



محكمة التمييز
المكتب الفني

قِيمُ وَتَقَالِيدُ الْقَضَاءِ دراسة تأصيلية مقارنة

إشراف

د. / ثقييل بن ساير الشمري
رئيس المكتب (الفني)

إعداد

القاضي د. / عبد الرحمن محمد عبد الرحمن شرفي
رئيس بمحكمة الاستئناف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ
إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ
أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾

(سورة النساء من الآية ٥٨)



حَضْرَةُ صَاحِبِ السَّمَوِّ
السَّيِّدِ عَيْسَى بْنِ مُحَمَّدٍ النَّافِعِ
أَمِيرَ دَوْلَةِ قَطْرٍ

تقديم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه،
وبعد :

فتقوم الحياة الإنسانية في أرقى صورها على العدل؛ لأنه من أهم دعائم السعادة والاطمئنان للبشر ، والذي يبعث الشقاء والفتن في المجتمعات هو سلب الحقوق واغتيال الأقوياء حقوق الضعفاء ، وتسلب الجبارين على الأمنين المسلمين ، والقضاء من الأمور المقدسة عند كل الأمم ، إذ الخصومة من لوازم البشرية وتنازع البقاء سنة الله في كونه ولولا الوازع الذي ينصف الضعيف من القوي والمظلوم من الظالم لا اختل النظام وعمت الفوضى الساحقة بين الناس ، يشير إلى ذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَوْ لَا دَفَعُ اللَّهُ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ هَكَدَّمَتْ صَوَامِعُ وَبِيَعٌ وَصَلَوَاتٌ وَمَسَاجِدُ يُذْكَرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا ﴾ (سورة الحج آية ٤٠).

ولا شك أن القضاء مما تستقيم معه أمور الدين والدنيا لذلك اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بأمره وبينوا ما يتعلق به من قيم وآداب وما يحتاجه من تنظيم ، وخصصوا له مكاناً بارزاً ضمن أبواب الفقه ، وثبت بالتجربة أن نجاح النظام إنما يكون بنجاح القائمين عليه ، فقد كان القضاة في الإسلام يمثلون صفحة مشرقة من صفحات التاريخ الإسلامي اللامع . والبحث الذي بين يدي القارئ يعالج موضوعاً من أخص الموضوعات المتعلقة بآداب القضاء وقيمته ، وكشف الباحث الجليل والعالم النبيل صاحب اليراع السيال الشيخ الدكتور / عبد الرحمن محمد شرفي عن القواعد والأسس التي يجب أن يتحلّى بها متقلّد أمانة القضاء، ولأهمية هذا الموضوع فقد رأى المكتب الفني لمحكمة التمييز نشر هذه الدراسة؛ لتعم الفائدة بها؛ ولتكون مرجعاً

ينهل منه من يدرّج إلى سلّم القضاء ، ومرشداً له في هذا الميدان ، وقد جاءت الدراسة على جل الموضوعات التي يحتاجها القاضي في هذا المجال من حيث معرفة قيم القضاء ومبدأ التعاون بين السلطات واستقلال القضاء والهدف منه ، وضماناته وكفالة حق الخصوم وتوقير الشهود ، والاستعانة بأصحاب الاختصاص ، والدور الإيجابي للقاضي ، وسرعة تنفيذ الأحكام ، كما بينت الدراسة خصوصية أحكام الحدود الشرعية والقصاص وأنها تحتاج إلى قاضٍ فقيه يبين جوانب العدل والرحمة فيها وأن الحدود التي يكون حق الله غالباً فيها مبنية على المسامحة ، والمسامحة رحمة ، وهذه من خصائص الحدود الشرعية والقصاص التي يجب على القضاة أن يدرسوها بعناية ويولوها فائق الرعاية ؛ لأن الجهل فيها قد يسيء إلى مفهوم تطبيق الحدود الشرعية وينحرف بها عن المنهج الصحيح ، ولا يفوتنا أن نسجّل بكل فخر واعتزاز ما نلمسه من القضاة من حرص على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وقوانين البلاد التي أقسموا على احترامها ، كما نخصّ بالتحية والتقدير الشباب من القضاة ومساعدتي القضاة القطريين الذين أظهروا حماساً في فهم مسؤولية القضاء ، والالتزام بتطبيق أحكام الشرع والقانون ، وسيكون على أيديهم - بإذن الله تعالى نهضة للقضاء في هذه الدولة المباركة .

والله وليّ التوفيق .

د. ثقييل بن ساير زيد الشمري

نائب رئيس محكمة التمييز

رئيس المكتب الفني

مقدمة

الحمد لله الذي أنزل القرآن الكريم، هادياً للتي هي أقوم، والصلاة والسلام على النبي المبعوث رحمةً للعالمين ، وبعد:

فهذه دراسة موجزة عنوانها (قيم وتقاليد القضاء) ، وهي توثيق لمحاضرات أُلقيت في دورتين تدريبيتين لقضاة مدخل الخدمة (مساعدى القضاء)، تنفيذاً لاستراتيجية اللجنة الاستشارية للتدريب القضائي، برئاسة (الدكتور العلامة / ثقييل بن ساير الشمري) نائب رئيس محكمة التمييز، - حفظه الله - في دولة قطر الناهضة في مدارج المجد والعزة والازدهار، ثم بتكليف من إدارة التدريب في الدورة الثانية وقد اقتضت طبيعة الدراسة أن تكون من فصل تمهيدي، وفصلين رئيسين، أولهما : عن (قيم القضاء)، وثانيهما عن (تقاليد القضاء)، فبينهما تباين، غير أنها يتكاملان ويرفدان عدل القضاء بحصائلهما.

وقد قُسم كل فصلٍ إلى مباحث ومطالب ، لضرورة التناسق والترابط بين القواعد وفروعها.

وقوام الدراسة هو منهج التأصيل والتدليل والإسناد، مصحوباً بمنهجية تحليل المحتوى، بالتأمل في النصوص وتحليلها ، بلوغاً إلى نتائج ثمرات الجهد العقلي، كما أن طبيعة الدراسة قد أوجبت العناية بمنهج استقراء الوقائع الماثورة من سير سلف القضاء، واستخلاص ما يعزز بلوغ المرام، دونما إغفالٍ لما ترسخ من مبادئ في المواثيق الدولية، جراء الوعي العقلي، أو جراء الصراع والفعل وردّ الفعل لإنسان العصر.

وجاءت (خاتمة الدراسة) بإبراز أهم نتائجها...
والحمد لله في الأولى وفي الآخرة، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى
آله وصحبه أجمعين.

والله وليّ التوفيق .

د . عبد الرحمن محمد شرفي
رئيس بمحكمة الاستئناف

قِيمُ وَتَقَالِيدُ الْقَضَاءِ

ما هو متنزل بالوحي الإلهي.

مثل قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ (سورة النحل من الآية ٩٠).
فالآية الكريمة قرنت الإحسان بالعدل، لأن العدل بمجردة لا يسع الخلائق -
كما قال ابن القيم الجوزية - : «ومقتضى ذلك هو است فراغ الوسع في تحصيل اليقين
القضائي وبلورته في الحكم».

ومن قبيل (قيم القضاء) ما تنزل بالوحي الإلهي من تقرير مبدأ (المساواة في
الكرامة الآدمية) لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ (سورة الإسراء من الآية ٧٠).
ولقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ﴾ (سورة
النساء من الآية ١) ومقتضى الخلق من نفس واحدة هو المساواة في الكرامة الآدمية -
ومنها تتفرع ما للإنسان من حقوق وواجبات - وما على القضاء من واجب صونها،
ومنها يتفرع مبدأ المساواة أمام القضاء وفيها حديث النبي - صلى الله عليه وسلم - :
«من ابتلي بالقضاء بين الناس ، فليعدل بينهم في لحظه وإشارته ومقعه ، ولا يرفع
صوته على أحد الخصمين ما لا يرفعه على الآخر»^(١). ومثله في رسالة سيدنا عمر بن
الخطاب - رضي الله عنه - إلى أبي موسى الأشعري - رضي الله عنه - .

ومن قبيل ما تنزل بالوحي الإلهي من (قيم القضاء) تقرير (مبدأ المشروعية)،
بقوله تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعةٍ مِنَ الْأَمْرِ فَاتَّبَعْهَا﴾ (سورة الجاثية من
الآية ١٨)، حيث إن مجيء الأمر بالاتباع مقرر بعد إبانة المنهج، ومن قبيله قوله
تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾ (سورة الإسراء من الآية ١٥)
وتزخر دساتير عالمنا المعاصر بمبدأ (لا تجريم ولا عقاب إلا بنص) .

ومن صنو (قيم القضاء) ذات الثبات ما أرساه النبي - صلى الله عليه وسلم -
بتقرير (مبدأ سيادة حكم القانون)، إذ قال - صلى الله عليه وسلم - : «لا يُقدَّسُ اللهُ

١- رواه الدارقطني في سننه في كتاب الأفضية والأحكام .

أُمَّةٌ لَا يُقْضَىٰ فِيهَا بِالْحَقِّ وَيَأْخُذُ الضَّعِيفُ حَقَّهُ مِنَ الْقَوِيِّ غَيْرَ مُتَمَتِّعٍ»، وفي رواية: «لا تقُدس أمة لا يأخذ ضعيفها الحق»، وفي رواية: «لا تقُدس أمة لا يقضي فيها بالحق»^(١).

وفي رسالة سيدنا عمر بن الخطاب لأبي موسى الأشعري: «إنه لا ينفع تكلم بحقٍ لا نفاذ له»، وفي رواية «وأنفذ إذا تبين لك» - كذا في رواية ابن عبد البر في العقد الفريد - نقلها الأستاذ أحمد سحنون في كتابه رسالة القضاء - هامش ص ٣١٥ - ، ولا مرء في أن عماد (مبدأ سيادة حكم القانون) هو إنفاذ الأحكام القضائية دون تمييز بين حاكم أو محكوم.

ومن قبيل ما تنزل بالوحي الإلهي من (قيم القضاء) ضرورة اتّصاف القاضي بصفات التجرد والحياد والنأي بالنفس عن الهوى، وضرورة إسباغ الحصانة الذاتية على شخصيته بالحيولة دون التدخّل في أحكامه والتأثير عليها. قال تعالى: ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ﴾^(٢).

وقد جعل القرآن الكريم قيام المسلم بالقسط من النفس للغير (قيمة إيمانية)، إذ قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ﴾^(٣).

وقد شدّد النبي - صلى الله عليه وسلم - في منع التأثير على القضاء، حينما جاءه أسامة شفيعاً، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أتشفع في حدٍّ من حدود الله... الخ الحديث»^(٤).

ومن قيم القضاء المقررة بالوحي الإلهي، قدسية حق الدفاع، قال تعالى: ﴿وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخُسْفَىٰ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ {٢١} إِذْ دَخَلُوا عَلَىٰ دَاوُودَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ قَالُوا لَا تَخَفْ خَصْمَانِ بَغَىٰ بَعْضُنَا عَلَىٰ بَعْضٍ فَاحْكُم بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلَا تُشْطِطْ وَاهْدِنَا إِلَىٰ سَوَاءِ الصِّرَاطِ {٢٢} إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً وَلِيَ نَعْجَةٌ وَاحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفِلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ {٢٣} قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعْجَتِكَ إِلَىٰ نِعَاجِهِ ؕ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنْ

١- مصنف ابن أبي شيبة ج ١ ص ٢١ طبعة دار الفكر / بيروت .

٢- سورة ص من الآية ٢٦ .

٣- سورة النساء من الآية ٦٥ .

٤- أخرجه البخاري ، كتاب الحدود .

الْخُلَطَاءَ لِيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ وَظَنَّ دَاوُدُ أَنَّمَا فَتْنَاهُ فَاستَغْفَرَ رَبَّهُ وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ . {٢٤} فَغَفَرْنَا لَهُ ذَلِكَ وَإِنَّ لَهُ عِنْدَنَا لَزُلْفَىٰ وَحُسْنَ مَآبٍ ﴿١﴾ .

وتبدي قدسية حق الدفاع فيما أوجب استغفار سيدنا داود - عليه السلام -، حيث كان أحد الخصمين قد ادعى على الآخر وشرح دعواه، ذاكراً أن صاحبه عزه في الخطاب، فقبض سيدنا داود - عليه السلام - على الخصم الآخر قبل إتاحة الفرصة الكاملة للجواب والدفاع عن النفس، وتلك هي خطيئة سيدنا داود عليه السلام التي جعلته يستغفر ربه وخرَّ راکعاً وأناب، حتى غفر له رب العزة.

ومن قبيل قدسية حق الدفاع ما أوجبه النبي - صلى الله عليه وسلم - حين بعث سيدنا علي بن أبي طالب قاضياً إلى اليمن، إذ قال - صلى الله عليه وسلم - له: «إذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء» (٢).

تلك نماذج من قيم القضاء المتنزلة بالوحي الإلهي، وبعض النماذج المقررة بالسنة النبوية المطهرة وبسنة الخلفاء الراشدين - . سُقناها بإيجاز لبيان ما يدخل في معنى (قيم القضاء)، وقد تكون تلك القيم - أي النظم والعمد - التي يقوم عليها القضاء، مقررة بمبادئ في الدستور، وفي التشريعات الأخرى المعاصرة.

إن الجامع بين النصوص المقررة لقيم القضاء، سواء كانت واردة على لسان الشارع الحكيم، أو السنة النبوية المطهرة، أو بنصوص التشريعات المعاصرة، هو أنها في كل الأحوال تدخل في معنى (الأصول والأركان)، فما يكون به قوام الشيء يعدّ ركنًا، ويتجاوز عن كونه شرطاً أو ندباً.

تلك صورة موجزة عن مصطلح (قيم القضاء) في لسان الشارع -.

١- سورة ص الآيات من ٢١ - ٢٥

٢- رواه أبو داود في سننه في كتاب الأفضية باب كيف القضاء.

أما (تقاليد القضاء) فهي الموروثات من قواعد السلوك الإنساني، المتبلورة في حياة أفراد المجتمع، جراء تتابع توارثها جيلاً عن جيل، وخلفاً عن سلف.

ولفظة (تقليد) هي مفردة تقاليد، والتقليد في اللغة، من وضع القلادة في العنق ومنه تقليد الهدى الذي يُهدى إلى الحرم من النعم - أي يوضع قلادة في العنق -.

ولدى الأصوليين: فهو أخذ قول الغير من غير معرفة دليله، وهو دون الاتباع في الدرجة، ووضه (الاجتهاد) -.

وفي موضوع دراستنا فإن مصطلح (تقاليد) يراد به قواعد السلوك والعادات الموروثة - المستقرة - في وجدان الهيئة الاجتماعية.

ولفظة (تقاليد) معطوفة بأداة العطف (حرف الواو) على لفظة (قيم)، من قبيل عطف النسق.

ويختص العطف بحرف (الواو) - من بين سائر حروف العطف - بأنه يعطف به، حيث لا يكتفي بالمعطوف عليه - فهنا لم تكن ثمة كفاية لمصطلح (قيم)، فلزم أن يتبعه مصطلح (تقاليد)، فهذا الأخير تابع ومصطلح (قيم) متبوع. هذا الراجح في اللغة وقواعدها، وهو على خلاف مذهب الكوفيين فإن عطف النسق يفيد الترتيب^(١).

هكذا يتبدى التباين بين المصطلحين (قيم وتقاليد)، فهما يتبايران من حيث معين صدورهما، غير أنهما يرفدان عدل القضاء بحصائلهما، ومثلها كمثل: (شجرة طيبة أصلها ثابت وفرعها في السماء) (٢٤) تؤتي أكلها كل حين بإذن ربها^(٢).

وسوف نُعنى بالبيان التفصيلي لقيم وتقاليد القضاء، المقررة تشريعاً منها والموروثة، مستقاة من مصادرها في هذه الدراسة - ومحاضراتها - بإذن الله تعالى -.

١- راجع شرح ابن عقيل علي ألفية ابن مالك ج ٢ - ص ٢٠٨ - طبعة المكتبة العصرية / بيروت.

٢- سورة إبراهيم من الآيتين (٢٤ / ٢٥).

الفصل الأول

قيم القضاء - مراحل التطور والرسوخ

نتناول بالدراسة في هذا الفصل (قيم القضاء ومراحل تطورها ورسوخها)، بدءاً من عصر (أرسطو) من فلاسفة اليونان مروراً بعصر دولة المدينة النبوية، ثم عصر المفكرين الغربيين، حتى بلغت تلك القيم أشدها في التشريعات المعاصرة - . في المباحث التالية:

المبحث الأول

مبدأ فصل السلطات (لمحة تاريخية):

كان مبتدأ التفكير في فصل سلطة القضاء عن السلطتين التنفيذية والتشريعية من لدن فلاسفة الإغريق، حيث كان (أرسطو) قد ألمح في كتابه (السياسة) بتلميحات عابرة، دون بلورة المبدأ بصورة متكاملة... ثم جاء المفكر الإنجليزي (جون لوك) وتحديث عابراً أيضاً عن المبدأ، وارتقى بعده في ملامسة أبعاد المبدأ الفرنسي (جان جاك روسو)، فيما دونه بشأن (نظرية العقد الاجتماعي)، على غرار ما كتبه أرسطو في كتاب (السياسة) مع إضافة ما اقتضاه تبدل العصر.

فلما كان الثلث الأخير للقرن السابع عشر الميلادي، أطل على الدنيا كتاب (روح الشرائع) أو (روح القوانين)، الذي يمثل عصاره فكر الفيلسوف الفرنسي (مونتسكيو)، وذاك هو: كمال نظرية فصل السلطات، لعالمنا المعاصر.

لقد تعثر فلاسفة أوروبا كثيراً قبل بلوغ النضج برؤاهم في (فصل السلطات)... والواضح أن رسوخ المبدأ وكمال نضجه، لم يكن نتاجاً لعمل فكري إبداعي للعقل الأوربي، بل جاء مولوداً من بين ثنايا مخاض الصراع المتداول بين الاستبداد من جهة وبين الاستبعاد من جهة أخرى - استبداد الحاكمين الطغاة المتسلطين، في مواجهة

المسحوقين، جرّاء الإذلال والسخررة والاستغلال، الصراع بين أمةٍ وأمةٍ... لتكون أمة هي أربى من أمة.. تلك هي البيئة الاجتماعية والسياسية التي تمخّضت عنها (نظرية فصل السلطات)، شأنها شأن غيرها من رؤى الإصلاح في أوربا... وفي ذات البيئة ولد (العهد الأعظم)، (Magna Carta) في إنجلترا، وفي ذات البيئة كان ميلاد الدستور الفرنسي عقب الثورة الفرنسية... ، وكذا كان ميلاد الثورة البلشفية على النظام القيصري والإقطاعي.

أما رؤى الإصلاح في (دولة المدينة النبوية) فقد تولّدت على منهاج الوحي الإلهي، ومن خلال إبداعات الكوكبة المشبعة بقيم مشكاة النبوة... تلك الكوكبة المتبصرة هي التي ابتكرت معالم نظرية فصل السلطات -، فالدراسة المتجردة المتأنيبة تؤكد أن أول من فصل ولاية القضاء عن ولاية الإمارة، هو سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه، - هكذا حكى الزهري وسعيد بن المسبب، حيث إنه - رضي الله عنه -، ولىّ علي بن أبي طالب قاضياً؛ لأنه كان أقضى الصحابة، وولىّ شريحاً قاضياً في البصرة، وأبا الدرداء قاضياً في المدينة، وأبا موسى الأشعري قاضياً في الكوفة، وعبادة بن الصامت قاضياً في الشام. ولم يكتفِ الفاروق عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -، بمجرد تعيين الولاة والقضاة، وإنما بيّن اختصاصات الولاة، واختصاصات القضاة، محذراً من تغول الولاة على القضاة وعلى سلطة القضاء، إذ يُروى أن معاوية بن أبي سفيان، والي الشام كان قد خالف قاضيهما - عبادة بن الصامت - في أمرٍ ما، وأغلظ معاوية القول لعبادة، فيما اعتبره عبادة تأثيراً على القضاء، فقال عبادة لمعاوية: (لا أساكنك بأرضٍ واحدة أبداً)، وترك الشام ورجع إلى المدينة، فلما التقاه سيدنا عمر أمير المؤمنين سأله : (ما الذي أقدمك؟)، فأخبره عبادة بما حدث. فقال له عمر - رضي الله عنه - : «ارجع إلى مكانك، فقبح الله أرضاً لست فيها ولا أمثالك»، وكتب إلى معاوية: «... يامعاوية: لا إمرة لك على عبادة».^(١)

١- راجع: أسد الغابة في معرفة الصحابة - للإمام عز الدين أبي الحسن الجوزي (ابن الأثير) - . ٣ / ١٦٠.

هذا الأثر صريح في تمييز معالم السلطات، وفصلها عن بعضها، وصريح في منع السلطة التنفيذية من التدخل في شئون السلطة القضائية، كما يدلّ الأثر على أن الإشراف على السلطة القضائية إنما يناط بصاحب الولاية العظمى - أمير المؤمنين - أمير الدولة وحاكمها - دون سواه .

تلك إشارات موجزة، يتبدى من خلالها المعين الذي صدر عنه مبدأ فصل السلطات، ومنه تفرع مبدأ استقلال القضاء، وفيما يلي نبين ما استقرّ تشريعاً بشأنها.

المبحث الثاني

مبدأ فصل السلطات

ومداه في الدستور الدائم لدولة قطر

نصت المادة (٦٠) من الدستور الدائم لدولة قطر على أنه : «يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات، مع تعاونها على الوجه المبين في هذا الدستور».

هذه المادة ترسي مبدأ (فصل السلطات)، وهي في ذات الوقت تبلور عدم قطع أمرة الصلة بين سلطات الدولة الثلاث، إن السلطات الثلاث التنفيذية والتشريعية والقضائية منفصلة عن بعضها، غير أنها ليست جزراً منعزلة عن بعضها، بل هي تتعاون وتتكامل أضلاعها مع بعضها، بلوغاً إلى غاية الحكم الراشد، ولكن دون أن يتجاوز ذلك التعاون والتكامل إلى المساس باستقلال القضاء. وبالطبع دون أن يكون ذلك التعاون والتكامل بالغاً إلى حدّ التدخل في شئون إدارة القضاء، أو في سير العدالة، أو في التأثير عليها .

إن ثمة ضرورة حقيقية تستوجب تعاون وتكامل سلطات الدولة الثلاث مع بعضها، بلوغاً إلى غاية الحكم الراشد، ولكن دون أن يتجاوز ذلك التعاون والتكامل إلى المساس باستقلال القضاء. وبالطبع دون أن يكون ذلك التعاون والتكامل بالغاً

إلى حدّ التدخل في شئون إدارة القضاء، أو في سير العدالة، أو في التأثير عليها-.
بدءاً من تعاون وتكامل تلك السلطات الثلاث وتناسقها مع بعضها عند إصدار
التشريع - بالإفادة من معارف بعضها ومن الخبرات التراكمية لبعضها، صنوها
ما نصت عليه المادة (٢٣/ ١ بند ١) من قانون السلطة القضائية القطرية من كفالة
الاختصاص للمجلس الأعلى للقضاء بشأن إبداء الرأي في المسائل المتعلقة بالقضاء،
ودراسة واقتراح التشريعات الخاصة بتطوير النظام القضائي، حيث إن مثل هذا
الاختصاص يعين بالفعل على التطوير، بل إن توسيع مثل هذا الاختصاص لينداح
إلى الجهات الأخرى، يعين أيضاً في تطوير تلك الجهات - وقيل قديماً : (أهل مكة
أدرى بشعابها).

إن تضافر جهود القضاء مع جهود السلطتين التنفيذية والتشريعية، يحقق
مكاسب عديدة للدولة ولشعبها، أنموذج ذلك ما يمكن تحقيقه من مكاسب من
خلال الإحصائيات القضائية، وتحليلها وتحويلها من مجرد بيانات رقمية ونسب
مئوية، إلى معلومات نتاجاً للتحليل العلمي الدقيق بواسطة الخبراء المختصين في
مختلف المعارف من منسوبي السلطة التنفيذية، بلوغاً إلى التبين من الظواهر السلبية
ومسبباتها في المجتمع، ثمّ وضع المعالجات الملائمة لكل ظاهرة سلبية بما يناسبها...
فذلك يفضي إلى تحصين المجتمع، وبعث الأمن والطمأنينة في أوصاله.

المبحث الثالث

مبدأ استقلال القضاء

(تعريفه وبيان مدلوله في القانون الدولي العام)

والدساتير المعاصرة

نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، أولهما عن تعريف مفردات (مبدأ استقلال القضاء، وثانيهما عن بيان مدلول (مبدأ استقلال القضاء في القانون الدولي العام والدساتير المعاصرة :

المطلب الأول : تعريف مفردات (مبدأ استقلال القضاء) :

كلمة (مبدأ) : جمعها مبادئ، وتعني مبتدأ الشيء، فيقال: بدأت الشيء، وابتدأت به، وفي (لسان العرب) :- (بادي الرأي: أوله، ففي التنزيل : «وما نراك اتبعك إلا الذين هم أراذلنا بادي الرأي)، وقرأ أبو عمرو وحده : (بادي الرأي) بالهمزة، وقال الفراء: (لا تهمزوا بادي الرأي، لأن المعنى: فيما يظهر لنا ويبدو)،... وقال ابن الأثير: (بادي) بالهمز، من بدأ إذا ابتدأ، قال: وانتصاب من همز ولم يهمز: بالاتباع على مذهب المصدر: أي اتبعوك اتباعاً ظاهراً، أو اتباعاً مبتدأً^(١).

أما في الاصطلاح فإن لفظة (مبدأ) : يقصد بها نظام الشيء وقاعدته الأساسية التي يقوم عليه - ولا قوام للشيء بدونه، وهو أمر كلي منضبط يتسم بالظهور والثبات والاستقرار والديمومة -.

والمركب اللفظي (استقلال القضاء) من قبيل العام المعرف بالإضافة، ومقتضاه استغراق كل جنس (استقلال القضاء)، سواء كان عضوياً أو وظيفياً أو مالياً أو إدارياً.

والاستقلال العضوي هو صنف ما نصت عليه الدساتير المعاصرة، بعبارة

١ - لسان العرب لابن منظور باب الهمزة فصل الباء.

(استقلال السلطة القضائية) عن السلطين التشريعية والتنفيذية، أما الاستقلال الوظيفي، فيقصد به، استقلال القضاة في أداء واجباتهم الوظيفية بيسط العدل، بتجردٍ ونزاهةٍ، وحيدةٍ، دونما رغبٍ أو رهبٍ، لا سلطان عليهم إلا حكم القانون. ويدخل في معنى المركب اللفظي (استقلال القضاء)، استقلاله المالي والإداري.

المطلب الثاني : بيان مدلول مبدأ استقلال القضاء في القانون الدولي العام والدساتير المعاصرة:

مبدأ استقلال القضاء ليس مراداً لذاته، فهو ليس مبدأً (غائياً)، بل هو وسيلٌ، أو قل من مبادئ الوسائل، بلوغاً إلى تحقيق الغاية المتمثلة في (مبدأ العدالة الفاعلة) فالعدالة الفاعلة هي: (المبدأ الغائي).

ويعدّ ترسيخ مبدأ استقلال القضاء، وإنفاذه، في الواقع العملي، من قيم القضاء وأعمده الأساسية لبناء القيمة العليا، ومبدأ الأساس (الغائي) المتمثل في (مبدأ العدالة الفاعلة).

وقد اعتمد مبدأ استقلال القضاء باعتباره معياراً أساسياً لإنفاذ العدالة الفاعلة إبان مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بمنع الجريمة ومعاملة المجرمين الذي صادقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة في سنة ١٩٨٥ م.

وفي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان نصت المادة العاشرة منه، على أنه: «لكل إنسان الحق على قدم المساواة في أن تنظر قضيته أمام محكمةٍ، مستقلةٍ نزيهةٍ، نظراً عادلاً، سواء كان ذلك للفصل في حقوقه أو التزاماته، أو في الاتهامات الجنائية الموجهة إليه».

ولا يكاد يخلو دستور دولةٍ في عالمنا المعاصر من النص على مبدأ استقلال القضاء، فهو بحق أساس البنية القضائية وقوامها.

وقد عُني الدستور الدائم لدولة قطر بإرساء وترسيخ مبدأ استقلال القضاء، عضوياً ووظيفياً، إذ نصت المادة (١٣٠) منه على أن: «السلطة القضائية مستقلة،

وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفق القانون»، كما نصت المادة (١٣١) منه على أن: «القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية جهة التدخل في القضايا أو في سير العدالة».

هاتان المادتان ترسيان وترسخان مبدأ استقلال القضاء بأبهى صور الاستقلال العضوي والوظيفي.

وقد جاءت المادة (٢) من قانون السلطة القضائية - القطري - بتأكيد المبادئ الدستورية الآتية الذكر، والمرسحة لمبدأ استقلال القضاء عضوياً ووظيفياً، كما جاءت المادة (٢٣) من ذات القانون بتقرير مبدأ الرقابة الذاتية، بما يحقق استقلال القضاء، وذلك بإناطة العمل على تحقيق استقلال القضاء، للمجلس الأعلى للقضاء، ويعدّ ذلك إمعاناً في تقرير مبدأ الاستقلال العضوي والوظيفي.

وفي السودان: عُنِيَت الدساتير المتعاقبة على ترسيخ مبدأ استقلال القضاء، حيث كانت المادة (٩) من دستور السودان المؤقت، المعدّل في سنة ١٩٦٤م تنص على أن: «الهيئة القضائية مستقلة وليس لأية سلطة حكومية تنفيذية كانت أو تشريعية حق التدخل في أعمالها أو الرقابة عليها». كما نصت المادة (١٨٥) من دستور السودان الدائم لسنة ١٩٧٣م على أن تكون ولاية القضاء في جمهورية السودان الديمقراطية لهيئة مستقلة تسمى الهيئة القضائية». ونصت المادة (١٨٧) من ذات الدستور على أن القضاة مستقلون في أداء واجباتهم القضائية، ولا سلطان عليهم إلاّ حكم القانون، وهم مسئولون أمام رئيس الجمهورية عن حسن أدائهم وفقاً للقانون».

ونجد ذات هاتين المادتين الأخيرتين في المادتين (١٢١)، (١٢٢) من دستور السودان الانتقالي لسنة ١٩٨٥م، وقد جاءت نصوص دستور السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م بتعديل مسمى (الهيئة القضائية) إلى (السلطة القضائية)، اتساقاً مع مقتضيات مبدأ فصل السلطات، وقد نص هذا الدستور على مبادئ ذات أهمية بالغة من شأنها إضفاء المزيد من الرسوخ لمبدأ استقلال القضاء، بل وتتمام الإنعتاق من

سطوة السلطتين التنفيذية والتشريعية، وذلك بترسيخ مبدأ استقلال القضاء عضويًا ووظيفيًا، وفقاً للمادتين (١٢٣)، (١٢٨) منه، فضلاً عن كفالة الاستقلال المالي والإداري للسلطة القضائية، وإسناد إدارة القضاء لرئيس القضاء، على أن يكون مسئولاً عن ذلك أمام رئيس الجمهورية، كما أوجب هذا الدستور، بصيغة أمره - وجوبية - على أجهزة الدولة ومؤسساتها، تنفيذ أحكام المحاكم وأوامرها، مقررًا منع التأثير على القضاة في أحكامهم، ثم أسند هذا الدستور صون الدستور وحكم القانون للقضاة، على أن يقيموا العدل بجدٍ وتجردٍ، دون خشيةٍ أو محاباةٍ.

تلك المبادئ الرفيعة - وغيرها - نصت عليها المادتان المذكورتان، إذ نصت المادة (١٢٣) على أن: «(١) تسند ولاية القضاء القومي في جمهورية السودان للسلطة القضائية القومية.

(٢) تكون السلطة القضائية مستقلة عن الهيئة التشريعية والسلطة التنفيذية، ولها الاستقلال المالي والإداري اللازم.

(٣) ينعقد للسلطة القضائية القومية الاختصاص القضائي عند الفصل في الخصومات وإصدار الأحكام وفقاً للقانون.

(٤) يكون رئيس القضاء لجمهورية السودان رئيساً للسلطة القضائية القومية، ورئيساً للمحكمة العليا القومية، ويكون مسئولاً عن إدارة السلطة القضائية القومية أمام رئيس الجمهورية.

(٥) على أجهزة الدولة ومؤسساتها تنفيذ أحكام وأوامر المحاكم».

كما نصت المادة (١٢٨) على ما يلي:

«(١) القضاة مستقلون في أداء واجباتهم ولهم الولاية القضائية الكاملة، فيما يلي اختصاصاتهم، ولا يجوز التأثير عليهم في أحكامهم.

(٢) يصون القضاة الدستور، وحكم القانون، وقيمون العدل بجدٍّ وتجرّدٍ ودون خشيةٍ أو محاباة.

(٣) لا تتأثر ولاية القاضي بالأحكام القضائية التي يصدرها».

ويلاحظ أن الدستور في الفقرة (٣) من مادته (١٢٨) قد أرسى حصانة القاضي بشأن ما يصدره من أحكام. كما يلاحظ أن إضافة كلمة (القومية) لأي من مستويات الحكم، قد اقتضاه نظام الحكم اللامركزي للدولة.

وقد نصّت الدساتير في بقية دول عالمنا العربي على استقلال القضاء-، ففي مصر نصّت عليه المادتان (١٦٥)، (١٦٦) من الدستور، وذات الأمر في المادة (٧٦) من دستور المملكة المغربية، والمادة (١٣١) من الدستور السوري، والمادة (٦٠) من الدستور العراقي، والمادة (١٦٣) من دستور الكويت، والمادة (٩٧) من دستور المملكة الأردنية الهاشمية، والمادة (٥٣) من الدستور التونسي، والمادة (٢٨) من الدستور الليبي-.

وهناك دول لا تجد فيها دساتير مكتوبة، مثل إنجلترا، ورغم عدم وجود دستور مكتوب فقد عُني النظام القضائي الإنجليزي عنايةً بالغة بمبدأ استقلال القضاء. يقول اللورد ديننج: «المبدأ الأول المهم جداً، هو أن يكون القاضي مستقلاً بصفة مطلقة عن الحكومة»^(١).

الأهداف التي لأجلها شرع مبدأ استقلال القضاء:

شرع مبدأ استقلال القضاء لتحقيق الأهداف التالية:

(أ) إنفاذ العدالة الفاعلة :

وتكون العدالة فاعلة عندما يكون المبتدأ هو التزام السلطة القضائية بأحكام الدستور والقانون، فيمارس قضاتها سلطاتهم بحيث لا يكون ثمة سلطان عليهم

١- راجع : طريق نحو العدالة - اللورد ديننج - ص ١٦ -.

سوى حكم القانون، وتكون حصانتهم الذاتية هي عنوان حياتهم العملية، بما يبعث الثقة في قضائهم وعدلهم ونزاهتهم واستقامتهم، وقوتهم في الحق - لا يخشون فيه لومة لائم-.

وتكون العدالة فاعلةً حين تكون السلطة القضائية المستقلة حارسةً أميناً للحقوق والحريات الأساسية التي رسختها مبادئ الدستور، حاميةً وصائنةً لها من الانتهاك أو الاستلاب أو الاعتداء، بدءاً من الحقوق الشخصية المادية أو المعنوية - مهما صغرت - بلوغاً إلى الحق في الحياة.

وتكون العدالة فاعلةً حينما تخضع أجهزة الدولة ومؤسساتها لأحكام القضاء، وتدعن لها بإنفاذها عن تسليم، وتكون العدالة فاعلة حين تتحقق مراقبة القضاء لأعمال السلطة التنفيذية - الإدارية -، وتحول دون التحكمية فيها - .

وبلوغاً إلى العدالة الفاعلة - يلزم إنفاذ أحكام القضاء في حق الأفراد وفي حق أجهزة الدولة سواءً بسواء - لترى العدالة الفاعلة وهي تطبق، فذاك هو ما يبعث الأمان القضائي في المجتمع، وتلك غاية لا تتحقق إلا من خلال سلطة قضائية مستقلة بحق-.

إن فاعلية العدالة مسألة نسبية، فهي ترقى وتعرج في مدارج الكمال، بمقدار ما يحققه القضاء الوطني من إنفاذ لمبدأ سيادة حكم القانون. ومن إشراقات مقررات المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة - ، أنه في سنة ٢٠٠٥م قد وضع (سيادة حكم القانون) ومدى إنفاذها، معياراً لنظام العدالة الفاعلة في الدولة المعنية. وكما أن العدالة الفاعلة تعدّ الغاية الرئيسة التي شرع لأجلها مبدأ استقلال القضاء، فهي أيضاً تعدّ معياراً لمعرفة مدى تحقيق مبدأ استقلال القضاء، في الدولة المعنية.

(ب) بسط العدل وإنفاذ أحكام القضاء على الحاكمين والمحكومين:

لا مرأى في أن من أهم ما شرع لأجله مبدأ استقلال القضاء، هو بسط العدل وإنفاذ أحكام القضاء، دون تمييز بين حاكم ومحكوم، فالناس أمام القضاء سواء.

وقد نصّت المادة السابعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن: «كل الناس سواسية أمام القانون، ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة دون أية تفرقة...»، كما نصت المادة العاشرة من ذات الإعلان على أنه: «لكل إنسان الحق على قدم المساواة في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً، سواء كان ذلك للفصل في حقوقه، أو التزاماته، أو الاتهامات الجنائية الموجهة إليه».

