

النظام القضائي في الإسلام

جمع: أبو عبدالله العراقي

المقدمة

الحمد لله الذي أرسل رسله بالبينات والهدى، وأنزل معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط، وأنزل الحديد فيه بأس شديد، ومنافع للناس، وليعلم الله من ينصره ورسله بالغيب إن الله قوي عزيز؛ وختمهم بمحمد صلى الله عليه وسلم، الذي أرسله بالهدى ودين الحق، ليظهره على الدين كله؛ وأيده بالسلطان النصير، الجامع معنى العلم والقلم للهداية والحجة؛ ومعنى القدرة والسيف للنصرة والتعزيز، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، شهادة خالصة أخلص من الذهب الإبريز، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا، شهادة يكون صاحبها في حرز حريز أما بعد:

فإن الله تعالى أكمل بنبيه محمد - صلى الله عليه وسلم - دينه القويم وهدى به من شاء إلى الصراط المستقيم، وأسس شرعه المطهر على أحسن الطرائق وأحكم القواعد وشيده بالتقوى والعدل وجلب المصالح ودرء المفاسد، وأيده بالأدلة الموضحة للحق وأسبابه المرشدة إلى إيصال الحق لأربابه، وحماه بالسياسة الجارية على سنن الحق وصوابه، ولذلك قال سبحانه وتعالى: ﴿وتمت كلمت ربك صدقا وعدلا لا مبدل لكلماته﴾ [الأنعام: ١١٥] فالمراد بالكلمات القرآن العظيم الذي تمت دلائله وحججه وأوامره ونواهيته وأحكامه وبشارته ونذارته وأمثاله وقال تعالى: ﴿اليوم أكملت لكم دينكم﴾ [المائدة: ٣] الآية.

ولما كان علم القضاء من أجل العلوم قدرا وأعزها مكانا وأشرفها ذكرا؛ لأنه مقام عليّ ومنصب نبويّ، به الدماء تعصم وتسفح، والأبضاع تحرم وتنكح، والأموال يثبت ملكها ويسلب، والمعاملات يعلم ما يجوز منها ويحرم ويكره ويندب، وكانت طرق العلم به خفية المسارب مخوفة العواقب، والحجاج التي يفصل بها الأحكام مهامه يحار فيها القطا ويقصر فيها

الخطى، كان الاعتناء بتقرير أصوله وتحرير فصوله من أجل ما صرفت له العناية وحمدت عقباه في البداية والنهاية^(١).

ولما كانت مادة النظام القضائي في الإسلام من ضمن مقررات الفصل الثالث، وبعد عرض المادة العلمية من دكتور المادة، كان المطلوب منا جمع مادة علمية في موضوعات المقرر، تطرح تباعاً ويتم مناقشتها أسبوعياً، وهي كالآتي:^(٢).

ولما كانت البشرية على مر العصور ينوبها من الصراعات والنزاعات، في الأموال والأعراض والأنفس، وتحتاج في كل ذلك إلى حل لهذه النزاعات التي تنشأ بينها، فاتخذت كل أمة منهاجاً للفصل بينها في القضاء لحل هذه النزاعات، وقد قسمت البحث إلى مقدمة وتمهيد، وأثنا عشر مطلباً، وهذا سردها:

المقدمة: وفيها لمحة عن علم القضاء، وخطة البحث.

التمهيد: مراحل تطور نظام القضاء على مر الزمن.

المطلب الأول: تعريف القضاء لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني: الفرق بين القضاء والإفتاء والتحكيم

المطلب الثالث: حكم تولى القضاء

المطلب الرابع: شروط تولى القضاء.

المطلب الخامس: اختصاصات القاضي، وواجباته، وحقوقه، وسيرته في قضائه:

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون (١/١).

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون (١/١). بتصرف يسير.

المطلب السادس: الأسباب التي تقتضي عزله وانعزاله.

المطلب السابع: آداب القاضي، وما يجوز له، وما يمتنع عليه، وسيرته مع الخصوم.

المطلب الثامن: صفة القضاء وإجراءات التقاضي.

المطلب التاسع: تعريف الدعوى وبيان مشروعيتهما، وأركانها، وشروطها، وأنواعها.

المطلب العاشر: التعريف بالمدعي والمدعى عليه، والشروط المعتبرة فيهما، والمدعى به،

وشروطه.

المطلب الحادي عشر: مكان نظر الدعوى، وحضور الخصوم وغيابهم، وتلقين الدعوى،

وتصحيحها، وأحوال جواب المدعى عليه، ودفع الدعوى، وشروطه.

المطلب الثاني عشر: تفصيل أحكام اليمين

المطلب الثالث عشر: تعريف الحكم القضائي، وشروط صحته، وبيان آثاره، وأسباب

باطلانه، ومسوغات نقضه والرجوع عنه.

المطلب الرابع عشر: تفصيل نفاذ الحكم القضائي ظاهرا وباطنا.

الخاتمة: وفيها:

فهرس المحتويات

فهرس المصادر والمراجع.

الماضرة الأولى

مقدمة مختصرة عن القضاء

تعريف القضاء لغة واصطلاحاً

الفرق بين القضاء والإفتاء والتحكيم

حطم تولي القضاء

شروط القاضي

مقدمة مختصرة عن القضاء

الحمد لله الذي أرسل رسله بالبينات والهدى، وأنزل معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا، أما بعد:

فإن علم القضاء من أجل العلوم قدرا وأعزها مكانا وأشرفها ذكرا؛ لأنه مقام عليّ ومنصب نبويّ، به الدماء تعصم وتسفح، و الألباض تحرم وتنكح، والأموال يثبت ملكها ويسلب، والمعاملات يعلم ما يجوز منها ويحرم ويكره ويندب، وكانت طرق العلم به خفية المسارب مخوفة العواقب، والحجاج التي يفصل بها الأحكام مهامه يحار فيها القضاة ويقصر فيها الخطى، كان الاعتناء بتقرير أصوله وتحرير فصوله من أجل ما صرفت له العناية وحمدت عقباه في البداية والنهاية^(١).

ولما كانت البشرية على مر العصور ينوبها من الصراعات والنزاعات، في الأموال والأعراض والأنفس، وتحتاج في كل ذلك إلى حل لهذه النزاعات التي تنشأ بينها، فاتخذت كل أمة منهاجاً للفصل بينها في القضاء لحل هذه النزاعات، ويمكن إبراز أهم مظاهر القضاء والحكم قبل الإسلام وبعده كالآتي:

أولاً: الأحكام قبل الإسلام: كانت العرب قبل الإسلام تحل هذه النزاعات بأحكام وأعراف مختلفة لا يضبطها ضابط، ولا يظهر فيها عدل وأخذ للظالم من المظلوم، فكانوا يجعلون حكم الشريف بخلاف حكم الوضيع، وكانت اليهود تقيم الحدود على الفقراء والضعفاء دون الأغنياء، فالدستور الذي كان في الجاهلية هو دستور القوة والغلبة، والانتقام الشخصي، والتضامن القبلي، فهو بعيد عن روح العدالة الحقيقية إلا من اهتدى إلى رأي سديد، وحكم رشيد.

ثانياً: الأحكام في زمن الإسلام: جاء الإسلام بموقف الصلح الداعي بالسمو إلى الإنسانية والاختصاص بها إلى الأفضل فيما يعود عليها بالنفع في العاجلة والآجلة، وقد تولى النبي ﷺ القضاء بنفسه فحكم بكتاب الله تعالى، واتسم قضاؤه بالعدل والحكمة والرأي السديد، وإعطاء كل ذي حق حقه، وأظهر آثار الأخوة الدينية، ومحى كل آثار القومية والعصبية القبلية.

١- القضاء في زمن الخلفاء الراشدين: استمر القضاء الإسلامي في عهد الخليفة الصديق ﷺ على نفس ما كان عليه في العهد النبوي، ولما كان عهد الخليفة الفاروق عمر ﷺ، واتسعت رقعة الإسلام، وتوسعت

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون (١/١). بتصرف يسير.

الفتوحات، لم يمكن للخليفة أن يتولى القضاء في الأرض البعيدة، ففوض الأمر إلى غيره من الصحابة، فكان فصل القضاء عن الولاية العامة في زمنه ﷺ، واستمر القضاء في زمن الخلفتين عثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب ﷺ، على نفس الوتيرة في زمن عمر ﷺ، إلا أن عثمان ﷺ اتخذ دارا للقضاء بدل المسجد الذي كان هو مكان القضاء في الزمن قبله^(١).

٢- القضاء في زمن الدولة الأموية: ثم استمر القضاء في عهد الدولة الأموية على نمط القضاء في العهد النبوي وعهد الخلفاء الراشدين، وظهر في العهد الأموي اتخاذ سجلات الأحكام القضائية التي لم تكن موجودة من قبل.

٣- القضاء في زمن الدولة العباسية: وبعد سقوط الدولة الأموية وظهور الدولة العباسية، أخذ نظام القضاء منحى آخر، فظهر في هذه الحقبة نظام قاضي القضاة، وأول من لقب به القاضي أبا يوسف صاحب الخراج في عهد الخليفة الرشيد، فأصبح لكل قطر قاضي يتبع شؤونهم ويوجههم، وسمي في الاندلس بقاضي الجماعة^(٢).

٤- القضاء في زمن الدولة العثمانية: وبعد سقوط الدولة العباسية وظهور الدولة العثمانية اتخذ نظام القضاء منحى جديدا في كل النواحي، التنظيمية والإدارية، وظهرت ما يسمى بمجلة الأحكام العدلية فكانت الباكورة الأولى في تقنين الأحكام الشرعية، وبهذا سهل على القضاة الرجوع إلى الأحكام المقننة وتطبيقها على الوقائع^(٣).

٥- القضاء بعد سقوط الدولة العثمانية إلى عصرنا هذا: تميز العهد الأخير بظهور المحاكم الوضعية، نتيجة للحملات الاستعمارية الواسعة من الأوربيين لبلاد الإسلام، وظهرت بوادره في أيام الدولة العثمانية التي أنشأت محاكم وضعية تحكم بالقوانين الغربية، وانتشرت في ربوع بلاد المسلمين وغزت المحاكم، وتركتها تتقلب في ظلمات الظلم^(٤).

وفي الوقت الحاضر نرى المحاكم في بلاد المسلمين لا تزال غارقة في أحكامها الوضعية، وتعاني من الاضطراب ومشاكل العصر، في الوقت نفسه نرى المملكة العربية السعودية تتمتع بالأمن والاستقرار، وذلك لتحكيمها شرع الله والتمسك به في القضاء وفي سائر شؤون الحياة، واتجه القضاء اتجاه لم يسبق له مثيل على

(١) القضاء ونظامه في الكتاب ١٩١

(٢) القضاء ونظامه في الكتاب ٢٠٤

(٣) القضاء ونظامه في الكتاب ٢٢١

(٤) المرجع السابق ٢٢٣

مر العصور، وتم تطويره، وتنظيمه، وأصبحت المملكة مضرب المثل في القضاء الإسلامي، وحق لها ذلك ففيها مهبط الوحي ومقدسات المسلمين ومنبع الرسالة^(١).

وقبل الدخول في تفاصيل النظام القضائي في الإسلام لا بد من تعريف القضاء في اللغة والشرع ليحصل تصور مبدئي لهذا العلم النبيل:

تعريف القضاء لغة واصطلاحاً

القضاء لغة: القاف والضاد والحرف المعتل يدل على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه لجهته، ومنه قوله تعالى: {فقضاهن سبع سماوات في يومين} [فصلت: ١٢]^(٢).

القضاء: الحكم وأصله قضاي لأنه من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت^(٣). ولفظ القضاء وضع لأكثر من معنى منها^(٤): الفراغ، والإيجاب، والحكم والإلزام، والفعل، والإرادة، والفصل والقطع، والموت، والإتمام، والكتابة، والخلق، والوحي، والبيان... الخ. وبالنظر إلى معاني القضاء السابقة نجد دورها تدور حول معنى الفصل والحسم في الأمر، وهو الحكم، وهو المراد في بحث القضاء^(٥).

القضاء شرعاً: عرف الفقهاء القضاء بتعريفات متقاربة في الجملة، ونذكر تعريف القضاء في المذاهب الأربعة على سبيل الاختصار:

تعريف الحنفية: القضاء: هو فصل الخصومات، وقطع المنازعات^(٦).

تعريف المالكية: القضاء هو: الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام^(٧).

تعريف الشافعية: القضاء: فصل الخصومة بين اثنين فأكثر بحكم الله^(٨).

(١) القضاء ونظامه في الكتاب ٢٢٤

(٢) مقاييس اللغة ٩٩/٥

(٣) لسان العرب ٣٦٦٥/٥

(٤) تهذيب اللغة ١٧٠/٩، ولسان العرب ٢٢١/٧، معاني الزجاج ٢٣٣/٣، المصباح المنير ٥٠٧/٢، النظم المستعذب ٣٣٧/٢، تاج

العروس ٢٩٦/١٠، القاموس المحيط ٣٨٩/٤

(٥) الشرح الكبير للدردير ١٢٩/٤

(٦) حاشية بن عابدين ٣٥٣/٣، تبيين الحقائق ١٧٥/٤، شرح أدب القاضي للخصاف ٤.

(٧) تبصرة الحكام ١١/١، مواهب الجليل ٨٦/٦.

(٨) مغني المحتاج ١٠١/١٠، نهاية المحتاج ٢٣٥/٨، حاشية الشرواني على التحفة ١٠١/١٠.

تعريف الحنابلة: الإلزام وفصل الخصومات^(١).

وعرفه بعضهم: بأنه تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الحكومات^(٢).

تدور التعريفات حول معنى فصل الخصومات والمنازعات، والإخبار بحكم الشرع على سبيل الإلزام. العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الشرعي: التعريف الشرعي للقضاء له ارتباط وثيق بالتعريف اللغوي ذلك، لأن المعاني الشرعية للقضاء مرتبطة بالمعنى اللغوي، فالقضاء بالمعنى الاصطلاحي والمعنى اللغوي يراد به: الحكم والإلزام.

الفرق بين القضاء والإفتاء والتحكيم

المسألة الأولى: الفرق بين القضاء والإفتاء

أولاً: معنى الإفتاء:

إخبار السائل بالحكم الشرعي في المسألة من غير إلزام به.^(٣)

ثانياً: الفرق بين القضاء والإفتاء:

من جملة الفروق بين القضاء والإفتاء ما يلي^(٤):

١- المفتي يستطيع إبصار فتواه للمستفتي دون تحوط وتمحيص كالقاضي؛ فيحتاج للنظر والتأمل والسماع الخصوم ونحو ذلك.

٢- المفتي بفتواه لا يلزم المستفتي، خلافاً للقاضي؛ فحكمه ملزم نافذ بحق الخصوم.

٣- المفتي له إفتاء من شاء، خلافاً للقاضي، فلا يصح قضاؤه على من لا تقبل شهادته له.

٤- المفتي تتعلق فتواه بعموم الشريعة؛ خلافاً للقاضي الذي يفصل في المنازعات فحسب.

المسألة الثانية: الفرق بين القضاء والتحكيم:

أولاً: معنى التحكيم:

(١) منتهى الإرادات ٣/٤٨٥،

(٢) غاية المنتهى ٢/٥٦٩، مطالب أولي النهى ٦/٥٣.

(٣) ينظر: كشاف القناع (١٥ / ٤٠)

(٤) رد المحتار (٥ / ٣٦٠ - ٣٦١)، الشرح الكبير للدردير (٤ / ١٥٧)، مطالب أولي النهى (٦ / ٤٣٧)، كشاف القناع (١٥ / ٤١).

أن يعين الخصمان حَكَمًا بينهما يرتضيانه، فيكون حكمه عليهما نافذا كحكم القاضي على سائر الناس، ويكون تعيينه بلفظ يدل على ذلك.^(١)

ثانياً: من جملة الفروق بين القضاء والتحكيم ما يلي^(٢):

- ١- المحكم يلزم الرضا به من الخصمين؛ خلافاً للقاضي، فلا يلزم الرضا به.
- ٢- المحكم لا يتعدى حكمه في مسائل الجنایات على عاقلة القاتل؛ خلافاً للقاضي.
- ٣- إمكان عزل المحكم ما لم يحكم؛ لأن من ملك التنصيب ملك العزل، خلافاً للقاضي.
- ٤- المحكم ينظر في مسائل المتخاصمين الخاصة، ولا ولاية له عامة كالقاضي.
- ٥- المحكم مختص بمسائل المعاملات من معاوضات وإسقاطات، والقاضي أعم من ذلك، فينظر في حقوق الله - عز وجل - في مسائل الأوقاف والوصايا، والولاية على الأيتام ونحو ذلك.

حكم تولى القضاء

حكم القضاء في الجملة أنه من فروض الكفاية، ويجب علينا إذا لم يوجد من يتولى القضاء^(٣).

قال النووي: القضاء والامامة فرض كفاية بالإجماع، فإن قام به من يصلح، سقط الفرض عن الباقيين، وإن امتنع الجميع، أمثوا، وأجبر الامام أحدهم على القضاء^(٤).

أما حكمه من حيث التفصيل فينقسم إلى خمسة أقسام: واجب ومباح ومستحب ومكروه وحرام. أولاً: الوجوب:

ويجب على من يصلح للقضاء إذا طُلب له ولم يوجد غيره ممن يوثق به أن يدخُل فيه؛ لأن القضاء فرض كفاية ولا يقدر على القيام به غيره. فيتعين عليه؛ كغسل الميت وتكفينه، والجهاد والإمامة^(٥).

(١) ينظر: البحر الرائق (٧/٢٤)، رد المحتار (٥/٤٢٨).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٣)، البحر الرائق، الحاوي الكبير (١٦/٣٢٥ - ٣٢٦).

(٣) بدائع الصنائع، (٧/٢٧) المغني (١٠/٣٢)، تبصرة الحكام (١/١٢)، الأحكام السلطانية (١٧).

(٤) روضة الطالبين (٨/٧٩-٨٠).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع، (٧/١٤)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/٤٥)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٦/١٠١)، مغني المحتاج

إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٦/٢٥٩)، : المغني لابن قدامة (١٠/٣٢)، منتهى الإرادات (١١/١٨٨).

ثانياً: الندب:

ويكون مستحباً إذا كان من يصلح للقضاء متعددين وكان هو أصلح وأقوم به من غيره في أمور القضاء^(١)، ويندب له الطلب للقضاء إن كان خاملاً أي غير مشهور بين الناس يرجو به أي القضاء نشر العلم، وإذا قصد بطلبه نصر الحق^(٢).

ثالثاً: الإباحة:

إذا عرض القضاء على من يصلح له من أهل البلد، ينظر إن كان في البلد عدد يصلحون للقضاء، لا يفترض عليه القبول، فهو مخير إن شاء قبله، وإن شاء لا^(٣)، أو أن يكون فقيراً وله عيال ويسعى في تحصيله لسد خلته^(٤).

رابعاً: التحريم

وحرم قبول القضاء، أو طلبه لجاهل أي لعدم أهليته للقضاء، ولم تجتمع فيه شروطه، ويحرم السعي على من قصد بالسعي الانتقام من أعدائه^(٥).

خامساً: الكراهة: ومكروهاً وهو أن يكون صالحاً للقضاء لكن غيره أصلح وأقوم به^(٦)، ومن المكروه أن يكون سعيه في طلب القضاء لتحصيل الجاه والاستعلاء على الناس^(٧)، إن لم يكن خاملاً، بل مشهوراً ولا محتاجاً للرزق بل مكفياً به فالأولى له تركه أي طلب القضاء لما فيه من الخطر من غير حاجة^(٨).

-
- (١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٨٢ / ٢)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (١٥١ / ٢)
- (٢) ينظر: التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب (٣٨٦ / ٧)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٢٦٠ / ٦)، المغني لابن قدامة (١٠ / ٣٤)، الإنباف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (١١١ / ١٥٧).
- (٣) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٣ / ٧)، الاختيار لتعليل المختار (٨٢ / ٢)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٦ / ٢٦٠) بداية المحتاج في شرح المنهاج (٤ / ٤٣٨)، كشف القناع (٦ / ٢٨٧).
- (٤) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٦ / ١٠٢)
- (٥) ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٨٢ / ٢)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٦ / ١٠٢)، منح الجليل شرح مختصر خليل (٨ / ٢٧١)، الأحكام السلطانية للماوردي (ص: ١٢٦)، كشف القناع (٦ / ٢٨٧).
- (٦) الاختيار لتعليل المختار (٨٢ / ٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (١٥١ / ٢)، ينظر: المستوعب (٢ / ٥٤٢)، كشف القناع عن متن الإقناع (٦ / ٢٨٨) ينظر: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل (٤ / ٣٦٤).
- (٧) ينظر: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٦ / ١٠٣) منح الجليل شرح مختصر خليل (٨ / ٢٧١)
- (٨) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٦ / ٢٦١) ينظر: النجم الوهاج في شرح المنهاج (١٠ / ١٤٢)

شروط القاضي

أولاً: البلوغ : اتفق الفقهاء على وجوب توافر شرط البلوغ في القاضي^(١)

ثانياً: العقل: فلا تصح تولية المجنون والمعته^(٢).

ثالثاً: الحرية: لأن القضاء من باب الولايات، وليس للعبد أهلية لأدنى الولايات فلأن لا يكون اهلاً لولاية القضي^(٣).

