

عنوان المقال: حقّ التّقاضي: بين المسار
التاريخي والفقه والتأصيل القانوني

الكاتب الأول: عادل العبيدي
المعهد العالي لأصول الدين جامعة
الزيتونة – تونس

البريد الإلكتروني: lawerlabidi@gmail.com

تاريخ الارسال: 07/05/2020 تاريخ القبول: 28/05/2020 تاريخ النشر: 30/06/2020

حقّ التّقاضي: بين المسار التاريخي والفقه والتأصيل القانوني

ملخص:

شُرّع حقّ التقاضي كأداة لحماية بقيّة الحقوق التي ينعم بها الإنسان وسط المجموعة لما يكفله من ضمان التجاء الفرد إلى سلطة تكفل احترام هذه الحقوق وتُدافع عنها ضدّ كلّ تعدٍّ، لذلك توخّدت الشرائع السماوية والوضعية لوضع القواعد والآليات الكفيلة بحمايته وضمن ممارسته في إطار شرعي وقانوني دون تعسّف يضمن يهدف لتحقيق مصلحة وهي إيصال الحقوق لأصحابها وتحقيق التوازن الاجتماعي داخل المجتمع. غير أن تعامل القانون والشرع لم يكن بنفس السياق بما اتّجه معه البحث لتأصيل المسألة.

الكلمات المفتاحية: تقاضي - تعسّف - محاكمة عادلة - مجانية - علانية - مساواة - حياد - استقلالية القضاء.

Abstract:

The right to litigation was initiated as a tool to protect the rest of the rights that people enjoy among the group, as it guarantees the individual recourse to an authority that guarantees respect for these rights and defends them against every infringement. It aims to achieve an interest which is to communicate rights to their owners and achieve social balance within the community. However, the treatment of law and Shari'a was not in the same context as the research approached to root the issue.

Key words: Litigation - arbitrariness - fair trial - free - public - equality - impartiality - independence of the judiciary.

مقدمة:

يُعرّف الحق في لسان أهل اللغة على كونه "الثابت الذي لا يسوغ إنكاره، وفي اصطلاح أهل المعاني هو الحكم المطابق للواقع يطلق على الأقوال والعقائد والأديان والمذاهب باعتبار اشتغالها على ذلك ويقابله الباطل¹. وحق التقاضي هو "الحق المخول قانونا للالتجاء إلى السلطة القضائية قصد المطالبة بحماية حق حماية مؤقتة أو نهائية"².

ويُعدّ حق التقاضي من الحقوق الأساسية الملتصقة بشخصية الإنسان ووجوده لكونه أداة لتحقيق أحد أسس المبادئ الإنسانية وهو مبدأ العدل، قال تعالى "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ" [النحل: 90].

أورد ابن كثير في تفسيره لهذه الآية الكريمة³ قوله "يُخبر تعالى أنه يأمر عباده بالعدل وهو القسط والموازنة ويندب إلى الإحسان، كما قال تعالى "وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ" [النحل: 126] وقوله "وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا" [الشورى: 40] وقال سفيان بن عيينة: العدل في هذا الموضع هو استواء السريرة والعلانية من كل عامل لله عملا، والإحسان أن تكون سريرته أحسن من علانيته.

وأما البغي فهو العدوان على الناس وجاء في الحديث "ما من ذنب أجدر أن يعجل الله عقوبته في الدنيا مع ما يدخر لصاحبه في الآخرة من البغي وقطيعة الرحم"⁴، وقوله: "يَعِظُكُمْ" أي يأمركم، وقال الشعبي عن شتير بن شكل: سمعت ابن مسعود يقول: إن أجمع آية في القرآن في سورة النحل: "إِنَّ اللَّهَ" رواه ابن جرير⁵.

وذكر الماوردي أنه القضاء بالحق، قال تعالى "وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ" [النساء: 58]، وقال أبو عبد الله الرازي: أمر بثلاثة ونهى عن ثلاثة: فالعدل: التوسط بين الإفراط والتفريط وذلك في العقائد وأعمال الرعاة، قال تعالى "وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا"، والإحسان: الزيادة على الواجب من الطاعات والدواعي والصوارف⁶.

والعدل في اللغة: القسط وعدم الجور وأصله التوسط بين المرتبتين، والإحسان مصدر أحسن، وهي تستعمل متعدية بالحرف نحو: أحسن إلى والديك، وتستعمل متعدية

بنفسها، كقولك: أحسن العامل عمله، أي أجاده وجاء به حسناً، والله جلّ وعلا يأمر بالإحسان بمعنييه المذكورين.⁷

وفي الاصطلاح هو الإنصاف⁸، وهو لفظ يقتضي المساواة ويستعمل باعتبار المضايقة، وهذا النحو هو المعنى بقوله "إِنَّ اللَّهَ" فإن العدل هو المساواة في المكافأة إن خيراً فخير، وإن شراً فشرّ، والإحسان أن يقابله الخير بأكثر منه، والشرّ بأقلّ منه⁹. جميعها دلالات على أن أمر الله جاء على قسمين أولهما الأمر بالعدل، وثانيهما الأمر بالإحسان: فأَيّ طريق موصّل للعدل فإن إتباعه أمر من الله، وأي طريق مُنتج إلى الإحسان فإن إتباعه أمر من الله.

وكأنّ الجهد الإنساني انصبّ لتلمّس أثر هذين الطريقتين: فالعدل مأمور به، وكَمّاله يتحقّق بالإحسان، وأعمال البحث وخلاصة الفقه ومحكّ التجارب كان دائراً حول هذه الغاية، وكانت مسافة الوصول إليها بُعداً أو قريباً معياراً لتحديد نجاح أي نظام في إيجاد المعادلة الصحيحة التي تضمن استقرار الأمر وتحقّق الأمن داخله.

لذلك تستعمل هذه الآية شعاراً لعدّة أنظمة قضائية، تنصبه في شكل لوحات في بهو محاكمها ليقراءه الناس علامة على أن من وُلّوا القضاء كفيلون بأن يردّوا عليهم حقوقهم المسلوقة والانتصار لمظلّومهم وصدّ ظالمهم، وأن صدّ أحلامهم في العدل سيتحقّق واقعا من خلال المنظومة القضائية القائمة من قوانين وتشريعات وهياكل ومحاكم وما عليهم إلا الالتجاء إليها للتوصّل إلى أخذ حقوقهم عبر ممارستهم لحقّهم في التقاضي.

فهل أن حقّ التقاضي هو حقّ مُطلق أم أنه محدّد في إطار ضوابط و ضمانات؟ وكيف أصّل القانون التونسي والفقه الإسلامي حقّ التقاضي؟

الجزء الأول: ضوابط وممارسة حقّ التقاضي:

شُرّع حقّ التقاضي لحماية مصلحة (فقرة أولى) يُمارس أمام هيكل مختصّ (فقرة ثانية).

فقرة أولى: حقّ التقاضي سبيل لتحقيق مصلحة:

الحقّ في اصطلاح الفقهاء هو الشيء الثابت لله أو للإنسان على الغير بالشرع¹⁰، وفي لغة القانونيين، هو السلطة التي يقرها القانون للشخص سواء بصفته إنساناً أو لمواجهة حاجياته في علاقاته الاجتماعية¹¹، ويتمتّع الشخص بجميع حقوقه ويضمن له القانون سلطة ممارستها وحمايتها وهي تكوّن في مجموعها ما يعبر عنه بالذمة المالية.

وتقتضي القاعدة الفقهية "الجواز الشرعي يُنافي الضمان"¹²، أي أن من مارس حقه كيف ما أجازته الشارع، وهو الله سبحانه وتعالى، فلا ضمان عليه وذلك فيما إذا استعمل المكلّف حقه على الوجه المأذون فيه شرعا من غير تعسف أو مجاوزة في فعل غير مشروع¹³، وكأنّ هذه القاعدة الأصيلة كانت أساسا للقاعدة الواردة في القانون الروماني "مُنْتَهَى الْحَقِّ مُنْتَهَى الظُّلْم" (injuria Summun jus, Summa)¹⁴، فمن فعل ما يقتضيه حقه بدون قصد الإضرار بالغير فلا عُهْدَة عليه¹⁵، بما يعني أن ممارسة الحقّ مقيّد بظوابط منها المصلحة والغايات وحسن النية وعدم التحايل على القانون وعلى مصلحة الغير واستعمال الحيل الشرعية.

وتأسّس حقّ التقاضي على مصلحة شرعية ينفي عنه تضمّنه تحايلا على القانون (أ) أو تعسّفا في استعمال الحقّ (ب).
أ- التحايل على القانون:

الأصل أن الالتزامات الناشئة طبق القانون والشرع، والتي لم يطرأ عليها أي سبب لفسخها أو إبطالها، تُنفَّذ إرادياً من قبل الطرفين، باعتبار أن العقد الرابط بينهما نشأ بإرادتهما الحرّة الكاملة وأن الباعث على التعاقد كان جائزا بما يجعل منه "شريعة للطرفين" حسب التعبير القانوني¹⁶. فكلّ طرف محمول عليه واجب الوفاء بالتزامه طوعا واختيارا، ويبقى الاستثناء هو اللجوء للقضاء لجبر المدين على التنفيذ بالإذعان لحكم المحكمة ولو باستعمال أساليب القوّة العامّة حسب ما يُجيزه القانون¹⁷.

ونطاق الالتزام لا يتحدّد من خلال الدلالة النصيّة للعقد فقط، بل كلّ ما يترتّب عنه من حيث العرف والأمانة والإنصاف حسب ما تقتضيه أحكام الفصل 243 من القانون المدني التونسي الذي ينصّ على أنه "يجب الوفاء بالالتزامات مع اتمام الأمانة ولا يلزم ما صرّح به فقط بل يلزم كلّ ما ترتّب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته". وهو أصل مستوحى من قوله ﷺ ﴿الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ خَلَالًا أَوْ أَحَلَ حَرَامًا وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ خَلَالًا أَوْ أَحَلَ حَرَامًا﴾¹⁸، وهو نصّ يخرج بالالتزام من دائرة القانون إلى دائرة أعم وأشمل يتداخل فيها القانون مع الأخلاق وأصول المعاملات والعرف غير أن أساسه لم يكن الفقه الإسلامي بل كان استنساخا للنصّ المدني الفرنسي¹⁹.