ونصّت المادة (٣٥) من الدستور الدائم لدولة قطر على أن: «الناس متساوون أمام القانون، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين»، كما نصت المادة (١٣٥) من ذات الدستور على أن التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ويبين القانون إجراءات وأوضاع ممارسة هذا الحق».

لقد كان للشريعة الإسلامية فضل السبق في تقرير مبدأ (بسط العدل وإنفاذ أحكام القضاء على الحاكمين والمحكومين - دون تمييز بينهم - فالحاكم مسئول عما يجترحه من خطيئات وآثام موجبة للمساءلة، مثله مثل سائر الرعية، ومن أدلة التسوية بين الناس كافة في العقوبة، قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ﴾^(١).

ووجه الدلالة في الآية الكريمة يتبدى من عموم الخطاب الموجه إلى (الذين آمنوا)، فلا حصانة تعصم أحداً من المساءلة، بل انعقد الإجماع على أن الحاكم الأعلى إذا ارتكب ما يوجب القصاص، فإنه يستقاد منه.

وفي تفسير قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(٢) يقول الإمام القرطبي: «وأجمع العلماء على أن، على السلطان أن يقتص من نفسه، إذا تعدى على أحد من رعيته، إذ هو واحد منهم»^(٣).

١- سورة البقرة من الآية ١٧٨.

٢- سورة البقرة: الآية ١٧٩.

٣- راجع الجامع لأحكام القرآن - للقرطبي - ج ٢ ص ٢٥٧.

وقد روى النسائي عن أبي سعيد الخدري قال: «بينما رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، يقسم شيئاً، إذ أكبّ عليه رجل، فطعنه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بعرجونٍ كان في يده، فصاح الرجل، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : (تعال فاستقدمني)، فقال الرجل: بل عفوت يا رسول الله»^(١).

وتتكاثر أدلة السنة النبوية والمأثور عن الخلفاء الراشدين، في بسط العدل، وإنفاذ أحكام القضاء على الحاكمين والمحكومين، سواء بسواء^(٢).

وتتمة استثناءات ينبغي الإشارة إليها بإيجاز، حيث كان للشريعة الإسلامية فضل السبق أيضاً، في كفالة (الحرمة المطلقة) للرسول والسفراء، - بذات ما اصطلح في عصرنا بمصطلح (الحصانة الدبلوماسية) في القانون الدولي العام المعاصر، إذ كان المبعوثون القادمون إلى دولة المدينة من الملوك والأباطرة يتمتعون بتلك الحصانة المطلقة، بذات ما هو مقرر في عصرنا الحاضر وفقاً لاتفاقيات العلاقات الدبلوماسية لسنة ١٩٦١م واتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة ١٩٦٣م. بل إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، قد كفل الحصانة حتى للرسولين اللذين جاء إليه من قبل مسيئمة، عندما صرحا بكلمة الكفر أمامه، فقال - صلى الله عليه وسلم - : «لو كنت قائلاً رسولاً لقتلتكما»^(٣).

قال الإمام الشوكاني في معرض شرحه لهذا الحديث: - «يدل على تحريم قتل الرسل الواصلين من الكفار، وإن تكلموا بكلمة الكفر في حضرة الإمام أو سائر المسلمين»^(٤).

١- (المرجع السابق - نفس الصفحة).

٢- (أنظر للمزيد بحث (الحصانة القضائية من منظور الشريعة الإسلامية - للقاضي عبد الرحمن شرفي - منشور بمجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ٢٠١٢م صفحات ٣٣٠ وما بعدها).

٣- (رواه الإمام أحمد في مسنده ج ١ ص ٣٩٦).

٤- (راجع نيل الأوطار للشوكاني ج ٨ ص ٣٥١ طبعة دار الحديث / القاهرة سنة ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م).

(ج) حماية الحقوق والحريات الأساسية:

تنص المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: «لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية المختصة، لإنصافه من أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له الدستور أو القانون».

والحقوق الأساسية المشار إليها في هذه المادة هي المبادئ الدستورية التي تكفل الحقوق والحريات الأساسية، وهي الواردة في المواد (٣٦/٣٧/٤٢/٤٤/٤٦/٤٧/٤٨/٥٠/٥١) من الدستور الدائم لدولة قطر.

وقلنا آنفاً بأن العدالة الفاعلة تتحقق في ظل الحراسة الآمنة للحقوق والحريات الأساسية المكفولة بأحكام الدستور، صوناً لها، وب حمايتها من أية صورة من صور الانتهاك أو الانتقاص، والقضاء المستقل هو الضامن لتلك الحماية والقائم عليها، وقد نصت المادة (١٢٩) من الدستور الدائم لدولة قطر على أن: «سيادة القانون أساس الحكم في الدولة، وشرف القضاء، ونزاهة القضاة وعدلهم، ضمان للحقوق والحريات».

هذه الحماية التي عبّرت عنها المادة الآنفة من الدستور بعبارة: (ضمان للحقوق والحريات)، هي في واقع الأمر إحدى الغايات التي شرع لأجلها مبدأ استقلال القضاء. في الإطار الوطني وفي القانون الدولي العام.

(د) النأي بعمل القضاء من تغول أي من السلطتين الأخريين:-

دوماً نجد السلطة التنفيذية - بالأخص - تسعى لبسط هيمنتها على سلطتي القضاء والتشريع - وفي عالمنا العربي - فإن السلطة التنفيذية تتغول على السلطة القضائية أحياناً، بالأخص في الدول التي يتبع فيها القضاء لوزارة العدل، فعندئذ تناط بوزارة العدل جوانب مؤثرة من إدارة القضاء، فتكون ميزانية القضاء تابعة لميزانية وزارة العدل -، ويتمخض عن ذلك تأثير وزارة العدل في ترقية القضاة وتنقلاتهم وعلاواتهم وغير ذلك من مخصصاتهم، وذلك ما يتيح لوزارة العدل التأثير

على القضاء - بل وربما التسلُّط والتغوُّل عليه، ولا فكاك من ذلك التأثير - أو التسلُّط والتغوُّل إلا بترسيخ مبدأ استقلال القضاء عضويًا ووظيفيًا وماليًا بالنص عليه في الدساتير إننا لا نجد هذا النوع من استقلال القضاء -عضويًا ووظيفيًا- بما في ذلك الاستقلال المالي، منصوصاً عليه، في أي دستور من دساتير دولنا العربية، إلا في دستور السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥ م، إذ نصّت المادة (١٢٣) منه في بنده الثاني على أن: «تكون السلطة القضائية مستقلة عن الهيئة التشريعية والسلطة التنفيذية، ولها الاستقلال المالي والإداري اللازم».

هذا المستوى من الاستقلال، يحقق بلا مرأى كمال الغاية التي شرع لأجلها مبدأ استقلال القضاء، وفي ذات الوقت فهو من الضمانات الفاعلة لصون استقلال القضاء من التأثير أو التدخل في إدارة السلطة القضائية، أو في سير العدالة.

الضمانات الصائنة لمبدأ استقلال القضاء:

لقد عُنِيَت الدساتير والتشريعات المعاصرة بتقرير ضمانات من شأنها صون مبدأ استقلال القضاء درءاً له من أي تغوُّل أو انتهاك أو انتقاص.

وتتمثل تلك الضمانات فيما يلي:

الضمان الأول: العناية باختيار الأمثل للوظيفة القضائية:

تُعنى التشريعات المنظمة للقضاء - قوانين السلطة القضائية - بتحديد الكيفية التي يتم بها اختيار القضاة، وهي تتسم دوماً بالتشدد والتمحيص اللازمين لحسن الاختيار، حيث إن القاضي القوي الأمين هو الصائن الحقيقي لمبدأ استقلال القضاء. ولا تكاد تجد قانوناً من قوانين السلطة القضائية خلواً عن بيان من هو أمثل للقضاء، وطرائق اختياره^(١).

١- (راجع الفصل السادس من قانون السلطة القضائية القطري تحت عنوان: التعيين والترقية والأقدمية - وراجع الفصل الخامس من قانون السلطة القضائية السوداني تحت عنوان: تعيين القضاة وعددهم ومراتبهم وترقياتهم وأقدميتهم).

ومن موروثنا الحضاري في العناية باختيار الأمثل للقضاء، ماروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «من ولىّ أحداً من المسلمين وهو يعلم أن فيهم من هو أولى منه، وأعلم بكتاب الله وسنة نبيّه - صلى الله عليه وسلم - ، فقد خان الله ورسوله»^(١).

ويتمثل وجه الدلالة في الحديث الشريف في دخول ولاية القضاء فيما نص عليه بالحديث الشريف من عموم الولاية، بل إن قصد ولاية القضاء أولى وأوجب بالحكم. ويروى عن الحسن أنه قال: «أخذ على القضاة ثلاث: ألاّ يشتروا به ثمنًا، ولا يتبعوا به هوى، ولا يخشوا فيه أحداً»^(٢).

وقد عُني دستور السودان الانتقالي (في مادته ١/١٢٨) - بالنص على بعض الصفات اللازمة في القاضي، فيما قرره على القضاة من صون الدستور وحكم القانون وإقامة العدل، بجِدِّ وتجردٍ دون خشيةٍ أو محاباة.

ويروى عن سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه قال: «ويلٌ لديان أهل الأرض، من ديان أهل السماء، يوم يلقونه. إلاّ من أمر بالعدل، وقضى بالحق، ولم يقض بهوى، ولا لقرابةٍ ولا لرغبةٍ ولا لرهبيةٍ، وجعل كتاب الله مرآةً بين عينيه»^(٣). وكانت المادة (١٧٩٢) من مجلة الأحكام العدلية تنص على أنه: «ينبغي أن يكون القاضي حكيماً فهِماً مستقيماً أميناً مكيناً متيناً».

الضمان الثاني: منع التدخل في سير العدالة أو التأثير على القضاة في أحكامهم:

هذا المنع من التدخل والتأثير يعدّ من الضمانات الصائنة لاستقلال القضاء، وهو

- ١- رواه الحاكم في المستدرک في کتاب الأحكام وراجع روايات أخرى للحديث مع تحريجها في أخبار القضاة لو كيع - محمد بن خلف - ص ٥٣ طبعة عالم الكتب / بيروت.
- ٢- أخبار القضاة - لو كيع - ص ٢٧ -.
- ٣- المرجع السابق ص ٣٢ .

مقرر بالنصوص الدستورية، إذ نصت المادة (١٣١) من الدستور الدائم لدولة قطر على أنه: «لا يجوز لأية جهة التدخل في القضايا، أو في سير العدالة»، كما أنه مقرر فيما نصت عليه المادة (٢) من قانون السلطة القضائية القطري، (قانون رقم (١٠) لسنة (٢٠٠٣).

كما نصت المادة (١/١٢٨) من دستور السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥ م على أنه: «لا يجوز التأثير على القضاة في أحكامهم».

إن شخصية القاضي وقوته في الحق - هي التي تعصمه من أي تدخل أو تأثير في أحكامه، فإذا وهن وهنت أحكامه. ومن ضعف مرة أمام ذوي السطوة، فإنه يضعف مرات. ويحكى عن شريك القاضي أنه بعد قدومه إلى الكوفة قاضياً - كان قد قضى بالحبس - في حق - على كاتب الأمير محمد بن سليمان فقبل له بأن الأمير محمد بن سليمان، قد أطلقه من الحبس، فقال شريك «هذه أول وهلة، فإن ضعفت فيها لم أزل ضعيفاً، فختمت قمطري وقمت ودخلت عليه، فقلت له: إن أمير المؤمنين (يعني أبا جعفر المنصور) أمرني أن اعتمد عليه لتقوى بذلك أحكامي، وإنك أضعفتها، أخرجت رجلاً من حبيسي، والله لئن لم تردّه لا يكون وجهي إلا إلى أمير المؤمنين من بساطك، فطلب إليّ (يعني ملتمساً)، فأبيت أن أجيبه، فردّه إلى الحبس.^(١)

ويحكى عن أبي يوسف - قاضي قضاة بغداد - أنه جلس ذات يوم للفصل في الأفضية، فاختصم إليه رجل مع أمير المؤمنين الهادي في بستان، ورأى أبو يوسف أن الحق مع الرجل، ولكن للسلطان شهوده، فقال للهادي: (إن الخصم يطلب أن يحلف الهادي أن شهوده صادقون)، ولم يحلف الهادي، ف قضى أبو يوسف بالبستان للرجل^(٢). وهذه من فطنة ونفاذ بصيرة القاضي، وإحقاقه للحق بما يتناسب مع المقام.

١- أخبار القضاة - لو كيع - ص ٥٨٧.

٢- راجع كتاب: (قضاة شرفوا وجه التاريخ) للأستاذ محمود محمد حباية ص ٥٠ طبعة دار الإيمان - الإسكندرية سنة ٢٠٠٤ م.

تلك بعض النماذج المشرقة لسلف قضاتنا، الذين حباهم الله تعالى، بكمال العقل، ووفرة الحكمة، وجودة الفهم، وسداد الرأي، ومآثرهم أكثر من أن تحصى، وقد سقنا بعض مآثرهم، للتأسي بهم، ولاقتفاء آثارهم، آمليين أن يعيد التاريخ نفسه، فتعود لأمتنا خيريتها لتحمل للدين مشاعل النور وألوية الحق والعدل من جديد.

الضمان الثالث : كفالة الاستقلال المالي للقضاء:

إن كفالة الاستقلال المالي للقضاء تعدّ إحدى الضمانات الجوهرية لصون استقلال القضاء وحمايته من تسلط السلطة التنفيذية، ومن بسط هيمنتها على القضاء. وقد نصت المادة (١٢٣ / ٢) من دستور السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥ م على أن للسلطة القضائية الاستقلال المالي والإداري اللازم. كما نصّت المادة (٣٣) من قانون السلطة القضائية القطري - قانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٣ م على أنه: «يصدر بتحديد رواتب القضاة وبدلاتهم قرار من الأمير، ولا يجوز أن يقرر لأحدهم راتباً بصفة شخصية أو أن يعامل معاملة استثنائية».

ومفاد تقرير تحديد رواتب القضاة وبدلاتهم بقرار من حضرة صاحب السمو أمير البلاد المفدى - حفظه الله -، هو النأي بالقضاء عن أي تأثير من أية جهة تشريعية كانت أو تنفيذية حيث لا تناقش رواتب القضاة وبدلاتهم أمام أي من تلكم السلطتين، وذلك بلا مراعاة يعد ضامناً صائناً لاستقلال القضاء، ودارئاً له من أي تأثير من قبل أي من تلكم السلطتين الآخرين.

ثم إن سمو أمير البلاد المفدى - حفظه الله - إنما يحدّد للقضاة، الراتب المجزي، حرصاً منه على بذل راتب الكفاية للقضاة، لئلا تطرف أنفسهم إلى ما في أيدي الناس، بإستدانة أو إهداء أو رشاء، أو بما دون ذلك مما يجب على القضاة التنزه عنه.

الضمان الرابع: عدم عزل القاضي إلا عند الضرورة وفقاً لما يحدده القانون:

من الضمانات الصائنة لاستقلال القضاء من جهة، والمحققة للأمن الوظيفي في ذات الوقت، ما أرسته الدساتير المعاصرة، من تقرير عدم عزل القاضي، إلا في الحالات التي يحددها القانون، وقد نصّت المادة (١٣٤) من الدستور الدائم لدولة قطر، على أن: «القضاة غير قابلين للعزل، إلا في الحالات التي يحددها القانون، كما يحدّد القانون الأحكام الخاصة بهم، وينظم مساءلتهم تأديبياً». وجاءت المواد (٥٠) وما بعدها من قانون السلطة القضائية القطري ببيان أحكام مساءلة القضاة وموجباتها والكيفيات التي تتم بها المساءلة، وتحديد العقوبات التي يجوز توقيعها على القاضي، بما فيها العزل، وهي مواد تتسق مع معايير كفالة (الأمن الوظيفي) التي تبعث الثقة والطمأنينة في أنفس القضاة، وتصون مبدأ استقلال القضاء، وقد نصت المادة (١٣١) من دستور السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥ م على أنه: «١- يتولى رئيس القضاء اتخاذ إجراءات المحاسبة في مواجهة القضاة وفقاً للقانون. ٢- لا يجوز عزل القضاة إلا بسبب السلوك المشين، أو عدم الكفاءة، أو فقدان الأهلية، وذلك وفقاً للقانون، على ألا يتم ذلك إلا بأمر من رئيس الجمهورية، بناءً على توصية من رئيس القضاء، وبموافقة المفوضية القومية للخدمة القضائية».

وقد شدد فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم عزل القاضي، فلم يجزوه إلا بسبب وعند الضرورة، وبعد نظرٍ ثاقبٍ من الإمام - الحاكم الأعلى -، فإن عزله لريبة بغلبة الظن، نفذ عزله، وإن عزله لتولية من هو أفضل منه، نفذ عزله، أما إن كان عزله لتولية من هو دونه في الصلاحية، فلا ينفذ عزله، في ظاهر مذهب الشافعي، هكذا حكى ابن أبي الدم الحموي في كتابه (أدب القضاء)^(١)، فليس الأمر تحكيمياً للإمام، بل يمارس الإمام سلطته بعد نظرٍ ثاقب، لثبوت ريبة أو لمصلحة حقيقية للمسلمين

١- راجع: أدب القضاء، لابن أبي الدم الحموي ص ٦٤ طبعة دار الفكر / تحقيق د. محمد مصطفى الزحيلي. وراجع نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الاسلامي / ظافر القاسمي ص ١٦٧.

عامةً وليست لمصلحة خاصة - ولا متوهمة- . ومن صور عزل القاضي، لمصلحة عامة - حقيقية، غير متوهمة، ما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أنه ولى قاضياً، فاختصم إليه رجلان في دينارٍ، فحلَّ القاضي ديناراً - من عند نفسه - فأعطاه للمدعي، فقال له سيدنا عمر - رضي الله عنه - : (اعتزل قضاءنا) ^(١). وهذا هو أول عزلٍ للقاضي في الدولة الإسلامية - فيما نعلم-، وقد عزله سيدنا عمر رضي الله عنه، لأن القاضي إنما خالف ما يقتضيه واجب الاستقصاء والتثبت بالدليل بلوغاً إلى اليقين القضائي، ثم الفصل في المخاصمة، فالقاضي إنما نصب للفصل والحكم بين الناس بالحق، فذاك هو ما يحقق الأمن القضائي في المجتمع، ويقطع دابر التنازع والتهاجر بين الناس، أما صنيع ذاك القاضي المعزول، فمن شأنه إشاعة نوازع الأطماع، والإفضاء إلى تكاثر التداعي زوراً من ذوي الأنفس الوضيعة، لنيل ما ليس لهم بحق، ومن المصلحة العامة الحقيقية عزل مثله، ولو كان في حسابه أنه يحسن صنعاً.

الضمان الخامس: حصانة الولاية القضائية وعدم تأثرها بما يصدره القاضي من أحكام:

نصّت المادة (٣/١٢٨) من دستور السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥ م على أنه: «لا تتأثر ولاية القاضي بالأحكام القضائية التي يصدرها».

هذا نوع من الحصانة التي يسبغها الدستور على الولاية القضائية، لكفالة البيئة القضائية التي تبعث الطمأنينة في أنفس القضاة، عند إصدارهم للأحكام، دونها خشية على الوظيفة القضائية التي يتقلدونها. ولا مراء في أن تلك البيئة تسهم في إشاعة روح الاجتهاد والمثابرة وفي ترقية الأداء القضائي.

ثم إن الأصل هو: ألا يكون القاضي عرضة للمساءلة الوظيفية جراء أحكامه، لإمكان تصويبها في مراحل التقاضي والطعون، فإن كانت تلك الأحكام خارجة عن

١- أخبار القضاة - لو كيع - ص ٦٠ - وقد روي أيضاً أن سيدنا عمر بن عبد العزيز قد عزل قاضياً أجرى مصلحةً بين خصمين من ماله الخاص - راجع - نفس المرجع - ص ٩٢.

المألوف عن قصد - أو إهمالٍ جسيمٍ، فعندئذ يمكن مساءلته إدارياً وفقاً للقانون. ولما كان من قواعد الفقه أن: (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب)، فإنه يدخل في معنى (قِيم)، كل ما سقناه في هذا المبحث، مما لا يتم (مبدأ استقلال القضاء) إلا به، سواء تعلق ذلك باستقلاله العضوي أو الوظيفي أو المالي، أو كان ذلك مما أوردناه من الأهداف التي لأجلها شرع مبدأ استقلال القضاء، أو الضمانات الصائنة لذلك المبدأ، فهي كلها لازمة لقوام بناء مبدأ استقلال القضاء، ومن ثم فهي من قِيم القضاء.

المبحث الرابع

مبدأ المشروعية

يقال: (مبدأ المشروعية) أو (مبدأ الشرعية)، والمشروعية والشرعية، مصدر الفعل الثلاثي (شَرَع)، وفي (لسان العرب لابن منظور):

«شَرَع الوارد: يشَرَعُ شرعاً وشروعاً: تناول الماء بفيه: والشرعية والشراع والمشرفة: المواضع التي ينحدر منها إلى الماء..... وشرعت في هذا الأمر شريعاً: أي خضت، والشرعية والشرعة: ما سَنَّ الله من الدين، وأمر به كالصوم والصلاة والحج والزكاة وسائر أعمال البر.... ومنه قوله تعالى: (ثم جعلناك على شريعة من الأمر) وقوله تعالى: (لكل جعلنا منكم شرعةً ومنهاجاً)، قيل في تفسيره: الشرعة: الدين والمنهاج: الطريق. وقيل الشرعة والمنهاج جميعاً: الطريق. والطريق ههنا: الدين (١).

يتبدى مما ذكر أن لفظي: (المشروعية والشرعية) صنوان من حيث مدلولهما، وإفادتهما لمفهوم سَنَّ الأحكام ورسمها على المنهاج - أي على الطريق المستقيم، ومعناهما الاصطلاحي قرين معناهما اللغوي، إلا أن المعنى الاصطلاحي قد اتسع عن المدلول اللغوي، وفقاً لما اقتضاه التطور التشريعي وحركته الدائبة، فأصبحت (المشروعية) أو (الشرعية): تعني ما شرعه - أو سنَّه - الشارع الحكيم من أحكام،

١- لسان العرب - لابن منظور باب العين فصل الشين.

ينطبق هذا على النصوص التشريعية الأصلية المقررة في القرآن الكريم أو في السنة النبوية المطهرة.

وقد تكون تلك الأحكام مسنونة بموجب نص تشريعي، تتوفر فيه خصائص التشريع، من حيث صدوره من سلطة عامة مختصة، بصيغة قانونية عامة مجردة ملزمة مكتوبة نافذة.

كما قد تكون تلك الأحكام مسنونة وفقاً لقواعد اجتهادية الأصل - فقهية أو قضائية-.

وقد تكون مسنونة وفقاً لقاعدة عرفية حيث إن العرف يعتبر من مصادر التشريع، ويصار إليه فيما تعارفه الناس وجرت عليه عاداتهم، سواء كان قولياً أو فعلياً. قال ابن عابدين:

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قديدار^(١)
ومن قبيل ما تعارفه الناس، واكتسب صفة: (مبدأ المشروعية) ، ما جرت به العادة من قسمة المهر إلى مقدم ومؤخر، ومنه أيضاً اعتبار (المعاطاة) بديلاً عن الإيجاب والقبول في البيع، ومنه ما تعارف عليه الناس من اعتبار ما يقدمه الخاطب أثناء الخطبة، هدية وليس جزءاً من المهر، كما أن المستقر عرفاً في مدلول مصطلح (الحرز) في السرقة، هو الذي يدار عليه الحكم - وهو الذي ينطبق عليه مبدأ المشروعية.
ويشترط في العرف الذي يدار عليه الحكم، أن يكون عاماً وصحيحاً - لا يجل حراماً ولا يجرم حلالاً - وأن يكون مطرداً.

ويستدل على حجية العرف، بقوله تعالى: (خذ العفو وأمر بالعرف)^(٢)، وبحديث النبي - صلى الله عليه وسلم - : «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»، وفي

١- منظومة: نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف (مطبوعة مع (رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١١٢-).

٢- سورة الأعراف - من الآية ١٩٩ .

رواية زاد: «وما رأوه سيئاً فهو عند الله سيء»^(١). وما رأوه بمعنى: ما جرت به عاداتهم وأعرافهم.

وفي اصطلاح القانون فإن العرف هو: اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية، بحيث تنشأ منها قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة^(٢). وقد أوردت (مجلة الأحكام العدلية)، ضمن موادها المائة الأولى، قواعد فقهية عديدة، يحتكم فيها إلى العرف، سوف نُعني ببيانها في موضعها المناسب من هذه الدراسة. ويتبدى من كل ما ذكر أن حكم العرف إنما يصار إليه فيما لا نص فيه، وقد يصار إليه عند تفسير النص، أو عند ترجيح الدليل.

إن مبدأ المشروعية يرتكز على ركنين، أولهما: سبق ورود النص التشريعي، سواء كان مقررأ بمصدر أصلي أو تبعي. وثانيهما: عدم رجعية أثر النص التشريعي، بمعنى عدم نفاذ أثر النص التشريعي الجديد، فيما تمّ من تصرفات في ظل قانون قديم، ويتفاوت أعمال هذا الركن ما بين القوانين الجنائية والتي تتخذ موقفاً صارماً في التمسك بعدم الرجعية - إلا إذا كان النص التشريعي الجديد في مصلحة المتهم، فعندئذ يصار إلى إنفاذه قضاءً. وقد نصّت المادة (٤٠) من الدستور الدائم لدولة قطر على أنه: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل به، والعقوبة شخصية. ولا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية وبأغلبية ثلثي أعضاء مجلس الشورى النص على خلاف ذلك».

ونصت المادة (٢/١١) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: «لا يدان أي شخص من جراء أعمال، أو امتناع عن أعمال، إلا إذا كان ذلك يعتبر جرماً، وفقاً للقانون الوطني أو الدولي، وقت ارتكابه. كذلك لا توقع عليه عقوبة أشد من تلك التي كان يجب توقيعها وقت ارتكابه الجرم».

١- نصب الراهة للزبلي ج ٤ ص ١٣٣. قال الألباني: لا أصل له مرفوعاً وإنما ورد موقوفاً على ابن مسعود أخرجه عنه الإمام أحمد ٣٦٠٠. وفي موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني ص ٢٤١.. قال محمد: وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم «ما رآه المؤمنون حسناً...».

٢- راجع مبادئ القانون - للدكتور عبد المنعم فرج الصدة - ص ٨٨.

ولا يكاد يخلو دستور من دساتير عالمنا المعاصر، أو قانون من قوانين الإجراءات الجنائية من نص يقضي بأنه: (لا تجريم ولا عقاب إلاّ بنصٍ تشريعي سابق). وكما أشرنا سابقاً، فإنه يستثنى من مبدأ عدم رجعية النصوص التشريعية - الجنائية - حالة (القانون الأصلاح للمتهم)، حيث يصار إلى إعماله متى كان محققاً مصلحة المتهم.

ويمتد مبدأ المشروعية، ليشمل أدلة إثبات الدعوى، وإجراءات الحصول عليها، حيث ينطبق عليهما هذا المبدأ بركنيه.

ولما كان من حق الهيئة الاجتماعية صون مصالحها وضرورياتها، وكان من حق المتهم - في أية جريمة - التمتع بضمانات تصون له مبدأ أصل البراءة - باعتباره حقاً طبيعياً مكفولاً له بحكم آدميته المكرمة -، فقد كان لزاماً على المشرع الموازنة بين هذين الحقين، وذلك بسن إجراءات الحصول على الأدلة، وفاءً بحق المجتمع، وفي ذات الوقت بوضع ضوابط تصون حق المتهم الذي يفرضه مبدأ أصل البراءة، ولذلك كان تشريع إجراءات معينة بضوابط تحكم كيفية الحصول على الأدلة، ويلزم على المحققين اتباعها وفقاً لما هو مقرر قانوناً، فإن أخل المحقق في الكيفية المقررة قانوناً للقبض على المتهم أو بإجراء التفتيش عليه أو على مسكنه، فإن ذلك يكون إخلالاً بمبدأ المشروعية، وإن استخلص المحقق اعترافاً من المتهم تحت تأثير الإكراه والإغراء، فيكون ذلك إخلالاً بمبدأ المشروعية، ويتعدى أثر أيّ إخلالٍ من هذا القبيل، إلى بطلان الدليل المتحصل عليه بذلك الإجراء غير المشروع.

تلك القيود والضوابط المشددة لمشروعية الأدلة الجنائية، تتسم ببعض المرونة في التشريعات الإجرائية المدنية، بشأن ركن مبدأ المشروعية المتعلق بقاعدة عدم الرجعية، حيث إنها في كثير من الأحيان تنص على السريان المباشر للتشريع الإجرائي، فيما لم يتم الفصل فيه من الأفضية، أو فيما لم يتم فيها من الإجراءات، مع استثناءات ينص عليها في تلك التشريعات، صنوها ما في المادة (٢) من القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٠م بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري.

وقد كان للشريعة الإسلامية فضل السبق في تشريع مبدأ المشروعية، إذ قال تعالى: «ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعةٍ مِّنَ الأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا»^(١). هكذا نجد أن القرآن الكريم يقرر، إبانة المنهج وسن التشريع ابتداءً، حيث إن المقصود بلفظ (شريعة) في هذه الآية الكريمة، هو الأمر والنهي والحدود والفرائض، ففي معرض تفسير هذه الآية الكريمة قال ابن عطية: «... وقال قتادة: الشرائع: الفرائض والحدود والأمر والنهي»^(٢). وفي تفسير ذات الآية الكريمة، قال القرطبي: «فالشريعة ما شرع الله لعباده من الدين. وقال ابن عباس: (على شريعة: أي على هدى من الأمر. قال قتادة: الشريعة الأمر والنهي والفروض والحدود»^(٣).

يتبدى من تلك التفاسير أن الشريعة هنا هي تلك الأحكام الملزمة، وقد جاء الأمر بالاتباع عقب تنزّلها، إذ لا تسوغ المساءلة إلا بعد تقرير النص التشريعي، ومن قبيله قوله تعالى: (وما كنا مُعذِّبين حتى نبعث رسولاً)^(٤).

هذا عن مبدأ المشروعية المتعلق بالتشريع الموضوعي من أحكام الشريعة الإسلامية، ومن جانب آخر، فقد شدّدت الشريعة الإسلامية على وجوب الالتزام الصارم، بمبدأ مشروعية الدليل وإجراءاته، حيث جاءت آية القرآن الكريم المقررة لقواعد الإثبات الموضوعية بصيغ أمر - بشأن الإقرار والشهادة، وكذا جاءت أحكام السنة النبوية. ثم جاءت أحكامها مشددة أيضاً في وجوبية مراعاة المشروعية في الإجراءات التي يتم بموجبها الحصول على الدليل، وذلك فيما قرّره من أحكام حرمة البضع وحرمة انتهاك الخصوصية وحرمة الولوج في المسكن بغير إذن^(٥).

١- سورة الجاثية من الآية ١٨ .

٢- المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز لابن عطية ج ٧ ص ٢٩٦/ ٢٩٧ .

٣- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي : ج ١٦ - ص ١٦٣

٤- سورة الإسراء - من الآية ١٥ .

٥- ليس جائزاً تحصيل الدليل بإكراه أو تعذيب أو حبس بغير حقّ، ففي الحديث الشريف: «كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه» - رواه الإمام مسلم في صحيحه في كتاب البر باب تحريم ظلم المسلم. وليس جائزاً كشف عورات الناس وخفايا أبدانهم ومسكنهم وانتهاك خصوصياتهم لتحصيل الدليل، لمجرد الظن الذي لا يغني عن الحق شيئاً. قال تعالى: «يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيراً من الظن إن بعض الظن إثم ولا تجسسوا» سورة الحجرات-١٢

المبحث الخامس

مبدأ أصل البراءة

يعدّ مبدأ أصل البراءة من قيم القضاء وأعمدته الراسخة التي ترسي العدل بين الرعية بإحسان، وهو مبدأ مستمد من أصل الفطرة التي يولد عليها الإنسان، فكل إنسان يولد نقيّاً - على الفطرة - بريئاً من أية مسؤولية مدنية أو جنائية. ويعتبر مبدأ أصل البراءة متفقاً عليه بين المواثيق الدولية والدساتير المعاصرة والشريعة الإسلامية، بحيث لا تجد فارقاً بينها، إذ نصت المادة (١١) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن: «كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن يثبت ارتكابه لها قانوناً في محاكمة علنية يكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عنه». وجاءت المادة (٦) من قانون حقوق الإنسان - في بريطانيا - بما نصه: «Everyone Charged with a criminal offence, shall be presumed innocent until proved guilty (according to law».

ونصت المادة (٣٩) من الدستور الدائم لدولة قطر على أن: «المتهم بريء حتى تثبت إدانته أمام القضاء في محاكمة توفر له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع».

إن مبدأ أصل البراءة - ليس خاصاً بالمسائل الجنائية، بل يشمل المسائل المدنية، فالأصل فيها أيضاً براءة الذمة المالية. وقد نصت المادة (٨) من مجلة الأحكام العدلية على أن: «الأصل براءة الذمة». ومن مقتضيات براءة الذمة المالية، أن من يدعي شغل الذمة يتحمل (عبء إثبات) دعواه، وفي الحديث الشريف: «البينة على المدعي»^(١). وقد نصّت المادة (٢١١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية - القطري - على أنه: «على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلّص منه». فلا قضاء بدعوى مجردة عارية عن الإثبات حيث إن الأصل براءة الذمة، ولا عدول عن ذلك الأصل،

١- رواه الترمذي في سننه في كتاب الأحكام (باب ما جاء في أن البينة على المدعي) ورواه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الدعوى والبيّنات باب البينة على المدعي، وراجع نصب الراية للزيلعي ٩٦/٤.

إلا بدليل يثبت تغيره. وذلك بعض ما يستخلص من قاعدة الاستصحاب الأصولية، والتي تقضي بأن: (الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره).

ومن قواعد مبدأ أصل البراءة، قاعدة: (الأصل في الأشياء الإباحة)، وهي أيضاً مستخلصة من قاعدة أصل البراءة، وتستصحب حتى يثبت المغير من حال الإباحة إلى حالة المنع، ولا يرفع حال الإباحة إلا باليقين، ومن قواعد الفقه الكلية أن (اليقين لا يزول بالشك)، ومن هنا جاءت قاعدة أنه: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون).. فالقانون هو الذي يفيد اليقين، فإن لم يكن هناك ثمة قانون فيكون الفعل مباحاً بحكم الأصل، ومقتضى ذلك هو عدم المعاقبة عليه. ولا يكلف المتهم بتقديم دليل لإثبات براءته، فقرينة البراءة الأصلية مفترضة في حقه، وعلى ممثل الاتهام تقديم الدليل الذي يثبت إدانة المتهم - بإثبات حدوث الفعل المجرم وإسناده للمتهم، دون مرحلة الشك المعقول، وبعدئذ يمارس المتهم حقه المقدس في الدفاع عن نفسه بتقديم أدلة الدفاع التي تدحض ما قام في مواجهته من أدلة، ويكفي أن تثير أدلة الدفاع المقدمة من المتهم، الشك المعقول فيما قام ضده من أدلة، حيث إن مبدأ أصل البراءة، لا يرتفع عن المتهم إلاً بدليل يقيني - أعني اليقين القضائي -، فإن كان ثمة شكٍ معقول في أدلة إثبات الاتهام، فيفسر الشك لمصلحة المتهم، إذ لا تجوز مطلقاً التضحية بمبدأ أصل البراءة بدليل يكتنفه الشك المعقول.

المبحث السادس

سيادة حكم القانون

إن أفضل قرّة عين للحكام، استقامة العدل في البلاد^(١). ولا يتأتى بسط العدل المشرق في أي دولة، إلاّ بترسيخ مبدأ سيادة حكم القانون في الواقع المعاش. ويلزم لترسيخ مبدأ سيادة حكم القانون، وجود نظام قانوني، يكتسب صفة المشروعية، وينبثق متوافقاً لما رسمه الدستور.

إن سيادة حكم القانون، يتجاوز ذلك الإطار الضيق الذي ينظم علائق الأفراد بعضهم ببعض، بل ويتجاوز علائق الدولة مع أفراد الرعية، إذا أصبح أنموذجاً تنظيمياً من قواعد القانون الدستوري المعاصر، يرسي تنظيم دعائم أجهزة الدولة ومؤسساتها واختصاصاتها، ولممارسة كل منها لتلك الاختصاصات في حدود ما يخوّله القانون، ويلزم في ذلك القانون أن يكون صادراً وفقاً لمبادئ المشروعية، ومحدداً بشكل جازم ملزم واجبات الدولة وأجهزتها ومؤسساتها وخضوعها، وخضوع إنفاذها لتلك القوانين لرقابة القضاء.

هكذا يتبدى أن مبدأ سيادة حكم القانون إنما يقصد به أن يكون حاكماً على الدولة بكافة أجهزتها - بدءاً من ذروة سنامها، وبلوغاً إلى كل من فيها وأدنى من فيها، سواء كانت أجهزة أو أفراداً أو جماعات، حيث يسري القانون عليهم جميعاً بالسوية، فيمثلون أمام القضاء للفصل بينهم في الخصومات، بلا تمييز، إذ لا يصدق معنى توفر سيادة حكم القانون، إلاّ بسريان القانون بهذه الرؤية الشمولية، بلا تمايز وبلا حصانات، فالكل أمام القانون سواء.

