

# الدماغ والبيئات والتضار

تأليف

الدكتور مصطفى ديب البغا      الدكتور القرشي عبدالرحيم

الدكتور سالم الراشدي

دار المصطفى

الطبعة الأولى

1427هـ - 2006م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## فهرس

9	مقدّمة المؤلّف
10	الباب الأوّل: الدعاوى
10	الفصل الأوّل:
	. ماهية الدعوى وطبيعتها.
	. مشروعيتها وركنها وسببها.
10	المبحث الأوّل: في حقيقة الدعوى.
10	المطلب الأوّل: تعريفها لغة.
10	المطلب الثاني: تعريفها اصطلاحاً.
15	المبحث الثاني: في طبيعة الدعوى وحجّية مشروعيتها.
15	المطلب الأوّل: طبيعة الدعوى.
16	المطلب الثاني: مشروعية الدعوى.
17	المبحث الثالث: ركن الدعوى وسببها ومكانها.
17	المطلب الأوّل: ركن الدعوى.
20	المطلب الثاني: سبب الدعوى.
22	المطلب الثالث: مكان الدعوى.
	الفصل الثاني:
23	في استيفاء الحق عن طريق القضاء أو بدون دعوى.
23	المبحث الأوّل: في ما لا بدّ فيه من الرفع إلى القضاء باتّفاق الفقهاء.
23	المطلب الأوّل: في تحصيل العقوبات.
25	المطلب الثاني: تحصيل الحقوق الشرعيّة المحضّة..
25	المبحث الثاني: ما لا يحتاج رفعه للقضاء اتّفاقاً.
25	المطلب الأوّل: تحصيل الأعيان المستحقّة.
27	المطلب الثاني: تحصيل نفقة الزوجة والأولاد.
27	المبحث الثالث: ما اختلف في رفعه للقضاء.
27	المطلب الأوّل: أقوال العلماء في استيفاء الدين..
29	المطلب الثاني: أدلّة الأقوال.

## الفصل الثالث:

- 33 التمييز بين طرفي الدعوى
- 34 المبحث الأول: ضابط . معيار . الحنفية .
- 34 المبحث الثاني: معيار المالكية والشافعية والحنابلة .
- 34 المطلب الأول: معيار المالكية .
- 37 المطلب الثاني: معيار الشافعية .
- 38 المطلب الثالث: معيار الحنابلة .

## الفصل الرابع:

- 40 أنواع الدعوى
- 40 المبحث الأول: أنواعها باعتبار صحتها .
- 40 المطلب الأول: الدعوى الصحيحة .
- 40 المطلب الثاني: الدعوى الفاسدة .
- 42 المطلب الثالث: دعاوى الباطلة .
- 42 المبحث الثاني: أنواع الدعوى باعتبار تنوع الشيء المدعى .
- 42 المطلب الأول: تقسيم الشيء المدعى باعتبار حله أو حرمة .
- 43 المطلب الثاني: تقسيمه باعتباره عيناً أو غيرها .
- 45 المطلب الثالث: دعاوى الحيازة .

## الفصل الخامس:

- 47 شروط الدعوى
- 47 المبحث الأول: الشروط المطلوبة في المدعى والمدعى عليه .
- 47 المطلب الأول: الشروط المطلوبة فيهما .
- 53 المطلب الثاني: ما يختص به المدعى عليه .
- 54 المبحث الثاني: شروط المدعى به وركن الدعوى .
- 54 المطلب الأول: شروط المدعى به .
- 59 المطلب الثاني: شروط ركن الدعوى .
- 62 الباب الثاني: البيئات وما يلحق بها .

## الفصل الأول:

- 62 معنى البيئته ومشروعيتها وتحمل الشهادة وأدؤها .

62	المبحث الأول: تعريف البيّنة ومشروعيتها.
62	المطلب الأول: تعريف البيّنات.
62	المطلب الثاني: حكم تحمّل الشهادة وأداؤها.
63	المطلب الثالث: حكمة الإشهاد والأجرة على الشهادة.
64	المطلب الرابع: على ماذا يشهد ومن تُقبل شهادته.
66	المبحث الثاني: شروط تحمّل الشهادة وأداؤها.
66	المطلب الأول: شروط تحمّل الشهادة.
66	المطلب الثاني: الشروط العامّة لأداء الشهادة.
75	المطلب الثالث: ما يُسقط العدالة.
80	المطلب الرابع: من لا تُقبل شهادته.
85	المطلب الخامس: الشروط الخاصّة في بعض الشهادات.
92	المطلب السادس: شروط المشهود به.
92	المطلب السابع: تزكية الشهود.
	الفصل الثاني:
96	ما يقوم مقام الشهادة.
96	المبحث الأول: الشهادة على الشهادة.
96	المطلب الأول: معناها وحكمها وما تُقبل فيه.
97	المطلب الثاني: كفيّة الشهادة على الشهادة.
98	المطلب الثالث: شروط الشهادة على الشهادة.
100	المبحث الثاني: كتاب القاضي إلى القاضي.
100	المطلب الأول: معناه وكفيّته وما يُقبل فيه.
101	المطلب الثاني: شروط قبوله.
101	المبحث الثالث: التسامع " الاستفاضة "
101	المطلب الأول: معناها وحكمها.
102	المطلب الثاني: ما تُقبل فيه.
104	المطلب الثالث: شروط قبولها.
105	المبحث الرابع: الرجوع عن الشهادة والتزكية شهادة الزور.
105	المطلب الأول: حالاتها.

106	المطلب الثاني: رجوع الشهود على الشهادة والمزكين.
108	المطلب الثالث: شهادة الزور.
109	المبحث الخامس: القضاء بشاهد ويمين.
109	المطلب الأول: مشروعيته ومن يُقبل فيه من الشهود.
110	المطلب الثاني: ما يُقض فيه بشاهد ويمين.
110	المطلب الثالث: الأقوال في الشاهد واليمين.
113	الفصل الثالث: الإقرار.
113	المبحث الأول: تعريف الإقرار وأركانه ومشروعيته.
113	المطلب الأول: تعريفه وأركانه.
115	المطلب الثاني: مشروعيته
117	المطلب الثالث: حكمه وحكمة مشروعيته.
118	المطلب الرابع: شروط الإقرار.
121	المطلب الخامس: الإقرار بغير النطق.
125	المبحث الثاني: الرجوع عن الإقرار وإقرار المريض.
126	المطلب الأول: الرجوع عن الإقرار.
129	المطلب الثاني: إقرار المريض.
136	المبحث الثالث: الإقرار بالنسب.
136	المطلب الأول: أقسامه وشروطه.
141	المطلب الثاني: إقرار الورثة لوارث آخر.
	الفصل الرابع:
150	اليمين
150	المبحث الأول: تعريفه وأقسامه ومشروعيته.
150	المطلب الأول: تعريفه.
151	المطلب الثاني: أقسامه ومشروعيته.
154	المبحث الثاني: متى توجّه اليمين والحقوق التي تُقبل فيها.
154	المطلب الأول: متى توجّه اليمين.
159	المطلب الثاني: الحقوق التي تُقبل فيها.
163	الباب الثالث: نظام القضاء.

163	مقدّمة عن التشريع الإسلامي
	الفصل الأوّل:
169	مبادئ النظام القضائي
169	المبحث الأوّل: مبدأ استقلال القضاء.
170	المطلب الأوّل: استقلال القضاء في التشريع الإسلامي.
171	المطلب الثاني: تأديب القاضي وترقيته.
174	المطلب الثالث: صلة السلطة القضائية بغيرها.
178	المبحث الثاني: مبدأ المساواة في القضاء.
178	المطلب الأوّل: المراد به وتطبيقاته.
180	المطلب الثاني: محاكم التمييز.
181	المطلب الثالث: القاضي الفرد وتعدّد القضاة.
181	المطلب الرابع: مجانيّة القضاء.
182	المطلب الخامس: إقليميّة القضاء.
183	المطلب السادس: فوريّة الحكم.
183	المطلب السابع: قضاء القاضي بعلمه.
185	المطلب الثامن: مجلس القضاء الأعلى.
186	المطلب التاسع: دوائر محكمة التمييز.
187	المطلب العاشر: المحاكم العامّة أو الكبرى.
188	المبحث الثالث: الشروط التي يجب توفّرها في القاضي.
188	المطلب الأوّل: الإسلام والتكليف والذكورة وكمال الحواس.
191	المطلب الثاني: العدالة وأهليّة الاجتهاد.
195	المطلب الثالث: القضاء للأقارب.
197	المطلب الرابع: أعوان القاضي.
199	المطلب الخامس: كنيّة سؤال القاضي للشهود.
	الفصل الثاني:
200	الآثار المترتّبة على الدعوى.
200	المبحث الأوّل: سير الخصومة.
200	المطلب الأوّل: بداية الدعوى.

204	المطلب الثاني: متى يجب إحضار الخصم وكيفية إحضاره " محاكمة الغائب " .
208	المطلب الثالث: القضاء على المفقود.
211	المطلب الرابع: أدلة الحنفية في عدم جواز الحكم على الغائب.
212	المطلب الخامس: أدلة الجمهور بجواز القضاء على الغائب.
215	المبحث الثاني: إجابة المدعى عليه على الدعوى.
215	المطلب الأول: شروط الإجابة.
215	المطلب الثاني: الإجابة في حالة الإقرار.
217	المطلب الثالث: الإنكار.
218	المطلب الرابع: الامتناع.
220	المطلب الخامس: فيما يجوز فيه توجيه اليمين.
222	المبحث الثالث: الدفع.
222	المطلب الأول: الدفع الشكلية.
225	المطلب الثاني: الدفع الموضوعية.
226	المبحث الرابع: الحكم
226	المطلب الأول: تعريفه وشروطه.
228	المطلب الثاني: أنواع الحكم.

## المقدمة

الحمد لله ربّ العالمين, والصلاة والسلام على سيّدنا محمّد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أمّا بعد: فهذه بحوث في دعاوى, والبيّنات والقضاء, كتبناها حسب مفردات هذا المقرّر لطلّاب كليّات الشريعة والدراسات الإسلاميّة في الجامعات العربيّة والإسلاميّة, توخّينا فيها السهولة والإيضاح وحسن التقسيم ليسهل على طلّابنا دراستها واستيعابها وتحقيق النجاح فيها, وقد جهدنا أن نقارن أحكام هذه الأبواب بين المذاهب الفقهيّة الأربعة, وكذلك القانون المدني ما أمكن, راجين أن نكون وفقنا إلى تحقيق الغرض, سائلين المولى سبحانه التوفيق لطلّابنا, وحسنّ القبول منّا, إنّه أكرم مسؤول.

## المؤلّفون

## الباب الأوّل

### الفصل الأوّل

في ماهية الدعوى وطبيعتها ومشروعيتها وركنها وسببها

المبحث الأوّل: في حقيقة الدعوى

المطلب الأوّل: تعريف الدعوى في اللغة:

بيان المعاني اللغويّة التي يستعمل فيها هذا اللفظ تظهر أهميّة في توضيح العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي، إذ لا بدّ من ارتباط المعنى الاصطلاحي بالمعنى اللغوي الذي وضع له اللفظ برابط ما.

الدعوى لغة<sup>(1)</sup>: اسم من الادّعاء، أي لما يُدعى، ويُجمَع على:

1. دعاوى . بالفتح . ورجّحه بعضهم لأنّ فيه تخفيفاً.
2. دعاوي . بالكسر . ويفهم من كلام سيبويه أنّه الأولى، بناءً على أنّ ما بعد ألف الجمع لا يكون إلّا مكسوراً.

وتطلق على عدّة إطلاقات ترجع أغلبها إلى معنى (الطلب) وأقربها إلى الاصطلاحي عند الفقهاء ما يلي:

أ . الطلب والتمني<sup>(2)</sup> : نحو قوله تعالى: ( لهم فيها فاكهة ولهم ما يدعون ) [يس:57] أي يطلبون أو يتمنون.

ب . وتستعمل بمعنى الدعاء ومنه قوله تعالى : ( دعواهم فيها سبحانك اللهم وتحيتهم فيها سلام.. ) [يونس: 10].

ج . الزعم: فيقال عن مسيلمة . مثلاً . مدّعياً النبوة ؛ لأنّها لا تطلق عند العرب على القول المدعوم بالحجّة والبرهان، بل يسمّى ما هو كذلك: حقّاً.

د . وتستعمل بمعنى إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً، سواء بالملك أو بالاستحقاق، كان بطريق المنازعة أو المسالمة. كقوله: هو لي أو ملكي، ومن هنا عرفها بعضهم بقوله: (قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره لنفسه)<sup>(3)</sup> .

المطلب الثاني: تعريفها اصطلاحاً:

1. تعريف الدعوى في اصطلاح الفقهاء:

(1) أنظر في المعاني اللغويّة : لسان العرب . المصباح المنير . تاج العروس .

(2) التعريفات للجرجاني (72).

(3) أنظر كشّاف اصطلاحات الفنون(1/504).

تعتبر الدعوى عند فقهاء الشريعة تصرفاً قولياً له شروط خاصة، متى ما استكملت تحققت آثار الدعوى شرعاً، وبناءً على هذه الحقيقة جاءت تعريفاتهم لها متقاربة:

أ . فمنهم من عرفها بأنها طلب أو مطالبة، نظراً إلى مضمونها دون لفظها، آخذين بعين الاعتبار أنّ هدف المدّعي من إخباره أمام القاضي هو المطالبة بالحق، أو: لاشتراطهم احتواء الدعوى على لفظ طلبي. ومن هذا:

**تعريف الحنفية:** إذ قالوا في تعريفها: ( مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته)<sup>(1)</sup>.

والمراد بالحق هنا حق العباد، ومن له الخلاص هو القاضي، لاختصاصه بالنظر في الخصومات وإصدار الأحكام.

ومنه تعريف مجلة الأحكام : ( طلب إنسان حقاً على غيره لدى الحاكم)<sup>(2)</sup>. وهذا التعريف يميّز الدعوى عن التصرفات القولية الأخرى أمام القضاء كالشهادة ونحوها من طرق الإثبات، لكونها ليست مطالبة بحق.

والحق هنا يشمل الحق الوجودي والحق العدمي إذا قصد الحق بمعناه الواسع. والوجودي يعني مختلف أنواع الحقوق من ملكية ونحوها. والعدمي يراد به حق الإنسان في أنه لا يتعرض أحد لحقه الوجودي، فيدخل فيها دعوى منع التعرض لأنه طلب حق عدمي، وهو طلب الإنسان عدم التعرض لحقه لدى الحاكم.

ويؤخذ على التعريف عدم المنع، لدخول دعوى الفضولي فإنه يطالب بحق على غيره لدى القاضي، غير أنّ طلبه ليس لنفسه وإنما لغيره، وهي دعوى بالمعنى الاصطلاحي، وإن كانت داخلة في المفهوم اللغوي للدعوى، إلا أنّ المراد . هنا . هو المعنى الاصطلاحي لا المفهوم اللغوي.

فلو قيل: ( طلب إنسان حقاً له . أولمن يُمثله . على غيره لدى الحاكم) لكان أولى<sup>(3)</sup>

ب . وذهب آخرون إلى تعريف الدعوى بأنها قولٌ، بناء على وقوعها باللفظ الإخباري كما تقع باللفظ الطلبي، وكلاهما يصدق عليه لفظ (قول).

(1) درر الحکام (329/2)، العناية على الهداية (137/6).

(2) مجلة الأحكام العدلية : المادة (1613).

(3) أنظر نظرية الدعوى للدكتور محمد نعيم ياسين (79).

وبناء على هذا عرّفها بعض الحنفية بقوله: ( قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق لنفسه قبل غيره أو دفعه عن حقّ لنفسه (1).

وتقييد القول بكونه مقبولاً لإخراج ما لم تستكمل فيه شروط الدعوى.

وقولهم: **(عند القاضي)** احتراز من الدعوى بالمعنى اللغوي، فهي تتحقّق بمطلق القول المتضمّن للطلب سواء كانت عند القاضي أو عند غيره.

وقوله: **( طلب حقّ لنفسه )** هو بيان لمضمون القول المقبول، وهو طلب حقّ لنفسه، وليحترز به عن دعوى الفضولي وعن الهازل ونحوها من طرق الإثبات.

وقولهم: **(أو دفعه عن حقّ نفسه)** ليدخل الحق العدمي وهو دعوى منع التعرّض، لقبولها عند جميع الفقهاء.

ج - ومنهم من عرّفها باعتبارها إخباراً، مع دخول الطلب ضمناً، فقالوا في تعريفها: إخبار عن وجود حق للمخبر على غيره عند الحاكم، ليلزمه به). على أنّ بعضهم يصرّح بالطلب ويكتفي. (2)

#### التعريف المختار:

( قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء يقصد به إنسان طلب حق له أو من يمثّله، أو حمايته) (3).

#### شرح التعريف:

قوله **( في مجلس القضاء )** يحترز به عن:

- الدعوى بالمعنى اللغوي، لعدم تقييدها بمجلس القضاء، وفي الاصطلاح الشرعي لا تكون إلاّ فيه.
- التصرفات القولية التي لا يشترط لصحّتها مجلس القضاء، كالعقود من بيع ونحوه.

وقوله **( يقصد به إنسان طلب حق له )** يحترز به عن:

- التصرفات القولية التي يشترط لصحّتها حدوثها في مجلس القضاء، ولا يقصد بها مقيمها طلب حق لنفسه بل لغيره، كالشهادة والإقرار.

قوله: **(أو لمن يمثّله)** لإدخال الوكيل والولي والوصي، لصحة الدعوى بالوكالة.

(1) تنوير الأبصار (370/1).

(2) تحفة المحتاج (285/10)، المنهاج بشرح المحلى (334/4).

(3) نظرية الدعوى (83)

قوله: (أو حمايته) يدخل الدعوى بعدم التعرض أي: الحق العدمي.

وجه اختيار هذا التعريف المختار:

يرجع اختيار هذا التعريف لما يلي:

1. بيانه لطبيعة الدعوى باعتبارها تصرفاً قولياً مباحاً، الأصل فيه أن يكون بوسيلة القول، مع صحته بالكتابة والإشارة عند عدم القدرة على القول.
2. تمييزه بين الدعوى بالمعنى اللغوي، والدعوى بالمعنى الاصطلاحي، لأنها تقيد في المعنى الاصطلاحي بحصولها في مجلس القضاء، ولا تقيد بذلك في المعنى اللغوي.
3. ميّز بين التعريفات التي لا يشترط لصحتها حصولها في مجلس القضاء . كالعقود . وبين غيرها من التصرفات التي يشترط لها مجلس القضاء .
4. تمييزه بين التصرفات التي يشترط لصحتها وقوعها في مجلس القضاء ويطلب بها إثبات حق للغير . كالشهادة . وبين الدعاوى، لأنها وإن كان من شروطها وقوعها في مجلس القضاء، لكن القصد منها طلب المدعي الحق لنفسه، لا لغيره.
5. كونه جامعاً مانعاً:

• فهو جامع لإدخاله جميع أنواع الدعاوى المعتبرة عند جماهير العلماء بما فيها دعوى منع التعرض.

• ومانع لإخراجه جميع الدعاوى الفاسدة لكونها قولاً غير مقبول<sup>(1)</sup>.

## 2. تعريف الدعوى في القانون الوضعي:

يربط القانونيون تعريف الدعوى بعلاقتها بالحق الذي تحميه، فاختلّفوا في تحديد مفهوم الدعوى، كما اختلفوا في العلاقة بينها وبين الحق الذي تحميه، فجاءت آراؤهم وفقاً لما يلي:

الرأي الأول: يعتبر الدعوى والحق الذي تحميه شيئاً واحداً، وذلك في حالة واحدة هي حركته عند تعرضه لاعتداء أو إنكار، وبناء عليه يجوز تسمية الحق في ملكية عين ما إذا اعتدي عليه.. بدعوى الملكية؛ لأنّ الحقّ والدعوى يتحدان . عندهم . ركناً وموضوعاً وسبباً وشرطاً، ويولدان سويّاً بالصفات نفسها. وهؤلاء هم أصحاب النظرية التقليدية.

(1) المرجع السابق.

ويعرف أصحاب هذه النظرية الدعوى بأنها : ( حق الالتجاء إلى السلطة القضائية للاستعانة بها على تقرير الحق).

ويرد على هذا التعريف أمران:

**الأول:** أنهم جعلوا الوسيلة والغاية شيئاً واحداً؛ إذ لازم كلامهم أن الحق الذي تنشُد حمايته بحق اللجوء إلى القضاء هو نفسه حق الالتجاء إلى السلطة القضائية لطلب حماية حق، وهو في غاية البعد عن المنطق السليم.

**الثاني:** أن أصحاب هذا الرأي يشترطون الأهلية والصفة في المدعي لقبول الدعوى، وهذا يناقض التزامهم بنظريتهم في طبيعة الدعوى وعلاقتها بالحق الموضوعي؛ إذ لازم نظريتهم قبلاً لدعوى بمجرد وجود الحق، لأنها تنشأ بنشوءه، فلا يخلُ بوجودها عدم الأهلية، بل ولا عدم المطالبة القضائية، لأن الدعوى مرتبطة من حيث قيامها بوجود الحق الموضوعي، فلا تتخلف عنه وفقاً لنظريتهم. فكيف جاز لهم أن يشترطوا الأهلية والصفة؟

**الرأي الثاني:** يعتبر الدعوى عنصراً من عناصر تكوين الحق وجزءاً من ماهيته. وبيان ذلك أن الحق . عندهم . يتكوّن من عنصرين:

أ . المصلحة المادية أو الأدبية.

ب . الحماية القانونية.

والحماية القانونية: هي ما يسمّى بالدعوى، فهي موجودة مع الحق وملازمة له، ومرتبطة به ارتباط الجزء بالكلّ.

ويرد على هذا الرأي: اعتبارهم الدعوى وسيلة من وسائل حماية، وأن الهدف منها تقرير الحق أو حمايته، إذا كيف يكون جزء الحق وسيلة لحمايته؟ ولهذا عرفها بعضهم بأنها: (سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الوصول إلى احترام القانون).

غير أن هذا التعريف غير مانع، لوجود وسائل أخرى يختص بها القضاء تؤدّي إلى احترام القانون، كالأوامر التي يصدرها بناءً على سلطته الولائية، مع أنها ليست من الدعاوى بالاتفاق.

يضاف إلى ما سبق:

**1.** أن هذا التعريف يختلط بمفهوم حقّ اللجوء إلى القضاء مع أنه لا يشترط لممارسته جميع ما يشترط في الدعوى. ولا يشفع لهم كونه اصطلاحاً أطلق على حقّ

التقاضي، فلا مشاحة؛ فيه؛ لأنه بعيد عن المعنى اللغوي ولا ينسجم معه بحال، مما يوقع في تكلف شديد.

**2.** إذا كانت الدعوى عنصراً من عناصر الحق، فكيف يوجد الحق مع فقدانه لجزء من أجزائه وهو الحماية القانونية، والأغرب من ذلك أنهم يعتبرون النزاع حول الحق سبباً لوجود الدعوى، فهل يكون الحق فاقداً لأحد عناصره قبل حدوث نزاع حوله؟

**الرأي الثالث:** وهو للمحدثين الذين يرون أن الدعوى ليست هي الحق الموضوعي الذي تحميه، ولا عنصراً من عناصره، بل هي حقٌ مستقلٌّ قائمٌ بذاته، ولهذا عرّفوها بأنّها: (حقُّ الشخص في الحصول على حكم في الموضوع لصالحه، وذلك في مواجهة شخص آخر بواسطة السلطة القضائية).

وقليل منهم من عرّف الدعوى بأنّها: (مطالبة بالحق أمام القضاء) كما هو في الفقه الإسلامي، وهو أوفق لمدلول الدعوى في اللغة<sup>(1)</sup>.

**المبحث الثاني: طبيعة الدعوى وحجية مشروعيتها**

**المطلب الأول: طبيعة الدعوى**

**طبيعة الدعوى:** أنّها تصرفٌ قولي مباح يتوقّف على إرادة المدّعي، وهذا القدر محلّ اتفاق بين العلماء، ويظهر ذلك جلياً من خلال تعريفاتهم التي لا تخرج عن كونها:

- مطالبة الحق.
- إخبار بحق.
- إضافة إنسان إلى نفسه حقاً.
- قول يقصد به طلب حق.

فكل هذه . من المطالبة، والخبر، والإضافة، والقول . تصرفات قولية.

ولهذا فإنّ تعريفاتهم لا تخرج الدعوى عن المعنى الذي وضعت لتدل عليه لغة، وإنّما تتميز عن المعنى اللغوي بما قرّره العلماء من قيود وشروط قصرتها على نوع خاص من التصرفات القولية.

**حكم الدعوى:**

(1) أنظر نظرية الدعوى (86.87).

يتّضح حكم الدعوى من أنّها تصرف مباح, فهي ليست واجبة على الأفراد, ويلزم من هذا الحكم ألاّ يجيز المدّعي على الدعوى إذا تركها<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: مشروعية الدعوى

#### الدليل على مشروعية الدعوى من القرآن:

يستدل على مشروعيتها من الآيات المصرّحة بوجوب الحكم بين الناس بشرع الله عزّ وجل, إقامة للعدل ورفعاً للظلم ونشراً للأمن والطمأنينة بين الناس, وذلك يكون عند التنازع بين الناس ورفع الأمر للقضاء للفصل فيه, وفي ذلك دليل على مشروعية الدعوى.

من ذلك قوله تعالى: ( فلا وربك لا يؤمنون حتّى يحكّموك فيما شجر بينهم ثمّ لا يجدوا في أنفسهم حرجاً ممّا قضيت ويسلموا تسليماً ) [النساء: 65].  
وقوله تعالى: ( وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إنّ الله يحبّ المقسطين ) [المائدة: 42].

#### الدليل على مشروعية الدعوى من السنّة:

الأصل في مشروعيتها قول النبي ﷺ: " لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى رجال أموال قوم ودماءهم, ولكن البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر " <sup>(2)</sup>.  
وجه الدلالة من الحديث في قوله (البيّنة على المدّعي) وهو نص على أنّ مقيمها مطالب بالبيّنة, وذلك دليل على مشروعية الدعوى؛ لأنّ مقيمها لا يطالب بالبيّنة ما لم تكن إقامتها مشروعة.

ومنها ما ورد عن أمّ سلمة رضي الله عنها أنّها قالت: جاء رجلان يختصمان في مواريث بينهما قد درست, ليس بينهما بيّنة فقال رسول الله ﷺ " إنكم تختصمون إلى رسول الله, وإنّما أنا بشر, ولعلّ بعضكم ألحن بحجّته من بعض, وإنّما أقضي بينكم على نحو ما أسمع, فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه, فإنّما أقطع له قطعة من النار, يأتي مطوّقاً عنقه يوم القيامة..الحديث " <sup>(3)</sup>.

(1) أنظر نظرية الدعوى (84).

(2) [ البخاري: التفسير, باب: ( إنّ اللذين يشترتون بعهد الله وإيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم ) (آل عمران: 77) رقم : 4277.

مسلم : الأفضية, باب: اليمين على المدّعي عليه, رقم : 1711. البيهقي: 332/5, 252/10.

(1) [ البخاري: المظالم, باب: إثم من خاصم في باطل وهو يعلمه, رقم: 2326, مسلم: الأفضية, باب: الحكم بالظاهر واللحن بالحجّة,

رقم: 1713. أبوداود: الأفضية, باب: في قضاء القاضي إذا أخطأ, رقم : 3583. 3585. مسند أحمد: 320/6.

وجه الدلالة من الحديث هو (قولها يختصمان في مواريث)، وقول النبي ﷺ: " تختصمون إلى رسول الله" وقوله: " إنما أقضي بينكم على نحو ما أسمع".  
فإقرار النبي ﷺ لرفع خصومتها إليه، وسماعه لدعواهما وقضاؤه بينهما وفقاً لما يسمع منهما، دليل على مشروعية الدعوى والقضاء بناء عليها.  
**الدليل على مشروعية الدعوى من الإجماع:**  
أجمع العلماء على مشروعية الدعوى، وأنها تصرف مباح يتوقف على إرادة المدعي.

#### الدليل العقلي على مشروعية الدعوى:

لما كانت المنازعات والخصومات أمراً واقعاً بين البشر، كان لا بد من الفصل فيها بطريق الدعوى، لأنّ في امتدادها فساداً كبيراً، والله لا يحب الفساد.  
**حكمة مشروعية الدعوى:**

شرعت الدعوى لتكون وسيلة . مباحة . لكلّ فرد لحماية حقّه من العدوان أو: تمكّنه من استرداده إذا اعتدى عليه.

#### المبحث الثالث: ركن الدعوى وسببها ومكانها

##### المطلب الأول: في ركن الدعوى

الركن في اللغة: الجانب القوي الذي يمسك الشيء .  
وفي الاصطلاح: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، ويعدّ جزءاً داخلياً في ماهية الشيء .  
ولمعرفة ركن الدعوى نذكر ما سبق من أنّ الدعوى تصرف قولي إرادي يرتب عليه الشرع نتائج شرعية من حضور الخصم والجواب عليها ونحو ذلك من الآثار .

ومن خلال تعريف الدعوى يتّضح لنا ما يلي:

**1.** أنّ الجزء الذي تقوم به الدعوى هو القول أو ما يقوم مقامه من التعبيرات الموضوعية في اللغة أو أعراف الناس، ممّا يدل على طلب الأشياء، دون اشتراط لفظ مخصوص، بل ما يقوم مقامها ممّا يدل على الطلب من غير اللفظ إذا تعدّر اللفظ.  
**2.** أن يكون القول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء .

ومع أنّ هذين الأمرين متّفق عليهما بين جميع الفقهاء إلا أنّهم اختلفوا في أمرين هما:

## الأمر الأول:

هل الركن هو التعبير الطلبي من قول أو كتابة أو إشارة؟ أم الركن هو مدلول ذلك التعبير؟ أو هو كلا الأمرين الدال والمدلول؟ ذهب إلى كل قول جماعة على ما يلي:

أ . ذهب جماعة من الفقهاء إلى أنّ ركن الدعوى هو قول الرجل: لي على فلان، أو قبل فلان، أو أبرأني فلان عن حقّه، أو قضيتُ حقَّ فلان، ونحو ذلك. أي أنّ ركن الدعوى عند هؤلاء هو التعبير الطلبي من قول أو كتابة أو إشارة. ومستند هؤلاء أنّ مدلول التعبير لا يظهر إلا بالتعبير لارتباطه به وجوداً وعدمًا، فتكون العبرة بالدال (التعبير) لا بالمدلول (المعنى).

ب . وذهبت جماعة أخرى إلى أنّ الركن هو المدلول فقط . أي مدلول التعبير . وبناء عليه فإنّ ركن الدعوى هو: إضافة المدّعي الحق إلى نفسه، أو إلى موكله، كقوله: لي عليه كذا.

حجّتهم في ذلك أنّ الركن هو الماهية . وهو هنا مدلول التعبير . أمّا التعبير فهو وسيلة فقط لتلك الماهية، والوسيلة لا تكون ركنًا.

ج . وذهبت جماعة إلى أنّ الركن هو الدالُّ والمدلول معاً، أي القول ومدلوله . وحجّتهم في ذلك أنّ قيام الدعوى يتوقّف على وجود الأمرين معاً الدالُّ والمدلول . والذي يظهر أنّ هذا القول أولى الأقوال بالاعتبار؛ لأنّ ذهاب أي من الدال أو المدلول لا تبقى معه الدعوى، فيكون كلّ منهما ركنًا لأنّ الدعوى تذهب بذهابه.

وبيان ذلك أنّ طلب المدّعي حقّه من آخر: لو ظلّ كامناً في صدره لما وُصف هذا الطلب بأنّه دعوى، ولما ترتّب عليه أثر، ولو أنّ المدّعي عبّر عن طلبه فإنّ مدلول هذا القول لا يعتبر دعوى، إذا قامت الدلائل على أنّ المدّعي كان هازلاً، أمام القاضي حتّى لو استوفت الدعوى شروطها، لعدم قيامها في الواقع، وكذلك الدعوى الصوريّة التي يتّفق فيها أنّ المدّعي والمدّعى عليه متفقان على عدم الاعتراف بآثار هذه الدعوى، فلا تقوم الدعوى في الحالتين، لأنّ مدلول التعبير المكوّن لها غير متحقّق في الحالتين<sup>(1)</sup>.

## الأمر الثاني:

### الاختلاف في اعتبار مكان الدعوى ركناً فيها:

(1) أنظر فيما سبق: مفردات الراغب (203)، والمصباح المنير (ركن) . المدخل الفقهي (271/1). بدائع الصنائع (222/6). تبين الحقائق (290/4).

اختلفوا في مكان الدعوى . وهو مجلس القضاء . هل هو ركن أم لا؟ مع اتّفاقهم على أنّ الدعوى لا تكون إلاّ في مجلس القضاء . فمنهم من ذهب إلى أنّه ركن، ومنهم من ذهب إلى اعتباره شرطاً لخروجه عن ماهية الدعوى، والذي يظهر أنّه شرط في ركن الدعوى وليس جزءاً داخلاً فيه، وبرهان ذلك أنّه وصف خارجيً يشترط تحقّقه في الركن. فيتّضح ممّا سبق أنّ ركن الدعوى يقتصر على الدالّ والمدلول فقط. وقد ذهب بعض العلماء إلى اعتبار شرط آخر في ركن الدعوى، وهو: حصول القول الدالّ على الطلب في حال المنازعة، لا في حال المسالمة. وهو في الحقيقة أمر خارج عن الماهية ولا يعتبر جزءاً من ركن الدعوى<sup>(1)</sup>.

### ركن الدعوى في القانون:

ركن الدعوى بالمفهوم القانوني يختلف وفقاً لاختلاف القانونيين في تعريفها:

- فمن اعتبرها عين الحق الذي تحميه، وهو مذهب أهل النظرية التقليدية في تحديد ماهية الدعوى وعلاقتها بالحق الموضوعي الذي تحميه . كان ركنها هو ركن ذلك الحق، فدعوى الملكية . مثلاً . ركنها هو ركن الحق الملكية، ودعوى الالتزام الشخصي ركنها هو ركن ذلك الالتزام.
- ومن اعتبرها عنصراً من عناصر تكوين الحق . أي عنصر الحماية القانونية للمصلحة المادية أو الأدبية كما ذهب بعضهم . كان ركن الدعوى تلك الحماية المعلنة من قبل القانون لهذه المصلحة، سواء كان ذلك بنص قانوني أو بقاعدة قانونية.
- ومن اعتبرها حقاً عاماً يخوّل الإنسان حقّ اللجوء إلى القضاء من أجل المحافظة على الحقوق من الاعتداء عليها أو إنكارها، كان ركنها تلك المكنة الملازمة للإنسان منذ ولادته وولادة حقوقه معه.
- ومن اعتبرها حقاً مستقلاً في جميع عناصره وخصائصه عن الحق الموضوعي، وجعلوها حق الإنسان في الحصول على حكم في الموضوع لصالحه في مواجهة شخص آخر لسلطة القضاء . كان ركنها مكنة الإنسان في الحصول على حكم في الموضوع لصالحه.

(2) أنظر المراجع السابقة، مع البحر الرائق (191/7).

• أمّا من عرّف الدعوى بمثل تعريف الفقهاء, فركن الدعوى عندهم هو المطالبة بالحق, أو إضافته إلى نفس المدعي أو من يمثّله, لأنّها تصرّف قانوني يكون ركنه هو المطالبة لأنّها تصرّف قانوني يكون ركنه هو المطالبة لأنّها جزؤه الذي تقوم به<sup>(1)</sup>.

**المطلب الثاني: سبب الدعوى:**

**السبب في اللغة:** ما يتوصّل به إلى غيره.

**وفي الاصطلاح:** وصف ظاهر منضبط يلزم من عدمه العدم, ومن وجوده الوجود لذاته.

**سبب الدعوى عند الفقهاء:** سبب الدعوى عند بعض الفقهاء هو (تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات).

ومعنى ذلك أن بقاء النوع الإنساني مرهون بتحصيل مختلف الحقوق اللازمة له, وهذا لا يتحقّق إلاّ بتعاطي مختلف أنواع المعاملات. كالعقود. ومختلف التصرفات والتي منها رفع الدعوى.

**رفع الدعوى من المدعي إما أن يكون:**

- أمراً راجعاً إلى بقاء نسل الإنسان كالنكاح وما يتعلّق به.
- أو إلى بقاء نفسه وما يتبعها كالأموال وما يرتبط بها.

ولعلّ ما ذكر سبباً للدعوى. هنا. إنّما هو سبب لمشروعيتها, بل هو سبب لمشروعيتها مختلف المعاملات من عقود وغيرها, وهو هدف غير مباشر لما يقوم به المدعي من تصرفات.

والذي يظهر أنّ السبب الحقيقي للدعوى هو إرادة المدعي نفسه, فهذه الإرادة هي التي ترتبط بها الدعوى وجوداً وعدمًا, ما لم يوجد مانع من قيام الدعوى. وعدم وجود الدعوى لوجود المانع لا يقدر في كون إرادة المدعي هي السبب, لأنّ السبب هو الذي يوجد المسبّب بوجوده لذاته<sup>(2)</sup>.

**سبب الدعوى في القانون:**

**يختلف السبب عندهم وفقاً لتعريفهم للدعوى:**

(1) الوجيز في المرافعات المدنية لعبد المنعم الشرقاوي, (25) المرافعات المدنية والتجارية لأبي الوفا (94).

(1) أنظر لفظة عجلان (67). إرشاد الفحول (6). مختصر بن الحاجب (7). العناية على الهداية (137/6). نظرية الدعوى

(165,166).

. فقد ذهب بعض علماء المرافعات إلى أنّ حقّ الدعوى يرتبط بحصول نزاع حول الحق الموضوعي، وبناء عليه يكون هذا النزاع هو سبب الدعوى عندهم.  
. وذهب كثير منهم إلى أنّ سبب الدعوى هو عينه سبب الحق الذي شرّعت من أجل حمايته، فالسبب الناقل لحق الملكية . مثلاً . ينقل هذا الحق حقلاً آخر هو دعوى الملكية، أما النزاع عند هؤلاء . ليس سبباً وإنما هو محرّك لذلك الحق من كمونه، فيظهر بعد أن كان كامناً.

وهذا الرأي يتبناه أصحاب النظرية التقليدية الذين يعتبرون الدعوى والحق المحمي بها شيئاً واحداً، فيكون سببها المولد لهما واحداً. كما يعتبره . أيضاً . الذين يعتبرون الدعوى عنصراً من عناصر الحق، فيرون أنّ السبب المنشئ للحق يولد الحق بعنصريه: المصلحة المادية أو الأدبية، والحماية القانونية لتلك المصلحة التي هي الدعوى، فيكون سببها هو السبب المولد للحق نفسه، ونو تلك الواقعة القانونية المنشئة للحق من عقد أو إرادة منفردة أو فعل ضار أو إثراء بلا سبب أو نص قانوني. وهذا المفهوم لسبب الدعوى هو الشائع في الاجتهاد القضائي وعند علماء المرافعات، وسبب الدعوى بهذا المفهوم يشترط ذكره في صحيفة الدعوى وإلا فإنّها لا تكون صحيحة، كما أنّ المحكمة لا يجوز لها تغيير سبب الدعوى الذي أقام المدّعي دعواه عليه، بل تقصر بحثها عليه، كما أنّ المسؤولية القائمة على سبب قانوني هو موجب المناقشة دون باقي الأسباب التي ركن إليها المدّعي. وهذا السبب هو الشائع في الاجتهاد القانوني، ويسمّيه فقهاء المسلمين: سبب الاستحقاق في الدعوى، وقد اشترط بعضهم ذكره في الدعوى، واشترطه بعضهم في بعض أنواع الدعاوى دون بعض<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث: مكان الدعوى(مجلس القضاء):

الأصل أنّ جميع الأمكنة والأزمنة صالحة لتلقّي المنازعات والنظر في الخصومات شرعاً، وليس منها ما يحرم فيه النظر، ما لم يؤدّ إلى ترك واجب كالتقاضي في وقت صلاة الجمعة، أو في ملك إنسان من غير الحصول على إذنه. ولأهمية القضاء ومكانته فقد نصّ الفقهاء على صفات وخصائص يستحبّ توفرها في الأماكن التي يخصّصها ولي الأمر للقضاء فيها.

### وترجع هذه الصفات إلى أمرين هامّين:

(2) الوجيز في أصول المحاكمات للأنطاكي (130). المرافعات المدنية والتجارية لأبي الوفا (308).

**الأول:** أن يكون الوصول إليه سهلاً على جميع الناس, وذلك بأن يكون الاهتداء إلى موضع القضاء ميسوراً, بحيث يتوخى العدل بين الناس جميعاً فيما يبذلونه من جهد للوصول إليه بقدر الإمكان.

### وينبني علي هذا الأمر:

**1.** أن يكون مجلس القضاء في وسط البلد ليسهل الوصول إليه من جميع الناس ولا يكون في أطراف البلد فيشق الوصول إليه من أغلب الناس.  
**2.** أن يكون بارزاً, ولا يكون في مكان مستتر غير مشهور, أو دونه حجاب فلا يهتدي إليه الغرباء.

**3.** أن يكون في مكان عالٍ مشرفاً على طريق عام لتسهيل معرفته على الناس.  
**الثاني:** أن يكون بحيث يوفر الاستقرار النفسي, والراحة الجسدية للناس الذين يقصدونه للتقاضي, وللقضاة الذين يتخذونه مجلساً لأجل القيام بوظيفة القضاء.  
وينبني على هذا الشرط: أن يكون مجلس القضاء فسيحاً لا يتأذى الحاضرون بضيقه, وأن يكون بحيث لا يؤثر فيه الحرُّ والبرد والغبار ونحو ذلك.  
والسبب في اشتراط هذين الشرطين: أنّ ولوج باب القضاء ثقيل على النفس, فإذا أضيف إليه مشقة البحث عن مكانه, ولم تتوفر فيها الراحة النفسية ولا الجسدية, ربّما عزف الناس عن طلب حقوقهم, وذلك مخالف لمقصد تحقيق العدالة بين العباد.

### اتخاذ البوّاب والحاجب في مجلس القضاء:

ذهب بعض الفقهاء إلى كراهة ذلك إلا إذا خشي الازدحام على القاضي, أو في غير وقت القضاء.

ودليلهم على ذلك: قوله ع: " من ولّاه الله من أمر الناس شيئاً, فاحتجب عن حاجتهم وخلّتهم وفاقّتهم, احتجب الله عنه يوم القيامة عن حاجته وفاقته" (1).  
كما استدّلوا بما جاء في الصحيح من أنّه عليه الصلاة والسلام لم يكن له بوّاب (2).  
وذهب فريق آخر من الفقهاء إلى جواز اتخاذ الحاجب, مستدلين على ذلك: بما جاء عن أبي موسى الأشعري ١٧ أنّه كان بوّاباً لرسول الله ع لما جلس على القفّ (3).

(1) [الترمذي: الأحكام, باب: ما جاء في إمام الرعيّة, رقم: 1332, 1333. مسند أحمد: 239/5. مجمع الزوائد: 210/5].

(2) [البخاري: الأحكام, باب: ما ذكر أنّ النبي صلى الله عليه وسلّم لم يكن له بوّاب, رقم 6375].

(3) [البخاري: فضائل الصحابة, باب: قول النبي صلى الله عليه وسلّم: " لو كنت متخذاً خليلاً " رقم: 3471. مسلم: فضائل

الصحابة, باب: من فضائل عثمان رضي الله عنه, رقم 2403]. (القف: حافة البئر).

ولأنّ القاضي إذا لم يفعل ذلك ودخل عليه من شاء لبطلت هيئته, كما أنّ في اتّخاذ الحاجب الستر على الخصمين وإتاحة الفرصة للقاضي ليستجمع فكره.  
وقد يقال اليوم: إنّ فساد الناس وانتشار الفوضى وكثرة المنازعات, يكون عذراً في اتّخاذ الحاجب, مع ضرورة اختيار ذي الخلق الكريم, حتى لا يكون من المتغطرسين فينفر الناس عن ارتياد مجلس القضاء.

## الفصل الثاني

في استيفاء الحقّ عن طريق القضاء أو بدون دعوى

المبحث الأول: ما لا بدّ فيه من الرفع إلى القضاء باتفاق الفقهاء

المطلب الأول: تحصيل العقوبات

إنّهُ الأمر الطبيعي لاستيفاء الحقوق هو الوفاء الاختياري, وذلك بأن يؤدّي من عليه الحق برضاه واختياره, غير أنّ بعض الناس يمتنع عن أداء ما عليه من حقوق, فيكون أمام صاحب الحق أحد طريقتين:

1. الطريق القضائي برفع الدعوى وطلب التنفيذ.

2. أخذ حقّه بنفسه ومن غير دعوى ولا قضاء.

وهذا المطلب يختصّ بالحالة الأولى, وهي ما لا بدّ فيه من رفعه إلى القضاء: ومن ذلك تحصيل العقوبات, وهو ممّا لا خلاف فيه بين العلماء, فتحصيل العقوبة من قصاص, وحدّ قذف أو حدّ سرقة, أو تعزيز وغيرها, ممّا اتّفق على رفعها للقضاء, وذلك للأمور الآتية:  
أ. خطورة هذه الأمور, وذلك لأنّها:

- توقع على النفس البشريّة ممّا يستلزم الاحتياط فيها.
- الفئات فيها لا يعوّض والخطأ فيها لا يستدرك, فمن قطعت يده في سرقة خطأ لا سبيل إلى تعويضها.

ولهذا وجب الاحتياط في إثباتها واستيفائها, والنظر في أسبابها وشروطها, وتوفّر الوسائل اللازمة للتحري في ذلك. وهذا كلّه لا يقدر عليه صاحب الحقّ الذي غالباً ما ينقاد لعاطفته, وإنّما يتحقّق ذلك بالرفع إلى القضاء لتمكّنه من تحقيق ما سلف, وقدرته على كشف الحقائق وتقصي الواقع ممّا يحقّق العدالة المنشودة.

ب. استيفاء الناس حقّهم من العقوبات بأنفسهم يكون ذريعة لتعدّي بعضهم على بعض بدعوى استيفاء حقوقهم, ممّا يؤدّي إلى الفتنة بين الناس وإثارة العصبية بينهم وحبّ الانتقام, فيستشري الفساد ويقع الظلم, فوجب سدّ هذه الذريعة التي تؤدّي إلى هذه المحرّمات.

ج . أغلب هذه العقوبات لا تنضبط إلا بالقضاء , وذلك إما لشدة إيلاها كالجلد , أو لضبط قدرها كما في التعزير .

د . أنّ مقصد الشارع من هذه العقوبات هو الزجر , وذلك لا يتحقق إلا بواسطة القضاء , والقيام به من قبله .

ومع أنّ تحصيل العقوبات متفق على رفعه للقضاء فقد استثنى من ذلك بعض الجزئيات , وذلك إما للضرورة أو لعدم خطورتها أو لانضباطها بغير القضاء .

#### • فمّا استثنى للضرورة:

من وجب له تعزير أوحد قذف , وكان في بادية بعيدة يعسر معها الوصول إلى القضاء , ذهب بعض العلماء إلى جواز استيفاء حقه بنفسه وعللوا ذلك بالضرورة , لأنّ صاحب الحق إذا لم يستوفه ضاع ولم يتمكن منه , وممن ذهب لهذا العر بن عبدالسلام في [ قواعد الأحكام ] .

#### • وممّا استثنى لعدم خطورته:

استيفاء الزوج التعزير الواجب له على زوجته من غير إذن القاضي , وكذلك تأديبه لولده .

#### • وممّا استثنى لعدم خطورته:

ردّ المشتوم على شاتمه بمثل قوله , ما لم يكن معصية , لأنّ المعصية لا تقابل بالمعصية (1) .

**المطلب الثاني:** تحصيل الحقوق الشرعيّة المحضة وحالة خوف الفتنة أو المفسدة:

#### أولاً: تحصيل الحقوق المحضة:

المراد بالحقوق المحضة: ما عدا الأعيان والديوان والمنافع من الحقوق , ومن أمثلتها: الحقوق المتعلقة بالنكاح , واللعان , والإيلاء , والطلاق والرجعة , والإعسار والإضرار , ونحو ذلك .

ويرجع سبب استيفاء هذه الحقوق عن طريق القضاء إلى عدّة أمور من أهمّها:

**1.** خطورتها لخطورة ما تتعلّق به من نسل وعرض ومال , وكلّ ذلك من المقاصد

الشرعيّة الكليّة .

(1) [ أنظر في هذا المطلب: البحر الرائق (192/7) . منح الجليل (321/4) . مغني المحتاج (461/4) . قواعد الأحكام

(179/2) . الأحكام السلطانية لأبي يعلى (279) .

2. حاجتها إلى الاحتياط في إثباتها واستيفائها، مما يحتم رفعها للقضاء.

3. ضرورة الاجتهاد في تحقيق أسبابها، ومقاديرها، وهي أمور يختص بها القضاء.

**ثانياً: حالة خوف الفتنة أو المفسدة:**

اتفق الفقهاء على أن استيفاء الحق . سواء كان عيناً، أو ديناً، أو منفعة، ونحوها من الحقوق . إذا ترتب على استيفائه فتنة أو مفسدة تزيد على مفسدة ضياعه . كضياع عضو أو عرض ونحوه . لا يجوز لصاحبه استيفاؤه بنفسه، بل يجب رفعه للقضاء، لأنه يؤدي إلى ضرر أعظم من ضياع الحق نفسه.

**ثالثاً: تحصيل الدين إذا كان المدين مقرراً به باذلاً له:**

مما يلحق بالحالتين السابقتين: تحصيل الديون إذا كان المدين مقرراً بها باذلاً لها، فلا يجوز لصاحب الحق في هذه الحالة استيفاء حق نفسه دون الرجوع للقضاء، بل يتعين رفعه للقضاء متى كان المدين مقرراً به باذلاً له<sup>(1)</sup>.

**المبحث الثاني: ما لا يحتاج على رفعه للقضاء اتفاقاً:**

**المطلب الأول: في تحصيل الأعيان المستحقة بغير قضاء:**

. تحصيل الأعيان والمنافع من غير قضاء.

. تحصيل نفقة الزوجة والأولاد.

اتفق الفقهاء على تحصيل الأعيان المستحقة بغير قضاء، ومثل معظمهم لذلك بالعين المغصوبة، فقالوا بجواز استردادها من الغاصب قهراً، وبدون قضاء متى ما أمنت الفتنة.

**ومن الفتنة من عمم هذا الحكم على كل عين له عند غيره، سواء كانت مغصوبة،**

أو مستحقة بأي سبب من أسباب الاستحقاق. فمن وجد عين سلعته التي اشتراها أو ورثها أو التي استحقها بالوصية، فله أخذها دون أن يلجأ للقضاء.

**وذهب بعض الحنفية إلى أن المستأجر إذا غاب بعد انتهاء مدة الإجارة، ولم يسلم**

المفتاح إلى المؤجر، فإن من حق المؤجر أن يتخذ مفتاحاً آخر لفتح العين، ليسكن فيها أو ليؤجرها لمن يشاء، مع احتفاظه بالمتاع لحين عودة صاحبه، ولا يتوقف فتح الدار . في هذه الحالة . على رفعه للقضاء.

(2) انظر فيما سبق: تهذيب الفروق (123/4). مغني المحتاج (461/4). كشف القناع (211/4).

وذهب بعض الفقهاء إلى إلحاق المنافع المستحقة بالأعيان في استيفائها بدون قضاء, فجعلوا للمستأجر والموقوف عليه والموصى له بالمنفعة أخذ الأعيان التي تعلقت بها منافعهم دون الرجوع للقضاء, من أجل تحصيل منافعهم.

ويلاحظ:

- أن المذاهب الفقهيّة تجيز استيفاء الحقوق المتعلّقة بالأعيان, سواء تعلّق الحقُّ بذاتها أو بمنافعها, غير أنّ كتب الحنابلة المتداولة اقتصرّت على التمثيل بالأعيان المغصوبة المستحقة. ومع أنّها لم تصرّح بعدم جواز أخذ الأعيان المستحقة بغير الغصب, لكن لا يحسن إلزامهم بإلحاق الحالات الأخرى بما ذكروه من حالة الغصب من غير تصريح بها, لاحتمال خصوصيتها عندهم.
- اشترط الفقهاء لجواز أخذ العين المستحقة بغير قضاء ألاّ يؤدي ذلك إلى مفسدة أعظم من ضياعها, أو تحريك الفتنة بسبب أخذها.
- زاد الشافعيّة اشتراط عدم تعلّقها بحقّ لشخص آخر, كمن اشترى عيناً من آخر كان قد أجرها أو رهنها, فليس له أخذها قهراً من غير قضاء.
- اشترط بعض الفقهاء: ألاّ تكون العين التي يراد استيفاؤها ممّا قوي فيه الخلاف بين العلماء<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: تحصيل نفقة الزوجة والأولاد:

اتفق العلماء على أنّه يباح للزوجة أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها وأولادها من غير إذن زوجها أو إذن الحاكم.

واستدلّوا على ذلك بحديث عائشة رضي الله عنها أنّها قالت: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله ﷺ وقالت: يا رسول الله, إنّ أبا سفيان رجل شحيح, لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بنيّ, إلّا ما أخذت من ماله بغير علمه, فهل عليّ في ذلك جناح؟ فقال رسول الله ﷺ " **خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك**"<sup>(2)</sup>.  
ووجه الدلالة من هذا الحديث أنّ النبيّ ﷺ جعل لها الحقّ في أخذ نفقتها ونفقة أولادها بغير علم زوجها وذلك بقوله " **خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك**"<sup>(3)</sup>.

(1) البحر الرائق (192/7). تهذيب الفروق (123/4). مغني المحتاج (462/4). كشاف القناع (211/4).

(2) [البخاري: البيوع, باب: من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم... رقم: 2097. مسلم: الأفضية, باب: قضية هند, رقم: 1714].

(3) تهذيب الفروق (125/4). المهذب للشيرازي (319/2). غاية المنتهى (463/3).

## المبحث الثالث: ما اختلف في رفعه للقضاء أو أخذه بدون دعوى

**المطلب الأول:** أقوال العلماء في استيفاء الدين بدون قضاء.

وقع الخلاف بين العلماء في الحقوق المترتبة في الذمة: هل يجوز استيفاؤها بدون قضاء؟ أم لا بدّ من ذلك؟ وإليك تفصيل أقوالهم.

**القول الأول:** للمجيزين استيفاء الدين بدون إذن الحاكم في الجملة.

وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية، على أنّ الحنفية أكثرهم تضييقاً. وفيما يلي

تفصيل أقوالهم:

• **قال الحنفية:** إذا لم يوفّه الدين برضاه جاز له استيفاء حقه من الدين بدون إذن الحاكم، بشرط أن يكون ما يأخذه من جنس ماله، فلا يجوز له أن يأخذ دولارات بدلاً من الريالات.

• **وزاد المتقدمون منهم** اشتراط أن يكون ما يأخذه بنفس صفة ماله، فلا يأخذ الجيد بدل الرديء. أما المتأخرون فلم يشترطوا الصفة، بل أجازوا لصاحب الحق أن يأخذ جنس حقه من المدين مقرراً كان أو منكراً، ببينة أو بدونها، بنفس الصفة أو بغيرها.

كما يجوز له أخذه ولو كان ذلك بنحو كسر الباب، إذا لم تكن ثمّة وسيلة لأخذه، ولا يمكنه تحصيل حقه عن طريق القضاء<sup>(1)</sup>.

**والمشهور عند المالكية:** أنّه يأخذ بقدر حقه إذا امتنع المدين عن أدائه، سواء كان من جنس حقه أم لا. ولهم أقوال أخرى:

**1.** لصاحب الحق الأخذ من مال غريمه بشرط أن يكون من جنس حقه.

**2.** ليس له أخذ حقه بدون قضاء سواء كان من جنسه أو لا.

**3.** ومنها كالقول المشهور، ولكن بشرط ألا يكون وديعة عنده<sup>(2)</sup>.

• **ومذهب الشافعية:** أنّ لصاحب الدين الاستقلال بأخذ حقه من مال غريمه، سواء كان من جنس مال غريمه أم لا، إذا تحققت الشروط الآتية:

**1.** أن يكون الدين حالاً، أمّا المؤجّل فلا يجوز أخذه قبل حلول أجله.

**2.** ألاّ يؤدّي أخذه إلى مفسدة عظيمة.

**3.** أن يكون الدين حقاً للعبد، أمّا حقّ الله فلا يجوز أخذه بنفسه.

(1) البحر الرائق (192/7). قرة عيون الأخبار (1/380).

(2) منح الجليل (4/321). تهذيب الفروق (4/125).

**4.** أن يكون من عليه الحقّ ممتنعاً عن أدائه, فإن كان غير ممتنع فلا يجوز لصاحب الحقّ أن يأخذ منه شيئاً.

وهناك شروط أخرى محلّ خلاف بينهم تنظر في مظانّها.

**القول الثاني:** وهو المشهور في مذهب الحنابلة:

ذهب الحنابلة إلى منع استيفاء الدائن دينه من مال المدين . سواءً كان من جنسه أولاً . بدون رفعه للقضاء , واستثنوا من ذلك:

**1.** النفقة الواجبة على الزوج أو القريب, لحديث هند بنت عتبة المتقدم.

**2.** الضيافة الواجبة إذا منعها من وجبت عليه, لحديث عقبة بن عامر قال: قلنا يا رسول الله إنك تبعثنا فننزل بقوم, فلا يقروننا, فماذا ترى ؟ فقال لنا رسول الله ﷺ: " إن نزلتم بقوم فأمرؤا لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا, فإن لم يفعلوا فخذوا منهم حقّ الضيف الذي ينبغي لهم " (1).

فأجاز الرسول ﷺ أخذ حقّهم في الضيافة بأنفسهم.

**3.** الطعام الذي يضطرُّ إليه غير صاحبه فإنّه يلزمه بذله, فإن أباي, فللمضطرِّ أخذه قهراً, ولا يشترط إذن صاحبه ولا إذن القاضي, وإنما سقط اعتبار الإذن في هذه الصورة لأنّ اعتباره يؤدّي إلى الحرج والمشقّة, وربّما إلى فوات الحقّ.

**4.** النفقة التي ينفقها المرتهن على الدابّة المرهونة, فيجوز للمرتهن أن يركبها ويجلبها بقدر ما ينفق عليها.

وقاعدتهم في ذلك: ( يجوز استيفاء الحق من مال الغريم إذا كان ثمّ سبب ظاهر يحال الأخذ عليه, ولا يجوز إذا كان السبب خفياً). وإنّما كان ذلك لأنّ السبب الظاهر ينسب الأخذ إليه ولا يحال إلى الخيانة بخلاف السبب الخفي(2).

**المطلب الثاني:** أدلّة الأقوال:

• **الأدلّة العامّة للمجيزين:**

استدلّ المجيزون لقولهم بجواز أخذ الدائن حقّه من المدين بدون قضاء بما يلي:

**1.** قوله تعالى: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)[البقرة: 194].

(1) [البخاري: المظالم, باب: قصاص المظلوم إذا وجد مال ظالمه, رقم: 2329, مسلم : اللقطة, باب: الضيافة ونحوها, رقم: 1727].

(2) تحفة المحتاج(10/288) شرح المحلّى مع قليوبي وعميرة (4/335). المغني(9/325). غاية المنتهى (3/463).

فمن كان عليه حقٌّ فأنكره وامتنع عن بذله فقد اعتدى، فيجوز أخذ الحق من ماله بغير إذنه وبغير حكم القاضي، لأنَّ ذلك اعتداءً بالمثل وقد أجاز الشارح بهذه الآية.

**ومن السنّة بأحاديث:**

**2.** حديث هند زوجة أبي سفيان السابق. حيث أجاز لها النبي ﷺ أخذ ما يكفيها وبنيها بالمعروف من غير إذن زوجها وبدون رفعه للحاكم، وهو تشريع عام يشمل جميع الحقوق، لأنّه ﷺ قال لهند على سبيل الفتيا والتشريع، ولا على سبيل القضاء.

**3.** قوله ﷺ: " لينصر الرجل أخاه ظالماً أو مظلوماً...." (1). ووجه الدلالة من

هذا الحديث أنّ أخذ الحقّ من الظالم الممتنع عن أداء ما عليه من دينٍ نصر له.

**4.** قوله ﷺ: " لا ضرر ولا ضرار" (2). ووجه الدلالة من الحديث: أنّ امتناع من

عليه الحقّ عن أدائه إضرار بصاحب الحق، فوجب رفعه.

**والذين أجازوا الأخذ من غير جنس المال اعتمدوا على:**

• حديث هند السابق، ووجه الدلالة منه: أنّ الرسول ﷺ عندما أجاز لهند أنّ تأخذ من مال زوجها، لم يخصّص لها الأخذ بما هو من الجنس فقط، مع أنّ نفقة الزوجة والولد من الحقوق المختلفة التي قد يتعدّر وجود جنسها في مال الزوج، فدلّ ذلك على جواز أخذها من جنسه ومن غير جنسه لعموم الحديث، بل هو الظاهر، لأنّ الظاهر أنّ أبا سفيان ما كان يمنعها الخبز والأدم وغيرها من المثليات، لأنّ ذلك قليل وقوعه عادة من الأزواج، وإنّما يمنعها. كما هو الأظهر. الكسوة ونحوها.

• قوله ﷺ: " إنّ لصاحب الحق يداً ومقالاً" (3) ووجه الدلالة منه أنّ اليد هي

التسلّط أو السلطان، وجاءت في الحديث شاملة لما هو من جنس الحق ولما هو من غير جنسه، بل ورد لفظ السلطان صريحاً في رواية بن ماجه عن بن عباس رضي الله عنهما قال: رجل يطلب نبيّ الله ﷺ بدين أو بحقٍ، فتكلّم ببعض الكلام،

(3) [مسلم: البرّ والصلة والأداب، باب: نصر الأخ ظالماً أو مظلوماً، رقم: 2584. الرقاق، باب: انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً، رقم: 2651].

(1) [ابن ماجه: الأحكام، باب: من بنى في حقّه ما يضرُّ بجاره، رقم: 2341، 2340. الموطأ: الأفضية، باب: القضاء في المرفق: 745/2].

(2) [البخاري: الوكالة، باب: الوكالة في قضاء الدين، رقم: 2183. مسلم: المساقاة، باب: من استلف شيئاً فقضى خيراً منه...، رقم: 1601].

فهم بعض صحابة رسول الله ﷺ به، فقال رسول الله ﷺ: "مه، إن صاحب الدين له سلطان على صاحبه حتى يقضيه" (1).

وهو صريح في أنّ الشارع جعل لصاحب الحق سلطاناً على المدين، ويدخل في مفهوم السلطان تمكين صاحب الحق أخذ حقه من مال غريمه مطلقاً، لعدم ورود المخصص في الحديث، وهو وإن ورد في موضوع خاص لكن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب. أدلة المانعين:

أ. استدلال الحنفية الذين منعوا الأخذ من غير الجنس بما يلي:

1. قوله ﷺ: " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه " (2) ووجه الدلالة: أنّ ما كان من غير الجنس ملك الغير، فلا يجوز أخذه من غير رضاه وطيب نفسه بذلك.  
2. قوله ﷺ: " أدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك " (3). ووجه الدلالة منه: أنّ أخذ المال من غير جنسه خيانة لمن امتنع عن ردّ الحق وخان صاحبه، ومقابلة الخيانة بالخيانة ولا تجوز.

ب. أدلة الحنابلة في المشهور من مذهبهم عدم جواز أخذ حقه بنفسه. مطلقاً. عدا ما سبق استثناءه:

1. ما روي عنه عليه الصلاة والسلام: " أدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك ". ووجه الدلالة: أنّ الدائن لو أخذ مال غريمه بغير إذنه فقد خانه ودخل في النهي. والحديث. وإن قال عنه الإمام أحمد: هذا الحديث باطل لا أعرفه من وجه يصحّ لكن له رواية أخرى عن طريق المبارك بن فضالة قال عنها الإمام أحمد: ما روى المبارك عن الحسن يحتج به (4).

وقد اعترض على الاستدلال بهذا الحديث من وجهين:

الأول: من جهة ثبوته، وقد تقدّمت الإشارة إلى كلام الإمام أحمد في طريق المبارك عن الحسن، وقد حسّنه الترمذي وصحّحه الحاكم واستشهد له بطرق أخرى، كما في تلخيص الحبير (1).

(3) [ابن ماجة: الصدقات، باب: لصاحب الحق سلطان، رقم: 2425]. (بعض الكلام: الذي لا يليق بمقامه ﷺ فهم... قصدوا زجره وتأديبه بالقول أو بالفعل. مه: اكفوا عما قصدتم إليه. سلطان: قوة في مطالبته بحقه).

(1) [الدارقطني (البيوع): 26/3، رقم: 9290].

(2) [أبو داود: البيوع، باب: في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، رقم: 3534، 3535. الترمذي: البيوع، باب أداء الأمانة، رقم 1264

وقال: حديث حسن. الدارمي: البيوع، باب: في أداء الأمانة واجتتاب الخيانة، رقم: 2499. المستدرک (البيوع): 46/2].

(3) القواعد والفوائد الأصولية (309) تهذيب الكمال (315).

**الثاني:** من جهة معناه, فاعترض بأنه لا يدلّ على أخذ الحقّ من مال الغريم, لأنّه ليس خيانة, وإنّما الخائن من يأخذ عدواناً, وهنا مأذون له في أخذ حقّه من مال خصمه.

ويجاب بأنّ هذا الاعتراض صحيح في حالة ما إذا كان سبب الأخذ ظاهراً, كأن يغضب شخص مالاّ لآخر مجاهرة, فيقوم المعتدى عليه باسترداد حقّه الذي غصب مجاهرة أيضاً, فليس في هذا خيانة لأنّه أخذ عين حقّه على مرأى ومسمع من الناس, فلا يكون خيانة, وقد تقدّم اتّفاق العلماء على ذلك, بل ألحق الحنابلة بهذه الحالة بعض الحالات التي يكون فيها سبب الأخذ ظاهراً, كنفقة الزوجة والأولاد وقرى الضيف وحالة الاضطرار.

أمّا إذا ترتّب لشخص حقّ على آخر بسبب مشروع, وبرضا من الطرفين كالبيع مثلاً, ثمّ امتنع من عليه الحق عند المطالبة كان ذلك خيانة من قبل الغريم, فإذا لم يجد صاحب الحق عين ماله عند غريمه فأخذ من مال الغريم بغير إذنه وبغير حكم الحاكم. فهو وإن كان يقتصّ لحقّ نفسه. لكنّه في نظر الناس قد ارتكب خيانة لأخذه حقّ غيره, وحقّه غير ثابتٍ عندهم لعدم علمهم, وإن كان ثابتاً عنده, وفي ذلك النصّ إضرارٌ به وبالمجتمع.

**2.** واستدلّوا أيضاً بقوله ع: " لا يحلّ مال امرئٍ مسلم إلاّ بطيب نفس منه". وهو نصّ في أنّه لا يجوز أن يأخذ إنسان مال غيره إلاّ برضاه.

**3.** إنّ صاحب الحقّ إنّ ظفر بغير جنس حقّه من مال غيره فليس له أخذه, لأنّه معاوضة, ويشترط لصحّتها رضا المتعاضين اتّفاقاً, وإن ظفر بجنس حقّه فليس له تعيين ما يقضي به الدين بغير رضا صاحبه.

وقد أجاب الحنابلة عن قياس بقيّة الحقوق على أخذ الزوجة من مال زوجها بأنّه قياس مع الفارق من عدّة وجوه:

أ. أنّ حقّ الزوجة واجب على الزوج في كلّ لحظة, فلو منعت من تحصيل حقّها إلاّ بالقضاء لكان في ذلك حرج ومشقّة عليها, وبقيّة الحقوق ليست كذلك.

ب. أنّ للمرأة من التبسّط في مال زوجها بحكم العادة ما يؤثّر في إباحة هذا الحقّ وبذل اليد فيه بالمعروف, بخلاف الأجنبي.

ج. أنّ النفقة تراد لإحياء النفس وإبقاء المهجة, وهذا لا يصبر عليه, فجاز أخذ ما تندفع به هذه الحالة كأخذ المضطرّ مال غيره.

وبعد سرد الأقوال وأدلتها: فإنّ الذي يظهر . والله أعلم . هو رجحان قول الحنابلة, وذلك للأمور الآتية:

**1.** أنّ الله دعا المسلمين إلى التحاكم لشرعه كلّما حصل نزاع بينهم, وردّه إلى الله ورسوله, وبعد وفاته ع أصبح القيام بذلك من جملة الوظائف العامّة التي يقوم بها القضاء, فاللجوء إليهم أمر واجب لمقتضى النصوص.

**2.** لا يخلو كل خلاف من الحاجة إلى دراسة والتحقّق من جوانبها, فقد ينسى صاحب الحق, وقد يكون الذي عليه الحق معسراً, وقد يدّعي أحد ما ليس له, وإذا كان ذلك جائزاً كان الرجوع إلى القضاء مهماً, لجلاء الأمر بالشهادة ومعاينة الأحوال والظروف والقرائن, وغيرها من الوسائل التي جعلت في يده ولم تجعل لغيره. واحتمال خطأ القاضي في معرفة الحق أقل بكثير من احتمال وقوعه من صاحب الحق نفسه.

**3.** أنّ الحقّ عندما ينكره من يطلب منه يصبح محلّ نزاع, والظاهر لا يشهد لصاحب الحق, لأنّ الأصل براءة الذمّة, وتجاوز هذا الأصل يؤدّي إلى مفسدة عامّة ينبغي سدّ الطريق إليها, ويكون السبيل الوحيد لتغيير الوحيد هذا الظاهر اللجوء للقضاء وعرض بينته أو إقرار خصمه.

**4.** إنّ السماح للأفراد بتحصيل حقوقهم بأنفسهم من غير قضاء قد يؤدّي إلى الفتن, ومصلحة الأمة تقتضي أن تقفل الأبواب وأن تسدّ الذرائع التي تؤدّي إليها, من غير نظر إلى الحالات الفرديّة أو النيات الخاصّة, وإنّما النظر إلى الضرر المتوقّع من ناحية عامّة فتسدّ الذريعة في وجه الجميع<sup>(1)</sup>.

### الفصل الثالث

#### التمييز بين طرفي الدعوى

#### (المدّعي والمدّعى عليه)

#### تمهيد:

ترجع أهميّة التمييز بين المدّعي والمدّعى عليه لعدّة أمور, أهمّها:

1. إعانة القاضي على إصابة الحق في الأحكام التي يصدرها, فإنّ الشارع جعل عبء إثبات الدعوى بالبيّنة على المدّعي, وعبء دفعها باليمين على المدّعى عليه إذا لم يثبتها المدّعي بالبيّنة. وعبء المدّعي أثقل من عبء المدّعى عليه الذي هو اليمين, فلو

(1) المغني (325/9). كشف القناع (211/4). القواعد لابن رجب (31). الفوائد الأصوليّة (309).

أخطأ القاضي في التمييز بينهما تحمّل المدعى عليه العبء الأثقل . وهو اليقنة بينما المطلوب منه شرعاً عبء أخف وهو اليمين، فيكون في ذلك ظلم كبير ومخالفة للشرع في تحقيق العدالة.

2. إذا كانت الدعوى في أصلها طلب الحق، فالظاهر أنّ المدعى: هو الطالب للحق، والمدعى عليه: هو المطلوب منه الحق. والاعتماد على هذا الظاهر في كلّ قضية من دواعي التتّكّب عن مواطن الدقّة في فصل المنازعات.

لهذا بدل الفقهاء جهداً كبيراً في وضع الضوابط التي يستعين بها القضاة على التمييز بين طرفي الدعوى، سوف نتناولها في المباحث الآتية:

### المبحث الأول: ضابط . معيار . الحنفية

ذهب معظم فقهاء الحنفية إلى أنّ معيار . ضابط . التفريق بين المدعى والمدعى عليه هو أنّ: المدعى من إذا ترك الخصومة لا يُجبر عليها. والمدعى عليه: من إذا ترك الخصومة أُجبر عليها.

وهذا المعيار الذي وضعه الحنفية يعود إلى النظر في خاصية أساسية في المدعى والمدعى عليه، وهي نابعة من تكييف الدعوى بأنّها تصرّف إرادي مباح يقوم بها المدعى باختياره.

وأما عن جواب الدعوى فهو أثر من آثار ذلك التصرف، وهو واجب على المدعى عليه، وهو معيار مأخوذ من طبيعة الدعوى.

ورجّح معظم الحنفية هذا المعيار على غيره لعمومه وعدم خروج شيء من الفروع عليه.

### أمثلة على معيار الحنفية:

1. لو ادعى تأجيل الدين الذي يطالبه به غيره، أو وفاءه، أو إبراء الدائن له منه، فإنّه مدّع، لأنّه لا يجبر على ما ادّعاه، ولو لم يدّع ما ذكر لكان مدعى عليه، يجبر على الجواب.

2. لو ادعى شخص فساد العقد الذي جرى بينه وبين شخص آخر، فإنّه مدّع، مع أنّه مطالب بتنفيذ العقد لو لم يخاصم في فساده (1).

### المبحث الثاني: معيار المالكية والشافعية والحنابلة

(1) الميسوط (31/17). بدائع الصنائع (224/6). التاج المذهب (3/4).

ذهب الجمهور غير الحنفية إلى أنّ المدعى عليه هو: من كانت جنبته قوية بشهادة أو أي أمر مصدق لقوله، والمدعى: هو من تجردت دعواه عن أمر يصدقه. واعتمدوا في تحديد معيارهم على النظر إلى جنبه كل من الطرفين المتنازعين: فمن كانت جنبته قوية بشهادة أو أي أمر مصدق لقوله كان هو المدعى عليه، والآخر مدعياً. وفيما يلي تفصيل قول كل من المذاهب الثلاثة في المطالب الآتية:

### المطلب الأول: معيار المالكية:

يكاد يتفق المالكية على أنّ المدعى هو: من تجردت دعواه عن أمر يصدقه، أو كان أضعف المتداعيين أمراً في الدلالة على الصدق.

وفسروا الأمر المصدق: بمعهود أو أصل. وعليه يكون:

المدعى هو: من لم يترجح قوله بمعهود أو أصل. والمدعى عليه هو: من ترجح قوله بمعهود أو أصل. والمراد بالمعهود: العرف والعادة والغالب.

وقيد بعضهم ضابط المدعى بحال الدعوى، أي التجرد المقصود، وهو الذي يكون حال الدعوى وقبل إقامة البينة من قبل المدعى.

ومن لم يقيد بذلك فقد نظر إلى أنّ المدعى بعد إقامة البينة لا يسمى مدعياً وإنما يسمى محقاً.

فالأمر المصدق الذي يعضد به جانب المتداعيين ليكون دليلاً على أنه هو المدعى عليه يكون أحد الأمور الآتية:

### 1. الأصل، ويشمل:

• الأصل براءة الذمة حتى يثبت خلاف ذلك: ومثاله: ادعى على آخر حقاً، فهو مدع والآخر مدعى عليه، لأنّ جانبه قد تقوى بالبراءة الأصلية.

• الأصل في الإنسان الصحة حتى يثبت مرضه: ومثاله: إذا وقع طلاق رجل لزوجته بانناً، ثم مات، فقالت المرأة للورثة: إنه طلقها في مرض الموت، لكي ترث منه، فأنكر ذلك الورثة، كانت المرأة مدعية، لأنّ الأصل أنّ الإنسان سليم حتى يثبت مرضه، فيكون القول للورثة، وتطالب هي بالبينة، ولو أقام كلاهما بيّنة متساوية قدّمت البينة المثبتة للتصرف في خلال الصحة، لأنّه الأصل.

• الأصل عدم المضارة وعدم التعدي: ومثاله: لو ادعى على الطبيب العمد فيما زاد على المأذون فيه، فادعى الطبيب الخطأ، يكون الطبيب مدعى عليه، والآخر مدعياً يطالب بالبينة، لأنّ الأصل عدم المضارة والتعدي.

• الأصل في الإنسان الجهل بالشيء حتى يقوم الدليل على علمه به: ومثاله: إذا قام الشريك بطلب حصّة شريكه بالشفعة ممن اشتراها, وكان ذلك بعد مرور عام من البيع, فادّعى المشتري علم الشريك بالبيع, وادّعى الشريك جهله بذلك: كان الشيك مدّعى عليه, فالقول قوله لتعضده بالأصل, ويكون المشتري مدّعيّاً فيطالب بالبيّنة.

• الأصل الفقر لسبقه الغنى, إذ يولد الإنسان فقيراً ثم يكتسب فيصبح غنياً, لكنهم قالوا: إنّ الناس محمولون على الغنى لغلبته. فهنا تعارض الأصل. وهو الفقر. مع الغالب وهو الغنى, فقدّم الغالب على الأصل. ومثاله: أنّ زاعم الإعسار يعتبر مدّعيّاً, وإن وافقه الأصل الذي هو الفقر, فهو مطالب بالبيّنة على إعساره, لأنّ الغالب عدم الإعسار, والغالب مقدّم على الأصل الذي هو الفقر.

## 2. الظاهر:

الظاهر المعتبر هو ما كثرت أسبابه, فإن قلّت لم ينظر إليه. فالأمر المصدّق لأحد المتداعيين يمكن أن يكون الظاهر, وهو يستفاد من أحد أمرين:  
أ. العرف: ويسمّيه بعضهم المعهود والغالب والعادة: والعرف مقدّم على الأصل إذا تعارضاً, ولهذا قالوا: كلُّ أصلٍ كذّبه العرف رجح العرف عليه, ولم يستثنوا إلّا أصل براءة الذمّة. ومثاله: لو ادّعى الصالح النقي, العظيم المنزلة والشأن في العلم والدين, على أفسق الناس درهماً واحداً: فإنّ الغالب صدقه, والأصل براءة الذمّة, فيقدّم الأصل على الغالب في هذه الصورة.

### ب. القرائن وظواهر الحال وغلبة الظن: ومثاله:

من حاز شيئاً مدّة يتصرّف فيه, ثم ادّعاه غيره: فإنّه يرجّح قول الحائز في دعوى الملكيّة, ويكون الآخر مدّعيّاً, لأنّ قوله خلاف الظاهر, فيكون عليه البيّنة وإلّا دفعت دعواه بيمين الحائز.

والأمر سهل على هذا الضابط, فمتى ما وجد في المسألة واحد من هذه الأمور المصدّقة من الأصل أو الظاهر, وكان الآخر ليس له عاضد من أصل أو ظاهر: يكون من ترجّح قوله مدّعى عليه, ومن لم يترجّح قوله مدّعيّاً. غير أنّ هذا قد ترد عليه احتمالات أخرى قد تحدث في الواقع للمتداعيين, فيصعب حينئذ التمييز بينهما بناء على هذا الضابط. ومن ذلك:

• إذا تجرّد قول المتداعيين كليهما عن أحد الأمور المرجّحة السابقة، كما لو ادّعى شخصان سلعة واحدة، وليست بيد أحدهما: فعلى هذا الحال يتكافأان ويحلفان جميعاً، وتقسّم السلعة بينهما.

