

النظام القضائي في الإسلام

جمع: مشاري العتيبي

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله، وصحبه، وسلم تسليماً كثيراً.

أما بعد:

فهذا بحث في علم القضاء جمعت فيه مادة علمية من مصادر مختلفة، ووضعت حسب الخطة التالية:

المطلب الأول: تعريف القضاء لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: الفرق بين القضاء والفتوى والتحكيم.

المطلب الثالث: حكم تولي القضاء.

المطلب الرابع: شروط تولي القضاء ما يعتبر في القاضي من الشروط (شروط القاضي).

المحاضرة الثانية:

المطلب الخامس: اختصاصات القاضي، وواجباته وحقوقه، وسيرته في قضاته.

المطلب السادس: الأسباب التي تقتضي عزل القاضي وانعزاله.

المطلب السابع: آداب القاضي، وما يجوز له، ويمتنع عليه.

المطلب الثامن: سيرة القاضي مع الخصوم.

المحاضرة الثالثة:

المطلب التاسع: صفة القضاء، وإجراءات التقاضي.

المطلب العشر: تعريف الدعوى وبيان مشروعيتها، وأركانها، وشروطها، وأنواعها.

المحاضرة الرابعة:

المطلب الحادي عشر: التعريف بالمدعي والمدعى عليه، والشروط المعتبرة فيهما، والمدعى به، وشروطه.

المطلب الثاني عشر: مكان نظر الدعوى، وحضور الخصوم وغياهم، وتلقين الدعوى، وتصحيحها، وأحوال جواب

المدعى عليه، ودفع الدعوى وشروطه.

المحاضرة الخامسة:

المطلب الثالث عشر: وسائل الإثبات المعاصرة وغير المعاصرة إجمالاً.

المطلب الرابع عشر: تفصيل أحكام الشهادة.

المحاضرة السادسة:

المطلب الخامس عشر: تفصيل أحكام اليمين.

المحاضرة السابعة:

المطلب السادس عشر: تعريف الحكم القضائي، وشروط صحته، وبيان آثاره، وأسباب بطلانه، ومسوغات بطلانه والرجوع عنه.

المطلب السابع عشر: نفاذ الحكم القضائي ظاهراً وباطناً.

القضاء

المطلب الأول: تعريف القضاء:

الفرع الأول: تعريف القضاء في اللغة:

يرد معنى القضاء في اللغة على عدت معان منها: الحكم، والأمر، والفراغ من الشيء وإتمامه وإتقانه وإنفاذه لجهته. فما يدل على معنى الحكم قوله تعالى: (ولولا كلمة سبقت من ربك إلى أجل مسمى

لقضى) [الشورى: ١٤]، أي: لفصل الحكم بينهم، ومنه قد قضى القاضي بين الخصوم، أي: قد

قطع بينهم في الحكم. ويدل على معنى الأمر قوله تعالى {وقضى ربك}

[الإسراء: ٢٣] أي: أمر. ويدل على معنى الفراغ من الشيء وإتمامه وإتقانه وإنفاذه لجهته

قوله تعالى: {فقضاهن سبع سماوات في يومين} [فصلت: ١٢] أي أحكم خلقهن.

ثم قال أبو ذؤيب:

وعليهما مسرودتان قضاها ... داود أو صنع السوابخ تبع

الصنع الحاذق بالعمل، وتبع من ملوك حمير كانت تنسب إليه الدروع التبعية.

ويتبين باستعراض المعاني اللغوية للقضاء هنا أن معناه في اللغة الحكم والفصل بين الخصوم. (١)

الفرع الثاني: تعريف القضاء في الاصطلاح:

عرف القضاء في الاصطلاح بعدت تعريفات متقاربة نذكر منها ما يلي:

الأول تعريف الحنفية: فصل الخصومات وقطع المنازعات.

الثاني تعريف المالكية: هو حكم حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده؛ كدين، وحبس، وقتل، وجرح، وضرب، وسب، وترك صلاة ونحوها، وقذف، وشرب، وزنا، وسرقة، وغصب، وعدالة وضدها، وذكورة، وأنوثة، وموت، وحياة، وجنون، وعقل، وسفه، ورشد، وصغر، وكبر، ونكاح، وطلاق، ونحو ذلك؛ ليرتب على ما ثبت عنده مقتضاه أو حكمه بذلك المقتضى.

(١) تهذيب اللغة للأزهري ١٧٠/٩، ومقاييس اللغة لابن فارس ٩٩/٥، ولسان العرب لابن المنظور ٢٢١/٧، وشرح حدود ابن عرفة ٤٣٣.

الثالث تعريف الشافعية: فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى.

الرابع تعريف الحنابلة: النظر بين المترافعين له للإلزام وفصل الخصومات.

الخامس تعريف ابن رشد من فقهاء المالكية: القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام.

ولعل أقربها هو تعريف ابن رشد؛ وذلك لورود المناقشة على بقية التعاريف فأما تعريف الحنفية فهو غير مانع إذ بذلك التعريف يدخل الصلح بين الخصمين، وأما تعريف المالكية فيؤخذ عليه التطويل الذي لا يحتاج إليه، ومن المقرر في التعاريف الاختصار فالتطويل عيب فيها، وأما تعريف الشافعية فيرد عليه أنه غير مانع لدخول رئاسة الدولة فيه وأما تعريف الحنابلة فيؤخذ عليه الإلزام فإن القاضي لا يستطيع الإلزام في كل حق والله أعلم. (١)

المطلب الثاني: الفرق بين القضاء والفتوى والتحكيم.

قد سبق لنا تعريف القضاء وبقيا أن نعرف مصطلحي الفتوى والتحكيم حتى نتمكن من معرفة الفرق بينها.

الفرع الأول: تعريف الفتوى والتحكيم:

تعرف الفتوى: بأنها تبين الحكم الشرعي للسائل عنه، والإخبار بلا إلزام.

وأما تعريف التحكيم: تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما. (٢)

الفرع الثاني: ما يتفق فيه القضاء والفتوى وما يختلفان فيه:
مما يتفق فيه القضاء بالفتوى أن كليهما بيان للحكم.
أما ما يفترقان فيه:
الأول: أن العبادات لا يدخلها حكم القاضي بخلاف الفتوى.

(١) حاشية ابن عابدين ٣٥٢/٥، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير ١٨٦/٤، ومغني المحتاج للشرييني ٢٥٧/٦، والمبدع لابن مفلح ١٣٩/٨، وتبصرة الحكام لابن فرحون ١١/١، والنظام القضائي في الفقه الإسلامي ١٣.

(٢) الدر المختار للحصكفي ٤٧٤، ومطالب أولي النهى لرحيبياني ٤٣٧/٦.

الثاني: أن القضاء إلزام بخلاف الفتوى فهي إخبار عن الحكم، ولذا القاضي يجب عليه إمضاء الحكم فيمن وجب عليه بخلاف المفتي فلا يجب عليه. (١)

الفرع الثاني: ما يتفق فيه القضاء بالتحكيم وما يختلفان فيه:
أما ما يتفقان فيه:

الأول: أن القضاء والتحكيم يشتركان في أنهما وسيلة للفصل في الخصومة بين الناس، وإقامة العدل بينهم.
الثاني: أن القضاء والتحكيم بيان للحكم.

الثالث: أن كلاً من القضاء والتحكيم ملزم للحكم.
أما ما يختلفان فيه:

الأول جهة الولاية ففي القضاء فإن القاضي يستفيد الولاية من السلطان بخلاف المحكم فإنه يستفيد ولاية التحكيم من المتخاصمين.

الثاني: أن القاضي ولايته عامة، بخلاف المحكم فلا تتعدى وليته لغير المتخاصمين.

الثالث: أنه ليس للمحكم الحكم في الحدود، واللعان، والقصاص، والقذف وغيرها من الأحكام التي تستلزم إثبات حكم أو نفيه من غير المتحاكين؛ لأن هذه الأحكام تسري إلى غيرهم وذلك يتطلب الإذن ممن تسري إليه فليس له الحكم فيها لذلك.

الرابع: أن المحكم لا بد له من تراضي المحكمين له، وتعيينه للتحكيم، بخلاف القاضي فلا يعتبر له ذلك.

الخامس: أن المحكم لا يقبل كتابه للقاضي، ولا العكس، بخلاف القاضي فإن كتابه يقبل لدى القاضي الآخر. (٢)

(١) الفروق للقرافي ٤/٥٢، ٥٤.

(٢) شرح أدب القاضي للخفاف ٤/٥٩-٦١، ومعين الحكام للطرابلسي ١٢، والبحر الرائق لابن نجيم ٧/٢٨-٢٩.

المطلب الثالث: حكم تولي القضاء:

حكم تولي القضاء فرض كفاية، ولا يجب عيناً على المرء إلا إذا لم يوجد في البلد من يقوم به ممن تحققت فيه شروط القضاء؛ ولذا إذا أجمع أهل بلد على تركه أمثوا. ويدل ذلك الكتاب والسنة والإجماع فما يدل عليه من الكتاب أمر الله تعالى نبيه - صلى الله عليه وسلم - قال تعالى ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩]

وقوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ﴾ [النساء: ٦٥]

ووجه كونه فرضاً فلقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ﴾ [النساء: ١٣٥] ومن السنة حديث عمرو بن العاص - رضي الله عنه - عن - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإن أخطأ فله أجر» متفق عليه. (١)

وكان عليه الصلاة والسلام يبعث القضاة فقد بعث معاذاً - رضي الله عنه - إلى اليمن وعلي - رضي الله عنه - وبعث عتاب بن أسيد - رضي الله عنه - إلى مكة.

وأما الإجماع فقد أجمع المسلمون على نصب القضاة للفصل بين الناس.

قال الإمام أحمد - رحمه الله -: لا بُدُّ للناس من حاكم؛ أتذهب حقوق الناس؟

ولأن طباع البشر مجبولة على التظالم ومنع الحقوق وقل من ينصف من نفسه، ولا يقدر الإمام

على فصل الخصومات بنفسه، فدعت الحاجة إلى تولية القضاة. (٢)

ووجه كونه على الكفاية فلأنه أمر بالمعروف أو نهي عن المنكر وهما على الكفاية.

والقضاء نصره للمظلوم وأداء للحقوق وإصلاح وتخليص وقطع للنزاع بين الناس.

(١) رواه البخاري برقم ٦٩١٩ باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ ومسلم برقم ١٧١٦ باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد، فأصاب أو أخطأ.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٧، وفتح القدير لابن الهمام ٢٥٢/٧، والعناية للبايرتي ٢٥٢/٧، والذخيرة للقرافي ٦/١٠، وإرشاد السالك لشهاب الدين المالكي ١١٧، وروضة الطالبين للنووي ٩٢/١١، ومغني المحتاج للشربيني ٢٥٨/٦، ونهاية المحتاج للرملي ٢٣٦/٨، والشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة ٢٥٦/٢٨، والمبدع لابن مفلح ١٣٩/٨، وشرح المنتهى للبهوتي ٤٨٦/٣، وكشاف القناع للبهوتي ٨/١٨، والإقناع في مسائل الإجماع لابن القطان ١٤٣/٢.

المطلب الرابع: شروط تولي القضاء وما يعتبر في القاضي من شروط:

الكلام في هذا المطلب من عدت فروع:

الفرع الأول: من له الحق في تولية القاضي؟

اتفق الفقهاء على أن من يملك تولية القاضي هو الإمام أو نائبه؛ وذلك لان ولاية القضاء من المصالح العامة التي تعتبر من مسؤوليات ولي الأمر فلا يقوم بها أحد غيره كعقد الذمة؛ ولأن الإمام هو من يملك الأمر والنهي، فلا يصح التولية من غيره وهو موجود، ولذا لو أن أهل بلد اتفقوا على تولية قاض مع وجود الإمام فإن هذه التولية باطلت ولا تنعقد؛ للفتيات على الإمام في ذلك.

أما مع عدم وجود الإمام، وغيبته، أو في حال تعذر الوصول إليه فإن العلماء قد اختلفوا في ذلك:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى أنه يجب على أهل البلد أن ينصبوا واليا لهم فيولي من يراه للقضاء بينهم أو يكون هو القاضي بينهم.

القول الثاني: ذهب المالكية أنه في حال عدم وجود الإمام، أو الاتصال به، فإن الأمر يعود في ذلك إلى أهل الراي فيكون عقد التولية من قبلهم؛ ووجه ذلك الضرورة والحاجة الداعية إلى التولية وهم في ذلك نواب عن الإمام.

القول الثالث: ذهب الشافعية إلى أنه لا يصح تولية القاضي من غير الإمام أو نائبه إلا إذا لم يكن ثم إمام لا يرجح في الزمان القريب تولية القاضي منه، ولم يكن في البلاد القريبة منهم قاضياً يمكن الوصول

إليه، وأن يكون القاضي قد اجتمع على اختياره أهل الاختيار منهم فإن تخلفت هذه الشروط كانت التولية للقاضي باطلة.

القول الرابع: ذهب الحنابلة إلى أنه إذا لم يكن ثمة إمام للبلد ولم يوجد في البلد قاضياً فإنه يحق لأهل البلد أن يجتمعوا على تولية قاض لهم. فإن تجدد إمام لهم فإن استمرار تولية القاضي موقوفة على إذنه

فإن أذنا وإلا بطلت توليته، ولم ينفذ قضائه فيما يتجدد بعد ذلك، أما ما كان قبل تجدد الإمام فإنه نافذ ولا ينقض. (١)

الفرع الثاني: الشروط المتفق عليها في القاضي بين الفقهاء:

شروط القاضي المتفق عليها في بين الفقهاء هي: الإسلام، والعقل، والبلوغ، والحرية وسنعرض لكل منها. (٢)

الشرط الأول: الإسلام.

يعتبر الإسلام شرط من الشروط المعتمدة في القاضي لكي تصح تولية، وهو من الأمور المجمع عليها بين العلماء؛ وذلك لأن الكافر ليس من أهل الولاية على المسلم؛ وأيضاً لأن الإسلام شرط في قبول الشهادة لقوله تعالى: {واستشهدوا شهيدين من رجالكم} [البقرة: ٢٨٢]؛ ولأن الكفر يقتضي إذلال صاحبه، والقضاء يقتضي احترامه وبينهما منافاة وقد قال الله سبحانه: {ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً} [النساء: ١٤١] وأي سبيل أعظم من أن يلزمه، ويحكم عليه بغير. (٣)

مسألة: هل يصح أن يلي الذي القضاء بين غير المسلمين من أهل ملته؟

القول الأول: ذهب الحنفية إلى أنه يصح أن يلي الذي القضاء بين أهل ملته وقالوا أن الكافر يصح منه تحمل الشهادة حال كفره وتقبل منه إذا أسلم ولذلك يصح كونه قاضياً خاصاً وذلك لا يضر. ولهم أدلة أخرى لم تورد للاختصار.

القول الثاني: ذهب الجمهور إلى أنه لا يصح أن يلي الذي القضاء بين أهل ملته وإنما يتقاضون للمسلمين

واستدلوا لذلك بأن العلو للمسلمين فقط، وفي تولية أهل الذمة القضاء فيما بينهم رفعة وعلو

(١) فتح القدير لابن الهمام ٢٦٤/٧، وأدب القاضي للماوردي ١٣٩-١٤١، وتبصرة الحكام ٢١/١، و

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ٢٦/١، وحاشية ابن عابدين ٣٥٤/٥، ومغني المحتاج للشرييني ٢٦٢/٦، وكشاف القناع للبهوتي ٣٠-٣١/١٥.

(٣) حاشية ابن عابدين ٣٥٤/٥، وروضة الطالبين للنووي ٩٦/١١، والشرح الكبير للرددي ١٢٩/٤، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي ٢٣٦/٧.

لهم وهذا لا يصح لقوله تعالى: {قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون} [التوبة: ٢٩] وأيضاً لو اعتبر تقلد الكافر القضاء للزم تنفيذ حكمه فيما قضاء به، وهذا ينقض الصغار الذي يجب أن يكونوا عليه؛ فمن أجل ذلك لم يصح تولية الذي القضاء. (١)

الشرط الثاني: العقل.

اشتراط العقل يدل على أن المجنون لا يلي القضاء. وهو من الشروط المجمع عليها بين أهل العلم. ويعرف العقل بأنه: ملكة يتأتى بها درك المعلومات. وهل يكتفى بالعقل الغريزي أم لابد من اكتساب زيادة عليه؟ يقول الماوردي: (ولا يكتفى فيه بالعقل الذي يتعلق به التكليف من علمه بالمدرجات الضرورية، حتى يكون صحيح التمييز، جيد الفطنة، بعيداً عن السهو والغفلة، يتوصل بذكائه إلى إيضاح ما أشكل وفصل ما أعضل). وقد نص جمع من الفقهاء على مثل ما ذكره الماوردي، على خلاف بينهم في حكم اعتباره في الوجوب أم الاستحباب. (٢)

الشرط الثالث: البلوغ.

يشترط البلوغ فيمن يتولى القضاء؛ وذلك لان الصبي مولى عليه فلا يكون مولى على غيره، ولأن الصبي يستحق الحجر عليه، والقاضي يستحق الحجر على غير فتناًياً. وهذا مما أجمع عليه أهل العلم، ولحديث أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: (تعوذوا بالله من رأس السبعين، وإمارة الصبيان) (٣)

(١) حاشية ابن عابدين ٣٥٥/٥، والشرح الصغير للرددير ١٨٧/٤، ومغني المحتاج ٢٦٢/٦، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٤٩٢/٣.

(٢) الأشباه والنظائر للسبكي ١٧/٢، والأحكام السلطانية للهاوردي ١١١.

(٣) حاشية ابن عابدين ٣٥٤/٥، والشرح الكبير للرددير ١٢٩/٤، ومغني المحتاج للشريفي ٢٦٢/٦، وشرح الزركشي على مختصر الخرق في ٢٣٦/٧.

الشرط الرابع: الحرية.

والحرية شرط من الشروط التي لا بد منها في القاضي حتى تصح توليته، وعلى هذا جمهور الفقهاء، ولم يخالف في ذلك إلا ابن حزم ومن لا يعتد بخلافه؛ وذلك لأن الرق نقص والنفوس البشرية تأنف من الاتقياد لمن به رق، وأيضاً لأن الرقيق منافعه مستحقة لسيده فلا يجوز أن يصرّفها للنظر بين المسلمين.

وأما ما ذهب إليه ابن حزم في صحت تولية الرقيق في القضاء فقد استدلل له بما يلي:

الأول: أن القضاء هو نوع من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والعبد كسائر أفراد الأمة مخاطب بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

الثاني: أن الله تبارك وتعالى أمرنا فقال: ﴿لأن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾ [النساء: ٥٨] والعبد داخل في هذا الأمر، كسائر أفراد الأمة؛ لأن هذه الأوامر تعم كل رجل وامرأة، وحر وعبد، ولا يصح التفريق في الأحكام بين الرجال والنساء، والأحرار والعبيد إلا إذا جاء نص يفيد هذا التفريق في الحكم.

الثالث: ما روي عن عبد الله بن الصامت عن أبي ذر أنه انتهى إلى الرينة وقد أقيمت الصلاة، فإذا عبد يؤمهم فقيل له هذا أبو ذر فذهب يتأخر، فقال أبو ذر: أوصاني خليلي يعني رسول الله صلى الله عليه وسلم - أن أسمع وأطيع وإن كان عبداً مجدع الأطراف.

ويجاب على مستدل به ابن حزم - رحمه الله تعالى -:

أن ما ورد في الدليل الأول والثاني هي عمومات يستثنى منها تولية الرقيق للقضاء، فلا يجب

بها على مخالفة قول الجمهور، وأما الدليل الثالث فمحمول على من كان عبداً مجازاً، أو على غير ولاية الحكم.
(١)

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٣/٧، والشرح الكبير للدردير ٤/١٢٩، وتحفة المحتاج لابن حجر ١٠٦/١٠، وشرح الزركشي على مختصر الخري ٧/٢٣٧، وكشاف القناع للبهوتي ٣٠/١٥، والحلى لابن حزم ٨/٥٢٨.