رابعاً: الإسلام : إذا كانت القضاء بين المسلمين فهذا الشرط مجمع عليه فإنه لا يجوز تقليد الكافر القضاء بين المسلمين وإن ولي فلا يصح قضاؤه ولا ينفذ^(٤)، أما بالنسبة للقضاء بين غير المسلمين، فقط ذهب الحنفية إلى أنه

يجوز أن يكون القاضي بينهم غير مسلم فيقضي الذمي بين الذميين ويصح قضاؤه وينفذ^(٥).

خامساً: سلامة الحواس: وهي السمع، والبصر، والكلام^(٦).

سادساً: العدالة: ذهب الشافعية والحنابلة والمالكية في الأصح والحنفية في رواية إلى اشتراط العدالة^(٧) ،

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٣ / ٧)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٨٧ / ٦)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ

المنهاج (٢٦٢ / ٦)، النجم الوهاج في شرح المنهاج (١٠ / ١٤٦)، المغني لابن قدامة (٣٦ / ١٠) المبدع في شرح المقنع (٨ / ١٥٣).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٣ / ٧)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٨٧ / ٦)، بداية المحتاج في شرح المنهاج (٤ - ٣ /

٤٤٠) شرح المحلي على المنهاج (٦ / ٤٤١)، المغني لابن قدامة (٣٦ / ١٠)

(٣) المصدر السابق.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٣ / ٧)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٨٧ / ٦)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ

المنهاج (٢٦٢ / ٦)، كشف القناع عن متن الإقناع (٦ / ٢٩٥)

(٥) ينظر: حاشية رد المحتار على الدر المختار

(٦) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٣ / ٧)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٨٧ / ٦) النجم الوهاج في شرح المنهاج

(١٠ / ١٤٥ - ١٤٤) المبدع في شرح المقنع (٨ / ١٥٤)

(٧) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٦ / ٢٦٢)، المغني لابن قدامة (٣٦ / ١٠)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد

المختار) (٥ / ٣٥٦)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (١ / ٢٦)

وقال بعض فقهاء الحنفية العدالة ليست شرطاً لتولي القضاء، وإنما هي شرط كمال فيجوز تقليد الفاسق القضاء وتنفيذ احكامه إذا لم يجاوز فيها حدود الشرع^(١).

سابعاً: الاجتهاد: ذهب الشافعية والحنابلة وجمهير المالكية إلى أنه يشترط في القاضي أن يكون مجتهداً^(٢)، وذهب الحنفية إلى عدم اشتراط الاجتهاد في القاضي فيجوز تقليد المقلد^(٣).

ثامناً: الذكورة: فلا تصح ولاية المرأة عند جمهور الفقهاء^(٤)، وذهب الحنفية الى أن المرأة إذا وليت القضاء، نفذ قضاؤها في غير الحدود والقصاص وأثم موليتها؛ لأنه لا شهادة لها في ذلك؛ وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة^(٥).

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٣ / ٧).

(٢) ينظر: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٦ / ٨٨)، تبصرة الحكام (٢٦ - ٢٧)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٦ / ٢٦٣)، المغني لابن قدامة (١٠ / ٣٧)، المبدع في شرح المقنع (٨ / ١٥٣)،

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٣ / ٧)

(٤) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٣ / ٧)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٦ / ٢٦٢)، النجم الوهاج في شرح المنهاج (١٠ / ١٤٤)، المغني لابن قدامة (١٠ / ٣٦)، المبدع في شرح المقنع (٨ / ١٥٣)

(٥) ينظر: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٦ / ٨٨)

المحاضرة الثانية

اختصاصات القاضي

واجبات القاضي وحقوقه

سيرته في قضاؤه

الأسباب التي تقتضي غزله

ما يجوز له وما يمتنع عليه

سيرته مع الخصوم

اختصاصات القاضي

"ولاية القاضي بين العموم والخصوص"

ولا تخلو ولاية القاضي من عموم أو خصوص، فإن كانت ولايته عامة مطلقة التصرف في جميع ما تضمنته فنظره مشتمل على عشرة أحكام:

أحدها: فصل في المنازعات، وقطع التشاجر والخصومات، إما صلحا عن تراض، ويراعى فيه الجواز، أو إجبارا بحكم بات يعتبر فيه الوجوب.

والثاني: استيفاء الحقوق ممن مطل بها، وإيصالها إلى مستحقيها بعد ثبوت استحقاقها من أحد وجهين: إقرار، أو بينة، واختلف في جواز حكمه فيها بعلمه؛ فجوزه مالك والشافعي -رضي الله عنهما- أصح قوليه، ومنع منه في القول الآخر.

الثالث: ثبوت الولاية على من كان ممنوع التصرف بجنون أو صغر، والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس حفظا للأموال على مستحقيها، وتصحيحا لأحكام العقود فيها.

والرابع: النظر في الأوقات بحفظ أصولها وتنمية فروعها، والقبض عليها وصرفها في سبيلها، فإن كان عليها مستحق للنظر فيها راعاه، وإن لم يكن تولاه؛ لأنه لا يتعين للخاص فيها إن عمت، ويجوز أن يفضي إلى العموم وإن خصت.

والخامس: تنفيذ الوصايا على شروط الموصي فيما أباحه الشرع ولم يحظره، وإن كانت لمعينين كان تنفيذها بالإقباض، وإن كانت في موصوفين كان تنفيذها أن يتعين مستحقوها بالاجتهاد ويملكوا بالإقباض، فإن كان فيها وصي راعاه، وإن لم يكن تولاه.

والسادس: تزويج الأيامي بالأكفاء إذا عدمن الأولياء ودعين إلى النكاح، ولا يجعله أبو حنيفة -رضي الله عنه- من حقوق ولايته؛ لتجويزه تفرد الأيم بعقد النكاح.

والسابع: إقامة الحدود على مستحقيها، فإن كان من حقوق الله تعالى تفرد باستيفائه من غير طالب إذا ثبت بإقرار أو بينة، وإن كان من حقوق الأدميين كان موقوفا على طلب مستحقه.

والثامن: النظر في مصالح عمله من الكف عن التعدي في الطرقات والأفنية، وإخراج ما لا يستحق من الأجنحة والأبنية، وله أن ينفرد بالنظر فيها وإن لم يحضره خصم، وقال أبو حنيفة: لا يجوز له النظر فيها إلا

بمحضور خصم مستعد، وهي من حقوق الله تعالى التي يستوي فيها المستعدي وغير المستعدي، فكان تفرد الولاية بها أخص.

والتاسع: تصفح شهوده وأمنائه، واختيار النائبين عنه من خلفائه في إقرارهم، والتعويل عليهم، مع ظهور السلامة والاستقامة وصرفهم، والاستبدال بهم مع ظهور الجرح والخيانة.

ومن ضعف منهم عما يعانيه كان موليه بالخيار من أصلح الأمرين: إما أن يستبدل به من هو أقوى منه وأكفى، وإما أن يضم إليه من يكون اجتماعه عليه أنفذ وأمضى.

والعاشر: التسوية في الحكم بين القوي والضعيف والعدل في القضاء بين المشروف والشريف، ولا يتبع هواه في تقصير المحق أو ممالئة مبطل^(١)، قال الله تعالى: {يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب} [ص: ٢٦].

الخصوص: ويجوز أن يكون القاضي عام النظر خاص العمل، فيقلد النظر في جميع الأحكام في أحد جانبي البلد أو في محلة منه، فينفذ جميع أحكامه في الجانب الذي قلده، والمحلة التي عينت له، وينظر فيه بين ساكنيه وبين الطارئین إليه؛ لأن الطارئ إليه كالساكن فيه، إلا أن يقتصر به على النظر بين ساكنيه دون الغريبين والطارئين إليه فلا يتعداهم.

ولو قلد جميع البلد ليحكم في أحد جانبيه أو في محلة منه أو في دار من دوره جاز له الحكم في كل موضع منه؛ لأنه لا يمكن الحجر عليه في مواضع جلوسه مع عموم ولايته، فإن أخرج ذلك مخرج الشرط في عقد الولاية أبطلها، وكان مردود الحكم في ذلك الموضع وغيره، ولو قلد الحكم فيمن ورد إليه في داره أو في مسجده صح، ولم يجز أن يحكم في غير داره، ولا في غير مسجده؛ لأنه جعل ولايته مقصورة على من ورد إلى داره أو مسجده، وهم لا يتعينون إلا بالورود إليهما، فلذلك صار حكمه فيهما شرطا.

(١) الأحكام السلطانية للماوردي (ص: ١١٩-١٢١)

قال أبو عبد الله الزبيري: لم تزل الأمراء عندنا بالبصرة برهة من الدهر يستقضون قاضيا على المسجد الجامع يسمونه قاضي المسجد، يحكم في مائتي درهم وعشرين دينارا فما دونها، ويفرض النفقات ولا يتعدى موضعه ولا ما قدر له^(١).

واجبات القاضي

- ١- يجب على القاضي. أن يقضي في كل حادثة بما ثبت عنده. أنه حكم الله تعالى.
- ٢- كتابة وقائع الحكم.
- ٣- يجب عليه أيضا. أن يقضي بما ثبت عنده بالبينة أو الإقرار، أو أن يكون المدعي به. مما يدخل فيها النكول^(٢).
- ٤- احضار الشهود عند القضاء للشهادة^(٣).
- ٥- ينبغي أن يعدل بين الخصمين في مجلسهما. من هو لا يقرب أحدهما دون الآخر^(٤).

سيرته في قضاؤه

فإن كان موسوما بالزهد والتواضع والخشوع، كان أبلغ في هيئته، وأزيد في رهبته. وإن كان ممازجا لأبناء الدنيا، تميز عنهم بما يزيد في هيئته، من لباس لا يشاركه غيره فيه، ومجلس لا يساويه غيره فيه وسمت يزيد على غيره فيه.

(ملبس القضاة)، فأما اللباس فينبغي أن يختص بأنظفها ملبسا، ويخص يوم نظره بأفخر لباسه جنسا، ويستكمل ما جرت به العادة بلبسه، من العمامة والطيلسان وأن يتميز بما جرت به عادة القضاة، من القلانس والعمائم السود، والطيايسة السود، فقد اعتم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، يوم دخول مكة، عام الفتح، بعمامة سوداء تميز بها عن غيره ويكون نظيف الجسد، يأخذ شعره وتقليم ظفره، وإزالة الرائحة المكروهة من

(١) المصدر نفسه (١٢٢)

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء، (٣٧٠/٢)

(٣) ينظر: حاشية الدسوقي (١٣٩/٤)

(٤) ينظر: تحفة الفقهاء. (٣٧٠/٢)

بدنه، ويستعمل من الطيب ما يخفى لونه، وتظهر رائحته، إلا أن يكون في يوم ينظر فيه بين النساء، فلا يستعمل من الطيب ما نم.

(مجلس القاضي)

وأما مجلسه في الحكم فيبغي أن يكون فسيحا لا يضيق بالخصوم ولا يسرع فيه الملل ويفترش بساطا، لا يزري، ولا يطغى، ويختص فيه بمقعد ووسادة، لا يشاركه غيره فيهما. وليكن جلوسه في صدر مجلسه، ليعرفه الداخل عليه ببديهة النظر، ولو كان مستقبلا فيه القبلة كان أفضل.

ويفتح مجلسه بركتين، يدعو بعدهما بالتوفيق، والتسديد، ثم يطمئن في جلوسه متربعا مستندا أو غير مستند.

(سمت القاضي).

وأما سمته: فيبغي أن يكون في مجلس الحكم غاض الطرف، كثير الصمت، قليل الكلام، يقتصر من كلامه على سؤال أو جواب، ولا يرفع بكلامه صوتا، إلا لزجر وتأديب، وليقلل الحركة والإشارة، وليقف من أعوانه بين يديه من يستدعي الخصوم إليه، ويرتب مقاعد الناس في مجلسه، ويكون مهيبا مأمونا لينصان به مجلسه، وتكمل به هيئته.

(يوم جلوسه للحكم)، ويجعل يوم جلوسه للحكم العام معروف الزمان، والمكان، وأول النهار أولى به من آخره.

والاعتدال أن يكون له في كل أسبوع يومان إن أقنعا، ولا يخل يوم في كل أسبوع.

فإن وردت فيما عداه أحكام خاصة لم يؤخرها، إن ضرت وكان فيها بين أن يستخلف من ينوب عنه في النظر، وبين أن ينظر فيها بنفسه، بعد أن يستكمل الراحة والدعة لئلا يسرع إليه ملل ولا ضجر^(١).

اسباب عزل القاضي

أولاً: ردة القاضي: إذا ارتد القاضي ان عزل عن الولاية، لأن من شروط صحة التولية الاسلام^(٢).

(١) الحاوي الكبير (٢٧٢/١٦ - ٢٧٣)

(٢) ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين (٩٦ / ١١)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٦ / ٢٦٢)

قال النووي: «فلا يصح تولية فاسق ولا كافر ولو على الكفار^(١)»

ثانياً: فسق القاضي: لأن العدالة شرطاً في صحة ولاية القضاء، فلا تصح تولية الفاسق، وإذا طرأ عليه الفسق بعد توليته فإنه ينزل.^(٢)

ثالثاً: زوال العقل: لأن من شرط صحة التولية قضاء سلامة العقل، فإذا طرأ عليه الجنون بعد توليه فإنه ينزل عن القضاء.^(٣)

رابعاً: مرض القاضي: أو مرض مرضاً غير مرجو الزوال وقد عجز معه عن الحكم^(٤)

خامساً: ظهور خلل من القاضي، كالضعف، أو كثرة الشكاوة...^(٥)

قال الرملي: وللإمام أي يجوز له عزل قاض لم يتعين ظهر منه خلل لا يقتضي انزاله ككثرة الشكاوى منه أو ظن أنه ضعيف أو زالت هيئته في القلوب وذلك لما فيه من الاحتياط^(٦).

سادساً وسابعاً وثامناً وتاسعاً: فيما يعرض للقاضي مما يقتضي عزله أو انزاله، إذا جن قاض أو أغمي عليه أو عمي أو ذهبت أهلية اجتهاده^(٧).

عاشراً: إذا فقد القاضي بصره^(٨).

الحادي عشر: عدم قدرته على الكلام.^(٩)

(١) روضة الطالبين وعمدة المفتين (٩٦ / ١١)

(٢) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٢٦٢ / ٦)، بداية المحتاج في شرح المنهاج (٤ / ٤٤٥)، أدب القاضي للمرداوي (ص ٦٣٣)

(٣) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٢٦٢ / ٦)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٩٧ / ١١)

(٤) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٨ / ٢٤٤)

(٥) ينظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٨ / ٢٤٥)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١ / ١٢٦) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٦ / ٢٦٢)

(٦) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٨ / ٢٤٥).

(٧) ينظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٨ / ٢٤٤)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٦ / ٢٧٠)

(٨) ينظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٨ / ٢٣٨)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٦ / ٢٧٢-٢٦٣)

(٩) المصدر نفسه.

ما يجوز له وما يمتنع عليه.

يجوز له:

أولاً: أن يكتب الإمام كتاب العهد لمن ولاه القضاء، ويذكر فيه ما يحتاج القاضي إلى القيام به، ويعظه فيه، فإن كان بيعته إلى بلد آخر، نظر إن كان بعيداً لا ينتشر الخبر إليه، فليشهد شاهدين على التولية على الوجه الذي تضمنه الكتاب ويقرآنه، أو يقرؤه الإمام عليهما، فإن قرأ غير الإمام، فالأحوط أن ينظر الشاهدان فيه، ثم يخرج الشاهدان معه، فيخبران بالحال هناك،

ثانياً: إذا أراد الخروج إلى بلد قضائه، سأل عن حال من فيه العدول والعلماء، فإن لم يتيسر، سأل في الطريق حتى يدخل على علم بحال البلد، فإن لم يتيسر، سأل حين يدخل، ويستحب أن يدخل يوم الاثنين. قلت: قال الأصحاب: فإن تعسر يوم الاثنين فالخميس، وإلا فالسبت، والله أعلم.

ثالثاً: يرتب القاضي بعد المذكورات أمر الكتاب والمزكين والمترجمين، أما الكتاب فللحاجة إلى كتابة المحاضر والسجلات، والكتب الحكمية؛ لأن القاضي لا يتفرغ لها غالباً.

ويشترط في الكاتب أن يكون عارفاً بما يكتبه من المحاضر وغيرها، وأن يكون مسلماً عدلاً. وفي «المهذب» وجه أن الإسلام والعدالة ليسا بشرط بل مستحبان؛ لأن القاضي لا يمضي ما كتبه حتى يقف عليه، وليس بشيء. ويستحب أن يكون فقيهاً وافر العقل، عفيفاً عن الأطماع، جيد الخط،

رابعاً: يستحب للقاضي المشاورة وإنما يشاور العلماء الأمناء، ويستحب أن يجمع أصحاب المذاهب المختلفة ليذكر كل واحد دليلاً فيتأملها القاضي ويأخذ بأرجحها عنده، ثم الذين يشاورهم إن شاء أقعدهم عنده، وإن شاء أقعدهم ناحية، فإذا احتاج استدعاهم^(١).

ما يمتنع عليه:

أولاً: يكره للقاضي أن يتولى البيع والشراء بنفسه، بل يوكل من لا يعرفه الناس، فإن عرفه بوكالته أبدله، فإن لم يجد من يوكله، عقد بنفسه للضرورة، فإن وقعت خصومة لمعاملة، أناب من يحكم بينه وبين خصمه خوفاً من أن يعميل إليه، ولا يختص هذا الحكم بالبيع والشراء، بل يعم الإجارة وسائر المعاملات

(١) ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١ / ١٣١)

ثانياً: لا ينفذ قضاء القاضي لنفسه، ولا لمملوكه القن وغير القن، ولا لشريكه فيما له فيه شرك، ولا لشريك مكاتبه فيما له فيه شرك، ولا يقضي لأحد من أصوله وإن علواً، ولا فروعه وإن نزلوا، ولا لمملوك أحدهم، ولا لشريكه، فإن فعل، لم ينفذ على الصحيح^(١).

ثالثاً: يحرم على القاضي الرشوة، ثم إن كان له رزق في بيت المال، لم يجز أخذ عوض من الخصوم،

رابعاً: ويكره له أن يقضي في حال غضب وجوع وشبع مفرطين، وفي كل حال يسوء خلقه فيه كالمرض، ومدافعة الأخبثين، وشدة الحزن، والسرور، وغلبة النعاس لخبر الصحيحين «لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان»

خامساً: فإن أهدى إليه من له خصومة في الحال عنده سواء أكان ممن يهدي إليه قبل الولاية أم لا، سواء أكان في محل ولايته أم لا أو لم يكن له خصومة لكنه لم يهد له قبل ولايته القضاء ثم أهدى إليه بعد القضاء هدية حرم عليه قبولها.

سادساً: ليس للقاضي حضور وليمة أحد الخصمين حالة الخصومة، ولا حضور وليمتها، ولو في غير محل الولاية لخوف الميل، وله تخصيص إجابة من اعتاد تخصيصه، ويندب إجابة غير الخصمين إن عمم المولم النداء لها ولم يقطعه كثرة الولايم عن الحكم وإلا فيترك الجميع،

سابعاً: ويكره له حضور وليمة اتخذت له خاصة، أو للأغنياء ودعي فيهم بخلاف ما لو اتخذت للجيران أو للعلماء وهو فيهم، ولا يضيف أحد الخصمين، دون الآخر، ولا يلحق فيما ذكر المفتي والواعظ ومعلم القرآن والعلم، إذ ليس لهم أهلية الإلزام^(٢).

سيرته مع الخصم

أن يبدأ بالنظر بين من سبق من الخصوم، ولا يقدم مسبقاً إلا باختيار السابق، ويجمع بين الخصمين في دخولهما عليه، ولا يستدعي أحدهما قبل صاحبه، فتظهر به مائلة المتقدم، وتضعف فيه نفس المتأخر، بل يسوي في المدخل بين الشريف والمشروف، والحر والعبد، والكافر والمسلم.

(١) المصدر نفسه.

(٢) ينظر: معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٦/٢٨٦ - ٢٨٨)

فإذا دخلا عليه سوى بينهما، في لحظه ولفظه إن أقبل كان إقباله عليهما، وإن أعرض كان إعراضه عنهما، ولا يجوز أن يقبل على أحدهما، ويعرض على الآخر، وإن تكلم كان كلامه لهما، وإن أمسك كان إمساكه عنهما، ولا يجوز أن يكلم أحدهما ويمسك عن الآخر، وإن اختلفا في الدين والحرية لئلا يصير ممايلا لأحدهما. ولا يسمع الدعوى منهما وهما قائمان، حتى يجلسا بين يديه، تجاه وجهه

وينبغي أن يكون مجلس الخصوم عند القاضي أبعد من مجالس غيرهم، لتمييز به الخصوم من غيرهم.

ويسوي في المجلس بين الشريف والمشروف، وبين الحر والعبد، كما سوى بينهما في الدخول، وفي التسوية بين المسلم والكافر في المجلس وجهان:

أحدهما: يسوي بينهما فيه، كما سوى بينهما في المدخل والكلام.

والوجه الثاني: يقدم المسلم في الجلوس على الكافر

فإن اختلف جلوس الخصمين بين يديه، فتقدم أحدهما على صاحبه، كان القاضي بالخيار بين أن يؤخر المتقدم، أو يقدم المتأخر. والأولى أن ينظر: فإن كان المتقدم قد جلس في مجلس الخصوم، وتأخر عنه الآخر، قدمه إليه، وإن كان المتأخر قد جلس في مجلس الخصوم، وتقدم عليه الآخر أخره إليه، حتى يساويا فيه والأولى بالقاضي أن لا يشرك بين الرجال والنساء في مجلس النظر، ويجعل للنساء وقتا، وللرجال وقتا. ولا يحضر خصم النساء من الرجال من يستغنى عن حضوره.