• إذا تعارض الأصل والظاهر: فإنّهم يقدّمون الظاهر على الأصل دائماً، إلاّ إذا عارضه أصل براءة الذمّة لأنّه من أقوى الأصول الشرعيّة وأعمّها وأرسخها، لهذا رأى بعض العلماء أنّه يقدّم على بقيّة الأصول.

**مثال تقديم الظاهر على الأصل:** إذا ادّعت المرأة على زوجها الحاضر أنّه لم ينفق عليها، فالأصل عدم النفقة، والغالب المعهود النفقة، فيقدّم الغالب ويكون القول للزوج. وقد خولف هذا المعيار للمالكيّة في بعض المسائل، والخروج عليها يكون في الغالب من أجل المصلحة العامّة. ومن أمثلة ذلك:

1. قول الأمانة في تلف الأمانات التي بين أيديهم، فإنّه يقبل، مع أنّ الأصل عدمه لأنّه أمر عارض، وإنّما قبل لكي لا يزهّد الناس في قبول الأمانات فتقوت هذه المصلحة العامّة.

2. قول الغاصب بتلف المغصوب، فإنّه يقبل بيمينه، مع أنّ الأصل عدم التلف، وذلك لضرورة الحاجة، فإنّه لو لم يقبل لكان مصيره الخلود في السجن<sup>(1)</sup>.

### المطالب الثاني: معيار الشافعيّة:

تعدّدت أقوال الشافعيّة في معيار التمييز بين المدّعي والمدّعى عليه إلى ثلاثة أقوال:

1. أنّ المدّعي هو المخبر بحق له على غيره، وفقاً لتعريفهم للدعوى بأنّها: خبر يتضمّن طالب حق من آخر، وهو كما قيل ضابط قاصر في كثير من الصور، منها:

• أنّه لو ادّعى المدين إبراء الدائن له، أو قضاءه للدين الذي كان عليه، فإنّه لا يخبر بحق له على غيره، وكذلك في جميع صور دعوى منع المعارضة، مع أنّ الشافعيّة يقولون بها.

2. أنّ المدّعي هو من لا يجبر على الخصومة، وهو موافق لمعيار الحنفية. وذهب جمهورهم إلى أنّ المدّعي هو من يلتزم خلاف الظاهر، والمدّعى عليه هو من يتمسك بالظاهر.

**والظاهر عندهم نوعان:**

(1) مواهب الجليل (124/6). القوانين الفقهية (288). الدسوقي على الشرح الكبير (143/4).

أ. الظاهر بنفسه, وهو أقوى النوعين, وهو المستفاد من الأصول كالبراءة الأصلية, وبراءة الذم من الحقوق والأجساد من العقوبات, وبراءة الإنسان من الأفعال والأقوال جميعها, وهو يوافق الأصل عند المالكية.

ب. الظاهر بغيره وهو المستفاد من العرف والعوائد, أو من القرائن ودلائل الأحوال, وهو يوافق الظاهر عند المالكية.

والشافعية يقدّمون الظاهر بنفسه. الأصل. على الظاهر بغير, خلافاً للمالكية. ومثاله: إذا ادّعت المرأة على زوجها الحاضر أنّه لا ينفق عليها, فالأصل يقضي بعدم الإنفاق, والظاهر المستفاد من القرائن والأحوال يقضي بأنّه ينفق عليها, فالشافعية يقدّمون الأصل ويقولون: القول قول المرأة, وعلى الرجل البيّنة لأنّه مدّع, وهذا على خلاف ما ذهب إليه المالكية, مع الاتفاق في الضابط, حيث يجعلون القول للزوج.

أمّا إذا تعارض ظاهران في قوة واحدة لاستفادتهما من أصل واحد, أو من أصليين في قوة واحدة: كان كلّ منهما مدّعياً مكلفاً بالبيّنة. ومثاله:

ما ذكره الشافعي في الأم: إذا ادّعى رجل أنّه أكره بيتاً من دار شهرراً بعشرة, وادّعى المكثري أنّه اكترى الدار كلّها ذلك الشهر بعشرة, فكّل واحد منهما مدّع على صاحبه, وعلى كلّ واحد منهما البيّنة, فإن لم تكن بيّنة فعلى كلّ واحد منهما اليمين على دعوى صاحبه<sup>(1)</sup>. يلاحظ أنّ المعيار الذي قال به معظم الشافعية يتفق مع المعيار الذي قال به المالكية, والخلاف بينهما منحصر في التطبيق عند تعارض الأصل مع الظاهر, فالشافعية يرون أنّ الأصل أقوى, والمالكية يرون أنّ الظاهر أقوى, فكل منهما قدّم الأقوى في نظره.

### المطلب الثالث: معيار الحنابلة وبعض علماء المذاهب الأخرى:

ذهب كثير من الحنابلة إلى اشتقاق تعريف المدّعي والمدّعى عليه من تعريف الدعوى نفسها, فكأنّهم يقولون: إنّ المدّعي هو فاعل الدعوى, والمدّعى عليه هو من توجّهت ضدّه الدعوى. وقد اختلفت عباراتهم في معيار التمييز بين المدّعي والمدّعى عليه على الأوجه التالية:

1. المدّعي هو من يضيف إلى نفسه استحقاق شيء على الآخر, والمدّعى عليه هو من يضاف استحقاقه عليه.

(1) الأم(241/6). مغني المحتاج (464/4). الوجيز (260/2). قواعد الأحكام (32/2).

2. المدّعي هو من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه، والمدّعى عليه هو من يطالبه غيره بحق يذكر استحقاقه عليه.

3. المدّعي هو من يخبر بحق له على غيره.

4. المدّعي هو من يشهد بما في يد غيره لنفسه.

5. المدّعي هو من يلتمس قبّل غيره لنفسه عيناً أو ديناً أو حقاً، والمدّعى عليه هو من يدفع ذلك عن نفسه.

6. المدّعي هو من يخبر عمّا في يد غيره لنفسه، والمدّعى عليه هو من يخبر عمّا في يد نفسه لنفسه<sup>(1)</sup>.

يلاحظ على هذه المعايير بعباراتها المختلفة، والتي اشتقت من تعريفات الدعوى على اختلافها: أنّها كثيراً ما تقصر عن وضع الحدود الفاصلة بين المدّعي والمدّعى عليه، بل يختص بعضها ببعض أنواع الدعاوى، كما في التعريفين الرابع والسادس، فإنّهما لا يتناولان إلا ما يتعلّق بدعاوى العين فقط.

### الترجيح

خلاصة القول بعد النظر في هذه المعايير: أنّ ما ذهب إليه جمهور الحنفيّة وبعض الشافعيّة أجدى في تحقيق الهدف، وهو وضع معيار شامل يميّز بين المدّعي والمدّعى عليه، ليعرف من المكلف بالبيّنة للوصول إلى الحق، ويرجع ترجيح هذا المعيار لما يلي:

1. أنّه ضابط شامل، لا يند عنه فرغ إلا في النادر القليل، بخلاف غيره من المعايير لخروج كثير من الفروع عليه.

2. سهولة هذا الضابط، فإنّه يوصل إلى التمييز بين طرفي الدعوى بأيسر السبل، فما على القاضي إلا أن يفترض في ذهنه أنّ أحد الخصمين قفل راجعاً بعد أن حضر مجلسه، والآخر ظلّ مصرّاً على كلامه الذي قاله، فإذا ترتّب على هذا الفرد وجوب صرف هذا الآخر الذي لم يرجع، لأنه لا حقّ له بطلبه من غيره، كان ذلك الذي رجع مدّعيّاً والآخر مدّعى عليه، وما كان بهذه السهولة فهو أولى.

بخلاف معيار المالكيّة وجمهور الشافعيّة، والذي يعتمد على النظر إلى قوّة جانب كلّ منهما: فإنّه يحتاج إلى الإلمام بجميع الأصول الشرعيّة، لأنّ أحدها قد يكون سنداً لواحد من طرفي الدعوى، كما يحتاج لمعرفة الأعراف السائدة ودلائل الحال الخاصّة بأشخاص

(1) المغني (272/9). كشف القناع (227/4). تبين الحقائق (291/4). بدائع الصنائع (224/6). الأصول القضائيّة (6).

الدعوى العامة، المتعلقة بالعوائد والأحوال الاجتماعية، بل يحتاج لمعرفة قواعد الترجيح عند التعارض بين هذه الأمور، وكل ذلك عسير بالنظر إلى معيار الحنفية.

كما أنّ حصول التعارض بين تلك المرجّحات في كثير من التطبيقات الفرعية، بل إنّ الأصول في الأشياء المختلفة غير متفق عليها بين الفقهاء، ممّا يربك القاضي في معرفة الأرجح منها، بخلاف ضابط الحنفية.

**3. أن ضابط الحنفية مشتقّ من إحدى خصائص الدعوى التي لا ينازع فيها أحد من الفقهاء، هو أنّها (تصرّف مباح مرتبط بإرادة صاحبه يقوم به متى شاء).**

## الفصل الرابع

### أنواع الدعوى

#### المبحث الأول: أنواع الدعوى باعتبار صحتها

للدعاوى تقسيمات مختلفة يعود معظمها لاعتبارين:

**الأول:** مدى صحة الدعوى بحسب توفر الشروط الشرعية فيها.

**الثاني:** تنوع الشيء المدعى واختلافه.

**المطلب الأول: الدعوى الصحيحة:** وهي الدعوى المستوفية لجميع شروطها،

وتتضمّن طلباً مشروعاً. ويترتب على هذه الدعوى جميع أحكامها، وهي:

1. تكليف الخصم بالحضور.

2. طلب الجواب من الخصم عند حضوره.

3. طلب البيّنة من المدعي إذا أنكر المدعى عليه.

4. توجيه اليمين إلى المدعى عليه عند عجز المدعي عن البيّنة.

**المطلب الثاني: الدعوى الفاسدة:** وهي الدعوى التي استوفت جميع شروطها

الأساسية بحيث تكون صحيحة الأصل، ولكنها مختلة في بعض أوصافها الخارجية. أي

بعض النواحي الفرعية بحيث يمكن إصلاحها وتصحيحها. ومثالها:

أن يدعي شخص على آخر بدين، ولا يبيّن مقداره، أو يدعي عليه استحقاق عقار ولا

يبيّن حدوده.

#### وفساد الدعوى يرجع إلى نقصانها من أحد شرطين:

**1. شرط المعلوماتية:** سواء كان النقص في معلومية الشيء المدعى ذاته كما في

المثال السابق، أو نقصان معلومية سبب الاستحقاق فيما يشترط فيه ذكر السبب، وهي دعوى

المثل عند الحنفية، وجميع أنواع دعاوى في الرأي الراجح عند المالكية.

**2. الشروط المطلوبة في التعبير المكوّن للدعوى**, وذلك لاشتراط بعض الأمور في الخبر المكوّن للدعوى, فإن لم يذكر المدّعي هذه الأمور أو بعضها لم تكن الدعوى باطلة, وإنّما تكون فاسدة يمكن تصحيحها بذكر ما ينقصها, ومثال ذلك:

- الدعوى في طلب عين من الأعيان, ولا يذكر المدّعي أنّها بيد المدّعى عليه, أو أنّ المدّعى عليه أخذها بغير حق.
- أن يتردّد المدّعي فيما يستعمله من ألفاظ, كقوله: (أشك . أو: أظن . أن لي على فلان ألف ريال).

ففي المثالين ونحوهما لا تردّ الدعوى, وإنّما يطلب من المدّعي إكمال ما ينقصها, فإذا فعل سمعت دعواه وطلب الجواب من خصمه, وإذا لم يصحّحها تردّ حتّى يفعل ذلك. ويشترط فيما يطلب من المدّعي تصحيحه إلّا يطلبه منه القاضي بصيغة التلقين, وإنّما يخبر المدّعي: أنّه إن فسّر ما أجمل قبلت دعواه وإلّا فلا. والسبب في ذلك حياد القاضي بين الخصوم.

ويسمّي الحنفية هذا النوع من الدعاوى بالفاسدة, نظراً لتوقّف أثرها على البيان, بينما يسمّيها الشافعية بالدعاوى الناقصة: وهي كلّ دعوى يفترق القاضي في فصل الخصومة معها إلى شيء آخر. وقسموها إلى ناقصة الصفة وناقصة الشرط:

**ناقصة الصفة:** هي الدعوى التي لم يفصل المدّعي فيها أوصاف الشيء المدّعى به اللازم ذكرها. ومثالها: كأن يدّعي عقاراً على أحد ولا يحدّد حدوده, أو ديناً دون تحديد مقداره, ونحوهما, فإن أكملت صحّت وإلّا فلا.

**ناقصة الشرط:** وهي الدعوى التي يختل فيها شرط من شروط صحّتها: كدعوى النكاح, ولا يذكر فيها الولي ولا الشهود.

وسائر المذاهب متّفقة في الحكم بعدم رد هذه الدعاوى, وإنّما يسأل عنها: فإن أكملها سمعت منه, وترتّب عليها آثارها.

وللمالكية نوع آخر من الدعاوى تكون ناقصة في حكمها, لنقصان شرط من شروطها, وهو عدم حصول خبطة أو معاملة بين المدّعي والمدّعى عليه, وحكمها أنّها تسمع, لكن لا يطالب المدّعى عليه باليمين إذا عجز المدّعي عن إثبات البيّنة.

والفرق بينها وبين الفاسدة . عند الحنفية أو الناقصة عند الشافعية . من ناحيتين:

**الأولى:** أنّها تترتّب عليها أحكامها جميعها إلّا اليمين.

**الثانية:** الشرط الناقص فيها لا يمكن استكمالها, بخلاف الأخرى.

### المطالب الثالث: الدعاوى الباطلة:

الدعاوى الباطلة: هي التي لا تصحّ أصلاً، ولا يترتب عليها حكم، لأنّ إصلاحها غير ممكن. ومن أمثلتها:

1. لو ادّعى شخص أنّ جاره فلان موسر، وهو فقير معسر، ولا يعطيه، فطلب الحكم على جاره بإعطائه صدقة أو وجوب إقراضه مالا. فهذه دعوى باطلة، لأنها لا تستند إلى حق في الظاهر.

2. دعوى الفضولي: وهي الدعوى التي يرفعها من لا يكون له صفة في رفعها.

3. الدعوى المرفوعة من شخص ليس له أهلية التصرفات الشرعية.

4. دعوى ما ليس مشروعاً، كدعوى المطالبة بثمن خمر أو خنزير أو ميتة.

وهذه الدعاوى يسمّيها الجمهور . غير الحنفية . بالدعاوى الفاسدة أيضاً، لعدم تفريقهم بين الباطل والفاقد في الاصطلاح<sup>(1)</sup>.

**المبحث الثاني: أنواع الدعوى باعتبار تنوع الشيء المدعى**

**المطلب الأول: تقسيم الشيء المدعى باعتبار حله أو حرمة:**

الشيء المدعى قد يكون فعلاً محرماً موجباً للعقوبة، كالقتل أو السرقة. وقد يكون غير محرّم، كعقد البيع والقرض والرهن ونحو ذلك.

وبناء على هذا التقسيم تنقسم الدعاوى إلى نوعين:

**النوع الأول: دعاوى التهمة، وهي التي يكون المدعى فيها فعلاً محرماً موجباً للعقوبة.**

**النوع الثاني: دعاوى غير التهمة وهي التي لا يكون المدعى فيها فعلاً محرماً.**

**فائدة هذا التقسيم:**

تظهر فائدة هذا التقسيم في إجراءات وطرق الإثبات المتبعة في كل قسم منهما، ومن ذلك :

1. تثبت كثير من دعوى التهمة والعدوان بنصاب معيّن من الشهود، ويزيد في بعضها عن النصاب المطلوب في الدعاوى الأخرى، كما أنّ كثيراً منها لا يثبت بالنكول.

(1) المدخل الفقهي العام (680/2) . أصول استماع الدعوى (43). الحاوي (45/13). نظرية الدعوى (229).

2. أجاز كثير من الفقهاء في حق المتهّم أساليب من الإجراءات لا يجوز اتّخاذها في الدعاوى الأخرى، وذلك كالحبس والتعزير إذا كان ممن تلحقهم التهمة المنسوبة إليهم، أو كان مجهول الحال.

3. تختلف النتائج بين النوعين في حالة ثبوت الدعوى، فإذا كانت من دعاوى التهمة يحدّ المدّعي . كما في القذف . أو يعزّر . أمّا في دعاوى غير التهمة فلا يستوجب ذلك إلاّ نادراً. بل عند المالكيّة إذا كان المدّعي عليه من أهل الخير والدين والصلاح المشهود له بذلك: فإنّ دعاوى التهمة لا تقبل عليه، بل يرون تعزير المدّعي حتّى لا يتناول الأراذل إلى أذية أهل الفضل والاستهانة بهم.

**المطلب الثاني:** تقسيم الشيء المدّعي باعتباره عيناً أو ديناً أو حقّاً شرعياً محضاً.

**تمهيد:**

**الشيء المدّعي قد يكون عيناً أو ديناً أو حقّاً شرعياً محضاً:**

- العين في الفقه الإسلامي: يكون الالتزام بها من قبيل العين، خلافاً للقانون الوضعي الذي يعتبره من قبيل الحق الشخصي.
- الدين: يقتصر الدين على ما يثبت في الذمّة، ومحلّه مبلغ من النقود أو المثليات ممّا يثبت في الذمّة، وألحق الجمهور . غير الحنفية . بالمثليات كلّ عين يمكن ضبطها بالوصف، وهذه لا تثبت في الذمّة إلاّ عن طريق السلم أو القرض.
- الحق الشرعي المحض:** لا يقصد به الحق بمعناه العام، وإنّما يقصد به الحقوق التي لا تعتبر مالاً، فلا تباع ولا تتباع ولا تنقل بأي وسيلة من وسائل نقل الملكية. ومن أمثلته: حقوق العائلة، وحق الشفعة ونحوها.

وبناء على هذا التقسيم فإنّ الدعاوى تنقسم إلى ثلاثة أنواع:

**النوع الأوّل:** دعاوى العين: وهي الدعاوى التي يكون محلّها عيناً من الأعيان،

ويطلق عليها في القانون: الدعاوى العينية. وتكون:

- إمّا عقاراً، وتسمّى دعوى العقار في الفقه الإسلامي، و: الدعوى العقارية في القانون.
- أو تكون منقولة، فتسمّى دعوى المنقول في الفقه الإسلامي، والدعوى المنقولة في القانون.

**النوع الثاني: دعاوى الدين:**

**تعريفها:** الدعاوى التي يكون محلها ديناً في الذمة يدّعيه المدّعي على المدّعى عليه. ومهما كان سبب ذلك الدين, سواء كان عقد قرض أو ثمن مبيع أو ضماناً لشيء أتلّفه المدّعى عليه أو دابّته.

أمّا في القانون فهي تدخل في الدعاوى الشخصية . التي تشمل عندهم دعاوى الالتزام بإعطاء شيء أو وبعمله, أو الامتناع عن عمل أو تسليم عين . بالإضافة إلى الالتزام بالدين الذي تقتصر عليه دعوى الدين في الفقه الاسلامي. لهذا يوجد في القانون الدعاوى الشخصية العينية, ولا توجد بهذا الاسم في الفقه الاسلامي. لهذا يوجد في القانون الدعاوى الشخصية العينية, ولا توجد بهذا الاسم في الفقه الاسلامي, لأنها تدخل في الدعاوى العينية, لأنّ الالتزام بالعين يدخل في عداد العين ولا يدخل في الدين.

أمّا دعاوى التصرف, فهي دعاوى عين في الفقه الاسلامي, سواء توجّهت للمنقول أو للعقار, لأنها تهدف إلى حماية الأعيان, وهي ما يسمّى في المرافعات بدعوى الحيازة. فكلّ دعوى ترفع لإثبات حقّ العين, أو لتثبيت ما يؤول إلى إثبات حقّ في العين: تعتبر في الفقه الإسلامي دعوى عين.

وكلّ دعوى ترفع من أجل إثبات دين في ذمّة المدّعى عليه, أو إسقاطه من ذمّة المدّعي: تعتبر دعوى دين, كما لو ادّعى وفاء الدين أو إبراءه منه. فدعوى الفسخ إذا توجّهت إلى تصرف يترتب عليه التزام بالعين كانت دعوى عين, فدعوى فسخ عقد البيع . مثلاً . إذا رفعها البائع كانت دعوى عين, لأنها يقصد بها استرداد العين إلى ملكيته, وإن رفعها المشتري كانت دعوى دين, لأنّ المقصود منها استرداد الثمن الذي يعتبر ديناً في ذمّة البائع إذا قبضه, أو إبطال هذا الثمن في ذمّته إن لم يكن البائع قد قبضه أو كان مؤجّلاً (1).

### **النوع الثالث: دعاوى الحقوق الشرعيّة:**

**تعريفها:** هي الدعاوى التي يطلب فيها الحقوق الأخرى, التي لا تدخل في زمرة الأعيان ولا زمرة الديون.

وهذه الحقوق ليس لها خصائص الدين أو العين, من قابليّة الانتقال بدون عوض أو بعوض, ومعظم هذه الحقوق يتعلّق بالحقوق العائليّة من نسب وحضانة ونحوها كدعاوى الشفعة.

---

(1) العناية على الهداية (137/6) . الطرق الحكمية (101) . تبصرة الحكّام (152/2) . قواعد المرافعات (602). مصادر الحق في الفقه الاسلامي (13/1).

## فوائد هذا التقسيم للدعاوى:

1. معرفة الخصم الذي توجّهت إليه الدعوى, بناء على القواعد التي وضعها الفقهاء, لتعيين المدعى عليه في كلّ نوع من تلك الأنواع من الدعاوى, فقد جعلوا لكل نوع منها قاعدة خاصّة لها في تعيين المدعى عليه, وبذلك تسهل معرفة من هو الخصم في الدعوى إذا عرف من أي نوع هي.
2. معرفة الطريقة التي يعرف بها الشيء المدعى في الدعوى, إذ كل نوع من تلك الأنواع مختصّ بقاعدة عامّة, فمتى ما عرف النوع عرفت قاعدته, فيعلم بها الشيء المدعى في الدعوى.
3. يرتّب المالكيّة على هذا التنوع فائدة أخرى وهي: معرفة القاضي المختص بنظر الدعوى, وهي الفائدة نفسها في قانون المرافعات, إذ يعود تعيين المحكمة المختصة بنظر الدعوى. في الأعم الأغلب. بناءً على أنواع الدعاوى<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث: دعاوى الحيازة:

#### تعريف الحيازة:

الحيازة عند الفقهاء: استيلاء إنسان على عين من الأعيان بحيث تكون تحت قدرته وسيطرته, وتسمّى (وضع اليد)<sup>(2)</sup>.

وتخالف الملك في أنّ الملك يترتب عليه استحقاق التصرف في الشيء المملوك بكل ما يجوز شرعاً أصالة, أمّا الحيازة فليست كذلك في كلّ صورها.

#### وتكون الحيازة بثلاثة أشياء أو أسباب:

1. البيع والهبة ونحوها.
2. الزرع والاستغلال والسكنى.
3. الغرس والبناء والإحياء<sup>(3)</sup>.

#### حالات الحيازة : للحيازة حالتان هما:

- الحالة الأولى: أن يكون المصدر الذي آلت به الحيازة معروفاً, وفي هذه الحالة:
  - إمّا أن تكون حيازة مشروعة, لأنها ثمرة حق متولّد عن تصرف شرعي صحيح, كحقّ الملكية المتولّد عن البيع ونحوه.

(1) أدب القضاء لابن أبي الدم بتحقيق الدكتور محمد الزحيلي (160). قواعد المرافعات (603). نظريّة الدعوى (241).

(2) منح الجليل (314/4).

(3) العقد المنظم للحكام (63/2).

• أن تكون حيازة باطلة شرعاً، فيجب إبطالها وإعادتها إلى مستحقيها، كالحيازة الآيلة من غصب أو غش أو سرقة ونحو ذلك مما حرّمه الشرع.

### الحالة الثانية: وهي التي لا يعرف المصدر الذي تولدت منه الحيازة:

وحكم هذه الحالة أنها تدل على وجود حق من ورائها، فيكون صاحبها ذا موقف قوي لأنه يعتضد بالظاهر المستمد من الحيازة، وبناء عليه يكون مدعى عليه غير مطالب بالبيّنة الشرعيّة، غير أنّ هذا الظاهر لا يقوى على ردّ البيّنة الصحيحة الثابتة. إلا أنّ الحيازة تكتسب قوّة بمضي الزمن وتوافر شروط أخرى. كعلم المدعي بها طول مدّة الحيازة دون أن يرفع دعوى. قد تصل أحياناً إلى ترجيحها على البيّنة عند بعض المالكيّة، نظراً لما احتقت به من شروط وقرائن، بل قد ترفض الدعوى عند الحنفيّة.

### أدلة الحيازة:

استدلّ للحيازة بما جاء من حديث مرسل. عن زيد بن أسلم: " من حاز شيئاً عشر سنين فهو له (1)."

وهو من جهة معناه يدلّ على أحقيّة الحائز لما حازه في تلك المدّة، لكن بالإضافة لإرساله فإنّه من جهة المعنى يعارض إطلاقه قوله ع " لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم " (2).

وقوله ع " لا يحلّ مال امرئ مسلم إلاّ بطيب نفس منه " (3). فالحديث الأوّل ظاهر في أنّ الحق لا يبطل بالقدم، والثاني يدلّ بإطلاقه على أحقيّة المسلم في حقه وماله وإن قدم. ومع أنّ العمل بترجيح الحديثين. هنا. على الحديث المرسل أولى لضعفه، لكن يمكن التوفيق بين المعنيين، بأن يحمل الحديث المرسل على أنّ الحيازة لا تنتقل الملكيّة ذاتها، وإنّما تعطي الحائز قوّة في الدعوى، ولا تنتقل الملكيّة إلى يد الحائز إلاّ بتصرّف مشروع، وإذا احتقت بقرائن قوي جانبها فتدلّ على أحقيّته بالشيء المحوز، كما في إرخاء الستور، ومعرفة الوكاء والعفاص الدال على الملك لمدعي اللقطة (4).

**وخلاصة القول:** أنّ الحيازة يحميها الشرع لكونها مصلحة يربحها كسائر المصالح، ما لم يتبيّن ارتكازها على سبب باطل، فلا يقرّها ولو طال، ولهذا صرح كثير من الفقهاء

(1) جاء في كنز العمال (186/2) وهو مرسل، وعزاه إلى عبد الرزاق في جامعه، ولم نجده فيه.

(2) ذكره الشيخ عليش في منح الجليل (340/4) ولم نعره عليه في كتب السنّة.

(3) [الدارقطني (اليبوع): 26/3، رقم : 92.90].

(4) (العفاص: الوعاء الذي يكون فيه الشيء الضائع. الوكاء: ما يربط به فم الوعاء، مدعي اللقطة: الذي يدعي أنّ اللقطة له، فينبغي أن يعرف فيها هذه الأثنياء).

بأنّ الحيازة حقٌّ مقصودٌ للإنسان، تطلب بالدعوى للحكم بها أو إعادتها إلى من سلبت منه، أو دفع التعرّض إلى أن يثبت عدم أحقيّتها.

### خلاصة أحكام الحيازة من حيث حمايتها:

#### تتلخّص أحكام الحيازة من حيث حمايتها فيما يلي:

1. الحيازة الناشئة عن حق، محميّة شرعاً بدعوى هذا الحق، ويكون الاعتداء عليها اعتداء على الحق نفسه.
2. الحيازة الناشئة عن فعل محرّم لا حماية لها في الشرع، بل ذهب بعض الفقهاء إلى جواز استردادها من غير حاجة للقضاء متى أمنت الفتنة.
3. الحيازة التي يكون حولها نزاع بين شخصين أو أكثر، ولا يقوم دليل على منشئها، يحكم فيها لصاحب البيّنة، فإن لم توجد فللظاهر القوي المستفاد من الواقع<sup>(1)</sup>.

## الفصل الخامس

### شروط الدعوى

#### المبحث الأوّل

#### الشروط المطلوبة في المدّعي والمدّعى عليه

#### المطلب الأوّل: الشروط المطلوبة في المدّعي والمدّعى عليه كليهما:

الشرط الأوّل: الأهليّة: اشترط الفقهاء الأهليّة . في الجملة . في المدّعي والمدّعى عليه اتّفاقاً.

وسبب اشتراطها: أنّ الدعوى تصرف يترتب عليه نتائج وأحكام شرعيّة، كما أنّ الجواب عنها تترتب عليه أحكام شرعيّة أيضاً، ولهذا اشترطت الأهليّة ليكون كلّ من المدّعي والمدّعى عليه أهلاً للقيام بالتصرفات الشرعيّة.

وقولنا بالجملة لأنّ بعض الفقهاء لا يشترطون كمال الأهليّة في الطرفين، ويكتفون بالأهليّة الناقصة في حق المدّعي، مع اشتراط الرشد في حق المدّعى عليه. وهو قول المالكيّة، أمّا الحنفيّة، فيكتفون بالأهليّة الناقصة في حقّهما معاً.

ويترتب على قول الحنفيّة: أنّ الصبيّ المميّز المأذون له يجوز له أن يرفع الدعوى، وأن يكون مدّعى عليه، وعلّلوا ذلك بأنّ الدعوى من التصرفات الدائرة بين النفع

(1) الخرشبي (242/7). بدائع الصنائع (256/6). البيهجة وشرح التحفة (277/2). تبصرة الحكام (104/2).

والضرر، فتصحُّ من الصبي الذي أذن له وليه، وتكون موقوفة ممن لم يؤذن له، فإن أجازها نفذت، وإن لم يجزها بطلت.

**أما المالكيّة:** فيفرقون بين المدّعي والمدّعى عليه: فتصحُّ الدعوى من الصبي المميّز ومن السفية المحجور عليه وإن لم يأذن له الولي، أما المدّعى عليه فيشترط فيه . عندهم . كمال الأهليّة.

**وعند الشافعيّة والحنابليّة:** يشترط كمال الأهليّة في المدّعي والمدّعى عليه، ويستثنون بعض الأحوال، وهي:

1. تسمع الدعوى على المحجور عليهم فيما يصحُّ إقرارهم به، فتسمع الدعوى بالقتل على السفية.

2. تسمع الدعوى من الذمّي والمعاهد والمستأمن، ويسمع عليهم، أمّا الحربي فليس أهلاً لها.

3. أجاز الحنابليّة الدعوى على السفية فيما يؤخذ به حال سفهه، فتصحُّ عليه دعوى الطلاق والقتل<sup>(1)</sup>.

**الشرط الثاني: الصفة في طرفي الدعوى:** اشترط الفقهاء الصفة المخوّلة للدّعاء، والمخوّلة لتلقّيه لصحة أي دعوى، ومعنى هذا الشرط: أن يكون كلّ من المدّعي والمدّعى عليه ذا شأن في القضيّة التي أثّرت الدعوى حولها، على أن يكون هذا الشأن ممّا يعترف به الشرع، ويراه كافياً لتحويل المدّعي حق الادّعاء وتكليف المدّعى عليه للجواب.

### 1. السبب في اشتراط الصفة:

• أن كلّ فرد في الأمة له شأن في كلّ قضيّة، لكون المجتمع المسلم كالبنيان يشدُّ بعضه بعضاً، لكن لما كانت الدعوى لها خصوصيّة فلا بدّ من تحديد المدّعي والمدّعى عليه، وفقاً لمعيار محدّد، حتّى لا يكون الأمر سائناً فيدّعي كلّ من شاء على من شاء.

• المقصود من الدعوى فصل الخصومة وأخذ الحق لصاحبه، وهذا يقتضي تحديد من تحقق له المطالبة، ومن يصحُّ توجيه المطالبة إليه، وإلاّ فلا سبيل إلى الهدف المقصود من الدعوى بغير ذلك.

ويصحُّ للمدّعي المستوفي الصفة التي تخوّله رفع الدعوى ما يلي:

(1) درر الحكّام (330/2). مغني المحتاج (407/4). كشاف القناع (277/2). مواهب الجليل (127/6).

- أن يطلب الحق لنفسه, فلا تقبل دعوى الفضولي.
- أن يطلبه لغيره بموجب النيابة عنه . بأن يكون ولياً أو وكيلاً أو وصياً . لأن هؤلاء يقومون بالمخاصمة وتعود جميع آثارها للأصيل, ويلحق بذلك الممثل الشرعي للأشخاص الاعتباريين, فإن قواعد الفقه لا تأباه, وقد قال بعض الفقهاء: إن المتولّي لشؤون الوقف هو الذي يتولّى المخاصمة الصادرة من الوقف أو عليه, وسواء تعلقت برقبته أو غلّته.

- الدائن الذي يرفع لدعوى لمدينه يطالب فيها بحقوق المدين, ليحصل من ثمارها وفاء دينه, فيحافظ على أموال مدينه من الضياع, وقد اعتبر له هذا الحق لأن أموال المدين تعتبر ضامنة لحق الدائن إذا أحاط الدين بها, وأشهر إفلاس صاحبها.
- من أحدث ضرراً في شيء عام كالطريق العام, فكل واحد من الناس خصم له, وله صفة الادعاء عليه ومطالبته بإزالة الضرر.

- يحق لبعض سگان القرية رفع الدعوى عن جميع سگانها في وجه من يريد الاعتداء على حقوقهم المشتركة كالمرعى والنهر, متى كانوا غير محصورين, فإن كانوا محصورين (مائة فأقل) فليس لأحد أن يقيم الدعوى عنهم بل عن نفسه.

- لجميع أفراد الدولة رفع الدعاوى التي يطالب فيها بحقوق الله, أو بما يكون حق الله فيه غالباً على حق العبد, كالحدود . ما عدا القذف والسرقة لغلبة حق العبد فيهما . ورفع الدعوى في هذه الحالة يكون حسبة عملاً بوجوب تغيير المنكر, والدعوى . هنا . تكون حسبة, والمدعي حسبة يكون شاهداً بما يدعيه, فهو يقوم بالخصومة من جهة ويشهد من جهة أخرى, ولكن غلب عليه شاهد الحسبة دون مدعيها, مع أنه شاهد ومدع في الحقيقة باعتبارين<sup>(1)</sup>.

#### آراء العلماء في إقامة دعوى الحسبة:

أجازها الحنفية في الطلاق والنكاح والحدود كلها . ما عدا السرقة والقذف والإيلاء والخلع والظهار والرضاع وحرمة المظاهرة, لتعلق ذلك بالإبضاع . أمّا الوقف: إذا كان على أناس بأعينهم فلا تقبل فيه شهادة الحسبة, وإن كان على الفقراء والمسجد فلا تقبل فيه الشهادة بدون دعوى عند أبي حنيفة, بينما قبلها أبو يوسف ومحمد حسبة.

( 1 ) تبصرة الحكام (109/1) . تحفة المحتاج (310/11) . شرائع الإسلام (222/2).

**أما المالكيّة:** فأجازوا سماع دعوى الحسبة في الحقوق الخالصة لله تعالى، كدعوى ترك الصلاة والصيام والزكاة والحج.

ولا تسمع دعوى الحسبة عند الشافعيّة إلاّ عند الاحتياج إليها، ومثال ذلك: كما لو شهد اثنان أنّ فلاناً أخو فلانة من الرضاعة، فلا تسمع دعوى الحسبة حتّى يقول المدّعي أنّه يريد نكاحها، لأنّ الاعتداء فيها على حق الله لا يتحقّق إلاّ بهذه الحالة، غير أنّ القاضي حسين ذهب إلى سماع دعوى الحسبة من غير تقييد بالحاجة.

**وصرح الحنابلة:** بعدم جواز الدعوى في حق الله، سواء كانت من العبادات كالصلاة ونحوها، أو من الحدود أو من غيرها كندز أو كفارة، وإنّما أجازوا سماع البيّنة بذلك.

**حقيقة الخلاف بين الفقهاء في دعوى الحسبة فيما غلب فيه حق الله تعالى:**

الخلاف بين الفقهاء في ذلك ليس له أثر من ناحية التطبيق العملي نظراً لاتفاقهم على سماع شهادة الحسبة في حق الله، أمّا اختلافهم في رفع الدعوى في حق الله، فلا يترتّب عليه أثر في التطبيق، فإنّ القول بجواز رفع الدعوى لا يضيف جديداً، لأنّ فائدة الدعوى طلب إحلاف المدّعي عليه إذا أنكر، وحقوق الله لا يمين فيها اتّفاقاً، فتكون دعوى الحسبة فيها كشهادة الحسبة، وينحصر الفرق بينهما في التسمية، ولا مشاحة في التسميتين، لأنّ مدّعي الحسبة في الحقيقة هو مدّع من جهة وشاهد من جهة أخرى.

**وفي القانون:** فإنّ نظام النيابة العامّة يقرب إلى حدّ ما من نظام الحسبة، غير أنّه في القانون ضيق جدّاً إذا قورن بنظام الحسبة، لشمول نظام الحسبة لكل ما كانت مصلحة المجتمع فيه غالبية، بخلاف نظام النيابة فلا يدّعي فيه إلاّ أشخاص محدودون، فليس لهم الادّعاء إلاّ في الحالات المنصوص عليها في القانون، وهي قليلة (1).

## **2. شرط الصفة في المدّعي عليه:**

يشترط في المدّعي عليه أن يكون ذا صفة في توجيه الدعوى، فلا تصحّ الدعوى إلاّ إذا رفعت على من يعتبر خصماً يصحّ إجباره على الدخول في القضية للإجابة عنها إقراراً أو إنكاراً.

## **من يكون خصماً في الدعوى؟**

الأصل العام الذي يمثّل ما وضعه الفقهاء من معايير وقواعد خاصّة بكلّ نوع من أنواع الدعاوى لمعرفة الخصم فيها، هو: أن من ادّعى على إنسان شيئاً، فإن كان المدّعي

(1) كشاف القناع (194/4). أدب القضاء لابن أبي الدم (422). مواهب الجليل (125/6).

عليه لو أقر يصح إقراره فيترتب عليه الحكم، فإنه يكون بإنكاره خصماً في الدعوى ويصح توجيهها إليه، أما إذا كان لا يترتب عليه الحكم فلا يكون خصماً بإنكاره.

ويدخل في ذلك من ينوب عن الأصل من وليٍّ و وصيٍّ أو قيمٍّ، وإقرارهم لا يترتب عليه حكم، لكن الشارع أقرّ الولاية والوصاية والوكالة بمصالح اعتبرها.

**ما يتفرع عن هذا الأصل:** لو قال لآخر إن رسولك أخذ مني كذا لأجلك فأعطني ثمنه، كان المرسل خصماً للطالب إذا أنكر، لأنه يكون مجبراً على ثمن المبيع لو أقرّ بشراء رسوله، إذ الحقوق تتعلق بالمرسل لا بالمرسل<sup>(1)</sup>.

### تطبيق الأصل (القاعدة) على كل نوع من أنواع الدعاوى:

**1. دعوى العين:** المدعى عليه في دعاوى العين هو من كانت هذه العين في يده، وبيان انطباق هذا القول على القاعدة: أنّ كل من ليست العين في يده ليس له أن يقرّ بها، وإذا أقرّ بها لا يكون إقراره ملزماً لمن يجوز العين المدّعة، فالإقرار إنّما يكون لمن يحوزها. واليد التي يكون صاحبها خصماً في الدعوى هي التي تدلّ على الملك في الظاهر، فإن كانت اليد طارئة، كيد المستأجر والمستعير والمرتهن، لا يصحّ توجيه الدعوى إلى صاحبها منفرداً، إذ يطلب من العرضي الحضور إلى مجلس القضاء لتسليم العين عند ثبوت المدعى، أم اليد العارضة فالدعوى عليها لا تثبت، لإمكان رفع الدعوى منع بأن يده ليست ملكاً ولهذا لا ينفذ إقراره على المالك، ولا يترتب عليه حكم، فلا يكون خصماً في الدعوى وينفّرع على هذا:

- إذا باع رجل ملك غيره بدون إذنه كان الخصم هو المشتري، إذا طلب المدعى استرداد العين، أما إذا أراد التضمين سمعت الدعوى على الغاصب البائع، لأنها تكون دعوى فعل، وهي كما تصحّ على ذي اليد تصحّ على غيره.
- إذا توفي شخص عن تركة كانت أعياناً، وله ورثة، وأراد شخص ادعاء عين منها، كان الخصم هو الوارث الذي في يده العين.
- إذا بيع العقار فطلبه الشفيع بالشفعة، فإن استلمه المشتري كان هو الخصم في الدعوى، وإذا لم يستلمه كان الخصم كلاً من البائع والمشتري، لأنّ الأول واضع اليد فيحضر من أجل التسليم، والآخر مالك، لا بدّ من حضورهما معاً<sup>(2)</sup>.

(2) الدرر الحكام (410/2) . الفواكه البدرية (95) . موجز المرافعات الشرعية (23,33) . نظرية الدعوى (285-287) .

(1) الهداية والعناية (146/6) . تبصرة الحكام (104/1) . إغاثة الطالبين (241/4) . المغني (301/9) .

**2. الخصم المدعى عليه في دعاوى الدين:** الدين وصف في الذمة، فلا تتصور فيه الحياة أو اليد، ولهذا لا يكون خصماً في دعاوى الدين إلا من كان الدين في ذمته، أو وكيله.

ووجه تفرع هذا عن القاعدة الأصل: أن المدين هو الذي إذا أقرّ تحمّل نتيجة إقراره وألزم به، فيترتب على إقراره حكم في دعوى الدين.

**ويتفرع على هذا:** أن حائز العين التي يمتلكها المدين لا يصح أن توجه إليه الدعوى، وإن كان مقرراً بتملك المدين لها، وعلى هذا لا تصح الدعوى على المستأجر من المدين، ولا على المستعير منه. واستثنى الحنفية من دعاوى الدين ما كان سببه النفقة الشرعية على الزوجة والأولاد أو الأبوين، فإنه يجوز توجيهها إلى الحائز العين المملوكة للمدين المطالب بالنفقة<sup>(1)</sup>.

### **3. الخصم في الدعاوى الأخرى:**

المدعى به ليس مقتصرًا على العين والدين، وإنما يكون فعلاً أو قولاً أو عقداً وغيرها، فمن يكون الخصم في هذه الدعاوى؟

**أ. دعوى الفعل:** كالغصب، الخصم هو الفاعل، فتقام الدعوى في المثال على الغاصب، إلا إذا كان الفاعل مكرهاً على الفعل فتقام الدعوى على المكره، أمّا دعوى الضرر الذي يحدثه فترفع على صاحبه.

**ب. دعوى القول:** الخصم هو القائل، أي المدعى عليه أنه قال القول، ومن ذلك دعوى الطلاق تقيمها الزوجة على زوجها في حياته، وكذلك الإبراء والإقرار والقذف والشتم، فالخصم هو المبرئ أو المقر أو القاذف أو الشاتم.

**ج. دعوى العقد:** الخصم هو المباشر له أو من قام مقامه، كالوكيل والوصي والوارث.

**د. دعوى الحقوق:** كحقّ الحضانة والرضاعة، فالخصم هو كل شخص له شأن في الدعوى، وهو الذي ينازع المدعى في حقه ويمنعه من التمتع به.

**هـ. حقوق الارتفاق:** المدعى عليه هو من في يده العين (العقار) فهي كدعاوى العين.

(2) أساس البلاغة (302). مباحث المرافعات (28). تحفة المحتاج (294/10). نظرية الدعوى (294).

**والخلاصة:** أنّ القاعدة . الأصل . تنطبق على كلّ هذه الصور من أنواع الدعاوى, وتعتبر هذه الصور فروعاً لها, ويمكن اختلافها باختلاف المدعى به<sup>(1)</sup>.

### **المطلب الثاني: ما يختص به المدعى عليه دون المدعي**

**يختص المدعى عليه دون المدعي بشرطين:**

**1. أن يكون المدعى عليه معيناً معلوماً, إذ لا سبيل إلى الوصول إلى هدف**

الدعوى إلا بهذا الشرط.

**2. حضور الخصم,** وقد اشترطه الحنفية لصحة دعوى المدعي, والواضح: أنّ الحنفية لا يشترطون ذلك لصحة الدعوى, وإنما على أنّ ذلك شرط لصحة القضاء والنظر في القضية, مستدلين بحديث عليّ رضي الله عنه, وفيه: " إذا أتاك الخصمان فسمعت من أحدهما فلا تقضينّ حتى تسمع من الآخر فإنّه أثبت لك " <sup>(2)</sup>. فقد نهاه ع عن إصدار حكمه في القضايا بناءً على ما يسمعه من أحد الخصمين وأمره بالسماع من كليهما, ولهذا قالوا بفساد الدعوى على الغائب.

والظاهر عدم اشتراط حضور الخصم بل تكفي معرفته, لأنّ الدعوى مرتبطة بإرادة المدعي, فلا ينبغي أن يشترط لصحة تصرفه أمر يتعلّق بتنفيذه بإرادة خصمه, ولهذا لم تشترط المذاهب الأخرى لصحة الدعوى حضور الخصم, وأجازوا سماعها في غيبته, وعليه لا يلزمون المدعي إعادة دعواه عند حضور الخصم, وإنما يعتبر حضوره أثراً من آثار الدعوى, فيجبر المدعى عليه جبراً, إلا إذا كان بعيد الغيبة, فيصبح القضاء عليه من غير حضوره أو إحضاره بشروط معلومة عندهم<sup>(3)</sup>.

### **المبحث الثاني**

#### **الشروط الخاصة بالمدعى به وبركن الدعوى**

**المطلب الأول: شروط المدعى به:**

**يشترط في المدعى به ثلاثة شروط:**

**الشرط الأول: أن يكون في ذاته مصلحة شرعية, والهدف من المطالبة به**

تحصيل مصلحة مشروعة, وهي تشمل كلّ ما يفيد في حفظ الكليات الخمس, فتصحّ رفع الدعوى فيه, ودعوى حمايته.

(1) درر الحکام (344/2) . مباحث المرافعات (30). معين الحکام (57) . نظرية الدعوى (297).

(2) [ البيهقي: 86,140,141/10].

(1) حاشية قليوبي على شرح المحلّي للمنهاج (163/4) . بدائع الصنائع (223/6).

## ويتحقق هذا الشرط بعدة أمور:

1. أن يكون المدعى به مصلحة مفيدة للكليات الخمس, سواء كانت مادية أو معنوية ككرامة الإنسان.
2. أن تكون المصلحة محمية من قبل الشرع, بحيث يكون قد رتب جزاءً مؤيداً لها, وكذلك المصلحة التي لم يتناولها الشرع بالاعتبار أو الإلغاء.
3. أن يترتب للمدعي نفع معتبر من رواء مطالبته بالمصلحة التي أقرها الشارع وحماها من أن تتعرض للاعتداء, فتكون مصلحته في رد الاعتداء, إذ لو كان لا ينتفع من الدعوى, لكانت مطالبته عبثاً<sup>(1)</sup>.

### أمثلة لرفض الدعوى التي لا تتحقق فيها المقترضات الثلاثة السابقة:

- من تدعى زوجية شخص مات, ولا تطلب ميراثاً أو صداقاً مؤخرًا, أو كمن يطلب فيدعواه حبة قمح أو شعير, ففي هذين المثالين لا توجد مصلحة للمدعي.
- دعوى الدين المؤجل, وهي وإن كانت له فيه مصلحة لكنها مصلحة غير محمية شرعاً قبل حلول الأجل, ولهذا لا تكون صحيحة, ويدخل في ذلك كل دعوى لا يطلها الشرع كدعوى الفضول.
- أن يكون المدعى به مصلحة, ولكنها متولدة من مفسدة, كدعوى ثمن شيء محرّم.
- من يطالب بالتصدق عليه لفقره وغنى خصمه. أو يطلب إقراضه أو إعارته, فهذا وإن كان للمدعي مصلحة تخصه فيه, لكنه ربط حمايته لها بإرادة المدعى عليه, فلا تصح<sup>(2)</sup>.

### الشرط الثاني: أن يكون المدعى به معلوماً (شرط المعلوماتية):

- وهو شرط متفق عليه لاعتبار الدعوى شرعاً, والمراد بعلم المدعى به تصوّره: أي تمييزه في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي.
- وسبب ذلك: أن المقصود فصل الخصومة فيها وردّ الحق إلى صاحبه, ولا إلزام مع الجهالة, فلا يصح الحكم بما لا إلزام فيه.

ويلاحظ على هذا الشرط أنّ القائلين به لم يتشدّدوا فيه, بل احتاطوا له بأمرين:

(2) قرّة عيون الأخبار (381/1). منح الجليل (170/4). الأشباه والنظائر للسيوطي (507). كشاف القناع (194/4).  
(1) تبصرة الحكام (137/1). قلوبوي على المحلي (337/4). كشاف القناع (203/4).

1. الاستثناء لكثير من الحالات التي أجازوا فيها سماع الدعوى بالمجهول باعتباريات معينة، فقد ذكر المالكية والشافعية: أنّ من وجد في تركة مؤرثه، أو أخبره عدل بحق له، فالمنقول جواز الدعوى بمثل هذا والحلف بمجردّه.

2. أنّهم لم يبطلوا الدعوى بهذا الشرط، بل جعلوا للقاضي إتاحة الفرصة للمدعي لإكمال النقص<sup>(1)</sup>.

## كيفية العلم بالمدعى به في أنواع الدعاوى المختلفة:

### 1. دعاوى العين:

العقار يعلم بذكر حدوده وناحيته من ا لبلد الموجود فيها، أمّا إذا كان مشهوراً فيكفي في تحديده ذكر اسمه، وفي بيان حدود العقار يذكر أسماء أصحابها وأنسابهم إلاّ المشهورين فيكتفى بذكر أسمائهم، وقال الجمهور وزفر: إنّ التعريف لا يتمّ إلاّ بذكر الحدود الأربعة بينما يكتفى عند الحنفية بذكر ثلاثة حدود للعقار.

وفي زماننا يمكن أن يقوم رقم السجل العقاري مقام كلّ هذه الأوصاف، لأنّ السجل شامل لها جميعاً.

### 2. في دعاوى المنقول:

يُعلم المنقول الحاضر في مجلس القضاء . عند الحنفية . بالإشارة إليه، وإن لم يكن حاضراً وكان إحضاره لا يكلف نفقة، طلب منه إحضاره إليه ليشير إليه، فإن كان إحضاره يكلف نفقة يذهب القاضي أو وكيله لرؤيته في محله ويشير إليه المدعي، فالوسيلة عند الحنفية هي الإشارة إليه فقط، أمّا إذا كان المنقول هالكاً فيصار في تعريفه إلى ذكر القيمة فقط.

أمّا المذاهب الأخرى فلم تقتصر على الإشارة إلاّ إذا كان في مجلس القضاء، أو حاضراً في البلد على قول الحنابلة، أمّا إذا كان حضوره مكلفاً لبعده:

. فإنّ كان مثلياً فعلى المدعي ذكر وصفه المشروط ذكره في عقد السلم، ولا يشترط ذكر قيمته.

. وإن كان قيمياً: فإن كان منضبطاً بالوصف وصفه بما ينضبط به، وإلاّ وجب ذكر قيمته.

(2) حاشية الدسوقي على الدردير (144/4). المهذب (311/2). كشاف القناع (277/6). بدائع الصنائع (222/6).

أصل الخلاف بين الحنفية والجمهور: في مدى انضباط الأعيان القيميّة بالوصف, فعند الحنفية لا تتضبط به, وعند الجمهور يمكن انضباطها بالوصف<sup>(1)</sup>.

**دعوى الدين (ما يكون ثابتاً في الذمة):**

. عند الحنفية: يثبت في الذمة المثلي, والعدي المتقارب من كل ما يجب أدائه بوصفه لا بنفسه, وتتوسّع المذاهب الأخرى فتضيف لما ذكره الحنفية: كل عين يمكن ضبطها بالوصف كمسلّم فيه ونحوه.

. إذا كان الدين نقداً فكييفية العلم به تكون ببيان جنسه (ريال) ونوعه (قطري) ووصفه وقدره, وهذا إنّما يكون إذا كان بالبلد نقود مختلفة, أمّا إذا وُجد بها نقد واحد متعارف عليه فيكفي ذكر قدره فقط.

. إذا كان عيناً قيمية فلا تكون في الذمة . عند الحنفية . إلا إذا كانت هالكة, وعند غيرهم فقد تثبت في الذمة إذا أمكن ضبطها.

**العلم بسبب الاستحقاق في دعوى الدين:**

**اختلف الفقهاء في اشتراط ذكر سبب الاستحقاق في دعوى الدين على مايلي:**

أ. أكثر الحنفية ومعظم المالكية أو جبوا ذكر السبب في دعوى الدين, فعلى المدعي أن يبين على أي وجه ترتب له الدين على المدعي عليه من عقد أو إتلاف وغيرهما, وبنوا قولها على الأدلة الآتية:

**1. أنّ كلّ دين له سبب شرعي, فيجب بيانه لاختلاف الأحكام بناء على اختلاف الأسباب.**

**2. أنّ السبب قد يكون باطلاً . كثمن الخمر . فيحتاج لبيانه ومعرفته.**

**3. الاختلاف في اعتماد بعض الأسباب في دعوى الدين, فيتوجب ذكرها لتعلم.**

ولم يشترط بعض الحنفية ذكر سبب استحقاق الدين إلا إذا كان المدعي به من النقود التي انقطع التعامل بها, كما اشترط بعضهم بيان السبب في حالة دعوى المرأة الدين في تركة زوجها دون غيرها من الحالات, وعللوا ذلك بأنّها قد تظنّ بأنّ النفقة تصلح سبباً لإيجاب الدين المدعي به, واستدلوا بما يلي:

**1. أنّ أسباب الملك متعدّدة, فيسقط وجوب الكشف عنها لكثرتها واختلافها.**

(1) بدائع الصنائع (222/6) . تبصرة الحكّام (105/1) . إعانة الطالبين (241/4) . المغني (85/9).

2. أن المدعي قد يتضرر من إجباره على ذكر السبب, لأنه قد يكون سراً يتحرّج من ذكره, أو يكون غير عالم به<sup>(1)</sup>.

كيفية العلم بالمدعى به في الدعاوى الأخرى:

**1. دعاوى العقد:** اختلف العلماء في كيفية العلم بالمدعى به في دعوى العقد, هل تذكر شروط أم لا؟

. **معظم الحنفية:** اشترطوا بيان شروط كلِّ عقدٍ له شرائط كثيرة ومعقدة كالنكاح والسلم, أمّا ما ليس كذلك فلا يشترط فيه ذكر شرائطه, واشترط بعضهم ذكر الطوع والرغبة, وخالفهم آخرون لندرة الإكراه على العقود بين الناس.

. **المالكية:** لم يشترطوا في دعوى العقد بيان شروطه, مستدلين على أنّ ظاهر شروط المسلمين محمولة على الصحة.

. **اشترط الشافعية:** ذكر الشروط في العقد الخطير وهو عقد الزواج, من ذكر حضور الشاهدين ورضا المرأة.

وحمل بعضهم ذكر الشروط على الوجوب, مستدلين بأنّ الفأنت في الزواج بالحكم الخاطيء لا يعوّض بخلاف العقود الأخرى.

وحمله بعضهم على الاستحباب قياساً على بقية العقود, وبقياسها على الشروط التي قيل بعدم وجوب ذكرها . عندهم . ككون المرأة في عدتها أو إحرامها.

. **أمّا الحنابلة:** فاشترطوا ذكر شروط أي عقد في الدعوى مهما كان نوعه.

## **2. الدعاوى الجنائية:**

لم يختلف الفقهاء في وجوب ذكر السبب في الدعاوى الجنائية , ففي دعاوى القتل . مثلاً . يشترط ذكر نوع القتل من عمد أو خطأ أو شبه عمد, ولا تصحّ الدعوى ما لم يصحّها صاحبها, ولا سبب في ذلك أنّ الفأنت بالقتل ونحوه لا يعوّض, ولا يمكن ردّها ما حكم به.

## **3. دعاوى الإرث:**

يشترط ذكر سبب الإرث من الجهة التي استحقّ بها الإرث.

ما يترتب على تخلف شرط المعلوماتية:

(1) تحفة الفقهاء(15/2) . الفروق (72/4) . حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب (24/2) . المغني (84/9).

لم يختلف الذين اشتروا العلم بالمدعى به: أن الدعوى التي تخلو من هذا الشرط لا يترتب عليها حكمها وهو وجوب الجواب على المدعى عليه، فإذا امتنع من الجواب فلا يجوز للقاضي إجباره على ذلك، لكن القاضي لا يرد المدعى فوراً، ولا يخرج من مجلسه وإنما يطالبه بتصحيح دعواه وإكمالها، فإذا لم يكمل ما طلب منه رد دعواه حتى يستكملها بتعريف المدعى به تعريفاً كاملاً، وأما إذا أكملها في الجلسة صحت دعواه، وترتب عليها أثرها، ويطلب المدعى عليه بالجواب<sup>(1)</sup>.

### الشرط الثالث: احتمال ثبوت المدعى به:

يشترط في المدعى به أن يكون محتمل الثبوت عقلاً وعادةً. عند الحنفية. فإذا رفع دعوى بما يستحيل ثبوته عقلاً أو عادةً لا تصح لتيقن كذب الدعوى في المستحيل عقلاً، وظهور كذبها في المستحيل عادة.

مثال المستحيل عادة: أن يدعي شخص معروف بالفقر والاحتياج بأنه أقرض المدعى عليه مليون ريال دفعة واحدة، فلا تسمع دعواه لظهور كذبها.

**واشترط المالكية:** ألا يتعارض المدعى به في الدعوى مع العرف والعادة، وبناء عليه ردوا دعوى الغصب على رجل عرف بدينه وصلاحه وتقواه، أما المستحيل عقلاً فلا يشترطونه بطريق الأولى، وقالوا: إنَّ الشرع منزه من أن يضفي حمايته على المستحيلات لما في ذلك من العبث وهو منزه عنه، فلا يكون المستحيل عقلاً حقاً.

**كما زاد المالكية شرط الخلطة:** أي حصول معاملة بين المدعى والمدعى عليه، وهو القول المشهور عندهم خلافاً لعبد الله بن نافع المعروف بالصباغ: فإنه لم يشترطها، وقوله هو المعتمد في المذهب. والذي جرى عليه العمل. وإن لم يكن مشهوراً.

**وشرط الخلطة شرط لإلزام المدعى عليه باليمين عند عدم البينة، فإذا وجدت بينة للمدعى فلا أثر لهذا الشرط.**

### واحتج المالكية على الخلطة:

**1.** أن ذلك مروى عن بعض الصحابة والتابعين، منهم علي رضي الله عنه وعمر بن عبدالعزيز وفقهاء المدينة السبعة<sup>(2)</sup>.

**2.** أن اليمين ينقل على كثير من الناس لمروءتهم لاسيما أهل الدين، فلو لم تشترط الخلطة لتجرأ الناس على معاداتهم والطعن عليهم من غير بينة.

(1) البحر الرائق (195/7). معين الحكام (55). الفروق (73/4). شرح المحلى (336/4).

(1) الطرق الحكمية (97).

ويرد استدلال المالكية: بعموم الحديث " البيّنة على من المدّعي واليمين على المدّعي عليه"<sup>(1)</sup>, فقد جعل النبي ﷺ على المدّعي عليه, ولم يخصّ بخطة ولا غيرها, ولم يرد دليل يصلح لتخصيصه.

أنّ الدعوى سمعت على خير الخلق . ع من غير خطة, فلو كانت الخطة مطلوبة لنّبّه إليها, كما سمعت على كثير من الصحابة بدون خطة.

**أمّا الشافعية:** فاشتروا أن لا يكون مستحياً عقلاً, أمّا المستحيل في العادة والعرف فقد ورد عن الشافعي رحمه الله تعالى قبول الدعوى فيه, وخالفه بعض أصحابه. واشترط الحنابلة: الشرطين معاً: المستحيل عقلاً وعادة وعرفاً<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: شروط ركن الدعوى:

**الشرط الأول:** ألا تكون الدعوى مناقضة لأمر سبق صدوره عن المدّعي, فقد اشترط معظم الفقهاء لسماع الدعوى ألا يسبق من المدّعي ما يناقض دعواه. والمراد بالتناقض في اصطلاح الأصوليين تقابل الدليلين المتساويين على وجه لا يمكن الجمع بينهما بوجه.

والمقصود به هنا: أن يسبق من المدّعي ما يعارض دعواه بحيث يستحيل الجمع في الصدق بين السابق واللاحق, مثاله: كما لو ادّعى شخص أنّ هذه الدار وقفٌ عليه, ثمّ ادّعاها لنفسه أو لغيره, فلا تقبل دعواه لوجود التناقض, إذ الوقف لا يصير ملكاً. ولم يخالف في ذلك إلا على قولٍ ضعيفٍ للمالكية, والقاضي حسين من الشافعية في بعض الصور, وهي, أن يطلب شخصٌ من أحد شراء شيء معيّن, أو هبته منه, أو إجارته, ثمّ يدّعي ملكيته ذلك الشيء, فهذا تناقض واقع على المدّعي به.

### شروط تحقق التناقض في الدعوى:

**1.** أن يكون الأمران المتناقضان صادرين عن شخصٍ واحدٍ هو المدّعي, أو من شخصين هما في حكم الشخص الواحد كالوكيل والموكل, والوارث والمورث بوصية, وذلك لأنّ الثابت في الشرع أنّ الشخص لا يؤخذ إلا بما صدر عنه أو عن وكيله, ولا يجوز مؤاخذته بكلام غيره.

(2) [البخاري: التفسير, باب: ( إنّ الذين يشتركون بعهد الله وإيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم) (آل عمران: 77) رقم : 4277.

مسلم : الأفضية, باب: اليمين على المدّعي عليه, رقم : 1711. البيهقي: 332/5, 252/10.

(3) بدائع الصنائع (244/6) . تبصرة الحكّام (129/1) . المغني (60/9). قواعد الأحكام (122/2).

**2.** أن يكون الكلامان المتناقضان فقد حصلوا في مجلس القضاء, لكن لا يشترط وقوعهما في مجلس قضاء واحد, وهل يكفي أن يثبت لدى القاضي؟ رجح متأخرو الحنفية أنه يكفي إذا ثبت الكلام بالحجة الشرعية عند القاضي, سواء القاضي الذي رفعت له الدعوى أو عند غيره من القضاة.

**3.** يشترط في التناقض المانع من سماع الدعوى ألا يكون التوفيق بين المتناقضين ممكناً. مثاله: لو ادعى شخص شراء دارٍ من أبيه ثم ادعاها إرثاً منه, تُسمع دعواه الثانية لإمكان التوفيق بين الكلامين: بأن يكون قد ابتاع الدار من أبيه, فعجز عن إثبات ذلك لعدم البيينة, وتعدّر الجمع.

### مستثنيات التناقض:

**1. مسائل النسب:** كمن يقرُّ بأن شخصاً ابنه من الزنا, وكان مجهول النسب, ثم يدّعي أنه ابنه من النكاح, تسمع دعواه, وإن كانت مناقضة لإقراره السابق. وذلك لأن النسب مبني على أمر خفي هو العلق, وهذا مما يغلب خفاؤه على الناس, فكان التناقض في مثله معتبراً.

**2.** بعض مسائل الطلاق: كما لو اختلعت المرأة من زوجها على مال, ثم ادّعت أنه كان طلقها ثلاثاً قبل وقوع الخلع, سمعت دعواها وبينتها, لخفاء وقوع الطلاق عليها, فيغتفر التناقض بالنسبة لها, ولا يغتفر للرجل لأن الطلاق في حقه لا خفاء فيها لصدوره منه<sup>(1)</sup>.

### الشرط الثاني في الدعوى:

أن تكون بتعبيرات جازمة قاطعة ليس فيها تردد, فلا تصحُّ بنحو أشكُّ, أظنُّ أن لي على فلان مبلغ كذا.

والسبب في عدم فتح الباب بدعاوى لم يتأكد أصحابها من وجود حقوق لهم, وإنما مجرد أخذ الناس بالظنِّ والشكِّ.

**الشرط الثالث:** أن يطلب من المدّعي في دعواه أنه يطالب بالحقِّ الذي يدّعيه, في قول للحنفية, وهو الراجح عندهم, وهو قولٌ للشافعية وقول عند الحنابلة (المرجح), ولم يتعرّض له المالكية مما يدلُّ على عدم اشتراطه. والراجح عند الحنابلة وقول للشافعية, وقول مرجوح للحنفية: عدم اشتراطه.

(1) المبسوط (69/17). القوانين الفقهية لابن جزي (291). شرح المحلّي على المنهاج مع قلوبني (334/4). كشاف القناع (203/4).

والظاهر في زماننا، وقد خصّصت المحاكم للفصل في القضايا: أنّ ظاهر الحال يكفي، ولا يشترط التضرع بطلب الحقّ، لأنّ مجرد وروده للقضاء ورفع الدعوى دليل على طلب الحق، إذ ما نصبت المحاكم إلاّ لذلك.

الشرط الرابع: أن تكون الدعوى بلسان المدّعي عيناً، سواءً كان يدّعي لنفسه أو لنائبه. وهو شرط لأبي حنيفة رحمه الله، خلافاً لصاحبيه وبقية المذاهب.

الشرط الخامس: أن يذكر المدّعي في دعوى الأعيان المدّعي بها في يد الخصم، حتّى توجه الدعوى إليه. وسواء كانت في يد المدّعي عليه فعلاً أو حكماً (فيما إذا قام باستئجارها فهي بيد المستأجر فعلاً وبيده حكماً).

الشرط السادس: أن يبيّن المدّعي في الدعوى: أنّ خصمه يضع يده على المدّعي به بغير وجه حق.

الشرط السابع: أن تكون الدعوى في مجلس القضاء.

أصول المحاكمة:

1. المساواة بين الخصوم.

2. علنيّة المحاكمة.

3. مواجهة الخصوم بعضهم لبعض.

4. حرية الخصوم في الدفاع.

5. اعتدال حال القاضي أثناء نظر الدعوى<sup>(1)</sup>.

الباب الثاني

البيّنات وما يلحق بها

الفصل الأوّل

. البيّنة: معناها ومشروعيتها

. الشهادة: تحمّلها وأداؤها

المبحث الأوّل: تعريف البيّنة ومشروعيتها

المطلب الأوّل: تعريف البيّنات:

البيّنات: جمع بيّنة، وهي الشهادة، سمّيت بذلك لأنّ بها يتبيّن الحق، وينكشف ما التبس فيما هو مختلف فيه، وجمعت لتتوّعها واختلافها.

(1) بدائع الصنائع (222/6). تحفة المحتاج (286/10). حاشية الدسوقي (144/4). المغني (86/9).

والشهادة : مأخوذة من المشاهدة, وهي الاطلاع على الشيء عياناً, فهي: إخبارٌ عمّا شوهد أو علم بلفظٍ خاص. وهي في الشرع: إخبارٌ لإثبات حقٍ لغيره على غيره بلفظٍ خاص.  
**والأصل في مشروعيتها:**

**1. آيات, منها قوله تعالى:** ( كونوا قَوّامين بالقسط شهداء لله... ) [النساء: 135].  
وقوله تعالى: ( كونوا قَوّامين لله شهداء بالقسط... ) [المائدة: 8].

**2. أحاديث, سيأتي بعضٌ منها في مواضعه من أحكام هذا الباب.**

**المطلب الثاني: حكم تحمّل الشهادة وأدائها:**

وتحمّل الشهادة وأداؤها فرض كفاية على من دعي إليها أو علم بها. قال ابن قدامة:  
ولأنّ الحاجة داعية إلى الشهادة, لحصول التجاحد بين الناس, فوجب الرجوع إليها<sup>(1)</sup>.  
وقال شريح: القضاء جمرٌ فنَجّه عنك بعودين. يعني الشاهدين. وإنّما الخصم داءٌ,  
والشهود شفاءٌ. فأفرغ الشفاء على الداء<sup>(2)</sup>.

**وتحمّلها يعني:** أن يشهد على الواقعة إذا طلب إلى ذلك أو دعت الحاجة إليه.  
**ودلّ على فرضيّة تحمّلها:** قوله تعالى: ( ولا يَأب الشهداء إذا ما دعوا )  
[البقرة: 282]. **وأداؤها يعني:** أن يدلي بما عنده من علم عن القضية التي شاهدها أو  
سمعها حين يدعى إلى ذلك, بل حتّى ولو لم يدع وظنّ أنّ الحقّ يضيع على صاحبه إن لم  
يشهد.

**ودلّ على وجوب ذلك:** قوله تعالى: ( ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنّه  
آثمٌ قلبه ) [البقرة 283]. نسب الإثم إلى القلب لأنّ القلب موضع العلم بالشهادة.  
ولأنّ الشهادة أمانة, فيلزم أداؤها كغيرها من الأمانات. والله تعالى يقول: ( إنّ  
الله يأمركم أن تؤدّوا الأمانات إلى أهلها ) [النساء: 58]. فيلزم أداؤها عند طلبها  
كغيرها من الأمانات . فإن كان في القضية شهودٌ فأداء الشهادة في حقّهم فرض كفاية,  
لحصول الغرض ببعضهم, فإن قام بها اثنان سقط الحرج عن الباقي, وإن امتنع الكل عصوا  
جميعاً. فلو طلب المدّعي أداء الشهادة من اثنين معيّنين من الجمع وجب عليهما ذلك في  
الأصح, لئلاّ يؤدّي امتناعهما إلى التواكل. فإن لم يعلم بالواقعة التي يطلب الإشهاد عليها

(1) [المغني: 124/14].

(2) [أخبار القضاة لوكيع: 289/2].

غير واحد كان تحمّل الشهادة وأداؤها فرض عين عليه، فيأثم إذا لم يفعل، حتّى لا يضيع الحقّ على صاحبه<sup>(1)</sup>.

**المطلب الثالث: حكمة الإشهاد وأخذ الأجرة على الشهادة<sup>(2)</sup>:**

وفي بيان الحكمة من الإشهاد قال تعالى: ( ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا) [البقرة 282].

والريبة حاصلّة لكلّ ذي تهمة. وإن لم يكن في القضية إلاّ واحدٌ لزمه الأداء إن كان يكفي في القضية شاهد ويمين، عند من يقول به، وإن كان المدعى به لا يثبت بشاهد ويمين لا يلزمه الأداء، لأنّه لا فائدة فيه عندئذ.

**أخذ الأجرة على الشهادة:** وإذا تعيّنّت الشهادة لا يجوز أن يأخذ الشاهد الأجرة على ذلك، لأنّ ذلك واجب عليه، قال تعالى: ( وأقيموا الشهادة لله ) [الطلاق: 2]. فإن لم يتعيّن لحمل الشهادة وأدائها، وطلب لها، فله أن يأخذ أجراً عليها. وصحّح الرافعي والنووي رحمهما الله تعالى. من الشافعيّة. جواز أخذ الأجرة على التحمّل وإن تعيّن، ومنعه على الأداء وإن لم يتعيّن.

**وقال الحنابلة رحمهم الله تعالى:** إن كان عنده كفايته وكفاية من يجب عليه نفقته فليس له أخذ أجرة على الشهادة، لأنّها أداء فرضٍ وإن كان فرض كفاية، لأنّ فرض الكفاية ين يقوم به بعض المطالبين به يقع منه فرضاً، ولا يجوز أخذ الأجرة على أداء الفرض. فإن لم يكن عنده كفاية جاز له أخذ الأجرة على ذلك، لأنّ النفقة على نفسه وعلى من تجب عليه نفقته فرض عين، فلا يشتغل عنه بفرض الكفاية، فإذا أخذ أجراً فقد جمع بين الأمرين. وإذا دعي إلى تحمّل الشهادة أو أدائها، ووجد غيره ممّن يقوم مقامه، فهل يأثم بالامتناع؟

قال ابن قدامة: فيه وجهان: أحدهما يأثم، لأنّه تعيّن بدعائه إليها، وهو منهي عن الامتناع بقوله تعالى: ( ولا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا) والثاني لا يأثم لأنّ غيره يقوم مقامه، فلا يتعيّن في حقّه، كما لو لم يدع إليها<sup>(3)</sup>.

(1) الهداية للمرغيناني (115/3). منح الجليل(484,385/8). مغني المحتاج (450,461,426/4). الكافي لابن قدامة (189/6).

(2) منح الجليل (488, 484/8). مغني المحتاج (452/4). المغني: (137/14).

(1) [المغني: 124/14].

وهذا إذا لم يلحقه ضررٌ بتعطيل عملٍ ولم يكلفه أداؤها مؤونةً، فإن كان شيء من ذلك أعطي ما يرفع عنه ذلك، كي لا يتهرَّب الناس من الشهادة وتحملها أو أداؤها، والحاجة داعيةٌ إليها.

قال تعالى: ( ولا يضارَّ كاتبٌ ولا شهيدٌ وإن لم تفعلوا فإنه فسوقٌ بكم ) [البقرة: 282].

### الشهادة للعدوِّ والصدیق:

ومن لزمته الشهادة فعليه القيام بها على القريب والبعيد والعدو والصدیق، ولا يجوز له التخلف عنها إذا كان قادراً على ذلك.

دلَّ على هذا قوله تعالى: ( يا أيُّها الذين آمنوا كونوا قوامين لله بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى هماً فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا وأن تلووا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعملون خبيراً ) [ النساء : 135].

ولقوله تعالى: ( يا أيُّها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى واتقوا الله إنَّ الله خبير بما تعملون )<sup>(1)</sup> [ المائدة : 8].

### المطلب الرابع: على ماذا يشهد ومن تقبل شهادته.

وليس له أن يشهد على شيء إذا لم يحضره ولم يكن على بيّنة منه.

روى البيهقي والحاكم وصحَّ إسناده: أنه ع سئل عن الشهادة، فقال للسائل: " أتري الشمس ". قال: نعم، فقال: " على مثلها فاشهد أو دع " (2).

وقال الشافعية رحمهم الله تعالى: لا تجوز شهادة على فعل إلاّ بالإبصار له مع فاعله، لأنّه يصل إلى العلم واليقين، فلا يكفي فيه السماع من غيره، لقوله تعالى: ( ولا تقف ما ليس لك به علم ) [الإسراء: 36]. وقوله ع للسائل عن الشهادة: " ترى الشمس ". قال: نعم، فقال: " على مثلها فاشهد أو دع ".

وقال الحنابلة رحمهم الله تعالى: لا تعتبر رؤية المتعاقدين إذا عرفهما وتيقن أنه كلامهما، لأنّه عرف المشهود عليه يقيناً، فتجوز شهادته عليه كما لو رآه.

(2) (بالقسط: بالعدل، يجرمنكم: يحملنكم، شنآن: شدة البغض).

(1) [ المستدرک: الأحكام، باب: لا تشهد إلاّ على ما يضيء لك كضياء الشمس (98/4). البيهقي: الشهادات. باب: التحفظ في الشهادة والعلم بها: (10/156)].

ويجوز النظر إلى ما يحرم النظر إليه من أجل الشهادة.  
وأما الأقوال . كالعقود . فيشترط سماعها وإبصار قائلها حال تلقّظها بها, لأنّ الأصوات تتشابه, فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤية. ومن سمع قول شخص أو رأى فعله: فإن عرف عينه واسمه ونسبه شهد عليه في حضوره إشارة, وعند غيبته أو موته يشهد عليه باسمه ونسبه, لحصول التمييز بذلك. فإن جهلها لم يشهد عليه عند غيبته أو موته, لأنّه لا يحصل له التمييز بذلك. فإن جهلها لم يشهد عليه عند غيبته أو موته, لأنّه لا يحصل له التمييز, والمرأة في هذا كالرجل.

ولا يصحّ تحمّل الشهادة على متقبّة اعتماداً على صوتها, لأنّ الأصوات تتشابه. فإن عرفها بعينها واسمها ونسبها جاز التحمّل عليها, ولا يضرّ النقاب, ويجوز كشف الوجه حينئذٍ ليتحمّل عنها ويشهد عند الأداء بما علم.  
فإن لم يعلم عينها أو اسمها ونسبها كشف عن وجهها عند التحمّل وعند الأداء وضبط حليتها. ويجوز استيعاب وجهها بالنظر للشهادة, وصحّ الماوردي أنّه ينظر ما يعرفها به فقط. ولا يزيد على النظر مرّة واحدة, إلّا إذا احتاج إلى ذلك.  
ولا يدخل بين امرأة ليشهد عليها إلّا بإذن زوجها, فقد روى أحمد في مسنده عن عمرو بن العاص ١٧ قال: إنّ رسول الله ع نهانا . أو نهى . أن ندخل على النساء بغير

إذن أزواجهنّ<sup>(1)</sup>.

**والشاهد:** هو حامل الشهادة, ومؤدّيها, لأنّه مشاهدٌ لما غاب عن غيره. وقيل سمّي بذلك لأنّه بخبره يجعل القاضي كالمشاهد للمشهود عليه<sup>(2)</sup>.

### المبحث الثاني: شرط تحمّل الشهادة وأداؤها

#### المطلب الأوّل: شروط تحمّل الشهادة:

**1- العقل والبلوغ:** لأنّ الصبي والمجنون لا ولاية لهم على أنفسهم, فلا ولاية لهم على غيرهم من باب أولى, فلا تقبل شهادتهم, لأنّ الشهادة ولاية لما فيها من إلزام المشهود عليه بما يقول الشاهد.

(1) [مسند أحمد: 203/4].

(2) وانظر فيما سبق: الهداية (119/3). مغني المحتاج (445/4, 446). المغني (138/14)

(3) الهداية (119/3). منح الجليل (387/8). مغني المحتاج (427/4). المغني (145/14).

ولقوله تعالى ( واستشهدوا شهيدين من رجالكم ) [البقرة: 282]. والصبي ليس من الرجال.

ولأنّ الصبي والمجنون لا تحصل الثقة بقول كلّ منهما, ولا ترتضى شهادتهما عند العقلاء, والله تعالى يقول: ( مّمّن ترضون من الشهداء).

**2- البصر:** لأنّ البصير يصل إلى العلم واليقين ولا يكفي السماع لأنه لا يوصل إلى العلم, والله I يقول: ( ولا تقف ما ليس لك به علم ) [الإسراء: 36].

وقوله E للسائل عن الشهادة: " أترى الشمس " . قال: نعم, فقال: " على مثلها فاشهد أو دع " . ولأنّ الأصوات تتشابه فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤية.

**3 المعايينة:** لا بدّ أن تكون الشهادة الشاهد مبنية على المشاهدة والمعاينة, لقوله E للسائل الذي سأله عن الشهادة: " أترى الشمس " . قال: نعم, فقال: " على مثلها فاشهد أو دع " .

