

Damascus university

Faculty of shariah

Department of fiqh and jurisprudence

Dr. hamza hamza

The judicial supervision on Custom:

A comparative study of shariah and law

Abstract

In this paper we part from the assumption that, there is no judicial institution without supervision. Check on the decision of court is investigated from legal side. The status of the custom is tackled either as law or merely factual matter. This study pointed out that the distinction between law and fact is necessary for check on court decisions.

Key words: judicial institution, sources of fiqh, check, custom.

الجمهورية العربية السورية
جامعة دمشق - كلية الشريعة
قسم الفقه الإسلامي وأصوله
الدكتور حمزة حمزة

رقابة القضاء على العرف

دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون

ملخص البحث

إن رقابة القضاء على الأحكام أمر مقرر، فلا توجد مؤسسة قضائية بدون رقابة، وموضوع الرقابة هو الجانب الشرعي من الحكم، والوقائع لا تدخل تحت الرقابة؛ وبما أن العرف من الأمور التي يحتاجها القضاء، ويدور بين أن يكون من المصادر التشريعية وبين أن يكون من الواقع كان لا بد من تحرير هذه النقطة. فبحثت في التمييز بين الواقع والشرع وكيف يتفاعلان في عمل القضاء وفي مصادر التشريع. وحررت أن هناك مجموعة من الأدلة لا تدخل تحت المصادر التشريعية بل هي من أدلة الواقع ومن هذه الأدلة العرف ثم انتقلت إلى الرقابة وحررت نقطة الخلاف في رقابة القضاء على الناحية الشرعية من الحكم، وبينت أن تشويه الواقع ومنه العرف يتعلق بالجانب الواقعي صورة ولكنه في الحقيقة جانب شرعي يدخل تحت رقابة القضاء.

رقابة القضاء على العرف:

دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون

مقدمة:

أبداً يلعب العرف والمسائل المبنية عليه دوراً مهماً في الحياة البشرية، ولا زال القضاء، بما أنه العامل الأساسي في حل الخصومات، ودفع الحياة الاجتماعية نحو الاتساق والاستقرار، يلجأ إلى المعايير التي تساعد فيه.

ولعل المرء يلاحظ أن الجامع المشترك بين العرف والقضاء هو الاستقرار، والفرق بينهما في هذا الجانب أن العرف في تأثيره على الاستقرار ذاتي غير مدروس، كالماء إذا سكبته على الأرض بانتظام أخذ ينتشر فيها، ويتوزع انتشاره بحسب طبيعة الأرض عشوائياً إلى أن يستقر. والقضاء في تأثيره عمل مدروس واع يعتمد على أساسين: ١- الوقائع التي تتعلق بالقضية المعروضة أمامه، ٢- والتشريع الذي يحكم هذه الواقعة، ويتناول الوقائع بالتنظيم وترتيب الآثار والأحكام.

وإني، إذ أخوض في بيان دور القضاء في العرف، إنما غرضي فيه النظر في رقابة القضاء عليه. ورقابة القضاء، في المشهور، على القانون لا على الوقائع. وعلى الرغم من أن القانون والواقع مفهومان عقلاً إلا أنه في الواقع العملي من الصعب وضع حد فاصل بينهما، ولا سيما إذا كان الأمر يتعلق بمفهوم مثل العرف يتردد فيه النظر بين أن يجعل الاستدلال به من وقائع القضية، أو يجعله من القانون التشريعي الذي يمتد إليه سلطان رقابة القضاء. وهذا يدعو إلى الإحاطة بالعرف وخصائصه، ثم بوظيفة القضاء عموماً، ووظيفته في الرقابة خصوصاً، للوصول إلى تصوير العلاقة القائمة بين القضاء والعرف رقيباً عليه، وما هي طبيعة هذه الرقابة. وذلك ضمن الخطة الآتية:

١. عمل القضاء في تطبيق النص وتفسيره وتحري الوقائع وتوصيفها: الخصائص العامة لوظيفة القضاء - عمل القاضي في النص - عمل القاضي في الوقائع.

٢. مكانة العرف مصدراً ومشخصاً لحالة واقعة: الخصائص العامة للعرف - الواقع - النص.

٣. الرقابة على الأحكام القضائية: الخصائص العامة للرقابة - جهة الرقابة - الرقابة على النص - الرقابة على الواقع.

ودراسة هذا الموضوع إنما هو ضمن الإطار الذي يتحدد بالنقاط الآتية:

أولاً- إن الأنظمة القضائية تتفق في القول بالرقابة القضائية على الأحكام، وكذلك الأمر في الشريعة، ولكن قد تختلف من جهة الإجراءات، والبحث إنما هو في نفس فكرة الرقابة بغض النظر عن الإجراءات فلا يتعلق ببحثها غرض جوهري في موضوع البحث.

ثانياً- العرف مصدر من مصادر القانون، ومصدر تبعي كذلك في الشريعة، ولا شك في هذا، ولكن البحث هو في وضع العرف من حيث طبيعته، هل هو مثل النصوص منضبط ويخضع لآليات التفسير المعتبرة، فيكون محلاً لرقابة القضاء، أو أنه يضبط واقعة يستثبها القاضي فيصنف من الوقائع ويحتاج إلى آليات تعامل مختلفة من القاضي باعتباره واقعة، فيكون خضوعه لرقابة القضاء محل تساؤل.

ثالثاً- الموضوع دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، لذا فضلت أن يكون أشمل من حيث إطار البحث لتكون صورته كاملة إلى حد ما في ذهن القارئ.

المبحث الأول - عمل القضاء في تطبيق النص وتفسيره وتحري الوقائع وتوصيفها.

١/١ - تعريف القضاء ووظيفته: فالقضاء هو "سلطة الفصل بين المتخاصمين، وحماية حقوق العامة بالأحكام الشرعية"^(١). والقضاء في ممارسته لهذه السلطة لا يشرع، بل يتبع الشرع، ويطبقه، فهو العين الساهرة على أحكامه من خلال الفصل في الخصومات التي تعرض أمامه. ولا يخفى أن التطبيق يقتضي النظر في الوقائع التي تعرض أمامه، وهل الوقائع إلا المصالح المتجسدة التي توجد في المجتمع ويعيشها الناس، ويعلقون بها آمالهم ومعاشهم، ويقوم القضاء بالتنسيق بينها، ويوجهها الوجهة التي تخدم مقاصد الشرع في الخلق. وموجز القول أن القضاء يقوم في أداء مهمته بدورين كبيرين:

١/١ - (أ): الأول - تشخيص الأحكام المجردة العامة في القضايا الجزئية، بمعالجة تفاصيل الواقع الذي يعرض أمامه، ومداه بقاء الحياة الذي تدفعه الشريعة في عروقتها، وهذا مقصد من مقاصد الشرع، لأن الوقائع لا يجدها ضابط ولا ينظمها معيار إلا الحدوث العشوائي. قال الشاطبي بأن كل نازلة "نازلة مستأنفة في نفسها لم يتقدم لها نظير، وإن تقدم لها في نفس الأمر فلم يتقدم لنا، فلا بد من النظر فيها بالاجتهاد، وكذلك إن فرضنا أنه تقدم لها مثلها فلا بد من النظر في كونها مثلها أو لا، وهو نظر اجتهاد

١ - تاريخ القضاء، د. محمد الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٥، ط ١: ١٣.

أيضاً^(١). والحكم الشرعي إنما يكون عاماً مجرداً عن الشخص والمكان والزمان، والأفعال لا تقع في الوجود مطلقة وإنما تقع معينة مشخصة فلا يكون الحكم واقعاً عليها إلا بعد المعرفة بأن هذا الفعل المعين يشمل ذلك الحكم المطلق أو العام^(٢). فالواجب، على هذا، معالجة عشوائية الوقائع هذه ضمن نظام تشريعي تحدد مصادره وينظم تطبيقه، ويعين صلاحيات القاضي فيه.