إن هذه النصوص رغم صراحتها وحُجّيتها، لم تمثّل مانعا لتطويع الالتزام وفق الرغبة الشخصية والمصلحة الفردية للخروج عن مقتضاه الشرعي والقانوني بما يُشكّل مضرّةً للتعاقد أو للغير وتحايلاً على القانون.

والحيل هي تقديم عمل ظاهراً الجواز لإبطال حكم شرعيّ وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فمآل العمل فيه خرق لقواعد الشريعة كواهبٍ ماله عند رأس الحول فراّداً من الزكاة²⁰، أجازها أبو حنيفة ومنعها المالكية والشافعية، غير أن الإجازة كانت باعتبار المآل أيضاً لكن على حكم الانفراد فالعبرة عند أبي حنيفة بالقصد: فإن كان قصد الواهب إبطال حكم الزكاة فالتصرف ممنوع، وإلاّ لامتنتع الهبة عند رأس كل حوّل مطلقاً²¹.

فالتحايل إذا هو سعي الشخص للتمتع بحقوق أو بمنافع على غير مقتضى التزامه بما لا حقّ له فيه، أو لتجنّب تطبيق قاعدة معيّنة ظناً بأنها تُضر بمصالحه، كلّ ذلك بتطويع قواعد أخرى من الشرع أو القانون.

ولمّا كان مبنى حقّ التفاضي المحافظة على الحقوق كما ربّتها الشرع والقانون مُنْع أن يكون "كلمة حقّ أريد بها باطل"²²، بأن يتحوّل إلى وسيلة إجرائيّة للزّغ بالحق وإهداره ونُصرة الباطل أو سبيلاً للخروج عن مبادئ العدل والنزاهة والأمانة في تنفيذ الالتزامات.

لذلك يأتي من أولويّات عمل القاضي مراقبة حُسن ممارسة الحقوق حتى تكون مُطابقة للغايات التي وُضعت من أجلها وضمان تنفيذ الالتزامات حسب ما يُرتبه الشرع والقانون وتطبيق مبادئ العدالة والإنصاف، مُجمل ذلك يجعله صاحب أمانة ليحفظ لكلّ طرف حقه بأن يمنع التحايل باستعمال قواعد قانونيّة أو شرعيّة تُخلّ بالتوازن العقدي أو تُلحق ضرراً بأحدهما أو بالغير، وصيانةً للحكم القضائي ليضلّ وسيلة للنطق بالحقّ وعلامة على العدل، وهو ما يتطلّب من القاضي التحقّق في شروط الدعوى وحقيقة النزاع وجدّيته واستقراء الباعث على الخصام ومآله فيما ينجّر عنه من آثار للمتخاصمين أو لغيرهما حتى يُمكنه الجزم بعدم وجود تحايل أو خديعة، الأمر الذي جعل الفقهاء يشدّدون في شروط اختيار القاضي بالقول "ويقدّم في القضاء من هو أعرف بالأحكام الشرعيّة وأشدّ تفتّناً لججاج الخصوم وخدعهم وهو معنى قوله ﷺ "أقضاهم علي"²³.

ومثال تلك الحيل الترفيع في ثمن المبيع صورياً لمنع الشفيع من ممارسة حقّ الشفعة، فإذا رُفعت الدعوى للقاضي وجب عليه ردّ الأمور إلى نصابها بعد النظر والتحقّق في كون الثمن المُصرّح به بالعقد يتجاوز أضعاف القيمة الحقيقيّة للمبيع لرغبة في منع تطبيق قواعد الشفعة.

ودأبت المحاكم التونسية، إن تحقّق الأمر لديها في وجود تحايل على القانون وكان الثمن صورياً، أن تُجيز للشفيع عرض الثمن الحقيقي على المشتري، مع تحميله عبء إثبات ما ادّعاه بجميع طرق الإثبات ومنها الاختبار على العقار المبيع لتتظير ثمنه مع بقية العقارات المماثلة وتحديد قيمته الشرائية²⁴.

وقد يَعمد المدين إلى بيع أملاكه سعياً لتهريبها من قبضة دائنيه وتفصيلاً من واجب الوفاء بالدين بإيجاد حالة مفتعلة من الإعسار تمنع إجراء أعمال التنفيذ ضده ببيع أملاكه عنه.

فإن تحقّق القاضي من قيام التحايل بثبوت عنصر المحاباة بين البائع، المدين، والمشتري، وثبوت عنصر التواطؤ بينهما، وسوء النية القائمة على التصديّ للدائنين لتنفيذ سندات ديونهم واستخلاصها، فإنه يقضي بإبطال تلك التصرفات التي أجراها المدين، والتي يبدو من ظاهرها وشكلها أنها منضبطة إلى جميع أحكام القانون، لكنها تضمّنت سعياً للإضرار بدائنيه، وهو ما يُجيزه الفصل 306 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يقتضي "يجوز للدائنين أن يطعنوا في حقّ أنفسهم في العقود التي تمّمها مدينهم بأنه تمّمها لإضرارهم في حقوقهم تغيراً وتديلاً لكن دون أن تقع مخالفة الأحكام المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالميراث..."، المبدأ الذي أقرّته محكمة التعقيب بالقول "إن من شروط الدعوى البليانية أن يكون التصرف الذي قام به المدين يُقصد به الإضرار بدائنه تغيراً وتديلاً وهذا يقتضي عُسر المدين أي أن تكون مكاسبه غير كافية لسداد ما عليه من ديون"²⁵.

ويكون التحايل وسيلة لتجنّب تطبيق قاعدة مُلزمة، كتغيير الجنسية لتجنّب تطبيق أحكام القانون في الأحوال الشخصية للانتفاع بحقوق يُجيزها القانون الشخصي غير مُتاحة في القانون الوطني، أو أن يُقرّ المورث بماله للغير حتى يحرم الورثة من نصيبهم في الإرث، أو تعويض عقد الربا بعقد بيع على أن تدفع الفوائض بعنوان ربح في عملية البيع... فجميع تلك التصرفات باطلة عملاً بالقاعدة الفقهية "الأمر بمقاصدها" باعتبار مآل الفعل وما يؤديه إلى مفسدة.

ويقع على كاهل القاضي التثبت في مدى تحقّق تلك المصلحة عند ممارسة حقّ التقاضي ومدى مطابقة الأعمال والدعاوى المعروضة عليه لمقصدها الشرعي والقانوني صيانة للحقوق من الضياع والتلاعب.

ب- التعسّف في استعمال الحقّ:

أبدع الفقه الإسلامي نظريّة التعسّف في استعمال الحقّ من خلال القاعدة الأصوليّة القائلة "النظر في مآلات الأفعال مقصود مُعتبر شرعاً"²⁶، ذلك أن المجتهد، أو القاضي، المشتراط فيه فقها تحوُّزه على صفات المجتهد، فلا يحكم على الأفعال الصادرة من المكلفين إلا بعد نظره إلى ما يؤوّل إليه ذلك الفعل من مصلحة أو مفسدة.

فالتكاليف مشروعة لمصالح العباد، فقد يكون العمل مشروعاً لكن يُنهي عنه لما يؤوّل إليه من المفسدة، أو يكون ممنوعاً لكن يُترك النهي عنه لما في ذلك من مصلحة²⁷. وكلّ ذلك مستمدّ من أحكام القرآن الأمره بالإحسان.

يقول ابن عبد السلام: "كتب الله سبحانه الإحسان على كلّ شيء وأخبر أنه يأمر به على الدوام والاستمرار بقوله: "إِنَّ اللَّهَ" [النحل:90]، ورغب فيه بقوله "إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ" [البقرة:195]، وإن أمراً يكون سبباً لحبّ الله لجدير بأن يُحرص عليه ويُتنافس فيه ويُبادر إليه، والإحسان منحصر في جلب المصالح ودرء المفاصد وهو غاية الورع أعلاها إحسان العبادات، وثانها الإحسان إلى الخلائق وذلك إمّا بجلب المنافع أو بدفع المضارّ ولا فرق بين قليله وكثيره وجليله وحقيقه فإن "مَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ" [الزلزلة:7] فإن الألف واللام في العدل والإحسان للعموم والاستغراق فلا يبقى من دقّ العدل وجُلّه شيء إلا اندرج في أمره بالعدل ولا يبقى من دقّ الإحسان وجُلّه شيء إلا اندرج في أمره بالإحسان"²⁸.

كما استروح الفقهاء نظريّة التعسّف في استعمال الحقّ من نهي الشريعة عن الإضرار، قال تعالى: ﴿مَنْ بَغَىٰ وَصِيَّةً يُوْصِي بِهَا أَوْ ذِينَ غَيْرِ مُضَارٍ﴾ [النساء:12]، وقال تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ [البقرة:231]، وقوله ﷺ عن أبي سعيد سعد بن مالك بن سنان الخُدري رضي الله عنه أنه قال: ﴿لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ﴾²⁹، وقضاؤه ﷺ في سوء استعمال الحقّ والتعسّف فيه: ما رواه أبو داود من أن رجلاً كان له نخل في حائط رجل من الأنصار فسبّب له كثيراً من المضايقة فطلب إليه أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يُناقله أي يبادلّه نخلاً بنخل فأبى، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك فطلب إليه النبي ﷺ أن يبيعه فأبى فطلب إليه أن يُناقله فأبى قال: فهب لي ولك كذا وكذا، فأبى، فقال له ﴿أنت مُضَارٌّ﴾، وأمر الأنصاريّ بأن يخلع نخله³⁰.