لقد عنيت الوثائق الدولية والدساتير المعاصرة بمبدأ سيادة حكم القانون، إذ نصت المادة السابعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن: «كل الناس

١- من رسالة أمير المؤمنين سيدنا علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - إلى الأشتر النخعي، راجع نهج البلاغة: ص

سواسية أمام القانون، ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة دون أية تفرقة». فهذه المادة، بجانب ما تقررها من التسوية بين الناس، فإنها ترسي أيضاً، واجب الدولة في (الحماية المتكافئة) لكل فرد، وتلك الحماية المتكافئة تندرج فيها كافة الحقوق الطبيعية للإنسان.

ولا يكاد يخلو دستور دولة في عالمنا المعاصر، من النص على (مبدأ سيادة حكم القانون)، إذ نصت المادة (١٢٩) من الدستور الدائم لدولة قطر على أن: «سيادة القانون أساس الحكم في الدولة».

ولما كانت العبرة، بمعيار تنزيل النصوص على أرض الواقع، وليست بالنصوص في حد ذاتها، فقد جعلت المنظمة الدولية، سيادة حكم القانون، معياراً لنظام (العدالة الفاعلة)، وأن تقاس (حماية معايير المحاكمة العادلة) - أو عدمها -، بمدى إنفاذ مبدأ سيادة حكم القانون، في الدولة المعنية، وتلك هي بعض مقررات المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة في سنة ٢٠٠٥ م.

ولا نجانب الحقيقة قيد أنملة، فيما نقرره من أن دولة قطر قد بلغت شأواً عظيماً ومرموقاً في ترسيخ مبدأ سيادة حكم القانون في أرض الواقع، حيث لم يعد النص الدستوري الأنف ذكره، مجرد حبرٍ على ورق - كما هو الحال في كثيرٍ من بلدان عالمنا العربي - بل ترجمت دولة قطر هذا المبدأ بمعناه الشمولي إلى واقع مشهود لا تحطئه عين أي منصفٍ. يتبدى ذلك ليس فقط في التسوية بين الحاكمين والمحكومين أمام القضاء - بلا تمايز وبلا حصانات، بل وفي إذعان أجهزة الدولة كافة لأحكام القضاء، وفي إنفاذها بصورة صارمة جازمة، إيماناً من القائمين على الأمر بأن إنفاذ أحكام القضاء، هو ما يسبغ (القيمة) لأحكام القضاء. وأمثلة الأفضية في هذا المجال عديدة، يضيق المقام عن حصرها ^(١) بصفة عامة - لا يخفى أن ثمة صراعاً حقيقياً ينجم أحياناً

١ - في حالة - متفردة نجد أن القانون لا يضفي الحصانة القضائية لأفراد الأسرة الحاكمة، حيث يمثلون أمام القضاء من غير أية حصانة إجرائية، وتصدر أحكام القضاء في حقهم، ويتم تنفيذها عليهم في مختلف صنوف الأفضية - بما فيها الجنائية -، ورغم (الحمى الدولية) المسماة بالحرب على الإرهاب، فقد مثل أمامنا بعض المتهمين بجرائم =

بين سلطات الدولة الثلاث، صنو ذلك الصراع قد يعصف بمبدأ سيادة حكم القانون، قد يكون ذلك الصراع بسبب الآصرة الرابطة بين سلطات الدولة الثلاث، وقد يكون بسبب محاولة تغوّل بعضها على بعض - وفي الأغلب بسبب هوى السلطة التنفيذية في التغوّل - فبالرغم من أن السلطات الثلاث تعتبر منفصلة عن بعضها، إلا أنها تتلاقى مع بعضها عند ممارستها لاختصاصاتها. ومن نماذج الصراع العنيف بين السلطتين التنفيذية والتشريعية من جهة وبين السلطة القضائية من جهة أخرى، بدرجّة كادت تعصف بمبدأ سيادة حكم القانون، ما جرى في السودان في منتصف ستينيات القرن الماضي، حيث قضت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا، في إحدى القضايا الدستورية، قضت ببطلان ما صدر عن السلطتين التنفيذية - ممثلة في رئاسة الجمهورية - والنائب العام، وببطلان ما صدر من تعديل تشريعي من السلطة التشريعية (البرلمان)، ثم قامت المحكمة العليا بإجبار السلطتين التنفيذية والتشريعية على إنفاذ الحكم الصادر ضدّهما راغمين، بل وإجبارهما على الاعتذار وإعلان اعتذارهما في وسائل الإعلام^(١).

=الإرهاب، وصدرت الأحكام في حقهم بالبراءة. بلا تأثير وبلا رغبة أو رهبة، وقد اكتسب الحكم قوة الأمر المقضي به، وتلك حالة واحدة من أمثلة عديدة..

١ - تلخصت الوقائع الثابتة للدعوى الدستورية الأنفثة الذكر في أنه في سنة ١٩٦٥ م (أقيمت ندوة بمعهد المعلمين العالي) كلية التربية - جامعة الخرطوم الآن، وكان موضوع الندوة يتعلق بمناقشة بعض قضايا المرأة وأوضاعها من وجهة نظر الشريعة الإسلامية، وخلال الندوة الحاشدة جماهيرياً، قام أحد كوادر الحزب الشيوعي وأعلن اعتزازه بمبادئه الإلحادية، وبشيوعية النساء، ثم اشتطّ واصفاً البغاء بأنه (أمر فطري)، وتمادى في الشطط، فخاض في حديث الإفك تعريضاً أول الأمر، ثم تصرّحاً بقذف أم المؤمنين عائشة بنت أبي بكر الصديق من جديد... تلك كانت جذوة الثورة الشعبوية العارمة، حيث تفجر بركان الغضب الجماهيري يدك بحممه حصون الماركسيه في طول البلاد وعرضها... أٌسميت تلك الثورة في تاريخنا المعاصر بـ (ثورة رجب الإسلامية)... أحاطت الجموع المهادرة بمباني الجمعية التأسيسية (البرلمان)... وطالبت الجماهير بحل الحزب الشيوعي ويطرد نوابه من البرلمان... في ظل الضغط الجماهيري العارم، اضطر البرلمان لمناقشة الموضوع، ثم خلص إلى إجراء تعديلات في دستور السودان المؤقت المعدّل لسنة ١٩٦٤ م، حيث قضت التعديلات الدستورية بحظر الترويج للمبادئ الإلحادية في السودان - سواء كانت محلية أو دولية، كما حظرت الترويج أو السعي لترويج الإلحاد، أو عدم الاعتقاد في الأديان السماوية. كما قضى ذلك التعديل بعدم مشروعية أية منظمة تنطوي أهدافها أو وسائلها على ما ذكر آنفاً من المحظورات، وبأن كل من ينتسب إلى أي من المنظمات أو الأحزاب التي تنطوي أهدافها أو وسائلها على تلك المحظورات، لا يعتبر أهلاً =

=لعضوية البرلمان، وبعدهُ أُسقطت عضوية نواب الحزب الشيوعي من البرلمان.

بعدها رفع بعض منتسبي ذلك الحزب، دعوى دستورية لدى الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا. «قضية جوزيف قرنق وعز الدين علي عامر / ضد / مجلس السيادة (رئاسة الجمهورية) والجمعية التأسيسية (البرلمان) والنائب العام»... طاعنين في التعديلات الدستورية وفي القرارات التي تمخضت عنها. فأصدرت المحكمة العليا حكماً الدستوري في ٢٢/١٢/١٩٦٦م. مقررَةً بطلان التعديلات الدستورية، وقضت بصحة عضوية نواب الحزب الشيوعي في البرلمان. وفور صدور الحكم الدستوري تدخل رئيس مجلس السيادة - الذي يوازي رئيس الجمهورية - تدخل معقباً على الحكم الدستوري قائلاً بأن المحكمة العليا، لا تختص بالنظر فيما تصدره الجمعية التأسيسية (البرلمان) من تعديلات دستورية. ومن ثم تصاعدت وتيرة الأحداث حيث عقد مجلس الوزراء جلسة طارئة في ذات أسمية صدور الحكم الدستوري المذكور، وأصدر بياناً جاء فيه ما نصه: «إن الجمعية التأسيسية هي الهيئة العليا في البلاد ومصدر السلطات، وسيادتها فوق كل سيادة، وحقتها في تعديل الدستور حق لا يسلب، وحرية لا يتعدى عليها، وأي اعتداء عليها يعتبر اعتداءً على هذا الشعب وإرادته. (راجع كتاب: التجربة الديمقراطية وتطور نظام الحكم في السودان للدكتور إبراهيم حاج موسى صفحة ٥٠٢). ولم يكن موقف الجمعية التأسيسية (البرلمان) أقل حدة من موقف مجلس الوزراء، حيث عقد البرلمان بدوره جلسة فوق العادة، في اليوم التالي لصدور الحكم الدستوري، وقرر أعضاء البرلمان حرمان الأعضاء المنتسبين للحزب الشيوعي من حضور جلسات البرلمان، وكان ذلك تحدياً لحكم القضاء وانتهاكاً لمبدأ سيادة حكم القانون.

هكذا بلغت حدة الصراع ذروتها بين السلطة القضائية من جهة، وبين السلطتين التشريعية والتنفيذية من جهة - أخرى لم يعصف ذلك الصراع باستقلال القضاء السوداني، بل تضاعفت في ظل قوة السلطة القضائية وقوة استقلالها، لتعانق ذرى الثريا، حيث اتخذت المحكمة العليا موقفاً صارماً، ترجمته بيعث مذكرة صارمة إلى مجلس السيادة مفادها: (وجوب سحب كل ما صدر عن السلطتين التشريعية والتنفيذية حيال الحكم الدستوري، مع وجوب الاعتذار للمحكمة العليا بما يحفظ لها هيبتها ويصون استقلالها، غير أن مجلس السيادة لم يرضخ لمطالب المحكمة العليا، ووصفت سلوك المحكمة العليا بأنه: (بدعة وخروج عن الحياد الذي يجب أن تتصف به المحكمة ليطمئن الناس إلى أحكامها).. إزاء ذلك الموقف تضاعفت صلابة المحكمة العليا، حفاظاً لاستقلال القضاء، وصوناً لمبدأ سيادة حكم القانون، فاضطر مجلس السيادة (رئاسة الجمهورية) إلى سحب ما صدر عنه من وصف (البدعة والخروج عن الحيادية)، كما أصدر مجلس الوزراء بياناً اعتذارياً يؤكد احترامه لاستقلال القضاء والتزامه بتنفيذ ما يصدر من القضاء من أحكام؟، وقد أذيعت ونشرت تلك الاعتذارات في وسائل الإعلام.

ورغم حسم ذلك الصراع الجبار بما رسّخ مبدأ سيادة حكم القانون، وبما ضاعف من بهاء استقلال القضاء السوداني إلا أنه وإمعاناً في تأكيد ذلك الاستقلال، فقد تقدم رئيس القضاء (المغفور له بإذن الله - بابكر عوض الله) باستقالته بتاريخ ١٧/٥/١٩٦٧م، لتكون رادعة للسلطتين التشريعية والتنفيذية عن أي سلوك مستقبلي مما يمكن أن ينتقص من مبدأ استقلال القضاء، أو ينتهك سيادة حكم القانون، ومما جاء في خطاب الاستقالة المطولة الرائعة، ما نصه: «إنه ليؤمّني أن يكون الدافع الوحيد لاستقالتي من رئاسة القضاء، هو تدخل مجلس السيادة في القضية الدستورية، علماً بأن ذلك يعدّ تغولاً على استقلال القضاء وقدسيته وكرامته».

ولا نهماري في أن ذلك الصراع الجبار، قد ظل كامناً في وجدان المشرع السوداني، شاخصاً في بصيرته وأمام باصرته، بما جعله يُعنى بما ينأى بأجهزة الدولة من تكرار صنو ذلك الصراع، وذلك بصريح النص في دستور السودان لسنة ١٩٩٨، بإناطة حماية الدستور وحماية سيادة حكم القانون، للقاضي، بصيغة أمرٍ جازمة ، إذ نصت المادة (١-٢ / ١) منه على أنه: «يهتدي القاضي بمبدأ سيادة الدستور والقانون، وعليه حماية هذا المبدأ متوخياً إقامة العدل بإتقانٍ وتجرد، دون خشيةٍ أو محاباةٍ» كما نصت الفقرة الثالثة من ذات المادة بأنه: «على أجهزة الدولة تنفيذ أحكام القضاء. كما أن ذلك الصراع كان حاضراً في مخيلة المشرع عند صياغة دستور السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥ م، إذ نصت المادة (١٢٣ / ٥) منه بأنه: «على أجهزة الدولة ومؤسساتها تنفيذ أحكام وأوامر المحاكم».

وللتأسي - لا للتلهي - نذكر صفحة مشرقة من صفحات إنفاذ مبدأ سيادة حكم القانون في ظل شريعة الإسلام، إذ قال تعالى مخاطباً نبيه - صلى الله عليه وسلم - : «ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون»^(١)

فهذه الآية الكريمة ترسي وجوبية إنفاذ مبدأ سيادة التشريع الإسلامي - ببعده الشمولي - ، حيث جاء الأمر الصريح الجازم بالاتباع ، إلى أعلى سنام الدولة ، ومن ثم فإن الآية الكريمة تخاطب كافة أهل الشريعة من بعده - صلوات الله وسلامه عليه - ، وتتعاظم وجوبية الاتباع ، ووجوبية إنفاذ مبدأ سيادة التشريع الإسلامي ، بمجئها مقرونة بأن المخالفة تدخل في معنى : (أهواء الذين لا يعلمون).

ولا مراء في أن أرقى وأرفع ما عرفته البشرية في تاريخها المديد ، بشأن سيادة حكم القانون ، هو ما رسخته الشريعة الإسلامية في الواقع العملي .

حيث روى النسائي عن أبي سعيد الخدري قال: «بينا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، يقسم شيئاً، إذ أكب عليه رجل فطعنه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ،

١- سورة الجاثية : الآية ١٨ .

بعرجونٍ كان في يده، فصاح الرجل، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : (تعال فاستقد مني)، قال - أي الرجل - : (بل عفوت يا رسول الله) ^(١). وقد امتثل سنة المصطفى - صلوات الله وسلامه عليه - ، خليفته من بعده، أبوبكر وعمر - رضي الله عنهما - ، إذا روي عن سيدنا عمر - رضي الله عنه - أنه قال : «ألا من ظلمه أميره، فليرفع ذلك إلى أقيده منه. فقام عمرو بن العاص فقال: يا أمير المؤمنين، لئن أدب رجل منا رجلاً من أهل رعيته لتقصنه منه؟ قال : كيف لا أقصه منه، وقد رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، يقصُّ من نفسه. وفي لفظ أبي داود السجستاني عنه قال : خطبنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ، فقال: (إني لم أبعث عمالي ليضربوا أبشاركم ولا ليأخذوا أموالكم، فمن فعل ذلك به، فليرفعه إلى أقصه منه) ^(٢).

لقد كان الفاروق عمر - رضي الله عنه - ، قوياً في التسوية بين الحاكمين والمحكومين، وفي إنفاذ مبدأ سيادة حكم القانون بمعناه الشمولي، حيث قضى بالقصاص على حاكم واسع النفوذ، ألا وهو (جبله بن الأيهم) الذي أسلم بعد فتح الشام، ففي أثناء طوافه بالكعبة، داس أعرابي ثوب جبله فقام جبله بجبروت السلطة والجاه، بلطم الأعرابي، فاشتكى الأعرابي إلى الفاروق عمر - رضي الله عنه - ، فقضى بالقصاص للأعرابي، فقال جبله: (أتسوي بين الأمير والسوقة؟)، فردّ عليه سيدنا عمر - رضي الله عنه - بجوابه المأثور (الإسلام سوى بينكما) ^(٣).

تلك بعض النماذج من تاريخنا المشرق ، في إنفاذ مبدأ سيادة حكم القانون بأبهى صورته ، والأمل معقود في دولة قطر للعروج بأمتنا إلى مدارج الأفاضل من سلفنا ، وعلى قدر أهل العزم تأتي العزائم - .

١- الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي : ج ٢ ص ٢٥٧.

٢- نفس المرجع - نفس الموضوع.

٣- تراث الخلفاء الراشدين - د. صبحي المحمصاني - ص ٩٩.

ألف وأربعمئة سنة، حينما قال لسيدنا عمرو بن العاص: «متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً». كما نصّت المادة السابعة منه على أن: «كل الناس سواسية أمام القانون، ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة، دون أية تفرقة، كما أن لهم جميعاً الحق في حماية، متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الإعلان، وضد أي تحريض على تمييز كهذا».

وتتابعت نصوص الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية المنادية بالمساواة أمام القضاء، فجاءت المادة (١٤) من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية الصادرة في سنة ١٩٦٦م، ثم مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد في (ميلانو) بإيطاليا في سنة ١٩٨٥م وكلها تنادي بمبدأ المساواة أمام القضاء وعدم التمييز بين الناس -، حيث إنه قد أصبح من المبادئ الكونية المقررة صوناً لحق الأدمية، ولتقتضيات التكريم الرباني المنتزل بالوحي الألهي: (ولقد كرّمنا بني آدم)^(١).

المبحث الثامن

قدسية كفالة حق الخصوم في الدفاع

المقصود بقدسية حق الدفاع، هو لزوم تمكين الخصوم بعرض أفضيتهم بما يكشف حقائق الوقائع، وعناصر الدعاوى مع بيان طلباتهم وأدلتهم المثبتة لتلك الدعاوى، ثم إتاحة الفرصة كاملة للرد على تلك الدعاوى وتقديم الدفوع بشأنها، ثم توجيه عبء الإثبات، للتدليل على صحة الادعاء أو الدفع، وفقاً لما يقتضيه الحال وتنكشف به حقيقة النازلة محل المحاكمة. ثم إتاحة الفرصة للمرافعات وفقاً لأحكام القانون. لا فرق في ذلك - من حيث المبدأ - بين الدعوى المدنية والدعوى الجنائية، ففيهما سوياً يعتبر كفالة حق الدفاع مرتكزاً جوهرياً لعدل القضاء.

ولما كان الحق في التداوي يعدّ من حقوق الإنسان الطبيعية، فإنه يلزم من ذلك أن يكون الحق في الدفاع أيضاً من حقوق الإنسان الطبيعية المقدسة التي لا يجوز استلابها أو انتقاصها بحالٍ من الأحوال.

لقد تجاوزت البشرية تلکم الحقب المظلمة التي كانت تختزل فيها حق الخصم في الدفاع، على قواعد المبارزة أو السباق أو في نظم الإثبات الروحي، التي لم تكن تفضي إلى عدل القضاء. وليس خافياً أن الشريعة الإسلامية قد ضربت بسهم وافر في إرساء الدعائم الوضيئة لحقوق الخصوم في الدفاع أمام القضاء، يتبدى ذلك في كثير من النصوص المنتزلة بالوحي الإلهي، وفيما أرسته دولة الخلافة الراشدة وسلف فقهاءنا وقضاتنا من معارف قضائية.

ومما أبانه القرآن الكريم، في وجوبية حق الخصم في الدفاع أمام القضاء، قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخُصْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ * إِذْ دَخَلُوا عَلَى دَاوُدَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ قَالُوا لَا تَخَفْ خَصِمَانِ بَعَى بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ فَاحْكُم بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلَا تُشْطِطْ وَاهْدِنَا إِلَى سَوَاءِ الصِّرَاطِ * إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً وَّلِي نَعْجَةٌ وَاحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفِلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ * قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعَجَتِكَ إِلَى نِعَاجِهِ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ

الْخُلَطَاءِ لِيَبْغِيَ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَا هُمْ
وَظَنَّ دَاوُودُ أَنَّمَا فَتَنَّاهُ فَاسْتَغْفَرَ رَبَّهُ وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ * فَغَفَرْنَا لَهُ ذَلِكَ وَإِنَّ لَهُ عِنْدَنَا
لَازْلَفَىٰ وَحَسَنَ مَا بٍ ﴿١﴾.

لقد ساقَت هذه الآيات الكريمة عظةً وعبرةً لتتروَد منها البشرية مناهج حق الدفاع
أمام القضاء، فالدعوى عرضت أمام نبي الله سيدنا داوود - عليه السلام -، والعبرة
أبلغ فيما كان توجيهاً للأنبياء - عليهم السلام -، وبعد عرض الخصم دعواه، أصدر
سيدنا داوود حكمه (قال: لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نِعْمَتِكَ إِلى نِعَاجِهِ)، وكان قضاؤه قبل
إتاحة الفرصة للخصم الآخر للجواب عن دعوى خصمه وتقديم دفاعه، فكانت
تلك هي خطيئة سيدنا داوود - عليه السلام -، التي أوجبت استغفاره وجعلته يخر
راكعاً إلى أن غفر الله سبحانه وتعالى خطيئته. قال الإمام القرطبي: «قال النحاس:
فيقال إن هذه كانت خطيئة داوود - عليه السلام -، لأنه قال: (لقد ظلمك)، من
غير تثبت بينة ولا إقرارٍ من الخصم»^(٢). وقال القرطبي أيضاً: «أخبر الله عز وجل
عن داود - عليه السلام -، أنه سمع قول المتظلم من الخصمين، ولم يخبر عنه أنه سأل
الآخر، وإنما حكى أنه ظلمه، فكان ظاهر ذلك أنه رأى في المتكلم مخائل الضعف
والهزيمة، فحمل أمره على أنه مظلوم كما يقول، ودعاه ذلك إلى ألا يسأل الخصم،
فقال له مستعجلاً (لقد ظلمك)^(٣). والقصة القرآنية فيها أبلغ العظة للبشرية للتبيين
من وجه القضاء، بكفالة حق الخصوم في الدفاع أمام القضاء.

وفي ذات سياق كفالة حق الدفاع، روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه لما
بعث سيدنا علياً - رضي الله عنه -، إلى اليمن قاضياً، قال له: «إذا جلس بين يدك
الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن
يتبين لك القضاء»^(٤).

١- سورة ص، الآيات: ٢١-٢٥.

٢- الجامع لأحكام القرآن، للإمام القرطبي: المجلد الثامن ص ١٧٥، طبعة مؤسسة مناهل العرفان - بيروت.

٣- المرجع السابق: ص ١٧٨.

٤- رواه أبو داود في سننه في كتاب الأفضية باب كيف القضاء.

إن كفالة حق الدفاع خلال المحاكمة أمر حتمي أوجبه الشرع الحنيف، فلا حكم قبل إدلاء كل خصم بأقواله وأدلته وأسانيده، سواء كانت لإثبات الدعوى، أو لنفيها، ويجب على القاضي الإمهال للجواب أو لإحضار البينة، بدلالة ما في رسالة سيدنا عمر - رضي الله عنه - ، إلى أبي موسى الأشعري: «ومن ادعى حقاً غائباً، أو بينةً فاضرب له أمداً ينتهي إليه»^(١).

إن حق الدفاع بكيفياته المقررة تشريعاً سواء في أخذ أقوال الخصوم أو في كيفيات استجواب الشهود، أو في المجابهة بالأدلة، أو في المناقشة أو في غير ذلك من تفصيلات حق الدفاع، يتطلب من القاضي الأناة والصبر والحلم، وذلك ما وصى به سيدنا علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - في رسالته الخالدة إلى الأشتر النخعي - حين ولّاه مصر -، إذ جاء فيها: «اختر للحكم بين الناس أفضل رعيّتك في نفسك، ممن لا تضيق به الأمور ولا تمحكه الخصوم،... ولا يحصر من الفيء إلى الحق إذا عرفه... ولا يكتفي بأدنى فهم دون أقصاه، وأوقفهم في الشبهات، وآخذهم بالحجج، وأقلهم تبرماً بمراجعة الخصم، وأصبرهم على تكشّف الأمور»^(٢).

وقد عنيت المواثيق الدولية والديساتير المعاصرة بكفالة حق الدفاع، إذ نصت المادة (١١ / ١) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على ضرورة تأمين جميع الضمانات للمتهم للدفاع عن نفسه، كما أن المادة العاشرة من ذات الإعلان قد نصت على حق كل إنسان - على قدم المساواة - في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً، ومقتضى ذلك كفالة حق الدفاع أمام القضاء باعتباره حقاً طبيعياً لكل إنسان. وقد نصّت المادة (٣٩) من الدستور الدائم لدولة قطر على أن: «المتهم بريء حتى تثبت إدانته أمام القضاء، في محاكمة توفر له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع».

١- السنن الكبرى للبيهقي كتاب الدعوى والبيّنات باب البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر، ورواه الدارقطني في سننه في كتاب الأفضية والأحكام.

٢- نهج البلاغة للإمام علي - رضي الله عنه - ، بشرح الشيخ محمد عبده ص ٣٧٢ طبعة المكتبة العصرية سنة ٢٠٠٢م.

وكما قلنا آنفاً فإن حق الدفاع، يعدّ حقاً طبيعياً لكل إنسان في أية دعوى - سواء كانت مدنية أم جنائية -، وإنما عنيت المواثيق الدولية والديساتير المعاصرة بحق المتهم في الدفاع، لخطر الدعوى الجنائية ولكثرة ما يتعرّض له المتهمون من استلاب هذا الحق المقدس وانتقاصه، خاصة في مرحلة ما قبل المحاكمة.

ومن ضمانات حق الخصوم في الدفاع، ما استقرت عليه المواثيق الدولية والديساتير المعاصرة، من العناية بكفالة حق الخصوم في الاستعانة بمحام، وذلك صوناً لقدسية حق الخصوم في الدفاع، وتحقيقاً لحسن الدفاع، بما يُفضي إلى المحاكمة العادلة.

ويدخل حق الخصوم في الاستعانة بمحام - ضمناً فيما نصّت عليه المادة (١١) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، من تقرير الحق الطبيعي لكل متهم في محاكمة عادلة، تؤمن له فيها جميع الضمانات الضرورية للدفاع، وذلك هو ذات ما أوجبه المادة (٣٩) من الدستور الدائم لدولة قطر، كما أن المادة (٢٢١) من قانون الإجراءات الجنائية القطري - قانون رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٤ م - قد جاءت بصيغة أمره، وتنصّ على أنه: «يجب أن يكون لكل متهم بجناية محام يدافع عنه، وإذا لم يوكل المتهم محامياً، وجب على المحكمة أن تندب محامياً للدفاع عنه».

ولا يختلف الأمر في الفقه القضائي الإسلامي، حيث إن كفالة الحق في الاستعانة بمحام - لا يعدو عن كونه من قبيل (الوكالة بأجر) وهو مما اتفق على جوازه فقهاء الشريعة الإسلامية، - لا نعلم في ذلك خلافاً، وقد ذهب الإمام (السرخسي) في كتابه (المبسوط)، إلى أن هذا النوع من التوكيل على أبواب القضاة قد جرى من لدن عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، إلى يومنا هذا من غير نكير^(١).

ويُحكى أن حسان بن ثابت كان قد وكل ابن عباس - رضي الله عنه - في قضية - في درجتها الثانية فلما كسب ابن عباس القضية، بعد أن كان حسان قد خسرها، أنشد حسان قائلاً:

١- المبسوط، لشمس الأئمة السرخسي ج١٩ / ص ٤ .

إذا ما ابن عباس بدا لك وجهه

رأيت له في كل جمعة فضلاً

إذا قال لم يترك مقالاً لقائل

بممتظمت لا ترى بينها فصلاً

كفى وشفى ما في النفوس فلم يدع

لذي أرب في القول جداً ولا هزلاً^(١)

إن تلك المرافعة الرائعة التي قدمها ابن عباس - رضي الله عنه - ، والتي صورها حسان تصويراً شعرياً بديعاً، كانت شائعة وقتئذٍ، ولعل البلغاء كانوا هم - الوكلاء - ، الذين يلتمس ذوو الحاجات من الخصوم عونهم، وثمة إشارات من القرآن الكريم تؤيد هذا النظر، إذا قال تعالى ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا ﴾ (١٠٥) وَاسْتَغْفِرِ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا (١٠٦) وَلَا تُجَادِلْ عَنِ الَّذِينَ يَخْتَانُونَ أَنْفُسَهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَن كَانَ خَوَّانًا أَثِيمًا (١٠٧) يَسْتَخْفُونَ مِنَ النَّاسِ وَلَا يَسْتَخْفُونَ مِنَ اللَّهِ وَهُوَ مَعَهُمْ إِذْ يُبَيِّنُونَ مَا لَا يَرْضَىٰ مِنَ الْقَوْلِ ۗ وَكَانَ اللَّهُ بِمَا يَعْمَلُونَ مُحِيطًا (١٠٨) هَا أَنْتُمْ هُوَ لَأٍ جَادَلْتُمْ عَنْهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا فَمَنْ يُجَادِلِ اللَّهَ عَنْهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَمْ مَن يَكُونُ عَلَيْهِمْ وَكِيلًا ﴿ (٢).

هذه الآيات الكريمة، نزلت في بني أبيرق، حيث كان (طعمة بن أبيرق) قد سرق درعاً - ليلاً - من بيت (رفاعة بن زيد)، وحمل الدرع في جراب فيه دقيق، وكان الدقيق ينثر من خرق في الجراب حتى انتهى إلى داره اهتدى قوم رفاعة إلى معرفة السارق، بما لهم من معارف القيافة، فقام طعمة بإيداع الدرع لدى يهودي مكرراً به، ولئلا ينكشف أمره... ذهب قوم رفاعة يشكون طعمة لدى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، فجاء بنو أبيرق يدافعون عن صاحبهم ويجادلون عنه، زاعمين بأن

١- نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي / ظافر القاسمي ص ٣٨٢.

٢- سورة النساء، الآيات من ١٠٥ حتى ١٠٩.

قوم رفاة قد اتهموا طعمة بن أبيرق بهتانا وبأن السارق هو اليهودي ، وكانوا ألحن بحجتهم، وبدليلهم، فاليهودي هو الذي وجد معه المسروق عندئذٍ غضب النبي - صلى الله عليه وسلم - على قوم رفاة لما رموا به طعمة بن أبيرق، وهم بالحكم ببراءة طعمة، وإدانة اليهودي بجرime السرقة. فنزلت الآيات الكريمة... : (وَلَا تُجَادِلْ عَن الَّذِينَ يَحْتَانُونَ أَنفُسَهُمْ.....) ، وقد شدّد القرآن الكريم النكير على مسلك بني أبيرق، لما كان منهم من (المجادلة الباطلة) والدفاع عن صاحبهم بغير حق : (ها أنتم هؤلاء جادلتم عنهم في الحياة الدنيا، فمن يجادل الله عنهم يوم القيامة)، ووصل الاستفهام الاستنكاري بآخر مثله، (أم من يكون عليهم وكيلاً) ؟

إذن مشروعية الدفاع وقديسيته، والحق في الاستعانة بمحام، مقيد في الشريعة الإسلامية، بالنهي عن الدفاع بالمجادلة بالباطل : (ولا تكن للخائنين خصيماً)، فقد نهى الله عز وجل - رسوله - صلوات الله وسلامه عليه، عن عضد أهل التهم والدفاع عنهم، بما يقوله خصمهم في الحجة، وفي هذا دليل على أن النيابة عن المبتل في الخصومة لا تجوز، فلا يجوز لأحد أن يخاصم عن أحد، إلا بعد أن يعلم أنه محق^(١). والأرجح - عندي - أنه لا يدخل في هذا المنع، قيام المحامي بالدفاع بما يخفف سوط العقاب، أو بما يحول دون ثبوت موجبات الإدانة، لانتفاء عنصر من عناصر الجريمة أو انتفاء شرط من شرائط صحة الدليل، أو توفر شبهة دائرةٍ لحدّ من الحدود الشرعية أو لوجود مسقطٍ من مسقطات العقوبة أو طروئها، ونحو ذلك مما لا يحيط به غير أهل التخصص، ففيها يكون الاستعانة بمحامٍ أظهر وأوجب، لأنه يدخل في باب (وتعاونوا على البرِّ)، ويأخذ ذات الحكم، كل ذوات الخصومية من الأقضية التي تتطلب المعرفة المتخصصة.

إن من الدفوع المتكاثرة أمام القضاء، (الدفع بالبطلان للإخلال بحق الدفاع)، وأحوالها عديدة ومتنوعة، غير أن المعيار لمعرفة ما يفضي منه إلى البطلان، إنما يكون بالنظر إلى ما ينص القانون على ترتيب البطلان عليه، وهو ما يطلق عليه (البطلان

١- راجع الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي ج٥ ص ٣٧٧.

الإلزامي)، كما قد يكون المعيار لمعرفة ما يفضى إلى البطلان من تلك الدفوع، بالنظر إلى الإخلال بإجراء جوهري - بعدم مراعاته - مع عدم تحقق الغاية التي شرع لأجلها ذلك الإجراء الجوهري، بأن يترتب على عدم المراعاة، إساءة مركز الخصم، أو إهدار المصلحة العامة التي شرعت القاعدة القانونية لحمايتها، وهذا النوع من البطلان هو ما يطلق عليه (البطلان الذاتي).

ويصدق معنى (جوهرية القاعدة القانونية)، متى كانت الغاية من تشريعها هي حماية مصلحة عامة، فتلك دوماً تتعلّق بالنظام العام، كما يصدق معنى (جوهرية القاعدة)، متى كانت الغاية من تشريعها، حماية مصلحة خاصة أساسية، صنوّها حماية الحريات الشخصية وحقوق الدفاع.

أما القواعد التشريعية التي لا تتّصف بصفة الجوهرية - كالقواعد المقررة أو المفسرة أو الإرشادية - فلا يترتب البطلان على مخالفتها.

تلك هي المعايير التي ينبغي مراعاتها في تكيف دفوع الإخلال بحق الدفاع، وبصفة عامة في الدفوع المتعلقة بالبطلان.

المبحث التاسع

علنية المحاكمات

علنية المحاكمات، من قيم القضاء التي تضرب بسهم في إحسان العدل، وهي من الضمانات الصائنة.. لقدسية حق الخصوم في الدفاع. وتتحقق العلنية بمجرد كفالة حضور الجلسات القضائية لكل الراغبين في حضورها، بغض النظر عن عددهم - أو حضورهم وغير حضورهم.

وقد عُينت المواثيق الدولية والديساتير المعاصرة بتقرير علنية المحاكمات، حيث نصت المادة (١١) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على تقرير الحق الطبيعي لكل

شخص متهم في جريمة في محاكمة علنية، تؤمن له فيها جميع الضمانات الضرورية للدفاع. كما نصت المادة (١٣٣) من الدستور الدائم لدولة قطر على أن: «جلسات المحاكم علنية، إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية، مراعاةً للنظام العام أو الآداب العامة، وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية».

فالأصل هو (علنية المحاكمات) واستثناءً يجوز للقاضي - أو للمحكمة المشكلة بهيئة - جعل بعض جلساتها سرية، للمقتضيات التي نصت عليها المادة الآتفة من الدستور، وما نصت عليها المادة (٥٩) من قانون المرافعات، حيث أضافت هذه المادة الأخيرة (مراعاة حرمة الأسرة) بجانب تلك المقتضيات. وهي ذات ما نصت عليها المادة (١٨٧) من قانون الإجراءات الجنائية، وقد تؤثر المحكمة ستر المحاكمة عن طوائف بعينها من أفراد المجتمع كالنساء والأطفال، نظراً إلى طبيعة الدعوى، إذ قد تكون الدعوى مما يחדش الحياء، فترى المحكمة سترها عنهم، وفي كل أحوال العدول عن أصل العلنية فيجب أن يكون ذلك بقرار من القاضي - أو الهيئة المشكلة للمحاكمة - تبين فيها وجوه ذلك العدول من الأصل إلى الاستثناء، كما يجب أن يكون النطق بالحكم علنياً ولو كانت جلسة المحاكمة سرية، يستوى في ذلك الدعوى المدنية والدعوى الجنائية^(١). لقد شرعت (علنية المحاكمات) لتحقيق الغايات التالية:

أولاً: نفي تهمة الميل عن القاضي وبعث طمأنينة الخصوم في عدالة القضاء:

حيث إن المحاكمة العلنية تجعل أفراد المجتمع رقباء على سير الإجراءات القضائية، وتظل أبصار الحضور شاخصة ترقب كل صغيرة وكل كبيرة من سير الإجراءات، مما يفرض على القضاة توخي الحذر، وانتهاج الاستقامة، صوناً لمبدأ التسوية المطلقة بين الخصوم، وضماناً لحقوقهم في الدفاع، باذلين جهد الوسع لمجانبة الإخلال، بل والزلل، فالقاضي إما حذر من الوقوع في النهي المنتزل بالوحي الإلهي: (ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله)، فيصلح بينه وبين الله فيسده الله، وإما حذر

١- راجع المادة (٥٩) من قانون المرافعات المدنية والمادة (٢٣٣) من قانون الإجراءات الجنائية.

من أعين الرقباء فيجتهد في التوشح بما يزينه، أو حذر منهما معاً، وينعكس ذلك الحال إيجاباً في نفوس الخصوم، فيتبدل حال المضطرب إلى سكينه، وحال المرتاع الخائف إلى أمن، وحال الحصر في الكلام إلى الانبساط، بما يمكنهم من تقديم دفاعهم بالصورة المثلى، في ظل فناعة وجدانية بجناح العدل والرحمة الذي يظلهم.

ثانياً تحقيق الرقابة الشعبية الباعثة لطمأنينة أفراد المجتمع في عدل القضاء:

علنية المحاكمات وحضور العامة خلال إجراءات المحاكمة، تعتبر نوعاً من الرقابة الشعبية على القضاء، وهي تضيف مزيداً من إحسان العدل، فأعين الرقباء من العامة فاحصة، وبهم تسير الركبان بسيرة القضاة، مدحاً أو قدحاً.

