

الفصل الثانى

الدعوى ونظام القضاء فيها

ويشتمل على ما يأتى :

- ١ - بيان معنى الدعوى ، والفرق بينها وبين الإقرار والشهادة .
- ٢ - أركان الدعوى .
- ٣ - أهل الدعوى .
- ٤ - المدعى والمدعى عليه .
- ٥ - حكم الدعوى .
- ٦ - شروط صحة الحكم فى الدعوى .
- ٧ - هل يسقط الحق بتقادم الزمان ؟
- ٨ - نظام الفصل فى الدعوى .

الدعوى

معناها :

الدعوى فى اللغة : الطلب ، ومنه قوله تبارك وتعالى : ﴿ ولهم ما يدعون ﴾ وجمع الدعوى دعاوى بفتح الواو وكسرها .

وفى الشرع : إخبار عن ثبوت حق على غيره ، عند حاكم ، أو محكم ، أو سيد ، أو ذى قوة غالبية على غيره .

وسواء أكان ثبوت الحكم له أم لموكله ، لأن الدعوى يصح فيها التوكيل ، ولا بد أن يكون الغير منكرا للحق المدعى ، أو مقرا به لكنه ممتنع ، وأما إذا لم يكن كذلك فلا فائدة فى الدعوى ، ولهذا عرقها بعض العلماء بأنها : " مطالبة بحق لازم ، حال ، عند قاض على منكر ، أو مقر ممتنع بشروط " .

وقد اشترط بعض العلماء — كما هو مبين فى التعريف الأول — أن تكون الدعوى إخبارا عند حاكم ، أو محكم ، أو سيد كالإدعاء على عبد عند سيده ، وهذا أيام وجود الرق ، لكن الآن — بحسب ما نعلم — لا يوجد رقيق ، إلا فى بعض بلاد قليلة ، فى إفريقيا نسمع أن الرق لازال موجودا بها ، بعيدا عن أعين حكوماتها ، أو تكون إخبارا عند ذى شوكة ، أى شخص له قوة تمكنه من إيصال الحقوق إلى أربابها بعد أن يحكم بها ، وهو فى ناحية انقطع غوث الحاكم عنها ، كالأماكن البعيدة فى الصحراء الشاسعة أو فى الغابات المترامية الأطراف ، ولم يرجع الناس إلا إليه ، فإذا لم تكن الدعوى عند واحد من هؤلاء فلا تسمى دعوى عند البعض من العلماء .

وسميت الدعوى بهذا الاسم لأن المدعى يدعو صاحبه إلى مجلس الحكم ليخرج عن دعواه (١).

الفرق بين الدعوى والإقرار والشهادة :

الفرق بين الدعوى ، والإقرار ، والشهادة ، أن الدعوى إخبار بحق له على غيره ، والإقرار إخبار بحق لغيره عليه ، والشهادة إخبار بحق لغيره على غيره .

أركان الدعوى :

الركن هو ما لا بد منه وكان جزءا من حقيقة الشيء ، فالركوع مثلا لا بد منه في الصلاة ، وهو جزء من حقيقتها ، ولهذا يسمى ركنا من أركان الصلاة ، وأما إذا كان الشيء لا بد منه لكنه ليس جزءا من الحقيقة ، بل خارجا عنها ، فيسميه العلماء شرطا ، كالوضوء لا بد منه لصحة الصلاة ، لكنه ليس جزءا من حقيقة الصلاة بل هو خارج عنها ، ولهذا فهو شرط من شروط صحة الصلاة ، وليس ركنا من أركانها .

وأركان الدعوى أى الأمور التى لا بد منها وداخلتها فى حقيقتها هى :

١ - القول الطالب للحق ، المقبول ، بأن يكون ملزما بشئ على الخصم وغير ذلك لا يسمى دعوى .

٢ - إضافة الحق لنفسه ، أو لمن ناب عنه .

أهل الدعوى :

يرى الحنفية أن أهل الدعوى هو العاقل المميز ، ولو صبيا إذا كان مأذونا له فى الخصومة ، وأما إذا لم يكن مأذونا له فى الخصومة فلا يكون من أهل الدعوى .

(١) حاشية الشرقاوى على شرح التحرير للشيخ زكريا الأنصارى ، ج ٢ ، ص ٥٠٩ ،

مطبعة دار إحياء الكتب العربية ، ونهاية المحتاج للرملى ، ج ٨ ، ص ٣٣٣ .

وأما الشافعية فيرون أنه لابد أن يكون المدعى بالغا عاقلا ، وأما المدعى فتصح الدعوى عليه ولو كان صبيا أو مجنونا ، ما دام مع المدعى بينة ويحلف المدعى أيضا مع البينة ، وإلا فلا تسمع الدعوى على المعتمد في فقه الشافعية (١) .

طرفا الخصومة في الدعوى :

طرفا الخصومة في الدعوى هما : المدعى ، والمدعى عليه ، ولابد من تعريف كل منهما ، لأن القاضي سيطالب المدعى بالبينة (الشهود) (٢) ، فإذا أقام البينة حكم له القاضي ، وإذا لم يقم البينة طلب اليمين من المدعى عليه .

والأصل في هذا أحاديث عن رسول الله ﷺ ، كما في سنن البيهقي من حديث ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ، ولكن البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر " .

وقد صرح الحافظ ابن حجر بأن إسناده هذا الحديث عند البيهقي إسناده صحيح (٣) ، لكن الأصيلي زعم أن قوله : " البينة على المدعى واليمين على من أنكر " إيراد في الحديث (١) .

(١) المجانى للزهرية لمحمد صالح عبد الفتاح بن إبراهيم الجارم على الفواكه الدرية لمحمد بن محمد بن خليل المعروف بابن الغرس ، ص ٨٨ ، والشرقاوى على . التحرير ، ج ٢ ، ص ٥١٠ .

(٢) سميت البينة بينة وهى الشهود عند الجمهور ، لأنها تبين عن الحق ، وتوضحه بعد خفائه ، من قولهم : بان الشيء إذا طهر .

ومن المعلوم أن تبين الحق إنما هو بعد أداء الشهادة ، فهم قبل الأداء شهود ، وبعد الأداء بينة ، وتسميتهم شهودا بعد أداء الشهادة باعتبار ما كان ، وتسميتهم بينة قبل الأداء باعتبار ما ينول إليه ، حاشية الشارقى على التحرير ، ج ٢ ، ص ٥٠٩ .

(٣) الحديث الصحيح : هو ما اتصل بسنده بنقل العدل الضابط ضبطا تاما عن مثله إلى منتهى السند من غير شذوذ ولا علة قاذحة .

وروى ابن حبان عن ابن عمر نحو هذا الحديث ، وروى الترمذى نحوه أيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .
وهو فى صحيح البخارى ومسلم من حديث ابن عباس أيضا بلفظ :
" ولكن اليمين على المدعى عليه " (١) .

وقد بين العلماء أن الحكمة فى كون البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، أن جانب المدعى ضعيف ، لأن دعواه تخالف الأصل ، لأن الأصل براءة الذمة ، فكلّف اتّحجة القوية ، وهى البينة لبعدها عن التهمة ، وجانب المنكر (المدعى عليه) قوى ، لموافقته للأصل ، وهو براءة الذمة ، فاكتفى منه بالحجة الضعيفة — وهى اليمين — لقربها من التهمة ، فجعلت الحجة القوية فى الجانب الضعيف ، والضعيفة فى الجانب القوى ، ليحصل التعادل بينهما (٢) .

فلا بد — إذن — من تحديد معنى كل من المدعى ، والمدعى عليه .
معنى المدعى والمدعى عليه :

اختلفت عبارات العلماء فى تعريف المدعى ، والمدعى عليه ، فبعضهم عرف المدعى بأنه : " من خالف قوله الظاهر " ، والمدعى عليه بأنه : " من وافق قوله الظاهر " ، وقيل : المدعى هو : " من لا

(١) الإدراج فى متن الحديث معناه : أن يضيف الراوى شيئا من كلامه أو كلام غيره من غير فصل بين الحديث وبين ذلك الكلام ، فيتوهم السامع أن هذا الكلام المدرج من كلام الرسول ﷺ ، فيرويه مرفوعا . مصطلح الحديث للشهاوى ، ص ٤٠ .
(٢) نيل الأوطار للشوكانى ، ج ٩ ، ص ٢٢٠ ، وسبل السلام للصنعانى ، ج ٤ ، ص ١٣٢ .

(٣) حاشية الشرقاوى على شرح التحرير ، ج ٢ ، ص ٥٠٩ ، ومسالك الدلالة فى شرح متن الرسالة ، لأحمد بن محمد بن الصديق ، ص ٣١٦ .

يجبر على الخصومة إذا تركها " ، والمدعى عليه : " من إذا ترك الخصومة يجبر عليها " .

وقيل المدعى : " من لا يستحق إلا بحجة ، " والمدعى عليه " من يستحق بقوله من غير حجة " .

وقال محمد بن الحسن : المدعى عليه هو المنكر ، ويدل لهذا ما ورد من قول النبي ﷺ : " واليمين على من أنكر " ، وروى " اليمين على المدعى عليه " ، ولكن كما قال علماء الحنفية الشأن فى معرفة المنكر والترجيح بين المدعى والمدعى عليه بالفقه يعنى إذا تعارضت الجهتان : أى جهة الإدعاء ، الصورة وجهة الإنكار المعنوى فالترجيح يكون بالمعنى ، لأن الاعتبار للمعنى دون الصور .

وضربوا مثلاً لذلك بالمودع — بفتح الدال — إذا قال : رددت الوديعة فهو من حيث الصورة يدعى رد الوديعة ، فهو مدع صورة ، لكنه من حيث المعنى ينكر ضمان الوديعة ، فهو من ناحية المعنى مدعى عليه .

ولهذا قال الحنفية : إن القول قول المودع — بفتح الدال — مع يمينه ، لأنه من حيث المعنى منكر لضمان الوديعة ، فيأخذ حكم المدعى عليه ، ولا اعتبار بكونه مدعياً من حيث الصورة ، فهو من حيث الصورة يدعى رد الوديعة ، فلا اعتبار بذلك ، لكن لو أقام المودع — بفتح الدال — بينة قبلت بينته ، لأن البينة تقبل لدفع اليمين كما قال الحنفية ، ولهذا قالوا فى مسألة اختلاف الزوجين فى قدر المهر فدعت المرأة الزيادة فإذا أقامت بينة ، قبلت ، وإن أقام الزوج بينة ، تقبل أيضاً ، قالوا لأن البينة تقبل لدفع اليمين ^(١) .

(١) نتائج الأفكار ، تكملة فتح القدير ، لأحمد بن قويدر ، ج ٨ ، ص ١٥٧ .

هذه بعض أقوال العلماء — رضى الله عنهم — فى معنى المدعى والمدعى عليه ، وقيل غير ذلك (١) .

حكم الدعوى :

حكم الدعوى هو وجوب الجواب على الخصم وهو المدعى عليه بلا أو نعم ، فإذا أقر بما يدعيه المدعى ثبت المدعى به ، وإن أنكر قال القاضى للمدعى : ألك بينة ؟ (شهود) ، فإن قال : لا ، قال القاضى — استحبابا — لك يمينه ، ولو سكت المدعى عليه فإن سكوته يعد إنكارا للدعوى فتسمع البينة عليه ، إلا إذا كان أخرساً (٢) .

الدعوى إما صحيحة أو فاسدة :

الدعوى إما أن تكون صحيحة أو فاسدة ، فالصحيحة : هى ما يتعلق بها أحكامها ، من إحضار الخصم ، والمطالبة بالجواب ، ووجوب الجواب ، واليمين إذا أنكر ولا برهان ، والإثبات بالبينة ، ولزوم إحضار المدعى به إن كان نقلياً لا يتعسر نقله .

وأما الدعوى الفاسدة فهى بخلاف ذلك ، وفسادها يكون بفقد أحد الشروط التى اشترطها العلماء لصحة الدعوى ، وإليك بياناً لهذه الشروط .

(١) حاشية الشرقاوى على شرح التحرير ، ج ٢ ، ص ٥٠٩ ، والمجانبى الزهرية على

الفواكه البدرية ، ص ٦٣ ، مطبعة النيل .

(٢) المجانبى الزهرية ، على الفواكه البدرية ، ص ٨٨ .

شروط صحة الحكم فى الدعوى

يشترط لصحة الحكم فى الدعوى عدة شروط :

الشرط الأول : عند بعض العلماء : حضور الخصم المدعى عليه :

يرى فريق من العلماء أنه يشترط لصحة الحكم فى الدعوى حضور الخصم المدعى عليه ، والخصم المدعى عليه إما أن يكون أصيلاً أى هو بذاته ، أو وكيلًا عن الأصيل ، أو وصياً ، أو ولياً ، أو وارثاً ، أو من بينه وبين الغائب اتصال فى المدعى به ، كما لو كفل شخص شخصاً آخر فى دين ، فالخصم هنا هو المدين المكفول عنه ، وقد ناب عنه الكفيل لما بينهما من الاتصال فى الدين المدعى به عليه بحكم الكفالة .