الفرع الثالث: الشروط المختلف فيها في القاضي بين الفقهاء:

الشرط الأول: الذكورة.

يشترط لتولي القضاء أن يكون القاضي ذكراً، وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء، ولم يخالف في ذلك إلا الحنفية، إذ قالوا بصحة تولي المرأة القضاء فيما تقبل فيه شهادتها- أي غير الحدود والقصاص- وخالفهم فيه زفر، وذهب ابن جرير الطبري إلى صحة تولي المرأة القضاء مطلقاً دون تفريق بين الحدود والقصاص وغيرها من أمور القضاء.

أدلة العلماء في حكم تولي المرأة القضاء:

قول الجمهور:

استدل الجمهور على عدم صحة تولي المرأة القضاء، وعدم نفوذ قضائها إن تولة ووافقت الحق بما يلي:
الأول: قوله تعالى: {الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واحجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً} [النساء: ٣٤]

وجه الاستدلال: أن الآية أفادت حصر القوامة في الرجال، وهذا يستلزم أن لا تجوز ولا تصح ولاية المرأة القضاء، وإلا كان للنساء قوامة على الرجال، وهذا يتعارض مع ما أفادته الآية الكريمة.

الثاني: أن الله تعالى نبه إلى نسيانهم بقوله تعالى: {أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى}

[البقرة: ٢٨٢]

الثالث: قوله صلى الله عليه وسلم: (لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة)

الرابع: الإجماع قالوا أن الإجماع قد انعقد على أن المرأة لا تلي القضاء وهذا من عهد النبي صلى الله عليه وسلم - وخلفائه الراشدون إلى من بعدهم لم يذكر أن امرأة ولية القضاء.

الخامس: لأن القاضي يحضر محافل الخصوم والرجال، ويحتاج فيه إلى كمال الرأي ومشاورة العلماء، والنساء لسن أهلا لذلك، وما يترتب على مخالطة الرجال من الفتنة المأمور باجتناب دواعيها.

قول الحنفية:

استدل الحنفية القائلين بأن المرأة يجوز أن تلي القضاء فيما تقبل فيه شهادتها غير الحدود والقصاص بأن القضاء يشارك الشهادة في باب الولاية، والمرأة يصح لها أن تشهد في غير الحدود والقصاص، فيصح أن تكون قاضية في غير الحدود والقصاص.

قول ابن جرير الطبري:

استدل ابن جرير الطبري على أن المرأة تلي القضاء مطلقاً حتى الحدود والقصاص وذلك بأن كل من تكون عنده مقدرة الفصل في قضايا الناس، يكون حكمه جائزاً، هذا هو أصل عام، أي: قاعدة كلية، وقد خصص الإجماع هذا الأصل العام، فأجمع العلماء على عدم جواز تولية المرأة رئاسة الدولة، لوجود الحديث المفيد هذا الحكم، فيكون ما خصصه الإجماع هو المستثنى

من هذا الأصل العام، ويبقى ما عداه على الحكم الأصل، وعلى هذا يصح للمرأة أن تتولى القضاء، ولا تعد أنوثتها مانعاً؛ لأنها لا تؤثر في فهمها للحجج، وفصلها في الخصومات. (١)

الشرط الثاني: العدالة.

يشترط تولية القاضي أن يكون عدلاً، والمقصود بالعدالة: أنها ملكة، أي هيئة راسخة في النفس تمنع من اقتراف كبيرة أو صغيرة دالة على الخسة أو مباح يخل بالمروءة. وهذا من أحسن ما قيل في حد العدالة، واشتراط العدالة في القاضي هو رأي جمهور العلماء ولم يخالف في ذلك إلا الحنفية القائلين بجواز تولية الفاسق القضاء.

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور القائلين باشتراط العدالة للقاضي بما يلي:

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١١٧/٢، وفتح القدير لابن الهمام ٢٥٣/٧، والشرح الكبير للدردير ١٢٩/٤، وتحفة المحتاج لابن حجر ١٠٦/١٠، وشرح الزركشي على مختصر الحرقي ٢٤٤/٧، وكشاف القناع للبهوتي ٣٠/١٥، والقوانين الفقهية لابن جزي ١٩٥، وأدب القاضي للهاوردي ٦٢٥/١-٦٢٨.

الأول: قوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا} [الحجرات:٦]

وجه الدلالة أن الله عز وجل أمر بالتبين عند قول الفاسق، ولا يصح أن يكون الحاكم ممن لا يقبل قوله، ويجب التبين عند حكمه، فليس من المقبول أن نبحت في كل حكم أصدره القاضي الفاسق لتبين مدى الحق فيه.

الثاني: الفاسق لا يجوز أن يكون شاهداً عند الجمهور - فلا يكون قاضياً من باب أولى.

دليل الحنفية:

أن كل من كان أهلاً للشهادة كلا أهلاً للقضاء وبالعكس.

وجه الدلالة: أن كلا من القضاء والشهادة من باب الولاية، وهي تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى، والفاسق عندهم أهلاً للشهادة فلا تشتط العدالة في القاضي.

ويجيب على دليل الحنفية بما يلي:

الأول: عدم التسليم بقياس قبول شهادة الفاسق على صحة توليته القضاء لأن الفاسق لا تقبل شهادته وبذلك يشترط في قبول الشهادة العدالة ويدل عليه قوله تعالى: {وأشهدوا ذوي عدل منكم} وقوله عز وجل: {إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا} فقد أمر الله عز وجل بالتوقف عن نبأ الفاسق، والشهادة نبأ فيجب التوقف عنه.

الراجح هو اشتراط العدالة في القاضي لقوة أدلة الجمهور وما ورد على أدلة الحنفية من مناقشة والله أعلم.

تنبيه:

قد نبه جمع من العلماء أنه في حال تعذر توفر شروط العدالة في القاضي فإنه يقدم أصلح الموجودين وأقلهم فجوراً، وهو ما يتبع أيضاً في مجال الشهادة؛ لتلا تضييع مصالح الناس؛ ولأن التكليف بالأحكام الشرعية مشروط بالإمكان، قال تبارك وتعالى: {لا يكلف الله نفساً إلا وسعها}. (١)

(١) حاشية ابن عابدين ٣٥٥/٥، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٨٤/٦، ومواهب الجليل للحطاب ٨٧/٦، والمغني لاب قدامة ١٤/١٤، والشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة ٣٠١/٢٨، والاشباه والنظائر للسيوطي ٣٨٤.

الشرط الثالث: كون القاضي سميعاً بصيراً متكلماً.

يشترط في القاضي لكي يلي القضاء أن يكون سميعاً بصيراً متكلماً، وهذا يعني أن الأصم والأخرس والأعمى لا يلي القضاء، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء، ولم يخالف في ذلك إلا بعض الشافعية في مسألة جواز أن يلي الأعمى القضاء ولهم في الأخرس وجهان، ويرى بعض العلماء أن اعتبار هذه الصفات من قبيل صفات الوجوب في ولاية القاضي القضاء لا من صفات الاشتراط أي أن القاضي إذا قضى وهو متصف بهذه الصفات نفذ قضائه فيجب على من بيده تولية القضاء أن لا يولي الأصم والأعمى والأخرس وإلى هذا الرأي ذهب بعض المالكية وهما الدردير والدسوقي، ووجه عدم تولية الأصم والأعمى والأخرس فلأن الأخرس لا يمكنه النطق بالحكم، ولا يفهم جميع الناس إشارته، والأصم لا يسمع قول الخصمين، والأعمى لا يعرف المدعى من المدعى عليه، والمقر من المقر له، والشاهد من المشهود له.

دليل من يرى أن الأعمى يولى القضاء:

أن شعيباً عليه الصلاة والسلام كان أعمى.

ويجاب عنه أن البصر مشروط في الشاهد فمَن فقد ولايته القضاء بالقياس على الشهادة؛ لأن منصب الشهادة دون منصب القضاء، والشاهد يشهد في بعض الأشياء اليسيرة التي يثبت الاحتياج إليه فيها، وربما أحاط بحقيقة علمها، والقاضي ولايته عامة، ويحكم في قضايا الناس عامة، فإذا لم تقبل الشهادة من الأعمى، فيكون القضاء أولى في عدم القبول.

وأيضاً ما ذكر شعيب لا نسلمه، فإنه لم يثبت أنه كان أعمى، بل حتى على فرض أنه كان كذلك فلا يلزم ههنا؛ لأن الناس الذين آمنوا مع شعيب عليه السلام كانوا قليلين، وربما لا يحتاجون إلى حكم بينهم، لقلّة عددهم وتناصفهم، فلا يكون هذا حجة في مسألتنا. (١)

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٣/٧، والبحر الرائق لابن نجيم ٦/٢٨٢، والشرح الصغير للرديري ٤/١٩١، والشرح الكبير مع حاشية السوقي ٤/١٣٠، والذخيرة للقرافي ١٠/١٧، والأحكام السلطانية للماوردي ١١٢، ومغني المحتاج للشريفي ٦/٢٦٢، والمغني لابن قدامة ١٣/١٤.

الشرط الرابع: الكفاية.

ومعنى اشتراط الكفاية في القاضي أن يكون متصف بالقدرة على النهوض بأمر القضاء، بأن تتوفر عنده اليقظة التامة، والقوة التي تعينه على تنفيذ الحق.

وعليه فلا تصح تولية المغفل، ومختل النظر، بسبب كبر السن، أو وجود مرض عنده، وفي بعض هذا نظر عند العلماء. (١)

الشرط الخامس: أن يكون القاضي كاتباً لا أمياً.

اشترط بعض العلماء في القاضي لكي يلي القضاء أن يكون كاتباً، والصحيح عدم اشتراط ذلك وأن الكتابة من صفات الكمال، ويدل لذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم- كان أمياً، وليست الكتابة من ضرورة الحكم. (٢)

الشرط السادس: ألا يبدل مالا لكي يلي القضاء.

اشترط بعض علماء المالكية ألا يدفع مالا لكي يلي القضاء وهم على خلاف فيما إذا كان ممن وجب عليه القضاء أما من لم يجب عليه فهذا إذا ولي القضاء بالبذل فهو مما لا يصح قضائه ولا ينفذ عندهم.

وذهب بعض الشافعية إلى صحة بذل المال لكي يلي القضاء ممن وجب عليه، وذلك لأن القضاء يترتب عليه مصلحة عامة للمسلمين، فوجب بذلك المال للقيام بهذه المصلحة. (٣)

(١) الشرح الصغير للرددير مع حاشية الصاوي ١٨٧/٤، والمغني لابن قدامة ١٧/١٤ وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٤٩٣/٣.

(٢) المغني لابن قدامة ١٧/١٤.

(٣) حاشية الصاوي ١٩١/٤، نهاية المحتاج مع حاشية الشبراملسي ٢٣٦/٢.

الشرط السابع: الاجتهاد.

ذهب جمهور العلماء إلى اشتراط الاجتهاد فيمن يلي القضاء ومعنى كونه مجتهداً من يلي القضاء أي لا يكون جاهلاً ولا مقلداً. ولذا لا بد من معرفة تعريف الاجتهاد والتقليد فنقول عرف الاجتهاد: بأنه بذل الفقيه وسعه في استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية.

أما التقليد فعرف: بأنه هو من حفظ مذهب إمامه، لكنه غير عارف بغوامضه، وقاصر عن تقرير أدلته.

وذهب جمهور الحنفية إلى أنه لا يشترط أن يكون القاضي مجتهداً، وأن كونه مجتهداً شرط أولوية وندب، فيجوز تولي غير المجتهد القضاء.

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور على اشتراط كون من يتولى القضاء أن يكون مجتهداً بما يلي:

الأول: قوله تعالى: {وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم ولعلهم يتفكرون}

وجه الدلالة أن الله تبارك وتعالى أعلم أن النبي صلى الله عليه وسلم - إذا بين للناس ما أنزل إليهم يتفكرون ويعتبروا، فإذا لم يكن عندهم تبين النبي صلى الله عليه وسلم - لما أنزله الله تبارك وتعالى من القرآن الكريم لم يحدث لهم التفكر في أحكامه.

الثاني: قوله تعالى: {إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله}

وجه الدلالة أن من لم تتوفر فيه صفة الاجتهاد فإنه لا يرى شيئاً.

الثالث: ما رواه البخاري ومسلم عن عمرو بن العاص أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم - يقول:

"إذا حكم الحاكم ثم أصاب فله أجران، فإذا حكم واجتهد ثم أخطأ فله أجر.

أدلة جمهور الحنفية:

الأول: أن الغرض من القاضي أن يفصل في الخصومات، وأن يوصل الحقوق إلى من يستحقها، فإذا أمكنه ذلك بعلم غيره، بأن يرجع إلى فتوى غيره من العلماء جاز قضاؤه^٥، كما يحكم بقول المقومين في الأمور التي تحتاج إلى تقويم الخبراء^٦، فإن من المسلم به أن القاضي يستعين في القضايا التي تحتاج إلى رأي الخبراء والمختصين برأي هؤلاء، ويحكم بناء على ما أبدوه من رأي، ومثل هذا حكمه في القضايا مستيقنا بعلم غيره من العلماء المجتهدين، فكما جاز له أن يحكم بالرجوع إلى رأي الخبراء جاز له أن يحكم بعد الرجوع إلى علم غيره من المجتهدين.

الثاني: ما رواه أحمد بن حنبل في مسنده، عن علي بن أبي طالب، رضي الله عنه، قال: أئذني رسول الله صلى الله عليه وسلم - إلى اليمن وأنا حديث السن فقلت: تنفذني إلى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: "إن الله تعالى سيهدي لسانك، ويثبت قلبك"، فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك.

وجه الدلالة فهذا يدل على أن الاجتهاد ليس شرطاً في جواز تولية القاضي؛ لأن علياً حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد، بدليل أن علياً نفسه صرح بما يفيد أنه ليس مجتهداً وهو قوله: "ولا علم لي بالقضاء"، وما دام علي ليس له علم بالقضاء فلا يكون مجتهداً؛ لأنه ليس من المتصور أن يكون الإنسان مجتهداً ولا يعلم القضاء، فهذا يفيد أن الاجتهاد ليس شرطاً في القاضي.

مناقشة أدلة جمهور الحنفية:

الأول: نوقش هذا الدليل بأن الغرض من نصب القاضي، وتقليده ليس القضاء على أي وجه كان، وإنما القضاء على وجه الكمال، وهذا لا يتحقق إلا إذا توفرت في القاضي صفة الاجتهاد.

الثاني: نوقش هذا الدليل بأن النبي صلى الله عليه وسلم - دعا لعلي بأن يثبت الله قلبه، ويهدي لسانه، فإن كان بدعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم - رزقه الله أهلية الاجتهاد فلا إشكال، وإلا فقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد فعلي - رضي الله عنه - كان يحكم وقد تحققت فيه الصفة العلمية التي تؤهله لذلك، وهذا لا يثبت في غير علي - رضي الله تعالى عنه.

ما يجب توفره في المجتهد حتى يلي القضاء على قول الجمهور:

يقول ابن قدامة في المغني: (فن شرط الاجتهاد معرفة ستة أشياء؛ الكتاب، والسنة، والإجماع، والاختلاف، والقياس، ولسان العرب. أما الكتاب، فيحتاج أن يعرف منه عشرة أشياء؛ الخاص، العام، والمطلق، والمقيد، والمحكم، والمتشابه، والمجمل، والمفسر، والناسخ، والمنسوخ في الآيات المتعلقة بالأحكام، وذلك نحو خمسمائة، ولا يلزمه معرفة سائر القرآن. فأما السنة، فيحتاج إلى معرفة (١٩) ما يتعلق منها بالأحكام دون سائر الأخبار، من ذكر الجنة والنار والرقائق، ويحتاج أن يعرف منها ما يعرف من الكتاب، ويزيد معرفة التواتر، والآحاد، والمرسل، والمتصل، والمسند، والمنقطع، والصحيح، والضعيف، ويحتاج إلى معرفة ما أجمع عليه، وما اختلف فيه، ومعرفة القياس، وشروطه، وأنواعه، وكيفية استنباطه الأحكام، ومعرفة لسان العرب فيما يتعلق بما ذكر؛ ليتعرف به استنباط الأحكام من أصناف علوم الكتاب والسنة، وقد نص أحمد على اشتراط ذلك للفتيا، والحكم في معناه)

بالنظر لقول من اشترط الاجتهاد في القاضي حتى تصح توليته في القضاء وما اشترط في الاجتهاد من شروط يصعب تحققها، مما يترتب على القول بهذه الشروط من تعطل مصالح الناس ذهب بعض العلماء إلى بيان الاجتهاد المطلوب تحققه في القاضي فيقول ابن قدامة-رحمه الله- (فإن قيل: فهذه شروط لا تجتمع [في أحد] ، فكيف يجوز اشتراطها؟ . قلنا: ليس من شرطه أن يكون محيطا بهذه العلوم إحاطة تجمع أقصاها، وإنما يحتاج أن يعرف من ذلك ما يتعلق بالأحكام من الكتاب والسنة ولسان العرب، ولا أن يحيط بجميع الأخبار الواردة في هذا) (١)

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٢٨٣/٦، وفتح القدير لابن الهمام ٢٥٢/٧، والشرح الكبير للدردير ١٢٩/٤، والذخيرة للقرافي ١٦/١٠ والأحكام السلطانية للماوردي ١٤٤، وتحفة المحتاج لابن حجر ١٠٧/١٠، ومغني المحتاج للشربيني ٢٦٣/٦، والمغني لابن قدامة ١٤/١٤-١٦، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٤٩٢/٣.

المطلب الخامس: اختصاصات القاضي، وواجباته وحقوقه، وسيرته في قضاؤه.

الفرع الأول: اختصاصات القاضي:

يقصد باختصاصات القاضي: مجالات أعماله التي تشرع له بتولي القضاء، وهذا الاختصاصات تختلف بحسب نوع الولاية، ولذا نقول إن ولاية القاضي إما أن تكون عامة، وإما أن تكون خاصة ولكل ولاية اختصاصاتها المشروعة لها فنقول:

المسألة الأولى: الولاية العامة:

يقول ابن النجار-رحمه الله تعالى- في المنتهى: (وتفيد ولاية حكم عامة النظر في أشياء والإلزام بها فصل الحكومة وأخذ الحق ودفعه لربه والنظر في مال يتيم ومجنون وسفيه وغائب والحجر لسفه ولفلس والنظر في وقوف عمله لتجري على شرطها وفي مصالح طرق عمله وأفنيته وتنفيذ الوصايا وتزوج من لا ولي لها وتصفح يثبت جر حد وإقامة حد وإمامة جمعة وعيد ما لم يخصا بإمام وجباية خراج وزكاة ما لم يخصا بعامل)

فهذه الاختصاصات التي ذكرها ابن النجار للقاضي يكتسبها بالولاية العامة:

الأول: الفصل في المنازعات وقطع التشاجر والخصومات.

ويكون الفصل في المنازعات وقطع التشاجر والخصومات، إما بالصلح بين الخصوم، وذلك إذا تراضوا فيما بينهم، والصلح خير، وإما بالإجبار وذلك بالقضاء بينهم، وتنفيذ تلك الأحكام الصادرة من القاضي بحقهم لفصل الخصومة والنزاع.

الثاني: استيفاء الحق ممن هو عليه، ودفعه إلى ربه.

وهذا هو المقصود من القضاء، فيأخذ الحق ممن ماطل به، ليعطى لصاحبه، وذلك بعد النظر في ثبوت الحق لدى القاضي إما بالإقرار أو البينة أو غيرها من طرق الإثبات.

الثالث: ثبوت الولاية على من كان ممنوعا من التصرف.