ثالثاً: العلنية تحقق بعض غايات الزجر والإصلاح:

تشريع العلنية ليس مقصوداً به الزجر والإصلاح، فالعلنية واجبة في كل أنواع الأفضية، وفي الأفضية الجنائية فإن غايات الزجر والإصلاح إنما تبتغي بعد الإدانة، بدءاً من تنزيل العقوبة وخلال إنفاذها. (فالمتهم بريء حتى تثبت إدانته بأدلة قاطعة، دونما شك معقول)، ورغم ذلك فإن مجرد المثول أمام القضاء، يبعث الرهبة في الأنفس، وقد يكون عقاباً زاجراً لبعض الطوائف، فالناس مراتب، وبعض ذوي المروءة والشرف يزرهم ويصلح حالهم مجرد دعوتهم للمثول أمام القضاء. وقد روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا في الحدود»^(١). وقد ساق (الكاساني) نقلاً عن بعض مشايخ الحنفية، ترتيب التعازير على مراتب الناس، فمنهم من يكفي لتعزيرهم، الإعلام المجرد، كأن يبعث القاضي أمينه ليقول له: (بلغني أنك تفعل كذا وكذا)، ومنهم من يكفي التعزير، بالإعلام والجر إلى باب القاضي والخطاب بالمواجهة، ومنهم من لا ينزجر إلا بالضرب والحبس، فأحوال الناس في الانزجار مراتب)^(٢). وهكذا يتبدى أن بعض غاية الزجر والإصلاح، قد

١ - رواه أبو داود في سننه في كتاب الحدود باب الحد يشفع فيه ورواه الدارقطني في سننه في كتاب الحدود والديات.

٢ - بدائع الصنائع، للكاساني ج ٩ ص ٤٢١٩.

تتحقق بمجرد علنية المحاكمة، فالنفوس مجبولة على ستر ما يجترحونه من خطايا.

ولا يختلف الحال لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، بل إن مبدأ علنية المحاكمات قد استمد من معين الفقه الإسلامي. حيث كان يعقد مجلس القضاء في المسجد الجامع، أو في غيره من مساجد الجماعات، فإن تعذر ففي مكان مفتوح يتسنى فيه لكل أحد الحضور. وقد قضى سيدنا عمر - رضي الله عنه - ، في المسجد، وهو ما أخذ به جمهور فقهاء المسلمين،^(١) علة ذلك هي تيسير الدخول على القاضي، ولئلا يكون ثمة احتجاب عن ذوي الحاجات، ونفيًا للتهمة عن القاضي بجلوسه في مكان عام، يطرقة كل أحد، وليعلم الناس بالخصومات أمام القضاء، فيدخل.

فيها كل من تتعدى إليه، أو تكون له مصلحة في التدخل، فضلاً عن أن القضاء عبادة، فيجوز الحكم في المسجد كالصلاة^(٢). وقد ذهب الإمام الشافعي إلى القول بكراهة القضاء في المسجد.^(٣) غير أنه ينبغي العلم بأن علة الكراهة لدى الشافعي لم تكن لتضييق دائرة العلنية، بل كان للتوسّع في علنية المحاكمات، حيث كانت علة الكراهة عنده، باعتبار أن القضاء في المسجد فيه: «تضييق على الناس، فمنهم الخائض والجنب وأهل الذمة، وفيه امتهان المسجد بكثرة اللغظ واللجاج وما يقع من الخصوم من اللجاج....»^(٤).

هكذا يتبدى لنا مدى اعتداد جمهور فقهاء المسلمين بمبدأ علنية المحاكمات ومدى توسعهم في تقرير هذا المبدأ.

١- راجع شرح صحيح البخاري، لابن بطال: ج ٨ ص ٢٤٠.

٢- راجع المبسوط للسرخسي ج ١٦ ص ٨٢، والبنية في شرح الهداية للبعيني ج ٧ ص ٢٣ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٣١ والمغني لابن قدامة ج ١٤ ص ٢٠.

٣- الأم للشافعي ج ٦ ص ٢٠١ وراجع أدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ١٠٩ طبعة دار الفكر - (تحقيق د. محمد مصطفى الزحيلي).

٤- راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٣١.

المبحث العاشر شفوية المحاكمات

تعدّ شفوية المحاكمات من قيم القضاء التي تعين على الحكم بالحق، كما أنها من ضمانات المحاكمة العادلة ومعاييرها الصائنة لها، إذ إن الشفوية تتيح للخصوم تقديم دافعهم ودفاعهم بالصورة المثلى، فهي وحدها التي تمكن الخصوم من حسن فهم أقوال بعضهم وأدلتهم، وبها تتحقق المجابهة بالأقوال والأدلة. وقد اعتبر ابن فرحون المالكي انتفاء الشفوية من موجبات وهن الحكم وإثارة الظنة بالقاضي^(١)، إذ الحكم لا يكون إلاّ بالإعلان، فلا يجوز الإسرار، ولا يجوز العدول عن الشفوية؟ إلاّ عند اقتضاء الضرورة، وحيث تسوّغ ذلك طبيعة الدعوى، كما أن الشفوية تطرق السمع والبصر والفؤاد، ومن خلالها يستبين القاضي حقائق الوقائع، بما يعينه على بلورة اقتناعه القضائي.

قال الكاساني: «الشفوية تجعل القاضي فهماً عند الخصومة، فيجعل فهمه وسمعه وقلبه إلى كلام الخصمين، فإذا لم يفهم كلامهما يضيع الحق»^(٢).

ولا عدول عن الشفوية إلاّ بإذن القاضي وحيث تقتضي طبيعة الدعوى ذلك العدول، فيصار عندئذٍ إلى عرض الأقوال والأدلة بوساطة المذكرات أو التقارير المكتوبة - بتلاوتها أو بإيداعها - ويلزم مجابهة الخصم بها في كل الأحوال، إذ لا يجوز بناء الحكم على دليل لم يعرض على الخصم.

وبشأن دليل الشهادة، فقد عنيت التشريعات المعاصرة وفقهاء الشريعة الإسلامية بوجوبية أداء الشهادة شفاهةً، إذ نصت (٢٩١) من قانون المرافعات - القطري - على أن: (تؤدي الشهادة شفاهةً في الجلسة، ولا يجوز الاستعانة في أداء الشهادة، بمفكرات مكتوبة، إلاّ بإذن المحكمة، وحيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوى). ويدخل في معنى

١- راجع تبصرة الحكام - لابن فرحون - ج ١ ص ٣٧.

٢- بدائع الصنائع، للكاساني: ج ٩ ص ٤٠٩٤.

(طبيعة الدعوى) التي تسوغ العدول عن الشفوية، أن يكون الشاهد غير قادر على الكلام، فعندئذٍ يؤذن له بأداء شهادته بالكتابة إذا أمكنه بيان مراده بها، وكذا يدخل في معنى (طبيعة الدعوى) التي تسوغ العدول عن الشفوية، أن يكون محل الشهادة أمراً معقداً يصعب حفظه وتذكره، ففي (رسالة الإثبات): «ويجب أيضاً ألا يعتمد الشاهد في شهادته إلا على ذاكرته، ولا يصح أن يسمح له بتلاوة شهادته من ورقة مكتوبة، أو أن يستعين بأي مذكرة، إلا إذا كانت شهادته منصبة على أمرٍ معقد، أو لمعرفة أرقام وتواريخ مثلاً، بعد إذن المحكمة أو القاضي...»^(١). ويدخل في معنى (الأمر المعقد) التي تجوز فيها الاستعانة بالمذكرات المكتوبة، التقارير الفنية الطبية المتعلقة بأوصاف الجراح والكسور المثبتة في تقارير الصفة التشريحية، أو التقارير الحسابية أو غيرها من تقارير الخبراء.

وقد عني فقهاء الشريعة الإسلامية بوجوبية أداء الشهادة شفاهة^(٢)، لدور الشفوية في البين من الحقيقة الواقعية، فالشفوية هي التي تكشف قدرات الشاهد في الضبط والفهم والإدراك والحفظ والتذكر، وقوام ذلك القيمة التدللية للشهادة، ينبني على حسن سماع الشاهد للمشهود به وقت تحمل الشهادة، ثم حسن فهم الشاهد لما سمعه، ثم حسن حفظه وحسن تذكره عند أداء الشهادة أمام المحكمة، ويستبين القاضي تلك القيمة التدللية من خلال شفوية أداء الشهادة في مواجهة الخصم المشهود ضده، ومن مناقشة المشهود ضده للشاهد. ولهذا أوجب التشريعات المعاصرة أداء الشهادة في مواجهة الخصم (المجابهة بالدليل)، إذ نصت المادة (٢٨٢) من قانون المرافعات المدنية - القطري - على أن: «يكون سماع الشهود أمام المحكمة بحضور الخصوم...»، وقد عني فقهاء الشريعة الإسلامية بمبدأ أداء الشهادة شفاهة في مواجهة الخصم المشهود ضده، وفاءً بحق المشهود ضده في الدفاع عن نفسه، بتمكينه من تبين حقيقة هذا الدليل المقدم ضده، وبياتاحة الفرصة له في مناقشة

١- رسالة الإثبات - للمستشار أحمد نشأت ج ١ ص ٥٤٩ - الطبعة السابعة.

٢- راجع بدائع الصنائع للكاساني ج ٩ ص ٤٠٢٣، وراجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١٩٥ و ص ١٩٩.

الشاهد، وقد جعل جمهور فقهاء الشريعة أداء الشهادة في مواجهة الخصم المشهود ضده، شرطاً لصحة الشهادة^(١).

إن اشتراط أداء الشهادة شفاهة في مواجهة الخصم المشهود ضده، يقتضيه وجوب كفالة الحق للمشهود ضده، في مناقشة الشاهد، تحقيقاً للحق المقدس في الدفاع، وفي المجابهة بالدليل، ومقارعة الحجة بالحجة. وذلك بلا مراء يضرب بسهمٍ وافر في تحصيل الاقتناع القضائي.

المبحث الحادي عشر

تسبب الأحكام القضائية

المقصود بتسبب الأحكام هو إصدار القاضي حكمه القضائي، مستخلصاً صحيح الوقائع محل التداعي، من خلال استعراض أقوال الخصوم ودفعهم ودفاعهم وأدلتهم المطروحة أمامه في الجلسة، وإجراء ما يلزم من تقويم الأدلة والترجيح بينها، بلوغاً إلى صحيح الوقائع الثابتة، وتكييف القاعدة القانونية الواجب تطبيقها على تلك الوقائع الثابتة، خلوصاً إلى منطوق حكم يتسق مع أسبابه الواقعية وأحكام القانون.

وتتلخص أهمية تسبب الأحكام في النأي بالقضاة عن روح التحكيمية، بما يفرضه نظام التسبب من انتهاج مقدمات منطقية تفضي إلى نتيجة متسقة مع تلك المقدمات التي يرى فيها العدل وهو يطبق، كما أن تسبب الأحكام يظهر تنزيل القواعد الدستورية والقانونية على أرض الواقع، فالتسبب هو الذي يتبدى به التزام

١- يستخلص هذا الشرط مما أورده الفقهاء - تصريحاً حيناً وتعريضاً حيناً آخر - راجع شرح فتح القدير - لجمال الدين بن المهام - ج ٦ ص ٤٧٤ وراجع المادة (١٦٩٠) من مجلة الأحكام العدلية وشروحها - مثل درر الحكم لعلي حيدر ج ٤ ص ٢٨٨، وراجع تبصرة الحكم لابن فرحون ج ١ ص ٤٠/٣٩ وراجع التاج المذهب لأحكام المذهب - للصنعاني ج ١٠ ص ٧١.

القاعدة الدستورية المقررة بأنه : (لا سلطان على القاضي في قضائه لغير القانون)، وأن الجميع بمنأى عن التدخل في قضائه وأنه لا تأثير في سير العدالة من أية جهة، فضلاً عن أن تسبب الأحكام هو ما يبرز عدالة الأحكام القضائية، وهو أنفى للريبة عن القضاة، وأدعى لبعث الطمأنينة في نفوس الخصوم وفي أوصال المجتمع، بما يحقق الأمن القضائي. ومن خلال منهج تسبب الأحكام يتسنى للخصوم ممارسة حقوقهم الطبيعية المكفولة لهم قانوناً، والمتمثلة في (درجات التقاضي والطمعون)، وذلك بتقديم تلك الطعون بوجوه نعي ودفع - على بصيرة - إلى محكمة الطعن، بما يمكن هذه الأخيرة من بسط رقابتها على أحكام المحاكم الأدنى.

لقد كانت بدايات ظهور فكرة تسبب الأحكام القضائية، هي تلك التي يمكننا استخلاصها من خلال بعض أفضية النبي - صلى الله عليه وسلم - ، إذ روي أن علياً بن أبي طالب وجعفر بن أبي طالب وزيد بن حارثة - رضي الله عنهم - ، تنازعوا في حضانة ابنة حمزة بن عبد المطلب - سيد الشهداء - رضي الله عنه . فقال سيدنا علي: (ابنة عمي وأنا أخذتها)، وقال جعفر: (بنت عمي وعندني خالتها) وقال زيد: (بنت أخي) (لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخي بين زيد وحمزه)، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (الخالة أم) وسلمها إلى جعفر^(١).

ويستخلص من هذا القضاء أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، قد بنى حكمه بتسليم ابنة حمزة إلى جعفر - رضوان الله عليهما - بتسبب قضائي، إذ إن مدلول قوله - صلى الله عليه وسلم - : (الخالة أم)، يقتضي تقدير (محذوف) يكون به الكلام صحيحاً متفقاً مع الواقع وحكم الشرع، وذلك المحذوف الذي يقتضيه صحة كلام المعصوم - صلى الله عليه وسلم - هو كلمة: (بمنزلة)، فيكون تمام العبارة هو (الخالة بمنزلة الأم)، وبهذا التقدير يتفق الكلام مع الواقع والشرع. وهذا ما يعرف لدى جمهور فقهاء أصول الفقه الإسلامي، بمصطلح (دلالة الاقتضاء).

١- رواه أبو داود في سننه في كتاب الطلاق باب من أحق بالولد.

يؤيد ما أورده آناً، ما روي عنه - صلى الله عليه وسلم - في توريث ذوي الأرحام، أنه قال: «العمة بمنزلة الأب إذا لم يكن بينهما أب، والخالة بمنزلة الأم، إذا لم يكن بينهما أم»^(١).

قال الحافظ ابن حجر العسقلاني في معرض شرحه لحديث (الخالة أم) أن: «فيه من الفوائد أن الحاكم يبيّن دليل الحكم للخصم»^(٢). وفي (المغني) لابن قدامة: «فإنما قضى بها (أي بابنة حمزة) لخالتها، لأن زوجها من أهل الحضانة، ولأنه لا يساويه في الاستحقاق إلاّ عليّ، وقد ترجح جعفر بأن امرأته من أهل الحضانة فكان أولى»^(٣).

إننا نستخلص استخلاصاً سائغاً من هذا الحكم القضائي النبوي، الذي قضى به رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، أنه قد وضع البذرة الأولى للبشرية في نظام تسبب الأحكام القضائية، ومنذ يومئذ فقد ظل الفقه الاجتهادي يضيف مزيداً من العروج لنظام تسبب الأحكام، حتى بلغ شأواً عظيماً، لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، في القرن الخامس الهجري - أي قبل ألف سنة - ولعل أقدم أنموذج لنظام تسبب الأحكام، يقارب ما استقر عليه الوعي القانوني المعاصر هو ما أورده الإمام الماوردي في كتابه (أدب القاضي)، حيث حكى ما استقر عليه عصره، بشأن نظام تسبب الأحكام القضائية، (في القرن الخامس الهجري)، إذ قال بأن القاضي كان يقوم بإثبات محاكمته في الأفضية، في ديوانه مشروحاً بما انفصلت عليه من إلتزام وإسقاط احتياطاً للمتحاكمين، وكان وجوب ذلك عليه معتبراً بالحكم، وشرح بعد ذلك مطولاً ما كان يكتبه القاضي، وهما كتابان (المحضر) و (السجل) مبيناً وظيفة كل منهما^(٤).

١- هذا الحديث أورده (ابن قدامة في المغني ج ٩ ص ٨٦) وقال: رواه الإمام أحمد وذكر المحققان: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلوب بأن الحديث ليس في المسند.

٢- راجع فتح الباري شرح صحيح البخاري، للحافظ ابن حجر العسقلاني ج ٧ ص ٥٠٧.

٣- المغني لابن قدامة ج ١١ ص ٤٢١.

٤- راجع أدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٣٠١، وراجع كتاب نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي «السلطة القضائية» للأستاذ / ظافر القاسمي ص ٥٠٤ وما بعدها.

وفي ذات القرن الخامس الهجري نجد أن الفقيه المالكي (عيسى بن سهل) المتوفى في سنة ٤٨٦ هـ قد صنف مؤلفه (ديوان الأحكام الكبرى) أو : (الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكام)، وقد أبان فيه ما كان عليه عمل القضاة في عهده بدولة الإسلام بالأندلس، من حيث تدوين المحاضر والأحكام القضائية، ومن حيث إجراءات التقاضي ونظم مشاورة القاضي للفقهاء، وكيفياتها - ونظم الإثبات، والمركز الإيجابي للقاضي في الشريعة الإسلامية - وكل ذلك وغيره بصنوا ما استقر عليه عمل القضاء في عصرنا، بل وبها يتميز عليه في بعض جوانبه، وهو - فيما نعلم - أول دورية قضائية تتضمن أحكام أفضاء القضاة الذين شرفوا وجه التاريخ الإنساني^(١).

ومن بعد عصر هذين القاضيين الفقيهين (من طبقة المجتهدين في مسائل المذهب) نجد أيضاً من فقهاء الأندلس وقضاتها، ابن فرحون المالكي، إذ عبّر عن نظام تسبب الأحكام واصفاً، بأنه ما يحتاج إلى نظر وتحرير وبذل جهدٍ في تحرير سببه ومقدار مسببه^(٢).

إنه في الوقت الذي أشرقت فيه شمس نظام تسبب الأحكام، منذ عهد النبوة، ثم ارتقى في مدارج الإشراف في دولة الإسلام في المشرق العربي وفي المغرب العربي وبلاد الأندلس، كانت دول الغرب الأوروبي، تترشح في ظلمات النظم المتسلطة وقوانينها ومحاكمها التي لم تكن تبالي إلا بتكريس الظلم والجور، وإحكام قبضة الحاكمين على رقاب العباد، بل لم تجد فكرة تسبب الأحكام طريقها نحو النور حتى في عهد الحضارة الرومانية، رغم ما بلغت من بسط النفوذ والسلطان والنهضة، ففي كل تلك القرون لم تكن النظم القضائية سوى أدوات للقهر السلطوي، مما جعل فكرة تسبب الأحكام غائبة تماماً^(٣).

١ - راجع كتاب (ديوان الأحكام الكبرى) لابن سهل، فلا غناء عنه لقاضي، يصعب الإشارة إلى صفحات بعينها، ففي كله الدركامن.

٢ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون : ج ١ ص ٨٣ / ٨٤.

٣ - راجع كتاب أصول تسبب الأحكام الجنائية في ضوء الفقه والقضاء، للدكتور محمد علي الكيك - ص ١٢ وما بعدها.

أما في عصرنا الحاضر فقد بلغ نظام تسبيب الأحكام القضائية إلى قمة شماء، حيث يعدّ أحد أهم قيم القضاء المعاصر. وتتراوح المدارس التشريعية في كيفية تسبيب الأحكام القضائية، بين نظامين، هما نظام التسبيب المفصل، ونظام التسبيب الوسيط - الدائر بين التفصيل والإيجاز. فأما نظام التسبيب المفصل فهو ما يسود في المدرسة الأنجلو سكسونية، وفي النظم القضائية الدائرة في فلكها - (السودان أنموذجاً)، بينما نظام التسبيب الوسيط والمباشر، هو الذي يسود في المدرسة اللاتينية وعلى رأسها فرنسا، وتدور في فلكها النظم القضائية للدول العربية. بشمال أفريقيا ودولة قطر. ولكل من المدرستين مزاياها - فالمدرسة الأنجلو سكسونية، أكثر مرونة في تشريعاتها الإجرائية، التي تتيح للقاضي مساحات أوسع للاجتهاد ولممارسة سلطته التقديرية. يتجلى أثر ذلك بصورة إيجابية في العناية بالغاية المقصودة من التشريع الإجرائي، وهي (عدل القضاء) وإعلاء روح العدل، فلا تضحية بالغاية لأجل الالتزام بالشكل. روح العدل وحده هو الذي يُضْفَى عليه الإذعان وتحقيقاً لذلك فإن المدرسة الأنجلو سكسونية ترسي في تشريعاتها مبدأ (سلطة القاضي الطبيعية)، (The Iherent Power)، أنموذجه ما نجده في المادة (٣٠٣/ب) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م، ونصها:(٢) لا يعتبر ما جاء في هذا القانون ماساً أو مقيداً لسلطات المحكمة الطبيعية، في إصدار الأوامر التي تراها ضرورية، لتحقيق العدالة، أو منع سوء استغلال إجراءات المحكمة»، هذه الفقرة من المادة الآنفة الذكر، تتيح للمحكمة مرونة، تمكنه من اتخاذ أي إجراء تراه ضرورياً لتحقيق العدالة، حيث يجوز بموجبها مدّ مواعيد الطعن الاستثنائي أو الطعن بالنقض - متى ما اقتضت الضرورة ذلك وقد جاءت المادة (٧٠/١/ب) من ذات القانون بإيراد بعض حالات الضرورة، إذ نصت على أنه: «يجوز للمحكمة عند الضرورة في أية مرحلة من مراحل التقاضي، والشروط التي تراها مناسبة فيما يتعلق بالمصروفات، أن تأمر بالآتي.... (ب) مدّ الميعاد المعين للقيام بأي إجراء سواء كان ذلك قبل أو بعد انقضاء الأجل المحدد بموجب أحكام هذا القانون بأمر من المحكمة».

وبقراءة المادة (٣٠٣/١ ب) مع المادة (٧١/١ ب) الأنفتين مع بعضهما، فيجوز للمحكمة الاستئنافية أو للمحكمة العليا، مدّ مواعيد الطعن المقررة قانوناً، عند الضرورة متى ما رأت المحكمة مناسبة ذلك، إعلاءً لروح العدل، وعملاً بمبدأ (العدالة والوجدان السليم)، ولثلاً يكون الشكل - أي عدم مراعاة القيد الزمني في تقديم الطعن - سبباً في إهدار روح العدل وضياع الحق. ودوماً تمارس المحكمة سلطتها الطبيعية مبيّنة موجبات ممارستها لتلك السلطة، ويظهر أثر تلك المرونة بصورة واضحة في الأحكام - تسبباً ونتيجةً - إثراءً للاجتهاد القضائي وإحساناً للعدل، كما يمتاز منهج تسبب الأحكام القضائية في المدرسة الأنجلوسكسونية، بشموله وثرائه المعرفي، لما يتسم به من العناية التفصيلية لوقائع الدعوى، ودفعها وأدلتها، مع بيان مدى مقبولية تلك الأدلة وحجيتها وتقويمها، خلوصاً إلى استخلاص صحيح الوقائع الثابتة، ثم تكييف النصوص القانونية الواجب تنزيلها على تلك الوقائع، مع الاسترشاد بالسوابق القضائية وبنصوص الفقه القضائي، التي تمثل المرجعية التاريخية لتلك النصوص القانونية، بياناً للنص أو تأويلاً له، وربما استطراداً لمجرد مزيد الإبانة. كما يُعنى نظام التسبب في المدرسة الأنجلوسكسونية بالرد على كافة الدفوع الجوهرية، ثم بالعناية ببيان الكيفية التي من خلالها تمّ تحصيل العقوبة المناسبة (إذا كانت الدعوى جنائية)، بمناقشة ما احتف بارتكاب الجريمة، من حيث مدى انتهاك الفضيلة، وبمراعاة حال الجاني وظروفه - تشديداً أو تخفيفاً - وتتم تلك الكيفية من خلال ما يصطلح عليه بعبارة (مذكرة حول العقوبة)، وهي جزء مستقل مقرون بأسباب الحكم، يتم استمداده من خلال الثابت بأوراق الدعوى، شأنه شأن عناصر التسبب الأخرى كافة. ويكون إيراد رأي كل قاضٍ على حدة - إذا كانت المحكمة مشكلةً بهيئةً ثلاثية أو كانت مشكلةً بهيئةً خماسية، مع تدوين الرأي المخالف - إن وجد - ضمن أسباب الحكم، ثم إصدار الحكم بالإجماع أو بالأغلبية.

إن منهج المدرسة الأنجلوسكسونية يغيّر تماماً منهج المدرسة اللاتينية، في تسبب الأحكام القضائية، فهذه الأخيرة تغرق تشريعاتها في التفصيلات، وتضفي نوعاً من

القداسة على بعضها^(١)، بما يفضي إلى الحدّ من الاجتهاد القضائي ومن سلطة القاضي التقديرية. غير أن هذه المدرسة اللاتينية تتميز بالعناية بجوهر الوقائع، وبالمباشرة من غير استطراد يباعد عن الجوهر، كما تعلي هذه المدرسة من شأن نظام المداولة، بما يتيح قدراً كافياً لبلورة أفضل مراتب الاقتناع القضائي وأعلى درجات اليقين الجازم، بما يحقق حكماً قضائياً مجموراً عليه بين أعضاء هيئة المحكمة، فلا مجال لنظام الرأي المخالف، إلاّ خلال المداولة، وقد نصت المادة (١٢٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري (قانون رقم ١٣ لسنة ١٩٩٩) على أن: «تصدر الأحكام بأغلبية الآراء، فإذا لم تتوفر الأغلبية، وتشعبت الآراء لأكثر من رأيين، وجب أن ينضم أحدث القضاة لأحد الآراء الصادرة من الأقدم، لتحقيق الأغلبية المطلوبة، وذلك بعد أخذ الآراء مرة ثانية».

ويذهب معارضو هذا المنهج إلى القول بأنه يفضي إلى تزويد شخصية القاضي المخالف وإضاعة جهده الذهني الذي بذله في بلورة رأيه المخالف، وبأنه ليس صحيحاً تبرير منع تدوين الرأي المخالف ضمن أسباب الحكم، يؤدي إلى إضعاف الحكم، بل الصحيح هو أن تدوين الرأي المخالف من شأنه إضعاف الثقة على الحكم، وإثراء الاجتهاد القضائي.

وأياً كانت مناهج تسبيب الأحكام القضائية، وما تنطوي عليها من فوارق، إلاّ أنها جميعاً قد عرّجت إلى معالي مدارج الإشراق، فضلاً عن أن المتفق عليه بين المدارس التشريعية المعاصرة، هو أن مبدأ تسبيب الأحكام القضائية، قد أصبح من المبادئ المستقرة، المقررة بنصوص آمرة،- من غير خلافٍ نعلمه. وقد نصت المادة (٢٣٨) من قانون الإجراءات الجنائية القطري (رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٤م). على أنه: «يجب أن يشتمل الحكم على الأسباب التي بني عليها، وكل حكمٍ بالإدانة يجب أن

١- من صنو القداسة التي تضيفها المدرسة اللاتينية على بعض النصوص الإجرائية، تلك النصوص التي تحدد ميعاد تقديم الطعون فهي متعلقة بالنظام العام ولا سبيل لتجاوزها ولو كان الحكم المطعون فيه قد قضى بظلم وجور ظاهر - وغير ذلك كثير-.

يتضمن الواقعة المستوجبة للعقوبة أو التدبير، والظروف التي وقعت فيها، والأدلة التي استخلصت منها المحكمة الإدانة، ونص القانون الذي حكم بموجبه». كما نصت المادة (١٢٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري (رقم ١٣ لسنة ١٩٩٠) على أنه: «يجب أن يكون الحكم مشتملاً على الأسباب التي بني عليها، وإلا كان باطلاً، ويجب أن يبين في الحكم، المحكمة التي أصدرته، وتاريخ إصداره ومكانه وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في الحكم وحضروا تلاوته، وأسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم، وحضورهم وغيابهم، كما يجب أن يشتمل الحكم على عرض مجمل وقائع الدعوى، ثم طلبات الخصوم، وخلاصة موجزة لدفعهم ودفاعهم الجوهري، ثم تذكر بعد ذلك أسباب الحكم ومنطوقه...».

ونشير إلى أن القضاء القطري - وبالرغم من أنه يرفد جلّ منهجه من المدرسة اللاتينية، إلا أنه يمازج معه بعض مناهج المدرسة الأنجلوسكسونية، يتبدى ذلك في جلّ تسبيب الأحكام الصادرة في درجتي التقاضي - (أول وثاني درجة) حيث تصدر الأحكام فيها معززة بالاسترشاد بأحكام محكمة التمييز - مع الإشارة إلى أرقام الطعون وتواريخها، كما تصدر تلك الأحكام مؤيدة بمقتبسات من مصنفات الفقه القضائي، وشرح القوانين، مع الإشارة إلى مراجع تلك الاقتباسات ومصادرها وصفحاتها، فضلاً عما تتسم به تلك الأحكام من انتهاج نظام التسبيب المفصل بكل أوصافه وخصائصه، وهو منهج يغاير ما عليه المدرسة اللاتينية، وتعتبر هذه الممازجة والمزاوجة بعداً إيجابياً يضرب بسهم في إثراء الأحكام القضائية، بما يبعث طمأنينة الخصوم على صدور الأحكام عنواناً للحقيقة، وبما يرسخ الثقة في عدل القضاء.

المبحث الثاني عشر

إحسان فهم الواقع والواجب

إحسان الفهم هو أحد أسمى قيم القضاء، حيث لا قوام لإحسان العدل، إلا مع وفور إحسان الفهم، والمقصود بإحسان الفهم هو تمام الإحاطة بصحيح الوقائع المستخلصة من أدلتها المشروعة، ثم الإحاطة بصحيح النص التشريعي الواجب تنزيهه على تلك الوقائع.

وهاتان مرحلتان، كل منهما تنبثق نتاجاً لجهد ذهني، من ذي فكر نقي متوازن، لا يعتريه شيء من صوارف حسن التبصر والإدراك -، وهو ما عبّر عنه بعض فقهاء الشريعة الإسلامية بمصطلح (فهم الواقع وفهم الواجب)^(١). وهو ما لأجله كان ثناء المولى - عز وجل -، لسيدنا سليمان - عليه السلام -، إذ قال تعالى: ﴿ وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَخَتْ فِيهِ غَمَمٌ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ (٧٨)، فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ﴿ (٢) .

وقد نقل الإمام البخاري عن الحسن البصري أنه قرأ هذه الآية الكريمة وقال: «فحمد (الله تعالى) سليمان، ولم يلم داود، ولولا ما ذكر الله من أمر هذين لرأيت أن القضاة هلكوا، فإنه (سبحانه وتعالى) أثنى على هذا (أي سيدنا سليمان عليه السلام) وعذر هذا (أي سيدنا داود عليه السلام) باجتهاده»^(٣).

إن إحسان الفهم هو مرتكز الأساس لإحسان العدل، عضدنا في هذا هو ما في رسالة سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري، حيث جاءت لفظة (الفهم) ثلاث مرات، أولاها: بصيغة الأمر (فافهم)، إذ قال: «أما بعد: فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، فافهم إذا أدلي إليك»، والأمر يفيد الوجوب،

١- مصطلح عبّر به ابن قيم الجوزية في إعلام الموقعين جزء ١ ص ٩٤.

٢- سورة الأنبياء الآية ٧٨ وجزء من الآية ٧٩.

٣- صحيح البخاري في كتاب الأحكام باب متى يستوجب القضاء وراجع فتح الباري.. شرح صحيح البخاري للحافظ ابن حجر العسقلاني ج ١٣ ص ١٧١.

وثانيتهما: جاءت فيها لفظة (الفهم) بصيغة التكرار للتأكيد، إذ قال: «الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في القرآن والسنة»^(١).

ففي المرة الأولى الواردة بالصيغة الأمرة، كان لفظ (الفهم) متعلقاً بفهم وقائع الدعوى، أما في المرة الثانية الواردة بصيغة التأكيد، فقد كان (الفهم) متعلقاً بفهم الحكم الواجب تطبيقه، فإذا لم يكن ثمة نص تشريعي يمكن تنزيله فيصير إلى الكيفية التي حددها القانون، لسدّ النقص - فيما لا نص فيه، صنوه ما قررته المادة (٣) من قانون الأسرة (رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦م) ونصها: «فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، يعمل بالرأي الراجح من المذهب الحنبلي، ما لم تر المحكمة الأخذ بغيره لأسباب تبينها في حكمها. وإذا لم يوجد رأي راجح في المذهب الحنبلي لواقعة لم يرد بشأنها نص خاص في هذا القانون، طبق القاضي ما يراه ملائماً من آراء المذاهب الأربعة، وإذا تعذر ذلك، طبق القواعد الفقهية العامة في الشريعة الإسلامية»، وصنوه فقهاً ما في حديث معاذ بن جبل حين بعثه النبي - صلى الله عليه وسلم - قاضياً إلى اليمن، إذ يروى أنه - صلى الله عليه وسلم - سأله: (كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله. قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله، ولا في كتاب الله؟ قال: اجتهد رأيي ولا آلو)^(٢).

فليس لكل نازلة حكم شرعي أو قانوني، ففيما لا نص فيه، فعلى القاضي اجتهاد الرأي، والعمل بالقياس، متجرداً عن الميل والهوى، ومخلصاً النية لإصابة الحق، مستفراً جهد الوسع لدرك يقين الحق، وهذا هو ما عبّر عنه الفاروق عمر - رضي الله عنه - في رسالته إلى أبي موسى بقوله: (اعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عند ذلك، فاعمد إلى أحبها عند الله وأشبهها بالحق فيما ترى)،... هكذا - فيما لا نص

١ - رواه الدارقطني في سننه في كتاب الأفضية والأحكام، ولفظ (مما ليس في القرآن والسنة) هي رواية الدارقطني الثانية.

٢ - رواه أبو داود في سننه في كتاب القضاء باب اجتهاد الرأي في القضاء، وراجع نصب الراية للزيلعي ج ٤ ص ٦٣.

فيه - فليس سوى النظر والمقايسة على الأمثال والأشباه المنصوص عليها، بالمقاربة والملاءمة وتحقيق المناط.

في كيفية تحصيل مرتبة إحسان الفهم:

بعد استيفاء التحقيقات، وفقاً لمقتضيات معايير المحاكمة العادلة، وبعد الاستماع إلى المرافعات الشفوية التي تطرق السمع والبصر والفؤاد، تبدأ مرحلة إعداد الحكم، وهي مرحلة نشاط ذهني، يتعين فيها على القاضي تهيئة الذات، بحيث ينفص عن نفسه صوارف الإدراك ومعوقاته، فلا اضطراب نفسي - بل صفاء ذهني، فلا جزع ولا ضجر ولا غضب ولا عطش ولا بطنة، بل هدوء نفس، وصلاح بال، وفطنة وروية ورزانة، ويقظة وتحرز من حيل الخصوم، وصلابة وتصميم على بلوغ الحق، بسعي حثيث وعزم دائب وهمية لا تعرف الفتور. وأحرى به أن يكون على طهارة، كحالة الصلاة، فالقضاء عبادة. وأحرى به إخلاص النية لدرك الحق، داعياً لنفسه بالسداد في القول والعمل. ثم يستعرض أقوال الخصوم وأدلتهم المقدمة للإثبات والنفي، مقبوليتها ابتداءً، ثم مدى توفر شرائط صحتها، ثم مدى حجيتها، ثم الموازنة بينها لتقويم قيمتها التدليلية - ترجيحاً أو توفيقاً أو تهاتراً - حتى يستبين جلياً صحيح الوقائع الثابتة المستمدة من أدلتها المطروحة أمامه بجلسات التقاضي. وبعدها تبدأ مرحلة نشاط ذهني أخرى مكتملة لمرحلة تكييف الوقائع، وهي مرحلة التكييف القانوني لبلوغ النص الواجب تنزيهه على تلك الوقائع الثابتة. وفيها يصبوب النظر والفكر بذهن ثاقب إلى نصوص القانون لتحصيل النص الذي يحكم النازلة محل المحاكمة - أو قل صحيح الوقائع الثابتة - وتلك مرحلة لتحقيق المناط، يتأمل فيها القاضي نصوص القانون، متحققاً من عناصر كل مادة قانونية، فيقايستها مع صحيح الثابت من الواقعة محل التداعي، خلوصاً إلى النص التشريعي الذي يحكم تلك الواقعة.

قال الزقاق:

وفكرك فرّع واطلب النص وافهم

فبعد حصول الفهم قطعاً لتفصلاً.

وقد تضمنت رسالة سيدنا علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - إلى الأشر النخعي بعض مدركات (إحسان الفهم)، إذ جاء فيها: «اختر للحكم بين الناس، أفضل رعيتك في نفسك، ممن لا تضيق به الأمور ولا تمحكه الخصوم ولا يتماهى في الذلة ولا يحصر من الفيء إلى الحق إذا عرفه.... ولا يكتفي بأدنى فهم دون أقصاه، وأوقفهم في الشبهات وأخذهم بالحجج، وأفلهم تبرماً بمراجعة الخصم، وأصبرهم على تكشُّف الأمور»^(١).

