T01503

International Islamic
University
Islamabad - Pakistan
LL.M. Shariah & Law

الجامعة الإسلامية العالمية
إسلام آباد - باكستان
كلية الشريعة والقانون
قسم الدراسات العليا

القضاء باليمين والنّكول عنها

(دراسة مقارنــة بين الفقه والقانون)

(بحث لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون)

بإشراف
الأستاذ الدكتور/ محمد عبد الستار الجبالي

إعداد الطالب/ محمد حسين مرسل

العام الجامعي: ١٤١٨هـ ـ ١٤١٩هـ
١٩٩٨م ـ ١٩٩٩م

MS

٣٤٠٥٩٠٩

٩ ورق

فقه اسلامی - قضاء

Accession No. T-1503

Ed
2/3/2011

DATA ENTERED
Amz 07/02/14

T-1503
2/3/2011

بسم الله الرحمن الرحيم

لجنة المناقشة للحصول على درجة الماجستير

كلية الشريعة والقانون

الجامعة الإسلامية العالمية ـــ إسلام آباد

أجـــريت مناقشة البحث الـــذي قـــدمه

الطالب / محمد حسين مرسل .

بعنوان : [القضاء باليمين والنكول عنها]

(دراسة مقارنة بين الفقه والقانون)

أسماء أعضاء لجنة المناقشة الأفاضل وتوقيعاتهم

		الاسـم	التوقيع
١	المشرف على البحث		
٢	المناقش الداخلي		
٣	المناقش الخارجي		
الملاحظات :			

الإهـــــداء

إلى والدي الكريمين اللذين ربياني صغيرا وأرشداني في سبيل العلم والمعرفة رمز التضحية والإخلاص .

إلى إخوتي الأشقاء الذين استمد منهم القوة والعزم .

إلى أرواح العلماء الذين قضوا حياتهم في التأليف والتصنيف.

وإلى جميع المسلمين المتمسكين بالكتاب والسنة .

إلى هؤلاء جميعاً أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع .

كلمة الشكر والتقدير

يقتضي واجب الشكر والوفاء والاعتراف بالجميل أن أتقدم بين يدي هذا البحث بوافر الشكر والتقدير إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور / محمد عبد الستار الجبالي / الذي تكرم بإشراف هذا البحث ومتابعته منذ أن كان فكرة إلى أن أصبح بصورته الحالية فله مني جزيل الشكر والامتنان فقد بذل قصارى جهده ووسعه في سبيل تدليل العقبات فشكراً له .

كما أشكر الجامعة الإسلامية العالمية التي احتضنتني في رحابها مدة دراستي في مرحلتي "البكالوريوس والماجستير" ، وجميع أساتذتي الذين تتلمذت على أيديهم خصيصاً الأستاذ الدكتور : سيد عواد ، الذي أرشدني في اختيار الموضوع .

وإلى كل من له عليّ يد ، وإني لمدين في هذا المقام لعدة شخصيات ساهموا في تكوين شخصيتي العلمية والتربوية ، وأخص بالذكر أستاذي وشيخي الفاضل الأستاذ : سراج الرحمن الندوي القاضي مدير معهد كسئوني الإسلامي بممباسا ، والأستاذ الكبير الشيخ الفاضل الوالد المربي الشهيد / عبد اللّه أحمد قاسم / وغيرهما ممن تتلمذت على أيديهم واستفدت من علمهم .

وإلى زملائي الطلبة الذين رافقتهم في سبيل العلم ، وعلى كل من أعانني ، هؤلاء جميعاً أكنّ لهم الشكر والتقدير .

محمد حسين مرسل

١٧/ رجب / ١٤١٩ هـ

٦/ نوفمبر /١٩٩٨م

بسم اللّه الرحمن الرحيم

المقدمة :

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين محمد بن عبد اللّه وعلى آله وصحابته الغرّ الميامين .

وبعد :

فإن موضوع القضاء وما يوصل إليه من طرق للإثبات من أهم الموضوعات الفقهية وأكثرها تطبيقاً ، وبه تعدل أحوال الرعية ، وتأمن السبل ، وينتصف المظلوم ، وتحسن المعيشة ، ومن أجله أنزلت الكتب وبعثت الرسل ﴿لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط﴾ ، وبه أمر المولى جلّ وعلا ﴿وأقيموا الوزن بالقسط﴾.

ولما كانت طرق الإثبات التي تثبت بها الحقوق وتنقطع بها المنازعات متعددة يصعب جمعها في بحث واحد ، اخترت طريقين من طرق الإثبات هما : اليمين والنّكول عنها "دراسة مقارنة بين الفقه والقانون" لأتقدم إلى كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية العالمية إسلام آباد لنيل درجة الماجستير ، وأرجو اللّه أني قد وفقت ما أردت به إنه وليّ التوفيق .

سبب اختيار الموضوع :

هنالك عدة أسباب دعتني إلى اختيار الموضوع وهي :

١ ــ أهمية موضوع القضاء وحاجة المجتمعات إليه وغياب القضاء العادل المستمد من الكتاب والسنة عن ساحة التطبيق واستبداله بنظم وقوانين وضعية تخالف شرع الله .

٢ ــ أهمية وسائل الإثبات بالنسبة للقضاء ، فالوسائل هي الأعمدة التي يرتكز عليها القضاء ، فإن الوسيلة العادلة تؤدي إلى العدل والإنصاف ، والوسيلة الفاسدة تؤدي إلى الظلم والطغيان . فكان التركيز على الوسائل من الأهمية بمكان .

٣ ــ إبراز مكانة اليمين في القضاء في الإسلام ، ومنزلتها من الوسائل وأنها في المرتبة الثانية بعد البينة مما يعطي لها الأولوية في البحث والدراسة .

٤ ــ إبراز مكانة النكول كوسيلة من وسائل الاثبات .

٥ ــ حسب علمي لم أعثر من العلماء من أفرد بحثا مستقلا لليمين والنكول عنها فرأيت المساهمة في الموضوع لعلي أظفر بجمع المتفرقات في بحث لتعم الفائدة .

منهجي في البحث :

أما منهج البحث الذي أسير عليه في بحثي فهو كالآتي :

١ ــ أذكر آراء العلماء في المسألة . وأبدأ ما اتفقه عليه الفقهاء إن كان في المسألة إتفاق مشيرا دليل الاتفاق .

٢ ــ أسرد أراء كل مذهب وأدلته ، ومناقشة الأدلة إن وجدت إلى ذلك سبيلا .

٣ ــ أختار الرأي الراجح في المسألة إذا ظهر لي رجحانه .

٤ ــ أذكر رأي الفقهاء القانونيين في المسألة بشيء من التفصيل ثم أقارن بين الفقه والقانون مشيرا إلى مدى تأثر القانون وتبعيته بالفقه الإسلامي مع ذكر رأي المذهب الذي اعتمد عليه واضعوا القانون .

٥ ــ أخرج الآيات القرآنية وذلك بذكر السورة ورقم الآية من المصحف الشريف .

٦ ــ أخرج الأحاديث النبوية من مصادرها الأصلية من كتب السنة .

٧ ــ ترجمة بعض الأعلام الذين وردت أسمائهم في البحث .

٨ ــ جعل الخاتمة في أهم النتائج التي أتوصل إليها .

٩ ــ وضع فهارس للبحث ، فهرس الآيات ، فهرس الأحاديث ، فهرس الموضوعات.

خطة البحث

قسمت البحث إلى تمهيد وثلاثة فصول :

فأما التمهيد ففيه مبحثان :

المبحث الأول : معنى القضاء ، مشروعيته ، وأهميته في الإسلام .

المبحث الثاني : أقوال أهل العلم في طرق الإثبات .

أما الفصل الأول : فقد تكلمت فيه الأحكام المتعلقة بالدعوى واليمين في الخصومة ، وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : الأحكام المتعلقة بالدعوى ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أحكام الدعوى .

المطلب الثاني : رفع الدعوى إلى القاضي .

المبحث الثاني : اليمين في الخصومة ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : اليمين المشروعة وأنواعها والحقوق التي يستحلق بها في الفقه والقانون .

المطلب الثاني : تغليظ اليمين في الفقه والقانون .

المبحث الثالث : القضاء بمقتضى اليمين ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حكم القضاء باليمين في الفقه والقانون .

المطلب الثاني : القضاء بيمين وشاهد .

الفصل الثاني : أيمان القسامة واللّعان ، وفيه مبحثان :

المبحث الأول : أيمان القسامة وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف القسامة ، ومشروعيتها ، وشروطها .

المطلب الثاني : القضاء بأيمان القسامة .

المبحث الثاني : أيمان اللّعان ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف اللّعان وشروطه .

المطلب الثاني : القضاء بأيمان اللّعان .

الفصل الثالث : حكم القضاء بالنّكول ، وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : تعريف النّكول وشروطه ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف النّكول وشروطه في الفقه .

المطلب الثاني : تعريف النّكول وأقسامه في القانون .

المبحث الثاني : حكم النّكول عن اليمين ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حكم النّكول عن اليمين في الفقه .

المطلب الثاني : حكم النّكول عن اليمين في القانون .

المبحث الثالث : ما يقضى فيه بالنّكول .

المبحث الرابع : حكم النّكول عن أيمان القسامة .

المبحث الخامس : حكم النّكول عن أيمان اللّعان .

وأما الخاتمة : فجعلتها في أهم ما توصلت إليه من نتائج .

وأخيراً أشكر اللّه العلي القدير على آلائه ونعمه عليّ ، وأسأله العفو والعافية والمعافاة الدائمة في الدين والدنيا والآخرة . إنه وليّ ذلك والقادر عليه .

الطالب/ محمد حسين مرســـل

١٧/ رجب / ١٤١٩هـ

الموافق

٦/ نوفمبر/ ١٩٩٨م

التمهيد

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : معنى القضاء ، مشروعيته ، وأهميته في الإسلام

المبحث الثاني : أقوال أهل العلم في طرق الإثبات

التمهيد : وفيه مبحثان

المبحث الأول : معنى القضاء ، مشروعيته ، وأهميته في الإسلام

ونبدأ بتعريف القضاء لغة واصطلاحا .

أولا : التعريف اللغوي :

القضاء لغة : الحكم وجمعه أقضية جاء في لسان العرب لابن منظور القضاء الحكم وأصله قضاي لأنه من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت والجمع الأقضية قال أبو بكر : قال أهل الحجاز : القاضي معناه في اللغة القاطع للأمور المحكم لها واستقضى فلان أي جعل قاضياً يحكم بين الناس يقال : قضى يقضي قضاء فهو قاضٍ إذا حكم وفصل وقضاء الشيء إحكامه وإمضائه[١] .

وقد أوردت كتب المعاجم والفقه عدة معان لكلمة قضى[٢] .

قال الأزهري[٣] : القضاء في اللّغة على وجوه مرجعها إلى إقطاع الشيء وتمامه وفيما يلي بعض هذه المعاني :

أولا : الحكم : من معاني القضاء الحكم يقال : قضى عليه وقضى بين الخصمين يقضي قضاءً أي حكم عليه وبينهما فهو قاضٍ . والقضاء الفصل في الحكم ومنه قوله تعالى: ﴿ولولا كلمة الفصل لقضي بينهم ...﴾ الآية[٤] .

---

(١) انظر لسان العرب للإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري ١٨٦/١٥ دار صادر بيروت . وابن منظور : هو محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن أبي القاسم بن منظور الأنصاري الرويفعي الأفريقي (جمال الدين أبو الفضل) أديب لغوي ناظم ناثر مشارك في العلوم ولد في أول محرم سنة ٦٣٠هـ / ١٢٣٤م بمصر وقيل ولد بطرابلس الغرب وتوفي بمصر في شعبان سنة ٧١١هـ / ١٣١١م . من تصانيفه : لسان العرب ــ مختار الأغاني في الاختيار والتهاني ، انظر معجم المؤلفين ٤٦/١٢ دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان .

(٢) لسان العرب ١٨٦/١٥ ، البحر الرائق ٢٥٤/٦ ، الخرشي ١٣٨/٢ ، مواهب الجليل ٢٠٠/٤ .

(٣) الأزهري : هو أبو منصور محمد بن أحمد بن طلحة بن نوح بن الأزهري الهروي الشافعي ، ولد في هرات سنة ٢٨٢هـ وتوفي سنة ٣٧٠هـ في هرات ، من تصانيفه الكثيرة : تهذيب اللغة ، الأدوات ، تفسير ألفاظ مختصر المزني . انظر مقدمة تهذيب اللغة للأزهري .

(٤) الشورى الآية ٣٧ .

ثانيا : الفراغ : وقد يأتي القضاء بمعنى الفراغ تقول قضيت حاجتي وضربه فقضى عليه أي قتله كأنه فرغ منه . ومنه قوله تعالى : ﴿قضي الأمر الذي فيه تستفتيان﴾[١] . الآية وقوله تعالى : ﴿فإذا قضيتم الصلاة﴾[٢] أي فرغتم منها .

ثالثا : الأداء والانتهاء : وقد يكون القضاء بمعنى الأداء والانتهاء تقول : قضيت ديني . ومنه قوله تعالى : ﴿وقضينا إلى بني إسرائيل في الكتاب﴾[٣] . وقوله تعالى : ﴿وقضينا إليه ذلك الأمر﴾[٤] أي إنتهيناه إليه .

رابعاً : الصنع والتقدير : ويأتي القضاء بمعنى الصنع والتقدير ومنه قوله تعالى : ﴿فقضاهن سبع سموات في يومين﴾[٥] أي خلقهنّ ، وصنعهنّ . وقدّرهنّ .

خامسا : الختم والأمر : وقد يكون القضاء بمعنى الختم والأمر ومنه قوله تعالى : ﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه﴾ [٦] .

سادسا : الإعلام : ومن معاني القضاء الإعلام ومنه قوله تعالى : ﴿وقضينا إلى بني إسرائيل في الكتاب﴾[٧] . قال ابن نجيم : وحاصله أن القضاء يستعمل لغة بمعنى الحكم والفراغ والهلاك والأداء والإفهام والمضي والصنع والتقدير[٨] .

وأنسب هذه المعاني إلى المعنى الاصطلاحي هو الحكم والفصل . قال الراغب الأصفهاني[٩] : القضاء فصل الأمر قولاً كان أو فعلاً وكل منهما على وجهين إلهي وبشري.

---

(١) يوسف الآية : ٤١ .

(٢) النساء الآية : ١٠٣ .

(٣) الإسراء الآية : ٤ .

(٤) سورة الحجر الآية : ٦٦ .

(٥) فصلت الآية : ١٢ .

(٦) الإسراء الآية : ١٢ .

(٧)الإسراء الآية : ٤ .

(٨) البحر الرائق ٢٥٤/٦ .

(٩) الأصفهاني هو : الحسين محمد بن المفضل المعروف بالراغب الأصفهاني أبو القاسم أديب لغوي حكيم مفسر ، من تصانيفه الكثيرة تحقيق البيان في تأويل القرآن ، الذريعة إلى مكارم الشريعة محاضرات الأدباء ومحاولات الشعراء والبلغاء ، مفردات ألفاظ القرآن ، وتفصيل النشأتين وتحصيل السعادتين ، معجم المؤلفين ٥٩/٤ .

فمن القول الإلهي : قوله تعالى : ﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه﴾[١] ومن الفعل الإلهي : قوله تعالى : ﴿واللّه يقضي بالحق والذين يدعون من دونه لا يقضون بشيء﴾[٢] .

ومن القول البشري : نحو قضى الحاكم بكذا فإن حكم الحاكم يكون بالقول : ومن الفعل البشري : قوله تعالى : ﴿فإذا قضيتم مناسككم﴾[٣][٤] .

ثانياً : التعريف الاصطلاحي :

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف القضاء وفيما يلي سردٌ تعريفات الفقهاء للقضاء مرتبة حسب المذاهب الفقهية .

أ ــ الحنفية : جاء في لسان الحكام في معرفة الأحكام : القضاء فصل الخصومات وقطع المنازعات[٥]. وفي البدائع للكالساني : القضاء هو الحكم بين الناس[٦] . وعرفه الطرابلسي في كتابه: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام : بأنه الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام[٧] .

ب ــ المالكية : فقد عرّفه ابن عرفة[٨] بقوله : القضاء صفة حكمية توجب لموصفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم المسلمين . فيخرج التحكيم وولاية الشرطة وأخواتها والإمامة العظمى ولما رأي الشيخ أن القضاء في الشرع معنى حكمي أتى بقوله صفة حكمية وردّ على من قال أنه الفصل بين الخصمين لقصره على الفصل الفعلي

---

(١) الإسراء الآية : ٢٣ .

(٢) غافر الآية : ٢٠ .

(٣) البقرة الآية : ٢٠٠ .

(٤) انظر المفرادات في غريب القرآن وللراغب الأصفهاني تحقيق محمد سيد كيلاني ص : ٤٠٦ مصطفى البابي الحلبي طبعة ١٣٨١هـ .

(٥) لسان الحكام في معرفة الأحكام ص : ٢١٨ . مطبوع على هامش معين الحكام .

(٦) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكالساني الحنفي ١٥٠/٢ ط . ١٩٧٤م/ ١٣٩٤هـ دار الكتاب العربي بيروت .

(٧) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي ص : ٧ ، الناشر : مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ /١٩٧٣م.

(٨) ابن عرفة : هو محمد بن محمد بن عرفة ، الورغمي أبو عبد اللّه ولد سنة ٧١٦هـ وكان إمام تونس وعالمها ومن كتبه المختصر الكبير في فقه المالكية ، والحدود في التعاريف الفقهية توفي سنة ٨٠٣هـ انظر الاعلام ٢٨٦/٧.

والقضاء أعم من ذلك[١] . وفي مواهب الجليل : القضاء هو الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام[٢] .

وفي تبصرة الحكام . قال ابن رشد[٣] : حقيقة القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام[٤] . وعرفه القرافي[٥] : بأنه إنشاء إطلاق أو إلزام في مسائل الاجتهاد والمتقارب فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا[٦] .

ج ــ الشافعية : جاء في مغني المحتاج : القضاء فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم اللّه تعالى[٧] . وقال عزّ بن عبد السلام[٨] بأنه : الحكم الذي يستفيده القاضي

---

(١) الخرشي علىمختصر سيدي خليل لابن عبد اللّه محمد بن عبد اللّه بن علي الخرشي المالكي ١٣٨/٧ طبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .

(٢) مواهب الجليل من أدلة خليل للشيخ أحمد بن أحمد المختار الجنكي الشنقيطي ٢٠٠/٤ عنى بمراجعته عبد اللّه إبراهيم الأنصاري من مطبوعات إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م .

(٣) ابن رشد : هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الشهير بالحفيد ولد سنة ٥٢٠هـ وكان عالما فاضلا وله تأليفات جليلة الفائدة منها كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد في الفقه ذكر فيه أسباب الخلاف وعلّل ووجّه فأفاد وأمتع به وحمدت سيرته في القضاء في القرطبة وتوفي سنة ٥٩٥هـ ، معجم المؤلفين ٣١٣/٨.

(٤) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ١٢/١ . راجعه طه عبد الرزاق سعد . الناشر مكتبة الكليات الأزهرية حسين محمد وأخوه محمد الطبعة ا لأولى ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م .

(٥) القرافي : هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد اللّه الصنهاجي الأصل البهنسي المشهور بالقرافي (شهاب الدين أبو العباس) فقيه ، أصولي ، مفسر ، ومشارك في علوم أخرى ولد بمصر وتوفي فيها من تصانيفه الذخيرة : شرح المهذب ، التنقيح في أصول الفقه ، الفروق ، انظر معجم المؤلفين ١٥٨/١ .

(٦) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي للإمام القرافي تحقيق وتعليق عبد الفتاح أبو غدة ص: ٢٠ مكتبة المطبوعات الإسلامية حلب ١٣٨٧هـ / ١٩٦٧م .

(٧) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لمحمد الشربيني الخطيب ٣٧٢/٤ ، الناشر دار إحياء التراث العربي . بيروت ــ لبنان .

(٨) السلمي : هو عزّ بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي عزّ الدين المقلّب (بسلطان العلماء) فقيه شافعي بلغ رتبة الاجتهاد ولد ونشأ في دمشق وتوفي بالقاهرة من كتبه التفسير الكبير . والإلمام في أدلة الأحكام. وقواعد الشريعة والفوائد ، وقواعد الأحكام في مصالح الأنام . وكان من أمثال مصر ، ما أنت إلا من العوام ولو كنت ابن عبد السلام . انظر الإعلام ١٤٥/٤.

بالولاية : وهو إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إحضاره فيه[١] . وعرفه القليوبي[٢] بأنه الحكم شرعاً بين الناس أو الالزام بحكم الشرع[٣] .

وقال الإمام الجويني:[٤] بأنه إظهار حكم الشرع في الواقعة من مطاع والوجه أنه إلزام ممن له في الوقائع الخاصة بحكم الشرع لمعيّن أو غيره[٥] . وعرّفه في نهاية المحتاج : بأنه إلزام من له الإلزام بحكم الشرع فخرج الإفتاء[٦] .

د ــ الحنابلة : عرّف البهوتي[٧] في كتابه كشاف القناع عن متن الاقناع القضاء بأنه: الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات[٨] . وفي منتهى الإرادة : بأنه تبيين الحكم

---

(١) مغني المحتاج ٣٧٢/٤ .

(٢) القليوبي هو : أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي الشافعي (شهاب الدين أبو العباس) عالم مشارك في كثير من العلوم توفي في أواخر شوال ، من مؤلفاته ، التذكرة في الطب . البدور المنوّرة في معرفة الأحاديث المشتهرة . حاشية على شرح ابن قاسم العزي، والنبذة اللطيفة في بيان مقاصد الحجاز ومعالمه الشريفة انظر معجم المؤلفين ١٤٨/١ .

(٣) حاشية القليوبي لشهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي ٢٩٥/٤ ، الطبعة الثانية ١٣٧٥هـ ــ ١٩٥٦م ، شركة مكتبة مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر .

(٤) الجويني : هو عبد الملك بن عبد اللّه بن يوسف بن محمد الجويني النيسابوري ، الشافعي الأشعري والمعروف بإمام الحرمين (ضياء الدين أبو المعالي) فقيه أصولي متكلم مفسر أديب ولد في المحرم وجاور بمكة وتوفي في النيسابور ، من تصانيفه الكثيرة . نهاية الطلب في دراية المذهب . التأمل في أصول الدين البرهان في أصول الفقه تفسير القرآن ، والإرشاد إلى قواطع الأدلة في أصول الفقه . انظر معجم المؤلفين ١٨٤/٦ .

(٥) حاشية عميرة لشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة المتوفى ٩٥٧هـ مطبوع مع حاشية القليوبي ٢٩٥/٤.

(٦) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس الشهير بالشافعي الصغير ٢٢٤/٨ الناشر المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ .

(٧) البهوتي : هو منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن أحمد بن علي بن إدريس البهوني الحنبلي . فقيه توفي بمصر من مصنفاته الروض المربع في شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع لابن قدامة ، دقائق أولي النهي لشرح المنتهى ــ عمدة المأرب لنيل المطارب ــ كشاف القناع عن متن الاقتناع وكلها في فروع الفقه الحنبلي انظر معجم المؤلفين ٢٢/١٣ .

(٨) كشاف القناع عن متن الاقتناع للشيخ فقيه الحنابلة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ٢٨٥/٦ ، راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصلحي مصطفى هلال ، أستاذ الفقه والتوجيه بالأزهر الشريف . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع لبنان . بيروت ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م .

الشرعي والإلزام به وفصل الحكومات[١] .

وفي الإنصاف : المراد به في الشرع الإلزام وولاية القضاء رتبة دينية ونصبه شرعية[٢] .

وبإمعان النظر بتعاريف الفقهاء نجد اختلاف الفقهاء في معنى كلمة القضاء وذلك لأن لفظة القضاء مشتركة بين أمور كثيرة فهي تطلق على ذات الولاية كما يطلق على قول القاضي الذي يتضمن الفصل في الخصومة ، ويطلق على الأمر المترتب على هذا القول وتشتمل هذه التعاريف على العناصر الآتية :

١ ــ بيان الحكم وإظهاره فإذا أمر القاضي الحكم في نفسه فلا يتحقق به القضاء .

٢ ــ لا يكون القضاء إلا بالأحكام الشرعية فلا يجوز القضاء بأحكام تخالف شرع اللّه.

٣ ــ الالتزام بالحكم الشرعي فلو لم يكن هناك إلزام لكان فتوى وليس قضاء لأن الفتوى هي الإخبار عن حكم شرعي والإلزام تنفيذ الحكم على المقضى عليه شاء أم أبى[٣] .

٤ ــ الغرض من القضاء قطع المنازعات فلا يبقى بعد القضاء نزاع .

ثالثاً : مشروعية القضاء :

ثبتت مشروعية القضاء بالكتاب والسنة والإجماع وقد نص الفقهاء على أنه فرض كفاية على الأمة .

قال ابن قدامة[٤] : والقضاء من فروض الكفايات لأن أمر الناس لا يستقيم بدونه فكان واجباً عليهم كالجهاد والإمامة قال الإمام أحمد بن حنبل ــ رحمه اللّه ــ أتذهب حقوق الناس؟

---

(١) منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات لابن النجار ٥٧٠/٢ تحقيق عبد الغني عبد الخالق . عالم الكتب .

(٢) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجلي أحمد بن حنبل تأليف شيخ الإسلام العلامة الفقيه المحقق علاء الدين أبي الحسن على بن سليمان المرداوي الحنبلي تغمده اللّه برحمته ١٥٤/١١ صححه وحققه محمد حامد الفقي الطبعة الأولى ١٣٧٦هـ / ١٩٥٧م . الناشر دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان .

(٣) المرفعات الشرعية للدكتور ناصر بن عقيل بن جابر الطريفي الأستاذ المساعد بكلية الشريعة بالرياض جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ص : ٣١ الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م .

(٤) ابن قدامة : هو عبد اللّه بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي ثم الدمشقي ، الصالحي ، الحنبلي (أبو محمد موفق الدين) عالم فقيه . مجتهد ولد بجماعيل وارتحل إلى بغداد ثم رجع إلى دمشق وتوفي فيها ، من تصانيفه:

وفيه فضل عظيم لمن قوي على القيام به وأداء الحق فيه ولذلك جعل اللّه فيه أجرا مع الخطأ وأسقط عنه حكم الخطأ ولأن فيه أمرا بالمعروف ونصرة المظلوم وأداء الحق إلى مستحقه ورداً للظالم عن ظلمه وإصلاحاً بين الناس وتخليصاً لبعضهم من بعض وذلك من أبواب القرب ولذلك تولاه النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ والأنبياء قبله فكانوا يحكمون لأممهم وبعث علياً ومعاذا إلى اليمن[١] .

وقال ابن فرحون[٢] من المالكية : هو فرض كفاية ولا خلاف بين الأئمة أن القيام بالقضاء واجب ولا يتعين على أحد إلا أن لا يوجد منه عوض وقد اجتمعت فيه شرائط القضاء فيجبر عليه[٣] .

وفي تحفة المحتاج : بأنه فرض كفاية بل هو أسنى فروض الكفايات حتى ذهب الغزالي إلى تفضيله على الجهاد وذلك للإجماع مع الاضطرار إليه لأن طباع البشر مجبولة على التظالم ، وقلّ من ينصف من نفسه والإمام مشغول مما هو أهم منه فوجب من يقوم به فإن امتنع الصالحون أثموا وأجبر الإمام أحدهم[٤] . وقال النووي[٥] : والقضاء والإمامة

=البرهان في علوم القرآن المغني في شرح الخرقي ، التبيين في أنساب القرشيين ، الروضة في الأصول . انظر معجم المؤلفين ٣٠/٦ .

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٤ تحقيق الدكتور : عبد اللّه بن عبد المحسن التركي والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو . دار النشر : هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان ــ القاهرة ، تلفون ٣٤٥٢٩٦٣ ص . ب : ٦٣ أبابة الطبعة الثانية ١٤١٣هـ / ١٩٩٢م، مصححة منقحة .

(٢) ابن فرحون : هو : هو إبراهيم بن علي بن محمد بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون اليعميري المدني المالكي (أبو الوفاء برهان الدين) ولد بالمدينة وتوفي فيها في عشرة ذي الحجة عن نحو من السبعين وتفقه وبرع ، وصنّف، وجمع وولى قضاء المدينة من تصانيفه : شرح مختصر ابن الحاجب ، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام ، والديباج ، المهذب في أعيان المذهب . معجم المؤلفين ٦٨/١ .

(٣) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ١٢/١ راجعه وقدم له طه عبد الرؤوف سعد ، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية حسين محمد وأخوه محمد الأزهر القاهرة .

(٤) تحفة المحتاج بشر المنهاج لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي ١٠٢/١٠ مطبوع على هامش حواشي الشرواني وابن قاسم . دار صادر بيروت .

(٥) النووي : هو يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن محمد بن جمعة بن حزام النووي الدمشقي الشافعي (محيي الدين أبو زكريا) فقيه محدث حافظ لغوي مشارك في بعض العلوم ولد بنوى وولي مشيخة دار الحديث بعد شهاب الدين أبي شامة وتوفي بنوي من تصانيفه الكثيرة : الأربعون النووي في الحديث ، روضة الطالبين وعمدة المفتين

فرض كفاية بالإجماع فإن قام به من يصلح سقط الفرض عن الباقي وإن امتنع الجميع أثموا وأجبر الإمام أحدهم على القضاء[١] .

والأصل في مشروعية القضاء الكتاب والسنة والإجماع .

أولاً : الكتاب : قوله تعالى : ﴿لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط﴾[٢] . وقال تعالى : ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل اللّه ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل اللّه إليك فإن تولّوا فاعلم أنما يريد اللّه أن يصيبهم ببعض ذنوبهم وإن كثيرا من الناس لفاسقون . أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من اللّه حكماً لقوم يوقنون﴾[٣] .

وقال تعالى : ﴿وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾[٤] . وقال تعالى : ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكّموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما﴾[٥] . وقال تعالى : ﴿إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى اللّه ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا وأولئك هم المفلحون﴾ [٦] .

دلت الآيات القرآنية على مشروعية القضاء في الكتاب :

ثانياً : السنة :

١ ــ عن عمرو بن العاص ــ رضي اللّه عنه أن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قال : إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر . رواه البخاري ومسلم[٧] .

في فروع الفقه الشافعي ، تهذيب الأسماء واللغات . التبيان في آداب حملة القرآن . ورياض الصالحين . معجم المؤلفين ٢٠٢/١٣ .

(١) روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام النووي ٩٢/١١ ، إشراف زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي بيروت لبنان الطبعة الثانية ١٢٠٥هـ / ١٩٨٥م .

(٢) سورة الحديد الآية : ٢٥ .

(٣) سورة المائدة الآية : ٤٩ ــ ٥٠ .

(٤) سورة النساء الآية : ٥٨ .

(٥) سورة النساء الآية : ٦٥ .

(٦) سورة النور الآية : ٥١ .

(٧) أخرجه البخاري في كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة . باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأجاب أو أخطأ انظر فتح الباري بشرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن حجر العسقلاني ٦٩٦/١٣ حقق أصلها عبد العزيز بن باز ،

٢ ــ وعن أم سلمة ــ رضي اللّه عنها ــ قالت : قال رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ إنكم لتختصمون إليّ فلعلّ بعضكم ألحن بحجته من بعض فاقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار[١] . رواه مسلم وابن ماجة .

وقد حكم النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ بين الناس كما حكمت الرسل من قبله وبعث أصحابه إلى الأمصار ليحكموا بين الناس مما يدل على أهمية القضاء وضرورته في الحياة البشرية فقد بعث معاذاً إلى اليمين فقال : له كيف تقضي إن عرض عليك القضاء ؟ قال : أقضي بكتاب اللّه قال : فإن لم يكن في كتاب اللّه ؟ قال : فبسنة رسول اللّه . قال : فإن لم تجد قال : أجتهد رأيي ولا ألو قال : فضرب على صدري وقال : الحمد للّه الذي وفّق رسول رسول اللّه بما يرضي رسول اللّه . رواه أبو داود والترمذي[٢] ومن دليل السنة حديث : لا حسد إلا في اثنين، رجل أتاه اللّه مالاً فسلّطه على هلكته بالحق ورجل أتاه اللّه الحكمة فعلّمها الناس وقضى بها بين الناس . رواه البخاري ومسلم[٣] . قال ابن حجر في الفتح : وفي الحديث الترغيب في ولاية القضاء لمن استجمع شروطه وقوي على أعمال الحق ووجد له أعواناً لما فيه من الأمر بالمعروف ونصرة المظلوم وأداء الحق لمستحقه وكفّ يد الظالم والإصلاح بين الناس وكل ذلك من القربات ولذلك تولاه الأنبياء ومن بعدهم من

رقّم كتبها وأبوابها وأحاديثها محمد فؤاد عبد الباقي دار الكتب العلمية بيروت لبنان . الطبعة الأولى ١٤١٠هـ ــ ١٩٨٩م . وأخرجه مسلم في كتاب الأقضية باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ . صحيح مسلم بشرح النووي ١٣/١٢ دار الفكر بيروت لبنان ط . ١٣٩٢هـ ــ ١٩٧٢ .

(١) أخرجه مسلم في صحيحيه في كتاب الأقضية باب أن حكم الحاكم لا يُغَيِّرُ الباطن صحيح مسلم بشرح النووي ٤/١٢ . وأخرجه ابن ماجة عن أم سلمة في كتاب الأحكام . باب قضية الحاكم لا تحل حراماً ولا تحلل حلالا سنن ابن ماجة للحافظ أبي عبد اللّه محمد القزويني ٧٧٧/٢ ، رقم الحديث : ٢٣١٧ ٧٧/٢ حقق نصوصه محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء التراث العربي .

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب الأقضية باب اجتهاد والرأي في القضاء ٢١٢/٦ مختصر سنن أبي داود للحافظ المنذري . المكتبة الأثرية باكستان ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي .

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الأحكام باب أجر من قضي بالحكمة من حديث عبد اللّه بن مسعود . انظر فتح الباري بشرح صحيح البخاري ١٥٠/١٣ . وأخرجه مسلم في صحيحه انظر صحيح مسلم بشرح النووي ٩٧/٦ .

الخلفاء الراشدين ، ومن ثم اتفقوا على أنه من فروض الكفاية لأن أمـــر النـــاس لا يســتقيم بدونه[١].

ثالثاً : الإجماع :

أجمعت الأمة على مشروعية القضاء جاء في موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي : أجمـــع المسلمون على أنه يشرع نصب القضاء والحكم بين الناس واتفقوا علـــى أن القضـــاء مـــن فروض الكفاية[٢].

أهمية القضاء :

إن أهمية الأشياء تقاس بغاياتها وغاية القضاء في الإسلام إقامة العدل ومنع الظلم[٣] . وسحفظ الحقوق والمحافظة على الأنفس والأموال والعرض واستتاب الأمن ومنـــع التظـــالم والطغيان وإقامة الحدود والأحكام وهو الهدف الذي بعثت الرسل من أجله قال تعالى : ﴿لقـــد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط﴾[٤] .وقال تعـــالى : ﴿إن اللّه يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾[٥] .

---

(١) انظر فتح الباري ١٥١/١٣ .

(٢) موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي ٨٥١/٢ ، دار الفكر دمشق الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م .

(٣) والعدل ضد الجور وهو من أسماء اللّه الحسنى وبه أمر جل وعلا ﴿إن اللّه يأمركم بالعدل والإحسان﴾ وحـــرّم الظلم والطغيان . قال اللّه تعالى في الحديث القدسي : "إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم حراماً فلا تظالموا" الحديث . والعدل هو الحكم بالحق وهو أساس الملك يقول SNELL صاحب كتاب "أسس العدالة"

THE PRINCIPLE OF EQUITY " : Equity is apportion of natural justice which although of a nature suitable for judicial enforcement .

(Snell's Principle of Equity by . R.E . MEGARRY O - C and P - V . BAKER . B. CL . Printed by National Book Foundation . Twenty fifth edition) .

وبالعدل تدوم الدول ما دام بساط العدل والإنصاف قال الامين عبد اللّه بن طاهر لرجل عابد أيها العابد الزاهـــد كـــم تبقى الدولة فينا ، فقال العابد الزاهد : تبقى وتدوم مادام بساط العدل والإنصاف مبسوطاً وقال تعالى : ﴿وأقسطوا إن اللّه يحب المقسطين﴾ الآية . والأمم الراقية من عهد أرسطو حتى عصرنا الحاضر وكذلك الأديان السماوية توجـــب تقديس القضاء واحترام أحكامه وتحيطه بهالة من الجلال والوقار . وفي الحديث : إن المقسطين عنـــد ربهـــم يـــوم القيامة علـــى منابر من نور . وقال الحكماء : إمام عادل خير من مطر وابل وإمام غشوم خير من فتنة تـــدوم وإن اللّه لينزع بالسلطان ما لا ينزع بالقرآن . انظر القضاء والقضاة ص : ٢٢ ومـــا بعدهـــا . دار الإرشـــاد والنشـــر والتوزيع . بيروت . لبنان. الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ /١٩٦٩م .

(٤) سورة الحديد الآية : ٢٥ .

(٥) سورة النساء الآية : ٥٨ .

قال الإمام السرخسي : اعلم بأن القضاء بالحق من أقوى الفرائض بعد الإيمان باللّـــه تعالى وهو من أشرف العبادات و لأجله أثبت اللّه تعالى لآدم عليه السلام اسم الخلافة فقـــال جلّ جلاله : ﴿إني جاعل في الأرض خليفة﴾ . وأثبت لداود عليه السلام فقال عزّ وجلّ ﴿يـــا داود إنا جعلناك في الأرض خليفة﴾ . وبه أمر كل نبي مرسل حتى خاتم الأنبيـــاء والرســل عليهم الصلاة والسلام قال تعالى : ﴿إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيـــون﴾ . وهذا لأن في القضاء بالحق إظهار العدل ، وبالعدل قامت السموات والأرض ورفـــع الظلـــم وهو ما يدعو إليه كل عاقل وإنصاف المظلوم من الظالم وإيصال الحق إلى المستحق وأمـــر بالمعروف ونهي عن المنكر ، ولأجله بعث الأنبياء والرسل عليهم الســـلام ، وبـــه اشـــتغل الخلفاء الراشدون ــ رضي اللّه عنهم ــ[١] .

قال الإمام الجويني : القضاء أعظم الأشغال والأعمال[٢] . وقـــال ابـــن جماعـــة[٣] : القضاء أعظم الأوضاع الشرعية وقفاً وأعمها نفعاً وعليه مدار المصالح عادة شرعاً[٤] .

وفي كشاف القنّاع : وولاية القضاء رتبة دينية ونصبة شرعية وفيه فضل عظيم لمن قوي على القيام به وأداءِ الحق فيه ، قال ابن مسروق : لأن أحكم يوماً بحق واجب أحب إلي

---

(١) انظر كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي ٦٠/١٦ .

(٢) الغياثي غياب الأمم في التياث الظلم لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد اللّه الجوينـــي ص : (٢٩٥) تحقيق الدكتور عبد العظيم الديب كلية الشريعة جامعة قطر طبع على نفقة الشؤون الدينية بدولـــة قطـــر . الطبعـــة الأولى١٤٠٠هـــ .

(٣) ابن جماعة : هو محمد بن إبراهيم بن سعد اللّه بن جماعة بن علي بن حـــازم الكتـــاني الحمـــوي ، والميـــاني الشافعي (بدر الدين) مفسر ، فقيه ، أصولي ، متكلم محدث ، مؤرخ ، أديب ، ناثر ، ناظم مشارك في غير ذلك ولد بحماة وولي القضاء بالقدس ... الديار المصرية ، وبدمشق وجمع بين القضاء ومشيخة الشيوخ والخطابـــة وتوفـــي القاهرة في عشرين جمادي الأولى ٧٣٣هـــ ، ودفن قريبا من الإمام الشافعي من تصانيفه الكثيرة : تذكـــرة الســـامع والمتكلم في آداب العالم والمتعلم ، إيضاح الدليل في قطع حجج أهل التعطيل ، وتحرير الأحكام في تدبـــير جيـــش الإسلام معجم المؤلفين ٢٠٢/٨ ــ ٢٠١/٨ .

(٤) تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام للإمام بدر الدين بن جماعة ص : ٨٨ تحقيق ودراسة الدكتور : فؤاد عبد المنعم أحمد الناشر . المحاكم الشرعية والشؤون الدينية بدولة قطر الطبعة الأولى ١٤٠٥هـــ / ١٩٨٥م .

من أن أغزو سنة في سبيل اللّه . وقال السمناني[١] : في كتابه روضة القضاة وطريق النجاة: والقضاء رتبة شرعية ومنزلة رفيعة لا منزلة فوقها من المنازل ولا رتبة أوفى منها إذا اجتمعت شرائطها وحصل في القاضي ما يفتقر إليه من الخصال لأنها التي تولاها اللّه تعالى نفسه وبعث بها رسله عليهم السلام وتولاها رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ وقام بها أئمة العدل بعده .

وقال طاهر بن الحسين في وصيته لابنه عبد اللّه بن طاهر لما ولاه المأمون الرقة ومصر وما بينهما "واعلم أن القضاء من اللّه تعالى بالمكان الذي ليس فوقه شيء من الأمور لأنه ميزان اللّه الذي تعدل عليه أحوال الرعية وتأمن السبل وينتصف المظلوم ويأخذ الناس حقوقهم وتحسن المعيشة ويؤدي حق الطاعة ويرزق اللّه العافية والسلامة ويقيم الدين وتجرى السنن والشرائع في مجاريها[٢] .

ولأهمية القضاء وفضله وردت أحاديث كثيرة ترغب الناس بالقيام به كما وردت أحاديث أخرى تحذر عن القضاء والتولي به حتى تقرر في أذهان كثير من الفقهاء والصلحاء أن من ولي القضاء فقد سهل دينه وألقى بيده التهلكة جاء في معين الحكام للإمام علاء الدين أبي الحسين بن علي الطرابلسي[٣] واعلم أن كثيراً من أصحابنا وغيرهم بالغوا في الترهيب والتحذير من الدّخول في ولاية القضاء وشدّدوا كراهية السعي فيها ورغّبوا في الإعراض عنها والنفور والهرب منها حتى تقرر في أذهان كثير من الفقهاء والصلحاء أن من ولي القضاء فقد سهل دينه وألقى بيده إلى التهلكة ورغب عما هو الأفضل وساء اعتقادهم فيه وهذا غلط فاحش ويجب الرجوع عنه والتوبة منه والواجب تعظيم هذا المنصب ومعرفة مكانته من

---

(١) السمناني : هو على بن محمد بن أحمد السمناني الحلبي الحنفي (أبو القاسم) فقيه ، شروطي مؤرخ ، من تصانيفه كتاب في أدب القضاء سماه : روضة القضاة وطريق النجاة ، والعروة الوثقى في الشروط . انظر معجم المؤلفين ١٨٠/٧ .

(٢) مقدمة ابن خلدون ص : ٣٠٧/١ ، ٣٠٨/١ ، دار الفكر .

(٣) الطرابلسي : هو علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي ولد ١٢٢٦هـ وتوفي ١٢٩٦هـ ، فقيه أصولي ولي القضاء بالقدس من تصانيفه معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام انظر معجم المؤلفين ٨٨/٧ .

الدين فيه بعثت الرسل وبالقيام به قامت السموات والأرض وجعله النبي ــ صلّى اللّه عليـــه وسلّم ــ من النعم التي يباح الحسد عليها[١] .

---

(١) معين الحكام ، فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للإمام علاء الدين أبي الحسن علـــي بـــن خليـــل ص : ٨ الطبعة الثانية ١٣٩٣هـــ /١٩٧٣م .

المبحث الثاني

أقوال أهل العلم في طرق الإثبات

تناول الفقهاء طرق الإثبات التي بموجبها تثبت الخصومات وتنقطع المنازعات فأجادوا ، فمنها ما هو محل اتفاق . كالبنية ، والإقرار ، واليمين ، ومنها ما هو محل خلاف بين الفقهاء، كالنكول ، والقرائن ، وعلم القاضي وغير ذلك . وفي هذا المبحث أو حاول قدر الإمكان أن أسلط الضوء على أقوال أهل العلم في طرق الإثبات وأخص بالذكر الطرق التالية:

١ ــ الإقرار . ٢ ــ الشهادة أو البينة . ٣ ــ اليمين . ٤ ــ النكول . ٥ ــ القرائن. ٦ ــ علم القاضي . فأما اليمين والنكول ، فهما موضوع بحثنا وسنتناول اليمين في الفصل الأول من هذا البحث والنكول في الفصل الثالث بإذن اللّه الكريم . ونبدأ الحديث عن الإقرار.

الإقرار في الفقه

تعريف الإقرار :

الإقرار لغة : وضع الشيء في مكانه إذا ثبت . قال الراغب الإسفهاني : قرّ في مكانه قراراً إذا ثبت ثبوتاً جامداً . والإقرار إثبات الشيء قال تعالى : ﴿ونقر في الأرحام ما نشاء إلى أجل مسمى﴾[١] . وقد يكون ذلك إثباتا إما بالقلب وإما باللسان . وإما بهما جميعاً[٢] . وفي لسان العرب : أقررت الكلام لفلان إقرارا أي بينته حتى عرفه[٣] .

واصطلاحاً : فقد عرّف الفقهاء الإقرار بتعريفات متقاربة .

ففي البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم . بأنه : إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه[٤] .

وعرفت المادة (١٥٧٢) من مجلة الأحكام العدلية ، الإقرار بأنه : إخبار الإنسان عن

---

(١) سورة الحج الآية : ٥ .

(٢) المفردات : ٣٩٧ ، ٣٩٨ .

(٣) لسان العرب ٨٤/٥ .

(٤) البحر الراحق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ٢٤٩/٧ .

حق عليه لآخر[١] . وعرفه ابن فرحون : بأنه إخبار عن أمر يتعلق به حق للغير[٢] .

وعرفه ابن عرفة : بأنه خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو بلفظ نائبه[٣].

وفي مغني المحتاج : الإقرار : إخبار عن حق ثابت على المخبر[٤] . وعرفه المرادوي : بأنه إظهار المكلف المختار ما عليه لفظاً أو كتابة أو إشارة بما يمكن صدقه[٥] .

وقال ابن قدامة : الإقرار هو الاعتراف[٦] .

والظاهر من تعاريف الفقهاء للإقرار أن الإقرار لابد له من ثلاثة أمور :

١ ــ أن يكون الاعتراف بقول صريح .

٢ ــ أن يكون الاعتراف من مكلّف كامل الأهلية أو مأذون له كالصبيّ المميّز .

٣ ــ أن يكون الحق المعترف به للغير إما هو حق لله تعالى أو حق لآدمي .

مشروعية الإقرار :

ثبتت مشروعية الإقرار بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول :

أولاً : الكتاب :

قوله تعالى : ﴿قال ءأقررتم وأخذتم على ذلكم إصري قالوا أقررنا قال فاشهدوا وأنا معكم من الشاهدين﴾[٧] .

ووجه الاستدلال من الآية أن اللّه سبحانه وتعالى طلب من النبيين الإقرار ولو لم يكن حجة لما طلبه .

---

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية .

(٢) تبصرة الحكام ١٥/٢ .

(٣) شرح الخريشي ٨٧/٦ .

(٤) مغني المحتاج ٢٣٨/٢ .

(٥) المرداوي : هو على بن سليمان بن أحمد بن محمد السعدي الصالحي ، الحنبلي ، (علام الدين أبو الحسن) فقيه محدث أصولي ولد بمراد بفلسطين ونشأ بها وتوجه إلى القاهرة ثم دمشق وتوفي فيها عام ٨٨٥هـ ١٤٨٠م ، من تصانيفه الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، وتحرير المنقول في تمهيد علم الأصول وشرحه ، والتنقيح في تحريم المقنع في أصول الفقه . انظر معجم المؤلفين ١٠٢/٨ .

(٦) المغني لابن قدامة ٢٦٢/٧ .

(٧) سورة آل عمران آية : ٨١ .

وقوله تعالى : ﴿وآخرون اعترفوا بذنوبهم خلطوا عملاً صالحاً وآخر سيّئا عسى اللّه أن يتوب عليهم إن اللّه غفور رحيم﴾[١] . وقوله تعالى : ﴿كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم﴾[٢] . قال المفسرون: شهادة المرء على نفسه هو الإقرار .فهذه الآيات وغيرها دليل على مشروعية الإقرار .

ثانياً : السنة :

١ ــ عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني أنهما قالا : أن رجلاً من الأعراب أتى رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ فقال : يا رسول اللّه أنشدك باللّه إلا قضيت بكتاب اللّه ، فقال الخصم الآخر وهو أفقه منه فاقض بيننا بكتاب اللّه وأذن لي : فقال رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ "قل" قال إن ابني كان عسيفاً[٣] على هذا فزني بامرأته وإني أخبرت أن على ابني الرّجم فافتديت منه بمائة ووليدة فسألت أهل العلم فأخبروني إنما على ابني جلد مائة وتغريب عام وأن على امرأة هذا الرّجم . فقال رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ والذي نفسي بيده لأقضينّ بينكما بكتاب اللّه . الوليدة والغنم رد عليك ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام، وأغد يا أنيس فإن اعترفت فأرجمها. قال: فغدا عليها فاعترفت فأمر بها رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ فرجمت . أخرجه مسلم في صحيحيه[٤] .

٢ ــ وعن أبي هريرة ــ رضي اللّه عنه ــ قال : أتى رجل رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ وهو في المجسد فناداه فقال : يا رسول اللّه إني زنيت فأعرض عنه فلما شهد على نفسه أربعاً قال : أبك جنون ؟ قال : لا . قال : اذهبوا به فارجموه . رواه مسلم[٥] .

٣ ــ ومن حدبت بريدة قال : ثم جاءته امرأة من غامد من الأزد فقالت : يا رسول اللّه طهرني . قال : وما ذاك قالت إنها حبلي من الزنا فقال : "أنت" قالت : نعم . فقال : لها

---

(١) سورة التوبة آية : ١٠٢ .

(٢) سورة النساء آية : ١٣٥ .

(٣) عسيفاً : هو بالعين والسين المهملة أي أجيرا وجمعه عسفا كأجير وأجراء وفقيه وفقهاء انظر شرح مسلم للنووي ٢٠٦/١١.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحيه في كتاب الحدود من اعترف على نفسه بالزنا للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ١٣٢٥/٣ ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي . دار إحياء التراث العربي بيروت . لبنان الطبعة الأولى ١٣٧٥هـ ١٩٥٥م.

(٥) أخرجه مسلم في كتاب الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنا ١٣٢٢/٣ .

"حتى تضعي ما في بطنك" قال : فكفّلها رجل من الأنصار حتى وضعت ، فرجمهـــا . رواه مسلم[١] .

ثالثاً : الإجماع :

أجمعت الأمة على مشروعية الإقرار وأنه طريق من طرق الإثبات بل هـــو أقــوى طرق الإثبات وأنه سيد الحجج . قال ابن قدامة : وأما الإجماع : فإن الأمة أجمعـــت علـــى صحة الإقرار ولان الإقرار إخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة فإن العـــاقل لا يكـــذب على نفسه كذباً يضر بها ولهذا كان أوكد من الشهادة[٢] وقال الخطيب الشربيني : وأجمعـــت الأمة على الأخذ به[٣] .

رابعاً : القياس :

والقياس يدل على مشروعية الإقرار قال الخطيب الشربيني : ومن الأدلة القياس لأنا إذا قبلنا الشهادة على الإقرار فلأن نقبل الإقرار أولى[٤] .

أثر الإقرار في الفقه :

أثر الإقرار هو الحكم المترتب في إقرار الإنسان على نفسه قال ابن رشد : وحكمـــه اللّزوم وهو أبلغ من الشهادة[٥] قال ابن قدامة في المغني : ولا يقبل رجوع المقر عن إقـــراره إلا فيما كان حداً لله تعالى يدرأ بالشبهات ويحتاط لإسقاطه فأما حقوق الآدميين وحقوق اللّـــه تعالى التي لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه عنها ولا نعلم فـــي هـــذا خلافاً[٦] .

وفي النظرية العامة لا ثبات موجبات الحدود . إذا صدر الإقرار مســـتوفياً شـــروطه صار حجة على المقر فلا يحتاج معه إلى دليل آخر إذ هو سيد الأدلة . وقد حكم النبـــي ـــ صلّى اللّه عليه وسلّم ـــ في قضية ماعز والغامدية . وقال واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فـــإن

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنا ١٣٢٢/٣ .

(٢) المغني لابن قدامة ٢٦٢/٧ .

(٣) مغني المحتاج ٢٣٨/٢ .

(٤) مغني المحتاج ٢٣٨/٢ .

(٥) تبصرة الحكام ٥١/٢ .

(٦) المغني لابن قدامة ٢٧٨/٧ .

اعترفت فأرجمها[١] . وفي وسائل الإثبات ، ومتى صدر الإقرار مستوفياً شروطه الشرعية ترتب عليه إظهار الحق وإلزام المقر بما أقرّ وإلزام القاضي الحكم بموجبه . وقال : أيضاً والإقرار يقطع النزاع وينهى الخلاف ويجعل المدعى به ثابتاً غير متنازع فيه[٢] .

الإقرار في القانون :

تعريف الإقرار :

عرف عبد الرزاق السنهوري في كتابه : الوسيط في شرح القانون المدني ما يلي :

الإقرار : هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أم لم يقصد[٣] .

وجاء في موسوعة القضاء بأنه إعتراف خصم لخصمه بالحق الذي يدعيه مقدراً نتيجته قاصداً إلزام نفسه بمقتضاه[٤] .

ووردت نصوص قانونية في الإقرار ذكرها السنهوري في كتابه فقال : نصت المادة (١٣٥٤) فقرة أولى من التقنين المدني الفرنسي الإقرار القضائي : هو إعتراف الخصم أمام القضاء بنفسه ، أو بمن فوّضه في ذلك تفويضاً خاصاً . وفي التقنين المدني العراقي بأنه : إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لأخر . ونصّت المادة (٤٠٨) من التقنين المدني المصري : بأنه اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء سير الدعوى المتعقلة بالواقعة . وجاء في مادة (٩٣) من قانون البينات السوري : بأنه إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر[٥] .

يشمل التعريف القانون للإقرار عناصر أربعة : وهي في نفس الوقت أركان للإقرار[٦] .

١ ــ اعتراف الخصم .

---

(١) النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود ٧١/٢ ، تقدم تخريج الحديث .

(٢) وسائل الإثبات ص : ٢٥٤ .

(٣) الوسيط ٤٧١/٢ ، الوجيز في أصول المحاكمات المدينة (٣٥٣) .

(٤) موسوعة القضاء والفقه الدول العربية ١١٢/١ .

(٥) الوسيط في شرح القانون المدني ٤٨٢/٢ .

(٦) موسوعة القضاء الفقه ١١٥/١ ، والوسيط شرح القانون المدني ٤٩٣/٢ .

٢ ــ أن يكون الاعتراف على واقعة قانونية مدعى بها .

٣ ــ أن يكون الاعتراف أمام القضاء .

٤ ــ أن يكون الاعتراف أثناء سير الدعوى .

حكم الإقرار في القانون :

الإقرار في القانون قسمان : الإقرار القضائي ، والإقرار غير القضائي .

والإقرار القضائي يشترط فيه شرطان :

١ ــ أن يكون الإقرار أمام المحكمة .

٢ ــ أن يكون الإقرار أثناء سير الدعوي .

والإقرار غير القضائي : هو الحاصل خارج مجلس القضاء أو خارج النظر في الدعوى[١] .

حجة الإقرار القضائي في القانون :

الإقرار القضائي حجة كاملة في الإثبات لا يحتاج إلى غيره فينتهي النزاع ويعفي المدعي من الإثبات . ففي وسائل الإثبات فإذا صدر الإقرار القضائي وجب على القاضي الأخذ به واعتبار الواقعة المقرّ بها صحيحة وأكيدة لأنه حجة كاملة لكنه حجة قاصرة .

أما الإقرار غير القضائي فليس له هذه الحجية والقوة في الإثبات لأن طريق ثبوته أمام القاضي يكون بالشهادة[٢] . وفي موسوعة القضاء والفقه "إن كان الإقرار القضائي قد صدر مستوفياً شرائطه وأركانه المتقدمة يعتبر حجة على صاحبه ويجب على القاضي الأخذ به وعدم إجراء أي بحث في موضوعه بعد حصوله . وجاء فيها أيضاً : والإقرار هو سيد الأدلة لذلك يجب الأخذ به في كل دعوى مهما كانت قيمتها[٣] . وقال السنهوري في الوسيط : إذا توافر للإقرار أركانه صار إقراراً قضائياً وكان حجة قاطعة على المقر ومعنى ذلك أن

---

(١) وسائل الإثبات ص : ٢٦٥ ، الوجيز في أصول المحاكمات المدينة ص : ٣٥٣ .

(٢) وسائل الإثبات ص : ٢٦٥ ، وفي الوجيز : الإقرار حجة على المقر وهو يعتبر من أقوى الأدلة في إثبات مصادر الالتزامات . وقد جعل واضعوا القانون من الإقرار دليلاً كاملاً كافة الوقائع القانونية .انظر: الوجيز في أصول المحاكمات المدينة ص : ٣٥٦ .

(٣) موسوعة القضاء والفقه العربية ١١٥/١ .

الواقعة التي أقر بها الخصم تصبح في غير حاجة إلى الإثبات ويأخذ بها القاضي واقعة ثابتة بالنسبة إلى الخصم الذي أقر بها والحجة هنا قاطعة لا يجوز إثبات عكسها[١] .

مقارنة بين الفقه والقانون :

يوافق القانون الشريعة في الإقرار وأنه طريق من طرق الإثبات غير أننا رأينا القانون يقسم الإقرار إلى قضائي وغير قضائي بينما الفقه الإسلامي يقبل الإقرار سواء أمام القضاء أو خارج القضاء . وبهذا أشار الدكتور مصطفى الزحيلي : فقال : ويلاحظ أن أحكام الإقرار في القانون متفقة تماماً مع أحكام الإقرار في الشريعة الإسلامية . فالإقرار حجة كاملة وحجة ملزمة للمقر وتوجب على القاضي الحكم بموجبه ، وقاصرة على المقر دون غيره وتجعل المدعى به مسلماً للمقر له ويقطع عنه الخلاف والتنازع ، وإنما يختلف القانون عن الشريعة في الإقرار غير القضائي . فالشريعة تقبله بدون قيود كقبولها للشهادة والقانون يقيده ويحده لتقييده للشهادة[٢] .

الشهادة

الطريق الثاني من طرق الإثبات الشهادة أو البينة ونُناقش في هذا الفرع تعريف الشهادة ومشروعيتها ، والأثر المترتب عليها.

أولاً : تعريف الشهادة :

الشهادة لغة : خبر قاطع[٣] قال الراغب الأصفهاني : الشهود والشهادة الحضور مع الشهادة إما بالبصر أو بالبصيرة إلى أن قال: والشهادة قول صادر عن علم حصل بمشاهدة بصيرة أو بصر[٤] . وفي لسان العرب : الشهادة خبر قاطع تقول منه شهد الرجل على كذا وربما قالوا : شهد الرجل بسكون الهاء للتخفيف والشاهد العالم الذي يبين ما علمه ، وشهد الشاهد عند الحاكم أي بين ما يعلمه وأظهره[٥] .

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ٥٠٣/٢ .

(٢) وسائل الإثبات ص : ٢٦٥

(٣) تاج العروس للإمام اللغوي السيد محمد مرتضى الزبيدي ٣٩٠/٢ فصل الشين من باب الدال .

(٤) المفردات ص : ٢٦٧ .

(٥) لسان العرب ٢٣٩/٣ .

وفي مختار الصحاح : الشهادة خبر قاطع ، تقول شهد على كذا من باب سلم والمشاهدة ، المعاينة[١] .

واصطلاحاً : فقد عرف الفقهاء بتعريفات متقاربة نذكر بعضاً منها :

فقد عرفها صاحب شرح فتح القدير : بأنها إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء ، وفي حاشية ابن عابدين بأنها : إخبار صدق لإثبات حق . ووصفها ابن نجيم: بأنها إخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان[٢] . وعرفها الجرجاني : بأنها إخبار عن عيان بلفظ الشهادة في مجلس القاضي بحق للغير على آخر[٣] . وعرفها ابن فرحون في التبصرة : بأنها إخبار يتعلق بمعين[٤] . وفي تحفة المحتاج : بأنها إخبار الشخص بحق على غيره بلفظ خاص[٥] . وعرفها البهوتي : بأنها : الإخبار بما علمه بلفظ مخصوص[٦] .

وبالمقارنة بتعاريف الفقهاء نجد أنها متقاربة . وأنها تشمل على الأمور الآتية :

١ ــ علم الشاهد بالمشهود عليه .

٢ ــ أن يكون الحق للغير فلا يشهد الإنسان في حق نفسه .

٣ ــ أن تكون الشهادة في مجلس القضاء فلا يقبل شهادة الإنسان خارج القضاء .

---

(١) مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي ــ رحمه اللّه ــ ص : ٣٤٩ . دار القبلة للثقافة الإسلامية ــ جدة ــ مؤسسة علوم القراءات ــ بيروت .

(٢) شرح فتح القدير للإمام محمد عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي ٣٦٤/٧ . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع . الطبعة الثانية ١٣٩٧هـ ١٩٧٧م . تكملة حاشية ابن عابدين على الدرر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ٦١/٧ ، دار الفكر ط.٢ ــ ١٣٨٦هـ ١٩٦٦م . البحر الرائق شرح كنز الدقائق للإمام ابن نجيم ٥٥/٧ . المكتبة الماجدية كوينة . باكستان .

(٣) التعريفات للجرجاني ص : ١٧٠ .

الجرجاني هو : علي بن محمد بن علي الجرجاني الحسيني الحنفي يعرف بالسيد الشريف (أبو الحسن) عالم حكيم مشارك في أنواع من العلوم ولد بجرجان سنة ٧٤٠هـ وتوفي سنة ٨١٦هـ . من تصانيفه الكثيرة حاشية على شرح التنقيح للتفتزاني في الأصول . حاشية على تفسير البيضاوي حاشية على شرح وقاية الرواية في مسائل الهداية في فروع الفقه الحنفي . معجم المؤلفين ٢١٦/٧ .

(٤) تبصرة الحكام ٢٤٥/١ .

(٥) تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيثمي ٢١١/١٠ دار صادر بيروت لبنان .

(٦) كشاف القناع ٤٠٤/٦ .

ثانياً : مشروعية الشهادة في الفقه :

ثبتت مشروعية الشهادة في الكتاب والسنة والإجماع .

أولاً : الكتاب : قوله تعالى : ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾[١] . وقوله تعالى : ﴿واشهدوا ذوي عدل منكم﴾[٢] .

دلت الآية الأولى على مشروعية الشهادة على البيع والمداينة بينما بينت الثانية شروط الشهداء . والآيات في الباب كثيرة ونكتفي بهذا القدر .

ثانياً : السنة :

وردت أحاديث كثيرة في مشروعية الشهادة نذكر طرفاً منها :

عن الأشعث بن قيس ــ رضي اللّه عنه ــ قال : كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر فاختصمنا إلى رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ فقال رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ "شاهداك أو يمينه" قلت إذاً إنه يحلف ولا يبالي فقال رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ "من حلف على يمين يستحق بها مالاً وهو فيها فاجر لقي اللّه وهو عليه غضبان فأنزل اللّه تصديق ذلك قوله تعالى : ﴿إن الذين يشترون بعهد اللّه وأيمانهم ثمناً قليلاً ... الخ﴾ رواه البخاري ومسلم واللفظ للبخاري[٣] .

فالحديث دليل على مشروعية الشهادة وأنها حجة قاطعة لفصل الخصومات وقطع المنازعات . ومن أدلة السنة حديث : البينة على المدعي[٤] .

---

(١) سورة البقرة آية : ٢٨٢ .

(٢) سورة الطلاق آية : ٢ .

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الشهادات باب شاهد أو يمينه للإمام أبي عبد اللّه محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري ٤١٥/٣ . راجعه محمد زكي الدين محمد قاسم الناشر . دار الصفوة ــ الطبعة والنشر والتوزيع .

(٤) سيأتي تخريجه في باب اليمين .

ثالثاً : الإجماع :

فإن الأمة الإسلامية أجمعت من لدن رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ـــــ حتى عصرنا الحاضر على مشروعية الشهادة وأنها حجة قاطعة ودليل للقضاء ووسيلة للإثبات أمام القضاء[١] .

ثالثاً : أثر الشهادة في الفقه :

أثر الشهادة هو الحكم المترتب على أداء الشهادة أمام القاضي فالشهادة مظهرة للحق وليست منشئة ولا يحق للقاضي العدول عنها . قال الكاساني : فحكمها وجوب القضاء على القاضي لأن الشهادة عند استجماع شرائطها مظهرة للحق والقاضي مأمور بالقضاء بالحق قال تعالى : ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس ﴾[٢] . وقال ابن قدامة : ولا خلاف في أن للحاكم أن يحكم بالبينة والإقرار في مجلس حكمه[٣] .

وفي وسائل الإثبات : اتفق الفقهاء على أن الشهادة مظهرة للحق وليست منشئة فإذا قام الشهود بأدائها أمام المحاكم فقد ظهر الحق وأصبح المشهود به كالثابت بالعيان وأصبح الثابت بالشهادة كالثابت بالمعاينة ويجب على القاضي أن يحكم بموجبها ولا يستطيع العدول عنها أو التقاضي بشأنها لأن الشهادة حجة ملزمة له والقاضي مأمور أن يحكم عند ظهور الحق[٤] .

البينة أو الشهادة في القانون :

للبينة معنيان : معنى عام ومعنى خاص . يقول الدكتور عبد الرازق السمهوري :

---

(١) كشاق القناع ٤٠٤/٦ حواشي تحفة المحتاج ٢١١/١٠ .

(٢) بدائع الصنائع ٢٨٢/٦ ، وحاشية ابن عابدين ٦٥/٧ . الكاساني هو : أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (علاء الدين) فقيه أصولي توفي بحلب . من أثاره السلطان المبين في أصول الدين وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . معجم المؤلفين ٧٥/٣ ، ٧٦ .

(٣) المغني لابن قدامة ٣٣/١٤ .

(٤) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدينة والأحوال الشخصية للدكتور محمد مصطفى الرجيلي ، الأستاذ المشارك بكلية الشريعة بمكة المكرمة ص : ١٣٨ ، مكتبة دار البيان دمشق .

للبينة معنيان معنى عام وهو الدليل أيا كان كتابة[١] أو شهادة أو قرائن فإذا قلنا البينة على المدعي واليمين على من أنكر فإنما نقصد هنا البينة بمعناها العام . ومعنى خاص : وهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة وقد كانت الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب وكانت الأدلة الأخرى من النذرة إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة فانصرف لفظ البينة إلى الشهادة دون غيرها[٢] . والمعنى الأخير هو الذي يعنينا في بحثنا فنذكر تعريف الشهادة بمعناها الخاص وأثرها ثم نقارن بين الفقه والقانون .

أولاً : تعريف الشهادة بمعناها الخاص .

---

(١) الكتابة من أقوى طرق الإثبات ولها قوة مطلقة إذ يجوز أن تكون طريقاً لإثبات الوقائع القانونية والتصرفات القانونية دون تمييز ولم تكن لها هذه القوة قديماً بل كان المقام الأول للشهادة في وقت لم تكن فيه الكتابة ، منتشرة بل كانت الغلبة للأمية فكان الاعتماد على الرواية دون القلم ثم أخذت الكتابة تنتشر وساعد على ذلك إختراع الطباعة فعلت الكتابة على الشهادة وصار لها المقام الأول .

والكتابة نوعان : الأول : الورقة الرسمية : وهي التي يثبت بها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم على يديه أو ما تلقاها من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصاته هذا نص القانون المدني المصري مادة ٣٩٠ والمادة ٤٥٠ من التقنين المدني العراقي والمادة ١٥٤ من أصول المحاكمات -اللبناني مطابقان للنص المصري . وأما التقنين المدني الفرنسي فقد نصت المادة ١٣١٧ ــ الأول الورقة الرسمية: هي التي تلقاها وفقاً للأوضاع الشكلية المطبوبة من موظف عام له حق التوثيق في الجهة التي كتبت فيها الورقة . الثاني : الأوراق العرفية : وهي نوعان : النوع الأول : أوراق عرفية أعدت مقدماً للإثبات فهي أدلة مهيأه ولذلك تكون موقعة ممن هي حجة عليه .

النوع الثاني : أوراق لم تعد مقدماً للإثبات ولكن القانون يجعل لها حجية في الإثبات إلى مدى معين فهي أدلة عارضة وأكثر هذه الأوراق لا تكون موقعة ممن هي حجة عليه .

حجية الورقة الرسمية : نصت المادة (١٣١٩) من القانون المدني الفرنسي والمادة (٣٩١) من القانون المدني المصري : الورقة الرسمية حجة على الناس كافة مما دوّن فيها من أمور قام بها محرّرها في حدود مهنته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً .

حجية الورقة العرفية ونصت المادة (١٣٢٢) من القانون المدني الفرنسي : تعتبر الورقة العرفية صادرة ممن وقّعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة . أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه إلا نكار ويكفي أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق .

انظر الوسيط في شرح القانون المدني ٢/٩٠ ، ١١١ ، ١١٣ ، ١٤٤ ، ١٤٥ ، ١٨٥ ، ١٨٧ .

(٢) الوسيط ٢/٣١١ .

عرّف أهل القانون الشهادة بأنها إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق لغيره على غيره[١] . وعرفها الدكتور عبد الباسط جميعي : بأنها هي الأقوال التي يدلون بها أمام المحكمة بعد حلف اليمين[٢] .

ويلاحظ أن تعريف القانونيين قريب لتعريف الفقهاء الشرعيين يقول الدكتور محمد مصطفى الزحيلي : وشراح القانون نادراً ما تناولوا تعريف الشهادة ومن عرفها منهم فلا يخرج تعريفه عن تعريف الفقهاء إن لم يكن مقتبساً منهم[٣] .

مشروعية الشهادة في القانون :

الإثبات بالشهادة معناه إقامة الدليل على الواقعة المدعى بها أمام القضاء بأقوال الشهود وكانت الشهادة لتصبح دليلاً لإثبات عامة الالتزامات وقد وصفها بعض الشراح وقتئذ بأنها الوسيلة الأساسية للإثبات[٤]. جاء في قانون البينات السوري مادة (٨٨) يجوز الإثبات بالشهادة في جميع القضايا الشرعية إلا في الدعاوي المالية التي تخالف أو تجاوز بما اشتمل عليه دليل كتابي . وفيها أيضاً أخذ المشرع بقاعدة تفضيل الدليل الكتابي على الإثبات بالشهادة .

وإذ أعطى القانون البينة الخطيّة قوّة مطلقة في الإثبات فإنه لم يمنح الشهادة إلا قوة ثبوتية محدودة النظر لتعذر الاعتماد على ذاكرة الشهود وحسن نيتهم ولذلك فلم يجز الإثبات بها إلا في حالات معينة[٥].

في الماضي كانت الشهادة من أقوى الأدلة بل كانت هي الدليل الغالب في وقت لم تكن فيه الكتابة منتشرة وكانت الأمية متفشية وكان العلم بالرواية واللّسان لا بالكتابة والقلم حتى كانت الشهادة هي التي تستأثر باسم "البينة" دلالة على أن لها المقام الأول في البينات فلما

---

(١) وسائل الإثبات ص : ١١٣ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) المصدر السابق .

(٤) الوجيز في أصول المحاكمات المدينة للدكتور أسعد المحاسني ص: ٣٢٢، مطبعة ابن زيدون بدمشق ١٣٩٩ـ١٩٥٠ .

(٥) نظرية الإثبات للمحامي حسين المؤمن القسم الثاني الشهادة ٤/٢ طبع بدار الكتاب العربي بمصر من منشورات. مكتبة المثنى ١٩٤٨ .

انتشرت الكتابة وتقلّص ظل الأمية بدأت الكتابة تسود ثم أخذت المكان الأول في الإثبات ونزلت البينة إلى المكان الثاني لما تنطوي عليه من عيوب ظاهرة ، فالبينة تقوم على أمانة الشهود، والشهود حتى إذا هم لم يكذبوا فإنهم معرضون للنسيان ثم إن الدقة تنقصهم ، أما الكتابة فكفتها راجحة ومتى كانت بعيدة عن التزوير فهي أدق أداء وأكثر ضبطاً للوقائع ثم لا يرد عليها النسيان[١]. وفي وسائل الإثبات إتفقت التشريعات الوضعية كلها على مشروعية الشهادة وحجيتها في الإثبات فنظمت أحكامها وبينت قواعدها ولكنها جعلت في المرتبة الثانية بعد الكتابة لاعتبارات كثيرة منها .