والمنع من التصرف، إما بسبب الجنون أو الصغر، وإما بالحجر على من يستحقه بسبب السفه أو الفلاس. والقاضي تثبت له الولاية في ذلك حفظاً للأموال لمستحقيها، وكذا حفظ مال الغائب، والنظر فيه بالمصلحة.

الرابع: النظر في الوقوف.

يكون نظر القاضي في الوقوف ومن جهة إمضاء شرط الواقف على ما شرطه؛ وذلك لأن الضرورة تدعو إلى إجرائها على تلك الشروط. وحفظ أصولها وتنمية فروعها إلى غير ذلك من مصالح النظر وسواء كان لها ناظر خاص، أو لم يكن.

الخامس: تنفيذ الوصايا.

ويكون تنفيذ القاضي للوصايا من جهة الالتزام بما شرطه الموصي مما يصح فيه الوصية شرعاً أي فيما أباحه الشرع ولم يحظره، وأيضاً إن كانت الوصية لمعينين كان تنفيذها بالإقباض، وإن كان في موصوفين كان تنفيذها أن مستحقوها بالاجتهاد ويملكوا بالإقباض.

السادس: عقد نكاح النساء إذا لم يكن لهن ولي.

وتكون ولاية القاضي للمرأة التي لا ولي لها فيقوم بعقد تزويجها بالكفء إذا طلبت للزواج لقوله - عليه السلام -: «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له.» والقاضي نائبه.

السابع: إقامة الحدود على مستحقيها.

ويقوم القاضي الحدود على مستحقيها، ويتفرد القاضي باستيفاء الحدود إذا كانت لحق الله تعالى من غير مطالب، وقيهاها إذا ثبتت عنده بإقرار أو بينة، وإذا كانت الحقوق للآدميين توقف في إقامتها على طلب مستحقيها ويدل على إقامة القاضي للحدود أنه - عليه السلام - كان يقيها والخلفاء من بعده.

الثامن: النظر في مصالح عمله.

يكون نظر القاضي في مصالح عمله مثل كف العدي على الطرقات، والأفنية، والنظر فيما يتعدى به من الأجنحة والأبنية، وهذا لأنه مرصد للمصالح.

التاسع: تصفح حال شهوده وأمنائه.

وتصفح القاضي لحال الشهود وأمنائه؛ ليستبقي أو يستبدل من يصلح فمن يصلح منهم يبقى ومن يثبت لديه جرحه يستبدل؛ وذلك لأن هذا هو العادة في القضاة، وهو مما جرت به العادة في عملهم. قال أبو يعلى في الأحكام السلطانية (التاسع: تصفح شهوده وأمنائه، واختبار التائين عنه من خلقائه، في إقرارهم والتعويل عليهم، مع السلامة والاستقامة، وصرفهم والاستبدال بهم، مع ظهور الجرح والخيانة، ومن ضعف منهم عما يعانیه كان بالخيار، بين أن يستبدل به من هو أقوى منه، أو يضم إليه غيره. وقد قال أحمد، في رواية حنبل " ينبغي للرجل أن يسأل عن شهوده كل قليل، لأن الرجل يتغير حاله إلى حال ". العاشر: التسوية في الحكم بين القوي والضعيف، والشريف والمشروف، ولا يتبع هواه في الحكم

وقد روي عن شريح أنه قال " أصاب أمير المؤمنين علي - رضي الله عنه - درعاً له - سقطت منه، وهو يريد صفين - مع يهودي، فقال: يا يهودي هذه الدرع سقطت مني ليلاً، وأنا أريد صفين، فقال: بل هي درعي وفي يدي، فقدمه إلى شريح، فارتفع عليّ على اليهودي. ثم قال لشريح: لولا أنه ذمي لجلست معه مجلس الخصوم) العاشر: وإمامة الجمعة والعيد.

إقامة وإمامة الجمعة إذا أذن السلطان بإقامتها والعيد من أعمال القاضي التي يستفيد بها بولاية القضاء العامة مالم يخص ولي الأمر إمام يقوم بذلك، ويدل على ذلك أن الخلفاء كانوا يقيمونها. الحادي عشر: جباية الزكاة، وأخذ الصدقة.

وجباية الزكاة، وأخذ الصدقة مما ورد فيه الخلاف في المذهب هل هو من عمل القاضي أم لا؟ يقول شمس الدين ابن قدامة في الشرح الكبير: (فأما جباية الخراج، وأخذ الصدقة، فعلى وجهين أحدهما، يدخلان فيه، قياساً على سائر الخصال المذكورة. وفي الآخر، لا يدخلان فيه؛ لأن العادة لم تثبت بتولية القضاء لهما، والأصل عدم ذلك، فلا يثبت)

والمذهب كما في المنتهى والإقناع أن له ذلك. مالم يخص ذلك بعامل من جهة الإمام. (١) وهل اختصاصات القاضي محصورة فيما ذكرنا أم تتعدى ذلك؟

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله تعالى - : (ما يستفیده بالولاية لا حد له شرعاً، بل يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف لأن كل ما لم يُحدَّ شرعاً يُحمل على العرف، كالحرز والقبض). المسألة الثانية: الولاية الخاصة.

ويقصد بالولاية الخاصة في اختصاصات القاضي أن تكون اختصاصات القاضي قد قيدت، وهذا التقييد إما أن يكون بحسب المكان أو الزمان أو العمل فتقيده بالمكان مثل أن يختص بقضاء الجهة الفلانية من البلد، وغيره بالجهة الأخرى، وتقيده بالزمان مثل أن يقوم بالقضاء في وقت محصور فقط مثل شهر أو سنة، وتقيده في العمل مثل أن يختص مثلاً في قضايا المعاملات أو الجنايات أو أن يكون مختص بما يتعلق بالبينات وغير ذلك. فهذه هي الولاية الخاصة وهذه الولاية خاضعة للمصلحة وما يراه السلطان.

الفرع الثاني: واجباته وحقوقه:

المسألة الأولى: واجباته.

إن الواجبات التي تجب على القاضي تختلف وذلك من عدت وجوه:

الوجه الأول: ما يتعلق بالحكم وما يستمد له من الأحكام الشرعية وصفة قضائه.

يجب على القاضي أن يكون حكمه في القضايا التي تعرض له منطلقاً مما يثبت عنده أنه هو حكم الله تعالى: إما بدليل قطعي، وهو النص المفسر الذي لا شبهة فيه من كتاب الله عز وجل، أو السنة المتواترة أو المشهورة، أو الإجماع.

وإما بدليل ظاهر موجب للعمل، كظواهر النصوص المذكورة في القرآن الكريم أو السنة المشرفة، أو الثابت بالقياس الشرعي، ويعمل به في المسائل الاجتهادية التي اختلف فيها الفقهاء. فإن لم يجد في الكتاب والسنة والإجماع والقياس حكم القضية انتقل بالعمل بما أدى إليه اجتهاده.

أما صفة قضاء القاضي فإنه ينفذ ظاهراً لا باطناً؛ لأننا مأمورين باتباع الظاهر، والله يتولى السرائر، ولذا لا يحل حكم القاضي حراماً ولا يحرم حلالاً لقوله صلى الله عليه وسلم: «إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له بنحو مما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيء فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار» متفق عليه.

الوجه الثاني: الطرق التي تثبت بها الدعوى لدى القاضي.

يجب على القاضي الحكم في الدعوى بما يثبت عنده بطرق الإثبات الشرعية: وهي البينة والإقرار واليمين والنكول على ما يذكره العلماء في ذلك من طرق الإثبات.

مسائل:

الأول: قضاء القاضي بعلم نفسه.

يجب على القاضي أن لا يقضي بعلم نفسه في حد ولا غيره، سواء علم ذلك قبل القضاء وبعده، ويجوز له أن يقضي بما علمه في مجلس القضاء، بأن أقر بين يديه طائعاً. لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي بنحو مما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً، فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار» فدل على أنه يقضي بما يسمع، لا بما يعلم.

الثاني: قضاء القاضي بكتاب قاض آخر إليه.

للقاضي أن يقضي بكتاب قاض آخر إليه فيما ثبت عنده في الحقوق المالية للحاجة إليه، فقد يكون لامرئ حق في غير بلده، ولا يمكنه إثباته والمطالبة به إلا بكتاب القاضي بشرط أن يشهد شاهدان عدلان على أن الكتاب المرسل هو كتاب قاض، وأن يشهد بثبوت الحكم عنده على نحو معين.

الثالث: قضاء القاضي بالشهادة على الشهادة.

للقاضي قبول الشهادة على الشهادة في الأموال، لقوله تعالى: {وأشهدوا ذوي عدل منكم} [الطلاق: ٢/ ٦٥] وللحاجة إليها؛ لأن الشهادة الأصلية قد تتعذر بسبب حبس أو مرض أو عجز ولا تقبل الشهادة على الشهادة في الحدود الخالصة لله لأن الحدود مبنية على الستر والدرء بالنشبات، والشهادة على الشهادة فيها شبهة، فإنه يعترضها احتمال الغلط والسهو والكذب في شهود الفرع مع احتمال ذلك في شهود الأصل.

الوجه الثالث: واجبات القاضي نحو المتقاضين:

الأول: ما يختص بالمقضي له:

١- أن يكون ممن تقبل شهادته للقاضي، فإن كل من لا تقبل شهادته له: لا يجوز قضاء القاضي له؛ لأن القضاء له قضاء لنفسه من جهة، فلم يكن القضاء مجرداً، وإنما فيه تهمة، فلا يصح القضاء.

٢- أن يكون المقضي له حاضراً وقت القضاء، فإن كان غائباً لم يجز القضاء له إلا إذا كان عنه وكيل حاضر؛ لأن القضاء على الغائب عند الحنفية لا يجوز، فكذلك لا يجوز القضاء للغائب أيضاً.

٣- طلب القضاء من القاضي في حقوق الناس؛ لأن القضاء وسيلة إلى الحق، وحق الإنسان لا يستوفى إلا بطلبه.

الثاني: ما يختص بالمقضي عليه:

١- يجب على القاضي ألا يحكم على من لا يجوز أن يشهد عليه، فلا يقضي على عدوه، ويجوز أن يقضي له.

المسألة الثانية: حقوقه:

أولاً: طلب الرزق.

يجوز للقاضي طلب الرزق له ولي أمنائه وخلفائه ويدل لذلك فعل عمر رضي الله عنه حيث أعطاه زيد بن ثابت رضي الله عنه - وشريحاً وابن مسعود وعثمان بن حنيف

رزقاً فرضه لهم. وهذا الرزق يجوز أن يأخذه القاضي حتى مع عدم الحاجة، وهذا من مصلحة القضاء إذا لو لم يفرض لهم لتعطل القضاء وضاعت الحقوق، ولأن أبا بكر لما ولي الخلافة فرضوا له رزقاً كل يوم درهمين.

وإذا كان القاضي لا يأخذ شيئاً من بيت المال ولم يكن له ما يكفي جاز له أخذ الجعل من الخصمين للقضاء بينهما.

ثانياً: تعيين الأمناء والخلفاء والكتاب.

أي أن للقاضي أن يطلب بتعيين الأمناء والخلفاء والكتاب إذا احتاج ذلك؛ لأن المصلحة تقتضيه.

المطلب السادس: الأسباب التي تقتضي عزل القاضي وانعزاله.

ولاية القضاء هي في حكم الوكالة فتنتهي ولاية القضاء بما تنتهي به الوكالة، كالعزل والموت والجنون إلى غير ذلك من الأسباب التي تكون سبب في عزل القاضي وانتهاء ولايته، فكل شرط يشترط في القاضي لك تصح ولايته فإذا تخلف وزال كان ذلك موجب لعزله عن القضاء والكلام في الأسباب التي تقتضي عزل القاضي وانعزاله من عدت فروع وهي كما يلي:

الفرع الأول: حكم ولاية القاضي في حال موت المولي أو عزله:

إذا مات المولي أو عزل لا تبطل ولاية القاضي بذلك والسبب في عدم انعزال القاضي بها هو أن القاضي نائب عن المسلمين لا نائب الإمام فلم ينعزل بموته أو انعزاله؛ ولأنه عقد لمصلحة المسلمين، كما لو عقد

الولي النكاح على موليته، ثم مات؛ ولأن الخلفاء ولوا حكما في زمانهم فلم يعزلوا بموتهم ولما في عزل يموت الإمام ونحوه من الضرر على المسلمين بتعطل الأحكام وتوقفها إلى أن يولى الثاني.

الفرع الثاني: لزوم أحكام القاضي وفروضه في المستقبل بعد العزل.

لا تنتقض أحكام القاضي التي حكم بها في المستقبل إذا عزل أو مات، كما لو قدر القاضي نفقة أو كسوة. وتلك الأحكام لا يجوز لأحد تغييرها ما لم يتغير السبب؛ لأن فرضه حكم، وأحكامه لا تبطل بالموت ولا بالعزل.

الفرع الثالث: متى ينفذ العزل للقاضي.

لا يعزل القاضي إلا من حين علمه بذلك أما قبل العلم فإن أحكامه نافذه كالوكيل؛ وذلك لأن الحق في الولاية لله، وإن قلنا: هو وكيل، والنسخ في حقوق الله لا يثبت قبل العلم، كما قلنا على المشهور: إن نسخ الحكم لا يثبت في حق من لم يبلغه وفرقوا بينه وبين الوكيل؛ بأن أكثر ما في الوكيل ثبوت الضمان، وذلك لا يُنافي الجهل. بخلاف الحكم فإن فيه الإثم، وذلك ينافي الجهل، كذلك الأمر والنهي، وهذا هو المنصوص عن الإمام أحمد.

الفرع الرابع: عزل القاضي لنفسه.

يصح عزل القاضي لنفسه، كالوكيل، إلا أن يكون قد تعين عليه القضاء فلا يصح العزل من قبله لتعين القضاء عليه.

المطلب السابع: آداب القاضي، وما يجوز له، ويمتنع عليه.

الفرع الأول: آداب القاضي:

يقول الحجاوي رحمه الله تعالى- في الإقناع: (باب آداب القاضي وهو أخلاقه التي ينبغي التخلق بها والخلق: صورته الباطنة ينبغي أن يكون قويا من غير عنف لنا من غير ضعف حلما متأنيا ذا فطنة وتيقظ بصيرا بأحكام الحكام قبله يخاف الله تعالى ويراقبه لا يؤتى من غفلة ولا يخدع لغرة صحيح البصر والسمع عالما بلغات أهل ولايته عفيفا ورعا نزها بعيدا عن الطمع صدوق اللهجة لا يهزل ولا يمجن ذا رأي ومشورة لكلامه لين إذا قرب وهيبه إذا أوعد وفاء إذا وعد ولا يكون جبارا ولا عسوفا وله أن ينتهر الخصم إذا التوى ويصيح عليه وإن استحق التعزير عزره بما يرى من أدب أو حبس وإن افتات عليه بأن

يقول: حكمت علي بغير الحق أو ارتشيت - فله تأديبه وله أن يعفو وإن بدأ المنكر باليمين قطعها عليه وقال: البينة على خصمك فإن عاد نهره فإن عاد عزره إن رأى، وأمثال ذلك مما فيه إساءة الأدب) وآداب القاضي التي ينبغي له التخلق بها كثيرة نعرض لما ذكره الحجاوي فنقول:

الأول: أن يكون قوياً من غير عنف لينا من غير ضعف.

أي قوياً لئلا يطمع فيه الظالم. ويجتنب العنف الذي هو ضد الرفق. ولينا من غير ضعف لئلا يكون ذلك سبب لأن يهابه صاحب الحق فيضيع حقه بذلك.

الثاني: حليماً متأنياً ذا فطنة وتيقظ.

حليماً لئلا يغضب من كلام الخصم، فيتسبب في منعه من الحكم بينهما. متأنياً لئلا يؤدي إلى عجلته. ذا فطنة وتيقظ لئلا يخدع من بعض الخصوم على غرة.

الثالث: بصيراً بأحكام الأحكام قبله يخاف الله تعالى ويراقبه لا يؤتى من غفلة ولا يخدع لغرة.

لقول علي رضي الله عنه: (لا ينبغي للقاضي أن يكرن قاضياً حتى يكون فيه خمس خصال: عفيف، حليم، عالم بما كان قبله، يستشير ذوي الألباب، لا يخاف في الله لومة لائم)

الرابع: صحيح البصر والسمع عالماً بلغات أهل ولايته.

لأن ذلك أمكن في العدل بينهم؛ لأن المترجم قد يُخفي شيئاً من كلام أحدهما.

الخامس: عفيفاً ورعاً نزهاً بعيداً عن الطمع صدوق اللهجة لا يهزل ولا يمجن.

وهذا لما ورد عن علي رضي الله عنه أما الهزل والمجون لأن ذلك يفقده هيئته.

السادس: ذا رأي ومشورة لكلامه لين إذا قرب وهيبة إذا أوعد ووفاء إذا وعد.

وهذا لما ورد عن علي رضي الله عنه أما لكلامه لين إذا قرب وهيبة إذا أوعد ووفاء إذا وعد. يقال: وعد

في الخير وأوعد في ضده. هذا هو الأصل وقد يستعمل كل منهما بمعنى الآخر.

السابع: ولا يكون جباراً ولا عسوفاً.

أي القاضي لا يكون جباراً ولا عسوفاً لأنه لا يحصل المقصود بتوليته، من وصول الحق لمستحقه.

الثامن: له أن ينتهر الخصم إذا التوى ويصيح عليه.

وذلك لأن الحاجة تتطلب ذلك لإقامة الحق. وأن يصيح القاضي عليه. وذلك عند التوائه في المخاصمة.

الثامن: وإن استحقَّ التعزير، عزَّره بما يرى من أدب.

والتعزير لا يزيد على عشرة أسوط أو يكون بالحبس.

التاسع: وإن افتات عليه بأن يقول: حكمت علي بغير الحق أو ارتشيت - فله تأديبه وله أن يعفو.

الخصم إذا افتات على القاضي بقوله حكمت علي بغير الحق أو ارتشيت لفه تأديبه لأنه يشق عليه رفعه لأنه يشق عليه رفعه إلى قاضٍ آخر ، فله تأديبه بنفسه مع أنه حق له وللقاضي أن يعفو عن افتات عليه لأنه حق له.

العاشر: وإن بدأ المنكر باليمين قطعها عليه وقال: البينة على خصمك فإن عاد نهره فإن عاد عزره إن رأى، وأمثال ذلك مما فيه إساءة الأدب.

وهذا مما ينظر فيه القاضي لمصلحة مجلس الحكم وإدارة التقاضي عنده ومنع إساءة الأدب عنده.