فلا يصح القضاء على الغائب عند فريق من العلماء ، فإذا ادعى شخص حقاً على شخص آخر غائب فى بلد آخر بعيد وطلب من الحاكم سماع البينة والحكم بها عليه ، فلا يصح القضاء على هذا الغائب ، وهذه مسألة مختلف فيها بين العلماء ، وإليك بياناً لما يراه العلماء فيه .

آراء العلماء فى القضاء على الغائب :

اختلف العلماء فى القضاء على الغائب على رأيين :

الرأى الأول : أنه لا يصح القضاء بشئ على الغائب ، وهذا ما يراه أبو حنيفة ، وابن الماجشون من المالكية ، ونقل عن أحمد بن حنبل ، وابن أبى ليلى ، والثورى هذا الرأى أيضاً .

الرأى الثانى : يصح القضاء على الغائب فى حقوق الآدميين ، ولا يقضى عليه فى حدود الله تعالى ، وهو ما يراه الشافعى ، والظاهرية وجمهور العلماء (١) .

وقبل أن نبين أدلة كل فريق نحب أن نبين عدة صور اتفق عليها أبو حنيفة والشافعى فقد اتفقا على أنه :

أ - لو ادعى رجل على وارث مالا ، كان له على أبيه ، وللميت ورثة غائبون وأقام المدعى بينة على دعواه ، فإنه يحكم القاضى بالبينة على الحاضر والغائب وعلى الميت .

ب - لو ثبت عند القاضى على شخص أنه مفقود ، ولهذا الشخص مال مودع عند رجل ، فإن القاضى يحكم للزوجة والأولاد بنفقتهم ، ويصح أيضا أن يباع عقاره لذلك .

ج - لو لحق المرتد بدار الحرب (٢) ، فجاءت زوجته تطلب الحكم بالتفريق بينهما ، فإنه يحكم القاضى لها بالبينة إذا أقامت بذلك بينة .

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ، ج ١٢ ، ص ٨ ، المطبعة المصرية ، وقوانين الأحكام الشرعية لمحمد بن جزى ، ص ٣٠٦ ، ومغنى المحتاج لمحمد الشربيني الخطيب ، ج ٤ ، ص ٤١٤ ، والشرح الصغير للدردير ، ج ٥ ، ص ٢٥ ، مطبعة المدنى ، والمغنى ، ج ١١ ، ص ٤١٢ ، ٤٨٥ ، والمحلى على المنهاج ، ج ٤ ، ص ٣٠٨ ، والمحلى لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٣٦٦ ، ونتائج الأفكار (تكملة فتح القدير) ، ج ٨ ، ص ١٥٣ ، ووسائل الشيعة للحر العاملى ، ج ٨ ، ص ٣١٦ .

(٢) دار الحرب أو دار الفكر بمعنى واحد ، وهو دولة الكفر وما يتبعها كذلك من أرض تخضع لسيادتها .

د - لو كان الشخص غائبا عن المجلس لكنه حاضر في البلد لا يجوز القضاء عليه ، لأنه يمكن للقاضي أن يحضره ^(١) .

هذه بعض صور متفق على حكمها في الفقه الحنفى والشافعى ،
وننتقل بعد ذلك إلى بيان أدلة الفريقين :

أدلة القائلين بجواز الحكم على الغائب :

أولا : عموم الأدلة كقول الله تعالى : ﴿ وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ ، ولم يفصل النص الكريم بين الحاضر وغيره ، وقوله عز وجل : ﴿ كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ ﴾ ، فلم يخص الله تبارك وتعالى حاضرا من غائب .

ثانيا : صح عن رسول الله ﷺ أنه حكم على الغائب ، كما حدث في حادثة العرنين الذين قتلوا الرعاء ، وسملوا أعينهم ، وفروا ، فأرسل إليهم القائف يتبعهم وهم غيب ، حتى أدركوا ، واقتص منهم .

ثالثا : ثبت أن رسول الله ﷺ قال لأولياء عبد الله بن سهل ؓ الذى وجد مقتولا في خيبر ^(٢) وادعوا أن أهل خيبر قتلوه ، قال لهم الرسول ﷺ : يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته " ^(٣) .

رابعا : صح عن عمر ، وعثمان - رضى الله عنهما - القضاء على الغائب ، ولا مخالف لهما من الصحابة .

خامسا : القياس ، فإن الدعوى تسمع على الميت والصغير ، مع أنهما أعجز عن الدفع من الغائب ، فيقاس الغائب عليهما .

(١) أدب للقاضي ، لأحمد بن أبى أحمد ، المعروف بابن القاص ، ج ٢ ، ص ٣٦٠ - ٣٦٢ .

(٢) نيل الأوطار للريفي ، ج ٧ ، ص ١٨٣ ، ١٨٤ ، والمحلّى ، لابن حزم ، ج ٩ ص ٣٦٩ .

(٣) الرمة : الحبل الذى يربط به من وجب عليه القصاص ، المغنى ، ج ٨ ، ص ٧٧ .

سادسا : المدعى له بينة مسموعة عادلة فجاز الحكم بها كما لو كان الخصم حاضرا (١).

سابعا : ما روته عائشة زوج رسول الله ﷺ ورضى الله عنها ، قالت : دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله ﷺ ، فقالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفى بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه ، فهل على في ذلك من جناح ؟ فقال رسول الله ﷺ : " خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى بنيك " (٢).

فقد بين رسول الله ﷺ أن لها أن تأخذ من مال أبي سفيان ، وهذا قضاء عليه في غيابه .

الإجابة عن حديث هند :

أجاب القائلون بعدم جواز الحكم على الغائب عن الاستدلال بحديث هند ، بأن هذا الحديث لا يدل لمخالفهم ، لأن ما قاله الرسول ﷺ لهند لم يكن قضاء ، وإنما كان فتوى ، أو إعانة لها على أخذ ماله ، قالوا : لأن هذا لم تدع الزوجية (٣) ، ولم تقم البينة (٤).

ومع أن الإمام النووي رضى الله تعالى عنه من فقهاء الشافعية وهم من القائلين بصحة القضاء على الغائب فإنه لا يوافق على الاستدلال بحديث هند على صحة القضاء على الغائب ، لأن قضية هند كانت بمكة

(١) المغنى ، ج ١١ ، ص ٤٨٥ ، والمطلى لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٣٦٩ .

(٢) صحيح مسلم ، بشرح النووي ، ج ١٢ ، ص ٧ .

(٣) أى أن زوجها معروف ، فلم تقل : زوجى فلان ، فالزوجية معروفة ليست محل دعواها .

(٤) شرح الكنز لمحمود العيني ، ج ٢ ، ص ٩١ ، والمهذب للشيرازي ، ج ٢ ، ص ٣٠٣ .

وكان زوجها أبو سفيان حاضرا بها لا غائبا عنها ، وشرط القضاء على الغائب أن يكون غائبا عن البلد ، أو مستترا لا يقدّر عليه ، أو متعززا ، وهذا الشرط غير متحقق في هذه القضية ، لأن أبا سفيان موجود فالحكم عليه ليس غايبا ، فلا يكون هذا من رسول الله ﷺ قضاء على الغائب ، وإنما هو إفتاء منه ﷺ (١) أى أن هند جاءت طالبة للفتوى وليست طالبة لأن يقضى لها رسول الله ﷺ على زوجها أبى سفيان .

وأیضا مما يؤكد أنها جاءت مستفتية أنها قالت : فهل على جناح ؟

أدلة المانعين للحكم على الغائب :

استدل المانعون للحكم على الغائب بالأدلة الآتية :

أولا : قول الله تبارك وتعالى : ﴿ وَإِذَا دَعَا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكَمْ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ ﴾ .

فالأية الكريمة ذمتهم لإعراضهم إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم ، وهذا يدل على أنه يجب عليهم أن يحضروا للحكم ، ولو نفذ الحكم مع الغيبة ، لم يجب الحضور ولم يستحقوا الذم ، فدل هذا على عدم جواز الحكم على الغائب (٢) .

مناقشة الاستدلال :

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال : بأنه لا منافاة بين ذمهم على عدم الحضور . لأنه واجب عليهم ونفوذ الحكم عليهم عند الغيبة ، فيمكن أن يجتمع الأمران : الذم على عدم الحضور ، ونفوذ الحكم مع الغيبة .

ثانيا : ما روى أن رسول الله ﷺ قال لعلى بن أبى طالب عليه السلام : " لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر ، فإنك إذا سمعت

(١) صحيح مسلم ، بشرح النووي ، ج ١٢ ، ص ٨ .

(٢) أدب القضاء ، لابن أبى الدم ، القسم الدراسى لمحقق الكتاب ، ج ١ ، ص ١٥٨ .

كلام الآخر علمت كيف تقضى " . رواه أحمد وأبو داود ، والترمذى بمعناه ، وقال فيه الترمذى : هذا حديث حسن صحيح . فسماع كلام الآخر مستلزم لحضوره .

مناقشة الاستدلال بالحديث :

أجاب المخالفون عن الاستدلال بهذا الحديث بأننا نقول به إذا تقاضى إليه رجلان لم يجز الحكم قبل سماع كلام كل منهما ، وهذا يقتضى أن يكونا حاضرين ، ويفارق الحاضر الغائب ، فإن البينة لا تسمع على حاضر إلا بحضرته ، والغائب بخلافه .

قال ابن حزم بعد فرض أن هذا الحديث وما يفيد معناه صحيح : " لو صحت الأخبار لما كان بها متعلق أصلا ، لأنه ليس فيها أن لا يقضى على غائب ، بل فيها أن لا يقضى على حاضر بدعوى خصمه ، دون سماع حجته ، وهذا شئ لا نخالفهم فيه ، ولا يجوز أن يقضى على حاضر ولا غائب بقول خصمه ، لكن بالذى أمر الله تعالى به من البينة العادلة فقط " (١) .

ثالثا : ما روى عن عمرو بن عثمان بن عفان ، قال : أتى عمر بن الخطاب رجل " قد فقئت عينه ، فقال له عمر : تحضر خصمك ، فقال له : يا أمير المؤمنين أما بك من الغضب إلا ما أرى ؟ فقال له عمر : فلعلك قد فقأت عيني خصمك معا ، فحضر خصمه قد فقئت عيناه ، فقال عمر : إذا سمعت حجة الآخر بان القضاء .

قال المستدلون بهذا : ولا يعلم لعمر بن الخطاب فى ذلك مخالف من الصحابة (٢) ، وقد أجاب ابن حزم على هذا بعدة أمور :

(١) المحلى لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٣٦٨ .

(٢) المحلى لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٣٦٨ .

أولاً : لا يصح هذا عن عمر ، لأن هذا مروي من طريق محمد الغفاري عن ابن أبي ، ذنب الجهني ، وهما مجهولان ، وجهالة الراوي ترد الحديث ، قال ابن حزم : " لا يدرى من هما في خلق الله تعالى " .
ثانياً : هذا الأثر مروي عن عمرو بن عثمان بن عفان عن عمر بن الخطاب ، وهذا كذب ، لأن عمرو بن عثمان بن عفان لم يولد إلا ليلة موت عمر .

ثالثاً : على فرض صحة ما نقل عن عمر فليس فيه إلا أنه لا يقضى على غائب بدعوى خصمه ، وهذا حق لا ينكر .
رابعاً : أن النخل الصحيح عن عمر وعثمان أنهما قضيا على الغائب إذا صح الحق ، ولم يصح عن أحد من الصحابة خلاف ذلك ^(١) .

رابعاً : القضاء إنما هو لقطع المنازعة ، ولا توجد منازعة هنا لعدم الإنكار .

خامساً : القضاء على الغائب قضاء لأحد الخصمين وحده ، فلا يجوز ، كما لو كان الآخر في البلد .

سادساً : يجوز أن يكون للغائب ما يبطل البينة ، ويقدر فيها فلم يجر الحكم عليه .

مناقشة هذه الاستدلالات :

أجيب عن هذا الاستدلال بأن : أبا حنيفة ناقض الأصل الذي يقول به ، فقال إذا جاءت امرأة فادعت أن لها زوجاً غائباً ، وله مال في يد رجل ، وتحتاج إلى النفقة فاعترف لها بذلك ، فإن الحاكم يقضى عليه بالنفقة .

(١) المصدر السابق .

