Journal of Economic, Administrative and Legal Sciences
Volume (4), Issue (12) : 30 Oct 2020
P: 1 - 18

AJSRP
ISSN: 2522-3372

مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية
المجلد (4)، العدد (12) : 30 أكتوبر 2020 م
ص: 1 - 18

The Impact of (Lot Upon Dispute) Maxim on Judiciary - A Comparative Study between Islamic Jurisprudence and Positive Law in the Sultanate of Oman-

Fahad Khamis Ahmad Al- fahdi
Faculty of Literature and Humanities || Jinan University || Lebanon

Abstract: The importance of this research lies in identifying the significance of giving due regard to the jurisprudential maxims, especially those related to judicial work. Islamic jurists have paid attention to the maxim of "lot upon dispute" to console the souls and reconcile litigants. This maxim represents the highest and loftiest degrees of social interactions in the Islamic community depending on a prudent Quranic provision and wise prophetic Sunnah. This study is divided into three subjects: First: the definitions of study terms. Second: the researcher addresses the impact of the maxim in the judiciary literature and related topics in the code of procedures, personal affairs and civil transactions. Third: the researcher mentions some exceptions of maxim and the characteristic of lot, then clarifies the legal status of the maxim. The researcher concludes the study with the most important results, such as the jurisprudential maxim combines different issues in a phase of an eloquent meaning and precise wording. Jurists adopt this maxim more than the people of law do in order to achieve justice and block the accusation door. The study refers also to the necessity that those who work in the judiciary work should consider these jurisprudential maxims through establishment and application. Judge or arbitrator shall also act upon this maxim, and seek to reconcile between people through balloting. In addition, the specialized colleges and universities shall adopt the "lot upon dispute" maxim, and exert due diligence in studying it and any subdivided contemporary issues.

Keywords: Jurisprudential Maxim, Judiciary, Law, Lot.

أثر قاعدة (القرعة عند التَّشَاحِّ) في القضاء – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في سلطنة عمان –

فهد بن خميس بن أحمد الفهدي
كلية الآداب والعلوم الإنسانية || جامعة الجنان || لبنان

الملخص: تكمن أهمية هذا البحث في بيان الجانب العملي للقواعد الفقهية، وإبراز دورها في تخريج الوقائع المعاصرة وما يستجد منها، بصورة تطبيقية لمعنى القرعة وأثرها في القضاء، ويهدف هذا البحث لبيان حاجة القضاء الملحة للاعتناء بالقواعد الفقهية، وإيجاد قاعدة فقهية جامعة لموضوع القرعة، مع دراسة أثرها في التطبيقات الفقهية، وبيان إمكانية معالجة النصوص القانونية في القوانين الوضعية بما يضمن تحقيق العدالة وإعمال القاعدة. وقد اعتمد الباحث في هذا البحث على المنهج التحليلي من خلال تحليل مصطلحات القاعدة والمنهج الاستقرائي بتتبع أمهات كتب الفقه وما يتعلق بها. والمنهج المقارن بين أقوال الفقهاء وبين ما جاء في القانون الوضعي. وتم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث: الأول منها تعريف بمصطلحات الدراسة، والمبحث الثاني: تناول الباحث فيه أثر القاعدة في أبواب القضاء وما يتصل بها، والمبحث الثالث: سطر فيها الباحث بعضا من الاستثناءات على القاعدة، وصفة القرعة. ثم بيان موقف القانون من القاعدة. واختتم الدراسة بأهم النتائج، وهي: القاعدة الفقهية تجمع المسائل المتفرقة في عبارة جزلة، قاعدة القرعة

عند التشاح، مشروعة في الكتاب والسنة وأقوال عموم الفقهاء وتجري في الكثير من الوقائع لا يمكن حصرها، ومن أبرز ما يستثنى من إعمال القرعة إبرام عقد النكاح والطلاق، والقاعدة لم ينص عليها القانون وللقاضي سلطته التقديرية في استعمالها. ومنها خلص الباحث بعدة توصيات، منها: ضرورة اعتناء من يشغل العمل القضائي بموضوع القاعدة، وضرورة تضمين مواد قانون الإثبات بالقرعة، وكذا مواد قانون الأحوال الشخصية.

الكلمات المفتاحية: القاعدة الفقهية- القضاء – القانون – القرعة.

المقدمة:

إن العناية بالقواعد الفقهية له دور كبير في صقل مدارك الباحث، وتقوية طرق التأصيل والتقعيد، وهذا باب واسع من أبواب الفقه، اعتنى به الفقهاء على مر العصور، وكان لهم الفضل في جمع شتى المسائل والفروع الفقهية في عبارات جزلة يسيرة؛ ليسهل حفظها والعمل بمقتضاها. وإن الشريعة الإسلامية لم تفرط في شيء من جوانب الحياة المختلفة.

ومن حرص الشريعة على حسن العلاقة بين البشر أنفسهم؛ فقد بينت الطرق والوسائل لفض النزاعات وقطع الخصومات بين الناس. وتحدث عن ذلك الفقهاء في باب القضاء وما يتصل به من أبواب الفقه المختلفة والتي تعنى بالمعاملات؛ فقاعدة (القرعة عند التشاح) – محل هذا البحث- ، تُمثل أرقى درجات التعامل بين الناس في المجتمع المسلم، وقد جاءت بتبيان قرآني رصين، وعمل نبوي حكيم. ومع اهتمام الفقهاء بها إلا أن العمل القضائي المعاصر قصر في الأخذ بمضمونها.

مشكلة البحث:

إن العمل القضائي اليوم يلزم سرعة في الإنجاز، ويصعب على القاضي البحث عن كل واقعة أو مسألة في كتب الفقه الإسلامي وموسوعاتها المتعددة؛ وقد قال (البياتي، 2015): (إن القواعد الفقهية في القضاء بحاجة ماسة إلى مزيد من الدراسة والاهتمام من قبل الباحثين، والاستفادة منها، لحل الكثير من النوازل والحوادث المعاصرة. وأضاف: ولم أقف على دراسة خاصة وشاملة في هذا الموضوع). وفي موضوع القاعدة؛ فإنه ومن خلال عمل الباحث في السلك القضائي وجد إعمال القرعة في الوقائع الخلافية بين الخصوم قليل التطبيق. ويظهر ذلك من خلال القوانين المعاصرة؛ فلم يرد نص صريح في القوانين العمانية إلا في مادة واحدة فقط في قانون المعاملات المدنية (2013) من مجموع (1086) مادة. وكذا في التطبيقات القضائية. فمن خلال مجموعة إصدارات مبادئ المحكمة العليا العُمانية الأخيرة للأعوام القضائية (2016- 2018)، لم يجد الباحث إلا حكما واحدا عرضت فيه (القرعة) في الدعوى، من مجموع (302 طعنا) حكما قضائيا. على أن الباحث يفترض وجود تطبيقات واسعة في التراث الإسلامي على القرعة.

أسئلة البحث:

بناء على ما سبق تتحدد مشكلة البحث في الأسئلة الآتية:

1. ما القواعد الفقهية وما مدى اعتناء الفقهاء بها؟
2. هل يمكن ضبط مسائل القرعة في قاعدة فقهية جامعة؟
3. ما تأصيل القاعدة الشرعي؟ وما مشروعيتها؟
4. ما أثرها في باب القضاء، وما صفتها، وما الاستثناءات الواردة عليها؟
5. ما حدود استعمال القاضي للقرعة عند عدم وجود النص القانوني؟

6. وهل يمكن تضمين القوانين المعاصرة نصوصا توجب استعمال القرعة؟

أهداف البحث:

1. التعريف بالقواعد الفقهية وبيان مدى اعتناء الفقهاء بها.
2. بيان مدى إمكانية ضبط مسائل القرعة في قاعدة فقهية جامعة.
3. توضيح مرجعية تأصيل القاعدة الشرعية ومشروعيتها.
4. بيان أثرها في باب القضاء، وصفتها، والاستثناءات الواردة عليها.
5. توضيح حدود وحكم استعمال القاضي للقرعة عند عدم وجود النص القانوني.
6. التوثق من إمكانية تضمين القوانين المعاصرة نصوصا توجب استعمال القرعة.