١ ــ سهولة الكتابة وانتشار العلم في العصر الحديث .

٢ ــ فساد الأخلاق وضعف العقيدة وفقدان الوازع الديني .

٣ ــ المحاباة في الشهادة لقرابة أو مصلحة أو رشوة أو التحامل فيها لعداوة أو ضغينة وانتشار شهادة الزور .

٤ ــ طروء النسيان مع مرور الزمن وموت الشهود مع تقادم العهد وغير ذلك من الاعتبارات التي جعلت القانون يجعل الشهادة وسيلة إحتياطية للإثبات وأخضعها لسطة القاضي التقديرية[٢] .

أثر الشهادة في القانون :

الشهادة في القانون ذات قوة محدودة تخضع لتقدير القاضي وقناعته الشخصية وليست دليلاً ملزماً. ففي الوسيط لعبد الرزاق السنهوري : فهي للإثبات ذو قوة محدودة إذ لا يجوز إثبات التصرفات القانونية إلا في حالات استثنائية ولا تثبت بها إلا الوقائع القانونية لأنها أعمال مادية فجاز إثباتها بالبينة لموقع الضرورة[٣] . وقال مصطفى الزحيلي : إذا قامت الشهادة أمام المحاكم في المجال الذي يجوز فيه الإثبات بها وفي الحالة التي يقرر فيها الحاكم

---

(١) الوسيط ٣١٩/٢ .

(٢) نظرية لإثبات ٣/٢ ، والوجيز في أصول المحاكمات المدنية ص : ٣٢٢ للأستاذ الدكتور أسعد المحاسني . مطبعة ابن زيدون بدمشق .

(٣) الوسيط ٦١/٢ .

فهي ذات قوة محدودة تخضع لتقدير القاضي وقناعته وليست دليلاً ملزما . وللقاضي مطلق الحرية في تكوين قناعته بالشهادة ولا يخضع في هذا التقدير لرقابة محكمة النقض[١] .

يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري : والقاضي يقدّر ما إذا كانت البينة كافية وله في ذلك سلطان كامل لا يخضع لرقابة محكمة النقض . ثم قال : ويتبين مما تقدم أن البينة حجة ليست مقيدة فحسب بل هي أيضاً وغير ملزمة قطعاً[٢] .

وفي المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري " وتختلف حجية البينة اختلافاً جوهرياً عن حجية الكتابة ، تنزل البينة لتقدير القاضي ويكون له كامل السلطان في تقدير قيمتها أياً كان عدد الشهود وأياً كانت صفاتهم دون أن يخضع في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض[٣] .

مقارنة :

بالمقارنة بين الفقه والقانون في الشهادة وأثرها نجد

١ ــ أن جميع الشرائع قديماً وحديثاً جعلت الشهادة طريقاً للإثبات وحجة قاطعة أمام القضاء ووسيلة يلجأ إليها المتخاصمون لإثبات دعاويهم .

٢ ــ أن الفقه الإسلامي جعل الشهادة في المرتبة الأولى في الإثبات وأنها ذات حجة مطلقة . أما القانون الوضعي : فقد حطّ منزلة الشهادة فجعلها في المرتبة الثانية وقدّم مرتبة الكتابة ووضعها في المرتبة الأولى مما يدل على أن الشريعة الإسلامية تقوم على أساس متين ينبثق من عقيدة وإيمان باللّه تعالى ♦ يقول الدكتور مصطفى الرحيلي : إن الإثبات في الشريعة الإسلامية يقوم على مبدأ أساسي وقاعدة متينة وركيزة ثابتة تنبع من الإيمان والعقيدة والامتثال لأوامر اللّه تعالى فأمر بالشهادة وطلب حمل الشهادة ونهى عن كتمانها قال تعالى: ﴿وأقيموا الشهادة لله .. الآية﴾[٤] .

٣ ــ إن القانون قد حطّ من قيمة الشهادة لاحتمال الزور والخطأ والنسيان وعدم الدقة التي تنشأ عن فساد الذمم والأخلاق وعدم الثقة بالأشخاص وفي الوقت ذاته وضع القانون الثقة

---

(١) وسائل الإثبات [illegible]/١٤٠ .

(٢) الوسيط ٢/٣٢٤ .

(٣) وسائل الإثبات [illegible]/١٤٠ .

(٤) وسائل الإثبات ص : ١٣٤ .

الكاملة بالقضاة ومنحهم الحرية المطلقة في التقدير وأفسح لهم المجال الواسع في القناعة فما هو الضامن بالنسبة للقضاة ؟ بالعكس كان المفروض أن يضع المشرع ضوابط سليمة وقواعد محكمة ومبادئ صالحة لهذا التمييز والتقدير . وهذا ما قامت به الشريعة المطهرة عند وضع الشروط الواجبة لقبول الشهادة[١] .

القرائن

القرينة طريق من طرق الإثبات التي تثبت بها الحقوق وتنقطع بها المنازعات وسنتكلم عن تعريف القرينة ومشروعيتها ومدى حجيتها .

أولاً : تعريف القرينة :

القرينة لغة : مؤنث القرين فعيلة بمعنى مفعولة ، ومفاعلة وهي ما يدل على الشيء مصاحباً له يقال : قارن الشيء بالشيء مقارنة وقراناً اقترن به وصاحبه[٢] .

جاء في الصحاح للجوهري : قرنت الشيء بالشيء وصلته به والقرين المصاحب[٣].

وقال الجرجاني : القرينة فعيلة بمعنى المفاعلة مأخوذة من المقارنة ، والقرينة إما حالية أو معنوية . أو لفظية[٤] .

واصطلاحاً : لم أجد تعريفاً للقرينة في كتب الفقهاء الأقدمين والسبب في ذلك أنهم لم يفردوا لها باباً كغيرها من طرق الإثبات غير أني وجدت من الفقهاء المعاصرين من عرّف القرينة .

فقد عرّفها الأستاذ مصطفى الزرقا القرينة بأنها : كل أمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه وهي مأخوذة من المقارنة بمعنى المرافعة والمصاحبة[٥] . وجاء في مجلة الأحكام العدلية مادة (١٧٤١) القرينة القاطعة : هي الأمارة البالغة حدّ اليقين[٦].

---

(١) وسائل الإثبات ص : ١٤١ ، ونظرية الإثبات للمحامي حسين المؤمن ١/٢ .

(٢) لسان العرب ٣٣٦/١٣ .

(٣) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية لإسماعيل بن حماد الجوهري ٢١٨١/٦ ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار . دار العلم للملايين بيروت لبنان . الطبعة الأولى ١٣٧٦هـ ١٩٥٦م .

(٤) التعريفات للجرجاني ص : ٢٢٣ .

(٥) المدخل الفقهي العام ٩١٨/٢ . دار الفكر . دمشق . الطبعة العاشرة ١٣٨٧هـ / ١٩٦٨م .

(٦) شرح المجلة ص : ١٠٩٢ .

ويظهر من تعريف المجلة للقرينة أنها نوعان : القرينة القطعية أو القرينة القوية وهي البالغة حدّ اليقين والقرينة غير القطعية وهي القرينة الضعيفة . يقول الاستاذ مصطفى أحمد الزرقا: ودلالة القرائن على مدلولاتها تتفاوت في القوة والضعف تفاوتاً كثيرا فقد تصل إلى درجة الدلالة القطعية كالرماد أو الدخان فإنها قرينة قاطعة على وجود النار، وقد تضعف حتى تنزل درجتها إلى مجرد الإحتمال[١] .

والفقهاء متفقون من حيث المبدأ بالقضاء بالقرينة القطعية ومختلفون بالقضاء بالقرينة الضعيفة .

يقول الدكتور ناصر بن عقيل الطريفي : أن العلماء لا يذكرون القرائن في كتبهم بشكل ظاهر فلم يفردوا لها باباً مستقلاً ولكننا إذا تتبعنا كتبهم وجدنا أكثرهم متفقون على العمل بالقرائن من حيث الجملة[٢] . وأورد ابن فرحون في كتابه تبصرة الحكام عدداً من المسائل اتفق عليها أئمة الفقهاء بإعمال القرينه ثما ذكر عددا من المسائل اختلفوا فيها إعمال القرينة . وذلك كوجود المال في يد السارق وظهور الحمل[٣] .

ثانياً : مشروعية القرائن :

ثبتت مشروعية القرائن كطريقة من طرق الإثبات بالكتاب والسنة والمعقول مع خلاف بين أهل العلم .

أولاً : الكتاب :

قوله تعالى : ﴿وجاءوا على قميصه بدم كذب قال بل سولت لكم أنفسكم أمراً فصبر جميل﴾[٤] .

قال القرطبي في تفسيره : قال علمائنا لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة على صدقهم قرن اللّه بهذه العلامة علامة تعارضها وهي سلامة القميص من التمزيق إذ لا يمكن إفتراس الذئب ليوسف وهو لابس القميص ويسلم القميص من التمزيق وأجمعوا على أن يعقوب عليه السّلام استدل على كذبهم بسلامة القميص فاستدل الفقهاء بهذه الآية في إعمال الإمارات ،

---

(١) انظر : المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى أحمد الزرقا ٩١٨/٢ دار الفكر : دمشق .

(٢) المرافعات الشرعية للدكتور ناصر بن عقيل الطريفي ص : ١٣٨ ، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م .

(٣) تبصرة الحكام ١٢٠/١ وما بعدها .

(٤) سورة يوسف آية : ١٨ .

وهكذا يجب على الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات إذا تعارضت فما ترجّح منها قضى به بجانب الترجيح ولا خلاف بالحكم بها قاله ابن العربي[١] .

وقوله تعالى : ﴿وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قدّ من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وإن كان قميصه قدّ من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قميصه قد من دبر قال : إنه من كيدكنّ إن كيدكنّ عظيم﴾[٢] . قال ابن القيم الجوزي : فتوصل بقدّ القميص إلى تمييز الصادق منهما من الكاذب وهذا لوثٌ في أحد المتنازعين يبين به وجه الحق[٣] .

ثانياً : السنة :

١ ــ عن عبد الرحمن بن عوف أن اثنين من الأنصار ابتدراً أبا جهل يوم بدر فضرباه بسيفيهما حتى قتلاه ثم انصرفا إلى رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ فأخبراه فقال : هل مسحتما سيفيكما ؟ قالاً : لا . فنظر في السيفين فقال : كلاكما قتله . رواه مسلم[٤].

٢ ــ وعن أبي هريرة ــ رضي اللّه عنه أن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قال :

---

(١) الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد اللّه محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ١٥٠/٩ الناشر الكتاب العربي للطباعة والنشر الطبعة الثالثة ١٣٨٧هـ ١٩٦٧ ــ القاهرة .

القرطبي هو : محمد بن أحمد بن يحيى بن مفرج الأموي مولاهم القرطبي (أبو عبد اللّه) محدث حافظ فقيه رحل من الأندلس كان وافر الحرمة عند صاحب الأندلس صنّف عده كتب ولي القضاء وتوفي ٣٨٠هـ من تصانيفه الكثيرة الجامع لأحكام القران . فقه الحسن البصري . وفقه الزهري انظر معجم المؤلفين ١٩/٩ .

(٢) سورة يوسف آية : ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ .

(٣) الطرق الحكمية في السياسية الشرعية للإمام شمس الدين محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية . ص : ٦ ـــ دار الكتب العلمية ــ بيروت لبنان .

وابن القيم الجوزي هو : محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد ابن جرير الزرعي ثم الدمشقي الحنبلي المعروف بابن القيم الجوزية (شمس الدين أبو عبد اللّه) فقيه أصولي مجتهد مفسر ، متكلم ، محدث ، نحوي ، ولد بدمشق سنة ٦٩١، تفقه وأفتى ولازم ابن تيمية وسجن معه في قلعة دمشق وتوفي سنة ٧٥١هـ . من تصانيفه الكثيرة روضة المحبين ، ونزهة المشتاقين ، زاد المعاد في هدي خير العباد ــ إعلام الموفعين ، تهذيب سنن أبي داود . معجم المؤلفين ١٠٦/٩

(٤) أخرجه مسلم في كتابه الجهاد والسير باب استحقاق القاتل سلب القتيل ١٣٧٢/٣ ، تحقيق فواد عبد الباقي . دار إحياء التراث العربي ــ بيروت .

لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن وإذنها سكوتها . رواه البخاري[١] .

قال ابن فرحون : معلقاً على هذا الحديث فجعل صماتها قرينة على الرضا وتجـــوز الشهادة عليها بأنها رضيت وهذا من أقوى الأدلة على الحكم بالقرائن[٢] .

ثالثاً : الآثار :

ومن الأدلة الثابتة التي دلت على القضاء بالقرينة كطريق من طرق الإثبات ، الأثـــار التي صحت عن أصحاب رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ ومن بعدهم .

وفيما يلي بعض هذه الآثار :

ــ عن ابن عباس ــ رضي اللّه عنهما ــ أن عمر ابن الخطاب ــ رضي اللّه عنه ــ قال : والرّجم في كتاب اللّه حق على من زنى إذا أحصن من الرجال والنساء إذا قامت البينـــة أو كان الحبل أو الاعتراف[٣] . قال ابن فرحون : إن الفقهاء كلهم يقولون بجواز وطء المرأة إذا أهديت إليه ليلة الزفاف وإن لم يشهد عنده عدلان من الرجال أن هذه فلانة بنت فـــلان التـــي عقدت عليها وإن لم يستنطق النساء أن هذه امرأته إعتماداً على القرينة الظاهرة المنزلة منزلة الشهادة[٤] .

ومن الآثار : أن عمر بن الخطاب ــ رضي اللّه عنه ــ وابن مسعود وعثمـــان ــــ رضي اللّه عنهم ــ ولا يعلم لهم مخالف يوجبون الحد على من وجد منه رائحـــة الخمـــر أو

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب النكاح باب لا ينكح البكر والثيب إلا برضاها ٢٥٠/٣ ، صحيح البخـــاري بحاشـية السندي ــ دار إحياء الكتب العربية فيصل عيسى البابي الحلبي .

(٢) تبصرة الحكام ١٢٠/٢ .

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الحدود باب الرجم الحبلي من الزنا إذا أحصنت فتح الباري ١٤٨/١٢ راجعه قصـــي محب الدين الخطيب رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه محمد فؤاد عبد الباقي . وقام بإخراجه وتصيح تجاربـــه وتســحقيقه محب الدين الخطيب الناشر ــ دار الزبان للتراث ــ القاهرة الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ ــ ١٩٨٧م .

(٤) تبصرة الحكام ١٢١/٢ .

قيأها إعتماداً على القرينة الظاهرة[١] . وقال ابن فرحون : ومن الأدلة على القرينة وجوب إقامة الحد على المرأة إذا ظهر بها حمل ولم يكن لها زوج[٢] .

ومن الآثار : ما روى عن جعفر بن محمد أتي بعمر بن الخطاب ــ رضي اللّه عنه ــ بامرأة قد تعلقت بشابّ من الأنصار وكانت تهواه (أي تحبه) فلما لم يساعدها إحتالت عليه فأخذت بيضة فالقت صفرتها وصبّت البياض على ثوبها وبين فخذيها ثم جاءت إلى عمر ــ رضي اللّه عنه ــ صارخة فقالت : هذا الرجل غلبني على نفسي وفضحني في أهلي وهذا أثر فعاله فسأل عمر النساء فقلن له أن ببدنها وثوبها أثر المني فهمّ بعقوبة الشابّ فجعل يستغيث ويقول يا أمير المؤمنين تثبّت في أمري فواللّه ما أتيت فاحشة وما هممت بها فلقد راودتني عن نفسي فاعتصمت فقال عمر : يا أبا الحسن ما ترى في أمرهما؟ فنظر إلى ما على الثوب ثم دعا بماء حارٍ شديد الغليان فصبّ على الثوب فجمد ذلك البياض ثم أخذه وأشمته وذاقه فعرف طعم البيض وزجر المرأة فاعترفت[٣] .

يقول الدكتور ناصر بن عقيل : ففي هذا الأثر همّ أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي اللّه عنه بعقاب المدعي عليه بناء على القرينة ثم إن علياً حكم بالقرينة التي هي تجمد الماء وعدم ذهابه مما يدل على أنه بيض وليس منيا[٤] . قال ابن العربي : ولا خلاف في الحكم بها وقد جاء العمل في مسائل اتفقت عليها الطوائف الأربعة وبعضها قال : بها المالكية خاصة[٥] .

---

(١) الطرق الحكمية ص : ٦ . قال ابن القيم : وحكم عمر وابن مسعود ــ رضي اللّه عنهما ــ ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة بوجوب الحد برائحة الخمر من فم الرجل أو قيئه خمراً إعتماداً على القرينة الظاهرة ولم يزل الخلفاء الراشدون يحكمون بالقطع إذا وجد المال المسروق مع المتهم وهذه القرينة أقوى من البينة والإقرار فإنهما =خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب ووجود المال معه نص صريح لا يتطرق إليه شبهة . الطرق الحكمية ص : ٦، ٧ . تبصرة الحكام ١٢٠/٢ .

(٢) تبصرة الحكام ١٢٤/٢ .

(٣) الطرف الحمكية لابن القيم الجوزي ص : ٤٧ ــ ٤٨ .

(٤) المرافعات الشرعية ١٤١ .

(٥) تبصرة الحكام ١٢١/٢ ، وابن العربي هو : محمد بن عبد اللّه ب محمد بن عبد اللّه الاندلسي الاشبيلي . المالكي المعروف بابن العربي (أبوبكر) عالم مشارك في الحديث والفقه والأصول ، وعلوم القرآنن والأدب والتاريخ وغير ذلك . ولد باشبيلية سنة ٤٦٨هـ وتوفي فيها سنة ٥٤٣هـ من تصانيفه الكثيرة شرح الجامع الصحيح

ما ذكرناه دليل على مشروعية القرينة من كتاب وسنة ، وأثار الصحابة رضوان اللّه تعالى عليهم إلا أن كثيرا من الفقهاء قالوا بعدم القضاء بالقرينة لاحتمال الورود عليها بالشبهة، والشبهة تدرأ بالحدود . واستدلوا بأدلة منها[١] :

أولا : السنة : عن عائشة رضي اللّه عنها أن رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قال : ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجا فخلو سبيله فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير له من أن يخطئ في العقوبة[٢] . رواه الترمذي والبيهقي . وقد روي الحديث موقوفا لا مرفوعا : قال الترمذي : إن الموقوف أصح من المرفوع . وعن ابن عباس رضي اللّه عنهما أن رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قال : لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة . رواه ابن ماجه[٣] .

ثانياً : الآثار :

ومن الآثار ما روى أن امرأة رفعت إلى عمر بن الخطاب رضي اللّه عنه ليس لها زوج وقد حملت فسألها فقالت : إني امرأة ثقيلة الراس وقع عليّ رجل وأنا نائمة فما استيقظت حتى فرغ فدرأ عنها الحد[٤] . ومن الآثار أيضا أن عمر بن الخطاب رضي اللّه عنه أتى بامرأة زنت فأقرت فأمر برجمها فقال عليّ رضي اللّه عنه : لعل بها عذرا ثم قال لها: ما حملك على الزنا ؟ قالت كان لي خليط وفي إبله ماء ولبن ولم يكن في إبلي ماء ولا

للترمذي، المحصول في الأصول ، الأصناف في مسائل الخلاف في الفقه . وقانون التأويل في تفسير القرآن . معجم المؤلفين ٢٤٢/١٠ .

(١) حاشية ابن عابدين ٤٠/٢٠/٤ مغني المحتاج ١١١/٤ المغني لابن قدامة ٢١٣/٨ .

(٢) أخرجه الترمذي في باب (باب ما جاء في درء الحدود) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي للإمام أبي العلي محمد بن عبد الرحمن المباركفوري ٦٨٨/٤ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الثالثة ١٣٩٩ هـ/ ١٩٧٩م السنن الكبرى للبيهقي في كتاب الحدود . باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات للإمام الحافظ الجليل أبي بكر أحمد بن الحسن البيهقي ٢٣٨/٨ . الناشر دار الفكر بيروت لبنان .

(٣) أخرجه ابن ماجه في كتاب الحدود باب من أظهر الفاحشة ٨٥٥/٢ من تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي . الناشر دار إحياء التراث العربي وفي الرواية نفسها ؛ فقد ظهر منها الريبة في منطقها وهيئتها ومن يدخل عليها ، وفي الزوائد إسناده صحيح رقم الحديث ٢٥٥٩ مسند ابن ماجه ٨٥٥/٢ ورجاله ثقات .

(٤) المغني لابن قدامة ٢١٢/٨ وعن البراء بن صفرة أنه أتي بإمرأة حامل فادعت أنها أكرهت فقال خلّ سبيلها وكتب إلى أمراء الأجناد أن لا يقتل أحد إلا بإذنه وروي عن عليّ وابن عباس أنهما قالا : إذا كان في الحد لعلّ وعسى فهو معطل . المغني لابن قدامة ٢١٣/٨ .

لبن فظمئت فاستقيته فأبى أن يسقيني حتى أعطيه نفسي فأبيت عليه ثلاثا فلما ظمئت وظننت أن نفسي ستخرج أعطيته الذي أراد فسقاني ، فقال علي رضي اللّه عنه : اللّه أكبر ، ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن اللّه عفو رحيم﴾[١] قال ابن القيم : والعمل على هذا لو اضطرت المرأة إلى طعام أو شراب عند رجل فمنعها إلا بنفسها وخافت الهلاك فمكنته من نفسها فلا حد عليها[٢].

* بعد عرضي آراء الفقهاء في العمل بالقرينة يظهر لي أن أدلة القائلين بالعمل بالقرينة هو الأرجح وذلك لقوة الأدلة التي استدل بها المجيزون ، وقد فنّد الإمام ابن القيم الجوزي أدلة المانعين فمن أراد الزيادة فليراجع كتابه الطرق الحكمية ص : ٥ ــ ٦ إلخ .. ونذكر هنا بعضا من كلامه . قال ابن القيم : فهذه مسألة كبيرة عظيمة النفع جليلة القدر إن أهملها الحاكم أو الولي أضاع حقاً كثيرا وأقام باطلا كبيرا وإن توسّع وجعل معوله عليها دون الأوضاع الشرعية وقع في أنواع من الظلم والفساد[٣]. فهنا يؤكد ابن القيم بأن إضاعة القرائن أو ترك القرينة يترتب عليها إضاعة حقوق كثيرة كما حذّر ابن القيم المبالغة في إعمال القرائن مما يؤدي إلى ترك الطرق الإثباتية الأخرى . وقال أيضا : والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال ومعرفة لشواهده والقرائن الحالية والمقالية كجزئيات وكليات الأحكام أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها وحكم بما يعلم الناس بطلانه ولا يشكون فيه إعتمادا منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى بطلانه فهاهنا نوعان من الفقه لابد منهما : فقه في أحكام الحوادث الكونية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس يميز به بين الصادق والكاذب والمحق والمبطل ثم يطابق بين هذا وهذا فيعطي الواقع حكمه من الواجب ويَجعل الواجب مخالفا للواقع[٤] .

وهكذا كانت القرينة ضرورة حتمية توطيداً لأركان العدالة وحماية لمصالح العباد ولا سيما في العصر الحديث، ففي طرق الاثبات للبهي : ولا شك أن العمل بالقرينة فيه توطيد لأركان العدالة ورعاية لمصالح الناس خصوصا في هذا العصر الذي ساعد تقدم العلم والطبّ

---

(١) سورة المائدة الآية : ٣ .

(٢) الطرق الحكمية ٥٣ .

(٣) الطرق الحكمية ص : ٤ .

(٤) المصدر السابق .

والعمر ــ أن على اكتشاف وسائل يمكن بها التمييز بين بصمات الأيدي ومعرفة أن الإصابة كانت من الخلف أو الأمام ويمكن بها التمييز بين دماء الحيوانات المختلفة والتمييز بينهما وبين دم الإنسان وتحديد الوقت الذي مضى على إراقة هذا الدم في الدماء المراقة حديثا وغير ذلك من الكشوفات التي يضيق المقام عن سردها وتوضيح منافعها وآثارها ولا يمكن إهمال شأنها وأهميتها[١] .

القرائن في القانون :

تعريف القرينة في القانون

عرّفت المادة ١٣٤٩ من التقنين المدني الفرنسي القرائن بأنها : النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة[٢] . وعرفها الدكتور الصمدة : بأنها ما يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول[٣] .

أنواع القرينة في القانون :

يظهر من تفريق القانون الفرنسي للقرينة أنها نوعان : ١ ــ القرائن القانونية : وهي التي ينص عليها القانون وهي ليست طريقا للإثبات بل هي طريق يعفي من الإثبات .

٢ ــ القرائن القضائية : وهي التي تترك لتقدير القاضي يستخلصها من ظروف القضية وملابساتها[٤] .

وبالقرينة القضائية وردت نصوص قانونية نذكر طرفاً منها. نصت المادة ١٣٥٣ من القانون المدني الفرنسي القرائن القضائية: هي التي لم ينص عليها القانون وتترك لنظر القاضي وتقديره .

ونصت المادة ٤٠٧ من القانون المدني المصري القرينة القضائية: هي التي تترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون[٥] . وهنا يظهر الفرق بين القرينة القانونية والقرينة القضائية .

---

(١) نقلا من كتاب القضاء ونظامة في الكتابوالسنة ٤٥٤ .

(٢) الوسيط ٣٢٩/٢ ووسائل الإثبات ٤٩٥ الوجيز في أصول المحاكمات المدنية ٣٤٤ .

(٣) الوسيط ٣٢٩/٢ ، والوجيز في أصول المحاكمات المدنية ٣٤٤ ــ ٣٤٥ .

(٤) الوجيز في أصول المحاكمات المدنية ٣٤٥ .

(٥) المصدر السابق .

فالقرينة القانونية لا يجوز إثبات عكسها وإذا تمسك بها صاحبها فإنها تعفيه من الإثبات ويجب على القاضي الحكم بمقتضاها باعتبارها نصا قانونيا مجردا وهي قوة ملزمة ، بينما القرينة القضائية ليست ذات دلالة قاطعة ويجوز للخصم أن يرفضها لأن القاضي معرض للخطأ في الاستنباط والاستدلال ولأنها قرينة إجتهادية والقرينة الإجتهادية ليس لها قيمة إثباتية مطلقة ولكن تبقى العبرة في درجة إقناع القاضي فيما عرض عليه[١] . ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري : ونستطيع أن نستخلص أهم الفروق ما بين القرائن القضائية والقرائن القانونية فيما يلي :

١ ــ القرائن القضائية أدلة إيجابية أما القرائن القانونية فأدلة سلبية أي أنها تعفي من تقديم الدليل.

٢ ــ لما كانت القرائن القضائية يستنبطها القاضي والقرائن القانونية يستنبطها المشرع فإنه يترتب على ذلك أن القرائن القضائية لا يمكن حصرها لأنها تستنبط من ظروف كل قضية أما القرائن القانونية فمذكورة على سبيل الحصر في نصوص الشرع .

٣ ــ القرائن القضائية كلها غير قاطعة فهي قابلة دائما لإثبات العكس ويجوز دحضها بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن . أما القرائن القانونية فبعضها يجوز نقضه بإثبات العكس وبعضها قاطع لا يقبل الدليل العكسي[٢].

مقارنة :

القرينة طريق من طرق الإثبات في الفقه الإسلامي على خلاف بين أهل العلم فهنا يوافق القانون الشريعة باعتبار القرينة وقد أشار بذلك الأستاذ مصطفى الزحيلي . فقال :

١ ــ يتفق القانون مع الشريعة في الفكرة العامة في حكم القرائن وأن بعض القرائن لا يمكن إثبات ما يخالفها إلا بطرق خاصة منصوص عليها شرعا أو قانونا .

٢ ــ توجيه اليمين مع القرائن غير القطعية في الشريعة والقانون باعتبار أن هذه القرائن تقوم على الغالب من الأحوال فتقوى بتوجيه اليمين على من يستفيد منها[٣] .

---

(١) وسائل الإثبات ٥٢٢ ، الوجيز في أصول المحاكمات المدنية ٣٤٥ .

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني ٣٣٩/٢ ، انظر أيضا الوجيز في أصول المحاكمات المدنية ٣٥٢ .

(٣) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية ص : ٥٢٢ .

علم القاضي

اختلف الفقهاء في قضاء القاضي بعلمه على عدة أقوال وفيما يلي تفصيل القول في ذلك .

١ ــ ذهب الإمام أبو حنيفة ــ رحمه اللّه تعالى ــ إلى أن للقاضي أن يقضي بعلمه الذي اكتسبه أثناء ولايته للقضاء ووقع ضمن دائرته القضائية وليس له أن يحكم بعلمه الذي اكتسبه قبل ولايته للقضاء أو خارج دائرته القضائية[١] .

٢ ــ وذهب الصاحبان والأظهر عند الشافعية وأحمد في الرواية الثانية إلى أن للقاضي أن يقضي بعلمه مطلقا سواء اكتسب علمه قبل ولايته أو بعدها وفي دائرته القضائية أو خارجها[٢] . قال النووي في الروضة : فهل يقضي بعلمه؟ قولان أظهر هما عند الجمهور نعم لأنه يقضي بشهادة شاهدين وهو يخبر ظنا فالقضاء بالعلم أولى[٣] . وقال ابن قدامة : وعن أحمد رواية أخرى يجوز له ذلك وهو قول أبو يوسف وأبي ثور والقول الثاني للشافعي واختيار المزني لأن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ لما قالت له هند إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي قال : خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف فحكم بها من غير بينة ولا إقرار لعلمه بصدقها[٤] .

٣ ــ وذهب المالكية والأظهر من مذهب الحنابلة وأحد القولين للشافعية وبه أفتى متأخرو الحنفية لفساد الزمان إلى أنه ليس للقاضي أن يقضي بعلمه لا بما علمه قبل الولاية ولا بعدها ويجوز له أن يقضي بما علمه في مجلس القضاء بأن أقر بين يديه طائعاً[٥].

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤٣٨/٥ . المرافقات الشرعية ص : ١٧٠ ، والقضاء في الإسلام للدكتور محمد عبد القادر أبو فارس ص: ١٤٥ ، دار الفرقان للنشر ، والتوزيع ، عمان ، الأردن ، الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م .

(٢)حاشية ابن عابدين ٤٣٩/٥ المغني ، لابن قدامة ٣١/١٤ ، الروضة ١٥٦/١١ .

(٣) الروضة ١٥٦/١١ .

(٤) المغني لابن قدامة ٣١/١٤ .

(٥) تبصرة الحكام ٣٩/٢ القوانين الفقهية ص : ١٩٤ ، المغني لابن قدام ٣١/١٤ الروضة ١٥٦/١١ حاشية ابن عابدين ٤٣٩/٥.

تلك مذاهب الفقهاء في قضاء القاضي بعلمه ويمكن تصنيف مذاهب الفقهاء في قضاء القاضي بعلمه إلى مذهبين رئيسيين مذهب المجيزين ومذهب المانعين وفيما يلي سرد أدلة القائلين بالجواز وأدلة القائلين بالمنع .

أدلة القائلين بالجواز :

استدل القائلون بقضاء القاضي بعلمه بالكتاب والسنة والآثار

أولاً : الكتاب : قوله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا كونوا قوّامين بالقسط ...﴾[١] . الآية .

فاللّه أمر المؤمنين بالقسط وفي مقدمتهم القضاة وليس من القسط أن يعلم القاضي أن أحد الخصمين مظلوم والآخر ظالم ويترك كلا منهما على حاله دون أن ينصف المظلوم من الظالم وأن يعلم طلاق امرأة ويترك مطلقها يعاشرها معا شرة الأزواج[٢] .

ثانيًا : السنة :

١ ــ عن عائشة رضي اللّه عنها قالت : دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ فقالت يا رسول اللّه إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بنيّ إلا ما أخذت من ماله بغير علمه فهل عليّ في ذلك من جناح؟ فقال : خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك . متفق عليه[٣] .

ووجه الاستدلال من الحديث أن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ حكم لهند أن تنفق على نفسها وأولادها من مال زوجها ولم يطلب من هند البينة ولم يستدع أبا سفيان فكان ذلك حكما بعلمه عليه السلام . قال ابن حجر : إن في ترك تحليفها أو تكليفها البينة حجة لمن أجاز للقاضي أن يحكم بعلمه فكأنه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ صدّقها في ذلك ما ادعت به[٤].

وفي نيل الأوطار : قال ابن بطال : احتج من أجاز للقاضي أن يحكم بعلمه بهذا الحديث لأنه إنما قضى لها ولولدها بوجوب النفقة لعلمه بأنها زوجة أبي سفيان ولم يلتمس

---

(١) سورة النساء الآية : ١٣٥ .

(٢) الطرق الحكمية ١٧٨ والقضاء في الإسلام ١٤١ .

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الأحكام فتح الباري ١٣/١٧٣ .

(٤) انظر فتح الباري ١٣/١٧٤ .

على ذلك بينة وتعقّبه إبن المنبر بأنه لا دليل فيه لأنه خرج مخرج الفتيا وكلام المفتي على تقدير صحة كلام المستفتي[١] .

٢ ــ وعن أبي نضرة عن سعيد بن الأطول أن أخاه مات وترك ثلاثمائة درهم وترك عيالا قال فأردت أن أنفقها على عياله فقال لي النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ إن أخاك محتبس بدينه فاقض عنه فقال يا رسول اللّه قد أديت عنه إلا دينارين ادعتهما امرأة وليس لها بينة قال : فأعطها فإنها محقة . رواه ابن ماجه[٢] . قال ابن القيم : فالحديث يفيد أن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قضى للمرأة بما ادعته دون أن تقيم بينة على دعواها إلا أن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قد علم صدقها فحكم لها بعلمه وقد ورد في بعض ألفاظ الحديث فإنها صادقة[٣] .

٣ ــ وعن أبي هريرة رضي اللّه عه قال جاء رجلان يختصمان إلى رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ فقال للمدعي "أقم البينة" فلم يقمها فقال للآخر "احلف" فحلف باللّه الذي لا إله إلا هو ما له عنده شيء . فقال رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ : بل هو عندك ادفع إليه حقه ثم قال : شهادتك أن لا إله إلا اللّه كفارة يمينك[٤] . رواه الحاكم في المستدرك .

قال الشوكاني : فالرسول ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قضى بعلمه بعد وقوع السبب الشرعي وهو اليمين فبالأولى جواز القضاء بالعلم قبل وقوعه[٥] .

٤ ــ وعن أبي سعيد الخدري رضي اللّه عنه قال : قال رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ : "لا يمنع أحدكم هيبة الناس أن يقول في حق إذا علمه . رواه الترمذي وابن

---

(١) نيل الأوطار بشرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ ، للإمام المجتهد محمد بن علي بن محمد الشوكاني ٢٩٩/٨ ، الناشر أنصار السنة المحمدية . لاهور ، باكستان ، وفتح الباري ١٧٤/١٣ .

(٢) سنن ابن ماجه في باب أداء الدين عن الميت ٨١٣/٢ . دار إحياء التراث العربي . تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

(٣) الطرق الحكمية ٢١٤ .

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين في الحديث للإمام أبو عبد اللّه محمد النيسابوري المعروف بالحاكم ، ٩٦/٤ الناشر : مكتبة النصر الحديثة الرياض ، نيل الأوطار ٣٠٠/٨ .

(٥) نيل الأوطار في باب ما جاء في امتناع الحاكم من الحكم بعلمه ٣٠١/٨ .

ماجه[١] .

واستدلوا أيضا بحديث من رأى منكم منكرا فليغره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان[٢] .

فالحديث يأمر بتغيير المنكر وعدم السكوت عن قول الحق وإن يرى القاضي رجلا يغتصب مال رجل ويسمع رجلا يطلق امرأته ثم يبقيها على ذمته ثم لا يرد المال المغصوب إلى صاحبه ولا يفرق بين الزوجين فقد أقرّ المنكر الذي أمره اللّه بتغييره فينبغي عليه أن يحكم بالحق ولا ينظر إلى ما يقوله الناس فيخشاهم ولا يخشى اللّه[٣] .

ثالثا الآثار :

واستدل القائلون بالجواز بالآثار التي ثبتت عن أصحاب رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ ومنها :

١ ــ فعن عائشة رضي اللّه عنها أن فاطمة رضي اللّه عنها أرسلت إلى أبي بكر الصديق رضي اللّه عنه تسأله ميراثها من رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ فقال أبو بكر : إن رسول اللّه ــ صلى عليه وسلم ــ قال : "لا نورث ما تركناه صدقة" وإني واللّه لا أغيّر من صدقة رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ ولأعملنّ فيها بما عمل رسول اللّه، وأبي أبو بكر أن يدفع إلى فاطمة منها شيئا[٤] . رواه البخاري ومسلم . قال الشوكاني : إن ما جعله الشارع أسبابا للحكم كالشهود واليمين ونحوهما إن كانت أمورا تعبدنا اللّه بها لا يسوغ لنا الحكم إلا بها وإن حصل لنا ما هو أقوى منها بيقين ، فالواجب علينا الوقوف عندها والتقيد بها وعدم العمل بغيرها في القضاء كائنا ما كان ، وإن كانت أسبابا يتوصل الحاكم بها إلى

---

(١) أخرجه الترمذي في كتاب الفتن باب ما جاء ما أخبر النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ به بما هو كائن إلى يوم القيامة ٤٨٣/٤ وابن ماجه في كتاب الفتن باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ١٣٢٨/٢ .

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الإيمان . باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان وأن الإيمان يزيد وينقص ، وأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان . ٦٩/١ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي . دار إحياء التراث العربي بيروت .

(٣) القضاء في الإسلام ١٤٣ دار الفرقان الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م .

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الفرائض ، باب قول النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ "لا نورث ما تركناه صدقة فتح الباري ٤/١٢ ، وأخرجه مسلم في كتاب الجهاد والسير باب حكم الفيء صحيح مسلم بشرح النووي ٧٦/١٢ ، ٧٧، دار الفكر بيروت ، لبنان الطبعة الثانية : ١٣٦٢هـ ١٩٧٢م .

معرفة المحق من المبطل والمصيب من المخطئ غير مقصودة لذاتها بل لأمر آخر وهو حصول ما يحصل للحاكم بها من علم أو ظن فلا شك ولا ريب أنه يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه لأن شهادة الشاهدين والشهود لا تبلغ إلى مرتبة العلم الحاصل من المشاهدة أو ما يجرى مجراها. ثم قال: ولا يخفى رجحان هذا وقوته لأن الحاكم به قد حكم بالعدل والقسط والحق[١] .

أدلة القائلين بالمنع

استدل القائلون بمنع القاضي أن يحكم بعلمه بالكتاب والسنة وأقوال الصحابة رضوان اللّه عليهم.

أولا : الكتاب : قوله تعالى : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة[٢] . قالوا : فلو جاز الحكم بعلمه لقرنه بالشهادة .

ثانياً : السنة : عن عائشة رضي اللّه عنها أن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ بعث أبا جهم بن حذيفة مصدقاً ، فلاحة رجل في صدقته ، فضربه أبو جهم فشجّه فأتوا النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ فقالوا : القَوَدَ يا رسول اللّه فقال : لكم كذا وكذا فلم يرضوا فقال : لكم كذا وكذا فرضوا فقال : إني خاطب على الناس ومخبرهم برضاكم قالوا : نعم. فخطب فقال : إن هؤلاء الذين أتوني يريدون القَوَدَ فعرضت عليهم كذا وكذا فرضوا . أفرضيتم ؟ قالوا : لا . فهم المهاجرون بهمّ فأمرهم رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ أن يكفوا عنهم فكفوا ثم دعاهم فزادهم فقال : أفرضيتم ؟ قالوا : نعم. قال إني خاطب الناس ومخبرهم برضاكم قالوا : نعم فخطب فقال : أرضيتم ؟ قالوا : نعم . رواه أبو داود ، وابن ماجه ، والنسائي[٣] .

---

(١) نيل الأوطار ٣٠٠/٨

والشوكاني هو : علي بن محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد اللّه اليمني الصنعائي المعروف بابن الشوكاني توفي سنة ١٣٥٠هـ من تصانيفه الكثيرة : نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، تكميل الحجة والبيان في شرح بيتي إمام الزمان ، القول الشافي السديد في نصح المقلد وإرشاد المستفيد ، إرشاد الفحول في أصول الفقه . معجم المؤلفين ٢٢٢/٧ .

(٢) سورة النور الآية : ٤ .

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب الديات باب العامل يصاب على يديه خطأ ، معالم السنن شرح سنن أبي داود . للإمام أبي سليمان أحمد بن محمد الخطابي البستي ٢٠/٤ منشورات المكتبة العلمية ببروت لبنان . الطبعة الثانية ١٤٠١هـ

ووجه الاستدلال من الحديث أن النبي صلى اللّه عيه وسلم لم يقض بعلمه حين أخبر القوم أنهم رضوا فأنكروا ذلك، ورسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ يعلم أنهم ليسوا صادقين ومع هذا لم يلزمهم بما أقروا . قال ابن قدامة : وهذا بين أنه لم يأخذ بعلمه[١] .

واستدل البخاري : على أنه لا يحكم الحاكم بعلمه بما قاله عمر : "لو لا أن يقول الناس زاد عمر آية في كتاب اللّه لكتبت آية الرّجم" . قال المهلب : وأفصح بالعلة بقوله : لولا أن يقول الناس الخ . فأشار إلى أن ذلك من قطع الذرائع لئلا يجد حكام السوء السبيل إلى أن يدّعوا العلم لمن أوجبوا عليه الحكم بشيء[٢].

٢ ــ وعن أم سلمة رضي اللّه عنها أن رسول اللّه عليه وسلم قال : إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ ولعلّ بعضكم الحن بحجته من بعض فأقضي له[٣] . رواه البخاري ومسلم .

قال ابن قدامة : فدلّ على أنه إنما يقضي بما سمع لا بما يعلم[٤] .

٣ ــ وعن أبي هريرة رضي اللّه عنه قال : قال رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ : رأى عيسى بن مريم عليه السلام رجلا يسرق فقال له عيسى عليه السلام: سرقت ؟ قال: لا. والذي لا إله إلا هو قال عيسى: أمنت باللّه وكذبت عيني . رواه النسائي والبيهقي[٥].

=/١٩٨١م . وأخرجه ابن ماجه في كتاب الديات ، باب الجارح يفتدي بالقود ٨٨١/٢ . وأخرجه النسائي في كتاب الديات باب السلطان يصاب على يده سن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي ٣٥/٨ ، اعتني به ورقمه وصنع فهارسه عبد الفتاح أبو غدة . قام بطاعته وإخراجه . دار البشائر الإسلامية ، للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان . الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م .

(١) القضاء في الإسلام ص : ١٤٨ ، والمغني لابن قدامة ٣٣/١٤ .

(٢) نيل الأوطار ٢٩٨/٨ .

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الشهدات باب من أقام البينة بعد اليمين فتح الباري ٣٤٠/٥ وأخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الأقضية باب بيان أن حكم الحاكم لا يغير الباطن . انظر صحيح مسلم بشرح النووي ٤/١٢ .

(٤) المغني لابن قدامة ٣٣/١٤ .

(٥) أخرجه النسائي في كتاب آداب القضاة باب كيف يستحلف الحاكم ٢٤٩/٨ . أخرجه البيهقي في كتاب الشهادات باب وجوه العلم بالشهادة ١٥٧/١٠ ، ١٧٩/١٠ .

فعيسى عليه السلام لم يعمل بعلمه وقبل يمين السارق مع أنه كاذب يقينا فلو كان القضاء بالعلم مشروعا لأقام عليه حد السرقة[١] .

٤ ــ وعن جابر قال جاء رجل إلى النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ وفي ثوب بلال فضة والنبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ يقبض منه يعطي الناس ، فقال: يا محمد إعدل. فقال: ويلك ومن يعدل إذا لم أعدل ؟ لقد خبت وخسرت إن لم أكن أعدل . فقال عمر : دعني أقتل هذا المنافق . فقال : معاذا اللّه أن يحدث الناس أني أقتل أصحابي إن هذا وأصحابه يقرءون القرآن لا يجاوز حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية[٢] . رواه مسلم .

ووجه الاستدلال أن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ لم يحكم بعلمه على هذا المرتد وهو يعلم أنه مرتد هو وأصحابه ومع هذا لم يضرب أعناقهم ولم يسمح لعمر بن الخطاب بذلك[٣].

الآثار : ١ ــ عن أبي بكر الصديق ــ رضي اللّه عنه ــ قال : "لو رأيت رجلاً على حد من حدود اللّه ما أخذته ولا دعوت له أحداً حتى يكون معي غيري . رواه البيهقي[٤] . فأبو بكر لا يرى إقامة الحد بناء على علمه بل لا بد من إكمال البينة .

٢ ــ وعن الضحاك أن عمر بن الخطاب ــ رضي اللّه عنه ــ اختصم إليه رجلان فسأل عن البينة فقال: أنت الشاهد فقال عمر ــ رضي الله عنه ــ : إن شئتما شهدت ولم أقض بينكما وإن شئتما قضيت ولم أشهد[٥] . فهنا لم يقض عمر بما علم وإنما خيّرهما بين أن يقضي بينهما دون علمه أو أن يؤدي الشهادة أمام قاض آخر .

٣ ــ وعن عكرمة مولى ابن العباس أن عمر بن الخطاب ــ رضي الله عنه قال لعبد الرحمن بن عوف ــ رضي الله عنه ــ: أرأيت لو رأيت رجلا زنى أو سرق ؟ قال :

---

(١) النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود ١٧٩/٢ .

(٢) أخرجه مسلم في كتابه الزكاة باب إعطاء المؤلفة ومن يخاف على إيمانه ١٥٩/٧ .

(٣) القضاء في الإسلام ص : ١٤٩ .

(٤) أخرجه البيهقي في كتاب آدات القاضي باب من قال ليس للقاضي أن يقضي بعلمه ١٤٤/١٠ .

(٥) المغني لابن قدامة ٣٢/١٤ .

شهادتك شهادة رجل من المسلمين قال : أحسنت في هذا الخبر دليل[١] على أن شهادة الإمام أو القاضي أو الحاكم كشهادة رجل من عامة الناس .

٤ ــ وعن عمرو بن دينار عن يحيى بن جعدة أن عمر بن الخطاب ــ رضي الله عنهم ــ رأى رجلا يسرق قدحا فقال: ألا يستحيي هذا أن يأتي بإناء يحمله على عنقه يوم القيامة[٢] . وفي هذا الأثر دليل على أن عمر بن الخطاب رضي اللّه عنه رأى السارق ولم يحكم بعلمه فكان نصا في محل النزاع .

الرّاجح :

بعد عرضي آراء الفقهاء في المسألة يظهر لي أن القول بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه هو الرّاجح لوجاهة الأدلة التي استدل بها المانعون ولئلا يتسلط قضاة السوء على رقاب الناس ، وبهذا أفتى متأخرو الحنفية لفساد الزمان .

وجاء في حاشية ابن عابدين : إلا أن المعتمد عدم حكمه بعلمه في زماننا[٣] . وقال ابن نجيم : الفتوى على عدم العمل بعلم القاضي في زماننا[٤] . وقال الشافعي[٥] : لو لا قضاة السوء لقلت أن للحاكم أن يحكم بعلمه . قال ابن حجر العسقلاني : وإذا كان هذا في الزمان الأول فما الظن بالزمان المتأخر فيتعين حسم مادة تجويز القضاء بالعلم في هذه الأزمان

---

(١) المصنف ٣٤٠/٨ .

(٢) انظر المصنف للحافظ الكبير عبد الرزاق بن همّام الصنهاني في كتاب الشهادات باب شاهدة الإمام ٣٤٠/٨ . تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي توزيع المكتب الإسلامي . الطبعة الثانية . ١٤٠٣هـ ١٩٨٣م ــ بيروت .

(٣) حاشية ابن عابدين ٤٣٩/٥ .

(٤) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان للشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ص : ٢٢٢ ، توزيع دار الباز مكة المكرمة ، دار الكتب العلمية بيروت ــ لبنان .

ابن نجيم هو : عمر بن إبراهيم بن محمد المصري الحنفي المعروف بابن نجيم (سراج الدين) ولد بعام ١٠٠٥هـ فقيه مشارك في بعض العلوم توفي في تاريخ الأول عام ١٠٩٦هـ من تصانيفه الكثيرة النهر القائق بشرح كنز الدقائق في فروع الفقه الحنفي ، وأشباه النظائر معجم المؤلفين ٢٧١/٧ .

(٥) الشافعي هو : محمد بن إدريس العباس بن عثمان ابن شافع القريشي الشافعي الحجازي المكي (أبو عبد اللّه) أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة وإليه ينسب الشافعية ولد بغزة بفلسطين سنة ١٥٠هـ وتوفي في مصر سنة ٢٠٤هـ ، من تصانيفه الكثيرة الأم للشافعي ، الرسالة ، أحكام القرآن . وهو أول من دون علم أصول الفقه . معجم المؤلفين ٣٢/٩ .

المتأخرة لكثرة من يتولى الحكم ممن لا يؤمن على ذلك ، والله أعلم[١] . وقال أبو علي الكرابيسي : لا يقضي القاضي بما علم لوجود التهمة إذ لا يؤمن على التقي أن تتطرق إليه التهمة[٢] . وقال ابن القيم الجوزي : ولو فتح الباب ولا سيما لقضاة الزمان لوجد كل قاض له عدو السبيل إلى قتل عدوه ورجمه وتفسيقه والتفريق بينه وبين امرأته ولا سيما إذا كانت العداوة خفية لا يمكن عدوه إثباتها حتى لو كان الحق هو حكم الحاكم لوجب منع قضاة الزمان من ذلك[٣] .

ويلزم من أجاز للقاضي أن يقضي بعلمه أنه لو عمد إلى رجل مستور لم يعهد منه فجور قط أن يرجمه ويدعي أنه رآه يزني أو يفرق بينه وبين زوجته ويزعم أنه سمعه يطلقها أو يفرق بينه وبين أمته ويزعم أنه سمعه يعتقها ، فإن هذا الباب لو فتح لوجد كل قاض السبيل إلى قتل عدوه وتفسيقه والتفريق بينه وبين من يحب"[٤] .

وأما الأدلة التي استدل بها المجيزون ، فيمكن الإجابة عنها .

فأما قوله تعالى : ﴿كونوا قوامين بالقسط شهداء لله﴾ .

وقولهم : ليس من القسط أن يعلم القاضي أن أحد الخصمين مظلوم والآخر ظالم فيترك كلا لحاله . فالآية خاصة بالشهود كما هو ظاهر من سياق الآية قال ابن القيم : ليس فيها محذور حيث لم يأت المظلوم بحجة يحكم له بها فالحاكم معذور إذ لا حجة معه يوصل بها صاحب الحق إلى حقه وقد قال سيد الحكّام صلوات الله وسلامه عليه : إنكم تختصمون إليّ ولعلّ بعضكم ألحن بحجته من بعض فأحسب أنه صادق فأقضي له فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار[٥] .

وأما استدلالهم خبر هند زوجة أبي سفيان فلا تقوم به حجة لأنه إنما هو فتوى من النبي ــ صلّى الله عليه وسلّم ــ ولم يكن قضاء إذ الرسول ــ صلّى الله عليه وسلّم ــ لم يستدع أبا سفيان وكان موجوداً في مكة . قال ابن المنير : لا دليل فيه لأنه خرج مخرج الفتيا

---

(١) فتح الباري ٢٠٠/١٣ .

(٢) فتح الباري ١٩٩/١٣ .

(٣) الطرق الحكمية ص : ١٧٨ ، ١٧٩ .

(٤) فتح الباري ١٩٩/١٣ ، ونيل الأوطار ٢٩٨/٨ .

(٥) الطرق الحكمية ص : ١٧٨ ، تقدم تخريج الحديث .

وكلام المفتي يتنزل على تقدير صحة كلام المستفتي[١] . وقال ابن القيم : واحتج من قال يحكم بعلمه بما في الصحيحين من قصة هند لما اشتكت أبا سفيان إلى رسول اللّه ـ صلّى اللّه عليه وسلّم ـ قال : وهذا الاستدلال ضعيف جداً لأنه إنما هو فتيا من رسول اللّه ـ صلّى اللّه عليه وسلّم ـ : لا حكم ولهذا لم يحضر الزوج ولم يكن غائباً عن البلد والحكم على الغائب عن مجلس الحكم الحاضر في البلد غير ممتنع وهو يقدر على الحضور ولم يوكّل وكيلاً لا يجوز اتفاقاً وأيضاً فإنها لم تسأله الحكم وإنما سألته هل يجوز لها أن تأخذ ما يكفيها وبنيها وهذا استفتاءٌ محض فالاستدلال به على الحكم سهو[٢] .

وأما قصة إدعاء المرأة للدرهمين وقوله عليه الصلاة والسلام أعطها فإنها محقة فليس فيه دلالة على جواز قضاء القاضي بعلمه فلم تدع المرأة بالدينارين أمام الرسول ـ صلّى اللّه عليه وسلّم ـ ليقضى لها وإنما أخبر الرسول ـ صلّى اللّه عليه وسلّم ـ معبد بن الأطول بأن المرأة محقة وليس معنى ذلك أنه شاهد في القضية ولعل هذا الإخبار عن طريق الوحي فلا دلالة فيه[٣] .

وأما حديث أبي هريرة ـ رضي اللّه عنه ـ في الرجل الذي حلف باللّه الذي لا إله إلا هو ما له عنده شيء وقوله عليه الصلاة والسلام : "بل هو عندك ادفع إليه" .

فليس فيه ما يدل على أن الرسول ـ صلّى اللّه عليه وسلّم ـ علم عن طريق الشهادة ولعله علم عن طريق الوحي فيكون خاصاً ولا دلالة فيه على قضاء القاضي بعلمه[٤] .

وإما استدلا لهم بحديث : من رأي منكم منكراً فليغيره . الخ .

فقد أجيب بأنه مأمور بتغيير ما يعلم الناس أنه منكر بحيث لا تتطرق إليه تهمة في تغييره أما أن يحكم بعلمه كأن يطلّق زوجة رجل أو أعتق أمة رجل وزعم أنه طلّق وأعتق ويدعي أنه يغير المنكر فلا يجوز وليس في الحديث ما يدل عليه[٥] .

---

(١) نيل الأوطار ٢٩٩/٨ .

(٢) الطرق الحكمية ص : ١٧٦

(٣) المرافعات الشرعية ١٨٣ .

(٤) المرافعات الشرعية ص : ١٨٣ .

(٥) الطرق الحكمية ص : ١٧٨ ، المرافعات الشرعية ص : ١٨٤ .

وأما الأثر المروي عن عائشة ــ رضي اللّه عنها ــ أن فاطمة أرسلت إلى أبي بكر الصديق ــ رضي اللّه عنه تسأل ميراثها من رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ . فليس فيه ما يدل على حكم القاضي بعلمه . قال ابن القيم : والاستدلال به سهو فإن أبا بكر الصديق ــ رضي اللّه عنه ــ علم من دين الرسول أن هذه الدعوى باطلة لا يسوغ الحكم لموجبها بل دعواها بمنزلة دعوى استحقاق ما علم وتحقق دفعه بالضرورة بل بمنزلة ما يعلم بطلانه قطعاً من الدعاوي وسيدة نساء العالمين ــ رضي اللّه عنها ــ خفي عليها حكم هذه الدعوى وعلمه الخلفاء الراشدون ومن معهم من الصحابة فالصديق معه الحجة من رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ فلم يسمع هذه الدعوى ولم يحكم بموجبها للحجة الظاهرة التي علمها معه عمر بن الخطاب والصحابة . فأين هذا من حكم الحاكم بعلمه الذي لم يقم به حجة على الخصم[1].

---

(١) الطرق الحكمية ص : ١٧٧ .

الفصل الأول
الأحكام المتعلقة بالدعوى واليمين في الخصومة

المبحث الأول : الأحكام المتعلقة بالدعوى وفيه مطلبان .

المطلب الأول : أحكام بالدعوى .

المطلب الثاني : رفع الدعوى إلى القاضي .

المبحث الثاني : اليمين في الخصومة وفيه مطلبان :

المطلب الأول : اليمين المشروعة وأنواعها ، و الحقوق التي يستحلف بها في الفقه والقانون . وفيه خمسة فروع :

المطلب الثاني : تغليظ اليمين في الفقه والقانون .

المبحث الثالث : القضاء بمقتضى اليمين ، وفيه مطلبان .

المطلب الأول : حكم القضاء باليمين في الفقه والقانون .

المطلب الثاني : القضاء بيمين وشاهد .

المبحث الأول

الأحكام المتعلقة بالدعوى ورفعها إلى القاضي

المطلب الأول : أحكام بالدعوى .

وفي هذا المطلب أتناول تعريف الدعوى وشروطها وأركانها والفرق بين المدعى والمدعي عليه .

أولاً : التعريف اللغوي :

الدعوى : اسم لما يدعيه الإنسان والدعوى تأتي بمعنى الدعاء . جاء في لسان العرب الدعوى : اسم لما يدعيه والدعوى تصلح أن تكون بمعنى الدعاء لو قلت اللّهم أشركنا في صالح دعاء المسلمين أو دعوى المسلمين جاز . حكى ذلك سيبويه[١] .

ولها في اللغة معان متعددة وفيما يلي بعض هذه المعاني :

١ ــ الدعوى تأتي بمعنى الدعاء : ومنه قوله تعالى ﴿دعواهم فيها سبحانك اللّهم وتحيتهم فيها سلام وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين﴾[٢] .

٢ ــ ومن معانيها الطلب والتمني : وفي القرآن ﴿لهم فيها فاكهة ولهم ما يدعون﴾[٣] . أي يطلبون .

٣ ــ ومنها الزعم : ولا تطلق الدعوى على القول المؤيد بالحجة والبرهان بل يكون ذلك حقاً وصاحبه محقاً لا مدعياً فلا تطلق على نبوة محمد ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ لأنه ما صدر عنه مقرون بالحجة الساطعة وهي المعجزة وكانوا يسمون مسيلمة الكذاب مدعياً بالنبوة[٤] .

ثانياً : التعريف الاصطلاحي :

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف كلمة الدعوى وإن كان مضمون تعار يفهم واحد وفيما يلي تفصيل ذلك :

---

(١) لسان العرب ٢٥٧/١٤ .

(٢) سورة يونس ، الآية : ١٠ .

(٣) سورة يس ، آية : ٥٧ .

(٤) الموسوعة الفقهية ٢٧٠/٢٠ ، والمرافعات الشرعية ص : ٥٥ .

الحنفية : جاء في كتب الحنفية عدة تعريفات للدعوى . ففي تبيين الحقائق الدعوى : إضافة الإنسان إلى نفسه حالة المنازعة قال صاحب البحر : فخرج الإضافة حالة المسالمة فإنها دعوى لغة لا شرعاً ونظيره ما في البرازية : عين في يد رجل يقول هو لبس لي وليس هنا منازع لا يصح نفيه فلو ادعاه بعد ذلك لنفسه صح . وقال أيضاً : التعريف المذكور خاص بدعوى الأعيان والديون فخرج دعوى إيفاء الدَّين والإبراء منه[١] . وفي تنوير الأبصار : الدّعوى قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حقه لنفسه قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه[٢] . وجاء في مجلة الأحكام العدلية مادة : (١٦١٣) الدعوى هي طلب أحد حقه من أخر في حضور الحاكم ويقال للطالب المدعي وللمطلوب منه المدعى عليه[٣] .

قال محمد خالد شارح المجلة : فإضافة الرجل شيئاً إلى ملكه ولا منازع له فيه تسمى دعوى لغة لا شرعاً وتعريفها بأنها طلب أحد حقه من أخر كما في هذه المادة تبعاً للتنوير أغنى عن التنفيذ بكونها حالة المنازعة لأن الطلب من الأخر يشعر هو المنازع ولم يقل هنا كما قال في التنوير قول مقبول يقصد به طلب حق قبل غيره ليشمل ما إذا لم يقدر على الدعوى بالقول فإن كتابته حينئذ تكفي لما في التكملة[٤] .

المالكية : وعرّف المالكية الدعوى : بأنها طلب معين أو ما في ذمة معين أو ما يترتب عليه أحدهما معتبرة شرعا ً لا تكذبها العادة . قوله معتبرة شرعاً : احتراز من دعوى عشر سمسة فإن الحاكم لا يسمع مثل هذه الدعوى لأنه لا يترتب عليه نفع شرعي[٥] .

الشافعية : وعرّف الشافعية الدعوى : بأنها إخبار عن وجوب حق على غيره عند الحاكم. وقيل إخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم ليلزمه[٦] .

---

(١) تبيين الحقائق ٢٩٠/٤ البحر الرائق شرح كنز الدقائق ١٩٢/٧ .

(٢) تنوير حاشية ابن عابدين ٣٩٨/٧ .

(٣) شرح مجلة : الأحكام العدلية ٣/٥ .

(٤) شرح المجلة ٤/٥ .

(٥) الفروق للقراني ٧٢/٤ .

(٦) مغني المحتاج ١٦١/٤ ، تحفة المحتاج ٢٨٥/١٠ ، مهابة المحتاج ٣١٩/٨ .

الحنابلة :

وعرّف الحنابلة الدّعوى : بأنها إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته[١] .

* وبالنظر بتعاريف الفقهاء للدّعوى نجد أن تعار يفهم متباينة من حيث الشكل أما من حيث المضمون فهي واحدة واشتملت تعار يفهم على ما يلي .

١ ــ مطالبة المدعى حقه من المدعى عليه سواء كانت المطالبة بالقول كما في التنوير أو بالكتابة كما في المجلة وسواء كانت المطالبة ما في الأعيان أو ما في ذمة إنسان آخر كما في الفروق .

٢ ــ أن تكون الدعوى عند حاكم أو قاض أما إذا كانت الدعوى في غير مجلس القضاء فإنها مصالحة وليست دعوى وقد وردت كلمة الحاكم أو القاضي في معظم تعاريف الفقهاء .

ولعل أحسن تعريف هو ما اختاره صاحب كتاب نظرية الدعوى ، حيث قال : الدعوى قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله أو حمايته[٢] . وهذا التعريف يشمل الدعوى القولية والدعوى المكتوبة كما ذكر أن يتقدم صاحب الدعوى بنفسه شخصياً أو لمن يمثله .

---

(١) كشاف القناع ٣٨٤/٦ ، المغني ٢٧٥/١٤ .

(٢) نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية للدكتور : محمد نعيم عبد السلام ياسين ١٠١/١ ، من منشورات وزارة الأوقاف والشئون الدينية والمقدسات الإسلامية . أردن .

أما أصحاب القانون : فقد عرّفها صاحب كتاب الوجيز في أصول المحكمات المدنية الدعوى بأنها : هي الحق المقرر لكل إنسان بمراجعة السلطة القضائية للحصول على حق محجور أو مغتصب[١] .

وعرفها أبو الوفاء في كتابه نظرية الدفوع بأنها : حق الشخص في الحصول على حكم في الموضوع لصالحه وذلك في مواجهة شخص آخر بواسطة السلطة القضائية[٢] .

ويلاحظ أن التعريف القانوني للدعوى غير جامع إذ لم يتعرض الدعوى القولية أو المكتوبة ، وأن تكون مقدمة من صاحب الدعوى أو لمن يمثله . وبهذا يكون التعريف الفقهي للدعوى أشمل من التعريف القانوني .

أركان الدعوى :

أركان الدعوى عند جمهور العلماء أربعة :

١ ــ المدعى .

٢ ــ المدعى عليه .

٣ ــ المدعى به .

٤ ــ القول الذي يصدر عن المدعى يقصد به طلب حق لنفسه أو لمن يمثله[٣] .

وعند الحنفية : ركن الدعوى هو التعبير المقبول الذي يصدر عن إنسان في مجلس القضاء يقصد به طلب حق له أو لمن يمثله مثل قول الرجل لي على فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان أو أبرئني عن حقه ونحو ذلك[٤] .

أنواع الدعوى :

أنواع الدّعوى باعتبار صحتها ثلاثة أنواع[٥] :

---

(١) الوجيز في أصول المحاكمات المدنية ١٤١ .

(٢) نقلا من كتاب نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدينة والتجارية للدكتور : محمد نعيم عبد السلام ياسين ١٠٤/١ .

(٣) الموسوعة الفقهية ٢٧٢/٢ .

(٤) بدائع الصنائع ٢٢٢/٦ ، الموسوعة الفقهية ٢٧٢/٢٠ ، معين الحكام ٥٤/١ .

(٥) الموسوعة الفقهية ٢٨٤/٢٠ ، تبصرة الحكام ١٥٢/١ ، تحفة المحتاج ٢٩٧/١٠ ، المغني لابن قدامة ٨٦/٩ ، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة ص : ٤٨٢ .

النوع الأول : الدعوى الصحيحة .

وهي الدّعوى المستوفية لجميع شرائطها وتتضمن طلبا مشروعاً وهذه الدعوى يترتب عليها جميع أحكامها فيكلف الخصم بالحضور وبالجواب إذا حضر وتطلب البينة من المدعي إذا أنكر وتوجه اليمين إذا عجز المدعى عن البينة .

النوع الثاني : الدعوى الفاسدة .

وهي الدعوى التي استوفت جميع شرائطها الأساسية ولكنها مختلة في بعض أوصافها بصورة يمكن إصلاحها وتصحيحها كأن يدعى شخص على آخر بدين ولا يبين مقداره أو يدعى عليه استحقاق عقار ولا يبين حدوده . وترجع أسباب فساد الدعوى إلى تخلف شرطين هما :

١ ــ شرط المعلومية .

٢ ــ شرط التعبير المكون للدّعوى كأن يقول أظن أو أشك أن لي على فلان ألف ربية .

وتسمية هذا النوع بالدعوى الفاسدة هو مما اختص به الحنفية أما الجمهور فقد قسموا الدعوى إلى قسمين صحيحة وباطلة والفساد والبطلان عند الجمهور سواء .

واصطلح فقهاء الشافعية على هذا النوع من الدعوى بالدعوى الناقصة : وهي كل دعوى يفتقر الحاكم في فصل الخصومة معها إلى شيء آخر .

والناقصة عندهم نوعان[١] : ناقصة الصفة : وهي التي لم يفصل المدعى فيها أوصاف الشيء المدعى اللازم ذكرها كحدود العقار ومقدار الدّين .

وناقصة الشرط : وهي دعوى النكاح التي لا يذكر فيها الولي والشهود . وفقهاء المالكية أطلقوا الدعوى الناقصة بالتي ينقصها حصول خلطة أو معاملة بين المدعى والمدعى عليه[٢] .

النوع الثالث : الدّعوى الباطلة :

وهي التي اختل منها شرط من شروطها الأساسية المطلوبة فيها كدعوى الفضولي والدعوى المرفوعة بمن ليس له أهلية التصرف .

---

(١) نهاية المحتاج ٨/٢٥٠ .

(٢) الموسوعة الفقهية ٢٠/٢٨٢ .

جاء في كتاب القضاء ونظامه في الكتاب والسنة : الدعوى الباطلية : وهي الدعـــوى غير الصحيحة أصلاً ولا يترتب عليها حكم لأن إصلاحها غير ممكن[١] .

شروط الدّعوى :

ذكر الفقهاء للدّعوى شروطاً كثيرة[٢] منها ما هو خاص بالدعوى ومنها ما هو خاص بالمدعى والمدعى عليه ومنها ما هو خاص بالمدعى به وفيما يلي تفصيل ذلك .

١ ــ شروط الدعوى .

اشترط الفقهاء للدعوى شروطاً منها :

الشرط الأول : أن لا تكون الدعوى مناقضة لأمر سبق صدوره عن المدعي . والتناقض في اصطلاح الأصوليين تقابل الدليلين المتساويين على وجه لا يمكن الجمع بينهما .

والمقصود به هنا أن يسبق من المدعى ما يعارض دعواه بحيث يستحيل الجمع بيـــن السابق واللاحق[٣] . قال الكاساني : ويشترط للدعوى عدم التناقض في الدعوى وهـــو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه لإستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه مثال ذلك لـــو أقـــر بعين في يده لرجل فأمر القاضي بدفعها إليه ثم ادعى أنه كان اشتراها منه قبل ذلك لا تسمع دعواه لأن إقراره بالملك لغيره للحال يمنع الشراء منه قبل ذلك لأن الشراء يوجـــب الملـــك للمشتري فكان مناقضاً للإقرار[٤] . وفي مجلة الأحكام العدلية مادة (١٦١٥) : التناقض : هو سبق كلام من المدعي مناقض لدعواه أي سبق كـــلام موجـــب لبطـــلان دعـــواه[٥] . وفـــي الموسوعة الفقهية : ولا يتحقق التناقض المانع من سماع الدعوى إلا بشروط[٦] .

أ ــ أن يكون الأمران المتناقضان صادرين عن شخص واحد أو شخصين همـــا فـــي حكـــم الشخص الواحد كما هو الحال في الوكيل والموكل والوارث والمورث .

---

(١) القضاء ونظامه في الكتاب والسنة ص : ٤٨٢ تأليف الدكتور : عبد الرحمن إبراهيم عبـــد العزيـــز . الطبعـــة الأولى ١٤٠٩ ــ ١٩٨٩ جامعة أم القرى .

(٢) البدائع ٢٢٣/٦ ، الفروق للقرافي ٣٨/٤ ، تحفة المحتاج ٢٩٦/١٠ ، نهاية المحتاج ٢٥٠/٨ ، منتهـــى الإرادات ٤٩٣/٣ ، الموسوعة الفقهية ٢٨٨/٢٠ .

(٣) الموسوعة الفقهية ٢٨٨/٢٠ .

(٤) بدائع الصنائع ٢٢٣/٦ .

(٥) شرح مجلة الأحكام العدلية ٦/٥ .

(٦) الموسوعة الفقهية ٢٨٨/٢٠ ، تحفة المحتاج ٤٩٦/١٠ .

ب ــ أن لا يقع من المدعى توفيق بين دعواه وما صدر عنه مما يناقضها وبه ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية واختلفت آراء الحنفية في هذا الشرط .

جـ ــ أن يكون الكلام الأول قد كذب شرعاً بالقضاء أي قد ثبت بكذبه بحكم قضائي .

ما يرفع التناقض :

يرتفع التناقض بالتوفيق الفعلي بين المتناقضين ففي مجلة الأحكام العدلية مادة : (١٦٥٥) يعفى عن التناقض إذا ظهرت معذرة المدعي وكان محل صفاء . وفي مادة (١٦٥٣) يرتفع التناقض بتصديق الخصم مثلاً ، كما لو ادعى أحد على أخر ألفاً من جهة القرض ثم ادعى أن المبلغ المذكور من جهة الكفالة فصدقه المدعي عليه يرتفع التناقض[١] .

الشرط الثاني : المطالبة :

اشترط الفقهاء للدعوى مطالبة المدعى من المدعى عليه المدعى به قال الكاساني : يشترط أن تكون الدعوى بلسان المدعي عيناً إذا لم يكن به عذر إلا إذا رضي المدعى عليه بلسان غيره عند أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى ولو وكل المدعى بالخصومة من غير عذر ولم يرض به المدعى عليه لا تصح دعواه عنده وعندهما تصح[٢] .

وجاء في كتاب النظرية العامة لإثبات الحدود : ما نصه[٣] أن تكون الدعوى صادرة من صاحب الحق أو ممن ينوب منابه كالوكيل والولي والوصي فإذا كانت الدعوى صادرة من غير هؤلاء لم تعتبر صحيحة ولم يجز النظر فيها كما لو ادعى شخص على آخر بحق لغيره دون أن يكون مفوضاً في ذلك وهذا الشرط إنما هو خاص بالدعوى المتعلقة بحقوق الأدميين كالبيع والإجارة والرهن ، ويستثنى من هذا الشرط الدعوى المتعلقة بحق من حقوق اللّه تعالى لأن لكلّ واحد من المسلمين الحق في إقامتها حسبة لله تعالى لقوله عليه الصلاة

---

(١) مجلة الأحكام العدلية ١٣٨/٥ ، ١٤٤/٥ ، الفروق للقرافي ٣٨/٤ ، نهاية المحتاج ٢٥٠/٨ ، شرح منتهى الإرادات ٤٩٣/٣ ، المغني ٢٣٦/٩ .

(٢) البدائع ٢٢٢/٦ .

(٣) النظرية العامة لإثبات الحدود ١٩٧/٢ .

والسلام : "من رأي منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان"[١] .

الشرط الثالث : أن تكون الدعوى في مجلس القضاء :

اشترط الفقهاء للدعوى أن تكون في مجلس القضاء قال ابن نجيم : من شروط الدعوى مجلس القضاء فلا تسمع هي والشهادة إلا بين يدي الحاكم[٢] ، واشترط الكاساني مجلس الحكم فقال : لا تسمع الدعوى إلا بين يدي القاضي كما لا تسمع الشهادة إلا بين يديه[٣] . وفي النظرية العامة : أن تكون الدعوى صادرة في مجلس القضاء فإن صدرت في غير مجلس القضاء لم تعتبر صحيحة ولم يكلف المدعى عليه بالجواب لأن الغرض من إقامة الدعوى إلزام المدعى عليه بمقتضاها وذلك من اختصاص القاضي دون غيره[٤] .