وقد اختير للحاكم عند تحاكم النساء أن يكون الواقف بين يديه لترتيب الخصوم خصيا.

وإن كان التحاكم بين رجل وامرأة، فالأولى أن لا ينظر بينهما عند تحاكم الرجال، لأجل المرأة، ولا ينظر بينهما، عند تحاكم النساء لأجل الرجل، ويجعل لهما وقتا غير هذين.

وإذا جلس الخصمان تقريبا إلا أن يكون أحدهما رجلا والآخر امرأة ليست بذات محرم فيتباعدوا ولا يتلاقصا وأبعد ما يكون من بين الخصمين، أن يسمع كل واحد منهما كلام صاحبه.

وعلى القاضي أن يسمع كلام الخصمين من غير ضجر، ولا انتهار، لأن ضجره عليهما مسقط لما عليه من حقهما، وانتهاره لهما مضعف لنفوسهما، إلا أن يكون منهما لغط فينتهرهما، أو ينتهر اللاخط منهما.

فإن أمسكا عن الكلام بعد جلوسهما، قال القاضي: يتكلم من شاء منكما، والأولى أن يقوله القائم بين يديه؛ لأنه أحفظ لحشمته.

فإن تنازعا في الكلام كفهما عن التنازع، حتى يتفقا على المبتدئ منهما.
فإن أقاما على التنازع ويبتدئ بالكلام من قرع. والوجه الثاني: يصرفهما حتى يتفقا على المبتدئ^(١).

الماضرة الثالثة

صفة القضاء

تعريف الدعوى

بيان مشروعيتها

اركان الدعوى

شروط الدعوى

أنواع الدعوى

باب صفة القضاء

إذا حضر عند القاضي خصمان وادعى أحدهما: على الآخر حقاً يصح فيه دعواه وسأل القاضي مطالبة الخصم بالخروج من دعواه طالبه وإن لم يسأله مطالبة الخصم ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا يجوز للقاضي مطالبة لأن ذلك حق للمدعي فلا يجوز استيفاؤه من غير إذنه والثاني: وهو المذهب أنه يجوز له مطالبته لأن شاهد الحال يدل على الإذن في المطالبة فإن طوّل لم يخل إما أن يقرأ أو ينكر أولاً يقر ولا ينكر فإن أقر لزمه الحق ولا يحكم به إلا بمطالبة المدعي لأن الحكم حق فلا يستوفيه من غير إذنه فإن طالبه بالحكم حكم له عليه وإن أنكر فإن كان المدعي لا يعلم أن له إقامة البينة قال له القاضي ألك بينة وإن كان يعمل فله أن يقول ذلك وله أن يسكت وإن لم تكن له بينة وكانت الدعوى في غير دم فله أن يحلف المدعي عليه ولا يجوز للقاضي إحلافه إلا بمطالبة المدعي لأنه حق له فلا يستوفيه من غير إذنه وإن أحلفه قبل المطالبة لم يعتد بها لأنها يمين قبل وقتها وللمدعي أن يطالب بإعادتها لأن اليمين الأولى لم تكن يمينه وإن أمسك المدعي عن إحلاف المدعي عليه ثم أراد أن يحلفه بالدعوى المتقدمة جاز لأنه لم يسقط حقه من اليمين وإنما أخرجها وإن قال أبرأتك من اليمين سقط حقه منها في هذه الدعوى وله أن يستأنف الدعوى لأن حقه لم يسقط بالإبراء من اليمين فإن استأنف الدعوى فأنكر المدعي عليه فله أن يحلفه لأن هذه الدعوى غير الدعوى التي أبرأه فيها من اليمين فإن حلف سقطت الدعوى.

فإن امتنع عن اليمين لم يسأل عن سبب امتناعه فإن ابتداء وقال امتنعت لأنظر في الحساب أمهل ثلاثة أيام لأنها مدة قريبة ولا يمهل أكثر منها لأنها مدة كثيرة فإن لم يذكر عذراً لامتناعه جعله ناكلاً ولا يقضى عليه بالحق بنكوله لأن الحق إنما يثبت بالإقرار أو البينة والنكول ليس بإقرار ولا بينة فإن بذلك اليمين بعد النكول لم يسمع لأن بنكوله ثبت للمدعي حق وهو اليمين فلم يجز إبطاله عليه فإن لم يعلم المدعي أن اليمين صارت إليه قال له القاضي أتخلف وتستحق وإن كان يعمل فله أن يقول ذلك وله أن يسكت وإن قال أحلف ردت اليمين عليه.

واختلف قول الشافعي رحمه الله تعالى في نكول المدعي عليه مع يمين المدعي فقال في أحد القولين هما بمنزلة البينة لأنه حجة من جهة المدعي وقال في القول الآخر هما بمنزلة الإقرار وهو الصحيح

فإن نكل المدعي عن اليمين سئل عن سبب نكوله والفرق بينه وبين المدعي عليه حيث لم يسأل عن سبب نكوله أن بنكول المدعي عليه وجب للمدعي حق في رد اليمين والقضاء له فلم يجز سؤال المدعي عليه وبنكول

المدعي لم يجب لغيره حق فيسقط بسؤاله فإن سئل فذكر أنه امتنع من اليمين لأن له بينة يقيمها وحساباً ينظر فيه فهو على حقه من اليمين ولا يضيق عليه في المدة ويترك ما ترك المدعى عليه يتأخر حق المدعي في الحكم له ويترك المدعي لا يتأخر إلا حقه وإن قال امتنعت لأني لا أختار أن أحلف كم بنكوله فإن بذل اليمين بعد النكول لم يقبل في هذه الدعوى لأنه أسقط حقه منها فإن عاد في مجلس آخر واستأنف الدعوى وأنكر المدعى عليه وطلب يمينه حلف فإن حلف ترك وإن نكل ردت اليمين على المدعي فإذا حلف حكم له لأنها يمين في غير الدعوى التي حكم فيها بنكوله فإن كان له شاهد واختار أن يحلف المدعى عليه جاز وتنتقل اليمين إلى جنبه المدعى عليه فإن أراد أن يحلف مع شاهده لم يكن له في هذا المجلس لأن اليمين انتقلت عنه إلى جنبه غيره فلم تعد إليه فإن عاد في مجلس آخر واستأنف الدعوى جاز أن يقيم الشاهد ويحلف معه لأن حكم الدعوى الأولى قد سقط وإن حلف المدعى عليه في الدعوى الأولى سقطت عنه المطالبة وإن نكل عن اليمين لم يقض عليه بنكوله وشاهد المدعي لأن للشاهد معنى تقوى به جنبه المدعي فلم يقض به مع النكول من غير يمين كاللوث في القسامة

وإن كانت الدعوى في موضع لا يمكن رد اليمين على المدعى بأن ادعى على رجل ديناً ومات المدعي ولا وارث له غير المسلمين وأنكر المدعى عليه ونكل عن اليمين ففيه وجهان ذكرهما أبو سعيد الإصطخري: أحدهما: أنه يقضي بنكوله، والثاني: وهو المذهب أنه يجبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر

فصل: وإن كان للمدعي بينة عادلة قدمت على يمين المدعى عليه لأنها حجة لا تهمه فيها لأنها من جهة غيره واليمين حجة يتهم فيها لأنها من جهته ولا يجوز سماع البينة ولا الحكم بها إلا بمسألة المدعي لأنه حق له فلا يستوفي إلى بإذنه

فصل: وإن قال المدعي لي بينة بالحق لم يجز له ملازمة الخصم قبل حضورها لقوله صلى الله عليه وسلم: "شاهدك أو يمينه ليس لك إلا ذلك". وإن شهد له شاهدان عدلان عند الحاكم وهو لا يعلم أن له دفع البينة بالجرح قال له قد شهد عليك فلان وفلان وقد ثبتت عدالتهما عندي وقد أطرقتك جرحهما وإن كان يعلم فله أن يقول وله أن يسكت فإن قال المشهود عليه لي بينة بجرحهما نظر فإن لم يأت بها حكم عليه

فصل: وإذا علم القاضي عدالة الشاهد أو فسقه عمل بعمله في قبوله ورده وإن علم حال المحكوم فيه نظرت فإن كان ذلك في حق الآدمي ففيه قولان: أحدهما: أنه لا يجوز أن يحكم فيه بعلمه لقوله عليه الصلاة والسلام للحضرمي: "شاهدك أو يمينه ليس له إلا ذلك" ولأنه لو كان علمه كشهادة اثنين لانعقد النكاح به وحده والثاني: وهو الصحيح وهو اختيار المزني رحمه الله أنه يجوز أن يحكم بعلمه

فصل: وإن سكت المدعى عليه ولم يقر ولم ينكر قال له الحاكم إن أجبت وإلا جعلتك ناكلاً والمستحب أن يقول له ذلك ثلاثاً فإن لم يجب جعله ناكلاً وحلف المدعي وقضى له لأنه لا يخلوا إذا أجاب أن يقر أو ينكر فإن أقر فقد قضى عليه بما يجب على المقر وإن أنكر فقد وصل إنكاره بالنكول عن اليمين فقضينا عليه بما يجب على المنكر إذا نكل عن اليمين.

فصل: وإذا تحاكم إلى الحاكم أعجمي لا يعرف لسانه لم يقبل في الترجمة إلا عدلين لأنه إثبات قول يقف الحكم عليه فلم يقبل إلا من عدلين كالإقرار وإن كان الحق مما يثبت بالشاهد والمرأتين قبل ذلك في الترجمة وإن كان مما لا يقبل فيه إلا ذكرين لم يقبل في الترجمة إلا ذكرين فإن كان إقراراً بالزنا ففيه قولان: أحدهما: أنه يثبت بشاهدين والثاني: أنه لا يثبت إلا بأربعة.

فصل: وإن حضر رجل عند القاضي وادعى على غائب عن البلد أو على حاضر فهرب أو على حاضر في البلد استتر وتعذر إحضاره فإن لم يكن بينة لم يسمع دعواه لأن استماعها لا يفيد وإن كانت معه بينة سمع دعواه وسمعت بينته.

فصل: ويجوز للقاضي أن يكتب إلى القاضي فيما ثبت عنده ليحكم به ويجوز أن يكتب إليه فيما حكم به لينفذه

فصل: إذا ثبت عند القاضي حق بالإقرار فسأله المقر له أن يشهد على نفسه بما ثبت عنده من الإقرار لزمه ذلك لأنه لا يؤمن أن ينكر المقر فلزمه الإشهاد ليكون حجة له إذا أنكر وإن ثبت عنده الحق بيمين المدعي غير الإشهاد وإن ثبت عنده الحق بالبينة فسأله المدعي الإشهاد ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا يجب لأن له بالحق بينة فلم يلزم القاضي تجديد بينة أخرى والثاني: أنه يلزمه

فصل: إذا اتضح الحكم للقاضي بين الخصمين فالمستحب أن يأمرهما بالصلح فإن لم يفعلوا لم يجز ترادفهما لأن الحكم لازم فلا يجوز تأخيره من غير رضا من له الحكم^(١).

(١) ينظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي (٣/ ٣٩٥-٤٠٤)، المجموع شرح المهذب (٢٠/ ١٥٧-١٦٩)

تعريف الدعوى لغة واصطلاحاً

لغة: جَمْعُ الدَّعْوَى دَعَاوِيٌّ، بكسْرِ الواوِ وفتحها^(١)، وتأني بمعنى الطلب والتمني^(٢)

اصطلاحاً: اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في تعريف الدعوى، لكل واحد منهم تعريف.

الحنفية: قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق قبل غيره خرج الشهادة والإقرار أو دفعه أي دفع

الخصم عن حق نفسه^(٣)

المالكية: طَلَبٌ مُعَيَّنٌ أَوْ مَا فِي ذِمَّةٍ مُعَيَّنٍ أَوْ مَا يَتَرْتَبُ عَلَيْهِ أَحَدُهُمَا مُعْتَبَرَةٌ شَرْعًا لَا تُكْذِبُهَا الْعَادَةُ فَالْأَوَّلُ

كَدَعْوَى أَنَّ السِّلْعَةَ الْمُعَيَّنَةَ اشْتَرَاهَا مِنْهُ أَوْ غُصِبَتْ مِنْهُ، وَالثَّانِي كَالدُّيُونِ وَالسَّلَامِ^(٤)

الشافعية: إخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم^(٥).

الحنابلة: إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته والمدعى عليه من يضاف إليه

استحقاق شيء عليه^(٦)

تعريف الدعوى عند أهل القانون:

لقد اختلف علماء القانون في وضع تعريف محدد للدعوى اختلافاً كثيراً:

فقد عرفها كثير منهم بأنها سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على معونته في تقرير الحق أو حمايته^(٧).

أو «سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الوصول إلى احترام القانون»^(٨).

(١) تاج العروس (٥٢ / ٣٨)

(٢) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (١ / ١٩٥)

(٣) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) (٥ / ٥٤١)

(٤) تعريف المالكية: الفروق للقرافي (٤ / ٧٢)

(٥) إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (٤ / ٢٨٣) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج - الفكر (٤ / ٤٦١)

(٦) منتهى الإيرادات (٥ / ٣٢٤) المغني لابن قدامة ط - أخرى (١٢ / ١٦٣)

(٧) المرافعات المدنية والتجارية - أبو هيف ص ١٦، ٢٣٣

(٨) نظرية الدفع أبو الوفا: ص ٧٨٩.

وعرفها آخرون بأنها «حق الشخص في الحصول على حكم في الموضوع لصالحه وذلك في مواجهة شخص آخر بواسطة السلطة القضائية»^(١)

مشروعية الدعوى:

جاءت مشروعية الدعوى في السنة والإجماع:

من السنة:

أولاً: عن علقمة بن وائل، عن أبيه، قال: جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال الحضرمي: يا رسول الله، إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للحضرمي: «ألك بينة؟» قال: لا، قال: «فلك يمينه»، قال: يا رسول الله، إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء، فقال: «ليس لك منه إلا ذلك»، فانطلق ليحلف، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أدبر: «أما لعن حلف على ماله ليأكله ظلماً، ليلقين الله وهو عنه معرض»^(٢)

ثانياً: عن أبي وائل قال: قال عبد الله رضي الله عنه (من حلف على يمين يستحق بها مالا وهو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان). فأنزل الله تصديق ذلك {إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً - فقرأ إلى - عذاب أليم} . ثم إن الأشعث بن قيس خرج إلينا فقال ما يحدثكم أبو عبد الرحمن؟ قال فحدثناه قال فقال صدق لفي والله أنزلت كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر فاختصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (شاهدك أو يمينه). قلت إنه إذا يحلف ولا يبالي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من حلف على يمين يستحق بها مالا هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان). فأنزل الله تصديق ذلك ثم اقتراً هذه الآية {إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً - إلى - ولهم عذاب أليم} «^(٣)» ٢٣٨٠ باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه كتاب الرهن

(١) نظرية البطلان - فتحي والي: ص ١٣.

(٢) صحيح مسلم (١/ ١٢٣)، كتاب الأيمان، باب وعيد من اقتطع حق المسلم بيمين فاجرة بالنار، برقم (١٣٩).

(٣) صحيح البخاري - البغا (٢/ ٨٨٩) صحيح مسلم (١/ ١٢٢).

الإجماع:

قال ابن المنذر: وأجمعوا على أن البيّنة على المدّعي، واليمين على المدّعى عليه^(١).

أركان الدعوى:

والدعوى تشتمل على أربعة أشياء: مدع، مدعى عليه، ومدعى به، ومدعى عنده.

فأما المدعي: فهو الطالب من غيره شيئاً في يده، أو في ذمته.

وأما المدعى عليه: فهو المطلوب منه شيئاً في يده، أو في ذمته.

وفرق ما بين الطالب، والمطلوب منه، أن الطالب إذا تارك ترك والمطلوب إذا تارك لم يترك.

وأما المدعى به فهو ما تنازع فيه الطالب والمطلوب. وأما المدعى عنده فهو من نفذ حكمه من قاض أو

أمير^(٢).

أنواع الدعوى:

والعدوى على ستة أضرب: صحيحة، وفاسدة، ومجملة، وناقصة، وزائدة، وكاذبة.

فأما الدعوى الصحيحة فضربان: دعوى استحقاق، ودعوى اعتراض. فأما دعوى الاستحقاق فضربان:

أحدهما: أن تتوجه إلي عين في اليد. والثاني: إلي مال في الذمة.

فأما توجه الدعوى إلي عين في اليد فضربان: منقول، وغير منقول فأما المنقول فضربان:

حاضر، وغائب.

وأما غير المنقول كدار، أو ضيعة فتعيينها في الدعوى يكون بذكر الناحية، والحدود الأربعة: لتمييز بذلك

من غيرها

وإن كانت الدعوى بمال في الذمة، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون من ذوي الأمثال كالدراهم، والدنانير

(١) الإجماع لابن المنذر (ص: ٨١)

(٢) الحاوي الكبير (١٧ / ٢٩٢) الوسيط في المذهب (٧ / ٣٩٩)

فأمل دعوى الاعتراض فضربان:

أحدهما: أن يتوجه إلي ما فيه يده. والثاني: إلي ما يتعلق بدمته.

وأما الدعوى الفاسدة فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: ما عاد فساده إلي المدعي. والثاني: ما عاد فساده إلي الشيء المدعى. والثالث: ما عاد فساده إلي سبب الدعوى.

وأما الدعوى المجملة فكقوله: لي عليه شيء، فالشيء مجهول لانطلاقه على كل موجود من حق وباطل، وصحيح وفاسد، فلا يسمع دعوى المجمل والمجهول وإن سمع الإقرار، بالمجمل والمجهول.

وأما الدعوى الناقصة فعلى ضربين: نقصان صفة، ونقصان شرط

وأما الدعوى الزائدة فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن تكون الزيادة هدرًا غير مؤثرة كقوله: ابتعت منه هذا العبد في بلد كذا، أو في سوق كذا، فلا يؤثر في الدعوى ويطرح للحاكم سماعها.

والضرب الثاني: أن تكون الزيادة تأكيدًا كقوله: ابتعت هذا العبد على أبي إن وجدت به عيبًا رددته، أو على أن عليه أبي استحق دركه، فلا يمنع الحاكم من سماعها، وإن لم تحتج الدعوى إليها بما أوجبه الشرع من رد العيب، ودرك المستحق لأن التأكيد مستعمل في العقود فجرت الدعوى فيه على المعهود.

والضرب الثالث: أن تكون الزيادة منافية لموجب الدعوى كقوله: ابتعت هذا العبد بألف إن استقالي أقلتة، وإن ردها على فسخته فهذه الزيادة في الدعوى معتبرة بمخرجه منه، فإن خرجت مخرج الوعد بعد صحة العقد، لم تمنع من صحة الدعوى وكان ذكرها حكاية حال تقف على خياره، وإن خرجت مخرج الشرط في العقد، أبطل بها الدعوى فإن قصد بها تملك المبيع لم يسمعها وإن قصد بها استرجاع الثمن سمعها.

وأما الدعوى الكاذبة فهي المستحيلة، كمن ادعى وهو بمكة أنه نكح بالأمس فلانة بالبصرة^(١).

(١) بحر المذهب للرويانى (١٤/٣٩٦-٤٠٢) الحاوى الكبير (١٧/٢٩٢-٣٠٠)

شروط الدعوى :

يشترط في الدعوى شروطا كثيرة لاعتبارها شرعا، وللنظر فيها، ولإنتاجها الأثر المطلوب منها، وتنقسم هذه الشروط إلى شروط في المدعي، وشروط في المدعى عليه، وشروط في المدعى به، وشروط في الصيغة، وإجمالها كما يلي:

١ - الأهلية: والمراد بها أهلية الأداء، فيشترط في كل من المدعي والمدعى عليه أن يكون أهلا لرفع الدعوى، والجواب عنها، والقيام بإجراءاتها بأن يكون بالغا عاقلا، فلا تصح الدعوى من الصغير والمجنون، ولا تصح الدعوى عليهما؛ لأن الدعوى تصرف شرعي يترتب عليه آثار ونتائج شرعية، فيشترط فيها ما يشترط في التصرفات الشرعية. لكن إذا كان غير أهل فيقوم عنه وليه في رفع الدعوى، أو الجواب عنها.

٢ - الصفة: يشترط في كل من المدعي والمدعى عليه أن يكون له صفة في الدعوى، بأن يكون ذا شأن، وعلاقة، وارتباط في القضية التي أثرت حولها الدعوى، وأن يعترف الشرع لكل منهما بهذه الصفة، بأن يخول المدعي حق الادعاء والمطالبة، ويكلف المدعى عليه بالجواب والمخاصمة، وذلك بأن يكون المدعي يطلب الحق لنفسه، أو يدعي الحق لغيره نيابة عنه، أو بالوكالة، وأن يكون المدعى عليه طرفا في القضية وفي المدعى به، بحيث إذا أقر به يلزمه القاضي بالأداء والتنفيذ والالتزام بموجب إقراره، كالمدين في الدين، والمتهم في الجنايات، وواضع اليد في الأعيان، وواحد الأطراف في العقد.

٣ - الحضور: اشترط الحنفية في الدعوى أن تكون على خصم حاضر، فلا تسمع الدعوى على غائب، ولا تقبل البينة والأدلة أثناء غياب المدعى عليه، ولا يصدر الحكم إلا بحضوره.

وقال جمهور الفقهاء بجواز الدعوى على الغائب والقضاء عليه .

