، لكون سلطة القضاء سلطة خاصة مقيدة بمصلحة محددة موصوفة.

وقد بينت هذه الوظيفة بشكلها المجمل رسالة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري<sup>(275)</sup>، وما تضمنته من بيان صفة القضاء وغايته.

#### المطلب الأول: بيان وظائف القاضي

القاضي أو الحاكم هو وكيل عن السلطان في عهد الدولة العثمانية، كما في المادة "1800"<sup>(276)</sup>، وبعدها هو وكيل عن الملك أو الرئيس في إجراء المحاكمات والحكم، لذلك يلزم أن ينصب القاضي بإرادة سلطانية أو ملكية أو رآسية، فإن حق نصب القضاة وعزلهم منوط بمن نصبه ومن أذن له، لما أن لسلطان من الولاية العظمى على الرعية، وما له على سلطة القضاء.

ونظراً لما اتصف به القاضي من صفة الوكالة فإن القضاء يتقيد ويتخصص كما تتقيد الوكالة وتتخصص، وللسلطان عزل القاضي، كما للموكل عزل الوكيل، وللقاضي أن يستقيل كما للوكيل أن يعزل نفسه، فإن هذه الوكالة تعتبر صادرة عن سلطة القضاء المتمثلة في شخص السلطان، لذلك لا يعزل القاضي بموت السلطان الذي نصبه، كما يعزل الوكيل بموت الموكل، وقد جاءت القوانين مقيدة لإطلاق نصب السلطان للقضاة وعزلهم<sup>(277)</sup>.

وقد نصت المادّة "1800" على أن "القَاضِي وَكَيْلٌ مِنْ قِبَلِ السُّلْطَانِ بِإِجْرَاءِ الْمُحَاكَمَةِ وَالْحُكْمِ"، فَلِذَلِكَ يَنْبَغِي أَنْ يُعَيَّنَ الْقَاضِي بِأَمْرِ سُلْطَانِيٍّ، وَحَقُّ عَزْلِ وَنَصْبِ الْقَاضِي هُوَ لِلْسُّلْطَانِ صَاحِبِ الْوَلَايَةِ

(275) رواه البيهقي، السنن الكبرى، ج10، ص252 وما بعدها، رقم: 20537؛ الدار قطني، السنن، ج5، ص367، رقم: 4471؛

الماوردي، الأحكام السلطانية، ص121؛ ابن رشد، المقدمات الممهدة، ج2، ص268.

(276) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص541.

(277) ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص174.

العُظمى، أَوْ لِمَنْ يَأْذُنُهُ السُّلْطَانُ بِذَلِكَ<sup>(278)</sup>، ولهذا جاء نظام القضاء في الخلافة العثمانية مبينة لطرق الإجراءية التي يتم فيها تعيين القضاة ومناصبهم "توجيهات مناصب قضا نظامنامه سي"<sup>(279)</sup>.

وكما أن القاضي هو وكيل من السلطان لا يعزل بموت السلطان، كذلك نائب القاضي الذي عينه القاضي لينوب عنه، فلا تزول نيابته بموت القاضي، هذا ما جاء في المادّة "1805" ونصها: "لِلْقَاضِي إِذَا كَانَ مَأْذُونًا بِنَصْبِ وَعَزْلِ النَّائِبِ أَنْ يُنْصَبَ آخَرَ نَائِبًا عَنْهُ وَأَنْ يَعْزَلَهُ وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَأْذُونًا فَلَيْسَ لَهُ عَمَلٌ ذَلِكَ وَلَا يُعْزَلُ نَائِبُهُ بِعَزْلِ أَوْ مَوْتِ الْقَاضِي بِنَاءً عَلَيْهِ إِذَا تُوقِيَ قَاضِي قَضَاءٍ فَلِنَائِبِهِ أَنْ يَسْتَمَعَ الدَّعَاوَى الَّتِي تَقَعُ فِي ذَلِكَ الْقَضَاءِ وَيَحْكُمَ بِهَا إِلَى أَنْ يَأْتِيَ قَاضٍ غَيْرُهُ"<sup>(280)</sup>، وللقاضي أن يقيد نائبه في نوع الدعوى التي ينظر فيها، والمكان الذي يقضي به<sup>(281)</sup>.

وجاءت المادّة "1809" مؤيدة للمادة السابقة مبينة طرق الاحتكام على القاضي وإلى نائبه لكونه وكيلاً من القاضي، فالوكالة بتوكيل آخر صحيحة كما ذكر ذلك في شرح المادّة "1459"، كما يجوز للوكيل أن يوكل وكيلاً عنه إذا كان مأذوناً، هذا ما جاء في المادّة "1466"<sup>(282)</sup>.

وَكُونُ الْقَاضِي وَكَيْلًا مِنْ طَرَفِ السُّلْطَانِ فِي إِجْرَاءِ الْمُحَاكَمَةِ وَالْحُكْمِ لَا يَمْنَعُهُ مِنْ أَنْ يَحْكُمَ فِي دَعْوَى لِلْسُّلْطَانِ أَوْ عَلَى السُّلْطَانِ<sup>(283)</sup>، ولهذا كانت قاعدة "فِعْلُ النَّائِبِ مَنْسُوبٌ لِلْمَنْوَبِ عَنْهُ لَا

(278) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص541 وما بعدها.

(279) وتم تعديل وإقرار هذا النظام بتاريخ: 17 من رجب 1271هـ، وهو مكون من "26" بند (يكرمى التنجى)، ينظر: دستور، مطبعة عامرهد باصلمشدر، سنة1289، دار الطباعة العامرة، جلد اول، ص315-320.

(280) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص541 وما بعدها.

(281) ينظر: برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، ج8، ص14 وما بعدها؛ ابن عابدين، رد المختار، ج5، ص391.

(282) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج3، ص472 وما بعدها، 520؛ وينظر: الشيباني، الأصل، ج4، ص542؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص69؛ المرغيناني، الهداية، ج3، ص148؛ ابن جزى الكلبي، القوانين الفقهية، ص216؛ أبو بكر الصقلي: محمد بن عبد الله بن يونس التميمي، الجامع لمسائل المدونة، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى (سلسلة الرسائل الجامعية الموصى بطبعها)، توزيع: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع 2013م، ج13، ص946؛ الشافعي، الأم، ج3، ص237؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج6، ص518.

(283) ينظر: بدر الدين العيني، البناء شرح الهداية، ج9، ص24؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص542.

مَحَالَةً<sup>(284)</sup>، تثبت نسبة الحكم إلى الجهة التي عينت القاضي، فَكَانَ فِعْلُ النَّائِبِ كَفِعْلِ الْمُنُوبِ عَنْهُ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ وَبِهِ أَخَذَ الْقَضَاءُ<sup>(285)</sup>.

وَتَنْفَرَعُ عَنِ مَسْأَلَةِ كَوْنِ الْقَاضِي وَكَيْلًا عَلَى الْوَجْهِ الْمَشْرُوحِ ثَلَاثُ مَسَائِلٍ<sup>(286)</sup>:

1. إِنَّ الْوَكَالََةَ تَنْفَعُ وَيَتَخَصَّصُ كَمَا هُوَ مَذْكُورٌ فِي الْمَادَّةِ "1456"، وَالْقَضَاءُ يَنْفَعُ وَيَتَخَصَّصُ بِالرَّيِّانِ أَوْ الْمَكَانِ وَاسْتِثْنَاءُ بَعْضِ الْخُصُومَاتِ، بَيَّنَتْ ذَلِكَ الْمَادَّةُ "1801".
2. كَمَا أَنَّ لِلْمُوكَّلِ أَنْ يَعْزَلَ وَكَيْلَهُ كَمَا هُوَ مُبَيَّنٌ فِي الْمَادَّةِ "1521" فَلِلسُّلْطَانِ أَيْضًا أَنْ يَعْزَلَ الْقَاضِيَ سِوَاءً وَجِدَتْ أَسْبَابٌ لِلْعَزْلِ كَفِسْقِ الْقَاضِي أَوْ ارْتِشَائِهِ أَوْ ظُلْمِهِ أَوْ لَمْ تُوجَدْ، وَلَوْ لَمْ يَكُنِ السُّلْطَانُ ذَا أَهْلِيَّةٍ عِلْمِيَّةٍ أَكْثَرَ مِنَ الْقَاضِي.
3. لِلْمُوكَّلِ أَنْ يَعْزَلَ نَفْسَهُ مِنَ الْوَكَالََةِ كَمَا هُوَ مَذْكُورٌ فِي الْمَادَّتَيْنِ "1522" وَ"1523"، كَذَلِكَ لِلْقَاضِي أَنْ يَسْتَقِيلَ مِنَ الْقَضَاءِ وَيَعْزَلَ مِنَ الْقَضَاءِ حِينَ إِطْلَاعِ السُّلْطَانِ عَلَى اسْتِقَالَتِهِ، وَلَا يَعْزَلُ مَا لَمْ يَطَّلِعِ الْمَلِكُ عَلَى الْإِسْتِقَالَةِ.

والفرق بين وكالة القضاء وغيرها من الوكالات، هو كون الوكيل يُعزَلُ الْوَكِيلُ بِوَفَاةِ الْمُوكَّلِ كَمَا هُوَ مُبَيَّنٌ فِي الْمَادَّةِ "1527"، أَمَّا الْقَاضِي فَلَا يَعْزَلُ بِمَوْتِ السُّلْطَانِ، وَالْفَرْقُ هُوَ أَنْ تَصْرُفَاتِ السُّلْطَانِ هَذِهِ هِيَ لِلْعُمُومِ وَلِلْمَصْلَحَةِ الْعَامَّةِ فَبِوَفَاتِهِ لَا يَعْزَلُ وَكَيْلَهُ الْقَاضِي، أَمَّا الْمُوكَّلُ فَهُوَ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ فَبِوَفَاتِهِ يَسْفُطُ حَقَّهُ فَوَجِبَ انْعِرَالُ وَكَيْلِهِ<sup>(287)</sup>، وَيُؤَيِّدُ هَذِهِ الْمَوَادُّ الَّتِي أوردتها المجلة قواعد وضوابط منها:

1. قاعدة وهي تعتبر ضابطة أيضا: "الْوَكَالََةُ تَحْتَمِلُ التَّغْلِيْقَ وَالْإِضَافَةَ"، وَمِنْ صِيغِهَا: "الْوَكَالَاتُ مِمَّا تَقْبَلُ التَّغْلِيْقَ وَالْإِضَافَةَ إِلَى زَمَانٍ فِي الْمُسْتَقْبَلِ"<sup>(288)</sup>، وَهِيَ قَاعِدَةٌ مَهْمَةٌ تَدْخُلُ فِي تَحْدِيدِ فِتْرَةِ عَمَلِ الْقَاضِي فِي مَحْكَمَتِهِ، وَخُصُوصًا الْمَحْكَمَةُ الْعَلِيَا أَوْ

(284) ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص227.

(285) الكاسني، بدائع الصنائع، ج3، ص99، و ج5، ص281؛ المرغاني، الهداية، ج3، ص22؛ أبو المعالي البخاري، المحيط البرهاني، ج3، ص182؛ الخطاب الرعييني المالكي: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت 1992م، ج2، ص483؛ الزركشي الحنبلي: شمس الدين محمد بن عبد الله المصري، شرح الزركشي على مختصر الخرق، دار العبيكان، مكة، 1993م، ج3، ص47،

(286) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج3، ص590 وما بعدها؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج3، ص329، 331.

(287) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج3، ص596.

(288) الشلي، حاشية الشلي على تبيين الحقائق، ج4، ص134، و290.

الدستورية، وهي أيضا تدخل في تقيد السلطات النيابية داخل مجلس النواب (البرلمان) وداخل السلطة التنفيذية، ولهذا يصدق على النائب في مجلس النواب (البرلمان) كونه وكيلًا وكالته قيدت بزمن، واللفظ التركي يشير إلى هذا المعنى "MILLET VEKILI" ولفظها "ملة وكيل"، وفيها دلالة على هذه الوكالة، ويؤيد هذا قاعدة مهمة جاءت في المجلة برقم "82" ونصها: "المُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ يَجِبُ ثُبُوتُهُ عِنْدَ ثُبُوتِ الشَّرْطِ"، فيستفاد منها لزوم شروط يجب توفرها فيمن يكون أهلا لمجلس النواب، منها الأهلية وتحقق العدد المطلوب لمن ينتخبه، كما تعتبر هذه الوكالة مؤقتة بزمن، ويؤيدها قاعدة وردت في المجلة برقم "84" وهي: "المَوَاعِيدُ بِاكتِسَابِ صُورِ التَّعَالِيقِ تَكُونُ لَازِمَةً"<sup>(289)</sup>، وقاعدة: "أن الأمر المعلق بالشرط جارٍ مجرى الأمر المطلق"، و"المعلق بالشرط يتكرر بتكرر الشرط"<sup>(290)</sup>، وكذلك النهي المعلق ولهذا جاءت قاعدة: "النَّهْيُ الْمُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ يَفْتَضِي التَّكَرَّرَ"<sup>(291)</sup>، فيثبت لنائب في مجلس النواب سلطة وهو فرعا عن انتخابه أكثر من ثبوت سلطة الأصل، ويؤيد هذا الحكم قاعدة وردت في المجلة تحت رقم "81" ونصها: "قَدْ يَثْبُتُ الْفَرْعُ مَعَ عَدَمِ ثُبُوتِ الْأَصْلِ"<sup>(292)</sup>.

وما يلزم من قبيل الشرط يمكن أن يلزم من قبيل الوصف، وهذا ينطبق على صفة من يصح للقضاء، أو من تولى وصفا في نظام الحكم في الدولة، وهذا ما أكدت عليه قاعدة: "المُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ أَوْ الْمُقَيَّدُ بِالْوَصْفِ إِنَّهُ يَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِ الشَّرْطِ"<sup>(293)</sup>.

وقد ذهب الإسبيجابي من فقهاء الحنفية إلى القول بأن "الوكالات مما لا يقبل التعليق والإضافة إلى زمان في المستقبل"<sup>(294)</sup>، وهذه القاعدة تعارض القاعدة السابقة من حيث

(289) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص75، ص81؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص81، يقول علي حيدر في بيان هذه القاعدة: "يُفْهَمُ مِنْ هَذِهِ الْمَادَّةِ أَنَّهُ إِذَا عُلِّقَ وَعُدُّ عَلَى حُصُولِ شَيْءٍ أَوْ عَلَى عَدَمِ حُصُولِهِ فَثُبُوتُ الْمُعَلَّقِ عَلَيْهِ أَيْ الشَّرْطِ كَمَا جَاءَ فِي الْمَادَّةِ (82) يُثَبِّتُ الْمُعَلَّقَ أَوْ الْمُؤَوَّدَ. مِثْلُ ذَلِكَ: لَوْ قَالَ رَجُلٌ لِآخَرَ: بَعِ هَذَا الشَّيْءِ مِنْ فُلَانٍ وَإِذَا لَمْ يُعْطِكَ تَمَنَّهُ فَأَنَا أُعْطِيكَ إِيَّاهُ فَلَمْ يُعْطِهِ الْمُشْتَرِي التَّمَنَّ لَزِمَ عَلَى الرَّجُلِ أَدَاءُ التَّمَنِّ الْمَذْكُورِ بِنَاءً عَلَى وَعْدِهِ".

(290) الفراء، العدة في أصول الفقه، ج1، ص275، و276.

(291) أبو إسحاق الشيرازي، التنصرة في أصول الفقه، ص49.

(292) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص75.

(293) السرخسي، أصول السرخسي، ج1، ص21.

ظاهرها لأن الوكالة تحتمل في ذاتها التعليق والإضافة"، أما إذا أضيفت إلى زمن انتفى كونها وكالة، وذلك لان العقد الزمني يكون ملزما للموكل وهذا خلاف ما يجوز له من عزل للوكيل.

ويجمع بين القاعدتين من خلال طرق تخريج الفروع عليها، حيث بين ذلك الكاساني بقوله: "الإسقاطات تحتمل التعليق والإضافة، كالطلاق والعناق ونحوهما، فأما الحجر فإثبات الحق وإعادته، والإثبات لا يحتمل التعليق والإضافة كالرجعة ونحوها، ولهذا قال أصحابنا: إن الإذن لا يحتمل التوقيت حتى لو أذن لعبد بالتجارة شهرا أو سنة يصير مأذونا أبدا ما لم يوجد المبطل للإذن كالحجر وغيره، إلا أن يؤقت الإذن إلى وقت إضافة الحجر إليه؛ لأن معناه إذا مضى شهر أو سنة فقد حجزت عليك، أو حجزت عليك رأس شهر كذا، والحجر لا يحتمل الإضافة إلى الوقت فلغت الإضافة وبقي الإذن بالتجارة مطلقا إلى أن يوجد المبطل"<sup>(295)</sup>، ولهذا صح في الإسقاطات التعليق والإضافة، ولم يصح في الإثباتات التعليق والإضافة، ولهذا أثره في "طقوزنجي بند" (البند:9) والتي تخص تمديد القاضي في منصبه بحسب المدة الزمنية اللازمة لتعيين القضاة في نظام الحكم في الدولة العثمانية<sup>(296)</sup>.

كما نجد اثر هذه القاعدة في نظام القضاء في "اوچنجى بند" (البند:3) و"دورنجى بند" (البند:4) المتعلق بامتحان من يصلح للقضاء من قبل المجلس ومشىخية الإسلام<sup>(297)</sup>، في المادّة "91" من القانون الأساسى والمتعلقة بتعيين الوكلاء من طرف الحكومة للقيام

(294) العيني، البناية شرح الهداية، ج9، ص312؛ الإسيبجاني (454-535هـ = 1062 - 1141م): علي بن محمد بن إسماعيل، بماء الدين الأسيبجاني السمرقندي: فقيه حنفي، ينعت بشيخ الإسلام، من أهل سمرقند، وبها وفاته"، له كتب، منها: "الفتاوى" و"شرح مختصر الطحاوي"، أبو سعد المروزي: عبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني، التحبير في المعجم الكبير، تحقيق: منيرة ناجي سالم، رئاسة ديوان الأوقاف، بغداد 1975م، ج1، ص578؛ محي الدين الحنفي، الجواهر المضيئة، ج1، ص370 وما بعدها.

(295) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص192.

(296) ينظر: دستور، مطبعة عامرهده باصلمشدر، سنة1289، دار الطباعة العامة، جلد اولى، ص317.

(297) ينظر: دستور، مطبعة عامرهده باصلمشدر، سنة1289، دار الطباعة العامة، جلد اولى، ص315.

بالدعوى العمومية<sup>(298)</sup>، وقد جاء بحسب النص العثماني بلفظ أكثر وضوح للمطلوب وهو "مدعى عموميلر" أي (المدعى العام)<sup>(299)</sup>.

2. قاعدة: "الْوَكَالَةُ لَا تَفْسُدُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ"<sup>(300)</sup>، ومثلها: "الشَّرْطُ الْفَاسِدُ لَا يَعْمَلُ فِي الْوَكَالَةِ"<sup>(301)</sup>، لكون الشرط إذا وجد يوجد المشروط فلا يكون سببا لنفيه، ولهذا جاءت قاعدة: "المُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ مَعْدُومٌ قَبْلَ وُجُودِ الشَّرْطِ"<sup>(302)</sup>، ويؤيدها قاعدة: "المُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ يَجِبُ ثُبُوتُهُ عِنْدَ ثُبُوتِ الشَّرْطِ"<sup>(303)</sup>، ومثلها: "المُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ كَالْمَنْجَزِ"<sup>(304)</sup>، و"المُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ سَبَبٌ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ لَا قَبْلَهُ"<sup>(305)</sup>، و"المُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ كَالْمُتَلَفِّظِ بِهِ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ"<sup>(306)</sup>، وكذلك قاعدة: "المعلق بالشرط فالشرط يقتضى وجود الحكم عند وجوده ولا يقتضى نفيه عند عدمه"<sup>(307)</sup>، فإذا كان وجود الشرط يؤدي إلى عدم المشروط فلا عبرة به، "يَلْزَمُ مَرَاعَاةَ الشَّرْطِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ"<sup>(308)</sup>، فأى شرط فاسد لا يؤثر في الوكالة ولا يفسدها، ويعد باطلا، ويستثنى أيضا من هذه القاعدة"، وَجَدُ عُقُودٌ تَصِحُّ مَعَ الشَّرْطِ الْفَاسِدِ أَي الَّذِي لَيْسَ مِنْ مُفْتَضِّياتِ الْعَقْدِ وَيَكُونُ غَيْرُ مُلَائِمٍ لَهُ، وَيَكُونُ الشَّرْطُ لَعْوًا وَغَيْرَ مُعْتَبَرٍ وَهِيَ: الْوَكَالَةُ، وَالْقَرْضُ، وَالْهَبَةُ، وَالصَّدَقَةُ، وَالرَّهْنُ، وَالْإِيصَاءُ، وَالْإِقَالَةُ، وَحَجْرُ الْمَادُونِ<sup>(309)</sup>.

(298) القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: 1293هـ الموافق 1876م، ص16.

(299) سالنامهء، دفعه 32، سنة 1294هـ، خليل افندى مطبعة سنده طبع اولنشدرد، ص20؛ سالنامهء دولت عليه عثمانیه، آلتمش سکزنجی سنه، 1333-1334 سنهء مایه، ص40، وقد جاءت المادة موافقة لرقم المادة في النص العربي وهي تحت رقم "طقسان برنجی".  
(300) جمال الدين الباري، العناية شرح الهداية، ج9، ص248؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، ص206؛ ابن عابدين، رد المختار، ج5، ص252.

(301) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص86.

(302) البزدوي، كشف الاسرار، ج3، ص253.

(303) علي حيدر، درر الحکام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص78 رقم المادة "83"؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص75.

(304) السرخسي، أصول السرخسي، ج1، ص22؛ وينظر: البزدوي، كشف الأسرار، ج2، ص275.

(305) الشاشي، أصول الشاشي، ص249.

(306) جمال الإسلام الكرابيسي: أبو المظفر أسعد بن محمد بن الحسين النيسابوري الحنفي، الفروق، تحقيق: د"، محمد طوموم، راجعه: د"، عبد الستار أبو غدة، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت 1982م، ج1، ص227.

(307) أبو المظفر السمعاني، قواطع الأدلة، ج1، ص242؛ وينظر: البزدوي، كشف الأسرار، ج2، ص230.

(308) علي حيدر، درر الحکام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص78 رقم المادة "83"؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص147.

(309) علي حيدر، درر الحکام شرح مجلة الأحكام، ج3، ص80.

3. قاعدة: "كما تتعقد الألفاظ بطريق الأصالة يُنعقدُ بها بطريق النيابة، بالوكالة"<sup>(310)</sup>، "من صح تصرفه في شيء مما تجوز الوكالة فيه بنفسه، صح توكيله ووكالته فيه"<sup>(311)</sup>، ومن صيغها "من صح تصرفه في شيء تدخله النيابة صحت وكالته فيه"<sup>(312)</sup>، ومثلها قاعدة: "ما تجوز فيه النيابة تصح فيه الوكالة، ما لا تجوز فيه النيابة لا تصح فيه الوكالة"<sup>(313)</sup>، و"الألفاظ التي تنعقد بطريق الأصالة، تتعقدُ بها بطريق النيابة، بالوكالة"<sup>(314)</sup>، ولهذا فإن القاضي لا يستحلف الوكيل بطريق الأصالة، وإنما يستحلف لكونه نائبا، فالنيابة لا تجري في الاستحلاف<sup>(315)</sup>، وذلك لأن اليمن أصل ثبت بالنص لذاته، والوكالة فرع عن الأصل فلا يحمل الأصل فرع لكونه اضعف منه<sup>(316)</sup>.

4. قاعدة: "يرجح جانب الأصالة على جانب النيابة"<sup>(317)</sup>، ومن صيغها: "رُجِحَانُ جِهَةِ الْأَصَالَةِ عَلَى النَّيَابَةِ"<sup>(318)</sup>، وكذلك قاعدة: "المؤكل له التصرف بطريق الأصالة والوكيل له التصرف بطريق النيابة فهو فرع"<sup>(319)</sup>، ولهذا صح لمن جعل من القاضي وكيلا أن يعزله لكونه أصيلا، وهذا معروف في كتب الفقه وقد مرَّ.

5. قاعدة: "المُتَصَرِّفُ عَنِ الْغَيْرِ شَرْطُهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ بِالْمَصْلَحَةِ أَوْ الشَّرْطِ عَدَمِ الْمَفْسَدَةِ"<sup>(320)</sup>، ومثلها: "كل متصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بالمصلحة"<sup>(321)</sup>، ومن فروعها قاعدة:

(310) ينظر بتصرف: الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص231.

(311) ابن قدامة، المغني، ج7، ص381؛ البهوتي، شرح منتهى الإردات، ج3، ص77.

(312) أبو الحسين العمري: يحيى بن أبي الخير بن سالم اليميني الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج - جدة 2000م، ج6، ص402؛ السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص323.

(313) الخرشبي، شرح مختصر الخليل، ج6، ص86.

(314) ينظر بتصرف: الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص231.

(315) ينظر: برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، ج6، ص609؛ منلا خسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام، ج2، ص292، حيث ذكر قاعدة مختصره كضابط: "النيابة لا تجزي في الأيمان".

(316) وينظر حول هذا المسألة: برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، ج8، ص192؛ الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج4، ص282.

(317) أبو نصر البخاري: أحمد بن محمد بن عمر العتاي، أو أبو القاسم زين الدين الحنفي، شرح النكت للسرخسي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، عالم الكتب، بيروت، ط:1، 1406هـ، ص32 وما بعدها.

(318) الحصكفي، الدر المختار، ج5، ص336.

(319) القرابي، الفروق، ج3، ص111.

(320) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص49.

(321) السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص310.



"الْوَكِيلُ مَأْمُورٌ بِالْمَصْلَحَةِ"<sup>(322)</sup>، وهذه القاعدة مهمة تُلزم الوكيل بأن يلتزم بعقد المؤكل، فإذا خالف الشروط الصحيحة لزم فسخ الوكالة، وهذه القاعدة مؤسسة للسياسة الشرعية عموماً، فتدخل في انتخاب النواب في البرلمان المؤسسة للسلطة النيابية، وتدخل في تعيين من يعمل في السلطة القضائية والتنفيذية، وعليه أن يلتزم بما يحقق المصلحة ويدفع المفسدة، ولهذا جاءت قاعدة: "النَّصْرُفُ عَلَى الرَّعِيَةِ مَنْوُطٌ بِالْمَصْلَحَةِ" فأخذت بها المجلة في مادتها "58"<sup>(323)</sup>، ولهذا وجب صياغة القوانين التي تستنبط من التشريعات المؤسسة لطرق الحكم في الدولة، وكما يلي:

أ- أن تكون بما يناسب المصلحة العامة للدولة وبما لا يضر بقدر الإمكان بالمصلحة الخاصة.

ب- كل مصلحة عامة قامت على رعاية مصالح خاصة اجتمعت بين الأفراد وتحققت لها الغلبة بذلك، على ما سواها من مصالح.

ت- كل مصلحة أشار إليها نص غلبت ما دونها من مصالح أشار إليها عرف فاسد غير معتبر.

ولهذا لزم لكل من أوجد شيء -أي احدث شيء- وجب ضبطه من حيث صفته الذاتية والعرضية، ثم بيان حكمه، ويؤيد هذا قاعدة مهمة: "الأَحْكَامُ تَتَّبَعُ الْمَصَالِحَ عَلَى اخْتِلَافِ رُتْبَتِهَا"<sup>(324)</sup>، مع وضع كيفية صياغته وتقنينية، هذا ما دلت عليه قاعدة: "تَصْرُفُ الْمُؤَجِدِ فِيمَا أَوْجَدَهُ مَعَ رَبِّطِهِ بِالْمَصْلَحَةِ وَضَبْطِهِ عَنِ الْفَسَادِ"<sup>(325)</sup> كضابط لكل تشريع يخص أي نظام في الدولة، فقصد الشريعة هو عدم الوقوع

---

(322) النووي، المجموع شرح المهذب، ج9، ص195؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روضة الطالب، ج2، ص268؛ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص243.

(323) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص53؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص119؛ رشيد حاجي باشا، روح المجلة، تاريخ واصل دائر بر مدخل ايله مجلة احكام عدلية نك شرحي، ج1، ص149.

(324) القرابي، الفروق، ج3، ص95.

(325) شهاب الدين النفراوي: أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، الأزهرى المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت 1995م، ج1، ص52.

في هوى متبع، ولهذا جاءت قاعدة: "المَقْصِدُ الشَّرْعِيُّ مِنْ وَضْعِ الشَّرِيعَةِ إِخْرَاجُ الْمُكَلَّفِ عَنِ دَاعِيَةِ هَوَاهُ"<sup>(326)</sup>.

### المطلب الثاني: قيود القضاء وخصائصه

اجتهد الفقهاء المسلمون في بيان القيود المتعلقة بالقضاء، وما ينبغي أن يتوفر فيه من خصائص تؤدي إلى أن يكون القضاء عادلاً، لأن القضاء وسيلة إلى معرفة الحق وتحقيق العدل، كما أن ما وضع من قيود تمنع أن يقع القضاء في الخطأ، فالإختصاص لمنع الظلم في القضاء، والقيود لمنع الخطأ،

وَيَقْتَضِي الْقَضَاءُ وَيَنْخَصُّ بِصُورٍ خَمْسٍ: بِالزَّمَانِ وَالْمَكَانِ وَبِبَعْضِ الْخُصُوصِيَّاتِ، وَبِاسْتِنَاءِ بَعْضِ الْأَشْخَاصِ، وَالْعَمَلِ بِقَوْلِ مُجْتَهِدٍ فِي الْمَسَائِلِ الْخِلَافِيَّةِ<sup>(327)</sup>، وكما يلي:

1. ويتقيد من حيث الزمان، فيجوز تقييد قضاء القاضي بمدة معينة، فلا يعتبر حكمه قبل المدة ولا بعدها<sup>(328)</sup>.
2. ويتقيد من حيث المكان، ويتحدد قضاؤه في منطقة معينة، فلا يعتبر قضاؤه ولا ينفذ في غير تلك المنطقة<sup>(329)</sup>.
3. ويتقيد من حيث استثناء بعض الخصومات، مثلاً لو صدر أمرٌ سُطْرَانِيٌّ بِأَنْ لَا تُسْمَعَ الدَّعْوَى الْمُتَعَلِّقَةُ بِالْخُصُوصِ الْفُلَانِيِّ لِتَعَلُّقِهَا بِمَصْلَحَةِ عَامَّةٍ، فَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَسْتَمَعَ تِلْكَ الدَّعْوَى وَيَحْكُمَ بِهَا، وكذلك لو كَانَ الْقَاضِي مَادُونًا بِاسْتِمَاعِ بَعْضِ الْخُصُوصَاتِ الْمُعَيَّنَةِ، وَلَمْ يَكُنْ مَادُونًا بِاسْتِمَاعِ مَا

(326) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص289.

(327) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص542، رقم المادة: "1801"؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص174 وما بعدها.

(328) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص542، رقم المادة: "1801"؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص174 وما بعدها؛ أبو الحسن الطرابلسي، معين الحكام، ص13.

(329) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص542، رقم المادة: "1801"؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص174 وما بعدها؛ ابن عابدين، قوة عين الأختيار لتكملة، ج7، ص475؛ أبو الحسن الطرابلسي، معين الحكام، ص13؛ ابن حجر الهيتمي، تحفة المنهاج، ج7، ص237.

عَدَا ذَلِكَ، فَلَهُ أَنْ يَسْمَعَ الْخُصُوصَاتِ الَّتِي أَدِنَ بِهَا فَقَطُّ، وَأَنْ يَحْكُمَ فِيهَا، وَلَيْسَ لَهُ اسْتِمَاعُ مَا عَدَاهَا وَالْحُكْمُ بِهَا<sup>(330)</sup>.

4. ويتقيد من حيث بعض الأشخاص، فيجوز أن يُمنع سماع دعوى بعضهم، كوجود علاقة القرابة بين القاضي و احد المتخاصمين<sup>(331)</sup>.

5. وكذلك يتقيد من حيث المسائل الخلافية بين أهل العلم بان يسلك مذهب اقره من ولاه، وَيُقْضَى فِي الدعاوى التي عرضت عليه بِأَيِّ الْأَقْوَالِ الَّتِي مَالَ إِلَيْهِ اجْتِهَادُهُ<sup>(332)</sup>، لكنه يتقيد في القضاء بقول مجتهد معين في المسائل التي لها أقوال عن الفقهاء، كما هو الحال في مسائل الأحوال الشخصية، أما المسائل التي لم يرد فيها قول ولم يطبق عليها قانون معين، فلا يتصور فيها التقيد بقول أحد<sup>(333)</sup>.

إن مسائل الاختصاص والصلاحية المعروفين في قانون أصول المرافعات الحقوقية متفرعة من مَادَّةُ "1801" ونصها: "الْقَضَاءُ يَتَقَيَّدُ وَيَتَخَصَّصُ بِالزَّمَانِ أَوْ الْمَكَانِ وَاسْتِثْنَاءُ بَعْضِ الْخُصُوصَاتِ"<sup>(334)</sup>، وأثر تقيد القضاء من حيث الزمان والمكان والتخصص النوعي موجود في القضاء في الخلافة العثمانية، وقد أشار إليه القانون الأساسي العثماني، حيث جاءت المادة "سكسان برنجي" تحت عنوان: "حاكمك عزل وتقاعد ومحكوميتلرى"، أي المادة (81) خاصة بنظام

---

(330) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص542، رقم المادة: "1801"؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص174 وما بعدها؛ ابن عابدين، منحة الخالق، ج6، ص302؛ أبو الحسن الطرابلسي، ص13؛ زكريا الأنصاري، اسنى المطلوب في شرح روض الطالب، ج4، ص390.

(331) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص542، رقم المادة: "1801"؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص174 وما بعدها.

(332) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب المدارك، ج7، ص14؛ ويستثنى من ذلك أن يكون من أهل الاجتهاد"، ينظر: علاء الدين المرادوي، الإنصاف في معرف الراجح من الخلاف، ج12، ص258.

(333) ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص175؛ وينظر هذه المسئلة: الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص98، "وإن كَانَ الْإِمَامُ مُقَلِّدًا وَكَانَ مُتَّبِعًا لِمَذْهَبِ مَالِكٍ وَاضْطُرَّ إِلَى وَلَايَةِ قَاضٍ مُقَلِّدٍ لَمْ يَحْزَمْ عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يَأْمُرَهُ أَنْ يَقْضِيَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَذْهَبِ مَالِكٍ وَيَأْمُرَهُ أَنْ لَا يَتَعَدَّى فِي قَضَائِهِ مَذْهَبَ مَالِكٍ لِمَا يَرَاهُ مِنَ الْمَصْلَحَةِ فِي أَنْ يَقْضِيَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا عَلَيْهِ أَهْلُ الْإِقْلِيمِ وَالْبَلَدِ الَّذِي هَذَا الْقَاضِي مِنْهُ وَوَلِي عَلَيْهِمْ وَقَدْ وَلى سَخُونٌ رَجُلًا سَمِعَ بَعْضَ كَلَامِ أَهْلِ الْعِرَاقِ وَأَمَرَهُ أَنْ لَا يَتَعَدَّى الْحُكْمَ بِمَذْهَبِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ وَقَوْلُهُ".

(334) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص542، رقم المادة: "1801"؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص174 وما بعدها.

القضاة وتقاعدتهم محاكمتهم وعزلهم، ويؤيد هذا قاعدة: "التخصيص بوصف يوجب الإثبات والنفى"<sup>(335)</sup>.

وجاءت المادة "سكسان ايكنجي" أي (82) خاصة بـ"اصول محاكمة" وهكذا حتى نهاية المادة "طقسان برنجي" أي (91)، ثم جاءت المادة "طقسان ايكنجي" أي (92) لبيان نظام "ديوان عالي"<sup>(336)</sup>، وهو يشبه "مجلس القضاء الأعلى = YARGITAY" لكنه أكثر سعة فلا يختص بالقضاة فقط، بل يشملهم ويشمل غيرهم، وبه يتحقق صورة الشورى في الحكم على المسائل المهمة التي تخص الدولة.

أما الاختصاص النوعي فنجده ظاهرا في تشكيل المحاكم الشرعية وصياغة قانون لها "بالعموم محاكم شرعية حقنده"، وتشريع نظام يخص مناصب القضاء "توجيهات مناصب قضا نظامنامه سي"<sup>(337)</sup>، وتنظيم المحاكم الخاصة مثل محكمة التمييز، والجنايات، والأوقاف، والمحاكم الشرعية وغيرها من المحاكم موزعة بحسب نوع اختصاصها القضائي<sup>(338)</sup>، والإختصاص يتحدد من قبل السلطة القضائية في الدولة.

وأما الاختصاص المكاني فنجده ظاهرا في تشكيل المحاكم في اسطنبول لكونها عاصمة ولكل ولاية من ولايات الدولة، ففي اسطنبول نجد هناك محكمة البداية في منطقة "بك اوغلي" (بي اوغلو)، ومنطقة "اسكدار"، ومحكمة شرعية في "اسكدار" و"ايوب" و"بكوز" اي (بي كوز) و"قاسم باشا" و"قرتال" و"محمود باشا"<sup>(339)</sup>، كما نجد هذا التنوع في المحكم في الولايات عموما، فعلى سبيل المثال ولاية بغداد كمحكمة البداية "محكمة بدايت"، نجدها توزعت بحسب المناطق

---

(335) ينظر: الدبوسي، تقويم النظر، ص146.

(336) سالنامهء دولت عليه عثمانيه، ألتمش سكرنجي سنه، 1333-1334 سنهء ماليه، ص38-48؛ وينظر النسخة العربية: القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: عام 1293هـ الموافق 1876م، ص15-17.

(337) ينظر: دستور، مطبعة عامرهد باصلمشدر، سنة1289، دار الطباعة العامرة، جلد اولي، ص301-314؛ و 315-320.

(338) سالنامهء دولت عليه عثمانيه، ألتمش سكرنجي سنه، 1333-1334 سنهء ماليه، ص156-164.

(339) سالنامهء دولت عليه عثمانيه، ألتمش سكرنجي سنه، 1333-1334 سنهء ماليه، ص165-172.

الخاضعة لها، فتبدأ بمنطقة الأعظمية، وسامراء، ومنذلي، وخانقين، وخرسان، وكوت الإمارة، والدليم، وعنه."، وغيرها<sup>(340)</sup>، وهو يدخل ضمن مهام السلطة القضائية في الدولة.

### المطلب الثالث: مسائل تعلقت بنظام القضاء

هناك مسائل تعلقت بنظام القضاء وتعيين القضاة، جاءت مجلة الأحكام العدلية مبينة لها في مواد خاصة، لمنع التعارض بين المحاكم، مبينة طرق إدارة الدعوى إجمالاً، وهي تؤسس بشكل عام للنظام الإداري في السلطة القضائية بما يتعلق بالقاضي ووكيله، وتخصصه النوعي، وتخصص المحكمة المكاني، وطرق تثبيت الدعوى والنظر في البيّنات، وتفصيل هذه المسائل كما يلي:

أولاً: القاضي إما أن ينصب منفرداً أو ينصب مع غيره مجتمعاً، فالمنفرد يستقل بالنظر في الدعوى والحكم فيها بالحدود التي عينها القانون"، أما الذي نصب مع غيره مجتمع فليس له أن يستقل بالنظر في الدعوى والحكم بها، بل لا بد أن يشاركه في ذلك القاضي الآخر الذي نصب على أن ينظر في الدعوى والحكم بها مجتمعاً"، وقد بينت المادّة "1802"، ونصها: "لَيْسَ لِأَحَدِ الْقَاضِيَيْنِ الْمُنْصُوبَيْنِ لِاسْتِمَاعِ دَعْوَى، أَنْ يَسْتَمَعَ تِلْكَ الدَّعْوَى وَحْدَهُ وَيَحْكُمَ بِهَا، وَإِذَا فَعَلَ لَا يَنْفَعُ حُكْمُهُ"، وكذا بينت المادّة "1465" كيفية الحكم في حال تعدد الوكلاء، وما الذي يجب فعله في مجلس القضاء لتجنب خصومة الوكلاء بعضهم مع بعض، وذلك عن طريق ترتيب الكلام بينهما<sup>(341)</sup>، وفي النظام القضائي المعاصر تعدد القضاة موجود، فإذا كانت المحكمة مكونة من ثلاثة قضاة مثلاً، كان الحكم ما يراه اثنان منهما، وإذا اختلفت المحاكم العليا في تقرير المبادئ القانونية، أو تفسير النصوص كان الحكم لأغلبية قضاة هذه المحاكم<sup>(342)</sup>.

ثانياً: إذا كان في البلد الواحد محاكم متعددة في مناطق منها أو محاكم متعددة للطوائف، واختلف الخصمان في المحكمة التي يرجعان إليها فمحكمة المدعى عليه هي المرجع للنظر في الدعوى

(340) بغداد ولاية جليله سنة مخصوص سالنامه در، يكرمي برنجي دفعة، سنة هجرية 1325، روميه 1322-1323، ص142، 144، 146، 148، 150، 156، 159، 162.

(341) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص551، ج3، ص516؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص176؛ رشيد باشا، روح المجلة، يدنجي جلد، ص22؛ واجد أن ترتيب إدارة الدعوى وكيف التعامل مع الوكلاء فيها عائد إلى مجلس القضاء والقاضي، فله أن يرتب الكلام بينهما بحسب قدم الوكالة، أو بحسب القرب من علة الحادثة التي تدور الدعوى عليها.

(342) ينظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي في الإسلام، ج1، ص181؛ محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الإسلام، ص200.

الناشئة بينهما، وقد جاءت المادّة "1803"، مبيّنة لذلك: "إِذَا طَلَبَ أَحَدُ الْخَصْمَيْنِ الْمُرَافَعَةَ فِي حُضُورِ قَاضٍ، وَطَلَبَ آخَرُ الْمُرَافَعَةَ فِي حُضُورِ قَاضٍ آخَرَ فِي الْبَلَدَةِ الَّتِي تَعَدَّدَ قَضَاتُهَا، وَوَقَعَ الْإِخْتِلَافُ بَيْنَهُمَا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ، يُرَجَّحُ الْقَاضِي الَّذِي اخْتَارَهُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ"<sup>(343)</sup>، هذا ما ذهب إليه الفقهاء السابقون<sup>(344)</sup>.

ثالثاً: القاضي متصف بالوكالة، فإذا عزل، لا يعتبر معزولاً إلا بعد وصول خبر العزل إليه، فالأحكام التي يصدرها بعد أمر عزله، وقبل وصوله إليه، تعتبر أحكاماً صحيحة، أما لو أصدر حكماً بعد وصول خبر العزل إليه فلا يجوز اعتباره، وبينت المادّة "1804" ذلك: "إِذَا عُزِلَ قَاضٍ؛ إِلَّا أَنَّهُ لِعَدَمِ وُصُولِ خَبَرِ الْعَزْلِ إِلَيْهِ، مُدَّةً كَانَ قَدْ اسْتَمَعَ وَفَصَلَ بَعْضَ الدَّعَاوَى فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ، صَحَّ حُكْمُهُ، وَلَكِنْ لَا يَصِحُّ حُكْمُهُ الْوَاقِعُ بَعْدَ وُصُولِ خَبَرِ الْعَزْلِ إِلَيْهِ"<sup>(345)</sup>، وهو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية<sup>(346)</sup>، وهو الراجح عند غيرهم<sup>(347)</sup>، وقد أكد هذا المعنى الشافعية، لأن إذا عزل القاضي بموت الإمام أو عزله، يودي إلى الضرر بالمسلمين<sup>(348)</sup>.

رابعاً: إذا كان القاضي مأذوناً بنصب نائب عنه، وبعزله، فله أن ينصب عنه نائباً، حتى لو كان ذلك قبل وصوله إلى محل وظيفته، وله عزل ذلك النائب الذي كان قد نصبه، ولكن لو عزل القاضي أو مات فإن نائبه لا يعزل، مثل الوكيل المأذون بالتوكيل لو وكل أحداً ثم مات الوكيل أو عزل فإن وكيله لا يعزل وهذا مبسوط في كتاب الوكالة<sup>(349)</sup>.

(343) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص553؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص176؛ رشيد باشا، روح المجلة، ج8، ص213 وما بعدها.

(344) ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج7، ص193؛ ابن عابدين، رد المختار، ج5، ص542.

(345) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص553؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص177؛ رشيد باشا، روح المجلة، ج8، ص217 وما بعدها.

(346) ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، ص287.

(347) ينظر: الجويني، نهاية المطلب، ج18، ص587؛ وينظر قول الإمام مالك: سحنون، المدونة، ج4، ص14؛ وصرح النووي بالقطع في رجحانه"، ينظر: النووي، روض الطالبين، ج11، ص126؛ وينظر أيضاً: البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح المنهاج، ج4، ص348.

(348) أبو الحسين العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج13، ص117.

(349) ينظر: ضياء الدين الجندي: خليل بن إسحاق بن موسى، المالكي المصري، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط:1، 1429هـ 2008م، ج7، ص459؛ علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص450، 554، رقم المادة "1744" "1805"؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص177.

وأما إذا لم يكن مأدوناً بنصب نائب عنه فليس له حق النصب أو العزل، جاء في المادّة "1805" ما نصه: "لِلْقَاضِي إِذَا كَانَ مَادُونًا بِنَصْبٍ وَعَزْلٍ النَّائِبِ، أَنْ يُنْصَبَ آخَرَ نَائِبًا عَنْهُ، وَأَنْ يَعْزَلَهُ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَادُونًا فَلَيْسَ لَهُ عَمَلُ ذَلِكَ، وَلَا يَنْعَزَلُ نَائِبُهُ بِعَزْلِ أَوْ مَوْتِ الْقَاضِي، بِنَاءً عَلَيْهِ إِذَا تُوفِّي قَاضِي قَضَاءٍ فَلِنَائِبِهِ أَنْ يَسْتَمَعَ الدَّعَاوَى الَّتِي تَقَعُ فِي ذَلِكَ الْقَضَاءِ، وَيَحْكُمَ بِهَا إِلَى أَنْ يَأْتِيَ قَاضٍ غَيْرُهُ"، وتشير المادّة "1466" إلى أن للوكيل المأدون أن أن يُوكَّلَ غَيْرُهُ، وَفِي هَذِهِ الصُّورَةِ يَكُونُ الَّذِي وَكَّلَهُ الْوَكِيلُ وَكَيْلًا لِلْمُوكَّلِ وَلَا يَكُونُ وَكَيْلًا لِذَلِكَ الْوَكِيلِ، وَلِهَذَا لَا يَنْعَزَلُ الْوَكِيلُ الثَّانِي بِعَزْلِ الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ أَوْ يَوْفَاتِهِ<sup>(350)</sup>، ولو وكَّلَ الوكيل الغير مأدون غيره وأجازه الموكل صح التوكيل، هذا ما أقرته المادّة "1453" ونصها "الإِجَازَةُ اللَّاحِقَةُ فِي حُكْمِ الْوَكَالَةِ السَّابِقَةِ"<sup>(351)</sup>.

خامساً: للقاضي أن يصدر حكمه بناء على البيئة التي استمعها نائبه، بلا حاجة إلى إعادة استماعها منه، وكذلك للنائب أن يبني حكمه على البيئة التي استمعها القاضي الذي أنابه، وذلك لما بين القاضي ونائبه من صلة الوكالة، وقد جاءت المادّة "1806" مبينة لذلك: "لِلنَّائِبِ أَنْ يَحْكُمَ بِالْبَيِّنَةِ الَّتِي اسْتَمَعَهَا الْقَاضِي، وَلِلْقَاضِي أَيْضًا أَنْ يَحْكُمَ بِالْبَيِّنَةِ الَّتِي اسْتَمَعَهَا نَائِبُهُ، وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا اسْتَمَعَ الْقَاضِي بَيِّنَةً فِي حَقِّ دَعْوَى وَأَخْبَرَ بِهَا النَّائِبَ فَلَهُ أَنْ يَحْكُمَ بِإِخْبَارِ الْقَاضِي مِنْ دُونِ أَنْ يُعِيدَ الْبَيِّنَةَ، وَإِذَا اسْتَمَعَ النَّائِبُ الْمَادُونُ بِالْحُكْمِ بَيِّنَةً فِي خُصُوصٍ مَا وَأَنْهَى إِلَى الْقَاضِي، فَلِلْقَاضِي أَنْ يَحْكُمَ مِنْ دُونِ أَنْ يُعِيدَ الْبَيِّنَةَ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَادُونًا بِالْحُكْمِ، بَلْ كَانَ مَأْمُورًا بِاسْتِمَاعِ الْبَيِّنَةِ لِلتَّحْقِيقِ وَالْاِسْتِكْشَافِ فَقَطْ فَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَحْكُمَ بِإِنْهَائِهَا، وَعَلَيْهِ أَنْ يَسْتَمَعَ الْبَيِّنَةَ بِالذَّاتِ"<sup>(352)</sup>.

سادساً: ليس للقاضي أن يبني حكمه على البيئة التي سمعها القاضي الذي كان قبله، وقد عزل أو نقل من قبل أن يحكم بها، بل لا بد للقاضي الجديد أن يعيد استماع البيئة، فإن وجدها سالحة لبناء الحكم عليها، أصدر حكمه، وذلك لعدم وجود صلة الوكالة بين القاضي السابق والقاضي اللاحق، فلا يغني استماع أحدهما البيئة عن استماع الثاني إياها، بخلاف الصورة الأولى، فإن النائب

(350) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج3، ص520؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج3، ص273.

(351) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج3، ص455؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج3، ص267؛ الشيباني، الأصل، ج12، ص122؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص231؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج7، ص55؛ الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص436.

(352) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص556؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص178.

والمنوب عنه وكيل وموكل وما يقوم به أحدهما - الوكيل والموكل- يعتبر كأن الثاني قد قام به، لما بينهما من رابطة النيابة<sup>(353)</sup>.

سابعاً: ليس للقاضي أن يصدر حكمه لأحد أصوله أو فروعه أو زوجته أو شريكه عناناً أو مفاوضة في المال المدعى به أو أجيره الخاص أو من يتعايش بنفقته، للتهمة، كما أن هدية أحد هؤلاء له غير معتبرة للتهمة، ولكن له أن يصدر حكمه عليهم عندما يظهر له بعد إجراءات المرافعة أن الحق في جانب خصومهم"،

ويتضح من هذا أن القاضي ليس ممنوعاً من سماع دعوى أحد هؤلاء، بل عليه أن يسمع الدعوى ويقوم بإجراءات المرافعة، فإذا ما تبين له أن الحق في جانب أحد هؤلاء توقف وأفهمه مراجعة الطريقة المقررة في المادة "1808" ونصها "يُسْتَرَطُّ أَنْ لَا يَكُونَ الْمَحْكُومُ لَهُ أَحَدًا مِنْ أَصُولِ الْقَاضِي وَفُرُوعِهِ، وَأَنْ لَا يَكُونَ زَوْجَتَهُ، وَشَرِيكَهُ فِي الْمَالِ الَّذِي سَيَحْكُمُ بِهِ، وَأَجِيرَهُ الْخَاصَّ وَمَنْ يَتَعَيَّشُ بِنَفَقَتِهِ، بِنَاءً عَلَيْهِ لَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَسْمَعَ دَعْوَى أَحَدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ وَيَحْكُمَ لَهُ"<sup>(354)</sup>.

ولهذا وجب على القاضي رد الشاهد الذي له علاقة بالمشهود له كقربة، فلا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَصْلِ لِلْفَرْعِ وَالْفَرْعِ لِلْأَصْلِ، وَكَذَلِكَ لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ التَّابِعِ الَّذِي يَتَعَيَّشُ بِنَفَقَةِ مَتَّبِعِهِ، وَالْأَجِيرُ الْخَاصُّ لِمُسْتَأْجِرِهِ، وَأَمَّا الْخَدَمَةُ الَّذِينَ يَخْدُمُونَ مَوْلَى فَنُقْبَلُ شَهَادَةُ أَحَدِهِمْ لِلْآخَرِ، وَكَذَلِكَ لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الشَّرَكَاءِ لِبَعْضِهِمْ فِي مَالِ الشَّرِكَةِ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْكَفِيلِ بِالْمَالِ لِلْأَصِيلِ عَلَى كَوْنِ الْمَكْفُولِ بِهِ قَدْ تَأَدَّى، وَلَكِنْ تُقْبَلُ شَهَادَةُ أَحَدِهِمْ لِلْآخَرِ فِي سَائِرِ الْخُصُوصَاتِ، هَذَا مَا بَيَّنَّتْهُ الْمَادَّةُ: "1700"، حيث أسست هذه المادة ضابطاً مهماً في بدايتها وهو: "يُسْتَرَطُّ أَلَّا يَكُونَ فِي الشَّهَادَةِ دَفْعٌ مَغْرَمٌ أَوْ جَرٌّ مَعْنَمٌ"<sup>(355)</sup>.

(353) منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص178.

(354) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص558؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص179؛ رشيد باشا، روح المجلة، ج8، ص221 وما بعدها.

(355) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص356؛ رشيد باشا، روح المجلة، ج8، ص42 وما بعدها.



وقد عدلت هذه المادة بمادة "62" من قانون أصول المرافعات الحقوقية والطريقة السلمية الاعتيادية في سماع دعوى أحد هؤلاء أو دعوى حاكم البلدة نفسه على أحد، هي أنه إن كان في البلدة حاكم آخر ورجعوا إليه في دعواهم وإن لم يكن فيها حاكم آخر رجعوا إلى الخطوات التالية<sup>(356)</sup>:

1. إلى حَكَم (بفتح الحاء والكاف) ينصبه الطرفان برضاهما"،
  2. أو إلى نائب حاكم البلدة إن كان هذا القاضي مأذوناً بنصب نائب عنه"،
  3. أو إلى حاكم البلدة المجاورة برضاهما، فإذا راجعه الخصمان برضاهما فليس لحاكم البلدة المجاورة أن يمتنع عن النظر في دعواهما بزعم أنهما خارجان عن دائرة قضاؤه.
  4. أن يطلبوا تعيين مؤلّي (بتشديد اللام): وهو من يعين للنظر في الدعاوى الواقعة في منطقة يحذر أن ينظر فيها"، وتعيين مثل هذا المولى متفرع على قاعدة تخصص القضاء في الزمان والمكان واستثناء بعض الخصومات.
- وحول ما سبق جاءت المادّة "1809" وفيها "إِذَا كَانَ لِأَحَدٍ دَعْوَى مَعَ قَاضِي بَلَدِيهِ أَوْ أَحَدٍ مَسْئُولِيهِ الَّذِينَ ذُكِرُوا فِي الْمَادَّةِ السَّابِقَةِ فَإِنْ كَانَ فِي تِلْكَ الْبَلَدَةِ قَاضٍ غَيْرُهُ تَحَاكَمًا إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي تِلْكَ الْبَلَدَةِ قَاضٍ غَيْرُهُ تَرَافَعًا فِي حُضُورِ حَكَمٍ نَصَبَهُ بِرِضَاهُمَا، أَوْ فِي حُضُورِ نَائِبِ ذَلِكَ الْقَاضِي إِنْ كَانَ مَأْذُونًا بِنَصْبِ النَّائِبِ، أَوْ فِي حُضُورِ قَاضِي الْبَلَدَةِ الْمُجَاوِرَةِ لِبَلَدَتِهِمْ، فَإِنْ لَمْ يَرْضَ الطَّرَفَانِ بِأَحَدٍ مِنْ هَذِهِ الصُّوَرِ اسْتَدْعِيََا مُوَلَّى مِنْ قِبَلِ السُّلْطَانِ"<sup>(357)</sup>.

ثامناً: على القاضي أن يراعي عند رؤيته الدعاوى الأقدم فالأقدم، ولكن يباح له أن يقدم في النظر القضايا المستعجلة، ولو وردت متأخرة عن غيرها، وأن يدقق في إجراءات المرافعة، وأن لا يؤخر حسم الدعاوى بلا سبب، وأن يتخذ السجلات اللازمة لتسجيل الإعلانات وسائر الحجج والوثائق وغيرها مما يتعلق بأمور المحكمة، وأن يحفظها بعناية ودقة، ولذلك جاءت مواد المجلة "1810 و1813

(356) منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص179 وما بعدها.

(357) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص559 وما بعدها؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص179؛ رشيد باشا، روح المجلة، ج8، ص223، ونص المادّة "1808" هو: "يُسْتَرْطُ أَنْ لَا يَكُونَ الْمُحْكَمُ لَهُ أَحَدًا مِنْ أَصُولِ الْقَاضِي وَفُرُوعِهِ وَأَنْ لَا يَكُونَ رَوْجَتُهُ وَشَرِيكُهُ فِي الْمَالِ الَّذِي سَيَحْكُمُ بِهِ وَأَجِيرُهُ الْخَاصَّ وَمَنْ يَتَعَيَّنُ بِتَفَقُّهِ بِنَاءً عَلَيْهِ لَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَسْمَعَ دَعْوَى أَحَدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ وَيَحْكُمَ لَهُ"، علي حيدر، درر الحكام، ج4، ص558.

و1814" موضحة لذلك<sup>(358)</sup>، وقد استندت هذه المواد على ما تقرر من أحكام تخص نظام القضاء في الإسلام<sup>(359)</sup>.

تاسعا: يجوز للقاضي أن يستفتي من رجال العلم أو القانون إذا أشكل عليه الحكم في مسألة، وأن يأخذ بالفتوى إذا اطمأن قلبه بها، لأن الاستفادة من العلم والزيادة فيه من الغير أمر محمود، وتنص المادة "1811" على أنه: "يَجُوزُ اسْتِفْتَاءُ الْقَاضِي مِنْ غَيْرِهِ عِنْدَ الْحَاجَةِ"<sup>(360)</sup>، وجاءت هذه المادة مستندة إلى ما جاء في كتب الفقهاء السابقين<sup>(361)</sup>.

عاشرا: ينبغي للحاكم أن يتجنب إصدار حكمه وهو مشوش الذهن يعارض لصحة التفكير، ويشغل القلب، كالعطش والجوع والتعب والغضب والسرور المبالغ فيه وإرهاق النفس بالعمل وغلبة النوم، ونحو ذلك تحريماً لصحة الحكم، واطمئناناً لإثبات الحق، حيث نصت المادة "1812" على أنه: "يُنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ لَا يَتَّصِدَى لِلْحُكْمِ إِذَا تَشَوَّشَ ذَهْنُهُ بِعَارِضَةٍ مَانِعَةٍ لِصِحَّةِ التَّفَكُّرِ كَالْعَمِّ وَالْغُصَّةِ وَالرُّجُوعِ وَغَلْبَةِ النَّوْمِ"<sup>(362)</sup>.

---

(358) ينظر: علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص561-565؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص179.  
(359) ينظر: الطحاوي، الشروط الصغير، ص1084 وما بعدها؛ الميرغيباني، الهداية، ج3، ص102؛ شيخي زاده، مجمع الأنهر، ج2، ص156؛ ابن نجيم، النهر الفائق، ج3، ص604؛ القاضي أبو محمد البغدادي: عبد الوهاب بن علي بن نصر المالكي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، 1999م، ج2، ص976؛ أبو الأصبغ القرطبي، ديوان الأحكام، ص34؛ أبو الحسين العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج13، ص122؛ البغوي: محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء الشافعي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت 1997م، ج8، ص190.  
(360) ينظر: علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص561؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص179.  
(361) ينظر: برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، ج8، ص11؛ بدر الدين العيني، البنائة، ج9، ص8؛ المارودي، الحاوي الكبير، ج16، ص50.

(362) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص563؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص181. وحول تشويش الفكر وهذه الشروط مجملاً ينظر: الرازي، المحصول، ج5، ص155؛ والآمدني، الأحكام في أصول الأحكام، ج3، ص260؛ ابن المؤقت، التحوير والتحرير، ج3، ص191؛ وحول انشغال القلب، ينظر: الزركشي، تشنيف المسامع، ج3، ص257؛ الخطيب البغدادي: أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي، الفقيه و المتفقه، تحقيق: أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط:2، 1421هـ، ج1، ص519.

## المبحث الرابع: صُورَةُ الْمُحَاكَمَةِ وشروطها، وطرق حسم الخصومات

هذا المبحث جاء لبيان صورة المحاكم وطرق إجرائها وماهية شروط انعقادها، مع بيان طرق حسم الخصومات، ويأتي هذا المبحث كمبحث يحدد طرق التنظيم الإداري للمحاكم، وفيها تتشكل أركانُ الْقَضَاءِ سِتَّةً: الْقَاضِي، الْحُكْمُ، الْمَحْكُومُ بِهِ، الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ، الْمَحْكُومُ لَهُ، الطَّرِيقَةُ<sup>(363)</sup>، وهذه الصورة الإدارية غايتها حسم الخصومات وفضها"،

### المطلب الأول: صُورَةُ الْمُحَاكَمَةِ وشروطها

وهذا المبحث يبدأ بالمادة "1815"، وينتهي بالمادة "1828" وهي واضحة المفاد، مؤيدة بما جاء في أصول المرافعات في البلاد التي استقت أحكامها القضائية من مجلة الأحكام العدلية عموماً<sup>(364)</sup>، عن كيفية إجراء المحاكمة وما يترتب على ذلك، فقد بينت المجلة صور المحاكمة من خلال المواد الآتية:

1. الْمَادَّةُ "1815" وهي: "يُجْرِي الْقَاضِي الْمُحَاكَمَةَ عَلْنَا، وَلَكِنْ لَا يُفْشِي الْوَجْهَ الَّذِي سَيَحْكُمُ بِهِ قَبْلَ الْحُكْمِ"<sup>(365)</sup>، ويؤيد هذا الضابط في المحاكمة القاعدة الكلية "الأمر بمقاصدها" لكون مقصد القضاء رد الظلم الواقع علنا على المظلوم وفض الخصومات ورد الحقوق<sup>(366)</sup>.
2. الْمَادَّةُ "1816" وهي: "إِذَا أَتَى الطَّرْفَانِ إِلَى حُضُورِ الْقَاضِي لِأَجْلِ الْمُحَاكَمَةِ ، يُكَلِّفُ الْمُدَّعِي أَوَّلًا: بِتَقْرِيرِ دَعْوَاهُ، وَإِنْ كَانَتْ دَعْوَاهُ قَدْ ضُبِطَتْ تَحْرِيرًا قَبْلَ الْحُضُورِ تَقْرَأُ، فَيُصَدَّقُ مَضْمُونُهَا مِنَ الْمُدَّعِي"، ثَانِيًا: يَسْتَجُوبُ الْقَاضِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَهُوَ أَنْ يَسْأَلَهُ بِقَوْلِهِ: إِنَّ الْمُدَّعِي يَدَّعِي عَلَيْكَ بِهَذَا الْوَجْهِ فَمَاذَا

(363) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص519-524؛ وذكر القاضي لفظ الحاكم عوضاً عن لفظ القاضي، ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص165.

(364) ينظر: القانون المدني العراقي، رقم "40" لسنة 1951م؛ القانون المدني الأردني لسنة 1976م؛ القانون المدني المصري رقم "131" لسنة 1948؛ القانون المدني الفلسطيني، اعتبرت دار الفتوى مجلة الأحكام العدلية مصدراً لها في صياغة القانون المدني [http://www.dft.gov.ps/index.php?option=com\\_content&task=view&id=7](http://www.dft.gov.ps/index.php?option=com_content&task=view&id=7) ، وغيرها، اطلعت على الموقع بتاريخ: 2016، الشهر3، 20.

(365) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص566؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص183؛ رشيد باشا، روح المجلة، ج8، ص228.

(366) السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص54؛ تشنيف المسامع شرح جمع الجوامع، ج3، ص474؛ الأشباه والنظائر للسيوطي، ص8 و49؛ الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص96؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص13، المادة (2)،

- تَقُولُ" (367)، وتضبطها قاعدة: "لا يصح الدعوى بمجهول إلا في الوصية"، و"لا تصح الدعوى إلا من مطلق التصرف" (368)، و"لا تصح الدعوى مع جهالة المدعى به" (369).
3. المادّة "1817" وهي: "إذا أقرّ المدعى عليه ألزمه القاضي بإقراره، وإذا أنكر طلب البيّنة من المدعى" (370)؛ ويؤيدها قاعدة: "البيّنة على من ادعى، واليمين على المدعى عليه" (371)، و"البيّنة حجة متعدية" (372)، و"البيّنة هي الحجة القويّة" (373).
4. المادّة "1818" وهي: "إن أثبت المدعى دعواه بالبيّنة حكّم القاضي له بذلك، وإن لم يثبت يبق له حقّ اليمين فإن طلبه كلف القاضي المدعى عليه اليمين بناءً على طلبه" (374)، ويضبطها قاعدة: "البيّنة لا تصير حجة إلا بقضاء القاضي" (375).
5. المادّة "1819" وهي: "فإن حلف المدعى عليه اليمين أو لم يحلفه المدعى منع القاضي المدعى من معارضة المدعى عليه" (376)، وذلك لأن بينهم قسمة بحسب قاعدة: "البيّنة على المدعى واليمين على من أنكر"، ومطلق التقسيم يقتضي انتفاء مشاركة كل واحد منهما عن القسم الذي اختص بصاحبه، ولذلك كان الحلف في جانب المدعى عليه، ولا يمين في جانب المدعى لكونه ملزم ابتداءً أن يأتي ببيّنة (377).

(367) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص567؛ رشيد باشا، روح المجلّة، ج8، ص230 وما بعدها.

(368) السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص431 وما بعدها.

(369) ابن الهمام، فتح القدير، ج7، ص327.

(370) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص569.

(371) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص68، رقم المادة "76"؛ الشاشي، أصول الشاشي، ص281؛ الجصاص، الفصول في الأصول، ج1، ص322؛ السرخسي، أصول السرخسي، ج1، ص367؛ القراني، الفروق، ج1، ص129؛ الشاطبي، الموافقات، ج2، ص468؛ الغزالي، المستصفى، ص162؛ السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص2؛ ابن قدامة: أبو نوح موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي ثم الدمشقي الحنبلي، (ت: 620هـ)، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية 1423هـ-2002م، ج1، ص454.

(372) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص70، رقم المادة (78)؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج7، ص67؛ الحموي، غمز عيون البصائر، ج2، ص367.

(373) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص294، رقم المادة "1676"؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج7، ص291.

(374) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص586.

(375) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج4، ص99.

(376) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص588.

(377) ينظر: ملا خسرو، درر الحكام شرح غرر الحكام، ج2، ص333.

6. الْمَادَّةُ "1820" وهي: "إِذَا نَكَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ حَكْمَ الْقَاضِي بِتُكْوِلِهِ، وَإِذَا قَالَ بَعْدَ حُكْمِ الْقَاضِي بِتُكْوِلِهِ أَحْلَفَ لَا يُنْتَفَتُّ إِلَى قَوْلِهِ"<sup>(378)</sup>، لأن نكوله عن اليمين يلزم أن يكون إقرارا بخلاف ما نطق به من يمين، ونص القاعدة: "النُّكُولُ مَعَ الْيَمِينِ الْمُرْدُودَةِ كَالْإِقْرَارِ أَوْ الْبَيِّنَةِ"<sup>(379)</sup>، و"اليمين المردودة كالإقرار"<sup>(380)</sup>، و"اليمين المردودة بعد نكول المدعى عليه كالإقرار من جهة المدعى عليه"<sup>(381)</sup>، و"يَمِينُ الرَّدِّ كَالشَّاهِدَيْنِ"<sup>(382)</sup>.

7. الْمَادَّةُ "1821" وهي: "يَجُوزُ الْحُكْمُ وَالْعَمَلُ بِلَا بَيِّنَةٍ بِمَضْمُونِ الْإِعْلَامِ وَالسَّنَدِ اللَّذَيْنِ أُعْطِيََا مِنْ طَرَفِ قَاضِي مَحْكَمَةٍ إِذَا كَانَا سَالِمَيْنِ مِنْ شُبُهَةِ التَّرْوِيرِ وَالتَّصْنِيعِ وَمُؤَافِقَيْنِ لِأَصُولِ"<sup>(383)</sup>، لكون الإعلام والسند تقوم مقام البيينة ما لم ترد، ويسند هذا قاعدةً جاءت كضابط: "بَيِّنَةُ الْخَارِجِ أَوْلَى بِنَاءٍ عَلَى زِيَادَةِ الْإِثْبَاتِ"<sup>(384)</sup>.

8. الْمَادَّةُ "1822" وهي: "إِذَا لَمْ يُجِبْ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَدَى اسْتِجْوَابِهِ عَلَى الْوَجْهِ الْمُبَيَّنِ أَنْفًا بِقَوْلِهِ: لَا ، أَوْ نَعَمْ، وَأَصَرَ عَلَى سُكُوتِهِ يُعَدُّ سُكُوتُهُ إِنْكَارًا، وَكَذَلِكَ لَوْ أَجَابَ بِقَوْلِهِ لَا أَقْرُ وَلَا أَنْكُرُ يُعَدُّ جَوَابُهُ هَذَا إِنْكَارًا أَيْضًا، وَتَطْلُبُ الْبَيِّنَةُ مِنَ الْمُدَّعِي فِي الصُّورَتَيْنِ كَمَا ذُكِرَ أَنْفًا"<sup>(385)</sup>، وجاءت قاعدة: "لَا يُنْسَبُ إِلَى سَاكِتٍ قَوْلٌ لَكِنَّ السُّكُوتَ فِي مَعْرُضِ الْحَاجَةِ بَيِّنًا"<sup>(386)</sup>، مؤيدة لذلك، ويؤيدها قاعدة: "السُّكُوتُ فِي مَوْضِعِ الْحَاجَةِ إِلَى الْبَيِّنِ بِمَنْزِلَةِ الْبَيِّنِ"<sup>(387)</sup>، ومثلها: "السُّكُوتُ عَنِ الْبَيِّنِ بَعْدَ تَحَقُّقِ الْحَاجَةِ لِذَلِيلِ النَّفْيِ"،

(378) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص591.

(379) الزركشي، المنتور في القواعد الفقهية، ج3، ص283؛ أحمد بن قاسم العبادي، حاشية العبادي على الغرر البهية لتركيا الأنصاري، ج5، ص37.

(380) أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، ج2، ص136.

(381) عبد الكريم الراعي، فتح العزيز بشرح الوجيز، ج9، ص16.

(382) الشرواني، حاشية على تحفة المنهاج، ج10، ص209.

(383) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص592؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص182.

(384) ابن الهمام، فتح القدير، ج8، ص266.

(385) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص594.

(386) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص61، رقم المادة "67"؛ وهذه القاعدة تتكون من شقين، الأول منها: "لَا يُنْسَبُ إِلَى سَاكِتٍ قَوْلٌ"، ذكرها: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص129؛ ابن عابدين، رد المختار، ج3، ص62؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج1، ص212؛ الغزالي، المستصفى، ص151؛ الرزاي، المحصول، ج4، ص154؛ آل تيمية، المسودة، ص335، والثاني: "السُّكُوتُ فِي مَعْرُضِ الْحَاجَةِ بَيِّنًا"، حيث ذكرها: السرخسي، أصول السرخسي، ج2، ص184، بنص "السُّكُوتُ بَعْدَ تَحَقُّقِ الْحَاجَةِ إِلَى الْبَيِّنِ لَا يَجِلُ"؛ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص302؛ نَجْدُ الزَحِيلِي، القواعد الفقهية وتطبيقها في المذهب، ج1، ص160؛ أوندر: محرم،

. ص 42-52، 2013، İstanbul، İslam Fıkıh Usulünde Sükutun Delaleti (Yasama Sükutu).

(387) الشاشي، أصول الشاشي، ص262، 343،

و"السُّكُوتُ بعد تحقق الحاجة لا يحل إلا على وجه الرضا بالمسموع"<sup>(388)</sup>، و"السُّكُوتُ في موضع الحاجة إلى البيان بمنزلة النطق"<sup>(389)</sup>.

9. المادّة "1823" وهي: "لو أتى المدعى عليه بدلاً من الإقرار أو الإنكار بدعوى تدفع دعوى المدعي، يُعمل على وفق المسائل التي ذكرت في كتابي الدعوى"<sup>(390)</sup> والبيّنات<sup>(391)</sup>، ويؤيدها قاعدة: "دفع الدعوى صحيح، وكذا دفع الدفع"<sup>(393)</sup>، والدفع غالباً يكون في إثبات بينة ورد ما يقابلها فيتحقق الدفع، وللدفع ضوابط تدخل في أبواب شتى من البيّنات، فضابط بينة الملك جاء في قاعدة: "بينّة الخارج أولى من بينّة ذي اليد على مطلق الملك"<sup>(394)</sup>، هذا ما ذهب إليه المجلة في المادّة: "1757" و"1758" في ترجيح بينة الخارج، لكنها في المادّة: "1759" ترجح بينّة ذي اليد أولى في دعاوى الملك المقيد بسبب غير قابل للتنكر كما في دعوى النتاج مثلاً لو تنازع الخارج وذو اليد في مهرة وادعى كل منهما أنّها ماله ومؤودة من فرسه تُرجح بينّة ذي اليد، وكذلك نجد المجلة قد رجحت عامل الزمن وتشبث التاريخ في الحقوق في المادّة: "1760"، إلا في دعوى النتاج فالراجح فيها ذي اليد على التاريخ هذا ما أخذت به المجلة في المادّة "1761"<sup>(395)</sup>.

10. المادّة "1824" وهي: "ليس لأحد الطرفين أن يتصدى للكلام ما لم يتم الطرف الآخر كلامه، وإذا تصدى يمنع من قبل القاضي"<sup>(396)</sup>، ويؤيد هذه المادة القاعدة: "الكلام يتم موجبا لحكمه بآخره وذلك

(388) السرخسي، أصول السرخسي، ج1، ص259.

(389) سبط أبي الفرج ابن الجوزي: يوسف بن قزوغلي أو قزغلي، ابن عبد الله، أبو المظفر، شمس الدين، (ت: 654هـ)، إثار الإنصاف في آثار الخلاف، تحقيق: ناصر العلي الناصر الخليلي، دار السلام، القاهرة، ط: 1، 1408هـ، ص259.

(390) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص152-294.

(391) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص294-516.

(392) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص594؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج7، ص67؛ الحموي، غمز عيون البصائر، ج2، ص367.

(393) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص190؛ وينظر حول أثر هذه القاعدة: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص190-204.

(394) مجد الدين محمود الموصلبي، الاختيار، ج2، ص116؛ وينظر: جمال الإسلام الكرابيسي، الفروق، ج2، ص187؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج8، ص277؛ القاضي عبد الوهاب، عيون المسائل، ص527؛ الماوردي، الحاوي، ج17، ص348.

(395) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص483، 485؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص145، 146.

(396) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص588.

بِالسُّكُوتِ عَنْهُ أَوْ الْإِثْتِقَالَ إِلَى كَلَامٍ آخَرَ"<sup>(397)</sup>، "اسْتِقْرَارُ حُكْمِ الْكَلَامِ بِالسُّكُوتِ عَلَيْهِ"<sup>(398)</sup>، و"حُكْمُ الْكَلَامِ يَنْقَرَّرُ بِالسُّكُوتِ"<sup>(399)</sup>، ومن آثارها: "يَصِيرُ الْوَكِيلُ وَكَيْلًا بِالسُّكُوتِ"<sup>(400)</sup>.

