من طرق رفع الخلاف الفقهي
حكم الحاكم (القاضي)

إعداد:

الباحث/ حمدي حسين محمد أبو عميرة

باحث دكتوراه بقسم الشريعة الإسلامية بكلية

دار العلوم – جامعة القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة:

لقد جعلت الشريعة الاسلامية الغرض من نصب القضاة (فصل الخصومات وقطع المنازعات)[١] ووضعت لأجل ذلك عدة ضوابط لاستقرار الحكم القضائي، ورفع الخلاف الفقهي الناتج عن الاجتهاد الشرعي الصحيح للقضاة، وكان من جملة هذه الضوابط قاعدة "حكم الحاكم يرفع الخلاف"، أي: حكم القاضي يرفع مقتضي العمل بالخلاف، كما أصّل لذلك الإمام القرافي[٢] حيث قال: (اعلم أن حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف، ويرجع عن مذهبه لمذهب الحاكم وتتغير فتياه بعد الحكم؛ عما كانت عليه علي القول الصحيح من مذاهب العلماء)[٣].

ورفع حكم الحاكم للخلاف الفقهي هو رفعٌ عمليٌ وليس رفعاً علمياً، فقد جاء في الشرح الكبير علي مختصر خليل قوله: (ورفع حكمه الخلاف في تلك النازلة فلا يجوز لمخالف فيها نقضها)[٤] وهذا في الواقع يحقق الاستقرار للحكم القضائي

---

(١) حاشية رد المحتار علي الدر المختار لمحمد أمين بن عابدين (٣٥٢/٥) طبعة دار الفكر ١٩٩٢ طبعة ثانية بدون رقم طبعه.

(٢) الامام القرافي هو: محمد بن يحي بن عمر القرافي: فقيه مالكي لغوي من اهل مصر (٩٣٩ – ١٠٠٨) هـ ينظر الأعلام لخير الدين الزركلي (١٤١/٧) طبعة دار العلم للملايين طبعة خامسة (٢٠٠٢) م.

(٣) أنوار البروق في أنواء الفروق للإمام أحمد بن إدريس القرافي (١٠٣/٢) بدون طبعة أو تاريخ.

(٤) حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير لمحمد بن عرفة الدسوقي (١٥٦/٤) ط دار الفكر دون طبعة أو تاريخ.

ويمنع من تضارب الاحكام في المسألة الواحدة، كما أنه يؤدي إلي حسم مادة الخلاف بين المتخاصمين، فلا يجوز لمخالف نقض الحكم وإن بقي الخلاف العلمي علي حاله.

وسوف نتناول في هذا المبحث ما يتعلق بالقاعدة من تعريف حكم الحاكم، وبيان شروط الحكم والحاكم، وتحرير المقصود برفع الخلاف الفقهي؛ ثم نتناول أمثلة تطبيقية؛ يرتفع فيها الخلاف بحكم الحاكم (القاضي).

أولا: أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع (حكم الحاكم يرفع الخلاف) في الأتي:

١- توفير ضمان الاستقرار للحكم القضائي؛ الذي يترتب عليه رعاية مصالح المتخاصمين وعدم وقوعهم في حرج التعدد للأحكام بتعدد القضاة المجتهدين.

٢- تحرير المقصود برفع الخلاف المترتب علي حكم الحاكم وهو رفع العمل بمقتضي الخلاف وإن بقي الخلاف العلمي علي حاله.

٣- بيان شروط الحكم، وشروط الحاكم، بما يوفر المتطلبات العصرية للقضاء الذي يحقق العدالة ويفصل الخصومات ويقطع النزاع للحفاظ علي أمن المجتمع.

ثانياً: مشكلة البحث:

يعتبر حكم القاضي عاملا مهما من عوامل الاستقرار في أي مجتمع، وهذه الدراسة تجيب علي عدد من الإشكالات والأسئلة التي تكتنف هذا الموضوع ومنها:

١- تحرير المقصود برفع الخلاف المترتب علي حكم القاضي هل هو رفع علمي وعملي؟ أم هو رفع العمل بمقتضي الخلاف فقط فلا يجوز نقضه؟

٢- إيجاد حلٍّ لبعض المشكلات العصرية المرتبطة بالشروط التي اشترطها الفقهاء في القاضي، وخاصة شرط الاجتهاد، وشرط العدالة.

٣- الإجابة علي ما هي المجالات التي يدخلها حكم الحاكم، والمجالات التي لا يدخلها؟

ثالثا: الدراسات السابقة

١- لم أجد- فيما اطلعت عليه- بحثا مباشرا يتناول رفع الخلاف الفقهي المترتب علي حكم القاضي إلا بحثاً واحداً وهو كتاب الحكم القضائي وأثره في رفع الخلاف الفقهي د/ شوقي إبراهيم علام طبعة مكتبة دار الوفاء القانونية طبعة أولي ٢٠١٤م

٢- كما وجدت عدة دراسات تتناول الموضوع تناولاً غير مباشر ومن ذلك:

أ- حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية د/ محمد

نعيم ياسين طبعة دار النفائس للنشر والتوزيع الأردن طبعة أولي٢٠١٥م

ب- نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون د/ ناصر موسي أبو البصل طبعة دار النفائس للنشر والتوزيع الأردن دون طبعة أو تاريخ

رابعا: منهج البحث

اقتضت طبيعة الدراسة استخدام المنهج الوصفي التحليلي المقارن من خلال بيان التعريفات والشروط في الحكم، والحاكم ثم تناول مسائل الخلاف ذات الصلة وتبيين أقوال العلماء في رفع الخلاف بحكم الحاكم.

خامسا: خطة الدراسة: يحتوي هذا البحث علي مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة علي النحو التالي:

١- المقدمة تناولت فيها بيان المقصود من هذه الدراسة وأهمية الدراسة وإشكالية البحث والدراسات السابقة والمنهج المتبع في الدراسة وخطة الدراسة

٢- المبحث الأول وتناولت فيه المعني اللغوي والاصطلاحي لحكم الحاكم وتحرير المقصود برفع الخلاف الفقهي المترتب عليه، وذلك في أربعة مطالب:

المطلب الأول: معني الحكم في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: معني الحاكم في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثالث: معني حكم الحاكم اصطلاحا.

المطلب الرابع: تحرير المقصود برفع الخلاف المترتب علي حكم الحاكم

المبحث الثاني: أدلة رفع الخلاف الفقهي بحكم الحاكم والشروط المطلوبة في الحكم والحاكم وبيان المجالات التي يتناولها حكم الحاكم وذلك في أربعة مطالب

المطلب الأول: ادلة رفع الخلاف الفقهي بحكم الحاكم.

المطلب الثاني: الشروط الواجبة في الحاكم (القاضي).

المطلب الثالث: شروط الحكم الذي يرتفع به الخلاف.

المطلب الرابع: تحرير الصور أو المجالات التي يشملها حكم الحاكم.

المبحث الثالث: مسائل تطبيقية في رفع حكم الحاكم للخلاف الفقهي.

المسألة الأولي: ولاية الفاسق في عقد تزويج ابنته.

المسألة الثانية: جواز نكاح المرأة بدون ولي.

المسألة الثالثة: حكم بيع الفضولي.

المسالة الرابعة: وقف المشاع.

المسألة الخامسة: إرث المطلقة بائناً من زوجها في مرض موته.

سادسا: الخاتمة وتناولت فيها أهم النتائج المستخرجة من البحث.

سابعا: فهرس المصادر والمراجع.

حكم الحاكم يرفع الخلاف

هذه قاعدةٌ فقهيةٌ(١) متفقٌ عليها في جميع المذاهب(٢)، وقد ذكرها الإمام القرافي في كتابه أنوار البروق في أنواء الفروق، فقال: (اعلم أنّ حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف ويرجع المخالف عن مذهبه لمذهب الحاكم...)(٣)

وسوف نتناولها في المباحث التالية:

(١) القاعدة الفقهية هي: "حكم كلي مستند إلي دليل شرعي، مصوغ صياغة تجريدية محكمة منطبق علي جزئياته علي سبيل الاطراد والأغلبية "نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء د.محمد الروكي (٨٤) ط مطبعة النجاح الجديدة المغرب ط١ ١٩٩٤م..

(٢) رد المحتار علي الدر المختار لابن عابدين (٤١٢/٣) ط دار الفكر ط٢-١٩٩٢ م، شرح مختصر خليل، محمد بن عبد الله الخرشي (٧٥/٢) ط دار الفكر، دون تاريخ أو طبعة، نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج (٢٢٢/٦)، ومطالب اولي النهي، مصطفي بن سعد الرحيباني (٣٩٢/١)، ط المكتب الإسلامي-بيروت- ط٢-١٩٩٤م..

(٣) أنوار البروق في انواء الفروق للإمام احمد بن ادريس القرافي (١٠٣/٢) ط عالم الكتب بدون تاريخ أو طبعة.

المبحث الأول:
نتناول فيه معني الحكم والحاكم لغةً واصطلاحاً،
ومعني حكم الحاكم في الاصطلاح،
وتحرير المقصود برفع الخلاف المترتب علي حكم الحاكم
وذلك في المطالب الأتية:

المطلب الأول: معني الحكم في اللغة والاصطلاح: –

أولاً الحكم لغةَ: قال ابن فارس في تعريف الحكم: (الحاء والكاف والميم أصلٌ واحدٌ وهو المنع، وأول ذلك الحكم وهو المنع من الظلم، وسُمّيت حكمة الدابّة لأنّها تمنعها..، ويقال حكمت السفيه وأحكمته: أي أخذت علي يديه..)(١).

فالحكم هو المنع من الظلم، والحكم أيضا بمعني القضاء.

فقد جاء في القاموس المحيط (الحكم: القضاء.. ج أحكام)(٢).