شروط المدعي والمدعي عليه :

اشترط الفقهاء للمدعي والمدعى عليه شروطا منها .

١ ــ الأهلية :

اشترط الفقهاء التكليف لكل من المدعى والمدعى عليه بأن يكونا عاقلين بالغين[٥] قال الكاساني : ويشترط أن يكون المدعي والمدعى عليه عاقلاً فلا تصح دعوى المجنون والصبي الذي لا يعقل ولا تصح الدعوى عليهما حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع البينة لأنهما مبنيان على الدعوى الصحيحة[٦] ، إلا أن الحنفية لا يشترطون كمال الأهلية في المدعى والمدعى عليه واكتفوا بالأهلية الناقصة قال السمناني في كتابه روضة القضاة وطريق النجاة: وينبغي أن يكون المدعى عاقلاً على صفة يصح معها قوله وتسمع دعواه ولا فرق في المدعي بين

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب الإيمان باب النهي عن المنكر من الإيمان وأن الإيمن يزيد وينقص وأن الأمر بالمعروف والنهي عن النمكر واجبان ٦٩/١ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان .

(٢) البحر الرائق ١٩٣/٧ .

(٣) البدائع ٢٢٢/٦ .

(٤) النظرية العامة ١٩٥/٢ .

(٥) الموسوعة الفقهية ٢٩٣/٢٠ مغني المحتاج ١١٠/٤ كشاف القناع ٢٧٧/٤ .

(٦) البدائع ٢٢٢/٦ .

الحر والعبد والذكر والأنثى والبالغ والصبي المأذون له والطالب لنفسه أو لغيره إذا كان له ولاية على الغير أو قد أذن له في ذلك مما يجوز في النيابة[١] .

والمالكية يفرقون بين المدعي والمدعى عليه ، فأما المدعي فلا يشترط فيه الرشد وتصح الدعوى من السفيه والصبيّ ، وأما المدعى عليه فتشترط فيه الأهلية الكاملة فإن كان عديمها أو ناقصاً لم تصح الدعوى . قال ابن فرحون من المالكية : وليس للحاكم أن يسمع الدعوى على من لا يصح إقراره فلا تسمع على السفيه ولا ينبغي للقاضي أن يسأله مما يدعى به عليه ولا يكلفه فيَ ذلك إقرار ولا إنكاراً وذلك في مثل الدعوى بالديون والمعاملات من البيع والابتياع والسلف والإباحة[٢] .

وأما الشافعية : فالأصل عندهم اشتراط البلوغ في المدعي والمدعى عليه ولكنهم قالوا تسمع الدعوى على المحجور عليهم فيما يصح إقرارهم به فتسمع الدعوى بالقتل على السفيه[٣] .

وأما الحنابلة : فتصح الدعوى على السفيه فيما يؤخذ به حال السفه فتصح عليه دعوى الطلاق والقذف[٤] .

٢ ــ حضور المدعي والمدعى عليه .

لإكمال إجراءات الدعوى اشترط الفقهاء حضور كل من المدعي والمدعى عليه . قال الكاساني : من شروط الدعوى حضرة الخصم فلا تسمع الدعوى والبينة إلا على خصم حاضر إلا إذا التمس المدعي بذلك كتاباً حكمياً للقضاء به . فيجيبه القاضي إليه فيكتب إلى القاضي الذي الغائب في بلده بما سمعه من الدعوى والشهادة[٥] .

وأما المالكية : فإنهم يفرقون بين الغيبة البعيدة والقريبة وحد البعد عندهم مسيرة يومين أو ثلاثة أيام . قال ابن فرحون في التبصرة : وإذا كان الغائب مسيرة اليومين والثلاثة، والطريق مأمون أعذر إليه في الدين بعد ثبوته فإن قدم وإلا وكل فإن لم يفعل باع عليه أصوله ويحكم عليه في استحقاق الأصول والحيوان والعروض وجميع الأشياء من طلاق

---

(١) انظر : المرافعات الشرعية ص : ٦١ .

(٢) تبصرة الحكام ١٥٣/١ .

(٣) مغني المحتاج ١١٠/٤ ، تحفة المحتاج ٢٩٣/١٠ .

(٤) منتهى الإرادات ٦٢٨/٢ ، كشاف القناع ٢٧٧/٦ .

(٥) البدائع ٢٢٢/٦ .

وغيره ولا ترجى له الحجة ، وإن كان بعيد الغيبة كعشرة أيام ونحوها حكم عليه فيما عدا الأصول دون إعذار وترجى له الحجة[١] . وأما الشافعية والحنابلة فإنهم قالوا : إما أن تكون الغيبة بمسافة القصر وما زاد أو دون مسافة القصر فإن كانت الغيبة دون مسافة القصر لم تسمع الدعوى ، وإن كانت الغيبة أكثر من مسافة القصر أو إمتنع الخصم عن الحضور وللمدعي بينة سمعها الحاكم حكم بها في حقوق الأدميين[٢] ، جاء في كشاف القناع : وإن كان المدعى عليه غائباً عن المجلس أو غائباً عن البلد دون مسافة القصر غير ممتنع من الحضور لمجلس الحكم لم تسمع الدعوى عليه ولا البينة حتى يحضر لأن حضوره ممكن فلا يجوز الحكم عليه مع حضوره[٣] .

شروط المدّعي به :

واشترط الفقهاء للمدعى به شرطين أساسيين هما :

١ ــ أن يكون المدعى به معلوماً :

ذهب أكثر الفقهاء إلى اشتراط المعلومية في المدعى به[٤] والمراد بعلم المدعي به أي تمييزه في ذهن المدعى والمدعى عليه والقاضي ، فإن لم يكن المدعى به معلوماً كأن قال المدعي لي عليه شيء لم تسمع دعواه ، واشترط الكاساني : أن يكون المدعي معلوماً لتعذر الشهادة والقضاء بالمجهول ، والعلم بالمدعى إنما يحصل بأحد أمرين : إما الإشارة وإما التسمية ولا يخلو المدعي إما أن يكون محتملاً للنقل أو غير محتمل للنقل فإن كان محتملاً للنقل فلا بد من إحضاره لتمكن الإشارة إليه عند الدعوى والشهادة إلا إذا تعذر نقله، وإن لم يكن محتملاً للنقل وهو العقار فلا بد من بيان حده ليكون معلوماً[٥] .

---

(١) تبصرة الحكام ١/١٥٥ .

(٢) كشاف القناع ٦/٣٥٥ ، مغني المحتاج ٤/٤٧١ ، المرافعات الشرعية ص : ١٩٦ .

(٣) وذهب ابن حزم إلى القضاء على الغائب في كل الحقوق سواء كانت للمخلوقين أم للخالق . المحلى لابن حزم ١٠/٥١٥ .

(٤) البدائع ٦/٢٢٢ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٢٩٢ ، المهذب ٢/٣١١ ، كشاف القناع ٦/٣٤٥ .

(٥) البدائع ٦/٢٢٢ .

وقال ابن فرحون من المالكية : أن يكون المدعى به معلوماً أي أن تكون معلومة فلو قال لي عليه شيء لم تسمع دعواه لأنها مجهولة قال ابن شاسي : ولعله يريد إذا كان يعلم قدر حقه وأمتنع من بيانه[١] .

٢ ــ أن يكون المدعي به محتمل الثبوت :

ذهب الفقهاء إلى أنه لا تصح الدعوى بما يستحيل ثبوته في العرف والعادة كمن يدعي بنوة من هو أكبر سناً أو من هو مساويه وكمن يدعي على شخص معروف بالصّلاح والتقوى أنه غصب ما له وكإدعاء رجل من السوقة على الخليفة أو على عظيم من الملوك أنه استأجره لكنس داره ودوابه[٢] . وعبّر المالكية عن ذلك : بأن تكون الدعوى مما لا تشهد العادة والعرف بكذبها . والدعاوي باعتبار هذا المعنى عند المالكية ثلاثة أنواع .
نوع تكذبه العادة . ونوع تصدقه العادة . ونوع متوسط . والذي يخصنا في هذا المقام هو النوع الأول . جاء في تبصرة الحكام : ما تشهد العادة بكذبه كدوى الحاضر الأجنبي ملك دار بيد رجل وهو يراه يهدم ويبني ويؤجر مع طول الزمان من غير مانع يمنعه من الطلب من توفيقه رهبة أو رغبة وهو مع ذلك لا يعارضه فيها ولا يدعي أنه له فيها حقاً وليس بينهما شركة ثم قام يدعي أنها له ويريد أن يقيم البينة على دعواه فهذا لا تسمع دعواه أصلاً فضلاً عن بينته لتكذيب العرف إياه ومن ذلك دعوى الغصب والفساد على رجل صالح لا ينسب إليه ذلك ولا يليق به فلا تسمع تلك الدعوى وشبه ذلك[٣] .

التمييز بين المدعي والمدعى عليه :

من أهم وظائف القاضي أو الحاكم تمييز المدعي عن المدعى عليه حتى لا يقع عبء المدعي على المدعى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على أنكر[٤] قال الزيلعي : إن التمييز بينهما يحتاج إلى فقه وحدة ذكاء إذ العبرة في المعنى كالمودع إذا ادعى الوديعة فإنه مدع للرد صورة وهو منكر للوجوب معنى فيحلفه أنه لا يلزمه رده ولا ضمانه ولا يحلفه على أنه ردها لأن اليمين تكون على النفي ليتحقق الإنكار

---

(١) تبصرة الحكام ١٤٥/١ .
(٢) الموسوعة الفقهية ٣٠٧/٢٠ ، تبصرة الحكام ١٤٨/١ .
(٣) تبصرة الحكام ١٤٨/١ .
(٤) تقدم تخريج الحديث .

لأنه ينكر الوجوب عليه والأصل براءة الذمة فكان القول له[١] . وقال ابن نجيم : ومعرفة الفرق بينهما من أهم ما ينبني عليه مسائل الدعوى[٢] . وأورد الكاساني في البدائع خلاف العلماء في التمييز بين المدعي والمدعى عليه فقال : وأما بيان المدعي والمدعي عليه فقد اختلفت عبارات المشائخ في تحديدهما قال بعضهم المدعي : من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها . والمدعى عليه من إذا ترك الجواب يجبر عليه .

وقال بعضهم المدعي : من يلتمس قبل غيره لنفسه عيناً أو ديناً أو حقاً والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه .

وقال بعضهم : ينظر إلى المتخاصمين أيهما كان منكراً فالآخر يكون مدعياً .

وقال بعضهم : المدعي من يخبر عما في يد غيره لنفسه والمدعى عليه من يخبر عما في يد نفسه . وقيل كما في البحر المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقاً بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر[٣] .

وقد وقع الخلاف في المذهب المالكي في التمييز بين المدعى والمدعى عليه فقال القرافي : فإنهما يلتبسان فليس كل طالب مدعيا وليس كل مطلوب مدعا عليه ، ولأجل ذلك وقع الخلاف بين العلماء فيهما في عدة مسائل والبحث في هذا الفرق بحث عن تحقيق قوله عليه السلام "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"[٤] إذاً من هو المدعي الذي عليه البينة ؟ ومن هو المدعى عليه الذي يحلف ؟ فضابط المدعي والمدعى عليه فيه عبارتان للأصحاب إحداهما : أن المدعي هو أبعد المتداعيين سبباً والمدعى عليه هو أقرب المتداعيين سبباً . والعبارة الثانية وهي توضح الأولى المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف والمدعي عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف[٥] . وجاء في مغني المحتاج :

---

(١) تبيين الحقائق ٢٩١/٤ .

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ١٩٣/٧ .

(٣) بدائع الصنائع ٢٢٤/٦ ، البحر الرائق ١٩٣/٧ ، تبيين الحقائق ٢٩١/٤ ، شرح المجلة ٥/٥ ، معين الحكام ٢٢٦/٢ .

(٤) تقدم تخريج الحديث .

(٥) الفروق للقرافي ٧٤/٤ ــ ٧٥ .

والأظهر أن المدعي من يحالف قوله الظاهر والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر ، وقيل المدعى من لو سكت خلي ولم يطالب بشيء والمدعى عليه من لا يخلى ولا يكفيه السكوت، فإذا ادعى زيد ديناً في ذمة عمرو فأنكر فزيد يخالف قوله الظاهر من براءة عمرو ولو سكت ترك وعمرو يوافق قوله الظاهر ولو سكت لم يترك فهو مدعى عليه[١] . ورأى الحنابلة قريب من ذلك ففي المغني لابن قدامة المدعي من يلتمس بقوله أخذ شيء من يدغيره أو إثبات حق في ذمته والمدعى عليه من ينكر ذلك وقيل المدعي من إذا ترك لم يسكت . والمدعى عليه من إذا ترك سكت[٢] .

الخلاصة :

وفي التمييز بين المدعى والمدعى عليه نجد حرص الفقهاء في التمييز بينهما لإيصال الحقوق إلى أصحابها وأحسن ما قيل في ذلك هو ما جاء في البدائع والتنوير أن المدعي : من إذا ترك الخصومة لا يجبر ، والمدعى عليه : من يجبر عليها وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية وعبّر عنه الشافعية والحنابلة بأن المدعى من إذا سكت لم يطالب منه بشيء والمدعى عليه : من إذا ترك سكت . وعبارة المالكية في التفريق بينهما ليست بعيدة عن عبارة الجمهور كما فى الفروق المدعى من كان قوله على خلاف أصل أو عرف ، والمدعى عليه : من كان قوله على وفق أصل أو عرف . قال سليم رستم الباز :

اعلم أنهم اختلفوا في تعريف المدعى والمدعى عليه فقد عرفها في التنوير بأن المدعى من لا يجبر على الخصومة والمدعى عليه من يجبر عليها وهذا أحسن ما قيل فيهما[٣] .

المطلب الثاني : رفع الدعوى إلى القاضي

ويدخل تحت هذا المطالب مسألتان :

١ ــ المحكمة المختصة بالدعوى .

٢ ــ من يرفع الدعوى إلى القاضي .

---

(١) مغني المحتاج ٤٦٤/٤ ، الروضة ٧/١٢ .

(٢) المغني لان قدامة ص : /٢٧٥ ، المحر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل للشيخ الإمام مجدد الدين أبي البركات ٤١٨/٢ تحقيق محمد حامد الفقي ، الناشر الكتاب العربي .

(٣) شرح المجلة ص ٩٠٧ ، البدائع ٢٢٤/٦ ، الفروق ٧٤/٤ المغني لابن قدامة ٢٧٥/٩ ، مغني المحتاج ٤٦٤/٤ والقاموس الفقهي ١٣١ لسعدي أبو جيب . دار الفكر دمشق الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ /١٩٨٨م .

المسألة الأولى : المحكمة المختصة بالدعوى .

إذا حدثت خصومة بين طرفين فإنهما يترافعان إلى القاضي إن كان في البلد قاض واحد . وإن تعدد القضاة فإما أن يتفق الخصمان على قاض واحد أو يختلفا فإذا اتفقا فالأمر بين ، وإن تنازعا فهل الدعوى ترفع إلى القاضي الذي يختاره المدعي أم القاضي الذي يختاره المدعى عليه؟ اختلف الفقهاء في المسألة وفيما يلي تفصيل ذلك .

١ ــ ذهب معظم الفقهاء وأبو يوسف من الحنفية إذا تعدد القضاه في البلد الواحد فإن الدعوى ترفع إلى القاضي الذي يختاره المدعي[١] .

جاء في البحر الرائق : وفي الخانية ، ولو كان في البلدة قاضيان كل واحد منهما في محلّة على حدة فوقعت الخصومة بين رجلين أحدهما من محلة والآخر من محلة أخرى والمدعي يريد أن يخاصمه إلى قاضي محلته والآخر يأبى ذلك اختلف فيها أبو يوسف ومحمد. وعلّل أبو يوسف بذلك بقوله أن المدعي منشئ للخصومة فيعتبر قاضيه[٢] . وفي تحفة المحتاج : وإن تنازع الخصمان في اختيار القاضي أجيب الطالب للحق دون المطلوب به[٣] وفي منتهى الإرادات : ويقدم قول طالب ولو عند نائب فإن استويا فأقرب الحاكمين[٤] .

٢ ــ وذهب محمد بن الحسن إذا تعدد القضاة في البلد الواحد فإن الدعوى ترفع إلى القاضي الذي يختاره المدعى عليه قال ابن نجيم في البحر : اختلف فيها أبو يوسف ومحمد والصحيح أن العبرة لمكان المدعى عليه . وقال أيضاً وفي البزازية قاضيان في مصر طلب كل واحد منهما أن يذهب إلى قاضٍ فالخيار للمدعى عليه عند محمد وعليه الفتوى[٥] .

٣ ــ مذهب المالكية مذهب الجمهور إلا أنهم اختلفوا في مسألة ما إذا تعدد القضاة وتعددت البلاد فالمالكية فرقوا بين دعوى الدين والعين ففي دعوى الدين فالمدعي هو الذي يختار القاضي إذا كان هو وخصمه يسكنان في بلد واحدٍ ، وإذا كانا يسكنان في بلدين

---

(١) البحر الرائق ١٩٣/٧ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٦٤/٤ ، تحفة المحتاج ١١٩/١٠ ، منتهى الإرادات ٥٧٥/٢ .

(٢) البحر الرائق ١٩٣/٧ .

(٣) تحفة المحتاج ١١٩/١٠ .

(٤) منتهى الإرادات ٥٧٥/٢ .

(٥) البحر الرائق ١٩٣/٧ .

مختلفين فللمدعي أن يتعلق بخصمه في أي مكان يجده ويطالب بحقه ، وأما دعاوى العين فينظر إذا كان المدعى وخصمه من بلدين مختلفين وكلاهما تحت ولاية قاضٍ فترفع الدعوى إلى ذلك القاضي لكن إذا كانت تحت قضاة مختلفين فعند المالكية قولان :

١ ــ ترفع الدعوى إلى القاضي الذي في دائرته المدعى به .

٢ ــ ترفع الدعوى إلى القاضي الذي يسكن في دائرته المدعى عليه[١] . قال ابن الماجشون : إنما تكون خصومتها حيث الدار والشئ المدعى فيه فثم يسمع من بينة المدعى وحجته ، ويضرب لصاحب الدار أجلا حتى يأتي فيدفع عن نفسه أو يوكّل له وكيلا يقوم عنه في الخصومة في ذلك . قال مطرف واصبغ : إنما تكون الخصومة حيث يكون المدعى عليه ولا يلتفت إلى موضع المدعي ولا موضع المدعى فيه[٢] .

المسألة الثانية : من يرفع الدعوى إلى القاضي :

الأصل أن المدعي هو الذي يرفع الدعوى إلى القاضي إذا توافرت فيه الأهلية الكاملة ولكن مع ذلك يجوز للمدعي أن يوكل غيره ليرفع دعواه نيابة عنه وهذا ما يعرف الوكيل بالخصومة وهي جائزة يقول الدكتور عبد الكريم زيدان : التوكيل في الخصومة لإقامة الدعوى نيابة عن المدعي أو للمترافع عنه أو عن المدعى عليه أمام القاضي أمر جائز ، وسواء كانت الوكالات بأجر أو بغير أجر . وقال السمناني في كتابه روضة القضاة وطريق النجاة : أن الوكيل إذا صحت وكالته جاز للقاضي أن يسمع دعواه والدعوى عليه فيما يصح أن يتولاه لغيره لأن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ وكلّ عمرو بن أمية الضمري في تزويج أم حبيبة بنت أبي سفيان فعقد النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ عليهما وهو عمل الناس في جميع الأمصار[٣] .

وأما القانون : فإن الدعوى يرفعها صاحب الدعوى أو وكيله . نصّت المادة (٢٦) من قانون الإجراءات المدني الباكستاني "كل دعوى ستكون مقدمة بصاحبها وبالطريقة التي نصّ عليها القانون" .

---

(١) الموسوعة الفقهية ٢٧٩/٢٠ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٦٤/٤ ، تبصرة الحكام ٩٤/١ .

(٢) تبصرة الحكام ٩٥/١ .

(٣) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ١٢٩ ، تبصرة الحكام ١٧٩/١ .

Every suit shall be instituted by the presention of a plaint or in which such other manner as may be prescribed [١].

فإذا رفعت الدعوى إلى القاضي سواء رفعها المدعى أو نائبه وسواء رفعت إلى القاضي الذي يختاره المدعي أو الذي يختاره المدعى عليه أم محل المدعى به فالقاضي يسأل المدعى عن دعواه فإذا رأى القاضي أن الدعوى فاسدة أمر المدعى تصحيح دعواه فإن وجدها صحيحة سأل المدعى عليه فإن طلب المدعى عليه مهلة أعطاها وإذا انتهت المهلة فالقاضي يوجه سؤاله إلى المدعى عليه فإن أقر كتب القاضي إقراره وانتهت الخصومة وإن أنكرها فالقاضي يثبت إنكاره ثم يسأل المدعى عن البينة لقوله عليه الصلاة والسلام : البينة على المدعى واليمين على من أنكر[٢] . فإذا وجد المدعي بينة وأقنع القاضي بعد التهم فإن القاضي يحكم على ضوء ذلك وإن عجز المدعي عن البينة فالقاضي يطلب من المدعى عليه اليمين . وهذا ما نتعرض له بشيء من التفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل بإذن اللّه تعالى .

---

(١) Code of Civil procedure sec . ٢٦ - page . ٦٥ .

(٢) تقدم تخريجه .

المبحث الثاني

اليمين في الخصومة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : اليمين المشروعة وأنواعها والحقوق التي يستحلف بها في الفقه والقـــانون. وفيه خمسة فروع .

الفرع الأول : اليمين المشروعة في الفقه .

أتناول في هذا الفرع من المطلب الأول تعريف اليمين اللغوي والاصطلاحي وبيـــان أدلة مشروعية اليمين في الكتاب والسنة .

التعريف اللغوي :

أصل اليمين في اللغة اليد اليمنى وأطلق على الحلف لأنهم كانوا إذا تحالفوا يأخذ كل واحدٍ منهم بيد صاحبه[١] "واليمين لفظ مشترك لعدة معان . منها :

١ ــ اليمين : يمين الإنسان : وفي الحديث "إنه كان يحب التيمن في جميع أمره مـــا استطاع . قال ابن سيدة : اليمين نقيض اليسار والجمع أيمان وأيمن ويمائن .

٢ ــ وقيل الحلفُ والقسم : أنثى والجمع أيمن وأيمان وفي الحديث يمينك علـــى مـــا يصدقك به صاحبك[٢] .

٣ ــ وقيل القوة والقدرة . ومنه قول الشماخ :

رأيت عرابة الآسي يسمو إلى الخيرات متقطع القرين

إذا ما راية رفعت لمـــجد تلقاها عرابـــــة باليميـــن

قال الزجاج أي بالقوة وفي التنزيل : ﴿لأخذنا منه باليمين ثم لقطعنا من الوتيـــــن﴾[٣] الآية وقيل باليد اليمنى .

٤ ــ وقيل المنزل : قال الأصمعي : هو عندنا باليمين أي بمنزلة حسنة[٤] .

---

(١) مختار الصحاح ص : ٧٤٤ .

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الإيمان باب اليمين على نية المستحلف شرح مسلم للنووي ١١٧/١١ ، وتحفة الأحـــوذي ٥٨٧/٤ ، والسنن الكبرى للبيهقي ٦٥/١٠ .

(٣) سورة الحاقة الآية : ٤٥ ــ ٤٦ .

(٤) انظر لسان العرب ص ٤٥٨/١٣ وما بعدها ، مختـــار الصحـــاح ص : ٧٤٤ ، الإفصـــاح فـــي فقـــه اللغـــة

التعريف الاصطلاحي :

عرّف الفقهاء اليمين بتعريفات مختلفة وفيما يلي تفصيل القول في ذلك :

فقد عرفها الجرجاني[١] : بأنها تقوية أحد طرفي الخبر بذكر اسم اللّه تعالى أو التعليق[٢]. وعرفها الشيخ خليل[٣] من المالكية : بأنها تحقيق ما لم يجب بذكر اسم اللّه تعالى أو صفته[٤] .

=١٢٨٦/٢،تأسيس البلاغة تأليف للإمام الأكبر جار اللّه أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري المتوفى ٥٣٨ تحقيق الأستاذ عبد الرحمن محمود ص : ٤١١ .

(١) الجرجاني هو : علي بن محمد بن علي الجرجاني ، الحسين الحنفي : يعرف بالسيد الشريف أبو الحسن عالم حكيم مشارك في أنواع من العلوم ولد بجرجان وتوفي بشيراز من تصانيفه الكثيرة حاشية على شرح التنقيح للتفتازاني في الأصول ، شرح التذكرة النصيرية في الهيئة ، حاشية على تفسير البيضاوي . حاشية على شرح وقاية الرواية في مسائل الهداية في فروع الفقه الحنفي وحاشية على المطول للتفتازاني في المعاني والبيان . انظر معجم المؤلفين ٢١٦/٧ .

(٢) التعفريفات للجرجاني ص : ٣٣٢ .

(٣) الشيخ خليل هو : خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب المالكي المعروف بالجندي فقيه مشارك في علوم العربية والحديث والفرائض والأصول .. والجدل أقام بالقاهرة ، وجاور بمكة ، توفي ربيع الأول ، من تصانيفه : المختصر في الفقه المالكي ، مناقب الشيخ عبد اللّه المتوفى ، مناسك الحج ، شرح ابن الحاجب في ست مجلدات ، شرح على المدونة لم يكمل . انظر معجم المؤلفين ١١٤/٤ ، ١١٤/٤ .

(٤) الشرح الكبير للدر دير ١٢٦/٢ على هامش حاشية الدسوقي . فقوله "تحقق" أي تقرير وتثبيت "ما" أي أمر "لم يجب ، عقلا أو عادة ولو كان واجبا أو للحاصل ممتنعا شرعاً نحو والله لأدخلن الدار أو لا أدخلها أو لأصلين الصبح أولا أصليها أو لأشربن الخمر ، أو لا أشربه والممكن عقلا ولو امتنع عادة نحو لأشربنّ البحر ولأصعدن السماء ويحنث في هذا بمجرد اليمين إذا لا يتصور هنا العزم على الصد لعدم قدرته على الفصل ، ودخل الممتنع عقلاً نحو لأجمعن بين الضدين . ولأقتلن زيداً الميت . ويحنث أيضا بمجرد اليمين لما مر بالممتنع عقلا أو عادة وأما صيغة البر نحو لا أشرب البحر ولا أجمع بين الضدين فهو على برٍّ دائما ضرورة أنه لا يمكن الفصل ، وخرج الواجب العادي والعقلي كطلوع الشمس من المشرق، وقوله "بذكر اسم اللّه" الباء سببية متعلقة بتحقيق ، فهذا من تمام التعريف ويشمل كل اسم من أسماء اللّه تعالى وقوله "أوصفته" أي الذاتية كالعلم والقدم والبقاء. والوحدانية . الشرح الكبير للدرير دير ١٢٦/٢ ــ ١٢٧ على هامش حاشية الدسوقي .

وعرّفها الشيخ قليوبي[١] : من الشافعية : بأنها تحقيق أمر محتمل سواء كان ماضيا أو مستقبلا نفيا أو إثباتا بذات اللّه تعالى أو صفة له[٢] . وعرّفها أبو النجاة الحنبلي : بأنها توكيد الحكم بذكر معظّم على وجه مخصوص[٣].

وهذه التعريفات بمجملها تفيد توكيد الحق إثباتا ونفيا وهي تعريفات لليمين بمعناها العام وتعريفات الفقهاء لليمين جاءت في باب الأيمان والنذور دون التعرض لتعريف اليمين كوسيلة من وسائل الإثبات كما هو ظاهر من التعريفات التي ذكرناها آنفا إلا أنهم ذكروا أحكام اليمين القضائية في باب القضاء والدعوى .

ولعل أحسن تعريف لليمين ما ذكره الدكتور : محمد مصطفى الزحيلي[٤] في كتابه وسائل الإثبات فقال : ويمكن تعريف اليمين باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات بأنها : تأكيد ثبوت الحق

---

(١) الشيخ قليوبي هو : أحمد بن أحمد بن سلامة أبو العباس شهاب الدين القليوبي فقيه متأدب من أهل قليوب في مصر . له حواشي وشروح ورسائل من مؤلفاته : تحفة الراغب ، وتذكرة القليوبي ، فضائل مكة والمدينة وبيت المقدس وشتى من تاريخها . علق على الجامع الصغير للسيوطي فبين الحسن والضعيف والصحيح مما جاء فيه الهداية من الضلالة في معرفة الوقت والقبلة من غير آلة ، الإعلام قاموس تراجم ص : ١/٧٧ .

(٢) حاشية القلوبي على شرح المحلى ٤/٢٧١ .

(٣) كشاف القناع ٥/١٣٥ .

(٤) محمد مصطفى الزحلي : ولد ١٩٤١م في دير عطية بريف دمشق ، درس الثانوية الشرعية بدمشق ثم تابع الدراسة فحصل على إجازة الشريعة عام ١٩٦٥م وإجازة الحقوق في عام ١٩٦٦م من جامعة دمشق ثم تابع الدراسات العليا في جامعة الأزهر ، وجامعة القاهرة ، وحصل على الدكتورة عام ١٩٧١م وعنوان رسالته : وسائل الاثبات في الشريعة وعين مدرسا بجامة دمشق ثم أعير للتدريس بجامعة أم القرى بمكة المكرمة لأربع سنوات ثم أعيد وكيلا لكلية الشريعة بجامعة دمشق لمدة ١٢ سنة . وألف حوالي ٢٥ كتابا وحقق ثلاثة كتب وساهم في مؤتمرات إسلامية وله أكثر من خمسين بحثا علميا وأكثر من ١٥٠ مقالا في المجلات الإسلامية ودرس لمدة قصيرة أستاذا زائرا في الأردون ، والسودان ، وليبيا ، والجزائر ، والإمارات العربية المتحدة . وهو معار الأن في جامعة الكويت كلية الشريعة ويشرف على رسائل ماجستير ودكتوراة ويشارك في المناقشات . من كتبه تحقيق أدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ، وشرح الكوكب المنير في أصول الفقه لابن النجار الفتوحي ، وكتاب المهذب في الفقه الشافعي في ست مجلدات ، وله كتاب مرجع العلوم الإسلامية ، حقوق الإنسان في الإسلام ، الاعتدال في الدين ، وظيفة الدين في الحياة ، وخمسة كتب في سلسلة أعلام المسلمين . الجويني ، والطبري ، والبيضاوي ، والعز بن عبد السلام ، وابن كثير الدمشقي . كانت هذه النبذة التعريفية في إسلام أباد كتبها لي فضيلته يوم الجمعة تاريخ ١٩٩٨/١٠/٩م .

أو نفيه باستشهاد اللّه تعالى أمام القاضي[١] .

بيان أدلة مشروعية اليمين في الفقه :

اليمين وسيلة من وسائل الإثبات وذلك باتفاق الفقهاء . ومشروعيتها ثبتت بالكتاب والسنة والإجماع .

أولا : الكتاب :

قال تعالى : ﴿لا يؤاخذكم اللّه باللّغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقّدتم الإيمان﴾[٢].

---

(١) وسائل الإثبات ص : ٣٢٠ . فقوله "تأكيد" يعني تقوية وترجيح جانب الصدق على الكذب وقوله : ثبوت حق" خرج التأكيد على فعل أمر أو تركه في المستقبل فهي اليمين العادية . وقوله استشهاد اللّه تعالى ، خرج به تأكيد ثبوت الحق بالشهادة والكتابة وغيرها .. وقوله "أمام القاضي" قيد في اليمين القضائية التي يشترط فيها أن تكون أمام القاضي وخرج بذلك اليمين خارج القضاء فلا عبرة لها في إثبات الحق فلو حلف خارج القضاء ونقل ذلك للقاضي فلا يقبل . انظر وسائل الإثبات ٣٢٠ .

(٢) سورة المائدة الآية : ٨٩ .

قرأ حمزة والكسائي وأبو بكر (عقد تم) بالتخفيف وقرأ ابن عامر (عـــاقدتم) بـــالألف وقرأ الآخرون (عقّدتم) بالتشديد والمراد من الآية قصدتم وتعمدتم[١] .

وقال تعالى : ﴿لا يؤاخذكم اللّه باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كســـبت قلوبكـــم واللّه غفور حليم﴾[٢] . أي لا يؤاخذكم بما يجري على ألسنتكم من الأيمان اللاغية التي يتكلم بها العبد من غير قصد منه ولا كسب قلب ، ولكنها جرت على لسانه كقـــول الرجـــل فـــي عرض كلامه "لا واللّه وبلى واللّه" وكحلفه على أمر ماضٍ يظن صدق نفسه ، وإنما المؤخذة على ما قصد القلب[٣] ، وقال تعالى : ﴿إن الذين يشترون بعهد اللّه وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم اللّه ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عـــذاب أليم﴾[٤] .

ثانيا : السنة :

١ ــ ومن السنة ما أخرجه مسلم في صحيحه عن ابن عباس رضي اللّه عنه أن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قال : "لو يعطي الناس بدعواهم لدّعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعي عليه" رواه مسلم[٥] .

دل الحديث على مشروعية اليمين في الدماء والأموال وأنه لا يقبـــل قـــول الإنســـان بمجرد الادعاء بل لا بد له من بينة قال الإمام النووي : وهذا الحديث قاعدة من قواعد أحكام الشرع ففيه أنه لا يقبل قول الإنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه بل يحتاج إلى بينة أو تصديـــق المدعي عليه فإن طلب يمين المدعي عليه فله ذلك وقد بين ــ صلّى اللّه عليـــه وســـلّم ـــ الحكمة في كونه لا يعطى بمجرد دعواه لأنه لو كان أعطي بمجردها لادعى قوم دماء قـــوم وأموالهم[٦] . وهي يمين دفع يدفع المدعي عليه عن نفسه الدعوى وذلك في حالة ما إذا ادّعى

---

(١) تفسير البغوي المسمى بعالم التنزيل للبغوي ص : ٦٠/٢ .

(٢) الآية رقم ٢٢٥ سورة البقرة .

(٣) تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنّان ص : ٨٣ .

(٤) الآية رقم ٧٧ ــ سورة آل عمران .

(٥) أخرجه مسلم في كتاب الأقضية باب اليمين على المدعى عليه ، انظر شرح النووي لمسلم ٢/١٢ .

(٦) صحيح مسلم بشرح النووي ص : ١٢/٣ .

دعوى ولا بينة له وينكر المدعي عليه فحينئذ توجه اليمين إلى المدعي عليه لدفع دعوى المدعي[١] .

٢ ــ ومن السنة حديث علقمة بن وائل عن أبيه قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ فقال الحضرمي : يا رسول اللّه إن هذا قد غلبني على أرض كانت لأبي فقال الكندي : هي أرضي وفي يدي أزرعها ليس له فيها حق فقال النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ للحضرمي : "ألك بينة ؟ قال : لا . قال فلك يمينه . قال : يا رسول اللّه إن الرجل لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورّع من شيء . قال : ليس لك منه إلا ذلك ورواه مسلم والترمذي وصححه[٢] .

ثالثا : الإجماع :

أجمعت الأمة على مشروعية اليمين لثبوتها بالكتاب والسنة .

كان الصحابة رضوان اللّه عليهم يحلّفون في الدعاوى ويطلبون اليمين في القضاء لفصل المنازعات ولم يخالف في ذلك مسلم فكان إجماعا ، وسارت الأمة على ذلك من سلفها إلى خلفها من عهد رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ حتى يومنا هذا[٣] .

الفرع الثاني : اليمين المشروعة في القانون :

بعد أن تكلمنا عن حقيقة اليمين المشروعة في الفقه الإسلامي نتناول الآن تعريف اليمين في القانون وبيان مشروعيتها .

أولاً : تعريف اليمين في القانون .

اختلفت عبارات القانونيين في تعريف اليمين "فقد عرّفها فتحي زغلول وأبو هيف : بأن اليمين قسم يصدر من أحد الخصمين على صحة المدعي به أو عدم صحته . وعرفها الدكتور عبد السلام ذهني : بأنها استشهاد الخصم باللّه على ما يقول . وأما الأستاذ فارس الخوري فقد عرف اليمين : بأنها استشهاد اللّه عزّ وجل على صدق القول أو كذبه[٤] "وعرّف الدكتور الصده اليمين : بأنها "استشهاد اللّه تعالى على صدق ما يقوله الحالف تقوية لهذا

---

(١) القضاء ونظامه في الكتاب والسنة ص : ٤٢٨ .

(٢) صحيح مسلم ١٢٣/١ ، الجامع الترمذي : ٣٩٨/٥.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي ص : ١٠٧/٣ .

(٤) نظرية الإثبات ص : ١٥٧ .

القول وتعزيزا له . ويلاحظ من هذا التعريف أنه موافق مع ما قاله الأستاذ فارس الخوري . وعرّفه الدكتور مرقص : بأنها إخبار عن أمر مع الاستشهاد باللّه تعالى على صدق الخبر. وأما الأستاذان أبري : وروى فقد عرفا اليمين : بأنها عمل مدني وديني يتخذ فيه الحالف اللّه شاهداً على صدق ما يقول أو على إنجاب ما يعدّ ويستنزل عقابه إذا حنث"[١] .

وهذه التعاريف وإن اختلفت في التعبير إلا أن مؤداها واحد وهو أن اليمين هو القسم باللّه تعالى على صدق الخبر يقول الأستاذ حسين المؤمن بعد سرده هذه التعاريف وهذه التعاريف كما ترى وإن اختلفت صورها غير أن مألها واحد[٢] .

مقارنة :

بالمقارنة بين التعريف القانوني لليمين والتّعريف الفقهي الذي عرّفه الدكتور : محمد مصطفى الزحيلي نجد أنّ التّعريف القانوني مطابق للتّعريف الفقهي إن لم يكن أخذ منه أو استنبط من الفقه الإسلامي وهذا كثير .

ثانيا : مشروعية اليمين في القانون :

نصت بعض القوانين الوضعية على اليمين كطريق من طرق الإثبات كالإقرار ـــ والبينة . جاء في القانون المدني ا لفرنسي أن اليمين قرينة قاطعة . فقد نصت الفقرة الرابعة المادة (١٣٥٠) من القانون المدني الفرنسي على أن اليمين والإقرار كلاهما قرينة قاطعة على ما جرى الحلف عليه أو الإقرار به[٣] .

وأما القوانين العربية فقد نصت معظمها على اليمين كطريق من طرق الإثبات .

نصت المادة (١٣) من قانون الإثبات المصري على أن تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف : أحلف" ويذكر الصيغة التي قررتها المحكمة ، ولكن جرى العمل في المحاكم على أن يقول الحالف "واللّه العظيم"[٤] . أما القانون اللبناني فلم يعين صيغة معينة لليمين وأكتفي بعبارة أحلف أو أقسم باللّه أو واللّه العظيم . وفي قانون المرافعات الليبي فقد نصت المادة

---

(١) وسائل الإثبات ص :٣٦٢ ــ ٣٦٣ .

(٢) نظرية الإثبات ص : ١٥٧ .

(٣) نظرية الإثبات ص : ١٩٧ .

(٤) موسوعة القضاء والفقه للدول العربية ص : ١٢٢/١ .

١٦٥ على أنه يجب على من يوجه لخصمه اليمين أن يبين بالدقة الوقائع التي يريد استحلافه عليها بعبارة واضحة جلية .

كما نصت المادة (١٧٢) منه في حلف الأخرس ونكوله "يعتبر في حلف الأخرس ونكوله إشارته المعهودة إن كان لا يعرف الكتابة فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بها[١] .

الفرع الثالث : أنواع اليمين في الفقه :

تنقسم اليمين إلى اعتبارات كثيرة ، فتنقسم من حيث وقوعها في القضاء وخارجه إلى يمين قضائية وغير قضائية ، وتنقسم اليمين من حيث البر والحنث وما يترتب عليها من كفارة وعدمه إلى يمين لغو ويمين منعقدة ويمين الغموس[٢] .

وتنقسم اليمين باعتبار الحالف إلى يمين المدعي عليه ويمين المدعي ويمين الشاهد. وهذا التقسيم الأخير هو محل بحثنا ونتعرض له بشيء من التفصيل .

تنقسم اليمين التي يؤديها الحالف أمام القضاء إلى يمين المدعي عليه ويمين المدعي ويمين الشاهد .

أولا : يمين المدعي عليه :

يمين المدعي عليه وتسمى يمين المنكر أو الأصلية أو الواجبة أو الدافعة أو الرافعة وهي التي يوجهها القاضي بطلب من المدعي إلى المدعي عليه لتأكيد جوابه عن الدعوى ، وسميت يمين المنكر لأن صاحبها ينكر الدعوى ، وسميت بالأصلية لأنها هي المقصودة عند الإطلاق ، وسميت بالرافعة لأنها ترفع النزاع[٣] . ففي القوانين الفقهية يمين المنكر على نفي الدعوى فإن حلف على مطابقة الإنكار برئ اتفاقا[٤] . وقال الكاساني : واليمين حجة المدعي

---

(١) موسوعة القضاء والفقه للدول العربية ص : ٣٢١/١ وص : ٥٠٥/١ .

(٢) ١ ــ يمين اللغو : هي التي سبق لفظها إلى لسان الحالف من غير قصد وليس على حالفها شيء هذا عند الشافعية . وعند الحنفية : يمين اللغو أن يحلف وهو يعتقد أنه صادق ثم يظهر كذبه .

٢ ــ اليمين المنعقدة : وهي التي يقصد بها الحالف تعمد الكذب ولا تكون إلا في الاستقبال عند الحنفية . وتكون في الماضي والحاضر والمستقبل عند الشافعية .

٣ ــ يمين الغموس : وهي التي يحلفها الحالف متعمدا فيها الكذب .

(٣) البدائع ٢٢٥/٦ ، تبصرة الحكام ٣٣٠/٢ ، وسائل الإثبات ٣٥٧ .

(٤) القوانين الفقهية ص : ٢٠٢ .

عليه لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه[١] . وقال ابن فرحون : وأما اليمين الرافعة للدعوى ، فصورة ذلك أن يدعي رجل حقا وليس له بينة على ذلك فينكر المدعي عليه فتوجه عليه اليمين على نفي ما ادعى به عليه فهذه هي اليمين الرافعة للدعوى[٢] . وتسمى الأصلية أو الواجبة أو الدافعة أو الرافعة ، وهي التي يحلفها المدعي عليه بطلب القاضي بناء على طلب المدعي لتأكيد جوابه عن الدعوى وهي حجة المدعي لحديث "ولكن اليمين على المدعي عليه"[٣] .

ثانيا : يمين المدعي :

وهي التي يحلفها المدعي لدفع التهمة عنه لإثبات حقه أو لرد اليمين ، وتأتي في صور مختلفة ذكرها أحمد فتحي في كتابه نظرية الإثبات فقال : ويكون تحليف المدعي في صور مختلفة :

ـ الأولى : القسامة بنوعيها : القسامة في الدماء ، والقسامة مع اللوث في الأموال .

ـ الثانية : إذا ردت اليمين .

ـ الثالثة : إذا استشهد له شاهد وأحد حلف معه واستحق .

ـ الرابعة : إذا تنازع الزوجان أو الصانعان فيحكم لكل واحد منهما بما يصلح له مع يمينه .

ـ الخامسة : تحليفه مع شاهديه[٤] .

وتسمى اليمين المنقلبة لأنها تنقلب على المدعي يقول ابن جري : يمين المدعي على صحة دعواه إذا انقلبت اليمين عليه[٥] . وفي تبصرة الحكام : وأما اليمين المنقلبة فهي أن يطلب من المدعي عليه باليمين الرافعة للدعوى ، فينكل عنها فتنقلب اليمين على الطالب فيحلف ويستحق[٦] .

---

(١) البدائع ص : ٢٢٥ .

(٢) تبصرة الحكام ٢/٣٣٠ .

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته ١/٦٠٠ تقدم تخريج الحديث .

(٤) نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي ص : ١٩٠ ـ ١٩١ .

(٥) القوانين الفقهية : ٢٠٢ .

(٦) تبصرة الحكام ٣٣٠ .

وبإمكاننا أن نقسم يمين المدعي إلى نوعين رئيسيين هما :

١ ــ اليمين الجالية .

٢ ــ ويمين الاستيثاق أو الاستظهار .

١ ــ اليمين الجالية :

وهي التي يحلفها المدعي وهي إما اليمين مع الشاهد أو اليمين المـــردودة ، أو فـــي القسامة أو اليمين في اللّعان[١] .

ففي الفقه الإسلامي وأدلته اليمين الجالية : وهي التي يحلفها المدعي لإثبات حقه ، إما مع شهادة شاهد واحد وهي اليمين مع الشاهد ، وإما بسبب نكول المدعي عليه عـــن اليميـــن الأصلية وردها إلى المدعي ليحلف وهي اليمين المردودة ، وإما لإثبات تهمة جنائيـــة علـــى القاتل وهي أيمان القسامة وإما لنفي حد القذف عنه وهي أيمان اللّعان ، وإما لتأكيد الأمانـــة فالقول قول الأمين بيمينه كالوديع والوكيل[٢] .

وفي وسائل الإثبات : اليمين الجالية هي التي يؤديها المدعي في إثبات حقه لســـبب يستدعي القيام بها وهي إما أن تكون شهادة شاهد وهي اليمين مع الشاهد ، وإما نكول المدعي عليه عن اليمين الأصلية وردها إلى المدعي ليحلف وهي اليمين المردودة أو المنقلبة ، وإمـــا أن تكون لوثا وهي أيمان القسامة في القتل والجراح ، وإما أن يكون قذفاً من الرجل لزوجته وهي أيمان اللّعان ، وإما أن تكون أمانة فكل أمين ادعى الرد على مـــن ائتمنـــه فيصـــدق بيمينه[٣] .

٢ ــ يمين الاستيثاق أو الاستظهار :

وتسمى يمين القضاء ويمين الاستبراء وهي اليمين التي يحلفها المدعي بنـــاء علـــى طلـــب القاضي لدفع الشبهة أو التهمة أو الاحتمال عنه ، وذلك بعد تقديم الأدلة المطلوبة في الدعوى ليتأكد القاضي صحة الأدلة وهي يمين تكميلية تكمل الأدلة المقدمة من قبل المدعي[٤] . ويلجأ إليها القاضي عادة إذا كانت الدعوى بحق على غائب أو ميت ويحتمل أن يكون المدعي قـــد

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٦/٦٠ ، وسائل الإثبات ٣٥٨ .

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته ٦/٦٠٠ .

(٣) وسائل الإثبات ص : ٣٥٨ .

(٤) الفقه الإسلامي وأدلته ٦/٦٠ ، وسائل الإثبات ٣٥٨ .

استوفى دينه من الميت أو الغائب أو أبرأه عنه أو أخذ رهناً مقابله وليس للشاهدين علم بذلك فيحلّف القاضي المدعي لأن البينة لا تفيد إلا غلبة الظن فيستحق ما ادعاه بالبينة واليمين معاً[١] .

حالات يمين الاستيثاق أو الاستظهار :

اختلف الفقهاء في يمين الاستيثاق أو الاستظهار فأجازه بعضهم في حالات محدودة . وأجازه آخرون مطلقا[٢] . وفيما يلي تفصيل القول في ذلك .

ذهب الحنفية بوجوب يمين الاستظهار في حالات محدودة فقالوا : تجب يمين الاستظهار في الادعاء على الميت ولو بدون طلب المدعي عليه وذلك باتفاق الإمام والصاحبين ، وفي خمس حالات أخرى عند أبي حنيفة ، وبطلب المدعي عليه عند محمد وبدون طلب المدعي عليه عند أبي يوسف وهي حالات الاستحقاق للمعقود عليه ، وفي الشفعة ، وفي نفقة الزوجة على زوجها الغائب أنه لم يطلقها ولم يترك لها نفقة ، وفي رد المبيع بالعيب ، وفي خيار البلوغ للبكر أنها اختارت الفرقة مباشرة[٣] .

وأما المالكية : فإنهم يسمونها يمين القضاء ويمين الاستبراء وقد توسعوا في الأمر فقالوا : إنها تتوجه على الميت أو الغائب أو اليتيم وفي نفقة الزوجة والوقف والمساكين وفي كل وجوه البر قال ابن رشد : ويمين القضاء متوجهة على من يقوم على الميت أو على الغائب أو على اليتيم أو على المساكين وعلى كل وجه من وجوه البر وعلى بيت المال وعلى من استحق شيئاً من الحيوان ولا يتم الحكم إلا بها[٤] .

وقال ابن فرحون : ويسمي يمين الاستبراء ، وصورة ذلك أن يشهد شاهدان لرجل بشيء معين في يد آخر فإنه لا يستحق حتى يحلف ما باع ولا وهب ولا خرجت عن يده بطريق من الطرق المزيلة للملك وهو الذي عليه الفتيا والقضاء وعليه الأصحاب بأنه يجوز أن يكون باعها من المدعي عليه أو غير ذلك من الاحتمالات لابد من اليمين[٥] .

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٦٠١/٦ ، وسائل الإثبات ٣٥٨ .

(٢) البدائع ٢٢٦/٦ ، تبصرة الحكام ٣٣١ ، وسائل الإثبات ٣٦٠ .

(٣) البحر الرائق ٢٠٧/٧ حاشية ابن عابدين ٥٨٧/٥ .

(٤) تبصرة الحكام ص : ٣٣٢ .

(٥) تبصرة الحكام ص : ٣٣١ .

فالظاهر من كلام ابن رشد وغيره من المالكية أنهم توسعوا في دائرة يمين الاستبراء أو القضاء كما يسميه المالكية وهي يمين الاستظهار فتتوجه يمين الاستظهار في كل وجه من وجوه البر ، بينما الحنفية أجازوا يمين الاستظهار في حالات محدودة .

وعند الشافعية : تتوجه يمين الاستظهار بدون طلب الخصم في الدعوى على الميت والغائب والصغير والمحجورعليه والسفيه والمجنون والمغلوب على عقله ومع الشاهد الواحد[١] . وأما الحنابلة : فقد أجازوا يمين الاستظهار في رواية عن الإمام أحمد على الغائب والميت والصبي والمجنون . ففي المغني لابن قدامة : إذا قامت البينة على الغائب والصبي والمملوك فيستحلف المدعي مع بينته في رواية عن الإمام أحمد وفي رواية أخرى يحكم بالبينة التي أقامها من غير أن يستحلف[٢] . قال ابن القيم : ويخرج في مذهب أحمد وجهان فإن أحمد سئل عنه فقال قد فعله علي والصحابة رضي اللّه عنهم أجمعين[٣] . وقد رجّح ابن القيم القول بالجواز مطلقاً حيث قال : قال أبو عبيدة : إنما نرى شريحا أو جب اليمين على الطالب مع بينته حين رأى الناس مدخولين في معاملتهم وأحتاط لذلك حدثنا عبد الرحمن عن سفيان عن ابن هاشم عن أبي البحتري قال : قيل : لشريح ما هذا الذي أحدثت في القضاء ؟ قال : رأيت الناس أحدثوا فأحدثت . وكان الأوزاعي والحسن بن علي يستحلفان مع بينته . قال الطحاوي : وروي أن عليا استحلف عبد اللّه بن الحسن واستحلف رجلا مع بينته فأبى أن يحلف فقال : لا أقضي لك بما لا تحلفه عليه . قال ابن القيم : وهذا القول ليس ببعيد من قواعد الشرع ولا سيما مع احتمال التهمة[٤].

وعليه فإن يمين الاستظهار لا تكون قاصرة في حالات معينة وإنما تعم في جميع الحالات إذا وجد الاحتمال أو الشك أو التهمة .

---

(١) مغني المحتاج ٤٠٧/٤ ، المهذب ٣٠٢/٢ ، نهاية المحتاج ٣٣٣/٨ .

(٢) المغني لابن قدامة ٩٥/١٤ .

(٣) الطرق الحكمية ص : ١٨٢ .

(٤) الطرق الحكيمة ص : ١٧١ .

يقول الشيخ أحمد إبراهيم : لكن عند تدقيق النظر نرى أنه لا معنى لحصرها في مسائل معينة بل كلما وجد المعنى الذي من أجله توجه اليمين في هذه المسائل كان للقاضي توجيهها لوجود المقتضي لها ويلوح لي أن الأمر بين لا يخفي[١] .

ثالثاً : يمين الشاهد :

وهي اليمين التي يحلفها الشاهد أو الشاهدان بعد الإدلاء بشهادتهما .

وقد حكى أبو محمد بن حزم القول بتحليق الشهود عن ابن وضاع وقاضي الجماعة بقرطبة ــ وهو محمد بن بشر ــ أنه حلف شهوداً في تركة باللّه أن ما شهدوا به لحق ، وعن ابن وضاع أنه قال : أرى لفساد الناس أن يحلّف الحاكم الشهود . قال ابن القيم : وهذا ليس ببعيد وقد شرع اللّه سبحانه وتعالى تحليف الشاهدين إذا كانا من غير أهل الملة على الوصية في السفر وكذلك قال ابن عباس بتحليف المرأة إذا شهدت في الرضاع ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد . وقال : إذا كان للحاكم أن يفرق الشهود إذا ارتاب فيهم فأولي أن يحلّفهم إذا ارتاب بهم[٢] .

الفرع الرابع : أنواع اليمين في القانون :

تنقسم اليمين في القانون إلى قسمين هما : اليمين القضائية : وهي التي تكون أمام القاضي وفي مجلس القضاء . وغير قضائية : وهي التي تكون خارج القضاء .

واليمين القضائية تنقسم إلى قسمين رئيسيين هما : اليمين الحاسمة واليمين المتممة .

واليمين الحاسمة : هي التي يوجهها أحد الخصمين إلى الآخر محتكما إلي ضميره لحسم النزاع . وأما اليمين المتممة : فهي التي يوجهها القاضي إلى أحد الخصمين إكمالاً للأدلة المقدمة منه[٣] .

وفي هذا الفرع نتناول النوعين الرئيسيين لليمين اليمين الحاسمة واليمين المتممة .

النوع الأول : اليمين الحاسمة :

وهي التي يوجهها أحد الخصمين إلى الآخر كدليل قاطع في الدعوى[٤] .

---

(١) وسائل الإثبات ص : ٣٦٢ .

(٢) الطرق الحكمية ص : ١٦٧ ــ ١٦٨ .

(٣) موسوعة القضاء والفقه للدول العربية ٣٢٠/١ .

(٤) نظرية الإثبات ص : ١٧٤ .

ففي الموسوعة : واليمين الحاسمة هي التي يوجهها أحد المتداعيين لجعل الحكم في الدعوى موقوفاً عليها فإذا حلفها الخصم حكم له ، وإذا امتنع حكم عليه وله الحق بأن يردها على خصمه فإذا حلف بها هذا الأخير ربح القضية وإذا نكل خسرها . وهي في جميع الأحوال تحسم النزاع وإذا لجأ إليها فريق في الدعوى يكون متنازلاً عن جميع الوسائل الأخرى للإثبات ، كما يكون معفياً من تقديم أي دليل أخر[١] .

بعد تعريفنا لليمين الحاسمة ، نذكر الآن من يوجه اليمين الحاسمة ومن توجه إليه ، والأهلية في اليمين ، ومتى توجه اليمين .

أ ــ من يوجه اليمين الحاسمة ؟

نصت معظم القوانين العربية أن لكل واحد الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه . فقد نصت المادة (٤١) فقرة أولي من التقنين المدني المصري يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ولكن لا تكون إلا بإذن القاضي .

ونصت المادة (١١٣) من قانون البينات السوري يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ولكن لا يكون ذلك إلا بإذن المحكمة .

يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري : يلاحظ أن ضرورة استئذان المحكمة هي لمنع التعسف في توجيه اليمين ، فالحكم إذاً واحد في القانونين المصري والسوري[٢] .

وأما القانون المدني العراقي : فقد نصت المادة (٤٧١) يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ولكن لا يجوز إلا بإذن المحكمة . وبهذا توافقت معظم القوانين العربية فيما يخص توجيه اليمين الحاسمة ولعل بعضها أخذ من بعض وهذا كثير . وفي القوانين الغربية : نصت المادة (١٣٥٧) من القانون المدني الفرنسي : اليمين القضائية نوعان : يمين يوجهها الخصم إلى الخصم ليجعل الحكم في القضية موقوفاً عليها وهذه هي اليمين الحاسمة ، ويمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين وهي اليمين المتممة .

قلت : وهنا خالف القانون الوضعي الفقه الإسلامي في توجيه اليمين فقد رأينا أن القانون لا يفرق بين مدعي ومدعي عليه وأن لكل واحد منهما أن يوجه اليمين الحاسمة بينما

---

(١) موسوعة القضاء والفقه ٣٢١/١ .

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني ٥٢٠/٢ .

في الفقه الإسلامي المدعي عليه هو الذي توجه إليه اليمين فالبينة حجة المدعي واليمين حجة المدعي عليه على خلاف بين أهل العلم . فإذا كان لكل من الخصمين توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه كان لا بد منها من رقابة أو سلطة تراقب توجيه اليمين فأسندت هذه السلطة إلى القاضي .

صرّح القانون المدني المصري ضرورة إذن القاضي . وأما القانون السوري والعراقي فقد قيّد توجيه اليمين الحاسمة بإذن المحكمة كما تقدم ذكره .

وقد نصت المادة (٤١٠) من القانون المدني المصري الفقرة الأخيرة على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها .

يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري : ويكاد ينعقد إجماع القضاء في فرنسا ، وبلجيكا على أن للقاضي أن يقدر :

١ ــ ملائمة توجيه اليمين وأن يرفض توجيهها إذا قصد منها الكيد .

٢ ــ وأن له أن يقدر ضرورة توجيه اليمين وأن يرفض توجيهها إذا كانت الوقائع التي توجه بشأنها غير قريبة الاحتمال أو سبق أن قام الدليل عليها بطرق أخرى من طرق الإثبات[١] .

ب ــ إلى من توجه اليمين الحاسمة ؟

لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة إلا إلى خصم أصلي أو حقيقي في الدعوى . ففي الموسوعة القضاء والفقه : ولا يجوز توجيه اليمين إلا للخصم الأصلي أو الحقيقي في الدعوى ، فلا يجوز توجيهها للوكيل إلا في واقعة خاصة في نطاق توكيله[٢] .

يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري : ولا يجوز توجيه اليمين إلا إلى خصم أصلي في الدعوى ، فإذا رفع الدائن باسم مدينة دعوى الدَّين علي مدينه ، لا يجوز للمدعي عليه في هذه الدعوى أن يوجه اليمين الحاسمة إلى دائن الدَّين لأنه ليس إلا نائبا عن الدائن وليس خصما أصلياً في الدعوى فيجب إذن أن يكون توجيه اليمين إلى الدائن وهو الخصم الأصلي وفقاً للمادة (٢٣٥) فقرة ثانية "ولا توجه اليمين في دعوى تقام ضد إحدى الشركات إلى شريك انسحب منها فلم يعد خصماً ولا إلى شخص ليس خصماً في الدعوى ولم يعد موظفاً

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ٥٢٨/٢ .

(٢) موسوعة القضاء والفقه للدول العربية ١٢٣/١ .

في الشركة ولا إلى جملة من الشركاء كل شريك يحلف على وقائع لا تخصه هو بل تخص الشركاء الآخرين ، ولا توجه اليمين إلى أحد المديرين في مصرف إذا كان هذا المدير لا يملك التصرف إلا بالاشتراك مع سائر المديرين ولا إلى الوكيل إذا كانت الواقعة المراد إثباتها منسوبة إلى الأصل ولا إلى الغير مع إدخاله خصيصاً في الخصومة لحلف اليمين وإذا كان الخصم شخصاً معنوياً وجهت اليمين إلى من يمثله[١] .

جـ ــ متي توجه اليمين الحاسمة ؟

يجوز توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى نصت المادة (٤١١) من القانون المدني المصري : ويجوز توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها . يقول السنهوري : ويتبين من نص التقنين المدني المصري توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى إلى أن يصدر حكم نهائي ، ذلك أن اليمين الحاسمة طريق من طرق الإثبات فيمكن الالتجاء إليه بعد تقديم أوجه إثبات أخرى[٢] .

وفي قانون البينات السوري نصت المادة (١١٤) فقرة ثانية يجوز توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى في كل نزاع إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة ممنوعة بالقانون أو مخالفه للنظام العام أو للآداب .

ونصت المادة (٤٧٢) من القانون المدني العراقي : يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى وفي كل نزاع مدني إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام أو الأدات .

أما القانون المدني الفرنسي فقد نصت المادة (١٣٦٠) يجوز توجيه الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لم يوجد أي مبدء ثبوت للطلب أو لدفع المطلوب التحليف عليه[٣].

د ــ الأهلية في اليمين :

إن اليمين الحاسمة لا يوجهها ولا توجه إليه إلا من توافرت فيه أهلية التصرف وكان أهلا للتعاقد والتبرع بالحق . يقول المحامي حسين المؤمن : يجب أن يكون طالب اليمين وحالفها أهلا للتعاقد والتبرع بالحق ومالكا للتصرّف في الأمر الجاري عليه الحلف لأن طالب

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ٢/٥٢٩، ٥٣٠ .

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني ٢/٥٣٣ .

(٣) المصدر السابق .

اليمين يكون قد تنازل عن الحق ولذا فلا تكفي أهلية التصرف بل تجب أهلية التبرع ويترتب على ذلك أن القاصر لا يملك تحليف خصمه كما لا يجوز توجيه اليمين إليه كذلك لا يجوز إلى الوصي والقيم والوكيل والمتولي إلا في الوقائع المتعلقة بأشخاصهم[١] .

وفي الوسيط : ويجب فيمن توجه إليه اليمين أن تتوافر أهلية التصرف في الحق الذي توجه فيه اليمين ، ذلك أن كل خصم توجه اليمين يجب أن يكون قادرا على الخيار ما بين الحلف ، والنكول ، ورد اليمين ، وتشترط فيه أهلية التصرف . والنكول كالإقرار ولا يملكه إلا من ملك التصرف في الحق ومن ثم لا يجوز توجيه اليمين إلى صبي لم يبلغ سنّ الرشد إلا فيما يملك من أعمال الإدارة . ولا إلى محجور عليه لجنون أو عتهٍ أو غفلة أو سفه الخ .. وقال : ويجب أن تتوافر أهلية التصرف فيمن توجه إليه اليمين وقت الحلف لا وقت توجيه اليمين فإذا كان أهلا وقت توجيه اليمين ثم حجر عليه قبل الحلف فلا يجوز له أن يحلف بعد توقيع الحجر عليه[٢].

وفي موسوعة القضاء والفقه : وأما من توجه إليه اليمين فإنه لا يكفي أن تكون عنده أهلية التصرف بل يجب أن يكون هو المطالب بالحق المدعي به فلا يصح للموصي إطلاقا أو القيم أو الوكيل أي لا يصح توجيه اليمين لهؤلاء مطلقا لأن اليمين شخصية بمعنى أنه لا يجوز توجيهها إلا إلى نفس الخصم شخصياً لأن الأمر متعلق بذمة نفس الحالف ولا يخفى أن لا يستطيع شخص أن يجزم بأن غيره فعل أو لم يفعل أمراً من الأمور[٣] .

شروط اليمين الحاسمة :

لليمين الحاسمة شروط منها :

١ ــ إنكار المدعي عليه :

من شروط اليمين الحاسمة إنكار المدعي عليه فإذا أقر فلا يمين عليه وتنتهي الدعوى بإقراره . يقول محمد الزحيلي : فلا يمين مع الإقرار إذ بالإقرار تنقطع الخصومة فلا يبقى محل لتقديم أو لتوجيه اليمين[٤] .

---

(١) نظرية الإثبات لحسين المؤمن ص : ١٦٣ .

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني ٥٣١/٢ .

(٣) موسوعة القضاء والفقه للدول العربية ١٢٤/١ .

(٤) نظرية الإثبات ص : ١٧٥ .

٢ ــ عجز المدعي عن الإثبات .

والشرط الثاني لليمين الحاسمة هو عجز المدعي عن الإثبات فلا توجه اليمين عند ما تكون الأسباب الثبوتية موجودة أي لا تكون لازمة إلا في حالة خلو الدعوى من المستندات أو وجودها وعدم التمسك بها ، إذ لا محل لليمين مع ثبوت الحق بالدليل لأنها تكون عديمة الجدوى ، وعجز المدعي إما أن يكون صراحة بأن يفيد أمام المحكمة بعجزه عن الإثبات ، وإما أن يكون حكماً بأن تكون البينة التي أقامها لم تثبت مدعاه ، أو كانت قوتها الثبوتية في ظاهرها كافية غير أنه قد ثبت تزوير حقيقتها أو لم يقدم بينة أصلاً ، فالمحكمة في جميع هذه الحالات تقرر عجز المدعي عن إثبات مدعاه وتمنحه حق تحليف خصمه اليمين[١] .

٣ ــ طلب الخصم .

لا يجوز أن توجه اليمين بدون طلب أحد الأخصام إلا في حالات استثنائية لأن توجيه اليمين الحاسمة حق خاص بطرفي الخصومة فلا يملك القاضي توجيهها من نفسه إلى أحد الطرفين[٢] .

٤ ــ أداءها في مجلس القضاء .

من شروط اليمين الحاسمة أن تؤدى في مجلس القضاء فإذا أدى الحالف اليمين الحاسمة خارج مجلس القضاء لا يلتفت إليها ، ويطلق عليها اليمين غير القضائية .

نصت المادة ١٢٩ من قانون المرافعات اللبناني الفقرة الأولى "لا يجوز طلب اليمين الحاسمة إلا بإذن القاضي" . وفي قانون المرافعات الليبي : اليمين الحاسمة يوجهها الخصم إلى الخصم ولكن توجيهها موقوف على إذن القاضي وعليه فاليمين المؤداة في غير حضور الحاكم وفي غير مجلس القضاء لا عبرة لها ولا أثر ، ولكن إذا ثبت للقاضي وجود مانع لمن كلف باليمين عن الحضور إلى المحكمة لأدائها جاز له أن ينتقل إليه أو أن ينتدب أحد أعضاء المحكمة لتحليفه اليمين[٣] .

٥ ــ أن ترد اليمين على حق شخصي .

---

(١) نظرية الإثبات ص : ١٧٦ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) نظرية الإثبات ص : ١٧٨ .

يجب أن ترد اليمين على حق شخصي لا أن تكون متعلقة بوقائع لا علاقة بالشخص الموجه إليه اليمين . جاء في الوسيط : ويجب أن تكون الواقعة متعلقة بشخص من توجه إليه اليمين فلا يجوز أن توجه لخصم عن وقائع لا تتعلق بشخصه إلا إذا أريد تحليفه على عدم علمه بهذه الوقائع . فلا توجه اليمين إلى صاحب السيّارة على أن السائق لم يرتكب خطأ كان سبباً في الحادث مستصحباً للسائق وإنما يحلف صاحب السيارة على أنه لا يعلم أن السائق ارتكب خطأ[١] .

وقد نصت المادة (٢٣٠) من قانون المرافعات اللبناني "لا يجوز اليمين إلا على واقعة شخصية مختصة بالحالف أو على علمه بأية واقعة أخرى . ورفضت المحاكم المصرية طلب توجيه اليمين الحاسمة في دعوى الشفعة إلى البائع والمشتري معا ، فقضت بأنها لا تلزم إلا المشتري وحده إذ هو الخصم الحقيقي في هذا النزاع[٢] .

٦ ــ أن تكون الواقعة غير متعلقة بالنظام العام .

ومن الشروط أن لا تكون الواقعة غير متعلقة بالنظام العام "فلا يجوز توجيه اليمين بالحدود أو على أفعال لو صحت لأوجبت عقاب فاعلها قانوناً[٣] .

يقول عبد الرزاق السنهوري : ويجب أن تكون الواقعة التي يطلب الحلف عليها غير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب[٤] . وقد نصت المادة (١١٤) من قانون البينات السوري لا يجوز توجيهها في واقعة ممنوعة بالقانون أو مخالفة للنظام العام أو للآداب . كما نصت المادة (٢٢٩) من قانون المرافعات اللبناني والمادة (٤٧٢) من قانون المدني العراقي طبقاً للنص السوري[٥] .

النوع الثاني : اليمين المتممة :

وهي التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها إلى أحد الخصمين توكيدا للأدلة التي قدمها أي تعزيزاً للأدلة المعروضة على المحكمة لاستظهار الحقيقة والبحث عنها عندما تكون

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ٢/٥٤٤ ــ ٥٤٥ .

(٢) نظرية الإثبات ص : ١٧٩ .

(٣) المصدر السابق : ص : ١٨٠ .

(٤) الوسيط في شرح القانون المدني ٢/٥٤١ .

(٥) المصدر السابق .

الأوراق المتمسك بها غير كافية للإثبات[١] . وفي الوسيط اليمين المتممة : هي يمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأيّ من الخصمين عندما يرى أن هذا الخصم قدّم دليلاً غير كاف على دعواه ليتمم الدليل باليمين[٢] .

وقد نصت المادة ٤١٥ من القانون المدني المصري: "للقاضي أن يوجه اليمين من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين ليبني ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في قيمة ما يحكم به" .

ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل ، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل" . ونصت المادة ١٢١ من قانون البينات السوري والمادة ٤٨٢ من قانون المدني العراقي طبقاً للنص السوري وأما المادة ٢٣٧ من أصول المحاكمات اللبناني ، فقد نصّت ما يلي :

يحق للقاضي أن يكلّف أحد الفريقين حلف اليمين إما لجعل الحكم موقوفاً عليها وإما لتعيين المبلغ الذي سيحكم به[٣] .

أنواع اليمين المتممة : قسم المشرع الفرنسي اليمين المتممة إلى قسمين :

اليمين المتممة العادية واليمين المتممة التعزيرية ، والفرق بينهما أن الأولى يمكن أن يوجهها القاضي إلى كل من المدعي والمدعي عليه ، بينما لا يتصور توجيهها في الثانية إلا إلى المدعي[٤] . أما القوانين العربية فيمكننا القول بأنها قسمت اليمين المتممة إلى ثلاثة أنوواع: يمين التقويم، ويمين الاستيثاق، ويمين الاستظهار .

أولا : يمين التقويم :

وهي التي يوجهها القاضي إلى المدعي إذا استحال إثبات المدعي به بطريقة أخرى .

نص القانون المدني المصري مادة (٤١٧) ــ لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعي اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعي به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى .

---

(١) نظرية الإثبات ص : ٢١٨ .

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني ص : ٥٧٣/٢ .

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني ٥٧٣/٢ .

(٤) نظرية الإثبات : ٢٢١ .

ويطابق هذا النص في القانون المدني العراقي المادة (٤٨٣) وفي قانون البينات السوري المادة (١٢٢) .

وأما المادة (٢٤٠) من أصول المحاكمات المدنية اللبنانية جاء فيها "لا يجوز للقاضي أن يستحلف المدعي مباشرة على قيمة الشيء المطلوب إلا إذا استحال إثباتها بطريقة أخرى.

ويجب على القاضي أيضاً في هذه الحالة أن يعين الحد الأقصى للمبلغ الذي يصدق عليه المدعي بيمينه . ونصت المادة (١٣٦٩) من القانون المدني الفرنسي "لا يوجه القاضي اليمين إلى المدعي على قيمة الشيء المطلوب إلا إذا استحال تقديرها بطريقه أخرى . وحتى في هذه الحالة يعين القاضي حداً أقصى للمبلغ الذي يصدق فيه المدعي بيمينه ويحصل هذا الأمر غالبا في الوديعة إذا هلكت بخطأ الوديع أو المستعير أو في الأمتعة المنقولة مع المسافر إذا فقدت أثناء النقل وفي البيوعات التي تبطل بعد هلاك الأشياء المبيعة بخطأ المشتري فيضطر القاضي في هذه الحالات لتحديد قيمة الشيء المطالب به وقد تعذر رده أو يحلف اليمين على هذه القيمة أو المعير أو المسافر أو البائع بعد أن يعين لها حداً أقصى لا يمكن تجاوزه[١].

ثانياً : يمين الاستيثاق :

وهي اليمين التي يوجهها القاضي إلى المدين أو إلى ورثته ويحلفون أنهم لا يعلمون بوجود الدين أو بحصول الوفاء . وإذا حلف من وجهت إليه اليمين كسب الدعوى حتماً لأنها يمين تكميلية تقوي الأدلة المقدمة إلى القضاء . ينص القانون في بعض الحالات على مرور زمن قصير تسقط بموجبه الديون وخاصة الديون التجارية ، ويعتبر هذا السقوط مبيناً على قرينة الوفاء ، فزيادة في الاحتياط أوجب القانون تحليف من يتمسك بمرور الزمن اليمين على براءة ذمته تعزيزاً . لقرينة الإيفاء[٢] .