١/١ - (ب): الثاني - رسم صورة المجتمع مستوحاة من الأفق التشريعي الذي يعمل فيه القضاء:

إن الأفق التشريعي الذي يتضح من خلال الممارسات التطبيقية في القضاء إنما تتجرد بالاستقراء عن المشخصات الجزئية للقضايا لتأخذ صورة اجتماعية تعبر عن مصالح الجماعة في زمان ومكان معينين مما يكسب التشريع حيوية وواقعية. فلا يعنى القضاء فقط بالتطبيق الجزئي بل يعنى، إلى ذلك، بالبناء العملي المتحصل من تراكمات الحالات الجزئية. قال الشاطبي بأن: "ما وقع فيه الاجتهاد من تحقيق المناط إذا كان متوجهاً على الأنواع لا على الأشخاص المعينة كالمثل في جزاء الصيد، فإن الذي جاء في الشريعة قوله تعالى: [فجزاء مثل ما قتل من النعم] وهذا ظاهر في اعتبار المثل، لا بد من تعيين نوعه وكونه مثلاً لهذا النوع المقتول ككون الكبش مثلاً للضبع، والعنز مثلاً للغزال..."^(٣). وهذا يوضح دور الرقابة القضائية في هذا المجال من خلال رقابته على القانون أثناء تطبيقه في المحاكم.

إن القضاء يقوم بهذين الدورين الكبيرين ضمن آليتين، هما: ١ - نظام التشريع وأحكامه وقواعده، ٢ - وتنظيم السلطة القضائية وأدرسه في مكانين. أدرس في هذا المبحث جانب تطبيق الحكم الشرعي وإجراءاته، وأترك الجانب الآخر لمكانه المناسب، وهو الرقابة على العرف. والآن أقوم باستعراض نظام قواعد الشرع وتطبيقه، فيما يأتي:

٢/١ - أولاً - نظام قواعد الشرع وتطبيقه:

إن أحكام الشرع بالنظر للقضاء الذي يوائم بين الأفق التشريعي ونظامه، وبين الواقع العملي بعشوائيته تطبيقاً وتفصيلاً تصنف في مجموعتين، أتولى عرضها ثم أقوم بعرض إجراءات التطبيق، وقبل ذلك أعرض الخصائص العامة لصياغة النص التشريعي توضيحاً لثلاث نقاط توضح حدود التزام النص، وحدود اجتهاد القاضي، وحدود الواقع، ليكون ذلك مدخلاً إلى نظام السلطة القضائية.

١ - الموافقات، إبراهيم بن موسى الشاطبي، دار المعرفة، بيروت، ت/ د. عبد الله دراز: ٩١/٤.

٢ - الموافقات، الشاطبي: ٩٣/٤.

٣ - الموافقات، الشاطبي: ٩٣/٤.

٢/١- (أ) الخصائص العامة لصياغة النص التشريعي:

إن فن الصياغة التشريعية هو: "مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأحكام التشريعية بطريقة تيسر تطبيق أحكامه من الناحية العملية"^(١). ولست أعني بالصياغة التدوين على طريقة المواد المعروفة في الوقت الراهن، بل مطلق التدوين الذي يشمل هذا المعنى ويشمل أيضاً الكتابة الواضحة التي تعبر عن التشريع في بيان الأحكام. وفيما يأتي هذه الخصائص:

١ - شمول الصياغة: ينظر في صياغة التشريع ناحية الشمول من حيث الوقائع، ومن حيث الزمان والمكان والأشخاص بقصد استيعاب الحالات المحتملة التي ينتظر وقوعها في المستقبل.

ففي قول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا سبق إلا في حافر أو خف أو نصل"^(٢). فاللفظ شامل بعمومه كل حافر محتمل سواء كان معروفاً في وقت ورود النص أم غير معروف، كالسباق على الفيل سباق على الحافر وكان نادراً. وكالسباق على الدراجات والسيارات هو سباق على الحافر بالمعنى قياساً، واللفظ عام في أشخاصه وزمانه ومكانه.

٢- دقة الألفاظ:

الصفة الثانية أن تكون الألفاظ دقيقة تقرر حلولاً ثابتة، إذا كانت الوقائع تتطلب الحسم والوضوح، فيختار أسلوب الصياغة المحددة المعتمد على الكم بدل الكيف، والحسم بدل المرونة.

ففي سن الرشد الحل الأمثل هو تحديده ببلوغ السن الطبيعية المعبرة من الناحية النفسية عن القدرة على فهم البالغ معنى تصرفاته في إدارة شؤونه. بيد أن البناء على البلوغ الطبيعي مرهق للقاضي ومجربة للتنازع والاختلاف في الأحكام، لذا كان بناء سن الرشد على العمر أقطع للنزاع وأكثر حسماً. وقس على هذا تحديد أصحاب الفروض في الميراث ومواعيد الطعن في الأحكام، ومسائل التقادم.

٣- المرونة الكافية:

تتطلب الصياغة أحياناً المرونة الكافية بغرض مواجهة التطورات التي تحدث مستقبلاً أو التي لا يتوقع حدوثها حالياً. فالصياغة المرنة تستجيب لمختلف الحلول وتترك المجال مفتوحاً لاستنباط الأحكام لظروف الواقع وملابساته، مما يعني أن الدقة والصرامة ليس مقياساً دائماً للصياغة الدقيقة، لأنها

١- نظرية تفسير النصوص المدنية، د. محمد شريف أحمد، وزارة الأوقاف، العراق، ١٩٧٩: ١٠٣.

٢- سنن أبي داود، سليمان ابن الأشعث السجستاني، دار الفكر، ت/ محمد محيي الدين عبد الحميد: ٢٩/٣ برقم: ٢٥٧٤.

تؤدي في هذه الأحوال إلى تفويت مقصد الشرع. ولكن يخشى في السعي إلى الصياغة المرنة من الوقوع في خطأ آخر وهو التفريط في المرونة فيؤدي ذلك إلى عدم الانسجام والانضباط، فيجب مراعاة الجانبين.

ومن الناحية الفنية، تبدو الصياغة المرنة في مظهرين:

الأول - جعل الحكم جوازيًا في التطبيق بحيث يتسع لسلطة تقدير القاضي الذي يتولى تطبيق الحكم. ومثاله ما ورد في المادة/ ٦١ من نظام المرافعات الشرعية ما نصه: "تكون المرافعة علنية، إلا إذا رأى القاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم إجراءها سرًا محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب العامة أو حرمة الأسرة"^(١). فقد جعل النص تقدير إجراء المرافعة سرًا بيد القاضي وتقديره، بقوله "إلا إذا رأى القاضي".

والثاني - تعليق الحكم بوصف عام: وربط الحكم بوصف عام شامل بحيث يجعل للقاضي سلطة تقديرية حكمًا يتراوح فيها خلال التطبيق بما يتناسب مع الواقعة، ويسمى عند أهل القانون الضابط العام. ومثاله وصف الملازمة، والحاجة، والضرورة، والرجل العادي، والتصرف المعقول، وما إلى ذلك من الأوصاف العامة التي يعول عليها التشريع في صياغة الحكم. فهذه الأوصاف معان عائمة لها طرف واضح وطرف آخر موغل في الغموض وبينهما درجات بحيث إذا أراد القاضي العمل به لا يمكنه ذلك إلا إذا سلك طريقة الضبط بحسب ما يتطلبه الواقع. ومثاله ما ورد في المجلة: "لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان"^(٢) فكلمة الحاجة تتسع لمساحات كبيرة من الاحتمالات والتقديرية يكون القاضي فيها سيد الميدان في ضبطها بما يتلاءم مع ظروف الواقع.

وبناء الأحكام على الأوصاف العامة يجعل التشريع ذا سعة ويكسبه مرونة وتبعده عن الآلية في التطبيق، ويستوعب بالمعالجة تجارب الحياة وظروف كل قضية. وبذا يعلم "أن الحلول التي تتحصل من هذه الأوصاف العامة هي حلول حقيقية لا مجردة، ومستمدة من واقع الحال لا من المنطق البحت"^(٣).

مما سبق، تم التمييز في العمل بالنصوص محمولة على الواقع بين حدود التزام النص والتكيف مع الواقع بإجمال، وذلك من خلال استعراض الخصائص العامة لصياغة النص التشريعي. وفيما يأتي أدخل في بيان هذه النقطة بتفصيل أكثر دقة من خلال بيان نظام الأحكام التشريعية.