11. الْمَادَّةُ "1825" وهي: "يُوجَدُ الْقَاضِي فِي الْمَحْكَمَةِ تَرْجُمَانًا مُؤْتَوِّقًا بِهِ وَمُؤْتَمَّنًا لِتَرْجَمَةِ كَلَامِ مَنْ لَا يَعْرِفُ اللُّغَةَ الرَّسْمِيَّةَ مِنَ الطَّرَفَيْنِ"<sup>(401)</sup>.

12. الْمَادَّةُ "1826" وهي: "يُوصِي وَيُخْطِرُ الْقَاضِي بِمُصَالِحَةِ الطَّرَفَيْنِ مَرَّةً أَوْ مَرَّتَيْنِ فِي الْمَخَاصِمَةِ الْوَاقِعَةِ بَيْنَ الْأَقْرَبَاءِ أَوْ بَيْنَ الْأَجَانِبِ الْمَأْمُولِ فِيهَا رَغْبَةُ الطَّرَفَيْنِ فِي الصُّلْحِ، فَإِنْ وَافَقَا، صَالِحَهُمَا عَلَى وَفْقِ الْمَسَائِلِ الْمُنْدَرِجَةِ فِي كِتَابِ الصُّلْحِ"<sup>(402)</sup> وَإِنْ لَمْ يُوَافِقَا أَتَمَّ الْمَحَاكِمَةَ"<sup>(403)</sup>، ويؤيدها قاعدٌ شقها الأخير بمنزلة ضابطٍ، وهي ما ورد عن الرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحًا حَرَمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا"<sup>(404)</sup>.

13. الْمَادَّةُ "1827" وهي: "بَعْدَ مَا يُنْتِجُ الْقَاضِي الْمَحَاكِمَةَ يَحْكُمُ بِمُقْتَضَاهَا، وَيُفْهِمُ الطَّرَفَيْنِ ذَلِكَ، وَيُنْظِمُ إِعْلَامًا حَاطِيًا لِلْحُكْمِ، وَالْبَيِّنَةَ مَعَ الْأَسْبَابِ الْمَوْجِبَةِ لَهُ فَيُعْطِيهِ لِلْمَحْكُومِ لَهُ، وَيُعْطِي لَدَى الْإِجَابِ نُسْخَةً مِنْهُ لِلْمَحْكُومِ عَلَيْهِ أَيْضًا"<sup>(405)</sup>، ويؤيدها قاعدة: "الشَّيْءُ يَنْقَرَّرُ بِانْتِهَائِهِ"<sup>(406)</sup>.

(397) السرخسي، أصول السرخسي، ج2، ص45.

(398) الماوردي، الحاوي الكبير، ج15، ص283.

(399) القرابي، الذخيرة، ج9، ص271.

(400) ابن الهمام، فتح القدير، ج8، ص123.

(401) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص588؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص183؛ أبو محمد الجويني: عبد الله بن يوسف (ت 438 هـ)، الجمع والفرق (أو كتاب الفرق)، تحقيق: عبد الرحمن بن سلامة بن عبد الله المزيني، أصل هذا الكتاب أطروحتان: الأولى ماجستير والثانية دكتوراه للباحث، دار الجيل للنشر والطباعة والتوزيع - بيروت، 2004م، ج3، ص614؛ ابن قدامة، المغني، ج10، ص88؛ وذهب النووي إلى استحباب حضور أربعة ممن يعرفون اللغة، النووي، روض الطالبين، ج8، ص353.

(402) ينظر كتاب الصلح: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص3-70؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج3، ص337.

(403) لفظ الحكم هنا يظهر في نصوص المجلة ولفظ المادة التي صغنها استقيناها من المصادر الآتية: المحاسني، شرح مجلة الأحكام، ج2، ص525؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص183؛ ونص منير القاضي أدق، لكن جاء نص غيره فيه: "بِالْمُصَالِحَةِ الطَّرَفَيْنِ"، ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص588.

(404) رواه: والترمذي، جامع الترمذي، ج3، ص28، برقم: "1352"؛ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج3، ص440، برقم: "2353"؛ ابن حبان، صحيح ابن حبان، ج11، ص488، برقم: "5091"؛ السرخسي، المبسوط، ج20، ص134؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص9؛ القرابي، الفرق، ج4، ص2؛ أبو المظفر السمعاني، قواطع الأدلة في الأصول، ج1، ص267.

(405) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص598.

(406) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج3، ص38؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، ص57؛ شبيخي زادة، مجمع الأثر شرح ملتقى الأبحر، ج2، ص46.

14. الْمَادَّةُ "1828" وهي: "لَا يَجُوزُ لِلْقَاضِي تَأْخِيرُ الْحُكْمِ إِذَا حَضَرَتْ أَسْبَابُ الْحُكْمِ وَشُرُوطُهُ بِتَمَامِهَا"<sup>(407)</sup>.

ويمكن أن يحدد المطلوب من المحكمة من خلال بيان الشروط الواجبة في صفتها، وكما يأتي:

1. إن الإعلامات والحجج وسائر الوثائق التي يصدرها القاضي، إنما يعمل بمضمونها إذا توفر فيها أمران<sup>(408)</sup>:

أ- سلامتها من شبهة التزوير والتصنيع.

ب- موافقتها للأصول المتبعة في إنشائها وتنظيمها، تلك الأصول المقررة في الأنظمة والتعليمات الرسمية.

2. فإذا فقد الإعلام والوثائق الرسمية السائرة، أحد هذين الأمرين، فلا تصلح وحدها حجة للعمل بمضمونها، هذا ما أكدته المادة "1821" ونصها: "يَجُوزُ الْحُكْمُ وَالْعَمَلُ بِلَا بَيِّنَةٍ بِمَضْمُونِ الْإِعْلَامِ وَالسَّنَدِ اللَّذَيْنِ أُعْطِيََا مِنْ طَرَفِ قَاضِي مَحْكَمَةٍ إِذَا كَانَا سَالِمَيْنِ مِنْ شُبُهَةِ التَّزْوِيرِ وَالتَّصْنِيعِ وَمُؤَافِقَيْنِ لِأَصُولِ"<sup>(409)</sup>، لكون الإعلام والسند حجة معتبرة في الحكم<sup>(410)</sup>.

3. لا ينبغي للحاكم أن يفشي الحكم الذي يراه، من قبل أن يصدره لما في ذلك من التهمة والمحاذير، هذا ما جاء في نص المادة: "1815" وتنص على: "يُجْرِي الْقَاضِي الْمُحَاكَمَةَ عَلَنًا وَلَكِنْ لَا يُفْشِي الْوَجْهَ الَّذِي سَيَحْكُمُ بِهِ قَبْلَ الْحُكْمِ"، ولكن لو أفشاه قبل إصداره، لا يكون حكمه الصادر باطلاً، وإنما تترتب عليه التبعات الإدارية من مراجعه العليا<sup>(411)</sup>.

(407) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص603.

(408) ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص182.

(409) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص592، يقول علي حيدر: "قَدْ نُظِمَ بِتَارِيخِ 4 جُمَادَى الْأُولَى سَنَةِ 1296 تَعْلِيمَاتٌ مِنْ جَمْعِيَّةِ الْمَجَلَّةِ الْمُتَلَعَاةِ مَحْتَوِيَةً عَلَى خَمْسَةِ وَعِشْرِينَ بِنْدًا يَنْتَظِمُ السَّنَدَاتِ الشَّرْعِيَّةَ لِيَكُونَ جَائِزًا الْعَمَلُ وَالْحُكْمُ بِهَا بِلَا بَيِّنَةٍ وَقَدْ صَدَرَتْ الْإِزَادَةُ السَّنِيَّةُ بِالْعَمَلِ بِهَا بِنَاءً عَلَى طَلَبِ الْمَشِيخَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ ذَلِكَ وَقَدْ حُرِّثَ هَذِهِ التَّعْلِيمَاتُ فِي خِتَامِ كِتَابِنَا هَذَا وَقَدْ حُرِّثَ الْمَسْأَلَةُ الْآتِيَةُ مِنْ الْجَمْعِيَّةِ الْمَذْكُورَةِ لِتَكُونَ مُلْحَقًا لَهُذِهِ التَّعْلِيمَاتِ وَهِيَ: إِنَّ الْإِعْلَامَاتِ وَالسَّنَدَاتِ الَّتِي نُظِمَتْ وَأُعْطِيَتْ قَبْلَ نَشْرِ تِلْكَ التَّعْلِيمَاتِ السَّنِيَّةِ لَا يَجُوزُ الْحُكْمُ بِمَضْمُونِهَا بِلَا بَيِّنَةٍ بَلْ يَلْزَمُ طَلَبُ الْبَيِّنَةِ عَلَى مَضْمُونِهَا"؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص182.

(410) ينظر: برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، ج9، ص11.

(411) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص566؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص182.



4. القاضي يستعين بالترجمان لفهم ما يدلي به الخصوم، الذين لا يعرفون اللغة الرسمية في المحكمة، وتفهمهم ما يريد القاضي تفهيمه لهم من الكلام، ويشترط في الترجمان أن يكون أميناً موثقاً، ويكفي ترجمان واحد، هذا ما جاءت به المادة: "1825"<sup>(412)</sup>.

5. يجدر بالقاضي في الدعاوي القائمة بين الأقارب أن يوصيهم بالمصالحة، فإن تصالحا فيها، وإلا أصدر حكمه، وكذلك الأمر بين أي خصمين يرجى منهما أن يقبلا الصلح بينهما، هذا ما صرحت به المادة: "1826"<sup>(413)</sup>.

6. على القاضي بعد إصداره الحكم أن يعطي المحكوم له إعلماً يتضمن الحكم الذي أصدره مبيناً فيه الأسباب الموجبة للحكم، وإذا كان سبب الحكم هو الإقرار لزم كتابة الإقرار عيناً، وإن كانت سنداً لزم ذكره في الإعلام عيناً، وقد يستغني عن ذكر هذه الأمور عيناً في الإعلام، بحفظها في ملف الدعوى<sup>(414)</sup>.

#### المطلب الثاني: طرق حسم الخصومات

حسم الخصومات هي غاية ما يهدف إليه القضاء، لأن في حل الخلاف هو مقصد قام القضاء لأجله، ففيه تحقيق حفظ مصالح الناس واستقامة حياتهم.

وحسم المخاصمات يتحقق بأحد أمور ثلاثة:

1. الصلح: وقد ذكرت مواده المجلة بشكل مفصل في كتاب الصلح والإبراء، وبينت المادّة "1535" أقسامه: "الصلح ثلاثة أقسام، القسم الأول: الصلح عن إقرار، وهو الصلح الواقع على إقرار المدعى عليه، القسم الثاني: الصلح عن إنكار، وهو الصلح الواقع على إنكار المدعى عليه، القسم الثالث: الصلح عن سكوت، وهو الصلح الواقع على سكوت المدعى عليه بأن لا يقَرَّ ولا يُنكَر"<sup>(415)</sup>.

(412) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص597؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص183؛ وينظر أيضاً: الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص12؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، ص297؛ أبو نوح البغدادي، عيون المسائل، ص511؛ زكريا الأنصاري، اسنى المطالب، ج4، ص282؛ سليمان الجمل، حاشية الجمل، ج4، ص433؛ ابن قدامة، المغني، ج8، ص88؛ أبو إسحاق ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج7، ص44.

(413) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص598؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص183.

(414) ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص183.

(415) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص10؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص188؛ وينظر: ابن عابدين، رد المختار حاشية ابن عبادين، ج5، ص352؛ أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل، ج8، ص134.

2. حكم القاضي: وقد مرت أبحاثه، وما يتوقف عليه ومقوماته، والإجراءات الواجب إتباعها، وأحكامه، وسائر ما يتعلق بالمخاصمة والحكم، في كتاب الدعوى، وكتاب البيّنات، وكتاب القضاء<sup>(416)</sup>.

3. حكم المحكم "الحكم": فإن المحكم حاكم باختيار المتخاصمين، فحكمه نافذ عليهما، وقاطع للخصومة بينهما؛ كما أن القاضي الذي نصبه الملك، حاكم بقوة القانون فله سلطة عامة في دائرة قضائه، وحكمه نافذ في كل خصومة تقع في دائرة قضائه ونوع اختصاصه، سواء رضي الخصمان أو لم يرضوا<sup>(417)</sup>، وفي هذا يقول المرغيناني: "المحكم بصفة الحاكم لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما، فيشترط أهلية القضاء"<sup>(418)</sup>.

وَمَا أَنَّ الْمُحَكَّمَ مِنْ أَنْوَاعِ الْحُكَمِ وَالْقَضَاءِ، فَقَدْ ذُكِرَ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ، وَجَاءَتْ الْمَادَّةُ "1841" مَبِينَةً: "يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِي دَعَاوِي الْمَالِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِحُقُوقِ النَّاسِ"، وَكَذَلِكَ يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِي دَعَاوِي الطَّلَاقِ وَالنِّكَاحِ وَالْكَفَالَةِ وَالشُّفْعَةِ وَالنَّفَقَةِ وَالذُّيُونَ وَالْبَيْعِ<sup>(419)</sup>.

وَجَوَازُ التَّحْكِيمِ ثَابِتٌ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ، فَأَمَّا الْكِتَابُ، فَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾<sup>(420)</sup>، وَقَدْ نَزَلَتْ هَذِهِ الْآيَةُ الْكَرِيمَةُ فِي حَقِّ التَّحْكِيمِ بَيْنَ الرَّوَجَيْنِ، وَمَا دَامَ قَدْ جَازَ التَّحْكِيمُ فِي حَقِّ الرَّوَجَيْنِ، فَهَذَا الْجَوَازُ يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ التَّحْكِيمِ فِي سَائِرِ الْحُقُوقِ وَالِدَعَاوِي.

ودليل التحكيم من السنة، قد أوصى النبي الكريم ببنّي قريظة أن يحكموا عنهم سعد بن معاذ، وقد أجمع صحابة النبي - ﷺ ورضوان الله عليهم - على جواز التحكيم، وقد حكّموا بينهم كما فعل سيدنا عثمان وسيدنا طلحة واختاروا جبيرا بن مطعم، وهو مذكور في شرح المادة "322"<sup>(421)</sup>، أمّا التحكيم في حقوق الله كحدّ الرّنا وحدّ السرقة، فعير جائز لأنّ إجراء الطّرفين التحكيم بينهما هو بمنزلة عقد

(416) ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص188؛ وينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص223؛ ابن الشّحنة الثّقفي، لسان الحكم، ص218؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، ص277؛ شيخي زادة، مجمع الأبحر، ج2، ص157؛ ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج4، ص132؛ إمام الحرمين الجويني، نهاية المطلب، ج18، ص458؛ الغزالي، الوسيط في المذهب، ج7، ص251.

(417) ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص188 وما بعدها؛ وينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص223؛ ابن الشّحنة الثّقفي، لسان الحكم، ص218؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، ص277؛ شيخي زادة، مجمع الأبحر، ج2، ص157؛ ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج4، ص132؛ إمام الحرمين الجويني، نهاية المطلب، ج18، ص458؛ الغزالي، الوسيط في المذهب، ج7، ص251.

(418) الهداية، ج3، ص108؛ وينظر: شيخي زاده، مجمع الأبحر، ج2، ص173؛ النسفي، كنز الدقائق، ص465؛ القراني، الذخيرة، ج10، ص38؛ النووي، روضة الطالبين، ج11، ص122؛ زكريا الأنصاري، منهج الطلاب، ج1، ص182.

(419) ينظر: علي حيدر، درر الحكم شرح مجلة الأحكام، ج4، ص10، ص63؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج4، ص188.

(420) النساء، 4/35.

(421) البيهقي، السنن الكبرى، ج5، ص439، برقم (10424)؛ الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج4، ص10، برقم (5507)؛ ينظر: علي حيدر، درر الحكم شرح مجلة الأحكام، ج1، ص290.

الصُّلْح، وَبِمَا أَنَّهُ لَيْسَ لَهُمَا وِلَايَةٌ عَلَى دِمَائِهِمَا فَلَيْسَ لَهُمَا إِبَاحَةٌ دِمَائِهِمَا، كَذَلِكَ لَا يَجُوزُ التَّحْكِيمُ عَلَى الْقَوْلِ الصَّحِيحِ فِي الْقِصَاصِ لِأَنَّهُ وَإِنْ يَكُنْ أَنَّ الْعَالِبَ فِي الْقِصَاصِ هُوَ حَقُّ الْعَبْدِ إِلَّا أَنْ فِيهِ حَقًّا لِلَّهِ أَيْضًا، وَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِي حَدِّ الْقَذْفِ عَلَى الْقَوْلِ الْمُخْتَارِ، مَثَلًا لَوْ تَصَالَحَ الطَّرَفَانِ عَلَى لُزُومِ الْحَدِّ أَوْ الْقِصَاصِ فَلَا اعْتِبَارَ لِهَذَا الصُّلْحِ كَمَا أَنَّهُ لَوْ حَكَّمَ الطَّرَفَانِ أَحَدًا لِفَصْلِ دَعْوَى الْقِصَاصِ وَحَكَّمَ الْمُحَكَّمُ عَلَى أَحَدِهِمَا بِالْقِصَاصِ فَحُكْمُهُ غَيْرُ صَحِيحٍ<sup>(422)</sup>، ولهذا جاءت قاعدة "لا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص"<sup>(423)</sup> كضابط لهذا الباب.



---

(422) ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، ص234؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص631.

(423) أبو الحسين القدوري: أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، تحقيق: كامل محمد عويضة، دار

الكتب العلمية، بيروت 1997م، ص226؛ المرغيناني، الهداية، ج3، ص108؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج7، ص27.

## المبحث الخامس: شروط التحكيم وشمولته وقوة حكمه

بعد بيان القضاء وصفته، وصفة القاضي، دعت الحاجة إلى بيان دور المحكم في حل الخصومات، لكونه معتبرا شرعا وعرفا، ولهذا وجب أن تكون هناك شروط يجب توافرها في المحكم، مع بيان شمولية حكمه وقوته.

وقد بينت المجلة تعريف التحكيم، حيث جاءت المادة "1790" ونصها: "التَّحْكِيمُ هُوَ عِبَارَةٌ عَنْ اتِّخَاذِ الْخَصْمَيْنِ آخَرَ حَاكِمًا بِرِضَاهُمَا؛ لِفَصْلِ خُصُومَتَيْهِمَا وَدَعْوَاهُمَا وَيُقَالُ لِذَلِكَ حَكْمٌ بِفَتْحَتَيْنِ وَمُحَكَّمٌ بِضَمِّ الْمِيمِ وَفَتْحِ الْحَاءِ وَتَشْدِيدِ الْكَافِ الْمَفْتُوحَةِ"<sup>(424)</sup>.

فالتَّحْكِيمُ لُغَةً: "تَفْوِيضُ الْحُكْمِ لِشَخْصٍ"، وَشَرَعًا: "هُوَ عِبَارَةٌ عَنْ اتِّخَاذِ الْخَصْمَيْنِ أَيِ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَاحِدًا أَهْلًا لِلْحُكْمِ حَاكِمًا بِرِضَاهُمَا لِفَصْلِ خُصُومَتَيْهِمَا وَدَعْوَاهُمَا"<sup>(425)</sup>.  
وَحُكْمُ الْمُحَكَّمِ أَدْنَى مِنْ حُكْمِ الْقَاضِي، فَإِذَا كَانَ حُكْمُ الْمُحَكَّمِ مُخَالِفًا لِمَذْهَبِ الْقَاضِي فَيُنْبِطُهُ الْقَاضِي بِعَكْسِ حُكْمِ الْقَاضِي، فَإِنَّهُ إِذَا عُرِضَ عَلَى قَاضٍ آخَرَ فَعَلَى الْقَاضِي الْآخَرَ تَنْفِيذُهُ كَمَا ذُكِرَ فِي شَرْحِ الْمَادَّةِ "1838"، فَحُكْمُ الْمُحَكَّمِ يَحْصُلُ بَعْدَ رِضَا الْخَصْمَيْنِ بِتَعِينِهِ حَكْمًا، أَمَّا حُكْمُ الْقَاضِي فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ رِضَاءُ الْخَصْمَيْنِ لِأَنَّهُ نَصَبَ قَاضِيًا مِنْ قَبْلِ السُّلْطَانِ، لَيْسَ مِنْ قَبْلِهِمَا<sup>(426)</sup>.

والعمل بالتحكيم لا زال قائم بين الناس وهو شائع في حل الخصومات، وقد أوصى المجلس الأوربي للإفتاء المسلمين في أوربا باللجوء إلى التحكيم في حل الخصومات وفض المنازعات، وذلك في قراره 32 (9/1)<sup>(427)</sup>، وألحق بقرار برقم 43(11/4)، حيث جاءت مواد التحكيم التي كتبها المجلس قريبة من مواد المجلة...!! مما يعطي مؤشرا هام على أن تخريج الفتوى في الدولة العثمانية والمؤسسات

(424) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص524؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص189.

(425) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص524.

(426) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص630 وما بعدها؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص189، ونص المادة "1838" "إِذَا ادَّعَى الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ بِأَنَّ الْحُكْمَ الَّذِي صَدَرَ فِي حَقِّ الدَّعْوَى لَيْسَ مُوَافِقًا لِأَصُولِهِ الْمَشْرُوعَةِ وَبَيَّنَّ جِهَةَ عَدَمِ مُوَافَقَتِهِ وَطَلَبَ اسْتِيفَانَ الدَّعْوَى يُحَقِّقُ الْحُكْمَ الْمَذْكُورَ فَإِنْ كَانَ مُوَافِقًا لِأَصُولِهِ الْمَشْرُوعَةِ يُصَدَّقُ وَإِلَّا يُسْتَأْنَفُ".

(427) ينظر قرارات الدورة التاسعة في باريس - فرنسا، 2-7 جمادى الآخرة 1423هـ، الموافق لـ 13-17 يوليو 2002م: عبد الله بن يوسف الجديع، القرارات والفتاوى الصادرة عن المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، ص81 وما بعدها، حيث جاء القرار مكون من ست نقاط جاءت الأولى والسادسة توصيات والخامسة جاءت لوضع لأحة في ذلك، والثانية والثالثة والرابعة أجزات، واستكمل في قرارات استوكهولم - السويد ص10، وينظر اللائحة: ص327-336.

التي تشرف على "الفتوى خانه" يندر وجود مجمع فقهي يصل إلى ما وصلت إليه الدولة العثمانية من سبق وتأصيل وتقنين، وأرشيف الفتوى يشهد بذلك.

### المطلب الأول: شروط التحكيم وشموله

أركان التحكيم هي نفسها أركان القضاء، ولهذا كان التحكيم مثل القضاء فما يلزم في القضاء يلزم فيه، فيلزم علمه بالمسألة التي يريد التحكيم فيها<sup>(428)</sup>،

هناك شروط يجب أن تتحقق في المحكمين أنفسهم، كما أن هناك شروط يجب أن تتحقق في الحكم وطبيعته، وذلك كما يلي<sup>(429)</sup>:

أولاً: أَنْ يَكُونَ الطَّرَفَانِ أَيُّ الْمُحَكَّمَانِ عَاقِلَيْنِ، فَلَا يَجُوزُ تَحْكِيمُ الصَّبِيِّ أَوْ الْمَجْنُونِ.  
ثانياً: أَنْ يَكُونَ الْحَكْمُ أَهْلًا لِلشَّهَادَةِ، كَمَا هُوَ مَشْرُوطٌ فِي الْقَاضِي، وَقَدْ بَيَّنَّتِ الْمَادَّةُ "1794" ذلك، ونصها: "يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي مُفْتَدِرًا عَلَى التَّمْيِيزِ النَّامِ بِنَاءً عَلَيْهِ لَا يَجُوزُ قَضَاءُ الصَّغِيرِ وَالْمَعْتُوهِ، وَالْأَعْمَى وَالْأَصَمَّ الَّذِي لَا يَسْمَعُ صَوْتِ الطَّرَفَيْنِ الْقَوِيِّ"، لِأَنَّ الْحَكْمَ هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْقَاضِي الْمُؤَلَّى مِنْ طَرَفِ السُّلْطَانِ لِلْحُكْمِ بَيْنَ الطَّرَفَيْنِ، فَلِذَلِكَ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ الْمُحَكَّمُ حَائِزًا لِلشَّرُوطِ الْمَشْرُوطِ وَجُودِهَا فِي الْقَاضِي؛ فَكَمَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الصَّبِيُّ وَالْعَبْدُ وَالْأَعْمَى وَالْمَخْدُودُ فِي الْقُدْفِ قُضَاءً، لَا يَجُوزُ أَيْضًا أَنْ يَكُونَ هُوَ لَاءِ مُحَكَّمِينَ.

ثالثاً: أَنْ يَكُونَ الْحَكْمُ مُعَيَّنًا، فَلِذَلِكَ لَوْ قَالَ الطَّرَفَانِ إِنَّنَا حَكَمْنَا الشَّخْصَ الَّذِي يُصَادِفُنَا أَوَّلًا فِي الطَّرِيقِ أَوْ أَوَّلَ مَنْ يَدْخُلُ الْمَسْجِدَ، فَلَا يَصِحُّ التَّحْكِيمُ، وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْمُحَكَّمُ شَخْصًا يَعْرِفُهُ الطَّرَفَانِ أَوْ مِنْ مَعَارِفِهِمَا، فَلَوْ عَيَّنَ الْمُتَخَاصِمَانِ شَخْصًا لَا يَعْرِفَانِهِ حَكْمًا فَهُوَ جَائِزٌ.

رابعاً: أَنْ لَا يُعْلَقَ التَّحْكِيمُ عَلَى شَرْطٍ أَوْ يُضَافَ إِلَى وَقْتٍ عَلَى قَوْلٍ وَهُوَ الْقَوْلُ الْمُفْتَى بِهِ، فَلِذَلِكَ لَوْ حَكَمَ الْمُتَخَاصِمَانِ أَحَدًا بِقَوْلِهِمَا إِذَا جَاءَ الشَّهْرُ الْفُلَانِيُّ فَاحْكُمْ بَيْنَنَا أَوْ إِذَا جَاءَ الْعَدُوُّ فَاحْكُمْ بَيْنَنَا فَلَا يَصِحُّ<sup>(430)</sup>، ويؤيد هذا قاعدة: "المُعْلَقُ بِالشَّرْطِ يَجِبُ ثَبُوتُهُ عِنْدَ ثَبُوتِ الشَّرْطِ"، يَعْنِي أَنَّ الشَّيْءَ الْمُعْلَقَ

(428) ينظر: زكريا الانصاري، أسنى المطالب، ج4، 288.

(429) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص631؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص189؛ وينظر أيضاً: ابن عابدين، رد المختار، ج5، ص354؛ بن عليش المالكي، منح الجليل، ج8، ص255؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج16، ص325.

(430) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص631 وما بعدها؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص189.

عَلَى شَرْطٍ يَكُونُ مَعْدُومًا قَبْلَ ثُبُوتِ الشَّرْطِ الَّذِي غُلِقَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ الشَّيْءُ قَبْلَ وُجُودِ الشَّرْطِ لَأَسْتَوْجِبَ ذَلِكَ وُجُودَ الْمَشْرُوطِ بِدُونِ الشَّرْطِ وَذَلِكَ مُحَالٌ<sup>(431)</sup>، ومثلها: "المُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ يَصِيرُ كَالْمُنْجَزِ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ"<sup>(432)</sup>، و"المعلق بالشرط لا يسبق الشرط، وإلا يلزم وجود المشروط"<sup>(433)</sup>.

شمول حكم الحَكَم:

أَنْ حُكِمَ الحَكَمَ نَافِذَ عَلى الخَصْمِينَ اللَّذِينَ حُكِمَ، لِأَنَّ حُكْمَهُ صَادِرٌ مِنْ وَلايَتِهِ الشَّرْعِيَّةِ عَلَيْهِمَا بِالِاتِّفَاقِ الَّذِي وَقَعَ عَلى تَحْكِيمِهِ، فَكَمَا أَنَّ الْقَاضِيَ لَا تَبْطُلُ أَحْكَامُهُ إِذَا عَزَلَ بَلْ تَبْقَى نَافِذَةً عَلى الخَصْمِينَ، فَكَذَلِكَ حُكْمُ الحَكَمِ يَبْقَى نَافِذًا بَعْدَ إِصْدَارِهِ الْحُكْمِ وَانْتِهَاءِ تَحْكِيمِهِ.

وَلَا يَسْرِي حُكْمُ الحَكَمِ عَلى غَيْرِ مِنْ حُكْمَاهُ، فَلَا يَسْرِي حُكْمُهُ بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ، مَا لَمْ يَرْتَبِطْ كَمَهُ بِإِقْرَارِ الطَّرَفَيْنِ، وَكَذَلِكَ لَوْ نَصَبَ أَحَدَ الْوَرِثَةِ وَالِدَانِ لِلْمُتَوَفِي حُكْمًا بَيْنَهُمَا، فَلَا يَسْرِي حُكْمُهُ عَلى سَائِرِ الْوَرِثَةِ، وَإِنْ أَسْنَدَ حُكْمَهُ إِلَى الْبَيْتَةِ، وَلَا يَسْرِي حُكْمُهُ عَلى الخَصْمِينَ إِلَّا فِي حُدُودِ مَا حُكِمَ فِيهِ، فَلَوْ تَجَاوَزَ فِي حُكْمِهِ إِلَى غَيْرِ مَا حُكِمَ فِيهِ مِنَ الْقَضِيَّةِ الَّتِي وَقَعَ الْخِلَافُ فِيهَا، لَا يَنْفِذُ حُكْمَهُ عَلَيْهِمَا بِمَا زَادَ وَتَعْدَى إِلَى غَيْرِهَا مِنَ الْقَضَايَا<sup>(434)</sup>.

جَاءَ فِي الْمَادَّةِ "1842" مَا نَصَهُ: "لَا يَجُوزُ وَلَا يَنْفِذُ حُكْمُ الْمُحَكَّمِ إِلَّا فِي حَقِّ الخَصْمَيْنِ اللَّذَيْنِ حُكِّمَاهُ، وَفِي الخُصُوصِ الَّذِي حُكِّمَاهُ بِهِ فَقَطْ، وَلَا يَتَجَاوَزُ إِلَى غَيْرِهِمَا وَلَا يَشْمَلُ خُصُوصِيَّاتِهِمَا الأُخْرَى"، وَفِي هَذِهِ الْمَادَّةِ ثَلَاثَةُ أَحْكَامٍ:

الْحُكْمُ الأَوَّلُ: نُفُوذُ الحُكْمِ فِي حَقِّ الخَصْمَيْنِ الْمُحَكَّمَيْنِ لِأَنَّ حُكْمَ الْمُحَكَّمِ هَذَا قَدْ صَدَرَ عَلَيْهِمَا بِوِلايَةِ شَرْعِيَّةٍ، فَلَوْ عَزَلَ قَاضٍ بَعْدَ قَضَائِهِ فَلَا يَبْطُلُ قَضَائِهِ، فَكَذَلِكَ لَا يَبْطُلُ حُكْمُ الْمُحَكَّمِ أَيْضًا؛ وَكَذَلِكَ يَثْبُتُ صِلْحُ الْمُحَكَّمِ لِكُونَ الصِّلْحِ جِزْءًا مِنَ التَّحْكِيمِ الَّذِي لَا يَكُونُ بَرِضًا الطَّرَفَيْنِ فَلَيْسَ لِلطَّرَفَيْنِ بَعْدَ

---

وَنَصَ الْمَادَّةُ (1794): (يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي مُقْتَدِرًا عَلَى التَّمْيِيزِ النَّامِ بِنَاءً عَلَيْهِ لَا يَجُوزُ قَضَاءُ الصَّغِيرِ وَالْمَعْتُوهِ، وَالْأَعْمَى وَالْأَصَمِّ الَّذِي لَا يَسْمَعُ صَوْتِ الطَّرَفَيْنِ الْقَوِيَّ)، وَالْمَادَّةُ (82): (المُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ يَجِبُ ثُبُوتُهُ وَيَكُونُ مَعْدُومًا قَبْلَ ثُبُوتِ شَرْطِهِ)، وَالْمَادَّةُ (1838): (إِذَا ادَّعَى الْمُحَكَّمُ عَلَيْهِ أَنَّ الحُكْمَ الَّذِي صَدَرَ فِي حَقِّ الدَّعْوَى لَيْسَ مُوَافِقًا لِأُصُولِهِ الْمَشْرُوعَةِ وَبَيَّنَّ جِهَةً عَدَمَ مُوَافَقَتِهِ وَطَلَبَ اسْتِثْنَاءَ الدَّعْوَى يُجَوِّدُ الحُكْمَ الْمَذْكُورَ فَإِنْ كَانَ مُوَافِقًا لِأُصُولِهِ الْمَشْرُوعَةِ يُصَدِّقُ وَإِلَّا يُسْتَأْنَفُ)،

(431) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص75،

(432) السرخسي، المبسوط، ج6، ص82؛ الكاساني، بدائع الشرائع، ج3، ص133؛ برهان الدين البخاري، المحيط البرهان، ج3، ص272،

(433) العيني، البناية، ج10، ص447،

(434) ينظر حول ماسبق: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص189 وما بعدها.

صُلِحَها بِالْتَّرَاضِي وَتَمَامِ الصُّلْحِ بَيْنَهُمَا الرُّجُوعُ عَنِ الصُّلْحِ، هَذَا مَا جَاءَ فِي الْمَادَّةِ "1556" وَنَصَهَا:  
"إِذَا تَمَّ الصُّلْحُ فَلَيْسَ لَوَاحِدٍ مِنَ الطَّرْفَيْنِ فَقَطُّ الرُّجُوعُ عَنْهُ وَيَمْلِكُ الْمُدَّعِي بِالصُّلْحِ بَدْلَهُ، وَلَا يَبْقَى لَهُ حَقٌّ  
فِي الدَّعْوَى، وَلَيْسَ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَيْضًا اسْتِرْدَادُ بَدْلِ الصُّلْحِ مِنْهُ"<sup>(435)</sup>.

ولهذا فَلَيْسَ لَهُمَا الرُّجُوعُ عَنْ حُكْمِ الْمُحَكَّمِ بِطَرِيقِ الْأُولَى، إِلَّا أَنْ نَفَّذَ الْحُكْمَ مَشْرُوطٌ بِمُوَافَقَةِ  
الْحُكْمِ الْمَذْكُورِ لِلشَّرْعِ الشَّرِيفِ، وَيَجِبُ أَنْ تَكُونَ أَسْبَابُ الْحُكْمِ الْمَذْكُورِ، كَأَسْبَابِ حُكْمِ الْقَاضِي مَبْنِيًّا عَلَى  
الْبَيِّنَةِ أَوْ الْإِقْرَارِ أَوْ الْيَمِينِ أَوْ التُّكُولِ عَنِ الْيَمِينِ<sup>(436)</sup>.

الْحُكْمُ الثَّانِي: هُوَ أَنْ حُكْمَ الْمُحَكَّمِ لَا يَسْرِي عَلَى غَيْرِ الْخَصْمَيْنِ، وَيُسْتَفَادُ هَذَا الْحُكْمُ مِنَ اللَّفْظِ  
فَقَطُّ، وَسَبَبِ عَدَمِ سَرِيانِ الْحُكْمِ عَلَى غَيْرِ الْخَصْمَيْنِ بِسَبَبِ أَنَّ الْمُحَكَّمِ لَيْسَ لَهُ وَلَايَةٌ عَلَى غَيْرِ الْخَصْمَيْنِ،  
فَصَلَابِيَّةُ الْمُحَكَّمِ لِإِمضاءِ الْحُكْمِ وَنفاذه، إِنَّمَا حَصَلَتْ بِاصْطِلَاحٍ وَاتِّفَاقِ الْخَصْمَيْنِ فَقَطُّ؛ فَالْخَصْمَانِ لَيْسَ  
لَهُمَا وَلَايَةٌ عَلَى غَيْرِ أَنْفُسِهِمَا، أَمَّا صَلَابِيَّةُ الْقَاضِي لِلْحُكْمِ فَهِيَ مَمْنُوحَةٌ مِنْ قِبَلِ السُّلْطَانِ الَّذِي لَهُ الْوَلَايَةُ  
الْعَامَّةُ عَلَى كَافَّةِ النَّاسِ، بِخِلَافَةِ الْمُحَكَّمِ الَّذِي لَهُ وَلَايَةٌ خَاصَّةٌ<sup>(437)</sup>.

الْحُكْمُ الثَّلَاثُ: لَا يَشْمَلُ حُكْمُ الْمُحَكَّمِ خُصُوصِيَّاتِهِمَا الْأُخْرَى، لِأَنَّ نُفُوذَ حُكْمِ الْمُحَكَّمِ فِي  
الْخُصُوصِ الَّذِي حَكَّمَاهُ بِهِ هُوَ، لِأَنَّ لِلْحُكْمِ وَلَايَةً شَرْعِيَّةً عَلَى الْمُتَخَصِّصَيْنِ فِي ذَلِكَ الْخُصُوصِ، فَيَكُونُ  
حُكْمُهُ فِي الْخُصُوصَاتِ، الَّتِي لَيْسَ لَهُ وَلَايَةٌ شَرْعِيَّةٌ فِيهَا حُكْمًا فُضُولِيًّا.

ويلاحظ مما سبق: أن اعتبار حكم الحكم ونفاذه مشروط بأن يجيء موافقاً لأحكام القانون، وأن  
يبنى على الأسباب القانونية من الإقرار والبيينة واليمين والنكول عنها، كحكم القاضي؛ فإذا جاء حكم  
الحكم على خلاف ذلك فلا عبرة به ولا نفاذ له "

ثم الحكم يجوز أن يكون واحداً ويجوز أن يكون متعدداً، كما هو الأمر في القاضي؛ فيجوز أن  
يتفق الخصمان على تحكيم زيد وخالد في دعواهما، كما يجوز أن ينصب أحد الخصمين زيدا وأن  
ينصب الخصم الثاني خالداً ليحكما بينهما، جاء في المادَّة "1843" ما نصه: "يَجُوزُ تَعَدُّدُ الْمُحَكَّمِ يَعْنِي

(435) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص632، ج4، ص50؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص190،

(436) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص632، ج4، ص632؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص190،

(437) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص632 وما بعدها؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص190،

يَجُوزُ نَصْبُ حَكَمَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ لِخُصُوصٍ وَاحِدٍ وَيَجُوزُ أَنْ يَنْصِبَ كُلُّ مَنْ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ حَكْمًا"،  
غير أنه في صورة التعدد لا يعتبر الحكم إلا إذا كان قد صدر باتفاق المحكمين، وهذا ما بينته المادّة  
"1844" ونصها: "إِذَا تَعَدَّدَ الْمُحَكَّمُونَ عَلَى مَا ذُكِرَ آنفًا يَلْزَمُ اتِّفَاقُ رَأْيِ كُلِّهِمْ، وَلَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنْ  
يَحْكُمَ وَحْدَهُ"، اللهم إلا إذا كان الخصمان فوضاهم الحكم بأكثرية الآراء<sup>(438)</sup>.

وللحكام أن يُحكم شخصاً آخر، إذا كان الخصمان قد أدناه بذلك، ومثل هذا التوكيل صحيح،  
ولكن لو حكم المحكم حكماً بلا إذن من الخصمين، ثم أجاز الخصمان ذلك صح تحكيمه، لأن الوكالة  
اللاحقة بحكم الوكالة السابقة، وتؤيد ذلك المادّة "1845"، وفيها: "إِذَا كَانَ الْمُحَكَّمُونَ مَأْدُونِينَ بِالتَّحْكِيمِ  
فَلَهُمْ تَحْكِيمٌ آخَرَ وَإِلَّا فَلَا"<sup>(439)</sup>، ويؤيدها أيضاً قواعد منها: "مُتَّصِرَفٌ بِحُكْمِ الإِذْنِ فَيَمْلِكُ بِقَدْرِ مَا أُذِنَ  
لَهُ"<sup>(440)</sup>، لكونه وكيلاً ولهذا جاءت قاعدة: "الْوَكِيلُ مُتَّصِرَفٌ بِحُكْمِ الأَمْرِ"، و"الْوَكِيلُ مُتَّصِرَفٌ بِطَرِيقِ  
النِّيَابَةِ عَنِ الْمُوَكَّلِ، وَتَصَرَّفُ النَّائِبِ تَصَرَّفُ الْمُنُوبِ عَنْهُ"<sup>(441)</sup>.

وكما أن القضاء يتقيد بالزمان على ما مر بيانه، فكذلك التحكيم يتقيد به، فلو قيد الخصمان حكماً  
على أن يحكم بينهما لمدة شهر مثلاً، فإذا انقضى الشهر انعزل الحكم، فلا عبرة بحكمه بعد تلك المدة،  
جاء في المادّة "1846": "إِذَا تَقَيَّدَ التَّحْكِيمُ بِوَقْتٍ يَزُولُ بِمُرُورِ الوَقْتِ، مَثَلًا الحُكْمُ الْمَنْصُوبُ عَلَى أَنْ  
يَحْكُمَ مِنَ اليَوْمِ الْفُلَانِي إِلَى شَهْرٍ، لَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْكُمَ بَعْدَ مُرُورِ ذَلِكَ الشَّهْرِ، فَإِذَا حَكَمَ فَلَا يَنْفَعُ حُكْمُهُ"<sup>(442)</sup>.

ويلاحظ أن عقد التحكيم غير لازم، فلكل من الخصمين أن يعزل الحكم قبل إصداره الحكم، فلا  
عبرة بحكمه بعد ذلك، ولو شرط عدم انفراد أحد الخصمين بعزله، فالشرط لغو، فله أن يعزله قبل  
صدور حكمه، لأن المحكم مقلدٌ من جانب الخصمين، فكما أن القاضي الذي قلده الملك الحكم يجوز له  
عزله قبل الحكم، فكذلك الحكم يجوز لمن قلده أن يعزله قبل الحكم، وأما بعد صدور الحكم فالتحكيم

(438) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص633، 634؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص190.

(439) علي حيدر، درر الحكام، ج4، ص634؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص191.

(440) منلا خسرو، درر الحكم شرح غرر الأحكام، ج1، ص139.

(441) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص296، ج6، ص33،

(442) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص634؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص191.



ينتهي من نفسه، والحكم يبقى نافذاً على الخصمين، فلا يؤثر العزل في الحكم الذي سبق أن صدر كما لا يؤثر عزل الملك القاضي في الأحكام التي أصدرها قبل العزل<sup>(443)</sup>.

ويلاحظ أن القاضي الذي نصبه الملك إذا عرض عليه التحكيم الواقع فأجازه، فليس للخصمين ولا لأحدهما بعد ذلك عزل الحكم، لأنه أصبح بإجازة القاضي مستخلفاً ونائباً عنه في القضية التي حكمه الخصمان فيها، ويؤيد هذه المسألة المادة "1847"، وفيها: "لِكُلِّ مِنَ الطَّرَفَيْنِ عَزْلُ الْمُحَكَّمِ قَبْلَ الْحُكْمِ، وَلَكِنْ إِذَا حَكَّمَهُ الطَّرَفَانِ وَأَجَازَهُ الْقَاضِي الْمُنْصُوبُ مِنْ قِبَلِ السُّلْطَانِ الْمَأْدُونِ بِنَصْبِ النَّائِبِ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ نَائِبِ هَذَا الْقَاضِي حَيْثُ قَدْ اسْتَخْلَفَهُ"، وليس للخصمين سلطة عزل نائب القاضي، وينبغي أن يختص هذا بالقاضي المأدون بالإنابة، وهل لهذا القاضي أن يعزله؟ الظاهر له ذلك، خصوصاً إذا كان مأدوناً بالإنابة والعزل<sup>(444)</sup>، وللمحكم أن يعزل نفسه كالوكيل، فالمحكم ينعزل بالوجوه التالية<sup>(445)</sup>:

- أ- عزل الطرفين أو أحدهما إياه .
- ب- انتهاء التحكيم بإعطاء الحكم.
- ت- سقوطه من أهلية الشهادة"،
- ث- عزله نفسه من التحكيم.

#### المطلب الثاني: قوة حكم المحكم

حكم المحكم مثل حكم القاضي قوة، فهو لازم على الخصمين في حدود ما حكمه فيه، فليس لأحد الخصمين أن يمتنع عن قبوله إذا كان موافقاً للقانون، لأنه ليس بأقل من الصلح معنى، والصلح لازم، فكذا حكم المحكم، جاء في المادة "1848" ما نصه: "كَمَا أَنَّ حُكْمَ الْقَضَاةِ لَازِمٌ لِلْإِجْرَاءِ فِي حَقِّ جَمِيعِ الْأَهْلِيِّ الَّذِينَ فِي دَاخِلِ قَضَائِهِمْ كَذَلِكَ حُكْمُ الْمُحَكَّمِينَ لَازِمٌ لِلْإِجْرَاءِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ فِي حَقِّ مَنْ حَكَّمَهُمْ وَفِي الْخُصُوصِ الَّذِي حَكَّمُوا بِهِ، فَلِذَلِكَ لَيْسَ لِأَيِّ وَاحِدٍ مِنَ الطَّرَفَيْنِ الْإِمْتِنَاعُ عَنْ قَبُولِ حُكْمِ الْمُحَكَّمِينَ بَعْدَ حُكْمِ الْمُحَكَّمِينَ حُكْمًا مُوَافِقًا لِأَصُولِهِ الْمَشْرُوعَةِ"<sup>(446)</sup>، وإذا عرض هذا الحكم على القاضي، وكان موافقاً للقانون، قبله القاضي وصدقه، وفائدة هذا التصديق، أنه يصبح قابلاً للتنفيذ في

(443) منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص191 وما بعدها.

(444) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص634؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص192.

(445) منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص192 وما بعدها.

(446) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص636؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص193.

مؤسسات تنفيذ الحكم الصادر من الجهة المختصة، حيث نصت المادّة "1849" على: "إذا عُرضَ حُكْمُ الْمُحَكَّمِ عَلَى الْقَاضِي الْمُنصُوبِ مِنْ قِبَلِ السُّلْطَانِ، فَإِذَا كَانَ مُوَافِقًا لِلْأُصُولِ صَدَقَهُ، وَإِلَّا نَقَضَهُ"<sup>(447)</sup>.

وللمحكّمين أن يسلكا طريق الصلح، إذا اختار أحد الخصمين أحدهما وأذنه بالمصالحة، واختار الثاني ثانيهما، وأذنه بالمصالحة، وإذا سلكا طريق الصلح وفقاً لما جاء في كتاب الصلح<sup>(448)</sup>، كان الصلح الواقع لازماً على الخصمين، فليس لأحدهما الامتناع عن قبوله، لأن الصلح وقع بين وكيليهما، وتصرف الوكيل كتصرف الموكل، والصلح من التصرفات اللازمة، ونصت المادّة "1850" على أن: "إذا أذِنَ الطَّرَفَانِ الْمُحَكَّمَيْنِ اللَّذَيْنِ أَذِنَاهُمَا فِي الْحُكْمِ تَوْفِيقًا لِأُصُولِهِ الْمَشْرُوعَةِ بِتَسْوِيَةِ الْأَمْرِ صَلْحًا إِذَا نَسَبًا ذَلِكَ، فَتَعْتَبَرُ تَسْوِيَةُ الْمُحَكَّمَيْنِ الْخِلَافَ صَلْحًا، وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا وَكَّلَ أَحَدُ الطَّرَفَيْنِ أَحَدَ الْمُحَكَّمَيْنِ، وَالْآخَرَ الْمُحَكَّمِ الْآخَرَ بِإِجْرَاءِ الصُّلْحِ أَيْضًا عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ فِي الْخُصُوصِ الَّذِي تَنَازَعَا فِيهِ، وَتَصَالَحَا تَوْفِيقًا لِلْمَسَائِلِ الْمُنْدَرِجَةِ فِي كِتَابِ الصُّلْحِ، فَلَيْسَ لِأَحَدِ الطَّرَفَيْنِ أَنْ يَمْتَنِعَ عَنْ قَبُولِ هَذَا الصُّلْحِ وَالتَّسْوِيَةِ"<sup>(449)</sup>.

#### الحكم الفضولي:

يجوز أن يكون الحكم فضولياً، فمن نصب نفسه حكماً لحسم قضية بين خصمين، وقضى بها على الوجه القانوني ثم رضي الطرفان بذلك وأجازا حكمه، كان الفضولي حكماً صحيحاً، ولزم حكمه الطرفين، وجاءت المادّة "1851" تنص على أن: "إِذَا فَصَلَ أَحَدُ الدَّعْوَى الْوَأِغَةَ بَيْنَ شَخْصَيْنِ بِدُونِ أَنْ يُحَكَّمَ فِي ذَلِكَ، وَرَضِيَ الطَّرَفَانِ بِذَلِكَ، وَأَجَازَا حُكْمَهُ، يَنْفَعُ حُكْمُهُ"<sup>(450)</sup>، فيتوقف على الإقرار<sup>(451)</sup>، ويؤيد هذا قاعدة وهي: "تَصَرَّفَ الْفُضُولِيُّ إِنَّمَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْإِجَازَةِ"<sup>(452)</sup>.

(447) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص636.

(448) كتاب الصلح، ج4، ص3-70.

(449) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص637؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص194.

(450) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص638؛ منير القاضي، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص194.

(451) وذلك إذا أجازاه القاضي"، ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، ص282، ج7، ص6؛ علا الدين الحمصفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ص470.

(452) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص137؛ يقول ابن نجيم: "الأصل في تصرف الفضولي أن كل تصرف جعل شرعاً سبباً للحكم إذا وجد من غير ولاية شرعية لم يستعقب حكمه، ويتوقف إن كان بما يصح تعليقه جعل معلّفاً، وإلا احتجنا أن نجعله سبباً للحال متأخراً حكمه إن أمكن فالبيع ليس بما يتعلّق فيجعل سبباً في الحال فإذا زال المانع من ثبوت حكم الإجازة ظهر أثره من وقت وجوده، ولذا ملك الزوائد، وأمّا التفويض فأحتلّ التعلّق فجعلنا الموجود من الفضولي متعلّفاً بالإجازة فعندما يثبت التفويض للحال لا مستنبداً فلا يثبت حكمه إلا من وقت الإجازة"، وهذا النص مقيداً مبيناً لتصرفات الفضولي، وما يلحق بها"، ابن نجيم، البرج الرائق، ج6، ص165.

## المبحث السادس: القواعد الكلية التي ذكرتها المجلة وأثرها في نظام القضاء

هذا المبحث جاء لرصد القواعد الكلية التي جاءت في مقدمة المجلة، وكيف اثرت في نظام القضاء، فهو بمثابة خلاصة يمكن أن نحدد فيها أثر هذه القواعد في تكوين النظام القضائي، وما تعلق به من مباحث مهمة عاملة في تكوينه وتنظيمه، وذلك من خلال مطلبين، تعلقى الاول منهما بالأشخاص الذين يقوم عليهم نظام القضاء، وتعلق الثاني بالمادة التي يحررها القضاء في الحكم.

ومن المعروف أن أركان القضاء سِتَّة: الْحُكْمُ، وَالْمَحْكُومُ بِهِ، وَالْمَحْكُومُ لَهُ، وَالْمَحْكُومُ عَلَيْهِ، وَالْقَاضِي، وَالطَّرِيقَةُ<sup>(453)</sup>، والقواعد الفقهية (99 مادة) التي في مقدمة المجلة، تدخل من حيث العموم في اغلب أركان القضاء، أما بطريق الأصالة أو بطريقة تبعية، كما أن القواعد الكبرى تدخل في عموما القضاء وهذا ما سيظهر في الباب الثاني.

### المطلب الأول: أثر القواعد الفقهية في المَحْكُومُ لَهُ، وَالْمَحْكُومُ عَلَيْهِ، وَالْقَاضِي

فَالْمَحْكُومُ لَهُ، هو: المدعي؛ وَالْمَحْكُومُ عَلَيْهِ، هو: المدعى عليه؛ وَالْقَاضِي وقد يأتي بلفظ الحاكم، وهذا الأركان الثلاثة تمثل أشخاص القضية، ويمكن بيان أثر القواعد الفقهية في كتاب القضاء، وكما يلي<sup>(454)</sup>:

أولاً: الْمَحْكُومُ لَهُ (المدعي): وهو صاحب الدعوى باثبت مصلحة له، أو دفع مفسدة عنه، والقواعد الفقهية التي تعلقت في تحرير أمره عديدة منها:

1. الْمَادَّةُ "12": "الأصلُ في الكَلَامِ الْحَقِيقَةُ"، وهذا القاعدة متعلقة بالمدعي أولاً من حيث

كلامه في إثبات دعواه، وبالمدعى عليه من حيث رد الدعوى أو الإقرار، ولهذا وجب

ضبط الألفاظ، ويظهر أثرها في نص الدعوى، وفي إقرار أو رد الدعوى<sup>(455)</sup>.

---

(453) ابن عابدين، رد المختار، ج5، ص352 وما بعدها؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص519-524؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص165.

(454) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، قسم القواعد، ج4، كتاب القضاء؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، قسم القواعد مع وجود فرق بالترقيم برقم مع ترقيم علي حيدر، 4.

(455) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص24؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص69.

2. الْمَادَّةُ "13": "لَا عِبْرَةَ لِلدَّلَالَةِ فِي مُقَابَلَةِ التَّصْرِيحِ"، وذلك لأن الدلالة يتطرق إليها الظن مثل الظاهر والنص، ولكن التصريح لا يكون إلا مفسراً، وهذا يلزم في ألفاظ المدعي والمدعى عليه<sup>(456)</sup>.

3. الْمَادَّةُ "49": "مَنْ مَلَكَ شَيْئًا مَلَكَ مَا هُوَ مِنْ ضُرُورَاتِهِ"، ولهذا وجب على المدعي أن يثبت الحياز لما يدعيه، ويجب على القاضي في طريقة تحرير الحكم أن يري طريقة إثبات الملكية للمدعي الملكية؛ وتضبطها الْمَادَّةُ "50": "إِذَا سَقَطَ الْأَصْلُ سَقَطَ الْفَرْعُ"، وَالْمَادَّةُ "52": "إِذَا بَطَلَ شَيْءٌ بَطَلَ مَا فِي ضَمْنِهِ"<sup>(457)</sup>.

4. الْمَادَّةُ "56": "الْبَقَاءُ أَسْهَلُ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ"، ولهذا المدعي صاحب الدعوى قبل وصولها إلى القاضي، وبعد الوصول والبدأ بالنظر في الدعوى أصبح المدعي فاقدا لقرار توقيف الدعوى إلا بقرار من القاضي<sup>(458)</sup>.

5. الْمَادَّةُ "71": "يُعْبَلُ قَوْلُ الْمُتَرْجِمِ مُطْلَقًا"، وهذا الأمر للمدعي أولا ان كان يجهل لغة البلد، ثم للمدعى عليه، ويتعلق صحة القضاء بهذا الشرط، وتضبطها الْمَادَّةُ "74": "لَا عِبْرَةَ لِلتَّوَهُمِ"<sup>(459)</sup>.

6. الْمَادَّةُ "76": "الْبَيِّنَةُ لِلْمُدْعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ"، لكون المدعى عليه لا يكون مدعى عليه إلا بوجود مدعى قبله، والغاية من هذا المادة مبيّن في الْمَادَّةُ "77": "الْبَيِّنَةُ لِإثْبَاتِ خِلَافِ الظَّاهِرِ وَالْيَمِينُ لِبَقَاءِ الْأَصْلِ"، والظاهر هنا براءة الذمة<sup>(460)</sup>.

وأثر هذه القواعد يظهر في مواد عدة منها: الْمَادَّةُ "1816" المتعلقة بتكليف المدعى تقرير دَعْوَاهُ، وَالْمَادَّةُ "1825" توجب على القاضي أن يوجد في الْمَحْكَمَةِ تَرْجُمَانًا مَوْثُوقًا بِهِ، وَالْمَادَّةُ "1830"، حول حُضُورِ الطَّرَفَيْنِ مجلس الحكم، وَالْمَادَّةُ "1831" كيف يقضي القاضي بين المدعى

(456) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص26؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص71.

(457) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص49؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص110 و111 و112.

(458) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص52؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص110.

(459) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص66؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص134 و136.

(460) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص68؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص137.

والمدعى عليه، و المَادَّةُ "1833" و "1834" حول وَكَيْلِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، و المَادَّةُ "1848" المتعلق بالمحكم وأنه مثل القاضي وغيرها<sup>(461)</sup>.

ثانيا: المدعى عليه

1. المَادَّةُ "4": "الْيَقِينُ لَا يَزُولُ بِالشَّكِّ"، ومن اليقين هنا براءة ذمة المدعى عليه، فلا يتطرق إليها الشك إلا بالبينات، ويقع الحكم من القاضي في اليقينيات، ولهذا جاءت المَادَّةُ "5": "الأصلُ بقاء ما كان على ما كان"، و المَادَّةُ "6": "القديم يُترَكُ على قدمه"، مؤيدة لتلك المادة، كما ان هذه المواد تسري إلى باقي أركان المواد، من كون المدعى يتب في القدم ملكه لما يدعي به، والقاضي ثبت قضاؤه بقرار سابق فلا يحتاج إلى تكرر قرار اثبات قضاؤه، كما يؤيدها المَادَّةُ "10": "ما ثبتَ بِرَمَانٍ يُحَكَّمُ بِبَقَائِهِ ما لم يُوجدَ دَلِيلٌ على خِلافِهِ"<sup>(462)</sup>.

2. المَادَّةُ "8": "الأصلُ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ"، ويظهر أثرها في المدعى عليه خصوصا؛ فإذا انتهت القضية بحكم القاضي عليها أثباتا للدعوى أو ردا لها، عادت صفة المدعى عليه إلى أصلها، ويؤيدها المَادَّةُ "9": "الأصلُ في الصِّفَاتِ العَارِضَةِ العَدَمُ"، لكون صفة المدعى عليه عارضة، وليست أصلية<sup>(463)</sup>.

3. المَادَّةُ "11": "الأصلُ إِضَافَةُ الحَادِثِ إِلَى أَقْرَبِ أوقَاتِهِ"، وذلك بإسقاط دعوى المدعى على المدعى عليه، وتاريخ الدعوى وأثرها يحدد صفة الحكم على المدعى عليه<sup>(464)</sup>.

4. المَادَّةُ "92": "المُبَاشِرُ ضَامِنٌ وَإِنْ لَمْ يَتَعَمَّدْ"، إي إذا باشر الفعل عن قصد المدعى عليه وجب الضمان، أما إذا لم يكن مباشر للفعل بل كان سببا لا يضمن إلا بالتعدي، وتؤيد هذا الحكم المَادَّةُ "93": "المُنْسَبِّبُ لَا يَضْمَنُ إِلَّا بِالتَّعَمُّدِ"، كما تأتي المَادَّةُ "95": "الأمرُ

(461) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص567، 597، 606، 612، 614، 615، 636.

(462) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص16 و17 و19 و21؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص58 و59 و61 و67.

(463) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص19 و20؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص63 و64.

(464) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص22؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص67.

بالتصرف في ملك الغير باطل"، موجهة لهذا لطريقة الحكم على المدعي، وكذلك المادة 96: "لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه"، والمادة 97: "لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي"، كطابط يضبط صفة المدعي عليه، ويحدد طريقة الحكم للقاضي<sup>(465)</sup>.

5. المادة 67: "لا يُنسب إلى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان"، فوجب على المدعي عليه البيان عن السؤال، فإذا اجاب برد البينة أنتقلت الوجب إلى المدعي إذا سأله القاضي<sup>(466)</sup>.

وأثره هذه القواعد تظهر مثلا في المادة 1819 المتعلقة بحلف المدعى عليه اليمين، والمادة 1822 بسكوت المدعي عليه، ورفضه الجواب يفسره القاضي إنكارا، والمادة 1823 للمدعي عليه ان يأتي بدلا من الإقرار أو الإنكار بدعوى تدفع دعوى المدعي يُعمل بها بشروط الدفع، والمادة 1838 وتعلقت بحق المحكوم عليه طلب استئناف الدعوى، ويؤيدها المادة 1840<sup>(467)</sup>.

ثالثا: القاضي:

1. المادة 10: "ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه"، فليس للقاضي أن يهمل التاريخ في قراءة الدعوى<sup>(468)</sup>.

2. المادة 58: "التصرف على الرغبة منوط بالمصلحة"، وهذا قيد ملزم للقضاء، كما هو ملزمة في كل من تولى أمر من أمور الناس<sup>(469)</sup>.

---

(465) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص87 و89 و91؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص156 و158 و160 و161.

(466) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص61؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص130.

(467) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص588، 594، 623، 629.

(468) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص21؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص67.

(469) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص53؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص119.

3. الْمَادَّةُ "59": "الْوَلَايَةُ الْخَاصَّةُ أَقْوَى مِنَ الْوَلَايَةِ الْعَامَّةِ"، ولهذا كانت ولاية القاضي أقوى في الحكم من ولاية السلطان، وولاية الوصي أقوى من ولاية القاضي لخصوصيتها<sup>(470)</sup>.

4. الْمَادَّةُ "100": "مَنْ سَعَى فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ فَسَعْيُهُ مَرْدُودٌ عَلَيْهِ"، ولهذا ليس للقاضي ان ينقض حكما إلا بطلب من المدعى عليه، باستئناف الحكم، أو ان ينقضه جهة أعلا منه<sup>(471)</sup>.

و اثر هذا القواعد يظهر في المواد الاتية: الْمَادَّةُ "1785" وجاءت لبيان صفة القاضي، و المواد "1792" و"1793" و"1794" و"1795"، وغيرها المتعلقة بالقاضي وصفته وحكمه ومجلسه وسلطته<sup>(472)</sup>.

### المطلب الثاني: أثر القواعد الفقهية في الحكم، والمحكوم به، والطريقة

وهذا المطلب تعلق بالحكم الصادر عن القاضي، والمحكوم به أي ما وقع الخلاف عليه بين المدعي والمدعى عليه وهي الدعوى، ثم طريقة الحكم من قبل المحكمة التي تنتظر في الدعوى.

1. الْمَادَّةُ "13": "لَا عِبْرَةَ لِلدَّلَالَةِ فِي مُقَابَلَةِ التَّصْرِيحِ"، ويلزم القاضي في طريقة حكمه أن يقدم ما ثبت بتصريح على المستنبط من الدلالة، وقد جاءت الْمَادَّةُ "14": "لَا مَسَاغٌ لِلْاجْتِهَادِ فِي مَوْردِ النَّصِّ"، مؤكدة على ذلك<sup>(473)</sup>.

2. الْمَادَّةُ "22": "مَا أُبِيحَ لِلضَّرُورَةِ يَنْقَدَرُ بِقَدْرِهَا"، حيث يقع في مجلس القضاء ما يعتبر من الضروريات لدفع ضرر أكبر يسببه أهمل الدعوى، ولهذا جاءت الْمَادَّةُ "23": "مَا جَازَ لِعُدْرِ بَطْلَ بَرِّوَالِهِ"، خاصة بحكم الإعذار، ويؤيدها الْمَادَّةُ "24": "إِذَا زَالَ الْمَانِعُ

(470) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص53؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص121.

(471) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص92؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص163.

(472) ينظر: علي حيدر، المرجع السابق، ج4، ص525، 529، 530، 531.

(473) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص26 و27؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص71 و42.

عَادَ الْمَمْنُوعُ"، وكذلك الْمَادَّةُ "32": "الْحَاجَةُ تُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ الضَّرُورَةِ عَامَّةً أَوْ خَاصَّةً"<sup>(474)</sup>.

3. الْمَادَّةُ "25": "الضَّرَرُ لَا يُزَالُ بِمِثْلِهِ"، وَالْمَادَّةُ "26": "يُبَحَّمَلُ الضَّرَرُ الْخَاصُّ لِدَفْعِ ضَرَرٍ عَامٍّ"، تَلْزَمُ الْقَاضِي أَنْ يَخْتَارَ الطَّرِيقَةَ الْأَنْسَبَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ الْأَشَدِّ بِالْأَقْلِ، وَلِهَذَا جَاءَتِ الْمَادَّةُ "27": "الضَّرَرُ الْأَشَدُّ يُزَالُ بِالضَّرَرِ الْأَخْفِ"، كَطَبِطِ لِمَا سَبَقَ، وَكَذَلِكَ الْمَادَّةُ "28": "إِذَا تَعَارَضَ مَفْسَدَتَانِ رُوعِي أَعْظَمُهُمَا ضَرَرًا بَارْتِكَابِ أَحْفَهُمَا"، وَالْمَادَّةُ "29": "يُخْتَارُ أَهْوَنُ الشَّرَّيْنِ"، وَالْمَادَّةُ "30": "تَرَى الْمَفَاسِدِ أَوْلَى مِنْ جُلْبِ الْمَنَافِعِ"، وَالْمَادَّةُ "31": "الضَّرَرُ يُدْفَعُ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ"، كَمَا يَضْبِطُ حَقَّ الْأَفْرَادِ الَّذِينَ يَقَعُ عَلَيْهِمُ الضَّرَرُ الْمَادَّةُ "33": "الاضْطِرَارُ لَا يُبْطِلُ حَقَّ الْغَيْرِ"<sup>(475)</sup>.

4. الْمَادَّةُ "34": "مَا حَرَّمَ أَخْذَهُ حَرَّمَ إِعْطَاؤَهُ"، وَالْمَادَّةُ "35": "مَا حَرَّمَ فِعْلُهُ حَرَّمَ طَلْبَهُ"، كَطَبِطِ لَضَبْطِ أَعْمَالِ النَّاسِ بِمَا يَمْنَعُ الظُّلْمَ عَلَيْهِمُ، وَهِيَ تَقْيِدُ الْمَكُومِ بِهِ وَطَّرِيقَةَ الْحُكْمِ<sup>(476)</sup>.

5. الْمَادَّةُ "37": "اسْتِعْمَالُ النَّاسِ حُجَّةٌ يَجِبُ الْعَمَلُ بِهَا"، وَعَلَيْهِ وَجِبَ أَنْ يَكُونَ الْحُكْمُ مَسْتَوْعِبًا لِأَحْوَالِ النَّاسِ وَأَعْرَافِهِمْ وَعَادَاتِهِمْ، وَقَدْ جَاءَتِ الْمَادَّةُ "40": "الْحَقِيقَةُ تُتْرَكُ بِدَلَالَةِ الْعَادَةِ" كَطَبِطِ لَهَا، وَالْمَادَّةُ "41": "إِنَّمَا تُعْتَبَرُ الْعَادَةُ إِذَا اطَّرَدَتْ أَوْ غَلَبَتْ" كَوَجْهِ لِحُكْمِ الْقَاضِي وَطَّرِيقَتِهِ، وَمِثْلُهَا الْمَادَّةُ "42": "الْعَبْرَةُ لِلْغَالِبِ الشَّائِعِ لَا لِلنَّادِرِ"، وَالْمَادَّةُ "43": "الْمَعْرُوفُ عُرْفًا كَالْمَشْرُوطِ شَرْطًا" وَهِيَ كَحُكْمِ عَلَى الْعُرْفِ، وَالْمَادَّةُ "44": "الْمَعْرُوفُ بَيْنَ التُّجَّارِ كَالْمَشْرُوطِ بَيْنَهُمْ" وَهِيَ خَاصَّةٌ بِالتُّجَّارِ يِقَاسُ عَلَيْهَا غَيْرُهَا، وَكَذَلِكَ الْمَادَّةُ "45": "التَّعْيِينُ بِالْعُرْفِ كَالْتَّعْيِينِ بِالنَّصِّ"<sup>(477)</sup>.

(474) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص33 و34 و37؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص82 و84 و85 و90.

(475) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص35 و36 و37 و38؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص86 و87 و88 و89 و92.

(476) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص39؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص93 و94.

(477) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص42 و44 و46 و47؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص96 و101 و104 و105 و106 و107.



6. الْمَادَّةُ "39": "لَا يُنْكَرُ تَغْيِيرُ الْأَحْكَامِ بِتَغْيِيرِ الْأَزْمَانِ"، وهي مادة موجهة لنوع المحاكمة ونوع المحاكم<sup>(478)</sup>.

7. الْمَادَّةُ "46": "إِذَا تَعَارَضَ الْمَانِعُ وَالْمُقْتَضِي يُفَدَّمُ الْمَانِعُ"، فلا يصح أن يقبل قضاء القاضي لأحد فروع أو أصوله، هذا مانع رغم وجود مقتضي حاجة الناس إلى القضاء<sup>(479)</sup>.

8. الْمَادَّةُ "48": "التَّابِعُ لَا يُفْرَدُ بِالْحُكْمِ"، وهذه المادة تضبط طرق المحاكمة، وهي موجهة لها، لذلك كان النطق بالحكم يذكر فيها الأصل، ويؤيدها الْمَادَّةُ "50": "إِذَا سَقَطَ الْأَصْلُ سَقَطَ الْفَرْعُ"، كما يؤيدها نفي كل ما تعلق بالأصل وعليه جاءت الْمَادَّةُ "52": "إِذَا بَطَلَ شَيْءٌ بَطَلَ مَا فِي ضِمْنِهِ"، ومثلها من حيث الدلالة جاءت الْمَادَّةُ "63": "نِكْرُ بَعْضِ مَا لَا يَنْجَزُ كَذِكْرِ كُلِّهِ"<sup>(480)</sup>.

9. الْمَادَّةُ "69": "الْكِتَابُ كَالْخِطَابِ"، لكونها من البيئات المعتمدة، ويؤيدها الْمَادَّةُ "75": "التَّابِتُ بِالْبُرْهَانِ كَالثَّابِتِ بِالْعَيَانِ" لكون البرهان حجة متعددة، ويؤيده الْمَادَّةُ "78": "الْبَيِّنَةُ حُجَّةٌ مُتَعَدِّيَةٌ وَالْإِفْرَارُ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ"<sup>(481)</sup>.

10. الْمَادَّةُ "84": "الْمَوَاعِيدُ بِاِكْتِسَابِ صُورِ التَّعَالِيقِ تَكُونُ لِأَزْمَةٍ" لكون الحقوق تعلق بها، فوجب على القاضي في قضائه بينها<sup>(482)</sup>.

11. الْمَادَّةُ "89": "يُضَافُ الْفِعْلُ إِلَى الْفَاعِلِ لَا الْأَمْرِ مَا لَمْ يَكُنْ مُجْبَرًا"، لكون الفعل أصل والأمر شريكا<sup>(483)</sup>.

(478) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص43؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص99.

(479) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص40؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص108.

(480) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص48 و49 و50 و57؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص109 و111 و112 و126.

(481) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص63 و68 و71؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص132 و137 و141.

(482) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص81؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص149.

(483) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص84؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص152.

12. الْمَادَّةُ "90": "إِذَا اجْتَمَعَ الْمُبَاشِرُ وَالْمُتَسَبِّبُ أُضِيفَ الْحُكْمُ إِلَى الْمُبَاشِرِ"، لكون المباشر الفعل قائم به، والمتسبب قائم قبله، ويؤيدها الْمَادَّةُ "92": "الْمُبَاشِرُ ضَامِنٌ وَإِنْ لَمْ يَنْعَمْدْ"، وَالْمَادَّةُ "93": "الْمُتَسَبِّبُ لَا يَضْمَنُ إِلَّا بِالتَّعَمُّدِ"<sup>(484)</sup>.

واثر هذه القاعدة يظهر في المواد المتعلقة في الفصل الأول من الباب الثاني من كتاب القضاء في المجلة والمتعلق ببيان شروط الحكم، مثل الْمَادَّةُ "1829" المتعلقة بشرط سبق الدعوى عن الحكم، وَالْمَادَّةُ "1830" المتعلقة بحضور الطرفين حين الحكم، وَالْمَادَّةُ "1831" إِذَا حَضَرَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَكَيْلِهِ.

وكذلك يظهر اثر هذه المواد في الفصل الثاني والمتعلق ببيان الحكم الغيابي كما في الْمَادَّةُ "1833"، وَالْمَادَّةُ "1834"، وَالْمَادَّةُ "1835"، وَالْمَادَّةُ "1836"<sup>(485)</sup>.

---

(484) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص84 و87؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص153 و156 و.

(485) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص604، 606، 612، 614، 615، 619.

## الباب الثاني

اثر القواعد الفقهية الكبرى في تكوين السلطة القضائية، وتحرير مواد  
المجلة

## أثر القواعد الفقهية الكبرى في السلطة القضائية والقضاء والمجلة

### تمهيد

جاء الباب الأول لبيان أسس نظام الحكم وأثر السلطة القضائية فيه، وجاء أيضا لبيان القضاء وأركانه، مما أعطى صورة مجملة عن نظام الحكم ومفصلة عن القضاء، ودعت الحاجة إلى بيان طرق تحرير الحكم من خلال القواعد الفقهية الكبرى، لكونها تمثل مصدرا لباقي القواعد تتفرع منها، فأن كانت هي عامة في الحكم، فأن ما يندرج تحتها من قواعد يمثل الخاص بالنسبة لعمومها، ولهذا لم تقتصر مجلة الأحكام العدلية على ذكر القواعد الكبرى فقط، بل تعدت إلى ذكر قواعد أخرى مبينة لمدلولها، وأثرها في الأحكام القضائية في المجلة.

والمراد بالقواعد الفقهية الكبرى: هي القواعد الخمس الكلية الأساسية التي تحكم بنية الفقه الإسلامي، وقد أخذت بها المذاهب الفقهية المختلفة وهي:

1. الأمور بمقاصدها.
2. اليقين لا يزول بالشك.
3. المشقة تجلب التيسير.
4. الضرر يزال.
5. العادة محكمة.

وعند النظر فيها مجملا ومفصلا نجد بينها ترابطا يجعل منها منظومة موجهة لصياغة القوانين، وتقرير الأحكام الفقهية المختلفة، وكل اختلاف دار في فلكها قائم على أصول وضوابط الاجتهاد فهو اجتهاد مقبول، لم يخرج عن دائرة الصواب إلى متاهة الشذوذ، ولهذا اهتم الفقهاء عبر العصور بها، آخذين بالنظر في ظلالها، مع إعمال النظر في مقاصدها وغاياتها، دون الوقوع في هوى متبع مضل.

فهذه القواعد تشبه النظريات العامة في العصر الحديث، والتي تعد موجهاً لصياغة القوانين ونظام الحكم القضائي، لاستيعابها أحكاماً لا تحصى من مختلف أبواب الفقه<sup>(1)</sup>، وهي قواعد متفق عليها

(1) عبد الجبار البياتي، القواعد الفقهية في القضاء، ج 1، ص 99.

بين علماء المذاهب المختلفة<sup>(2)</sup>، إذ لا خلاف بينهم في أصلها إلا فيما يندرج تحتها من مسائل فرعية، فهي قواعد معتبرة، يُعمل بموجبها، ويُستدل بها على الأحكام؛ لأنها من أمهات القواعد، إذ حظيت باهتمام أهل العلم، فلكل قاعدة منها أصل عظيم من أصول الشرع، مستقلة وقائمة بنفسها ولم تكن قيداً، أو شرطاً لقاعدة أخرى ولا متفرعة عن غيرها.