٤ - مشروعية المدعى به: يشترط في المدعى به أن يكون مشروعاً، أي يقره الشارع، أو أن يكون المدعى به جائزا شرعا، بأن يكون فيه مصلحة للمدير، وأن تكون هذه المصلحة محمية بالقضاء؛ لأن القضاء يرعى الأحكام التي أقرها الشرع لأصحابها ويحميها لهم، ويدافع عن الاعتداء عليها، وتسمى الأحكام ذات الاعتبار القضائي.

أما إذا كان المدعى به لا يقره الشرع كالخمر، ومال الربا، والقمار، والآثار المترتبة على الفاسد والباطل فلا يحميها الشرع، ولا تقبل الدعوى به.

وكذلك الأحكام التي يقرها الشرع، ولكن لا يلزم الناس بها، ولا يكلفهم أداءها وجوبا، بل جعل جزاءها في الآخرة، فلا تقبل فيها الدعوى على آخر كالاتناع عن الإقراض، أو مساعدة الجار، أو الإحسان إلى الآخرين، أو قبول الوكالة، أو التبرع بمال، أو صلة ذوي القربى والأرحام، وإنما يطالب بها الشخص ديانة، فيما بينه وبين الله تعالى.

٥ - المعلوماتية: يشترط في المدعى به أن يكون معلوما، وذلك بتمييزه عن غيره، إما بالإشارة إليه كهذه السيارة، أو بيان حدوده كالعقار، أو تعيين أوصافه بالجنس والنوع والصفة والمقدار، وتختلف المعلوماتية بحسب المدعى به من عقار، أو منقول أو نقود، أو أعيان وذلك حتى يتحدد المدعى به في الدعوى، ويتم الادعاء والإجراءات والخصومة عليه، ومن ثم يحكم به القاضي، ويتم عليه تنفيذ الحكم؛ لأن فائدة الدعوى هي الحكم والإلزام، والحكم، والتنفيذ، ولا يتحقق ذلك في المجهول.

٦ - أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت عقلا أو عادة: فلا تقبل الدعوى بما يكذبه العقل أو العادة، كمن يدعي نسب شخص لا يولد مثله لمثله، أو أن يدعي فقير على غني بأنه أقرضه مبلغا كبيرا من المال لا يعهد له بمثله، أو يدعي رجل عادي على وجيه أنه استأجره لخدمة في بيته ولم يكمل عمله ومثله لا يخدم^(١).

شروط الدعوى من جهة اخرى

لأَوَّلُ: أَنْ تَكُونَ مَعْلُومَةً: فَلَوْ قَالَ لِي عَلَيْهِ شَيْءٌ لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ؛ لِأَنَّهَا مَجْهُولَةٌ

الثَّانِي: مِنْ شُرُوطِ الدَّعْوَى أَنْ تَكُونَ مِمَّا لَوْ أَقْرَبَ بِهَا الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَزِمَتْهُ، فَإِنَّهُ لَوْ ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ هِبَةً وَقُلْنَا إِنَّ هِبَةَ تَلْزِمُ بِالْقَوْلِ، فَيَلْزِمُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْجَوَابُ بِإِفْرَارٍ أَوْ إنْكَارٍ

الثَّالِثُ: مِنْ شُرُوطِ سَمَاعِ الدَّعْوَى أَنْ تَكُونَ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِهَا حُكْمٌ أَوْ غَرَضٌ صَحِيحٌ، فَمِثَالُ مَا يَتَعَلَّقُ بِهَا حُكْمٌ أَنْ يَدَّعِيَ رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ بَدَيْنٍ وَيَقِيمَ الْبَيِّنَةَ عَلَى ذَلِكَ وَعَدَلَتْ الْبَيِّنَةُ،

الرَّابِعُ: أَنْ تَكُونَ الدَّعْوَى مُحَقَّقَةً فَلَوْ قَالَ أَظُنُّ أَنَّ لِي عَلَيْهِ أَلْفًا، أَوْ قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي الْجَوَابِ أَظُنُّ أَنِّي فَضَيْتُهُ لَا تُسْمَعُ الدَّعْوَى لِتَعَدُّرِ الْحُكْمِ بِالْمَجْهُولِ، وَلَا يَنْبَغِي لِلْحَاكِمِ أَنْ يَدْخُلَ فِي الْخَطَرِ بِمُجَرَّدِ الْوَهْمِ مِنَ الْمُدَّعَى.

الخامس: أن تكون الدعوى مما لا تشهد العادة والعرف بكذبها (والدعاوى باعتبار هذا المعنى ثلاثة أنواع) نوع تكذيبه العادة، ونوع تصدقه العادة، ونوع متوسط لا تفضي العادة بصدقه ولا بكذبه^(١).

(١) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام (١/٤٨ - ١٤٥)

الماضرة الرابعة

تعريف المدعي والمدعى عليه

شروط المدعي والمدعى عليه

شروط المدعى به

مكان نظرة الدعوى

حضور الخصوم وغيابهم

تلقين الدعوى وتصحيحها

احوال جَوَابِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ

دفع الدعوى

شروط دفع الدعوى

تعريف المدعي والمدعى عليه:

المدعي من خالف قوله الظاهر، والمدعى عليه من شهد له الظاهر وصاحب الثوب بجحد الإذن والأصل أنه لم يأذن فالظاهر معه فهو المدعى عليه. (١)

لمدعي: من لا يجبر على الخصومة إذا تركها، والمدعى عليه: من يجبر على الخصومة (٢)

المدعي: من خالف قوله الظاهر وقيل هو من لو سكت لترك، والمدعى عليه من لو سكت لم يترك (٣).

شروط المدعي والمدعى عليه

١ - الشرط الأول: الأهلية (أهلية الاداء)

اتفق الفقهاء على وجوب شرط الأهلية في المدعي والمدعى عليه، وأما من ليس أهلا فيطالب له بحقه الولي أو وصي.

وللمذاهب تفصيل في اشتراط الأهلية:

فالحنفية: لا يشترطون كمال الأهلية في الطرفين : ذهب الحنفية إلى أنه يجوز للصبي المميز المأذون له أن يرفع الدعوى، ويجوز أن يكون الصبي المميز مرفوعا عليه دعوى لأن الدعوى من التصرفات التي تدور بين النفع والضرر فتصح من الصبي المميز مع اذن وليه ولا تصح بدون إذن وليه (٤)..

والمالكية: لا يشترطون كمال الأهلية في المدعي فقط. أما المدعي فلا يشترط فيه الأهلية الكاملة بل تصح الدعوى من السفیه والصبي - وان كان محجورا عليه - أي لا يشترط اذن الولي. أما المدعى عليه: فتشترط أهليته الكاملة (٥).

أما الشافعية فيشترطون كمال الأهلية في الطرفين. يشترط البلوغ في الطرفين و تسمع الدعوى على المحجور عليه فيما يصح به إقراره فتسمع الدعوى بالقتل على السفیه المحجور عليه.

(١)التجريد للقدوري (٧/ ٣٦٦٣)

(٢)مختصر القدوري (ص: ٢١٤) الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/ ١٥٤)

(٣)إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (٤/ ٢٨٤)

(٤) ينظر: البحر الرائق ٧/ ١٩١ درر الحكام

(٥) ينظر: مواهب الجليل ٦/ ١٢٧ تبصرة الحكام ١/ ١٠٧

والشافية يسمعون الدعوى من الذمي والمستأمن والمعاهد وعليهم ولكنهم لا يسمعونها من الحربي^(١).

أما الحنابلة: يشترط البلوغ في الطرفين ولكن تصح على السفية فيما يؤخذ به حال سفهه فتصح دعوى الطلاق والقذف^(٢).

شرط الصفة:

المقصود به أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه ذا شأن في القضية التي أثيرت حولها الدعوى، وأن يعترف الشارع بهذا الشأن ويعتبره كافياً لتحويل المدعي حق الادعاء، ولتكليف المدعى عليه بالجواب والمخاصمة. ويتحقق ذلك في المدعي إذا كان يطلب الحق لنفسه، أو لمن يمثله ويحق للدائن أن يرفع دعوى لمدينه يطالب فيه بحقوقه إذا أحاط الدين بأمواله وأشهر إفلاسه.

أن المقصود بمشروعية الدعوى فصل الخصومة وقطع النزاع بأخذ الحق لصاحبه ممن وقع له بغير حق، وهذا يقتضي أن يحدد من يحق له المطالبة، ومن يصح أن توجه إليه هذه المطالبة، وإلا فإنه لا سبيل عندئذ إلى الوصول إلى ذلك الهدف المقصود بتشريع الدعوى. من أجل ذلك كان الاتفاق بين فقهاء الشريعة الإسلامية، وتبعهم علماء القانون، على اشتراط الصفة المخولة للادعاء، والمخولة لتلقيه، لصحة أية دعوى. وخلاصة معنى هذا الشرط: أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه ذا شأن في القضية التي أثيرت حولها الدعوى، وليس المقصود أي شأن، وإلا فإن كل فرد في الأمة له شأن في كل قضية من قضاياها، وخصوصاً في مثل مجتمع الدولة الإسلامية، حيث المسلمون كالبنيان يشد بعضه بعضاً، وإنما المقصود شأن يعترف به المشرع، ويراه كافياً لتحويل المدعي حق الادعاء، ولتكليف المدعى عليه بالجواب والمخاصمة وسنفضل ذلك قريباً إن شاء الله تعالى. ونذكر هنا أن علماء المرافعات يتفقون على اشتراط الصفة، وإن كان بعضهم يرى أن هذا الشرط ليس إلا تكراراً لشرط المصلحة الشخصية وهو أن يكون للمدعي مصلحة عامة..^(٣)

شروط المدعى به

(١) ينظر: تحفة المحتاج ١٠ / ٢٩٣ مغني المحتاج ٤ / ١١٠.

(٢) ينظر: منتهى الارادات ٢ / ٨٠٨ كشاف القناع ٤ / ٢٧٧.

(٣) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٠ / ٢٩) نظرية الدعوى ٢٨٧.

يشترط في المدعى به أن يكون معلوماً ، والمراد بعلم المدعى به تصويره، أي تميزه في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي (١) .

مكان نظر الدعوى

الأصل في القضاء أنه يصلح في جميع الأمكنة والأزمنة، وليس منه شيء يجرم إلا إذا ترتب عليه إهدار واجب، أو فعل محرم من المحرمات.

ولما كان للقضاء هدف عظيم يتوقف على القيام بحكم الله تعالى، فقد نص الفقهاء على صفات وخصائص استحباها توفرها في الأماكن التي يخصصها ولي الأمر للقضاء، ويمكن إجمال هذه الصفات فيما يلي (٢):

وهذا تفصيل الشافعية في مكان الدعوى: يُسْتَحَبُّ أَنْ يَكُونَ مَجْلِسُ الْقَضَاءِ فَسِيحًا بَارِرًا نَزْهًا لَا يُؤْذِي فِيهِ حَرٌّ وَلَا بَرْدٌ وَرِيحٌ وَعُبَارٌ وَدُخَانٌ، فَيَجْلِسُ فِي الصَّيْفِ حَيْثُ يَلِيقُ بِهِ، وَكَذَا فِي الشِّتَاءِ وَزَمَنِ الرِّيحِ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَكُونَ مَوْضِعُ جُلُوسِهِ مُرْتَفِعًا كَدِكَّةٍ وَنَحْوَهَا لِيَسْهُلَ عَلَيْهِ النَّظَرُ إِلَى النَّاسِ، وَعَلَيْهِمُ الْمُطَالَبَةُ، وَحَسَنٌ أَنْ يُوْطَأَ لَهُ الْفِرَاشُ، وَمَوْضِعُ الْوِسَادَةِ، لِيَعْرِفَهُ الدَّاخِلُ، وَيَكُونَ أَهْيَبَ عِنْدَ الْخُصُومِ، وَأَرْفَقَ بِالْقَاضِي لِغَلَا يَمَلُّ، وَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يَكُونَ مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ، وَلَا يَتَّكِي، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ لَا يُتَّخَذَ الْمَسْجِدُ مَجْلِسًا لِلْقَضَاءِ، فَإِنْ اتَّخَذَ، كُرِهَ عَلَى الْأَصْحَحِ؛ لِأَنَّهُ يُنَزَّهُ عَنِ رَفْعِ الْأَصْوَاتِ وَحُضُورِ الْحَيْضِ وَالْكَفَّارِ وَالْمَجَانِينَ وَعَيْرِهِمْ مِمَّنْ يَحْضُرُونَ مَجْلِسَ الْقَضَاءِ، وَالثَّانِي: لَا يُكْرَهُ كَمَا لَا يُكْرَهُ الْجُلُوسُ فِيهِ لِتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ وَسَائِرِ الْعُلُومِ وَالْإِفْتَاءِ، وَإِذَا أَثْبَتْنَا الْكِرَاهَةَ، فَهِيَ فِي إِقَامَةِ الْحَدِّ أَشَدُّ، وَكِرَاهَةُ اتِّخَاذِهِ مَجْلِسًا لِلْقَضَاءِ كِرَاهَةٌ تَنْزِيهِ، فَإِنْ ارْتَكَبَهَا لَمْ يُمْكِنِ الْخُصُومَ مِنَ الْاجْتِمَاعِ فِيهِ وَالْمُشَامَّةِ وَنَحْوِهَا، بَلْ يَقْعُدُونَ خَارِجَهُ، وَيَنْصِبُ مَنْ يُدْخِلُ حَصْمَيْنِ حَصْمَيْنِ، وَلَوْ اتَّفَقَتْ قَضِيَّةٌ أَوْ قَضَايَا وَقَتَ حُضُورِهِ فِي الْمَسْجِدِ لِصَلَاةٍ أَوْ غَيْرِهَا، فَلَا بَأْسَ بِفَضْلِهَا، وَإِذَا جَلَسَ لِلْقَضَاءِ وَلَا رَحْمَةً، كُرِهَ أَنْ يَتَّخَذَ حَاجِبًا عَلَى الْأَصْحَحِ، وَلَا كِرَاهَةَ فِيهِ فِي أَوْقَاتِ حُلُوتِهِ عَلَى الصَّحِيحِ (٣).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٦ / ٢٢٢، المهذب ٢ / ٣١١، المغني ٩ / ٨

(٢) ظرية الدعوى (٢٠٥).

(٣) روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١ / ١٣٨)

حضور الخصوم وغيابهم:

لا يحكم القاضي حتى يسمع جواب المدعي عليه ، وهناك حالات يكون المدعي عليه حاضراً في البلد ولم يحضر فالقاضي يحضره هذا إذا كان في البلد وداخلاً في ولايته ، ولا يحكم حتى يسمع جوابه ، ولكن هناك أشخاصاً لهم حقوق علي أشخاص غائبين لا يعرف أين هم ، أو غابوا مع الامتناع عن الحضور ، أو غابوا ويعرف مكان غيبتهم ولكنهم في ولاية غير ولاية القاضي فإذا ترك هؤلاء حتى يحضروا مع استحالة حض ورهم ، أو يترك حق المدعي يضيع بسبب غيبة المدعي عليهم وتهرجم ، أو تسمع الدعوي أو البينة ويحكم له ، والمدعي عليه علي حجته متي ما حضر، وللعلماء في الحكم علي الغائب أقوال:

١- ذهب الحنابلة^(١) والشافعية^(٢) إلي جواز الحكم علي الغائب في حقوق الآدميين ، كالأموال والقصاص والأبدان ، ولا يحكم عليه في الحدود كالزني وشرب الخمر ، لأنها حق لله وحقوق الله مبناها علي الستر والدرء أما الحدود التي للآدميين فيها حق كالقذف والسرقه فيحكم فيها علي القاذف بالجلد وعلي السارق بالمال دون القطع .

واستدلوا بالحكم علي الغائب بقوله تعالي : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ } وبقوله : { وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ } أي لجميع الناس الحاضرين والغائبين.

ومن السنة عن عائشة رضي الله عنها أن هند قالت للنبي صلي الله عليه وسلم : إن أبا سفيان رجل شحيح ، فاحتاج أن آخذ من ماله . فقال صلي الله عليه وسلم : ((خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)) فقضي رسول الله صلي الله عليه وسلم علي أبي سفيان وهو غير حاضر مجلس القضاء .

وعن أنس قال : ((قدم اناس من عكل أو عرينة فاجتووا المدينة فأمر لهم النبي صلي اله عليه وسلم بلقاح وأمرهم أن يخرجوا فشربوها من أبوالها والبانها حتي إذا برئوا قتلوا الراعي واستاقوا النعم فبلغ النبي صلي الله عليه وسلم فبعث الطلب في أثرهم فما ارتفع النهار حتي جيء بهم فأمر بهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمر أعينهم فلقوا بالحره يستسقون فلا يسقون))^(٣).

(١) المغني (٩٣/١٤).

(٢) مغني المحتاج (٤٠٦/٤).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الحدود، باب سمر النبي أعين المحاربين، فتح الباري، (١١٢/١٢)، وأخرجه مسلم في صحيحه كتاب القسامة ، باب حكم المحاربين والمرتدين بشرح (١٦٦/١١)، وسنن ابن ماجة (٨٦٦/٢)، وسنن أبي داود (٥٣١/٤).

٢- ذهب المالكية^(١): يقضي علي الغائب في بعض الحالات ، ولا يقضي عليه في حالات أخرى . فإذا كانت غيبته أكثر من مسيرة عشرة أيام، أو منقطع الغيبة فيحكم عليه، أما إذا كانت غيبته قريبة على مسيرة اليوم واليومين فيكتب إليه، ويعذر إليه في كل حق.

٣- ذهب بن حزم^(٢) إلى القضاء علي الغائب كما يقضي علي الحاضر في كل الحقوق سواء أكانت للمخلوقين أم للخالق جلّ وعلا .

واستدل ابن حزم بالحكم علي الغائب بقوله تعالي : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ } وبقوله : { وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ } أي لجميع الناس الحاضرين والغائبين، فلم يخص تعالي حاضراً من غائب .

قال رحمه الله : وقد صح عن النبي صلي الله عليه وسلم الحكم علي الغائب كما حكم علي العرانيين^(٣).

٤- ذهب الحنفية^(٤) إلى عدم جواز القضاء علي الغائب.

واستدل بعدم جواز القضاء علي الغائب بحديث أم سلمة عن النبي صلي الله عليه وسلم قال : ((إنما أنا بشر وأنكم تحتصمون إليّ ولعل بعضكم أحنّ من بعض فأقضي له علي نحو ما أسمع فم قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار))^(١) فيدل الحديث علي أن القاضي يجب أن يبني حكمه علي ما يسمع من الخصمين ، وهذا يتطلب حضورهما مجلس القضاء ، وإذا غاب أحدهما فلا يقضي . وحديث علي رضي الله عنه لما بعثه رسول الله صلي الله عليه وسلم قاضياً ومرّ ذكره والشاهد : (فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضي حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه من الأحرى أن يتبين لك القضاء).

(١) تبصرة الحكام(٦٩/١).

(٢) المحلى(٣٦٦/٩).

(٣) المحلى(٣٦٩/٩).

(٤) بدائع الصنائع(٨/٧).

فهذا يدل على أن الحاكم لا يقضي على غائب لأنه صلى الله عليه وسلم منعه أن يقضي لأحد الخصمين حتى يسمع كلام الآخر ، وقالوا لو جاز الحكم على الغائب لم يكن الحضور واجباً عليه كما أنه يجوز أن يكون للغائب ما يبطل البيئة ويجرح فيها كما يجوز أن يقر بما أدعي عليه به فيحكم عليه بالإقرار .

كما أن القضاء من أجل المنازعة ولا منازعة مع غياب الخصم.

الراجح: يترجح جواز الحكم على الغائب لقوة أدلتهم وسلامتها، ويتفق مع مقاصد الشريعة من الحكم بالعدل ونصرة المظلوم، وعدم إبطال ما قامت البيئة العادلة بإثباته، ومنع الحيل على أكل أموال الناس بالباطل، والهروب من أداء الحقوق والواجبات ولو لم تسمع البيئة لجعلت الغيبة والاستتار ذريعة وطريقاً لإسقاط الحقوق التي نصب الحكام لحفظها والقضاء بها على الغائب هو الطريق السليم للمحافظة على حقوق الناس من الضياع

أما إحضار الخصم الحاضر في البلد أو من كان قريباً من مجلس الحكم:

في مذهب الشافعي: يجب إحضار الخصم الحاضر في البلد أو من كان قريباً من مجلس الحكم بحيث لا يبعد عنه فوق مسافة العدوى، وهي المسافة التي يرجع منها المبكر في خروجه إلى محله الذي خرج منه في نفس اليوم الذي خرج فيه.

ولكنهم اشترطوا من أجل وجوب إحضار الخصم أن لا يعلم كذب المدعي، وأن لا يكون المدعى به مستحيلاً عادة أو عقلاً، وقالوا أيضاً: ينبغي لا يكون المدعى عليه مستأجراً لعين إذا كان حضوره يعطل حقه في استيفاء منفعة العين المستأجرة، وإنما يحضره إذا انقضت مدة الإجارة، هذا وقد ضبطوا التعطيل المضرب بأن يمضي زمن يقابل بأجرة وإن قلت

كذلك قالوا: لا يجب على القاضي أن يأمر بإحضار الخصم إذا كان النزاع بين معاهدين، لأنه لا يلزمه

الحكم بينهما^(١).

(١) ينظر: ينظر تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي (١٠/١٨٦-١٨٩)

تلقين الدعوى:

قد يدعي المدعي بدعوى فاسدة أو غير محررة، فهل يجوز للقاضي تلقيه ما تصير للدعوى به معلومة يصح سماعها^(١).