الفرع الثاني: ما يجوز للقاضي، وما يمتنع عليه:

يقول الحجاوي - رحمه الله تعالى - في الإقناع (وإذا ولي في غير بلده فأراد المسير إليه استحب له أن يبحث عن قوم من أهل ذلك البلد إن وجد ليسألهم عنه وعن علمائه وعدوله وفضلائه ويتعرف منهم ما يحتاج إلى معرفته فإن لم يجد ولا في طريقه سأل إذا دخل وإذا قرب منه بعث من يعلم بقدمه ليتلقوه من غير أن يأمرهم بتلقيه ويدخل البلد يوم الاثنين أو الخميس أو السبت ضحوة لابسا أجمل ثيابه وفي التبصرة: وكذا أصحابه وإن جميعها سود وإلا فالعمامة وظاهر كلامهم غير السواد أولى ولا يتطير بشيء وإن تفاعل فحسن فيأتي الجامع يصلي فيه ركعتين ويجلس مستقبل القبلة فإذا اجتمع الناس أمر بعهدة فقري عليهم وليقل من كلامه إلا الحاجة يأمر من ينادي بيوم جلوسه للحكم ثم ينصرف إلى منزله الذي أعد له وأول ما يبدأ به أن يبعث إلى الحاكم المعزول فيأخذ منه ديوان الحكم ويلزمه تسليمه إليه وهو ما فيه وثائق الناس من المحاضر - وهي نسخة ما ثبت عند الحاكم - والسجلات - وهي نسخ ما حكم به - وليأمر كاتباً ثقة يكتب ما يسجله بمحضره عدلين ثم يخرج يوم الوعد على أعدل أحواله غير غضبان ولا جائع ولا شبهان ولا حاقن ولا مهموم بأمر يشغله عن الفهم: كالعطش والفرح الشديدين والحزن الكثير والهم العظيم والوجع المؤلم والنعاس الذي

يغمر القلب ويسلم على من يمر عليه ولو صبيانا ثم على من في مجلسه ويصلي تحية المسجد إن كان في مسجدٍ وإلا خير والأفضل الصلاة ويجلس على بساط أو لبد، أو غيره يفرش له في مجلس حكمه بسكينة ووقار ولا يجلس على التراب ولا على حصر المسجد لأن ذلك يذهب بهيبته من أعين الخصوم ويستعين بالله ويتوكل عليه ويدعوه سرا أن يعصمه من الزلل ويوفقه للصواب ولما يرضيه ويجعل مجلسه في مكان فسيح كجامع ويصونه عما يكره فيه أو فضاء واسع أو دار واسعة في وسط البلدان أمكن ولا يكره القضاء في الجوامع والمساجد ولا يتخذ في مجلس الحكم حاجبا ولا بوابا ندبا بلا عذر وفي الأحكام السلطانية: ليس له تأخير الخصومة إذ تنازعوا إليه - بلا عذر ولا له أن يحتجب إلا في أوقات الاستراحة ويعرض القصص فيبدأ بالأول فالأول ويكون له من يرتب الناس إذ كثروا فيكتب الأول فالأول ويجب تقديم السابق على غيره فإذا حكم بينه وبين خصمه فقال: لي دعوى أخرى لم تسمع منه ويقول له: اجلس إذا لم يبق أحد من الحاضرين نظرت في دعواك الأخرى إن أمكن فإذا فرغ الكل فقال الأخير بعد فصل حكومته: لي دعوى أخرى - لم تسمع منه حتى يسمع دعوى الأول الثانية ثم تسمع دعواه وإن ادعى المدعي عليه على المدعى عليه حكم بينهما لأننا إنما نعتبر الأول فالأول في المدعي: لا في المدعى عليه وإذا تقدم الثاني فادعى على المدعي الأول والمدعى عليه الأول حكم بينهما وإن حضر اثنان أو جماعة دفعة واحدة أقرع بينهم فقدم من خرجت له القرعة وإن كثر عددهم كتب أسماءهم في رقاع وتركها بين يديه ومد يده فأخذ رقعة واحدة بعد أخرى ويقدم صاحبها حسبما يتفق) فهذا مما ينبغي للقاضي فعله واجتنابه في عمله في القضاء.

المطلب الثامن: سيرة القاضي مع الخصوم.

يجب على القاضي في مجلس القضاء مع الخصوم ما يلي:

الأول: أن يسوي بين الخصمين في الجلوس، فيجلسهما بين يديه لا عن يمينه ولا عن يساره؛ لأنه لو فعل فقد قرب أحدهما في مجلسه، وأيضاً لأن لليمين فضلاً عن اليسار.

الثاني: أن يسوي بينهما في النظر والنطق والخلوة فلا ينطلق بوجهه إلى أحدهما، ولا يسار أحدهما، ولا يخلو بأحدهما في منزله، ولا يضيف أحدهما، فيعدل بين الخصمين في هذا كله، لما في ترك العدل فيه من كسر قلب الآخر، ويتهم القاضي به لما روي عن أم سلمة أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "مَنْ

ابتلي بالقضاء بين المسلمين، فليعدل بينهم في لفظه، وإشارته، ومقعده، ولا يرفعنّ صوته على أحد
"الخصمين ولا يرفعه على الآخر.

الثالث: ليس له تأخير الحكم في الخصومات بغير عذر، ولا يجوز له أن يحتجب إلا في أوقات الاستراحة.

الرابع: ليس له أن يحكم لأحد من والديه ولا من مولوديه لأجل التهمة، ويحكم عليهم لارتفاعها، ويحكم
لعدوه، ولا يحكم عليه.

الخامس: ويحرم عليه مسارة أحدهما لما فيه من كسر قلب صاحبه وربما أضعفه ذلك عن إقامة حجته. ويحرم
عليه تلقيته أحد الخصوم حجته لأن عليه أن يعدل بينهما؛ ولما فيه من الضرر على صاحبه. ويحرم تضييفه
لأحد الخصوم دون صاحبه لما زوي عن عليّ أنه نزل به رجلاً فقال: ألك خصم؟ قال: نعم، قال: تحوّل
عنا، فإني سمعتُ رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: لا تُضَيِّفُوا أحدَ الخصمين إلا ومعه خصمه.
السادس: يحرم تعليمه كيف يدعي أحد الخصمين وهذا فيه إغاثة على خصمه وكسر قلبه.

السابع: للقاضي أن يشفع إلى خصمه؛ لينظره بالدين أو يضع عنه، وله أن يزن عنه، ويكون ذلك بعد
قضاء الحكم؛ لأن في ذلك نفعاً لخصمه ولأن معاذاً "أتى النبي - صلى الله عليه وسلم -، فكلمه ليحكم
غرماءه، فلو تركوا لأحد، لتركوا معاذاً، لأجل رسول الله - صلى الله عليه وسلم -" رواه سعيد. قال في
"المبدع": مرسل جيد. ونقل حنبل: أن كعب بن مالك "تقاضى ابن أبي حردد دَيْنًا عليه، وأشار النبي -
صلى الله عليه وسلم - إلى كعب أن يضع الشطر من دينك، قال: قد فعلتُ، قال النبي - صلى الله عليه
- وسلم -: قُمْ فَأَعْطِهِ" قال أحمد: هذا حكم من النبي - صلى الله عليه وسلم -.

المطلب التاسع: صفة القضاء، وإجراءات التقاضي:

لقد مر بنا أن مما يجب على القاضي العدل بين الخصوم واستحضار هذا الواجب حضار في دراسة هذا
المطلب، ولذا فإن المتأمل في المسائل الواردة فيه يجد أنها تدور حول تحقيق العدل بين الخصوم وهذا من
كمال الشريعة الإسلامية وسمو مبادئه على غيرها من الأديان وهو مصداق قوله تعالى: (هو الذي أرسل
رسوله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون)

الفرع الأول: في حضور الخصمان مجلس القضاء والبدأة في سماع الدعوى:

إذا حضر الخصمان مجلس القضاء فإن القاضي عليه أن يسوي بينهما، وذلك بجلوسهم أمامه، وهذا مما يستحب له. وإن جلس الخصمان في غير هذا الموضع فلا بأس. لكن لا يأمر أحدهما بالجلوس في موضع يتميز فيه خصمه عنه بمزيه. ويدل على استحباب إجلاس الخصوم بين يديه حديث أبي داود: «أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن يجلس الخصمان بين يدي الحاكم» وقال علي حين خاصم اليهودي في درعه إلى شريح: لولا أن خصمي يهودي لجلست معه بين يديك؛ ولأنه أمكن للقاضي في العدل بينهما.

وإذا جلس الخصمان عند القاضي ففي ابتداء الدعوى ومجلس الحكم مسائل:

الأولى هل للقاضي السؤال عن المدعي منها أم لا؟

للقاضي السؤال عن المدعي منها؛ لأن سؤاله عن المدعي منها لا تخصيص فيه لواحدٍ منهم. وله السكوت حتى يبدأ أحد الخصمين، ولا يجوز له ولا لمن يعمل مع القاضي أن يقول لأحد الخصمين ابداً؛ لأنه تخصيص لأحدهما بما لا يختص به.

الثانية في حكم السبق في الدعوى:

ومن سبق من الخصوم بالدعوى، قدمه القاضي؛ لأنه سبق إلى مباح فترجح به، فإن تكلم الآخر وقال أنا المدعي لم يلتفت إليه، وقال له: أجب عن دعواه ثم ادع بعد ما شئت. قال عمرو بن قيس: شهدت شريحاً إذا جلس إليه الخصمان، ورجل قائم على رأسه يقول: أيكما المدعي فليتكلم؟ فإن ذهب الآخر يشغب، غمزه حتى يفرغ المدعي، ثم يقول: تكلم.

الثالثة في تقديم أي المتداعين إذا اتفقا في النطق بالدعوى:

إذا اتفق الخصمان في النطق بالدعوى أقرع بينهم يقول ابن قدامة -رحمه الله- في المغني: (فإن ادعيا معاً، فقياس المذهب أن يقرع بينهما. وهو قياس قول الشافعي؛ لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر، وقد تعذر الجمع بينهما، فيقرع بينهما، كالمراةين إذا زفتا في ليلة واحدة واستحسن ابن المنذر أن يسمع منهما جميعاً. وقيل: يرجأ أمرهما حتى يتبين المدعي منهما. وما ذكرناه أولى؛ لأنه لا يمكن الجمع بين الحكم في القضيتين معاً، وإرجاء أمرهما لإضرار بهما، وفي كل ما ذكرنا دفع للضرر بحسب الإمكان، وله نظير في مواضع من الشرع، فكان أولى)

فإذا انتهى الأول من حكومته انتقل إلى الآخر فسمع دعواه؛ لأن الأول استوفى حقه فانتقل إلى الثاني.

الفرع الثاني: سؤال المدعى عليه عن دعوى الخصم، وما يترتب على الإقرار والإنكار منه:

إذا حرر الخصم الدعوى انتقل القاضي لسؤال المدعى عليه عن دعوى خصمه، فيقول ما تقول فيما ادعاه؛ لأن شاهد الحال يدلُّ على طلب المطالبة، فإن إحضاره والدعوى إنما تُراد ليسأل القاضي المدعى عليه. فإن أقر لزمه الحق. وإن أنكر ما ادعى به صح الجواب لنفيه عين ما ادعى عليه.

وهل له الحكم على المدعى عليه في حال إقراره للمدعي أم لا بد من سؤال المدعي الحكم عليه؟

لا يحكم القاضي على المدعى عليه بمجرد إقراره بالدعوى على المذهب بل لا بد من سؤال المدعي أن يحكم القاضي على المدعى عليه؛ وذلك لأن الحكم عليه حقُّ له، فلا يستوفيه إلا بمسألة مستحقة.

ويقول ابن قدامة-رحمه الله-(ويحتمل أن يجوز له الحكم عليه قبل مسألة المدعى؛ لأن الحال تدل على إرادته ذلك، فأكتفى بها، كما أكتفى بها في مسألة المدعى عليه الجواب، ولأن كثيرا من الناس لا يعرف مطالبة الحاكم بذلك، فيترك مطالبته به لجهله، فيضيع حقه، فعلى هذا يجوز له الحكم قبل مسألته)

فإذا أنكر المدعى عليه سأل القاضي المدعي هل لك بينة؟ فإن قال نعم فيقول له القاضي أن شئت فأحضرها، قال في "المغني": لم يقل: أحضرها؛ لأن ذلك حقُّ له، فله أن يفعل ما يرى. ويدل على سؤال المدعي عن البينة حال إنكار المدعي عليه الدعوى قوله - صلى الله عليه وسلم - للحضري: "ألك بينة؟ قال: لا" رواه مسلم.

فإذا ثبتت البينة حكم بها القاضي ولا يجوز له ترديد البينة وتأخير الحكم بها؛ لما فيه من تأخير الحق عن موضعه.

الفرع الثالث: الشهادة في مجلس الحكم:

إذا حضر المدعي البينة وكانت شهادة قال لهما بم تشهدان؟ ولا يقول لهما اشهدا؛ لأنه أمر. وكان شريح يقول للشاهدين: ما أنا دعوتكما، ولا أنهاكما أن ترجعا، وما يقضي علي هذا المسلم غيركما، وإني بكما أقضي اليوم، وبكما أتقي يوم القيامة.

ولا يلتقنهما القاضي الشهادة. ويكره اتهاار الشاهدين وتعنتهما؛ لأنه ربما حملهما أو غيرها على

كتان الشهادة، وعدم أداؤها، فتضيع الحقوق.

وإذا رأى القاضي على الشهود ما يقتضي رد الشهادة ردها، أو ما يقتضي أداء الشهادة على غير وجهها كذلك. يقول ابن قدامة-رحمه الله في المغني: (وإن رأى الحاكم عليها ما يوجب رد شهادتهما، ردها. كما روى عن شريح، أنه شهد عنده شاهد، وعليه قباء مخروط الكمين، فقال له شريح: أتحسن أن تتوضأ؟ قال: نعم. قال: فاحسر عن ذراعيك. فذهب يحسر عنهما، فلم يستطع، فقال له شريح: قم، فلا شهادة لك. وإن أديا الشهادة على غير وجهها، مثل أن يقولوا: بلغنا أن عليه ألفاً، أو سمعنا ذلك. رد شهادتهما. وشهد رجل عند شريح، فقال: أشهد أنه اتكأ عليه برفقه حتى مات. فقال شريح: أنشهد أنه قتله؟ قال: أشهد أنه اتكأ عليه برفقه حتى مات. [قال: أنشهد أنه قتله؟ قال: أشهد أنه اتكأ عليه برفقه حتى مات] قال: قم، لا شهادة لك.

وإذا صحت شهادة الشهود وكانت صحيحة حكم بها القاضي. يقول شمس الدين ابن قدامة-رحمه الله:- (إذا سمع الحاكم الشهادة، وكانت صحيحة (حكم بها إذا سأله المدعي) فيقول للمدعي عليه: قد شهدا عليك، فإن كان عندك ما يقدر في شهادتهما فيبينه عندي. فإن لم يظهر ما يقدر فيها، حكم عليه إذا سأل الحاكم؛ لأن الحكم بالبينة حق له، فلا يستوفيه إلا بمسألة مستحقة)

الفرع الرابع: فيما إذا أنكر المدعى عليه ولم يكن لدى المدعي بينة على الدعوى:

إذا لم يكن للمدعي بينة فالقول للمنكر مع يمينه؛ لأن الأصل براءة الذمة. ولا يستحلفه إلا إذا طلب منه المدعي؛ وذلك لأن الحق له، فلم يجز استيفاؤه قبل مطالبة مستحقة، كنفس الحق. فإذا أحلفه سقطت الدعوى وخلق سبيله. لما روى وائل بن حجر، أن رجلاً من حضر موت، ورجلاً من كندة، أتيا رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، فقال الحضرمي: إن هذا غلبني على أرض لي، ورثتها من أبي. وقال الكندي: أرضي، وفي يدي، لا حق له فيها. فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «شاهدك أو يمينه». قال: إنه لا يتورع من شيء. قال: «ليس لك إلا ذلك». رواه مسلم بمعناه.

الفرع الخامس: إذا امتنع المدعى عليه من اليمين مع عدم إقراره بالدعوى:

إذا نكل المدعى عليه عن اليمين مع إنكاره بالدعوى اعلم أنه إن لم يحلف قضي عليه بالنكول، ويستحب تكرار ذلك ثلاثاً إن لم تحلف قضيت عليك. لما روى أحمد، أن ابن عمر باع زيد بن ثابت عبداً، فادعى عليه زيد أنه باعه إياه عالماً بعيبه، فأنكره ابن عمر، فتحاكما إلى عثمان، -رضي الله عنه-، فقال عثمان:

احلف بأنك ما علمت به عيباً. فأبي ابن عمر أن يحلف فرد عليه العبد. ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «اليمين على المدعى عليه». فحصرها في جنبته، فلم تشرع لغيره.

وقيل لا يقضى بالنكول بل تنتقل اليمين على المدعي فإن حلف قضي له وإن لم يحلف لم يقضى له. يقول شمس الدين ابن قدامة - رحمه الله -: (واختار أبو الخطاب أنه لا يحكم بالنكول، ولكن يرد اليمين على خصمه (وقال: قد صوبه أحمد، وقال: ما هو ببعيد، يحلف) ويستحق. فيقول الحاكم لخصمه: (لك رد اليمين على المدعي. فإن ردها، حلف المدعي، وحكم له) لما روى ابن عمر، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - رد اليمين على صاحب الحق. رواه الدارقطني)

المطلب العاشر: تعريف الدعوى وبيان مشروعيتها، وأركانها، وشروطها، وأنواعها.

الفرع الأول: تعريف الدعوى:

الدعوى جمعها دعاوي، وهي بمعنى الطلب، قال ابن عقيل: الدعوى الطلب، قال الله تعالى: {وَلَهُمْ مَا يَدْعُونَ} يقول صاحب المطلاع: (الدعاوي "بكسر الواو وفتحها": جمع دعوى كجُبلى وحبالى، وفرى وذفار تقول: ادعيت على فلان كذا ادعاء، والاسم، الدعوى: وهي طلب الشيء زاعماً ملكه)

أما في الشرع فقد عرفها ابن قدامة في المغني: إضافته إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره، أو في ذمته.

قوله: (في يد غيره): وذلك إن كان المدعى عيناً.

قوله: (أو ذمته): أي الغير إن كان ديناً من قرض أو غصب ونحوه.

الفرع الثاني: بيان مشروعية دعاوى:

الدعوى مشروعة والأصل فيها قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: "لو أعطى الناس بدعواهم، لادعى قوم دماء قوم وأمواهم، ولكن اليمين على المدعى عليه" [رواه مسلم]

وحديث "البينة على المدعى، واليمين على المدعى عليه".

وبما أن الخصومات والمنازعات أمر واقع بين البشر، فكان لا بد من الفصل فيها بطريق الدعوى؛ لأن في امتدادها فساداً كبيراً، والله تعالى لا يحب الفساد.

الفرع الثالث: أركان الدعوى، وشروطها، وأنواعها:

للدعوى أركان وهي:

الأول: المدعي: وهو من إذا سكت عن الطلب ترك.

الثاني: المدعى عليه: وهو من إذا سكت لم يترك.

الثالث: المدعى به: وهو ما يضاف استحقاقه على المدعى عليه.

الرابع: القول الذي يصدر عن المدعي يقصد به طلب حق لنفسه أو لمن يمثله.

ولكل واحد من هذه الأركان شروط تتعلق به وهي كما يلي:

الشروط المتعلقة بالمدعي والمدعى عليه:

الأول: أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه ممن يتصف بالأهلية، وهي ما يعبر عنه الفقهاء بقولهم جائز التصرف: أي حر مكلف رشيد؛ لأن قول غيره غير مُعتبر؛ ولأن من لا يصح تصرفه، لا قول له في المال، ولا يصح إقراره ولا تصرفه، فلا تسمع دعواه ولا إنكاره، كما لا يسمع إقراره.

وهل تصح الدعوى على السفیه؟

تصح الدعوى على السفیه بشرط كون الدعوى فيما يؤخذ به حال سفیهه قال البيهوتي -رحمه الله- في الكشاف: (قوله): (لكن تصح الدعوى على سفیهه بما يؤخذ به حال سفیهه، وبعد فلك حجره) كطلاقه، وقدفه ونحوه؛ لأن إقراره به مُعتبر، لعدم التهمة (ويُحلف إذا أنكر) فيما يُحلف الرشيد في مثله)

الثاني: الصفة: ويقصد بالصفة أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه ذا شأن في القضية التي أثيرت حولها الدعوى، وأن يعترف الشارع بهذا الشأن ويعتبره كافياً لتحويل المدعى حق الادعاء، ولتكليف المدعى عليه بالجواب والمخاطمة

الشروط المتعلقة بالمدعى به:

الأول: يشترط في المدعى به أن يكون معلوماً. والمراد بعلم المدعى به تصوره، أي تميزه في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي. وذلك لأن المقصود بالدعوى هو إصدار الحكم فيها، والإلزام به ولا إلزام مع الجهالة. فوجب اشتراط العلم لصحتها.