ونرى الأخذ بالرأى القائل بصحة القضاء على الغائب بعد محاولات إحضاره ما دامت البيئة موجودة ، لكى لا تضيع حقوق الناس ، والعصر الذى نعيش فيه شاهد على حالات كثيرة يستولى فيها بعض الناس على أموال الآخرين لاستثمارها - ظاهرا - فى تجارة أو غيرها ، ثم يهرب ، فهل تضيع حقوق الناس بحجة عدم القضاء على الغائب أم ينظر القاضى فى القضية ويطلب البيئة ، فإذا قامت البيئة حكم القاضى بمقتضاها ، وسنجد - كما سنبين - أن بعض فقهاء الحنفية يرى القضاء على الغائب مخالفا بهذا رأى إمامه أبى حنيفة رحمته الله .

وقد دافع ابن حزم الظاهرى بعباراته الهجومية المألوفة منه عن الرأى القائل بصحة القضاء على الغائب ، قال : " وما ندرى فى الضلال أعظم من مثل حاكم شهد عنده العدول بأن فلانا الغائب قتل زيدا عمدا أو خطأ ، أو أنه غصب هذه الحرة ، أو تملكها ، أو أنه طلق امرأته ثلاثا ، أو أنه غصب هذه الأمة (الجارية) من هذا ، أو تملك مسجدا ، أو مقبرة ، فلا يلتفت إلى كل ذلك ، وتبقى فى ملكه الحرة ، والفرج الحرام ، والمال الحرام ، ألا إن هذا هو الضلال المبين ، والجور المتيقن ، والفسق المتين ، والتعاون على الإثم والعدوان " (١) .

اضطراب فقهاء الحنفية فى مسائل الحكم على الغائب :

مع أنه صح النقل عن أبى حنيفة رحمته الله أنه كان يرى أنه لا يقضى على الغائب بشئ ، فإن فقهاء الحنفية قد اضطربت آراؤهم وبياناتهم فى مسائل الحكم للغائب وعليه ، ولم ينقل عنهم أصل قوى ظاهر تبين عليه

(١) المحلى لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٣٦٩ .

الفروع بلا اضطراب ولا إشكال كما قرر ذلك صاحب كتاب جامع الفصولين ، وهو من كبار فقهاء الحنفية ، واستظهر أن القاضي عليه أن يتأمل فى الوقائع التى تعرض عليه ، ويحتاط للحقوق حتى لا تضيع ، ويلاحظ الحرج الذى يمكن أن يحدث للمتخاصمين ، ويقدر الضروريات ، فيقضى بحسبها جوازا وفسادا وذكر مثالين لهذا :

المثال الأول : لو طلق الزوج زوجته عند العدول ، ثم غاب الزوج عن البلد ، ولا يعرف مكانه ، أو كان مكانه معروفا ، ولكن القاضي لا يستطيع إحضاره ، ولا تستطيع الزوجة أن تسافر إليه هى أو وكيلها لبعده الشاسع ، أو لأى مانع آخر .

المثال الثانى : لو غاب المدين وله نقد فى البلد .

ويرى صاحب جامع الفصولين أنه فى مثل هذين المثالين لو أقام الخصم البرهان على الغائب ، بحيث اطمأن قلب القاضي وغلب على ظنه أنه حق لا تزوير فيه ولا حيلة ، فينبغى للقاضى أن يحكم على الغائب أو له ، وكذلك ينبغى للمفتى أن يفتى بجواز ذلك ، دفعا للحرج عن الناس والضرورات ، وصيانة للحقوق عن الضياع ، خاصة وأن مسألة القضاء على الغائب من المسائل الظنية الاجتهادية ، وذهب إلى جواز الحكم على الغائب الأئمة الثلاثة : مالك والشافعى وأحمد ، وفيها روايتان عن فقهاء الحنفية ، ثم قال : " والأحوط أن ينصب عن الغائب وكيل يعرف أنه يراعى الغائب ، ولا يفرط فى حقه " (١) .

(١) جامع الفصولين ، لمحمود بن إسرائيل ، لشهير بابن القاضي سماونة ، ج ١ ، ص ٤٣ ، طبعة أولى ، والمجانى الزهرية على الفواكه للبدرية لابن الغرس ، ص ٩٦ .

الغائب عند الملكية :

بين فقهاء الملكية أن الغائب إما أن يكون قريب الغيبة ، كما لو كانت المسافة بيننا وبينه تستغرق يومين أو ثلاثة (بوسائل البدائية أى بالحيوانات) وإما أن يكون بعيدا جدا ، كالبعد بين تونس والمدينة المنورة .

فإذا كان قريب الغيبة فحكمه الحكم الحاضر فى سماع الدعوى عليه والبيئة ، ثم يرسل إليه القاضى يخبره إما أن يقدم إلى مقر القاضى ، أو يوكل عنه وكىلا فى الدعوى ، فإذا لم يقدم ولا وكل عنه وكىلا حكم عليه القاضى .

وأما إن كان بعيد الغيبة جدا فالقاضى يقضى عليه بعد سماع الشهود وتركيتهم - بيمين القضاء من المدعى أن حقه ثابت على المدعى عليه ، وأنه ما برأه به ، ولا وكل الغائب شخصا يقضى هذا الحق عنه ، ولا أحاله على أحد فى جميع هذا الحق ولا بعضه . وبين الملكية أن يمين القضاء واجبة لا يتم حكم القاضى إلا بها ، كما هو المذهب عندهم ^(١) .

الغائب عند الشافعية :

الغائب الذى يحكم عليه عند الشافعية نوعان :

النوع الأول : من كانت المسافة بين القاضى وبينه فوق

مسافة العدوى ، ويحددون مسافة العدوى ، بأنها المسافة التى لو خرج مبكرا ^(٢) لبلد القضاء لرجع إليها فى يومه ^(٣) بعد فراغ زمن المخاصمة

(١) الشرح الصغير ، ج ٥ ، ص ٢٤ ، ٢٥ مطبعة صبيح .

(٢) التبكير كما قال الشافعى إما أن يكون معناه الخروج عقب طلوع الفجر ، وهذا أخذا مما قالوه فى صلاة الجمعة ، فإن التبكير فيها يدخل وقته من طلوع الفجر ، أو يكون معناه التبكير فى عرف الناس ، وهو الخروج قبيل طلوع الشمس . الحمل على المنهج ، ج ٥ ، ص ٣٦٤ .

(٣) للفر الذى ينتهى به سفر الناس غالبه هو أوائل الليل .

المعتدلة من دعوى ، وجواب ، وإقامة بينة حاضرة ، وتعديلها ، قالوا :
والعبرة بسير الأتقال لأنه منضبط ^(١) .

وقيل أن يكون بينه وبين القاضى مسافة القصر ، وهى ثلاثة
وثمانون كيلو مترا تقريبا ، كالمسافة بين مكة وجدة ، عندما كانت كذلك
قبل أن ترحف المساكن من المدينتين ، لكن (المسافة الآن قد قلت عن
ثمانين كيلو مترا بين جدة ومكة) .

وتحديد المسافة بما بين مكة وجدة مبين فى حديث رواه البخارى
عن عبد الله بن عباس تعليقا أنه سئل أتقصر الصلاة من مكة إلى
عرفة ؟ قال : لا ، ولكن إلى عسفان ، وإلى جدة ، وإلى الطائف ، قلل
الصنعانى بعد أن ذكر هذا : " وهذه الأمكنة بين كل واحد منها وبين
مكة أربعة برد فما فوقها " ^(٢) .

النوع الثانى : الحاضر فى البلد لكنه توارى ، أو تعزز ، وعجز
القاضى عن إحضاره ، فهذا أيضا يعد غائبا ويحكم القاضى عليه ،
لتعذر الوصول إليه ، وإلا لاتخذ الناس ذلك ذريعة إلى إبطال الحقوق .

(١) سميت مسافة العدوى بهذا — كما قال بعض العلماء — لأن القاضى يعدى أى يعين
من طلب خصما منها على إحضاره ، وقد علق على هذا بعض آخر من العلماء
فقال ، " ولعل هذا تفسير باللازم ، وإلا فمعنى أعدى : أزال العبدوان ، كما أن
اشتكى أزال الشكوى ، وفى المصباح : واستعديت الأمير على الظالم طلبت منه
النصرة ، فأعدائى عليه أعاننى ونصرنى ، فاستعدى طلبت التقوية والنصرة .
والاسم العدوى ، قال ابن فارس : العدوى طلبك إلى وال ليعديك على من ظلمك ،
أى ينتقم منه باعتدائه عليك ، والنقهاء يقولون : إلى مسافة العدوى ، وكأنهم
استعاروها من هذه العدوى ، لأن صاحبها يصل فيها الذهاب والعود بعد يوم واحد ،
لما فيه من القوة والجلادة . حاشية الجمل على المنهج ، ج ٥ ، ص ٣٦٤ .

(٢) سر السلام للصنعانى ج ٢ ص ٤٠ .

وأما غير هذين فلا تسمع الحجة ، ولا يحكم عليه إلا بحضوره ،
كما هو مبين في فقه الشافعية (١) .

وأكثر أهل العلم يرون أن الحاضر في البلد أو قريب منه إذا لم
يتمتع من الحضور لا يقضى عليه قبل أن يحضر أمام القاضي ، لأنه
يمكن سؤاله ، فلا يجوز الحكم عليه قبل سؤاله كالحاضر الذي يحضر
مجلس القاضي ، ولا يصح القياس على الغائب البعيد ، لأن البعيد لا
يتيسر سؤاله .

أما لو امتنع المدعى عليه من الحضور ، أو توارى فيجوز القداء
عليه ، لأنه تعذر حضوره وسؤاله أما القاضي ، فجاز القضاء عليه
كالغائب البعيد ، بل هذا أولى ، لأن الغائب البعيد معذور ، وهذا لا
عذر له (٢) .

شروط القضاء على الغائب عند القائلين به :

الشرط الأول : تعسر إحضار المدعى عليه .

الشرط الثاني : أن يكون المدعى به حقا لادعى ، فإن كان نقا
خالصا لله تبارك وتعالى فلا يصح القضاء به على الغائب ، كحد شرب
الخمير ، والزنا ، وذلك لأن حقوق الله تعالى مبنية على المستامحة ،
بخلاف حقوق الآدميين ، فإذا قامت بينة على غائب بسرقة مال ، حكم
للقاضي بالمال دون عقوبة السرقة وهي قطع اليد ، لأن العقوبة هنا هي
حق من حقوق الله تبارك وتعالى ، وأما المال فهو حق الإنسان (٣)

(١) الغاية القصوى في دراية الفتوى ، لعبد الله بن عمر البضاوى ، تحقيق على بن
الدين على القرعة داغى ، ج ٢ ، ص ١٠١٢ ، وحاشية الجمل على شرح المنهج
لذكرى الأنصارى ، ج ٥ ، ص ٣٥٩ ، ٣٦٠ مطبعة مصطفى محمد .

(٢) المغنى ، ج ١١ ، ص ٤٨٧ .

(٣) المصدر السابق ، ج ١١ ، ص ٤٨٦ .

ويرى الشافعية جواز القضاء على الغائب فى حد القذف ، لأن حد القذف فيه حقان : حق الله تبارك وتعالى ، وحق للعبد ، لكن حق العبد أغلب عند الشافعية ولهذا جاز القضاء فيه على الغائب (١) .

الشرط الثالث : أن يصرح المدعى بالدعوى ، ويعين المدعى به من ناحية القدر ، والجنس .

الشرط الرابع : أن يقيم المدعى البينة ، وهل يقوم القاضى باستحلاف المدعى مع بينته أم لا ؟ للعلماء فى هذا رأيان : أحدهما : أنه لا يستحلف المدعى مع بينته ، وهذا منقول عن أحمد فى أشهر روايتين عنه .

وقد استند هذا رأى إلى ما يأتى :

أولا : ما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال : " البينة على المدعى ، واليمين على المدعى عليه " .

ثانيا : البينة التى أقامها المدعى بينة عادلة ، وما دامت بينة عادلة لا تجب اليمين معها ، كما لو كانت اليمين على الحاضر .
الرأى الثانى : يستحلف المدعى مع بينته ، وهذا ما يراه الشافعى ، ورواية ثانية عند أحمد ، ويراه المالكية كما سبق أن بينا .
وقد استند هذا رأى إلى ما يلى :

أولا : يجوز أن يكون المدعى قد استوفى ما قامت به البينة ، أو ملكه العين التى قامت بها البينة ، ولو كان المدعى عليه حاضرا فادعى ذلك لوجبت اليمين ، فإذا تعذر ذلك فيه لغيابه وجب أن يقوم القاضى مقامه فى الأمور التى يمكن أن يدعيها الغائب .

(١) فتاوى الإمام النووى المسمى المسائل الحثورة ، ص ١٦٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

ثانيا : القاضى مأمور بالاحتياط فى حق الغائب ، لأنه لا يعبر عن نفسه ، واستحلاف المدعى من الاحتياط (١) .