**المطلب الثاني:** الشروط العامّة لأداء الشهادة<sup>(3)</sup>:

**1. العقل:** وهو شرط مشترك بين تحمّل الشهادة وأداء الشهادة.

**2. البلوغ:** وهو مشترك أيضاً بين التحمّل والأداء, لأنّ الصبي لا ولاية له على نفسه فلا ولاية له على غيره من باب أولى.

**دلّ على ذلك:** ما رواه عليّ ٧ عن النبي P قال: " رُفِعَ القلم عن ثلاثة: عن النائم حتّى يستيقظ, وعن الصبيّ حتّى يحتلم, وعن المجنون حتّى يعقل " <sup>(1)</sup>. ولأنّ كلاً من الصبي والمجنون لا يأتّم بكذبه ولا يتحرّز منه, لأنّه غير مؤاخذ.

**شهادة الصبيان في الجراح التي تحصل بينهم<sup>(2)</sup>:**

علمنا أنّ الجمهور يشترطون البلوغ لقبول الشهادة, ولم يفرّقوا بين مشهود به وآخر. وذهب المالكيّة . ورواية عند الحنابلة . رحمهم الله تعالى: إلى قبول شهادة الصبيان فيما يقع بينهم من الجراحات, إذا شهدوا بذلك قبل أن يتفرّقوا أو يُعلّموا.

(1) [ أبو داود: الحدود: باب: في المجنون يسرق أو يصيب حدّاً, رقم: (4402, 4403) ابن ماجة: الطلاق, باب: طلاق المعتوه والصغير والنائم, رقم: (2042) وأخرجه أيضاً في الباب نفسه عن عائشة رضي الله عنها, برقم (2041) . كما أخرجه عنها النسائي في الطلاق, باب: من لا يقع طلاقه من الأزواج, رقم (3432)]. (يحتلم: يبلغ).

(2) أنظر في هذا: الهداية وشروحها(10-2/6). الموطأ (726/2) . بداية المجتهد (452/2). الأم (44/7, 117). الكافي لابن قدامة (193/6).

**وحجبتهم في هذا:** المصلحة, وذلك أنه إذا لم تُقبل شهادتهم في ذلك ضاع حق بعضهم, لأنّ الغالب من حالهم . في ألعابهم واجتماعهم . أنّهم لا يحضرهم من تقوم به البيّنة من الكبار, والظاهر من حالهم صدقهم طالما أنّهم لم يتفرّقوا ولم يُعلّموا. ودعم مالك رحمه الله تعالى قوله هذا بأنّه إجماع أهل المدينة, وهو حجّة عند مالك رحمه الله تعالى, كما هو معلوم في الأصول.

واحتج أيضاً بما رواه في الموطأ: من أنّ عبدالله بن الزبير رضي الله عنهما كان يقضي بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح. وما ورد عن علي بن أبي طالب أنّه قال: " شهادة الصبيّ على الصبيّ جائزة " (1).

واحتج الجمهور بعموم الأدلّة السابقة في اشتراط البلوغ في الشاهد, وأجابوا عن الاستدلال بقول ابن الزبير بأنّه ورد عن ابن عباس . رضي الله عن الجميع . أنّه خالفه في هذا, وإذا اختلف الصحابة في مسألة أخذ بقول من يوافق قوله الأصول من الأدلّة الأخرى, وهي توافق قول ابن عباس رضي الله عنهما, كما روى الشافعي رحمه الله تعالى في الأم (2).

**والراجح** أنّ شهادة الصبيان تُقبل فيما بينهم من الجراح إن كان الصبي لم يظهر منه الكذب, وكان مدركاً لمضمون الشهادة, لأنّ الحاجة داعية إلى ذلك, ولو لم تقبل لضاعت حقوق كثيرة, وهو من باب الضرورة, والضرورات تبيح المحظورات.

#### **شروط المالكيّة لقبول شهادة الصبيان:**

1. أن تكون من مميّزين يعقلون الشهادة.
2. أن يكونوا ذكوراً.
3. أن يكونوا اثنين فأكثر.
4. أن يكونوا مسلمين, أي محكوم لهم بالإسلام.
5. أن تكن الشهادة قبل تفرّقهم.
6. أن تكون الشهادة متفرّقة وغير مختلفة.
7. أن تكون في قبل أو جراح, ولا تقبل في غيرهما.
8. أن لا يحضر الواقعة أحد من الكبار.
9. أن يكون فيما بين الصبيان خاصّة.

(3) [ الموطأ: الأفضية, باب: القضاء في شهادة الصبيان (726/3)].

(4) [ الأم: 44/7, 117].

**10.** أن يكون الجسد المشهود عليه (قتل أو جراح) أمام الصبيان الشهود معاينة. هذا، ولا يصح رجوع الصبيان عن الشهادة، وإنما يؤخذ بالقول الأول لتعلق حق المجني عليه بشهادة الصبيان قبل التفرّق. **حكم تعديل الصبيان أو تجريحهم:** لا تشترط العدالة في الصبيان لأنهم غير مكلفين إلا إذا ظهر من أحدهم الكذب فلا يؤخذ بشهادته.

**3. ومن الشروط العامة في الشاهد: العدالة:** لقوله تعالى: ( وأشهدوا ذوي عدلٍ منكم ) [الطلاق:2]. فهي صريحة في اشتراط أن يكون الشاهد عدلاً، ولقوله تعالى: ( ممن ترضون من الشهداء ) [البقرة: 282]. وغير العدل ممن لا يرضى. وتثبت العدالة بمعرفة القاضي للشاهد، أو بتزكية عدلين له عنده. **والعدالة تعني:** أن المكلف لا يرتكب كبيرة من الذنوب، ولا يصرّ ويستمرّ على فعل الصغائر منها.

**والكبيرة هي:** كل ما ورد فيه وعيد شديد في كتاب أو سنة، ودل ارتكابه على تهاون في الدين، كشرب الخمر والتعامل بالربا وقذف المؤمنات بالزنا، قال تعالى في شأن القاذفين: ( ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون ) [النور: 4]. وكذلك الفاسق لا تقبل شهادته لأنها خبرٌ ونبأ، والله تعالى يقول: ( إن جاءكم فاسقٌ بنياً فتبينوا ) [الحجرات " 6].

**والصغيرة هي:** ما لم ينطبق عليه تعريف الكبيرة، كالنظر المحرّم وهجر المسلم فوق ثلاث، ونحو ذلك. ولأنّ دين الفاسق لم يزع عن ارتكاب محظورات الدين، فلا يؤمن أن لا يزع عن الكذب، فلا تحصل الثقة بخبره. فإذا حكم بشاهدين فتبين أنّهما كافران أو غير بالغين أو فاسقان نقض الحكم لتيقن الخطأ فيه، لاختلال شروط الشهادة.

والكباير كثيرة، وقد أفرد في بيانها العلماء كتباً، نسأل الله تعالى أن يحفظنا من الوقوع فيها.

ومن الكبائر المصرح بوصفها بذلك: ما جاء عن أنس  $\psi$  قال: سئل النبي  $\rho$  عن الكبائر؟ فقال: "الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وقتل النفس، وشهادة الزور" وفي حديث آخر اعتبرها أكبر الكبائر (1).

ومن ذلك ما وصفه النبي  $\rho$  بالموبقات . أي المهلكات حين قال: " اجتنبوا السبع الموبقات " قالوا: يا رسول الله، وما هن؟ قال: " الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات " (2).

**4. الإسلام:** لقوله تعالى: ( واستشهدوا شهيدين من رجالكم ) [البقرة: 282] وغير المسلم ليس من رجالنا. ولقوله تعالى: ( وأشهدوا ذوي عدلٍ منكم ) [الطلاق: 2] وغير المسلم ليس بعدل، كما أنه ليس منّا. ولأنّ الكافر أفسق الفساق ويكذب على الله تعالى، فلا يؤمن منه أن يكذب على الخلق. والله تعالى يقول: ( إن جاءكم فاسقٌ بنياً فتبينوا ) [الحجرات 6]. وأيضاً: الشهادة ولاية، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم. قال تعالى: ( والمؤمنون بعضهم أولياء بعض ) [التوبة: 71].

**5. وأن يكون ظاهر المرؤة:** وهي التخلّق بأخلاق أمثاله في زمانه ومكانه من البعد عن النقائص التي يعاب عليها نظائره، كالبول في الطريق مثلاً. ولأنّ من لا مروءة عنده لا حياء له، فيمكن أن يكذب، وجاء في الحديث: " إذا لم تستح فاصنع ما شئت " (3). وذلك لأنّ فعل ما يخلُّ بها عنوان الخسة والدناءة، فلا يوثق بمن كان كذلك.

**وخوارم المرؤة:** هي أمور تختلف باختلاف الزمان والمكان، والعرف الصحيح السليم يحدّد ذلك في أكثر الأحيان. ولأنّ المرؤة تمنع من الكذب وترجر عنه، ولهذا يمتنع منه ذوو الهيئات والمراتب الاجتماعيّة الرفيعة و الرياسات ونحوها، وإن لم يكونوا ذوي تدين، لأنّ

(1) [ البخاري: الشهادات، باب: ما قيل في شهادة الزور وكتمان الشهادة، رقم (2510، 2511) مسلم: الأيمان، باب: بيان الكبائر وأكبرها، رقم (87، 88)].

(2) [ البخاري: الوصايا، باب: قول الله تعالى: ( إنّ الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً...) (النساء: 10) رقم: 2615. مسلم الإيمان، باب: بيان الكبائر وأكبرها. رقم: 89].

[ الموبقات: المهلكات. السحر: في اللغة هو عبارة عمّا لطف وخفي سببه، وبمعنى: صرف الشيء عن وجهه، ويستعمل بمعنى الخداع، والمراد هنا ما يفعله المشعوذون من تخييلات وتمويه، تأخذ بأبصار المشاهدين وتوهمهم الإتيان بحقيقة أو تغييرها. بالحق كالقتل قصاصاً. التولي يوم الزحف: الفرار عن يوم القتال يوم ملاقاتة الكفار، والزحف في الأصل الجماعة الذين يزحفون إلى العدو، أي يمشون إليهم بمشقة، مأخوذ من زحف الصبي إذا مشى على مقعدته. قذف: هو الاتهام والرمي بالزنا. المحصنات: العفيفات اللواتي حفظن فروجهنّ وصانهنّ الله تعالى من الزنا. الغافلات: البريئات اللواتي لا يفتننّ إلى ما رمين به من الفجور].

(1) [ البخاري: الأنبياء: باب: ( أم حسبتم أنّ أصحاب الكهف والرقيم ) (الكهف: 9) رقم: 3296].

دناءة المرؤة تتع صاحبها من كلّ دنيء, ولهذا قال أبو سفيان ١٧ حين سأله هرقل عن النبي p, وكان يومئذ غير مسلم, ولكّته سيّد قومه: فوالله لولا الحياء من يأتروا علي كذباً لكذّبت عنه<sup>(1)</sup>. أي لولا خوفاي من أن ينقل عني رفقتي الكذب إلى قومي ويرووه عني لكذبت في الإخبار عنه . p . لبغضي له يومئذٍ ومحبتّي في انتقاصه, ولكّني لم أفعل لأنّ الكذب قبيح لا يليق بي أن أوصف به, قال النووي رحمه الله تعالى في شرح صحيح مسلم: وفي هذا بيان أن الكذب قبيح في الجاهليّة كما هو قبيح في الإسلام.

ولا تقبل شهادة من يتكرّر منه المجيء إلى الوليمة من غير دعوة, وهو الذي يسمّى الطفيلي. والضيفن هو الذي يأتي مع الضيف دون دعوة, لأنّه يفعل ما فيه دناءة وسفه ممّا يذهب المرؤة.

وروى أبو داود عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله p : " من دعي فلم يُجب فقد عصى الله ورسوله, ومن دخل على غير دعوة دخل سارقاً وخرج مُغبراً " <sup>(2)</sup> أي دخل ليأكل مال غيره بغير إذنه, فأشبهه من دخل خُفياً ليسرق مال غيره, وخرج وقد أكل مال غيره بغير إذنه, فأشبهه الذي أغار على مال غيره, وانتهب منه جهاراً من غير إرادة مالكة.

وكذلك لا تقبل شهادة من منع زكاة ماله, لأنّ منعها كبيرة, لقوله تعالى: ( والذين يكنزون الذهب والفضّة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذابٍ أليم ) [ التوبة: 34]. قال ابن عمر رضي الله عنهما: من كنزها فلم يؤدّ زكاتها فويلٌ له<sup>(3)</sup>.

وإذا اعتاد أن يسأل بغير حاجة ردّت شهادته, لأنّه فعل محرّماً وأكل سحتاً وأتى دناءة. دلّ على ذلك: حديث قبيصة بن مخارق الهلالي ١٧ قال: تحمّلت حمالة, فأتيت رسول الله p أسأله فيها, فقال: " أقم حيث تأتينا الصدقة, فنأمر لك بها" . قال: ثمّ قال: " يا قبيصة, إنّ المسألة لا تحلّ إلاّ لأحد ثلاثة: رجلٌ تحمّل حمالة فحلّت له المسألة حتّى يصيبها ثمّ يمسك. ورجلٌ أصابته جائحة اجتاحت ماله, فحلّت له المسألة حتّى يصيب قواماً من عيش, أو قال: سداً من عيش, ورجلٌ أصابته فاقة, حتّى يقوم ثلاثة من ذوي الحجا من قومه: لقد

(2) [ البخاري: بدء الوحي, باب: كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله p, رقم: 7. مسلم: المغازي ( الجهاد والسير) باب: كتاب النبي p إلى هرقل, رقم: 1773].

(1) [ أبوداود: الأطعمة, باب: ما جاء في إجابة الدعوة, رقم 3741. سنن البيهقي: الصداق, باب من لم يدع ثمّ جاء: 265/7].

(2) [ البخاري: الزكاة, باب: ما أدّى زكاته فليس بكنز, رقم 1339. ابن ماجة: باب: ما أدّى زكاته فليس بكنز, رقم: 1787].

أصابته فلاناً فاقه فحلت له المسألة، حتى يصيب قواماً من عيش، أو قال: سداداً من عيش. فما سواه من المسألة. يا قبيصة. سحتاً، يأكلها صاحبها سحتاً" (1).

وكذلك تردُّ شهادة من عرف بأخذ شيءٍ من الزكاة لا يحلُّ له، لأنَّه ليس من مستحقِّي الزكاة، وإن لم يسأل، لأنَّه مصرٌّ على أكل ما لا يحلُّ له من المال، فهو مصرٌّ على الحرام. وكذلك لا تقبل شهادة من عرف بقطيعة الرحم، لأنَّها كبيرةٌ، ودلٌّ على ذلك: ما رواه جبير بن مطعم  $\nu$  : أنه سمع النبي  $\rho$  يقول " لا يدخل الجنة قاطع رحم " (2) أي لا يدخلها مع السابقين، بل يؤخَّر قدر ما يعاقبه الله على فعله.

**6. اليقظة والحفظ:** فمن شروط الشاهد أن يكون يقظاً، أي غير مغفَّلٍ، بل هو نبيهٌ يحفظ ما يرى وما يسمع ويضبطه، ولا يكثر غلظه ونسيانه، وذلك لأنَّ المغفَّل لا يوثق به ولا يطمئنُّ الناس إلى خبره. لاحتمال أن يكون ما شهد به من غلطاته، فربَّما شهد على غير من استشهد عليه أو لغير من شهد له، أو بغير ما استشهد به، وكذلك المغفَّل ربَّما استزله الخصم بغير شهادته، فلا تحصل الثقة بقوله.

ولا يمنع من قبول الشهادة غلط نادر أو غفلة نادرة، لأنَّه لا يسلم أحدٌ من مثل ذلك، لو منعت الشهادة به لانسدَّ بابها.

**7. ومن الشروط أن يكون سليم السريرة:** أي العقيدة وحسن الظن بالمسلمين واحترامهم، ولا سيَّما السلف، فلا تقبل شهادة من يعتقد جواز سبِّ الصحابة رضي الله عنهم مثلاً.

**8. البصر:** اختلف العلماء في قبول شهادة الأعمى على الآتي:  
. قال الشافعية وأبو يوسف: تقبل شهادة الأعمى بشرط تحمُّلها قبل فقد بصره ويكون ذلك في الأقوال دون الأفعال، وهو الراجح.  
. وقال أبو حنيفة وصاحبه محمد: لا تقبل شهادة الأعمى بأي وجه من الوجوه مطلقاً.

(3) [مسلم: الزكاة، باب: من تحلَّ له المسألة، رقم: 1044. أبو داود: الزكاة، باب: ما تجوز فيه المسألة، رقم: 1640. النسائي: الزكاة، باب: الصدقة لمن تحمل حمالة، وباب فضل من لا يسأل شيئاً، رقم: 2579، 2580، 2591]. تحمَّلت: تحمَّلت عن غيري ديةً أو غرامة لدفع خصومة قد تقع. جائحة: آفة أهلكت ثماره، قواماً: ما تقوم به حاجته الضرورية لعيشه. سداداً: ما يسدُّ به حاجته. فاقه: حاجةٌ شديدة. الحجا: العقل الكامل. سحت: حرام، سحتاً: هكذا في مسلم، وتقديره: اعتقده سحتاً، أو: يؤكل سحتاً وفي غيره: سحت، وهي ظاهرة، أي: حرام].

(4) [البخاري: الأدب، باب: إثم القاطع، رقم 5638. مسلم: البر والصلة والآداب، باب: صلة الرحم وتحريم قطيعتها، رقم: 2556].

. وقال زفر من الحنفية: ما لا تجوز الشهادة فيه إلا بالمعاينة فلا تجوز شهادة الأعمى فيه، أما ما تجوز الشهادة فيه بالتسامع فتجوز شهادة الأعمى فيه، وهذا هو أوسع الأقوال.

. وقال المالكية والحنابلة: شهادة الأعمى مقبولة متى تيقن الصوت، وهو الراجح.  
. دليل الحنفية على عدم قبول شهادة الأعمى: أن علياً  $\psi$  شهد عنده أعمى، فقالت أخت المشهود عليه: إنه أعمى. فردت شهادته.  
( ملاحظة ) شهادة الأعمى لا تقبل في الحدود مطلقاً لأن في ذلك شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات.

. دليل المالكية والحنابلة الذين قالوا: شهادة الأعمى مقبولة إذا تحققت الصوت قالوا:

#### أ. الآيات الواردة في الشهادة:

1. ( وأشهدوا ذوي عدل منكم ) 2. ( واستشهدوا شهيدين رجالكم ).

فهذه أدلة عامة ولم يخص الله المبصر بها، ولو كان هناك تخصيص لقال: من رجالكم المبصرين.

ب . وقال مالك: شهادة الأعمى على الصوت جائزة في الطلاق وغيره إذا عرف الصوت.

ج . واستدل مالك بأن الصحابة كانوا يسألون أزواج النبي  $\rho$  ويعملون بقولهن وهم لا يسمعون إلا الأصوات وهنا قد انعدم البصر.

د . وقال النبي  $\rho$  " إن بلالاً ينادي بليل، فكلوا واشربوا حتى تسمعوا أذان ابن أم مكتوم فأمسكوا " (1) وأذانه شهادة منه بدخول الوقت، وهو أعمى.

والراجح: هو الرأي القائل بقبول شهادة الأعمى متى تحققت من الصوت " وهو قول الحنابلة والمالكية رحمهم الله تعالى".

وأيضاً ترجح شهادة الأعمى الذي تحل وهو مبصر ثم عمي لعموم الآيات، وهو قول الشافعية وأبو يوسف رحمهما الله تعالى".

(1) [ البخاري: الأذان، باب: الأذان قبل الفجر، رقم: 597. مسلم الصيام، باب: بيان أن الدخول في الصوم يحصل بطلوع الفجر... رقم [1092.

(2) [ الهداية: 120/3. منح الجليل: 396/8. مغني المحتاج: 446/40. المغني: 178/14.

و أما ما روي عن عليٍّ  $\frac{1}{2}$  أنه ردَّ الشهادة فهذا لأنها شهادة في الحدود<sup>(1)</sup>.

### 9. النطق:

وهو التعبير بالكلام الذي يُفهم، واشترط الفقهاء النطق لأنَّ الأخرس قد يرى ويشهد الواقعة، لكنّه لا يستطيع التعبير عمّا شاهده بلسانه حتّى يفهم القاضي المقصود منه.

#### الخلاف في شهادة الأخرس:

. الحنفيّة والحنابلة والشافعيّة رحمهم الله تعالى منعوا قبول شهادة الأخرس.

وحجّتهم: أنّ الشهادة لا بدّ أن تكون معتبرة ومتيقّنة، ولا يحصل ذلك إلاّ بالعبارة،

والأخرس ليس كذلك، والإشارة ظنيّة ومحمّلة لغير المراد، فهي شبهة ولا تقبل.

. وقال المالكيّة: بجواز قبول شهادة الأخرس، بشرط أن يعرف المقصود من إشارته.

واستدلّوا على صحّة الشهادة بالإشارة:

• أنّ النبيّ  $\mu$  كان في صلاة، فأشار إلى الصحابة: أن اجلسوا، فجلسوا<sup>(3)</sup>.

وقالوا هذا عملٌ بالإشارة وهو عمل شرعي.

ورد هذا:

أ. بأنّ النبيّ  $\mu$  كان قادراً على الكلام، لكنّه كان في الصلاة، والكلام في

الصلاة يبطلها.

ب. الشهادة تختلف عن غيرها من العبادات، فلا تكفي فيها الإشارة، بل لا بدّ

فيها من القول المعتبر.

• أخذوا بالقياس وقالوا: نعمل بشهادة الأخرس في الطلاق والنكاح، ويؤخذ بشهادته في

غير هذا قياساً عليهما.

ورد هذا :

أ. بأنّ قبول نكاحه وطلاقه لأجل الضرورة.

ب. ولأنّ إشارته في هذه الحالة ظاهرٌ قويٌّ يدلُّ على مراده فيفهمه الجميع.

والراجح أنّنا لا نأخذ بشهادة الأخرس لأنها لا تفيد اليقين، ولا تخلو من شبهة. لكننا

نقول: نأخذ بشهادة الأخرس إن كتبها بخطّه أماناً، والأخرس إذا كان متعلّماً فإنّه يفهم منه

الإشارة، بخلاف إذا كان ليس بمتعلّم<sup>(2)</sup>.

(3) [البخاري: الجماعة والإمامة، باب: إنّما جعل الإمام ليؤتمّ به، رقم: 656. مسلم، الصلاة، باب: انتمام المأموم بالإمام، رقم: 412].

(1) [منح الجليل (398/8). المغني (180/14). تنوير المسالك (1047/2)].

**10. السمع:** الشهادة مبنية على اليقين، ولا تتحقق إلاً بسلامة الحواس، فلا بد أن يكون الشاهد متيقناً، كما قال النبي ﷺ: " على مثل هذا فاشهد " وأشار إلى الشمس " وإلاً فدع " (1).

### خلاف الفقهاء في شهادة من لا يسمع:

نصّ الفقهاء على أنّ شهادة الأصم لا تقبل فيما يكون طريقة السماع، حيث لا يتمكن من ضبط الأقوال، لأنّ فاقد الشيء لا يعطيه، إلاً إذا كان تحمّل الشهادة قبل الصمم، وذلك لعدم تأثير الصمم على تلك الشهادة التي يحملها، وعلى هذا: فقبول الشهادة للأصم تكون في الأفعال دون الأقوال، والأفعال مثل: الضرب والقتل والسرقة لأنّه يراها بعينه. كما نقل الإجماع عن المالكية على أنّ شهادة الأصم تقبل في المأكولات والمشروبات، لأنها تتعلق بحاسة الذوق لا بحاسة السمع (2).

### المطلب الثالث: ما يسقط العدالة ( أمور تسقط العدالة) (3) :

**1. اللعب بالنرد:** وهو الآن ما يسمّى بالزهر أو الطاولة، فهو حرام. دلّ على ذلك: ما رواه أبو موسى الأشعري رضي الله عنه قال: " من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله " (4).

هذا، ومثل النرد ما يسمّى بالورق أو الشدة، وهي أوراق عليها أرقام، تكون مقلوبة، ويحمل كلّ لاعب عدداً منها، وحسب أرقامها يكون تصرفه، فهو مثل النرد من هذه الوجهة.

**2- اللعب بالشطرنج:** إذا شرط فيه المال من الجانبين، على أنّ الذي يغلب يأخذ المال، فيصبح قماراً، وهو حرام تردّ به الشهادة. وهذا ما قاله الشافعية رحمهم الله تعالى.

وقال الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى بتحريم الشطرنج قياساً على النرد لأنّه في معناه، إلاً أنّ النرد أكد منه في التحريم، لورود النصّ في تحريمه.

**واحتجّ القائلون بإباحته:** بأنّ الأصل الإباحة، ولم يرد بتحريمه نصّ، ولا هو في معنى المنصوص عليه وهو النرد، فيبقى على الإباحة. ودلّ على أنّه ليس في معنى النرد

(2) [ المستدرک: الأحكام، باب: لا تشهد إلاً على ما يضيء لك كضياء الشمس (98/4). البيهقي: الشهادات. باب: التحفظ في الشهادة والعلم بها: (156/10). ]

(3) مغني المحتاج (446/4). الكافي (193/6).

(1) أنظر الهداية (122/3). منح الجليل (392/8, 416) مغني المحتاج (427/4). الكافي (197/6).

(2) [ أبو داود: الأدب، باب في النهي عن اللعب بالنرد رقم: 4938. ابن ماجة: الأدب، باب: اللعب بالنرد، رقم: 3762. مسند أحمد

(394/4). الموطأ لمالك: كتاب الرؤيا، باب: ما جاء في النرد (958/2). ]

**أمران أحدهما:** أن في الشطرنج تعلم تدبير أساليب الحرب, فأشبهه اللعب بالحرب والرمي بالنشاب والمسابقة بالخيل, وهي مباحة بل مطلوبة.

**والثاني:** أن المعول عليه في النرد ما يخرج الكعبان, وهما ما يسميان اليوم بالزهر, وهما القطعتان المكعبتان اللتان يرمي بهما اللاعب فتثبتان على وجع فيه علامات: واحدة أو اثنتان أو أكثر, وبناء على ذلك يتصرف اللاعب ويحرك القطع الخشبية الأخرى التي يلعب بها. وبهذا أشبه الاستقسام بالأزلام. وأمّا الشطرنج فالمعول عليه فيه الحذق والانتباه والتدبير, فأشبهه المسابقة بالسهام ونحوها مما سبق ذكره.

**واحتج القائلون بتحريم الشطرنج:** أن علياً  $\psi$  قال: الشطرنج من الميسر. والميسر

حرام بقوله تعالى:

( إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ) [ المائدة:9 ] (1).

وكذلك أن علياً رضي الله عنه مرّ على قوم يلعبون بالشطرنج, فقال: ( ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون ) [ الأنبياء: 52 ] (2) فقد شبه  $\psi$  اللعب به بالعكوف على عبادة الأصنام, فدلّ ذلك على التحريم, قال أحمد رحمه الله تعالى: أصح ما في الشطرنج قول علي  $\psi$  .

وقالوا: إنه لعب يصدّ عن ذكر الله وعن الصلاة, فأشبهه اللعب بالنرد وغيره من أنواع

الميسر.

وقال بعض علماء الحنابلة: وإن فعله من يعتقد تحريمه ردّت شهادته, لأنه كالنرد في حقه. وإن فعله من يعتقد إباحته لم تردّ شهادته, إلا أن يشغله عن الصلاة في أوقاتها أو يخرج به إلى الحلف الكاذب ونحوه من المحرمات, أو يلعب به على الطريق, أو يفعل في لعبه ما يستخفّ به من أجله ما يخرج عن المروءة.

وهذه القيود يقول بها من يقول بإباحته من يقول بإباحته وهم الشافعية رحمهم الله

تعالى.

(1) الميسر: القمار. الأنصاب: الأصنام, أو حجارة كانوا يذبحون عليها لأصنامهم. الأزلام: قطع خشبية كتب عليها أسماء أو كلمات يستقسمون بها, أي يعرفون بالضرب بها ما قسم لهم في الميسر وغيره.

(2) أخرج أثري علي  $\psi$  البيهقي في سننه الكبرى: الشهادات, باب: الاختلاف في اللعب بالشطرنج وابن أبي شيبة في مصنّفه: الأدب, باب: في اللعب بالنرد وما جاء فيه, وباب: في اللعب بالشطرنج (548/8, 550).

(3) [البيهقي, الشهادات, باب: الرجل يغني فيتخذ الغناء صناعة.... : 223/10].

نقول: والمشاهد والواقع أنّ الغالب في اللاعبين به أن يقعوا في هذه المخالفات, فصار القول بالتحريم أولى.

**3- الغناء أو سماعه**, إذا اقترن بآلة محرّمة, ومنها العود والصنج والمزمار. لقوله تعالى: (ومن الناس من يشتري لهو الحديث ليضلّ عن سبيل الله) [لقمان: 6]. قال ابن مسعود  $\psi$ : هو والله الغناء<sup>(1)</sup>. ولقوله  $\rho$  " ليكونن من أمّتي أقوام يستحلّون الحر والحريم والخمر والمعازف "<sup>(2)</sup>.

**ومن الآلات المحرّمة الكوبة**, وهي طبل طويل ضيق الوسط, واسع الطرفين, ويسمّى في البلاد الشاميّة: الدربكة.

**دلّ على ذلك**: ما رواه أبو داود من حديث ابن عبّاس رضي الله عنهما, عن النبيّ  $\rho$  قال: " إنّ الله حرّم الخمر والميسر والكوبة "<sup>(3)</sup>.

**ويجوز الضرب بالدفّ للعرس ونحوه**, كالختان والولادة والعيد وقدم غائب وشفاء مريض. ويجوز الضرب به ولو كان فيه جلاجل, وهي قطع نحاسيّة تعلّق في ثقب على دائرة الدف. وقد دلّ على جوازه فيما ذكر: ما رواه ابن أبي شيبة عن عمر  $\psi$ : أنّه كان إذا سمع صوت دف بعث: فإن كان في النكاح أو الختان سكت, وإن كان في غيرهما عمل بالدرّة. وروى الترمذي وابن ماجّة عن عائشة رضي الله عنها: أنّ النبيّ  $\rho$  قال: " أعلنوا هذا النكاح, واجعلوه في المساجد, واضربوا عليه بالدفوف "<sup>(4)</sup>.

وروى الترمذي وابن حبّان: أنّ النبيّ  $\rho$  لما رجع إلى المدينة من بعض مغازيه جاءته جارية سوداء, فقالت: يا رسول الله, إنّني نذرت إن ردّك الله سالماً أن أضرب بين يديك بالدف. فقال لها: " فأوف بنذرك "<sup>(5)</sup>.

ولأنّه قد يراد به إظهار السرور. قال البغوي في شرح السنّة: يستحبّ في العرس والوليمة ووقت العقد والزفاف<sup>(1)</sup>.

---

(4) [أخرجه أبو داود: اللباس, باب: ما جاء في الخز رقم: 4039. وأخرجه البخاري تعليقاً: الأشربة, باب: ماجاء فيمن يستحلّ الخمر ويسمّيه بغير اسمه, رقم: 5268, من حديث أبي مالك. أو أبي عامر. الأشعري] (الحر: الفرج, وأصله الحرح, والمعنى أنّهم يستحلّون الزنا)(التعليق: هو رواية الحديث بغير سند, أو بحذف بعض سنده من جهة الراوي).

(1) [أبو داود: الأشربة, باب: في الأوعية, رقم: 3696].

(2) [الترمذي: النكاح, باب: ما جاء في إعلان النكاح, رقم: 1089. ابن ماجّة: النكاح, باب: إعلان النكاح, رقم: 1895, واللفظ للترمذي].

(3) [الترمذي: المناقب, باب: مناقب شابي حفص عمر بن الخطّاب  $\psi$ , رقم: 3691. أبو داود: الأيمان والنذور, باب: ما يؤمر به من

الوفاء بالنذر, رقم: 3313. مسند أحمد: 353/5, 356].

عن خالد بن ذكوان قال: قالت الربيع بنت معوذ بن عفراء رضي الله عنها: جاء النبي ﷺ فدخل حين بُني عليّ، وفي رواية: دخل عليّ النبي ﷺ غداة بُني عليّ، فجلس على فراشي كمجلسك منّي، فجعلت جوهرات لنا يضربن بالدفّ، ويندبن من قبل من آبائي يوم بدر، إذ قالت إحداهن: وفينا نبيّ يعلم ما في غد، فقال: "دعي هذه، وقولي بالذي كنت تقولين" (2).

قال ابن قدامة: وأمّا الضرب به للرجال فمكروه على كلّ حال، لأنّه إنّما كان يضرب به النساء، والمختنّون المتشبهون بهنّ، ففي ضرب الرجال به تشبّه بالنساء، وقد لعن النبي ﷺ المختنّين من الرجال بالرجال.

روى البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: لعن رسول الله ﷺ المختنّين من الرجال بالنساء، والمتشبهات من النساء بالرجال. وفي رواية لعن النبي ﷺ المختنّين من الرجال، والمترجّلات من النساء، وقال: "أخرجوهم من بيوتكم". قال: فأخرج النبي ﷺ فلاناً، وأخرج عمر فلاناً (3).

ولم يفرّق الشافعيّة في جواز الضرب بين الرجال والنساء (4).

(4) [ شرح السنّة: النكاح، باب: إعلان النكاح بضرب الدف: 46/9].

(5) [ البخاري: المغازي، باب: شهود الملائكة بداراً، رقم: 3779. النكاح، باب: ضرب الدف في النكاح والوليمة، رقم: 4852].

( دخل عليّ: وكان ذلك قبل أن يفرض الحجاب. غداة: صبيحة. بني عليّ: هو كناية عن زفافها والدخول بها. كمجلسك منّي: كما تجلس أنت الآن قريباً مني، والظاهر أنّ خالداً كان محرماً عليها أو مملوكاً لها. جوهرات: جمع جوهرية، وهي تصغير جارية، وهي البنت الصغيرة. يندبن: من الندب وهو ذكر الميت بأوصافه الحسنة، وهو ما يهيج الشوق إليه والبكاء عليه. هذا: أي لا تقولي أنّي أعلم ما في غد، لأنّ هذا ممّا لا يعلمه إلاّ الله عزّ وجلّ].

(1) [ البخاري: اللباس، باب: المختنّين بالنساء والمتشبهات بالرجال، باب: إخراج المختنّين بالنساء من البيوت، رقم: 5546، 5547].

( لعن: ذمّ وحرّم هذا الفعل: المختنّين: في اللباس الخاص بالنساء والزينة والأخلاق والأفعال ونحو ذلك. المختنّين: من التختت وهو التثني والتكسر والتلين. أخرجوهم: لا تدعوهم يدخلون عليكم نساءً أو رجالاً، لأنّ دخولهم يؤدّي إلى فساد في البيوت. فلاناً: يقال أخرج رسول الله ﷺ أنجش، وهو العبد الأسود الذي كان يحذو بالنساء، أي يعني أثناء سوقه الإبل التي تركبها النساء في هواجها. فلاناً: لم يذكر اسم الذي أخرج عمر ١٧ ويقال: اسمه هيت).

(2) مغني المحتاج: ( 429/4).

(3) [ البخاري: العيدين، باب: الحراب والدرق يوم العيد، وباب: سنة العيد لأهل الإسلام، رقم: 907، 909. وأخرجه مسلم في العيدين، باب: الرخصة في اللعب الذي لا معصية فيه، رقم: 892].

(جاريّتان: مثني جارية، وهي الأنثى دون البلوغ. وفي رواية: "من جوارى الأنصار" أي من بناتهم. تغنيان: تتشدان وترفعان أصواتهما بما قاله العرب في يوم بعاث، وهو يوم كان فيه قتال بين الأوس والخزرج في الجاهلية، وكان مقتلة عظيمة عند حصن يسمّى بعاث. وفي رواية: "تغنيان بما تقاولت الأنصار" أي بما قاله كلّ فريق في فخر نفسه أو هجاء غيره، وليستا مغنيتين: أي ليس الغناء عادة لهما وحرفة، ولاهما معروفتان بذلك. فانتهرني: زجرني وأتنبني: مزمار الشيطان: يعني الضرب على الدفّ والغناء مشتقّ من الزمر وهو الصوت الذي له صفير، وأضيف إلى الشيطان لأنّه يلهي عن ذكر الله عزّ وجلّ، وهذا عمل الشيطان. غمزتهما: من الغمز وهو الإشارة بالعين أو الحاجب أو اليد).

## فإذا لم يقترن الغناء بآلات اللهو:

فإن لم يكن فيه قولٌ منكر من هجاء أو وصف للمفاتن وما يثير كمائن النفس فهو مباح, دلّ على ذلك: ما رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت: دخل عليّ رسول الله ﷺ وعندي جاريتان تغنيان بغناء بُعْث, فاضطجع على الفراش وحول وجهه, ودخل أبو بكر فانتهرني وقال: مزماره الشيطان عند النبي ﷺ؟ فأقبل عليه رسول الله ﷺ فقال: "دعهما". وفي رواية قال: "يا أبا بكر, إنّ لكلٍ قومٍ عيداً, وهذا عيدنا". قالت: فلمّا غفل غمزتهما فخرجتا(3).

فإن كان في الغناء تمطيط وتكسّر وتهيج وحركات مثيرة, وبكلام فيه تعريض بالفواحش أو تصريح بها, أو ذكر للهوى والمفاتن ممّا يحرك الساكن ويبعث الكمائن في النفس, فهذا وأمثاله من الغناء لا يختلف في تحريمه, لأنّه مطيّة الوقوع في الفاحشة وأحبولة للشيطان.

وكذلك إذا كانت امرأة تغني وسمعها الرجال الأجانب: فإنّه لاختلاف في حرمة, لأنّه ممّا يثير الفتنة, وإذا كان مقترباً بظهور المغنّية أمام الرجال كان التحريم أشدّ وأشدّ, وإذا كانت بلباس يبرز مفاتها ويثير الغرائز كان من أكبر الكبائر وأشدّ أنواع الفجور. وإنكار أبي بكرٍ ﷺ لذلك ووصفه بما ذكر دليلٌ واضحٌ على أنّ ذلك كان معلوم التحريم عندهم, ولكنّ أبا بكرٍ ﷺ كان يظن أنّ التحريم عام, فبيّن له ﷺ ما هو مستثنى منه, إضافةً إلى القرائن التي بيّنتها عائشة رضي الله عنها: فالיום يوم عيد, والتي تغني صغيرة لا يعدُّ صوتها فتنةً, وليست ممتهنة للغناء, وما تغني به ليس فيه هجرٌ. أي فحش. من القول, ولا آلة لهو معه.

قال أحمد رحمه الله تعالى: الغناء بيت النفاق في القلب, واحتجّ لتحريمه بما روي عن ابن الحنفية في قوله تعالى: ( واجتنبوا قول الزور ) [ الحج: 30 ] قال: الغناء(1). وروى أبو داود عن عبد الله بن مسعود ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: " الغناء ينبت النفاق في القلب " (2).

قال في المغني: الصحيح أنّ هـ من قول ابن مسعود ﷺ(3).

(1) المغني: 160/14.

(2) [ أبوداود: الأدب, باب: كراهية الغناء والزمر, رقم 4927 ].

(3) المغني: 161/14.

وعليه: فمن اتَّخذ الغناء صناعةً وحرفةً يؤتى له ويأتي إليه، فلا شهادة له، لأنَّ هذا سفةً ودناءةً وسقوط مروءة، وهو عاصٍ مصرٌّ على معصيته ومتظاهرٌ بفسوقه.

**ومن داوم على سماع الغناء المحرّم ردّت شهادته، كذلك الذي يأتي إلى أماكن الغناء والأماكن التي يأتيها المغنّون. وأشدُّ منهما من يكون له مؤسّسةٌ يستأجر عن طريقها المغنّين أو يشجّعهم على ذلك، لأنَّ ذلك كلّهُ سفةٌ ودناءةٌ وإصرارٌ على معصية.**

عن عليٍّ ٧ قال: قال رسول الله ٥ " إذا فعلت أمّتي خمسة عشرة خصلة حلّ بها البلاء ". فقليل و ماهنّ يا رسول الله ؟ قال: " إذا كان المغنم دُولاً، والأمانة مغنماً، والزكاة مغرماً، وأطاع الرجل زوجته وعقّ أمّه، وبرّ صديقه وجفا أباه، وارتفعت الأصوات في المساجد، وكان زعيم القوم أرذلهم، وأكرم الرجل مخافة شرّه، وشربت الخمر، ولُبس الحرير، واتّخذت القينات والمعازف، ولعن آخر هذه الأمة أولها، فليرتقبوا عند ذلك ريحاً حمراء، أو خسفاً ومسخاً ". وعن أبي هريرة ٧ مثله، وفيه زيادة: " وتعلّم لغير الدين، وساد القبيلة فاسقهم ". وفيه: وزلزلة وخسفاً ومسخاً وقذفاً، وآيات تتابع كنظام بال قطع سلكه فتتابع ".

وعن عمران بن الحصين رضي الله عنهما: أنّ رسول الله ٥ قال: " في هذه الأمة خسفٌ ومسخٌ وقذفٌ ". فقال رجلٌ من المسلمين: يا رسول الله، ومتى ذاك؟ قال: " إذا ظهرت القينات والمعازف، وشربت الخمر " (1).

**4- ولا يحرم الرقص، إلا أن يكون فيه تكسّرٌ كفعل المخنث، وهو الذي يتخلّق بأخلاق النساء في حركة أو هيئة.**

**دلٌّ على الجواز:** ما رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت:

كان يوم عيد يلعب السودان بالدرق والحراب، فإمّا سألت النبيّ ٥ وإمّا قال: " تشتهين تنظرين ". فقلت: نعم، فأقامني وراءه خديّ على خده، وهو يقول دونكم يا بني أرفدة ". حتّى إذا مللت قال: " حسبك ". قلت نعم، قال: " فاذهبي " (2).

واللاعب بالحمام لا شهادة له، لما فيه من أذى الجيران بطيره وإشرافه على دورهم ورميه إيّاها بالحجارة، فقد روى أبو هريرة ٧: أنّ رسول الله ٥ رأى رجلاً يتبع حمامة، فقال: " شيطانٌ يتبع شيطانةً " (3).

(1) [أخرجها الترمذي: الفتن، باب: ما جاء في علامة حلول المسخ والخسف، رقم: 2211-2213].

(2) [البخاري: العيدين، باب: الحراب والدرق يوم العيد، رقم: 907. مسلم: العيدين، باب: الرخصة في اللعب الذي لا معصية فيه، رقم: 892].

(3) [أبو داود: الأدب، باب: في اللعب بالحمام، رقم: 494. ابن ماجة: الأدب، باب: اللعب بالحمام، رقم: 3765].

وكذلك الإكثار من الحكايات أو الحركات المضحكة بين الناس ليضحكهم، تردُّ به الشهادة، وهو ما يسمّى الآن بالكوميديا.

أخرج أحمد في مسنده عن أبي هريرة  $\psi$  ، أنّ النبي  $\rho$  قال: " إنّ الرجل ليتكلم بالكلمة، يضحك بها جلساءه، يهوي بها من أبعد من الثريا " والثريا نجم عالٍ في السماء. وأخرج أيضاً عن أبي سعيد الخدري  $\psi$  . يرفعه . قال: " إنّ الرجل ليتكلم بالكلمة، لا يريد بها بأساً إلاّ ليضحك بها القوم، فإنّه ليقع من أبعد من السماء " (1).

### المطلب الرابع: من لا تقبل شهادته للتهمة (2):

**1. لا تقبل شهادة الفرع . وهو الولد مهما نزل . لأصله، وهو الوالد مهما علا .** وكذلك لا تقبل شهادة الأصل لفرعه.

لأنّ الشهادة للأصل أو للفرع كالشهادة لنفسه، لوجود الجزئية بينهما. وجاء في الحديث الصحيح الذي أخرجه البخاري ومسلم عن المسور بن مخرمة رضي الله عنهما: أنّ رسول الله  $\rho$  قال: " فاطمة بضعة منّي، فمن أغضبها أغضبني " (3).

وعن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله: " لا تجوز شهادة ظنّين في ولاء ولا قرابة " (4).

وتقبل شهادة كلٍ منهما على الآخر، لانتهاء التهمة. لقوله تعالى: ( كونوا قوّامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين ) [ النساء: 135].

فلو لم تقبل لما أمر بها. ولأنّ الشهادة له ردّت للتهمة في إيصال النفع له، ولا تهمة في شهادته عليه، بل أولى بالقبول من شهادة الأجنبي عليه، لأنها أبلغ في الصدق.

### 2. شهادة أحد الزوجين للآخر:

قال الشافعية رحمهم الله تعالى تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر، لأنّ الصلة بينهما عقد طارئ وقد يزول.

(4) [ مسند أحمد: 402/2, 38/3 ] . ( قوله: يرفعه: أي إلى النبي  $\rho$  ).

(5) أنظر الهداية: 141/3. منح الجليل: 398/8, 412, 420. مغني المحتاج: 433/4. الكافي: 204/6.

(1) [ البخاري: فضائل الصحابة، باب مناقب قرابة رسول الله  $\rho$  ومنقبة فاطمة رضي الله عنها، رقم: 3510 مسلم: فضائل الصحابة، باب: فضائل فاطمة رضي الله عنها، رقم: 2449].

(2) [ الترمذي: الشهادات، باب: ما جاء فيمن لا تجوز شهادته، رقم: 2299]. ( الظنّين: المتهم. ولاء: نعمة العتق).

وقال الجمهور عند الحنابلة رحمهم الله تعالى: لا تقبل شهادة أحدهما للآخر, لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يرث الآخر من غير حجب, وينبسط في ماله عادةً. ولأنَّ يسار الزوج يزيد في نفقة زوجته, ويسار المرأة قد ينتفع به الزوج.

**3. وكذلك لا تقبل شهادة من يجرُّ لنفسه نفعاً, ولا من يدفع عنها ضرراً:**

**ومثال جرّ النفع:** أن يشهد الوارث أن مورثه مات قبل أن يندمل الجرح, فيأخذ الدية.

**ومثال دفع الضرر:** أن تشهد العاقلة في قتل الخطأ بفسق شهود القتل, حتى لا

تتحمل الدية.

**والعاقلة:** هم أقرباء المرء من جهة أبيه, وهم الذين يتحملون الدية عنه إذا قتل خطأ

أو شبه عمد, كما هو مفصل في بابه.

**ومن أمثلة ما يجرُّ به نفعاً لنفسه:** أن يكون له دينٌ على إنسان, فيموت أو يحجر

عليه بسبب فلسه, فيشهد هذا الدائن أن لمدينه على فلان كذا, فهو بهذه الشهادة يجرُّ نفعاً

لنفسه, لأنَّه إذا ثبت للمشهود له شيء يكون له أن يطالب هو بدينه.

وكذلك إذا شهدت زوجة المعسر بنفقتها: أن تزوجها على فلان كذا, فهي تنتفع في

أن تطالب زوجها بالنفقة إذا ثبت له ما شهدت به.

ويؤكّد هذا أن مال كلِّ واحدٍ منهما يضاف إلى الآخر, قال الله تعالى: ( وقرن

في بيوتكن ) [ الأحزاب: 33]. وهي بيوت النبي  $\rho$  وقد أضافها إليهن.

وقد أضيفت إليه  $\rho$  في قوله تعالى: ( لا تدخلوا بيوت النبي إلا أن

يؤذن لكم ) [ الأحزاب: 53].

وقال تعالى: ( لا تخرجوهنَّ من بيوتهنَّ ) [ الطلاق: 1]

والمراد بيوت الأزواج.

**ومن أمثلة ما يدفع به ضرراً عن نفسه:** أن يكون قد كفل ما في ذمّة فلان من

الدين لفلان, فيشهد أن المضمون قد برئ من دينه. بوفاء أو إبراء. فهو بهذه الشهادة يدفع

ضرراً عن نفسه, لأنَّه إذا لم تبرأ ذمّة المكفول كان الكفيل مطالباً بما كفل.

**والراجع:**

أنَّ الأمر يترك للقاضي، فالقاضي هو الذي يستشعر من الشخص من أنه يجلب له مصلحة أو يدفع عنه مضرة، فإذا رأى الشاهد يظهر الحق بصرف النظر عن دفع مضرة أو جلب مصلحة، ويقتنع القاضي، فتقبل شهادته ولا يردّها<sup>(1)</sup>.

**4- وكذلك الأمر لا تقبل شهادة العدو على عدوّه، ولا شهادة الشخص على فعل نفسه، لتهمة التحامل على العدو، وتهمة جرّ النفع لنفسه أو دفع الضرر عنها.**  
والأصل في ردّ الشهادة للتهمة فيما ذكر وعيره ما رواه عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ " لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا ذي غمير على أخيه "<sup>(2)</sup>.

والمراد العداوة الدنيويّة الظاهرة، لأنّ الباطنة لا يطلع عليها إلاّ علامّ الغيوب سبحانه وتعالى. روى الطبراني في معجمه: أنّ النبيّ ﷺ قال: " سيأتي قومٌ في آخر الزمان: إخوان العلانية أعداء السريرة ".  
وروى البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه: أنّ رسول الله ﷺ كان يستعيز بالله من شماتة الأعداء<sup>(3)</sup>.

وتقبل شهادة العدو لعدوّه إذا لم يكن أصله أو فرعه، لانقضاء التهمة، بل العكس هو الظاهر هنا، إذ الفضل ما شهدت به الأعداء.  
ولا تردّ شهادة من بينه وبينه عداوة دينيّة، من كفر أو ابتداع، لأنّ العداوة الدنيويّة لا تردّ بها الشهادة، لأنّ الشاهد عدلٌ، ودينه الذي عادى المشهود عليه من أجله يمنعه من شهادة الزور.

وما سبق هو قول الجمهور.

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا تمنع العداوة الشهادة، لأنّها لا تخلّ بالعدالة.  
وقول الجمهور هو الراجح، لأنّ القصد من الشهادة ترجيح جانب الصدق، ولا يكون ذلك إلاّ إذا انتفت التهمة، والتهمة لا تنتفي مع وجود العداوة الدنيويّة.

(1) الهداية: 121/3. منح الجليل: 427/8. مغني المحتاج: 433/4. الكافي: 206/6.

(2) [الترمذي: الشهادات، باب: ما جاء فيمن لا تجوز شهادته، رقم: 2299. أبو داود: الأقضية، باب: من تردّ شهادته، رقم: 3601. ابن ماجه: الأحكام، باب: من لا تجوز شهادته، رقم: 2366. مسند أحمد: 208/2]. ( خائن: عرف بالخيانة وعدم أداء الحقوق لأصحابها. ذي غمير: بينه وبين من يشهد عليه عداوة وحقد).

(1) [ البخاري: الدعوات، باب: التعوذ من جهد البلاء، رقم: 5987. مسلم: الذكر والدعاء والتوبة، باب: التعوذ من سوء القضاء، رقم:

[2707.

**5. ولا تقبل شهادة من يبادر إليها دون أن يستشهد**, سواء أكان ذلك قبل الدعوى أم بعدها, للتهمة. ولما رواه البخاري ومسلم عن عمران بن حصين  $\psi$  أنّ النبي  $\rho$  قال: " خيركم قرني, ثمّ الذين يلونهم, ثمّ الذين يلونهم. ثمّ يكون بعدهم قوم يشهدون ولا يستشهدون (1)".

وخبر مسلم: عن زيد بن خالد الجهني: أنّ النبي  $\rho$  قال: " ألا أخبركم بخير الشهداء: الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها "(2). المراد به شهادة الحسبة, وهي ما يكون في حق الله تعالى: كأن يشهد أنه لا يصلّي, أو أنه أفطر رمضان عامداً بغير عذر. وتكون فيما فيه حقٌّ مؤكّدٌ لله تعالى, كأن يشهد أنه طلق زوجته طلاقاً بائناً أو رجعيّاً, أو ببقاء العدة وانتهاؤها. وكذلك أن يشهد بأنه عفا عن القصاص, فإنّ في ذلك سلامة النفس, وهو حقٌّ لله تعالى.

وكذلك أن يشهد بحدٍّ من الحدود, وإن كان المستحبُّ ستره إذا كان في ذلك مصلحة. وتكون فيما إذا علم بحقِّ لإنسان, ولا يعلم صاحب الحقّ أنه شاهدٌ له, وكاد أن يضيع حقّه لعدم البيّنة, فيأتي ويخبره أنه شاهدٌ له, وهو واجبٌ عليه.

**6. الشهادة بدون دعوى (حسبة):**

#### الحقوق نوعان:

1. حقٌّ لآدميّ معيّن, كالحقوق الماليّة والنكاح وغيره من العقود والعقوبات. كالقصاص وحدُّ القذف. والوقوف على آدميّ معيّن: فلا تُسمع الشهادة فيه إلاّ بعد الدعوى, لأنّ الشهادة في هذا حقٌّ لآدمي, فلا تستوفى إلاّ بعد مطالبته وإذنه. ولأنّ الشهادة حجةٌ على الدعوى ودليل لها, فلا يجوز تقدّمها عليها.
2. حقٌّ لآدميّ غير معيّن, كالوقوف على الفقراء, أو على مسجد أو نحو ذلك, أو ما كان حقّاً لله تعالى, كالحدود الخالصة لله تعالى. كحدِّ الزنا وشرب المسكر. أو الكفّارة أو الزكاة, فلا تفتقر الشهادة بها إلى تقدّم الدعوى, لأنّ هذه الحقوق ليس لها مستحقٌّ معيّن من الآدميين يطالب بها ويدّعيها, فتجوز الشهادة بها حسباً<sup>(3)</sup>.

(2) [ البخاري: الشهادات, باب: لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد, رقم: 2508. مسلم: فضائل الصحابة, باب: فضل الصحابة ثمّ الذين يلونهم, رقم: 2535].

(3) [ مسلم: الأقضية, باب: بيان خير الشهداء, رقم: 1719].

(1) منح الجليل: 416/8. مغني المحتاج: 437/4.

(2) منح الجليل: 418/8.

## 7. شهادة المستخفي (1):

وهو الذي يخفي نفسه عن المشهود عليه ليعلم إقراره وهو لا يعلم به، كما إذا كان يجدد الحقّ علانية، ويقرّ بذلك سرّاً، فيختبئ شاهداً ليعمداً إقراره بالحق ثم يشهدا به فتقبل شهادتهما.

روى البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت: جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبيّ ﷺ فقالت: كنت عند رفاعة فطلّقني فأبّت طلاقي، فتزوّجت عبدالرحمن ابن الزبير، إنّما معه مثل هدبة الثوب. فقال: "أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتّى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك". وأبو بكر جالسٌ عنده، وخالد بن سعيد بن العاص بالباب ينتظر أن يؤذن له، فقال: يا أبا بكر، ألا تسمع إلى هذه ما تجهر به عند النبيّ ﷺ (2).

**وجه الاستدلال بالحديث:** أنّ النبيّ ﷺ لم ينكر على خالد بن سعيد بأبّاها تجهر أمام النبيّ ﷺ بكلام لا يليق، مع أنّه خلف ستار.

## 8. شهادة المحدود في القذف:

إذا اتّهم أحدٌ غيره بالزنا ولم تكتمل البيّنة، وأقيم عليه حدُّ القذف، ولم يتب من قذفه: لا تقبل شهادته، وتوبته أن يكذب نفسه فيما رمى به غيره من الزنا، فإن فعل ذلك فُبلت شهادته فيما بعد عند الجمهور رحمهم الله تعالى.

والأصل في هذا قوله تعالى: (والذين يرمون المحصنات ثمّ لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدةً ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون & إلاّ الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإنّ الله غفورٌ رحيم) [النور: 4، 5].

وقال الحنفية رحمهم الله تعالى: لا تقبل شهادة المحدود في القذف ولو تاب، واحتجّوا بقوله (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) قالوا: الأبد ما لا نهاية له، والتتصيص عليه ينافي أن تُقبل شهادتهم في وقت من الأوقات، وقالوا: الاستثناء في قوله تعالى: (إلاّ الذين تابوا) يعود على الجملة الأخيرة (وأولئك هم الفاسقون) فيرتفع وصف الفسق عنهم بالتوبة فقط.

(1)[البخاري: الشهادة، باب: شهادة المختفي، رقم: 2495. مسلم: النكاح، باب: لا تحلّ المطلقة ثلاثاً لمطلّقها حتّى تنكح زوجاً غيره ويطأها، رقم: 1433]. (امرأة رفاعة: واسمها تميمة بنت وهب. فأبّت: من البتّ وهو القطع، أي قطع طلاقها قطعاً كلياً. والمراد أنّه طلقها الطلقة الثالثة التي تحصل بها البيّنة الكبرى. مثل هدبة الثوب: طرفه الذي لم ينسج، كنّت بهذا عن استرخاء نكته وأنّه لا يقدر على الوطأ. عسيلته: تصغير عسلة، وهي كناية عن الجماع، فقد شبّه لذّته بلذّة العسل وحلاوته).

والجمهور قالوا: يعود الاستثناء إلى الجمل المتعاطفة قبله، إلا قوله: ( فاجلدوهم ثمانين جلدةً ) لأنَّ الجلد حقُّ العبد وهو لا يسقط بالتوبة، وعليه يرفع وصف الفسق كما يرتفع عدم قبول الشهادة، وهي مسألة تبحث في أصول الفقه<sup>(1)</sup>.

**المطلب الخامس: الشروط الخاصة في بعض الشهادات:**

• **الشرط الأول: الإسلام:**

يشترط في قبول الشهادة إذا كان المشهود عليه مسلماً أن يكون الشاهد مسلماً، فلا تُقبل شهادة الكافر على المسلم لأنَّ الشهادة فيها معنى الولاية ولا ولاية للكافر على المسلم، كما قال تعالى: ( ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ) كما أننا لو قلنا بشهادتهم لكان ذلك رفعاً لمكانتهم وإعزازاً لهم، لأنَّ الله رفع شأن الشهادة والشاهد فقال: ( وأشهدوا ذوي عدلٍ منكم ) . والكافر ليس عدلاً وليس من رجالنا، وهذا محلُّ اتفاق في الحالات العادية.

• **شهادة الكافر على الكافر:**

**هذا محلُّ خلاف:**

**1. قال الحنفية رحمهم الله تعالى<sup>(2)</sup>: تجوز شهادة الكافر على الكافر مثله.**

**بدليل: 1. أن الرسول ﷺ أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض.**

**2. ولأنهم من أهل الولايات على أنفسهم ومن تحت أيديهم فتقبل على بعضهم.**

**3. في قصة في غزوة قال النبي ﷺ: " إذا قبلوا عقد الذمة فأعلموهم أن لهم ما**

**للمسلمين وعليهم ما على المسلمين " . وللمسلم على المسلم شهادة، فكذلك للذمي على الذمي، وهو الراجح.**

**4. ما رواه جابر رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم**

**على بعض<sup>(3)</sup>.**

**2. وقال الجمهور رحمهم الله تعالى: بعدم قبول شهادة الكفار بعضهم على بعض.**

**بدليل: 1- ما روي عن معاذ بن جبل رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان لا يقبل شهادة أهل دين إلا**

**المسلمين، فإنهم عدولٌ على أنفسهم وعلى غيرهم<sup>(4)</sup>.**

(2) الهداية: 121/3. معني المحتاج: 439/4. الفواكه الدواني: 305/2. الكافي: 211/6.

(1) الهداية: 122/3.

(2) [ ابن ماجة: الأحكام، باب: شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض، رقم: 2374. قال في الزوائد: في إسناده ضعيف].

(3) [ البيهقي: كتاب الشهادات، باب: من ردَّ شهادة أهل الذمة: 163/10. المصنّف لعبد الرزاق: الشهادات، باب: شهادة أهل الملل

بعضهم على بعض: 356/8، 357].

2. قال تعالى: ( وألقينا بينهم العداوة والبغضاء). ولا تقبل شهادة أحد على من بينه وبينه عداوة وبغضاء.

3- وقال تعالى في شأنهم ( ويفترون على الله الكذب ) [ النساء: 50]. ومن يكذب على الله ورسوله أولى أن يكذب بعضهم على بعض.

#### • الشهادة على الوصيّة في السفر:

**اختلف في شهادة الكفار على الوصيّة في حال السفر:**

(أ) الجمهور: لا تقبل شهادة الكافر على المسلم في حال الوصيّة.

1. لأنّ من لا تقبل شهادته في غير الوصيّة فالوصيّة من باب أولى.

2. وقالوا: إنّ المراد من الآية: ( يا أيّها الذين آمنوا إذا حضر أحدكم الموت حين الوصيّة

اثنان نوا عدلٍ منكم أو آخران من غيركم ) [المائدة: 106]. قال الجمهور المراد من

هذه الآية تحمّل الشهادة لا أدائها.

وكذلك: المراد هنا: ليس الشهادة وإنّما المراد اليمين.

3. ( من غيركم ) المقصود به من غير عشيرتكم.

(ب) وقال الحنابلة: تقبل شهادة الكافر بشرط أن لا يوجد المسلم.

**أدلّتهم:** الآية السابقة، والآية واضحة في جواز شهادة غير المسلم في حال الوصيّة

في السفر لدعاء الحاجة إلى ذلك. وردّوا على تأويل الجمهور للآية فقالوا:

- قولهم: من غيركم المقصود به من غير عشيرتكم، غير سليم، لأنّه خطاب عام لجميع

المؤمنين، ولأنّه لو أراد قبيلةً أو عشيرةً معيّنة لنصّ عليها، فالمقصود بقوله ( من غيركم )

الكفار.

- وقولهم: (المراد بالشهادة اليمين)

الجواب عليه: 1. أنّه سبحانه وتعالى قال ( شهادة بينكم ) ولم يقل أيمنكم.

2. أنّه قال في الآية ( اثنان ) واليمين لا تنصّ باثنين.

3. أنّه قال ( ذوا عدلٍ ) والعدل لا يشترط له اليمين.

4- المتعارف عليه من لفظ الشهادة في الكتاب والسنة هو لفظ الشهادة

المعروفة.

- وقولهم: ( إنّه للتحمل).

الجواب عليه: نقول إنّ يمين الشاهد لا تكون إلّا عند الأداء.

هذا، وقاس الحنابلة رحمهم الله تعالى حال الضرورة في الحضر على السفر، كما قاسوا على الوصيّة غيرها<sup>(1)</sup>.

والراجع هنا:

• أنّ غير المسلمين تقبل شهادتهم بعضهم على بعض، وهو قول الحنفيّة، لأنّ معاملاتهم لا يحضرها غيرهم.

• وتقبل شهادة الكافر على المسلم في حال الضرورة في الوصيّة وغيرها بشرط أن لا يوجد مسلم.

وللقاضي الدور الكبير في تمحيص الشهادة، وقد يضطرّ إلى شهادة غير المسلم كما لو كان طبيباً، واضطررنا إليه لتشخيص حال المسلم، فيقبل قوله، وقوله هنا شهادة.

• **الشرط الثاني: العدد والذكورة:** وهو نصاب الشهادة من حيث عدد الشهود وكونهم ذكوراً فقط، أو ذكوراً وإناثاً فقط. وهو يختلف بحسب المشهود به، وإليك تفصيل ذلك:

**عدد الشهود في الزنا:**

1. اتفق الفقهاء على أنّ جريمة الزنا لا تثبت إلاّ بشهادة أربعة رجال، يشهدون شهادة نافيةً للجهالة، فيقولون: شهدنا فلاناً يزني بفلانة كالميل في المكحلة.

• واشتراط العدد جاء في القرآن، قال تعالى: ( واللاتي يأتين الفاحشة من نسائك فاستشهدوا عليهنّ أربعة منكم ) [النساء: 15] أي أربعة رجال مسلمين غير نساء، لأنّه لو أراد النساء في الآية لقال (أربعاً) ولكنّه قال (أربعة). ومعلوم في اللغة أنّه إذا أنث العدد كان المعدود مذكراً.

• فإذا لم يكتمل العدد فتسقط الشهادة، ويعاقب من شهد بحدّ القذف. قال تعالى: ( والذين يرمون المحصنات ثمّ لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ) [النور: 4].

• واشتراط هؤلاء الشهود حتّى يكون الستر بين العباد وعدم إشاعة الفاحشة في المجتمع. وقد قال النبيّ ﷺ لهلال بن أمية ١٧ لما قذف زوجته بشريك بن سحماء . : " أربعة وإلاّ حدّ في ظهرك " <sup>(2)</sup>.

قال الزهري: ( مضت السنّة من لدن رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والطلاق والنكاح والقصاص )<sup>(1)</sup>. وهو ما عليه الفقهاء جميعاً.

(1) المغني: 173/14.

(1) [النسائي: الطلاق، باب: كيف اللعان، رقم: 2469].

2. **خالف بن حزم:** لا يجوز أن يقبل في الزنا أقل من أربعة أو ما يحل محلهم من النساء باعتبار أن الرجل يقوم مقامه امرأتين، فيقبل عندهم ثمان نسوة باعتبار أن الرجل يقوم مقام امرأتين وقد اشترط أربعة رجال وكل رجل مقابل اثنتين من النسوة، فيكون العدد المطلوب عنده في حد الزنا ثمانية نسوة واستدل بظاهر الآية ( فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ) . واستدل بقوله p : " أليس شهادة المرأة نصف شهادة الرجل " . قلن بلى<sup>(2)</sup>.  
**عدد الشهود في اللواط:** ( وهو إتيان الذكر في دبره).

**(1) ألحقه الجمهور:** بحد الزنا فلا بد فيه من أربعة رجال. لأنه إفراغ شهوة وقد حصلت كالزنا، والشريعة طلبت الستر فلا بد فيه من أربعة رجال.

**(2) ولم يلحقه أبو حنيفة:** بحد الزنا، فلا يلزم في إثباته عنده أربعة شهود، بل يثبت باثنتين، وقال: لأنه ليس في اللواط نص، لأن الصحابة اختلفوا في حده، والاختلاف دليل على أن فيه التعزير.

**والراجع:** قول الجمهور لما ذكرنا من تعليل<sup>(3)</sup>.

**ما يطلب فيه ثلاثة شهود:**

**وخصه الحنابلة:** ( بدعوى الإعسار والفقير). قال بعض رجال المذهب: وهو المنصوص عن أحمد: أنه لا يقبل ممن عرف بالغنى وادعى الفقر، إلا إذا ثبت بثلاثة شهود يشهدون أن فلاناً هذا أصابته جائحة في ماله، فهنا يحل له مال الزكاة. واستدلوا بحديث بن قبيصة: " إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة". وذكر منهم رجل أصابته فاقة، حتى يشهد له ثلاثة من ذوي الحجا من قومه: أن فلاناً أصابته فاقة".

**ثم اختلف الحنابلة في هذه المسألة:**

1. فقال بعضهم: هذا خاص بحد المسألة فقط، حل تحل له الزكاة أم لا تحل له؟.

يعني لا يشترط في إثبات الإعسار ثلاثة.

2. وعمم بعضهم الحكم في دعوى الإعسار وحبس الأخذ من الزكاة: وقال: إذا كان من باب أخذ الزكاة وحبس المسألة يعتبر العدد المذكور ثلاثة فمن باب أولى دعوى الإعسار المسقط لأداء الديون والنفقة للأقارب.

(2) [ المصنف لابن أبي شيبة: الحدود، باب: في شهادة النساء بالحدود، رقم: 8763].

(1) [ البخاري: الحيض، باب: ترك الحائض الصوم، رقم: 298. مسلم: الإيمان، باب: بيان نقص الإيمان بنقص الطاعات، رقم: 79 , 80].

(2) منح الجليل: 444/8. مغني المحتاج: 441/4. الكافي لابن قدامة: 217/6.

ولم يأخذ بهذا الجمهور لعموم الأدلة في قبول اثنين فيما يتعلق بالأموال.

### شهادة الاثنين من الذكور:

. أي ما يشترط فيه شهادة رجلين عدلين, ولا تقبل فيه شهادة النساء. ويكون ذلك في حالتين:

• **الحالة الأولى:** الحدود والقصاص ما عدا حدّ الزنا. فيشترط شهادة اثنين من الذكور, ولا تُقبل هنا شهادة النساء في الحدّ, لما سبق من قول الزهري: ( مضت السنة من لدن رسول الله والخليفين من بعده: أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص). لأنّ في شهادة النساء شبهة البدلية, أي أنّ الشرع جعل شهادة اثنين بدل شهادة رجل, إذ قال: ( فإن لم يكونا رجلين فرجلٌ وامرأتان ) [البقرة: 282] وهذا يورث شبهة في شهادتها, وكذلك من شأنها النسيان, قال تعالى: ( أن تضلّ إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ) وهذا يورث مزيد شبهة, والحدود تدفع بالشبهات.

• **الحالة الثانية:** الأحوال الشخصية ( الزواج وما يلحق به): وهذا محلّ خلاف: أ. قال الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى: لا بدّ من شهادة شاهدين ذكرين, واستدلوا بظاهر الآيات ( وأشهدوا ذوي عدلٍ منكم ) [الطلاق: 2] وهذا نصّ واضح في اشتراط العدد والذكورة.

وقوله p : " لا نكاح إلا بوليّ وشاهدي عدل " <sup>(1)</sup> وهو ظاهر أيضاً في اشتراط الذكورة.

ب. وقال الحنفية رحمهم الله تعالى: يجوز شهادة رجلين أو رجلٍ وامرأتين. واستدلوا: 1. بما جاء عن عليّ وعمير رضي الله عنهما أنّهما قالوا: تجوز شهادة النساء في النكاح.

2. وأنّ الأصل قبول شهادة النساء, ولوجود ما يبني عليه أصل الشهادة وهو الحفظ والضبط والأداء والمشاهدة, ولذلك يحصل العلم للقاضي, لكن لا بدّ أن يكون معهنّ رجل.

**الراجع:** قول الأئمة الثلاثة, لما سبق من أدلة, ولأنّ الغالب أن لا يحضر

النساء عقود الزواج وما يلحق بها.

شهادة رجلين أو رجلٍ وامرأتين وهذا يكون في الأموال وما يؤول إليها وهذا محلّ اتفاق.

(1) [ ابن حبان: النكاح, باب: ذكر نفي إجازة عقد النكاح بغير ولي وشاهدي عدل, رقم: 4063].

فيرى الفقهاء أنّ المال وما يؤول إليه من رهنٍ ووديعةٍ، وتسمية، ومهر، وشفعة، وقرض: يثبت بشهادة رجلين أو رجلٍ وامرأتين لقوله تعالى ( فإن لم يكونا رجلين فرجلٌ وامرأتان ) وهذه الآية تسمى آية المداينة، ولأنّ المال وما يؤول إليه يدخل فيه البذل ويكثر التعامل به ويطلع عليه الرجال والنساء غالباً<sup>(1)</sup> .

### شهادة النساء وحدهنّ:

. وهي تكون فيما لا يطلع عليه الرجال غالباً كعيوب النساء، والرضاع، والولادة، ونحو ذلك، وهذا محلّ اتّفاق.

. والخلاف في العدد الذي يشهد فقط.

### 1. فقال الأحناف والحنابلة: رحمهم الله تعالى: يُكتفى بشهادة امرأةٍ واحدةٍ في ذلك.

واستدلّوا على ذلك: بحديث عقبة بن الحارث  $\text{r}$ ، وقد أخبرته امرأة أنها أرضعته وزوجته، فسأل النبي  $\text{p}$  عن ذلك؟ فقال له: " كيف وقد قيل " . ففارقها عقبة ونكحت زوجاً غيره<sup>(2)</sup>. فقوله  $\text{p}$  : " كيف وقد قيل " أي كيف تبقيها عندك كزوجة تباشرها وتقضي إليها، وقد قيل إنّها أختك من الرضاع.

### . وانفرد أبو حنيفة في مسألتين:

1. مسألة الاستهلال: أي صراخ المولود عند الولادة، لأنّ الاستهلال صراخاً يسمعه الناس، وهو شيء له علاقةٌ بالمال، إذ يبنى عليه الإرث، فلا يقبل فيه إلا الرجال مع النساء. وخالف الصحابان أبا حنيفة وقالوا: الصراخ منه يحدث، ولكن قد لا يسمعه الرجال، لأنّ الاستهلال في مكان يندر فيه وجود الرجال، فوافق الحنابلة.

2. مسألة الرضاع: لأنّ الرضاع يمكن أن يكون في حضرة الرجال، فلا يقبل فيه إلا الرجال مع النساء.

### 2. وقال المالكية: الأمور التي لا يطلع عليها الرجال لا بدّ فيها من شهادة امرأتين.

واستدلّوا: بأنّ كلّ جنسٍ يثبت به الحق يكفي فيه اثنان، وهذا نصّ عن الإمام مالك رحمه الله تعالى. وهو يقول: كلّ شيء تقبل فيه شهادة النساء وحدهنّ لا يقبل فيه أقلّ من امرأتين.

### 3. اشترط الشافعية العدد وقالوا: لا بدّ أن يشهد أربع نسوة.

بأنّ الأصل شهادة الرجال، وقد جعل الشارع بدل الرجل امرأتين، والشهادة الأصل فيها رجلان، فيكون مقابلها العدد وهو أربع نساء، عن كل رجل امرأتان، حتّى تكون شهادة كاملة.

(1) اللباب: 56/4. منح الجليل: 448/8. 452. مغني المحتاج: 441/4. الكافي: 218/6.

(2) [ البخاري: العلم، باب: الرحلة في المسألة النازلة وتعليم أهله، رقم: 88 ].

وحمل الشافعية والمالكية على حديث عقبة رضي الله عنه وقول النبي  $\rho$  له على المشورة، لا على الأمر بفراقها. وإذا قبلت شهادة المرأة وحدها فتقبل شهادة الرجل وحده من باب أولى<sup>(1)</sup>.

والراجع هنا قبول شهادة الواحد . رجلاً أو امرأة . لأنه ظاهر حديث عقبة  $\rho$ ، ولأن أمور النساء يطلب فيها الستر، وقلة العدد منه.

#### المطلب السادس: شروط المشهود به:

المشهود به هو محلّ التقاضي، أي الشيء الذي رفع للقاضي الأمر به، ليثبت لأحد المتقاضين، وسبب ذكر شروط المشهود به لأنه كان لازماً بيانه بياناً كاملاً من قبل الشهود ينفي عن المشهود به أية جهالة، حتى لا يتطرق القاضي إلى إصدار حكمٍ على شيء آخر غير محلّ التقاضي. وهذه الشروط هي:

1. أن يكون المشهود به ( معلوماً ) فلا تصحّ الشهادة على مجهول، لأنّ علم القاضي بالمشهود به شرط لصحة قضائه، ولا يحصل له العلم إلاّ بشهادة الشهود على الأمر المشهود به.

**مثاله:** إذا شهد الشهود أنّ فلاناً وارثٌ للميت: فلا تقبل الشهادة، لأنه شيءٌ غير معلوم، بل لا بدّ أن يقول: إنّ هذه وارثٌ لأنه ابنه.

2. أني كون المشهود به ( متيقناً ) بحيث ينفي الشك أو الشبهة، كما لو شهد الشهود على العقار، فلا بدّ أن يبيّن الشهود موقع العقار وحدوده كاملة.

3. أن يكون المشهود به ( ممكن الإثبات ) بمعنى أنّ لا يكون مستحيلاً، كما لو شهد أنّ فلاناً سرق في هذا الشهر، وتبيّن أنّ هذا المتهم قد مات من خمس سنوات.

#### المطلب السابع: تزكية الشهود:

**المزكي:** هو الشخص الذي يشهد بعدالة الشهود، والقاضي هو الذي يختار من يقوم بالتزكية، ولا بدّ أن يختار عدلاً صالحاً زاهداً حتى لا يخدع بالمال، وأن يكون صاحب خبرة حتى يعرف حالهم، وأن يكون فقيهاً حتى يعرف أسباب الجرح والتعديل.

. ومعنى ذلك: أنّ العلم بالشخص دون المخالطة الفعلية لا تكفي.

. قال مالك في الرجل يصحب الرجل شهراً، لا يعلم منه إلاّ خيراً: لا يزكّيه<sup>(2)</sup>.

(1) الهداية: 115/3. منح الجليل: 454/4. مغني المحتاج: 442/4. الكافي: 221/6.

(1) انظر بلغة السالك للصاوي المالكي: 329/2.

**ومعنى هذا:** أنه لا بدّ أن يكون معروفاً عند القاضي, فلا بدّ أن يختار المزكي من جيران الشاهد أو من حيّه, وإذا لم يجد فمن أهل محلّته, وإذا لم يجد فيسأل عنه.

### كيفية التزكية: التزكية نوعان:

**1. تزكية السر:** سميت بذلك لأنها تتمّ بالسرّ بعيداً عن نظر الناس وسمعهم خارج مجلس القضاء. وصورتها: يبعث القاضي إلى المزكي ورقة فيها اسم الشاهد ونسبه يسأله عنه, فيكتب المزكي: هذا عدلٌ مقبول الشهادة, أمّا إذا كان الشاهد فاسقاً أو مجروحاً لا يكتب المزكي شيئاً احترازاً من هتك سمعته, أو يقول: الله أعلم.

. إذا خاف المزكي من تزكية الشخص خوفاً من شخص آخر فإنّه لا يزكي.

. أمّا إذا كان المزكي لا يعرف حال المزكي فإنّه يكتب تحت اسمه (مستور) ثمّ يعيد المزكي هذه الرقعة إلى القاضي.

. ومن جهة أخرى: فإنّ القاضي ينبغي عليه أن لا يصرّح أنّ الشهود جرحوا, بل لا بدّ أن يقول: زدني شهوداً.

. وبين صاحب المغني: أنّ العدالة تحتاج إلى البحث عنها لقوله تعالى: (ممن ترضون من الشهداء) [البقرة:282] ولا نعلم أنّه مرضيٌّ حتّى نعلمه أو نخبر عنه, فيخبر الحاكم بأسماء الشهود ونسبهم, كما يكتبهم بما يميّزهم عن غيرهم من صناعاتهم ومسكنهم. أي نصفهم وصفاً كاملاً ينفي عنهم الجهالة.

ثمّ قال: يكون السؤال سرّاً حتّى لا يكون هتكاً للناس, ولا يُعلم المزكي خوفاً من الإضرار به, ولا يكونوا معروفين لدى الخصوم حتّى لا يُقصّدوا بهدايا<sup>(1)</sup>.

### 2. تزكية العلانية:

وهي تتمّ في علانية, بأن يجمع القاضي بين المزكي والشهود في مجلس القضاء, فيسأل المزكي عن هؤلاء الشهود حتّى يزكّيهم أو يجرحهم, ويقول المزكي: هذا عدله وهذا لا عدله.

وتصحّ التزكية وإن لم يعرف المزكي اسم المزكي, لأنّ مدار التزكية على معرفة أحواله. وكذلك تصحّ التزكية إن لم يذكر المزكي أسباب التعديل, والتزكية تكون بقول المزكي: (إنّه عدلٌ مرضي) أي يتّصف بشروط العدالة, ولا يصحّ أن يقول: أشهد أنّه رجل صالح, أو لا بأس به. وقد كانت التزكية بالعلانية, وهو ما في عهد الصحابة, لأنّ الشهود

(2) المغني:14/4544.