أهمية البحث، وأسباب اختيار الموضوع:

يقدم هذا البحث أسلوبا معاصرا لبحث المسائل الفقهية التي تتصل بالجانب العملي القضائي، يبين فيه الباحث معنى قاعدة: القرعة عند التشاح. كما أن الباحث يقدم نموذجا تطبيقيا معاصرا لمعنى القرعة وأثرها في القضاء. ويأمل الباحث أن تفيد نتائج البحث على النحو الآتي:

1. إحياء ما جاء في التراث الإسلامي، وتبيان أنه فقه عملي يصلح لكل زمان ومكان، وإبراز دور القواعد الفقهية في العمل القضائي وأنها تساعد القاضي في تخريج المسائل الواقعية المعاصرة وما استجد منها.
2. قد تفيد في لفت نظر مسؤولي القضاء للاعتناء بالقواعد الفقهية لتطوير العمل القضائي.
3. قد تسهم في إيجاد قاعدة فقهية جامعة لموضوع القرعة، تغني العاملين في السلك القضائي من عناء البحث.
4. دراسة أثر القاعدة في التطبيقات الفقهية في التراث الإسلامي ومقارنتها بما جاء في القوانين الوضعية المعاصرة.
5. الاستفتاح للباحثين لإجراء دراسات أخرى في موضوع القاعدة يتعلق بأبواب القضاء.
6. بيان إمكانية معالجة النصوص القانونية في القوانين الوضعية بما يضمن تحقيق العدالة، وإعمال القاعدة.

الدراسات السابقة في الموضوع:

توجد العديد من الدراسات والموسوعات في القواعد الفقهية العامة الغير متخصصة؛ ولكن من الدراسات السابقة في القواعد الفقهية في باب القضاء والتي اطلع عليها الباحث، هي:

- دراسة بعنوان: القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام للحريري (1999)، وهي مطبوعة في مجلد واحد، ذكر فيها الباحث (99) قاعدة وضابطا تقريبا في القضاء. ولم يفصّل في ذكرها، فقال: "ملتزما بالإيجاز في الصياغة قدر الإمكان".
- رسالة دكتوراه (غير مطبوعة)، بعنوان: القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني، دراسة مقارنة للزعبي (2005)، ذكر فيها مجموعة من القواعد القضائية مقارنة بالقضاء الشرعي الأردني.
- رسالة دكتوراه (مطبوعة) بعنوان: القواعد الفقهية للقضاء للبياتي (2015)، وقد درس الباحث أكثر من (60) قاعدة رئيسة في القضاء، وفرع عليها الكثير من القواعد حتى أوصلها إلى (700) قاعدة، وعلى الرغم من أهمية

هذه الدراسة وسعتها إلا أن الباحث توسع في ذكر القواعد المتفرعة كثيرا دون أن يشرحها أو يفصل فيها، كنهج الموسوعات. حتى أضاف في عنوان الكتاب المطبوع عبارة: (موسوعة شاملة للقواعد الفقهية).

وجديد هذه الدراسة أنها تسلط الضوء على قاعدة يكثر العمل بها وقل الحديث عنها، كما أنها دراسة مقارنة في القوانين العمانية المعاصرة وتخص القوانين والتطبيقات القضائية العمانية.

2- منهجية البحث وخطته

اعتمد الباحث في هذا البحث على المنهج التحليلي من خلال تحليل مصطلحات القاعدة من معاجم اللغة المعتمدة، وتأصيلها من كتب التفسير والحديث المعتبرة، وكذا المنهج الاستقرائي من تتبع لأمهات كتب الفقهاء، والمعاصرة منها في أبواب القضاء المختلفة، وما يتصل به من أبواب الشهادات والإقرار والنكاح والمعاملات. والبحث في القوانين الوضعية والتطبيقات المعاصرة؛ وذلك بذكر أقوال الفقهاء في المسائل الخلافية وما يرجحه الباحث فيها. لتقديم الموضوع بصورة حيّة متجددة. واعتمد الباحث كذلك على المنهج المقارن بين أقوال الفقهاء- دون التقيد بمذهب معين إلا في بعض المسائل- وبين ما جاء في القانون الوضعي. مع تعليق الباحث عليها.

خطة البحث:

تكون البحث من مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة وعلى النحو الآتي:

- **المقدمة**: وتضمنت مشكلة البحث وأسئلته وأهدافه وأهميته والدراسات السابقة والمنهجية.
- **المبحث الأول- التعريف بمصطلحات الدراسة، وتأصيل القاعدة:**
  - المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهية وأهميتها.
  - المطلب الثاني: تعريف القضاء
  - المطلب الثالث: معنى القاعدة
  - المطلب الرابع: تأصيل القاعدة
- **المبحث الثاني- أثر القاعدة في القضاء:**
  - المطلب الأول: أثر القاعدة في أصول المحاكمات
  - المطلب الثاني: أثر القاعدة في قضاء الأحوال الشخصية
  - المطلب الثالث: أثر القاعدة في قضاء المعاملات المالية
- **المبحث الثالث: استثناءات القاعدة، وصفة القرعة وموقف القانون:**
  - المطلب الأول: استثناءات القاعدة
  - المطلب الثاني: صفة القرعة
  - المطلب الثالث: موقف القانون من القاعدة
- **وختمت الدراسة بأهم النتائج والتوصيات**

المبحث الأول: التعريف بمصطلحات الدراسة، وتأصيل القاعدة

وردت في هذا البحث مجموعة من المصطلحات، وقد قام الباحث بتعريفها بما يتناسب مع هدف الدراسة.

المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهية وأهميتها:

أولا: القاعدة لغة: جمع قاعدة وهي الأساس والأصل لما فوقه، وهي صفة غالبة، ومعناها الثابتة. ومنه قعدك اللَّه، أي أسأل اللَّه أن يقعدك أي يثبتك. فأما قواعد النساء فواحدها قاعد. وهي العجوز. (الزمخشري، 1986؛ انظر أيضا ابن قتيبة، د. ت). ومنه، (قد مكَرَ الذَّينَ من قبلِهِمْ فأَتَى اللهُ بنيانَهم من القواعد فخرَّ عليهم السقفُ من فوقهم وأَتاهُمُ العذابُ من حيث لا يشعرون) (القرآن الكريم، النحل: ٢٦). قال: مصطفى وآخرون (د. ت) بأن: "معنى القواعد في الآية: أساطين البناء التي تعمده. وقيل: الأساس". (ص602)

ثانيا: الفقه لغة: هو الفهم، وقد فَقِهَ الرجل بالكسر فِقْهاً. كما جاء الفقه بمعنى الفطنة. (الرازي، 1985؛ الهروي، 2001م؛ الزَّبيدي، د. ت)

ثالثا: وقد عرف الزرقاني (2002) الفقه اصطلاحا بقوله: "هو العلم المشتمل على الأحكام الشرعية العملية التي طريقها الاجتهاد أو المكتسبة من أدلتها التفصيلية" (ص8).

رابعا: وأما تعريف القاعدة الفقهية اصطلاحا، فقد عرفها الزرقا (2001) بقوله: "هي أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها" (ص34).

وتبرز أهمية القاعدة الفقهية في جمع الكثير من التفريعات الفقهية وتمييزها عن بعضها. كما أن القاعدة الفقهية سهلة جامعة في صياغتها لما تحويه. يقول الدبوسي (د. ت) في تأسيس النظر: "أما بعد، فإني لما رأيت صعوبة الأمر في حفظ مسائل الخلاف على المتفقه، وفقهم الله تعالى لمرضاته، وتعسر طرق استنباطها عليهم، وقصور معرفتهم عن الاطلاع على حقيقة مأخذها، واشتباه مواضع الكلام عند التناظر فيها، جمعت في كتابي هذا أحرفا إذا تدبر الناظر فيه وتأملها عرف مجال التنازع ومدار التناطح عند التخاصم. فيصرف عنايته إلى ترتيب الكلام، وتقوية الحجج في المواضع التي عرف أنها مدار القول، ومجال التنازع في موضع النزاع، فيسهل عليهم تحفظها ويتيسر لهم سبيل الوصول إلى عرفان مأخذها" (ص9).

ويذكر الفقهاء بأن للقواعد الفقهية قسمين رئيسين؛ هما:

1- القواعد الأساسية الكبرى وهي القواعد الكلية الكبرى المجمع عليها؛ وهي: اليقين لا يزول بالشك، الأمور بمقاصدها، والضرر يزال، المشقة تجلب التيسير، والعادة محكمة.
2- القواعد الصغرى: وهي القواعد المتفرعة من الكبرى أو هي قواعد مستقلة أقل فروعا من الأولى، كالخراج بالضمان، والضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف. وقاعدة القرعة عند التشاح – وهي محل هذا البحث- ، ويطلق البعض على القواعد الصغرى بالضوابط الفقهية. (ابن الملقن، 2010؛ الزحيلي، 2018م؛ السالمي، 2014).

المطلب الثاني: تعريف القضاء:

القضاء لغة هو: الإخبار والإعلام والأمر. (الشنقيطي، 1995م؛ القنوجي، 1992). ومنه قوله تعالى: (وقَضَينا إلى بني إسرائيلَ في الكتابِ لتفسدُنَّ في الأرض مرَّتين ولتعلُّن علوًّا كبيرًا) (القرآن الكريم، الإسراء: ٤) .