ثانياً: الحكم اصطلاحاً: له عدة تعريفات اصطلاحية: –

١– فهو عند الأصوليين: (خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع)(٣)، فيشمل الطلب الجازم، وغير الجازم في الفعل والترك، وكذلك الإباحة وجعل الشيء سبباً أو شرطاً أو مانعاً أو صحيحاً أو فاسداً

٢–وأما تعريفه عند الفقهاء فالحكم هو: (الأمر الثابت بالخطاب كالوجوب والحرمة)(٤).

أو هو: (أثر خطاب الشارع سبحانه)(٥).

٣– وأما تعريفه في الاصطلاح القضائي: فقد قال الإمام القرافي: (السؤال

(١) مقاييس اللغة، أحمد بن فارس الرازي، تحقيق عبد السلام هارون، باب حكم (٩٢/٢) ط دار الفكر، ١٩٧٩م بدون طبعة.
(٢) القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، فصل الحاء (١٠٩٥/١) ط مؤسسة الرسالة، ط٨–٢٠٠٥م.
(٣) بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، محمود بن عبد الرحمن الأصفهاني (٣٢٧/١) " ط دار المدني، ط١ ١٩٨٦م، إرشاد الفحول للإمام محمد بن علي الشوكاني (٢٥/١) ط دار الكتاب العربي.، ط١–١٩٩٩م.
(٤) قرة عين الاخيار لتكملة رد المحتار علي الدر المختار لابن عابدين (٤٧٨/٧) ط دار الفكر العربي للطباعة والنشر دون تاريخ أو طبعة
(٥) كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، محمد بن علي التهانوي، تحقيق دعلي دحروج (٦٩٩/١) ط مكتبة لبنان ناشرون، ط١–١٩٩٦ م.

الأول ما حقيقة الحكم الذي يقع للحاكم ويمتنع نقضه؟(١)
جوابه: أنه: إنشاء إطلاق أو إلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا).
فقولة(٢) إنشاء إطلاق: للاحتراز عن القول بان الحكم إلزام فقط.
ومن صور الاطلاق: الحكم بزوال ملك أرضٍ زال عنها الإحياء.
والمقصود بالإلزام: كحكم الحاكم بلزوم الصداق أو النفقة.
وقوله: مسائل الاجتهاد: احترازٌ عن الحكم علي خلاف الإجماع،
وقوله: المتقارب: احترازٌ عن الخلاف الذي ضعف دليله فإنه لا عبرة به.
وقوله: فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا: لإخراج مسائل الاجتهاد في العبادات.

المطلب الثاني: تعريف الحاكم لغةً واصطلاحاً:

الحاكم في اللغة يطلق علي:
١- القاضي: سُمّي بذلك لأنه مانع وهو (من يُختار للفصل بين المتنازعين)(٣).

ولي الأمر: جاء في المعجم الوسيط: (الحاكم من نُصِّب للحكم بين الناس جمع: حكام)(٤) وقال الله ﷻ: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلۡنَٰكَ خَلِيفَةٗ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلۡهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِۚ﴾ (٥)

قال الطبري في التفسير (استحلفناك في الأرض من بعد من كان مَن قبل من رسلنا حكماً بين أهلها)(٦).

---

(١) الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، للإمام القرافي (٣٣) ط دار البشاير الإسلامية ط٢ ١٩٩٥م.
(٢) هذه الاحترازات مأخوذة بتصرف من المصدر السابق.
(٣) شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، نشوان بن سعيد الحميري (١٥٣٥/٣) ط دار الفكر المعاصر، ط١-١٩٩٩ م.
(٤) المعجم الوسيط تأليف: مجمع اللغة العربية-مصر (١٩٠/١) ط دار الدعوة، دون تاريخ أو طبعة.
(٥) سورة ص: جزء من الآية (٢٦).
(٦) جامع البيان في تفسير القران للإمام محمد بن جرير الطبري، تحقق دعبد الله التركي (٧٧/٢٠) ط دار هجرط١-٢٠٠١م.

٣- الحكمين الذين يبعثان من قبل الزوجين، قال الله تعالي: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ (١).

وأما الحاكم في الاصطلاح: فهو من نُصِّب للحكم بين الناس(٢).

وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية (مسألة١٧٨٥): (هو الذي نُصّب وعُيّن من قِبل السلطان لآجل فصل وحسم الدعوي والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقاً لأحكامها المشروعة)(٣).

فالمقصود بالحاكم هنا هو: القاضي الذي يفصل في الحقوق والمنازعات، وهذا ما جرت عليه كتب الفقه في الكلام علي هذه القاعدة(٤).

المطلب الثالث: معني حكم الحاكم اصطلاحاً:

لم أجد فيما اطلعت عليه تعريفاً اصطلاحياً ل (حكم الحاكم)، ولكن نستطيع أن نستخرج تعريفاً، بعد عرض كلام بعض الأصوليين والفقهاء في معني حكم الحاكم، في معْرِض كلامهم عن أحكام القضاء، وشروط القاضي علي النحو التالي:

١- قال ابن فرحون: (ومعني قولهم حكم الحاكم أي: وضع الحق في أهله ومنع حق من ليس له بأهل)(٥).

٢- وقال شيخ الإسلام ابن تيميه في مجموع الفتاوي: (وأما حكم الحاكم فذلك يقال له قضاء القاضي، ليس هو الشرع الذي فرض الله علي جميع الخلق طاعته، بل القاضي العالم العادل)(٦).

---

(١) سورة النساء: جزء من الآية٣٥.

(٢) القاموس الفقهي:د سعدي أبو حبيب (٩٦) ط دار الفكر دمشق ط٢ (١٩٨٨م).

(٣) مجلة الأحكام العدلية: تأليف علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق نجيب هواويني، (٣٦٤) ط نور محمد، كراتشي دون تاريخ أو رقم طبعة.

(٤) ينظر علي سبيل المثال رد المختار علي الدر المختار لابن عابدين (٤١٢/٣)، وشرح مختصر مختصر خليل للخراشي (٧٥/٢)، ونهاية المحتاج في شرح المنهاج (٢٢٢/٦) ومطالب أولي النهي (٣٩٢/١).

(٥) تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام لابن فرحون (١٢/١) ط مكتبة الكليات الأزهرية، ط١-١٩٨٦م.

(٦) مجموع الفتاوي لابن تيمية (٣٧٦/٣٥)ط مجمع الملك فهد لطباعة المصحف، ط١٩٩٥ م.

٣- وقال ابن تيميه أيضاً: (فإنه إنما ينفذ حكمه في الأمور المعينة) [١] وقد ذكر منها (الحدود والحقوق، مثل قتل، أو قذف، أو مال ونحوه.... دون مسائل العلم الكلية، مثل التفسير، والحديث، والفقه، وغير ذلك)[٢]

٤- وقال الإمام القرافي[٣]: (اعلم أن العبادات كلها علي الإطلاق لا يدخلها الحكم البته، بل الفتيا فقط فكل ما وجد فيها من الإخبارات فهي فتيا فقط، فليس لحاكم أن يحكم بأن هذه الصلاة صحيحة أو باطلة).

ويتلخص لنا من كل ما سبق ما يلي:

١- أن الحاكم هو: القاضي الذي عُيّن من قِبل ولي الأمر للفصل في الخصومات والمنازعات.

٢- أن الحاكم يختص بالنظر في الأمور المعينة كالحدود والحقوق، ولا ينظر في أمور العبادات كصحة الصلاة، والصحيح من أحد القولين في الفقه والتفسير والحديث.

- أن حكمة ينفذ ويرفع الخلاف بين المتنازعين وليس بين عموم الأمة.3

وعلي هذا يمكن تعريف حكم الحاكم بأنه: (قضاء القاضي في الأمور المعينة للفصل بين المتنازعين، مالم يخالف نصاً قطعياً أو إجماعاً أو قياساً جلياً).

فالقضاء: هو الحكم

والقاضي: هو المُعيّن من قِبل السلطان للفصل في المنازعات في الأمور المعينة، ليشمل المجالات التي يشملها حكم القاضي كالحدود والحقوق.

وقولي: للفصل بين المتنازعين: أي يحكم حكماً يرفع الخلاف ويحسم مادة التنازع مالم يخالف نصاً قطعياً، فيشترط لصحة حكم القاضي ألا يخالف نصاً من كتاب أو سنة لا مجال للاجتهاد فيهما.

وهي النصوص قطعية الدلالة.

والإجماع هو: (اتفاق المجتهدين من هذه الأمة في عصرٍ علي أمر)[٤].

وقولي: أو قياساً جلياً: أي لا يُقبل قضاء القاضي إذا خالف قياساً جلياً[٥].

وقد قال الإمام القرافي في توضيح ذلك: (القاعدة: أنّ قضاء القاضي متي خالف اجماعاً أو نصاً أو قياساً جلياً أو القواعد نقضناه)[٦].

والقياس الجلي: هو ما تكون العلة فيه صريحةٌ في الأصل، وتكون في الفرع

---

(١) السابق، (٢٣٨/٣) .
(٢) السابق.
(٣) أنوار البروق في أنواء الفروق للإمام القرافي (٤٩/٤).
(٤) بيان المختصر في شرح مختصر ابن الحاجب (٥١٩/١).
(٥) ينظر المستصفى للإمام محمد بن محمد الغزالي تحقيق محمد عبد السلام (٣٦٨) ط دار الكتب العلميةط١-١٩٩٣ م.
(٦) انوار البروق في أنواء الفروق للإمام القرافي (١٠١/٢).

أشد فيها من الأصل؛ كالضرب والتأفيف، أو تكون العلة مساوية تماما... كالمرأة قياساً علي الرجل في الكفارة(١)

المطلب الرابع: تحرير معني رفع الخلاف المترتب علي حكم الحاكم:

١- قال الإمام الدسوقي(٢) في حاشيته علي الشرح الكبير: (٣) (أي رفع العمل بمقتضي الخلاف، ....وليس معناه أن هذه الجزئية يصير الحكم فيها عند المخالف مثل ما حُكم به فيها، إذ الخلاف بين العلماء موجود علي حاله لا يرتفع).