وقد نصت المادة ٣٧٨ ، فقرة (٢) من القانون المدني المصري "يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقدم بسنة أن يحلف المدعي الدين فعلا ، وهذه اليمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى ورثة المدين أو أوصيائهم إن كانوا قصراً بأنهم لا يعلمون وجود الدين أو

---

(١) موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية ٣٣٥/١ .

(٢) موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية ص : ٣٣٦/١ .

يعلمون بحصول الوفاء[١] . يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري : فالقانون هنا بعد أن جعل بعض الحقوق تتقادم بمدة قصيرة جداً جعل من هذا التقادم قرينة على الوفاء فرأى أن يعزز هذه القرينة ، وقد اعتبرها دليلا غير كامل بيمين متممة يحلفها المدين على واقعة شخصية له هي أداءه الدين فعلا فإذا كان قد مات حلفت الورثة أو أوصيائهم إن كانت الورثة قصراً يمين عدم العلم بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يمين العلم بأنهم يعلمون بحصول الوفاء[٢]. وفي القانون المدني التجاري جاء فيه م ١٩٤ و م ٢٠١ "أن الأوراق المجردة لأعمال تجارية يسقط الحق في إقامة الدعوى بها بمضي خمس سنوات ، وإنما على المدعي عليهم تأييد براءة ذمتهم بحلفهم اليمين على أنه لم يكن في ذمتهم شيء من الدين إذا دعوا للحلف وعلى من يقوم مقامهم أو ورثتهم أن يحلفوا يميناً على أنهم معتقدون حقيقة أن لم يبق شيء من الدين .

ثالثاً : يمين الاستظهار :

وهي اليمين التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها وذلك في حالات معينة . وهذه اليمين لم يرد لها ذكر في بعض القوانين بينما ورد لها ذكر في بعضها الأخر .

نصت المادة (٤٨٤) من القانون المدني العراقي : تحلّف المحكمة من تلقاء نفسها في الأحوال الآتية :

أ ــ إذا ادعى أحد في التركة حقاً وأثبته فتحلفه المحكمة يمين الاستظهار على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه ولا أبرأه ولا أحاله على غيره ولا استوفى دينه من الغير وليس للميت في مقابلة هذا الحق رهن .

ب ــ إذا استحق أحد المال وأثبت دعواه حلفته المحكمة على أنه لم يبع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرجه من ملكه بوجه من الوجوه .

ج ــ إذا أراد المشتري رد المبيع لعيب حلّفته المحكمة على أنه لم يرض بالعيب صراحة أو دلالة . والمادة ١٢٣ من قانون البينات السوري مطابقة للنص العراقي وإنما أضافت ــ إذا طالب الشفيع بالشفعة حلفته المحكمة بأنه لم يسقط حق شفعته بوجه من

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ٢/٥٨٨ .

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني ٢/٥٨٩ .

الوجوه[١] . فيمين الاستظهار متممة يوجهها القاضي إلى الخصم وإذا حلفها الخصم استحق المدعي به .

ففي الوسيط : فيمين الاستظهار في الأحوال المنصوص عليها إنما هي كما تراها يمين متممة ــ إلا أن لها خصائص يمين الاستيثاق فهي يمين إجبارية يوجهها القاضي إلى خصم بالذات يعينه القانون وإذا حلفها الخصم كسب حتماً دعواه[٢] .

الفرق بين اليمين الحاسمة واليمين المتممة :

تختلف اليمن الحاسمة عن اليمين المتممة بعدة أمور :

١ ــ اليمين الحاسمة لا توجه إلا إلى خصم ولا يصح توجيهها من القاضي بينما في اليمين المتممة لا توجه من قبل الخصم وإنما توجه من القاضي .

٢ ــ لا توجه اليمين الحاسمة إلا إذا كان لا دليل غيرها لدى من وجهها وأما اليمين المتممة فلا يصح توجيهها عند انعدام الدليل بل لابد أن تكون هناك أدلة في ا لدعوى لا يقتنع بها القاضي إلا إذا حلف أحد الخصمين .

٣ ــ يمكن للخصم باليمين الحاسمة أن يردها بينما في اليمين المتممة لا يمكن للخصم الذي يريد القاضي تحليفه أن يردها على خصمه[٣] .

مقارنة :

تظهر أوجه الاختلاف والاتفاق بين الفقه والقانون في مسألة أنواع اليمين بعدة أمور :

الأمر الأول : أنّ الفقه الإسلامي قسّم اليمين إلى ثلاثة أنواع :

١ ــ يمين المدعى عليه ، وهي الأصلية أو الرافعة أو الواجبة .

٢ ــ يمين المدعي ، وهي اليمين المردودة .

٣ ــ يمين الشاهد ، وهي التي يحلفها الشاهد أو الشاهدان .

بينما القانون قسّم اليمين إلى نوعين رئيسيين هما : اليمين الحاسمة واليمين المتممة .

الأمر الثاني : أنّ القانون جعل لكل واحد من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة بخلاف الفقه الإسلامي ، فإن اليمين حجة المدعى عليه والبينة حجة المدعي .

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ٢/٥٩٣ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني ص : ٢/٥٨٦ ــ ٥٨٧ .

الأمر الثالث : يلاحظ تشابها بين الفقه والقانون في أنواع اليمين ، فاليمين الحاسمة في القانون تشبه اليمين الأصلية أو الرافعة في الفقه الإسلامي . واليمين المتممة : تشبه يمين الاستظهار في الفقه الإسلامي كما أخذ القانون رأي الجمهور في مسألة ردّ اليمين .

الفرع الخامس : الحقوق التي يستحلف بها :

بعد أن تكلمنا عن حقيقة اليمين وأنواعها نتكلم الآن عن الحقوق التي تجوز فيها اليمين والتي لا تجوز فيها ، فهناك حقوق تجوز فيها اليمين بالاتفاق ، وحقوق لا تجوز فيها اسليمين بالاتفاق ، وحقوق مختلف فيها وفيما يلي نتناول كل واحد منها على حدة .

أولاً : الحقوق التي لا تجوز فيها اليمين :

اتفق الفقهاء على عدم جواز اليمين في حقوق اللّه تعالى المحضة سواء كانت من قبيل العبادات كالصلاة والصوم والحج والصدقة والكفارة والنذر إلا إذا تعلق بها حق مالي لأدمي فيجوز لأن الحدود تدرأ بالشبهات[١] .

قال الكاساني : ولا يجوز الاستحلاف في الحدود الخاصة حقاً لله عز وجل كحد الزنى والسرقة وشرب الخمر[٢] . وفي المغني لابن قدامة : وحقوق اللّه تعالى نوعان أحدهما الحدود فلا نشرع فيها يمين ، لا نعلم في هذا خلافاً لأنه لو أقرّ ثم رجع عن إقراره قبل منه وخلّى من غير يمين فلأن لا يستحلف مع عدم الإقرار أولى[٣] . ويقول الدكتور عبد الكريم زيدان : أما الحدود فلا تشرع فيها يمين ولا خلاف في هذا لأنه لو أقر المتهم ثم رجع عن إقراره قبل منه وخلي سبيله من غير يمين فعدم استخلافه مع عدم إقراره أولى[٤] .

ثانيا : الحقوق التي تجوز فيها اليمين :

اتفق الفقهاء على جواز اليمين في الأموال وما يؤول إلى المال فيحلف المدعى عليه إثباتاً[٥] . لقوله تعالى : ﴿إن الذين يشترون بعهد اللّه وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم

---

(١) البدائع ٢٢٦/٦ ، المغني لابن قدامة ٢٣٧/١٤ .

(٢) البدائع ٢٢٦/٦ .

(٣) المغني لابن قدامة ٢٣٧/١٤ .

(٤) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان ص : ٢٠٣ .

(٥) المغني ٢٣٦/١٤ ، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ٢٠٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٦٩/٦ .

في الآخرة ولا يكلمهم اللّه ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب عظيم﴾[١] .

جاء في المغني لابن قدامة : وأما ما هو مال أو المقصود منه المال فهذا تشرع فيه اليمين بلا خلاف بين أهل العلم فإذا لم تكن للمدعي بينة حلف المدعى عليه وبرئ لقصة الخضري والكندي الذين اختلفا في الأرض وعموم قول النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ ، ولكن اليمين على المدعي عليه"[٢] .

ويقول الدكتور عبد الكريم زيدان : وأما المال أو المقصود منه المال فهذا تشرع فيه اليمين بلا خلاف بين أهل العلم[٣] .

ثالثا : الحقوق المختلف فيها :

رأينا اتفاق الفقهاء على عدم جواز اليمين في الحقوق الخاصة لله تعالى كما اتفقوا على جواز اليمين في الأموال وما يؤول إلى الأموال غير أنهم اختلفوا في بعض المسائل على ثلاثة أقوال اشتهرت عند الحنفية بالمسائل السبعة .

القول الأول : إن التحليف فيها غير جائز في النكاح ، والنسب ، والرجعة ، والفيء في الإيلاء ، والعتق ، والولاء ، والاستيلاد ، وهو قول أبو حنيفة والرواية الثانية عن الإمام أحمد بن حنبل[٤]. قال الإمام الزيلعي في تبيين الحقائق : ولا يستحلف في نكاح ورجعة ، وفئ ، واستيلاد ، ورق ، ونسب ، وولاء ، وحد ، ولعان ، قال القاضي الإمام فخر الدين رحمه اللّه تعالى : الفتوى على أنه يستحلف المنكر في الأشياء الستة يعني في هذه الأشياء التي عدها سوى الحد واللّعان ، وهو قولهما . والأول قول أبي حنيفة رحمه اللّه[٥] .

---

(١) سورة آل عمران الآية : ٧٧ .

(٢) المغني لابن قدامة ٢٣٦/١٤ .

(٣) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص : ٢٠٣ .

(٤) تبيين الحقائق ٢٩٦/٤ .

(٥) تبيين الحقائق ٢٩٦/٤ ، والبدائع ٢٢٧/٦ . ١ ــ وأما النكاح : فهو أن يدعى رجل على امرأة أنها امرأته وتدعي امرأة على رجل أنه زوجها ولا بينة للمدعي وطلب يمين المنكر .

٢ ــ وأما الرجعة : فهو أن يقول للمطلقة بعد إنقضاء عدتها قد كنت راجعتك وأنكرت المرأة وعجز الروج عن إقامة البينة فطلب يمينها .

٣ ــ وأما الفئ في الإيلاء فهو أن يكون الرجل ألى من امرأته ومضت أربعة أشهر فقال قد كنت فئت إليك بالجماع فلم يتبين فقالت لم تف إلي ولا بينة للزوج فطلب بيمينها .

قال ابن قدامة : وأما ليس بمال ولا المقصود منه المال وهو كل ما لا يثبت إلا بشاهدين كالقصاص ، وحد القذف ، والنكاح ، والطلاق ، والرجعة ، والعتق ، والنسب ، والاستيلاد ، والولاء ، والرّق ، ففيه روايتان إحداهما : لا يستحلف المدعى عليه ولا تعرض عليه اليمين . قال أحمد : لم أسمع ممن مضى أنهم جوّزوا اليمين إلا في الأموال والعروض خاصة والرواية الثانية : يستحلف في الطلاق والقصاص والقذف[١] .

القول الثاني : إن التحليف غير جائز في النكاح فقط وهو مذهب المالكية[٢] .

واستدل المالكية على عدم جواز التحليف في النكاح فقط بأن النكاح يجب فيه الشهادة والإعلان ، فإذا لم يوجد الشهود فلا يصح النكاح ومن ادعاه فقد ادعى خلاف الأصل لأن الأصل عدمه فيجب تقديم الشهود لإثباته أمام القضاء ولا يقبل اليمين لتحقق التهمة والكذب فإن النكاح لا يخفى على الناس وخاصة الأهل والأقارب والجيران بالإضافة إلى الشهود والعقد فيه ولأن النكاح لا يصح إلا بالشهادة فلا يثبت إلا بالشهادة ولأنه لو أقر بالنكاح لا يثبت ولا يلزم[٣] .

القول الثالث : إن التحليف جائز في هذه المسائل كلها وفي كل حق ليس بمال ولا المقصود منه المال وهذا كل ما لا يثبت إلا بشاهدين كالقصاص بالنفس وما دون النفس وحد القذف ، وهو قول الشافعية والصاحبين من الحنفية والرواية الثانية للحنابلة[٤] .

=٤ ــ وأما النسب : فنحو أن يدعي على رجل أنه أبوه أو ابنه فأنكر الرجل ولا بينة له وطلب يمينه .

٥ ــ وأما الرق : فهو أن يدعي على رجل أنه عبده فأنكر وقال إنه حر الأصل ، لم يجر عليه رق أبدا ولا بينة للمدعي فطلب يمينه .

٦ ــ وأما الولاء : فهو أن يدعي على امرأة أنه أعتق أباها وأن أباها مات وولاءه بينهما نصفان فأنكرت أن يكون أعتقه وأ، يكون ولاءه ثابتا منه ولا بينة للمدعي فطلب يمينها على ما أنكرت من الولاء .

٧ ــ وأما الإستيلاد : فهو أن تدعي أمة على مولاها فتقول أنا أم ولد لمولاي وهذا ولدي فأنكر المولى .

لا يجرى الإستحلاف في هذه المواضع السبعة عند أبي حنيفة وعند هما يجرى . والدعوى من الجانبين تتصور إلا من جانب واحد وهو جانب الأمة وأما المولى فلا تتصور الدعوى لأنه لو ادعى لثبت بنفس الدعوى . بدائع الصنائع ٢٢٧/٦ .

(١) المغني لابن قدامة ٢٣٦/١٤ ــ ٢٣٧ .

(٢) حاشية الدسوقي ٢٢٧/٤ ، شرح الخرشي ٢١٤/٧ .

(٣) شرح الخرشي ٢١٤/٧ ، وسائل الإثبات ص : ٣٨٧ .

(٤) البدائع ٢٢٦/٦ ، المغني ٢٣٧/١٤ ، مغني المحتاج ٤٧٢/٤ .

قال ابن قدامة : والرواية الثانية للحنابلة يستحلف في الطلاق والقصاص والقذف . قال الخرقي : إذا قال أرجعتك فقالت انقضت عدتي قبل رجعتك فالقول قولها مع يمينها وإذا اختلفا في مضي الأربعة فالقول قوله مع يمينه فيخرج من هذا أنه يستحلف في كل حق لأدمي وهذا قول الشافعي وأبو يوسف ومحمد لقول النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ لو يعطى الناس بدعواهم لأدعي قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه رواه مسلم[١] . قال ابن قدامة وهذا عام في كل مدعى عليه وهو ظاهر في دعوى الدماء لذكرها في الدعوى مع عموم الأحاديث ولأنها دعوى صحيحة في كل حق لأدمي فجاز أن يحلف فيها المدعى عليه كدعوى المال[٢] .

وأخرج البيهقي أن ركانة بن زيد طلق امرأته ثم أتى رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ فقال : إني طلقت امرأتي البتة وواللّه ما أردت إلا واحدة فقال رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم : واللّه ما أردت إلا واحدة . فقال ركانة واللّه ما أردت إلا واحدة . فردها عليه[٣] . وجه الاستدلال من الحديث أن ركانة حلف أنه طلق زوجته البتة وأراد بذلك واحدة، فهو تحليف بالطلاق .

وفي رأيي الراجح مذهب الجمهور القائل بجواز التحليف في النكاح والطلاق والنسب والرق وغير ذلك لقوة الأدلة التي استدل بها الجمهور .

المطلب الثاني : تغليظ اليمين في الخصومة في الفقه والقانون

سبق أن ذكرنا أنه لا يجوز الحلف بغير اللّه تعالى لحديث الرسول ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ "من كان حالفا فليحلف باللّه تعالى " ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك واختلفوا في تغليظ اليمين في الخصومة فمنهم من قال : تغلّظ اليمين باللّفظ وبالزمان والمكان ومنهم من قال : لا تغلّظ لا باللفظ ولا بالزمان والمكان . وإنما يقضى فقط بلفظ الجلالة ومنهم من قال: تغلّظ باللفظ ولا تغلّظ بالزمان والمكان وفي الفرعين الآتيين نناقش تغليظ اليمين في الفقه والقانون .

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب الأقضية باب اليمين على المدعى عليه صحيح مسلم بشرح النووي ٢/١٢ .

(٢) المغني لابن قدامة ٢٣٧/١٤ .

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ، كتاب الشهادات باب من بدأ فحلف عند الحاكم أعاد الحاكم عليه اليمين حتى تكون بيمينه بعد خروج الحكم بها ص : ١٨١/١٠ .

الفرع الأول : تغليظ اليمين في الفقه :

في هذا الفرع مسألتان الأولى تغليظ اليمين باللفظ والثانية تغليظها بالزمان والمكان ونبدأ أقوال الفقهاء في تغليظ اليمين باللّفظ .

المسألة الأولى : تغليظ اليمين باللّفظ :

اختلف الفقهاء في تغليظ اليمين باللّفظ وعدم تغليظها إلى قولين :

القول الأول : جواز تغليظ اليمين باللّفظ .

ذهب جمهور الفقهاء[١] إلى تغليظ اليمين باللفظ بأسماء اللّه تعالى وصفاته فعند المالكية يكون التغليظ ــ "بالله الذي لا إله إلا هو" وعند غيرهم يكون التغليظ "بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية" .

وعند الحنفية الأمر مفوض للقاضي إن شاء أحلفه من غير تغليظ وإن شاء غلّظ لأن الشرع ورد بتغليظ اليمين في الجملة فيغلّظ اليمين في المال الكثير ومن يخاف عليه الكذب . قال الكاساني : وقال مشائخنا ينظر إلى حال الحالف إن كان من لا يخاف منه الاجتراء على اللّه تعالى باليمين الكاذبة يكتفي فيه بالله عز وجل من غير تغليظ وإن كان ممن يخاف منه ذلك تغلّظ لأن من العوام من لا يبالي عن الحلف بالله عز وجل كاذباً فإذا غلظ عليه اليمين يمتنع . وقال بعضهم : إن كان المال المدعي يسيراً يكتفي باللّه وإن كان كثيراً يغلّظ وصيغة التغليظ أن يقول : "والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية"[٢] . وفي معين الحكام ويحلف بالله الذي لا إله إلا هو الخ . وذكر الصيغة بتمامها ثم قال: فكان التغليظ في اليمين أبلغ وأكمل في الزجر من اليمين الكاذبة[٣] . وعند الشافعية : تغلّظ اليمين فيما ليس بمال ولا يقصد منه مال ، وفي المال تغلّظ اليمين فيما يبلغ النصاب . قال النووي في المنهاج : تغلظ يمين مدع ومدعي عليه فيما ليس بمال ولا يقصد به مال وفي مال يبلغ نصاب الزكاة[٤] . وتغليظ اليمين أبلغ في الزجر وأمنع

---

(١) البديع ٢٢٧/٦ معين الحكام ص : ٦٥ ، مغني المحتاج ٤٧٣/٤ ، المهذب ٣٢٢/٢ ، منتهى الإرادات ٦٨٢/٢.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٢٢٧/٦ .

(٣) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ص : ٦٥ .

(٤) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٤٧٣/٤ .

من الإقدام على الكذب ففي المهذب ولأن القصد باليمين الزجر على الكذب وهذه الألفاظ أبلغ في الزجر وأمنع من الإقدام على الكذب وإن اقتصر على قوله " والله" أجزاءه الخ[١] .

وعند الحنابلة للحاكم تغليظ اليمين كالجناية وغيرها وفي المال ما يبلغ نصاب الزكاة. ففي منتهى الإرادات لابن النجار : قال ولحاكم تغليظها كجناية لا توجب قودا ونصاب زكاة بلفظ كـ" والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور"[٢] .

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بأدلة منها :

١ ــ حديث ابن عباس "أن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قال : لرجل أحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما له عندك شيء . رواه أبو داود[٣] . قال الشوكاني : وفي إسناده عطاء بن السائب وفيه مقال .

٢ ــ واستدلوا أيضاً بحديث ابن عباس أن رجلين اختصما إلى النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ فسأل النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ الطالب البينة فلم تكن له بينة فاستحلف المطلوب فحلف بالله الذي لا إله إلا هو فقال له رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ بلى قد فعلت ولكن غفر اللّه لك بإخلاص لا إله إلا هو[٤] .

القول الثاني : لعدم جواز تغليظ اليمين باللفظ .

ذهب فريق من العلماء منهم ابن حزم الظاهري وغيره كأبي البركات من الحنابلة إلى عدم جواز تغليظ اليمين والاكتفاء بلفظ الجلالة فقط ، ولا يجب عليه إلا بالله تعالى ولا يبالي إلى أية جهة كان وجهه . قال ابن حزم الظاهري : وليس على من وجبت عليه يمين أن يحلف إلا بالله تعالى أو باسم من أسماء اللّه تعالى في مجلس الحاكم فقط كيفما شاء من قعود أو قيام أو غير ذلك من الأحوال ولا يبالي إلى إي جهة كان وجهه [٥] . ولا يستحب التغليظ

---

(١) المهذب للشيرازي ٣٢٢/٢ .

(٢) منتهى الإرادات ٦٨٢/٢ .

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب الأقضية : مختصر سنن أبي داود للحافظ المنذري ٢٣٤/٥ ، نيل الأوطار ٣٠٩/٨ .

(٤) السنن الكبري للبيهقي كتاب الشهادات ، باب يحلف المدعى عليه في حق نفسه على البيت وفيما غاب على نفي العلم ١٨٠/١٠ .

(٥) المحلي لابن حزم ٣٨٣/٩ .

عند أبي البركات من الحنابلة . يقول ابن تيمية : والتغليظ بالزمان والمكان واللفظ لا يستحب على قول أبي البركات ويستحب على قول أبي الخطاب مطلقاً[١] .

واستدل المانعون بتغليظ اليمين باللفظ بأدلة منها :

أولاً الكتاب : قوله تعالى : ﴿فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما ...﴾[٢] وقوله تعالى : ﴿وأقسموا بالله جهد أيمانهم﴾[٣] الآية . فقالوا : إن الآيتين الكريمتين اقتصرتا على لفظ الجلالة .

ثانياً: السنة : عن نافع عن عبد اللّه عن رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ أنه أدرك عمر بن الخطاب في ركب وعمر يحلف بأبيه فناداهم رسول اللّه ــ صلى اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم ــ ألا إن اللّه عزّ وجلّ ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم فمن كان حالفاً فليحلف باللّه أو ليصمت . رواه مسلم [٤] .

فقالوا : الحديث دليل على جواز الحلف بالله تعالى والاقتصار بلفظ الجلالة كما في الحديث.

والناظر بأقوال الفقهاء يجد أن كلام جمهور الفقهاء هو الجواز وأن التغليظ متروك للقاضي حسب المصلحة التي تحقق العدل والإنصاف وكما يقول الكاساني : إن من العوام من لا يبالي عن الحلف بالله عز وجل كاذباً فإذا غلّظ عليه اليمين يمتنع فتقتضي المصلحة تغليظ اليمين ولا سيماً في الأموال الكثيرة .

يقول الدكتور : محمد الزحيلي : ونرى تقييد التغليظ حسب حالات المدعى عليه والمدعي به معاً وتفويض ذلك إلى القاضي حسب ما يراه من حالة الحالف وورعه وتفويض ذلك وقيمة المدعي به بأن لا يكون تافهاً [٥] . وفي رأيي مذهب الجمهور هو الراجح لوجاهة أدلتهم .

---

(١) الاختيارات الفقهية ص : ٣٥٤ .

(٢) سورة : المائدة الآية : ١٠٧ .

(٣) سورة : فاطر الآية : ٤٢ .

(٤) أخرجه مسلم في كتابه الأيمان باب النهي عن الحلف بغير اللّه ، انظر صحيح مسلم بشرح النووي١١/١٠٦ .

(٥) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ، في المعاملات والأحوال الشخصية ص : ٣٣٢ .

المسألة الثانية : تغليظ اليمين بالزمان والمكان .

وفي تغليظ اليمين بالزمان والمكان خلاف بين أهل العلم حيث جاءت أقوالهم على رأيين : ــ

الرأي الأول : جواز تغليظ اليمين بالزمان والمكان .

ذهب فريق من الفقهاء إلى تغليظ اليمين بالزمان والمكان وهو مذهب الشافعية عن الحنابلة والمالكية[١] . قال الإمام الشيرازي في المهذّب : والتغليظ قد يكون بالزّمان وبالمكان وفي اللغظ ويحلف الحالف إن كان في المدينة بمنبر رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ وإن كان بمكة فبين الركن والمقام وبقية المساجد عند المنبر ويحلف الحالف بعد العصر وبعد الجمعة ويحضر المصحف ويتلى عليه قوله تعالى : ﴿إن الذين يشترون ...﴾ الخ الآية[٢] .

وقال محمد الشربيني الخطيب من الشافعية : واستحب الشافعي والأصحاب رضي اللّه عنهم أن يقرأ على الحالف قوله تعالى ﴿إن الذين يشترون بآيات اللّه وأيمانهم ثمنا قليلا ...﴾ الآية . ويحضر المصحف ويوضع حجر الحالف قال الشافعي : وكان ابن الزبير ومطرف قاضي صنعاء يحلفان به وهو حسن[٣] .

وعند المالكية تغلّظ اليمين بالمكان دون الزمان إلا في القسامة واللّعان فتغلّظ اليمين فيهما وذلك بعد العصر . قال ابن جزي : أما في المكان ففي المسجد قائما مستقبل القبلة وإن كان في مسجد المدينة حلف على المنبر ولا يشترط الحلف على المنبر في سائر المساجد خلافا للشافعي وقال : وأما الزمان ففي كل وقت إلا في القسامة واللّعان فيحلّف بعد صلاة العصر[٤].

وحدد الإمام مالك المبلغ الذي يغلّظ فيه اليمين وهو ثلاثة دراهم فصاعدا ويحلّف في المسجد الجامع . قال أبن رشد : فذهب مالك إلى أنها تغلّظ بالمكان وذلك في قدر مخصوص وكذلك الشافعي واختلفوا في القدر فقال مالك : إن من ادعى عليه بثلاثة دراهم فصاعدا

---

(١) المهذب ٣٢٣/٢ ، مغنى المحتاج ٤٧٣/٤ ، القوانين الفقهية ص : ٢٠٢ ، منتهى الإرادات ٦٨٢/٢ .

(٢) المهذب للشيرازي ٣٢٣/٢ .

(٣) معنى المحتاج ٤٧٣/٤ .

(٤) القوانين الفقهية ص : ٢٠٢ .

وجبت عليه اليمين في المسجد الجامع[١] . وعند الحنابلة تغلّظ اليمين بالزّمان والمكان كمذهب الشافعية قال ابن النجار الحنبلي: وبزمن كبعد العصر أو بين أذانٍ وإقامة ، وبمكان فبمكة بين الركن والمقام ، وبالقدس عند الصخرة وببقية البلاد عند المنبر[٢] . ويرى ابن تيمية من الحنابلة ، تغليظ اليمين في القدس وسائر المساجد في المنبر لا عند الصخرة في بيت المقدس قال : قال أصحابنا : ومن تغليظ اليمين بالمكان اليمين عند الصخرة وليس له أصل في كلام أحمد ــ ولا غيره من الأئمة بل السنة أن تغلّظ اليمين فيها كتغليظها في سائر المساجد عند المنبر[٣] .

"وهل التغليظ بالزمان والمكان واجب أم مستحب" ؟ قال : يستحب التغليظ مطلقاً على قول أبي الخطاب ، وعند الشافعية قولان ذكرهما الإمام الشيرازي في المهذّب ، فقال : والتغليظ قد يكون بالزمان وبالمكان واللّفظ ، فأما التغليظ بالمكان ففيه قولان أحدهما : يستحب . والثاني واجب . وأما التغليظ بالزمان فقد ذكر الشيخ أبو حامد الأسفراني ــ رحمه اللّه ــ أنه يستحب قال : وقال : أكثر أصحابنا أن التغليظ بالزمان كالتغليظ بالمكان[٤] .

واستدل القائلون بجواز التغليظ بالزمان والمكان أدلة من الكتاب والسنة والأثر والقياس .

أولاً : الكتاب : استدلوا من الكتاب قوله تعالى : ﴿تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان باللّه﴾[٥] الآية .

قال ابن عباس وجماعة من التابعين المراد من قوله تحبسونهما من بعد الصلاة أي بعد صلاة العصر . قال القرطبي بعد ذكره الآية : يريد بعد صلاة العصر قاله الأكثرون من العلماء لأن أهل الأديان يعظّمون ذلك الوقت ويجتنبون فيه الكتاب واليمين الكاذبة . وقال : هذه الآية أصل في التغليظ في الأيمان ، والتغليظ قد يكون بأربعة أشياء أحدهما الزمان ، والثاني المكان كالمسجد والمنبر ، والثالث : الحال ، روى مطرق وإبن الماجشون وبعض

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد ص : ٤٦٦/٢ .

(٢) منتهى الإرادات ص : ٦٨٢/٢ .

(٣) الاختيارات الفقهية لابن تيمية ص : ٣٥٤ .

(٤) المهذب للشيرازي ٣٢٢/٢ .

(٥) سورة المائدة الآية : ١٠٦ .

أصحاب الشافعي أنه يحلف قائما مستقبل القبلة لأن ذلك أبلغ في الردع والزجـــر ، الرابـــع التغليظ باللفظ[١] . ومحل الشاهد من كلام القرطبي هو ما قاله علماء التفسـير فـي التغليـظ بالزمان والمكان. قال ابن العربي وقال المفسرون : هي بعد صلاة العصر[٢] .

ثانياً : السنة :

١ ــ واستـــدلوا من السنة بحديث جابر أنه سمع رسول اللّه بقول ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ لا يحلف أحد على يمين إثمة عند منبري هذا ولو على سواك أخضر الأتبوّاء مقعده من النار أو وجبت له النار رواه أبو داود والنسائي وأحمد والبيهقي وابن ماجه [٣] .

والحديث دليل على جواز التغليظ بما جاء من الوعيد الشديد والتهديد بـــالحلف كاذبـــاً على منبر رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ .

٢ ــ واستدلوا بحديث أبي هريرة عن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قال : ثلاثة لا يكلمهم اللّه ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم من بينهم رجل باع ســـلعة بعد العصر فحلف بالله لأخذ بكذا وكذا فصدّقه وهو علي غير ذلك . رواه البخاري ومســـلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجة والبيهقي [٤] .

والحديث دليل على أن اليمين بعد العصر أشد في النكال والعذاب والإثم من غيرهـــا فكان مناسباً بالتغليظ .

ثالثاً : الآثار :

١ ــ روى أن عبد الرحمن بن عوف رأى قوماً يحلفون بين البيت والمقـــام فقـــال : أعلي دم ؟ قالوا : لا . قال : أفعلي عظيم من المال ؟ قالوا : لا . قال : لقد خشيت أن يتهاون النـــاس بهذا المقام[٥] . ووجه الاستدلال أن عبد الرحمن بن عوف لم ينكر عليهم اليمين بين المقام والركن وإنما كان إنكاره غير الدّم والمال الكثير ولو كان ذلك غير جائز لبين لهم فدل

---

(١) الجامع لأحكام القراءات ٣٥٣/٦ .

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ١٥٥/٢ .

(٣) أخرجه ابن ماجة في كتاب الأحكام ، باب اليمين عند مقـاطع الحقـوق ٧٧٩/٢ ، ونيـل الأوطـار ٣٠٩/٨ ، والبيهقي في كتاب الشهادات ١٧٦/١٠ .

(٤) أخرجه البيهقي في كتاب الشهادات ١٧٧/١٠ .

(٥) السنن الكبرى للبيهقي ١٧٦/١٠ .

على جواز تغليظ اليمين بالمكان وهو بين الركن والمقام في الكعبة وعند منبر رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ من مسجده وسائر المساجد[١] .

٢ ــ واستدلوا بما روي عن مجاهد أن رجلاً قال لامرأة في زمن عمر حبلك على غاربك، ثلاث مرات ، فاستحلفه عمر بين المقام والركن[٢] .

وهذا دليل عملي فعله عمر بين الخطاب رضي اللّه عنه فدل على الجواز مطلقاً ولو كان غير جائز لأخبره الصحابة رضوان اللّه عليهم .

٣ ــ وقد حلّف عمر بن الخطاب رضي اللّه عنه عند المنبر في خصومة كانت بينه وبين أبي كعب على أرض فحلف عمر رضي اللّه عنه على المنبر ثم وهب الأرض[٣] .

وهذه الآثار صريحة في التحليف على المنبر وبين الركن والمقام فدلت على جواز تغليظ اليمين بالزمان .

رابعاً : القياس :

ودل القياس على جواز التغليظ بالزمان والمكان قياساً على القسامة واللّعان بجامع أن كلاً منهما فيه معنى الزجر .

يقول محمد الزحيلي : قاسوا التغليظ بالزمان والمكان على التغليظ باللفظ في العدد في القسامة واللّعان بجامع أن كلاً منهما فيه معنى الزجر فكلما جاز التغليظ في القسامة واللّعان بالعدد وجاز التغليظ بالألفاظ في غيرهما فيجوز التغليظ بالزمان والمكان ، والتغليظ بالزمان والمكان أشد في الزجر فكان استعماله أجدر وأولى[٤] .

ومن الفقهاء من أعد المسألة من المتفقات ، فقال الماوردي : هذا ما أنفق عليه كبار الصحابة أبو بكر وعمر وعثمان وزيد وعبد الرحمن بن عوف وابن عباس قولاً وعملاً ولم يعرف لهم مخالف فثبت أنه إجماع[٥] .

---

(١) وسائل الإثبات ص : ٣٣٥ .

(٢) أخرجه البيهقي في كتاب الشهادات باب تأكيد اليمين بالمكان ١٧٦/١٠ .

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ١٧٧/١٠ .

(٤) وسائل الإثبات ص : ٣٣٦ .

(٥) نقلاً من كتاب وسائل الإثبات ــ ٣٣٦ .

قلت والقول بأنها من المتفقات فيه نظر ، لأن الحنفية والحنابلة في روايـــة والزيديـــة وقول عند المالكية ذهبوا بعدم جواز تغليظ اليمين بالزمان والمكان على ما سنذكره آنفاً فأين الاتفاق ؟

الرأي الثاني : عدم جواز تغليظ اليمين بالزمان والمكان :

ذهب الحنفية والحنابلة في رواية والزيدية وقول عند المالكية وأيده الشـــوكاني إلـــى القول بعدم جواز تغليظ اليمين بالزمان والمكان لأن ذلك يعطّل أعمال القضاء ويؤخّر الفصل في المنازعات ويؤدّي إلى الحرج على القضاء والحرج مرفوع في الشريعة[١] .

فعند الحنفية لا يجب تغليظ اليمين على المسلم لا بزمان ولا بمكان خلافاً للشـــافعية . قال الكاساني : وكذا لا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان عندنا وقال الشـــافعي رحمه اللّه : إن كان بالمدينة يحلف عند المنبر وإن كان بمكة يحلف عند المحراب ويحلـــف بعد العصر والصحيح قولنا لما روينا من الحديث المشهور وهو قوله عليه الســـلام : البينـــة على المدعى واليمين على المدعى عليه مطلقاً على الزمان والمكان[٢] .

وروي أنه اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار إلى مروان بن الحكم فقضى على زيد بن ثابت باليمين عند المنبر فقال له زيد أحلف له مكاني فقال : له مـــروان لا واللـــه إلا عند مقاطع الحقوق فجعل زيد يحلف أن حقه لحق وأبي أن يحلف عند المنبر فجعل مـــروان يعجب من ذلك ، ولو كان ذلك لازماً لما احتمل أن يأباه زيـــد بـــن ثـــابت ولأن تخصيـــص التحليف بمكان وزمان تعظيم غير اسم اللّه تبارك وتعالى وفيه معنى الاشتراك في التعظيـــم والله أعلم[٣] . وقال الزيلعي في تبيين الحقائق : لا يؤكّد عليه اليمين بزمان ولا بمكان[٤] .

وعند الزيدية هل التغليظ جائز أم لا ؟ فيه روايتان ذكرهما المرتضي في البحر .

قال : والتغليظ غير مشروع إذ لا دليل عليه (ي س (٢)) بل مشروع لقوله عليه السلام "من حلف على منبري الخ . ثم قال : والأقرب أنه موضع اجتهـــاد يوكـــل إلـــى نظـــر الحـــاكم

---

(١) البدائع ٢٢٨/٦ ، البحر الرائق ٤٠٧/٥ ، نيل الأوطار ٣١١/٨ .

(٢) بدائع الصنائع ٢٢٨/٦ .

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ١٧٧/١٠ .

(٤) تبيين الحقائق ٣٠٢/٤ .

واستحسانه جنسا وقدراً[١] . وقال الشوكاني : فالحق عدم وجوب إجابة الحالف لمن أراد تحليفه في زمان مخصوص أو مكان مخصوص أو بألفاظ مخصوصة[٢] .

الأدلة :

استدل المانعون بتغليظ اليمين بالزمان والمكان السنة والمعقول .

أولاً : السنة :

استدلوا بالحديث المشهور : "واليمين على المدعي عليه وفي رواية واليمين على من أنكر"[٣] ؟

والحديث دليل على مشروعية اليمين مطلقاً عن الزمان والمكان والقول بتغليظ اليمين بالزمان والمكان زيادة على النص .

قال الزيلعي : ولنا إطلاق قوله ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ اليمين على من أنكر والتخصيص بالزمان والمكان زيادة على النص وهو نسخ ولأن المقصود بالزمان المقسم به وهو يحصل بدون ذلك ولأن فيه حرجاً على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مرفوع ولأن فيه تأخير حق المدعي في اليمين فلا يشرع ولأنه أحد ما تقطع به الخصومة فلا يختص به كالبينة[٤] .

ثانياً : المعقول :

واستدلوا أيضاً بالمعقول فقالوا : إن التغليظ يعطّل أعمال القضاة ويؤخر الفصل في المنازعات .

ويعترض عليهم بأن الغاية من سير القضاء إحقاق العدل والإنصاف وهذا طريق منه يؤدي إلى الامتناع من الكذب وأجاب المانعون أدلة المجبرين فقال الشوكاني : والحاصل أنه لم يكن في أحاديث الباب ما يدل على مطلوب القائل بجواز التغليظ لأن الأحاديث الواردة في تعظيم ذنب الحالف على منبره ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ والواردة في تعظيم ذنب الحالف بعد العصر لا تدل على أنها تجب إجابة الطالب للحلف في المكان أو الزمان .

---

(١) كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ٤٠٧/٥ .

(٢) نيل الأوطار ٣١١/٨ .

(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للحافظ الزيلعي ٣٠٢/٤

(٤) تقدم تخريجه .

وقال : ومن جملة ما استدل به البخاري على عدم وجوب التغليظ حديث (شاهداك أو يمينه) ووجه ذلك أن الذي أوجبه النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ هو مطلق اليمين وهي تصدق على من حلف في أي زمان وأي مكان فمن بذل لخصمة أن يحلف له حنث هو ومن لم يجبه إلى مكان مخصوص ولا إلى زمان مخصوص فقد بذل ما أوجبه الشارع ولا يلزمه الزيادة على ذلك لأن الذي تعبده به هو اليمين على أي صفة كانت ولم يتعبد بأشد الإيمان جرماً وأعظمها ذنباً[١] .

وبعد عرضي آراء الفقهاء القائلين بالجواز والمانعين وأدلة كل فريق منهم أرى أن مذهب الجمهور هو الراجح لقوة ما استدلوا به .

قال صاحب الفقه الإسلامي وأدلته : وهذا هو الراجح لقوة أدلتهم[٢] .

يمين الكافر :

اتفق الفقهاء على أن الكافر يحلف باللّه كالمسلم فيحلف اليهودي باللّه الذي أنزل التوراة على موسى ، والنصراني باللّه الذي أنزل الإنجيل على عيسى ، والدهري بالذي خلقه وخلق النار[٣] . واتفق الفقهاء على جواز تغليظ اليمين باللفظ بالنسبة للكافر ، واختلفوا في جواز تغليظ اليمين بالزمان والمكان ، نذكر أولاً ما قاله العلماء في تغليظ يمين الكافر باللفظ ثم نتبع آراء الفقهاء في تغليظها بالزمان والمكان[٤] .

تغليظ يمين الكافر باللفظ :

اتفق الفقهاء على جواز تغليظ يمين الكافر . قال الكاساني : وإن كان الحالف كافراً فإنه يحلف بالله عز وجل ذمياً كان أو مشركاً لأن المشركين لا ينكرون الصانع قال تعالى ﴿ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض وسخر الشمس والقمر ليقولنّ اللّه﴾[٥] .

ويغلّظ على اليهودي والنصراني والمجوسي غير أنه لا يحلف إلى مصحف معين من التوراة أو الإنجيل لأنهم حرّفوا وبدّلوا . قال الكاساني : فيغلّظ على اليهودي بالله تعالى عز

---

(١) نيل الأوطار ٣١١/٨ .

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته ٥٩٦/٦ .

(٣) البدائع ٢٢٧/٦ ، المهذب ٣٢٢/٢ ، القوانين الفقهية ص : ٢٠٢ .

(٤) المصدر السابق .

(٥) سورة العنكبوت الآية : ٦١ .

وجل الذي أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه السلام ، وعلى النصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على سيدنا عيسى عليه والسلام ، وعلى المجوسي بالله الذي خلق النـــار ، ولا يحلّف على الإشارة إلى مصحف معين بأن يقول بالله الذي أنزل هذا الإنجيل أو هذه التوراة لأنه قد ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن أن تقع الإشارة إلى المحرف فيكون التحليف به تعظيما لما ليس بكلام اللّه عز وجل[١].

وهكذا بقية المذاهب يرون تحليف الكافر باللّه وجواز تغليظ اليمين باللّفظ للكافر إلا أن الشافعية زادوا في الألفاظ . قال الشيرازي : وإن كان الحالف كافراً يهودياً أحلفه باللّه الـــذي أنزل التوراة على موسى ونجاه من الغرق ، وإن كان نصرانياً أحلفه بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى وإن كان مجوسياً أو وثنياً أحلفه باللّه الذي خلقه وصوره[٢] .

ودليل ذلك قوله عليه السلام عن البراء بن عازب أن رسول اللّه ــ صلى اللّه عنـــه وسلم ــ قال لعبد اللّه بن صوريا : أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا في كتابكم هكذا رواه مسلم وأبو داود وابن ماجة[٣] . والحديث دليل على جواز تغليظ اليمين على اليهودي والنصراني والمجوسي بجامع الكفر وأنهم يؤمنون بوجود اللّه تعالى .

ثانياً : تغليظ يمين الكافر بالزمان والمكان :

وللفقهاء رأيان في تغليظ يمين الكافر بالزمان والمكان .

الرأي الأول : تغلظ يمين الكافر بالزمان والمكان .

ففي القوانين الفقهية : ويحلف اليهودي والنصراني حيث يعظمون من كنائسهم[٤] .

وفي مغني الحتاج : وذمي في بيعة وكنيسة[٥] . يعني تغلظ يمين الذميين في المكان الذي يعظمونه كالبيعة وهي معبد النصارى أو الكنيسة وهي معبد اليهود[٦] . قال الشربيني :

---

(١) البدائع ٢٢٧/٦ .

(٢) المهذب ٣٢٢/٢ .

(٣) أخرجه مسلم في كتاب الحدود شرح مسلم للنووي ٢٠٩/١١ ، وابن ماجه في كتاب الحدود ٨٥٥/٢ .

(٤) القوانين الفقهية ٢٠٢ .

(٥) مغني المحتاج ٣٧٧/٣ .

(٦) في القديم كانت البيعة تطلق معبد النصارى ثم أطلقت البيعة باسم الكنيسة . قال الشربيني : وتسمى البيعة أيضا كنيسة بل هو المعروف اليوم . المغني المحتاج ٣٧٧/٣ .

لأن ذلك عندهم كالمساجد عندنا[١] . هذا حكم الذمي فما حكم المشرك والمجوسي ومن لا ينتحل دينا ؟ قال النووي : ومن لا ينتحل دينا كالدهري والزنديق هل يغلظ عليه بهذه الأمور؟ قال : فيه وجهان أصحهما : لا . وبه قال الأكثرون وهو المنصوص[٢] . وعند الحنابلة تغلظ يمين الكافر بالزمان والمكان في المواضع التي يعظمونها . قال أبو البركات : وأهل الذمة بالواضع التي يعظمونها[٣] .

الرأي الثاني : لا تغلظ يمين الكافر لا بالزمان ولا بالمكان . وهو مذهب الحنفية وبعض الزيدية[٤] .

قال الكساني : ولا يبعث هؤلاء إلى بيوت عبادتهم من البيعة والكنيسة وبيت النار ، لأن فيه تعظيم هذه المواضع[٥] . وقال ابن نجيم : ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لأن القاضي لا يحضرها إذ يكره للمسلم الدخول في البيعة والكنيسة[٦] . وقال الزيلغي : ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لأنه فيه تعظيمها والقاضي ممنوع من حضورها مع ما عليه من الحرج والحرج مرفوع[٧] .

الفرع الثاني : تغليظ اليمين في القانون :

لم يرد في القانون ذكر تغليظ اليمين .يقول الدكتور مصطفى الزحيلي : وأما تغليظ اليمين في اللفظ فلم يرد لها ذكر في القانون . وقد كان العمل في المحاكم السورية أن يضع الشخص عند القسم يده على المصحف ثم صدر قرار بإلغاء هذه العادة . وقال : أما الذهاب إلى أماكن العبادة فلم يرد به نص ولكن لجنة المراقبة القضائية المصرية قضت النفي وصرّحت أن الإحالة للديانة في الصياغة فقط في نطاق المحكمة[٨] . واكتفت القوانين الوضعية أن يحلف الإنسان حسب ما تقتضيه ديانته فإن كان مسلماً يحلف بالله الذي أنزل

---

(١) مغني المحتاج ٣٧٧/٣ .

(٢) الروضة ٣٥٤/٨ .

(٣) المحرر ٢٢١/٢ .

(٤) بدائع الصنائع ٢٢٦/٦ . تبيين الحقائق ٣٠٢/٤ ، البحر الرائق ٢١٤/٧ .

(٥) بدائع الصنائع ٢٢٦/٦ .

(٦) البحر الرائق ٢١٤/٧ .

(٧) تبيين الحقائق ٣٠٢/٤ .

(٨) وسائل الإثبات ص : ٣٦٤ .

القرآن على محمد ، وأن كان نصرانياً ، فبالله الذي أنزل الإنجيل على عيســـى ، وإن كـــان يهودياً فبالله الذي أنزل التوراة على موسى، وإن كان مجوسياً فبالله الذي خلق النار[١] .

---

(١) نظرية الإثبات ص : ١٦١ .

المبحث الثالث

القضاء بمقتضى اليمين وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول : حكم القضاء باليمين في الفقه والقانون

الحكم على اليمين هو الأثر المترتب عليها سواء كانت من المدعي عليه أم من المدعي أو من الشاهد . وقد تناول الفقهاء حكم اليمين والأثر الذي يترتب عليها ، وتناول الفقهاء القانونيون أيضاً حكم اليمين وتقتضي طبيعة الدراسة جعل الحديث في فرعين :

الفرع الأول : حكم القضاء باليمين في الفقه :

اتفق الفقهاء على أن اليمين وسيلة من وسائل الإثبات وبها تنتهي الخصومة واختلفوا في سقوط الدعوى مؤقتاً ومستقبلاً وليكون البحث سهل التناول نتكلم أولاً عن حكم اليمين الموجهة إلى المدعى عليه وثانياً عن حكم اليمين الموجهة إلى المدعي وثالثاً عن حكم اليمين الموجهة إلى الشاهد[١] .

أولاً : حكم اليمين الموجهة إلى المدعى عليه :

تأتي اليمين الموجهة إلى المدعي عليه بعد عجز المدعي عن إحضار البينة وهذا العجز قد يكون بتصريح المدعي نفسه أو قد يتوصل القاضي إلى أن المدعي ليس لديه بينة . في هذه الحالة تتوجه اليمين إلى المدعى عليه بطلب من المدعي اعتماداً لضمير المدعي عليه، فإذا حلف المدعي عليه اليمين الشرعية ترتب عليها إنتهاء الخصومة .

قال ابن حزم في مراتب الإجماع : إذا حلف المدعى عليه اليمين الشرعية ترتب على حلفه إنقطاع الخصومة بين المتداعيين وإنهاء الخلاف بينهما وسقوط المدعى به وذلك باتفاق الفقهاء[٢].وهل تنقطع الخصومة ويسقط حق المدعي في الحال فقط أم في الحال والاستقبال ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب .

المذهب الأول : أن الحق لا يسقط بسقوط الدعوى .

---

(١) بدائع الصنائع ٢٢٩/٦ ، معين الحكام ص : ٩٣ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٤٦/٤ ، مغني المحتاج ٤٧٧/٤ ، المغني لابن قدامة ٢٢٠/١٤ ، الطرق الحكمية ص : ١١١ .

(٢) مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات للإمام الحافظ أبي محمد علي بن أحمد بن سعد المعروف بابن حزم الظاهري ــ مكتبة القدسي للصاحبها حسام الدين القدسي ص : ٥٤ .

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن الحق لا يسقط بسقوط الدعوى وأن الخصومة سقطت مؤقتاً بأداء اليمين من المدعى عليه ويجوز للمدعي أن يقيم البينة على حقه[١] .

عند الحسنفية : تنتهي الخصومة مؤقتاً لا مطلقاً . قال الكاساني : وأما حكم أدلته فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقاً بل مؤقتاً إلى غاية إحضار البينة عند عامة العلماء وقال بعضهم : انقطاع الخصومة على الإطلاق الخ . وقال : والصحيح قول العامة لأن البينة هي الأصل في الحجة لأنها كلام الأجنبي فأما اليمين فكان خلفاً من البينة لأنها كلام الخصم صير إليه للضرورة فإذا جاء الأصل انتهي حكم الخلف فكأنه لم يوجد أصلاً[٢] . وفي معين الحكام : إذا قال المدعي لا بينة لي بعد ما ادعي مالاً أو حقاً من الحقوق وأنكر المدعى عليه وسأله القاضي فحلف المدعى عليه ثم قال : لي بينة حاضرة تقبل عند أبي حنيفة خلافاً لمحمد[٣] .
وعند الشافعية : تفيد اليمين قطع الخصومة وعدم المطالبة في الحال ولا تفيد براءة ذمة المدعى عليه . جاء في مغني المحتاج : واليمين غير المردودة تفيد قطع الخصومة وعدم المطالبة في الحال ولا تفيد براءة ذمة المدعى عليه لما رواه أبو داود والنسائي والحاكم عن ابن عباس أن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ أمر رجلاً بعد ما حلف بالخروج من حق صاحبه كأنه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ كذبه فدل على أن اليمين لا توجب براءة فلو حلفه المدعي عليه ثم أقام المدعي شاهدين فأكثر وكذا شاهد ويمين حكم بها[٤] . ومن فوائد اليمين عند الحنابلة انقطاع الخصومة في الحال ولكنها لا تسقط الحق ولا تبرأ الذمة باطناً ولا ظاهراً . وأورد ابن القيم في كتابه الطرق الحكمية فوائد اليمين فقال منها : انقطاع الخصومة والمطالبة في الحال وتخليص كل من الخصمين من ملازمته الآخر ولكنها لا تسقط الحق ولا تبرء الذمة باطناً ولا ظاهراً فلو أقام المدعي بينة بعد حلف المدعي عليه سمعت

---

(١) البدائع ٢٢٩/٦ ، معين الحكام ص : ٩٣ ، مغني المحتاج ٤٧٧/٤ ، الطرق الحكمية ص : ١١١ منتهى الإرادات ٦٧٩/٢ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٢٢٩/٦ .

(٣) معين الحكام ص : ٩٣ ، الطبعة الثالثة ١٣٩٣ ــ ١٩٧٣ .

(٤) مغني المحتاج إلى معرفة معاني الألفاظ المنهاج لمحمد الشربيني الخطيب ٤٧٧/٤ ، الناشر دار إحياء التراث العربي ، بيروت ــ لبنان .

وقضي بها ، وكذا لوردت اليمين على المدعي فنكل ثم أقام المدعي بينة سمعت وحكم بها[١].
وفي منتهى الإرادات:واليمين تقطع الخصومة حالاً ولا تسقط حقاً[٢] .

الأدلـــة :

استدل أصحاب المذهب الأول القائل بعدم سقوط الحق مطلقاً وإنما يسقط الحق حالاً لا مستقبلاً بأدلة منها :

١ ــ حديث الأشعث بن قيس أن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قال : للمدعي هل لك بينة ؟ قال : لا . قال : فلك يمينه . رواه الستة وأحمد والبيهقي والحاكم وفـــي روايـــة بينتـــك وإلا يمينه[٣].

ووجه الاستدلال أنه جعل البينة هي الأصل في الإثبات واليمين خلف عنها لأن اليمين كـــلام الخصم يصار إليها عند الضرورة فإذا حضر الأصل بطل حكم الخلف .

٢ ــ واستدلوا أيضاً بحديث ابن عباس أن رجلين اختصما إلى النبي ــ صلّـــى اللّـــه عليه وسلّم ــ فسأل الطالب البينة فلم تكن له بينة فاستحلف المطلوب فحلف بالله الذي لا إله إلا هو فقال : رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ بلى لقد فعلت ولكن غفر لك بـــإخلاص قول لا إله إلا اللّه . رواه أبو داود والنسائي وأحمد والحاكم[٤] .

واستدلوا بالأثر الذي روى عن عمر رضي اللّه عنه أنه قبل البينة بعـــد أداء اليميـــن فدل على أن اليمين خلف عن البينة وإذا حضر الأصل بطل حكم الخلف واليمين ليست حجة قاطعة للنزاع وليست مسقطة للحق ولكنها تقطع الخصومة مؤقتة لعـــدم وجـــود دليـــل فـــي الدعوى[٥] . واستدلوا أيضاً بالأثر الذي ورد في البخاري عن شريح أنه قال : البينة العادلـــة أحق من اليمين الفاجرة[٦] .

---

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية ص : ١١١ ، ١١٢ ، الناشر المؤسسة العربية للطباعـــة والنشر ــ القاهرة ١٣٨٠هـــ = ١٩٦١م .

(٢) منتهى الإرادات ٦٧٩/٢ .

(٣) تقدم تخريجه .

(٤) تقدم تخريج الحديث .

(٥) البدائع ٢٢٩/٦ .

(٦) المحلى لابن جزم ٣٧١/٩ .

المذهب الثاني : أن الحق يسقط بسقوط الدعوى . ذهب فريق من العلماء منهم جماعة من السلف والظاهرية وقول للزيدية وعليه الفتوى وبه قال اللقاني من المالكية وابن أبي ليلى وإسحاق وأبي عبيدة إلى أن الحق يسقط بسقوط الدّعوى وأن الخصومة تنقطع في الحال والاستقبال وليس للمدعي أن يقيم البينة بعد ذلك إلا إذا كانت الحجة يقينية كالإقرار والتواتر[١] . قال الكاساني : وعند بعضهم لا يقبل لأنه لو أقام البينة لا تبقى له ولاية الاستحلاف فكذا إذا استحلف لا تبقى له ولاية إقامة البينة والجامع أن حقه في إحداهما فلا يملك الجمع بينهما[٢] .

واستدل أصحاب المذهب الثاني لمذهبهم أدلة منها :

١ ــ عن الأشعث بن يحيى أن رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قال له : هل لك بينة؟ قال : لا . قال : لك يمينه[٣] .

فالحديث نص في المسألة وليس للطالب إلا بينته أو يمين المطلوب وليس له إلا أحدهما لا كلاهما وقبول البينة بعد اليمين خروج عن الحديث وزيادة على معناه بدون دليل .

واستدلوا أيضا بالقياس حيث قاسوا اليمين على الشهادة بجامع أن كلا منهما يترجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب ويعتبر وسيلة في الإثبات فكما أن الشهادة يحكم بها ولا ينقض القضاء بعدها فكذلك اليمين يحكم بها ولا ينقض الحكم بعدها فلا تسمع البينة[٤] . قال ابن حزم الظاهري : وكل من ادعى على أحدٍ وأنكر المدعى عليه فكلّف المدعي البينة فقال: لي بينة غائبة أو قال : لا أعرف لنفسي بينة أو قال : لا بينة لي قيل له إن شئت فدع تحليفه حتى تحضر بينتك أو لعلك تجد بينة ، وإن شئت حلّفته وقد سقط حكم بينتك الغائبة جملة فلا يقضي لك بها أبداً وسقط حكم كل بينة تأتي بها بعد هذا عليه ليس لك إلا هذا فقط فأي الأمرين اختار قضى به ولم يلتفت له إلى بينة في تلك الدعوى بعدها إلا أن يكون تواتراً يجب صحة العلم ويقينه أنه حلف كاذباً فيقضى عليه بالحق الخ .. ثم قال : فإن قيل إنكم

---

(١) المحلى ٣٧١/٩ .

(٢) البدائع ٢٢٩/٦ .

(٣) تقدم تخريجه .

(٤) وسائل الإثبات ٣٧٣ .

تحكمون لطالب يمين المطلوب بالتواتر بعلم الحاكم وبإقراره قلنا : نعم وكل هذا ليس بينة لكنه يقين الحق ويقين الحق فرض إنفاذه[١] .

ثم انتقد ابن حزم الظاهري أدلة الجمهور وما قاله القاضي شريح : البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة ونفي أن يكون قول شريح دليلا للجمهور فقال : وأما قول أبي حنيفة والشافعي ومالك وأحمد في قضائهم بالبينة بعد يمين المنكر فإن قولهم البينة العادلة خير من اليمين الفاجرة فقول صحيح ، لو أيقنا أن البينة العادلة عند اللّه عز وجل وأن يمين الحالف كاذبة بلا شك ، وأما إذا لم يوقن أن البينة صادقة ولا أن اليمين فاجرة فليست الشهادة أولى من اليمين إذ الصدق في كليهما ممكن والكذب في كليهما ممكن إلا بنص قرآني أو سنة تأمرنا بإنقاذ البينة وإن حلف المنكر ، ولا يوجد في ذلك نص أصلاً فسقط هذا القول بيقين .

بل وجدنا النص يميل قولنا والحمد اللّه رب العالمين . كما روينا من طريق مسلم عن علقمة بن وائل بن حجر قال : كنت عند رسول اللّه ـ صلّى اللّه عليه وسلّم ـ فأتاه رجلان يختصمان الخ .. وفيه "بينتك أو يمينه"[٢] . فنهى عليه الصلاة السلام على أنه ليس للطالب إلا بينته أو يمين المطلوب فصح يقينا أنه ليس إلا أحدهما لا كلاهما وبطل أن يكون له كلا الأمرين بيقين[٣] . وقال ابن أبي ليلى وإسحاق وأبي عبيد لا تسمع بينة بعد يمين المدعى عليه .

قال ابن قدامة الحنبلي في المغني وحكى عن ابن أبي ليلى أن البينة لا تسمع لأن اليمين حجة المدعى عليه فلا تسمع بعدها حجة المدعي كما لا تسمع يمين المدعى عليه بعد بينة المدعي[٤] .

المذهب الثالث : أن الحق يسقط بسقوط الدعوى إلا لعذر كنسيان وعدم علم بالشهادة .

وذهب فريق ثالث من العلماء منهم الإمام مالك والغزالي من الشافعية أن الحق يسقط بسقوط الدعوى وليس للمدعي أن يقيم البينة بعد الحكم باليمين إلا لعذر كنسيان وعدم علم

---

(١) المحلى لابن حزم ٣٧١/٩ .

(٢) تقدم تخريج الحديث .

(٣) المحلى لابن حزم ٣٧٢/٩ .

(٤) المغني لابن قدامة ٢٢٠/١٤ .

بالشهادة ثم علم بها فتقبل منه ويحلف يميناً على عذره[١] .

يقول سيد سابق في كتابة فقه السنة : وأما مالك والغزالي من الشافعية فقد قالوا بجواز تقديم المدعى عليه متى كان جاهلاً وجود البينة قبل عرض اليمين أما إذا فقد هذا الشرط بأن كان عالماً بأن له بينّة فلا يقبل منه ذلك لأن حكم بينته قد سقط بالتحليف[٢].

جاء في الشرح الكبير للدردير : وإن أنكر المدعى عليه قال القاضي للمدعي ألك بينة ؟ فإن قال نعم أمره بإحضارها وأعذر للمدعى عليه فيها فإن نفاها بأن قال لا بينة لي واستحلفه أي طلب المدعي تحليفه وحلف ، فلا بينة تقبل بعد ذلك إلا لعذر كنسيان حين تحليفه خصمه وحلف أنه نسيها[٣] .

وفي رأيي أدلة لمذهب الثاني هو الراجح لئلا تتكرر الدعوى ولأنه اختـــار تحليـف خصمه .

ثانياً : حكم اليمين الموجهة إلى المدعي :

هل اليمين المردودة كاليمين الأصلية فتنهي النزاع وتحسم المسألة ؟ وما هو تكييفهـــا الفقهي ؟ وهل هي كالبينة أم كالإقرار ؟ .

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : قول الشافعية في الراجح عندهم وقول للزيدية .

ذهب الشافعية في الراجح عندهم وقول للزيدية أن اليميـــن المـــردودة كـــالإقرار لا كالبينة[٤] . قال النووي : واليمين المردودة في قول كبينة وفي الأظهر كإقرار المدعى عليه ، فلو أقام المدعى عليه بعدها بينة بأداء أو إبراء لم تسمع ، فإن لم يحلف المدعي ولـــم يتعلـــل بشيء سقط حقه من اليمين وليس له مطالبة حقه[٥] .

القول الثاني : قول الزيدية في المختار عندهم والشافعية في قول .

---

(١) حاشية الدسوقي على شرح الكبير ١٤٦/٤ ، فقه السنة ٤٥٠/٣ .

(٢) فقه السنة لسيد سابق ص ٤٥٠/٣ .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٤٦/٤ .

(٤) مغني المحتاج ٤٧٨/٤ ، البحر الزخار ٤١١/٥ .

(٥) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٤٧٨/٤ .

ذهب الزيدية في المختار عندهم والشافعية في قول أن اليمين المردودة مع نكول المدعى عليه بمنزلة البينة[١] . ففي البحر الزخار : وفي المردودة وجهان : قيل كالبينة لصدورها من المدعي ، وقيل كالإقرار لصدورها من المنكر ، والأول هو المختار . ولا ترد اليمين المردودة أصلاً للزوم التسلسل والدور[٢] .

القول الثالث : قول الماكلية :

ذهب المالكية إلى أن القضاء يكون بالنكول واليمين المردودة معاً ، وقالوا : لا ترد اليمين المردودة أصلاً ، وإلا حصل فيها الدور والتسلسل[٣] .

وهنا تكون اليمين المردودة كاليمين الأصلية من حيث القوة إذ تنقطع الخصومة بها ، وكونها كالبينة أو كالإقرار أو كلاهما معاً يعطي قوة لليمين المردودة فتحسم المسألة لصالح المدعي إن حلف أو ضده إن نكل .

ثالثاً : حكم اليمين الموجهة إلى الشاهد :

اختلف الفقهاء في تحليف الشاهد أو الشاهدين إذا شك القاضي في عدالتهما ، فأجاز المالكية والزيدية والظاهرية وابن أبي ليلى وابن القيم لفساد الزمان ، ومنعها الجمهور[٤] . هذا من ناحية الجواز وعدمه ولكن هل يمين الشاهد كاليمين الأصلية واليمين المردودة من حيث القوة ؟ لم يختلف الفقهاء في أن يمين الشاهد لا تنهي النزاع ولا تحسم المسألة ، وإنما يلجأ إليها القاضي ليتأكد صدق الشاهد ، وهي التي يلجأ إليها القاضي في عصرنا بدلاً من تزكية الشهود . ومثل ذلك يمين الاستظهار أو الاستيثاق فهي ليست دليلاً للإثبات وإنما هي لزيادة التأكد والاطمئنان وإقناع القاضي بصحة الأدلة المقدمة إليه لأن القاضي يوجهها للاحتياط في الحكم[٥] .

---

(١) البحر الزخار ٤١١/٥ ، مغني المحتاج ٤٧٨/٤ .

(٢) كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للإمام المجتهد المهدي لدين الله أحمد بن يحي بن المرتضى المتوفى سنة : ٨٤٠هـ ، ص : ٤١١/٥ ، مؤسسة الرسالة ــ بيروت ــ لبنان ، الطبعة الثانية ١٣٩٤هـ ــ ١٩٧٥.

(٣) تبصرة الحكام ٣٦٥/١ ، بداية المجتهد ٤٦٩/٢ .

(٤) الطرق الحكمية ص : ١٢٩ ، مغني المحتاج ٤٧٦/٤ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٦٠٠/٦ .

(٥) الفقه الإسلامي وأدلته ٦٠٧/٦ .

اليمين على نية المستحلف :

إذا حلف أحد المتقاضيين عند التقاضي حالة الدعوى كانت اليمين على نية المستحلف الذي تعلّق حقه فيها ، ولا تكون حينئذ على نية الحالف إن نوى غير نية القاضي[١] .

فعن أبي هريرة رضي اللّه عنه قال : قال رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ: "اليمين على نية المستحلف" رواه مسلم[٢] . وفي رواية أخرى عن أبي هريرة رضي اللّه عنه قال : قال رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ : "يمينك على ما يصدقك عليه صاحبك[٣] .

قال الإمام النووي : هذا الحديث محمول على الحلف باستحلاف القاضي فإذا ادعى رجل على رجل حقاً فحلّفه القاضي فحلف وورّي غير ما نوى القاضي ــ انعقدت يمينه على ما نواه القاضي ولا تنفعه التورية وهذا مجمع عليه ودليله هذا الحديث والإجماع[٤] .

قال ابن جزي من المالكية : واليمين في الأحكام كلها على نية المستحلف وهو القاضي فلا تصح فيها التورية ولا ينفع فيها الاستثناء[٥] .

الفرع الثاني : حكم القضاء باليمين في القانون :

نتناول في هذا الفرع حكم القضاء باليمين في القانون الوضعي فقد أورد القانون اليمين كطريق من طرق الإثبات ورتب عليها أثراً قانونياً .

تنقسم اليمين في القانون إلى قسمين رئيسيين : ١ اليمين الحاسمة. ٢ واليمين المتممة.

وسنتعرض الحديث فيهما على النحو التالي :

أولا : اليمين الحاسمة :

اليمين الحاسمة : هي التي يوجهها أحد الخصمين إلى الآخر كدليل قاطع في الدعوى، إذا أدليت وكانت مستوفية لشروطها فإنها تحسم الأمر وتنهي النزاع . يقول المحامي حسين المؤمن : أما حكم اليمين الحاسمة بموجب القانون فإنها تعني تنازل[٦] طالبها عن جميع ما

---

(١) القضاء ونظامه في الكتاب والسنة ص : ٤٣١ .

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الأيمان شرح مسلم للنووي ١١٨/١١ .

(٣) شرح مسلم للنووي ١١٧/١١ .

(٤) شرح النووي على مسلم ص : ١١٧/١١ .

(٥) القوانين الفقهية ص : ٢٠٢ .

(٦) وهل هذا التنازل عقد مدني أي صلحاً أم لا ؟ اختلفت عبارات القانونيين في ذلك فقد اعتبرت بعض التشريعات

عداها من الأدلة وتفويض الأمر إلى ذمة خصمه فمن حلفها حكم له ومن نكل عنها حكم عليه، أي أنه بمجرد توجيه هذه اليمين لا يلتفت إلى البحث فيمن هو صاحب الحق وإنما ينظر أحلف الخصم اليمين أم نكل عنها وعلى ذلك فليس لمن وجهت إليه اليمين إلا أن يحلفها أو ينكل عنها ، ويجوز له ردها على خصمه بموجب القانون[١] .

يتضح من كلام المحامي حسين المومن أنه لا يسع من وجهت إليه اليمين إلا أن يحلفها أو يردها وإلا عدّ ناكلاً ، فإن حلف حكم لصالحه وإن نكل حكم عليه . وإذا صدر الحكم فلا يجوز للخصم أن يعود إلى مخاصمة من حلف اليمين مرة أخرى ولا يجوز أن يثبت كذب اليمين ، ويجوز له المطالبة بالتعويض إذا أثبت بحكم جزائي كذب اليمين وبهذا وردت نصوص قانونية منها :

نصت المادة (٤١٣) من القانون المدني المصري : "ولا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه أوردت عليه على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي فإن الخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده[٢] .

وجاء في قانون البينات السوري مادة : (١٢٠) توجيه اليمين يتضمن التنازل عما عداها من البينات بالنسبة إلى الواقعة التي ترد عليها ، فلا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جزئي فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن في ا لحكم بطريق المراجعة القانونية الممكنة[٣] .

وجاء في أصول المحاكمات اللبنانية مادة (٢٣٤) "إذا حلف الفريق الذي كلف اليمين أو ردت عليه فلا يقبل من خصمه إقامة البرهان على كذب يمينه ، على أنه إذا ثبت كذب

-الحديثة أنها عقد صلح بينما الآخرون لم يعتبروه صلحا وإنما هو عقد يرجع إلى الذمة ومقتضيات الاحلاف ، ففي قانون المرافعات الليبي : اليمين الحاسمة ليست صلحا وإنما ترجع في أصلها إلى الذمة ومقتضيات الاخلاف والعدالة موسوعة القضاء والفقه للدول العربية ص : ٥٠٥/١ .

(١) نظرية الإثبات ص : ١٩٥ .

(٢) الوسيط في شرح القانون ٥٥٥/٢ .

(٣) المصدر السابق ٥٥٦/٢ .

اليمين بمقتضى قرار جزئي حق للفريق المتضرر أن يطالب ببدل العطل والضرر دون الطعن في الحكم[١] . ونصت المادة (١٣٦٣) من القانون المدني الفرنسي "إذا أديت اليمين الموجهة أو المردودة فلا يقبل من الخصم الآخر أن يثبت كذب هذه اليمين[٢] .

هذا ويجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردها ويضع خصمه في المركز الذي وضعه ولا يجوز لمن ردّت عليه اليمين أن يردها مرة خري . يقول المحامي حسين المؤمن : ومن المقرر فقهاً وقضاء أن اليمين لا ترد إلا مرة واحدة ، ولذا فلا يجوز لمن ردت عليه أن يردها هو الآخر على طالبها لأن ذلك يؤدي إلى التسلسل في الرد لا ينتهي وحينئذٍ يتعذر حسم النزاع[٣] .

أما رد اليمين في المرة الأولى فقد وردت نصوص قانونية على النحو التالي :

ففي الموسوعة : إن الخصم يمكنه طبقاً للمادة (١١٤) قانون الإثبات المصري" أن يضع خصمه في المركز الذي وضعه فبدلاً من أن يحلف أو ينكل يصح له رد اليمين على من وجهها له ويكون مجبراً على أدائها وإلا عدّ ناكلاً عنها وترفض دعواه لأنه لا يمكن ردّها مرة أخرى وإلا فلا تنتهي[٤] .

وشرط رد اليمين أن يكون موضوع النزاع مشتركاً بين الخصمين وأن لا يكون خاصاً لمن وجهت إليه اليمين وإلا فلا يمكن ردها . جاء في مادة (٤١٠) من القانون المدني المصري "ولمن وجهت إليه اليمين أن يردّها على خصمه على أنه لا يجوز الرد إذا نصبت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين[٥] . ونصت المادة (١١٦) فقرة أولى من قانون البينات السوري : يجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه ، على أنه لا يجوز الرد إذا انصبت اليمين على واقعة لا يشترك فيها

---

(١) المصدر السابق .

(٢) المصدر السابق ٥٥٦/٢ .

(٣) نظرية الإثبات ص : ٢٠٨ .

(٤) موسوعة القضاء والفقه للدول العربية ص : ١٢٦/١ .

(٥) الوسيط في شرح القانون المدني ٥٦١/٢ ــ ٥٦٢ .

الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين ــ ويلاحظ أن النص السوري يطابق النص المصري[١] .

وفي القانون المدني الفرنسي جاء في مادة (١٣٦٢) ولا يجوز رد اليمين إذا كانت الواقعة المستحق عليها لا تتعلق بالخصمين معاً بل كانت لا تتعلق إلا بشخص من وجهت إليه اليمين[٢] . ونصت المادة (٢٣٣) من أصول المحاكمات اللبنانية : "لا يجوز رد اليمين على الخصم إذا كانت الواقعة المستحق عليها لا تخصّ بالفريقين ، بل هي شخصية محضة للفريق الذي طلبت منه اليمين .

ثانيا : اليمين المتممة :

اليمين المتممة : هي التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها إلى أحد الخصمين توكيداً للأدلة التي قدّمها خلافا لليمين الحاسمة التي يوجهها أحد الخصمين إلى الآخر .

فإذا وجهت اليمين المتممة لأحد الخصمين لا يجوز ردها وإنما على الذي وجهت إليه اليمين أن يحلف أو ينكل .