أما القضاء اصطلاحا، فقد قال الكاساني (1986) بأنه: "هو الحكم بين الناس بالحق، والحكم بما أنزل الله عز وجل" (ص2).

المطلب الثالث: معنى القاعدة:

لقد نص على قاعدة "القرعة عند التشاح" غير واحد من الفقهاء (انظر ابن بركة، 2007: 447؛ العوتبي: 306؛ آل هرموش، د.ت: 841؛ السمناني، 1984: 805). كما وردت بصيغ متعددة، تحمل المعنى نفسه، ومن تلك القواعد التي جمعها الباحث:

- قاعدة: "القرعة عند تساوي الحقوق" (القرافي، 2010: 176؛ البياتي، 2013: 305).
- وقاعدة: " القرعة جائزة " (الشقصي، 2006: 324؛ ابن قيم، د. ت: 247).
- وقاعدة: " إنما تكون القرعة إذا تساوت المصالح والحقوق " (الحريري، 1999: 134).

وقد التزم الباحث بالصيغة المدرجة في عنوان هذا البحث لشيوعها بين الفقهاء أكثر من غيرها. ولمعرفة معنى القاعدة لابد من تعريف المصطلحات الواردة فيها. على النحو التالي:

القرعة لغة: بمعنى القسمة، يقال: أقرع القوم وتقارعوا بينهم، وأقرعت بين القوم: أمرتهم أن يقترعوا على الشيء وهي القرعة. كما تأتي بمعنى الضرب، وتأتي بمعنى المساهمة والشديدة من شدائد الدهر. (الفراهيدي، د.ت؛ وانظر أيضا الرازي، 1979؛ الهروي، 2001؛ ابن القوطية، 1993). ويرى الباحث بأن المعنى الأقرب للمعنى الاصطلاحي هو القسمة.

وأما القرعة في الاصطلاح؛ فقد عرفها الزحيلي (2018) بقوله: "هي أن يقترع أصحاب الحقوق فيما بينهم، ليظهر سهم كل واحد منهم، ونصيبه من الشيء المتنازع عليه" (ص868).

فالقاعدة إنما تحدد متى يتعين الأخذ بالقرعة، فالقرعة عند التشاح، أي عند التنازع، وحرص كل من الطرفين على أن لا يفوت الأمر، ومن ذلك قوله تعالى: (ومن يُوقَ شُحَّ نفسِه فأولئك هُمُ المفلحون) (القرآن الكريم، الحشر: ٩). فشح نفسه أي حرص نفسه على المال. (عمر، 2008)

قال الحصني (1997): "وتقع القرعة في الحقوق المتساوية، أو في تعيين الملك القسم الأول في الحقوق إذا تساوت" (ص239). ومساواة الناس في الحقوق والمصالح لا تحتاج إلى بينة، فكل منهم قد ثبت حقه في الشي المتنازع عليه، ولا يحتاج إلى بينة، ولكن محل النزاع في تمييز حقه عن حق غيره كالشركاء في العقار يحتاجون إلى قسمته. وقد اعتبرها بعض المعاصرين في نظام القضاء أنها من وسائل الإثبات رغم تأخر ترتيبها. كما قال زيدان (2011): " القرعة طريقا من طرق الحكم ولكن درجتها متأخرة عن وسائل الإثبات" (ص197).

وتكون القرعة بعد تعديل الأسهم؛ فيقرع بين الأطراف المتنازعين في أخذ كل منهم نصيبه من هذه الأسهم. وكلما كانت هذه الحقوق والمصالح لا تحتاج إلى بينة. فلا خوف في جواز الاقتراع عليها. أما إذا احتيج إلى بينة فإن الاستحقاق يقدم على القرعة. فما جُعلت القرعة إلا تطييبا للنفوس. وأما إذا ظهر الحق للقاضي وتبينت المصلحة، فلا يكون الاقتراع بين الخصوم؛ خشية الوقوع في ظلم أحد الطرفين (الماوردي، 1999؛ الحريري، 1999؛ الطوفي، 1998).

ومثال ذلك: إن كان المدعى فيه في أيديهما ولا بينة لهما يثبته في أيديهما ويحكم به بعد أن يستحلف كل واحد منهما لصاحبه، إذا عدم البينة. فإن ادعى أحدهما أن الكل له وادعى الآخر النصف من ذلك وأيديهما على المدعى فيه؛ يكون بينهما نصفين لأنهما مدعيان. (ابن بركة، 2007).

قال القرافي (2010): "وموضع القرعة عند الشارع دفعا للضغائن والأحقاد، والرضا بما جرت به الأقدار، وما فقد فيه أحد الشرطين تعذرت فيه القرعة فمتى تعينت المصلحة أو الحق في جهة، لا يجوز الإقراع بينه وبين غيره؛ لأن في القرعة ضياع ذلك الحق المتعين أو المصلحة المتعينة ومتى لم يقبل الشيء الرضا بالنقل كحرية الرقيق حالة الصحة لا يجوز الإقراع فيه" (ص177).

والقرعة تجري في عدة وقائع منهما ما يرتبط بالعبادات ومنها ما يتعلق بالمعاملات، ولا يمكن حصرها ففي كل زمان نوازل وأحوال. ولكن الفقهاء ذكروا بعضا منها، وهي: الأئمة عند تساويهم في مقاصد الإمامة، والتقارع على الأذان عند تساوي المؤذنين، والإقراع في الصف الأول عند تزاحم المتسابقين، وفي تغسيل الأموات عند تساوي الأولياء في الصفات، والإقراع بين الحاضنات إذا كن في رتبه واحدة. وبين الأولياء في التزويج إذا كانت لهم المرأة في درجة واحدة. والإقراع في السفر بين الزوجات. وفي زفاف النساء، وبين العبيد في الإعتاق إذا زادوا عن الثلث. والإقراع في استيفاء القصاص، ممن قتل جماعة دفعة واحدة. والإقراع إذا تساوت السهام في قسمة الدور والأراضي، وفي التقاط اللقطاء. (ابن عبد السلام، 1991؛ وانظر أيضا ابن حزم، 2007؛ ابن قيم، د. ت، ابن الفراء، د. ت؛ الجويني، 2007). وسيعرض الباحث أوجه القرعة في القضاء دون غيره. وما يتصل به على نحو ما سيأتي.

المطلب الرابع: تأصيل القاعدة:

فمن القرآن الكريم، قوله تعالى: (وذلك من أنباء الغيبِ نوحيهِ إليكَ وما كنتَ لديهم إذ يُلقُونَ أقلامَهُم أيُّهم يكفُلُ مريمَ وما كنتَ لديهم إذ يختصمون) (القرآن الكريم، آل عمران: ٤٤).

جاء في تفسير الآية: (إذ يلقون أقلامه)، قال الجصاص (1985): "تساهموا على مريم أيهم يكفلها فقرعهم زكريا، ويقال إن الأقلام هاهنا القداح التي يتساهم عليها، وإنهم ألقوها في جرية الماء. فاستقبل قلم زكريا- عليه السلام- جرية الماء مصعدا وانحدرت أقلام الآخرين معجزة لزكريا- عليه السلام- فقرعهم" (ص294).

ووجه الدلالة في الآية: أن الاختلاف على كفالة مريم- عليها السلام- لحضانتها، ألجأهم للقرعة بإلقاء الأقلام، بعد أن تساووا في الاستحقاق لمعرفة من يكفلها. وهذا شرع من قبلنا كما يسميه الأصوليون، وهو دليل على مشروعية القرعة.

وكذلك قوله تعالى: (وإن يُونُسَ لمنَ المرسلين – إذْ أَبَقَ إلى الفُلكِ المشْحُون – فسَاهَمَ فكَانَ منَ المُدْحَضينَ) (القرآن الكريم، الصافات: ١٣٩ – ١٤١).

وتفسير الآية: بأن يونس- عليه السلام- أرسل إلى قومه، ودعاهم إلى التوحيد وترك عبادة الأصنام، ولكنهم لم يستجيبوا لقوله، ولم يسمعوا لأمره، فشق عليه ذلك، وامتلأ قلبه غضبا وغيظا من مواقف قومه، فرحل عنهم مغاضبا لقومه يائسا من إيمانهم، وبقي قاصدا الهروب منهم والبعد عنهم. فلما وصل إلى شاطئ البحر وجد سفينة مملوءة بالناس فركب معهم، ولما جاوز الساحل هاجت الأمواج، واصطلحت على السفينة الرياح، وتوقع الراكبون سوء المصير، فاضطرب القوم، ثم اتفقوا على الاقتراع فيلقون بمن تقع عليه القرعة، فساهم الجميع، ووقع السهم على يونس، فعز عليهم إلقاؤه في البحر، تكريما لشأنه وعرفانا لفضله، فعادوا للمساهمة مرة ثانية وثالثة فيقع السهم على يونس وحده، وأنه سيكون من نصيب البحر حتى تخف السفينة براكبها فتسير (الحجازي، 1992).