قول الحنفية واحدى الوجهين عند الشافعية وهو المعتمد و احد الوجهين عن الحنابلة.

قال السرخسي: وَلَكِنَّهُ إِذَا نَظَرَ فِي دَعْوَاهُ فَإِنْ لَمْ تَكُنْ صَحِيحَةً يَقُولُ لَهُ قُمْ فَصَحِّحْ دَعْوَاكَ؛ لِأَنَّ بِالِدَّعْوَى الْفَاسِدَةِ لَا يُسْتَحَقُّ الْجَوَابُ^(٢).

الشافعية: وَإِنَّمَا لَمْ يَجْزْ لَهُ تَعْلِيمُ الْمُدَّعِي كَيْفِيَّةَ الدَّعْوَى، وَلَا الشَّاهِدِ كَيْفِيَّةَ الشَّهَادَةِ لِقُوَّةِ الْإِتِّهَامِ بِذَلِكَ فَإِنْ تَعَدَّى، وَفَعَلَ فَأَدَّى الشَّاهِدُ بِتَعْلِيمِهِ أُعْتِدَّ بِهِ عَلَى مَا بَحَثَهُ الْعَزَبِيُّ^(٣)

الحنابلة: يُحَرِّمُ أَيْضًا تَعْلِيمُهُ كَيْفَ يَدَّعِي لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِعَانَةِ عَلَى حَصْمِهِ وَكَسْرِ قَلْبِهِ إِذَا لَمْ يَلْزَمْ ذِكْرُهُ، فَإِنْ لَزِمَ كَشْرَطِ عَقْدٍ أَوْ سَبَبِ إِرْثٍ وَنَحْوِهِ مِمَّا تَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ صِحَّةُ الدَّعْوَى كَوْصَفِ سَرِقَةٍ أَوْ قَتْلِ وَلَمْ يَذْكُرْهُ الْمُدَّعِي فَلَهُ أَيُّ الْقَاضِي أَنْ يَسْأَلَ عَنْهُ لِيَحْتَرِزَ عَنْهُ وَيُحَرِّرَهُ لِتَوَقُّفِ الْحُكْمِ عَلَيْهِ^(٤).

احوال جواب المدعى عليه.

وَلَيْسَ تَخْلُو حَالُهُ بَعْدَ سُؤَالِهِ عَنِ الدَّعْوَى مِنْ ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ:

أَحَدُهَا: أَنْ يُقَرَّ.

وَالثَّانِي: أَنْ يُنْكَرَ.

وَالثَّلَاثُ: أَنْ لَا يُقَرَّ وَلَا يُنْكَرَ.

فَأَمَّا الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: إِذَا أَقَرَّ؛ فَقَدْ ثَبَتَ الْحَقُّ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ.

(١) ينظر: ينظر الحاوي الكبير (٣٠٧ / ١٦)

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي (٧٨ / ١٦)

(٣) ينظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي (١٥٣ / ١٠)

(٤) كشاف القناع عن متن الإقناع (٣١٥ / ٦)

وَأَمَّا الْقِسْمُ الثَّانِي: وَهُوَ أَنْ يُنْكِرَ الدَّعْوَى، فَيَجُوزُ لِلْقَاضِي أَنْ يَقُولَ لِلْمُدَّعِي: قَدْ أَنْكَرَكَ، وَجُوزُ أَنْ يَقُولَ لَهُ قَدْ سَعَتَ إِنْكَارَهُ، بِخِلَافِهِ فِي الْإِقْرَارِ الَّذِي قَدَّمْنَاهُ لِتَرَدُّدِ الْإِقْرَارِ بَيْنَ صِحَّةٍ وَفَسَادٍ، وَعَدَمِهِ فِي الْإِنْكَارِ. وَيَكُونُ الْقَاضِي فِي إِخْبَارِهِ بِالْإِنْكَارِ بَيْنَ خِيَارَيْنِ.

أَمَّا أَنْ يَقُولَ لَهُ: قَدْ أَنْكَرَكَ فَهَلْ لَكَ بَيِّنَةٌ؟ وَإِنَّمَا أَنْ يَقُولَ لَهُ: قَدْ أَنْكَرَكَ فَمَا عِنْدَكَ فِيهِ؟ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى، مَعَ مَنْ جَهَلَ، وَالثَّانِي أَوْلَى مَعَ مَنْ عَلِمَ.

وَأَمَّا الْقِسْمُ الثَّلَاثُ: وَهُوَ أَنْ لَا يُقَرَّ بِالِدَّعْوَى وَلَا يُنْكِرَهَا، فَلَهُ حَالَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يَكُونَ غَيْرَ نَاطِقٍ لِحَرْسٍ أَوْ صَمِّمٍ.

فَإِنْ كَانَ مَفْهُومَ الْإِشَارَةِ صَارَ بِهَا كَالنَّاطِقِ فَيَجْرِي عَلَيْهِ حُكْمُ النَّاطِقِ.

وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَفْهُومِ الْإِشَارَةِ صَارَ كَالْغَائِبِ فَيَجْرِي عَلَيْهِ حُكْمُ الْغَائِبِ.

وَالْحَالُ الثَّانِيَةُ: أَنْ يَكُونَ نَاطِقًا فَاِمْتِنَاعُهُ مِنَ الْإِقْرَارِ وَالْإِنْكَارِ قَدْ يَكُونُ مِنْ أَحَدٍ وَجْهَيْنِ:

إِمَّا بِأَنْ يَقُولَ: لَا أُقِرُّ وَلَا أَنْكِرُ، وَإِمَّا بِأَنْ يَسْكُتَ فَلَا يُجِيبُ بِشَيْءٍ فَيَجْرِي عَلَيْهِ حُكْمُ التَّكْلِيفِ. وَلَا يُجْبَسُ عَلَى الْجَوَابِ^(١).

دفع الدعوى:

التعريف: دفع من قبل المدعي عليه أو من ينتصب المدعي عليه خصما عنه يقصد بها دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعي^(٢)

ومن هذا التعريف يتبين أنه : ادعاء جديد يقدمه المدعي عليه ويطلب بإثباته ، ويسار فيه كما هو الحال في الدعوى الأصلية ، ويطلب لتصحيحه من الشروط ما يطلب لتصحيحه الدعوى^(٣).

وقت الدفع: عند الشافعية لا يكون الدفع إلا قبل الشروع في البينة فأما بعد الشروع فيها فلا يقبل^(٤).

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٦ / ٣٠٩)

(٢) الاصول القضائية ص ٥٤

(٣) ينظر: نظرية الدعوى ٥٨٧

(٤) ينظر ينظر تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي (٣٠٨/١٠):

شروط دفع الدعوى.

١- ينبغي أن يراعى وقته عند إبدائه، وخصوصا عند من يرون وجوب تقديم دفع الخصومة على الشروع في إثبات الدعوى^(١).

٢- أن يوجه إلى دعوى صحيحة، فإن كانت الدعوى الأصلية باطلة فلا خلاف في عدم قبوله إذ ليس للدعوى الباطلة حكم، فهي تعتبر في حكم المنعدمة^(٢).

٣- عدم التناقض في الدفع^(٣).

(١) نظرية الدعوى (٦٣١).

(٢) نظرية الدعوى (٦٣١).

(٣) نظرية الدعوى (٦٣٢).

المحاضرة الخامسة

وسائل الإثبات المعاصرة وغير المعاصرة

تفصيل احكام الشهادة

أولاً: الشهادة

ثانياً: الإقرار

ثالثاً: اليمين

رابعاً: القضاء بالقرائن

خامساً: القيافة

سادساً: علم القاضي

سابعاً: الكتابة

طرق الإثبات

الإثبات لغة: من ثبت الشيء يثبت ثبوتاً: دام واستقر فهو ثابت. وثبت الأمر صح^(١).

والثبوت والثبات كلاهما مصدر ثبت إذا دام والمثبت بفتححتين بمعنى الحججة^(٢).

وفي الاصطلاح: يطلق على معنيين:

الأول: معنى عام وهو إقامة الحججة مطلقاً سواء كان ذلك عند التنازع أو قبله حتى أطلقوه على توثيق الحق وتأكيدده عند إنشاء الحقوق والديون وعلى كتابة المحاضر والسجلات عند كاتب العدل.

الثاني: معنى خاص وهو إقامة الحججة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليه آثار شرعية^(٣).

اتجاهات الفقهاء في طرق الإثبات:

للعلماء في طرق الإثبات اتجاهان:

الأول: حصر طرق الإثبات في عدد معين يتقيد بها الخصوم فلا يقبل منهم غيرها، ويتقيد بها القاضي فلا يحكم إلا بناء عليها وهذا رأي الجمهور من العلماء.

جاء في الدر المختار وحاشيته رد المختار أن طرق القضاء سبعة: البينة، والإقرار، واليمين، والنكول عنه، والقسامة، وعلم القاضي، والسابع قرينة قاطعة كأن ظهر من دار خالية إنسان خائف بسكين متلوث بدم فدخلوها فوراً فرأوا مذبوحاً حينه أخذ به إذ لا يمتري أحد أنه قاتله^(٤).

الثاني: أنها غير محصورة في طرق معينة يتقيد بها القاضي أو الخصوم فكل ما يثبت الحق ويدل عليه فهو طريق للحكم على القاضي أن يحكم به.

(١) المصباح المنير (١/ ٨٠).

(٢) المغرب في ترتيب المعرب (١/ ١١٢)، مقاييس اللغة (١/ ٣٩٩).

(٣) موسوعة الفقه الإسلامي (٢/ ١٣٦).

(٤) ينظر: الدر المختار (٥/ ٥٥٠)، موسوعة الفقه الإسلامي (٢/ ١٣٦).

وهذا مذهب الأئمة ابن تيمية^(١)، وابن القيم^(٢)، والشوكاني^(٣)

الفرق الإثبات والبيينة:

البيينة لغة: الدليل والحجة، وتبين الشيء اتضح وظهر^(٤).

واصطلاحاً: اختلف الفقهاء في تعريفها على ثلاثة أقول:

الأول: معناها الشهادة والشهود؛ لأنه يتبين الحق بهم، أو لأن الأغلب في البيئات الشهادة لوقوع البيان بقول الشهود وارتفاع الإشكال بشهادتهم. وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(٥).

الثاني: البين اسم لكل ما بين الحق ويظهره، فكل دليل أو حجة أو وسيلة في إثبات الحقوق، وإظهارها أمام القاضي فهي بيينة، وهذا التعريف يتفق مع التعريف اللغوي، ويرادف معنى الإثبات. وهو قول ابن فرحون من المالكية، وابن تيمية وابن القيم وغيرهم^(٦).

الثالث: البيينة تشمل الشهود وعلم القاضي؛ لأن الحق يتبين بهما حقيقة. وهو قول

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٣٥ / ٢٣٠).

(٢) ينظر: الطرق الحكمية (١ / ١٩).

(٣) نيل الأوطار (٨ / ٢٩٠).

(٤) المصباح المنير (١ / ٩٧)، القاموس المحيط (٤ / ٤٦١).

(٥) كشاف اصطلاحات الفنون (١ / ١٥٦)، مغني المحتاج (٤ / ٤٦١)، الإقناع (٤ / ٣٢٦)، المرافعات الشرعية (ص ٥).

(٦) إعلام الموقعين (١ / ٩٠)، تبصرة الحكام (ص ٢٠٢). نقلاً من وسائل الإثبات المعاصرة (ص ٢٦).

ابن حزم^(١).

من خلال التعاريف السابقة يظهر أن بعض الفقهاء يقصر استعمال البينة على الشهود، وبعضهم يستعملها بالمعنى العام لكل ما يبين الحقيقة ويظهرها من الحجة والدليل والبرهان.

وأما من حيث العمل فإن الفقهاء يطلقون البينة ويريدون بها الحجة مطلقاً في كثير من عباراتهم، وفي باب الدعوى والبيّنات يعرفون البينة بأنها الشهادة، ثم يبحثون في هذا الباب وسائل كثيرة غير الشهود كاليمين.

أنواع طرق الإثبات

الطريق الأول: الشهادة.

الشهادة لغة: الحضور، وهي اسم من المشاهدة: وهي الإطلاع على الشيء عياناً، والمشهد: المحضر^(٢). وفي الاصطلاح: إخبار عن عيان بلفظ الشهادة في مجلس القاضي بحق للغير على آخر^(٣).

مشروعية الإثبات بالشهادة:

الإثبات، بالشهادة مشروع بالكتاب والسنة وإجماع الأمة.

ونتكلم لاحقاً عن هذا الطريق بالتفصيل.

الطريق الثاني: الإقرار.

الإقرار سيد الأدلة إذ هو حاسم في فصل النزاع أمام القاضي فهو حجة في الإثبات وبه تظهر سائر الحقوق

تعريفه لغة واصطلاحاً:

(١) الخلى (٤٢٦/٩).

(٢) المصباح المنير (١/٣٢٤).

(٣) التعريفات للجرجاني (ص: ١٧٠).

أما في اللغة: فالإقرارُ الاعتراف حيث يثبت الإنسان به على نفسه الحق، يقال: أقر بالحق أي اعترف به^(١).

وأما في الاصطلاح:

فقد عرفه الحنفية: بأنه إخبارٌ عن ثبوتِ حَقِّ العَيْرِ على نَفْسِهِ^(٢).

وعرفه المالكية: بأنه خبرٌ يُوجِبُ حُكْمَ صِدْقِهِ على قَائِلِهِ فَقَطْ بَلْفُظِهِ أو بَلْفُظِ نَائِيهِ^(٣).

وعرفه الشافعية: بأنه إخبار عن حق ثابت على المخبر^(٤).

وعرفه الحنابلة بأنه إظهار المكلف الرشيد المختار ما عليه لفظاً أو كتابة أو إشارة أو على موكله أو موروثه أو موليه بما يمكن صدقه فيه^(٥).

وهذه التعاريف متقاربة المعاني.

مشروعية الإقرار:

الإقرار مشروع بالكتاب والسنة والإجماع.

فمن الكتاب: قوله تعالى: { وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لَا تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ وَلَا تُخْرِجُونَ أَنْفُسَكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ ثُمَّ أَقْرَرْتُمْ وَأَنْتُمْ تَشْهَدُونَ }

من السنة: وما رواه البخاري ومسلم أيضاً عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: (أتى رجل رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، وهو في المسجد، فناداه فقال يا رسول الله، إني زنيت، فأعرض عنه حتى ردد عليه أربع مرات، فلما شهد على نفسه أربع شهادات، دعاه النبي - صلى الله عليه وسلم -، فقال: "أبك جنون؟" قال: لا، قال: "فهل أحصنت؟" قال: نعم، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: "اذهبوا به فارجموه"^(٦))

(١) لسان العرب (٥ / ٨٨)، تاج العروس (١٣ / ٣٩٦).

(٢) تبيين الحقائق (٥ / ٢).

(٣) مواهب الجليل (٥ / ٢١٦)،

(٤) مغني المحتاج (٢ / ٢٣٨).

(٥) ينظر: المبدع (١٠ / ٢٩٤)، الإنصاف للمرداوي (١٢ / ١٢٥).

(٦) ينظر: صحيح البخاري، برقم (٦٤٣٠)، صحيح مسلم، برقم (١٦٩١).

وأما الإجماع: فإن الأمة أجمعت على صحة الإقرار؛ ولأن الإقرار إخبار على وجه ينفي 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 أنكر^(١).

محمد بن أحمد الشربيني ت (٩٧٧ هـ) حيث قال: (والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: { أَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَلِكُمْ إِصْرِي } [آل عمران: ٨١] أي عهدي، { قَالُوا أَقْرَرْنَا } [آل عمران: ٨١]. وخبر الصحيحين: "اغْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةٍ هَذَا فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمُهَا" وأجمعت الأمة على المؤاخذة به)

وقال أيضًا في موضع آخر: (وأجمعت الأمة على المؤاخذة به)^(٢)

أركان الإقرار عند الجمهور أربعة: مُقَر، ومُقَر له، ومُقَر به، وصيغة^(٣).

شروط الإقرار:

١ - أهلية العقل والبلوغ: فلا يصح إقرار المجنون والصبي غير البالغ، لقوله عليه الصلاة والسلام: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق».

وقال الشافعية في السكران إن كان سكره حصل بطريق محرم كما لو تناول الخمر مختارًا وهو يعلم أنه خمر وجب أن يؤاخذ بإقراره؛ لأنه تناول ما يزيل عقله مع علمه أنه مسكر فوجب أن يتحمل كل ما يتولد من فعله ويترتب عليه، لينزجر عما نهي عنه وذلك تغليظًا عليه، وإن كان سكره حصل بطريق غير محرم كأن شرب الخمر قسرًا أو عن غير قصد فلا يؤاخذ بإقراره حال سكره، لعدم تعديه^(٤).

نقل ابن حزم الإجماع حيث قال: (واتفقوا أن من أقر على نفسه في حد واجب، بقتل أو سرقة في مجلسين مفترقين، وهو حر عاقل بالغ غير سكران ولا مكره، وكان ذلك الإقرار في غير مجلس الحاكم بحضوره بينة عدول، وغاب بين الإقرارين عن المجلس حتى لم يروه، ثم ثبت على إقراره حتى يقتل أو يقطع - على ما نذكره في كتاب الحدود إن شاء الله - فقد أقيم عليه الحد الواجب)^(٥)

(١) المغني (٧/ ٢٦٢).

(٢) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٢/ ٣٢٢).

(٣) الموسوعة الفقهية (٦/ ٤٩).

(٤) ينظر: مغني المحتاج (٢/ ٢٣٨)، (٣/ ٢٦٩).

(٥) ينظر: مراتب الإجماع لابن حزم (٦٣).

٢ - ألا يكون المقرّ متهما في إقراره كإقرار المريض لأحد الورثة بدين عليه، لأنه متهم بمحاباة هذا الوارث، والتهمة تخل برجحان جانب الصدق على جانب الكذب (١).

اشتراط الحرية في المقر في غير الحدود والقصاص

المراد بالمسألة: أنه يشترط في المقر حتى يقضى بإقراره أن يكون حرّاً، وقد نقل إجماع العلماء على ذلك. نقل ابن حزم الإجماع: حيث قال: (واتفقوا أن من أقر على نفسه في حد واجب، بقتل أو سرقة في مجلسين مفترقين، وهو حر عاقل بالغ غير سكران ولا مكره، وكان ذلك الإقرار في غير مجلس الحاكم بحضرة بينة عدول، وغاب بين الإقرارين عن المجلس حتى لم يروه، ثم ثبت على إقراره حتى يقتل أو يقطع -على ما نذكره في كتاب الحدود إن شاء الله- فقد أقيم عليه الحد الواجب). (٢)

٣ - أن يكون المقرّ مختاراً فلا يصح إقرار المكره بالمال أو بالطلاق أو بغيرهما (٣)

٤ - ألا يكذب المقرّ له المقرّ في إقراره فإن كذبه بطل الإقرار

ثانيها. الطوعية أو الاختيار: فلا يصح إقرار المستكره، لقوله عليه الصلاة والسلام: «إن الله تجاوز لي عن أمّتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» (٣).

٥ . عدم التهمة: فإن اتهم المقر بملاطفة صديق أو نحوه بطل الإقرار.

٦ . أن يكون المقر معلوماً: فلو قال رجلان: «أفلان على واحد منا ألف درهم» لا يصح الإقرار، إذ لا فائدة من هذا الإقرار.

الطريق الثالث من طرق الإثبات: اليمين. سنتكلم عنه بالتفصيل فيما لاحقاً.

الطريق الرابع: القضاء بالقرائن.

المراد بالمسألة: أن للقاضي أن يقضي بالقرائن من غير بينة ولا إقرار، والأخذ بشواهد الأحوال في التهم، وقد نقل الإجماع على ذلك.

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ٢٢٣).

(٢) مراتب الإجماع، ٦٣

(٣) المغني (٧/ ٢٦٤).

القرينة: هي التي توجد عند الإنسان علمًا بموضوع النزاع والاستدلال يكاد يكون مماثلًا للعلم الحاصل من الشاهد والعيان^(١).

شروط القرينة:

١- أن يوجد أمر ظاهر ومعروف ثابت ليكون أساسا لاعتماد الاستدلال منه لوجود صفات وعلامات فيه^(٢).

٢- أن توجد صلة بين الأمر الظاهر الثابت والقرينة التي أخذت منه في عملية الاستنباط والاستنتاج^(٣).

مشروعية الحكم بالقرائن:

الأدلة على مشروعية القرائن من الكتاب والسنة.

من الكتاب:

• قوله تعالى: {وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ} [البقرة: ٢٨٢]. وقوله تعالى: {وَأَشْهِدُوا ذَوْيَ عَدْلٍ مِنْكُمْ} [الطلاق: ٢]. وقوله تعالى: {وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ} [البقرة: ٢٨٢]

وقوله تعالى: {وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (٢٦) وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ (٢٧) فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ}. سورة يوسف: ٢٦ - ٢٨، هذه الآيات أصل في الحكم بالقرائن.

قال الشنقيطي: "يفهم من هذه الآية لزوم الحكم بالقرينة الواضحة الدالة على صدق أحد الخصمين وكذب الآخر؛ لأن ذكر الله لهذه القصة في معرض تسليم الاستدلال بتلك القرينة على براءة يوسف يدل على أن الحكم يمثل ذلك حق و صواب؛ لأن كون القميص مشقوقاً من جهة دبره دليل واضح على أنه هارب عنها وهي تنوشه من خلفه^(٤)

(١) موسوعة الفقه الإسلامي (٢/ ١٦٨).