وقد نظم بعض الشافعية هذه القواعد الخمس المشهورة في هذه الأبيات<sup>(3)</sup>:

خَمْسٌ مُقَرَّرَةٌ قَوَاعِدُ مَذْهَبٍ      لِلشَّافِعِيِّ بِهَا تَكُونُ حَبِيرًا  
ضَرَرٌ يُزَالُ وَعَادَةٌ فَذُ حُكْمَتْ      وَكَذَا الْمَسْفُةُ تَجْلِبُ التَّيْسِيرًا  
وَالشَّكُّ لَا تَرْفَعُ بِهِ مُتَيَقَّنًا      وَالنِّيَّةُ أَخْلَصُ إِنْ قَصَدَتْ أُمُورًا

ولهذا كان وجب على القاضي الأخذ بها، وهذا يفسر لنا السبب الذي جعل مجلة الأحكام العدلية تجعل القواعد في مقدمتها، ولذلك قال الفقهاء بنقض قضاء القاضي إذا خالف الإجماع أو النص أو القياس الجلي أو القواعد<sup>(4)</sup>.

ونجد الإمام الغزالي يقدم القواعد الكلية على الأقيسة الجزئية<sup>(5)</sup>، لكونها مجمع على الأخذ بها، وهي ألفاظ نتجت من قبيل نصوص عدة، وقد نقل لنا الغزالي نصا عن الإمام الشافعي رحمه الله تعالى مبينا فيه مراتب تخريج الحكم عن المجتهد قائلا: "إذا رفعت إليه واقعة فليعرضها على نصوص الكتاب، فإن أعوزه فعلى الأخبار المتواترة، فإن أعوزه إذا فعلى الأحاد، فإن أعوزه لم يخض في القياس بل يلتفت إلى ظاهر القرآن، فإن وجد ظاهرا نظر في المخصصات من قياس وخبر، فإن لم يجد مخصصا حكم به، وإن لم يعثر على لفظ من كتاب ولا سنة نظر إلى المذاهب، فإن وجدها مجمعا عليها اتبع

(2) البُجَيْرِيُّ: سليمان بن مُجَدِّد بن عمر المصري الشافعي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب (حاشية البجيرمي على الخطيب)، دار الفكر، بيروت 1995م، ج1، ص221.

(3) البُجَيْرِيُّ، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ج1، ص221؛ البكري: أبو بكر بن مُجَدِّد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (هو حاشية على فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين)، دار الفكر، بيروت 1997م، ج1، ص126؛ السقاف المكي: الفوائد الملكية (ضمن مجموعة سبعة كتب مفيدة: 14). نقلاً عن الندوي، القواعد الفقهية، ص136؛ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص162.

(4) ينظر: القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص205.

(5) ينظر: الغزالي، المنحول، ص611.

الإجماع، وان لم يجد إجماعاً خاض في القياس، ويلاحظ القواعد الكلية أولاً ويقدمها على الجزئيات"، وهو نص مهم يضع للمفتي والقاضي سبل التدرج في استنباط الفتوى، وتقرير الحكم، وقد أضاف الغزالي نصاً مبيناً لمكانة الإجماع من النص عند الشافعي قائلاً: "لقد أخرج الإجماع عن الأخبار، وذلك تأخير مرتبة لا تأخير عمل، إذ العمل به مقدم ولكن الخبر يتقدم في المرتبة عليه، فان مستنده قبول الإجماع"<sup>(6)</sup>.

ولهذا دعت الحاجة إلى بيان القواعد الكبرى لكونها عامة في عملها، مع ذكر ما يندرج تحتها من قواعد خاصة أو ضوابط محددة لبيان الحكم، فعند العلماء يُقَدَّمُ الْقِيَاسُ الْخَاصُّ بِالْمَسْأَلَةِ عَلَى الْقِيَاسِ الْعَامِّ الَّذِي يَشْهَدُ لَهُ الْقَوَاعِدُ<sup>(7)</sup>.

---

(6) ينظر: الغزالي، المنخول، ص575 وما بعدها؛ وقد أحال الزركشي النص إلى الغزالي، ينظر: البحر المحيط، ج8، ص267.

(7) ينظر: الشوكاني، إرشاد الفحول، ج2، ص278.

## الفصل الأول:

### قاعدة الأمور بمقاصدها

تعد قاعدة "الأمر بمقاصدها"<sup>(8)</sup> من أهم القواعد التي يقوم عليها أصول الاجتهاد في الشريعة، ولهذا تذكر دائما في مقدمة القواعد لأهميتها.

ويتضمن هذا الفصل ثلاث مباحث، جاء الأول منها لبيان مفهوم قاعدة مفهوم قاعدة الأمور بمقاصدها، والثاني جاء لبيان أثر قاعدة الأمور بمقاصدها في تكوين السلطة القضائية، وتحرير المجلة، والأخير القواعد المؤيدة لقاعدة الأمور بمقاصدها وأثرها في تكوين السلطة القضائية، وتحرير مواد المجلة.

---

(8) الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص 96؛ علي حيدر، درر الحكماء، ج1، ص13، المادة (2)؛ السمديسي، فتح المدبر، لو:9، ور:2؛ السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص54؛ الزركشي، تشنيف المسامع بجمع الجوامع، دراسة وتحقيق: د سيد عبد العزيز و د عبد الله ربيع، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث - توزيع المكتبة المكية، 1998م، ج3، ص474؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص8 و49؛ الشنقيطي، شرح زاد المستقنع في اختصار المقنع، ج1، ص221؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص69.

## المبحث الأول: مفهوم قاعدة الأمور بمقاصدها

تشتمل هذه القاعدة على لفظين وهما: الأمور، والمقاصد، ولكل منهما له دلالاته العامة من حيث اللغة، والخاصة من حيث الاصطلاح، ولبيان مفهوم القاعدة نحتاج إلى فهم كلا المعنيين، اللغوي والاصطلاحي.

اللفظ الأول الأمور: جمع أمر، وهو: نَقِيضُ النَّهْيِ، وجمعه: الأوامر<sup>(9)</sup> (9) (10)، ومنه قوله تعالى: {وَأْمُرْ أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ وَاصْطَبِرْ عَلَيْهَا}<sup>(11)</sup>، وَاجِدِ الْأُمُورَ<sup>(12)</sup>، حيث أمر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَأْمُرَ أَهْلَهُ بِالصَّلَاةِ بعد ما أَمَرَ اللهُ سبحانه وتعالى النبي عليه الصلاة والسلام<sup>(13)</sup>.

والأمر بمعنى الشأن وجمعه: الأمور، أي: الشؤون<sup>(14)</sup>، ومنه قوله تعالى: {وَأَلَيْهِ يَرْجِعُ الْأَمْرُ كُلُّهُ}<sup>(15)</sup>، أي كل شأن من الشؤون<sup>(16)</sup>.

والأمر في الاصطلاح: "الْقَوْلُ الْمُقْتَضِي طَاعَةَ الْمَأْمُورِ بِفِعْلِ الْمَأْمُورِ بِهِ"<sup>(17)</sup>.

أما المقاصد فهي جمع قصد في اللغة: اسْتِقَامَةُ الطَّرِيقِ، والاعْتِمَادُ<sup>(18)</sup>، قَصَدْتُ الشَّيْءَ وَلَهُ وَإِلَيْهِ قَصَدًا، طَلَبْتُهُ بِعَيْنِهِ وَإِلَيْهِ قَصِدِي وَمَقْصِدِي بِفَتْحِ الصَّادِ<sup>(19)</sup>.

(9) الفراهيدي، العين، ج8، ص297؛ ابن فارس، تهذيب اللغة، ج15، ص207.

(10) أبو نصر الفاربي، الصحاح تاج اللغة، ج2، ص581.

(11) طه، 20/132.

(12) الفراهيدي، العين، ج8، ص297؛ ابن فارس، تهذيب اللغة، ج15، ص207.

(13) اللوسي، روح المعاني، ج8، ص592.

(14) الفراهيدي، العين، ج8، ص297؛ ابن فارس، تهذيب اللغة، ج15، ص207.

(15) هود، 11/123.

(16) اللوسي، روح المعاني، ج6، ص361.

(17) الغزالي، المستصفى، ص202؛ ابن الدعان، تقويم النظر في المسائل الخلافية، ج1، ص92؛ الرازي، المحصول، ج2، ص16؛ ابن قدامه،

روضة الناظر، ج1، ص542؛ القراني، الفروق، ج1، ص21.

(18) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص310. أبو العباس الحموي: أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير،

المكتبة العلمية - بيروت، ج3، ص353.

(19) أبو العباس الحموي، المصباح المنير، ج2، ص504. ابن فارس، مجمل اللغة لابن فارس، ج1، ص755.



أما المقاصد فهي من لفظ القصد، والقصد في الاصطلاح: هو "العزم المتجه نحو إنشاء فعل"<sup>(20)</sup>، وقد عرف العلماء المعاصرون المقاصد اصطلاحاً بتعريفات منها:

1. الشيخ الطاهر بن عاشور عرف مقاصد التشريع العامة بأنها: "المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة"<sup>(21)</sup>، كما عرف المقاصد بقوله: "هي الأعمال والتصرفات المقصودة لذاتها، والتي تسعى النفوس إلى تحصيلها بمساعٍ شتى، أو تُحمل على السعي إليها امتثالاً"<sup>(22)</sup>، وقد اعترض على التعريف الأول بأنه تعريف تعلق بذكر مقاصد الشارع، دون ذكر لتعريف مقاصد المكلفين؛ والتعريف الثاني فيه لبس لكون الأعمال والتصرفات ليست هي المقاصد، وإنما ما يسعى إليه الفعل يكون مقصوداً، والله أعلم<sup>(23)</sup>، ولهذا جاء مواد المجلة المتعلقة بالحجر للسفيه والمدين، لكون الأصل يقوم على تحقيق مقاصد معتبرة وليست أفعال ظاهرها الصحة، فأفعال السفيه والمدين ظاهرها الصحة، لكنها غير معتبرة، ولهذا ألحقت مجلة الأحكام الطيب الجاهل بهم ونصت عليها المادة "964"<sup>(24)</sup>.

2. عرفها يعقوب الباحسين بقوله: "هي الدوافع والدواعي التي تجعل المكلف يتجه بما يصدر عنه إليه"<sup>(25)</sup>، وهذا التعريف لا يشمل مقاصد الدولة في التشريع، وهو يقتصر على ذكر المكلف فقط.

(20) عبد المنعم: الدكتور محمود عبد الرحمن، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، القاهرة، دار الفضيلة، ج3، ص96.

(21) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار النفائس، لبنان 2001م، ج3، ص165.

(22) ابن عاشور، المصدر السابق، ج3، ص402.

(23) الباحسين، قاعدة الأمور بمقاصدها، ص26.

(24) علي حيدر، درر الحكم في شرح مجلة الأحكام، ج2، الفصل الثاني: ص651-685، والمواد: (966-990)، والفصل الثالث: 685-

693، والمواد: (990-997)، والفصل الرابع: 693-702، والمواد: (998-1003)؛ ص631، المقدمة في الإصلاحات الفقهية المتعلقة

بالحجر والإذن...، ويسند هذا القول المادة (964). ج نفسه، ص649.

(25) الباحسين، قاعدة الأمور بمقاصدها، ص28.

3. وعرفها محمد عثمان شبير: "قضية كلية تعبر عن إرادة الشارع من تشريع الأحكام وتستفاد عن طريق الاستقراء من أحكام الشريعة"<sup>(26)</sup>، لأن معنى مقاصد الشريعة الإسلامية هي الحكمة التي لأجلها جعل الأحكام الشرعية فيها مصالح للإنسان.

والتعريف الثالث هو شامل لمعنى قاعدة الأمور بمقاصدها، واجده أنسب التعريفات من حيث أنه يستوعب مفهوم التشريع المتعلق بالمقاصد؛ لكننا إذا أردنا أن نعرف القاعدة من منظور قانوني نجد تعريف عزتو نجيب بيك هواديني قد عرفها باعتبارها قاعدة قانونية تؤسس لمواد قانونية، بقوله: "الحكم الذي يُنْزَتَّبُ على أمر يكون على مُقْتَضَى ما هو المقصودُ من ذلك الأمر"<sup>(27)</sup>.

ومجمل معنى القاعدة يدور على أن الحكم الشرعي الذي يترتب على كل أمر صادر من مكلف يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر، فالصورة المحسوسة ليس لها حكم شرعي، نظرا لوجودها خارجاً، بل لا بد من ضم الغرض والقصد الحامل على إحداثها، ومتى اختلف القصد اختلف الحكم، وكلمة "الأمر" هنا تدل على القول والفعل، لان الفعل يطلق أيضا على فعل الجوارح التي ومن جملتها اللسان<sup>(28)</sup>، ولهذا كان العقد وتمامه يثبت بالإيجاب والقبول، والإسلام يثبت بالنطق بالشهادتين، وحكم القاضي يثبت بالإقرار أيضا.

ومثال على هذا المفهوم للقاعد نجده في أبواب مجلة الأحكام العدلية مثل المادّة "769" حيث جاء فيها "إِذَا وَجَدَ شَخْصٌ شَيْئًا فِي الطَّرِيقِ أَوْ فِي مَجَلِّ آخَرَ وَأَخَذَهُ عَلَى أَنَّهُ مَالٌ لَهُ يَكُونُ فِي حُكْمِ الْغَاصِبِ وَعَلَى هَذَا إِذَا هَلَكَ ذَلِكَ الْمَالُ أَوْ فُقِدَ يَضْمَنُهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ صُنْعٌ وَتَقْصِيرٌ، وَأَمَّا إِذَا أَخَذَهُ عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ لِصَاحِبِهِ فَإِنْ كَانَ صَاحِبُهُ مَعْلُومًا فَهُوَ فِي يَدِهِ أَمَانَةٌ مَحْضَةٌ وَيَجِبُ عَلَيْهِ تَسْلِيمُهُ إِلَى صَاحِبِهِ، وَإِنْ كَانَ صَاحِبُهُ غَيْرَ مَعْلُومٍ فَهُوَ لِقَطْعَةٍ وَأَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُتَلَقِّطِ أَيِ الشَّخْصِ الَّذِي وَجَدَهُ وَأَخَذَهُ"<sup>(29)</sup>.

(26) شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية: 31.

(27) هواديني: عزتو نجيب بك، جامعة الأدلة على مواد المجلة، لبنان، المطبعة الشرقي، 1905م، ص19.

(28) الراوي: محمد سعيد، شرح مجلة الأحكام القسم الأول: شرح كتاب القواعد الكلية، مطبعة دار السلام، بغداد، 1342هـ، ص10؛ المحاسني، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص27.

(29) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج2، ص210؛ وينظر أيضا: هواديني، جامع الأدلة على مواد المجلة، لبنان، ص6 و19.

## المبحث الثاني: أثر قاعدة الأمور بمقاصدها في الأحكام القضائية والمجلة

هذه القاعدة من أهم القواعد الفقهية وأقدمها صياغة، إذ ذكرت في القواعد السبعة التي نقلها أبو سعيد الهروي (ت: 488 هـ 1095م)<sup>(30)</sup> عن أبي طاهر الدباس<sup>(31)</sup>، وأثرها يظهر في أغلب أبواب الفقه مثل: العبادات، والمعاضات، والتمليكات المالية والإبراء، والوكالات، وإحراز المباحات والضمانات والوصية، والنكاح، والوقف، والقضاء أي: الحكم بين الناس وإقامة الحدود والقصاص وكل ما يتعاطاه الحكام والولاة، وتشمل الشهادات وأدائها والجهاد والقتال، ونقل السيوطي قول الشافعي "تَدْخُلُ فِي سَبْعِينَ بَابًا مِنَ الْعِلْمِ"<sup>(32)</sup>.

وهذه القاعدة تقوم على أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو مقصود من ذلك الأمر<sup>(33)</sup>، وبيان ذلك في المواد الآتية.

1. اثر هذه المادة في الدولة العثمانية بشكل واضح من خلال وضع القانون الأساسي العام للممالك العثمانية، حيث جاء في مقدمته أن المقصد من وضع القانون الأساسي لدولة هو إزالة الأسباب التي تمنع تحقق الحرية والعدل بما يوافق الشرع الشريف<sup>(34)</sup>، وقد ذكر النص العثمانية تلك الألفاظ بعينها من "اصلاحا واحكام مقدسه شرع شريفه موافق اوله رق ... " وكذلك ورد لفظ المقاصد بنصه، حيث جاء "اقصاي مقاصدمز...."<sup>(35)</sup>، ثم ما وضع من قوانين خاص للقضاء من إنشاء محاكم وقوانين خاصة لمقصد خاص، فمنها ما يتعلق بالعائلة، والتجارة، ومحاكم

(30) أبو سعد محمد بن أحمد بن أبي يوسف الهروي، تلميذ القاضي أبي عاصم العبادي وقاضي همدان، فقيه شافعي، من أهل هراة، قتل شهيدا مع ابنه في جامع همدان، وله شرح أدب القضاء للعبادي وهو المسمى بالإشراف على غوامض الحكومات، كان أحد الأئمة؛ ترجم له السبكي في الطبقات الكبرى، ج5، ص365، برقم (563)؛ معجم المؤلفين، ج9، ص30؛ الأعلام، ج5، ص316.

(31) رد أبو طاهر الدباس مذهب الإمام أبي حنيفة إلى سبعة عشر قاعدة ذكر منها سبعة للهروي، الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص35-37.

(32) السيوطي، الأشباه والنظائر: 9-11.

(33) ينظر المادة "1786": علي حيدر، درر الحكم شرح مجلة الأحكام، ج4، ص520؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج4، ص167.

(34) القانون الأساسي للدولة العثمانية، عام 1293هـ، الموافق 1876م، ص2.

(35) سالنامه، 1294هـ سنه، دفعة 32، ص25 وما بعدها؛ سالنامه دولت عليه عثمانيه، آتمش سكر نجي سنه، 1333-1334 سنه، ماليه، ص1 و2.

شرعية، وأوقاف، وجنايات، واستثنائية وتميز وغيرها<sup>(36)</sup>، وتقنين قوانين أصول المحاكمات الحقوقية في الدولة العثمانية<sup>(37)</sup>، وكذلك قانون العائلة العثمانية<sup>(38)</sup>، وكذلك قانون قسمت الأموال الغير المنقولة والذي كتبه علي حيدر أفندي، واستمر العمل به في تأسيس الدولة العرقية الحديثة، حيث سن القانون لدفع المنازعات الكثيرة التي تقع بسبب الشركات، وعدد مواده هي "15" مادة فقط، فقد جاءت المادة الأخيرة لبيان الجهة التي تنفذ هذا القانون من وزارة داخلية ومالية وعدلية وأوقاف<sup>(39)</sup>.

2. كما يظهر اثر هذا القاعد في صيغ الألفاظ التي تقوم العقود في الدولة العثمانية، وبيان ما يترتب على ذلك، ونجد ذلك في التفريق بين الألفاظ المستعملة في التركية "تركجه" والبغدادية "بغدادجه" والشامية "شامجه"، لبيان قصد كل قائلًا بحسب لغته<sup>(40)</sup>.

3. إقرار وعقد الاتفاقيات الرسمية بين الدولة العثمانية وغيرها من الدول كان بحسب الأعراف الدولية في صياغة الاتفاقيات (پروتقول) آنذاك، مثل الاتفاقية بين الدولة العثمانية وأستراليا (المجر) عام 1909م وتعلقت بمسألة البوسنة والهرسك، ولهذا جاءت المادة الرابعة من

---

(36) سالنامه دولت عليه عثمانیه، آتمش سکر نجی سنه، 1333-1334 سنهء مالیه، ص154 و155 و158 و159 و162.

(37) ينظر حول تقنين القوانين ما نشر في مجلة الرسمية للدولة العثمانية والمتعلق بتحرير بعض القوانين: في 27 شوال سنة 301 وفي 6 اغستوس سنة 300، جريدة محاكم: عتيق نومرو 264؛ و : 22 جريدة محاكم جديد نومرو 192 في 9 اغستوس سنة 319. وغيرها ينظر: أصول محاكمات حقوقية شرعي، جلد ثاني، ص925 و939.

(38) ينظر: حقوق عائلة قرار نامه سى، ويتكون من 157 مادة، صدر في 8 محرم سنة 1336هـ وفي 25 تشرين أول سنة 1333 مالیه (1917م)، السلطان: مُجَدَّ رشاد، ناظر العدلية: خليل، الصدر الأعظم: مُجَدَّ طلعت. ص29.

(39) ينظر: علي حيدر، شرح قانون تقسيم الأموال الغير منقولة، نقله إلى العربية: مُجَدَّ مكى الأورفلي - حاكم صلح بغداد، مذيلًا بملاحظات المعرب الشخصية، مطبعة دار السلام، بغداد، 1927م، وقد ابتدأ المعرب مقدمته قائلًا: "كلمة لا بد منها: ليس احد يجهل م للأستاذ العلامة علي حيدر أفندي من البید البيضاء في ما صنفه من التآليف العديدة من شرعية وحقوقية وغيرها، ومن جملتها شرح قانون تقسيم الأموال الغير المنقولة الذي وضع في الأيام الأخيرة للعهد العثماني" ص3، و108.

(40) مصطفى ضيا، رهماى بغداد، اثر بشنچى اردوى همايون سوارى اوتوزونچى الاينك برنجي بلوك ملازم اولى: مصطفى ضيا، معارف نظارتي جليله سنك 905 نومرلي وفي كانون ثاني 312 تاريخلى رخصتنامه سيله طبع اولمشدر، شامشيريف، خان سلطان جاده سنده روضة الشام مطبعه سى، 1314، ص54-57. وحرف الجيم كتب بنقطه واحدة سفلية وهي ثلاثة لعدم وجود هذه الخدمة في نظام الحواسب الحديث: "تركجه" و"بغدادجه" و"شامجه".

الاتفاقية مقصدها الحفاظ على تحقيق مقصد الدين للمسلمين، وتأمين العبادة لهم وحفظ أوقافهم ومساجدهم<sup>(41)</sup>.

4. المادّة "769" جاء فيها "إِذَا وَجَدَ شَخْصٌ شَيْئًا فِي الطَّرِيقِ أَوْ فِي مَحَلٍّ آخَرَ وَأَخَذَهُ عَلَى أَنَّهُ مَالٌ لَهُ يَكُونُ فِي حُكْمِ الْغَاصِبِ وَعَلَى هَذَا إِذَا هَلَكَ ذَلِكَ الْمَالُ أَوْ فُقِدَ يَضْمَنُهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ صُنْعٌ وَتَقْصِيرٌ وَأَمَّا إِذَا أَخَذَهُ عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ لِصَاحِبِهِ فَإِنْ كَانَ صَاحِبُهُ مَعْلُومًا فَهُوَ فِي يَدِهِ أَمَانَةٌ مَحْضَةٌ وَيَجِبُ عَلَيْهِ تَسْلِيمُهُ إِلَى صَاحِبِهِ، وَإِنْ كَانَ صَاحِبُهُ غَيْرَ مَعْلُومٍ فَهُوَ لِقَطْعَةٍ وَأَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُلْتَقِطِ أَيِ الشَّخْصِ الَّذِي وَجَدَهُ وَأَخَذَهُ"<sup>(42)</sup>، ومحل الشاهد هو كون مقصد أخذ المال يتغير، فيتغير الحكم بمقتضاه؛ ولهذا إن تصدق الملتقط بإذن القاضي ليس له أن يضمه، و يضم القاضي، لكون القاضي يضم ما يترتب بذمته، فمن بابا أولى يضم ما يترتب على حكمه<sup>(43)</sup>، لأن "خَطَأَ الْقَاضِي يَكُونُ عَطَاؤُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ" وهي قاعدة مهمة في معرفة خطأ القاضي<sup>(44)</sup>، ويؤيدها قاعدة: "خَطَأُ الْإِمَامِ وَالْحَاكِمِ فِي بَيْتِ الْمَالِ"<sup>(45)</sup>.

5. المادّة "1250" ونصها: "يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْإِحْرَازُ مَقْرُونًا بِالْقَصْدِ، فَلِذَلِكَ لَوْ وَضَعَ أَحَدٌ إِنَاءً فِي مَحَلٍّ يَقْصِدُ جَمْعَ مِيَاهِ الْمَطَرِ فِيهِ فَيَكُونُ مَاءُ الْمَطَرِ الْمُتَجَمِّعِ فِي ذَلِكَ الْإِنَاءِ مِلْكُهُ، كَذَلِكَ الْمَاءُ الْمُتَجَمِّعُ فِي الْحَوْضِ أَوْ الصِّهْرِيحِ الْمُنْشَأَيْنِ لِأَجْلِ جَمْعِ الْمَاءِ فِيهِمَا مِلْكٌ لِصَاحِبَيْهِمَا، أَمَّا مِيَاهُ الْمَطَرِ الَّتِي تَجَمَّعَتْ فِي إِنَاءٍ وَضَعَهُ أَحَدٌ بِغَيْرِ قَصْدٍ فَلَا تَكُونُ مِلْكًا لَهُ وَيَسْوَعُ لِشَخْصٍ غَيْرِهِ أَنْ يَأْخُذَهَا وَيَتَمَلَّكَهَا"، ومحل الشاهد هنا تغير قصد واضع الإناء، فيتغير حكم ملكية الماء<sup>(46)</sup>.

(41) دستور ، ترتيب ثاني، قوانين ونظارات ومعاهدات ايله عموميه عائد مقاولات و ارادات سنهه محتويدير، جلد1، 24 جمادى الاخرة 1326- 27شوال 1327، 10 تموز 1324- 29 تشرين اول 1325، عدلية نظاري احصائيات ومدونات قانونية مديرتي معرفتيه ترتيب ايدلشتر، در سعادت: مطبعه عثمانيه، 1329، ص152.

(42) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج2، ص210؛ هواديني، جامع الأدلة على مواد المجلة، ص6 و19.

(43) ينظر حول مسالة القاضي: بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج7، ص332.

(44) ينظر حول مسالة خطأ القاضي: الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص289؛ علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج3، ص352، حيث قال: "إذا جنى على إنسان خطأ فإن ذلك يكون في بيت المال لأن غاقلته جميع المسلمين فيكون عقله من مالمه وهو مال بيت المال".

(45) علاء الدين المرادوي، الأنصاف في معرفة الخلاف، ج9، ص487؛ وقد ذهب عدد من أهل العلم إلى القول بأن "خطأ الإمام على غاقلته دون بيت المال". ينظر: الشافعي، الأم، ج6، ص187؛ المزني، مختصر المزني، ج8، ص227؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص434.

(46) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج3، ص246؛ هواديني، جامع الأدلة على مواد المجلة، ص6 و19؛ ينظر: عارف السويدي العباسي، شرح مجلة الأحكام العدلية، كتاب الشركة، ص197 وما بعدها.

6. الْمَادَّةُ "1303" ونصها: "إِذَا وَضَعَ شَخْصٌ فِي مَحَلٍّ شَيْئًا كَالشَّرِكِ وَالشَّبَكَةِ لِأَجْلِ الصَّيْدِ فَوَقَعَ فِيهِ صَيْدٌ يَكُونُ لِذَلِكَ الشَّخْصِ لَكِنْ إِذَا نَشَرَ أَحَدٌ شَبَكَةً بِقَصْدٍ تَجْفِيفِهَا فِي مَحَلٍّ فَوَقَعَ فِيهَا صَيْدٌ فَلَا يَكُونُ مِلْكًا لَهُ كَمَا أَنَّهُ لَوْ وَقَعَ صَيْدٌ فِي حُفْرَةٍ فِي أَرْضِي أَحَدٍ فَيَجُوزُ لِأَخْرَ أَنْ يَتَمَلَّكَه بِأَخْذِهِ لَكِنْ إِذَا حَفَرَ صَاحِبُ الْأَرْضِ تِلْكَ الْحُفْرَةَ لِأَجْلِ الصَّيْدِ فَيَصِيرُ أَحَقَّ بِالصَّيْدِ مِنْ سَائِرِ النَّاسِ"، ومحل الشاهد هنا تغير قصد واضع الشَّرِكِ أَو الشَّبَكَةِ، فيتغير حكم ملكية ما وقع فيها من صيد<sup>(47)</sup>.

7. الْمَادَّةُ "1304" ونصها: "إِذَا عَشَّشَ حَيَوَانٌ بَرِّيٌّ فِي بُسْتَانٍ أَحَدٍ وَبَاضَ فِيهِ فَلَا يَكُونُ مِلْكًا لَهُ فَإِذَا أَخَذَ آخَرَ بِيَضِّهِ أَوْ نِتَاجَهُ فَلَيْسَ لِصَاحِبِ الْبُسْتَانِ اسْتِزْدَادُهُ وَلَكِنْ إِذَا هَيَأَ صَاحِبُ الْبُسْتَانِ بُسْتَانَهُ لِأَجْلِ أَنْ تَبْيَضَ وَتَلِدَ الْحَيَوَانَاتُ الْبَرِّيَّةُ فِيهِ فَيَكُونُ بِيَضٌ وَنِتَاجُ الْحَيَوَانَاتِ الَّتِي جَاءَتْ وَبَاضَتْ وَأَنْتَجَتْ لَهُ"<sup>(48)</sup>، ومحل الشاهد هنا تغير حال وجود عش الحيوان، هل وجود بقصد من صاحب البستان أم من عدمه، فيتغير حكم ملكية البيض الموجود فيه، فحال البيض غير ثابت فهو يتغير بتغير الزمان فينقلب البيض حال الفرخ، والفرخ إلى طائر<sup>(49)</sup>.

8. يظهر تطبيق هذه القاعدة من خلال صيغ العقود في البيع، مثلا في في الألفاظ غير الصريحة فيختلف حكم اللفظ الواحد باختلاف مقصد الفاعل كالبائع مثلا إذا استعمل بصيغة المضارع كقول البائع أو المشتري "أبيع وأشتري"، هذا ما ذكرته المادة "103"، إذا قصد به الحال ينعقد البيع وإذا قصد به الاستقبال لا ينعقد، وعلى ذلك فباختلاف المقصد قد يختلف الحكم، وأما صيغة الماضي فينعقد البيع ولا يتوقف على النية بمعنى الحال لكونها من الصيغ المستعملة الصريحة في العقود المقصود بها الحال.

9. كَذَلِكَ لَوْ أَفَرَّ شَخْصٌ لِأَخْرَ بِقَوْلِهِ: لَكَ عَلَيَّ دِرْهَمٌ فِي دِرْهَمَيْنِ. فَإِذَا كَانَ يَقْصِدُ بِكَلَامِهِ هَذَا مَعَ دِرْهَمَيْنِ أَوْ دِرْهَمَيْنِ، فَيُحْكَمُ عَلَيْهِ بِثَلَاثَةِ دَرَاهِمٍ، وَإِذَا كَانَ الْمَقْصُودُ بِهِ الظَّرْفُ لَا يُحْكَمُ عَلَيْهِ إِلَّا بِدِرْهَمٍ وَاحِدٍ<sup>(50)</sup>.

(47) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج3، ص289؛ وينظر أيضا: هواديني، جامع الأدلة على مواد المجلة، ص6 و19؛ عارف السويدي العباسي، شرح مجلة الأحكام العدلية، كتاب الشركة، ص236.

(48) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج3، ص290؛ وينظر أيضا: هواديني، جامع الأدلة على مواد المجلة، ص19.

(49) وينظر: عارف السويدي العباسي، شرح مجلة الأحكام العدلية، كتاب الشركة، ص237.

(50) ينظر: الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص20؛ علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص14.

10. وكذلك يظهر أثرها في القتل، فالقصد في القتل يثبت بالأعمال التي تصدر من القاتل، كاستعماله الآلات الجارحة وضرب المقتول بها عدة ضربات مثلا(51).

11. في عقد النكاح تختلف الأمور بحسب مقصدها بين الثيب والبكر، عن أبي سلمة، أن أبا هريرة، حدثهم: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا تُنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تُنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت"(52).

12. الفرق بين الرشوة والهدية يكون في المقصد من إعطائها، جاء في المادة "834" ما نصه: "الهدية هي المال الذي يُعطى لأحدٍ أو يُرسل إليه إكراماً له، خرج بقيد الإكرام الرشوة من التعريف؛ لأن الرشوة لا تُرسل إكراماً بل تُعطى بشرط الإعانة"(53).

13. اللقطة: وهي المال الضائع الذي لم يعلم مالكة وليس مباحا، إذا التقطها ملتقط بنية حفظها لمالكها كانت أمانة لا يضمنها إلا بالتعدي، وإن التقطها بنية أخذها لنفسه كان في حكم الغاصب يضمنها سواء تعدى، فعلى ذلك يجب أن تُرد اللقطة التي تُؤخذ بقصد امتلاكها(54).

14. الفرق بين الغصب والدين، فالغصب العصب هو أخذ مال أحدٍ وضبطه بدون إذنه ويقال للأخذ غاصباً وللمال المضبوط مغصوبٌ ولصاحبه مغصوبٌ منه، و الدين هو ما يثبت في الذمة(55)، فالأول فيه الحد والثاني فيه الوفاء.

15. اليمين: اليمين على نية الخالف إن كان مظلوماً، وعلى نية المستخلف إن كان ظالماً(56)، ولهذا يراعى المقصد في الأيمان، دون النظر إلى الألفاظ.

كما تؤثر هذه القاعدة في أبواب شتى منها:

(51) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص 63 رقم المادة (68).

(52) ابن حجر، فتح الباري، ج9، ص192.

(53) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج2، ص371.

(54) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المادة(769)، ج2، ص210، و المادة(97) [لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحدٍ بلا

سبب شرعي] ج1، ص91؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص54 وما بعدها، وحول البيع بالوفاء ص91، ج2، ص155.

(55) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج2، ص471، المادة (881) وج1، ص115-117، المادة (156) و(157) و(158).

(56) شهاب الدين الحسيني الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ج1، ص186.

المعاوضات والتمليكات: كالبيع والشراء والإجارة والصلح والهبة والجعالة فإن عقود المعاوضات المالية عند إطلاقها تفيد حكمها وهو الأثر المترتب عليه من التملك والتملك ولكن عندما يقترب بها ما يخرجها عن إفادة هذا الحكم كالهزل والاستهزاء والمواصفة والمراهنة، فإنه يسلبها حكمها. والضمانات والأمانات: ونذكر من مسائلها اللقطة إذا كانت بنية الحفظ لمالكها كانت أمانة، ولا يضمنها إلا بالتعدي، وإن التقطها بنية أخذها لنفسه كانت غصباً ويضمنها سواء تعمد أم لم يتعمد.

والجنايات: من قتل وقصاص وسرقة وقذف وزنى فمن قتل غيره بلا مسوغ إن كان متعمداً فعقوبته تختلف عما إذا ارتكبا بالخطأ.

والأحوال الشخصية: من زواج وتطليق، ورجعة، وإيلاء وظهار، وكذلك طرق الحكم في القضاء، لكون الحكم يقع بين الناس على نحو ما يسمع القاضي منهم مما لفظوا به، وإن كان يمكن أن تكون نياتهم وبواعثهم على التصرف غير ذلك<sup>(57)</sup>، ويدل على ذلك ما ورد عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَلْحَنُ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ بَحْقِ أَخِيهِ شَيْئًا، بِقَوْلِهِ: فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ فَلَا يَأْخُذْهَا"<sup>(58)</sup>.

ونجد أثر هذه القاعدة في القوانين العثمانية المؤسسة للسلطات الحكم في الدولة العثمانية، فنجد أن مقصد اليمين حددت غايته بما يتناسب والهدف في كل وظيفة تعلق بمصلحة عامة، ومنها على سبيل المثال أداء القسم في مجلس الأمة وهو مجلس الأعيان والمبعوثان كما في المادة "46" ونصها هو: "يحلف جميع أعضاء مجلس الأمة بالأمانة للحضرة الشاهانية والوطن والمحافظة على النظمات الأساسية والقيام بالواجبات المسلمة إليه ومقاومة كل ما هو ضد واجباته..."<sup>(59)</sup>، وقد أكد النص الوارد باللغة العثمانية على هذا المقصد من التحليف، بحيث جاء النص العثمانية أقرب إلى المقصد المرجو من

(57) ينظر: رشيد باشا، روح المحلة، برنجي جلد، ص 49-56؛ عبد الغفور البياتي، القواعد الفقهية في القضاء، ج 1، ص 103.

(58) البخاري، صحيح البخاري، ج 3، ص 180، برقم: 2680، ج 9، ص 25، برقم: 6967، وص 69، برقم: 7168.

(59) القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: 1293 هـ الموافق 1876 م، ص 4، وص 10.



التحليف بلفظ عربي داخل النص العثماني وهو "وقانون اساسى احكامنه"، كما وارد في المادة "قرق التنجى مادة" أي المادة (46)؛ واستمرت هذه المادة نافذة ولم تتغير حتى أواخر الدولة العثمانية<sup>(60)</sup>.



---

(60) ينظر: سالنامهء، 1294هـ سنه، دفعة 32، ص25 وما بعدها؛ سالنامهء دولت عليه عثمانيه، آتمش سكرنجي سنه، 1333-1334 سنهء ماليه، ص11؛ واستمرت هذه المادة نافذة ولم تتغير حتى أواخر الدولة العثمانية. ينظر: سالنامهء، 1294هـ سنه، دفعة 32، ص25 وما بعدها؛ سالنامهء دولت عليه عثمانيه، آتمش سكرنجي سنه، 1333-1334 سنهء ماليه، ص30.

### المبحث الثالث: القواعد المندرجة تحت قاعدة الأمور بمقاصدها

تندرج تحت قاعدة الأمور بمقاصدها قواعد ومساائل عديدة، كلها تستقي من معنى القاعدة ألفاظها ودلالاتها، وهي تشبه العين في عطائها، فكما استقينها منها ظهر وتدفقت معانيها بما يحقق مقصد القاعدة ومرادها، ولهذا فقد اشتملت قاعدة الأمور بمقاصدها على عدة قواعد تنفرع منها وتندرج تحتها<sup>(61)</sup>.

1. "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"<sup>(62)</sup>، ولهذه القاعدة صيغا أخرى تدور في المعنى نفسه وتندرج تحتها، وهي: "العقود تابعة للقصد"<sup>(63)</sup>، و"المعول على السرائر، والمقاصد، والنيات، والهمم"<sup>(64)</sup>، و"إنما الأعمال بمقاصدها"<sup>(65)</sup>، و"العبرة في العقود بما في نفس الأمر"<sup>(66)</sup>، و"العبرة في العقود بقول أربابها"<sup>(67)</sup>، و"في العقود يعتبر المقصود، وعليه ينبني الحكم"<sup>(68)</sup>، ويمكن أن تكون قاعدة "لا بد في النية أن تكون مستندة إلى علم جازم أو ظن راجح" أشبه بضابط لما سبق<sup>(69)</sup>.

- (61) ينظر: والسيوطي، الأشباه والنظائر، ص49؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص47.
- (62) علي حيدر، درر الحكم في شرح مجلة الأحكام، ج1، ص15، رقم المادة (3)؛ الراوي: محمد سعيد، شرح مجلة الأحكام، ص13؛ وينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، ص134؛ بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج10، ص368؛ السرخسي، المبسوط، ج22، ص23؛ زكريا الأنصاري، اسنى المطالب في شرح روضة الطالب، ج2، ص82؛ الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ج2، ص286.
- (63) العز بن عبد السلام: أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء، الفوائد في اختصار المقاصد، تحقيق: إياد خالد الطباع، دار الفكر، دمشق، ص43؛ عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، ج2، ص598.
- (64) ابن قيم الجوزية: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، زاد المعاد في هدي خير العباد، بيروت، مؤسسة الرسالة، الكويت، مكتبة المنار الإسلامية، الطبعة: السابعة والعشرون، 1415هـ/1994م، ج3، ص376.
- (65) محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين القلموني الحسيني (ت: 1354هـ)، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1990م، ج12، ص43؛ الحجوي الثعالبي: محمد بن الحسن بن العربي بن محمد الجعفري الفاسي (ت: 1376هـ)، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995م، ج2، ص568.
- (66) زكريا الأنصاري، اسنى المطالب في شرح روضة الطالب، ج2، ص151؛ حاشية العلامة العبادي: الإمام أحمد بن قاسم، على الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، زكريا الأنصاري، المطبعة الميمنية، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، ج2، ص394؛ ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج4، ص249؛ البهوتي، كشف القناع، ج3، ص446.
- (67) ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج7، ص261؛ زين الدين المليباري الهندي: أحمد بن عبد العزيز المعبري، فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين (هو شرح للمؤلف على كتابه هو المسمى قرة العين بمهمات الدين)، دار بن حزم، الطبعة: الأولى، ص373.
- (68) السرخسي، المبسوط، ج12، ص79.
- (69) صاغ هذه القاعدة وبينها: السدلان: صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع منها، دار بلنسية، الرياض 1417هـ، ص60.

وكذلك من القواعد التي تقاربها في المعاني قاعدة: "الوسائل لها حكم المقاصد"<sup>(70)</sup>، و"وَجُوبِ  
الْوَسَائِلِ تَبَعٌ لُجُوبِ الْمَقَاصِدِ"<sup>(71)</sup>، و"فَضْلُ الْوَسَائِلِ مُرْتَبٌ عَلَى فَضْلِ الْمَقَاصِدِ"<sup>(72)</sup>، والعقود هي  
من قبل الوسائل، "الْوَسَائِلُ تَسْفُطُ بِسْفُوطِ الْمَقَاصِدِ"<sup>(73)</sup>، "لَوْ سَقَطَتِ الْمَقَاصِدُ سَقَطَتِ الْوَسَائِلُ"<sup>(74)</sup>،  
"إدارة الأمور في الأحكام على قصدتها"<sup>(75)</sup>، "العبرة بالإرادة لا باللفظ"<sup>(76)</sup>.

يُفْهَمُ مِنْ هَذِهِ الْمَادَّةِ أَنَّهُ عِنْدَ حُصُولِ الْعَقْدِ لَا يُنْظَرُ لِلْأَلْفَافِ الَّتِي يَسْتَعْمِلُهَا الْعَاقِدَانِ حِينَ الْعَقْدِ، بَلْ  
إِنَّمَا يُنْظَرُ إِلَى مَقَاصِدِهِمُ الْحَقِيقِيَّةِ الَّذِي يَرِيدُونَهُ مِنَ الْكَلَامِ، وَلَيْسَ إِلَى الْفِظِ الْمُسْتَعْمَلِ حِينَ الْعَقْدِ؛  
لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْحَقِيقِيَّ هُوَ الْمَعْنَى، وَلَيْسَ اللَّفْظُ، وَالصِّيغَةُ الْمُسْتَعْمَلَةُ وَالْأَلْفَافُ الْمَنْطُوقُ بِهَا مَا هِيَ إِلَّا  
قَوَالِبٌ لِلْمَعَانِي الْمَقْصُودَةِ مِنْ إِرَادَةِ الْإِنْسَانِ<sup>(77)</sup>.

ولهذا وقع الاستثناء من هذه القاعدة مسائل منها: البيع بنفي الثمن باطل، ولا يكون هبة، وكذلك  
الإجارة بلا أجرة على قول باطل لا تكون عارية، وهو القول المختار عند أهل العلم<sup>(78)</sup>.

ويمكن بيان المراد بالمقاصد والمعاني: "تلك القرائن اللفظية التي توجد في العقد فتكسبه حكم  
عقد آخر"<sup>(79)</sup>.

يفهم من ذلك أنه عند حصول العقد لا يُنظر إلى الألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد، إنما  
يُنظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام وهو المعنى وليس اللفظ، وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني؛ مثلاً

(70) البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، ج1، ص283، ج3، ص  
495، ج4، ص299 و328، و340، ج5، ص77.

(71) القرابي، الفروق، ج1، ص166.

(72) العز بن عبد السلام، الفوائد في اختصار المقاصد، ص140.

(73) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1، ص121.

(74) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص353.

(75) علاء الدين المرادوي: أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي، التحرير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق: د. عبد الرحمن  
الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراج، مكتبة الرشد، الرياض2000م، ج8، ص3858؛ ابن النجار الحنبلي، شرح الكوكب المنير،  
ج4، ص454؛ الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج1، ص63.

(76) عبد الجبار البياتي، القواعد الفقهية في القضاء، ج1، ص107.

(77) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص15؛ الراوي، شرح مجلة الأحكام، ص13 وما بعدها؛ الحاسني، شرح مجلة الأحكام،  
ج1، ص29.

(78) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص16؛ الحاسني، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص31.

(79) عبد الجبار البياتي، القواعد الفقهية في القضاء، ج1، ص107.

لو قال أحدهم للآخر: وهبتك هذه السيارة بعشرة ملايين دينار أو ليرة فيكون هذا العقد عقد بيع لا عقد هب، فالعبرة بالإرادة لا بالألفاظ، فاللفظ الخاص قد ينتقل إلى معنى العموم بالإرادة، أو العكس، وإن كل عقد تابع لقصد العاقدين وجوداً وهدماً، ولا يصح أن يستعمل القاضي العقد للوصول إلى الغاية من القضاء، وهي القضاء بالحق، فالعقد وسيلة مشروعة المقصود منها من معاني يؤدي إلى تنفيذ الحكم، بما يترتب عليه من ألفاظ تدل على معاني<sup>(80)</sup>، لَأَنَّ الْمَقْصُودَ الْحَقِيقِيَّ هُوَ الْمَعْنَى وَلَيْسَ اللَّفْظُ وَلَا الصِّيغَةُ الْمُسْتَعْمَلَةُ وَمَا الْأَلْفَاظُ إِلَّا قَوْلِبُ لِلْمَعْنَى<sup>(81)</sup>.

ويظهر أثر قاعدة "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني" في القانون الأساسي للدولة العثمانية في المادة الموافق "117" والتي قيدت تفسير الأنظمة والقوانين متعلق بما يقرره مجلس استئناف الأمور المدنية والجنائية، بينما يفسر مجلس الشورى النظم والقوانين الإدارية، ومجلس الأعيان يفسر النظم الأساسية<sup>(82)</sup>، وهذا المادة بقيت ثابتة لم تتغير منذ إعلان القانون الأساسي هذا ما نجده في "سالنامه" الصادرة سنة 1294هـ الموافقة 1877م، واستمرت إلى التي صدرت 1333-1334 سنة مالية الموافقة 1918م وهي تحمل نفس رقم المادة بحسب الترقيم العثماني "يوزاون يدنجي" أي "117"<sup>(83)</sup>؛ كما نجد هناك قاعدة أخرى تضبط ما ينظر به من أهل الاختصاص داخل الدولة، وهي: "إِذَا اجْتَمَعَ أَمْرَانِ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، وَلَمْ يَخْتَلِفْ مَقْصُودُهُمَا دَخَلَ أَحَدُهُمَا فِي الْآخِرِ غَالِبًا"<sup>(84)</sup>، ولهذا يعد ما دون من مواد قانونية اصل مؤسس وغيره مؤكد له، ولهذا جاءت قاعدة: "الأصل في الكلام التأسيس دون التأكيد"<sup>(85)</sup>.

(80) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص96؛ الراوي، شرح مجلة الأحكام، ص13 وما بعدها؛ عبد الجبار البياتي، القواعد الفقهية في القضاء، ج1، ص108؛ المحاسني، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص29، والمستثنيات من هذه القاعدة: البيع بنفي الثمن باطل، ولا يكون هبة. وكذلك الإجارة بلا أجرة على قول باطل لا تكون عارية وهو القول المختار، ص31.

(81) علي حيدر، درر الحكم في شرح مجلة الأحكام، ج1، ص15.

(82) القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: 1293هـ الموافق 1876م، ص22.

(83) سالنامه، 1294هـ سنه، دفعة 32، ص25 وما بعدها؛ سالنامه دولت عليه عثمانيه، آتشمش سكرنجي سنه، 1333-1334 سنه ماليه، ص46.

(84) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص112؛ السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص95؛ محمود أفندي حمزة، الفوائد البهية في القواعد الفقهية، ص7.

(85) علاء الدين البخاري، كشف الأسرار، ج3، ص97؛ القرابي، شرح تنقيح الفصول، ص112؛ الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج1، ص217؛ محمود أفندي حمزة، الفوائد البهية في القواعد الفقهية، ص7.

ويظهر أثر القاعدة كذلك في المجلة في مواطن منها: المواد الخاصة بالعقود "103"، و الرهن "701"، و البيع بالوفاء "118"<sup>(86)</sup>، والمراد بالعقد "التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول"<sup>(87)</sup>، كما يظهر أثرها في المواد الآتية: "173-175" و "435"، والمتعلقة بصيغ العقد، و"436" والمتعلقة بالمكاتبة وإشارة الأخرس في عقد الإجارة، و"437" المتعلقة بالتعاطي في انعقاد الإجارة، و"438" والمتعلقة بدلالة السكوت للمؤجر والمستأجر الغاصب في العقود، و"839" المتعلقة بالتعاطي في انعقاد الهبة<sup>(88)</sup>.

2. قاعدة: "اليمين على نية المستحلف"<sup>(89)</sup>، ومثلها: "مَقَاصِدُ اللَّفْظِ عَلَى نِيَّةِ اللَّافِظِ إِلَّا فِي مَوْضِعٍ وَاجِدٍ، وَهُوَ الْيَمِينُ بِاللَّهِ عِنْدَ الْقَاضِي فَإِنَّهَا عَلَى نِيَّةِ الْقَاضِي دُونَ الْحَالِفِ"<sup>(90)</sup>، و"مَبْنَى الْإِيمَانِ عَلَى النِّيَّةِ"<sup>(91)</sup>، و"اليمين على نية الحالف إلا في حق الأدمي على نية المستحلف"<sup>(92)</sup>، لكون القضاء يتوقف على ما يظهر للقاضي من قرائن ظاهرة يستنبط منها الحكم.

(86) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص15؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص71؛ ينظر: هواديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص19؛ الراوي: محمد سعيد، شرح مجلة الأحكام، ص15؛ المادة 155 من القانون المدني العراقي؛ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص55؛ المحاسني، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص29.

(87) حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص96؛ الراوي، شرح مجلة الأحكام، ص13 وما بعدها؛ عبد الجبار البياتي، القواعد الفقهية في القضاء، ج1، ص108؛ المحاسني، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص29، والمستثنيات من هذه القاعدة: البيع بنفي الثمن باطل، ولا يكون هبة. وكذلك الإجارة بلا أجر على قول باطل لا تكون عارية وهو القول المختار، ص31.

(88) ينظر المواد: علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص127-129، و"430-432"، ج2، ص386؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص74.

(89) هو حديث ورد عن أبي هريرة رسول الله صلى الله عليه وسلم، رواه مسلم في صحيحه، ج3، ص1274، برقم (1653)؛ واعتبر هذا الحديث قاعدة ينظر: الكمال بن الهمام، فتح القدير، ج5، ص73؛ الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص90؛ برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ج4، ص209، نقلاً عن القدوري؛ العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج2، ص20، و120؛ الشاطبي، الموافقات، ج1، ص428.

(90) الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، ج3، ص312؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص44؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، من 1404-1427هـ، ج42، ص105؛ د. محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج1، ص64.

(91) ابن قدامة، المغني، ج7، ص441؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3، ص450؛ مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج5، ص405.

(92) بدر الدين العيني، عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، ج23، ص203.

ويظهر لنا وجهة العلاقة بين القاعدة ونظام الحكم في الدولة العثمانية يظهر في القانون الأساسي في المادة "46" المتعلقة بالحنف (أداء اليمين) لأعضاء مجلس الأمة المتكون من مجلس الأعيان والمبعوثان<sup>(93)</sup>، وقد جاءت المادة في النص العثماني تحت باب "تحليف مبعوثان"<sup>(94)</sup>.

كما يظهر أثرها في المجلة يظهر: في إلزام المُستحلف على قصد القاضي و أثر هذه القاعدة يظهر في صياغة المادّة "1681" ونصّها "التَّحْلِيفُ هُوَ تَكْلِيفُ الْيَمِينِ عَلَى أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ"، والتحليف: هو طلب أداء اليمين في مجلس القضاء، وهو حق مقرر للمدعي يطلبه القاضي من المدعي عليه، إذا عجز المدعي عن إقامة البينة، فليس للمدعي أن يطلب من الحاكم تحليف المدعي عليه اليمين دون أن يظهر عجزه عن الإثبات، لكون التحليف يكون بعد عجز المدعي إثباته للبينة، وبما أن التحليف هو يكون بطلب فيكون على نية (ما يقصده) الطالب وليس علة نية من يقوم بالحنف<sup>(95)</sup>.

ووجهة الدلالة أن المادة السابقة جاءت لبيان المقصد من لفظ التحليف، والتحليف جاء لبيان المقصد من اليمين على المدعي عليه، عند انعدام البينة للمدعي، فيلجأ القاضي إلى التحليف.

وكذلك يظهر أثرها في صياغة المادّة "1682" ونصّها "التَّحَالُفُ هُوَ تَحْلِيفُ كِلَا الْخَصْمَيْنِ"، والتحالف: "هو تكليف كل من المدعي والمدعي عليه بأداء اليمين"<sup>(96)</sup>، والفرق بين التحليف والتحالف.

وحجية التحالف أنه ثابت بدلالة الحديث، لكون المدعي والمدعي عليه لهم اشتراك في الدعوى، مثل الخلاف على مقدر الثمن ووصف البيع، فكل من البائع والمشتري يكون مدعي في أثبات

---

(93) القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: 1293هـ الموافق 1876م، ص10.

(94) سالنامهء، 1294هـ سنه، دفعة 32، ص11؛ سالنامهء دولت عليه عثمانيه، آتشمش سكر نجي سنه، 1333-1334 سنهء ماليه، ص30.

(95) ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج4، ص74؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص301.

(96) ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج4، ص75.

دعوى، ومدعى عليه في رد دعوى الآخر، ولهذا حيثما ينتقل وصف المدعى عليه يجب اليمين<sup>(97)</sup>، وهذا هو الفرق الأول بين الحلف والتحالف.

وأما الفرق الثاني فيكون لكون وصف المدعى يكون لازم لمن بدأ بالدعوى، لكن إذا حلف المدعى عليه رد الحكام دعوى المدعى أي حكم بقضاء الترك، أي يمنع معارضة المدعى للمدعى عليه، هذا في الحلف؛ وأما التحالف: فإذا نكل أحد الطرفين حكم الحاكم لدعوى الآخر، وإذا حلف حكم الحاكم بفسخ العقد<sup>(98)</sup>.

ووجهة الدلالة أن المادة السابقة جاءت لبيان المقصد من لفظ التحالف، والتحالف جاء لبيان المقصد من اليمين على المدعى عليه والمدعى عليه، عند انعدام البيينة للمدعى، فيلجأ القاضي إلى التحالف.

وكذلك المادّة "1747" بإعادة حلف المدعى عليه لكون حلف الأول جاء بغير طلب من القاضي وَيَلْزَمُ أَنْ يَخْلِفَ مَرَّةً أُخْرَى مِنْ قِبَلِ الْقَاضِي، لأن الأمور بمقاصدها، فاليمين مقصد جاء بأمر من القاضي، ولا يعتبر أن كان بدون طلبا من القاضي حتى لو كان بطلب من المدعى فلا تُعْتَبَرُ يَمِينُهُ وَيَلْزَمُ أَنْ يَخْلِفَ إِذَا طَلَبَ الْقَاضِي مِنْهُ، ولو حلف المدعى عليه بطلب من المدعى وَأَبْرَأَ الْمُدَّعَى مِنَ التَّخْلِيفِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَلَا يَصِحُّ الْإِبْرَاءُ؛ لِأَنَّ التَّخْلِيفَ مِنْ حَقِّ الْقَاضِي، ويقع بطلب منه لا من المدعى<sup>(99)</sup>، ومثلها المادّة "1818"<sup>(100)</sup>، والمادّة "76"<sup>(101)</sup>.

---

(97) ذهب القاضي منير القاضي البغدادي إلى أن حجية التحالف ثبتت بخلاف القياس لان القياس هو أن اليمين على المدعى عليه، والتحالف هو يقع على المدعى والمدعى عليه معا...!! والذي أجده والله أعلم: أن اليمين على المدعى عليه ثابت بالنص وهذا معروف من الحديث المشهور: عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ "أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى أَنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ"، قال الترمذي: "هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَغَيْرِهِمْ: أَنَّ الْبَيْئَةَ عَلَى الْمُدَّعَى، وَالْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ" ينظر: سنن الترمذي، ج3، ص618، رقم(1342)، تاب: ما جاء في أَنَّ الْبَيْئَةَ عَلَى الْمُدَّعَى، وَالْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ؛ ولهذا لم يشب بالقياس بل ثبت بالنص، وتعليل ثبوته من خلال ما ذكرتها في المتن.. ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج4، ص75.

(98) ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج4، ص75.

(99) ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج4، ص126؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص455.

(100) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص586.

(101) ينظر: المصدر السابق، ج1، ص68.

فكل هذه المواد جاءت لضبط العلاقة بين المدعي والمدعى عليه، فيتحقق العلاقة بين الحدث وزمنه، وبين اللفظ ومقصوده، فكان اليمين ملزماً للمعنى المراد القسم عليه من قبل المدعي بعد إقرار القاضي بذلك، ولذلك جاءت قاعدة "النِّيَّةُ فِي الْيَمِينِ تُخَصِّصُ اللَّفْظَ الْعَامَّ وَلَا تُعَمِّمُ الْخَاصَّ"، وهي من القواعد المهمة، في بيان الأيمان<sup>(102)</sup>.

فلو قال القاضي للمدعى عليه: مثلاً هل لفلان عليك عشرة آلاف دينار؟ فقال ليس له عندي عشرة وأراد أن له أكثر من ذلك، فلا يكون بهذه النية صادقاً بل يكون كاذباً ومضيقاً للحقوق وعلى القاضي أن يسأل المدعى عليه عن كل صغيرة وكبيرة تزيل الإبهام، ولا تسمح له بالتلاعب بالألفاظ ويفر من التهمة بالخداع والمراوغة<sup>(103)</sup>.

ولهذا جاءت قاعدة: "مَقَاصِدُ اللَّفْظِ عَلَى نِيَّةِ اللَّافِظِ إِلَّا فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ وَهُوَ الْيَمِينُ بِإِلَّهِ عِنْدَ الْقَاضِي فَإِنَّهَا عَلَى نِيَّةِ الْقَاضِي دُونَ الْخَالِفِ"<sup>(104)</sup>، لتكون هذه القاعدة أشبه بالضابط، ولهذا ذهب أهل الفقه إلى أن النِّيَّةَ إِنَّمَا تَعْمَلُ فِي الْمَلْفُوظِ<sup>(105)</sup>.

3. قاعدة: "إذا اجتمع القصد، والدلالة القولية، أو الفعلية ترتب الحكم"<sup>(106)</sup>، ويقرب من دلالتها قاعدة "النِّيَّةُ الَّتِي لَا تَقْتَرِنُ بِفِعْلٍ ظَاهِرِيٍّ، لَا تَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا أَحْكَامٌ شَرْعِيَّةٌ"<sup>(107)</sup>.

ولبيان هذا جاء ضبط العلاقة بين الدلالة القولية، والدلالة الفعلية، والمفهوم منها مقدم على الإجماع، وهذا ما ذهب إليه جمع من أهل العلم منهم الرازي والقرافي إلى أن الدَّلَالَةَ الْقَوْلِيَّةَ مُفَدَّمَةً عَلَى الدَّلَالَةِ الْفِعْلِيَّةِ؛ فَالدَّلَالَةُ الْقَوْلِيَّةُ إِذَا أَنْ يَكُونَ النَّظْرُ فِي دَاتِهَا، وَهِيَ الْأَوَامِرُ وَالْمَنْاهِي، أَوْ فِي

(102) ينظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص44.

(103) عبد الجبار البياتي، القواعد الفقهية في القضاء، ج1، ص110.

(104) الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، ج3، ص312؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص44.

(105) الزركشي، البحر المحیط، ج2، ص279؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص156؛ ابن عابدين، رد المختار، ج3، ص763؛ الزيلعي: عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة 1313هـ، ج3، ص133؛ اللكنوي: محمد عبد الحي بن محمد عبد الحليم الأنصاري اللكنوي الهندي، أبو الحسنات، النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير، عالم الكتب، بيروت 1406هـ، ص255.

(106) الدكتور عبد المجيد محمود عبد المجيد: الاتجاهات الفقهية عند أصحاب الحديث في القرن الثالث الهجري، أصل الكتاب: أطروحة الدكتوراه للمؤلف، مكتبة الخانجي، القاهرة 1979م، ص438؛ الباكستاني: زكريا بن غلام قادر، من أصول الفقه على منهج أهل الحديث، دار الخراز، 2002م، ص186؛ الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج2، ص796.

(107) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص14؛ البرنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص129.



عَوَارِضِهَا، وَيَكُونُ النَّظْرُ فِي عَوَارِضِهَا بِحَسَبِ مُتَعَلِّقَاتِهَا، وَهِيَ الْعُمُومُ وَالْخُصُوصُ، أَوْ بِحَسَبِ كَيْفِيَّةِ دَلَالَتِهَا، وَهِيَ الْمُجْمَلُ وَالْمُبَيَّنُّ، وَالنَّظْرُ فِي الذَّاتِ مُقَدَّمٌ عَلَى النَّظْرِ فِي الْعَوَارِضِ، فَلَا خِلَافَ بَأَنَّ بَابَ الْأَمْرِ وَالنَّهْيِ مُقَدَّمٌ عَلَى بَابِ الْعُمُومِ وَالْخُصُوصِ، لَكُونَ الْأَمْرُ وَالنَّهْيُ مُتَعَلِّقَانِ بِذَاتِ الشَّيْءِ، وَغَيْرُهُمَا مُتَعَلِّقَانِ بِعَوَارِضِ الدَّلَالَةِ، وَمَا اخْتَصَّ بِالنَّظْرِ فِي الذَّاتِ مُقَدَّمٌ عَلَى مَا اخْتَصَّ بِالنَّظْرِ فِي الْعَوَارِضِ (108).

وقد قدم شراح المجلة الدلالة القولية على الدلالة الفعلية من حيث قوة الدلالة، ولهذا جاءت المادّة "772" ونصت على أن "الإِذْنُ دَلَالَةٌ كَالِإِذْنِ صَرَاحَةً"؛ وكذلك المادّة "773" وتنص على أن عقد الإيداع "يُنْعَقِدُ الْإِيدَاعُ بِالْإِجَابِ وَالْقَبُولِ دَلَالَةً أَوْ صَرَاحَةً، مَثَلًا لَوْ قَالَ صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ: أَوْدَعْتُكَ هَذَا الْمَالَ أَوْ أَمَّنْتُكَ عَلَيْهِ، فَقَالَ الْمُسْتَوْدِعُ أَيْضًا: قَبِلْتُ يَنْعَقِدُ الْإِيدَاعُ صَرَاحَةً. وَإِذَا دَخَلَ شَخْصٌ إِلَى الْخَانَ وَقَالَ لِصَاحِبِ الْخَانَ: أَيْنَ أُرِيبُ دَابَّتِي؟ فَأَرَاهُ مَحَلًّا وَرَبَطَ الدَّابَّةَ فِيهِ يَنْعَقِدُ الْإِيدَاعُ دَلَالَةً" (109)، فيفهم من مجمل مواد المجلة أن الأصل هو الدلالة القولية، ومن الدلالة القولية ما تضمن إشارة انعقاد العقد كفعل صاحب الدابة في الخان، ويقاس أمور شائعة مثل ما يقع من إشارة للنائب في مجالس الشعب إيجابا أو رفضا، وكذلك في باب البيع كأخذ الدواء من الصيدلية بعد إعطاء الوصفة دون ثم تسليم الثامن، وكذلك ملء الوقود في محاطات التعبئة .

أي إذا توافقت المعاني مع المقاصد ترتب عليها الحكم الشرعي، فالأحكام لا تترتب على مجرد ما في النفوس (النيات) من غير دلالة فعل، أو قول، ولا على مجرد ألفاظ لم يعرف المتكلم معانيها لأميته، أو لأعجميته.

---

(108) الرازي، المحصول، ج1، ص168 وما بعدها؛ القرافي، نفايس الأصول في شرح المحصول، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، 1995م، ج1، ص421؛ نجم الدين الصرصري: أبو الربيع سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي، (ت: 716هـ)، شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت 1987م، ج1، ص103.

(109) ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج2، ص163؛ علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج2، ص229، في المسألة المتعلّقة بعقد وشرط الإيداع ينظر: ص231-234؛ رشيد باشا، روح المجلة، درنجي جلد، ص136.

ولقاعدة "إذا اجتمع القصد، والدلالة القولية، أو الفعلية ترتب الحكم"، أثره في مواد المجلة، وذلك في المادّة "303" المتعلقة بالبيع، حيثُ اجتمع القصد في عقد البيع وفسخه مع الدلالة القولية، فيتحقق الحكم تبعاً لتلك الدلالة<sup>(110)</sup>.

وكذلك المادّة "304" المتعلقة بالإجارة، حيثُ اجتمع القصد في عقد الإجارة وفسخها مع الدلالة الفعلية، فيتحقق الحكم تبعاً لتلك الدلالة<sup>(111)</sup>، ولذلك ارتبط الحكم بدلالة القول أو الفعل على ما يقصد من وجوده، أو وجودهما معا كعقد النكاح حيثُ اجتمع القول مع الفعل.

كما نجد أثرها في الحجر على السفیه، وذلك في المادة "991" والتي تخص تصرفات السفیه القولية بعد الحجر في المعاملات غير صحيحة، ولكن تصرفاته قبل الحجر نافذة كتصرفات سائر الناس، لكونه قبل الحجر هو مقصده معتبر، وبعد الحجر غير معتبرة لكون مقصدها غير معتبر<sup>(112)</sup>، وكذلك إقراره بأمر تعلق به قبل الحجر فيثب في حقه<sup>(113)</sup>.

ويستثنى من هذا تصرفاته الفعلية التي تلحق ضرراً على الغير، فهنا يضمن ما أتلفه، وهذا عام في المحجورين، هذا ما أكدته المادّة "960"، وتؤدى من ماله، هذا ما ذكرته المادة "995"<sup>(114)</sup>.

4. قاعدة: "دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه"<sup>(115)</sup>، ومن صيغها قاعدة "يقوم ما يدل على الإذن مقامه"<sup>(116)</sup>.

(110) ينظر: علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص266؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص290؛ وينظر: محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ص40. وجاءت المادة "241" مؤيدة لهذا.

(111) ينظر: علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص266؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص291 وما بعدها؛ ذهب بعض العلماء منهم النووي إلى القول: "أن العوائد (جمع عادة) الفعلية فإن كانت خاصة فلا اغتبار بها وإن عمت وأطرقت فقد اتفق الأصحاب على اغتبارها". ينظر: النووي، المجموع شرح المهذب، ج11، ص417.

(112) ينظر: علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج2، ص686؛ والقاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج2، ص373؛ وينظر أيضاً: القراني، الذخيرة، ج8، ص247؛ الماوردى، الحاوي الكبير، ج18، ص137.

(113) ينظر: الشيرازي، المهذب، ج2، ص114.

(114) تنظر المواد في: درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج2، ص648، وص885؛ والقاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج2، ص348، ص374.

(115) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص62، رقم المادة(68)؛ وينظر: أكمل الدين البابرتي: محمد بن محمد بن محمود، أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي (ت: 786هـ)، العناية شرح الهداية، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، ج6، ص391؛ السرحان، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، 36.

ومعنى القاعدة إذا كان الشيء يتعسر الوقف على حقيقته بسبب خفاء فيه، هنا يكون سببه الظاهر يقوم مقامه، لأن الإنسان لا يستطيع كشف ومعرفة الأمور الباطنية إلا بواسطة، فإذا لم توجد واسطة يمكن معرفة ما خفي من أمور باطنية، هنا يقوم السبب الظاهر مقام الحقيقة الذاتية للشيء، فيكون دلالة الظاهر بحكم الدليل<sup>(117)</sup>، ولهذا جاءت قاعدة "الصريح مقدّم على دلالة الحال"<sup>(118)</sup>.

ولهذه القاعدة ما يسندها من كتب أصول الفقه، حيث يقدم دلالة الظاهر على دلالة غير الظاهر من خفي ومشكل ومجمل ومتشابه، لكون الظاهر أوضح من الخفي فكيف بغيره من غير الواضح<sup>(119)</sup>، وفي هذا يقول الغزالي "فَيَجِبُ إِتِّبَاغُ السَّبَبِ الظَّاهِرِ دُونَ المَعْنَى الخَفِيِّ، كَمَا فِي العُقُوبَاتِ وَكَمَا فِي رَدِّ شَهَادَةِ الوَالِدِ لِأَحَدٍ وَلَدَيْهِ عَلَى الآخر، فَإِنَّهُ قَدْ يُتَّهَمُ وَتُرَدُّ شَهَادَتُهُ"<sup>(120)</sup>.

والأمور الظاهرة عكس الأمور الباطنة، فالأمور الخفية لا تعرف فيقوم دليلها مقامها، كالإرادة الظاهرة بالإيجاب والقبول، وكذلك استعمال القاتل آلة قاتلة في جريمة القتل دليل على نيته القتل العمد فلا يقبل إدعائه الخطأ<sup>(121)</sup>.

ويظهر أثرها في المواد الآتية: "1250"، وتعلقت بمسألة إحراز الماء، والمادة "1303"، و المادة "1304"، وتعلقوا بالصيد، و المادة "1305" وتتعلق بالعسل، وكلها تدور على أن شرط الإحراز (المملك) مَقْرُونًا بِالْقَصْدِ<sup>(122)</sup>.

- 
- (116) ابن قدامة، المغني، ج4، ص249؛ آل بورنو، مَوْسُوعَةُ القَوَاعِدِ الفِقهِيَّةِ، ج12، ص438.
- (117) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص28؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص154؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص136 وما بعدها.
- (118) قاسم بن قُطْلُوبَغَا: أبو الفداء زين الدين السُّوْدُوْني الجمالي الحنفي، خلاصة الأفكار شرح مختصر المنار، تحقيق: حافظ ثناء الله الزاهدي، دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، 1424 هـ 2003م، ص69.
- (119) الشاشي، أصول الشاشي، ص80؛ السرخسي، أصول الفقه، ج1، ص167؛ الحصكفي: علاء الدين مُجَدُّ بن علي، إفاضة الأنوار على أصول المنار، ومعه التعليقات الضرورية، مُجَدُّ سعيد البرهاني، تحقيق: مُجَدُّ بركات، مكتبة الأوزاعي، دمشق، الطبعة: الثانية، 1429هـ 2008م، ص113؛ حمد الكيسي، أصول الأحكام وطرق الاستنباط، ص423.
- (120) المستصفي، ص127.
- (121) عبد الجبار البياتي، القواعد الفقهية في القضاء، ج1، ص113.
- (122) تنظر المواد: علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج3، ص246، و289، و290؛ هواديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص28.

5. قاعدة: "لا عبرة للدلالة في مُقَابَلَةِ التَّصْرِيحِ"<sup>(123)</sup>، وقريب من معناها "الإذْنُ دَلَالَةٌ كَالِإِذْنِ صَرَاحَةً. بَيِّدَ أَنَّهُ عِنْدَ وُجُودِ النَّهْيِ صَرَاحَةً لَا اعْتِبَارَ لِلدَّلَالَةِ"<sup>(124)</sup>.

أن تحقق المفهوم يكون إما من التصريح باللفظ، وإما من دلالة الحال، وتقدم دلالة اللفظ على دلالة الحال، فالبيع لا يتحقق إلا بالمعاوضة الحقيقية، فإذا لم تتحقق دلالة التصريح بثمن المبيع لا يتم البيع حتى لو تحقق القبض، مثاله: قول البائع بعتك هذا الكتاب بمبلغ قدره عشرة ليرات، فسلم الكتاب البائع إلى المشتري، ولم يسلم المشتري المبلغ للبائع، لم ينعقد البيع رغم أن دلالة الحال الكتب بيد المشتري، لكن التصريح بالثمنية أقوى من هذه الدلالة، فلا ينعقد البيع ومثله لو أعطى المبلغ ناقصاً فلا يتم البيع، فأينما وجدت الصراحة مع الدلالة وأختلف المراد منهما فإن العبرة لما إفادته الصراحة، ولا عبرة لما أفادته الدلالة، فإذا تعارضتا تسقط الدلالة ويعمل بالصراحة<sup>(125)</sup>.

هذه القاعدة أصولية فقهية: ومعناها أن الدلالة سواء كانت حالاً، أو مكاناً، أو زماناً، أو عرفاً، أو غيرها من الدلالات فجميعها يسقط اعتبارها أمام التصريح بخلافها<sup>(126)</sup>.

ويقرب من معنى هذا القاعدة، قاعدة: "الإرادة لا تثبت إلا ببيان من قبله أو دلالة الحال أو العرف ونحوها"<sup>(127)</sup>، والمقصود من لفظ "بيان من قبله" أي: من قبل صاحب البيان، وقاعدة "دلالة الحال إنما يعتبر إذا لم يوجد الصريح"<sup>(128)</sup>.

ولها أثرها بشكل واضح في القانون الأساسي للدولة العثمانية، فمنها أن تعين الصدر الأعظم وشيخ الإسلام، هو من صلاحيات السلطان، وكذلك أعضاء مجلس الأعيان، لكن أعضاء مجلس المبعوثان فهو حق لكل من حاز على خمسين ألف صوت من الذكور في الانتخابات<sup>(129)</sup>.

---

(123) المادة (13) من من المجلة: علي حيدر درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 1، ص 26؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص 84؛ وقد جاءت المادة (157) من القانون المدني العراقي مطابقة لما ذهبت إليه المجلة.

(124) المادة (772) من من المجلة: علي حيدر درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 2، ص 229.

(125) ينظر: علي حيدر درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 1، ص 26؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج 1، ص 71.

(126) عبد الجبار البياتي، القواعد الفقهية في القضاء، ج 1، ص 107.

(127) ينظر: الدبوسي، تقويم الأدلة، ص 100.

(128) برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، ج 7، ص 346.

(129) القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: 1293 هـ الموافق 1876 م، ص 7 رقم المادة (27)، وص 12 المادة (60) وص 13 رقم المادة (65).

إما في المجلة فيظهر أثرها في المادّة "844" وتدور حول أَذِنَ الْوَاهِبُ صَرَاحَةً بِالْقَبْضِ يَصِحُّ قَبْضُ الْمَوْهُوبِ، والمادّة "1752" وتدور حول اعتبار يَمِينُ الْأَخْرَسِ وَتُكْوَلُهُ عَنِ الْيَمِينِ بِإِشَارَتِهِ الْمَعْهُودَةِ<sup>(130)</sup>.

وهناك مسألة مهمة هي: أن دلالة اللفظ تقدم أن لم يخالفها دلالة ظاهر الحال، كما في المادة "989" المتعلقة بالبلوغ، فإذا أقر المراهق أو المراهقة في حضور الحاكم ببلوغه فلا يصدق إقراره إن كان ظاهر الحال مكذبا له<sup>(131)</sup>، وأما إذا كانت دلالة الحالة لم تخالف دعواه يثبت بلوغه ويعتبر<sup>(132)</sup>، وإذا ادعى المراهق أنه غير بالغ، لم يجز تحليفه، إذ لا دليل على بلوغه<sup>(133)</sup>، ولهذا جاءت قاعدة "دَلَالَةُ الْحَالِ نَاقِلَةٌ لِحُكْمِ اللَّفْظِ إِلَى ضِدِّ مُقْتَضَاة"<sup>(134)</sup>، فكل لفظ معتبر مقيدة بوجود ظواهر تويده، هذا ما أكدته قاعدة "قَدْ يَفْتَرُنُ بِالْخِطَابِ مِنْ دَلَالَةِ الْحَالِ مَا يَفِئُ بِهِ السَّمْعُ عَلَى مُرَادِ الْخِطَابِ"<sup>(135)</sup>، ولا يوجد تناقض بين المادتين السابقتين وهذه المادة، لكونهما تعلقتا بشيء خارج عن ذات الشخص، والأخيرة تعلقت بذات الشخص.