الثاني: أن يكون المدعى به محتمل الثبوت. ولذا لا تقبل الدعوى فيما يستحيل ثبوته في العرف والعادة كمن يدعي بنوة من هو أكبر سنا أو من هو مساويه، وكمن يدعي على شخص معروف بالصلاح والتقوى أنه غصب ماله، وكادعاء رجل من السوق على الخليفة أو على عظيم من الملوك أنه استأجره لكنس داره وسياسة دوابه. ويدل على وجوب كون المدعى به محتملا في العرف والعادة بأن الله تعالى أمر باعتبار العرف في قوله تعالى: {خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين}

وما ورد عن عبد الله بن مسعود موقوفا عليه أنه قال: " ما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، وما رأوا سيئا فهو عند الله سيئ" ففي هذا دعوة إلى وجوب اعتبار العرف السائد بين المسلمين لأنهم لا يتفقون إلا على ما يرضاه الله تعالى.

الثالث: أن يكون المدعى به حقا أو ما ينفع في الحق، وأن يكون هذا الحق قد تعرض لإضرار الخصم. وبناء على هذا الشرط ترد الدعوى في الحالات الآتية:

- ١- إذا لم يكن المدعى حقا، أو كان كذلك ولكنه حقير لا يستحق شغل القضاء به، مثل أن تدعي امرأة زوجية شخص مات، أو أن يطلب المدعي في دعواه حبة قمح أو شعير أو نحو ذلك من الأشياء التافهة.
- ٢- أن لا يكون الحق المدعى مختصا بالمدعي، وإنما يعود إلى غيره، وليس المدعي نائبا عن صاحب الحق.
- ٣- أن لا يكون هناك منازع للمدعي في الحق الذي يطلبه في دعواه، كمن يرفع دعوى أمام القضاء ويطلب فيها الحكم له بالدار التي يسكنها من غير أن ينازعه أحد فيها.

وبناء على هذا الشرط اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة الدعوى أن تكون فيما يلزم شيئا على المدعى عليه على فرض ثبوت الدعوى. ولذلك لا تصح الدعوى بما يكون المدعى عليه مخيرا فيه، فلا تصح دعوى الهبة غير المقبوضة عند من يقول بعدم لزومها قبل القبض، وكذلك الوكالة التي لا يأخذ الوكيل عليها أجرا، وكذلك دعوى الوعد ودعوى الوصية على الموصي في الحالات التي يجوز له الرجوع عن وصيته.

الشروط المتعلقة بالقول الذي يصدر عن المدعي يقصد به طلب حق لنفسه أو لمن يمثله:

الأول: أن لا تكون الدعوى مناقضة لأمر سبق صدوره عن المدعي.

وقصد بالتناقض أن يسبق من المدعي ما يعارض دعواه بحيث به يستحيل الجمع بين السابق واللاحق، وذلك كما لو ادعى شخص أن هذه الدار وقف عليه، ثم ادعاها لنفسه أو لغيره، فلا تقبل لوجود التناقض بين الدعويين، إذ الوقف لا يصير ملكا.

والتناقض المانع في سماع الدعوى يقع من المدعي، وقد يقع من المدعى عليه فإذا حصل التناقض لم تقبل الدعوى.

الثاني: أن تكون الدعوى بتعابير جازمة وقاطعة ولا تردد فيها، فلا تصح الدعوى بنحو: أشك أو أظن أن لي على فلان مبلغ كذا، أو أنه غصب مني دابتي.

وهذا لا يشمل دعاوى الاتهام فإنها تجوز بالألفاظ المترددة، فإذا قال: أتهمه بسرقة دينار مثلا، فإن دعواه تسمع، لأن دعاوى الاتهام ترجع في أساسها إلى الشك والظن.

الثالث: أن يذكر المدعي في دعواه أنه يطالب بالحق الذي يدعيه.

والراجح في المذهب عدم الاشتراط لهذا الشرط اكتفاء بدلالة الحال، ودلائل الحال تشير إلى أن المدعي لا يقصد بدعواه إلا الحكم له بحقه، وتسليمه إليه.

أنواع الدعاوى:

تختلف أنواع الدعاوى وذلك راجع إلى اختلاف الاعتبارات. والاعتبارات التي ترجع لها هذه الأنواع هي اثنان:

الأول: يعود إلى مدى صحة الدعوى.

الثاني: يعود إلى تنوع الشيء المدعى.

وتنوع الدعاوى بحسب الاعتبار الأول وهو الصحة إلى:

الأول: الدعوى الصحيحة: وهي الدعوى المستوفية لجميع شرائطها، وتتضمن طلبا مشروعاً. وهذه الدعوى يترتب عليها جميع أحكامها، فيكلف الخصم بالحضور، وبالجواب إذا حضر، وتطلب البينة من المدعي إذا أنكر خصمه، وتوجه اليمين إلى المدعى عليه إن عجز المدعي عن البينة.

الثاني: الدعوى الفاسدة: وهي الدعوى التي استوفت جميع شرائطها الأساسية، ولكنها مختلفة في بعض أوصافها بصورة يمكن إصلاحها وتصحيحها، كأن يدعي شخص على آخر بدين، ولا يبين مقداره، أو يدعي عليه استحقاق عقار، ولا يبين حدوده.

الثالث: الدعوى الباطلة: وهي الدعوى غير الصحيحة أصلاً، ولا يترتب عليها حكم، لأن إصلاحها غير ممكن. وتعود أسباب البطلان في الدعاوى إلى فقد أحد الشروط الأساسية المطلوبة فيها.

وتنوع الدعاوى بحسب الاعتبار الثاني وهو تنوع الشيء المدعى:

المدعى في الدعوى لا يخلو من أن يكون أحد الحقوق التي قررها الشارع، وهذه الحقوق تعود في مجملها إما إلى حفظ النوع الإنساني وبقاء النسل وما يتبع ذلك، وإما إلى حفظ الفرد الإنساني وما يتبعه من حفظ عرضه وعقله ودينه وغير ذلك.

وبحسب ما سبق فيه عدت تقسيمات:

أن يكون المدعى قد يكون فعلاً محرماً وقع من شخص ويوجب عقوبته، غير ذلك من أسباب العدوان وقد لا يكون كذلك وهو بذلك ينقسم:

الأول: دعاوى التهمة.

الثاني: دعاوى غير التهمة.

أو أن يكون المدعى إما أن يكون عيناً، أو ديناً، أو حقاً شرعياً محضاً. وبناء على ذلك يمكن تصنيف الدعاوى إلى ثلاثة أصناف:

الأول: دعاوى العين: مثل دعوى العقار أو المنقول.

الثاني: دعاوى الدين: وسبب الدين قد يكون قرض، أو ثمن مبيع، أو ضماناً لشيء أتلفه المدعى عليه.

الثالث: دعوى الحقوق الشرعية: مثل الدعاوى المتعلقة بحقوق الأسرة، أو الشفعة.

المطلب الحادي عشر: التعريف بالمدعي والمدعى عليه، والشروط المعتبرة فيها، والمدعى به، وشروطه.

الفرع الأول: التعريف بالمدعي والمدعى عليه:

يتضمن هذا الفرع مصطلحان وهما المدعي والمدعى عليهم وقد اختلفت آراء العلماء في تعريفهما بألفاظ متقاربة وسنقتصر على تعريف واحد لكل منهما فنقول:

أولاً: تعريف المدعي: هو من يضيف إلى نفسه استحقاق شيء على الآخر وإذا سكت ترك.

ثانياً: تعريف المدعى عليه: هو من يضاف استحقاق شيء عليه وإذا سكت لم يترك.

الفرع الثاني: الشروط المعتبرة في المدعي والمدعى عليه:

لكل من المدعي والمدعى عليه شروط لا بد أن تجتمع فيهما حتى يصح قبول الدعوى والحكم فيها وهي كما يلي:

الشرط الأول: الأهلية ويقصد بالأهلية أن يكون المدعي جائز التصرف وهو المكلف الحر الرشيد، فلا تصح دعوى المجنون والصبي غير المميز، كما لا تصح الدعوى عليهما، فلا يلزمان بالإجابة على دعوى الغير عليهما، ولا تسمع البينة عليهما. يقول ابن أبي عمر في الشرح الكبير: ((ولا تصح الدعوى والإنكار إلا من جائز التصرف) لأن من لا يصح تصرفه، لا قول له في المال، ولا يصح إقراره ولا تصرفه، فلا تسمع دعواه ولا إنكاره، كما لا يسمع إقراره).

وهل تصح الدعوى على السفهية؟

المذهب تصح الدعوى على السفهية فيما يؤخذ به حال سفهه، فتصح عليه دعوى الطلاق والقذف. قال البهوتي -رحمه الله تعالى- في كشف القناع: ((ولا تصح دعوى وإنكاراً إلا من جائز التصرف) لأن قول غيره غير معتبر (لكن تصح الدعوى على سفهيه بما يؤخذ به حال سفهه، وبعد فلك حجره) كطلاقه، وقذفه ونحوه؛ لأن إقراره به معتبر، لعدم التهمة (ويُجَلَّف إذا أنكر) فيما يُجَلَّف الرشيد في مثله).

الشرط الثاني: الصفة المقصود به أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه ذا شأن في القضية التي أثرت حولها الدعوى، وأن يعترف الشارع بهذا الشأن ويعتبره كافيًا لتحويل المدعى حق الادعاء، ولتكليف المدعى عليه بالجواب والمخاصمة.

ويختلف الخصم باختلاف أنواع الدعوى فلكل دعوى حال فيمن يحق له المخاصمة فيها.

الفرع الثالث: شروط المدعى به:

الشرط الأول: يشترط في المدعى به أن يكون معلوماً. والمراد بعلم المدعى به تصوره، أي تميزه في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي. وذلك لأن المقصود بالدعوى هو إصدار الحكم فيها، والمقصود بالحكم فصل الخصومة بإلزام المحقوق برد الحق إلى صاحبه، ولا إلزام مع الجهالة. وبناء عليه لا يصح الحكم بما لا إلزام فيه، وهكذا لا يتحصل مقصود الدعوى بدون العلم، فوجب اشتراطه لصحتها.

الشرط الثاني: أن يكون المدعى به محتمل الثبوت. لا تصح الدعوى بما يستحيل ثبوته في العرف والعادة كمن يدعي بنوة من هو أكبر سناً أو من هو مساويه، وكمن يدعي على شخص معروف بالصلاح والتقوى أنه غصب ماله، وكادعاء رجل من السوق على الخليفة أو على عظيم من الملوك أنه استأجره لكنس داره وسياسة دوابه.

واستدل على وجوب كون المدعى به محتملاً في العرف والعادة بأن الله تعالى أمر باعتبار العرف في قوله تعالى: {خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين}.

ومما ورد عن عبد الله بن مسعود موقوفاً عليه أنه قال: " ما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رأوا سيئاً فهو عند الله سيئ " ففي هذا دعوة إلى وجوب اعتبار العرف السائد بين المسلمين لأنهم لا يتفقون إلا على ما يرضاه الله تعالى.

الشرط الثالث: أن يكون المدعى به حقاً أو ما ينفع في الحق، وأن يكون هذا الحق قد تعرض للإضرار الخصم. وذلك بأن لا تكون الدعوى عبثاً، أو أن تكون ذات غرض صحيح بأن يترتب عليها نفع معتبر شرعاً. وهذا الشرط تدل عليه فروع الحنابلة وإن لم يصرحوا به.

المطلب الثاني عشر: مكان نظر الدعوى، وحضور الخصوم وغيابهم، وتلقين الدعوى، وتصحيحها، وأحوال جواب المدعى عليه، ودفع الدعوى وشروطه.

الفرع الأول: مكان نظر الدعوى، وحضور الخصوم وغيابهم:

سبق لنا في التكاليف السابقة الكلام على حدود تولية القاضي وعمله، وبناءً عليها يبني الكلام في مسألة مكان نظر الدعوى، فمجلس الحكم للخصوم ارتباط به من جهة حضور الخصوم وغيابهم وسماع دعواهم والحكم عليهم ولذا لا بد من تفصيل بعض المسائل فنقول:

أولاً: إحضار الخصوم إلى مجلس الحكم.

إذا ادعى على خصم فللمدعي أن يبلغ الخصم بنفسه ودعوته إلى مجلس الحكم ولكن برفق، ويجب على الخصم إجابته لذلك وهو الأصل أنه يجب على المدعى عليه الإجابة إلى ذلك وعدم التأخر.

لقوله تعالى: {وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون وإن يكن لهم الحق يأتوا إليه مذعنين أفي قلوبهم مرض أم ارتابوا أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله بل أولئك هم الظالمون إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا وأولئك هم المفلحون}.

فقد دلت هذه الآيات الكريمة على أنه يجب على كل مؤمن أن يستجيب لمن يدعوه إلى التحاكم إلى شرع الله تعالى، وأن من أعرض عن ذلك كان ظالماً فاجراً. أو يطلب من القاضي إحضاره إلى مجلس الحكم ويجب على القاضي ذلك وفي إحضار الخصم إلى مجلس الحكم ما يلي:

التفريق بين القريب والبعيد والضابط في ذلك مسافة القصر فنقول:

أ- القريب من مجلس الحكم.

فالقريب يحضر بمجرد الدعوى، ولا يطلب من المدعي تفصيل مطالبه، ولا ذكر الشروط المصححة للدعوى. ولكن مقتضى كلام الأصحاب أنه يجب على القاضي في القريب أن يستفسر عن بعض شروط الدعوى، فيسأل مثلاً عن المدعى به ليعلم إن كان تافهاً لا تتبعه الهمة أو غير تافه.

ب- البعيد من مجلس الحكم.

البعيد لا يحضر إلا إذا فصل المدعي دعواه وذكر جميع شروطها.

ثانياً: كيفية إحضار القاضي المدعى عليه إلى مجلس الحكم إذا لم يحضره المدعي.

إذا استجاب المدعى عليه لدعوة خصمه، وحضر معه إلى مجلس القضاء، فلا حاجة عندئذ لأي إجراء يتخذ من أجل إحضاره.

وأما إذا جاء المدعي إلى القاضي وقال له: إن لي على فلان حقاً، وهو في منزله توارى عني وليس يحضر معي، فإن القاضي ينظر في الدعوى، ويسأل عن مكان المدعى عليه، فإن كان الحال بحيث ينبغي

إحضار المطلوب أمر القاضي بإحضاره بكتاب أو رسول. ثم إذا أطلع الخصم على طلب الحضور وجب عليه الحضور ديانة وقضاء، إلا إذا وكل عن نفسه من يرضاه لينوب عنه في المحاصمة، وإلا فإن أثبت المدعي أنه تعنت ورفض المجيء بعد أن أطلعه على طلب القاضي، فإن هذا يرسل إليه بعض أعوانه، فيحضره قهراً إذا وجدوه وامتنع عن الحضور. ثم إذا حضر إلى مجلس القاضي وقام الدليل على تعنته وامتناعه من غير عذر أدب بما يراه القاضي مناسباً لمثله. وذلك لأنه امتنع عن القيام بواجبين هما: التحاكم إلى شرع الله بعد أن دعي إليه، وطاعة ولي الأمر ثم إذا عجز الأعوان عن إحضاره بعث القاضي إلى صاحب الشرطة أو الوالي، فيعرفه بالأمر، فيحضره إليه.

ثالثاً: ما حكم الحكم على الغائب؟

قد اتفق الفقهاء على أن الحاضر في البلد أو القريب منه إذا لم يمنع من الحضور لا يقضى عليه في غيابه؛ لأنه أمكن سؤاله فلم يجز الحكم عليه قبل سؤاله كحاضر مجلس الحاكم.

يجوز الحكم على الغائب مسافة تزيد على القصر في الأموال فقط أما غيرها لا يجوز إلا الحكم في السرقة يحكم فيها ولا يثبت إلا المال فقط دون القطع. وإذا أقر المدعى عليه في مجلس الحكم ثم غاب فلا يشترط للحكم حضوره؛ وذلك لأن القضاء بالإقرار إعانة.

يقول البهوتي رحمه الله تعالى - في كشف القناع: ((وإن ادّعى على غائب مسافة قصر، ولو في غير عمله، أو ادّعى على (ممتنع) من الحضور لمجلس الحكم، أي (مستتر، إما في البلد، أو في دون مسافة قصر، أو ادعى على (ميت، أو صغير، أو مجنون، بلا بينة؛ لم تُسمع دعواه) لأنه لا فائدة فيها (ولم يحكم له) بما ادّعا؛ لحديث: "لو يعطى الناس بدعواهم" (وإن كان له بينة، سمعها الحاكم، وحكم بها في حقوق الآدميين) لحديث هند امرأة أبي سفيان، قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجلٌ شحيحٌ، وليس يُعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي، فقال: "خُذي ما يكفيك وولدك بالمعروف" متفق عليه. ففضى لها، ولم يكن أبو سفيان حاضراً؛ ولأن المدعى هنا له بينة حاضرة، فجاز الحكم بها، كما لو كان الخصم حاضراً.

وأما تقييد الغيبة بمسافة القصر؛ فلأن ما دونها في حكم الإقامة. وأما المستتر؛ فلأنه متعذر الحضور، أشبه الغائب، بل أولى؛ لأن الغائب قد يكون معذوراً، بخلاف المستتر، والميت كالغائب، بل أولى؛ لأن الغائب قد يحضر، بخلاف الميت والصغير والمجنون كالغائب؛ لأن كل واحدٍ منهما لا يُعبر عن نفسه)

الفرع الثاني: تلقين الدعوى وتصحيحها.

يحرم على القاضي تلقين الدعوى لأحدهما أو تعليم أحد الخصمين كيف يدعي؛ لأنه إعانة له على خصمه وكسر لقلبه إلا أن يترك ما يلزم ذكره في الدعوى كشرط عقد وسبب إرث ونحوه فله أن يسأله عنه ضرورة تحريراً للدعوى ولا ضرر على صاحبها في ذلك وأكثر الخصوم لا يعلمه ولينتضح للقاضي وجه الحكم يقول ابن قدامة -رحمه الله تعالى- في المغني: (ولا يلقن أحدهما حجته، ولا ما فيه ضرر على خصمه، مثل أن يريد أحدهما الإقرار، فيلقنه الإنكار، أو اليمين فيلقنه النكول، أو النكول، فيجرته على اليمين، أو يحس من الشاهد بالتوقف، فيجسره على الشهادة، أو يكون مقدما على الشهادة، فيوقفه عنها، أو يقول لأحدهما وحده: تكلم. ونحو هذا مما فيه إضرار بخصمه؛ لأن عليه العدل بينهما. فإن قيل: فقد لقن النبي صلى الله عليه وسلم -السارق، فقال: "ما إخالك سرقت". وقال عمر لزيد: أرجو أن لا يفضح الله على يديك رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم. قلنا: لا يرد هذا الإلزام هاهنا؛ فإن هذا في حقوق الله وحدوده، ولا خصم للمقر، ولا للمشهود عليه، فليس في تلقينه حيف على أحد الخصمين، ولا ترك للعدل في أحد الجانبين، والذي قلنا في الخصمين المختلفين في حق من حقوق الآدميين)

الفرع الثالث: أحوال جواب المدعى عليه:

لا تخلوا إجابة المدعى عليه من ثلاثة أمور:

الأول: الإقرار فإن أقر كتب إقراره وأمر بأداء ما أقر به.

الثاني: الإنكار فإن أنكر طلب من المدعي البينة من شهود أو نحوهم فإن لم تكن له بينة أو كانت له بينة غير صحيحة عرضت عليه يمين المدعى عليه فإن حلف ردت الدعوى وإن امتنع ثبتت عليه دعوى المدعي.

الثالث: الامتناع عن الجواب فإن امتنع المدعى عليه عن الجواب ثبتت الدعوى عليه.