لا يحلف المدعى على حاضره إذا أقام البينة :

العلماء الذين يرون استحلاف المدعى على الغائب مع وجود البينة إنما قالوا ذلك احتياطاً للغائب ، لأنه يجوز أن يكون قد حدث بعد ثبوته بالبينة إبراء من هذا الحق ، أو قضاء ، أو حوالة ، وأما إذا كانت الدعوى على حاضر ، وأقام المدعى البينة فليس للقاضى تحليف المدعى مع البينة ، حتى لو ارتأى القاضى ، وما على القاضى عند الارتياح إلا أن يحتاط فى البحث عن حال الشهود .

نصب " مسخر " يقوم مقام الغائب :

يرى بعض العلماء أنه فى حالة نظر الدعوى على غائب يستحب للقاضى أن ينصب مسخرا ، أى شخصا يقوم مقام المدعى عليه للغائب ينكر ما يدعى المدعى نيابة عن الغائب بأن يقول للمدعى : ليس لك عليه ما تدعيه ، وذلك لكى تكون الحجة التى يقيمها المدعى على إنكار منكره ، ويرى هذا البعض من العلماء أن هذا من المسخر وإن كان كذبا - والكذب حرام - إلا أنه جاز هنا لأنه من المصلحة ، والكذب قد يجوز للمصلحة ، وخصوصا وأن الأصل براءة ذمة الغائب مما يدعيه عليه خصمه (٢) .

(١) المغنى ، ج ١١ ، ص ٤٨٦ .

(٢) قال بهذا رأى بعض الشافعية ، وبعض الحنفية . حاشية القليوبى على

شرح جلال الدين المحلى على المنهاج ج ٤ ، ص ٣٠٨ ، وفتح القدير

ج ٥ ، ص ٤٩٥ .

ونصب المسخر — كما قال أحد أساتذتنا ^(١) — إغراق في الحرص على الشكليات يشبه المهزلة ، وإلا فما الذى يمنع من سماع البينة ، حتى على تقدير أن الغائب فى الواقع مقر ونحن لا نعلم ، وتكون حجة ضرورة — لمكان الغيبة والجهالة — واقعة موقع الاستثناء من الأصل العام الذى يقرر أن البينة لا تقام على مقر ، وأليس هذا أفضل ألف مرة من ذلك السخف الذى لا معنى له " نصب المسخر " ؟

الشرط الثانى من شروط صحة الحكم فى الدعوى : أن لا يسبق من المدعى ما يناقض دعواه :

اشتراط العلماء هذا الشرط لأنه يستحيل الجمع فى الصديق بين سابق كلامه ولاحقه ، كما لو ادعى شخص ملكية دار بعد إقراره أنه استأجرها ، لأن استئجارها إقرار بالملك للمؤجر ، فيكون بدعواه متناقضا ، والتناقض يمنع صحة الدعوى .

وقد استثنى بعض العلماء من هذا بعض المسائل :

منها : ما لو كذب القاضى المدعى فيما سبق منه ، فتصح الدعوى حينئذ ، لأن الكلام بهذا التكذيب — الذى حدث من القاضى — صار غير معول عليه ، فلم يوجد التناقض .

ومنها : ما لو أقر بالرضاع ، فقال عن امرأة معينة : هذه رضيعتى ، ثم اعترف بالخطأ فى إقراره ، فله أن يتزوج بها بعد ذلك .
ومنها : ما لو صدق الورثة امرأة على أنها زوجة لمورثهم ودفعوا الميراث إليها ، ثم دعواهم استرجاع الميراث منها بحكم الطلاق البائن الذى كان قد حصل من مورثهم حال صحته ، ووفاته بعد هذا الطلاق ،

(١) الدكتور / إبراهيم عبد الحميد ، فى نظام القضاء فى الإسلام ، ص ٢٥٣ .

فتسمع دعواهم ، لقيام العذر فى ذلك لهم ، حيث استصحبوا الحال فى الزوجية ، فصدقوا المرأة فيها ، وخفيت عليهم البيّنونة ، لأنها من الأمور التى ينفرد بها الزوج ، ولذلك كان التناقض عفواً .

الشرط الثالث من شروط صحة الحكم فى الدعوى : أن يكون

المدعى به مما يحتمل الثبوت :

يشترط لصحة الدعوى أن يكون المدعى به قابلاً للثبوت ، بأن لا يكون مستحيلاً فى الحس ، أو فى العقل ، أو فى العادة ، لأن الدعوى تكون فى حال المستحيل المادى ظاهرة الكذب مع احتمال الصدق احتمالاً بعيداً ، وفى حال المستحيل الحسى والعقلى متيقنة الكذب ، فلا تحتمل الصدق بأى حال من الأحوال .

مثال المستحيل العقلى ادعاؤه أن شخصاً ابنه ، مع أنه لا يولد مثله لمثله ، كأن كان المدعى فى الأربعين من عمره ، والمدعى بنوته فى الخامسة والثلاثين من عمره .

ومثال الدعوى بالمستحيل الحسى ادعاؤه مثل الجبل ذهباً أو

فضة .

ومثل بعض العلماء للدعوى بالمستحيل العادى بدعوى من هو معروف بالفقر والحاجة — وهو يأخذ الزكاة من الأغنياء — على آخر أنه أقرضه من مال نفسه مائة ألف دينار ذهباً ، نقداً دفعة واحدة ، وأنه استهلكها فى شئون نفسه بعد أن استقرضها وقبضها ، ويطالبه بردها ، فيرى بعض العلماء أن مثل هذه الدعوى لا يلتفت إليها القاضى ، ولا يسأل المدعى عليه من جوابها (١) .

(١) المجانى الزهرية ، على الفواكه البدرية ، ص ١٠٥ .

وأرى أن مثل هذه الدعوى لا مانع من سماعها ، لأنه فى بعض الأحيان تدل ظواهر الأمور على خلاف الحقيقة والواقع ، فربما كان هذا الذى ظاهره الفقر والاحتياج غنيا فى واقع الأمر ، فما المانع من سماع دعواه ، والتحقيق فيها ، ومطالبته بالبينة .

الشرط الرابع عند بعض الحنفية : اشتغال الدعوى على المطالبة :

مطالبة المدعى عليه بالمدعى به شرط صحة الدعوى عند أرباب المتنون والشروح من فقهاء الحنفية ، وأما أصحاب الفتاوى من فقهاءهم فجعلوا اشتراط هذا الشرط قولاً ضعيفاً ، والصحيح — كما قرر ذلك بعض الحنفية — ما فى الفتاوى وهو عدم اشتراط المطالبة أصلاً .

الشرط الخامس من شروط صحة الحكم فى الدعوى : أن يكون المدعى به معلوماً :

لابد من أن يكون المدعى به معلوماً لى تكون الدعوى صحيحة ، بأن يفصل المدعى ما يدعيه ، فيقول فى دعوى القتل مثلاً : قتله عمداً ، أو شبه عمد ، أو خطأ ، وقتله وحده ، أو اشترك مع غيره ، فإذا أطلق ما يدعيه كقوله : هذا قتل ابنى ، استحب للقاضى استقصاله فيما ذكره .

وإذا كان المدعى به شيئاً من الحبوب كالقمح أو غيره ، فتكون الدعوى معلومة ببيان الجنس ، كالقمح أو الشعير ، وبيان القدر ، والنوع ، والصفة .

وهذا إذا لم يكن المدعى به حضراً ، وإلا فتكفى الإشارة إليه . وهذا أيضاً إذا كانت الدعوى دعوى عين ، وأما دعوى الدين فلا يشترط فيها شئ من ذلك ، بل المطلوب فيها أن يذكر المدعى ما يحصل به معلومية المدعى به ولو ببعض الأمور التى ذكرناها .

الشرط السادس : كونها ملزمة :

يُشترط لصحة الدعوى أن تكون ملزمة بشئ على الخصم ، وإلا كانت عبثا كما ادعى شخص التوكيل على موكله الحاضر ، فهذه الدعوى لا يسمعها القاضي ، لأن الوكالة عقد غير لازم ، بإمكان الموكل عزل وكيله .

الشرط السابع : أن تكون في مجلس القضاء :

فإذا كانت الدعوى في غير مجلس القضاء فلا تكون صحيحة ، فلا يلزم المدعى عليه بالجواب ، كما لا تسمع الشهادة إلا بين يدي القاضي .

الشرط الثامن : أن تكون بلسان المدعى أو وكيله :

يرى أبو حنيفة رحمته الله أنه لا بد أن تكون الدعوى بلسان المدعى ، إذا لم يكن به عذر ، إلا إذا رضى المدعى عليه لسان غيره .
وأما أبو يوسف ، ومحمد صاحب أبي حنيفة ، فيريان أنه لا يشترط ذلك ، حتى لو وكل المدعى رجلا بالخصومة من غير عذر ، ولم يرض به المدعى عليه تصح الدعوى ، فيلزم المدعى عليه الجواب ، وتسمع البيعة .

ونرى رجحان هذا الرأي ، وسنعاود الكلام — إن شاء الله تعالى —

بعد ذلك عن الوكالة في الدعوى .

هذا ، وقد بين العلماء أن المدعى إذا كان عاجزا عن الدعوى عن ظهر قلبه ، فإنه يصح له أن يكتب دعواه في صحيفة ، ويدعى منها ، فتسمع دعواه .

الشرط التاسع : أن لا تكون بنذر لمخلوق :

بين بعض العلماء أنه يشترط لصحة الدعوى عدم كونها بنذر لمخلوق ، لأن النذر لا يكون إلا لله عز وجل ، فلا تسمع الدعوى بالنذر للمخلوق ، ولا يقضى به ^(١) .

(١) المجانى الزهرية ، على الفواكه البدرية ، ص ٩٤ .

الشرط العاشر : تعيين المدعى عليه :

لابد فى صحة الدعوى من تعيين المدعى عليه .

الشرط الحادى عشر : أن لا يكون المدعى أو المدعى عليه

حربيا :

يرى بعض فقهاء الشافعية أنه يشترط لصحة الدعوى أن يكون كل من المدعى والمدعى عليه غير حربى ، لا أمان له ، فلا تصح الدعوى من الحربى الذى لم يعط الأمان من المسلمين ، ولا تصح كذلك الدعوى عليه .

أما إذا كان الحربى له أمان من المسلمين ، كأن عقدنا معه هدنة ، أو أعطيناه أمانا مخصوصا فتسمع الدعوى منه وعليه .

الشرط الثانى عشر : تكليف المدعى :

يشترط عند بعض الفقهاء فى صحة الدعوى التكليف فى المدعى ، أى أن يكون بالغاً عاقلاً ، وعلى هذا فلا تصح الدعوى من الصبى والمجنون .

هكذا قرر فقهاء الشافعية ^(١) ، وأما المالكية فلا يشترطون البلوغ فى المدعى فإذا ادعى غير البالغ وأقام شاهداً واحداً قبلت منه الدعوى ^(٢) ، وأما الحنفية فيرون أن الصبى إذا كان مميزاً مأذوناً له فى المخاصمة ^(٣) فإنه يصح أن يكون مدعياً .

(١) حاشية الشرقاوى على التحرير ، ج ٢ ، ص ٥١٠ ، وحاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ، ج ٢ ، ص ٢٢٤ . والإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ، لمحمد الشربىنى الخطيب ج ٥ ، ص ٩٤ ، مطابع الشعب .

(٢) الشرح الصغير ، مع حاشية الصاوى ، ج ٤ ، ص ٢٨٦ .

(٣) لو كان الصبى مرته والده على البيع ولشراء وكيفية مطالبة المدينين بما عليهم وأذن له والده فى أن يخاصم من عليه دين لوالده ، أى أن يدعى أمام القاضى فإن هذا الصبى يكون مأذوناً له فى المخاصمة .

حكم المدعى عليه من حيث اشتراط التكليف :

هذا بالنسبة للمدعى ، وأما بالنسبة للمدعى عليه فعند الحنفية أيضا يشترط فيه التكليف ^(١) ، فلا يصح الدعوى عندهم على الصبي والمجنون ويرى الشافعية أنه لا تسمع الدعوى على الصبي والمجنون إلا فى الإلتلاف ، فإذا أئلف الصبي أو المجنون شيئا فإن الدعوى تصح عليه مع البينة واليمين ، كالدعوى على الغائب والميت .

الشرط الثالث عشر : أن تكون الدعوى محققة :

بين العلماء أنه لا بد أن تكون الدعوى محققة ، فلو قال : أظن أن لى عليه ألفا لا تسمع الدعوى ، لتعذر الحكم بالمجهول ، لكن صرح العلماء بأن الظن الغالب ينزل منزلة التحقيق ^(٢) .

حكم الوكالة فى الدعوى : تجوز بعوض وبغير عوض :

بين العلماء أنه يجوز التوكيل فى الخصومة سواء أكان الموكل رجلا أم امرأة ، وللموكل أن يعزل الوكيل إن ظهر منه غش فى خصومته ، وميل مع المخاصم له ، وكما تجوز الوكالة بغير عوض ، تجوز أيضا بعوض ، فلو كانت بعوض فهى عقد لازم ، ولا يصح لواحد منهما التخلّى ، ويشترط أن تكون بعوض معلوم ، وإلى أجل معلوم ، وفى عمل معروف .