6. قاعدة: "الصَّرِيحُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى النِّيَّةِ، وَالْكَنَائِيَّةُ تَحْتَاجُ إِلَيْهَا"<sup>(136)</sup>، و قاعدة "النَّصُّ لَا تَعْمَلُ فِيهِ النِّيَّةُ"<sup>(137)</sup>، و "الكناية تحتاج إلى النية"<sup>(138)</sup>، ويؤدها قاعدة: "الصَّرِيحُ أَقْوَى مِنَ الْكَنَائِيَّةِ"<sup>(139)</sup>.

- 
- (130) ينظر: علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج2، ص387، وج4، ص462؛ هواديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص20.  
(131) ينظر: علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج2، ص683 وما بعدها؛ هواديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص20.  
(132) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص172؛ ابن عابدين، رد المختار، ج6، ص154.  
(133) ينظر: أبو الحسين العمري، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج13، ص94.  
(134) ينظر: الجصاص الحنفي، الفصول في الأصول، ج1، ص51. حيث افرد فصلا مهما جعله تحت "الظواهر التي يُقْضِي عَلَيْهَا دَلَالَةُ الْحَالِ فَيُنْقَلُ حُكْمُهُ إِلَى ضِدِّ مُوجِبِ لَفْظِهِ" ج1، ص50.  
(135) ينظر: الزركشي، البحر المحيط، ج4، ص51.  
(136) شهاب الدين الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص84؛ سعد الدين التفتازاني: مسعود بن عمر (ت: 793هـ)، شرح التلويح على التوضيح، مصر، مكتبة صبيح، الطبعة: بدون طبع وبدون تاريخ، ج1، ص234.  
(137) ابن الدّهّان: فخر الدين أبو شجاع مُجَدِّدِ بن علي بن شعيب، تقوم النظر في مسائل خلافية ذائعة، ونبد مذهبية نافعة، تحقيق: د. صالح بن ناصر بن صالح الخزيم، مكتبة الرشد، الرياض، 2001م، ج4، ص218.  
(138) السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص83.  
(139) السرخسي، المبسوط، ج6، ص76؛ البردوي، كشف الأسرار، ج2، ص249. ويستثنى من هذه القاعدة حالات منها لفظ الطلاق الذي فيه كناية مبالغة، فيكون الحكم هنا تبعا لكون الكنية أقوى من الصريح، ينظر: شيخي زادة، مجمع الأنهر، ج1، ص391.

فهذه القاعدة موجّهة وضابطة لمسار الألفاظ، خصوصاً في القضاء، ولهذا قال عنها ابن نجيم: "وَالْحَاصِلُ أَنَّ قَوْلَهُمُ الصَّرِيحُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى النِّيَّةِ إِنَّمَا هُوَ فِي الْقَضَاءِ أَمَّا فِي الدِّيَانَةِ فَمُحْتَاجٌ إِلَيْهَا لَكِنَّ وَفُوعَهُ فِي الْقَضَاءِ بِلَا نِيَّةٍ إِنَّمَا هُوَ بِشَرْطِ أَنْ يَفْصِدَهَا بِالْخَطِّابِ"<sup>(140)</sup>، وذلك لأن الصريح لا يحتاج إلى نية، لكن الكناية تحتاج إلى بيان النية فيها، من خلال النظر إلى حال قائله لأن مُطْلَقَ الْكَلَامِ يَتَقَيَّدُ بِدَلَالَةِ الْحَالِ وَيَصِيرُ ذَلِكَ كَالْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ"<sup>(141)</sup>، فيتحقق بالبيان الحكم، وعليه يكون القضاء، لكون ألفاظ الكناية بالنسبة للصريح، بمنزلة المشترك من المفسر من حيث إن ألفاظ الكناية مما لا يفهم معناها، إلا بدلالة أخرى، والصريح اسم لما فهم معناه منه بنفسه<sup>(142)</sup>، ولهذا ذهب العلماء إلى أن "النص الصريح لأنه لا يحتمل إلا معنى واحداً"، وعرف علماء الأصول الصريح بقولهم: "هُوَ الَّذِي يَكُونُ الْمَرَادُ مِنْهُ ظَاهِرًا ظُهُورًا بَيِّنًا وَتَأَمَّا وَمُعْتَادًا"<sup>(143)</sup>.

وقد أضاف العز بن عبد السلم بعد بيانه لهذه القاعدة ما يضبطها قائلاً: "الْلَفْظُ مَحْمُولٌ عَلَى مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ ظَاهِرُهُ فِي اللُّغَةِ أَوْ عُرْفِ الشَّرْعِ أَوْ عُرْفِ الْإِسْتِعْمَالِ، وَلَا يُحْمَلُ عَلَى الْإِحْتِمَالِ الْخَفِيِّ مَا لَا يُفْصَدُ أَوْ يُفْتَرَنُ بِهِ دَلِيلٌ"<sup>(144)</sup>.

ويقرب من معنى هذا القاعدة، قاعدة "التَّعْيِينِ بِالنِّيَّةِ أَوْ بِمَا يَقُومُ مَقَامَهَا مِنْ دَلَالَةِ الْحَالِ"<sup>(145)</sup>، وقاعدة "دلالة الحال قائمة مقام النية"<sup>(146)</sup>، ولهذا جاء الضابط مبيناً لما سبق ونصه: "دَلَالَةُ الْحَالِ قَرِيبَةٌ ظَاهِرَةٌ تُقَدِّمُ عَلَى النِّيَّةِ فِي بَابِ الْكِنَايَاتِ"<sup>(147)</sup>، ومثله "الشَّرْطُ فِي الْكِنَايَةِ النِّيَّةُ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهَا مِنْ دَلَالَةِ الْحَالِ لِيُزُولَ مَا فِيهَا مِنَ الْإِسْتِنْبَاهِ"<sup>(148)</sup>، لان الكنايات دلالتها خفيه، ودلالة الحالة دلالتها ظاهرة فتقدم على الكنايات.

(140) ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص273؛ وينظر: ابن عابدين، رد المختار، ج3، ص251.

(141) ينظر بتصرف: السرخسي، المبسوط، ج8، ص168.

(142) ينظر بتصرف: علاء الدين البخاري، كشف الأسرار، ص67.

(143) ينظر: علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص26؛ وكذلك: الشاشي، أصول الشاشي، ص64.

(144) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2، ص121.

(145) أكمل الدين الباري، العناية شرح الهداية، ج4، ص62.

(146) ابن نجيم، النهر الفائق، ج2، ص322.

(147) ابن عابدين، رد المختار، ج3، ص470.

(148) المصدر السابق، ج3، ص645.

وأثرها يظهر في المجلة في المادّة "1361" وتدور حول ما يُشترطُ في عَقْدِ الْمُفَاوَضَةِ من الألفاظ الصريحة تذكر، وهي لا تحتاج على نية لتفسيرها<sup>(149)</sup>.

7. قاعدة: "لَا يُنْسَبُ إِلَى سَاكِتٍ قَوْلٌ، لَكِنَّ السُّكُوتَ فِي مَعْرِضِ الْحَاجَةِ بَيَانٌ"<sup>(150)</sup>، وتتكون هذه القاعدة من قاعدتين: "لَا يُنْسَبُ إِلَى سَاكِتٍ قَوْلٌ" هي قول الشافعي<sup>(151)</sup>، والثانية: "السكوت في معرض الحاجة بيان"<sup>(152)</sup>، وهناك صيغ مؤيدة للشطر الأول، مثل: "السكوت لا يكون حجة"<sup>(153)</sup>، و"من نسب إلى ساكت قولاً فقد كذب عليه"<sup>(154)</sup>، و"السَّاكِتُ لَا يُنْسَبُ إِلَيْهِ حُكْمٌ"<sup>(155)</sup>.

وأما الشطر الثاني للقاعدة فهناك صيغ مؤيدة، منها: "السُّكُوتُ فِي مَوْضِعِ الْحَاجَةِ إِلَى الْبَيَانِ بِمَنْزِلَةِ الْبَيَانِ"<sup>(156)</sup>، ومثلها: "السُّكُوتُ فِي مَوْضِعِ الْحَاجَةِ إِلَى الْبَيَانِ بِمَنْزِلَةِ النَّطْقِ"<sup>(157)</sup>، و"السكوت مع القرائن ينزل منزلة النطق"<sup>(158)</sup>.

- 
- (149) ينظر: علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج3، ص355.
- (150) علي حيدر: درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص61، المادة (67)؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج1، ص130؛ وقد ذكر القاعدة: شهاب الدين الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص438؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، ص164؛ ابن عبيد، رد المختار، ج3، ص62؛ الجويني، البرهان، ج1، ص271؛ الغزالي، المستصفى، ص151؛ والرازي، المحصول، ج4، ص156؛ السبكي، الأشباه والنظائر، ج2، ص168؛ أبو يعلى الفراء، العدة في أصول الفقه، ج4، ص1171؛ آل تيمية: بدأ بتصنيفها الجدّ: مجد الدين عبد السلام بن تيمية (ت: 652هـ)، وأضاف إليها الأب، : عبد الحليم بن تيمية (ت: 682هـ)، ثم أكملها الابن الحفيد: أحمد بن تيمية (728هـ)، المسودة، تحقيق: مُجَدِّ مَحْمِي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، بيروت، ص335.
- (151) إمام الحرمين الجويني، البرهان في أصول الفقه، ج1، ص271؛ الرازي، المحصول، ج4، ص156.
- (152) علي حيدر: درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص61، المادة (67)؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج1، ص130؛ وقد ذكر القاعدة: شهاب الدين الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص438؛ الجويني، البرهان، ج1، ص271؛ والرازي، المحصول، ج4، ص156؛ السبكي، الأشباه والنظائر، ج2، ص168؛ وآل تيمية، المسودة، ص335.
- (153) السرخسي، المبسوط، ج7، ص156؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، ص294؛ الغزالي، المنخولة، ص416.
- (154) تقي الدين السبكي، الإبهام في شرح المنهاج، ج2، ص380، وعزها إلى قول للشافعي.
- (155) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3، ص331؛ عبد الرحمن الخلوقي: بن عبد الله بن أحمد البعلبي الحنبلي، كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات، تحقيق: مُجَدِّ بن ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية، بيروت 2002م، ج2، ص740.
- (156) الشاشي، أصول الشاشي، ص262؛ البزدوي، كشف الأسرار، ج1، ص20؛ التفنازي، شرح التلويع على التوضيح، ج1، ص279؛ الدبوسي، تقويم الأدلة، ص148؛ أكمل الدين الباهري، العناية شرح الهداية، ج3، ص373.
- (157) سبط أبي الفرج ابن الجوزي: يوسف بن قزأوغلي - أو قزغلي - ابن عبد الله، أبو المظفر، شمس الدين، (ت: 654هـ)، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف، تحقيق: ناصر العلي الناصر الخليلي، دار السلام، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1408هـ، ص259.
- (158) إمام الحرمين الجويني، البرهان في أصول الفقه، ج1، ص246؛ وينظر: الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ج2، ص206.

وذلك لِأَنَّ السُّكُوتَ عَدَمٌ مَحْضٌ، وَالْأَحْكَامُ لَا تُسْتَفَادُ مِنَ الْعَدَمِ أَي أَنَّهُ لَا يُقَالُ لِلسَّاكِتِ أَنَّهُ قَالَ كَذَا، وَلَكِن السُّكُوتُ فِي مَا يَلْزِمُ التَّكَلَّمَ بِهِ أَقْرَارٌ وَبَيَانٌ<sup>(159)</sup>، وَلِهَذَا خَرَجَتْ عَنْ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ مَسَائِلٌ كَثِيرَةٌ يَكُونُ السُّكُوتُ فِيهَا كَالنُّطْقِ، مِنْهَا: سُّكُوتُ الْبِكْرِ عِنْدَ اسْتِنْمَارِ وَلِيِّهَا قَبْلَ التَّزْوِيجِ وَبَعْدَهُ؛ وَالثَّانِيَةُ: سُّكُوتُهَا عِنْدَ قَبْضِ مَهْرِهَا؛ وَالثَّلَاثَةُ: سُّكُوتُهَا إِذَا بَلَغَتْ بَكْرًا؛ وَالرَّابِعَةُ: حَلَفَتْ أَنْ لَا تَتَزَوَّجَ فَرَوْجَهَا أَبُوهَا فَسَكَتَتْ حَبِثٌ<sup>(160)</sup>.

وأثرها يظهر في المجلة في باب الإجارة "438" حيث جاء السكوت دالا على قبول صاحبه، والإذن "772" ودلت على نص ضابط وهو "الإذن دلالة كالأذن صراحةً. بيد أنه عند وجود النهي صراحةً لا اعتبار بالإذن دلالة"، والإيداع "773" حيث ينعقد بالإيجاب والقبول، والإعارة "805" حيث دلت المادة على أن سكوت المعير لا يعد قبولا، والدين "847" وتعلقت بوهب الدين، والوكالة "1451" وتبين أن ركن التوكيل هو الإيجاب والقبول، والإقرار "1572" لكونه صريحا في إثبات الشيء، والبيع "1659" وما يتعلق به من إيجاب وقبول وسكوت، واليمين "1751" حيث تعلقت بالنكول في يمين من كلفه القاضي باليمين، وإنكار المدعي عليه، وجاءت المادة "1822" تخص استجواب المدعي عليه بقوله لا أو نعم وحكم سكوته أن أصر على سكوته<sup>(161)</sup>.

8. قاعدة: "النِّيَّةُ إِنَّمَا تَعْمَلُ فِي الْمَلْفُوظِ"<sup>(162)</sup>، ومثلها قاعدة: "النِّيَّةُ إِنَّمَا تَعْمَلُ فِي الْمُحْتَمَلَاتِ لَا فِي الْمَوْضُوعَاتِ الْأَصْلِيَّةِ"<sup>(163)</sup>، ولهذا نجد قاعدة: "لا ثواب إلا بنية"<sup>(164)</sup>.

(159) ينظر: نجم الدين الصرصاري، شرح مختصر الروضة، ج3، ص84؛ الزركشي، البحر المحيط، ج6، ص؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص130.

(160) ينظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر، 129-131، وقد أحصى (37) حالة تستثنى من هذه القاعدة.

(161) ينظر: علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص431، وج2، ص229، وص232، وص392، وص319، ج3، ص452، ج4، ص72، ص262، ص461، ص594؛ هوديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص28؛ وينظر أيضا؛ عارف السويدي العباسي، شرح مجلة الأحكام العدلية، كتاب الوكالة، ص6 وما بعدها، وكتاب الإقرار، ص2 وما بعدها.

(162) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص156؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج3، ص763؛ اللكنوي، النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير؛ ص255؛ الزركشي، البحر المحيط، ج2، ص279.

(163) أكمل الدين البابري، العناية شرح الهداية، ج6، ص250؛ الحلبي، غمز عيون البصائر، ج1، ص79.

(164) محمود أفندي حمزة، الفوائد البهية في القواعد الفقهية، ص4.



ولهذا كانت النية إنما تعمل في الملقوظ ولا تعمل في غيره، ولهذا قال الشافعي: "لا يُنسب إلى ساكت قول" (165)، ولهذا كان نفي نسبة النية إلى ساكت مردودة من باب أولى في الحكم، إلا إذا كان في معرض الحاجة فهو بيان (166).

وذلك لأن النية يُقصدُ بها تمييزُ المراد من القول والفعل، وتأتي لبيان لفظٍ مُحتملٍ كعامٍ يحتملُ التخصيصَ، أو مجملٍ يحتاجُ إلى البيان، أو مشتركٍ يُعيّنُ بعضَ أفرادِهِ، أمّا إذا لم يكن اللفظُ مُحتملاً لوضوح في لفظه، فمجردُ النية لا تأثير لها في أحكام الدنيا، ولهذا لا يقع الطلاق والعتاق بمجرد النية، ثم اللفظ الذي يحتملُ شئيين أو أكثر، فإن احتملها على السواء، فنوى المدعي أو المدعى عليه أحد المعاني التي يدل عليه اللفظ، فيقضى بما نوى ديانة وقضاء؛ لأن الظاهر لا ينفي المعنى الذي أراده، فيكون ما أراده هو الراجح من المعاني؛ وإذا كان أحد المعاني مرجحون والآخر راجحاً فيصعد في الراجح، ويتوقف في المرجوح إذا نوها، فيُنظرُ إن كان فيه تغليبٌ على نفسه يصدقُ أيضاً ديانة وقضاء؛ لأنه غيرُ مُتهمٍ في ذلك، وقد تقدّم أنّ النية لا حكم لها على الأفراد (167)، كما أن العمل مترتب عليها ولهذا جاءت قاعدة "لا عمل لمن لا نية له ولا أجر لمن لا حسبة له" (168)، و"لا عمل إلا بنية" (169)، واثر هذا القاعدة يظهر في المجلة في مواد منا: المادّة "1727" المتعلقة بتحليل

(165) ينظر: إمام الحرمين الجويني، البرهان في أصول الفقه، ج1، ص271؛ الغزالي، المستصفى، ص151؛ وينظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، ج4، ص164؛ ابن عدي، رد المختار، ج3، ص62.

(166) ينظر المادّة (67) ونصها: (لا يُنسبُ إلى ساكت قول، لكنّ الشكوت في معرض الحاجة بيان). علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص61.

(167) شهاب الدين الحموي، غمز عيون البصائر، ج2، ص162؛ الزركشي، البحر المحيط، ج2، ص279.

(168) رواه البيهقي، السنن الكبرى، ج1، ص67، رقم (179)؛ الكاساني: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، 1406هـ - 1986م، ج1، ص127، وج2، ص40 و83، وج5، ص71؛ برهان الدين البخاري: أبو المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مائة الحنفي (ت: 616هـ)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، بيروت - لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م، ج1، ص286؛ بدر الدين العيني: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتاني الحنفي (ت: 855هـ)، البناية شرح الهداية، الناشر: لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 2000م، ج1، ص207؛ أبو حفص الحنفي: عمر بن إسحاق بن أحمد الهندي الغزنوي، سراج الدين، (ت: 773هـ)، الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة: الأولى 1406-1986 هـ، ص62.

(169) الغزالي، المستصفى، ص189 و263؛ إمام الحرمين الجويني: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد، أبو المعالي، ركن الدين، (ت: 478هـ)، كتاب التلخيص في أصول الفقه، تحقيق: عبد الله جولم النبالي وبشير أحمد العمري، بيروت، الناشر: دار البشائر الإسلامية، ج1، ص207؛ الآمدي، الأحكام، ج3، ص18 و64؛ الزركشي، البحر المحيط، ج3، ص113؛ ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر،

الشهود<sup>(170)</sup>، ووجه الدلالة يظهر من خلال طلب المشهود عليه أن يحلف الشهود على نيته بعدم الكذب، ولهذا جاز للحاكم أن يحلف الشهود، فإن نكل أحدهم لا يحكم بشهادته<sup>(171)</sup>.

9. قاعدة: "المقاصد في الأقوال والأفعال هي عللها التي هي غاياتها ونهاياتها"<sup>(172)</sup>.

إن العلل في الأقوال والأفعال هي الغايات والعواقب، ومدار الحكم عليها، وهي شرعية وعقلية، وتكون متقدمة في العلم والقصد، متأخرة في الوجود والحصول<sup>(173)</sup>.

فأسباب حل المال، والوطء، واللحم حرام، حتى توجد هذه الأسباب، وهي مقصودة الوجود؛ لأنها من المصلحة.

ويظهر أثرها في المادة "70" وتدور حول الإشارات المعهودة للأخرس كالبينان باللسان بالنسبة للسليم، ومثلها المادة "174" المتعلقة بانعقاد بيعه، و المادة "1586" المتعلقة بإقراره، و المادة "1752" المتعلقة بيمينه<sup>(174)</sup>.

10. قاعدة: "من أطلق لفظاً لا يعرف معناه لم يؤخذ بمقتضاه"<sup>(175)</sup>، ومثلها "الجهل بمعنى اللفظ مُسقط لحكمه"<sup>(176)</sup>، "ما لا يعلم معناه لا يصح قصده"<sup>(177)</sup>، ويضبطها قاعدة: "يقبل قول المترجم في الحدود كغيرها"، ومثلها: "يقبل قول المترجم مطلقاً"<sup>(178)</sup>.

- 
- ج2، ص110؛ ابن حزم الأندلسي: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: الشيخ أحمد محمد شاكر، قدم له: الأستاذ الدكتور إحسان عباس، بيروت، دار الآفاق الجديدة، ج5، ص153.
- (170) ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج4، ص113؛ علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص416.
- (171) ينظر: منير القاضي، المصدر السابق، ج4، ص112.
- (172) القراني: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي، الذخيرة، تحقيق: ج1، 8، 13: محمد حجي، وج2، 6: سعيد أعراب، وج3 - 5، 7، 9 - 12: محمد بو خيزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1994م، ج1، ص244.
- (173) ينظر: ابن تيمية: أحمد بن عبد الحلیم (ت 728هـ)، بيان الدليل على بطلان التحليل، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1418هـ 1998م، ص165؛ الكمال ابن الهمام، التقرير والتحجير، ج3، ص209.
- (174) تنظر المواد السابقة: علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص65، و129، وج4، ص101، و462؛ هواديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص28.
- (175) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2، ص102.
- (176) الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، ج2، ص13.
- (177) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص37.
- (178) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص109؛ علي حيدر أفندي، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟، رقم المادة (71).

فإذا نطق الأعجمي بكلمة من لغة يجهلها، فلا يؤخذ بقوله لكونه يجهل المعاني، لأن الألفاظ هي وضعت بقصد إرادة المعني، ولذلك إذا نطق الأعجمي بكلمة كُفِّرَ أو أَيْمَانَ أو طَلَقٍ أو إِعْتَاقٍ أو بَيْعٍ أو شِرَاءٍ أو صَلْحٍ أو إِبْرَاءٍ لَمْ يُؤْخَذْ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْتَزِمْ مُفْتَضَاهُ، وَلَمْ يَفْصِدْ إِلَيْهِ وَكَذَلِكَ إِذَا نَطَقَ الْعَرَبِيُّ بِمَا يَدُلُّ عَلَى هَذِهِ الْمَعَانِي بِلَفْظٍ أَعْجَمِيٍّ لَا يَعْرِفُ مَعْنَاهُ فَإِنَّهُ لَا يُؤْخَذُ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمْ يُرَدِّهِ<sup>(179)</sup>، ولهذا يتوقف القضاء على وجود ترجمة يتسنى بها نقل المعاني إلى أركان القضية، وعليه يُقْبَلُ قَوْلُ الْوَاجِدِ فِي التَّرْجَمَةِ، وَيَعَدُّ أَصِيلاً وَلَيْسَ بَوَكِيلٍ<sup>(180)</sup>.

وأثرها القاعدة يظهر في المجلة في المادَّة "1825" بوجوب وجود مترجم في مجلس القضاء<sup>(181)</sup>، وثمره هذه المادة تظهر فيما لو نطق من يحتاج إلى المترجم بجملة من اللغة التي جاء المترجم لبينها، فلا يعد قوله معتبرا، لكونه أصلا يجهل هذا اللغة، فيعيد المترجم قول المدعي أو المدعى عليه ما قال باللغة التي يفهمها، فإن أقر ما قاله المترجم يعد إقراره ملزما باللغة التي يفهمها وليس باللغة التي حول النطق بها.

---

(179) ينظر: العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2، ص102؛ الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، ج2، ص13.

(180) شهاب الدين الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص385؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص66، المادة رقم(71)؛ رشيد باشا، روح المجلة، ج1، ص157 وما بعدها.

(181) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص597.

## الفصل الثاني:

### قاعدة اليقين لا يزول بالشك

تأتي قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"<sup>(182)</sup> مكملة لقاعدة الأمور بمقاصدها، حيث أن أثبت اليقين أساس للوصول إلى المقاصد والغايات، فإذا زال اليقين وحل محله شك أصبحت المصلحة الخادمة للمقاصد غير مؤكدة بالوصول إلى تحقيق المقصد المطلوب .

ويتضمن هذا الفصل ثلاث مباحث، جاء الأول منها لبيان مفهوم قاعدة اليقين لا يزول بالشك، والثاني اثر قاعدة اليقين لا يزول بالشك في تكوين السلطة القضائية، وتحرير المجلة، والأخير القواعد المؤيدة لهذه لقاعدة اليقين لا يزول بالشك وأثرها في تكوين السلطة القضائية، وتحرير مواد المجلة.

---

(182) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص17؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص58؛ السرخسي، المبسوط، ج1، ص121؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج1، ص73؛ المرغنياني، الهداية، ج1، ص25؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج1، ص106؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص47؛ ابن عابدين، رد المختار رد المختار، ج1، ص148؛ البزدوي، كشف الأسرار، ج3، ص87؛ السمديسي، فتح المدبر، لو: 3، ور: 1؛ الخطيب البغدادي، أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي، الفقيه و المتفقه، تحقيق: أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي، دار ابن الجوزي، السعودية1421هـ، ج1، ص527؛ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج1، ص153؛ أبو يعلى الفراء، العدة في أصول الفقه، ج4، ص1267؛ ابن النجار الحنبلي، شرح الكوكب المنير، ج4، ص439، محمود أفندي حمزة، الفوائد البهية في القواعد الفقهية، ص4.

## المبحث الأول: معنى قاعد اليقين لا يزول بالشك وبيانها

ومعنى القاعدة أن اليقين لا يزول بسبب طروء احتمال، أو شك، أو وهم عليه؛ لأن المتيقن منه لا يمكن أن يزيله الشك الذي هو أضعف منه، فلا يرتفع اليقين القوي بالشك الضعيف، ولا يزول اليقين إلا بيقين آخر.

هذه المادة مأخوذة من قاعدة "مَا ثَبَتَ بِيَقِينٍ لَا يَرْتَفِعُ بِالشَّكِّ وَمَا ثَبَتَ بِيَقِينٍ لَا يَرْتَفِعُ إِلَّا بِيَقِينٍ" (183).

والشك لغة: نقيض اليقين (184)، ومعناه التردد (185)، والشك: هو تردد الذهن بين أمرين على حد سواء (186).

وإصطلاحاً: "تَرَدُّدُ الْفِعْلِ بَيْنَ الْوُفُوعِ وَعَدَمِهِ" (187)، فلا يوجد مرجح لأحد الطرفين على الطرف الآخر.

واليقين لغة: هو العلم بإزالة الشك، وتحقيق الأمر، قرأ الشيء (188)، يقال "يقن الماء في الحوض" بمعنى استقر (189).

وإصطلاحاً: هُوَ حُصُولُ الْجُزْمِ أَوْ الظَّنِّ الْعَالِبِ بِوُفُوعِ الشَّيْءِ أَوْ عَدَمِ وُفُوعِهِ. وَقَدْ عَرَّفَهُ الْبَعْضُ بأنه: هُوَ عِلْمُ الشَّيْءِ الْمُسْتَتِرِ عَنِ نَظَرٍ وَاسْتِدْلَالٍ (190).

---

(183) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص17؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص58؛ الموسوعة الكويتية، ج35، ص31.

(184) الفراهيدي، العين، ج5، ص270؛ الأزهرى، تهذيب اللغة، ج9، ص316؛ ابن منظور، لسان العرب، ج10، ص451.

(185) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص17.

(186) أبو هلال العسكري: الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهرا، معجم الفروق اللغوية، تحقيق: الشيخ بيت الله بيات، ومؤسسة النشر الإسلامي، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بـ «قم»، إيران 1412هـ، ص264.

(187) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص17.

(188) الفراهيدي، العين، ج5، ص220؛ ابن فارس، مقاييس اللغة، ج6، ص157؛ ابن منظور، لسان العرب، ج13، ص457.

(189) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص17.

(190) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص17؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص58.

وَيُفْهَمُ مِنْ هَذِهِ الْإِبْضَاحَاتِ أَنَّهُ لَا يُوجَدُ الشَّكُّ فِي شَيْءٍ عِنْدَ وُجُودِ الْيَقِينِ، وَلَا الْيَقِينُ حَيْثُ يُوجَدُ الشَّكُّ، إِذْ أَنَّهُمَا تَقِيضَانِ وَلَا يَجُوزُ اجْتِمَاعُ النَّقِيضَيْنِ، فَعَلَى هَذَا قَدْ يُعْتَرَضُ عَلَى وَضْعِ هَذِهِ الْمَادَّةِ فِي الْمَجْلَةِ، إِذْ لَا مُوجِبَ لَوْضُعِهَا؛ وَلَكِنْ بِمَا أَنَّ الْمَقْصُودَ هُنَا بِالشَّكِّ إِنَّمَا هُوَ "الشَّكُّ الطَّارِئُ" بَعْدَ حُصُولِ الْيَقِينِ فِي الْأَمْرِ فَلَا مَحَلَّ لِلاحتِجَاجِ بِالشَّكِّ مطلقاً<sup>(191)</sup>، وهذه المسألة مجمع عليها، يقول القرافي: "فَهَذِهِ قَاعِدَةٌ مُجْمَعٌ عَلَيْهَا وَهِيَ أَنَّ كُلَّ مَشْكُوكٍ فِيهِ يُجْعَلُ كَالْمَعْدُومِ الَّذِي يُجْزَمُ بَعْدَمِهِ"<sup>(192)</sup>، وهذا ما أكدته مجلة الأحكام العدلية في الْمَادَّةُ "74" ونصها "لَا عِبْرَةَ لِلتَّوَهُّمِ"<sup>(193)</sup>.

وقد اخذ اغلب العلماء بها محتجين ومستنبطين، فلا يكاد يخلو كتاب فقه منها، فضلا عن كتب القواعد والاستنباط<sup>(194)</sup>، وهذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر<sup>(195)</sup>، ويظهر أثر هذه القاعدة في المجلة في المواد الآتية: الْمَادَّةُ "785" وهي اختصت بغياب صاحب الوديعة، وَالْمَادَّةُ "1683" وهي اختصت بتحكيم الحال، وَالْمَادَّةُ "1741" وتخص القرينة القاطعة، وَالْمَادَّةُ "1776" وتخص حول انقضاء مدة الإجازة، وَالْمَادَّةُ "1777" وجاءت حول طريق الماء الذي يجري في الأرض<sup>(196)</sup>.

ويستثنى من ذلك ما يخص الطلاق، وذلك نحو أن يتزوج الرجل نسوة، ثم يطلق واحدة منهن، لَا بَعَيْنَهَا، فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَقْرَبَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ، حَتَّى تَبِينِ الْمُطَلَّقةُ مِنْهُنَّ<sup>(197)</sup>.

وإدراك العلم بحقيقة الأشياء تفاوتت مراتبها، وعلى القاضي إذا نظر في الدعوى وأدلتها ودفعها، الأخذ بعين الاعتبار تفاوت درجات العلم في القرائن والألفاظ، ومراتب العلم هي<sup>(198)</sup>:

- 
- (191) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص17؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص58؛ الراوي، شرح مجلة الأحكام، ص16؛ المحاسني، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص31؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص74.
- (192) القرابي، الفروق = أنوار البروق في أنواع الفروق، ج1، ص111.
- (193) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص68.
- (194) أبو يعلى الفراء، العدة في أصول الفقه، ج4، ص1267؛ الخطيب البغدادي، الفقيه و المتفقه، ج1، ص527؛ علاء الدين البخاري الحنفي، كشف الأسرار، ج3، ص87؛ الكمال ابن الهمام، فتح القدير، ج1، ص106؛ شهاب الدين الحسيني الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص193 و 237؛ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج1، ص73؛ أكمل الدين الباقري، العناية شرح الهداية، ج1، ص106؛ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج1، ص153؛ ابن قدامة، المغني، ج1، ص74.
- (195) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص51؛ الحموي، غمز عيون البصائر، الجزء1، ص194؛ السمديسي، فتح المدبر، لو:3، ور:1.
- (196) ينظر: هواديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص19.
- (197) ينظر: إمام الحرمين الجويني، التلخيص في أصول الفقه، ج3، ص138، رقم المسألة: 1553؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص124.

1. اليقين لغة هو: العلم الذي لا شك فيه، واليقين اصطلاحاً هو: اعتقاد الشيء بأنه كذا، مع اعتقاد أنه لا يمكن إلا كذا مطابقاً للواقع غير ممكن الزوال.

2. الظن هو: ترجيح أحد الاحتمالين في النفس على الآخر من غير قطع، وقيل: تجويز أمرين، أحدهما أقوى من الآخر، والظن طريق للحكم إذا كان عن أمانة قد اقتضت الظن، ولهذا وجب العمل بجميع الأدلة المظنونة، ويجب العمل بشهادة الشهادين وبخبر المقومين للشيء، سواء كانت تلك الأحكام مبنية على أدلة ظنية أو أمانة صحيحة، ويطلق العلم على الظن والعكس.

3. الشك هو: التردد في أمرين متقابلين، لا ترجيح لوقوع أحدهما على الآخر في النفس، وقيل: هو: تجويز أمرين لا مزية لأحدهما على الآخر، والشك ليس بطريق للحكم في الشرع، وبناء على ذلك يجب استصحاب الحال السابق مثل: الشك في الحدث بعد الطهارة، والشك بالطلاق بعد النكاح، لأن الظاهر بقاء ذلك، وعدم حدوث المشكوك فيه.

4. الوهم هو: الطرف المرجوح المقابل للظن.

5. السهو هو: الذهول عن المعلوم.

ومعنى القاعدة إجمالاً يدور أن ما ثبت من الحقائق بدليل، أو كان من جنس الحقائق الثابتة عياناً بلا دليل، فالشك في بقاء هذه الحقائق مع عدم وجود دليل على انعدامها لا يؤثر في بقاء ذلك اليقين.

---

(198) ينظر: النملة: عبد الكريم بن علي بن محمد، المَهْدَبُ فِي عِلْمِ أَصُولِ الْفِقْهِ الْمُقَارَنِ (تحريرٌ لمسائله ودراستها دراسةً نظريَّةً تطبيقيَّةً)، الرياض، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى: 1420هـ - 1999م، ج1، ص103 و 106 وما بعدها؛ محمد آل بورنو، الشيخ الدكتور محمد صدقي بن أحمد بن أبو الحارث الغزي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان 1996م، ص 169، وقد أضافه: "الاعتقاد: جزم القلب من غير استناد إلى الدليل القطعي، ومثلوا له باعتقاد العامي". بدلا عن السهو؛ وينظر حول هذا التقسيم: السرخسي، المسوط، ج10، ص185؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج2، ص268.

وكذلك ما كان عدمه متيقنا سواء كان قطعيا أو ظنيا لا يحكم بثبوته بالشك المجرّد مع قيام دليل على خلافه، لأن اليقين أقوى من الشك، ولا يرتفع القوي وهو اليقين بالضعيف وهو الشك، لكن ممكن أن يرتفع ويزول بيقين مثله<sup>(199)</sup>، ولهذا قال الشافعي رحمه الله تعالى: "لَا أَدْفَعُ الْيَقِينَ إِلَّا بِيَقِينَ"<sup>(200)</sup>.

ولهذا وجب دفع الشك بطريق "التَّحْرِي" ، فيدخل هذا المسلك في أبواب الفقه من صلاة وطلاق وغيرها<sup>(201)</sup>، لكن أن عارض الشك يقين فلا عبرة بالتحري لكون التحري لبيان الشك في حالة عدم وجود يقين يعارضه، لأن التَّحْرِي مَطْنَةٌ الشَّكِّ، فَلَا يَبْنِي عَلَيْهِ<sup>(202)</sup>.

وقد قسم السمديسي<sup>(203)</sup> (ت: 932 هـ 1526م) الشك على ثلاثة أضراب قائلا: "شك طرا على أصل حرام، وشك طرا على أصل مباح، وشك لا يعرف أصله" وضرب مثلا للأول بالشاة التي وجد في بلد فيه مسلمون وأغلب أهلها مجوس لكن لا يعلم حقيقة ذكاتها فلا تحل لغلبة المجوس، ولو كانت الغلبة للمسلمين حلت عمل بالأغلب، ومثال الثاني الماء الذي تغير شكله ولم يعلم سبب التغير يجوز التطهر به عملا باصل الطهارة، والثالث معاملت من هو أكثر ماله حرام فلا تحرم مبياعته لوجود بعض من ماله حلالا<sup>(204)</sup>.

(199) ينظر: الراوي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ص16؛ المحاسني، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص31.

(200) الشافعي، الأم، ج6، ص262.

(201) التَّحْرِي والتَّوْحِي: "التَّحْرِي لَعْنَةُ هُوَ الطَّلَبُ وَالْإِبْتِغَاءُ كَقَوْلِ الْقَائِلِ لِعَبْرَةٍ أُنْحَرِي مَسْرَتَكَ أَيِ أَطْلُبُ مَرْضَاتَكَ قَالَ تَعَالَى { فَأُولَئِكَ تَحَرَّوْا رَشَدًا } [الجن: 14] وَهُوَ وَالتَّوْحِي سَوَاءٌ إِلَّا أَنَّ لَفْظَ التَّوْحِي يُسْتَعْمَلُ فِي الْمَعَامَلَاتِ وَالتَّحْرِي فِي الْعِبَادَاتِ «قَالَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِلرَّجُلَيْنِ الذَّيْنِ احْتَصَمَا فِي الْمَوَارِيثِ إِلَيْهِ: أَذْهَبَا وَتَوَحَّيَا وَاسْتَهَمَا وَلِيَحْلُلَنَّ كُلُّ مِنْكُمَا صَاحِبُهُ» وَقَالَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي الْعِبَادَاتِ: «إِذَا شَكَّ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ فَلْيَتَحَرَّ الصَّوَابَ» وَفِي الشَّرِيعَةِ: عِبَارَةٌ عَنْ طَلَبِ الشَّيْءِ بِعَالِبِ الرَّأْيِ عِنْدَ تَعَدُّرِ الْوُقُوفِ عَلَى حَقِيقَتِهِ". ينظر: السرخسي، المسبوط، ج10، ص185؛ أصول السرخسي، ج2، ص118؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج2، ص268. وفي العصر الحالي أصبح يطلق لفظ التحري على التوحي أيضا.

(202) ينظر: ابن الدهان، تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة، ج1، ص196.

(203) السمديسي: مُحَمَّدُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ بْنِ أَحْمَدَ، شَمْسُ الدِّينِ الْإِمَامُ السَّمْدِيْسِيُّ: قَاضٍ، مِنْ فُقَهَاءِ الْحَنَفِيَّةِ. نَسَبَتْهُ إِلَى " سَمْدِيْسَةَ " مِنْ أَعْمَالِ الْبَحِيرَةِ، بِمِصْرَ. لَهُ كِتَابٌ، مِنْهَا " فَتْحُ الْمَدْرِ، لِلْعَاجِزِ الْمَقْصَرِ " فِي الْقَضَاءِ، ذَكَرَ فِيهِ: قَوَاعِدُ الْأَشْبَاهِ، وَأُورِدَ فِي أَثْنَائِهِ مَبَاحِثُ الشَّرْطِ، وَالْحُكْمِ. فَرِغَ مِنْ تَأْلِيفِهِ سَنَةَ 921هـ، وَ " فَيْضُ الْغَفَارِ، شَرْحُ الْمُخْتَارِ " فِي فُرُوعِ الْحَنَفِيَّةِ. حَجِي جَلِي أَوْ كَاتِبُ جَلِي، كَشَفُ الطُّنُونِ، ج2، ص1235؛ الزركلي، الأعلام، ج5، ص301.

(204) ينظر: السمديسي، فتح المدبر، لو: 4، ور: 2.



## المبحث الثاني: اثر قاعدة اليقين لا يزول بالشك في الأحكام القضائية والمجلة

ونجد أثرها واضحا في القانون الأساسي للدولة العثمانية، حيث جاءت المادة "9" بحرية العثمانيين بشرط عدم الضرر بالآخرين، والمادة "10" وتخص حق سلامة الذمة للمواطن، فلا يتعدى على حريته الشخصية، وكون هذا الحق يقينا لا يزول بشك يطرأ عليه، وعليه فتعتبر منزل جميع العثمانيين مصادرة لا تقدر الحكومة أن تدخلها جبرا كما جاء في المادة "22" من القانون الأساسي<sup>(205)</sup>، وهذا ما أكده النص العثماني للقانون الأساسي<sup>(206)</sup>.

وهي تتدخل في بيان الأحكام القضائية من حيث عمومها، كون أن هناك دعوى ومدعي ومدعى عليه، فهي من القواعد التي تحيط أركان الدعوى ببيان وتضبط تلك الأركان بصفات، مع تقرير لأحوالها ومدى انطباقها على أفرادها، وهي كذلك تتدخل في كيفية الحكم وذاته وما ينطق بها المفتي، وفتواه غير ملزمة لمستفتيه، والقاضي وقضاء ملزم لمن اقتضاه<sup>(207)</sup>.

ومفهوم هذه القاعدة يظهر من خلال الأمثلة الآتية:

1. تَحْكِيمُ الْحَالِ: يَعْني جَعَلَ الْحَالِ الْحَاضِرَ حُكْمًا هُوَ مِنْ قَبِيلِ الْإِسْتِصْحَابِ وَالْإِسْتِصْحَابُ هُوَ الْحُكْمُ بِبَقَاءِ أَمْرٍ مُحَقَّقٍ غَيْرِ مَظْنُونٍ عَدَمُهُ وَهُوَ بِمَعْنَى إِبْقَاءِ مَا كَانَ عَلَى مَا كَانَ<sup>(208)</sup>، مثل المفقود فإن حياته متبقية وموته مشكوك فيه.

2. الْمَادَّةُ "1224" ونصها: "يُعْتَبَرُ الْقَدِيمُ فِي حَقِّ الْمُرُورِ وَحَقِّ الْمَجْرَى وَحَقِّ الْمَسِيلِ"، لأن الظاهر والغالب أن تُتْرَكْ هَذِهِ الْأَشْيَاءُ وَتَبْقَى عَلَى وَجْههَا الْقَدِيمِ الَّذِي كَانَتْ عَلَيْهِ حَيْثُ إِنَّهُ بِحُكْمِ الْمَادَّةِ السَّادِسَةِ يَبْقَى الشَّيْءُ الْقَدِيمُ عَلَى حَالِهِ وَلَا يَتَغَيَّرُ مَا لَمْ يَقُمْ دَلِيلٌ عَلَى خِلَافِهِ. أَمَّا الْقَدِيمُ الْمُخَالَفُ لِلشَّرْعِ الشَّرِيفِ. فَلَا اِعْتِبَارَ لَهُ يَعْني أَنَّ الشَّيْءَ الْمَعْمُولَ بِغَيْرِ صُورَةٍ مَشْرُوعَةٍ فِي

(205) القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: عام 1293هـ الموافق 1876م، ص5 و 6.

(206) سالنامه، 1294هـ سنه، دفعة 32، ص25 وما بعدها؛ سالنامه دولت عليه عثمانیه، التمش سكر نجي سنه، 1333-1334 سنه ماليه، ص5، و6 وما بعدها.

(207) ينظر كيف بين هذه المسألة: الحاسني، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص32، فقد ذكر في شرحه لأثر هذه القاعدة أن قواعد ومواد المجلة هي قانون عام جمع ما يتعلق بالمعاملات والمواد الشرعية، لكن هناك قوانين خاصة ارتبطت بأصول المحاكمات يجب مراعاتها عند النظر في مواد المجلة.

(208) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص302، المادة (1683)؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج4، ص76.

الأصل لا اعتبار له ولو كان قديماً ولا يُزال إذا كان فيه ضرر فاجش<sup>(209)</sup>، ولذلك فالقديم يبقى على قدمه، وكون دلالة استصحاب الحال قائمة وهي بمثابة اليقين يعمل بها ولا يلتفت إلى غيرها.

3. جاء في المادة "785" ونصها: "إذا غاب صاحب الوديعة ولم تُعلم حياته ومماته يحفظها المستودع إلى أن تتبين وفاته. إن كانت الوديعة من الأشياء التي تفسد بالمكث فله أن يبيعها بإذن الحاكم ويحفظ ثمنها أمانة عنده. وأما إذا لم يبيعها وفسدت بالمكث فلا يلزم الضمان"<sup>(210)</sup>، ووجهة تطبيق القاعدة يظهر في أن الحياة يقين، والممات شك، ولا يُصار إلى الشك ويهمل اليقين.

وكذلك يجوز الانتقال من يقين على يقين آخر، فحفظ الأمانة مقصد ومن صور الحفظ حفظ صورتها، وحفظ قيمتها، والفساد محتمل، فيجوز حفظ الأمانة بحفظ القيمة لكون القيمة محققة للمنفعة وأصل فيها فيجوز حفظ المنفعة نقداً، وكذلك لو فسدت الأمانة بالمكث فلا ضمان عليه لكون الفساد طارئ وبراءة الذمة يقين فلا يعدل عن اليقين إلى الطارئ ولذلك لم يجب الضمان<sup>(211)</sup>.

4. وأثر القاعد يظهر في المادة "1588" وتنص على أنه "لا يصح الرجوع عن الإقرار في حقوق العباد ، فعليه لو قال أحد: إنني مدين لفلان بكذا درهمًا فيلزم بإقراره، ولا يُعتبر قوله بعد ذلك: إنني رجعت عن إقراره"، ووجه الدلالة يكمن في أن الإقرار من الأدلة القطعية فلا يزول بالرجوع لكون شك طارئ عليه فلا يقضي القاضي برجوعه ويلزم الدين<sup>(212)</sup>، وذلك لأن القاعد تنص على أن "المرء مؤاخذ بإقراره إلا إذا كان إقراره مُكذَّباً شرعاً"<sup>(213)</sup>، وكذلك لكون لأن

(209) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص226؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج3، ص117 وما بعدها؛ السويدي العباسي:

عارف، شرح مجلة الأحكام كتاب الشركة، دنكور الفلاح، بغداد، 1922م، ص179 وما بعدها.

(210) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج2، ص262؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج2، ص180.

(211) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج23، ص128؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج2، ص181.

(212) ينظر: الراوي: مُجد سعيد، شرح مجلة الأحكام، ص17؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص108.

(213) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص73؛ عارف السويدي، شرح مجلة الأحكام العدلية، شرح مجلة الأحكام

العدلية، كتاب الإقرار، ص47؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج4، ص164؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج5، ص243؛ الإمام

الجويني، نهاية المطلب، ج7، ص523؛ زكريا الأنصاري، فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، ج2، ص287.

الرُّجُوعُ عَنِ الْإِقْرَارِ هُوَ نَسْخٌ، وَالنَّسْخُ لَا يَصِحُّ فِي حَقِّ الْعِبَادِ<sup>(214)</sup>، لَكِنْ يَصِحُّ الرُّجُوعُ عَنِ الشَّهَادَةِ قَبْلَ اتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهَا<sup>(215)</sup>، وَيَسْتَتْنِي مِنْ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ بِالرُّجُوعِ عَنِ الْإِقْرَارِ فِي حَقِّ سُفُوطِ الْحَدِّ، وَلَا يَصِحُّ فِي حَقِّ ضَمَانِ الْمَالِ<sup>(216)</sup>.

5. كما يظهر أثرها في باب الشهود وعدالتهم، جاء في المادَّة "1723" ما نصه: "لَا يَسْتَعْلَمُ الْقَاضِي بِتَرْكِيَةِ الشُّهُودِ الثَّابِتَةِ عَدَالَتُهُمْ فِي ضِمْنِ خُصُوصٍ عِنْدَهُ إِذَا شَهِدُوا بِخُصُوصٍ آخَرَ فِي حُضُورِ ذَلِكَ الْقَاضِي إِنْ لَمْ يَمُضْ عَلَيْهَا سِتَّةُ أَشْهُرٍ، وَإِنْ كَانَ مَضَى عَلَيْهَا سِتَّةُ أَشْهُرٍ رَكَاهُمْ الْقَاضِي أَيْضًا مَرَّةً أُخْرَى"<sup>(217)</sup>، ولهذا فلا يشترط أهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر، بينما في تزكية العلانية فهو شرط<sup>(218)</sup>، ولهذا نقل عن الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى، أنه قبل في تزكية السِّرِّ الْمَرَاةَ، وَالْعَبْدَ، وَالْمَحْدُودَ فِي الْقَنْفِ إِذَا كَانُوا عُدُولًا، وَلَمْ يَقْبَلْ فِي تَرْكِيَةِ الْعَلَانِيَةِ إِلَّا مَنْ تَقَبَلَ شَهَادَتَهُ، لِأَنَّ تَرْكِيَةَ السِّرِّ مِنْ بَابِ الْإِخْبَارِ<sup>(219)</sup>، وَهُوَ قَوْلُ الْإِمَامِ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ<sup>(220)</sup>.

6. وتدخل القاعدة أيضا في إبطال الدعوى، فلو ادعى أحدٌ بأنِّي أقرضت فلانا في الوقتِ الفلانيِّ في المحلِّ الفلانيِّ كذا مقدارا من الدرهم أو بغت له مالا بكذا درهمًا وأنبت المدعى عليه بالتواتر أنه لم يكن في الوقت المذكور في ذلك المحلِّ بل كان في محلِّ آخر تُقبلُ بينة التواتر ولا تُسمع دعوى المدعي؛ لأنَّه قد علمَ ضرورةً بأنَّ المدعى عليه لم يكن في ذلك المحلِّ فلا يكذب الشيء الثابت بالضرورة ولا يدخل الشكَّ فيها وقد تحقَّق بأنَّ دعوى المدعي كذبٌ محضٌ<sup>(221)</sup>.

(214) ينظر: الشاشي، أصول الشاشي، ص268؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج8، ص357.

(215) ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، ج8، ص328.

(216) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص97؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج5، ص223؛ القراني، الذخيرة، ج12، ص61؛ إمام الحرمين الجويني، تحاية المطلب، ج16، ص153؛ النووي، المجموع شرح المهذب، ج20، ص49.

(217) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص411؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج4، ص110؛ لأن من الناس لا يسأل عن حالهم لشهرتهم وعدالتهم. ينظر: أبو سعيد ابن البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، ج3، ص576.

(218) ينظر: السرخسي، المسبوط، ج16، ص91؛ المرغيناني، الهداية، ج3، ص119.

(219) ينظر: أبو بكر الزبيدي: بن علي بن محمد الحدادي العبادي البمني الحنفي (ت: 800هـ)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، المطبعة الخيرية، الطبعة: الأولى، 1322هـ، ج2، ص149.

(220) ينظر: مالك، المدونة، ج4، ص13؛ وقد يقع الخلاف في عدد المزمكين بين أهل العلم.

(221) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص356؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج2، ص180 وما بعدها.

ووجه تطبيق القاعدة يظهر اليقين البين ببقينه معتبر في محل النزاع مقدم على النظر في الدعوى والأخذ بها، فلا يدخل الشك إلى اليقين المعلوم بالضرورة.

7. جاء في المادة "1698" ونصها " لا تُقْبَلُ الْبَيِّنَةُ الَّتِي أُقِيمَتْ عَلَى خِلَافِ الْمُتَوَاتِرِ"، وذلك لأن "التَّوَاتُرُ يُفِيدُ عِلْمَ الْيَقِينِ بِنَاءً عَلَيْهِ لَا تُقَامُ الْبَيِّنَةُ" كما جاء في المادة "1733"<sup>(222)</sup>، وذلك إنَّ الدَّعْوَى خِلَافَ الْمُتَوَاتِرِ بَاطِلَةٌ، لِكُونِهَا دَعْوَى الْمَحَالِ الَّتِي لَا يَقْبَلُ، فَعَلَيْهِ لَا تُقْبَلُ الْبَيِّنَةُ الَّتِي أُقِيمَتْ عَلَى خِلَافِ الْمُتَوَاتِرِ؛ لِأَنَّ التَّوَاتُرَ يُفِيدُ عِلْمَ الْيَقِينِ الَّتِي لَا يَدْخُلُ الظن، والْبَيِّنَةُ هِيَ خَبْرٌ آحَادٌ تُقَامُ عَلَى خِلَافِ الْمُتَوَاتِرِ، وَالْأَخْذُ بِهَا يَسْتَوْجِبُ رَدَّ الْمُتَوَاتِرِ الثَّابِتِ بِالضَّرُورَةِ وَالْيَقِينِ، وَبِمَا أَنَّ الضَّرُورِيَّاتِ الْيَقِينِيَّاتِ لَا تُرَدُّ، وَلَا تُقْبَلُ الشَّكُّ، فَتَكُونُ هَذِهِ الْبَيِّنَةُ كَذِبًا مَحْضًا، كَالْبَيِّنَةِ الَّتِي تُقَامُ عَلَى خِلَافِ الْمَحْسُوسِ كَمَا صرحت بذلك المادة "1697"، وهذا الأمر يشمل المدعي والمدعى عليه، ويأتي التَّوَاتُرُ مُثَبَّنًا أَوْ مَنْفِيًّا، وَيَأْتِي فِي الْأَمْوَالِ أَوْ فِي غَيْرِ الْأَمْوَالِ، كَمَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الْحُكْمِ أَوْ بَعْدَهُ، فَلَا تُقَامُ عَلَى خِلَافِهِ بَيِّنَةٌ عَادِيَّةٌ ظَنِيَّةٌ؛ لِأَنَّ التَّوَاتُرَ حُجَّةٌ قَطْعِيَّةٌ<sup>(223)</sup>، وَلِهَذَا فَإِنَّ الْعَدَالََةَ تُسَنَرِّطُ فِي الْمُخْبِرِ فِي غَيْرِ الْمُتَوَاتِرِ، أَمَّا فِي الْمُتَوَاتِرِ فَلَا تُسَنَرِّطُ الْعَدَالََةَ، لِكُونِ الْمُتَوَاتِرِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى أَخْبَارٍ أَصْلًا<sup>(224)</sup>.

8. أَنْ تَكُونَ دَعْوَى الْمُدْعَى فَاسِدَةً، وَغَيْرَ قَابِلَةٍ لِلتَّصْحِيحِ لَوْجُودِ خِلَلٍ فِيهَا، فَتَرُدُّ وَلَا يُحْتَاجُ لِأَخْذِ جَوَابِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ عَلَى الدَّعْوَى، لِأَنَّ سَبَبَ الْجَوَابِ مَفْقُودٌ، وَفِي هَذِهِ الصُّورَةِ يَقُولُ الْقَاضِي لِلْمُدْعَى إِنَّ دَعْوَاكَ فَاسِدَةٌ، فَلَا تُسْمَعُ وَيُخْرِجُهُ مِنَ الْمَجْلِسِ.

مَثَلًا إِذَا ادَّعَى الْمُدْعَى قَائِلًا: قَدْ سَلَّمْتُ هَذَا الرَّجُلَ الْمَالَ الْفُلَانِيَّ فِي الْمَحَلِّ الْفُلَانِيِّ وَدِيْعَةً وَقَدْ تَلَفَ فِي يَدِهِ بِلَا تَعَدٍّ وَلَا تَقْصِيرٍ فَاطْلُبُ الْحُكْمَ عَلَيْهِ بِالْبَدَلِ. فَبِمَا أَنَّ هَذِهِ الدَّعْوَى غَيْرُ صَاحِحَةٍ حَسَبَ الْمَادَّةِ "777" كَمَا أَنَّهَا غَيْرُ قَابِلَةٍ لِلتَّصْحِيحِ فَلَا حَاجَةَ لِاسْتِجْوَابِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَيَرُدُّ الْقَاضِي دَعْوَى الْمُدْعَى. كَذَلِكَ لَوْ ادَّعَى الْمُدْعَى قَائِلًا: إِنَّ هَذَا الْمُدْعَى عَلَيْهِ قَدْ وَهَبَنِي كَذَا مَالًا إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْنِي إِيَّاهُ فَاطْلُبُ إِجْبَارَهُ عَلَى التَّسْلِيمِ. فَبِمَا أَنَّ دَعْوَاهُ هَذِهِ حَسَبَ حُكْمِ الْمَادَّةِ "837" غَيْرُ صَاحِحَةٍ كَمَا أَنَّهَا غَيْرُ قَابِلَةٍ لِلتَّصْحِيحِ فَيَرُدُّ الْقَاضِي الدَّعْوَى بِدُونِ اسْتِجْوَابِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ

(222) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، 354، و430؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج4 ص91، و117.

(223) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، 353؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج4 ص90.

(224) ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج7، ص75.

كَذَلِكَ لَوْ ادَّعَى الْمُدَّعِي قَائِلًا: إِنَّ هَذَا الرَّجُلَ قَدْ أَعَارَ مَالَهُ إِلَى فُلَانٍ وَبِمَا أَنْتَنِي قَرِيبٌ لَهُ فَلْيُعْزِنِي إِيَّاهُ. فَبِمَا أَنَّ هَذِهِ الدَّعْوَى حَسَبَ الْمَادَّةِ "1630" فَاسِدَةٌ وَغَيْرُ قَابِلَةٍ لِلتَّصْحِيحِ فَيُرَدُّهَا الْقَاضِي بِدُونِ اسْتِجْوَابِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ. الْإِحْتِمَالُ الثَّانِي: أَنْ تَكُونَ دَعْوَى الْمُدَّعَى مُوَافَقَةً لِلأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ وَصَحِيحَةً وَفِي هَذِهِ الصُّورَةِ يَسْتَجُوبُ الْقَاضِي ثَانِيًا الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَهُوَ أَنْ يَسْأَلَهُ بِقَوْلِهِ: إِنَّ الْمُدَّعَى يَدَّعِي عَلَيْكَ بِهَذَا الْوَجْهِ فَمَا تَقُولُ.

وَبِتَعْبِيرٍ آخَرَ لَيْسَ لِلْقَاضِي سُؤَالُ الْمُدَّعَى عَنْ أَسْبَابِ ثُبُوتِ دَعْوَاهُ قَبْلَ اسْتِجْوَابِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ إِذَا أَقْرَأَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِدَعْوَى الْمُدَّعَى يَكُونُ الْإِقْرَارُ سَبَبًا لِلْحُكْمِ وَإِذَا أَنْكَرَ تَكُونُ الشَّهَادَةُ سَبَبًا لِلْحُكْمِ وَيُوجَدُ فَرْقٌ فِي الْحُكْمِ بِهِذَيْنِ السَّبَبَيْنِ؛ وَسَبَبُ ذَلِكَ يَرْجِعُ إِلَى أَنْ الْأَصْلَ هُوَ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ، وَهَذَا يَقِينُ لَا يَزُولُ بِشَكِّ يَفْتَقِدُ إِلَى دَلِيلٍ، وَعَلَيْهِ تَرُدُّ الدَّعْوَى (225).

9. أَنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ إِذَا تَلَفَ مَبِيعٌ أَوْ مَبِيعَانِ مِنْ ثَلَاثَةٍ، سَوَاءً أَكَانَ التَّلَفُ قَبْلَ الْقَبْضِ أَمْ بَعْدَهُ، لِأَنَّ الْمَبِيعَ ثَابِتٌ يَقِينًا، وَمَوْجُودٌ وَتَرَدُّدُ الْحُكْمِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْهَالِكُ هُوَ الْمَبِيعُ فَيَبْطُلُ الْبَيْعُ وَأَنْ يَكُونَ غَيْرَهُ فَلَا يَبْطُلُ شَكٌّ لَا يَزُولُ بِهِ مَا هُوَ ثَابِتٌ يَقِينًا، لَكُونِ الْبَيْعِ عَقْدَ الْبَيْعِ يَقِينٍ وَتَحْدِيدِ عَيْنِ الشَّيْءِ الْمَبَاعِ تَبَعُ فُلُو تَلَفِ الْمَبِيعِ انْتِقَالَ الْعَقْدِ عَلَى غَيْرِ التَّالِفِ، لَكُونِ تَحْدِيدِ عَيْنِ الْمَبِيعِ شَكٌّ لَا يَلْغِي يَقِينِ تَمَامِ الْعَقْدِ (226)، وَمِثْلُ هَذَا لَوْ اخْتَلَطَتْ بِغَيْرِهَا قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ، فَيَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي (227)، وَلِهَذَا لَوْ بَاعَ الْمَبِيعَ مِنَ الْبَائِعِ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ، لَكُونِ الْعَقْدِ يَقِينٍ تَحَقُّقِ بَانْتِقَالِ الْمَبِيعِ حَكْمِ إِلَى الْمُشْتَرِي مِنَ الْبَائِعِ (228).

10. إِذَا ادَّعَى الْمُسْتَوْدَعُ ضَيَاعَ الْوَدِيعَةِ وَأَثْبَتَهُ بَعْدَ أَنْ أَثْبَتَهَا الْمُوَدِّعُ بِالْبَيِّنَةِ بِنَاءً عَلَى إِنْكَارِ الْمُسْتَوْدَعِ يَكُونُ الْمُسْتَوْدَعُ ضَامِنًا أَيْضًا؛ لِأَنَّ الشُّهُودَ شَهِدُوا عَلَى هَالِكِ الْوَدِيعَةِ وَالْهَالِكُ مُطْلَقٌ إِذْ إِنَّهُ يُحْتَمَلُ الْهَالِكُ قَبْلَ الْجُودِ وَلَا ضَمَانَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْهَالِكُ بَعْدَ الْجُودِ

(225) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص568.

(226) ينظر: علي حيدر، المصدر السابق، ج1، ص284؛ ومثله تحديد عين الثمن ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، ج6، ص519.

(227) ينظر: الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ج2، ص124؛ ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج شرح المنهاج، ج4، ص496.

(228) ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، ص114.

فَالضَّمَانُ لَازِمٌ عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ؛ لِأَنَّ هَلَكَ الْمَضْمُونِ يُوجِبُ تَقَرُّرَ الضَّمَانِ وَلَا يَقْتَضِي سُقُوطَهُ.  
فَيَكُونُ قَدْ حَصَلَ شَكُّ فِي سُقُوطِ الضَّمَانِ بَعْدَ وَقُوعِهِ وَلَا يَزُولُ الْيَقِينُ بِالشَّكِّ (229).

11. إذا ادعى شخص على آخر ديناً، وأنكر المدعى عليه، فإن القول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل براءة الذمة عن الدين، والبراءة متيقنة وإشغال الذمة مشكوك فيه فلا بد من إقامة البينة عليه، فما لم يقم المدعي البينة على دعواه، كان القول قول المدعى عليه مع يمينه؛ لأنه متمسك بالأصل المتيقن (230)، حيث أنه قد حصل شك في حق القبض فلا يثبت هذا الحق بالشك (231)، وذلك لأن اليقين متحقق في ذمة من كان عليه الأداء فلا يزول الحق لوجود شك قائم.

12. كما يظهر اثر هذه القاعدة في ما يتعلق بالإبراء في التقاضي، وذلك في المادة "1537" و"1538"، و المادة "1563" والمتعلقة بعدم شمول الإبراء لما بعده في الحكم (232)، ولكنها تلزم لما قبله بسقوط الحكم في القضاء (233).

13. وكذلك يظهر أثرها في أبواب أخرى مثل: البيع، والإجارة، والإقرار، والإبراء (234).

(229) ينظر: علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج2، ص294؛ أكمل الدين البابري، العناية شرح الهداية، ج8، ص485؛ منلا

خسرو، درر الأحكام شرح غرر الأحكام، ج2، ص245؛ أبو محمد البغدادي الحنفي، مجمع الضمانات، ص98.

(230) عبد الغفور البياتي، القواعد الفقهية في القضاء، ج1، ص122.

(231) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج2، ص734، وهو قول أبي السعود أفندي.

(232) الراوي، شرح مجلة الأحكام، ص16 وما بعدها؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج3، ص362، ويكون الإبراء خاص وعمام، ولشموله أحكام

ينظر: ج3، ص372.

(233) المحاسني، شرح مجلة الأحكام، ج2، ص246؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج3، ص370.

(234) ينظر: رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص67-69.

### المبحث الثالث: القواعد المؤيدة لهذه لقاعدة اليقين لا يزول بالشك

هناك قواعد مؤيدة كثيرة في كتب الفقه، تدور حول هذه القاعدة ومعانيها وما يندرج تحتها من معاني تصدق من حيث التطبيق على أحكام فرعية.

ولذا كان حصر القواعد المندرجة من حيث الألفاظ لا يحقق المقصد المطلوب من البحث، فهناك قواعد جاءت مساندة لهذه القاعدة محققة لمدلولها وما تهدف إليه من أحكام، فدعت الحاجة إلى ذكر بعض القواعد التي فيها بيان لبعض المعاني الخاصة والعامة المندرجة تحت قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" منها:

1. قاعدة: "الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يوجد المزيل"<sup>(235)</sup>، ولهذه القاعدة صيغا أخرى تدور في المعنى نفسه مثل: "ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه"<sup>(236)</sup>، و"تحكيم الحال"<sup>(237)</sup>.

والمعنى الإجمالي لقاعدة "الأصل بقاء ما كان على ما كان" هو أن على القاضي أو المفتي أن ينظر للشئ على أي حال كان في السابق، فيحكم بدوامه على ذلك الحال، ما لم يتم دليل على خلافه، وهذه القاعدة تُدعى "الاستصحاب"، ودلالة الحالة تكون لأمر وجودي أو عدمي، عقلي أو شرعي، وهذا التقسيم معناه أن ما ثبت في الزمن الماضي فالأصل بقاءه في الزمن المستقبل، وهو معنى قولهم: الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يوجد المزيل وهو قيد، فمن ادعاه فعليه البيان، ولهذا كانت دلالة الزمن حكام على الحال، من حيث الوجود والعدم<sup>(238)</sup>، ولذا يقول الأمدي: "وعلى هذا فالأصل في جميع الأحكام الشرعية إنما هو العدم

(235) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص17، المادة (5)؛ رشيد باشا، روح المجلد، برنجي جلد، ص75؛ العيني، البناية شرح الهداية، ج5، ص426؛ شهاب الدين الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص198؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج9، ص426؛ الرازي، المحصول، ج6، ص174؛ الزركشي، البحر المحيط، ج8، ص13؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص51؛ ابن النجار الحنبلي، شرح الكوكب المنير، ج1، ص39.

(236) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص19، المادة (6)، و ص21، المادة (10).

(237) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، حول المواد ينظر: ج1، ص27 المادة (10)، ج4، ص302، المادة (1683)، وحول بيان القاعدة: ج1، و ص17 وما بعدها؛ وقد أخذ قانون الإثبات العراقي بهذه القاعدة ينظر: المادة (99).

(238) ينظر بتصرف: الزركشي، البحر المحيط، ج8، ص13، باب: استصحاب الحال؛ علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، حول المواد ينظر: ج1، ص17 وما بعدها، المادة (10)، و ص22، ج4، ص302، المادة (1683)، وحول بيان القاعدة: ج1، و ص17 وما بعدها؛

وَبَقَاءُ مَا كَانَ عَلَى مَا كَانَ إِلَّا مَا وَرَدَ الشَّارِعُ بِمُخَالَفَتِهِ، فَإِنَّا نَحْكُمُ بِهِ وَنَبْقَى فِيمَا عَدَاهُ عَامِلِينَ بِقَضِيَّةِ النَّفْيِ الْأَصْلِيِّ"<sup>(239)</sup>، فإن قيل أن العدم في الأشياء مقدم على الوجود؟ جوابه يكون: أنه متى ثبت الوجود بدليل يصير معتبرا وراجحا على العدم، ولا يزول حكمه بدون دليل آخر<sup>(240)</sup>، ويستثنى من ذلك الحقوق القديمة فحكم المسألة متعلق بحال حدوث الأمر في الماضي، وعليها يدور الحكم مع النظر إلى الحاضر.

ويظهر أثرها في القانون الأساسي للدولة العثمانية في المادة "3" المتعلقة ببيان حق آل عثمان في الخلافة، والمادة "4" المتعلقة بالتزام الخليفة بوجوب حماية الدين الإسلامي، وكذلك المادة "81" المتعلقة بالقضاة وبقائهم في السلطة القضائية ولا يتغيرون، وجواز فصلهم حسب ضوابط وضعت بنظام خاص تعلق بالقضاء<sup>(241)</sup>.

كما يظهر أثرها في المجلة في المواد الآتية: المادّة "785" وتختص بمسألة غِيَابِ صَاحِبِ الْوَدِيْعَةِ، وَ الْمَادَّةُ "1683" وتختص بمسألة تَحْكِيمِ الْحَالِ، وَ الْمَادَّةُ "1776" وتختص بمسألة انْقِضَاءِ مُدَّةِ إِجَارَةِ وَانْقِطَاعِ الْمَاءِ، وَ الْمَادَّةُ "1777" وتختص بمسألة الاختلاف في طَرِيقِ الْمَاءِ الَّذِي يَجْرِي حَادِثٌ أَوْ قَدِيمٌ<sup>(242)</sup>.

2. قاعدة: "الْقَدِيمُ يُتْرَكُ عَلَى قَدَمِهِ"<sup>(243)</sup>، ولهذه القاعدة صيغا أخرى تدور في المعنى نفسه مثل: "مَا كَانَ قَدِيمًا يُتْرَكُ عَلَى حَالٍ وَلَا يَتَغَيَّرُ إِلَّا بِحُجَّةٍ"<sup>(244)</sup>.

---

وقد أخذ قانون الإثبات العراقي بهذه القاعدة ينظر: المادة (99)؛ الراوي، شرح مجلة الأحكام، ص17-19؛ المحاسني، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص32.

(239) الأمدي، الإحكام، ج4، ص129.

(240) المحاسني، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص33.

(241) القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: عام 1293هـ الموافق 1876م، ص4، وص15.

(242) هوديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص19.

(243) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص19، المادة(6)؛ المرغباني، الهداية في شرح بداية المبتدي، ج4، ص391؛ داماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج2، ص566؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج10، ص86؛ ابن عابدين، رد المختار، ج6، ص444.

(244) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص19؛ السرخسي، المبسوط، ج19، ص4؛ ابن عابدين، رد المختار، ج8، ص170.



هذه القاعدة هي فرع من القاعدة السابقة "الأصل بقاء ما كان على ما كان" (245)، ويعرف القديم بأنه هو الذي لا يوجد من يعرف أوله بالمُشاهدة، أما إذا كان أوله معروفاً فلا يعدُّ قديماً، فلا يغير، وذلك لإظهار الحق في وصف حاله، حيث أن القديم الموافق للشرع يجب أن يُترك على حاله القديم ما لم يثبت خلافه؛ لأن بقاء ذلك الشيء مدةً طويلةً دليل على أنه مُستندٌ على حق مشروع فيحكم بأحقيته، ولا يُعدل عنها إلا بدليل جديد ينسخ حالته القديم (246)، وهذا النسخ قد يشمل نسخ صفة في ذاته أو عرضه.

وأثرها يظهر في المجلة في المواد: "1224"، و"1228 إلى 1232"، واختصوا ببيان حق المرور، وحق المسيل، واعتبار الحال القديم فيها، ومفهوم المادة "1269"، واختصت ببيان حق الشركاء في شق مجرى نهر (247).

ويظهر أثرها في الأحكام القضائية في المادة "1804" وتعلقت بخير عزل القاضي واستمراره في القضاء لعدم وصول الخبر، فإن قضائه في الدعاوى نافذ معتبر حتى وصول خبر العزل (248).

ويظهر أثرها في قضاء القاضي برد البينة التي جاءت على خلاف المحسوس، هذا ما جاء المادّة "1697"، لكون حقيقة المحسوس تدرك بالحواس الخمسة؛ وكذلك إذا جاءت على خلاف المتواتر، كما في المادّة "1698" لأن المتواتر أصبح متواتر لقدمه والبينة حادثة فيبقى القديم على قدمه (249)، فالمحسوس يدرك بالحواس، فهو من قبيل التصورات، والمتواتر يدرك

(245) ينظر: علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص18.

(246) ينظر: علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص19، المادة(6)، وحول تعريف القديم: المادة (166) ج1، ص119؛ الراوي، شرح مجلة الأحكام، ص21؛ المحاسني، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص35.

(247) هودابني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص19؛ وينظر: رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص77، وأضاف لأثر هذه القاعدة المواد: (7 و27 و166).

(248) ونص المادة " إذا عُزِلَ قاضٍ إلا أنه لِعَدَمِ وُصُولِ حَبْرِ الْعُزْلِ إِلَيْهِ مُدَّةٌ كَانَ قَدْ اسْتَمَعَ وَفُضِّلَ بَعْضَ الدَّعَاوِي فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ صَحَّ حُكْمُهُ وَلَكِنْ لَا يَصَحُّ حُكْمُهُ الْوَاقِعُ بَعْدَ وُصُولِ حَبْرِ الْعُزْلِ إِلَيْهِ". علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص553.

(249) ينظر: علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص354؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص90 وما بعدها.

تواتره بالاستقراء العقلي، وهو من قبيل التصديقات، وهذا ما أكدته المادّة "1733"، وتنصّ على أن "التّواتر يُفيدُ علمَ اليقينِ بناءً عليه لا تقامُ البيّنة" (250).

3. قاعدة: "الأصلُ براءةُ الدّمة" (251)، ويؤيدها: "الذمة بريئة من كلِّ فرض" (252)، و"الأصل أن الذمة بريئة من التكاليف" (253).

الأصلُ أن تكونَ ذمّةُ كلِّ شخصٍ بريئةً من إي تبعته، أي غير متعلّقة بحقٍّ آخر؛ لأنّ كلّ شخصٍ يُولدُ وذمّته بريئةً، وتعلّقها يحصلُ بالمعاملات التي يُجرّيها فيما بعدُ بين الذمم فتنتقل الحقوق بين الذمم.

فكلُّ شخصٍ يدّعي على شخصٍ آخر خلافَ هذا الأصلِ بوجود حق له يشغلُ ذمّة المدعى عليه، يُطلبُ من المدعى أن يُبْرِهنَ على دعواه بدليل؛ ولهذا جاءت المادّة "76" ونصّها "البيّنة للمدّعي واليمينُ على مَنْ أنكر"، وكذلك المادّة "77" "البيّنة لإثبات خلاف الظاهر واليمينُ لبقاء الأصل" (254).

والذمّة تعريفها: لغة العهْد والأمان؛ ومنه سُمّي أهل العهْد أهل الذمّة (255).

وفي الاصطلاح: بمعنى النفس والذات ولهذا فسرت المادّة "612" الذمّة بالذات، والذمّة في اصطلاح علم أصول الفقه: وصفت يصيرُ به الإنسانُ أهلاً لما له وما عليه (256).

(250) ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج4، ص117.

(251) الزليعي، تبين الحقائق، ج1، ص16؛ شهاب الدين الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص203؛ القراني، الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق، ج1، ص140؛ الجويني، البرهان، ج2، ص172؛ السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص218؛ ابن عقيل، الواضح، ج2، ص68؛ علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، حول المواد ينظر: ج1، ص19، المادة (8).

(252) أبو الوفاء ابن عقيل، الواضح في أصول الفقه، ج2، ص325.

(253) عبد الكريم النملة، المهذب في علم أصول الفقه، ج4، ص1508.