٢- وقال الإمام الخرشي(٤): في شرح مختصر خليل: (حكم الحاكم إذا وقع علي وجه الصواب، يرفع العمل بمقتضي الخلاف، بمعني إذ رُفع لمن لا يراه ليس له نقضه، وإلا فالخلاف بين العلماء موجود علي حاله)(٥).

٣- وقال د/ شوقي علام(٦): (فليس المقصود برفع الخلاف: رفع الخلاف الحاصل بين العلماء في خصوص هذه المسألة مثلاً، لأنّ الخلاف واقعٌ وحاصل)(٧).

ويستفاد مما سبق أمورٌ هي:

أ- أن رفع الخلاف هو: رفع العمل بمقتضي الخلاف، أي: أن المخالف ينفذ هذا الحكم وإن كان مخالفاً لما يراه.

ب- أن رفع الخلاف يعني عملية الالتزام بحكم القاضي، لكن ليس معناه أن

---

(١) الردود والنقود شرح مختصر ابن الحاجب لمحمد بن محمود البابرتي الحنفي (٥٣٠/١) ط مكتبة الرشد ناشرون دون طبعة ٢٠٠٥م.

(٢) هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي توفي (١٢٣٠هـ) من اهل دسوق بمصر له (الحدود الفقهية) وحاشية علي الشرح الكبير علي مختصر خليل ،الأعلام لخير الدين الزركلي (١٧/٦).

(٣) حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير لمحمد بن عرفه الدسوقي (١٥٦/٤) ط دار الفكر دون طبعة أو تاريخ.

(٤) هو محمد بن عبد الله الخراشي المالكي اول من تولي مشيخه الازهر (١٠١٠-١١٠١هـ) له (الشرح الكبير علي متن خليل ط) ومنتهي الرغبة في حل ألفاظ النخبة الأعلام للزركلي (٢٤٠/٦-٢٤١).

(٥) شرح مختصر خليل للخرشي (١٦٦/٧) طبعه دار الفكر دون طبعة أو تاريخ.

(٦) هو د شوقي ابراهيم عبد الكريم علام ولد في محافظه البحيرة تولي دار الافتاء المصرية في مارس ٢٠١٣م موسوعة ويكبيديا علي الشبكة العنكبوتية.

(٧) الحكم القضائي وأثره في رفع الخلاف الفقهي د شوقي علام (٢٢) ط مكتبة الوفاء القانونية ط١ ط١ ٢٠١٤م.

يترك المخالف قوله، فهذا رفع عمليٌ وليس رفعاً علمياً، فلم يكن حكم الحاكم مانعاً من عرض ما قُضي فيه أمام النظر والفقه من قبل الفقهاء.

المبحث الثاني:
أدلة رفع الخلاف بحكم الحاكم (القاضي)،
والشروط الواجبة في الحكم والحاكم

وفية ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: أدلة رفع الخلاف الفقهي بحكم الحاكم (القاضي)

رفع حكم القاضي للخلاف ثابت بأدلة من الكتاب والسنة وأقوال الفقهاء:

١- فمن أدلة الكتاب قول الله تعالي: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾(١) قال القرطبي في تفسير الآية: (فإذا حكم (أي رسول الله ﷺ) بين متخاصمين، فحكمه هو فصل الخطاب في النزاع، ومن ثم وجب علي المتنازعين التسليم له والإنصياع)(٢).

وجاء في الفتاوي الهندية (وليس التسليم بالحكم القضائي قاصراً علي المتنازعين فقط، بل يجب التسليم به أيضا كل من يمكن أن يتعرض لهذا الحكم من القاضي أو غيره من القضاة، فهو حكمٌ رافعٌ لكل خلافٍ يمكن أن يكون)(٣).

وقال د/ شوقي علام مستدلاً بهذا الدليل: (٤) (وعلي هذا الأساس متي صدر صدر الحكم القضائي مستوفياً لشروطه فينبغي علي الخصمين الانصياع والتسليم له، لأن القاضي منصوبٌ لحسم النزاع الحاصل بين الناس)

٢- واما الدليل من السنة فيما رواه النسائي(٥) عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي بَكْرَةَ،

---

(١) سورة النساء الآية (٦٥)

(٢) الجامع لأحكام القران للإمام محمد بن أحمد القرطبي (٢٦٧/٥) ط دار الكتب المصرية ط٢- ١٩٦٤م.

(٣) الفتاوي الهندية تأليف لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي (٣٣٢/٣) ط دار الفكر ط٢ ١٣١٠ هـ.

(٤) الحكم القضائي وأثره في رفع الخلاف د شوقي علام (٣٣).

(٥) رواه النسائي في سننه في كتاب ادأب القضاء باب النهي عن ان يقضي في قضاء بقضاءين ح (٥٤٢١) ط مكتبة المطبوعات الاسلامية حلب ط٢ ١٩٨٦ وقال محققه محمد ناصر الدين

بَكْرَةَ، وَكَانَ عَامِلًا عَلَي سِجِسْتَانَ قَالَ: كَتَبَ إِلَيَّ أَبُو بَكْرَةَ يَقُولُ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ يقول: «لَا يَقْضِيَنَّ أَحَدٌ فِي قَضَاءٍ بِقَضَاءَيْنِ، وَلَا يَقْضِي أَحَدٌ بَيْنَ خَصْمَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ

فقد جاء في حاشية السندي علي سنن النسائي: (المقصود من نصب القضاة قطع النزاع)(١)

وقال الدكتور شوقي علام: (وعلي هذا فإذا أصدر القاضي حكما مستوفيا لشروطه فإنه يرفع الخلاف في خصوص هذه المسألة المعروضة)(٢).

وقد حفلت كتب الفقهاء بأقوالٍ تفيد بأنّ حكم القاضي رافعٌ للخلاف في المسألة المعيّنة، ومن ذلك:

– جاء في حاشية ابن عابدين علي الدر المختار قوله: (علي أنّ قضاء القاضي في محل الاجتهاد يرفع الخلاف)(٣).

–وجاء في حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير قال (بل قال ابن عرفة: المذهب أنّ حكم الحاكم بالشفعة للجار رافعٌ للخلاف فلا يُنقَض)(٤)

–وجاء في حاشية البيحرمي علي الخطيب: (وصرح الأصحاب، بأن حكم الحاكم في المسائل الخلافية يرفع الخلاف ويُصيّر الأمر متفقا عليه)(٥).

وجاء في البحر المحيط الثجاج: (وتفريعاً علي هذا المبدأ قرر الفقهاء، أن حكم الحاكم رافعٌ للخلاف في الأمور المتفق فيها، فمتي صادف أمراً فصلاً مجتهداً فيه نفذ ووجب أتباعه)(٦)

المطلب الثاني: الشروط الواجبة في الحاكم (القاضي).

بيّن الفقهاء الشروط الواجب توافرها في القاضي، وبعض هذه الشروط متفقٌ عليها وبعضها مختلفٌ فيها:

الالباني صحيح (٢٤٧/٨).

(١) حاشية السندي علي النسائي لنور الدين بن عبد الهادي تحقيق دعبد الفتاح أبوغدة (٢٤٧/٨) ط مكتب المطبوعات الاسلامية حلب ط ٢ ١٩٨٦م.

(٢)الحكم القضائي واثره في رفع الخلاف الفقهي د شوقي علام (٣٥).

(٣) رد المحتار علي الدر المختار لابن عابدين (٣٤٧/٣)

(٤) حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير (١٥٤/٤).

(٥) تحفة الحبيب علي شرح الخطيب (حاشية البيجرمي علي الخطيب) لسليمان بن محمد البيجرمي (٢٤٨/٣) ط دار الفكر ١٩٩٥ بدون طبعه

(٦) البحر المحيط الثجاج في شرح صحيح الامام مسلم بن الحجاج لمحمد بن علي آدم الاثيوبي (١٠٦/٣٢) دار ابن الجوزي ط١٤٢٦–١٤٣٦.

اولاً: الشروط المتفق عليها هي: الإسلام، والعقل، والبلوغ(١).

١- الشرط الأول: الإسلام فهو شرط لمن تصح توليته القضاء، لآنّ الكافر ليس أهلاً للولاية لقوله تعالي: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ (٢) ولا سبيل أعظم من القضاء، (٣) وأجاز أبو حنيفة قضاء غير المسلم علي أهل دينه(٤).

٢-الشرطان: الثاني والثالث: البلوغ، والعقل، (التكليف) لاريب أنّ الحكم القضائي هو ثمرة جُهدٍ عقليٍ شاق ولا يصل إليه إلا من كان فطناً كامل الرأي، وكل ذلك لا يوجد إلا إذا وجدت أدواته وهي العقل وجوداً تاماً، ولما كان العقل خفيا لا يدرك أناطه العلماء بكمال الجسم وكمال الجسم لا يكون إلا بالبلوغ(٥).

- كما أن غير البالغ وكذا المجنون لا ولاية لهما علي أنفسهما فلا يكونان واليين علي غيرهما من باب أولي.

فقد قال الإمام الماوردي(٦) في شرط البلوغ: (وأما البلوغ فإنّ غير البالغ لا يجري عليه قلمٌ ولا يتعلق بقوله علي نفسة حكم وكان أولي ألا يتعلق علي غيره حكم)(٧).