وفي ذات السياق تعامل الفقه الفرنسي مع هذه النظريّة³¹، وانقسم إلى مذهبين³²، المذهب شخصي ويقوم على أساس أن الفرد هو الهدف من تنظيم المجتمع بالتالي فإن ممارسة الحقّ لا تخضع لأيّ قيد، بدعوى أن العمل القانوني لا يمكن أن يكون في آن واحد شرعي

ومخالف للقانون وهو اتّجاه الفقيه "بلانيول"⁽³³⁾، عارضه فيه أصحاب نظرية الوظيفة الاجتماعية بقيادة الفقيه "جوسران" بالقول أن الحقّ ليس بسلطة في حدّ ذاته أو حرّية بل إمكانية تُعطى للفرد في نطاق معيّن ولأهداف معيّنة فالحقوق إذا ليست إلا وظائف اجتماعية وفكرة التعسّف تتضمّن نيّة خبيثة تهدف إلى مصلحة غير مشروعة³⁴.

ويبدو أن القانون التونسي حاول تبني النظريتين معا من خلال صيغة الفصل 103 من مجلّة الالتزامات والعقود المنظّم لمسألة التعسّف في استعمال الحقّ من خلال نصّه "من فعل ما يقتضيه حقه بدون قصد الإضرار بالغير فلا عهدة ماليّة عليه، فإذا كان هناك ضرر فادح ممكن اجتنابه أو إزالته بلا خسارة على صاحب الحقّ ولم يفعل فعليه العهدة الماليّة"، بمعنى أن الممارسة تكون تعسّفية إذا نتج عنها ضرر فادح غير عادي بالنسبة لما هو مقبول عادة أو عرفا مقارنة بالفائدة التي يرمي إلى تحقيقها صاحب الحقّ.

فالقاضي يُراقب إن تضمّنت الدعوى تعسّفا من عدمه كأن يكون القصد منها التنكيل والإخراج، ويوجب عليه القانون في تلك الحالة الحكم بغرم الضرر للطرف المتضرّر جرّاء ذلك التعسّف في استعمال حقّ التفاضي.

والحقّ في الغرم يتمّ المطالبة به في إطار "دعوى مُعارضة" التي عرّفها الفصل 227 من مجلّة المرافعات "حقّ القيام بدعوى المعارضة مختصّ بالمطلوب ويمكن عرضها ما دامت القضية بصدد التحضير ولا تُقبل هذه الدعوى إلا إذا كان المقصود منها الدفاع لردّ الدعوى الأصليّة أو المُقاصة أو طلب غرم الضرر المتسبّب عن النازلة" ويُحكم فيها مع الدعوى الأصليّة في آن واحد.

ومن أوجه التعسّف التي جاء بها القانون التونسي، التعسّف في طلب الطلاق بأن يُنشأ أحد الزوجين طلب الطلاق بناء على رغبة خاصّة منه دون أن يكون مُطالباً بتقديم مُبرّر له وهو ما يوجب غرم ضرر الطرف الثاني بناء على النيّة التعسّفية الواضحة³⁵. وصورته أيضا قطع العلاقة الشغلّية من قبل المؤجّر بدون سبب وجيه أو مُبرّر شرعي وهو ما يوجب غرم ضرر العامل لعدم احترام المؤجّر للأسباب القانونيّة لقطع العلاقة الشغلّية³⁶. وإن كان الأمر في علاقة كرائيّة فإن إقدام مالك الجدران على قطع العلاقة الكرائيّة التجاريّة بعد اكتساب المتسوّج للحقّ في تجديدها توجب غرم الضرر لتعسّفه في قطعها ورفض تجديدها وذلك بتمكينه من غرامة حرمان تعويض له عن ضرره المتمثل في نقص الربح وفقدان الحرفاء ومصاريف الانتقال إلى محلّ تجاري ثانٍ³⁷. وقد يصدر التعسّف عن سلطة عموميّة متمثّلة في

الدولة أو إحدى مؤسساتها في استعمالها لصلاحيّات السلطة العامّة بدون وجه حقّ والانحراف بالسلطة والإجراءات من خلال القرارات الإداريّة التي تتّخذها وهو ما يكون سببا في الطعن فيها أمام المحكمة الإداريّة لطلب إلغائها وغرم الضرر المدّعي لتعسّف جهة الإدارة نتيجة الأعمال غير الشرعية الصادرة عنها تُجاهه³⁸.

وتطرق الفقهاء أيضا إلى وجوه التعسّف والإضرار، من ذلك منع الجار من الإضرار بجاره "فلا يفعل ما يضرّ بجاره من فتح كُوة قريبة يكشف جاره منها، أو فتح باب قُبالة بابه، أو حفر ما يضرّ بجاره في حفره وإن كان في ملكه"³⁹، أو "الإضرار بالحائط المشترك، أو أن يعمد المريض إلى الطلاق بتهمة إخراج الزوجة من الميراث"⁴⁰. والتعسّف في القيام أمام القضاء بدون وجه حقّ لغاية التنكيل والتعنيث على غرار ما أورده ابن فرحون "لو ادعى صعلالك على أهل الصلاح والطهارة دعاوى باطلة وليس لهم من قصد سوى التشهير بهم وإيقافهم أمام القضاء إيلاما وامتهانا لا تسمع الدعوى ويؤدب المدعي"⁴¹.

الفقرة الثانية: ممارسة الحقّ لدى هيكل مختصّ:

تكفل الدولة ممارسة حقّ التفاضي وذلك من خلال إيجاد سلطة مختصة تُعهد لها مهمّة الفصل في الخصومات القضائيّة وفصّ النزاعات، ويُعبّر عنها في أغلب الأنظمة القانونية بـ "السلطة القضائيّة" على غرار الدستور التونسي لسنة 2014 الذي أفرد لها أحكاما خاصة ضمن الباب الخامس منه على كون "القضاء سلطة مستقلة تضمن إقامة العدل وعلويّة الدستور وسيادة القانون وحماية الحقوق والحريّات. القاضي مستقلّ لا سلطان عليه في قضائه لغیر القانون"⁴²

ويُعبّر جانبا من الفقه الإسلامي عن ذلك الهيكل بـ "ولاية القضاء"، وشروطها: خمسة: مولٍ، وموّلٍ وعَمَل ونظر وعقد⁴³.

وعُرف القضاء بكونه صفة حكميّة توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين، فيخرج التحكيم وولاية الشرطة وأخواتها والإمامة⁴⁴. أمّا حقيقة القضاء فهي إخبار على حكم شرعي على طريق الإلزام، وحكمة مشروعيّته: حفظ النظام ودفع الضرر العام⁴⁵.

ويُعدّ القاضي الطرف الأساسي في ضبط حقّ التفاضي والحفاظ على ممارسته ووجوده وذلك من خلال جملة من الآليات أهمّها أهمّها استقلاليّة القاضي (أ) وحياده (ب).
أ- استقلاليّة القاضي:

يُعتبر مبدأ استقلالية القضاء من أهمّ المبادئ المكرّسة لحقّ التفاضي لكونها تُنْزِهُ القاضي عن كل الضغوطات والتدخلات والتأثيرات التي من شأنها أن تجعله يزيغ عن الحقّ أو يخاف النطق به، فلا سلطان عليه إلا القانون ليستوي أمامه القويّ والضعيف والغنيّ والفقير وصاحب السلطان والرجل العادي.

ومن مظاهرها عدم تدخّل السلطة التنفيذية أو هيكلها في إدارة القضاء، من خلال التسمية والترقية، أو في الرقابة من خلال مُمارسة السلطة التأديبيّة، وهو ما أقرّه القانون الأساسي عدد 34 لسنة 2016 المؤرخ في 28 أفريل 2016 المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء، إذ اقتضى في فصله الأوّل أن المجلس الأعلى للقضاء مؤسّسة دستورية ضامنة في نطاق صلاحياتها حسن سير القضاء واستقلاليّة السلطة القضائيّة طبق أحكام الدستور والمعاهدات الدولية المصادق عليها، وجعل مهمّة الإشراف على المسار المهني للقضاة من تسمية وترقية ونقله من أنظاره، كما يبيّن في مطالب رفع الحصانة ومطالب الاستقالة والإلحاق والإحالة على التقاعد المبكّر والإحالة على عدم المباشرة، ويعتمد المجلس عند النظر في المسار المهني للقضاة على مبادئ تكافؤ الفرص والشفافية والكفاءة والحياد والاستقلالية، ويراعي لهذه الغاية مقتضيات والمبادئ الواردة بالدستور والمعاهدات الدوليّة والمعايير والشروط المنصوص عليها بالأنظمة الأساسيّة للقضاة. وفي صورة ثبوت الخطأ الموجب للتأديب فإن المجلس القضائي المعني المنتصب للتأديب يقرّر العقوبة المناسبة للأفعال المرتكبة.

أمّا على مستوى الفقه الإسلامي فللاستقلاليّة أصل ثابت، باعتبار أن القاضي وإن كان يستمدّ شرعيّة تسميته من الوالي، إلا أن ولايته للقضاء مستقلّة عن ولاية الإمامة ولها أركانها الخاصّة وهما "ركني: القوّة والأمانة، فالقوّة في الحكم ترجع إلى العلم بالعدل وتنفيذ الحكم، والأمانة ترجع إلى خشية الله تعالى، وهذه الشروط تعتبر حسب الإمكان ويجب تولية الأئمة فالأئمة⁴⁶. كما أن علاقته بالإمام تبقى في إطار الوكالة، مع الاستثناء ذلك أن ولاية القاضي لا تنتهي" إذا مات أو خلع الخليفة لا تنعزل قضاته وولّاته، لأن القاضي يعمل بولاية المسلمين وفي حقوقهم، وإنّما الخليفة بمنزلة الرسول عنهم. أما إذا عزل ينعزل لأنه لم يعزله الخليفة حقيقة بل يعزل العامّة لما ذكرنا من أن توليته بتولية العامّة، والعامّة ولّوه الاستبدال لتعلّق مصالحهم بذلك وهو الفرق بين العزل والموت⁴⁷.