نصت المادة (٤١٦) من القانون المدني المصري: لا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أن يردّها على الخصم الآخر[٣] .

أما القانون المدني الفرنسي فقد نصت المادة (١٣٦٨) اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد الخصم لا يجوز ردها من هذا الخصم على الخصم الآخر[٤] .

كما نصت المادة (٢٣٩) من أصول المحاكمات اللبنانية "أن اليمين التي يطلبها القاضي مباشرة من أحد الفريقين لا يمكن ردها على الخصم[٥] .

قلت : يظهر جلياً من هذه النصوص القانونية أن الخصم الذي وجهت إليه اليمين لا خيار له فإما أن يحلف أو ينكل ، فإذا حلف الخصم اليمين المتممة قضيت الدعوى

---

(١) المصدر السابق .

(٢) المصدر السابق .

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني ٢/٥٨١ ، ٢/٥٨٢ .

(٤) المرجع السابق ٢/٥٨٢ .

(٥) السابق ٢/٥٨٢ .

لصالحه غالباً ولكن ليس ملزماً على القاضي أن يقضي للحالف ، وإنما قلت غالبا لأنه يكون قد استكمل الأدلة الناقصة .

يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري : "والغالب أن الخصم إذا حلف اليمين المتممة قضي لصالحه إذ يكون بهذا الحلف قد استكمل الأدلة التي كانت ناقصة وأقنع القاضي بصحة ادعائه ، ولكن إذا ثبت بحكم جنائي كذب اليمين جاز للخصم الآخر أن يطالب بتعويض مدني ويقول : ليس حتماً على القاضي بعد أن يحلّف الخصم اليمين المتممة أن يقضي لصالحه فقد يقف على أدلة جديدة تقنعه بأن ادعاء الخصم الذي حلف اليمين يقوم على غير أساس فيحكم ضده[١] . أما إذا نكل الخصم الذي وجهت إليه اليمين المتممة فإن نكوله يزيد ضعفاً للأدلة التي قدمها الخصم . ففي الوسيط : أما إذا نكل الخصم الذي وجهت إليه اليمين المتممة فإن الأدلة الناقصة التي كانت قد قدمها لإثبات ادعائه تبقي ناقصة كما كانت بل إن الريبة لتزداد في صحة ادعائه بعد أن نكل ، من أجل ذلك يغلب أن يقضي ضده . وقال أيضاً : وليس من المحتم أن يقضي ضده فقد تظهر بعد نكوله أدلة جديدة تكمل أدلته الناقصة فيقضي لصالحه بالرغم من النكول بل قد لا تظهر أدلة جديدة ولكن القاضي يعيد النظر في الأدلة التي كان يحسبها ناقصة فيرجع عن رأيه ويقدر أنها أدلة كافية فيقضي لصالحه[٢] .

مقارنة

تظهر أوجه الاختلاف والاتفاق بين الفقه والقانون في مسألة أنواع اليمين بعدة أمور .

الأمر الأول : أن الفقه الإسلامي قسم اليمين إلى ثلاثة أنواع .

١ ــ يمين المدعى عليه : وهي الأصلية أو الرافعة أو الواجبة .

٢ ــ يمين المدعي : وهي اليمين المردودة .

٣ ــ يمين الشاهد : وهي التي يحلفها الشاهد أو الشاهدان ، بينما القانون قسم اليمين إلى نوعين رئيسيين هما : اليمين الحاسمة واليمين المتممة .

الأمر الثاني : أن القانون جعل لكل واحد من الخصمين توجيه اليمين الحاسمة بخلاف الفقه الإسلامي فإن اليمين حجة المدعى عليه والبينة حجة المدعي .

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ٢/٥٨٤ .

(٢) المصدر السابق ٢/٥٨٦ .

الأمر الثالث : يلاحظ تشابها بين الفقه والقانون في أنواع اليمين . فاليمين الحاسمة في القانون تشبه اليمنين الأصلية أو الرافعة في الفقه الإسلامي واليمن المتممة بشبه يمين الاستظهار في الفقه الإسلامي ، كما القانون رأي الجمهور في مسألة رد اليمين .

المطلب الثاني : القضاء بيمين وشاهد :

اختلف الفقهاء في مسألة القضاء بالشاهد واليمين فذهب الجمهور على جواز القضاء بشاهد ويمين . وذهب الحنفية بعدم جواز القضاء بشاهد ويمين وفيما يلي تفصيل القول في المذهبين .

المذهب الأول : مذهب الجمهور :

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بجواز القضاء بشاهد ويمين وهو قول الفقهاء السبعة وابن أبي ليلى وربيعة بن عبد الرحمن ورجحه ابن القيم[١] .

قال الماوردي : اختلف أهل العلم في الحكم بالشاهد واليمين فذهب الشافعي إلى جواز الحكم به وهو قول الأئمة الأربعة رضوان اللّه عليهم وأبي ابن كعب وجابر بين عبد اللّه وزيد بن ثابت وأبي هريرة رضي اللّه عنه ، ومن التابعين قول عمر بن عبد العزيز وشريح والحسن البصري ، وابن سيرين وأبي سلمة بن عبد الرحمن وهو قول الفقهاء السبعة وربيعة بن أبي عبد الرحمن ومالك وابن أبي ليلى[٢] .

قال ابن فرحون من المالكية : وأما القضاء باليمين مع الشاهد فهو أمر ثابت عن رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ في الحديث الصحيح وقضي به جماعة من الصحابة ولم يرو عن أحد منهم أنكر وبه قال الفقهاء السبعة وإليه ذهب مالك والشافعي وأحمد بن حنبل[٣] .

أدلة الجمهور :

---

(١) الحاوي الكبير ص : ٦٨/١٧ ، تبصرة الحكام ٣٢٥/١ ، الطرق الحكمية ص : ١٥٥ .

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٦٨/١٧ .

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون ٣٢٥/١ .

١ ــ استدل الجمهور لمذهبهم بالحديث الذي أخرجه مسلم في صحيحه عن ابن عباس رضي اللّه عنهما أن رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قضي بيمين وشاهد [١] .

قال الشافعي : وهذا الحديث ثابت لا يرده أحد من أهل العلم لو لم يكن فيه غيره مع أن معه غيره يشدّه ...[٢] .

كما استدلوا أيضاً بحديث أبي هريرة رضي اللّه عنه أن رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ : قضي باليمين مع الشاهد . رواه الترمذي وابن ماجة وأبو داود والشافعي وقال الترمذي حسن غريب[٣] .

٢ ــ واستدلوا بحديث جابر بن عبد اللّه أن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قضي باليمين مع الشاهد . رواه أحمد والترمذي وابن ماجة[٤] . قال أبو عيسى : وهذا أصح وهكذا روى سفيان الثوري عن جعفر بن محمد عن أبيه عن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ مرسلاً وروى عبد العزيز بن أبي سلمة ويحي بن سليم هذا الحديث عن جعفر بن محمد عن أبيه عن عليّ عن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ . والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ وغيرهم رأوا أن اليمين مع الشاهد الواحد جائز في الحقوق والأموال وهو قول مالك بن أنس والشافعي وأحمد وإسحاق[٥] .

٣ ــ وروى البيهقي من حديث جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أن رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ وأبا بكر وعثمان كانوا يقضون بشاهدة الشاهد الواحد ويمين المدعي قال جعفر: والقضاة يقضون بذلك عندنا اليوم[٦] .

---

(١) تقدم تخريج الحديث .

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الأقضية ، باب وجوب الحكم بشاهد ويمين بشرح مسلم للنووي ٤/١٢ .

(٣) أخرجه الترمذي في أبواب الأحكام ، باب ما جاء في اليمين مع الشاهد : عارضة الأحوذي بشرح الترمذي ٨٩/٦ ، دار الكتب العلمية ــ بيروت ، لبنان .

(٤) عارضة الأحوذي بشرح الترمذي ٩١/٦ ، وابن ماجه ٧٩٣/٢ .

(٥) عارضة الأحودي بشرح صحيح الترمذي ٩١/٦ ، يطلب من دار الباز للطباعة والنشر . دار الكتب العلمية: بيروت ــ لبنان .

(٦) السنن الكبرى للبيهقي ١٧٣/١٠ .

وكتب عمر بن عبد العزيز إلى عامله بالكوفة اقض بالشاهد مع اليمين فإنها السنة .
قال أبو الزناد : فقام رجل من كبرائهم فقال : أشهد أن شريحاً قضى بهذا في هذا المسجد[١].

وأخرج الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قضي باليمين مع الشاهد .

قال أبو بكر الخطيب : روي عن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ أنه قضي بشاهد ويمين : ابن عباس وجابر بن عبد اللّه وعمارة بن حزم وسعد بن عيادة وعلي بن أبي طالب وأبو هريرة وأبو سعيد الخدري وزيد بن ثعلبة وعامر بن ربيعة و وسهل بن سعد الساعدي وعمارة بن حزم والمغيرة بن شعبة وبلال بن الحارث وتميم الداري ومسلم بن قيس وأنس بن مالك[٢] .

قال الشافعي : واليمين مع الشاهد لا تخالف من ظاهر القرآن شيئاً لأنا نحكم بشاهدين، وشاهد وامرأتين ، فإذا كان شاهد واحد حكمنا بشاهد ويمين وليس ذا يخالف القرآن لأنه لم يحرم أن يكون أقل مما نص عليه في كتابه ورسوله ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ أعلم بما أراد اللّه وقد أمرنا اللّه أن نأخذ ما أتانا[٣] .

وقال الإمام ابن القيم الجوزي : وليس في القرآن ما يقتضي أنه لا يحكم إلا بشاهدين أو شاهد وامرأتين فإن اللّه سبحانه إنما أمر بذلك أصحاب الحقوق أن يحفظوا حقوقهم بهذا النصاب ولم يأمر بذلك الحكام أن يحكموا به فضلاً عن أن يكون قد أمرهم إلا يقضوا بذلك . وبهذا يحكم الحكام بالنكول ، واليمين المردودة ، والمرأة الواحدة ، والنساء المتفردات لا رجل معهن ، وغير ذلك من طرق الحكم التي لم تذكر في القرآن فإن كان الحكم بالشاهد واليمين مخالفاً لكتاب اللّه فهذه أشد مخالفة لكتاب اللّه منه وإن لم تكن هذه الأشياء مخالفة للقرآن فالحكم بالشاهد واليمين أولى ألا يكون مخالفاً للقرآن[٤] .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ، أخرجه في كتاب الشهادات ١٠/١٧٤ ، والأم للشافعي ٦/٢٢٥ .
(٢) الطرق الحكمية ص : ١٥٥ .
(٣) المصدر السابق ص : ١٥٧ .
(٤) الطرق الحكمية ص : ١٥٨ .

قال : ومن العجائب رد الشاهد واليمين والحكم بمجرد النكول الذي هو سكوت ولا ينسب إلى ساكت قول[١] .

وقال الإمام النووي بعد ذكره حديث ابن عباس : وفيه جواز القضاء بشاهد ويمين . واختلف العلماء في ذلك ، فقال جمهور علماء الإسلام من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من علماء الأمصار : يقضي بشاهد ويمين المدعي في الأموال وما يقصد به الأموال وبه قال أبو بكر الصديق ، وعلي ، وعمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد ، وفقهاء المدنية، وسائر علماء الحجاز ، ومعظم علماء الأمصار ــ رضي اللّه عنهم ــ وحجتهم أنه جاءت أحاديث كثيرة في هذه المسألة من رواية علي ، وابن عباس ، وزيد بن ثابت وجابر ، وأبي هريرة ، وعمارة بن حزم ، وسعد بن عبادة ، وعبد اللّه بن عمرو بن العاص ، والمغيرة بن شعبة رضي اللّه عنه ، قال الحافظ أصح أحاديث الباب حديث ابن عباس قال ابن عبد البر لا مطعن لأحد في إسناده ولا خلاف بين أهل المعرفة في صحته[٢] .

ما يقضي فيه باليمين مع الشاهد :

اختلف الجمهور القائلون بجواز القضاء باليمين مع الشاهد في ما يقضي فيه باليمين مع الشاهد ، فذهب الشافعية ومن معهم إلى أنه خاص بالأموال ، وذهب بعض المالكية والظاهرية إلى الحكم باليمين مع الشاهد في جميع الحقوق لعموم الأدلة[٣] .

قال الإمام الشافعي ــ رحمه اللّه تعالى ــ : وإذا قضي رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ باليمين مع الشاهد في الأموال وكان في ذلك تحويل ملك مالك إلى مالك غيره حتى يصير المقضي له يملك المال الذي كان في يد المقضي عليه بوجه من الوجوه التي يملك بها الأموال فكل ما كان في هذا المعنى قضي له على ما قضي به رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ[٤] .

---

(١) المصدر السابق ص : ١٥٦ .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ٤/١٢ .

(٣) الأم للشافعي : ٢٥٦/٦ ، تبصرة الحكام ٣٢٦/١ ، المحلى ٤٩٠/٨ .

(٤) الأم للشافعي ٢٥٦/٦ .

والظاهر من كلام الإمام الشافعي أن القضاء باليمين مع الشاهد قاصر على الأموال ولا يقضي بذلك في الحدود والنكاح والطلاق وغير ذلك .

قال الماوردي : إذا ثبت جواز الحكم بالشاهد واليمين فهو مختص بالأموال وما كان المقصود منه المال ولا يحكم بها في غير المال من نكاح أو طلاق أو عتاق أوحد[١] .

وقال ابن فرحون من المالكية : واعلم أن اليمين مع الشاهد إنما تكون في الأموال . ما عدا الحدود والسرقة والشرب والنكاح والرجعة والطلاق والعتاق فلا يثبت إلا بشاهدين[٢].

وخالف هذا القول الظاهرية وقوم من المالكية فقالوا : بالحكم باليمين مع الشاهد في جميع الحقوق سواء في الأموال أو الدماء أو القصاص . قال ابن حزم الظاهري بعد ذكره الأدلة الواردة في القضاء بالشاهد وليمين: فهذه آثار متظاهرة لا يحل الترك بها فالواجب أن يحكم بذلك في الدماء والقصاص والنكاح والطلاق والرجعة والأموال حاشا الحدود لأن ذلك عموم الأخبار المذكورة وأما الحدود فلا طالب إلا اللّه[٣] . وفي الحاوي الكبير قال مالك : أحكم بها في جميع الحقوق من الأموال والحدود استدلا بأن الرسول ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قضي باليمين مع الشاهد ولم يخص المال من غيره فكان علي عمومه . قال : ولأن ما كان بينة في الأموال جاز أن يكون بينة في الحدود كالشاهدين[٤] .

المذهب الثاني : مذهب الحنفية :

ذهب الحنفية إلى عدم جواز القضاء باليمين مع الشاهد والاكتفاء بالآية الكريمة ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾[٥] .

قال محمد بن الحسن : أنقض حكم الحاكم إذا حكم به ، وبه قال من التابعين الزهري والنخعي والشعبي ومن الفقهاء ابن شبرمة وسفيان الثوري استدلالاً بقوله تعالى ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ الآية . فجعل القضاء مقصوراً

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي : ٧٣/١٧ .

(٢) تبصرة الحكام ٣٢٦/١ .

(٣) المحلي لابن حزم ٤٩٠/٨ .

(٤) الحاوي الكبير للإمام الماوردي ٧٣/١٧ .

(٥) سورة البقرة الآية : ٢٨٢ .

على أحد هذين الوجهين فكان القضاء بالشاهد واليمين زيادة عليهما والزيادة علي النص تكون نسخاً[١] .

واستدلوا أيضاً بحديث ابن عباس ــ رضي اللّه عنه ــ "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"[٢] . قالوا : خص بالمدعي البينة والمنكر باليمين . قال الكاساني : فالبينة حجة المدعي واليمين حجة المدعي عليه لقوله عليه الصلاة والسلام " البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه[٣] . قال النووي : واختلف العلماء في ذلك فقال أبو حنيفة ــ رضي اللّه عنه ــ والكوفيون والشعبي والحكم والأوزاعي والليث والأندلسيون من أصحاب مالك : لا يحكم بشاهد ويمين في شيء من الأحكام[٤] .

وفي تبصرة الحكام : وأما يحيى بن يحيى الأندلسي اللّيثي فإنه ترك العمل به وزعم أنه لم ير الليث يقول به . وقال ابن لبابة : واختلف العلماء وما ذهب إليه مالك معروف وقضاتنا لا يرون ذلك وإني موافق عن الاختيار في ذلك[٥] .

قال سهل : ومن صح نظره في أحوال الناس لم يطب نفسه أن يقضي إلا بالشاهد المبرز في العدالة[٦] .

وبعد عرضي آراء الفقهاء وأدلتهم يظهر لي أن مذهب جمهور العلماء هو الراجح لقوة الأدلة التي استدلوا بها .

---

(١) الحاوي الكبير ٦٨/١٧ .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) بدائع الصنائع ٢٢٥/٦ .

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ٤/١٢ .

(٥) تبصرة الحكام ٣٢٦/١ .

(٦) المصدر السابق .

الفصل الثاني

أيمان القسامة واللّعان

وفيه مبحثان

المبحث الأول : إيمان القسامة ، وفيه مطلبان :

المبحث الثاني : أيمان اللّعان ، وفيه مطلبان :

الفصل الثاني

أيمان القسامة واللّعان

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : إيمان القسامة ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف القسامة ومشروعيتها وشروطها .

المطلب الثاني : القضاء بإيمان القسامة

المبحث الثاني : أيمان اللّعان ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف اللّعان ، وشروطه .

المطلب الثاني : القضاء بأيمان اللّعان .

الفصل الثاني
أيمان القسامة واللّعان

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : أيمان القسامة ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف القسامة ومشروعيتها وشروطها

التعريف اللغوي :

تعريف القسامة لغة : القسامة لغة مصدر أقسم وقسمت الشيء قسماً جاء في معجم مقايس اللّغة . والقسم مصدر قسمت الشيء قسماً والنصيب قسم بكسر القاف .

فأما اليمين فالقسم قال أهل اللغة أصل ذلك من القسامة وهي الأيمان تقسم على أولياء المقتول إذا ادعوا دم مقتولهم على أناس اتهموهم[١] . قال ابن منظور في لسان العرب: والقسم بالتحريك اليمين والجمع أقسام وقد أقسم باللّه واستقسم به . وتقاسم القوم تحالفوا. وفي التنزيل (وقالوا تقاسموا باللّه) والقسامة الجماعة يقسمون على الشيء أو يشهدون ويمين القسامة منسوبة إليهم[٢] . وفي الصحاح : القسامة من القسم وأقسمت حلفت وأصله من القسامة وهي الأيمان تقسم على الأولياء في الذمة[٣] . وفي جمهرة اللغة لابن دريد : والقسامة الجماعة من الناس يشهدون أو يحلفون على الشيء وسمو قسامة لأنهم يقسمون على الشيء أنه قد كان أو لم يكن وأقسمت باللّه جل ثناؤه أقسم إقساماً فأنا مقسم[٤] .

التعريف الاصطلاحي عند الفقهاء :

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف القسامة فعرّفها الحنفية على ما جاء في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، القسامة: بأنها عبارة عن الأيمان التي تعرض على خمسين رجلاً

---

(١) معجم مقاييس اللغة . لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ص : ٨٦ ، الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ ـ ١٩٧٢م.

(٢) لسان العرب ٤٨١/١٢ .

(٣) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ٢٠١٠/٥ .

(٤) جمهرة اللغة لابن دريد أبي بكر محمد بن الحسن الأزدري البصري ٤٢/٣ ، مكتبة المثنى بغداد .

من أهل المحلة أو الدار إذا وجد فيها قتيل لم يعرف قاتله فإن لم تبلغ الرجال خمسين رجلا تكرر اليمين إلى أن تتم خمسين يميناً[١] .

وقال الكاساني في البدائع : القسامة في اللّغة بمعنى الوسامة وهو الحسن والجمال يقال فلان قسيم أي حسن . وشرعاً : القسامة يمين باللّه تعالى بسبب مخصوص وعدد مخصوص وعلى شخص مخصوص وهو المدعى عليه على وجه مخصوص وهو أن يقول خمسون من أهل المحلة إذا وجد قتيل فيها باللّه ما قتلنا ولا علمنا له قاتلاً فإذا حلفوا يغرمون الدية[٢]. وعرف الجرجاني القسامة بأنها أيمان تُقسَمُ على المتهمين في الدم[٣] .

وعرّف بعض الحنفية القسامة : بأنها أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قتيل به أثر جراحة يقول كل منهم باللّه ما قتلته وما علمت له قاتلا [٤] . قال ابن الهمّام في التكملة: وهذا التعريف ليس جامعاً مانعا، قال : فيه صور فإنه يخرج منه ما إذا وجد القتيل لا في محلة ولا في دار بل في موضع خارج من مصر أو قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه مع أنه يجب في هذه الصورة أيضاً قسامة شرعية كما صرّحوا به ولا يقال إنه بنى الكلام على ما هو الأكثر وقوعاً لأن المقام مقام تعريف لمعنى القسامة فلا بد أن يكون جامعاً مانعا ، فالأولى أن يزاد عليه ويقال القسامة : أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار أو موضع خارج من مصر أو قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه إذا وجد في شيء منها قتيل به أثر لا يعلم من قتله يقول كل منهم باللّه ما قتلت ولا علمت له قاتلاً [٥] .

وأما المالكية : فقد عرفها ابن جزي القسامة فقال : وصفتها أن يحلف أولياء الدمّ خمسين يميناً في المسجد الأعظم بعد الصلاة عند اجتماع النّاس أنّ هذا قتله [٦] .

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٦٩/٦ .

(٢) البدائع ٢٨٦/٧ .

(٣) التعريفات للجرجانى ص : ٢٢٤ .

(٤) تكملة فتح القدير ٣٧٣/١٠ ، البحر الرئق شرح كنز الدقائق ٣٩١/٨ .

(٥) تكملة فتح القدير ٣٧٣/١٠ .

(٦) الفواكين الفقهية ص : ٢٢٨ .

وقال صاحب الخطاب على خليل القسامة : حلف خمسين يميناً أو جزاءها على إثبات الدم[١].

وأما الشافعية : فقد عرفها صاحب مغني المحتاج فقال : القسامة بفتح القاف اسم للأيمان التي تقسم على أولياء الدمّ [٢] . وقال النووي : القسامة هي الأيمان في الدماء[٣] . وفي الإقناع القسامة : اسم للأيمان التي تقسم على أولياء الدم مأخوذة من القسم وهو اليمين. وقيل اسم للأولياء [٤] .

وأما الحنابلة : فعرّفوا القسامة بأنها : هي الأيمان المكررة في دعوى قتل معصوم[٥]. وجاء في المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني القسامة : هي الأيمان المكررة في دعوى القتيل [٦] .

مشروعية القسامة :

اختلف العلماء في أصل القسامة فذهب جلّ العلماء إلى الحكم بالقسامة وتوقف القليلون بالحكم بها. وفيما يلي سَرْد أدلة كل فريق منهم [٧] .

أولاً : أدلة القائلين بمشروعية القسامة .

ذهب جمهور الصحابة والتابعين والعلماء من الحجاز والكوفة والشام إلى القول بمشروعية القسامة مستدلين بالأحاديث الثابتة عن الرسول صلّى اللّه عليه وسلّم[٨] .

الدليل الأول : عن سعيد بن عبيد عن بشير بن بشار أن رجلاً من الأنصار يقال له سهل بن أبي حثمة أخبره أن نفراً من قومه انطلقوا إلى خيبر فتفرقوا فيها ووجدوا أحدهم قتيلاً وقالوا للذي وجد فيهم قد قتلتم صاحبنا قالوا : ما قتلنا ولا علمنا قاتلاً فانطلقوا إلى النبي

---

(١) الخطاب على خليل ٢٧٣/٦

(٢) معنى المحتاج ١٠٧/٤ .

(٣) الروضة ٩/١٠ .

(٤) الاقناع فى حل ألفاظ أبي الشجاع لشمس الدين الشربيني الخطيب ١٧٢/٢، دار المعرفة ــ بيروت ــ لبنان .

(٥) الإنصاف ١٣٩/١١ : كشاف القناع ٦٧/٦ .

(٦) المقنع ٤٣٠/٣ ، منتهى الإرادات ٤٥٢/٢ .

(٧) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٢٨٣/١٢، وشرح مسلم للنووي ١٤٧/١١ ، ونيل الأوطار ١٨٦/٧.

(٨) تبين الحقائق ١٦٩/٦ ، البدائع ٢٨٦/٦ ، القوانين الفقهية ص : ٢٢٨ ، مغني المحتاج ١٠٧/٤ ، الإنصاف ١٣٩/١١ ، فتح الباري ٢٨٣/١٢ ، شرح مسلم للنووي ١٤٧/١١ .

صلّى اللّه عليه وسلّم فقالوا : يا رسول اللّه انطلقنا إلى خيبر فوجدنا أحدنا قتيلا فقال الكبر الكبتر ، (أي قلبتكلم كبيركم) . فقال لهم: تأتون بالبينة على من قتله . قالوا : ما لنا بينة قال فيحلفون [١] . قالوا لا نرضى بأيمان اليهود فكره رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم أن يطل دمه فوداه من ابل الصدقة [٢] .

الدليل الثاني : ومن الأدلة القاطعة التي وردت في مشروعية القسامة ما ورد عن يحيى بن سعيد ورافع بن خديخ أنهما قالا خرج عبد اللّه بن سهل بن زيد ومحيصة بن مسعود بن زيد حتى إذا كانا بخيبر تفرقا في بعض ما هنالك ثم إذا محيصة يجد عبد اللّه بن سهل قتيلاً فدفنه ثم أقبل رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم هو وحويصة بن مسعود وعبد الرحمن بن سهل وكان أصغر القوم فذهب عبد الرحمن ليتكلم قبل صاحبيه فقال له رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم الكبير في السن . فصمت وتكلم صاحباه وتكلم معهما فذكروا لرسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم مقتل عبد اللّه بن سهل فقال لهم : أتحلفون خمسين يمينا فتستحقون صاحبكم أو قاتلكم؟ قالوا : وكيف نحلف ولم نشهد؟قال فتبرئكم يهود بخمسين يميناً قالوا : وكيف نقبل أيمان قوم كفار ؟ فلما رأى ذلك رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم أعطى عقله . رواه البخاري ومسلم[٣] .

وفي رواية لمسلم فقال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته قالوا : أمراً لم نشهد كيف نحلف ؟ فقال : فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم قالوا : يا رسول اللّه قوم كفار قال : فوداه رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم من قبله قال سهل فدخلت مربداً لهم يوما فركضتني ناقة من تلك الإبل ركضة برجلها . رواه مسلم [٤] .

قال القاضي : حديث القسامة أصل من أصول الشرع وقاعدة من قواعد الأحكام وركن من أركان مصالح العباد وبه أخذ العلماء كافة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من

---

(١) وردت روايات أخرى بأن النبي صلّى اللّه عليه وسلّم قال لهم : تأتون بالبينة فقالوا : ما لنا بينة فقال لهم الرسول صلّى اللّه عليه وسلّم تحلفون خمسين يمينا فقالوا كيف نحلف بأمر لم نشهد به فقال يحلف لكم اليهود خمسين يمينا فقالوا : لا نرضى بأيمان اليهود ...الخ.

(٢) البخاري في كتاب الديات باب القسامة ٤٢/٨ ، وفتح الباري ٢٨٣/١٢ .

(٣) انظر شرح مسلم للنووي ١٤٧/١١ ، وفتح الباري شرح صحيح البخاري ٢٨٤/١٢ .

(٤) شرح مسلم للنووي ١٤٧/١١ .

علماء الأمصار الحجازيين والشاميين والكوفيين وغيرهم رحمهم اللّه تعالى وإن اختلفوا في صورة الأخذ به [١] .

الدليل الثالث : عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن بشار عن رجل من أصحاب النبي صلّى اللّه عليه وسلّم من الأنصار أن النبي صلّى اللّه عليه وسلّم أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية . رواه مسلم والنسائي [٢] .

الدليل الرابع : وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن ابن محيصة الأصغر أصبح قتيلاً على أبواب خيبر فقال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : أقم شاهدين على من قتله أدفعه إليكم برمته قال : يا رسول اللّه ومن أين أصيب شاهدين؟ وإنما أصبح قتيلا على أبوابهم قال: فتحلف خمسين قسامة قال يا رسول اللّه وكيف أحلف على ما لا أعلم؟فقال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم فتستحلف منهم خمسين قسامة فقال يا رسول اللّه كيف نستحلفهم وهم اليهود؟ فقسم رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم ديته عليهم وأعانهم بنصفها. رواه النسائي [٣] .

القائلون بعدم مشروعية القسامة :

وذهب جماعة من السلف إبطال القسامة وأنه لا حكم لها ولا عمل بها ومن قال بهذا سالم بن عبد اللّه وسليمان بن يسار والحكم بن عتبة وقتادة وأبو قلابة ومسلم بن خالد وابن عليّة والبخاري وغيرهم وعن عمر بن عبد العزيز روايتان [٤] .

واستدل القائلون بعدم مشروعية القسامة أدلة عقلية منها : ــ

١ ــ أن القسامة غير ثابتة لمخالفتها لأصول الشريعة من وجوه : ــ

أ ــ أن البينة على المدعى واليمين على من أنكر في أصل الشرع .

ب ــ أن اليمين لا يجوز إلا ما علمه الإنسان قطعاً بالمشاهدة الحسية أو ما يقوم مقامها .

---

(١) فتح الباري ٤٩٠/١٢ ، وشرح مسلم للنووي ١٤٣/١١ .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ١٥٢/١١ . سنن النسائي في كتاب القسامة ٥/٨ إعتنى به ورقمه وصنع فهارسه عبد الفتاح أبو غدة الطبعة الأولى المفهرسة بيروت ١٤٠٦هـ ــ ١٩٨٦ .

(٣) سنن النسائي ١٢/٨، في كتاب القسامة باب تبدئة أهل الدم بالقسامة ١٢/٨، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ ــ ١٩٨٦م .

(٤) انظر مسلم للنووي ١٤٣/١١، نيل الأوطار ١٨٦/٧ .

جـ ــ لم يكن في حديث الباب حكم القسامة وإنما كانت القسامة من أحكام الجاهلية فتلطّف لهم النبي صلى عليه وسلم ليريهم كيف بطلانها [١] .

وأجيب بأن القسامة أصل من أصول الشريعة مستقل لورود الدليل بها فتخصص بها الأدلة العامة وفيها حفظ للدماء وزجر للمعتدين ولا يحل طرح سنة خاصة لأجل سنة عامة وعدم الحكم في حديث سهل بن أبي حتمة لا يستلزم عدم الحكم مطلقاً[٢] .

من يحلف أولاً في القسامة ؟

اختلف الفقهاء القائلون بمشرعية القسامة فيمن يبدأ بأيمان القسامة أهم المدعون أم المدعى عليهم؟ على قولين : ــ

القول الأول : قول جمهور الفقهاء : ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أن أيمان القسامة توجه إلى المدعين أولاً فإن نكلوا ردت الأيمان إلى المدعى عليهم فإن حلف المدعى عليهم برئوا وإن نكل المدعى عليهم فعند المالكية فإنهم يحبسون حتى يحلفوا أو يقرو وعند الشافعية ترد الأيمان إلى المدعيين مرة أخرى . واشترط المالكية المولاة، في اليمين ولم يشترط الشافعية والحنابلة الموالاة لأن الأيمان من جنس الحجج والحجج يجوز تفريقها كما لو شهد الشهود متفرقين [٣] .

الأدلة :

استدل الجمهور لتأييد مذهبهم بالسنة والإجماع .

أولاً : السنة : حديث عبد اللّه بن سهل فقال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم قالوا : لا . قال : فتحلف لكم يهود قالوا ليسوا مسلمين فوداه رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم من عنده . رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجة [٤] .

---

(١) نيل الأوطار ١٨٦/٧ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) بداية المجتهد ٤٣٠/٢ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٢٤٥/٤ ، مغنى المحتاج ١١٥/٢ ، روضة الطالبين ٢٤/١٠ ، كشاف القناع ٧٤/٦ ، المغنى لابن قدامة ٢٠٥/١٢ .

(٤) فتح الباري شرح صحيح البخاري ٢٨٥/١٢ . صحيح مسلم بشرح النووي ١٥٢/١١ . سنن أبي داود في كتاب الديات باب القتل بالقسامة ١٧٨/٤ . سنن النسائى بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي في كتاب القسامة ٦/٨.

وجه الاستدلال من الحديث أن النبي صلّى اللّه عليه وسلّم بدأ بالأنصار وهم المدعون وثنّى باليهود وهم المدعى عليهم فالحديث نص في محل النزاع ولا اجتهاد مع النص.

قال النووي : في الحديث إثبات القسامة وفيه الابتداء بيمين المدعي في القسامة وفيه رد اليمين على المدعي عليه إذا نكل المدعى في القسامة [١] .

ومن الأدلة التي استدل الجمهور حديث خارجة بن زيد بن ثابت أن رجلا من الأنصار قتل وهو سكران رجلاً ضربه بسويق [٢] ولم يكن على ذلك بينة قاطعة إلا اللّطح أو شبيه ذلك وفي الناس يومئذ من أصحاب رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم ومن فقهاء الناس ما لا يحصى وما اختلف إثنان منهم أن يحلف ولاة المقتول رواه البيهقي [٣] .

ثانياً : الإجماع :

ومن الأدلة التي استدل بها الجمهور لمذهبهم الإجماع . قال الإمام مالك رحمه اللّه تعالى ، الأمر المجتمع عليه عندنا والذي سمعت ممن أرضى في القسامة والذي اجتمعت عليه الأئمة في القديم والحديث أن يبدأ بالأيمان بالمدعين في القسامة فيحلفون . وقال : وتلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا والذي لم يزل عليه عمل الناس أن المبدئين بالقسامة أهل الدم [٤] .

القول الثاني : قول الحنفية .

وذهب الحنفية إلى أن أيمان القسامة توجه إلى المدعين فإن نكلوا حبسوا حتى يحلفوا أو يقروا[٥].

الأدلة : واستدل الحنفية لتأييد مذهبهم بالسنة وآثار الصحابة رضوان اللّه عليهم .

أولاً : السنة : حديث بشير بن يسار فقالوا : يا رسول اللّه انطلقنا إلى خيبر فوجدنا أحدنا قتيلاً فقال لهم : تأتون بالبينة على من قتله قالوا مالنا بينة قال فيحلفون قالوا لا نرضى

---

(١) شرح مسلم للنووي ١٤٨/١١ .

(٢) السويق ، خشبة الخباز .

(٣) رواه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب القسامة ١٢٧/٨ .

(٤) موطأ الإمام مالك ص : ٧٦٦ دار الأفاق الجديدة بيروت .

(٥) البدائع ٢٨٦/٧ تبيين الحقائق ١٧٠/١ .

بأيمان اليهود فكره رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم أن يبطل دمه فوداه مائة من إبل الصدقة [١] .

ووجه الاستدلال من الحديث أن رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم عرض على الأنصار أن يحلف اليهود خمسين يميناً ما قتلوه ولا علموا له قاتلاً ويبرأون من دعوى الدم فأبى الأنصار ذلك لأن اليهود يجترأون على الكذب فأعطا رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم ديته لأهله من عنده لئلا يبطل دم امرئ مسلم كما دلّ الحديث أن أول ما يطلب في دعوى القسامة كغيرها من سائر الدعاوي هو البينة من جهة المدعى فإن لم يكن ثمّت بينة للمدعى وجهت الأيمان إلى المدعى عليهم [٢] .

واستدلوا أيضاً بحديث ولكن اليمين على المدعى عليه [٣] .

وقالوا : لأن الأصل في اليمين على المدعى عليه فجعل جنس اليمين على المدعى عليه .

واستدل الحنفية أيضاً بما روى عن زياد بن مريم أنه قال جاء رجل إلى النبي صلّى اللّه عليه وسلّم فقال : يا رسول اللّه إني وجدت أخي قتيلا في بني فلان فقال عليه الصلاة والسلام قطع منهم خمسين فيحلفون باللّه ما قتلوه ولا علموا له قاتلاً فقال يا رسول اللّه ليس لي من أخي إلا هذا ؟ فقال : بل لك مائة من الإبل [٤] . قال الكاساني : الحديث دليل على وجوب القسامة على المدعى عليهم وهم أهل المحلّة لا على المدعى وعلى وجوب الدية عليهم مع القسامة [٥] .

---

(١) البخاري في كتاب الديات باب القسامة فتح الباري ٢٨٣/١٢ أجاب الجمهور حديث بشير بن بشار جاء في بعض الرويات ذكر البينة أولا وبعضها الأخر بدأ الأيمان بالمدعين فكان لا بد من جمع بين الروايات . قال ابن حجر في الفتح ، وطريق الجمع أن يقال حفظ أحدهم ما لم يحفظ الأخر فيحمل على أنه طلب البينة أولا فلم تكن لهم بينة فعرض عليه الأيمان فامتنعوا فعرض عليهم تحليف المدعى عليهم فأبو . انظر فتح الباري ٢٨٩/١٢ .

(٢) القسامة في الفقه الإسلامى ٩٢ .

(٣) تقدم تخريج الحديث .

(٤) تقدم تخريجه .

(٥) البدائع ٢٨٦/٧ .

ومن أدلة السنة أيضاً حديث الزهري عن أبي سلمة عن عبد الرحمن وسليمان بن بشار عن رجال من الأنصار أن النبي صلّى اللّه عليه وسلّم قال لليهود وبدأ بهم يحلف منكم خمسون رجلاً فأبوا وذكر باقي الحديث . رواه أبو داود [١] .

ووجه الاستدلال من الحديث أن النبي صلّى اللّه عليه وسلّم بدأ من اليهود كما هو منصوص بالحديث وهم المدعون وهو الأصل في سائر الدعاوي . قال الخطابي : في هذا حجة لمن رأى أن اليمين على المدعى عليهم إلا أن أسانيد الأحاديث المتقدمة أحسن اتصالا وأصح متوناً [٢] .

الآثـــار :

واستدلوا من الآثار قضاء عمر بن الخطاب رضي اللّه عنه في القتيل الذي وجد بين وادعة وأرحب فوجدوه إلى وادعة أقرب فقال لهم عمر : هل علمتم لهذا القتيل قاتلا منكم؟ قالوا: لا فاستخرج منهم خمسين شخصاً فأدخلهم الحطيم واستحلفهم باللّه ربّ هذا البيت الحرام وهذا البلد الحرام وهذا الشهر الحرام أنكم لم تقتلوه ولا علمتم له قاتلا فحلفوا بذلك. رواه البيهقي[٣] .

ووجه الاستدلال من الأثر أن عمر بن الخطاب رضي اللّه عنه بدأ أول ما بدأ بالمدعى عليهم ولم يبدأ بالمدعين فكان نصاً في محل النزاع مما يدل على أن النبي صلّى اللّه عليه وسلّم قضى ذلك وقضى به عمر ، قال عمر بن الخطاب رضي اللّه عنه : إنما قضيت عليكم بقضاء نبيكم [٤] .

شروط القسامة عند الفقهاء :

اشترط الفقهاء للقسامة شروطاً كثيرة منها ما هو محل اتفاق ومنها ما هو محل خلاف وفيما يلي نسرد شروط القسامة لدى كل مذهب من المذاهب الأربعة .

---

(١) سنن أبي داود ١٣/٤ .

(٢) معالم السنن لشرح السنن أبي داود ١٣/٤ .

(٣) السنن الكبير للبيهقي ١٢٥/٨ . فقه عمر بن الخطاب للدكتور رويعي بن راجح ٣٩٤/٣ ، دار العرب الإسلامي بيروت ط١ ١٤٠٣ .

(٤) فقه عمر بن الخطاب ٤٠٧/٣ .

أ ــ شروط القسامة عند الحنفية :

اشترط الحنفية للقسامة شروطا منها [١] : ــ

١ ــ أن يكون الموجود قتيلاً وأن يكون به أثر القتل من جراحة أو أثر ضرب أو خنق فإن لم يكن شيء من ذلك فلا قسامة فيه.وعلى هذا قالوا إذا وجد الدم يخرج من فمه أو من أنفه أو دبره أو ذكره فلا شيء فيه لأن الدمّ يخرج من هذه المواضع عادة بدون الضرب وإن خرج الدم من عينيه أو أذنه ففيه القسامة والدية لأن الدم لا يخرج من هذه المواضع عادة [٢].

٢ ــ أن لا يعلم قاتله فإن علم قاتله فلا قسامة فيه ولكن يجب القصاص، إن كان قتلاً يوجب القصاص وتجب الدية إن كان قتلاً يوجب الدية .

٣ ــ أن يكون القتيل من بني آدم فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلّة قوم ولا غرم فيها لأن لزوم القسامة في نفسها أمر ثبت بخلاف القياس .

٤ ــ إنكار المدعى عليه لأن اليمين وظيفة المنكر قال عليه الصلاة والسلام : واليمين على من أنكر" فجعل جنس اليمين على المنكر .

٥ ــ الدعوى من أولياء القتيل لأن القسامة يمين واليمين لا تجب بدون الدعوى كما في سائر الدعاوي .

٦ ــ المطالبة بالقسامة لأن اليمين حق المدعى وحق الإنسان يوفي عند طلبه فلهم أن يختاروا من يتهمونه ويستحلفون صالحي العشيرة الذين يعلمون أنهم لا يحلفون كذباً ولو طولب من عليه القسامة بها فنكل عن اليمين حبس حتى يحلف أو يقر .

٧ ــ أن يكون الموضع الذي وجد فيه القتيل ملكاً لأحد أوفى يد أحد فإن لم يكن ملكا لأحدٍ أو في يد أحد أصلاً فلا قسامة فيه ولا دية وإن كان في يد أحد العموم لا تجب القسامة وتجب الدية لأنه لا سبيل إلى إيجاب القسامة على الكل لتعذر الاستيفاء من الكل وأمكن إيجاب الدية

---

(١) البدائع ٢٨٧/٧ وما بعدها .

(٢) وذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يشترط في القسامة ظهور دم ولا جرح لأن النبي صلّى اللّه عليه وسلّم لم يسأل الأنصار هل بقتيلهم أثر أم لا ولأن القتل يحصل بالخنق وعصر البيضة ونحوهما . انظر بداية المجتهد ٤٣١/٢، والفواكه الدواني ٢٤٩/٣ ، مغنى المحتاج ١١١/٤ ، كشاف المفتاح ٧٠/٦ .

على الكل لإمكان الاستيفاء منهم بالأخذ من بيت المال استيفاء منهم" [١] .

٨ ــ أن لا يكون القتيل ملكا لصاحب الملك الذي وجد فيه فلا قسامة ولا دية في قنّ أو مدبر أو مكاتب أو مأذون وجد قتيلا في دار مولاه لأنه ملكه .

شروط القسامة عند المالكية :

شروط وجوب القسامة عند المالكية سبعة ، ذكرها النفراني في الفواكه الدواني فقال :

شروط وجوب القسامة سبعة [٢] : ــ

١ ــ أن يدعى القتل من لا يعرف قاتله ببينة أو بإقرارِ المدعى عليه .

٢ ــ أن يكون المقتول حراً مسلماً .

٣ ــ أن يكون المدعى به قتلا لا جرحاً .

٤ ــ أن تتفق الأولياء على القتل .

٥ ــ أن يكون ولاة الدم في العمد اثنين فصاعداً .

٦ ــ أن يكون الأولياء في العمد رجالاً عقلاء بالغين .

٧ ــ أن يــكون مع الأولياء لوث يقوّي دعواهم كالشاهد العدل رؤية القتيل أو رؤيته للمقتول يتشحط في دمه والمتهم قربه وعليه أثر القتل .

شروط القسامة عند الشافعية :

واشترط الشافعية لوجوب القسامة شروطاً خمسة ذكرها النووي في الروضة [٣] .

١ ــ تعيين المدعى عليه بأن ادعى القتل على شخص أو جماعة معينين .

---

(١) وذهب المالكية والشافعية والقاضي من الحنابلة إلى أن وجود المقتول في قرية قوم أو دارهم إذا كان يخــالطهم غيرهم فيها لا يعتبر لوثا يوجوب القسامة وأما إن لم يكن يدخل قريتهم سواهم ووجد قتيل من غيرهم فيها فإنه يكون لوثا بوجب القسامة كما في قصة عبد الله بن سهل رضي الله عنه فإنه عليه الصلاة والسلام جعل فيه القسامة لابني عمه حويصة ومحيصة وأخيه عبد الرحمن لأن خيبر ما كان يخالط اليهود فيها غيرهم . انظــر حاشــية الدســوقي ٢٩٢/٤ ، الفواكه الدواني ٢٥٠/٢ ، روضة الطالبين ١٠/١٠.

(٢) الفواكه الدواني ٢٤٧/٢ .

(٣) روضة الطالبين ٣/١٠ وما بعدها ، مغني المحتاج ١٠٩/٤ .

٢ ــ أن تكون الدعوى مفصلة أقتله عمداً أم خطأ أم شبه عمد منفرداً أم شـــارك غـــيره لأن الأحكام تختلف بهذه الأحوال ويتوجه الواجب تارة على العاقلة وتارة على القاتل فلا يعـــرف من يطالب إلا بالتفصيل وفي الأصح لا يلزم على القاضي سماع دعوى إلا أن تكون محررة.

٣ ــ أن يكون المدعي مكلفاً ملتزماً فلا تسمع دعوى صبي ومجنون وحربي ولا يضر كون المدعي صبياً أو مجنوناً حالة القتل إذا كان بصفة الكمال عند الدعوى لأنه قد يعلـــم الحـــال بالتسامع .

٤ ــ أن يكون المدعى عليه مكلفاً فلا يدعي على صبي ومجنون فلو ادعى علـــى محجـــور عليه بسفه نظر، إن كان هناك لوث سمعت الدعوى سواء ادعى عمداً أو خطأ أو شبه عمـــد، ويقسم المدعي، ويكون الحكم كما في غير السفيه فإن لم يكن لوث فإن ادعى قتـــلا يوجـــب القصاص سمعت الدعوى لأن إقراره بما يوجب القصاص مقبول ، وإن كان غير ذلك فهـــذا مبني على أن إقرار المحجور عليه بالإتلاف هل يقبل أم لا ؟

٥ ــ أن لا تتناقض دعواه فلو ادعى على شخصٍ تفرده بالقتل ، ثم على أخر تفرده بالقتل أو مشاركته لم تسمع الثانية . ولو صدقه الثاني في دعواه فوجهان .

شروط وجوب القسامة عند الحنابلة :

واشترط الحنابلة لوجوب القسامة شروطاً منها[1] :

١ ــ دعوى القتل ذكرا كان المقتول أو أنثى حراً أو عبداً أو مسلماً أو ذمياً فأما الجراح فـــلا قسامة فيه قال المرداوي وهذا هو المذهب وعليه جماهير الأصحاب وقيل لا قسامة في عبـــد وكافر وهو ظاهر كلام الخرقي لأن القسامة عنده لا تشرع إلا فيما يوجب القصاص .

٢ ــ اللّوث وهو العداوة الظاهرة كنحو ما كان بين الأنصار وأهل خيبر وكما بيـــن القبـــائل التي يطلب بعضها بعضاً بثأر في ظاهر المذهب ، وعنه أنه يغلب على الظن صحة الدعوى به كتفرق جماعة عن قتيل ووجود قتيل عند من معه سيف ملطّخ بدم وشهادة جماعة ممن لا يثبت القتل بشهادتهم كالنساء والصبيان .

٣ ــ اتفاق الأولياء في الدعوى فإن ادعى بعضهم وأنكر بعضهم لم تثبت القسامة .

---

(١) الإنصاف ١٣٩/١٠ ، كشاف القناع ٦٨/٦ وما بعدها المقنع ٤٣٢/٣ ، منتهى الإرادات ٤٥٢/٢ .

٤ ــ أن يكون في المدعين رجال عقلاء ولا مدخل للنساء والصبيان والمجانين في القسامة عمداً كان القتل أو خطأً فإن كان اثنين أحدهما غائب أو غير مكلف فللحاضر المكلف أن يحلّف ويستحق نصيبه من الدية وهل يحلّف خمسين أو خمساً وعشرين؟ على وجهين . وإذا قدم الغائب أو بلغ الصبي حلف خمساً وعشرين .

الخلاصة :

بعد سردنا شروط وجوب القسامة لدى الفقهاء نجد أن اللّوث شرط أساسي لدى معظم الفقهاء [١] .

واشترط الحنفية أن يكون القتيل في محلة قوم وأن يكون فيه أثر قتل من جراحة أو أثر ضرب أو خنق فإن لم يكن شيء من ذلك فلا قسامة فيه ، ومما هو محل اتفاق بين الفقهاء وجود قتيل فإن لم يوجد قتيل فلا قسامة في جراحة أو ضرب . وأن يكون المقتول آدمياً فلا قسامة في بهيمة، وإنكار المدعى عليه القتل فإن اعترف المدعي عليه القتل بطلت القسامة ووجب القصاص أو الدية .

واختلف الفقهاء في شرط الإسلام فاشترط المالكية كون المقتول مسلماً وحراً فلا قسامة في كافر أو عبد . وذهب جمهور الفقهاء عدم اعتبار شرط الإسلام فاثبتوا القسامة لغير

---

(١) اللّوث كما في لسان العرب . الشر وقيل الجراحات وقيل المطالبات بالأحقاد . لسان العرب ١٨٥/٢ .

وفي الإفصاح في فقه اللغة : اللّوث لاث الشيء بلوثه لوثاً أي أداره مرتين كما ثلاث العمامة والإزار . الإفصاح في فقه اللغة ٣٧٧/١ .

وفي اصطلاح الفقهاء : فقد عبر عنه المالكية : اللّوث بأنه هو الأمر الذي ينشأ عنه غلبة الظن بصدق المدعى : الفواكه الدواني ٢٥٠/٢ وعند الشافعية : اللوث : قرينة تثير الظن وتوقع في القلب صدق المدعي . وله طرق منها:

١ ــ أن يوجد قتيل في قبيلة أو حصن أو قرية صغيرة أو محلّة منفصلة عن البلد الكبير وبين القتيل وبين أهلها عداوة ظاهرة فهو لوث في حقهم .

٢ ــ لو تفرقت جماعة عن قتيل في دار دخلها عليهم ضيفاً أو دخل معهم لحاجة أو في مسجد أو بستان أو طريق صحراء فهو لوث .

٣ ــ ولو تقابل صفان فتقاتلا وانكشفا عن قتيل من أحدهما فإن اختلطوا أو وصل سلاح أحدهم إلى الآخرين فهو لوث.

٤ ــ وإذا وجد قتيل في صحراء عنده رجل معه سلاح متلطّخ بدم أو على ثوبه أثر دم فهو لوث .

٥ ــ لو شهد عدل بأن زيداً قتل فلانا فهو لوث .

٦ ــ لو وقع في ألسنة العام والخاص أن زيداً قتل فلانا فهو لوث في حقه . الروضة ١٠/١٠ .

المسلم إذا كان ذمياً لأن الذمي دمه مصون في دار الإسلام . كما اشترط المالكية والحنابلة شرط الذكورية في المدعى فقال المالكية إن كانت الدعوى بالقتل العمد فيشترط فيمن يحلف الأيمان أن يكون ذكراً مكلفاً وأما النساء فلا يحلفن في العمد ويحلفن بالقتل الخطأ وقال الحنابلة : التكليف والذكورية في القسامة يشترطان في المدعي سواء أكانت الدعوى خطأ أو عمداً . وأما الشافعية فلم يفرقوا بين الذكر والأنثى في دعوى القسامة وإنما قالوا توزّع الأيمان حسب الإرث ويجبر المنكسر . واشترط الحنفية أن يكون القاتل مجهولا [١] بخلاف الأئمة الثلاثة فإنهم اشترطوا أن يكون القاتل معيناً .

المطلب الثاني : القضاء بأيمان القسامة .

اتفق الفقهاء القائلون بمشروعية القسامة بالقضاء بأيمان القسامة وأنها توجب الدية في القتل الخطأ وشبه العمد واختلفوا في موجب القسامة في القتل العمد ، فذهب جمهور الفقهاء أن القسامة في القتل العمد توجب القود ، وذهب الحنفية والشافعي فى القول الجديد إلى أن القسامة في العمد توجب الدية لا القود [٢] .

المذهب الأول : القسامة توجب القود .

ذهب المالكية والحنابلة والظاهرية والشافعي فى القول القديم إلى أن الأيمان في القسامة في القتل العمد توجب القصاص . جاء في الفواكه الدواني من كتب المالكية : ولا تقتل نفس بنفس إلا ببينة عادلة أو باعتراف أو بالقسامة وهي خمسون يميناً إذا وجبت القسامة وذلك فيما إذا كان القاتل عاقلا بالغاً مكافئاً للمقتول في الدين والحرية غير أب [٣] . وقال ابن قدامة وأن الأولياء إذا حلفوا استحقوا القود إذا كانت الدعوى عمداً إلا أن يمنع منه مانع

---

(١) المدونة الكبرى ٤١٨/٦ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٥٥/٤ ، المغنى لابن قدامة ٢٠٨/١٠ ، مغني المحتاج ١١٥/٤ ، البدائع ٢٨٨/٧ .

(٢) البدائع ٢٨٦/٧، المبسوط ١٠٨/٢٦ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٩٧/٤، الفواكه الدواني ٢٤٧/٢ روضة الطالبين ٢٣/١٠، مغني المحتاج ١١٧/٤ ، المغني لابن قدامة ٢٠٤/١٢ ، كشاف القناع ٧٦/٦، المحلى لابن حزم ٧٦/٨ وما بعدها .

(٣) الفواكه الدواني ٢٤٧/٢، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٩٧/٤ ، بداية المجتهد ٤٢٩/٢ .

وفي المقنع : إذا حلف الأولياء استحقوا القود إذا كانت الدعوى عمداً إلا أن يمنع مانع روى ذلك عن ابن الزبير وعمر بن عبد العزيز [١] .

وقال النووي : وإن ادعى قتلا عمداً والمدعى عليه ممن يقتل بذلك فهل يجب القصاص بالقسامة ؟ فيه قولان : القديم نعم [٢] .

الأدلـــة :

استدل الجمهور القائلون بأن القسامة موجبها القود أدلة منها .

١ ــ حديث سهل بن حثمة في مقتل عبد اللّه بن سهل الأنصاري في خيبر ، فقال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم "يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته . قال ابن قدامة . ولنا قول النبي صلّى اللّه عليه وسلّم : يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته[٣] رواه الجماعة [٤] .

وفي رواية لمسلم : فيسلم إليكم ، وفي لفظ : فقال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم . والمراد من دم صاحبكم أي دم قاتلكم لأن دم القتيل ثابت لهم قبل اليمين [٥] .

قال ابن دقيق العيد : الاستدلال بالرواية التي فيها فيدفع برمته أقوى من الاستدلال بقوله دم صاحبكم لأن قوله يدفع برمته لفظ مستعمل في دفع القاتل للأولياء للقتيل ولو أن الواجب الدية لبعد استعمال هذا اللفظ وهو في استعماله في تسليم القاتل أظهر [٦] .

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٠٤/١٢ . المقنع ٤٤٠/٣ .

(٢) روضة الطالبين ٢٣/١٠ ، مغني المحتاج ١١٧/٤ .

(٣) والرّمة الحبل الذي يربط به من عليه القود ولأنها حجة يثبت بها العمد فيجب بها القود كالبينة . المغني لابن قدامة ١٢/ ٢٠٥.

(٤) أخرجه البخاري في باب إكرام الكبير من كتاب الأدب وباب الشهادة على الخط المحتوم وباب الحاكم إلى عماله من كتاب الأحكام صحيح البخاري ٤١/٨ ــ ٤٢ . وأخرجه مسلم في باب القسامة صحيح مسلم٢٩٢/٣ . وأخرجه أبو داود في القتل بالقسامة من كتاب الديات مسند أبو داود ٤٨٤/٢ ــ ٤٨٥ . والترمذي في باب ما جاء في القسامة من أبواب الديات عارضة الأحوذي ١٩٢/٦ ــ ١٩٤. والنسائي في باب ذكر اختلاف الناقلين لخبر سهل فيه من كتاب القسامة ٦/٨ ــ ١٢ ، والإمام مالك في باب تبرئة أهل الذمة في القسامة في كتاب القسامة . الموطأ ٨٧٧/٢.

(٥) تقدم تخرج الحديث : وانظر المغني لابن قدامة ٢٠٥/١٢ .

(٦) فتح الباري ٢٩٢/١٢ .

وفي رواية أخرى : فذكروا لرسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم مقتل عبد اللّه بن سهل فقال لهم أتحلفون خمسين يميناً وتستحقون صاحبكم أو قاتلكم ، قالوا : وكيف نحلف ولم نشهد[١]. قال محمد بن اسماعيل في كتابه القسامة في الفقه الإسلامي ، ويتبين أن الأحاديث في قصة عبد اللّه بن سهل تتلاقي عند معنى واحد هو تسليم القاتل لأولياء الدم إذا حلفوا عليه خمسين يميناً ليقتصوا منه بقتيلهم وإن اختلفت الألفاظ ، وما هذا بأول حديث روى بألفاظ مختلفة مع إتحاد معانيها ، وقد قرر العلماء قاطبة أن رواية الحديث بالمعنى جائزة للعارف بلغة العرب ومقاصد الشرع ، وبذلك كله تدرك تفاهة التشكيك في دلالة الحديث على أن موجب القسامة القصاص [٢] .

٢ ــ ومن الأدلة التي استدل بها الجمهور حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم أنه قتل بالقسامة رجلاً من بني نصر بن مالك ببحرة الرغاء على شط ليّة البحرة.رواه أبو داود[٣] . قال المنذري : هذا معضل أي سقط منه روايان على التوالي بعد عمرو بن شعيب وعليه فلا يكون حجة بانفراده [٤] .

٣ ــ وعن أبي المغيرة أن رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم أفاد بالقسامة في الطائف رواه أبو داود . قال ابن قدامة : وهذا نص لأن الشارع جعل القول قول المدعى مع يمينه إحتياطا للدمّ فإن لم يجب القود سقط هذا المعنى [٥] . وقال البيهقي : منقطع .

٤ ــ وعن سليمان بن يسار وأبي سلمة بن عبد الرحمن عن أناس من أصحاب رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم "أن القسامة كانت في الجاهلية وأقرها النبي صلّى اللّه عليه وسلّم على ما كانت عليه في الجاهلية وقضي بها ناس من الأنصار في قتيل ادعوه على يهود خيبر . رواه مسلم والنسائي [٦] .

---

(١) تقدم تخريج الحديث .

(٢) القسامة في الفقه الإسلامي ص : ١٣٩ .

(٣) سنن أبي داود في كتاب الديات ، باب القتل بالقسامة ١٧٨/٤ ، دار إحياء السنة النبوية .

(٤) عون المعبود لشرح سنن أبي داود ٢٤٨/١٢ .

(٥) المغني لابن قدامة ٢٠٤/١٢ .

(٦) سنن النسائي في كتاب القسامة ٥/٨ وصحيح مسلم بشرح النووي ١٥٢/١١ .

قال الحافظ في الفتح : وهذا يتوقف على ثبوت أنهم كانوا في الجاهلية يقتلون بالقسامة[١] .

واستدلوا أيضاً ما رواه البيهقي عن عبد الرحمن بن أبي الزناد أن أباه قال أخبرني خارجة بن زيد أن رجلاً من الأنصار قتل وهو سكران رجلاً ضربه بشويق ولم يكن على ذلك بينة قاطعة إلا لطخ أو شبيه ذلك وفي الناس يومئذٍ من أصحاب رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم ومن فقهاء الناس ما لا يحصى وما إختلف اثنان منهم أن يحلف ولاة المقتول ويقتلوا أو يستحقوا فحلفوا خمسين يميناً وقتلوا وكانوا يخبرون أن رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم قضى بالقسامة [٢] .

قال أبو الزناد : قتلنا بالقسامة والصحابة متوافرون إني لأرى أنهم ألف رجل فما اختلف منهم اثنان . قال الحافظ في الفتح : إنما نقل ذلك أبو الزناد عن خارجة بن زيد بن ثابت كما أخرجه سعيد بن منصور والبيهقي من راية عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه ، وإلا فأبو الزناد لا يثبت أنه رأى عشرين من الصحابة فضلاً عن ألف [٣] .

تلك أدلة الجمهور على أن الواجب في القسامة القود لكن هل يقتل في القسامة أكثر من واحد ؟ ذهب المالكية والحنابلة في الرّاجح عندهم إلى أنه لايستحق بالقسامة أكثر من قتيل واحدٍ [٤] . ففي الفواكه الدواني: ولا يقتل بالقسامة أكثر من رجل واحدٍ. وقال ابن قدامة: لا يختلف المذهب أنه لا يستحق بالقسامة أكثر من قتل واحدٍ وبهذا قال الزهري ومالك وبعض أصحاب الشافعي . وقال بعضهم يستحق بها قتل الجماعة لأنها بينة موجودة للقود فاستوى فيها الواحد والجماعة كالبينة وهذا قول أبي ثور وعلّل ابن قدامة بالاختصار بالواحد دون الجماعة لأنها بينة ضعيفة خولف بها الأصل في قتل الواحد فيقتصر عليه ويبقى على الأصل فيما عداه وبيان مخالفة الأصل بها ثبت باللوث واللوث شبهة مغلّبة على الظن صدق المدعى والقود يسقط بالشبهات فكيف يثبت بها[٥] .

---

(١) فتح الباري ٢٩٣/١٢ .

(٢) السنن الكبير للبيهقي ١٢٧/٨ .

(٣) فتح الباري ٢٩١/١٢ .

(٤) الفواكه الدواني ٢٤٩/٢ . حاشية الدسوقي ، على الشرح الكبير ٢٩٦/٤ .

(٥) المغني لابن قدامة ٢١٨/١٢ ، المقنع ٤٣٨/٢ . المحرر في الفقه الإسلامي ١٥١/٢ .

ولا يفرق القول القديم للشافعي بين الواحد والجماعة فيقتل الجماعة كما يقتل الواحد في القسامة قال النووي : وعلى القديم لا فرق بين أن تكون الدعوى على واحد أو جماعة كالبينة وخرج ابن سريج على القديم أن الولي يختار واحداً منهم فيقتله قصاصاً ولا يقتل الجميع وقيل على هذا يأخذ من الباقين حصتهم من الدية وهو ضعيف [١] .

المذهب الثاني : القسامة توجب الدية :

ذهب الحنفية والشافعي في القول الجديد وأكثر أصحاب الشافعي والحسن البصري والشعبي والنخعي إلى أن القسامة توجب الدية ولا توجب القود[٢] . قال السرخسي : وإذا وجد الرجل قتيلاً في محلة قوم فعليهم أن يقسم منهم خمسون رجلاً باللّه ما قتلناه ولا علمنا له قائلاً ثم يغرمون الدية[٣] . وفي مغني المحتاج : في قتل الخطأ أو شبه العمد دية على العاقلة وفي العمد على المقسم عليه لأن القسامة حجة ضعيفة فلا توجب القصاص إحتياطاً لأمر الدّماء كالشاهد واليمين[٤] . وقال النووي في الرّوضة : فإذا أقسم الولي في محل اللّوث فإن كان ادعى قتل خطأ أو شبه عمد وجبت الدّية على عاقلة المحلوف عليه وإن ادعى قتلا عمداً فهل يجب القصاص بالقسامة قولان ، القديم نعم ، والجديد الأظهر لا . فعلى الجديد تجب الدية في مال القاتل حالة[٥] .

الأدلـــة :

استدل أصحاب المذهب الثاني بأدلة منها :

أولاً : عن أبي قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره يوماً للنّاس ثم أذن لهم فدخلوا فقال: ما تقولون في القسامة؟ قالوا: نقول القسامة القود بها حق، وقد أقادت بها الخلفاء. قال لي: ما تقول يا أبا قلابة ؟ ونصبني للنّاس فقلت : يا أمير المؤمنين عندك رؤس الأجناد

---

(١) روضة الطالبين ٢٣/١٠ .

(٢) المبسوط للسرخي ١٠٦/٢٦ ، البدائع ٢٨٦/٧ ، الروضة ٢٣/١٠ ، مغني المحتاج ١١٧/٤.

(٣) المبسوط ١٠٦/٢٦ قلت وهنا يظهر الخلاف بين الحنفية والقول الجديد للشافعي فالحنفية أوجبوا الأيمان والدّية على المدعى عليه . بخلاف الشافعية فإنهم يوجبون الأيمان على المدعين أولاً فإن لم يحلفوا فعلي المدعى عليهم وإذا حلف المدعى عليهم فإنهم يبرؤون وإذا امتنع المدعى عليهم عن اليمين فعند الشافعية ترد اليمين مرة أخرى . انظر الروضة ١٠/ ، مغني المحتاج ١١٧/٤ .

(٤) مغني المحتاج ١١٧/٤ .

(٥) روضة الطالبين ٢٣/١٠ .

وأشراف العرب أرأيت لو أن خمسين منهم شهدوا على رجل محصن بدمشق أنه قد زنى ولم يروه أكنت ترجمه؟ قال : لا . قلت : أرأيت لو أن خمسين منهم شهدوا على رجل بحمص أنه سرق أكنت تقطعه ولم يروه ؟ قال : لا . قال : فواللّه ما قتل رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ واحداً قط إلا في إحدى ثلاث : رجل قتل بجريرة نفسه فقتل أو رجل زنى بعد إحصان أو رجل حارب اللّه ورسوله وارتد عن الإسلام . رواه البخاري[١] .

فالظاهر من الأثر أن أبا قلابة يرى الثابت في القسامة الدية لا القود وأنه لا يقتل أحد إلا بإحدى ثلاث .

ثانياً : ومن الأدلة التي استدل بها أصحاب المذهب الثاني ما أخرجه البخاري في صحيحه عن الأشعث بن قيس قال : قال النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ: شاهداك أو يمينه. وقال ابن أبي مليكة : لم يقد بها معاوية . وكتب عمر بن عبد العزيز إلى عدي بن أرطأة وكان أمّره على البصرة في قتيل وجد عند بيت من بيوت السمانيين إن وجد أصحابه بينة، وإلا فلا تظلم النّاس فإن هذا لا يقضى فيه إلى يوم القيامة . رواه البخاري[٢] .

ثالثا : ما أورده البخاري في صحيحه : قد كانت هذيل خلعوا خليعاً لهم في الجاهلية فطرق أهل بيت من اليمن بالبطحاء فانتبه له رجل منهم فحذفه بالسيف فقتله فجاءت هذيل فأخذوا اليماني فرفعوه إلى عمر بالموسم . وقالوا : قتل صاحبنا فقال إنهم قد خلعوه فقال: يقسم خمسون من هذيل ما خلعوه فاقسم منهم تسعه وأربعون رجلاً وقدم رجل منهم من الشام فسألوه أن يقسم فافتدى يمينه منهم بألف درهم فأدخلوا مكانه رجلاً آخر فدفعه إلى أخي المقتول فقرنت يده بيده قالوا فانطلقنا والخمسون الذين أقسموا حتى إذا كانوا بنخلة أخذتهم السماء فدخلوا في غار في الجبل فانهجم الغار على الخمسين الذين أقسموا فماتوا جميعا وأفلت القرينان وأتبعهما حجر فكسر رجل أخي المقتول، فعاش حولاً ثم مات[٣] .

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الديات باب القسامة ، فتح الباري ٢٨٤/١٢ .

(٢) صحيح البخاري في كتاب الديات باب القسامة ٤٢/٨ البيهقي في كتاب القسامة باب ما جاء في القتل بالقسامة ١٢٧/٨ ، دار الفكر بيروت .

(٣) قال الحافظ في الفتح : حاصل القصة أن القاتل ادعى أن المقتول لصّ وأن قومه خلعوه فأنكروا ذلك وحلفوا كاذبين فأهلكهم اللّه بحنث القسامة وخلص المظلوم وحده . فتح الباري ٢٨٥/١٢ .

قال البخاري : وقد كان عبد الملك بن مروان أقاد رجلاً بالقسامة ثم ندم بعد ما صنع فأمر بالخمسين الذين أقسموا فمحوا من الديوان وسيّرهم إلى الشام . رواه البخاري[١] .

رابعاً : عن عبد الرحمن بن بجيد قال : أن سهلاً والله أوهم الحديث أن رسول الله ــ صلّى الله عليه وسلّم ــ كتب إلى يهود أنه قد وجد بين أظهركم قتيل فدوه فكتبوا يحلفون بالله خمسين يميناً ما قتلناه ولا علمنا قاتلاً قال فوداه رسول الله ــ صلّى الله عليه وسلّم ــ من عنده مائة ناقة . رواه داود . والبيهقي[٢].

والحديث دليل أنه لا قصاص في القتيل يوجد بين أظهر قوم لا يعرف قاتله لعدم وجود البينة أو اعتراف الجاني وإنما الواجب هو الدية كما يدل على أن سهل بن أبي حتمة قد وهم في الرواية التي استدل بها الجمهور في إثبات القصاص بقسامة الأولياء[٣] . واختلف هل سمع ابن بجيد من النبي ــ صلّى الله عليه وسلّم ؟ . قال الإمام الشافعي فقال قائل ما منعك أن تأخذ بحديث ابن بجيد؟ قلت: لا أعلم أنّ ابن بجيد سمع من النبي ــ صلّى الله عليه وسلّم ــ وإن لم يكن سمع منه فهو مرسل فلسنا وإياك نثبت المرسل وقد علمت سهلاً صحب النبي ــ صلّى الله عليه وسلّم ــ وسمع منه[٤] .

وذكروا للحديث الذي رواه عبد الرحمن بن بجيد علة أخرى قال المنذري: في إسناده محمد بن إسحاق[٥] .

خامساً : عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجل من الأنصار أن النبي ــ صلّى الله عليه وسلّم ــ قال لليهود وبدأ بهم يحلف منكم خمسون رجلاً فأبوا فقال للأنصار استحقوا فقالوا : أنحلف على الغيب يا رسول الله؟ فجعلها رسول الله عليه وسلم ديته على اليهود لأنه وجد بين أظهرهم . رواه أبو داود والبيهقي[٦] . والحديث

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الديات باب القسامة ٤٤/٨ .

(٢) سنن أبي داود في كتاب الديات باب القسامة ١٧٩/٤ والبيهقي في كتاب القسامة ١٦١/٨ .

(٣) القسامة في الفقه الإسلامي ، ص : ١٤٧ .

(٤) عون المعبود شرح سنن أبي داود ٢٥٢/١٢ ، السنن الكبرى للبيهقي ١٢١/٨ قال البيهقي وابن بجيد أدرك النبيَّ ــ صلّى الله عليه وسلّم ــ .

(٥) تقدم تخريج محمد بن إسحاق .

(٦) سنن أبي داود في كتاب الديات باب في ترك القود بالقسامة ١٧٩/٤ . السنن الكبرى للبيهقي في كتاب القسامة ١٢٢/٨ .

ضعيف قال المنذري : قال بعضهم وهذا الحديث ضعيف لا يلتفت إليه وقد قيل للإمام الشافعي ما منعك أن تأخذ بحديث ابن شهاب؟ فقال : مرسل والقتيل أنصاري والأنصاريون بالعناية أولى بالعلم به من غيرهم[١] .

وقال البيهقي : وهذا مرسل بترك تسمية الذين حدثوها وهو يخالف الحديث المتصل في البداية بالقسامة وفي إعطاء الدية والثابت عن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ أنه وداه من عنده[٢] .

سادساً : ما أخرجه البيهقي عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس قال: وجد رجل من بني الأنصار قتيلاً في دالية ناس من اليهود فبعث رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ فأخذ منهم خمسين رجلاً من خيارهم فاستحلفهم باللّه ما قتلنا ولا علمنا قاتلاً وجعل عليهم الدية فقالوا : لقد قضى بما قضى فينا نبينا موسى عليه السلام . رواه البيهقي[٣] .

قال البيهقي : والكلبي متروك لا يحتج به وأبو صالح هذا ضعيف[٤] . قال الكاساني : وهذا نص في الباب وبه يبطل قول مالك رحمه اللّه بإيجاب القصاص به لأن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ غرّمهم الدية لا القصاص ولو كان الواجب القصاص لغرّمهم القصاص لا الدية[٥] .

الآثار :

واستدلوا أيضاً بالآثار التي رويت عن الصحابة رضي اللّه عنهم ومن أهمها الحادثة التي حصلت في زمن عمر بن الخطاب ــ رضي اللّه عنه ــ أن رجلاً وجد قتيلاً بين وادعة وأرحب . وفي رواية بين وادعة وساكر . وفي رواية أخرى بين خبوان ووادعة وكتب عمر ابن الخطاب أن يقاس بين القريتين فكان إلى وادعة أقرب فقضى عليهم عمر بن الخطاب ــ رضي اللّه عنه ــ بالقسامة والدية فقال حارث بن الأصبح الوادعي: يا أمير المؤمنين لا

---

(١) عون المعبود شرح سنن أبي داود ٤٥٦/١٢ ، والسنن الكبرى للبيهقي ١٢١/٨ .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ١٢٢/٨ .