وجه الدلالة: بأن الآيات تدل على مشروعية القرعة والاحتكام إليها وتنفيذ ما نتج عنها، فالقرعة هي السبيل الأصلح إلى تطييب النفوس واللجوء إليها أنفع للخصوم.

ومن السنة النبوية:

- عن عائشة رضي الله عنها، زوج النبي صلى الله عليه وسلم قالت: " كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أراد سفرا أقرع بين أزواجه، فأيهن خرج سهمها؛ خرج بها رسول الله صلى الله عليه وسلم معه" (رواه البخاري، 173/3، رقم: 2661؛ رواه أيضا أحمد، 404/42، رقم: 25625؛ ابن حبان 14/16، رقم: 7099).

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم أقرع بين زوجاته؛ فكان فعله دليلا على مشروعية القرعة.

- عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: "أن النبي صلى الله عليه وسلم عرض على قوم اليمين، فأسرعوا، فأمر أن يسهم بينهم في اليمين أيهم يحلف" (رواه البخاري، 179/3، رقم: 267؛ رواه أيضا البيهقي، 246/9، رقم: 4390)

وجه الدلالة: بأن النبي صلى الله عليه وسلم استعمل القرعة ليعين الخصم الذي يحلف بعد أن تسارعوا فيها.

وقال الشافعي (1990): " كان سعيد بن المسيب يقول بالقرعة، ويرويه عن النبي صلى الله عليه وسلم، والكوفيون يروونه عن علي بن أبي طالب وقضى بها مروان" (ص264).

ومن المعقول: يقول عز الدين بن عبد السلام (1991): (إنما شرعت القرعة عند تساوي الحقوق دفعا للضغائن والأحقاد، وللرضاء بما جرت به الأقدار، وقضاه الملك الجبار، والشرع أقرع ليعين بعضا دفعا للضغائن والأحقاد المؤدية إلى التباغض والتحاسد والعناد. فإن من يتولى الأمر في ذلك إذا قدم بغير قرعة دفعا لهذا الفساد والعناد" (ص 90).

فالقرعة مشروعة عدم عموم الفقهاء إلا أن الحنفية يرون عدم مشروعية القرعة في فصل النزاع عند تعارض البينات أو فقدانها؛ ويستدلون بحديث عن أبي موسى الأشعري بأن: "رجلين ادعيا بعيرا على عهد النبي صلى الله عليه وسلم، فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسمه النبي صلى الله عليه وسلم نصفين" (رواه أبو داود، 465/5، رقم: 3613؛ ورواه أيضا: البيهقي في السنن الكبرى، 434/10، رقم: 21228). والدلالة فيه على نحو ما يقولون: بأن البني صلى الله عليه وسلم لم يستعمل القرعة بين الخصمين وإنما قسمها بينهما نصفين.

ويرى الباحث أن قول الجمهور أقوى حجة وأقوم طريقا لفض النزاع، لا سيما في القضاء، فإن القرعة فيها تطييب للنفوس وجبرا للخواطر. كما أن الحنفية نفسهم يجيزونها في بعض الحالات استحسانا. فقد قالوا: " ولكنا تركنا القياس هاهنا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير منكر، وليس هذا في معنى القمار؛ لأن أصل الاستحقاق في القمار يتعلق بما يستعمل فيه، وفيما نحن فيه لا يتعلق أصل الاستحقاق بخروج القرعة؛ لأن القاسم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت ذاك الجانب، كان مستقيما إلا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة؛ لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز". (السرخسي، 1993؛ ابن الهمام، د.ت).

المبحث الثاني: أثر القاعدة في القضاء

بعد استعراض مصطلحات الدراسة وبيان تأصيل القاعدة ومشروعية القرعة وضوابطها العامة، يتحدث الباحث عن أثر القاعدة في باب القضاء وما يتعلق به من تطبيقات فقهية. من خلال التالي.

المطلب الأول: أثر القاعدة في أصول المحاكمات:

إنه ومن خلال تتبع كتب التراث الإسلامي وما سطره المعاصرون في باب القضاء؛ نجد الكثير من التطبيقات التي ظهر عليها أثر قاعدة القرعة عند التشاح، ويمكننا استخلاصها في التالي:

- إن القوم إذا تنازعوا في مال ليس في أيديهم، فعرض اليمين عليهم. لعل بعضهم يحلف وبعضهم ينكل. فيحكم للحالف على الناكل. فإذا كانوا يسرعون إلى اليمين، " أمر أن يسهم بينهم "، أي: أن يقرع بينهم. ويحلف من خرجت له القرعة ويستحق (البيضاوي، 2012).
- إذا تعارضت البينتان بين الخصمين، ولا يوجد مرجح يقرع القاضي بينهم في قول الشافعية (الشربيني، د.ت)، والحنابلة (ابن قدامة، 1968). ومثاله: إذا كانت الدابة في يدي رجل. فادعى رجل أنه اشتراها من فلان بمائة

درهم، وهو يملكها، ونقده الثمن، وادعى آخر أن فلانا آخر وهبها له، وقبضها منه وهو يومئذ يملكها، وكان معهم من يدعي ميراثا عن أبيه، وهو يملكها، وأقام على ذلك بينة، وادعى آخر صدقة من آخر، وهو يملكها، وأقام على ذلك بينة. فمن قضى بالبينتين المتضادتين قضي بها بينهم أرباعا، ومن قال أقرع بينهم قضى بها لمن خرجت له القرعة، ومن قال ألغيها كلها إذا تضادت ألغاها كلها. (الشافعي، 1990).

- قال ابن فرحون (1986): "إذا كان كل خصم يريد رفع الدعوى في بلده فيقرع القاضي بينهما" (ص113).
- إذا تنازع الخصمان ولم يعرف القاضي أيهما المدعي أقرع بينهما؛ ومثال ذلك: دارٌ في يد رجلين، اعترف كل واحدٍ منهما بأنه اشترى نصفَها، ولكنهما تنازعا في التاريخ، فادعى كل واحد منهما أنه اشترى نصيبه قبل صاحبه، وله الشفعة فيما اشتراه صاحبه، فإذا تنازعا كذلك ولا بينة لواحد منهما، فهنا خصومتان: إحداهما متميزة عن الأخرى، وليس اختلافهما بمثابة التنازع من المتبايعين، في مقدار ثمن المبيع أو جنسه. وإذا كان كذلك، فمن ابتدر منهما، وادّعى في مجلس الحكم، فالقاضي يفصل خصومتَه، وإن جاءا وادّعيا معاً، لم يُترَكا كذلك، فإن تنازعا في البداية، أقرع بينهما، فمن خرجت قرعتُه، نصبناه مدعياً، وأجرينا خصومته بطريقها. (الجويني، 1981).
- إن حضر للقاضي في مجلس الحكم الخصوم فإنه يبدأ بالأول فالأول، وإن كان فيهم مسافرون قدَّمهم، إلا أن يكثروا؛ فلا يقدِّمهم، فإن استوى جماعة في الحضور أو أشكل السابق منهم أُقرع بينهم، فمن خرجت عليه القرعة قدِّم .(الفيروز آبادي، 1983؛ البهوتى، د.ت؛ الطبري، 2007؛ ابن رجب، د.ت)

المطلب الثاني: أثر القاعدة في قضاء الأحوال الشخصية:

قضايا الأحوال الشخصية لها خصوصية في النظر؛ فهي تفصل في قضايا أسرية متعلقة بالأنساب والأبضاع؛ فحرص القاضي على تتبع الحق وإيصاله لذويه من أسمى المعاني التي سعت إليها الشريعة الإسلامية. وإجراء القرعة على ما نصت عليه القاعدة الفقهية؛ أحد هذه الوسائل التي تعين القاضي للتسوية بين الخصوم، ومن تلك التطبيقات ما يلي:

- ذكر الشربيني (د. ت): "إن تشاح الأولياء قبل العقد بأن قال كل منهم أنا أزوج ولم يرضوا بواحد منهم وقد أذنت لكل منهم واتحد الخاطب، أقرع بينهم قطعا للنزاع". (ص160).
- أما إن عقد على المرأة وليان ولم تقر هي لواحد منهما بالسبق؛ ففيه الخلاف إلى قولين وهما:

1. القول الأول: يقرع بين الأولياء، ويكون لها ميراثها ممن تقع لها القرعة عليه. وهو قول الحنابلة (البهوتى، د. ت). قياسا على الطلاق – على نحو ما سيأتي- ، فيفسخ الحاكم نكاحهما أو طلاقهما، ويجب المهر بعد الدخول، وقبله نصفه على المقر له؛ لاعترافه به لها وتصديقها له عليه.
2. القول الثاني: إن العقدين باطلان؛ لأن الجمع ممتنع وليس أحدهما أولى من الآخر فتعين بطلانهما وهو قول الإباضية والحنفية والمالكية والشافعية (أطفيش، 1985؛ الشربيني، د. ت؛ مالك بن أنس، 1994؛ الزهراني، 2014).