(254) ينظر: علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص68 و70؛ الراوي، شرح مجلة الأحكام، ص24؛ المحاسني، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص36.

(255) ينظر: الفراهيدي، العين، ج8، ص179؛ ابن فارس، تحذيب اللغة، ج14، ص300؛ الجواهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج5، ص1926.

(256) ينظر: علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، حول المواد ينظر: ج1، ص19، والمادة (612): ص654؛ الراوي، شرح مجلة الأحكام، ص24؛ المحاسني، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص36.

ويظهر أثرها في القانون الأساسي للدولة العثمانية في المادة "17" المتعلقة بمساواة كل العثمانيين أما الشرائع والقوانين، ولهم حق دخول كل الأموريات بحسب أهليتهم، وذلك حسب المادة "19" (257).

ولهذه القاعدة أهميتها في القضاء، ففي تحقق الدعوى -مثلا- لم يُقْبَلْ فِي شَعْلِ الدِّمَّةِ شَاهِدٌ وَاجِدٌ، مَا لَمْ يَعْتَضِدْ بِآخَرَ، أَوْ يَمِينِ الْمُدَّعِي، وَلِذَا أَيْضًا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، لِمُؤَافَقَتِهِ الْأَصْلَ (258)، وأثرها يظهر في مواد المجلة مثل المواد: "1746" و"1747" واختصنا بالأيمان (259)، ومن "1817" إلى "1820"، واختصوا بالأيمان والبيانات والإقرار (260).

4. قاعدة: "أَصْلُ مَا أَنْبَى عَلَيْهِ الْإِفْرَارُ إِعْمَالُ الْيَقِينِ وَإِطْرَاحُ الشَّكِّ وَعَدَمُ اسْتِعْمَالِ الْعَلَبَةِ" (261)، و"استصحاب الأصل وطرح الشك" (262)، و"البناء على اليقين" (263).

ويلزم هنا بيان الاستصحاب لكونه القواعد السابقة جاءت مقررات لدلالة الاستصحاب، وتعريفه في اللغة: الملازمة وعدم المفارقة (264).

وفي اصطلاح الفقهاء: هُوَ الْحُكْمُ بِتَحَقُّقِ وَتُبُوتِ شَيْءٍ بِنَاءٍ عَلَى تَحَقُّقِ وَتُبُوتِ ذَلِكَ الشَّيْءِ فِي وَقْتٍ مِنْ الْأَوْقَاتِ، وَالْإِسْتِصْحَابُ حُجَّةٌ دَافِعَةٌ لَا حُجَّةٌ مُنَبِّئَةٌ، وَهُوَ عَلَى قِسْمَيْنِ: اسْتِصْحَابُ الْمَاضِي بِالْحَالِ، وَاسْتِصْحَابُ الْحَالِ بِالْمَاضِي.

(257) القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: عام 1293 هـ الموافق 1876م، ص 6.

(258) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 53

(259) ينظر: رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص 79.

(260) المصدر السابق والصفحة السابقة؛ هواديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص 19.

(261) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 53.

(262) تقي الدين الحسيني الحصني: أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن، الشافعي، كفاية الأخبار في حل غاية الاختصار، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهي سليمان، دار الخير، دمشق 1994، ص 40.

(263) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج 2، ص 19 و 62؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 53؛ العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام،

ج 2، ص 19 و 62؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير، ج 1، ص 520؛ فخر الدين الزيلعي: عثمان بن علي بن محجن البارع، الحنفي (ت: 743 هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس

الشلبي (ت: 1021 هـ)، بولاق، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة: الأولى، 1313 هـ، ج 1، ص 199؛ بدر العيني، البناء شرح

الهداية، ج 2، ص 631.

(264) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة صحب، ج 3، ص 335.

الأول: استصحابُ الماضي بالحال: هُوَ الحُكْمُ عَلَى شَيْءٍ ببقائه عَلَى الحَالِ الَّذِي كَانَ عَلَيْهِ فِي الزَّمَنِ السَّابِقِ مَا لَمْ يَقُمْ دَلِيلٌ عَلَى خِلَافِهِ وَيُقَالُ لَهُ اسْتِصْحَابُ الْمَاضِي بِالْحَالِ.

والثاني: استصحابُ الحَالِ بِالْمَاضِي: هُوَ اعْتِبَارُ حَالَةِ الشَّيْءِ فِي الزَّمَنِ الْحَاضِرِ أَنَّهَا حَالُهُ ذَلِكَ الشَّيْءِ فِي الْمَاضِي مَا لَمْ يَتَّبَتْ خِلَافُ ذَلِكَ بِدَلِيلٍ (265).

5. قاعدة: "لَا يَزُولُ الْمَلِكُ بِالشَّكِّ" (266)، وكذلك "لَا يَسْقُطُ الْحَقُّ بِالشَّكِّ" (267)، ولذلك لا يبطل متيقن بموهوم (268)، و"الْيَقِينُ لَا يَزُولُ بِالِاحْتِمَالِ" (269)، و"لَمْ يُرْفَعِ الْيَقِينُ بِالظَّنِّ" (270)، و"أَنَّ الْأَصْلَ وَالْيَقِينَ لَا يُتْرَكُ حُكْمُهُ بِالشَّكِّ" (271)، و"مَا تَبَيَّنَ بِالْبَيِّنِ لَا يَزُولُ إِلَّا بِالْبَيِّنِ مِثْلِهِ" (272)، ويقابلها: "مَا زَالَ بِالْبَيِّنِ لَا يَتَّبْتُ إِلَّا بِالْبَيِّنِ مِثْلِهِ" (273)، وهذه القواعد بمعنى القاعدة السابقة، وهي مؤكدة على أن العمل باليقين معتبر إلا إذا وقع الخلاف فيه ولهذا كانت قاعدة "لَا يَقِينُ مَعَ الْإِخْتِلَافِ" (274)، أي أنه إذا ثبت أمر من الأمور ثبوتاً قطعياً وجوداً، أو عدماً، ثم وقع الشك في وجود ما يزيله يبقى المتيقن هو المعتمد إلى أن يتحقق السبب المزيل.

وأثر هذه القاعدة يظهر في المجلة في المادَّة "1575"، وتنص على اسْتِنْرَاطِ الرضا فِي الإِفْرَارِ فلا يقع بِالْجَبْرِ وَالْإِكْرَاهِ، وكذلك المادَّة "1577"، حيث يُسْتِنْرَاطُ أَنْ لَا يُكْذِبَ ظَاهِرُ الحَالِ الإِفْرَارِ، وكذلك

(265) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص17 وما بعدها، و ج4، ص302.

(266) ابن الهمام، فتح القدير، ج6، ص6؛ الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج3، ص261؛ بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج7، ص189.

(267) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص7.

(268) الزركشي: شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (ت: 772هـ)، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، دار العبيكان، الطبعة: الأولى، 1413 هـ - 1993 م، ج1، ص439.

(269) ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ج2، ص32؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص259؛ منلا خسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام، ج1، ص407.

(270) ابن مفلح، أصول الفقه، ج3، ص1307؛ علاء الدين المرادوي، التحبير شرح التحرير، ج7، ص3471.

(271) النووي، المجموع، ج1، ص205.

(272) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص80؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص51؛ الزركشي، المنتور في القواعد الفقهية، ج3، ص135؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص55؛ ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، المحلى بالأثار، بيروت، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج4، ص92، أورد القاعدة بلفظ (ما وجب..)؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص17.

(273) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص211.

(274) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج2، ص48، 389، 418، وج5، ص144.

المادة "1578"، وتشتَرط أن لا يكون المُقرُّ له مجهولاً جهالةً فاجشةً، لكون الإقرار يقين يقوم على يقين وليس على جهالة، ولهذا وجب بيان الجهالة وتعريفها كما في المادة "1579" (275).

6. قاعدة: "الأصل في الصفات العارضة العدم"، ولهذه القاعدة صيغا أخرى تدور في المعنى نفسه مثل: "الأصل في الأمور العارضة العدم" (276)؛ و"العدم في الصفات العارضة أصل"، والوجود في الصفات الأصلية" (277)، و"ليس الأصل العدم مطلقاً، وإنما هو في الصفات العارضة" (278).

فالأصل في الصفات العارضة التي لم تكن موجودة هو عدم وجودها واعتبارها حكماً، أما في الصفات الأصلية، فالأصل هو وجودها والأخذ بها، (279) والصفات نوعان (280):

الأولى: صفات أصلية: وهي الصفات التي تقارن مواصفاتها في الوجود، أي الحالات التي تعتبر موجودة عند وجود الذات، مثل البكارة في المرأة، وسلامة المبيع من العيب، وكون المأجور منتفعاً به في مدة الإجارة.

الثانية: الصفات العارضة: وهي الصفات التي لا تقارن مواصفاتها في الوجود، بل تطرأ بعد تحقق مواصفاتها، أي هي الحالات التي تعرض على الشيء بعد وجوده، مثل كون المرأة ثيباً، وكون المبيع معيباً وكن المبيع قد قبضه المشتري، وحصول الربح في رأس مال الشركة أو المضاربة.

(275) تنظر المواد: علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج4، ص80-86.

(276) علي حيدر: درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص20، المادة (9)، وما بعدها؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص79؛ السلمي: عياض بن نامي بن عوض، أصول الفقه الذي لا يسعُ الفقيه جهله، دار التدمرية، المملكة العربية السعودية - الرياض، الطبعة: الأولى، 1426 هـ - 2005 م، ص203؛ قانون الإثبات العراقي بهذه القاعدة ينظر: المادة (99)؛ الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج1، ص111؛ وينظر بمعنى القاعدة: شهاب الدين الحموي، غمز عيون الصائر، ج1، ص216.

(277) ابن الهمام، فتح القدير، ج6، ص334؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، ص26.

(278) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص54.

(279) علي حيدر: درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص20، وما بعدها؛ شهاب الدين الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص216؛

الراوي، شرح مجلة الأحكام، ص25؛ المحاسني، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص38.

(280) منير القاضي، شرح المجلة، ج1، ص64، المادة (8).

ومن خلال هذا الصفات الأصلية منها والعارضة، يتحقق النظر في الأحكام ومنا يعرف اليقين من الظن، فلا تلغي صفة فيها شك، صفة ثبتت بيقين، والصفات اليقينية هي القديمة والطارئة تحتاج إلى يقين يثبت أمرها حتى تنسخ صفة أخرى قائمة.

وأثر هذه القاعدة يظهر في المجلة في مفهوم المواد "1762" إلى "1767" واختصت المواد بباب البيوع، ومفهوم دلالة المادة "1778" الخاصة باختلاف البائع والمشتري<sup>(281)</sup>.

7. قاعدة: "الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته"<sup>(282)</sup>، ولهذه القاعدة صيغا أخرى تدور في المعنى نفسه مثل: "إضافة الحادث إلى شيء يدل على حدوثه"<sup>(283)</sup>، و"إضافة الحادث إلى الزمن القريب"<sup>(284)</sup>، و"إضافة الحادث إلى سبب الحدوث"<sup>(285)</sup>، و"إضافة الحادث إلى عمله"<sup>(286)</sup>.

الحادث: هو الشيء الذي كان غير موجود، ثم وجد فإذا أخلف في زمان وقوعه وسببه فما لم تثبت نسبته إلى الزمان القديم يُنسب إلى الزمن الأقرب منه، ما لم تقم الحجة على نسبة الحدوث إلى الزمن البعيد، لأن وجوده في الزمن البعيد مشكوك فيه، ووجوده في أقرب الأوقات متيقن، لأن من يزعم حدوثه في الزمن البعيد لا ينكر وجوده في الزمن القريب<sup>(287)</sup>.

وأثر هذه القاعدة يظهر في المجلة في مفهوم المادتين "1602" والخاصة بتقديم الديون في حالة الصحة على الديون في حالة المرض، و"1767"، وهي خاصة بترجيح بيئة العقل على بيئة الجنون أو العته<sup>(288)</sup>.

(281) هوديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص20.

(282) علي حيدر: درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص22، المادة(11)؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص81؛ ابن عابدين، رد المختار، ج6، ص444؛ قانون الإثبات العراقي بهذه القاعدة ينظر: المادة (99) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص55؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج8، ص254؛ أبو محمد البغدادي، مجمع الضمانات، ص265.

(283) أبو المظفر السمعي، قواطع الأدلة، ج2، ص295؛ الدبوسي، قواطع الأدلة، ص62.

(284) ابن الهمام، فتح القدير، ج4، ص351؛ الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج3، ص40.

(285) برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، ج2، ص239.

(286) أكمل الدين الباري، العناية شرح الهداية، ج9، ص464؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص181.

(287) ينظر: علي حيدر: درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص23؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص67 وما بعدها.

(288) ينظر: هوديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص20.

8. قاعدة: "لَا عِبْرَةَ بِالظَّنِّ الْبَيِّنِ خَطْوُهُ"<sup>(289)</sup>؛ ومثلها: "لَا عِبْرَةَ بِالظَّنِّ الَّذِي ظَهَرَ خَطْوُهُ"<sup>(290)</sup>، و"لَا أَثَرَ لِلظَّنِّ الْبَيِّنِ خَطْوُهُ"<sup>(291)</sup>، و"الظن إذا كان كاذبا فلا أثر له"<sup>(292)</sup>.

هَذِهِ الْقَاعِدَةُ مَأْخُودَةٌ مِنَ الْأَشْبَاهِ، وَيُفْهَمُ مِنْهَا أَنَّهُ إِذَا وَقَعَ فِعْلٌ بِنَاءٍ عَلَى ظَنٍّْ كَهَذَا لَا يُعْتَبَرُ ذَلِكَ، فَإِذَا حَدَّثَ فِعْلٌ اسْتِنَادًا عَلَى ظَنٍّْ، ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ مُخَالِفٌ لِلْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ يَجِبُ عَدَمُ اعْتِبَارِهِ<sup>(293)</sup>.

وأثر هذه القاعدة يظهر في المجلة في المواد الآتية: "1740" و"1741" وكلهما تدور حول القريضة القاطعة، و"1203"، وجاءت حول نافذة الجبران وحكمها<sup>(294)</sup>.

9. قاعدة: "لَا عِبْرَةَ لِلتَّوَهُمِ"<sup>(295)</sup>، ومثلها: "لَا يَبْنَى الْحُكْمُ عَلَى الْمَوْهُومِ"<sup>(296)</sup>، و"لَا مُعْتَبَرٌ بِالْمَوْهُومِ"<sup>(297)</sup>، و"مجرد الوهم فلا عبرة به"<sup>(298)</sup>، ويندرج تحتها قاعدة جلييلة هي: "الْحَيَّرُ نَاجِرٌ فَلَا يُنْزَكُ لِمَفْسَدَةٍ مُتَوَهَّمَةٍ"<sup>(299)</sup>.

(289) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص134؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج8، ص254؛ علي حيدر: درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص66، المادة(72)؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص158؛ الأسنوي، نهایة السؤل شرح منهاج الأصول، ص31؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص؛ 157الخرشي: مُجَدِّدُ بِنِ عَبْدِ اللَّهِ الْمَالِكِيِّ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (ت: 1101هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، بيروت، دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج1، ص214.

(290) ابن عابدين، رد المختار، ج2، ص10.

(291) زكريا الأنصاري زكريا بن مُجَدِّدِ بْنِ أَحْمَدَ، زَيْنِ الدِّينِ أَبُو يَحْيَى السَّنِيكِيِّ، الْغُرَرُ الْبَهِيَّةُ فِي شَرْحِ الْبَهْجَةِ الْوَرْدِيَّةِ، الْمَطْبَعَةُ الْمِمْنِيَّةُ، مِصْرَ، بَدُونِ طَبْعَةٍ وَبَدُونِ تَارِيخٍ، ج4، ص264.

(292) الزركشي، المنتور في القواعد الفقهية، ج2، ص353؛ وقد افرد لهذه القاعدة العز بن عبد السلام فصلا جعله تحت عنوان: "فَصَلِّ فِي حُكْمِ كَذِبِ الظُّنُونِ". ينظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج2، ص63.

(293) علي حيدر: درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص66، المادة(72)؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص134.

(294) هوديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص28.

(295) علي حيدر: درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص68، المادة(74)؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص274؛ منير القاضي،

شرح المجلة، ج1، ص135؛ أحمد الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل؛ دار الفكر، طبع مع حاشية الدسوقي، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج1، ص264.

(296) السرخسي، المبسوط، ج21، ص107.

(297) ينظر: الكمال ابن الهمام، فتح القدير، ج5، ص283. ذكر القاعدة صاحب الهداية؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج5، ص22؛ .

(298) ابن عثيمين: مُجَدِّدُ بِنِ صَالِحِ بْنِ مُجَدِّدِ (ت: 1421هـ)، الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، السعودية، 1428هـ، ج1، ص112.

(299) النووي، المجموع شرح المذهب، ج3، ص42؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روضة الطالبية، ج1، ص118.

أي لا يبني على التوهم حكم، لأن الحكم لا يبني إلا على حجة والتوهم لا يصلح حجة، بل يعمل بالثابت قطعاً أو ظاهراً دونه، كما لا يثبت حكم شرعي استناداً على وهم لا يجوز تأخير الشيء الثابت بصورة قطعية بهم طاري<sup>(300)</sup>، والضعيف يسمى وهماً أيضاً<sup>(301)</sup>.

وأثر هذه القاعدة يظهر في المجلة في المواد الآتية: و"1203"، والتي جاءت لدفع شبهة نظر الجار على نساء جاره لوجود نافذة، و"1741" أوجبت الأخذ بأقربينة القاطعة دون التوهم<sup>(302)</sup>؛ وهي تدخل في عموم أبواب الشفعة والإقرار والوصية والوقف والعقوبات<sup>(303)</sup>.

10. قاعدة: "لا حجة مع الإحتمال الناشئ عن دليل"<sup>(304)</sup>، ومثلها: "نفي الإحتمال الناشئ عن دليل"<sup>(305)</sup>؛ وفي معناها: "لا حجة مع التناقض، لكن لا يختل معه حكم الحاكم"<sup>(306)</sup>.

هذه القاعدة قد وردت في المجامع ويفهم منها أن كل حجة عارضها احتمال مستند إلى دليل يجعلها غير معتبرة، ولكن الإحتمال غير المستند إلى دليل فهو بمنزلة الغدم.

وأثرها يظهر في القضاء وذلك في الإقرار والشهادة، إذا طرأ عليه احتمال يزيل الثقة به وكان هذا الاحتمال ناشئاً عن دليل فلا يعتبر ذلك حجة ولا يبني عليه حكم. وأما الاحتمال المجرد فلا يخل بما هو حجة في الأصل، لأن الاحتمال المجرد ما هو ألا توهم، ولا عبارة بالتوهم<sup>(307)</sup>.

---

(300) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص68؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج1، ص135؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص160.

(301) المحاسني، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص96.

(302) هوديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص29؛ علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج3، ص210، ج4، ص441.

(303) ينظر: رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص275-277.

(304) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص67، المادة (73)؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص277؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج1، ص136.

(305) ابن الهمام، فتح القدير، ج9، ص452؛ سعد الدين التفتزاني، شرح التلويح على التوضيح، ج1، ص63.

(306) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص74، رقم المادة (80)؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج1، ص143، رقم المادة (79).

(307) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص67، المادة (73)؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج1، ص136؛ المحاسني، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص95؛ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص363؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج14، ص204.



وأثر هذه القاعدة يظهر في المجلة في المواد الآتية: "393 و394 و395 و879 و880 و1595 إلى 1606" وكل المواد تتعلق بحكم التصرف في حالة المرض، وما يترتب عليه، و"1741" وتعلقت بألفرينة القاطعة هي الأمانة البالغة حدّ اليقين<sup>(308)</sup>.

11. قاعدة: "لَا يُنْسَبُ إِلَى سَاكِتٍ قَوْلٌ لَكِنَّ السُّكُوتَ فِي مَعْرِضِ الْحَاجَةِ بَيَانٌ"<sup>(309)</sup>.

وقد مر ذكرها في قاعدة "الأمر بمقاصدها".

وأثر هذه القاعدة في القضاء يظهر بسكوت المدعى عليه أمام القاضي يعدّ إنكاراً ويطلب البينة من المدعي، أما سكوته حين تلزم الحاجة إلى كلامه يكون بياناً ويعدّ رضاً مثل سكوت البكر بالزواج فيكون ذلك رضاً بعقد الزواج، ومثله سكوت المدعى عليه عن الجواب بعد عرض اليمين عليه يجعله كالمنكر، وترد اليمين على المدعي في هذه الحالة<sup>(310)</sup>.

وأثر هذه القاعدة يظهر في المواد الآتية: "175" والخاصة ببيع التعاطي ولفظ الإيجاب والقبول، و"276 و281" وفيهما إعطاء المال قبل القبض وعدم وجود لفظ، و"326" وتخص شراء بيت بعد رؤية بيت على نسقه يسقط خيرا الرؤية، و"335" وتعلقت بتصرف المشتري بالمبيع يسقط خيار رؤيته، والمواد "344" وتعلقت بوجود عيب في المبيع، و"472" وجاءت حول استعمال المال بدون عقد ولا إذن، و"707" وتعلقت بالإيجاب والقبول في الرهن، و"743" وتخص شرط الإذن في الرهن، و"772" وتعلقت بالإذن دلالة كالإذن صراحة، و"773" وجاءت حول انعقاد الإيداع بالإيجاب والقبول، و"841" وجاءت حول القبض في الهبة كالقبول في البيع، و"843" وجاءت حول إيجاب الواهب، و"971" حول الإذن صراحة، و"1032" وجاءت حول الشفعة، و"1376" وجاءت حول شراء الشريك شيء ليس من جنس تجارتهم، و"1451" حول ركن التوكيل هو الإيجاب والقبول، و"1485" حول شرط شراء الموكل الشيء لنفسه بحضور من وكله يكون، و"1568" وجاءت حول عدم توقّف الإبراء على القبول، وَلَكِنْ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ فَيَكُونُ الْإِبْرَاءُ مَرْدُودًا، والمادة "1659" وجاءت حول السكوت

(308) هوديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص29؛ عارف السويدي، شرح مجلة الأحكام العدلية، كتاب الإقرار، ص71-101، وتبدأ المواد من "1595" إلى "1606".

(309) ذكرت هذه القاعدة في قاعدة الأمور بمقاصدها.

(310) عبد الغفور البياتي، القواعد الفقهية في القضاء، ج1، ص121.

في مجلس البيع، و"1751" وجاءت حول نكول مَنْ تَوَجَّهَ إِلَيْهِ الْيَمِينُ فِي الدَّعَاوَى صَرَاحَةً أَوْ دَلَالَةً بِالسُّكُوتِ، يَحْكُمُ الْقَاضِي بِنُكُولِهِ<sup>(311)</sup>.

ومفهوم المادتين "1580" وجاءت لبيان أن الإقرار هو إنشاء من وجه وهو أخبر من وجه آخر، و"1581" وجاءت حول اختلاف المقرّ والمقرّ له في سبب المقرّ به، و"1660" وتخص عدم سماع الدعوى<sup>(312)</sup>.



---

(311) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص129، 237، 242، 293، 299، 315، 488 وما بعدها، ج2، ص72، 160، 229، 232، 383 وما بعدها، 386، 661، 774 وما بعدها، ج3، ص369 وما بعدها، 452، 540، ج4، ص67، 263، 461؛ هواديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص28.

(312) رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص153؛ هواديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص28؛ عارف السويدي، شرح مجلة الأحكام العدلية، كتاب الإقرار، ص24-30.

## الفصل الثالث:

### قاعدة الضَّرَرُ يُزَالُ

تأتي قاعدة قاعد "الضَّرَرُ يُزَالُ"<sup>(313)</sup> كقاعدة تبين أن الغاية من التشريع أولاً: هو إزالة الضرر ودفعه، ثم البحث عن المصالحة ثانياً، لكون الضرر دفعه أولى من تحقيق منفعة مرجوة أو فعل عمل مطلوب.

ويتضمن هذا الفصل ثلاث مباحث، جاء الأول منها جاء لبيان قاعد الضَّرَرُ يُزَالُ ، والثاني جاء اثر قاعدة الضَّرَرُ يُزَالُ في تكوين السلطة القضائية، وتحرير مواد المجلة، والأخير القواعد المؤيدة لقاعدة الضرر يزال وأثرها في تكوين السلطة القضائية، وتحرير مواد المجلة.

---

(313) ينظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص72؛ السمديسي، فتح المدبر، لو:5، ور:2؛ علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص32، رقم المادة (20)؛ القرافي: الذخيرة، ج13، ص256، ونصه هو "إِزَالَةُ الضَّرَرِ" ؛ وأورد أبو عبد الله المازني نص يؤيد القاعدة، قائلاً: "وإنما جعل البائع من المفلس أحق بعين سلعته لإزالة الضرر عنه فلا يزال الضرر بضرر يلحق المشتري"، أبو عبد الله المازني: مُجَدُّ بن علي بن عمر التميمي المالكي، شرح التلقين، تحقيق: سماحة الشيخ محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، 2008م، المجلد1، ج3، ص359؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج6، ص401؛ السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص41؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص83؛ أبو الحسن المرادوي: علاء الدين علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي، التحرير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، مكتبة الرشد، الرياض/ السعودية2000م، ج8، ص3846.

## المبحث الأول : معنى قاعد الضَّرَرُ يُزَالُ وبياتها

الضَّرُّ والضَّرُّ لغتان، فإذا جَمَعْتَ بين الضَّرِّ والنَّفْعِ فَتَحْتَ الضَّادَ، وإذا أَفْرَدْتَ الضَّرَّ ضَمَّمْتَ الضَّادَ إذا لم تجعله مصدراً، كقولك ضَرَرْتُ ضَرّاً، هكذا يستعمله العَرَبُ. وقال الله تعالى: ﴿وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضَّرُّ دَعَانَا لِجَنبِهِ﴾<sup>(314)</sup>.

والضَّرَرُ: النُّقْصَانُ يَدْخُلُ فِي الشَّيْءِ، تقول: دَخَلَ عَلَيْهِ ضَرَرٌ فِي مَالِهِ. وَرَجُلٌ ضَرِيرٌ: بَيِّنُ الضَّرَارَةِ، وَقَوْمٌ أَضِرَاءُ: ذَاهِبُو الْبَصَرِ.

ومن هذا المعنى جاءت قاعدة "الضَّرَرُ يُزَالُ"، وذلك لِأَنَّ الضَّرَرَ هُوَ ظُلْمٌ وَعَدْرٌ وَالْوَاجِبُ عَدَمُ إِيقَاعِهِ، وَإِقْرَارُ الظَّالِمِ عَلَى ظُلْمِهِ حَرَامٌ وَمَمْنُوعٌ أَيْضًا فَيَجِبُ إِزَالَتُهُ، فَتَجْوِيزُ خِيَارِ النَّعِيمِينَ، وَخِيَارِ الرُّؤْيِيَّةِ، وَخِيَارِ النَّفْدِ، وَخِيَارِ الْعَبْنِ، وَالتَّغْرِيرِ، وَرَدِّ الْمَبِيعِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ، وَالْحَجْرِ، وَالشُّفْعَةِ، وَتَضْمِينِ الْمَالِ الْمُتْلَفِ لِلْمُتْلَفِ، وَالْإِجْبَارِ عَلَى قِسْمَةِ الْأَمْوَالِ الْمُشْتَرَكَةِ، إِنَّمَا هُوَ بِقَصْدِ إِزَالَةِ الضَّرَرِ، فَخِيَارُ الْعَيْبِ شَرْعٌ لِإِزَالَةِ ضَرَرِ الْمُشْتَرِي الَّذِي يَأْخُذُ مَالًا مَعِيْبًا مَعَ ظَنِّهِ أَنَّهُ مَالٌ سَالِمٌ مِنَ الْعَيْبِ، وَحَقُّ الشُّفْعَةِ جُورٌ لِمَنْعِ الضَّرَرِ الَّذِي يَحْصُلُ مِنْ سُوءِ الْجَوَارِ؛ لِأَنَّ الْمَسَاكِينَ، كَمَا لَا يَخْفَى تَغْلُو وَتَرْخُصُ بِجِيرَانِهَا، كَذَلِكَ لَوْ أَنَّ شَجَرَةً فِي بُسْتَانٍ شَخِصَ كَثْرَتُ وَتَدَلَّتْ أَغْصَانُهَا عَلَى دَارِ جَارِهِ، وَكَانَ مِنْ جَرَاءِ ذَلِكَ ضَرَرٌ لِلْجَارِ، فَيَجِبُ إِزَالَةُ الضَّرَرِ بِقَطْعِ الْأَغْصَانِ أَوْ بِرَبْطِهَا وَسَحْبِهَا لِلدَّاخِلِ<sup>(315)</sup>.

وَرُوي عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ: "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ"<sup>(316)</sup>، وَلِكَلِّ وَاحِدَةٍ مِنْ

اللفظتين معنى غير الآخر.

(314) يونس: 12/10.

(315) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص32، رقم المادة (20)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص80، رقم (19)؛ الراوي، شرح مجلة الأحكام، ص16؛ المحاسني، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص31؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص100 وما بعدها.

(316) رواه: مالك في الموطأ، ج4، ص1078، رقم(2758)؛ أحمد في مسنده، ج5، ص55، رقم (2865)؛ وأبن ماجة في سننه، ج3، ص430، رقم (2340)، وص432، رقم (2341)؛ والطبراني في الكبير، ج2، ص86، رقم(1387)، وج11، ص228، رقم(11576)، وص302، رقم(11806)؛ والحاكم في مسنده، الجزء2، ص22، رقم(2345)؛ والبيهقي في سنن الكبرى، ج6، ص114، وضع بابا لهذا الحديث، رقم(11384) و(11385).

فَمَعْنَى قَوْلِهِ: "لَا ضَرَرَ" أَي: لَا يَضُرُّ الرَّجُلُ أَخَاهُ فَيَنْقُصُ شَيْئًا مِنْ حَقِّهِ أَوْ مَسْلُكِهِ، وَهُوَ ضِدُّ النَّفْعِ. وَقَوْلُهُ: "لَا ضِرَارَ" أَي: لَا يُضَارُّ الرَّجُلُ جَارَهُ مُجَازَاةً فَيَنْقُصُهُ وَيُدْخِلُ عَلَيْهِ الضَّرَرَ فِي شَيْءٍ فَيَجَازِيهِ بِمِثْلِهِ، فَالضَّرَارُ مِنْهُمَا مَعًا، وَالضَّرَرُ فِعْلٌ وَوَاحِدٌ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ: "وَلَا ضِرَارَ"، أَي لَا يُدْخَلُ الضَّرَرَ، وَهُوَ التَّنْقِصَانُ عَلَى الَّذِي ضَرَّرَهُ (317).

فالقاعدة التي استنبطت من حديث ورد، تدل على منع الضرر عامةً أيًا كان، قال ابن حجر: "وَفَرَّقَ بَعْضُهُمْ بَيْنَهُمَا فَقَالَ: الضَّرَرُ وَمَا تَضُرُّ بِهِ صَاحِبَكَ مِمَّا تَنْتَفِعُ أَنْتَ بِهِ، وَالضِرَارُ أَنْ تَضُرَّهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ تَنْتَفِعَ نَفْسَكَ، وَمَتَى قَرِنَ بِالنَّفْعِ لَمْ يَكُنْ فِيهِ إِلَّا الضَّرُّ وَالضَّرُّ لَا ضِيرَ" (318)، وَقَالَ الشُّوْكَانِيُّ: "وَاحْتَلَفُوا فِي الْفَرْقِ بَيْنَ الضَّرِّ وَالضِرَارِ، فَقِيلَ: إِنَّ الضَّرَّ: فِعْلُ الْوَاحِدِ، وَالضِرَارُ: فِعْلُ الْإِثْنَيْنِ فَصَاعِدًا، وَقِيلَ: الضِرَارُ: أَنْ تَضُرَّهُ بِغَيْرِ أَنْ تَنْتَفِعَ، وَالضَّرُّ: أَنْ تَضُرَّهُ وَتَنْتَفِعَ أَنْتَ بِهِ وَقِيلَ: الضِرَارُ: الْجِرَاءُ عَلَى الضَّرِّ، وَالضَّرُّ: الْإِتِّدَاءُ وَقِيلَ: هُمَا بِمَعْنَى" (319).

ومن خلال المعنى اللغوي نصل إلى المعنى الإجمالي للقاعدة، لذلك كان الضَّرَرُ فيه ظُلْمٌ وَعَدْرٌ وَالْوَاجِبُ عَلَى الْقَضَاءِ عَدَمُ إِيقَاعِهِ.

كما أن إقرار الظالم على ظلمه حرامٌ وممنوعٌ أيضًا فيجب إزالته، فتجوز خيار التَّعْيِينِ، وخيار الرُّوْيَةِ، وخيار النَّقْدِ، وخيار الْعَبْنِ، والتَّعْرِيرِ، وَرَدِّ الْمَبِيعِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ، وَالْحَجْرِ، وَالشُّفْعَةِ، وَتَضْمِينِ الْمَالِ الْمُتَلَفِ لِلْمُتَلَفِ، وَالْإِجْبَارِ عَلَى قِسْمَةِ الْأَمْوَالِ الْمُشْتَرَكَةِ، إِنَّمَا هُوَ بِقَصْدِ إِزَالَةِ الضَّرَرِ، فَخِيَارُ الْعَيْبِ شَرْعٌ لِإِزَالَةِ ضَرَرِ الْمُشْتَرِي الَّذِي يَأْخُذُ مَالًا مَعِيْبًا مَعَ ظَنِّهِ أَنَّهُ مَالٌ سَالِمٌ مِنَ الْعَيْبِ، وَحَقُّ الشُّفْعَةِ جُوزٌ لِمَنْعِ الضَّرَرِ الَّذِي يَحْصُلُ مِنْ سُوءِ الْجَوَارِ؛ لِأَنَّ الْمَسَاكِينَ، كَمَا لَا يَخْفَى تَغْلُو وَتَرْتَخُّصُ بِجِيرَانِهَا، كَذَلِكَ لَوْ أَنَّ شَجَرَةً فِي بُسْتَانِ شَخْصٍ كَبُرَتْ وَتَدَلَّتْ أَغْصَانُهَا عَلَى دَارِ جَارِهِ، وَكَانَ مِنْ جَرَاءِ ذَلِكَ ضَرَرٌ لِلْجَارِ، فَيَجِبُ إِزَالَةُ الضَّرَرِ بِقَطْعِ الْأَغْصَانِ أَوْ بِرَبْطِهَا وَسَحْبِهَا لِلدَّخْلِ. كَذَا لَوْ أُحْدِثَ شَخْصٌ بِنَاءً فِي مَلِكِهِ وَتَسَبَّبَ عَنْ ذَلِكَ حُصُولُ الظَّلَامِ فِي عَرْفَةِ جَارِهِ بِصُورَةٍ لَا تُسْتَطَاعُ مَعَهَا الْقِرَاءَةُ وَالْكِتَابَةُ، وَبِمَا أَنَّ ذَلِكَ ضَرَرٌ فَاحِشٌ يُزَالُ، كَذَلِكَ يُمْنَعُ الْأَشْخَاصُ الَّذِينَ يُزَيِّفُونَ النُّفُودَ عَنْ إِجْرَاءِ

(317) الأزهري، تهذيب اللغة، ج11، ص314؛ الجوهري، الصحاح تاج اللغة، ج2، ص719.

(318) بدر الدين العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ج9، ص195.

(319) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليمني (ت: 1250هـ)، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تحقيق: عصام الدين الصباطي، دار

الحديث، مصر، ط: الأولى، 1413هـ - 1993م، ج5، ص312.

صِنَاعَتِهِمْ أَيضًا، وَإِذَا وُجِدَ لِشَخْصٍ نَحْلٌ عَسَلٍ وَالنَّحْلُ يَأْكُلُ أَثْمَارَ جَارِهِ الْمَوْجُودَةَ فِي بُسْتَانِهِ يُحْكَمُ بِإِبْعَادِ النَّحْلِ مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ (320)، ولهذا وجب إزالة الضرر عند طلب المضرور ذلك، وهذا في حال كون الضرر خاصا، أما أن كان عامة فلولية الأمر ذلك.

وطرق إزالة الضرر يكون على أربعة وجوه:

1. بلا أحداث ضرر على أحد بهذه الإزالة .

2. بإحداث ضرر على الغير أقل من الضرر الأول.

3. بإحداث ضرر على الغير مثل الضرر الأول.

4. بإحداث ضرر على الغير أكبر من الضرر الأول.

فإزالة الضرر بأحد الوجهين الأخيرين غير جائز، لأن الظلم لا يجوز أن يرفع بإحداث ظلم مثله أو أشد منه (321).

كما تدل القاعدة على وجوب اختيار أهون الشرين لدفع أعظمهما؛ لأنّ في ذلك تخفيفاً للضرر عندما لا يمكن منعه بتاتاّ إذا كان إنزال العقوبات المشروعة للمجرمين لا يتنافى مع هذه القاعدة، وإن ترتب عليها ضرر بهم.

لأنّ فيها عدلاً ودفعاً لضرر أعظم، وإن أهمية هذه القاعدة تكمن في أنها من أركان الشريعة ويبنى عليها كثير من أبواب الفقه، فقد شرع كثير من الخيارات في العقود لإزالة الأضرار الواقعة على أحد المتعاقدين (322).

---

(320) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص32.

(321) منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص80 وما بعدها.

(322) عبد الجبار البياتي، القواعد الفقهية في القضاء، ج1، ص124.

## المبحث الثاني: اثر قاعدة الضَّرَرُ يُزَالُ فِي تَكْوِينِ السُّلْطَةِ الْقَضَائِيَّةِ، وَتَحْرِيرِ مَوَادِّ الْمَجْلَةِ

لهذه القاعدة عملها في الأحكام الشرعية والقضائية خاصة منها، لكون القضاء قائم على منع الضرر وإزالته، والترجيح بينه بارتكاب أخفه، وما باب الجنايات في الفقه ومَحْكَمُته في القضاء إلا مؤشر على دور القضاء.

ولهذا شرع القانون الأساسي العثماني بدفع الضرر من خلال تقنين مواد قانونية فيه تمنع سريان الضرر إلى مقاصد الشريعة الخمسة، هذا ما أكدته مقدمة القانون والتي تنص على أن الغاية هو منع الضرر الداخلي والذي سببه الانحراف عن الشرع، حيث جاء في النص العربي لفظ "الطريق المستقيم"، وفي النص العثماني "طريق مستقيمدن"<sup>(323)</sup>، ولهذا جاءت على سبيل المثال المادة "24" وتنص على منع جمع المال والصخرة (العمل بدون أجر) وجمع المال إلا في وقت الحرب، كما جاءت المادة "25" بمنع أخذ المال كرسوم ما لم يكن موافقا للنظام، كما جاءت "26" تنص على منع التعذيب والإهانة<sup>(324)</sup>.

كما نجد لهذه القاعدة أثرها في مواد المجلة منها على سبيل المثال:

1. مفهوم مسألة الحيطان الواردة في المادة "1200" وهي: "يُدْفَعُ الضَّرَرُ الْفَاجِشُ بِأَيِّ وَجْهِ كَانَ مَثَلًا لَوْ اتَّخَذَ فِي اتِّصَالِ دَارٍ دُكَّانَ حَدَادٍ أَوْ طَاحُونٍ وَكَانَ يَحْصُلُ مِنْ طَرَقِ الْحَدِيدِ وَدَوْرَانِ الطَّاحُونِ وَهَنْ لِبِنَاءِ تِلْكَ الدَّارِ أَوْ أَحْدَثَ فُرْنٌ أَوْ مَعْصَرَةٌ بِحَيْثُ لَا يَسْتَطِيعُ صَاحِبُ الدَّارِ السُّكْنَى فِيهَا لِتَأْدِيهِ مِنَ الدُّخَانِ أَوْ الرَّايْحَةِ الْكَرْيَهَةِ فَهَذَا كُلُّهُ ضَرَرٌ فَاجِشٌ فَتُدْفَعُ هَذِهِ الْأَضْرَارُ بِأَيِّ وَجْهِ كَانَ وَتُزَالُ. وَكَذَا لَوْ كَانَ لِرَجُلٍ عَرَصَةٌ مُتَّصِلَةٌ بِدَارٍ آخَرَ وَشَقَّ فِيهَا قَنَاءً وَأَجْرَى الْمَاءَ مِنْهَا لِطَاحُونِهِ فَحَصَلَ وَهَنْ لِحَائِطِ الدَّارِ أَوْ اتَّخَذَ أَحَدٌ فِي أُسَاسِ جِدَارِ جَارِهِ مَرْبَلَةً وَأَلْقَى الْقِمَامَةَ عَلَيْهَا فَأَضَرَ بِالْجِدَارِ فَلِصَاحِبِ الْجِدَارِ طَلَبُ دَفْعِ الضَّرَرِ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَحْدَثَ أَحَدٌ بَيْدَرًا فِي قُرْبِ دَارٍ آخَرَ وَتَأَدَّى صَاحِبُ الدَّارِ مِنْ غُبَارِ الْبَيْدَرِ بِحَيْثُ أَصْبَحَ لَا يَسْتَطِيعُ السُّكْنَى فِي الدَّارِ فَيُدْفَعُ ضَرَرُهُ، كَمَا أَنَّهُ لَوْ أَحْدَثَ أَحَدٌ بِنَاءً مُرْتَفِعًا فِي قُرْبِ بَيْدَرٍ آخَرَ وَسَدَّ مَهَبَّ الرِّيحِ

(323) القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: 1293 هـ الموافق 1876م، ص2؛ سالنامهء، 1294 هـ سنه، دفعة 32، ص25 وما

بعدها؛ سالنامهء دولت عليه عثمانیه، آتمش سكرنجي سنه، 1333-1334 سنهء ماليه، ص1.

(324) القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: 1293 هـ الموافق 1876م، ص6 وما بعدها.

فَيُرَالُ لِأَنَّهُ ضَرَرٌ فَاجِشٌ. كَذَلِكَ لَوْ أُحْدِثَ أَحَدٌ مَطْبَخًا فِي سُوْقِ الْبِزَّازِيْنَ وَكَانَ دُخَانُ الْمَطْبَخِ يُصِيبُ أَقْمِشَةً وَيَضُرُّهَا فَيُدْفَعُ الضَّرْرُ. وَكَذَلِكَ لَوْ انْشَقَّ بِالْوُجُوْعِ دَارٌ أَحَدٍ وَجَرَى إِلَى دَارِ جَارِهِ وَكَانَ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ فَاجِشٌ فَيَجِبُ تَعْمِيرُ الْبُلُوْعِ الْمَذْكُورِ وَإِصْلَاحُهُ بِنَاءٍ عَلَى دَعْوَى الْجَارِ، ويراد بالضرر هنا الضرر الدائم، وتسمى هذه الأحكام بالأحكام الجوارية (325).

2. الْمَادَّةُ "1202" وهي: "رُؤْيَةُ الْمَجَلِّ الَّذِي هُوَ مَقَرُّ النِّسَاءِ كَالْمَطْبَخِ وَبَابِ الْبُئْرِ وَصَحْنِ الدَّارِ يُعَدُّ ضَرَرًا فَاجِشًا، فَإِذَا أُحْدِثَ أَحَدٌ فِي دَارِهِ نَافِذَةً أَوْ بَنَى مُجَدِّدًا بِنَاءً وَفَتَحَ فِيهِ نَافِذَةً عَلَى الْمَجَلِّ الَّذِي هُوَ مَقَرُّ نِسَاءِ جَارِهِ الْمُلَاصِقِ أَوْ جَارِهِ الْمُقَابِلِ الَّذِي يَفْصِلُ بَيْنَهُمَا طَرِيقٌ وَكَانَ يَرَى مَقَرَّ نِسَاءِ الْآخَرِ مِنْهُ فَيُؤْمَرُ بِرَفْعِ الضَّرَرِ وَيَكُونُ مَجْبُورًا عَلَى دَفْعِ هَذَا الضَّرَرِ بِصُورَةٍ تَمْنَعُ وَفُورِ النَّظَرِ إِمَّا بِبِنَاءِ حَائِطٍ أَوْ وَضْعِ سِتَارٍ مِنَ الْخَشَبِ لَكِنْ لَا يُجْبَرُ عَلَى سَدِّ النَّافِذَةِ عَلَى كُلِّ حَالٍ كَمَا إِذَا عَمِلَ حَائِطًا مِنَ الْأَغْصَانِ الَّتِي يَرَى مِنْ بَيْنِهَا مَقَرَّ نِسَاءِ جَارِهِ فَإِنَّهُ يُؤْمَرُ بِسَدِّ مَحَلَّاتِ النَّظَرِ وَلَا يُجْبَرُ عَلَى هَدْمِهِ وَبِنَاءِ حَائِطٍ مَجْلَهُ".

كما جاءت الْمَادَّةُ "1205" مؤيدة لما سبق من حكم مع بيان لحكم القاضي فيها "إِذَا كَانَ لِأَحَدٍ شَجَرَةٌ فَالْكِهَةِ فِي جُنَيْتِهِ وَفِي صُغُودِهِ عَلَيْهَا يُشْرِفُ عَلَى مَقَرِّ نِسَاءِ جَارِهِ فَيُلْزَمُهُ عِنْدَ صُغُودِهِ إِعْطَاءُ الْخَبْرِ لِأَجْلِ تَسْتُرِ النِّسَاءِ فَإِنْ لَمْ يُخْبِرْ يَمْنَعُهُ الْقَاضِي مِنَ الصُّغُودِ عَلَى تِلْكَ الشَّجَرَةِ" وكذلك لو باع ثمارها لرجل آخر فيحرم عليه ما يحرم على صاحب الشجرة، فتكليف الصاعد بإعطاء الخبر لأجل تستر النساء، ولا يكلف بأسباب سد النظر، لأن ذلك عسر وضيق والمشقة تجلب التيسير (326)، كما جاءت والمواد "1201" و "1202"، وتعلقوا بدفع الضرر بين الجيران بما يمنع المفسدة، ومثلهم الْمَادَّةُ "1206"، و كذلك الْمَادَّةُ "1212" بمنع الضرر الذي يسري إلى الجيران بسبب بالوعة أو كنيف (حمام)، وكذلك الْمَادَّةُ "1214" حيث جاءت بوجوب رفع الأشياء المضرّة بالمارين ضررًا فاجشًا ولو كانت قديمة؛ وكل المواد جاءت مبيّنة لأشكال الضرر وكيف رفعه حكم وقضاء (327).

(325) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج3، ص203؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج3، ص93-95؛ السويدي، شرح مجلة الأحكام كتاب الشركة، ص159.

(326) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج3، ص207 و 211؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج3، ص99؛ السويدي، شرح مجلة الأحكام كتاب الشركة، ص164.

(327) ينظر: هواديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص23.



3. المادّة "544" جاءت في استكراء (استجار) (328) الدابة ونصها أنه: "لَوْ اسْتَكْرَيْتَ دَابَّةً إِلَى بَدْءِ لِلرُّكُوبِ أَوْ الْحَمْلِ يَلْزَمُ اسْتِحْسَانًا إِرْكَابُ الْمُسَافِرِ أَوْ تَحْمِيلُ الْحِمْلِ مِنْ دَارِهِ وَإِصَالِهِ إِلَى النُّزْلِ أَوْ الدَّارِ الَّتِي يُرِيدُ النُّزُولَ فِيهَا فِي الْبَلَدِ الْمُفْصُودِ"، والمادّة "546" وتنص "لَوْ اسْتَكْرَيْتَ دَابَّةً إِلَى مَحَلٍّ مُعَيَّنٍ فَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَذْهَبَ بِتِلْكَ الدَّابَّةِ إِلَى مَحَلٍّ آخَرَ فَإِنْ ذَهَبَ وَتَلَفَتْ الدَّابَّةُ ضَمِنَ" (329)، فليس لأحد أن يحدث ضرر في الدابة أو في الركب عليها، أو في تغيير وجهتها، أو بأي فعل خارج عن ما يتفق عليه، أو يسبب ضرر خارج عن ما اتفق عليه، تؤيد هذه المسألة المادة "547" وفيها استثناء إذا كانت الطرق متعددة، وكذلك المواد: "545" إلى "548" وكلهم جاءت تخص متعلقة بمسألة مَنْ اسْتَكْرَى دَابَّةً وَذَلِكَ بَرَفَعِ الضَّرْرَ عَنِ الْمُسْتَكْرِي وَرَفَعِ الضَّرْرَ عَنِ الدَّابَّةِ، ومثلها المادّة "552" و المادّة "553" و المادّة "556"، وفي حكها المادّة "583" وفيها أثر القاعدة يظهر بدفع الضرر ومنعه (330).

4. المادّة "1207" ونصها هو: "إِذَا كَانَ أَحَدٌ يَنْصَرِفُ فِي مَلِكِهِ تَصَرُّفًا مَشْرُوعًا فَجَاءَ آخَرُ وَأَحْدَثَ فِي جَانِبِهِ بِنَاءً وَتَضَرَّرَ مِنْ فِعْلِهِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَدْفَعَ ضَرَرَهُ بِنَفْسِهِ" لأن القديم يترك على قدمه (331).

5. وضمان دفع الضرر يظهر في المواد الآتية: "594" وجاءت لبيان ضمن المُسْتَأْجِرِ الْمَأْجُورِ فِي حَالَةِ تَقْصِيرِهِ، وَالْمَادَّةُ "602" حَيْثُ نَصَّتْ عَلَى لَزْمِ الضَّمَانِ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ لَوْ تَلَفَ

(328) جاء في شرح المجلة: (لَا سِتْجَارَ الدَّابَّةِ أَرْبَعُ صُورٍ:

1. أَنْ يَسْتَأْجِرَ دَابَّةً بِدُونِ بَيَانِ كَوْنِهَا لِأَيِّ اسْتِئْجَارٍ.

2. أَوْ يَبَيِّنَ أَنَّهَا لِلرُّكُوبِ مُطْلَقًا.

3. أَنْ يَبَيِّنَ أَنَّهَا لِرُكُوبِ فُلَانٍ.

4. أَنْ يَبَيِّنَ أَنَّ لَهُ الْخِيَارَ فِي إِرْكَابِهَا مِنْ شَاءَ عَلَى وَجْهِ التَّغْمِيمِ.

فَالْإِجَارَةُ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ فَاسِدَةٌ؛ لِأَنَّ الرُّكُوبَ مُخْتَلِفٌ اخْتِلَافًا فَاحِشًا، فَصَارَ الرُّكُوبَانِ مِنْ شَخْصَيْنِ كَالْجِنْسَيْنِ فَيَكُونُ الْمَغْمُودُ عَلَيْهِ جَهْلًا فَلَا يَصِحُّ الْعَقْدُ، كَمَا تَبَيَّنَ ذَلِكَ فِي الْمَادَّةِ (553). علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص575 و580، المادة (549) و(553)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج، ص432؛ المحاسني، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص452 و454.

(329) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص570-573، كما وافقت المادة (545) المادتين السابقتين؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج، ص438.

(330) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص570-574 و579 و582 وما بعدها؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص535 و536 و537 و539 و540 و459.

(331) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج3، ص211؛ شرح مجلة الأحكام العدلية، ج3، ص100؛ السويدي، شرح مجلة الأحكام كتاب الشركة، ص165.



## المبحث الثالث: القواعد المؤيدة لقاعدة الضرر يزال وأثرها في تكوين السلطة القضائية، وتحرير مواد المجلة

1. قاعدة: "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ" (333).

وهذه القاعدة هي حديث وردّ عن النبي ﷺ، ومعناها: أنه لا يجوز لأحد أن يضر غيراً في بدنه أو ماله أو عرضه، لكون هذا الضرر هو ظلم والظلم مردود وغير جائز، يرده العقل، والدين، والعرف، كما لا يجوز لمن وقع عليه الضرر أن يوقع ضرراً مقابل لمن تسبب بالضرر عليه، فعليه أن يراجع القضاء لدفع الضرر الذي وقع عليه، إذا لو جازت مقابلة الضرر بالضرر لسادت الفوضى وأختل النظام، وهنا يظهر دور السلطة القضائية في الدولة (334).

هَذِهِ الْقَاعِدَةُ وَإِنْ كَانَتْ عَامَّةً فَهِيَ مِنْ نَوْعِ الْعَامِّ الْمَخْصُوصِ، لَا تَصْدُقُ إِلَّا عَلَى قِسْمٍ مَخْصُوصٍ مِمَّا تَشْمَلُهُ؛ لِأَنَّ التَّعَاذِيرَ الشَّرْعِيَّةَ ضَرَرٌ، يَلْحَقُ بِجَسَدٍ مِنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ، لَكِنَّ إِجْرَاءَهَا جَائِزٌ، لَوْجُودِ مَصْلَحَةٍ رَاجِحَةٍ بِمَنْعٍ مِنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ التَّعْزِيرُ مِنْ أَنْ يَوْقَعَ ضَرَرَ عَلَى آخَرَ، وَكَذَلِكَ الدُّخَانُ الَّذِي يَنْتَشِرُ مِنْ مَطْبَخِ دَارِ شَخْصٍ إِلَى دَارِ جَارِهِ يُعَدُّ ضَرَرًا؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَضُرُّ بِالْجِيرَانِ، فَلَا حَرَجَ فِيهِ وَلَا يُؤْخَذُ صَاحِبُهُ، وَغَيْرَهَا مِنَ الْأَحْكَامِ؛ لِأَنَّهَا كَمَا ذَكَرْنَا هِيَ مِنْ قِسْمِ الْعَامِّ الْمَخْصُوصِ (335).

وقد جاءت المادة "9" من القانون الأساسي تشير إلى حرية العثمانيين بشرط عدم الضرر بالآخرين (336)، ولهذا تشكلت في الخلافة العثمانية المحاكم الخاصة بدفع الضرر مثل: محكمة الجنايات (جنايات محكمة سي)، وكذلك ما يحقق دفع الدعوى لدفع الضرر مثل: محكمة الاستئناف الخاصة بقسم الحقوق (محكمة اسيناف حقوق قسّمى)، والجنح (محكمة اسيناف جنحه قسّمى) (337).

وَتَشْتَمِلُ هَذِهِ الْقَاعِدَةُ عَلَى حُكْمَيْنِ:

(333) سبق تخريجه. السيوطي، الأشباه والنظائر: 83؛ علي حيدر، درر الحكم شرح مجلة الأحكام، ج1، ص31، رقم المادة (19)؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج1، ص79 رقم المادة (18)؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص98؛ المادة 216 من القانون المدني العراقي.

(334) منير القاضي، شرح المجلة، ج1، ص79.

(335) علي حيدر، درر الحكم شرح مجلة الأحكام، ج1، ص31؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج1، ص80.

(336) القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: 1293هـ الموافق 1876م، ص5.

(337) سالنامه دولت عليه عثمانیه، آتشمش سكرنجي سنه، 1333-1334 سنهء ماليه، دار سعادت، هلال مطبعه سي - باب عالي قارشوسنده 1334، ص159 وما بعدها.

الأول: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْإِضْرَارُ ابْتِدَاءً أَي لَا يَجُوزُ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَضُرَّ شَخْصًا آخَرَ فِي نَفْسِهِ وَمَالِهِ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ هُوَ ظُلْمٌ وَالظُّلْمُ مَمْنُوعٌ فِي كُلِّ دِينٍ، وَجَمِيعِ الْكُتُبِ السَّمَاوِيَّةِ قَدْ مَنَعَتْ الظُّلْمَ.

والثاني: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ مُقَابَلَةُ الضَّرَرِ بِمِثْلِهِ، وَهُوَ الضَّرَارُ، كَمَا لَوْ أَضُرَّ شَخْصٌ آخَرَ فِي ذَاتِهِ أَوْ مَالِهِ لَا يَجُوزُ لِلشَّخْصِ الْمُتَضَرَّرِ أَنْ يُقَابِلَ ذَلِكَ الشَّخْصَ بِضَرَرٍ، بَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَرِاجِعَ الْحَاكِمَ وَيَطْلُبَ إِزَالََةَ ضَرَرِهِ بِالصُّورَةِ الْمَشْرُوعَةِ (338).

ويظهر اثر هذه القاعدة في المادة "26" من القانون الأساسي في الخلافة العثمانية، والخاصة بمنع الضرر (339)، وفي المجلة في المواد: "921" وهي تخص بمنع المظلوم من الظلم، و"1142" وتخص منع تقسم الكتاب إذا كانا واحدا بين الشركاء، والمواد "1143" و"1144" وتخص منع المسبب المشترك فهو كالمطريق المشترك، والمواد "1313-1319" وتخص الصرف على البناء المشترك لتعميره لدفع الضرر، و"1320" والتي جاءت لبيان دفع الضرر بقسمة الحيوان المشترك، والمادة "1321" و"1324" وجاءت حول وجوب كزي النهر على الدولة، والنهر المشترك بين الناس (340).

2. قاعدة: "الضَّرَرُ يُدْفَعُ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ" (341)، "كل ما أضر بالمسلمين وجب أن ينفى عنهم" (342)، "الضرر يزال بالإجبار" (343).

أي أن الضرر الذي يجب دفعه على ما تقرر في القواعد السابقة، يجب أن يدفع بالوجه الذي يمكن دفعه به فلا يترك، ولا يتجاوز فيه إلى أكثر من القدر الممكن الدفع به، مثاله: إذا كان المستأجر

(338) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص31 وما بعدها.

(339) القانون الأساسي للدولة العثمانية، عام 1293هـ، الموافق 1876م، ص7؛ ورقم المادة بحسب النص العثماني هو (يكرمي التنجي)، ينظر: سالنامه، 1294هـ سنه، دفعة 32، ص25 وما بعدها؛ سالنامه دولت عليه عثمانيه، آتمش سكرنجي سنه، 1333-1334 سنه، ماليه، ص25.

(340) تنظر المواد السابقة: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج2، ص594، ج3، ص136، وص136-139، وص301، وص307، وص309 و311؛ هوديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص22، حيث أحال بعضها إلى القاعدة.

(341) السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت:483هـ)، شرح السير: تحقيق: صلاح الدين المنجد وعبد العزيز أحمد، شركة الشرقية للإعلانات، ج2، ص210؛ السرحان، القواعد الفقهية، ص54؛ وينظر: علي حيدر، درر الحكم شرح مجلة الأحكام، ج1، ص37، المادة(31)؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج1، ص89، رقم (30)؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص111.

(342) المازني: أي عبد الله محمد بن علي بن عمر (ت 536هـ 1141م)، المعلم بفوائد مسلم، تحقيق: الشيخ محمد الشاذلي النيفر، الدار التونسية، بيت الحكمة، و المؤسسة الوطنية للترجمة والتحقق والدراسات، الجزائر، 1988م، ج2، ص322؛ الندوي، القواعد الفقهية، ص59.

(343) الماودي، الحاوي الكبير، ج6، ص401.

يخرب المأجور ولم يقد المؤجر على منعه فإن له مراجعة الحاكم وطلب فسخ الإجارة، ففسخ الإجارة، هو القدر الممكن لدفع الضرر فلا يتجاوز إلى حبس المستأجر لمنعه من التخريب، ولا يرد طلب المستأجر الفسخ لدفع الضرر عنه<sup>(344)</sup>.

وأثر هذه القاعدة يظهر في المجلة في المواد الآتية: "345" وتخص مسألة إذا حَدَثَ فِي الْمَبِيعِ عَيْبٌ عِنْدَ الْمُشْتَرِي تَمَّ ظَهَرُ فِيهِ عَيْبٌ قَدِيمٌ، فله المطالبة بنقصان الثمن دون رد المبيع، و"591" وتخص ما يُلْزَمُ الْمُسْتَأْجِرَ مِنْ رَفْعِ يَدِهِ عَنِ الْمَأْجُورِ عِنْدَ انْقِضَاءِ الْإِجَارَةِ، و"1202" وتخص بمسألة فتح نافذة تطل على جيرانه تطل على مَقَرِّ النِّسَاءِ كَالْمَطْبُخِ<sup>(345)</sup>.

3. قاعدة: "الضَّرَرُ لَا يُزَالُ بِمِثْلِهِ، الضَّرَرُ لَا يُزَالُ بِالضَّرَرِ"<sup>(346)</sup>، ومثلها: "الضَّرَرُ يُزَالُ، وَلَكِنْ لَا بِضَرَرٍ"<sup>(347)</sup>.

فلا يجوز إزالته بضرر مثله أو بأكثر منه، إِذَا يُشْتَرَطُ بِأَنْ يُزَالَ الضَّرَرُ بِلَا إِضْرَارٍ بِالْغَيْرِ إِنْ أَمَكْنَ وَالْأَفْخَفُ مِنْهُ، مِثَالٌ: لَوْ أَنَّ شَخْصًا فَتَحَ حَائِوَتًا فِي سُوْقٍ وَجَلَبَ أَكْثَرَ الْمُشْتَرِينَ لِجَانِبِهِ بِصُورَةٍ أَوْجَبَتْ الْكَسَادَ عَلَى بَاقِي التُّجَّارِ، فَلَا يَحِقُّ لِلتُّجَّارِ أَنْ يُطَالِبُوا بِمَنْعِ ذَلِكَ التَّاجِرِ عَنِ الْمُتَاجِرَةِ بِدَاعِي أَنَّهُ يَضُرُّ بِمَكَاسِبِهِمْ؛ لِأَنَّ مَنْعَ ذَلِكَ التَّاجِرِ عَنِ التِّجَارَةِ هُوَ ضَرَرٌ بِقَدْرِ الضَّرَرِ الْحَاصِلِ لِلتُّجَّارِ الْآخَرِينَ.

كَذَلِكَ الشَّرِكَةُ بِالْأَمْوَالِ هِيَ ضَرَرٌ، لِذَلِكَ قَدْ جَارَتْ الْقِسْمَةُ بَيْنَ الشَّرَكَاءِ إِزَالَةَ لِضَرَرِ، وَالْحَاكِمُ عِنْدَ الْإِجَابِ يَحْكُمُ بِالْمُقَاسَمَةِ بَيْنَ الشَّرَكَاءِ جَبْرًا، أَمَّا إِذَا كَانَ الْمَالُ الْمُشْتَرَكُ لَا يَقْبَلُ الْقِسْمَةَ لكون القسمه تقسد ذات المقسوم، مثل السيارة أو طاحونة وطلب أحد الشركاء تقسيمها، فَلِأَنَّ تَقْسِيمَ الطَّاحُونَةِ يُوجِبُ ضَرَرَ الشَّرَكَاءِ الْآخَرِينَ الَّذِينَ يَرْفُضُونَ الْمُقَاسَمَةَ، فَالْحَاكِمُ لَا يُجِيزُ الشَّرَكَاءَ عَلَى الْمُقَاسَمَةِ حَيْثُ يَكُونُ قَدْ أزال الضَّرَرَ بِمِثْلِهِ أَوْ بِأَكْثَرِ مِنْهُ<sup>(348)</sup>.

(344) القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص89 وما بعدها.

(345) تنظر المواد السابقة: علي حيدر، المصدر السابق، ج1، ص319، و618، و207؛ هوديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص23.

(346) درر الحكم شرح مجلة الأحكام، ج1، ص25، رقم المادة (25)؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج1، ص87 رقم المادة (24)؛ رشيد باشا،

روح المجلة، برنجي جلد، ص101؛ الراوي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ص51 و53.

(347) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص86.

(348) علي حيدر، درر الحكم شرح مجلة الأحكام، ج1، ص35 وما بعدها؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص86 وما بعدها.

4. قاعدة: "يَتَحَمَّلُ الضَّرْرُ الْخَاصُّ لِذَفْعِ ضَرَرِ عَامٍ"<sup>(349)</sup>، و"الضَّرْرُ الْأَشَدُّ يُزَالُ بِالضَّرْرِ الْأَخْفِ"<sup>(350)</sup>، و"إِذَا تَعَارَضَ مَفْسَدَتَانِ رُوِعِيَ أَعْظَمُهُمَا ضَرَرًا بِإِزْتِكَابِ أَخْفَيْهِمَا"<sup>(351)</sup>، و"الْخِتْيَارُ أَهْوَنُ الشَّرَّيْنِ"<sup>(352)</sup>، و"الضَّرْرُ يُدْفَعُ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ"<sup>(353)</sup>.

الضرر الخاص هو ما يلحق الفرد على حدته، والضرر العام هو ما يلحق الجماعة، بما أنَّ الضَّرْرَ الْخَاصَّ لَا يَكُونُ مِثْلَ الضَّرْرِ الْعَامِّ، بَلْ دُونَهُ فَيُدْفَعُ الضَّرْرُ الْعَامُّ بِهِ، وَالْمَفْهُومُ مِنْ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ أَنَّ الضَّرْرَ تَجَوُّزُ إِزَالَتِهِ بِضَرَرٍ يَكُونُ أَخْفَ مِنْهُ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُزَالَ بِمِثْلِهِ أَوْ بِأَشَدَّ مِنْهُ حَسَبَ مَا وَصَّحْنَا بِالْمَوَادِّ السَّابِقَةِ، مِثَالٌ: إِذَا أَحْدَثَ الْمُشْتَرِي فِي الْعَقَارِ الْمَشْفُوعِ أَنْبِيَّةً، فَلَوْ أُجْبِرَ الْمُشْتَرِي وَالْحَالَةَ هَذِهِ عَلَى قَلْعِهَا وَتَسْلِيمِ الْعَقَارِ الْمَشْفُوعِ لِلشَّفِيعِ يَتَضَرَّرُ الْمُشْتَرِي، كَمَا أَنَّهُ إِذَا أُجْبِرَ الشَّفِيعُ عَلَى أَخْذِ الْمَشْفُوعِ مَعَ دَفْعِ قِيَمَةِ الْبِنَاءِ الَّذِي أَحْدَثَهُ الْمُشْتَرِي يَتَضَرَّرُ أَيْضًا بِإِجْبَارِهِ عَلَى دَفْعِ نَفْوِدِ ثَمَنًا لِبِنَاءِ الْمُحْدَثِ زِيَادَةً عَنْ قِيَمَةِ الْمَشْفُوعِ، إِلَّا أَنَّ هَذَا الضَّرْرَ أَخْفَ مِنْ ضَرَرِ الْمُشْتَرِي فِيمَا لَوْ أُجْبِرْنَا عَلَى قَلْعِ الْبِنَاءِ، إِذْ يَضِيعُ مَا أَنْفَعَهُ عَلَى الْبِنَاءِ بِلَا مُقَابِلٍ بِخِلَافِ الشَّفِيعِ فَإِنَّهُ يَأْخُذُ مُقَابِلَ الثَّمَنِ الَّذِي يَدْفَعُهُ الْبِنَاءُ أَوْ الشَّجَرَ؛ إِذَا فَضَّرَ الشَّفِيعُ أَخْفَ مِنْ ضَرَرِ الْمُشْتَرِي فَيُخْتَارُ وَيَكْفَى ذَلِكَ الشَّفِيعُ بِأَخْذِ الْأَنْبِيَّةِ وَدَفْعِ الْقِيَمَةِ لِلْمُشْتَرِي<sup>(354)</sup>.

(349) ابن نجيم، الأشباه والنظائر: ص74؛ أكمل الدين ابن الباقري، العناية شرح الهداية، ج7، ص482؛ بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج7، ص105؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص35، رقم المادة (26).

(350) ابن نجيم، الأشباه والنظائر: ص75؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص35، رقم المادة (27)؛ المادة 213 من القانون المدني العراقي. الرحيلي، النظريات الفقهية: 225. الزرقا، شرح القواعد الفقهية: 199-200.

(351) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص87؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص36، رقم المادة (28)؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص87.

(352) ابن الهمام، فتح القدير، ج9، ص272؛ العيني، البناية شرح الهداية، ج5، ص299؛ أكمل الدين الباقري، العناية شرح الهداية، ج3، ص489؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص37، رقم المادة (29) وقال علي حيدر: (هَذِهِ الْمَادَّةُ مَأْخُودَةٌ مِنْ قَاعِدَةِ (إِنَّ مَنْ أُتْبِلِيَ بِبَيْتَيْنِ يَأْخُذُ بِأَيِّهِمَا شَاءَ فَإِنَّ الْخِتْلَفَةَ يَخْتَارُ أَهْوَنَهُمَا؛ لِأَنَّ مُبَاشَرَةَ الْحَرَامِ لَا تَجُوزُ إِلَّا لِلضَّرُورَةِ وَلَا ضَرُورَةَ فِي إِزْتِكَابِ الزِّيَادَةِ) وَحَيْثُ إِنَّ هَذِهِ الْمَادَّةَ عَنِ الْمَادَّةِ 28، فَلَا حَاجَةَ لِشَرْحِهَا).

(353) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص34، المادة (31)؛ والقاضي، ج1، ص89.

(354) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص36 وما بعدها؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص86-88؛ الحاسني شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص55؛ وينظر: الندوي، القواعد الفقهية، ص313 و388.

وتعد هذه المادة مقيدة للمادة "الصَّرْرُ يُرَالُ"، وهي أيضا مقيدة للقاعدة "الصَّرْرُ لَا يُرَالُ بِمِثْلِهِ"<sup>(355)</sup>، ولهذا كان على القاضي النضر في تمييز الضرر الأخف من الأشد، وهذا الفرق يدرك بضوابط الاجتهاد في الأحكام، دون أن يكون هذا التفريق وهما يدرك بالخيال البعيد عن إدراك العقل السليم.

واثر القاعدة يظهر في القانون الأساسي العثماني في المادة "68" والتي تبين الصفات المانعة من دخول مجلس المبعوثان، لكون في دخول من وجدت فيه ضرر كبير يدفع بضرر اقل وهو منع الفرد من الدخول<sup>(356)</sup>، وقد جاء النص العثماني موافقا للنص العربي ذاكرا هذه الصفات مرتبة بحسب الترقيم العربي "أولا، ثانيا، ثالثا.... تاسعا"<sup>(357)</sup>.

كما يظهر أثرها في المجلة في المواد: و"958" وتخص مسألة الحجر على السفية، و"959" وتختص بمسألة الحجر على المدين، "964" وتخص مسألة الحجر على الطبيب الجاهل لمضرته العامة، والفقرة الأولى من المادة "919" والمتعلقة بهدم الدار<sup>(358)</sup>.

ولهذه القواعد ضابط جاء كقاعدة وهي: "الإضطرارُ لَا يُبْطِلُ حَقَّ الْغَيْرِ"، وقد بين شرح المجلة مَعْنَى الإضطرارِ هُنَا بِالْإِجْبَارِ عَلَى فِعْلِ الْمَمْنُوعِ، وَالِإضطرارُ عَلَى قِسْمَيْنِ: أَحَدُهُمَا يَنْشَأُ عَنِ سَبَبٍ دَاخِلِيٍّ، يُقَالُ: لَهُ (سَمَاوِيٌّ) كَالْجُوعِ مَثَلًا؛ أَمَّا الْقِسْمُ الثَّانِي هُوَ الإضطرارُ النَّاشِئُ عَنِ سَبَبٍ خَارِجِيٍّ وَيُقَالُ لَهُ (أضطراريٌّ غَيْرُ سَمَاوِيٍّ) وَهُوَ نَوْعَانِ الإِكْرَاهِ الْمُلْجِيُّ وَالِإِكْرَاهِ غَيْرِ الْمُلْجِيِّ. وَالَّذِي يُفْهَمُ مِنْ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ أَنَّهُ لَوْ أَصَابَ إِنْسَانٌ مَالَ الْغَيْرِ بِنَاءً عَلَى الإضطرارِ الَّذِي يُجَوِّزُ لَهُ التَّصَرُّفَ بِمَالِ الْغَيْرِ، فَلَا تَكُونُ الإِصَابَةُ النَّاشِئَةُ عَنِ الإضطرارِ سَبَبًا لِأَنَّ يَكُونُ الْمُتْلِفُ غَيْرَ ضَامِنٍ، بَلْ يَجِبُ عَلَى الْمُسْتَهْلِكِ أَوْ الْمُتْلِفِ أَنْ يَضْمَنَ قِيَمَةَ الْمَالِ الْمُتْلَفِ<sup>(359)</sup>.

(355) الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص278؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص35، رقم المادة (25)، و ج3، ص302؛ ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص42؛ الزركشي، تشنيف المسامع بجمع الجوامع، ج3، ص465؛ ابن رجب الحنبلي، القواعد، ص73؛ المادة (216) من القانون المدني العراقي.

(356) القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: 1293هـ الموافق 1876م، ص13.

(357) رقم المادة هو (التمش سكرنجي ماده)، ينظر: سالنامهء، 1294هـ سنة، دفعة 32، ص25 وما بعدها؛ سالنامهء دولت عليه عثمانیه، التمش سكرنجي سنة، 1333-1334 سنةء ماليه، ص35 وما بعدها.

(358) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج2، ص645 و647 و649 و592؛ هواديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص22.  
(359) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص38، المادة (33)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص92؛ و المادة (213) من القانون المدني العراقي.

ولهذا لو هلك المبيع كُله قَبْلَ الْقَبْضِ بِأَقْبِ سَمَاوِيَّةٍ انْفَسَخَ الْبَيْعُ، وَإِنْ هَلَكَ بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي لَا يَنْفَسُخُ الْبَيْعُ، وَعَلَيْهِ الثَّمَنُ<sup>(360)</sup>، وقد أخذت المجلة بذلك في موادها: "308" المتعلقة بِشَرِطِ الْخِيَارِ لِلْبَائِعِ لَا يَخْرُجُ الْمَبِيعُ مِنْ مِلْكِهِ، ومثلها أجرة الحَصَادِيْنَ لِرَزْعِهِ "580"؛ بينما لَا يَلْزَمُ الضَّمَانُ إِذَا تَلَفَ الْمَاجُورُ فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ مَا لَمْ يَكُنْ بِتَقْصِيرِهِ كَمَا فِي الْمَادَّةِ "601"<sup>(361)</sup>.

5. قاعدة: "دَرَةُ الْمَفَاسِدِ أَوْلَى مِنْ جَلْبِ الْمَنَافِعِ"<sup>(362)</sup>، ومن صيغها: "الاهْتِمَامُ بِدَفْعِ الْمَفَاسِدِ أَكْثَرُ مِنَ الْاهْتِمَامِ بِتَحْصِيلِ الْمَصَالِحِ"<sup>(363)</sup>، و"اعتناء الشَّارِعِ بِدَفْعِ الْمَفَاسِدِ أَشَدَّ مِنْ اعْتِنَائِهِ بِجَلْبِ الْمَصَالِحِ"<sup>(364)</sup>، ويلحق بها: "تَنْعَدُمُ الْمَصَالِحُ لِزُجْحَانِ الْمَفَاسِدِ"<sup>(365)</sup>، و"إن رجحت الْمَفَاسِدُ دَفْعَهَا بِفَوَاتِ الْمَصَالِحِ"<sup>(366)</sup>، و"الزَّوْجِرُ مَشْرُوعَةٌ لِذَرِّ الْمَفَاسِدِ الْمُتَوَقَّعَةِ وَالْجَوَابِرُ مَشْرُوعَةٌ لِاسْتِدْرَاكِ الْمَصَالِحِ الْفَائِتَةِ"، و"النَّهْيُ يَعْتَمِدُ الْمَفَاسِدَ، وَالْأَمْرُ يَعْتَمِدُ الْمَصَالِحَ، وَالْمُنْتَضِمُّ لِلْمَفْسَدَةِ فَاسِدٌ"<sup>(367)</sup>، "المفاسد يجب تركها كلها بخلاف المصالح فإنما يجب تحصيل ما يحتاج إليه"<sup>(368)</sup>.