ويُعَدُّ سيدنا عمر رضي الله عنه أوّل من أسّس لمبدأ استقلاليّة القضاء هيكلياً ووظيفياً، بإنشائه لديوان خاصّ به يُعنى بشؤونه ويدير أموره، كما أن نماذج مختلفة من

القضايا والأحداث مثلت خير برهان لاستقلال القاضي عن سلطة الخليفة أو الأمير من ذلك رسالته إلى واليه معاوية بن أبي سفيان حاكم سورية وفلسطين، إنه لا سبيل لك على عبادة بن الصامت، وكان عبادة قاضياً لفلسطين ليضع حداً لتدخل الولاة في شأن القضاء⁴⁸.

والأصل أنه لا يمكن التدخل في أحكام القاضي إلا في حالات لخصها البرزلي في نوازله "قلت في النواذر الواضحة عن أصبغ: إن منع الإمام قاضيه الحكم بين خصمين فإن كان قبل أن يتبين له الحق أطاعه، وإن كان بعد أن تبين فينفذه إلا أن يصرفه رأساً. وكثيراً ما يقع في زماننا ينهى الأمير القاضي في تمام الحكم في قضية أو ينهأ عنها ابتداء مثل تحجيره عليه أن لا يحكم على الأجناد أيام الحركة، فإن كان قبل ظهور الحق عزل نفسه، وبعد ظهوره يجب عليه السعي في تمامه إن أمكن ولم تنشأ عنه مفسدة، وإن ظن إنشاء المفسدة تركها وكان كالمكره على عدم إنفاذ الحكم فله مندوحة عند الله تعالى⁴⁹.

كما أنه لا يمكن للوالي أن يلزم القاضي باعتماد مذهب معين لقوله تعالى: "فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ" [ص:26]، "فان فعل، بطل الشرط وصحت الولاية كالشروط الفاسدة في البيع"⁵⁰.

ب- حياد القاضي واجتهاده:

يقتضي المبدأ أن القاضي لا يتدخل في إجراءات الدعوى، دون أن يخل بواجب الاجتهاد لطلب الحق.

ذلك أن الفصل 12 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية ينص على أنه " ليس على المحكمة تكوين أو إتمام أو إحضار حجج الخصوم"، وهو نص لم يكن موجوداً ضمن نصوص مجلة المرافعات الصادرة سنة 1910، التي وضعت على كاهل القاضي كل الأعباء الإجرائية التي يتطلبها نشر القضية وسيرها أمام المحكمة، فأعفى النص الجديد الصادر سنة 1959 القاضي من هذه المهمة ليتفرغ للفصل في النزاعات المعروضة عليه، فأصبح تكريساً لنظام إجرائي جديد وهو نظام المبادرة الذاتية (Système accusatoire) أو نظام المواجهة، في اختلاف مع النظام الإجرائي السابق وهو نظام المبادرة القضائية (Système inquisitoire) أو النظام الاستقرائي، الذي كان سائداً في مجلة 1910⁵¹.

وهو ما انتهجته محكمة التعقيب بالقول "إن الدور الموكل للقاضي لتهئية النزاع للفصل يقتضي منه تحقيق المعادلة بين التزام الحياد بمفهومه الإيجابي والاجتهاد في سبيل استجلاء الحقيقة و بالتالي فإنه لا شيء يمنع القاضي كلما تبين له وجود نزاع جدي يقتضي

منه تدخلا حاسما أن يقوم بالعديد من الأعمال الكاشفة للحقيقة وتأطير النزاع في إطاره الصحيح في نطاق ما خوّلت له النصوص القانونية وذلك لاستكمال أدلة المتقاضين حتى يؤسس حكمه على عناصر واضحة وثابتة من شأنها أن تجعل الأحكام القضائية مطابقة للحقيقة الواقعية⁵².

ويؤخذ هذا المبدأ في الفقه الإسلامي على مستوى أرفع باعتبار أن القاضي مُلزم بالحكم بالقسط. والقسط هو النصيب بالعدل، قال تعالى "وَأَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ" [الرحمن:9]⁵³، وقال تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: 58]، وقال تعالى ﴿فَاَحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ﴾ [المائدة: 48]، فهو مُلزم بتحقيق العدل وبالسعي بكل الطرق للنطق به، بما يجعله متحمّلا لأعباء إجراءات الدعوى من حيث إقامتها وإحضار المدعي عليه والسعي في ذلك بجميع الوسائل وتعيين جلساتها والسؤال عن الشهود والتحري بنفسه في أسباب التجريح فيهم وإثبات عناصر الادّعاء فيها واختيار الطريقة الأنسب لقبولها أو ردّها غير أن جميع تلك الأعمال لا يُمكن أن تُمثّل إخلالا بمبدأ الحياد بل إنها من صميم وظيفته وجوهرها حفاظا على الحقوق المؤمّن عليها والتزاما بعقد القضاء الذي في عهده ذلك أن الوفاء بالعقد واجب شرعيّ.

كما يوجب النظام الإجرائي القانوني على القاضي السعي بكلّ جهده للنطق بالحقيقة من خلال الحكم الذي يُصدره حسما للنزاع. فعند تعهُّد المحكمة بملف القضية، تتولى إحالته على القاضي المُقرّر الذي يتلقى التقارير والمؤيدات من المحامين ومطالبتهم بما يراه لازما من الإيضاحات والوثائق الإضافيّة طبق الفصل 87 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتجاريّة، كما يقوم بإجراء الأبحاث التي يستوجبها سير النزاع بسماع الطرفين شخصيّاً وضبط نقاط الخلاف بينهما وسماع البيّنات وتلقي ما لكلّ منهما من المؤيدات، بما في ذلك توجيه اليمين الحاسمة وإتمام التوجهات على العين والإذن بإجراء الاختبارات واتخاذ القرارات المتعلقة بالجوانب الشكلية التي لا تأثير لها على موضوع الدعوى، وإذا كانت الأعمال المطلوبة ممّا تستدعي خبرة فنيّة أو كانت من النوع الذي يتعدّد عليه القيام به، فإنه ينتدب لها من كان مؤهّلا لإتمامها من الخبراء الذين يتولون إنجاز مهامهم تحت رقابته وطبق المأموريّة المسندة لهم التي تحدّد نطاق عملهم.

ويُحرّر القاضي المقرّر عند نهاية أعماله تقريراً يُحيله للمحكمة دون إبداء رأيه، ويبقى لهذه الأخيرة السلطة في إجراء جميع الأعمال الكاشفة للحقيقة فلها أن تأذن للقاضي المقرّر بإجراء أبحاث معيّنة من سماع بيّنات أو إجراء توجّهات واختبارات تكميلية أو تتبّع دعوى الزور وغيرها من الأعمال التي تُقَدِّرها وفق طبيعة النزاع ومحتواه.

ويجب أن يكون القاضي مبدئياً من أهل الاجتهاد، فقد روي عن عمرو ابن العاص أنه سمع رسول الله ﷺ قال ﴿إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد فله أجر﴾⁵⁴. كما روي أن النبي ﷺ قال لمُعَاذٍ لَمَّا بعثه إلى اليَمَن: ﴿يَمَّ تَقْضِي﴾، قال: "بكتاب الله"، قال: ﴿فإن لم يكن في كتاب الله﴾، قال "بسنة رسول الله"، قال: ﴿فإن لم تجد في سنة رسول الله﴾ قال: "اجتهد برأيي ولا آلو جهداً"، فقال: ﴿الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضاه رسول الله﴾⁵⁵، وروى بريدة أن النبي ﷺ قال ﴿القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق ف قضى به، ورجل عرف الحق فجار فيه فهو في النار، ورجل يجهل فهو في النار﴾⁵⁶.

والتعريف الأصولي للاجتهاد هو "بذل الفقيه الجهد في استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها"⁵⁷، ويضيف القرافي "التاء في لسان العرب في فعل اجتهد لفرط المعاناة تدل على تعاطي الشيء بعلاج وإقبال شديد عليه، نحو اقتلع واكتسب"⁵⁸. ويُعرّف الأمدي الاجتهاد بالقول: لغة: عبارة عن استفراغ الوسع في تحقيق أمر من الأمور مستلزم للكلفة والمشقة، ولهذا يقال: اجتهد فلان في حمل حَجَر البزارة ولا يقال اجتهد في حمل خردلة. أما في اصطلاح الأصوليين فمخصوص باستفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يحسّ من النفس العجز عن المزيد فيه⁵⁹.

ويُعدُّ شرط الاجتهاد⁶⁰ في الشرع أساساً لاختيار القاضي وتعيينه بأن تتوفر فيه شروط المجتهد غير المُقلّد، مع ما يقتضيه ذلك من علم بالأحكام القرآنية وأحكام الأحاديث وأصول الفقه والتفسير واللغة، فهو يقضي باجتهاده لا باجتهاد غيره إذا لم يجد الحكم المناسب للواقعة لا في الكتاب ولا في السنة ولا في الإجماع⁶¹.

قال الشافعي: قال الله تبارك وتعالى "وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ" [الأنبياء: 78]، قال الحسن بن أبي الحسن: لولا هذه الآية لرأيت أن الحكام قد هلكوا، ولكن الله حمّد هذا لصوابه، وأثنى على هذا باجتهاده⁶²، "والمجتهد: من يعرف من كتاب الله وسنة رسوله عليه الصلاة والسلام الحقيقة والمجاز، والأمر والنهي، والمجمل، والمبني، والمحكم

والمتشابه، والخاص والعام، والمطلق والمقيّد، والناسخ والمنسوخ، والمستثنى والمُستثنى منه، ويعرف من السنة صحيحها من سقيمها، ومتواترها من آحادها، ومرسلها ومتّصلها، ومسندها ومُنقطعهما مما له تعلق بالأحكام خاصّة. ويعرف ما أُجمع عليه مما اختلف فيه. والقياس وحدوده وشروطه، وكيفية استنباطه، والعربية المتداولّة بالحجاز والشّام والعراق، وما يؤلّهم. فمن وقف عليه ورزق فهمه صلّح للفتيا والقضاء⁶³.