ويرى الباحث أن القول الثاني هو الأرجح؛ كونه أسلم للأنكحة. أي أنه يبطل العقدان ويكون للمرأة أن تختار أيهما بعقد جديد؛ لأن النكاح عقد متين لا يجوز فيه الشبه أو التردد وإنما يتعين أن يكون كل طرف فيه عالما بالآخر دون لبس أو جهالة.

- إذا حضر سفر المرء وله نسوة فأراد إخراج واحدة للتخفيف من مؤنة الجميع والاستغناء بها فحقهن في الخروج معه سواء. فيقرع بينهن؛ فأيتهن خرج سهمها للخروج، خرج بها. فإذا حضر قسم بينها وبينهن ولم يحسب عليها الأيام التي غاب بها. (الشافعي، 1990؛ العوتبي، 2015).

ولو تزوج على التي سافر بها زوجة أخرى في سفره القسم بين الزوجات، خصها بقسم العقد؛ لأن معها غيرها، ثم استأنف لها قسم المماثلة بينها وبين المسافرة، ولا يقضي الباقيات، إن كان سفره بالواحدة بقرعة ويقضيهن إن سافر بها بغير قرعة (الكاساني، 1986؛ الماوردي، د. ت).

- في الحضانة، إذا اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة وكانوا في درجة واحدة في استحقاق الحضانة للصغير ولم يتفقوا فيما بينهم على واحد منهم يسلمون له الحضانة، ولا ينازعونه فيها، ورفعوا الأمر إلى القاضي، فإنه يعين المستحق للحضانة بالقرعة فمن خرجت له قضى الحاكم له بحق الحضانة دون غيره. (ابن فرحون، 1986؛ ابن قدامة، 1968؛ زيدان، 2011).
- قال ابن فرحون: "إذا زفت إليه امرأتان في ليلة أقرع بينهما، وعلى القول بأن ذلك حق له يختار" (ص113).
- قال آل هرموش (د. ت): "إذا أسلم على أختين فله أن يختار واحدة منهما بالقرعة ويطلق الأخرى. أما إذا أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة فله أن يختار أربعا منهن بالقرعة ويفارق البواقي" (842).
- وفي جواز استعمال القرعة في الطلاق خلاف؛ وصورة الواقعة: إذا طلق رجل أحد زوجاته دون تعيينها؛ أو طلقها ونسيها، إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: فإنه يقرع بينهن؛ فمن وقعت عليها القرعة تطلق. وهذا قول الحنابلة، فإذا قال لزوجاته: إحداكن طالق، ولم ينو واحده بعينها أقرع بينهن؛ فأخرجت بالقرعة الطلقة منهن، وكذلك إذا طلق واحدة من نسائه وأُنْسيها أخرجت بالقرعة. فإن مات قبل ذلك أقرع الورثة. وعللوا ذلك؛ بأن الحق غير معين، فوجب تعيينه بالقرعة (الخرقي، 1993؛ البهوتى، 1986).

القول الثاني: لا يقرع بينهن، وإنما يختار إحداهن لوقوع الطلاق، وهو قول الحنفية والشافعية؛ فقد قال الشافعي (1990): "إذا قال لامرأتين له إحداكما طالق ثلاثا، ولنسوة له إحداكن طالق أو اثنتان منكن طالقان. منع منهن كلهن وأخذ بنفقتهن حتى يقول التي أردت هذه والله ما أردت هاتين" (ص280).

القول الثالث: يقع الطلاق على الجميع، سواء لم يعينها أو عينها ونسي، وهو قول الإباضية، فقد قال العوتبي (2015): "إن قال لامرأته طالق، ولم يقصد بالطلاق إلى واحدة بعينها منهن؛ فإنه يطلق كل واحدة منهن تطليقة" (ص174). وكذا قول المالكية، قال مالك بن أنس (1994): "فيمن قال: إحدى نسائي طالق أو قال: واحدة فأُنْسيها قلت: أرأيت لو أن رجلا قال: إحدى امرأتي طالق ثلاثا ولم ينو واحدة منهما بعينها، أيكون له أن يوقع الطلاق على أيتهما شاء؟ قال: قال مالك: إذا لم ينو حين تكلم بالطلاق واحدة بعينها طلقتا عليه جميعا" (ص69).

والقول الراجح لدى الباحث: القول الثاني، حيث إن رباط الزوجية رباط متين لا ينفك إلا بأمر لا شبهة فيه، ووقوع الطلاق بالقرعة فيه شبهة، وعقد الزواج نشأ بيقين فلا يزول إلا بيقين مثله، كما أن القرعة في وقوع الطلاق قد يقع على زوجة لم يكن يقصدها الرجل، وقد تكون أقرب نسائه إلى قلبه. كما أن القول بطلاقهن جميعا فيه ضرر على الرجل وعلى النساء، فلم يكن هو قاصد إيقاع الطلاق على جميع نسائه ولم تكن نيته كذلك. فالأولى بالاتباع القول بأن الرجل يختار إحداهن لإيقاع الطلاق. فله ملك الطلاق وله حق التعيين.

- فإن كان اللقيط في أيديهما أقرع بينهما؛ لتساويهما في موجب الاستحقاق ولا سبيل إلى اشتراكهما في كفالته، فمن قرع. أي: خرجت له القرعة، سلم إليه مع يمينه، وإذا تنازعت امرأتان ولدا، ولا توجد قافة، أقرع بينهما. وقد سبق الحديث عن حكم علي بن أبي طالب في النفر الثلاثة، فقال: من وقع له السهم، فله الولد (البهوتى،

1994؛ الزحيلي، 2018). قال الشقصي (2006) من الإباضية معلقا: "فتعجب الرسول صلى الله عليه وسلم ولم يصح أنه أنكره" (ص325).

المطلب الثالث: أثر القاعدة في قضاء المعاملات المدنية:

إن حفظ المال وكل ما يحفظ كيان المجتمع المسلم؛ ركيزة أساسية اعتنى بها الفقهاء منذ عهد المؤسس الأول محمد صلى الله عليه وسلم للدولة المسلمة؛ واستعمال القرعة في تطبيقات المعاملات المختلفة بين الناس بضوابطه في صلاح للمجتمع وتطييبا للنفوس، ويظهر أثر قاعدة القرعة عند التشاح، في التطبيقات التالية:

- إذا اختلف الشركاء في قسمة الأصول في الشركة والحيوان والعروض إذا استوى فيه الوزن والقيمة، أقرع القاضي بينهم عند تعديل السهام (ابن فرحون، 1986). قال مالك بن أنس (1994):

" أرأيت لو أن قوما ورثوا رجلا فقسم القاسم بينهم الرقيق والإبل والدور والعروض، فجعل السهام على عدد الفرائض فأقرع بينهم" (ص288).

- قال الخرقي (1993): " لو طالبه بالوديعة فقال: ما أودعتني، ثم قال: ضاعت من حرز كان ضامنا؛ لأنه خرج من حال الأمانة ولو قال مالك عندي شيء، ثم قال: ضاعت من حرز كان القول قوله، ولا ضمان عليه ولو كانت في يده وديعة فادعاها نفسان. فقال: أودعني أحدهما ولا أعرفه عينا أقرع بينهما فمن تقع له القرعة حلف إنها له وسلمت إليه ولو أودع شيئا فأخذ بعضه ثم رده أو مثله فضاع الكل لزمه مقدار ما أخذ " (ص95).

واشترط قبل التقارع هنا أن يقوّم المال ويعدل، قال الشيباني (2012): "ذلك وقَوَّما ثم اقترعا عليه فوقعت القسمة على القرعة فهو جائز" (ص283).