(٢) وسائل الإثبات في الشريعة (ص ٤٩٠).

(٣) نفس المرجع السابق، نفس الصفحة.

(٤) أضواء البيان (٢/ ٢١٥ - ٢١٦).

ومن السنة: ما رواه البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن" قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت^(١).

وجه الدلالة من الحديث: أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - جعل صمات البكر قرينة على رضاها، ويعتبر هذا الحديث من أقوى الأدلة على الحكم بالقرائن.

قل ابن القيم الإجماع: حيث قال: (فإن قيل: فكيف أمر رسول الله -صلى الله عليه وسلم- برجم المغيث من غير بينة ولا إقرار؟ قيل: هن أدل الدلائل على اعتبار القرائن والأخذ بشواهد الأحوال في التهم، وهذا يشبه إقامة الحدود بالرائحة والقيء كما اتفق عليه العلماء)^(٢)

تعارض القرائن:

القاعدة العامة أن القرائن إذا تعارضت فإن العمل يكون بأقواها، يدل على ذلك قوله تعالى: {وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْراً فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ } ، حيث إن إخوة يوسف لما جعلوا يوسف في غيابة الحب جعلوا على قميصه دم سخلة ليكون قرينة على صدقهم في دعواهم أنه أكله الذئب، ولكن يعقوب أبطل قرينتهم هذه بقرينة أقوى منها وهي عدم شق القميص فقال: سبحان الله متى كان الذئب حليماً كيساً يقتل يوسف ولا يشق قميصه؟ ولذا صرح بتكذيبه لهم في قوله: {بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْراً فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ }^(٣)

قرائن حديثة:

١ - بصمات اليد:

٢- الصور الفوتوغرافية:

٣- القضاء بقرينة آثار البصمات.

٤ - القضاء بقرينة آثار بقع الدم.

(١) صحيح بخاري

(٢) ينظر: أعلام الموقعين عن رب العالمين (٣/ ١٢).

(٣) أضواء البيان (٢/ ٢١٥ - ٢١٦).

- ٥- القضاء بقرينة آثار المني.
- ٦- القضاء بقرينة المستندات الخطية المعدة للتوثيق.
- ٧- القضاء بقرينة المستندات الخطية غير الرسمية المعدة للتوثيق (الرسائل، البرقيات، رسائل التلكس، الفاكس، الإيميل، النصية، الواتساب وغيرها)
- ٨- القضاء بقرينة محضر الشرطة.
- ٩- معاينة الشرطة لواقعة الجناية ورسم المخططات والخرائط.
- ١٠- القضاء بقرينة آثار البصمات.
- ١١- القضاء بقرينة آثار بقع الدم.

الطريق الخامس: القيافة.

في الاصطلاح: هي معرفة الشبه بين الولد والوالد ليلحق الولد بأبيه عند التنازع في استلحاقه أكثر من واحد وذلك من خلال معرفة أثر الأقدام.

الطريق السادس: قضاء القاضي بعلمه.

المقصود بقضاء القاضي بعلمه أن يعتمد في حكمه على ما علمه اليقيني أو ظنه المؤكد^(١)

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 فاتت صورتها، وهو النطق، وفوات الصورة يورث شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات.

وأما قضاء القاضي بعلمه في حقوق الأدميين ففي المذهب الحنابلة روايتان:

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

(١) نهاية المحتاج (٨ / ٢٥٩)، إعانة الطالبين (٤ / ٢٣٥)،

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. وبقوله 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^(١).

الطريق السابع : الكتابة

الكتابة: وهي إثبات الحق بواسطة دليل كتابي معد مسبقاً.

وعليها يعتمد القضاة في ثبوت مُعَرِّفَاتِ الأحكام (وهي الوقائع المؤثرة)، فإذا تنازع شخصان في حق، وأنكره المدعى عليه، وكان مع المدعي دليل كتابي، وقدمه للقاضي، وكان مستبيناً، مرسوماً على الوجه المعتاد، خالياً من التزوير، معروفاً بأنه خط المدعى عليه - فإنَّ القاضي يعتمد عليه في ثبوت الواقعة المتنازع فيها، ويفصل في النزاع، وهي حجة باتفاق الفقهاء، لقوله تعالى: { يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه } [البقرة: ٢٨٢ / ٢] والكتابة من قبيل الإقرار.

وقوله في الآية نفسها: { وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ } [البقرة: ٢٨٢]، فقد أمر الله - عزَّ وجلَّ - في الآية بكتابة الدين لتوثيقه، فدلَّ ذلك على حجيتها^(٢)

(١) ينظر: المغني لابن قدامة (١٠ / ٤٨-٤٩) كشف القناع عن متن الإقناع (٦ / ٣٣٥)

(٢) تفسير القرطبي ٣ / ٣٨٤.

وقد نص فقهاء الحنفية على أنه يعمل بدفتر السمار والصراف والبيع؛ لأن كل واحد من هؤلاء لا يكتب في دفتره إلا ماله وعليه^(١)

تفصيل احكام الشهادة:

مصدر شهد من الشهود بمعنى الحضور، وهي لغة: خبر قاطع.

وشرعاً: إخبار صادق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء^(٢).

المسألة الأولى: أركان الشهادة: اختلف الفقهاء في ركن الشهادة على قولين:

القول الأول: ركن الشهادة هو قول الشاهد أشهد بكذا لا غير، لتضمنه معنى مشاهدة وقسم وإخبار للحال، فالركن هو الصيغة فقط. وهو مذهب الحنفية^(٣).

القول الثاني: أركان الشهادة خمسة وهي: شاهد، ومشهود له، ومشهود عليه، ومشهود به، وصيغة. وهو مذهب الشافعية^(٤).

المسألة الثانية: لفظ الشهادة: هل يجب على الشاهد إذا حضر مجلس القضاء للإدلاء بشهادته أن يتلفظ بلفظ الشهادة أو يجوز بغير لفظ الشهادة ويؤدي نفس المعنى؟
اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يجب على الشاهد أن يؤدي شهادته بلفظ الشهادة، وبصيغة المضارع (أشهد)؛ لأنه يدل على الحال بخلاف الماضي أو الصفة، ولا يقبل غيره كأعلم وأتقن. وهو مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة^(٥).

القول الثاني: لا يجب على الشاهد أن يؤدي الشهادة بلفظ معين، ويصح أداؤها بكل لفظ أو صيغة تفيد المعنى. وهو مذهب المالكية والظاهرية، وأحمد في رواية أيدها ابن تيمية، وابن القيم، ونقل ابن القيم رواية أخرى

(١) ينظر: تبصرة الحكام، إعلام الموقعين ٤/ ٢٦٤، مجمع الضمانات للبغدادي: ص ٣٦٥ وما بعدها.

(٢) ينظر: فتح القدير: ٢/ ٦، الدر المختار: ٣٨٥/ ٤، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ١٦٤، مغني المحتاج: ٤٢٦/ ٤.

(٣) بدائع الصنائع (٢٦٦/ ٦)، البحر الرائق (٥٦/ ٧)، الدر المختار مع حاشية بن عابدين (٤٦٢/ ٥).

(٤) تحفة المحتاج (٢١١/ ١٠)، حاشية قليوبي (٣١٧/ ٤).

(٥) فتح القدير (١٢- ١١/ ٦)، تحفة المحتاج (٢٧٣/ ١٠)، المغني (٢١٦/ ٩)، كشاف القناع (٢٨٤/ ٤).

عن أحمد يفرق فيها بين الشهادة على الأفعال فيشترط اللفظ، والشهادة على الأقوال غلا يشترط لفظ الشهادة^(١).

والأصل في الشهادة قبل الإجماع: الكتاب والسنة.

قال: الخطيب الشرييني: (والأصل فيه قبل الإجماع آيات، لقوله تعالى: {وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ} [البقرة: ٢٨٣]، وقوله تعالى: {وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ} [البقرة: ٢٨٢] وقوله تعالى: {وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ} [البقرة: ٢٨٢].^(٢)

وأما السنة فمثل قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مدع: «شاهدك أو يمينه»^(٣)

الحديث واضح الدلالة على مشروعية الشهادة، لتخيير النبي -صلى الله عليه وسلم- المدعى بقوله "شاهدك أو يمينه"^(٤) واجمع الفقهاء عليه^(٥)

وحكم الشهادة: وجوب القضاء على القاضي بموجبها بعد توافر شروطها. وأما حكم تحمل الشهادة وأدائها، فهو فرض كفائي 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: {وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا} [البقرة: ٢٨٢ / ٢] وقوله سبحانه: {وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ، وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثَمُ قَلْبِهِ} [البقرة: ٢٨٣ / ٢] وقوله عز وجل: {وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ} [الطلاق: ٦٥ / ٢]^(٦)

شروط الشهادة:

الشرط الأول: أن يكون الشاهد مسلماً فلا تقبل شهادة الكافر عند الجمهور لقوله تعالى: {مَنْ تَرَضَوْنَ مِنْ الشُّهَدَاءِ}

(١) حاشية الدسوقي (١٦٥/٤)، تبصرة الحكام (٢٦١/١)، المحلى (٤٣٥/٩)، الطرق الحكمية (ص٢٠٢)، كشاف القناع (٢٨٥/٤).

(٢) مغني المحتاج (٥٦٨/٤).

(٣) رواه البخاري ومسلم

(٤) المجموع شرح المهذب (١٩٩/٢٢).

(٥) المبسوط (١١٧/١٦)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٦٥/٤) المجموع شرح المهذب (١٩٩/٢٢)، الإنصاف (٤/١٢)

(٦) ينظر: المبسوط: ١٦٧/١٦، الدر المختار: ٣٨٦/٤، الشرح الكبير للدردير: ١٩٩/٤، مغني المحتاج: ٤٥٠/٤، المغني: ٩/١٤٦

وقال الحنابلة والظاهرية: "تقبل شهادة الكافر في الوصية في السفر إذا لم يوجد غيره وحضر الموصي الموت".^(١)
 الشرط الثاني: أن يكون الشاهد فلا يصح التحمل من المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأن تحمل الشهادة عبارة
 عن فهم الحادثة وضبطها ولا يحصل ذلك إلا بآلة الفهم والضبط وهي العقل^(٢)

الشرط الثالث: أن يكون الشاهد بالغاً فلا تقبل شهادة الصبي المميز قبل البلوغ عند الجمهور^(٣)
 الشرط الرابع: أن يكون الشاهد حرّاً فلا تقبل شهادة العبد عند الجمهور وعند الحنابلة تقبل شهادته في غير
 الحدود^(٤)

الشرط الخامس: اليقظة والسلامة من الغفلة فلا تقبل شهادة مغفل^(٥).

الشرط السادس: أن يكون الشاهد عدلاً وهذا مما لا خلاف فيه؛ لقوله تعالى: {وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ}
 لشرط السابع: أن يكون الشاهد بصيراً وقت التحمل عند الحنفية وقال المالكية والحنابلة تجوز شهادة الأعمى
 إذا تيقن الصوت^(٦).

الشرط الثامن: أن يكون الشاهد ناطقاً فلا تقبل شهادة الأخرس عند الجمهور وعند المالكية تقبل شهادة
 الأخرس ويؤديها بالإشارة المفهومة والكتابة.

وسبب الخلاف أن الجمهور يشترطون لفظ: أشهد في الشهادة والأخرس لا يستطيع أن ينطق بها إلا إذا كان
 له إشارة مفهومة أو كان يكتب وكتب شهادته^(٧).

الشرط التاسع: أن لا يكون محدوداً في قذف لقول الله تعالى: {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ
 شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ (٤) إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ

(١) الشرح الكبير والإنصاف على المقنع (٣٢٧ / ٢٩)، المحلى (٤٠٥ / ٩)، بدائع الصنائع (٢٨٠ / ٦).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٢٦٦ / ٦). المغني (١٤٥ / ١٤).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٢٦٧ / ٦)، الشرح الصغير (٣٣٠ / ٢)، مغني المحتاج (٤٢٧ / ٤)، المغني (١٤٦ / ١٤).

(٤) بدائع الصنائع (٢٦٧ / ٦)، الشرح الصغير (٣٢٥ / ٢)، مغني المحتاج (٤٢٧ / ٤)، المغني (١٨٥ / ١٤).

(٥) ينظر: مغني المحتاج (٤٢٧ / ٤).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٢٦٦ / ٦)، المغني (١٧٨ / ١٤).

(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٢٦٨ / ٦)، التاج والإكليل (١٥٤ / ٦)، مغني المحتاج (٤٢٧ / ٤)، المغني (١٨٠ / ١٤).

ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ^(١) واختلف العلماء في قبول شهادته بعد التوبة فقال الحنفية لا تقبل شهادته بعد التوبة وعند الجمهور تقبل شهادته بعد التوبة.

الشرط العاشر: أن تكون الشهادة عن علم وبقين فلا تقبل إذا كان يصحبها الظن والتخمين قال تعالى: {وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا}.

الشرط الحادي عشر: أن يسبق الشهادة إنكار؛ لأن البينة لا تقام على مقرر، فإذا أنكر المدعى عليه طلب القاضي من المدعي الشهادة.

الشرط الثاني عشر: أن تكون بلفظ خاص وهو لفظ الشهادة وما اشتق منها كشهدت أو أشهد ونحو ذلك. وقد يكون تحملها وأداؤها فرض عين إذا لم يوجد هناك غير ذلك العدد من الشهود الذي يحصل به الحكم وخيف ضياع الحق^(٢)

نصاب الشهادة:

يختلف نصاب الشهادة وفقاً للموضوع المطلوب الشهادة فيه وذلك كما يأتي:

أولاً: ما يثبت بأربعة شهود وهو الزنا.

نقل الشافعي الإجماع، حيث قال: (ولم أعلم بين أحدٍ لقيته ببلدنا اختلافاً فيما وصفت من أنه لا يقبل في الزنا أقل من أربعة، وأنهم إذا لم يكملوا أربعة حدوا حدَّ القذف، وليس هكذا شيء من الشهادات غير شهود الزنا)^(٣)

وابن قدامة: حيث قال: (أجمع المسلمون على أنه لا يقبل في الزنا أقل من أربعة شهود)^(٤)

فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن نصاب الشهادة على الزنا أربعة رجال عدول مسلمين فلا يقبل أقل من أربعة لقوله تعالى: {وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً

(١) ينظر: المسبوط للسرخسي (٢٦ / ١١٠)، بدائع الصنائع (٦ / ٢٧١)، البحر الرائق (٧ / ٥٦)، الذخيرة (١٠ / ١٩٩)، روضة الطالبين (١١ / ٢٤٥)

(٢) ينظر: الدر المختار (٤ / ٣٦٩)، القوانين الفقهية (ص: ٢٠٥)، مغني المحتاج (٤ / ٤٥٠)، المغني (١٤ / ١٨٠)، الموسوعة الفقهية (٢٦ / ٢١٧).

(٣) الأم (٦ / ١٨٨).

(٤) المغني (١٤ / ١٢٥).

أَبَدًا وَأَوْلَيْكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ } ، وقوله تعالى: {لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ} (١)

نصاب الشهادة على فعل قوم لوط مثل الشهادة على الزنا

• المراد بالمسألة: أن نصاب الشهادة على اللواط مثل الزنا، أربعة شهود ذكور عدول، وقد نقل الإجماع على ذلك.

نقل ابن حزم الإجماع حيث قال: (واتفقوا على قبول أربعة رجال - كما ذكرنا - فيما أوجب القتل بقود أو غيره، وفي الزنا وفعل قوم لوط) (٢).

وابن القيم حيث قال: (الحكم بأربعة رجال أحرار: وذلك في حد الزنا واللواط، للنص والإجماع) (٣)

لا تقبل شهادة المرأة في الحدود والقصاص

المراد بالمسألة: أنه لا يجوز للمرأة أن تشهد في الحدود والقصاص، بل الشهادة فيهما قاصرة على الرجال فقط، وقد نقل الإجماع على ذلك.

نقل الشافعي الإجماع: حيث قال: (ثم لم أعلم أحدًا من أهل العلم خالف في أنه لا يجوز في الزنا إلا الرجال) (٤)
وابن المنذر حيث قال: (أجمعوا على أن شهادتهن - أي النساء - لا تقبل في الحدود) (٥).

مستند الإجماع: قوله تعالى: {وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً} [النور: ٤].

وجه الدلالة: لفظ أربعة شهداء، نص في العدد والذكورة (٦)

ثالثًا: ما يقبل فيه شاهدان.

(١) المغني (١٤ / ١٢٥)، تبصرة الحكام (١ / ٢٦٣).

(٢) مراتب الإجماع لابن حزم (٦٠).

(٣) الطرق الحكمية (١ / ٢٥٦).

(٤) الأم (٧ / ١٤١)، أحكام القرآن الشافعي (٢ / ١١٨).

(٥) الإجماع لابن المنذر (٨٩)،

(٦) ينظر: البحر الرائق لشرح كنز الدقائق (٧ / ٦٠).

وهو ما سوى الزنى من الحدود والقصاص، كالقطع في السرقة وحد الحرابة، والجلد في الخمر وهذا باتفاق الفقهاء.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن ما يطلع عليه الرجال غالباً مما ليس بمال ولا يقصد منه مال كالنكاح والطلاق والرجعة والإيلاء والظهار ونحو ذلك فإنه أيضاً يثبت بشهادة شاهدين لا امرأة فيهما^(١).

ودليلهم في ذلك: أن الله تعالى نص على شهادة الرجلين في الطلاق والرجعة والوصية أما الطلاق والرجعة فقولته تعالى: {فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ} .

وأما الوصية فقولته تعالى: {إِذَا حَضَرَ أَحَدِكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ} .

وقيس عليها ما شاركها في الشرط.

وقال الحنفية: "ما يقبل فيه شاهدان أو شاهد وامرأتان هو ما سوى الحدود والقصاص سواء أكان الحق مآلاً أم غير مال كالنكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصاية^(٢).

ودليلهم: قوله تعالى: {وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ}

وقصر الجمهور قبول شهادة الرجل والمرأتين على ما هو مال أو بمعنى المال، كالبيع والإقالة، والحوالة والضمان ونحو ذلك^(٣).

قال ابن المنذر: "وأجمعوا على شهادة النساء جائزة مع الرجال في الدين والأموال وأجمعوا على أن شهادتهن لا تقبل في الحدود^(٤)

شهادة النساء.

وهي أن يؤدي الشهادة أمام القاضي نساء ليس معهن رجل.

وقال الماوردي: اختلف الفقهاء في عدد النساء فيما يشهدن فيه منفردات على أربعة مذاهب.

(١) ينظر: تبصرة الحكام (١/ ٢٦٥)، روضة الطالبين (١١/ ٢٥٣)، المغني (١٢/ ٦).

(٢) ينظر: المبسوط (١٦/ ١١٥)، الهداية (٣/ ١٧)،

(٣) ينظر: حاشية الدسوقي (٤/ ١٨٧)، مغني المحتاج (٤/ ٤٤١)، المغني (١٢/ ٩).

(٤) الإجماع لابن المنذر (ص: ٨٩).

أحدها: وهو مذهب الشافعي وعطاء أنه لا يقبل منهن أقل من أربع.
والثاني: وهو مذهب الحسن البصري وعثمان البتي أنه يقبل منهن ثلاث.
والثالث: وهو مذهب مالك أنه يقبل فيه امرأتان.

والرابع: وهو مذهب الأوزاعي أنه يقبل فيه شهادة الواحدة^(١)

جواز شهادة النساء منفردات فيما لا يطلع عليه الرجال

المراد بالمسألة: أن شهادة النساء تقبل فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والحيض والبكارة وعيوب النساء وما يخفون على الرجال غالبًا، وقد نقل الإجماع على ذلك.

نقل الشافعي لإجماع حيث قال: (الولادة وعيوب النساء مما لم أعلم مخالفاً لقيته في أن شهادة النساء فيه جائزة لا رجل معهن)^(٢)

ابن قدامة حيث قال: (ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال مثل الرضاع والولادة والحيض والعدة وما أشبهها شهادة امرأة عدل، لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في ذلك)^(٣)

قبول شهادة التائب بعد الحد

المراد بالمسألة: أن من أتى حداً من الحدود فأقيم عليه، ثم تاب وأصلح فإن شهادته تكون مقبولة، وقد نقل الإجماع على ذلك.

نقل ابن المنذر الإجماع حيث قال: (وأجمعوا على أن الرجل إذا كان يشرب الخمر حتى يسكر، ثم تاب، فشهد بشهادة، وجب أن تقبل شهادته، إذا كان عدلاً)^(٤)

قال ابن رشد: (ولم يختلفوا أن الفاسق تقبل شهادته إذا عرفت توبته)^(٥)

(١) الحاوي الكبير (١١ / ٤٠٢)

(٢) الأم (٧ / ٧٩).

(٣) المغني (١٤ / ٢٢٦).

(٤) الإجماع لابن المنذر (٨٨)،

(٥) بداية المجتهد (٢ / ٦١٠).