والمزكين صلحاء، أما في هذه الأزمان فيكون إفشاء التزكية بلائاً وفتنةً، لأنه يكون فيه ضررٌ على المزكين.

### حكم التزكية:

حكمها الوجوب إجماعاً: إذا جهل القاضي حال الشهود. أما إذا كان يعلم حالهم: فليس له السؤال عن حالهم بل يحكم.

. قال صاحب المغني<sup>(1)</sup>: إذا عرف الحاكم أنهما عدلان حكم بقولهما، وإن لم يعرفها سأل عنها، لأن معرفة العدالة شرطٌ في قبول الشهادة، فوجب العلم بها. ثم قال: روي أن الخليفة عمر أتى بشاهدين، فقال لهما: لست أعرفكما، ولا يضركما أنني لا أعرفكما، انتيا بمن يعرفكما. فأتيا برجلٍ، فقال تعرفهما؟ قال نعم، فقال عمر: صحبتهما في السفر؟ قال: لا، قال: أعاملتهما بالدنانير والدرهم التي تقطع فيها الرحم؟ قال: لا، قال: كنت جاراً لهما تعرف صباحهما ومساءهما؟ قال: لا، قال: يا ابن أخي، أنت لا تعرفهما، انتيا بمن يعرفكما<sup>(2)</sup>.

### عدد المزكين:

. في تزكية العلانية يشترط العدد بالإجماع.

. في تزكية السر اختلف الفقهاء في العدد هل يشترط:

1. قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومالك، وهو رواية عن أحمد: يكفي فيها الواحد. وكذلك في الرسالة إليه ومنه، وكذلك في الترجمة.

وحجتهم: لأنه لا يلزم من اشتراط العدد في الشهادة اشتراطه في التزكية، لأن التزكية لا يستند إليها في إثبات الحق، بخلاف الشهادة، فلذلك لا يشترط لها التعدد بل يكفي فيها الواحد.

2. وقال محمد والشافعي ورواية عن أحمد: لا بدّ من اثنين في عدد المزكين.

وحجتهم: أن التزكية هنا في معنى الشهادة، فيشترط فيها العدد كما يشترط في الشهادة.

### تعارض الجرح والتعديل:

أولاً: الجرح: هو الطعن في عدالة الشاهد.

ثانياً: التعديل هو تقرير عدالة الشاهد.

(1) المغني: 43/14.

(2) [البيهقي: آداب القاضي، باب من يرجع إليه في السؤال يجب أن تكون معرفته باطنة متقدمة: 126,125/10].

وعلى هذا: فإن جرح الشهود ردّ القاضي شهادتهم ولا يعمل بها، بخلاف ما لو عدّلت شهادتهم فعلى القاضي قبولها والعمل بمقتضاها.

ولو عدّلت شاهدان رجلاً وجرحه آخران فماذا نعمل؟

1. الجمهور: يقدّم الجرح على التعديل؛ لأنّ الجرح معه زيادة علم، وهو مثبت، والمثبت مقدّم على النافي. فالجرح يقول: رأيته يفعل ذلك، والمعدّل لم يره، فيؤخذ بقول الجرح.

2. وقال مالك: على القاضي أن يحكم بأعدلتهما، لاستحالة الجمع بينهما.

**ما يشترط في الجرح والتعديل:**

1. يشترط الذكورة، وهو قول الجمهور، لأنّها شهادة فيما ليس بمال ولا المقصود منه المال، ويطلّع عليه الرجال في الغالب، فأشبهه القصاص.

2. لا يشترط الذكورة، وهو قول أبي حنيفة، لأنّها رواية، والرواية جائزة من النساء.

**والجرح قد يكون مجرداً وقد يكون مركّباً:**

**والمجرد** هو أن يقول: إنّ هذا الشاهد غير عدل. أو لا تجوز شهادته. دون ذكر السبب الذي يجرحه، أو يذكر سبباً واحداً.

**والمركّب:** هو أن يأتي المزكي بأشياء كثيرة متعدّدة تقدّم فيه، وذلك بذكر صفات متعدّدة فيه<sup>(1)</sup>.

## الفصل الثاني

ما يقوم مقام الشهادة

**المبحث الأول: الشهادة على الشهادة<sup>(2)</sup>**

يمكن القول بأنّ الشهادة نوعان:

**الشهادة الأصليّة:** ومعناها أنّ الشاهد لا يشهد إلاّ إذا رأى بنفسه أو سمع بحواسه،

فهنا يشهد على يقين تام بعلم، كما إذا حضر البيع ورأى دفع الثمن. "شهادة مباشرة".

وهي الشهادة التي سبق الكلام عنها.

**الشهادة على الشهادة:** وهي موضوع هذا المبحث:

**المطلب الأول: معناها وحكمها وما تقبل فيه:**

(1) أنظر فيما سبق: الهداية: 117/3. منح الجليل: 402/8. مغني المحتاج: 388/4، 404. الكافي لابن قدامة: 100.

(1) أنظر في هذا المبحث: الهداية: 128/3. منح الجليل: 495/8. مغني المحتاج: 452/4. الكافي: 233/6. المغني:

199/14.

ومعناها أنّ الذي يشهد أمام القاضي لم ير ولم يسمع بنفسه، وإنّما سمع من شخصٍ آخر أشهده. والعلماء أجازوها استحساناً لا قياساً، فلا نقيس الشهادة الفرعية على الشهادة الأصلية، لأنّ الشهادة الأصلية عمل ديني فرضه الله على عباده والنيابة لا تجري في العبادة.

وكذلك فيها زيادة احتمال، وفيها شبهة من حيث البدلية، لأنّها قائمة مقام الشاهد الأصلي فلا يصر إلى الفرع إلا إذا عجز الأصل عن الشهادة. ووجه الاستحسان: أنّ الحاجة ماسة إليها، لأنّ الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لموت أو مرض أو غيبة أو بعد مسافة.

**وتعريف الشهادة على الشهادة:** (أن يشهد شاهد: أنّ غيره يشهد بالحق الفلاني، مع كون الشاهد الفرع لم ير ولم يبصر الحق المشهود به، وإنّما شهد أنّ غيره يشهد بكذا، كالناقل عن الشاهد الأصلي).

#### **حكم الشهادة على الشهادة:**

حكمها الجواز، بمعنى أنّنا نقبلها للحاجة، مع أنّ المفروض عدم قبولها، لاحتمال وجود الكذب من حامل الشهادة، لأنّه فرع عن الأصل، لم يسمع ولم ير الواقعة التي يشهد عليها. لكننا مضطرون إلى قبول شهادة الفرع، فقد يكون الشاهد الأصلي يتعذّر حضوره لسفر أو نحوه. فإذا لم نقبل شهادة الفرع فإنّه ينتج عنه ضياع الحقوق والضرر على الناس، فهي جائزة؛ لأنّ الحاجة داعية إليها، لأنّها لو لم تُقبل لتعطّلت الشهادة على أمور كثيرة.

**ما تُقبل فيه الشهادة على الشهادة:** الشهادة الأصلية مقبولة مطلقاً، أمّا الشهادة على الشهادة ففيه خلاف فيما تُقبل فيه:

1. **فالأحناف والحنابلة قالوا:** تقبل الشهادة على الشهادة في سائر الحقوق، إلا في الحدود والقصاص، لأنّ الحدود تُدرأ بالشبهات.

فقد ذكر بن قدامة: أنّ ظاهر الكلام أحمد يفيد عدم قبول الشهادة على الشهادة في الحدود والقصاص.

2. **والشافعية قالوا:** تقبل الشهادة على الشهادة في سائر الحقوق، ما عدا الحدود ففيها قولان:

أ. جواز الشهادة على الشهادة في الحدود، لأنّ الحدود تثبت بشهادة الأصول فكذلك في الفروع.

ب . عدم قبول الشهادة على الشهادة في الحدود, لأنّ المراد التوثيق, والحجة يتوصّل بها إلى إثبات الحق, وحقوق الله مبنية على المسامحة.

3. المالكية قالوا: تجوز الشهادة على الشهادة في كلّ شيء تجوز فيه الشهادة الأصلية.

الراجح: قول الأحناف والحنابلة: عدم قبول الشهادة على الشهادة في الحدود والقصاص, لأنّ الحدود تدرأ بالشبهات.

#### المطلب الثاني: كيفية الشهادة على الشهادة:

- أما بالنسبة للتحمل فكيفيته: أن يقول الشاهد الأصلي لشاهد الفرع: أشهد أن لفلان على فلان كذا, أشهدك على شهادتي هذه, وأمرك أن تشهد على شهادتي, فاشهد. فلا بدّ من إذن الشاهد الأصل للشاهد الفرع, لأنّها استخلاف له.
- وأما بالنسبة للأداء فكيفيته: شهد فلانّ عندي أنّ لفلان على فلان كذا, وأشهدي على شهادته بذلك فأنا بذلك أشهد على شهادته بذلك. فالشاهد الفرع كالنائب عن الأصل فلا بدّ فيه من الاستتابة.

وذكر الحنفية: أنّ الشاهد الأصل إذا حمل الشاهد الفرع الشهادة, وهناك غيره يسمع تلك الشهادة: فإنّه لا يجوز لهذا السامع أن يتحمّل تلك الشهادة لأنّه لم يحمله إيّاها<sup>(1)</sup>.

وعند المالكية: قولان في هذا: قولٌ أنّه يشهد بما سمع, وقولٌ أنّه لا يشهد حتّى يشهده شاهد الأصل, كما قال الحنفية.

وقال الشافعية: إنّ الشاهد الأصلي إذا بيّن السبب, كأن قال: اشهدوا أنّ لفلان بن فلان على فلان كذا من ثمن, بيع أو غيره, فهنا لا حاجة للإذن بل يشهد بما سمعه. أمّا إذا لم يبيّن السبب: فلا بدّ من طلب إذن الأصل.

وعند الحنابلة: روايتان رواية كقول الحنفية, ورواية كقول الشافعية.

الراجح: أنّ الشاهد الأصلي إذا شهد بحقّ أمام الناس, ولو لم يحملهم على الشهادة, فإنّه يجوز لهم الشهادة على شهادته إذا قالها بلفظ الشهادة وبيّن السبب, لأنّ الحاجة والضرورة تدعو إلى قبولها إذا عدم الأصل خوفاً من ضياع الحقوق.

المطلب الثالث: شروط الشهادة على الشهادة:

(1) الهداية: 118.

1. تعذر شهود الأصل.

2. العدد في شهود الفرع.

3. وهناك قيودٌ على الشهادة سنتكلم فيها.

**أولاً: تعذر شهود الأصل:**

فلا تسمع شهادة الفروع إلا إذا تعذرت شهادة الأصول بسبب موت أو غيبة أو مرض يعجزه عن الحضور إلى مكان الشهادة.

والعبرة في عدم حضورهم هي المشقة، وهذه المشقة أمرها متروك للشاهد نفسه، فإذا عجز مادياً أو بدنياً أشهد على شهادته، وفي حالة المضارة قد يتحمل النفقة المشهود له، فقبول شهادة الفرع لدفع الضرر والمشقة، قال تعالى: ( ولا يضار كاتب ولا شهيد ) [ البقرة: 282].

**ثانياً: العدد المطلوب في شهود الفرع:**

**. محل الخلاف:**

**1. الأحناف:** أن يتحمل عن كل واحد من شاهدي الأصل (اثنان)؛ لأنه إخراج لما في ذمة الشاهد الأصلي حتى يثبتوه والإثبات لا يكون إلا باثنين، فمثلاً إذا كان شهود الأصل اثنين فهنا يكون شهود الفرع أربعة.

لكن إذا تحمّل اثنان من أحد الأصول ثم ذهب الاثنان وتحمّل من الأصل الثاني: فقال الأحناف تصحّ لأنهم تحمّلوها مستقلة.

**2. المالكية:**

. أن يتحمل عن كل واحدٍ من الأصل الاثنان في غير الزنا الحنفيّة.

. أمّا في الزنا فلا بدّ أن يشهد كلُّ شاهدٍ من أصل أربعة حتى لا تشيع الفاحشة بين

المسلمين.

**3. الشافعيّة:**

. إذا تحمّل عن كل واحد من شاهدي الأصل اثنان من الفروع صحّت الشهادة

كالحنفيّة.

. لكن لو تحمّل اثنان من أحد الأصول ثم ذهب الاثنان وتحمّل من الأصل الثاني

(وهي الصورة السابقة عند الحنفيّة) فعند الشافعيّة رأيان:

**1.** رأي يجوز لأنه إثبات لقول اثنين تحمّلوه ( موافق للحنفيّة).

**2.** رأي لا يجوز لأنّ الفرعين قاما مقام شاهد واحد في حق واحد فلا يجوز.

- الحق يثبت من الأصول بشاهد وامرأتين فعند التحمّل ماذا نصنع ؟ للشافعية رأيان:
  1. أخذوا بالأصل, فلا بدّ من شاهدين على الأصل وشاهدين على الفرع.
  2. أخذوا بالعدد فلا بدّ أن يشهد على الأصول عن كلّ أصل اثنان, فعلى الرجل اثنان, وعلى المرأة اثنان, فيكون العدد ستّة.
- 4. الحنابلة: روايتان:

- الرواية المشهورة: لا بدّ أن يشهد عن كلّ واحد من الأصول شاهد فرع واحد, لأنّ الفروع نائبون عن الأصل, والنيابة لا تتعدّد.
- رواية أخرى: موافقة للجمهور: لا بدّ أن يشهد على شهود الأصل اثنان.
- الراجح: الرواية المشهورة عن الحنابلة لأنّ فيها تيسيراً وعدم ضياع الحقوق, ولأنّ النائب واحد فكذلك الفرع واحد.

#### ثالثاً: بعض القيود تكون في الشهادة على الشهادة:

- الأصل: قبل شهادة الأصول, فلا يقبل إلاّ من شخص رأى وسمع, لكن للضرورة حتّى لا يضيع الحقّ أخذنا بالشهادة على الشهادة.
- وكما قال الأحناف: نأخذ بها كي نظهر الحق.
- لكن هناك قيود تردّ تجعل شهادة الفرع لا تقبل.
- المالكية: أن لا يطرأ على الشاهد الأصلي فسق أو عداوة بينه وبين المشهود عليه قبل أداء الشهادة, وأن لا يكذب الأصل فرعه قبل الحكم.
- الشافعية والحنابلة: قالوا مثل المالكية وأضافوا:

- أن يقوم شهود الفرع بالشهادة, وشهادة الأصل ما لم يصبهم في شهادتهم ما يقدر فيهم.
- ومعنى آخر: لا بدّ من استمرار العدالة وغيرها في الشهود المطلوبة فيهم في شهود الأصل والفرع.
- وقالوا: لا بدّ أن يسمّى شهود الأصل شهود الفرع حتّى يستطيع الخصم معرفتهم فيجرّحهم.
- زيادةً على ما سبق كلّّه: عدم إنكار الأصول لشهادة الفروع.

#### المبحث الثاني

#### كتاب القاضي إلى القاضي<sup>(1)</sup>

#### المطلب الأوّل: معناه وكيفيته:

(1) أنظر في هذا المبحث: الهداية: 105/3, 130 منح الجليل: 363/8. كفاية الأختار: 823. الكافي لابن قدامة: 128/6.

يعتبر كتاب القاضي إلى القاضي ضرباً من ضروب الشهادة, لأن المقصود بالشهادة إثبات أمام القضاء يحصل به صاحبه على حقه.

**وكيفيته:** أن يكون الإدلاء بالشهادة أمام القاضي لإثباتها وتسجيلها فقط, كأن يكون الشهود في بلد ويتعدّر حضورهم إلى البلد التي فيها القاضي مقرّ النزاع, فيقوم القاضي بأخذ الشهادة وإرسالها إلى المحكمة المختصة ليفصل فيها القاضي في معروض. وحكم كتاب القاضي إلى القاضي الجواز استحساناً لا قياساً, للضرورة, فهو يشبه في حكمه الشهادة على الشهادة.

#### • ما يقبل فيه كتاب القاضي إلى القاضي:

**1. الأحناف:** قبلوه في كلّ شيء إلا الحدود والقصاص, لأنّ الحدود تدرأ بالشبهة, فالفرع فيه شبهة وهو كتاب القاضي.

**2. المالكية:** قبلوه في كلّ شيء.

**3. الشافعية:** 1. قبلوه في حقوق العباد دون حقوق الله, لأنّ حقوق العباد مبنية على المشاحة, وحقوق الله مبنية على المسامحة مثل الحدود.

2. وهناك رواية عندهم: كالمالكية قبلوه في كلّ شيء.

**4. الحنابلة:** لا يقبل في حق الله, وأمّا الأحوال الشخصية فيها رأيان:

1. يلحق بحق العبد فيجوز فيه كتاب القاضي إلى القاضي.

2. يلحق بحق الله فلا يجوز فيه كتاب القاضي إلى القاضي.

#### المطلب الثاني: شروط كتاب القاضي إلى القاضي:

**1. الأحناف:** لا يقبل إلا إذا شهد به رجلان ( أو رجل وامرأتان). وهذا

للتثبت. فيقرأ القاضي الكتاب على الشهود حتى يعلم ما فيه ثم يختم, وأبو يوسف قال: لا داعي للختم.

**2. المالكية:** لا يثبت إلا بشاهدين ذكور, إلا سحنون قال: بأربعة في الزنا.

**3. الشافعية:** لا يقبل إلا بشاهدين ذكور.

**4. الحنابلة:** يشترط أن يشهد شاهدان عدلان. فلا بدّ من لفظة أشهد,

ويشترط أن يكتب القاضي في محل ولايته, وأن يذهب إلى القاضي الآخر في ولايته.

#### المبحث الثالث

## الاستفاضة ( التسمع ) (1)

**المطلب الأول: معناها وحكمها:**

هي كالشهادة على الشهادة, من ناحية أنّ الشاهد لم يعاين الشهادة بأحد حواسه, وهما متفقان من هذه الناحية. ومختلفان: في أنّ الشهادة على الشهادة أنّه سمعها من غيره, ويكون الذي حمّله رأى الواقعة أو سمعها, بخلاف الاستفاضة: فإنّه يشهد بما تواتر واشتهر عند الناس.

### • حكمها:

الجواز, لأنّ هناك أموراً يصعب أن يراها الناس, وإنّما عرفت عن طريق التواتر واشتهرت عند الناس. ولو لم تجز الشهادة بالاستفاضة لأدّى إلى التضيق, كالنسب, ولذا كان علينا الأخذ بها, ومن هنا لو لم نعتبرها في النسب لما عرف أحد أباه أو أمّه أو أقربائه.

. قيل لأحمد: تشهد أنّ فلانة امرأة فلان؟ قال نعم إذا كان مستفيضاً, أشهد أنّ فاطمة رضي الله عنها ابنة النبي ﷺ وخديجة زوجته.

**المطلب الثاني: ما تقبل فيه الشهادة بالاستفاضة:**

. اختلف فيها, لأنّ الأصل في الشهادة اليقين, أما هنا فقد قبلت للحاجة والاستحسان.

• فالأشياء التي تقبل فيها الشهادة بالاستفاضة:

### 1. قال الحنفية:

تقبل شهادة الاستفاضة بالنسب, والنكاح, والموت, وأصل الوقف وشرائطه, والولاية, والدخول بالزوجة, والمهر, على خلاف بينهم في بعض هذه المسائل, فهي ليست محل اتفاق في المذهب.

### 2. وقال المالكية:

إنّ الشهادة بالسمع الفاشي جائزة للضرورة, فلا بدّ أن يقول الشاهد بها: لم أزل أسمع من أهل العدل وغيرهم.

وقد اعتبروا هذه الشهادة في أمور كثيرة, بعضها سبق ذكره وأخرى لم نذكرها وسنذكرها.

1. العزل: عزل الوالي فلان, أو الوكيل بالشهادة, فيبطل حكم القاضي وحكم الوكيل.

(1) أنظر في هذا المبحث: الهداية : 119/3. منح الجليل: 476/8. مغني المحتاج: 448/4. الكافي: 224/6.

2. **التجريح:** أن يشهد أنّ فلاناً شارب خمر وهو لم يره.

3. **الكفر:** لم نزل نشهد بالسماع الفاشي بكفر فلان.

4. **السفه:** نشهد بأنّه سفه.

5. **النكاح:** ذكرناه هنا لأننا ذكرناه عند الحنفية لأنه عند المالكية زيادة:

أ. أجاز المالكية الشهادة بالسماع في النكاح لإثباته, وقد زاد هذا القيد

المالكية.

ب. رأي: إذا كان الزوجان متفقين.

6. **الخلع:** تجوز بالسماع لإثباته بأن يشهد أنّ فلاناً خالع زوجته, فيثبت الطلاق دون

العرض, لأنّ العرض مال فلا بدّ من إثبات شهادته.

7. **الضرر:** من أي الزوجين إذا كان الضرر ناشئاً موجباً للتفريق, فتقبل الشهادة فيه

ولو لم يحضره الشهود.

8. **الهبة:** تجوز بالسماع الفاشي فيشهد أنّ فلاناً وهب فلاناً كذا.

9. **الوصية:** تجوز بالسماع الفاشي فيشهد أنّ فلاناً موصٍ لفلان.

10. **الولاية:** تجوز بالسماع الفاشي فيشهد أنّ فلاناً مولياً لفلان.

11. **الحرابة:** تجوز بالسماع الفاشي فيشهد على أنّ الشخص مازال محارباً.

12. **الإعسار:** والأسر والموت والرضاع والقسم والشهادة والقتل والتعديل والإسلام

والشهادة بالملك والشهادة بالموت.

قال الدسوقي: جملة ما يقبل فيه الشهادة بالاستفاضة ثلاثون مسألة.

### 3. الشافعية:

فقالوا بالاستفاضة لأنّ هناك حالات يتعدّر اليقين فيها فيكفي الظن بالغالب,

فقالوا بالاستفاضة في أمور سبق ذكرها عند المالكية والحنفية, وسنذكر التي لم تذكرها

المذاهب الأخرى أو خالفوا فيها.

• **النسب:** فيجوز الشهادة بالاستفاضة والشهرة والمفقود بالنسب, النسب إلى الأجداد

المتوفين, لعدم تحقّق الرؤية فيهم, كما يشترط ألا يعارض المنسوب إليه هذا النسب,

فإن عارض لم تجز الشهادة.

• **الموت:** يثبت بشهادة الاستفاضة لأنّ أسبابه كثيرة بعضها يظهر وبعضها يخفى,

وليس سهلاً الاطلاع عليه سهلاً أو ممكناً.

- **الزوجة والوقف:** هذه محل خلاف: بعضهم قال بعدم جواز شهادة الاستفاضة فيها وبعضهم قال بجواز ذلك.
  - **الملك:** وهو محل خلاف: فبعضهم أجاز الشهادة فيه إذا عرف سبب الملك, وبعضهم منع قبول الشهادة فيه بالسماع, لأن أسبابه غير متعدّرة.
  - **ولاية القضاء واستحقاق الزكاة والرضاع والجرح والتعديل والرشد:** فهذه أمور محل خلاف في المذهب فمنهم من لم يجز فيها الشهادة بالسماع, ومنهم من أجازها.
- 4. الحنابلة:**

ذكر ابن قدامة إجماع أهل العلم على صحّة الشهادة بالاستفاضة وقبولها فيما تضافرت به الأخبار واستقرّت معرفة قلب الشاهد به.

وذكر الحنابلة أنّ ما تجوز الشهادة فيه بالاستفاضة أمور عديدة مثل: النسب, والولادة, والنكاح, والملك المطلق, والوقف ومصرفه, والموت, والولاية, والعزل, واستدلّوا على جواز الشهادة في هذه الأمور: لأنّ الشهادة بالمعينة تتعدّر هنا.

- **النسب:** قال ابن المنذر: لا أعلم أحداً من أهل العلم منع الشهادة فيه بالاستفاضة, لأنّ في عدم قبولها اختلاطاً للأنساب, ولم يعرف الشخص أباه ولا أمّه.

- **الموت:** تجوز الشهادة فيه بالاستفاضة عن طريق الموت, لأنّ الموت قد لا يباشره إلاّ واحدٌ, ولو اقتصرنا على المعينة لأدّى إلى التعدّر.

- **الملك المطلق:** تجوز الشهادة فيه بالاستفاضة من غير بيان السبب, ولو اقتصرنا على الشهادة المباشرة لأدّى إلى التعدّر وهذا فيه عسرٌ وجرح. بخلاف الملك لسبب: فلا تكفي فيه الشهادة بالاستفاضة, لأنّه معروف السبب.

- **العزل والولاية:** تكون الشهادة بالاستفاضة في هذه الأمور لأنّ هذه الأمور تنتشر بسرعة, فتقبل الشهادة بالاستفاضة هنا.

- **النكاح والخلع والطلاق والوقف:** أجازوا فيها الشهادة بالاستفاضة على الوقف وشروطه.

**المطلب الثالث: شروط قبول شهادة الاستفاضة:**

**1. قال الأحناف:** تجوز الشهادة بالاستفاضة إذا أخبره عدلان, أو رجلٌ وامرأتان مع تواتر ذلك الخبر, واشتراط لفظ الشهادة.

وتذكر بعضهم أنه يكفي بإخبار عدل واحد أو واحدة في الموت, لأنّ الموت قلّ من يحضره.

أمّا النسب فقالوا: لا بدّ أن يشهد على ذلك جماعة يستحيل تواطؤهم على الكذب. وقال صاحبان: إذا أخبر به عدلان جاز ذلك.

## 2. وقال المالكيّة: تقبل شهادة السماع إذا توفّرت فيها الأمور الآتية:

1. طول الزمان: وحدّد بعضهم طول الزمن بعشرين سنة في غير الموت. أمّا الموت فاشتروا أقصر زمن, لأنّ طول الزمن مبطل لقبول الشهادة به.
2. انتفاء الريبة: لأنّ الريبة تؤدّي إلى عدم قبول الشهادة.
3. حلف المشهود له: وهذا شرك بأن يحلف المحكوم له سماعا, لأنّ شهادة السماع ضعيفة فطلب حلف المحكوم له.
4. العدد: أن يشهد رجلان, وقال بعضهم لا بدّ فيه من أربعة.
5. الذكورة: ومعنى ذلك عدم قبول الشهادة من النساء فيها.

## 3. وقال الشافعيّة:

يشترط لقبول الاستفاضة: أن يسمع من جمع غفير يقع في نفسه صدقهم وعدم كذبهم, وهو الراجح من مذهبهم. وقال بعضهم: يكفي السماع من عدلين إذا سكن القلب إليهم.

## 4. وقال الحنابلة:

1. الشهادة بالاستفاضة تكون من عدد يقع العلم بخبرهم.
  2. وقال بعضهم بعدم التواتر في شهادة الاستفاضة.
  3. وقال بعضهم: إذا أخبره عدلان فإنّه يثبت بالاستفاضة, وهو موافق للحنفيّة والمالكيّة.
  4. صاحب الإنصاف قال: إذا أخبره واحد فإنّه يثبت بالاستفاضة.
  5. وقال بعضهم: إذا أخبره جماعة بموت فلان فهو شهادة.
- نقول: من خلال بحث المسألة: اتّضح أنّهم متّفقون في أنّه يكفي للشهادة بالاستفاضة رجلان عدلان, وهو رأي الجمهور, وهناك روايات لكلّ مذهب أنّه يكفي واحد, أو فلا بدّ من جمع غفير.

## المبحث الرابع

## الرجوع عن الشهادة والتزكية (1)

**المطلب الأول: حالاتها:** لها ثلاث حالات سنفصلها في آراء العلماء.

**أ . الحالة الأولى:** إذا رجع الشهود عن الشهادة قبل الحكم (القضاء) فإنه يصح الرجوع. لأن رجوعهم دليل على تناقض الشهادة بين إثبات ونفي, ولا يدري القاضي: أصدقوا في الأولى أو الثانية, فينتفي ظنّ الصدق.

وهو موضع اتفاق الأئمة, إلا قولاً عن الشافعية بعدم صحته.

**ب . الحالة الثانية:** إذا رجع الشهود عن الشهادة بعد الحكم وقبل التنفيذ: فإنه ينظر

في حال الشهود من حيث العدالة:

**قال الحنفية:** إن كانت حالهم حين الرجوع أفضل من حال الأداء, صح رجوعهم وينقض الحكم, لكن يعزّر الشاهد. وإن كانت حالهم حين الرجوع كحالهم أو أقل منها وقت الأداء لا يصح رجوعهم, ولا ينقض الحكم, لكن يعزّر الشاهد.

**وقال المالكية:** صح رجوعهم ونقض الحكم, لاحتمال كذبهم في شهادتهم.

**وقال الشافعية والحنابلة:** إذا كان المشهود به حداً أو قصاصاً: لم يجز التنفيذ, بمعنى أنه صح رجوعهم, لأن الحدود تدرأ بالشبهة, فرجوعهم شبهة. وإذا كان المشهود به مالاً: فإنه ينفذ الحكم, لأن الشبهة لا تؤثر فيه.

**ج . الحالة الثالثة:** إذا رجع الشهود عن الشهادة بعد الحكم وبعد التنفيذ, فإن الحكم ينفذ ولا ينقض, لأن آخر كلامهم يناقض أوله, فدلالة الشهادة على الحق ودلالة الرجوع عن الشهادة على حدّ سواء, فليس أحدهما أولى من الآخر, فيكون قوله . وهو الشهادة بالحق أولى . لاتصاله بالحكم. وهو موضع اتفاق لدى الجميع.

**تضمن الشهود:** يضمن الشهود برجوعهم ما ترتب على المشهود عليه من ضرر, ودلّ على ذلك: ما جاء أنّ رجلين شهدا عند عليّ ٧ على رجل أنه سرق, فقطع عليّ ٧ يده, ثمّ قالوا: أخطأنا ليس هو السارق. فضمّنهما عليّ ٧ عنه دية يده, وقال لو أعلم أنكما تعمّدتما لقطعتهما يديكما<sup>(2)</sup>.

## المطلب الثاني: رجوع الشهود عن الشهادة (الشهود الفروع) والمزكين:

(1) أنظر في هذا المبحث: الهداية: 132/3. منح الجليل: 502/8. مغني المحتاج: 456/4. الكافي: 247/6.

(1) [البيهقي: الجنائيات, باب: الاثنتين أو أكثر يقطعان يد رجل معاً: 41/8. الدارقطني: الحدود والديات وغيرها, الحديث: 3361. المصنّف لابن أبي شيبة: الديات, الرجلان يشهدان على رجل بالحد, الحديث: 7940. ونكره البخاري تعليقاً: الديات, باب: إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب].

## 1. الأحناف:

• إذا رجع شهود الفرع ضمنوا، وذلك لأنّ الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم، فكان التلف مضافاً إليهم.

• وإذا رجع شهود الأصل، أو قالوا لم نشهد الفروع على شهادتنا:

أ. قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا ضمان عليهم أي الأصول، أي ولا يبطل القضاء، لأنّ إشهاد الأصول للفروع كان في غير مجلس القضاء فلا يكون سبباً للتضمن عند الرجوع.

ب. وقال محمد: ضمن الأصول، لأنّ الفروع ناقلون لشهادة الأصول.

• إذا رجع الأصول والفروع جميعاً:

أ. قال أبو يوسف وأبو حنيفة: وجب الضمان على الفروع، لأنّ القضاء وقع بشهادتهم.

ب. وقال محمد: المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمنّ الفروع أو الأصول.

لأنّ القضاء وقع بشهادة الفروع وهم ناقلون لشهادة الأصول، إذ لو فسدت شهادة الأصول لما تمكّن الفروع من النقل.

• إن قال شهود الفرع: كذب شهود الأصل أو غلطوا في شهادتهم، لم يلتفت إلى ذلك؛ لأنّ ما أمضي من القضاء لا ينقض بقولهم، ولا يجب الضمان عليهم في الوقت نفسه.

• وإذا رجع المزكّون عن التزكية:

1. ضمنوا عند أبي حنيفة: بعد القضاء بالمال، لأنّ علّة التزكية هي علّة إعمال الشهادة فصار التلف مضافاً إلى التزكية.

2. وقال صاحبان بعدم الضمان: لأنّهم أثتوا على الشهود خيراً، والحكم وقع بالشهود لا بالمزكّين.

## 2. المالكية:

• إذا شهد أربعة بالزنا واثنان بالإحصان، ورجم المشهود عليه، ثمّ رجعوا كلّهم، فإنّه لا غرامة على شهود الإحصان، لأنّهم لم يضيفوا عيباً على الزواج، والغرامة كلّها على شهود الزنا.

• كما لا غرامة على المزكّي إذا رجع هو وشهود الأصل، فالغرامة على الشهود، لأنّ الحق قام بسببهم فكانت الغرامة عليهم.

## 3. الشافعية:

• إذا رجع مزكّي عن تعديل الشهود:

1. فالأصحّ عندهم: أنّه يضمن, لأنّه بالتركيّة يلجئ القاضي إلى الحكم المفضي للقتل.
  2. وعندهم قولٌ بعدم ضمان المزكّي.
- وإن رجعوا كلّهم: غرّم شاهد الفرع, لأنّ الحكم وقع بشهادتهم في الوقت نفسه.

#### 4. الحنابلة:

- جاء في المغني: ( إن شهد شاهدا فرع على شاهدي أصل, فحكم الحاكم بشهادتهما, ثمّ رجع شاهدا الفرع فعليهم الضمان جميعاً).
- وهناك رواية بعدم الضمان على الأصول, لأنّ الحكم تعلّق بشهادة شاهدي الفرع.
- وإذا رجع المزكّي: فلا غرم عليه لأنّ الحكم تعلّق بشهادة الشهود, ولم يتعلّق بالمزكّين لأنّهم أخبروا بظاهر حال الشهود.
- ولو زكّي الشهود ثمّ ظهر فسقهم: ضمن المزكّون في حالة ظهور الفسق دون الرجوع<sup>(1)</sup>.

#### • نلاحظ هنا في (المزكّي):

1. أنّ المزكّي لا يضمن وهو قول أكثر الفقهاء, فهو عند المالكيّة والحنابلة والصاحبان من الحنفيّة ورواية عن الشافعيّة.
2. الأصح عند الشافعيّة: أنّه يضمن, وهو قول أبي حنيفة.

#### المطلب الثالث: شهادة الزور:

- شهادة الزور من أكبر الكبائر قال تعالى: ( واجتنبوا قول الزور ) [ الحج: 30 ]. ولما جاء عن النبي ع أنّه قال: " ألا أنبئكم بأكبر الكبائر " قلنا: بلى يا رسول الله, قال: " الإشرار بالله, وعقوق الوالدين, ألا وشهادة والزور, ألا وقول الزور " فما زال يكرّرها حتّى قلنا يا ليتته سكت<sup>(2)</sup>.
- فإذا ثبت عند الحاكم أنّه شهد بزور عمداً عزّره الحاكم وشهر به. هذا في قول أكثر العلماء.

#### آراء العلماء في شهادة الزور:

1. إذا شهد الشهود عند القاضي, ثمّ بان أنّهم زور, بأن أقروا, فلا يخلوا:  
أ. إن كان جلدأ: فلا ضمان فيه.

(1) أنظر المغني: 255/14 وما بعدها.

(2) [ البخاري: الشهادات, باب: ما قيل في شهادة الزور, رقم: 2511, مسلم: الإيمان, باب: الكبائر وأكبرها, رقم: 87 ].

ب . إن كان المشهود به قتلاً وقطعاً: فعليه الدية عند الحنفية، لأن القتل بالسبب لا يوجب القصاص عندهم.

وقال المالكية بمثل قول الحنفية، على الراجح عندهم. وفي قول آخر عندهم في القتل: يجب القصاص، إذا كانا قد تعمدا، لأنهما قتلا نفساً بغير شبهة. وهو قول الشافعية والحنابلة رحم الله تعالى الجميع.

### حكم شاهد الزور إذا تاب:

1. قال الجمهور: إذا تاب شاهد الزور وتبين صدقه وعدالته قبلت شهادته.
2. وقال مالك: إذا تاب شاهد الزور لا تقبل شهادته أبداً، لأنه لا يؤمن منه العود مرة أخرى<sup>(1)</sup>.

## المبحث الخامس

### القضاء بشاهد ويمين<sup>(2)</sup>

#### المطلب الأول: مشروعيته ومن يقبل فيه من الشهود:

. اتفق جمهور الفقهاء . المالكية والشافعية والحنابلة . على أن القضاء بشاهد ويمين المدعي وسيلة من وسائل الإثبات أمام القضاء .

. لكنهم اختلفوا في جواز القضاء بامرأتين ويمين:

1. فقال بالجواز المالكية، والحنابلة في قول عندهم.
2. وقال بالمنع الشافعية، والحنابلة في قولهم الآخر.

#### أدلة المجوزين:

القياس حيث قاسوا المرأتين على الرجل، بجامع قبول شهادة كلّ منهما، فكما يجوز شهادة الرجل ويمين المدعي فكذلك المرأتين مع اليمين. وقالوا: الدليل على ذلك قوله تعالى: (فرجل وامرأتان ) [البقرة: 282]. وقوله ρ " شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل " <sup>(3)</sup>. كما أنه ليس في الكتاب والسنة والإجماع ما يمنع ذلك.

**أدلة المانعين:** أن شهادة المرأتين ضعيفة، فانجبرت بانضمام الرجل إليها، كما أن الإثبات باليمين ضعيف، فالإثبات بامرأتين ويمين معناه ضمّ الضعيف إلى ضعيف، فلا يقبل.

(3) أنظر في هذا المطلب: الهداية: 130/3. الفواكه الدواني: 109/2. مغني المحتاج: 439/4. الكافي: 210/6.

(1) أنظر في هذا المبحث: الدرر الحكام: 333/2. مغني المحتاج: 443/4. الفواكه الدواني: 302/2. الكافي: 125/6.

(2) [ البخاري: الشهادات، باب شهادة النساء، رقم: 2515. مسلم: الإيمان، باب: نقصان الإيمان بنقص الطاعات، رقم: 79].

## • والدليل على ضعف المرأتين:

1. من ناحية أنّ الرجل مع الرجل أقوى من الرجل مع المرأتين, لقبول شهادة الرجلين في الحدود, ولا كذلك في الرجل والامرأتين, وهذا محل اتفاق.
  2. عدم قبول أربع نسوة في مقام الرجلين في بعض الحقوق, بخلاف الرجلين.
- والدليل على ضعف اليمين أنّ الشهادة عامّة تقدّم على اليمين في الإثبات, لأنّ اليمين لا تكون بعد نكول المدعى عليه, فاليمين ضعيفة لا ترقى إلى مرتبة الشاهد.

## المطلب الثاني: ما يقضى فيه بشاهد ويمين:

يقبل في الأموال وما يؤول إليها, ولا يجوز في غير ذلك من الحدود والقصاص, لأنها تدرأ بالشبهة, ولا يجوز في الأحوال الشخصية مثل النكاح والطلاق والرجعة.

وقد دلّ على هذا:

ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما: أنّ رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد. قال عمرو . أي ابن دينار رواية عن ابن عباس .: في الأموال. أي إنّ رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد في الأموال<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثالث: الأقوال في الشاهد واليمين:

1. علمنا أنّ الجمهور قالوا بجواز القضاء بشاهد ويمين.
2. وخالف في ذلك الأحناف فقالوا بمنع القضاء بشاهد ويمين.

## • دليل الجمهور: السنّة والإجماع:

**1- السنّة:** من ذلك حديث ابن عباس رضي الله عنهما السابق: أنّ رسول الله ﷺ قضى بيمين مع الشاهد.

وهذا الحديث صحيح يجوز الاحتجاج به, قال فيه الشافعي: هذا الحديث ثابت لا يردّه أحدٌ من أهل العلم لو لم يكن فيه غيره, مع أنّ فيه غيره ممّا يشدّه, قال فيه النسائي: هذا الحديث إسناده جيّد, وقال البزار: في الباب أحاديث حسان أهمّها حديث ابن عباس. قال ابن عبد البر: لا يطعن أحدٌ في إثباته.

وقد ردّ المانعون على الحديث أنّ فيه عمرو بن دينار, وهو ضعيف.

(1) [مسلم: الأفضية, باب: القضاء باليمين والشاهد, رقم: 1712. وفي مسند الشافعي: ومن كتاب اليمين مع الشاهد الواحد: 149].

فردّ المجوّزون: بأنّ هذا الحديث جاء من طريق آخر, كما أنّ عمرو بن دينار ثبت لنا صدقه.

## 2. الإجماع:

فقد قضى به عمر, وعلي, وأبو بكر, وأبي بن كعب, ولم يخالفهم فيه أحد, فكان هذا إجماعاً.

### • دليل الحنفية: الكتاب والسنة والمعقول:

1- الكتاب: قوله تعالى: ( واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) [البقرة: 282].

قالوا: الآية ذكرت الإثبات بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين, ولم تذكر الشاهد واليمين منهما, والإثبات بهما زيادة على النص, والزيادة على النص نسخ, ونسخ القرآن لا يجوز بخبر الواحد.

### . اعترض المجوّزون على هذا:

أ. أنّ دلالة الآية على عدم جواز الحكم بشاهد ويمين إنّما هو بالمفهوم, أي بمفهوم المخالفة<sup>(1)</sup>, والحنفية لا يقولون به.

ب. أنّ الزيادة على النص ليست نسخاً عند الجمهور, بل هي بيان وهنا الحديث مبين للكتاب, لأنّ الله قال: ( وما آتاكم الرسول فخذوه) [الحشر: 7]. وقد اتفق المسلمون على كثير من الأحكام التي جاءت بها السنة زائدة على القرآن, مثل الجمع بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها, وقد أخذ بها الحنفية أنفسهم لأنها مبينة للكتاب.

## 2. السنة:

- عن ابن عباس رضي الله عنهما: أنّ النبيّ ﷺ قال: " لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى أناس دماء أناس وأموالهم, ولكن اليمين على المدّعي عليه".  
وفي رواية البيهقي: " ولكنّ البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر " (2).

(1) المراد به أن يفهم من النص عكس حكم المنطوق به للمسكوت عنه.

(2) [ البخاري: التفسير, باب: ( إنّ الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم) (آل عمران: 77) ] رقم: 4277.  
مسلم: الأفضية, باب: اليمين على المدّعي عليه, رقم: 1711. البيهقي في السنن الكبرى: الدعوى والبيّنات, باب: البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعي عليه: 252/10.

- قالوا: الألف واللام في (البيّنة) للجنس وكذلك في (اليمين) الألف واللام للجنس, فالحديث جعل جنس البيّنة على المدّعي, وجنس اليمين على المدّعي عليه, فلا تقبل البيّنة من المدّعي عليه, ولا تقبل اليمين من المدّعي.

### **اعترض المجوّزون على هذا باعتراضات كثيرة:**

1. أنّ الحكمة في جعل البيّنة على المدّعي واليمين على المنكر: لأنّ جانب المدّعي ضعيف, فكلف بالحجّة القويّة وهي البيّنة, فإذا شهد له شاهد فقد قوي جانبه على المدّعي عليه المتمسك بالبراءة الأصليّة, واليمين تكون في جانب أقوى المتداعيين.

2. وإذا سلّمنا بكون اليمين على المدّعي عليه بالحديث الذي ذكرتموه: فإنّ اليمين التي على المدّعي عليه هي اليمين الدافعة, وهذه لا تحوّلها إلى المدّعي, فاليمين مع الشاهد من نوع آخر وهي اليمين الجالبة. فاليمين الأولى من المدّعي عليه للنفي, ومن المدّعي للإثبات, ويمين المدّعي جزء من الحجّة, ويمين المدّعي عليه هي الحجّة كلّها.

3. منع الجمع بين الشاهد واليمين مأخوذاً من مفهوم المخالفة للنصوص, والحنفيّة لا يقولون بمفهوم المخالفة كما سبق, على أنّ المفهوم إذا عارضه منطوق لم يعمل به, والقضاء بشاهد ويمين ثابت صراحة عن النبي ﷺ وعن طريق عدد كبير من الصحابة.

4. نص الحديث " البيّنة على المدّعي " فلفظ (البيّنة) اسم لكلّ ما يبيّن الحق ويظهره, فيكون الشاهد واليمين داخلاً تحت اسم البيّنة.

5. إنّ أحاديث القضاء بالشاهد واليمين أصحّ وأصرح وأشهر من رواية البيهقي التي لم يوردها أحد من أصحاب الكتب الستّة, ولو كانا في درجة واحدة من الصحّة فيجمع بينهما: أنّ هذه الرواية عامّة, وحديث الشاهد واليمين خاصّة, فيقدّم الخاص على العام.

### **3. المعقول:**

قالوا: إنّ اليمين تقوم مقام الشاهد الثاني, ولو كان كذلك لجاز تقديمه كأحد الشاهدين على الآخر, ولكن لا يجوز تقديمه. أي: اليمين. فلا يصحّ أن يكون قائماً مقامه.

### **اعترض المجوّزون على هذا:**

بأنّ الشاهدين متساويان, فلا مزيّة لأحدهما على الآخر في التقديم والتأخير, أمّا اليمين فإنّما تدخل في القضاء لتقوية جانب الشاهد, وأنّها لا تساوي الشاهد في كلّ وجه. كما أنّ اليمين تعتبر وسيلة احتياطية في الإثبات, فلا نلجأ إليها إلا إذا فقد الشاهد الثاني.

### **الراجع:**

ما ذهب إليه الجمهور القائلون بمشروعية الإثبات بالشاهد واليمين لقوة أدلتهم ودلالاتها الصريحة في ذلك، وقد روى ذلك عن النبي ﷺ عددٌ كبيرٌ من الصحابة، وعدّ حديثه السيوطي في المتواتر، وقد حكم به الخلفاء الراشدون. والقضاء بالشاهد واليمين فيه مصلحةٌ عظيمةٌ، لأنّ فيه محافظةً على الحقوق حين لا يجد المدّعي إلاّ شاهداً واحداً.

وأخيراً: فإنّ القضاء بالشاهد واليمين يعتبر وسيلةً احتياطيةً في الإثبات، ولا نلجأ إليه إلاّ عند فقدان الشاهدين أو الشاهد والمرأتين، وهو عند الشافعي وصحّحه الحنابلة. **والدليل على ذلك:** ما روي عن الرسول ﷺ أنّه قضى بشاهدين، فإذا جاء بشاهدين أخذ حقّه، وإلاّ إن جاء شاهداً واحداً حلف مع الشاهد الواحد.

### الفصل الثالث

#### الإقرار

#### المبحث الأول

تعريف الإقرار وأركانه ومشروعيّته وحكمه وحكمته وشروطه والإقرار بغير النطق<sup>(1)</sup>

المطلب الأول: تعريفه وأركانه:

أولاً: تعريف الإقرار:

. لغةً: الاعتراف، وهو إظهار الحق لفظاً أو كتابةً أو إشارةً.

. اصطلاحاً: للفقهاء تعريفاتٌ مختلفةٌ:

1. الحنفية: " إخبارٌ عن ثبوت حقٍ للغير على نفسه ". عرّفوا الإقرار

بحقيقته.

2. المالكية: " خبرٌ يوجب صدقه على قائله فقط بلفظه أو بلفظ نائبه "

عرّفوا الإقرار بلازمه.

3. الشافعية: " إخبارٌ عن حقٍّ سابقٍ على المخبر ". فيه عموم.

4. الحنابلة: " الاعتراف وهو إظهار الحق لفظاً أو كتابةً أو إشارةً " موافقٌ

للغة، وهو غير مانع لأنّه يقتصر على المعنى اللغوي.

. المختار: تعريف الحنفية؛ لأنّه جامعٌ مانعٌ؛ ولأنّه عرّف الإقرار بحقيقته.

(1) أنظر في هذا المبحث: تبين الحقائق: 2/5، شرح حدود ابن عرفة للرصاص: 332. نهاية المحتاج للرملي: 64/5. كشاف الفناع:

290/4. الكافي: 255/6. وانظر وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد الزحيلي: 233.

• أما المالكيّة: فعرفوا الإقرار بلازمه, والتعريف بالحقيقة يقوم على التعريف باللازم.

• وتعريف الشافعيّة: فيه عموم.

• وتعريف الحنابلة: فيه عموم لدخول غيره فيه, ولأنّه يقتصر على المعنى اللغوي, وعلى هذا يجب أن نعرّفه بتعريف جامع, هو: " إخبار الشخص على نفسه لآخر".

ثانياً: أركان الإقرار: اختلف الفقهاء في ركن الإقرار:

1. قال الحنفيّة: إنّ ركن الإقرار هو الصيغة, وهو اللفظ الدالّ على معناه صراحةً أو دلالةً أو إشارةً.

2. وقال جمهور الفقهاء: إنّ للإقرار أربعة أركان: 1. الصيغة. 2. المقر. 3. المقر له. 4. المقر به.

وسبب الخلاف:

. هو أنّ الحنفيّة يعرفون الركن بقولهم: " ما توقّف عليه وجود الشيء وكان جزءاً من ماهيته.

. والجمهور يعرفون الركن بأنّه ما توقّف عليه وجود الشيء وتصوره في العقل, سواءً

كان جزءاً منه أو لم يكن جزءاً منه. ونلاحظ أنّ المؤدّي واحدٌ عند الأحناف والجمهور.

وسنتناول الأركان الأربعة:

أولاً: المقر: وهو الذي يظهر حقاً لآخر عليه, وقد عبّر بالشخص ليشمل الشخص

الطبيعي والشخص الاعتباري.

ثانياً: المقر له: وهو الذي يصدر الإقرار لصالحه وهو صاحب الحق.

ثالثاً: المقر به: وهو محلّ التقاضي.. وهو الحق الذي أخبر عنه المقر. وهو يشمل

ما يثبت للشخص من دين أو عين أو حقوق أو إبراء أو مقاصّة, سواءً كانت من حقوق الله أو

كانت من حقوق الأدميين إيجابية كانت أو سلبية.

. والحقّ الإيجابي: هو الحق الثابت لغيره عليه مباشرةً.

. والحقّ السلبي: هو الحق الواقع بطريق النفي, كأن يُقرّ بأنّه لا حقّ له على

شخص, وهو يشمل إسقاط الدين والشفعة والعفو عن القصاص, وذلك أنّ المقرّ به كالمدعى

به يصحّ أن يكون وجودياً أو عدمياً, فمن أقرّ بطلاق بائن ثبت بمقابله للمرأة حقّ عدم

تعرض الزوج لها لا في حقوق النكاح, ولا في الرجعة التي لا تثبت بالطلاق البائن.

**رابعاً: الصيغة:** وهي اللفظ أو ما يقوم مقامه مما يدل على الإخبار في ثبوت الحق للغير على النفس، واللفظ قد يكون صريحاً في دلالته، وهو اللفظ الموضوع للإخبار للمقر له مثل: له عليّ. ويكون اللفظ غير صريح في دلالته، بأن يكون اللفظ غير موضوع في معناه الأصلي ولا يدلُّ عليه تلقائياً، وإنما يستلزمه، كأن يقول: لي عندك نقود فيقول أدبتها. وأمّا ما يقوم مقام اللفظ: الإشارة من الأخرس ومعتقل اللسان، والكتابة، والسكوت في بعض الحالات، كسكوت البكر، وسكوت الشفيح بعد علمه بالبيع، وسكوت الوكيل عن التمثيل.

### **المطلب الثاني: مشروعية الإقرار:**

الإقرار سيّد الأدلّة قديماً وحديثاً، وهو الفيصل الحاسم في إنهاء النزاع أمام القاضي، لأنّ المدعى عليه: إمّا أن ينكر وحينئذ يجب على المدعي إحضار الدليل وتهيئة الحجّة بالبيّنات لإثبات حقّه، وإمّا أن يقرّ فيقطع النزاع ويعفي المدعي من عبء الإثبات. ولذلك أجازت الشريعة الإقرار وجعلته وسيلةً من وسائل الإثبات. والدليل على ذلك من الكتاب والسنة والإجماع والقياس.

#### **• الكتاب:**

1. قال تعالى: ( وإذ أخذنا ميثاقكم لا تسفكون دماءكم ولا تخرجون أنفسكم من دياركم ثم أقررتم وأنتم تشهدون ) [ البقرة: 84].  
وجه الدلالة: أنّ الله أقام الحجّة عليهم بإقرارهم بأخذ الميثاق، فالإقرار حجّة في إثبات الحق والتزام صاحبه به.
2. وقال تعالى: ( وإذ أخذ الله ميثاق النبيّن لما أتيناكم من كتاب وحكمة ثمّ جاءكم رسولٌ مصدّقٌ لما معكم لتؤمننّ به ولتنصرنه قال ءأقررتم وأخذتم على ذلك إصري قالوا أقررنا فاشهدوا وأنا معكم من الشاهدين ) [ آل عمران: 81].  
وجه الدلالة: أنّ الله تعالى بيّن أنّ الإقرار حجّة على المقرّ وإلّا لما طلبه منه.
3. قال تعالى ( وليملّ الذي عليه الحق ) [ البقرة: 282].  
وجه الدلالة: أنّ الله أمر المدين بأن يملي الدين الذي عليه للدائن، والإملاء إقرار بالدين، ولو لم يكن الإقرار حجّة لما كان في ذكره فائدة.
4. وكذلك قوله تعالى: ( كونوا قومين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم) [النساء: 135].

والشهادة على النفس هي الإقرار بالحق، وقد أمر به المؤمنون، والأمر للوجوب، وهو ظاهر في مشروعيته وحجّيته.

#### • السنّة:

1. عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني رضي الله عنهما قالوا: جاء أعرابي فقال: يا رسول الله أنشدك الله إلا قضيت لي بكتاب الله. وقال الآخر وهو أفته منه: نعم فاقض بيننا بكتاب الله وأذن لي. وقال إن ابني كان عسيفاً عند هذا فزنا بامرأته، فأخبرت أنّ على ابني الرجم فافتديت منه بولدة ومائة شاة، فسألت أهل العلم فقالوا إنّ على ابني مائة جلدة وعلى امرأته الرجم. فقال الرسول ﷺ " والله لأقضينّ بينكما بكتاب الله ، الوليدة والغنم ردّاً عليك، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام. وأغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ". قال: فغدا عليها فاعترفت فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمت (1).

الحديث صريح في حجّية الإقرار، لأنّ رسول الله ﷺ علّق الحكم برجم المرأة على اعترافها.

2. وعن أبي هريرة ٧ قال: أتى رجل إلى الرسول ﷺ وهو في المسجد فناده وقال: إنّي زنيته، فأعرض عنه، فردّ عليه أربع مرّات، فلمّا شهد أربع شهادات دعاه الرسول ﷺ وقال: " أبك جنون " قال: لا، قال: " هل أحصنت " قال: نعم، فقال النبي ﷺ " إذهبوا به فارجموه " (2).

فالحديث صريح أيضاً في أنّ الإقرار مشروعٌ وحجّةٌ، ويقضى بناءً عليه.

#### • الإجماع:

اتفقت كلمة المسلمين سلفاً وخلفاً على أنّ الإقرار قد عمل به الخلفاء الراشدون والصحابة والتابعون والعلماء منذ زمن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا. وأجمعوا على كون الإقرار حجّة على المقر، سواءً أكان في التعامل أم أمام القضاء.

#### • القياس:

(1) [ البخاري: الشروط، باب: الشروط التي لا تحل في الحدود، رقم: 2575. مسلم: الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنا، رقم: 1697. ]

(2) [ البخاري: الطلاق، باب: الطلاق في الإغلاق والمكره.. وما لا يجوز من إقرار الموسوس، رقم: 4969، 4970. مسلم: الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنا، رقم: 1691. ]

العمل بالإقرار واعتباره وسيلةً من وسائل الإثبات يثبت بالقياس الأولى على الشهادة. فالشهادة إخبار الشخص بحق على غيره، والإقرار إخبار بحق لغيره على نفسه، فقياس الإقرار على الشهادة بجامع أنّ كلاّ منهما إخبار للآخر بحق، ولما كانت الشهادة حجةً شرعيةً في الإثبات يلزم الحكم بها، رغم احتمال الكذب، فكذلك الإقرار حجةً شرعيةً بالأولى، لأنّ احتمال التهمة في الإقرار أقلّ لأنّه لا يكذب على نفسه. وكذلك إذا كنّا نقبل الشهادة بالإقرار، فالإقرار نفسه أولى بالقبول<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث: حكم الإقرار وحكمة مشروعته:

#### أولاً: حكم الإقرار:

**والمراد به:** الأثر المترتب عليه. فمتى صدر الإقرار مستوفياً لشروطه الشرعية ترتب عليه إظهار الحق، وإلزام المقرّ بما أقرّ به، وإلزام القاضي الحكم بموجبه، ولأنّ الإقرار إذا صدر على لسان المقرّ فإنّه يُظهر الحقّ، ويتبين أنّ هذا الحقّ كان ثابتاً من قبل، فيأمر القاضي المقرّ بالخروج من العهدة، وتنفيذ مقتضى الإقرار، ولأنّ القاضي مأمور بالحكم متى ظهر الحق. قال تعالى: ( يا داود إنا جعلناك خليفةً في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ) [ص: 26]. وقال مخاطباً نبيّه محمداً ع ( إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ) [النساء: 105].

**والإقرار يقطع النزاع وينهي الخلاف،** ويجعل المدعى به ثابتاً غير متنازع فيه، ويقتصر القاضي على الأمر بالتسليم ودفع المقرّ به، سواء كان قليلاً أو كثيراً، وليس للقاضي الامتناع عن الحكم أو التوقف، وإلاّ كان أثماً، ولهذا اعتبر الإقرار وسيلةً للإثبات، لأنّ البيّنات والحجّة لإثبات الحق المتنازع فيه، والإقرار هو العمدة، وفيه إثبات الحق دون بيّنات.

#### ومن هذه الأحكام:

أ . الإقرار حجة كاملة في الإثبات: لا يحتاج إلى ما يؤيده في إظهار الحق، وهو في الوقت نفسه صدر ممّن له حقّ الولاية على نفسه وماله، المقرّ يعترف وهو كامل العقل والإدراك ويلزم نفسه بنفسه.

(1) أنظر وسائل الإثبات: 241-246.

ب . الإقرار حجة قاصرة على المقر: ومع كونه حجة إلا أنها قاصرة على المقر, لأن المقر يتمتع بالأهلية التامة, فكأنه شهد على نفسه وكفى به شاهداً, لكن لا ولاية له على غيره, فإذا أقر بحق في جسمه أو ماله صح ما أقر به, وإذا أقر على آخر فلا عبرة في إقراره ولا قيمة له في الإثبات والقضاء, كما أنه إذا أقر بحق عليه وعلى آخر صح ما أقر به على نفسه, وبطل الثاني, ويكون شهادةً لغيره.

**وبناءً على ذلك:** فلا يصح إقرار الوصي والولي وناظر الوقف, وإن صحّت إقامة الشهادة عليه, لأن الشهادة حجة متعدية, ومع هذا فإن الإقرار أصح من الشهادة, لأنه إلزام ذاتي قد يثبت به في بعض الحالات ما لا يمكن أن يثبت بالشهادة, لعدم إمكان الاطلاع عليها, مثل شهادة الزور ووضع الحديث.

#### ثانياً: حكمة مشروعية الإقرار:

حكمة الإقرار عظيمة, لأن كثيراً من الحقوق قد تنعدم فيها الشهود وتتعدّر فيها الكتابة, ولا يعرفها إلا أصحابها, ولا سبيل لإحقاق الحق إلا نمة المدين بضميره, فإما أن يُقرّ بها لتصل لأصحابها, وإما أن ينكرها وتضيع حقوق الآخرين, دون أن يملكو وسيلة لإثباتها, فكانت الحاجة ملحةً للأخذ بالإقرار.

فيجب على الشخص كامل الأهلية والصلاح أن يعترف بالحقوق التي عليه, سواء كانت حقاً لآدمي أو حق لله, حتى يكسب رضا الله, ولهذه الغاية حثّ رسول الله ع على كتابة الوصية قبل الموت, قال ع: " ما حقّ امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبةً عنده " (1).

**قال بعض العلماء:** من محاسن الإقرار إسقاط حقوق الناس من ذمته وقطع ألسنتهم منه. كما قيل: إقرار المرء على نفسه أعظم من الشهادة عليه(2).

**عدم توقّف الإقرار على المقر له:** لا يتوقّف الإقرار على قبول المقر له, ولكن إذا كذب المقر له في إقراره بطل الإقرار, حتى لا يدخل شيء في ملك المقر له دون إرادته, فإن كذبه ثم قبل لا يصح. ويستثنى الإقرار بالنسب, والوقف, والنكاح, فإنه لا يبطل بتكذيب المقر له, لأنها لا تحتل النقص, فإن كذب المقر له ثم أقر به صحّ, والتكذيب المعتبر الذي يؤخذ به من البالغ العاقل.

#### المطلب الرابع: شروط الإقرار:

(1) [ البخاري: الوصايا, باب: الوصايا... رقم 2587. مسلم: أول كتاب الوصية, رقم: 1627].

(2) أنظر وسائل الإثبات: 246, 254. الفروق للقرافي: 4/97. الدرر الحكام: 2/357.

## أولاً: شروط المُقر:

1. أن يكون بالغاً عاقلاً، فلا يصحُّ إقرار الصبيِّ والمجنون لحديث: " رُفِعَ القلم عن ثلاثة.. " وذكر منهم الصبي والمجنون (1).
- ويُقبل إقرار الصبي المأذون له بالتجارة للضرورة.
2. أن يكون المُقرُّ مختاراً، فلا يصحُّ إقرار المكره بالمال أو الطلاق أو غيرهما لما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: " إنَّ الله وضع عن أمّتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه(2) .
3. أن لا يكون المُقرُّ متَّهماً بإقراره، لأنَّ التهمة تخلُّ برجحان جانب الصدق على الكذب، مثل إقرار المريض مرض الموت لوارثٍ بدينٍ عليه، فلا يُقبل لأَنَّهُ متَّهمٌ بمحاباته.
4. أن يكون المُقرُّ معلوماً فلو كان مجهولاً لم يصح. فلو قال واحدٌ من جماعة: على واحدٍ منّا ألف ريالٍ لفلان، لم يصح الإقرار، لتعدّر القضاء على المجهول.
5. أن لا يكون المُقرُّ محجوراً عليه، فهذا يمنع من التصرفات، كالسفيه والمحجور عليه لمصلحة الآخرين، وهو المدين المفلس.
6. أن يكون المُقرُّ جاداً لا هازلاً، فلا يصحُّ الإقرار من هازل، وهو مَمَّن يعلم ضرره أو يظنُّ أَنَّهُ لم يقصد معنى الإقرار الذي نطق به.

## ثانياً: شروط المُقر له:

1. أن يكون المُقرُّ له معيّناً، بحيث يمكن المطالبة بالمُقرُّ به، أو يكون ضمن جماعةٍ محصورةٍ، وأن لا يكون مجهولاً ممَّا له جهالةٌ فاحشةٌ، فإن أقرَّ وقال: عليّ ألف ريال، ولم يبيّن الدائن لم يصحُّ إقراره، أمَّا إذا كان مجهولاً جهالةً يسيرةً فلا يضر، كما لو قال: عليّ ألف ريالٍ لأحد هذين الشخصين، أو جماعة معيّنة، فيصحُّ إقراره ويطلب منه البيان والتعيين، ويتفرّع أن المُقرُّ له متحقّق الوجود.

(1) [ أبو داود: الحدود: باب: في المجنون يسرق أو يصيب حدّاً، رقم: (4402, 4403) ابن ماجة: الطلاق، باب: طلاق المعتوه والصغير والنائم، رقم: (2042) وأخرجه أيضاً في الباب نفسه عن عائشة رضي الله عنها، برقم (2041) . كما أخرجه عنها النسائي في الطلاق، باب: من لا يقع طلاقه من الأزواج، رقم (3432)]. (يحتلم: يبلغ).

(2) [ ابن ماجة: الطلاق، باب: طلاق المكره والناسي، رقم: 2045].

2. أن يكون المقر له ذا أهلية للتملك ولو بالمآل، كالحمل، فلا يقبل للدابة لأنها ليست أهلاً للتملك.

3. ألا يكذب المقر له المقر في إقراره، فإن كذبه بطل الإقرار، فالإقرار صحيح لازم بمجرد صدوره، ولكن إذا كذب المقر له المقر في إقراره أو رده بطل الإقرار، حتى لا يدخل شيء في ملكه بدون رغبته.

4. أن يكون سبب استحقاق المقر له بالمقر به مقبولاً عقلاً، فإن كان غير مقبول فلا يصح، كما إذا أقر بسبب التعامل بينه وبينه، أما إذا لو أقر له بمال من إرث أو وصية فهذا صحيح، وإن سكت عند بيان السبب فقد اختلف الفقهاء فيه: فقال أبو يوسف: لا يصح، فلا بد أن يبين السبب.

. وقال الجمهور الشافعي ومالك وأحمد: يصح متى صدر من ذي أهلية وأمكن حمله على سبب صحيح.

#### ثالثاً: شروط المقر به:

1. أن يكون المقر به ممّا يقره الشرع، بأن يكون مالاً متمولاً، أو حقاً مجرداً، كحقوق الارتفاق وغيرها ممّا يجوز المطالبة فيه.

2. أن يكون المقر به معلوماً في التصرفات، كالبيع والتجارة ونحو ذلك، ويصح بالمجهول ويطلب من المقر تفسيره بكل ما يتمول ويتفق مع لفظه لغةً وعرفاً.

3. أن لا يكون المقر به ملكاً للمقر، فلو قال: داري أو ثوبي أو ديني عند زيد لعمر، لا يصح، لأن الإقرار ليس إزالةً للملك وإنما هو إخبار عن كونه ملكاً للغير.

وقال الحنابلة: يجوز إضافته لملكه لأنه يضاف إليه.

4. أن لا يكون المقر به محالاً عقلاً وشرعاً، وأن لا يكذبه ظاهر الحال من الحس أو الشرع، فإن كان كذلك كان الإقرار باطلاً لا يؤخذ به صاحبه، كما لو أقر لشخص بأرض بكذا في شهر كذا، وهو ميت قبل هذا الشهر، أو أقر بنسب من لا يولد لمثله.

#### رابعاً: شروط الصيغة:

1. أن تكون الصيغة لفظاً أو كتابةً أو إشارة، وإشارة الأخرس فيها مناقشة للفقهاء كما سيأتي، وعلى الصحيح أنها مقبولة إذا كانت مفهومة.

2. أن تكون الصيغة دالّة على الجزم واليقين، ولو كانت شكّاً أو ظناً في الإقرار لا يؤخذ به صاحبه، مثل قوله: " أشكُّ أو أظنُّ أنّها لفلان "

3. أن تكون الصيغة منجزةً غير معلقة على شرط، لأنّ الإقرار إخبار والإخبار يبيّن ظهور الحق وكشفه، فلا يصحُّ تعليقه في المستقبل، ولا يصحُّ معه شرط الخيار، والخيار محتمل الفسخ، والإقرار لا يحتمل الفسخ، لأنّ حكمه الوجوب.

#### وهذا الشرط فيه تفصيل:

. إذا كان الشرط المعلق عليه الإقرار ممّا لا يمكن الوقوف عليه، كالتعليق

بمشيئة الله.

. إذا كان الشرط المعلق عليه الإقرار ممّا يمكن الوقوف عليه، ولكن على

خطر الوجود والعدم، كالتعليق على مشيئة فلان العبد، فقد اختلف فيه الفقهاء:

أ. قال المالكية: إنّ التعليق على مشيئة الله لا يؤثر في الإقرار ويكون الإقرار صحيحاً، لأنّه لما أقرّ علمنا أنّ الله شاء أو قضى، وأمّا التعليق على مشيئة شخص فلا يصحُّ الإقرار به، ولا يلزم المقرّ بشيء إن شاء الشخص الآخر.

ب. وقال الحنفية والشافعية:

لا يصحُّ الإقرار في الحالتين، سواءً في التعليق على مشيئة الله أو التعليق على مشيئة شخصٍ آخر، لأنّ مشيئة الله لا يمكن الاطلاع عليها، والتعليق بما لا يوقف عليه غير صحيح، لأنّه معلوم من الأصل. والتعليق على مشيئة شخصٍ تعليقٌ بشرطٍ على خطر الوجود والعدم، والتمليك لا يحتمل التعليق بالخطر، ولأنّ الإقرار إخبار والتعليق يصحُّ في الإنشاء والإيجاب.

ج. وقال الحنابلة: يصحُّ الإقرار في الحالتين، سواءً علّقه على مشيئة الله أو مشيئة المقرّ له أو مشيئة شخصٍ ثالثٍ، لأنّه قد وجد منه الإقرار، وعقبه بما يرفعه، فلم يرتفع الحكم به، ولأنّ المعلق بالمشيئة يقصد منه غالباً التبرّك.

المطلب الخامس: الإقرار بغير النطق:

حكم إقرار الأخرس: فيه خلاف:

1. قال الحنفية: إنّ إقرار الأخرس بالإشارة بحقٍ خالصٍ لله لا يعتبر، لقيام الحدود على صريح البيان، وفي الإشارة شبهةً، والحدود تُدرأ بالشبهات.

أما حقُّ العبد الذي فيه حدُّ كالقصاص والقذف، فأقرار الأخرس به إذا عرف منه ما يدلُّ على ذلك فإنه يؤخذ به. أما إقراره بالنسب والنكاح وغيره فهي مقبولةٌ من الأخرس بشرط فهمها.

أما معتقل اللسان: وهو الذي طرأ المرض على لسانه: فلا اعتبار بإقراره بالإشارة، لأنه عارض يزول، بخلاف الخرس الطبيعي لأنَّ إشارته تقوم مقام عبارته.

فإذا دامت العقلة ولا يرجى البرء فإنه يجوز إقراره بالإشارة مع الإشهاد عليه.

2. المالكية: قالوا: إقرار الأخرس صحيح بالإشارة إذا كانت مفهومة.

قال صاحب التبصرة: ويقوم مقام اللفظ الإشارة والكتابة والسكوت، فالإشارة من الأبيم والمريض، فإذا قيل لمريض عن كذا، فأشار برأسه: أي نعم، فهذا إقرار إذا فهم إقراره، وإشارة المعتقل معتبرة.

3. وقال الشافعية: إنَّ إقرار الأخرس معتبرٌ في الحدود والعقود والإحلال، لأنَّ إشارته تشعر بالإلزام بالحق، بشرط فهم إشارته، وقالوا: إذا فهم إشارته الجميع تكون هنا إشارةً صريحةً، وإن اختصَّ بفهمها أناس فتكون كنايةً.

4. وقال الحنابلة: إنَّ إشارة الأخرس معتبرة إذا فهمت، ولا تصحُّ الإشارة من الناطق. ولا تصحُّ الإشارة من معتقل اللسان، لأنه غير ميؤوس من نطقه.

ويحدُّ الأخرس حدَّ الزنا إذا فهمت إشارته وأقرَّ بها أربع مرّات، فإن لم تُفهم لم يُحد.

#### الخلاصة:

1. المالكية والشافعية والحنابلة: أن الإشارة بالإقرار من الأخرس معتبرة سواءً كانت في العقود والحدود والإحلالات، بشرط أن تكون الإشارة مفهومة، فإذا لم تُفهم فلا يُعتدُّ بها.

2. الحنفية: لا يقبل إقرار الأخرس بالإشارة في حقوق الله تعالى كالحدود، وتُقبل في حقوق العبد كالقصاص والقذف والنكاح والنسب وغيرها.

وفي إشارة معتقل اللسان:

قال المالكية أنها معتبرة وقال الجمهور ليست معتبرة، باعتبار أنَّها شيءٌ طارئٌ يحتمل الزوال، إلاَّ أنَّ الأحناف قالوا: إذا دامت عقلته إلى الموت فتعتبر إشارته ويُشهد عليه بذلك.

الراجح: هو اعتبار إشارة الأخرس في الحدود والعقود والأحوال الشخصية، إن فهمت وجاءت واضحة، حتّى لا يترك الأخرس إلى هواه فيعيث في الأرض فساداً.

. أمّا إشارة الناطق فنميل إلى ما ذهب إليه الأحناف والحنابلة من عدم قبولها, لاحتمال إنكاره بحجة عدم نطقه بلسانه.

. بالنسبة لمعتقل اللسان: فإن كان أصمّاً لا يسمع فلا تعتبر منه الإشارة بالإقرار, وإن كان يسمع وإشارته مفهومة وفسرها من حضر, ثمّ أشار مرّة أخرى بصحة التفسير وشهد عليه بها, فإنّه يعتدُّ بها ويُعمل بها.

#### • الإقرار بالكتابة:

ليس المراد بالإقرار اللفظ فقط, وإنما المراد المعنى الذي يدلُّ عليه سواء كان باللفظ أو بالإشارة للأخرس, أو من في حكمه, أو في السكوت في حالات خاصّة. وأمّا بالكتابة: فالكتابة كاللفظ وتمتاز عنه بالثبات والضبط.

والإقرار بالكتابة: أن يُخبر الشخص في ثبوت حقِّ لغيره على نفسه كتابةً واضحةً مقصودةً. ويعني هذا أن تكون ظاهرةً ثابتةً, فيخرج: الكتابة على الهواء أو الماء حتّى لا يبقى لها أثر. ومن جهةٍ أخرى: أن تكون مكتوبةً بالطريقة المعروفة للمعروف للناس.

وقد اختلف العلماء في ثبوت الحق بالإقرار بالكتابة على ثلاثة أقوال:

1. إنّ الإقرار بالكتابة لا تثبت به الحقوق, سواء أُشهد عليها أم لا.

استدلّوا: أنّ الكتابة تمثّل لونهاً من التزوير وتشابه الخطوط, وهذه الاحتمالات تُضعف من قوّة الكتابة في ثبوت الحقوق, فلا تعتبر, لأنّ الدليل إذا تطرّق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال, كما أنّ المقر بالكتابة يحتمل أن يعترف بالخط وينكر مضمونه, بالإضافة إلى قلة الكتابة في العصور الأولى, واحتمال أن تكون للتجربة فقط.

#### ويعترض على هذه الاحتمالات:

أ. أمّا حجة التجربة: فهي واهية, فإنّه من النادر أن يجرب إنسان خطّه بصيغة

للالتزام للآخرين لإثبات حقّ على نفسه.

ب. أمّا شبهة التزوير وتشابه الخطوط: فإنّه واردةٌ عقلاً وواقعةٌ فعلاً, لكن من

السهل كشف التزوير بالوسائل الحديثة.

ج. اعترافه بالخط وإنكار المضمون: فلا عبرة لهذا الإنكار لأنّه في مقابلة الاعتراف.

2. إن الإقرار بالكتابة لا تثبت به الحقوق, سواء أُشهد عليها أم لم يُشهد مطلقاً, وهو

الراجح.

استدلّوا:

أنّ الإقرار بالكتابة كالإقرار لفظاً بل هو أوعى منه, لأنّ الكاتب يتمعن ويفكر قبل كتابة إقراره, بخلاف اللفظ فإنه قد يصدر مزاحاً أو خطأ, ومع هذا معتبر, فكان الإقرار بالكتابة أولى بالاعتبار.

3. أنّ الإقرار بالكتابة تثبت به الحقوق إذا أُشهد عليها, فإذا لم يُشهد عليها فلا تثبت الحقوق بها.

استدلّوا:

بأنّ الإقرار بالكتابة إذا أُشهد عليها جاز الإثبات بها, لأنّ الكتابة لما كان فيها من احتمال التجربة والتزوير وتشابه الخطوط, فبالشهادة يرتفع هذا الاحتمال, فيكون الإقرار صحيحاً.

اعتراض:

إنّ الإشهاد غير منصوص عليه في الإقرار باللفظ أو في الكتابة أو غيرها, على أنّ اشتراط الإشهاد عند أصحاب هذا الرأي مجرد عُرف وعادة في زمنهم, فإذا تغيّر العرف فلا يمنع من تغيّر الأحكام المبنية عليه, وهذا الاحتمالات التي أوردوها سبق الرد عليها. ومن هنا نرى أنّ الإقرار بالكتابة مقبولٌ شرعاً وهو ما نرجّحه بناءً على الأدلّة من الكتاب والسنة والمعقول.

• **الكتاب:** قوله تعالى: ( يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجلٍ مسمى فاكتبوه) إلى قوله: ( وليملل الذي عليه الحق) [البقرة:282].

فالآية صريحة في الأمر بالكتابة وإملاء المدين بكتابة إقراره, ويكون إقراره بالكتابة حجةً, ولو لم تكن الكتابة وسيلةً لحفظ الحقوق لما أمر الله بها وحذّر من تركها.

• **السنة:** عن ابن عمر رضي الله عنهما: أنّ الرسول ع قال: " ما حقٌّ امرئٍ مسلم له شيءٌ يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلّا ووصيته مكتوبةً عنده " (1).

والشاهد: أنّ الكتابة حجةً في الإثبات, ولذلك قال ابن عمر: ما مرّت ليلة بعد وصية الرسول ع إلّا وعندي وصيتي.

• **المعقول:** الحاجة والضرورة داعيةٌ إلى الكتابة, لأنّ المدين يحتاج إلى الإقرار بالحقوق التي عليه, ولا يجد شهوداً يُشهدهم لأنّه قد يكون وحيداً, ومن جهةٍ أخرى:

(1) [ البخاري: الوصايا, باب: الوصايا... رقم:2587. مسلم أول كتاب الوصية, رقم: 1627].

قد يكون مشرفاً على موتٍ أو مرضٍ فيحتاج إلى كتابة الحق والاعتراف به، فالحاجة والضرورة من دواعي الكتابة.

**ولذلك قال الفقهاء:** (الكتاب كالخطاب). وعبارة (الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان) ونتيجةً لهذه الاعتبارات فقد اتَّجه فقهاء العصر الحديث إلى مشروعية الكتابة في جميع الأحوال والمجالات، لأنَّ الكتابة طريقةً أساسيةً في الإبانة والنطق.

**طريقة أساسية في الإبانة والنطق:**

فالإقرار بالكتابة صحيحٌ وملزمٌ، مع مراعاة الشروط العامة في الإقرار والكتابة سواءً أشهد عليها أو لم يُشهد، والحجة في الكتابة المجردة وليس في الإشهاد، لأنَّ الإشهاد لزيادة التوثيق ودفع شبهة التزوير والتجربة.

فإذا ادَّعى رجلٌ على آخر فأنكر، فأخرج المدَّعي وثيقة بخطِّ المنكر، فإن تأكَّد القاضي من هذا حكم بموجبها، وإذا وجدت كتابة في تركة الميت في الإقرار بدين أو استيفاء لآخر أو إبرائه فهو إقرارٌ يُعمل به، وهو يوجد في دفاتر التجار فيما لهم من الحقوق وعليهم من الديون. والإقرار بالكتابة صحيحٌ ولازم، سواءً كان بخطِّ المُقرِّ أم بخطِّ غيره وعليه ختمه وإمضاؤه. قال العلماء: والأمر بكتابة الإقرار إقرارٌ حكماً، ولا موجب للتفريق بين حاضرٍ وغائبٍ، خلافاً لبعض الحنفية الذين يعتبرون الكتابة للغائب دون الحاضر.