- يقول ابن الهمام (د. ت): تقع القرعة في القسمة القضائية، قسمة الإجبار بين الشركاء" (ص442).
- في دعوى المتخاصمين في عين في يد شخص آخر فأقر بها لأحدهما دون تعيين. فإن القاضي يقرع بينهم. فمن خرجت له القرعة حلف وأخذه. (ابن رجب، د. ت؛ البهوتي، د. ت).
- فإن أكرى ظهراً من رجلين يتعاقبان عليه أو اكترى من رجل عقبة ليركب في بعض الطريق دون بعض جاز، وحملا في الركوب والنزول على العادة؛ لأنه معلوم بالعادة. فحمل الإطلاق عليه كالنقد المعروف في البيع وإن لم يكن فيه عادة لم يصح حتى يبين مقدار ما يركب كل واحد منهما؛ لأنه غير معلوم بالعادة فوجب بيانه كالثمن في موضع لا نقد فيه فإن اختلفا في البادئ في الركوب أقرع بينهما فمن خرجت عليه القرعة قدم لأنهما تساويا في الملك فقدم القرعة (الشيرازي، د. ت).
- قال العوتبي (2015): "إذا ورد رجلان إلى بئر مورد للناس وعليها دلو، فأراد كل واحد منهما أن يسقي لنفسه أولا ويملأ قربته، وكل واحد منهما يخاف فوت القافلة ويسبق أصحابه، أو كل واحد منهما معه دواب يحتاج إلى سقيها؛ فإنهما يتقارعان، فمن خرجت له القرعة سبق أصحابه واستقى" (ص107).

المبحث الثالث: استثناءات القاعدة وصفة القرعة، وموقف القانون

المطلب الأول: استثناءات القاعدة:

ذكر الفقهاء بعض التفريعات استثناء من القاعدة، ومنها:

- جاء عن القرطبي (1980) من المالكية بأنه يستثني من القرعة المكيل والموزون (ص868).
- إذا توفي الأب وترك ابنين، فإن الميراث بينهما مناصفة؛ فلا يلجأ إلى القرعة وإنما كل واحد منهما مستحق.

- قال آل عبدالكريم (1986): "إذا تعارضت البينتان وكانت العين في يد أحد المتخاصمين حكم لصاحب اليد لأن جانبه أقوى" (ص740)
- قال الزحيلي (2018): " لو ترجح بيد أو شاهد أو قرينة ظاهرة من لوث أو نكول خصمه عن اليمين أو موافقة شاهد الحال لصدقه؛ قدم ذلك كله على القرعة" (ص100).

المطلب الثاني: صفة القرعة:

وصفة القرعة أن يكتب أسماء المقرعين في رقاع مستوية؛ لأنه طريق إلى التمييز. كل اسم رجل في رقعة؛ حتى لا يعلم بعضها من بعض وهو أنفى للتهمة. ثم توضع في بنادق من طين أو شمع مستوية، أو ما كان في معناهما. ثم تعطى رجلا لم يحضر الرقاع، فيطرحها على الأموال المقسومة، فمن وقع سهمه على شيء منها فهو له. وإن كتب في الرقاع أسماء الأسهم المقسومة، وأعطى كل واحد من الشركاء رقعة، فما وجده مكتوبا فيها فهو له (الشقصي، 2006؛ البهوتى، 1994). ومثل ذلك قال الطبري (2007): "وإن كثر الخصوم حتى لا يعرف الأول كتبوا الأسامي في رقاع، ويتولى أخذها ثقة من ثقات القاضي، ويجمعها قبل خروج القاضي، فإذا جلس وضعها بين يديه، فقلبها القاضي بيده، ثم أخذ من أعلاها الأول فالأول، فإذا أخرج اسم رجل ناداه العون" (ص74).

المطلب الثالث: موقف القانون من القاعدة:

لم ترد القرعة صراحة في القوانين الوضعية المعاصرة إلا ما جاء في قانون المعاملات المدنية العماني (2013/29) في المادة رقم (834) بأنه: (2/ يتفق الشركاء على مدة المهايأة وإذا لم يتفقوا فللمحكمة أن تحدد المدة التي تراها مناسبة حسب طبيعة النزاع والمال المشترك وتجري القرعة لتحديد البدء في المهايأة زمانا، وتعيين المحل في المهايأة مكانا).

والمهايأة: عبارة عن تقسيم المنافع كإعطاء القرار على انتفاع أحد الشريكين سنة، والآخر أخرى مناوبة في الدار المشتركة مناصفة. وصفتها: إذا طلب أحد الشريكين المهايأة ولم يطلب الآخر القسمة وامتنع عن المهايأة أيضا تجب المهايأة. (حيدر، 1991)

وهذه المادة استمدت من مجلة الأحكام العدلية في المواد (1178 – 1180) وهي تقابل المواد (1055) من القانون المدني المصري رقم (131/ 1948) والمادة (1078) من القانون المدني العراقي رقم (40/ 1951).

ففي أصول المحاكمات والتي تسمى في القوانين المعاصرة قوانين المرافعات أو الإجراءات، لم تنص على القرعة، وجاءت موادها مقننة للتنازع الذي يمكن أن ينشأ بين طرفي النزاع، فمثلا: في المادة (44) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية (2002/29) فإنه حسم موضوع الاختصاص المحلي ليكون للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه إلا في حالات استثنائية كدعاوى النفقات والحضانة وما يتعلق بالأحوال الشخصية فيحق لكل الطرفين رفع الدعوى في المحكمة التي تقع في موطنه كما نصت المادة (284). وأما الحضور في الجلسة فقد جرى العمل أن يكون الأول في الحضور من قيّد دعواه أولا في المحكمة؛ وهذا نفسه رفع ما كان يحصل من التنازع فلا يحتاج إلى اقتراع.

وفي الإثبات فإن قوانين الإثبات العماني رقم (2008/68) لم تنص أيضا على القرعة إلا أنها تركت للقاضي مساحة لتقدير الإثبات وما يراه لتحقيق العدالة. يقول حمدي والشكيلي (2009): "ويجوز للمحكمة أن تستخلص الدليل من الأوراق والمستندات والقرائن الموجودة بملف الدعوى سواء قدمها المدعي أو المدعى عليه، ومؤدى ذلك: أنه يجوز للمحكمة أن تستند إلى دليل قدمه الخصم الغير مكلف بالإثبات" (ص11).

وكذا في قانون الأحوال الشخصية العماني رقم (1997/32) لم ترد القرعة نصا، إلا أن القانون وسع السلطة التقديرية للقاضي في نظر القضايا الشرعية، وإن وجد للقرعة حاجة في تطييب النفوس فله ذلك. فالمادة (127) اشترطت أن تكون الحاضنة خالية من زوج أجنبي عن المحضون، واستثنت أن يرى القاضي مصلحة في غير ذلك. والمادة (128): إذا كانت الحاضنة على دين غير دين أبي المحضون سقطت حضانتها ببلوغ المحضون سبع سنين إلا إذا قدر القاضي خلاف ذلك. والمادة (130) رتبت أحقية الحضانة بعد افتراق الأبوين، ثم استثنت أن يرى القاضي خلافه لمصلحة المحضون، وهنا يمكن أن تستوي في الأحقية الأختان فيمكن للقاضي أن يقرع بينهما.

ومن التطبيقات القضائية في القاعدة؛ ما قضت به المحكمة العليا العمانية في الطعن رقم (2006/35) في الواقعة التالية:

الأولى: أقامت المدعية دعوى على ورثة (..) تطالبهم فيها بتسليم نصف المنزل رقم (..)، والواقع بالسكة رقم (..) بمنطقة (..)؛ لأنه يتكون من طابقين وطلبت بأن يكون الطابق الأعلى من نصيبها. وقد أجرت محكمة أول درجة قرعة في المنزل فخرجت الرقعة بأن يكون للمدعية الطابق الأعلى وللورثة المدعى عليهم الطابق الأسفل؛ وقد أيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم.

إلا أن المحكمة العليا نقضت الحكم؛ مسببة ذلك بأن القرعة بين النصيبين يعمل بها عندما يتساوى القسمان، ولم يكن بينهما تفاضل وحيث إن الدور العلوي من هذا البيت له مدخل من جهة الشمال وأمامه مواقف للسيارات والدور السفلي له مدخل من الطريق الجنوبي وهو لا يساوي في القيمة البيت العلوي، فيحتاج الأمر إلى تقييم لكلا الطابقين ممن هو مختص في ذلك، وما زاد أحدهما على الآخر بشيء من المال يرد على الآخر، فإن اختلف الطرفان بعد ذلك فيمن يأخذ الدور العلوي أو السفلي فحينئذ يقرع بينهما.

تعليق الباحث: جاء حكم المحكمة العليا ليضع ضابطا أساسيا لإعمال القرعة، وهو: عندما يتساوى القسمان؛ فلما كان بين الطابقين في الدعوى تفاضل من ناحية المداخل ومواقف السيارات. كما أن الحكم يشير إلى ضرورة تقويم المختص للطابقين حتى يعلم التساوي من عدمه، ثم يقرع بينهما فيمن يعوض الآخر.