والقاضي محمول على المشاورة لأهل العلم بأن "يتّخذ بطانةً من أهل العلم يُشاورهم في أمور القضاء والدعاوى التي ينظرها وهو غير مُلزم بالأخذ برأيهم لأنه يقضي باجتهاده لا باجتهادهم"⁶⁴، قال تعالى ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [آل عمران: 159]. "سئل القاضي أبو عبد الله بن الحاج عن صفة من ينبغي أن يشاور من أهل العلم؟ أجاب: ينبغي أن يشاور من أهل العلم العالم النافذ الخير الورع الواثق بنفسه وعلمه، والعالم بكتاب الله وسنة نبيه محمد صلى الله عليه وسلّم وما مضى من الحكم، العارف باللّغة ومعاني الكلام الموثوق به في دينه، والذي يؤمّن فيما يشير به ولا يميل إلى هوى ولا طمع"⁶⁵.

الجزء الثاني: ضمانات حق التقاضي:

لا يمكن أن يُمارس حق التقاضي إلا وفق مبادئ أساسيّة مضبوطة تهدف إلى ضمان هذا الحقّ وصيانته، تُقسّم إلى ضمانات متّصلة بالمتقاضي وضمنات متّصلة بهيكل القضاء.

الفقرة الأولى: ضمانات متّصلة بالمتقاضي:

وتشمل مبدأ مجانية التقاضي وحقّ الدفاع والمساواة أمام القضاء.

1- مبدأ مجانية التقاضي:

الأصل أن مُمارسة حقّ التقاضي مجاني باعتبار أنه مرفق عمومي مُتاح للجميع بصرف النظر عن الوضع الماديّ أو الاجتماعي للمتقاضي، فهو أداة الفقير والأرمل واليتيم والقاصر لتحصيل حقوقه بأرفق السبل وأيسرها فلا يمكن أن يحول عارض للالتجاء للقضاء، أو أن تكون مُناسبة تطلّمه وسيلة لجمع أموال الجباية لفائدة الدولة.

غير أن هذا المبدأ ليس على نفس المستوى من التطبيق إذ أن مجلة التسجيل والطابع الجبائي الصادرة بالقانون عدد 58 لسنة 1993 المؤرخ في 17 ماي 1993، وقوانين الماليّة الصادرة في مُفتتح كلّ سنة إداريّة، تتضمّن في غالبيتها أحكاماً جبائيّة متّصلة بممارسة حقّ التقاضي كإحداث معالم جديدة أو الترفيع في القديمة منها، أو إخضاع إجراءات قضائيّة

معينة للتسجيل بعد أن كانت معفية منه، أو توظيف معلوم على تسجيل الأحكام أو إحداث طوابع جبائية والترفع في قيمتها... وغيرها من الأحكام والتراتب الإدارية ذات الأثر المالي والجبائي بالنسبة للمتقاضي التي لا يُراعى فيها مقدرة المتقاضي ووضعه الاجتماعي والمادي.

وفي المقابل تمّ التخفيف من وطأة تلكم الإجراءات الجبائية بسنّ نظام الإعانة العدلية بموجب القانون عدد 52 لسنة 2002 المؤرخ في 03 جوان 2002 المتعلق بالإعانة العدلية في المادة المدنية لكلّ شخص طبيعي طالبا كان أو مطلوبا، وذلك في كلّ طور من أطوار القضية أو لتنفيذ الأحكام أو لممارسة حقّ الطعن. كما تمّ إقرار نظام الإعانة العدلية لدى المحكمة الإدارية بموجب القانون عدد 3 لسنة 2011 مؤرخ في 3 جانفي 2011 يتعلق بالإعانة القضائية لدى المحكمة الإدارية الذي ينتفع بموجبه بالإعانة القضائية كل شخص طبيعي تونسي الجنسية أو أجنبي مقيم عادة بالتراب التونسي، بشرط احترام مبدأ المعاملة بالمثل، لمباشرة أعمال الادعاء أو تنفيذ الأحكام أو الطعن فيها ويجب إثبات الحالة المادية للطالب التي تُعوّزه عن التوصل بحقوقه من كونه عديم الدخل وأن الحقّ المدّعى به مبني على أسباب جدية. وهي إجراءات تبقى قاصرة عن تحقيق مبدأ مجانية التقاضي باعتبار تعدّد المتدخلين في مرفق القضاء من محامين وعدول تنفيذ وخبراء وإدارات ذات صلة بإدارة الملكية العقارية وديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط وجميعها تُخضع خدماتها لدفع معاليم لتحصيلها.

وفي إطار الفقه الإسلامي فإن القضاء يبقى مبدئيّا محافظا على صبغته المجانية باعتباره أمانة وعهد، فلا وجود لرسوم أو معاليم أو طوابع جبائية تُفرض على المدّعي أو تمنع القاضي من النظر في النزاع، لأنّ ذلك قد يكون سبيلا لمنع استيفاء الحقوق وتحقيق العدل بين الناس وهو مقصد القضاء ومآله، كما أن الدولة في الإسلام ليست في حاجة إلى تمويل خزينتها بواسطة الموارد الجبائية المتأتية من مرفق العدالة.

وأشار الفقهاء إلى ضرورة تخصيص جانب من أموال بيت المال لمصلحة القضاء لكتابة الأحكام والمحاضر والسجلات، إذ أورد ابن قدامة "وينبغي أن يجعل من بيت المال شيء يرسم الوراق التي يكتب فيها المحاضر والسجلات لأنه من المصالح، فإنه يحفظ به الوثائق، ويذكّر الحاكم حكمه والشاهد شهادته ويرجع بالدرك على من رجع عليه، فإن أعوز ذلك لم يلزمه الحاكم ذلك، ويقول لصاحب الحق: إن شئت جئت بكاغِدٍ أكتب لك فيه، فإنه حجة لك ولستُ أكرهك عليه⁶⁶.

2- مبدأ حقّ الدفاع:

يُعدُّ حقّ الدفاع من أصول المحاكمة العادلة التي تمكّن من تحقيق العدل والنّطق بالحقّ، إذ أوجب القانون على المحكمة السهر على احترام هذا الحقّ وتطبيقه باعتباره حقّاً دستورياً لا يُمكن النيل منه أو هضمه.

ومن آثاره أن حُمِل المدعى قانوناً بواجب إطلاع خصمه على أوراق ملف القضية وعلى جميع المؤيّدات المظروفة بها طبق صريح نصّ الفصل 4 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتجاريّة، وذلك بتبليغ المدعى عليه بنسخة من عريضة دعواه مع نسخة من المؤيّدات وأن يستدعيه للجلسة بواسطة عدل منفذ في أجل مضبوط قبل تاريخ الجلسة، وأن ينبّه عليه للجواب عن الدعوى وتقديم ما لديه من ملاحظات ومؤيّدات بواسطة محامي، إن اقتضى القانون وجوب تكليفه.

وتتنبّت المحكمة في مدى احترام عريضة الدعوى لتلكم الإجراءات الشكليّة، وتقضي ببطلانها بما يمنعها من الفصل في أصل النزاع طبق أحكام الفصل 71 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتجاريّة. وفي صورة حضور المدعى عليه وطلب التأجيل للجواب فإن المحكمة تستجيب لطلبه وتمكّنه من أجل معقول لإبداء ما لديه من ملاحظات ودفع للردّ عن الدعوى وهو من أوجه احترام حقّ الدفاع.

وحرص الفقه الإسلامي بدوره على صيانة هذا الحقّ، ذلك أن حُكِم الدعوى وجوب الجواب على المدعى عليه لأنّ قطع الخصومة والمنازعة واجب ولا يمكن القطع إلا بالجواب⁶⁷، بما يقتضيه ذلك من واجب إحضاره لمجلس القضاء حتى يقع سماع ما لديه للردّ عن الدعوى فيقرّ أو يُنكر. أمّا إذا حضر وطلب إمهاله فإن القاضي يؤجّله إلى موعد يُحدّده.

وأورد أبو اصبح صيغا للأجل بالقول "وضرب الأجل مصروف إلى اجتهاد القاضي وليس فيها حدّ محدود لا يتجاوز، إنما هو الاجتهاد وبحسب ما تعطيه الحال، فإذا كان الأجل المضروب في الأصول أجلّ المُعذر إليه من طالب أو مطلوب خمسة عشر يوماً ثم ثمانية أيام ثم أربعة أيام ثم تلوّم عليه ثلاثة أيام تتمّة ثلاثين يوماً في الجميع"⁶⁸، فإذا انقضت الأجل ولم يأت بجوابه ولم يأت بعذر يوجب إعادة التأجيل فإن القاضي يصدر قراره بتعجيزه أي اعتباره عاجزاً عن تقديم بَيّنته لدفع الدعوى⁶⁹.

ومن مظاهر احترام حقّ الدفاع أن القاضي لا يقضي بعلمه بل إنه مُلزم بتحقيق الدعوى طبق ما تضمنته أوراقها وهو ما يُستنتج من تحميل القاضي واجب تعليل الأحكام

الصادرة عنه التعليل الواقعي والقانوني⁷⁰، بما يقتضي أن يُبنى الحكم على ما له أصل ثابت بالملف طبق ما استقرّت عليه الأعمال الاستقرائية ووسائل الإثبات المخوّلة قانونا التي عُرضت على المحكمة وتمّ النقاش فيها والترافع بشأنها أمام القضاة الذين أصدروا الحكم، مبدأ أقرّته محكمة التعقيب "يُمنع على القاضي القضاء بعلمه الشخصي الذي يقصد منه علمه الشخصي بوقائع النزاع فهو يتلقى الوقائع من الخصوم ويقتصر عليها إلا أن ذلك لا يتعلق بعلمه للقانون فهو ملزم بالعلم به في معناه الشامل سواء كان مكتوبا أو غير مكتوب وإلا اعتبر مُنكرا للعدالة"⁷¹.