(٣) السنن الكبير للبيهقي .

(٤) السنن الكبرى للبيهقي في كتاب القسامة ١٢٣/٨ .

(٥) البدائع ٢٨٦/٧ .

أيماننا دفعت عن أموالنا ولا أموالنا دفعت عن أيماننا فقال عمر: كذلك الحق حقنتم بأيمانكم دمائكم ولا يطل دم مسلم رواه البيهقي[١] .

قال السرخي[٢] : فهذه الآثار تدل على ثبوت حكم القسامة والدية في القتيل الموجود في المحلّة على أهلها ونوع من المعنى يدل عليه أيضاً وهو أن الظاهر أن القاتل منهم لأن الإنسان قلمّا يأتي من محلة إلى محلّة ليقتل مختاراً فيها وإنما تمكن القاتل منهم من هذا الفعل بقوتهم ونصرتهم فكانوا كالعاقلة فأوجب الشرع الدية عليهم صيانة لدم المقتول عن الهدر وأوجب القسامة عليهم رجاء أن يظهر القاتل بهذا الطريق فيتخلص عن الجاني إذا ظهر الجاني ولهذا يستحلفون باللّه ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً ثم على كل أهل محلة حفظ محلّتهم عن مثل هذه الفتنة لأن التدبير في محلتهم إليهم فإنما وقعت هذه الحادثة لتفريط كان منهم في الحفظ حين تغافلوا عن الأخذ على أيدي السفهاء منهم أو من غيرهم فأوجب الشرع القسامة والدية عليهم[٣] .

الإجماع :

واستدل أصحاب المذهب الثاني الإجماع على ما ذهبوا إليه فقال الكاساني : بعد أن ذكر قصة عمر بن الخطاب ــ رضي اللّه عنه ــ وكذا روي عن علي ــ رضي اللّه عنه ــ ولم ينقل الإنكار عليهما من أحد من الصحابة ــ رضي اللّه عنهم فيكون إجماعاً[٤] .

الراجح :

إن مسألة القسامة من أشكل المسائل في الفقه ، والآثار الواردة فيها مضطربة غاية الاضطراب ، والإمام الشوكاني بعد سرده أدلة القسامة والآثار الواردة فيها قال : والحاصل أن أحكام القسامة مضطربة غاية الاضطراب ، والأدلة فيها واردة على أنحاء مختلفة ،

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي في كتاب القسامة ١٢٤/٨ ، وإعلاء السنن لمظفر أحمد العثماني ٢٦٢/١٨ من منشورات دار القراءة والعلوم الإسلامية ٤٣٧/٦ ــ ص ، أي ــ كراتشى ٥ ــ باكستان . تلفون : ٧٦٤٨٨ .

(٢) السرخسي : هو محمد بن أحمد بن أبي سهلٍ السرخسي الحنفي (أبو بكر) فقيه، أصولي ، مجتهد، مجتهد، متكلم، مناظر توفي فى حدود سنة ٤٩٠هـ . تصانيفه : شرح سير الكبير ، المبسوط ، صفة أشراط الساعة ، شرح الجامع الكبير للشيبانى فى فروع الفقه الحنفى . انظر : معجم المؤلفين ٢٦٨/٨ .

(٣) كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي ١٠٨/٢٦ الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ــ لبنان ، الطبعة الثالثة .

(٤) بدائع الصنائع ٢٨٦/٧ .

ومذاهب العلماء في تفاصيلها متنوعة إلى أنواع ومتشعبة إلى شعب فمن رام الإحاطـــة بهـــا فعليه بكتب الخلاف ومطوّلات شروح الحديث[١] .

وبعد مطالعتي لمسألة القسامة وإمعان النظر في استدلالات الفقهاء لم أستطع الوصول إلى قول راجح غير أني أميل إلى القول بأن الواجب في القسامة الدية لا القود لأن القســـامة حجة ضعيفة فيحتاط فيها بأمر الدماء . والعلم عند الله .

---

(١) نيل الأوطار ٤٢/٧ .

المبحث الثاني
إيمان اللّعان

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : ماهية اللّعان تعريفه مشروعيته وشروطه .

أولاً : تعريف اللّعان لغة وشرعاً .

تعريف اللّعان لغة :

جاء في الإفصاح في فقه اللغة : واللعن السّب والطرد والإبعاد لعنه لعناً فهو ملعون ولعين والفاعل لعان واللعين والملعّن من يلعنه كل واحد وتلاعنا لعن كل منهما صاحبه ولاعن امرأته ملاعنة ولعاناً قذفها بالفجور ، والحاكم يلاعن بين الزوجين ثم يفرق وهو اللّعان[١] .

وفي كتاب الصحاح تاج اللغة العربية وصحاح العربية : واللعن : الطّرد والإبعاد من الخير واللعنة الاسم والجمع لعان ولعنات والرجل لعين وملعون ، المرأة لعين أيضاً[٢] .

وجاء في معجم مقايس اللغة : لعن أصل صحيح يدل على إبعاد وإطراد ، ولعن اللّه الشيطان أبعده من الخير والجنة يقال للذنب لعين والرجل الطريد لعين[٣] .

وفي لسان العرب : الاسم لعنة والجمع لعان ولعنات ولعنة يلعنه لعناً أي طرده وأبعده ورجل لعين وملعون ، وتلاعن القوم لعن بعضهم بعضاً ولاعن امرأته في الحكم ملاعنة . والملاعنة بين الزوجين إذا قذف الرجل امرأته أو رماها برجل أنه زنى بها فالإمام يلاعن بينهما[٤] .

---

(١) الإفصاح في فقه اللغة تأليف حسين يوسف موسى ١٩٠/١ ، الناشر عبد الفتاح الصعيدي . مركز النشر مكتب الأعلام الإسلامي الطبعة الثالثة : شوال ١٤٠٤ .

(٢) الصحاح تاج اللغة العربية وصحاح العربية تأليف إسماعيل بن حماد الجوهري . تحقيق : أحمد عبد الغفور عطار ص : ٢١٩٦/٦ دار العلم للمايين بيروت لبنان الطبعة الرابعة ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م .

(٣) معجم مقايس اللغة لأبي الحسين أحمد قاسم بن فارس بن زكريا . ٣٥٣/٥ ، تحقيق وضبط : عبد السلام محمد هارون . الناشر : مركز النشر : مكتب الأعلام الإسلامي تاريخ النشر ١٤٠٤ .

(٤) لسان العرب للإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري ٣٨٨/١٣ ، دار صادر ــ بيروت . الطبعة . وتاريخ الطبعة ليست مذكورة .

تعريف اللّعان شرعاً :

عرفّ الفقهاء اللّعان بتعريفات متقاربة وفيما يلي تعريفات الفقهـــاء مرتبـــة حســـب المذاهب الفقهية .

الحنفية :

عرف الحنفية اللّعان بأنه شهادات موكّدات بالأيمان مقرونة باللّعن قائمة مقـــام حـــدّ القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها[١] . وللحنفية تعريف آخر ، جاء في فتـــح القديـــر : اللّعان اسم لما يجري بين الزوجين من شهادات بالألفاظ المعروفة وسمي به ذلك لوجود لفظ اللعن في الخامسة من تسمية الكل باسم الجزء[٢].

المالكية :

عرّفه ابن عرفة بقوله : اللّعان حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاضٍ . وخرج بقوله اللازم الحمـــل غـــير اللازم له فإنه لا لعان فيه كما إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم العقد وكـــذا إذا كـــان الزوج خصياً . وخرج بقوله وحلفها الخ ما إذا حلف ونكلت ولم يوجب النكول حدها كمـــا إذا غصبت فأنكر ولدها وثبت الغصب فلا لعان عليها واللّعان عليه وحده . وخرج بقوله بحكـــم قاض الخ لعان الزوجة والزوج من غير حكم فإنه ليس بلعان شرعي[٣] .

الشافعية :

عرّف الإمام الشربيني الخطيب اللّعان : بأنه كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطّخ فراشه وألحق العار به أو إلى نفي ولد[٤] .

الحنابلة :

---

(١) التعريفات للجرجاني : ص : ٢٤٦ ، تبيين الحقائق ١٤/٣ والبحر الرائق شرح كنز الدقائق ١١٢/٤ .

(٢) فتح القدير ٢٤٧/٣ .

(٣) الخرشي على مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المـــالكي ١٢٤/٤ ، دار الفكـــر للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة وتاريخ الطبعة ليست مذكورة .

(٤) مغنـــي المحتاج ٣٦٧/٣ وحواشي تحفة المحتاج حواشي الشرواني وابن القاسم العبادي على تحفـــة المحتـــاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيثمي ٣٠٣/٨ ، دار صادر الطبعة وتاريخ الطبعة ليست مذكورة .

عرّف منصور بن إدريس البهوتي من الحنابلة اللّعان : بأنه شهادات مؤكّدات بأيمان من الجانبين مقرونة باللّعن والغضب قائمة مقام حد قذف إن كانت الزوجة محصنة أو قائمة مقام تعزير إن لم تكن محصنة أو قائمة مقام حد الزنا في جانبها إذا أقرت بالزنا أو حبس إلى أن تقر أو تلاعن[١] .

خلاصة تعريفات الفقهاء :

بالمقارنة بين التعاريف المتقدمة نجد أن تعريف الحنفية والحنابلة أولى وأقرب بمعنى اللّعان وإن كانا لم يتعرضا في تعريفيهما السبب الموجب للعان وهو إما نفي الحمل أو الولد أو قذفه بالزّنا . وهنا تأتي خلاصة تعريفات الفقهاء للعان بأنه : شهادات تجري بين الزوجين مؤكّدة مقرونة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة على نفي حمل أو زناها قائمة مقام حد القذف في حق الزوج وقائمة مقام حد الزنا في جانبها أو في حقها.

سبب تسميته باللّعان دون الغضب :

قال ابن الهمام من الحنفية[٢] : سمي ذلك به لوجود لفظ اللّعن في الخامسة من تسمية الكل باسم الجزء ولم يسمّ باسم الغضب وهو أيضاً موجود فيه لأنه في كلامهما ، وذلك في كلامه وهو أسبق والسبق من أسباب الترجيح[٣] . وقال النووي : قال العلماء من أصحابنا وغيرهم أختير لفظ اللّعن على لفظ الغضب وإن كانا موجودين في الآية الكريمة وفي صورة اللّعان لأن لفظ اللّعنة متقدم في الآية الكريمة ولأن جانب الرجل فيه أقوى من جانبها لأنه قادر على الابتداء باللّعان دونها ولأنه قد ينفك لعانه عن لعانها ولا ينعكس وقيل سمي لعاناً من اللّعن وهو الطرد والإبعاد لأن كلاً منهما يبعد عن صاحبه ويحرم النكاح بينهما على التأبيد[٤] . وقال ابن حجر : واختير لفظ اللعن دون الغضب في التسمية لأنه قول الرجل وهو

---

(١) كشاف القناع ٣٩٠/٥ .

(٢) ابن الهمام : هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود السوالسي الأصلي الاسكندري ثم القاهري ، الحنفي المعروف بابن الهمام (كمال الدين) عالم مشارك في الفقه ، والأصول ، والتفسير ، وعلم الطبيعة ، والفرائض . والحساب ، والتصوف ، وغير ذلك من العلوم . من تصانيفه : شرح الهداية في فروع الفقه الحنفي وسماه . فتتح القدير للعاجز الفقير ، التحرير في أصول الفقه . انظر معجم المؤلفين ٢٦٤/١٠ .

(٣) شرح فتح القدير للعاجز الفقير . الشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد ١١١/٤ ، دار إحياء التراث العربي ــ بيروت لبنان . الطبعة وتاريخ الطبعة ليست مذكورة .

(٤) شرح مسلم للنووي ١١٩/١٠ .

الذي بدأ به في الآية وهو أيضاً يبدأ به ، وله أن يرجع عنه فيسقط عن المرأة بغير عكس ، وقيل سمي لعاناً لأن اللعن الطرد والإبعاد وهو مشترك بينهما وإنما خصت المرأة بلفظ الغضب لعظم الذنب بالنسبة إليها لأن الرجل إذا كان كاذباً لم يصل ذنبه إلى أكثر من القذف وإن كانت كاذبة فذنبها أعظم لما فيه من تلويث الفراش والتعرض لإلحاق من ليس من الزوج فتنتشر المحرمية وتثبت الولاية والميراث لمن لا يستحقهما[١] .

تكييف اللّعان :

اختلف الفقهاء هل الأيمان في اللّعان شهادات أم أيمان :

فقال الجمهور[٢] : أيمان اللّعان أيمان وبناء عليه فلا يصح لعان من لم يكن من أهل اليمين.

وقال الحنفية[٣] : أيمان اللّعان شهادات وعليه فلا يصح لعان من لم يكن من أهل الشهادات

قال الكاساني: اللّعان شهادات مؤكدة بالأيمان مقرونة باللّعن وبالغضب وقال الشافعي : اللّعان أيمان بلفظ الشهادة مقرونة باللّعن والغضب فكل من كان من أهل اليمين فهو من أهل اللّعان عنده سواء أكان من أهل الشهادة أم لم يكن[٤] ولكل من الفريقين أدلة يستدل بها لتأييد مذهبه وفيما يلي أدلة كل فريق منهما .

دليل الجمهور :

استدل الجمهور بقوله تعالى : "فشهادة أحدهم أربع شهادات باللّه . الآية"[٥] .

فقال الجمهور : فسر اللّه تعالى اللّعان بالشهادة باللّه والشهادة باللّه يمين ألا ترى أن من قال أشهد باللّه يكون يميناً إلا أنه يمين بلفظ الشهادة ولأن اللّعان لو كان شهادة لما قرنه بذكر اسم اللّه تعالى لأن الشهادة لا تفتقر إلى ذلك وإنما اليمين هي التي تفتقر إليه ولأنه لو كان شهادة

---

(١) فتح الباري ٥٤٩/٩ شرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني طبعة منقحة ومصححة . حقق أصلها : عبد العزيز ابن باز . رقّم كتبها وأبوابها ، وأحاديثها : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان . الطبعة الأولى ١٤١٠هـ ١٩٨٦م .

(٢) بداية المجتهد ص : ١١٨/٢ ، الروضة ٣٣٤/٨ ، زاد المعاد ٣٦٠/٥ .

(٣) البدائع ، ص : ٢٤٢ .

(٤) المصدر السابق ، ٢٤٢/٣ .

(٥) سورة النور آية : ٦ .

لكانت شهادة على النصف من شهادة الرجل كما في سائر المواضع التي للمرأة فيها شهادة فينتفي أن تشهد المرأة عشر مرات فلما لم يكن ذلك دلّ أنه ليس بشهادة[١] .

ومن السنة : استدلوا بحديث الرسول ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ لو لا الأيمان التي سبقت لكان لي فيها رأي . وفي بعض الروايات لكان لي ولها شأن[٢] . فقالوا : سمي الرسول ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ اللّعان أيماناً لا شهادة فدل أنه يمين لا شهادة .

دليل الحنفية :

ودليل الحنفية قوله تعالى : ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات باللّه﴾[٣] الآية . قال الكاساني : والاستدلال من الآية من وجهين:

الوجه الأول : أن اللّه تعالى سمى الذين يرمون أزواجهم شهداء لأنه استثناهم من الشهداء بقوله تعالى (ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم) والمستثنى من جنس المستثنى منه .

الوجه الثاني : أنه سمى اللّعان شهادة نصاً بقوله عز وجل : (فشهادة أحدهم أربع شهادات باللّه) الآية. والخامسة أي الشهادة الخامسة وقال تعالى ﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات باللّه﴾ الآية والخامسة أي الشهادة الخامسة إلا أنه تعالى سماه شهادة باللّه تأكيداً للشهادة باليمين . قال الكاساني : وهذا مذهبنا ، أنه شهادات مؤكدة بالأيمان وهو أولى مما قاله المخالف لأنه عمل باللفظين في معنيين وفيما قاله "الجمهور" حمل اللفظين على معنى واحد فكان ما قلناه أولى[٤] .

أجاب الحنفية عن أدلة الجمهور فقالوا[٥] : وأما قولكم لو كان شهادة لكان في حق المرأة على النصف من شهادة الرجل : فنقول : هو شهادة مؤكدة باليمين فيراعى فيه الشهادة ومعنى اليمين . وأجابوا عن الحديث الذي استدل به الجمهور ونصه : لولا الأيمان التي سبقت . وفي رواية أخرى : لولا ما مضى من الأيمان لكان لي ولها شأن الخ قالوا : فالمحفوظ فيه: لولا ما مضى من كتاب اللّه هذا لفظ البخاري في صحيحه . وأما قوله لولا ما

---

(١) البدائع ٢٣٢/٣ .

(٢) أخرجه النسائي في كتاب الطلاق باب اللّعان ١٧٣/٦ .

(٣) سورة النور آية : ٦ .

(٤) البدائع ٢٤٢/٣ .

(٥) المصدر السابق .

مضى من الأيمان : فمن رواية عباد بن منصور وقد تكلم فيه غير واحد . قال يحيى بن معين ليس بشيء . وقال علي بن الحسين بن الجنيد الرازي متروك قدري . وقال النسائي ضعيف . وبهذا أصبح دليلكم ضعيفاً ولا تقوم به حجة .

قالوا : وقد استقرت قاعدة الشريعة أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه[١] . والزوج هنا مدع فلعانه شهادة ولو كان يميناً لم تشرع في جانبه .

وأجاب الجمهور[٢] عن أدلة الحنفية فقالوا : وأما ردكم بقوله : لولا ما مضى من الأيمان ، وتضعيفكم بهذه الرواية وقولكم عنه بأنه ضعيف لا تقوم به حجة فغير مسلم ، لأن الحديث رواه أبو داود ولا بأس في إسناده . وأما تعلقكم على عباد بن منصور : فأكثر ما عيب عليه أنه قدري داعية إلى القدر . وهذا لا يوجب ردّ حديثه ففي الصحيح الاحتجاج بجماعة من القدرية والمرجئة والشيعة ممن علم صدقهم . وأيضاً لا تنافي بين قوله عليه السلام . لولا ما مضى من كتاب اللّه والرواية الثانية لولا ما مضى من الأيمان .

وأما قولكم ، إن قاعدة الشرع استقرت على أن الشهادة في جانب المدعي واليمين في جانب المدعى عليه فغير مسلم . لأن الشريعة ، لم تستقر على هذا بل قد استقرت في القسامة بأن يبتدأ بأيمان المدعين وهذا لقوة جانبهم باللّوث[٣] .

الراجح :

وبعد التتبع لآراء الفقهاء في تكييف اللّعان هل هو شهادات أم أيمان ؟ يظهر لي أن اللّعان يشمل اللفظين معا فهو أيمان بلفظ الشهادة وشهادة مؤكّدة بالقسم ، وهذا الذي اختاره ابن القيم .

قال ابن القيم : إنّ اللّعان يجمع الوصفين اليمين والشهادة فهو شهادة مؤكدة بالقسم والتكرار ويمين مغلّظة بلفظ الشهادة ، والتكرار لاقتضاء الحال تأكيد للأمر[٤] .

مشروعية اللّعان :

ثبتت مشروعية اللّعان بالكتاب والسنّة والإجماع

---

(١) البدائع ٦/٢٢٦ .

(٢) زاد المعاد ٥/٣٦٤/٣٦٥ .

(٣) زاد المعاد في هدي خير العباد ٥/٣٦٤ .

(٤) زاد المعاد ٥/٣٦٢ .

أولاً : الكتاب :

قوله تعالى : ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات باللّه أنه لمن الصادقين . والخامسة أن لعنة اللّه عليه إن كان من الكاذبين . ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات باللّه إنه لمن الكاذبين . والخامسة أن غضب اللّه عليها إن كان من الصادقين﴾[١] .

سبب نزول الآية :

اختلف العلماء في سبب نزول الآية على أقوال :

فقال بعضهم : نزلت في هلال بن أمية ، والبعض الآخر نزلت في عويمر بن عجلان ، والقول الثالث نزلت فيهما جميعاً . قال النووي : واختلف العلماء في نزول آية اللّعان هل هو بسبب عويمر بن عجلاني أم بسبب هلال بن أمية[٢] .

القول الأول : أنها نزلت في هلال بن أمية : لما ثبت عن ابن عباس أن هلال بن أمية قذف زوجته عند النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ بشريك بن سمحاء ، فقال النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ : البينة أوحد في ظهرك . فقال يا نبي اللّه إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة . فجعل النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ يكرر ذلك فقال هلال : والذي بعثك بالحق نبياً إني لصادق ولينزلَنّ اللّه ما يبرئ ظهري من الحد فنزلت الآيات . رواه الجماعة إلا مسلماً والنسائي[٣] . وبهذا ذهب جمهور العلماء أن قصة هلال بن أمية أسبق من قصة عويمر العجلاني . قال الشوكاني : قال الجمهور : السبب قصة هلال بن أمية لما تقدم من أنه كان أول رجل لاعن في الإسلام وقد حكى الماروردي أن قصة هلال أسبق من قصة عويمر[٤] . وقال ابن بضاع من الشافعية قصة هلال نزلت فيها الآية وأما قوله عليه الصلاة والسلام لعويمر إن اللّه أنزل فيك وفي صاحبتك الخ . فمعناه ما نزل في قصة هلال لأن ذلك حكم عام لجميع الناس[٥] .

---

(١) سورة النور آية : ٦ ــ ٧ .

(٢) شرح مسلم للنووي ١١٩/١٠ .

(٣) فتح الباري شرح صحيح البخاري في كتاب الطلاق باب اللّعان ٥٥٦/٩ .

(٤) نيل الأوطار ٢٧٠/٦ .

(٥) شرح مسلم للنووي ١٢٠/١٠ ، نيل الأوطار ٢٧٠/٦ .

القول الثاني : أنها نزلت في عويمر بن عجلاني : فعن سهل بن سعيد أن عويمر العجلاني أتى رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ فقال : يا رسول اللّه أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل ؟ فقال رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قد نزل فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها . قال سهل : فتلا عنا وأنا يومئذ مع الناس عند رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ فلما فرغا قال عويمر : كذبت عليها يا رسول اللّه إن أمسكتها فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قال ابن شهاب: فكانت سنة المتلاعيين . رواه الجماعة إلا الترمذي[١] .

القول الثالث : أنها نزلت فيهما جميعاً : قال النووي : ويحتمل أنها نزلت فيهما جميعاً فلعلهما سألا في وقتين متقاربين فنزلت فيهما وسبق هلال باللّعان فيصدق أنها نزلت في ذا وفي ذلك[٢] . وفي نيل الأوطار : وقال الخطيب والنووي وتبعهما الحافظ يحتمل أن يكون هلال سأل أولاً ثم سأل عويمر فنزلت في شأنهما معاً[٣] .

الراجح :

وفي رأيي أن القول الثالث هو الرّاجح لأنه جمع بين الحديثين وكما هو مقرر في علم الحديث إعمال الحديثين خير من إبطال أحدهما وهنا يمكن الجمع . وهذا ما ذهب إليه ابن حجر العسقلاني في الفتح حيث قال : وظهر لي الآن احتمال أن يكون عاصم سأل قبل النزول ثم جاء هلال بعده فنزلت عند سؤله فجاء عويمر في المرة الثانية التي قال فيها : إن الذي سألتك عنه قد ابتليت به" . فوجد الآية نزلت في شأن هلال فأعلمه بأنها نزلت فيه يعني أنها نزلت في كل من وقع له ذلك لأن ذلك لا يختص بهلال[٤] .

ثانياً : السنة :

وردت أحاديث كثيرة في مشروعية اللّعان من بينهم الحديثان المتقدمان ، ومنها :

---

(١) صحيح البخاري ١٧٩/٦ في كتاب الطلاق ــ باب اللّعان ومن طلق بعد اللّعان . فتح الباري شرح صحيح البخاري ٥٥٨/٩ .

(٢) شرح مسلم للنووي ١٢٠/١٠ .

(٣) نيل الأوطار ٢٧٠/٦ .

(٤) فتح الباري ٥٦٣/٩ .

١ ــ عن نافع عن ابن عمر أن رجلاً لاعن امرأته وانتفى من ولدها ففرّق رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ بينهما وألحق الولد بالمرأة . رواه البخاري ومسلم والنسائي[١] .

٢ ــ ومن السنة أيضاً حديث ابن عمر فرق رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ بين أخوي عجلان . وقال : اللّه أعلم إن أحدكما كاذب فهل منكما تائب ثلاثاً . متفق عليه[٢] .

٣ ــ حديث أنس أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سمحاء وكان أخا لبراء بن مالك لأمه وكان أول رجل لاعن في الإسلام . قال فلاعنها فقال رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ: أبصروها فإن جاءت به أبيض سبطاً قضى العينين فهو لهلال بن أمية وإن جاءت به أكحل جعداً حمش الساقين فهو شريك بن سمحاء قال : فأنبئت أنها جاءت به أكحل جعداً حمش الساقين . رواه مسلم والنسائي[٣] ، وفي رواية أن أول لعان كان في الإسلام أن هلال بن أمية قذف لشريك بن السمحاء بامرأته فأتى النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ فأخبره بذلك فقال النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ: أربعة شهداء وإلا فحد في ظهرك . يردد ذلك عليه مراراً فقال هلال واللّه يا رسول اللّه إن اللّه عز وجل ليعلم أني لصادق ولينزلنّ اللّه عليك ما يبرئ ظهري من الحد فبينما هم كذلك إذ نزلت عليه آية اللّعان . رواه النسائي[٤] .

الإجماع :

ومن الأدلة الدالة على مشروعية اللّعان الإجماع . فقد دل الإجماع على مشروعية اللّعان حيث قال ابن رشد من المالكية : فاللّعان حكم ثابت بالكتاب والسنة والقياس والإجماع

---

(١) البخاري في كتاب الطلاق باب يلحق الولد بالملاعنة ١٨١/٦ ، وأخرجه مسلم في كتاب اللعان . انظر صحيح مسلم بشرح النووي ١٢٧/١٠ ، سنن النسائي ١٧٨/٦ .

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الطلاق ١٧٨/١ .

(٣) سنن النسائي في كتاب الطلاق باب اللّعان ١٧٢/٦ ، صحيح مسلم بشرح النووي في كتاب اللّعان ١٢٨/١٠ . قال النووي : أما الجعد : فبفتح الجيم وإسكان العين ، قال : الجعد في صفات الرجال يكون مدحاً ويكون ذماً فإذا كان مدحاً فله معنيان . أحدهما : أن يكون معصوب الحلق شديد الأسر . والثاني : أن يكون شعره غير سبط لأن السبوطة أكثرها في شعور المعجم . وأما الجعد المذموم فله معنيان . أحدهما : القصير المتردد والآخر البخيل . ٢ ــ وأما السبط فهو الشعر المسترسل . ٣ ــ وأما حَمْش الساقين أي رقيقهما والحموشة الدقة . ٤ ــ وأما قضي العينين فسادهما بكثرة دمع أو حمرة .

(٤) سنن النسائي كتاب الطلاق باب اللّعان ١٧٢/٦ .

إذ لا خلاف في ذلك أعلمه[١] . وقال النووي : وأجمع العلماء على صحة اللّعان في الجملة واللّه أعلم[٢] .

وقال ابن حجر العسقلاني : وأجمعوا على أن اللّعان مشروع وعلى أنه لا يجوز مع عدم التحقيق[٣] .

وجاء في موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي : أن اللّعان ثابت ومشروع بالإجماع[٤].

صيغة اللّعان :

لم يختلف الفقهاء[٥] في صيغة اللّعان وكيفيته لورود اللّعان في القرآن الكريم . فقالوا: إذا قذف الزوج زوجته بالزنا أو نفي نسب ولدها منه ولم تكن له بينة ولم تصدقه الزوجة أمره القاضي باللّعان بأن يبتدئ القاضي بالزوج فيقول أمامه أربع مرات : أشهد باللّه إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا أو نفي الولد بأن يحدد المقصود بالإشارة أو بالتسمية ثم يقول في الخامسة لعنة اللّه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا أو نفي الولد . ثم تقول المرأة أربع مرات : أشهد باللّه إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ونفي الولد وتقول في الخامسة أنّ غضب اللّه عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزّنا أو نفي الولد .

شروط اللّعان :

اختلف الفقهاء في شروط اللّعان وفيما يلي أهم الشروط الموجبة للعان مرتبة حسب المذاهب الفقهية .

---

(١) بداية المجتهد ١١٥/٢ .

(٢) شرح مسلم للنووي ١١٩/١٠ .

(٣) فتح الباري ٥٤٩/٥ ، نيل الأوطار ٢٦٨/٦ .

(٤) موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي ٨٩٨/٢ . دار الفكر . الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م .

(٥) رد المختار ٨١٠/٢ ، اللباب ٧٦/٣ ، القوانين الفقهية ص : ٢٤٤ ، بداية المجتهد ١١٨/٢ ، مغني المحتاج ٣٧٤/٣ ، المهذب ١٢٦/٢ ، المغني ٢٥١/٧ ، المقنّع ٢٥٦/٣ ، الموسوعة الفقهية ٢٥١/٣٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٥٧١/٧ .

أولاً : شروط وجوب اللّعان عند الحنفية :

اشترط الحنفية للعان شروطاً منها ما هو راجع إلى القاذف ومنها ما هو راجع إلى المقذوف ومنها ما هو راجع إليهما جميعاً[١] .

١ ــ ما يرجع إلى القاذف وهو الزوج .

أما الذي يرجع إلى القاذف خاصة فواحد وهو عدم إقامة البينة لأن اللّه تعالى شرط في اللّعان بقوله عز وجل : (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات باللّه) . الآية . حتى لو أقام أربعة من الشهود على المرأة بالزنا لا يثبت اللّعان ويقام عليها حد الزنا لأنه قد ظهر زناها بشهادة الشهود[٢] .

٢ ــ ما يرجع إلى المقذوف وهي الزوجة :

وأما الذي يرجع إلى المقذوف خاصة فشيئان : أحدهما : إنكارها وجود الزنا منها فإذا أقرت بذلك لا يجب اللّعان ويلزم عليها حدّ الزنا وهو الجلد إن كانت غير محصنة لظهور زناها بإقرارها والرجم إن كانت محضة .

وثانيهما : عفّتها عن الزنا فإن لم تكن عفيفة لا يجب اللّعان بقذفها كما في المرأة إذا وطئت بشبهة ثم قذفها زوجها أنه لا يجب عليه اللّعان ولو قذفها أجنبي لا يجب عليه الحدّ لأنها وطئت وطأ حراماً فذهبت عفتها .

٣ ــ ما يرجع إليهما معاً أي الزوج والزوجة :

وأما ما يرجع إليهما معاً أي الزوج والزوجة فهي ستة أمور :

أولاً الزوجية :

قال الكاساني : أما اعتبار الزوجية فلأن اللّه تبارك وتعالى خص اللّعان بالأزواج بقوله : ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ وأنه حكم ثبت تعبداً غير معقول المعنى فيقتصر على موارد التعبد وإنما ورد التعبد في الأزواج فيقتصر عليهم . وعلى هذا قال أصحابنا من تزوج امرأة نكاحاً فاسداً ثم قذفها لم يلاعنها لعدم الزوجية إذ النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقية .

---

(١) البدائع ٢٤١/٣ الدر حاشية ابن عابدين ٩٦٣/٢ ، الهداية مع فتح القدير ٢٥١/٣ .

(٢) البدائع ٢٤٠/٣ .

ثانياً الحرية :

اشترط الحنفية الحرية في اللّعان فلا يصح اللّعان بين عبد وحرّة أو حرّ وأمة . وأما الحرية فالمملوك ليس من أهل الشهادة فلا يكون من أهل اللّعان بالإجماع .

ثالثاً : العقل والبلوغ :

ومن شروط وجوب اللّعان عند الحنفية العقل فلا يصح لعان الصبي والمجنون لأنهما ليسا أهلاً للشهادة . قال الكاساني : وأما اعتبار العقل والبلوغ فلإن الصبي والمجنون ليسا من أهل الشهادة واليمين فلا يكون من أهل اللّعان بالإجماع [١] .

رابعاً : أن لا يكونا محدودين .

ومن شروط وجوب اللّعان شرط المحدودية لأنّ المحدود في القذف لا شهادة له . لأن اللّه تعالى ردّ شهادته على التأبيد .

خامساً : الإسلام .

ومن شروط وجوب اللّعان أيضاً أن يكونا مسلمين فلا لعان بين الكافر والمسلم لأن الكافر ليس من أهل الشهادة على المسلم . قال المرغياني : إذا كان الزوج عبداً أو كافراً أو محدوداً في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لأنه تعذّر اللّعان لمعنى من جهته فيصار إلى الموجب الأصلي وهو الثابت بقوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ واللّعان خلف عنه وإن كان الزوج من أهل الشهادة وهي أمة أو كافرة أو محدودة في قذف أو كانت ممن لا يحد قاذفها بأن كانت صبية أو مجنونة أو زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام أهلية الشهادة وعدم الإحصان في جانبها وامتناع اللّعان لمعنى من جهتها فيسقط الحدّ كما إذا صدقته [٢] .

سادساً : النطق .

ومن شروط اللّعان عند الحنفية النطق وقالوا : وأما اعتبار النطق فلان الأخرس لا شهادة له لأنه لا يتأتى منه لفظة الشهادة ولأن القذف منه لا يكون إلا بالإشارة والقذف بالإشارة يكون في معنى القذف بالكتابة وأنه لا يوجب اللّعان كما لا يوجب الحد .

---

(١) البدائع ٣/٢٤٤ .

(٢) الهداية في بداية المبتدي للمرغياني ٢/٢٤ ، الناشر المكتبة الإسلامية .

ثانياً : شروط وجوب اللّعان عند المالكية .

اشترط المالكية لوجوب اللّعان شروطا منها [١] : ــ

الشرط الأول : قيام الزوجية وأن يكون الزوجان عاقلين بالغين سواء كانا حرين أو مملوكيين عدلين أو فاسقين واشترط المالكية إسلام الزوج لا الزوجة فيلاعن الزوج المسلم زوجته اليهودية والنصرانية .

الشرط الثاني : قذف الزوج زوجته بالزنا كأن رءاها وهي تزني أو ينفي الحمل .

الشرط الثالث : عدم الوطء بعد القذف فإن وطئها فلا لعان .

الشرط الرابع : تعجيل اللّعان بعد العلم لنفي الحمل أو الولد .

الشرط الخامس : بدء الزوج بالحلف وبلفظ اشهد في الأربع واللعن من الزوج في الخامسة والغضب من الزوجة في الخامسة .

الشرط السادس : حضور جماعة للعان أقلها أربعة من العدول .

ثالثا : شروط اللّعان عند الشافعية .

واشترط الشافعية اللّعان شروطا منها ما يرجع إلى الزوجين ومنها ما يرجع إلى الصيغة [٢] .

أولاً : ما يرجع إلى الزوجين ، وهما شرطان ذكرهما النووي في الروضة فقال :

الشرط الأول : الزوجية .

فلا لعان لأجنبي فلو طلقها رجعية بعد أن قذفها أو قذفها في عدة الرجعة فله أن يلاعنها كما يطلقها ويظاهر ويولى ويصح لعانه في الحال وتترتب أحكامه ، ولو ارتد بعد الدخول ثم قذفها وأسلم في العدة فله اللّعان ولو لاعن في الردة ثم أسلم في العدة وقع اللّعان في النكاح فيصح ويقع موقعه لأن الكافر يصح لعانه ، وإن أصر حتى مضت العدة تبينا وقوعه في حال البينونة فإن كان ولد ونفاه باللّعان نفذ وإلا تبينا فساده ولا يندفع حد القذف عنه على الأصح .

الشرط الثاني : الأهلية .

---

(١) القوانين الفقهية ص : ١٦١ الخرشي على مختصر سيد خليل ١٢٤/٤ الشرح الكبير ٤٥٨/٢ .

(٢) الروضة ٣٣٤/٨ مغني المحتاج ٣٦٧/٣ ، نهاية المحتاج ١٠٩/٧ ، المهذب ١١٩/٢ .

قال النووي : المعروف عند أصحابنا أنّ اللّعان يمين مؤكد بلفظ الشهادة وقيل هو يمين فيها شوب الشهادة فلا يصح لعان الصبي ولا المجنون ولا يقتضي قذفهما لعاناً بعد كمالهما ولا عقوبة لكن يعزّر المميز على القذف ، فإن لم يتفق تعزيره حتى بلغ . قال القفّال[١] : يسقط لأنه كان للزجر عن سوء الأدب وقد حدث زاجر أقوى منه وهو التكليف . ويصح لعان الذمي والرقيق والمحدود في القذف ويصح اللّعان عن الذمية والرقيقة والمحدودة في القذف .

وأما ما يرجع إلى الصيغة فهي ثلاثة : ــ

١ ــ أن يكون اللّعان بألفاظ الشهادات التي جاء بها الشرع .

٢ ــ الموالاة بين كلمات اللّعان .

٣ ــ أن يتأخر لعان الزوجة عن لعان الزوج .

شروط اللّعان عند الحنابلة :

واشترط الحنابلة اللّعان شروطاً منها[٢] : ــ

الشرط الأول : كون اللّعان بين زوجين عاقلين بالغين سواء كانا مسلمين أو ذميين أو رقيقين. أو فاسقين أو كان أحدهما كذلك وإن قذف أجنبية أو قال لامرأته زنيت قبل أن أنكحك حدّ ولم يلاعن وإن أبان زوجته ثم قذفها بزنا في النكاح أو قذفها في نكاح فاسد وبينهما ولد لاعن لنفيه وإلا حدّ ولم يلاعن وإن أبان امرأته بعد قذفها فله أن يلاعن سواء كان بينهما ولد أو لم يكن وإن قذف زوجته الصغيرة أو المجنونة عزر ولا لعان بينهما .

الشرط الثاني : أن يقذفها بالزنا فيقول زنيت أو يا زانية أو رأيتك تزنين ، فإن قال : وطئت بشبهة أو مكرهة فلا لعان بينهما .

الشرط الثالث : أن تكذبه الزوجة ويستمر ذلك إلى انقضاء اللّعان فإن صدقته أو سكتت لحقه النسب ولا لعان في قياس المذهب وإن مات أحدهما قبل اللّعان ورثه صاحبه ولحقه نسب الولد ولا لعان .

---

(١) القفّال : هو محمد بن علي بن إسماعيل القفّال ، الشاشي الشافعيّ (أبو بكر) فقيه محدث مفسر ، أصولي ، لغوي وشاعر ، ولد في الشاش ورحل في طلب الحديث إلى خراسان والعراق والحجاز والشام ، من تصانيفه الكثيرة : كتاب في أصول الفقه ، شرح الرسالة للشافعي ، كتاب محاسن الشريعة والفتوى . انظر معجم المؤلفين ٣٠٨/١٠ .

(٢) المقنع ٢٥٦/٣ ــ ٢٥٧ ، كشاف القناع ٣٩٤/٥ .

الخلاصة :

بعد سردنا شروط اللّعان لدى الفقهاء نجد أنهم اتفقوا في أمور أربعة :

١ ــ شرط الزوجية .

٢ ــ قذف الزوج زوجته بالزنا .

٣ ــ إنكار الزوجة ما رمى به الزوج .

٤ ــ العقل والبلوغ .

واختلفوا في باقي الشروط فاشترط الحنفية الإسلام والمالكية اشترطوا الإسلام للزوج فقط دون الزوجة . وأما الشافعية والحنابلة فلم يشترطوا الإسلام فأجازوا لعان الكافرين ، وكذلك إذا كان الزوج مسلماً والزوجة يهودية أو نصرانية . واشترط الحنفية في الزوجة أن تكون عفيفة ولم يشترط الجمهور شرط العفة ، واشترط الحنفية الحرية والنطق وأن لا يكونا محدودين ولم يشترط الجمهور الحرية فيصح لعان الذمي والرقيق والمحدود في القذف ، وكذلك الذمية أو الرقيقة والمحدودة في القذف ولا يشترط النطق للعان فيصح لعان الأعمى والأخرس ، وعليه يكون مذهب الجمهور هو الراجح في عدم اشتراط الإسلام ، والعفة ، والحرية ، والنطق بقوة الأدلة التي استدل بها الجمهور .

المطلب الثاني : القضاء بأيمان اللّعان

لم يختلف الفقهاء في أصل القضاء بأيمان اللّعان لثبوته في الكتاب والسنة والإجماع غير أنهم اختلفوا في التفصيلات على الأحكام المترتبة بوقوع اللّعان على النحو التالي :

الحكم الأول : التفريق بين المتلاعنين :

إذا التعن الزوجان وجب التفريق بينهما لانتهاء الزوجية لحديث ابن عباس في قصة هلال بين أمية ففرق النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ بينهما[1] . إلا أن الفقهاء اختلفوا هل الفرقة تقع بمجرد لعان الزوج ؟ أم أنها لا تحصل إلا بلعانهما جميعاً ؟ أم لابد منه من حكم حاكم ؟ .

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الطلاق باب التفريق بين المتلاعنين ولفظ البخاري عن ابن عمر قال : لاعن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ بين رجل وامرأة من الأنصار وفرق بينهما ١٨١/٦ .

إختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب[١] .

المذهب الأول : مذهب الإمام الشافعي :

وهو أن الفرقة تقع بمجرد لعان الزوج وحده دون لعان الزوجة . قال الشيرازي : وإن كان اللّعان في نكاح صحيح وقعت الفرقة لما روى سهل بن سعد الساعدي رضي اللّه عنه قال مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما[٢] .

وقال عمر : المتلاعنان يفرّق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً[٣] . وقال الشربيني : ويتعلق بلعانه أي الزوج وإن لم تلاعن الزوجة فرقة ، وهي فسخ كالرضاع لحصولها بغير لفظ وتحصل ظاهراً وباطناً[٤] . قال ابن القيم : وهذا القول مما تفرد به الشافعي واحتج بأنها فرقة حاصلة بالقول فحصلت بقول الزوج وحده كالطّلاق[٥] .

المذهب الثاني : مذهب المالكية والرواية الراجحة للحنابلة[٦] .

حيث ذهبا إلى أن الفرقة لا تحصل إلا بلعانهما جميعاً فإذا تم لعانهما وقعت الفرقة ولا يشترط حكم الحاكم . قال ابن رشد[٧] قال مالك والليث وجماعة أنها تقع إذا فرغا جميعاً من اللّعان. وحجة مالك حديث ابن عمر قال : فرّق رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ بين المتلاعنين ، وقال : حسابكما على اللّه أحد كما كاذب لا سبيل لك عليها[٨] . وقال ابن قدامة: إنّ الفرقة بين المتلاعنين لا تحصل إلا بتلاعنهما جميعاً لأن الشرع إنما ورد بالتفريق بين المتلاعنين بعد تمام اللّعان منهما .

---

(١) البدائع ٢٤٤/٣ ، فتح القدير ٢٥٣/٣ ، القوانين الفقهية ، ص : ٢٤٤ ، بداية المجتهد ١٢٠/٢ ، مغني المحتاج ٣٧٦/٣ ، المهذب ١٢٧/٢ ، المغني ٤١٠/١١ ، زاد المعاد ٣٨٨/٥ .

(٢) المهذب ٢٤٤/٢ .

(٣) أخرجه البيهقي في كتاب اللّعان ٤١٠/٧ ، والمصنف للحافظ الكبير عبد الرزاق بن همام ١١٢/٧ رقم (١٢٤٣٣) تحقيق حبيب الأعظمي المكتب الإسلامي الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م .

(٤) مغني المحتاج ٣٨٠/٣ .

(٥) زاد المعاد ٣٨٨/٥ .

(٦) بداية المجتهد ١٢١/٢ ، القوانين الفقهية ، ص : ٢٤٢ ، زاد المعاد ٣٨٨/٥ ، المغني ١٤٦/١١ .

(٧) بداية المجتهد ١٦١/٢ .

(٨) البخاري في كتاب الطلاق ١٧٨/٦ .

والقول بوقوع الفرقة قبله تحكم يخالف مدلول السنة وفعل النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ[١]. قال ابن القيم : إنّ لفظ اللّعان لا يقتضي فرقة وإنما ورد الشرع بالتفريق بينهما بعد تمام لعانهما لمصلحة ظاهرة وهي أن اللّه سبحانه وتعالى جعل بين الزوجين مودّة ورحمة وجعل كلا منهما سكناً للآخر وقد زال هذا بالقذف وأقامها مقام الخزي والعار والفضيحة فإنه إن كان كاذباً فقد فضحها وبهتها ورماها بالداء العضال ونكّس رأسها ورؤوس قومها وهتكها على رؤس الأشهاد . وإن كانت كاذبة فقد أفسدت فراشه وعرّضته الفضيحة والخزي والعار بكونه زوج بغي وتعليق ولد غيره عليه فلا يحصل بعد هذا بينهما من المودة والرحمة والسكن ما هو مطلوب بالنكاح فكان من محاسن شريعة الإسلام التفريق بينهما ولا يترتب هذا على بعض لعان الزوج[٢] .

المذهب الثالث : مذهب الحنفية وإحدى الروايتين عن أحمد وبه قال الثوري .

حيث قالوا إن الفرقة لا تحصل إلا بلعانهما جميعاً ولا يتم إلا بحكم حاكم [٣] .

قال الكاساني : قال أصحابنا الثلاثة وجوب التفريق ماداما على اللّعان لا وقوع الفرقة بنفس اللّعان من غير تفريق الحاكم [٤] . جاء في المغنى لابن قدامة : وهل يعتبر تفريق الحاكم بينهما ؟ فيه روايتان . أحدهما أنه يعتبر فلا تحصل الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وهو ظاهر كلام الخرقي وقول أصحاب الرأي [٥] .

وحجة الحنفية والرواية الثانية للحنابلة : حديث ابن عباس رضي اللّه عنهما لما لاعن بين عاصم بن عدي وبين امرأته فرّق بينهما .

"وأنه صلّى اللّه عليه وسلّم لاعن بين العجلاني وبين امرأته فلما فرغا من اللّعان فرّق بينهما ثم قال عليه الصلاة والسلام : "إن أحدكما كاذب فهل منكما تائب قال ذلك ثلاثاً فأبيا ففرق بينهما [٦] .

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤٦/١١ .

(٢) زاد المعاد ٣٨٩/٥ .

(٣) البدائع ٢٤٤/٣، المغني ١٤٤/١١ .

(٤) البدائع ٢٤٤/٣ .

(٥) المغني ١٤٤/١١ .

(٦) رواه البخاري ، ولفظ للبخاري إن أحدكما كاذب فهل منكما تائب ثم قامت فشهدت . صحيح البخاري ١٧٨/٦ .

قال الكاساني : دلت الأحاديث على أن الفرقة لا تقع بلعان الزوج ولا بلعانها إذ لو وقعت لما احتمل التفريق من رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم بعد وقوع الفرقة بينهما بنفس اللّعان . قال : وقول الشافعي مخالف لآية اللّعان لأنّ اللّه تعالى خاطب الأزواج باللّعان بقوله عز وجل : ﴿والذين يرمون أزواجهم ...﴾ الآية . فلو ثبتت الفرقة بلعان الزوج فالزوجة تلاعنه وهي غير زوجة ، وهذا خلاف النص [١] .

هل الفرقة باللّعان فسخ أم طلاق ؟

اختلف الفقهاء القائلون بالتفريق بين المتلاعنين هل الفرقة فسخ أم طلاق ؟

فذهب المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف وزفر من الحنفية إلى القول بأن الفرقة فسخ كفرقة الرضاع وذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن إلى القول بأن الفرقة طلاق بائن"[٢].

وحجة الجمهور : أن فرقة اللّعان توجب تحريماً مؤبداً فكانت فسخاً كفرقة الرضاع ولأن اللّعان ليس صريحاً في الطلاق ولا نوى الزوج به الطلاق فلا يقع الطلاق ودليل ذلك قوله عليه الصلاة والسلام (المتلاعنان لا يجتمعان أبداً) وهو نص في الباب وكذا روى عن جماعة من الصحابة رضوان اللّه عليهم مثل عمر وعلي وعبد اللّه بن مسعود رضي اللّه عنهم قالوا: المتلاعنان لا يجتمعان أبداً[٣] .

وحجة الإمام أبي حنفية وتلميذه محمد بن الحسن :

أن النبي صلّى اللّه عليه وسلّم لاعن بين عويمر العجلاني وبين امرأته فقال عويمر كذبت عليها يا رسول اللّه . فطلقها ثلاثاً . قالوا : فعويمر العجلاني طلّق زوجته ثلاثا بعد اللّعان عند رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم فأنفذها رسول اللّه فيجب على كل ملاعن أن يطلق فإذا امتنع ينوب القاضي في التفريق فيكون طلاقاً [٤] .

---

(١) البدائع ٤٤٥/٣ .

(٢) بداية المجتهد ١٢٢/٢ ، مغني المحتاج٣٧٢/٣ ، المغني لابن قدامة ١٤٧/١١ زاد المعاد ٣٩٠/٥ ، بدائع الصنائع ٢٤٥/٣ .

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ٤١٠/٧ ، والمصنف لعبد الرزاق ١١٢/٧ .

(٤) البدائع ٢٤٦/٣ .

الحكم الثاني : التحريم المؤبد .

من الأحكام المترتبة على اللّعان التحريم المؤبد بحيث لا يتناكحان أبداً وبه نصت الأحاديث الصحيحة الثابتة عن رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم . فعن ابن عمر رضي اللّه عنهما قال : قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم للمتلاعنين حسابكما على اللّه أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها . (متفق عليه) [١] .

ووجه الاستدلال من الحديث قوله عليه الصلاة والسلام . لا سبيل لك عليها . بمعنى أنها لا تجوز لك أبداً .

وعن سهل بن سعد في قصة المتلاعنين ففرق رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم بينهما وقال : لا يجتمعان أبداً [٢] .

وعن ابن عمر أن النبي صلّى اللّه عليه وسلّم قال : المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً [٣] .

وعن علي وابن عباس قالا : مضت السنة في المتلاعنين أن لا يجتمعا أبداً [٤].

قال الشوكاني : وقوله عليه الصلاة والسلام "لا يجتمعان أبداً" فيه دليل على تأبيد الفرقة وإليه ذهب الجمهور وروى عن أبي حنيفة ومحمد أن اللّعان لا يقتضى التحريم المؤبد لأنه طلاق زوجة مدخولة بغير عوض لم ينو به التثليث فيكون كالرجعي ولكن المروي عن أبي حنيفة أنها إنما تحل له إذا أكذب نفسه لا إذا لم يكذب نفسه فإنه يوافق الجمهور [٥] .

وإلى هذا ذهب العلماء قاطبة إذا لم يكذب الزوج نفسه بعد اللّعان . فإن أكذب نفسه فإن لعانه يوجب تحريماً مؤبداً عند جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة والثوري

---

(١) البخاري في كتاب الطلاق ١٧٨/١ .

(٢) قال الشوكاني : حديث سهل بن سعد سكت عنه أبو داود والمنذري ورجاله رجال الصحيح . نيل الأوطار ٢٧١/٦ ، السنن الكبرى للبيهقي ٤١٠/٧ .

(٣) أخرجه البيهقي في كتاب اللّعان باب ما يكون اللّعان ٤٠٩/٧ .

(٤) أخرجه البيهقي ٤١٠/٧ .

(٥) نيل الأوطار ٢٧٢/٦

وأبي يوسف وذهب أبو حنيفة ومحمد أن اللّعان لا يوجب التحريم المؤبد وقال سعيد بن جبير إن أكذب نفسه ردت إليه ما دامت في العدة [١] .

وعن أحمد رواية أخرى . أنه إن أكذب نفسه حلت له وعاد فراشه بحاله قال ابن القيم: وهي رواية شاذة شذ بها ابن حنبل عنه قال أبو بكر لا نعلم أحداً رواها غيره وقال صاحب "المغني" : وينبغي أن تحمل هذه الرواية على ما إذا لم يُفرق بينهما فأما مع تفريق الحاكم بينهما فلا وجه لبقاء النكاح بحاله [٢] . وقال أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد هي فرقة بغير طلاق وأنها توجب حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والمصاهرة [٣] .

ودليل الجمهور الأحاديث المتقدمة ، كحديث لا يجتمعان أبداً . وهي أحاديث صريحة في الباب . ودليل أبي حنيفة رحمه اللّه بقاء اللّعان فإذا أكذب الزوج نفسه وحد حدّ القذف بطل حكم اللّعان فلم يبق متلاعنا حقيقة وحكماً فجاز اجتماعهما ونظيره قوله تعالى في قصة أصحاب الكهف : ﴿إنهم إن يظهروا عليكم يرجموكم أو يعيدوكم في ملتهم ولن تفلحوا إذا أبداً﴾[٤]. أي ماداموا في ملتهم ألا ترى أنهم إذا لم يفعلوا يفلحوا فكذا هذا [٥] .

الراجح :

والراجح مذهب الجمهور لقوة الأدلة التي استدلوا بها . قال ابن القيم الجوزي: والصحيح القول الأول . يعني قول الجمهور الذي دلت عليه السنة الصحيحة الصريحة وأقوال الصحابة رضي اللّه عنهم ، وهو الذي تقتضيه حكمة اللّعان ولا تقتضي سواه فإن لعنة اللّه تعالى وغضبه قد حلت بأحدهما لا محالة ولهذا قال النبي صلّى اللّه عليه وسلّم عند الخامسة إنها الموجبة أي الموجبة لهذا الوعيد ونحن لا نعلم عين من حلت به يقيناً ففرق بينهما خشية أن يكون هو الملعون الذي قد وجبت عليه لعنة اللّه وباء بها فيعلوا امرأة غير ملعونة . واعترض بأن هذا يوجب أن لا يتزوج غيرها لئلا يعلو امرأة غير ملعونة . فأجاب ابن القيم بأن ذلك لا يوجب لأننا لم نتحقق أنه هو الملعون وإنما تحققنا أن أحدهما ملعون

---

(١) البدائع ٢٤٥/٣ ، بداية المجتهد ١٢١/٢ ، مغني المحتاج ٣٨٠/٣ ، المغني لابن قدامة١٤٧/١١ .

(٢) زاد المعاد ٣٩٢/٥ .

(٣) البدائع ٢٤٥/٣ .

(٤) سورة الكهف : ٢٠ .

(٥) البدائع ٢٤٦/٣ .

وشكّكنا في عينه ، فإذا اجتمعا لربه أحد الأمرين ولابدّ إما هذا وإما مساكه ملعونة مغضوباً عليها قد وجب عليها غضب اللّه وباءت به . فأما إذا تزوجت بغيره أو تزوج بغيرها لم تتحقق هذه المفسدة فيهما [١] .

قال الشوكاني : والأدلة الصحيحة الصريحة قاضية بالتحريم المؤبد وكذلك أقوال الصحابة وهو الذي يقتضيه حكم اللّعان ولا يقتضي سواه فإن لعنة اللّه وغضبه قد حلت بأحدهما لا محالة [٢] .

الحكم الثالث : سقوط الحد عنهما .

يترتب على اللّعان بين الزوجين أمام القاضي أو على لعانهما فقط على الخلاف المتقدم عليه سقوط حد القذف عن الزوج أو التعزير وسقوط حد الزنا عن الزوجة لقوله عليه الصلاة والسلام : لهلال بن أمية حين قذف زوجته البينة أو حد في ظهرك [٣] . فقال والذي بعثك بالحق إني لصادق ولينزلن اللّه ما يبرئ ظهري فنزلت آية اللّعان . أما إذا نكلت الزوجة أو الزوج عن اللّعان فهل يجب الحد عليهما أو على أحدهما ؟ هذا ما سنتناوله في الفصل الثالث حكم القضاء بالنكول في المبحث الخامس النكول عن أيمان اللّعان بإذن اللّه تعالى .

الحكم الرابع : إنتفاء نسب الولد من الزوج .

من الأحكام المترتبة على اللّعان بين الزوجين إنتفاء نسب الولد إن كان هناك ولد أو انتفاء الحمل إن كانت حاملة على خلاف بين أهل العلم . فقال الحنفية : عدم جواز نفي الولد أثناء الحمل واشترطوا أن يكون المولود حياً فإن ولدت ميتاً لم يجز اللّعان ولحقه النسب . وهل يشترط النفي بعد الولادة مباشرة أم لا ؟ في ذلك تفصيل في المذهب الحنفي . قال أبو

---

(١) زاد لمعاد ٣٩٣/٥ .

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ٢٧٢/٦ .

(٣) قال الشوكاني : فيه دليل أن الزوج إذا قذف امرأته بالزنا وعجز عن إقامة البينة وجب عليه حد القاذف وإذا وقع اللّعان سقط وهو قول الجمهور وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى اللازم بقذف الزوج إنما هو اللّعان فقط ولا يلزمه الحد والحديث وما في معناه حجة عليه ، نيل الأوطار ٢٧٢/٦ . وجاء في كتاب الخرشي على مختصر خليل . قال: اعلم أن ثمرة اللّعان ستة أشياء ثلاثة مرتبة على لعان الزوج وهي: ١ ــ رفع الحد عنه . ٢ ــ إيجاب الحد على المرأة . ٣ ــ قطع نسبه من حمل حاصل أو سيظهر . وثلاثة مرتبة على لعان الزوجة : ١ ــ رفع الحد عنها. ٢ ــ فسخ نكاحها . ٣ ــ تأبيد حرمتها .

حنيفة : له النفي بعد الولاة لمدة سبعة أيام وقال الصاحبان : له النفي بأكثر مدة النفاس وهو أربعون يوماً . والغائب عن امرأته إذا ولدت ولم يعلم بالولادة حتى قدم أو بلغ الخبر وهو غائب له أن ينفي في مقدار تهنئة الولد وابتياع الات الولادة عند أبي حنيفة وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم أو بعد بلوغ الخبر لأن النسب لا يلزم إلا بعد العلم به فصار حال القدوم وبلوغ الخبر كحال الولادة على المذهبين جميعاً [١] . وحجة الحنفية : لإحتمال أن يكون الحمل ريحا فينفش أو يضمحل .

وذهب الجمهور[٢] إلى جواز نفي الولد أثناء الحمل وبعد الولادة . واشترط مالك أنه متى لم ينفه وهو حمل لم يجز له أن ينفيه بعد الولادة بلعان .

وقال الشافعي : إذا علم الزوج بالحمل فأمكنه الحاكم من اللّعان فلم يلاعن لم يكن له أن ينفيه بعد الولادة.

وحجة الجمهور :

١ ــ حديث نافع عن ابن عمر ــ رضي اللّه عنهما ــ أن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ لاعن بين رجل وامرأته فانتفى من ولدها ففرق بينهما وألحق الولد بالمرأة. رواه البخاري[٣] .

٢ ــ وحديث هلال بن أمية ، وأنه نفي حملها فنفا عنه النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ وألحقه بالأم . فقال النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ أبصروها فإن جاءت به أبيض سبطاً قضي العينين فهو لهلال بن أمية ، وإن جاءت به أكحل جعداً حمش الساقين فهو لشريك بن سمحاء . رواه مسلم والنسائي[٤] والحديث نص صريح في المسألة وأن الحمل مظنون بأمارات تدل عليه، لهذا تثبت للحامل أحكام تخالف الحائل من النفقة والفطر في الصيام وترك إقامة الحد عليها وتأخير القصاص عنها وغير ذلك مما يطول ذكره . ويصح

---

(١) البدائع ٣٤٨/٣ .

(٢) بداية المجتهد ١١٧/٢ ، زاد المعاد ٣٨٥/٥ ، المغني لابن قدامة ١٤٨/١١ .

(٣) صحيح البخاري ١٧٨/٦ ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ٥٧٥/٩ .

(٤) تقدم تخريج الحديث .

استلحاق الحمل فكان كالولد بعد وضعه . قال ابن القيم : وهذا القول هو الصحيح لموافقتـــه ظواهر الأحاديث ، وما خالف الحديث لا يعبأ به كائنا ما كان[١] .

---

(١) زاد المعاد ٥/٣٨٥ .

الفصل الثالث

حكم القضاء بالنكول

وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : تعريف النكول ، وشروطه وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف النكول وشروطه في الفقه .

المطلب الثاني : تعريف النكول وأقسامه في القانون .

المبحث الثاني : حكم النكول عن اليمين .

المبحث الثالث : ما يعصى فيه بالنكول .

المبحث الرابع : حكم النكول عن أيمان القسامة .

المبحث الخامس : حكم النكول عن أيمان اللّعان .

المبحث الأول
تعريف النكول وشروطه في الفقه والقانون

المطلب الأول : تعريف النكول وأقسامه وشروطه في الفقه :

النكول في اللغة : نكل ينكل نكولاً أي نكص عن العدو وعن اليمين . قال ابن منظور: نكل عنه وينكل نكولاً ونكل نكص يقال : نكل عن العدو وعن اليمين ينكل بالضم أي جبن ونكله عن الشيء أي صرفه عنه[١] . قال الخطيب من الشافعية : النكول لغة مأخوذ من نكل عن العدو وعن اليمين جبن[٢]. وفي البحر الزخار : النكول لغة : التأخر عن لقاء العدو[٣] .

واصطلاحاً : حسب ما تيسر لديّ من مصادر لم أجد تعريفاً اصطلاحياً للنكول في كتب الفقهاء القداما إلا ما ذكره الخطيب الشربيني في مغني المحتاج فقال : وشرعاً : أن يقول المدعى عليه بعد عرض القاضي اليمين عليه ، أنا ناكل عنها ، أو يقول له القاضي : احلف فيقول : لا أحلف[٤] ، وفي البحر الزخار : النكول هو : التأخر عن اليمين الواجبة[٥] . ومن المعاصرين فقد عرفه الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء بأنه : استنكاف الخصم عن حلف اليمين الموجهة عليه من القاضي[٦] . وجاء في القاموس الفقهي : النكول : مصدر هو عند الشافعية: الامتناع من الحلف بما طلبه القاضي[٧] . والجدير بالذكر أن صاحب القاموس الفقهي لم يذكر تعريفاً آخر سوى تعريف الشافعية مما يدلّ على أن الفقهاء الأقدمين لم يتعرضوا تعريف النكول. وبإمكاننا أن نعرّف النكول بأنه : الامتناع عن أداء اليمين التي يوجهها القاضي إلى أحد الخصمين بناءً على طلب الخصم الآخر .

---

(١) لسان العرب ٦٧٧/١١ .

(٢) مغني المحتاج ٤٧٨/٤ .

(٣) البحر الزخار ٤١٠/٥ .

(٤) مغني المحتاج ٤٧٨/٤ .

(٥) البحر الزخار ٤١٠/٥ .

(٦) المدخل الفقه العام ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ١٠٦٤/٢ .

(٧) القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً لسعدي أبو حيب ص : ٣٦٢ ، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ ـــ ١٩٨٨م ، دار الفكر ــ دمشق ــ سورية .

ليشمل التعريف العناصر الأساسية لليمين وهي :

١ ــ طلب الخصم توجيه اليمين إلى الخصم الآخر .

٢ ــ توجيه القاضي اليمين إلى أحد الخصمين .

٣ ــ امتناع الخصم الذي وجّهت إليه اليمين .

تكييف النكول :

هل النكول إقرار أم بذل أم بمنزلة شاهد ؟ إختلف الفقهاء في ذلك فمنهم من قال : النكول كالإقرار، وقيل كالبذل ، وقيل بمنزلة شاهد . قال أبو يوسف ومحمد : النّكول إقرار . وقال أبو حنيفة : النكول بمعنى البذل . قال الكساني : النكول بذل عند أبي حنيفة وعندهما إقرار فيه شبهة العدم[١] . وقد حكى الخلاف أيضا في مذهب أحمد ــ رحمه اللّه ــ قال ابن القيم: وإذا قضى بالنكول فهل يكون كالإقرار أو كالبذل ، فيه وجهان[٢] . ويتبني على ذلك ما إذا إدّعى رجل" نكاح امرأة واستحلفناها فنكلت فهل يقضى عليها بالنكول وتجعل زوجته؟ هذا إذا قلنا هو إقرار، وإن قلنا بذل لم يحكم بذلك لأن الزوجة لا تستباح بالبذل[٣] . قال ابن القيم: والصحيح أن النكول يقوم مقام الشاهد والبينة ولا يقوم مقام الإقرار ولا البذل ، لأن الناكل قد صرّح بالإنكار وأنه لا يستحق المدعى به وهو مصرّ على ذلك متورّع عن اليمين فكيف يقال: إنه مقر مع إصراره على الإنكار ويجعل مكذباً لنفسه[٤] .

أقسام النكول :

النكول قسمان حقيقي، وحكمي .

فالحقيقي : أن يبدي من كلّف باليمين صراحة عدم استعداده لأداء ما كلّف[٥] .

جاء في معين الحكام أما حقيقة : فهو أن يقول المدعى عليه لا أحلف فالقاضي يقول له : إني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فإن حلفت وإلا قضيت عليك بالمال ، وإنما قدروه بثلاث

---

(١) البدائع ٦/٢٣٠ .

(٢) الطرق الحكمية ، ص : ١٤٦ .

(٣) الإنصاف في معرفة الراجح ١١/٢٥٦ .

(٤) الطرق الحكمية ص : ١٤٧ .

(٥) النظرية العامة لإثبات الحدود ٢/١٥٤ .

مرات ليكون أحلى للعمى وأبلغ في إبلاغ العذر فإن قضى القاضي بنكوله في المرة الأولى نفذ قضاءه[١] .

وأما الحكمي : فهو أن يسكت دون أن يصدر منه ما يدل على إمتناعه أو موافقته من غير أن يكون به مانع كالخرس أو الصم أو ما أشبه ذلك[٢] . جاء في معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين: والحكمي : فهو أن يعرض القاضي اليمين عليه ثلاث مرات ويسكت في كل مرة ولم يجبه يجعله ناكلاً لأنه إمتنع عن اليمين المستحقة عليه، ألا يرى أنه لو سكت عن جواب الخصم يجعله القاضي مجيباً له هذا إذا لم تكن بلسانه آفة فإن كانت بلسانه آفة تمنعه عن الجواب أو بأذنه آفة تمنعه من السماع لا يجعل إمتناعه عن اليمين نكولاً حكماً لأنه ما لم يسمع ويقدر على الجواب لا يصير ظالماً فلا يجعل نكولاً حكماً[٣] .

ونصت المادة (١٧٥١) من المجلة إذا عرض الحاكم اليمين على من جهت عليه في الدعاوي المتعلقة بالمعاملات ونكل عنها صراحة بقوله لا أحلف أو دلالة كسكوته بلا عذر حكم الحاكم بنكوله[٤] .

شروط النكول : ليكون النكول صحيحاً اشترط القائلون به شروطاً :

الشرط الأول : أن تكون الدعوى صحيحة.

الشرط الأول من شروط الدعوى تكون الدعوة صحيحة، فإن كانت غير صحيحة بأن تكون فاسدة. لم تتوجه اليمين إلى المدعى عليه إذ لا يجوز سماع الدعوى الفاسدة فالصحيحة ما يتعلق بها أحكامها وهو احضار الخصم والمطالبة بالجواب واليمين إذا أنكر وأما الفاسدة فلا يتعلق بها حكم[٥] .

الشرط الثاني : طلب المدعى تحليف المدعى عليه .

---

(١) معين الحكام ص : ٩٧ .

(٢) النظرية العامة ١٠٤/٢ .

(٣) معين الحكام ص : ٩٧ .

(٤) شرح المجلة ص : ١١٠٦ ــ للمرحوم سليم رستم باز . اللبناني الطبعة الثالثة .

(٥) المبسوط ٣٠/١٧ .

والشرط الثاني من شروط النكول أن يطلب المدعى من القاضي تحليف المدعى عليه، فإن وجه القاضي اليمين من غير طلب المدعى ونكل المدعى عليه، فلا يعتبر ناكلاً . ففي المبسوط : فإذا لم يطلب المدعى من القاضي تحليف المدعى عليه بأن وجه القاضي اليمين من عنده فلا يعتبر المدعى عليه ناكلاً إذا امتنع الجواب منها[١] . وذهب أبو يوسف وابن أبي ليلى : إلى أن للقاضي الحق في تحليف المدعى عليه وإن لم يطالب المدعى بذلك[٢] .

الشرط الثالث : أن لا يكون للمدعى بينة حاضرة .

ومن شروط النكول أن لا يكون للمدعى بينة حاضرة فإن كانت للمدعي بينة حاضرة لم يحلف المدعى عليه ولو قال المدعى لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف[٣] . هذا إذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم ، أما إذا كانت البينة حاضرة في المصر وطلب المدعي تحليف المدعى عليه فهل يجوز للقاضي تحليف المدعى عليه؟اختلف الإمام والصاحبان . فقال أبو حنيفة : لم يستحلف . وقال أبو يوسف يستحلف . ومحمد مع أبي حنيفة في رواية ومع أبي يوسف في رواية أخرى .

وهذا الخلاف فيما إذا كانت البينة حاضرة في المصر وإن كانت خارج المصر يحلف بالإجماع . وإن كانت في مجلس الحكم لا يحلف بالإجماع[٤] .

الشرط الرابع : أن يكون المدعى به بما يصح صدور الإقرار به شرعاً من المدعى عليه.

لأن الغرض من توجيه اليمين القضاء على المنكر إذا نكل عنها والنكول إقرار ضمني وإذا لم يكن الإقرار ــ الصريح مقبولاً فالإقرار الضمني أولى فهو أضعف دلالة من الصريح ورد الأقوى مستلزم لرد ما هو أدنى منه فلم تتوجه اليمين إلى المدعى عليه لعدم الفائدة[٥] .

---

(١) المبسوط ٣٠/١٧ .

(٢) معين الحكام ص : ٦٦ .

(٣) تبيين الحقائق ٣٠٠/٤ .

(٤) تبيين الحقائق ٣٠٠/٤ .

(٥) النظرية العامة ١٥٧/٢ .

الشرط الخامس : أن يكون النكول في مجلس القضاء .

نصت المادة : (١٨٢٠) من المجلة ــ إذا نكل المدعى عليه عن اليمين حكم القاضي بنكوله وإذا قال بعد حكم القاضي بنكوله أحلف لا يلتفت إلى قوله . ويستفاد من أحكام هـــذه المادة أنه يجب أن يكون النكول في حضور القاضي وأن يكون الناكل نفس المدعى عليه وأن قول وكيله إن موكلي لا يحلف اليمين غير معتبر . إذ لا تجرى الوكالة فـــي النكـــول عـــن اليمين، كما أن النكول في غير مجلس القاضي لا يعتبر[١] . وفي الفتاوي الهندية : وإذا نكـــل المدعى عليه عن اليمين قضى بالمال للمدعي على المدعى عليه بسبب النكول عندنا، ولا بد أن يكون النكول في مجلس القضاء ولا ترد اليمين [٢] .

المطلب الثاني : تعريف النكول وأقسامه في القانون .

تعريف النكول في القانون :

حسب ما تيسر لديّ من مصادر لم يتعرض القانون لتعريف النكول لغة واصطلاحـــاً وإنما ذكر حكم النكول في المادة (١٣٦١) من القانون المدني الفرنسي ولم يرد فيها تعريـــف للنكول . وكذلك المادة (٤١٤) من التقنين المدني المصري غير أني وجدت تعريفاً اصطلاحياً في كتاب : نظرية الإثبات للمحامي حسين المؤمن فقال : النكول هو امتناع الخصم عن حلف اليمين حينما توجه إليه[٣] .

ومما يؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامع ، بحيث لم يذكر .

١ ــ طلب تحليف الخصم على الخصم الأخر .

٢ ــ كون النكول فى مجلس القضاء وإلاّ لم يعدّ ناكلاً .

---

(١) شرح المجلة ٥٩٦/١٦ .

(٢) الفتاوى المالكية المعروفة بالفتاوى الهندية ١٤/٤ ، مكتبة ماجدية . كويتة ــ باكستان .

(٣) أخذ المؤلف هذا التعريف من اللائحة العراقية مادة ٧٨٩ ــ ولائحة ترتيب المحاكم الشرعية المصريـــة مـــادة (١٩٨) . ولم أعثر هذين المرجعين . والمادة (١٧٤٤ ــ ١٨٢٠) من المجلة راجعت المجلة ولم أجد تعريفاً للنكول. والله أعلم بالصواب . انظر نظرية الإثبات ص : ٢١٢ .

مقارنة :

وبالمقارنة بين تعريف القانوني الذي أورده المحامي حسين المؤمن وتعريف الفقهي للنكول نجد أن تعريف الفقهي أشمل من التعريف القانوني ، فالتعريف القانوني ناقص بحيث لم يشمل العناصر الأساسية للنكول وهي :

١ ــ أن يمتنع من وجهت إليه اليمين الحلف .

٢ ــ أن تكون اليمين موجهة من القاضي .

٣ ــ أن يطلب المدعي توجيه اليمين .

أقسام النكول :

ينقسم النكول إلى قسمين : النكول بالصراحة والنكول بالدلالة . ففي نظرية الإثبات . والنكول يكون صراحة : بأن يقول الموجه إليه اليمين أو المردودة عليه لا أحلف .