وكذا في واقعة أخرى، من قضاء المحكمة العليا العمانية في الطعن رقم (2017/3)، بأنه: أقامت المدعية دعوى ضد المدعى عليها تطالبها بإعادة تقييم قطعة الأرض من تركة مورثهم؛ لمنح المدعية عن نفسها وعن أولادها كافة حقوق الانتفاع بالأرض والتي تقدر مساحتها بـ(..) وإلزام المدعى عليها بأن تؤدي لها القيمة التقديرية نقدا. فردت المدعى عليها بأن الأرض لا يوجد بها عقد انتفاع وأن المدعية لم تطلب إعادة التثمين بعد أن تمت القسمة بالقرعة قبل سنة. فحكمت محكمة أول درجة بإلزام المدعى عليها بأن تؤدي للمدعية فارق المبلغ من قيمة العقار بعد إعادة تثمينه. وقد استندت المحكمة في حكمها إلى أن القسمة تمت بين الورثة بالقرعة تنفيذا لقرار قضائي رقم (..)، والذي ثمن العقار محل التداعي بـ (..) عن طريق الخبرة القضائية على اعتبار أن العقار سكني. ثم ظهر بعد تحقيق المحكمة في هذه الدعوى بأن الأرض (سكني تجاري) وقد تم تحويل نوع الاستعمال في العام (2002) أي قبل وفاة الهالك. وهذا الذي لم يظهره الخبير في أثناء القسمة بالقرعة. وقد أيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم وكذا المحكمة العليا. وقد قالت: ".. أن العقار سكني فقد صدر على خلاف والحقيقة الواقع، وهذا لا شك فيه ضرر كبير على الطاعنة وألادها ..

تعليق الباحث: المحكمة العليا لم تلغ الحكم بخلل في إجراء القرعة، وإنما نصت صراحة بالإجراء السليم بالقسمة بالقرعة إلا القسمة أعيدت بسبب خطأ في تقويم الأرض محل الدعوى، وأنه جاء مخالف للحقيقة، ليتم تعديل ثمنها وإعادة قسمتها بين الورثة وهو ما حكمت به المحكمة الابتدائية.

الخاتمة والاستنتاجات

بعد هذا السبر في كتب القضاء وما يتعلق بها من المصادر في أبواب فقه النكاح والمعاملات المالية؛ وما خلص به البحث من أهمية هذه القاعدة الفقهية وما يتعلق بها من مسائل ووقائع ذات أهمية عملية وعلمية عظيمة. فمن أهم النتائج التي توصل إليها الباحث:

- القاعدة الفقهية تجمع المسائل المتفرقة في عبارة جزلة المعنى دقيقة الصياغة، ومهمة لضبط مسائل القضاء.
- قاعدة القرعة عند التشاح، مشروعة في الكتاب والسنة وأقوال عموم الفقهاء. وقد اعتنى الفقهاء بالأخذ بالقاعدة أكثر من اعتناء أهل القانون بها. وذلك حرصا لتحقيق العدالة وسدا لباب التهمة.
- القرعة تجري في عدة وقائع منها ما يرتبط بالعبادات، ومنها ما يتعلق بالمعاملات، ولا يمكن حصرها؛ ففي كل زمان نوازل وأحوال. ولها تطبيقات عديدة في مسائل القضاء.
- يرى الباحث بأنه لا قرعة في النكاح ولا في الطلاق. كما يستثني بعض الفقهاء إعمال القاعدة في بعض المسائل.

- القاعدة لم يُنص عليها القانون إلا في المادة المذكورة إلا أن التطبيق العملي يوجب على القاضي أن يعمل بها تطييبا للنفوس، وقد نص القانون على مساحة للقاضي وهو ما يسمى بالسلطة التقديرية للقاضي.
- القاعدة تفتح الباب للدراسات العميقة في موضوعها وما يتصل بها من مسائل ووقائع وما يمكن أن يعاد الطرح في بعض النصوص القانونية ومراجعتها بما يتوافق مع موضوع القاعدة.

التوصيات والمقترحات

واستناداً إلى هذه النتائج، يوصي الباحث ويقترح بالآتي:

- ضرورة اعتناء من يشغل العمل القضائي بالقواعد الفقهية تقعيدا وتأصيلا وتطبيقا.
- أن يعمل القاضي أو المحكم بمقتضى هذه القاعدة، ويسعى للصلح بين الناس بالاقتراع.
- تضمين مواد قانون الإثبات بموضوع القاعدة لتكون القرعة إحدى وسائل الإثبات المعتبرة. وكذا مواد قانون الأحوال الشخصية بالأخذ بالقرعة في تعيين الأولياء وتعيين الحاضنة في حال الاختلاف وتساوي درجة القرابة.
- ضرورة عناية الكليات والجامعات التخصصية والباحثين بما حوته قاعدة القرعة عند التشاح. والعناية بدراستها وما يتفرع عنها من مسائل واقعية معاصرة.

هذا والحمد لله حق حمده،

المصادر والمراجع

- إبراهيم مصطفى أحمد الزيات حامد عبد القادر محمد النجار. (د. ت). *المعجم الوسيط*. (ص ص 748، 602). ج2. ص القاهرة: مجمع اللغة العربية، ودار الدعوة.
- ابن الفراء، محمد بن الحسين بن محمد. (د. ت). *الأحكام السلطانية*. (ص25). ط2. بيروت: دار الكتب العلمية.
- ابن القوطية. (1993). *كتاب الأفعال لابن القوطية*، ت: علي فوده. (ص58). القاهرة: مكتبة الخانجي.
- ابن الملقن، عمر بن علي الأنصاري. (2010). الأشباه *والنظائر في قواعد الفقه*، ت: مصطفى محمود الأزهري. (ص 29). ج1. ط1. الرياض: دار ابن القيم للنشر والتوزيع.
- ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد السيواسي. (د. ت). *فتح القدير*. (ص ص 440، 442). ج9. دار الفكر.
- ابن بركة، عبد الله بن محمد بن بركة. (2007)، *كتاب الجامع*، ت: عيسى الباروني. (ص ص 279، 448). ج2.

- ابن حبان، محمد بن أحمد بن حبان. (1988). *الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان*. ط 1. بيروت: مؤسسة الرسالة.
- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد. (2007). *المحلى بالآثار*. (ص ص 217، 405، 406). ج8. بيروت: دار الفكر.
- ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد بن الحسن. (د. ت). *القواعد*. (ص ص 335، 336). بيروت: دار الكتب العلمية.
- ابن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز السلمي. (1991). *قواعد الأحكام في مصالح الأنام*. (ص ص 90، 91). ج1. القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية.
- ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد. (1986)، *تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام*. (ص 112، 113). ج2. القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية.
- ابن قتيبة، أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري. (د. ت). *غريب القرآن*. (ص61). ج1.
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد. (1968). *المغني*. (ص ص 262، 624). ج7، 10. مصر: مكتبة القاهرة.
- ابن قيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب الجوزية. (د. ت). *الطرق الحكمية في السياسة الشرعية*، ت: نايف بن أحمد الحمد. (ص ص247، 774). ج2. مكة المكرمة: دار عالم الفوائد.
- الأصبحي، مالك بن أنس بن مالك. (1994). *المدونة*. (ص ص69، 105، 288). ج2. بيروت: دار الكتب العلمية.
- أطفيش، محمد بن يوسف. (1985). *شرح كتاب النيل وشفاء العليل*. (ص 135). ج6. ط 3. جدة: مكتبة الإرشاد.
- آل عبد الكريم، عبدالله بن برجس، (2018). *أقضية النبي صلى الله عليه وسلم دراسة حديثية فقهية*. (ص740). ج2. ط 1. الرياض: دار الصميعي للنشر.
- آل هرموش، محمود مصطفى. (د. ت). *معجم القواعد الفقهية الإباضية*. (ص ص 841، 842). ج1، 2. مسقط: وزارة الأوقاف والشؤون الدينية.
- البخاري، حمد بن إسماعيل أبو عبدالله الجعفي. (2001). *صحيح البخاري*. ط 1. دار طوق النجاة.
- البهوتي، منصور بن يونس. (د. ت). *كشاف القناع عن متن الإقناع*. (ص ص 231، 313، 333، 380، 389) ج5. ج6. بيروت: دار الكتب العلمية.
- البياتي، عبد الغفور محمد. (2013). *التشريع القضائي في القرآن*. (ص 315). ط 1. بيروت: دار الكتب العلمية.
- البياتي، عبد الغفور محمد. (2015). *القواعد الفقهية في القضاء*. (ص 252). ط 1. بيروت: دار الكتب العلمية.
- البيضاوي، عبد الله بن عمر. (2012). *تحفة الأبرار شرح مصابيح السنة*. (ص569). ج2. الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.
- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى. (2003). *السنن الكبرى*. ط 3. بيروت: دار الكتب العلمية.
- البيهقي، محمد ضياء الرحمن الأعظمي. (2001). *المنة الكبرى شرح وتخريج السنن الصغرى*. الرياض: مكتبة الرشد.
- الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي. (1985). *أحكام القرآن*، ت: محمد صادق القمحاوي. (ص 294). ج2. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الغياثي. (1981). *غياث الأمم في التياث الظلم*، ت: عبد العظيم الديب. (ص 412) ج7. ط 2. مكتبة إمام الحرمين.
- الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف. (2007). *نهاية المطلب في دراية المذهب*، ت: عبد العظيم محمود الدّيب. (ص 225). ط 2. دار المنهاج.