١ - نظام المرافعات الشرعية السعودي، رقم/ ١١٥ وتاريخ ١٤٢١/٥/١٤.

٢ - مجلة الأحكام العدلية، المادة: ٦٧.

٣ - التوفيق بين القانون والواقع، الدكتور حامد زكي، مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى: ٢٦٠.

٢/١ (ب) - نظام الأحكام الشرعية:

إن الأحكام التشريعية التي يعمل بها القاضي ليست نوعاً واحداً، بل تنقسم إلى أنواع ودرجات، فهي:

النوع الأول - نصوص ملزمة: وهي النصوص التي لا يجوز للقاضي أن يتجاوزها أو أن يعمل بخلافها أو يُعمل فيها رأيه الاجتهادي بتفسيرها أو تأويلها، وهذا النوع مصدره أحد أمرين: الأول، ما كان مصدره الشرع الحكيم، والثاني، ما صدر من ولاة الأمور من الترجيح بين الآراء الاجتهادية أو من التقييد لمباح، أو تنظيمًا لغير منضبط مما تقتضي فيها الظروف الحسنة والبت.

النوع الثاني - أدلة وقوع الأحكام: إن الحكم الشرعي لا بد له من دليل، والدليل إنما يستند إلى مصدر، ومصادر الأدلة هي الأصول التي يؤخذ منها التشريع^(١) وقد تسمى أدلة الأحكام، وأصول الأحكام، ولا مشاحة في الاصطلاح، والغرض من هذه الأدلة تهيئة المناخ لترتيب الأحكام الواقعية للملاءمة بين الواقع والنص في تفصيلات الأمور. يستفاد من هذه الأدلة أحكام عامة كسبب الحكم، وشرطه، وكون الشيء مانعاً له. وقد يستفاد منها أدلة الإثبات القضائية كالإقرار والبينة والشهادة. ولا بد من الإشارة إلى أن أدلة وقوع الأحكام تختلف عن أدلة شرعية الأحكام. فهي المصادر التي يعرف بها بيان الأحكام الشرعية من بارئها سواء كانت نصاً كنصوص الكتاب والسنة، أو تخويلاً لأفراد المجتهدين في إظهار الحكم كما في القياس، أو لكافة مجتهدي الأمة كما في الإجماع ويلحق بهذا الباب بعض الأدلة الملحقة مثل قول الصحابي، وشرع من قبلنا، ونحوهما.

ولعلي أسرد هنا بإيجاز الفروق بين هذين النوعين من الأدلة، أدلة شرعية الأحكام، وأدلة وقوعها، وهي أربعة:^(٢)

١ - إن أدلة شرعية الأحكام تتوقف على نصب الشرع، وأدلة وقوع الأحكام تعرف بدليل الحس والعادة والعقل. فتحريم الخمر يتوقف على نصب الشرع، وعلة تحريمها كذلك، وأما وجود العلة وهو الإسكار في شراب معين فيعرف بدليل الحس. ويستدل في وجوب الحد عليه بالإقرار، والإقرار من أدلة وقوع الأحكام ومصدره الحس.

١ - معجم لغة الفقهاء، محمد رواح قلنجي، دار الفتاوى، بيروت، ط ٢، ١٩٨٨: ٣٢٥.

٢ - توصيف الأفضية في الشريعة الإسلامية، عبد الله آل خنين القاضي بالمحكمة الكبرى بالرياض، ط ١، ٢٠٠٣: ٢٦٥/١. وراجع كذلك الفروق: ١٢٨-١٢٩، وقواعد

الأحكام، العزيز بن عبد السلام: ٤٨/٢.

٢- أدلة شرعية الأحكام معلومة محصورة بالكتاب والسنة وغيرهما من الأدلة، أما أدلة وقوع الأحكام فغير محصورة لأنها من الواقع.

٣- أدلة شرعية الأحكام تشمل الحكم التكليفي والحكم الوضعي، أما أدلة وقوع الأحكام فهي خاصة بالحكم الوضعي كمعرفة السبب والشرط والمانع من حيث الوقوع.

٤- أدلة شرعية الأحكام يعتمد عليها الفقهاء في استفادة الأحكام واستنباطها، أما أدلة وقوع الأحكام فيعتمد عليها سائر المكلفين للعلم بوقوع السبب والشرط والمانع.

والأدلة العامة لوقوع الأحكام هي: العقل والحس والعادة والتجربة، والخبر المتواتر، والخبرة، والعرف، والاستصحاب، وغيرها. وموضوع البحث هو العرف وسأفرد الكلام فيه في موضعه لاحقاً، لأنه المقصود بالبحث. أما الآن فأتمم الكلام في تطبيق الأحكام الشرعية وإجراءاته.

النوع الثالث - هو الأحكام الاجتهادية: إن الأحكام الشرعية الاجتهادية ليست إلا مظهراً لبيان الحكم الشرعي متروكاً لرأي القاضي، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإذا أخطأ فله أجر واحد"^(١).

وهذه الأحكام الاجتهادية يصل إليها القاضي بطرق ثلاث: ١- بالسلطة التقديرية التي أعطيها في الأوصاف التي بنى الشرع عليها أحكامه، او بالنص على تخييره بين أمرين، كما في تخييره القاضي عقد جلسة المحاكمة علناً أو سراً. ٢- بالقياس الذي يمارسه في إلحاق الفرع بالأصل، وفيه التفات إلى خصائص الفرع الذي يمثل المصلحة الواقعة. ٣- بتفسير النصوص حيث يؤول الظاهر، ويوضح الخفي والمشكل، ويبين المجمل، ولعله في هذا يمد ببصره إلى الواقع ويلازمه عن قرب لمعرفة الحكم الشرعي للواقعة.

وبهذا تم الكلام في نظام الأحكام التشريعية، وكنت قد التزمت ببيانه، وبيان نظام السلطة القضائية. فبقي الكلام فيه. وفيما يلي أتولى بيانه.

٢/١- (ج) - تطبيق الحكم الشرعي وإجراءاته:

١ - صحيح البخاري، باب أجر الحاكم إذا اجتهد، دار ابن كثير اليمامة، بيروت، ١٩٨٧، ت/د. مصطفى البغا: ٦/٢٦٧٦ - صحيح مسلم، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب

أو أخطأ، دار إحياء التراث، بيروت، ت/ محمد فؤاد عبد الباقي: ٣/١٣٤٢.

إن عمل المحاكم إنما يقوم على دراسة القضية المعروضة من جهة الواقع ومن جهة الشرع. لذا، أتكلم هنا في صنفين من الإجراء العملي يقوم بهما القاضي. صنف عام في كل اجتهاد، وهو المسمى بتحقيق المناط، وصنف خاص بالقضاء، وهو الواقع في المحاكمات وإجراءات التقاضي.

الصنف الأول – وهو تحقيق المناط: تحقيق المناط هو النظر بالاجتهاد في تطبيق الحكم على الواقعة المعينة، وهو اجتهاد، قال فيه الغزالي: "وهذا النوع من الاجتهاد لا خلاف فيه بين الأمة"^(١). ويعرفه القرافي بأنه: "ما اتفق فيه على الوصف، وحصل التنازع في وجوده في الفرع"^(٢). وقد مثل له القرافي بالتين في كونه مقتاتاً مع الاتفاق على أن الاقتيات هو العلة.

وفي هذا السياق، يستحسن ذكر تخريج المناط، وتنقيح المناط للتمييز بينهما وبين تحقيق المناط. فتخريج المناط هو: "استخراج وصف مناسب يحكم عليه بأنه علة ذلك الحكم"^(٣). ومثال تخريج المناط استنباط علة وجوب القصاص في القتل العمد العدوان بأنه الآلة القاتلة. فثبت الحكم في كل آلة تزهدق روح الإنسان.^(٤)

وأما تنقيح المناط فهو "الاجتهاد في تعيين علة الحكم التي قد تستفاد من مجموع ما اشتمل عليه نص من الأوصاف التي أناط الشارع الحكم بها باستبعاد الأوصاف غير المناسبة"^(٥). وبعض الأصوليين لا يعدونه من مسالك العلة، بل يعدونه من القياس. فيستعمل تنقيح المناط لإلغاء الفارق، لا لتعيين العلة^(٦). ومثال تنقيح المناط حديث الأعرابي الذي جامع أهله في نهار رمضان، إذ وردت في الحكم عدة أوصاف، وبحذف الأوصاف غير المؤثرة بقي كون الجماع علة الحكم.