تفصيل احكام اليمين

تعريف اليمين: لغة واصطلاحاً

مشروعية اليمين وحكمة من مشروعيتها

أنواع اليمين

النية في اليمين في القضاء

صيغة اليمين

حكم اليمين

حقيقة القضاء باليمين المردودة

شروط القضاء بالنكول عن اليمين

تعريف اليمين: لغة واصطلاحاً:

اليمين لغة: لفظ مشترك لعدة معان، منها اليد والقوة والقسم^(١)

اصطلاحاً: اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفها ، والمعنى في ذلك متقاربة،

تعريف الحنفية: فَجُمْلَةٌ أَوْلىٰ إِنشَائِيَّةٌ مُفَسَّمٌ فِيهَا بِاسْمِ اللَّهِ تَعَالَىٰ أَوْ صِفَةٍ يُؤَكَّدُ بِهَا مَضْمُونُ ثَانِيَةٍ فِي نَفْسِ السَّامِعِ ظَاهِرًا أَوْ تَحْمِيلِ الْمُتَكَلِّمِ عَلَىٰ تَحْقِيقِ مَعْنَاهَا^(٢)

المالكية: جُمْلَةٌ حَبْرِيَّةٌ وَضَعًا إِنشَائِيَّةٌ مَعْنَىٰ مُتَعَلِّقَةٌ بِمَعْنَىٰ مُعْظَمٍ عِنْدَ الْمُتَكَلِّمِ مُؤَكَّدَةٌ بِجُمْلَةٍ أُخْرَىٰ مِنْ غَيْرِ جِنْسِيَّهَا^(٣)
الشافعية: تحقيق الأمر أو توكيد الأمر بذكر اسم من أسماء الله تعالى أو صفة من صفاته^(٤)

الحنابلة: تَوْكِيدُ حُكْمٍ بِذِكْرِ مُعْظَمٍ عَلَىٰ وَجْهِ مَخْصُوصٍ^(٥)

تعريف اليمين القضائية:

لا يوجد في كتب الفقهاء القدامى تعريف خاص باليمين القضائية، لكن يجد لها عن المعاصرين.

عرفها الدكتور محمد الزحيلي حيث قال: تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى امام القاضي^(٦).

وقال الدكتور وهبة الزحيلي: فهي تأكيد ثبوت الحق أو نفيه أمام القاضي بذكر اسم الله أو بصفة من صفاته^(٧)

تعريف اليمين في القانون:

عرف الدكتور الصدة اليمين بأنها: إظهار الله تعالى على صدق ما يقوله الحالف تقوية لهذا القول وتعزيزاً له^(٨).

مشروعية اليمين:

(١) ينظر: مقاييس اللغة (٦/ ١٥٨) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (٦/ ٢٢٢٠)

(٢) درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٣٨)

(٣) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٣/ ٢٦٠)

(٤) التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٨/ ٩٧)

(٥) منتهى الإرادات (٥/ ٢٠٩)

(٦) وسائل الاثبات في الشريعة الإسلامية، ٣١٩

(٧) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (٨/ ٦٠٦٤)

(٨) الاثبات في الموارد المدنية: ص ٤١٩

جاءت الأدلة على مشروعية اليمين من الكتاب والسنة والاجماع:

الكتاب قال تعالى: { لا يُوَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ، وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ }

وقال تعالى: { وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا } [النحل: ٩١].

السنة: مشروعة بأحاديث كثيرة أيضاً، منها قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» وفي رواية البيهقي: «ولكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»^(١)

قال ابن قدامة: وأجمعت الأمة على مشروعية اليمين وثبوت أحكامها^(٢)

شترط الفقهاء بالاتفاق ستة شروط في اليمين القضائية، واختلفوا في شرطين. أما المتفق عليها فهي ما يأتي:

١ - أن يكون الحالف مكلفاً (بالغاً عاقلاً) مختاراً: فلا يحلف الصبي والمجنون، ولا تعتبر يمين النائم والمستكره.

٢ - أن يكون المدعى عليه منكرًا حق المدعي: فإن كان مقرراً فلا حاجة للحلف.

٣ - أن يطلب الخصم اليمين من القاضي وأن يوجهها القاضي إلى الحالف.

٤ - أن تكون اليمين شخصية: فلا تقبل اليمين النيابة، لصلتها بذمة الحالف ودينه، فلا يحلف الوكيل أو ولي القاصر، ويوقف الأمر حتى يبلغ.

٥ - ألا تكون في الحقوق الخالصة لله تعالى كالحدود والقصاص.

٦ - أن تكون في الحقوق التي يجوز الإقرار بها فلا تجوز اليمين في الحقوق التي لا يجوز الإقرار بها، فلا يحلف الوكيل والوصي والقيم؛ لأنه لا يصح إقرارهم على الغير^(٣).

الحكمة من مشروعيتها

(١) رواه البيهقي

(٢) الشرح الكبير (١١ / ١٦١).

(٣) ينظر: معني المحتاج: (٤٧٥-٤٨١ / ٤)

الحكمة من تشريع اليمين هو التأكيد، وذلك إما لحمل المخاطب على الثقة بكلام الحالف، وأنه لم يكلف فيه إن كان خيرا، ولا يخلفه إن كان وعدا، أو وعيدا، أو نحوهما. وإما لتقوية الطلب من المخاطب أو غيره، وحثه على فعل شيء، أو منعه عنه. فالغاية العامة من اليمين قصد توكيد الخبر أو الإنشاء، ثبوتا أو نفيا(١).

صيغة اليمين:

أن يحلف من يوجه له القاضي اليمين: بالله الذي لا إله إلا هو، أو ما يقارب ذلك وعند الشافعية بهذه الصيغة: قال الشافعي رحمه الله: فَإِذَا حَلَفَ الرَّجُلُ عَلَى حَقِّ نَفْسِهِ حَلَفَ " بِاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ عَالِمُ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ وَالرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ الَّذِي يَعْلَمُ مِنَ السِّرِّ مَا يَعْلَمُ مِنَ الْعَلَانِيَةِ أَنَّ مَا شَهِدَ بِهِ شَاهِدًا فُلَانٌ بِنِ فُلَانٍ عَلَيْكَ، وَهُوَ كَذَّاءٌ وَبِصْفُهُ لِحَقِّ كَمَا شَهِدَ بِهِ(٢).

وقال النووي: وان اقتصر على قوله (والله) أجزاءه، لان النبي صلى الله عليه وسلم اقتصر في احلاف ركابة على قوله والله.

وان اقتصر على صفة من صفات الذات كقوله وعزة الله أجزاءه لانها بمنزلة قوله والله في الحنث في اليمين وايجاب الكفارة.

وأن حلف بالمصحف وما فيه من القرآن فقد حكى الشافعي رحمه الله عن مطرف أن ابن الزبير كان يحلف على المصحف(٣).

قال ابن المنذر: وأجمعوا على أن من قال: والله أو بالله أو تالله، فيحنث أن عليه الكفارة(٤).

(١) الجامع لأحكام الأيمان والندور(٣٨/١).

(٢) الأم للشافعي (٦/ ٢٧٨)

(٣) المجموع شرح المهذب (٢٠/ ٢١٧)

(٤) الإجماع لابن المنذر(ص١٢٥).

النية في اليمين في القضاء

وتعتبر في الحلف نية القاضي المستحلف للخصم سواء أكان موافقا للقاضي في مذهبه أم لا لحديث اليمين على نية المستحلف رواه مسلم وحمل على الحاكم لأنه الذي له ولاية الاستحلاف والمعنى فيه أنه لو اعتبرت نية الحالف لبطلت فائدة الأيمان وضاعت الحقوق إذ كل أحد يحلف على ما يقصد^(١).

لكن بشرطين: تنبيه محل كون ما ذكر لا يدفع إثم اليمين مقيد بأمرين أحدهما أن يكون الحلف بالله تعالى فإن حلفه القاضي بالطلاق أو العتاق... الأمر الثاني أن لا يكون ظلما في نفس الأمر^(٢).

أنواع اليمين:

تختلف أنواع اليمين بحسب حيثيات النظر فيها، ومحل البحث هنا في اليمين التي تكون في مجلس القضاء، ولذا فإن اليمين من هذه الحثية نوعان:

الأول: يمين قضائية: وهي اليمين التي تكون في مجلس القضاء كوسيلة من وسائل الإثبات أو النفي للقضية المنظورة.

الثاني: يمين غير قضائية: وهي اليمين التي تكون خارج مجلس القضاء، ولا يقصد بها إثبات أو نفي واقعة معروضة أمام القضاء^(٣).

اليمين القضائية بحسب الحالف أنواع ثلاثة: يمين الشاهد، ويمين المدعى عليه، ويمين المدعي.

١ - يمين الشاهد: هي اليمين التي يحلفها الشاهد قبل أداء الشهادة للاطمئنان إلى صدقه، وهي التي يلجأ إليها في عصرنا بدلاً من تزكية الشاهد. وقد أجازها المالكية والزيدية والظاهرية وابن أبي ليلى وابن القيم، لفساد الزمان وضعف الوازع الديني، ومنعها الجمهور .

٢ - يمين المدعى عليه: وتسمى اليمن الدافعة أو اليمين الأصلية أو اليمين الرافعة، وهي التي يوجهها القاضي بناء على طلب المدعي عليه التأكد جوابه عن الدعوى وتقوية جانبه في موضوع النزاع وهذه اليمن متفق عليها في جميع المذاهب ويعمل بها.

(١) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج- الفكر (٤/ ٤٧٥)

(٢) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج- الفكر (٤/ ٤٧٥)

(٣) ينظر: سائل الإثبات في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد الزحيلي (١/٣١٩)، واليمين القضائية.

٣ - يمين المدعي: . وهي ثلاثة أنواع:

الأول - اليمين الجالبة: وهي التي يؤديها المدعي في إثبات حقه لسبب يستدعي بها وهي حجة في الإثبات مختلف فيها، ولهذا يستلزم منها، إما مع شهادة شاهد واحد، وهي اليمين مع الشاهد، وإما بسبب نكول المدعي عليه عن اليمين الأصلية وردها إلى المدعي ليحلف، وهي اليمين المردودة، وإما لإثبات تهمة الجناية على القاتل، وهي أيمان القسامة، وإما لنفي حد القذف عنه وهي أيمان اللعان، وإما لتأكيد الأمانة، فالقول قول الأمين يمينه كالوديع والوكيل، إذا ادعى الرد على من ائتمنه، إلا المرتحن والمستأجر والمستعير، فلا يصدقون إلا بالبينة؛ لأن وجود الشيء في أيديهم أو حيازتهم كان لمصلحة أنفسهم.

الثاني - يمين التهمة: وهي التي توجه على المدعي بقصد رد دعوى غير محققة على المدعي عليه، قال بها المالكية والزيدية.

الثالث - يمين الاستيثاق أو الاستظهار: وهي التي يؤديها المدعي بناء على طلب القاضي لدفع الشبهة والريبة والشك والاحتمال في الدعوى بعد تقديم الأدلة فيها، فاليمين تكمل الأدلة ويتثبت بها القاضي من صحة الأدلة.

ويلجأ إليها القاضي عادة إذا كانت الدعوى بحق على غائب أو ميت، ويحتمل أن يكون المدعي قد استوفى دينه من الميت أو الغائب أو أبرأه عنه، أو أخذ رهناً مقابلته، وليس للشاهدين علم بذلك. فيحلف القاضي المدعي؛ لأن البينة لا تفيد إلا غلبة الظن، فيستحق ما ادعاه بالبينة واليمين معاً، فهي يمين القضاء بعد ثبوت الحق على الغائب والمحجور، وقد أجزت استحساناً بسبب احتمال الشبهة والشك عند غياب المدين.^(١)

اليمين القضائية تنقسم عند القانونيين إلى قسمين:

الأول: اليمين الحاسمة: هي التي يوجهها أحد الخصمين إلى الآخر كدليل قاطع في الدعوى، أو التي يوجهها الخصم لخصمه عند عجزه عن إثبات حقه؛ حسماً للنزاع، وتكون هذه اليمين عند فقد الأدلة في الدعوى، فهي الدليل الكامل بالاحتكام إلى ذمة المحلف وضميره، وتوجه اليمين الحاسمة في كل دعوى صحيحة بطلب الخصم، ويجوز ردها إلى الخصم الآخر^(٢)

(١) ينظر: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ٣٥٧، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (٨ / ٦٠٧٨)

(٢) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية (١/٣٦٥)، وانظر: أنواع اليمين القضائية للباحث: يارا الشريبي.

وهذه اليمين تشبه عند الفقهاء اليمين الأصلية وهي التي تكون من جهة المدعين ، واليمين المردودة^(١).

الثاني: اليمين المتممة: هي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد الخصمين؛ ليتم اقتناعه في موضوع الدعوى، ويرجح بها دليلاً على الآخر، ويصدر حكمه بعد ذلك، ولهذا سميت متممة، وقيمة هذه اليمين محدودة في الإثبات، فلا يلتزم القاضي بتوجيهها إذا طلبها أحد الخصمين، كما لا يلتزم بموجبها بعد أدائها، ولا تعتبر دليلاً مستقلاً في الدعوى، بل تكمل الأدلة المقدمة^(٢).

وهذه اليمين لا توافق اليمين المكملة أو المتممة التي يذكرها الفقهاء؛ فتلك يمين يكمل بها بينة المدعي كما في اليمين مع الشاهد الواحد، وحينئذ تكون مؤثرة في الحكم، أما اليمين المتممة عند القانونيين فهي شبيهة بيمين الاستظهار عند الفقهاء والتي تكون للاحتياط مع بيئة المدعي التامة، حين يستريب القاضي بتلك البينة^(٣).

حكم اليمين الموجهة إلى المدعى عليه :

إذا حلف المدعى عليه اليمين الشرعية ترتب على حلفه انقطاع الخصومة بين المتداعيين، وإنهاء الخلاف بينهما، وسقوط الدعوى وذلك باتفاق الفقهاء^(٤).

غير أنهم اختلفوا في سقوط الحق بسقوط الدعوى، فهل تنقطع الخصومة ويسقط حق المدعي في الحال فقط؟ أم يسقط في الحال والاستقبال؟ أي هل تبرأ ذمة المدعى عليه من الحق قضاء بسقوط الدعوى أم لا تزال ذمته مشغولة به، وللمدعي أن يطالب به، ويرفع فيه الدعوى متى تيسرت له وسيلة أخرى من وسائل الإثبات؟ .

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال، وثمرة الخلاف بينهم هي هل تقبل البينة بعد

اليمين أم لا تقبل؟ .

القول الأول :

(١) ينظر: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية (١/٣٦٦)، وتوجيه اليمين على الشخصية الاعتبارية للدكتور : عبد العزيز الدغيش (ص: ١٥).

(٢) المصدر نفسه

(٣) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية (١/٣٥٧)

(٤) مراتب الإجماع ، ابن حزم : ص ٥٤ .

أن الحق لا يسقط بسقوط الدعوى، وأن الخصومة سقطت مؤقتاً بأداء اليمين من المدعى عليه، ويجوز للمدعي أن يقيم البينة على حقه ويطالب المدعى عليه به . ذهب إلى ذلك جماهير الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية في الأظهر عندهم.^(١)

القول الثالث:

أن الحق يسقط بسقوط الدعوى ، وليس للمدعي أن يقيم البينة بعد الحكم باليمين إلا لعذر كنيان وعدم علم بالشهادة ثم علم بها فتقبل منه، ويحلف يميناً على عذره . ذهب إلى ذلك المالكية والإمامية في قول^(٢).
أنواع الحقوق التي يجوز فيها اليمين:

هناك حقوق يجوز فيها اليمين بالاتفاق، وحقوق لا يجوز فيها اليمين اتفاقاً، وحقوق مختلف فيها على التفصيل التالي:

١ - اتفق الفقهاء على عدم جواز التحليف في حقوق الله تعالى المحضة، سواء أكانت حدوداً كالزنا والسرقة وشرب المسكرات، أم عبادات كالصلاة والصوم والحج والنذر والكفارة، إلا إذا تعلق بها حق مالي لآدمي فيجوز؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات، ولا يقضى فيها بالنكول عند الحنفية والحنابلة؛ لأنه بذل عند أبي حنيفة، وإقرار فيه شبهة العدم عند أحمد والصاحبين، والحدود لا تحمل البذل، ولا تثبت بدليل فيه شبهة؛ لأن النكول قائم مقام الإقرار، ولا يجوز إقامة الحد بما يقوم مقام غيره. ولأنه لو أقر، ثم رجع، قبل منه وخلي من غير يمين، فلائن لا يستحلف مع عدم الإقرار أولى، ولأنه يستحب ستره.

وأما أن العبادات لا يستحلف فيها، فلأنها علاقة بين العبد وربّه، فلا يتدخل فيها أحد، قال الإمام أحمد: «لا يحلف الناس على صدقاتهم» فإذا ادعى الساعي الزكاة على رب المال وأن الحول قد تم وكمل النصاب، فالقول عند أحمد قول رب المال من غير يمين. ونقل ابن قدامة عن الشافعي وأبي يوسف ومحمد أنه يستحلف؛ لأنها دعوى مسموعة، فتشبهه حق الآدمي. أما إذا تعلق بالحدود وغيرها حق مالي للعباد كالمال في السرقة، فيجوز فيها الاستحلاف.

(١) المسبوط (١١٩/١٦)، مختصر المزني (٥/٢٥٥) تبصرة الحكام (ص ٢٤٨)، الطرق الحكمية (ص ١١٠)

(٢) ينظر: بداية المجتهد، ص ٥٠٥، والتفصيل في هذه الاحكام مع الادلة ذكره صاحب كتاب، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية

٢ - واتفق الفقهاء أيضاً على جواز اليمين في الأموال، وما يؤول إلى المال، فيحلف المدعى عليه إثباتاً ونفيًا، لقوله تعالى: {إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً، أولئك لا خلاق لهم في الآخرة، ولا يكلمهم الله، ولا ينظر إليهم يوم القيامة، ولا يزكّيهم، ولهم عذابٌ أليم} [آل عمران: ٧٧ / ٣] وللحديث السابق عند الجماعة: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى أناس دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه».

٣ - واتفق الفقهاء على جواز التحليف في الجنايات من قصاص وجروح وفي بعض مسائل الأحوال الشخصية. واختلفوا في بعض مسائل هذا النوع على أقوال ثلاثة:

أ. فقال المالكية: إن التحليف غير جائز في النكاح فقط؛ لأنه يجب فيه الشهادة والإعلان، إذا لم يوجد الشهود لم يصح النكاح، فلا يقبل فيه اليمين لتحقق التهمة والكذب، ولأنه لو أقر بالنكاح لا يثبت ولا يلزم.

ب. وقال أبو حنيفة: يستثنى سبع مسائل لا يجوز فيها التحليف وهي النكاح والطلاق والنسب، والفийء في الإيلاء، والعتق، والولاء، والاستيلاء، وزاد الحنابلة القود؛ لأن القصد من توجيه اليمين هو النكول عن الحلف، والقضاء بناء عليه، والنكول بذل وإباحة وترك للمنازعة في رأي أبي حنيفة، صياغة عن الكذب الحرام، وهذه المسائل لا يجوز فيها البذل والإباحة، كما تقدم سابقاً، ولأن النكول في رأي أحمد والصاحبين وإن جرى مجرى الإقرار، فليس بإقرار صحيح صريح، لا يراق به الدم بمجرد، ولا مع يمين المدعي إلا في القسامة للوث. والمفتى به عند الحنفية هو رأي الصاحبين كما تقدم، وهو أنه يجوز التحليف في هذه الأمور إلا في الحدود والقصاص واللعان.

فإن كان المقصود من الدعوى في هذه المسائل المال، فيستحلف المدعى عليه، ويثبت المال دون النكاح والنسب والرجعة، كأن تدعي امرأة على رجل أنه لم يدفع لها نصف المهر قبل الدخول، أو نفقة العدة بعد الدخول، فيحلف.

وعند الحنابلة روايتان أرجحهما أنه لا يستحلف المدعى عليه، ولا تعرض عليه اليمين فيما ليس بمال، ولا المقصود منه المال: وهوكل ما لا يثبت إلا بشاهدين كالقصاص وحد القذف والنكاح والطلاق والرجعة والعتق والنسب والاستيلاء والولاء والرق؛ لأن هذه الحالات لا تثبت إلا بشاهدين ذكّرين، فلا تعرض فيها اليمين كالحدود.

ج. وقال الشافعية والصاحبان وبرأيهما يفتى عند الحنفية، والشيعة الإمامية والزيدية والإباضية: يجوز التحليف في هذه المسائل، ويحلف المنكر في إثباتها أو نفيها، للحديث السابق عند الترمذي: «البينة على المدعي، واليمين

على المدعى عليه» يتناول بعمومه كل مدعى عليه، فإذا لم تتوافر البينة، حلف المدعى عليه على إنكاره حق المدعي. وقد حلف النبي صلى الله عليه وسلم ركّانة بن عبد يزيد على طلاق امرأته البتة فيما رواه البيهقي قائلاً له: والله ما أردت إلا واحدة؟ فقال ركّانة: والله ما أردتُ إلا واحدة فردها عليه.

وهذا الرأي هو الراجح لدي لعموم النصوص وقوة الأدلة التي اعتمدوا عليها.

تحليف الشهود اليمين: لجأ القضاة في عصرنا الحاضر بسبب كثرة الناس بدلاً عن العمل بمبدأ تزكية الشهود اللجوء إلى تحليف الشاهد اليمين، ولا مانع من هذا في رأيي، بدليل تحليف النبي صلى الله عليه وسلم ركّانة على ما يريد من تطليق امرأته طليقة واحدة أم أكثر^(١).

مسألة: حقيقة القضاء باليمين المردودة:

اختلف الفقهاء في حقيقة القضاء باليمين المردودة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يمين الرد كإقرار الخصم لا كالبينة؛ لأنه يتوصل باليمين إلى الحق بعد نكول المدعى عليه فأشبهه إقراره، ولا يسمع من المدعى عليه حجة بمسقط بعد ذلك للتناقض مع إقراره، بخلاف البينة، وهو مذهب الشافعية في لصحيح عندهم^(٢).