وقال العلماء: الرجل يموت ويوجد له وصية تحت رأسه من غير أن يكون أشهد عليهم أو علم بها أحدٌ، هل يجوز إنفاذ ما فيها؟ قالوا: إن كان عُرف الرجل بخطِّه وكان مشهور الخطِّ فإنه ينفذ ما فيها<sup>(1)</sup>.

## المبحث الثاني

### الرجوع عن الإقرار وإقرار المريض

#### المطلب الأول: الرجوع عن الإقرار<sup>(2)</sup>:

لغةً: الرجوع هو نقيض الذهاب، والرجوع في الكلام ردّه. والمراد به اصطلاحاً: أن يصدر من المُقرِّ قولٌ أو فعلٌ يناقض قوله السابق. ويحصل الرجوع بقوله: كذبت، أو رجعت، كما يحصل بالهرب من الرجم، وبتسليم المُقرِّ به... إلخ.

(1) أنظر فيما سبق الهداية: 176/3. الدرر الحكام: 357/2. النهاية: 65/5، 76.

(1) الكافي: 267/6. النهاية: 75/5.

وقد اتفق الفقهاء على أن الرجوع عن الإقرار شبهة مؤثرة في الحدود، كرجوع المقرّ بالزنا وشرب الخمر، كما ورد في الصحيح من تعرّض الرسول ﷺ لماعز بالرجوع عن الإقرار بالزنا ولغيره بالسرقة، ولأنّ الحدود تُدرأ بالشبهات، ولأنّ حقّ الله بنبي على المسامحة، فالرجوع عن الإقرار يبطله.

أمّا الرجوع عن الإقرار في حقوق الأدميين وحقوق الله التي لا تُدرأ بالشبهات . كالزكاة والكفّارات . فالشبهة هنا لا تتوّجّر فيها، فلا يُقبل الرجوع عنها، وتعلّق حقّ المقرّ له بالمقرّ به. ولأنّه لا يجوز إلغاء كلام المكلف بلا مقتضي، ولأنّ حقوق العباد مبنية على المشاحة للحوق الضرر بهم، ولأنّه حقّ ثبت لغيره فلا يملك إسقاطه بغير رضاه، سواء كانت حقوق الأدميين ماليّة أو غير ماليّة، كالنسب أو النكاح، فلا يُقبل الرجوع عنها لأنّ الرجوع عنها يحدث شبهةً في ثبوتها، وهي تثبت مع الشبهة.

### واستثنى القرافي<sup>(1)</sup> بعض الحالات التي يجوز الرجوع فيها، وضوابطها:

ما يكون للمقرّ عذرٌ عاديٌّ في رجوعه عنه، كما إذا أقرّ الوارث للورثة بجميع التركة بينهم، ثمّ أخبره الشهود أنّ هذه الدار أقرّ بها والده له، فهنا يجوز على رأي القرافي الرجوع. والرجوع عن الإقرار يتحقّق في صورٍ كثيرةٍ وأساليب مختلفة، نذكر بعضها وهي أهمّها ونبين حكمها واختلاف الفقهاء فيها، وذلك لاختلافهم في اعتبارها رجوعاً أم لا وهي:

### أولاً: الاستثناء في الإقرار:

يصحّ الاستثناء في الإقرار باتفاق الفقهاء، لوروده في القرآن والسنة ولسان العرب، وذلك إذا كان متصلاً غير مستغرقٍ ومن جنس المستثنى منه، وكان المستثنى أقلّ من نصف المستثنى منه. أمّا إذا انفصل الاستثناء من الإقرار فلا يصح، ويعتبر الاستثناء رجوعاً عن الإقرار.

كما اعتبر الفقهاء أنّ الاستغراق في الاستثناء رجوع عن الاستثناء، فلا يصح: له عليّ ألفٌ إلاّ ألفاً، ويلزم المقرّ جميع المال، لعدم صحّة الرجوع عن الإقرار في حقوق العباد. وقال أحمد: إذا استثنى الأكثر لا يصح، كما لو قال: له عليّ ألفٌ إلاّ ستمائة مثلاً، ويعتبر رجوعاً، ويؤخذ بالكل.

وقال الجمهور: إذا استثنى الأكثر يصح كما قال ولا يعتبر رجوعاً، ويؤخذ بالباقي بعد

الاستثناء.

(2) [أنظر كتابه الفروق: الفرق الثاني والعشرون والمائتان: بين قاعدة الإقرار الذي يُقبل الرجوع عنه وبين قاعدة الإقرار الذي لا يقبل الرجوع عنه: 38/4].

وإذا استثنى من غير جنسه:

1. قال المالكية والشافعية: يجوز، مثلاً قال: لك عندي مائة إلا هذه السيارة.
2. وقال الحنابلة: لا يجوز، ويعتبر رجوعاً عن الإقرار، فلا يصح في حقوق العباد، وهو الراجح.

3. وقال الحنفية: يجوز الاستثناء من غير الجنس إذا كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً، لأنه ثبت في الذمة وتعتبر فيه القيمة، ولا يجوز في غير ذلك، فلا يصح. ففي هذه الحالات التي لا يُقبل فيها الاستثناء اعتبرها الفقهاء رجوعاً عن الإقرار، وهو شبهة في الإقرار، فلا يثبت في حقوق العباد.

**ثانياً: الاستدراك في الإقرار:**

وهو أن يُقرَّ بشيءٍ ثمَّ يعقبه بما يعتبر بعضه أو كله، ويكون الاستدراك في المقرِّ به أو المقرِّ له.

مثاله: أن يقول: لفلانٍ عليّ مائة ريالٍ بل مائتان، وهذا الدار لفلان. في المقرِّ له. بل لفلان.

**والمقرُّ به: إما أن يكون عيناً أو ديناً في الذمة:**

1. فإن كان المقرُّ به عيناً: فإما أن يذكر سببه أو لا يذكر له سبب، فإن ذكر سببه كالوديعة مثلاً ثبت المقرُّ به للأول، ويجب مثله للثاني، لأنَّ الاستدراك رجوعٌ، فقد رجع عن إقراره للأول وأثبتته للثاني، ولا يصحُّ الرجوع عن الإقرار في حقوق العباد، فكان إقراره هنا إقرارين عند الحنفية والحنابلة ورأي عند الشافعية. والرأي الثاني عند الشافعية: لا يغرم للثاني لإعطائها للأول واستحقاقه لها، فيصير إقراره للثاني إقراراً بما لا يملك، ولا يستحقُّ قيمتها، لأنَّ العين قائمةٌ، فلا يستحقُّ قيمتها.

وإذا لم يذكر السبب: ودفعها للأول بنفسه، فإنه يضمن بالنسبة للثاني. وإذا لم يذكر السبب ودفعها بحكم القاضي فإنه لا يضمن للثاني، لأنه مجبورٌ بالدفع للأول، ولم يتحقق الأول.

**أن يكون المقرُّ به ديناً في الذمة:**

فيجب عليه لكلٍ منهما ما أقرَّ به، سواءً ذكر السبب أو لم يُذكر السبب، لأنَّهما إقراران، ولا يُقبل الرجوع عن الأول، والإقرار به للأول لا يمنع من الإقرار به للثاني، لأنَّهما دينان في الذمة.

أما إذا كان الاستدراك في المُقرِّ به: فإِما أن يكونا من جنسٍ واحدٍ أو من جنسين مختلفين:

فإن كان المُقرُّ به مرّتين من جنسٍ واحدٍ وجب الأفضل منهما مطلقاً، قدرّاً، وصفةً لأنّه ممّا يجري فيه الغلط، مثل: له عليّ خمسةٌ، بل عشرةٌ. فيجب عليه العشرة. أو: له عليّ ثوبٌ جديدٌ، بل خَلقٌ، فيجب الجديد.

وإن كان المُقرُّ به من جنسين مختلفين وجبا جميعاً، لأنّ الاستدراك رفعٌ للغلط في مثل هذا وهو نادرٌ، فألحق بالعدم، مثل: إذا قال: لفلانٌ عليّ ألف ريال، بل مائة دولار، لزمه كليهما، لأنّه رجوعٌ عن الأوّل، فلا يصحُّ. والثاني إقرار، فيلزم الإقرار.

#### ثالثاً: تعقيب الإقرار بما يرفعه أو ينقضه:

قد يُقرُّ الشخص، ثمّ يعقب إقراره بما يرفعه أو ينقضه، وقد يقيدّه بقيدٍ من القيود التي تحدّد الإقرار في جانبٍ دون آخر.

#### اختلف الفقهاء في جواز هذه الحالات:

الحالة الأولى: أن يُقرَّ بمال، ثمّ يعقبه بأنّه من ثمنٍ خمرٍ أو خنزير.

قال الشافعيّة والمالكيّة في قول: بصحة هذا القيد وعدم لزوم الإقرار، لأنّ المسلم لا يجوز له التعامل بهذه الأمور، وتعتبر غير مشروعة في حقّه فلا يضمنها المُقرُّ. وقال الشافعيّة. في قولٍ آخر. والمالكيّة. في قول. والحنابلة والحنفيّة: لا يجوز هذا القيد، ولا يصدّق المُقرُّ في ذلك، ويلزم ما أقرَّ به، لأنّ قوله: " له من ثمنٍ خمر " رجوعٌ عن الإقرار، فلا يعتدُّ به.

الحالة الثانية: إذا أقرَّ شخصٌ لفلان وقال: له عليّ ألف ريالٍ من ثمنٍ مبيعٍ لم أقبضه:

1. لم يلزم تسليم الألف، لأنّ الأصل أنّه لم يقبض المبيع فلا يلزمه أن يدفع الثمن، وهذا إذا اتّصل كلامه ولم يُقطع. وهو قولٌ عند الشافعي والصاحبين من الحنفيّة.
2. لا يُقبل قوله، ويلزم الإقرار، فيضمن سواءً قطع الكلام أو لم يقطعه، لأنّ آخر كلامه يناقض أوّله، فلا يُقبل قوله " لم أقبضه " لأنّه رجوعٌ، ولا يصحُّ الرجوع بعد الإقرار. وهو قول أبي حنيفة والمالكيّة والحنابلة.

#### الحالة الثالثة: وهي في الوصف الجيد والرديء:

1. فإذا أقرّ بثمان مبيعٍ أو قرضٍ، ثمّ ادّعى الزيوف، لزمه الجياد . الجيّد . لأنّ البيع والقرض يقع على الجيّد، وتفسيره هذا يعتبر رجوعاً عن الإقرار فلا يُقبل، وصلّ أو فصلّ. وذلك عند الإمام أبي حنيفة.

2. وقال الصحابان والحنابلة: يُقبل تفسيره إن وصل، لأنّه بيان تغيير، فيُقبل إن وصل.

وإن فسّره بالردّيء في الغصب والوديعة يصدّق عند الجميع، سواءً فصل أو وصل، لاحتمال غصب الردّيء أو إيداعه، فلا يُعتبر رجوعاً، بل يُعتبر بياناً للنوع فيصدّق (1).

### المطلب الثاني: إقرار المريض (2):

المقصود بالمريض هنا: المريض مرض الموت. وهو ما يُعجز صاحبه عن القيام بمصالحه العادية، ويُغلب فيه الهلاك، ويلزمه حتّى الموت، ولا تزيد مدّته عن سنة. ويُقصد بإقرار المريض: الاعتراف في مرض الموت بحقّ لا يعرف له سبب، ولا طريق لثبوته إلاّ الإقرار.

فإذا كان الشخص صحيحاً. أو كان مريضاً لفترة أو باستمرار . وأقرّ بحقّ لآخر: فالإقرار صحيحٌ لازم، سواءً الإقرار لوارث أو غير وارث، وسواءً كان المقرّ مديناً أم غير مدين، وسواءً كان الدين مستغرقاً أو غير مستغرق، لما تقدّم من حجّة الإقرار ومشروعيته وحكمته ومحاسنه، للخروج من العهدة وتبرئة الذمّة، مع حرية المقرّ بالتصرّف في أمواله وقضاء ديونه، وولايته الكاملة على نفسه وماله.

ولكنّ الإنسان لا يبقى على حالٍ واحدةٍ، فيطرأ عليه الفقر والإفلاس في ماله فيُحجر عليه، في أمواله ويُسرف فيها أحياناً فيُحجر عليه للسفه، ويتعرّض للموت فتنتهي حياته ويلاقى وجه ربّه، فتسقط ملكيته وتبقى تركته من بعده، فيطالب الغرماء باستيفاء الديون منها حتّى ولو كانت مؤجّلةً، لحلولها بالموت وتعلّقها بالتركة، والباقي يقسم بين الورثة. وبين حالتي الصّحة والموت يعترض الإنسان المرض والإعياء والضعف والعجز، وقد يُلزمه حتّى الموت الذي تحلّ الديون بسببه، وتنتقل تركته عنه، فما هو حكم تصرّفاته، وما هو وضع أمواله وديونه، وهل تستمرّ ولايته كالصحيح، أم يُحجر عليه كالمفلس والسفيه، أم تقيد كالموصي؟

(1) أنظر فيما سبق: الهداية: 179/3. الدرر الحكام: 363/2. النهاية: 81/5. الكافي لابن قدامة: 267/6، 281.

(2) أنظر حاشية ابن عابدين: 384/3. الدسوقي على الشرح الكبير: 398/3. الكافي: 259/6. النهاية للرملي: 69/5.

وستتناول هنا جانباً من أحكام المريض، وهو إقراره بالحقوق أثناء مرضه، وحكم الدين الثابت بالمرض، لنبيّن مدى لزوم الإقرار للمريض. وسنذكر هنا الإقرار لوارثه والإقرار لأجنبي غير وارث<sup>(1)</sup>.

**أولاً: إقرار المريض لأجنبي غير وارث:**

**اختلف الفقهاء في إقرار المريض على قولين:**

**1. قال الجمهور:** " الأحناف والمالكيّة والشافعيّة وقول عند الحنابلة " : إنّ إقرار المريض لغير وارث صحيح ولازم، لأنّه لا فرق بين إقرار الصحيح لغير وارث وإقرار المريض لغير وارث، وذلك لانقضاء التهمة، وكما أنّه لا تهمة في إقرار الصحيح فكذلك لا تهمة في إقرار المريض.

**أمّا تنفيذ إقرار المريض فقد اختلف فيه الفقهاء:**

**1. الجمهور:** تنفّذ من كامل التركة مهما بلغ المقرّ به.

**2. بعض الفقهاء:** حدّده بالثلث، قياساً على التبرّع والوصيّة لغير وارث، فكما أنّ التبرّع والوصيّة يصحّ بالثلث فكذلك هنا.

اعترض عليه بأنّه قياس مع الفارق، لأنّ الإقرار إخبار عن ثبوت الحق عند المقرّ لآخر بسبب يقتضيه، من تعامل وقرض أو تعويض. بخلاف الوصيّة والتبرّع فإنّها تصرف إنسان من جانب واحد بدون مقابل. كما أنّ الشرع يقيّد الوصيّة والتبرّع بحدود الثلث فيما يتعلّق بماله الخالص له لتعلّق حقّ الورثة به، أمّا المقرّ به فهو من حقوق الآخرين، ولا يدخل في تركته ولا يُقسم بين الورثة إلاّ بعد قضاء الديون.

**وقال بعض الحنابلة:** إنّ إقرار المريض لغير وارث غير صحيح، لأنّه يشبه الإقرار لوارث، فكلّ منهما فيه مجال لتعلّق حقّ الورثة بالمال حال المرض والإشراف على الموت فيحجر على أمواله وتصرفاته، كالمفلس، رعاية لحقّ المفلس والغرماء.

**واعترض:** أنّه لا تهمة في الإقرار لغير الوارث، ومتى انتفت التهمة فلا مانع من صحّة إقراره، كما هو مقرّر في القواعد العامّة للإقرار.

**وما نميل إليه:** هو ترجيح قول الجمهور بصحّة إقرار المريض لغير وارث، لأنّ أهليّة المريض وولايته كاملتان.

(1) أنظر وسائل الإثبات: 295 .

وإنّ القول بعدم صحّة إقراره يوقع الناس في حرج، ويجلب الفوضى في المعاملات، لاحتمال خطر المرض وإبطال الحقوق.

كما يبدو رجحان قول الجمهور: في تنفيذ الإقرار لأجنبي من جميع المال، لأنّ الديون تقدّم على توزيع الإرث. قال ابن المنذر: أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم أنّ إقرار المريض في مرض الموت جائز<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: إقرار المريض لوأرث:

إذا أقرّ الشخص في مرض موته لوأرث بدين أو عين، أو أقرّ بقبض في الدين منه أو المقاصّة معه أو إبرائه، فقد اختلف في ذلك على قولين:

1. قال الحنفية وهو المشهور عند الحنابلة وقول عند الشافعية: إنّ الإقرار غير صحيح، وموقوف على إجازة الغرماء والورثة، فإن أجازوه لزم وإن منعه بطل. هذا إذا كن المقرّ مديناً وله ورثة، فإن لم يكن مديناً ولم يرثه أحد غير المقرّ له فالإقرار صحيح لازم، ويعتبر نوعاً من الوصية.

2. وقال المالكية، وهو قول عند الحنابلة وقول عند الشافعية: إنّ الإقرار لوأرث صحيح، سواء كان المقرّ مديناً أو ليس مديناً، وسواء كان له ورثة أو ليس له ورثة.

### أدلة القول الأوّل: السنّة والأثر والإجماع والمعقول:

1. السنّة: ما رواه الدارقطني عن الرسول ع أنّه قال: " لا وصية لوأرث، ولا إقرار بدين"<sup>(2)</sup>. اعترض عليه بأنّه حديث ضعيف لا ينهض للاحتجاج به.

2. الأثر: روي عن عمر وابنه. رضي الله عنهما. قالوا: إذا أقرّ المريض لوأرث لم يجز، وإذا أقرّ لأجنبي جاز. اعترض عليه: بما حقه الزيلعي بأنّه غريب، ومعارض لما رواه ابن حزم عن ابن عمر أنّه قال: " إذا أقرّ المريض لرجل فإنّه جائز ". فأطلق الرجل المقرّ له ولم يقيد، فيصح إقرار المريض لآخر، سواء كان وارثاً أو أجنبياً، فلم يخصص، كما أنّ إقرار المريض ليس من المقدرات التي لا تدرك بالعقل، بل هو من المجتهدات.

3. الإجماع: وهو ما روي عن عمر رأيه فيما سبق، وهو قول صحابي لم نعلم له مخالفاً من الصحابة، فكان إجماعاً.

اعترض: بأنّ هذا الإجماع مخالف في الاحتجاج به، والأصل في الإجماع عدم المخالف، مع أنّ ابن عمر خالف فيه.

(1) أنظر كتابه [ الإجماع: الوصايا، المسألة: 334. وانظر وسائل الإثبات: 296 وما بعدها.

(2) [ سنن الدارقطني: الوصايا، 152/4 الحديث 12.

**4. المعقول:** وهو أقوى حجةً يتمسك بها هؤلاء, وهو أنّ الورثة قد تعلق حقهم بالتركة في مرض الموت, لأنه أشرف على الهلاك, وبعدئذ تصح التركة حقاً خالصاً لجميع الورثة بالتساوي, فأقراره لواحدٍ منهم فيه تهمةٌ كبيرةٌ في التفضيل والإيثار.

وقالوا أيضاً: إنّ الإقرار حجةً قاصرةً على المُقر, وهنا تعدى إلى حقّ الورثة الذي تعلق بالتركة فلا يجوز, لأنّ المريض يريد أن يفضل أحد الورثة ويزيد في حصته, فلا يستطيع ذلك عن طريق الإرث.

وقالوا أيضاً: وفارق الإقرار ولزومه للأجنبي: أنه يحتاج إلى التعامل مع الأجنبي أمّا معاملته مع الوارث فنادرة ويمكن التحرز عنها<sup>(1)</sup>.

#### **أدلة القول الثاني: صحيح ولازم وهو قول الجمهور:**

استدلوا بالقواعد العامة للإقرار وهو عدم التفرقة بين الإقرار لوارث أو غير وارث, وأيضاً عدم التفرقة بين إقرار المريض وإقرار الصحيح, وذلك فيما يلي:

1. أنّ كلّ من صحّ إقراره لغير وارث صحّ إقراره للوارث.
2. أنّ كلّ من صحّ إقراره في الصحة صحّ إقراره في المرض كالمُقرّ لغير وارث.
3. أنّ كلّ من صحّ إقراره بوارث صحّ إقراره للوارث, وإنّ إقراره بوارث أعم من إقراره للوارث, لأنّ الأوّل يتضمّن النسب والمال, والثاني بالمال فقط.

#### **الراجح: هو القول بالصحة, لعموم الأدلة.**

**واعترض هؤلاء على القول بالتهمة في الإقرار:** بأنّ هذه التهمة متوقّرة في الصحة والمرض, وأنّ المريض أبعد عن التهمة من الصحيح, لأنّه في حال المرض يجتنب الإنسان المعاصي, وتخلص له الطاعة, ويتّجه إلى الطاعة والتوبة والرجوع عن كلّ ما يغضب الله.

لذلك قال الخليفة الأوّل الصديق للفاروق: هذا ما عهد إليك أمير المؤمنين عند آخر عهده بالدنيا وأوّل عهده بالآخرة في الحال التي يؤمن بها الكافر ويتّقي بها الفاجر.

ونلاحظ أنّ التهم تكون في الإقرار لوارث كما تكون في الإقرار لغير وارث, فإذا ظهرت التهمة في الإقرار اعتبرت هبةً وتبرّعاً وصدقة, توقف على إجازة الغرماء أو موافقة الورثة فيما يزيد عن الثلث المسموح به شرعاً.

#### **حكم الدين الثابت بإقرار المريض:**

(1) أنظر فيما سبق: السنن الكبرى للبيهقي: 85/6. المحلى لابن حزم: 254/8. وانظر ابن عابدين: 610/5. الإقناع: 281/3. المغني: 197/5. الخرشي: 88/6. وانظر وسائل الإثبات: 298.

يطلق الفقهاء على هذا الدين اسم ( دين المرض ) ومقابلته دين الصحة, فإذا كان إقرار المريض لأجنبي صحيحاً ولازماً عند أغلبية الفقهاء, وإذا كان إقرار المريض لوarith صحيح عند جمهور الفقهاء.

**فهل يصبح الدين الثابت بإقرار المريض مساوياً لدين الصحة ويؤدى معه بالتساوي:**

اختلف الفقهاء في قوة الدين الثابت في مرض الموت بالنسبة لدين الصحة على قولين:

1. أنّ دين المرض أضعف من دين الصحة, فيجب تقديم ديون الصحة على ديون المرض عند تراحم الديون ( الحنفية والحنابلة).

**واستدلوا:** بأنّ المريض قد ضعفت ذمته عن تحمّل الديون, فيمنع من التبرّع والمحابة قبل سداد الديون, لتعلّق حقّ الغرماء بمال المريض, وأصبح المريض شبيهاً بالمفلس المحجور عليه, فتوفى ديون الصحة أولاً, فإن بقي شيء من التركة يؤدى دين المريض, فإن فضل شيء فللورثة.

2. أنّ دين المرض مساوٍ لدين الصحة, فلا يقدّم أحدهما على الآخر في الوفاء ( الجمهور).

**واستدلوا:** بأنّ الإقرار في المرض حجة شرعية ثابتة كالصحيح, ولأنّ ديون الصحة والمرض محلّهما واحد وهو الذمة, فلا يفضّل دائن على دائن, لأنّ القصد من الإقرار الخروج من الحق والحق ثابت في الذمة.

والمرض أدلّ على الصدق, لأنّه حالة المرض سبب للتوبة, ولأنّ كلّ حقّ يستوي حكمه في الصحة أو المرض إذا ثبت بالإقرار قياساً على النسب.

#### **منشأ الخلاف عند الفقهاء:**

يتبيّن لنا ممّا تقدّم أنّ منشأ الخلاف في هذه الأقوال بأدلتها هو: " هل يعتبر المرض مؤثراً في أهلية الشخص, بحيث تضعف ذمته وتقيّد حرّيته وولايته, وتحدّ من تصرفاته, وينتقل محلّ الدين من الذمة إلى المال أم لا يؤثر".

1. قال الحنفية والحنابلة: إنّ المرض عارض من عوارض الأهلية ومؤثّر فيها ويصبح المريض كالمحجور عليه.

**2. الجمهور:** إنّ أهلية المريض تبقى صحيحة وكاملة وأنّ ما ورد في الحدّ منها يقتصر على التبرّع والصدقة، لتعلّق حقّ الغرماء بالمال، كما يقتصر على الوصيّة لعدم إضرار الورثة، لحديث: " الثلث، والثلث كثير " (1).

### الخلاصة:

**الجمهور:** يعترفون باستمرار أهلية الشخص وعدم تأثير المرض عليها، ويعتبرون إقراره كالصحيح حجةً كاملةً، ويطبقون عليه أحكام الإقرار العامة.

**والحنفية والحنابلة:** يحجرون على المريض، ويقرّرون تعلّق حقّ الغرماء والورثة بأمواله، فلا يصحّ إقراره وتعدّيه لغيره في حالة المرض.

**الراجح:** في كلّ ما سبق من إقرار المريض:

إنّ الناظر في آراء الطرفين وأدلّتهم يرى رجحان مذهب الجمهور في صحّة إقرار المريض لو ارث، وأنّ الدين الثابت بإقرار المريض في قوّة إقرار الصحيح. فالأدلة التي استند إليها الحنفيّة والحنابلة لا تقوى على الاحتجاج، فالحديث غير ثابت، والأثر هو قول صحابي مختلف في الاحتجاج به. والقياس على الوصيّة: قياس مع الفارق.

وأما النظر الفعلي: فيمكن تلافيه باشتراط منع التهم، ومن التهم المرض الخطير المؤثّر على العقل والفكر.

وإذا سلّمنا جدلاً في تهم الإيثار والتفضيل فالواجب الديني يقضي أن نصحّ هذا الشرط من أساسه ونقوم الاعوجاج من أصله، فنقوي الوازع الديني بالتخويف من غضب الله ونزيد التوجيه والتربية ونقتدي برسول الله ﷺ، فقد روى البخاري عن سعد بن أبي وقاص: أنّه قال للنبي ﷺ: أوصي بمالي كلّه؟ قال: " لا " قلت: فالشطر قال: " لا " قلت: الثالث قال: " الثالث والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خيرٌ من أن تذرهم عالةً يتكفّفون الناس " (2). وهذا هو الحلّ الحازم، وإلّا فقد يجد الشخص مائة حيلةٍ للتلاعب والجور والإيثار، كما يمكن عند الاشتباه أن نوجّه اليمين إلى المقرّ له فيحلف ويستحقّ المقرّ به، وإلّا حلف الورثة وبطل الإقرار، ويعتبر رفضه اليمين كرفضه الإقرار، وتصبح لدينا وسيلتان كاملتان للإثبات هما الإقرار واليمين.

(1) [ البخاري: الوصايا، باب: أن يترك ورثته أغنياء خيرٌ من أن يتكفّفوا الناس، رقم: 2591. مسلم: الوصيّة، باب: الوصيّة بالثلث، رقم: 1628].

(1) [أنظر الحاشية (1) الصحيفة السابقة].

وإنّ مرض الموت لا يعرف إلاّ بعد الموت، وربّما تمضي سنة أو أكثر، فهل تعطلّ تصرّفات المريض وتوقف إلى ما بعد الموت وإجازة الورثة. وإذا قلنا كالحنفيّة بالتنفيذ فإنّنا نلاقي المصاعب لنقض التصرّفات بعد الموت واسترداد الأموال، وهذا سببٌ لاضطراب التعامل وهل نضمن إمكان إعادة الأمور.

كذلك فإنّ تقديم ديون الصّحة على ديون المرض يضعف الثقة في التعامل بين الناس، لاحتمال ظهور المرض في أي لحظة ووقوع الموت بعده، وهذا سببٌ آخر لاضطراب التعامل على أساس أنّ التعامل هو الثقة واستقرار المعاملات.

وقال ابن قدامة في تعليل صّحة إقرار المريض لأجنبي: " ولنا أنّه إقرارٌ غير متّهم فيه فقبّل، كالإقرار في الصّحة، يحقّقه أنّ حالة المرض أقرب إلى الاحتياط لنفسه ولإبراء ذمّته وتحري الصدق، فكان أولى بالقبول". وهذا المعنى يتحقّق في الإقرار لو ارث أيضاً. وقال البهوتي في المعنى نفسه: " ويلزم المريض أن يقرّ لوارثه بدين ونحوه وإن لم يُقبل منه الإقرار، إذا كان إقراره حقّاً كالأجنبي<sup>(1)</sup>."

فنلاحظ أنّ الحنابلة متفقون مع الجمهور في ضرورة الإقرار لو ارث والحاجة إليه في إظهار الحقوق وعدم ضياعها، وكأنّهم لمسوا ضعف قولهم بالمنع والضرر الناشئ عنه. فقال البهوتي قولته التي تتفق مع الجمهور لكنّه قال ذلك إلزاماً.

أمّا الحنفيّة فقد تشدّدوا في نظرهم وأصروا على قولهم ولو كان الإقرار صحيحاً، كما نقل ابن عابدين: إنّ إقرار المريض للوارث لا يجوز حكايةً ولا ابتداءً<sup>(2)</sup>.

بينما صرّح الشافعيّة: بتحريم الإقرار لو ارث عند قصد الحرمان ولا يحقّ للمقرّ له أخذه. وقال بعض الشافعيّة: يقول مالك بعدم قبول إقراره إن كان متّهماً<sup>(3)</sup>.

### المبحث الثالث

#### الإقرار بالنسب<sup>(4)</sup>

#### مقدمة:

منحت الشريعة النسب مكانة سامية لحفظ الأنساب والحرص على اتّصالها وتسلسلها، واهتمّ المشرّع I بما ينتج عنها من تنظيم الأسرة وحفظ أفرادها وتوثيق الروابط

(2) أنظر كلام ابن قدامة في المغني: 331/7. وفي كلام البهوتي في: كشاف القناع: 455/6.

(3) حاشية ابن عابدين: 610/5.

(1) أنظر فيما سبق الهداية: 183/3. الدرر الحكام: 367/2. منح الجليل: 418/8. الكافي لابن قدامة: 255. النهاية: 69/5.

وانظر كتاب النسب للدكتور علي المحمّدي: 235 وما بعدها.

(2) الكافي: 293/6.

بينهم وتنسيق التكافل الاجتماعي والتعاون بينهم كالنفقة والإرث والتناصر، واعتبر الشارع إنكار النسب الصحيح أو إلحاق النسب الباطل بالشخص كبيرةً من الكبائر التي نهى عنها وشدد على مرتكبها.

أخرج البخاري ومسلم عن سعد بن أبي وقاص أبي بكرة أن رسول الله ﷺ قال: " من ادعى أبا في الإسلام غير أبيه . يعلم أنه غير أبيه . فالجنة عليه حرام " (1). وعن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: " إن أعظم الناس فريةً ... رجلٌ انتفى من أبيه " (2).

فلا غرابة في ذلك إذا رأينا اهتمام الفقهاء بالنسب ومراعاة المبادئ الشرعية والمصالح العامة التي قد يؤدي إليها خروج بعض أحواله عن القواعد العامة في الإقرار، ويثبت النسب بطرق الإثبات الشرعية، كما يثبت بالفراش وشبه الفراش.

وينقسم الإقرار بالنسب إلى قسمين:

**المطلب الأول: أقسامه وشروطه:**

**1. الإقرار بالنسب المباشر:** وهو إقرار بالنسب على النفس، وبمعنى آخر: وما ليس فيه تحميل على الغير.

**2. الإقرار بالنسب غير المباشر:** وهو إقرار بالنسب على الغير، وبمعنى آخر: هو ما فيه تحميل للغير.

**أولاً: الإقرار بالنسب المباشر:** وهو ما يكون بين الأب والأم والولد، فيصح الإقرار من الرجل للوالدين والولد، ويلحق بهما، وهما الزوج والزوجة، كما يصح إقرار المرأة بالوالدين والولد، ويجوز عند الأحناف: أن تُقرَّ المرأة بالزوج.

**شروط الإقرار بالنسب المباشر:**

هناك شروطٌ لصحة الإقرار بالنسب، منها شروطٌ محلُّ اتفاق بين الفقهاء وشروطٌ محلُّ اختلاف بينهم:

**الشروط المتفق عليها:**

**1. جهالة النسب:** وهو أن يكون المُقرُّ أو المُقرُّ له بالأبوة والأمومة مجهول النسب. بمعنى آخر: لا يُعرف له نسبٌ صحيحٌ ثابتٌ.

(3) [ البخاري: الفرائض، باب: من ادعى إلى غير أبيه، رقم: 6385. مسلم: الإيمان، باب: بيان حال من رغب عن أبيه وهو يعلم، رقم: 63].

(4) [ ابن ماجة: الأدب، باب: ماكره من الشعر، رقم: 3761].

وهل جهالة النسب في مكان ولادته أو في مكان وجوده؟ **خلاف:**  
**والراجح:** مكان الولادة، لأنه إذا كان ثابت النسب فيه فيعتبر معروف النسب في جميع الأمكنة والأزمنة، وأمام جميع الناس، وليست هناك صعوبةً لسهولة الاتصال بين الأمكنة.

## 2. إمكان ولادة المُقرِّ له للمُقرِّ وعكسه:

إذا أقرَّ شخصٌ ببنوة شخصٍ أو أبوته: فيشترط أن يكون ممَّا يولد لمثله، بأن يكون فارق السن يقبل هذا الإقرار ليكون النسب مبيناً على سببٍ صحيح ويمكن تصوُّره، ولسدِّ الطريق التَّبني الذي حرَّمته الشريعة، فإذا لم يتحقَّق فارق السن الملائم بينهما فإنَّ ظاهر الحال يكذب الإقرار ويردّه، لكن هناك اختلاف بينهم في تحديد فارق السن بناءً على اختلافهم في أقل سن البلوغ بالنسبة للرجل والمرأة. ويعرف هذا في باب الغسل، حيث يكون الكلام عن أسبابه وهو الاحتلام أو الحيض.

والعبرة في هذا التحديد يرجع إلى أهل الخبرة والاختصاص من الأطباء الذين يحدِّدون أقلَّ سن للبلوغ ينجب فيه، وللبيئة التي يعيش فيها الإنسان، حيث يختلف البلوغ حسب حرِّ المنطقة وبردها غالباً.

## 3. تصديق المُقرِّ له:

وهذا شرطٌ لنفاذ الإقرار وليس شرطاً للصحة، فإذا أقرَّ شخصٌ لآخر مجهول النسب صحَّ الإقرار، لكن يبقى موقوفاً حتَّى يصدِّقه المُقرُّ له إذا كان من أهل التصديق وهو البالغ العاقل، لما يترتَّب على النسب من حقوقٍ ماليَّةٍ، فلا تلزمه إلاَّ بموافقتِهِ. وهذا مبنيٌّ على القاعدة العامَّة: أنَّ الإقرار حجةٌ قاصرةٌ على المُقرِّ ولا يتعدّه إلى غيره. مع فارقٍ خاص بالنسبة للنسب فالإقرار يبطل بالتكذيب ويردُّ بالرد.

وأما الإقرار بالنسب فلا يبطل بالتكذيب ولا يبطل بالرد، فإذا أقرَّ شخصٌ بولدٍ بالغٍ فكذبهُ ثمَّ قبله بعد ذلك صحَّ قبوله وصحَّ النسب، ولا يعتبر التناقض الذي صدر منه، وذلك لتشوِّف الشارع إلى ثبوت الأنساب والحفاظ عليها، ولا يُشترط لحصول التصديق وقتٌ معيَّن فيصحُّ التصديق في أي وقتٍ لاحقٍ للإقرار ولو بعد وفاة المُقرِّ، وذلك لأنَّ المُقرِّ لا يجوز له الرجوع عن الإقرار مهما طال الزمن، لتعلُّق حقِّ المُقرِّ له به.

أمَّا إذا كان المُقرُّ له صغيراً غير مُميِّزٍ فلا يشترط تصديقه لا في الحال ولا بعد البلوغ، فإنَّ الإقرار ببنوة صغيرٍ يتمُّ فور صدوره متى توفَّرت الشروط الأخرى، ولا يتوقَّف على تصديق المُقرِّ له، فلو بلغ ورفض الإقرار لنفي النسب فلا يُقبل منه.

وذلك لأن الصغير محتاجٌ لثبوت النسب، لحفظه وعدم ضياعه، وإذا ثبت النسب فلا يُقبل النفي أو التنازل. هذا كله باتفاق الفقهاء جميعاً.

غير أنهم اختلفوا في السن المعتبرة في تصديق المُقرِّ له:

1. فقال الحنفية: يصح التصديق بالميمز الذي يعبر عن نفسه.
2. وقال الجمهور: لا يصحُّ إلا من المكلف البالغ العاقل، ولا يكفي تصديق الغلام المميز قبل البلوغ.

والذي نميل إليه مذهب الجمهور.

#### 4. تصديق الزوج:

يشترط في إقرار المرأة بالولد إذا كانت متزوجة أو معتدة أن يصدقها الزوج على هذا الإقرار، لأنَّ إقرار الزوجة المعترفة بولد فيه تحميل للنسب على الزوج، لقيام الفراش فيها، ونسبة الولد إليه، لقوله ع " الولد للفراش وللعاهر الحجر " (1).

والإقرار حجة قاصرة فلا يصحُّ إقرار الزوجة إلا بتصديق الزوج، فإذا كذبها الزوج فلا يثبت النسب منها إلا بإثبات الولادة بالشهادة الشرعية، ولا يردُّ هذا الشرط بإقرار الزوج بولد، فلا يُشترط تصديق زوجته له، لجواز أن يكون من غيرها.

#### 5. السبب الصحيح للإقرار بالنسب:

يشترط في إقرار الرجل بالولد أن يبين سبباً شرعياً من فراشٍ صحيح أو شبهة. ويصحُّ إقراره إذا لم يبين سبباً أصلاً، ويحمل على أنه يستند إلى سبب صحيح، ويتحمل المُقرُّ تبعه إقراره ومسؤوليته أمام الله.

أم إذا صرح أنه ابنه من الزنا أو التبني فلا يُقبل إقراره في ثبوت النسب، لأنَّ النبي ع قال: " الولد للفراش، وللعاهر الحجر " . ولو أقرت المرأة بالزنا فلا يثبت النسب لأنَّ الولد للفراش والزنا ليس فراشاً، وقد جعل الله حظَّ الزاني الحجر فقط، فلا حظَّ للعاهر من النسب، كما أسقط الشارع النسب من الزاني عقوبةً وزجراً، ولأنَّ الزانية مرتعٌ لأكثر من واحد، فربما حصل النسب لغير أبيه الحقيقي، كما أنَّ النسب من الزنا عارٌّ على الولد نفسه، لأنه يعير به طول حياته. وأمَّا المرأة فلا يشترط في إقرارها هذا الشرط فيقبل إقرارها ولو ادّعت أنه من الزنا، لأنَّ ثبوت نسبه يعتمد على انفصال الولد منها بالولادة.

#### الشروط المختلف فيها:

(1) [ البخاري: البيوع، باب: تفسير المشبهات، رقم: 1948. مسلم: الرضاع، باب: الولد للفراش وتوفي الشبهات، رقم: 1457].

**1. حياة المُقَرَّر له:** اختلف الفقهاء في اشتراط حياة المُقَرَّر له على ثلاثة أقوال:

**أ . قال الحنفيّة والمالكيّة:** يشترط أن يكون المُقَرَّر له حياً وقت الإقرار .

استندوا في ذلك: إلى أنّ الإنسان يحتاج إلى النسب في حياته ليُشرف به, وهذا منتفٍ بعد الوفاة, لأنّ حكم الإقرار يستدعي محلاً والميت ليس محلاً, وأمّا ميراثه فهو فرع النسب فإذا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع, والغالب في الإقرار بعد الموت أنّه لاستحقاق التركة, فيكون إقراره صورة ودعوى حقيقيّة, ولا يجوز الحكم بمجرد الادّعاء للحديث الشريف: " لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى أناس دماء رجالٍ وأموالهم, ولكن اليمين على المدّعى عليه " (1) .

وإذا كان المُقَرَّر له بالنسب غنياً كثير الأموال فإنّ التهمة ظاهرة في قصد الإرث منه بدون نسب صحيح, ولأنّه يشترط للإقرار بالنسب تصديق المُقَرَّر له, والميت لا يمكنه ذلك.

**واستثنوا من هذا الشرط حالةً واحدةً:**

وهي إذا كان الابن المتوفى المُقَرَّر له بالبنوة قد ترك ذريّة, فيصحّ الإقرار مع وفاة المُقَرَّر له, لحاجة الأحفاد لثبوت نسب أبيهم فيشرفون به.

**ب . وقال جمهور الفقهاء:** لا يشترط أن يكون المُقَرَّر له حياً, فيصحّ الإقرار بالنسب سواءً كان المُقَرَّر له حياً أو ميّتاً, وسواءً كان قبل الموت صغيراً أم كبيراً, ولا اعتبار لهم بالميراث, لأنّ النسب يُنتفع به مهما كانت الأحوال, ولأنّ النسب يثبت في حياة المُقَرَّر له بمجرد الإقرار وهو موجود بعد موته, أمّا التصديق المشروط من الكبير فيسقط لعدم إمكانه كالصغير .

**ج . وفي قول عند الشافعيّة:** يشترط أن يكون المُقَرَّر له حياً إذا كان كبيراً ولا يشترط إذا كان صغيراً, فلا يصحّ الإقرار بنسب الكبير الميت لاشتراط تصديقه حال حياته, وتصديقه بعد موته مستحيل. أمّا الصغير فلا يُشترط تصديقه فيصحّ الإقرار له بالنسب سواءً كان حياً أو ميّتاً.

**2. عدم المنازعة:**

**أ . اشترط الحنفيّة والحنابلة:** في الإقرار بالولد الصغير عدم المنازعة في هذا الإقرار, فإنّ وُجد منازعٌ فيه أصبحت المنازعة دعوى, ولا يقَدّم مُقَرَّر على آخر إلاّ ببينة.

(1) [البخاري: التفسير, باب: (إنّ الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً..) (آل عمران: 77) رقم: 4277. مسلم: الأفضية, باب: اليمين على المدّعى عليه, رقم: 1711, واللفظ له].

ب . وقال الشافعية: لو استلحق اثنان بالغاً عاقلاً ثبت نسبه لمن صدّقه منهما, فإن صدّقهما أو لم يصدّقهما أو لم يصدّق واحداً منهما عرض على القائف.  
وقد استلحق اثنان صغيراً فلا يقدّم أحدهما على الآخر إلاّ ببينة, فإن لم توجد فيقدّم من سبق استلحاقه, وإلاّ يُعرض على القافة, وإلاّ يقدّم من يصدّقه بعد البلوغ.  
هذا ويمكن أن يُستأنس في هذا بالوسائل العلميّة الحديثة كمرجع, لا كحجّة يُعتمد عليها أصلاً.

### أثر الإقرار بالنسب المباشر:

إذا صحّ الإقرار بالنسب المباشر واستوفى شروطه فإنّه يترتب عليه ثبوت النسب وآثاره الشرعيّة من الإرث والنفقة والحرمة, ولا يجوز نقضه أو إسقاطه أو التنازل عنه ولو بتصادق الطرفين, لأنّ النسب من الحوائج الأصليّة في الحياة, يتعلّق به حقّ الله تعالى, وقد ثبت بحجّة شرعيّة صادرة عن المقرّ على نفسه, وليس فيه ضرر على غيره قصداً.  
ويصبح النسب الثابت بالإقرار كالنسب الثابت بالفراش ويكون حجّة على الجميع, سواء المقرّ والورثة والأقرباء, وبذلك يتعدّى الإقرار إلى غير المقرّ. كما لا يُتصوّر تحويله من شخص إلى آخر, وإن ثبت النسب بالإقرار لا يُقبل نفيه مطلقاً ولو باللعان, خلافاً للثابت بالفراش أو البينة: فإنّه تجوز فيه الملاعنة, لأنّ النسب فيهما ثبت بحكم الفراش, ويُحتمل أن لا يكون منه, فيجوز نفيه والملاعنة فيه.

أمّا الثابت بالإقرار فلا يُقبل فيه اللعان, لأنّه أقرّ بأنّه تكوّن وخُلِق من مائه, وهذا باتّفاق جماهير الفقهاء.

**والخلاصة:** أنّ الإقرار بالنسب لا يجوز الرجوع فيه, لأنّ النسب يُحتاط في إثباته ويتعلّق به حقّ الله تعالى زيادةً على حقّ أصحابه, أي أصحاب الإقرار. ويؤيّد ذلك: ما روي عن الفاروق أنّه قال: " من أقرّ بولده طرفه عين فليس له أن ينفيه " (1) لأنّ قبول رجوعه ونفيه النسب بعد الإقرار به يؤدّي إلى الفوضى والتلاعب في الأنساب, وهو لا يجوز, فيجب منعه درءاً للمفاسد.

### ثانياً: الإقرار بالنسب غير المباشر:

أو هو الإقرار بنسبٍ يحمله المقرّ على غيره, أو: هو إلحاق نسب أحد الأقرباء غير الوالدين والولد وحمله على غير المقرّ, كالإقرار بنسب العمومة وأبنائهم والإخوة وأبنائهم.

(1) [السنن الكبرى للبيهقي: اللعان, باب: الرجل يُقرّ بحبل امرأته أو بولدها مرّةً فلا يكون له نفيه بعده: 411/7].

والإقرار بالنسب غير المباشر يتعدى أثره من المقر إلى المقر عليه، ويثبت نسب المقر له من المقر عليه باعتراف المقر أو باعتراف الورثة، ويتعلق بالإقرار غير المباشر حكمان: هما إثبات النسب وإثبات حق الميراث.

ولا يُنتج هذا الإقرار آثاره إلا باستكمال شروط الإقرار العامة، وشروط الإقرار بالنسب المباشر المتفق عليها، ويضاف إلى ذلك شرطان:

1- أن يصدق المقر عليه بالنسب إذا كان حياً فيثبت النسب بالتصديق والإقرار المباشر، ولا يتحقق الإقرار بالنسب غير المباشر إلا إذا كان المقر عليه. وهو الملحق به النسب. ميثاً.

2. أن يكون المقر وارثاً.

3- أن يكون المقر الوراث حائزاً لجميع تركة الملحق به النسب. وهذا الشرط عند الحنابلة والشافعية<sup>(1)</sup>.

**المطلب الثاني: إقرار الورثة لوارث آخر:**

إذا أقر الورثة لوارث آخر فإن ذلك ينقسم إلى قسمين:

1. أن يقر جميع الورثة.

2. أن يقر بعض الورثة وينكر بعضهم.

1. إذا أقر جميع الورثة بنسب على مورثهم هل يثبت النسب والميراث للمقر له أم لا

؟ وذلك في حالتين:

أ. بلوغ الورثة نصاب الشهادة: إذا كان الورثة يبلغون نصاب الشهادة، وأقرّوا بوارث

آخر معهم: فإنه يثبت نسب المقر له من المقر عليه، ويصبح نسبه ثابتاً ومعروفاً وحجة على الجميع، فيشارك الورثة في الميراث ويأخذ حصته الشرعية، كما تثبت جميع الحقوق المترتبة على النسب، كالنفقة والقصاص والحرمة، ويتوارث المقر له مع الورثة فيرثون منه ويرث منهم.

غير أنهم اختلفوا في أساس ثبوت النسب غير المباشر، لأن فيه تحميل النسب على

غير المقر:

**1. فذهب الحنفية والمالكية:**

(2) أنظر في هذا الهداية: 185/3. كشاف القناع: 460/6. النهاية: 106/5. الكافي: 293/6. وانظر وسائل الإثبات: 278 وما بعدها.

إلى أنّ الأساس الذي بني عليه ثبوت النسب للغير هو الشهادة، ولذا يُشترط أن يبلغ الورثة المقرون بالنسب نصاب الشهادة، لأنّ إقرار الورثة بوارث لا يثبت به النسب على الغير لأنّه إقرار على الغير وهو باطل، لأنّ الإقرار حجّة قاصرة، وإنّما يثبت به النسب في حقّ المُقرّ وحده في المال فقط، ولا يثبت به النسب الكامل إلاّ بتصديق المُقرّ عليه، وهنا يثبت النسب بإقراره وتصديقه أو بشهادة الورثة بالنسب حسب النصاب الشرعي في الشهادة: رجلان أو رجلٌ وامرأتان عند الأحناف، أو رجلان عدلان عند المالكيّة، فيُشترط العدد والعدالة، فإذا انتفت العدالة أو العدد لم يثبت النسب، وثبت الحقّ المالي فقط وهو الميراث فيشارك المُقرّين في نصيبهم، لأنّ الأصل أنّ إقرار الإنسان حجّة عليه فقط، ولا يتعدّى إلى غيره.

## 2. وقال الشافعيّة والحنابلة:

إنّ أساس ثبوت النسب على الغير بإقرار جميع الورثة هو الإقرار، فإذا بلغ الورثة نصاب الشهادة وأقرّوا بنسب على مورّثهم ثبت النسب من الملحق به بالإقرار لا بالشهادة، لأنّ الورثة يخلفون مورّثهم في حقوقه، والنسب من جملتها، بشرط كون الملحق به ميّناً وكون المُقرّين وارثين وحائزين جميع تركة الملحق به، فالورثة يقومون مقام الميّت في ميراثه وديونه وبيناته ودعاويه، والإقرار بالنسب ينتقل إلى الورثة ويصبح حقّاً لهم، والقاعدة عندهم: أنّ الإقرار بالنسب غير المباشر حقّ لجميع الورثة، فإذا أقرّوا به جميعاً ثبت به النسب وآثاره الشرعيّة، وإنّ أنكر بعضهم فلا يثبت لأنّ النسب لا يتبعّض.

ب . عدم بلوغ الورثة نصاب الشهادة، فإذا كان الورثة واحداً وحائزاً جميع الميراث وأقرّ بوارثٍ آخر بأن قال: هذا أخي، وحمله على أبيه، فهل يثبت نسبه كالحالة السابقة أم لا ؟ خلاف على قولين:

أولاً: قال المالكيّة والحنفيّة: لا يثبت النسب، ويثبت حقّ الميراث فقط.

واستدلّوا بالسنة والقياس:

- السنة: عن ابن عبّاس رضي الله عنهما: أنّ رسول الله ع قال: " لا مساعاة في

الإسلام " (1) .

ووجه الدلالة: أنّ المراد بالمساعاة ادّعاء الأنساب، وقد نفى النبيّ ع ادّعاء الأنساب

لإلحاقها بالشخص، فدلّ على عدم اعتباره.

(1) [ أبوداود: الطلاق، باب: في ادّعاء ولد الزنا، رقم: 2264. مسند أحمد: 362/1. البيهقي: الفرائض، باب: لا يرث ولد الزنا من الزاني ولا يرثه الزاني: 259/6. المستدرک للحاكم " الفرائض " : 342/4.]

اعتُرض على هذا الاستدلال بأمرين:

أ . الحديث وارد باستلحاق النسب في الزنا لأنّ تمام الخبر دالٌّ عليه, وهو قوله ع : " ومن ساعى في الجاهليّة فقد لحق بعصبته, ومن ادّعى ولداً من غير رشدة فلا يرث ولا يورث " . فقوله " لا مساعاة " أي لا زنا جائز في الإسلام, ويقال: ساءت المرأة إذا فجرت, وساعى بها فلان إذا فجر بها. " من غير رشدة " أي من غير نكاح صحيح, بأن كان زنا, وقد أبطل النبيّ ع المساعاة في الإسلام, ولم يلحق النسب بها, وعفا عمّا كان منها في الجاهليّة, لأنّ الإسلام يجب ما قبله, كما أبطل التبنّي وما يترتب عليه من إرث وغيره.

ب . هذا الحديث ضعيف, لا يصحُّ الاستدلال به, لأنّ في سنده رجالاً لم يسمّ قال فيه الذهبي في تعليقه على المستدرک: لعلّه موضوع, فإنّ ابن الحصين تركوه<sup>(1)</sup>.

. القياس:

وهو إقرار الوارث بنسب وارث لا يثبت على المورث, لأنّ الإقرار حجة قاصرة فلا يتعدّى إلى الغير, ولذلك يعتبر في الشهادة, لأنّ شهادة الواحد لا تكفي في إثبات النسب, بخلاف الاثنين فصاعداً, ولكن تثبت له الحقوق الماليّة في حقّ نفس المقرّ, وتلزم الأحكام من النفقة والحضانة ويشاركه في التركة إذا تصادقا على الإقرار, ويرث المقرّ له من المقرّ بشرط أن لا يكون للمقرّ وارث معروف.

اعترض على القياس:

بأنّ الوارث الحائز جميع التركة يرث جميع الحقوق التي تنقل من الميت إليه, ومنها النسب, فأقرار الورثة كأقرار المورث على نفسه, وليس فيه تعدياً إلى الغير. كما نلاحظ أنّ الحنفيّة يعتبرون إقرار الوارث شهادة, فلا يقبلون شهادة الواحد, وتارةً يعتبرونه إقراراً فيرث المقرّ له مع المقرّ من التركة.

ثانياً: قال الشافعيّة والحنابلة: يثبت النسب بالآثار الماديّة:

واستدلّوا:

1. بما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام, فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص, عهد إليه أنّه ابنه, انظر إلى شبهه. وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله, ولد على فراش أبي من وليدته. فنظر الرسول ع إلى شبهه فرأى شبهاً بيئاً بعتبة, ثمّ قال: " هو لك يا عبد؟ الولد

(2) وابن الحصين هو عمرو بن الحصين العقيلي, أحد رجال سند الحديث عند الحاكم.

للفراش وللعاهر الحجر " . وفي رواية البخاري: ثم قال لسودة : " واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة " لما رأى شبهه بعتبة, فما رآها حتى لقي الله. وفي رواية مسلم: قالت عائشة: فلم ير سودة قط<sup>(1)</sup> .

### اعترض عليه بوجه:

أ. أن النبي ع جعله عبداً له ولم يجعله أخاه بقوله " هو لك عبد " .  
أجيب عنه: بأن النبي ع قال " هو أخوك يا عبد " <sup>(2)</sup> إن عبد بن زمعة أقرّ بولادته حرّاً على فراش أبيه, فلم يجز أن يحكم برقه.

رواية " هو لك عبد " اختصاراً لحرف النداء, كقوله تعالى حكاية عن قول عزيز مصر ليوسف: ( يوسف أعرض عن هذا) [ يوسف: 28]. أي يا يوسف.

ب. إنّما أحقه بالفراش, لا بالإقرار, لقوله: " الولد للفراش " .  
أجيب: بأن عبد بن زمعة قد أثبت الفراش بإقراره, وإقراره بالفراش إقرار بالنسب, لثبوت النسب بثبوت الفراش, ولم يكن فرقاً بين الإقرار بالفراش الموجب لثبوت النسب, وبين الإقرار بالنسب الدال على ثبوت الفراش.

ج. أن النبي ع أمر سودة بالاحتجاب منه وقال لها " ليس لك أخاً " وفي رواية: ولو كان أخاها لما أمرها بذلك.

أجيب: إنّ أمره بالاحتجاب لما رأى شبهه بعتبة, كما جاء صريحاً في رواية البخاري, فبعد أن حكم بالحكم الشرعي بثبوت النسب بالفراش, خشي أن يكون من ماء عتبة فأمرها بالاحتجاب احتياطاً.

وكذلك فإنّ رواية " ليس لك بأخ " في سندها ضعف وطعن, كما صرح به البيهقي.  
وقال النووي: وقوله " ليس لك بأخ " لا يُعرف في الحديث, بل هي زيادة باطلة مردودة, فالحديث دليل على ثبوت النسب بإقرار الوارث الحائز للتركة<sup>(3)</sup>.

2. المعقول: قالوا إنّ الورثة يخلفون مورثهم في الحقوق إثباتاً بالحجج والبيّنات, ومنها الدّين والنسب والقصاص حقّ له في حال إبقائه حيّاً, فكان للورثة إثباته بعد وفاته في ملك المورث في إثبات حقوقٍ تتعلّق بالمال ودفع الضرر عن عرضه ولا تتعلّق بنفس المورث

(1) [ البخاري: البيوع, باب: تفسير المشبهات, رقم: 1948. مسلم: الرضاع, باب: الولد للفراش وتوقّي الشبهات, رقم: 1457].

(2) أبو داود: الطلاق, باب: الولد للفراش, رقم: 2273.

(1) [ أنظر شرح صحيح مسلم للنووي رحمه الله تعالى, الموضوع المذكور في الحاشية قبل السابقة. وانظر السنن الكبرى للبيهقي: الإقرار, باب: إقرار الوارث بورث: 86/6. وسائل الإثبات].

فملك الورثة إثباته بعد موته، وإن من ملك إثبات الحقوق ملك إثبات الأنساب. وقالوا: إن إقرار الورثة بالحق أقوى ثبوتاً من الشهادة به، فلما ثبت النسب بالشهادة فأولى أن يثبت بإقرار الورثة، ولذلك فكل ما يصح ثبوته بالشهادة فإنه يصح ثبوته بإقرار الورثة بالأولى، كسائر الحقوق.

**الراجح:** والذي نميل إليه ونرجّحه في كلّ ما مضى ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة في ثبوت نسب المقر له من الميت بإقرار الورثة، سواء كانوا متعدّدين ويبلغون نصاب الشهادة أم كانوا اقل من النصاب، وحائزين جميع التركة، وذلك لقوة أدلتهم من السنّة، ولانتقال حق الإقرار بالنسب في المورث إلى الوارث، ولأنه من غير المعقول أن يتفق جميع الورثة على الاعتراف بأخر دون أن يكونوا متأكّدين من صحّة النسب، أو موصى لهم به من المورث نفسه، وأنّ المورث كان عازماً على استلحاقه ولكن المنية عاجلته، أو تأخّر به لأسباب وأسرار تتعلّق به، على أنّ إقرار الورثة لا شبهة فيه، لأنهم يدخلون على أنفسهم ضرراً ولا يجلبون لهم مصلحة، ومتى ثبت النسب ترتّب عليه جميع آثار النسب الشرعيّة، كالنفقة والحضانة والتوريث والحرمة.

2. إذا أقرّ بعض الورثة وأنكر بعضهم الآخر:

اتفق الفقهاء على أنه إذا أقرّ بعض الورثة بالنسب لآخر وأنكر بعضهم الآخر: فلا يثبت النسب من المقرّ عليه، لقصور ولاية المقرّ وعدم انتقال الحقّ إليه كاملاً، فالنسب لا يتبعّض.

قال ابن قدامة: " لا يثبت النسب بالإجماع لأنّ النسب لا يتبعّض، فلا يمكن إثباته في حقّ المقرّ دون المنكر"<sup>(1)</sup>. ثمّ اختلفوا في ثبوت حقّ الميراث مع المقرّ له على قولين:

**القول الأول:** عدم ثبوت حقّ الميراث، وعدم ترتّب سائر الحقوق كالميراث والنفقة، فلا يشارك المقرّ له بنصيبه من التركة ولا يرث منه، هذا في الظاهر وحكم القضاء، أمّا في الباطن وحكم الديانة: فإذا كان المقرّ صادقاً فعليه أن يشاركه فيما يرثه بالأصل، ذهب إلى ذلك بعض الشافعية وبعض المالكية.

**دليل القول بعدم ثبوت حق الميراث:**

(2) [ المغني: 314/7 ].

1- قوله تعالى: (بوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) [النساء: 11] فالله أثبت الميراث للولد، فإن لم تثبت الولادة والنسب لم يثبت الميراث، والمُقَرَّر له لم يثبت نسبه باتِّفاق، والميراث فرع النسب.

2- يلزم لصحة الإقرار بالنسب غير المباشر حكمان: الأول: النسب وهو الحكم الأقوى والأصلي. والثاني: استحقاق الميراث، وهو الأضعف والفرع، فلما انتفى ثبوت النسب عن هذا الإقرار من بعض الورثة، فأولى أن ينتفى عنهم ثبوت الميراث.

3- الميراث مستحق بالإقرار تارةً والبيّنة تارةً أخرى، ولما كانت شهادة أحد الشاهدين لا توجب استحقاق الميراث بشهادته وجب أن يكون إقرار أحد الوارثين يمنع من استحقاق الميراث بإقراره. وتحريره: كلُّ شخصٍ استحقَّ الميراث بقولهما لم يجز أن يستحق بقبول أحدهما، كالشاهدين، إلى غير ذلك من الأدلّة.

**القول الثاني:** ثبوت الميراث بين المُقَرَّر له المُقَرَّر عليه في حق المُقَرَّر فقط، ويعامل المُقَرَّر بإقراره كما لو ثبت النسب في المورث حقيقةً، ويشارك المُقَرَّر له المُقَرَّر في نصيبه من التركة. ذهب الجمهور إلى ذلك مستدلين:

**الإقرار يتضمّن أمرين: الأول:** حمل النسب على المُقَرَّر عليه، وهذا لا ولاية له عليه فلا يُقبل. **والثاني:** الاشتراك في المال وفيه ولاية له، لأنه إقرار على نفسه فيُقبل، لأنَّ الإقرار حجةٌ قاصرةٌ على المُقَرَّر، ويؤاخذ بإقراره ويشاركه بماله، وليست حجةٌ متعدّية على غيره، فلا يثبت نسبه من المُقَرَّر عليه، لأنَّ فيه حمل النسب على الآخر، وهو ممنوع.

**اعترض على هذا الاستدلال:**

1. بالاتّصال بين النسب والميراث، فلا ينفصلان إلا لعارض، كمانع من موانع الإرث كالكفر والقتل والرق.

2. **واستدلّوا أيضاً:** بأنَّ عدم ثبوت النسب لأنَّ النسب لا يتبعّض، ولا يمكن إثباته في حقِّ المُقَرَّر دون المنكر، ولا يمكن إثباته في حقِّهما لأنَّ أحدهما مُنكر، ولم توجد شهادة يثبت بها النسب.

أمّا الميراث فيتبعّض، ولذلك يشارك المُقَرَّر له في ميراث المُقَرَّر وحصّته من التركة.

**اعترض عليه أيضاً:**

بأنَّ النسب لا يثبت باتِّفاق، والميراث فرعٌ عن النسب فما دام الأصل لم يثبت فلا يثبت الفرع.

**3. واستدلوا أيضاً:** أنّ المُقَرَّ يُقَرَّرُ بِمالِ يَدِّعِيهِ المُقَرَّرُ لَهُ، وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ لَهُ، فَوَجِبَ الْحُكْمُ لَهُ بِهِ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ لَهُ بِدَيْنٍ عَلَى أَبِيهِ أَوْ أَقَرَّ لَهُ بِوَصِيَّةٍ، وَأَنْكَرَ سَائِرَ الْوَرِثَةِ. وَالَّذِي نَمِيلُ إِلَيْهِ وَنَرْجِّحُهُ: مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْجُمْهُورُ، وَهُوَ الْحُكْمُ عَلَى الْمُقَرَّرِ وَمَوَازِنَتَهُ بِإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ، وَإِنْ لَمْ يَتَعَدَّ إِقْرَارُهُ إِلَى غَيْرِهِ.

### **حَصَّةُ الْمُقَرَّرِ لَهُ مِنَ الْمِيرَاثِ:**

رَأَيْنَا أَنَّ جُمْهُورَ الْفُقَهَاءِ يَقُولُونَ بِثُبُوتِ حَقِّ الْمُقَرَّرِ لَهُ فِي الْمِيرَاثِ، وَيُشَارِكُ الْمُقَرَّرُ فِي حَصَّتِهِ، وَلَكِنَّهُمْ اخْتَلَفُوا بَعْدَ ذَلِكَ فِي كَيْفِيَّةِ الْمَشَارَكَةِ عَلَى قَوْلَيْنِ:  
**مثاله:** إِذَا مَاتَ شَخْصٌ وَتَرَكَ وَلَدَيْنِ، فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا بِثَالِثٍ وَأَنْكَرَ الْآخَرَ، فَمَا هِيَ حَصَّةُ الْمُقَرَّرِ لَهُ فِي نَصِيبِ الْمُقَرَّرِ؟

**1- قال أبو حنيفة:** وَجِبَتْ الْمُنَاصِفَةُ بَيْنَ الْمُقَرَّرِ وَالْمُقَرَّرِ لَهُ، لِأَنَّ الْمُقَرَّرَ كَأَنَّهُ يُقَرَّرُ أَنَّ الْمُنْكَرَ غَاصِبٌ لِمَا أَخَذَهُ، لِأَنَّهُ أَخَذَ مَا لَا يَسْتَحِقُّهُ، فَيَكُونُ الْبَاقِي مِيرَاثًا بَيْنَ الْمُقَرَّرِ وَالْمُقَرَّرِ لَهُ.  
**2. وقال الجمهور:** يَأْخُذُ الْفَائِضُ عَنِ نَصِيبِ الْمُقَرَّرِ فَقَطْ.

فَفِي الْمِثَالِ السَّابِقِ: الْمُنْكَرُ يَأْخُذُ النِّصْفَ، وَالْمُقَرَّرُ يَأْخُذُ الثَّلْثَ، وَالْبَاقِي لِلْمُقَرَّرِ لَهُ. اسْتَدَلُّوا: أَنَّهُمْ يَجْعَلُونَ الْإِقْرَارَ شَائِعًا فِي التَّرَكَةِ، فَيُعْطَى الْمُقَرَّرُ مَا يَخْصُصُ الْمُقَرَّرَ لَهُ مِنْ حَصَّتِهِ، لِأَنَّ الْمُقَرَّرَ يَزْعُمُ أَنَّ الْمَالَ بَيْنَهُمْ جَمِيعًا أَثْلَاثًا عَلَى الشُّيُوعِ، فَيَكُونُ ثُلُثُ الْمُقَرَّرِ لَهُ نِصْفَهُ فِي يَدِ الْمُنْكَرِ وَنِصْفَهُ فِي يَدِ الْمُقَرَّرِ، فَيَنْفِذُ بِإِقْرَارِهِ فِيمَا بِيَدِهِ. وَلَا يَتَعَدَّى إِقْرَارُهُ إِلَى مَا فِي يَدِ أَخِيهِ الْمُنْكَرِ، فَلَا يَأْخُذُ الْمُقَرَّرُ لَهُ مِنْهُ شَيْئًا.

**الترجيح:** وَنَحْنُ مَعَ الرَّأْيِ الثَّانِي، لِأَنَّ الْإِقْرَارَ يَنْصَبُ عَلَى جَمِيعِ التَّرَكَةِ، فَلَا يُمْكِنُ تَجْزِئَتُهُ لِقَبُولِهِ فِي جُزْءٍ وَرَفْضِهِ فِي جُزْءٍ آخَرَ، فَالْإِقْرَارُ صَحِيحٌ فِي الْكُلِّ فِي زَعْمِ الْمُقَرَّرِ، وَلَكِنَّ الْمُنْكَرَ حَالٌ دُونَ تَنْفِيذِهِ.

### **المطلب الثالث: الإقرار بنسب الأقرب:**

إِذَا أَقَرَّ شَخْصٌ بِآخَرَ، وَكَانَ الْمُقَرَّرُ لَهُ أَقْرَبَ إِلَى الْمَيِّتِ مِنَ الْمُقَرَّرِ، وَيَحْجِبُهُ مِنَ الْمِيرَاثِ، كإِقْرَارِ الْأَخِ بَابِنِ الْمَتَوَفَّى، فَهَلْ يَثْبُتُ النِّسْبُ أَوْ الْمِيرَاثُ.

**هناك قولان:**

### **الأول عند الشافعية:**

إِنَّ الْإِقْرَارَ غَيْرَ صَحِيحٍ، وَلَا يَثْبُتُ بِهِ النِّسْبُ وَلَا الْمِيرَاثُ، لِأَنَّ مَا أَدَّى وَجُودَهُ إِلَى نَفْسِهِ انْتَفَى، فَلَوْ صَحَّ إِقْرَارُ الْأَخِ بِالْأَبْنِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْأَخَ لَيْسَ بِوَارِثٍ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ وَارِثًا صَارَ أَجْنَبِيًّا

وبطل إقراره، لأن شرط الإقرار بالنسب غير المباشر أن يكون المُقرُّ وارثاً وحائزاً لجميع التركة.

**الثاني عند الجمهور:** الإقرار صحيح ويثبت النسب والميراث.

**ولكنهم اختلفوا بإثبات النسب من المُقر أو الجميع:**

**1- فقال المالكية والحنابلة:** يثبت النسب والميراث في حق المُقرِّ وحده، ويستبدُّ المُقرُّ له بالميراث ويعامل الأخ بإقراره في حق نفسه.

**2. الشافعية:** يثبت النسب في حق الجميع من المُقرِّ عليه، ويكفي في إقرار الأخ أنه وارثٌ ظاهرٌ، فلا يشترط في صحة إقرار الوارث بالوارث كونه وارثاً بالفعل، بل يكفي بحسب الظاهر مع حوز جميع التركة، كإقرار الابن بابن آخر، فإنه يؤدي إلى حجب المُقر عن نصف التركة وهو مقبول.

**الترجيح:** ويظهر لنا ترجيح القول الثاني بثبوت النسب والميراث، لأن الميراث مال فيثبت بإقراره، رغم تحقيق الضرر عليه فيرجح منه جانب الصدق. وأما النسب فإنه ضروري للإنسان، والشارع يرغب في اتصال النسب فيثبت النسب والميراث.

**المطلب الرابع: هل تُسمع البيّنة بعد الإقرار:**

تقدّم أن الإقرار سيّد الأدلّة، وهو حجّة قويّة لا يحتاج إلى بيّنة تقوية. ومن جهة ثانية فإن البيّنة لا تُقام إلا على منكر، ولكن الإقرار كما قدّمنا حجّة قاصرة على المُقرِّ نفسه، ولا تتعداه إلى غيره، ولذلك يجوز سماع الشهادة مع الإقرار إذا كان منها فائدة للمُقرِّ له، كتعدّي الحكم من المُقرِّ إلى غيره، أو إذا توقّعنا ضرراً من غير المُقرِّ.

**وذلك في الحالات التالية:**

1. إذا أقرّ أحد الورثة بدينٍ لآخر على الميت: فيجوز للمُقرِّ له أن يُقيم الشهادة على هذا الدين ليتعدّى الحكم إلى بقية الورثة، وكذا إذا أقرّ جميع الورثة بالدين على الميت يجوز إقامة الشهادة بأن المُقرِّ له كما يحتاج إلى إثبات الدين في حق الورثة فإنه يحتاج لإثباته في حق دائنٍ آخر.

2- إذا ادّعى أنه وكيل فلان في قبض الدين، فأقرّ المدّعى عليه بالوكالة، فيجوز للوكيل أن يبرهن على ثبوت وكالته بدفع الضرر عنه وعن المدين، لأنّ المدين إذا دفع الدين إلى الوكيل بلا بيّنة على الوكالة، ثمّ أنكر الموكل الوكالة، فلا تبرأ ذمّة المدين، فيتضرّر بالدفع ثانية، وإذا ثبتت الوكالة بالبيّنة فقد ثبت أنّ يده يد أمانة على ما قبضه، حتّى إذا هلك

كان هلاكه أمانةً فلا يضمن، وأنَّ إثبات الوكالة بالبيّنة تجعل الوكالة ساريةً على الجميع المُقر وغيره، فلا يحتاج إلى إثبات وكالة أمام مدّعي عليه آخر إذا كان منكرًا له.

3. إذا ادّعى أنه وصيُّ فلان، وطالب المدين بالدين، فأقرَّ المدّعي عليه بالوصاية: فالقاضي لا يثبت وصايته بإقرار المدين حتّى يقيم البيّنة عليها، لأنّه إذا دفع إليه المال اعتماداً على الإقرار وحده لا تبرأ ذمّة المدين إذا أنكر الوارث، وكذا إذا طلب ديناً لمدينٍ آخر فأنكر وصايته: فلا ينفعه إقرار الآخر، وإن ثبتت بالبيّنة تكون ساريةً على الجميع.

4. إذا أقرَّ المشتري المستحقّ عليه بالاستحقاق، فنُقبِل البيّنة من المستحق، ليتمكّن من الرجوع على البائع، لأنَّ إقرار المشتري بالملك للمستحق لا يمكّنه من الرجوع بالثمن على البائع، لأنَّ الإقرار حجةً قاصرةً، ولو أقيمت البيّنة لأمكنه ذلك لأنّها حجةٌ متعدّيةٌ.

5. لو أقرَّ الوارث للموصى له يجوز إقامة البيّنة على إقراره، ليتعدّى الحكم على غيره.

هذا المسائل على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، والضابط فيها: إذا كان في الشهادة فائدة زيادةً على الإقرار فنُقبِل<sup>(1)</sup>.

## الفصل الرابع

### اليمين

**مقدّمة:** اليمين وسيلةٌ من وسائل الإثبات التي يستند إليها القاضي في إصدار حكمٍ في فصل النزاع وإنهاء الخلاف بين الأطراف المتنازعة، واليمين وسيلةٌ للإثبات منذ أقدم العصور، وقد تلوّنت أشكالها وطريقة أدائها في المجتمعات بحسب العقائد والأديان والأفكار التي تشوبها، وكانت سائدةً عند العرب قبل الإسلام، فأقرّها الشرع الإسلامي الحنيف بما يتفق مع العقيدة الإسلامية<sup>(2)</sup>.

### المبحث الأوّل

#### تعريف اليمين وأقسامه ومشروعيته

##### المطلب الأوّل: تعريف اليمين:

**لغةً:** الحلف والقسم، وهو ما يعنينا هنا.

(1) راجع في مبحث الإقرار: الهداية: 185/3. الدرر الحكام: 367/2. منح الجليل: 472/8. الكافي: 293/6. المغني: كتاب الإقرار بالحقوق: 262/7، وما بعدها. النهاية للرملي: 64/5. وانظر: وسائل الإثبات: 233.

(2) أنظر في هذا الفصل: الهداية: 153/3. اللباب: 29/4. مختصر خليل: باب اليمين: 95. منح الجليل: 556/8. حاشية القليوبي على شرح المحلّي للمنهاج: أول كتاب الإيمان: 271/4. مغني المحتاج: 476/4. الكافي لابن قدامة: 181/6. وانظر وسائل الإثبات: 316.

**اصطلاحاً:** عرّف الفقهاء اليمين بشكلٍ عام بتعريفات مختلفة حسب اختلافهم في الأحكام المتعلقة بها عندهم:

1. **قال الأحناف:** " عقدٌ يقوَى بها عزم الحالف على الفعل أو الترك "
2. **وقال المالكية:** " تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله أو صفته."
3. **وقال الشافعية:** " تحقيق أمرٍ محتملٍ سواءً كان ذلك الأمر ماضياً أو مستقبلاً، نفيّاً أو إثباتاً فيهما بذات الله أو صفة الله "
4. **وقال الحنابلة:** " توكيدٌ لحكمٍ بذكر معظمٍ على وجهٍ مخصوص "

هذه التعريفات بشكلٍ عام توكيدٌ لحق إثباتاً أو نفيّاً، وهي تعريفات لليمين بمعناه العام الذي يشمل اليمين على القيام ببعض الأعمال أو الامتناع عنها، واليمين على إثبات الحقوق أو نفيها، وخصّصوا باب الإيمان والنذور في كتب الفقه لبحث القسم الأوّل، دون التعرّض لبحث اليمين كوسيلةٍ من وسائل الإثبات، ولكن ذكروا أحكام اليمين القضائيّة في باب القضاء والدعوى. واليمين تستعمل في مواضع كثيرةٍ لكنّ الذي يعنينا هنا في الإثبات اليمين الواقعة في خصومة، وهي التي يؤدّيها الشخص أمام القضاء لفصل النزاع وتحقيق أمرٍ من الأمور في الماضي والحاضر.

ونستطيع أن نعرّف اليمين باعتبارها وسيلةً من وسائل الإثبات بأنّها: " تأكيدٌ بثبوت الحقّ أو نفيه باستشهاد الله تعالى أمام القاضي "

. كلمةٌ " تأكيد " تعني تقوية وترجيح جانب الصدق على الكذب، باعتبار أنّ الحالف جعل الله رقيباً عليه وشاهداً على صدقه، لأنّه سبحانه يعلم السرّ وأخفى.

. وجملةٌ " ثبوت حقّ " : تخرج التأكيد على فعل أمرٍ أو تركه، فهذه هي اليمين العامّة، وتقع اليمين على الحقّ أو على مصدره، وهو الفعل في الماضي أو الحاضر الذي يترتّب عليه حقٌّ لآخر. أو يدخل في نفس الجملة يمين المدّعي في إثبات الحق واستحقاقه، والحقّ المحلوف عليه أو المتنازع عليه أو المتشاح فيه، وهو ما يسمّى محل النزاع.

- وكلمةٌ " أو نفيه " : يدخل فيها يمين المدّعي عليه على نفي الحق وردّ ادّعاء المدّعي.

. وجملةٌ " استشهاد الله تعالى " : خرج بها تأكيد ثبوت الحقّ بالشهادة والكتابة وغيرها، وفضل اليمين باللفظ المحدود واليمين له، وهو لفظ الجلالة.

- جملة " أمام القاضي ": قيد في اليمين القضائية التي يُشترط فيها أن تكون أمام القاضي وبطلبه، خرج بها اليمين خارج القضاء فلا عبرة لها في إثبات الحق، فلو حلف الشخص خارج القضاء بعيداً عن القاضي ونُقل ذلك للقاضي لا يُقبل.

### المطلب الثاني: أقسام اليمين:

تنقسم اليمين باعتبار الحالف إلى يمين المدعى عليه، ويمين المدعي، وهي أنواع مختلفة وسنذكر كل نوع والحالات التي تستعمل فيها:

**1. يمين المدعى عليه:** وتسمى اليمين الدافعة، أو الأصلية أو الرافعة. ويطلق عليها الحنفية اسم: " اليمين الواجبة "، وهي التي يوجهها القاضي بناءً على طلب المدعي إلى المدعى عليه، لتأكيد جوابه على الدعوى، وتقوية جانبه في موضوع النزاع. وهذا اليمين متفقٌ عليها في جميع المذاهب، ومجمع العمل بها.

وسميت باليمين الدافعة: لأنها تدفع ادعاء المدعي وتقابل أدلته في إثبات دعواه.

وسميت باليمين الرافعة: لأنها ترفع النزاع وتُسقط الدعوى.

وسميت باليمين الواجبة: لوجوبها على المدعى عليه إذا طلبها المدعي بنص الحديث

الشريف " لك يمينه " (1).