اختلاف العلماء فيما لو اتفقا على أجره إذا كسب القضية :

واختلف العلماء فيما لو اتفقا على أن له عوضا معلوما إذا أدرك حقه ، وإذا لم يحكم القاضى به فليس له شئ ؟ ومن يرى جواز هذا

(١) بدائع الصنائع ، ج ٦ ، ص ٢٣٣ .

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ، ج ١ ، ص ١٢٩ ، بهامش فتح العلى المالك فى

الفتوى على مذهب الإمام مالك .

الاتفاق يشبهه بالاتفاق مع الطبيب على البرء من المرض ، فإن برئ
فله كذلك وإلا فلا شئ له .

وروى عن مالك رحمه الله كراهة الجعل على الخصومة بشرط أن لا
يأخذ إلا بإدراك الحق ، لأنها على الشر والمجادلة ، ولأنها قد تطول
ولا ينجز غرض الجاعل فيذهب عمل من قام بالخصومة مجانا .
ويروى عنه رواية أخرى بالجواز ، لأن الضرورة قد تلجئ الناس
إلى ذلك ^(١) .

الوكالة عن المتهم بدعوى الباطل لا تجوز :

وصرح العلماء بأن الوكالة عن المتهم بدعوى الباطل لا تجوز ،
ولا يجوز شرعا المجادلة عنه ، بل صرحوا بأن الخصومة عن الغير
تمنع إثباتا أو نفيا دون معرفة الحقيقة ^(٢) .

فالوكالة في الخصومة — وهي التي يقوم بها المحامون ^(٣) في
عصرنا — مشروطة بأن يعلم الوكيل أو يغلب على ظنه أن موكله ليس
على باطل وإلا فلا يجوز له أن يكون وكيلا عنه ^(٤) ، لأن أكل أموال
الناس بالباطل — سواء أكان مباشرة أم بالوكيل — لا يجوز شرعا ،

(١) لأنه قد يكون الموكل مسافرا سفرا بعيدا ، أو مريضا لا يستطيع الانتقال إلى مقر
القاضي .

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ، ص ٤٩٨ .

(٣) أصدرت الحكومة المصرية عام ١٨٨٨ لائحة المحاماة ، وفيها سميت حرفة المحاماة
وبعد خمس سنوات أطلق عليهم رسميا اسم " الأفوكاتو " أسوة بزملائهم أمام
المحاكم المختلطة ، وكان موجودا في مصر إلى سنة ١٩١٠ محامون لا يحملون
أى شهادات دراسية ، وصدر قانون نسبة المحامين في مصر سنة ١٩١٢ ، وفي
هذه السنة قيد أول محام في مصر أمام النقابة . محسن محمد (جريدة أخبار اليوم
في ١٩٩٣/٩/٤ م) .

(٤) تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ١٥٤ ، وما بعدها .

ويزع المحامون أمامهم الحديث الذي روته السيدة أم سلمة رضي الله عنها زوج رسول الله ﷺ قالت : " جاء رجلان يختصمان إلى رسول الله ﷺ في مواريث قد درست ليس بينهما بينة ، فقال رسول الله ﷺ ، إنكم تختصمون إلى رسول الله ، وإنما أنا بشر ، ولعل بعضكم ألحن من بعض ، وإنما أقضى بينكم على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار ، يأتي بها إسقاطا في عنقه يوم القيامة " (١) .

هل يسقط الحق بتقادم الزمان ؟

قرر السرخسي أحد كبار فقهاء الحنفية في كتابه " المبسوط " أن الرجل إذا ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة ، ولم يكن هناك مانع يمنعه من الدعوى كالغيبه ونحوها ، ثم ادعى بعد ذلك لا تسمع دعواه .
التعليل لذلك :

وعلى لذلك بأن ترك الدعوى كل هذه المدة من غير عذر مع التمكن من إقامتها يدل على عدم الحق في الظاهر ، لكن في بعض كتب الحنفية الأخرى ، كالأشباه لابن نجيم أن الحق لا يسقط بتقادم الزمن ، ويوضح بعض علمائهم أن عدم سماع الدعوى بعد المدة المذكورة ، إنما هو للنهي عنه من السلطان ، فيكون القاضي معزولا عن سماعها إلا بأمر ، فإذا أمر بسماعها بعد هذه المدة تسمع ، وقال : إن سبب النهي إرادة قطع الحيل والتزوير .

رأى بعض الحنفية ومحاولة التوفيق بين ما قاله السرخسي وبين مبدأ عدم سقوط الحق بالتقادم :

(١) الحديث متفق عليه ، ورواه أيضا أحمد بن حنبل ، مبل السلام للصنعاني ، ج ٤ ، ص ١٢١ ، ومسنده أحمد .

لكن بعض الحنفية لم يشترط في صحة الدعوى عدم مضي هذه المدة ، وصرح هذا البعض من الحنفية بأن من القضاء الباطل القضاء بسقوط الحق بمضى سنين ، وحاولوا أن يوفقوا بين ما قاله السرخسي وبين مبدأ عدم سقوط الحق بالتقادم ، فقالوا إن ما في المبسوط لا يخالف هذا المبدأ ، فإنه ليس فيه قضاء بالسقوط ، وإنما فيه عدم سماع الدعوى (١) .

لكننى أرى أنه سواء قلنا مع السرخسي بعدم سماع الدعوى إذا تركها صاحبها ثلاثا وثلاثين سنة ، أم قلنا بسقوط الحق بمضى هذه السنين أو أقل أو أزيد ، فالنتيجة واحدة على كلا القولين وهى سقوط الحق ، لأنه إذا قلنا بعدم سماع الدعوى لأن الحاكم قد أمر بذلك ، فإن القضاة يكونون ممنوعين بأمر الحاكم من سماع الدعوى التى تركها صاحبها سنين معينة ، وهذا يؤدى إلى أن المدعى صاحب الحق لن يجد قاضيا يدعى أمامه ، فتكون النتيجة لهذا سقوط الحق بالتقادم .

ولهذا فإننا نرى أن المالكية كانوا أكثر وضوحا — كما سنعلم قريبا — عندما قرر بعضهم سقوط الحق بمضى سنين معينة ، وليس عدم سماع الدعوى فقط .

وكذلك وجدنا عند الشافعية أن بعضهم — كالإمام الرملى — أفتى أن الحق إذا مضى عليه خمس عشرة سنة ، لا تسمع به الدعوى لمنع ولى الأمر القضاة ذلك ، فلم يجد صاحبه قاضيا يدعيه عنده (٢) .

ما يراه المالكية :

ونجد المالكية مختلفين ، فبعضهم يرى أن الديون الثابتة فى الذمة يسقطها مضى عشرين عاما مع حضور رب الدين ، وتمكنه من الطالب به ، ولا يوجد مانع يمنعه منه ، وبعضهم يرى أن الديون تسقط بمضى

(١) تكملة حاشية ابن عابدين ، ج ٧ ، ص ٤٨٥ ، والمجانى الزهرية ، ص ١٠٨ .

(٢) حاشية الجمل على شرح المنهج ، ص ٣٣٩ ، مطبعة مصطفى محمد .

ثلاثين عاما ، إذا كان صاحب الدين أيضا حاضرا ، ومتمكنا من الطلب بها ، وهذا ما يراه مالك رحمته الله ، ويرى بعضهم عدم سقوطها أصلا ، وهذا هو الذى اختاره ابن رشد فى البيان ، فقد قال : " إذا تقرر الدين فى الذمة ، وثبت فيها إلا يبطل وإن طال الزمان ، وكان ربه حاضرا ساكتا قادرا على الطلب به ، لعموم خبر " لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم " (١) .

مـا نـرا هـ :

وأقول : هذا هو الحق الذى يجب أن يصار إليه وما على القاضى إلا أن يطلب الحجة من صاحب الحق ، فإذا تمكن المدعى من إثبات حقه بوسائل الإثبات المشروعة كان على القاضى أن يقضى به بحقه ، سواء مضت مدة طويلة أم لا ، وليس من حق رئيس الدولة أو ولى الأمر أن يمنع القضاة من سماع الدعوى ، لأن هذا يؤدى إلى أن يأكل الناس أموال غيرهم بالباطل ، وأكل أموال الناس لا يجوز حتى ولو حكم به الحاكم ، يؤيد ذلك قول رسول الله ﷺ : " إنكم تحتصمون إلى فعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضى له على نحو ما أسمع منه ، فمن قطعت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار " متفق عليه (٢) .

لا يصح الأخذ بقريئة وترك الأخذ بالبينة :

ومما يدل على عدم سقوط الحق بتقادم الزمان ما روى أن رسول الله ﷺ قال : " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه " والمدعى قد يكون صاحب حق فى الواقع فإذا لم تسمع دعواه ، ولو طال

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ، جـ ٤ ، ص ٢٣٦ ، والشرح الصغير ، جـ ٥ ،

ص ٦٧ ، مطبعة صبيح .

(٢) مبدل السلام للصنعانى ، جـ ٤ ، ص ١٢١ .

الزمان ، لكان المدعى عليه أكلا لمال امرئ مسلم بغير طيب من نفسه .

لا يجوز إغفال مصلحة المدعى :

ومن الضعف أن نأخذ بقريضة ترجح جانب المدعى عليه وتترك الأخذ بالبينة التي قد تكون في جانب المدعى ، فإن القائلين بعدم سماع الدعوى بعد مضي سنين حددوها ، قد عللوا لرأيهم هذا بأن ترك الدعوى كل هذه المدة من غير عذر مع التمكن من إقامتها ، يدل على أن المدعى ليس له الحق في الظاهر ، أى أن سكوته هذه المدة قريضة على عدم ثبوت حقه ظاهرا ، ونقول إن القريضة هنا أضعف من البينة ، وإذا كان أصحاب الرأي القائل بعدم سماع الدعوى بمضي سنين معينة قد راعوا مصلحة المدعى عليه ، فقد أغفلوا في الوقت نفسه مصلحة المدعى ، الذي قد يكون معه من وسائل الإثبات ما يستطيع بها أن يبين بجلاء حقه المدعى به .

أقصى ما يمكن نسبته إلى المدعى هو الإهمال :

إن أقصى ما يمكن نسبته إلى المدعى هو الإهمال والتفريط في طلب حقه طوال السنين الماضية ، وهل الإهمال والتفريط جريمة كبيرة تستوجب أن يحرم الإنسان من حق يستطيع أن يقيم عليه البينة ؟ هل الإهمال والتفريط يستوجب أن يمنع الإنسان حتى من المطالبة بحقه ؟

نظام الفصل فى الدعوى

تمهيد

نحب قبل بيان نظام الفصل فى الدعوى أن نذكر كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبى موسى الأشعرى ، فيه آداب جليلة للقضاء ، وبيان لصفة الحكم وكيفية الاجتهاد واستنباط القياس ، كتب عمر يقول :

" أما بعد ، فإن القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة ، فعليك بالعقل والفهم وكثرة الذكر ، فافهم إذا أدلى إليك الرجل الحجة ، فاقض إذا فهمت ، وامض إذا قضيت ، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ، أس بين الناس فى وجهك ومجلسك ، وقضائك ، حتى لا يطمع شريف فى حيفك ، ولا ييأس ضعيف من عدلك ، البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما ، أو حرم حلالا ، ومن ادعى حقا غائبا أو بينة فاضرب له أمدا ينتهى إليه ، فإن جاء ببينة أعطيته حقه ، وإلا استحللت عليه القضية ، فإن ذلك أبلغ للعدو وأجلى للعمى ، ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه عقلك ، وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق ، فإن الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التماذى فى الباطل ، الفهم الفهم فيما يختلج فى صدرك مما ليس فى كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ ، ثم اعرف الأشباه والأمثال ، وقس الأمور عند ذلك ، واعمد إلى أقربها إلى الله تعالى ، وأشبهها بالحق ، المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلودا فى حد ، أو مجربا عليه شهادة زور ، أو ظنينا فى ولاء ، أو نسب ، أو قرابة ، فإن الله تعالى تولى منكم السرائر ، وادرا بالبينات والأيمان ،

وإياك والغضب ، والقلق ، والضجر ، والتأذى بالناس عند الخصومة ، والتكر عند الخصومات ، فإن القضاء عند مواطن الحق يوجب الله تعالى به الأجر ، ويحسن به الذكر ، فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه الله تعالى ما بينه وبين الناس ، ومن تخلق للناس بما ليس في قلبه شأنه الله تعالى ، فإن الله تعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان خالصا ، فما ظنك بثواب من الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته ، والسلام " أ.هـ (١)

بعد ذلك نقول : إذا صحت ادعوى بتوفر الشروط المطلوبة فيها ، فإن على القاضي أن يسأل الخصم " المدعى عليه " عنها ، كأن يقول : خصمك ادعى عليك كذا وكذا ، فماذا تقول ؟ فإذا أقر المدعى عليه حكم القاضي عليه بإقراره ، وإن أنكر ، سأل القاضي المدعى البيّنة في دعواه ، فإن أقامها بحكم القاضي على خصمه ، وإذا لم يقدّم البيّنة قام القاضي بتحليف الخصم " المدعى عليه " إن طلب المدعى تحليفه ، لأنه حقه ، فإن رسول الله ﷺ روى عنه أنه قال للمدعى : " ألك بيّنة ؟ فقال : لا فقال : " فلك يمينه " ، فقال : يحلف ولا يبالي فقال ﷺ : " ليس لك إلا هذا ، شاهدك أو يمينه " .