هذه المقتطفات من تلك الرسالة الخالدة فيها توجيه للقاضي بإحسان الفهم، إذ قال: (ولا يكتفي بأدنى فهم دون أقصاه)، وقد تضمنت الرسالة بعض مدركات إحسان الفهم، حيث أفادت الرسالة، اختيار أهل الفضل لولاية القضاء وأن يتصف القاضي بالصبر وسعة الصدر، ممن لا تمحكه الخصوم - أي الذي لا يفقد توازنه عند تماهى الخصوم في اللجاجة، والمنازعة في الكلام، واللدد في الخصام. كما تضمنت تلك الرسالة الخالدة ضرورة اتصاف القاضي بالأمانة والاستقامة، (لا يتماهى في الزلة، ولا يحصر من الفيء إلى الحق إذا عرفه) - فالحق قديم والرجوع إلى الحق خير من التماهى في الباطل، فهذا الجزء المقتطف من تلك الرسالة بمجملة يدعو إلى (إحسان الفهم)، متضمناً بعض مدركات تلك القيمة السامية من قيم القضاء.

ويقول ابن فرحون المالكي: «لا يقضي القاضي حتى لا يشك أنه قد فهم، لما يجد من الحيرة، فلا ينبغي أن يقضي بينهما وهو يجد ذلك»^(٢).

وقد جاءت المادة (٢٣٢) من قانون الإجراءات الجنائية - (رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٤) ببيان بعض السبل التي يتم بها درك إحسان الفهم، إذ نصت على أنه: «يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته، ومع ذلك، لا يجوز له أن يبني حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة، أو تمّ التوصل إليه بطريقة غير مشروع، وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة الإكراه أو التهديد، لا يعول عليه».

١- نهج البلاغة للإمام علي رضي الله عنه / طبعة سنة ٢٠٠٢ / بيروت / ج ١ ص ٣٧٢.

٢- تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٣٣ وراجع ذات النص في معين الحكام - للطرابلسي - ص ١٩.

المبحث الثالث عشر

شخصية العقوبة

مبدأ شخصية العقوبة، يعدّ من قيم القضاء الراسخة، إذ لا يجوز للقضاء إنزال سوط العقاب، إلاّ على من ثبت يقيناً ارتكابه للجريمة محل المحاكمة، ذلك أن القانون العقابي لا يعرف نظام المسؤولية عن فعل الغير.

إن مناط سن مبدأ شخصية العقوبة، هو أن الجريمة تعدّ نتاجاً لرغبة شخصية جامحة في الجاني، لإشباع حاجة من حاجات النفس الأمارة بالسوء، فسنت العقوبة، رداً عكسياً لتلك الرغبة الشخصية الجامحة الضارة بالهيئة الاجتماعية ومصالح أفرادها، وذلك بتقرير نوع إيلاّم للجاني من شأنه استئصال نوازع الأثرة المفضية إلى ارتكاب الجريمة، وبما يحقق غايات المنع الوقائي والزرع والإصلاح، صوناً للأمن الاجتماعي.

وقد أرسى القرآن الكريم مبدأ شخصية العقوبة، إذ قال تعالى: (ولا تكسب كل نفس إلاّ عليها، ولا تزر وازرة وزر أخرى، ثم إلى ربكم مرجعكم) (١). وقال تعالى: (ومن ضلّ فإننا يضلّ عليها، ولا تزر وازرة وزر أخرى، وما كنا معذّبين حتى نبعث رسولا) (٢).

وهذه الآيات الكريمة صريحة في تقرير مبدأ شخصية العقوبة وعدم تعديتها إلى غير الجاني، كما أنها صريحة في تقرير (شخصية المسؤولية الجنائية) التي تعقب ارتكاب المعصية من محاسبة (ثم إلى ربكم مرجعكم).

وقد روى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لا يؤخذ الرجل بجريمة أبيه ولا بجريمة أخيه» (٣). قال الإمام القرطبي: «.... ولا تزر وازرة وزر أخرى»، أي

١- سورة الأنعام : من الآية : ١٦٤ .

٢- سورة الإسراء : من الآية : ١٥ .

٣- رواه النسائي في سننه في كتاب المحاربة باب التغليظ فيمن قاتل تحت راية عميّة.

لا تؤخذ نفس بذنب غيرها، بل كل نفس مأخوذةٌ بجرمها ومعاقبةٌ بإثمها»^(١).
ومن دلائل عناية الشريعة الإسلامية بمبدأ شخصية العقوبة، وعدم تعدية العقوبة إلى غير الجاني، ما كان من هدي النبي - صلى الله عليه وسلم - من امتناعه عن إنفاذ حدِّ الرجم على الحامل^(٢). لأن في إنفاذ الحدِّ عليها، حال حملها - ولو بالجلد، احتمال اتلاف الجنين المعصوم، بسرايةٍ أو نحوها. قال ابن قدامة: «ولا يقام الحدُّ على حاملٍ حتى تضع، سواء كان الحمل من زنا أو غيره، لا نعلم في هذا خلافاً... ولأن في إقامة الحدِّ عليها في حال حملها إتلافاً لمعصوم، ولا سبيل إليه، سواء كان الحدُّ رجماً أو غيره، لأنه لا يؤمن تلف الولد من سراية الضرب... وربما سرى إلى نفس المضروب... فيفوت الولد بفوته»^(٣).

لقد تبلورت هذه الرؤية المتنزلة بالوحي الإلهي جليةً، بتقرير مبدأ شخصية العقوبة، بعد أن سارت الإنسانية أعصرًا كان يؤخذ فيها البريء بجريرة المذنب، فذاك ما يحكيه القرآن الكريم، إذ قال تعالى: ﴿أَمْ لَمْ يُنَبِّأْ بِمَا فِي صُحُفِ مُوسَىٰ (٣٦) وَإِبْرَاهِيمَ الَّذِي وَفَّىٰ (٣٧) أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ (٣٨) وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ (٣٩) وَأَنَّ سَعْيَهُ سَوْفَ يُرَىٰ (٤٠) ثُمَّ يُجْزَاهُ الْجَزَاءَ الْأَوْفَىٰ (٤١)﴾^(٤).

ووجه الدلالة يتمثل في قوله تعالى: ﴿أَمْ لَمْ يُنَبِّأْ بِمَا فِي صُحُفِ مُوسَىٰ (٣٦) وَإِبْرَاهِيمَ الَّذِي وَفَّىٰ (٣٧) أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ (٣٨)﴾، فقد ذهب المفسرون إلى أنه كان يؤخذ الرجل بجريرة أخيه وابنه وأبيه، في الأعصر ما بين نوح وإبراهيم عليهما السلام، فبلغهم سيدنا إبراهيم - عليه السلام - بأنه: (لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ^(٥)).
ويتضح هذا المعنى بجلاء بتام الآيات: (وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ، وَأَنَّ

١- الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي: ج ٧ ص ١٥٧.

٢- انظر لتخريج الحديث في سنن أبي داود - كتاب الحدود باب في المرأة التي أمر النبي بوجها من جهينة.

٣- المغني لابن قدامة: ج / ١٢ ص ٣٢٧/٣٢٨.

٤- سورة النجم: الآيات من ٣٦ - حتى - ٤١.

٥- راجع الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ١٧ ص ١١٣.

سَعِيهِ سَوْفَ يَرَى، ثُمَّ يُجْزَاهُ الْجَزَاءَ الْأَوْفَى).

تلك بعض الرؤى حول مبدأ شخصية العقوبة، وكيفيات اعتاقه من مهاوي فكرة العقاب الانتقامي، التي كانت تفرط في المساءلة والعقوبة، وما استنقذت الانسانية من تلك المهاوي سوى هدايات الوحي الإلهي^(١).

لم يعد مبدأ شخصية العقوبة محل خلاف في التشريعات العقابية المعاصرة، وقد عني الدستور الدائم لدولة قطر بالنص على هذا المبدأ في المادة (٤٠) منه.

ومن مظاهر ترسيخ مبدأ شخصية العقوبة في التشريعات المعاصرة، التسوية بالتجريم والعقاب عند تعدد الجناة، وارتكابهم للجريمة في حالة التماثل، فقد يقتل الجماعة بالواحد، متى كان قتلهم للواحد نتيجة تمالئهم - أي بالمساهمة الجنائية وبتوافق جنائي فيما بينهم، وهو ما يعرف في التشريعات العقابية المعاصرة، بمصطلح: (الاشترك الجنائي) أو: (المشاركة الإجرامية) أو: (المساهمة الجنائية) - على الخلاف بين التشريعات العقابية -.

ويتحقق ذلك باشتراك شخصين أو أكثر على ارتكاب جريمة. شريطة أن تتحد إرادتهم لارتكاب تلك الجريمة، ويتم تنفيذ الجريمة المتفق عليها، تنفيذاً لاتفاقهم، بقصد مشترك بين الشركاء، فعندئذ يكون كل واحد منهم مسؤولاً جنائياً عن تلك الجريمة، فإذا امتد اتفاقهم إلى مرحلة التنفيذ، فلا يشترط أن تتساوى أدوار الشركاء في ارتكاب الجريمة، بل ولا يشترط أن يقوم كل واحد منهم بالدور أو الفعل المسند إليه حسب الاتفاق المبرم بينهم، بل يكفي لتقرير المسؤولية الجنائية المشتركة بينهم سواءً بسواء، أن يكون كل منهم حاضراً وقت التنفيذ، وأن يكون حضوره بسبب ذلك الاتفاق المبرم بينهم، فعندئذ يستوي جميع الشركاء الحاضرين، في المسؤولية

١- راجع للمزيد كتاب (سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي - للقاضي د/ عبد الرحمن محمد عبد الرحمن شرقي - صفحات ٩٢٠ وما بعدها.

الجنائية وفي العقوبة. وقد نصت المادة (٤٠) من قانون العقوبات القطري (رقم ١١ لسنة ٢٠٠٤) على أن: «من اشترك في جريمة عوقب بعقوبتها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك».

وهذا الذي استقرت عليه التشريعات العقابية المعاصرة ، هو ما أرساه سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ، إذ روي عنه: «أنه قتل سبعةً من أهل صنعاء قتلوا رجلاً، وقال: (لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً)^(١).

قال ابن قدامة: «ولم يعرف في عصرهم - أي عصر الصحابة - رضوان الله عليهم - مخالفاً، فكان إجماعاً، ولأن القصاص لو سقط بالاشترك أدى إلى التسارع إلى القتل به، فيؤدي إلى إسقاط حكمة الردع والزجر»^(٢).

وتصدق التسوية في حكم الشركاء المتماثلين حتى في بعض الحدود الشرعية - كالحاربة-، فيكون حكم (الردء) أي المعين، هو ذات حكم المباشر. قال ابن قدامة: «وحكم الردء من القطار، حكم المباشر، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة. وقال الشافعي: ليس على الردء إلا التعزير، لأن الحدَّ يجب بارتكاب المعصية، فلا يتعلق بالمعين - أي الردء - كسائر الحدود. ولنا: أنه حكم يتعلق بالمحاربة، فاستوى فيه الردء والمباشر.... وذلك لأن المحاربة مبنية على حصول المنعة والمعاضدة والمناصرة، فلا يتمكن المباشر من فعله، إلا بقوة الردء، خلاف سائر الحدود، فعلى هذا إذا قتل واحد منهم، ثبت حكم القتل في حق جميعهم، فيجب قتل جميعهم. وإن قتل بعضهم، وأخذ بعضهم المال، جاز قتلهم وصلبهم، كما لو فعل الأمرين كل واحد منهم»^(٣).

أما إذا كان ارتكاب الجريمة بوساطة الشركاء، من غير قصد مشترك بينهم،

١- رواه البخاري في صحيحه في كتاب الدييات باب إذا أصاب قوم من رجل، ورواه الإمام مالك في الموطأ في كتاب العقول باب ما جاء في الغيلة والسحر، ورواه الدارقطني في سننه في كتاب الحدود والدييات / وراجع نصب الراية للزيلعي ج ٤ ص ٣٥٣.

٢- المغني لابن قدامة ج ١١ ص ٤٩١.

٣- المغني - لابن قدامة - ج ١٢ ص ٤٨٦.

فيسأل كل واحد منهم عن نتائج فعله الذي اقترفه، لأن كل واحد من الشركاء في هذه الحالة كان يعمل تحت تأثير الدافع الشخصي - بمعنى أن الجريمة قد ارتكبت بوساطة الشركاء دون اتفاق سابق بينهم، - وهذا ما يصطلح عليه بحالة (التوافق).

ويراعى عند تفريد العقوبة على الشركاء غير المتماثلين - أي الشركاء بمجرد التوافق - ما يحتف بكل واحد منهم من الظروف الخاصة - كل على حدة -، وفقاً لما تقضي به المادة (٤٣/١) من قانون العقوبات القطري - رقم (١١) لسنة ٢٠٠٤ م - ونصها:

«إذا توفرت أعمار معفية من العقاب أو مخففة له، في حق أحد المساهمين في الجريمة، فاعلاً كان أم شريكاً، فلا يتعدى أثرها إلى غير من تعلقت به».

خلاصة الأمر هو أن التشريعات المعاصرة قد استقرت على الاعتداد بمبدأ شخصية العقوبة، ولعل أكثرها اعتداداً وإعمالاً لهذا المبدأ هي التشريعات التي تصدر عن معين الشريعة الإسلامية -، صنوها المادة الأولى من قانون العقوبات القطري - رقم (١١) لسنة ٢٠٠٤ م وبالأخص ما يتعلق منها بالجرائم التي توجب عقوبة الجلد، إذ يعتبر الجلد أكثر إمعاناً في مبدأ شخصية العقوبة. وليس صحيحاً إدراج عقوبة الجلد في معنى العقوبات التي تحط بالكرامة الأدمية -، المشار إليها بالمادة الخامسة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان -، وبنحو ما ذهبت إليه تشريعات الدول الغربية - بل والدول العربية التي تسير في ركاب الغرب معصوبة البصر -، بل الصحيح هو أن عقوبة السجن هي التي قد تتعدى بأثرها إلى غير الجاني من الزوج أو الوالد أو الولد ممن يعولهم السجين، فضلاً عن أن عقوبة السجن المتطاولة، تنطوي على إهدار الكرامة الأدمية.

المبحث الرابع عشر

تناسب العقوبة مع خطورة الجريمة

ومع حال الجاني وظروفه الخاصة

لم تشرع العقوبة على الجريمة، بغية الانتقام من الجاني، ولا هي تحكّمية يقرها القاضي كيفما يميله عليه الهوى. بل شرعت لإقامة الموازين القسط. (قُلْ أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ)^(١) أي بالعدل -، ﴿وَفُضِيَ بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ﴾^(٢) أي بالعدل، ﴿فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ﴾^(٣) أي بالعدل.

ويتحقّق عدل القضاء، وما هو أقسط وأعدل، باتباع ما هو مقرر من نظم، يكون بها قوام القضاء، وعماد إحسان عدله، وبالنفاذ إلى حكم قضائي يحقق (الأمن القضائي).

ففي الأفضية الجنائية، فإن الغايات التي شرعت لأجلها العقوبة، تتمثل في الزجر والإصلاح والمنع الوقائي وجبر الضرر، ولا تتحقق تلك الغايات. إلاّ بنظر شمولي، ببصرٍ وبصيرةٍ نافذتين، يصبو بهما القاضي تجاه الواقعة الإجرامية موضوع المحاكمة، ومدى خطورتها، وللعقوبة المقررة لها - بحدّها - ولحال الجاني وظروفه الخاصة، بلوغاً إلى تفريد عقوبةٍ تتناسب مع حصيلة تلك المعطيات، وذلك التناسب هو ما يفضي إلى إقامة الموازين القسط، ولأجل ذلك يصدق فيه معنى (قيمة من قيم القضاء الراسخة).

لقد تعثرت خطى أجيال البشرية كثيراً، وهي تتلمس سبيلها، نحو بلورة رؤى فلسفة العقوبة، ففي البدء أدرك وعيها العقلي معاني الخير والشر، وضرورة صدّ موبقات الشر، غير أن صدها كان يصطبغ بروح الثأر وبطابع الانتقام الفردي، بصورة

١- سورة الأعراف: من الآية - ٢٩.

٢- سورة يونس: من الآية - ٥٤.

٣- سورة المائدة: من الآية - ٤٢.

غريزية بعيدة كل البعد عن روح التناسب والملاءمة، حيث كان الصدد - أي العقوبة - تتسم بقسوة بالغة، واستئصالية في جرائم ذات طبيعة بسيطة^(١)، فلما أشرقت شمس عصر التنوير واندلعت ثورات التحرر لاسترداد الكرامة الآدمية - الثورة الفرنسية ودستورها والعهد الأعظم في إنجلترا (Magna Carta) فعندئذ بدأت تتبلور معالم نظريات الفلسفة العقابية، ولأن تلك البدايات قد تولدت من رحم الصراع، فلم تولد ناضجة، وكانت أولها: فلسفة الفكر العقابي الزاجر، ومحورها: العناية بالجريمة وخطرها عند تفريد العقوبة، دونما أية عناية بالجاني وظروفه. وثانيها: فلسفة الفكر العقابي الإصلاحية، ومحورها: العناية بالجاني وظروفه المحتفة به، وتفريد العقاب بما يفضي إلى إصلاحه، دونما عناية لخطر الجريمة المرتكبة.

ولا نماري في أن درك تناسب العقوبة بما يحقق أغراضها، إنما تتأتى بالمزاوجة بين هاتين الفلسفتين العقابيتين، بالعناية بالجريمة المرتكبة ومدى انتهاكها للفضيلة، والعناية بحال الجاني وبما يحتف به من الظروف. ويلزم على القاضي أن يبذل نشاطاً ذهنياً، ببصرٍ نافذٍ وبصيرةٍ متيقظة، يجول بهما في ثنايا الأقوال والأدلة - المباشرة وغير المباشرة - مستخلصاً مدلولاتها، بلوغاً إلى صحيح وقائع التهمة المنسوبة للمتهم، فإن خلص إلى الاقتناع بالثبوت، فيجول بين ثنايا المواد القانونية، لتكييف النص القانوني الواجب تطبيقه، فإذا ما بلغ إلى الإدانة وفقاً لنص قانوني، فينصب نشاطه الذهني بعدئذ في الملاءمة بين حدي العقوبة، لاختيار ما هو أقسط وأعدل في حكمه، والمفترض أن تكون تحقيقاته شاملة بما يعينه على استكشاف حقيقة حال الجاني وما يحتف به من ظروف، فيعنى بدراسة حال الجاني - الخلقي والخلقي، وخصائصه الذاتية - المكتسبة والوراثية - والنفسية المؤثرة التي أفضت إلى ارتكاب الجريمة، وبواعث ارتكابها، دنيئة كانت تلك البواعث أم شريفة، ومدى تأصل أو عدم تأصل النزعة الإجرامية في كيانه، نفاذاً إلى حقيقة شخصية الجاني، وعمّا إذا كان ارتكابه

١- راجع كتاب (أصول علم الإجرام والعقاب للدكتور مأمون سلامة - ص ٢٩٦ / ٢٩٧ - طبعة دار الفكر العربي).

للجريمة - عن حاجة - أو عن إحساس بالدونية، أم بنوازع الاستعلاء، بالاستهانة بالغير، أم الإحساس بالظلم الاجتماعي، بالعداء تجاه المجتمع وأفراده، أم لإشباع شهوة الغرور... إلى غير ذلك مما يكشف حقيقة شخصية الجاني بجلاء، فذاك ما يتم به تحصيل التفريد الذي يتلاءم مع كل متهم على حدة، وهو أمر جوهري لبلوغ ما هو أقسط وأعدل من حكم القضاء. وهذه هي المزاوجة بين تلكما الفلسفتين، وهي التي يتميز بها نظام القضاء في شريعة الإسلام الغراء.

يتبدى ذلك في كثير من نصوص الشارع، صنوها عقوبتا الزنا - حيث التشديد في عقوبة زنا المحصن، لما تنطوي عليها من مفسد عَبَّرَ عنها القرآن الكريم، بقوله تعالى: «ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشاً وساء سبيلاً».^(١)

ومفاسد الزنا عديدة، منها: منافاة هذه الجريمة لمصلحة المجتمع البشري، في حفظ الأنساب وصون الأعراض. وما يورثه الزنا من الأمراض المستعصية، وما يترتب على اقترافه من التفكك الأسري - وغير ذلك، قال ابن قيم الخوزية: «الزنا يجمع الشرَّ كله، من قلة الدين، وذهاب الورع، وفساد المروءة، وقلة الغيرة»^(٢).

وعقوبة البكر - في الزنا - (فاجلدوا كل واحدٍ منهما مائة جلدة)^(٣). وفي الحديث الشريف «البكر بالبكر جلد مائة وتعريب عام»^(٤). قال الإمام مالك: يغرب الرجل دون المرأة لأن المرأة تحتاج إلى حفظ وصيانة^(٥).

هكذا يتبدى أن هاتين العقوبتين قد روعي فيهما خطر الجريمة ومدى انتهاكها الجسيم للفضيلة فجاءت عقوبة المحصن مشددة، مراعاةً لحاله، ثم جاءت عقوبة البكر مخففة مراعاةً لحاله أيضاً - ولما به من رغبة مكتوبة-، ثم روعي عدم تعريب

١- سورة الإسراء: الآية - ٣٢.

٢- الحدود والتعازير عند ابن القيم / بكر عبد الله أبو زيد طبعة سنة ١٤١٥ ص ١٠٢.

٣- سورة النور - الآية ٢.

٤- رواه الإمام مسلم في صحيحه في كتاب الحدود باب حد الزنا.

٥- نقله عنه ابن قدامة في المغني ج ١٢ ص ٣٢٢ / ٣٢٣.

المرأة - نظراً لظرف الأنوثة ومطلّباتها.

وخلاصة القول أن عقوبة الزنا وغيرها من العقوبات الحدية - تعدّ عقوبات مقدرة، محددة - فرضت على ضوء الجرائم ومدى خطرها، وعند ثبوتها فليس للقاضي سوى إصدار حكمه بالعقوبة المقدرة بلسان الشارع الحكيم-، ومن هنا يظهر اتفاق فلسفة الفكر العقابي الزاجر مع منهج الشريعة الإسلامية في أحكام ست جرائم - هي السرقة والحراة والزنا والقذف وشرب الخمر والردة -، وفيما سواها - أي في العقوبات التعزيرية - وهي جل الفقه العقابي في شريعة الإسلام الغراء، فإن هناك ثمة توافق بين منهج الشريعة الإسلامية، وبين فلسفة الفكر العقابي الإصلاحية.

يتبدى ذلك التوافق في عناية الشريعة الإسلامية بمراعاة حال الجاني وظروفه الخاصة عند تفريد العقوبة. ومن قبيلها ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم، إلا الحدود»^(١).

كما روي عنه - صلى الله عليه وسلم - أنه قال:

«تجافوا عن عقوبة ذي المروءة، إلا في حدٍّ من حدود الله»^(٢)، وفي رواية: «اهتبلوا العفو عن عثرات ذوي المروءات»، وفي حديث آخر: «ادرأوا الحدود بالشبهات وأقيلوا الكرام عثراتهم إلا في حدٍّ من حدود الله»^(٣).

ومفاد هذه الأحاديث الشريفة هو لزوم دراسة حالة الجاني، لاستبانة ظروفه الخاصة ومن ثم يقوم القاضي بتفريد العقوبة على ضوء ما يتبين له عن حقيقة شخصية الجاني..

هذا هو ما يدعونا للقول بأن منهج الشريعة الإسلامية وسياستها العقابية، هو المزوجة - والوسطية - بين الفلسفتين العقابيتين المعاصرتين.

١ - رواه أبو داود في سننه في كتاب الحدود باب في الحد يشفع فيه -.

٢ - كنز العمال للمتقي الهندي في كتاب الحدود - المجلد الخامس ص ٣١٢.

٣ - المرجع السابق - ص ٣١٠ .

والأغلب في عالمنا المعاصر هو اعتناق التشريعات العقابية المعاصرة، لمبادئ فلسفة الفكر العقابي الإصلاحية، إذا تعالت الأصوات التي تنادي بإلغاء عقوبة الإعدام، بل إن المواثيق الدولية قد اعتنقت مبادئ هذه المدرسة الفلسفية، إذ نصت المادة الخامسة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: «لا يعرض أي إنسان للتعذيب، ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو المحطية بالكرامة»، وفي مقررات المنظمة الدولية، فإن عقوبة الإعدام تعد من العقوبات القاسية التي لا يحق لأحد إيقاعها، على أي إنسان - مهما عظمت خطورة الجريمة المرتكبة - لأنها تتعارض مع الحق الطبيعي للإنسان في الحياة - هكذا يعللون -، بل ذهب (منظمة العفو الدولية) إلى اعتبار كافة العقوبات الحدية أيضاً، بما فيها عقوبة الجلد، ضمن العقوبات القاسية وغير الإنسانية، في إصداراتها (سنة ١٩٩٥ م) كتابها الموسوم: «دموع اليتامي - لا مستقبل من غير حقوق الإنسان»، جاء ما نصه: «إن الجلد عقوبة قاسية وغير إنسانية ومهينة، ومن ثم فإن القانون الدولي لحقوق الإنسان يجرمه بصورة محددة»^(١).

وقد سار (العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية) على ذات النهج الفلسفي، إذ نصّت المادة (٦/٢) منه على أنه «لا يجوز في البلدان التي لم تلغ عقوبة الإعدام، أن يحكم بهذه العقوبة، إلاّ جزاءً على أشدّ الجرائم خطورةً، وفقاً للتشريع النافذ وقت ارتكاب الجريمة، وغير المخالف لأحكام هذا العهد، ولاتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية، والمعاقبة عليها، ولا يجوز تطبيق هذه العقوبة إلاّ بمقتضى حكم نهائي صادر عن محكمة مختصة».

ونقر بأن هذه المادة قد تضمنت مبادئ قانونية من شأنها صون الحق الطبيعي للإنسان، إلاّ أن اعتناق المنظمة الدولية لفلسفة الفكر العقابي الإصلاحية، يفضي إلى إفراغ العقوبة من جلّ أغراضها وغاياتها التي شرعت لأجلها، فضلاً عما ينبج عن هذه الفلسفة العقابية من مفارقة لمبدأ التناسب بين العقوبة والجرم المرتكب، وينتج

١- دموع اليتامي - لا مستقبل من غير حقوق الإنسان - ص ٤٣ - .

عن ذلك تكاثر الجرائم ذات الخطورة البالغة، في ظل انعدام الأحكام القضائية التي تحقق الردع العام والردع الخاص، وهذا ما نراه شاخصاً للعيان في كثير من الدول التي قامت بإلغاء عقوبة الإعدام، إلغاءً كلياً.

ونوقن بأن الفلسفة العقابية التي أنتجتها الشريعة الإسلامية، هي أمثل ما بلغتها الإنسانية، في السياسة العقابية -، لما تتسم بها من الشمولية ومميزات المرونة والسمو، التي تبدى في تضييق دائرة التجريم والعقاب في الحدود الشرعية المقررة، والمشروعة بالتناسب والملاءمة بين تلك الجرائم وعقوباتها، بل وبمعايير وسبل بلوغ عدل القضاء فيها. ثم بتضييق دائرة العقوبات الاستئنافية - كالإعدام-، مع التوسع في دائرة التعازير، والعناية بالنفاذ إلى حقيقة شخصية الجاني باستكشاف خصائص صفاته المكتسبة والوراثية، ومدى تأصل النزعة الإجرامية في كيانه، وبواعث ارتكابه للجريمة، ومركزه وسوابقه الجرمية، وغير ذلك من الظروف المحتفة به، ثم بعدئذٍ الموازنة بين تلك الحصيلة وبين مدى جسامة الفعل الإجرامي المرتكب ومدى جسامة ضرره على الفرد والجماعة، بلوغاً إلى التناسب بين كل ما ذكر وبين العقوبة التي يتم تفريدها. وليس ثمة مرء في أن هذه السياسة العقابية ذات الشمولية والمرونة والتي تتسم بخصائصها المتفردة المنتزلة بالوحي الإلهي هي التي تحقق (العدالة الفاعلة).

الفصل الثاني تقاليد القضاء

مدخل:

أوضحنا في الفصل التمهيدي من هذه الدراسة، مفاد مصطلح (تقاليد)، وبأنه يقصد به الموروثات من قواعد السلوك الإنساني، المتبلورة في حياة أفراد المجتمع، جراء تتابع توارثها، جيلاً عن جيل، وخلفاً عن سلف.

وحينما ترد كلمة (تقاليد) بالصيغة المعرفة بالإضافة بعبارة (تقاليد القضاء)، فيقصد بها المبادئ والقواعد الموروثة والأعراف والعادات المستقرة، التي تدخل في معنى (القواعد المنظمة للقضاء)، ويشمل كل ما ينظم التقاضي، وأحوال القضاة وسيرتهم، وبعضها تتسم بالثبات وبعضها من المتغيرات.

ونتناول تفصيلاً (تقاليد القضاء) بالبيان في المباحث التالية:

المبحث الأول

مبدأ تعدد درجات التقاضي

مبدأ تعدد درجات التقاضي، مما تختلف في تحديده، التشريعات المعاصرة، غير أن جلها تعتمد مبدأ: (التقاضي على درجتين)، ويعد هذا المبدأ من أهم ضمانات المحاكمة العادلة، وذلك ما جعل التشريعات المعاصرة تدرجه ضمن القواعد المتعلقة بالنظام العام، ورغم كونه أحد أهم ضمانات المحاكمة العادلة، إلا أنه لا يدخل في معنى (معايير المحاكمة العادلة)، لكونه ليس عماداً أو قواماً ينتصب به عدل القضاء في كل محكمة، وليس عياراً أو مقياساً يوزن به مقدار ما تحقق من عدل القضاء في كل محكمة، فهو ليس لازماً اقترانه بكل محكمة، كشأن معايير المحاكمة العادلة إذ لا يلزم للقول بتوفر معايير المحاكمة العادلة توفر تعدد درجات التقاضي - أو قل مبدأ التقاضي على درجتين، ذلك أن التقاضي على درجتين، إنما يلزم بالطعن في الأحكام

بوساطة ذوي الشأن والمصلحة. ويستثنى من ذلك حالات بعينها يلزم فيها التقاضي على درجتين تلقائياً - يرفع فيها حكم محكمة أول درجة إلى ثاني درجة.^(١)

لقد عُتيت القوانين وبعض الدساتير المعاصرة، بمبدأ تعدد درجات التقاضي، إذ نصّت المادة (١٣٢) من الدستور الدائم لدولة قطر، على مبدأ تعدد درجات التقاضي، بصورة مجملة، تاركة تفصيل إجمالها للقانون. وجاءت أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، وقانون الإجراءات الجنائية بتنظيم درجات التقاضي وبيان شرائطها وإجراءاتها.^(٢)

كما عُنيت المواثيق الدولية المعاصرة بمبدأ درجات التقاضي، إذ نصت المادة (١٤ / ٥) من (العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦م)، على أنه: «لكل شخص أدين بجريمة حق اللجوء وفقاً للقانون إلى محكمة أعلى، كيما تعيد النظر في قرار إدانته وفي العقاب الذي حكم به عليه».

ومناطق تشريع مبدأ تعدد درجات التقاضي، أو التقاضي على درجتين، يتمثل فيما يلي:

أولاً: ضرورة إقالة عثرات محكمة أول درجة فيما تصدرها من أحكام، فالقضاة غير معصومين من الخطأ، وتتنوع أخطاء القضاة، فقد يكون الخطأ كامناً في استخلاص صحيح الوقائع من أدلتها المطروحة أمامه في الجلسة، كما قد يكون في تطبيق القانون أو تأويله، أو تنزيله على صحيح الوقائع، وقد يكون الخطأ متعلقاً

١ - (٢٧٣) من قانون الإجراءات الجنائية القطرية - رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٤م - ونصها: «تعرض النيابة العامة الحكم الصادر حضورياً بعقوبة الإعدام على محكمة الاستئناف بمذكرة برأيها في الحكم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره، ويوقف تنفيذه لحين الفصل في الاستئناف» وتتبدى التلقائية بما هو أوضح في المادة (١٨١) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١ حيث يتم رفع الحكم تلقائياً للمحكمة العليا ونصها: «يرفع كل حكم بالإعدام أو بالقطع أو بالسجن المؤبد للمحكمة العليا وذلك بقصد التأييد».

٢- راجع أحكام مواد الفصلين الأول والثاني من الباب الحادي عشر من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري - رقم (١٣) لسنة ١٩٩٠م، وراجع أحكام مواد الفصل الثاني من الباب السادس من الكتاب الثاني من قانون الإجراءات الجنائية القطري - رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٤م.

باختصاص النظر والفصل في الموضوع أو في صفة المتداعيين - أو أحدهما - أو في أهلية التداعي، وقد يكون بالإخلال بحق الدفاع أو بالقصور في التسبيب، أو في مخالفة الثابت بالأوراق، أو بالفساد في الاستدلال، أو بالتناقض بين الأسباب والمنطوق - أو بغير ذلك-، ويجب تصويب مثل تلك الأحكام التي يشوبها الخطأ، ولذلك فقد قضت ضرورة التصويب، سن مبدأ تعدد درجات التقاضي، بما يميز لذوي الصفة والمصلحة، التقدم بالطعن لدى محكمة ثاني درجة، بطرق الطعن العادية، وفقاً لما هو مقرر قانوناً، لإجراء ما يلزم من تصويب - إن كان ادعاء الخطأ موافقاً للصواب - وفقاً لتحقيقات محكمة ثاني درجة - التي تطرح الدعوى أمامها من جديد، ودوماً - فإن الطعن في حكم محكمة أول درجة يكون لدى محكمة ثاني درجة التي تكون مشكلة من القضاة ذوي الخبرة.

ثانياً: الالتزام الصارم بالقاعدة العامة، المتعلقة بالنظام العام، والتي تقتضي باستنفاد المحكمة ولايتها في النزاع، بصدور حكمها فيه، حيث لا سبيل إلى تصويب ما يشوب حكم محكمة أول درجة، إلاً بوساطة محكمة ثاني درجة، فإن رفعت ذات الدعوى التي سبق الحكم فيها أمام ذات المحكمة - ، وكانت قد اكتسبت صفة حجية الأمر المقضي به، فيلزم على المحكمة - من تلقاء نفسها - أن تقضي بعدم جواز نظرها لسبق الفصل فيها^(١).

ونجد ما يماثل مبدأ استنفاد الولاية بإصدار الحكم، فيما روي عن عبد الرحمن بن أبي بكرة، أن أباه كتب إليه، وهو بسجستان: «أما بعد: فلا تقض بين اثنين وأنت غضبان، فإني سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «لا يحكم الحاكم

١- راجع المادة (٧٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري - رقم (١٣) لسنة ١٩٩٠م - ويستثنى من هذه القاعدة المقررة وفقاً لهذه المادة - حالات بعينها لا تستنفد فيها المحكمة التي أصدرت الحكم لولايتها، ويجوز فيها عرض النزاع مرة أخرى أمامها وهي حالات واردة على سبيل الحصر في المواد (١٣٨) (١٣٩) (١٤٠) من ذات القانون - أي حالات تصحيح الحكم وتفسيره وإغفال الفصل في طلب موضوعي - ، وقد عني شراح القانون بالبيان والتفصيل بشأن تلك الحالات، ومن منطلق تكرر حالة الإغفال المقررة بالمادة (١٤٠) الآنف الذكر نجعل إلى (نظرية الأحكام) للدكتور أحمد أبو الوفاص ٦٩٧ وما بعدها - حيث بسط بيان الشرائط التي تميز طرح النزاع مجدداً أمام ذات المحكمة بشأن الطلب الموضوعي الذي تم تناوله.

بين اثنين وهو غضبان، ولا يقضين في أمرٍ قضائين^(١)، وفي رواية: (لا يقضين أحد في قضاءٍ بقضائين)،

ووجه الدلالة أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قد نهى عن القضاء في أمر واحد بقضائين، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، ومن ثم فيمكننا أن نستخلص من هذا النهي، إفادته استنفاد القاضي لولايته بصدور حكمه، وأنه لا سبيل إلى تصويب ما يشوب حكمه من أخطاء، إلا من خلال إعمال مبدأ التقاضي على درجتين.

ورغم قناعتنا بأن مبدأ تعدد درجات التقاضي، يعتبر من المبادئ التي بلورتها النظم التشريعية المعاصرة بصورتها الراهنة الواضحة، إلا أننا نجد أيضاً ما يسعف القول بسبق شريعة الإسلام، بوضع بذرته الأولى في دنيا التشريع الإجرائي، حيث يمكننا استخلاص ذلك من أدلة شرعية، وأخرى مستفادة من أقضية النبي - صلى الله عليه وسلم - وبعض سلف قضاة الإسلام، ونورد بعض تلك الأدلة - للمثال لا الحصر - فيما يلي:

أولاً: قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ يَحْكُمُ لَا مُعَقَّبَ لِحُكْمِهِ وَهُوَ سَرِيعُ الْحِسَابِ﴾^(٢).

ويتمثل وجه الدلالة، في الآية الكريمة، في صريح إفادتها لعدم جواز التعقيب على ما حكم به المولى - عز وجل - ، وبمفهوم المخالفة فيجوز التعقيب على ما حكم به غير المولى - عز وجل - ، وفي غير ما قضى به النبي - صلى الله عليه وسلم - ، لأن ما قضى به النبي - صلى الله عليه وسلم - ، يدخل في معنى قوله تعالى: ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ (٣) إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ (٤)﴾^(٣). أما فيما سوى المنزل بالوحي الإلهي، فيجوز التعقيب.

ثانياً: ما رُوي عن سيدنا علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - أنه قال: «بعثني النبي - صلى الله عليه وسلم - إلى اليمن، فأزبى قبائل الناس زبية للأسد، فأصبحوا

١- رواه الدارقطني في سننه في كتاب الأفضية والأحكام ورواه النسائي في سننه في كتاب آداب القضاء، في النهي عن أن يقضي في قضاءٍ بقضائين ولفظه: (لا يقضين أحد في قضاءٍ بقضائين).