- الحجازي، محمد محمود، (1992)، *التفسير الواضح*. (ص ص 221، 222). ج3. ط 10. بيروت: دار الجيل الجديد.
- الحريري، إبراهيم محمد. (1999). *القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام*. (ص ص 134 – 136). ط 1. عمّان: دار عمار للنشر.
- الحصني، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن. (1997). كتاب القواعد، ت: عبد الرحمن الشعلان. (ص 239). ج. 4ط 1. الرياض: مكتبة الرشد.
- حمدي عبد الجواد سليمان، الشكيلي سالم، (2009). *شرح قانون الإثبات العماني*. (ص 11). القاهرة: مركز الغندور.
- حيدر، علي. (1991). *درر الحكام في شرح مجلة الأحكام*. (ص 450). ج1. ط 1. دار الجيل.
- الخرقي، عمر بن الحسين بن عبد الله. (1993). *متن الخرقي على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني*. (ص ص 95، 113) دار الصحابة للتراث.
- الدبوسي، أبي زيد عبيد الله عمر. (د. ت). *تأسيس النظر*. (ص 9). بيروت: دار ابن زيدون.
- الرازي، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني. (1979). *معجم مقاييس اللغة*، ت: عبد السلام محمد هارون. (ص 72). ج 5. دار الفكر.
- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر. (1995). *مختار الصحاح*. ت: محمود خاط. (ص517). بيروت: مكتبة لبنان ناشرون.
- الزَّبيدي، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني. (د. ت). *تاج العروس من جواهر القاموس*. (ص456، 501) ج6، 36، دار الهداية.
- الزحيلي، محمد مصطفى. (2018). *القواعد والضوابط الفقهية والأصولية من كتاب زاد المعاد*. (ص ص20، 21، 100، 216). ط1. دمشق: دار الفكر.
- الزحيلي، محمد. (2018). *القضاء الشرعي القواعد والضوابط الفقهية*. (ص 868). ج2. ط 2. دمشق: دار الفكر.
- الزرقا، أحمد محمد. (2001). *شرح القواعد الفقهية*. (ص 34). ط 6. دمشق: دار القلم.
- الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد المصري. (2002). *شرح الزُّرقاني على مختصر خليل*. (ص12). ج1. ط 1. بيروت: دار الكتب العلمية.
- الزعبي، محمد يونس فالح. (2005). "القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي"، أطروحة دكتوراه غير منشورة. كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية. الأردن.
- الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد. (1987). *الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل*. (ص186). ج4، ط 3. بيروت: دار الكتاب العربي.
- الزهراني، سعيد بن درويش. (2014). *طرائق الحكم المتفق عليها والمختلف فيها في الشريعة الإسلامية*. (ص219). ط5. المدنية المنورة: دار النصيحة.
- زيدان، عبد الكريم. (2011). *نظام القضاء في الشريعة الإسلامية*. (ص199). ط 3. بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون.
- السالمي، عبد الله بن حميد. (2014). *شمس الأصول في إيضاح قواعد الأصول*. (ص94). ط 1. مسقط: منشورات موقع بصيرة الالكتروني.
- السِّجِسْتاني، سليمان بن الأشعث بن إسحاق(2009) .*سنن أبي داود*. ط 1. دار الرسالة العالمية.

- السرخسي محمد بن أحمد بن أبي سهل. (1993). *المبسوط*. (ص7). ج15. بيروت: دار المعرفة.
- السمناني، علي بن محمد. (1984). *روضة القضاة وطريق النجاة*، ت: صلاح الدين الناهي. (ص805). ج2. ط 2. بيروت: مؤسسة الرسالة.
- الشافعي، محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان. (1990). *الأم*. (ص ص119، 241 ، 264) ج5، 6. بيروت: دار المعرفة.
- الشربيني، محمد الخطيب. (د. ت). *مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج*. (ص ص 161، 487) ج3، 4. بيروت: دار الفكر.
- الشقصي، خميس بن سعيد بن علي. (2006). *منهج الطالبين وبلوغ الراغبين*. (ص325). ج6. ط 1. مسقط: مكتبة مسقط.
- الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد المختار. (1995). *أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن*. (ص14). ج3. بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- الشيباني، أحمد بن محمد بن حنبل. (1995). *مسند الإمام أحمد بن حنبل*. ط1. مؤسسة الرسالة. القاهرة: دار الحديث.
- الشيباني، محمد بن الحسن بن فرقد. (2012). *الأَصْلُ*، ت: محمَّد بوينوكالن. ط 1. ج3. دار ابن حزم. بيروت.
- الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف، (د. ت). . *المهذب في فقه الإمام الشافعي*. دون طبعة. ج2. دار الكتب العلمية.
- الطبري، أحمد بن محمد ابن القاص. (2007). *أدب القاضي*، ت: أحمد فريد المزيدي. (ص45). ط 1. بيروت: دار الكتب العلمية.
- الطوفي، سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم. (1998). *التعيين في شرح الأربعين*، ت: أحمد حَاج محمّد عثمان. (ص278). ط 1. بيروت: مؤسسة الريان.
- عمر، أحمد مختار عبد الحميد، (2008). *معجم اللغة العربية المعاصرة*. (ص1169). ج2. ط 1. عالم الكتب.
- العوتبي، سلمة بن مسلم. (2015). *الضياء*، ت: سليمان الورجلاني، داود الورجلاني. (ص ص 107، 174، 306، 330). ج3، 4، 15، 17. مسقط: وزارة الأوقاف والشؤون الدينية.
- الفراهيدي، الخليل بن أحمد. (د. ت). . *كتاب العين*، ت: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي. (ص 156). ج1. دار ومكتبة الهلال.
- الفيروز آبادي، إبراهيم بن علي بن يوسف. (1983). *التنبيه في الفقه الشافعي*. (ص253). ط 1. بيروت: عالم الكتب.
- قانون الإثبات العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (2008/68).
- قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (2002/29).
- قانون الأحوال الشخصية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (1997/32).
- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م.
- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م.
- قانون المعاملات المدنية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (2013/29).
- القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن. (2010). *الفروق*. (ص ص 176، 177). ج4. الكويت: دار النوادر

- القرطبي، يوسف بن عبد الله بن محم. (1980). *الكافي في فقه أهل المدينة*، ت: محمد الموريتاني. (ص 868) ج2. ط 2. الرياض: مكتبة الرياض الحديثة.
- القِنَّوجي، محمد صديق خان بن حسن بن علي. (1992). *فتحُ البيان في مقاصد القرآن*. (ص ص 374: 53). ج7، 14. بيروت: المكتبة العصريَّة للطبَاعة والنّشْر.
- الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي. (1986). *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*. (ص ص2، 333). ج2. ج7. ط2. بيروت: دار الكتب العلمية.
- الماوردي، أبو الحسن. (د. ت). *كتاب الحاوي الكبير*. (ص 1403). ج9. بيروت: دار الفكر.
- الماوردي، علي بن محمد بن محمد بن حبيب. (1999). *شرح مختصر المزني*، ت: علي محمد، عادل أحمد. (ص 39). ج8. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية.
- *مجموعة الأحكام الصادرة من دوائر المحكمة العليا* (الدائرة المدنية) والمبادئ المستخلصة منها من 2006/1/1م وحتى 2006/6/31م، إصدارات المكتب الفني. (ص882).
- *مجموعة الأحكام الصادرة من دوائر المحكمة العليا* (الدائرة المدنية) والمبادئ المستخلصة منها من 2016/10/1م وحتى 2018/6/31م، إصدارات المكتب الفني، (ص ص 88 – 93)
- المنذري، الحافظ عبد العظيم بن عبد القوي. (2010). *مختصر سنن أبي داود*. ط . الرياض: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع.
- النيسابوري، محمد بن عبد الله بن محمد. (د. ت). *المستدرك على الصحيحين*. دون طبعة. بيروت: دار الكتب العلمية.
- الهروي، أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهري. (2001). *تهذيب اللغة. (ص ص 154*، 263). ج5، ج1. ط1. بيروت: دار إحياء التراث العربي.