ولحديث " واليمين على المدعى عليه " (2).

وسميت باليمين الأصلية لأنها المقصودة عند الإطلاق، وهي التي وردت بها معظم

النصوص، وينصرف إليها الذهن عند أول وهلة عند عدم التنفيذ، وهي التي يدور عليها الحديث كوسيلة في الإثبات تعريفاً وتفريراً وأهميةً.

**2. يمين المدعي:** وهي ثلاثة أقسام (3):

أ . **اليمين الجالبة:** وهي التي يؤديها المدعي في إثبات حقه لسبب يستدعي القيام

بها، وهي مهمة في الإثبات.

---

(1) [ البخاري: المساقاة، باب: الخصومة في البئر والقضاء فيها، رقم: 2229. مسلم: الإيمان، باب: وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، رقم: 138].

(2) [ البخاري: التفسير، باب: ( إن الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً... ) " آل عمران: 77 " رقم 4277. مسلم: الأقضية، باب: اليمين على المدعى عليه، رقم: 1711].

(3) [ أنظر وسائل الإثبات: 356].

(4) وذلك فيما لو وُجد قتيلٌ في حيٍّ أو قريةٍ، ولم يُعرف له قاتلٌ، وكان بين المقتول وأهل الحي أو القرية عداوةً سابقةً. واتهم أولياء المقتول أهل ذلك الحي بقتله، فيحلفون خمسين يميناً ليبرئوا أنفسهم من قتله [ أنظر باب القسامة في كتب الفقه].

والسبب المستلزم لها: إما أن يكون شهادة الشاهد، وهي اليمين مع الشاهد. وإما نكول المدعى عليه عن اليمين الأصلية وردّها إلى المدعى، وهي اليمين المرذودة. وإما لوث في أيمان القسامة في القتل والجراحة<sup>(1)</sup> وإما يكون قذفاً من الرجل لزوجته وهي أيمان اللعان<sup>(2)</sup>.

**ب . يمين التهمة:** وهي التي تتوجّه على المدعى بقصد ردّ دعوى غير محقّة على المدعى عليه. قال بها المالكيّة. ويمين التهمة: هي حيث يكون المدعى قاطعاً في المدعى فيه، شاكاً في المدعى عليه.

**ج . يمين الاستظهار:** وتسمّى عين الاستيثاق، ويسمّيها المالكيّة يمين القضاء والاستبراء، ويمين الاستظهار هي اليمين التي يؤديها المدعى بناءً على طلب القاضي، لدفع الشبهة والريبة والشك والاحتمال في الدعوى بعد تقديم الأدلّة. فاليمين تكمل الأدلّة ويتثبت بها في صحّة الأدلّة، وتكون هذه اليمين إذا أقام المدعى البيّنة التي تستلزم الحكم بموجبها كالشاهدين، وكانت الدعوى مقامة بحقّ على غائب أو ميّت. ومعلوم أنّ البيّنة لا تفيد إلاّ غالبية الظن، مع احتمال أن يكون المدعى قد استوفى دينه من الميّت أو الغائب، أو استبرأه أو أخذ رهناً مقابلته، وليس للشاهدين علمٌ بذلك، ويستحيل على الميّت أو الغائب النطق بالحقيقة والواقع، وادّعاء الإيفاء والإبراء من الارتهان، وهو ما يسمّى بالدفع، لذلك كان على القاضي أن يوجّه اليمين على المدعى لتحكيم ضميره وذمّته فيما لا يطّلع عليه غيره، حتّى يستحقّ بالبيّنة واليمين معاً.

#### مشروعية يمين الاستظهار:

ظهرت يمين الاستظهار من المدعى مع الشاهدين في عهد السلف الأوّل، فكان شُريحٌ يستحلف الرجل مع بيّنته، ونقل ابن القيم فقال أبو عبيد: إنّنا نرى شُريحاً أوجب اليمين على الطالب . المدعى . مع بيّنته حين رأى الناس مدخولين في معاملاتهم، واحتاط لذلك. قيل لشريح: ما هذا الذي أحدثت في القضاء؟ قال: رأيت الناس أحدثوا فأحدثت. وختم ابن القيم كلامه فقال: وهذا القول ليس ببعيد عن قواعد الشرع لا سيّما مع احتمال التهمة<sup>(3)</sup>.

#### رأي الفقهاء في هذه اليمين:

(5) [أنظر هذا في كتاب فرق النكاح].

(1) الطرق الحكميّة: 145 وما بعدها.

**قال الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة:** لا يكون الاستحلاف مع البينة إلا استثناءً. واستدلوا بقول النبي  $\rho$  " البينة على المدعي، واليمين على من أنكر " (1).  
فجعل الرسول البينة في جهة المدعي واليمين في جهة المدعى عليه، فلا يجوز اجتماعهما معاً في جهة واحدة. ولأن الشاهدين حجة كاملة تستوجب القضاء والحكم إن كانت صحيحة، وإلا فإنها تُردُّ وتُرفض إذا كانت غير صحيحة، ولأن توجيه اليمين على المدعي يُعتبر طعناً في بيئته وهذا لا يجوز.

**وقد استثنى الفقهاء حالات أجازوا فيها توجيه اليمين مع بيئته:**

1. القضاء على الميت. 2. الغائب. 3. اليتيم.

وذلك نظراً له واحتياطاً له وحفاظاً على أمواله، ويظهر أن الأصل في مشروعية هذه اليمين الاستحقاق، واحتمال التهمة والريبة في بقاء الحق الذي ثبت وتيقن بالبينة وقت غياب من عليه اليمين، لأنه لو كان حاضراً لدافع عن نفسه، فلزم لأجل الاحتياط أن يحلف المشهود له وهو المدعي.

**حالات الاستثناء في يمين الاستظهار:** رغم اتفاق الفقهاء على عدم توجيه اليمين على المدعي إذا أقام البينة، فبعض العلماء أجازوا مع ذلك طلب اليمين منه في حالات استثنائية لظروف خاصة، وقد توسع بعضهم فيها وضيق بعضهم الآخر.  
**الآراء في ذلك:**

**1. قال الحنفية:** وجوب يمين الاستظهار في الدعوى على الميت، ويوجهها القاضي بدون طلب المدعى عليه، باتفاق الإمام وصاحبيه.  
كما تكون يمين الاستظهار في حالات أخرى بطلب المدعى عليه عند الإمام ومحمد، وبدون طلب عند أبي يوسف.

**وهذه الحالات هي في الاستحقاق:**

إذا أثبت المدعي استحقاقه في مال، فيحلف على عدم بيعه أو هبته أو تملكه، وفي الشفعة أنه طلب بمجرد علمه بها ولم يطلبها بوجه من الوجوه، وفي النفقة للزوجة على زوجها الغائب: فتحلف أنه لم يطلبها، ولم يترك لها نفقة.

(2) البيهقي: الدعوى والبيئات، باب: البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه: [252/10].

**2- وقال الشافعية:** تتوجّه يمين الاستظهار بدون طلب الخصم في الدعوى على الميّت والغائب والصغير والمحجور عليه والسفيه والمغلوب على عقله، واليمين ليست مكّملة للحجّة، لكنّها شرط في الحكم.

**3- وقال المالكية:** توجّه يمين الاستظهار- ويسمونها يمين الاستبراء والقضاء . في نفقة الزوجة، وفي دعوى الغائب واليتيم والوقف والمساكين، وعلى كلّ وجه من وجوه البر، وفي الاستحقاق عامّة، ولا يتمّ الحكم إلاّ بها، كما يحلف المدّعي إذا شهد له اثنان على خطّ غريمه، وفي شهادة السماع، والبيّنة على الغريم المجهول الحال بأنّه معدّم، وكما توجّه اليمين مع الشاهدين توجّه مع الشاهد واليمين، وتكرّر عليه اليمين.

**4. وقال الحنابلة:** في رواية: إذا قامت البيّنة على الغائب والصبي والمستتر في بلده والميّت والمجنون: فيستحلف المدّعي مع بيّنته. وفي رواية أخرى: يحكم بالبيّنة التي أقامها من غير أن يستحلف.

#### المبحث الثاني

متى توجّه اليمين والحقوق التي تُقبل فيها

المطلب الأوّل: متى توجّه اليمين:

توجّه اليمين: بصفة عامّة إلى المدّعي عليه أو المدّعي:

قدّمنا أنّ اليمين تكون في جانب المدّعي عليه، وهذا هو الأصل، ولكن قد توجّه إليه هذه اليمين:

- إذا عجز المدّعي عن تقديم البيّنة، أم امتنع عن ذلك وطلب من المدّعي عليه اليمين على صدق إنكاره وعدم استحقاق المدّعي، وجب عليه اليمين.

وقد اتفق الفقهاء على كون اليمين على المدّعي عليه لقوّة جانبه، ولأنّه يتمسّك في الحالة الأصليّة ويوافق الظاهر، وتكون يمينه على النفي، لأنّها صادرة لإنكار الدعوى.

والأصل أنّ كل من ترجّح قوله لسبب من الأسباب المعلومة، وكان القول قوله، بحيث إذا أقرّ بالشيء لزمه، فإذا أنكر طُلبت منه اليمين، فإن حلف حكم له القاضي بالبراءة من الدين وبقاء العين في يده ورد الدعوى، ومنع المدّعي من التعرّض له، فاليمين تشرع على من يكون إنكاره معتبراً، ولا يكفي القاضي في إصدار الحكم أن يعتمد على براءة الذمّة ودلالة اليد على الملك والحيازة وغيرها من الأصول والمرجحات الأوليّة التي قال بها الفقهاء، رغم أنّها حاصلّة وثابتة بالأصل واستصحابه، ولا تحتاج إلى إثبات. وذلك لسببين:

1. احتمال أن يكذب المدّعي عليه في إنكاره فيوثق قوله باليمين.

2- أنّ هذه المرجّحات الأوليّة ظنيّة وضعيفة، ولا تكفي في الاستحقاق، وأنّ المرجّحات تفيد ظاهراً، والظاهر لا يصلح دليلاً وحجّةً للإثبات، لضعف دلالاته على الحق واحتمال غيره معه احتمالاً قوياً، وإنّ النزاع والخلاف ورفع الدعوى على من يتمسك بها يضعف جانبه، ويجعل هذه المرجّحات قلقة مضطربة لا تقوى على الصمود، ويتطرق إليها الشك عند التنازع، فإذا عجز المدّعي عن بيّنة وجبت اليمين لتقطع الشك وتزيل القلق والاضطراب، وتعيد الثقة إلى المرجّحات الأوليّة، وتكون اليمين حجّةً للمدّعي عليها ولا يحلف إلا بعد سؤال المدّعي وطلب الحكم، فإذا حلف المدّعي عليه على نفس الدعوى حكم له القاضي بناءً على يمينه.

### حكم اليمين الموجهة إلى المدّعي عليه(1).

**الحكم:** هو الأثر المترتب على أداء اليمين أمام القاضي، فإذا حلف المدّعي عليه اليمين الشرعيّة ترتب على حلفه إنهاء الخصومة بين المتداعيين، وإنهاء الخلاف بينهما، وسقوط الدعوى، وذلك باتّفاق الفقهاء.

غير أنّهم اختلفوا في سقوط الحق بسقوط الدعوى، فهل تنتهي الخصومة وينتهي حق المدّعي في الحال فقط، أم ينتهي في الحال والاستقبال، وبمعنى آخر: هل تبرأ ذمّة المدّعي عليه من الحق قضاءً بسقوط الدعوى، أم لا تزال ذمّته مسؤولة به، وللمدّعي أن يطالب بالحق مرّةً أخرى، ويرفع الدعوى من جديد، متى تيسّرت له وسيلةً أخرى من وسائل الإثبات؟

### اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

. ثمرة الخلاف بينهم هي: هل تُقبل البيّنة بعد اليمين أم لا تُقبل؟

**مذهب جمهور الفقهاء:** أنّ الحق لا يسقط بسقوط الدعوى، ولا يعني سقوط الخصومة مؤقتاً بأداء اليمين من المدّعي عليه سقوط الحق، ويجوز للمدّعي أن يقيم البيّنة على حقه، ويطلب المدّعي عليه به.

**واستدلّوا:** بالسنة والأثر والقياس والمعقول.

**1. من السنة:** أنّ النبيّ  $\text{ﷺ}$  قال للمدّعي: " هل لك بيّنة ". قال: لا. قال: " فيمينه".

وفي رواية " شاهدك أو يمينه " (2).

(1) أنظر وسائل الإثبات: 367.

(1) [البخاري: المساقاة (الشرب) باب: الخصومة في البئر والقضاء فيها، رقم: 2229. مسلم: الإيمان، باب: وعيد من اقتطع حق مسلم

بيمين فاجرة بالنار، رقم: 138].

**وجه الدلالة:** أنّ الحديث جعل البيّنة هي الأصل في الإثبات، واليمين خلف عنها، لأنّ اليمين كلام الخصم، ويصار إليها عند الضرورة، فإذا حضر الأصل بطل الحلف، فإذا أقام المدّعي البيّنة بعد الحكم باليمين بطل حكم اليمين.

**اعترض:** أنّ الحديث جعل كلاً من البيّنة واليمين أصلاً، وإنّما كان اليمين مرتباً بعد البيّنة لأنّ جانب المدّعي أضعف، فكلف الحجة القويّة، ولأنّته هو المدّعي فيجب عليه أن يثبت دعواه، كما ورد في الحديث الشريف: أنّ النبيّ  $\rho$  قال: " لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى أناسٌ دماء أناس وأموالهم، لكن اليمين على المدّعي عليه" <sup>(1)</sup>. فلا دلالة في الحديث أنّ البيّنة حجة أصليّة واليمين خلف عنها.

**2. من الأثر:** ثبت عن عمر  $\rho$  أنّه قبل البيّنة بعد أداء اليمين، فهذا يدلُّ على أنّ اليمين ليس حجة قاطعة للنزاع نهائياً، وليست مسقطه للحق، ولكنها تقطع الخصومة مؤقتاً لعدم وجود دليل في الدعوى.

**اعترض:** بأنّ مع التسليم لصحة هذا النقل، إلاّ أنّه اجتهاد صحابي، فربّما أنّ الخليفة علم كذب الحالف فقبل البيّنة.

**3. القياس:** قياس البيّنة من المدّعي بعد اليمين على الإقرار من المدّعي عليه بعد اليمين، بجامع أنّ كلاً منهما وسيلة للإثبات، فكما يقبل الإقرار بالحق بعد اليمين مطالبة بدفع الحق لصاحبه، فكذلك تُقبل البيّنة بعد اليمين ونحكم بموجبه.

**واعترض:** أنّه قياسٌ مع الفارق، فالإقرار بعد البيّنة ملزمٌ بنفسه، ويفيد ظناً قوياً بقرب من اليقين، والمُتَرُّ يكذب نفسه في الحلف. أمّا البيّنة فإنّها تفيد ظناً راجحاً، فلا تقدّم ظناً على ظن، لأنّهما متساويان في القوّة، ويقدم اليمين لاتّصال القضاء به، ولتنازل الخصم في البيّنة صراحةً أو دلالةً.

#### **4. المعقول:**

أ. قالوا: البيّنة إثبات، واليمين نفي، والإثبات يقدم على النفي.

**واعترض:** بأنّ اليمين تكون للإثبات أيضاً كاليمين مع الشاهد، واليمين المردودة، ولا يقدم إثبات على إثبات بدون مرجح، مع أنّ اليمين قد ترجّحت لاتّصال القضاء به.

ب. أنّ الحق يسقط الدعوى، وليس للمدّعي أن يُقيم البيّنة بعد الحكم باليمين إلاّ لعذر، كنسيان وعدم علم بالشهادة ثمّ علم بها، فنقبل منه، ويحلف يميناً على عذره.

(2) [البخاري: التفسير، باب: (إنّ الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً....) (آل عمران:77)، رقم: 4277. مسلم: الأفضية، باب: اليمين على المدّعي عليه، رقم: 1711].

مذهب المالكية: لا تُقبل البيّنة بعد اليمين إلا لعذر.

استدلّوا على ذلك: بالسنة والقياس:

السنة: حديث الأشعث بن قيس: أنّ النبيّ  $\rho$  قال له: " هل لك بيّنة ". قال: لا, قال: " لك يمينه ".

وجه الدلالة: أنّ رسول الله  $\rho$  أثبت للمدعي البيّنة, فإن لم يكن له بيّنة فله حق الاستحلاف, فإذا أحلف المدعى عليه فلا تُقبل بيّنة المدعي, وقبول البيّنة بعد اليمين خروج عن الحديث وزيادة على معناه بدون دليل.

القياس:

- قياس اليمين على الشهادة, بجامع أنّ كلاً منهما يترجّح به جانب الصدق على الكذب ويعتبر وسيلةً للإثبات, فكما أنّ الشهادة يُحكم بها ولا يُنقض الحكم بعدها, فكذلك اليمين يُحكم بها ولا يُنقض الحكم بعدها, فلا تُسمع البيّنة.

. وقاسوا أيضاً ثبوت الحق على سقوط الدعوى بعد أداء اليمين, بجامع التلازم بينهما, فكما أنّ أداء اليمين يقطع النزاع ويُسقط الدعوى, فكذلك يسقط الحق.

واستدلّوا على جواز سماع البيّنة بعد اليمين بعذر بما يلي:

قالوا: الاستحلاف إسقاطٌ للبيّنة الحاضرة, فاستحلاف الخصم يُسقط البيّنة ولو بدون تصريح بذلك, أمّا البيّنة الغائبة أو البعيدة أو المنسيّة: فإنّ اليمين لا يُسقطها, ولذلك يجوز إقامتها ثانيةً بعد يمين المدعى عليه, لأنّ المدعي معذور في ذلك.

وإذا كانت له بيّنة حاضرةً أو غائبةً لمسافة أسبوع, واستطاع أن يحضرها, فلا يجوز له استحلاف خصمه, وإن استحلفه فقد أسقط بيّنته, ورضي بتحكيم ذمّة المدعى عليه فيلتزم بها.

وقد شدّد المالكية في ادّعاء العذر بالنسيان أو عدم العلم بالبيّنة قبل الاستحلاف ويحلف يميناً, كما احتاط كثير من المالكية وقضاتهم على منع التلاعب فيه, وذلك بتنبه المدعي إلى ذلك وإجباره على تسمية شهوده وبيّنته في الدعوى, حتّى لا يخرج عنها: أن يكونوا معروفين سابقاً قبل تحليف الخصم, كما أجاز للمدعى عليه أن يشترط على المدعي قبل اليمين.

الترجيح:

إذا نظرنا إلى ما سبق نرى أنّ استدلال الجمهور لا يدلّ على قبول البيّنة بعد اليمين أو عدم سقوط الحق مع سقوط الدعوى وذلك لما اعترضنا به على أدلتهم.

**والراجع:** هو القول الثاني القاضي بسقوط الحق مع سقوط الدعوى، وعدم قبول البيّنة إلا إذا كان هناك عذرٌ منع المدّعي من تقديم بيّنته، وكان له فعلاً بيّنة، فعليه إثبات هذا العذر وتأكيدُه باليمين، لأنّ قواعد التنظيم القضائي توجب على المدّعي أن يبحث عن حقّه وعن سببه وما يؤيّدُه من طرق الإثبات التي تنفعه قبل رفع الدعوى به، حيث إنّ له حرّيّة الإثبات بجميع الوسائل، سواءً كانت حاضرةً أو غائبةً، فإذا امتنع عن إحضارها أو أهمل في إعدادها فلا يلومنّ إلا نفسه في سقوط حقّه، وإلاّ فإنّه يجعل من القضاء وسيلةً للتخاصم، وجرّ لناس إلى المحاكم وتعطيل أشغالهم.

وأما القول بقبول البيّنة بعد اليمين بلا مبرّر قوي يؤدّي إلى طول التقاضي، واستمرار الخصومات.

**ومن جهة أخرى:** لو ترك الأمر مطلقاً بقبول البيّنة من المدّعي بعد الحكم بيمين المدّعي عليه، فهذا يعني عدم الاستقرار وترك المدّعي عليه ألعوبةً في يد المدّعي، يعبث به ويرهقه بالاستحلاف، ثمّ يهزأ به بعد ذلك بادّعاء البيّنة، وفي هذا تحايل على فتح باب للتزوير وشهادة الزور.

ومن جهة أخرى: يؤدّي إلى عدم الثقة بالحالف أو تكذيبه ورفض يمينه، بعد أن قبلها وطلبها منه. ونستشهد بقول رسول الله  $\rho$  عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: " من حلف بالله فليصدق، ومن حُلف له بالله فليرض، ومن لم يرض فليس من الله " (1). فتأخير البيّنة بلا عذر مقبول بعد اليمين يؤدّي إلى تهاون الناس بالأيمان وعدم المبالاة في أدائها.

**المطلب الثاني: الحقوق التي يجوز فيها اليمين، والحقوق التي لا يجوز فيها (2):**

**الحقوق أربعة أنواع:**

1. حقوق الله المحضّة.
  2. حقوق العباد المحضّة.
  3. ما اجتمع الحقّان وحقّ الله غالب، وهذا يُلحق بالنوع الأوّل.
  4. ما اجتمع الحقّان وحقّ العبد غالب، وهذا يُلحق بالنوع الثاني.
- وحقوق الله تشمل الحدود والعبادات.

(1) [ ابن ماجة: الكفّارات، باب: من حُلف له بالله فليرض، رقم: 2101]. (فليس من الله: أي ليس قريباً منه في شيء وليس مؤمناً به كامل الإيمان).

(2) أنظر وسائل الإثبات: 379.

وحقوق العباد إما أن تكون ماليّة أو تؤوّل إلى مال، أو تكون غير ماليّة وتتعلّق بأحكام الأبدان كالقصاص والأحوال الشخصيّة.

فإذا رفع شخصٌ دعوى أمام القضاء على آخر، وتوجّه الجواب على المدّعى عليه فأنكر، وعجز المدّعي عن القيام بعبء الإثبات لفقد الأدلّة والبيّنات، أو تنازل عنها لغاية خاصّة، وفضل تحكيم ذمّة المدّعى عليه وطلب تحليفه بالله تعالى على حقّه، فما هي مدى الاستجابة لطلبه في الاستحلاف، وهل يحلف المدّعى عليه في جميع الحقوق والدعاوى؟

**اتفق الفقهاء:** على عدم جواز التحليف في حقوق الله تعالى المحضّة. سواء كانت من قبيل الحدود كالزنا أم كانت من قبيل العبادة كالصلاة والصوم. إلاّ إذا تعلّق بها حقّ الأدمي فيجوز، والسبب في ذلك ما يلي:

1- **المطلوب في الحدود الستر**، ويجوز التعرّض للمقر حتّى يرجع عنه ويصحّ رجوعه عن الإقرار بها، فيكون عدم استحلافه أولى.

2. **أنّ الحدود لا نزاع فيها بين العباد**، فليس فيها مدّع يطلب اليمين.

3. **أنّ الحدود تُدرأ بالشبهات**، والاستحلاف عند الحنفيّة والحنابلة لأجل النكول، ولا يُقضى بالنكول، ولا يُقضى بالنكول في الحدود، لأنّ النكول قائم مقام الإقرار، ولا يجوز إقامة الحد بما هو قائم مقام غيره، فلا يثبت بشهادة النساء ولا بالشهادة على الشهادة.

4. **الإجماع على عدم جواز التحليف في الحدود:** قال بعض العلماء:

أ. الحدود لا يُستحلف فيها بالإجماع إلاّ إذا تضمّنت حقاً، أمّا العبادات فلا يُستحلف فيها لأنّها علاقة بين العبد وربّه فلا يتدخّل فيها أحد، ولما ورد في الأثر عن النهي عن اليمين في الصدقات.

قال الإمام أحمد: لا يحلف الناس على صدقاتهم<sup>(1)</sup>.

ب. أمّا إذا تعلّق بالحدود وغيرها حق من حقوق العباد الماليّة فإنّه يجوز الاستحلاف فيها، ويقتصر اليمين أثره على هذا الأثر بالذات، ولا يثبت الحدّ بكامله، وإنّما يثبت ما يتعلّق به للأدميين كالمال في السرقة.

ج. وكذلك اتفق الفقهاء على جواز توجيه اليمين في الأموال وما يؤوّل إلى المال، فيستحلف المدّعى عليه إثباتها أو نفيها، والدليل على ذلك من الكتاب والسنة.

**أمّا الكتاب:** فقوله تعالى:

(1) المغني: 237/14.

( إن الذين يشترون بعد الله وأمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكّيهم ولهم عذابٌ أليم) [ آل عمران: 77].  
من السنّة: ما رواه البخاري ومسلم: أنّ رجلاً من حضرموت ورجلاً من كندة اختصما إلى النبيّ p فقال الحضرمي: إنّ هذا غلبني على أرض كانت لأبي. قال الكندي: هذه أرضي في يدي أزرعها, ليس له فيها حق: فقال النبيّ p للحضرمي: " ألك بيّنة ". قال: لا, قال: " فلك يمينه " (1).

وأتفق الفقهاء كذلك على جواز التحليف في الحقوق التي كسبت بمال ولا تؤول إلى مال كأحكام الأبدان من قصاص وجروح ووصاية وشركة وأحوال شخصيّة, غير أنّهم اختلفوا في بعض المسائل في الأحوال الشخصيّة على جواز التحليف فيها من عدمه وهي:

1. استثنى الحنفية والحنابلة: النكاح والنسب والرجعة, والفيء للإيلاء فقالوا: لا يجوز فيها التحليف, وزاد الحنابلة: القود.

2. وقال الجمهور: إنّ التحليف فيها جائز, وإنّ المنكر يحلف على إثباتها أو نفيها, أو يردّها إلى المدّعي عند القائلين بالرد, ويحكم بالنكول عند القائلين به.

3. وقال المالكية: إنّ التحليف غير جائز في النكاح فقط.

**أدلة القول الأوّل القائلين بعدم التحليف في النكاح والطلاق والنسب والرجعة والفيء في الإيلاء, بما يلي:**

**قالوا:** إنّ الإبضاع يحتاط فيها, فلا تُباح بالنكول ويمين المدّعي كالحودود, لأنّ النكول ليس بحجّة قويّة, وإنّما هو سكوتٌ مجردٌ يُحتمل أن يكون: لخوفه من اليمين, أو للجهل بكيفيّة الحال, أو للحياء من الحلف والتبدّل في مجلس الحكم. ومع هذه الاحتمالات لا ينبغي أن يقضي فيه من يحتاط به, والفيء والنسب والرجعة في معنى النكاح.

**والجواب:**

أنّ عموم الأحاديث الشريفة في كون اليمين على المنكر قد خصّصت بأحاديث أخرى في الحدود واللعان, فأصبحت ظنيّة الدلالة, فجاز تخصيصها بالقياس. وأنّ الحديث السابق قد تناول الدماء والأموال فلا يدخل النكاح, ولو كان عامّاً ودخل فيه كلُّ مدّعي به لكان مخصّصاً, والنكاح في معناها لأنّ النكاح لا يخلو من شهود, ولأنّ هذه الحالات كلّها لا تثبت إلاّ بشاهدين, فأشبهت الحدود.

(2) أنظر الصحيفة رقم (150) [البخاري: المساقاة (الشرب) باب: الخصومة في البئر والقضاء فيها, رقم: 2229. مسلم: الإيمان, باب: وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار, رقم: 138].

**وغورض الجواب:** بأنّ التخصيص لا بدّ أن يكون بمخصّص, ولا مخصّص هنا.  
وأما اعتبار النكاح في معنى الحدود فهو قياس مع الفارق, لأنّ الحدود تُدرأ  
بالشبهات, بخلاف النكاح والرجعة.

أما إذا كان المقصود من الدعوى في هذه المسائل المال, فيستحلف المدّعى عليه  
ويثبت المال دون النكاح, كما إذا دعت امرأة على رجل أنّه تزوّجها وطلّقها قبل الدخول, وأنّ  
عليه نصف المهر, وأنكر: فإنّه يحلف, وكذلك بعد الدخول إذا ادّعت النفقة للعدّة, وإذا ادّعت  
في النسب حقّ الإرث وحقّ الحضانة في اللقيط, أو نفقة الأقارب, فيُستحلف.

### أدلة القول الثاني:

وهم الجمهور القائلون بجواز التحليف في هذه المسائل, احتجّوا بما يلي:

1- **الكتاب:** قال تعالى: (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاداء إلاّ أنفسهم  
فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنّه لمن الصادقين & والخامسة أنّ لعنة الله عليه إن كان  
من الكاذبين & ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنّه من الكاذبين &  
والخامسة أنّ غضب الله عليها إن كان من الصادقين) [ النور: 9.5].

**وجه الدلالة:** أنّ الشهادة بالله هي اليمين, وأنّ الله تعالى أجرى اليمين في اللعان وهو  
يتعلّق بأحكام الحياة الزوجيّة والمفارقة, وهي ليس بمال ولا المقصود منها المال, ويترتب  
عليها الفرقة ونفي الولد.

2- **السنة:** في الحديث المشهور من عدّة روايات " واليمين على من أنكر " و  
واليمين على المدّعى عليه ".

**وجه الدلالة:** أنّ هذه الروايات عامّة تشمل كل المدّعى عليهم, ولم يرد نصّ  
بتخصيصها في حالات دون حالات, فتبقى على عمومها, فيشمل كلّ مدّعى عليه, إلاّ ما  
قام الدليل على تخصيصه, فكلّ من توجّهت عليه دعوى صحيحة وأنكر المدّعى به, ولم  
تتوفّر البيّنة للمدّعى, فإنّه يستحلف المدّعى عليه على حقه.

3- **القياس:** قياس النكاح والطلاق وغيرها على سائر الأحكام, بجامع ثبوتها بالدليل  
القاصر مع الشبهة, فالنكاح إقرار فيه شبهة, وكما توجّه اليمين مع وجود الشبهة في  
القصاص والأموال, فكذلك توجّه في النكاح وغيره مع وجود الشبهة.

### أدلة القول الثالث:

وهم المالكيّة: " على عدم جواز التحليف في النكاح فقط " استدلّوا:

بأنّ النكاح يجب فيه الشهادة والإعلان, فإذا لم يوجد الشهود فلا يصحّ النكاح, ومن ادّعه فقد ادّعى خلاف الأصل, لأنّ الأصل عدمه, فيجب تقديم الشهود لإثباته أمام القضاء, ولا يُقبل اليمين لتحقّق التهمة والكذب, فإنّ النكاح لا يخفى على الناس وخاصّة الأهل والجيران والأقارب, بالإضافة إلى شهود العقد فيه, ولأنّ النكاح لا يصحّ إلاّ بالشهادة, فلا يثبت إلاّ بها, لأنّه لو أقرّ بالنكاح لا يثبت ولا يلزم (1).

**واعترض:** بأنّ النصوص عامّة, ولم يرد ما يخصّها, فتبقى على عمومها, وأنّ الشهادة على النكاح لا يعني عدم غيرها لإثباتها, لاحتمال موت الشهود أو فقدان أهليّة الشهادة عندهم.

**الراجع:** هو قول الجمهور, لعموم النص, وقوّة الأدلّة, وأنّ اليمين قسم للأدلّة بأنواعها, فقي كل حقّ يجوز فيه البيّنة والشهادة تتوجّه فيه اليمين في النفي والإثبات, وأنّ محلّ الخلاف في جواز توجيه اليمين وإمكانيّته وليس في النكول, لأنّ اليمين تأكيدٌ لخبر محتمل نفيّاً أو إثباتاً, أمّا النكول فإنّه سكوتٌ وإعراض, واليمين حجّة بالاتّفاق بخلاف النكول. ويتوجّه ذلك بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: إذا ملك الرجل امرأته أمرها فالقضاء ما قضت به, إلاّ أنّ يناكرها فيقول: لم أرد إلاّ تطليقةً واحدةً, فيحلف على ذلك, فترد إليه. وقال أيضاً إذا ادّعت المرأة الطلاق على زوجها فتناكرا, فيمينه بالله ما فعل (2).

### الباب الثالث

### نظام القضاء

#### مقدّمة عن التشريع الإسلامي

الله تعالى أنزل الشريعة الإسلاميّة بطريقة فذة, فجعلها تتسجم مع أمور الكون الثابتة وأمور الكون المتغيّرة والمتطوّرة, فبالنسبة لأمور الكون الثابتة كعلاقة الرجل والمرأة أنزل الله أحكاماً جزئية تفصيليّة, وبالنسبة لأمور الكون المتغيّرة أنزل الله مبادئ واسعة وقواعد رحيبة الجوانب, حتّى تُفسح الفرصة للعقل البشري لكي يجتهد وبشرط ألاّ يخرج عن هذه القواعد لأنّها من عند العليم الخبير.

لهذا نرى أنّ الله بيّن أحكام الزواج والأسرة ونظّمها تنظيمًا مفصلاً في الكتاب والسنة.

(1) الخرشبي على متن خليل: 214/7.

(1) [السنن الكبرى للبيهقي: الشهادات, باب: اليمين في الطلاق... 182/1].

ومن أمور الكون الثابتة أيضاً طريقة الردع عن الجرائم الثابتة في المجتمع. حيث أنزل لها عقوبات محدّدة لا يصحّ أن يستبدل غيرها بها، ولذلك نجد أنّ الاجتهاد في نطاق الحدود قليل، لأنّ ردعها عن طريق الحدود أمر هام لا يتغيّر بتغيّر الزمان والمكان، فجريمة الزنا مثلاً ستظلّ أبداً لا تُردع إلا بالرجم للمحصن والجلد لغير المحصن، وكذلك قطع يد السارق. فحدّ القطع ليس رحمةً بالسارق فحسب بل بمجمّعه وأسرته، لأنّه بعد تنفيذ الحد يعود إلى أهله فلا يضيعوا خلقاً واقتصادياً. وبالنسبة للمجتمع فإنّه لما يرى الحد يرتدع. قال تعالى: (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءً بما كسبا نكالا من الله) [ المائدة: 38].

ولذلك يقول رسول الله ﷺ: " لحدّ يُعمل به في الأرض خيرٌ لأهل الأرض من أن يُمطروا أربعين صباحاً " (1) .

ولذلك نجد في الواقع المرير في أوروبا وأمريكا إذا انعدم الأمن، ولذا نرى نشوء عصابات عظيمة وقيام دول داخل الدولة لأجل الإرهاب والسرقة.. كعصابات المافيا والأولوية الحمراء وغيرها، كل ذلك سببه فقدان إقامة الحدود.

ولذلك نجد الشريعة الإسلاميّة بالنسبة لطريقة الردع عن الجرائم الكبرى في المجتمع شرعت حدوداً مفصّلة تفصيلاً جزئياً لا يجوز أن تكون محلّ اجتهاد.

والله تعالى أنزل قصصاً اختار في كلّ قصّة منها أقواماً ارتكبوا جريمة معيّنة وبين العقاب الشديد الذي نزل بهم، وهذا من سبب تكرار القصص القرآن. " كقصّة آدم وإبليس واستكبار إبليس ". وقصّة ابني آدم وشمود ولوط وقوم شعيب. قال تعالى: ( وما كنّا مهلكي القرى إلاّ وأهلها ظالمون ) [القصص: 59].

ومن هذه الأمور الثابتة . أيضاً . طريقة نقل المال من الحي إلى الآخرين بعد موته، نجد أنّها بيّنت ونظّمت في الكتاب والسنة. قال سبحانه: ( يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظّ الأنثيين) [النساء: 11].

أيضاً القوامة على القصر، وتنظيم هذا كلّهُ مذكور مفصّلاً في الكتاب والسنة. قال جلّ وعلا: ( وابتلوا اليتامى حتّى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ) [النساء: 6].

(2) [ النسائي: قطع يد السارق، باب: الترغيب في إقامة الحد، رقم: 4904، 4905. ابن ماجة: الحدود: باب: إقامة الحدود، رقم: 2538، واللفظ له. مسند أحمد: 2/362، 402].

وبالنسبة لأمر الكون المتطور والمتغيرة . أي الأمور التي تتغير بتغير الزمان  
والمكان . هذه أنزل الله لها قواعد رحيبة الجوانب واسعة ومُحكمة كالنظام السياسي  
والاقتصادي للدولة.

ولذلك نجد أنّ الله سبحانه بالنسبة للنظام السياسي شرع مبادئ واسعة راقية فشرع " قاعدة العدل " و " الشورى " و " مبدأ العصيان الشرعي للباطل " فبعد أن جعل اختيار الحاكم منوطاً بإرادة الأمة، فالرسول  $\rho$  لم يعين أباً بكر من بعده وهذه إشارة لطيفة حتى يبين حقّ الأمة في اختيار حاكمها، ولا شك أنّ أباً بكر كان يجب أن يكون خليفة الرسول  $\rho$  فهو أفضل الصحابة.

وقدم أباً بكر.  $\psi$  في الصلاة بالناس إشارة لذلك، حتى يبين أنّ الناس من حقهم حتى في هذا الموقف الذي لا مجال فيه للاختيار، لأنّه صهر رسولٍ كريمٍ ثمّ هو صديق ومع هذا يعطي الأمة عن طريق هذه الإشارة اللطيفة حقّ الاختيار.

وهذا يبيّن لنا أنّ شكل الحكومة الإسلاميّة غير محدّد في الشريعة وإنّما المحدّد الجوهر " إقامة العدل والشورى والبيعة الصحيحة من الأمة بحريّة وإرادة ". ثمّ يأتي هذا المبدأ الذي أنزله التشريع الإسلامي وسبق به التشريعات الوضعيّة الحديثة التي تذكر هذا المبدأ كحبر على ورق فقط ولا تتفّذه وهو المبدأ الذي يسمّى الآن " مبدأ سيادة القانون " وهم المبدأ الذي عرف في الشريعة الإسلاميّة منذ القدم وهو مبدأ : " لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق " وقد حدّدت الخالق في الشريعة فماذا يعني ذلك؟

**سيادة الشريعة، فهنا مبدأ العصيان الشرعي للباطل.**

فلا يجوز لأيّ إنسان أن ينفّذ أو يطيع حكماً للحاكم إذا كان هذا الأمر مخالفاً للشريعة، والواقع أنّ هذا المبدأ طبّق فقط في عصر الرسول و صدر الإسلام وفي مضامات كومضات البرق في بعض العصور الإسلاميّة طبق هذا المبدأ تطبيقاً كاملاً، ولم يطبّق في الدول الحديثة رغم أنّها زعمت تطبيقه وذكرته في دساتيرها فتجد أنّ مبدأ سيادة القانون يخرج عليه بوسيلةٍ أو بأخرى في الدول العلمانيّة التي تحكم به.

إنّ هذا المبدأ قد طبّق كاملاً في عصر النبوة، فالرسول  $\rho$  يعلن أنّ فاطمة بنت محمّد لو سرقت لقطع يدها<sup>(1)</sup> . وكان الرسول  $\rho$  رغم ما تحت يده من الأموال والسيادة كان يربط

(1) [ أنظر البخاري: فضائل الصحابة، باب: ذكر أسامة بن زيد رضي الله عنهما، رقم: 3566. مسلم: الحدود، باب: قطع يد السارق الشريف وغيره، رقم: 1688.

بطنه بالحجارة من شدّة الجوع<sup>(1)</sup>، ومعروفةً قصّته مع أزواجه عندما رفض أن يمتّعهنّ فوق المتاع الضروري فأنزل الله التخيير لهنّ<sup>(2)</sup>.

وكذا في الخلفاء الراشدين وما ورد عنهم في ذلك كثير، وهذا انقلب رأساً على عقب في العصور التي تلت ذلك، وإن كانت ليس بالصورة التي يصوّرها الناس، فهي تطبّق الشريعة لكن بمستوى أقل.

ونجد أنّ جميع الدول في العصر الحاضر تثبت هذا المبدأ "سيادة القانون" ولا يجوز للموظّف أن يطيع رئيسه فيما يخالف هذا القانون، ولكننا نرى كيف أنّ الرؤساء يتحايلون على مخالفة القانون بشتّى الوسائل.

ومثل ذلك حال أمريكا التي تدّعي تطبيق هذا المبدأ والديمقراطية حيث إنّ الرئيس الأمريكي لكسب أصوات الانتخاب يدفع أموالاً طائلة.

ومسألة "مبدأ فصل السلطات" نقول أولاً فصل السلطات بطريقة حازمة لا تخفّف فيها ثبت فساده عندما طبّقته الثورة الفرنسيّة تطبيقاً حازماً، ولذلك لا يوجد الآن مبدأ فصل السلطات، وإنّما يوجد الآن مبدأ تعاضد السلطات، وقد جاءت بمبدأ فصل السلطات، الثورة الفرنسيّة التي قامت سنة 1789م كردّ فعلٍ للحالة التي كانت موجودة أيام الملكيّة الفرنسيّة، لدرجة أنّهم . حتّى يفصلوا بين السلطة القضائيّة والسلطة التنفيذيّة . قالوا إنّ السلطة التنفيذيّة لا تتدخّل في تعيين القضاة، وإنّما القاضي يُنتخب من قبل الشعب، فترتب على ذلك نتائج خطيرة.

فالقاضي لأنّه يُنتخب من الشعب أصبح يُرضي أولئك الأقوياء الذين ينتخبونه على حساب الضعفاء، لذلك تبدّل هذا المبدأ بمبدأ تعاضد السلطات.

فوجد أنّ السلطة التنفيذيّة تهيمن على تعيين القضاة، فالقاضي يعيّن من وزير العدل أو رئيس الدولة، ثمّ لا يمكن عزله، وتأديب القاضي وترقيته موكولٌ إلى القضاة أنفسهم كمجلس القضاء الأعلى.

فالسلطة القضائيّة تهيمن على السلطة التنفيذيّة لأنها تراقب قرارات السلطة التنفيذيّة، ويجوز إلغاء قرار رئيس الجمهوريّة أمام مجلس الدولة في القرارات المخالفة للقانون أو المعيبة بسوء استخدام السلطة.

(2) [ أنظر غزوة الخندق في كتب السيرة السنّة].

(3) [ أنظر تفسير سورة الأحزاب في كتاب التفسير من صحيح البخاري].

والسلطة التنفيذية والتشريعية بينهما تعاضد أيضاً لأنها تُصدر قرارات لها صفة القوانين كالوائح، والسلطة التشريعية أيضاً لها سلطة قضائية لأنها قد يُناب بها محاكمة الوزراء، فنجد مبدأ التعاضد بين السلطات لا الفصل.

والشريعة الإسلامية تقبل كل الأنظمة بحسب طبيعة المجتمع، ففي بداية الإسلام كان هناك نظام اندماج السلطات " أي فالرسول  $\rho$  مثلاً يجمع بين سلطة القاضي والإمامة والتبليغ.. " لأنه  $\rho$  أقدر سائر البشر على القيام بهذه السلطات " ومع هذا كان يعين القضاة، وفي عهد الخلافة الراشدة ابتداءً يحصل نوع من فصل السلطات، وهذا يرجع إلى طبيعة المجتمع وتعدّد مشاكله.

فكان عمر  $\psi$  يولي القضاة، وكان القاضي يحكم على الخليفة، فلا نقول إنّ الشريعة الإسلامية تأخذ بمبدأ فصل السلطات أو عدمها، فالشريعة الإسلامية تستوعب هذه الصور جميعها، ولا نقول بفصل السلطات فصلاً تاماً، لأنّ فصلها فصلاً تاماً أمرٌ ضار.

وهذه المبادئ التي ذكرناها سابقاً " العدل، الشورى.. إلخ " واسعة رحيبة والدليل على ذلك أنّ شكل الحكم اختلف من عهد الرسول إلى عصرنا مروراً بالخلفاء الراشدين.

النظام الاقتصادي . أيضاً . من الأمور الكثيرة التغير والتطور، ولذلك نجد أنّ الله أنزل التشريع الإسلامي بالنسبة لتنظيم المعاملات بين الناس والقواعد التي تنظم وتحدّد النظام الاقتصادي الإسلامي، والله لم ينزل قاعدة مضيقة بل قواعد رحيبة الجوانب، لذلك لا يوجد في التشريع الإسلامي نظرية كمنظريّة الشرق والغرب، فلا يوجد إلزام للدولة بأن تؤمّن جميع وسائل الإنتاج كما في الشيوعية. ولا يوجد أيضاً الفكرة الغربية الفوضوية وهي الحرية المطلقة، فالشريعة الإسلامية لم تنص على نظرية خاصة في التطبيق الاقتصادي وإنّما جاءت بقواعد رحيبة. ونظمت عقوداً معينة لأهميتها، ولكن القاعدة أنّ الأصل في العقود الإباحة لا الحظر، على الرأي الصحيح، مع أنّ بعض فقهاء الإسلام ضيقوا ما وسّعه الله تعالى ولكن هذا النوع من الفقه لم يكتب له الانتشار في العالم كالفقه الظاهري، فقد نفى القياس، فضيقوا أمراً هاماً وسدّوا على المسلمين أموراً فتحها الكتاب والسنة لمعرفة التشريع والوقائع المختلفة التي لا يرد فيها نصٌّ صريح، وزعم أهل الظاهر أنّ الأصل في العقود والشروط التوقيف والحظر كالعبادة والعقيدة، وهذا ليس بصحيح، ولولا ابن حزم وكتابه " المحلى " لاندثر هذا الفقه، فلم يستقرّ في مشارق الأرض ومغاربها إلاّ فقه المذاهب الأربعة، ولكن لحكمة يريد بها الله سبحانه وتعالى بقي محصوراً وكأنّه لا وجود له، ليدرك الناس حكمة الله تعالى في مرونة شرعه.

وإن كان الشافعية ضيقوا فقالوا إنَّ الأصل في العقود والشروط الحظر إلاَّ أنَّهم فتحوا باب القياس.

والحنفية فتحوا باباً واسعاً هو باب العرف، وكان أبو حنيفة هو الذي روى حديث " أنَّ النبي  $\rho$  نهى عن بيعٍ وشرطٍ"<sup>(1)</sup>. يعني أيَّ شرطٍ مستحدث لم يُعرف في عهد النبوة بناءً على هذا الحديث يكون باطلاً.

ولكنَّ أبا حنيفة رغم هذا الحديث الذي رواه قال: إنَّ الحكمة من النهي هنا هي رفع التنازع والغرر، وقال: إذا تعارف الناس بعرفٍ عام في عهدٍ من العهود على شرطٍ أو عقدٍ مستحدث فإنَّ هذا العرف العام معناه رفع علة النهي، لأنَّه من المستحيل أن يتعارف الناس على شرطٍ أو عقدٍ جديدٍ ويكون محلَّ نزاعٍ، فالعرف يتكوّن من العادة المتكرّرة، ويستحيل أن تتكرّر مع وجود نزاع.

والحنابلة والمالكية توسّعوا في العقود والشروط وجاء على رأسهم ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة، والإمام الشاطبي من المالكية فبيّنوا بحق أنَّ الأصل في البيوع والشروط هو الإباحة، وعقد ابن تيمية فصلاً شيقاً في كتابه " الفتاوى " عن العقود وبيّن أنَّ الأصل فيها هو الإباحة، وقال: إنَّ الأمر إذا كان على الإباحة الأصلية فنجد أنَّ الشارع يأتي فيه بالوجوب أو الإباحة بصفةٍ عامّةٍ، ثمَّ يستثني منه ما يشاء. أمّا إذا كان الأصل فيه المنع فهو يأتي فيه بالمنع بصفةٍ عامّةٍ ثمَّ يستثني منه بالإباحة ما يشاء. فمثلاً: الشارع حرّم الربا ثمَّ استثني منه بعض الأمور كالقرض<sup>(2)</sup>.

أمّا بالنسبة للعقود: فالشارع أوجب العقود وأوجب جنس العقود بصفةٍ عامّةٍ، قال الله تعالى: ( أوفوا بالعقود ) [المائدة: 2] فهي هنا معرفةٌ بلام الجنس، فالأصل في جنس العقود كلّها الإباحة، ومثله ( أقيموا الصلاة ) ثمَّ مُنعت بعض الصلوات في أوقاتٍ معيّنة، ولكنَّ الصلاة في الأصل فيها الوجوب والجواز.

إذن الأصل في العقود الإباحة، فيجوز استحداث عقدٍ أو شرطٍ جديدٍ لم يُعرف في عهد النبوة بشرط ألاَّ يتعارض مع الكتاب والسنة.

مسألة: اختلف الفقهاء في تحديد الاختلاف الذي يحصل بين العبارة وبين النية، أو ما هو معروف الآن في الاصطلاح الحديث القانوني " بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة" فالعبارة تمثّل الإرادة الظاهرة والنية تمثّل الباطنة.

(1) [أنظر معالم السنن للخطابي: البيوع، باب: شرطٌ وبيعٌ: 146/3].

(1) فهو في حقيقته بيعٌ نقدٌ بنقدٍ إلى أجل، وهو تعامل ربوي غير صحيح في الأصل، ولكن شرّح لحاجة الناس إليه.

فإذا اختلفت العبارة عن الإرادة، فهذا له تأثيرٌ كبيرٌ على القاضي. فالإمام الشافعي يذهب إلى تقديم العبارة على النية، فالأصل عنده العبارة، فلا يجوز إثبات ما يخالف العبارة إلاّ بالعبارة، ولهذا نجد بيع العينة<sup>(1)</sup> عند الشافعي صحيح، وزواج المحلل<sup>(2)</sup> الذي لم يُذكر فيه التحليل صحيحٌ قضاءً، وهو حرامٌ عند الجميع ديانةً، وتابعه الحنفيّة. ونجد الحنابلة والمالكيّة يلجأون إلى قاعدة سدّ ذريعة الفساد فينبغي للقاضي هنا أن يتيح الفرصة للخصمين لكي يثبتا عدم شرعيّة العقد بقرائن منفصلة عن العبارة. كما لو اشترى عبناً ليصنعه خمراً، ولم يصرّح بذلك، ولكنّه اشترى مقداراً كبيراً منه لا يمكن أكله حالاً، وهو ممّن عُرف بالفسوق، فهذه قرينةٌ منفصلةٌ عن العبارة. والأصل أنّ مرتكب الذنب لا يصرّح به، فسداً لذريعة الفساد نذهب إلى الحكم بالقرينة، وكمثل استئجار البيت للقمار ونحوه.

وأبو حنيفة يقترب في هذا من رأي الشافعي، وصاحبا يقربون من رأي الحنابلة والمالكيّة. والراجح رأي الحنابلة والمالكيّة القائل بسدّ الذرائع.

## الفصل الأول

### مبادئ النظام القضائي

#### وفيه مبحثان

#### المبحث الأول: مبدأ استقلال القضاء

#### المبحث الثاني: مبدأ المساواة في القضاء

#### تعريف القضاء:

للقضاء في اللغة معانٍ متعدّدة ومتقاربة في المعنى، أقربها: إلى المعنى الشرعي: الحكم والإلزام، ومن هذا المعنى قوله تعالى: ( وقضى ربّك ألاّ تعبدوا إلاّ إياه وبالوالدين إحساناً ) [الإسراء: 23] أي حكم وألزم بهذا<sup>(3)</sup>.

**وفي الاصطلاح الشرعي:** " هو فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص، صادر عن ولاية عامّة"<sup>(4)</sup>.

(2) وهو أن يشتري ما باعه بئمن إلى أجل بئمن أقلّ منه نقداً من الذي باعه إياه، فقال الشافعي رحمه الله تعالى بصحّته، طالما أنّه لم يظهر من المتعاقدين تواطؤٌ للوصول إلى الربا.

(3) وهو أ، يتزوَّج المرأة التي طَلقت ثلاثاً بقصد أن يُحلّها لزوجها الأول.

(1) [لسان العرب: مادة: قضى].

(2) [الأصول القضائيّة في المرافعات الشرعيّة للشيخ على قراعة. وانظر نظريّة الدعوى: 21 وما بعدها].

هناك مبادئ أساسية للنظام القضائي عُرفت منذ القدم, والشريعة الإسلامية نصت على هذه المبادئ سواءً في الكتاب أو السنة.

### المبحث الأول: مبدأ استقلال القضاء

ويُقصد به أنّ السلطة القضائية مستقلةً أصلاً عن أي سلطة أخرى, فلا يجوز الهيمنة على القاضي بما يقضي به من أحكام. وهذا موجودٌ في عهد النبوة ولكن بصورة تختلف طبقاً لطبيعة الحياة البسيطة التي كان يعيشها المسلمون في صدر الدولة الإسلامية. وسلطات الدولة ثلاث: " السلطة التنفيذية والقضائية والتشريعية " .

والسلطة التشريعية في النظام العلماني البشري: هم الذين يصنعون الشريعة التي تحكمهم.

والسلطة التشريعية في النظام الإسلامي استأثر الله تعالى بها, ومنح الأمة سلطة الاجتهاد فما يصدره الحاكم من نظم " قوانين " هي من قبيل السياسة الشرعية وليست تشريعاً ابتداءً.

فمبدأ فصل السلطات المعروف الآن هو أنّ السلطة القضائية منفصلة عن السلطة التشريعية والتنفيذية, فهذا المبدأ في الواقع تابعٌ لمبدأ استقلال القضاء.

### المطلب الأول: استقلال القضاء في التشريع الإسلامي.

ومبدأ استقلال القضاء كان موجوداً على عهد النبي  $\mu$  ولكن ليس على أساس فصل السلطات, وكذا في بداية الدولة الإسلامية: فالرسول مبلغ وحاكم وقاضٍ.

فإذا عيّن الرسول  $\mu$  قاضياً فيكون مستقلاً غير خاضعٍ لأحد فالرسول هو المسؤول وكهيئته علياً للقضاة كهيئة التمييز الآن.

فإذا لم يعجبهم حكمٌ معيّن فإنهم يلجؤون إلى الرسول  $\mu$ . كالقضاء الذي قضى به عليٌّ  $\psi$  في قضية البئر التي في اليمن التي وقع فيها شخصٌ وجذب ثانياً وجذب ثالثاً ورابعاً وقضى فيه عليٌّ  $\psi$ , فذهب المتقاضون إلى النبي  $\mu$  فقال: " هذا هو القضاء " وأمضى ما قضى به عليٌّ  $\psi$ .

وكذا في عهد الخلافة الراشدة لم يكن هناك فصلٌ للسلطات, إلاّ أنّه بدأ تطبيقه فعلاً, فنجد بعض الخلفاء يتولّون القضاء, ولكنهم أيضاً يعيّنون قضاةً لهم حتّى في المدن التي يوجدون فيها.

وكان الخلفاء الراشدون يخضعون لحكم القاضي تماماً, كأفراد الأمة, بل يقفون مع أهل الذمة موقف الخصومة سواءً بسواء " كالقضية الواقعة بين عليٍّ  $\psi$  واليهودي عندما أخذ

اليهودي درعاً له، فذهب عليّ  $\Psi$ . وهو الخليفة، وكان في الكوفة. إلى القاضي، فحكم القاضي لليهودي، لأنّ علياً  $\Psi$  ليس له بينة، مع علمه أنّ علياً  $\Psi$  لن يكذب".

وسلطة الاجتهاد كانت موجودة وإن كان لها صلة بالسلطة التنفيذية إلا أنّ الانفصال ظاهرٌ فيها.

أما السلطة القضائية ففي عهد الخلافة الراشدة بدأت تفصل، إلا أنّ الخليفة في الوقت نفسه كان يجلس مجلس القضاء في كثيرٍ من الأحيان.

ففي عهد الدولة الأموية بدأت السلطة تفصل وأصبح القضاة في السلطة القضائية منفصلين عن السلطة التنفيذية التي يتولاها الوزراء.

وبالنسبة للعصر الحديث عندما جاءت الثورة الفرنسية كانت فرنسا في بؤسٍ شديد ورغبةٍ شديدة في القضاء على كلّ ما يمتُّ بصلته إلى الاستبداد الملكي الذي كان موجوداً في عهد الملكية. فكرّرت فعل قرّرت الثورة الفصل التام بين السلطات الثلاث، ومعناه: أنّ السلطة التنفيذية لا تتدخّل في تعيين القاضي.

بخلاف الأمر في صدر الإسلام. وحتّى حديثاً في كثير من الدول. تعيين القضاة يصدر عن طريق ولي الأمر أو وزير العدل.

فمثلاً في السعودية يصدر أمرٌ من الملك أو وزير العدل بتعيين القاضي، فالسلطة التنفيذية هنا تتدخّل بتعيين القضاة، ولكن منذ أن يعين القاضي يصبح مستقلاً، بمعنى أنّه غير قابلٍ للعزل إلاّ إذا فقد أحد الشروط التي يجب توفّرها فيمن يلي القضاء. " مع ملاحظة قاعدة: الدفع أقوى من الرفع، أي: الشروط المطلوبة ابتداءً في أمرٍ ما يمكن التخفيف منها بعد ذلك انتهاءً ".

وهذا موجودٌ في الفقه، فمثلاً: امرأةٌ تريد الحجّ ابتداءً: فلزوجها دفع حجّها بعدم الإذن لها، ولكن إذا شرعت في الحجّ ثمّ أرسل يمنعها فلا يستطيع منعها والحالة هذه، وكذا الفسق يمنع الشخص من تولّي منصب القضاء، ولا يزيل أهليّة القاضي الذي قد اعتلى منصب القضاء.

**المطلب الثاني: تأديب القاضي وترقيته:** وهذا في كثيرٍ من الدول من شأن رجال القضاء أنفسهم إذ يتكوّن مجلس أعلى للقضاء يتولّى هذه المهمّة.

فالقاضي عند الفرنسيين بعد الثورة إنّما يعين بطريقة الانتخاب من الشعب، ولكن تبين أنّ هذا الفصل التام بين السلطات له آثار في غاية السوء، لأنّ القاضي هنا أصبح

كرجلٍ سياسي يحاول أن يسترضي الجماهير كي تعيد انتخابه، فأصبح القضاة لعبةً في أيدي الجماهير. ويرضون الأقوياء على حساب الضعفاء، مما يؤدي إلى فشل رسالة القضاء.

ثم بدأت تقل من الفروق الموجودة بين السلطات، فظهر مبدأ جديد هو: مبدأ التعاون أو التعاضد بين السلطات.

ثم من جهةٍ أخرى السلطة القضائية تتدخل في أعمال السلطة التنفيذية تدخلًا هامًا وتراقب هذه الأعمال، وتراقب مدى شرعية تنفيذ وتطبيق رجال السلطة التنفيذية للقوانين عن طريق ما يسمّى "بالقضاء الإداري" أو ما هو معروف في الفقه الإسلامي "بقضاء المظالم"، أو: "بولاية المظالم"، ولذلك الآن يوجد "ديوان المظالم" في بعض الدول العربية مثل السعودية، فهو متعدّد ويشتمل على محكمة قضاء إداري، والتي تسمّى مجلس الدولة في مصر. وهي تتولّى إلغاء قرارات رئيس الجمهورية "كما لو امتنع عن تنفيذ الأحكام والنظام". إلا أنّ هذا النظام غير مطبّق إلا على قرارات المحاكم، ويمكن تطبيقه على قرارات الوزراء والمديرين.

فالسطة القضائية إذا تراقب السلطة التنفيذية عن طريق القضاء الإداري بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة المخالفة للقانون، ولا يقف الأمر عند هذا الحد، بل إنّ المعروف الآن إلغاء القرار الإداري إذا كان فيه إفصاح عن إرادته، كموظّف عام بشأن حالة معيّنة معروفة كترقية موظّف، ويتخطّى في هذه الترقية زملاءه الذين هم أسبق منه وهم في الكفاءة متساوون، فيعتبر هذا القرار مخالفًا للقانون.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد، بل يجوز إلغاء القرار الإداري عن طريق القضاء إذا كان هذا القرار مشوبًا بعيب إساءة استعمال السلطة. وهذا أمرٌ سبق إليه الشريعة الإسلامية. وهي تقرّر مبدأ "عدم التعسف في استعمال الحق" والتي يُطلق عليها الفقهاء "المُضارة". أو التعسف في استعمال الحق، أو: إساءة استعمال السلطة أو الحق.

والشريعة سبقت إلى ذلك، فهي لا تكتفي بمنع الاعتداء على الحق، وإنما تمنع أيضًا التعسف في استعمال الحق، والفارق بينهما: أنّ الاعتداء على الحق أنك تعتدي على حقٍ لغيره. لكن لو لم يصل الأمر لحدّ الاعتداء بل حصل الضرر، كرجلٍ يمارس حقّه المخوّل له قانوناً أو شرعاً، ولكنّه في هذه الممارسة يتعمّد الإساءة، أو تترتب الإساءة على فعله، فإنّ الشريعة تمنعه من ذلك.

جاء القرآن ومنع صراحةً التعسف في استعمال الحق في حالة استعمال الزوج لحقه في تطليق زوجته، قال تعالى: ( وإذا طَلَّقْتُم النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجْلَهُنَّ فَمَسْكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ

سرّحوهنّ بمعروف ولا تمسكوهنّ ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ولا تتخذوا آيات الله هزواً) [البقرة: 231]. حيث كان الرجل في الجاهليّة يعلّق امرأته إلى الأبد، كان يطلقها وقبل انتهاء عدّتها يراجعها، وهكذا إلى الأبد دون حد، فجاء الإسلام بتحديد ذلك بثلاث طلاقات.

وقال تعالى: (ولا تتخذوا آيات الله هزواً) أي لا تستخدموا ما أعطاه الله لكم من حقوق استخداماً سيئاً. وهذا هو مبدأ "عدم التعسف في استعمال الحق". والشريعة الإسلاميّة سبقت لذلك لأنّ التشريع الإسلامي جاء أصلاً لتقرير الحقوق على أساس أنّها غير مملوكة للإنسان أصلاً، وإنّما الإنسان وما يملك من حقوق ملكٌ لله تعالى، والله سبحانه وتعالى استأثر لنفسه ما شاء من الحقوق. ومنح الإنسان ما شاء من الحقوق هبةً منه كي يمتحنه فيها: هل يُحسن استخدامها أم لا. هذا جاء على أساس مبدأ الاستخلاف: ( آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا ممّا جعلكم مستخلفين فيه) [الحديد: 7]. فالحق الممنوح لوليّ الدم . مثلاً . في القصاص هو سلطانٌ ممنوحٌ من الله، فلا يجوز إساءة استخدامه بالإكثار من القتل.

فالحقوق في الإسلام كلّها مقيدة، فلا يجوز استخدام الحق الممنوح من الله استخداماً سيئاً، ويتبيّن ذلك بالقرائن، ويجب على وليّ الأمر حينئذٍ منعه. ومن هنا جاءت مسألة منع المحتكر من الاحتكار. فالتاجر يشتري السلع بماله الخاص ويخزنها، وعندما تشتدّ حاجة الناس لمثل هذه السلع يبيعها بالسعر الذي يراه، ويقول: هذا مالي لي حقّ التصرف فيه " وهو موجودٌ في الغرب" وهو ممنوعٌ في الإسلام، بل لوليّ الأمر تسعيرها بما تستحق، كما فعل عمر  $\psi$  مع بعض المحتكرين<sup>(1)</sup>.

والحقوق مقيدة في الدول الماركسيّة، ولكن ليست مقيدة لله، بل مقيدة عبوديّة من الفرد للجماعة، كلّ فردٍ عبدٌ لجماعة الدولة.

والرأسماليّة الغربيّة تجعل الحقوق مطلّقة، لاعتقادهم أنّ الإنسان سيّد الكون، وأنّ الله لا شأن له بدنياهم، وإن كانوا يؤمنون بالله.

ولهذا يستحيل أن نقول بما يقول بعض الجهلة والمتغريبين من أنّ الإسلام ديمقراطي. والإسلام بريءٌ من الديمقراطية ولا شأن له بالمعنى الذي يقول به الغربيون، لأنّ الديمقراطية معناها حكم الشعب بالشعب، وهو مصدر السلطات والتشريعات، حتّى ولو كان متعارضاً مع الدين والمروءات.

(1) [أنظر المغني لابن قدامة: 311/6، 316].

كالقانون البريطاني الذي يقول بإباحة الشذوذ الجنسي, لأنّ القوى المتسلّطة أباحته. وكما حصل في بعض الدول الإسلاميّة من إباحة الخمر, لأنّ الغالبية أصدرت هذا القانون, فهو شرعيّ عندهم, وهذا كفرٌ صريح إن اعتقدوا حلّه, فإله لم يتعبّد الناس بالصلاة والزكاة فقط, بل تعبّدها بشريعته.

**وفي الإسلام:** الله مالك كلّ شيء, ولهذا ظهر في الشريعة مبدأ عدم التعسّف في استعمال الحق إلى جانب منع التعديّ على الحق.

وخطر الديمقراطية يكمن في أنّ للشعب حقّ الاختيار في الأحكام والقوانين التي تحكمهم, فلهم استصدار ما شاءوا من الأحكام.

ومن قواعدها عدم التفريق بين الناس بالجنس أو اللغة أو الدين, فلا فرق بين المسلم والكافر, فالمسلمة تتزوّج بالكافر في الزواج المدني في النظام الديمقراطي, وإذا ذهبت إلى أمريكا ومعك زوجتك لم يقبل منك إلاّ إذا قلت: إنّ إحداهما زوجتك والأخرى عشيقتك, ومثلها بعض الدول العربيّة في وقت مضى.

### **المطلب الثالث: الصلة بين السلطة القضائية وغيرها:**

سبق الكلام عن المبادئ الأساسيّة في علم القضاء " كمبدأ استقلال القضاء ومبدأ عدم فصل السلطات " ومن المعلوم أنّه لا يوجد تلازم بين استقلال القضاء وفصل السلطات, لأنّ استقلال القضاء ليس هو استقلال السلطة القضائية عن السلطة التشريعيّة والتنفيذيّة بل هو عدم هيمنة الآخرين على القاضي في قضائه.

ولهذا كانت السلطات الثلاث مندمجة في الرسول  $p$  وكان يقوم بثلاث وظائف رئيسيّة: الأولى والكبرى " تبليغ الرسالة ", والثانية " الحكم بما أنزل الله ", والثالثة " القضاء بين الناس في الخصومات ", وهو يمثّل جهة التمييز بالنسبة لما يُقضى به بين الصحابة.

وهكذا كان الخلفاء يأخذون بمبدأ دمج السلطات مع الأخذ بجوهر استقلال القضاء. ويلحظ على بعض الكتاب المغرضين النيل من الإسلام بدعوى أنّه لا يأخذ بمبدأ استقلال القضاء, لأنّه يدمج بين السلطات, وهذا باطلٌ, فلا هيمنة على القاضي فيما يقضي به إلاّ ضميره, وما علّمه من كتاب الله وسنّة رسوله  $p$  حتّى يقضي, فإذا قضى بموجب اجتهاده لا بإرادة غيره فلا مانع من نظر الإمام في الحكم لإمضائه أو ردّه كجهة تمييز, وهذا لا يؤثر على استقلال القضاء. أمّا مبدأ فصل السلطات فليس لازماً في الإسلام, بل هو جائزٌ, كدمج السلطات في صدر الإسلام, وتعاقد وتعاون السلطات في العصر الحاضر.

وهذا الشمول في نظام الإسلام نابعٌ من تشريع الله للأحكام فقد جعل القواعد الواسعة الرحيبة للنظام الإداري والتجاري والقضائي، فمثلاً لا يقيّد شكل الحكومة من حيث السلطات الثلاث لكن يُوجب قيامها على العدل والشورى والعصيان العام للباطل. ومن المعلوم أنه لا يوجد في الإسلام سلطة تشريع، وإنما يوجد سلطة اجتهاد أو سياسة شرعية.

### وتحقيق القول بنظام تعاون السلطات:

أنّ السلطة التشريعية تأخذ ببعض أعمال السلطة القضائية، فقد تكون يوماً ما محكمة لمحاكمة الوزراء. فهناك مجلس اجتهادي بدل مجلس تشريعي يقوم بإصدار قرارات السياسة الشرعية التي يحتاج الحاكم إلى إصدارها في سياسة الدولة الإسلامية الحديثة. أي تشمل وظيفة الحكم القضائي ووظيفة الأمر الولائي.

والأمر الولائي قرار إداري من أعمال السلطة التنفيذية، لكن لأنه يمسّ بعض الأمور التي تحتاج إلى إقامة العدالة فالقاضي يصدر أمراً ولائياً، أي يصدر حكماً دون أن يسمع خصومه، كبعض المسائل: كتعيين حارس على تركة فهو إجراء مؤقت لا حكم في خصومة. أو وضع أمر بوضع الأختام أو إصدار ما يسمّى الآن "بالأوامر على العرائض" كما في بعض النظم في مصر والكويت، دون أن يسمع كلام الخصم، ثم يعارض الخصم بذلك.

أيضاً السلطة التنفيذية تقوم ببعض الأعمال التشريعية الاجتهادية، كإصدار اللوائح التنفيذية واللوائح التنظيمية.

فلو لي الأمر حين يصدر. بعد أخذ رأي العلماء المجتهدين. أمراً أو مرسوماً بما تقتضيه السياسة الشرعية في مسألة ما: فهذا نظام، ويُقال في آخر الديباجة: على الوزير المختص. وزير الزراعة. الصحة. التجارة. تنفيذ هذا النظام.

فالوزير عندما يريد تنفيذ هذا القرار يقوم بإصدار لائحة تنفيذية للقانون يُبين بها كيفية التنفيذ.

وهناك لوائح تنفيذية، وهي التي يُصدرها الوزراء لتنظيم الجهات الحكومية المعيّنة لتنظيم العمل في مصلحة المقاييس، أو مصلحة سكّ النقود، أو مصلحة السجل التجاري، وهذا كلّه عمل تشريعي تقوم به السلطة التنفيذية.

وكذلك القضاء يقوم بالرقابة على عمل السلطة التنفيذية عن طريق القضاء الإداري "كديوان المظالم في السعودية"، فالحاكم أو الوزير إذا أصدر حكماً على شخص وخالف النظام فلصاحب الشأن الرفع به إلى محكمة المظالم، أو محكمة القضاء الإداري، فتقوم

بالغائه، ذلك أنّ الإسلام جاء بقاعدة " المنع من التعسف في استعمال الحق " . وأساسه أنّ الشريعة حدّدت أصل الحقوق، إذا جعلت مردّها إلى الله المالك كلّ شيء، لذا قال تعالى: (آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا ممّا جعلكم مستخلفين فيه) [الحديد: 7]. أي أنّه استخلف الناس في الحقوق التي أعطاه الله للإنسان سلطةً مقيدةً بعدم الضرر والاعتداء على حقّ الآخرين. ولذا قال: (ومن قُتل مظلوماً فقد جعلنا لولِيّه سلطاناً فلا يُسرف في القتل إنّه كان منصوراً) [الإسراء: 33]. وعليه لو أصدر الحاكم أو الوزير أمراً لا يبتغي منه المصلحة العامّة، وإنّما أراد هوىً في نفسه، كان أمراً باطلاً.

وقد سبق إلى تأصيل ذلك فقهاء الإسلام، ففي الأشباه والنظائر للسيوطي ولابن نجيم قاعدة: " أنّ تصرف الإمام على الرعيّة منوط بالمصلحة " (1). فقيد الإمام بقيد المصلحة العامّة، ولذا قال الفقهاء: ليس للإمام قبل تبين المصلحة أن يحكم في الأسير بالقتل أو الأسر أو الفداء أو العفو.

ويتولّى إلغاء قرار الحاكم الذي لم يُراع فيه المصلحة العامّة القضاء عن طريق ديوان المظالم، أو ما يسمّى بقضاء المحكمة الإداريّة أو مجلس الدولة. وهذا الإلغاء مبنيٌّ على قاعدة شرعيّة وهي: " لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق " (2). وهو المسمّى في القوانين "بسيادة القانون".

ومبدأ عدم التعسف في استعمال الحق نصّ عليه الكتاب في مسألة الطلاق قال الله تعالى: (وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهنّ فامسكوهنّ بمعروف أو سرحوهنّ بمعروف ولا تمسكوهنّ لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ولا تتخذوا آيات الله هزواً). فكان الطلاق في الجاهليّة طريقاً لتعسف الرجل في حقّه وظلم المرأة، فمنعه الإسلام، كما سبق صحيفة (172).

ومن التعسف في استعمال الحق الاحتكار للسلطة القضائيّة مراقبة السلطة التنفيذية ليس فقط في الاعتداء على الحقوق ولكن في التعسف في استعمال السلطة أيضاً.

(1) الأشباه والنظائر للسيوطي: القاعدة الخامسة من الكتاب الثاني في قواعد كليّة يتخرّج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئيّة ]

[269/1] نشر دار الكتب العلميّة . بيروت.

(2) أخذاً من حديث النبي، p: " السمع والطاعة حقّ ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة " [البخاري: الجهاد، باب:

السمع والطاعة للإمام، رقم: 2796].

وخلاصة القول: أنّ الدولة الإسلاميّة لها أن تأخذ بأي المبادئ شاءت, ما دامت ملتزمة بمبدأ استقلال القضاء الذي هو بمعنى عدم التدخّل في أمر القاضي حال النظر والحكم في القضية وحمله على إرادة أخرى, وأن يأمن على نفسه وعمله وممتلكاته من السلطة أو غيرها فيما لو حكم على بعض الأفراد أصحاب السلطة أو غيرها فيما لو حكم على بعض الأفراد أصحاب السلطة أو من ينتسب إليهم.

وهنا يأتي سؤال: هل للإمام حمل القاضي على مذهب معيّن, وهل يُعارض ذلك مسألة استقلال القضاء؟

الجواب: أنّ هذا أمر يدخل في السياسة الشرعيّة, فإذا كان الإمام مجتهداً كالخلفاء الراشدين وعمر بن عبدالعزيز رضي الله عنهم, فاجتهد في مسائل الاجتهاد: فله أن يُلزم القاضي بذلك الاجتهاد, لأنّه لا نصّ قاطع بل المسألة ظنيّة, وإذا لم يكن الإمام مجتهداً قام بذلك العمل مجموعة من القضاة وقضوا في المسائل الخلافيّة التي يكثر فيها الخلاف بحكم يلتزمه القضاة في أقضيّتهم. وهذا وإن تعارض مع مبدأ " حكم القاضي بما أدّى إليه اجتهاده" إلا أنّ الشريعة الإسلاميّة في حالة تعارض المصالح مع المفسد قدّمت درء المفسد على جلب المصالح, فلو تركنا كلّ قاضٍ يحكم في المسائل الخلافيّة باجتهاده لأدّى ذلك إلى البلبلة وعدم الاستقرار في البلدة الواحدة, فأنت تُبرم العقد ولا تدري غايته هل يصحّ أم يفسد... وفي كثير من الدول الإسلاميّة . ومنها السعوديّة . لا يوجد نظام ينصّ على أنّ القاضي يتّبع مذهباً معيّنًا, أو كلّ قاضي يحكم بالمذهب الذي يراه, إلا أنّ ذلك مقيد بالنسبة لمحكمة التمييز بالنسبة للمبادئ التي جرت عليها المحاكم, حتّى محكمة التمييز لو أرادت أن تعدل عن رأي استقرت عليه, فلا بدّ أن تعرض الأمر على الدوائر المجتمعة لمحكمة التمييز, فإن لم يحصل أغلبيّة من الموافقة على التعديل من قبل دوائر التمييز فيرفع الأمر إلى مجلس القضاء الأعلى.

ومن صور تقييد القضاة بخلاف المعلوم في الفقه الإسلامي بمقتضى السياسة الشرعيّة: أنّ القاضي لا يسمع الدعوى في النكاح الذي لم يُسجّل رسمياً من قبل المأذون الشرعي, مع أنّ الفقه الإسلامي يقضي بصحّة النكاح بالإيجاب والقبول الشفوي فقط. ومن السياسة الشرعيّة: تسعير إجارة الشقق السكنيّة, وهذا أمر لا يراه الحنابلة. أمّا الشافعيّة والمالكيّة فيرون جواز التسعير من باب " الضرورات تبيح المحظورات " فإنّ

الرسول  $\rho$  حين منع من التسعير<sup>(1)</sup> فهو مخصوصٌ بعدم الضرر بالناس اللاحق بضروراتهم، وعلى ذلك فالقاضي هنا يحكم بهذا القرار وإن خالف مذهبه، لأنّه داخل في السياسة الشرعيّة للحاكم ويوافق مذاهب فقهية أخرى، وهكذا في كلّ قرار لا يُخالف نصّاً قطعياً في الكتاب والسنة. فإن خالف النصّ القطعيّ لا اعتبار به، كنظام الشركات الذي ينص على إباحة الأسهم والسندات الربويّة فيها، فعلى القاضي ألاّ يعبأ بالقرار الخاص بالسند، لأنّه ربا محرّم بالنص القطعي.

والراجع في التسعير في مذهب الحنابلة، ولكن إذا كانت ضرورة فيؤخذ بالتسعير أخذاً بقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات، والضرورة تقدر بقدرها" ثمّ إنّ النصّ النبوي الوارد في التسعير العام قد خُصّص، إذ أباح الرسول  $\rho$  التسعير في الاحتكار وقال: "من احتكر فهو خاطئ"<sup>(2)</sup>. فتؤخذ السلعة وتسعر عليه كما فعل عمر. وعلى قدر الضرورة يقال بالتسعير، فلو حصلت المغالاة فيما لا يمس ضرره الناس كالروائح العطريّة فلا تُسعر. وبعض العلماء يخصّ التسعير بالطعام، لكن الراجح حسب العموم في النهي عن الاحتكار: أنّ التسعير يشمل ضرورات الناس كالسكن والملبس. ولو قيّد الحديث بالنهي عن احتكار الطعام فإنّ اللقب لا مفهوم له<sup>(3)</sup>. والسنا ملزمين بمذهب ما متى اتّضح لنا وجه الحق بالدليل، فالحق أحقّ أن يُتبع.

### المبحث الثاني: مبدأ المساواة في القضاء

#### المطلب الأوّل: المراد به وتطبيقاته:

تجب المساواة بين الخصمين في الجلوس والنظر والمراعاة وغير ذلك<sup>(4)</sup>. ومبدأ التسوية بين المتخاصمين ألاّ يحكم القاضي في القضية قبل أن يطّلع كلّ خصم على ما قدّمه الخصم الآخر من أوجه الدفاع والمستندات والمذكرات، ولذلك ينص في النظم المختلفة على ذلك، والشريعة الإسلاميّة سبقت في هذا.

(1) عن أنس  $\rho$  قال: قال الناس: يا رسول الله، غلا السعر، فسعر لنا. فقال رسول الله  $\rho$ : "إنّ الله هو المسعر، القابض الباسط الرازق، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبني في مظلمة في دم ولا مال".  
[أبو داود: البيوع "الإجارة" باب: في التسعير، رقم: 3451. الترمذي: البيوع، باب: ما جاء في التسعير، رقم: 1314. ابن ماجه: التجارات، باب: من كره أن يسعر، رقم: 2200. الدارمي: البيوع، باب: في النهي أن يسعر في المسلمين، رقم: 2450. مسند أحمد: 156/3، 286].

(1) [أنظر صحيح مسلم: المساقاة، باب: تحريم الاحتكار في الأقوات، رقم: 1605].