وفي شرط العقل قال الإمام الماوردي: (وهو مجمعٌ علي اعتباره ولا يكتفي فيه بالعقل الذي يتعلق به التكليف، من علمه بالمدركات الضرورية، حتي يكون صحيح التمييز، جيد الفطنة، بعيداً عن السهو والغفلة، يتوصل بذكائه إلي إيضاح

(١) ينظر بدائع الصنائع للكاساني الحنفي (٤/٧) ط دار الكتب العلمية، ط٢-١٩٨٦م، ورد المحتار علي الدر المختار لابن عابدين (٣٥٦/٥)، ومجمع الأنهر في شرح ملتقي الأبحر لشيخي زادة (١٥٥/٢) ط دار احياء التراث العربي دون طبعة أو تاريخ ، والحكم الحكم القضائي واثرة في رفع الخلاف الفقهي (٧٣).يراجع

(٢) سورة النساء: جزء من الآية ١٤١

(٣) ينظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٢٨٣/٦)، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج مع حاشية الشرواني وابن قاسم العبادي (١٠١/١٠) والانصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (١٥٤/١١).

(٤) الاحكام السلطانية لابي الحسن علي بن محمد الماوردي (١١١) ط دار الحديث بدون طبعة أو تاريخ.

(٥) الحكم القضائي واثره في رفع الخلاف الفقهي د شوقي علام (٧٤).

(٦) هو علي بن محمد بن حبيب اقضي القضاة ابو الحسن الماوردي صاحب الحاوي رحمه الله (٣٦٤-٤٥٠) طبقات الفقهاء الشافعية لابن الصلاح (٦٣٦/٢) ط دار البشائر الإسلامية بيروت ط ١٩٩٢

(٧) الاحكام السلطانية للماوردي (١١٠) ،

ما اسْتشكل وفصْل ما أعْضَل)[١].

وأما الشروط المختلف فيها فنقتصر علي المؤثَّر والمرجح منها، وهي الذكورة والعدالة والاجتهاد والسمع والبصر والكلام (أي سلامة الحواس): –

١– الشرط الأول: الذكورة

ذهب الجمهور من الفقهاء إلي انه لا تصح ولاية المرأة للقضاء[٢]، وذهب الأحناف إلي جواز ولايتها، فيما عدا الحدود والقصاص[٣]، وذهب ابن جرير الطبري[٤]، ومحمد بن الحسن الشيباني[٥]، وابن حزم الظاهري[٦] إلي جواز ولايتها ولايتها مطلقا.

– والمرجح هو قول الجمهور، استدلالاً بقوله ﷺ: «لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَّوْا أَمْرَهُمُ امْرَأَةً»[٧]

فقد قال الإمام القسطلاني في شرح الحديث: (ومذهب الجمهور أن الأمة لا تلي الإمارة ولا القضاء)[٨].

وقال د/ شوقي علام[٩]: (فالأنوثة مظنة الإخلال وعدم الكمال في القيام بأعباء الولاية).

٢– الشرط الثاني: العدالة: –

العدالة هي: (المحافظة الدينية علي اجتناب الكذب والكبائر وتوخي

(١) الأحكام السلطانية لأبي الحسن الماوردي (١١١).
(٢) ينظر مجموع الفتاوي لابن تيمية (١٥٠/٢٠)، وبداية المجتهد (٢٤٣/٤) والموسوعة الفقهية الكويتية (٢٦٩/٢١)
(٣) ينظر: مجموع الفتاوي لابن تيمية (١٥٠/٢٠)، وبداية المجتهد (٢٤٣/٤) والموسوعة الفقهية الكويتية (٢٦٩/٢١)

(٤) المغني لابن قدامة، أحمد بن محمد بن قدامة، (١٢/١٤) طعام الكتب، ط٣–١٩٩٧م.
(٥) التوضيح في شرح مختصر بن الحاجب لخليل بن اسحاق المالكي (٤٠١/٧) ط مركز نجيبويه نجيبويه للمخطوطات، ط١–٢٠٠٨م.
(٦) المحلي، علي بن أحمد بن حزم (٥٢٧/٨) ط دار الفكر، دون طبعة أو تاريخ.
(٧) رواه البخاري في صحيحه في كتاب المغازي باب كتاب النبي ﷺ الي كسري بن هرمز ح (٤٤٢٥).
(٨) إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري للإمام أحمد بن محمد القسطلاني (٤٦٠/٦) ط الكتبة الأميرية الكبريط٧–١٣٢٣ هـ..
(٩) الحكم القضائي واثره في رفع الخلاف الفقهي (٨٤).

الصغائر)[١].

واشتراط العدالة في القاضي هو: مذهب جمهور المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

أما الأحناف فيجوز عندهم قضاء الفاسق قياساً علي جواز شهادته

فقد جاء في بدائع الصنائع: (وأهلية القضاء ترد مع أهلية الشهادة)[٥]

ولذلك قال الإمام الكاساني: (العدالة عندنا ليست بشرطٍ لجواز التقليد ولكنها شرط للكمال، فيجوز تولية الفاسق وتنفذ قضاياه، إذا لم يجاوز فيها حد الشرع)[٦].

الشرع)[٦].

– والقول المختار: أنّ شرط العدالة أصبح من الندرة بمكان، فمتي وجد العدل وجبت توليته، وإذا لم يوجد فيجوز تولية الفاسق منعاً لضياع الحقوق.

– فقد قال صاحب كشاف القناع: (وشروط القضاء تغيير بحسب الإمكان ويجب تولية الأمثل فالأمثل.... فيولي للعدم أنفع الفاسقين وأقلهم شراً)[٧]

– وقال د/ شوقي علام: (وبناءً علي ذلك كله؛ نري أنّ القواعد العامة تقضي بصحة ولاية الفاسق في هذه الحالة؛ مع الأخذ في الاعتبار ضرورة المراقبة الكاملة الدقيقة لأعمال القضاة)[٨]

الشرط الثالث: الاجتهاد

الاجتهاد هو: استفراغ الوسع في طلب الظنّ بشيءٍ من الأحكام الشرعية علي

---

(١) مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل، محمد بن محمد المعرف بالحطاب الرعيني (١٥١/٦) ط دار الفكرط٣-١٩٩٢م.

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد بن احمد عليش (٢٥٨/٨) ط دار الفكر بدون طبعة (١٩٩٨). (١٩٩٨).

(٣) مغني المحتاج الي معرفة ألفاظ المنهاج للشربيني (٢٦٢/٦)، والنجم الوهاج شرح المنهاج (١٤٤/١٠) ط دار المنهاج ط٢٠٠٤م.

(٤) المغني لابن قدامة المقدسي (١٣/١٤) شرح الزركشي علي متن الخرقي (٢٣٧/٧) ط دار العبيكان\ ط١٩٩٣م.

(٥) بدائع الصنائع للإمام الكاساني (١٠/٧)

(٦) المرجع السابق.

(٧) كشاف القناع علي متن الإقناع للإمام منصور بن يونس البهوتي (١٩٦/٦) ط دار الكتب العلمية بدون طبعة أو تاريخ.

(٨) الحكم القضائي وأثره في رفع الخلاف الفقهي (٩١).

وجهٍ يُحس من النفس من العجز بالمزيد عليه[١]

والمجتهد هو: (المستفرغ وسعه في درك الأحكام الشرعية)[٢].

ويشترط في المجتهد كونه فقيهاً، أي عالماً بأصول الفقه بحيث يكون له قدرة علي استخراج احكام الفقه من أدلتها[٣]

– وقد ذهب لاشتراط الاجتهاد في القاضي كلٌ من: الشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، وبعض المالكية[٦]، ومحمد بن الحسن الشيباني من الأحناف[٧].

الأحناف[٧].

– والقول المختار في ذلك: جواز تولية غير المجتهد للقضاء طالما كان عنده أصل العلم الذي يؤهله إلي إحقاق الحقوق[٨].

لأنّ اشتراط الاجتهاد في القاضي يصعب وجوده في عصرنا هذا، كما أنّ الأحكام القضائية تم تقنيتها في مواد يحكم بها القاضي لا يخرج عنها، وسوف يأتي مزيدٌ لبيان هذا الأمر في فصل (تقنين أحكام الشريعة الإسلامية)[٩].

٣– الشرط الرابع: سلامة الحواس، (السمع، والبصر، والكلام) فقد قال الإمام الزركشي: (ومنها (أي شروط القاضي): أن يكون متكلماً سميعاً بصيراً، لأن الأخرس يتعذر عليه النطق بالحكم، وإشارته إن فُهمت، لكن لا يفهمها كلٌ أحد، والأصم لا يسمع قول الخصمين والأعمي لا يعرف المُدَّعِي من المُدّعَي عليه والشاهد من المشهود له)[١٠].

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١٦٢/٤).

(٢) تيسير الاصول الي منهاج الوصول لابن امام الكاملية (٢٨٠/٦) ط دار الفاروق الحديثة للطباعة والنشر القاهرة ط ٢٠٠٢م.

(٣) مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، محمد بن أحمد المعروف بابن النجار (٤٦٦/٤) ط مكتبة مكتبة العبيكانط٢–١٩٩٧م.

(٤) ينظر نهاية المحتاج في شرح ألفاظ المنهاج (٢٣٥/٨).

(٥) حاشية الجمل علي شرح المنهج، سليمان بن عمر الجمل (٣٣٧/٥) ط دار الفكر، دون تاريخ أو طبعة.

(٦) المغني لابن قدامة (١٤/١٤) ،والمحرر في الفقه للمجدابن تيمية (٢٠٣/٢١) ط مكتبة المعارف –الرياض–ط٢–١٩٨٤م.

(٧) روضة القضاة وطريق النجاة لعلي بن محمد السمناني (٥٨/١) ط مؤسسة الرسالة ط٢ – ١٩٨٤م.

(٨) الحكم القضائي واثره في رفع الخلاف الفقهي د شوقي علام (١٠٤).

(٩) يوجد فصل بعنوان (تقنين الأحكام الفقهية) في هذه الدراسة.

(١٠) شرح الزركشي علي مختصر الخرقي (٢٣٦/٧).

وقد اشترط سلامة الحواس: الشافعية(١)، والحنابلة(٢)، واشترطها الجمهور الجمهور من الأحناف فيما عدا السمع(٣)، وأما المالكية فقد ذهب بعضهم إلي انعقاد ولاية الأصم والأعمي والأبكم(٤).