القول الثاني: يمين المدعي مردودة مع نكول المدعى عليه بمنزلة البينة؛ لأن اليمين حجة المدعي، والبينة تكون مع المدعي ويستحق بها، وهو قول عند الشافعية^(٣).

القول الثالث: القضاء يكون بالنكول واليمين المردودة معاً، وهو مذهب المالكية؛ لأن الأصل عندهم اشتراط الثنائية في الإثبات كالشاهدين والشاهد والمرأتين، والمرأتين أو الشاهد ويمين، ومثله الشاهد ونكول المدعى عليه، واليمين ونكول المدعى عليه، فإن نكل المدعي عن اليمين سقطت دعواه، واليمين المردودة لا ترد ثانية إلى المدعى عليه وإلا حصل فيها الدور الذي لا ينتهي، كما لا ترد التهمة أو اليمين المؤكدة لأنها تبطل البينة^(٤).

طرق تحليف المعذور عن الحضور إلى مجلس الحكم لأداء اليمين:

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (١/ ٦٠٨٦).

(٢) وسائل الإثبات في الشريعة (ص ٤٠٧).

(٣) وسائل الإثبات في الشريعة (ص ٤٠٨).

(٤) وسائل الإثبات في الشريعة (ص ٤٠٨).

متى تحقق العذر فإنه يتخذ بشأن تحليف المذدور أحد طريقتين:

أ- تأجيل التحليف حتى يزول العذر ومن ثم يحضر ويحلف، وذلك ما لم يضر التأجيل بأحد الخصمين فيصير إلى الطريق التالية.

ب- الانتقال أو الندب عند استمرار العذر أو عدم إمكان التأجيل.

شروط القضاء بالنكول عن اليمين:

يشترط للقضاء بالنكول عن اليمين الشروط التالية:

١- أن يكون توجيه اليمين إلى الخصم صحيحاً: وذلك بأن يكون نكول الخصم عن يمين استوفت شروط أدائها الواردة في شرح المادة الثامنة بعد المائة.

٢- أن يكون النكول واقعا في مجلس الحكم: وذلك بأن يكون نكول الخصم الموجهة إليه اليمين في مجلس الحكم لدى القاضي ناظر الدعوى أو من يستخلفه أو يندبه، فلا يعتد بنكول خارج مجلس الحكم^(١).

٣- أن يكون النكول صادرا من الخصم مباشرة: فلا يعتد بنكول الوكيل ولا بإخبار الوكيل عن موكله بأنه ناكل عن اليمين^(٢).

٤- عرض اليمين على المدعى عليه وإنذاره بالحكم عليه إذا نكل: فلا بد من أن يعرض القاضي اليمين على المدعى عليه بعد بيان صيغتها، ويخبره بلزوم حلفها، وينذر بجريان حكمها عليه إذا لم يحلف^(٣).

٥- ألا يكون للناكل عذر معتد به في الامتناع عن أداء اليمين: فإن كان للناكل عذر من نحو طلب مهلة للنظر في حسابه أو إحضار بينة، وجب إنذاره، ولا يعتد بهذا النكول مع العذر ما لم يكن ذلك مطلا أو خارجا عن قواعد الإمهال المقررة.

النكول في المدعي عليه: فيه قولان

الاول: يقضي بالنكول وهو الراجح

(١) الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية(١/٥٧٠).

(٢) الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية(١/٥٧١).

(٣) نفس المرجع السابق.

الثاني: لا يقضي بالنكول

مسألة: إذا كان المدعي عليه ليس لديه بينة،، وحكم القاضي، ثم بعد ذلك أتى ببينة، هل يسمع له القاضي أم لا؟ على قولين:

الأول يسمع له

الثاني. لا يسمع له، وهو الأظهر.

الماضرة السابعة

تعريف حكم القاضي لغة واصطلاحاً

شروط حكم القاضي

آثار حكم القاضي

باطلان حكم القضائي

نفاذ حكم القاضي ظاهرة وباطنا

تعريف حكم القضائي

الحكم في اللغة:

المنع والقضاء. يقال: حكمت عليه بكذا: إذا منعته من خلافه، فلم يقدر على الخروج من ذلك. ومنه الحكمة؛ لأنها تمنع صاحبها عن أخلاق الأراذل والفساد، وقيل للقضاء حكم؛ لأنه يمنع من غير المقضى به^(١) اصطلاحاً: وَالْحُكْمُ الْفَصْلُ أَي فَصْلُ الْخُصُومَةِ^(٢)

وعرفه الدكتور نعيم ياسين بأنه: «فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطرق الإلزام^(٣)».

شروط حكم القضائي:

شرط الأول: الدعوى، أهل اشترط الفقهاء، وللصحة الحكم أن تتقدمه وتسبقه دعوة صحيحة المسموعة شرعاً بخصوص مواضع الحكم^(٤).

الشرط الثاني: الخصومة

الشرط الثالث: وجود سبب للحكم (وسيلة إثبات)

الشرط الرابع: ثبات الشهود على شهادتهم حتى إصدار الحكم^(٥)

الشرط الخامس: طلب من المدعي

الشرط السادس: حضور الخصوم

آثار حكم القضائي:

الأثر الأول. ففصل الخصومة:

وإنهاء النزاع المتعلق بحق المحكوم فيه. وعدم جواز إعادة طرح النزاع من جديد مستقلة.

(١) الصحاح (٥/ ١٩٠٢)، المصباح المنير / ٤٥.

(٢) كشف القناع عن متن الإقناع (٦/ ٣٣٠)

(٣) نظري، ص ٦٤٣.

(٤) ينظر: البحر الرائق، ٦/ ٢٧٩، شرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ٤/ ١٥٧، تحفة المنهاج، ٤/ ٢٩٧

(٥) ينظر: التنظيم القضائي في فقه الاسلام / ٧٤

السبق القول أن الغاية من وجود منصب القضاء هي إنهاء المنازعات وحل الخصومات، فلا يلجأ إلى القضاء إلا من اعتدى على حقه. أو أراد تثبيت حقه أو حمايته، ولذلك يرفع الدعوة ويسير في الإجراءات حتى يصدر الحكم الفاصلة فيها. والذي ينهي الخصومة، حيث يظهر الحق من الباطل.

والدعوى إذا لم تفصل بحكم ينهي الخصوم، تبقى أبد الدهر، حتى يمل الطرفان، ويترك الخصومة، وفي هذا استمرار للنزاع، أما حين يصدر الحكم فالمنازعة تنتهي، ويحصل صاحب الحق على حقه. يمتنع الخصم من معارضته لأن بيده حكماً قضائياً مؤيداً بقوة الدولة، يحمي حقه الذي تضمنه الحكم.

ويؤيد ما ذكرنا أن تعريف القضاء عند كثير من الفقهاء، وكذلك التعريف الحكم، يتضمن عنصراً رئيسياً. فيه. إلا وهو فصل الخصومات^(١).

الأثر الثاني. ثبوت الحق المحكوم به وتقويته:

وهذا الأثر ناتج عن الأثر الذي قبله. ولكن المسألة التي تبرز هنا هي هل الحق المحكوم؟ به، أو الحكم الشرعي الذي ألزم القاضي المحكوم عليه، موجود قبل الحكم القضائي؟ أم أن الحكم هو الذي أنشأه؟

اختلف الفقهاء، وفي هذا إلى أقرأ لين. الأول. قول الجمهور. يرون أن الحكم القضائي مظهر للحق أو الأمر الشرعي، وليس منشأً لأن المحكوم به كان ثابتاً قبل الحكم، ودور الحكم، يمكن في إظهاره و تبينه وإلزام الخصم به.

القول الثاني. وقول للإمام أبي حنيفة رحمه الله. ويرى أن حقيقة الحكم إثبات المحكوم به، وإنشاء له^(٢).

الأثر الثالث: القابلية للتنفيذ.

وهذا الأثر هو الهدف الأساسي للحكم القضائي. وبمقتضى. تعود الحقوق إلى أصحابها. وتحقق العدالة بترجمة الحكم. الشرعي إلى واقع يعاش. فإذا لم يقبل الحكم التنفيذ. فإنه يعتبر فاقداً لقيمته. وفي ذلك يقول عمر رضي الله عنه شي رسالته لأبي موسى. فإنه لا ينفع. تكلم بحق إلا نفاذ له.

والفقهاء تحدث عن هذا الأثر باللفظ النفاذ والتنفيذ. هم يقصدون بمصطلح النفاذ ما يطلق عليه في الفقه القانوني، حجة الحكم. فقولهم عن الحكم أنه واجب النفاذ. أو أنه نافذ أو حجة.

(١) ينظر: نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، ٤١٤

(٢) ينظر: نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون (٤١٥-٤١٦)

وقال النووي: إن تعذر اجتماع هذه الشروط، فولى سلطان ذو شوكة فاسقا، أو مقلدا، نفذ قضاؤه للضرورة الأثر الرابع، اللزوم^(١).

الزوم في اللغة يأتي بمعنى الثبات والدوام، يقال. ألزم شيء يلزمه لزما، ثبت ودام^(٢).

ولزوم في الاصطلاح القضائي له إرتباط قوي بالمعنى اللغوي، حيث يعني لزوم الحكم. إذ بات هو دوامه. وهذا يظهر من خلال النظر في مظاهر اللزوم. كعدم جوازي الرجوع، يعني الحكم وعدم جواز نقضه وغيرها.

قال ابن نجيم: السابع في أحكامه فمنها بالنسبة إلى الحكم اللزوم فليس لأحد نقضه حيث كان مجتهدا فيه ومستوفيا شرائطه الشرعية^(٣)..

وقال الشوكاني: أن مرجع لزوم حكم الحاكم ووجوب امتثاله وتحريم نقضه يرجع إلى كونه مطابقا للحق وعدم لزومه وجواز نقضه يرجع إلى كونه مخالفا^(٤).

باطلان حكم القضائي

باطلان حكم القضائي لاختلال في صفة الحكم.

أولا: بفقدان شرط من شروط القاضي، تكلمنا عنه في محاضرة الاولى وهي ثمانية شرط.

ثانياً: بذل الرشوة^(٥):

(وإذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا) أي بمال دفعه لتوليته لم تصح توليته وهو الصحيح، ولو قضى لم ينفذ وبه يفتى إذ الإمام لو قلد برشوة أخذها هو أو قومه وهو عالم به لم يجز تقليده كقضائه برشوة كذا في جامع الفصولين، ثم رقم لآخر أن من أخذ القضاء برشوة أو بشفعاء فهو كمحكم لو رفع حكمه إلى قاض آخر يمضيه لو وافق رأيه وإلا أبطله.

ثالثا: انعدام الولاية يؤدي الى بطلان الحكم،

(١) روضة الطالبين وعمدة المفتين (٩٨ / ١١)

(٢) ينظر: المصباح المنير في غريب

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٢٨١ / ٦)

(٤) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار (ص: ٨٣٥)

(٥) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري (٢٨٤ / ٦)

قال السرخسي: فإذا استخلف بغير أمر الإمام لم يجز قضاء خليفته إلا أن ينفذ هو قضاء خليفته فحينئذ ينفذه كما لو قضى به بنفسه؛ لأن نفوذه برأيه. (١)

بطلان الحكم لسبب المحكوم به

أولاً: لمخالفة النص:

ذا وقع الحكم مخالفاً لنص القرآن الكريم فإنه يعتبر باطلاً غير معتبر الفقهاء، ويشترط للحكم ببطلان الحكم في هذه الحالة أن يكون النص قطعي لا يقبل تأويلاً، أو كان تأويله بعيداً متكلفاً. ينبو الفهم عن قبوله، وقيد الحنفية عدم قبول التأويل بأن لا ينقل عن سلف الأمة أي تأويل للنص موضوع الحكم، ويقصدون بسلف الأمة العلماء الذين سبقوا الأئمة المجتهدين، وبالتحديد الذين سبقوا الإمام الشافعي ومالك -رحمهما الله - كالصحابية والتابعين (٢)

ثانياً: بطلان الحكم بمخالفة الاجماع

اتفق الفقهاء على أن الحكم المخالف للإجماع يعتبر باطلاً. وذلك لأن الإجماع مع الصوم لا يقوم إلا حقا. ولا يحكم إلا بالحق. فخلافه يكون باطلاً، قطع، والباطل لا يقرر في الشرع (٣).

ثالثاً: بطلان الحكم بعدم توفير شروط الصحيح في الدعوى وتكلمنا عنه سابقا

رابعاً: بطلان الحكم لوجود العداوة بين المحكوم عليه والقاضي (٤)

نفاذ الحكم ظاهراً وباطناً

وبيانها على النحو التالي.

(١) المبسوط للسرخسي (١٦ / ١١٠)

(٢) ينظر: البحر الرائق ١/٨، الدر المختار مع حاشية الطحطاوي ٣/١٩٤، شرح الكبير ٤/١٥٣، الأم ٦/٢٠٤، أدب القاضي

١١/٦٨٥، المغني ١١/٤٠٣، الفروع ٦/٤٥، المبدع ١٠/٤٩، الإنصاف ١١/٢٢٣

(٣) ينظر: رد المحتار، ٤٠١/٥، شرح الكبير، ١٥٣/٤، نهاية المحتاج، ٢٤٦/٨، الإنصاف، ٢٢٤/١١

(٤) ينظر: الفروع ٦/٤٥٢.

أ- اتفق الفقهاء جميعاً على أن جميع الأحكام تنفذ ظاهراً، وهذه النقطة لا تحتل الخلاف، لأن الحكم الحائز على الشروط الشرعية واجب النفاذ وملزم، إذ لا فائدة للحكم إذا لم يكن ملزماً، والأحكام عادة كلها ملزمة، ونافذة من حيث الظاهر .

ب - اتفق الفقهاء على أن حكم الحاكم ينفذ ظاهراً وباطناً إذا كان مبناه على أصل صادق، أي ، سبب صحيح معتبر كالشهادة الصادقة في حقيقتها، وكان الحكم في محل متفق عليه بين الفقهاء)، والسبب في ذلك أن الحكم مطابق للحقيقة.

قال النووي: الضرب الثاني: الإنشاءات كالتفريق بين المتلاعنين، وفسخ النكاح بالعيب، والتسليط على الأخذ بالشفعة ونحو ذلك، فإن ترتبت على أصل كاذب، بأن فسخ بعيب قامت بشهادة زور، فهو كالضرب الأول، وإن ترتبت على أصل صادق، فإن لم تكن في محل اختلاف المجتهدين، نفذ ظاهراً وباطناً^(١)

ج- اتفق الفقهاء على أن حكم الحاكم في الأملاك المرسلة ينفذ ظاهراً فقط، ولا ينفذ باطناً إذا كان مبناه على أصل كاذب كشهادة الزور مثلاً. والأملاك المرسلة هي الأملاك التي لم يذكر لها سبب معين للتملك، لأن الملكية لا بد لها من سبب.

قال النووي: حكم القاضي ضربان، أحدهما: مما ليس بإنشاء، وإنما هو تنفيذ لما قامت به حجة، فينفذ ظاهراً لا باطناً، فلو حكم بشهادة زور بظاهري العدالة، لم يحصل بحكمه الحل باطناً^(٢).

ومثال هذه الحالة أن يدعي ملكية شيء دون أن يذكر سبب تملكه، ويأتي بشهود زور، لا يحل له أخذه، وكذلك إذا ادعى أمة ولم يذكر تملكها لا يحل له وطؤها بالإجماع

د- اتفق الفقهاء أيضاً أن حكم الحاكم بثبوت النكاح الذي بني على إقرار الطرفين عليه، وهما يعلمان أنه لا نكاح بينهما، لا ينفذ باطناً وإن نفذ ظاهراً، وذلك لأن الإقرار إنما هو لإظهار عقد سابق على الحكم، ولا يكون الحكم إنشاء للعقد، فلا ينفذ حينئذ^(٣).

(١) روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ١٥٣)

(٢) روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ١٥٢)

(٣) ينظر: السرخسي: المبسوط ١٦/١٨١.

هـ- اختلف الفقهاء في حكم الحاكم إذا كان مبناه على أصل صادق ولكنه في محل اختلاف الفقهاء. فذهب الجمهور في الراجح عندهم إلى نفاذه ظاهراً وباطناً، وذلك لتتفق الكلمة ويتم الانتفاع، وذهب بعض الشافعية وبعض الحنابلة إلى نفاذه ظاهراً فقط (١)

و - اختلف الفقهاء في المسائل التي للقاضي ولاية إنشاء الأحكام فيها كالعقود والفسوخ والنكاح والطلاق والعتاق هل ينفذ حكمه باطناً وظاهراً في حالة كونه مستنداً إلى بينة زور أم لا؟ وللفقهاء في هذه المسألة قولان: القول الأول: وهو لجمهور الفقهاء من الحنفية (٢) والمالكية (٣) والشافعية (٤) والحنابلة (٥)، وذهبوا إلى أن حكم القاضي لا ينفذ باطناً .

لقول الثاني: وهو للإمام أبي حنيفة، ولأبي يوسف في قوله الأول (٦)، وهو رواية عن الإمام أحمد (٧)، وقال به من الصحابة علي بن أبي طالب وابن عمر، ومن التابعين الإمام الشعبي (٨) وذهب أصحاب هذا القول إلى أن حكم القاضي في العقود والفسوخ ينفذ ظاهراً وباطناً ويزيل الشيء عن صفته، بحيث يجلب للمحكوم له، وإن كان قد حصل على الحكم بينة مزورة، وذلك بالشروط التالية (٩):

- ١- أن يكون للقاضي ولاية إنشاء مثل ذلك التصرف.
- ٢- أن لا يعلم القاضي بأن الشهود كاذبون وشهادتهم زور.
- ٣- أن يكون محل المحكوم به قابلاً للإنشاء، فمثلاً إذا حكم القاضي بناء على شهادة الشهود (زوراً) بأن فلانة زوجة فلان وكانت المحكوم عليها أختها من الرضاعة، أو زوجة الغير، فهذا الحكم "المحل فيه" غير قابل لإنشاء الزواج، لأنها على ذمة الغير، أو العقد عليها محرم، ولذلك الحكم هنا لا ينفذ باطناً

(١) ينظر : النووي: روضة الطالبين ١١/١٥٣، الزركشي: المنشور في القواعد ٦٩/٢-٧٠، المرادوي: الإنصاف ١١/٣١٢.

(٢) ينظر: المبسوط (١٨٠/١٦)

(٣) المقدمات الممهديات (٢/٢٦٦)

(٤) المهذب في فقه الامام الشافعي (٣/٤٦٨)

(٥) المبدع شرح المقنع (٧٥/١٠)

(٦) ينظر: المبسوط (١٨٠/١٦)

(٧) ينظر: المبدع شرح المقنع (٧٥/١٠)

(٨) ينظر: الجصاص: أحكام القرآن ١/٢٥٣.

(٩) ينظر: الدر المختار مع رد المختار ٥/٤٠٥، بدائع الصنائع ٧/١٥.

فقط دون الباطن . وإلى هذا القول ذهب جمهور الفقهاء : المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، وأحمد في رواية، والمشهور من المذهب^(٣).

(١) المقدمات الممهدة (٢/ ٢٦٦)

(٢) المهذب في فقه الامام الشافعي (٣/ ٤٦٨)

(٣) ينظر: المبدع شرح المقنع (١٠/ ٧٥)

الفهرس

٥ المحاضرة الأولى
٦ مقدمة مختصرة عن القضاء
٨ تعريف القضاء لغة واصطلاحاً
٩ الفرق بين القضاء والإفتاء والتحكيم
١٠ حكم تولي القضاء
١٢ شروط القاضي
١٤ المحاضرة الثانية
١٥ اختصاصات القاضي
١٧ واجبات القاضي
١٧ سيرته في قضائه
١٨ اسباب عزل القاضي
٢٠ ما يجوز له وما يمتنع عليه
٢١ سيرته مع الخصم
٢٤ المحاضرة الثالثة
٢٥ باب صفة القضاء
٢٨ تعريف الدعوى لغة واصطلاحاً
٢٩ مشروعية الدعوى:
٣٠ أركان الدعوى:
٣٠ أنواع الدعوى:

٣٢	شروط الدعوى :
٣٥	المحاضرة الرابعة
٣٦	تعريف المدعي والمدعى عليه :
٣٦	شروط المدعي والمدعى عليه
٣٨	مكان نظر الدعوى
٣٩	حضور الخصوم وغيابهم:
٤٢	تلقين الدعوى:
٤٢	احوال جَوَابِ المُدَّعَى عَلَيْهِ
٤٣	دفع الدعوى:
٤٤	شروط دفع الدعوى
٤٥	المحاضرة الخامسة
٤٦	طرق الإثبات
٤٨	الطريق الأول: الشهادة
٤٨	الطريق الثاني: الإقرار
٥١	الطريق الثالث من طرق الإثبات: اليمين
٥١	الطريق الرابع: القضاء بالقرائن
٥٤	الطريق الخامس: القيافة
٥٤	الطريق السادس: قضاء القاضي بعلمه
٥٥	الطريق السابع : الكتابة
٥٦	تفصيل احكام الشهادة:
٦٤	تفصيل احكام اليمين

٦٥	مشروعية اليمين
٦٧	صيغة اليمين:
٦٨	النية في اليمين في القضاء
٦٨	أنواع اليمين:
٧٤	شروط القضاء بالنكول عن اليمين
٧٦	المحاضرة السابعة
٧٧	تعريف حكم القضائي
٧٧	شروط حكم القضائي:
٧٧	آثار حكم القضائي:
٧٩	باطلان حكم القضائي
٨٠	نفاذ الحكم ظاهراً وباطناً
٨٤	الفهرس