الصنف الثاني – وهو التطبيق في إجراءات التقاضي:

١ - المستصفي، محمد بن محمد الغزالي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٣هـ، ت/ محمد الشافعي: ١/١٨١.

٢ - الذخيرة، شهاب الدين القرافي، دار الغرب، بيروت، ١٩٩٤، ت/ محمد حجي: ١٠/٦٥.

٣ - الإحكام، علي بن محمد الأمدي، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٤هـ، ط ١، د. سيد الجميلي: ٣/٣٣٦.

٤ - الإحكام، علي بن محمد الأمدي، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٤هـ، ط ١، د. سيد الجميلي: ٣/٣٣٦.

٥ - أنظر/ الإحكام، الأمدي: ٣/٣٣٦. وإرشاد الفحول، محمد بن علي الشوكاني، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٢، ط ١، ت/ محمد سعيد البدري: ١/٣٧٥.

٦ - أنظر/ الإحكام، الأمدي: ٣/٣٣٦. وإرشاد الفحول، محمد بن علي الشوكاني، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٢، ط ١، ت/ محمد سعيد البدري: ١/٣٧٥.

الغرض من استعراض إجراءات التقاضي وتطبيقها هو التمييز بين الواقع والحكم الشرعي من خلال نشاط القاضي واجتهاده في حل النزاع، فيمر عمل القاضي في نظره الدعوى أثناء المحاكمة بالمراحل الآتية:^(١)

المرحلة الأولى - وهي التثبت من الوقائع المدلى بها أمامه، فيقوم بالاستثبات الهادي في الأوراق الموجودة في ملف الدعوى، فيتأكد من وجود نسخة من كل منها في الملف، ويضعها في الملف إن لم تكن موجودة.

يقوم القاضي بعد ذلك بالتقدير المعنوي لهذه الوقائع المثبتة أمامه، ويسمع كلام كل من الطرفين المتخاصمين، فإذا رأى نقصاً في الدعوى كمله، أو تناقضاً أزاله، أو لاحظ غموضاً استوضح حتى يستقر رأيه أن الوقائع المتعلقة بالدعوى أصبحت منسجمة كاملة مستثبتة انتقل بعدها إلى توصيف الواقعة وتكييفها.

المرحلة الثانية - وهي توصيف الواقعة وتكييفها:

توصيف الواقعة هو النظر في الوقائع لتتضح من جهة الإجراء ومن جهة نفس الواقعة، فمن جهة الإجراء يتأكد من الاختصاص، هل تدخل الدعوى في اختصاصه أم لا، ويتأكد من صحة الدعوى وصحة الجواب، ودفع الخصومة. وأما من جهة نفس الواقعة فينظر في الوقائع المؤثرة ويضعها في الحسبان وي طرح الوقائع الطردية غير المؤثرة في الحل.

المرحلة الثالثة - وهي البحث عن القاعدة الشرعية:

في هذه المرحلة يضع القاضي الحل التفصيلي للواقعة من وجهة النظر الشرعي، بناء على ما ثبت لديه من الوقائع، ويلجأ إلى تحقيق المناط في الحكم بحيث يلاقي كل طلبات الخصوم، فيبحث في الأسباب والشروط والموانع والصحة والبطالان، ثم ينتقل للمرحلة الرابعة، وهي تقرير الحكم النهائي القابل للإعلان والتنفيذ.

المرحلة الرابعة - وهي تقرير الحكم النهائي:

١ - راجع/ توصيف الأفضية، عبد الله آل خنين: ٤٩٩-٥٠٤.

في هذه المرحلة يقوم القاضي بتفحص الحكم التكليفي من الوجوب والحرمة، فمتى تم توصيف الواقعة بأنها قتل عمد عدوان كان الحكم الفقهي الكلي هو وجوب القصاص. ثم يصاغ الحكم النهائي ويكون جاهزاً للإعلان.

المرحلة الخامسة - وهي صياغة الحكم النهائي: إن صياغة الحكم النهائي يشترط فيها أن تتضمن ما يلي:

١- الأسباب الواقعية التي استدعت الحكم.

٢- ذكر الأسباب الشرعية التي وجهت الحكم.

٣- نص الحكم.

٤- خلو الحكم من التناقض بين فقراته.

وهنا أكون قد انتهيت من الكلام على القضاء وبينت فيه العلاقة القائمة بين النص والواقع.

فالقضاء والعرف يساهم فيهما النص المنظم، والواقع المنتظم. وقد بينت حدودهما في المبحثين السابقين. وفيما يلي يقع البحث في صلب الموضوع، وهو رقابة القضاء على العرف.

المبحث الثاني- . مكانة العرف مصدراً ومشخصاً لحالة واقعة

يذعن الناس إلى أشياء كثيرة في حياتهم، وتتمثل في طيف من الأشياء التي توجه سلوكهم بدءاً من الأمور النفسية المسماة بالهوى، إلى أشياء خيالية ليس لها سند من الحقيقة، وأمور واقعية تدفعهم إليها المصلحة والمنفعة، أو أمور يدعمها الدليل والبرهان القاطع. والعرف من هذه التي يذعن لها الناس. وتختلف وجهات النظر فيه فمن قائل إنه من الأمور القائمة على الدليل الشرعي، ومن قائل إنه من الواقع لا يدعمه الدليل الشرعي، ولتقرير الجواب الصحيح ينبغي دراسته بشئ من الدقة، فأبدأ بتعريف العرف.

١/٢ - أولاً - تعريف العرف:

فالعرف بالتعريف عادة جمهور قوم في قول أو عمل^(١) أو "ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول". وإنما يحصل استقرار الشيء في النفوس وقبول الطباع له بالاستعمال الشائع المتكرر الصادر عن الميل والرغبة.^(٢) وللعرف منشأ وأسباب.

٢/٢ - ثانياً - منشأ العرف: فمنشأ العرف الباعث والتقليد، فالباعث هو الذي يوجد في النفس ميلاً إلى العمل، وذلك الميل إذا أنفذه صاحبه مرة بعد مرة أصبح عادة له. وهذا الباعث قد يكون خارجياً كظهور مصلحة أثبتها الاكتشاف العلمي، وقد يكون داخلياً كحب الانتقام والثأر، وهذا يكرره الشخص حتى يصبح عادة له. ثم إن هذا العمل الذي استحاله عادة شخص بالتكرار إذا صادفته نفوس مستعدة تأثرت به فحاكته وقلدته حتى أصبح عرفاً، إذ الجماعة مفطورة على التقليد فيما تهوى وما تحب^(٣). فأطوار نشأة العرف باعث، وعمل، وتكرار، وتقليد، واستقرار (اطراد).

٣/٢ - ثالثاً - أسباب العرف:

وأسباب العرف الباعثة عليه الدافعة إليه هي: الحاجة وعموم البلوى، أو أمر السلطان، أو أمر وراثي بالتلقي عن الأسلاف، أو بقايا شعائر دينية قديمة، وإنك إذا دقت النظر في هذه الأسباب وجدتها كلها من الواقع لا من الشرع.

هذا في بيان واقع العرف، فبقي الكلام في حجيته. والكلام فيه بالنظر لطرفين: تأييد أدلة الشرع له، وقوته في الهيمنة على نفوس الناس. ويسمى الأول حجية العرف، ويسمى الثاني سلطان العرف.

٤/٢ - رابعاً - سلطان العرف: غير أن العرف لا يعني كونه واقعاً يلاحظ سلبي في تأثيره على المجتمع، بل له تأثير عليه وسلطان على نفوس الناس حتى إنهم ليعدون من ضروريات الحياة التي لا يستغنى عنها، لأنه بكثرة العمل وتكراره تتكيف الأعصاب والأعضاء فيأخذ العرف به مكانه من النفوس، ومن هنا قالوا العادة طبيعة ثانية. وقال الفقهاء في نزع الناس عن عاداتهم حرج عظيم.^(٤)

وسلطان العرف هذا هل له قيمة أيدها الشرع؟ وإذا كان الجواب نعم، فعلى أي نحو؟ هل جعله دليلاً من الأدلة؟ وأي نوع منها؟ ولعل الجواب يكون في استعراض حجية العرف.