(2) مفهوم اللقب. عند الأصوليين. أن يربط الحكم بجنس، فلا يفهم منه انتفاء الحكم عن غير ذلك الجنس.

(3) أنظر تنوير المسالك: 1039/2.

ومن المساواة أيضاً: أن الحاكم والمحكومين يخضعون لحكمٍ واحدٍ، فلا مجال للمحاباة أو تطبيق نصوصٍ معيّنة لفئةٍ معيّنة نظراً لمركزهم أو نحو ذلك، وهذا هو مبدأ سيادة القانون. قال p: " لو أنّ فاطمة بنت محمدٍ سرقت لقطعت يدها"<sup>(1)</sup>.

لكن حدث في أواخر الدولة العثمانية أن تغلغت الامتيازات الأجنبية ومن أخطر هذه الامتيازات الامتياز القضائي، حيث بدأت الحكومات الصليبية المجاورة محاولة الانتقام من المسلمين فأدخلوا نظام القنصلية، كلّ قنصلية أجنبية تقضي في المسائل والمنازعات التي فيها أحد الخصوم ينتمي إلى الجنسية التي تتبعها القنصلية، وبهذا أصبح القضاء غير موحد. وهذا يتعارض مع النظم الإسلامية وحتى النظم العلمانية، فالكل يخضع للقضاء الوطني، والدول العربية ورثت من العثمانية هذا الأمر السيئ فظهرت في هذه الدول ما يسمّى بالقضاء المختلط، وهو القضاء الذي تختلط فيه العناصر الأجنبية بالوطنية أو أجنبية فقط، فيتولّى الحكم في هذه المنازعات قضاةً أجانب من فرنسا وغيرها.

وهذا يقضي على مبدأ المساواة في النظام القضائي، وقد انتهى عهد القضاء المختلط وأصبح القضاء في الدول العربية وطنياً، ولكن نشأ نوعٌ من التقنين لوحدة القضاء من نوعٍ آخر، وهو كلاً وطني، إلا أنه نشأ عن طريق الطوائف، فظهرت لجان خاصة بالقضاء التجاري لا يحكم فيها القضاة الشرعيون.

ويمكن أن نحافظ على وحدة القضاء مع التنوع بحيث تقسم إلى دوائر تجارية، ودوائر مدنية، ودوائر إدارية، وهكذا، والجهة واحدة، وهذا أمرٌ مطلوب حتى لا يتفتت التنظيم القضائي.

ومبدأ المساواة هذا مشارٌ إليه في القرآن الكريم كما في قصة داود عليه السلام، إذ تسوّر عليه الخصمان المحراب<sup>(2)</sup>، فلا بدّ قبل الحكم من سماع دفاع الخصم الآخر، وإن كان يبدو في أول وهلة صدق المدعي وأنه مظلوم. وعلى القاضي أن لا ينخدع بالمظهر والحال، ولهذا مُنعت المرأة من تولّي القضاء عند جمهور الفقهاء، لأنّ عاطفتها تحكمها في أغلب الأحيان.

**ومن المبادئ التي يقوم عليها القضاء أيضاً:**

(4) [ أنظر صحيفة رقم (165) وأنظر البخاري: فضائل الصحابة، باب: ذكر أسامة بن زيد رضي الله عنهما، رقم: 3566. مسلم: الحدود، باب: قطع يد السارق الشريف وغيره، رقم: 1688.

(1) [ أنظر الآيات (21) وما بعدها من سورة (ص)].

" مبدأ علانية الجلسات " و " شفوية المرافعات ": الأصل في مجلس القضاء العلنية .  
ولها فائدة في أنّ القاضي إذا كان عنده خلل وجور ونحو ذلك أنّه يخشى من الجمهور , وهذا  
المبدأ لم يُذكر في كتب الفقه الإسلامي , ولكن من باب السياسة الشرعية , ويجب على الحاكم  
أن يقرّر هذا المبدأ .

فالقاضي قد ينهر بعض الشهود ويضيق عليهم , وإذا كان أمام الجمهور لم يستطع  
ذلك , وإنّ فعله فسيشتهر أمره ويُعاقب .

وهذا المبدأ مستمدّ من الإسلام لأنّه مقتضى العدل , والقاضي في الجلسة هو المهيمن  
ومن يشوّش يأمر بحبسه .

والفقهاء أشاروا لذلك بقولهم : " ويحضر في مجلس القاضي العلماء وأهل المشورة  
والحجا ؛ أي العقول , وأهل العلم ؛ " لأنّه لا يمكن أن يتركوا مشاغلهم ويحضروا لمجلس  
القاضي إلّا لغرضٍ صحيح , أضف إلى ذلك أنّ الجمهور من الكثرة بحيث يستحيل تواطؤهم  
على الكذب .

لكن لا يجوز إطلاع الناس على أسرار خاصّة بالمتخاصمين لا يُستساغ إظهارها ,  
كذلك بعض الأسرار في البلد , مثل محاكمة الجواسيس وعملاء الدول الأجنبية الذي يحصل  
في إعلان محاكمتهم إفشاء بعض الأسرار الهامة في البلد .

وبعض الجلسات ذات الطابع الخاص , والتي يرى القاضي عدم علنيّتها , لأنّ فيها  
أسراراً لا يجوز إفشاؤها عند بعض الناس , أو أنّ فيها أشياء خادشة للحياء , أي أنّ الأمر في  
قضية ما يتطلّب وصف امرأة بما فيها من صفات سيئة تؤدّي إلى فضيحتها , وهذا راجع إلى  
القاضي , وليس بناءً على رغبة المتخاصمين .

#### **المطلب الثاني: محاكم التمييز تعتمد على المذكرات:**

ومبدأ شفوية المرافعات في مصر مثلاً منصوص عليه , ولكن ممتنع عملاً , لأنّ عدد  
القضايا التي ينظرها القاضي في الجلسة كثيرٌ جدّاً , فيستحيل سماعه في كلّ قضية , فيعتمد  
على المذكرات ونحوها إلّا بعض الحالات كالجنايات . والمرافعة الشفوية تؤدّي بتحريرها كي لا  
ينسى القاضي .

#### **مبدأ التقاضي على درجتين:**

يعني أن يطعن في حكم القاضي أمام جهة أخرى أعلى , لتعيد نظر القضية مرّة  
أخرى , وتعيد نظر الوقائع وتفصل فيها مرّة أخرى .

وهذا المبدأ يُقصد به في النظام الحديث " قضاء الاستئناف " وهو موجود في قطر  
ومصر والكويت وكثير من الدول.

**ومعناه:** أنّ الحكم عندما يصدر من محكمة الدرجة الأولى فيجوز للخصم أن يُعاد  
نظر الدعوى أمام محكمة أعلى " الاستئناف " ولا تقتصر هذه المحكمة على بحث القضية  
من ناحية التمييز " وهو القضاء القاصر على الخطأ في تطبيق النصوص الشرعية، أو  
تطبيق القانون وتأويله وتفسيره، أو ما يلحق به، وهو ما يسمّى: القصور في التسبيب ".  
فلا يُنظر مرّة أخرى في الوقائع وإنّما في مخالفة الحكم للنصوص.

ومعنى القصور في التسبيب: أنّ القاضي يستخلص النتائج التي توصل إليها في  
حكمه من أسباب لا تُؤدّي عقلاً إلى هذه النتائج، أو من أسباب تُؤدّي عقلاً إلى هذه النتائج،  
ولكنّها أسباب موجودة لم تثبت أمام القاضي.

مثلاً: حادث مرور، والمحضر الفني له يُفيد أنّ إحدى السيارتين تسير بسرعة أكبر  
من العادية، والثانية سرعتها أقل " فيحكم على السائقين بالتعويض مناصفةً ".  
أو يحكم بملكيّة الأرض لشخص ما، بحجّة أنّه قال: إنّهُ مالكٌ للأرض، وسكت  
المدعى عليه من دون بينة..... إلخ.

فنظام الاستئناف لا يقتصر على ما تقتصر عليه محكمة التمييز، وإنّما يُعيد نظر  
القضية مرّة أخرى برمتها، أمام قاضي الاستئناف.

وهذا نظام معيب، لأنّ هذا النظام يُؤدّي إلى تعطيل الفصل في القضايا، وانشغال  
القضاة، وعددٌ كثيرٌ منهم بقضية واحدة، والمفروض أن لا يُخطئ القاضي في الوقائع  
ونظرها، وإنّما احتمال الخطأ وارد في تطبيق النصوص والعمل، ثمّ نجعل عدداً كبيراً من  
القضاة أربعة مثلاً ينشغلون في بقضية واحدة، وأمّا نظام النقض والتمييز فهو نظام جيّد  
وموجود في عهد النبوة، ويقتصر هذا القضاء على النظر في خطأ القاضي في تطبيق  
النصوص الشرعية وتأويلها وتفسيرها، وما يلحق ذلك من القصور في التسبيب.

### **المطلب الثالث: مبدأ القاضي الفرد ومبدأ تعدّد القضاة:**

يعني هل ينظر في القضية قاضٍ واحد أم عدد من القضاة؟ ففي النظم الحديثة  
يأخذون بمبدأ تعدّد القضاة، وفي نفس الوقت القاضي الفرد في المحاكم الصغيرة الجزئية.  
وفي قطر الآن يأخذون بمبدأ تعدّد القضاة.

ومبدأ القاضي الفرد وتعدّد القضاة كلّ له مزاياه وعيوبه.

**من عيوب تعدّد القضاة:** انشغال أكثر من قاضٍ بالقضية.

**ومن فوائده:** إعطاء فرصة للمداولة والمناقشة في القضية مما يجعل الوصول للحق أيسر, ولذلك لا مانع من كون القاضي فرداً في المحاكم العامّة, وتعدّد القضاة في محكمة التمييز فقط.

وبعض الدول تُكثر من تعدّد القضاة كما في مصر, وهذا نظام معيب لانشغال القضاة عن ما هو أهم, لكثرة القضايا, وبالتالي الأفضل أن يقتصر التعدّد على محكمة التمييز دون المحاكم العامّة, ويُلغى الاستئناف.

#### **المطلب الرابع: مبدأ مجانيّة القضاء:**

الأصل أنّ القاضي لا يجوز له أن يأخذ من المتخاصمين أجراً على قضائه. وإنّ كان هذا لا يمنح الدولة أن تُعطي القاضي راتباً مقابل تفرّغه للعمل وخدمة الناس, ولذلك لا يأخذ راتباً من المتقاضين وإنّما من الدولة.

ويجب أن تُعطيه الدولة مرتباً يكفيه وزيادة, حتّى لا يتعرّض للرشوة والفتن, وهذا مبدأ قرّره فقهاء الإسلام.

ولكن معنى مجانيّة القضاء أنّ المتقاضين لا يدفعون أجراً, ولكن جرت العادة في غالبية الدول أن تفرض رسوماً قضائيّة, والدول هي التي تأخذها لا القاضي. ويُعفى الفقير إذا أثبت فقره من هذه الرسوم, ويجوز إذا لم يكن للدولة موارد كافية للإنفاق على مرفق القضاء أن تفرض الرسوم على من يريد رفع الدعوى.

#### **المطلب الخامس: مبدأ إقليميّة القضاء:**

أي لا يجوز أن يخضع شخص أجنبي لقضاء غير قضاء الدولة, لأنّ في هذا انتقاصاً من سلطة الدولة, وجميع الدولة الحديثة الآن يجري العمل فيها على هذا المبدأ. ونجد الفقه الإسلامي أباح للدولة الإسلاميّة أن تجعل قضاءً خاصّاً بأهل الذمّة. وهذا في الواقع لا يجوز إلاّ بالنسبة للأحوال الشخصية " الزواج والطلاق... " لكن بالنسبة للجرائم والحدود فهذه مسألة خطيرة أن يترك أهل الذمّة أو المستأمنون يفعلون ما يشاؤون ثمّ يحاكمون أمام قاضي غير مسلم, وفيه انتقاص من سلطان الدولة الإسلاميّة. فيجب أن يخضعوا لسلطان القضاء الإسلامي في الدولة الإسلاميّة, سواء ارتكبت جنائياتهم فيما بينهم أو فيما بينهم وبين المسلمين.

أمّا الأحوال الشخصية فيمكن أن يُجعل لهم قاضي فيها, إلاّ إذا حصل بينهم فيها خلاف فيرجع للقاضي المسلم, أو طلب أحدهم حكم الإسلام.

في القوانين الحديثة يوجد ما يسمّى بتشريعات القوانين الحديثة:

في القانون الدولي الخاص: وقواعده قواعد إسناد، لأي لا تفصل مباشرة في القضية وإنما تحدّد القانون الواجب التطبيق في حالة وجود عناصر أجنبية " مختلطة " سواء من ناحية الأطراف أو الموضوع.

فمثلاً: رجلٌ إنكليزي أبرم عقداً مع فرنسي عقد بيع في قطر، وحصل هذا النزاع في السعودية حول هذا العقد. فقواعد القانون الدولي الخاص تُحدّد للقاضي بما يقضي، لأنّه في النظم الحديثة يجوز للقاضي الوطني أن يقضي بقوانين غير قوانين بلاده في المسائل الأجنبية، فمثلاً في مصر: إذا كان العقد أبرم في قطر، فالقانون المصري يطبّق القانون القطري.

وهذا لا يجوز بالنسبة للتشريع الإسلامي، لأنّ القاضي المسلم لا يجوز له أن يطبّق إلا الشريعة الإسلامية.

#### المطلب السادس: مبدأ فوريّة الحكم في القضاء:

فالقاضي يجب عليه أن يحكم فوراً في القضية فور الانتهاء من تمحيصها وبحثها. وهذا المبدأ من الناحية العمليّة لا يطبّق في البلدان التي تكتظُّ فيها المحاكم بالقضايا. ففي كثير من البلاد تستمرُّ بعض القضايا إلى عدّة سنوات لكثرتها، وزيادة على ذلك وجود نظام الاستئناف المعيب.

#### المطلب السابع: مبدأ عدم جواز قضاء القاضي بعلمه:

وهذا المبدأ حصل فيه خلاف في الفقه الإسلامي: ذهب بعض الفقهاء إلى جواز أن يقضي القاضي بعلمه، وهذا رأيٌ مرجوح في المذهب الحنبلي " رواية لأحمد " وقول ثانٍ للشافعي ورأي أبي يوسف صاحب أبي حنيفة. الجمهور والرواية الراجحة عند الحنابلة وقول للشافعي ومحمّد بن الحسن صاحب أبي حنيفة على أنّه: لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه، وهو الراجح. أبو حنيفة قال برأيٍ وسط: أنّ القاضي لا يقضي بعلمه في مسائل الحدود، ويجوز له فيما عداها.

#### أدلة من قال بجواز قضاء القاضي بعلمه:

حديث هند بنت عتبة وقول النبيّ  $\text{p}$  لها " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف " (1) وفي هذا الحديث دليل على جواز الظفر بالحق، أي تأخذ حَقَّك بيدك إذا لم تخش الفتنة.

(1) [ أنظر البخاري: الرهن، باب: إذا اختلف الراهن والمرتهن.... رقم: 2380].

وجه الاستدلال عندهم أنّ الرسول  $\rho$  حكم بعلمه أنّ أبا سفيان كان شحيحاً. وهذا غير صحيح، لأنّ الذي صدر من الرسول فتوى وليس قضاء، ولو كان قضاءً لما جاز أن يحكم على المدعى عليه وهو غائب، فلو كان قضاءً لأحضره وقضى لهند دون أن يطلب من هند شهوداً على شحّه، فهذا فتوى، فلا يكون دليلاً لهم.

**ودليلهم الثاني** في قصة عمر مع أبي سفيان عندما تنازع أبو سفيان مع شخصٍ آخر حول أرض، فعمر قال: إنني أذكر يوم أن كنا صبياناً حدود هذا الأرض. ودعوى أبي سفيان غير صحيحة. فهذا قضاء من عمر بعلمه، لأنّه بيّن أنّه كان يعرف منذ صغره حدود هذه الأرض.

**الرد:** هذا في الحقيقة ليس بقضاء، وإنّما هو بيان لمسألة حصلت بين متنازعين، ولم يحصل هنا قضية ولا دعوى رُفعت، وإنّما بيّن لهم فاتبعوا بيانه. أمّا أدلّة من قال لا يقضي بعلمه فقويّة، وهي:

1. أنّ الرسول  $\rho$  قال للذي جاء يُخاصم "شاهدك أو يمينه، ليس لك إلاّ هذا" (1) فلو كان القاضي يقضي بعلمه لبيّن الرسول  $\rho$  أنّه من الممكن أن يكون هناك طريقة من طرق القضاء وهو علم القاضي، ولكن حصر هذا في الشهادة واليمين.

2. حديث "إنّما أقضي لكم على نحو ما أسمع فمن قطعة له من حقّ أخيه فإنّما أقطع له قطعة من النار" (2) فهذا دليل على أنّه لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه، ولو كان أحداً يجوز له ذلك لكان أولى الناس بذلك الرسول  $\rho$ .

3. أنّ قوماً من العرب كان بينهم وبين عامل النبي  $\rho$  أبي جهم شجاج، فأعطاهم الرسول  $\rho$  حتّى رضوا، أو: سألهم: "أرضيتم" قالوا: رضينا. ثمّ قام خطيباً بين المسلمين وقصّ القصّة وقال للقوم مرّة أخرى "أرضيتم" فقالوا: لا. فهّم المهاجرون بهم، فأسكتهم النبي  $\rho$  ثمّ نزل وأعطاهم حتّى رضوا، فقال لهم أمام الناس: "أرضيتم" قالوا: رضينا.

4. وعمر  $\psi$  جاءه خصمان فقال أحدهما: أنت شاهدي يا أمير المؤمنين. فقال عمر: إمّا أن أقضي وإمّا أن أشهد. لذلك لا يجوز للقاضي أن يكون شاهداً في القضية نفسها التي يحكم فيها.

(1) [أنظر البخاري: المساقاة، باب: الخصومة في البئر والقضاء فيها، رقم: 2229. مسلم: الإيمان، باب، وعيد من اقتطع حقّ مسلم بيمين فاجرة بالنار، رقم: 138].

(2) [أنظر البخاري: المظالم، باب: إثم من خاصم في باطل وهو يعلمه، رقم: 2326. مسلم: الأفضية، باب: الحكم بالظاهر واللحن بالحجّة، رقم: 1713].

5. وأبو بكر  $\psi$  يقول: لو رأيت حدّاً من حدود الله لم أقمه حتّى تأتي البيّنة.  
6. أنّنا لو تركنا القاضي يقضي بعلمه فلن نستطيع أن نراقب القاضي أو نتابعه، خصوصاً إذا كان القاضي فاجراً.

والقاضي يجب أن يكون على الحياد تماماً، ويسوّي بين الخصمين في كلّ شيء حتّى في بشاشة الوجه والمجلس والمناداة وغير ذلك، وقصّة عليّ رضي الله عنه مع اليهودي حين تحاكما إلى شريح القاضي، فناده بكنيته ونادى اليهودي باسمه، فأنكر عليّ  $\psi$  عنه ذلك التفضيل.

ويُرَدُّ على أبي حنيفة رحمه الله تعالى: بأنّه لا دليل على التفريق بين الحدود وغيرها، فالعدل مطلوبٌ دائماً، وإن كانت الحدود تُدرأ بالشبهات.

وفي القوانين الوضعيّة: أنّ القاضي لا يحكم بعلمه أبداً، وإذا أراد أن يقضي بعلمه فعليه أن يتنحّى عن الحكم في القضية، ويقف كشاهد أمام قاضٍ جديد.

#### المطلب الثامن: مجلس القضاء الأعلى:

عادةً ما يتكوّن مجلس القضاء من هيئتين "هيئة دائمة متفرّغة، وهيئة تكملها، بحيث يكون المجموع من الخمسة المتفرّغين والخمسة الغير متفرّغين تكوّن من الهيئة العامّة للمجلس".

والهيئة الدائمة تتكوّن من خمسة قضاة كلّ منهم بدرجة رئيس محكمة التمييز، أي أعلى درجة قضائيّة.

#### وأعضاء الهيئة الخمسة الغير متفرّغين تتكوّن من:

. رئيس محكمة التمييز، عضواً.

- ووكيل وزارة العدل: يعيّنه وزير العدل عضو غير متفرّغ في مجلس القضاء الأعلى.

. ثمّ ثلاثة قضاة يُختارون من أقدم القضاة من رؤساء المحاكم العامّة.

#### فهؤلاء يكوّنون المجلس غير المتفرّغ:

#### اختصاصات مجلس القضاء الأعلى:

1- يختص بالنظر في الأمور التي يعرضها عليه وزير العدل فيما يتعلّق بشؤون القضاة يبدي رأيه فيها.

2. ويختص أيضاً بنظر الأمور التي يعرضها عليه ولي الأمر في الأمور التي يرى عرضها على مجلس القضاء.

3. وبتأديب القضاة, رقيتهم ونحو ذلك, لأنه يعطي للقاضي أماناً في استقلاله إذا كان تأديبه معهوداً بقاضٍ مثله.

4. ويختص أيضاً بالنظر في القضايا التي نظرتها محكمة التمييز وأصدرت فيها أحكاماً, بالقتل أو القطع أو الرجم.

- ومحكمة التمييز: هي محكمة نصوص, وهو نظام التقاضي على درجتين, وهو الحاصل في قطر والسعودية وغيرهما, وهذا حسن.

#### المطلب التاسع: دوائر محكمة التمييز:

. دائرة جزائية أو جنائية.

. دائرة أحوال شخصية.

. دائرة مدنية.

والدوائر غير الجزائية تنظر القضايا من ثلاثة قضاة, والدوائر الجزائية تنظرها من خمسة قضاة, وهي المتعلقة بأحكام القتل والرجم أو القطع.

ويكفي ثلاثة قضاة في جميع القضايا هنا, لأنه كلما كثر العدد كلما كثرت المناقشات بدون داع.

والأصل أن محكمة التمييز تنظر في جميع الأحكام الصادرة من المحاكم العامة أو المحاكم الجزئية المستعجلة, إلا ما استثني بنص من النصوص التي تصدر من ولي الأمر. وقد صدر هذا فعلاً, فمثلاً قضايا المنقول في حدود خمسمائة ريال فأقل لا تميز أحكامها, وكذا الأحكام الجزائية التي يصدر فيها أحكام بالجلد بأربعين جلدة فأقل, والسجن عشرة أيام فأقل, فهذا لا تميز وكذا يقبلها المتخصصان.

وقضايا العقارات تميز في جميع الأحوال مهما كانت قيمة العقار, والقضايا الصادرة ضدّ عديمي الأهلية أو القصر عديمي الأهلية أو الوقف أو بيت المال أو يكون المحكوم عليه هنا في حالة ضعف لا يستطيع أن يدافع عن نفسه بنفسه.

وزير العدل من حقه أن يأمر بتمييز أي حكم مستثنى أصلاً من حكم التمييز. تكون محكمة التمييز أعلى محكمة قضاء بعد مجلس القضاء الأعلى, وهي أصلاً مختصة بتمييز الأحكام, فهي التي تحدد الآراء الفقهية الاجتهادية للقضاة, فهي في الواقع إذا لم يعجبها اجتهاد قاضٍ من القضاة ستنقض الحكم وتأخذ بالرأي الذي تراه.

فإذا رأت إحدى دوائر المحكمة وهي تنظر في قضية ما أن تعدل عن اجتهاد مستقر من قضاء محكمة التمييز, فهذا الدائرة تعرض الأمر على الدوائر المجتمعة لمحكمة التمييز.

فمثلاً ترى المحكمة أنّ قضاءها يجري على أنّ حدّ الحرابة لا يطبق إلاّ في الصحراء . طبقاً للمذهب الحنبلي . فترى إحدى الدوائر أنّ حدّ الحرابة أولى بالتطبيق في المدن, لأنّ الأمر أصبح خطيراً وكثر وقوعه, والأدلة عامّة, وحبّة الحنابلة أضعف لأنّ حجّتهم أنّ الصحراء فيها خطورة أكثر, ويردّ عليهم بأنّ من يفعل ذلك في المدينة أشدّ جراءة وأحرى بالحد.

فإذا استقرّ رأي قضاة الدوائر على هذا الحكم يُعرض الأمر على وزير العدل ليرى رأيه في هذا الرأي.

وفي عصرنا الحاضر من المفروض أنّ وزير العدل لا يتدخل في هذه المسائل لأنّه من السلطة التنفيذية, فالأصلح تعديل هذا النص الذي يُعطي وزير العدل الحقّ في الاعتراض على رأي هؤلاء المجتمعين من الدوائر .

فإذا خالف وزير العدل رأي محكمة التمييز, وعاد الأمر إلى المحكمة مرّة أخرى: فإنّ أصرت على رأيها فيرفع الأمر إلى مجلس القضاء الأعلى ليرى رأيه النهائي. والأحرى أن يجتمع قضاة دوائر التمييز مع قضاة المجلس الأعلى للقضاة, وينظروا في الأمر, لأنّه فيه حفاظٌ على الوقت وأصلح.

#### المطلب العاشر: المحاكم العامّة أو : الكبرى:

تتكوّن من دوائر جزائية ومدنيّة وأحوال شخصيّة, وهي محاكم عامّة أو كبرى, كما تنظر في جميع القضايا دون استثناء, إلاّ ما أدخله النظام من اختصاص المحكمة الجزئية أو المستعجلة.

والصحيح أنّ المحاكم العامّة تقوم على نظام القاضي الفرد إلاّ في القضايا المتعلقة بالقتل والرجم والقطع, فهذه تُنظر من ثلاثة قضاة قبل التمييز, والذي ينظرها من خمسة قضاة.

والمحاكم المستعجلة تختلف عن المحاكم المستعجلة في قطر والكويت والبلدان العربيّة, فإن اصطلاح المحاكم المستعجلة هي المحاكم التي تنظر في جميع أنواع القضايا من ناحية السرعة, أي حكم مؤقت مستعجل وهذا الحكم لا يؤثر في أصل الحق. مثل لو كان فيه نزاعٌ على أرض وقام أحد المتنازعين بهدم أجزاء من مباني الأرض فيرفع الآخر دعوى مستعجلة لإثبات حالة بهدم هذه المباني التي يُخشى أن تذهب معالمها مع مضي الوقت أو رجلاً ممنوعاً من السفر لعدّة أسباب, فيرفع دعوى مستعجلة لإيقاف منعه من السفر حتّى يُنظر في الموضوع لضرورة سفره.

والقاضي هنا يستشف من أوراق الدعوى ما إذا كان صاحب الدعوى المستعجلة يستحق أن يُقضى بصفة مؤقتة في طلبه المستعجل أم لا.

أمّا القضاء المستعجل فغير هذا، وهو ما يطلق عليه " المحكمة المستعجلة " هي محاكم عادية، وإنما تنظر في القضايا القليلة الأهمية التي لا يزيد قيمة القضية فيها عن ثمانية آلاف ريال.

أمّا الدعوى الزوجية والنفقات الزوجية فهذه من اختصاص المحاكم العامة مهما كانت قيمة الدعوى، وكذا دعاوى العقارات.

وتختص المحاكم المستعجلة بالأروش الخاصة بديّة ما دون النفس في حدود خمس الدية فقط، وما زاد فهو من اختصاص المحكمة العامة.

الأولى أن تسمى المحاكم المستعجلة بـ " المحاكم الجزئية " .

الموضوعات التي سندرسها هي تولية القاضي وتقليده، وحكم هذا التقليد في القضاء، وشروط القاضي، وأدب القضاء، وأهم بحث في ذلك " دراسة الدعوى القضائية": المدعي، المدعى عليه، ومعيار التمييز بينهما، وأوجه رفع الدعوى، والبيّنات (الشهادة، والإقرار، اليمين) والحكم القضائي، وأسباب الطعن والنقض للحكم القضائي، وما هو الحكم القضائي وأنواعه. هذا هو المقرّر.

الإمام عليه أن يولّي القضاة: فرض عين عليه.

وهو فرض كفاية لمن يتولّى القضاء، ويكون فرض عين لمن انفرد بشروطه إلا إذا اشتغل رغماً عنه.

والإمام يُصدر قراره بتولية قاضي معين في مكان معين، والفقهاء تكلموا في مسألة إثبات تولية القاضي لمنصب القضاء إذا كان في بلد بعيدة عن الإمام فقالوا: إنّ هذا يثبت بشهادة الشهود أو بالاستفاضة.

والتنظيم الحديث لم يعد فيه هذه الأمور، لأنّه يصدر أمرٌ رسميٌّ مختوم من وليّ الأمر، معلنٌ فيه: أنّ فلاناً قد عُيّن في مكان كذا، والمحكمة تُخطر من وزارة العدل بذلك.

**المبحث الثالث: الشروط التي يجب توافرها في القاضي<sup>(1)</sup>**

القضاء أعلى الولايات، أمّا أدنى الولايات فهي الشهادة، وشروط القاضي هي: (الإسلام، البلوغ، العقل، الذكورة، كمال الحواس).

(1) أنظر تنوير المسالك: 103/2.

## المطلب الأول: الإسلام والتكليف والذكورة وكمال الحواس:

**1- الإسلام:** أي ولاية لا بدّ أن يكون وليّ الأمر فيها مسلماً، لأنّه أباح للرجل أن يتزوَّج من كتابيّة . عفيفة محصنة . ولم يُبح للذمّي أن يتزوَّج من مسلمة لأنّ الرجل قيم على المرأة. فمن باب أولى أن لا يجوز أن يتولّى القضاء رجلٌ غير مسلم.

**وهل يجوز أن يتولّى قضاء أهل الذمّة قاضي منهم:**

**الجواب:** أنّ جماهير الفقهاء ما عدا الحنفيّة لم يُبيحوا هذا إلاّ في المناكح . الزواج والطلاق . ويكون طبقاً لشريعتهم.

وفي الوقت نفسه يجوز للدولة أن تعيّن قاضياً مسلماً على أهل الذمّة يتولّى تطبيق قواعد الشريعة الإسلاميّة عليهم في الزواج والطلاق، فقواعد الشريعة متّفقة مع الفطرة السليمة.

أمّا الإمام أبو حنيفة فيجيز تعيين قاضي من أهل الذمّة عليهم في جميع الأمور، وهذا خطأ، ومن المستحيل أن يقبل، خصوصاً في العصر الحديث في أنّ أهل الذمّة يرتكبون الجرائم ولا يعاقبون في دولة الإسلام بالعقوبات الشرعيّة، ففيه انتقاص من سيادة الدولة، وعلى أساس أنّ المعاملة بالمثل الآن على الأقل.

وهذا الذي ذهب إليه أبو حنيفة غير جائز عن الأئمّة الثلاثة الباقين، لأنّ أهل الذمّة والحربي المستأمن مخاطبون بفروع الشريعة وملتزمون بها، وهذا لأنّه مبدأ قانوني، وهو " أنّ الدولة صاحبة السيادة على إقليمها وعلى أراضيها وعلى من يوجد فيها من مقيمين وأجانب ومواطنين".

فكل ما يحدث في الدولة يكون خاضعاً لقوانينها وهذا هو الجاري في دول كبريطانيا وفرنسا وأمريكا.....

فلو ذهبت إلى تلك البلاد وارتكبت مخالفة . حسب قوانينهم . فإنّك تُعاقب ولو كان فعلك شرعيّاً في دينك وعُرفك، فمثلاً لو ذهب مسلمٌ بزوجتيه إلى أمريكا فإنّه يُعاقب إن عرفوا ذلك، أمّا إن قال إحداهما زوجته والأخرى صديقه فلا بأس، لأنّ قانونهم لا يُجيز التعدّد ويُعاقب على هذا.

فالإسلام من باب أولى . وهو يعلو ولا يُعلَى عليه . بأن يُطبّق على جميع الموجودين في دولة الإسلام، وإن كانوا غير مسلمين، وإذا ارتكبوا جرائم حدّية أو تستوجب تعزيراً.

**2. التكليف وهو البلوغ والعقل:**

هذا شرطٌ لا مجال للشكِّ في اشتراطه, لأنَّ من لا يستطيع تولِّي أمور نفسه لا يستطيع من باب أولى تولِّي أمور الآخرين.

### 3. الذكورة:

وهذا شرط عليه غالبية الفقهاء, والحنفية ذهبوا إلى جواز أن تتولَّى المرأة القضاء فيما تجوز فيها شهادتها, أي في غير القصاص والحدود. وهذا غير صحيح, لأنَّ المرأة لا تصلح للقضاء بحسب أصل خلقتها, والله تعالى يقول: (الرجال قوامون على النساء بما فضل الله به بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم) [النساء:34].

ولا تجادل في أن المرأة قد تكون أدكى من الرجل, وأنَّ مستوى ذكاء الرجل والمرأة في الغالب واحدٌ, ولكنَّ المسألة ليست مسألة ذكاء, لكنَّ المسألة أن المرأة خلقها الله بأنَّ أصل خلقتها أنَّها تُغلب العاطفة عندها على العقل... أي حتَّى لو هداها ذكاؤها إلى حكم العقل, إلاَّ أنَّها ترفض هذا الحكم في كثيرٍ من الأمور, إذا غلبتها العاطفة, وعلى العكس من هذا الرجل, هذا الغالب فيهما.

ولقوله p " لن يُفلح قومٌ ولوا أمرهم امرأة " (1).

ورأي الحنفية لا يُعمل به لأنَّه يتعارض مع السنَّة الكونية, فضلاً عن تعارضه مع النصوص الصحيحة في منع تولية المرأة, والقضاء من أعلى الولايات. أمَّا الشهادة فأمرٌ آخر, فهناك أيضاً أمور لا يطَّلَع عليها إلاَّ النساء. ولو كان جائزاً لكان من الصحابيَّات الفقيهات من أهل لولايته, ولما ترك الخلفاء الراشدون ومن بعدهم توليتهنَّ للقضاء " عائشة وأمُّ سلمة " وكذا الرسول p لم يولِّ إحداهنَّ القضاء.

ولا يوجد أنبياء من النساء.

ومنصب القضاء يستلزم حضور الرجال واجتماعهم, والأصل في شرعنا أن لا تغشى المرأة مجالس الرجال.

### 4. كمال الحواس:

أي لا بدَّ أن يكون القاضي: " سمياً, بصيراً, متكلاً " وبعض الشافعية يرون أنَّه يجوز أن يكون القاضي أعمى, وهذه لها قصَّة, وهي: أنَّ قاضي السلطان صلاح الدين الأيوبي, أصيب بالعمى آخر عمره وهو من القضاة المشهورين, فرأى بعض الشافعية أنَّ

(1) [ البخاري: المغازي, باب: كتاب النبي p إلى كسرى وقيصر, رقم: 4163 ].

القاضي يجوز أن يكون أعمى. والصحيح ما ذهب إليه جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية من أن القاضي يجب أن يكون سليم الحواس بالنسبة للبصر والسمع والكلام، بل إنهم اشترطوا فيه أن يكون مكتملاً بالنسبة لسائر البدن، والتي لا تؤثر على سير القضاء، كأن يكون القاضي مقعداً فهي تؤثر على مزاجه، وهذا شيء أولوي، إلا أنه يمكن أن يعين وهو كذلك إذا كان عادلاً، وكذا المرض المزمن والغضب، فهذه شروط أولوية كالمقعد.

**المطلب الثاني: العدالة وأهلية الاجتهاد(1):**

### **1. العدالة، وفيها خلاف:**

الجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة ذهبوا إلى أن العدالة شرط لصحة القضاء، فلا يجوز أن يتولّى الفاسق.

الحنفية: إنها شرط كمال وليس شرط جواز، فيجوز أن يتولّى الفاسق وإن كان الأولى تولّي العدل.

والشافعية توسّعوا في تفسير معنى الفسق فقالوا: إذا كان القاضي يُنكر الإجماع فهو فاسق.

وإذا كان يُنكر العمل بخبر الواحد الصحيح والاحتجاج به فهو فاسق عند الشافعية أيضاً.

وخبر الواحد الصحيح يجب العمل به عند جماهير الفقهاء من أهل السنة، لأن الأصل في وجوب الأحكام أنها تُبنى على راجح الظن ولا تُبنى على اليقين. في مسائل المعاملات. أما في العقيدة فالعمل يجري على اليقين.

ففي المعاملات يكفي رُجحان الظن بوجوب العمل، بدليل أن الشارع أوجب الحكم بشهادة الشاهدين... والأربعة، وهؤلاء ليسوا من أهل اليقين الذي يؤمن تواطؤهم على الكذب، ولو اشترطنا اليقين لتعطّلت الأحكام.

ومن أجل ذلك أجمع المسلمون على وجوب العمل بصححي مسلم البخاري، وكذا غيرها إذا تبين صحتها، وأكثر الأحاديث من قبيل خبر الواحد.

ورأى الشافعية في تولّي القاضي الفاسق باطلاً، والحنفية يجيزونه إذا لم يخرج عن النصوص، لكن الأولى عدم توليته.

(1) تنوير المسالك: 1032/2.

ويلاحظ أنّ الأئمة يطبّقون القاعدة الفقهيّة " الدفع أقوى من الرفع " أي دفع الشيء ابتداءً أولى من رفعه بعد أن يكون، ومن هذا تولّى القاضي العادل، ثم صدر منه فسقٌ بعد توليته فهذا الفسق لا يُعزل به، إلاّ إذا استفاض الأمر واشتدّت خطورة الأمر.

وهذه القاعدة كثيرة التطبيق: فمثلاً لو منع زوجته من أن تحج فهذا جائزٌ عند من يقول: إنّ له أن يمنعها من حجة الإسلام، لكن لو تركها حتّى شرعت في الحج، ثم أرسل لها يطلب منها العودة فطبقاً لهذه القاعدة لا يستطيع أن يمنعها بعد أن شرعت في الحج فعلاً.

## 2. الاجتهاد: فيه خلاف على قولين:

الجمهور من الشافعيّة والمالكيّة والحنابلة يرون أنّ القاضي لا بدّ أن يكون مجتهداً. وهناك رواية عن الحنابلة وعن أبي حنيفة وعن مالك: أنّه يجوز تولية القاضي المقلّد لمذهب معيّن، وأنّه يجوز للقاضي أن يقلّد مذهباً غير مذهبه.

فمن اشترط الاجتهاد فلا بدّ من توفّر شروط الاجتهاد في القاضي وهي:

أ. أن يعرف آيات الأحكام وعددها حوالي (500) آية. والإمام الشافعي زاد: أن يعرف آيات القصص والمواعظ لأنّها تحتوي على أحكام شرعيّة.

ب. ويعرف أحاديث الأحكام وهي حوالي ثلاثة آلاف حديث.

ج. أن يكون على دراية بعلم أصول الفقه، وهذا العلم هام ومأخوذ عن رسول الله ﷺ في الواقع، ولكنّ الفقهاء من الصحابة ما كانوا يذكرون المصطلحات التي عُرفت بعد ذلك، إنّما كانوا يستحسنون ويقيسون.

والرسول ﷺ علم الصحابة القياس، حين سأله سائلٌ عن تقبيل الزوجة وهو صائم فقال **p** " رأيت لو مضمضت من الماء " (1) ففاس التقبيل على المضمضة في أن كلاً منهما لا يُفسد الصوم إذا لم يوصل إلى المُفسد، وهو إنزال المنى بالتقبيل، وسبق الماء إلى جوفه بالمضمضة.

(1) فقال السائل: لا بأس، فقال **p**: " فمه ". أي فماذا عليك إذاً لو قبلت. والحديث أخرجه [أبو داود: الصوم، باب: القبلة للصائم، رقم:

وهناك عند الفقهاء ما يُسمّى باستحسان السنّة، كدليل مشروعيّة الاستحسان، مثل ما بيّنه النبي  $p$  للصائم الذي يأكل ويشرب ناسياً: أن يبقى ممسكاً، وصومه صحيح ولا قضاء عليه<sup>(1)</sup>.

وسدّ الذرائع موجود في القرآن: ( ولا تسبّوا الذين يدعون من دون الله فيسبّوا الله عدواً بغير علم ) [الأنعام:108].

ويُعرف الناسخ والمنسوخ والأصول اللغويّة والمطلق والعام والمقيّد والخاص.

د . ويجب أن يكون على دراية بالعربيّة وأصول اللغة، لأنّها الوسيلة في استنباط الأحكام الشرعيّة، ويُفهم دلالات النظم القرآني والأحاديث.

أمّا بالنسبة لعدم اشتراطه: . فقد روي عن أبي حنيفة ومالك في رواية أنّه يجوز أن يقلّد. وقال أبو حنيفة أيضاً: إنّهُ يجوز للقاضي أن يُحكم بمذهب بخلاف مذهبه، وهذا المسألة الرأي الراجح فيها أنّها لا تجوز .

قال ابن قدامة: إذا اشترط وليُّ الأمر في عهد تولّيّة القاضي على القاضي أن يتّبع مذهباً معيّناً فهذا شرطٌ باطلٌ، وهذا مذهب الشافعيّة والمالكيّة أيضاً.

فابن قدامة يقول: عقد التولية على الوجهين، قياساً على عقد البيع، إذ في الشرط الباطل فيه وجهان:

أ . أنّ الشرط يُبطل والعقد يصح.

ب . أنّهما يبطلان معاً.

وأساس ذلك أنّ بعضهم استند إلى حديث بريرة المعروف، وهو أنّ سيدها اشترط أنّ الولاء يكون له، رغم أنّ المُعتق . عائشة رضي الله عنها . سيكون المشتري، وهذا شرطٌ مخالفٌ لما نصّ عليه النبي  $p$  من " أنّ الولاء لمن أعتق " . فقال النبي لها  $p$ : " اشترطي فإنّ الولاء لمن أعتق " . وخطب النبي  $p$  فقال: " ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله " <sup>(2)</sup>.

(1) قال  $p$ : " إذا نسي فأكل وشرب فليتمّ صومه، فإنّما أطعمه الله وسقاه " . [ أخرجه البخاري: الصوم، باب: الصائم إذا أكل أو شرب ناسياً، رقم: 1831 . مسلم: الصيام، باب: أكل الناسي وشربه وجماعه لا يُفطر، رقم: 1155]. وفي رواية عند الدارقطني [187/2] " فلا قضاء عليه ولا كفارة " .

(2) [ أنظر صحيح البخاري: المساجد، باب: ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد، رقم: 444 . صحيح مسلم: العتق، باب: إنّما الولاء لمن أعتق، رقم: 1504].

أي ليست موافقة لحكم الله تعالى، سواء أثبت في القرآن صريحاً أو في السنة، لأن ما ثبت في السنة كالذي ثبت في القرآن، لقوله تعالى: (وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا) [الحشر: 7].

وفي وجهه عند الحنابلة رحمهم الله تعالى: أن العقد صحيح والشرط باطل، بناءً على حديث بريرة، لأن الشرط بطل وبقي العقد.

وبهذا يتبين لنا قول ابن قدامة: إذا اشترط الإمام على القاضي في عقد التولية أن يتبع مذهباً معيناً فالشرط باطل، وعقد التولية على الوجهين.

وما ذهب إليه الجمهور: أن الإمام لا يجوز أن يشترط على القاضي مذهباً معيناً. وهذا غير صحيح، خصوصاً في عصرنا الحالي، لأن مسألة "إذا كان القاضي مجتهداً فلا يجوز أن يقضي بغير اجتهاده" عامة لها مخصصات.

فالقاضي مضطراً لأن يقضي باجتهاده على نفسه هو، أما فيما يتعلق بأمور الناس فإذا أصدر ولي الأمر من باب السياسة الشرعية بأن القاضي أو القضاة يلتزمون مذهباً اجتهادياً معيناً. وهذا ليس مخالفةً للكتاب والسنة لأننا ما دُنا قد دخلنا في دائرة الاجتهاد فقد دخلنا في دائرة غير معلوم الصحة والخطأ. فما من مجتهد يجزم أن رأيه هو الصحيح ورأي الآخرين باطل. وعمر بين ذلك: فعندما حكم الإمام علي  $\psi$  على رجل، فلم يُعجب الرجل هذا الحكم، فاشتكى لعمر. فقال عمر "لو كنت أنا لحكمت بكذا" فقيل: وما يمنعك وأنت أمير المؤمنين؟ قال: "وما أدراني أنني على صواب".

فالمجتهد يجب عليه إذا اجتهد أن يأخذ بما أدى إليه اجتهاده، هذا صحيح إلا أنه فيما يتعلق بأمور نفسه، أما فيما يتعلق بأمور الناس إذا اصطدمت هذه القناعة بقاعدة أهم منها وأخطر وهي تعرض أحوال الناس للاضطراب.

#### فمثلاً: العقد:

ابن حزم يرى أن أي عقد أو شرط استحدث بعد عصر النبوة باطل.

والشافعي يرى أن الأصل في العقود والشروط البطلان.

أبو حنيفة يروي حديث النهي عن بيع وشرط<sup>(1)</sup>.

الحنابلة يضعفون الحديث، ويصححون حديث النهي عن بيع وشرطين<sup>(2)</sup>.

(1) أنظر معالم السنن للخطابي: البيوع، باب: شرط وبيع: 146/3.

(2) [أخرجه أصحاب السنن: أبو داود (3504) الترمذي (1234) النسائي (4611) ابن ماجه (2188).

ثم تختلف الرواية عندهم: هل هما شرطان فاسدان أم صحيحان. فعلى رواية أن المراد بهما الشرطان الفاسدان فيجوز له أن يشترط ما يشاء من الشروط الصحيحة. يأتي ابن تيمية وابن القيم والشاطبي من المالكية فيفتحون الباب: حيث يرون أن الأصل في العقود والشروط هو الإباحة لا الحظر، بشرط ألا تتعارض مع نص من الكتاب أو السنة.

فلنا أن نتخيل ما يحصل في مدينة كبيرة كالرياض في المملكة العربية السعودية مثلاً لو أخذ كل قاضٍ فيها بأحد هذه الأقوال منفرداً، إذن فهذا يؤدي إلى تحليل وتحريم الأمر الواحد في البلدة الواحدة والوقت الواحد، وهذا يؤدي إلى اضطراب الناس وعدم اطمئنانهم على أحكام الشرع وهذا مرفوض شرعاً.

وكذا الطلاق ثلاثاً في جلسة واحدة فعلى قول: هي بينونة كبرى، وعلى قول هي طلاقٌ واحدٌ رجعيٌّ.

لهذا كله الأرجح هو أنه يجوز للإمام أن يأمر القاضي في عقد التولية أن يلتزم بمذهب معين اجتهادي، وهذا رأي الحنفية وقول للمالكية وهذا حاصلٌ فعلاً في خلافة الراشدين فعمر ألزم الناس بقضائه بأن الطلاق ثلاثاً في جلسة واحدة يكون بائناً. فقاعدة: "أن المجتهد لا يجوز له أن يأخذ باجتهاد غيره" ليست مطلقة وإنما مخصوصة بأحوال نفسه، أما بالنسبة لأمر الناس إذا صدر ولي الأمر ما يلزم القاضي بمذهب معين جاز.

وهذا حاصلٌ في المملكة العربية السعودية حيث صدر أمر من ولي الأمر بعد أخذ اجتهاد كبار العلماء بأن حدّ الحراة لا يختص بالصحراء، وهذا مخالفٌ للمذهب الحنبلي في المشهور.

فالخبر الواحد يجب العمل به ما لم يعارض نصاً أقوى منه. وفي الوقت الحاضر يستطيع القاضي أن يقضي ولو كان جاهلاً لتدوين العلم وتيسيره.

### المطلب الثالث: القضاء للأقارب<sup>(1)</sup>.

والسؤال هنا: إلى أي مدى يستطيع القاضي أن يحكم لأقاربه؟

(1) تنوير المسالك: 1037/2. الهداية: 1083/3.

**الجواب:** العلماء قاسوا ذلك على من يجوز أن يشهد لهم القاضي فيما لو دُعي شاهداً، فإذا لم تجز شهادته لهم فلا يجوز حكمه لهم ومن جازت لهم فيجوز.

### **مذاهب الفقهاء من يجوز ومن لا يجوز أن يشهد لهم القاضي:**

اتفق الفقهاء الأربعة أنه لا يجوز له أن يشهد لابنه والابن يجوز له أن يشهد لأبيه. لحديث " أنت ومالك لأبيك " (1) فإذا شهد لابنه فكأنه شهد لنفسه، وكذا قتل أحدهما للآخر. ورواية ثالثة لأحمد: يجوز للمرء أن يشهد لأصوله وفروعه في جميع الأحوال، ورؤي عن عمر مثل ذلك.

والراجح ما ذهب إليه الفقهاء الأربعة لحديث " لا تجوز شهادة ذي غمر على أخيه، ولا ظنين في قرابة أو ولاء " (2) ظنين: متهم.

أما الشهادة عليهم فهو أمرٌ مطلوب وحثٌ عليه القرآن: قال تعالى: ( يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين)[النساء:135].

أما في القضاء: هل يفرق بين القضاء له وبين القضاء عليه.

نعم فيه فرقٌ بين الشهادة والقضاء فبمجرد أن يكون في القضية أصول أو فروع يجب على القاضي أن يتحى، هذا أولى، لأنه لا يدري هل سيحكم له أو عليه فلم يتبين الظالم بعد.

أما في الشهادة فمعروفٌ أمرها قبل البدء فيه.

ولا تجوز شهادة الزوجة لزوجها ولا هو لها. هذا متفقٌ عليه إلا روايةً لأحمد مرجوحة.

من أدب القاضي . أيضاً . أنه لا يستضيف عنده أحد الخصمين، وإذا أراد فيضيف الخصمين معاً كما فعل عليٌّ .

ولا يجوز للقاضي أن يشتغل في التجارة ( هذا عند الأئمة الثلاثة).

وأبو حنيفة جَوَّز ذلك لأنَّ أبا بكر حاول ذلك في بداية خلافته فحاولته وهو الفقيه الأكبر في الصحابة دليلٌ على جواز اشتغال القاضي بالتجارة فلمَّا فرضوا له وعياله من بيت المال رجع عن ذلك.

(1) [ ابن ماجة: التجارات, باب: ما للرجل من مال ولده, رقم 2291. وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار : 1728. البيهقي في دلائل النبوة: 204/6].

(2) [ الترمذي: الشهادات, باب: ما جاء فيمن لا تجوز شهادته, رقم: 2299].

والصحيح الرأي الأول، لأنَّ القاضي إذا اشتغل بالتجارة معرَّضٌ للتأثر لمحاولة الناس بأن يحابوه والآن في العصر الحديث الموظف أياً كان ممنوعاً من ذلك، ويمنع أيضاً تسجيل السجل التجاري باسم قاصر والموظف يكون ولياً عنه، لأنَّه منعٌ للتحايل على النظام وأن يجعل الموظف المؤسسة باسم ابنه، فالقاضي أولى بالمنع.

ومن آداب القاضي: أن يلبس أحسن ثيابه في مجلس القضاء، وأن لا يتطيَّب في يوم النساء، وهذا غير عملي، لأنَّ النساء لا يوم لهنَّ، وقد يكون الخصم رجلاً، وكذلك الممنوع من التطيَّب خارج الدار النساء وليس الرجال، فليس في تطيَّب القاضي شيء.

#### المطلب الرابع: أعوان القاضي:

هم: كاتب الجلسة أو أمين السر.

وحضور أهل العلم والفقهاء ليستشيرهم حتَّى ولو كان فقيهاً مجتهداً. ويُستشهد لذلك قصَّة عمر ٧، وكعب بن سوار، حين جاءت امرأةٌ وأثنت على زوجها. يقوم الليل ويصوم النهار. فأثنى عليه عمر، فلما قفلت راجعةً قال كعب: هلا أعديت المرأة على زوجها يا أمير المؤمنين؟ أي هل قضيت لها على زوجها، فهي ترفع إليك دعوى عليه. وفهم كعب أنَّها تشكو زوجها من حيث إنَّه يشتغل بالعبادة عنها، فطلب منه عمر ٧ أن يحكم بينهما، فقضى أن له أن يتعبَّد ثلاثة أيام ولياليهنَّ، وأن يخصَّ امرأته بالمعاشرة والملاطفة يوماً وليلة. فسرَّ بذلك عمر ٧، وأولاه قضاء البصرة لثاقب نظره<sup>(1)</sup>.

وكاتب الجلسة مهم، لأنَّ القاضي لا يستطيع الجمع بين نظر القضايا وكتابة محاضر الجلسات، وكان كاتب الجلسة قديماً من الفقهاء، أمَّا الآن فالقاضي ليس فقيهاً فالكاتب من باب أولى. لكن يلزم أن يكون معه شهادة تجعله يفهم ما يكتب.

ولا يعتبر المحضر رسمياً إلا بتوقيع كاتب الجلسة إلى جانب توقيع القاضي.

الحجَّاب: يمنع الناس حتَّى يأذن القاضي، وتعيّنهم الآن الدولة<sup>(2)</sup>.

المزكَّون: وهم المزكَّون للشهود ويطلق عليهم بعض الفقهاء "رجال مسائل القاضي"

المزكَّون للشهود وتزكية الشهود اختلف فيها الفقهاء:

أبو حنيفة ومالك ذهبوا إلى أنَّه يكفي في الشاهد الإسلام، فالأصل في المسلمين العدالة حتَّى يجرحهم أحد، واستثنى أبو حنيفة الشهود في الحدود فيلزم لهم التزكية عنده، ومالك يقول: يكفي حسن السمعة والإسلام. ورواية لأحمد مرجوحة.

(1) [ أنظر في هذا: أخبار القضاة لوكيع: 1/275. المصنَّف لعبد الرزَّاق: 148/7. الطبقات الكبرى لابن سعد: 7/92].

(2) تنوير المسالك: 2/1034.

ويستدل هؤلاء بقوله تعالى: ( وكذلك جعلناكم أمةً وسطاً لتكونوا شهداء على الناس ) [البقرة:143].

وهذا الاستدلال ليس بصحيح، لأن هذه الآية وردت بخصوص يوم القيامة. والشهداء فيها ليسوا كل أفراد أمة الإسلام، لأنهم الذين سيشهدون حينئذٍ، وليس كل مسلم يصح أن يكون شاهداً.

واستدلوا بحديث أن رجلاً جاء إلى الرسول ﷺ وشهد . وحده . أنه رأى هلال رمضان فأمر النبي ﷺ الناس أن يصوموا، وقال له: " أتشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله " (1). واكتفى بذلك في تعديله.

وابن قدامة يردُّ هذا بأن الصحابة لهم شأن خاص. المشهور عند الحنابلة، والشافعية: لا بد من تزكية الشهود، ويرى الفقهاء أنه يُستحب أن يكونوا غير معروفين لئلا يتصل بهم الناس.

( في حالة تزكية وتجريح الشهود ). أبو حنيفة اكتفى بشاهد واحد في التزكية أو التجريح، واكتفى بشهادة النساء لأنه اعتبر أن التزكية هنا إخبار وليس شهادة. وهذا انفرد به أبو حنيفة.

#### مسألة:

( هل المجرِّح الفاسد يكتفي بالإخبار بمطلق الفسق أم عليه التفضيل ) ؟ وهل لو فصل وقال مثلاً: رأيت يزني، هل يتعرّض لحدِّ القذف إن لم يأت بثلاثة آخرين يشهدون معه.

فالإمام الشافعي قال: هنا ليس عليه حد، لأنه لم يأت هنا ليشهد، على فلان بالزنا، وإنما بناءً على طلب القاضي لكي يزكي هذا الإنسان أو يجرحه، وينبغي أن يكون ذلك سراً لئلا يفضحه، والحدود تُدرأ بالشبهات.

ومن أعوان القضاة: أهل الخبرة وهم أهل العلم في العلوم الكونية والفنون المختلفة التي بثها الله في الكون.

ومن الأمثلة الآن ( الدخان ) كان منذ (30) عاماً مباحاً، على أن الأصل الإباحة، ولم يكن في استطاعة القاضي أو المفتي أن يفتي بحرمة قبل أن يبيّن أهل الخبرة . الطب . أضراره. وهو محرّم بالنص ( ويحرّم عليهم الخبائث ) [ الأعراف: 157 ] والخبثية هي التي

(1) [ أخرجه أبو داود: الصوم، باب: في شهادة الواحد على رؤية هلال رمضان، رقم: 2340، 2342. كما أخرجه الترمذي (691) والنسائي (2112، 2113) وابن ماجه (1652) ]،

يغلب فيها الضرر المنفعة، طبقاً للمعيار القرآني: ( فيهما إثمٌ كبيرٌ ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما) [البقرة:219] فأثبت للخمر والميسر النفع وذكر أنّ إثمهما أكبر، ومع ذلك بيّن أنّهما رجسٌ من عمل الشيطان.

ولذلك نجد أنّ للمحاكم الحديثة سجلاً للخبراء في البلد في كلّ مجال.  
وهم مهتمّون أيضاً للفقهاء والمفتين. كمسألة طفل الأنابيب.

ومن أعوان القضاة. في العصر الحاضر. " أعضاء النيابة العامة " : المدعي العام أو النائب العام، وهذا يتولّى إقامة الدعوى الجنائية نيابةً عن المجتمع، ويشرح فيها للقاضي الاتّهام ودلائله.

ومن أعوانهم " المحامي " وكان يُعرف عند الفقهاء بـ " الوكيل في الخصومة " فيجوز للمرء إذا كان لا يُحسن الوقوف أمام القضاء ومعرفة الأمور الشرعيّة أن يوكل من يراه، أمّا أبو حنيفة فيرى عدم جواز الوكالة في الخصومة، أمّا الفقهاء الآخرون فيجوزونها.  
وأساس المحاماة ( ولا تجادل عن الذين يختانون أنفسهم إنّ الله لا يُحبُّ من كان خوّاناً أثيماً) [ النساء:107].

فلا بدّ أن يجادل في الحق، أمّا الكذب فحرام.

الآن لما تعقّدت النظم القضائيّة في بعض الدول فلا يمكن إقامة دعوى إلاّ بمحامٍ لكن لا مانع من تولّي الخصم بنفسه قضيةً لكن قد يضيّع عليه حقّه.  
ومن أهل الخبرة المترجم، فالرسول p أمر زيد بن ثابت أن يتعلّم له اللغة السريانيّة فتعلّمها زيدٌ في نصف شهر.

وأهل الخبرة لا بدّ أن ينتقون من أهل الثقة لأنّ الخبير قد يدلس، ولذلك إذا شكّ القاضي في الخبير فعليه أن ينقل الموضوع لآخر، والأولى أن يكون الخبير مسلماً.  
والمترجمون مهمّون لأنّ القاضي لا يستطيع أن يطمئنّ إلى الترجمة التي يأتي بها الخصم، ولذلك يوجد عادةً موظّفون رسميّن للترجمة في وزارة العدل أو الخارجيّة.

#### المطلب الخامس: كفيّة سؤال القاضي للشهود:

القاضي يجب عليه أن يفرّق بين الشهود وهو يسألهم، وهذا أصبح تنظيمياً يشمل جميع الدول، وهذا ما كان عليه الصحابة، وداود عليه السلام شهد لديه أربعةً بزنا امرأةً كذباً، فأمر برجمها فلمّا سمع سليمان عليه السلام بهذا. وكان صبيّاً. فأراد أن يضرب لأبيه مثلاً، فجاء بصبيّةٍ وسألهم مجتمعين، ثمّ سألهم متفرّقين فاختلفوا، فلمّا سمع داود بهذا أعاد القضية

وسأل الشهود متفرقين فاختلفوا فأسقط الرجم، وتبين لداود بعد ذلك أنّ هؤلاء الأربعة قد راودوا المرأة عن نفسها فأبّت.

وقد روي عن عليّ في تفريق الشهود، إذا خرج خمسة نفرٍ في سفر فلما عادوا بدون الخامس زعموا أنّه فقد منهم، فاتّهمتهم امرأته بقتله عند عليّ، فأمر عليّ أن يُربط كلّ واحدٍ منهم في سارية، بحيث يسمع ما يدور في الغرفة التي يكون فيها الاستجواب إذا كان الصوت مرتفعاً، ثمّ أتى بالأول فلما أنكر كبر عليّ بصوت قوي، فظنّ الثلاثة الباقيون أنّه قد اعترف، فلما جيء بهم اعترفوا، ثمّ قتلهم، ولما أراد قتل الرابع قال: ولكنّي لم أعترف قال: ولكن نقتلك بشهادتهم عليك.

## الفصل الثاني

### الآثار المترتبة على رفع الدعوى

#### المبحث الأول: سير الخصومة

ونتكلّم فيه عن (بداية الخصومة، ومسألة محاكمة الغائب وأمر القاضي بإحضار الخصم المدعى عليه، ومدى التزام المدعى عليه بالحضور ديانةً وقضاءً...).

#### المطلب الأول: بداية الدعوى:

تبدأ الدعوى بالإدعاء الذي يصدر من المدعى أمام القاضي في مجلس القضاء، وعلى القاضي قبل أن يوجّه بطلب المدعى عليه أن ينظر في المدعى به ليرى ابتداءً فيما إذا كان القول يتعارض مع أصلٍ من أصول الشريعة، فإذا كان كذلك فيحكم من تلقاء نفسه ببطلان الدعوى أو عدم سماعها، وهذا موجود في النظم الحديثة أيضاً إلا أنّ ذلك يختلف من ناحية الحكم، فالقاضي في النظم الحديثة في كلّ ما يتعارض مع ما يسمّى بالنظام العام والآداب العامّة. وهو ما يقابل في الشريعة ما عُلم من الدين بالضرورة. يحكم ببطلان هذه الدعوى.

فكلّ نظام يجعل حول نفسه سياجاً قوياً ليحميه.

لكن في الأنظمة الحديثة لا بدّ من إعلام المدعى عليه بهذا الحكم بالبطلان، وهذا لا داعي له، فالصحيح ما ذكره الفقهاء: أنّ لوليّ الأمر أن يجيز هذا.

وعليّ القاضي أن يقف موقف المساواة وموقف الحياد التام بين الخصوم، وعليه مراعاة هيبة القضاء بحفظ وصيانة النظام في الجلسة، فإذا قام أحدٌ بالتشويش في الجلسة ونحو ذلك فمن حقّ القاضي أن يُعزّر، والحنابلة قالوا: ذلك متروكٌ لتقدير القاضي، وهو

الأصح. والنظم الحديثة تُعطي سلطة تقديرية للقاضي، فله أن يحكم بالسجن لمدة (24) ساعة، وله الرجوع عن هذا الحكم قبل أن تنتهي هذه الجلسة.

**مدى التزام المدعى عليه بالحضور إذا أمره القاضي:**

**الكلام في هذا ذو شقين:**

أ. حكم ذلك ديانةً: قال الفقهاء: من امتنع عن المثول أمام القضاء بناءً على طلب خصم يُعتبر آثماً، ومرتكباً لمحرّم، واستندوا إلى قوله تعالى: ( وإذا دُعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريقٌ منهم مُعرضون. وإن يكن لهم الحق يأتوا إليه مذعنين. أفي قلوبهم مرضٌ أم ارتابوا أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله بل أولئك هم الظالمون. إنّما كان قول المؤمنين إذا دعوا الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا وأولئك هم المفلحون ) [النور:51.48].

وحديث: أنّ الرسول  $\rho$  قال: " من كان بينه وبين أخيه شيء فدُعي إلى حاكم من حكام المسلمين فأبى أن يُجيب فهو ظالم، لا حقّ له " <sup>(1)</sup>. إلى غير ذلك من الأدلة. لكنّ هذه الآيات والأحاديث العامة في وجوب إجابة القاضي ذكر الفقهاء أنّ لها مخصّصات في بعض الأحوال:

ففي بعض الأحيان تُباح عدم إجابة القاضي، بل في بعض الأحيان يكون آثماً لو أجاب القاضي، وعليه أن يهرب من القاضي:

فيجوز للمسلم أن يمتنع عن المثول أمام القضاء إذا كان يعرف أنّه ليس بظالم وأنّ المدعى كذب عليه، كالدائن الكاذب الذي قد استوفى دينه بدون شهود ولا بيّنة، ثمّ كذب وادّعى أنّه لم يستوف دينه.

ولا يُعتبر آثماً إذا علم علم اليقين أنّ هذا القاضي ظالم أو أنّه مرتشي.

ويكون آثماً إذا مثل أمام القاضي: في مسائل الزواج والفروج، إذا علم المدعى عليه أنّه لو مثل أمام القاضي سيحكم عليه في هذه المسائل ممّا يؤدّي إلى ارتكاب الإثم، مثل إذا ادّعى رجلاً أنّ فلانة زوجته كذبا، وجاء بشهود زور، وليس عند المرأة ردّ على هؤلاء الشهود، فتعرف أنّها لو ذهبت إلى القضاء سيحكم عليها بأنّها زوجة لهذا الرجل الفاجر الكاذب، وستسلم إليه ويعاشرها، فستكون في حكم الزانية بالنسبة لها لو لم تهرب، وهي تستطيع ذلك.

ومن الأمثلة: إذا كان المدعى عليه مجتهداً ويرى عكس رأي القاضي في المسألة موضوع الدعوى، فإذا لم يُجب الدعوة للحضور لمجلس القضاء لا يُعتبر آثماً ديانةً.

(1) [سنن الدارقطني: 214/4. السنن الكبرى للبيهقي: 140/10].

## ب . حكم ذلك قضاءً :

يستطيع القاضي أن يعزّر من لا يحضر إلى القضاء مرتين عن إثمين الأول: أنّه لم يُجب إلى التحاكم لشريعة الله، والثاني: لأنّه لم يُطع وليّ الأمر<sup>(1)</sup>.

### موقف المدّعي عليه بعد حضوره مجلس القضاء :

إذا أقرّ المدّعي عليه بالدعوى فليس في إمكانه الرجوع والإنكار. أمّا إن أنكر ابتداءً فتطبّق قاعدة " البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر " وهذه القاعدة أقرّها النبي  $\rho$  .

وإذا سكت فلم يُقر ولم يُنكر، فبعض العلماء جعله إنكاراً وبعضهم جعله إقراراً. فمن قال إنّه إقرار قالوا: إنّ السكوت في محل يتعيّن عليه فيه الإجابة، دليل على أنّه لا يوجد عنده دفاع يدفع به الدعوى، فيعتبر إقراراً منه. ومن قال إنّه ليس بإقرار: قالوا إنّ هذا إقرار لا يمكن أن يؤخذ بطريقة ضمنيّة من السكوت، ولا يُنسب إلى لساكت قول.

وإذا اعتبرنا أنّ سكوته ليس بإقرار فهو ليس بإنكار من باب أولى. ويبدو في هذه المسألة: أن نستخدم وسيلة المالكيّة، حيث أوجبوا على القاضي إذا وجد أنّ القضية جاهزة للفصل فيها، أي قد استبان له وجه الحق . فإنّ القاضي لا يستطيع أن يقضي قبل أن يقوم بإعذار من توجه إليه الحكم، ويقول له: " إنّ الحكم قد توجه عليك وأعذرك أنّك إذا لم تتكلّم وتذكر إجابة على البيّنات التي جاء بها الخصم " . فبعد هذا الإعذار نستطيع أن نعتبره مُقرّاً.

والقاضي لا يستطيع أن يوجّه اليمين إلى المدّعي إليه، ولو وجّه اليمين إليه وحلف ثمّ حكم بناءً على ذلك، فحكمه باطل عند جميع الفقهاء. وإنّما الذي يطلب توجيه اليمين هو المدّعي، ثمّ يوجّه القاضي بطلب اليمين من المدّعي إلى المدّعي عليه بناءً على طلب المدّعي.

- مسألة: إذا كان المدّعي توجد لديه البيّنة، ولكنّه قال: " أنا عندي البيّنة ولكنّي أطلب أن تُوجّه اليمين إلى المدّعي عليه، قبل أن أثبت بيّنتي، لعلّه إذا وُجّهت إليه اليمين يرجع إلى صوابه ويُقرّ بالحق، فلا أحتاج إلى إثبات حقيّ بالبيّنة " . هذا إذا كانت البيّنة حاضرة:

(1) [ تبصرة الحكّام: 302/1. كشّاف الفناع: 192/4. وانظر نظريّة الدعوى: 499].

أ . قال الشافعية وأبو يوسف ورواية للإمام أحمد: يجوز للمدعي أن يؤخر بينته ويطلب يمين المدعى عليه وإن كانت البينة حاضرة.

ب . الجمهور قالوا: هذا لا يجوز إذا كانت البينة جاهزة, لحديث: " البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه "(1) أي إذا أنكر ولم يأت المدعي بالبينة. وابن قدامة رحمة الله عليه, يشبه هذه المسألة . ب " الماء والتيمم " في الطهارة, فإذا حضر الماء لا يجوز التيمم, فكذاك إذا حضرت البينة. وهذا قياس أمر على أمورٍ أخرى, فتطبيق أحكام الماء والتيمم تطبيقاً حرفياً على اليمين والبينة لا وجه له.

ويبدو أنّ الحقّ مع ابن قدامة, وقد قال الرسول p في السعي: " نبدأ بما بدأ الله به " فبدأ من الصفا(2), فنحن نقول هنا: نبدأ بما بدأ به رسول الله p, فلا نطلب اليمين والبينة حاضرة.

لأنّ طلب اليمين فيه فائدة في عدم إطالة القضايا, لأنّ طلب الشهود يحتاج لوقت, وتركية, وقد يجرّحهم الخصم..... إلخ, وطلب اليمين لا مضرّة فيه, فإنّه إن أقرّ وجب الحق, وإن حلف سُمعت البينة.

وجميع المذاهب الأربعة: أجازوا طلب اليمين إذا كانت البينة غير موجودة, ولم يخالف في ذلك إلا ابن أبي ليلى.

وإذا لم يكن عند المدعي بينة, فحلف المدعى عليه, ثمّ جاء المدعي بالبينة: فالصحيح أنّ البينة تُسمع, لقول عمر p: " البينة عندي أثبت من اليمين الفاجرة ". واليمين ضعيفة لأنّ الأصل أنّ الإنسان لا يُنشئ دليلاً من نفسه لنفسه, وهو قول جمهور الفقهاء الأربعة كلّهم.

وابن أبي ليلى قال في هذه الحالة: لا تُسمع الدعوى, وقاس ذلك على التيمم, فالمُتيمّم إذا صَلَّى ثمّ وجد الماء فلا يُعيد الصلاة, وهذا قياسٌ مع الفارق.

وفي النظم الحديثة " نظام التماس إعادة النظر " فإذا صدر حكمٌ بناءً على أدلة معيّنة, ثمّ بعد ذلك ظهرت أدلة جديدة لم تُعلم وقت نظر الدعوى, فيحقّق للخصم الذي يستفيد

(1) الترمذي: الأحكام, باب: ما جاء أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه, رقم: [1341].

(2) [ النسائي: مناسك الحج, باب: ذكر الصفا والمروة, رقم: 2969. وهو عند مسلم: الحج, باب: حجة النبي p, رقم: 1218, بلفظ:

" أبدأ بما بدأ الله به " .

من هذه الأدلة أن يلتزم من المحكمة نفسها التي نظرت القضية وأصدرت الحكم فيها، إعادة النظر في القضية بناءً على هذا الأدلة الجديدة.

على القاضي أن يعجل بالخصومة إذا استبان له الحق، بعد عرض الصلح في البداية، وكان الرسول  $p$  يقضي في الخصومات في الجلسة نفسها، وقال الفقهاء: على القاضي في البداية أن يعرض الصلح على الخصوم لعلهم يصطلحون، وفي هذا منع للضعيفة التي تترتب على صدور الحكم بنصر أحد الخصمين على الآخر، واستدلوا بآيات تحت على ذلك، خصوصاً إذا كانت القضية بين رجلٍ وزوجته. قال تعالى: ( وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يَصِلحا بينهما صلحاً والصلح خير) [النساء: 128]. وقال سبحانه: ( وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما) [الحجرات: 9]. وغير ذلك.

ويجب التنبيه لأمر هام: وهو ألا يكون الصلح أساساً للظلم، فإذا كانت الخصومة بين قويٍّ وضعيفٍ فعرض الصلح من القاضي على الضعيف فيه شبهة، والصلح لا بد أن يكون ناشئاً عن إرادة حرّة من كلا الخصمين، فإذا ألحَّ القاضي على الضعيف في هذه الحالة، وهو الملاذ الأخير للضعيف بعد الله تعالى، كان ذلك جوراً في حكمه. ولذلك منع المالكية ذلك وابن القيم، بل على القاضي أن يعرض الصلح بطريقة لا يشعر الضعيف أنه مجبرٌ على الصلح، وقد يتواطأ القاضي مع القوي لرهبة أو رغبة فيلج على الخصم<sup>(1)</sup>.

**المطلب الثاني: متى يجب إحضار الخصم قضاءً، وكيفية إحضاره:**

**1. الحنفية تشددوا في محاكمة الغائب، وقالوا: إنَّ الخصم الغائب لا يأمر القاضي بإحضاره إلا إذا كان المدعي عنده بيّنة يثبتها أولاً لدى القاضي.**

**2- وأبو يوسف اكتفى بسماع اليمين من المدعي بأنه صاحب حق، لكي يأمر القاضي بإحضار المدعي عليه الغائب.**

والغائب عند الحنفية هو الذي لا يوجد في بلد القاضي، أمّا الحاضر في بلد القاضي فليس بغائب فيأمر القاضي أن يأتي، وعند بعض الحنفية يأمر القاضي بالقبض عليه والإتيان به بالقوة.

**3- المالكية قالوا: يُكتفى بأن يبيّن المدعي دعواه، وأتّه مُحقّق فيها ويفصلها، ولا يُشترط أن يأتي ببيّنة أو يمين.**

(1) [المبسوط للرخسي: 87/6. المغني لابن قدامة: 82/9. الباجوري على ابن القاسم: 388/2. الشرح الكبير: 152/4. وانظر نظرية الدعوى: 469 وما بعدها].

**4. الشافعية قالوا:** يُكتفى أن يكون المدعى به ليس فيه تناقض مع أن الفعل أو مع قول سابق له، ولا يُشترط بيّنة أو يمين لإحضار المدعى عليه الغائب.

**5. الحنابلة قالوا أيضاً:** يُكتفى أن يشرح المدعى دعواه بحيث يعرف القاضي بأن المدعى له حق استحضار المدعى عليه من مكانه البعيد.

**من هو المدعى عليه الغائب؟**

**اختلف العلماء في ذلك:**

**1. الجمهور قالوا:** الموجود في البلد لا يُعتبر غائباً.

**2. بعض الشافعية وابن حزم:** ذكروا بأن الغائب هو من لا يحضر الجلسة حتى ولو كان في البلد، وهذا هو المعمول به الآن.

إذن من هو الغائب على رأي الجمهور: قالوا هو من يبعد مسافة قصر: فالمالكية قالوا: مسافة ستين ميلاً، والشافعية قالوا: مسافة القصر، والحنابلة قالوا مسافة القصر، وبعض الشافعية قالوا مسافة العدوى. ومسافة العدوى هي أن يخرج الإنسان بعد صلاة الفجر للمكان الذي يريد ويستطيع العودة آخر النهار.

فمن زاد عن هذه المسافات فهو غائب، وقد تغيّر عُرف الناس في هذا العصر في تحديد مسافة الأرض بسبب وسائل النقل والاتصال الحديثة.

وهناك حقوق كثيرة تضيع على المدعى إذا أخذنا برأي الحنفية المطلق في عدم جواز محاكمة الغائب، ولذلك فجمهور الحنفية هنا استثنوا حالات وصور . على سبيل التمثيل . منع الحكم فيها على الغائب سيؤدى إلى ضرر كبير للمدعى، لا يمكن أن يحصل عليها لو انتظرنا حضور الغائب، وقد ذكرها ابن قاضي سماوة في جامع الفصولين، وسيأتي موضوعها لاحقاً، لكن لا مانع أن نذكر بعضها الآن:

أ . شخص اشترى من آخر شيئاً، واشترط عليه البائع في خيار الشرط: أن يردّ الشيء المبيع في فترة معينة وإلا أصبح البيع لازماً.

وجاء البائع في الفترة المحددة وهرب، حتى يضيّع على المشتري فرصة الخيار، فجمهور الحنفية بما فيهم أبو يوسف عندما مارس القضاء أجازوا محاكمة الغائب، بحيث يطلب المشتري من القاضي تنصيب وكيل مسخر عن الغائب لكي يستخدم خياره أمامه، لكي يصدر الحكم على حاضر.

أمّا أبو حنيفة ومحمد بن الحسن الشيباني فمنعوا محاكمة الغائب حتى في هذه الحالة، والصحيح هنا أنّ القاضي يحكم مباشرة على الغائب بالرد بدون توكيل.

ب . شخصٌ قال: إن لم أوفِّ زيداَ هذا الشهر دينه فامرأتِي طالق, فغاب زيد ولم يتمكن من إيفائه, فيرفع هذا الشخص للحاكم ليقيم وكيلًا مسخرًا عن زيد.

ج . إذا غاب الزوج فللزوجة أن تطالب بالحكم عليه في غيبته بالنفقة لها ولأولادها, لأن هذه من الحالات الضرورية.

د . وأبو يوسف قال: إذا امتنع الخصم عن الحضور ثلاث مرّات, وهو في البلد نفسه, فيحكم في غيبته. وقال أيضاً:

هـ . إذا كان بين الخصم وآخر ارتباط في موضوع النزاع فإنّ الحكم على الحاضر يكفي عن حضور الغائب, ويجوز في هذه الحالة الجمع في الحكم بين الغائب والحاضر, مثال ذلك أن تكون الدعوى مرفوعة على أحد الورثة والآخر غائب, فالحاضر يُغني عن حضور الغائب.

و- شخصٌ يُطالب بحقّ الشفعة في عقار يُطالب المشتري, والمشتري يدّعي أنه لم يشتر العقار من البائع الذي قام به سبب الشفعة, فهذا الشخص الذي يُطالب بالشفعة يثبت بالبينة أنّ هذا الشخص الذي يدّعي العين أصلاً بغير طريق الشراء يثبت أنّه اشتراها من بائعٍ غائب, ويطلب من البائع والمشتري تسليمه العين بالشفعة. فهنا المدّعي عليهما أحدهما حاضر وهو المشتري والآخر غائب وهو البائع, فيحكم هنا أيضاً على الغائب لوجود الصلة بينه وبين الحاضر.

ز- قام شخصٌ بشراء عينٍ, وأبرم العقد فعلاً, لكنّه لم يدفع الثمن بأن كان الثمن مؤجلاً, وغاب المشتري فلم يستلم العين ولم يدفع الثمن, فمن حقّ البائع هنا أن يرفع الدعوى ويطلب ببيع الشيء المبيع مرّةً أخرى على حساب المشتري الغائب, كأن يكون سعر هذا المبيع ممّا ينخفض بمرور الوقت والبائع يخشى عدم عودة المشتري الغائب, وعقد البيع كما نعرف عقدٌ ينتقل فيه حكم العقد بمجرد إبرام العقد بصرف النظر عن تنفيذ حقوق العقد, ويُستثنى من هذا مسألة البيوع التي تنصبُّ على أموالٍ ربويّة: فهذه . وكما جاء في الحديث<sup>(1)</sup> . لا بدّ فيها من التقابض في المجلس يداً بيد, حتّى ولو اختلفت فيها الجنس.