المطلب الثالث: شروط الحكم الذي يرتفع به الخلاف

حكم الحاكم هو الحكم الذي يرفع الخصومة والتنازع في كل نزاع يُرفع إلي القاضي، ولابد له من توافر شروطٍ معينّةٍ فيه، حتي يكون رافعاً للخلاف الحاصل بين الفقهاء، فليس كل ما يصدر من القاضي من الأحكام رافعاً للخلاف، (٥)، ومن خلال مطالعة كلام الأصوليين والفقهاء فيمكن إجمال الشروط الأساسية فيما يلي:(٦)،

١- الشرط الأول: أن يكون الحكم في المسائل الاجتهادية، والمسائل الاجتهادية هي: الأحكام الشرعية التي أدلتها ظنية، أي أدلتها عارية عن القطع(٧).

- فقد قال الإمام الآمدي: (اتفقوا علي أن حكم الحاكم لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية لمصحة الحكم)(٨).

---

(١) كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، لأبي بكر محمد بنعبد المؤمن الشافعي (٥٤٩) ط دار الخيرط١، ١٩٩٤، حاشية البيجرمي علي شرح المنهج (٣٤٥/٤).

(٢) المبدع في شرح المقنع لابن مفلح (١٥٤/٨)، وشرح الزركشي علي مختصر الخرقي (٢٣٦/٧). (٢٣٦/٧).

(٣) الاختيار لتعليل المختار، لمجد الدين عبد الله بن محمود الموصلي (٢٨٣) ط مطبعة الحلبي، ١٩٣٧م بدون طبعة.

(٤) التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب (٣٩٣/٧).

(٥) بتصرف من الحكم القضائي وأثره في رفع الخلاف د شوقي علام (١٣٨).

(٦) توجد شروط غير ما ذكر لكنها غير متفق عليها مثل١- أن يبني الحكم علي سبب صريح. ٢- الحكم بمالا يخالف مذهبه ٣- عدم خالفة القواعد الكلية ٤-عدم مخالفة عمل أهل المدينة ينظر في ذلك نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون د عبد الناصر موسي أبو البصل (٥٣٨، ٥٣٩، ٥٣٨) ط دار النفائس الأردن دون تاريخ أو طابعة.

(٧) حاشية التفتازاني علي مختصر المنتهي لعضد الدين الإيجي (٦١٢/٣) ط دار الكتب العلمية ط١ (٢٠٠٤).

(٨) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٢٠٣/٤).

– وقال الإمام القرافي: (اعلم أن حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف، ويرجع عن مذهبه لمذهب الحاكم)(١).

–وقد قال ابن عابدين: (قضاء القاضي في محل الاجتهاد يرفع الخلاف)(٢).

الخلاف)(٢). فالمسائل التي أدلتها ظنية هي التي يقع فيها الخلاف والتنازع، وتحتاج إلي حسم النزاع فيها، كمسألة النكاح بدون ولي مثلاً.

وعلي هذا: (إذا وجدت الظنيّة أي الثبوت أو الدلالة ولم يكن هناك إجماعٌ فإنّ الدليل لا يفيد القطع بل يفيد الظن، ومن ثمّ يكون محلاً للاجتهاد واختلاف الفقهاء، وبناءً عليه يرفع الخلاف الفقهي في هذه الحالة بالحكم القضائي وهذا هو مناط الشرط)(٣).

الشرط الثاني: ألا يخالف الحكم قاطعا من كتابٍ أو سنّةٍ أو قياسٍ جلّي أو إجماع(٤).

وهذا الشرط مبني علي الشرط السابق، فكون مجال حكم القاضي في المسائل الاجتهادية، أي ما يكون دليله ظنياً ليس مقطوعاً به.

أما ما كان دليله مقطوعاً به فليس مما يتناوله حكم القاضي ولو تناوله لنُقض حكمه، وقد نص علي ذلك كثير من الأصوليين والفقهاء: –

١– فقد قال الإمام الآمدي: (ومما يمكن نقضه أي حكم الحاكم إذا كان حكمه مخالفاً لدليل قاطع من نص أو إجماع أو قياس جلي)(٥).

٢– وقال الإمام السرخسي: (فالقضاء بخلاف النص والإجماع باطل، وهو جهل من القاضي)(٦).

٣– وقال الإمام الكاساني: (حتي لو قضي القاضي بما قام الدليل القطعي

(١) انوار البروق في أنواء الفروق للإمام القرافي (١٠٣/٢).
(٢) رد المحتار علي الدر المختار لابن عابدين (٣٤٧/٣).
(٣) الحكم القضائي واثره في رفع الخلاف الفقهي (١٥٠).
(٤) مسألة جواز مخالفة الحكم للقياس محل اتفاق عند المالكية والشافعية وقول عند الحنابلة، ينظر ينظر نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون د ناصر ابو البصل (٥٢٧) واضاف بعض المالكية شرط عدم مخالفة القواعد الكلية، ينظر نفس المصدر (٥٢٨)
(٥) الإحكام في أصول الاحكام للآمدي (٢٠٣/٤).
(٦) المبسوط للإمام، محمد بن أحمد السرخسي (٨٤/١٦) ط جار المعرفة ١٩٩٣م بدون طبعة.

علي خلافه، لم يجز لأنه قضاء بالباطل)(١).

٤- وقال الإمام ابن قدامة في المغني: (فإن كان الخطأ (أي من القاضي) لمخالفة نصٍّ أو كتابٍ أو سنّةٍ أو إجماعٍ نُقِض حكمه)(٢)

٢- الشرط الثالث: أن يكون الحكم في محلٍّ قابلٍ لحكم الحاكم.

فحكم القاضي لايشمل كل المجالات وقد أوضح الفقهاء ما يدخل تحت حكم الحاكم ومالا يدخل تحت حكمه.

١- فقد قال ابن تيمية: (والأمة إذا تنازعت في معني آية أو حديث أو حكم خبري أو طلبي، لم يكن صحة أحد القولين وفساد الآخر ثابتاً بمجرد حكم الحاكم وإنما ينفذ حكمه في الأمور المعيّنة دون العامة)(٣).

وقال: أيضا في تنازع الناس في معني قوله تعالي: ﴿ٱلرَّحۡمَٰنُ عَلَى ٱلۡعَرۡشِ ٱسۡتَوَىٰ﴾(٤).

﴾(٤).

قال: (لم يكن حكم الحاكم بصحة أحد القولين وفساد الأخر فيما فيه فائدة، وكذلك في باب العبادات)(٥)

٢- وقال الإمام القرافي في تعريفه للحكم الذي يقع للحاكم ويمتنع نقضه: (إنشاء إطلاق أو إلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب لما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا)(٦)؛ ثم فسر لمصالح الدنيا فقال: (احترازٌ لمسائل الاجتهاد في مسائل العبادات ونحوها فإن التنازع فيها ليس لمصالح الدنيا؛ بل لمصالح الاخرة فلا يدخل فيها حكم الحاكم أصلا)(٧).

٣- وقال ابن فرحون الأندلسي في تبصرة الحكام في بيان ما يدخله حكم الحاكم

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني الحنفي (٤/٧).
(٢) المغني لابن قدامة المقدسي (٣٤/١٤).
(٣) مجموع الفتاوي لابن تيمية (٢٣٨/٣).
(٤) سورة طة جزء من الآية (٥).
(٥) مجموع الفتاوي (٣٣٩/٣).
(٦) الاحكام في تمييز الفتاوي عن الاحكام وتصرفات القاضي والإمام للإمام القرافي (٣٣) ط دار البشاير الأسلاميةط٢-١٩٩٥م.
(٧) السابق.

وما لا يدخله (القسم الثاني: مالا يحتاج إلي حكم الحاكم كتحريم المحرمات المتفق عليها كالعصير إذا اشتد، والمختلف فيها كتحريم السباع، وكذلك وفاء الديون ورد الودائع والمغصوب وأحكام العبادات والمبادرة فيها متعين ولا يفتقر فيها إلي حكم الحاكم استقلالاً)(١).

ويفهم من كل ما سبق: –

– أن حكم القاضي لا يدخل في الآتي:

١– أمور العبادات، وعلي هذا مذهب الحنفية(٢)، وجمهور المالكية(٣)، والحنابلة(٤)، وبعض الشافعية(٥).

٢– مسائل العقيدة، إلا ما كانت بدعةً ظاهرةً تُخِلّ بسلامة المعتقد لجمهور الأمة.

٣– المسائل العلمية التي فيها خلاف ليس له تعلق بنزاع عملي بين طرفين؛ كحكم صلاة الوتر مثلا، ومسّ المصحف لغير المتوضئ، والمعراج كان بالروح أم بالجسد أم غير ذلك؟.

تعقيب علي شروط الحكم.

هذه الشروط إنما ساقها الفقهاء لبيان الحكم الصحيح إذا اصدره القاضي المجتهد، أما القاضي المقلد فليس له الحكم إلا بالصحيح الذي يفتي به في مذهبه(٦)

وقد قال ابن الغرس: (وأما المقلد المحض فلا يقضي إلا بما عليه العمل والفتوي)(٧).

---

(١) تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام لإبراهيم بن علي بن فرحون برهان الدين (١١٢/١) ط مكتبة الكليات الأزهرية ط١–١٩٩٦م.

(٢) ينظر المحيط البرهاني في الفقه النعماني، مجمود بن أحمد البخاري (٢٨/٨) ط دار الكتب العلميةط١–٢٠٠٤م.

(٣) أنوار الفروق في أنواء البروق للإمام القرافي (٩٢) وحاشية الدسوقي علي الشرح الكبير (١٣٩/٤).

(٤) ينظر شرح منتهي الإرادات للبهوني (٣١/١) ط عالم الكتب، ط١–١٩٩٣م.