١ - معجم لغة الفقهاء، د. محمد رواس قلنجي: ٢٣١.

٢ - العرف والعادة، أحمد فهمي أبو سنة، مطبعة الأزهر، ١٩٤٧: ٨.

٣ - أنظر / العرف والعادة، أبو سنة: ١٣-١٤.

٤ - العرف والعادة، أبو سنة: ١٦.

٥/٢ - خامساً - حجية العرف:

أبدأ أولاً بتصور الفقهاء لحجية العرف، ثم أثنى بعرض تصور القانونيين لها في فقرتين:

الفقرة الأولى - حجية العرف في الفقه:

وللكلام في حجية العرف طريقتان: طريقة المتقدمين، وطريقة المعاصرين ويمثلهم الشيخ أحمد فهمي أبو سنة^(١).

١ - طريقة المتقدمين:

تقوم طريقة المتقدمين على الاستدلال للعرف من الكتاب والسنة. فمن الكتاب استدلوا بقوله تعالى: "خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلین" ^(٢). فكل ما شهدت به العادة قضي به لظاهر هذه الآية إلا أن يكون هنالك بينة.

فهذا الاستدلال مبني على أن المراد بالعرف في الآية الكريمة عادات الناس، ولا يسلم هذا الاستدلال، لأن الآية نزلت على ما رواه البخاري عن عبد الله بن الزبير في أخلاق الناس، وهي الواردة بالشرع المعروفة فيه. ^(٣)

ومن السنة استدلوا بحديث: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن". والمعنى أن كل ما رآه المسلمون بعقولهم من العادات وغيرها حسناً فهو عند الله حسن يقبله، لأن الله لا يحكم بحسن الباطل. والاستدلال بالحديث لا يصح لأنه مطعون في رفعه^(٤)، ومطعون في دلالاته، لأن المراد بالمسلمين المجتهدون لا العوام، لكون الرأي لا يتأتى إلا لمن ملك رتبة الاجتهاد. ^(٥) ويحمل الحديث أيضاً على ما ورد بالشرع بدليل حديث عبد الله مسعود موقوفاً:

١ - ممن كتب في موضوع العرف كثيرون، منهم الدكتور وهبة الزحيلي، ولكنني فضلت أن أتعرض لأولهم ورائد من افردته بالدراسة منهم، لأن عمله أدخل فيها أنا فيه.

٢ - الأعراف: ١٩٩

٣ - العرف والعادة، أبو سنة: ٢٤.

٤ - قال في المستدرک هذا حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه وله شاهد أصح منه إلا أن فيه إرسالاً. [٨٣/٣]. وقال في مجمع الزوائد: رواه أحمد والبراز والطبراني في الكبير ورجاله موثقون. [١٧٨/١]

٥ - العرف والعادة، أبو سنة: ٢٥. وانظر/ الإحكام في أصول الأحكام، ابن حزم، دار الحديث، القاهرة: ١٤٠٤هـ، ط ١: ١٩٤/٦.

"إن الله نظر في قلوب العباد فوجد قلب محمد صلى الله عليه وسلم خير قلوب العباد فاصطفاه لنفسه فابتعثه برسالته ثم نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه فما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رأوا سيئا فهو عند الله سيئ" (١).

٢ - طريقة المعاصرين:

تتمثل هذه الطريقة في رد العرف إلى التعليل بالمصلحة المرسله، ويشهد لذلك ما ترد في عبارات الفقهاء من تعليل، مثل: "وفي نزع الناس عن عاداتهم حرج عظيم"، ورفع الحرج وصف مؤثر ورد به الشرع في بناء الأحكام.

والوصف المؤثر هو الذي ثبت بالنص أو الإجماع اعتبار عينه أو جنسه في عين الحكم أو جنسه، وهو أساس القياس، ومن أنواعه اعتبار جنس الوصف في جنس الحكم، كاعتبار الشارع المشقة في التخفيف، فالمشقة جنس تحته أنواع مثل مشقة السفر ومشقة المرض، ومشقة الليل والمطر ونحو ذلك، والتخفيف جنس تحته أنواع، مثل: قصر الصلاة للمسافر، وإسقاطها عن الحائض، وإسقاط الجماعة أو الجمع بين الصلاتين في المطر ونحو ذلك. وهذا النوع من قسم المرسل على اصطلاح الشافعية. والحنفية يعللون به ولا يعدونه من القياس، وإنما هو بطريق بناء الحكم عليالعله ابتداء من غير إلحاق فرع بأصل فيقولون قصرت الصلاة للمشقة فلا يقيسون على أصل آخر. فرعاية العرف تستند عند الحنفية على رفع الحرج. (٢)

وثمة استدلال آخر وهو رد العرف إلى الأصل في الأشياء الإباحة حيث لا دليل استصحاباً لهذا الأصل. (٣)

١ - مسند الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة، مصر: ٣٧٩/١. وفي الدراية في تخريج أحاديث الهداية ج ٢/ص ١٨٧

حديث ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن لم أجده مرفوعا وأخرجه أحمد موقوفا على ابن مسعود بإسناد حسن وكذلك أخرجه البزار والطبراني وأبو نعيم في ترجمة ابن مسعود والبيهقي في كتاب الاعتقاد وأخرجه أيضا من وجه آخر عن ابن مسعود. الدراية في تخريج أحاديث الهداية، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت، ت/ عبد

الله المدني: ١٨٧/٢

٢ - العرف والعادة، أبو سنة: ٣٧.

٣ - العرف والعادة، أبو سنة: ٣٩.

بهذين الاستدلاليين كان العرف دليلاً على وقوع الحكم ومشخصاً للحرج الوارد رفعه بالشرع بضابط عام يتسع لكثير من الأحوال، وكذلك الإباحة كان العرف فيه مرجحاً لحالة واقعية اعتيادية رضيها الناس واستقروا على التعامل بها.

ويفهم مما سبق، أن العرف يدور بين أن يكون دليلاً شرعياً، وبين أن يكون قاعدة من القواعد، وسمه إن شئت دليلاً من أدلة وقوع الأحكام. وقد سبق أن بينت أن الدليل يطلق بإطلاقين؛ بمعنى مصدر الأحكام الشرعية، وبمعنى أدلة الوقوع، وهي الوسائل التي تعين في ضبط الوقائع أثناء تحقيق المناط، والعرف، كما ظهر من الاستدلال، هو من أدلة الوقوع.

ولكن هل يعول على ما بني على الطباع السليمة والوقائع العشوائية غير المنضبطة في بناء الأحكام؟ والجواب أن الطباع ليست منبعاً للحق والخير دائماً وليست معصومة عن القبيح، بل هي والعقول تخطئ وتصيب، إنما العصمة للأديان والشرائع المنزلة من السماء^(١) وهذا مما لا شك فيه، ولكن الوقوع العشوائي في الواقع يؤدي إلى اضطراب الأمور وتعارض المصالح الجزئية الفردية فلا بد له من ضابط ليتلاءم مع تفاصيل الأحكام فيجمع بقدر الإمكان بين الواقع بعشوائيته والشرع بانتظامه، فهل يصلح العرف لهذا الغرض؟ الجواب على هذا السؤال يحتاج إلى دراسة الخصائص العامة للدليل الشرعي ثم النظر بعد ذلك في العرف هل تتوفر فيه هذه الخصائص؟

٦/٢ - الخصائص العامة للمصدر التشريعي:

١ - أن يكون المصدر خارجياً:

يشترط في المصدر الشرعي أن يكون خارجاً عن الذات، وإلا لم يسم دليلاً، لأن من شأن الدليل أن يكون هادياً، ولعمري كيف يهدي ما يأتي من الذات ويتضمنه؟ وبهذا لا يسمى العقل دليلاً، لكونه من الذات، لأن الذات به تعي نفسها، كما تعي انفصالها عن غيرها. قال المحاسبي: "الحجة حجتان: عيان ظاهر، وخبر قاهر، والعقل مضمن بالدليل، والدليل مضمن بالعقل، والعقل هو المستدل، والخبر والعيان هما علة الاستدلال وأصله، ومحال كون الفرع مع عدم الأصل، وكون الاستدلال مع عدم

١ - العرف والعادة، أبو سنة: ٩

الدليل؛ فالعيان شاهد يدل على غيب، والخبر يدل على صدقه، فمن تناول الفرع قبل إحكام الأصل سفه" (١).