دليل على أن اليمين حق للمدعى لا للقاضي :

فهذا يدل — كما قال العلماء — على أن اليمين حق للمدعى لا للقاضي ، لأن الرسول ﷺ أضاف اليمين إلى المدعى بلام التملك .

ولا يصح للقاضي أن يحلف المدعى عليه إلا بعد أن يطلب المدعى تحليفه ، لأنه حق له فلا يستوفيه بدون إذنه ، فلو حلفه القاضي قبل

(١) سبل السلام ، للصنعاني ج ٤ ، ص ١١٩ ، والأحكام السلطانية ، للماوردي ،

طلب المدعى فلا يعتد باليمين ، لأنها يمين قبل وقتها ، وللمدعى الحق
فى أن يطالب بإعادتها ، لأن اليمين الأولى لم تكن يمينه .

اليمين توجه إلى كل من ادعى عليه حق :

جمهور العلماء من سلف الأمة وخلفها ، ومنهم الشافعى — رضى
الله عنهم جميعا — ، يرون أن اليمين تتوجه على كل من ادعى عليه
حق ، سواء أكان بينه وبين المدعى اختلاط أم لا .

ويرى مالك وجمهور أصحابه ، والفقهاء السبعة ^(١) ، فقهاء المدينة
أن اليمين لا تتوجه إلا على الشخص الذى ثبت أن بينه وبين المدعى
خلطة ، لئلا يبتذل السفهاء أهل الفضل ، بتحليفهم مرارا فى اليوم
الواحد ، فاشتربت الخلطة حتى تدفع هذه المفسدة .

وقال المؤيدون لهذا رأى أيضا : قد ثبت وتقرر أن الإقدام على
اليمين يصعب على كثير من الناس ، سيما على أهل الدين ، وذوى
المراتب والأقدار ، وهذا أمر معتاد بين الناس على مر الأعصار ،

(١) الفقهاء السبعة هم : سعيد بن المسيب بن حزن المخزومى ، المتوفى سنة ٩٤ ،
وعروة بن الزبير بن العوام الأسدى ، المتوفى سنة ٩٤ ، والقاسم بن محمد بن أبى
بكر الصديق النخعى المتوفى سنة ١٠٦ ، وخارجة بن زيد بن ثابت الأنصارى
المتوفى سنة ٩٩ ، وعبيد الله بن عتبة بن مسعود الهذلى المتوفى سنة ٩٥ ،
وسليمان بن يسار الهلالى المتوفى سنة ١٠٧ ، واختلف فى السابع فقيل : أبو سلمة
ابن عبد الرحمن بن عوف ، وقيل : سالم بن عبد الله بن عمر العدوى المتوفى
سنة ١٠٦ ، وقيل : أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث المخزومى المتوفى سنة ٩٣
قال عبد الله بن المبارك كان فقهاء المدينة سبعة ، وقال : وكانوا إذا جاءتهم المسألة
دخلوا فيها جميعا فنظروا فيها ، فلا يقضى القاضى حتى يرفع إليهم ، فينتظرون فيها
فيصدرون ، شرح الأمير على نظم ٣٩ مسألة لا يعذر فيها بالجهل ، لبهرام بن عبد
الله ، ص ٥ ، وتبيين المسالك للشيخ عبد العزيز محمد ، ج ١ ، ص ٢٤ .

لا يمكن جرده ، وكذلك روى عن جماعة من الصحابة أنهم افتدوا من أيمانهم ، منهم عثمان وابن مسعود ، وغيرهما ، وإنما فعلوا ذلك لمروءتهم ، ولئلا يبقى للظلمة إليهم إذا حلقوا — ممن يعادى الحالف ، ويجب الطعن عليه — طريق إلى ذلك .

وبعض فقهاء المالكية يرى أنه لا تشترط الخلطة فى تحليف المدعى عليه ، وأن القول باشتراط الخلطة قول ضعيف ، وجرى العمل فى المذهب المالكي على رأى القائل بعدم اشتراط الخلطة ^(١) .

وعلى القول الذى يذهب إلى اشتراط ثبوت الخلطة ، هل يشترط تعدد العدول فى إثباتها ؟ هنا أيضا رأيان عند من يرى ثبوت الخلطة ، أحدهما أنه تثبت الخلطة بعدل واحد ، ولو كان امرأة ، لكن بعض فتفاء المالكية بين أن هذا رأى ضعيف ^(٢) .

ومع أن المالكية — كما بينا — مختلفون فى اشتراط ثبوت الخلطة ، فى تحليف المدعى عليه فإنهم متفقون على أن هناك ثمان مسائل تتوجه فيها اليمين وإن لم تثبت خلطة .

الأولى : الصانع إذا ادعى عليه بما له فيه صنعة ، فتتوجه عليه اليمين ، ولو لم تثبت خلطة بينهما ، وعللوا لهذا : بأنه لما نصب نفسه للناس فإن هذا التنصيب فى معنى الخلطة ، وكذلك يعطى نفس الحكم التاجر ينصب نفسه للبيع والشراء .

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك ، إلى مذهب الإمام مالك ، لأحمد بن محمد الصاوى على الشرح الصغير ، لأحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، ج ٣ ، ص ٣٣٩ ، مطبعة مصطفى البابى الحلبي بمصر ، سنة ١٩٥٢ .

(٢) المصدر السابق ، ج ٣ ، ص ٣٣٩ .

الثانية : المتهم بين الناس يدعى عليه بسرقة أو غصب ، فنتوجه عليه اليمين ولو لم تثبت خلطة . وهذا فى الشخص محل الاتهام بين الناس ، وأما للشخص مجهول الحال فيه رأيان عند المالكية .

الثالثة : الضيف إذا ادعى ، أو يدعى عليه .

الرابعة : الدعوى فى شئ معين ، كثوب بعينه .

الخامسة : الوديعة على أهلها ، بأن يكون المدعى ممن يملك تلك الوديعة والمدعى عليه ممن يودع عنده مثلها ، والحال يقتضى الإيداع كالسفر والغربة .

السادسة : المسافر إذا ادعى على رفيقه .

السابعة : المريض إذا ادعى فى مرض موته على غيره بدين مثلا .

الثامنة : البائع إذا ادعى على شخص حاضرا المزايدة أنه اشترى سلعته بكذا وهذا الشخص الحاضر ينكر الشراء^(١) .

معنى الخلطة :

اختلف العلماء فى تفسير الخلطة ، فيرى البعض أن معناها أن يكون معروفا معاملته ومدابنته ، وقيل : تكفى الشبهة ، وقيل : أن يليق بالمدعى أن يدعى بمثل هذه الدعوى على مثل المدعى عليه ، وقيل : أن يليق بالمدعى أن يعامل المدعى عليه بمثل هذه الدعوى .

والواقع أن جمهور العلماء لهم دليل قوى واضح هو القاعدة التى بينها حديث رسول الله ﷺ : " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال

(١) المصدر السابق ، ج ٣ ، ص ٢٣٩ .

أموال قوم ودماءهم ، ولكن البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر " ، وغير هذا من الأحاديث انتى تدور حول هذا المعنى .

وأما الرأى الذى يشترط الخلطة فلا يستند إلى أصل من كتاب أو سنة ، أو إجماع ، ومصلحة المدعى أقوى من دفع مفسدة المدعى عليه بابتذال الأراذل للأكابر وتحليفهم ، فقدمت الأولى على الثانية لقوتها . ويمكن أن نقول : إنه إذا ثبت أن المدعى يريد ابتذال الأكابر وتحليفهم فإنه يعاقبه القاضى ، ويبقى الأصل العام وهو : البينة على المدعى واليمين على من أنكر .

نكول المدعى عليه :

النكول فى اللغة : مصدر للفعل " نكل " ومعناه : نكص ، أى رجع عن شئ قاله ، أو عذر قاومه ، أو شهادة أراد أداءها ، أو يمين وجبت عليه .

والنكول نوعان : حقيقى ، وهو أن يقول : لا أحلف ، وحكمى وهو أن يمتنع عن اليمين .

والامتناع عن اليمين يعد نكولا حكما إذا عرف أنه ليس فى لسانه آفة تمنعه عن اليمين أو فى أذنه ما يمنع سماع كلام القاضى . وقد بين العلماء أنه بامتناعه عن اليمين مرة يعد ناكلا ، لكن من المستحب للقاضى أن يعرض اليمين عليه ثلاث مرات ، ويشترط فى النكول أن يكون فى مجلس القاضى (١) .

بعد هذا نقول : إذا نكل المدعى عليه عن اليمين — فى قضايا الأموال — بعد أن طلبها القاضى منه فما الحكم ؟

(١) للمجانى الزهرية ، ص ٨٢ .

اختلف العلماء فى هذا على الصورة الآتية :

الرأى الأول : إذا لم يحلف المدعى عليه حكم القاضى عليه بنفس النكول ولا ترد اليمين على المدعى ، وذلك فى قضايا الأموال .
وهذا الرأى ما اختاره فقهاء الحنابلة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه .

الرأى الثانى : إذا نكل المدعى عليه لا يقضى القاضى عليه بالنكول ، بل ترد اليمين على المدعى ، فإن حلف المدعى قضى له القاضى ، فيستحق المدعى به بيمينه ، لا بنكول خصمه ، وإن لم يحلف المدعى صرفهما القاضى .

وهذا مذهب الشافعى ، ومالك وصوبه أحمد ، وبه قال الأوزاعى ، وشريح وابن سيرين ، وهو مروى عن ابن عمر ، وعلى ، والمقداد بن الأسود ، وأبى بن كعب ، وزيد بن ثابت ، رضى الله عنهم .

الرأى الثالث : لا يقضى بالنكول ، ولا بالرد ، ولكن يحبس المدعى عليه حتى يجيب إما بإقراره ، أو إنكار يحلف معه .
وهذا قول فى مذهب أحمد ، وأحد رأيين لفقهاء الشافعية ، وقول ابن أبى ليلى .

أدلة الآراء :

أدلة الرأى الأول :

استدل للرأى الأول القائل بأنه إذا نكل المدعى عليه حكم القاضى بنفس النكول ، بالأدلة الآتية :

أولا : ما رواه أبو عبيد بسنده عن سالم بن عبد الله " أن أباه - عبد الله بن عمر - باع عبدا له بثمانمائة درهم بالبراءة ، (أى من العيوب) ، ثم إن صاحب العبد خالص فيه ابن عمر إلى عثمان بن عفان ، فقال عثمان لابن عمر : احلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه ، فأبى ابن عمر أن يحلف ، فرد عليه العبد " .

ثانيا : قول النبي ﷺ : " اليمين على المدعى عليه " فاليمين محصورة في جانب المدعى عليه ، فلم تشرع لغيره .

أدلة الرأى الثانى :

أما الرأى الثانى القائل بأنه لا يقضى بالنكول بل ترد اليمين على المدعى ، فإن حلف قضى له ، وإلا صرفهما ، فقد استدل له بما يأتى :
أولا : ما رواه الدار قطنى من حديث نافع عن ابن عمر " أن رسول الله ﷺ رد اليمين على طالب الحق " .

ثانيا : ما روى أن المقداد اقترض من عثمان مالا ، فقال عثمان : هو سبعة آلاف ، وقال المقداد : هر أربعة آلاف ، فقال المقداد لعثمان : احلف أنه سبعة آلاف ، فقال له عمر : أنصفك ، فأبى أن يحلف فقال عمر : خذ ما أعطاك .

ثالثا : ما رواه البيهقى عن عنى قال : " اليمين مع الشاهد ، فإن لم تكن له بينة فاليمين على المدعى عليه ، إذا كان قد خالطه ، فإن نكل حلف المدعى " .

رابعا : ما روى عن سالم بن غيلان التجيبى ، أن رسول الله ﷺ قال : " من كانت له طلبية عند أحد ، فعليه البينة ، والمطلوب أولى باليمين ، فإن نكل حلف الطالب وأخذ " .

لكن أجيب عن هذا الحديث بأنه مرسل ^(١).