(٥) ينظر الحكم القضائي وأثره في رفع الخلاف الفقهي (١٧٦).

(٦) حاشية رد المحتار علي الدر المختار (٤٠٨/٥).

(٧) السابق، وابن الغرس هو محمد بن محمد بن محمد بن خليل، فاضل من فقهاء الحنفية (١٤٤٩–

وقال الإمام القرافي: (وإن كان مقلدا (أي الحاكم) جاز له أن يفتي بالمشهور في مذهبه)(١). غير أن اختيار القاضي المقلد للراجح من مذهبه أصبح الآن عسيراً أيضا، لأنّ تحرير الراجح من الأقوال، والبحث في ذلك لا يقدر عليه القضاة في الوقت الحاضر، ولذلك فانه ينبغي تقنين الفقه الإسلامي بما يحدد القول الراجح الواجب تطبيقه، سواءً فيما يتعلق بالأحكام الشرعية المستنبطة من الأدلة أو ما يتعلق بالبيّنات التي تثبت الحقوق، وهذا وفقاً لضوابط التقنين(٢)

(وحكم القاضي وفق القوانين الشرعية المرتبة في صورة مواد ذات أرقام متسلسلة لجميع الأبواب والفصول؛ علي غرار مجلة الأحكام العدلية والقوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية المعمول بها في الدول العربية الآن)(٣).

يكون هو الحكم الرافع للخلاف مع مراعاة شروط الحكم الصحيح.

المطلب الرابع: تحرير الصور (المجالات) التي يرتفع فيها الخلاف بحكم الحاكم:

يتضح فيما تم إيراده من الكلام علي تحرير معني رفع الخلاف بحكم الحاكم(٤)، وكذا الكلام علي شروط الحكم(٥)، وشروط الحاكم(٦) في هذه الدراسة، أن الصورة التي يرتفع فيها الخلاف بحكم القاضي هي:

١- أن يكون الحكم في القضية المعينة وليس حكماً عاماً يشمل جميع الأمة، فلا يتعدي المتخاصمين والمتنازعين.

٢- أن يكون فيما فيه منازعة في مسائل المعاملات، أو فيما يكون فيه المشاقة واظهار العناد والمخالفة، ولو كان في مسائل العبادات.

٣- أن يكون الحكم في المسائل الاجتهادية، ولا يخالف قطعياً من الكتاب

١٤٨٩م) ينظر الأعلام (٥٢/٧).

(١) الاحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام للإمام القرافي (٩٢)

(٢) ينظر الحكم القضائي واثره في رفع الخلاف الفقهي (١٧٠، ١٧١).

(٣) نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، د ناصر أبو البصل (٢٨٢).

(٤) ينظر الحكم القضائي وأثره في رفع الخلاف الفقهي، دشوقي علام (١٣-١٥).

(٥) ينظر السابق (١٣٨-١٨٠).

(٦) ينظر رد المحتار علي الدر المختار (٣٥٥/٥-٣٥٦)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٢٩٧/٢٨-٣٠٥).

والسنة أو الإجماع أو القياس الجلي.

٤- أن يصدر الحكم من صاحب الاختصاص وهو القاضي المعيّن من قِبل ولي الأمر، وهذا الرفع هو رفع عملي أي رفع العمل بمقتضي الخلاف، أما الخلاف العلمي فهو باقٍ علي حاله.

المبحث الثالث:

مسائل تطبيقيه في رفع حكم القاضي للخلاف الفقهي

المسألة الأولي: ولاية الفاسق في عقد تزويج ابنته.

اختُلِف في تولي الفاسق عقد زواج ابنته علي قولين هما:

أ- القول الأول: عدم اشتراط العدالة في الولي، وأنه تجوز ولاية الفاسق في النكاح وهو مذهب الحنفية(١) والمالكية في المشهور من مذهبهم(٢)، ووجه عند الشافعية(٣)، ورواية في مذهب الحنابلة(٤)، واستدلوا بالاتي:

١- استدلوا بقوله تعالي ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ۚ إِن يَكُونُوا۟ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ ۗ ﴾(٥) وقوله ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ مُحْصَنَـٰتٍ غَيْرَ مُسَـٰفِحَـٰتٍ وَلَا مُتَّخِذَٰتِ أَخْدَانٍ ۚ فَإِذَآ أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَـٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَـٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ ۚ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِىَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ ۚ وَأَن تَصْبِرُوا۟ خَيْرٌ لَّكُمْ ۗ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ (٦) ووجه الدلالة الدلالة عدم تفصيل الآيات بين العادل والفاسق(٧)

٢- وقالوا: إنه يملك قبول النكاح لنفسه بنفسه وكذلك يملك الإيجاب كالعدل(٨)

٣- وقالوا أن ولاية الفاسق في النكاح قائمه علي النظر والفسق لا يقدح في

---

(١) بدائع الصنائع للكساني (٢/٢٣٩) التجريد للقدوري٩/٣٢٣)

(٢) المعونة علي مذهب عالم المدينة (١/٧٣٩) عيون المسائل للقاضي عبد الوهاب المالكي (١/٢٩٩) ط دار بن حزم بيروت ط١ ٢٠٠٩م.

(٣) روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام النووي (٧/٦٤) طبعة المكتب الاسلامي ط٣ ١٩٩١م، وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار (٣٥٨).

(٤) المبدع شرح المقنع لابن مفلح ٦/١٠٩) الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٨/٧٤).

(٥) سورة النور: جزء من الآية٣٢.

(٦) سورة النساء: الآية٢٥.

(٧) التجريد، أحمد بن محمد القدوري (٩/٣٢٣) المسالة (٢١٠١٦) ط دار السلام القاهرة، ط٢-٢٠٠٦م. ٢٠٠٦م.

(٨) بدائع الصنائع للكساني (٢/٢٣٩).

القدرة علي تحصيل النظر(١)

ب- القول الثاني: يشترط العدالة في ولاية النكاح وولاية الفاسق باطلة، وهو الأظهر عند الشافعية(٢)، والمذهب عند الحنابلة(٣)، وغير المشهور عند المالكية(٤)

وقد استدلوا بحديث رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيٍّ مُرْشِدٍ، أو سُلْطَانٍ»(٥)

- ورغم الخلاف في هذه المسألة علي نحو ما تم ذكره، لكن إذا قضي القاضي بصحة هذا الزواج لزم من يقول بعدم صحته، وارتفع بذلك الخلاف بحكم القاضي.

فقد جاء في تحفة المحتاج: (وأما القاضي فيجب عليه أن يفرق بينهما إذا علم بذلك، أي فساد الزواج لعدم استجماع شروط الصحة، وهذا كله حيث لم يكن حكم حاكم بصحة النكاح الأول ممن يري صحته، مع فسق الولي والشاهد، وأما إذا حكم به حاكم فلا يجوز له العمل بخلافه لا ظاهراً ولا باطناً لما هو مقرر أن حكم الحاكم يرفع الخلاف)(٦).

المسألة الثانية: جواز نكاح المرأة بدون ولي: -

اختلف الفقهاء في صحة زواج المرأة بدون ولي علي قولين:

القول الأول: ذهب الجمهور من المالكية(٧)، والشافعية(٨)، والحنابلة(٩)،

---

(١) السابق.

(٢) روضة الطالبين وعمدة المفتيين للإمام يحي بن شرف النووي (٦٤/٧) ط المكتب الإسلامي، ط٣-١٩٩١م.

(٣) الانصاف في معرفة الراجح من ا لخلاف (٧٣/٨).

(٤) مناهج التحصيل ومباهج اطائف التأويل في شرح المدونة لأبي الحسن الرجراجي (٣٣٠/٣) ط ط دار ابن حزم٢٠٠٧م دون رقم طبعة.

(٥) الحديث رواه البيهقي في السنن الكبري في كتاب النكاح باب لا نكاح الا بولي (٦٣١٧١٣) وقال المشهور انه موقوف علي بن عباس رضي الله عنهما (٢٠١/٧).

(٦) تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحاشيتا عبد الحميد الشرواني وا بن قاسم العبادي (٢٣٣/٧) ط دار بن رجب للتراث العربي بيروت ١٩٨٣م بدون طبعه.

(٧) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمدابن رشد الحفيد (٣٦/٣) ط دار الحديث-٢٠٠٤م بون بون طبعة، الفواكه الدواني (٤/٢)، أحمد بن غانم النفراوي، ط دار الفكر-١٩٩٥، بدون طبعة.

(٨) المجموع للنووي (١٤٦/١٦)، وكفاية الاخيار (٣٥٥).

والحنابلة(١)، إلي أن زواج المرأة بدون وليها لا يصح، واستدلوا بأدلة منها:

١- قوله سبحانه ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ (٢) وجه الدلالة: أن هذا خطاب للأولياء بعدم منعهن إذا أردن الرجوع لأزواجهن، وهذا يدل علي أنها لا تتزوج إلا بولي وإلا كان العقد وعدمه سواء.

٢- ما رواه الترمذي عَنْ أَبِي مُوسَي، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ:" لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ "(٣)

٣- ما رواه أبوداود عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: قَالَ رَسولُ اللهِ ﷺ: " إِذَا نُكِحَتِ الْمَرْأَةُ بِغَيْرِ إذن مَوْاليهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ)(٤)

٤- واستدلوا أيضا: بأن المرأة ضعيفة العقل والدين فتكون غير مأمونة علي البضع(٥)

القول الثاني: ذهب أبو حنيفة(٦) إلي صحة نكاح المرأة البالغة العاقلة بدون ولي، واستدلوا بأدلة منها:

١- قوله سبحانه ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ (٧) وجه الدلالة: أنه أسند النكاح لها لها بدون الولي، فدل ذلك علي صحته(٨)

٢- ما رواه مسلم في صحيحه ‘عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «الثَّيِّبُ

(١) المغني لابن قدامة (٤٣٥/٩)، والمبدع في شرح المقنع (١٠٣/٦).
(٢) سورة البقرة جزء من اية (٢٣٢).
(٣) رواه الترمذي في سنن ابواب النكاح باب ما جاء لا نكاح الا بولي ح (١١٠١).
(٤) رواه ابو داود في سننه في كتاب النكاح باب الولي ح (٢٠٨٣).
(٥) ينظر المغني لابن قدامة (٣٤٦/٩).
(٦) البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١١٧/٢)، والتجريد للقدوري (٣٣٧/٩)
(٧) سورة البقرة جزء من الآية (٢٣٠).
(٨) ينظر تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي لعثمان بن علي الزيلعي (١١٧/٢).