ويوضح هذا أن الذين ذهبوا إلى اتخاذ العقل دليلاً اتفقوا إلى أن العقل الفردي خارج عن محل النزاع وإلا وقع الدليل في الاضطراب لحصول الخلاف بين عقل وعقل، بل قالوا إن المقصود هو الذي وقع عليه اتفاق العقلاء الظاهر في المبادئ الكبرى ليقضى به على الاعتبارات الجزئية التي تؤدي إلى وقوع الخلاف.

وهذا الحل، إن تأملت، ليس إلا محاولة ملتوية للتفتيش عن معيار خارجي قد يشبه الإجماع في بعض مظاهره، لكنها محاولة ليست بذات قيمة أمام المنطق.

٢- أن يكون المصدر واضحاً:

يشترط في المصدر الخارجي أن يكون واضحاً، مدركاً، عليماً، ليصح تلقي العلم بالتشريع عنه. فلا يصح أن يتخذ غير الواضح مصدراً، لأن الغموض لا يجلب إلا الغموض، والجهاد لا يعكس إلا تصور الناس عنه، وتعظيمهم له بحسب ما يهون وما يشتهون؛ ذلك بأن وعي الذات للأشياء الخارجة عنها يتوقف على ما تكنه الذات تجاهها، وما تتخذه من مواقف حياها.

لذا كان القرآن والتشريع من مصدر واضح ومن ذات خبيرة عالمة تخاطب العقل، ثم تعي الذات الإنسانية هذا الخطاب وتدركه ثم تدعن له، "وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى" (٢).

أما العرف فليس بمصدر لأنه غير واضح، وعدم وضوحه يأتي من عدم معرفة مصدره، أو من كون المصدر لا يحيط علماً بالخلق، وإنما هو بشر.

٣- أن يوجه السلوك:

يشترط في المصدر أن يوجه السلوك بإصدار خطاب للمكلفين بالفعل أو الترك أو بالتخير، ففي الخطاب طرفان ملزم يطلب الفعل أو يطلب الترك، وملتزم مكلف يستجيب للطلب. وهذا الشرط متوفر في الخطاب الشرعي، فقد عرف الأصوليون الحكم (القاعدة القانونية) بأنه خطاب الله تعالى المتعلق

١ - العقل وفهم القرآن، الحارث بن أسد المحاسبي، دار الفكر ودار الكندي، دمشق، ١٩٧٨، ط ٢ / حسين القوتلي: ٢٣٢.

٢ - النجم: ٣.

بأفعال المكلفين على سبيل الاقتضاء أو الوضع أو التخيير.^(١) فخطاب الشرع متعلق بفعل المكلف يوجه سلوكه ويلزمه بما ورد بالخطاب.

أما العرف فليس فيه إلا طرف واحد ملتزم يتقيد به وليس هناك خطاب ملزم.

٤- أن يدعن له المكلفون:

الإذعان شرط آخر من الشروط التي يجب أن يتوفر في المصدر؛ فلا يكفي أن يكون واضحاً، خارجاً عن الذات، موجهاً للسلوك، بل يجب أن يوقن المكلف ببرهان مبرر أنه يجب عليه أن يلتزم، وأن يكون هذا الإذعان على وجه القداسة والتعظيم.

والمصدر الشرعي فيه هذه الخاصية، من حيث إن الإجلال والتعظيم الذي يشعر به الإنسان للقرآن ومنزلته والسنة وقائلها المبلغ عليه الصلاة والسلام عن ربه شرعته ومنهاجه يدعوه إلى الإذعان بالبرهان والتصديق والحجة، ولكن العرف غير ذلك، فالإذعان له ينبع من الذات ﷺ إذ يتكيف الإنسان بالتكرار والتقليد يشعر معه بالراحة والسكون ويتذوق لذتها فيخلد إلى الإذعان لأنه يجد في المخالفة قلقاً وإزعاجاً.

وبعد، فالعرف بهذه الصفات لا يتوفر فيه صفة من صفات المصدر الشرعي، فلا يعد بذلك مصدراً شرعياً، لكنه لا مانع أن يكون قاعدة يضبط الواقع، ودليلاً من الأدلة التي يستدل بها على الوقوع، ويشهد لهذا ما عبر عنه الفقهاء من أن العرف كاشف من كواشف الحاجة، ورفع الحاجة معتبر، كما يحتاج المرء إلى طعامه وشرابه وقد لبي الشرع نداء غريزته فأباح له الطعام ونظم أحكامه، وكذلك العرف فقد اعترف الشرع بأنه حاجة لأن "العادة محكمة"^(٢)، ونظم طرق الاستدلال به.

وملخص القول أن العرف في الشريعة مصدر تبعي، ووقعت تسميته في البحث بدليل الوقوع، لا يحتاج به إلا عند عدم وجود النص.

الفقرة الثانية- حجية العرف في القانون:

١- إحكام الأحكام، الأمدي: ١٣٥/١

٢- المجلة، المادة: ٢٧.

العرف في القانون مصدر من المصادر بلا شك في الأنظمة القانونية. ففي القانون المدني السوري الهادة (١) والقانون المدني العراقي، والقانون المدني المصري، والقانون المدني اللبناني وفي النظام السعودي. ولكن البحث فيه هنا هو في ترتيبه كما هو الشأن في الشريعة.

ففي القانون السوري والعراقي والمصري القديم الصادر عام ١٩٤٨ م يأتي في الترتيب في الدرجة الثالثة بعد نصوص التشريع، ثم الشريعة الإسلامية. فقد ورد في الهادة (١) من القانون المدني السوري ما نصه: "١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها. ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

والقانون المدني المصري الجديد بتعديل ١٩٨٠ أصبح الترتيب بحيث جعل الشريعة الإسلامية في الترتيب الأول، ثم النص التشريعي، ثم العرف، ثم قواعد العدالة، إذ نص على أن الشريعة "المصدر الرئيس للتشريع". وعلى الرغم من اختلاف الشراح في هذه العبارة غير أنه يتوافق في أحد شروحه مع ما هو معمول به في السعودية إذ ينص النظام الأساسي (الدستور) في الهادة الثامنة والأربعون منه على أنه (تطبق المحاكم على القضايا المطروحة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة). والعرف بهذا يقع مصدراً تبعياً لا يؤخذ به إلا إذا فقد النص سواء كان نص الشرع أم نص التشريع.

وفي القانون أن إثبات العرف إنما يتم بكل الوسائل مثل المجموعات المنظمة من قبل المحافظين في لبنان سابقاً، أو بواسطة الشهود^(١).

فالقضاء والعرف يساهم فيهما النص المنظم الصادر بالتشريع، والواقع المنتظم الوارد بالعرف. وقد بينت حدودهما في المبحثين السابقين. وفيما يلي يكون البحث في صلب الموضوع، وهو رقابة القضاء على العرف.

المبحث الثالث - الرقابة على الأحكام القضائية.

في الرقابة على العرف أتناول بالبحث أصالة مفهوم الرقابة القضائية، وتنظيم الرقابة، ثم الرقابة على العرف.

١ - الكامل في شرح القانون المدني، موريث نخلة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠١: ٥٥/١.

١/٣ - أصالة مفهوم الرقابة القضائية:

إن الرقابة مفهوم أصيل من المفاهيم التي يبنى عليها القضاء منذ أيام النبي صلى الله عليه وسلم حتى شاع عالمياً، ولم يعد يقبل النقاش من حيث الجملة، بل إن القضاء الذي لا يوجد فيه جهاز رقابة على الأحكام ليس إلا قضاء بدائياً موضع تهمة في التقصير واضطراب الأحكام، لا توجد فيه معايير العدل ومقومات الحق.