ويكون بالدلالة : بأن يسكت عند توجيهها إليه أو يتخلّف بغير عذر عن الحضور في الجلسة المحددة لحلفها[١] .

تكييف النكول في القانون :

النكول كالإقرار وتكييفه تكييف الإقرار .

يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري : النكول بمثابة الإقرار وتكييفه هو تكييف الإقرار فإذا نكل الخصم لم يجز له بعد ذلك أن يطلب السماح له بالحلف من جديد بل يحكم عليه عقب نكوله فإن كان من نكل هو من وجهت إليه اليمين كسب من وجه اليمين دعواه . وإن كانت اليمين قد ردت على الخصم الذي وجهها ونكل خسر دعواه ، فالدّعوى التي يحلف عليها يكسبها المدعي بنكول خصمه ويخسرها برد اليمين عليه ونكوله . ويكون الحكم على من نكل مانعاً للمحكوم عليه بعد ذلك أن يثبت صحة الواقعة التي نكل فيها عن الحلف[٢] . وفي الموسوعة : والناكل بمنزلة المقر لأن النكول يعتبر إقرار ضمنياً بصحة الواقعة المطلوبة الحلف عليها[٣] .

---

(١) نظرية الإثبات ص : ٢١٢ ، موسوعة القضاء والفقه لدول العربية ٣٣٠/١ .

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني ٥٦٩/٢ .

(٣) موسوعة القضاء ٣٣٠/١ .

مقارنة :

وهنا وافق القانون رأي الصاحبين أبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني بحث قالا : النكول كالإقرار ، ولم يأخذ رأي الإمام الأعظم أبي حنيفة القائل : النكـــول بـــذل ، ولا رأي الإمام ابن القيم القائل : النكول قائم مقام الشهود ، ومن هنا يمكننا القول بأن القانون لم يـــأت بشيء جديد وإنما رجّح رأي الصاحبين .

المبحث الثاني

حكم النكول عن اليمين وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حكم النكول عن اليمين في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في حكم القضاء بالنكول فمنهم من قال : يقضي بالنكول كالحنفية وإحدى الروايتين عن أحمد ومنهم من قال : لا يقضى بالنكول وإنما ترد اليمين إلى المدعي كالشافعية والمالكية والرواية الثانية للحنابلة ، ومنهم من قال : لا يقضى بالنكول ولا ترد اليمين وإنما يجبر على الإقرار أو اليمين كما هو مذهب ابن حزم الظاهري[١] :

وفيما يلي أسرد أقوال الفقهاء بشيء من التفصيل .

المذهب الأول : مذهب الحنفية وإحدى الروايتين عن أحمد والزيدية .

ذهب الحنفية إلى القول بالقضاء بالنكول في الأموال وما يؤول إليها .

قال القدوري ــ رحمه اللّه تعالى : وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول" أي قضي القاضي على المدعى عليه بالنكول[٢] . وقال الكساني : وأما حكم الامتناع عن تحصيله فالمدعى عليه إذا نكل عن اليمين فإن كان ذلك في دعوى المال يقضى عليه بالمال عندنا[٣] . مثال : رجل إدعى عبداً في يد رجل ولم يكن له بينة وطلب يمينه فنكل المدعى عليه عن اليمين فإنه يقضى بالعبد للمدعى وهو بمنزلة الإقرار وهو بناء على قولهما فإن النكول عندهما يدلّ على الإقرار لأن أصل حق المدعى عليه في الجواب وحقه في الجواب، هو الإقرار ليوصل إلى حقه[٤] .

وذهب الحنابلة في الرواية الثانية عن الإمام أحمد إلى القول بالقضاء بالنكول في الأموال أو المقصود منه المال . يقول ابن قدامة : وإن قال : ما أريد أن أحلف أو سكت فلم يذكر شيئاً نظرنا في المدعى به ، فإن كان ما لاً أو المقصود منه المال قضى عليه

---

(١) البدائع ٢٣٠/٦ ، المبسوط ٥٠/١٨ ، المغني لابن قدامة ٢٣٤/١٤ ، بداية المجتهد ٤٦٩/٢ ، مغني المحتاج ٤٧٧/٤ .

(٢) البناية في شرح الهداية لأبي محمود بن أحمد العيني ٤٠٥/٨ ، دار الفكر للطباعة الطبعة الثانية ١٤٠٠هـ ـــ ١٩٨٠م للنشر والتوزيع .

(٣) البدائع ٢٣٠/٦ .

(٤) المبسوط ٥٠/١٨ .

بنكوله، ولم ترد اليمين على المدعي . نص عليه أحمد فقال : أنا لا أرى رد اليمين إن حلف المدعى عليه وإلا دفع إليه حقه وبهذا قال أبو حنيفة . قال ابن قدامة : ولنا قول النبي ـــ صلّى اللّه عليه وسلّم ـــ ولكن اليمين على المدعى عليه . فجعل جنس اليمين في جنبة المدعى عليه كما جعل جنس البينة في جنبة المدعي[١] . قال ابن القيم : إن الناس اختلفوا في الحكم بالنكول على أقوال أحدهما : أنه من طرق الحكم وهذا قول الإمام أحمد في إحدى الروايتين وقول أبي حنيفة[٢] .

وذهب الزيدية بالقضاء بالنكول . ففي البحر : ويحكم على الناكل لفعل عمر وعثمان وأبي موسى الأشعري :

أما عمر فلعل المراد ما تقدم عنه في حديث المقداد وفي حديث السعديين ، وأما عثمان فالمراد حكمه على ابن عمر برد الغلام عليه حين امتنع من اليمين[٣] .

الأدلة : استدل القائلون بالقضاء بالنكول بالكتاب والسنة والآثار والإجماع .

فأما الكتاب :

فقوله تعالى : ﴿إن الذين يشترون بعهد اللّه وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم في الآخرة﴾[٤] فمنع اللّه سبحانه وتعالى من أن يستحق أحد بيمينه على غيره حقاً فلا ترد اليمين لئلا يستحق بيمينه مال غيره[٥] . واستدلوا أيضاً بقوله تعالى : ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات باللّه إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة اللّه عليه إن كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات باللّه إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب اللّه عليها إن كان من الصادقين﴾[٦] .

فالآية دليل على القضاء بالنكول . فالمرأة هي المدعى عليها والزوج هو المدعى ولا بينة له على دعواه ومن ثم فعليه الحلف ، والمرأة منكرة لما إتهمها الزوج من الفاحشة لذا أو

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٣٤/١٤ .

(٢) الطرق الحكمية ص : ١١٧ .

(٣) البحر الزخار ٤١٠/٥ .

(٤) سورة آل عمران : آية ٧٧ .

(٥) الفروق للقرآن ٩٣/٤ .

(٦) سورة النور : آية ٨ .

جب اللّه عليها الأيمان فإن حلفت فقد برئت وإن امتنعت فقد وجب عليها الحد بعد حلفه وهذا قضاء بالنكول[١] .

وأما السنة :

فعن ابن عباس ــ رضي اللّه عنهما ــ عن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قال : لو يعطى الناس بدعواهم لدّعى رجال دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه متفق عليه[٢] .

فالحديث دليل على أن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ حصر جنس اليمين في جانب المدعى عليه ولم تشرع في غيره . كما روى عن ابن عباس أن رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قال : البينة على المدعى واليمين على من أنكر[٣] . فالحديث دليل على مشروعية اليمين في جانب المدعى عليه والبينة في جانب المدعي.

قال الكاساني : وأنه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ جعل كل جنس اليمين حجة المدعى عليه لأنه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ ذكر اليمين بلام التعريف فيقتضي إستغراق كل الجنس. ولأن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ ما جعل اليمين حجة إلا في جانب المدعى عليه، فالرد إلى المدعي يكون وضع الشيء في غير موضعه وهذا حد الظلم[٤] . وقال ابن قدامة بعد ذكره الحديث المتقدم : فجعل جنس اليمين في جنبية المدعى عليه كما جعل جنس البينة في جنبية المدعي .

ومن السنة أيضاً حديث : شاهداك أو يمينه"[٥] وحديث الحضرمي والكندي : ألك بينة قال : لا. قال : لك يمينه ، ليس لك منه إلا ذلك[٦] .

---

(١) المرافعات الشرعية ص : ١٤٨ .

(٢) متفق عليه . رواه مسلم في كتاب الأقضية باب اليمين على المدعى عليه . صحيح مسلم بشرح النووي ٢٥٢/١٢ ــ ٢٥٢/١٢.

(٣) رواه البيهقي في السنن الكبري . كتاب الدعوى والبينات باب البينة على المدعي ٢٣٦/١٠ .

(٤) البدائع ٢٢٥/٦ .

(٥) رواه البخاري : في كتاب الشهادات ، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود . فتح الباري ٢٨٠/٥.

(٦) تقدم تخريجه ، ص : ٨١ .

أمـــا الآثار :

فقد استدل القائلون بالنكول بالآثار التي رويت عن صحابة رسول اللّه ــ صلّى اللّـــه عليه وسلّم ــ والتابعين . ومن الآثار عن سالم بن عبد اللّه بن عمر بن الخطاب أن أباه عبد اللّه باع عبداً له بثمانمائة درهم بالبراءة ثم إن صاحب العبد خاصم فيه ابن عمر إلى عثمـــان فقال عثمان لابن عمر أحلف باللّه لقد بعته وما به داء علمته فأبى ابن عمر أن يحلـــف فـــرد عليه عثمان[١] .

دل الأثر على أن عثمان ــ رضي اللّه عنه ــ حكم بالنكول ولو لم يكن النكول طريقاً من طرق الإثبات لما حكم به عثمان .

ومن الآثار عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس أنه أمر ابن أبي مليكـــة أن يســتحلف امرأة فأبت أن تحلف فألزمها ذلك[٢] .

وعن طريق ابن أبي شيبة عن شريك عن مغيرة عن الحارث قال : نكل رجل عنـــد شريح عن اليمين فقضى عليه فقال : أنا أحلف . فقال شريح : قد مضى قضائي[٣] .

قال الكاساني : وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول اللّه ــ صلّى اللّـــه عليـــه وسلّم ــ ولم ينقل أنه أنكر منكر فيكون إجماعاً منهم على جواز القضاء بالنكول ولأنه ظهـــر صدق المدعي في دعواه عند نكول المدعى عليه فيقضي له[٤] .

وأما الإجماع :

فقد حكاه الزيلعي بقوله : ولنا إجماع الصحابة ــ رضي اللّه عنهم أجمعين وروي عن علي أيضاً أنه وافق إجماعهم فإنه روي عن شريح أن المنكر طلب منـــه رد اليميـــن علـــى المدعي فقال ليس لك إليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي علي ــ رضي اللّه عنه ـــــ فقـــال علي رضي اللّه عنه : "قالون" ومعناها بالرومية أصَبْت[٥] . ومثل ذلك أورد ابن الهمام فـــي

---

(١) المحلى لابن حزم ٤٤٢/٨ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) المحلى ١٤٤/٨ .

(٤) البدائع ٢٣٠/٦ .

(٥) تبيين الحقائق ٢٩٥/٤ ــ ٢٩٦ .

تكملة فتح القدير فقال : ليس في الكتاب والسنة ما يدل على نفي القضاء بالنكول .والإجماع يدل على جوازه فإنه روي إجماع الصحابة على ذلك[١] .

المذهب الثاني : لفقهاء الشافعية والمالكية والرواية الثانية للحنابلة ، حيث ذهبوا إلى أنه لا يقضى بالنكول بل ترد اليمين إلى المدعي . وبه قال الأوزاعي وشريح وابن سيرين والنخعي[٢] .

قال النووي : إذا أنكر المدعى عليه واستحلف ، فنكل عن اليمين لم يقض عليه بالنكول بل ترد على المدعي فإن حلف قضي له[٣] . وفي مغني المحتاج : وإذا نكل المدعى عليه عن يمين طلبت منه حلف المدعي اليمين المردودة لتحول الحق إليه وقضى له بمدعاه ولا يقضى بنكول المدعى عليه خلافاً لأبي حنيفة وأحمد لأنه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ رد اليمين على طالب الحق . رواه الحاكم وصحّح إسناده وقال تعالى : ﴿أو يخافوا أن ترد أيمان بعد أيمانهم﴾ أي بعد الامتناع من الأيمان الواجبة. فدل على نقل الأيمان من جهة إلى جهة . المعنى أن النكول كما يحتمل أن يكون تحرزاً عن اليمين الكاذبة ، ويحتمل أن يكون تورّعاً عن اليمين الصادقة فلا يقضى مع التردد[٤]. وفي بداية المجتهد : وإذا نكل المدعى عليه لم يجب للمدعي شيء بنفس النكول إلا أن يحلف المدعي أو يكون له شاهد واحد[٥] . واختار أبو الخطاب أن له رد اليمين على المدعي إن ردها حلف المدعي وحكم له بما ادعاه . قال : وقد صوبه أحمد فقال : ما هو ببعيد يحلف ويستحق[٦] .

---

(١) تكملة فتح القدير ١٧٧/٨ .

(٢) روضة الطالبين ٤٣/١٢ ، مغني المحتاج ٤٧٧/٤ ، الأم للشافعي ٣٧/٧ ، بداية المجتهد ٤٦٩/٢ ، المغني لابن قدامة ٢٣٣/١٤ .

(٣) روضة الطالبين ٤٣/١٢ .

(٤) مغني المحتاج ٤٧٧/٤ .

(٥) بداية المجتهد ٤٦٩/٢ .

(٦) المغني لابن قدامة ٢٣٣/١٤ .

تكييف اليمين المردودة :

اليمين المردودة تأتي بمعنى الإقرار وقيل بمعنى البينة . قال ابـــن القيـــم : إذا ردت اليمين على المدعي فهل تكون يمينه كالبينة أم كإقرار المدعى عليه ؟ فيه قـــولان للشـــافعي أظهرهما عند أصحابه أنها كالإقرار[١] .

قال النووي : وهل يمينه بعد نكول المدعي عليه كالبينة أم كإقرار المدعى عليه؟فيـــه قولان أظهرهما الثاني :

وينبني على ذلك مسائل منها : أن المدعى عليه لو أقام بينة بعد ما حلف المدعي فإن قلنا يمينه كالبينة سمعت بينة المدعى عليه وإن قلنا كالإقرار فـــلا . لكونـــه مكذبـــاً للبينـــة بالإقرار[٢].

الأدلـــة :

استدل جمهور الفقهاء القائلين برد اليمين الكتاب والسنة وآثار الصحابة والإجماع.

أولاً : الكتاب :

قوله تعالى : ﴿فإن عثر على أنهما استحقاً إثما فآخران يقومان مقامهما مـــن الذيـــن استحق عليهم الأوليان فيقسمـــان باللّه لشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا إنـــا إذا لمـــن الظالمين ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها أو يخافوا أن ترد أيمان بعد أيمـــانهم﴾[٣] .

قال القرافي : ووجه الاستدلال بهذه الآية أنه لا يمين بعد يمين إلا ما ذكرناه "يعني المردودة غير أن ظاهره يقتضي يميناً بعد يمين وهو خلاف الإجماع فتعين حمله على يمين بعـــد رد يمين على حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه لأن اللفظ إذا ترك من وجه بقي حجـــة في الباقي [٤].

وقال الشافعي : فقد رأى رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم اليميـــن علـــى الأنصـــار يستحقون بها فلما لم يحلفوا حوّلها على اليهود يبرءون بها ورأى عمر على الليثيين يبرءون

---

(١) الطرق الحكمية ٤٥/١٢ .

(٢) الروضة ٤٥/١٢ .

(٣) سورة المائدة ، آية : ١٠٧ ــ ١٠٨ .

(٤) الفروق ٩٢/٤ .

بها فلما أبو حوّلها على الجهنيين يستحقون بها فكل هذا تحويل يمين من موضع قد رأت فيه إلى الموضع الذي يخالفه فهذا وما أدركنا عليه أهل العلم قَبْلَنَا قلنا في رد اليمين [١].

ثانياً : السنة

١ ــ عن نافع عن ابن عمر رضي اللّه عنهما أن النبي صلّى اللّه عليه وسلّم : رد اليمين على طالب الحق : رواه البيهقي والحاكم في المستدرك . وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه . [٢] قالوا: الحديث دليل على مشروعة القضاء برد اليمين على طالب الحق ولأن النكول قد يكون تورعاً عن اليمين فلا يقضي مع التردد . قال ابن قدامة : ولأن النكول قد يكون لجهله بالحال وتورّعه عن الحلف على ما لا يتحققه أو للخوف من عاقبة اليمين أو ترفّعاً عنها مع علمه بصدقه في إنكاره ولا يتعين بنكوله صدق المدعي فلا يجوز الحكم له من غير دليل[٣] .

٢ ــ حديث القسامة : أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم ، قالوا : لا . قال فتحلف لكم يهود قالوا ليسوا بمسلمين فوداه [٤] رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم من عنده [٥]. والحديث دليل على أن الرسول صلّى اللّه عليه وسلّم رد اليمين على الأنصار وهم المدعون في القضية ولم يحكم بمجرد النكول .

ثالثاً : الآثار

٣ ــ فعن الشعبي أن المقداد استقرض من عثمان بن عفان ــ رضي اللّه عنه ــ سبعة آلاف درهم فلما تقاضاه قال : إنما هي أربعة آلاف فخاصمه إلى عمر ــ رضي اللّه عنه ــ فقال : إني أقرضت المقداد سبعة آلاف درهم فقال : إنما هي أربعة آلاف فقال المقداد أحلفه أنها سبعة ، فقال عمر رضي اللّه عنه : أنصفك فأبى أن يحلف فقال عمر: خذ

---

(١) الأم للشافعي ٧٣/٧ .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي في كتاب الشهادات . باب النكول ورد اليمين ١٨٤/١٠ . وأخرجه الحاكم في كتاب الأحكام . انظر المستدرك على الصحيحين في الحديث للإمام أبي عبد اللّه محمد النيسابوري المعروف بالحاكم ١٠٠/٤ ، مكتبة النصر الحديثة بالرياض .

(٣) المغني ٢٣٤/١٤ .

(٤) فوداه . أي عقله من عنده .

(٥) السنن الكبرى للبيهقي ، باب النكول ورد اليمين من كتاب الشهادات ١٨٤/١٠ .

ما أعطاك . رواه البيهقي . وقال : هذا إسناد صحيح . إلا أنه منقطع[١]. قال أبو عبيد : فهذا عمر قد حكم برد اليمين ورأى ذلك المقداد ولم ينكره عثمان فهؤلاء ثلاثة من أصحاب رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم عملوا برد اليمين [٢].

٤ ــ وعن علي رضي اللّه عنه أنه قال : اليمين مع الشاهد فإن لم يكن له بينة فاليمين على المدعى عليه إذا كان قد خالطه فإن نكل حلف المدعي [٣].

وأما الإجماع :

قال القرافي : فنقل عمر اليمين إلى المدعي ولم يختلف في ذلك عمر وعثمان والمقداد ولم يخالفهم غيرهم فكان إجماعاً[٤] . وفي الموطأ : أرأيت رجلاً ادعى على رجل مالاً أليس يحلف المطلوب ما ذلك الحق عليه فإن حلف بطل ذلك عنه وإن أبى أن يحلف ونكل عن اليمين حلف صاحب الحق أن حقه لحق وثبت حقه على صاحبه فهذا مما لا اختلاف فيه عند أحد من الناس ولا في بلد من البلدان[٥] .

يتفرع عن مذهب الجمهور القائل برد اليمين ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : هل إذا نكل المدعي عن اليمين المردودة يقضى بنكوله أم لا ؟

فيه وجهان ذكرهما النووي في الروضة . قال : وأما إذا امتنع المدعي من الحلف وقال : لا أريد الحلف فهذا نكول يسقط حقه من اليمين وليس له مطالبة الخصم وملازمته ، وهل يتمكن من استئناف الدعوى وتحليفه في مجلس آخر فإن نكل حلف المدعى أم لا يتمكن من ذلك ولا ينفعه بعده إلا البينة فيه وجهان الذي ذكره العراقيون والهروي والروياني الأول وبالثاني قال الإمام الغزالي والبغوي وهو أحسن وأصح لئلا تتكرر دعواه في القضية الواحدة[٦] .

المسألة الثانية : إذا تعذر رد اليمين كأن يموت المدعي ونكل المدعى عليه عن اليمين فهل يقضى بالنكول ؟. قال الإمام النووي : ما ذكرناه من أنه يرد اليمين على المدعي هو الأصل

---

(١) المصدر السابق .

(٢) الطرق الحكمية ، ص : ٨٥ .

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ، ١٨٤/١٠ .

(٤) الفروق ٩٣/٤ .

(٥) شرح الزرقاني على الموطأ ٣٩٤/٣ .

(٦) الروضة ٤٦/١٢ .

المقرر في المذهب لكن قد يتعذر رد اليمين وحينئذ من الأصحاب من يقول بالقضاء بالنكول.

وصورة ذلك ، مات من لا وارث له فأدعى القاضي أو منصوبه ديناً له على رجل وجده في تذكرته فأنكر المدعى عليه ونكل فهل يقضى عليه بالنكول ويؤخذ منه المال أم يحبس حتى يقرّ أويحلف أم يترك لكن يأثم إن كان معانداً؟فيه ثلاثة أوجه[١] : وقيل وجهان .

وفي المجموع : فيه وجهان ذكرهما أبو سعيد الاصطخري أحدهما أنه فيقضى بنكوله لأنه لا يمكن رد اليمين على الحاكم لأنه لا يجوز أن يحلف عن المسلمين لأن اليمين لا تدخلها النيابة ولا يمكن ردها على المسلمين لأنهم لا يتعينون . فقضى بالنكول لموضع الضرورة .

والثاني : يحبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر لأن الرد لا يمكن لما ذكرناه ، والقضاء بالنكول لا يجوز لما قدمناه، لأنه إما أن يكون صادقاً في إنكاره فلا ضرر عليه في اليمين أو كاذباً فيلزمه الإقرار[٢] .

المسألة الثالثة : الحقوق التي ترد فيها اليمين والحقوق التي لا ترد فيها اليمين .

اختلف الجمهور في الحقوق التي ترد فيها اليمين .

فقال الشافعي وأصحابه وأبو الثور ترد اليمين في كل الحقوق ، وقال مالك : ترد اليمين في الأموال وما يقصد منه المال ولا ترد اليمين في النكاح والطلاق والعتق[٣] .

المذهب الثالث : لفقهاء الظاهرية وسحنون من المالكية وقول في مذهب أحمد .

ذهب ابن حزم الظاهري وسحنون من المالكية وقول من مذهب أحمد إلى القول بأنه لا يقضى بالنكول ولا ترد اليمين وإنما يسجن المدعى عليه حتى يقر أو يحلف[٤] .

قال ابن حزم : فإن لم يكن للطالب بينة وأبي المطلوب من اليمين أجبر عليها أحب أم كره ، ولا يقضى عليه نكوله في شيء من الأشياء أصلاً ولا ترد اليمين على الطالب البتة ولا ترد يمين أصلاً إلا في ثلاثة مواضع وهي القسامة فمن وجد مقتولاً فإن لم يكن لأولياءه بينة حلف خمسون منهم واستحقوا القصاص أو الدية فإن أبو حلف خمسون من المدعى عليهم

---

(١) الروضة ٤٧/١٢ ــ ٤٩ .

(٢) المجموع ٣٩٥/١٨ ــ ٣٩٦ .

(٣) الروضة ٤٩/١٢ وشرح الزرقاني على المؤطأ ٣٩٤/٣ .

(٤) المحلى لابن حزم ٣٧٣/١٠ ، بداية المجتهد ٤٦٩/٢ ، والمغني لابن قدامة ٢٣٣/١٢ .

وبرؤا فإن نكلوا أجبروا على اليمين أبداً وهذا مكان يحلف فيه الطالبون فإن نكلوا رد على المطلوبين .

والموضع الثاني : الوصية في السفر لا يشهد عليها إلا كافر وأن الشاهدين الكافرين يحلفان مع شهادتهما، فإن نكلا لم يقض بشهادتهما . وهذا مكان يحلف فيه الشهود لا الطالب ولا المطلوب .

والموضع الثالث : من قام له بدعواه شاهد واحد عدل أو امرأتان عدلتان فيحلف ويقضى له فإن نكل حلف المدعى عليه فإن نكل أجبر على اليمين أبداً فهذا مكان يحلف فيه الطالب فإن نكل رد على المطلوب[١] .

الأدلة :

استدل الظاهرية بالكتاب والسنة والآثار .

فأما الكتاب : فقوله تعالى ﴿ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾[٢] .

وأما السنة : فعن أبي سعيد الخدري ــ رضي اللّه عنه ــ قال : سمعت رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ يقول : "من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان" . رواه مسلم[٣] .

الآثار : عن ابن أبي مليكة قال : كتبت إلى ابن عباس في امرأتين كانتا تحرزان حريزاً في بيبت وفي الحجرة حداث فأخرجت إحداهما يدها تشجب دماً فقالت : أصابتني هذه وانكسرت الأخرى قال: فكتبت إلى ابن عياس فكتب إليّ أن رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قضى أن اليمين على المدعى عليه وقال : لو أن الناس أعطوا بدعواهم لدعى أناس دماء قوم وأموالهم فأقرأ عليها قوله تعالى ﴿إن الذين يشترون بعهد اللّه وأيمانهم ثمناً قليلاً﴾ الآية . قال ابن أبي مليكة : فقرأت عليها فاعترفت . قال ابن حزم فهذا في غاية الصحة عن ابن عباس ولم يفت إلا بإيجاب اليمين فقط وأبطل أن يعطي المدعي بدعواه ولم يستثن في ذلك نكول المطلوب ولا رد اليمين أصلاً[٤] وعن إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال كان بين أبي بن

---

(١) المحلى ٣٧٣/١٠ .

(٢) سورة المائدة آية : ٢ .

(٣) رواه مسلم في كتاب الإيمان ، باب تغيير المنكر من الإيمان ٦٦/١ .

(٤) المحلى لابن حزم ٣٨٢/١٠ .

كعب وعمر بن الخطاب منازعة وخصومة في حائط فقال بيني وبينك زيد بن ثابت ، فاتياه فضربا عليه الباب فخرج فقال : يا أمير المؤمنين هلاّ أرسلت إليّ حتى آتيك فقال له عمر : في بيته يوتى الحكم . فاخرج وسادة فألقاها فقال عمر : هذا أول جورك وأبى أن يجلس عليها فتكلما فقال : لأبيّ بن كعب : بينتك وإن أردت أن تعفي أمير المؤمنين من اليمين فاعفه فقال عمر : تقضي عليّ باليمين ولا أحلف فحلف[١] . فقال ابن حزم : فهذا زيد لم يذكر ردّ يمين ولا حكماً بنكول بل أوجب اليمين على المنكر قطعاً إلا أن يسقطها الطالب وهذا عمر ينكر أن يحكم الحاكم باليمين ولا يحلف المنكر وهو قولنا نصاً[٢] .

وأستدلوا أيضاً بالرسالة التي كتبها عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري : وفيها البينة على المدعى واليمين على من أنكر . قال ابن حزم ... فلم يذكر نكولا ولا رد يمين[٣].

المذهب الرابع : مذهب ابن أبي ليلى

ذهب ابن أبي ليلى إلى أن المدعي إن كان متهماً ردت اليمين ولم يحكم بمجرد النكول، أما إن كان عدلاً لا تنطرق إليه التهمة يقضى له دون أن ترد عليه اليمين فالعدل يبعد تصور ادعائه لما ليس له لأن الكذب مناف للعدالة فإذا نكل المدعى عليه قوي الظن بصدقه فيحكم له من غير حاجة ليمين تقوّى جانبه[٤] .

وقد أشار ابن القيم قول ابن أبي ليلى بقوله : وفي المسألة قول آخر وهو إن كان المدعي متهما ردت عليه وإن لم يكن متهما قضي عليه بنكول خصمه وهذا القول يحكى عن ابن أبي ليلى وله حظ من الفقه ، فإنه إذا لم يكن متهماً غلب على الظن صدقه فإذا نكل خصمه قوي ظن صدقه فلم يحتج إلى اليمين ، وأما إذا كان متهماً لم يبق معنا إلا مجرد النكول فقويناه برد اليمين عليه وهذا نوع من الاستحسان[٥] . وفي بداية المجتهد : وقال ابن أبي ليلى : وأردها في غير التهمة ولا أردها في التهمة[٦] .

---

(١) المحلى ٣٨١/١٠ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) المحلى لابن حزم ٣٨١/١٠ .

(٤) النظرية العامة لا ثبات الحدود ١٦٣/٢ .

(٥) الطرق الحكمية ص : ١٤٦ .

(٦) بداية المجتهد ٤٦٩/٢ .

المناقشة :

للتّوصل إلى المذهب الراجح يتطلب منا الموفق مناقشة أدلة كل مذهب على حـــده . ونبدأ مناقشة أدلة المذهب الأول .

١ ــ مناقشة أدلة المذهب الأول :

لم تسلم أدلة المذهب الأول من ردود وإنتقاذات فاستدلالهم . بأية اللّعان غير مسلم . إذ لا دلالة فيها على جواز القضاء بالنكول لأن المرأة لم يقض عليها بمجرد نكولها وإنما قضي عليها بالحد استناداً إلى لعان الزوج الذي هو قائم مقام شهادة الشهود الاربعة وامتناعها عـــن معارضته مع قدرتها على ذلك فالحد إنما وجب عليها بالأمرين معاً لا بـــالنكول وحـــده[١] . وحكم اللّعان ورد على خلاف القياس إذ الأصل في الدعاوي أن البينة على المدعي واليميـــن على من أنكر وأيمان اللّعان على خلاف ذلك فقد شرعت ابتداء في حق المدعي ومـــا كـــان كذلك لم يجز القياس عليه[٢] . قال القرافي : إن الموجب لحد الملاعن قذفـــه وإنمـــا أيمانـــه مسقطة فإذا فقد المانع عمل بالمقتضى[٣]. ويقول الدكتور أبو فارس : أما اســـتدلالهم بآيـــات اللّعان فلا حجة لهم فيها لأن الزوج قاذف زوجته بالفاحشة فجاء النص بإزالة القـــذف عنـــه بأيمانه الأربعة ولعنته الخامسة فإن لم يحلف فالحد باق عليه بالنص وأما المرأة فقد أوجـــب اللّه عليها العذاب الذي هو الحد فإن حلفت درئ عنها العذاب بأيمانها الخمسة ، وإن نكلـــت فالعذاب عليها واجب لم يرتفع[٤] .

وأما استدلالهم بقوله تعالى : إن الذين يشترون بعهد اللّه وأيمانهم ثمناً قليلاً" الآيـــة . فلا يصح الاستدلال بها لأن الآية تتحدث عمن يقتطع بيمينه مال غيره كما لو حلف المدعـــى عليه وهو كاذب فلا دلالة فيها على المنع من الحكم برد اليمين[٥] .

وأما الحديثان المرويان عن ابن عباس ــ رضي اللّه عنهما ــ : فلا دلالة فيهما على القضاء بالنكول لأنهما في غير محل النزاع فالنبي عليه الصلاة والسلام قد بين فيهمـــا مـــا

---

(١) النظرية العامة ١٦٣/٢ .

(٢) النظرية العامة ١٦٣/٢ .

(٣) الفروق ٩٤/٤ .

(٤) القضاء في الإسلام ص : ١٣٥ .

(٥) المرافعات الشرعية ص : ١٥٦ . الفروق ٩٤/٤ .

يطالب به من المدعي والمدعى عليه ولم يتعرضا إلى ما يترتب على عجز المدعي عن البينة وامتناع المدعى عليه عن اليمين[١] .

وأما ما روي عن سالم بن عبد اللّه أن أباه أبي أن يحلف وارتجع العبد فدل هذا على أنه اختار أن يرتجع العبد فرده إليه عثمان برضاه فبطل بهذا أن يصح عن عثمان القضاء بالنكول[٢] .

وأما ما روي عن ابن عباس أنه أمر ابن أبي مليكة أن يستحلف امرأة فأبت أن تحلف فألزمها ذلك" . فلا دلالة فيه على جواز القضاء بالنكول إذ لم يرد في الأمر أنه حكم على المرأة بنكولها . وقوله فأبت أن تحلف فألزمها ذلك . يفيد أن المرأة قد امتنعت عن اليمين فأجبرها على الحلف إذ لم يرد في الأثر ذكر للنكول حتى يرجع اسم الإشارة إليه فتعين إرجاعه لليمين[٣][٤] .

وأما قولهم : إن امتناع المدعى عليه عن اليمين دليل على كذبه في إنكاره فغير مسلم. فقد يكون امتناع المدعى عليه عن اليمين تورعاً أو أنه تجاهل للحكم وحينئذ لا يعد امتناع المدعى عليه دليلاً على صدق المدعي بل يدل على أن جانب المدعي أصبح قوياً فيكلف به إذ اليمين شرعت في حق الجانب القوي[٥] .

وأما قول شريح مضى قضائي : فلا يصح الاستدلال به لأنه روي عن شريح نفسه أنه قضى برد اليمين على المدعي كما روي عنه تحليف المدعي مع بينته . قيل لشريح : ما هذا الذي أحدثت في القضاء ؟ قال : رأيت الناس أحدثوا فأحدثت[٦] .

---

(١) النظرية العامة ١٦٤/٢ .

(٢) المحلى لابن حزم ٣٧٦/١٠ .

(٣) المحلى ٣٧٦/١٠ ، النظرية العامة ١٦٥/٢ .

(٤) وهذا الأثر يمكن الاستدلال به لمن قال إن الناكل عن اليمين يجبر بالسجن قال ابن حزم . فقول ابن عباس موافق لقولنا لا لقولكم انظر المصدر السابق .

(٥) القضاء في الإسلام ص : ١٣٦ ، النظرية العامة ١٦٥/٢ .

(٦) الطرق الحكمية ص : ١٧١ عن الشعبي قال : كان شريح يستحلف الرجل مع بينه فقيل لشريح الخ .

ـ وأما دعوى الإجماع : بقولهم : فلم يختلف في ذلك عمر وعثمان والمقداد ولم يخالفهم غيرهم فكان إجماعاً . فغير مسلم فقد روى غير واحد من الصحابة القضاء برد اليمين فلا تصح دعوى الإجماع.

مناقشة أدلة المذهب الثاني :

وردت إجابات وردود على الأدلة التي استدل بها الجمهور لمذهبهم فأجيب عن استدلالهم بآية الوصية بأن الآية وردت في تحليف الشهود ولم تتعرض لليمين المردود صراحة أو ضمناً والشافعية والمالكية يرون أن هذه الآية منسوخة ولهذا لم يقبلوا شهادة الكافر على المسلم لا في الوصية في السفر ولا في غيرها فكيف يسوغ احتجاجهم لها في غيره[١] . قال ابن حزم : آية الوصية في السفر حجة عليهم لا لهم وأن احتجاجهم بها لفضيحة الدهر عليهم لوجوه .

١ ـ أنهم لا يأخذون بها فيما جاءت فيه فكيف يستحلون الاحتجاج بأية هم مخالفون لها .

٢ ـ أنه ليس فيها من تحليف المدعى عليه ولا رد اليمين على المدعي لا بنص ولا بدليل إنما فيها تحليف الشهود فكيف سهل عليهم إبطال نص الآية وأن يحكموا منها بما ليس فيها عليه لا دليل ولا نص إن هذه لمصيبة[٢] .

وأما حديث نافع عن ابن عمر عن رسول اللّه ـ صلّى اللّه عليه وسلّم ـ أنه رد اليمين على طالب الحق . رواه البيهقي. فلا تقوم به حجة لسببين . السبب الأول : الحديث ضعيف . قال ابن عبد الحق : إن في سنده إسحاق بن الفرات وهو ضعيف[٣] .

السبب الثاني : أن ابن عمر خالف الحديث . فقد روي أنه أجاز الحكم على المدعى عليه بنكوله دون رد اليمين إلى المدعي ، ذلك حينما قبل العبد لما قضى عليه عثمان بالرد ،

---

(١) النظرية العامة ١٦٥/٢ .

(٢) المحلى ٣٧٩/١٠ .

(٣) إسحاق بن الفرات قاضي مصر صدوق فقيه قال أبو سعيد بن يونس : في أحاديثه أحاديث كأنها مقلوبة وقال محمد بن عبد اللّه بن عبد الحكم : ما رأيت فقيها أفضل منه وقال عبد الحق : إسحاق ضعيف . قال السليماني : إسحاق بن الفرات منكر الأحاديث . انظر ميزان الاعتدال ١٩٥/١ .

وترك الراوي العمل بما رواه يضعف الإستدلال به[١] .

وأما حديث القسامة : أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم . فأجيب بأن النبي ـــ صلّى اللّه عليه وسلّم ـــ لم يوجه اليمين إلى اليهود وإنما بدأ أول ما بدأ بالأنصار مما يدل على أن القسامة مسألة مستقلة لها أحكامها الخاصة . قال ابن القيم : وأحتج لرد اليمين بحديث القسامة وفي الاستدلال به ما فيه فإنه عرض على المدعين أولاً واليمين المردودة هي التي تطلب من المدعي بعد نكول المدعى عليه عنها[٢].

ـــ وأما ما روي عن عمر أنه قضى برد اليمين على المدعي بعد أن نكل المدعى عليه ولم يختلف في ذلك عمر وعثمان والمقداد ولم يخالفهم غيرهم . فلا تقوم به حجة لأمرين :

أولاً : فيه انقطاع قال ابن حزم : لا يصح لأنه من طريق الشعبي والشعبي لم يدرك عثمان ولا المقداد فكيف عمر[٣] . ثانياً : روي عن عمر ما يعارض هذا الخبر . فقد روي "أن امرأة ادعت عنده أن زوجها قال لها حبلك على غاربك فحلّف عمر الزوج باللّه ما أردت طلاقاً فنكل فقضى عليه بالفرقة، ومع التعارض لا يصح الاحتجاج بما روي عنه إذ لا مرجح لأحد المتعارضين على الآخر[٤].

ـــ وأما قولهم إن النكول يحتمل أن يكون تورعاً الخ . فلا تقوم به حجة لأن اليمين الصادقة مشروعة . قال الكاساني : وقوله يحتمل أنه نكل تورعاً عن اليمين الصادقة قلنا هذا احتمال نادر" لأن اليمين الصادقة مشروعة . فالظاهر أن الإنسان لا يرضى بفوات حقه تحرزاً عن مباشرة أمر مشروع ومثل هذا الاحتمال ساقط الاعتبار شرعاً . ألا يرى أن البينة حجة القضاء بالإجماع وإن كانت محتملة في الجملة لأنها خبر من ليس بمعصوم عن الكذب لكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب[٥] . وقال الزيلعي : والظاهر أنه

---

(١) النظرية العامة ١٦٦/٢ .

(٢) الطرق الحكمية ص : ١١٨ .

(٣) المحلى ٥٣٥/١٠ .

(٤) النظرية العامة ١٦٦/٢ .

(٥) البدائع ٢٣٠/٦ .

يأتي بالواجب فلا يترفع عن الصادقة والظاهر من حال المسلم أنه لا يكذب فلا يكون نكوله تورعاً عن اليمين الكاذبة[١] .

ـ وأما استدلالهم بحديث : البينة على المدعي واليمين على من أنكر" قالوا : فذكر البينة واليمين ولم يذكر النكول ولو كان حجة لذكره . فلا ينفي أن يكون غيرها حجة ، وقوله لو كان حجة لذكره قلنا يحتمل أنه لم يذكره كما قلتم ويحتمل أنه لم يذكره نصاً مع كونه حجة تسليطاً للمجتهدين على الاجتهاد ليعرف كونه حجة بالرأي والاستنباط ، فلا يكون حجة مع الاحتمال[٢] .

ـ وأما الاحتجاج بالإجماع فلا تقوم حجة لأن القائلين بالنكول ادعوا الإجماع مما يدل على أنه لا يوجد إجماع في المسألة أصلاً . قلت ويحتمل أن يكون الإجماع إجماع المذهب الواحد لا إجماع الأمة .

مناقشة أدلة المذهب الثالث :

أما ما ذهب إليه ابن حزم الظاهري ـ رحمه اللّه ـ فبعيد جداً وليس له تعضيد من الكتاب أو السنة أو المعقول بل هو تحميل للنصوص ما لا تطيق[٣] .

أما استدلالهم بقوله تعالى ﴿ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ الآية فغير مسلم لأن الآية عامة ولا يصح الاستدلال بها بإجبار المدعى عليه بالحلف أو الإقرار .

وأما الحديث : "من رأى منكم منكراً فليغيره" الخ .

فليس فيه حجة قال ابن القيم : وقولهم إن هذا منكر يجب تغيره باليد كلام باطل فإن تورعه عن اليمين ليس بمنكر بل قد يكون واجباً أو مستحباً أو جائزا وقد يكون معصية[٤] .

أما كتاب عمر لأبي موسى الأشعري : فلا يتعارض مع رد اليمين إلى المدعي إذا نكل عنه المدعى عليه بل إن رد اليمين إلى المدعي صاحب الحق إتمام للمسألة بحيث أن النبي ـ صلّى اللّه عليه وسلّم ـ رد اليمين على طالب الحق[٥] .

---

(١) تبيين الحقائق ٤/٢٩٦ .

(٢) البدائع ٢/٢٣٠ .

(٣) القضاء في الإسلام ص : ١٣٧ .

(٤) الطرق الحكمية ص : ١٤٥ .

(٥) القضاء في الإسلام ص : ١٣٨ .

وأما قضاء ابن عباس في المرأتين المتخاصمتين بأن تحلف المنكرة فلا يدل على حصر وسائل الحكم في هذه وإنما ذكر طريقاً من طرق الحكم وقطع الخصومة وهي الطريقة المتبادرة للذهن بأن يحلف المنكر وتبرأ ذمته[١] .

وأما حكومة زيد بن ثابت فلا يفهم منها أن رد اليمين غير مشروع بل إن الخبر بمنطوقه يدل على أن عمر بن الخطاب أنكر على زيد بن ثابت طلبه من أن يتنازل عن حقه وهو أن يقسم عمر بن الخطاب بعد أن عجز أبي عن البينة وأنكر عمر فقام عمر فحلف وليس فيه أن عمر إذا امتنع عن اليمين فإنه يجبر عليه بالضرب وإن قاوم فبالقتل[٢] .

مناقشة رأي ابن أبي ليلى :

وأما رأي ابن أبي ليلى فقد ناقشه ابن حزم وقال : وأما قول ابن أبي ليلى في رده اليمين على المتهم فباطل لأنه تقسيم لم يأت به قرآن ولا سنة ، وما جعل اللّه تعالى في الحكم بالبينة أو اليمين على الكافر والكاذب على اللّه تعالى وعلى رسوله عليه الصلاة والسلام من اليهود والنصارى والمجوس وعلى المشهورين بالكذب والفسق إلا الذي جعل من ذلك على أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وأمهات المؤمنين وأبي ذر الغفاري وخزيمة وسائر المهاجرين والأنصار . قال اللّه فيهم ﴿أولئك هم الصادقون﴾[٣] .

الراجح :

بعد مناقشة آراء العلماء وأدلتهم وجدنا أن الصحابة ــ رضوان اللّه عليهم ــ قضوا برد اليمين في مواضع وبالنكول في مواضع أخرى ، وثبت عن القاضي شريح أنه قضى بالنكول . وقضى برد اليمين تأسياً بالصحابة ــ رضي اللّه عنهم . فأرجّح العمل بهما معاً فيقضى بالنكول في المواضع التي لا يمكن فيها معرفة الحق إلا عن طريق المدعى عليه ويقضى برد اليمين إن كان الحق لا يعرف إلا عن طريق المدعي ، وبه قال شيخ الإسلام ابن تيمية ــ رحمه اللّه ــ واختاره ابن القيم .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية : ليس المنقول عن الصحابة ــ رضي اللّه عنهم ــ في النكول ورد اليمين بمختلف بل هذا له موضع وهذا له موضع فكل موضع أمكن المدعي

---

(١) المصدر السابق .

(٢) القضاء في الإسلام ص : ١٣٧ .

(٣) المحلى لابن حزم ٣٧٨/١٠ .

معرفته والعلم به فرد المدعى عليه اليمين فإنه إن حلف استحق وإن لم يحلف لم يحكم له بنكول المدعى عليه وهذا كحكومة عثمان والمقداد ، فإن المقداد قال لعثمان أحلف أن الذي دفعته إليّ كان سبعة آلاف وخذها . فإن المدعي هنا يمكنه معرفته ذلك والعلم به كيف وقد ادعى به ؟ فإذا لم يحلف لم يحكم له إلا ببينة أو إقرار ، وأما إذا كان المدعي لا يعلم ذلك والمدعى عليه هو المنفرد بمعرفته فإنه إذا نكل عن اليمين حكم عليه بالنكول ولم ترد على المدعي كحكومة عبد اللّه بن عمر وغرمه في الغلام فإن عثمان قضى أن يحلف أنه باع الغلام وما به داء يعلمه وهذا يمكن أن يعلمه البائع فإنه إنما استحلفه على نفي العلم أنه لا يعلم به داءً فلما امتنع من هذه اليمين قضي عليه بنكوله[١] .

وقال ابن القيم : وهذا الذي اختاره شيخنا ــ رحمه اللّه ــ هو فصل النزاع في النكول ورد اليمين ... وباللّه التوفيق[٢] .

المطلب الثاني : حكم النكول عن اليمين في القانون .

سبق أن ذكرنا أن اليمين في القانون قسمان . اليمين الحاسمة : وهي التي بوجهها أحد الخصمين إلى الآخر كدليل قاطع في الدعوى . واليمين المتممة : وهي التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها إلى أحد الخصمين توكيداً للأدلة التي قدّمها وتعزيزاً للأدلة المعروضة عليها لاستظهار الحقيقة والبحث عنها عندما تكون الأوراق المتمسكة بها غير كافية للإثبات[٣] .

والنكول نوعان : نكول عن اليمين الحاسمة، ونكول عن اليمين المتممة .

النكول عن اليمين الحاسمة :

الناكل عن اليمين الحاسمة دون أن يردها إلى خصمه أو ردت عليه فنكل خسر دعواه ولا يحق له المطالبة مرة أخرى . نصت المادة (١٣٦١) من التقنين المدني الفرنسي (من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يرضى بردها على خصمه ، ومن ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه أو دفعه .

---

(١) الطريق الحكمية ، ص : ٨٦ .

(٢) المصدر السابق ، ص : ٨٦ .

(٣) موسوعة القضاء والفقه لدول العربية ص : ٣٢٠/١ ــ ٣٢١ .

والمادة (٤١٤) من التقنين المدني المصري كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه ويطابق هذا النص مادة (١١٩) من قانون اللبينات السوري . وفي التقنين المدني العراقي مادة (٤٨٠)[١] .

ونصت المادة (٢٣٢) من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني : من كلّف حلف اليمين وتمنّع عنها أو عن ردّها على خصمه أو ردّت عليه اليمين وتمنّع عنها كان خاسراً في طلبه أو في دفعه[٢] .

ممن يقع النكول ؟

يقع النكول ممن وجهت إليه اليمين ابتداء فلا يردها على خصمه ولا يحلف فيعتبر ناكلاً . ويقع ممن ردت عليه اليمين فإذا لم يحلفها اعتبر ناكلاً[٣] . ويقع النكول بحضور الخصم أو بغيابه فإن كان حاضراً وجب على الخصم أن يحلفها فوراً ، أو يردها على خصمه فإن سكت عن الحلف والرد اعتبر ناكلاً ويجوز مع ذلك أن تعين المحكمة في حكمها يوماً معيناً للحلف . وإن صدر الحكم بالتحليف في غيبة المكلف بالحلف وجب تكليفه بالحضور على يد محضر لحلف اليمين بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذي حددته ، فإن حضر وامتنع عن الحلف والرد دون أن ينازع اعتبر ناكلاً ، وإن تغيت تنظر المحكمة في سبب غيابه فإن اعتبرته عذراً شرعياً جاز لها أن تحدد جلسة أخرى لحلف اليمين وإلا اعتبرت غيابه دون عذر شرعي نكولاً[٤] .

النكول عن اليمين المتممة :

أما إذا نكل الخصم الذي وجهت إليه اليمين المتممة فإن الأدلة الناقصة التي قد قدمها لإثبات ادعائه تبقى ناقصة كما كانت ، بل إن الرّيبة لتزداد في صحة ادعائه بعد أن نكل من أجل ذلك يغلب أن يقضى ضده ولكن ليس من المتحتم أن يقضى ضده فقد تظهر أدلة تكمل أدلته الناقصة بعد نكوله[٥] .

---

(١) الوسيط ٥٦٦/٢ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) الوسيط ٥٦٧/٢ .

(٤) الوسيط في شرح القانون المدني ٥٦٩/٢ .

(٥) الوسيط ص : ٥٨٦ .

فالناكل عن اليمين الحاسمة خسر دعواه والناكل عن اليمين المتممة لم يخسر دعواه .

يقول الدكتور السنهوري : ونرى من ذلك أن النكول عن اليمين المتممة كحلفها لا يقيد القاضي فليست اليمين المتممة تحكيماً كاليمين الحاسمة بل هي إجراء من إجراءات التحقيق ودليل إثبات تكميلي ذو قوة محدودة[١] . نصت المادة (١٧٧) من قانون المرافعات المصري إذا لم ينازع من وجهت إليه اليمين لا في جوازها ولا في تعلّقها بالدّعوى وجب عليه إن كان حاضراً بنفسه أن يحلفها فوراً أو يردها على خصمه وإلا اعتبر ناكلاً . ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعاداً للحلف إذا رأت لذلك وجها ، فإن لم يكن حاضراً وجب تكليفه على يد محضر بالحضور لحلفها بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذي حددته فإن حضر وامتنع دون أن ينازع أو تخلّف بغير عذر اعتبر ناكلاً[٢] .

مقارنة :

بالمقارنة بين الفقه والقانون في القضاء بالنكول نجد أن الآراء تعدّدت في الفقه الإسلامي بين قائل بالقضاء بالنكول كما هو رأي الحنفية ، وبين قائل بردّ اليمين كما هو رأي الجمهور ، وبين قائل لا يقضى بالنكول ولا تردّ اليمين وإنما يسجن حتى يقرّ أو يحلف كما هو رأي ابن حزم الظاهري . بينما القانون حصم المسألة لصالح رأي واحد وهو : القضاء بالنكول في اليمين الحاسمة وعدم القضاء بها في اليمين المتممة ، وهنا أقول : إن القانون اختار رأي الحنفية ، والقضاء بالنكول لا يخالف الشريعة . فقد قضى به شريح وغيره من العلماء الأجلاء .

---

(١) الوسيط ص : ٥٨٦ .

(٢) قانون المرافعات المصري لمحمد كمال أبو الخير ص : ٣٦٣ ، الطبعة الخامسة .

المبحث الثالث

ما يقضى فيه بالنكول

بعد اتفاق الإمام والصاحبين في القضاء بالنكول في الأموال وما يؤل إليها إختلفوا في مسائل كالنّكاح، والرجعة ، ودعوى النسب، والـرق ، والـولاء، والاسـتيلات ، فذهـب الصاحبان إلى أن هذه الأمور يجري فيها الاستحلاف كالأموال لأن النكول عندهمـا إقـرار، وأما أبو حنيفة فيرى أن النكول بذل وإباحة وهذه الحقوق لا يجري فيها البذل والإباحة فـلا يقضى فيها بالنكول كالقصاص في النفس وكالحدود واللّعان ، وفي حمله على البذل صيانـة عرضه عن الكذب فكان أولى[١]،ولا يقضى بالنكول في القصاص بالنفس ولا تـرد اليمين ولكن يسجن حتى يقر أو يحلف وفي الطرف يقضى بالقصاص في العمد وبالدية في الخطـأ عند أبي حنيفة. وعندهما لا يقضى بالقصاص في النفس والطرف جميعاً . قال الكاسـاني : فإن كان النكول في دعوى القصاص فإن كان في النفس فعند أبي حنيفة لا يقضـى فيـه لا بالقصاص ولا بالمال وإنما يسجن حتى يقر أو يحلف أبداً، وإن كان القصاص فـي الطـرف فإنه يقضى بالقصاص في العمد وبالدية في الخطأ . وعندهما لا يقضى بالقصاص في النفس والطرف جميعاً ولكن يقضى بالإرش والدية فيهما جميعاً بناء على أن النكول بذل عند أبـي حنيفة ــ رحمه اللّه ــ والطرف يحتمل البذل والإباحة وعندهما النكول إقرار فيه شبهة العدم لأنه إقرار بطريق السكوت وأنه محتمل والقصاص يدرأ بالشبهات وإذا سقط القصاص للشبهة يجب المال[٢] .

---

(١) تبيين الحقائق ٢٩٧/٤ .

(٢) بدائع الصنائع ٢٣٠/٦ ــ ٢٣١ .

المبحث الرابع

حكم النكول عن أيمان القسامة وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : نكول المدعين عن أيمان القسامة .

سبق أن ذكرنا خلاف الجمهور والحنفية على من توجه أيمان القسامة أولاً وذكرنا رأي الجمهور القائل بأن المدعين يبدأون بأيمان القسامة فإذا حلفوا استحقوا القصاص أو الدية على الخلاف المتقدم .

أما إذا نكلوا عن أيمان القسامة فهل ترد الأيمان على المدعي عليهم أم يحكم بنكولهم لم يختلف الفقهاء القائلون بالبدء بالمدعيين رد اليمين على المدعى عليهم إذا امتنعوا عن الأيمان .

قال الباجي في شرحه على الموطأ : السنة عند مالك والشافعي أن يبدأ المدعون بالأيمان فإن نكلوا ردت على المدعى عليهم فإن أقسموا برئوا وإن نكلوا ردت على المدعي[١].

وقال الشافعي : وإذا أبى المدعون حلف لهم من ادعوا عليهم خمسين يميناً ثم يبرأون لأن قول النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ فتبرئكم يهود يدل على أنهم يبرأون بالأيمان[٢] .

وقال ابن قدامة : فإن لم يحلف المدعون حلف المدعى عليهم خمسين يميناً وبرئوا وهذا ظاهر المذهب وبه قال يحيى بن سعيد الأنصاري وربيعة وأبو بكر وأبو الزناد ومالك والليث والشافعي وأبو ثور وقد حكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنهم يحلفون ويغرمون الدية لقضية عمر[٣] .

---

(١) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ــ رحمه اللّه تعالى ــ ٥٥/٧ ، الناشر : دار الكتب العربي بيروت لبنان الطبعة الثالثة ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م .

(٢) الأم للشافعي نقلا من كتاب : القسامة في الفقه الإسلامي ص : ١٢٤ .

(٣) المغني ٢٠٥/١٢ تحقيق الدكتور عبد اللّه بن عبد المحسن التركي ، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو . هجر للطباعة والتوزيع ص : ١٢٤ . الطبعة الثانية ١٤١٣هـ / ١٩٩٢م .

الأدلـــة :

استدل الجمهور بأدلة منها :

١ ــ حديث يحيى بن سعيد ورافع بن خريج في مقتل عبد اللّه بن سهيل فقـــال لهـــم النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ أتحلفون خمسين يميناً فتستحقون صاحبكم أو قاتلكم ، قـــالوا وكيف نحلف ولم نشهد؟ قال: فتبرئكم يهود خمسين يميناً قالوا وكيف نقبل أيمان قوم كفـــار . رواه البخاري ومسلم [١] .

وفي رواية أخرى أن النبيّ ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قـــال للحـــارثيين : أتحلفـــون وتستحقون دم صاحبكم قالوا: لا . قال : فتحلف لكم يهود . رواه مالك في الموطأ .

قال الباجي في شرحه على الموطأ : قلنا من هذا الحديث دليلان أحدهما : أنه بدأ بـــالمدعين في الإيمان والثاني : أنه نقلها عند نكولهم إلى المدعى عليهم [٢] .

واستدل ابن قدامة : للرواية الراجحة في المذهب بقوله : ولنا قول النبي صلّى اللّـــه عليه وسلّم، فتبرئكم اليهود بأيمان خمسين منهم وفي لفظ قـــال : فيلحفـــون خمســـين يمينـــاً ويبرئون من دمه وقد ثبت أن النبي صلّى اللّه عليه وسلّم لم يغرّم اليهود وأنه أداها من عنده ولأن القسامة مشروعة في حق المدعى عليه فيبرأ بهـــا كســـائر الأيمـــان ولأن ذلـــك (أي تغريمهم الدية بدون بينة) إعطاء بمجرد الدعوى فلم يجز للغير ومخالفة مقتضى الدليل فـــإن قول الإنسان لا يقبل على غيره بمجرد دعواه كدعوى المال وسائر الحقوق ولأن فـــي ذلـــك جمعاً بين اليمين والغرم فلم يشرع كسائر الحقوق [٣] .

المسألة الثانية : نكول المدعى عليهم عن أيمان القسامة ، وفيها صورتان

الصورة الأولى : نكول المدعى عليهم إذا ردت الأيمان عند الجمهور

إذا نكل المدعون عن أيمان القسامة فإنها ترد على المدعى عليهم فإذا حلف المدعـــى عليهم فإنهم يبرأون وأما إذا نكل المدعي عليهم عن الأيمان فاختلف الجمهور في ذلك .

---

(١) فتح الباري ٢٨٢/١٢ شرح النووي ١٤٧/١١ .

(٢) المنتقى ٥٥/٧ .

(٣) المغني لابن قدامة ٢٠٥/١٢ .

فذهب المالكية إلى أنهم يحبسون حتى يحلفوا ولا ترد الأيمان على المدعين أصلاً لأن اليمين المردودة لا ترد [١] . قال صاحب الفواكه الدواني: "إذا نكل المدعون للدّم عن القسامة وردت الأيمان على المدعي عليهم فنكلوا حبسوا حتى يحلفوا فإن طال حبسهم تركوا وعلى كل واحد منهم جلد مائة وحبس سنة ، وهذا حكم الدعوى على جماعة أما إذا كانت الدعوى على واحد ولم يجد المدعى عليه من يحلف معه من عصبته لامتناعهم عن القسامة حلف المدعى عليه الأيمان كلها وحده ويبرأ ، وإن نكل حبس حتى يحلف ولا يطلق ولو طال حبسه [٢] . وذهب الشافعية [٣] إلى القول بأنه إذا نكل المدعى عليهم عن أيمان القسامة فإن الأيمان ترد على المدعين مرة ثانية وهنا لا ترد الأيمان على أنها أيمان قسامة ولكن ترد على أنها أيمان عادية فإذا حلفوا خمسين يميناً استحقوا القود في دعوى العمد والدية في دعوى الخطأ وشبه العمد .

قال النووي : وإذا حلف المدعي عند نكول المدعى عليه فإن كان المدعى قتلاً ثبت عمدا القصاص لأن اليمين المردودة كالإقرار أو كالبينة والقصاص يثبت بكل منهما .

وإن كان المدعى خطأ أو شبه عمد وجبت الدية قيل إن قلنا اليمين المردودة كالبينة فهي على عاقلته وإن قلنا كالإقرار فهي في ما له ، وقيل في ما له مطلقاً لأنها إنما تكون كالبينة في حق المتداعين. وقال أيضاً : إذا نكل المدعي عن القسامة في محل اللّوث حلف المدعى عليه فإن نكل فهل ترد اليمين على المدعي ؟ ينظر إن ادعي قتلاً يوجب القصاص وقلنا القسامة لا توجب القصاص ردت اليمين قطعاً لأنه يستفيد بها ما لا يستفيد بالقسامة وهو القصاص ، وإن كان قتلاً لا يوجب القصاص فقولان . أحدهما لا ترد لأنه إنما نكل عن يمين القسامة وهذه غيرها والسبب الممكن من تلك هو اللوث ومن هذه نكول المدعى عليه[٤] .

يلاحظ أن الأيمان المردودة أقوى عند الشافعية من أيمان القسامة لأنهم لا يوجبون القصاص في القسامة في الراجع عندهم فكيف يوجبونها في المردودة ؟ . يقول الأستاذ محمد إسماعيل بسيط : إن هذه الأيمان عدا عن كونها خلاف ما نطقت به النصوص والأدلة والقواعد الشرعية على خلافها فإنها أخطر من أيمان القسامة عند الشافعية ذلك لأن أيمان

---

(١) الفواكه الدواني . ٢٥١/٢ .

(٢) الفواكه الداتى ٢٥١/٢ .

(٣) الروضة ٢٤/١٠ ــ ٢٥ ، مغنى المحتاج ١١٧/٤ .

(٤) الروضة ٢٤/١٠ .

القسامة لا يشاط بها الدّم وإذا كان رد تلك الأيمان على أساس أيمان قسامة غير مشروع من الأصل فإن عدم مشروعية ترتب تلك الأيمان المردودة أحرى وأولى[١] .

ــ وذهب الحنابلة[٢] إلى القول بأنه إذا نكل المدعى عليهم عن أيمان القسامة فإنه تلزمهم الدية ولا يحبسون وعن أحمد رواية أخرى أنهم يحبسون حتى يحلفوا والأول هو الراجح عند الحنابلة .

قال ابن قدامة : وإن امتنع المدعى عليهم من اليمين لم يحبسوا حتى يحلفوا وعن أحمد رواية أخري أنهم يحبسون حتى يحلفوا وهو قول أبي حنيفة ــ قال ابن قدامة : ولأنها يمين مشروعة في حق المدعى عليه فلم يحبس عليها كسائر الأيمان إذا ثبت هذا فإنه لا يجب القصاص بالنكول لأنه حجة ضعيفة فلا يشاط بها الدم كالشاهد واليمين . قال القاضي : ويديه الإمام من بيت المال نص عليه أحمد وروى عنه حرب بن إسماعيل أن الدية تجب عليهم . قال ابن قدامة : وهذا هو الصحيح . وهو اختيار أبي بكر لأنه حكم ثبت بالنكول فيثبت في حقهم هاهنا كسائر الدعاوي لأن وجوبها في بيت المال يقضى إلى إهدار الدم وإسقاط حق المدعين مع إمكان غيره فلم يجز كسائر الدعاوي ولأنها يمين توجهت في دعوى أمكن إيجاب المال بها فلم تخل من وجوب شيء على المدعى عليه كما في سائر الدعاوي وههنا لو لم يجب على المدعي عليه مال بنكوله ولم يجبر على اليمين لخلا من وجوب شيء عليه بالكلية[٣] .

الصورة الثانية : نكول المدعى عليه عند الحنفية :

ذهب الحنفية إلى القول بأنه إذا نكل المدعى عليهم عن أيمان القسامة فإنهم يحبسون حتى يحلفوا أو يقروا[٤] .

قال السرخسي : وإذا أبى الذين وجد فيهم القتيل أن يقسموا حبسوا حتى يقسموا لأن القسامة عليهم باعتبار تهمة القتيل وقد ازدادت بنكولهم والأيمان مقصودة ههنا فيحبسون لإيفائها .

---

(١) القسامة في الفقه الإسلامي ص : ١٣٢ .

(٢) المغني ٢٠٦/١٢ .

(٣) المغني لابن قدامة ٢٠٦/١٢ .

(٤) المبسوط ١١١/٢٦ ، شرح فتح القدير ٣٨٨/٨ .

وقال أيضاً : فإن نكلوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا لأن الأيمان في القسامة حق مقصـــود لتعظيم أمر الدم ومن لزمه حق مقصود لا تجري النيابة في إيفائه فإذا امتنع منه فإنه يحبـــس ليوفى[١] .

وفي شرح فتح القدير : ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف لأن اليمين فيه حـــق مستحقة لذاتها تعظيماً لأمر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الأمـــوال لأنّ اليمين بدل عن أصل حقه ولهذا يسقط بدل المدعي[٢] .

---

(١) المبسوط ١٢١/٢٦ ، تبيين الحقائق ١٧٠/٦ .

(٢) شرح فتح القدير ٣١٠/٩ .

المبحث الخامس

حكم النكول عن أيمان اللّعان وفيه مسألتان

المسألة الأولى : نكول الزوجة عن اللّعان :

إذا نكلت الزوجة ولم تلتعن فهل يقام عليها الحد أم تحبس حتى تقر أو تلاعن ؟ في المسألة قولان:

القول الأول : قول جمهور الفقهاء .

ذهب المالكية والشافعية والرواية الثانية للحنابلة وجماعة من السلف والخلف منهم أبو عبيد وأبو ثور وأبو إسحاق الجرجاني وابن المنذر إذا لم تلاعن المرأة ونكلت عن الأيمان في اللّعان فإنها تحد ، وحدها الرّجم إن كان دخل بها ووجدت فيها شروط الإحصان وإن لم يكن دخل بها فالجلد[١] .

جاء في الفواكه الدواني : وإن نكلت هي الزوجة بعد إتيان الزوج شهادته رجمت أي ضربت بالحجارة إلى الموت إن كانت حرة محصنة[٢] . وقال النووي : وإذا لاعن لزمها الحد ولها إسقاطه باللّعان[٣] .

وقال أيضاً : وكذا المرأة إذا امتنعت من اللّعان تم عادت إليه مكنت منه وسقط عنها ما بقي من الحد[٤] .

والظاهر من كلام النووي : أن المرأة إذا امتنعت من اللّعان وجب عليها حد الزنى وهو الرجم ، إن كانت محصنة وجلد مائة إن كانت غير محصنة، فإن عادت إلى اللّعان بعد أن استوفى منها بعض الحد فإنها تمكّن من اللّعان ويسقط عنها ما بقي من الحد .

---

(١) الفواكه الدواني ٨٥/٢ ، الروضة ٣٣٦/٨ نهاية المحتاج ١١٥/٧ ، المغني لابن قدامة ١٨٨/١١ ، زاد المعاد ٣٦٨/٢ .

(٢) الفواكه الدواني ٨٥/٢ .

(٣) الروضة ٣٣٦/٨ .

(٤) الروضة ٣٤٩/٨ .

الأدلة :

استدل الجمهور بأدلة منها ، قوله تعالى ، ﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله﴾[١] .

وهذا يدل على أن سبب العذاب الدنيوي قد وجد وأنه لا يدفعه عنها إلا لعانها والعذاب المدفوع عنها بلعانها هو المذكور في قوله تعالى ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾[٢] وهذا عذاب الحد قطعاً فذكره مضافاً ومعرّفاً بلام العهد فلا يجوز أن ينصرف إلى عقوبة لم تذكر في اللّفظ ولا دلّ عليها بوجه ما من حبس أو غيره فكيف يخلى سبيلها ويدرأ عنها العذاب بغير لعان وهل هذا إلا مخالفة لظاهر القرآن الكريم . قالوا : وقد جعل الله سبحانه لعان الزوج دارئاً لحد القذف عنه وجعل لعان الزوجة دارئاً لعذاب حد الزنى عنها فكما أن الزوج إذا لم يلاعن يحد حد القذف فكذلك الزوجة إذا لم تلاعن يجب عليها الحد"[٣] .

القول الثاني : قول الحنفية والرواية الثانية للحنابلة :

ذهب الحنفية وإحدى الروايتين عن أحمد أن الزوجة إذا نكلت عن أيمان اللّعان فإنها تحبس حتى تقرّ أو تلاعن[٤] . قال الكاساني : وكذا إذا التعن الرجل تجبر المرأة على اللّعان ولو امتنعت تحبس حتى تلاعن أو تقر بالزنا عندنا ، وعنده (يعني الشافعي) لا تجبر ولا تحبس بل يقام عليها الحد[٥] .

وقال أحمد بن حنبل : إذا أبت المرأة أن تلتعن بعد التعان الرجل أجبرتها وهبت أن أحكم عليها بالرجم لأنها لو أقرت بلسانها لم أرجمها إذا رجعت فكيف إذا أبت اللّعان[٦] .

وعن أحمد رواية أخرى يخلى سبيلها إختارها أبو بكر من الحنابلة وعلّل بذلك لأنها لا يجب عليها الحد فيجب تخلية سبيلها كما لو لم تكمل البينة[٧] .

---

(١) سورة النور آية : ٨ .

(٢) سورة النور آية : ٢ .

(٣) المغني لابن قدامة ١٨٨/١١ ، زاد المعاد ٣٦٨/٥ ــ ٣٦٩ .

(٤) البدائع ٢٣٨/٣ ، تبيين الحقائق ١٩/٣ ، المغني ١٨٩/١١ .

(٥) البدائع ٢٣٨/٣ .

(٦) المغني ١٨٩/١١ ، زاد المعاد ٣٦٨/٥ .

(٧) زاد المعاد ٣٦٨/٥ .

الأدلـــة :

استدل أصحاب القول الثاني بأدلة من الكتاب والسنة والآثار .

فأما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات باللّه﴾[١] .

ووجه الاستدلال من الآية العذاب الوارد في الآية يحتمل أن يكون العذاب الدنيوي أوعـــذاب الآخرة فحمله بعذاب الدنيا أولى .

قال الكاساني : إنها إذا امتنعت من اللّعان تحبس حتى تلاعن أو تقـــر فيـــدرأ عنهـــا العذاب وهو الحبس باللّعان[٢] .

وأما السنة :

فقوله عليه الصلاة والسلام "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث زنا بعد أصحـــان أو كفر بعد إيمان أو قتل نفس بغير نفس" رواه البخاري ومسلم . والتزمذي والنسائي وأبـــو داود .

ولفظ البخاري : ما قتل رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ أحداً قط إلا في إحدى ثلاث خصال : رجل قتل بجريرة نفسه فقتل أو رجل زنى بعد إحصان أو رجل حارب اللّـــه ورسوله وارتد عن الإسلام[٣] . ولفظ مسلم : عن عبد اللّه بن مسعود قال : قال رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ : "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا اللّه وأني رسول اللّه إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينـــه المفـــارق للجماعـــة"[٤] . وروى الترمذي عن عبد اللّه بن مسعود مثله[٥] .

ولفظ النسائي : عن عبد اللّه عن رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ قال : لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث النفس بالنفس والثيب الزاني والتارك دينه المفارق[٦] .

---

(١) سورة النور آية : ٨ .

(٢) البدائع ٢٣٩/٣ .

(٣) صحيح البخاري ، كتاب الديات باب القسامة ٤٣/٨ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ١٦٣/١١ ، دار الفكر بيروت لبنان . الطبعة الثانية ١٣٩٢هـــ /١٩٧٢م .

(٥) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي ٦٥٧/٤ ، دار الفكر الطبعة الثانية .

(٦) سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي ١٣/٨ ، اعتنى به وقمه وصنع فهارسه الشيخ عبد الفتاح أبـــو غدة . الناشر مكتبة المطبوعات الإسلامية بحلب . الطبعة الأولى ١٤٠٦هـــ / ١٩١٦م .

وجه الاستدلال :

ووجه الاستدلال من الحديث أن النبي ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ حرّم دم امرئ مسلم إلا أن يكون واحداً من الثلاثة : ورجم المرأة بنكولها عن اللّعان ليس داخلاً في ثلاث . فوجب الاقتصار بالثلاث وحبس المرأة إذا نكلت عن اللّعان حتى تقر أو تلاعن .

الآثـــار :

واستدلوا من الآثار بما يلي :

ما روي عن عمر بن الخطاب ــ رضي اللّه عنه ــ أنه قال على منبر رسول اللّه ــ صلّى اللّه عليه وسلّم ــ والرجم واجب على كل من زنى من الرجال والنساء إذا كان محصناً إذا قامت بينة أو كان الحبل أو الاعتراف[1] . أخرجه البخاري .

وأجاب الحنفية عن أدلة الجمهور فقالوا : وأما قوله تعالى : ﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات باللّه﴾ فلا حجة لهم فيها لأن دفع العذاب يقتضي توجه العذاب لا وجوبه لأنه حينئذ يكون رفعاً لا دفعاً على أنه يحتمل أن يكون المراد من العذاب هو الحبس إذ الحبس يسمى عذاباً قال اللّه تعالى في قصة الهدهد : ﴿لأعذبنه عذاباً شديداً﴾ الآية قيل في التفسير لأحبسنه وهذا هو مذهبنا أنها إذا امتنعت من اللّعان تحبس حتى تلاعن أو تقر فيدرأ عنها العذاب وهو الحبس باللّعان[2] .

قالوا والشافعي لا يرى القضاء بالنكول في درهم فما دونه ولا في أدنى تعزير فكيف يقضى به في أعظم الأمور وأبعدها ثبوتاً وأسرعها سقوطاً ، ولأنها لو أقرت بلسانها ثم رجعت لم يجب عليها الحد فلأن لا يجب بمجرد امتناعها من اليمين على براءتها أولى .

وقالوا : إن سفك الدم بالنكول حكم ترده الأصول فإنه إذا كان كثير من الفقهاء لا يوجبون غزم المال بالنكول فكان بالحري أن لا يجب بذلك سفك الدماء .

وبالجملة فقاعدة الدماء مبناها في الشرع على أنها لا تراق إلا بالبينة العادلة أو بالاعتراف ومن الواجب أن لا تخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك قال ابن رشد : فأبو حنيفة في هذه المسألة أولى بالصواب إن شاء اللّه وقد اعترف أبو المعالى في كتابه البرهان

---

(١) فتح الباري ١٢/١٢٦ .