٢- سورة الرعد: من الآية - ٤١ .

٣- سورة النجم: الآيتان ٣ - ٤ .

ينظرون إليه، وقد وقع فيها، فتدافعوا حول الزبية، فخرّ فيها رجل، فتعلق بالذي يليه، وتعلق آخر بآخر، حتى خرّ فيها أربعة فجرحهم الأسد، فتناوله رجل برمح قطعنه وأخرج القوم منها، فمنهم من مات فيها، ومنهم من جرح وهو حيٌّ، فماتوا كلهم. فقالت قبائل الثلاثة لقبيلة الأول: هاتوا دية الثلاثة، فإنه لولا صاحبكم لم يسقطوا في البئر، فقالوا: إنما تعلق صاحبنا بواحد فنحن نؤدي دية واحدة، فاختلفوا حتى أرادوا القتال بينهم، فسرح رجل منهم إليّ، وهم غير بعيد مني، فأتيتهم فقلت: تريدون أن تقتلوا أنفسكم ورسول الله - صلى الله عليه وسلم - حي وأنا إلى جنبكم. إني قاض بينكم بقضاء، فإن رضيتموه فهو نافذ بينكم، وإن لم ترضوه فهو حاجز بينكم، فمن جاوزه فلا حق له، حتى يأتي رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، فهو أعلم بالقضاء مني، فرضوا بذلك، فأمر بهم أن يجمعوا ديةً تامة من الذين شهدوا البئر، ونصف دية وثلاث دية وربع دية، فقضيت أن يعطي الأسفل ربع الدية، من أجل أنه هلك فوقه ثلاثة، ويعطي الذي يليه الثلث، من أجل أنه هلك فوقه إثنان، ويعطي الذي يليه النصف من أجل أنه هلك فوقه واحد، ويعطي الأعلى الذي لم يهلك فوقه أحد الدية. فمنهم من رضي ومنهم من كره، فقلت: تمسكوا بقضائي حتى تأتوا رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، فيقضي بينكم. فوافوا رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، فلما قضى الصلاة، جلس عند مقام إبراهيم، فساروا إليه، فحدثوه بحديثهم، فاحتبى ببردٍ عليه، وقال: (إني أفضي بينكم إن شاء الله)، فقال رجل من أقصى القوم، إن علي بن أبي طالب قد قضى بيننا بقضاء اليمين. فقال: (وما هو؟)، فقصوا عليه القصة، فأجاز رسول الله - صلى الله عليه وسلم - القضاء، كما قضيت بينهم^(١)

وهذا الأثر صريح في أن القضية قد نظرت على درجتين.

ثالثاً: أجاز جمهور الفقهاء نقض ما خالف نص الكتاب أو السنة أو الإجماع. قال ابن قدامة في المغني: «ولا ينقض - أي القاضي - من حكم غيره، إلا ما خالف نص كتاب أو سنة أو إجماعاً. وجملة ذلك أن الحاكم إذا رفعت إليه قضية قد قضى بها

١ - أخبار القضاة - لو كيع محمد بن خلف بن حيان ص ٦٩ - طبعة عالم الكتب والحديث أخرجه أحمد في المسند ج ٥٧٤. والبيهقي في السنن الكبرى ج ١٥٩٠٢ .

حاكم سواه، فبان له خطؤه، أو بان له خطأ نفسه، نظرت. فإن كان الخطأ لمخالفة نص كتاب أو سنة أو إجماع، نقض حكمه، وبهذا قال الشافعي، وإذا خالف قياساً جلياً نقضه، وعن مالك وأبي حنيفة أنهما قالوا: لا ينقض الحكم إلا ما خالف الإجماع..... واحتجوا على أنه، لا ينقض ما لم يخالف الإجماع، بأنه يسوغ فيه الخلاف، فلم ينقض حكمه فيه..... وحكي عن أبي ثور وداود أنه ينقض جميع ما بان خطؤه، لأن عمر - رضي الله عنه - ، كتب إلى أبي موسى: (لا يمنعنك قضاء قضيته بالأمس، ثم راجعت نفسك فيه اليوم، فهديت لرشدك، أن تراجع فيه الحق، فإن الرجوع إلى الحق خير من التماذي في الباطل)، ولأنه خطأ فوجب الرجوع عنه، كما لو خالف الإجماع..... ولنا: على نقضه إذا خالف نصاً أو إجماعاً، أنه قضاء لم يصادف شرطه، فوجب نقضه.... وأما إذا تغير اجتهاده من غير أن يخالف نصاً ولا إجماعاً، أو خالف اجتهاده اجتهاداً من قبله، لم ينقضه لمخالفته، لأن الصحابة - رضي الله عنهم - أجمعوا على ذلك.... ، ولأنه يؤدي إلى نقض الحكم بمثله، وهذا يؤدي إلى أن لا يثبت الحكم أصلاً....^(١).

هذا النص الذي أوردناه من كتاب (المغني)، يفيد جواز مراجعة أحكام القضاء - بشرط -، إلا أن النص ينطوي أيضاً على التعارض مع مبدأ استنفاد القاضي ولايته في النزاع بمجرد إصداره للحكم، غير أن الذي يلزم إعماله هو مفاد الحديث النبوي الشريف الذي سبق لنا إيراده، والوارد بصيغة النهي الجازم: (لا يقضين أحد في أمر واحد بقضائين)، فهو صريح في إفادة استنفاد القاضي ولايته في النزاع، فور صدور حكمه فيه.

ومن الأفضية التي يتبدى فيها أعمال مبدأ التقاضي على درجتين - درجة أولى، ودرجة ثانية أعلى، ما روي عن عبيد الله بن الحسين، أنه كان قد قضى على عبد المجيد مولى بني قشير، في قضية، فتظلم المحكوم عليه لدى أمير المؤمنين، فكتب إلى عامل البصرة: أن يجمع له الفقهاء، للنظر في القضية، فإن كانت صواباً أمضاها، فنظروا في

منهج المدرسة الانجلوسكسونية - المتبعة في مجلس اللوردات بإنجلترا - والمعمول به قضاءً في النظم التشريعية والقضائية الدائرة في فلك المدرسة الانجلوسكسونية، ومنها ما هو متبع قضاءً لدى المحكمة العليا السودانية.^(١)

هكذا يتبدى أن مبدأ تعدد درجات التقاضي، لم يستقر على منوال واحد مجمع عليه بين النظم التشريعية والقضائية المعاصرة، فهذا المبدأ مازال في طور النمو والنضوج، وما زال النقاش دائراً بين أهل القضاء، بشأن جدوى مبدأ (تعدد درجات التقاضي)، حيث يسوق بعضهم حجته زاعماً بأن ثمة سلبيات تتمخض عن تعدد درجات التقاضي، ومن قبيلها تأخير الفصل في الأفضية، وتكاثر ظواهر إساءة استخدام المبدأ للمكايده، وفي إشباع نوازع الغل ورغبات الانتقام، وفي اللدد في الخصومة - وهي بالطبع حجج لا تقوى على قدح أصل المبدأ بقدر نقير، حيث إن السلبيات التي يثيرها أولئك النفر، ستظل قائمة إلى يوم البعث، وسوف تدوم ما دام التخاصم بين بني البشر مستمراً، سواء كانت درجات التقاضي كائنة أو لم تكن كائنة.

المبحث الثاني

آداب وقواعد سلوك القاضي

قواعد: جمع قاعدة. وقاعدة الشيء: أساسه الذي يقوم عليه. ففي (لسان العرب): (القاعدة: الأُس، والقواعد: الأساس، وقواعد البيت: أساسه. وفي التنزيل: (وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ)، وفيه: (فأتى الله بنيانهم من القواعد). قال الزجاج: القواعد أساطين البناء التي تعمده).^(٢)

١- راجع بحث (كتابة الأحكام وتسيبها بين مدرستين - للدكتور علي إبراهيم الإمام - منشور مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ٢٠٠٢ م ص ٢٢١ وما بعدها.
٢- لسان العرب لابن منظور: باب الدال فصل القاف.

وفي الاصطلاح : فالقاعدة: كل قضية كلية منطبقة على كل جزئياتها. ولدى التهانوي: فهي كل أمر منطبق على جميع جزئياته، عند تعرف أحكامه منها^(١)

والمقصود (بأداب وقواعد سلوك القاضي)، هو كل ما يتعلق بسمت القاضي وخصائص صفاته التي تلزمه في خاصة نفسه، وقد أجملتها المادة (١٧٩٢) من مجلة الأحكام العدلية، ونصها: (ينبغي أن يكون القاضي حكيماً فهِيماً مستقيماً أميناً مكيناً متيناً).

والمقصود بالحكيم هو: إتقان العمل بمعرفة أفضل وسائله، وبأدائه بأفضل وجوهه.

والفهِيم: هو العقول العليم سريع الفهم، جيد الفطنة.

والاستقامة: هي الاعتدال. قال تعالى (إن الذين قالوا ربنا الله ثم استقاموا)، أي عملوا بطاعته ولزموا سنة نبيه - صلى الله عليه وسلم -^(٢). وفي قواعد سلوك القضاة، فإن الاستقامة، هي كون القاضي ذا مروءة يتوقى كل ما يشينه في دينه، بتجريد عقيدة الوحدانية من كل شائبة، وأن يجعل من قضاائه سبيلاً إلى التقرب إلى الله زلفى، ويستقيم بسلوكه إلى مقامات حسن السمات -، وأحرى به أن يمثل بعزم ما قاله أحمد شوقي:

وكن في الطريق عفيف الخطى

شريف السماع كريم النظر

وكن رجلاً إذا أتوا بعده

يقولون مرّ وهذا الأثر.

والمقصود - في المادة الآنفة - بأن يكون (أميناً): هو أن يتقي الله تعالى، ويقضي

١- كشف اصطلاحات الفنون - للتهانوي - ج ٢ ص ١٢٩٥ -.

٢- لسان العرب - لابن منظور - باب الميم فصل القاف -.

بالحق - بلا رغبٍ ولا رهبٍ، وبأن يكون (مكيناً): أن يكون عظيم المنزلة، عالي الهممة، أهلاً لأن ينظر إليه ويقتدى به، ذا هيبة ورهبة تكف الخصوم عن اللدد والتجاحد في مجلس قضائه، وأما أن يكون (متيناً) فهو أن يكون قوياً صليماً، وسيطاً في قوته من غير عنف، وليناً من غير ضعف.

قال ابن فرحون المالكي: «يجب على من تولى القضاء أن يعالج نفسه، ويجتهد في صلاح حاله، ويكون ذلك من أهم ما يجعله من باله، فيحمل نفسه على أدب الشرع، وحفظ المروءة، وعلو الهممة، ويتوقى ما يشينه في دينه ومروءته وعقله، ويحطه عن منصبه وهمته، فإنه أهل لأن ينظر إليه، ويقتدى به، وليس يسعه في ذلك ما يسع غيره، فالعيون إليه مصروفة، ونفوس الخاصة على الاقتداء بهديه موقوفة.... فليأخذ نفسه بالمجاهدة.... ولا يجعل حظه من الولاية المباهاة بالرياسة وإنفاذ الأمور، والتلذذ بالمطاعم والملابس والمسكن، فيكون ممن خوطب بقوله تعالى: (أذهبتم طياتكم في حياتكم الدنيا)، وليجتهد أن يكون جميل الهيئة، ظاهر الأبهة، وقور المشية والجلسة، حسن النطق والصمت، محترزاً في كلامه من الفضول، ومما لا حاجة به، كأنها يعدّ حروفه على نفسه عدداً، فإن كلامه محفوظ، وزلله في ذلك ملحوظ، وليقلل عند كلامه الإشارة بيده، والالتفات بوجهه، فإن ذلك من عمل المتكلفين، وصنع غير المتأدبين، وليكن ضحكه تبسماً، ونظره فراسةً وتوسماً، وإطراقه تفهماً، ويكون أبداً متردياً بردائه، حسن الزي، ولبس ما يليق به، فإن ذلك أهيب في حقه، وأجمل في شكله، وأدل على فضله وعقله، وفي مخالفة ذلك نزول وتبذل. ويلزم من السمات الحسن والسكينة والوقار ما يحفظ به مروءته، فتميل الهمم إليه، ويكبر في نفوس الخصوم الجراءة عليه، من غير تكبر يظهره، ولا إعجاب يستشعره، فكلاهما شين في الدين، وعيب في أخلاق المؤمنين»^(١).

وينبغي أن يكون القاضي (حليماً)، فالحلم: عنوان الروية، وهو مانع من العجلة ومن لم يعجل واتصف بالأنانة، استبان مقاطع النزاع، وأدرك صحيح الوقائع من مفاد

١- تبصرة الحكام، لابن فرحون المالكي: ج ١ ص ٢٦ -.

أدلتها المطروحة أمامه، وذلك شطر فهم القضاء.

ويجب أن يكون القاضي (نزاهةً)، لا يتبع المطامع، فنزاهة القاضي هو الحصن الذي تآزر إليه حريات الناس وحقوقهم الطبيعية، رجاء صونها من التغول أو الاستلاب، أو الانتقاص.

ويحمد للدستور الدائم لدولة قطر أنه في مادته (١٢٩) قد اعتبر نزاهة القاضي ضماناً للحقوق والحريات - بنصٍ صريحٍ -.

تلك القواعد السلوكية التي فصلناها آنفاً، أجملتها أحكام بعض مواد قرار المجلس الأعلى للقضاء - رقم (١٥) لسنة ٢٠١٧ م - الصادر بشأن قواعد السلوك القضائي، إذ نصت المادة (١٦) منه على أن: «على القاضي أن يحرص على هيبة المحكمة أثناء جلسات المحاكمة، وأن يكون وقوراً صبوراً، حسن الاستماع، محترماً ذاته وصفته، معززاً بسلوكه ومظهره ومنطقه ثقة عامة الناس بنزاهته ونزاهة النظام القضائي، وينبغي عليه أن يطالب موظفي المحكمة الخاضعين لإدارته، أن يتصرفوا بسلوك مماثل، تحت إشرافه ومراقبته».

كما جاءت المادة (١٧) من ذات القرار بما نصه: «على القاضي أن يؤكد بسلوكه في حياته الخاصة أمانته واستقامته، وأنه فوق الشبهات، بما يؤدي إلى ثقة الشخص العادي بنزاهته وعدالته، بشكلٍ ينعكس إيجاباً على احترام السلطة القضائية».

وجاءت المادة (٢٤) منه بما نصه: «على القاضي أن يحافظ على اللياقة والكيافة والوقار في جميع تصرفاته، داخل العمل وخارجة، متجنباً ما هو غير لائقٍ ولا يتناسب ومكانته وهيبته».

ثم جاءت المادة (٢٥) من ذات القرار بما نصه: «للقاضي ممارسة الحريات التي نص عليها الدستور، ضمن الحدود القانونية، متجنباً كل ما من شأنه المسّ بسمعته أو سمعة زملائه القضاة وكرامة مهنة القضاء واستقلالها».

ويجب أن يكون القاضي عفيفاً نقياً عن اجتراح المحارم، وعن كل ما لا يجمل

(ألا إن الهدايا هي الرشا، فلا تقبلن من أحدٍ هديةً) ^(١).

ويحكى أنه إذا دخلت الهدية من بابٍ خرجت الأمانة من الروزنة - أي من الكوة-.

وكتب إلى عبد الملك بن مروان، في قاضي ارتشى، فكتب إليه عبد الملك:

إذا رشوة حلت بيتٍ تولت

لتدخل فيه والأمانة فيه

سعت هرباً منها وولت كأنها

تولي حكيمٍ عن جواب سفيه

وكان قاضي العدل (عافية بن يزيد بن قيس) من قضاة العدل الذين جمعوا بين العدل والعلم والورع والزهد، فدخل يوماً على (المهدي) وقال له: يا أمير المؤمنين: أعفني من ولاية القضاء. فقال له المهدي: ولم أعفك؟ هل اعترض عليك أحد من الأمراء؟ فقال: لا ولكن كان بين اثنين خصومة، وعرضت عليّ للحكم بينهما، فعمد أحدهما إلي رطب السكر، وكأنه سمع أني أحبه، فأهدى إليّ منه طبقاً لا يصلح إلاً لأمير المؤمنين، فلم أقبله ورددته لصاحبه. فلما أصبحت للحكم، لم يستويا عندي في قلبي ولا في نظري، بل مال قلبي إلى الذي أهدى إليّ، مع أني لم أقبل منه ما أهده، فكيف لو قبلت منه؟ فأعفني عفا الله عنك، فأعفاه أمير المؤمنين عن ولاية القضاء. ^(٢)

إن منجاة القضاة هو التدثّر بصلو هذا الورع والحس القضائي المرهف - تنزّهاً عن كل ما يشين، ويدعو للظنون والريب، في عصرٍ تكاثرت فيه صنوف الرشا، حيث لم تعد الرشوة قاصرة على استمالة القلوب بالمال، بل اتسعت أبوابها وتكاثرت ألوانها، وضعفت في الأنفس روح مجاهدة رغائبها، فكان لزاماً استئصال شأفة هذه الآفة،

١- أخبار القضاة، لوكيع - ص ٤٦ - .

٢- كتاب (قضاة شرفوا وجه التاريخ - للأستاذ محمود محمد حبابه ص ٤٧ طبعة دار الإيهان - الإسكندرية-).

بنصوص صارمة، فإن الله يزعم بالسلطان، ما لا يزعم بالقرآن، ويحمد للمجلس الأعلى للقضاء تضمين قرارها - رقم (١٥) لسنة ٢٠١٧ م بشأن قواعد السلوك القضائي بنصوصاً صريحة صارمة - ورقابية - تسدّ أبواب الهدية - التي هي ذريعة الرشوة - إذ نصت المادة (١٠) منه على أنه: «يُمْتَنَعُ عَلَى الْقَاضِي أَوْ عَلَى أَحَدٍ مِنْ أَفْرَادِ أُسْرَتِهِ أَنْ يَقْبَلَ، أَوْ يُطَلَبَ هَدِيَّةً، أَوْ مَكَافَأَةً، مَا كَانَ لِيُحْصَلَ عَلَيْهَا لَوْلَا مَكَانَتُهُ الْقَضَائِيَّةُ».

وجاءت المادة (١٤) منه، معززةً الدور الرقابي للقاضي، إذ نصت على أن: «على القاضي اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة، بحق أي موظف يعمل تحت إشرافه، حال ارتكابه سلوكاً خاطئاً، وألاً يسمح لأي موظفٍ بخرق مظاهر العدالة بين الخصوم، في دعوى منظورة، أو قبول أي هدية أو مكافأة أو قرض من أحدهم»-.

هكذا تتسع دائرة خطر ما يُفْضِي إِلَى اسْتِمَالَةِ ذَوِي الْأَنْفُسِ الضعيفة، سواء كانوا من القضاة، أو ممن هم دونهم-، فيجب عليهم جميعاً التنزه عن طلب الحوائج من الناس، سواء كانت الحاجة بطلب قرضٍ أو قراضٍ، أو عارية أو سلف.

إننا - نحمد للمجلس الأعلى للقضاء قراره - غير أننا نذكر - فالذكرى تنفع المؤمنين - بأن معالجة الظواهر السالبة، لا تكمن فقط في النصوص الأمرة - ، بل ينبغي مراعاة البعد الوقائي، المتمثل في إغناء القاضي - ومن هو دونه - بأن يفسح له في البذل، فذاك هو منهج سلف خير أمة أخرجت للناس، ففي رسالة سيدنا علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - ، إلى الأشتر النخعي: «وأفسح له في البذل ما يزيل علتة، وتقل معه حاجته إلى الناس»^(١).

ويروى أن سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قد كتب إلى معاذ بن جبل وأبي عبيدة، حين بعثهما إلى الشام: «أن انظرا رجالاً من صالحى من قبلكم فاستعملوهم على القضاء، وأوسعوا عليهم وارزقوهم واكفوهم من مال الله»^(٢).

١- سبق تخريج الرسالة-

٢- المغني لابن قدامة ج ١٤ ص ٩ طبعة محر سنة ١٩٩٢م-

ويحكى أن شريحاً كان يتقاضى على عمل القضاء، خمسمائة درهم في كل شهر^(١)، وهو مبلغ ضخم عند النظر إليه على ضوء قيمته الشرائية وقتئذٍ - وخلاصة القول هو: أن يعطي القاضي (راتب الكفاية)، فذاك أدعى لصفاء الذهن عن شواغله، وأحرى بترقية الأداء في الأقضية، فضلاً عن صونه من طلب الحوائج من القرض أو القراض أو السلف -، ولا أقول الهدية التي هي ذريعة الرشوة، فأمرها عظيم يربأ القضاة بأنفسهم عنها -، فلا يتردى ويلغ في تلك البركة الآسنة، إلا من طبع الله على قلبه، وطمس بصيرته، فأصبح أسيراً لأهوائه ورغائبه المضلة.

المبحث الثالث

المزاوجة بين سرعة الفصل وبين حسن الاستقصاء

سرعة الفصل في الأقضية - من غير عجلة مضلة - تعتبر من التقاليد الراسخة لمعايير المحاكمة العادلة، فالعدل البطيء نوع من الظلم.

لقد أدرك فقهاء الشريعة الإسلامية وقضاة أهميتها المزوجة بين سرعة الفصل في الأقضية، وبين حسن الاستقصاء فيها، حيث كان الفصل ناجزاً مصحوباً بحسن الاستقصاء الذي يورث دقة الفهم، الذي يستجمع به القاضي في قلبه أقوال الخصوم مستبيناً حقائقها، مدركاً لأعباء الإثبات وتنقلها ودلالاتها وقيمة كل منها، بلوغاً إلى درك صحيح الوقائع المستفادة من أدلتها الشرعية، ثم تنزيلاً لأحكام الشرع الحنيف على تلك الوقائع الثابتة.

إن هذا المنهج المزوج هو ما اقتبسته المادة (٧) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (١٥) لسنة ٢٠١٧م بشأن قواعد السلوك القضائي، إذ نصت بأن: «على القاضي مراعاة معايير المحاكمات العادلة والعدالة الناجزة...»، ومفادها: المزوجة بين حسن الاستقصاء وفقاً لما تتطلبه معايير المحاكمة العادلة وبين سرعة الفصل الذي يتحقق

١ - أخبار القضاة، لوكيع ص ٣٧٩ / ٣٨٠ -.

به معنى العدل الناجز. ومن بعدها جاءت المادة (٨) من ذات القرار بما نصه: «على القاضي التزام أحكام القانون في مراحل الدعوى كافة، حتى إصدار الحكم، وعليه بذل الجهد الكافي في الفصل في الدعوى المعروضة أمامه، ضمن مدد معقولة دون أي تأخير، وصولاً إلى تحقيق العدالة الناجزة، وأن يتجنب تأجيل الجلسات لأسباب غير مبررة، أو تلبيةً لأحد الخصوم، حال غياب الخصم الآخر».

وفي تاريخ القضاء الإسلامي نجد أن منهج المزاوجة بين سرعة الفصل وبين حسن الاستقصاء كان سائداً لدى سلف قضائنا، ومن قبيل ذلك أفضية (إياس بن معاوية) حيث كان أنموذجاً في منهج المزاوجة التي تحقق العدل الناجز، ويروى أن بعضهم استنكر عليه سرعة الفصل، إذ قيل له: (إنك تسرع في القضاء بين الخصمين إذا أدليا إليك... فقال لهم: أما قولكم: تسرع في القضاء بين الخصمين، فخمسة أكثر أو ستة؟ قالوا: ستة. قال: أسرعتم في الجواب. قالوا: ومن يشك في خمسة وستة؟ قال فأنا لا أشك في ذلك الدقيق، كما لا تشكون أنتم في هذا الجليل، فهالي أدفعه عن حقه؟»^(١).

وفي رسالة سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - إلى سيدنا معاوية - رضي الله عنه - : «وتعاهد الغريب فإنه إن طال حبسه ترك حقه، وانطلق إلى أهله، وإنما أبطل حقه، من لم يرفع به رأساً»^(٢). والمقصود بتعاهد الغريب: استعجال النظر في دعواه، فإن طال حبسه: أي فإن تأخر النداء عليه لنظر دعواه، انطلق إلى أهله تاركاً حقه. وهذه من الصور التي تصدق في عصرنا الحاضر، حيث يزهد بعض الناس عن التقاضي، خشية تطاول أمد الفصل، فيؤثرون ضياع حقوقهم، صوناً للوقت والجهد والمال الذي ينفق في المقاضاة، كما يزهد بعض الشهود عن الشهادة أمام القضاء، لذات السبب.

وفي رسالة سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ، إلى أبي موسى الأشعري قوله: «واجعل للمدعي أمداً ينتهي إليه، فإن أحضر بينته أخذ بحقه، وإلا وجهت

١- أخبار القضاة، لوكيع - ص ٢٠١ -.

٢- المرجع السابق: ص ٥٧ -.

القضاء عليه، فإن ذلك أجلى للعمى، وأبلغ في العذر^(١). فالقضاة نصبوا للفصل في الأقضية، لا لإيقافها وتعليقها، فلا ينبغي التأجيل للبينة - أو للصالح لأكثر من مرتين، فذاك هو المأثور من قضاء السلف، وكان التأجيل لآماد قريبة - ففي آماد الآجال والتلوم يحكي ابن فرحون المالكي أنها لم تكن تزيد عن شهر واحد - خمسة عشر يوماً ثم ثمانية، ثم أربعة أيام، ثم يتلوم له بثلاثة أيام وقيل عشرة أيام، ثم عشرة، عشرة، فإن تبين عجزه عن البينة حكم عليه بالتعجيز، وقيل بغير ذلك، بما يراه القاضي بحسب حال الدعوى، وأطرافها، حيث يختلف الأجل باختلاف الرجاء فيه، غير أن ما عليه اتفاقهم هو تقصير الآجال، وعدم اللجوء إليها إلا عند الضرورة، مع مراعاة انتفاء ضرر الخصم من التأجيل^(٢). هذا فيما يكون فيه التأجيل اجتهادياً، أما فيما لا يدخلها اجتهاد القاضي من الآجال - نحو الآجال المحددة قانوناً للتفريق بين الزوجين بسبب العنة القابلة للشفاء أو بسبب الحبس، فيكون التأجيل فيها وفقاً للمدة المحددة قانوناً -، كما قد يطول الأجل إذا كان لانتظار البرء - أي لاستيفاء القصاص فيما دون النفس، بعد برء المجني عليه، ففي ذلك فالأجل يناط بما تقرره الخبرة الطيبة.

خلاصة القول: إن الأجل وأمد معقود على توفر سبب جدي، فإن طلبه الخصم لمجرد المماطلة أو اللدد في الخصومة، فلا يجوز للقاضي إجابة الطلب، ولا يجمل به الانسياق لأهواء الخصوم.

ونأسى أن تكاثرت أسباب تأخير الفصل في الأقضية - لدرجة تثير الاشفاق على مسار عدل القضاء ومصيره - خاصة في بعض دولنا العربية التي تطاول فيها آماد الفصل في الأقضية إلى عشرات السنين -، وفي دولة قطر - وبالرغم من إشراقات القضاء القطري - وتمييزه بالعدل الناجز - في الأغلب -، إلا أن ثمة أدواء تسهم أيضاً في تأخير الفصل في الأقضية، منها: (معضلة الإعلانات القضائية)، ومنها (تقارير

١- رواه الدارقطني في سننه في كتاب الأقضية والأحكام -.

٢- راجع تبصرة الحكم لابن فرحون: ج ١ ص ١٤٦ وما بعدها-.

الخبراء) التي يحتف بها القصور حيناً بما يتطلب معه إعادة النذب لاستكمال جوانب القصور، أو يتناول انتظاراتها حيناً آخر، كما أن الأفضية تتزايد كل عام، وليس ثمة تناسب بين عددها وبين عدد الكادر البشري، مما يؤثر سالباً في نوعية الأداء وفي كمية الفصل في الأفضية. ويلزم وضع الدواء الشافي لتلك الأدوية.

لقد عُنِيَ قانون المرافعات المدنية بمعالجة بعض أسباب تأخير الفصل في الأفضية -، منها ما تقضي به المادة (٨) منه من تدابير تغلق كثيراً من أبواب التأخير بسبب الإعلانات القضائية، ومنها ما تقضي به المواد (٢٧٧) (٢٧٨) (٢٧٩) منه ببيان كفيات من شأنها سدّ ذرائع التأخير بسبب الشهود، غير أننا نحسب ضرورة إجراء دراسات تشخيصية لتحديد مكامن ومسببات تأخير الفصل في الأفضية، مع الاستفادة من التجارب الإنسانية - أينما وجدت -، ونشير إلى أن بعض النظم القضائية قد قطعت أشواطاً في هذا المجال، نذكر منها تجربة دول الاتحاد الأوروبي في جبر ضرر أخطاء القضاء، بتعويض المضرور، ومن تلك الأخطاء تأخير الفصل في الأفضية، وقد وضعت المحكمة الأوربية معايير محددة لتجنب أي إضرار بالخصوم، بعضها تناط بالقضاة، بالحث ببذل الجهد والعناية في كل دعوى للحيلولة دون تأخير الفصل، وبعضها تناط بالدول لبذل جهودها باتخاذ التدابير الكفيلة دوماً التي تحقق التناسب بين حجم الأفضية وبين الكوادر البشرية العاملة، لئلا يكون عدم التناسب مفضياً إلى تأخير الفصل في الأفضية، وضماناً لإنفاذ بنود (الإتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان) التي تضمنت تلك الجهات، فقد أنشأت الدول الأوربية آليات للتنفيذ، منها اللجنة الأوربية ومنها المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، وخولت إلى تلك اللجنة سلطة إصدار القرارات الملزمة بشأن أي إخلال في إنفاذ بنود الإتفاقية، وقد قدمت طلبات عديدة إلى اللجنة بشأن عدم التزام بعض الدول ببعض بنود الإتفاقية، ففصلت فيها اللجنة بقرارات ملزمة، وكان من ضمن تلك القرارات ما عرف بقضية

(فاراجوت) بفرنسا، حيث كانت متعلقة بالتظلم من طول الإجراءات المدنية غير المعقول - خلافاً لأحكام المادة (٦) من الاتفاقية والتي تُرسي الحق في نظر الدعوى خلال مدةٍ معقولة - وكانت تلك القضية في موضوع (إنهاء خدمة موظف بطريقة غير مشروعة)، وقد استغرقت القضية أمام المحاكم، ست سنوات وثلاثة أشهر، فأصدرت اللجنة الأوربية قرارها بتعويض المتظلم عن ذلك التأخير، بمبلغ مائة وأربعين ألف فرنك فرنسي، ولم يكن أمام الحكومة الفرنسية سوى الإذعان والمبادرة بدفع مبلغ التعويض إلى المتظلم^(١).

لقد خصصت الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان المادة (١٣) منها لهذا النوع من العدالة الفاعلة، إذ جاءت المادة تحت عنوان (حق الانتصاف الفعال) إذ أرست (حق الانتصاف الفعال) لكل شخص يتم الاعتداء على حقوقه وحرياته المنصوص عليها في تلك الاتفاقية، ولو كان مرتكب ذلك الاعتداء، أي شخص - حتى ولو كان في أثناء تأديته لوظيفته الرسمية.

ونحسب أن هذا النوع من المبادئ وتفعيلها، تضرب بسهم في (المزاوجة بين سرعة الفصل في الأفضية وبين حسن الاستقصاء فيها)، حيث إن سيفها المشهر، لا يستثني الدولة بكافة أجهزتها وأفرادها - بما في ذلك القضاء والقضاة، من المساءلة، عند الاعتداء على تلك الحقوق، وذلك ما يؤذن بعناية الدولة - وأفرادها - بكل ما يحقق ترقية الأداء، بحسن إعداد الكوادر البشرية، وتطوير الوسائل، وطرائق الرقابة، وغير ذلك مما يرقى بأداء الدولة وأفرادها في مدارج الإشراق، بنحو ما كان عليه حال خير أمةٍ أخرجت للناس، أضاءت أنوار حضارتها الأكوان -.

١- راجع كتاب (حقوق الإنسان - دراسات حول الوثائق العالمية والإقليمية) إعداد الدكتور محمود شريف بسيوني وآخرين المجلد الثالث - صفة - ٣٥٤ - .

المبحث الرابع

الاهتداء بفقہ السلف وبالسوابق القضائية

والعرف والعادة وقواعد العدالة والوجدان السليم

من تقاليد القضاء الراسخة (منهج الاهتداء) بفقہ السلف من الفقهاء والقضاة، والاسترشاد بالسوابق القضائية، وبأعراف المجتمع وعادات طوائفه، وبقواعد العدالة والوجدان السليم.

ونبين ذلك - بقدر ما يقتضيه المقام - في المطالب التالية:

المطلب الأول: الاهتداء بفقہ السلف من الفقهاء والقضاة:

فقہ سلف الفقهاء والقضاة يعتبر من المرجعيات التي يصار إليها عند تفسير نصٍ شرعي، أو تأويله، فالمرجعية التاريخية للنص التشريعي هي إحدى أهم ما يدرك بها مقاصد المشرع من النص. كما يصار إلى فقہ سلف الفقهاء والقضاة، عند عدم وجود حكم للواقعة محل التداعي في كتاب الله وسنة رسوله - صلى الله عليه وسلم - . ولتحقيق معنى: - (الاهتداء بفقہ سلف الفقهاء والقضاة)، فيلزم معرفة - وإعمال - أقضية النبي - صلى الله عليه وسلم - ، وخلفائه الراشدين، والاسترشاد بتراث فقهاء وقضاة الإسلام، الذين سطوروا على جبين التاريخ أروع وأثرى صفحات الفقہ القضائي الاجتهادي. قال ابن فرحون المالكي: «الحكم من كتاب الله، فإن لم يجد، فسنة نبيه محمد صلى الله عليه وسلم... فإن لم يجد في السنة شيئاً، نظر في أقوال الصحابة، ففرضي بما اتفقوا عليه، فإن اختلفوا: قضى بما صحبتها الأعمال من ذلك، فإن يصح عنده أن العمل اتصل بقول بعضهم، تخير من أقوالهم ولم يخالفهم جميعاً، وكذلك الحكم في إجماع التابعين بعد الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - ، وفي كل إجماع ينعقد في عصر من الأعصار إلى يوم القيامة»^(١).

١- تبصرة الحكام، لابن فرحون - ج ١ ص ٥١ - .

والمقصود بترجيح ما صحبته الأعمال - هو عمل أهل المدينة، فالنص يدور حول المذهب المالكي وأصوله، إلا أننا لا نجد حرجاً في تعدية النص، إلى القول بترجيح ما كان يُقضى به من تلك الأقوال، وهو منهج معروف في بعض الفقه، حيث ينال القول الذي صحبته الأحكام القضائية، أرجحيةً على القول الفقهي التجريدي، مصداقه ما قاله محققو المذهب الحنفي من ترجيح القول الذي بجنبته أبو يوسف، في مسائل القضاء، لما يتمتع به من دريةٍ وتجربةٍ ومعرفةٍ بالوقائع وبأحوال الناس. قال ابن عابدين : «الفتوى على قول أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء لحصول زيادة العلم بالتجربة»^(١).

تلك هي موجبات المصير إلى الاهتداء بفقه السلف من الفقهاء والقضاة، حيث يتعين المصير إلى الاهتداء بذلك الفقه، عند خلو المصادر الرسمية الأصلية من نص يحكم المسألة، أو عند افتقار النص التشريعي إلى التفسير أو التأويل، ودوماً يراعى إعمال الأرجح من الأقوال، فالعمل بالمرجوح في مقابلة الراجح بمنزلة العدم، إلا إذا اقتضت الضرورة، فيجوز عندئذٍ العمل بالمرجوح، وذلك هو مفاد المادة (٣/١) من قانون الأسرة - القطري - رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ م ونصها: «فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، يعمل بالرأي الراجح من المذهب الحنبلي، ما لم تر المحكمة الأخذ بغيره، لأسباب تبينها في حكمها».

هذه الفقرة الأنفة قد حددت المرجعية الفقهية التي يصار إليها عند عدم وجود نص تشريعي، وقد جاءت بصيغةٍ أمرية، فلا عدول عن الراجح من المذهب الحنبلي إلا لضرورة، أو لموجبٍ من موجبات تحقيق العدل - تبينها المحكمة في حكمها - وذلك من قبيل تقييد القضاء، وهو جائز.

أما الفقرة الثانية من ذات المادة، فقد جاءت موسعة في تحديد المرجعية الفقهية التي يصار إليها، ونصها: «وإذا لم يوجد رأي راجح في المذهب الحنبلي لواقعة لم يرد بشأنها نص خاص في هذا القانون، طبق القاضي ما يراه ملائماً من آراء المذاهب

١- ردّ المختار على الدر المختار لابن عابدين ج ١ ص ٧١ وراجع مجموعة رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٨ -

الأربعة، وإذا تعذر ذلك، طبق القواعد الفقهية العامة في الشريعة الإسلامية». إن التوسع في الفقرة الثانية - الواردة بالاستثناء من الأصل المقرر بالفقرة الأولى - قد اقتضته ضرورة إتاحة الفرصة للقاضي، لبلوغ أفضل الخيارات لإقامة الموازين بالقسط.

وقد جاءت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني - القطري - رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤ م مقرر المرجعية التي يصار إليها عند عدم وجود النص التشريعي في القانون المذكور، إذ نصت على أنه: «إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإن لم يجد حكم بمقتضى العرف، وإلا فبمقتضى قواعد العدالة».