ولا بدّ في بيع هذا المبيع من أمر القاضي بذلك, وفي النظم الحديثة يخصّص قاضي اسمه " قاضي البيوع " فإذا بيع الشيء المبيع بأقل من ثمنه قبض البائع المدّعي هذا الثمن

(1) وهو قوله " الذهب بالذهب, والفضة بالفضة, والبر بالبر والشعير بالشعير, والتمر بالتمر, والملح بالملح, مثلاً بمثل, سواء بسواء, يداً بيد " . [ مسلم: المساقاة, باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً, رقم: 1578].

الناقص، ورجع على المشتري المدعى عليه بدعوى أخرى، وإذا بيع بأكثر فليس للبائع إلا الثمن المذكور في العقد الأول، والباقي للمشتري المدعى عليه.

فهذه صور ذكرها فقهاء الحنفية، تشير إلى اتفاق الحنفية مع سائر الفقهاء في جواز الحكم على الغائب إذا وجدت ضرورة تستدعي ذلك.

وهذه الصور التي ذكروها . وهي على سبيل المثال لا الحصر. تخفف من تشددهم في عدم جواز الحكم على الغائب.

والحنفية كذلك اتفقوا مع جمهور الفقهاء بأنه يجوز الحكم على الغائب المتمرد على الدعوى أو المتهرب من القضاء، لكنهم يشترطون إقامة وكيل مستند عن المدعى عليه الغائب المتمرد عن الدعوى، وبعض الشافعية اشترط هذا أيضاً، لكن الجمهور لا يشترطونه وإنما يقضى عليه مباشرة.

والشافعية يعتبرون أنّ هروب أو تمرد المدعى عليه من الدعوى يُعتبر ظاهراً قوياً إلى جانب المدعي، فينقلب المدعي هنا إلى مدعى عليه، وهو من ترجح قوله بمعهود أو أصل، وبالتالي فإنّ قول المدعي الذي لم يأت ببينة يترجح بهذا الظاهر القوي، فيكسب القضية باليمين رغم أنه مدعي.

ولا بدّ من إثبات التمرد في هذه الحالة، ولعلّ قول الشافعية هذا هو الأصح، قال تعالى: ( وإن يكن لهم الحق يأتوا إليه مذعنين) [ النور : 49].

ولعلّ هذه اليمين المذكورة آنفاً هي ما يسميها الفقهاء: ( يمين الاستظهار، أو الاستيثاق أو اليمين المؤكدة).

### وقال المالكية:

لا نقول بيمين المدعي، وإنما إذا جاء المدعي هنا بالبينة وحكم له القاضي، ثم بعد ذلك جاء المدعى عليه المتمرد الذي حكم عليه ومعه ببينته، فلا تُسمع بينته عقوبة له، إلا إذا أثبت أنّ له عُذراً في الهرب، كأن كان لإحضار البينة والبحث عنها، وكان يخشى أن يُقضى عليه قبل أن يأتي بها، وبهذا يرتفع التمرد وكأنّه لم يتمرد على الدعوى<sup>(1)</sup>.

ومن مواطن الاتفاق بين الحنفية والجمهور في مسائل القضاء على الغائب. المسألة التالية.

(1) تبصرة الحكام: 302/1. كشاف القناع: 192/4. المنهاج وشرح المحلي: 313/4. البحر الرائق: 18/7. وانظر نظرية الدعوى: 499 وما بعدها.

**المطلب الثالث:** " القضاء على المفقود " الذي لا يُعلم مكان إقامته, حيث أجاز الحنفية والجمهور القضاء عليه في هذه الحالة.

أما مواطن الخلاف بين رأي الحنفية ورأي الجمهور هو القضاء على الغائب المعلوم مكان إقامته, ثم يضيّق الخلاف في مسائل الضرورة كما مرّ معنا.

**والفرق بين قول الجمهور والحنفية:** أنّ الحنفية لا يُجيزون القضاء على الغائب المعلوم المكان إلاّ في حالات الضرورة, والتي مثلنا لبعضها, أما الجمهور فيجيزون القضاء عليه سواءً وجدت ضرورة أم لا.

**والفرق الثاني:** أنّ الحنفية يشترطون أن يُقيم القاضي وكيلاً في كلّ الحالات, والفقهاء الآخرون لا يشترطون الوكيل, وإنما بعض الشافعية والمالكية هم الذين يُجيزون القضاء على الغائب, ولا يشترطون ذلك.

**أما أبو حنيفة ومحمد بن الحسن:** فلا يُجيزان القضاء على الغائب مطلقاً حتّى لو كان متمرداً على الدعوى, وهذا رأي ظاهر الخطأ, لأنّه يترتب عليه الإضرار الكبير في مواطن قد ذكرها الحنفية أنفسهم, ولا ضرر ولا ضرار, والضرر يُزال شرعاً.

ويجب هنا أن يُلاحظ أمرٌ هام . مرّ معنا . وهو أنّ المالكية يقولون: لا بدّ على القاضي أن يوجّه الإعذار للخصم الذي سيُحكم عليه قبل أن يُحكم عليه, وإلاّ كان الحكم باطلاً, وهذا الإعذار جائزٌ عند الشافعية فقط, وعند الحنابلة لا اعتبار له.

#### **والمالكية في شرطهم هذا يستدلّون بأمر:**

**1- قول سليمان عليه السلام بالنسبة للهدد ( لأعدبّته عذاباً شديداً أو لأذبحنّه أو ليأتييني بسُلطان مبيّن) [ النمل: 21].** فنّها حكم عليه بالعذاب أو الذبح أو يأتيه بسُلطان مبيّن, والإتيان بالسُلطان هنا بمثابة الإعذار. وهذا استدلال بعيد أيضاً, لأنّ يتوجّب عليه الإعذار عندهم بعد أن يكون قد استبان.

وقوله تعالى: ( رسلاً مبشّرين ومنذرين لئلاّ يكون للناس على الله حجة بعد الرسل) [ النساء: 165]. وهذا استدلال له ما يوجب الحكم على الخصم, لكن الرسل يبعثون إلى البشر ويكون البشر مسؤولين عن أعمالهم التي تصدر منهم بعد صدور الرسالة إليهم.

**2- واستدلّوا بآية: ( ولو أنّا أهلكنّاهم بعذابٍ من قبله لقالوا ربّنا لولا أرسلت إلينا رسولاً فننّبع آياتك من قبل أن نذلّ ونخزي ) [ طه: 134].**

واستدلّواهم بهذه الآية ضعيف, فقولهم ليس بصحيح, ولعلّ الراجح هو قول الشافعية. واستنتى المالكية من هذا الاشتراط بعض الحالات:

أ . إذا كان الخصم الذي قد توجّه الحكم ضده معروفاً بالفساد والفسق والظلم ومشهوراً به، فلا يكون الإعذار هنا واجباً على القاضي.

ب . إذا كانت الأدلة التي تُدين هذا الخصم قويّة جداً ودافعة، كعشرين شاهداً، فلا محلّ أمامها للإعذار.

أمّا مسألة " إعدار الغائب بأنه سيصدر عليه الحكم عند استبانة القاضي لذلك " . هذا الإعذار غير متصوّر، إلا إذا كان القاضي قد أخذ برأي المالكيّة، فهذا جائز عندهم، فإذا كان هنا وكيلٌ نُصّب عن المدعى عليه الغائب فالإعذار يوجّه إليه، أمّا إذا كان القاضي لم يُنصّب وكيلاً فلا يتصوّر توجيه الإعذار.

لا زلنا نتكلّم عن " محاكمة الغائب " فالجمهور أجازوا الحكم على الغائب، وبعض الحالات تحتاج إلى تفصيل:

قالوا: بالنسبة للغائب الذي تُقام ضده دعوى تهمة من الجرائم والقصاص: فهذا لا يجوز فيها القضاء على الغائب، فالجمهور هنا اتفقوا مع الحنفيّة في عدم الحكم عليه، لأنّ هذه الأمور تُدرأ بالشبهات والغيبة في حدّ ذاتها شُبّهة، ولا بدّ من إتاحة الفرصة له للدفاع عن نفسه.

وفي النظم الحديثة:

تجوز محاكمة الغائب في القضايا الجنائيّة، ويُحكم عليه غيابياً، وبمجرّد عودته يُحكم عليه إلا إن كان عنده بيّنة.

أمّا في الفقه الإسلامي فلا ينفذ الحكم عليه ولا يُحاكم في القضايا الجنائيّة، لأنّه قد توجد فرصة لإسقاط بعض الحقوق.

فالحنفيّة يشترطون عدم تقادم العهد، فرائحة الخمر لا بدّ من بقائها، وإن ذهبت فلا يُحكم عليه لتقادم العهد.

وهذا رأيٌ خاطئ؛ لأنّه قد تذهب الرائحة، أو يشرب مُكرهاً فتوجد الرائحة.

ولكنّ الفقهاء يفرّقون بين الحق العام والحق الخاص في دعوى التهمة من حدود وغيرها، ففي دعوى السرقة حقّان:

حقّ يتعلّق بحقّ الله وهو إقامة حدّ القطع، وحقّ الشخص في مطالبة السارق بردّ المسروق، فتجوز المطالبة في دعوى التهمة بالحق الشخصي حتّى ولو كان السارق غائباً، لكن القطع فيه خلاف:

**1. الجمهور قالوا:** لا يجوز القطع، ولكن يُحكم بردّ المال المسروق ويضمنه ذلك.

**2- الشافعية:** قالوا في القصاص والقذف يجوز أن يُقضى على الغائب، لأنَّ القصاص ليس حقاً من حقوق الله وإنما حقٌّ من حقوق العباد، فيجوز الحكم قصاصاً في الحدود ما عدا حدَّ القذف: فلا يُستوفى إلاّ بناءً على المطالبة من المقذوف. فليس من اللازم أن تُرفع دعوى ضدَّ الزاني، إنّما يكفي تقدّم الشهود، أمّا القذف فلا بدّ من طلب المقذوف.

**والجمهور قالوا:** لا تُسمع الدعوى على الغائب في حالة ما إذا ادّعى المدّعي بناءً على أنّ المدّعي عليه مقرّر بالحق، وهذا رأيٌّ غريب وخاطيء. ورأي القلّة . ومنهم ابن مفلح . وهو الصحيح، وهو أنّه لا يعتبر ذلك مانعاً من سماع الدعوى، سواء قال: إنّ عنده البيّنة، أو قال: إنّ المدّعي عليه مقر بالحق، واستدلال الجمهور ضعيف ومجرد احتمال.

**وأساس قول الجمهور:** أنّ المدّعي عليه إذا كان حاضراً، وزعم المدّعي في دعواه أنّه مقرّر بالدعوى، انتهت، فهناك احتمال في أنّ الغائب قد يُجيب على الدعوى بهذا فتنتهي ولا تُسمع، فإذا لا تُسمع هنا.

ذكرنا فيما سبق اختلاف الجمهور والحنفية في محاكمة الغائب، وذكرنا بعضاً من الاستثناءات، واختلفوا في بعض الحالات:

**قال المالكية والشافعية:** يجب على القاضي أن يسمع يمين المدّعي إلى جانب البيّنة على الغائب، أي أنّ الحكم على الغائب من باب الاستيفاء.

**ورواية عند الحنابلة:** أنّها لا تُسمع اليمين، لأنّ المدّعي عليه هو الذي تُسمع منه اليمين، وقد قال الرسول  $\rho$ : " البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعي عليه " (1).

خصوصاً وأنّ الفقهاء قد فتحوا الباب للغائب إذا جاء أن ينقض الحكم، أو بتجريح الشهود. والمالكية والشافعية ألزمو القاضي بها.

**المطلب الرابع: أدلّة الحنفية في عدم جواز الحكم على الغائب (2):**

1. ما ورد عن الرسول  $\rho$  عندما أسند إلى علي ولاية القضاء في اليمن، فقال علي  $\psi$ :  
: أترسلني للقضاء وأنا حديث السن قال: " إنّ الله يسدّد خطاك، ولا تقض على الخصم حتّى

(1) [ الترمذي: الأحكام، باب: ما جاء في أنّ البيّنة على المدّعي...، رقم: 1341].

(2) [ المبسوط: 39/17 ومما بعدها. الهداية وشروحها: 493/5].

تسمع كلام الخصم الآخر<sup>(1)</sup>. فقالوا: إذن لا بدّ أن يكون الخصم حاضراً، ولا يجوز الحكم على الغائب.

2. ويمكن أن يستدلّ لهم وإن لم يذكره: بقصة داود وسليمان عليهما السلام في قوله تعالى: (وداود وسليمان إذا يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين. ففهمناها سليمان وكلاً أتينا حكماً وعلماً) [الأنبياء: 78, 79].

ووجه الاستدلال: أنه قضى قبل السماع من الخصم لا أنه غير موجود. وداود . عليه السلام . بُهت من هذا الظلم فسارع ليدافع عن هذا المظلوم، لكنّه قضى قبل سماع الطرف الآخر، وأيقن بخطأ هذا فيما بعد.

وقصة داود أيضاً ( وهل أتاك نبأ الخصم إذ تسوروا المحراب. إذ دخلوا على داود ففرع منهم وقالوا لا تخف خصمان بغى بعضنا على بعض فاحكم بيننا بالحق ولا تُشطط واهدنا إلى سواء الصراط. إن هذا أخي له تسع وتسعون نعجة ولي نعجة واحدة فقال اكفلنيها وعزني في الخطاب. قال لقد ظلمك بسؤال نعجتك إلى نعاجه وإن كثيراً من الخطاء ليبيغي بعضهم على بعض) [ص: 21 . 24].

فداود عندما سارع بالقضاء دون أن يسمع دفاع الطرف الآخر عليه أنه فُتن وأخطأ. 3. الآثار، والحنفية نقلوا عن عمر بن عبدالعزيز قوله: لو جاءك الخصم وقد فُتنت عينه فلا تقضي له قبل أن تسمع الخصم الآخر.

وأوردوا عن شريح والنخعي أنّهما كانا لا يقضيان على الغائب<sup>(2)</sup>. 4- واستدلوا من المعقول: أنّ قضاء القاضي لا بدّ أن يكون بعد أن يسمع إقرار الخصم أو إنكاره، والقضاء على الغائب يفوت به هذا الشرط اللازم لصحة القضاء. ومن المعقول أيضاً: قالوا لا بدّ من إعطاء الفرصة للخصم لتجريح الشهود، وهذا غير متأتّ بالنسبة للغائب.

ردّ الجمهور على ذلك: بأنّهم أعطوا فرصة تجريح الشهود للغائب عندما يحضر إلاّ أن يكون متمرّداً. انتهت أدلة الحنفية.

**المطلب الخامس: أدلة الجمهور والقائلين بجواز القضاء على الغائب<sup>(3)</sup>:**

1- أنّ الله تعالى أمر بالقسط، والقسط يقتضي سرعة إعطاء الحق للمدعي ما دام لديه البيّنة، قال تعالى: ( كونوا قوّامين بالقسط شهداء لله) [النساء: 135].

(3) [أبو داود: الأقضية، باب: كيف القضاء، رقم: 3582. مسند أحمد: 1/88].

(1) [الجوهري النقي: 10/140].

(2) [تبصرة الحكام: 1/135. المهذب: 2/304. المغني: 9/109. وانظر نظرية الدعوى: 543 وما بعدها].

2. واستدلوا أيضاً بما ورد من حديث هند . رضي الله عنها . عندما جاءت إلى رسول الله  $\mu$  وشكت إليه شُحَّ زوجها .. فقضى على أبي سفيان وهو غائب<sup>(1)</sup>.

**مناقشة الدليل:** قيل: صدر هذا من رسول الله  $\mu$  بصفة رسول مبلّغ لا بصفة قاضٍ، ولأنَّ أبا سفيان ما كان غائباً عن المدينة " مَكَّة " عند فتح مَكَّة. وعند الجمهور أنَّه ما دام في المدينة فلا يجوز القضاء عليه قبل إحضاره.

ولأنَّ الرسول  $\mu$  قال: " لا حرج عليك ". فهذه صيغة غير جازمة، والقضاء يلزم الجزم. فهذا الاستدلال ضعيف، وغير صحيح، مع أنَّ المستدلَّ عليه صحيح.

3. ابن حزم يساند الجمهور، فاستدلَّ بحديث العرنين، حيث أمر الرسول  $\mu$  لهم بإيل فشرّبوا من ألبانها وأبوالها، وبعد أن صحّوا قتلوا راعي الرسول واستاقوا الإبل وهربوا<sup>(2)</sup>. فابن حزم يزعم أنَّ الرسول  $\mu$  قضى عليهم في غيابهم . وهم هاربون قبل أن يُستحضروا . بالمعاملة بالمثل من سمل أعينهم وتركهم في الحرّة يطلبون الماء فلا يُسقون حتّى ماتوا.

**فهذا الدليل:** أنَّه قضى عليهم في غيبتهم، غير صحيح، لأنَّ الأحاديث الصحيحة كما في البخاري ومسلم: أنَّ الرسول  $\mu$  لم يقض عليهم، وإنّما أرسل في طلبهم فلمّا جاؤوا قضى عليهم، فلا تصلح هذه القصة للاستدلال هنا.

4. واستدلوا بحديث أنَّ أبا موسى الأشعري  $\psi$  كان يقاتل ناحية **الطرق** وهو أمير، وكان معه رجلٌ من المسلمين قويٌّ على الأعداء، فبعد القتال طلب سهمه كاملاً فأبى أبو موسى إلّا أن يعطيه بعضه، فأبى الرجل إلّا السهم كلّهُ، فأبو موسى حلق شعر الرجل وجلده عشرين سوطاً، فذهب الرجل بشعره إلى عمر فضربه به في صدره وقصَّ عليه القصة، فأرسل عمر إلى أبي موسى الشعري وقال له: عزمت عليك إن كان ما فعلته بالرجل في ملأ فتجلس في ملأ ليحلق لك شعرك وجلدك عشرين سوطاً، وإن كان ما فعلته خلا فتجلس له في خلا. فجلس أبو موسى أمام الناس واستسلم للرجل فعفا عنه الرجل<sup>(3)</sup>.

فاستدلوا بأن عمر  $\psi$  قضى على أبي موسى الأشعري في غيبتة بهذا القضاء التعزيري.

(3) [ البخاري: النفقات، باب: نفقة المرأة إذا غاب عنها زوجها، رقم: 5044. مسلم: الأفضية، باب: قضية هند: 1714].

(1) [ البخاري: الزكاة، باب: استعمال إبل الصدقة وألبانها لأبناء السبيل، رقم: 1430. مسلم: القسامة، باب: حكم المحاربين والمرتبين، رقم: 1671].

(2) [ذكره ابن حزم في المحلى: 370/9].

وهذا استدلالٌ صحيحٌ، لأنَّ أبي موسى ما كان موجوداً، وطبعاً يستطيع أبو موسى أن ينقض الحكم لو كان كلام الرجل غير صحيح.

5. حديث القسامة: قال النبي  $\rho$  لأهل القتل: " يحلف منكم خمسون على أنَّ القاتل رجلٌ بعينه من اليهود فيُعطى لهم". فقالوا: لا نعرف القاتل، فقال النبي  $\rho$ : " إذن يحلف خمسون من اليهود على أنَّ هذا القتل لم يقتله أحدٌ منهم". الحديث<sup>(1)</sup>.  
وجه الدلالة: قالوا: إنَّ اليهود ما كانوا موجودين فكان النبي  $\rho$  سيقضي على اليهود في غيبتهم.

يردُّ على هذا الاستدلال بأنَّه فتوى بالنسبة لقوله: " إذن تحلف يهود " لأنَّه لا بدَّ أن يستحضر اليهود ويحلفوا.

قال المستدلون: استدلالنا في قوله: " يحلف منكم خمسون ". وهذا يرُدُّ عليه أيضاً أنَّه لا يُستدلُّ منها خصوصاً أنَّ هذا في القصاص، والأصل أنَّه . إلا على رأي الشافعية . لا يجوز الحكم فيه على الغائب، وكذا الحدود مثل القصاص، وقد ذكرنا هذا من قبل لأنَّ الحدود تُدرأ بالشبهات، والغيبة شُبْهة: فيكون النبي  $\rho$  قال لهم تحلفون ثمَّ قال تحلف يهود وهذا لا يُعتبر قضاءً، وإنما يُعتبر فتوى لهم إذا رأوا الحلف، فيُستحضر اليهود ويُسمعون الحلف، فلا يُمكن الاستدلال به على جواز القضاء على الغائب.

وابن حزم حاول أن يبيِّن أنَّ الأدلَّة التي استدللَّ بها الحنفيَّة في عدم جواز القضاء على الغائب ضعيفة، وأهمُّها حديث على لما بعثه النبي  $\rho$  إلى اليمن قاضياً.  
قال ابن حزم: هذا حديثٌ ساقطٌ لأنَّ في سنده ضعفاً<sup>(2)</sup>.

وهذه الأحاديث في الواقع من باب الحسن، ويمكن الاحتجاج بها، وليس كما قال ابن حزم رحمه الله تعالى.

ويرجع القول بصحة جواز القضاء على الغائب، ولكن في العصر الحديث لا بدَّ أن يُقضى عليه بعد إعلامه عن طريق الإعلان.

فيجب على القاضي . حتَّى ولو جاء المدَّعي بالبيِّنة . أن يتأكَّد من إعلام الغائب إعلاماً صحيحاً.

وطبعاً المفقود يجوز القضاء عليه اتفاقاً، وثبوت كون الشخص مفقوداً في الأنظمة الحديثة كالآتي:

(3) [ البخاري: الديات، باب: القسامة، رقم: 6502. مسلم: القسامة، باب: القسامة، 1669].

(1) [ الملحق: 369/9].

أنّ على المدّعي أن يُعلن المدّعى عليه في آخر محل إقامة معلوم له، فإذا جاءت الإجابة من الموظّف المختص . ويسمّى المحضر في بعض البلدان . بأنّ هذا الشخص غائب ولا يُعلم مكان إقامته، فيعلن في مواجهة النيابة العامّة التي فيها آخر مكان إقامة له . وتسمّى الآن هنا المدّعي العام . ويكتفى بهذا ويحكم على الخصم .

ووسيلة الحكم على الخصم في حالة عدم الحضور :

بعض التنظيمات تعتبر أنّ الغائب إذا حكم عليه من حقّه أن يُعارض أمام القاضي في المحكمة نفسها التي أصدرت الحكم، عندما يحضر بعد صدور الحكم، وبعض التنظيمات توجب على القاضي أن يُعيد الإعلان . أي يُعلن مرّتين . فإذا أعلن المرّة الثانية وثبت أنّه تسلّم الإعلان مرّتين فيصدر عليه الحكم حضورياً، ويُعتبر كأنّه قضاءً على الحاضر، ولا مانع الآن أن يؤخذ بهذه التنظيمات لتطوّر وسائل الاتّصال .

ورأي الحنفيّة وبالذات رأي أبي حنيفة نفسه الذي تشدّد في عدم جواز القضاء على الغائب رأي لا يصح، بدليل أنّ جمهور الحنفيّة تخفّفوا من رأي إمامهم وذهبوا كما رأينا في صورٍ متعدّدة إلى جواز القضاء على الغائب لكي لا يترتّب على هذا تفويت حقّ امرئ مسلم قد يضيع بالمنع من ذلك .

بهذا انتهينا من مسألة القضاء على الغائب ولا زلنا نتكلّم عن سير الدعوى .

**المبحث الثاني: إجابة المدّعى عليه على الدعوى<sup>(1)</sup>**

**المطلب الأوّل: شروط الإجابة:**

الإجابة على الدعوى يُشترط فيها ما يُشترط في قول المدّعي، أي لا بدّ أن تكون الإجابة على الدعوى:

1. بصفة الجزم .

2. وأن لا تتناقض مع قول سابق له .

3. ولا بدّ فيها من شرط خاص بها وهو: التطابق بين إجابة المدّعى عليه وبين قول المدّعي، فلا بدّ من حصول التطابق منعاً للتلاعب .

مثلاً بعض الحنابلة قالوا: لا بدّ أن تكون الإجابة على الدعوى بطريق النص وليس بطريق الظاهر، مثلاً لو قال: لي عليك دينار، فأجاب على الدعوى وقال: ليس لك عليّ فلس، قالوا: إنّ هذا إجابة بطريق الدلالة، أي أنّ من باب أولى ليس عليه دينار، لكن مسألة

(1) [معين الحكّام للطرابلسي: 64. المهذب: 311/2. كشّاف القناع: 196/4. درر الحكّام: 357/2. فيض الإله المالك: 102/2. وانظر نظريّة الدعوى: 571 وما بعدها].

مفهوم المخالفة<sup>(1)</sup> هذه محل شك, فبعض الحنابلة يقولون: هذا لا يجوز, بل لا بدّ أن يقول: ليس لك عليّ فلس ولا أكثر من الفلس, ولا دينار. أي لا بدّ أن تكون نصّاً.

4. ويُشترط: أن يكون المجيب على الدعوى صحيح التصرف. أي له أهلية التصرف. - فلا يُعتبر الإقرار أو الإنكار الصادر من صغير أو معتوه, سواءً كان ناقص الأهلية أو معدوم الأهلية. إلاّ: إذا كان صغيراً مميّزاً مأذوناً له في التجارة: فيجوز أن يجيب على الدعوى فيما أُذن له.

والإجابة على الدعوى إمّا أن تكون: إقراراً أو إنكاراً أو امتناعاً أو بالدفع.

**المطلب الثاني: الإجابة في حالة الإقرار:**

الإقرار قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً.

والإقرار الضمني هو: أن يُجيب على الدعوى بكلام يتضمّن الإقرار, وفي الوقت نفسه يُنشئ قولاً جديداً, كأن يُجيب على من ادّعى أنّه أقرض ألفاً بقوله: لقد قُمت بوفائك, أو: أبرأتني منها.

وما رآه الإمام أحمد رحمه الله تعالى. وهو ما أخذت به النظم الحديثة: أن هذا لا يُعتبر إقراراً, لأنّ المدّعي هنا يعتمد اعتماداً كلياً على ضمير المدّعى عليه, والمدّعى عليه هنا معه ظاهرٌ قوي, حيث كان يستطيع أن يكذب ويُنكر الدعوى برمتها, ويحلف عليها, لكنّه عندما أقرّ بالحق وادّعى الإبراء, فهو لم يُعط نفسه أي مزية, فهذا لا يُعتبر إقراراً ولا يُمكن تجزئته.

ويُلاحظ أمرٌ هام: أنّ الإقرار لا يترتب عليه نقل الملكية, وإنّما يترتب عليه حجة نسبية فيما بين المدّعي والمدّعى عليه. مثال يوضّح هذا الكلام.

إذا ادّعى (أ) على (ب) أنّه يملك عيناً معينة, وهذه العين في يد (ب), ويريد أن يأخذها منه, و(ب) أقرّ بالعين فتسلّم (أ) بناءً على هذا الإقرار العين.

جاء (ج) وادّعى على (أ), ف (أ) هنا لا يُمكن أن يستند إلى الحكم الصادر بأنّه مالك هذه العين بإقرار (ب), فالإقرار حجة قاصرة على العلاقة بين (أ) و (ب). لكن لو صدر الحكم بناءً على تبيان وأوراق فيختلف الوضع, وهذه مسألة أخرى.

(2) مفهوم المخالفة: أن يذكر حكم مقيداً بقيد, فيدلّ على انقضاء الحكم عند انقضاء القيد. كما لو قال: أعط الفقير صدقة, فيُفهم منه لا تُعط

الغني صدقة. وقولهم الأولى: أي المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق به, ويسمى مفهوم الموافقة, كقوله تعالى (فلا تقل لهما أفٍ)

[الإسراء: 23] فالسبب ونحوه أولى بالنهي من التأفف.

وهنا تعرض مسألة " حجية الشيء المقضي به " وهذا يُعتبر أثراً وهو ما عبّر عنه عمر ٧ بقوله: " تلك على ما قضينا يومئذٍ، وهذه على ما قضينا اليوم " (1) أو " عدم جواز نقض الاجتهاد بالاجتهاد " .

فكلّ حكمٍ يصدر في خصومة وليس في مسألة ولأنيّة يعتبر حجّةً، ونحن نعرف أنّ وظيفة القضاء إمّا ولأنيّة وهي القرارات الإدارية والأوامر التي يُصدرها في غير خصومة، وإمّا في خصومة قضائية بين اثنين فأكثر .

فكلّ حكمٍ يصدر في خصومة قضائية يُعتبر حجّةً بالنسبة لهذا الموضوع، فلا يجوز أن يُعاد نظره مرّةً أخرى أمام القضاء إلاّ عن طريق الطعن فيه أمام القضاء، إن كان هناك مجالاً للطعن بالاستئناف أو التمييز أو النقض .

فكلّ حكمٍ يصدر في خصومةٍ بين خصوم معيّنين يعتبر أنّ القضاء استنفذ ولايته فيها، فلا يجوز له أن يُعيد النظر فيها مرّةً أخرى إلاّ أن يكون هذا عن طريق درجة أعلى .  
إذن حجية الشيء المقضي به معناها: أنّ الحكم حجّةً فيما قضى به القاضي بين الخصوم والموضع والسبب .

وهناك أمرٌ آخر اسمه " قوّة الشيء المقضي به " .

معناه أنّ هذه الحجية حجية نهائية، ما لم يكن هناك سبيل إلى الطعن في الحكم بطريق من طرق الطعن، فهنا الحكم حاز الحجية وحاز القوّة معاً إذا لم يكن هناك سبيل للطعن، أمّا إذا كان الحكم قد صدر . له حجية . لكن إذا كان معروضاً للطعن ونحوه فهذا الحكم لم يحز بعد القوّة .

وهذه اصطلاحات مضمونها معروف في الفقه الإسلامي وإن لم يستخدم الفقهاء هذه الاصطلاحات .

**مسألة: الاستثناء في الإقرار:**

الاستثناء من الجنس جائز كأن يقول: له عليّ ألفٌ إلاّ واحداً .

لكن أن يقول: له عليّ ريالٌ إلاّ شاة، هذا اختلف فيه الفقهاء بناءً على اختلافهم في جواز أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه .

وابن قدامة له رأيٌ في هذه المسألة هو: أنّ قول الله تعالى بأنّ إبليس كان من الجن، قال ابن قدامة: الجن نوعٌ من الملائكة . وهذا لا يصحّ أبداً، لأنّ الآيات متضاربة على أنّ

(1) [ قال هذا ٧ حين شرّك بين الأشقاء والإخوة من الأمّ بالثلث، فقيل له قضيت في عام أول بغير هذا ؟ فقال: كيف قضيت ؟ قيل: جعلته للإخوة من الأم، ولم تجعل للإخوة من الأب والأم شيئاً . قال .. " أنظر السنن الكبرى للبيهقي: الفرائض، باب: الشركة: 255/1 ] .

الجن يختلفون عن الملائكة اختلافاً كلياً، قال تعالى: ( ويوم يحشرهم جميعاً ثم يقول للملائكة أهؤلاء إياكم كانوا يعبدون. قالوا سبحانك أنت وليّنا من دونهم بل كانوا يعبدون الجنّ أكثرهم بهم مؤمنون ) [سبأ: 40, 41]. والملائكة لا تحبهم الصورة والجن تحبهم الصورة، والملائكة مبرّاة من شهوة الفرج والبطن، والجن خاضعين للتكليف: ( يا معشر الجنّ والإنس ألم يأتكم رسلٌ منكم ) [ الأنعام:130]. والله لم يرسل رسلاً للملائكة.

### المطلب الثالث: الإنكار:

الإنكار لابدّ أن يكون متعلّقاً بموضوع النزاع ليكون صحيحاً . حتّى لو كان ضمنياً . فيصحّ، مثل: لو رفعت الزوجة دعوى على زوجها تزعم أنّه طلقها، فأجاب على الدعوى: أنت زوجتي، فيعتبر هذا إنكاراً للطلاق، ولو رفعت دعوى نكاح، فقال: أنت لست زوجتي، فيعتبر هذا إنكاراً للزواج، ولكن إذا أثبتت الزواج بالبيّنة هل يُعتبر هذا طلاقاً منه.

قالوا: الطلاق إنشاء، وهذا إخبارٌ بأنّها ليست زوجته، فالإخبار لا يقع إنشاء، فلا يقع طلاقاً. وقد يكون الإنكار منصباً على " الاستحقاق" وقد يشمل " سبب الاستحقاق" وبهذا يحصل اختلاف في الحكم بالنسبة لما يتلو هذا من إجراءات. مثال ذلك:

أقام المدّعي "حسن" دعوى ضدّ المدّعي عليه "هزاع" يطالبه فيها بمبلغ عشرة آلاف ريال، على أساس القرض أو البيع: فأجاب المدّعي عليه " هزاع" على الدعوى بقوله: لست مديناً لك بمبلغ كهذا، فهنا انصبّ الإنكار على الاستحقاق، أمّا إن قال: أنا لم أقترض منك، فهذا شمل الإنكار للاستحقاق وسببه.

وفي هذا يحصل فارق كبير بين الأمرين في حالة ما: إذا أثبت المدّعي سبب الاستحقاق، ففي حالة إنكاره للاستحقاق وسببه لا يستطيع هنا أن يُجيب عن بيّنة المدّعي هنا بإثبات سبب الاستحقاق بأنّه أبرأه، لأنّه مناقضٌ لقوله السابق فلا يُقبل منه.

أمّا لو أنكر الاستحقاق فقال: لست مديناً لك بكذا.... ففي حالة إثبات المدّعي لسبب الاستحقاق . كالقرض مثلاً . يستطيع المدّعي عليه هنا أن يُجيب بأنّه أبرأه أو أوفاه، فيجيب على القاضي التنبّه لمثل هذه المسائل.

### المطلب الرابع: الامتناع:

والإنكار قد يكون: إنكاراً حكماً أو إنكاراً حقيقياً.

**1. فالإنكار الحكمي هو:** الامتناع عن الإجابة، والامتناع عن الإجابة أيضاً قد يكون امتناعاً عن الإجابة حقيقياً وقد يكون حكماً.

أ. الامتناع عن الإجابة الحقيقي: يكون إذا سكت المدعى عليه ورفض أن يتكلم، لا بإقرار ولا بإنكار.

أو تكلم بما يفيد هذا، كأن قال: لن أقر ولن أنكر، فهذا يفيد السكوت، وهذا فيه خلاف:

**جمهور الحنفية**. ما عدا أبو يوسف: ذهبوا إلى أن السكوت هنا يُعتبر إنكاراً وليس نكولاً، وقال بقولهم جمع من الحنابلة منهم ابن قدامة ورواية لأحمد.

والنكول عند الحنفية يختلف عن النكول عند سائر الفقهاء الثلاثة. فلا يترتب عليه الحاكم فوراً، وإنما القاضي يوجه اليمين بناءً على طلب المدعي والمدعى ليس عنده بينة، فإذا حلف يحكم له... وإذا نكل يُحكم للمدعي فوراً ولا تردُّ اليمين.

**عند أبي يوسف قال:** إذا امتنع المدعى عليه عن الإجابة على الدعوى بالسكوت فإنه يعزَّر بالسجن، ثم بالضرب حتى يتكلم. وهذا رأي غير صحيح، لأن كل واحد حر في أن يرد على الدعوى أو لا يرد، وبعد ذلك هناك إجراءات تُلزمه وأحكام ستصدر ضده، إذا هو أصر على السكوت واعتبر ناكلاً أو منكراً.

**المالكية:** لهم ثلاثة أقوال:

رأي يقول: يعزَّر بالسجن ثم بالضرب، ثم إن أصر بعد ذلك يُحكم عليه فوراً، فيترتب على هذا أنه بعد التعزير يُعتبر مقراً وإن لم يصرحوا بهذا.

وقول: إنه بعد التعزير تُردُّ اليمين على المدعي، أي يُعتبر ناكلاً.

وقول: أنه إن أصر على السكوت لا يعزَّر ويُعتبر ناكلاً، وتُردُّ اليمين على المدعي.

**الشافعية**. كالمالكية. قالوا: تُردُّ اليمين إلى المدعي في حال الامتناع عن الإجابة.

أبو الخطاب من الحنابلة له رأي خاص: أن اليمين تُردُّ إذا أُرِدْف المدعى عليه النكول بالرد، أي إذا شاء المدعى عليه وليس للقاضي.

وإن اقتصر على النكول بدون طلب رد فلا يحصل الرد.

إذن جماهير الفقهاء تقول بالرد.

**مختصر الأقوال:**

**1. جمهور الحنفية وبعض الحنابلة قالوا:** إذا امتنع المدعى عليه عن الإجابة فلا

يُحكم عليه فوراً بل توجه إليه اليمين، فإن لم يصبح ناكلاً ويُحكم عليه مباشرة، وليس للمدعى عليه ولا للقاضي رد اليمين على المدعي.

**2. أبو يوسف قال:** يعزَّر حتى يتكلم.

3. الشافعية وبعض المالكية: تُردُّ اليمين على المدعي بدون تعزيز المدعي عليه.

4. بعض المالكية: يعزَّر, فإن أصرَّ حُكم عليه بدون ردِّ اليمين.

5. بعض المالكية: يعزَّر فإن أصرَّ ردَّت اليمين على المدعي.

6. ابن الخطَّاب: إن طلب المدعي عليه ردّها ردَّت وإلا فلا, ولا يعزَّر.

وما استدللَّ به ابن قدامة على صحّة رأيه: أنّ حديث " البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر " فالحديث عام, ولا يوجد هنا يمين على المدعي, فردُّ اليمين عليه لا أساس له, لأنّ المدعي ليس من صفته أن يحلف اليمين, إنّما الذي من خصائصه هو الإتيان بيّنة.

وبما ورد عن عثمان وعبدالله بن عمر رضي الله عنهما, عندما باع عبدالله بن عمر مبيعاً وبه عيب, فجاء المشتري يرُدُّ المبيع بسبب العيب, فعثمان سأل عبدالله: أتحلف أنّك ما كنت تعلم هذا العيب؟ فأبى عبدالله أن يحلف, فقضى عثمان فوراً برّد الشيء إلى عبدالله ولم يرُدِّ اليمين على مدّعي العيب, فباعه عبدالله بعد ذلك بثمن أكثر.

ويمكن الرد على هذه القصّة بأنّها موافقة أيضاً لرأي ابن الخطَّاب الحنبلي, فعبدالله ابن عمر لم يطلب الرد, فليس دليلاً على الرأي الأوّل.

وابن الخطَّاب في قوله استدللَّ بحديث: أنّ الرسول  $\mu$  أمر برّد اليمين, لكن ابن قدامة قال: هذا الحديث ليس بثابت.

ورأي ابن الخطَّاب من الحنابلة هو الراجح, لأنّ القاضي لا يرُدُّ اليمين من نفسه, فلا تُردُّ إلا إذا طلب المدعي عليه ذلك.

أمّا استدلال ابن قدامة بأنّ المدعي دائماً يكون صاحب البيّنة, وهذه مسألة تختلف, فقد ينقلب المدعي إلى مدّعي عليه.

**المطلب الخامس: فيما يجوز توجيه اليمين وما لا يجوز فيه ذلك:**

لاخلاف بين العلماء في أنّ اليمين لا توجّه في الحدود فيما عدا اللعان والقذف.

ولاخلاف بين العلماء في أنّ اليمين توجّه في اللعان لورود الكتاب وغيره بذلك.

ولاخلاف بين العلماء في أنّ اليمين توجّه في الحقوق الماليّة.

بقي الخلاف في القصاص والحقوق الخاصّة غير الماليّة كالطلاق والرجعة والزواج.

حيث ذهب الشافعي وصاحباً أبا حنيفة ورواية لأحمد إلى جواز توجيه اليمين في

هؤلاء... القصاص والقذف والحقوق الخاصّة غير الماليّة, زيادةً على ما اتفق على جواز

التوجيه لليمين فيه آنف الذكر.

**وحجة الشافعي ومن ذهب معه هنا: حديث " لو يُعطي الناس بدعواهم لادعى قومٌ دماء قومٍ وأموالهم, ولكنّ البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر " (1) فهنا الحديث تكلم عن حقوق الناس ودمائهم بصفةٍ عامّةٍ تشتمل الخاصّة الماليّة وغير الماليّة, فكلمة " دماء قومٍ " تنصرف إلى القصاص, لأنّ الحدود لا يمين فيها كما مرّ هنا.**

فهذا الدليل ملزم, والقذف لأنّه حقٌّ خاص ولا بدّ من المطالبة به من المقدّوف حتى عند من قال إنّهُ من حقوق الله, وكذا الحقوق الخاصّة غير الماليّة تكون داخلة, لأنّ الحديث جاء عامّاً.

والراجح هو قول الشافعي هنا.

وبقي أيضاً في " الحقوق العامّة المتعلقة بمال " مثل: ادّعاء الساعي على الزكاة المعيّن من الوالي: أنّ المطلوب منه الزكاة رفض أن يزكّي, قالوا هنا: إذا لم يأت الساعي بالبيّنة يستحلف المزكّي إذا زعم أنّه زكّي. قلت: ولا بيّنة عنده أيضاً.

أو " الحقوق الماليّة المتعلقة بحدّ من الحدود " مثل المطالبة بالشيء المسروق: فإنّه وإن كان لا يجوز توجيه اليمين في إيقاع حدّ السرقة, إلّا أنّهُ يجوز توجيه اليمين في المطالبة بالشيء المسروق.

وبهذا انتهينا من الكلام عن " الامتناع عن الإجابة الحقيقي " وهو القسم الأوّل من قسمي الإنكار الحكمي.

### ب . الامتناع عن الإجابة الحكمي:

وهو أن يلجأ المدّعي عليه . بدلاً من السكوت . إلى كلام يحاول به أن يموّه على القاضي, ويجعل نفسه كأنّه يجيب على الدعوى, وهو في الحقيقة لا يقمّ إجابة صحيحة أو إجابة منتجة في الدعوى.

وهو يأخذ حكم الامتناع الحقيقي, من إنكار أو نكول, على التفصيل السابق الذي ذكره الفقهاء عن الامتناع الحقيقي.

مثلاً يقول: أنا لا أعرف شيئاً عن الدعوى, أو أنّ القاضي قد أعطاه مهلةً للتفكّر والتدبّر, فيطلب مهلةً أخرى بدون داعٍ.

---

(1) [ أبو داود: الأفضية, باب: في اليمين على المدّعي عليه, رقم 3619. وأخرجه الترمذي (1341) ابن ماجة (2321) البيهقي (252/10). ]

أما إذا كان الامتناع الحكمي له مسوّغ شرعي . أي من الواقع يؤيّده الشرع . مثل أن يقول: بأنّ نظام وليّ الأمر قضى بأنّ الدعوى تُرفع أمام قاضي محكمة المدّعى عليه, فيدفع بعدم الاختصاص المكاني.

فهذا لا يُعتبر امتناعاً عن الإجابة عن الدعوى, فعلى القاضي أن يقبل الدفع. أما إذا كان المدّعى عليه يدفع بعدم الاختصاص المكاني, ولا يوجد تنظيم, ويعلم أنّ القاضي مختصّ, فهذا امتناعٌ حكميٌّ, إذن المسألة تختلف باختلاف الظروف وباختلاف التنظيمات.

ومن الأمثلة على هذا القسم: أن يطلب مهلةً لإقامة محام, لأنّ القضية معقّدة, فهذا جائزٌ ولا يُعتبر امتناعاً حكماً.

**2- الإنكار الحقيقي:** وهو تصريح المدّعى عليه بالإنكار, كأن يقول: لم يقرضني شيئاً. وقد ذكرت هذه المسألة قبل الامتناع.

وقد ذكرنا أنّ الإجابة على الدعوى تكون بأحد أمورٍ ثلاثة: الإقرار والإنكار والامتناع, وذكرناها بالتفصيل.

### المبحث الثالث: (الدفع) وهو قسمان<sup>(1)</sup>:

والدفع يُقصد به دعوى جديدة وليست مجرد دفاع, ففيه فارقٌ بين الدفع وبين الدفاع, وهذا أيضاً موجودٌ في النظم الحديثة: أنّ الدفع غير الدفاع.

الدفع معناه أنّك تردّ على دعوى المدّعي بدعوى منك أنت يا مدّعي عليك من قبل المدّعي, وهكذا ممكن أن يتقاذف كلٌّ منهما الدعوى كالكرة. مثاله:

ادّعى المدّعي قبل المدّعى عليه بأنّ الأرض التي تحت يده قد تملكها المدّعي بطريق الإرث من أبيه, فيأتي المدّعى عليه ولا يكتفي بالإنكار, بل يقول: لكنّي أدّعي عليك بدوري أنّي اشتريت هذه الأرض من أبيك قبل أن تنتقل إليك بالإرث. فهنا دفعٌ موضوعي من المدّعى عليه. ويمكن أن يأتي المدّعي الأول الذي هو الوارث ويقول: لا, أنت لم تشتريها, وإنما اغتصبتها. ويمكن أن يرفع المدّعى عليه دعوى ثالثة, ويدفع دعوى الغصب فيقول أنا مفرّجٌ باغتصابها, ولكنّي أبرمت عقد صلح مع المورث. فكل هذه دفعات موضوعيّة (دعوى بالإرث, دفع بالشراء, دعوى الغصب, دفع بالصلح).

(1) [المنهاج وشرح المحلي: 337/4. مجمع الأنهر: 270/2. غاية المنتهى: 458/3. وانظر نظرية الدعوى: 586 وما بعدها].

ولكنّ دفع دعوى الغصب بالصلح هنا لا تجوز ولا تُسمع, لأننا اشترطنا فيما سبق أن يكون الدفع من المدعى عليه, والدافع هنا هو المدعى.

### المطلب الأول: الدفع الشكلية:

الدفع التي ذكرناها آنفاً دفعٌ موضوعية, لكن هناك دفعٌ ذكرها الفقهاء, وأطلقوا عليها " الدفع بالخصومة " وهي تضاهي الآن ما يسمّى بالدفع الشكلية, وهي الدفع المقصود بها درء الخصومة قبل الولوج فيها بأمر لا تمتُّ بصلة إلى الخصومة, فالمدعى عليه يدفع الدعوى بقوله للمدعى: " إنّما ليس بيني وبينك خصومة".

**مثال هذا الدفع:** أن يدعى المدعى قبل المدعى عليه بالملكية للعين التي تحت يد المدعى عليه, فيقول المدعى عليه: إنّ يدي على هذه العين ليست يد خصومة بيني وبينك, فأنت تدعى عليها بالملكية, وأنا لست مالكا لها, وإنّما أنا مستأجرٌ من المالك لها, وهو شخصٌ ثالثٌ.

**ملحوظة هامة:** الفقهاء قالوا: إنّ دفع الخصومة . وهو غير الدفع الموضوعي . لا يكون إلاّ في دعوى العين, أي لا يكون في دعوى الدين, ولا في دعوى الفعل. خلاف العلماء في تفصيلات دفع الخصومة وشروط الدفع به: العلماء رغم اتّفاقهم على دفع الخصومة إلاّ أنّهم اختلفوا في تفصيلات هذا الدفع, وفي شروط الدفع به:

**1- الحنفية قالوا:** لا يكفي أن يُثبت أو يُبرهن المدعى عليه في دفعه بالخصومة على أنّ فلان الفلاني هو المالك فقط, وإنّما لا بدّ أن يُردف ذلك بإثبات شيء آخر وهو: أنّه استأجر أو استعار هذه العين.

دراسة هذا القول أو الشرط: لو تأملنا في فقه الحنفية لوجدنا أنّ حكمهم هذا مرتبطٌ بأصولهم . كعادة الفقهاء . فالحنفية كما نعرف يرفضون الحكم على الغائب, ولذلك نجد حتّى جمهور الحنفية الذين خالفوا إمامهم أبا حنيفة و أجازوا الحكم على الغائب في حالات, إلاّ أنّهم اشترطوا دائماً . على عكس سائر الفقهاء . تنصيب وكيل في الدعوى مسخّر, وهذا أمرٌ شكليٌّ مظهري, حتّى يشعروا أنّ هناك حكماً على حاضر .

**الخلاصة:** أنّ الحنفية اشترطوا هذا الشرط, لأنّ الشخص الثالث " المالك للعين " غائب مجرد الاستناد إلى ملكية الشخص الثالث هذا في دفع الخصومة يعتبر كأنه حكم على الغائب في الخصومة, وهذا بناءً على أصلهم في عدم جواز الحكم على الغائب.

إذن لهذا اشترطوا أنه لا بدّ أنّ الحاضر يدّعي لنفسه شيئاً ويثبته, حتّى يكون القضاء ليس قضاءً على الغائب. إذن عند الحنفية شرطان لصحة دفع الخصومة, وهما: إثبات ملكية الشخص الثالث, وإثبات الاستئجار منه.

**2. المالكية قالوا:** يكفي أن يبرهن المدّعي عليه على أن الشخص الثالث. الذي قال أنّه مالك العين. يبرهن على أنه هو المالك " اشترطوا البرهنة على ملكية الغائب فقط " ولم يشترطوا البرهنة على أن المدّعي عليه مستأجر أو مستعير.

**3. الشافعية قالوا:** يكفي أن يقرّ المدّعي عليه أنه ليس مالكاً لهذه العين, فلا داعي لأن نلزمه بإثبات أنّ فلاناً الفلاني مالك, فقد لا يستطيع إثبات هذا, فالمستندات ليست عنده مثلاً, وهذا القول أقرب إلى المذاهب الأربعة.

**4. الحنابلة قالوا:** يكفي الإقرار مع اليمين, لكن الصحيح أنّه لا حاجة لليمين هنا.

**5. ابن شبرمة . قاضي الكوفية . قال:** دفع الخصومة هذا لا يُخرج المدّعي عليه من الدعوى, وهذا هو الراجح لما يأتي:

**أنا لو قلنا:** إنّ المدّعي عليه يخرج ببساطة بمجرد أن يقول إنّه ليس مالكاً, والتنظيمات الحديثة تحلّ هذه المشكلة, فالمدّعي يدّعي الملكية ليتسلّم العين. فالسبيل الصحيح هنا: أنه يجوز للمدّعي أن يدخل الشخص الثالث الذي هو المالك خصماً في الدعوى, أو يُجبر المدّعي عليه إذا كان يعرف محلّ إقامة الشخص الثالث الذي بينه وبينه علاقة على الإتيان به.

**لأنّه في الواقع لو قلنا:** إنّ الخصومة ستُدرأ بهذا الدفع لترتب على هذا: أنّ المدّعي يرجع بالكلية على الشخص الثالث, ثمّ يرجع بدعوى تسليم العين على المستأجر.

فالراجح قول ابن شبرمة رحمه الله, وهو يوافق النظم الحديثة في أنّ الخصومة لا تنتهي بمجرد دفع الخصومة بل تمضي المخاصمة, بينهما فإمّا أن يُثبت المدّعي عليه ملكية الغائب, أو يُثبت المدّعي ملكية الحاضر, الذي يقول: لست إلاّ مستأجراً, فهذا من مصلحة المدّعي عليه أن يُثبت ملكية الغائب, فهذا أمورٌ نكمل بها رأي ابن شبرمة.

ويجوز للمدّعي عليه أن يطلب خصوماً جديداً في الدعوى إذا كان هناك ما يدعو لهذا, ويجوز أيضاً للشخص الخارج عن الخصومة أن يتدخل فيها, إمّا تدخلًا انضمامياً إلى أحد الخصوم وإمّا تدخلًا اختصاصياً.

**التدخل الانضمامي:** أن ينضمّ إلى أحد الخصوم, سواءً كان مدّعيّاً أو مدّعي عليه في طلباته.

**والتدخل الاختصاصي:** أن يدخل مختصاً المدعي بدفع دعواه بدوره، ويدعي ادعاءً جديداً.

ودفع الخصومة يأخذ أشكالاً كثيرة، وهو ما يُسمى الدفع الشكلي: مثل الدفع بعدم الاختصاص، أو الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق الذي رسمه نظام ولي الأمر، أو الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان، كأن يكون النظام قد حدّد موعداً تُرفع فيه الدعوى، أو الدفع بعدم قبول الدعوى لأنّ المدعي ليس له صفة في النزاع، كأن يرفع الوصي دعوى عن القاصر، فيدفع المدعي عليه بأنّ هذا الوصي قد انتهت وصايته وليس بذي صفة، أو تُرفع الدعوى على الوكيل بصفته وكيلاً، فيثبت أن وكالته للخصم الحقيقي قد انتهت، فهنا المدعي عليه ليس ذا صفة في الدعوى.

أو ما يسمّى الآن بالدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، وهو الدفع المرتبط بحجية الشيء المقضي به. وسبق أن عرفنا حجية الشيء المقضي به، وقوة الشيء المقضي به، الأصل أنّ لكل حكم حجية لكنها تكون ضعيفة حتّى يُصبح الحكم نهائياً، فالحكم القابل للاستئناف يُعتبر حائزاً لحجية الشيء المقضي به، إلاّ أنّه لم يحز بعد قوة الشيء المقضي به، وعندما لا يكون هناك سبيل للاستئناف والطعن، كأن يفوت ميعاد الاستئناف دون أن يطعن الخصم في الحكم، نكون بصدد "قوة الشيء المقضي به" وكذا بعد الاستئناف.

### **المطلب الثاني: "الدفع الموضوعية":**

الحنفية تكلموا في مسألة "الدفع الموضوعية" وقالوا: يجوز أن يُدفع بالدفع الموضوعي بعد صدور الحكم في الدعوى، لا يكون هذا الدفع قد دُفع به أمام القاضي قبل صدور الحكم.

واشترطوا لهذه الحالة أن يكون هناك تعارض بين الدفع الجديد وبين الحكم، لأنّه إذا أمكن التوفيق بين الدفع الجديد وبين الحكم فلا محلّ للدفع، مثاله:

إذا كانت الدعوى رُفعت بطلب إمضاء العقد في خيار الشرط، وحكم القاضي بموجب الخيار، لأنّ المشتري قد استخدم الخيار بإمضاء عقد البيع، وبعد أن صدر الحكم جاء البائع ودفع الدعوى بدفع جديد وهو أنّ عنده بيّنة بأنّ المشتري قد أقرّ له بأنّه هو مالك العقار.

هذا الدفع لا يؤثّر، لأنّه من الممكن أنّه أقرّ له قبل استخدام الخيار، ففي هذا الحالة لا يوجد تعارض.

أبو زيد الإبياني من الحنفية . من متأخريهم . ذكر هنا مقالة وجيهة لها أساسها , وهي أنه:

لا يجوز إبداء الدفع الثاني الموضوعي بعد صدور الحكم في الدعوى إلا إذا كان هذا الدفع الموضوعي مبنياً على مستندات جديدة, أو أدلة جديدة لم تكن موجودة وقت صدور الحكم.

وهو ما يسمّى الآن " التماس إعادة النظر " أي: صدر الحكم ثم جاء شاهد كان يظنه المدعى عليه أنه مات.

فيجوز إعادة نظر القضية هنا, أمّا في غيرها فلا.

ورأي الإبياني معقول, لكن رأي الحنفية مرجوح لأنه يعتبر مخالف " لحجية الشيء المقضي به" ما لم يكن هذا الدفع الجديد قد ثار بمناسبة أدلة جديدة لم تظهر إلا بعد صدور الحكم.

إذا كان الدفع من شخص خارج عن الخصومة:

فالدعوى مثلاً مرفوعة من (أ) على (ب) فيأتي (ج) ويتدخل في الخصومة تدخلاً انضمامياً لأحد الخصوم, أو تدخلاً اختصاصياً, بأن يوجّه هو بدوره دعوى جديدة, وهذا جائز إذا كان له سند. مثاله:

عمر رفع الدعوى ضدّ زيد يطالبه فيها بملكية عين, فسمع بالدعوى علي فتدخل في الدعوى وطالب بملكية هذه العين, ودفع بأنّه هو المالك, هذا جائز لأن العين واحدة. أيضاً كما ذكرنا من قبل: يمكن أن يتدخل في الخصومة كل خصم له مصلحة أصلاً, كأن تُرفع الدعوى على وارث بمناسبة تركة فيتدخل وارث آخر.

ويشترط في الدفع بصفة عامّة ما يشترط في الدعوى من شروط عامّة . والتي ذكرناها . ومنها ألا يتناقض مع قول سابق الثبوت العقلي والحسي والعادة.... إلخ.

#### المبحث الرابع: الحكم

المطلب الأول<sup>(1)</sup> تعريفه وشروطه:

هو: فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر من القاضي على وجه الإلزام.

تمهيد للشرط الأول من شروط الحكم القضائي:

القاضي له وظيفتان:

(1) [ انظر في هذا المطلب: كشاف الفناع: 266/4. كفاية الطالب الرباني: 293/2. حاشية ابن عابدين: 424/5. وانظر نظرية الدعوى: 643 وما بعدها.

**الأولى:** ولاتية اقتطعت من السلطة التنفيذية أصلاً، فهو يصدر قرارات إدارية اقتطعت من السلطة التنفيذية وأعطيت للقاضي، لأنها أليق باختصاصه، ولكنه يصدر بها قرارات بغير خصومة.

وفي بعض البلدان كمصر والكويت . تيسيراً للتقاضي ومنعاً من اكتظاظ القضايا لدى القضاة . يوجد نظام يسمى " نظام أوامر الأداء . وهو أنه في القضايا التي فيها الديون ثابتة بالكتابة، أي كل واحد عنده صك مقرر فيه أنه مدين بمبلغ كذا وموقع عليه، فهذا . في مصر . المدعي وجوباً لا يلجأ للخصومة، وإنما يلجأ ابتداءً إلى السلطة الولائية للقاضي، ويطلب استصدار أمر أداء دون عرض الموضوع على المدعي عليه، ويقدم هذه الورقة المكتوبة واسمه " أمر على عريضة " فالقاضي ينظر في المستندات فإن وجدها صحيحة أصدر . بمقتضى سلطته الولائية . أمراً بالأداء، أي بإلزام المدعي عليه المذكور الذي وقع على الورقة هذا الأمر، ليس حكماً قضائياً لأنه لم يصدر في خصومة، ونحن قلنا في تعريف الحكم القضائي: فصل " الخصومة " .

فهنا لا خصومة موجودة، ولو كان خصومة لوجب إعلام المدعي عليه.

**إذن نتكلم عن شروط الحكم وهي:**

1. لا بد أن يسبق الحكم خصومة سابقة، ويستثنى منه الحكم الفعلي والضميني.

2. أن يكون الحكم على وجه الإلزام.

لكن إذا قال القاضي " ثبت لدي " أو " صح لدي " ونحوها هل يصح؟

**خلاف:**

أ. بعض الفقهاء: قالوا يُعتبر هذا حكماً.

ب. والبعض الآخر: قالوا لا يُعتبر هذا حكماً، وإنما لا بد أن يقول حكمت بكذا، أو:

حكمت المحكمة، أو: قررت المحكمة، ولفظ " حكمت " أحسن.

والآن في النظم الحديثة يوجد شكل معين للأحكام، بحيث إن القاضي إذا لم يتبع

الشكل يُعتبر حكمه باطلاً وقابلاً للنقض ويؤخذ على هذا.

وهذا أحسن، منعاً من البلبلة، إذ لا بد أن ينص الحكم على الإلزام، ولا بد من تنفيذه

بعد ذلك، فلكي لا يكون هناك مثارٌ للشك في التنفيذ لا بد أن يصدر بالصيغة الإلزامية.

3. ولا بد أن يكون الحكم واضحاً غير مبهم.

4. وعند المالكية لا بد أن يسبق الحكم إعدار، وتكلمنا سابقاً عنه.

5. وعند الحنفية لا بدّ أن يكون الخصوم حاضرين جميعاً، إلا فيما استثنى من مسألة الحكم على الغائب.

6. ولا بدّ أن يكون الحكم غير معارض لنص قطعي من الكتاب والسنة، وإلا كان معدوماً.

**سؤال:** هل يُشترط تسبب الحكم؟ أي ذكر أسباب الحكم؟

**الجواب:** هو من المندوبات فقط، إلا في حالة ذكرها الشافعية، وهي: صدور الحكم من قاضي الضرورة، فلا بدّ من تسبب الحكم هنا.

وقاضي الضرورة مثلاً: قرية انفصلت عن الدولة بسبب سيول أوحرب، ولا يوجد بها من تتوافر فيه جميع شروط القاضي، وهم بحاجة للقاضي، فينصّبون قاضياً، أقرب الناس للقضاء، فلم يجدوا أعلم من في البلد إلا صبياً مميّزاً، فهذا قاضي ضرورة، أو وجدوا رجلاً لكن علمه ضئيل، أمّا الآن في التنظيمات الحديثة: إذا لم يسبّب القاضي الحكم يُعتبر الحكم باطلاً.

**وإلزام القاضي بتسبب الحكم أمرٌ مفيد:**

1. لأنه يُعطي محكمة التمييز الفرصة للإطلاع على وجهة نظر القاضي.  
2. وله فائدة أخرى هي: منع القاضي من التلاعب إذا لم يكن لديه ضمير، والنظم الحديثة وضعت بعض الشروط الشكلية:

1. لا بدّ لمن اشترك بالمداولة أن يكون قد اشترك في جلسة مرافعة على الأقل، هذا إذا كانت المحكمة مكوّنة من أكثر من قاض.

2. ولا بدّ من ذكر الأسباب.

3. ولا بدّ من أن توضع مسوّدة الحكم المبيّنة في الأسباب وقت النطق بالحكم. والحاكم فيما مضى كان يجمع بين السلطة التنفيذية وبين القضاء في بعض الأحيان، وفي هذه الحالة يجب: التفرقة بين ما يُصدره بصفته ممثلاً للسلطة التنفيذية وما يُصدره بصفته قاضياً.

لأنّ ما يصدر منه بصفته قاضياً: لا يجوز الرجوع فيه ولا نقضه إلا أمام الجهة التي تُعتبر درجة ثانية من درجات التقاضي.

**المطلب الثاني: أنواع الحكم<sup>(1)</sup>:**

(1) [ أنظر في هذا المطلب: تبصرة الحكام: 103/1. مغني المحتاج: 394/4. حاشية ابن عابدين: 397/5. وانظر نظرية الدعوى: 660. الأصول القضائية: 297.

بعض أحكام القاضي تسمى حكماً فعلياً يقوم القاضي نفسه بإبرام عقد عن الصغير القاصر، أو يقوم بتزويج امرأة لا ولي لها، أو تزويج قاصر، فهوهنا يقوم بإبرام العقد بصفته ولياً لمن لا ولي له.

**قال الحنفية:** هذه تُعتبر أحكاماً فلا يجوز نقضها.

في الواقع هي ليست أحكاماً، وإنما تُعتبر عقوداً يبرمها القاضي بصفته ولياً أو ممثلاً بموجب أمر صادر من ولي الأمر، ولكن الحنفية توسَّعوا في معنى الحكم.

**ومن الحكم ما يسمى " حكماً ضمنياً " ذكره الحنفية:**

**وهو:** إذا فرض أن القاضي سمع الشهود في دعوى مديونية . مثلاً . فجاء الشهود وشهدوا بأن زيداً ابن عمر آل فلان هو الذي قبض الدين.

**قالوا:** إن هذه الشهادة التي ثبتت عند القاضي تُعتبر حكماً ضمنياً بثبوت نسب زيد بن عمر إذا حصل خلاف في ثبوت نسبه فيما بعد.

وهذا محل نظر، لأنه لم يكن موضوع الخصومة هو إثبات النسب، وإنما جاء ذلك عرضاً في ذكر الخصوم لفلان وتعريفهم له، فتُعتبر هذه بيّنة سمعها القاضي فقط ولا تُعتبر حكماً، فمن له أن يجرح هذه البيّنة في خصوميّة هذا النسب أي من الناحية الموضوعية، فالبيّنة هنا: لا تجرح من ناحية العدالة لأن القاضي قبلها.

**والحنفية أيضاً يظهر من كلامهم أنهم خلطوا فيما يبدو بين مراحل الحكم.**

فهناك ثلاث مراحل " مرحلة سماع البيّنة، ومرحلة إصدار الحكم، ومرحلة التنفيذ إذا كان القاضي هو الذي يقوم بالتنفيذ " .

**فقال الحنفية:** جميع هذه المراحل تُعتبر من قبيل الأحكام.

أي ما يثبتته القاضي من بيّنة، وما يصدره من منطوق حكم، وما يقوم به من التنفيذ: هذا يُعتبر من قبيل الأحكام.

وهذا أيضاً قولٌ مرجوح، لأن الحكم هو فصل الخصومة يقول أو فعل يصدر من القاضي على وجه الإلزام.

فإثبات البيّنة ليس فصلاً للخصومة، فهو لم يقض بعد.

وتنفيذ الحكم ليس حكماً، لذلك تنفيذ الحكم يُنابذ بغير القاضي كالشرطة، وفي بعض الأحيان القاضي يتولّى الإشراف على التنفيذ، لكن هذا الإشراف ليس حكماً.

إذن الرأي الصحيح هو أن الحكم قاصرٌ على ما يصدر من القاضي من قطع للخصومة برمتها أو في شقٍ منها على وجه الإلزام.

الفقهاء فرّقوا بين نوعين من الأحكام، وهما: " الحكم بصحة التصرف " و " الحكم بموجب التصرف " .

. **الحكم بصحة التصرف:** التصرف يشمل كلّ ما يصدر من الإنسان من تصرفات، سواءً كانت عقوداً بالإرادة المنفردة أو عقوداً بإرادتين.

- **فالحكم بصحة التصرف:** هو الحكم بصحة هذا العقد أو التصرف الصادر من الشخص.

- **والحكم بموجب التصرف:** هو الحكم بالأثر المترتب على العقد دون التعرّض للصحة. وسنرى أنّه في بعض الأحيان يحصل فرق، كأن يكون النزاع حول الموجب.

**والفرق بين الحكم بصحة التصرف والحكم بالموجب:**

أنّ من الفقهاء من استلزم للحكم بالموجب البحث في صحة التصرف.

**ومنهم من قال:** إنّ القاضي عندما يتعرّض للموجب يحكم بالموجب، طالما لم يحصل نزاع في صحة التصرف أمام القاضي، وإذا حدث نزاع بعد ذلك بالموجب يسقط، وممّن قال بهذا المالكيّة.

والحكم بالموجب يختلف فيما إذا كان هذا الموجب من مقتضى التصرف، أو ليس من مقتضاه، وهذا فصله الحنفية، والمثال يوضح هذا:

**مقتضى البيع:** تسليم الشيء المبيع ودفن الثمن، وكذا خيار العيب، كل هذه من مقتضيات عقد البيع، فهو موجب يجمع بين صفة الموجب والمقتضى.

وأحياناً يكون الموجب ليس من مقتضى التصرف وإنّما هو موجب فقط.

**مثل خيار الشرط:** فهو موجب وليس مقتضى. " هذا حصل بالاتّفاق " .

والشفعة فهي موجب وليست مقتضى " وهذا حصل بالواقعة " .

إذن الموجب أعم من المقتضى.

والفقهاء اختلفوا في " هل الحكم بصحة التصرف أقوى أم الحكم بالموجب " ؟ وهذا سيظهر من الأمثلة التي ضربوها.

**القول الأوّل:** قال المالكيّة: الحكم بالصحة أقوى من الحكم بالموجب في كل الأحوال، ويريدون بهذا: أنّ الحكم الصادر بصحة التصرف حجة فيما بعد على الحكم الصادر بالموجب إذا حصل نزاع في الموجب.

**القول الثاني:** قال الشافعيّة:

الحكم بالصحة يكون هو الأقوى إذا كان الخلاف حول صحة التصرف، أما إذا كان الخلاف حول الآثار المترتبة على التصرف فيكون الحكم بالموجب هو الأقوى. فالشافعية في الواقع يقصدون هنا أنّ الحكم بصحة التصرف يكون حجةً على النزاع فيما بعد، والذي يثور بالنسبة للموجب أولاً، هذا هو المقصود. فمن الأمثلة يظهر منها أنّ قصدهم بعبارة "القوة" هو "مدى حجية الشيء المقضي به".

المثال الذي ضربه الشافعية هو "من قال: إن تزوجتك فأنت طالق" فهو علق الطلاق على زواج لم يتم بعد.

فالشافعية وجمهور الحنابلة يعتبرون أنّ هذا القول باطلٌ وغير صحيح، لأنّ الطلاق لا يجوز أن يرد إلاً على زواج تمّ فعلاً<sup>(1)</sup>.

والمالكية قالوا: هذا صحيح، فإذا تزوّج هذه المرأة فهي تُطلق عليه طلاقاً بموجب هذا القول الذي ذكره، وتابعهم الحنفية. ورأي الشافعية أصح.

لوحكم القاضي المالكي بصحة هذا التصرف وهو قوله: "إن تزوجتك فأنت طالق" ولم يحكم بالطلاق، فهذا الحكم بالصحة أقوى من الحكم بالطلاق وهو الموجب. ولماذا؟ لأنّه لما حكم بالصحة لم يعد القاضي الشافعي قادراً على الحكم ببطلان هذا التصرف، لأنّه حاز قوة الشيء المقضي به.

وقالوا: لكن لو حكم القاضي المالكي بالطلاق وهو حكم بالموجب، دون أن يتعرّض للصحة: فإنّ الحكم بالموجب. وهو الطلاق. من القاضي المالكي لا يمنع القاضي الشافعي فيما بعد إذا عرض عليه النزاع: أن يحكم ببطلان التصرف الذي هو قوله: "إن تزوجتك فأنت طالق".

والصحيح: أنّ القاضي الشافعي لا يعتبر هذه الطلقة المعلقة على الزواج طلاقاً، ولا تدخل في عدد الطلقات، ويحكم أنّ لهذا الرجل ثلاث طلقات إذا لم يستفذهن بطريق آخر، فإذا كان الخلاف حول صحة التصرف قال الشافعية: إنّ الحكم بالصحة أقوى من الحكم بالموجب، ووافقهم في هذا الجزء المالكية.

أما إذا كان الخلاف حول الأثر المترتب على التصرف فقال الشافعية هنا: الحكم بالموجب أقوى من الحكم بصحة التصرف، بمعنى أنّه يحتجُّ به. مثال ذلك:

(1) [ أنظر الكافي لابن قدامة: 495/4. كفاية الأختيار للحصني الشافعي: 607. الهداية للمرعيناني الحنفي: 284/2. بداية المجتهد لابن رشد المالكي: 124/3].

نظر أمام القاضي الشافعي قضية متعلّقة بعقد بيع فيه شفعة جوار، والشافعية يبطلون شفعة الجوار، والحنفية يقولون بها<sup>(1)</sup>.

فإذا قضى القاضي الحنفي بشفعة الجوار فالحكم هنا بالموجب، فهذا الحكم بالموجب أقوى من الحكم بالصحة بمعنى أنه لا يمكن النظر في صحة العقد بعد ذلك، لكن لو قضى القاضي الحنفي بصحة عقد البيع بصرف النظر عن الشفعة التي هي الموجب. ثم عرض النزاع على القاضي الشافعي فقضى ببطلان الشفعة فهذا جائز. إذن قالوا: هنا الحكم بالموجب أقوى، ويقيد القاضي، والحكم بالصحة لا يقيد القاضي الآخر.

**المسألة:** ليست حكماً أقوى، وإنما هي مسألة حجّية، فإذا كان الحكم قد تناول موضوعاً معيناً، سواءً كان صحةً أم موجباً، فيعتبر حجّةً في هذا الموضوع وإلا فلا. **فالأصح هنا أن يقال:** سواءً أكان الحكم بصحة التصرف أم الحكم بالموجب: كل ما يتناوله الحكم لا يجوز إعادة النظر مرّةً أخرى.

**فالشافعية كما ذكرنا قالوا:** الحكم بالموجب أقوى إذا كان الخلاف الفقهي في الآثار "الموجب". وإذا كان الخلاف في صحة التصرف فالحكم بالصحة أقوى. لكن الصحيح أنّ الحكم بالموجب ليس بأقوى، إنّما قد يترتب عليه أنّ الحكم بالموجب يتضمّن الحكم بالصحة، فبالتالي لا يجوز نظر الصحة.

الخلاف بين الحنفية والشافعية في مسألة الشفعة:

الشفعة كما نعلم من موجبات عقد البيع "أي من آثار" ولكنها ليست بمقتضاه، فليس من الضروري أنّ كلّ عقد بيع يترتب عليه شفعة ولا يستلزمها، فإذا حكم القاضي الحنفي بالصحة بناءً على الجوار. وهي غير صحيحة عند الشافعية. فهذا يمنع القاضي الشافعي بعد ذلك من أن يحكم بعدم صحة عقد البيع، أو عدم صحة الشفعة من باب أولى. فقالوا: إنّ الحكم بالموجب هنا أقوى من الصحة، لأنّه يمنع القاضي من نظر الصحة، ولكن الحكم بالصحة أضعف، لأنّه لا يمنع القاضي من نظر الموجب، لأنّ القاضي الشافعي لو حكم بصحة عقد البيع هذا لا يمنع القاضي الحنفي في أن ينظر في صحة الشفعة، ويحكم بها بناءً على الجوار.

**ولذلك قالوا:** إنّ الحكم بالموجب هنا أقوى، لأنّ الحكم بالموجب مقيد للقاضي والحكم بالصحة غير مقيد له.

(1) [ أنظر كفاية الأختار: 440. الهداية للمرغيناني: 305/3 ]

**والصحيح:** أنّ العبرة بما تناوله الحكم, فلا يجوز عرض القضية فيه مرّةً أخرى. وبما لم يتناوله الحكم, فيجوز عرض القضية فيه.

**فمثلاً:** حكم صدر بصحة البيع من القاضي الشافعي.

ثمّ عرضت القضية بعد ذلك على قاضي مالكي أو حنفي مرتبطة بخيار المجلس, والمالكية والحنفية لا يقولون بخيار المجلس.

فالحكم لصحة البيع من القاضي الشافعي لا يمنع القاضي الحنفي والمالكي من أن يحكما بعدم صحة خيار المجلس.

لأنّ في الواقع الحكم بصحة البيع لم يتضمّن ولم يتناول الخيار.

لكن لو حكم القاضي الحنفي أو المالكي بعدم صحة خيار المجلس, وتضمّن هذا صحة البيع, فالحكم بعدم صحة خيار المجلس لا يمنع فقط إعادة النظر في خيار المجلس, وإنّما يمنع أيضاً النظر في صحة البيع.

أيضاً: قرّر الفقهاء أصلاً من الأصول وهو:

" أنّ القاضي كلّما استطاع أن يحكم بالموجب استطاع أن يحكم بالصحة, وكلّما استطاع أن يحكم بالصحة استطاع أن يحكم بالموجب".  
فهذا الأصل, لكن له بعض الاستثناءات.

فالعلاقة مطّردة بين الحكم بالموجب والحكم بالصحة, إلّا في بعض الاستثناءات, والاستثناءات التي ذكرها وهي:

1. إذا كان المطلوب من القاضي أن يحكم بالموجب فقط, يعني طلب من القاضي أن يحكم بما أقرّ به المدعى عليه أو بما أثبتته البيّنة.  
لكن لو فرض العكس:

أي كانت الخصومة منحصرة في مدى صحة التصرف, ولم يطلب المدعي إلزاماً وهو الموجب, إنّما حصل الخلاف في هل العقد صحيح أم لا؟ فقضى القاضي بصحة العقد, فهل يستطيع القاضي أن يقضي مع الصحة بالإلزام بالموجب, رغم أنّ الموجب لم يطلب؟ لا يستطيع, لأنّ القاضي لا يقضي إلّا فيما يطلبه الخصوم, فهو لا ينصّب نفسه خصماً فيطلب.

وفي الواقع هذا ليس باستثناء كما ذكروا . الحنفية بالذات . لأن الحكم مرتبط بمسألة أخرى , لأن هذا راجع إلى الخصوم: فإن لم يطلبوا الحكم بالموجب " الإلزام " فلن يحكم به, وإن طلبوه فسيحكم بالاثنتين الصحة والإلزام, فهذا في الحقيقة ليس باستثناء .

2- قالوا أيضاً: إن الحكم في الحدود كالزنا والسرقه... لا يجوز إلا بالموجب ولا يجوز بالصحة, لأن القاضي لا يملك أن يحكم بصحة الزنا أو بصحة السرقه.

وهذا في الواقع ليس بصحيح, لأن القاضي لا يقضي بصحة الزنا أو السرقه, وإنما يحكم بصحة توافر أركان جريمة الزنا وبصحة توقيع العقوبة, إذن فيه حكم بالصحة.

والخلاف هنا في الواقع خلاف لفظي, فالقاضي هنا سيحكم بصحة انطباق النصوص الواردة في الشريعة على الواقعة, فهذا ليس استثناءً أيضاً.

3- قالوا أيضاً: بالنسبة للفساد والبطلان:

فالحنفية يفرقون بين الاثنتين: فالباطل هو " ما لم يشرع لا بأصله ولا بوصفه " والفاسد " ما شرع بأصله دون وصفه " (1).

وقالوا: إن الفاسد يمكن أن يصح بالتنفيذ.

وقالوا: إن القاضي لا يحكم بالصحة في الفاسد, وإنما يحكم بالتنفيذ.

والشافعية ذكروا مثلاً يقترب من الحنفية في مسألة الفساد والبطلان في مسألة الخلع بأمر غير مشروع, كأن خالعت المرأة زوجها على إناء من الخمر, فالخلع هنا فسد, ولكن ترتب عليه آثارٌ صحيحة وهي وقوع الطلاق, والمرأة هنا بدلاً من أن تدفع بدلاً للخلع الفاسد تطالبه بمهر المثل إذا كان حصل الدخول بها ولم يُسم له مهر, إذ لا يوجد خلع, وقد وقع الطلاق من الرجل.

فقالوا في هذه الحالة: الحكم بعدم صحة الخلع . أو بفساده . يترتب عليه أثر صحيح وهو وقوع الطلاق, فالقاضي هنا يحكم بالموجب " وهو وقوع الطلاق " ولا يحكم بالصحة " وهو الخلع " (2).

الواقع: أن صحة المسألة هنا متعلقة بأمر آخر, وهو: أن الفقهاء قالوا: هذا عقد لم يصح, وتوافرت فيه شروط عقد آخر, فحولوه إلى عقد آخر.

(1) [ أنظر أصول الفقه: دراسة عامة للدكتور مصطفى ديب البغا: 240].

(2) [ أنظر كفاية الأحيار للحصني: 580].

فالخلع هنا لم يصح لأنه وقع بدله باطلاً، فانقلب هذا العقد إلى عقدٍ آخر وهو عقد طلاق عادي... بائن عند البعض... والمرأة تستحق فيه مهراً إذا كانت لم تقبض مهرها مثلاً، وليس عليها دفع شيء.

انتهى الكتاب بحمد الله وتوفيقٍ منه وبركة إن شاء الله