خامسا : أن الشارع شرع اليمين مع الشاهد الواحد ، فقد روى مسلم في صحيحه من حديث عمرو بن دينار عن ابن عباس : " أن رسول الله ﷺ قضى بشاهد ويمين " قال عمرو : في الأموال .

فلم يكتف في جانب المدعى بالشاهد الواحد بل أتى باليمين تقوية لشأده ، وإذا كان شاهد المدعى قد قوى باليمين فإن نكول المدعى عليه أضعف من شاهد المدعى فهو أولى بأن يقوى بيمين الطالب ، لأن النكول ليس بينة من المدعى عليه ، ولا إقراراً ، وهو حجة ضعيفة ، فلم يقو على الاستقلال بالحكم ، فإذا حلف معها المدعى قوى جانبها ، فاجتمع النكول من المدعى عليه واليمين من المدعى ، فقاما مقام الشاهدين ، أو الشاهد ، أو الشاهد واليمين .

قالوا : ولهذا لم يحكم على المرأة في اللعان بمجرد نكولها دون يمين الزوج ، فإذا حلف الزوج ، ونكلت عن اليمين حكم عليها ، إما

(١) الحديث المرسل : ما سقط منه الصحابي ، بأن يروى التابعي مباشرة عن رسول الله ﷺ ، فيقول الحسن البصري - مثلاً وهو تابعي - قال رسول الله ﷺ ، وهو أحد أنواع الأحاديث الضعيفة عند جمهور أهل الحديث ، وأما الفقهاء فبعضهم يرى جواز الاحتجاج به كأبي حنيفة ، وكذلك مالك وأحمد في المشهور عنهما ، وبعضهم كالشافعي يرى أنه لا يصح الاحتجاج بالمرسل إلا مرسل سعيد بن المسيب ، وأما ما عده من المرسل فلا بد من تحقق الشروط الآتية :

الشرط الأول : أن يكون الراوى من كبار التابعين .

الشرط الثاني : أن يكون ممن يروى عن الثقات دائماً ، إذا سمى من روى عنه لم يسم مجهولاً ، ولا مرغوباً عن الرواية عنه .

الشرط الثالث : أن يكون هذا التابعي ممن يوافق الحفاظ في أحاديثهم إذا شاركهم ، لا يخالفهم إلا بنقض لفظ من ألفاظهم التي لا يخل بها المعنى .

الشهاوى في مصطلح الحديث ، ص ٣٠ .

بالحبس حتى تقرر بالزنا أو تلاعن كما يقول أحمد وأبو حنيفة . وإما بالحد كما يقول مالك والشافعي .

دليل الرأي الثالث :

وأما الرأي الثالث القائل بأنه لا يقضى بالنكول ولا بالرد ، ولكن يحبس المدعى عليه حتى يجيب بإقرار أو إنكار يحلف معه ، فقد احتج له بأن المدعى عليه قد وجب عليه أحد الأمرين : إما الإقرار ، وإما الإنكار ، فإذا امتنع من أداء الواجب عليه عوقب بالحبس ونحوه حتى يؤديه ، قالوا : وكل من عليه حق فامتنع عن أدائه فهذا سبيله .

وأما الآخرون فقد فرقوا بين الموضعين وقالوا : لو ترك المدعى ونكوله لأدى هذا إلى أن تضيع حقوق ، لأن المدعى عليه من الممكن أن يصبر على الحبس ، فإذا نكل عن اليمين ضعف جانب البراءة الأصلية فيه وقوى جانب المدعى فتوى باليمين ^(١) .

إذا نكل المدعى أيضا :

بيننا فيما سبق أن بعض العلماء يرى أنه إذا نكل المدعى عليه أن اليمين ترد على المدعى ، فإن حلف قضى القاضي له ، والسؤال الآن ما هو الحكم — على هذا الرأي — لو نكل المدعى أيضا عن اليمين ؟ أجاب أصحاب هذا الرأي بأنه لو نكل المدعى أيضا صرفهما القاضي ^(٢) .

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، لابن قيم الجوزية ، ص ١٣٧ ، المؤسسة العربية للطباعة والنشر ، والشرح الكبير لعبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسى ، ج ١١ ، ص ٤٢٧ ، وتكملة فتح القدير لشمس الدين أحمد بن المعروف بقاضى زاده ، ج ٨ ، ص ١٧٦ .

(٢) الشرح الكبير ، لعبد الرحمن بن محمد بن قدامة ، ج ١١ ، ص ٤٢٨ .

يكفى فى اليمين الحلف بالله ، أو صفة من صفاته :

إذا اقتصر القاضى على الأحلاف بالله تعالى كان هذا كافياً قال رحمته : " من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر " ، وكذلك لو كان اليمين بصفة من صفاته عز وجل كقول الحالف : وعزة الله ، وعظمة الله ، كان هذا كافياً .

وشدد بعض فقهاء الشافعية فقال : بأنه لابد من أن يغلظ اليمين بذكر أوصاف الله عز وجل ، كأن يقول مثلاً : والله الذى لا إله إلا هو ، عالم الغيب والشهادة ، الرحمن الرحيم ، الذى يعلم خائنة الأعين وما تخفى الصدور .

وقالوا فى التعليل لهذا : ليخرج بها من عادة الناس فى معهود أيمانهم مما يكثرونه فى كلامهم من لغو اليمين ، لكن يرى البعض الآخر : أن التغليظ مستحب وليس بلام .

وفى الفقه الحنفى نجد بعض فقهاءه يبينون أن اليمين يكفى فيها الحلف بالله تعالى ، وللقاضى أن يغلظ اليمين إن شاء ، لأن أحوال الناس شتى ، فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ، ويتجاسر عند عدمه ، فيغلظ له اليمين لعله يمتنع بذلك .

وقيل : لا تغلظ اليمين على الذى عرف بالصلاح ، وتغلظ على غيره ، وقيل : تغلظ على الخطير من المال دون الفقير ^(١) .

تغليظ الحلف بالمكان والزمان :

العلماء مختلفون فى تغليظ الحلف بالمكان والزمان هل يجوز للحاكم أم لا ؟ على أربعة آراء :

(١) المجانى الزهرية ، ص ٨١ .

الرأى الأول : ما يراه جمهور العلماء وهو وجوب التغليظ فى الزمان والمكان ، وعندهم أن التغليظ على الحالف إذا كان فى المدينة أن يكون الحلف على المنبر ، وإذا كان الحلف فى مكة فالتغليظ عليه أن يحلف بين الركن والمقام ، وأما فى غير مكة والمدينة فالتغليظ يكون فيها المسجد الجامع .

هذا ما يختص بالتغليظ بالمكان عند الجمهور ، وأما التغليظ فى الزمان فكأنهم يقولون ينظر إلى الأوقات الفاضلة ، مثل بعد العصر ، وليلة الجمعة ، ويومها وما مائل هذا .

الرأى الثانى : لا تغليظ فى الزمان ولا فى المكان ، وهذا ما يراه الحنفية والحنابلة والهادوية من فقهاء الزيدية ، قال أصحاب هذا الرأى : ولا يجب على الحالف أن يجيب الحاكم إلى ذلك .

الرأى الثالث : تغليظ الحلف بالمكان والزمان مستحب وليس واجبا ، وهو ما يراه بعض العلماء .

الرأى الرابع : أن هذا متروك للحاكم واجتهاده ، فإذا رأى أن التغليظ بالزمان أو المكان حسن ألزم الشخص به ، وإلا تركه .

ما استدل به الجمهور :

استدل الجمهور بما يأتى :

أولا : ما رواه جابر رضي الله عنه أن للنبي ﷺ قال : " من حلف على منبرى هذا بيمين آثمة تبوأ مقعده من النار " رواه أحمد ، وأبو داود ، والنسائى وصححه ابن حبان .

ثانيا : ما روى أن عمر ، وعثمان ، وابن عباس ، وغيرهم من السلف فعلوا ذلك .

ثالثاً : استدلو للتغليظ بالزمن بقوله تبارك تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذَا لَمِنَ الْآمِنِينَ ﴾ قال المفسرون : هي صلاة العصر .

ما استدل به الحنفية ومن معهم :

استدل الحنفية ومن وافقهم بإطلاق أحاديث : " اليمين على المدعى عليه " وبقوله ﷺ " شاهدك أو يمينه " (١) .

هذا ، ولم أطلع على دليل للرأيين الثالث والرابع .

الكافر يحلف أيضا :

بين العلماء أن الكافر يحلف أيضا ، وهذا يدل على عظم اليمين ، وعظم الجرم عند الحديث فيها ، يقول الصنعاني أحد كبار علماء الحديث والفقهاء عن اليمين : " ويعظم شأنها ، فإنها إشهد الله سبحانه أن الحقيقة كما يقول ، ولو كان الأمر على خلاف الدعوى لكان مفتريا على الله أنه يعلم صدقه ، فلما كانت بهذه المنزلة العظيمة هابها المؤمن بإيمانه وعظمة شأن الله عنده أن يحلف كاذبا ، وهابها الفاجر لما يراه من تعجيل عقوبة الله لمن حلف يمينا فاجرة " (٢) أ.هـ

فليحذر المسلمون الذين يتجرأون على الحنث بالإيمان أن يصيبهم غضب الله تعالى ، والأصل في هذا ما روى أن رسول الله ﷺ ، حلف

(١) أدب القضاء لابن أبي الدم ، ج ١ ، ص ٥٥٤ ، تحقيق ودراسة الدكتور / محيى

- هلال المرحان -

(٢) سبل السلام للصنعاني ، ج ٤ ، ص ١٣١ .

ابن سوريا . اليهودى على حكم الزنا فى التوراة ، فقال له ﷺ : " أنشدك الله الذى أنزل التوراة على موسى " .

تغليظ اليمين على غير المسلمين :

وتغليظ اليمين على اليهودى - كما قال العلماء - أن يحلفه القاضى بالله الذى أنزل التوراة على موسى ونجاه من الغرق ، وتغليظها على النصرانى بأن يحلفه بالله الذى أنزل الإنجيل على عيسى ، وتغليظها على المجوسى والوثنى بأن يحلفه بالله الذى خلقه وصوره .

هل يحلف القاضى من لا يعتقد بوجود الله تعالى :

بين العلماء أن القاضى يحلف الدهرى أيضا وهو من لا يعتقد خالقا ولا معبودا ، كالشيعيين ، فيحلفه بالله الخالق الرازق ، وأجابوا على سؤال يمكن أن يثار هنا ، وهو أن الدهرى لا ينزجر باليمين فما فائدة تحليفه ؟ قالوا : إن فى تحليفه فائدتين :

إحداهما : إجراء حكم المسلمين عليهم ، فالله تبارك وتعالى يقول : ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم ﴾ .

الثانية : أن يزداد بهذا اليمين إثما ، ويدركه شؤمها ، فربما يتعجل بها انتقام الله عز وجل ^(١) ، وقد روى أن رسول الله ﷺ قال : " يمين الغموس تدع الديار بلاقع " ^(٢) . وهو حديث رواه أبو حنيفة من حديث أبى هريرة ، ولفظه " تذر " بدل " تدع " . وأخرجه أبو داود ، والبيهقى وقالاه عنه : إنه مشهور بالإرسال ، ورواه عبد الرزاق مرسلا ، ومعضلا ^(٣) .

(١) المصدر السابق جـ ١ ، ص ٥٤٨ .

(٢) البلقع والبلقعة : الأرض الفقر التى لا شئ عليها .

(٣) المقدمة السلطانية فى السياسة الشرعية ، لطوغان شيخ المحدثى الأحدثى من علماء

الحنفية فى القرن التاسع الهجرى ، وهى موضوع رسالة ماجستير مقدمة من ==

تعتبر في اليمين نية القاضى :

قال العلماء إن نية القاضى المستحلف للخصم هى التى تعتبر ، سواء أكان الخصم موافقا للقاضى فى مذهبه أم لا ، لحديث : " اليمين على نية المستحلف . وفى رواية أخرى أن رسول الله ﷺ قال : " ويمينك على ما يصدقك به صاحبك " ، فهذا دليل على أن اليمين على نية الذى يقوم بالتحليف ، ولا ينفع فيها نية الحالف إذا كان ينوى بها نية أخرى تخالف ما أظهره ^(١) . رواه الإمام مسلم ^(٢) .