ولا نناري في أن المقصود من مصطلح (الشريعة الإسلامية) في هذه الفقرة، إنما هو: (الفقه الإسلامي)، إذ إن مصطلح الشريعة الإسلامية ينطبق على نصوص محددة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة - وهي نصوص واردة بصيغة آمرة. ففي قوله تعالى: «ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها...»^(١). قال ابن عطية في معرض تفسير هذه الآية الكريمة: «والشريعة في كلام العرب: الموضع الذي يرِدُ فيه الناس في الأنهار والمياه، فشريعة الدين من ذلك كأنها من حيث يرد الناس أمر الله ورحمته والقرب منه، وقال قتادة: الشرائع: الفرائض والحدود والأمر والنهي»^(٢).

هكذا تتبدى محدودية نطاق (الشريعة) في مسائل المعاملات المدنية، وليس من حكمة التشريع ولا من مقاصد المشرع تضيق مساحات سدّ النقص التشريعي، في قانون خاص ينظم علائق الأفراد ببعضهم، ومن مبادئه المستقرة، مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين)، ومبدأ (سلطان الإرادة)، ومن ثم فإن المقصود في هذه المادة هو (الفقه الإسلامي) بمذاهبه وقواعده الكلية والفرعية، فذلك هو ما يكفل سدّ النقص التشريعي في القانون المدني، الذي يتسم جلّه بالأحكام الاجتهادية. وقد ترك المشرع الباب مشرعاً أمام القاضي لاختيار ما يسدّ النقص من آراء الفقهاء بمختلف

١ - سورة الجاثية، من الآية ١٨ -

٢ - المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز لابن عطية ج ٧ ص ٥٩٦ / ٥٩٧.

مذاهبهم، دون التقييد. بمذهب معين، وينجم عن تقليل القيود على القاضي اتساع آفاق نظره، لاختيار ما يراه ملائماً، وذلك يضرب بسهمٍ في بلوغ عدل القضاء.-.

المطلب الثاني : الاسترشاد بالسوابق القضائية:

السوابق القضائية هي: المبادئ القضائية المستقرة، التي ترسخها الأحكام القضائية، بحيث تكتسب مرجعية في العمل القضائي بالنسبة لمتماثلات الوقائع في الأفضية التي تنظرها المحاكم.

وتترواح النظم التشريعية والقضائية في مدى اعتدادها بالسوابق القضائية، إذ إن منها ما ترقى بحجية السوابق القضائية إلى مرتبة التشريع الملزم - بل واعتبارها المصدر الرئيسي للتشريع. أنموذجه ما نجده في النظام القانوني الذي يعرف بمصطلح (القانون العام) (Common Law) وهو النظام القانوني السائد في إنجلترا وفي العديد من منظومة الدول الدائرة في فلك المدرسة الأنجلوسكسونية - منها إيرلنده الشمالية وأستراليا ونيوزيلندا وجنوب أفريقيا. ففي إنجلترا فإن السابقة القضائية تعد ملزمة، بذات قدر إلزامية القاعدة القانونية لدى المدرسة اللاتينية. وتدرج الإلزامية بحسب تدرج المحاكم، فأحكام المحاكم الأعلى تلزم المحاكم الأدنى، وأحكام (مجلس اللوردات) - قمة الهرم القضائي - ملزمة لجميع المحاكم بمختلف درجاتها، بما فيها مجلس اللوردات ذاته، غير أن مجلس اللوردات يتمتع باختصاص العدول عن السوابق المستقرة، إلى سوابق جديدة شريطة وجود موجب حقيقي للعدول، يتناوله مجلس اللوردات بالبيان والمناقشة في حكمه الجديد.

وهنالك النظام التشريعي والقضائي الذي يعتبر السوابق القضائية مصدراً احتياطياً مكملاً للتشريع الرئيسي، صنوه ما نجده في (السودان)، إذ تنص المادة (٢/٦) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣ م على أنه: «في المسائل التي لا يحكمها أي نص تشريعي، تطبق المحاكم الشريعة الإسلامية والمبادئ التي استقرت قضاءً في السودان، والعرف والعدالة والوجدان السليم».

كما أن البند (خامساً) من المادة (٣) من قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣م، قد جعلت الاسترشاد بما جرت عليه سوابق العمل القضائي في السودان، من القواعد المكملة للتشريع، عند عدم وجود نص تشريعي يحكم الواقعة - فيما عدا المسائل الجنائية - شريطة عدم مخالفة السابقة القضائية لأحكام الشريعة الإسلامية، ولما ذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من فتاوى فرعية ولما قرروه من قواعد فقهية.

أما النظام القضائي في دولة قطر - الذي يمازج بين المدرسة الإسلامية وبين المدرسة اللاتينية - فلا تتجاوز فيه مرتبة السابقة القضائية عن كونها (استرشادية) - وذلك هو منهج المدرسة اللاتينية-، وتعتبر أحكام محكمة التمييز استرشادية وغير ملزمة للمحكمة التي أُحيلت إليها القضية، بعد تمييز الحكم المطعون فيه، ويكون ذلك الإلزام متعلقاً بالمسائل التي فصلت فيها محكمة التمييز، وذلك وفقاً لما تقضي به المادة (٢٢) من القانون رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٥م، بشأن إجراءات الطعن بالتمييز في غير المواد الجنائية، ونصها: «.... تلتزم المحكمة التي أُحيلت إليها القضية، بحكم محكمة التمييز في المسائل التي فصل فيها».

نخلص مما سبق إلى أن الاسترشاد بالسوابق القضائية، يعتبر من تقاليد القضاء الراسخة، التي من شأنها صون أحكام القضاء الوطني من التنافر والتعارض فيما بينها، فضلاً عما توفره للسادة القضاة - بمختلف درجاتهم - من الوقت والجهد، لسهولة تحصيل أحكام الوقائع المتماثلة، بالرجوع للمبادئ المستقرة المنشورة في الدوريات القضائية، كما أن الاسترشاد بالسوابق القضائية يعين على تنمية قدرات ومهارات القضاة من خلال تأسيهم بسلفهم من ذوي الخبرات المترامية، فتكون حصيلة ذلك كله هي إثراء الأحكام القضائية، وترقية الأداء القضائي.

ولا نرى حينراً في الاقتباس من التراث القضائي الإقليمي - أو غيره - غير أنه يجب أن يكون الاقتباس متوازناً ومتبصراً، يراعى فيه اختلاف الأعراف والأزمنة

والأمكنة، وظروف الأفضية وأحوال المتقاضين، فذلك الاقتباس المتوازن المتبصر، يصون القضاء الوطني عن فقدان الهوية.

المطلب الثالث: إعمال العرف وقواعد العدالة والوجدان السليم:

نقسم تقاليد القضاء في هذا المطلب إلى بندين على النحو التالي:

أولاً: إعمال العرف:

أحكام العرف مبنوثة في مصنفات الفروع والقواعد الفقهية، وقد عني ابن عابدين الحنفي بإفراد رسالة أسماها (نشر العرف في بناء الأحكام على العرف)، وفيها أن العرف هو:

«ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول.... والعادة هي الأمر المتكرر... مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها، مرة بعد أخرى، صارت معروفة ومستقرة في النفوس والعقول، متلقاة بالقبول، من غير علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفية. وتطلق العادة والعرف بمعنى واحد لدى فقهاء الشريعة الإسلامية... ويستدل بعض العلماء على اعتبار العرف بقوله سبحانه وتعالى: «خذ العفو وأمر بالعرف»^(١).

وأصل إعمال العرف - أو العادة - هو قوله - صلى الله عليه وسلم - : «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»^(٢).

ومعنى: (ما رآه): ما جرت به عاداتهم وأعرافهم. قال ابن عابدين في رسالته (نشر العرف):

والعرف في الشرع له اعتبار

لذا عليه الحكم قد يُدار

١- سورة الأعراف، من الآية: ١٩٩ - وراجع رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١١٢ / ١١٣.

٢- نصب الرأية، للزيلعي: ج ٤ ص ١٣٣ -.

وفي اصطلاح القانون فإن العرف هو: اعتياد الناس على سلوك معين، في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية، بحيث تنشأ منها قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة^(١).
 لقد عُني فقهاء الشريعة الإسلامية، أيما عناية بإعمال العرف، لكونه يسد النقص في حالة غياب النص التشريعي من جهة، ويعين على درك حقائق الوقائع، بل وعلى تنزيل الأحكام عليها من جهةٍ أخرى.

تبتدى تلك العناية مما أوردتها مجلة الأحكام العدلية من القواعد الفقهية بموادها التالية: (المادة ٣٦: العادة محكمة)، (المادة ٣٧: استعمال الناس حجة يجب العمل بها)، (المادة ٣٨: الممتنع عادةً كالممتنع حقيقةً)، (المادة ٤٠: الحقيقة تترك بدلالة العادة)، (المادة ٤١: إنها تعتبر العادة إذا اضطردت أو غلبت)، (المادة ٤٣: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)، (المادة / ٤٥: التعيين بالعرف كالتعيين بالنص).

تلك القواعد الفقهية المستقرة، تنبئ عن الدور الفاعل الذي يلعبه العرف في فصل الخصومات، كما تنبئ عن مدى تجذر العرف في تقاليد القضاء، ليس ذلك فحسب بل إن من المتفق عليه فقهاً وقانوناً: جواز إصدار الأحكام القضائية بدلالة العرف العام، من غير حاجةٍ إلى إثبات، لكونه مما يدخل في علم الكافة، ومما تأخذ المحكمة به علماً قضائياً، استثناء من مبدأ (عدم جواز الحكم بعلم القاضي)، ذلك أن علم القاضي بالعرف العام، مفترض كشأن سائر نصوص الأحكام الشرعية^(٢).

ويشترط في العرف عدم تعارضه مع نصوص الشرع الحنيف. قال ابن عابدين الحنفي: «وليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما على ظاهر المذهب ويتركا العرف... ولا اعتبار للعرف المخالف للنص...» واسترسل يسوق نماذج عديدة لاختلاف الأعراف وحالات اختلافها بسبب اختلاف الأزمنة والأمكنة، ووجوب معرفتها حال بقائها أو حال تبدلها، ثم قال: «ونحو ذلك من المسائل التي تختلف حكمها لاختلاف عادات أهل الزمان وأحوالهم التي لا بد للمجتهد من معرفتها وهي كثيرة

١- راجع مبادئ القانون للدكتور عبد المنعم فرج الصدة ص ٨٨ - .

٢- راجع مجموعة رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١١٣ - ١٢٧ - .

جداً لا يمكن استقصاؤها» وقال: (فهذا كله وأمثاله دلائل واضحة على أن المفتي ليس له الجمود على المنقول في كتب ظاهر الرواية^(١)، من غير مراعاة الزمان وأهله، وإلا يضيع حقوقاً كثيرة، ويكون ضرره أعظم من نفعه»^(٢)).

ولدى ابن قيم الجوزية عبارة شبيهة للمأثور عن ابن عابدين، إذ قال: «يجب الأخذ بالعرف اعتباراً وإسقاطاً، وعلى هذا أبداً تجيء الفتاوى في طول الأيام، فمهما تجدد العرف فاعتبره، ومهما سقط فألغعه، ولا تجمد على المنقولات طول عمرك...»^(٣).

إن من الأهمية بمكان أن يراعي القاضي تجدد أحوال الناس وأعرافهم، فقد تتغير الأحكام بتغير الأزمنة والأمكنة، ومن قبيلها ما كان من أمر الطلاق الثلاث بلفظ واحد، ففي عصر النبي - صلى الله عليه وسلم -، وخلافة سيدنا أبي بكر الصديق رضي الله عنه وستين من خلافة سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - كان يحكم به في ذلك الطلاق، باعتباره طلقة واحدة، وبعدئذ عدل سيدنا عمر - رضي الله عنه - عن ذلك الحكم، وجعله ثلاث طلقات. وإنما عدل سيدنا عمر - رضي الله عنه - عما كان مستقراً من قبل، لتبدل أحوال الناس، حيث كانوا قد استهانوا بأمر الطلاق، وكثر منهم إيقاعه جملةً واحدة، فرأى أن من المصلحة معاقبتهم بامضائه عليهم. وكما كان الحكم في عهد النبي - صلى الله عليه وسلم - وعهد سيدنا أبي بكر وصدراً من خلافة سيدنا عمر، هو الأليق بذلك الزمان، فقد أصبح إيقاعه ثلاثاً هو الأليق بزمانه.

وقد عنيت التشريعات المعاصرة بالعرف باعتباره مصدراً أصلياً مكماً للمصدر الأصلي - أي للتشريع -، وهو يلي التشريع في المرتبة. ويتعين على القاضي إعماله لسدّ النقص التشريعي - عند عدم وجود نصٍّ يحكم الواقعة محلّ التداعي، ومن قبيل ذلك

١- ظاهر الرواية: يطلق على ما روي عن الإمام أبي حنيفة وصاحبيه وزفر والحسن، وهي كتب محمد بن الحسن: (الجامع الصغير) (الجامع الكبير)، (السير الكبير) (السير الصغير) (الزيادات) (المبسوط) - ليس بمبسوط السرخسي - بل المبسوط لمحمد بن الحسن الشيباني -.

٢- رسائل ابن عابدين: ج ٢ ص ١٢٩ -.

٣- إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية - ج ٣ ص ٩٩ -.

ما تقضي به المادة (٢/١) من القانون المدني - القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤م، ونصها: «إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد حكم بمقتضى العرف، وإلا فبمقتضى قواعد العدالة» وقد جاءت الفقرتان (سادساً وسابعاً) من المادة (٣) من قانون أصول الأحكام القضائية السوداني لسنة ١٩٨٣م، بما يفيد سدّ النقص عند غياب النص، بمراعاة العرف والنكر في المعاملات المدنية - فيما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو مبادئ العدالة الفطرية، وأن يتوخى القاضي معاني العدالة التي تقرها الشرائع الإنسانية الكريمة، وحكم القسط الذي ينقذ في الوجدان السليم.

وتتراوح التشريعات العربية في ترتيبها لما يصار إليه عند انتفاء النص التشريعي، وتكاد كلها تجمع على إعمال أحكام الشريعة الإسلامية والعرف، إلا أن بعضها يقدم (العرف) في الترتيب، على (مبادئ الشريعة الإسلامية)، ثم يورد (القانون الطبيعي وقواعد العدالة)، كما هو الحال في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني المصري. وهكذا تتبدى أهمية العرف باعتباره مصدراً تشريعياً أصلياً تكميلياً، إلزامياً، يقتضي إعماله لسدّ النقص التشريعي - عند غياب النص. ويكمن مناط إلزاميته في الضرورة التي يلزم على القاضي العناية بموجباتها، حيث يجب عليه إصدار أحكامه في الأفضية، إذ إن انتفاء وجود النص التشريعي، لا يعذر القاضي ولا يسوغ توقفه عن إصدار الأحكام، وهذا بالطبع يقتضي أن يكون القاضي عارفاً عليماً بأعراف الناس وبأحوالهم.

ثانياً : إعمال قواعد العدالة والوجدان السليم:

المقصود بقواعد العدالة : هو قواعد القانون الطبيعي غير المدونة، التي يراد من خلالها تحصيل أمثل وجوه العدل. ولا مرء في أن ثمة ضباية وهلامية تكتنفان معنى هذا المصطلح.

وقد صاحب محاولة استبانة معالم مصطلح (قواعد العدالة)، اضطراب كثير في

في السودان والتي تجعل المرجعية للقانون العام - الإنجليزي - في تفسير مصطلح (قواعد العدالة).

ومما يؤكد ضبابية وهلامية هذا المصطلح ما جاء في (رسالة الإثبات)، يقول المستشار أحمد نشأت: «أما القانون الطبيعي فليس من السهل تصوره وتحديد مفهومه ومعناه، وقد قرنه الشارع بقواعد العدالة، كأنه جعل الأمرين مترادفين، القصد منهما واحد، وهو تحقيق العدالة، وإنه وإن كانت قواعد العدالة، غير معينة أيضاً إلا أنه يمكن استنباطها هي والقانون الطبيعي من علم القانون المقارن»^(١)،

هذه الإطالة أوردناها للتأكيد على الضبابية والهلامية التي تكتنف مصطلح (قواعد العدالة) وبقية مترادفاتهما من مثل (القانون الطبيعي) (الوجدان السليم) (العدالة الفطرية). ولا نجد ثمة بدءاً من مقارنة تجلي بعض ما يكتنف هذا المصطلح من غموض، ونحسب أن أصدق مقارنة، هي ما اشتملت عليها رسالة سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ، إلى أبي موسى الأشعري، إذ جاء فيها: «الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك، مما ليس في كتاب الله تعالى ولا في سنة النبي - صلى الله عليه وسلم - ، واعرف الأمثال والأشباه، ثم قس الأمور عند ذلك، فاعمد إلى أحبها إلى الله فيما ترى وأشبهها بالحق»^(٢).

ووجه الدلالة - المقاربة - في هذا الأثر، أنه تحدث عن (حالة غياب النص التشريعي) - مما ليس في كتاب الله تعالى ولا في سنة النبي - صلى الله عليه وسلم - فيصار عندئذ إلى (الفهم) - فهم الواقعة محل التداعي، وفهم أمثالها وأشباهاها، وما صدر في الأمثال والأشباه من حكم، ثم المقايسة عليها، وذلك يتطلب تخريج المناط، باستنباط علة الحكم الثابت في تلك الأمثال - بنص أو إجماع - ، وكلما كان مناط الحكم غير ظاهر، فإن ذلك يتطلب بذل أقصى درجات النظر في استنباطه - وتخريجه - ، فإن كان مناط ذلك الحكم ظاهراً، فيصار عندئذ - أو بعد استنباطه وإظهاره - يصار إلى

١ - رسالة الإثبات ، للمستشار أحمد نشأت - ج١ ص ٤٣ - .

٢ - رواه البيهقي في سننه في كتاب الشهادات - .

تحقيق المناط وتنقيحه، تحقيقه بالتحقق من وجود ذات علة الحكم المحمول عليه، أي الحكم الثابت بنصٍ أو إجماع أو استنباط، في المحمول له - أي في الواقعة محل التداعي -، ثم عمل ما يلزم من التنقيح بإبعاد ما لا دخل له من أوصاف، بحيث تكون المقايسة والملاءمة في أمثل وجوه العدل وأحبها إلى الله تعالى. وتلك هي المقاربة التي - نحسبها - تباعدنا عن الغموض الذي اكتنف بيان هذا المصطلح.

ونحسب أن قضاء دولة قطر كان أكثر رشداً في تطبيقاته لمصطلح (قواعد العدالة)، حيث إنه في غياب أي نص تشريعي يحكم كيفية توزيع الرواتب المخصصة من الديوان الأميري للمتوفين، فقد صدر التعميم رقم (٢) لسنة ١٤١٩ هجرية بتاريخ ٧/٢/١٤١٩ هـ الموافق ٢/٦/١٩٩٨ م، بتقرير اختصاص محكمة الشركات بتوزيع تلك الرواتب، رغم أنها لا تدخل في معنى التركة شرعاً، كما تضمن ذلك التعميم الأسس التي يجب مراعاتها عند التوزيع، وذلك بالنظر إلى اتفاق ورثة المتوفى - أو عدمه - وبمراعاة ظروفهم المعيشية والاجتماعية التي تثبت للمحكمة بالبحث والاستقصاء.

وقد جرى العمل على ضوء ذلك التعميم حتى هذا التاريخ، ويتم توزيع ذلك الراتب على ضوء المعايير المحددة بالتعميم، حيث تراعي المحاكم كافة الظروف المحتفة بالورثة، فتعطي الأولوية لمن ليس لديه عمل يكفيه مؤونة الحاجة، أو من كان لديه عمل، ولكن دون الكفاف، ومن لديه راتب من الديوان الأميري، ومن ليس لديه، والحالة المعيشية والظروف المادية والاجتماعية ونحوها، وعلى ضوء كل تلك المعايير يتم التوزيع، دون التقييد بالحصص الميراثية المقررة شرعاً في توزيع التركات، وقد سبق أن صدرت أحكام قضائية بتوزيع تلك الرواتب لورثة المتوفين، ومنها ما أعطي فيها للأم نصف الراتب، ولأبناء المتوفى النصف الباقي مرابطةً بينهم، وذلك على ضوء حاجة الأم وعمرها وكونها ليس لها راتب - لا من الديوان الأميري ولا من غيره -، كما روعيت حالتها الاجتماعية ومركزها الأسري وغير ذلك مما احتف بها من ظروف -، ويعد ذلك من أمثل تطبيقات قواعد العدالة، في أبهى صور (الوجدان

السليم)، الذي تبلورت به الأحاسيس الوجدانية، بتفاعل حقيقي، طرق في القضاة سمعهم وبصرهم وفؤادهم، فانقدح في وجدانهم ما يتلاءم مع حكم العقل ويفضي إلى إحسان عدل القضاء.

المبحث الخامس

المشاورة والمداولة

المشاورة والمداولة شقيقتان في اصطلاح الفقه القضائي، غير أن المشاورة أوسع معنى، إذ يدخل فيها مشاورة القضاة وغيرهم من أهل العلم، وقد ندب الله سبحانه وتعالى (المشاورة) للحكام، إذ قال تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ إِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ﴾^(١). والآية الكريمة تخاطب النبي - صلى الله عليه وسلم - ، غير أن المشاورة مسنونة في حق الحكام والقضاة عامة، وتحقق المشاورة بأخذ الرأي. وشاوره واستشاره، يعني طلب منه الرأي في الأمر.

ومن أدلة ندب المشاورة واستحبابه، قوله تعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾^(٢).

ويتمثل وجه الدلالة في الآية الكريمة، في ورودها بصيغة أمرٍ لكل من لا يعلم حكماً، أن يسأل من يعلم.

وفي تطبيقات قضاة الشرع الإسلامي الحنيف إشراقات أنارت جبين القضاء، إذ روي أن سيدنا عمر بن عبد العزيز - رضي الله عنه - كتب إلى عدي بن أرطاة كتاباً، جاء فيه: «أما بعد: فإن رأس القضاء اتباع ما في كتاب الله، ثم القضاء بسنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، ثم بحكم الأئمة الهداة، ثم استشارة ذوي الرأي والعلم.... فما أتاك من أمرٍ تحكّم فيه بين الناس، لا علم لك به، فاسأل عنه من يعلم،

١- سورة آل عمران: من الآية - ١٥٩ - .

٢- سورة النحل من الآية ٤٣، وسورة الأنبياء من الآية ٧.

فإن السائل عما لا يعلم، من يعلم: أحد العالمين»^(١).

ومشاورة أهل العلم هي إحدى الخصال اللازمة فيمن تناط به ولاية القضاء. قال ابن فرحون: «قال ابن رشد: ولا يقال: إنه يستشار أهل العلم ويحكم بما يجمعون عليه، لأننا نقول هو: مأمور بأن يستشير، وإن كان فقيهاً، فإن اختلفوا عليه، اجتهد في اختلافهم، وتُوخِّي أحسن أقاويلهم، فإذا كان جاهلاً، التبس الأمر عليه، ولم يعلم بماذا يأخذ، وربما وُلي الجاهل بلداً لا فقهاء فيه، فيحكم بهواه، كما هو في الغالب على بلادنا وزماننا، فقد ذهب العلم وكثر الجهل وقدمت الجهال، واطّرت العلماء، فإننا لله وإنا إليه راجعون»^(٢).

ورغم نعي ابن رشد للعلم في زمانه - بمعايره - إلا أننا لا نغالي إن قلنا بأن أروع الإبداعات التي عرفتها الإنسانية في الفقه القضائي، هي تلك التي صنفها قضاة دولة الإسلام في الأندلس، فذاك القاضي عياض صاحب قضاء غرناطة الذي أبدع التصانيف النادرة التي قيل عنها (لو أنها كتبت بالذهب - لا بباء الذهب - لكان ذلك قليلاً في حقها)^(٣)، وجاء من بعده (ابن رشد) القاضي الفقيه الفيلسوف الطيب، صاحب (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)، ومن بعده (ابن سهل) صاحب أول مصنف جامع لأحكام القضاء، الموسوم بعنوان (ديوان الأحكام الكبرى - أو - الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكام) - وأحكامه قائمة على عمد المشاورة مع الفقهاء العظماء - من أمثال (ابن عتاب) و (ابن القطان) و (ابن مالك)، ومن نماذجها أنه شاورهم في (دعوى رجل طلق زوجته حال غشية اعترته، فتنفوه بطلاقها ثلاثاً - وهو في غمرة من ذهاب عقله بسبب العلة التي تطيف به - فاتفق الفقهاء على

١- أخبار القضاة، لو كيع - ص ٥٨ -.

٢- تبصرة الحكام، لابن فرحون - ج١ ص ٢٢ - ؟ ابن رشد والقاضي عياض معاصران بعضهما - وبين وفاتها تسع وأربعون سنة وجاء بعدهما في بلاد الأندلس كلٌّ من ابن سهل وابن فرحون - فإذا كان ابن رشد يعنى ذلك الزمن فماذا يمكن أن يقال لزماننا؟

٣- قيل ذلك في كتابه: (مشارك الأنوار) ومن مصنفاته (الشفاء بأحوال المصطفى) تتلمذ على (ابن رشد) وابن عتاب وفقهاء آخرين.

أنه يصدق بيمينه أنه لم يكن في إدراكه ووعيه، عندما تفوه بطلاقه، ولا نوى طلاقاً ولا قصده ولا أراحه وأنه كان وقتئذٍ في غمرة من ذهاب عقله من العلة التي تطيف به^(١). وفي قضية أخرى موضوعها: (جريمة قتل)، كان القاتل مجهولاً، فعرضت القضية أمام قاضي قرطبة - الوزير محمد بن زياد - الذي شاور الفقهاء عن النازلة وعن وجه الحكم فيها، في ظل ثبوت اللوث، فاختلقت اجتهادات الفقهاء، على نحو ما عليه الخلاف في (أبيان القسامة)،^(٢).

ويهمنا هنا عناية القاضي بالمشاورة عنايةً بالغة، فالمشاورة كانت عماد عدل القضاء، وقيل: (من شاور كثر صوابه)، فقد شاور الخلفاء الراشدون - أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حيث شاور سيدنا أبوبكر الصديق - رضي الله عنه - ، في ميراث الجدة، إذ يروى أنه: «جاءت الجدة إلى أبي بكر - رضي الله عنه - ، تطلب ميراثها، فقال: (ما لك في كتاب الله - عز وجل - شيء، وما أعلم لك في سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - شيئاً، لكن ارجعي حتى أسأل الناس)، فقال المغيرة ابن شعبة: حضرت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أعطها السدس. فقال: هل معك غيرك - (يعني شاهد على صحة الحديث؟). فشهد له محمد بن مسلمة، فأمضاه لها أبوبكر - رضي الله عنه -»^(٣). وقد شاور سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - في حد الخمر، فقال سيدنا علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - في المشورة: (إذا سكر هذى، وإذا هذى افتري، فحدوه حدّ المفترى)^(٤). فكان حدّ الخمر قدره ثمانون قياساً على حدّ الفرية، التي يجترحها السكران في الأغلب، وأقيم حكم الأغلب مقام الحدّ المقدر.

ومن قبيل لطائف المشاورة ما يحكى أن كعب ابن سور كان جالساً لدى سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فجاءته امرأة فقالت يا أمير المؤمنين ما رأيت رجلاً قط أفضل من زوجي، والله إنه يبيت ليلة قائماً (يصلي) ويظل نهاره صائماً في اليوم

١- ديوان الأحكام الكبرى، لابن سهل - ص ٢٥٨ - وما بعدها.

٢- المرجع السابق: ص ٧٠٤ - ٧٠٥.

٣- رواه أبو داود في سننه في كتاب الفرائض باب في الجدة.

٤- رواه الإمام مالك في الموطأ في كتاب الأشربة باب الحد في الخمر، ورواه الدارقطني في سننه في كتاب الحدود.

فقال كعب (القاضي):

إن أحق القاضيين من عقل *** ثم قضى بالحق جهداً وفصل
 إن لها حقاً عليك يا بعل *** نصيبها من أربع لمن عدل
 فأعطها ذاك ودع عنك العلل^(١)

تلك صورة عن عناية سلفنا الصالح من القضاة بمبدأ المشاورة . ولم تكن بهم
 ثمة خيفة من المشاورة في مجلس القضاء ، غير أننا نؤثر أن تكون مشاورة القاضي
 لأهل العلم في غير مجلس القضاء ، ودرءاً من ازدراء الناس للقاضي ، ونأياً بالقاضي
 عن وصمه بالجهل .

ولا يغني عن المشاورة ، أن تبوأ مبدأ المداولة مكان المشاورة ، بل يمكن إعمالها
 سويًا فذاك أعون في إصابة الحق .

ولا يختلف مبدأ المداولة عن مبدأ المشاورة إلا قليلاً - ، نتج عن تطور النظم
 التشريعية والقضائية حيث تم تقنين مبدأ المداولة وتطويره : وتكاد تتفق التشريعات
 المعاصرة ، في عقد المداولة بين أعضاء الهيئة القضائية التي نظرت الدعوى ، واستمعت
 إلى المرافعات فيها ، بعد استكمالها لتحقيقاتها في الدعوى .

وقد تكون المداولة أثناء انعقاد الجلسة سراً ، في الدعاوى ذات الطبيعة البسيطة ،
 غير أن الأغلب جعلها في غرفة المداولة . وفي كل الأحوال فيجب أن تكون محصورة
 بين أعضاء هيئة المحكمة - دون غيرهم - وفقاً لما تقضي به المادة (١١٨) من قانون
 المرافعات - القطري - رقم (١٣) لسنة ١٩٩٠م - ونصها : «لا يجوز أن يشترك في
 المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة ، وإلا كان الحكم باطلاً» .

ولا يخفى أن الحكمة من سرية المداولة ، إنما تكمن فيما تتيحه السرية للقضاة من
 حرية تامة في إبداء آرائهم ، دونها حذر أو خشية من رقيب .

١- أخبار القضاة - لوكيع - محمد بن خلف - ص ١٧٧ - .

كما لا يخفى أن الحكمة من حصر المداولة على أعضاء الهيئة التي نظرت الدعوى واستمعت للمرافعة فيها تكمن في قدرتهم - دون غيرهم - على فهم وقائع القضية وإحسان تنزيل أحكام القانون على صحيح الوقائع الثابتة المستخلصة من أدلتها ، ولذلك جاء في المادة (١١٧) من قانون المرافعات القطرية بصيغتها الآمرة : « تكون المداولة في الأحكام سراً بين القضاة مجتمعين » ، فإن لم تتم المداولة بينهم مجتمعين ، فإن ذلك يفرغ التشكيل من الغاية التي قصد المشرع تحقيقها ، من إيجاب نظر أفضية بعينها بنظام الهيئة .

وكثيراً ما يتردد على ألسنة القضاة قاعدة : (الهيئة التي استمعت للمرافعة وتداولت في الدعوى هي التي تصدر الحكم) ، ولا ينبغي إفراغ هذه القاعدة من مفادها الحقيقي : فالمقصود بذلك هو أن الهيئة التي مارست الإجراءات الجوهرية ، والتي من شأنها تشكيل الاقتناع القضائي ، هي التي تصدر الحكم ، ويدخل في معنى الإجراءات الجوهرية ، استجواب الخصوم أو الشهود ، فصنو تلك الإجراءات تعد جوهرية وتبلور وجه الرأي في الدعوى ، بما ترسخه من يقين في وجدان القاضي - أو القضاة - الذين مارسوها ، وذلك من خلال عملية ذهنية وجدانية تضرب بسهم في ترسيخ الاقتناع في ضمير القاضي ، وتلك عملية ذاتية لا تدخل فيها الإنابة أو البديلة ، حيث لا يمكن نقل حصيلتها بأية وسيلة للقاضي الخلف ، أو القاضي البديل - ، ومن أجل ذلك فقد استقر لدى المصنفين في الفقه القضائي أن : (القاضي الذي استمع إلى البيّنات هو الذي يصدر الحكم) ، فإن صارت الدعوى إلى قاضي آخر - بعد سماع البيّنات - بسبب عزل أو وفاة أو تقاعد ونحو ذلك - فعلى القاضي الأخير ابتداء النظر في الخصومة ، بسماع البيّنات أو بإجراء الاستجواب من جديد - حسب ما يقتضيه الحال - . يقول علاء الدين الطرابلسي : « فإذا رفع إلى القاضي ، لا يقضي بتلك البيّنة ، حتى يعيدوا الشهادة بحضور المدعي والمدعى عليه ، هكذا نص الخُصاف ، فإن صحت الشهادة عنده ، قضى بتلك الشهادة... وإن كان الشهود شهدوا عند خليفته بالحق للمدعي ثم ماتوا أو غابوا ، فأعلمه خليفته أنهم شهدوا

حجتها وبيئتها ثم يحكم...»^(١).

ولعل تخصيص الشهادة بهذا الحكم - دون الإقرار - يعود إلى أن الشهادة بينة شفوية ذات أبعاد وإجراءات عديدة ، وتستقر في وجدان القاضي قيمتها التدللية ، من خلال ما يتراكم في ضميره من تلك الإجراءات ومفادها ، فالقاضي الذي يدلي الشاهد بشهادته أمامه ، يقوم بمراقبة الشاهد أثناء أدائه للشهادة وخلال استجوابه ومناقشته ، فيتبدى للقاضي مدى طمأنينة الشاهد - أو اضطرابه - ومدى تناسق عباراته - أو تناقضها - ومدى توفر أمارات الصدق فيه - أو خلافها - ، فيستقر في وجدان القاضي ، اليقين القضائي بشأن وزن تلك الشهادة ، وذلك أمر ذاتي لا يمكن تصوره في القاضي الخلف ، ومن ثم فيجب إصدار الحكم بوساطة القاضي الذي استمع للشهادة - ، ولا تدخل (البيئات) - بصيغة العموم المستغرقة لكل جنس البيئات - في هذا الحكم ، وإنما الأوفق - فيما نرى - هو الاقتصار بحكم هذه القاعدة على الشهادة .

وهناك أحكام أخرى تتصل بالمداولة ، ومنها ما جاء بالمادة (١١٩) من قانون المرافعات - القطري - رقم (١٣) لسنة ١٩٩٠ م ، ونصها : «لا يجوز للمحكمة أثناء المداولة ، أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله ، إلا بحضور خصمه ، أو أن تقبل أوراقاً أو مذكرات من أحد الخصوم ، دون اطلاع الخصم الآخر عليها ، وإلا كان العمل باطلاً» .

ولا ينبغي الوقوف عند حدّ الأصل المقرر بهذه المادة ، دونما اعتبار لعلّة حكم البطلان ، حيث إنه إذا لم تكن للأوراق والمستندات التي يقدمها أحد الخصوم خلال إجراءات المداولة أي تأثير فيما تصدره المحكمة من حكم ، فعندئذٍ فلا يترتب البطلان على عدم اطلاع الخصم الآخر على تلك الأوراق والمستندات التي قدمت في فترة حجز الدعوى للحكم وخلال المداولة فيها ، وهذا هو ما اختاره شراح قانون المرافعات وما استقر عليه العمل القضائي ، يقول الدكتور أحمد أبو الوفا : «وإذا كانت المذكرة

١- الأم ، للإمام الشافعي - ٦٥ ص ٢٠٨ - .

وقال آخر :

خليليّ إن الرأي ليس في جنبٍ واحدٍ

أشيراً عليّ اليوم ما تريان.

وكما قال الإمام السرخسي : فلا يعجل القاضي بالحكم من غير مشاورة ، إذا لم يبين له الحق - بل عليه أن يتفكر ويشاور أهل الفقه لأنه مأمور بالقضاء بالحق ، ولا يستدرك ذلك إلا بالتأمل والمشورة^(١) .

وإذا كانت المشاورة مستحبة في حق هيئة المحكمة المشكلة من عدد من القضاة ، رغم وجوب المداولة في حقهم ، فإن المشاورة أكثر ندباً واستحباباً في حق القاضي الفرد^(٢) ، فهو أكثر حاجة للمشاورة ، فهي أصون وأعون له في درك الحق وإحسان عدل القضاء .

المبحث السادس

التوازن النفسي للقاضي والخصوم والشهود

التوازن النفسي للقاضي، وصفاء وجدانه من كل الشوائب التي تحدث الاضطراب النفسي ، يعتبر من معينات فصل الأفضية بالحق والعدل ، وذلك هو مفاد حديث النبي - صلى الله عليه وسلم - : «لا يحكم الحاكم بين اثنين وهو غضبان»^(٣) . ويتمثل وجه الدلالة في الحديث الشريف في صريح النهي عن الحكم حال الاضطراب النفسي الذي يحدثه الغضب ، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه .

١- راجع المبسوط للسرخسي ج ١٦ ص ٨٣ - بتصرف يسير - .

٢- الأصل في الفقه الإسلامي هو نظام (القاضي الفرد) . ولدى جمهور فقهاء الحنفية والمالكية فيجوز نظر الأفضية بنظام التعدد (نظام هيئة المحكمة المشكلة من عدد من القضاة) للضرورة - بقيد الاقتصار في قضية معينة ، وذهب الشافعية إلى الجواز من غير قيد في قول ، وبقيد أن يكونوا من مذهب واحد عند التعدد ، راجع روضة القضاة للسمناني ح ١ ص ٧٥ ، والبحر الرائق لابن نجيم ٦/ ٢٨١ ، المجموع للنووي ٢/ ١٢٥ ، الفروع لابن مفلح ٦/ ٢٢٠ .

٣- رواه الدار قطني في سننه في كتاب الأفضية والأحكام .