أَيُّ: إِذَا تَعَارَضَتْ مَفْسَدَةٌ وَمَصْلَحَةٌ يُعَدَّمُ دَفْعُ الْمَفْسَدَةِ عَلَى جَلْبِ الْمَصْلَحَةِ، فَإِذَا أَرَادَ شَخْصٌ مُبَاشَرَةً عَمَلٍ يُنْتِجُ مَنَفَعَةً لَهُ، وَلَكِنَّهُ مِنْ الْجِهَةِ الْأُخْرَى يَسْتَلْزِمُ ضَرَرًا مُسَاوِيًا لِتِلْكَ الْمَنَفَعَةِ أَوْ أَكْبَرَ مِنْهَا يَلْحَقُ بِالْآخِرِينَ، فَيَجِبُ أَنْ يُفْلَعَ عَنْ إِجْرَاءِ ذَلِكَ الْعَمَلِ دَرَةً لِلْمَفْسَدَةِ الْمُقَدَّمِ دَفْعُهَا عَلَى جَلْبِ الْمَنَفَعَةِ؛ لِأَنَّ

- (360) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص238؛ الخطيب الشربيني، معني المحتاج، ج2، ص459.
- (361) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص269، و605، و631؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص293، و460، و478.
- (362) الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص290 وما بعدها؛ القراني، الفروق، ج4، ص212؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص87؛ السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص105؛ الشاطبي، الموافقات، ج2، ص261؛ ابن النجار الحنبلي، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، ج4، ص447؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص37، المادة (30)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص89؛ الراوي، شرح المجلة، ص56.
- (363) الآمدي، الأحكام في أصول الأحكام، ج4، ص250، و260.
- (364) ابن الموقت الحنفي، التقرير والتحجير، ج3، ص21؛ الأسنوي، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، ص291؛ وله: نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، ص171؛ الرزكشي، البحر المحيط، ج3، ص310.
- (365) الكمال ابن الهمام، فتح القدير، ج3، ص187؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص84؛ ابن عابدين، رد المختار، ج3، ص7.
- (366) العز بن عبد السلام: أبو نُجَيْدِ بْنِ أَبِي الْقَاسِمِ بْنِ الْحَسَنِ السَّلْمِيِّ الدَّمَشْقِيِّ، الملقب بسلطان العلماء (ت: 660هـ)، الفوائد في اختصار المقاصد، تحقيق: إياد خالد الطباع، دار الفكر المعاصر، دار الفكر، دمشق، الطبعة: الأولى، 1416، ص47.
- (367) القراني، الفروق، ج1، ص211، و2، ص96.
- (368) آل تيمية، المسودة، ص391.



الشَّرْعَ اعْتَنَى بِالْمُنْهَيَّاتِ أَكْثَرَ مِنْ اعْتِنَائِهِ بِالْمَأْمُورِ بِهَا، مِثَالٌ: يُمْنَعُ الْمَالِكُ مِنَ النَّصْرِفِ فِي مَلِكِهِ فِيمَا إِذَا كَانَ تَصْرُفُهُ يُورِثُ الْجَارَ ضَرَرًا فَاحِشًا<sup>(369)</sup>، فدفع المفسدة عن الجار هو مصلحة، ولهذا وجدنا الإمام الزكشي يفسر المصلحة بأنها: "المَحَافِظَةُ عَلَى مَقْصُودِ الشَّرْعِ بِدَفْعِ الْمَفَاسِدِ عَلَى الْخُلُقِ"<sup>(370)</sup>، فكل ما فيه مصلحة يقابله دفع مفسدة، فالبيع مصلحة يقابله مفسدة الربا، والزواج مصلحة يقابله مفسدة الزنا، وتظهر ملكة الفقيه في الترجيح بينهما، لحفظ مقاصد الشرع.

ويضبط هذه القاعدة قاعدة "تَغْلِيْبُ الْمَصْلَحَةِ الرَّاجِحَةِ عَلَى الْمُفْسِدَةِ الْمَرْجُوحَةِ"<sup>(371)</sup>، مما يحقق للقاضي والمفتي النظر في تخريج الحكم والفتوى، بما يناسب مقتضى الحال، ويحفظ المصالح ويدفع المفساد، ولهذا نجد العز بن عبد السلام فصل في أقسام المصالح والمفاسد، ففيها ما هو ضروري، وما هو حاجي، وما هو تكميلي؛ كما بين مراتب المصالح والمفاسد، قائلا: "تَنْقَسِمُ الْمَصَالِحُ إِلَى الْحَسَنِ وَالْأَحْسَنِ وَالْفَاضِلِ وَالْأَفْضَلِ؛ كَمَا تَنْقَسِمُ الْمَفَاسِدُ إِلَى الْقَبِيحِ وَالْأَقْبَحِ، وَالرَّذِيلِ وَالْأَرْذَلِ وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا رَتَبٌ عَالِيَاتٌ وَدَانِيَاتٌ وَمَتَوَسِّطَاتٌ مِثَالِيَّاتٌ وَغَيْرَ مِثَالِيَّاتٍ"<sup>(372)</sup>.

ومسالك الترجيح في المصالح والمفاسد يكون كما يلي<sup>(373)</sup>:

- 1) كل مصلحة أوجبها الله عز وجل فتركها مفسدة محرمة؛ وكل مفسدة حرمها الله تعالى فتركها مصلحة واجبة.
- 2) كل مصلحة نذب الله سبحانه إليها، فتركها قد يكون مفسدة مكروهة وقد لا يكون مكروهة؛ وكل مفسدة كرهها الله تنزيها، ففعلها مفسدة غير محرمة.
- 3) كل مصلحة خالصة عن المفاسد فهي واجبة أو مندوبة؛ وكل مفسدة خالصة من المصالح فهي محرمة أو مكروهة.
- 4) وكل مصلتين متساويتين يمكن الجمع بينهما جمع بينهما؛ وكل مصلتين متساويتين يتعذر الجمع بينهما فإنه يتخير بينهما.
- 5) كل مصلتين إحداهما راجحة على الأخرى لا يمكن الجمع بينهما تعين أرجحهما.
- 6) كل مفسدتين متساويتين يمكن درؤهما فإنه يتخير بينهما.

(369) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص27 المادة (30)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص89؛ و المادة (213) من القانون المدني العراقي.

(370) الزكشي، البحر المحيط، ج8، ص83.

(371) أبو يحيى السنيكي: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج1، ص16.

(372) العز بن عبد السلام، الفوائد في اختصار المقاصد، ص38 وما بعدها.

(373) العز بن عبد السلام، المصدر السابق، ص50-52.

- (7) كل مفسدتين أحدهما أقيح من الأخرى لا يُمكن درؤهما تعين دفع أقبحهما.
- (8) كل مصلحة رجحت على مفسدة، التزمت المصلحة مع ارتكاب المفسدة؛ وكل مفسدة رجحت على مصلحة دفعت المفسدة بتقويت المصلحة.
- (9) كل ما حرمه الله سُبحَانَهُ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِهِ، أو بعباده ففعله مفسدة، إلا أن تقترن به مصلحة تَقْتَضِي جَوَاز فعله أو إيجابه أو النَّدْب إِلَيْهِ.

ويظهر أثر مفهوم هذه القاعدة في مواد القانون الأساسي العثماني مثل المادة "90" والتي تعلقت ببيان وظيفة القاضي، وفيها منعه من أن يجمع بين مأموريته (وظيفة) ومأمورية أخرى، يتقاضى منها أجراً، مخافة التقصير في عمله كقاضي<sup>(374)</sup>.

كما يظهر في المجلة في المواد الآتية: "1192" و"1207" و"1208" واختصوا بجواز التصرف في الملك شرط عدم الضرر بالآخرين من فتح نافذة تطل على الجيران وغيرها من المسائل التي تسبب الضرر على الجار<sup>(375)</sup>.

6. قاعدة: "الضَّرُّ لَا يَكُونُ قَدِيمًا"<sup>(376)</sup>، ومثلها: "لا يستحق الضرر بالقدم"<sup>(377)</sup>.

فَلَا يُعْتَبَرُ قَدِيمُهُ وَلَا يُحْكَمُ بِبَقَائِهِ، وَهَذِهِ الْمَادَّةُ تُفِيدُ حُكْمَ الْمَادَّةِ النَّاصَةِ عَلَى أَنَّ الْقَدِيمَ يُتْرَكُ عَلَى قَدَمِهِ إِلَّا أَنَّ هَذِهِ قَدِيدَتْ تَلْكَ وَبَيَّنَّتْ أَنَّ الْقَدِيمَ الَّذِي يُعْتَبَرُ هُوَ الْقَدِيمُ غَيْرُ الْمُضِرِّ<sup>(378)</sup>، ولهذا كان على القاضي عند نظره في الدعوى أن ينظر إلى نوع الضرر الواقع وزمنه أولاً، ثم ينظر في ثبوته ثانياً، ثم وكيف طريق دفعه أخيراً.

(374) ينظر: القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: عام 1293هـ الموافق 1876م، ص16؛ رقم المادة هو(طقسانجي ماده)، ينظر: سالنامهء، 1294هـ سنه، دفعة 32، ص25 وما بعدها؛ سالنامهء دولت عليه عثمانيه، آتمش سكر نجي سنه، 1333-1334 سنهء ماليه، ص40.

(375) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص195 وما بعدها، و211-213؛ هواديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص22؛ الراوي، شرح المجلة، ص57.

(376) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص19، رقم المادة (7)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج37، ص305.

(377) أبو الأصْبَغ (ت: 486هـ): عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجباني القرطبي الغرناطي، ديوان الأحكام الكبرى أو الأعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكام، تحقيق: يحيى مراد، دار الحديث، القاهرة - مصر، 2007م، ص671.

(378) ابن عابدين، رد المختار، ج5، ص237، وقد وضعه تحت (مَطْلَبُ الضَّرُّ الْبَيْتُ يُزَالُ وَلَوْ قَدِيمًا)؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص19 المادة (7)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص62.

ويظهر اثر هذا القاعدة في المجلة في المادتين: "1214" وتعلق برفع الأَشْيَاءِ الْمُضَرَّةِ بِالْمَارِئِينَ، و"1224" وتعلقت بِحَقِّ الْمُرُورِ وَحَقِّ الْمَجْرَى وَحَقِّ الْمَسِيلِ<sup>(379)</sup>؛ وكذلك الْمَادَّةُ "1166" وجاءت لبيان وجود شُرْطٍ حِينَ الْقِسْمَةِ أَنْ تَكُونَ طَرِيقُ حِصَّةٍ، أَوْ مَسِيلُهَا فِي حِصَّةٍ أُخْرَى فَيُعْتَبَرُ ذَلِكَ الشَّرْطُ، ومثل هذه المادة مادة أخرى سبقتها هي "1143" وجاءت حول قسمة الطريق<sup>(380)</sup>.

7. قاعدة: "إِذَا تَعَارَضَ الْمَانِعُ وَالْمُقْتَضِي يُقَدَّمُ الْمَانِعُ"<sup>(381)</sup>، ومن صيغها "إِذَا اجْتَمَعَ الْمَانِعُ وَالْمُقْتَضِي غَلَبَ الْمَانِعُ"<sup>(382)</sup>.

أَيَّ إِذَا وُجِدَ فِي مَسْأَلَةٍ سَبَبٌ يَسْتَلْزِمُ الْعَمَلَ بِهَا وَسَبَبٌ آخَرَ يَمْنَعُ الْعَمَلَ يُرَجَّحُ السَّبَبُ الْمَانِعُ، لأن الشريعة تهتم بالمنهيات أكثر من اهتمامها بالمأمورات، ومنه تقديم الجرح المفسر على التعديل، واثر القاعدة يظهر في القانون الأساسي العثماني في المادة "68" والتي تبين الصفات المانعة من دخول مجلس المبعوثان، وجد مانع وهو هذه المادة يخالف مقتضي آخر وهو المادة "19" الخاصة بالمساواة بين العثمانيين في دخول المأموريات<sup>(383)</sup>.

ولهذه القاعدة أثرها الواضح الجلي في كتب الفقه، منها منع الإقرار والتصرف في مرض الموت، ويمنع الشريك في التصرف بمال الشركة إذا اضر بشريكه، أو بالمال المشترك "384"، وأثرها يظهر في المجلة في مواد عدة منها: الْمَادَّةُ "184" المتعلقة بإلغاء البيع بعد الإيجاب، والمادة "194" حول

---

(379) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص226؛ هواديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص19؛ الراوي، شرح المجلة، ص23.

(380) ينظر: المحاسني، شرح المجلة، ج2، ص58، وص49؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص79.

(381) ابن نجم، الأشباه والنظائر، ص100؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص47، رقم المادة(46)؛ الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ج1، ص348؛ زكريا الأنصاري، أسنا الطالب، ج3، ص107.

(382) ابن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج1، ص108؛ البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب = حاشية البجيرمي على الخطيب، ج3، ص71.

(383) القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: 1293هـ الموافق 1876م، ص13، وص6؛ رقم المادة هو(التمش سكرنجي ماده) و(اون طقوز نجى ماده)، ينظر: سالنامه، 1294هـ سنه، دفعة 32، ص25 وما بعدها؛ سالنامه دولت عليه عثمانيه، آلتمش سكرنجي سنه، 1334-1333 سنه ماليه، ص35 وما بعدها، وص24.

(384) الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص355؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص47 وما بعدها، المادة (46)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص108 وما بعدها؛ البجيرمي: سليمان بن محمد بن عمر المصري الشافعي (ت: 1221هـ)، تحفة الحبيب على شرح الخطيب = حاشية البجيرمي على الخطيب، دمشق، دار الفكر، بدون طبعة، 1415هـ - 1995م، ج3، ص71؛ البياتي، القواعد الفقهية في القضاء، ج1، ص.

إقالة البيع، و"205" المتعلقة ببيع المعدوم، و"209" المتعلقة ببيع غير المقدور، و"590" المتعلقة ببطان بيع الأجر المأجور، و"1192" وجاء لمنع التصرف في الملك المتعلق بحق الغير، مثل الملك الذي فوّه ملك لشخص آخر، و"1725" والمتعلقة بقبول الجرح المفسر للشهود في القضاء<sup>(385)</sup>، ويضبط هذا كله قاعدة تنص على أن "التَصْرُفَ الْمُضَافَ إِلَى غَيْرِ مَحَلِّهِ يَكُونُ بَاطِلًا"<sup>(386)</sup>، وتحقيق المنفعة الظاهرة هو مقصد من مقاصد صحة التصرف في الحقوق.

ولهذه كان على القاضي استقراء جوانب الدعوى، وما تقتض من أوصاف، وله أن يستكشف مقوماتها ويتحقق من شروطها وأركانها، وله ردها أن كان هناك مانع، ولهذا صح دفع الدعوى كما في المادة "1631"<sup>(387)</sup>؛ وكما أنه يصح دفع الدعوى، فدفع الدفع صحيح، وكذلك دفع دفع الدفع؛ وكذلك مثلما صح دفع الدعوى بعد إقامة المدعي البينة، يصح دفعه قبل إقامة المدعي البينة، وإذا ادعى المدعي عليه الدفع وطلب من القاضي الإمهال، فالقاضي يمهل إلى المجلس الثاني<sup>(388)</sup>.

8. قاعدة: "تَصْرُفُ الْإِنْسَانِ فِي خَالِصِ حَقِّهِ إِنَّمَا يَصِحُّ إِذَا لَمْ يَتَضَرَّرْ بِهِ غَيْرُهُ"<sup>(389)</sup>، ووافقها في المفهوم "تَصْرُفُ الْإِنْسَانِ فِي مَالٍ غَيْرِهِ يَصِحُّ بِطَرِيقِ النَّيَابَةِ"<sup>(390)</sup>، و"تصرف الموهوب له في الهبة ما لم يحكم القاضي بنقضها"<sup>(391)</sup>، ويؤيدها قاعدة "تَصْرُفُ الْإِنْسَانِ فِي مَالٍ نَفْسِهِ أَقْوَى مِنْ تَصْرُفِ غَيْرِهِ فِي مَالِهِ"<sup>(392)</sup>.

---

(385) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص415؛ هوديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص24 وما بعدها؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص132؛ الراوي، شرح المجلة، ص83.

(386) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب المدارك، ج7، ص338.

(387) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص190؛ وينظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج7، ص228.

(388) ينظر: برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، ج9، ص243؛ لسان الدين ابن الشحنة، لسان الحكام، ص227؛ ابن عابدين، قرة عين الأختيار لتكملة رد المحتار، ج7، ص440؛ ذهب بَعْضُ مُتَأَخِّرِيهِمْ عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ. ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج7، ص231.

(389) ابن الهمام، فتح القدير، ج7، ص508، وج8، ص9 وما بعدها؛ أكمل الدين البابري، العناية شرح الهداية، ج7، ص508؛ السرخسي، المسبوط، ج17، ص91؛ ابو المعالي البخاري، المحيط البرهاني، ج3، ص423؛ وينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص32.

(390) ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، ج2، ص157.

(391) برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، ج6، ص249.

(392) الماودي، الحاوي الكبير، ج6، ص355.

لكل إنسان له الحق أن يتصرف في ملكه بما يريد، شرط أن لا يؤدي التصرف إلى ضرر بالغير، أو إلى ضرر بالنفس، فإذا اضر بغيره وجب منعه ويضمن ما أضر، وإذا تصرف واضر بنفسه ضرراً بينا متكرراً يحجر عليه لفسده، فيمنع تصرف حتى لا يضر بنفسه، وقد جاءت المادّة "957" من المجلة ما نصها: "الصَّغِيرُ وَالْمَجْنُونُ وَالْمَعْنُوهُ مَحْجُورُونَ أَصْلًا"<sup>(393)</sup>.

وكذلك المادة "312" المتعلقة بتصرف المشتري بالمبيع الذي له خيار الوصف يبطل خياره، وكذلك المادّة "335" "تَصَرُّفُ الْمُشْتَرِي فِي الْمَبِيعِ تَصَرُّفَ الْمَلِكِ يُسْقِطُ خِيَارَ رُؤْيَتِهِ"<sup>(394)</sup>.

وتَصَرُّفُ الْإِنْسَانِ فِي مَلِكِهِ يُوْجَدُ لَهُ حُكْمَيْنِ<sup>(395)</sup>:

أَوَّلُهُمَا: حُكْمٌ قِيَاسِيٌّ فَبِحَسَبِ الْقِيَاسِ لَا يُنْعَى أَحَدٌ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مَلِكِهِ سِوَاءَ كَانِ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ فَاحِشٌ لِلْغَيْرِ أَوْ كَانِ ضَرَرٌ غَيْرٌ فَاحِشٍ أَوْ لَيْسَ فِيهِ أَيُّ ضَرَرٍ لِأَنَّ ذَلِكَ الْإِنْسَانَ إِنَّمَا يَتَصَرَّفُ فِي مَلِكِهِ الْخَاصِّ وَالرِّوَايَةُ الظَّاهِرَةُ هِيَ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ، وَقَدْ رَجَّحَ هَذَا الرَّأْيَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ كَابْنِ الشَّخْنَةِ وَابْنِ الْهَمَامِ. وَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ لَا يُنْعَى أَحَدٌ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مَلِكِهِ بِسَبَبِ الضَّرَرِ الْفَاحِشِ الْوَارِدِ ذِكْرُهُ فِي الْمَادَّةِ "1200".

ثَانِيَهُمَا: حُكْمٌ اسْتِحْسَانِيٌّ<sup>(396)</sup>، فَبِحَسَبِ هَذَا الْحُكْمِ يُنْعَى الْإِنْسَانُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مَلِكِهِ إِذَا كَانَ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ فَاحِشٌ لِلْغَيْرِ. أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنِ الضَّرَرُ فَاحِشًا فَلَا يُنْعَى سِوَاءَ كَانِ تَصَرُّفُهُ غَيْرَ مُضِرِّ مُطْلَقًا أَوْ كَانِ مُضِرًّا ضَرَرًا غَيْرَ فَاحِشٍ. وَهَذَا الْقَوْلُ هُوَ قَوْلُ الْإِمَامِ أَبِي يُوسُفَ وَقَدْ اخْتَارَهُ مَشَايخُ بَلْخِ، وَبِمَا أَنَّ مَشَايخَ الْإِسْلَامِ فِي الدَّوْلَةِ الْعُثْمَانِيَّةِ مِنْ عَهْدِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ أَبِي السُّعُودِ أَفَنْدِي الْعِمَادِيِّ

(393) حول مسألة الحجر ينظر: ابن الدّهان، تقويم النظر في مسائل خلافة ذائعة، ج2، ص425؛ البزدوي، كشف الأسرار، ج4، ص373 و376؛ التفتزاني، شرح التلويح على التوضيح، ج2، ص382؛ السرخسي، المسوط، ج24، ص157؛ مالك، المدونة، ج4، ص75؛ الشافعي، الأم، ج3، ص223؛ المزني، الحاوي الكبير، ج6، ص341؛ ابن قدامة، المغني، ج4، ص344؛ علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج2، ص645.

(394) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص278، ص299؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص296، ص309.

(395) أوندر: محرم،

Hanefi Mezhebinde İstihsan Anlayışı Ve Uygulamması, hikmetevi, İstanbul, 2014, s. 294.

(396) كتب الدكتور محرم أوندر اطروحتة عن الإستحسان وقد جمع وحلل ودرس أثره عند الحنفية ينظر: أوندر: محرم،

Hanefi Mezhebinde İstihsan Anlayışı Ve Uygulamması.

(ت: 982هـ/1574م)<sup>(397)</sup> إِلَى هَذَا الْآنَ قَدْ أَفْتَوْا بِمَذْهَبِ الْإِمَامِ أَبِي يُوسُفَ فَقَدْ اخْتَارَتْ الْمَجْلَةُ هَذَا الْقَوْلَ<sup>(398)</sup>.

فاخذ أبو حنيفة بالقياس واخذ أبو يوسف بالاستحسان، وهو ما أخذت به المجلة وعليه مشايخ الدولة العثمانية<sup>(399)</sup>، ولهذا جاءت المواد "1199-1202" وقد دارت كل مادة حول الضرر وما يترتب عليه، و"1212-1215" في المجلة مؤيدة لهذا<sup>(400)</sup>.

فحرية التصرف حق لكل صاحب ملك، وله أن يختار من يوكله بهذا التصرف، لكن تصرفه مقرون بعدم إلحاق الضرر بالغير، وهذا الحق ينتهي عند حق الغير، ولهذا فالقاضي ينظر في ذات التصرف من حيث الجواز والمنع، ثم ينظر في ما تصرف فيه هل هو تابع لمن تصرف أم لا، ثم ينظر في مآلات التصرف هل تلحق مفسدة خاصة أم عامة.

فمثال: ما تعلق بالذات ببيع العنب وهو حلال، بينما بيع الخمر وهو حرام ممنوع، ثم هل هذا العنب هو له أم لغيره؟ ثم هل باعه إلى من يتخذه يقينا خمرًا أم لا<sup>(401)</sup>؟

---

(397) أَبُو السُّعُود: مُحَمَّدُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ مُصْطَفَى الْعِمَادِي، الْمَوْلَى أَبُو السُّعُود: مُفسر شاعر، من علماء الترك المستعربين. ولد بقرب القسطنطينية، ودرس ودرس في بلاد متعددة، وتقلد القضاء في بروسة فالقسطنطينية فالروم ايلي. وأضيف إليه الإفتاء سنة 952 هـ وكان حاضر الذهن سريع البديهة: (كتب الجواب مرارا في يوم واحد على ألف رقة) باللغات العربية والفارسية والتركية، تبعها لما يكتبه السائل. وهو صاحب التفسير المعروف باسمه وقد سماه (إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم) ومن كتبه (تحفة الطلاب) في المناظرة، و (رسالة في المسح على الخفين) و (رسالة في مسائل الوقوف). ينظر: الزركلي، الأعلام، ج7، ص59.

(398) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج3، ص199، المادة (1197)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج3، ص90 وما بعدها.

(399) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج3، ص159 وما بعدها؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج3، ص90 وما بعدها؛ رشيد باشا، روح المجلة، آلتجي جلد، ص147 وما بعدها.

(400) هوديني، جامع الأدلة على موارد المجلة، ص304؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج3، ص201-207، و216-220.

(401) حول هذه المسئلة ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، ج6، ص108؛ أكمل الدين البابري، العناية شرح الهداية، ج6، ص108؛ أبو محمد القيرواني: عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، المالكي (ت: 386هـ)، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق: ج1، 2: الدكتور: عبد الفتاح محمد الحلو، و ج3، 4: الدكتور/ محمد حجي، و ج5، 7، 9، 10، 11، 13: الأستاذ/ محمد عبد العزيز الدباغ، و ج6: الدكتور: عبد الله المرابط الترغي، الأستاذ/ محمد عبد العزيز الدباغ، و ج8: الأستاذ/ محمد الأمين بوخبزة، ج12: الدكتور: أحمد الخطابي، محمد عبد العزيز الدباغ، و ج14، 15، (الفهارس): الدكتور: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1999م، ج14، ص295؛ أبو الوليد بن رشد: محمد بن أحمد القرطبي (ت: 520هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان 1988م، ج9، ص395؛ وذهب شهاب الدين النفراوي من علماء الأزهر إلى

9. قاعدة: "الضَّرُورَاتُ تُبِيحُ الْمَحْظُورَاتِ"<sup>(402)</sup>، ومن صيغها: "فِي حَالَةِ الْإِضْطِرَارِ الْحُرْمَةُ تَرْتَفِعُ"<sup>(403)</sup>، و"لا منع مع الضرورة"<sup>(404)</sup>، و"لا تحريم مع الضرورة"<sup>(405)</sup>، و"لا محرم مع الضرورة"<sup>(406)</sup>، وفي معناها: "اعْتَبَرَ الضَّرُورَةَ فِي حَقِّ الرُّخْصِ"<sup>(407)</sup>، و"يَجُوزُ فِي حَالِ الْإِضْطِرَارِ مَا لَا يَجُوزُ فِي حَالِ الْإِخْتِيَارِ"<sup>(408)</sup>؛ فإذا تكرر فعل الضرورات يتحول الفعل إلى اصل حلال ومن هذا جاءت قاعدة "الضَّرُورَةُ تَرْتَفِعُ بِإِخْلَالِ الْأُمَّةِ الْمُسْلِمَةِ"<sup>(409)</sup>.

الضَّرُورَةُ: "هِيَ الْعَذْرُ الَّذِي يَجُوزُ بِسَبَبِهِ إِجْرَاءُ الشَّيْءِ الْمَمْنُوعِ"<sup>(410)</sup>؛ واجد هذا التعريف مجملا لكون المُعْرِفِ (بضم الميم وكسر العين) عرف المُعْرِفِ (بضم الميم وفتح العين) وهو الضرورة بـ(العذر)، وهو تعريف المجمل بالمجمل، ولهذا أجد تعريف الضرورة بأنها: "هِيَ الْعِلَّةُ الَّتِي يَجُوزُ بِسَبَبِهَا إِجْرَاءُ الشَّيْءِ الْمَمْنُوعِ" فيجري على التعريف شروط تحقيق العلة، من سبر وتقسيم وتنقيح للمناط.

- 
- القول بجمرة بيع العنب لمن يعصرها خمرًا. ينظر: شهاب الدين النفراوي: أحمد بن غنم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، الأزهرى المالكي (ت: 1126هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، 1415هـ/1995م، ج2، ص288.
- (402) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص32، رقم المادة (21)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص82 رقم المادة (20)؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج4، ص348؛ ابن نجكم، الأشباه والنظائر، ص73؛ الشاطبي، الموافقات، ج5، ص99؛ القراني، الفرق = أنوار البروق، ج4، ص146؛ العطار، حشية العطار على الجلال المحلي، ج2، ص395؛ السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص45 و49؛ الشنقيطي، شرح زاد المستقنع، ج1، ص221.
- (403) ينظر: عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار في شرح أصول البزدوي، ج2، ص322؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج3، ص39.
- (404) الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر الخليل، ج2، ص526.
- (405) ابن عثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج7، ص148.
- (406) السعدي: أبو عبد الله، عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله، (ت: 1376هـ)، رسالة لطيفة جامعة في أصول الفقه المهمة، قيدها واعتنى بأصلها: أبو الحارث نادر بن سعيد آل مبارك التعمري، راجعها وقدم لها: الشيخ مشهور حسن آل سلمان، الشيخ سليم بن عيد الهلالي، الناشر: دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1418هـ/1997م، ص102.
- (407) المحبوبي، التَّوْضِيحُ فِي حَلِّ غَوَامِضِ التَّنْفِيحِ، طبع بأعلى شرحه «التلويح على التوضيح» للتفتازاني، ج2، ص139.
- (408) العز بن عبد السلام، قواعد الأنام، ج1، ص87.
- (409) التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج2، ص224؛ وقد جاء الاستدلال بهذا القاعدة في باب المناكحات.
- (410) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص32؛ أوندر:

وقد وجدت لهذا التعريف أثره عند السرخسي في مسألة "إِبَاحَةَ تَنَاوُلِ طَعَامِ الْغَنِيمَةِ عِنْدَ الضَّرُورَةِ" بذكر علة الإباحة<sup>(411)</sup>، ونفي العلة الغير معتبرة في إثبات الحكم، وهو قول أبي المظفر المروزي<sup>(412)</sup>.

وَالْمُبَاحُ شَرْعًا: "هُوَ الشَّيْءُ الَّذِي يَجُوزُ تَرْكُهُ وَفِعْلُهُ فِي نَظَرِ الشَّرْعِ"<sup>(413)</sup>، وَالْمَقْصُودُ مِنَ الْمُبَاحِ هُنَا مَا لَيْسَ بِهِ مُوَآخَذَةٌ، وَأَنَّ إِبَاحَةَ الضَّرُورَةِ لِلْمَحْظُورَاتِ تُسَمَّى فِي عِلْمِ أَصُولِ الْفُقَهِ رُخْصَةً، وَالرُّخْصَةُ هِيَ الشَّيْءُ الَّذِي يُشْرَعُ ثَابِتًا بِنَاءً عَلَى الْأَعْدَارِ، وَهِيَ الشَّيْءُ الْمُبَاحُ مَعَ بَقَاءِ الْمُحَرَّمَ وَالْحُرْمَةِ، أَي كَمَا أَنَّه لَا يُؤَاخَذُ فَاعِلُ الشَّيْءِ الْمُبَاحِ لَا يُؤَاخَذُ فَاعِلُ الشَّيْءِ الْمُرْخَصِ أَيْضًا<sup>(414)</sup>.

وهذه القاعدة تشترك مع قاعدة: "الْمَشَقَّةُ تَجْلِبُ النَّيْسِيرَ" ورقم مادتها "17"، وقاعدة: "الْأَمْرُ إِذَا ضَاقَ اتَّسَعَ" ورقم مادتها "18"، وقاعدة: "يَتَحَمَّلُ الضَّرْرُ الْخَاصُّ لِدَفْعِ ضَرَرِ عَامٍ" ورقم مادتها "26" من حيث أثرها في المجلة<sup>(415)</sup>، وتؤيد هذه القاعدة قاعدة "الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة"<sup>(416)</sup>.

وقد فصل رشيد باشا اثر هذه القاعدة في مواد المجلة حيث جاءت المواد من "21" وإلى "32"، وكلها قواعد فقهية موافقة للمعنى ما تهدف إليه القاعدة، وتفرعت منها من حيث التطبيق المواد: "545 و 546 و 548 و 552 و 556 و 557" وتعلقت بمن استكرى ذابئة فليس له إلحاق الضرر بها وضربها، و"594 و 602-604" وتعلقت بمسائلة الضمان على المشتاجر، و"606-608" وتعلقت بتعدي الأجير، و"611" وتعلقت بمسائلة الأجير المشترك يضمن الضرر والخسائر، و"891" وجاءت حول ضمان العاصب إذا

(411) ينظر: السرخسي، أصول السرخسي، ج2، ص278.

(412) ينظر: أبو المظفر السمعاني، قواطع الأدلة، ج2، ص85.

(413) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص32؛ وينظر: ابن الهمام، فتح القدير، ج9، ص239؛ أكمل الدين البابري، العناية شرح الهداية، ج9، ص240؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج8، ص83؛ أبو المعالي الجويني، التلخيص في أصول الفقه، ج1، ص383.

(414) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص32 وما بعدها؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص82؛ وينظر: السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص45 و49؛ الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص275؛ والشاطبي، الموافقات، ج5، ص99؛ القرافي، الفروق، ج4، ص146؛ الشنقيطي، شرح زاد المستقنع، ج1، ص221.

(415) ينظر: هواديني، جامع الأدلة، ص23.

(416) ابن الهمام، فتح القدير، ج10، ص528؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج8، ص545.



اسْتَهْلَكَ الْمَالَ الْمُعْضُوبَ، وَكَذَلِكَ إِذَا تَلَّفَ أَوْ ضَاعَ، وَ"912-914" وتعلقت بمسائلة إِذَا أَتَّفَعَ أَحَدٌ مَالَ غَيْرِهِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ، وَ"916" وتعلقت بمسائلة إِذَا أَتَّفَعَ صَبِيٌّ مَالَ غَيْرِهِ يَلْزَمُ الضَّمَانُ مِنْ مَالِهِ، كما يظهر أثرها ضمان ما يتلف في المواد "1200-1202 و 1206 و 1212 و 1214" (417).

فوجب على القاضي استقراء الحكم في بعض جوانبه من حيث أركان الدعوى وفحواها، فمعرفة واقع الحال، وبيان شكل الضرر المتحقق، يبين صدق منطوق الدعوى للمدعي فتقبل أو ترد، ثم معرفة دفع المدعى عليه للدعوى وصور هذا الدفع، فإذا تمت الإحاطة بالدعوى واستكملت أركانها نطق القاضي بالحكم.



---

(417) رشيد باشا، روح المجلة، آلتنجي جلد، ص101، ينظر المواد في المجلة، ص102-104، 112 وما بعدها، 114، 172، 177.

## الفصل الرابع:

### قاعدة المشقة تجلب التيسير

تأتي قاعدة "المشقة تجلب التيسير"<sup>(418)</sup> كقاعدة غايتها تسهيل الأمور لوجد مشقة تحقق الضرر على الناس فيجب لهذا تيسير الأحكام بما يحقق دفع ضررا أو تحقيق مصلحة، علما أن المشقة لا تكون محتملة لوجود شك في وجودها أو حصولها، ولهذا يجب أن تكون المشقة متيقنة الحصول حتى يتحقق التيسير في دفعها.

ويتضمن هذا الفصل أربعة مباحث، جاء الأول منها جاء لبيان قاعدة المشقة تجلب التيسير، والثاني جاء لتأصيل قاعدة المشقة تجلب التيسير من الكتاب والسنة وقول السلف، والثالث جاء في ذكر القواعد المندرجة تحت قاعدة المشقة تجلب التيسير مع بيان أثرها في مجلة الأحكام العدلية، والأخير جاء لبيان أثر قاعدة المشقة تجلب التيسير بالشك في الأحكام القضائية.

---

(418) ينظر: علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص30، المادة(17)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص77 برقم (16)؛ رشيد باشا، روح المجلد، برنجي جلد، ص92 وما بعدها؛ المحاسني، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص49؛ وذكر هذه القاعدة اغلب كتب القواعد منها: السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص49؛ الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ج1، ص245. وكتب الفقه منها: ابن نجيم، البحر الرائق، ج1، ص90؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج1، ص189؛ الخرشبي، شرح مختصر الخليل، ج1، ص72؛ الأزهري: صالح بن عبد السميع الآبي (ت: 1335هـ)، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية، بيروت، ج1، ص190؛ ابن حجر الهيتمي، تحفة المنهاج، ج1، ص297؛ ابن عثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج4، ص310؛ محمود أفندي حمزة، الفوائد البهية في القواعد الفقهية، ص5.

## المبحث الأول: معنى قاعدة المشقة تجلب التيسير وبيانها

المَشَقَّةُ: من (شَقَّ) الشَّيْنُ وَالْقَافُ أَصْلٌ وَاحِدٌ صَحِيحٌ يَدُلُّ عَلَى انْصِدَاعِ فِي الشَّيْءِ، تَقُولُ شَقَقْتُ الشَّيْءَ أَشَقُّهُ شَقًّا، إِذَا صَدَعْتَهُ، وَبِيَدِهِ شُقُوقٌ، وَبِالدَّالِّ شَقَاقٌ، وَالْأَصْلُ وَاحِدٌ، هُمْ يَشِقُّونَ مِنَ الْعَيْشِ إِذَا كَانُوا فِي جَهْدٍ؛ وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: {وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَى بَلَدٍ لَمْ تَكُونُوا بِالْغَيْهِ إِلَّا يَشِقُّ الْإِنْفُسَ إِنَّ رَبَّكُمْ لَرَءُوفٌ رَحِيمٌ} (419) (420).

فقاعدة "المَشَقَّةُ تَجْلِبُ التَّيْسِيرَ"، تَعْنِي: أَنَّ الصُّعُوبَةَ الَّتِي تُصَادِفُ فِي شَيْءٍ تَكُونُ سَبَبًا بَاعْتِنًا عَلَى تَسْهِيلِ وَتَهْوِينِ ذَلِكَ الشَّيْءِ، وَبِعِبَارَةٍ أُخْرَى يَجِبُ التَّوَسُّيعُ وَقُتُّ الضِّيقِ، وَإِنَّ التَّسْهِيلَاتِ الشَّرْعِيَّةَ بِتَجْوِيزِ عُقُودِ الْقَرْضِ، وَالْحَوَالَةِ، وَالْحِزْرِ، وَالْوَصِيَّةِ، وَالسَّلْمِ، وَاقَالَةِ الْبَيْعِ، وَالرَّهْنِ، وَالْإِبْرَاءِ، وَالشَّرَكَةِ، وَالصَّلْحِ، وَالْوَكَالَةِ، وَالْإِجَارَةِ، وَالْمُزَارَعَةِ، وَالْمُسَاقَاةِ، وَشَرَكَةِ الْمُضَارَبَةِ، وَالْعَارِيَّةِ، الْوَدِيعَةِ كُلِّهَا مُسْتَنْدَةً عَلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ، وَقَدْ صَارَ تَجْوِيزُهَا دَفْعًا لِلْمَشَقَّةِ وَجَلْبًا لِلتَّيْسِيرِ وَتُسَمَّى (رُخْصًا) (421).

وعند التأمل في معنى القاعدة العام نجده أن مستمد من المعنى اللغوي للمشقة، ولهذا أعتبر المعنى اللغوي كأساس لبيان معنى القاعدة (422).

والرُّخْصَةُ تَعْرِيفُهَا: الرُّخْصَةُ لُغَةٌ التَّوَسُّعُ، وَالْيُسْرُ، وَالسُّهُولَةُ، وَفِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ: "هِيَ الْأَحْكَامُ الَّتِي تَبْنَتْ مَشْرُوعِيَّتُهَا بِنَاءً عَلَى الْأَعْدَارِ مَعَ قِيَامِ الدَّلِيلِ الْمُحَرَّمَ تَوْسَعًا فِي الضِّيقِ" (423).

وَتَنْقَسِمُ الرُّخْصَةُ مِنْ حَيْثُ صُورَةُ حُكْمِهَا إِلَى كَامِلَةٍ وَهِيَ الَّتِي لَا بَدَلَ لَهَا بَعْدَ فِعْلِهَا كَالْمَسْحِ عَلَى الْخُفِّ، وَإِلَى نَاقِصَةٍ وَهِيَ بِخِلَافِهِ كَالْفِطْرِ لِلْمُسَافِرِ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى (424).

(419) النحل، 7/16.

(420) الجواهرى، الصحاح، ج4، ص 1502 وما بعدها؛ ابن منظور، لسان العرب، ج10، ص181؛ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج3، ص170.

(421) ينظر: علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص30، المادة(17)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص77 برقم (16)؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص92 وما بعدها.

(422) ينظر: أوندر:

Hanefi Mezhebinde İstihsan Anlayışı Ve Uygulamması, s. 276-278.

(423) ينظر: علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص30، المادة(17)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص77 برقم (16) رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص92 وما بعدها.

ولذلك كان التيسر هو من باب التخفيف من الحكم وهو رخصة، قَالَ الشَّيْخُ عَزَّ الدِّينُ: تَخْفِيفَاتُ الشَّرْعِ سِتَّةُ أَنْوَاعٍ:

الأوَّلُ: تَخْفِيفُ إِسْقَاطِ، كإِسْقَاطِ الْجُمُعَةِ وَالْحَجِّ، وَالْعُمْرَةِ، وَالْجِهَادِ بِالْأَعْدَارِ، وَالثَّانِي: تَخْفِيفُ تَنْقِيسِ، كَالْقَصْرِ، وَالثَّلَاثُ: تَخْفِيفُ إِبْدَالِ، كإِبْدَالِ الْوُضُوءِ، وَالْعُسْلِ بِالتَّيْمُمِ، وَالْقِيَامِ فِي الصَّلَاةِ بِالْفُعُودِ وَالِاضْطِجَاعِ، أَوْ الْإِيْمَاءِ، وَالصِّيَامِ بِالْإِطْعَامِ، وَالرَّابِعُ: تَخْفِيفُ تَقْدِيمِ، كَالْجَمْعِ، وَتَقْدِيمِ الزَّكَاةِ عَلَى الْحَوْلِ، وَزَكَاةِ الْفُطْرِ فِي رَمَضَانَ، وَالْكَفَّارَةِ عَلَى الْحَنْثِ، وَالْخَامِسُ: تَخْفِيفُ تَأْخِيرِ، كَالْجَمْعِ، وَتَأْخِيرِ رَمَضَانَ لِلْمَرِيضِ وَالْمُسَافِرِ؛ وَتَأْخِيرِ الصَّلَاةِ فِي حَقِّ مُشْتَعِلٍ بِإِنْقَازِ غَرِيْقٍ، أَوْ نَحْوِهِ مِنَ الْأَعْدَارِ الْآتِيَةِ، وَالسَّادِسُ: تَخْفِيفُ تَرْخِيصِ، كَصَلَاةِ الْمُسْتَجْمِرِ، مَعَ بَقِيَّةِ النَّجْوِ، وَشُرْبِ الْخَمْرِ لِلْعَصَةِ، وَأَكْلِ النَّجَاسَةِ لِلنَّدَاوِيِّ، وَنَحْوِ ذَلِكَ، وَسَابِعًا: اسْتَدْرَكُهَا الْعَلَائِيُّ وَهِيَ تَخْفِيفُ تَغْيِيرِ، كَتَغْيِيرِ نُظْمِ الصَّلَاةِ فِي الْخَوْفِ (425).

والفرق بين عموم البلوى وغيرها من أسباب التيسير، يمكن أن نحدده بالنقاط الآتية (426):

الفرق الأول: إن أسباب التيسير ما عدا عموم البلوى تعتبر من عوارض الأهلية، أما عموم البلوى فغنه لا ينافي الأهلية.

الفرق الثاني: أن أسباب التيسير ما عدا عموم البلوى لا تختلف جزئياتها، ولا تتغير بتغير الأحوال، وهذا بخلاف عموم البلوى، فإن تطبيقاته تختلف من حال إلى حال.

الفرق الثالث: أن أسباب التيسير ما عدا عموم البلوى قد ثبت التيسير فيها بالنص تصريحًا، وهذا بخلاف عموم البلوى الذي يعتبر التيسير فيه يستند إلى النظر والاجتهاد والتحري.

(424) الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، ج2، ص167.

(425) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2، ص8 وما بعدها؛ ذكر النص مفصلاً: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص82.

(426) الدوسري: مسلم بن محمد بن ماجد، عموم البلوى دراسة نظرية تطبيقية، تقرير: عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان، مكتبة الرشيد، الرياض 1420هـ، ص258 و360 و361.

## المبحث الثاني: اثر قاعدة المشقة تجلب التيسير في تكوين السلطة القضائية، وتحريير مواد المجلة

يظهر أثر هذه القاعد يظهر في السلطة القضائية وتطبيقها من خلال ما يأتي:

أ- ترتيب المحاكم من حيث الاختصاص الزماني والمكاني والنوعي، حيث نجد أن المحاكم تتنوع في الاختصاص ولكل محكمة تخصصها في النظر في القضايا، وهذا من باب التخفيف، فيشق على القاضي أن ينظر في كل الدعاوى المقدمة على اختلافها من حيث كونها أحوال شخصية أو اقتصادية أو جزائية أو غير ذلك.

وكذلك الاختصاص المكاني لكون تغير الأعراف يؤثر في فحوى الدعوى، وخصوصية المدن تؤثر في مجريات الدعوى من حيث أثرها اجتماعيا أو اقتصاديا.

ب- دور كاتب العدل وتوجيه الدعوى للمدعي حسب دعواه على المحكمة المختصة، يسر على المدعي أمضاء الدعوى وتسجيلها، كما يسر على المدعي عليه نقض الدعوى لحصر أوصاف القضية.

ت- الشروح المتعلقة والمبينة لمواد المجلة، هي بمثابة نصوص كاشفة للحكم وغير ملزمة للقاضي بل موجهة له في إثبات الحكم أو نقضه أو استئنافه.

كما يظهر أثرها في المادّة "71": "يُقْبَلُ قَوْلُ الْمُتَرَجِّمِ مُطْلَقًا"، التي جاءت تراعي التخفيف على الخصوم، وكذلك المادّة "73" ونصها "لَا حُجَّةَ مَعَ الْإِحْتِمَالِ النَّاشِئِ عَنِ دَلِيلٍ"، وتضبطها المادّة "74": "لَا عِبْرَةَ لِلتَّوَهُّمِ"<sup>(427)</sup>، وكذلك في المعاملات المالية المتعلقة بالذمة، وذلك في الحوالة فقد جاء في المادة "673" ما نصه "هِيَ نَقْلُ الدَّيْنِ مِنْ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ أُخْرَى"، و التَّأْجِيلُ: في "المادّة 156" هو "تَغْلِيْقُ الدَّيْنِ وَتَأْخِيرُهُ إِلَى وَفْتٍ مُعَيَّنٍ"، والنَّقْصِيبُ: في "المادّة 157" ونصها هو: "تَأْجِيلُ أَدَاءِ الدَّيْنِ مُفْرَقًا إِلَى

أَوْقَاتٍ مُتَعَدِّدَةٍ مُعَيَّنَةٍ"، والدَّيْنُ فِي الْمَادَّةِ "158" وَنَصَهَا "مَا يَنْبُتُ فِي الذِّمَّةِ كَمَقْدَارٍ مِنْ الدَّرَاهِمِ فِي ذِمَّةِ رَجُلٍ" (428).

1. وكذلك في موضوع الحجر المادة "941" وهي: " الْحَجْرُ هُوَ مَنْعُ شَخْصٍ مِنْ تَصَرُّفِهِ الْقَوْلِيِّ وَيُقَالُ لِذَلِكَ الشَّخْصِ بَعْدَ الْحَجْرِ مَحْجُورٌ " الْحَجْرُ - بِسُكُونِ الْحِيمِ وَتَثْلِيثِ الْحَاءِ مَصْدَرٌ مِنَ الْبَابِ الْأَوَّلِ وَمَعْنَاهُ لُغَةً الْمَنْعُ سِوَاءَ أَكَانَ مِنَ الْعَقْلِ أَمْ مِنْ أَيْ شَيْءٍ آخَرَ غَيْرِهِ، وَمَعْنَاهُ شَرْعًا مَنْعُ شَخْصٍ مَخْصُوصٍ أَيْ: مَنْعُ أَحَدِ الْأَشْخَاصِ الْمَذْكُورِينَ فِي الْمَوَادِّ "957إلى959" وَهُمْ الصَّغِيرُ، وَالْمَجْنُونُ، وَالْمَعْتُوهُ، وَالسَّفِيهُ، وَالْمَدِينُ مِنْ تَصَرُّفِهِمُ الْقَوْلِيِّ أَيْ: مِنْ تَصَرُّفِهِمُ الْقَوْلِيِّ فِي أَمْتَالِ الْبَيْعِ، وَالْإيجَارِ، وَالْحَوَالَةِ، الْكِفَالَةِ، الْإيدَاعِ وَالِاسْتِيدَاعِ، الرَّهْنِ، الْهَبَةِ وَالْإِقْرَارِ وَمَا إِلَيْهَا أَوْ مِنْ نَفَازِ التَّصَرُّفِ الْمَذْكُورِ وَيُقَالُ لِذَلِكَ الشَّخْصِ بَعْدَ الْحَجْرِ عَلَيْهِ مَحْجُورٌ.

وهذا يشمل الطبيب الجاهل، جاء في "المادة:964" وفيها "يُحَجَّرُ عَلَى بَعْضِ الْأَشْخَاصِ الَّذِينَ تَكُونُ مَضَرَّتُهُمْ لِلْعُمُومِ كَالطَّيِّبِ الْجَاهِلِ لَكِنَّ الْمُرَادَ هُنَا مِنَ الْحَجْرِ: الْمَنْعُ مِنْ إِجْرَاءِ الْعَمَلِ لَا مَنْعَ التَّصَرُّفَاتِ الْقَوْلِيَّةِ" (429).

ووجه الدلالة كون وجود مشقة التصرف للمحجور عليه، لجهل في التصرف أو قصور في الأداء، وجوب منع إمضاء التصرف حفظاً لحقوقه ومنعاً لضرره، وهذا من تيسير الأحكام المتعلقة بقضاء القاضي.

2. القول بجواز بيع الوفاء "المادة 118" ونصها "بَيْعُ الْوَفَاءِ هُوَ الْبَيْعُ بِشَرْطِ أَنْ الْبَائِعَ مَتَى رَدَّ الثَّمَنَ يَرُدُّ الْمُشْتَرِي إِلَيْهِ الْمَبِيعَ وَهُوَ فِي حُكْمِ الْبَيْعِ الْجَائِزِ بِالنَّظَرِ إِلَى انْتِفَاعِ الْمُشْتَرِي بِهِ وَفِي حُكْمِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ بِالنَّظَرِ إِلَى كَوْنِ كُلِّ مِنْ الْفَرِيقَيْنِ مُفْتَدِرًا عَلَى الْفُسْخِ وَفِي حُكْمِ الرَّهْنِ بِالنَّظَرِ إِلَى أَنَّ الْمُشْتَرِي لَا يَقْدِرُ عَلَى بَيْعِهِ إِلَى الْغَيْرِ" (430).

(428) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج2، ص3، ج1، ص115 وما بعدها؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، وج2، ص58؛ هوديني، جامع الأدلة لموارد المجلة، ص180.

(429) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج2، ص627 و645-647 و649، وج2، ص649؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج2، ص335 و346 وما بعدها.

(430) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص102؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص178.

3. ولي الصغير والوصي عليها "مادّة 974" ونصها "وَلِيُّ الصَّغِيرِ فِي هَذَا الْبَابِ: أَوْلًا: أَبُوهُ، ثَانِيًا: الْوَصِيُّ الَّذِي اخْتَارَهُ أَبُوهُ وَنَصَّبَهُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ إِذَا مَاتَ أَبُوهُ، ثَالِثًا: الْوَصِيُّ الَّذِي نَصَّبَهُ الْوَصِيُّ الْمُخْتَارُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ إِذَا مَاتَ، رَابِعًا: جَدُّهُ الصَّحِيحُ أَيُّ: أَبُو أَبِي الصَّغِيرِ أَوْ أَبُو أَبِي الْأَبِ، خَامِسًا: الْوَصِيُّ الَّذِي اخْتَارَهُ هَذَا الْجَدُّ وَنَصَّبَهُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ، سَادِسًا: الْوَصِيُّ الَّذِي نَصَّبَهُ هَذَا الْوَصِيُّ، سَابِعًا: الْقَاضِي أَوْ الْوَصِيُّ الَّذِي نَصَّبَهُ الْقَاضِي، وَأَمَّا الْأَقْرَبُ كَالْإِخْوَانَ وَالْأَعْمَامَ وَغَيْرِهِمْ فَإِذْنُهُمْ غَيْرُ جَائِزٍ إِذَا لَمْ يَكُونُوا أَوْصِيَاءً"،<sup>(431)</sup> وهذا التدرج في تحديد الوصي على الصغير يرجع إلى باب دفع ضيق تصرف الصغير بتوسع من يتولى الوصية عليه، كما نجد مرونة التصرف بما يحقق المصلحة مواد المجلة وهي: "975 و 976 و 977"<sup>(432)</sup>، وعلى القاضي أن يلتزم بهذا التدرج نزولاً عن قاعدة مهمة جاءت كمادة برقم "59" ونصها هو: "الْوَلَايَةُ الْخَاصَّةُ أَقْوَى مِنَ الْوَلَايَةِ الْعَامَّةِ"<sup>(433)</sup>.

4. وبما يخص تصرف الوكيل فهو معتبر حتى يصله قرار العزل، لكون تأخر وصول الخبر مانع من التضييق على الوكيل، فجاءت المادة "1523" تنص على "إِذَا عَزَلَ الْمُوَكَّلُ الْوَكِيلَ يَبْقَى عَلَى وَكَالَتِهِ إِلَى أَنْ يَصِلَ إِلَيْهِ خَبَرُ الْعَزْلِ وَيَكُونُ تَصَرُّفُهُ صَحِيحًا إِلَى ذَلِكَ الْوَقْتِ"، وكذلك ما يخص عزل القاضي ففضائه نافذ حتى يصل إليه قرار العزل، ونص المادّة "1804" هو "إِذَا عَزَلَ قَاضٍ إِلَّا أَنَّهُ لِعَدَمِ وُصُولِ خَبَرِ الْعَزْلِ إِلَيْهِ مُدَّةً كَانَ قَدْ اسْتَمَعَ وَفَصَلَ بَعْضَ الدَّعَاوَى فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ صَحَّ حُكْمُهُ وَلَكِنْ لَا يَصِحُّ حُكْمُهُ الْوَاقِعُ بَعْدَ وُصُولِ خَبَرِ الْعَزْلِ إِلَيْهِ"<sup>(434)</sup>.

(431) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج2، ص680؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج2، ص361.

(432) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص674 وما بعدها؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج2، ص357، و360 و358، حيث رتب منير القاضي المواد بحسب التخصص المتعلق بالحكم المراد إنفاذه.

(433) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص53.

(434) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص591 و ج4، ص553؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج3، ص329، و ج4، ص177.

## المبحث الثالث: القواعد المؤيدة لقاعدة المشقة تجلب التيسير وأثرها في تكوين السلطة القضائية، وتحرير مواد المجلة

1. قاعدة: الأَمْرُ إِذَا ضَاقَ اتَّسَعَ<sup>(435)</sup>، ومن صيغها: "إِذَا ضَاقَ الأَمْرُ اتَّسَعَ"<sup>(436)</sup>؛ وفي معناها قاعدة: "مَا ضَاقَ أَمْرُهُ اتَّسَعَ حُكْمُهُ"<sup>(437)</sup>.

الإِتِّسَاعُ: مَا أُخِذَ مِنَ الوُسْعِ، وَالتَّوَسُّيعُ ضِدُّ التَّضْيِيقِ، وَالمَفْهُومُ مِنْ هَذِهِ القَاعِدَةِ أَنَّهُ إِذَا شُوهِدَ ضَيْقٌ وَمَشَقَّةٌ فِي فِعْلٍ أَوْ أَمْرٍ يَجِبُ إِجَادُ رُخْصَةٍ وَتَوْسِيعَةٍ لِذَلِكَ الضَّيْقِ فَلَا زَالَتِ المَشَقَّةُ تُجَوِّزُ الأَشْيَاءَ غَيْرَ الجَائِزَةِ قِيَاسًا وَالمُعَايِرَةَ لِلقَوَاعِدِ<sup>(438)</sup>، وَقَدْ ذَكَرَ الحَمَوِيُّ أَنَّ هَذِهِ القَاعِدَةَ بِمَعْنَى قَاعِدَةِ المَشَقَّةِ تَجْلِبُ التَّيْسِيرَ، وَقَدْ ذَكَرَ الحَمَوِيُّ أَنَّ الإِمَامَ الشَّافِعِيَّ هُوَ وَاضِعُهَا<sup>(439)</sup>، ولهذا ذهب شرح المجلة إلى القول أن هذه القاعدة وهي المادة "18" تشترك مع قاعدة المشقة تجلب التيسير ورقم مادتها "17"<sup>(440)</sup>.

ولسائل أن يسأل: إذا كانت مادة "18" مثل المادة "17"، فهل هناك حاجة لتكرار هذه

المواد؟

(435) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص72؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص31، رقم المادة (18)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص77 رقم المادة (17)؛ هوديني، جامع الأدلة، ص21؛ وينظر: السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص49؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص83؛ الشنقيطي، شرح زاد المستقنع في اختصار المقنع، ج1، ص41.

(436) ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج1، ص90؛ الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوقي (ت:1241هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الإِمَامِ مالِكٍ)، دار المعارف، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، ج1، ص72؛ الزركشي، المنتور في القواعد الفقهية، ج1، ص120؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص83؛ العطار، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي، ج2، ص399.

(437) ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج1، ص90؛ الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج1، ص72؛ الزركشي، المنتور في القواعد الفقهية، ج1، ص120؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص83؛ العطار، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي، ج2، ص399.

(438) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص31، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص77.

(439) ينظر: السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص49؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج1، ص245؛ الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص273؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص31.

(440) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص31، رقم المادة (18)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص77 رقم المادة (17)؛ هوديني، جامع الأدلة، ص21، حيث لم يذكر أثرها في المجلة لكونه ألحقها بسابقتها.



والجواب يكمن في أن لفظ المادة "18" وهي "الأمرُ إذا ضاقَ اتَّسعَ"، جاءت فيها لفظ إذا الشرطية، وهنا جاءت ظرفاً للمستقبل متضمنة معنى الشرط غالباً، ولذلك تجاب بما تجاب به أدوات الشرط<sup>(441)</sup>، ولهذا جاء شرط مقيد لمفهوم هذه القاعدة بكون الضيق والمشقة يجب أن تكون محققة وليست محتملة، لكون الضيق والمشقة المحتملة ظن وشك لا يزول به اليقين.

ولهذه القاعدة أثرها في إصدار مجلة الأحكام العدلية وتشريع القانون الأساسي في الدولة، ووجهة الشاهد فيه أن المجلة شرعت لدفع الضيق المترتب على أقرار القوانين، وتنوع المحاكم جاء أيضاً لدفع الضيق وتحقيق المصالح.

ومنه جواز بيع الوفاء كما في المادة "118" و"396-403" لكون الحاجة دعت إليه، ولدفع ضيق ألم بالناس، وكذلك جواز بيع الاستغلال كما في المادة "119"، وبيع النقد بالنقد "121"<sup>(442)</sup>.

2. قاعدة: "الضروراتُ تُبيحُ المحظوراتِ"<sup>(443)</sup>، وقد مر بيانها في قاعدة الضرر يزال.

3. قاعدة: "ما أبيعَ للضرورةِ يتَّقَدَّرُ بِقَدْرِهَا"<sup>(444)</sup>، ويضبط تدرج الحكم في هذه القاعدة، قاعدة تتعلق بتقديم مكمل الضروري على الحاجي "المكمل للضروريِّ مُقَدَّمٌ على الحاجي"<sup>(445)</sup>، ومثلها: "يقدم مكملات الحاجات الضرورية على ما هو من أصول الحاجات، وإن كان

---

(441) ابن هشام: عبد الله بن يوسف بن أحمد بن عبد الله ابن يوسف، أبو محمد، جمال الدين، مغني اللبيب عن كتب الأعراب، تحقيق: مازن المبارك، و محمد علي حمد الله، دار الفكر، دمشق 1985م، ص127؛ المرادوي، التجميع شرح التحرير، ج2، ص674؛ فاضل السامرائي، معاني النحو، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، ط:1، 1428هـ/2007م، ج2، ص178.

(442) ينظر: علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص102، و391-395، و103، و104.

(443) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص32، رقم المادة (21)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص82 رقم المادة (20)؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج4، ص348؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص73؛ الشاطبي، الموافقات، ج5، ص99؛ القراني، الفروق = أنوار البروق، ج4، ص146؛ العطار، حشية العطار على الجلال المحلي، ج2، ص395؛ السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص45 و49؛ الشنقيطي، شرح زاد المستقنع، ج1، ص221.

(444) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص33، رقم المادة (22)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص82 رقم المادة (21)، وينظر: السرخسي، المبسوط، ج3، ص117؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص73؛ الزيلعي، تبين الحقائق، ج1، ص53؛ ابن حجر الهيتمي، تحفة المنهاج، ج9، ص221؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص84.

(445) الأسنوي، نهاية السؤل شرح منهاج الأصول، ص391؛ وينظر: ابن الهمام، التقرير والتحرير، ج3، ص231، ونصها: "فمُكَمَّلُهُ أَي الضَّرُورِيِّ مُرَجَّحٌ عَلَى الْحَاجِيِّ".

مانعاً<sup>(446)</sup>، ويؤيدها: "تقدم التكميلية من الخمسة الضرورية على أصل الحاجة"<sup>(447)</sup>؛ وبما يخص الوسائل قاعدة: "المكمل مع المكمل في نسبة الوسيلة مع المقصد، ولا تبلغ الوسيلة رتبة المقصد"<sup>(448)</sup>.

أي أن الشيء الذي يجوز بناءً على الضرورة يجوز إجراؤه بالقدر الكافي لإزالة تلك الضرورة فقط، ولا يجوز استباحته أكثر مما تزول به الضرورة، والضرورة هي الحالة الملحنة لتناول الممنوع شرعاً؛ وأما الحاجة: أما الحاجة فإنها وإن كانت حالة جهد ومشقة فهي دون الضرورة، ولا يتأتى معها الهلاك فلذا لا يستباح بها الممنوع شرعاً<sup>(449)</sup>.

ولهذا يقع التفاضل والتدافع بين ما هو ضروري وحاجي وتحسيني، فإذا تطرقت الحرمة إلى أحدهم بسبب خارجي فالأصل جلب المصالح ودفع المفسد ويكون الدفع بحسب الاستطاعة، وفي هذا يقول الشاطبي: "أن الأمور الضرورية أو غيرها من الحاجة أو التكميلية إذا اكتنفتها من خارج أمور لا ترضى شرعاً، فإن الإقدام على جلب المصالح صحيح على شرط التحفظ بحسب الاستطاعة من غير حرج"<sup>(450)</sup>، مثل السعي في طلب العلم إذا كان في طريقه منكرات يسمعها ويراها، ومثل شهود الجنازة، وإقامة وظائف شرعية إذا لم يقدر على إقامتها إلا بمشاهدة مالا يرضى، فلا يخرج هذا العارض تلك الأمور عن أصولها لكون أصلها جائز فلا ينتقض بأمر خارجي، لأن أصولها الأصل فيها الحلة ومقصدها تعلق بأمر الدين، ومصالح هام، وتركها يؤدي إلى مفسد أكبر وهو المفهوم من مقاصد الشارع<sup>(451)</sup>، ولهذا يجوز في القضاء والطب والتعليم ما لا يجوز في غيرهم.

(446) القرابي، نفائس الأصول في شرح المحصول، ج9، ص3782.

(447) علاء الدين المرادوي الحنبلي، التحبير شرح التحرير، ج8، ص4249.

(448) القرابي، الفروق، ج4، ص226؛ أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص160.

(449) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص33؛ منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص80 وما بعدها، عند شرحه للمادة (20).

(450) الموافقات، ج5، ص199.

(451) ينظر بتصرف: المصدر السابق، ج5، ص199 وما بعدها؛ محمد طاهر حكيم، رعاية المصلحة والحكمة في تشريع نبي الرحمة (ﷺ)، مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، الطبعة: العدد 116، السنة 34، 1422هـ/2002م، ص238.

ولهذا جاءت قواعد نويد لهذا المفهوم منها: "الثَّابِت بِالْحَاجَةِ يَتَقَدَّر بِقَدْرِهَا"، و"مَا ثَبَّتَ بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّر بِقَدْرِهَا" و"مَا جَازَ لِلضَّرُورَةِ يَتَقَدَّر بِقَدْرِهَا" و"الضَّرُورَاتِ تُقَدَّرُ بِقَدْرِهَا"<sup>(452)</sup>.

وأثر هذه القاعدة يظهر لنا في المواد الآتية: "1202" وجاءت حول رفع ضرر الجار عن جاره، و"1317" وتخص مسألة إهدام حائط جارٍ يطل على مقرّ نساء جاره، و"1642" وتعلقت بجواز أن يكون أحد الورثة خصمًا في الدعوى التي تُقام على الميِّت، و"1685" وتعلقت بقبول شهادة النساء وحدهن في حق المال فقط في المواضع التي لا يمكن إطلاع الرجال عليها<sup>(453)</sup>.

4. القاعدة: "الْحَاجَةُ تَنْزُلُ مَنزِلَةَ الضَّرُورَةِ عَامَّةً كَانَتْ أَوْ خَاصَّةً"<sup>(454)</sup>، ومن صيغها: "الحاجة العامة بمنزلة الضرورة الخاصة"<sup>(455)</sup>، "الحاجات تنزل منزله الضرورات في إباحة المحظورات"<sup>(456)</sup>، وفي معناها: "تنزيل الحاجة الغالبة العامة للجنس منزلة الضرورة الخاصة في حق الشخص"<sup>(457)</sup>، وفي الترجيح بين الضروريات نجد قاعدة: "المكمل للضروريٍّ مُقَدَّمٌ عَلَى الْحَاجِيٍّ، وَالْمَكْمَلُ لِلْحَاجِيٍّ مُقَدَّمٌ عَلَى التَّحْسِينِيِّ"<sup>(458)</sup>، و"المقاصد الضرورية في الشريعة أصلٌ للحاجية والتَّحْسِينِيَّة"<sup>(459)</sup>.

---

(452) السرخسي، أصول السرخسي، ج1، ص248؛ البزدوي، كشف الأسرار، ج2، ص23، وح2، ص237؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج1، ص137؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص154.

(453) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج3، ص207، و308، ج4، ص225، و316.

(454) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص37 رقم المادة (32)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص90 وما بعدها، وينظر: الزكشي، المنشور في القواعد، ج2، ص24؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص88؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص78.

(455) ابن الرفعة: أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، (ت:710هـ)، كفاية النبيه في شرح التنبيه، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، م 2009، ج2، ص107؛ أوندر:

Hanefi Mezhebinde İstihsan Anlayışı Ve Uygulamması, s. 270-271.

(456) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة - شباب الأزهر (عن الطبعة الثامنة لدار القلم)، الطبعة: عن الطبعة الثامنة لدار القلم، ص210.

(457) أمام الحرمين الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج15، ص255.

(458) جمال الدين الأسنوي، نهاية السؤل شرح منهاج الأصول، ص391؛ وينظر: ابن الهمام، التقرير والتحبير، ج3، ص231.

(459) الشاطي، الموافقات، ج2، ص31.

ولهذا فالحاجة من حيث الرتبة هي أقل من الضروريات، ولهذا فإن المصلحة باعتبار قوتها في ذاتها تنقسم إلى ما هي في رتبة الضرورات، وإلى ما هي في رتبة الحاجات<sup>(460)</sup>؛ ولهذا كان على الحاكم والقاضي أن يقدم الضرورات على الحاجات في حق جميع الناس<sup>(461)</sup>.

فالحاجة حينما تدون عامة أو خاصة وجب دفعها، ومن ذلك: جواز بيع السلم على خلاف القياس؛ لكونه بيع المعذوم دفعا لحاجة المفاليس، ومنها جواز الاستصناع للحاجة<sup>(462)</sup>، ويوافق هذه القاعدة، قاعدة: "الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة"؛ و"الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة"<sup>(463)</sup>.

واثر هذه القاعدة يظهر في تجويز "بيع الوفاء" كما في المادة "118" والتي فيها ذكر للبيع، والمواد "396-403"<sup>(464)</sup>، لما كثرت الديون "المادة:32" على أهل بخارى مست الحاجة إلى ذلك فصار مرعيا<sup>(465)</sup>، وهو يشبه من حيث الحكم حيوان "الزرافة" لأنها تشبه البعير والبقر والنمر، وبيع الوفاء يشبه البيع الجائز والفاقد والرهن، وقد جوزه الفقهاء في العقار، واختلفوا بجوازه في المنقول، ولفظ المجلة عام في التجويز<sup>(466)</sup>، وهو يشبه الدين أيضا، وأحكام الديون تختلف باختلاف أسبابها<sup>(467)</sup>، وقد ذكر ابن عابدين عن النسفي<sup>(468)</sup> (ت710

(460) ينظر: الغزالي، المستصفي، ص174؛ .

(461) ينظر: العز بن عبد السلام، قواعد الأنام، ج2، ص23.

(462) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص37؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص90 وما بعدها، وينظر: الزكشي، المنشور في القواعد، ج2، ص24؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص88؛ الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص293.

(463) الجويني، نهاية المطلب، ج8، ص68؛ أكمل الدين الباري، العناية شرح الهداية، ج10، ص528؛ الشنقيطي، شرح زاد المستنقع، ج1، ص321.

(464) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص102، و391-395؛ وذكرت المجلة أعضاء الدين اقروا ببيع، حيث حرر القرار بتاريخ: 2 ذي الحجة سنة 1286 في 21 شباط سنة 1286، واشترك فيه: من أعضاء ديوان العدلية: أحمد خلوصي. من أعضاء شورى الدولة: سيف الدين. ناظر ديوان الأحكام العدلية: أحمد جودت. من أعضاء الجمعية: علاء الدين. من أعضاء شورى الدولة: محمد أمين. من أعضاء ديوان الأحكام العدلية: أحمد حلمي. ينظر: مجلة الأحكام العدلية، حررتها لجنة من العلماء، المطبعة الأدبية، بيروت، 1302هـ، ص68 وما بعدها؛ يوسف آصف، مرآة المجلة، ص191-192.

(465) ينظر: هوديني، جامع الأدلة، ص23؛ ينظر المادة:32. علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص37 وما بعدها.

(466) ينظر: المحاسني، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص130.

(467) وأنواع الديون تختلف فتختلف لذلك أحكامها، إذا كان بسبب السلم يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء ليقع التحرز عن الاختلاف، ولا يجوز الاستبدال به قبل القبض، وإن كان من ثمن بيع يجوز الاستبدال به قبل القبض، ولا يشترط فيه مكان الإيفاء، وإن كان من قرض لا يجوز التأجيل فيه، بمعنى أنه لا يلزم، ويذكر في السلم سائر شرائط صحته من إعلام جنس رأس المال ونوعه وصفته وقدره بالقدر إن كان رأس المال

هـ/1310م) وغيره الحكم فيه، ويظهر منه عدم تحقق انتقال الملكية من البائع إلى المشتري<sup>(469)</sup>، ولهذا وقع الخلاف في إرضائه.

واثره يظهر - والله أعلم - أن الدولة العثمانية أقرت هذا النوع من البيع لضبط ما يسمى "حقوق الامتيازات" التي منحتها الدولة للدول الأجنبية، بحيث يتسنى للدولة أن تنتهي البيع متى شاءت وبحسب مصلحتها<sup>(470)</sup>، ولهذا حينما احتلت بريطانيا العراق حاولت إدارة موضوع الامتيازات بشكل مختلف مسيطر عليه لكون مما يمكن لها سياسيا في العراق وغيرها لبناء هوية جديدة علمانية تخالف ما أسسته الدولة العثمانية..<sup>(471)!!</sup>

وزنيا وإنفاذه في المجلس حتى يصح عند أبي حنيفة رضي الله عنه وأشباه ذلك على ما عرف في كتاب البيوع. ينظر: برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، ج9، ص8؛ ينظر: المحاسنسي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص59.

(468) النسفي: عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، أبو البركات، حافظ الدين: فقيه حنفي، مفسر، من أهل إيدج (كورة وبلد بين خوزستان وأصبهان) ووفاته فيها. نسبته إلى "نسف" ببلاد السند، بين جيحون وسمرقند؛ له مصنفات جليلة، منها "مدارك التنزيل" ثلاثة مجلدات، في تفسير القرآن، و"كنز الدقائق" في الفقه، و"المنار" في أصول الفقه و"كشف الأسرار" شرح المنار، و"الواقي" في الفروع، و"الكافي" في شرح الواقي، و"المصفي" في شرح منظومة أبي حفص النسفي، في الخلاف، وغيرها. ينظر: محي الدين الحنفي، الجواهر المضية، ج1، ص270؛ الزركلي، الأعلام، ج4، ص67 وما بعدها؛ كحالة، معجم المؤلفين، ج6، ص32.

(469) ينظر: منير القاضي، شرح مجلة الأحكام، ج1، ص178؛ وقد نقل ابن عابدين مجمل الخلاف فيه قائلا: "لِلْإِمَامِ الْحَسَنِ الْمَأْثُورِيِّ: قَدْ فَتَى هَذَا الْبَيْعَ بَيْنَ النَّاسِ، وَفِيهِ مَفْسَدَةٌ عَظِيمَةٌ، وَفَتْوَاكَ أَنَّهُ رَهْنٌ وَأَنَا أَيْضًا عَلَى ذَلِكَ فَالْصَّوَابُ أَنَّ نَجْمَ الْأَيْمَةِ وَتَتَفَقَّ عَلَى هَذَا وَنُظِيرُهُ بَيْنَ النَّاسِ، فَقَالَ الْمُعْتَبَرُ الْيَوْمَ فَتَوَانَا، وَقَدْ ظَهَرَ ذَلِكَ بَيْنَ النَّاسِ فَمَنْ خَالَفَنَا فَلْيُبْرِزْ نَفْسَهُ وَلْيَقِمْ دَلِيلَهُ اهـ. قُلْتُ: وَبِهِ صَدَرَ فِي جَامِعِ الْمُصَوِّلِينَ فَقَالَ زَائِرًا لِفَتَاوَى النَّسْفِيِّ: الْبَيْعُ الَّذِي تَعَارَفَهُ أَهْلُ زَمَانِنَا احْتِيَالًا لِلرِّبَا وَسَمَّوْهُ بَيْعَ الْوَفَاءِ هُوَ رَهْنٌ فِي الْحَقِيقَةِ لَا يَمْلِكُهُ وَلَا يَنْتَفِعُ بِهِ إِلَّا بِإِذْنِ مَالِكِهِ، وَهُوَ ضَامِرٌ لِمَا أَكَلَ مِنْ قَمْرِهِ وَأَتْلَفَ مِنْ شَجَرِهِ وَيَسْقُطُ الدِّينُ بِحُلَاكِهِ لَوْ بَقِيَ وَلَا يَضْمَنُ الزَّيَادَةَ وَاللِّبَائِعَ اسْتِزَادَهُ إِذَا قَضَى دَيْنَهُ لَا فَرْقَ عِنْدَنَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّهْنِ فِي حُكْمٍ مِنَ الْأَحْكَامِ." ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص276؛ وينظر: أوندري،

Hanefi Mezhebinde İstihsan Anlayışı Ve Uygulamması, s. 257-263.