يقول البهوتي -رحمه الله تعالى- في شرح المنتهى: (وإذا حررها المدعي أي الدعوى (فللحاكم سؤال خصمه) عنها، (وإن لم يسأل) المدعي الحاكم (سؤاله) بأن لم يقل للقاضي: أسأل المدعى عليه من ذلك؛ لأن شاهد الحال يدل على ذلك؛ لأن إحضاره والدعوى عليه إنما تراد لذلك، (فإن أقر) مدعى عليه

بالدعوى (لم يحكم له) أي المدعي (على المدعى عليه إلا بسؤاله) الحاكم الحكم على المدعى عليه ؛ لأن الحق له فلا يستوفيه الحاكم إلا بمسألة، فإن سأله قال الحاكم للمدعى عليه: أخرج له من حقه أو قضيت عليك له أو ألزمتك بحقه أو حكمت عليك بالخروج منه ونحوه.

(وإن أنكروا) مدعى عليه الدعوى (بأن قال) مدعى عليه (لمدع قرضاً أو) مدع (ثمناً: ما أقرضني أو) قال: (ما باعني أو) قال: (ما يستحق علي ما ادعاه ولا شيئاً منه أو قال: لا حق له علي صح الجواب) لنفيه عين ما ادعى به عليه ؛ لأن قوله لا حق له نكرة في سياق النفي فتعم كل حق).

الفرع الرابع: ودفع الدعوى وشروطه:

يقصد بدفع الدعوى: أن يقوم المدعى عليه بدعوى يقصد بها دفع الخصومة عنه، أو إبطال دعوى المدعي. وهو على نوعين:

الأول: الدفع الذي يقصد به إبطال دعوى المدعي نفسها. ومثاله: أن يدعي المدعى عليه في دعوى العين أنه اشتراها منه وقبضها، أو أنه وهبها له وقبضها، أو أي سبب شرعي لانتقالها إلى يده.

الثاني: الدفع الذي يقصد به دفع الخصومة عن المدعى عليه بدون تعرض لصدق المدعي أو كذبه في دعواه، وهو ما يسميه الفقهاء بدفع الخصومة، ومثاله: أن يدفع المدعى عليه في دعوى العين بأن يده على الشيء ليست يد خصومة، وإنما يد حفظ، كأن يدعي بأنه مستعير لهذه العين أو مستأجر لها، أو أنها مودعة عنده أو مرهونة لديه، فإذا أقام بينة على دعواه، فإن الخصومة تندفع عنه.

يشترط في الدفع ما يشترط في الدعوى، لأنه نوع منها، فإن كان صحيحاً ترتب عليه من الآثار ما يترتب على الدعوى الصحيحة، فإذا عجز الدافع عن إثبات دفعه بوسائل الإثبات الشرعية، وطلب يمين المدعي حلف المدعي، فإن نكل هذا عن اليمين ثبت الدفع عند من يقول بالنكول، وأما عند الآخرين فيحلف الدافع يمين الرد، فإن فعل ثبت الدفع واندمعت الدعوى، وأما إذا حلف المدعي عادت دعواه الأصلية. ثم ينظر بعد ذلك في طبيعة الدفع، فقد يكون متضمناً للإقرار بالمدعى به، كما لو ادعى شخص على آخر بدين معين، فدفع المدعى عليه قائلاً: إن المدعي كان أبرأني من المبلغ المذكور، وعجز عن إثبات الإبراء، وحلف المدعي على عدمه، فإن المدعي يستحق ما ادعى به من غير أن يكلف بينة أخرى، لأن المدعى

عليه بدفعه قد أقر أنه كان مدينا بالمبلغ المدعى، والأصل بقاء اشتغال ذمته إلى أن يثبت العكس، وهذا لم يثبت، فيحكم للمدعي بالمبلغ الذي يطالب به.

وقد لا يكون الدفع متضمناً لإقرار الدافع بالحق المدعى، كما في صور دفع الخصومة التي تقدم بعضها.

المطلب الثالث عشر: وسائل الإثبات المعاصرة وغير المعاصرة إجمالاً.

الفرع الأول: تعريف الإثبات:

الإثبات لغة مصدر أثبت، بمعنى اعتبر الشيء دائماً مستقراً أو صحيحاً. ويؤخذ من كلام الفقهاء أن الإثبات إقامة الدليل الشرعي أمام القاضي في مجلس قضاؤه على حق أو واقعة من الوقائع.

الفرع الثاني: وسائل الإثبات إجمالاً.

إن وسائل الإثبات متعددة، منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه ومنها ما هو مستجد في هذا العصر، ولذا لن نتقيد بما ورد في المذهب فيما يخص الوسائل المعاصرة.

وسائل الإثبات إجمالاً:

١-الإقرار.

٢-الشهادة.

٣-اليمين.

٤-اليمن مع الشاهد.

٥-النكول.

٦-علم القاضي وهو رواية في المذهب.

٧-القريظة.

٨-كتاب القاضي إلى القاضي ويقضى به في المال وما يقصد به المال وهو المذهب.

٩-القيافة.

١٠-القرعة.

١١-أهل المعرفة.

١٢-الفراصة عند ابن القيم خلافاً للفقهاء.

١٣-الاستصحاب.

١٤-القسامة.

١٥-العرف والعادة.

١٦-الآلات الحديثة.

الفرع الثالث: وسائل الإثبات على وجه التفصيل اليسير:

أولاً: الإقرار.

أ-التعريف.

وهو لغة: الاعتراف بالحق. مأخوذ من المقرّ، كأن المقرّ جعل الحق في موضعه.

وشرعاً: وهو إظهار مكلف مختار ما عليه بلفظ أو كتابة أو إشارة أخرس أو على موكله أو موليه أو مورثه بما يمكن صدقه.

ب-الأدلة.

يدل على مشروعية الإقرار الكتاب والسنة والإجماع.

١-قول الله تعالى: {وإذ أخذ الله ميثاق النبيين} إلى قوله: {أأقررتم وأخذتم على ذلكم إصري قالوا أقررنا}.

٢-قوله تعالى: {وآخرون اعترفوا بذنوبهم}.

٣-قوله تعالى: {ألست بربكم قالوا بلى}.

٤- رجم النبي - صلى الله عليه وسلم - ماعزا والغامدية بإقرارهما.

٥- قوله-صلى الله عليه وسلم: (واغد يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها)

يقول ابن أبي عمر في الشرح الكبير: (وأما الإجماع، فإن الأمة أجمعت على صحة الإقرار. ولأن الإقرار إخبار على وجه تنتفي عنه التهمة والريبة، فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها، ولهذا كان أكد من الشهادة، فإن المدعى عليه إذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة، وإنما تسمع إذا أنكرك، ولو كذب المدعى بينته لم تسمع، وإن كذب المقر ثم صدقه، سمع).

ج- حجية الإقرار في الإثبات.

الإقرار خبر، فكان محتملاً للصدق والكذب باعتبار ظاهره، ولكنه جعل حجة لظهور رجحان جانب الصدق فيه، إذ المقر غير متهم فيما يقر به على نفسه. قال ابن القيم: الحكم بالإقرار يلزم قبوله بلا خلاف والأصل أن الإقرار حجة بنفسه، ولا يحتاج لثبوت الحق به إلى القضاء، فهو أقوى ما يحكم به، وهو مقدم على البينة. ولذا قيل: إنه سيد الحجج.

ثانياً: الشهادة.

أ- التعريف.

يقول صاحب المطلع: (الشهادات: جمع شهادة، والشهادة مصدر شهد يشهد شهادة، فهو شاهد، قال الجوهري: الشهادة: خبر قاطع، والمشاهدة: المعاينة، والشهادة في قول المصنف رحمه الله، تحمل الشهادة وأداؤها، بمعنى: المشهود به فهو مصدر بمعنى المفعول، فالشهادة تطلق على التحمل، تقول: شهدت بمعنى تحملت، وعلى الأداء تقول: شهدت عند الحاكم بشهادة، أي: أديتها، وعلى المشهود به تقول: تحملت شهادة، بمعنى: المشهود به)

واصطلاحاً كما عرفها صاحب نيل المآرب بقوله: (الإخبار بما علمه بلفظ أشهد أو شهدت).

ب- الأدلة

يدل على مشروعية الشهادة الكتاب والسنة والإجماع.

١- قوله تعالى: {واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء}.

٢- قوله تعالى: {وأشهدوا ذوي عدل منكم}.

٣- ما روى وائل بن حجر، قال: جاء رجل من حضرموت، ورجل من كندة، إلى النبي -صلى الله عليه وسلم-، فقال الحضرمي: يا رسول الله، إن هذا غلبني على أرض لي. فقال الكندي: هي أرضي، وفي يدي، وليس له فيها حق. فقال النبي -صلى الله عليه وسلم- للحضرمي: "ألك بينة؟". قال: لا. قال: "فلك يمينه". قال: يا رسول الله، الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء. قال: "ليس لك منه إلا ذلك". قال: فانطلق الرجل ليحلف له، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- لما أدبر: "لئن حلف على ماله ليأكله ظلماً، ليلقين الله وهو عنه معرض". قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

وأما الإجماع على حجية الشهادة فقد نقله ابن المنذر.

ج- حجية الشهادة في الإثبات.

تعتبر الشهادة حجة مظهرة للحق مشروعة بنصوص القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، وإجماع علماء الأمة الإسلامية. يجب على القاضي أن يحكم بموجبها إذا كانت مستوفية لشروطها؛ لأنها إذا كانت مستوفية لشروطها مظهرة للحق، والقاضي مأمور بالقضاء بالحق، قال تبارك وتعالى: {يا داوود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق}.

ثالثاً: اليمين.

أ- التعريف.

اليمين مؤنث، وهي لغة: الحلف والقسم.

واصطلاحاً بمعناها العام هي توكيد الشيء أو الحق أو الكلام إثباتاً أو نفيًا بذكر اسم الله أو صفة من صفاته. وسمي الحلف بالله يميناً لأن به يتقوى أحد طرفي الخصومة.

أما تعريف اليمين القضائية لإثبات الدعوى: فهي تأكيد ثبوت الحق أو نفيه أمام القاضي بذكر اسم الله أو بصفة من صفاته.

ب- الأدلة.

يدل على مشروعية اليمين بالكتاب والسنة والإجماع.

١- قوله تعالى: {لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان}.

٢- قوله تعالى: {ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها}.

٣-قوله -صلى الله عليه وسلم- لعبد الرحمن بن سمرة: "إذا حلفت على يمين؛ فأبيت غيرها خيرا منها، فأبى الذي هو خير، وكفر عن يمينك" متفق عليه.

ج-حجية اليمين في الإثبات.

الفقهاء متفقون على أن اليمين من طرق القضاء، وأنها لا توجه إلا بعد دعوى صحيحة، وأنها تكون بالله تعالى، وأنها لا تكون إلا بطلب من الخصم، إلا في مسائل مستثناة، وتكون على العلم، وعلى البت، وأنها لا يجري فيها الاستخلاف إلا فيما استثني، وأنها تقطع الخصومة في الجملة، وأن صيغتها واحدة في الجملة بالنسبة للمسلم وغير المسلم، وأنها توجه في مجلس القضاء من القاضي والمحكم.

رابعاً: اليمين مع الشاهد.

أ- صورة وحالة اليمين مع الشاهد.

قد لا يتيسر للمدعي شاهدان يشهدان له بالحق المدعى، فيكون معه شاهد واحد، وقد يحدث أن يتحقق وجود شاهدين فيموت أحدهما، أو يتعذر حضوره والاتصال به، فهل يصح في مثل هذا أن يحلف المدعي، فيحكم له القاضي بالحق الذي يدعيه بناء على يمينه مع الشاهد الواحد، أم أنه لا يصح الحكم بالشاهد ويمين المدعي؟

المذهب قبول يمين المدعي مع الشاهد. يقول ابن قدامة في المغني: (اليمين تشرع في حق من ظهر صدقه، وقوى جانبه، ولذلك شرعت في حق صاحب اليد لقوة جنبته بها، وفي حق المنكر لقوة جنبته، فإن الأصل براءة ذمته، والمدعي هاهنا قد ظهر صدقه، فوجب أن تشرع اليمين في حقه).

ب-الأدلة.

١-حديث عن عمرو بن دينار، عن عبد الله بن عباس، أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قضى بيمين وشاهد، رواه أحمد، ومسلم، وأبو داود، وابن ماجه ١، والنسائي، وقال: إسناده جيد، وفي رواية: قال عمرو، في الأموال.

٢-عن جابر بن عبد الله، أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قضى باليمين مع الشاهد. رواه أحمد، والترمذي، وابن ماجه.

٣- عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي بن أبي طالب، أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قضى بشهادة شاهد واحد، ويمين صاحب الحق، وقضى به أمير المؤمنين علي بالعراق، رواه أحمد، والدارقطني.

خامساً: النكول.

أ-التعريف.

النكول في اللغة: مصدر نكل - بفتح الكاف وكسرهما - كضرب ونصر وعلم: نكص وجبن، ويقال: نكل الرجل عن الأمر وعن العدو وعن اليمين ينكل نكولا: إذا جبن عنه، ونكله عن الشيء - بتشديد الكاف - إذا صرفه عنه، والناكل: الجبان الضعيف، والنكل - بفتح الكاف - من التنكيل وهو المنع والتنحية عما يريده الإنسان، ومنه النكول في اليمين، وهو الامتناع منها، وترك الإقدام عليها. واصطلاحاً: لم أجد في كتب المذهب من عرف النكول ولكن يمكن أن قول أن النكول هو الامتناع عن اليمين ممن وجبت عليه.

ب-الأدلة.

١- عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: البينة على المدعي واليمين على من أنكر.

٢- عن سالم بن عبد الله: " أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لي. فاختصما إلى عثمان بن عفان فقال الرجل: باعني عبداً وبه داء لم يسمه، فقال عبد الله: بعته بالبراءة فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه الغلام وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف، وارتجع العبد، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم".

٣- عن ابن أبي مليكة قال: " كنت قاضياً بالبصرة فاختصمت إلي امرأتان في سوار، فطلبت البينة من المدعية فلم أجد، وعرضت اليمين على الأخرى فنكلت، فكتبت إلى أبي موسى، فورد كتابه: أن أحضرهما واتل عليهما قوله تعالى: {إن الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكهم ولهم عذاب أليم}، ثم عرض اليمين على المدعي عليها فإن نكلت فاقض عليها".

ج-حجية النكول في الإثبات.

نص الحنابلة على أن القضاء على المدعي عليه بمجرد نكوله روي عن أحمد بن حنبل وقال به جمهور أصحابه فيما إذا كان المدعي مالا، أو كان المقصود منه المال.

واختار أبو الخطاب وابن القيم أنه لا يقضى بمجرد النكول بل ترد اليمين على المدعي فيقضى بيمينه.
سادساً: علم القاضي.

أ- المراد بعلم القاضي.

المراد بعلم القاضي ظنه المؤكد الذي يجوز له الشهادة مستنداً إليه.

ب- ما حكم الإثبات بعلم القاضي.

ولا خلاف بين فقهاء المذاهب في أن القاضي لا يجوز له القضاء بعلمه في الحدود الخالصة لله تعالى كالزنى وشرب الخمر؛ لأن الحدود يحتاط في درئها، وليس من الاحتياط الاكتفاء بعلم القاضي، ولأن الحدود لا تثبت إلا بالإقرار أو البينة المنطوق بها، وأنه وإن وجد في علم القاضي معنى البينة، فقد فانت صورتها، وهو النطق، وفوات الصورة يورث شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات.

وأما قضاء القاضي بعلمه في حقوق الأدميين ففي المذهب روايتان:

الأولى: وهي ظاهر المذهب أن القاضي لا يحكم بعلمه في حقوق الأدميين، وسواء في ذلك علمه قبل الولاية وبعدها.

الدليل: قول النبي صلى الله عليه وسلم إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع. فدل الحديث على أنه إنما يقضي بما يسمع لا بما يعلم. ويقول صلى الله عليه وسلم في قضية الحضرمي والكندي شاهداك أو يمينه، ليس لك منه إلا ذاك. وبما روي عن عمر رضي الله عنه أنه تداعى عنده رجلان، فقال له أحدهما: أنت شاهدي. فقال إن شئتما شهدت ولم أحكم أو أحكم ولا أشهد.

الثانية: وهي أنه يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه، سواء في ذلك علمه قبل ولاية القضاء أم بعدها. الدليل: أن النبي صلى الله عليه وسلم لما قالت له هند: إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطني من النفقة ما يكفيني وولدي، قال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف. فحكم لها من غير بينة ولا إقرار، لعلمه بصدقها، وبأنه يجوز للقاضي أن يقضي بالبينة، فيجوز القضاء بعلمه بطريق الأولى؛ لأن المقصود من البينة ليس عينها، بل حصول العلم بحكم الحادثة. وعلمه الحاصل بالمعاينة أقوى من علمه الحاصل بالشهادة؛ لأن العلم الحاصل بالشهادة علم غالب الرأي وأكبر الظن، والحاصل بالحس والمشاهدة على القطع واليقين، فهو أقوى، فكان القضاء به أولى.

سابعاً: القرينة.

أ-التعريف.

القرينة لغة: العلامة الدالة على شيء مطلوب.
واصطلاحاً: هي كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه.

ب-ما حكم الإثبات بالقرينة.

القرائن تقسم إلى قسمين: الأول القرائن القاطعة، الثاني القرائن الظنية وبناءً على هذا التقسيم فنقول:

إذا كانت القرينة قطعية تبلغ درجة اليقين، مثل الحكم على الشخص بأنه قاتل إذا رئي مدهوشاً ملطخاً بالدم، ومعه سكين بجوار مخرج بدمائه في مكان، فإنها تعد وحدها بينة نهائية كافية للقضاء. ويدل لذلك قوله تعالى {وجاءوا على قميصه بدم كذب} فقد روي أن إخوة يوسف لما أتوا بقميصه إلى أيهم تأمله، فلم ير خرقاً ولا أثر ناب، فاستدل به على كذبهم.

وما وقع في غزوة بدر لابني عفرأ، لما تداعيا قتل أبي جهل. فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم هل مسحتما سيفيكما؟ فقالا: لا. فقال: أرياني سيفيكما، فلما نظر إليهما قال: هذا قتله، وقضى له بسلبه. فاعتمد صلى الله عليه وسلم على الأثر في السيف.

وعمل الصحابة، مثل حكم عمر رضي الله عنه برجم المرأة إذا ظهر بها حمل وليس لها زوج. وجعل ذلك يقوم مقام البينة في أنها زانية، وكذلك السكران إذا قاء الخمر.

أما إذا كانت القرينة غير قطعية، ولكنها ظنية أغلبية، كالقرائن العرفية، أو المستنبطة من وقائع الدعوى وتصرفات الأطراف المتخاصمين، فإنها تعد دليلاً مرجحاً لجانب أحد الخصوم، متى اقتنع بها القاضي، ولم يوجد دليل سواها، أو لم يثبت خلافها بطريق أقوى.

ولا يحكم عند جمهور الفقهاء بهذه القرائن في الحدود؛ لأنها تدرأ بالشبهات ولا في القصاص إلا في القسامة، للاحتياط في موضوع الدماء وإزهاق النفوس. ويحكم بها في نطاق المعاملات المالية والأحوال الشخصية عند عدم وجود بينة في إثبات الحقوق الناشئة عنها.

ثامناً: كتاب القاضي إلى القاضي.

أ-الأدلة.

يدل على مشروعية كتاب القاضي إلى القاضي الكتاب والسنة والإجماع.

١- قوله تعالى: {إني ألقى إلي كتاب كريم (٢٩) إنه من سليمان . . .} الآية.

٢- كتب النبي - صلى الله عليه وسلم - إلى كسرى، وقيصر، والنجاشي، وملوك الأطراف، يدعوهم إلى الإسلام، وكان يكتب إلى عماله، وسعاته.

٣- الإجماع على كتاب القاضي إلى القاضي.

ب- ما يقبل فيه كتاب القاضي إلى القاضي.

يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في المال وما يقصد به المال، كالقرض والغصب، ولا يقبل في حد الله تعالى. وهل يقبل فيما عدا ذلك، مثل القصاص والنكاح والطلاق والخلع والنسب؟ على روايتين. فأما حد القذف فإن قيل: إنه حق لله تعالى، فلا يقبل فيه، وإن قيل: إنه حق الآدمي، فهو كالقصاص.

ج- شروط كتاب القاضي إلى القاضي.

يشترط أن يكون بين القاضي الكاتب والقاضي المكتوب إليه مسافة قصر، سواء أكان المكتوب به حكماً أم شهادة، ومنهم من لا يشترط ذلك، ومنهم من يشترط المسافة في الكتابة بالشهادة دون الحكم. ويشترط بعض الفقهاء أن يكون كل من الكاتب والمكتوب إليه على ولاية القضاء حين الكتابة وحين الحكم، ومنهم من يشترط أن يكون كل على الولاية حين الكتابة فقط.

تاسعاً: القيافة.

أ- التعريف.

القافلة جمع قائف، مثل الباعة جمع بائع، والقائف في اللغة: متتبع الآثار.

وفي الشرع: من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه، بما خصه الله تبارك وتعالى به من علم ذلك.

ب- حكم الإثبات بالقيافة.

المذهب أنه يحكم بالقافة في ثبوت النسب. وأجازوا الاعتماد عليها في إثباته عند التنازع وعدم الدليل الأقوى منها، أو عند تعارض الأدلة الأقوى منها.

استدلوا بما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل علي مسروراً تبرق أسارير وجهه، فقال: ألم تري أن مجزراً نظر آنفاً إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض، وفي سنن أبي داود أنهم كانوا في الجاهلية يقدحون في نسب أسامة؛ لأنه "كان أسود شديد السواد مثل القار، وكان زيد أبيض مثل القطن"

والحجة فيه: أن سروره صلى الله عليه وسلم بقول القائف إقرار منه صلى الله عليه وسلم بجواز العمل به في إثبات النسب.

كما استدلوا بما روت عائشة رضي الله عنها أن أم سليم الأنصارية رضي الله عنها، وهي أم أنس بن مالك رضي الله عنه قالت: يا رسول الله إن الله لا يستحيي من الحق، فهل على المرأة من غسل إذا احتلمت؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: نعم إذا رأت الماء فقالت أم سلمة: وتحتلم المرأة؟ فقال: تربت يداك، فبم يشبهها ولدها.

والاستدلال به: أن إخباره صلى الله عليه وسلم بذلك يستلزم أنه (أي الشبه) مناط شرعي، وإلا لما كان للإخبار فائدة يعتد بها.

ومما استدلوا به أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يليط - أي: يلحق - أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام في حضور الصحابة دون إنكار منهم، وكان يدعو القافة ويعمل بقولهم، فدل هذا على جواز العمل به.

عاشراً: القرعة.

أ-التعريف.

القرعة في اللغة: السهمة والنصيب، والمقارعة: المساهمة، وأقرعت بين الشركاء في شيء يقسمونه، ويقال: كانت له القرعة، إذا قرع أصحابه، وقارعه فقرعه يقرعه: أي أصابته القرعة دونه، وتستعمل في معان أخرى غير ما تقدم. ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي.

ب-الأدلة.

يدل على مشروعية القرعة الكتاب والسنة:

- ١- قوله تعالى {وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم}، أي يحضنها فاقترعوا عليها.
- ٢- وقال تعالى {وإن يونس لمن المرسلين إذ أبق إلى الفلك المشحون فساهم فكان من المدحضين} عن ابن عباس رضي الله عنها: قوله (فساهم) يقول: أقرع.
- ٣- حديث أبي هريرة رضي الله عنه: عرض النبي صلى الله عليه وسلم على قوم اليمين فأسرعوا، فأمر أن يسهم بينهم في اليمين أيهم يحلف.
- ٤- عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه، فأيتن خرج سهمها خرج بها معه.

ج-موضع القرعة في الإثبات.

قال العلماء: متى تعينت المصلحة أو الحق في جهة فلا يجوز الإقراع بينه وبين غيره؛ لأن القرعة حينئذ ضياع ذلك الحق المعين والمصلحة المتعينة، ومتى تساوت الحقوق والمصالح فهذا هو موضع القرعة عند التنازع دفعا للضغائن والأحقاد، والرضا بما جرت به الأقدار.

الحادي عشر: أهل المعرفة.

اتفق فقهاء المذاهب على جواز القضاء بقول أهل المعرفة فيما يختصون بمعرفته إذا كانوا حذاقا ماهرة. ومن ذلك الاستعانة في معرفة قدم العيب أو حادثته. ويرجع إلى أهل الطب والمعرفة بالجراح في معرفة طول الجرح وعمقه وعرضه، وهم الذين يتولون استيفاء القصاص. وكذلك يرجع إلى أهل المعرفة من النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن كالبكارة. يقول البهوتي في كشف القناع: ((ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال، كعيوب النساء تحت الثياب، والبكارة، والثبوبة، والحيض، والولادة، والرضاع، والاستهلال، ونحوه) قال في "شرح المنتهى": فيدخل في ذلك البرص في الجسد تحت الثياب، والقرن والرتق والعفل (شهادة امرأة واحدة عدل. وكذا جراحة وغيرها في حمام، وعرس، ونحوهما مما لا يحضره رجال) لما روى حذيفة "أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أجاز شهادة القابلة وحدها ذكره الفقهاء في كتبهم، وروى أبو الخطاب عن ابن عمر رضي الله عنهما، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "يجزئ في الرضاع شهادة امرأة واحدة"؛ ولأن ذلك معنى ثبت بقول النساء منفردات، فلا يشترط فيه العدد، كالرواية وأخبار الديانات".

الثاني عشر: الفراسة.

أ-التعريف.

الفراسة في اللغة: الظن الصائب الناشئ عن تثبيت النظر في الظاهر لإدراك الباطن. وعرفها البرتكي في قواعد الفقه فقال: (واصطلاحاً: هي الاستدلال بالأمور الظاهرة على الأمور الخفية، وأيضاً هي ما يقع في القلب بغير نظر وحجة).

ب- حجية الفراسة في الإثبات.

فقهاء المذاهب لا يرون الحكم بالفراسة، فإن مدارك الأحكام معلومة شرعاً، مدركة قطعاً. وليست الفراسة منها. ولأنها حكم بالظن والحزر والتخمين، وهي تخطئ وتصيب. ولكن ابن القيم أورد حججا على شرعية العمل بالفراسة، وساق على ذلك شواهد وأمثلة.

يقول ابن القيم في الطرق الحكيمة: (وقد مدح الله سبحانه الفراسة وأهلها في مواضع من كتابه، فقال تعالى: {إن في ذلك لآيات للمتوسمين} [الحجر: ٧٥] وهم المتفرسون الآخذون بالسبيا، وهي العلامة، يقال: تفرست فيك كيت وكيت وتوسمته. وقال تعالى: {ولو نشاء لأريناكم فلعرفتهم بسيماهم} [محمد: ٣٠] وقال تعالى: {يحبسهم الجاهل أغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم} [البقرة: ٢٧٣] وفي "جامع الترمذي" مرفوعاً: (اتقوا فراسة المؤمن، فإنه ينظر بنور الله، ثم قرأ {إن في ذلك لآيات للمتوسمين} [الحجر: ٧٥]).

الثالث عشر: الاستصحاب.

أ-التعريف.

الاستصحاب في اللغة: الملازمة وعدم المفارقة. وفي الاصطلاح: هو استبقاء الوصف المثبت للحكم حتى يثبت خلافه.

ب-حجية الاستصحاب في الإثبات.

المذهب أنه حجة سواء أكان في النفي أم الإثبات.

الرابع عشر: القسامة.

أ-التعريف.

اسم للقسم، أقيم مقام المصدر، من أقسم إقساماً وقسامة، فهي: الأيمان إذا كثرت على وجه المبالغة. وشرعاً: أيمان مكررة في دعوى قتل معصوم.

ب-الأدلة.

قال ابن قتيبة في "المعارف": أول من قضى بالقسامة في الجاهلية الوليد بن المغيرة، فأقرها النبي - صلى الله عليه وسلم - في الإسلام. اهـ. وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن؛ وسليمان بن يسار، عن رجل من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - من الأنصار: "أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية" رواه أحمد ومسلم.

ج-حجية القسامة في الإثبات.

القسامة تكون عند وجود قتيل في محلة لا يعرف قاتله. ففي إحدى الروايتين في المذهب إلى أنه إذا لم يكن هناك عداوة ولا لوث (أي شبهة قوية توجب غلبة الظن بصحة التهمة) كانت هذه الدعوى كسائر

الدعاوى: البينة على المدعي، والقول قول المنكر. وليس في ذلك يمين؛ لأن النكول عن اليمين بذل، ولا بذل في الأنفس، فلا يجل للإنسان أن يبيع لغيره قتل نفسه، وعليه القصاص إن فعل. وأما إذا كان هناك لوث، كالعداوة الظاهرة، وادعى أولياء القتيل على معين أنه قتله، حلف من الأولياء خمسون أن فلانا هو قاتله عمدا، فيستحقون القصاص، أو خطأ، فيستحقون الدية.

الخامس عشر: العرف والعادة.

أ-التعريف.

العرف: ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول. ويدخل في هذا التعريف " العادة " على أنها مترادفان. وقيل: العادة أعم؛ لأنها تثبت بمرة، وتكون لفرد أو أفراد.

ب-حجية العرف والعادة في الإثبات.

وهما حجة، لبناء الأحكام عليهما، ما لم يصادما نصا أو قاعدة شرعية.

السادس عشر: الوسائل والآلات الحديثة.

أ-المقصود بالوسائل والآلات الحديثة.

حقيقة هذه الوسائل والآلات الحديثة أنها مندرجة تحت القرائن ولكن تم إفرادها لكي يتبين حكم وسائل الإثبات المعاصرة بمزية في البحث.

فنقول إن المقصود بوسائل الإثبات بالوسائل والآلات الحديث تلك الوسائل والآلات الحديثة المعاصرة التي ظهرت في الدلالة والإثبات مما يفيد القرينة سواء كانت قطعية أم ظنية وهذا التقسيم يبين ما يعتبر منها وما لا يعتبر في الإثبات ومن تلك الوسائل: البصمات، وتحليل الدم، ودلالات أثر الكلاب، والتسجيل الصوتي والتصوير.

ب-حجية الوسائل والآلات الحديثة في الإثبات.

نقول إن هذه الوسائل من تختلف من حيث إفادتها للقطعية والظنية فما كانت دلالة قطعية فإنه يعتبر في الإثبات كالبصمات وتحليل الدم. وما كانت دلالة ظنية أو ضعيفة فإنه لا يعتبر في الإثبات كدلالة أثر الكلاب، والتسجيل الصوتي، والتصوير.

المطلب الرابع عشر: تفصيل أحكام الشهادة.

قد سبق الحديث في وسائل الإثبات عن الشهادة من حيث التعريف، والأدلة على مشروعيتها، وحجيتها في الإثبات وبقي الحديث عن أحكامها فنقول:

الفرع الأول: حكم تحمل الشهادة:

تحمل الشهادة وأدائها، فهو فرض كفاي إذا دعي الشهود إليه، إذ لو تركه الجميع، لضاع الحق، ويصبح أداء الشهادة بعد التحمل فرض عين، فيلزم الشهود بأداء الشهادة، ولا يجوز لهم كتمانها إذا طالبهم المدعي بها، لقوله تعالى: {ولا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا} وقوله سبحانه: {ولا تكتموا الشهادة، ومن يكتمها فإنه آثم قلبه} وقوله عز وجل: {واقبوا الشهادة لله}.

الفرع الثاني: شروط تحمل الشهادة:

١-الرؤية.

٢-السمع.

الفرع الثالث: شروط قبول الشهادة:

١- أن يكون الشاهد بالغاً عاقلاً مسلماً عدلاً غير متهم في شهادته لعداوة أو قرابة وأن يكون عالماً بما يشهد به.

٢- تقدم الدعوى بالحق المشهود به - إلا في شهادة الحسبة- حتى لا يكون الشاهد مدعياً وشاهداً في الوقت نفسه، وذلك في حقوق الله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة وقطع الطريق.

٣- طلب المدعي أداء الشهادة من الشاهد فلا تكون الشهادة إلا بطلب من المدعي.

٤- إذن القاضي للشاهد بأداء شهادته.

٥- نطق الشاهد بكلمة (أشهد) في مستهل شهادته ولا يقوم غيرها مقامها كقوله (أعلم) أو (أتحقق).

٦- أن يقتصر الشاهد في شهادته على ما ادعاه المدعي.

٦- أن يؤدي الشاهد ما تحمله من الشهادة مصرحاً به بلفظه، فلا يقبل من الشاهد أن يقول: أشهد بمثل ما شهد به هذا الشاهد، بل لا بد من تصريحه هو بما تحمله وقت أدائه الشهادة.

الفرع الرابع: شهادة غير المسلم:

وهذا الفرع يشتمل على مسألتين شهادة غير المسلمين على بعضهم البعض، وشهادتهم على المسلمين ولكل منها حكم يخصه فنقول:

أولاً: شهادة غير المسلمين على بعضهم البعض.

لا تقبل شهادة غير المسلمين مطلقاً، سواء اختلفت ملهم أم اتفقت. ونقل ابن القيم عن مالك: أنه تجوز شهادة الطيب الكافر حتى على المسلم للحاجة. واستدلوا بأوجه هي:

الأول: اشترط الله تعالى العدالة لقبول الشهادة في قوله: {وأشهدوا ذوي عدل منكم} وغير المسلم ليس بعدل، واشترط أن يكون الشهود من المسلمين، في قوله: {منكم} وفي قوله: {ممن ترضون من الشهداء} وقوله: {واستشهدوا شهيدين من رجالكم} وآيات كثيرة أخرى. وغير المسلم ليس منا ولا من رجالنا ولا من المرضيين عندنا.

الثاني: إن الله تعالى وصف الكفار بالكذب على الله وبالفسق، ولا شهادة لكاذب ولا فاسق، ومن كذب على الله، فهو أولى أن يكذب على مثله من إخوانه وأقرب.

الثالث: إن قبول شهادتهم يؤدي إلى إلزام القاضي بشهادتهم، ولا يجوز أن يلزم المسلم بشهادة الكافر.

الرابع: إن في قبول شهادتهم إكراماً لهم، ورفعاً لمنزلتهم وقدرهم، وردية الكفر تحول دون إكرامهم.

ثانياً: شهادة غير المسلمين على المسلم.

المذهب إجازة شهادة غير المسلمين على المسلم في الوصية في السفر للضرورة إذا لم يوجد غيرهم، وكذا في كل ضرورة حضراً وسفراً، لقوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم، أو آخران من غيركم، إن أتم ضربتم في الأرض، فأصابكم مصيبة الموت}. وصح عن ابن عباس أنه قال في هذه الآية: «هذا لمن مات، وعنده المسلمون فأمر الله أن يشهد في وصيته عدلين من المسلمين» ثم قال تعالى: {أو آخران من غيركم إن أتم ضربتم في الأرض} فهذا لمن مات، وليس عنده أحد من المسلمين، فأمر الله عز وجل أن يشهد رجلين من غير المسلمين. فإن ارتيب بشهادتهما، استحلوا بعد الصلاة بالله: لا نشترى بشهادتنا ثمناً، وقضى به ابن مسعود في زمن عثمان، وكذلك علي، وقضى به أبو موسى الأشعري في الكوفة وكثير من التابعين.

وأما ادعاء نسخ هذه الآية - فيما روي عن زيد بن أسلم وغيره - فيرده ما صح عن عائشة - فيما يرويه جبير بن نفير - أنها قالت: هل تقرأ سورة المائدة؟ قلت: نعم، قالت: فإنها آخر سورة أنزلت، فما وجدتم فيها من حلال فأحلوه، وما وجدتم فيها من حرام فحرموه. فالحق أن الآية محكمة، وأن حكمها شرع دائم، وأن شهادة غير المسلمين جائزة مقبولة في الوصية إذا كان المسلم على سفر، ولم يجد أحداً من المسلمين.

وقال ابن القيم: قال شيخنا ابن تيمية رحمه الله: وقول الإمام أحمد في قبول شهادتهم في هذا الموضع: (هو ضرورة): يقتضي هذا التعليل قبولها في كل ضرورة حضراً وسفراً.

المطلب الخامس عشر: تفصيل أحكام اليمين.

الفرع الأول: تعريف اليمين.

اليمين مؤنث، وهي لغة: الحلف والقسم.
واصطلاحاً بمعناها العام هي توكيد الشيء أو الحق أو الكلام إثباتاً أو نفيًا بذكر اسم الله أو صفة من صفاته. وسمي الحلف بالله يميناً لأن به يتقوى أحد طرفي الخصومة.
أما تعريف اليمين القضائية لإثبات الدعوى: فهي تأكيد ثبوت الحق أو نفيه أمام القاضي بذكر اسم الله أو بصفة من صفاته.

الفرع الثاني: الأدلة على مشروعية اليمين.

١- قوله عليه الصلاة والسلام: (واليمين على المدعى عليه).

٢- حديث وائل بن حجر، أن رجلاً من حضر موت، ورجلاً من كندة، أتيا رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، فقال الحضرمي: إن هذا غلبني على أرض لي، ورثتها من أبي. وقال الكندي: أرضي، وفي يدي، لا حق له فيها. فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «شاهدك أو يمينه». قال: إنه لا يتورع من شيء. قال: «ليس لك إلا ذلك». رواه مسلم.

الفرع الثالث: حجية اليمين في الإثبات.

الفقهاء متفقون على أن اليمين من طرق القضاء، وأنها لا توجه إلا بعد دعوى صحيحة، وأنها تكون بالله تعالى، وأنها لا تكون إلا بطلب من الخصم، إلا في مسائل مستثناة، وتكون على العلم، وعلى البت، وأنها لا يجري فيها الاستخلاف إلا فيما استثني، وأنها تقطع الخصومة في الجملة، وأن صيغتها واحدة في الجملة بالنسبة للمسلم وغير المسلم، وأنها توجه في مجلس القضاء من القاضي والمحكم.

الفرع الرابع: النكول.

المسألة الأولى: التعريف.

النكول في اللغة: مصدر نكل - بفتح الكاف وكسرهما - كضرب ونصر وعلم: نكص وجبن، ويقال: نكل الرجل عن الأمر وعن العدو وعن اليمين ينكل نكولاً: إذا جبن عنه، ونكله عن الشيء - بتشديد الكاف - إذا صرفه عنه، والناكل: الجبان الضعيف، والنكل - بفتح الكاف - من التنكيل وهو المنع والتنحية عما يريده الإنسان، ومنه النكول في اليمين، وهو الامتناع منها، وترك الإقدام عليها.
واصطلاحاً: لم أجد في كتب المذهب من عرف النكول ولكن يمكن أن قول أن النكول هو الامتناع عن اليمين ممن وجبت عليه.

المسألة الثانية: الأدلة على مشروعية الحكم بالنكول.

١- عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: البينة على المدعي واليمين على من أنكر.

٢- عن سالم بن عبد الله: " أن عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لي. فاختصما إلى عثمان بن عفان فقال الرجل: باعني عبدا وبه داء لم يسمه، فقال عبد الله: بعته بالبراءة ففرض عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه الغلام وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف، وارتجع العبد، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم".

٣- عن ابن أبي مليكة قال: " كنت قاضيا بالبصرة فاختصمت إلي امرأتان في سوار، فطلبت البينة من المدعية فلم أجد، وعرضت اليمين على الأخرى فنكلت، فكتبت إلى أبي موسى، فورد كتابه: أن أحضرهما واتل عليهما قوله تعالى: {إن الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكهم ولهم عذاب أليم}، ثم عرض اليمين على المدعي عليها فإن نكلت فاقض عليها".

المسألة الثالثة: حجية النكول في الإثبات.