والحكمة من منع فصل القضاء حال الغضب هي أن الغضب يولد ، تعكر صفو المزاج، وهياج الأعصاب ، وهما يحجبان العقل عن الفهم وعن سديد درك حقائق الوقائع، وقصور الإحاطة بما يجب تنزيله من حكم الشرع أو القانون على الوقائع الثابتة .

ويدخل في النهي عن الحكم في حالة الغضب، كل حالة تتمخض عنها الاضطراب النفسي، بدلالة ما في رسالة سيدنا عمر - رضي الله عنه - إلى أبي موسى الأشعري : «وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس عند الخصومة»^(١) .

ويتبدى شمول النهي عن الحكم حال الاضطراب النفسي ، فيما روي عن الإمام الشافعي، إذ قال : «فأمر الله من يمضي أمره على أحدٍ من عباده أن يكون مستيناً، قبل أن يمضيه، ثم أمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، في الحكم خاصة ، أن لا يحكم الحاكم ، وهو غضبان، لأن الغضبان مخوف على أمرين ، أحدهما : قلة التثبت، والآخر أن الغضب قد يتغير معه العقل، ويقدم به صاحبه ، على ما لم يكن يقدم عليه، لو لم يكن غضب فأني حالٍ أتى عليه تغير خلقه أو عقله ، انبغى له أن لا يقضي حتى يذهب، وأي حال صير إليه سكون الطبيعة، واجتماع العقل ، انبغى له أن يتعاهده، فيكون حاكماً عنده»^(٢) .

ولما كان مجلس القضاء بطبيعته ، يبعث الرهبة في الأنفس ، فينبغي أن يُعنى القاضي بالتوازن النفسي للخصوم والشهود ، بأن يكون حليماً وقوراً رزيناً ، سمحاً - لا متهجماً ولا عبوساً - ، حسن السيرة ، شديداً من غير غلظة ، وليناً من غير ضعف - ، ديدنه بغية الإنصاف من غير ميل ولا هوى ، فالعدالة ينبغي رؤيتها مجسمةً في سيرة القاضي ومنهجه خلال نظر القضية ، بحيث يهدأ روع الخائف ، ويسكن جأش المضطرب ، فتنتلق الألسنة بأقوالهم وأدلتهم ، فلا يستعصى على أحدٍ منهم الإعراب عما يحيش في نفسه ، قال علاء الدين الطرابلسي في (معين الحكام) وابن

١ - سبق تخريج الرسالة .

٢ - الأم ، الإمام الشافعي ح-٧ ص ٨٦ - .

في ذات الدعوى لإعادة استجوابه أو مناقشته - دون مقتضى، بما يكلفه عناءً وعتناً،
 بدنياً ومالياً ونفسياً، وخلاف ذلك من صنوف المضارة، بلوغاً إلى أشدها بتوجيه
 إهانة له من خصم بتجريح أو استهزاء أو بما يفضي إلى تجريم، وعلى القاضي حماية
 الشاهد من كل صنوف الإهانة والكيد والمضارة، بدءاً من منع توجيه الأسئلة التي
 لا تتعلق بالواقعة محل الإثبات، أو التي لا تكون منتجة في إثبات الدعوى أو نفيها.
 كما ينبغي على القاضي منع الأسئلة التي تكون عديمة القيمة الاستدلالية، فإن كانت
 الأسئلة بغية إيقاع الشاهد في الحرج والشعور بالإيذاء فهي من المضارة المحرمة،
 ويجب على القاضي منع توجيهها، وحماية الشاهد من صنوف كيدها. وقد نصت
 المادة (٢٩٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري - رقم (١٣) لسنة
 ١٩٩٠م على أنه: «يجوز للمحكمة أن ترفض توجيه أي سؤال من أحد الخصوم
 للشاهد، إذا رأت أنه كيدي، أو ليس له علاقة بموضوع الدعوى، على أن يتم
 إثبات السؤال بمحضر سماع الشاهد». ومما جاء بالمادة (١٩٣) من قانون الإجراءات
 الجنائية القطري - رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٤م - أنه: «يجب على المحكمة منع توجيه
 أسئلة للشاهد، إذا كانت غير متعلقة بالدعوى، أو غير جائزة القبول، وأن تمنع عن
 الشاهد كل فعل أو قول أو إشارة تؤدي إلى اضطراب أفكاره تحويفه» -، فالشاهد
 إنما يستشهد به لإيضاح الحقيقة، ويتأتى ذلك متى ما أقام الشهادة، بطمأنينة وسكينة
 نفس، تعينانه على حسن التذكر وحسن أدائه للشهادة، فإن اعتراه اضطراب جراء
 انتهار، أو تعنيف أو تعنيت أو تضليل أو إرباك، أو إغراق في تفاصيل تباعده عن
 الجوهر، وتوحي بعدم ضبطه للوقائع، فإن كل ذلك وصنوها تعد من المضارة التي
 تشوش على فكره، وتضعف قدرته على أداء الشهادة والقيام بها بالقسط.

ومن إشراقات فقهاء الشريعة الإسلامية بالغ عنايتهم بحماية الشاهد ومنع
 المضارة عنه، حتى أن جمهور الفقهاء قد ذهب إلى عدم تحليف الشاهد اليمين، باعتبار
 أن التحليف ينبىء عن عدم الوثوق بالشاهد، فهو من المضارة، ولأنه قد يفضي إلى
 ضياع الحق: إذ إن الشاهد بعد الحلف، تنازعه خشية الحنث في يمينه -، وربما خشية

الوقوع في (اليمين الغموس) ، فيسعى إلى تذكر دقائق التفصيلات ، فينشغل فكره بذلك ، وبما ألقى في روعه من التوجس والحذر ، ولربما كان ذلك سبباً في تناقضه في أقواله - أو تغافله عن بعض ما كان منتجاً في شهادته .

وكانت المادة (٤١) من نظام المحاكم الشرعية القطرية لسنة ١٩٩٣م - تجيز للقاضي تحليف اليمين للشاهد قبل الإدلاء بشهادته ، ثم صدر قرار رئيس المحاكم الشرعية رقم (١٤١٨/١٢) هجرية بتاريخ ١٦/٤/١٤١٨ هـ الموافق ٩/٨/١٩٩٧م بإلغاء المادة الآنفه الذكر ، والاستعاضة عنها بما نصه : «الأصل في الشاهد العدالة ، ولا يحلف اليمين ، إلا إذا ارتاب القاضي أو بناءً على طلب المتهم ...» - .

لقد كان هذا التعديل الأخير متسقاً مع رأي جمهور الفقهاء - غير أنه في ذات الوقت كان يتعارض مع نص المادة (٩٧) من قانون الإجراءات الجنائية - رقم (١٥) لسنة ١٩٧١م - الذي كان سارياً وقتئذٍ - وبالطبع مع المادة (٨٧) من قانون الإجراءات الجنائية - رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٤ الساري حالياً - بل ومع جميع قوانين الإجراءات الجنائية في عالمنا العربي - فكلها تجعل تحليف اليمين للشاهد وجوبياً - .

وقد تميزت المحاكم الشرعية القطرية ، بإصدار التعميم الشرعي - رقم/١/٧/١٤١٧ هـ بتاريخ ١٥/١/١٤١٧ هـ الموافق ٢/٦/١٩٩٦م وكان موضوعه (إكرام الشاهد) ، حيث ألزم ذلك التعميم قضاة المحاكم الشرعية بخمس مبادئ هي :

أولاً : إكرام الشهود بحسن الاستدعاء وعدم إطالة بقائهم لأداء الشهادة .

ثانياً : تخصيص أماكن مناسبة لجلوس الشهود حين أداء الشهادة .

ثالثاً : عدم زجر الشهود أو انتهارهم إلا للضرورة .

رابعاً : حماية الشهود من التجريح بوساطة الخصوم أو وكلائهم ، إلا إذا كان ذلك مرتبطاً بالشهادة ومنتجاً في الإثبات أو النفي .

خامساً : عدم مساءلة الشهود قانوناً بسبب ما أدلوا به من شهادة ، إلا إذا شهدوا زوراً ، أو أقروا بارتكاب حد شرعي .

وقد جاء ذلك التعميم صادراً عن معين الآية القرآنية الكريمة : «ولا يضار كاتب ولا شهيد» ، وعن معين الهدي النبوي الشريف : «أكرموا الشهود فإن الله تعالى يستخرج بهم الحقوق ويدفع بهم الظلم»^(١) .

ولا مرء في أن الأمثل - في هذا الأمر - هو ما كان معمولاً به في المحاكم الشرعية، للملاءمة مع القيم الأخلاقية السائدة في دولة قطر : ولا تساقه مع موروث خير القرون، وخير أمةٍ أخرجت للناس .

المبحث الثامن

الاستعانة بأهل الخبرة

الخبرة في الاصطلاح هي : العلم بالشيء والمعرفة ببواطنه^(٢) . وقد اختلف المعاصرون من شراح القانون في تكييف الطبيعة القانونية للخبرة : إذ ذهب بعضهم إلى أنها وسيلة إثبات ، باعتبارها وسيلة تنقل إلى حيز الدعوى دليلاً لإثبات واقعة من وقائع الدعوى أو نفيها ، فيما يتطلب درايةً خاصة ، تخرج من معارف القاضي ، وهذا هو ما عليه التشريع والقضاء في دولة قطر^(٣) ، ولا يختلف الحال في بقية الدول العربية .

وهناك رأي آخر ، ذهب إلى القول بأن الخبرة ليست وسيلة إثبات ، وإنما هي وسيلة لتقدير دليل قائم في الدعوى ، باعتبار أنها لا تنشئ حالة إثبات واقعة - أو نفيها - ، وإنما تنصب على تجلية واقعة كائنة في الدعوى ، يتعذر على القاضي الإحاطة بها ، لتعلقها بمسألة فنية ، تخرج عن تخصصه ومعارفه ، فيستعين فيها بالخبراء ، للاستفادة من معرفتهم ، في استجلاء تلك المسألة القائمة في الدعوى ، ومن هذا

١ - سبق تخرجه - .

٢ - التعريفات الفقهية ، للسيد محمد المجددي - ص ٨٥ - .

٣ - المشرع القطري أورد (الخبرة) في الباب الثامن من الكتاب الثاني الموسوم بعنوان (الإثبات) من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، وكذا في الباب الثالث / الفصل الأول / الفرع الرابع من قانون الإجراءات الجنائية .

الوجه فلا تدخل الخبرة في معنى وسائل الإثبات^(١).

والراجح الأوفق للصواب - عندي - هو اعتبار الخبرة إحدى وسائل الإثبات، وفي ذات الوقت اعتبارها وسيلة لتقدير دليل قائم في الدعوى، تنصبُّ على تجلية واقعة كائنة فيها -، وهذا الترجيح هو ما عليه واقع العمل القضائي.

ومهما كانت الرؤى وتباينها في تكييف الخبرة، فلا خلاف في أن الاستعانة بها، إنما تكون في المسائل الفنية البحت التي لا تدخل في تخصص القاضي ومعارفه، صنوها: معارف الطب والهندسة والمحاسبة والخطوط والأدلة الرقمية: (Digital Evidence) وهي نوع جديد من أدلة الإثبات، يلزم فيها الاستعانة بالخبراء المتخصصين في معالجة الأدلة الرقمية المخزنة في شبكات المعلوماتية من ذوي الدراية بضبط وحجز وتأمين وتحليل تلك الأدلة وتقديمها أمام القضاء، في أفضينة جرائم الحاسوب - (جرائم التقنية العالية (High - tech Crimes) ففي كل ذلك ونحوها، فلا يجوز للقاضي الخوض فيها بنفسه، بل يجب عليه الاستعانة بأهل الخبرة والدراية والكفاية العلمية، لتجلية حقائقها ودرك مفادتها.

لقد أرسى نظام القضاء في الشريعة الإسلامية قواعد الاستعانة بأهل الخبرة، كإحدى أهم التقاليد التي تهدي القضاة إلى سبيل الرشاد، إذ يروى أن سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -، أتى إليه بامرأة قد تعلق بشاب من الأنصار كانت تهواه وراودته فاستعصم، فعظم ذلك عليها، فدبرت له مكيدةً للانتقام منه، فأخذت بيضةً فألقت صفرتها، وصبت بياضها على ثوبها وبين فخذيها، ثم جاءت إلى سيدنا عمر - رضي الله عنه - صارخةً، وقالت له:

(هذا الرجل غلبني على نفسي وفضحني في أهلي، وهذا أثر فعالة)، فسأل سيدنا عمر - رضي الله عنه - النساء، فقلن له: (إن بدنها وثوبها أثر المنى)، فهم سيدنا عمر بعقوبة الرجل، فجعل هذا يستغيث ويقول: (يا أمير المؤمنين: تثبت في أمري، فوالله ما أتيت فاحشةً، وما هممت بها، فلقد راودتني عن نفسي

١- راجع آراء شراح القانون في كتاب / الخبرة في المسائل الجنائية د. آمال عبد الرحيم ص ١٤ - ٢٤ .

المطلب الأول : دور العفو والإصلاح بين الخصوم في تحقيق المزاوجة بين العدل والرحمة

يدخل في معنى الإصلاح بين الخصوم ، كل ما يرتفع به التنازع بين المتخاصمين ، ومن هذا الوجه ، جمعنا بين (العفو) والصلح ، في هذا المطلب ، وهو منهج فقهي ، أخذ به الشافعية والحنابلة^(١) .

والسؤال الجوهرى : أين يكمن وجه المزاوجة بين العدل والرحمة ، في مبدأ العفو والإصلاح بين المتخاصمين في الأفضية ؟

يتبدى الجواب عن هذا السؤال من خلال عرضنا لموقع العفو والإصلاح بين المتخاصمين ، قضاءً في آي القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ، وآثار الصحابة رضوان الله عليهم ، ودلالة طلب التزام القضاة بها ، وجوباً أو ندباً .

قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ... ﴾ ، ثم قال تعالى في ذات الآية : ﴿ فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ﴾^(٢) .

فالآية الكريمة أبانت - بل قضت - بحكم القتل العمد ، وهو حكم لازم الاتباع قضاءً - وجوباً - ، وبعد تبين ثبوت تلك الجريمة - جريمة القتل العمد - بوساطة التحقيق والتحقق في وقائع النازلة محل المحاكمة وتكييف الحكم الشرعي الواجب تنزيهه ، واستبانة ذلك الحكم لدى المتداعين - ألا وهو القصاص - ، فعندئذ تنزل ما استحبه المولى - عز وجل - لعباده (الدعوة للعفو) ، ﴿ فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾ ... ويعقب ذلك بصريح العبارة قوله تعالى : ﴿ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ﴾ .

١- راجع المغنى لابن قدامة ج ١ ص ٥٨٧ وما بعدها وراجع كتاب سقوط العقوبات في الفقه الإسلامي / د. جبر محمود الفضيلات ح ١ ص ١٩٦ .
٢ سورة البقرة - الآية - ١٧٨ .

فالمبتدأ تقرير مبدأ الحكم بالحق وبعدل القضاء ، والمنتهى بالبيان الإضافي لمنهج محب يندب إليه وهو الدعوة للعفو فذلك تخفيف من ربكم ورحمة ... إنه أروع أنموذج للمزاوجة بين العدل والرحمة ، فلا انتقاص فيه من عدل القضاء، وتكامل الصورة بالتطبيق النبوي لهذا المنهج ؛ فيما رواه (وائل بن حجر) قال : «كنت عند النبي - صلى الله عليه وسلم - ، إذ جيء برجل قاتل في عنقه النسعة ، قال : فدعا ولي المقتول، فقال : (أتعفو؟) قال: لا . قال: (أفتأخذ الدية؟) ، قال: لا . قال: (أفتقتل؟) ، قال : نعم . قال : (اذهب به) ، فلما ولي . قال: (أتعفو؟) ، قال : لا . قال: (أفتأخذ الدية؟) قال : لا . قال : (أفتقتل؟) ، قال : نعم . قال : (اذهب به) ، فلما كان في الرابعة قال : (أما إن عفوت عنه ، ييؤء بإثمه وإثم صاحبه) ، قال : فعفا عنه ، قال : فأنا رأيته يجر النسعة»^(١) .

تلك محاكمة جنائية كاملة ، ثبتت فيها تهمة ارتكاب جريمة القتل العمد في حق ذي النسعة ، فدعا النبي - صلى الله عليه وسلم - ، ولي الدم . الذي علم بحقه في (القوقد) من القاتل ، وهذا واضح في قوله - صلى الله عليه وسلم - : (اذهب به) - أي ليقصص منه - فقد كان ولي الدم هو الذي يناط به التنفيذ ، بأمر القاضي - أو الحاكم - وتكرر عرض العفو ثلاثاً ، وفي المرة الرابعة، جاء عرض العفو مقروناً بما يجب العفو إلى النفس ، فعفا ولي الدم عن حقه في القصاص . وهكذا تنزلت الرحمة وتزاجت بعديل القضاء ... تنزلت رحمة العفو على الجاني ، وتنزلت رحمة الغفران وذهاب الإثم عن المجني عليه ، وتنزلت رحمة شفاء الصدور على أنفس أولياء الدم ، بل إن رحمة العفو أشفى للصدور من أخذ القصاص بالقود .

هذا المنهج تتفرد به السياسة العقابية المتوازنة للشريعة الإسلامية ، وذات المزاوجة بين العدل والرحمة) نجدتها في آية القصاص فيما دون النفس ، قال تعالى : (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن

١- رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الديات باب الإمام يأمر بالعفو .

عنها أحد في استيفائه ، لا أب ولا وصي ولا حاكم ، فإنما يجبس الجاني حتى يبلغ الصغير ويفيق المجنون ، فقد حبس معاوية (هدبة بن خشرم) في قصاص حتى بلغ ابن القتيل ، وكان ذلك في عصر الصحابة ولم ينكر عليه أحد. ٢ - أن يتفق أولياء الدم جميعاً على استيفائه وليس لبعضهم أن يفرد به ، فإذا كان بعضهم غائباً أو صغيراً أو مجنوناً ، وجب انتظار الغائب حتى يرجع ، والصغير حتى يبلغ والمجنون حتى يفيق ولأن القصد التشفّي ودرك الغيظ ، ولا يحصل ذلك باستيفاء الأب ، فلم يملك استيفاءه كالوصي والحاكم ، فعلى هذا يجبس القاتل إلى أن يبلغ الصغير ، ويعقل المجنون ، ويقدم الغائب ؛ لأن فيه حظاً للقاتل بتأخير قتله ، وحظاً للمستحق بإيصال حقه إليه.....^(١) .»

وقد صدر الحكم بمعاقبة الجاني بالقتل قصاصاً مع إرجاء تنفيذ القصاص ، وبحبس المدان حين بلوغ وإعلان رغبتهم في القصاص .

لقد عبّرت محكمة التمييز بحقٍ عن إحدى صور المزاوجة بين العدل والرحمة ، بقولها : (إنّ فيه حظاً للقاتل بتأخير قتله ، وحظاً للمستحق بإيصال حقه إليه) ، وهكذا يتبدى أن الرحمة ليست انتقاصاً في موازين العدل ، وإنما هي ارتقاء بعدل القضاء في مراقبي الإحسان .

وتبلغ المزاوجة بين العدل والرحمة إلى معالي درجاتها ، فيما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية - من غير خلاف نعلمه - من استمرارية حق أولياء الدم في العفو عن القصاص ، أو في التنازل عنه بالتصالح على الدية ، خلال إجراءات التقاضي ، وبعد الحكم في القضية - في أية مرحلة من مراحل الطعون - ، بل وبعد صيرورة الحكم باتاً ، وحتى لحظة تنفيذ الحكم الصادر بالإعدام قصاصاً ، وخلال إجراءات التنفيذ بعد صعود المحكوم عليه على خشبة المشنقة .

١ [٢٢٩ لسنة ٢٠١٠ جلسة ٢١/٣/٢٠١١ م س ٧ ص ٧٩ - المجموعة العشرية الجنائية الأولى - الجزء الثالث صفحة - ٢٩١ - ، وراجع الطعن رقم ٤٠٧ لسنة ٢٠١٤ جلسة ٧/٧/٢٠١٤ م س ١٠ ص ٣٦٤ - نفس المجموعة العشرية ص ٣٠٠ - .

القطريين يتجانسان مع تلك النعم ، ويرسخان مبدأ المزاوجة بين العدل والرحمة ؛ إذ تتسع مدركات تلك المزاوجة ، بما تقضى به المادة (٣) من قانون الإجراءات الجنائية رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٤م ، مقروءة مع المادة (١٠) من ذات القانون ، فالمادة (٣) تنص على الجرائم التي لا يجوز فيها تحريك الدعوى الجنائية ، إلا بناءً على شكوى من المجني عليه ، أو من يقوم مقامه - والجرائم هي المنصوص عليها في المواد (٢٩٣) (٣٠٨) (٣٠٩) (٣٢٣/١) (٣٢٤) (٣٢٥/١) (٣٢٦) (٣٢٩) (٣٣٠) (٣٣١) (٣٣٢) (٣٥٧) (٣٨٩/١) (٣٩٣/١) (٣٩٤) (٣٩٥) ، من قانون العقوبات ، وكذلك في الجرائم الأخرى التي ينص عليها القانون . فكل الجرائم المنصوص عليها في المواد الآتية الذكر ، يجوز فيها لمقدم الشكوى أن يتنازل عنها بالعفو أو بالتصالح - في أي وقت إلى أن يصدر في الدعوى حكم باتٌ - وتنقضي الدعوى الجنائية بالتنازل ، وفقاً لما تقضى به المادة (١٠) من قانون الإجراءات الجنائية القطري .

وليس هذا فحسب ، بل فإن عبارة (وكذلك في الجرائم الأخرى التي ينص عليها القانون) ، يجعل الصلح جائزاً في الجرائم المنصوص عليها في المادتين : (٣٥٩) (٣٦٩) ، وفي الجرائم المنصوص عليها في الفصول من الأول حتى الرابع - من الباب الثالث من الكتاب الثالث - من قانون العقوبات - رقم (١١) لسنة ٢٠٠٤م - وهي الجرائم الواقعة على المال - أي جرائم السرقة والاحتيال وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة - متى كانت هذه الجرائم للإضرار بالزوج أو الأصل أو الفرع فيجوز التنازل في كل تلك الجرائم ، في أي حالة كانت عليها الدعوى ، كما يجوز وقف تنفيذ الحكم في أي وقت شاءه المجني عليه - .

إن بلورة هذه النصوص التشريعية في الحياة الواقعية ، بتطبيقات قضائية ، لا تفرط في معايير المحاكمة العادلة بقدر نقير ، هي التي تفضي إلى المزاوجة بين العدل والرحمة - ؛ فالتشريع إنما تنبعث فيه الروح بعدل القضاء - . ويحسب للقضاء القطري تجانسه مع قيم القضاء وتقاليده ، والتزامه بمقتضياتها ، وذلك مما يجعل كل من يعيش في هذه الدولة الناهضة ، آمناً في سره ، معافى في بدنه ، عنده قوت يومه ، مطمئناً كأنها

القاعدة الأولى : الإسراع بالتنفيذ :

الفاروق عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ، نفذ إلى اللب ، حين قال : « فإنه لا ينفع تكلم بحق لإنفاذه »^(١) .

وفي رواية ابن سهل : « وانفذ إذا تبين لك »^(٢) ، وجاءت رواية ابن سهل بصيغة أمرة (وأنفذ) ، وهي من قبيل عطف النسق ، الذي يفيد لزوم المقارنة في المجيء ما بين التبين ، - أي الحكم في الموضوع - وما بين تنفيذه ، وتلك المقارنة هي التي تفضي إلى إنهاء معاناة المحكوم له ، التي تتناول - دوماً - وهو يسعى حثيثاً في أروقة القضاء ، يتقاذفه الأعداء والتأجيل والتدليل أو التعجيز ، حتى إذا صدر حكم القضاء ، تنفس الصعداء ، وسارع لتقديم طلبه مرفقاً به الحكم المشمول بالإنفاذ المعجل ، المذيل بالصيغة التنفيذية . هنالك قد يتلى بفصل جديد من فصول المعاناة والمكابدة ... إنها المطاولة التي تفرغ حكم القضاء من معنى (الفصل) ، فإذا أصبح المنفذ له دائراً ما بين إشكالٍ وتظلمٍ وطعنٍ وراء طعنٍ ، فذاك حكم لا يرد نائبةً ، ولا يرفع مظلمةً ، ولا ينتصر لمظلومٍ ، ولا يجمع ظالماً ، بل تزداد بمثله ضراوة المخاصمة ، وقد يولد من البغضاء في الأنفس ، ما يفضي إلى اهتزاز الثقة في القضاء والقضاة ، بل وفي (مبدأ سيادة حكم القانون) ، وتلك مفسدة تؤذي الهيئة الاجتماعية وأمنها ، فيلزم سدّ ذرائعها بالمسارعة في تنفيذ الأحكام القضائية ، من غير تقاعس أو تهاون ، فالتنفيذ إنما شرع لإيصال الحقوق إلى مستحقيها .

القاعدة الثانية : إنفاذ حكم القضاء بما يحقق مبدأ سيادة حكم القانون :

إنفاذ حكم القضاء ، على الحاكمين والمحكومين ، وعلى الغني والفقير ، بل وعلى الدولة ذاتها^(٣) وعلى أفراد شعبها - بلا استثناءات ، ولا حصانات ، هذا النهج هو

١- من رسالة سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - إلى أبي موسى الأشعري - وقد سبق نخبها - .

٢- راجع كتاب : رسالة القضاء - للأستاذ أحمد سحنون ص ٣١٥ .

٣- بعض النظم القضائية العربية لا تميز حجز أموال الدولة ، سواء كان حجزاً تحفظياً أو كان حجزاً تنفيذياً - ، والإجماع على عدم جواز حجز التحفظي على أموال الدولة - ، أما الحجز التنفيذي فجاز لدى القضاء السوداني حيث

وللقضاة فيها أسوة ، خاصة وقد رأينا أنفاً النصوص القانونية التي تخول لقاضي التنفيذ إعمال الرحمة ، في حدود ما هو مشروع قانوناً . فالمأمول هو إحسان تطبيق تلك النصوص التي سبق بيانها في هذا المطلب ، مع مراعاة إعمال القواعد الثلاث الآنفة الذكر ، مع بعضها سويماً ، وأولها : الإسراع بتنفيذ الحكم القضائي بإبصال الحق إلى مستحقة . والثانية : إنفاذ حكم القضاء بما يحقق سيادة حكم القانون . والثالثة : مراعاة ما يصون الكرامة الآدمية . فإن تقارنت وتمازجت أحكام تلك النصوص القانونية ، مع هذه القواعد ، مصحوبة بمنهج الرفق ، من غير ضعف - ، فإن حصيلة تلك المقدمات - بلامراء - تفضي إلى نتيجة واحدة ، تضرب بسهم ، في المزاوجة بين العدل والرحمة ، دونما انتقاصٍ من العدل أو فاعليته ، بل تزدان بالرحمة عندئذ (عدل القضاء) .

المطلب الرابع

خصوصية أحكام الحدود الشرعية

وما تحقّقها في المزاوجة بين العدل والرحمة

تتبدى خصوصية الحدود الشرعية ، في المقام الأول في (تضييق دائرة التجريم بالحدود الشرعية). فهو منهج متلازم للحدود الشرعية ، في تشريعها وإيرادها محددة مقدرة ، وعند نظرها أمام القضاء ؛ إذ إن التضييق ليس مقصوراً على عدد الجرائم التي تدخل في معنى (الجريمة الحدية) ، وعقوبتها المقدرة - بحدٍ واحد وليس بحددين أعلى وأدنى - ، بل يتجاوز ذلك إلى التضييق الذي يترتب على تكاثر تفصيلات العناصر المكونة لركني الجريمة الحدية - أي كثرة الشرائط اللازمة الواجب توفرها لكمال الركنين ، ومن بعدها : التضييق في موجبات الإدانة بالجريمة الحدية ، بالتشديد في وسائل إثبات الجريمة الحدية ، وذلك بالإكثار من شرائط صحة الدليل ، ثم بالإكثار من الشبهات الدائرة للحد ، ثم بالإكثار من مسقطات الحد الشرعي . فيتولد من

ذلك (تضييق دائرة التجريم بالحدود الشرعية) .

ولعل من أكثر ما يتبدى به منهج تضييق دائرة التجريم بالحدود الشرعية ، كثرة شرائط العناصر المكونة لركني الجرائم الحدية .

أ نموذج ذلك (جريمة الحراية الحدية) - ، فالركن المادي لهذه الجريمة يتكون من:

- ١ - كون المتهم من ذوي الشوكة .
- ٢ - كون المتهم خارج عن طاعة الحاكم لقطع الطريق .
- ٣ - قطع الطريق وأرهب العامة خارج المصر ، أو دخله مع تعذر الغوث .
- ٤ - استخدام السلاح أو أداة صالحة للإيذاء .
- ٥ - ارتكب نشاطه الإجرامي مجاهرة ومغالبة .
- ٦ - حقق (النتيجة) المتمثلة في إرهاب العامة ، وإخافة السبيل ، بما يمنع السابلية عن المرور .
- ٧ - توفر (رابطة السببية) بأن يكون إرهاب العامة وإخافة السبيل ناتجة عن نشاطه الإجرامي ، وليس لسبب آخر .

هذا عن شرائط عناصر الركن المادي ، ثم يأتي بعدها شرائط عناصر الركن المعنوي ولا تكاد تجد جريمة حدية إلا وتتكاثر شرائط عناصر ركنيها - مع الفوارق حسب طبيعة كل جريمة - ، ويلزم في إثبات الجريمة الحدية ، توفر نصاب الدليل وشرائط صحته ، في كل عنصر وكل شرط من شرائط عناصر ركني الجريمة ، فإن تقاصر الدليل عن شرط واحد من تلك الشروط المتكاثرة ، فلا إدانة بالجريمة الحدية ، بل يصار إلى الإدانة بالجريمة التعزيرية التي من جنس الحد ، إذا توفرت الأدلة الموجبة لتلك الإدانة.

ويدخل في معنى الستر - اشتراط الحنابلة والحنفية - تعدد الاعتراف مرتين لإيجاب حدّ السرقة ، وأربع مرات لإيجاب حدّ الزنا ، وقد ساق الفقهاء في مصنفاتهم أدلة اشتراط تعدد الإقرار ، وخلاصة الأمر هو أن التشديد في إثبات الحدود الشرعية ، مراد به الستر ، وفي الحديث الشريف :

«من رأى عورة فسترها كان كمن استحيا مؤودة»^(١) .

ويستحب تلقين الحجة للمتهم في أقضية الحدود الشرعية الخالصة لله سبحانه وتعالى ، بدلالة ما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ، أنه «أُتي بلس قد اعترف اعترافاً ، ولم يوجد معه متاع ، فقال له رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : (ما إخالك سرقت) . قال : بلى . فأعاد عليه مرتين أو ثلاثاً .. إلخ الحديث»^(٢) . والحديث يدل على تلقين الحجة بالرجوع عن الاعتراف . ويروى عن سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه : «أُتي برجلٍ قد سرق (واعترف) ، فسأله سيدنا عمر - رضي الله عنه - : (أسرقت ؟ قل : لا . فقال : لا ، فتركه ولم يقطعه»^(٣) . وهذا صريح في جواز التلقين تصریحاً - وآثار الصحابة - رضوان الله عليهم - كثيرة في استحباب التلقين بالرجوع عن الإقرار .

قال الإمام النووي ، معلقاً على أحاديث تلقين المقر بالزنا والسرقة : «إن هذه الأحاديث فيها إشارة إلى تلقين المقر بالرجوع عن الإقرار بالزنا ، واعتذاره بشبهة يتعلق بها ، وفيها استحباب تلقين المقر بحد الزنا والسرقة وغيرهما من حدود الله تعالى ، وأنه يقبل رجوعه عن ذلك لأن الحدود مبنية على المساهلة والدرء ، بخلاف حقوق الأدميين»^(٤) .

١- رواه الإمام أحمد في مسنده حـ٤ ص ١٥٣ ، وأبو داود في سننه في كتاب الأدب باب في الستر على المسلم .
٢- رواه أبو داود في سننه في كتاب الحدود باب في التلقين في الحد .
٣- أخرجه عبد الرزاق في مصنفه في باب ستر المسلم حـ١٠ ص ٢٢٤ / ٢٢٥ .
٤- شرح صحيح مسلم - للإمام النووي حـ ١١ ص ٢٠٧ / ٢٠٨ .

رابعاً : أبرزت الدراسة أن الشريعة الإسلامية ، واجتهادات الفقه القضائي لسلف قضاة دولة الإسلام هي التي أرست دعائم قيم وتقاليد القضاء ، مع الإقرار بإبداعات التراث الإنساني المتبلور في المواثيق الدولية المعاصرة ، وفي مناهج المدارس التشريعية والقضائية المعاصرة ، بل وبضرورة الاقتباس من التراث القضائي الإقليمي - أو غيره - اقتباساً متوازناً ومتبصراً ، يُرَاعَى فيه تباين الأعراف والأمكنة وأحوال الناس ، اقتباساً يثري الأداء القضائي - وفي ذات الوقت - يصون عن فقدان الهوية .

خامساً : أبرزت الدراسة ما بلغته دولة قطر ، من مركز مرموق ، في إرساء دعائم (إحسان العدل) - العدالة الفاعلة - بوصفها المبدأ الغائي ، وفي ترسيخ مختلف المبادئ والقواعد الواسيلية ، وعلى رأسها مبدأ (استقلال القضاء) ، عضوياً ووظيفياً ومالياً ، فضلاً عن ترسيخ مبدأ سيادة حكم القانون في الواقع العملي - ، باعتبارهما أهم معايير العدالة الفاعلة ، ومن المقاييس الدولية المقررة لاستبانة مدى تحقيق معايير المحاكمة العادلة .

سادساً : حسمت الدراسة بعض الجدل حول العدل والرحمة - شقيقان هما أم شتيتان - وأبانت ضرورة المزاجية بينهما ، مع عرض نصوص تشريعية وفقهية وأقضية تجلت فيها المزاجية في أروع صورها .

سابعاً : عرضت الدراسة بعض خصوصية أحكام الحدود الشرعية ، وما تختص بها من قيم تضرب بسهمٍ في إحسان عدل القضاء وفي المزاجية بين العدل والرحمة .
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
٧	تقديم.....
١٣	- الفصل التمهيدي : حول عنوان الدراسة قيم وتقاليد القضاء - في اللغة والاصطلاح.....
١٨	- الفصل الأول : قيم القضاء - مراحل التطور والرسوخ
١٨	- المبحث الأول : مبدأ فصل السلطات - لمحة تاريخية.....
٢٠	- المبحث الثاني : مبدأ فصل السلطات في الدستور الدائم لدولة قطر.....
٢٢	- المبحث الثالث : مبدأ استقلال القضاء ، تعريفه وبيان مدلوله في القانون الدولي العام والدرساتير المعاصرة.....
٢٢	- المطلب الأول : تعريف مفردات مبدأ استقلال القضاء.....
٢٣	- المطلب الثاني : بيان مدلول مبدأ استقلال القضاء في القانون الدولي العام والدرساتير المعاصرة.....
٢٦	- الأهداف التي لأجلها شرع مبدأ استقلال القضاء.....
٢٦	أ/ إنفاذ العدالة الفاعلة.....
٢٧	ب/ بسط العدل وإنفاذ أحكام القضاء على الحاكمين والمحكومين
٣٠	ج/ حماية الحقوق والحريات الأساسية .
٣٠	د/ النأي بعمل القضاء من تغيّول أي من السلطتين الأخريين.....
٣١	- الضمانات الصائنة لمبدأ استقلال القضاء .
٣١	- الضمان الأول : العناية باختيار الأمثل للقضاء.....
٣٢	- الضمان الثاني : منع التدخل في سير العدالة.....

١٠٩	- المبحث الرابع : الاهتداء بفقهِ السلف وبالسوابق القضائية والعرف والعادة وقواعد العدالة والوجدان السليم
١٠٩	- المطلب الأول : الاهتداء بفقهِ السلف من الفقهاء والقضاة
١١٢	- المطلب الثاني : الاسترشاد بالسوابق القضائية
١١٤	- المطلب الثالث : إعمال العرف وقواعد العدالة والوجدان السليم
١١٤	- أولاً : إعمال العرف
١١٧	- ثانياً : إعمال قواعد العدالة والوجدان السليم
١٢١	- المبحث الخامس : المشاورة والمداولة
١٣١	- المبحث السادس : التوازن النفسي للقاضي وللخصوم والشهود
١٣٣	- المبحث السابع : إكرام الشهود
١٣٦	- المبحث الثامن : الاستعانة بأهل الخبرة
١٤٠	- المبحث التاسع : المزاوجة بين العدل والرحمة
١٤١	- المطلب الأول : دور العفو والصلح في تحقيق المزاوجة بين العدل والرحمة
١٤٨	- المطلب الثاني : دور العاقلة وتنجيم الدية في تحقيق المزاوجة بين العدل والرحمة
١٥٢	- المطلب الثالث : دور مرحلة تنفيذ الأحكام القضائية في تحقيق المزاوجة بين العدل والرحمة
١٥٣	- القاعدة الأولى : الإسراع بالتنفيذ
١٥٣	- القاعدة الثانية : إنفاذ حكم القضاء بما يحقق مبدأ سيادة حكم القانون
١٥٥	- القاعدة الثالثة : مراعاة ما يصون الكرامة الأدمية
١٦١	- المطلب الرابع : خصوصية أحكام الحدود الشرعية وما تحققها في المزاوجة بين العدل والرحمة