أَمْلَكُ بِنَفْسِهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا»[١] وقالوا إن الأيّم من لا زوج لها بكراً كانت أم ثيب[٢]

٣- واستدلوا بأن المرأة لها الولاية علي مالها وكل من يجوز تصرفه في ماله يجوز نكاحه علي نفسه[٣]

ورغم أن المذاهب الثلاثة[٤] ذهبوا إلي عدم صحة النكاح للمرأة بدون إذن وليها، إلا أنهم استثنوا ما إذا حكم حاكم بصحته فيرتفع الخلاف بحكمه.

١- فقد قال الإمام الرافعي[٥] في شرح الوجيز: (يجب المهر بالوطء في النكاح بلا ولي ولا حد للشبهة، ولا ينقض قضاء الحنفي بصحة هذا النكاح)[٦].

٢- وقال الإمام ابن قدامة في المغني: (فصل فإن حكم بصحة هذا العقد حاكم أو كان المتولي لعقده حاكماً لم يجيز نقضه، وكذا سائر الأنكحة الفاسدة)[٧].

المسألة الثالثة: حكم بيع الفضولي:

بيع الفضولي هو: (الذي باع مال غيره بغير إذن ولا ولاية له عليه، أو اشتري لغيره بغير ولاية ولا وكالة)[٨].

وقد اختلف الفقهاء في حكم بيع الفضولي علي قولين:

القول الأول: أن بيع الفضولي باطل، وهو قول الشافعي في الجديد، ومذهب

---

(١) رواه مسلم في صحيحه كتاب النكاح باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق...ح (١٤٢١).

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١١٧/٣).

(٣) السابق

(٤) انظر تفصيل ذلك في هذه المسألة الصفحة السابقة من هذه الدراسة.

(٥) هو عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل بن الحسين بن الحسن الرفاعي القزويني الشافعي ابو القاسم فقيه اصولي محدث مفسر مؤرخ توفي في ذي القعدة بقزوين ودفن بها من تصانيفه فتح العزيز علي كتاب الوجيز للغزالي في ١٦ مجلد...أنظر معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (٣/٦) مكتبة المثني بيروت بدون تاريخ أو طبعة.

(٦) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٥٢٥/٧) ط دار الكتب العلمية بيروت طبعة ط ١٩٩٧.

(٧) المغني لابن قدامة٩ (/٣٤٧-٣٤٦).

(٨) البيان في مذهب الإمام الشافعي (٦٦/٥) ط دار المنهاج ط١ ٢٠٠٢م.

الشافعية(١)، والحنابلة(٢)، والظاهرية(٣)، وقد استدلوا بأدلة منها:

١- قوله سجانه تعالي ﴿قُلْ أَغَيْرَ اللَّهِ أَبْغِي رَبًّا وَهُوَ رَبُّ كُلِّ شَيْءٍ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾(٤) فدلت الآية علي أن تصرف النفس يتعلق بها دون غيرها(٥)

٢-ما رواه الترمذي، عن حكيم بن حزام أن النبي ﷺ قَالَ: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»(٦) وقد استدلوا به علي عدم صحة بيع الفضولي، لأن من يبع ما ليس عنده فإنه يبع بدون ملك أو إذن من المالك، وهذا هو الفضولي كما سبق في تعريفه(٧)

القول الثاني: يصح بيع الفضولي إذا أجاز المالك، وإلاّ فلا يصح، وهذا قول أبي حنيفة(٨)، ومالك(٩)، وأحمد في رواية(١٠)

وقد استدلوا علي ذلك بأدلة منها:

---

(١) أسني المطالب في شرح روض الطال، لأبي زكريا الأنصاري (١٠/٢) ط دار الكتاب الإسلامي، دون طبعة أو تاريخ، ومغني المحتاج، محمد بن أحمد الشربيني، (٣٥١/٢) ط١-١٩٩٤م.
(٢) المحرر في الفقه (٣١٠/١)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٢٨٣/٤).
(٣) المحلي لابن حزم (٤٧٥/٧)
(٤) سورة الأنعام جزء من اية ١٦٤.
(٥) احكام القرآن لابن العربي (٢٦٤/٢).
(٦) رواه الترمذي في سننه في أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ح (١٢١٣٢) وقال الترمذي حديث حسن (ج٢، ص٥٢٧).
(٧) ينظر: أسني المطالب (١٠/٢).
(٨) بدائع الصنائع للكاساني الحنفي (١٨٤/٥)، والعناية شرح الهداية (٥١/٧)
(٩) أسهل المدارك في مذهب مالك (٢٧٣/٢)، والمجموع للنووي (٢٦١/٩).
(١٠) المحرر في الفقه (٣١٠/١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٢٨٤/٤).

١- قوله سبحانه ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰاْۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِۖ﴾ (١) وجه الدلالة: أنه بيع توفرت فيه الشروط مع الإجازة من المالك فكان صحيحاً(٢)

١- واستدلوا بما رواه الترمذي عَنْ عُرْوَةَ البَارِقِيِّ، قَالَ: دَفَعَ إِلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ دِينَارًا لِأَشْتَرِيَ لَهُ شَاةً، فَاشْتَرَيْتُ لَهُ شَاتَيْنِ، فَبِعْتُ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ، وَجِئْتُ بِالشَّاةِ وَالدِّينَارِ إِلَي النَّبِيِّ ﷺ، فَذَكَرَ لَهُ مَا كَانَ مِنْ أَمْرِهِ، فَقَالَ لَهُ: «بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي صَفْقَةِ يَمِينِكَ»(٣) فقد أجازه النبي ﷺ ونفذ البيع.

ورغم أنه عقد مختلفٌ في صحته وبطلانه كما سبق، فإنّه متي حكم به حاكمٌ صحّ البيع وارتفع الخلاف بحكمه، فقد جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية (وأما البيع المختلف فيه كبيع الفضولي، فإنه إذا حكم حاكم بصحته صح العقد قضاءً)(٤).

المسألة الرابعة: وقف المشاع

وقف المشاع هو: تسبيل منفعة جزء غير مفرز ولا مقسوم سواءً كان يحتمل القسمة أو لا(٥)، وقد اختلف في وقف المشاع علي قوليين:

القول الأول: يصح عند أبي يوسف(٦) والمالكية فيما قبل القسمة(٧)، ويصح ويصح مطلقا عند الشافعية(٨)، والحنابلة(١)، ومما استدلوا به(٢):

---

(١) سورة البقرة جزء من الآية ٢٧٥

(٢) ينظر بدائع الصنائع (١٤٩/٥).

(٣) رواة الترمذي بهذا اللفظ في ابواب البيوع باب ح (١٢٥٨).

(٤) الموسوعة الفقيه الكويتية صادر عن وزارة الاوقاف الكويتية (٥٦/٩) ط دار السلاسل ط٢ط (١٤٠٤هـ-١٤٢٧هـ).

(٥) مأخوذ بتصرف يسيرمن وقف المشاع حقيقته وأنواعه، دأحمد نزار أبو شهلا (٢٩٥) مجلة الشارقة مج١٧ع٢٠٢٠١م.

(٦) فتح القدير (٢٠١١/٦)، والاختيار لتعليل المختار (٤٢/٣)، والعناية شرح الهداية (٢١٠/٦).

(٧) شرح مختصر خليل للخرشي ٧٩/٧ وحاشيه العدوي علي كفاية الطالب الرباني، علي بن أحمد أحمد الصعيدي (٢٦٤/٤) طدار الفكر-١٩٩٤م بدون طبعة.

(٨) أسني المطالب (٤٥٧/٢)، ومغني المحتاج الي معرفة ألفاظ المنهاج (٥٢٥/٣).

١- حديث عمر ابن الخطاب الذي رواه ابن ماجه قال عمر بن الخطاب: يا رسول الله إن المائة سهم التي بخيبر، لم أصب مالاً قط هو أحب إلي منها، وقد أردت أن أتصدق بها، فقال النبي ﷺ: «احبس أصلها، وسبل ثمرتها»(٣) وهذا صفة مشاع

٢- وقالوا: إنّه عقدٌ يجوز علي بعض الجملة مفرّزة فيجوز عليه مشاعاً.

٣- وقالو: إنّ الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة، وهذا يحصل في المشاع كما يحصل في المفرز.

القول الثاني: لا يصح وقف المشاع فيما لا يقبل القسمة، وهو أحد القولين الراجحين عند المالكية(٤)، وهو قول محمد بن الحسن فيما يقبل القسمة(٥)، واستدلوا بأدلة منها:

١- قالوا بأن القبض شرطٌ لتمام الوقف، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب(٦)، فوقف المشاع الذي يقبل القسمة لا يتم به القبض إلا بتقسيمه وفرزة.

٢- واستدلوا بقياس الوقف علي الصدقة، فكما لا تصح الهبه والصدقة إلا بالقبض فكذلك الوقف(٧).

ورغم الخلاف المذكور في المسألة، إلا أنّه: إذا قضي القاضي بصحته فإنّه يلْزم من لم يأخذ به ويرتفع الخلاف بحكمة.