والمعنى فى هذا : أنه لو كانت نية الحالف هى المعتبرة لأدى ذلك إلى بطلان فائدة الأيمان وضاعت الحقوق ، لأن كل واحد يحلف على ما يقصده هو ما لا يقصده القاضى ، فلو ادعى مثلا حنفى على شافعى شفعة الجوار - وللقاضى يعتقد أن للجار حق الشفعة كما هو مذهب

— يوسف صديق إسماعيل ، إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، مكتوبة بالآلة الكتبة ، ص ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، ومعنى الحديث المرسل ، ما سقط منه الصحابى بأن يرفعه التابعى إلى رسول الله ﷺ ، بأن يقول التابعى كالحسن البصرى مثلا : قال رسول الله ﷺ وجمهور المحدثين يرون أن المرسل من أنواع الأحاديث الضعيفة ، ولما اتفقوا فبعضهم يوافق جمهور علماء الحديث كالإمام الشافعى ، وكثير من الفقهاء والأصوليين ، وبعضهم يحتج بالحديث المرسل كالإمام أبى حنيفة ، والإمام مالك ، وقول عن الإمام أحمد ، وبعض أهل العلم .

ولما الحديث المعضل فهو : ما سقط من رواته راويان أو أكثر سواء كان السقوط حقيقيا أم حكما ، والسقوط الحقيقى كإرسال تابع التابعى وكان يقول بعض المؤلفين فى اللغة الإسلامى فى القرن الثانى الهجرى وما بعده ، قال رسول الله ﷺ ، وذلك لأنه يوجد روايان فكثر بين هؤلاء المؤلفين ورسول الله ﷺ ، وأما السقوط الحكى فيتحقق بوجود راويين مبهمين متواليين . لنظر المختصر الوجيز فى علوم الحديث للدكتور / محمد عجاج الخطيب ، ص ١٥١ ، ١٥٢ مؤسسة الرسالة .

(١) سبل السلام ، ج ٤ ، ص ١٠٢ .

(٢) سبل السلام ، للصنعانى ، ج ٤ ، ص ١٠٢ .

انحنفية — فليس للمدعى عليه أن يحلف على أنه غير مستحق لها عمداً
باعقاده ، هو ، لأنه شافعى ، والشافعية يرون أن الشفعة للشريك فقط
لا للجار ، بل يجب عليه اتباع القاضى .

وعلى فهذا فلو ورى الحالف فى يمينه بأن قصد خلاف ظاهر اللفظ
عند تحليفه ، كقوله والله لا يستحق على ديناراً ولا درهما ولا أقل من
ذلك ولا أكثر ، وكان يقصد ديناراً ودرهما لدولة أخرى غير الدولة التى
تعاملاً بدنانيرها أو دراهمها ، أو تأول بأن اعتقد خلاف نية القاضى
كحنفى حلف شافعيًا على شفعة الجوار ، فخلف الشافعى أنه لا يستحقها
عليه ، فإن ذلك لا يدفع إثم اليمين الفاجرة ، لأن اليمين إنما شرعت
لكى يهاب الخصم الإقدام عليها خوفاً من الله تبارك وتعالى ، فلو صح
تأويله لأدى ذلك إلى بطلان هذه لفائدة ، لأن كل شئ قابل للتأويل فى
اللغة . وبين العلماء أن إثم الحالف إذا فعل هذا مقيد بأمرين :

الأمر الأول : أن يكون الحلف بالله تعالى فإن كان القاضى قد حلفه
بالطلاق أو العتاق ، لحلف وورى نفعته التورية ، وإن كانت حراماً لأنه
يبطل بها حق المستحق ، لأن القاضى ليس له حق التحليف بالطلاق
والعتاق كما يرى ذلك النووى من فقهاء الشافعية المشهورين
والمحدثين .

الأمر الثانى : أن لا يكون خصمه ظالماً فى نفس الأمر ، ومثل
العلماء لهذا بما لو كان عنده ودیعة لإنسان ، فأراد ظالم أخذ هذه
الودیعة منه ، فأنكر أن عنده ودیعة ، فإن اكتفى الظالم بيمينه قال
العلماء فليحلف ولا إثم عليه (١) .

(١) معنى المحتاج ، ج ٤ ، ص ٤٧٥ .

لا يستحلف القاضي أحدا بالطلاق :

قال الماوردي أحد كبار فقهاء الشافعية وغيره : إنه لا يجوز للقاضي أن يحلف أحدا بطلاق ، أو عتق ، أو نذر ، وقال الشافعي رحمه الله : ومتى بلغ الإمام (رئيس الدولة) أن قاضيا يستحلف الناس بطلاق ، أو عتق ، أو نذر عزله عن الحكم ، لأنه جاهل ، وقال ابن عبد البر : لا أعلم أحدا من أهل العلم يرى الاستحلاف بذلك ^(١) .

فوائد اليمين :

لليمين عدة فوائد ، منها :

١ - تخويف المدعى عليه سوء عاقبة الحلف الكاذب ، فيجمله ذلك على الإقرار بالحق .

٢ - القضاء عليه إذا نكل عنها .

٣ - انقطاع الخصومة والمطالبة في الحال ، وتخليص كل من الخصمين من ملازمة الآخر .

اليمين لا تسقط الحق :

ولكن اليمين لا تسقط الحق ، ولا تبرئ الذمة ، لا باطنا ولا ظاهرا ، أى لا بينه وبين الله تبارك وتعالى ، ولا أمام القضاء ، لما رواه أبو داود والنسائي ، والحاكم عن ابن عباس " أن النبي ﷺ أمر رجلا بعدما حلف بالخروج من حق صاحبه " كأنه ﷺ علم كذبه ، فلو أقام المدعى بينة بعد حلف المدعى عليه سمعت وقضى القاضي بها لقوله ﷺ : " البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة " رواه البخاري .

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج ، ج ٣ ، ص ٤٢٧ .

٤ - إثبات الحق بها إذا ردت على المدعى ، أو أقام شاهدا واحدا كما يرى ذلك بعض العلماء .

٥ - تعجيل عقوبة الكاذب المنكر لما عليه من الحق في الدنيا ، فإن اليمين الغموس تدع الديار بلاقع ^(١) ، فيستفى المظلوم بذلك عوض ما ظلمه بإضاعة حقه ^(٢) .

ما يصح الاستحلاف فيه وما لا يصح :

تنقسم الحقوق إلى قسمين :

القسم الأول : حقوق الله تعالى .

القسم الثاني : حقوق الآدميين .

وتنقسم حقوق الله تعالى إلى قسمين :

أحدهما : الحدود ، أى العقوبات المقدرة حقا لله تعالى ، وهذا القسم تشرع فيه اليمين ، قال ابن قدامة ، لا نعلم فى هذا خلافا ، لأن المطلوب فى الحدود الستر ، والتعريض لمن أقرّ بها لكى يرجع عن إقراره ، كما عرض رسول الله ﷺ لما عز عندما جاءه واعترف بالزنا ، فيكون عدم الاستحلاف فيها أولى .

أى أنه إذا كان من الجائز صحة رجوع المقر عن إقراره فى الحدود ، فيكون أولى عدم استحلاف من لم يقر عليه بينة ولم يحص منه إقرار .

(١) فى مختار الصحاح لمحمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى : " البلقع ، والبلقعة : الأرض القفر التى لا شئ فيها ، يقال اليمين الفاجرة تذر الديار بلاقع ، قلت : هو حديث عن رسول الله ﷺ " ١٠١ هـ مختار الصحاح .

(٢) الطرق الحكيمة لابن القيم ، ص ١٣٣ ، ومعنى المحتاج ، ج ٤ ، ص ٤٧٧ .

القسم الثانى : الحقوق المالية ، كدعوى الزكاة على رب المال ، وأن الحول قد تم وكمل النصاب ، ففي هذه اختلف العلماء ، فيرى أحمد بن حنبل أن القول قول رب المال من غير يمين ، ولا يستحلف الناس على صدقاتهم ، لأنها حق الله فأشبهت الحدود ، ولأن ذلك عبادة فلا يستحلف عليها كالصلاة .

ويرى الشافعية ، وأبو يوسف ، ومحمد استحلف رب المال ، لأنها دعوى مسموعة أشبه بحق الآدمى ، وبما أن حقوق الآدميين يجرى فيها الاستحلف فكذلك الزكاة .

إذا تضمنت الدعوى فى الحدود حقا لآدمى :

وبين العلماء أن الدعوى فى الحدود إذا تضمنت حقا لآدمى ، كما لو ادعى عليه سرقة ماله ليضمن السارق أن يأخذ منه ما سرقه ، أو ادعى عليه الزنا بجاريته ليأخذ منه مهرها ، فإن الدعوى تسمع ويستحلف المدعى عليه لحق الآدمى دون حق الله تعالى .

فإذا ادعى على شخص سرقة مال ، ولا توجد بينة ، فإن القاضى يوجه اليمين إلى المتهم بالسرقة فإذا لم يحلف ثبت عليه المال المسروق صيانة لحق الإنسان ، ولم يثبت حد السرقة ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات وهى أيضا مبنية على الستر .

وكذلك لو ادعى على شخص أنه زنا بجارية ولا توجد بينة ، فإن القاضى يطالبه باليمين ، فإذا امتنع من اليمين ألزمه القاضى بمهر الجارية ، ولم يثبت حد الزنا لدرء الحدود بالشبهات ، ولأنها مبنية على الستر كما بينا .

أقسام حقوق الأدميين :

وتنقسم حدود الأدمى أيضا إلى قسمين :

أحدهما : ما هو مال ، أو المقصود منه المال ، وهذا القسم تشريع فيه اليمين باتفاق العلماء ، فإذا لم يكن مع المدعى بينة حلف المدعى عليه وبرئ ، لعموم قول النبي ﷺ : " ولكن اليمين على المدعى عليه " وقد ثبت هذا فى قصة الحضرمى والكندى اللذين اختلفا فى الأرض .

القسم الثانى : ما ليس بمال ولا المقصود منه المال ، وهو كل ما لا يثبت إلا بشاهدين رجلين ، كالفصاص ، وحد القذف ، والزواج ، والطلاق ، والرجعة ، والعتق والنسب ، والاستيلاء ^(١) ، والولاء ^(٢) ، والرق ، وهذا القسم مختلف فيه على رأيين :

الرأى الأول : يرى مالك أن المدعى عليه فى هذا القسم من الحقوق لا يستحلف ، ولا تعرض عليه اليمين ، وهذا ما يراه أحمد أيضا فى روايتين عنه ، قال أحمد : لم أسمع من مضى جوزوا الأيمن إلا فى الأموال والعروض خاصة ، ونحوه قاله أبو حنيفة ، فقد نقل عنه قوله : لا يستحلف فى النكاح وما يتعلق به من دعوى الرجعة ، والفيئة فى الإيلاء ، ولا فى الرق وما يتعلق به من الاستيلاء ، والولاء ، والنسب .

(١) معنى الاستيلاء أى اتخاذ الجارية أم ولد ، فمن المعلوم أن السيد يجوز له أن يستمتع بجاريته استمتاعا جنسيا ، فإذا حملت وولدت تسمى فى العرف الإسلامى حينئذ أم ولد ، وأم الولد لا يجوز بيعها ولا هبتها ، وإنما تصير حرة هى وأولادها بعد وفاة سيدها .

(٢) إذا عتق السيد عبده أو جاريته تنشأ علاقة جديدة بينهما تسمى الولاء وبمقتضى هذا الولاء يحق للسيد أن يرث عبده أو جاريته إذا لم يكن له ورثة من أقاربه ، أو له ورثة لا يستوعبون التركة كلها .

وقد علل لهذا الرأي بما يأتي :

أولا : هذه الأشياء لا يدخلها البذل ، واليمين إنما تكون فيما يدخله البذل ، فإن المدعى عليه مخير بين أن يحلف أو يسلم .
ثانيا : هذه الأشياء لا تثبت إلا بشاهدين رجلين ، فلا تصح فيها اليمين كالحدود .

الرأي الثالث : يرى الشافعي ، وأبو يوسف ومحمد صاحباً أبي حنيفة : أنه يستحلف في كل حق لآئمي ، وهذا أيضا رأى مخرج في فقه الحنابلة ، وتوجد رواية عن أحمد أنه يستحلف في الطلاق ، والقصاص ، والقذف .

وقد استند هذا الرأي إلى ما يأتي :

أولا: ما روى أن رسول الله ﷺ قال : " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه " متفق عليه (١) .

وهذا عام في كل مدعى عليه ، وهو ظاهر في دعوى الدماء لذكرها في الدعوى .

ثانيا : هذه دعوى صحيحة في حق لآئمي ، فصح أن يحلف فيها المدعى عليه كدعوى المال (٢) .

يستحب للقاضي أن يأمر الخصمين بالصلح :

قال العلماء إذا اتضح الحكم للقاضي بين الخصمين فالمستحب أن يأمرهما بالصلح ، لأن ذلك يقلل ما في نفسيهما من العداوة ، فإذا لم يرضيا بالصلح لزمه أن يحكم بينهما (٣) .

(١) سبل السلام ، ج ٤ ، ص ١٣٢ .

(٢) المغنى ، ج ٩ ، ص ٢٣٧ - ٢٣٩ ، ص ٢٧٢ .

(٣) المهذب للشيرازي ، ج ٢ ، ص ٣٠٥ .