أمّا بالنسبة للفقه الإسلامي فقد اختلف الفقهاء حول جواز حكم القاضي بعلمه. قال مالك رضي الله عنه وأكثر أصحابه لا يقضي القاضي في شيء من الأشياء بما علمه لا قبل ولايته ولا بعدها، ولا يقضي القاضي إلا بالبَيِّنَات أو الإقرار، "ولا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في حدّ ولا في حقّ من الحقوق ولا في شيء قد كان شهد عليه مع غيره"⁷².

أما المذهب الشافعي ففي أحد القولين: لا يقضي بشيء من علمه في مجلس الحكم ولا في غيره إلا أن يشهد شاهدين بشيء على مثل ما علم، فيكون علمه وجهله سواء، وهكذا قال شريح⁷³، واستثنى القول في تعديل الشهود بكون القاضي يقضي بعلمه قولاً واحداً لأنه أقوى من الشاهدين⁷⁴.

وقال أبو حنيفة: ما علمه القاضي قبل أن يَلِيَ القضاء أو رآه في غير مصره لم يقض فيه بعلمه لأنه شاهدٌ واحد في ذلك، وما علمه بعد أن استقضى أو رآه بمصره قَضَى في ذلك بعلمه إلا في الحدود لأنه في ذلك قاضٍ لا يحتاج أن يضمّ إليه فيما يقضي به غيره⁷⁵.

واتّفق الحنابلة على أن القاضي لا يقضي بعلمه في حدّ ولا غيره لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها⁷⁶ وقالوا: "وهو المذهب وعليه الأصحاب"⁷⁷

3- مبدأ المساواة أمام القضاء:

ضمّنت مختلف الشرائع والقوانين حقّ التفاضل، والأصل فيه الحرية والمساواة بين الجميع وهو ما أقرّه القانون التونسي من خلال الفصل 108 من دستور 2014، وأقرّته الشريعة الإسلامية باعتبار أن المسلمين والكفّار والأحرار والعبيد في الدعاوى سواء، "وفي هذا الحديث من الفقه: أن المسلم والكافر والذميّ في الحكم بينهما والفصل بين المسلمين سواء"⁷⁸، فقد وروى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيّب، أن عمر بن الخطاب اختصم إليه مسلمٌ ويهودي. فرأى عمر أن الحقّ لليهوديّ فقضى له، فقال له اليهودي: "والله لقد

قضيت بالحقّ"، فضربه عمر بن الخطاب بالدرّة ثم قال: "وما يُدريك؟"، فقال له اليهودي: "إنّا نجد أنه ليس قاضي يقضي بالحقّ إلا كان عن يمينه ملكٌ وعن شماله ملكٌ يسدّدانه ويوقّقانه للحقّ، ما دام مع الحقّ، فإذا ترك الحقّ عَرَجًا وتركاه".⁷⁹

واختلف الحنفية في دعوى المرتدّ، فمنهم من قال هو في الدعوى كغيره، ومنهم من قال لا تُسمع دعواه لأن ملكه قد زال عن أمواله، ومنهم من قال تُسمع فيما اكتسب بعد الردّة ولا تُسمع فيما كان قبل الردّة، وعند محمد وأبو يوسف تُسمع في جميع الأحوال.⁸⁰

الفقرة الثانية: ضمانات متّصلة بهيكل القضاء:

وتشمل مبدأ التقاضي على درجتين وعلائية الجلسة.

1- مبدأ التقاضي على درجتين:

هو من أهمّ الضمانات المخوّلة للمتقاضي، باعتبار أنه يُمكن من صدر ضده حكمًا ابتدائيًا من الطعن فيه لدى محكمة أعلى درجة لإعادة النظر في النزاع ونقض الحكم عند الاقتضاء، إن نجح الطاعن في إثبات المطاعن القانونية والواقعية المنسوبة للحكم الابتدائي المطعون فيه.

والطعن في الأحكام مقنّن صلب مجلّة المرافعات المدنية والتجارية⁸¹ بإجراءات مضبوطة من حيث شروط الحكم المطعون فيه وآجال الطعن وإجراءاته وآثاره، وتصنّف إلى طرق طعن عادية مثل الاستئناف، وطرق طعن غير عادية مثل التماس إعادة النظر والاعتراض والتعقيب.

والأمر بمثله في الفقه الإسلامي، ولو أنه ليس على نفس المستوى من ناحية الإجراءات، باعتبار جواز نقض أحكام القاضي حسب شروط معيّنة.

والنّقض: لغة انتشار العقد من البناء والحبل، والعقد، وهو ضدّ الإبرام⁸²، ويمكن أن يؤدي إلى فسخ الحكم وعدم تنفيذه لأن القاضي مأمور بالعدل فإذا "تبين له خطأ في قضائه ينبغي له أن يُظهر رجوعه عن ذلك، ولا يمتنع الاستحياء عن الناس من ذلك ولا الخوف، فالله تعالى يحفظه من الناس والناس لا يحفظونه من عذاب الله تعالى"⁸³. وللقاضي أن ينقض أحكام نفسه أو أحكام غيره.

فبالنسبة لأحكامه، إذا تبين له الخطأ: قال سحنون: إذا كان الحكم مختلفا فيه وله فيه رأي وحكم بغيره سهوا، فله نقضه، وليس لغيره نقضه. وإن كان رأى بعد الحكم رأيا سواه لم ينقضه⁸⁴. وقال "والخطأ الموجب لردّ حكم العدل العالم: فسره اللّخمي: بما خالف نصّ آية

أو سنّة أو إجماع. قلتُ: أو ما ثبت من عمل أهل المدينة، لأنه عند مالك مقدّم على الحديث الصحيح عنده.⁸⁵

وقال الشافعي: "إذا رأى أنه خالف في حكمه الأوّل كتاباً أو سنّة أو إجماعاً، أو أصحّ المعنيين فيما احتمل الكتاب أو السنّة، نقض قضاءه الأوّل على نفسه ونقضه على من قضى به إذا رفع إليه. وإن كان قياساً محتملاً أحسن عنده من شيء قضى به قبل، فإنه يستأنف الحكم في القضاء الآخر بالذي رأى آخراً ولم ينقض الأوّل ولا ينقضه على من قضى به".⁸⁶

وقال الحنفية: إذا قضى في حادثة بالاجتهاد ثم تحوّل رأيه في الثانية فلا يوجب نقض حكمه الأوّل لأنه قضاء بالاجتهاد مجمع على جوازه ولا يجوز لقاضي آخر أن يبطله.⁸⁷

أمّا نظره في أحكام غيره ففيه تفصيل على حسب أحوال القاضي فإن كان عدلاً عارفاً: "فالأصل ألاّ تعترض أحكام القضاة العدول إلاّ أن يثبت جورها".⁸⁸

أمّا الجاهل العدل: فيكشف أقضيته، فما كان منها صواباً أمضاه وما كان خطأ لم يختلف فيه ردّه. ثالثاً: غير العدل: فظاهر المذهب فسخ أحكامه على ثلاثة: الفسخ المطلق: قاله ابن القاسم في المستخرجة، وعدمه مطلقاً قاله عبد الملك، والتفرقة في ما مضي من أحكامه ما عدل فيه ولم يسترب، ويردّ ما فيه جور أو استريب، ويفعل فيها ما يفعل في أقضية الجاهل: قاله اصبغ.⁸⁹

قال أصحاب المذهب الشافعي لا يجب أن يتعقّب أحكام من قبله لأمرين: أحدهما: أن الظاهر منها نفوذها على الصحة، والثاني: أنه ناظرٌ في مستأنف الأحكام دون ماضيها.⁹⁰

2- علانيّة الجلسات:

يُعدّ مبدأ علانية الجلسات من المبادئ الأصلية الذي يعود جذورها إلى الحضارات القديمة، حيث كانت المحاكمات تتمّ بحضور طائفة من أفراد الشعب ليشهد المحاكمة في فضاءات مفتوحة تُجسّد نوعاً من المحاكمات الشعبيّة كوسيلة للاقتصاص وتطبيق القانون.

وتقتضي مجلّة المرافعات المدنيّة والتجاريّة أن تُعقد الجلسات في المحاكم وهي مقرّات عموميّة مفتوحة للعموم، ويتمّ الترافع في القضايا بصورة علنيّة طبق أحكام الفصل 117 "تكون المرافعة علنيّة..."، ويحضر جلساتها أطراف الدعوى وغيرهم، إلاّ إذا رأى القاضي ضرورةً لعقدها بصورة سريّة حفاظاً على النظام العام أو مراعاة للآداب العامّة أو لحرمة الأسرة. كما أن التصريح بالأحكام يتمّ بصورة علنيّة إثر جلسة المفاوضة طبق أحكام الفصل 121 "...تُحرّر لائحة في نصّ الحكم ومستنداته يمضيها القضاة المتفاوضون ولا تكون لهذه

اللائحة صبغتها النهائية إلا بعد النطق بها بجلسة علنية يحضرها جميع القضاة الذين أمضوها...". ويحفظ رئيس المحكمة النظام داخل الجلسة إن تمّ بها ما يُشوّش النظر أو يُعطّل سيرها العادي وله أن يمنع تسجيل أطوارها أو تصويرها إلا بإذن خاص لمصلحة ثابتة.

ولمبدأ علانية الجلسات مكانته في القضاء طبق أحكام الفقه الإسلامي حيث كانت المحاكمات تُعقد في المسجد ويجلس القاضي في مجلس الحكم، وكان الشعبي يقضي في الجامع وشُريح يقضي في المسجد إلا في يوم المطر فإنه يقضي في داره⁹¹.