(470) واثرها يظهر من خلال عقد المعاهدات التي تمت بين الدولة العثمانية من جهة وبين غيرها من الدول، وكان أثرها ضار بالدولة بسبب ما ترتب عليها وفي هذا يقول محمد فريد بيك: "هذه الامتيازات الموجبة لضعف الدولة بسبب تدخل القناصل في الإجراءات الداخلية بدعوى رفع المظالم عن المسيحيين واتخاذها لها سبيلا لامتداد نفوذها بين رعايا الدولة المسيحيين واهم نتائج هذا التدخل واضر مآلا واوخمه عاقبة استيغال هذه الإرساليات الدينيّة في حفظ جنسية ولغة كل شعب مسيحي"، كما أدرك السلطان عبد الحميد الثاني أهمية الامتيازات الأجنبية المبعوثين لأول مرة سنة 1877 م في سراي طوله باعجة وافتتحه السلطان عبد الحميد بخطابة مطوّلة بحث فيها بعد مُقدّمة تاريخية عن الامتيازات التي منحت للعناصر غير المسلمة؛ ينظر: تاريخ الدولة العلية العثمانية، ص255، و705.

(471) مهند يوسف العلام، الهلال الخصب في الوثائق الأمريكية - تطور المصالح الأمريكية في العراق في النصف الأول من القرن العشرين، دراسة وثائقية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2011م، ج3، ص57، وينظر ص60، و62، و63، و67: الفنصلية الأمريكية في برلين: سري للغاية 29 أيار 1922م، و14 آب 1922م، ورسالة من فرنكفورت في 20 تموز 1922م حيث يذكر فيها كيف ارتباط موضع سكة الحديد مع مناطق داخل تركيا مثل "سامسون" و"أرض روم" مع ذكر لحقول النفط الموجودة في "أرض روم"...، وغيرها من الوثائق.

كما إن اثر الحاجة يظهر في تشريع بعض القوانين الخاصة، مثل قانون "القانون المؤقت لتقسيم الأموال الغير منقولة المتصرف بها بالاشتراك"، والذي صاغه الشيخ علي حيدر أفندي صاحب الشرح على المجلة، حيث تكون "15" مادة مبينة لهذا القانون، واخذ به في العراق رغم أن الكثير من القوانين العثمانية ألغي العمل بها في تركيا الحديثة(472).

5. قاعدة: "الاضطرار لا يبطل حق الغير"<sup>(473)</sup>، ومن صيغها: "اضطراره لا يبطل حق غيره"<sup>(474)</sup>؛ ويؤيد معناها قاعدة: "اعتبار الجهة التبعية في حال الاضطرار"<sup>(475)</sup>، و"بذل العوض فيما يزيل ضرر المضطر"<sup>(476)</sup>، و"يجب على المضطر بذل العوض"<sup>(477)</sup>، و"الضرورة لا تسقط الفدية"، وقاعدة خاصة بالأموال تقبل القياس: "الضرورات لا تبيح إتلاف مال الغير بغير ضمان"<sup>(478)</sup>.

معنى الاضطرار هنا الإجباز على فعل الممنوع، والاضطرار على قسمين: أحدهما ينشأ عن سبب داخلي، يقال له: (سماوي) كالجوع مثلا؛ أما القسم الثاني هو الاضطرار الناشئ عن سبب خارجي ويقال له: (اضطراري غير سماوي)؛ وهو نوعان الإكراه الملجي والإكراه غير الملجي. والذي يفهم من هذه القاعدة أنه لو أصاب إنسان مال الغير بناء على الاضطرار الذي يجوز له

---

(472) ويطلق عليه قانون "إزالة الشبوح" ينظر حول ما سبق: الأورفلي: مجد مكي، شرح قانون تقسيم الأموال الغير منقولة، القانون من تأليف: علي حيدر أفندي، مطبعة دار السلام، بغداد، 1927م، ص5.

(473) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص38، رقم المادة (33)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص92 برقم (32)، وينظر: السرخسي، المبسوط، ج17، ص91، حول مسألة: هدم سفل الحائط والعلو لغيره.

(474) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج2، ص249؛ منلا خسرو، درر الحكماء شرح غرر الأحكام، ج1، ص383؛ ابن نجيم، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، ج2، ص411؛ ابن عابدين، رد المختار، ج3، ص391.

(475) التفتزاني، التلويح على التوضيح، ج1، ص370.

(476) ابن اللحام: علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد الدمشقي الحنبلي، القواعد والفوائد الأصولية ومايتبعها من الأحكام الفرعية، تحقيق: عبد الكريم الفضلي، المكتبة العصرية، بيروت 1999م، ص231.

(477) أبو الحسين اليميني: يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي (ت: 558هـ)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة 2000م، ج4، ص514.

(478) الطحاوي، مختصر اختلاف الفقهاء، ج2، ص122، وج3، ص404.

التَصَرُّفَ بِمَالِ الْغَيْرِ، فَلَا تَكُونُ الْإِصَابَةُ النَّاسِيئَةَ عَنِ الْإِضْطِرَّارِ سَبَبًا لِأَنَّ يَكُونُ الْمُتْلِفُ غَيْرَ ضَامِنٍ، بَلْ يَجِبُ عَلَى الْمُسْتَهْلِكِ أَوْ الْمُتْلِفِ أَنْ يَضْمَنَ قِيَمَةَ الْمَالِ الْمُتْلَفِ (479).

وأثر هذا القاعدة يظهر في أنه لو اضطرَّ إنسان من الجوع فأكل طعام الآخر ضَمِنَ "المادة 416" قيمت ما أكل "المادة 154" (480)، وعليه يقاس كل أمر قريب منه، فمن أتلف مال الغير حفاظا على نفسه وجب عليه ضمان ما أتلف، فبتريث القاضي في الحكم لوجود طارئ الإكراه، يمنع سريانه على ظاهره (481).

6. قاعدة: "إِذَا بَطَلَ شَيْءٌ بَطَلَ مَا فِي ضَمْنِهِ" (482)، ومن صيغها: "الْمُبْنِيُّ عَلَى الْفَاسِدِ فَاسِدٌ" (483)، "إِذَا بَطَلَ الْأَصْلُ لَمْ يَثْبُتِ التَّبَعُ" (484)، و"إِذَا بَطَلَ الْأَصْلُ بَطَلَ الْفَرْعُ" (485).

وَمَعْنَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ: أَنَّ الشَّيْءَ الَّذِي ثَبَّتَ ضِمْنًا، إِذَا بَطَلَ مُتَضَمِّنُهُ لَا يَبْقَى لَهُ الْحُكْمُ، لَكُونَ أَصْلُهَا انْتَفَى حَكْمًا فَلَا يَبْقَى لَهَا يَتَضَمَّنُهُ وَجُدُودًا، وَبِمَعْنَى أُخْرَى إِذَا بَطَلَ الْمُتَضَمِّنُ (بِكَسْرِ الْمِيمِ) بَطَلَ الْمُتَضَمَّنُ (بِفَتْحِ الْمِيمِ) (486).

أثرها في المادة "1565" والمتعلقة بالإبراء من جميع الدعاوى، والمادة "1566" والمتعلقة بإبراء المُسْتَنْرِي (487).

(479) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص38، رقم المادة (33)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص92 برقم (32).

(480) ينظر: هواديني، جامع الأدلة، ص23.

(481) التفتزاني، شرح التوضيح على التلويح، ج2، ص402؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج3، ص35؛ ابن رشد، المقدمات الممهدة، ج1، ص477؛ النووي، المجموع شرح المهذب، ج19، ص126؛ ابن قدامة، المغني، ج8، ص305.

(482) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص50 وما بعدها؛ رقم المادة (52)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص112 برقم (51).

(483) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص50 وما بعدها؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص339؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص483.

(484) التفتزاني، شرح التلويح على التوضيح، ج2، ص342.

(485) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج؛ القراني، الذخيرة، ج10، ص294؛ أبو عبد الله المازني، شرح التلقين، ج2/3، ص230. ومنه قاعدة: "إِذَا بَطَلَ الْأَصْلُ، بَطَلَ الرَّقُّ الَّذِي كَانَ تَبَعًا لَهُ"، الجويني، نهاية المطلب، ج6، ص519.

(486) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص50؛ شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص114.

(487) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص64 وما بعدها.

7. قاعدة: "إِذَا بَطَلَ الْأَصْلُ يُصَارُ إِلَى الْعَوْضِ"<sup>(488)</sup>، ومن صيغها: "إِذَا بَطَلَ الْأَصْلُ يُصَارُ إِلَى الْبَدْلِ"<sup>(489)</sup>، وأجد لفظ "العوض" أدق من لفظ "البدل" لكون العوض يقابل الأصل المفقود، لكن لفظ البدل يقابل شيئاً مساوياً له فلا يفقد قيمته بوجود ما يقابله، والله تعالى أعلم.

يُفْهَمُ مِنْ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ أَنَّهُ يَجِبُ إِيْفَاءُ الْأَصْلِ وَلَا يَجُوزُ إِيْفَاءُ الْبَدْلِ بِدُونِ رِضَاءِ صَاحِبِ الْمَالِ مَا دَامَ إِيْفَاءُ الْأَصْلِ مُمَكِّنًا. لِأَنَّ إِيْفَاءَ الْأَصْلِ هُوَ (الْأَدَاءُ)، أَمَّا إِيْفَاءُ بِالْخُلْفِ عَنِ الْأَصْلِ وَالرُّجُوعُ إِلَى الْخُلْفِ مَعَ وُجُودِ الْأَصْلِ غَيْرُ جَائِزٍ. كَالْمَالِ الْمَغْضُوبِ مَثَلًا فَهُوَ إِذَا كَانَ مَوْجُودًا فِي يَدِ الْعَاصِبِ يَجِبُ رَدُّهُ عَيْنًا وَلَا يَجُوزُ إِيْفَاءُ بَدْلِهِ مَعَ وُجُودِهِ؛ وَلِذَلِكَ فَوْجُودِ الْأَصْلِ يَلْغِي الْبَدْلَ، لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِالْبَدْلِ حَالَ قِيَامِ الْأَصْلِ، وَلَا يُجْمَعُ الْأَصْلُ وَالْبَدْلُ فِي حُكْمٍ وَاحِدٍ<sup>(490)</sup>.

وأثر هذا القاعدة يظهر بشكل واسع في أحكام المجلة، وتؤثر في المواد "298"، و"308"، و"309" عموماً، ومفهوم بعض فقرات من المواد: "777" وتخص الوديعة وكونها أمانة بيد المُسْتَوْدَعِ، و"778" وتخص ضمان خادِمِ المُسْتَوْدَعِ للوديعة، و"782 إلى 784" وتخص بالوديعة من حفظها وشرط المُسْتَوْدَعِ، و"787" وتخص بهلك الوديعة أو طرأ نقصان على قيمتها في حال تعدي المُسْتَوْدَعِ أو تفصيله يلزم الضمان، و"788" وتخص مسألة خلط الوديعة بلا إذن صاحبها، و"790" وتخص مسألة أنه ليس للمُستودع أن يودع الوديعة عند آخر، و"792 إلى 794" واختصوا بأن للمُستودع أن يستعمل الوديعة بإذن صاحبها فله أيضاً أن يوجرها ويغيرها ويرهنها، وإلا ضمن، و"799" وتخص الإنفاق على الوديعة يكون بإذن الحاكم وإلا ضمن ما أنفق منها، و"800" وتخص مسألة إذا عرض للمُستودع جئون وانقطع الرجاء من شفائه وانعدمت فلصاحب الوديعة حق بأن يرى كفيلاً معتبراً ويضمن الوديعة من مال المجنون، و"803" وجاءت لبيان مسألة ضمان الوديعة فإن كانت من المثلثات تضمن بمثلها وإن كانت من القيميَّات تضمن بقيمتها، ومن باب العارية المواد: "814" و"821 إلى 823" و"825 إلى 828"، ومن باب الغضب المواد:

(488) القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص114 برقم (52).

(489) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص50 وما بعدها، رقم المادة (53)؛ وينظر: السرخسي، المبسوط، ج15، ص132، وج12، ص27؛ برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، ج7، ص406؛ محمد عميمي المجددي، قواعد الفقه، ص56.

(490) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، ج1، ص50 وما بعدها؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص114؛ وينظر: السرخسي، المبسوط، ج15، ص132، وج12، ص27؛ برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، ج7، ص406.



"891" و"897 إلى 906" و"910"، ومن بابا مباشرة الإلتلاف جاءت المواد: "912 إلى 921"،  
ومن باب الإلتلاف تسببا جاءت المواد: "922 إلى 925" وغيرها<sup>(491)</sup>.

8. قاعدة: "مَا جَازَ لِعُذْرٍ بَطَلَ بِرَوَالِهِ"<sup>(492)</sup>، ومن صيغها: "إِذَا زَالَ الْعُذْرُ زَالَ الْحُكْمُ"<sup>(493)</sup>، "مَا  
ثَبِتَ لِعُذْرٍ يَزُولُ بِرَوَالِهِ"<sup>(494)</sup>؛ ويقرب من معناها: "حُكْمَ الْحَظَرِ يَزُولُ بِعُذْرِ الْخَطَا"<sup>(495)</sup>.

وعلى هذا فَإِنَّ الْأَشْيَاءَ الَّتِي تَجُوزُ بِنَاءٍ عَلَى الْأَعْدَارِ وَالضَّرُورَاتِ، إِذَا زَالَتْ تِلْكَ الْأَعْدَارُ  
وَالضَّرُورَاتُ بَطَلَتْ الْجَوَازُ فِيهَا.

ومعنى القاعدة: أن الشارع لم يشرع حكما يلزم منه حرج أو ضرر على أحد، وإذا جاء في  
التشريع شيء فيه عسر على بعض المكلفين ومشقة أو تكليف بما ليس في وسعه، فإن ذلك يكون  
مدعاة للتخفيف وإيجاد مخرج شرعي لدفع ذلك الحرج، فلا تكليف إلا بحسب القدرة؛ لأنّ تحميل  
النفس التكاليف الشاقة يبيغض تلك التكاليف إليها، والشريعة تحث أن تكون التكاليف محببة إلى  
النفوس<sup>(496)</sup>، ولذلك كان الْحَرَجَ مَرْفُوعًا شرعا<sup>(497)</sup>، ولهذا جاز التيمم عند فقدان الماء، فَبَطَلَ النَّيْمُ  
إِذَا قَدَرَ عَلَى اسْتِعْمَالِ الْمَاءِ<sup>(498)</sup>.

وأثر هذه القاعدة يظهر في المجلة من خلال النظر في المواد "970" وتخص أذن الولي  
لِلصَّغِيرِ الْمُمَيَّرِ يَوْمًا وَشَهْرًا، يَكُونُ مَادُونًا عَلَى الْإِطْلَاقِ وَيَبْقَى مُسْتَمِرًّا عَلَى ذَلِكَ الْإِذْنِ مَا لَمْ يَحْجُرْهُ

(491) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص253 و269 و272، ج2، ص240 و245 و255-258 و266  
و274 و278 و284-289 و299 و302 و312 و330 و349-351 و354-358 و496 و521-555 و570 و580-594  
و922-600؛ هودابني، جامع الأدلة، ص25 وما بعدها.

(492) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص34، رقم المادة (23)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص84، ورقم  
المادة (22)؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص74؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص85.

(493) ابن القصار: أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي المالكي (ت: 397هـ)، عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار،  
دراسة وتحقيق: د. عبد الحميد بن سعد بن ناصر السعود، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 2006م، ج3، ص1318.

(494) الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقها في المذاهب الأربعة، ج1، ص395؛ محمد آل بنو، موسوعة القواعد الفقهية، ج2، ص543.

(495) الدبوسي، تقويم الأدلة، ص415؛ البزدوي، كشف الأسرار، ج4، ص31.

(496) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص34؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص84.

(497) العيني، البناية شرح الهداية، ج12، ص20؛ الجويني أما الحرمين، نهاية المطلب، ج17، ص404؛ الشاطبي، الموافقات، ج2، ص233.

(498) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص85؛ الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص278.

الْوَلِيِّ، ومثلها "972" وتعلقت بالبيع والإجارة، و"997" وتعلقت بفك الحجر عن المحجور عند صلاح تصرفاته (499).

فهذه القاعدة هي أشبه بالضابط لقاعدة المشقة تجلي التيسير، فقاعدة المشقة تجلي التيسير بما يدفع الضرر عن الأفراد بما لا يحقق ضررا على الآخر.

9. قاعدة: "الْمَيْسُورُ لَا يَسْقُطُ بِالْمَعْسُورِ" (500)، ومن صيغها: "لَا يَفُوتُ الْمَيْسُورُ بِالْمَعْسُورِ" (501)، ومن معانيها: "الْمُتَعَذِّرُ يَسْقُطُ اعْتِبَارُهُ وَالْمُمْكِنُ يُسْتَصْحَبُ فِيهِ التَّكْلِيفُ" (502).

ومعناه أن المأمور به إذا تعذر عن المكلف فعله على الوجه الأكمل الذي أمر به الشرع لعدم القدرة، ولم يتمكن إلا من القيام ببعض المأمور به، فيجب فعل بعض المقدور عليه حسب الطاقة، ولا يترك هذا بترك الكل الذي يشق فعله، وقال تاج الدين السبكي عن هذه القاعدة هي: "من أشهر القواعد المستنبطة"، وقال النووي: "هَذَا مِنْ قَوَاعِدِ الْإِسْلَامِ الْمُهَمَّةِ وَمِنْ جَوَامِعِ الْكَلِمِ الَّتِي أُعْطِيَهَا صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَيَدْخُلُ فِيهَا مَا لَا يُحْصَى مِنَ الْأَحْكَامِ" (503).

ونجد لهذا القاعدة أثرها في القانون الأساسي للخلافة العثمانية، وذلك في المادة "68" المتعلقة ببيان من يمنع دخوله إلى مجلس المبعوثان، لكونه من غير العثمانيين أو من العثمانيين الذين لا تتوفر فيهم الشروط اللازمة، هذا ما جاءت مؤكدة له المادة "8"، و"6"، و"26" المتعلقة بحق الإنسان والمواطنة (504).

---

(499) هوديني، جامع الأدلة، ص23؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج2، ص661، و692.  
(500) السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص155 و157؛ الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، ج1، ص230؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص159؛ الغزالي، الوسيط، ج2، ص474.  
(501) القليوبي وعميرة، حاشيتنا قليوبي وعميرة، ج1، ص256؛ البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ج2، ص125.  
(502) القرابي، الفروق، ج3، ص198؛ الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقها في المذهب، ج2، ص761.  
(503) السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص155؛ الغزالي، المستصفي، ص220؛ البياتي، القواعد الفقهية في القضاء، ج1، ص146؛ والحديث رواه البخاري، ج9، ص94، رقم الحديث (7288)؛ ومسلم، ج2، ص975، رقم الحديث (1337)؛ وأحمد، ج12، ص325، رقم الحديث (7367)؛ والنووي شرحه على مسلم، ج9، ص102.  
(504) القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: 1293هـ الموافق 1876م، ص5 و6 و7.

وأثر القاعدة يظهر في المجلة في المادّة "519" والمتعلّقة بإنهدام حَائِطِ الدَّارِ أَوْ إِحْدَى حُجْرَهَا وَلَمْ يَفْسَخِ الْمُسْتَأْجِرُ الْإِجَارَةَ وَسَكَنَ فِي بَاقِيهَا لَمْ يَسْقُطْ شَيْءٌ مِنَ الْأَجْرَةِ؛ وَالْمَادَّةُ "520" والمتعلّقة بإنهدام أحد الدارين المستأجرة فَلَهُ أَنْ يَبْرُكَ الْإِنْتِنَيْنِ مَعًا<sup>(505)</sup>، فالميسور للمؤجر هو ترك العين المستأجرة، والمعسور استخدام ما تلف منها، لكون العسر تطرق إلى كمال حق الانتفاع الكامل للعين المستأجرة.



---

(505) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص34، رقم المادة (23)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص84، ورقم

المادة (22)؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص74؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص85.

## الفصل الخامس:

### قاعدة العادة مُحَكَّمَةٌ

تأتي قاعدة "العادة مُحَكَّمَةٌ"<sup>(506)</sup> كقاعدة غايتها تثبيت الحق العام للناس في تثبيت دلالة المُباح بين الناس، وكذلك لبيان دلالة الألفاظ من حيث المعاني، وبهذا تكون دلالتها ملزمة في القضاء ويحتكم إليها، فالأصل في إنفاذ الألفاظ معانيها لا مبانها.

ويتضمن هذا الفصل ثلاثة مباحث، جاء الأول منها جاء لبيان قاعدة العادة مُحَكَّمَةٌ، والثاني جاء لبيان أثر قاعدة العادة محكمة في تكوين السلطة القضائية، وتحرير مواد المجلة، والأخير جاء لبيان أثر القواعد المؤيدة لقاعدة العادة مُحَكَّمَةٌ وأثرها في تكوين السلطة القضائية، وتحرير مواد المجلة.

---

(506) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص40، رقم المادة (36)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص94-96؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص79؛ علاء الدين الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ص372؛ السمديسي، فتح المدبر، لو:7، ور:2؛ أبو بكر الصقلي، الجامع لمسائل المدونة، ج16، ص83؛ إمام الحرمين الجويني، البرهان، ج1، ص222؛ الشيبوطي، الأشباه والنظائر، ص7؛ علاء الدين المرادوي، التخبير شرح التحرير، ج8، ص3851.

## المبحث الأول: معنى قاعدة العادة محكمة وبيانها، مع بيان مفهوم العرف

جاء هذا المبحث لبيان تعريف العادة والعرف والعلاقة بينهما، خصوصاً وأن المجلة في قسم القواعد قد فرقت بينهما لدلالاتهما على أثر قانوني ترتب أثره في داخل مواد المجلة، فما يخص العادة جاءت المادة "36" ونصها: "الْعَادَةُ مُحَكَّمَةٌ"، والمادة "40" ونصها: "الْحَقِيقَةُ تُتْرَكُ بِدَلَالَةِ الْعَادَةِ"، والمادة "41" ونصها: "إِنَّمَا تُعْتَبَرُ الْعَادَةُ إِذَا اطَّرَدَتْ أَوْ غَلَبَتْ"؛ وما تعلق بالعرف جاءت المادة "43" ونصها: "الْمَعْرُوفُ عُرْفًا كَالْمَشْرُوطِ شَرْطًا"، والمادة "44" ونصها: "الْمَعْرُوفُ بَيْنَ التَّجَارِ كَالْمَشْرُوطِ بَيْنَهُمْ"، والمادة "45" ونصها: "التَّعْيِينُ بِالْعُرْفِ كالتَّعْيِينُ بِالنَّصِّ" (507).

### أولاً: العادة للغة واصطلاحاً

الْعَادَةُ في اللغة: مأخوذة من العود وتطلق على تكرار الشيء مرة بعد أخرى، وسميت الْعَادَةُ عادة، لأن صاحبها لا يزال معاوداً لها، والاعتقاد في معنى التَّعْوُدِ، وَهُوَ من الْعَادَةِ، يُقَالُ: عَوَّدْتَهُ فاعْتَادَ وَتَعَوَّدَ (508)، وعرفها الجرجاني بأنها: "ما استمر الناس عليه على حكم المعقول، وعادوا إليه مرة بعد أخرى" (509).

والْعَادَةُ عند الفقهاء هي: "الْأَمْرُ الْمُتَكَرِّرُ مِنْ غَيْرِ عِلَاقَةٍ عَقْلِيَّةٍ" (510)؛ وكذلك هي عِبَارَةٌ عَمَّا يَسْتَقَرُّ فِي النُّفُوسِ مِنَ الْأُمُورِ الْمُتَكَرِّرَةِ الْمُقْبُولَةِ عِنْدَ الطَّبَاعِ السَّلِيمَةِ، وَهِيَ أَنْوَاعٌ ثَلَاثَةٌ: الْعُرْفِيَّةُ الْعَامَّةُ: كَوَضْعِ الْقَدَمِ؛ وَالْعُرْفِيَّةُ الْخَاصَّةُ: كاصْطِلَاحِ كُلِّ طَائِفَةٍ مَخْصُوصَةٍ، كَالرَّفْعِ لِلنَّحَاةِ؛ وَالْعُرْفِيَّةُ الشَّرْعِيَّةُ: كَالصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ وَالْحَجِّ، تُرِكَّتْ مَعَانِيهَا اللُّغَوِيَّةُ بِمَعَانِيهَا الشَّرْعِيَّةِ (511).

(507) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص40، 44، 46، 47.

(508) ابن فارس، مجمل مقاييس اللغة، ج1، ص635؛ الأزهرى، تهذيب اللغة، ج3، ص83.

(509) التعريفات، ص146.

(510) ابن أمير حاج: أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد بن محمد المعروف ويقال له ابن الموقت الحنفي (ت: 879هـ)، التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، ط: 2، 1403هـ - 1983م، ج1، ص282.

(511) الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص296؛ آل تيمية، المسودة، ص124؛ وينظر: أوندر:

Hanefi Mezhebinde İstihsan Anlayışı Ve Uygulamması, s. 240-242.

ويتبين من التعريفات أن باب العادة واسع، يشمل كل متكرر من الأقوال والأفعال، سواء أكان صادراً عن الفرد أو الجماعة، أو كانت طبيعية ناشئة عن أصل طبيعي، أو وضعي (512).

## ثانياً: العرف للغة واصطلاحاً

والعرف في اللغة: عَرَفَ: عَرَفَتِ الشَّيْءَ مَعْرِفَةً وَعِرْفَانًا. وَأَمَرُ عَارِفٌ، مَعْرُوفٌ، عَرِيفٌ. وَالْعُرْفُ: الْمَعْرُوفُ. الْعُرْفُ: الرَّمْلُ الْمُرْتَفِعُ؛ وَالْعُرْفُ الْأَرْضُ: مَا ارْتَفَعَ مِنْهَا، وَالْجَمْعُ أَعْرَافٌ. وَأَعْرَافُ الرِّيَّاحِ وَالسَّحَابِ: أَوَائِلُهَا وَأَعَالِيهَا، وَاجْدُهَا عُرْفٌ. وَالْأَعْرَافُ: الْحَرْتُ الَّذِي يَكُونُ عَلَى الْفُلْجَانِ وَالْقَوَائِدِ، وَالْعُرْفُ: شَجَرُ الْأَنْزُجِ. وَالْعُرْفُ: النَّخْلُ إِذَا بَلَغَ الْإِطْعَامَ، وَقِيلَ: النَّخْلَةُ أَوَّلُ مَا تُطْعَمُ (513).

والعرف في الاصطلاح: عَرَفَ علماء الأصول العرف قديماً وحديثاً بتعاريف مختلفة - وإن كانت في مجملها متقاربة - وفيما يلي بعض التعريفات الاصطلاحية، وكما يلي:

1. عرفه الجرجاني في كتابه التعريفات بقوله: "العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباعة السليمة بالقبول" ووافقه النسفي، و ابن عابدين (514).

2. وعرفه مصطفى الزلمي: "ما تكرر استعماله من فعل أو قول حتى اكتسب صفة الاستقرار في النفوس والتقبل في العقول والرعاية في التصرفات" (515).

وقرر العلماء أن العرف والعادة أصل من أصول استنباط الأحكام الشرعية، لكونهما من قبيل الدلالة على الحكم، وأنه دليل حيث لا يوجد نص، فالعرف يكون معتبراً عند القاضي فيما يرفع إليه من الدعاوى إذا ما أصبحت العادة،

---

(512) أبي سنة: أحمد فهمي، العرف والعادة في رأي الفقهاء عرض نظرية التشريع الإسلامي، مطبعة الأزهر، القاهرة، 1947م، ص 10 وما بعدها.

(513) الفراهيدي، العين، ج 2، ص 121؛ ابن منظور، لسان العرب، ج 9، ص 243 و 242، الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص 836.  
(514) التعريفات، ص 149؛ أبي سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص 8، نقلاً عن عبد الله بن أحمد النسفي، في كتابه: المستصفي؛ ابن عابدين: محمد أمين أفندي، مجموعة رسائل ابن عابدين، بدون تاريخ ومكان الطبع، ج 2، ص 114.  
(515) الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسجه الجديد، ص 77؛ وينظر: زيدان، الوجيز، ص 252؛ الكبيسي، أصول الأحكام، ص 156؛ وينظر لتعريف العرف والعادة: أوندري:

أو العرف معهودة وجارية بين الناس بشروطها المذكورة، ومثال تطبيق العرف في الدخول إلى دور القضاء والولاية فقد جرى العرف أن يكون الدخول بواسطة الحاجب عند الدخول على القاضي والوالي فالمُحكَم في الدخول العرف<sup>(516)</sup>.

واختلف علماء الأصول في النسبة بينهما، صرح بالفرق بينهما شمس الدين الفناري علماً أنهما يدخلان بدلالة ترجيح المجاز على الحقيقة والتي حصرها مشايخ المذهب بخمسة أمور منها ما كان: "بدلالة العرف قولاً والعادة فعلاً"<sup>(517)</sup>؛ ومنهم من نظر على بيان طبيعة العلاقة بينهما من جهة العموم والخصوص المطلق، فمنهم من قال: العادة أعم مطلقاً وهو قول الطرابلسي وابن أمير الحاج والقرافي، ومنهم من قال: العرف أعم مطلقاً وهو قول ابن الهمام، والاتجاه السائد لدى فقهاء الشريعة هو التسوية بينهما وهو قول النسفي صاحب المستصفي ووافقه علي حيدر في شرحه للمجلة<sup>(518)</sup>.

ولهذا يمكن أن ننتفع من مسألة تحقق لنا تصوراً للعلاقة بين العادة والعرف وأثرها في القوانين، من خلال ما يلي:

1. يمكن أن يتحول هذا الفرق إلى فرق قانوني محرك لمفهوم السلطة داخل الدولة،

فكل ما تعلق بطرق الحكم داخل الدولة هو من قبيل العرف الملزم، ويطلق عليه:

"العرف الدستوري **Constitutional Custom**"، وهو عبارة عن: "مجموعة

القواعد الدستورية التي تتولد عن العادات والسوابق في ظل دستور دولة

معينة"<sup>(519)</sup>، فيقع بمثابة النص، وكل ما تعلق بحياة الناس فهو عادة فتحكم في ما

---

(516) ينظر: البياتي، القواعد الفقهية في القضاء، ج1، ص150 وما بعدها؛ علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص40، رقم المادة (36)، ج4، ص336؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص94-96؛ وينظر مؤيداً لما سبق: ابو المعالي الجويني، التلخيص في أصول الفقه، ج2، ص22؛ الآمدي، الأحكام في أصول الأحكام، ج1، ص126.

(517) الفناري، فصول البدائع، ج2، ص177.

(518) الزلمي، الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، ص77؛ ويؤيد هذا ما سبق من تعريفات، ينظر: أبي سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص13؛ علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص40، المادة برقم (36)، وقد اخذ بقول أن العرف بمعنى العادة؛ الباحثين، قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، ص49 وما بعدها؛ حسنين: الدكتور حسنين محمود، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، بحث: جامعة الإمارات العربية - كلية الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون حولية محكمة، العدد الثالث في ذي الحجة 1409هـ يوليو/ تموز 1989م، ص99.

(519) ينظر: مجّد شفيق العاني، الأنظمة السياسية والدستورية، ص197؛ عبد الوهاب الكيالي، موسوعة السياسية، ج4، ص98؛ توفيق بن عبد العزيز السديري، الإسلام والدستور، ص142.

يتعلق بمصالح الناس، فتقع بمثابة ما يفهم من النص، ولهذا فلا خلاف بين الأصوليين أن العادة القولية تخصص العام، نص عليه الغزالي وصاحب المعتمد والآمدي<sup>(520)</sup>.

2. لهذا جاز للعرف عند الحنفية أن يكون مخصصا للعام وخصوصا إن كان قولياً، وذلك إذا هجر الناس المعنى الحقيقي وأصبح المعنى المجازي الجديد مستعمل ومعروف يقدم على القديم<sup>(521)</sup>، لكونهما لا يجتمعان، وهناك قاعدة تضبط المسألة: "الْحَقِيقَةُ وَالْمَجَازُ لَا يَجْتَمِعَانِ فِي لَفْظٍ وَاحِدٍ"<sup>(522)</sup>، ولهذا صح أن العرف يخصص العموم إذا كان قولياً مثل ما جاء في المادة "3" من القانون الأساسي للدولة العثمانية<sup>(523)</sup>، وقد جاءت قاعدة تنص على ذلك وهي: "الْأَيْمَانُ مُبَيَّنَةٌ عَلَى الْعُرْفِ لَا عَلَى الْحَقَائِقِ اللَّغَوِيَّةِ"، ويضبطها: "لَمْ يَصِحَّ بِنَاءُ الْأَيْمَانِ عَلَى الْعُرْفِ إِلَّا عِنْدَ تَعَدُّرِ الْعَمَلِ بِحَقِيقَتِهِ اللَّغَوِيَّةِ"<sup>(524)</sup>، لكن العادة لا تخصص ومن هذا جاءت قاعدة: "العادة لا تخصص العموم"<sup>(525)</sup>، ويبين الإمام السرخسي المسألة بقوله: "المصير إلى المجاز لأجل الحاجة والضرورة فأما الأصل هو الحقيقة في كل لفظ لأنه موضوع له في الأصل ولهذا لا يعارض المجاز الحقيقة بالاتفاق حتى لا يصير اللفظ في المتردد بين الحقيقة والمجاز في حكم المُشْتَرَكِ"<sup>(526)</sup>.

(520) الأسنوي، نهاية السؤل، ص 217؛ علاء الدين المرادوي الحنبلي، التجميع شرح التحرير، ج 6، ص 2698؛ الشيخ خليل محي الدين الميسر، العرف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج 5، ص 2387.

(521) ابن أمير الحاج ابن الموقت، التقرير والتحرير على تحرير الكمال، ج 1، ص 282؛ أوندر:

Hanefi Mezhebinde İstihsan Anlayışı Ve Uygulamması, s. 247-248.

(522) السرخسي، أصول السرخسي، ج 1، ص 177؛ وقد أورد أبو المظفر السمعاني ضوابط تضبط الفرق بين الحقيقية والمجاز هي: "أحدهما أن الحقيقة والمجاز لا يدخلان في أسماء الألقاب ويدخلان في أسماء الاشتقاق.

والثاني أنه لا يخلو منهما كلام وضعه أهل اللغة لشيء فإن خلت اللغة من وضع لفظ لشيء خرج عن الحقيقة والمجاز.

والثالث ما ذكرنا فإنه لا يجوز أن يكون اللفظ مجازاً في شيء ولا يكون له حقيقة ويجوز أن يكون حقيقة في شيء ولا يكون له مجازاً عن غيره. والرابع أن الحقيقة مطردة والمجاز غير مطرد.

والخامس أن الحقيقة تتعدى والمجاز لا يتعدى لأنه إذا سمي الرجل أسود لسواده." أبو المظفر السمعاني، قواطع الأدلة، ج 1، ص 270.

(523) القانون الأساسي للدولة العثمانية، الصادر عام: عام 1293 هـ الموافق 1876 م، ص 4.

(524) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 83.

(525) القاضي ابو يعلى الفراء، العدة في أصول الفقه، ج 2، ص 593.

(526) السرخسي، أصول السرخسي، ج 1، ص 171.



3. العرف يمثل مصدرا مؤسسا للحكم يدرك من خلال رصد حياة الناس، فهو رصد لمجتمع، ولهذا ما يدون من قوانين يمثل عقدا اجتماعيا للدولة، وهذا مدون من خلال نصوص الفقهاء، وقد شهد عصر التنظيمات في الدولة العثمانية تدوين للأعراف المتعلق بالمجتمع، فتكون بمثابة عقد اجتماعي (Social Contract) موجه للحكم والحاكم والقضاء، وهذا الشكل من القوانين معتبر ومعروف في تدوين القوانين المتعلقة بالعرف في الدولة العثمانية وبشكل مبكر، وغالبا ما ارتبط بـ"مجلس شورى الدولة"<sup>(527)</sup>، وهذا النوع من التدوين لم تعرفه الدول الأوربية إلا بشكل متأخر بعد الثورة الفرنسية، ولهذا جاء كتاب جان جاك روسو وكتابه العقد الاجتماعي (Social Contract)<sup>(528)</sup>، وأما العادة فهي لم تدون في الغالب لكونها تتغير من مكان إلى آخر.

---

(527) أحمد أقي قندز، الوثائق تنطق بالحقائق، ص 429-432؛ وينظر: عبد الوهاب الكيالي، موسوعة السياسة، ج4، ص128.  
(528) حيث ارتبط هذا المصطلح بكتاب روسو لكونه أول من بين دلالاته ووضع لفظه. ينظر: عبد الوهاب الكيالي، المصدر السابق، ج4، ص128 وما بعدها.

## المبحث الثاني: اثر قاعدة العادة محكمة في تكوين السلطة القضائية، وتحرير مواد المجلة

لهذه القاعدة أثرها في السلطة القضائية من حيث ما يخص تنظيم القوانين وتريب المحاكم وبيان اختصاصها المكاني والنوعي.

ويظهر أثرها في قوانين الدولة العثمانية عموماً، وفي أحكام المجلة خصوصاً، وكما يلي:

1. وضعت الدولة العثمانية مؤشراً يدل على قدرت من يتولى الإدارة والقيادة من خلال نوع الوسام (نيشان) الذي تقلده من قبل مقام الخلافة فيها، مثل: "برنجي عثماني" عثماني أول، و "برنجي مجيدي" مجيدي أول، و"أيكنجي عثماني" عثماني ثانٍ، و "أيكنجي مجيدي" مجيدي ثاني، و"أوجنجي عثماني" عثماني ثالث، و"أوجنجي مجيدي" مجيدي ثالث، إلى أن يصل إلى مجيدي خامس، وهكذا<sup>(529)</sup>.

2. واثر العرف يظهر في قيام الدولة العثمانية بوضع دليل رسمي قانوني (سالنامه نظارت خارجية) يمثل عمل وزارة الخارجية على سبيل المثال، يبين الأعراف المتبعة في الدولة وما يجب أن يلتزم به في المخاطبات والزيارات الرسمية بين الدولة العثمانية وغيرها<sup>(530)</sup>.

3. إقرار وعقد الاتفاقيات الرسمية بين الدولة العثمانية وغيرها من الدول كان بحسب الأعراف الدولية في صياغة الاتفاقيات (پروتقول) آنذاك، مثل الاتفاقية بين الدولة العثمانية وأستراليا (المجر) عام 1909م وتعلقت بمسألة البوسنة والهرسك، وجاءت المادة الخامسة مؤكدة على أقرار القوانين القديمة والتي أقرت من قبل الخلافة العثمانية، ومع بلغارستان (بلغاريا) عام 1909م<sup>(531)</sup>.

---

(529) ينظر: سالنامه دولت عليه عثمانیه، آتشمش سکن نجی سنه، 1333-1334 سنهء مالیه، ص94 وما بعدها. ومثل ذلك: المیدلیات التي تعطى للشخص، والألقاب، فكلها لها دلالتها العرفية والمعنوية.

(530) دولة عليه عثمانیه، خارجية نظارت جلیله سنك سالنامه سیدر، خارجية نظارت جلیله سی سجل احوال مدیری ناظر زاده سعادت تلو حمدي بك افندیك نظارت مخصوصه سی آلتنده، ایکنجی دفعه اوله رق، بالترتیب (مطبعة عثمانیه) ده طبع اولنمشدر، 1306.

(531) دستور، ترتیب ثانی، قوانین ونظارات ومعاهدات ایله عمومیه عائد مقاولات وارادات سنیه محتویدر، جلد1، 24 جمادی الاخرة 1326-27 شوال 1327، 10 تموز 1324-29 تشرين اول 1325، عدلیه نظارتی احصائیات ومدونات قانونیه مدیریتی معرفتیه ترتیب ایدلشتر، در سعادت: مطبعهء عثمانیه، 1329، ص150، و174.

4. أما في مجلة الأحكام العدلية، فنجد اثر القاعدة في المادّة "188" وتخص المعروف في البيع: "الْبَيْعُ بِشَرْطِ مُتَعَارَفٍ: يَعْنِي الْعَرَفَ الْمَرْعِيَّ فِي عُرْفِ الْبَلَدِ صَحِيحٌ وَالشَّرْطُ مُعْتَبَرٌ فِي التَّعَاقُدِ"، وذلك لكون المعروف عُرْفًا كَالْمَشْرُوطِ شَرْطًا.

5. المادّة "230" وتخص المعروف في البلد: " كُلُّ مَا جَرَى عُرْفُ الْبَلَدَةِ عَلَى أَنَّهُ مِنْ مُسْتَمَلَاتِ الْمَبِيعِ يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ"، ولهذا جاءت قاعدة: المَعْرُوفُ بَيْنَ التُّجَّارِ كَالْمَشْرُوطِ بَيْنَهُمْ.

6. المادّة "233": "مَا لَا يَكُونُ مِنْ مُسْتَمَلَاتِ الْمَبِيعِ وَلَا هُوَ مِنْ تَوَابِعِهِ الْمُتَّصِلَةِ الْمُسْتَقَرَّةِ؛ أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي حُكْمِ جُزْءٍ مِنْ الْمَبِيعِ أَوْ لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ وَالْعُرْفُ بِبَيْعِهِ لَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ مَا لَمْ يُذَكَّرْ وَقَتَ الْبَيْعِ. أَمَّا مَا جَرَتْ عَادَةُ الْبَلَدِ وَالْعُرْفُ بِبَيْعِهِ تَبَعًا لِلْمَبِيعِ فَيَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ".

7. المادّة "244": "النُّفُودُ الَّتِي لَهَا أَجْزَاءٌ إِذَا جَرَى الْعَقْدُ عَلَى نَوْعٍ مِنْهَا كَانَ لِلْمُسْتَنْتَرِي أَنْ يُعْطِيَ الثَّمَنَ مِنْ أَجْزَاءِ ذَلِكَ النَّوْعِ لَكِنْ يَتَّبَعُ فِي هَذَا الْأَمْرِ عُرْفُ الْبَلَدَةِ وَالْعَادَةُ الْجَارِيَةُ".

8. المادّة "528" كما أنّه يَصِحُّ لِمَنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا بِدُونِ بَيَانِ كَوْنِهَا لِأَيِّ شَيْءٍ أَنْ يَسْكُنَهَا بِنَفْسِهِ كَذَلِكَ يَصِحُّ لَهُ أَنْ يَسْكُنَهَا غَيْرَهُ أَيْضًا وَلَهُ أَنْ يَضَعَ فِيهَا أَشْيَاءَهُ وَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ فِيهَا كُلَّ عَمَلٍ لَا يُورِثُ الْوَهْنَ وَالضَّرَرَ لِلْبِنَاءِ لَكِنْ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَفْعَلَ مَا يُورِثُ الضَّرَرَ وَالْوَهْنَ إِلَّا بِإِذْنِ صَاحِبِهَا وَأَمَّا بِخُصُوصِ رَبِطِ الدَّوَابِّ فَعُرْفُ الْبَلَدَةِ وَعَادَتُهَا مُعْتَبَرٌ وَمَرْعِيٌّ وَحُكْمُ الْحَاثُوتِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ.

9. المادّة "816" وفيها: "إِذَا كَانَتْ الْإِعَارَةُ مُطْلَقَةً أَيْ لَمْ يُقَيِّدْهَا الْمُعِيرُ بِزَمَانٍ أَوْ مَكَانٍ أَوْ بِنَوْعٍ مِنْ أَنْوَاعِ الْإِنْتِفَاعِ كَانَ لِلْمُسْتَعِيرِ اسْتِعْمَالَ الْعَارِيَّةِ فِي أَيِّ زَمَانٍ وَمَكَانٍ شَاءَ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يُرِيدُهُ لَكِنْ يُقَيِّدُ ذَلِكَ بِالْعُرْفِ وَالْعَادَةِ".

10. المادّة "1340" وجاء فيها: "إِذَا كَانَ مِنَ الْمَعْرُوفِ وَالْمُعْتَادِ بَيْنَ النَّاسِ التَّعَامُلُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ غَيْرِ الْمَسْكُوكَيْنِ فَيَكُونَانِ فِي حُكْمِ النُّفُودِ وَإِلَّا فَفِي حُكْمِ الْعُرُوضِ".

11. المادّة "1414" وفيها: "يَكُونُ الْمُضَارِبُ فِي الْمُضَارَبَةِ الْمُطْلَقَةِ مَأْذُونًا بِالْعَمَلِ فِي لَوَازِمِ الْمُضَارَبَةِ وَالْأَشْيَاءِ الَّتِي تَنْفَرِّغُ عَنْهَا بِمَجَرَّدِ عَقْدِ الْمُضَارَبَةِ، فَلِذَلِكَ لَهُ أَوَّلًا: شِرَاءُ الْمَالِ لِأَجْلِ

بِيعِهِ وَالرَّيْحِ مِنْهُ، لَكِنْ إِذَا اشْتَرَى مَالًا بِالْعَيْنِ الْفَاحِشِ يَكُونُ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ وَلَا يَدْخُلُ فِي حِسَابِ الْمُضَارَبَةِ، ثَانِيًا: لَهُ الْبَيْعُ سِوَاءَ كَانٍ بِالْتَّفَادِ أَوْ بِالنَّسِيئَةِ بِثَمَنٍ قَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ لَكِنْ لَهُ الْإِمْهَالُ لِلدَّرَجَةِ الْجَارِيِ الْعُرْفُ وَالْعَادَةُ فِيهَا بَيْنَ التُّجَّارِ. ثَالِثًا: لَهُ قَبُولُ الْحَوَالَةِ بِثَمَنِ الْمَالِ الَّذِي بَاعَهُ. رَابِعًا: لَهُ تَوْكِيلُ شَخْصٍ آخَرَ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ. خَامِسًا: لَهُ إِيدَاغُ مَالِ الْمُضَارَبَةِ وَالْبِضَاعَةِ وَالرَّهْنِ وَالْإِرْتِهَانِ وَالْإِيجَارِ وَالْإِسْتِئْجَارِ. سَادِسًا: لَهُ السَّفَرُ إِلَى بَلَدَةٍ أُخْرَى لِأَجْلِ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ".

12. الْمَادَّةُ "1415" وَتَنْصُ: "لَا يَكُونُ الْمُضَارِبُ فِي الْمُضَارَبَةِ مَأْذُونًا بِمُجَرَّدِ عَقْدِ الْمُضَارَبَةِ بِخَلْطِ مَالِ الْمُضَارَبَةِ بِمَالِهِ وَلَا بِإِعْطَائِهِ مُضَارَبَةً، لَكِنْ إِذَا كَانَ فِي بَلَدَةٍ مِنَ الْعَادَةِ فِيهَا أَنَّ الْمُضَارِبِينَ يَخْلُطُونَ مَالِ الْمُضَارَبَةِ بِمَالِهِمْ فَيَكُونُ الْمُضَارِبُ مَأْذُونًا بِذَلِكَ فِي الْمُضَارَبَةِ الْمُطْلَقَةِ أَيْضًا".

13. الْمَادَّةُ "1584": "الْإِفْرَارُ الْمَعْلُوقُ بِالشَّرْطِ بَاطِلٌ. وَلَكِنْ إِذَا عُقِقَ بِرَمَانٍ صَالِحٍ لِخُلُوقِ الْأَجَلِ فِي عُرْفِ النَّاسِ يُحْمَلُ عَلَى إِفْرَارِهِ بِالذَّيْنِ الْمُوجَلِ".

14. الْمَادَّةُ "1626": "إِذَا كَانَ الْمُدَّعَى بِهِ دَيْنًا يَلْزَمُ الْمُدَّعَى بَيَانُ جِنْسِهِ وَنَوْعِهِ وَوَصْفِهِ وَمِقْدَارِهِ مَثَلًا يَلْزَمُ أَنْ يُبَيِّنَ جِنْسَهُ بِقَوْلِهِ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً وَنَوْعَهُ بِقَوْلِهِ سِكَّةٌ عُمَانِيَّةٌ أَوْ سِكَّةٌ إِنْكَلِيزِيَّةٌ وَوَصْفَهُ بِقَوْلِهِ سِكَّةٌ خَالِصَةٌ أَوْ مَعْشُوشَةٌ مَعَ بَيَانِ مِقْدَارِهِ، وَلَكِنْ إِذَا ادَّعَى بِقَوْلِهِ كَذَا قِرْشًا عَلَى الْإِطْلَاقِ تَصِحُّ دَعْوَاهُ وَتُصْرَفُ عَلَى الْقُرُوشِ الْمَعْرُوفَةِ فِي عُرْفِ الْبَلَدَةِ وَإِذَا كَانَ الْمُتَعَارَفُ نَوْعِينَ مِنْ الْقُرُوشِ وَكَانَ اعْتِبَارُ وَرَوَاجُ أَحَدِهِمَا أَرْيَدَ تُصْرَفُ إِلَى الْأَدْنَى كَمَا أَنَّهُ إِذَا ادَّعَى بِقَوْلِهِ كَذَا عَدَدًا مِنْ الْبَشْلِكِ يُصْرَفُ فِي زَمَانِنَا إِلَى الْبَشْلِكِ الْأَسْوَدِ الَّذِي هُوَ مِنَ الْمَسْكُوكَاتِ الْمَعْشُوشَةِ" (532).

15. الْمَادَّةُ "1623" وَنَصُهَا: "إِذَا كَانَ الْمُدَّعَى بِهِ عَقَارًا يَلْزَمُ فِي الدَّعْوَى ذِكْرُ بَلَدِهِ وَقَرْيَتِهِ، أَوْ مَحَلَّتِهِ وَرُقَاقِهِ وَحُدُودِهِ الْأَرْبَعَةَ، أَوْ الثَّلَاثَةَ وَأَسْمَاءِ أَصْحَابِ حُدُودِهِ إِنْ كَانَ لَهَا أَصْحَابٌ مَعَ أَسْمَاءِ آبَائِهِمْ وَأَجْدَادِهِمْ لَكِنْ يَكْفِي ذِكْرُ اسْمِ شَهْرَةِ الرَّجُلِ الْمَعْرُوفِ وَالْمَشْهُورِ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى ذِكْرِ اسْمِ أَبِيهِ وَجَدِّهِ كَذَلِكَ لَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ حُدُودِ الْعَقَارِ إِذَا كَانَ مُسْتَعْنِيًّا عَنِ التَّحْدِيدِ لِشَهْرَتِهِ وَأَيْضًا إِذَا ادَّعَى الْمُدَّعَى بِقَوْلِهِ: إِنَّ الْعَقَارَ الْمَحْرَرَةَ حُدُودُهُ فِي هَذَا السَّنَدِ هُوَ مَلِكِي تَصِحُّ دَعْوَاهُ" (533).

(532) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص145 و190 وما بعدها و192 و206 و548، وج2، ص335، وج3، ص329 و408 و410، وج4، ص79 و181.

(533) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص181.

وهناك مواد أخرى لقاعدة العادة محكمة له الأثر في إقرارها، هي: المادّة "251" وتعلقت  
بجريان العرف على البيع المطلق مَوْجَلًا، والمادّة "291" وهي حول مَا يُبَاعُ مَحْمُولًا عَلَى الْحَيَوَانِ  
أُجْرَةٌ نَقْلِهِ حَسَبَ عُرْفِ الْبُلْدَةِ وَعَادَتِهَا، و"353" وتعلقت ببيع المبيع قَبْلَ قَبْضِهِ إِنْ كَانَ عَقَارًا،  
والمادّة "354" والمتعلقة بتحديد العرف والعادة نسبة ما يدخله الفساد في أصل عقده يجوز رد  
المبيع، والمادّة "495" المتعلقة بمدة استجار عامل فيوكل تحديها للعرف في تعيين مدة عمل  
العامل، و"527" والمتعلقة باعتبار العرف في استئجار الدار وَالْحَاثُوتِ، و"541" و"554"  
و"555" و"557" وجاءوا لبيان اعتبار العرف في استجار واستكراء ومحل ضرب الدابة بما هو  
معتاد من حيث تعيينها وما يحمل عليها، و"569" وجاءت لبيان أجره التعليم أن لم تعين فيكون  
العرف معتبرا بها، و"574" وجاءت لبيان أن كل ما تعلق بتوابع العمل وَلَمْ يُشْتَرَطْ عَلَى الْأَجِيرِ  
يُعْتَبَرُ فِيهِ عُرْفُ الْبُلْدَةِ وَعَادَتُهَا، فالعرف فيه حاكم، مثل كون الخيط على الخياط، ومثلها إطعام  
الأجير إذا اقتضاه العرف كما في المادة "576"، وجاءت المادة "622" لبيان ألفاظ الكفالة بأنها  
متعلقة بالعرف، و كذلك تحدي الوقت المحدد لإرجاع العارية كما في المادة "826"، وكذلك المادة  
"829" وجاءت لبيان المكان الذي يتم فيه تسليم العارية يتقيد بالعرف، وجاءت المادة "876" لبيان  
الْهَدَايَا الَّتِي تَأْتِي فِي الْخِثَانِ أَوْ الرِّقَافِ تحدد بالعرف، وجاءت المادة "1339" لبيان أن الْمَسْكُوكَاتِ  
النَّحَاسِيَّةِ الرَّائِجَةُ مَعْدُودَةٌ عُرْفًا مِنَ النُّقُودِ (534).

---

(534) ينظر: علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص212، و246، و331، و516، و583، و548، و568، و581،  
و583، و597، و602، و576، و667 وما بعدها، ج2، ص356، و358، و461، ج3، ص329؛ هواديني، جامع الأدلة، ص23.

## المبحث الثالث: القواعد المؤيدة لقاعدة العادة مُحَكَّمَةٌ وأثرها في تكوين السلطة القضائية، وتحريم

### مواد المجلة

1. قاعدة: "المَعْرُوفُ عُرْفًا كَالْمَشْرُوطِ شَرْطًا"<sup>(535)</sup>، ومن صيغها: و"المَعْرُوفُ عُرْفًا كَالْمَشْرُوطِ شَرْعًا"<sup>(536)</sup>، "العُرْفُ كَالشَّرْطِ"<sup>(537)</sup>، و"المعروف كالمشروط"<sup>(538)</sup>، و"المَعْلُومُ بِالْعُرْفِ كَالْمَعْلُومِ بِالشَّرْطِ"<sup>(539)</sup>.

أي أن الأمور المعتادة بين الناس والمعروفة بينهم في المعاملات تعتبر كأنها مشروطة عند إجرائها، فإذا جرى العقد مثلاً على شيء وكانت هناك أمور تعتبر من لوازم العقد على أحد الطرفين حسب العدة، كانت تلك الأمور كالمشروطة صراحة في العقد كان يجب القيام بها<sup>(540)</sup>؛ واثراً هذه القاعدة يظهر من خلال تشريع القوانين المتعلقة بالعرف من قبل الدولة العثمانية وبشكل مبكر، وهذه القوانين لا تعارض الشرع بل تخضع لحكمه<sup>(541)</sup>؛ كما يظهر أثر هذه القاعدة في المجلة يظهر في المادة "472" وتخص استعمل مال الغيره بدون عقد<sup>(542)</sup>.

---

(535) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص46، رقم المادة (43)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص105

(42)؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص130؛ الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ج4، ص206.

(536) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص84؛ بد الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج13، ص478، القاعدة مروية عن أبي يوسف.

(537) أبو الوليد ابن رشد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، ج4، ص247، ج7، ص273؛ القرابي، الذخير،

ج6، ص213؛ أبو الحسين العمراني اليمني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج8، ص132.

(538) برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، ج7، ص630.

(539) السرخسي، المبسوط، ج15، ص90.

(540) القاضي شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص105 وما بعدها.

(541) ينظر: أكمل الدين إحسان أوغلو، الدولة العثمانية تاريخ وحضارة، ج1، ص445. وهناك من يدعي أن هذه القوانين شرعت بمعزل عن

أقرار دائرة علماء الشريعة، لكون أن هناك شكلان من القانونين: أحدهما القانون الشرعي، والثاني: القانون العرفي، واجد هذه الفرق ناتج لبيان

دلالة ما يستند عليه ذات القانون، فإذا استند على اجتهاد له اصل من مفهوم نص كان قانوناً شرعياً، أما إذا استند إلى مصلحة مرسله راجحة

تستند إلى قاعدة شرعية اعترفتها العقول كان قانوناً عرفياً، ولهذا فإن التغيرات في القانون العرفي يكون أكثر من التغير في القانون الشرعي، والله

اعلم. ينظر المصدر نفسه: ج1، ص435-452.

(542) ينظر: هواديني، جامع الأدلة، ص24، المادة (36) هي: العادة محكمة.

2. قاعدة: "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"<sup>(543)</sup>، ومن صيغها: "المعارف بين التجار كالمشروط"<sup>(544)</sup>.

وهي مثل المادة السابقة، وقال منير القاضي: "هذه القاعدة داخلة في مفهوم القاعدة السابقة دخول الخاص تحت العام، فإن القاعدة السابقة تبحث في المعروف بين التجار، فالمعروف بين التجار في معاملاتهم التجارية هو كالمشروط بينهم، فيلزم اعتباره ولو لم يشترط عند إجراء المعاملات"<sup>(545)</sup>؛ ويظهر اثر هذه القاعدة في المجلة في المادة "251" المتعلقة بسداد نقد البيع المطلق بإعطاء جميع الثمن أو بعض معين واثر العرف فيه، و"527" المتعلق باستئجار الدار والخائوت بدون بيان كونه لأي شيء، و"551" الخاصة باستئجار الدابة، و"555" الخاصة بستكراء الدابة<sup>(546)</sup>، والمادة "996" الخاصة باستفرض السفية المحجور ذراهم وصرفها في نفعته فإن كان صرفه إياها بأقدر المعروف، يؤديها الحاكم من ملك السفية؛ والمادة "1339" و"1340" المتعلقة بالنقود من النحاس والذهب والفضة<sup>(547)</sup>؛ والمادة "1498" الخاصة بتصرف الوكيل في مال موكله مع إلزامه بالعرف<sup>(548)</sup>، ولهذا لو قال الموكّل: اشتر لي لبنًا، ولم يصرخ بكونه أي لبن يحمل على اللبن المعروف في البلدة هذا ما أوردته المادة "1473"<sup>(549)</sup>.

3. قاعدة: "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"<sup>(550)</sup>، ومن صيغها: "الثابت بالعرف كالثابت بالنص"<sup>(551)</sup>، وأضاف السرخسي لفظ "الدلالة" قائلا: "الثابت بدلالة العرف كالثابت بدلالة

---

(543) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص47، رقم المادة (44)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص106، رقم (43).

(544) ابن عابدين، رد المختار، ج4، ص537.

(545) القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص106، رقم (43)؛ وينظر حول هذا المفهوم: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص47، رقم المادة (44)؛ الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقها في المذهب، ج1، ص351.

(546) مجلة الأحكام، ص51، و99، و103؛ وينظر: هواديني، جامع الأدلة، ص24.

(547) ينظر: مجلة الأحكام العدلية، ص192، و256.

(548) ينظر: هواديني، جامع الأدلة، ص24.

(549) ينظر: مجلة الأحكام العدلية، ص278.

(550) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص47، رقم المادة (45)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص107، رقم (44)؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص131؛ الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقها في المذهب، ج1، ص349.

(551) السرخسي، المسوط، ج19، ص41؛ العيني، البناية شرح الهداية، ج9، ص238؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج8، ص32.

النَّصِّ" (552)، "وَالْمَعْرُوفُ بِالْعُرْفِ كَالْمَشْرُوطِ بِاللَّفْظِ" (553)، ويؤيدها: "الشرط العرفي كاللفظي" (554)، و"الْمَعْلُومَ بِالْعُرْفِ كَالْمَعْلُومَ بِالنَّصِّ" (555)، و"الْمَعْلُومَ بِالْعُرْفِ كَالْمَعْلُومَ بِالشَّرْطِ"، وضابط هذه القاعدة قاعدة "الْعُرْفُ لَا يُعَارِضُ النَّصَّ" (556).

أي أن التخصيص عرفاً كالتخصيص نصاً، فإذا كان العرف يخص بعض التصرفات بشيء وجب مراعاة هذا التخصيص في المعاملات كما لو نص على هذا التخصيص عند إجراء المعاملات (557)؛ ويظهر اثر هذه القاعدة في المادّة "233" فِيمَا كَانَ الْعُرْفُ وَالْعَادَةُ فِيهَا أَنْ تُبَاعَ تَبَعًا فَهَذِهِ تَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ مِثْلَ لِحَامِ دَابَّةِ الرُّكُوبِ وَخِطَامِ الْبَعِيرِ، وَالْمَادَّةُ "244" المتعلق بعرف النفود المستعملة في البلد، و المادّة "816" الخاصة بتقييد الإغارة المطلقة بالعرف والعادة (558).

4. قاعدة: "إِنَّمَا تُعْتَبَرُ الْعَادَةُ إِذَا اطَّرَدَتْ أَوْ غَلَبَتْ" (559)، ومن صيغها: "إِنَّمَا تُعْتَبَرُ الْعَادَةُ إِذَا اطَّرَدَتْ، فَإِنْ اضْطَرَبَتْ فَلَا" (560)، ويؤيدها: "الْعَادَةُ إِذَا اطَّرَدَتْ يَنْزِلُ اللَّفْظُ فِي الْعُقُودِ عَلَيْهَا، وَإِذَا اضْطَرَبَتْ لَمْ تُعْتَبَرْ وَوَجِبَ الْبَيَانُ" (561)، و"مقتضى العادة المطردة إذا اقترن بالعقد نزل منزلة الشرط المصرح به" (562)، و"الرُّجُوعُ إِلَى الْعَادَةِ فَإِنْ اضْطَرَبَتْ، وَجِبَ الْبَيَانُ" (563).

(552) السرخسي، المبسوط، ج4، ص227.

(553) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص47.

(554) ابن مفلح: مُجَدُّ بْنُ مَفْلَحِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ مَفْرَجِ، أَبُو عَبْدِ اللَّهِ، شَمْسُ الدِّينِ الْمُقَدَّسِيُّ الرَّامِزِيُّ ثُمَّ الصَّالِحِيُّ الْحَنْبَلِيُّ (ت: 763هـ)، كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة بيروت 2003م، ج8، ص262؛ وله: المبدع في شرح المقنع، ج6، ص149؛ ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج5، ص94.

(555) الزيلعي، تبين الحقائق، ج4، ص5.

(556) السرخسي، المبسوط، ج15، ص90، ج12، ص142.

(557) القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص106.

(558) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج2، ص335؛ هواديني، جامع الأدلة، ص24.

(559) ينظر: الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص299؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص46، رقم المادة (41)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص105 برقم (40)؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص129.

(560) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص92.

(561) الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، ج2، ص261.

(562) إمام الحرمين الجويني، نهاية المطلب، ج5، ص142.

(563) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج5، ص209.



قال الزركشي مبيّننا لهذه القاعدة "العادة إذا اطردت ينزل اللفظ في العقود عليها، وإذا اضطربت لم تُعتبر ووجب البيان، وإذا تعارضت الظنون في اعتبارها فخلافت" (564)، وقال القاضي شارحا لها "أي أن العادة المعتبرة في القواعد الأنفة الذكر هي المطردة التي لا تتخلف أبداً أو الغالبة التي قد تتخلف قليلاً. أما العادة المغلوبة فلا عبرة بها، فلا تكون حجة للعمل بها، ولا تكون حكماً يرجع إليها عند المنازعات، ولا تترك الحقيقة بها، ولا تعتبر الأحكام بتغيرها" (565).

5. قاعدة: "العبرة للغالب الشائع لا للنادر" (566)، ومن صيغها: "العبرة للغالب لا للشاذ" (567)، و"النادر تبعاً للغالب" (568)، ويؤيدها قاعدة: "يؤخذ بالغالب" (569).

الشائع هو الأمر الذي يصبح معلوماً للناس ودائماً بينهم، أي أن المعتبر في بناء الأحكام على العادة هو النظر إلى الأحوال الشائعة الغالبة الوقوع ولا ينظر فيها إلى الأحوال النادرة الوقوع. فالأحكام لا تبني على حالة نادرة لأن النادر والمغلوب تابع للغالب (570)، وكلا القاعدتين السابقتين تشترك من حيث الدلالة مع القاعدة الأم، قاعدة "العادة محكمة" (571)، ولهذا نجد أن حق المرور ثبت في المادة "142"، وحق الشرب ثبت في المادة "143"، حق المسيل ثبت في المادة "144"، ثبتوا بدلالة الشائع، وكذلك المادة "1340" المتعلقة بالنفود التي غلب التعامل معها (572).

- 
- (564) الزركشي، المنشور في القواعد الزركشي، ج2، ص361؛ وذهب إلى ذلك السيوطي، الأشباه والنظائر، ص92.
- (565) القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص105.
- (566) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص45، رقم المادة (42)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص104 برقم (41)؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص129.
- (567) ابن الهمام، فتح القدير، ج4، ص119؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، ص9.
- (568) القرابي، الفروق، ج2، ص125.
- (569) ابن الدهان، تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة، ج2، ص56.
- (570) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص45، رقم المادة (42)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص104 برقم (41)؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص129.
- (571) ينظر: هواديني، جامع الأدلة، ص24.
- (572) مجلة الأحكام، ص22، و256.

6. قاعدة: "الْحَقِيقَةُ تُتْرَكُ بِدَلَالَةِ الْعَادَةِ"<sup>(573)</sup>، و"النَّابِتُ بِالْعُرْفِ ظَاهِرًا بِمَنْزِلَةِ الْحَقِيقَةِ"<sup>(574)</sup>، ويؤيدها: "الْحَقِيقَةُ تَنْتَفِي بِإِنْتِفَاءِ جُزْئِهَا"<sup>(575)</sup>، و"الْمَاهِيَّةُ الْمُرَكَّبَةُ تَنْتَفِي بِإِنْتِفَاءِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَائِهَا"<sup>(576)</sup>، وذلك لعدم أنطبق الحقيقة إلى كل أجزائها فلا يحتج بها، و مثلها قاعدة: "الْمَاهِيَّةُ الْمُرَكَّبَةُ كَمَا تَعْدَمُ لِعَدَمِ كُلِّ أَجْزَائِهَا، تَعْدَمُ بِعَدَمِ بَعْضِ أَجْزَائِهَا"<sup>(577)</sup>.

إذ لَيْسَتْ الْعَادَةُ إِلَّا عُرْفًا عَمَلِيًّا<sup>(578)</sup>، أي العادة قد تكون هي القرينة المانعة عن إرادة المعنى الحقيقي، فيذهب حينئذ إلى المعنى المجازي ويترك المعنى الحقيقي<sup>(579)</sup>، ولهذا لا يَجُوزُ الْجُمُوعُ فِي لَفْظٍ وَاحِدٍ بَيْنَ الْمَعْنَى الْحَقِيقِيِّ وَالْمَجَازِيِّ فِي الْإِرَادَةِ عِنْدَ جُمْهُورِ الْأَصُولِيِّينَ<sup>(580)</sup>.

7. قاعدة: "الْمُمْتَنِعُ عَادَةً كَالْمُمْتَنِعِ حَقِيقَةً"<sup>(581)</sup>، ومن صيغها: "الْمُسْتَحِيلُ عَادَةً يُلْحَقُ بِالْمُسْتَحِيلِ حَقِيقَةً"<sup>(582)</sup>، ويؤيدها: "الْمُسْتَحِيلُ الْعَادِي كَالْمُسْتَحِيلِ الْعَقْلِيِّ"<sup>(583)</sup>، وكذلك قاعدة: "الْمُكَذَّبُ عَادَةً كَالْمُكَذَّبِ حَقِيقَةً"<sup>(584)</sup>.

أي ما كان حسب العادة، من الأمور الممتنع وقوعها، فإنه يعتبر بحكم الممتنع في نفس الأمر والواقع، أي بحكم المستحيل، وتكون العادة هي المعول ليها في الحكم، ولا ينظر فيه إلى

---

(573) الكمال ابن الهمام، فتح القدير، ج3، ص314؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص45، رقم المادة (40)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص101 برقم (39)؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص129.  
(574) السرخسي، أصول السرخسي، ج1، ص218، وج2، ص218؛ البردوي، كشف الأسرار، ج2، ص165.  
(575) القرابي، الفروق، ج1، ص58.  
(576) الزركشي، البحر المحيط، ج3، ص26؛ وينظر: أبو عبد الله السَّمَلَالِي، رَفْعُ النَّقَابِ عَنِ تَنْقِيحِ الشَّهَابِ، ج2، ص521.  
(577) القرابي، الفروق، ج2، ص82.  
(578) الكمال ابن الهمام، فتح القدير، ج3، ص314؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، ص348؛ ابن عبيد، رد المختار، ج3، ص772.

(579) منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص101.  
(580) البردوي، كشف الأسرار، ج2، ص77؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج18، ص51.  
(581) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص43، رقم المادة (38)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص98 برقم (37)؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص126؛ شيخي زاده، مجمع الأنهر، ج2، ص294؛ البرنو، الوجيز في قواعد الكتاب العزيز، ص213.

(582) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص12، ج4، ص84؛ ابن نجيم، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج3، ص136.

(583) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج7، ص227.

(584) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج2، ص260.

الإمكان العقلي<sup>(585)</sup>؛ ويظهر أثر هذه القاعدة في المواد "1577" وتخص بعدم صحة إقرار الصغير بالبلوغ وذلك لمخالفة العادة، و"1733" وفيها أن التواتر أقوى من البيينة، و"1697" وتخص عدم قبول البيينة التي أُقيمت على خلاف المحسوس، و"1698" وفيها لا تُقبل البيينة التي أُقيمت على خلاف التواتر<sup>(586)</sup>.

8. "مَا لَا حَدَّ لَهُ فِي الشَّرْعِ وَلَا فِي اللُّغَةِ يُرْجَعُ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ"<sup>(587)</sup>، "كُلُّ مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ مُطْلَقًا بِلَا ضَابِطٍ لَهُ مِنْهُ وَلَا مِنَ اللُّغَةِ يُرْجَعُ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ"<sup>(588)</sup>، ويؤيدها: "الْعُرْفُ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي مُحَاوَرَاتِ النَّاسِ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ لِلدَّلَالَةِ عَلَى غَرَضِهِمْ"<sup>(589)</sup>، وهذه القاعدة هي بمثابة ضابط يحتكم إليها في الأحكام القضائية، وعليه جاءت قاعدة: "كل متكلم: يشترط في حمل لفظه على العادة مقارنة تلك العادة لتلفظه"<sup>(590)</sup>، وكذلك قاعدة "الْعُرْفُ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ عِنْدَ عَدَمِ التَّصْرِيحِ بِخِلَافِهِ"<sup>(591)</sup>، فهي ضابط آخر؛ وذلك لأن مدار اللغة على العرف، وبين السبكي ذلك قائلا: "وهذا صريح في تقديم اللغة على العرف وعند الأصوليين أن العرف مقدم على اللغة"<sup>(592)</sup>، وقال السيوطي حول الأيمان: "مَا اخْتَارَهُ النَّوَوِيُّ وَغَيْرُهُ، وَقَالُوا فِي الْأَيْمَانِ: أَنَّهَا تُبْنَى أَوَّلًا عَلَى اللُّغَةِ، ثُمَّ عَلَى الْعُرْفِ"<sup>(593)</sup>، وفي القضاء وجب على القاضي أن يقضي بالأيمان بناء على العرف، ويؤيد هذا قاعدة ذكرها ابن نجيم قائلا: "أَمْ يَصِحُّ بِنَاءُ الْأَيْمَانِ عَلَى الْعُرْفِ إِلَّا عِنْدَ تَعَدُّرِ الْعَمَلِ بِحَقِيقَتِهِ اللُّغَوِيَّةِ"<sup>(594)</sup>.

---

(585) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص43؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص98 وما بعدها.  
(586) ينظر: هواديني، جامع الأدلة، ص24.  
(587) الزركشي، البحر المحيط، ج5، ص86؛ القرابي، الفروق، ج1، ص190.  
(588) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص98.  
(589) الكساني، بدائع الصنائع، ج1، ص262 وما بعدها؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج2، ص60؛ ابن عابدين، منحة الخالق، ج2، ص158.  
(590) القرابي، نفائس الأصول، ج3، ص1090.  
(591) السرخسي، المبسوط، ج4، ص227، وج14، ص136، وجاء نصها "الْعُرْفُ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِيمَا لَا نَصَّ بِخِلَافِهِ".  
(592) السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص51.  
(593) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص98.  
(594) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص83.

ومعنى ذلك أن كل شيء جاء به الشرع مطلقاً من غير تحديد، أو تقدير وليس له ضابط يحمل عليه، شرعي، أو لغوي فالحكم فيه هو العرف رعاية لمصالح الناس وتيسيراً لهم، ولهذا كان العرف معتبر في القضاء<sup>(595)</sup>.

9. قاعدة: "العرف الذي تحمّل عليه الألفاظ، إنّما هو المُقَارَنُ السَّابِقُ دُونَ الْمُتَأَخَّرِ"<sup>(596)</sup>، ومن صيغها: "الأصل عدَمُ العُرفِ الطَّارِئِ وَبَقَاءُ الوَضْعِ الأَصْلِيِّ بِحَالِهِ"<sup>(597)</sup>، "العرف الطارئ لا يعمل به إذا خالف عرفاً سبقه"<sup>(598)</sup>، و"العرف الطارئ لا ينسخ القديم"<sup>(599)</sup>؛ وهناك قاعدة ظاهرها أنها تخالف ما سبق ونصها: "العرف الطارئ يُقدِّمُ عَلَى العُرفِ الأَقْدِيمِ"<sup>(600)</sup>، وهنا معيار ترجيح العرف الطارئ يقوم على الأخذ بزمن وروده، فيقدم على عرف قديم لا يعمل به ولكن لا ينسخ ما ترتب عليه من حكم، وأما لفظ "المُقَارَنُ السَّابِقُ": أي السَّابِقُ لَوْفَتِ اللَّفْظِ، وَاسْتَقَرَّ حَتَّى صَارَ فِي وَفْتِ المَلْفُوظِ بِهِ، وَأَمَّا المُقَارَنُ الطَّارِئُ فَلَا أَنْزَ لَهُ، وَلَا يَنْزَلُ عَلَيْهِ اللَّفْظُ السَّابِقُ، وَبِهَذَا التَّفْهِيمُ يَنْدَفِعُ مَا عَسَاهُ يُقَالُ: كَيْفَ يَكُونُ العُرفُ مُقَارَنًا سَابِقًا وَسَقَطًا؟ قِيلَ: الظَّاهِرُ أَوْ السَّابِقُ وَسَقَطَتْ أَوْ سَهَوَا<sup>(601)</sup>، وعليه فيجوز استئناف الحكم ونقضه لوجود عرفاً لم يكن معتبراً ساعة النطق بالحكم.

10. قاعدة: "لَا يُنْكَرُ تَغْيِيرُ الأَحْكَامِ بِتَغْيِيرِ الأَزْمَانِ"<sup>(602)</sup>، ومن صيغها: "الأحكام تتغيّر بتغيّر الزّمان بل باختلاف الصّورة الحادثة"<sup>(603)</sup>، و"القول بالمصالح المرسلّة"<sup>(604)</sup> يؤدي إلى اختلاف الأحكام

(595) عبد الغفور البياتي، القواعد الفقهية في القضاء، ج1، ص151 و158.

(596) الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ج2، ص394؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص96؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص86؛ الحموي،

غمز عيون البصائر، ج1، ص311؛ الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقها في المذهب، ج1، ص312.

(597) الأمدى، الأحكام في أصول الأحكام، ج2، ص144 و250؛ .