(٢) البديع : ٣/٢٣٨ ــ ٢٣٩ ، سورة النمل الآية : ٢١ .

بقوة أبى حنيفة في هذه المسألة وهو شافعي [١] . قالوا : والعجب من الشافعي : لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب عليها الحد بقوله وإن كان عبـــداً فاســقاً" [٢] . وأيضاً لم يتحقق زناها فلا يجب عليها الحد كما لو لم يلاعن[٣] .

وأجاب الجمهور عن أدلة الحنفية فقالوا :

١ ــ وأما قولكم إن العذاب المدروء عنها بلعانها هو عذاب الحبس أو غيره فجوابــه، أن العذاب المذكور إما عذاب الدنيا أو عذاب الآخرة . وحمل الآية على عذاب الآخرة باطل قطعا فإن لعانها لا يدرأ إذا وجب عليها وإنما هو عذاب الدنيا وهو الحدّ قطعا فإنـــه عـذاب المحدود وهو فداء له من عذاب الآخرة .

ولهذا شرعه سبحانه طهرة وفدية من ذلك العذاب كيف وقد صرح به في أول السورة بقوله : ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾[٤] ــ ثم أعاد بعينه بقوله تعالى : ويدرأ عنها العذاب ، فهذا هو العذاب المشهود مكّنها من دفعه بلعانها فأين هنا عذاب غيره حتى تفســره الآية وقد رجّح ابن القيم مذهب الجمهور ــ فقال : وإذا تبين هذا فهذا هو القـــول الصحيــح الذي لا نعتقده سواه ولا نرضاه إلا إياه . وباللّه التوفيق[٥] .

وأما قولكم للشافعي : كيف لا يقضي بالنكول في درهم ويقضى به في إقامة الحـــدود التي بالغ الشرع في سدها . أجاب ابن القيم فقال : والشافعي ــ رحمه اللّه تعـــالى ـــ لـــم يتناقض فإنه فرّق بين نكول مجرد لا قوة له وبين نكول قد قارنه اللّعان مؤكد مكرر أقيم في حق الزوج مقام البينة مع شهادة الحال بكراهة الزوج لزنى امرأته وفضيحتها وخراب بيتهـــا وإقامة نفسه وحبه في ذلك المقام العظيم بمشهد المسلمين يدعوا على نفسه باللّعنـــة إن كـــان كاذباً بعد حلفه باللّه جهد أيمانه أربع مرات إنه لمن الصادقين، والشافعي رحمه اللّه إنما حكم بنكول قد قارنه ما هذا شأنه فمن أين يلزنه أن يحكم بنكول مجرد [٦] .

---

(١) المغنى لابن قدامة ١٨٩/١١ ، زاد المعاد ٣٦٧/٥ ، بداية المجتهد ١٢٠/٢ .

(٢) شرح فتح القدير ١١٦/٤ .

(٣) المغنى ١٨٨/١١ .

(٤) سورة النور : ٢ .

(٥) زاد المعاد ٣٧٣/٥ .

(٦) زاد المعاد ٣٧٣/٥ .

وأما قولكم لو شهد عليها مع ثلاثة غيره لم تحد بهذه الشهادة فكيف تحد بشهادته وحده؟ فجوابه : أنها لم تحد بشهادة مجردة وإنما حدت بمجموع لعانه خمس مرات ونكولها عن معارضته مع قدرتها عليها فقام بمجموع ذلك دليل في غاية الظهور والقوة على صحة قوله والظن المستفاد منه أقوى بكثير من الظن المستفادة من شهادة الشهود [١] .

وأما قولكم فإنه لم يتحقق زناها إلى أخره .

فجوابه : إن أردتم بالتحقيق اليقين المقطوع فهذا لا يشترط في إقامة الحد ولو كان هذا شرطاً لما أقيم الحد بشهادة أربعة إذ شهادتهم لا تجعل الزنى محققاً بهذا الاعتبار .

وإن أردتم بعدم التحقيق أنه مشكوك فيه على السواء بحيث لا يترجح ثبوته فباطل قطعاً. وإلا لما وجب عليها العذاب المدروء بلعانها ولا ريب أن التحقيق المستفاد من لعانه المؤكد المكرر مع إعراضها معارضة ممكنة منه أقوى من التحقيق بأربع شهود ، ولعل لهم غرضاً في قذفها وهتكها وإفسادها على زوجها والزوج لا غرض له في ذلك منها [٢] .

المسألة الثانية : نكول الزوج عن أيمان اللّعان .

قد يمتنع الزوج عن اللّعان بعد قذفه لزوجته وقد يكذّب نفسه فهل إذا امتنع الزوج عن اللّعان أو كذّب نفسه بعد اللّعان يقام عليه حد القذف بنكوله أو تكذيب نفسه؟ في المسألة قولان: —

القول الأول : قول جمهور الفقهاء .

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إذا امتنع الزوج عن اللّعان لا يحبس ولكن يحد حد القذف [٣] .

قال ابن رشد : فإذا نكل الزوج فقال الجمهور أنه يحد . وقال أبو حنيفة : أنه لا يحد ويحبس . وحجة الجمهور قوله تعالى : ﴿والذين يرمون المحصنات...الآية﴾ وهذا عام في

---

(١) المصدر السابق ٣٧٣/٥ .

(٢) المصدر السابق : ٣٧٣/٥ .

(٣) الفواكه الدوانى ٨٢/٢ ، بداية المجتهد ١٢٠/٢ ، مغنى المحتاج ٣٨٠/٣ ، نهاية المحتاج ١١٢/٧ ، المغنى لابن قدامة ١٥١/١١، الموسوعة الفقهية ٢٥٦/٣٥ .

الأجنبي والزوج وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود فوجب إذا نكل أن يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود [١] .

وقال الشافعي في الأم : وإذ قذف الرجل زوجته فلم تطلب الحد حتى فارقها أو لم يفارقها ولم تعفه ثم طلبته إلتعن أو حدّ إن أبى أن يلتعن [٢] . وفي نهاية المحتاج : وإن لم يلاعن ولا بينة له حد لقذفها [٣] وقال ابن قدامة : فإن لم يكذّب نفسه ولم يكن له بينة ولا لاعن أقيم عليه الحد [٤] .

الأدلة :

استدل الجمهور بقوله تعالى : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ... الآية﴾ [٥] .

وجه الاستدلال : أن الموجب الأصلي للقذف عند الجمهور هو الحد، واللّعان مسقط له فأوجب اللّه الحد على كل قاذف سواء كان زوجاً أو غيره . ثم جاء قوله تعالى : ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات باللّه إنه لمن الصادقين﴾ [٦] . مبيناً أن القاذف إن كان زوجاً فله أن يدفع الحد عنه باللّعان فإذا امتنع عنه ثبت الموجب الأصلي وهو الحد [٧] .

السنة :

واستدلوا من السنة بحديث الرسول صلّى اللّه عليه وسلّم في قصة هلال بن أمية : (البينة أو حد في ظهرك) وقوله عليه الصلاة والسلام : عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة[٨].

---

(١) بداية المجتهد ١٢٠/٢ .

(٢) الأم للشافعي ٢٨٦/٥ .

(٣) نهاية المحتاج ١١٢/٧ .

(٤) المغنى ١٥١/١١ .

(٥) سورة النور الآية : ٤ .

(٦) سورة النور الآية : ٦

(٧) الموسوعة الفقهية ٢٥٦/٣٥ .

(٨) تقدم تخريجه

قال ابن القيم : وهذا قاله لهلال بن أمية قبل شروعه في اللّعان فلو لم يجب الحد بقذفه لم يكن بهذا معنى وبأنه قذف حرة عفيفة يجرى بينه وبينها القود فحد بقذفها كالأجنبي ، وبأنه لو لاعنها ثم أكذب نفسه بعد لعانها لوجب عليه الحد فدل على أن قذفه سبب لوجوب الحد عليه وله إسقاطه باللّعان [١] .

وفي تكذيب نفسه قال ابن قدامة : إن الرجل إذا قذف امرأته ثم أكذب نفسه فلها عليه الحد سواء أكذبها قبل لعانها أو بعده ، وهذا قول الشافعي وأبى ثور وأصحاب الرأي ولا يعلم لهم مخالف [٢] .

القول الثاني : قول الحنفية .

وذهب الحنفية إلى أن الزوج إذا امتنع عن اللّعان أي نكل فإنه لا يحد وإنما يحبس حتى يلاعن أو تصدقه المرأة أو يكذب نفسه .

والموجب الأصلي للقذف عند الحنفية هو اللّعان فإذا امتنع الزوج حبس حتى يلاعن أو تصدقه المرأة أو يكذب نفسه فيحد حد القذف .

الأدلة :

استدل الحنفية بقوله تعالى : ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات باللّه إنه لمن الصادقين... الآية﴾ [٣] .

قال الكاساني: بعد ذكره الآية جعل سبحانه وتعالى موجب قذف الزوجات اللّعان فمن أوجب الحد فقد خالف النص . وبَرْهَنَ الكاساني ذلك بقوله : إنما يجب لظهور كذبه في القذف وبالامتناع من اللّعان لا يظهر كذبه وليس كل من امتنع من الشهادة أو اليمين يظهر كذبه فيه بل يحتمل أنه امتنع منه صونا لنفسه عن اللعن والغضب . والحد لا يجب مع الشبهة فكيف يجب مع الاحتمال ؟

وأما آية القذف فقد قيل إن موجب القذف في الابتداء كان هو الحد في الأجنبيات

---

(١) زاد المعاد ٣٠٦/٤ .

(٢) المغنى لابن قدامة ١٥٠/١١ .

(٣) سورة النور الآية : ٦ .

والزوجات جميعاً ثم نسخ في الزوجات وجعل موجب قذفهن اللّعان فينسخ الخاص المتأخر العام المتقدم [١] .

السنة : ــ

واستدلوا من السنة بحديث عبد اللّه بن مسعود رضي اللّه عنه أنه قال : أنّ ليلة الجمعة في المسجد إذ جاء رجل من الأنصار فقال : لو أنّ رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فتكلّم جلدتموه، أو قتل قتلتموه، وإن سكت سكت على غيظ واللّه لأسألنّ عنها رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم.

فلما كان في الغد أتى رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم فسأله فقال : لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فتكلم جلدتموه أو قتل قتلتموه أو سكت على غيظ فقال : اللّهم افتح وجعل يدعو فنزلت آية اللّعان . رواه مسلم [٢].

قالوا : فإن قوله وإن تكلم جلدتموه يدل على أن موجب قذف الزوجة كان الجلد قبل نزول آية اللّعان ثم صار بعد نزول الآية الخاصة بالأزواج اللّعان . وبهذا كان الواجب من قذف الزوج زوجته هو اللّعان فإذا امتنع الزوج عنه حبس حتى يلاعن لامتناعه عن الواجب عليه كما يحبس المدين إذا امتنع من إيفاء ما عليه من الدّين [٣] .

الراجح : ــ

وفى رأي الراجح مذهب الجمهور القائل أن نكول الزوج عن اللّعان يوجب حد القذف لقوة الأدلة التي استدل بها الجمهور ولأنه هو الظاهر من الآيات القرآنية . قال الشنقيطي : وظاهر القرآن أنه لو قذف زوجته وامتنع من اللّعان أنه يحد حد القذف فكل من امتنع من الزوجين من الشهادات الخمس وجب عليه الحد وهذا هو الظاهر من الآيات القرآنية لأن الزوج القاذف داخل في عموم قوله تعالى : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فأجلدوهم ثمانين جلدة ... الآية﴾ [٤] . ولكن اللّه بين خروج الزوج من هذا العموم

---

(١) البدائع ٢٣٨/٣ .

(٢) صحيح مسلم ١١٣٣/٢.

(٣) البدائع ٢٣٨/٣ ، الهداية وفتح القدير ٢٥٠/٣ .

(٤) سورة النور الآية : ٤ .

بشهاداته حيث قال : ﴿والذين يرمون أزواجهم ... الآية﴾ [١] ، فلم يجعل له مخرجاً من جلد ثمانين وعدم قبول شهاداته مقام البينة المبرئة له من الحد فإن نكل عن شهاداته فالظاهر وجوب الحد عليه لأنه لم تدرأ عنه أربعة عدول يشهدون بصدقه ولا شهادات تنوب عن الشهود فتعين أنه يحد لأنه قاذف ولم يأت بما يدفع عنه حد القذف وكذلك الزوجة إذا نكلت عن أيمانها فعليها الحد [٢] .

---

(١) سورة النور الآية : ٦ .

(٢) أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن لمحمد الأمين الشنقيطي ١٣٢/٦ طبع على نفقة صاحب السمو الملكي الأمين أحمد بن عبد العزيز ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م .

الخاتمة

الحمد لله الذي وفقني إكمال هذا البحث والصلاة والسلام على أشرف الأنبيـــاء والمرســلين محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعد :

فإن اليمين والنكول هما طريقان من طرق الإثبات فقها وقانونا ، وقد توصلت خـــلال دراستي للموضوع بعض النتائج ، وفيما يلي أهم تلك النتائج :

١ ــ اعتبر الإسلام القرينة كطريقة من طرق الإثبات ولم يهملها ، ولهذا حكـــم بهـــا الخلفاء الراشدون والقضاة في الأمصار حتى قال ابن القيم : إن أهملها الحاكم أو الولي أضاع حقاً كثيراً وأقام باطلاً كبيراً .

٢ ــ أرى عدم جواز قضاء القاضي بعلمه بحال من الأحوال ، لأن هذا من شأنه أن يفتح باباً لا سيما لقضاة السوء . قال الشافعي : لولا قضاة السوء لقلت للحاكم أن يحكم بعلمه. وقـــال ابن حجر : وإذا كان هذا في الزمان الأول فما الظن بالزمان المتأخر فيتعيـــن حســم مادة تجويز القضاء بالعلم في هذه الأزمان المتأخرة لكثرة من يتولى الحكم ممن لا يؤمن على ذلـــك .

٣ ــ إن اليمين الأصلية تنهي النزاع وتقطع الخصومة في الحـــال والاســتقبال ، ولا يسمح للمدعى إقامة بينة بعد أن طلب تحليف المدعى عليه ، لأن اليمين حجة المدعى عليـــه فلا تسمع بعدها حجة المدعي ، كما لا تسمع يمين المدعى عليه بعد بيّنة المدعي .

٤ ــ الحكم بالشاهد واليمين لا يخالف القرآن بل هو أمر ثابت عن رسول اللـــه ـــ صلى الله عليه وسلم ــ وقضى به جماعة من الصحابة والتابعين .

٥ ــ الواجب في القسامة الدية لا القَوَد لأنها حجة ضعيفة فيحتاط فيها بأمر الدماء .

٦ ــ إن اللّعان يجمع الوصفين معاً اليمين والشهادة ، فهو شهادة مؤكّدة بالقسم ويمين مغلّظة بلفظ الشهادة وذلك لاقتضاء الحال تأكيد الأمر .

٧ ــ النكول طريق من طرق الإثبات ، فيقضى بالنكول في المواضع التي لا يمكـــن فيها معرفة الحق إلا عن طريق المدعى عليه ، ويقضى بردّ اليمين إن كان الحق لا يعـــرف إلا عن طريق المدعي . قال شيخ الإسلام ابن تيمية : ليس المنقول عن الصحابة ــ رضوان الله عليهم ــ في النكول وردّ اليمين بمختلف بل هذا له موضع وهذا له موضع .

٨ ــ النكول عن أيمان اللّعان يوجب الحد ، فكل من امتنع من الزوجين عن الشهادات الخمس وجب عليه الحدّ ، لأنه هو الظاهر من الآيات القرآنية .

وبهذا أكون قد انتهيت من بحثي ، فإن أصبت فمن اللّه وإن أخطأت فمني ومن الشيطان .

وصلى اللّهم على سيّدنا محمد وعلى آله وأصحابه وسلّم تسليماً كثيراً .

محمد حسين مرسل

فرغت من البحث يوم الجمعة ــ ١٧ ــ رجب ١٤١٩هـ

الموافق تاريخ ٦ ــ نوفمبر ١٩٩٨م .

قائمة المراجع

١. أحكام القرآن لأبي بكر محمد عبد اللّه المعروف بابن العربي المتوفى سنة ٥٤٣هـ . تحقيق : علي محمد البجاوي . الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر ـ بيروت ـــــ لبنان .

٢. الأحكام في تثمير الفتاوي عن الأحكام وتصرفات القاضي للإمام القرافـــي . تحقيـق وتعليق عبد الفتاح أبو غدة . مكتبة المطبوعات الإسلامية ـ حلب ١٣٨٧هـــــ ـــ ١٩٦٧م .

٣. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان . تأليف الشيخ زيـــن العـــابدين بـــن إبراهيم بن نجيم . دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ لبنان ١٤٠٠هـــــ ـــ ١٩٨٠م . توزيع دار الباز مكة المكرمة .

٤. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن لمحمد الأمين الشنقيطي . طبع علـــى نفقـــة صاحب السمو الملكي الأمين أحمد بن عبد العزيز ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م .

٥. الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين. تأليف خير الدين الزركلي . الطبعة الثالثة .

٦. الأم : للإمام أبي عبد اللّه محمد بن إدريس الشافعي . أشرف علـــى طبعـــه وباشـــر تصحيحه محمد زهري النجار . دار المعرفة للطباعة والنشر ـ بيروت ـ لبنان .

٧. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجلى أحمد بن حنبـــل . تأليف شيخ الإسلام العلامة الفقيه المحقق ، علاء الدين أبي الحسن علي بن ســـليمان المرداوي الحنبلي ، تغمده اللّه برحمته. صححه وحققه محمد حامد الفقـــي . الطبعـــة الأولى ١٣٧٦هـ ـ ١٩٥٧م . الناشر: دار إحياء التراث العربي . بيروت ـ لبنان.

٨. إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري للإمام أبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد القسطلاني المتوفى : ٩٢٣هـ . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٣٠٤هـ .

٩. إعلاء السنن . لظفر أحمد العثماني ، من منشورات دار القراءة والعلوم الإســـلامية . كرتشي ـ باكستان ، تلفون : ٧٦٤٨٨ .

١٠. الإفصاح في فقه اللغة لحسين بن يوسف بن موسى . الناشر عبد الفتاح الصعيـــدي .

مركز النشر . مكتبة الأعلام الإسلامي . الطبعة الثالثة . شوال ١٤٠٤هـ .

١١. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع لشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب . دار المعرفة للطباعة والنشر ــ بيروت ــ لبنان .

١٢. البحر الرائق شرح كنز الدقائق للإمام ابن نجيم المكتبة الماجدية ، كويته ــ باكستان.

١٣. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني الحنفي . طبعة ١٣٩٤هـ ــ ١٩٧٤م . دار الكتاب العربي ــ بيروت .

١٤. بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي . شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر .

١٥. البناية في شرح الهداية لأبي محمد محمود أحمد العيني المكتبة التجارية . مكة المكرمة . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ــ بيروت . الطبعة الثانية منقحة وبها زيادات ١٤٠٠هـ ــ ١٩٨٠م .

١٦. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة لأبي الوليد بن رشد القرطبي المتوفى ٥٢٠هـ . تحقيق : الأستاذ الدكتور محمد حجّي . بعناية الشيخ عبد اللّه بن إبراهيم الأنصار . دار إحياء التراث الإسلامي . دولة ــ قطر . دار الغرب الإسلامي ــ بيروت ــ لبنان .

١٧. تاج العروس للإمام اللغوي السيد محمد مرتضى الزبيدي .

١٨. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام . راجعه طه عبد الرزاق سعد . الناشر مكتبة الكليات الأزهرية . حسين محمد وأخوه محمد الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ ــ ١٩٨٦ .

١٩. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للإمام العلامة فخر الدين بن عثمان بن علي الزيلعي الحنفي . الناشر : مكتبة امدادية ملتان ــ باكستان .

٢٠. تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام للإمام بدر الدين بن جماعة . تحقيق ودراسة الدكتور : فؤاد عبد المنعم أحمد . الناشر : المحاكم الشرعية والشئون الدينية بدولة قطر . الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ ــ ١٩٨٥م .

٢١. تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي للإمام أبي العلى محمد بن عبد الرحمن الميازكفوري . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع . الطبعة الثالثة ١٣٩٩هـ ــ

١٩٧٩م .

٢٢. تحفة المحتاج بشرح المنهاج لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي مطبوع على هامش حواشي الشرواني وابن قاسم . دار صادر ــ بيروت .

٢٣. التذكرة في الفقه الشافعي لابن الملقن دراسة وتعليق الدكتور ياسين بن ناصر الخطيب. دار المنارة للنشر والتوزيع ــ جدة ــ السعودية .

٢٤. تفسير البغوي المسمى بمعالم التنزيل للإمام أبي محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي الشافعي المتوفى ٥١٦هـ . إعداد وتحقيق : خالد عبد الرحمن العك . ومروان سوار . دار المعرفة ــ بيروت ــ لبنان . الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ ــ ١٩٨٦م .

٢٥. تكملة حاشية ابن عابدين على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه الإمام أبي حنيفة النعمان . دار الفكر ، الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ ــ ١٩٦٦م .

٢٦. تكملة فتح القدير نتائج الأفكار في كشف الرموز الأسرار لشمس الدين أحمد بن قوار المعروف بقاضي زاده أفندي قاضي عسكر ، وهي تكملة فتح القدير للمحقق ابن الهمام الحنفي . دار الفكر . الطبعة الثانية ١٣٩٧هـ ــ ١٩٧٧م .

٢٧. تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنّان . تأليف : العلامة الشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي ١٣٠٧هـ ــ ١٩٧٦م رحمه اللّه تعالى . مؤسسة الرسالة ــ بيروت ــ لبنان . الطبعة الأولى ١٤١٦هـ ــ ١٩٩٦م .

٢٨. الجامع للأحكام القرآن لأبي عبد اللّه محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي . الناشر الكتاب العربي للطباعة والنشر . الطبعة الثالثة ١٣٨٧هـ ــ ١٩٦٧م القاهرة .

٢٩. جمهرة اللغة لابن دريد أبي بكر محمد بن الحسن الأزدي البصري المتوفى سنة ٣٢١هـ . مكتبة المثنى ــ بغداد لصاحبها قاسم محمد الرجب .

٣٠. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعالم العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات . سيدي أحمد الدردير . طبع بدار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاءه .

٣١. حاشية القليوبي لشهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي ، الطبعة الثانية ١٣٧٥هـ ــ ١٩٥٦م . شركة مكتبة مطيعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر .

٣٢. حاشية رد المختار لختمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه الأحكام أبي حنيفة النعمان . دار الفكر . الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ ـ ١٩٦٦م .

٣٣. حاشية عميرة لشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة المتوفى ٩٥٧هـ . مطبوع مع حاشية القلوبي .

٣٤. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ـ رضي اللّه عنه ـ وهو شرح مختصر المزني للشيخ الإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري. تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوضى ، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود قدم له الأستاذ الدكتور محمد بكر إسماعيل . دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ لبنان . الطبعة الأولى ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م .

٣٥. الخرشي على مختصر خليل لأبي عبد اللّه محمد بن عبد اللّه بن علي الخرشي المالكي . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .

٣٦. رد المختار على در المختار حاشية ابن عابدين شرح تنوير الأبصار من حاشية العلامة لفقيه الشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين . يطلب من المكتبة الماجدية ـ كوته ـ باكستان .

٣٧. روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام النووي . إشراف زهير الشاويش . المكتب الإسلامي . بيروت ـ لبنان . الطبعة الثانية ١٢٠٥هـ ـ ١٩٨٥م .

٣٨. زاد المعاد في هدى خير العباد لابن قيم الجوزية حقق نصوصه وخرّج أحاديثه ، وعلق عليه شعيب الأرنؤوط ، وعبد القادر الأرنؤوط . مؤسسة الرسالة . مكتبة المنار الإسلامية . الطبعة السابعة والعشرون ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م .

٣٩. سنن ابن ماجه : للحافظ أبي عبد اللّه محمد بن يزيد القزويني المتوفى ٢٧٥هـ حقق نصوصه ـ ورقم كتبه ، وأبوابه ، وأحاديثه وعلق عليه ، محمد فؤاد عبد الباقي . دار إحياء التراث العربي .

٤٠. سنن ابن ماجه للحافظ أبي عبد اللّه محمد القزويني . حقق نصوصه محمد فؤاد عبد الباقي . دار إحياء التراث العربي .

٤١. السنن الكبرى للبيهقي للإمام الحافظ الجليل أبي بكر بن الحسن البيهقي ، الناشر . دار

الفكر ــ بيروت ــ لبنان .

٤٢. سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي . اعتنى به ورقمه وصنع فهارسه : عبد الفتاح أبو غدة . قام بطباعته وإخراجه . دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع ــ بيروت ــ لبنان . الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ ــ ١٩٨٦م .

٤٣. شرح المجلة للمرحوم : سليم رستم باز اللبناني من أعضاء شورى الدولة العثمانية . طبع بإجازة نظارة المعارف الجليلة في الأستانة العلمية . مكتبة حبيبيه كانسي رود كويته .

٤٤. شرح فتح القدير للإمام محمد عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع . الطبعة الثانية ١٣٩٧هـ ــ ١٩٧٧م .

٤٥. شرح فتح القدير للعاجز الفقير الشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد . دار إحياء التراث العربي ــ بيروت ــ لبنان .

٤٦. شرح موطأ الإمام مالك للزرقاني . الناشر مكتبة الكليات الأزهرية ــ القاهرة ١٣٩٩هـ ــ ١٩٧٩م .

٤٧. الصحاح تاج اللغة العربية وصحاح العربية لإسماعيل بن حماد الجوهري . تحقيق أحمد عبد الغفور عطّار . دار العلم للملايين ــ بيروت ــ لبنان . الطبعة الرابعة ١٤٠٧هـ ــ ١٩٨٧م .

٤٨. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية لإسماعيل بن حماد الجوهري . تحقيق أحمد عبد الغفور عطّار . دار العلم للملايين ــ بيروت ــ لبنان . الطبعة الأولى ١٣٧٦هـ ــ ١٩٥٦م .

٤٩. صحيح البخاري للإمام أبي عبد اللّه محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري . الجعفي المولود عام ١٩٤هـ المتوفى سنة : ٢٥٦هـ . المكتبة الإسلامي ــ استانبول ــ تركيا .

٥٠. صحيح مسلم بشرح النووي . دار الفكر ــ بيروت ــ لبنان . الطبعة ١٣٩٢هـ ــ ١٩٧٢م .

٥١. صحيح مسلم للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري المتوفى ٢٦١هـ . تحقيق : خادم الكتب والسنة محمد فؤاد عبد الباقي . دار إحياء التراث

العربي ــ بيروت .

٥٢. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية للإمام شمس الدين محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية . دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ لبنان .

٥٣. عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي للإمام الحافظ ابن العربي المالكي . يطلب من : دار الباز للطباعة والنشر والتوزيع . دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ لبنان .

٥٤. عون المعبود شرح سنن أبي داود للعلامة أبي الطيب محمد بن شمس الحق العظيم آبادي . ضبط وتحقيق عبد الرحمن محمد عثمان . الناشر : المكتبة السلفية ـــــ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع . الطبعة الثالثة ١٣٩٩هـ ــ ١٩٧٩م .

٥٥. الغياثي . غياث الأمم في التياث الظلم لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد اللّه الجويني . تحقيق الدكتور عبد العظيم الذيب كلية الشريعة جامعة قطر . طبع على نفقة الشئون الدينية بدولة قطر . الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ .

٥٦. الفتاوى العالمكيرية المعروفة بالفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ــ رحمه اللّه ــ للعلامة مولانا الشيخ : نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام بتصحيح مولانا : بني ننوسوي . الناشر : فاروق محمد إسماعيل . مكتبة ماجدية ــ كوته ــ باكستان . الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ ــ ١٩٨٣م .

٥٧. فتح الباري بشرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن حجر العسقلاني حقق أصلها عبد العزيز بن باز ، رقم كتبها وأبوابها وأحاديثها محمد فؤاد عبد الباقي . دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ لبنان . الطبعة الأولى ١٤١٠هـ ــ ١٩٨٩م .

٥٨. الفروق للإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس السنهاجي المشهور بالقرافي . عالم الكتب . بيروت .

٥٩. الفقه الإسلامي وأدلته . الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية ، وأهم النظريات الفقهية ، وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بدمشق ــ سورية . الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ ــ ١٩٨٥م .

٦٠. فقه السنة لسيد سابق . طبع على نفقة إدارة إحياء التراث العربي الإسلامي ــ قطر .

٦١. فقه عمر بن الخطاب للدكتور رويعي بن راجح . دار العرب الإسلامي ــ بيروت ــ لبنان . الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ .

٦٢. الفواكه الدواني شرح الشيخ أحمد بن غنم بن سالم بن مهنا لنفراوي المالكي الأزهري المتوفى سنة ١١٢٠هـ. دار المعروفة للطباعة والنشر ـ بيروت ـ لبنان.

٦٣. القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب . دار الفكر دمشق . الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م .

٦٤. قانون المرافعات المصري لمحمد كمال أبو الخير . الطبعة الخامسة .

٦٥. القسامة في الفقه الإسلامي لمحمد إسماعيل البسيط . مؤسسة الرسالة ـ بيروت ـ لبنان . الطبعة الأولى ١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م .

٦٦. القضاء في الإسلام للدكتور محمد عبد القادر أبو فارس . دار الفرقان للنشر والتوزيع ـ عمان ، الأردن .

٦٧. القضاء في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ، للدكتور فاروق عبد العظيم مرسي . الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م . عالم المعرفة للنشر والتوزيع ـ جدة ـ السعودية .

٦٨. القضاء نظامه في الكتاب والسنة للدكتور عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز . المملكة العربية السعودية . جامعة أم القرى . معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي. مركز بحوث الدراسات الإسلامية . مكة المكرمة . الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٩م .

٦٩. القضاء والقضاة . دار الإرشاد والنشر والتوزيع بيروت ـ لبنان . الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ ـ ١٩٦٩م .

٧٠. القوانين الفقهية لابن جزي . دار الكتب العلمية . بيروت ـ لبنان .

٧١. كتاب أدب القضاء وهو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات لقاضي القضاة شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم عبد اللّه المعروف: "بابن أبي الدم الحموي الشافعي" تحقيق : الدكتور : محمد مصطفى الزحيلي .

٧٢. كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للإمام المجتهد المهدي لدين اللّه أحمد بن يحي المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠هـ . مؤسسة الرسالة ـ بيروت ـ لبنان. الطبعة الثانية ١٣٩٤هـ ـ ١٩٧٥م .

٧٣. كتاب التعريفات للجرجاني علي بن محمد بن على المتوفى ٨١٦هـ ، حققه وقدم له

ووضع فهارسه إبراهيم الأبياري . الناشر . دار الكتاب العربي ــ بيروت ــ لبنان . الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ ــ ١٩٨٥م .

٧٤. كشاف القناع عن متن الإقناع للشيخ فقيه الحنابلة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي . راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصلحى مصطفى هلال أستاذ الفقه والتوجيه بالأزهر الشريف . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع . بيروت ــ لبنان ١٤٠٢هـ ــ ١٩٨٢ .

٧٥. اللباب في الجمع بين السنة والكتاب للإمام أبي محمد علي بن زكريا المنبجي المتوفى سنة ٦٨٦هـ . تحقيق الدكتور محمد فضل عبد العزيز المراد . دار الشروق . النشر والتوزيع والطباعة . الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ ــ ١٩٨٣م .

٧٦. لسان الحكام في معرفة الأحكام . مطبوع على هامش معين الحكام .

٧٧. لسان العرب للإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري . دار صادر ــ بيروت .

٧٨. المبسوط لشمس الدين السرخسي . الناشر . دار المعرفة للطباعة والنشر ــ بيروت ــ لبنان . الطبعة الثالثة .

٧٩. المجموع شرح المهذب للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي . دار الفكر .

٨٠. المحرر في الفقه الإسلامي على مذهب الإمام أحمد بن حنبل للشيخ الإمام مجدد الدين أبي البركات . تحقيق محمد حامد الفقى . الناشر الكتاب العربي .

٨١. المحلي للإمام المحدث الفقيه الأصولى أبي محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى ٤٥٦هـ . تحقيق لجنة إحياء التراث العربي في دار الأفاق الجديدة . منشورات دار الآفاق الجديدة ــ بيروت .

٨٢. مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي . دار القبلة للثقافة الإسلامية ــ جدة . مؤسسة الرسالة علوم القراءات ــ بيروت .

٨٣. مختصر سنن أبي داود للحافظ المنذري . المكتبة الأثرية ــ باكستان . تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

٨٤. المدخل الفقهي العام . لأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء . دار الفكر ، دمشق . الطبعة العاشرة ١٣٨٧هـ ــ ١٩٦٧م .

٨٥. المدونة الكبري للإمام مالك بن أنس . دار صادر ــ بيروت .

٨٦. مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات للإمام الحافظ أبي محمد علي بن أحمد بن سعد المعروف بابن حزم الظاهري . مكتبة القدسية لصاحبها حسام الدين القدسي .

٨٧. المرافعات الشرعية للدكتور ناصر بن عقيل بن جابر الطريفي الأستاذ المساعد بكلية الشريعة بالرياض جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية . الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ ــ ١٩٨٥م .

٨٨. المستدرك على الصحيحين في الحديث للإمام أبي عبد اللّه محمد النيسابوري المعروف بالحاكم . مكتبة النصر الحديثة بالرياض .

٨٩. المصنف لابن أبي شيبة . تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي . توزيع المكتب الإسلامي . الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ ــ ١٩٨٣م .

٩٠. معالم السنن شرح سنن أبي داود للإمام أبن سليمان أحمد بن محمد الخطاب . منشورات المكتبة العلمية ــ بيروت ــ لبنان . الطبعة الثانية ١٤٠١هـ ــ ١٩٨١م .

٩١. معجم المؤلفين . تراجم مصنفي الكتب العربية لعمر رضا كحالة . دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع ــ بيروت ــ لبنان .

٩٢. المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي عن الكتب السنة وعن سند الدارمي وموطأ مالك مسند أحمد بن حنبل . مطبعة بريل في مدينة ليدن سنة ١٩٥٥م .

٩٣. المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم . وضعه : محمد فؤاد عبد الباقي . مطبعة دار الكتب المصرية . القاهرة ١٣٦٤هـ .

٩٤. معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد قاسم بن فارس بن زكريا . تحقيق وضبط : عبد السلام محمد هارون ، الناشر مركز النشر . مكتبة الإعلام الإسلامي . تاريخ النشر ١٤٠٤هـ .

٩٥. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي ، الناشر مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ ــ ١٩٧٣م .

٩٦. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لمحمد الشربيني الخطيب . الناشر :

دار إحياء التراث العربي ــ بيروت ــ لبنان .

٩٧. المغني لابن قدامة . تحقيق الدكتور عبد اللّه بن عبد المحسن التركي والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو . دار النشر هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان . القاهرة تلفون ٣٤٥٢٩٦٣ . الطبعة الثانية ١٤١٣هـ ــ ١٩٩٢م .

٩٨. مفتاح كنوز السنة وضعه باللغة الإنجليزية الدكتور ا . ي فنسك . ونقله إلى اللغة العربية : محمد فؤاد عبد الباقي . إدارة ترجمان السنة . لاهور ــ باكستان .

٩٩. المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني بتحقيق محمد سيد كيلاني . مصطفى الحلبي طبعة ١٣٨١هـ .

١٠٠. مقدمة ابن خلدون للإمام العلامة عبد الرحمن بن محمد بن خلدون ، من كتاب العبر وديوان المبتدء والخبر في أيام العرب والعجم والبربر ومن عاصرهم من ذوي السلطان الأكبر . دار الفكر .

١٠١. المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني للإمام موفق الدين عبد اللّه بن أحمد بن قدامة المقدسي . طبع على نفقة الشيخ خليفة بن حمد آل ثاني . الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ .

١٠٢. المنتقى شرح موطأ الإمام مالك . الناشر : دار الكتب العربي ــ بيروت ــ لبنان . الطبعة الثالثة ١٤٠٣هـ ــ ١٩٨٣م .

١٠٣. منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات لابن النجار . تحقيق عبد الغني عبد الخالق عالم الكتب .

١٠٤. المهذب في فقه الإمام الشافعي للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ــ بيروت .

١٠٥. مواهب الجليل من أدلة خليل أحمد بن أحمد المختار الجنكي الشنقيطي . عنى بمراجعته عبد اللّه إبراهيم الأنصار من مطبعات إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر ١٤٠٧هـ ــ ١٩٨٧ م .

١٠٦. موسوعة أطراف الحديث النبوي الشريف إعداد خادم السنة المطهرة . أبو هاجر محمد سعيد بن سيوني زغلول ، عالم التراث للطباعة والنشر ــ بيروت . الطبعة الأولى ١٤١٠هـ ــ ١٩٨٩م .

١٠٧. موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي . دار الفكر دمشق . الطبعة الثانية : ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤ .

١٠٨. الموسوعة الفقهية . إصدار : وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية . دولة الكويت .

١٠٩. موسوعة القضاء والفقه للدول العربية . الدار العربية للموسوعات القانونية ـ القاهرة شارع عدلي تلفون ٤٦٦٣٠ .

١١٠. موطأ الإمام مالك . دار الأفاق الجديدة .

١١١. ميزان الاعتدال في نقد الرجال للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي المتوفى سنة ٧١٨هـ تحقيق : على محمد البجاوي ، وفتحية على البجاوي ملتزم الطبع والنشر . دار الفكر العربي .

١١٢. نظام القضاء في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان . مؤسسة الرسالة . مكتبة البشائر .

١١٣. نظرية الإثبات للمحامي حسين المؤمن . طبع بدار الكتاب العربي بمصر من منشورات . مكتبة المثنى ١٩٤٨م .

١١٤. نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية للدكتور محمد نعيم عبد السلام ياسين . من منشورات وزارة الأوقاف والشئون الدينية والمقدسات الإسلامية . أردن .

١١٥. النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود للدكتور عبد الله العلي الركبان . مؤسسة الرسالة . الطبعة الأولى ١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م .

١١٦. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس الشهير بالشافعي الصغير . الناشر : المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ .

١١٧. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار للإمام المجتهد محمد بن علي بن محمد الشوكاني . الناشر : أنصار السنة المحمدية ـ لاهور ـ باكستان .

١١٨. الهداية شرح بداية المبتدي لشيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل . الرشداني المرغيناني . الناشر : المكتبة الإسلامية .

١١٩. الوجيز في أصول المحاكمات المدنية للدكتور أسعد المحاسني . مطبعة ابن زيدون . بدمشق . مكتبة المثنى ١٩٤٨م .

١٢٠. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنيـــة والأحـــوال الشـــخصية للدكتور : مصطفى الزحيلي . مكتبة دار البيان . دمشق .

١٢١. الوسيط في شرح القانون المدني . نظرية الالتزام بوجه عام . الإثبات آثار الالتزام . دار إحياء التراث العربي ــ بيروت ــ لبنان .

١٢٢. وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان لابن العباس شمس الدين أحمد بن محمد أبي بكـــر بن خلكان . تحقيق : الدكتور إحسان عباس . دار صادر ــ بيروت .

١٢٣. Code of civil Procedure . With Commentary by Muhammad Mazhar Hassan Nizami Publishers . P. L . D . Publishers . NABHA ROAD . LAHORE . Twelfth Edition .

١٢٤. Snell . Principle of Equity . by : R.E . MEGARRY . and BAKER . Reprinted . by : National Book Foundation . Pakistan Twenty fifth Edition .

فهرس الآيات القرآنية

جزء من الآيـــــة	السورة	رقمها	الصفحة
1.﴿إن الذين يشترون بعهد اللّه وأيمانهم ثمناً قليـــلاً أولئك لا خلاق لهم في الآخرة﴾	آل عمران	٧٧	١٨٣،٩١،٧٠
2.﴿إن اللّـــه يـــأمركم أن تـــؤدوا الأمانـــات إلـــى أهلها....﴾	النساء	٥٨	١٥
3.﴿إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونـــور يحكـــم بهـــا النبيون﴾	المائدة	٤٤	١٦
4.﴿إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى اللّه ..﴾	النور	٥١	١٣
5.﴿إنهم إن يظهروا عليكم يرجموكم أو يعيدوكم في ملتهم ولن تفلحوا إذا أبداً﴾	الكهف	٢٠	١٧٠
6.﴿إني جاعل في الأرض خليفة﴾	البقرة	٣٠	١٦
7.﴿تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان باللّه﴾	المائدة	١٠٦	٩٨
8.﴿دعواهم فيها ســـبحانك اللّهـــم وتحيتهـــم فيهـــا سلام..﴾	يونس	١٠	٥٢
9.﴿فإذا قضيتم الصلاة...﴾	النساء	١٠٣	٧
10.﴿فإذا قضيتم مناسككم...﴾	البقرة	٢٠٠	٨
11.﴿فإن عثر على أنهما استحقاً إثما فآخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الأوليان ...﴾	المائدة	١٠٧	١٨٧
12.﴿فقضاهن سبع سموات في يومين...﴾	فصلت	١٢	٧
13.﴿فلا وربك لا يؤمنون حتـــى يحكّمـــوك فيمـــا شجر..﴾	النساء	٦٥	١٣
14.﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه...﴾	المائدة	٣	٣٧
15.﴿فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما ...﴾	المائدة	١٠٧	٩٦

16.﴿قال ءأقررتم وأخذتم على ذلكم إصري قـــالوا أقررنا...﴾	آل عمران	٨١	٢٠
17.﴿قضي الأمر الذي فيه تستفتيان...﴾	يوسف	٤١	٧
18.﴿كونوا قوامين بالقسط شهداء للـــه ولـــو علـــى أنفسكم﴾	النساء	١٣٥	٤١،٢١
19.﴿لأعذبنه عذاباً شديداً﴾	النمل	٢١	٢١١
20.﴿لا يؤاخذ كم اللّه باللّغو فـــي أيمـــانكم ولكـــن يؤاخذكم بما عقّدتم الأيمان ...﴾	المائدة	٨٩	٧٠
21.﴿لا يؤاخذكم اللّه بـــاللغو فـــي أيمـــانكم ولكـــن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم.. ﴾	البقرة	٢٢٥	٧١
22.﴿لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط﴾	الحديد	٢٥	١٣
23.﴿لهم فيها فاكهة ولهم ما يدعون﴾	يس	٥٧	٥٢
24.﴿وآخرون اعـــترفوا بذنوبهـــم خلطـــوا عمـــلاً صالحاً..﴾	التوبة	١٠٢	٢١
25.﴿وأقسموا بالله جهد أيمانهم...﴾	فاطر	٤٢	٩٦
26.﴿وأقيموا الشهادة لله .. ﴾	الطلاق	٢	٣٠
27.﴿وأن احكم بينهم بمـــا أنـــزل اللّـــه ولا تتبـــع أهواءهم..﴾	المائدة	٤٩	١٣
28.﴿وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾	النساء	٥٨	١٣
29.﴿واستشهـــدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان...﴾	البقرة	٢٨٢	١٢٣
30.﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات باللّه ...﴾	النور	٦ ــ ٧	١٥٧،١٥٤
31.﴿والذين يرمون المحصنات...الآية﴾	النور	٤	٢١٤،٤٤

32.﴿واللّه يقضي بالحق والذين يدعون من دونه لا يقضون بشيء﴾	غافر	٢٠	٨
33.﴿وجاءوا على قميصه بدم كذب قال بل سولت لكم أنفسكم أمراً فصبر جميل﴾	يوسف	١٨	٣٢
34.﴿وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قدّ من قبل فصدقت وهو من الكاذبين ...﴾	يوسف	٢٦	٣٣
35.﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه﴾	الإسراء	١٢	٧ــ٨
36.﴿وقضينا إلى بني إسرائيل في الكتاب﴾	الإسراء	٤	٧
37.﴿وقضينا إليه ذلك الأمر﴾	الحجر	٦٦	٧
38.﴿ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض وسخر الشمس والقمر ليقولنّ اللّه﴾	العنكبوت	٦١	١٠٣
39.﴿ولا تعاونوا على الإثم والعدوان...﴾	المائدة	٢	١٩١
40.﴿ولولا كلمة الفصل لقضي بينهم ...﴾	الشورى	٣٧	٦
41.﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾	النور	٢	٢٠٩،٢١٢
42.﴿ونقر في الأرحام ما نشاء إلى أجل مسمى﴾	الحج	٥	١٩
43.﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات باللّه﴾	النور	٨	٢٠٩،٢١٠
44.﴿يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس ﴾			١٦

فهرس الأحاديث

طرف الحديث	الصفحة
1.أتحلفون خمسين يمينا فتستحقون صاحبكم	٢٠٤،١٣١
2.أقاد بالقسامة في الطائف	١٤٣
3.أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية	١٤٧،١٣٢
4.أقم شاهدين على من قتله	١٣٢
5.ألك بينة	١٨٤،٧٢
6.أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا في كتابكم هكذا.	١٠٤
7.أنكم لتختصمون إليّ فلعل بعضكم ألحن بحجته من بعض	١٤
8.إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران	١٣
9.إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ	٤٥
10.إني خاطب الناس ومخبرهم برضاكم	٤٤
11.ابصروها فإن جاءت به أبيض سبطا	١٧٢،١٦٦
12.احلف باللّه الذي لا إله إلا هو ما له عندك شيء	٩٥
13.ادرأوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم	٣٦
14.اذهبوا به فارجموه	٢١
15.بل قد فعلت ولكن غفر الله لك بإخلاص لا إله إلا هو	١٠٩،٩٥
16.بل هو عندك ادفع إليه حقه	٤٢
17.البينة أو حد في ظهرك	١٥٧
18.البينة على المدعى واليمين على من أنكر	١٨٤،٩٩
19.بينتك أو يمينه	١٠٩
20.ثلاثة لا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم	٩٩
21. حتى تضعي ما في بطنك	٢٢
22.حسابكما على الله أحدهما كاذب لا سبيل لك عليها	١٥٩
23.الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله بما يرضى رسول الله	١٤
24.خذي من ما له بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك	٤١

25.رد اليمين على طالب الحق	١٨٨
26.شاهداك أو يمينه	١٨٤
27.فأعطها فإنها محقة	٤٢
28.ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة	١٥٩
29.فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت	٩٦
30.فوداه رسول الله ــ صلى الله عليه وسم من عنده	١٤٧،١٣١
31.قتل بالقسامة رجلا من بني نضر	١٤٣
32.قد نزل فيك وفي صاحبتك	١٥٧
33.قضى رسول الله على الله عليه وسلم بيمين وشاهد	١١٩
34.لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن	٣٤
35.لا حسد إلا في اثنتين رجل أتاه الله مالا فسلطه على هلكته	١٤
36.لا يحل دم امرئ إلا بإحدى ثلاث	٢١٠
37.لا يحلف أحد على يمين آثمة عند منبري هذا ولو على سواك أخضر	٩٩
38.لا يمنع أحدكم هيبة الناس أن يقول في حق إذا علمه	٤٢
39.لقد خبت وخسرت إن لم أعدل	٤٦
40.لقد قضى فينا بما قضى به نبينا موسى عليه السلام	١٤٨
41. لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فتكلم جلّدتموه أو قتل قتلتموه	٢١٦
42.لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمت فلانة	٣٦
43.لو يعطى الناس بدعواهم لدعى رجال دماء رجال وأموالهم	١٨٤،٧١
44.لولا الإيمان التي سبقت لكان لي فيها رأي	١٥٥
45.المتلاعنان لا يجتمعان أبداً	١٦٩
46.من رأى منكم منكراً فليغيره بيده	١٩١،٤٣
47.هل مسحتما سيفيكما	٣٣
48.والله ما أردت إلا واحدة ...	٩٣ ،٩٣
49.الوليدة والغنم رد عليك وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام	٢١
50.يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته	١٤٣،١٤٢

51.اليمين على نية المستحلف ١١٤
52.يمينك على ما يصدقك به صاحبك ١١٤

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
الإهداء :	أ
كلمة الشكر والتقدير :	ب
المقدمة :	١
خطة البحث :	٣
التمهيد	٥
المبحث الأول : معنى القضاء مشروعيته وأهميته في الإسلام	٦
التعريف اللغوي	٦
التعريف الاصطلاحي	٨
مشروعية القضاء.....	١١
أهمية القضاء	١٥
المبحث الثاني : أقوال أهل العلم في طرق الإثبات	١٩
الإقرار في الفقه	١٩
تعريف الإقرار	١٩
مشروعية الإقرار في الفقه	٢٠
أثر الإقرار في الفقه	٢٢
الإقرار في القانون.....	٢٣
تعريف الإقرار	٢٣
حكم الإقرار في القانون	٢٤
حجية الإقرار القضائي في القانون.....	٢٤
مقارنة	٢٥
الشهادة	٢٥
تعريف الشهادة :	٢٥
مشروعية الشهادة في الفقه	٢٦ ب
أثر الشهادة في الفقه	٢٦ ج

البينة أو الشهادة في القانون ..... ٢٦ ج
مشروعية الشهادة في القانون ٢٨
أثر الشهادة في القانون ٢٩
مقارنة ٣٠
القرائن ٣١
تعريف القرينة ٣١
مشروعية القرائن في الفقه ٣٢
القرائن في القانون ٣٨
تعريف القرينة في القانون ٣٨
أنواع القرينة في القانون ٣٨
مقارنة ٣٩
علم القاضي ٤٠
أدلة القائلين بالجواز ٤١
أدلة القائلين بالمنع ٤٤
الراجح ٤٧

الفصل الأول

الأحكام المتعلقة بالدعوى واليمين في الخصومة

المبحث الأول : الأحكام المتعلقة بالدعوى ورفعها إلى القاضي ٥٢
المطلب الأول : أحكام الدعوى ٥٢
التعريف اللغوي ٥٢
التعريف الاصطلاحي ٥٢
الحنفية ٥٣
المالكية ٥٣
الشافعية ٥٣
الحنابلة ٥٤
تعريف الدعوى في القانون ٥٤

أركان الدعوى ٥٥
أنواع الدعوى ٥٥
النوع الأول : الدعوى الصحيحة ٥٦
النوع الثاني : الدعوى الفاسدة ٥٦
النوع الثالث : الدعوى الباطلة ٥٦
١ ــ شروط الدعوى : ٥٧
الشرط الأول : أن لا تكون الدعوى مناقضة لأمـــر ســبق صدوره عن المدعى ٥٧
الشرط الثاني : المطالبة ٥٨
الشرط الثالث : أن تكون الدعوى في مجلس القضاء ٥٩
٢ ــ شروط المدعى والمدعى عليه ٥٩
الشرط الأول : الأهلية ٥٩
الشرط الثاني : خضور المدعى والمدعى عليه ٦٠
٣ ــ شروط المدعى به : ٦١
الشرط الأول : أن يكون المدعى به معلوما ٦١
الشرط الثاني : أن يكون المدعى به محتمل الثبوت ٦٢
التمييز بين المدعى عليه ٦٢
الخلاصة : ٦٤
المطلب الثاني : رفع الدعوى إلى القاضي ٦٤
المسألة الأولى : المحكمة المختصة بنظر الدعوى ٦٥
المسألة الثانية : من يرفع الدعوى إلى القاضي ٦٦
المبحث الثاني : اليمين في الخصومة ٦٨
المطلب الأول : اليمين المشروعة وأنواعهـــا والحقــوق التـــي يستحلف بها ٦٨
الفرع الأول : اليمين في الفقه ٦٨
التعريف اللغوي ٦٨

التعريف الاصطلاحي ٦٩
بيان مشروعية اليمين في الفقه ٧٠
الفرع الثاني : اليمين في القانون ٧٢
تعريف اليمين في القانون ٧٢
مقارنة بين التعريفين ٧٣
مشروعية اليمين في القانون ٧٣
الفرع الثالث : أنواع اليمين في الفقه ٧٤
أولاً : يمين المدعى عليه ٧٤
ثانياً : يمين المدعى ٧٥
أنواع يمين المدعى ٧٦
اليمين الجالية ٧٦
يمين الاستيثاق أو الاستظهار ٧٦
حالات يمين الاستيثاق أو الاستظهار ٧٧
ثالثاً : يمين الشاهد ٧٩
الفرع الرابع : أنواع اليمين في القانون ٧٩
النوع الأول : اليمين الحاسمة ٧٩
أ ــ من يوجه اليمين الحاسمة ٨٠
ب ــ إلى من توجه اليمين الحاسمة ٨١
جـ ــ متى توجه اليمين الحاسمة ٨٢
د ــ الأهلية في اليمين ٨٢
شروط اليمين الحاسمة ٨٣
النوع الثاني : اليمين المتممة ٨٥
أنواع اليمين المتممة ٨٦
أ ــ يمين التقويم ٨٦
ب ــ يمين الاستيثاق ٨٧
ج ــ يمين الاستظهار ٨٨

الفرق بين يمين الحاسمة واليمين المتممة ٨٩
مقارنة ٨٩
الفرع الخامس : الحقوق التي يستحلف بها ٩٠
أولاً : الحقوق التي لا تجوز فيها اليمين الاتفاق ٩٠
ثانياً : الحقوق التي تجوز فيها اليمين الاتفاق ٩٠
ثالثاً : الحقوق المختلف فيها ٩١
المطلب الثاني : تغليظ اليمين في الخصومة ٩٣
الفرع الأول : تغليظ اليمين في الفقه وفيه مسألتان ٩٤
المسألة الأولى : تغليظ اليمين باللفظ ٩٤
القول الأول : جواز تغليظ اليمين باللفظ ٩٤
القول الثاني : عدم جواز تغليظ اليمين باللفظ ٩٥
المسألة الثانية : تغليظ اليمين بالزمان والمكان ٩٧
الرأي الأول : جواز تغليظ اليمين بالزمان والمكان ٩٧
الرأي الثاني : عدم جواز تغليظ اليمين بالزمان والمكان ... ١٠١
يمين الكافر ١٠٣
تغليظ يمين الكافر باللفظ ١٠٣
تغليظ يمين الكافر بالزمان والمكان ١٠٤
الفرع الثاني : تغليظ اليمين في القانون ١٠٥
المبحث الثالث : القضاء بمقتضى اليمين ١٠٧
المطلب الأول : حكم القضاء باليمين ١٠٧
الفرع الأول : حكم القضاء باليمين في الفقه ١٠٧
أولاً : حكم اليمين الموجهة إلى المدعى عليه ١٠٧
المذهب الأول : أن الحق لا يسقط بسقوط الدعوى ١٠٧
المذهب الثاني : أن الحق لا يسقط بسقوط الدعوى ١١٠
المذهب الثالث : أن الحق يسقط بسقوط الدعوى إلا لعـــذر ١١١
كنسيان وعدم علم بالشهادة .....

ثانياً : حكم اليمين الموجهة إلى المدعى ١١٣
ثالثاً : حكم اليمين الموجهة إلى الشاهد ١١٤
اليمين على نية المستحلف ١١٤
الفرع الثاني : حكم القضاء باليمين في القانون ١١٤
أولاً : اليمين الحاسمة ١١٤
ثانياً : اليمين المتممة ١١٧
المطلب الثاني : القضاء بيمين وشاهد ١٢١
المذهب الأول : مذهب الجمهور ١٢٢
المذهب الثاني : مذهب الحنفية ١٢٢

الفصل الثاني

أيمان القسامة واللّعان

المبحث الأول : أيمان القسامة ١٢٨
المطلب الأول : تعريف القسامة ومشروعيتها وشروطها ١٢٨
التعريف اللغوي ١٢٨
التعريف الاصطلاحي ١٢٨
مشروعية القسامة ١٣٠
أدلة القائلين بمشروعية القسامة ١٣٠
القائلون بعدم المشروعية ١٣٢
من يحلف في القسامة أولاً ١٣٣
قول جمهور الفقهاء ١٣٣
قول الحنفية ١٣٤
شروط القسامة عند الفقهاء ١٣٦
شروط القسامة عند الحنفية ١٣٧
شروط القسامة عند المالكية ١٣٨
شروط القسامة عند الشافعية ١٣٨
شروط وجوب القسامة عند الحنابلة ١٣٩

الخلاصة ١٤٠
المطلب الثاني : القضاء بأيمان القسامة ١٤١
المذهب الأول : القسامة توجب القود ١٤١
المذهب الثاني : القسامة توجب الدية ١٤٥
الراجح ١٤٩
المبحث الثاني : أيمان اللّعان ١٥١
المطلب الأول : ماهية اللّعان ١٥١
تعريف اللّعان لغة ١٥١
تعريف اللّعان شرعاً ١٥٢
تعريف الحنفية ١٥٢
تعريف المالكية ١٥٢
تعريف الشافعية ١٥٢
تعريف الحنابلة ١٥٣
الخلاصة ١٥٣
سبب تسميته باللّعان دون الغضب ١٥٣
تكييف اللّعان ١٥٤
دليل الجمهور ١٥٤
دليل الحنفية ١٥٥
الراجح ١٥٦
مشروعية اللّعان ١٥٦
صيغة اللّعان ١٦٠
شروط اللّعان ١٦٠
شروط وجوب اللّعان عند الحنفية ١٦١
شروط وجوب اللّعان عند المالكية ١٦٣
شروط وجوب اللّعان عند الشافعية ١٦٣
شروط وجوب اللّعان عند الحنابلة ١٦٤

الخلاصة ١٦٥
المطلب الثاني : القضاء بأيمان اللّعان ١٦٥
الحكم الأول : التفريق بين المتلاعنين ١٦٥
المذهب الأول : مذهب الإمام الشافعي ١٦٦
المذهب الثاني : مذهب المالكية ١٦٦
المذهب الثالث : مذهب الحنفية ١٦٧
هل الفرقة باللّعان فسخ أم طلاق ١٦٨
الحكم الثاني : التحريم المؤبد ١٦٩
الراجح ١٧٠
الحكم الثالث : سقوط الحد عنهما ١٧١
الحكم الرابع : انتفاء نسب الولد من الزوج ١٧١

الفصل الثالث

حكم القضاء بالنّكول

المبحث الأول : تعريف النّكول وأقسامه وشروطه ١٧٥
المطلب الأول : تعريف النّكول وأقسامه وشروطه في الفقه ١٧٥
تكييف النّكول ١٧٦
أقسام النّكول ١٧٦
شروط النّكول ١٧٧
المطلب الثاني : تعريف النّكول وأقسامه في القانون ١٧٩
تعريف النّكول في القانون ١٧٩
مقارنة ١٨٠
أقسام النّكول في القانون ١٨٠
تكييف النّكول في القانون ١٨٠
مقارنة ١٨١
المبحث الثاني : حكم النّكول عن اليمين ١٨٢
المطلب الأول : حكم النّكول عن اليمين في الفقه ١٨٢

المذهب الأول : مذهب الحنفية وإحدى الروايتين عن أحمد والزيدية	١٨٢
المذهب الثاني : لفقهاء الشافعية والمالكية والرواية الثانية للحنابلة	١٨٦
تكييف اليمين المردودة	١٨٧
المسألة الأولى : هل إذا نكل المدعى عن اليمين المردودة يقضى بنكوله ؟	١٨٩
المسألة الثانية : إذا تعذر رد اليمين	١٨٩
المسألة الثالثة : الحقوق التي ترد فيها اليمين والحقوق التي لا ترد فيها اليمين	١٩٠
المذهب الثالث : مذهب الظاهرية وسحنون من المالكية ...	١٩٠
المذهب الرابع : مذهب ابن أبي ليلى	١٩٢
المناقشة	١٩٣
مناقشة أدلة المذهب الأول	١٩٣
مناقشة أدلة المذهب الثاني	١٩٥
مناقشة أدلة المذهب الثالث	١٩٧
مناقشة رأي ابن أبي ليلى	١٩٨
الراجح	١٩٨
المطلب الثاني : حكم النّكول عن اليمين في القانون	١٩٩
النّكول عن اليمين الحاسمة	١٩٩
ممن يقع النّكول	٢٠٠
النّكول عن اليمين المتممة	٢٠٠
مقارنة	٢٠١
المبحث الثالث : ما يقضى فيه بالنّكول	٢٠٢
المبحث الرابع : حكم النّكول عن أيمان القسامة	٢٠٣
المسألة الأولى : نكول المدعين عن أيمان القسامة	٢٠٣

المسألة الثانية : نكول المدعى عليهم عن أيمان القسامة	٢٠٤
المبحث الخامس : حكم النّكول عن أيمان اللّعان	٢٠٨
المسألة الأولى : نكول الزوجة عن اللّعان	٢٠٨
القول الأول : قول جمهور	٢٠٨
القول الثاني : قول الحنفية والرواية الثانية للحنابلة	٢٠٩
المسألة الثانية : نكول الزوج عن أيمان اللّعان	٢١٣
القول الأول : قول جمهور الفقهاء	٢١٣
القول الثاني : قول الحنفية	٢١٥
الراجح :	٢١٦
الخاتمة :	٢١٨
المصادر والمراجع :	٢٢٠
الفهارس :	
١ ــ فهرس الآيات	٢٣٢
٢ ــ فهرس الأحاديث	٢٣٥
٣ ــ فهرس الموضوعات	٢٣٨

تصويبات

الرقم	الخطأ	رقم الصفحة	الصواب	رقم السطر
.1	الإقتناع	١٠	الإقناع	هامش ١٩
.2	المجلى	١١	المبجل	هامش
.3	هو هو	١٢	هو	هامش ٦
.4	بشر	١٢	بشرح	هامش ١٢
.5	فأجاب	١٣	فأصاب	هامش ١٠
.6	اجتهاد	١٤	الاجتهاد	هامش ٨
.7	شرعاً	١٦	وشرعاً	١١
.8	وسحفظ	١٥	وحفظ	٩
.9	الاسفهاني	١٩	الاصفهاني	١٣
.10	الراحق	١٩	الرائق	هامش ٤
.11	الخريشي	٢٠	الخرشي	هامش٣
.12	المرادوي	٢٠	المرداوي	٤
.13	علام الدين	٢٠	علاء الدين	هامش ٥
.14	حدبث	٢١	حديث	١٨
.15	ترتيب	٢٣	ترتب	٧
.16	الدول	٢٣	للدول	هامش ٤
.17	الفقه	٢٣	والفقه	هامش ٦
.18	فينتهي	٢٤	فينهي	١٢
.19	العربية	٢٤	للدول العربية	هامش٥
.20	شاهد	٢٦ ب —	شاهدالك	هامش ٣
.21	الطبعة	٢٦ ب —	للطباعة	هامش ٤
.22	الرجيلي	٢٦ ج —	الزحيلي	هامش ٧
.23	المنهوري	٢٦ ج —	السنهوري	١٧
.24	المطبوبة	٢٧ —	المطلوبة	هامش ٩
.25	لاتبات	٢٩	الاثبات	هامش ٢
.26	لوب	٣٣	لوث	٦
.27	ليتدرا	٣٣	ليتدرا	٨
.28	في كتابه	٣٣	في كتاب	هامش ١٤
.29	وتصويح وتسحقيقه	٣٤	وتصحيح وتحقيقه	هامش ٥
.30	العمر — ان	٣٨	والعمران	١
.31	المرافقات	٤٠	المرافعات	هامش ١
.32	فلاحة	٤٤	فلاحه	١٢
.33	سن	٤٥	سنن	هامش ٢
.34	الشهدات	٤٥	الشهادات	هامش ٧
.35	ادات	٤٦	أدات	هامش ٤
.36	إدات القاضي	٤٦	أدات القاضي	هامش ٤
.37	النهر الفائق	٤٧	النهر الفائق	هامش ٨
.38	أحكام بالدعوى	٥١	أحكام الدعوى	٢
.39	مهابة المحتاج	٥٣	نهاية المحتاج	هامش ٦
.40	نبيين	٥٣	تبيين	هامش ١
.41	للقرافي	٥٣	للقرافي	هامش ٥
.42	الايمن	٥٩	الإيمان	هامش ١
.43	توفيقه	٦٢	توقيفه	١٣
.44	وطائف	٦٢	وظائف	١٥
.45	يحالف	٦٤	يخالف	١
.46	المطالب	٦٤	المطلب	١٩
.47	لان	٦٤	لابن	هامش ٢
.48	وشنى	١٧٠ —	وشيء	هامش ٣
.49	الزحلي	١٧٠ —	الزحيلي	٧
.50	شرح النووي لمسلم	٧١	شرح مسلم للنووي	هامش ٥

.51	نتناول	٧٩	نتناول
.52	واحد الخصمين	٨٠	واحد من الخصمين
.53	الموسوعة	٨١	موسوعة
.54	مدينة	٨١	مدينه
.55	أنواع	٨٦	أنواع
.56	تعزيرا	٨٧	تعزيراً
.57	اليمين	٨٩	اليمين
.58	اليمين	٩٠	اليمين
.59	تشرع	٩٠	تشرع
.60	استحلافه	٩٠	استحلافه
.61	الخضرمي	٩١	الخضرمي
.62	الذين	٩١	اللذين
.63	وأيكون	٩٢	وأن يكون
.64	لأدعى	٩٣	لدّعى
.65	البدوع	٩٤	البداتع
.66	معني المحتاج	٩٧	مغني المحتاج
.67	البيت	٩٥	البيت
.68	في كتابه	٩٦	في كتاب
.69	عن الحنابلة	٩٧	والحنابلة
.70	القراءات	٩٩	القرآن
.71	يقول صلى الله	٩٩	صلى الله عليه وسلم يقول
.72	إثمة	٩٩	أثمة
.73	لا يحلف	٩٩	من حلف
.74	لامرأة	١٠٠	لإمرأته
.75	بين	١٠٠	بن
.76	حلّف	١٠٠	حلف
.77	أبي كعب	١٠٠	أبي بن كعب
.78	بين	١٠٠	بن
.79	حلّف	١٠٠	حلف
.80	اتفق	١٠٠	إتفق
.81	؟	١٠٢	.
.82	المجبرين	١٠٢	المجبرين
.83	تبين الحقائق	١٠٢	تبين الحقائق
.84	تقدم تخريجه	١٠٢	تقدم تخريجه
.85	الإيمان	١٠٣	الأيمان
.86	المغني	١٠٤	مغني المحتاج
.87	وفيه ثلاثة مطالب	١٠٧	وفيه مطلبان
.88	الحنفية	١٠٨	الحنفية
.89	العادلة	١١١	عادلة
.90	بإتفاق	١١١	بإتفاق
.91	الأحلاف	١١٥	الأخلاق
.92	إنما أثبت	١١٥	إذا ثبت
.93	خرى	١١٦	أخرى
.94	بشبه	١١٩	تشبه
.95	إين	١١٩	بن
.96	كما القانون	١١٩	كما أن القانون أخذ
.97	ويحي	١٢٠	ويحيى
.98	واليمين	١٢٣	واليمين
.99	القناع	١٣٠	القناع
.100	للذي	١٣٠	للذين
.101	معني المحتاج	١٣٠	مغني المحتاج
.102	تبين	١٣٠	تبين الحقائق
.103	الكبتر	١٣١	الكبر
.104	ثبت	١٣٥	ثمة
.105	المفتاح	١٣٧	القناع

٢٠	نتناول	هامش ٥	نتناول
٩	واحد من الخصمين	٥	واحد من الخصمين
١٧	موسوعة	هامش ١	موسوعة
٢٠	مدينه	هامش ١	مدينه
١٧	أنواع	هامش ٤	أنواع
٢٠	تعزيزاً	هامش ٤	تعزيزاً
٧	اليمين	٥	اليمين
٧	اليمين	هامش ١	اليمين
١٤	تشرع	٥	تشرع
١٧	استحلافه	٧	استحلافه
٤	الخضرمي	٨	الخضرمي
٤	اللذين	٥	اللذين
هامش ٥	وأن يكون	٧	وأن يكون
٥	لدّعى	١٨	لدّعى
هامش ١	البداتع	٧	البداتع
هامش ١	مغني المحتاج	١٩	مغني المحتاج
هامش ٤	البيت	هامش ٣	البيت
هامش ٤	في كتاب	هامش ٤	في كتاب
٥	والحنابلة	٥	والحنابلة
هامش ١	القرآن	٧	القرآن
٥	صلى الله عليه وسلم يقول	هامش ٧	صلى الله عليه وسلم يقول
٦	أثمة	٢	أثمة
٦	من حلف	٤	من حلف
٣	لإمرأته	٦	لإمرأته
٥	بن	٩	بن
٧	حلف	هامش ١	حلف
٨	أبي بن كعب	٨	أبي بن كعب
٥	بن	٥	بن
٧	حلف	٢	حلف
١٨	إتفق	١٢	إتفق
٧	.	٣	.
١٩	المجبرين	١١	المجبرين
هامش ٣	تقدم تخريجه	٩	تقدم تخريجه
هامش ٤	تبين الحقائق	هامش ٥	تبين الحقائق
٥	الأيمان	١٨	الأيمان
هامش ٧	مغني المحتاج	هامش ٢	مغني المحتاج
٢	وفيه مطلبان	٨	وفيه مطلبان
٤	الحنفية	٢	الحنفية
٦	عادلة	٧	عادلة
٩	بإتفاق	هامش ٤	بإتفاق
هامش ١	الأخلاق		
٨	إذا ثبت		
٥	أخرى		
٢	تشبه		
١٢	بن		
٣	كما أن القانون أخذ		
١١	ويحيى		
٩	واليمين		
هامش ٥	القناع		
١٨	للذين		
هامش ٢	مغني المحتاج		
٨	تبين الحقائق		
٢	الكبر		
٧	ثمة		
هامش ٤	القناع		

.106	قطع	١٣٥	القطع
.107	كشاف القناع	١٣٧	كشاف القناع
.108	يوجب	١٣٨	يوجب
.109	يحلّف	١٤٠	يحلف
.110	بلوثه	١٤٠	بلوثه
.111	ثلاث	١٤٠	ثلاث
.112	القتيل	١٤٢	القتيل
.113	المختوم	١٤٢	المختوم
.114	أفاد	١٤٣	أفاد
.115	قاتلا	١٤٥	قاتلا
.116	تسعه	١٤٦	تسعة
.117	السنن الكبير للبيهقي	١٤٨	السنن الكبرى للبيهقي
.118	للملايين	١٥١	للملايين
.119	فتح	١٥٣	فتح
.120	شريك	١٥٩	لشريك
.121	المعجم	١٥٩	المعجم
.122	ونفي	١٦٠	ونفي
.123	للمرغيناني	١٦٢	المرغيناني
.124	المرغيناني	١٦٢	المرغيناني
.125	فهي	١٦٤	فهو
.126	إلى اللازم	١٧١	إلى أن اللازم
.127	لربه	١٧١	لزم
.128	مساكه	١٧١	إمساكه
.129	يمضي	١٧٤	يقضي
.130	هو	١٧٥	وهو
.131	الفقه	١٧٥	الفقهي
.132	وينبني	١٧٦	وينبني
.133	جهت	١٧٧	وجهت
.134	تكون	١٧٧	أن تكون
.135	المالكية	١٧٩	المالكيورية
.136	إقرار	١٨٠	إقرارا
.137	وتعريف	١٨٠	والتعريف
.138	لدول	١٨٠	للدول
.139	بحث	١٨١	بحيث
.140	القراض	١٨٣	للقرافي
.141	وقضي	١٨٦	ويقضى
.142	ويحتمل	١٨٦	يحتمل
.143	فقضى	١٩٠	فيقضى
.144	فيقضى	١٩٠	يقضى
.145	من	١٩٠	في
.146	لا تتطرق	١٩٢	لا تتطرق
.147	بجبر	١٩٤	يجبر
.148	الطريق	١٩٩	الطرق
.149	لدول	١٩٩	للدول
.150	البينات	٢٠٠	البينات
.151	حصم	٢٠١	حسم
.152	والاستيلات	٢٠٢	والاستيلاد
.153	أن يلزمه	٢١٢	أن يلزمه
.154	النسب	٢٠٢	النسب
.155	ثبت عمدا القصاص	٢٠٥	ثبت القصاص في العمد
.156	لمسمان	٢١٠	إحصان
.157	إذا	٢١١	لو
.158	غزم	٢١١	غرم
.159	التوافق	٢١٢	التوافق
.160	أن	٢١٦	أنا

١٣	
هامش ٤	
هامش ٣	
٣	
هامش ٢	
هامش ٢	
١٥	
هامش ٥	
١٣	
٩	
١٦	
هامش ٣	
هامش ٤	
٥	
٨	
هامش ٧	
١٣	
هامش ٢	
١٣	
٧	
٤	
١	
١	
٨	
١٤	
هامش ٦	
١٠	
١٠	
١٥	
هامش ٢	
٢١	
١	
هامش ١	
٢	
هامش ٥	
٨	
١٢	
٧	
٥	
١٧	
١٢	
هامش ٤	
هامش ١	
هامش ٣	
٣	
١٤	
٤	
٢٠	
٤	
١١	
٨	
٩	
٢٠	
١٣	
٤	