وقال الشافعي: وكُره أن يجلس للقضاء في المسجد لأن الخصومة يحضرها اللُغَط والسفلة فنزّه المسجد من ذلك ولأنه قد يقضي بين الحائض والجُنُب فلا يمكنهما المقام في المسجد... والمستحب أن يجلس للحكم في موضع بارز يصل إليه كل واحد ولا يحتجب من غير عذر، ويستحب له أن يكون المجلس فسيحا حتى لا يتأذى بضيقه الخصوم ولا يُزاحم فيه الشيخ والعجوز ولا يكون موضعا لا يتأذى فيه بحر ولا برد ولا برائحة تنّنة⁽⁹²⁾.

ويحضر مجلس الحكم الخصوم والوكلاء والشهود والأمناء من جهة والفقهاء المشاورون من جهة أخرى ويحضره أيضا "أصحاب المسائل عن الشهود" الذين يستعين بهم القاضي ليعرف أحوال من جُهلّت عدالته من الشهود و"أن يكونوا جامعين للعفاف في الطعمة والأنفس براء من الشحناء بينهم وبين الناس ولا يكونوا من أهل الأهواء والعصبية"⁽⁹³⁾. بينما يرى الحنفية أنه لا يكره أن يجعل القاضي مجلسه في المسجد وجلوسه في الجامع أولى لأن النبي ﷺ كان يجلس في المسجد وينظر في أمور المسلمين قال الشعبي: "رأيت عُمر يقضي في المسجد"⁽⁹⁴⁾.

والأصل أن المرافعة تكون علنية لكن قد يرى القاضي المصلحة في جعلها سرية "لأن الخصومة تكون في أمور ربما كانت شناعة بين الرجال والنساء أو مضحكة لا يؤمن أن يؤدي ذلك إلى ما يكره"⁽⁹⁵⁾.

قيل: إن قضاء القاضي من باب تغيير المنكر فتجب الفورية فيه بحسب الإمكان⁹⁶

المُخرجات:

إن اختلاف طبيعة النصّ المتعامل معه القانوني والشرعي لا يُحيل في جميع الحالات إلى التصادم بل إن العامل المشترك بينهما هو الرغبة في التنظيم والتأطير بإيجاد حدود مضبوطة معلومة مسبقا من المخاطب تكون مرجعا ثابتا تُلزم الأفراد بالتقيّد بها في جملة تصرفاتهم.

إن الأمر يحتاج إلى إزالة حالة الجمود عن النصّ القانوني وعن الاجتهاد الفقهي، واستغلال خصائص التشريع الإسلامي بما فيه من سعة واستيعاب ودقة ومرونة وبُعد مقاصدي وإيجاد قراءة متوازنة هادئة وواعية للنصوص بعيدة عن التعصب الذهني قادر فعلاً على تحقيق العدالة المنشودة.

ضرورة استغلال مميّزات التشريع الإسلامي (السّعة والاستيعاب، الدقّة المتناهية، مرونة أصوله ومصادره، مكانة العرف، بناء الأحكام على أساس مقاصدي) ومميزات النص القانوني (الديمومة، النشر...) ليطعّم أحدهما الآخر حفاظاً على نسق النصّ وديمومته وتحقيقاً لغاياته.

أن حقّ التفاضي لا بدّ أن يُحصّن بجميع الضمانات والآليات حتى لا يقع المساس به، باعتبار أن تعقّد الإجراءات والتمسك بالشكليات على مستوى القانون يؤدي في عديد الأحيان إلى التضحية بهذا الحقّ فيكون الشكل حائلاً أمام القاضي للنطق بالحقّ.

أن حقّ التفاضي هو عنوان للعدالة الحقيقية وهو ما لا يتسنى إلا بضمان سرعة الفصل في الخصومات وتنقيح الإجراءات والقوانين التي تُعيق مرفق القضاء عن أداء دوره المعهود إليه وذلك باعتماد الأساليب الحديثة في الولوج إلى مرفق العدالة كالتفاضي عن بُعد ورقمنة مصالح العدالة وتقريب الخدمة للمتقاضين وتبسيط الإجراءات، وهذا من ناحية، ومن أخرى، ضمان استقلالية فعلية للقضاء ولشركائه ومساعدته من محامين وعدول وخبراء وكتبة.... بإيجاد أطر قانونية قوية ونافذة تكفل حرية القاضي وفعالية كافة المتدخلين في مرفق القضاء حتى يقوم كلّ منهم بواجبه حسب طموحات المجموعة، وحتى يكون القضاء تجسيدا حقيقياً للشعار الذي يحمله من أن العدل أساس العمران.

الهوامش:

¹ - القُنواني، قاسم بن عبد الله بن ملانا خير الدين أمير علي القونوي الرومي الحنفي، ت 978هـ، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تح أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، دار الوفاء للنشر والتوزيع-السعودية جدة، ط 1، 1986، ص 216

² - جندوبي وبن سليمة، أصول المرافعات المدنية والتجارية، شركة أوريبس، تونس 2001، ص 166

³ - ابن كثير، عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير بن ضوّ بن درع القرشي الشافعي، 701-774هـ، تفسير القرآن العظيم، تح حكمت بن بشير بن ياسين، ج4، دار ابن الجوزي-السعودية، ط 1، 1431، ص

- 4 - أخرجه أبو داود، السنن، الأدب، باب النهي عن البغي، ح 2902
- 5 - أخرجه الطبري من طريق الشعبي، المعجم الكبير، ح 8659
- 6 - أبو حيان، أثير الدين محمد بن يوسف بن علي بن يوسف ابن حيّان الأندلسيّ الغرناطيّ، 745/654 هـ، تفسير البحر المحيط، تح عبد الرزاق المهدي، ج5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 673
- 7 - الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي، 1393 هـ، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، تح بكر بن عبد الله بوّزید، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مع 3، ص 418
- 8 - الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الشهير بالإمام أبو جعفر الطبري، 310/224 هـ، تفسير الطّبري من كتابه جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تح بشار عوّاد معروف وعصام فارس الحرستاني، مع 4، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1، 1994 ص 551
- 9 - الأصفهاني، الراغب، 425 هـ، مفردات ألفاظ القرآن، تح صفوان عدنان داوودي، دار القلم- الدار الشاميّة، ط4، 2009، ص 551
- 10 - الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلّته، ط 2، دمشق، دار الفكر، 1985، ص 34
- 11 - هاشم، محمد العربي، محاضرات في القانون المدني، كلفة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 1990، ص 19
- 12 - الزرقا أحمد، شرح القواعد الفقهيّة، تح مصطفى أحمد الزرقا، ط 2، دمشق، دار القلم، 1989، ص 499
- 13 - طلافحة محمد أحمد، قاعدة الجواز الشرعي يُنافي الضمان وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون، رسالة بحث، (جامعة الأردن 2006).
- 14 - قاعدة منسوبة للفقهاء الروماني "سيسورون" *Cicéron*، (مولود سنة 106 قبل المسيح في إيطاليا) مُرادفها بالفرنسيّة: *Justice excessive devient injustice*
- 15 - الفقرة الأولى من الفصل 103 من مجلّة الالتزامات والعقود التونسيّة
- 16 - الفصل 242 من مجلّة الالتزامات والعقود التونسيّة
- 17 - الفصول 285 وما بعده من مجلّة المرافعات المدنيّة والتجاريّة
- 18 - أخرجه الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما ذُكر عن رسول الله صلى الله عليه و سلم في الصلح بين الناس، ح ر 1352.
- 19 - الفصل 1134 من القانون المدني الفرنسي:
faites, elles ne Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi a ceux qui les ont "
peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.
"Elles doivent être exécutées de bonne foi
- 20 - الشاطبي، أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللّخمي، الموافقات، تح أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط 1، مع 5، (السعوديّة، دار ابن عقّان، 1997)، ص 187.

الشاطي، الإمام العالم أبو محمد القاسم بن فيّز، بكسر الفاء، بن خَلَف بن أحمد الرُّعَيْي الشاطي
الضّرير المقرئ أحد أعلام القرن السادس الهجري ولد سنة 538هـ.

²¹ - الشاطي، ن م، ص 187

²² - تُنسبُ هذه المقولة لعليّ بن أبي طالب رضي الله عنه حيث قالها في موقعة صفّين سنة 37 هـ والتي كانت بين جيشه وجيش معاوية بن أبي سفيان.. قالوا له: لا حكم إلا لله، قال عليّ: "كلمة حقّ أُريد بها باطلا"، فأصل الكلمة صدقٌ لكنهم أرادوا بها الإنكار على عليّ رضي الله عنه في تحكيمه .

²³ - القرافي أحمد بن إدريس، ت 684هـ، الأحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام وتصرفات الإمام، تح عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، 1967، ص 37

(أخرجه ابن ماجه في السنن عن أنس بن مالك برقم 154، كتاب المقدمة، باب فضائل خباب رضي الله عنه).

²⁴ - قرار تعقيبي مدني عدد 6312 بتاريخ 2006/03/30، قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية 2008، ص 221

²⁵ - قرار تعقيبي مدني عدد 61677 مؤرخ في 1999/02/22، نشريّة محكمة التعقيب، ج 2، 1999، ص 57

²⁶ - الشاطي، ن م، ج 5، ص 177

²⁷ - الشاطي، ن م، ج 5، ص 181

²⁸ - العزّ بن عبد السلام، عزالدين عبد العزيز بن عبد السلام السُّلعي، ت 660هـ، الفوائد في اختصار المقاصد أو القواعد الصغرى، تح إياد الطباع، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط 1، 1996، ص 33

²⁹ - رواه مالك، الموطأ، كتاب الأفضية- باب القضاء في المرفق ح ر 2895

³⁰ - سُنن أبي داود، كتاب الأفضية، أبواب من القضاء، ح ر 3636

³¹ - ينسبُ الفقه الفرنسي هذه النظريّة لنفسه من خلال مؤلفات الفقيه الفرنسي *JOSSERAND*، والحال أن الفقه الإسلامي سبقه إليها منذ قرون.