(598) الرملي، حماية المحتاج، ج5، ص257؛ البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح المنهاج، ج3، ص160.

(599) الجمل، حاشية الجمل على منهج الطلاب، ج3، ص527.

(600) الجمل، المصدر السابق، ج3، ص527؛ البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح المنهاج، ج4، ص329.

(601) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص96؛ الحموي، غمز عيون البصائر، ج1، ص311؛ الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقها في المذهب،

ج1، ص312.

(602) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص43، رقم المادة (39)؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص99 برقم

(38)؛ رشيد باشا، روح المجلة، برنجي جلد، ص127؛ الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج1، ص140.

(603) الزركشي، البحر المحيط، ج1، ص220.

الشرعية تبعاً لاختلاف الزمان والمكان والأشخاص"<sup>(605)</sup>، ويؤيدها: "اِخْتِلَافُ الْأَصُولِ يُنَاسِبُ اِخْتِلَافَ الْأَحْكَامِ"<sup>(606)</sup>، و"اِخْتِلَافُ الْأَسْبَابِ يُوجِبُ اِخْتِلَافَ الْأَحْكَامِ"<sup>(607)</sup>، و"اِخْتِلَافُ الْأَحْكَامِ"<sup>(609)</sup>، عَلَى الْحَقَائِقِ بِاِخْتِلَافِ جِهَاتِهَا"<sup>(608)</sup>، و"اختلاف الدارين يوجب اختلاف الأحكام"<sup>(609)</sup>، ويضبطها قواعد منها: "النَّسْخُ لَا يَكُونُ فِي الْكُلِّيَّاتِ"<sup>(610)</sup>، والنسخ هنا مفهومه إبطال الحكم وليس المقصود منها النسخ في زمن النبوة، ومثلها "النسخ لا يكون إلا بجنسه"<sup>(611)</sup>، ولهذا يجب أن يتفق الحكم الناسخ لحكم أخرى من حيث جنسه، وإن اختلفا من حيث نوعهما لكون أحدهما يخالف الآخر حكماً.

فَالْأَحْكَامُ الَّتِي تَتَغَيَّرُ بِتَغْيِيرِ الْأَزْمَانِ هِيَ الْأَحْكَامُ الْمُسْتَنَدَةُ عَلَى الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ؛ لِأَنَّهُ بِتَغْيِيرِ الْأَزْمَانِ تَتَغَيَّرُ اِحْتِيَاجَاتُ النَّاسِ، وَبِنَاءٍ عَلَى هَذَا التَّغْيِيرِ يَتَبَدَّلُ أَيْضًا الْعُرْفُ وَالْعَادَةُ، وَبِتَغْيِيرِ الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ تَتَغَيَّرُ الْأَحْكَامُ حَسَبَمَا حَاجَتَا، بِخِلَافِ الْأَحْكَامِ الْمُسْتَنَدَةِ عَلَى الْأَدِلَّةِ الشَّرْعِيَّةِ الَّتِي لَمْ تُبْنِ عَلَى الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ فَإِنَّهَا لَا تَتَغَيَّرُ"<sup>(612)</sup>؛ ويظهر أثر هذه القاعدة في المادّة "596" المتعلقة بالبيوت القديمة<sup>(613)</sup>، والمادّة "1786" الخاصة ببيان وظيفة القضاء، وهذه القاعدة لها أهميتها حيث أنها ذكرتها في تقريرها مسائل<sup>(614)</sup>.

---

(604) وقد أخذ الحنفية بالمصلحة في بعض المسائل، حيث بنوا كثيراً من فروع المسائل المدرجة تحت مبحث الاستحسان على المصلحة، مثل دفع الزكاة لبني هاشم وتضمنين الصناعات وغيرها، ينظر: أوندري:

Hanefi Mezhebinde İstihsan Anlayışı Ve Uygulanması, s. 286-292.

(605) الزركشي، تشنيف المسامع بجمع الجوامع، ج3، ص53.

(606) الغزالي، المستصفى، ص382.

(607) برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، ج1، ص420؛ الزركشي، البحر المحيط، ج5، ص17؛ القراني، نفايس الأصول، ج5، ص2172؛ وله: شرح تنقيح الأصول، ص266، وقد ذكر القاعدة بلفظ: "الأصل في اختلاف الأسباب اختلاف الأحكام".

(608) أبو الربيع الطوسي، شرح مختصر الروضة، ج1، ص118.

(609) السبكي، الأشباه والنظائر، ج2، ص299.

(610) الشاطبي، الموقوفات، ج3، ص338.

(611) الزركشي، تشنيف المسامع بجمع الجوامع، ج2، ص870.

(612) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص43؛ القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص99.

(613) مجلة الأحكام العدلية، ص20؛ وينظر: هواديني، جامع الأدلة، ص24.

(614) هواديني، جامع الأدلة، ص24.

11. قاعدة: "الْعُرْفُ الشَّرْعِيُّ مُقَدَّمٌ عَلَى الْعُرْفِ الْعَامِّ"<sup>(615)</sup>، و"الْعُرْفُ الْعَامُّ مُقَدَّمٌ عَلَى الْعُرْفِ الْخَاصِّ"<sup>(616)</sup>، و"الْعُرْفُ الْخَاصُّ يُنَزَّلُ فِي التَّأْثِيرِ فِي أَهْلِهِ مَنْزِلَةً الْعُرْفِ الْعَامِّ"<sup>(617)</sup>، وأثرها يظهر في المادّة "230" والمتعلقة بالعقود فكلُّ مَا جَرَى عُرْفُ الْبَلَدَةِ عَلَى أَنَّهُ مِنْ مُشْتَمَلَاتِ الْمَبِيعِ يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ، وكذلك المادة "291" المتعلقة بما بيع على ظهر الحيوان فاجرة نقل المبيع بحسب عرف البلد<sup>(618)</sup>، وقاعدة: "العرف الخاص مقدم على اللغة"<sup>(619)</sup>، وأثرها يظهر في المجلة في المادّة "170" الخاصة بانعقاد البيع بصيغة المضارع إذا أريدَ بِهَا الْحَالُ أما إذا أريدَ بِهَا الْإِسْتِقْبَالُ فَلَا يَنْعَقِدُ"<sup>(620)</sup>، ومن صيغها: "الْعُرْفُ قَاضٍ عَلَى اللَّغَةِ"<sup>(621)</sup>، ويضبطها: "لفظ الشارع يحمل على المعنى الشرعي ثم العرفي ثم اللغوي"<sup>(622)</sup>، و"العرف قاض"<sup>(623)</sup>، وأثرها يظهر في المادّة "188" والتي تخص البئع بشرط متعارف في عرف البلد صَحِيحٌ وَالشَّرْطُ مُعْتَبَرٌ"<sup>(624)</sup>، و"الْعُرْفُ قَاضٍ عَلَى الْقِيَاسِ"<sup>(625)</sup>، وأورد القرافي ضابطا للعرف الخاص، قائلا: "الْعُرْفُ الْخَاصُّ فَإِنْ كَانَ مَحْصُورًا لَمْ تُؤْتَرِ مُعَارَضَتُهُ لِلْعُرْفِ الْعَامِّ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَحْصُورٍ أُعْتَبِرَ وَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الْعَامِّ"<sup>(626)</sup>؛ وكذلك قاعدة: "مَا تَبَيَّنَ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَغَيْرُهُ لَا يُقَاسُ عَلَيْهِ" وهي المادة "15" فتكون ضابطا له فلا يقاس على العرف المخالف للقياس<sup>(627)</sup>.

(615) ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج 10، ص 48.

(616) حاشية الشربيني على، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، زكريا بن مُجَدِّد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيني (ت: 926هـ)، المطبعة الميمنية، بدون طبعة وبدون تاريخ، - بأعلى الصفحة: كتاب «الغرر البهية في شرح البهجة الوردية» لزكريا الأنصاري، ج 4، ص 21؛ ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج 10، ص 32؛ الرملي، نهاية المحتاج شرح المنهاج، ج 8، ص 195.

(617) بتصرف: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 92.

(618) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 1، ص 190 وما بعدها، و 246.

(619) بتصرف: القرافي، الفروق، ج 3، ص 190؛ الشربيني، حاشية، تحفة المنهاج، ج 7، ص 46.

(620) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 1، ص 126.

(621) ابن عابدين، رد المختار، ج 5، ص 529.

(622) تقي الدين السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، ج 1، ص 165.

(623) أبو المعالي الجويني، البرهان، ج 1، ص 35؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج 5، ص 50.

(624) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 1، ص 145.

(625) المرغيناني، الهداية، ج 3، ص 49.

(626) القرافي، الفروق، ج 3، ص 190.

(627) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 1، ص 27.

## الخاتمة



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## الخاتمة

يتضح من خلال الدراسة السابقة حول القواعد ودورها في التأسيس لمنظومة السلطة القضائية، وما نتج منها في عصر التنظيمات العثمانية من قوانين ونظم ومؤسسات، أفرزت تدوين مجلة الأحكام العدلية، نجد أن للقواعد الفقهية عموماً والكبرى منها خصوصاً دورها الواضح والعامل في تطوير منظومة السلطة القضائية ونظام القضاء، وأن هذا العلاقة هي علاقة أصيلة بين القواعد الفقهية وبين علم القضاء، وقد جاءت مجلة الأحكام العدلية مؤكدة لهذا العلاقة، خصوصاً وأنها جعلت في مقدمتها القواعد الفقهية للدلالة على أصالتها في تحرير مواد المجلة، وأبوابها تعلقت بكتاب الدعوى والبيانات والتحليف والقضاء.

فالقواعد الفقهية هي خلاصة ما فهمه الفقهاء من نصوص وردت إلينا من الكتاب العظيم والسنة المطهرة، ولذلك هي معتبرة بدالاتها، مقدرة بانطباقها على أفرادها، وهذه القواعد وخصوصاً الكبرى منها أجمع عليها فقهاء المذاهب الأربعة، ولهذا قسم من دون في هذا الفن القواعد الفقهية إلى كبرى وصغرى، أو إلى قواعد أصلية وقواعد فرعية، والقواعد الخمسة المتفق عليها تكاد تدخل في أغلب مسائل الفتوى والقضاء، بشكل عام، والقواعد الفقهية الخاصة تدخل في صياغة منطوق الحكم بشكله الخاص، ولذلك نجد بعض القواعد الفقهية الكلية هي تخص باباً من أبواب القضاء دون سواها مثل قاعدة "البينة على من أدعى واليمين على من أنكر"، فهي مؤسسة لضبط علاقة البيئات اللازمة على المدعي بالتحليف الواجب على المدعي.

كما إن القواعد الفقهية لا تعد مصدراً أصيلاً من مصادر التشريع، بل هي أداة "كاشفة" من أدوات وطرق استنباط الوصول إلى الحكم، وهي لا تذكر عند النطق بالحكم القضائي، ولا يحال عليها عن تحرير المواد داخل المجلة، فهي أداة ترجيح للأدلة التي وصلت إلى القاضي.

وعليه يمكن أن تكون القواعد الفقهية قابلة للزيادة والتطوير، وهذا ما أكدته حركة تدوين تلك القواعد عبر تاريخنا العلمي الفقهي الإسلامي، وهذا ما اختارته المجلة من ترجيح لفظ على آخر في تقرير موادها، واليوم نحن بحاجة إلى استخلاص منطوق قواعد فقهية من مفهوم مسائل الفقه لدى علمائنا السابقين، بما يخص علوم فرعية تندرج تحتها أبواب مثل السياسة والدولة والاقتصاد.

وخلاصة القول: أن القواعد الفقهية فاعليتها ودورها في تحرير الفتوى، هو دور أصيل لم يتوقف، وهو مستمر وفاعل عبر تاريخ تطور الفقه الإسلامي، وهي إحدى أدوات تجديد الفتوى، وعلم القضاء وما يتعلق به تأثر بها وقام عليها.



كما وجدت والله أعلم أن من طرق الاستنباط ومعرفة الأحكام، ما يجعلها تكون مؤسسة لمنطوق قواعد فقهية، ولهذا دعت الحاجة إلى وجود دراسة تربط بين طرق الاستنباط من جهة وبين القواعد الفقهية من جهة أخرى.

وأما السلطة القضائية فهي قسم من منظومة الدولة وليس فرعاً من قسم يدخل في هذه المنظومة، فهي أصيلة بقسمها، قائمة بذاتها، فلم يدون القضاء من حيث نظمه في حضارة ما مثل ما دون في الحضارة الإسلامية، فتطور القضاء في حضارتنا جاء بشكل متسلسل عبر العصور، لم يقف عند عصر دون أن يستكمل التدوين العصر الذي يليه، فتطوره وتكوينه استمر عبر تاريخنا، وذروة ما وصل إليه نظام القضاء كثرة للسلطة القضائية هو في عصر التنظيمات في الدولة العثمانية، فقد ظهرت مؤسسات وهيئات اشتركت في تقنين قوانين الدولة، واشتركت في تحرير المواد القانونية المتعلقة بها، ولهذا نجد مواد المجلة المتعلقة بكتاب القضاء فيها تبويب وبيان لأركانه الستة وهي: "الأحكام، والمحكوم به، والمحكوم له، والمحكوم عليه، والقاضي، والطريقة التي يحكم بها".

ويمكن أن نحدد مهام السلطة القضائية بواجبين، حفظ العدل وصيانة الحريات وحل المنازعات وهذا الأول، ووضع منظومة الإدارة لتحقيق المقصد السابق وهذا هو الثاني، فوجب على جميع المؤسسات التي تعلم في الدولة راعية هذا المقصد، وقد جاءت رسالة سيدنا عمر بن الخطاب في القضاء أصلاً في هذا الباب، كما جاء فعله دليل على راعية هذه المقاصد، ولهذا نجد تطور النظام القضائي في الدولة العثمانية هو جاء لاستيعاب الظروف التي تتطلب تحقيق هذه المقاصد، فنجد انتشار المحاكم وإقرار حكم المحكمة هو جاء لخدمة هذا المقصد.

ولهذا فالسلطة القضائية تتحدد حدودها التشريعية والتنفيذية، بحسب العقد (الدستور أو ما يقوم مقامه) المتفق عليه داخل منظومة الدولة، وهي سلطة مؤسسة للحكم داخل الدولة، وليس سلطة إدارية منفذة له؛ ولهذا أمتاز نظام الحكم في الإسلام باستقلالية السلطة القضائية عن غيرها، مما وفر لها الحرية الكاملة في الحكم في الدعاوى، هذا الميزة تحتاج إلى دراسة مستقلة من حيث أثرها، فلم تعرف الحضارات الأخرى للعالم استقلالاً للسلطة القضائية إلا في العصر الحديث.

ولهذا فمصدر اختيار وترجيح الوسائل الناجعة والخادمة للسلطة القضائية هي تنبثق من أهل الخبرة في العمل في الدولة عموماً وفي القضاء خصوصاً، لتكون السلطة القضائية هي مستقلة بذاته شريكة مع غيرها.

وبعد أن تستكمل السلطة القضائية القيم الحاكم في القضاء وطرق إدارة القضاء، تتشكل المحاكم ويظهر لنا ما يخص القضاء، من حيث طبيعته، وكيفية حكم القاضي والنظر في الدعوى.

ولهذا فالقضاء هو خاص من حيث عمله، والسلطة القضائية عامة من حيث التشريعات وسن القوانين، ونظام القضاء وتخريج الحكم الخاص بالدعوى هو ثمرة السلطة القضائية، فجاءت المجلة مدونة لأصول تخريج الحكم في القضاء، مع ترك مساحة لاجتهاد القاضي في الحكم مستذكرا القواعد الفقهية في مقدمة المجلة.

ولهذا جاء القضاء يهتم بالنظر في الدعاوى المقدمة إليه، وكيفية الحكم فيها، بينما السلطة القضائية تهتم بإدارة منظومة القضاء.

ودور القاضي يظهر في القضاء من خلال تطبيق المواد القانونية والترجيح بينها، والأخذ بدليل مرجح من داخل القضية، فان لم يوجد أخذ بدليل موجه من خارج القضية.

كما يظهر لنا أثر مجلة الأحكام العدلية بأن المجلة تعد أول تشريع قانوني في تاريخ الحضارة الإسلامية ينظم القضاء ويضبط حركة القضاة داخل قواعد محددة دون عن طريق قواعد فقهية كلية أسست لمنظومة مواد قانونية، ولهذا جاء ضبط نظام القضاء والنظر في الدعوى في آخر المجلة، وكان كاتبوا المجلة قد حصروا مواد القضاء بين قواعد فقهية في مقدمتها، ونظام قضاء في آخرها، وما بينهما قابل للتطوير والإضافة، وقد أدرك هذا الأمر منير القاضي بشرحه حينما أستكمل ما احتاجه العصر من مسائل تدخل في المنازعات.

وعبر تاريخنا تميز نظام القضاء في الإسلام بأن طرق القضاء واحدة وميزات الحكم في الدعاوى محددة، ولهذا لم يؤثر اختلاف الحكم في البلاد الإسلامية في اختلاف ذات القضاء، مما أعطت هذه الميزة قوة ذاتية للقضاء في الإسلام اختلفت عن غيرها.

لهذا سعت المجلة إلى تدوين لألفاظ قانونية أسست لوحدة المصطلحات دخل البلدان العربية، لتكون تلك المصطلحات هي بمثابة أصول معرفية ترشد القاضي إلى طريقة الحكم، وتفتح ما أشكل على الذهن، وهذه المصطلحات هي أصيلة، استمدت من الفقه الإسلامي، وبقي أثرها عاملا في المحاكم في العراق وسوريا والأردن وفلسطين ومصر والسعودية ودول الخليج... وغيرها، كما كان لها أثرها في البلدان الإسلامية الأخرى مثل شبه القارة الهندية، فوحدة المصطلحات عامل مهم في واحدة المفاهيم.

لكن تبقى الحاجة مستمرة إلى تطوير مواد المجلة وتحليلها، وبيان ما تعلق بها من مباحث ومسائل، واستكمال بعض المباحث التي لم تذكر في المجلة، حيث أن حاجة العصر متجددة ومتعددة، والجمود علامة الموت والفقه الإسلامي حي بعقول الفقهاء العاملين، لكون الفقهاء يتعبدون الله تعالى بعقولهم، والقضاة يتعبدون الله تعالى بعقولهم!!

ومن المؤشر أن الحاجة قائمة إلى استكمال الدراسات القانونية المؤسسة لقيمة العدل لكون الكتب والدراسات المؤلفة في القضاء قليلة، ولهذا وجب دراسة القضاء من ناحية الأثر التاريخي للوصول إلى معرفة الطرق الإدارية والحكومية في نشأة القضاء وتطوره.

كما لا يمكن فصل القضاء عن السلطة القضائية في أي دراسة هادفة، وكلما أمكن توصيف السلطة القضائية أمكن معرفة شكل الحكم في أي دولة، مما يعطينا صورة متكاملة لنظام الحكم في تلك الدولة، عن طريق معرفة كل سلطة وصلاحياتها، بحيث لا تتغول سلطة على أخرى، وقد وجدت أن في الأرشيف العثماني تراثا يمكن إعادة صياغته للإجابة على الكثير من التساؤلات التي تهم الباحثين، من حيث حاجة العصر بما يحقق المصالح ويدفع المفساد، وهذا هو مقصد كل حكم رشيد، وقد أجتهد علماء وفقهاء الدولة العثمانية في تحرير النظم وبيان طرق إدارة الدولة مستمدين ما يحتاجون من كتب الفقه الأصيلة مع النظر إلى الواقع واحتياجه.

والله تعالى من وراء القصد

## الملاحق

1. الدستور 1289هـ.
2. الدستور 1326-1327هـ.
3. القانون الأساسي (باللغة العربية) طبع عام 1908م.
4. الصفحة الأولى من السانامه التي صدرت في بداية حكم السلطان عبد الحميد الثاني.
5. الصفحة الأولى من القانون الأساسي (باللغة العثمانية).
6. آخر سانامة عثمانية مهمة صدرت في سنة 1333 - 1334 الموافق 1918م.
7. سانامة ولاية بغداد.
8. سانامه الخاريجة العثمانية.

+ 956.07 54  
CEV

# دستور

﴿ مطبعة عامر دة باصاشر ﴾  
سنة ١٢٨٩



الدستور  
الإصدار الأول سنة ١٢٨٩



# دستور

ترتیب ثانی

قوانین و نظام و مجاری و مباحث و مقادیر و احوال و اسباب و مقاصد

جلد

۱

۲۴ جمادی الاخره ۱۳۲۶ — ۲۷ شوال ۱۳۲۷

۱۰ تموز ۱۳۲۴ — ۲۹ تشرین اول ۱۳۲۵

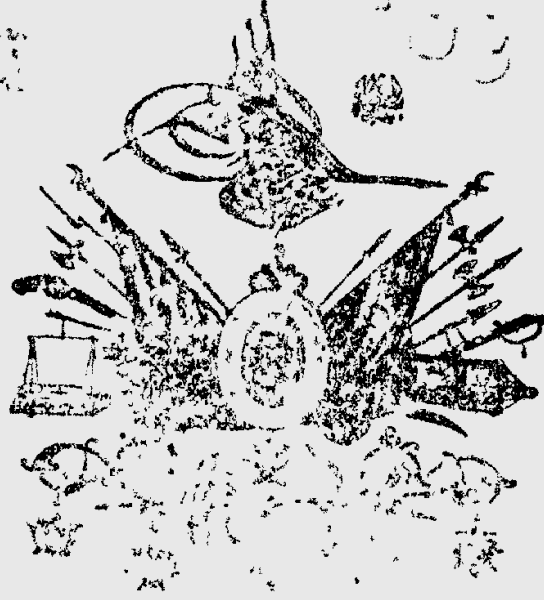
عدلیه نظارتی احصائیات و مدونات قانونیه مدیریتی معرفتیه  
ترتیب ایدلشدر

در سعادت : مطبعه عثمانیه

۱۳۲۹

دستور ۱۳۲۶-۱۳۲۷ هـ





(★) القانون الاساسي (★)

طبع بنفقة

امين انخوري

صاحب مكتبة - مطبعة الآداب في بيروت

بعت في بيروت في المطبعة الادبية سنة ١٩٠٨

القانون الاساسي  
صدر ١٢٩٢هـ الموافق ١٨٧٦م واعيد العمل به سنة ١٩٠٨م

يتكون من ١١٩ مادة

مختصر  
٢٢

القانون

سنة ١٢٩٤



اول سنامه نشرات القانون الاساسي باللة العثمانية سنة ١٢٩٤ الموافق ١٨٧٧ م



## (قانون اساسی)

(ممالك دولت عثمانیه)

برخی ماده) دولت عثمانیه ممالك و قطعات حاضری و ایالات ممتازه بی  
محتوی و بوجود اولغله هیچ بر زمانه هیچ بر سبب تفریق قبول ایتمز  
(ایکینجی ماده) دولت عثمانیه نك پای تحتی استانبول شهر بدر و شهر  
مذكورك سائر بلاد عثمانیه دن آبر و اوله رق بر کونه امتیاز و معافیتی یوقد  
(اوچینجی ماده) سلطنت سنیة عثمانیه خلافت کبری اسلامیه بی حائز اوله  
سلالة آل عثمان دن اصول قدیمه سی وجهله اکبر اولاده عاتدر  
(دردنجی ماده) ذات حضرت پادشاهی حسب الخلافه دین اسلامک  
حامیسی و بالجمله تبعه عثمانیه نك حکمدار و پادشاهیدر  
(بشینجی ماده) ذات حضرت پادشاهینک نفس همایونی مقدس و غیر مسؤلد  
(التینجی ماده) سلالة آل عثمانک حقوق حریه و اموال و احلاک ذاتیه  
و مادام الحیاة تخصیصات مالیه لری تکافل عمومی تحتدر  
(ییدنجی ماده) وکلانک عزل و نصبی و رتبه و مناصب توجیهی و نشان  
اعطاسی و ایالات ممتازه نك شرایط امتیازیه لرینه توفیقاً اجرائی  
توجهاتی و مسکوکات ضربی و خطبه لرده نامتک ذکر ی و دولتی بیتیه  
المعاهدات عقودی و حرب و صلح اعلان و قوه برتیه و مجرتیه نك  
دانداسی و حرکات عسکریه و احکام شرعیه و قانونیه نك اجراسی  
و اثر ادا نك معاملاتنه متعلق نظامنامه لرك تنظیمی و مجازات  
نونه نك تخفیفی و یا عفوئی و مجلس عمومی نك عقد و تعطیلی و الاقضا

١٣٣٤ - ١٣٣٣

سنة ماله

Türkiye Diyanet Vakfı

Kutüphanesi

İslâm Ansiklopedisi

# لَيْسَ بِالْأَعْيُنِ يُرَى

آلتمش سكرزنجي سنة

حسنة

درسهات

هلال مطبعه سي - باب عالي قارشوسنده

١٣٣٤





بغداد ولایت جلیله سنه مخصوص سالنامه در



یک مرتبه دفعه در



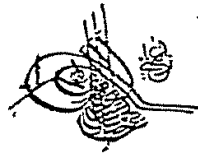
سنه هجریه ۱۳۲۴

رومیہ ۱۳۲۱ — ۱۳۲۲

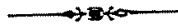


مطبعه ولایتده طبع اولمشدر

سالنامه ولایة بغداد



# سنة الثمانين في احوال



در دنجی دفعه اوله رق  
خارجیه سجل احوال مدیریتیجه ترتیب اولمشدر



در سعادت  
عالم مطبعه سی — احمد احسان و شرکا سی  
۱۳۲۰

سانامه الخاریجیه العثمانیه

وزارة المعارف العراقية

مكتبة القضاة

# شرح المجلة

الجزء الأول

الفرع الكتابي - البيوع - الامارة

الطبعة الاولى

مطبعة العاني

١٩٤٩

مجلة الأحكام العدلية وتطبيقها في العراق مع إضافة تكملة من كتاب العدوي



## المصادر والمراجع والوثائق



## المصادر والمراجع والوثائق

القران الكريم.

أولاً: المصادر والمراجع.

1. ابن الأثير: عز الدين أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد الشيباني الجزري (ت: 630هـ)، **الكامل في التاريخ**، تحقيق: عمر عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، ط: الأولى، 1417هـ - 1997م.
2. ابن الأزرقي: أبي عبد الله محمد بن علي بن محمد الأصبحي (ت: 896هـ)، **بدائع السلك في طبائع الملك**، دار السلام، القاهرة، ط: 1، 1429هـ - 2008م، ج1، ص173 وما بعدها.
3. ابن الدّهان: فخر الدين أبو شجاع محمد بن علي بن شعيب، (ت: 592هـ)، **تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة**، ونبذ مذهبية نافعة، تحقيق: د. صالح بن ناصر بن صالح الخزيم، مكتبة الرشد، الرياض، ط: الأولى، 1422هـ - 2001م.
4. ابن الرفعة: أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، (ت: 710هـ)، **كفاية النبيه في شرح التنبيه**، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، م 2009.
5. ابن القصار: أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي المالكي (ت: 397هـ)، **عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار**، دراسة وتحقيق: د. عبد الحميد بن سعد بن ناصر السعودي، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض - المملكة العربية السعودية، 1426هـ - 2006م.
6. ابن اللحام: علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد الدمشقي الحنبلي (ت: 803هـ)، **القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية**، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، بيروت 1999م.
7. ابن أمير حاج أو ابن الموقت الحنفي: أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد (ت: 879هـ)، **التقرير والتحبير**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الثانية، 1403هـ - 1983م.
8. ابن تيمية: أحمد بن عبد الحلیم (ت 728هـ)، **بيان الدليل على بطلان التحليل**، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1418هـ - 1998م.

9. ابن جماعة الكناني: أبو عبد الله، محمد بن إبراهيم بن سعد الله الحموي الشافعي (ت: 733هـ) ،  
**تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام**، تحقيق: قدم له: الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، تحقيق  
 ودراسة وتعليق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الثقافة بتفويض من رئاسة المحاكم الشرعية بقطر  
 - قطر/ الدوحة، ط: الثالثة، 1408هـ 1988م.
10. ابن حجر الهيتمي: أحمد بن محمد بن علي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، روجعت  
 وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها  
 مصطفى محمد، : 1357 هـ 1983م، صورتها دار إحياء التراث العربي - بيروت، بدون طبعة  
 وبدون تاريخ.
11. ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)،  
**الإحكام في أصول الأحكام**، تحقيق: الشيخ أحمد محمد شاكر، قدم له: الأستاذ الدكتور إحسان  
 عباس، بيروت، دار الآفاق الجديدة.
12. ابن حزم، **المحلى بالآثار**، بيروت، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
13. ابن خطيب الدهشة: (ت 834هـ 1431م)، **مختصر من قواعد العلاني وكلام الأسنوي**، تحقيق:  
 مصطفى محمود البنجويني، لجنة الاحتفال بمطلع القرن الخامس عشر الهجري، بغداد 1983م.
14. ابن خلدون: عبد الرحمن بن محمد (ت: 808 هـ 1406م)، **مقدمة ابن خلدون**، ضبط وشرح  
 وتقديم: د. محمد الإسكندراني، دار الكتاب العربي، بيروت 2008م.
15. ابن رشد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: 520هـ)، **المقدمات الممهدات**، دار  
 الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1408هـ 1988م.
16. ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي الحنفي (ت: 1252هـ) ،  
**مجموعة رسائل ابن عابدين**، بدون تاريخ ومكان الطبع.
17. ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، دار الفكر، بيروت، ط: الثانية، 1412هـ 1992م.
18. ابن عاشور محمد الطاهر (ت: 1393هـ) ، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، دار النفائس، لبنان،  
 1425 هـ 2001م.
19. ابن عاشور، **أصول النظام الاجتماعي في الإسلام**، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، المؤسسة  
 الوطنية للكتاب، الجزائر، تونس، ط: الثانية، 1985م.
20. ابن عبد البر القرطبي: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عاصم النمري (ت: 463هـ)،  
**الكافي في فقه أهل المدينة**، تحقيق: محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة،  
 الرياض، المملكة العربية السعودية، ط: الثانية، 1400هـ 1980م.



21. ابن عثيمين: محمد بن صالح بن محمد (ت: 1421هـ)، الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، السعودية، ط: الأولى، 1422-1428هـ.
22. ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن زكريا (ت: 395هـ)، معجم المقاييس في اللغة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1399هـ-1999م.
23. ابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمد، برهان الدين اليعمري (ت: 799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط: الأولى، 1406هـ-1986م.
24. ابن قدامة المقدسي: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (ت: 620هـ)، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، الإمارات، الثانية 1423هـ-2002م.
25. ابن قيم الجوزية: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين (ت: 751هـ)، زاد المعاد في هدي خير العباد، بيروت، مؤسسة الرسالة، الكويت، مكتبة المنار الإسلامية، ط: السابعة والعشرون، 1415هـ-1994م.
26. ابن كثير، مسند أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأقواله على أبواب العلم، تحقيق: عبد المعطي قلجعي، دار الوفاء، المنصورة، مصر، 1991م.
27. ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت: 273هـ)، السنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، القاهرة.
28. ابن مفلح: محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي (ت: 763هـ)، كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرदाوي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: الأولى، 1424هـ-2003م.
29. ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي الأنصاري الرويفعي الإفريقي (ت: 711هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط: الثالثة، 1414هـ.
30. ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد (ت: 970هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1419هـ-1999م.
31. أبو اسحاق الشيرازي: إبراهيم بن علي بن يوسف (ت: 476هـ)، التبصرة في أصول الفقه، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، ط: الأولى، 1403هـ.

32. أبو الأصْبَغ: عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجياني القرطبي الغرناطي(ت: 486هـ)، ديوان الأحكام الكبرى أو الأعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكام، تحقيق: يحيى مراد، دار الحديث، القاهرة - مصر، 1428هـ-2007م.
33. أبو الحسن السُّعْدي: علي بن الحسين بن محمد، حنفي (ت: 461هـ)، النتف في الفتاوى، تحقيق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، دار الفرقان / مؤسسة الرسالة، عمان - الأردن، بيروت - لبنان، ط: الثانية، 1404هـ-1984م.
34. أبو الحسين العمراني: يحيى بن أبي الخير بن سالم اليميني الشافعي(ت: 558هـ)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج - جدة، السعودية، ط: الأولى، 1421 هـ - 2000م.
35. أبو الربيع، (ت: 716هـ)، شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط: الأولى، 1407هـ-1987م.
36. أبو العباس الحموي: أحمد بن محمد بن علي الفيومي (ت: 770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت.
37. أبو المظفر السمعاني: منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المرزى السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (ت: 489هـ)، قواطع الأدلة في الأصول، تحقيق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط: الأولى، 1418هـ-1999م.
38. أبو الوليد بن رشد: محمد بن أحمد القرطبي (ت: 520هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق: د محمد حجي وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط: 2، 1408 هـ - 1988م.
39. أبو بكر الرازي الجصاص: أحمد بن علي الحنفي (ت: 370 هـ)، شرح مختصر الطحاوي، تحقيق: عصمت الله عنايت الله محمد - سائد بكداش - د محمد عبيد الله خان - زينب محمد حسن فلاتة، أعد الكتاب للطباعة وراجعته وصححه: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، بيروت، ط: الأولى 1431 هـ - 2010م.
40. أبو بكر الزبيدي: بن علي بن محمد الحدادي العبادي اليميني الحنفي (ت: 800هـ)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، المطبعة الخيرية، ط: الأولى، 1322هـ.
41. أبو بكر الصقلي: محمد بن عبد الله بن يونس التميمي (ت: 451 هـ)، الجامع لمسائل المدونة، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي -

- جامعة أم القرى (سلسلة الرسائل الجامعية الموصى بطبعتها)، توزيع: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط:1، 1434هـ-2013م.
42. أبو عبد الله المازري: محمد بن علي بن عمر النَّميمي المالكي (ت: 536هـ)، شرح التلقين، تحقيق: سماحة الشيخ محمّد المختار السّلامي، دار الغرب الإسلامي، ط: ط الأولى، 2008م.
43. أبو عبد الله المواق: محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الغرناطي المالكي (ت: 897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: الأولى، 1416هـ-1994م.
44. أبو عبد الله، ابن أمير حاج شمس الدين محمد بن محمد المعروف ويقال له ابن الموقت الحنفي (ت: 879هـ)، التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الثانية، 1403هـ-1983م.
45. أبو محمد الجويني: عبد الله بن يوسف (ت 438 هـ)، الجمع والفرق (أو كتاب الفروق)، تحقيق: عبد الرحمن بن سلامة بن عبد الله المزيني، أصل هذا الكتاب أطروحتان: الأولى ماجستير والثانية دكتوراه للباحث، دار الجيل للنشر والطباعة والتوزيع، بيروت، ط: الأولى، 1424 هـ 2004م.
46. أبو محمد القرشي: عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، محيي الدين الحنفي (ت: 775هـ)، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، الناشر: مير محمد كتب خانه، باكستان، كراتشي.
47. أبو محمد القيرواني: عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، المالكي (ت: 386هـ)، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق: ج 1، 2: الدكتور: عبد الفتاح محمد الحلو، و ج 3، 4: الدكتور/ محمّد حجي، و ج 5، 7، 9، 10، 11، 13: الأستاذ/ محمد عبد العزيز الدباغ، و ج 6: الدكتور: عبد الله المرابط الترغي، الأستاذ/ محمد عبد العزيز الدباغ، و ج 8: الأستاذ/ محمد الأمين بوخبزة، ج 12: الدكتور: أحمد الخطابي، محمد عبد العزيز الدباغ، و ج 14، 15، (الفهارس): الدكتور: محمّد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط: الأولى، 1999م.
48. أبو نصر البخاري: أبو القاسم زين الدين أحمد بن محمد بن عمر العتابي الحنفي (ت: 586هـ)، شرح النكت للسرخسي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، عالم الكتب، بيروت، ط: الأولى، 1406هـ.
49. أبو هلال العسكري: الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران (ت: نحو 395هـ)، معجم الفروق اللغوية، تحقيق: الشيخ بيت الله بيات، ومؤسسة النشر الإسلامي، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بـ «قم»، إيران، ط: الأولى، 1412هـ.

50. أبو يحيى السنيكي: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين (ت: 926هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
51. أبو يعلى الفراء: محمد بن الحسين بن محمد بن خلف (ت: 458هـ)، العدة في أصول الفقه، حققه وعلق عليه وخرج نصه: د أحمد بن علي بن سير المبارك، جامعة الملك محمد بن سعود الإسلامية، الرياض 1990م.
52. أبو يوسف: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبة الأنصاري (ت: 182هـ)، الخراج، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، سعد حسن محمد، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة.
53. أبي سنة: أحمد فهمي، العرف والعادة في رأي الفقهاء عرض نظرية التشريع الإسلامي، مطبعة الأزهر، القاهرة، 1947م.
54. أحمد صيام سليمان، مبدأ استقلال القضاء في الدولة الإسلامية، رسالة ماجستير، غزة، الجامعة الإسلامية، أشرف عليها: الدكتور: يونس محي الدين الأسطل، فلسطين، 1426هـ-2005م.
55. الأزهرى، أبو منصور محمد بن أحمد (ت: 370هـ)، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط: الأولى، 2001م.
56. أكمل الدين إحسان أوغلو، وآخرون، الدولة العثمانية تاريخ وحضارة، نقله إلى العربية: صالح سعدواي، منظمة المؤتمر الإسلامي، مركز الأبحاث للتاريخ والفنون الإسلامية، اسطنبول، 1999م.
57. أكمل الدين البابرّي: أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرّي (ت: 786هـ)، العناية شرح الهداية، دار الفكر، دمشق، بدون طبعة وبدون تاريخ.
58. آل تيمة: بدأ بتصنيفها الجدّ: مجد الدين عبد السلام بن تيمية (ت: 652هـ)، وأضاف إليها الأب،: عبد الحليم بن تيمية (ت: 682هـ)، ثم أكملها الابن الحفيد: أحمد بن تيمية (728هـ)، المسودة، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، بيروت.
59. الألوسي: شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني (ت: 1270هـ)، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، تحقيق: علي عبد الباري عطية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1415هـ.
60. إمام الحرمين الجويني: عبد الملك بن عبد الله، أبو المعالي، ركن الدين، (ت: 478هـ)، الغياثي (غياث الأمم في التياث الظلم)، تحقيق: عبد العظيم الديب، مكتبة إمام الحرمين، السعودية، 1401هـ.

61. إمام الحرمين، البرهان في أصول الفقه، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت 1997م.
62. إمام الحرمين، كتاب التلخيص في أصول الفقه، تحقيق: عبد الله جولم النبالي وبشير أحمد العمري، دار البشائر الإسلامية، بيروت.
63. إمام الحرمين، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، عمان 2007م.
64. الأمدي: أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الأمدي (ت: 631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق.
65. أمل الرفاعي، معجم المصطلحات الدبلوماسية والسياسية، دار ناشري للنشر الإلكتروني، شعبان 1433هـ - يوليو 2012م.
66. أمير بادشاه الحنفي: محمد أمين بن محمود (ت: 972هـ)، تيسير التحرير، الناشر: مصطفى البابي الحلبي، مصر (1351هـ - 1932م)، وصورته: دار الكتب العلمية، بيروت (1403هـ - 1983م)، دار الفكر، بيروت، (1417هـ - 1996م).
67. أورخان محمد علي، السلطان عبد الحميد الثاني، حياته وأحداث عهده، ط الرابعة، 2008م، دار الوثائق.
68. الأورفلي: محمد مكي، شرح قانون تقسيم الأموال الغير منقولة، القانون من تأليف: علي حيدر أفندي، مطبعة دار السلام، بغداد، 1927م.
69. الباحثين: الدكتور يعقوب بن عبد الوهاب، قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، 1433-2012، ط: الثانية، مكتبة الرشد، الرياض - السعودية.
70. الباحثين: يعقوب بن عبد الوهاب، القواعد الفقهية، مكتبة الرشد، الرياض، 1998م.
71. الباكستاني: زكريا بن غلام قادر، من أصول الفقه على منهج أهل الحديث، دار الخراز، ط الأولى 1423هـ-2002م.
72. بحث السنهوري عن (القانون المدني العربي) نقله: الدكتور: حسين محمد محمد، حصوننا مهددة من داخلها، بيروت - لبنان، دار الرسالة، ط: السادسة، 1401هـ - 1981م.
73. البخاري: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم الجعفي (ت: 256هـ)، صحيح البخاري (الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه)، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، بيروت، ط: الأولى، 1422هـ.

74. البغا: نسبية مصطفى، السياسة الشرعية وأثرها في الحكم الشرعي التكليفي، دار النوادر، دمشق 2012م، ص 140 .
75. البغوي: أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء الشافعي (ت: 516هـ) ، شرح السنة، تحقيق: شعيب الأرنؤوط- محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، ط: الثانية، 1403هـ-1983م.
76. البكري: أبو بكر بن محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (هو حاشية على فتح المعين بشرح قرّة العين بمهمات الدين)، دار الفكر، بيروت 1997م.
77. البكري: بدر الدين محمد بن أبي بكر بن سليمان البكري الشافعي (ت: 1062هـ)، الاعتناء في الفرق والاستثناء، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت ، 1991م.
78. البناني، حاشية البناني على شرح الجلال شمس الدين محمد بن أحمد المحلي على متن جمع الجوامع لإمام تاج الدين عبد الوهاب السبكي، وبهامشها تقرير شيخ الإسلام عبد الرحمن الشربيني، دار الفكر 1982م.
79. البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي(ت : 1051هـ)، الروض المربع شرح زاد المستقنع، حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة، بيروت.
80. البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت.
81. بورنو: أبو الحارث الغزي محمد صدقي ، مؤسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت 2003م.
82. البيهقي: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني (المتوفى: 458هـ)، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، ط: الثالثة، 1424 هـ- 2003م
83. تقي الدين الحسيني الحصني: أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلّى، الشافعي (ت: 829هـ)، كفاية الأختيار في حل غاية الاختصار، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، دمشق ، ط: الأولى.
84. التهانوي: محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمّد صابر الفاروقي الحنفي (ت بعد: 1158هـ)، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق: علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: عبد الله الخالدي، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ط: الأولى، 1996م.

85. توفيق بن عبد العزيز السديري، الإسلام والدستور، وكالة المطبوعات والبحث العلمي وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، 1425هـ.
86. جاسم محمد راشد العيسوي، الوثيقة النبوية والأحكام الشرعية المستفادة منها، مكتبة الصحابة، الشارقة، الإمارات، ط: الأولى، 1427هـ - 2006م.
87. الجرجاني: علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: 816هـ) ، التعريفات، تحقيق: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى 1403هـ - 1983م.
88. جمال الإسلام الكرابيسي: أبو المظفر أسعد بن محمد بن الحسين النيسابوري الحنفي، الفروق، تحقيق: د. محمد طوموم، راجعه: د. عبد الستار أبو غدة، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، ط: الأولى، 1402هـ - 1982م.
89. جيب، علم الأديان وبنية الفكر الإسلامي، ترجمة: عادل العوّا، منشورات عويدات، لبنان، 1977م.
90. الحجوي الثعالبي: محمد بن الحسن بن العربي بن محمد الجعفري الفاسي (ت: 1376هـ)، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط: الأولى - 1416هـ - 1995م.
91. حسنين: الدكتور حسنين محمود، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، بحث: جامعة الإمارات العربية - كلية الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثالث في ذي الحجة 1409هـ يوليو/ تموز 1989م.
92. الحصكفي: علاء الدين محمد بن علي، إفاضة الأنوار على أصول المنار، ومعه التعليقات الضرورية، محمد سعيد البرهاني، تحقيق: محمد بركات، مكتبة الأوزاعي، دمشق، ط: الثانية، 1429هـ - 2008م.
93. الحفناوي: منصور محمد منصور، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، مطبعة الأمانة، القاهرة 1986م.
94. حمد عبيد الكبيسي، أصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي، دار السلام، دمشق 2009م.
95. الحموي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد مكي (ت: 1098هـ)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1405هـ - 1985م.
96. الخادمي: أبو سعيد محمد، منافع الدقائق شرح مجامع الحقائق في أصول الفقه، دار الطباعة العامرة، اسطنبول 1273هـ.

97. الخادمي: نور الدين بن مختار، **علم المقاصد الشرعية**، مكتبة العبيكان، السعودية، ط: الأولى 1421هـ- 2001م.
98. الخرشي: أبو عبد الله محمد بن عبد الله المالكي (ت: 1101هـ)، **شرح مختصر خليل للخرشي**، دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
99. الخطيب البغدادي: أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي (ت: 463هـ)، **الفقيه و المتفقه**، تحقيق: أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط: الثانية، 1421هـ.
100. الخطيب الشربيني: شمس الدين، محمد بن أحمد الشافعي (ت: 977هـ)، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994م.
101. الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة المالكي (ت: 1230هـ)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر، بدون تاريخ طبعة.
102. الدوسري: مسلم بن محمد بن ماجد، **عموم البلوى دراسة نظرية تطبيقية**، تقرّظ: عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان، مكتبة الرشيد، الرياض 1420هـ.
103. الرازي: فخر الدين أبو عبد الله محمد بن عمر (ت: 606هـ)، **المحصل**، تحقيق: طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: الثالثة، 1418هـ- 1997م.
104. الرازي: فخر الدين أبو عبد الله محمد بن عمر، **المحصل**، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: الثالثة، 1418هـ- 1997م.
105. راشد الغنوشي، **الحريات العامة في الإسلام**، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1993م.
106. الراغب الأصفهاني: أبو القاسم الحسين بن محمد (ت: 502هـ)، **المفردات في غريب القرآن**، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، دمشق، ط: الأولى، 1412هـ-.
107. الراوي: محمد سعيد، **شرح مجلة الأحكام القسم الأول**: شرح كتاب القواعد الكلية، مطبعة دار السلام، بغداد، 1342هـ.
108. الروكي: محمد، **نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء**، كلية الآداب والعلوم، الرباط 1994م.
109. الزبيدي: مرتضى محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني (1205هـ)، **تاج العروس من جواهر القاموس**، تحقيق مجموعة من الباحثين، دار الهداية، الكويت.
110. الزرقا: مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام**، دار القلم، دمشق، 1998م.



111. الزركشي: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر (ت: 794هـ) ، المنشور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، ط: الثانية، 1405هـ - 1985م.
112. الزركشي: بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر (ت: 794هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، القاهرة، ط: الأولى، 1414هـ - 1994م.
113. الزركشي: شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (ت: 772هـ): شرح الزركشي على مختصر الخرقى، دار العبيكان، ط: الأولى، 1413 هـ - 1993م.
114. الزركشي، تصنيف المسامع بجمع الجوامع، دراسة وتحقيق: د سيد عبد العزيز - د عبد الله ربيع، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث - توزيع المكتبة المكية، ط: الأولى، 1418هـ - 1998م .
115. زكريا الأنصاري زكريا بن محمد بن أحمد، زين الدين أبو يحيى السنيكي (ت: 926هـ)، الغر البهية في شرح البهجة الوردية، المطبعة الميمنية، مصر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
116. الزيلعي: عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الحنفي (ت: 743 هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي (ت: 1021 هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط: الأولى، 1313هـ.
117. زين الدين المليباري الهندي: أحمد بن عبد العزيز بن زين الدين بن علي بن أحمد المعبري (ت: 987هـ)، فتح المعين بشرح قررة العين بمهمات الدين (هو شرح للمؤلف على كتابه هو المسمى قررة العين بمهمات الدين)، دار بن حزم، ط: الأولى.
118. الساعاتي: مظفر الدين أحمد بن علي، بديع النظام (أو: نهاية الوصول إلى علم الأصول)، تحقيق: سعد بن غرير بن مهدي السلمي، رسالة دكتوراة (جامعة أم القرى) بإشراف: محمد عبد الدايم علي، 1405هـ - 1985م.
119. سالم عبد السلام الشخي، الهوية والمرجعية الإسلامية وأثرها في الدستور، طبع من قبل شركة الريان، بيروت، 2015م 87.
120. السبكي: تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت: 771هـ)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى 1411هـ - 1991م.
121. السدلان: صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع منها، دار بلنسية، الرياض، ط: الأولى، 1417هـ.

122. السديري: توفيق بن عبد العزيز، الإسلام والدستور، وكالة المطبوعات والبحث العلمي  
وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية 1425هـ.
123. السرخسي: شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت: 483هـ)، المبسوط، بيروت،  
دار المعرفة، 1414هـ-1993م.
124. السعدي: أبو عبد الله، عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله، (ت: 1376هـ)، رسالة  
لطيفة جامعة في أصول الفقه المهمة، قيدها واعتنى بأصلها: أبو الحارث نادر بن سعيد آل  
مبارك التعمري، راجعها وقدم لها: الشيخ مشهور حسن آل سلمان، الشيخ سليم بن عيد الهلالي،  
الناشر: دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط: الأولى، 1418هـ-1997م.
125. سعيد رمضان، الدولة الإسلامية، المركز الإسلامي، جنيف- سويسرا.
126. سلطان العلماء: أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام (ت: 660هـ)، قواعد  
الأحكام في مصالح الأنام، راجعه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة،  
وصورتها دور عدة مثل: دار الكتب العلمية - بيروت، ودار أم القرى - القاهرة، 1414هـ-  
1991م.
127. سليمان الجمل: سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري (ت: 1204هـ)،  
حاشية الجمل (فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب)، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة  
وبدون تاريخ.
128. السويدي العباسي: عارف، شرح مجلة الأحكام كتاب الشركة، دنكور الفلاح، بغداد،  
1922م.
129. سيلاسي: الدكتور بركات حابتي، السلطات التنفيذية، والتشريعية، والقضائية،  
الضوابط والموازن واستقلال القضاء، جامعة كارولينا الشمالية في تشابل هيل، بحث معد  
لمشروع الأمم المتحدة المتعلق بصياغة الدستور في العراق، ترجمة: المعهد الديمقراطي  
الوطني، بيروت، 2005م.
130. السيوطي: جلال الدين، عبد الرحمن بن أبي بكر (ت: 911هـ)، الأشباه والنظائر، دار  
الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1411هـ-1990م.
131. السيوطي، بغية الوعاة، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، المكتبة العصرية صيدا، لبنان.
132. الشاطبي: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي (ت: 790هـ)، الموافقات،  
تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط: 1، 1417هـ-1997م.

133. الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع المطلبي القرشي المكي (ت: 204هـ)، الأم، دار المعرف، بيروت، 1410هـ 1990م.
134. شاهين: الدكتور شامل، دراسة موجزة عن مجلة الأحكام العدلية (مقدمة مشروع، وببليوغرافية شاملة)، دمشق، دار غار حراء، 2004م.
135. شاهين، التقاويم العثمانية (السالنامات)، مركز البلقان للدراسات والأبحاث العلمية، اسطنبول 1992م.
136. شبير، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، عمان 2007.
137. الشرقاوي: الدكتور سعاد، النظم السياسية في العالم المعاصر، كلية الحقوق جامعة القاهرة، القاهرة، 1428هـ 2007م.
138. شمران حمادي، النظم السياسية، دار الحرية، بغداد، ط: الثانية، 1973م،
139. شمس الدين الأصفهاني: ابو الثناء محمود بن عبد الرحمن (ت: 749هـ)، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق: محمد مظهر بقاء، دار المدني، السعودية، ط: الأولى، 1406هـ 1986م.
140. شمس الدين الأصفهاني: محمود بن عبد الرحمن (أبي القاسم) ابن أحمد بن محمد، أبو الثناء، (ت: 749هـ)، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق: محمد مظهر بقاء، دار المدني، السعودية، 1986م.
141. الشنقيطي: محمد بن محمد المختار، شرح زاد المستقنع في اختصار المقنع، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء - الإدارة العامة لمراجعة المطبوعات الدينية، الرياض - المملكة العربية السعودية، 2007م.
142. شهاب الدين الجعفري: أبو العباس أحمد بن خالد الناصري الدرعي السلاوي (ت: 1315هـ)، الاستقصا لأخبار دول المغرب الأقصى، تحقيق: جعفر الناصري/ محمد الناصر، دار الكتاب - الدار البيضاء، .
143. شهاب الدين النفراوي: أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، الأزهرى المالكي (ت: 1126هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، 1995هـ 1415م.
144. الشوابكة: الدكتور أحمد فهد بركات، حركة الجامعة الإسلامية، مكتبة المنار، الأردن، ط: الأولى، 1404هـ 1984م.

145. الشوكاني: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليميني (ت: 1250هـ)، **البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع**، دار المعرفة، بيروت.
146. صابان: سهيل، **المعجم الموسوعي للمصطلحات العثمانية التاريخية**، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 1421هـ-2000م.
147. الصالحي الحنبلي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي (ت: 885هـ)، **التحبير شرح التحرير في أصول الفقه**، تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، مكتبة الرشد، السعودية 2000م.
148. الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي (ت: 1241هـ)، **بلغة السالك لأقرب المسالك** المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)، دار المعارف، ط: بدون طبعة وبدون تاريخ.
149. الصدر الشهيد البخاري: برهان الأئمة حسام الدين عمر بن عبد العزيز ابن مازة البخاري (ت: 536 هـ)، **شرح أدب القاضي للخصاف**، تحقيق: محي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد بغداد، 1397هـ-1977م.
150. الصرصري: أبو الربيع سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي (ت: 716هـ)، **شرح مختصر الروضة**، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: الأولى، 1407هـ-1987م.
151. الصنعاني: عبد الرازق أبو بكر عبد الرزاق بن همام (ت: 211هـ)، **المصنف**، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، بإشراف: المجلس العلمي- الهند، المكتب الإسلامي، بيروت، ط: الثانية، 1403هـ.
152. ضياء الدين الجندي: خليل بن إسحاق بن موسى المالكي المصري (ت: 776هـ)، **التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب**، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، مقر المركز: دبلن، إيرلندا، ط: الأولى، 1429هـ-2008م.
153. الطحاوي: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري (ت: 321هـ)، **شرح معاني الآثار**، تحقيق: محمد زهري النجار - محمد سيد جاد الحق، عالم الكتب، بيروت، ط: الأولى، 1414هـ-1994م.

154. الطحاوي: ابي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي المصري، الشروط الصغير مذيلا بما عثر عليه من الشروط الصغير، تحقيق: روجي أوزجان، راجعه: عبد الله محمد الجبوري، الجمهورية العراقية، رئاسة ديوان الأوقاف، مطبعة العاني- بغداد، ط: الأولى، 1394هـ-1974م.
155. طوباش: عثمان نوري، العثمانيون رجالهم العظام ومؤسساتهم الشامخة، دار الأرقم، اسطنبول 2013م.
156. عبد الجبار البياتي ، القواعد الفقهية في القضاء، دار النهضة، دمشق ، 2010م.
157. عبد الرحمن الخلوتي: بن عبد الله بن أحمد البعلي الحنبلي (ت: 1192هـ)، كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات، تحقيق: محمد بن ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية، لبنان- بيروت، ط: الأولى، 1423هـ-2002م.
158. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي في الإسلام مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكاتب العربي، بيروت.
159. العبد اللطيف: عبد الرحمن، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، الناشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة 2003م.
160. عبد الله بن يوسف الجديع (جمع وتنسيق وخرج نصوصها)، القرارات والفتاوى الصادرة عن المجلس الاوربي للإفتاء والبحوث منذ تأسيسه (1417هـ-1997م) وحتى دورته العشرين (1431هـ-2010م)، تقديم: الشيخ يوسف القرضاوي، مؤسسة الريان- ناشرون، بيروت، ط: الأولى، 1434هـ-2013م.
161. عبد المجيد محمود عبد المجيد: الاتجاهات الفقهية عند أصحاب الحديث في القرن الثالث الهجري، أصل الكتاب: أطروحة الدكتوراة للمؤلف، مكتبة الخانجي، القاهرة، 1399هـ-1979م.
162. عبد المنعم: الدكتور محمود عبد الرحمن، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، دار الفضيحة، القاهرة، 1419هـ-1999م.
163. عبد الواحد كرم ، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، دار الثقافة والنشر، عمان 1998م.
164. عبد الوهاب خلاف، (ت:1375هـ)، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة - شباب الأزهر (عن ط الثامنة لدار القلم)، ط : عن ط الثامنة لدار القلم.

165. عثمان سعيد العاني، مبدأ التوازن في أركان الحكم القضائي، دراسة منشورة ( Islam )  
 .(Hukuku Arařtırmaları Dergi s i , s y. 22, 2013, s. 113-156
166. العجلولي: أبو الفداء إسماعيل بن محمد بن عبد الهادي الجراحي العجلوني الدمشقي (ت:  
 1162هـ)، كشف الخفاء، تحقيق: عبد الحميد بن أحمد بن يوسف بن هندراوي، المكتبة  
 العصرية، بيروت، ط: الأولى، 1420هـ، 2000م.
167. العز بن عبد السلام: أبو محمد بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان  
 العلماء (ت: 660هـ)، الفوائد في اختصار المقاصد، تحقيق: إياد خالد الطباع، دار الفكر  
 المعاصر، دار الفكر، دمشق، ط: الأولى، 1416هـ.
168. العطار: حسن بن محمد بن محمود الشافعي (ت: 1250هـ)، حاشية العطار على شرح  
 الجلال المحلي على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
169. عطية عدلان ، الأحكام الشرعية للنوازل السياسية، سلسلة إصدارات الهيئة الشرعية  
 للحقوق والإصلاح، دار اليسر، القاهرة، ط: الأولى، 1432هـ - 2011م.
170. العكبري: أبو علي الحسن بن شهاب بن الحسن بن علي بن شهاب الحنبلي (ت:  
 428هـ)، رسالة في أصول الفقه، تحقيق: موفق بن عبد الله بن عبد القادر، المكتبة المكية،  
 مكة المكرمة، ط: الأولى، 1413هـ - 1992م.
171. علاء الدين المرادوي: أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت:  
 885هـ)، التحرير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض  
 القرني، د. أحمد السراح، السعودية - الرياض، مكتبة الرشد، ط: الأولى، 1421هـ - 2000م.
172. علي حيدر أفندي، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي: فهمي الحسيني،  
 دار الكتب العلمية، بيروت 2010م.
173. الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد الطوسي (ت505هـ)، المستصفى، تحقيق: محمد عبد  
 السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1413هـ - 1993م.
174. الغزالي، الاقتصاد في الاعتقاد، وضع حواشيه: عبد الله محمد الخليلي، دار الكتب العلمية،  
 بيروت، ط : الأولى، 1424هـ - 2004م.
175. الغزالي، معيار العلم في فن المنطق، تحقيق: الدكتور سليمان دنيا، دار المعارف،  
 مصر 1961م.
176. غمق: الدكتور ضوء مفتاح، السلطة التشريعية في نظام الحكم الإسلامية والنظم  
 المعاصرة (الوضعية)، فاليتا - مالطا، ELGA، 2002م.

177. فخر الدين الرازي: أبو عبد الله محمد بن عمر التيمي الملقب، معالم أصول الدين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، لبنان، دار الكتاب العربي.
178. فخر الدين الزيلعي: عثمان بن علي بن محجن البارعي، الحنفي (ت: 743 هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشُّلبي، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشُّلبي (ت: 1021 هـ)، بولاق، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية، ط: الأولى، 1313 هـ.
179. الفراهيدي: أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري (170 هـ)، كتاب العين، تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، القاهرة.
180. الفيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب (817 هـ)، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط: الثامنة، 1426 هـ 2005 م.
181. القادري: أحمد بن عبد الله، مجلة الأحكام الشرعية، دراسة وتحقيق: د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، د. محمد إبراهيم أحمد علي، مطبوعات تهامة، جدة، ط: الأولى، 1401 هـ 1981 م.
182. القاسم بن سلام: أبو عبيد بن عبد الله الهروي البغدادي (ت: 224 هـ)، كتاب الأموال، تحقيق: خليل محمد هراس، دار الفكر، بيروت، 1975 م.
183. قاسم بن فُطُوبَعَا: أبو الفداء زين الدين السُّوْدُونِي الجمالي الحنفي (ت: 879 هـ)، خلاصة الأفكار شرح مختصر المنار، تحقيق: حافظ ثناء الله الزاهدي، دار ابن حزم، ط: الأولى، 1424 هـ 2003 م.
184. القاضي أبو يعلى الفراء: محمد بن الحسين بن محمد بن خلف (ت: 458 هـ)، الأحكام السلطانية، صححه وعلق عليه: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط: الثانية، 1421 هـ 2000 م.
185. القحطاني: أبو مُحَمَّدٍ، صالح بن مُحَمَّدٍ بن حسن آل عَمَّير، الأسمرِيُّ، مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد الفقهية، اعتنى بإخراجها: متعب بن مسعود الجعيد، دار الصميعي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط: الأولى، 1420 هـ 2000 م.
186. قدرى باشا: محمد، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، مصر، المطبعة الأميرية، 1308 هـ 1891 إفرنجية.

187. القدوري: أبو الحسين أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان (ت: 428هـ)،  
مختصر القدوري في الفقه الحنفي، تحقيق: كامل محمد محمد عويضة، دار الكتب العلمية،  
بيروت، ط: الأولى، 1418هـ 1997م.
188. القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت: 684هـ)، شرح تنقيح الفصول،  
تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، القاهرة، ط: الأولى، 1393هـ  
1973م.
189. القرافي، الفروق (أنوار البروق في معرفة الفروق)، عالم الكتب، بيروت، بدون تاريخ.
190. القرافي، الذخيرة، تحقيق: ج 1، 8، 13: محمد حجي، وج 2، 6: سعيد أعراب، وج 3 -  
5، 7، 9 - 12: محمد بو خبزة، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط: الأولى، 1994م.
191. القرافي، نفائس الأصول في شرح المحصول، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي  
محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط: الأولى، 1416هـ - 1995م.
192. القليوبي وعميرة: أحمد سلامة وأحمد البرلسي، حاشيتنا قليوبي وعميرة، شرح العلامة  
جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للشيخ محيي الدين النووي، دار الفكر، بيروت  
1995م.
193. الكاساني: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587هـ)، بدائع  
الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت 1986م.
194. كوندز: أ. دكتور أحمد، أوزتورك: أ. دكتور سعيد، الدولة العثمانية المجهولة،  
اسطنبول، وقف البحوث العثمانية، اسطنبول، 2008م.
195. الكيالي: الدكتور عبد الوهاب - رئيس التحرير، وآخرون، موسوعة السياسة،  
المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، 1985م.
196. لعنبي: الدكتور عبد الله بن سهل بن ماضي، النظام العام للدولة المسلمة دراسة  
تأصيلية مقارنة، تقديم: الشيخ الدكتور عبد الله بن محمد بن إبراهيم آل الشيخ، السعودية،  
الرياض، ط: الأولى، 1430هـ 2009م.
197. اللكنوي: أبو الحسنات محمد عبد الحي بن محمد عبد الحليم الأنصاري الهندي(ت:  
1304هـ)، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، عني بتصحيحه: السيد محمد بدر الدين أبو فراس  
النعمان، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة 1324هـ.
198. لوبون: غستاف، روح السياسة، ترجمة عادل زعيتر، كلمات عربية للترجمة والنشر،  
جمهورية مصر العربية.



199. مالك بن انس، رسالة الإمام مالك بن أنس إلى أمير المؤمنين هارون الرشيد، دراسة وتحقيق: رياض مصطفى شاهين و محمد رضوان أبو شعبان، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الشرعية) المجلد 13، العدد 2، يونيو 2005م.
200. مالك: بن أنس بن مالك بن عامر، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1415هـ - 1994م.
201. الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي (ت: 450هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، ط: الأولى، 1419هـ - 1999م.
202. مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت 1302هـ.
203. مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الجمهورية التونسية، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2008م.
204. المحاسني: محمد سعيد، شرح مجلة الأحكام العدلية، مطبعة الترقى، دمشق، 1927م.
205. محمد آل بورنو، الشيخ الدكتور محمد صدقي بن أحمد بن أبو الحارث الغزي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، بيروت - لبنان، مؤسسة الرسالة، ط: الرابعة، 1416 هـ - 1996م.
206. محمد طاهر حكيم، رعاية المصلحة والحكمة في تشريع نبي الرحمة (ﷺ)، مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ط: العدد 116، السنة 34، 1422هـ - 2002م
207. المرادوي: أبو الحسن علاء الدين علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت: 885هـ)، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، مكتبة الرشد، الرياض/ السعودية، ط: 1، 1421هـ - 2000م.
208. المرادوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت: 885هـ)، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، مكتبة الرشد، السعودية / الرياض، ط: 1، 1421هـ - 2000م.
209. المرغيناني: أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني برهان الدين (ت: 593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

210. المقرئ: أبي عبد الله محمد بن أحمد، قواعد المقرئ، تحقيق: محمد أحمد الحميد، معهد البحوث والدراسات، مكة المكرمة، بدون تاريخ.
211. منتسكيو، روح الشرائع، ترجمة عادل زعيتر، كلمات عربية للترجمة والنشر، جمهورية مصر العربية.
212. المنجور: أحمد بن علي (ت: 995هـ)، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، تحقيق: محمد الشيخ محمد أمين، دار أحياء الكتاب العربي، القاهرة.
213. منير البياتي، الدولة القانونية والنظام الإسلامي دراسة دستورية شرعية وقانونية، الدار العربية للطباعة، بغداد، 1399هـ - 1979م.
214. منير القاضي، شرح المجلة، مطبعة العاني، بغداد، 1949م.
215. مهند يوسف العلام، الهلال الخصيب في الوثائق الأمريكية - تطور المصالح الأمريكية في العراق في النصف الأول من القرن العشرين، دراسة وثائقية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: الأولى، 1432هـ - 12011م.
216. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، من 1404 - 1427هـ.
217. نجم الدين الصرصري: أبو الربيع سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي، (ت: 716هـ)، شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: الأولى، 1407هـ - 1987م.
218. الندوي: علي، القواعد الفقهية؛ مفهوماً ونشأتها وتطورها ودراسة مؤلفاتها، دار القلم، دمشق، 2004م.
219. النملة: عبد الكريم بن علي بن محمد، المَهْدَبُ فِي عِلْمِ أُصُولِ الْفِقْهِ الْمُقَارِنِ (تحريرٌ لمسائله ودراستها دراسةً نظريَّةً تطبيقيَّةً)، الرياض، مكتبة الرشد، ط: الأولى، 1420هـ - 1999م.
220. النملة، الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على المذهب الراجح، مكتبة الرشد، الرياض، 2000م.
221. النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت: 676هـ)، المجموع شرح المهذب "مع تكملة السبكي والمطيعي"، دار الفكر، بيروت.
222. النووي، تهذيب الأسماء واللغات، عنيت بنشره وتصحيحه والتعليق عليه ومقابلة أصوله: شركة العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنيرية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

223. هاشم جميل، مسائل ممن الفقه المقارن، دار السلام، دمشق، ط: الأولى، 1428هـ-2007م.
224. هاوديني: عزتو نجيب بك، جامع الأدلة على موارد المجلة، المطبعة الشرقية الحديثة، لبنان 1905م.
225. يلماز أوزتونا، تاريخ الدولة العثمانية، ترجمة: عدنان محمود سلمان، مراجعة وتنقيح الدكتور: محمود الأنصاري، مؤسسة فيصل، اسطنبول، 1990م.

#### ثانيا: الوثائق العثمانية:

1. سالنامهء دولت عليه عثمانيه، سنة 1291، دفعة 29، مطبعة معارف.
2. سالنامهء، دفعة 32، سنة 1294 هـ، خليل افندي مطبعة سنده طبع اولمنشدر.
3. سالنامهء دولت عليه عثمانيه، اوتوز اوچنجى دفعه، استانبول، 1295 سنة، بايزيده فضيلتو رضا افدينك مطبعة سنده طبع اولمنشدر.
4. سالنامهء دولت عليه عثمانيه، اوتوز دردنجى دفعه، استانبول، 1296 سنة، وفا خاننده حاجي حسين افدينك مطبعة سنده طبع اولمنشدر، مطبوعات معارف 285.
5. سالنامهء دولت عليه عثمانيه، اوتوز بشنجى دفعه، استانبول، مطبعة عامره ده طبع اولمنشدر، 1297 سنة.
6. سالنامهء دولت عليه عثمانيه، اوتوز التنجى دفعه، استانبول، باب على جوارنده ابو السعود جاده سنده (محمود) بك مطبعة سنده طبع اولمنشدر، 1298 سنة.
7. سالنامهء دولت عليه عثمانيه، قرق ايكنجى دفعه، معارف نظارتي جليله سنك اثر ترتيبدر، دار سعادت، (محمود بك) مطبعة س- باب على جوارنده ابو السعود جاده سنده، 1304 سنة هجريه سنه مخصوص.
8. سالنامهء دولت عليه عثمانيه، قرق بشنجى سنه، ايكنجى دفعة اوله رق سجل احوال قوميسيون عموميسندن ترتيب اولمنشدر، دار سعادت مطبعه عامره ده طبع اولمنشدر، 1307 هـ.
9. سالنامهء دولت عليه عثمانيه، آلتش يدنجى سنة، دارسعادت، سلانيك مطبعة سي، 1328 سنة مالية.

10. سالنامهء دولت عليه عثمانیه، آلتمش سکز نجی سنه، 1333-1334 سنهء مالیه.
11. بغداد ولایت جلیله سنه مخصوص {سالنامه در}، اون آلتنجی دفعه در، سنه قمریه 1318، و شمسیه 1316-1317، ولایت مطبه سنده طبع اولنمشدر.
12. بغداد ولایت جلیله سنه مخصوص سالنامه در، یکرمی برنجی دفعه، سنه هجریه 1325، رومیه 1322-1323.
13. سالنامهء ثروت الفنون، درد نجی سنه، 1329 سنه مالیه مخصوص، احمد احسان وشركاسی، مطبعه جلیق عثمانلی شرکتی، استانبول. دستور، مطبعة عامره ده باصلمشدر، سنة 1289، دار الطباعة العامرة، جلد اولی، ص 318.
14. القانون الأساسی للدولة العثمانیه، الصادر عام: عام 1293 هـ الموافق 1876 م.
15. دستور، مطبعة عامر هده باصلمشدر، سنة 1289، دار الطباعة العامرة.
16. دستور، ترتیب ثانی، قوانین ونظارات ومعاهدات ایله عمومیه عائد مقاولات وارادات سنیه محتویدر، جلد 1، 24 جمادی الاخرة 1326 - 27 شوال 1327، 10 تموز 1324 - 29 تشرین اول 1325، عدلیه نظارتی احصائیات ومدونات قانونیه مدیریتی معرفتیه ترتیب ایدلمشتر، در سعادت: مطبعه عثمانیه، 1329.
17. حقوق عائله قرار نامه سی، "تقویم وقایع" غرته سنک 3046 تومر ولی و 14 محرم 1336 ز 31 تشرین اول 1333 تاریخی نسخه سندن اخذ واقتباس ایدلمشدر، ناشری: اعتماد کتابخانه سی، در ساعات (قدر) مطبعه سی، 1336.
18. دولة عليه عثمانیه، خارجیه نظارت جلیله سنک سالنامه سیدر، خارجیه نظارت جلیله سی سجل احوال مدیری ناظر زاده سعادت تلو حمیدی بک افندینک نظارت مخصوصه سی آلتنده، ایکنجی دفعه اوله رق، بالترتیب (مطبعة عثمانیه) ده طبع اولنمشدر، 1306
19. قاموس حقوق، بالجملة قوانین دو لتلیه ده مستعمل اصطلاحاتک تعریفیه برجوق مسائل قانونیه بی حاویدر، اثر مکتب حقوق شاهانه دون مأذون: حسین غالب، معارف نظارت جلیله سنک رخصتیه، استانبول، (جمال افندی) مطبعه سی - باب عالی سنده نومرو 34، 1305.

20. رشيد حاجي باشا: اسبق موصل واليسي، روح المجلة، تاريخ واصول دائر بر مدخل ايله مجلة احكام عدلية نك شرحنى،، دار الخلافة العلية، 1326هـ.
21. جريدة محاكم: عتيق نومرو 264؛ و : 22 جريدة محاكم جديد نومرو 192 في 9 اغستوس سنة 319، أصول محاكمات حقوقية شرحى.
22. مصطفى ضيا، رهماى بغداد، اثر بشنجى اردوى همايون سوارى اوتوزونجى الاينك برنجى بلوك ملازم اولى: مصطفى ضيا، معارف نظارتي جليله سنك 905 نومرلي وفي كانون ثاني 312 تاريخلى رخصتنامه سيله طبع اولمشدر، شامشيريف، خان سلطان جاده سنده روضة الشام مطبعه سى، 1314.
23. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، (آ.آصادروريان) شركة مرتبيه مطبعة سى – باب عالي جاده سنده، استانبول، ط: الثانية، 1317.

#### ثالثا: الوثائق العربية والدولية:

1. دليل المملكة الدليل الرسمي للعراق لسنة 1936م.
2. القانون المدني المصري رقم "131" لسنة 1948.
3. القانون المدني العراقي، رقم "40" لسنة 1951م.
4. القانون المدني الأردني لسنة 1976م.
5. القانون المدني الفلسطيني، السيادة الفلسطينية في غزة [http://www.dft.gov.ps/index.php?option=com\\_content&task=view&id=7](http://www.dft.gov.ps/index.php?option=com_content&task=view&id=7)
6. القانون المدني الفلسطيني، وبناءً على ما أقره المجلس التشريعي الفلسطيني بجلسته المنعقدة بتاريخ: 2012/6/26م.
7. وثيقة الأمم المتحدة (U.N) السابع حول منع الجريمة ومعاملة المجرمين، المعقود في ميلان من الفترة من 26 آب/ أغسطس إلى 6 أيلول/ سبتمبر 1985، ووافقت عليها الجمعية العامة في قرارها 32/40، المؤرخ 29 تشرين الثاني/ نوفمبر 1985، وقرارها 146/40، المؤرخ في 13 كانون الأول/ ديسمبر 1985.

#### رابعا:المخطوطات:

1. السمديسي: شمس الدين محمد بن إبراهيم بن أحمد، (ت: 932هـ- 1526م)، فتح المدير للعاجز المقصر، في القضاء، (25) سطر، (66) لوح، المكتبة السليمانية، برقم {842}.

خامسا: المراجع التركية:

1. أوندر: محرم،

İslam Fıkıh Usulünde Sükutun Delaleti (Yasama Sükutu), İstanbul ,2013

2. أوندر: محرم،

Hanefi Mezhebinde İstihsan Anlayışı Ve Uygulamması, hikmetevi, İstanbul  
,2014



## سيرة الذاتية

### ÖZGEÇMİŞ

Irak'ın Felluce şehrinde doğdum. İmam-ı Azam Fakültesi'nde öğrenim görüp üniversite diplomasını aldıktan sonra Bağdat Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi'nde eğitim hayatıma devam edip lisans diplomamı almış bulunmaktayım. Yüksek lisansımı ise İslam Medeniyeti alanından yaptım.

Çanakkale 18 Mart Üniversitesi ve 29 Mayıs Üniversitesi'nde öğretim görevlisi olarak çalıştım. Şu anda ise Yalova Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi'nde görev yapmaktayım.

İslam Medeniyeti alanında çeşitli araştırmalarım ve makalelerim bulunmaktadır. Aynı şekilde Fıkıh, Din Felsefesi ve diğer alanlarda da çalışmalarım vardır.