فقد جاء في البحر الرائق لابن نجيم: (وصح وقف المشاع إذا قضي بصحته،

---

(١) المغني لابن قدامة (٢٣٣/٨).
(٢) المرجع السابق
(٣) رواه ابن ماجة في ابواب الصدقة باب من وقف ح (٢٣٩٧).
(٤) شرح مختصر خليل للخراشي (٧٩/٧) حاشية العدوي (٢١٠/٦).
(٥) الاختيار لتعليل المختار ٤٢/٣، العناية شرح الهداية، محمد بمحمد البابرتي (٢١١/٦) ط دار الفكر، دون تاريخ أو طبعة.
(٦) بدائع الصنائع للكاساني (٣٢٨/٥)، وحاشية الخرشي علي مختصر خليل (٧٩/٧).
(٧) فتح القدير، كمال الدين بن الهمام (٢١٢/٦) إصدار الفكر، دون تاريخ أو طبعة، وبدائع الصنائع (١٧٦/٥).

لأنه قضاء في فصل مجتهد فيه)[١].

وجاء في شرح مختصر خليل للخرشي: (حكم الحاكم إذا وقع علي وجه الصواب يرفع العمل بمقتضي الخلاف، بمعني أنه إذا رفع لمن لم يراه ليس له نقضه وإلا فالخلاف بين العلماء موجود علي حالة، فمن لا يري وقف المشاع إذا حكم حاكم بصحته ثم رفع لمن كان يقضي ببطلانه نفذه وأمضاه ولا يحل له نقضة)[٢].

وجاء في منح الجليل: (فمن لا يري وقف المشاع؛ إذا حكم حاكم بصحة وقفه ثم رُفعت الواقعة لمن كان يفتي ببطلانه؛ نفذه وأمضاه، ولا يحل له بعد ذلك أن يفتي ببطلانه)[٣].

المسألة الخامسة: إرث المرأة المطلقة بائناً من زوجها في مرض موته.

المقصود بالمطلقة بائناً هي: التي طلقها زوجها ثلاثاً، وهي: التي تسمي في الطلاق بالبينونة الكبري.

فقد قال ابن رشد في بداية المجتهد (واتفقوا علي أن العدد الذي يوجب البينونة في الطلاق الحر ثلاث تطليقات)[٤].

وأما مرض الموت فهو (المرض المخوف الذي حكم أهل الطب بكثرة الموت به)[٥].

وقد اختلف الفقهاء في حكم توريث المطلقة طلاقاً بائناً؛ من زوجها المريض مرض الموت، إذا مات عنها في أثناء العدّة، وهو ما يسمي (بطلاق الفارّ) علي قولين:

القول الأول: بتوريث المطلقة بائناً في مرض الموت، وهو قول الجمهور من

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق زين الدين بن إبراهيم بن نجيم المصري (٢١٨/٥) ط دار الكتاب الإسلامي ط٢-بدون تاريخ.
(٢) شرح مختصر خليل للخرشي (١٦٦/٧).
(٣) منح الجليل شرح مختصر خليل (٣٥٢/٨).
(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٨٣/٣).
(٥) البهجة في شرح التحفة لابي الحسن التونسي (٣٩٤/٢) ط دار الكتب العلمية ط١ ١٩٨٨م.

الحنفية(١)، والمالكية(٢)، والحنابلة(٣)، والشافعية في القول القديم(٤)، وقد استدلوا بأدلة منها:

١- ما رواه الدار قطني(٥): أنّ عثمانَ ﷺ ورثّ تُماضِرَ بنتِ الأصبَغِ؛ مِن عبدِ الرَّحمَنِ بنِ عَوفٍ ﷺ بَعدَ ما حَلّت، وكان عبد الرحمن طلقها وهي أخر طلاقها (أي الطلقة الثالثة) في مرضه، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة، فصار إجماعاً علي تصويبه(٦)..

٢- وقالوا إنّ المطلق في مرض الموت يفر من كتاب الله، فعوقب بنقيض قصده، فترث المرأة حينئذٍ بسبب الزوجية دفعاً للضرر عنها(٧).

القول الثاني: عدم توريث المرأة المطلقة بائناً من زوجها المريض مرض الموت، وهو قول الشافعي في الجديد(٨)، والظاهرية(٩).

- وقد استدلوا بأدلة منها:

١- استدلوا بما رواه ابن أبي شيبة(١٠) عَنِ ابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ(١١) قَالَ: سَأَلْتُ

(١) ينظر فتح القدير (١٤٤/٤-١٤٧) وقد اشترطوا ١-أن تكون في العدة ٢- ألّان يكون الطلاق بطلب منها ٣- ألّا يصْح بعد مرض الموت
(٢) مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل، علي بن سعيد الرجراجي (٣٢٩/٤) ط ابن حزم ط١-٢٠٠٧م.واقروا توريثها سواءً في العدة أو بعد انقضائها.
(٣) المغني لابن قدامة (١٩٥/٩-١٩٦) حاشية الروض المربع لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي (١٨٨/٦) ط١ (١٣٩٧هـ) بدون طبعة وقالوا ترثه في العدة أو بعد انقضائها مالم تتزوج.
(٤) الغاية في اختصار النهاية لعز الدين السلمي ٥ (٢٤٢/) ط دار النوادر بيروت ط ٢٠١٦م.
(٥) رواه الدار قطني في سننه في كتاب الطلاق والخلع والايلاء وغيره ح (٤٠٥١) ط مؤسسة الرسالة ط ٢٠٠٤م.
(٦) ينظر فتح القدير (١٤٧/٤).
(٧) المغني لابن قدامة (١٩٥/٩).
(٨) الغاية في اختصار النهاية، عزالدين السلمي، تحقيق خالد إياد الطباع (٢٤٢/٥) ط دار النوادرط١-٢٠١٦م.
(٩) المحلي بالآثار لابن حزم (٤٨٦/٩).
(١٠) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، في كتاب الطلاق: باب ما قالوا في الرجل يطلق امرأته ثلاثا وهو مريض هل ترثه ح (١٩٠٣٥) ط مكتبة الرشد ط١ ١٤٠٩هـ
(١١) هو عبد الله بن عبيد الله بن أبي مليكة الامام ابو محمد مؤذن الحرم ثم قاضي مكة لابن الزبير

ابْنَ الزُّبَيْرِ، عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهُوَ مَرِيضٌ ثُمَّ مَاتَ، فَقَالَ: «قَدْ وَرَّثَ عُثْمَانُ ابْنَةَ أَصْبَغَ الْكَلْبِيَّةَ، وَأَمَّا أَنَا فَلَا أَرَى أَنْ تَرِثَ مَبْتُوتَةٌ»

٢- واستدلوا بالمعقول، فقالوا إنّ الزوج لا يرث المرأة لو ماتت هي؛ فكذلك لا ترثه لأنّ الله وّرث الزوجة من الزوج والزوج من الزوجة؛ ما كانا زوجين، وهذان ليسا بزوجين ولا يملك رجعتها(١).

ورغم وقوع هذا الخلاف لكن لو حكم قاضي بالميراث للمطلقة بائناً في مرض موت مطلقها وفقاً لمذهب الجمهور فإنّ قضاءه لا ينقض ويرتفع الخلاف.

وهذا ما جري عليه القضاء في مصر، حيث يتّبِع المذهب الحنفي، في توريث المطلقة بائناً في مرض موت زوجها.

فقد جاء في القانون رقم (٧٧٧) لسنة١٩٤٣(٢) في المادة١١ من القانون: (وتعتبر المطلقة بائناً في مرض الموت في حكم الزوجة اذ لم ترض به ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عدتها).

وقد حكمت به محكمة النقض في الطعن رقم ٨٧٨ لسنة٥٢ في جلسة ١٩٨٥/١١/٢٧م ونص فيه علي: (النص في المادة ١١/٣ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م يدل – وعلي ما جري به قضاء محكمة النقض – علي أنّ المشرّع الوضعي قرّر –أخذاً بالمذهب الحنفي –أنّ من كان مريضا مرض الموت وطلق امرأته بائناً بغير رضاها، ومات حال مرضه، والزوجة لا تزال في العدّة فإنّ الطلاق يقع علي زوجته وتبت منه، من حين صدوره فإنّه أهلٌ لإيقاعه؛ إلا أنّها ترثه مع ذلك؛ بشرط أن تكون أهلاً لإرثه من وقت ابانته الي وقت عدتها– رغم ان المطلقة بائنا لا ترث لانقطاع العصمة بمجرد الطلاق –استنادا الي أنّه لمّا أبان منها حال مرضه اعتُبر احتياطاً فارّا هاربا فيُرد عليه قصده ويثبت لها الإرث)(٣).

مات (١١١-١٢٠هـ) تاريخ الاسلام لشمس الدين الذهبي تحقيق د بشار عواد ط دار الغرب الاسلامي ط١ ٢٠٠٣م.

(١) الأم للإمام الشافعي (٢٧٢/٥).

(٢) الوقائع المصرية العدد ٩٢ الصادر في ١٩٤٣/٨/١٢م

(٣) قوانين الأحوال الشخصية اعداد عمرو موسي المحامي (١٥٧/١٥٦) ط دار القانون للإصدارات القانونية ط٢ ٢٠٢٠م

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة التي تناولت دور قاعدة (حكم الحاكم يرفع الخلاف) في رفع الخلاف الفقهي عملياً فقد تحققت عدة نتائج هي:

١. بيان وتحرير المقصود برفع الخلاف المترتب علي الحكم القضائي

٢. طرح التقنين الفقهي أو تقنين أحكام الشريعة الاسلامية في حل إشكالية اشتراط الاجتهاد في القاضي وهوما أصبح متعسرا في العصر الحالي

٣. حل إشكالية اشتراط العدالة في القاضي بوضع آلية لمراقبة عمل القضاة؛ لضمان العدالة الكاملة.

٤. بيان توفير قاعدة (حكم الحاكم يرفع الخلاف) لاستقرار الاحكام القضائية ومنع التنازع بين المتخاصمين في حال تعددت أقوال القضاة في المسألة الواحدة.