³² - السيد شوقي، التعسّف في استعمال الحقّ، طبيعته ومعياره في الفقه والشريعة والقضاء، ط 2، القاهرة، دار الشروق، 2008، ص 60

³³ - Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité élémentaire de droit Civil*, T1, 15^{ème} éd., LGDJ- PARIS, 1928

³⁴ - Louis JOSSERAND, *de l'esprit des droits et leurs relativité, théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, impression de la 2^{ème} éd. de 1939, PARIS 2006

³⁵ - الفقرة الثالثة من الفصل 31 مجلّة الأحوال الشخصية

³⁶ - الفصل 14 مجلّة الشغل

³⁷ - قانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 المتعلق بتنظيم العلاقات بين المسوّغين والمتسوّغين فيما يخصّ تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحرف.

³⁸ - الفصل 17 من القانون الأساسي المؤرخ في غرة جوان 1972 المتعلّق بالمحكمة الإداريّة.

- 39 - ابن ناجي، قاسم بن عيسى بن ناجي، 837هـ، شرح ابن ناجي التّونخي على متن الرسالة للإمام أبي محمد بن أبي زيد القيرواني 386هـ، تح أحمد فريد المزيدي، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2007، ص386
- 40 - البغدادي، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي 422هـ، الإشراف على نُكُتِ مسائل الخلاف، تح أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مج 3، دار ابن القيم بالرياض ودار ابن عفان بمصر، ط1، 2008، مسألة 908 ص 45.
- 41 - ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تح طه عبد الرؤوف سعد، ط1، مكتبة الكليات الأزهرية، 1986، ج2، ص 156
- 42 - الفصل 102 من الدستور التونسي
- 43 - الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، ت 450هـ، أدب القاضي، تح مُحي هلال السّرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1971، ج1، ص 135
- 44 - ابن عرفة، المختصر الفقهي، ت 803هـ، المختصر الفقهي، تح حافظ عبد الرحمان محمد خير، مطبعة الفاروق، ط1، 2014، ج9، ص 85
- البرزلي، أبو القاسم بن أحمد البلوي التونسي، 841هـ، فتاوى البرزلي، جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكّام، تح محمد الحبيب الهيلة، دار الغرب الإسلامي-بيروت، ط1، 2002، ج4، ص 5
- 45 - ابن راشد القفصي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن راشد البكري القفصي، ت 736هـ، لباب اللباب في بيان ما تضمنته أبواب الكتاب من الأركان والشروط والموانع والأسباب، تح محمد المدني والحبيب بن طاهر، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط 1، 2007، ص 697
- 46 - ابن مفلح، شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، 763هـ، كتاب الفروع، تح عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج11، مؤسسة الرسالة - بيروت، دار المؤيد-جدة، ط 1، 2003، ص 107
- 47 - الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ت 587هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تح علي محمد معوّض وعادل أحمد عبد الموجود، ج 9، دار الكتب العلمية بيروت، ط 2، 2002، ص 138
- 48 - زيدان عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة- مكتبة البشائر، ط2، 1989، ص 64
- 49 - البرزلي، أبو القاسم بن أحمد البلوي التونسي، 841هـ، فتاوى البرزلي، جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكّام، تح محمد الحبيب الهيلة، دار الغرب الإسلامي-بيروت، ط1، 2002، ج4، ص 26
- 50 - البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشّاف القناع عن متن الإقناع، ج6، عالم الكتب، بيروت، 1983، ص 291
- 51 - الغزواني، تعليق على مجلّة المرافعات المدنية والتجارية، ص 112
- 52 - قرار تعقيبي مدني عدد 25966 بتاريخ 2009/05/21
- 53 - الأصفهاني، الراغب، 425هـ، مفردات ألفاظ القرآن، تح صفوان عدنان داوودي، دار القلم- الدار الشامية، ط4، 2009، ص 669

- 54 - صحيح مسلم، ح ر 1716، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، أخرجه البخاري 7352
- 55 - أخرجه أبو داود في سننه ح ر 3592
- 56 - أخرجه أبو داود في سننه ح ر 3573
- 57 - الرازي، فخر الدين محمد بن عمر الحسين، 606/455 هـ، المحصول في علم أصول الفقه، تح طه العلواني، مؤسسة الرسالة، ج 6، ص 6.
- 58 - القرافي، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان، ت 684 هـ، نفائس الأصول في شرح المحصول، تح محمد عبد القادر عطا، ج 4، دار الكتب العلمية بيروت، ص 513
- 59 - علي بن محمد الأمدي، 631/551 هـ، الإحكام في أصول الأحكام، دار الصّميي للنشر والتوزيع الرياض، ط 1، 2003، ج 4، ص 201
- 60 - شتيوي محمد، حكم الاجتهاد وأهميته، درس في مادّة أصول الفقه، المعهد العالي لأصول الدين، 2016/2015
- و راجع: محمد بن أحمد بم جُزي الغرناطيّ (741/693 هـ)، تقريب الوصول إلى علم الأصول، تح نزار حمّادي، تونس، دار الإمام ابن عرفة، دت) ص 129
- 61 - زيدان عبد الكريم، ن م، ص 248
- 62 - الشافعي، محمد بن إدريس الشافعي، 204 هـ، الأمّ، تح رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء القاهرة، ط 1، 2001، ج 8، ص 209
- 63 - المرادوي، علاء الدين أبي الحسن على بن سليمان المرادوي، 885/817 هـ، الإنصاف في معرفة الرّاجح من الخلاف على مذهب الإمام المبحّل أحمد بن حنبل، تح محمد حامد الفقي، طبع بالسعودية، ط 1، 1955، ج 11، ص 183
- 64 - ابن قدامة، موفّق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسيّ الجَماعليّ الدِمَشقيّ الصّالحيّ الحنبليّ، 620/541 هـ، المغني شرح مختصر الخرقي (أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله ت 334 هـ)، تح عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلّو، ج 14، دار عالم الكتب، الرياض، ط 3، 1997، ص 395
- 65 - الونشريسي، أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، 914 هـ، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقيّة والأندلس والمغرب، تح جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حيّ، ج 10، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للملكة المغربية، 1981، ص 50
- 66 - ابن قدامة، ن م، ص 56
- 67 - الكاساني، ن م، ص 417.
- 68 - أبو اصبغ، عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي، ت 486 هـ، الإعلام بنوازل الأحكام (المعروف بالأحكام الكبرى)، تح نورة محمد عبد العزيز التوبجري، ج 1، ط 1، 1995، ص 49
- 69 - زيدان، عبد الكريم، ن م، ص 147.

- 70 - الفقرة 5 من الفصل 123 مجلة المرافعات المدنية والتجارية
- 71 - قرار تعقيبي مدني عدد 27962 بتاريخ 2009/11/19، ن م ت، ج 2، 2009، ص 99
- 72 - ابن عبد البرّ، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البرّ النمري القرطبي (ت 463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العلميّة، ط 3، 2002، ص 956
- 73 - الشافعي، الأمّ، ج 7، ص 535
- 74 - إمام الحرمين، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، 487/419 هـ، نهاية المطلب في دراية المذهب، تح عبد العظيم محمود الدّيب، ج 18، دار المهاج جَدّة، ط 1، 2007، ص 581
- 75 - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 9، ص 114
- 76 - ابن قدامة، المغني، ج 14، ص 30
- 77 - المرداوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، 885/817، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجلّ أحمد بن حنبل، تح محمد حامد الفقي، ج 11، ص 251
- 78 - ابن عبد البرّ، ن م، ص 20
- 79 - الموطأ، كتاب الأقضية، باب الترغيب في القضاء بالحقّ.
- 80 - السمناني، أبو القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحي السمناني، 499هـ، روضة القضاة وطريق النجاة، تح صلاح الدين النّاهي، ج 1، مؤسسة الرسالة-بيروت ودار الفرقان-عمّان، ص 1444
- 81 - الجزء الرابع من المجلّة المتضمّن للفصول 130 وما بعده بعنوان "طُرق الطعن"
- 82 - الأصفهاني، الراغب، 425هـ، مفردات ألفاظ القرآن، تح صفوان عدنان داوودي، دار القلم-الدار الشاميّة، ط 4، 2009، ص 821
- 83 - السرخسي، شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي، 482هـ، المبسوط، ج 16، دار المعرفة-لبنان، 1989، ص 75
- 84 - ابن راشد القفصي، ن م، ص 711
- 85 - ابن عرفة، محمد بن عرفة الورغي التونسي، ت 803هـ، المختصر الفقهي، تح حافظ عبد الرحمان محمد خير، مطبعة الفاروق، ط 1، 2014، ج 9، ص 135
- 86 - الشافعي، الأمّ، ج 7، ص 495
- 87 - الكاساني، ن م، ص 109
- 88 - الونشريسي، أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، 914هـ، المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقيّة والأندلس والمغرب، تح جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي، ج 10، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للملكة المغربية، 1981، ص 103
- 89 - ابن راشد القفصي، ن م، ص 711
- 90 - الماوردي، أدب القاضي، ج 1، ص 690
- 91 - السمناني، ن م، ص 97

⁹² - الشافعي، الأمّ، ص 100

⁹³ - السمناني، ن م، ص 125

⁹⁴ - القدوري، أبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي (428/362هـ)، موسوعة القواعد الفقهية المقارنة (المسمّاة "التجريد")، تح محمد أحمد سراج و علي جمعة محمد، مج 12، ط 1 (القاهرة، دار السلام، 2004)، ص 6527

⁹⁵ - السمناني، ن م، ص 134

⁹⁶ - الونشريسي، ن م، ص 252