والأصالة في الشيء أن يكون ذا أصل ثابتاً، وفي القاموس: الأصالة "صار ذا أصل، أو ثبت ورسخ أصله كتأصل"^(١). ولعلي أوضح أصالة الرقابة في الفقه القضائي بيان أساسه فيه. فأساسه يقوم على ثلاثة أمور:

الأول - الأحكام القضائية اجتهادية:

لا جدال في أن الأحكام القضائية اجتهادية، وذلك من جهتين: جهة تطبيق النص المسمى بتحقيق المناط وقد مر القول فيه، وفيه يحاول القاضي التوفيق بين الوقائع المعروضة عليه وبين الحكم الشرعي المنصوص عليه. وهذه المحاولة كما ترى اجتهاد، وأمانة ذلك أن الحكم فيه ينسب إلى القاضي ظاهراً فيقال حكم القاضي بكذا. والأحكام القضائية اجتهادية كذلك في ممارسة السلطة التقديرية، وفي النظر في الأوصاف العامة وضبطها لتتلاءم مع الواقعة المعروضة، والاجتهاد في هذا النوع أوضح.

ونص الفقهاء على أن أحكام قليل الفقه من القضاة تدقق، وكذلك أحكام من لا يشاور في قضائه، فيبرم منها الصحيح وينقض ما كان خطأً بيناً، وهذا يدل على أن المشاورة كانت من ضرورات القضاء فلا بد للقاضي أن يتخذ ثلثة من العلماء الذين يشاورهم، فلا يصدر حكمه إلا عن تثبت. وهذا نوع من الرقابة التي كان الناس عليها.

ثانياً - الأحكام القضائية ولائية:

إن القضاء ولائية، والحكم الصادر عنه بالضرورة يخضع لما يخضع له الولاء. ويراعى في الولايات المصلحة العامة التي يسلك فيها مسلك العدل وإحقاق الحق، ومسلك الانتظام وعدم اضطراب الأمور. ومن هنا يظهر الفرق بين نوعي الاجتهاد الفتوى والقضاء؛ فالفتوى اجتهاد غير ملزم يعبر عن وجهة نظر المفتي، والقضاء اجتهاد ملزم، وليس ذاك إلا أنه يعبر عن المصلحة العامة بحكم الولاية العامة.

١ - القاموس المحيط، الفروزآبادي: باب اللام - فصل الألف.

وإذا كان الشرع قد أجاز الاجتهاد، وجعل رأي كل مجتهد قائم على الدليل الصحيح حجة يمكن للمستفتي أن يعمل به، فلا ينبغي أن يكون الأمر على هذا المنوال في الحكم القضائي، وإلا اضطرت المصلحة العامة. فلا بد من إخضاع الحكم القضائي للرقابة.

ثالثاً - الأحكام القضائية ملزمة:

كون الأحكام القضائية ملزمة موضع إجماع الفقهاء كافة، ولا خلاف فيه، غير أن الإلزام يستدعي الرقابة على الحكم القضائي سداً لذريعة وقوع الناس في الضرر، فلا بد من الرقابة للتقليل من احتمالات الخطأ، ذلك بأن الإلزام تضييق بغرض تحقيق المصلحة العامة في تنسيق الأمور والمصالح، والمضييق محتاط فيه، وطريق الاحتياط هو الرقابة.

٢/٣ - تنظيم الرقابة:

يدخل تنظيم الرقابة في نظام السلطة القضائية، والكلام فيه يتضمن تنظيم المحاكم، وتنظيم الرقابة عليها، وتنظيم إجراءات التقاضي. فتكلمت فيما سبق في إجراءات التقاضي المتعلقة بطريقة المحاكمة، وأتكلّم هنا في الرقابة على المحاكم. أما تنظيم المحاكم فأعرض عن الكلام فيه، لأنه لا يتعلق بالموضوع مباشرة.

وتقوم الرقابة من حيث تنظيمها الإداري على أمرين: الأول في الجهة التي تتولى الرقابة وتنظيمها، والثاني في النواحي التي يراقب عليها من الحكم القضائي.

إن الجهة التي تتولى الرقابة على الأحكام القضائية اليوم هي محكمة التمييز، أو محكمة النقض^(١)، والمحكمتان محكمة رقابة وإن اختلف الاسم باختلاف التنظيم القضائي^(٢). وسوف لا أخوض في هذه الناحية لأنه لا يتعلق بها غرض في البحث، بل سأفرد الكلام في النواحي التي يراقب عليها القضاء من

١ - يقول الدكتور رزق الله أنطاكي في كتابه أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٢م: "ومحكمة النقض لا تشكل، مبدئياً، درجة ثالثة من درجات المحاكم، فلا ينشأ عن الطعن بالنقض إعادة طرح النزاع، في موضوعه، أمام محكمة النقض، بل تقتصر سلطة محكمة النقض، مبدئياً، على البحث في موافقة الحكم أو القرار المطعون فيه للقانون أو خروجه عن المبادئ والنصوص القانونية. فإن وجدت محكمة النقض أن الحكم أو القرار المطعون فيه يتفق وأحكام القانون قضت برد الطعن وإلا قضت بتنقض الحكم فقط وإعادة الملف إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أو القرار المطعون فيه أو إلى محكمة أخرى، ولهذا المحكمة أن تعيد النظر في موضوع النزاع على ضوء الأحكام والمبادئ التي قررتها محكمة النقض.

٢ - ورد في الكامل في شرح القانون المدني، لموريس نخلة بأن محكمة التمييز محكمة رقابة، [٤٨/١].

الحكم القضائي. وأكتفي باسم محكمة الرقابة حيث لزم للدلالة على نوعي المحكمة خوف ازدواج الاسم.

فالحكم القضائي، كما مر، يحتوي على وقائع مثبتة، وتوصيف لهذه الوقائع، وتوصيف الحكم الشرعي بتحقيق مناطه، ثم الحكم.

والكلام في هذا إجمالاً أن الرقابة هي على الشرع لا على الوقائع، والمعروف أن محكمة الرقابة ليست محكمة وقائع، بل هي محكمة قانون^(١).

فالمحاكم الواقعة في الدرجة الأدنى بالنسبة لمحكمة النقض وما في حكمها على اختلاف الأنظمة تنظر في أساس الدعوى أي في الوقائع التي تؤسس الدعوى ثم تطبق عليها الحكم الشرعي، فهي تنظر في الوقائع والقانون معاً. وأما محكمة الرقابة فتسلم بهذه الوقائع حسبما عرضت في محكمة الأساس وتنظر بالرقابة في الحكم الصادر، والحكم الشرعي بدليله وتنظر في توصيف الوقائع، وتترك النظر في الاستثبات والتقدير المعنوي مسلمة بما ورد عن محكمة الأساس.

وفي الحق، هذا الكلام المجمل في التمييز بين الواقع والحكم الشرعي غير مقنع مما جعل القانونيين يتعرضون لذكر الأسباب مفصلة. فأسباب التمييز عندهم هي: (٢)

١ - مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تفسيره:

ومخالفة القانون سبب واضح من أسباب النقض ومثله الخطأ في تطبيقه وتفسيره. وكل من الامتثال للقانون وتطبيقه وتفسيره يدخل في مفهوم أعمال القانون وهو وظيفة القاضي وليس له عمل القانون وتشريعه.

٢ - مخالفة قواعد الاختصاص الوظيفي:

وهذه المخالفة تخضع أيضاً لرقابة المحكمة، لأن الاختصاص ولاية، والولاية من الأمور الشرعية والقانونية.

٣ - وقوع التناقض في فقرة الحكم في القرار الواحد:

١ - أصول المحاكمات المدنية والتجارية، د. رزق الله أنطاكي، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٢م: ٧٦٩.

٢ - أنظر / - أصول المحاكمات المدنية والتجارية، د. رزق الله أنطاكي، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٢م: ٧٦٩. وأصول المحاكمات المدنية، د. احمد هندي (مع كتاب/د. أمينة

النمر)، الدار الجامعية، ١٩٨٨: ٣٢٥ - ٣٣٥.