نص الحنابلة على أن القضاء على المدعي عليه بمجرد نكوله روي عن أحمد بن حنبل وقال به جمهور أصحابه فيما إذا كان المدعي مالا، أو كان المقصود منه المال.

واختار أبو الخطاب وابن القيم أنه لا يقضى بمجرد النكول بل ترد اليمين على المدعي فيقضى بيمينه.

المسألة الرابعة: مجال القضاء بالنكول.

يقضى بالنكول في الأموال، أما غير المال أو مالا يقصد به المال ككنكاح وطلاق ولعان وقصاص ووصاية ووكالة، فلا يقضى فيه بالنكول، فلا يقضى بالنكول في القصاص بالنفس أو بالطرف، وإنما يقضى عندهما بالدية أو بالأرش. وكذلك لا يقضى بالنكول في الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا والسرقه والشرب لأن الحدود تدرئ بالشبهات.

الفرع الخامس: كيفية اليمين وأثرها في الدعوى.

لليمين كيفية معينة، سواء أكانت يمينا مردودة، أم مع الشاهد، أم يمينا من المدعي عليه اتفق العلماء على أن اليمين تكون بالله عز وجل دون غيره، لقوله صلى الله عليه وسلم: «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت» ولقوله عليه السلام: «من حلف بغير الله فقد كفر»، واتفقوا أيضاً على أن اليمين المشروعة في الحقوق التي يبرأ بها المدين هي اليمين بالله.

فاليمين التي يبرأ بها المدين هي اليمين بالله، وإن كان الحالف كافراً، لقوله تعالى: {فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما} [المائدة: ١٠٧ / ٥] وقوله سبحانه: {وأقسموا بالله جهد أيمانهم} [النور: ٥٣ / ٢٤] قال بعض المفسرين: «من أقسم بالله، فقد أقسم جهد اليمين».

الفرع السادس: حكم تغليظ اليمين.

لا يجب التغليظ على المسلم بزمان كيوم الجمعة بعد العصر، ولا بمكان مثل بين الركن والمقام بمكة، وعند منبر النبي صلى الله عليه وسلم في المدينة؛ لأن المقصود تعظيم المقسم به، أي الله تعالى، وهو حاصل بدون ذلك، وفي إيجابه حرج على القاضي، حيث يكلف حضورها، والحرج مرفوع.

قال ابن قدامة في المغني: (ولنا، قول الله تعالى: {فآخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الأوليان فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما}. ولم يذكر مكاناً ولا زمناً، ولا زيادة في اللفظ. واستحلف النبي صلى الله عليه وسلم -ركانة في الطلاق، فقال: "الله ما أردت إلا واحدة؟". قال: الله ما أردت إلا واحدة. ولم يغلظ يمينه بزمن، ولا مكان، ولا زيادة لفظ، وسائر ما ذكرنا في التي قبلها. وحلف عمر لأبي حين تحاكما إلى زيد في مكانه، وكانا في بيت زيد. وقال عثمان لابن عمر: تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه؟ وفيما ذكروه تقييد لمطلق هذه النصوص، ومخالفة الإجماع. فإن ما ذكرنا عن الخليفتين عمر وعثمان، مع من حضرهما، لم ينكر، وهو في محل الشهرة، فكان إجماعاً).

الفرع السابع: الحلف على البت أو نفي العلم.

ويحلف الشخص باتفاق أئمة المذاهب الأربعة على البت (وهو القطع والجزم) في فعله إثباتاً كان أو نفيًا؛ لأنه يعلم حال نفسه ويطلع عليها، فيقول في البيع والشراء حالة الإثبات: (والله لقد بعث بكذا أو اشتريت بكذا) وفي حالة النفي: (والله ما بعث بكذا، ولا اشتريت بكذا) وكذلك يحلف الشخص أيضاً على البت على فعل غيره إن كان الأمر إثباتاً كبيع وإتلاف وغصب؛ لأنه يسهل معرفة الواقع والشهادة به، وإن كان نفيًا فيحلف على نفي العلم، أي لا يعلم أنه كذلك، لعدم علمه بما فعل غيره، فيقول: (والله ما علمت أنه فعل كذا) لأن نفي الشيء يعسر معرفته.

الفرع الثامن: صفة المحلوف عليه.

إذا كان المدعى به أرضاً وأنكر المدعى عليه، يحلف على الحاصل فعلاً في النهاية، فيقول: (والله ما هذه الأرض لفلان، ولا شيء منها) وإن ادعى أنه أقرضه ألفاً أو غصبه ألفاً أو أودعه ألفاً، وأنكر المدعى عليه، فيحلف (بالله ما يستحق المدعي رد شيء عليه) ولا يحلف بالله ما استقرضت أو غصبت أو استودعت؛ لأنه قد تحصل هذه الأسباب ثم يفسخ، أي يزول معنى القرض أو الغصب أو الإيداع

بالهبة أو بالبيع، فلو حلف المدعى عليه على السبب الذي هو الغضب ونحوه لتضرر به، فيحلف على الحاصل في النهاية لدفع الضرر عنه.

الفرع التاسع: العبرة في اليمين بنية القاضي المستحلف.

يلاحظ أن العبرة في الحلف بنية القاضي المستحلف للخصم، لقوله صلى الله عليه وسلم: «اليمين على نية المستحلف» وقد حمل هذا الحديث على الحاكم؛ لأنه الذي له ولاية الاستحلاف، فلو أخذ بنية الحالف، لبطلت فائدة الأيمان وضاعت الحقوق؛ إذ كل أحد يحلف على ما يقصد، فلو ورى الحالف في يمينه، بأن قصد خلاف ظاهر اللفظ عند تحليف القاضي، أو تأول أي اعتقد خلاف نية القاضي، أو استثنى الحالف، كقوله عقب يمينه: "إن شاء الله" أو وصل باللفظ شرطاً، مثل: إن دخلت الدار، بحيث لا يسمع القاضي كلامه، لم يدفع ما ذكر إثم اليمين الفاجرة، وإلا ضاع المقصود من اليمين وهو حصول الهيبة من الإقدام عليها.

الفرع العاشر: ما يحرم في اليمين عند القاضي.

الأول: التورية

التورية: وهي أن تطلق لفظاً ظاهراً قريباً في معنى، تريد به معنى آخر بعيداً يتناول ذلك اللفظ، لكنه خلاف ظاهره.

الثاني: التأويل

التأويل: صرف اللفظ عن معناه الظاهر إلى معنى يحتمله.

يقول البهوتي في كشف القناع: ((وتحرم التورية والتأويل) لحديث: "يمينك على ما يصدقك به صاحبك" (إلا لمظلوم) كمن يستحلفه ظالم ما لفلان عندك ودیعة، فينوي بـ "ما" الذي ونحوه، مما تقدم في باب التأويل).

الثالث: المعسر الذي يخاف الحبس.

الرابع: حلف من عليه دين مؤجل أراد غريمه منعه من سفر.

الخامس: لا يحلف في مختلف فيه لا يعتقده، نصاً.

يقول البهوتي في شرح المنتهى: ((و) يحرم (حلف معسر خاف حبساً) إن أقر بما عليه (أنه) أي المدعي (لا حق له علي ولو نوى) لا حق له علي (الساعة) ، لكونه معسراً خاف حبساً أو لا. نقل الجماعة عن أحمد وجوزة صاحب الرعاية بالنية قال في الفروع: وهو متجه وفي الإنصاف وهو الصواب إن خاف حبساً

(و) يحرم حلف (من عليه) دين (مؤجل أراد غريمه منعه من سفر) فأنكر وحلف لا حق له علي، ولو نوى الساعة نصاً؛ لأنه وإن لم يلزمه دفعه الساعة لم يصح نفيه لثبوته في ذمته فهو كاذب في يمينه

(ولا يحلف) مدعى عليه لا حق له عليه (في) شيء (مختلف فيه، لا يعتقد) مدعى عليه حقا (نصاً وحمله) أي النص (الموفق على الورع) دون التحريم، (ونقل عنه) أي الإمام أحمد (لا يعجبني) أي أن يحلف في مختلف فيه لا يعتقد نحو إن باع شافعي لحم متروك التسمية عمدا لحنبلي بثمن في الذمة، فطالبه به فأنكر مجيباً: لا حق لك علي (وتوقف) الإمام أحمد (فيها) أي اليمين (فيمين عامل بحيلة) ربوية (كعينة) إذا أنكر الآخذ الزيادة وأراد الحلف عليها هل يحلف أن ما عليه إلا رأس ماله، نقله حرب قال القاضي: لأن يمينه هنا على القطع، ومسائل الاجتهاد ظنية فإن أمسك مدع عن إحلاف خصمه المنكر ثم أراد إحلافه بالدعوى السابقة فله ذلك؛ لأنه لم يسقط حقه منها وإنما أخرها).

المطلب السادس عشر: تعريف الحكم القضائي، وشروط صحته، وبيان آثاره، وأسباب بطلانه، ومسوغات بطلانه والرجوع عنه.

الفرع الأول: تعريف الحكم القضائي.

الحكم القضائي: هو ما صدر من القاضي دالاً على فصل النزاع بين المتخاصمين على جهة الإلزام. وعرفه صاحب كشف القناع: بأنه الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات.

الفرع الثاني: شروط الحكم القضائي، وبيان آثاره.

يشترط لصحة الحكم القضائي و أثره ونفاذه في الدعوى الشروط التالية:

الأول: أن يكون من ذي ولاية مختص:

فلا يصدر الحكم إلا من مختص طبقاً للاختصاص المبين الذي استحقه ممن له حق التولية حسب ما يراه من مصلحة.

الثاني: ألا يكون القاضي ممنوعاً عن الحكم:

فإذا منع القاضي من الحكم لقرابة أو غيرها فحكم لم ينفذ حكمه؛ لوجود المانع في نفاذه.

الثالث: ألا يسبقه حكم في الواقعة:

الرابع: أن يكون الحكم مبنياً في ثبوت الواقعة أو انتفاءها على طرق الحكم الشرعية المستوفية لما يجب لها: فلا يصح الحكم بغير مستند في ثبوت الواقعة أو انتفاءها بطريق من طرق الحكم المعتد بها شرعاً.

الخامس: علم القاضي بالحكم الكلي الذي استند إليه.

فلا يصح الحكم حدساً أو تخميناً من غير معرفة بالحكم الفقهي الموضوعي للواقعة بنص من كتاب أو سنة أو اجتهاد أو متابعة لعالم معتد باجتهاده، والأصل في الحكم عند صدوره موافقته لذلك وسلامته من الحدس والتخمين، وقد سبق في شرح الأولى بيان مصادر الأحكام القضائية التي يعتمد عليها القاضي.

السادس: أن يكون الحكم بعد دعوى وخصومة صحيحة:

وذلك بأن يسبق الحكم الدعوى والإجابة وما يلزم لذلك من دفع وبيانات واستيفاء كافة دفع الخصوم وحججهم وأعدارهم بحجة يدعون بها أو طعن في بينة قدمها خصمه الآخر.

السابع: أن يكون الحكم ملاقياً للدعوى والطلب فيها:

فالأصل في الحكم أن يقع فصلاً في دعوى وطلب، فوجب ملاقاته لهما، فلو كانت الدعوى أو الطلب في شيء والحكم في شيء آخر لم يصح إذا كانت الدعوى في الحقوق الخاصة.

الثامن: أن يكون الحكم مسبباً:

ويقصد بتسبيب الحكم أن يذكر القاضي ما بنى عليه حكمه القضائي من الأحكام الكلية، وأدلتها الشرعية، وذكر الوقائع القضائية المؤثرة، وكيف ثبتت، بطرق الحكم المقررة.

التاسع: أن يكون الحكم بصيغة مشتملة على الإلزام والجزم والوضوح:

يشترط في الحكم القضائي أن يكون مشتملاً في صيغته على الإلزام والجزم والوضوح فاشتراط الإلزام لأنه الذي يتحقق به إلزام من عليه الحق والفصل في النزاع سواء بالاستحقاق أو الترك. واشتراط الجزم لكي تكون قاطعة للدد والخصومة، وتهيئاً للحكم للتنفيذ. واشتراط الوضوح للبعد عن الألفاظ التي فيها إجمال ولبس وإبهام وإيهام وأن تعين المحكوم له والمحكوم عليه.

العاشر: أن يصدر الحكم علناً في مواجهة الخصوم:

فالأصل في الحكم أن ينطق به علناً في مواجهة الخصوم إلا من عذر لغيبه ونحوها بعد تبليغ الخصم على الوجه الصحيح.

الحادي عشر: سلامته من موجبات النقض:

فلا ينفذ الحكم إذا اشتمل على موجب من موجبات النقض؛ لفقده شرط من شروطه السابقة، أو للخطأ في تحديد الحكم الملاقي للواقعة أو تفسيره، أو للخطأ في ثبوت الواقعة أو انتفاءها أو تفسيرها أو تفسير أدلة الإثبات أو للخطأ في توصيفها، فإذا اشتمل على شيء من ذلك نقض من قبل المحكمة المختصة بنقضه حسب الإجراءات المقررة لذلك.

الثاني عشر: أن يكون الحكم نهائياً:

وذلك بقناعة المحكوم عليه، أو تمييزه، أو فوات ميعاد الطعن، ونحو ذلك مما يصير به الحكم نهائياً مما سيأتي في الاعتراض على الأحكام.

الفرع الثالث: وأسباب بطلانه، ومسوغات بطلانه والرجوع عنه:

يبطل الحكم القضائي بمطلات من عدت متعلقات وهي المبطلات المتعلقة بصفة الحكم، والمبطلات المتعلقة بالمحكوم به، والمبطلات المتعلقة بالمحكوم له وعليه، المبطلات المتعلقة لوجود خلل في أصول التقاضي وإجراءاته، والمبطلات المتعلقة لوجود خلل في أسباب الحكم (البيئات).

أولاً: المبطلات المتعلقة بصفة الحكم:

١- بطلان الولاية

٢- اختلال الشروط الذاتية في الحاكم:

ثانياً: المبطلات المتعلقة بالمحكوم به.

١- بطلان الحكم لمخالفته النص (الكتاب والسنة).

٢- بطلان الحكم لمخالفة الإجماع.

٣- بطلان الحكم لمخالفته القياس:

٤- بطلان الحكم لمخالفته القواعد الكلية.

٥- بطلان الحكم لعدم الدليل عليه.

٦- بطلان الحكم لمخالفته لأقوال الفقهاء.

ثالثاً: المبطلات المتعلقة بالمحكوم له وعليه:

١- بطلان الحكم لجهالة المحكوم له أو المحكوم عليه وعدم التعريف بهما.

٢- بطلان الحكم لوجود العداوة بين المحكوم عليه والقاضي.

٣- بطلان الحكم لكون المحكوم له لا تقبل شهادته للقاضي.

٤- بطلان الحكم لإقرار المحكوم له بما يبطله بعد صدوره.

رابعاً: المبطلات المتعلقة لوجود خلل في أصول التقاضي وإجراءاته:

١- بطلان الحكم لعدم وجود الدعوى.

٢- بطلان الحكم لعدم توفر الخصومة الحقيقية.

٣- بطلان الحكم لعدم طلب الخصم.

٤- بطلان الحكم لعدم الإعذار.

٥- بطلان الحكم لعدم حلف يمين الاستظهار.

٦- بطلان الحكم لعدم التعديل والتركية.

٧- بطلان الحكم لعدم الاختصاص.

٨- بطلان الحكم للتقادم.

٩- بطلان الحكم بالحدس والتخمين.

١٠- بطلان الحكم لصدوره والقاضي مشوش الفكر.

١١- بطلان الحكم لعدم تحديد المحكوم به.

١٢- بطلان الحكم لسبق إبداء القاضي رأيه في الحادثة.

رابعاً: المبطلات المتعلقة لوجود خلل في أسباب الحكم (البيئات):

١- بطلان الحكم لسبب يتعلق بشهادة الشهود.

٢- بطلان الحكم لاستناد القاضي في إصداره إلى علمه الشخصي.

٣- بطلان الحكم لكونه بخلاف علم الحاكم.

المطلب السابع عشر: نفاذ الحكم القضائي ظاهراً وباطناً:

نفاذ الحكم ظاهراً وباطناً وعدم نفاذه. إذا كانت دعوى الاستحقاق حقة فلا شبهة بأنها نافذة ظاهراً وباطناً أما إذا كانت باطلة فهي استحقاق ظاهر لا باطن. فقضاء القاضي المستوفي لشروطه، لا يزيل الشيء عن صفته، فلا يحل الحرام للمحكوم له إذا كان كاذباً في دعواه ولا يجرم الحلال؛ لأن القاضي يحكم بالظاهر والله يتولى السرائر، فلو حكم بشهادة شاهدين ظاهرهما العدالة لم يحصل بحكمه الحل باطناً، سواء أكان المحكوم به مالا أم غيره، لقوله صلى الله عليه وسلم: إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي على نحو ما أسمع، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار، فإذا كان المحكوم به نكاحاً لم يحل للمحكوم له الاستمتاع بالمرأة، وعليها الامتناع ما أمكن، فإن أكرهت فلا إثم عليها، والإثم عليه.

يقول البيهوتي في كشف القناع: ((وحكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته باطناً) لقوله - صلى الله عليه وسلم - في حديث أم سلمة: "فمن قضيت له بشيء من مال أخيه، فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار" متفق عليه ولأنه حكم بشهادة زور، فلا يحل له ما كان محرماً عليه، كالمال المطلق.

مسألة: أثر الحكم في المجتهدات.

أن قضاء القاضي في المجتهدات بما غلب على ظنه وأدى إليه اجتهاده ينفذ ظاهراً وباطناً، ويرفع الخلاف فيصير المقضي به هو حكم الله تعالى باطناً وظاهراً، وذلك مثل قضاء القاضي بشفعة الجوار إذا كان مذهب المقضي له لا يجيزها، فينفذ ظاهراً وباطناً ويجل للأخير الأخذ بهذه الشفعة.

وصلى الله على وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
المطلب الأول: تعريف القضاء لغة واصطلاحاً.....	٥
المطلب الثاني: الفرق بين القضاء والفتوى والتحكيم.....	٦
المطلب الثالث: حكم تولي القضاء.....	٨
المطلب الرابع: شروط تولي القضاء ما يعتبر في القاضي من الشروط (شروط القاضي).....	٩
المطلب الخامس: اختصاصات القاضي، وواجباته وحقوقه، وسيرته في قضائه.....	٢١
المطلب السادس: الأسباب التي تقتضي عزل القاضي وانعزاله.....	٢٦
المطلب السابع: آداب القاضي، وما يجوز له، ويمتنع عليه.....	٢٧
المطلب الثامن: سيرة القاضي مع الخصوم.....	٣٠
المطلب التاسع: صفة القضاء، وإجراءات التقاضي.....	٣١
المطلب العشر: تعريف الدعوى وبيان مشروعيتها، وأركانها، وشروطها، وأنواعها.....	٣٥
المطلب الحادي عشر: التعريف بالمدعي والمدعى عليه، والشروط المعتبرة فيهما، والمدعى به، وشروطه.....	٣٩
المطلب الثاني عشر: مكان نظر الدعوى، وحضور الخصوم وغياهم، وتلقين الدعوى، وتصحيحها، وأحوال جواب المدعى عليه، ودفع الدعوى وشروطه.....	٤١
المطلب الثالث عشر: وسائل الإثبات المعاصرة وغير المعاصرة إجمالاً.....	٤٦

- المطلب الرابع عشر: تفصيل أحكام الشهادة..... ٥٨.....
- المطلب الخامس عشر: تفصيل أحكام اليمين..... ٦٠.....
- المطلب السادس عشر: تعريف الحكم القضائي، وشروط صحته، وبيان آثاره، وأسباب بطلانه، ومسوغات بطلانه..... ٦٥.....
- المطلب السابع عشر: نفاذ الحكم القضائي ظاهراً وباطناً..... ٦٩.....