الحكم القضائي إعلان لحكم شرعي، والحكم الشرعي للعمل، فلا يقبل التناقض بل يجب أن يظهر متسقاً في ذاته. والتناقض الذي يخضع للرقابة يشترط فيه أن يكون وارداً على أجزاء فقرة الحكم لذات القرار، وأن يؤدي إلى استحالة تنفيذه. ويمثل له فيما إذا قضت المحكمة بقبول المقاصة التي تمسك بها المدعى عليه ثم نصت في الحكم نفسه بأن يدفع المدين المدعى عليه مبلغ الدين للمدعي. وهذا النوع من الرقابة رقابة على القانون.

٤- إغفال الفصل في أحد المطالب:

يجب على القاضي أن يقضي في الدعوى المرفوعة أمامه، ويقضي بجميع الطلبات الواردة في الدعوى، وهو ملزم بالفصل فيها كلها. فإذا أغفل أحد المطالب ولم يفصل فيها يكون قد خالف واجباً شرعياً فيخضع للرقابة.

٥- الحكم بما لم يطلبه أحد الخصوم:

يجب على القاضي التقيد في الحكم بما طلبه أحد الخصوم، ولا يتعداه، لأنه بذلك يكون قد تجاوز حدود ما طلب الخصوم. وهو مقيد بما طلبوه. فذا أيضاً من مخالفة القانون فيخضع لرقابة القضاء.

٦- فقدان الأساس القانوني للحكم:

إن الحكم الذي ينطق به القاضي يستند على الوقائع التي يدلي بها المتخاصمان مثبتة أمام القاضي، ولا يحكم القاضي إلا بقدرها. وتذكر هذه الأسباب في قرار الحكم، وهو المقصود من عبارة تسيب الأحكام. فإذا كان عرض هذه الأسباب غير كاف فإنه يفقد الحكم أساسه القانوني. ويخضع بهذا للرقابة القضائية.

وكلمة الأساس القانوني مرن واسع المدى يتسع لحالات مثل الأحكام غير المبنية على تعليل كاف. وكذلك المسندة إلى أقوال أو حجج يخالطها الشك والريبة، أو تنهاتر بسبب تناقضها. فهذا أيضاً مخالفة للقانون ويخضع للرقابة القضائية.

٧- التناقض بين الأحكام:

التناقض بين الأحكام أن تفصل المحكمة في الدعوى بحكم، ثم تفصل في نفس الدعوى بحكم آخر مخالف للحكم الأول، كما إذا حكمت في دعوى بصحة عقد البيع باعتبار أن المشتري قد أوفى الثمن، وصدر الحكم الثاني في دعوى فسخ العقد على أساس أن الثمن لم يدفع.

يتحقق التشويه بذكر حقائق تخالف ما ورد في المستندات، أو تناقض المعنى الواضح الصريح لنصوصها. وأما إذا كان يمتل كلاماً غامضاً يحتاج إلى تفسير، فإن تفسيره يدخل ضمن سلطة المحكمة التي تتولى الحكم، ولا تخضع للرقابة القضائية^(١).

وهنا كلمة تقال في التشويه، وهي أن التشويه من المعايير التي توصل إليها القضاء للتخفيف بقدر ملموس من صرامة القاعدة التي تقول برقابة محكمة التمييز على القانون، وليس على الوقائع^(٢). والأخذ بهذا المعيار ليس استثناء من القاعدة العامة بل من العمل بالقاعدة. وبيان ذلك أن الوقائع بما أنها مثبتة بحيث تعد أساساً للحكم فإن تشويهها مخالفة قانونية تخضع لنظر محكمة الرقابة.

ويفرق هنا بين التناقض الواقع بالتشويه، والتناقض الواقع بين الوقائع بعضها بعضاً. فالأول تناقض وقع بوصف الشيء على غير حقيقته بين قرار الحكم والحقائق الواردة في المستند، والثاني تناقض بين الوقائع بعضها بعضاً. فالأول تشويه، والثاني نقص في التعليل لتناقضه.

كما يفرق بين تشويه الوقائع والخطأ في التوصيف (التكييف) القانوني للعقود والأعمال القانونية فيخضع لرقابة محكمة النقض، لأنه ليس من الوقائع، بل هو خطأ واقع في القانون، شأنه في ذلك شأن الخطأ في تفسير النصوص^(٣).

وموجز القول أن الرقابة على حكم المحكمة تكون في الحالات الآتية:

الخطأ الواقع بمخالفة نص القانون أو تطبيقه أو تفسيره.

الخطأ الواقع في تجاوز الاختصاص، و تجاوز الطلب الوارد في القضية المنظورة.

الخطأ الواقع في الحكم بعدم التعليل، أو بوجود التناقض فيه.

الخطأ الواقع بسبب تشويه الوقائع بأن يقع في توصيف الواقع تناقض بين ما هو موجود في القرار

وما هو موجود في المستند.

١ - وأصول المحاكمات المدنية، د. احمد هندي (مع كتاب/د. أمينة النمر)، الدار الجامعية، ١٩٨٨: ٣٢٥-٣٣٥.

٢ - وعلى هذا جرى الاجتهاد السوري واللبناني والمصري والفرنسي، إذ أصبح من المقرر أن تشويه الوقائع يخضع لرقابة محكمة النقض. [القانون المدني، نقولا أسود، الجامعة اللبنانية، ١٩٨٦: ٣٠١].

٣ - القانون المدني، نقولا أسود: ٣٠٠.

وكل ما تقدم يعني أن الرقابة على عمل القضاء آخذ في التوسع مما يعني أن المقصود بالوقائع التي لا تخضع لرقابة المحكمة ليست إلا إضافة أسباب جديدة ووقائع جديدة بحيث تحيل الدعوى إلى دعوى جديدة.

٣/٣ - الرقابة القضائية على العرف:

وبناء على ما سبق، هل العرف شرع وقانون أو هو واقعة؟

إن العرف بكونه دليلاً من أدلة الوقوع واقع، وليس بشرع ولا قانون. وعليه، لا يخضع لرقابة المحكمة، غير أنه إذا كان مفسراً لنص فيدخل تحت رقابة القضاء. وماذا لو حصل خطأ في نقل العرف أو في توصيفه؟ فالجواب أنه تشويه يدخل أيضاً تحت رقابة القضاء.

مثل ما إذا ورد عقد البيع على عين معيبة، وبنى القاضي حكمه في معرفة العيب على العرف، ثم ظهر أن هذا العيب صحيح عرفاً، لكن كان حادثاً. فيخضع حكم المحكمة للرقابة حينئذ، لأن العيب العرفي الصحيح الذي يحتج به في باب البيوع هو القديم الموجود عند البائع. فإذا حدث بعد العقد عند المشتري فلا يحتج به^(١) وهي قضية واقع لكونها مسألة استنباط، ومع هذا تخضع لرقابة القضاء. فهذا عرف مشوه بني عليه الحكم، باصطلاح القانون فينقض به الحكم.

الخاتمة:

لعل استعراض ما سبق من المسائل يسلمنا إلى النتائج الآتية:

١- إن الرقابة على الأحكام القضائية مفهوم أصيل مسلم به في القانون والشرعة، ولا يوجد نظام قضائي بلا رقابة.

٢- إن العرف حين يلاحظ فيه جانب المضمون يتضح أنه من الواقع الذي يضبط ناحية معينة من المصالح التي يحتاج إليها الناس في حياتهم العملية.

٣- على الرغم من أن رقابة القضاء في الأحكام القضائية على القانون أمر مسلم به، وكذلك رقابته على الوقائع في حال وقوع تشويه فيها، فإن رقابته على العرف إنما ينضوي تحت قاعدة تشويه الوقائع، لكون العرف مصدراً له طبيعة خاصة فيعامل معاملة خاصة. وبيان ذلك أن القانون نص مكتوب يفهم ويفسر، ولكن العرف غير مكتوب يفهم عقلاً من خلال إدراك الواقع، ولكل أدوات خاصة به.

١ - أنظر/ الذخيرة في الفقه المالكي: ٣٥٧/٥.